



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرعد  
عليه صاب

www. **Ghaemiyeh** .com  
www. **Ghaemiyeh** .org  
www. **Ghaemiyeh** .net  
www. **Ghaemiyeh** .ir

# كتاب القضاء

في الفرائض

للشيخ الفاضل العلامة السيد محمد باقر المجلسي

مؤلف كتاب "الدرر الكامنة في فقه الإمامية"

والتوفيق من الله

المطبعة الكائن

بندر

السيد علي الحسيني السبزواري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# كتاب القضاء

كاتب:

آيت الله على حسينى ميلانى

نشرت فى الطباعة:

محمود شريعت المهدوى

رقمى الناشر:

مركز القائمىة باصفهان للتحريرات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١٣	كتاب القضاء المجلد ٢
١٣	اشاره
١٩	تتمه كتاب القضاء
١٩	الكلام في: كتاب قاض إلى قاض
١٩	اشاره
٢١	حكم إنهاء الحكم بالكتابه:
٢٥	حكم إنهاء الحكم بالقول مشافهه:
٢٦	حكم إنهاء الحكم بالشهاده:
٢٩	دليل المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض و رده:
٣١	لا يعتبر الاشهاد في هذه الشهاده.
٣٢	قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس:
٣٢	ما ينهى إلى الحاكم:
٣٥	حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به:
٣٦	حقيقه الإنفاذ
٣٧	صوره الإنهاء:
٣٨	حكم ما لو تغير حال الحاكم الأول:
٣٩	لا أثر لتغير حال المكتوب اليه:
٤١	مسائل ثلاث
٤١	المسأله الأولى
٤٣	المسأله الثانيه
٤٤	المسأله الثالثه
٤٥	الكلام في: بعض أحكام القسمه
٤٥	اشاره

- ٤٧ ..... مشروعيه القسمة:
- ٤٨ ..... حقيقه القسمة:
- ٥٠ ..... حكم نصب القاسم:
- ٥١ ..... صفات القاسم:
- ٥٢ ..... هل يشترط الرضا بعد القرعه؟
- ٥٣ ..... و هل يشترط القرعه؟
- ٥٥ ..... هل تتحقق القسمة بالصلح؟
- ٥٥ ..... عدم الفرق بين قسمة الرد و غيره:
- ٥٧ ..... الكلام فى أجره القاسم:
- ٦١ ..... النظر فى المقسوم:
- ٦٤ ..... أقسام القسمة:
- ٦٨ ..... كيفيه القسمة:
- ٧٠ ..... مسائل ثلاث
- ٧٠ ..... المسأله الاولى
- ٧١ ..... المسأله الثانيه
- ٧٣ ..... المسأله الثالثه
- ٧٦ ..... النظر فى اللواحق
- ٧٦ ..... الاولى: لو ادعى بعد القسمة الغلط و هى ثلاث،
- ٧٩ ..... الثانيه: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً:
- ٨٢ ..... الثالثه: لو قسم تركه الميت ثم ظهر عليه دين
- ٨٧ ..... الكلام فى: أحكام الدعاوى
- ٨٧ ..... اشاره
- ٨٩ ..... تعريف المدعى:
- ٩٢ ..... الشروط المعتمده فى المدعى:
- ٩٢ ..... (البلوغ)
- ٩٣ ..... اشتراط العقل:

- ٩٣ ..... ان لا يدعى مالا لغيره:
- ٩٤ ..... ان لا يدعى ما لا يجوز تملكه:
- ٩٥ ..... اشتراط كون الدعوى صحيحه لازمه:
- ٩٦ ..... هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟
- ٩٩ ..... هل يلزم بالجواب عن دعوى الإقرار؟
- ١٠١ ..... هل تفتقر صحه الدعوى الى الكشف؟
- ١٠٤ ..... هل تسمع دعواه ان هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟
- ١٠٧ ..... الكلام في:التوصل إلى الحق -
- ١٠٧ ..... اشاره
- ١٠٩ ..... ١-ان كان الحق عقوبه:
- ١١٠ ..... ٢-ان كان الحق مالا:
- ١١٠ ..... اشاره
- ١١٢ ..... صور كون الحق ديناً:
- ١١٢ ..... اشاره
- ١١٣ ..... الاولى-أن يكون مقرا بالحق و بإذلاله:
- ١١٣ ..... الثانيه-أن يكون مقرا ممتنعاً من البذل:
- ١١٤ ..... الثالثه-أن يكون المدين جاحداً للحق:
- ١١٧ ..... حكم الاقتصاص من الوديعة:
- ١١٩ ..... لو كان من غير جنس الموجود:
- ١٢٠ ..... جواز تولى بيع الوديعة:
- ١٢٠ ..... لو تلفت الوديعة قبل البيع فهل يضمن؟
- ١٢٣ ..... مسألتان -
- ١٢٣ ..... الاولى: من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له
- ١٢٤ ..... الثانيه: لو انكسرت سفينه في البحر فما هو حكم ما خرج منه؟
- ١٢٩ ..... الكلام في:الاختلاف في دعوى الاملاك
- ١٢٩ ..... اشاره

- ١٣١ ..... (المسأله الاولى) :
- ١٣١ ..... اشاره
- ١٣١ ..... الصوره الاولى: لو تنازعا عينا فى يدهما و لا بينه -
- ١٣٤ ..... الصوره الثانيه: لو كانت يد أحدهما عليها -
- ١٣٤ ..... الصوره الثالثه: لو كانت يدهما خارجه -
- ١٣٤ ..... اشاره
- ١٣٤ ..... ١-ان يصدق من هى بيده أحدهما -
- ١٣٨ ..... ٢-ان يصدق من هى بيده كليهما -
- ١٣٨ ..... ٣-أن يكذب من هى بيده كليهما -
- ١٣٩ ..... ٤-ان يقر من هى بيده لأحدهما غير المعين. -
- ١٤٠ ..... ٥-أن يقول من هى بيده ليست لى و لا ادرى لمن -
- ١٤٤ ..... المسأله الثانيه -
- ١٤٤ ..... اشاره
- ١٤٤ ..... متى يحصل التعارض؟
- ١٤٥ ..... صور تعارض البيئات.
- ١٤٥ ..... اشاره
- ١٤٥ ..... الصوره الأولى: كون العين بيد المتداعيين:
- ١٥١ ..... الصوره الثانيه: كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل و الخارج؟
- ١٥٧ ..... صور الشهاده المشتمله على السبب -
- ١٥٧ ..... ١-شهادتهما معا بالسبب: -
- ١٥٩ ..... ٢-ان تشهد للخارج بالسبب و للداخل بالملك المطلق: -
- ١٥٩ ..... ٣-ان تشهد للداخل بالسبب و للخارج بالملك المطلق: -
- ١٦١ ..... الصوره الثالثه: كون العين بيد ثالث و فيها الرجوع الى المرجحات -
- ١٦٥ ..... النظر فى اخبار الترجيح و طريق الجمع بينها:
- ١٦٥ ..... (الأولى: ما يدل على التنصيف، -
- ١٦٥ ..... الطائفه الثانيه: -



- الطائفه الثالثه: ..... ١٦٥
- الطائفه الرابعه: ..... ١٦٧
- حكم ما لو أقر الثالث لأحدهما: ..... ١٦٨
- الصوره الرابعه: كون العين لا في يد أحد ..... ١٦٩
- مورد تحقق التعارض ..... ١٦٩
- الحكم بالقسمه يختص بمورد إمكانه ..... ١٧٢
- هل اليد من المرجحات؟ ..... ١٧٣
- هل الشهاده بقديم الملك أولى؟ ..... ١٧٦
- حكم الاستناد الى الاستصحاب في الحكم و الشهاده: ..... ١٨١
- الشهاده بالإقرار ..... ١٨٣
- تقدم الشهاده بالملك على الشهاده باليد ..... ١٨٤
- تقدم الشهاده بسبب الملك على الشهاده بالتصرف ..... ١٨٤
- (المسأله الثالثه) ..... ١٨٦
- اشاره ..... ١٨٦
- حكم ما لو أنكر المقر له الملكيه للشئ: ..... ١٨٩
- لو كان المقر له غائباً ..... ١٩٠
- لو كان المقر له ممن يتمتع مخاصمته ..... ١٩٢
- لو كان المقر له مجهولاً ..... ١٩٣
- (المسأله الرابعه) ..... ١٩٤
- (المسأله الخامسه) ..... ١٩٦
- الكلام في:الاختلاف في العقود ..... ٢٠٤
- اشاره ..... ٢٠٤
- مقدمه: ..... ٢٠٦
- حكم الاختلاف في الأجره و لا بينه: ..... ٢٠٧
- حكم الاختلاف في الأجره مع البينه ..... ٢١١
- حكم الاختلاف في العين المستأجره و لا بينه. ..... ٢١٤

- ٢١٤ ..... حكم الاختلاف فى العين المستأجره مع البيئه.
- ٢١٦ ..... حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار و هى فى يد البائع -
- ٢١٨ ..... و هل يقبل قول البائع لأحدهما؟
- ٢٢٠ ..... و هل لهما الفسخ؟
- ٢٢١ ..... حكم ما لو فسخ أحدهما دون الآخر
- ٢٢٣ ..... حكم ما لو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما.
- ٢٢٦ ..... حكم ما لو ادعى شراء المبيع من زيد و ادعى آخر شراءه من عمرو
- ٢٢٧ ..... و هل لهما الفسخ؟
- ٢٢٩ ..... حكم ما لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى آخر شراءه من المولى.
- ٢٣٠ ..... و هل للمولى خيار الفسخ
- ٢٣٣ ..... (مسائل)
- ٢٣٣ ..... (الاولى: لو شهد للمدعى بملكه الدابه منذ مده فكذبته سنه)
- ٢٣٤ ..... (المسأله الثانيه)
- ٢٣٦ ..... (المسأله الثالثه)
- ٢٣٦ ..... اشاره
- ٢٣٨ ..... حكم ما لو كان كبيرا.
- ٢٤٠ ..... (المسأله الرابعه)
- ٢٤٢ ..... (المسأله الخامسه)
- ٢٤٣ ..... (المسأله السادسه)
- ٢٤٣ ..... اشاره
- ٢٤٤ ..... حكم ما لو ادعى ذلك و يدهما عليها مع البيئه:
- ٢٤٨ ..... حكم ما لو ادعى أحدهم نصف الدار و الآخر الثلث و الثالث السدس
- ٢٤٩ ..... حكم ما لو ادعى أحدهم الكل و الآخر النصف و الثالث الثلث:
- ٢٥٢ ..... حكم ما لو كانت فى يد أربعة.
- ٢٥٨ ..... (المسأله السابعه)
- ٢٥٨ ..... اشاره

- ٢٦٣ ..... حكم ما لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض المتاع:
- ٢٦٤ ..... الكلام في: دعوى المواريث - - - - -
- ٢٦٤ ..... اشاره - - - - -
- ٢٦٨ ..... (المسألة الأولى) - - - - -
- ٢٦٨ ..... اشاره - - - - -
- ٢٧٠ ..... حكم ما لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلما و اختلفا في الآخر: - - - - -
- ٢٧٠ ..... حكم ما لو ادعى كل منهما انه لم يزل مسلما و أنكر الآخر: - - - - -
- ٢٧٢ ..... (المسألة الثانية) - - - - -
- ٢٧٤ ..... (المسألة الثالثة) - - - - -
- ٢٧٤ ..... اشاره - - - - -
- ٢٧٦ ..... ما هو المراد من البيئه الكامله هنا؟ - - - - -
- ٢٧٧ ..... حكم ما لو لم تكن البيئه كامله - - - - -
- ٢٧٩ ..... حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره: - - - - -
- ٢٨١ ..... (المسألة الرابعة) - - - - -
- ٢٨٣ ..... (المسألة الخامسة) - - - - -
- ٢٨٤ ..... الكلام في: الاختلاف في الولد - - - - -
- ٢٨٤ ..... اشاره - - - - -
- ٢٨٦ ..... مقدمه: - - - - -
- ٢٨٧ ..... صور الاختلاف في الولد - - - - -
- ٢٨٧ ..... اشاره - - - - -
- ٢٨٧ ..... الصورة الأولى: - - - - -
- ٢٨٧ ..... و الصورة الثانيه: - - - - -
- ٢٨٨ ..... و الصورة الثالثه: - - - - -
- ٢٨٨ ..... و الصورة الرابعه: - - - - -
- ٢٩١ ..... فروع ذكرها في الجواهر عن بعض الأصحاب: - - - - -
- ٢٩٣ ..... خاتمه الكتاب: - - - - -



سرشناسه: حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

عنوان و نام پدیدآور: کتاب القضاء / السيد علی الحسيني الميلاني

مشخصات نشر: قم: شریعت، ۱۴۱۳ق. = ۱۳۷۱-

مشخصات ظاهری: ج ۲.

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ اول: ۱۴۰۱ق. = ۱۳۵۹، چاپ دوم: ۱۴۱۳ق. = ۱۳۷۱.

یادداشت: کتابنامه به صورت زیرنویس.

مندرجات: ج. ۱. قضا و اوصاف قاضی.

موضوع: زبان عربی -- معانی و بیان -- اصطلاح ها و تعبیرها

رده بندی کنگره: PJA۲۰۲۸/ح۵۴ق۶ ۱۳۷۱

رده بندی دیویی: ۸۰۸/۰۴۹۲۷

ص: ۱













تمه كتاب القضاء

الكلام في: كتاب قاض إلى قاض

اشاره

ص: ٧



اعلم أن حكم الحاكم موضوع لاحكام بالنسبه إلى الحكام الآخرين، كوجوب الإنفاذ في بعض الموارد، و عدم جوازه في بعض الموارد، و وجوب التفحص عن دليله في موارد، و عدم جوازه في أخرى.

ثم الحكم الذى يصدره الحاكم، يمكن إنهاؤه الى الحكام الآخرين: بالقول، و بالكتابه، و بشهاده العدلين، و بإقرار المحكوم عليه بذلك الحكم.

### حكم إنهاء الحكم بالكتابه:

و بالنسبه إلى إنهاؤه بالكتابه قال المحقق: «أما الكتابه فلا عبره بها» .

أى: فلا- تكون موضوعا لشيء من الاحكام، قال: «لإمكان التشبيه» . و هذا التعليل يتوجه في عصرنا بالنسبه إلى الاحكام التى يصدرها الحكام، أو ينهونها بواسطه الهاتف أيضا، لإمكان التشبيه في الصوت بسهوله جدا.

و أضاف في الجواهر: «و عدم القصد إلى الحقيقه و عدم الدليل شرعا على اعتبار دلالتها» .

و قد ادعى الإجماع على عدم العبره بالكتابه، و حكى عن بعضهم نفى الخلاف فيه، و قيل: لا مخالف إلا أبو على الإسكافى، و الأردبيلي حيث اعتبرها في

صوره العلم بالكتابة، و كونه قاصدا لمعناها، قال: و لهذا جاز العمل بالمكاتبه فى الروايه، و أخذ المسأله و العلم، و الحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد، و لانه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين، بل يحصل منها الظن المتأخم للعلم، بل العلم مع الأمن من التزوير، و أنه كتب قاصدا للمدلول، و حينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيده للعلم بأن القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول حكم بكذا، فإنه يجب إنفاذه و إجراؤه من غير توقف، و يكون ذلك مقصود ابن الجنيد، و يمكن أن لا- ينازعه فيه أحد، بل يكون مقصودهم الصوره التى لم يؤمن فيها التزوير، أو لم يعلم قصد الكاتب اراده مدلول الرسم.

و أجب عنه فى الرياض بقوله: و فيه نظر، لان ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقا، و لم نجده فى نحو محل البحث، مما يتعلق بموضوعات الاحكام التى لم تتوقف عليها مطلقا، و لو كان الظن للعلم متأخما، و مجرد كون الظن بالكتابة أقوى من الظن الحاصل من شهاده الشاهدين لا- يوجب قطعته، و لا- حجيته الا- على تقدير أن تكون حجيتها من حيث افادتها المظنه و هو ممنوع، بل كلمه القائلين بحجيتها و سماعها هنا مطبقه على أنها من جهه الأدله الأربعة التى سيأتى ذكرها، و هى أدله قاطعه أو ظنيه ظنا مخصوصا مجمعا عليه، و مثلها لم يقم على اعتبار ظن الكتابه، بعد إمكان دفع الضروره التى هى الأصل فى تلك الأدله، بالشهاده على الحكم و اقامه البيئه و إنفاذ الحاكم الثانى الحكم بها.

و على الجملة، لو كان السبب لاعتبار شهاده الشاهدين هو افادتها المظنه أمكن ما ذكره، أما لو كان قضاء الضروره و غيره مما هو كالدليل القاطع فلا وجه له و لا لقياس الكتابه بالشهاده، و لا بالاكتفاء بالروايه المكاتبه، و أخذ المسأله، و نحوهما مما ذكره، لان مستند الاكتفاء بهذه الأمور المعدوده فى نحو الأحكام الشرعيه انما هو من حيث قضاء الضروره، و انسداد باب العلم بها بالكليه، و عدم إمكان تحصيلها الا بالمظنه، و ان عدم اعتبارها حينئذ يوجب اما الخروج عن

التكليف، أو التكليف بما لا يطاق، و هما ممتنعان قطعاً، عقلاً و شرعاً، و هذا السبب يختص بها دون ما نحن فيه مما لم ينسد فيه باب العلم.

و قال فى الجواهر بعد كلام الأردبيلى المذكور: التحقيق: أن الكتابه من حيث أنها كتابه لا دليل على حجيتها قطعاً مطلقاً سواء فى إقرار و غيره، بل عن ابن إدريس فى نواذر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتى أن يرجع الا الى قول المفتى دون ما يجده بخطه-الى ان قال-بغير خلاف من محصل ضابط لأصول الفقه، و بنى على ذلك عدم حجية المكاتبه، قال: لأن الراوى للكتابه ما سمع الامام يقول، و لا شهد عنده شهوده أنه قال، و ان كان فيه ما ستعرف.

نعم إذا قامت القرائن الحاليه و غيرها على اراده الكاتب بكتابتة مدلول اللفظ المستفاد من رسمها، فالظاهر جواز العمل بها، للسيره المستمره فى الأعصار و الأمصار على ذلك، بل يمكن دعوى الضروره على ذلك، خصوصاً مع ملاحظه عمل العلماء فى نسبتهم الخلاف و الوفاق، و نقلهم الإجماع و غيره فى كتبهم المعول عليها بين العلماء. و لكن مقتضى ذلك أن تكون الكتابه فيما نحن فيه-بعد انتفاء احتمال التزوير و عدم القصد و غيرهما من الاحتمالات-بمنزله اخباره بالحكم، فان قلنا بقبوله قبلت و الا فلا.

و ربما أشعر التعليل الأول فى عباره المصنف، و الثانى فى عباره غيره بإرادته غير هذا الفرد من الكتابه، كما انه يمكن حمل كلام ابن الجنيد و من وافقه على ما ذكرنا فيعود النزاع لفظياً.

و تحمل الروايتان على العمل بالحكم بالكتابه، بمعنى إيجاد الحكم بها باللفظ، لا على العمل بها من حيث انها كتابه، إذ من المعلوم عدم دلالتها على كونها منه، و أنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسمها.

قلت: و التحقيق هو النظر فى الجهات الموجهه للشك بحجيه الكتابه و المفرقه بينها و بين القول، و الذى يوجب الشك فى الاعتبار ليس الا احتمال الكذب،

أو احتمال السهو و النسيان، أو احتمال عدم القصد، أما الأول فالمفروض عدمه للوثاقه، و أما غيره من الاحتمالات فكلها منتفيه بالأصل.

و الفرق بين القول و الكتابه هو: مجيء احتمال التشبيه فى الثانى دون الأول، و لذا لم يذكر المحقق غير هذا الاحتمال لعدم العبره بالكتابه، و ان كان احتمال عدم القصد فى الكتابه أقوى منه فى القول، لكنه يندفع بالأصل كما تقدم، و يندفع أيضا بالعلم بالكتابه و كونها خط فلان.

و أضاف فى السرائر: احتمال التزوير، و هو- كما فى مجمع البحرين:-

تزيين الكذب. و لكن هذا الاحتمال مشترك بين القول و الكتابه.

و أما الإجماع المدعى فهو منقول، و تبقى الروايتان:

١- عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: «انه كان لا يجيز كتاب قاض الى قاض، فى حد و لا غيره حتى وليت بنوا أميه، فأجازوا بالبينات» (١).

٢- عن طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام مثلها (٢).

و هما- بناء على اعتبارهما بعمل الأصحاب (١)- محمولتان على أن ذلك كان منه عليه السلام فى مورد عدم حصول الاطمئنان بالكتابه، و قصد كاتبها لما كتبه.

فالعمده فى الاستدلال على عدم العبره بالكتابه هو عدم الدليل النقلى على

ص: ١٢

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٢١٨، الباب: ٢٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٢١٨، الباب: ٢٨.



العبره بها، إلا أنا نستدل بالسيره العقلائيه القائمه على الاعتبار فى حال الوثوق و الاطمئنان، و لا رادع عن هذه السيره، و الروايتان قد عرفت حملهما على مورد خاص.

و الحاصل: ان الاحتمالات مشتركه بين القول و الكتابه، فحيث تنتفى عن الكتابه قبلت كالقول بلا فرق.

### **حكم إنهاء الحكم بالقول مشافهه:**

قال المحقق «قده»: «و أما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمصيت، ففي القضاء به تردد، نص الشيخ فى الخلاف: أنه لا يقبل» .

أقول: المراد من «القضاء به» هو إنفاذ الحاكم الثانى إياه، و وجه التردد هو: أن هذا خبر واحد عن الموضوع، و فى اعتباره بحث و خلاف، و لعلّ مذهب الأكثر هو العدم و لزوم قيام البيئه، و لكن يشكل فيه من جهة أن خبر الواحد عن الموضوع المحول الى المخبر، و الذى لا يعلم الا من قبله يعتمد عليه، فلو و كلّ أحدا فى طلاق زوجته فأخبره بإجراء الصيغه اعتمد على خبره، و لو أعطى الثوب المتنجس لان يغسله فأخبره عن تطهيره إياه اعتمد عليه، و لو أخبر الأجير فى الصلاه عن الميت عن أنه قد صلى كان خبره حجه (١). فالقضاء من هذا

القبيل، فالأظهر هو القبول.

### حكم إنهاء الحكم بالشهادة:

قال المحقق «قده»: «و أما الشهاده، فإن شهدت البينه بالحكم، و بإشهاده إياهما على حكمه، تعين القبول» .

قال فى الجواهر: لعله لعموم ما دل على وجوب قبول حكمه الذى هو من حكمهم عليهم السلام، و لذا كان الراد عليه رادا عليهم، و ما دل على حجيه البينه.

ثم ان المحقق «قده» ذكر أن تكون الشهاده على الحكم و على الاشهاد معا احتياطا، و ذلك لان الحاضر فى مجلس الحكم قد لا يلتفت الى ما وقع مع خصوصياته، لكن عند ما يشهد على الأمر يصغى اليه و يلتفت التفاتا كاملا، فتكون شهادته حينئذ أنم.

و قد ذكر المحقق لما ذهب اليه من تعين قبول الشهاده وجوها أربعة، فالأول ما ذكره بقوله: «لان ذلك مما تمس الحاجه إليه، إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعده غالب، و تكليف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر، فلا بد من وسيله إلى استيفائها مع تباعد الغرماء، و لا وسيله إلا رفع الاحكام الى الحكام، و أتم ذلك احتياطا ما حررناه.

لا يقال: يتوصل الى ذلك بالشهادة على شهود الأصل.

لأننا نقول: قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل و الشهاده الثالثه لا تسمع» .

أقول: و أيضا الشهاده على الشهاده لا تسمع مع إمكان الشهاده على الأصل، و لذا قال بعضهم بأنه مع عدم إمكان الشهاده على الأصل، يجوز الحكم طبق الشهاده على الشهاده، كما يجوز على نفس الشهاده على الأصل، بخلاف الشهاده على الحكم فإنها تسمع و لو مع إمكان الشهاده على الأصل.

و أيضا: الشهاده على الشهاده لا تسمع فى الحدود، بخلاف الشهاده على الحكم فإنها حجه فيها أيضا.

و لا تقبل الشهاده على الشهاده الإمراه واحده، و أما إنفاذ الحكم فيستمر باستمرار الزمان، ففيمما لا تكون الشهاده على الشهاده حجه لا محيص لرفع الحوائج و فصل الخصومات الا بإنفاذ الحكم.

و إذ لا يشترط فى الشهاده على حكم الحاكم عدم إمكان الشهاده على الأصل، فإن للحاكم الثانى استماع الشهود فى القضية من جديد، و له أن يحكم استنادا إلى الشهاده على حكم الأول، كما أن له اجراء الحد استنادا إلى الشهاده على الحكم، لعدم اختصاصها بغير الحدود.

هذا توضيح ما قرره صاحب الجواهر فى شرح عبارته المحقق فى جواب لا يقال.

و صاحب المسالك قرره بنحو آخر و هو: أن فى الشهاده على الشهاده قصورا عن الشهاده على الحكم، لأنها لا تسمع إلا مره واحده، بخلاف الشهاده على الحكم، فإنها تسمع فى الثالثه. و توضيح ذلك: ان الشهاده على الأصل هى المرتبه الأولى لإثبات المدعى، و المرتبه الثانيه هى الشهاده على الشهاده بعد تعذر الشهاده على الأصل، و حجيتها مخصوصه بتلك المرتبه، و أما الشهاده على الحكم التى هى فى المرتبه الثانيه عن شهادة الأصل فلا تختص حجيتها بتلك المرتبه، بل الشهاده على الشهاده على الحكم حجه أيضا و هى المرتبه الثالثه. انتهى.

لكن هذا فى الحكم الأول المستند إلى الشهاده على الأصل، و صاحب المسالك لم يتعرض للشهاده على حكم الحاكم الثانى المستند إلى الشهاده على الشهاده، و المستند إلى الشهاده على الحكم المستمر باستمرار الزمان. فظهر أن كلا التقريرين صحيح.

فالجواهر تبه على الفرق بين الشهاده على الحكم، و الشهاده على الشهاده، و المسالك نبه على قصور الشهاده على الشهاده عن الشهاده على الحكم بمرتبه، لكن الأول مشتمل على فوائد أكثر.

قال فى الجواهر: ان ما ذكره صاحب المسالك فرض نادر، قلت: و لىكن نادرا، فان الشارع جعل طريقا لفصل الخصومه فيه أيضا من باب اللطف.

و ظاهر هذا الوجه الأول هو التعليل لثبوت الحكم، و إذ ثبت و وصل الى الحاكم الثانى و جب القبول و الإنفاذ، لأن ملاك الثبوت و القبول هو ما ذكره من التعليل المذكور.

و الوجه الثانى ما ذكره بقوله: «و لانه لو لم يشرع إنهاء الاحكام بطلت الحجج مع تناول المدد» .

أى: الحكم بالإنفاذ موقوف على أمرين: أحدهما: قبوله الحكم. و الثانى:

كون الحكم و أصلا إليه بطريق مشروع، و لو لم يكن الوصول بالبينه مشروعا لبطلت الحجج. قال فى المسالك: لان الحاكم يموت فيبطل حكمه. قلت: يعنى ان الحكم لا- يبطل بالموت لانه ليس كالكاله مثلا، بل المراد ان الحكم يبقى بلا أثر، إذ لا طريق إلى إثباته مع عدم اعتبار البينه. قال: فان الشهود تصير طبقه ثانيه بعده، فإذا أنفذ حكمه بشهاداتهم طال زمان نفوذ الحججه و الانتفاع، و هلم جرا بالنسبه إلى الحاكم الثانى و الثالث، فيستمر الانتفاع بالحججه. أقول: يحتمل أن يكون مراده أن الشهاده على الإنفاذ يستمر أثرها، و يحتمل أن يكون المراد هو الشهاده على الشهاده فيكون فى المره الثالثه بلا أثر. و الظاهر هو الأول.

هذا، و لا نص فى مورد هذا الوجه الثانى، بل هو مقتضى عمومات أدله القضاء و نفوذ حكم الحاكم.

و الوجه الثالث: ما ذكره بقوله: «و لان المنع من ذلك يؤدي الى استمرار الخصومه فى الواقعه الواحده، بأن يرافعه المحكوم عليه الى آخر، فان لم ينفذ الثانى ما حكم به الأول اتصلت المنازعه» .

أقول: ان الغرض، من جعل الحاكم هو الفصل بين الخصومات، فلو لم ينفذ حكم الحاكم الأول من قبل الثانى لزم تفويت الغرض، و لكن تماميه هذا الوجه

تتوقف على ثبوت حكم الأول بطريق مشروع.

و الوجه الرابع ما ذكره بقوله: «و لاین الغريمين لو تصادقا ان حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم ما حكم به الأول، فكذا لو قامت البيئه، لأنها تثبت ما لو أقربه الغريم ألزم به» .

يعنى: ان إقرار المحكوم موجب لثبوت الحكم، و حينئذ يجب عليه ترتيب الأثر على الحكم، و البيئه تثبت ما يشتهه الإقرار.

أقول: ان الحاكم الثانى عند ما يريد إنفاذ حكم الأول لا بدله من ثبوت الحكم عنده و ثبوت وجوب الإنفاذ عليه، و قد اشتملت هذه الوجوه الأربعة على دليل الأمرين معا.

و قال صاحب الجواهر قدس سره: ان هذه الأدله الأربعة يظهر من بعضها انها مساقه بثلاث الاكتفاء بالشهاده فى إثبات حكم الحاكم، و من آخر أنه مساق لإثبات مشروعيه حكم الحاكم الأخر بإنفاذ ما حكم به الأول، الا أن الاولى الاستناد فى إثبات الأول إلى عموم دليل حجيه البيئه و القضاء بها، و فى الثانى إلى عموم حكم الحاكم، و أن الراد عليه راد علينا، و أن حكمه حكمهم، و ما ندرى أن النزاع فى أى المقامين، لان كلامهم مشوش.

و يشكل عليه بأن مقتضى الدليل عدم جواز الرد، لا وجوب الإنفاذ.

و فيه: أن وجوب الإنفاذ هو مقتضى عمومات وجوب القضاء لفصل الخصومه.

### **دليل المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض و رده:**

قال المحقق قده: «لا يقال: فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاض الى قاض و لا العمل به، و روايه طلحه بن زيد و السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام: أنّ علينا عليه السّلام كان لا يجوز كتاب قاض الى قاض لا فى حدّ و لا غيره، حتى و ليت بنو أميه، فأجازوا بالبينات.

لأننا نجيب: عن الأول بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع،

لان المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض ليس منعا من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته.

و نحن نقول: فلا عبره عندنا بالكتاب مختوما كان أو مفتوحا، و الى جواز ما ذكرنا أو ما الشيخ أبو جعفر رحمه الله في الخلاف.

و نجيب عن الرواية: بالطعن في سندها، فإن طلحه بترى و السكونى عامى، و مع تسليمها نقول بموجبها، فإننا لا نعمل بالكتاب أصلا، و لو شهد به فكأن الكتاب ملغى» .

أقول: هذا جواب المحقق عما يمكن الاستدلال به لمنع العمل بكتاب قاض الى قاض.

فالأول: الإجماع، و قد أجاب عنه بمنع قيامه على موضع النزاع، و توضيح الجواب هو: ان الإجماع ان كان فمعقده المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض آخر، لا عدم العمل بحكم الحاكم الثابت بشهادة العدلين مثلا، لا سيما مع إسهاد الحاكم إياهما حين إصداره الحكم.

و بالجملة فإن معقده هو المنع من العمل بالكتاب من حيث أنه كتاب، و أما مع ثبوت الحكم عند الثانى فلا ريب فى وجوب إنفاذه.

و الثانى: الروايتان. و قد أجاب عنهما بالطعن فى السند قال: فإن طلحه بترى و السكونى عامى (١).

قال: و مع تسليمها من حيث السند نقول بموجبها، فأننا لا نعمل بالكتاب أصلا و لو شهدا به، فكان الكتاب ملغى، بل عملنا هو بالحكم الذى قامت عليه البيئه.

و مما يمكن الاستدلال به للمنع هو: ان حكم الحاكم الثانى خروج عن قانون القضاء، لأن أدله القضاء جعلت الميزان الشرعى المقرر له فى البيئه و اليمين، فإذا حكم هذا الحاكم كان حكمه لا عن طريق البيئه و اليمين.

و الجواب عنه: ان المراد من حكم الثانى ليس إنشاء الحكم بأصل الدعوى، كالحكم بملكه زيد للدار أو زوجيه هند له، بل الغرض حكمه بوجوب اتباع حكم الحاكم الأول، و هذا فى الحقيقه إقرار و إثبات لحكم الأول و إنفاذ له، و الظاهر اتفاق الأصحاب على وجوب إنفاذ حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى على الفقهاء الآخرين.

### **لا يعتبر الأشهاد فى هذه الشهاده.**

ثم هل يعتبر فى هذه الشهاده أن تكون مع إشهاد الحاكم للشاهدين على حكمه مطلقا، أو مع حضورهما مجلس الحكم و سماعهما لفظ الحاكم؟ .

الظاهر عدم اعتبار شىء من ذلك، فان مقتضى إطلاق أدله حجه البيئه سماع

هذه الشهادة، و لا يعتبر فى قبولها الاشهاد، و لا حضور المجلس مطلقا.

على أنا لا نجد فرقا بين هذه الشهادة و غيرها، و دعوى عدم الخلاف فى اعتبار الاشهاد فى هذا المقام كما عن صاحب الرياض «قده» كما ترى. نعم ينبغى قيام الحاكم بالإشهاد احتياط كما ذكر المحقق «قده» .

### قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس:

قال المحقق: «إذا عرفت هذا فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود و غيرها من حقوق الله» .

أقول: و على هذا فلو أراد الحاكم الثانى الحكم بالحد توقف على ثبوت موجه عنده، بحسب الموازين الشرعيه المقرره للثبوت بالنسبه الى كل موجب للحد، و لا يكفى ثبوته عند الحاكم الأول لأن يحكم به، نعم له اجراء الحد بعنوان تنفيذ حكم الأول، فإن للحاكم الأول اجراء الحد بنفسه أو يأمر غيره به مجتهدا كان المأمور أو مقلدا.

و دليل هذا القصر هو الإجماع، و قوله عليه السّلام: «الحدود تدرأ بالشبهات» و قد أشكل على الاستدلال بالخبر المذكور بأنه لا شبهه مع قيام البيئه المعتره فلا يدرأ الحد، و يمكن دفعه بأن البيئه قامت عند الحاكم الأول، و قيامها تقتضى إلغاء الشك و الشبهه، و أما الحاكم الثانى فلم تقم عنده البيئه، فالشبهه باقيه بالنسبه إليه فليس له الحكم.

### ما ينهى إلى الحاكم:

قال المحقق قدس سره: «و ما ينهى إلى الحاكم أمران: أحدهما: حكم وقع بين المتخاصمين. و الثانى: إثبات دعوى مدع على غائب.

أما الأول: فإن حضر شاهدا الإنهاء خصومه الخصمين و سمعا ما حكم به الحاكم و أشهدهما على حكمه، ثم شهدا بالحكم عند الآخر، ثبت بشهادتهما حكم



ذلك الحاكم و أنفذ ما ثبت عنده، لا انه يحكم بصحة الحكم فى نفس الأمر، إذ لا علم له بذلك، بل الفائده فيه قطع خصومه الخصمين لو عاودا المنازعه فى تلك الواقعه.

و ان لم يحضر الخصومه فحكى لهما الواقعه و صوره الحكم، و سَمى المتحاكمن بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما و أشهدهما على الحكم ففيه تردد، و القبول أولى، لان حكمه كما كان ماضيا كان أخباره ماضيا» .

أقول: ان الذى ينهاه الحاكم الأول بالكتاب الى الحاكم الثانى أمران:

أحدهما: الحكم الذى حكم به بين المتخاصمين: فان حضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم و سمعا ما حكم به الحاكم فى الواقعه بل و أشهدهما على حكمه ثم جاء فشهدا بحكم الحاكم الأول عند الثانى فإنه يثبت بذلك حكم ذلك الحاكم، و على الثانى إنفاذه و فصل الخصومه المتجدده بين الخصمين فى نفس تلك الواقعه، و ليس له الحكم بصحة حكم الأول فى الواقع لانه لا علم له بذلك، و قد نهى الشارع عن القول بلا علم.

و ان لم يحضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم، بل حكى الحاكم الأول لهما الواقعه شارحا صوره النزاع و حضور المتنازعين عنده و صوره حكمه، و ذكر المتحاكمن بأسمائهما و أسماء آبائهما و صفاتهما المشخصه، و أشهد الشاهدين على حكمه ففى ثبوت الحكم بشهادتهما عند الحاكم الثانى تردد عند المحقق قده لكن قال «و القبول أولى» قال فى الجواهر: «وفاقا للأكثر، بل لم أجد فيه خلافا سوى ما يحكى عن الشيخ فى الخلاف، بل قيل: انه ظاهره دعوى الإجماع عليه، الا أنى لم أجد من وافقه عليه سوى بعض متأخرى المتأخرين، بناء منهم على أن الأصل يقتضى عدم جواز الإنفاذ فى غير صوره القطع لانه قول بغير علم، خرج ما خرج و بقى ما بقى» و قد رجح المحقق هنا القبول بعد التردد-بخلاف مسأله الإنهاء بالقول مشافهه

حيث تردد فيها بلا ترجيح، حيث قال: «و اما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، ففي القضاء به تردد، نص الشيخ في الخلاف انه لا يقبل» و هو كذلك، لما ذكرنا سابقا من حجية قوله فيما هو مرجوع اليه و محول عليه و لا يعرف الا من قبله، فإذا أخبر بأني قد حكمت بكذا و اشهد الشاهدين على ذلك كان إخباره حجه كما لو سمعا بأنفسهما الحكم منه، و كما يلغى احتمال عدم قصده للحكم بالنسبه إلى الإنشاء المسموع منه فكذلك يلغى احتمال الخلاف بالنسبه إلى إخباره عن ثبوت حكمه، و بذلك ينقطع الأصل الذي تمسك به المانعون.

قال المحقق: «و أما الثاني-و هو إثبات دعوى المدعى-فان حضر الشاهدان الدعوى و اقامه الشهاده و الحكم بما شهدا به و أشهدهما على نفسه بالحكم و شهدا بذلك عند الآخر، قبلها و أنفذ الحكم، و لو لم يحضروا الواقعه و أشهدهما بما صورته:

ان فلان ابن فلان الفلاني. ادعى على فلان بن فلان بن الفاني كذا، و شهد له بدعواه فلان و فلان، و يذكر عدالتهم أو تزكيتهم، فحكمت أو أمضيت، ففي الحكم به تردد مع ان القبول أرجح، خصوصا مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى و شهاده الشهود». .

أقول: هذا هو الأمر الثاني، و هو أيضا على قسمين، فالأول: أن يحضر الشاهدان مجلس الحكم على الغائب و يشهدهما الحاكم عليه، فإذا شهدا بذلك عند الحاكم الثاني ثبت الحكم و كان على الثاني إنفاذه.

و الثاني: ان لا يحضر الشاهدان الدعوى بل يخبرهما الحاكم الأول بها و بحكمه في الواقعه مع ذكر اسم المدعى و المدعى عليه و تعريفهما، كأن يخبرهما و يشهدهما بما صورته ان فلان بن فلان الفلاني ادعى على فلان بن فلان الفلاني كذا و شهد له بدعواه شاهدان عادلان و هما فلان و فلان فحكمت و أمضيت، فهل يقبل الحاكم الثاني هذه الشهاده و يحكم بذلك؟ تردد فيه المحقق ثم رجح القبول على نحو ما عرفته في المسأله السابقه، خصوصا مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى

و شهاده الشهود. لكن لما كان الغائب على حجته إذا قدم فإنه ينبغي ضبط أسماء الشهود ليتمكن من الجرح و نحوه، و كذا غير ذلك مما له مدخله في بقاء الخصم الغائب على حجته.

هذا كله في الحكم.

### حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به:

قال المحقق قده: «أما لو أخبر حاكما آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثاني، و ليس كذلك لو قال «حكمت» فان فيه ترددا»

أقول: و أما لو أخبر الحاكم الأول الثاني بثبوت الدعوى عنده، أو قال بعد سماع الدعوى و شهاده الشاهدين «ثبت عندي كذا» فلا يجوز للثاني أن يحكم به أو يقول «ثبت عندي كذا»، لعدم الثبوت عنده، و لا أن يقول: «أنفذت حكمه» لأن الثبوت ليس حكما كي يندرج في أدله الإنفاذ.

و بالجملة فإن موضوع وجوب الإنفاذ هو «الحكم» لا «الثبوت» .

قال عليه السلام: «إذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا ردّ و الراد علينا الراد على الله، و هو على حدّ الشرك بالله» (١).

اللهم إلا- إذا حصل الاطمئنان بثبوت الأمر عند الحاكم أو الحكام الآخرين و سائر الناس، و لذا كان عيد الفطر يثبت في أيام شيخنا الأستاذ (١) بقوله: «ثبت عندي». و كان رحمه الله لا يحكم لانه لم يكن يرى-تبعا لبعض مشايخه-ولا يه للحاكم في مثل ذلك.

ثم انه قد ذهب بعض الأصحاب-على ما حكاه في المسالك-الى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطه و هم الشهود على حكم الأول، فلو كان الحاكمان مجتمعين و أشهد أحدهما الآخر على ذلك لم يصح إنفاذه، لأن هذا

ص: ٢٣

ليس من محل الضروره المسوغه للإفناذ المخالف للأصل.

و أجاب عنه فى الجواهر بأن ذلك ليس قولاً لأحد من أصحابنا و لم نعرف أحداً حكاه غيره، و بأن الضروره المذكوره فى الدليل انما هى حكمه أصل المشروعيه للإفناذ لا أنها علمه يدور الحكم مدارها وجوداً و عدماً، و بأن الضروره قد تتحقق فيه لقطع الخصومه مع عدم الكون فى البلاد المتباعده من الحاكم الأول.

### حقيقه الإفناذ

هذا و ليس «الإفناذ» إرشاداً إلى العمل بحكم الحاكم الأول فقط، كما هو الشأن فى عمل نقله فتاوى الفقهاء و إرشادهم العوام الى العمل بفتاوى مقلديهم، بل ان المراد من الإفناذ حكم الثانى بوجوب اطاعه حكم الأول و لزوم تطبيقه حتى ينقطع النزاع، بغض النظر عن صحته و سقمه، فله أن يقول: يجب امتثال الحكم بكون المال لزيد و ان كنت لا أعلم بصحة هذا الحكم. هذا ما تفيده ظواهر كلمات القوم.

و الدليل عليه قوله عليه السلام: «فإذا حكم». و ليس من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و لذا يكون فاصلاً للخصومه، و لو كان من ذلك الباب لما كان كذلك.

لكن يمكن أن يقال بأن للحاكم الثانى أن يجعل حكم الأول حجه فى الحكم كما يحكم استناداً إلى البيئه مثلاً، فله أن يحكم فى أصل القضية حكماً من عنده استناداً الى انظر الأول فى الواقعه و حكمه فيها، و لا يتأفیه ظاهر الحصر فى قوله صلى الله عليه و آله «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» لجواز حمله على الحصر الإضافى، و قد أجاز ذلك المحقق النراقى و منعه المشهور مستدلين بأن هذا الحكم قول بغير علم، إذ المفروض عدم علمه بكون المال لزيد مثلاً و بأن المفروض جهله بملاك حكم الأول فمن الجائز أنه لو علم به لخالفه، و على هذا فليس له الحكم به، كما لا يجوز له الحكم بصحته أو موافقته للواقع.

و استدلل النراقى بأن حكم الحاكم الأول حكم الله فى الواقعه، لأدله حجيه

حكم الحاكم، فهو حجه، و حينئذ فكما يجوز للحاكم الثانى الاستناد إلى البيئه و اليمين و نحوهما من الحجج، كذلك له ان يستند الى هذه الحجه، فيحكم على طبق حكم الأول حكما مستقلا كما له أن ينفذه.

و الأقوى ما ذهب اليه الا- ان يكون إجماع على خلافه، لكن الأحوط فى المقام هو إنفاذ حكم الأول و عدم الحكم بنفسه فى الواقعه.

### صوره الإنهاء:

قال المحقق قدس سره: «و صورته الإنهاء: أن يقص الشاهدان ما شاهدها من الواقعه، و ما سمعاه من لفظ الحاكم، و يقولان: و أشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك و أمضاه، و لو أحالا على الكتاب بعد قراءته و قالان: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك جاز» .

أقول: أى ان تحقق الإنهاء يكون بشرح الشاهدين كل ما شاهدها من الواقعه فى مجلس الحكم من حضور المتخاصمين و دعوى المدعى و إنكار المدعى عليه ثم اقامه الأول البيئه على دعواه، ثم بحكاية لفظ الحكم الذى أصدره الحاكم و التصريح بإشهاد إياهما على حكمه.

و يقوم مقام هذا كله احالتهما الحاكم الثانى على الكتاب الذى كتبه الحاكم الأول بالواقع بعد قراءته و أن يقولان: أشهدنا الحاكم انه حكم بذلك.

قال المحقق: «و لا- بد من ضبط الشىء المشهود به بما يرفع الجهاله عنه، و لو اشتبه على الثانى أوقف الحكم حتى يوضحه المدعى» .

أقول: هذا من شرائط الإنهاء بالشهاده، فلا بد من أن يكون الأمر الذى يشهدان به مضبوطا من الشاهدين معينا بجميع جهاته و شئونه بحيث ترتفع الجهاله عنه، فلو كان مورد الدعوى غصب مال مثلا و أرادا الشهاده بذلك لزم أن يكونا عالمين بخصوصيات الواقعه من زمان الغصب و مكانه و غير ذلك بحيث ترتفع الجهاله و الا

لم يسمع الثاني شهادتهما بل يجب عليه إيقاف الحكم الى أن يتضح الأمر و يرتفع الاشتباه.

و لا- خصوصيه لتوضيح المدعى- و ان قال المحقق: «حتى يوضحه المدعى» - بل يكفي وضوحه من أينما كان. نعم بما أن المدعى هو الذى يدعى شيئا و يطلب من الحاكم النظر فى دعواه فهو المخاطب بإثبات ما يدعيه بطريق شرعى كشهاده غير الأولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك.

و هل يعتبر فى الإنهاء كونه الى قاض معين أو يكفي توجه الكتاب الى مطلق القضاء؟ حكى الأول عن بعض العامه، و فيه انه لا وجه لهذا التقييد، بل ان البينه حجه و ان لم يكن معها كتاب مطلقا، فلا يختص الإنفاذ بالمكتوب اليه.

### حكم ما لو تغير حال الحاكم الأول:

قال المحقق: «و لو تغير حال الأول بموت أو عزل لم يقدر ذلك فى العمل بحكمه، و ان تغير بفسق لم يعمل بحكمه، و يقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه» .

أقول: لا- ريب فى نفوذ حكم الحاكم الجامع للشرائط و الصفات المذكوره فى أول كتاب القضاء، و يعتبر كونه على تلك الصفات فى حين إصداره الحكم، فلو تغير حال الحاكم بموت أو عزل عن القضاء أو جنون أو عمى-بناء على اشتراط البصر- أو غير ذلك لم يقدر ذلك فى العمل بحكمه و وجوب إنفاذه على الحاكم الثانى، و قد استثنى المحقق تبعا للمشهور من ذلك الإسلام و العدالة، و أنه يشترط بقاءه على ذلك بعد الحكم كذلك، فلو تغير حاله بكفر أو فسق لم يعمل بحكمه- و ليس الأمر كذلك فى سائر الأمور المشروطه بالعداله كامامه الجماعه و الشهاده بالطلاق و نحوهما- و كذا لو تغير حاله بعد الحكم و قبل العمل.

أما إذا تغير حاله بعد العمل بحكمه فلا ريب فى عدم بطلان الحكم بذلك.

و هذا الذى ذكره جار فى مورد فتوى المجتهد أيضا، فلو أفتى بفتوى فمات لم يقدر ذلك فى العمل بفتواه، نعم فى الجواهر: «الظاهر الإجماع على عدم

جواز العمل ابتداء بفتاوى الأموات» و أما إذا كان قد قلده ثم مات المجتهد فقد أفتوا بجواز البقاء على تقليده.

و هذا بخلاف ما إذا تغير حاله بفسق أو جنون، نعم العمل الذى أتى به على طبق فتواه قبل التغير صحيح بلا كلام، و يقر ما وقع بحسب فتواه من بيع أو نكاح أو ما شابه ذلك على ما كان عليه.

و قد استدل لما ذكره المحقق قده بأمرين، أحدهما: -ان ظهور الفسق يشعر بالخبث الباطنى و قيام الفسق يوم الحكم. و الثانى: انه يصح أن يقال بعد فسقه بأنه حكم فاسق فعلا، فلا يجوز العمل به و إنفاذه.

لكن كلا الأمرين واضح الضعف، و لا يقاومان إطلاقات الأدله، و من هنا ذهب جماعه كالأردبيلى و النراقى الى عدم الفرق بين الفسق و الموت، أخذوا بإطلاقات أدله حجيه حكم الحاكم، الا أن ذهاب المشهور الى ما ذكره المحقق، بل دعوى بعضهم عدم الخلاف فيه يمنعنا من الجزم بعدم الغرق.

و ربما يؤيد المشهور بما ذهب اليه بعض الأصحاب من الفرق بين الفسق و غيره من الموانع فى بعض الموارد، فمن ذلك ما لو تغير حال الشاهدين بعد أداء الشهاده و قبل الحكم طبق شهادتهما بموت أو جنون مثلا، لم يقدح ذلك فى قبول الشهاده و ترتب الأثر عليها، بخلاف ما لو تغير بفسق فلا- تعتبر. و من ذلك أيضا: ما لو تغير حال شاهدى الأصل قبل الحكم بشهادته شاهدى الفرع، فإنه يمنع عن الحكم ان كان التغير بفسق و لا يمنع ان كان بغيره.

و يؤيده أيضا جواز البقاء على تقليد المجتهد الميت دون الفاسق.

و لو وصلت النوبه الى الأصل فالأصل هو عدم جواز العمل و الإنفاذ.

هذا كله بالنسبه إلى تغير حال الحاكم الأول الكاتب للكتاب.

### لا أثر لتغير حال المكتوب اليه:

قال المحقق: «و لا أثر لتغير حال المكتوب إليه فى الكتاب بل كل من قامت

عنده البينه بأن الأول حكم به و أشهدهم على ذلك عمل بها، إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام» .

أقول: ان أنفذ الحاكم الثانى الحكم ثم تغير حاله بموت أو جنون أو غيرهما لم يقدح ذلك فى إنفاذه، و ان تغير بفسق لم يعمل بحكمه بالإنفاذ على المشهور.

و من المعلوم ان ذلك لا يقدح فى حكم الحاكم الأول بل كل ما قامت عنده البينه من الحكام بأن الحاكم الأول قد حكم به و أشهدهم على ذلك عمل بها لعموم دليل حجيتها، إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام لان حكمه حكم الأئمة عليهم السلام.

و هكذا يجب على الناس العمل بذلك الحكم، و ان كان المخاطب بالكتاب حاكما معينا بمفرده.



المسألة الأولى

(حكم ما لو أقر المحكوم عليه أو أنكر)

قال المحقق: «إذا أقر المحكوم عليه و أنه هو المشهود عليه ألزم، و لو أنكر و كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق غالبا فالقول قوله مع يمينه ما لم يقر المدعى بينه، و ان كان الوصف مما يتعذر اتفاهه الا نادرا لم يلتفت الى إنكاره لأنه خلاف الظاهر» .

أقول: لما قامت الشهادة فاما يقر المحكوم عليه و أنه هو المشهود عليه، فيلزمه الحاكم بأداء ما عليه بلا اشكال، و بلا خلاف كما فى الجواهر.

و اما ينكر، و حينئذ فإن كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق عليه و على غيره- كما لو جاء فى الشهادة على الحكم بأن محمد بن احمد مدين لفلان كذا، فإنه يحتمل الاتفاق على هذا الشخص و على غيره بكثرة-سمع قوله مع يمينه، إلا إذا أقام المدعى بينه على ان هذا هو المقصود.

و عن بعضهم بطلان أصل الحكم على عنوان مشترك كما فى المثال المذكور.

و ان كانت الشهادة بوصف يتعذر اتفاهه الا نادرا- كما إذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفة الكذائيه و المهنة الفلانيه- لم يلتفت الى إنكاره الحكم عليه بلا خلاف بين من تعرض لذلك كما فى الجواهر، و ذلك لانه خلاف الظاهر.

هذا و فى المسأله تفصیل، لأنه إذا أنكر كونه المحكوم علیه فتاره يدعى المدعى كونه هو على التعین، و حیثذ لیس للحاكم الثانى إنفاذ حكم الأول فى حق هذا الشخص، بل تجرى أحكام المدعى و المنكر. و أخرى یتردد المدعى بین هذا و شخص آخر یشترك معه فى الاسم و الوصف، فان كان هذا التردد من المدعى من أول الأمر كان المورد من فروع مسأله الدعوى على المردد، كدعوى ولى المقتول بأن أحد هذین قاتل أبى، و فى صحه هذه الدعوى بحث و خلاف. و بناء على صحتها یتطلب المدعى بالبینه، و مع عدمها یحلف الرجلان ان كانا حاضرین أو الحاضر منهما، و مع الامتناع ترد الیمین على المدعى.

و لو شهد الشاهدان على معین و حكم معین و حكم الحاكم علیه بأداء الحق ثم اشتبه فلا- ریب فى صحه الحكم، فان وقع الاشتباه من عدم ذكر الحاكم الأول للأوصاف و المشخصات بالتفصیل، جاء ما ذكره المحقق من أنه ان كانت الشهاده یوصف یمتثل الاتفاق. بخلاف ما لو كان الوصف مما یتعذر اتفاهه الا نادرا و قد ذكره الحاكم الأول بالتفصیل، فإنه لا یتلفت الى إنكاره لأنه خلاف الظاهر، و ان كان سماع دعواه انطباق الاسم و الوصف فعلا على غیره غیر بعيد.

قال المحقق: «و لو ادعى ان فى البلد مساویا له فى الاسم و النسب كلف إباتته فى إثباته، فإن كان المساوی حیا سئل، فإن اعتراف أنه الغریم الزم و أطلق الأول، و ان أنكر وقف الحكم حتى یتیین» .

أقول: ووقوف الحكم بمجرد دعوى أن المحكوم علیه شخص آخر غیره -مع إنكار ذلك الشخص فى غایه الإشکال، اللهم الا ان یقال بان الدعوى كانت على کلّی المسمى بهذا الاسم و قد صدر الحكم علیه كذلك، ثم اشتبه المصداق الحقیقى بغيره. لكن صحه الدعوى على الكلّی المردد محل خلاف.

هذا كله مع كونه حیا.

قال المحقق: «و ان كان المساوی میتا و هناك دلالة تشهد بالبراءه، اما لان

الغريم لم يعاصر، و اما لان تاريخ الحق متأخر عن موته ألزم الأول و ان احتمل وقف الحكم حتى يتبين» .

أقول: و هذا أيضا مشكل بعد كون المدعى قد خص هذا الشخص فى الدعوى و أقيمت عليه الشهاده و صدر الحكم.

و قد فصل بعضهم بين ما إذا ذكر الاسم و الوصف و كان الوصف محتملا للاتفاق فيه مع غيره من أول الأمر، و بين ما إذا كان متعذرا اتفاهه من أول الأمر ثم اتفق بعد ذلك. فحكم بالبطلان فى الأول دون الثانى.

## المسأله الثانيه

(حكم امتناع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض)

قال المحقق: «للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض، و لو لم يكن عليه بالحق شاهد قيل: لا يلزم الاشهاد. و لو قيل: يلزم كان حسنا.» أقول: هذا لثلا يطالبه ذو الحق به مره أخرى، و الدليل على هذا الحكم قاعده لا ضرر و لا ضرار، هذا إذا كان مع صاحب الحق ما يثبت حقه، و أما مع عدمه و علم المحكوم عليه بالحق فيما بينه و بين الله فلا كلام فى وجوب أداء الحق بالمطالبه، إذ ليس مع ذى الحق ما يخاف مراجعته به مره أخرى، و لو قيل: يلزم الاشهاد كان حسنا حسما لماده المنازعه أو كراهه لتوجه اليمين.

هذا و لكن فى الحكم بجواز الامتناع من التسليم الا مع الاشهاد نظر، لأن أداء حق الناس واجب، و المماطله غير جائزه، غايه الأمر انه لو حدث نزاع بعد ذلك ترافعا الى الحاكم و ارتفع بالموازين الشرعيه، فمجرد احتمال حدوث النزاع مره أخرى لا يجوز تأخير أداء حق الناس، ففيما ذكروه تردد.

(عدم وجوب دفع الحججه على المدعى)

قال المحقق: «لا يجب على المدعى دفع الحججه مع الوفاء. وكذا القول فى البائع.» أقول: دليل عدم الوجوب كون الحججه ملكا له. وقد قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «الناس مسلطون على أموالهم» ولأنها حجه له لو خرج المقبوض أو المبيع مستحقا.

ص: ٣٢

الكلام في: بعض أحكام القسمة

إشاره

ص: ٣٣



«القسمه» معامله مستقله لها أحكامها الخاصه، و قد تعرض الأصحاب قدست أسرارهم لها في كتاب الشركه، و ذكروا بعضها في كتاب القضاء من جهه استحباب أن يكون للحاكم قاسم يقسم الأموال المشتركه بين الشركاء، لتوقف فصل الخصومه على القسمه في كثير من الأحيان.

### مشروعيه القسمه:

و مشروعيه القسمه بأن تكون معامله كالمعاملات الأخرى ثابتة بالكتاب و السنه، ففي القرآن الكريم «وَ إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ وَ الْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ» (١) إذ الاستفادة من هذه الآيه المباركه إمكان تمييز السهام بعضها عن بعض بالقسمه، من دون حاجه الى أن يبيع بعض الشركاء سهمه من بعض لتحقق الفرز و تعيين الحصص في المال، فالآيه ظاهره في تشريع القسمه لأن تكون طريقا للوصول الى هذا الغرض و الآقال-مثلا-: و إذا حضر البيع أو الصلح.

و ذكروا أيضا قوله عز و جل «وَ تَبَيَّنْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ» (٢) و لكن في

ص: ٣٥

---

١-١) سورة النساء: ٨.

٢-٢) سورة القمر: ٢٨.

دلالته على تشريع القسمة نظر، لان الماء كان لهم خاصة و لم يكن مشتركاً، و قد أمر سبحانه بجعل قسم من الماء للناقه.

و من السنه: ما روى من «أن عبد الله بن يحيى» كان قساماً لأمر المؤمنين (1) و قد قسم رسول الله صلى الله عليه و آله خبير على ثمانية عشر سهماً. و قال صلى الله عليه و آله: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود و عرفت الطرق فلا شفعة» (2). قال فى الجواهر: «و غير ذلك من النصوص، و إجماعاً بقسميه، بل ضروره» .

ثم ان القسمة تاره تكون بإفراز الحصص بعضها عن بعض، و اخرى تكون قسمه مهاباه، بمعنى تقسيم الانتفاع من الشىء المشترك بحسب الأزمنه، كالدابه المشتركه بين اثنين يستعملها هذا يوماً و ذاك يوماً.

### حقيقه القسمة:

ثم انه تاره يختلط مال اثنين بعضه ببعض، كأن يختلط شياها هذا بشياها ذاك فهنا قولان:

أحدهما: أنهما يشتركان فى المجموع بنحو الإشاعه، كما هو الحال فيما إذا ورث الاخوان هذا المجموع معا. و الثانى ان كلاً منهما يملك حقه و مملوكه الواقعى فقط. و إذ لا طريق الى التمييز فلا بد من التراضى بينهما بالتقسيم، بأن تنتقل عين مال كل واحد إلى الآخر فى مقابل عين ما له فىكون فى الواقع تبديلاً.

و تاره اخرى يكون الاختلاط بين المالين موجبا لاشتراكهما بالإشاعه عند العرف، كأن تختلط حنطه هذا بحنطه ذاك. فلا يصدق حينئذ التبديل، بل يقال هنا بالتمييز و الافراز و التعيين، و المراد جعل المال الذى يشترك الاثنان فى تملكه مفرزا الى ملكين يختص كل واحد منهما بواحد.

قال المحقق قدس سره فى كتاب الشركه: و هى تمييز الحق من غيره، و كذا قال فى المسالك و الجواهر، بل نسب الى المعروف بين الأصحاب، و عليه السيد صاحب

ص: ٣٦

١-١) سنذكر ترجمه هذا الرجل قريباً.

٢-٢) سنن البيهقى ٦-١٠٢.



الوسيله، و الاولى التعبير بالتعيين وفاقا للسيد صاحب العروه حيث قال: و الاولى التعبير بالتعيين، لان الظاهر من التمييز أن يكون له واقع معين و ليس كذلك (1).

نعم فى مثال الشياه على الوجه الثانى يصح التعبير بالتمييز.

فالأولى التعبير هنا بالتعيين، لعدم تعيين حق كل من الشريكين خارجا، إذا المفروض انهما يشتركان فى كل جزء جزء من المال حتى يصل الى الجزء الذى لا يتجزء فيقسم هناك تقسيما عقليا. فالمراد من القسمة تعيين مصداق الكلى.

و اما احتمال أن تكون القسمة تعيين ما يملكه كل واحد من الشريكين خارجا، بمعنى أن كل مال من الأموال المملوكة هو ملك لكليهما، فيكون أحدهما مالكا للنصف الثانى من المال الذى بيده بإزاء تملكه النصف الآخر من المال الذى بيد شريكه، فتكون القسمة فى الحقيقه بيعا، لأنها على هذا تبديل الأموال بعضها ببعض بحسب السهام، لكن الشريكين ينشئان القسمة و لا نظر لهما الى المبادله و المعاوضه الواقعه.

فيضعفه: انه ان كان المراد من النصف هو النصف المردد فان المردد لا وجود له فى الخارج، و ان كان المراد منه النصف المعين فهذا خلف للفرض، و لو كان كذلك لم يكن حاجه الى التقسيم. فيرجع الأمر الى الكلى و يكون من قبيل تعيين الكلى فى المصداق، نظير تملك الكلى فى المعين كالصاع من الصبره إذ يتعين كلى الصاع بالصاع الذى يدفعه، و ان كان بين الموردين فرق من جهه أخرى، و ذلك انه مع تلف شىء من المال المشترك يكون التلف من كليهما، بخلاف ما لو تلف من الصبره مقدار فإنه من مالكة، حتى إذا بقى منها صاع واحد كان لمستحقه و لم يشاركه صاحب الصبره.

و أما احتمال ان يكون المملوك لكل واحد من الشريكين هو الأحد اللابعيه

بناء على أن الملكيه أمر اعتبارى، فيجوز ان يباع الواحد المردد لانه قابل للتمسك كما يقبل الكلى ذلك نظير بيع ثمره الشجره قبل وجودها. فيكون التقسيم فى حقيقته إخراج كل فرد من حال عدم التعين الى التعيين-ففيه ما تقدم من أن الواحد احد المردد لا وجود له ولا حقيقه، و الملكيه و ان كانت أمرا اعتباريا لكن يشترط فى متعلقها أن يكون أمرا قابلا للوجود فى الخارج.

و التحقيق هو النظر فى حقيقه الشركه، و بذلك يتضح معنى القسمه، و الحاصل:

ان التقسيم هو التعيين، لان معنى الشركه هو تملك كل من الشريكين للنصف مثلا من المال بنحو الإشاعه، و حيث يراد إخراج الملك عن الإشاعه و تعيين حق كل واحد من الشريكين، يقسم المال بحسب السهام، فيكون التقسيم تعيين كل من النصفين لكل من الشريكين مثلا، فيتحصل ان معنى التقسيم إخراج المال عن حال كونه مملوكا للشريكين بالإشاعه الى حال تعيين ملك كل واحد منهما فيه، بتعيين مصاديق كل الاجزاء لكل منهما، و هذا الوجه أحسن الوجوه فى هذا المقام.

### حكم نصب القاسم:

قال المحقق: «و يستحب للإمام ان ينصب قاسما كما كان (١) لعلى عليه السلام» .

أقول: هذا الحكم لا ريب فيه كما فى الجواهر، لان نصب القاسم من المصالح العامه، و عن القواعد الإجماع عليه.

و ان تعبيره ب «النصب» يفيد أن ذلك منصب من المناصب، و لانزم ذلك أن يكون للقاسم ولايه على التقسيم كما للحاكم ولايه على الحكم، و يكون ما فعل نافذا على الشريكين كما ينفذ حكم الحاكم على المتخاصمين، و لو لم يرض أحدهما

بالتقسيم حكم الحاكم به من باب كونه وليا على الممتنع و كان التقسيم نافذا.

و إذا كانت القسمة منصبا و كان القاسم منصوبا من قبل الامام عليه السّلام أو الحاكم لزم وجود الشرائط الاتيه فيه. قال المحقق قدس سره:

### صفات القاسم:

«و يشترط فيه البلوغ و كمال العقل و الايمان و العدالة» أقول: لا شبهه و لا خلاف فى اشتراط كونه بالغاً عاقلاً، إذ لا عبره بأفعال الفاقد للبلوغ و العقل، كما لا ريب و لا خلاف فى اعتبار الايمان و العدالة فيه، لان صاحب هذا المنصب ذو ولايه، و قد قال الله عز و جل «لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ» (١) قال: «و المعرفه بالحساب» .

أقول: و كذا نحوه مما تحتاج إليه القسمة غالبا.

قال: «و لا يشترط الحرية» .

أقول: ظاهر الجواهر الإجماع على عدم اشتراط الحرية فى القاسم، فيجوز ان يتولى ذلك العبد الجامع للشرائط المعتمره بإذن المولى.

قالوا: و يشترط فيه القصد بأن يقسم المال و يفرز الحقوق مع القصد و الإنشاء كما يصدر الحاكم الحكم كذلك.

قال: «و لو تراضى الخصمان بقاسم لم يشترط فيه العدالة» أقول: اما بناء على عدم كون القسمة منصبا من المناصب، فإنه حيث يريد القاسم القسمة الإجباريه فإن القدر المتيقن من القسمة النافذه قسمه المؤمن العدل، و لا يوجد عندنا إطلاق لتتمسك به لأجل نفوذ قسمه مطلق القاسم، و اما قاسم الامام عليه السّلام ففى الخبر انه كان من شرطه الخميس و كان مبشرا بالجنه.

و أما إذا كان القاسم معيناً من قبل الشريكين فلا- حاجه الى العدالة و الايمان، إذ المفروض رضاهما بما يفعله- كما لهما أن يقتسما المال بأنفسهما- نعم لا بد

ص: ٣٩

من كون القاسم الذى يتراضيان بتقسيمه مكلفا، لان عمل الصغير لم يمضه الشارع فى مورد. وقيل: لا مانع من ان يتصدى الصغير عملا من باب المقدمه، للتقسيم، كأن يكون اداه و وسيله لذلك، و فيه: انه لا يتحقق الافراز الا بالتقسيم و القرعه، فالذى يفرز المشاع هو نفس التقسيم، و بالقرعه يتعين حق كل واحد من الشريكين، فالتقسيم إذا عمل يترتب عليه أثر فلا يجوز أن يقوم به الصغير، و لا يتصور عمل آخر غير التقسيم و القرعه ليكون مقدمه يجوز قيام الصغير به.

أذن لا بد من كونه مكلفا بالبلوغ و العقل، و لكن لا يشترط فيه الايمان و العدالة قال المحقق: «و فى التراضى بقسمه الكافر نظرا، أقربه الجواز كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم» .

أقول: و ما قربه هو الأقوى، فإنه لا مانع من أن يتصدى الكافر ذلك فى صورته كونه معينا منهما، و ليس للقاسم سلطنه حتى يمنع عملا بقوله تعالى «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (١).

نعم فيما قيل انه منصب من المناصب الشرعيه كالقضاء مثلا و قيل ان له ولايه على المقتسمين، فلا بد له من الايمان و العدالة و يكون نصبه من قبل الامام عليه السلام أو نائبه الخاص أو العام ادام الله وجود نوابه فى الأنام.

### هل يشترط الرضا بعد القرعه؟

قال المحقق قدس سره «و المنصوب من قبل الامام تمضى قسمته بنفس القرعه و لا يشترط رضاها بعده» .

أقول: لا خلاف و لا إشكال فى ذلك، لما تقدم من تحقق الولاية له من جهة كونه منصبا، فيكون تقسيمه نافذا مطلقا كما ينفذ حكم الحاكم فى حق المتخاصمين.

قال: «و فى غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعه. و فى هذا اشكال من

ص: ٤٠

حيث أن القرعه وسيله إلى تعيين الحق و قد قارنها الرضا» أقول: إنما الكلام فى القاسم الذى رضيا بتقسيمه، ففى اشتراط رضاهما بعد القرعه قولان، و دليل الاشتراط هو: أن كلا منهما يريد التصرف فى السهم الذى وقع له، فلا بد من رضاهما معا بالتقسيم و القرعه بعدها حتى يجوز لهما التصرف، لان ذلك هو القدر المتيقن و لا يوجد إطلاق يؤخذ به فى المقام. و دليل العدم هو:

ان المفروض رضاهما بالقرعه و هذا الرضا يكفى لجواز التصرف، لان «الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم» .

أقوال: ان كان دليل السلطنة: «الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم» مشرعا جاز التمسك به لعدم الاشتراط، و ان لم يكن مشرعا بل كان مفاده سلطنة المالك على ملكه و جواز تصرفه فيه بأنحاء التصرف فى حدود الشرع و المعينه من قبل الشارع فلا، لان القدر المتيقن من الأدله الشرعيه لجواز التصرف حينئذ صورته الرضا بعد التقسيم و القرعه.

هذا و لكن بناء على ما تقرر من كون القسمة من الأمور التى بها يفرز المال المشاع و تزال الشركه، فإنه يلزم رضى الشريكين و يشترط كون القرعه بطيب النفس، و حيث كانت كذلك فلا لزوم للرضا بعد تحقق القرعه، فيكون القسمة كسائر المعاملات من هذه الجهه، ففى البيع مثلا- يشترط شروط، و حيث أجريت صيغه البيع بشروطها لا- يشترط ان يقول كل من المتبايعين بعدها: رضيت، إذ لا دليل عليه، فالإشكال الذى ذكره المحقق قدس سره وارد، و الأقوى هو القول بعدم اشتراط الرضا بالقرعه بعدها.

#### و هل يشترط القرعه؟

هذا و عن جماعه القول بأن الأمر يتحقق بالقسمة عن تراض، و هى كافيه لتعيين الحقوق من دون حاجه الى القرعه، لا سيما و أنه لا تعرض إلى القرعه فى الاخبار، و أن القرعه لكل أمر مشكل، و أنه ليس فى نصوص الشركه إشاره الى أن زوالها

يكون بالقرعه، بل لقد قال بعضهم بأن الأخذ بالقرعه هنا متابعه للعامه، و في المسالك: «بل ينبغي أن يتعين بتراضيهما على القرعه و تخصيص كل واحد من الشركاء بحصته و ان لم يحصل القرعه كما يصح المعاطاه في البيع، الا أن المعاطاه يتوقف لزومها على التصرف من حيث أن ملك كل واحد من العوضين كان للآخر، فيستصحب ملكه الى ان يتصرف أحدهما بإذن الآخر، فيكون رضا منه بكون ما في يده عوضا عن الآخر. أما القسمة فإنها مجرد تمييز أحد النصيبين عن الآخر، و ما يصل الى كل منهما هو عين ملكه و لا- يكون عوضا عن ملك الآخر، فيكفي تراضيهما عليها مطلقا، و من جعلها بيعا مطلقا أو على بعض الوجوه يناسبه توقف اللزوم على التصرف كإلبيع معاطاه. و اشتراط في الدروس تراضيهما بعد القرعه في غير قسمة منصوب الامام عليه السلام مع اشتمالها على الرد خاصه و هو حسن، و في اللمعه:

اكتفى بتراضيهما عليها من غير قرعه مطلقا. و هو أجود، و اختاره العلامة في القواعد.

و قد أشكل على ما ذكر بأن قياس القسمة على المعاطاه مع الفارق، لان المعاطاه بناء على افادتها الملك و جواز الرجوع فيها ما دامت العينان باقيتين-بيع عند العرف، و قد أمضى الشارع ذلك، و أما القسمة فعنوان آخر، و لا يوجد في نصوصها إطلاق يفيد نفوذها و لزومها حتى يقال بأن القسمة تتحقق بالدليل و لا حاجه الى القرعه، و قوله تعالى: «وَ إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ .» لا إطلاق فيه و لا- يبين كيفية القسمة، و حينئذ فإن تحققت القسمة مع القرعه كانت المعامله متحققه بالإجماع و بها يتم النقل و الملك لكل واحد من الشريكين، و ليس هنا تصرف في مال الغير حتى يقال بجوازه بالرضا لقوله: «لا يحل.» لانه يريد أخذ ماله و تعيين حقه (١).

## هل تتحقق القسمة بالصلح؟

و هل تتحقق القسمة بالمصالحة؟ توقف فيه بعضهم، لكن الظاهر أن المصالحة تبديل و معاوضه بين السهمين، و نتیجتها كون كل واحد من الشريكين مالكا للعين التي بيده مثلا، كما يتحقق ذلك بالبيع و الشراء بينهما.

نعم قد يستشكل فى هذا البيع أو الصلح بناء على لزوم كون العوضين معينين فى الخارج فى البيع و الصلح، فلا يصح بيع أحد العبدین أو إيقاع الصلح عليه لفقدان الشرط المذكور فى المعامله. و حينئذ لا- يمكن التوصل إلى نتیجه القسمة و هو افراز السهمين و تعيين الحق لكل من الشريكين عن طريق البيع و الصلح بينهما.

و هل يؤثر رضا المالك لو قسم ماله فضول و اقترح عليه؟ فيه اشكال، و حينئذ تستصحب الشركه.

و بناء على لزوم الرضا بعد القرعه يشترط رضاهما حتى لو كان القاسم الإمام أو المنصوب من قبله، و حيث يكون التقسيم عن إجبار يلزم رضا الحاكم لأنه ولى الممتنع.

## عدم الفرق بين قسمة الرد و غيره:

ثم ان القسمة تاره تشتمل على رد-و ذلك عند ما يخرج لأحد الشريكين النصيب الأوفر من الآخر، فيؤخذ شىء من صاحب الزيادة فى مقابلها و يدفع الى الآخر لعدم إمكان تقسيم المال المشترك الى سهمين متساويين، فيحصل التعديل





قلت: ان اطمأن الشريكان بأنه قد قسم مع العدالة من جميع الجهات كفى القاسم الواحد، و لا حاجة الى التقويم، سواء كانت القسمة عقداً أو إيقاعاً أو حكماً على اختلاف الوجوه والأقوال-و ان كان الظاهر كونها بالعقد أشبه، و لعله من هذه الجهة لم ينقل احتياج قاسم أمير المؤمنين عليه السّلام الى المقوم، و لذا لو قسم أحدهما برضا الآخر كفى. نظير ما ذهب اليه بعضهم من جواز تولي الواحد لإجراء عقد النكاح وكاله عن الزوجين، فان قسم القاسم و شكك في كونه بالعدل و ذكر أنه قد قسم بالعدل كان قوله متضمناً للشهادة فلا بد من شاهد آخر معه، و لعل ذهاب المحقق و الجماعة إلى لزوم التعدد في صورته الاشتمال على الرد هو من جهة أن الغالب في مثل ذلك وقوع الاحتياج الى التقويم، و مع عدمه أجزأ القاسم الواحد.

### الكلام في أجره القاسم:

قال المحقق قده: «و أجره القسام من بيت المال، فان لم يكن إمام أو كان و لا سعه في بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين»

أقول: هذا بالنسبة إلى القاسم المنصوب من قبل الامام عليه السّلام، فإن أجرته تكون على بيت المال لانه بعد للمصالح، لكن ذلك يختص بصوره إجبار الامام المتقاسمين على التقسيم، و أما وجوبها على بيت المال في المورد الذي لم يأمر فيه الإمام بالقسمة فبعيد، فكان الاولى التقييد بما ذكرناه، و حيث طلبا من الامام عليه السّلام إرسال القاسم لأجل التقسيم كانت الأجره عليهما، لأنّ عمله محترم و هما قد طلباه، فعليهما الأجره لا على بيت المال و ان كان فيه سعه.

و أما إذا طلب أحدهما دون الآخر فأمر الامام بالتقسيم فهل عليه دفع ما يجب على الراضى منهما أيضا من بيت المال؟ الظاهر هو العدم.

و المشهور-بل ادعى الإجماع-على أخذ الأجره من كليهما و ان كان أحدهما ممتنعا و كان التقسيم بأمر الحاكم و إجباره، و كذا لو لم يمتنع أحدهما بل رضى بكلا الأمرين-بقاء الشركه و التقسيم-على السواء فأمر الحاكم بالتقسيم، قالوا لان التقسيم له

أثر و نفع بالنسبة إليه أيضا.

و فيه: ان توجه النفع الذى لم يطلبه لا يوجب دفع شىء عليه، و تحقق الإجماع فى هذا المقام بعيد. و كذا لو رضى بالتقسيم من غير أن يطلبه، أو رضى الحاكم به من قبله، فإنه لا يجب عليه شىء الاعدم الامتناع عن التقسيم، و كذلك الحاكم ان رضى من قبله بالولاية. فالأقوى فى جميع هذه الموارد توجه كل الأجره على من طلب التقسيم. هذا، و مقتضى القواعد كفايه رفع اليد عن المال و عدم وجوب تسليمه.

قال المحقق قدس سره: «فإن استأجره كل واحد بأجره معينه فلا بحث» .

أقول: ان استأجر كلا الشريكين القاسم بعقد واحد لأجل التقسيم بأجره معينه وجب عليهما معا دفع الأجره، و ان استأجره كل واحد بالاستقلال و بأجره معينه قال المحقق: فلا بحث، و هو صريح فى الجواز، و قد أشكل عليه من جهة أن العمل واحد و ينتفع منه كلاهما، فإذا استأجره أحدهما لهذا العمل لم يصح استئجار الثانى إياه له، لان هذا العمل مملوك الأول، فكيف يأخذ مالا- بإزاء هذا العمل نفسه من الشريك الثانى؟ و بعباره أخرى: انه يتحصل من افراز سهم الموجر كون سهم الآخر مفروزا كذلك، فكيف يجعل نفسه أجيرا لتحصيل ما حصل؟ .

فان قيل: فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد و كيلا من طرف البائع للإيجاب و من طرف المشتري للقبول فى معامله واحده؟ .

قلنا: انه قياس مع الفارق كما هو واضح.

و قد أشكل عليه أيضا بأن فرز مال أحدهما مقدمه لفرز مال الآخر، فإذا أوجر من قبل أحدهما كانت إجاره الثانى باطله، لأنها تكون على عمل وجب عليه إتيانه بإجاره الأول من باب المقدمه.

لكن فيه: ان العمل واحد غير أن الذى يتحصل منه أمران، و ليس باثنين حتى يكون أحدهما مقدمه للآخر.

وقد ذكر في المسالك الإشكال الأول و قال: «و أجيب بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القسام لإفراز نصيبه و لا- سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا- يمكن الا- بالتصرف فى نصيب الآ-خرين ترددا و تقديرا، و لا سبيل اليه الا برضاهم، نعم يجوز ان ينفرد واحد منهم برضا الباقين فيكون أصلا و وكلا و لا حاجة الى عقد الباقين، و حينئذ ان فعل ما على كل واحد منهم بالتراضى فذاك، و ان أطلق عاد الكلام فى كيفية التوزيع» .

و قد أشكل على هذا الجواب بأن الإجاره للتقسيم المستلزم للتصرف فى مال الشريك بدون اذنه غير صحيحه، و أما إذا كانت الإجاره فى مورد لا يستلزم التقسيم فيه التصرف، كأن يكون القاسم عالما بوزن المال أو مساحه الأرض مثلا عاد الإشكال.

أقول: هذا كله بالنسبه إلى التصرف الخارجى، لكن الإفراز فى حد ذاته تصرف فلا- يجوز القيام به و لا- يتحقق الا- مع اذن الشريك، و حينئذ تكون إجاره الأول باطله.

و كما يمكن أن يكون القاسم عالما بخصوصيات المال بحيث لا يحتاج الى التصرف فى نصيب الشريك الآخر، كذلك يمكن تحصيل رضا الشريك بهذا المقدار من التصرف اللازم لمعرفة خصوصيات المال، فيكون نظير ما إذا و كله فى شراء دار مثلا، فان معناه أنه ان رضى مالکها و باعها فاشترها منه، و اما إذا لم يرض لغت الوكاله، فيكون كبيع الفضولى مع عدم اجازة المالك، فلو باع شخص مال غيره فضوله، أى أنشأ تملكه الغير بدون رضى المالك فان هذا فعل لغو و ليس حراما لان المفروض عدم وقوع التصرف فيه.

و هنا ان للتقسيم كان فى الحقيقة اجاره مشروطه بإجازة الشريك، فقيل بعدم الصحه أيضا، و قال فى الجواهر: إذا كان إنشاء الإجازة مشروطا بإجازة الآخر فإن أجازة الأول باطله للتعليق، و ان كان إنشاء مراعى بإجازة الآخر-مثل بيع الفضولى- فإن إنشاء منجز لكنه مراعى شرعا، فإن رضى الثانى بالإجاره تمت و أثرت الإجازة.

فهذا معنى قول صاحب الجواهر: اللهم الا- ان يراد ان الاولى وقعت مراعى صحتها بوقوع الثانيه، و لكن فيه: ان المراعى فى بيع الفضولى ان المالك يجيز نفس عمل الفضول، و هنا ان اجاز الثانى نفس عمل الأول كان عمله ممضى بهذه الإجازة و لا يكون شريكا معه فى الإجاره، و ان كانت إجازة الثانى بمعنى إنشائه الإجاره عاد الاشكال، و لذا قال هو: و التحقيق عدم صحه الثانى حيث تصح الاولى من دون مراعاة للثانيه مع كون المستأجر عليه شيئا واحدا.

هذا و لو كل أحد الشريكين الآخر فى التقسيم فأجر الشريك أصاله عن نفسه و وكاله عن شريكه من يقسم المال و جب عليهما معا دفع الأجره.

قال المحقق قده: «و ان استأجروه فى عقد واحد و لم يعينوا نصيب كل واحد من الأجره لزمهم الأجره بالحصص و كذا لو لم يقدروا أجره كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويه» .

أقول: ادعى فى الجواهر إجماع الطائفة على مراعاة الأجره بالحصص، و استدل له الشيخ قدس سره بأنا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضى إلى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لأحدهما عشر العشر سهم من مائة سهم و الباقي للآخر و يحتاج إلى أجره عشره دنانير على قسمتها، فيلزم من له الأقل نصف العشره، و ربما لا يساوى سهمه ديناراً واحداً، فيذهب جميع المال و هذا ضرر، و القسمة وضعت لازاله الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه.

و استدل له كاشف اللثام بقوله: و لأن الأجره تزيد بزيادة العمل، و العمل يزيد بزيادة المعمول، فكل من كانت حصته أزيد فالعمل له أزيد، كمن يسقى جريبين من الأرض فعمله أزيد ممن يسقى جريبا، و ان تحمل المشقه أكثر، و كمن رد عبدا قيمته مائة فعمله أزيد ممن رد عبدا قيمته خمسون، و الغموض فى قله النصيب انما جاء من كثره نصيب الآخر.

و فى القواعد و غيرها احتمال التساوى للتساوى فى العمل، فإنه ليس الا افرازا

أو حساباً أو مسامحة. و الكل مشترك بينهما، بل قد يكون الحساب في الأقل أغمض و قله النصيب توجب كثره العمل لوقوع القسمة بحسب أقل الأنصاء، فان لم يجب على الأقل نصيباً من الأجره أزيد فلا أقل من التساوى.

قال في الجواهر: و لكن لم يذهب إليه أحد من أصحابنا، بل عن الشافعي و أبي حنفيه و مالك موافقتنا على ذلك، نعم هو محكى عن احمد بن حنبل، و نقض عليه الفاضل في القواعد بالحفظ للمال المشترك، فان له الأجره بالحصص مع التساوى في العمل.

قلت: و مثله حمل المال المشترك من مكان الى آخر، فان له الأجره بالحصص، لكن التحقيق اختلاف الموارد و أنه لا تدور الأجره مدار نتيجة العمل في كل مورد، مثلاً: لا يفرق في الأجره بين حمل الحنطه و حمل الرز من مكان الى آخر-مع وحده المسافه و اتحادهما في الوزن-و ان كان الرز اغلى من الحنطه، و صاحب المطبعه يطبع كل ملزمه من الكتاب بأجره معينه، فهو يأخذ أجرته في مقابل عمله من غيره فرق بين أن يكون الكتاب من الكتب العلميه النفسيه ماديا و معنويا، أو يكون كتاباً رضيعاً كذلك، ففي هذه الموارد يلحظ العمل نفسه، و أما في حمل المال المشترك أو تقسيمه فالسيره العقلانيه هي النظر إلى نتيجة العمل بالنسبه الى كل واحد من الشركاء فإذا آجروه كلهم للحمل أو القسمة قسمت الأجره عليهم بالحصص، لان حرمان صاحب التسعه أعشار من الاستفاده من المال-لأجل الشركه-تسعه أضعاف حرمان صاحب العشر، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعه أعشار استفادته فعليه تسعه أعشار الأجره. فالحق هو الاستدلال بالإجماع و بقاعده نفى الضرر كما عن الشيخ قدس سره في الخلاف.

### النظر في المقسوم:

قال المحقق قدس سره: «و هو اما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان، أو متفاوتها كالأشجار و العقار، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه

الشريك بالقسمه لأن الإنسان له ولاية الانتفاع بماله و الانفراد أكمل نفعاً .

أقول: قسم المحقق قدس سره المقسوم الى قسمين، أى إلى المتساويه أجزاءه من حيث الوصف و القيمه كذوات الأمثال مثل الحبوب و الادهان، و الى المتفاوته أجزاءه كالأشجار و العقار، و قد حكم فى القسم الأول بجواز إجبار الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه، قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل الظاهر الاتفاق عليه، و لعله العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر و الضرر فى القسمه المفروض شرعيتها، و أما الثانى ففيه تفصيل كما سيأتى.

قال المحقق: «و يقسم كيلا و وزنا متساويا و متفاضلا ربويا كان و غيره لان القسمه تميز حق لا بيع» .

أقول: و حيث إيراد التقسيم، فإنه يقسم المكييل و الموزون و غيرهما كيلا- و وزنا و غير ذلك متساويا و متفاضلا، ربويا كان المقسوم و غيره، و ذلك لان القسمه - كما سبق فى أول البحث- معامله مستقل يقصد بها تمييز حق أو تعيين حق، لا بيع فلا يشترط فيها ما يشترط فى البيع من القبض فى المجلس فى النقدين و العلم بالوزن و الوصف و عدم الاشتمال على الربا، و حينئذ فإذا قسم بالتساوى بحسب العين أو بحسب القيمه جاز و ان كان مع الجهل بالوزن أو الوصف، . و كذا لا- يثبت فى القسمه الأختيار لأحد المتقاسمين.

قال ثانى الشهيدين: لو ترك قوله متساويا و متفاضلا كان أولى، و إليك نص كلامه:

«و أما قوله متساويا و متفاضلا فالأصل فى القسمه أن يكون بنسبه الاستحقاق، فإذا كان المشترك بينهما نصفين كان إفرازه نصفين، و ان كان بينهما أثلاثا كان إفرازه كذلك، و التفاضل فى الثانى بحسب الصورة و الا فهو متساو حقيقه، لأن مستحق الثلث له فيما فى يد صاحب الثلثين ثلث و لصاحب الثلثين فيما فى يد

صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمه على هذا الوجه موجب للتسوية بينهما بالنظر الى أصل الحق، و ان أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الآخر بزياده على حقه فليس ذلك بداخل فى حقيقه القسمه بل هو هبه محضه للزائد، فلو ترك قوله متساويا و متفاضلا كان أولى» .

قال فى الجواهر: و فيه أن معنى كلام المحقق هنا انه لو فرض كون الاشتراك فى جيد الحنطه و رديئها بحيث كان المنان من الردى يساوى المن الواحد من الجيد، فلو أخذ أحدهما المنين فى مقابل الواحد من الجيد جاز و لا يلزم الربا، لانه تقسيم اى تعيين لحق كل واحد و ليس بيبعا، و ان كان التقسيم فى حقيقته معاوضه.

قلت: لكن ظاهر العبارة لا يساعد هذا المعنى، فإنه يقول: المقسوم إما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال أو متفاوتها فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه فلو فرض كونهما شريكين فى الجيد و الردى فإن أخذ المنين من الردى فى مقابل المن من الجيد ليس تقسيما اجباريا بل من التقسيم المشتمل على الرد.

قال المحقق: «و الثانى اما ان يستضر الكل أو البعض أولا- يستضر أحدهم، و فى الأول لا يجبر الممتنع كالجواهر و العضائد الضيقه، و فى الثانى: ان التمس المستضر أجبر من لا يتضرر، و ان امتنع المتضرر لم يجبر.» أقول: هذا حكم المقسوم المتفاوته أجزاءه، و تفصيله أنه اما ان يستضر كل الشركاء بقسمته أو بعضهم أو لا يستضر أحدهم.

أما الثالث فالحكم فيه واضح، فإنه يقسم بلا كلام، و اما إذا كان المال مما يوجب تقسيمه الضرر على كل الشركاء فلا يقسم الا برضاهم جميعا، و لا يجبر الممتنع، منهم بل لا يجوز التقسيم الموجب للتلف حتى مع رضاهم، فلا بد من التقسيم بطريق آخر من بيع أو صلح أو مهايأه، و ان كان الضرر متوجها الى بعضهم فان امتنع المتضرر لم يجبر لقاعده نفي الضرر، و ان كان الملتمس للقسمه و هو المستضر

اجبر من لا يتضرر، و على كل حال فلا بد من ان لا يكون الضرر فاحشا أو موجبا للسقوط عن المالىه، و إلا قسم بنحو آخر.

و ان استلزم بقاء المال على الشركه ضررا أكثر من الضرر اللازم بالتقسيم قسّم.

و اما إذا توقف التقسيم على الرد قسم المال كذلك بلا إجبار كما سيأتى.

و لو كان الأقل ثمنا أكثر مرغوبيه فهل يراعى فى القسمة جهه المرغوبيه أو يراعى جهه المالىه؟ وجهان مبنيان على حد دلالة قاعده لا ضرر و لإضرار، فإن كانت رافعه لخصوص الضرر المالى فالمفروض عدمه هنا لأجل التعديل بالقيمه، و ان قلنا بأنها ترفع الضرر الغرضى أيضا منعت التقسيم المضر بالعرض و ان لم يلزم الضرر المالى.

### أقسام القسمة:

فظهر ان القسمة على قسمين: قسمة إجبار و قسمة تراض، و قد ذكر المحقق هذا بقوله: «ثم المقسوم ان لم يكن فيه رد و لا ضرر أجبر الممتنع، و تسمى قسمة إجبار، و ان تضمنت أحدهما لم يجبر و تسمى قسمة تراض».

فان لم يكن فى البين رد و لا- ضرر أجبر الممتنع عن التقسيم، لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله و الانفراد أكمل نفعاً، و المفروض عدم المانع من اعمال هذه الولايه، و هذه قسمة الإجبار، و ان كان هناك رد أو ضرر فلا يجوز إجبار الممتنع عن التقسيم، بل يقسم بأى نحو تحقق به رضا جميع الأطراف و هذه قسمة التراضى.

و على هذا الأساس قال المحقق: «و يقسم الثوب الذى لا- تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض» أى المتساويه الأجزاء قسمة إجبار، لأن المفروض عدم الضرر و عدم الرد فيها، «و ان كان ينقص بالقطع لم يقسم لحصول الضرر بالقسمة» قال:

«و تقسم الثياب و العبيد بعد التعديل بالقيمه قسمة إجبار» لأن التعديل رافع للضرر المانع من الإجبار.



لكن فى المسالك: «و منهم من قسّمها ثلاثة أقسام: قسمه الافراز و هى أن يكون الشىء قابلا للقسمه الى اجزاء متساويه الصفات كذوات الأمثال و كالثوب الواحد و العرصه الواحده المتساويه، و لا إشكال فى كون هذا القسم اجباريا مع بقاء الحصص بعد القسمه منتفعا بها أو حافظه للقيمه كما مر.

و الثانى: قسمه التعديل، و هى ما تعدل سهامها بالقيمه، و هى تنقسم الى ما يعد شيئا واحدا و الى ما يعد شيئين فصاعدا، فالأول- ما يعد شيئا واحدا كالأرض التى تختلف قيمه اجزائها. و مقتضى عباره المصنف قسمه هذه إجبارا إلحاقا للتساوى فى القيمه بالتساوى فى الاجزاء، و يحتمل عدم الأحبار هنا لاختلاف الأغراض و المنافع، و الوجهان جاريان فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس كالبلستان الواحد المختلف الأشجار، و الدار الواحده المختلفه البناء. و الأشهر الإجماع.

و الثانى- ما يعد شيئين فصاعدا، و هو ينقسم الى عقار و غيره:

فالأول كما إذا اشتركا فى دارين أو حانوتين متساويتى القيمه، و طلب أحدهما القسمه بأن يجعل لهذا دارا و لهذا دارا. و لا يجبر الممتنع هنا، سواء تجاور الداران و الحانوتان أم تباعدا، لشده اختلاف الأغراض باختلاف المحال و الابنيه فيلحقان بالجنسين المختلفين. و لو كان بينهما دكاكين متلاصقه لا يحتمل احادها القسمه- و تسمى العضائد- فطلب أحدهما أن يقسم أعيانها ففى إجبار الممتنع وجهان أظهرهما العدم و سيأتى.

و أما غير العقار، فإذا اشتركا فى عبيد و دواب أو أشجار أو ثياب، فاما أن يكون من نوع واحد أو من متعدد، فان كانت من نوع واحد و أمكن التسويه بين الشريكين عددا و قيمه كعبدين متساويى القيمه بين اثنين و ثلاث دواب متساويه القيمه بين ثلاثه، فالذى اختاره المصنف و الأكثر أنه يجبر على قسمتها أعيانا و يكتفى بالتساوى فى القيمه، بخلاف الدور لشده اختلاف الأغراض فيها. و فى القواعد

استشكل الحكم فى العيبىء. و نقل فى المبسوط عن بعضهم عدم الإءبار هنا، و المذهب هو الأول. و لو لم يمكن التسوية فى العدد كئلثة أعبء بين اثنين على السوية أءءهما يساوى الآءرين فى القيمة، فإن قلنا بالإءبار عند إمكان التسوية فهنا وءهان، ينظر أءءهما إلى تعاءل القيمة، و الثانى إلى اءءلاف العدد و ءفاوت الأءراض. و لو كانت الشركة لا ءرءفع الا عن بعض الأعيان كعبءين بين اثنين قيمة أءءهما مائه و قيمة الأءر مائتان فطلب أءءهما القسمة ليءص من ءرءت له القرعه بالءسيس و ربع النفيس فى إءبار الأءر وءهان مبنيان على المسألة السابقة، فإن قلنا: لا إءبار هناك فهنا أولى، و ان قلنا بالإءبار هناك فهنا وءهان أصءهما المنع، لأن الشركة لا ءرءفع بالكلية، و لو كانت الأعيان من أنواع مءءلفه كالعبء ءركى مع الهنىءى و الثوب الإءيريسم مع الكءان مع ءساويهما فى القيمة فى إءبار المءءنع وءهان مرءبان، و أولى بالمنع هنا لو قيل به فى السابق. و كءا القول لو اءءلف قيمءهما و أمكن ءءءءل، و يظهر من المصنف و ءماعة عدم اءءبار اءءلاف النوع مع اءءاق القيمة، فأما الأءناس المءءلفه كالعبء و الثوب و الءنطة و الشعير و الءابه و الءار فلا إءبار فى قسمة أعيانها بعضها فى بعض و ان ءساوت قيمءهما.

و الءالء: قسمة الرء بان يكون بينهما عبءان قيمة أءءهما ألف و قيمة الأءر سءمائه، فإذا رء آءء النفيس مائءين اسءويا. و لا ءلاف فى كون هذا القسم مشروطا بالءراضى، و سياءى الكلام فيه، انءهى.

أقول: و ءاصله انه مع اءءلاف الغرض لا يءوز الإءبار، و ان أمكن ءءءءل فى القيمة بلا رءء، قال فى الءواهر: و هو كما ءرى لا نعرف له مءرءا ينءبق على أصولنا إلا ءعوى ءصول الضرر فى بعض ءون آءر، و هى مءرء اقءراح، و انما صءر من العامة على أصولهم الفاسءه.

ءم قال فى الءواهر: اللهم الا- أن يكون فى مءءلف ءهه الشركة فيه، بمعنى عدم الشركة فى مءموء آءاءه و ان ءءقءت فى أءراءه بأسباب مسءقله، فإنه لأءبر

فى قسمه بعض فى بعض قطعاً، بل الظاهر عدم مشروعيه القسمه فى بالمعنى المصطلح و ان جازت بنوع من الصلح و نحوه، لكون القسمه حينئذ قسمه معاوضه لا- افراز، و ذلك لانه معها يكون له النصف من كل منهما مثلاً، و لا يجب عليه معارضه ما يستحقه فى أحدهما بما لصاحبه فى الآخر، إذ ليست هى إفراز حينئذ بخلاف ما لو كانت الشركه فى مجموعه، فان له حينئذ نصفاً منه و هو يمكن انطباقه على أحدهما.

و من ذلك يظهر لك اعتبار الإشاعه فى مجموع الأعيان المشتركه التى يراد قسمتها بعض فى بعض، بل لا موضوع للقسمه فى غيره مما آحاده مشتركه بأسباب مستقله من دون شركه بمجموعه، و ليس المراد فى الأول اعتبار نصف المجموع مثلاً كى يرد حينئذ عدم جواز قسمه بعض المال المشترك دون بعض أو قسمه بعضه بالإفراز و الآخر بالتعديل، و المعلوم خلافه نصاً و سيره، و انما المراد زياده مصاديق النصفيه بملاحظه الشركه فى المجموع على وجه يصح قسمته بعض فى بعض بحيث يكون النصف أحد المالىن مثلاً، فتأمل فإنه دقيق نافع. الى آخر ما ذكره.

و ملخصه: عدم إمكان القسمه بالقيمه فى صورته اختلاف سبب الشركه، فلو اشترك أخوان فى مال بالإرث و فى آخر بالشراء، كان النصف المشاع من كل واحد لكل واحد من الأخوين، و حينئذ لا يقسم هذان المالىن بان يجعل بعضه فى مقابل بعض بالقيمه، و ظاهر كلامه يعم المثلى و القيمى معا.

و لم يتضح لنا وجه هذا التفصيل، لان كل مال مشترك بالإشاعه يكون نصف كل جزء لهذا و النصف الآخر منه للآخر، حتى يصل الى الجزء الذى لا يتجزء من دون فرق بين اتحاد سبب الشركه و تعدده، و على هذا فإنه تجعل المصاديق الخارجيه لكلى النصف ثم تعين لكل واحد بالقرعه، نعم ان النصف الكلى لما ورثاه لا يكون مصداقاً لكلى النصف من المال الذى اشتراه، و لكن إذا قسمت الأموال من حيث المجموع بلحاظ القيمه إلى قسمين مع غض النظر عن سبب الملكيه تحقق المصادق للمملوك، و بالقرعه يتعين المالك لكل نصف.

و على الجملة ان اختلاف سبب الملك لا يوجب اختلاف الملك و السيره قائمه

على التقسيم من دون نظر الى أسباب التملك، فان ما تركه الميت لوراثته بالإشاعه، و يقسم بينهم من دون نظرا إلى أفراد التركة من حيث أسباب تملك الميت إياها.

قال المحقق قدس سره: «و إذا سألا القسمة و لهما بينه بالملك قسّم، و ان كان يدهما عليه و لا منازع قال الشيخ فى المبسوط: لا يقسم و قال فى الخلاف: يقسم و هو الأشبه لأن التصرف دلالة الملك» .

أقول: إذا سأل الشريكان الحاكم القسمة فتارة يعلم الحاكم بكون المال ملكا لهما بالاشتراك، و أخرى: تقوم البينه على ذلك عنده، و ثالثه: لا علم و لا بينه بل لهما يد على المال. فعلى الأولين: لا اشكال و لا خلاف فى تصرف الحاكم بتقسيم المال. و على الثالث فعن المبسوط: لا- يسمع قولهما بل يطالبان بالبينه على كون المال لهما، و عن الخلاف انه يقسّم و عليه المشهور، و اختاره المحقق بقوله: هو الأشبه، و فى الجواهر: بل لعله لا خلاف فيه بيننا، بل قد يظهر من بعضهم الإجماع عليه.

وجه المنع: احتمال كون التقسيم حكما و الحكم يتوقف على البينه.

و وجه الجواز: ان اليد و التصرف دلالة الملك. و هذا هو المختار، و الاحتياط الذى ذكره صاحب الجواهر «قده» ليس بلازم.

#### كيفية القسمة:

ان الحصص لا تخلو من أربع حالات، فتكون القسمة المحتاجه إلى التعديل على أربعة أقسام:

الأول: أن تتساوى الحصص قدرا و قيمه.

الثانى: أن تتساوى الحصص قدرا لا قيمه.

الثالث: أن تتساوى الحصص قيمه لا قدرا.

الرابع: أن تختلف الحصص قدرا و قيمه.

قال المحقق: «الحصص ان تساوت قدرا و قيمه فالقسمة بتعديلها على السهام، لانه يتضمن القيمه كالدرا تكون بين اثنين و قيمتها متساويه» فيتحقق التعديل بقسمتها نصفين.

و هذا هو القسم الأول، و حيث يتحقق التعديل كما ذكر تصل النوبه إلى القرعه لأجل تعيين حصه كل واحد من الشريكين، و سيأتي بيان كيفية القرعه.

قال: «و ان تساوت قدرا لا- قيمه عدل السهام قيمه و ألغى القدر، حتى لو كان الثلثان بقيمته مساويا للثلث جعل الثلث محاذيا للثلثين» و هذا هو القسم الثانى.

و أما كيفية القرعه: «فهو أن يكتب كل نصف» من النصفين المتساويين قدرا و قيمه كما فى القسم الأول أو قدرا فقط كما فى القسم الثانى «فى رقعته و يصف كل واحد بما تميزه عن الأخر و يجعل ذلك مصونا فى ساتر كالشمع أو الطين و يأمر من لم يطلع على الصورة بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فله» .

أو «أن يكتب كل اسم» من اسمى الشريكين «فى رقعته و يصونهما و يخرج على سهم من السهمين، فمن خرج اسمه فله ذلك السهم» .

قال فى الجواهر: و الظاهر عدم وجوب خصوص كتابه الرقاع و عدم الصون فى ساتر، بل و عدم وجوب كون المأمور مكلفا، بل و غير ذلك من القيود المزبوره، إذا المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره الى الله تعالى و يفعلان ما يفيد، و ان كان الاولى الاقتصار على المأثور و المعهود.

قلت: و من ذلك عدم وجوب كتابه رقعتين، بل يكفى ان يكتب رقعته واحده عليها اسم واحد منهما، فيضع المأمور تلك الرقعته على احدى الحصتين فيكون ما خرج لصاحب الاسم، و الحصه الثانيه للآخر.

قال المحقق: «و ان تساوت الحصص قيمه لا قدرا مثل أن يكون للواحد النصف و للآخر الثلث و للآخر السدس، و قيمه أجزاء الملك متساويه، سويت السهام على أقلهم نصيبا فجعلت أسداسا» و يعطى لكل واحد سهمه، و تكون العبره بالتعديل من حيث القيمه، بأن يعطى لصاحب السدس ما يساوى سدس المجموع قيمه، و لا يكتفى بالتعديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحه مثلا.

المسألة الاولى

(فى الدار التى لها علو و سفلى)

قال المحقق قده: «لو كان لدار علو و سفلى فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفلى بموجب التعديل جاز» بلا خلاف و لا إشكال فى الجواهر.

قال: «و أجبر الممتنع مع انتفاء الضرر» أى لما تقدم من أن المانع من الإيجابار هو الضرر، فمع فرض انتفائه يجبر الممتنع منهما عن التقسيم.

قال: «و لو طلب انفراده بالسفلى أو العلو لم يجبر الممتنع» .

أقول: قال فى القواعد: «بل أخذ كل منهما نصيبه من العلو و السفلى بالتعديل» أى كما فى الوجه الأول المتقدم، و علله كاشف اللثام بقوله: «لان البناء تابع للأرض و العلو للسفلى فإنما يجبر على قسمه تأتى على الأرض، و لان من ملك شيئاً من الأرض ملك قراره إلى الأرض السابعة و هوأه الى السماء، فلو جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفلى عن الهواء و العلو عن القرار» . قلت: مضافاً الى أنه قد تحدث حادثه توقع النزاع بينهما، كما إذا انهدم سقف السفلى فإنه يقع النزاع بين مالك السفلى و مالك العلو فى تعميره.

و هناك وجه ثالث من التقسيم لا يجبر الممتنع فيه كالثانى، و قد ذكره المحقق

بقوله: «و كذا لو طلب قسمه كل واحد منهما منفردا» أو طلب قسمه أحدهما و بقاء الثاني على الشركه فامتنع الآخر عن ذلك.

و على لجمله ان صور التقسيم مختلفه، و الملاك العام ما ذكره المحقق قدس سره سابقا من أنه متى لزم الضرر أو الرد لم يجبر، و متى لم يلزم أجبر.

## المسأله الثانيه

(فى قسمه الأرض التى فيها زرع)

قال المحقق قدس سره: «لو كان بينهما أرض و زرع فطلب قسمه الأرض حسب، أجبر الممتنع» .

أقول: و قد نقل هذا عن الشيخ بل الظاهر أنه رأى المشهور، و فيه تأمل، لأنه إذا طلب أحدهما قسمه الأرض حسب فقال الآخر: لايلب يقسم الكل أى الأرض و ما عليها، فلما ذا يجبر هذا و لا يجبر ذاك؟ هذا غير واضح عندنا.

قال المحقق: «لان الزرع كالممتع فى الدار» .

أقول: يعنى فرق بين الأرض و البناء و بين الأرض و الزرع، فان البناء تابع للأرض التى بنى عليها، بخلاف الزرع فإنه لا يتبع الأرض بل هو كالممتع فى الدار، فيجوز بيع الأرض مجردا عن الزرع لعدم التبعية كما تباع الدار، و لا يباع معها المتاع الموجود فيها، و من هنا فإذا أراد أحدهما تقسيم الأرض وحدها أجبر الممتنع، و لازم هذا أنه إذا طلب الآخر تقسيم الزرع أيضا أجبر الآخر على ذلك لفرض الاستقلال.

قال: «فلو طلب قسمه الزرع قال الشيخ: لم يجبر الآخر، لأن تعديل ذلك بالسهم غير ممكن، و فيه اشكال من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله» .

أقول: مفاد هذا الكلام هو الاختلاف فى إمكان التعديل و عدمه، لكن الزارعين - و هم أهل الخبره بالتقسيم فى جميع الحالات - إذا توقفوا فى كيفية التقسيم يبيعون الزرع و يقسمون ثمنه.

قال: «اما لو كان بذرا لم يظهر لم تصح القسمة لتحقق الجهالة» .

أقول: لا خلاف في هذه المسألة، لأن البذر الذى يظهر من الأرض لا يمكن تقسيمه لعدم المساواه بين الحب الموجود في هذا الجريب من هذه الأرض و بين الموجود في الجريب الأخر، و ان كان القدر المتعارف بين الزراعين لكل جريب معلوما، و لانه لا يعلم الفاسد من غيره في البذر الموجود في هذه الأرض، فما ذهبوا اليه من عدم صحة القسمة حينئذ هو الصحيح بل لا عرفيه للقسمة في هذه الصورة.

قال: «و لو كان سنبلًا قال أيضا: لا يصح. و هو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا» .

أقول: قال الشيخ في المبسوط: «فان كان بينهما أرض فيها زرع فطلب أحدهما القسمة فاما أن يطلب قسمة الأرض أو الزرع أو قسمتهما معا، فان طلب قسمة الأرض دون غيرها أجبرنا الأخر عليها، على أى صفة كان الزرع، حبا أو قصيلا (١) أو سنبلًا قد اشتد، لان الزرع في الأرض كالمتاع في الدار لا يمنع القسمة فالزرع مثله، و أما ان طلب قسمة الزرع وحده لم يجبر الأخر عليه، لان تعديل الزرع بالسهم لا يمكن. و أما ان طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثه أحوال:

اما أن يكون بذرا أو حبا مستترا أو قصيلا، فان كان حبا مدفونا لم تجز القسمة، لأننا ان قلنا القسمة إفراد حق فهو قسمة مجهول أو معدوم فلا تصح، و ان قلنا بيع لم يجز لمثل هذا. و ان كان الزرع قد اشتد سنبله و قوى حبه فالحكم فيه كما لو كان بذرا و قد ذكرناه، و ان كان قصيلا أجبرنا الممتنع عليها، لان القصيل فيها كالشجر فيها، و لو كان فيها شجر قسّمت بشجرها كذلك هنا» .

أقول: لم يتضح لنا وجه تفصيل الشيخ جيدا، و ان حاول صاحب الجواهر قده بيانه فلاحظ و تأمل.



(فى قسمه القرهان المتعدده)

قال المحقق: «لو كان بينهما قرهان متعدده و طلب واحد قسمتها بعضا فى بعض لم يجبر الممتنع» .

أقول: لو كان بين الشريكين أملاك متعدده مستقل بعضها عن بعض بحيث يرى أهل العرف التعدد فيها و الاستقلال (بخلاف ما إذا تعددت الغرف فى دار فان العرف يرى الملك واحدا) فالمشهور عدم جواز الإيجاب على تقسيم بعضها ببعض، بأن تجعل قطعه من العقار فى مقابل قطعه، بخلاف ما إذا كان الملك واحدا فلا مانع من جعل غرفه فى مقابل غرفه.

و هذا يكون فى الدور المتعدده، و الأراضى المتعدده، و الدكاكين المتعدده، و الحبوب المختلفه كالحنطه و الشعير، أما فى الثياب مثلا فيجوز مع التعديل فى قيمه.

و كلمات الأصحاب فى عدم الإيجاب هنا مطلقه، أى سواء أمكن تقسيم كل واحد على حده أولا، و سواء كانت متجاوزة أو لا، و عن ابن البراج انه قال: إذا استوت الدور و الأقرحه فى الرغبات قسمت بعضها فى بعض. قال: و كذا لو تضرر بعضهم بقسمه كل على حده جمع حقه فى ناحيه.

و فى الجواهر التأمل فى تحقق هذه الشهره، لكن الظاهر تحققها- كما فى المسالك- و لم ينقل الخلاف فى المختلف و مفتاح الكرامه إلا عن ابن البراج قدس سره، نعم نقل موافقته عن بعض متأخرى المتأخرين كصاحب المدارك.

و أشكل فى الجواهر فيه بأن ميزان التقسيم الذى يجبر عليه هو قاعده إيصال الحق الى صاحبه، فإن أمكن التقسيم لكل على حده بلا ضرر فالمتعين تقسيم كل واحد، و لا يجبر على تقسيم بعض ببعض، و ان لزم من ذلك ضرر أو لم يمكن أجبر الممتنع،

خلافاً للمشهور حيث منعوا عنه، و كان لازم منعهم بيع المال و تقسيم ثمنه كالجواهر الضيقه.

لكن وجه ما ذهب اليه المشهور هو: انّ التقسيم عباره عن تمييز حق كل من الشريكين عن حق الآخر بعد أن كان لكل منهما كلى النصف، فان كان الملك واحداً أمكن تقسيمه بالتناصف، و أما إذا كانا شريكين فى مالين مختلفين عرفا كالغنم و الإبل مثلاً فان قلنا لأحدهما: أعط حقك من الغنم فى مقابل حقك فى الإبل كانت معاوضه و مبادله عند العرف و ليس تمييز حق عن حق.

و بعباره اخرى: ان أدله القسمة منصرفه عما إذا كان الجزء المشاع متميزاً فى الخارج عند العرف، و ان موردها هو المال المتحد و ان كان له أجزاء متعدده كالدار المحتويه للبيوت المتعدده.

فهذا وجه ما ذهب اليه المشهور، و ما ذهبوا اليه هو الأظهر.

قال المحقق: «و لو طلب قسمه كل واحد بانفراده أجبر الآخر، و كذا لو كان بينهما حبوب مختلفه» .

أقول: هذا لا خلاف فيه كما فى الجواهر و لا اشكال، لما تقدم من انه فى كل مورد أمكن التقسيم بلا ضرر أجبر الممتنع عنه على ذلك.

قال: «و يقسم القراح الواحد و ان اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت أبنيتها» .

أقول: أى لأن الأصل هو الأرض، و الأشجار توابع كالأبنية كما عرفت سابقاً.

و عن الشيخ: و يفارق هذا إذا كانت الأقرحه متجاوره، و لكل قراح طريق ينفرد به لأنها أملاك متميزه، بدليل انه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعه فيه بالقراح المجاور له، و ليس كذلك إذا كان القراح واحداً و له طريق واحده، لأنه ملك مجتمع بدليل أنه لو بيع بعضه وجب الشفعه فيه مما بقى، و أصل هذا و جوازه على الشفعه فكل ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعه فهو الملك المجتمع، و كل ما إذا بيع بعضه لم

تجب فيه الشفعه لمجاوره كانت أملاكا متفرقه» .

قلت: ان الشيخ قدس سره يعطى ملاك الوحده و التعدد فى هذا المقام بهذا الكلام، و أما من حيث الفتوى فيوافق المشهور.

و لم يفرق المشهور فى الملك بين المتحد سببا و المختلف كالشراء و الإرث و هو الصحيح خلافا لصاحب الجواهر حيث فرّق بينهما كما عرفت سابقا.

قال المحقق: «و لا تقسم الدكاكين المتجاوره بعضها فى بعض قسمه إجباره لأنها أملاك متعدده يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده فهى كالأقرحه المتباعده.

أقول: و عن العلامه فى الإرشاد الحكم بأن الدكاكين المتجاوره يقسم بعضها فى بعض دون الدور و القرحة، و ظاهر الجواهر موافقته على ذلك قال: انها واحده لأن الأصل الأرض و البناء تابع، فالدكاكين كبيوت الدار، و لعله لذا حكم فى الإرشاد بالجبر، و هو كذلك مع فرض عدم إمكان قسمه كل واحد منها بانفراده.

وفيه: ان الأرض التى عليها الشجر تكون أرضا واحده عند العرف و ان كان شجرها مختلفا، لأن الأشجار توابع للأرض، فيجوز تقسيم البعض منها ببعض، و كذا الأمر فى الدار، لكن نظر العرف فى الدكاكين الى البناء و الأرض تابع له، و لذا يقولون: باع زيد الدكان، أما فى الأرض المشجره فيقولون: باع زيد الأرض.

مضافا الى أن المتحقق عند العرف فى مورد الدكاكين هو المعاوضه و المبادله، بخلاف الأمر بالنسبه إلى بيوت الدار، فهذا المورد مصداق للافراز عندهم دون ذاك.

**الاولى: لو ادعى بعد القسمه الغلط و هي ثلاث،**

قال المحقق. «إذا ادعى بعد القسمه الغلط لم تسمع دعواه، فإن أقام بينه سمعت و حكم ببطلان القسمه، لأن فائدتها تمييز الحق و لم يحصل، و لو عدمها فالتمس اليمين كان له ان ادعى على شريكه العلم بالغلط» .

أقول: لا فرق بين أن نأخذ «الغلط» بمعنى الاشتباه أو بمعنى عدم صحه التقسيم و ان كان عن عمد. و قوله: «لم تسمع دعواه» أى مع عدم البيئه، و من المدعى عليه الغلط؟ انه القاسم، و قال ثانى الشهيدين: «لا فرق فى عدم سماع دعوى الغلط فى القسمه بمجردا بين كون القاسم منصوب الامام و من تراضيا به و أنفسهما، لأصالة صحه القسمه الى أن يثبت المزيل، و لان منصوب الإمام كالقاضى لا يسمع الدعوى عليه بالظلم» .

قال المحقق الآشتياني قده: «و قد تنظر فيه الأستاذ العلامه بأن مرجع دعوى الغلط فى القسمه إلى إنكار أصل القسمه، فليس هناك قسمه مسلم الوقوع بين الشريكين قد وقع النزاع فى صحتها و فسادها حتى يحكم بصحتها، و لا يتوهم جريان هذا الإشكال فى سائر المقامات أيضا، بأن يقال ان مرجع نزاع المتبايعين فى صحه البيع و فساده إنكار أصل البيع، فان البيع العرفى هناك متحقق مسلم الوقوع بينهما، و انما يدعى أحدهما فساده من جهه عدم مراعاة بعض ما اعتبر فيه شرعا، و هذا

بخلاف المقام، فإن مرجع النزاع فيه الى إنكار أصل القسمة العرفيه، ضروره أن القسمة من دون التعديل لا تسمى قسمة عرفا أيضا، و الحاصل أن القسمة عباره فى العرف عن التمييز و الافراز حسبما عرفت سابقا، فان سلم وقوعها فلا معنى لدعوى غلط أحد الشريكين فيها، و الا فمرجع النزاع إلى أصل وقوعها» .

قلت: حاصل كلامه عدم انقسام القسمة إلى الصحيحه و الفاسده، بل أمرها يدور بين الوجود و العدم، و ليس الأمر كما ذكره بل فى القرآن الكريم «تِلْكَ إِذًا قِسْمَةٌ ضِيزَى» (١).

قال الآشتياني: «ثم أجاب دام ظله عن الاشكال المذكور بوجهين أحدهما، أن يكون المراد بالقسمة هى صورتها لا القسمة الحقيقيه فيقال: انّ الأصل صحه ما وقع من صوره القسمة المسلمه بينهم» .

قلت: و لم يتّضح لنا معنى هذا الكلام.

قال: «ثانيهما: أن يكون المراد منها سبب القسمة، أى فعل القاسم الذى هو سبب لتحقق التمييز، فإنه قد يقع و لا يترتب عليه التمييز و الانعزال، و قد يقع و يترتب عليه، و قد يقع و يشك فى ترتبه عليه، فالأصل الترتب نظرا إلى أصاله الصحه فى الفعل الواقع من المسلم» .

و كيف كان: «فإن أقام بينه سمعت و حكم بطلان القسمة» و ذلك كما قال المحقق «لأن فائدتها تمييز الحق و لم يحصل» التمييز لبقاء مقدار من حق أحدهما فى سهم الآخر، و طريق إقامه البينه-كما فى المسالك-ان يحضرا قاسمين حاذقين لينظر أو يمسا و يعرفا الحال و يشهدا، فان شهد القاسم-و آخر معه-بصحه القسمة قال العلامه ان كان عمله بأجره فهو متهم و ان كان مجانا اعتبرت الشهاده و وقع التعارض بين البينتين، لكنه مشكل-كما فى الجواهر-لأن شهاده الإنسان فى حق نفسه غير مسموعه بل لا تقبل فى عمل الغير الذى يرجع اليه نفعه، نعم يكون قوله

ص: ٦٥

حجه في صورته شك أحد الشريكين و السؤال منه من دون مرافعه.

و كيفيه إقامه الدعوى عند الحاكم على القاسم أن يقول للحاكم: لقد قامت البيئه عندي على وقوع الخطأ في القسمة فيقول له: أحضرها، كذا في مفتاح الكرامه، و قيل: لا تسمع الدعوى على قاسم الحاكم حتى مع البيئه، و هذا مشكل.

فظهر أن الدعوى لا تسمع مع عدم البيئه، فإن كان له بيئه و أقامها سمعت و ترتب الأثر على ذلك.

و لو عدم المدعى البيئه فهل له التماس اليمين؟ قال المحقق: كان له.

فمن يكون الحالف حينئذ القاسم أو الشريك؟ قال المحقق: الشريك. و هل يحلفه مطلقا؟ قال المحقق لإبل ان ادعى على الشريك العلم بالغلط.

و توضيح ما ذهب اليه المحقق هو: انه ان ادعى على الشريك علمه بالغلط - بأن يقول له علمت بالغلط قبل انتهائه أو يدعيه عليه بعد العمل- فإن أقر الشريك فلا كلام و ان أنكر أحلفه الحاكم، فان حلف على نفي العلم سقطت الدعوى، و ان نكل ثبتت الدعوى بناء على ثبوتها بالنكول، و أما على القول بعدم كفايه النكول رد اليمين على المدعى فان حلف ثبتت و الا سقطت.

أما القاسم فلا يحلف، لأنه ان حلف بعدم الغلط كانت النتيجة للغير و هو المدعى عليه، و ان أقر لا يعتبر إقراره لأن نفعه يعود الى المدعى و المفروض أن الشريك لا يصدقه.

فان كان القاسم منصوبا من قبل الحاكم فلا يحلف بالأولويه.

و قال جماعه بجواز حلف الشريك على نفي الواقع، بل قيل انه المشهور بين الأصحاب خلافا للمحقق.

و لو أنهما قسّما المال بأنفسهما فادعى أحدهما وقوع الغلط و أنكر الآخر فلا يحلف المنكر مع عدم البيئه-الا على نفي العلم بالغلط و الاشتباه.

هذا كلام المحقق، و قد وافقه في الجواهر خلافا للآخرين.

أقول: و الحق ما ذهب اليه المحقق، لان القاسم لا يحلف، لان يمينه فى حق الغير، و لا يحلف الشريك على نفي الواقع، لأنه فى فعل الغير، فتبقى اليمين على نفي العلم، و كذا الأمر فيما إذا قسما بأنفسهما، فإنه لا يمكن إحلاف الشريك على نفي الواقع، مع أن المدعى قد شاركه فى هذا التقسيم حسب الفرض.

و قال المحقق الكنى ما حاصله: ان الغلط يكون تاره بمعنى المصدر المبني للفاعل، و عليه فلا يمكن إحلاف الشريك على نفي الغلط من القاسم، و أخرى يكون بمعنى المصدر المبني للمفعول، فهنا يجوز إحلافه و له الحلف على نفي وقوع الغلط ان كان عالما، فمن قال بعدم الجواز فقد أخذ الغلط بذاك المعنى، و من قال بالجواز أخذ بهذا المعنى. و بذلك يجمع بين القولين.

أقول: و بناء على كون «الغلط» بمعنى المصدر المبني للمفعول يمكن أن يكون المدعى عليه هو الشريك، كما إذا كان بنفسه دخيلا فى القسمة أو ناظرا لها، و حينئذ يكون حلفه فى فعل نفسه، و كذا لو ادعى عليه وجود شىء من حقه فيما بيده من المال، فله ان يحلف على القطع و البت ان كان عالما و الا رد.

و لعل هذا هو مراد من نص على جواز إحلاف الشريك و ان لم يدع عليه العلم.

### **الثانية: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا:**

قال المحقق قدس سره: «إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا، فان كان معينا مع أحدهما بطلت القسمة و لو كان فيهما بالسوية لم تبطل. و لو كان فيهما لا بالسوية بطلت.» أقول: قال الشيخ قدس سره فى المبسوط: «إذا كانت يدهما على ضيعه ثلاثين جريبا فاقسماها نصفين فبان ثلثها مستحقا فان المستحق يتسلم حقه، و أما القسمة فلا يخلو المستحق من أحد أمرين، اما ان يكون معينا أو مشاعا، فان كان معينا نظرت فان حصل فى سهم أحدهما بطلت القسمة، لأن الإشاعه عادت الى حق شريكه، و ذلك ان القسمة تراد لإفراز حقه عن حق شريكه، فإذا كان بعض ما حصل

له مستحقا كان حقه باقيا في حق شريكه، فاما ان وقع المستحق في نصيبهما معا نظرت، فان وقع منه مع أحدهما أكثر مما وقع مع الآخر بطلت القسمة أيضا لما مضى، و ان كان فيهما سواء من غير فضل أخذ المستحق حقه و ينصرف و كانت القسمة في قدر الملك الصحيح صحيحه، لأن القسمة إفرز الحق و قد أفرز كل واحد منهما حقه عن حق شريكه هذا إذا كان المستحق معينا و أما ان كان مشاعا.» فنقول: إذا اقتسم المتقاسمان المال بينهما، ثم ظهر كون بعض المال مستحقا لغيرهما، فتارة يكون المال المستحق للثالث معينا، و اخرى يكون مشاعا، فان كان معينا فهنا صور:

الأولى: أن يكون المال المستحق مع أحدهما دون الآخر. فهنا تبطل القسمة بلا اشكال و لا خلاف، لبقاء الشركة حينئذ في النصيب الآخر، لعدم تحقق التعديل بين النصيبين.

و الثانية: أن يكون المال المستحق في مال المتقاسمين كليهما بالسوية، و هنا لا تبطل القسمة بلا خلاف و لا إشكال، لأن الغرض من القسمة و هو إفرز كل واحد من الحقين عن الآخر حاصل، فالقدر المسلم به زوال الشركة الكائنه بينهما بهذه القسمة، و أما كون الثالث شريكا مع كل واحد فهذا فيه بحث سيأتي.

و ما عن بعض العامه من احتمال بطلان القسمة هنا لتبعض الصفقه ضعيف، لانه مبنى على ان القسمة بيع، و قد تقدم أنها معامله مستقلة و ليست ببيع.

و الثالثة: أن يكون المال المستحق فيهما لا بالسوية، ففي هذه الصورة تبطل القسمة لعدم تحقق الشرط في القسمة و هو التعديل بعد إخراج سهم الثالث.

و حيث يتحقق التعديل فيحكم بصحة القسمة. كما في الصورة الثانية. فلا حاجة الى تقييد ذلك بما إذا لم يحدث نقص في حصه أحدهما بأخذ المال المستحق و لم يظهر به تفاوت بين الحصتين، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه لوضوح بطلان القسمة حينئذ لعدم تحقق التعديل.



و كذا الأمر لو ظهر في نصيب أحدهما عيب، وقيل هنا بعدم البطلان بل هو مخير بين أخذ الأرض و الفسخ بالإقاله. و فيه، ان أدله الإقاله لا تأتي في القسمه لأنها ليست ببيع كما تقدم (١).

و كذا لا يأتي في القسمه خيار الغبن لما ذكرنا.

و لما ذكرنا أيضا لا حرمة لما يحدثه أحدهما فيما بيده من بناء و نحوه لو ظهر الاستحقاق-بخلاف البيع، فان ذلك له حرمة لو أراد الفسخ-فيكون نظير ما إذا بنى دارا على أرض ظانا بأنها ملكه فبانت لغيره، فلا يستحق شيئا على صاحب الأرض-الا إذا كان مغرورا فإنه يرجع على من غره. نعم له نقل الأعيان التي تكون له مع الإمكان، و كذا لو استعار كتابا ثم صححه ظانا بأنه ملكه، فليس له مطالبه أجره في مقابل عمله من مالكة.

نعم لو كان الحاكم سبب الضرر أمكن القول بكون الضرر على بيت المال.

هذا كله ان كان المستحق معينا.

قال المحقق قده: «و ان كان المستحق مشاعا معهما فللشيخ قولان (٢) أحدهما: لا- تبطل فيما زاد عن المستحق، و الثاني تبطل لأنها وقعت من دون اذن الشريك و هو الأشبه» .

أقول: لو ظهر كون ثلث الأرض مستحقا لغيرهما، فان كان مع سهم كلا

الطرفين شارك كلا منهما فيما وصل إليه بالإشاعه، فالقسمه بين المقتسمين متحققه و ليس الكل شركاء في الكل، لكن شركه الثالث معهما يتوقف على الاذن، و حينئذ فهل يؤثر رضاه بعد تلك القسمه التي أدت الى هذه الشركه فضوله؟ الظاهر ذلك، كما إذا كان اخوان شريكين في مال فمات أحدهما، فقسم المال بين الباقي منهما و ابن الميت، ثم ظهر للولد أخ، فإنه يشترك مع أخيه في النصف مشاعا، و يستقل عمهما بالنصف الأخر، فإذا حضر الأخ و أجاز القسمه هذه صحت، و فيما نحن فيه إذا أجاز المستحق كان شريكا معهما، بمعنى انحلال الشركه الاولى و حدوث شركه ثانيه، فيكون نظير ما إذا قسّم المال المشترك بين أربعة إلى قسمين يشترك كل اثنين منهما في قسم.

و كما لو كان عبدان مشتركين بين اثنين بالتناصف و كان أحدهما يسوى عشرين ديناراً، و الآخر يسوى عشره دنانير، فلو طالب أحدهما الاستقلال في تملك الرخيص منهما جاز، فيكون الرخيص مع ربع النفيس لهذا، و تبقى ثلاثه أرباع النفيس للآخر، فقد تبدلت شركتهما بهذه القسمه إلى نحو آخر من الشركه، و لما ذكرنا قال في الجواهر: ربما ظهر من تعليل المصنف و غيره الصحه مع الاذن، على ان تكون حصته مشاعه معهما، و حينئذ فلحوقها كاف.

و بالجملة: إذا أمضى يكون شريكا مع كل واحد فيما بيده بالنصف مشاعا في الفرض المذكور أولاً، و هذا كله فيما إذا كان التقسيم بالتعديل و إلا بطلت القسمه.

و لو كان في سهم أحدهما حيوان مثلاً فتلف، فان كانت القسمه صحيحه فهو في ملكه، و ان كانت باطله ثبت الضمان، سواء كان التلف بسببه أو بسبب غيره، لان المأخوذ بالقسمه الباطله حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد.

### **الثالثه: لو قسم تركه الميت ثم ظهر عليه دين**

قال المحقق قده: «لو قسّم الورثه تركه ثم ظهر على الميت دين، فان قام

الورثه بالدين لم تبطل القسمة، و ان امتنعوا نقضت و قضى منها الدين» .

أقول: مذهب المحقق قدس سره هو أن التركة تبقى على حكم مال الميت فإن أدى الورثه الدين كان لهم المال، و الا كان للديان أخذ التركة فى مقابل حقهم، و بعبارة اخرى: انه يتعلق بالتركة حق الورثه بأن تكون لهم بعد أداء دين مورثهم و يتعلق بها حق الديان، بأن يأخذوها فى مقابل الدين ان امتنع الورثه عن أدائه، فتكون التركة موردا لتعلق حقين طوليين كالمال المرهون.

و قال العلامة فى القواعد: «و لو قسّم الورثه التركة و ظهر دين فإن أدوه من مالهم و الا بطلت القسمة، و لو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصه بقدر ما يخصه من الدين، و لو اقتسموا البعض و كان فى الباقي وفاء اخراج منه الدين، فان تلفت قبل أدائه كان الدين فى المقسوم ان لم تؤد الورثه» و حاصل العبارة:

ان الورثه يملكون التركة ملكيه مترزله، فإن أدوا الدين استقرت و الا أخذ الديان التركة.

و كيف كان، فان قسّم الورثه التركة و ظهر الدين، فتاره يكون الدين مستوعبا لها و اخرى لا يكون كذلك، فبناء على مختار القواعد و بعضهم قد قسموا ما لا هو لهم فالقسمة صحيحة، و حينئذ يتعلق حق الديان-المتعلق سابقا بكلى التركة- بالسهم المتشخصه بالتقسيم و المتحققه خارجا بيد كل واحد من الورثه، فإن أدوا جميعهم الدين فقد استقر ملكهم، و ان أدى بعضهم دون بعض فقد استقرت مالكيه من أدى دون من امتنع.

قد يقال: ان هذه التركة تكون كالمال المرهون الذى ليس لصاحبه، و لا يجوز للمرتهن التصرف فيه الا مع اذن الآخر، فكيف تكون قسمة الورثه للتركة صحيحة بدون اذن الديان حتى يتشخص بهذه القسمة متعلق حقهم بعد أن كان كليا؟ لكن يمكن الجواب عنه بأنه لا مانع من التصرف غير المنافى لحق الديان،

فإن أدله الإرث و القسمة تقتضى جواز التقسيم، و لا يعارض ذلك مقتضى أدله وجوب أداء الدين، غير أن متعلق حق الديان أصبح شخصيا بعد أن كان كليا و هذا لا مانع منه، لانه يكون نظير ما إذا أدوا نصف الدين قبل التقسيم و بقى النصف الآخر، نعم لو كان الشأن بحيث إذا لم يؤد جميع الدين كان جميع التركة كالمال المرهون من حيث عدم جواز التصرف فيه الا مع الاذن بطلت القسمة و ان لم يمتنع بعض الورثة عن أداء ما عليهم.

و عليه فان مات المورث و عليه الخمس، و اقتسم الورثة التركة فأدى بعضهم ما عليهم و امتنع البعض الآخر، فعلى التقدير الأول: يكون من أدى ما عليه بالنسبة -من المال الواجب أدائه من جهة الخمس الذى كان على الميت- مالكا لما بيده، و من امتنع لم يجز له التصرف فيما بيده، و على التقدير الثانى: لا يجوز لأحد منهم التصرف فيما بيده حتى يدفع الخمس كله. لكن فى هذا المورد بالخصوص نص يقتضى الوجه الأول (١).

اذن يصح التقسيم بناء على الملكيه المتزلزله إلا فى الصوره المذكوره، و ان هذا المقدار من التصرف بدون اذن الديان لا مانع منه لعدم منافاته لحقهم، فيكون نظير ما إذا اشتريا مالا مع خيار الفسخ للبائع مده معينه، فلا مانع من أن يقسما المال بينهما، فإن أخذ البائع بالخيار فى المده استرجع ما فى يد كليهما و لا اشكال فيه.

و أما على مبنى المحقق فيشكل بأنه كيف تصح القسمة فى مال الغير؟ و كيف يباع سهم الممتنع عليه مع انه للغير؟ و أجيب بأن المال و ان لم يكن للورثة إلا

أنه متعلق لحق شرعى لهم، فحيث أدوا الدين تنتقل التركة إليهم و تكون ملكا لهم، فهم فى التحقيقه قد قسموا ما لا- متعلقا لحقهم، و يملك كل واحد منهم ما وقع اليه بأداء المقدار المتعلق من الدين به، و يكون الحاصل: صحه القسمة بالنسبه الى من أدى و بطلانها بالنسبه الى من امتنع، بمعنى عدم جواز تصرفه فيما وقع اليه لا بمعنى بطلان القسمة.

و لو ظهرت وصيه تمليكيه بعد القسمة فإن كانت بإنشاء تمليك مال بعد الموت فتماميتها تتوقف على قبول الموصى له، فان قبل كان المال ملكا له، و ان كانت وصيه بتمليك مال إليه، فإن ملكه الوصى كان ملكه، و الا كان فى حكم مال الميت فلا يتصرف فيه أحد و لا يقسم بين الورثه.

و محل الكلام فيما إذا قسّم المال ثم ظهر كونه موردا للوصيه التمليكيه، ففي الدروس و المسالك انه ان كانت الوصيه وصيه مال من غير اضافه لها الى مال معين كانت كالدين، و ان كانت مضافه كأن يوصى بدفع عشر ما له مثلا كانت كالمال المستحق فى الحكم المذكور سابقا.

أقوال: جعلهم الوصيه فى الصوره الأولى كالدين فيه تأمل، لأنه فى الدين ذمه الميت مشغوله، و أما إذا قال ادفعوا من مالى مائة أو ادفعوا هذه المائة كان المال للموصى له مع قبوله بعد موت الموصى، لا باقيا فى حكم مال الميت حتى يكون كالدين، و لا للوارث كما اختار صاحب الجواهر فى الدين. و لا يصح ان نعتبر الان اشتغال ذمته بعد الموت، إذ لا عرفيه لذلك.

و لو أرسل و قال: ادفعوا مائة، فإنه لا مناص من أن يجعل من المال بمقدار المائة للموصى له، فلو عادلته المائة عشر المال كان العشر له بالإشاعه، و يمكن ان يكون كالصاع من الصبره، و حينئذ يكون لهم التصرف فى المال حتى إذا بقى المقدار الموصى به و انحصر الكلى فى الفرد منعوا من التصرف فيه، لانه ملك للموصى له.

بخلاف ما إذا كان بنحو الإشاعه فلا يجوز التصرف فى شىء من المال إلا بإذن الموصى له، لان المفروض انه يشاركهم فى كل جزء جزء من المال. و كيف

كان فليس هذا كالدين.

و بناء على ما ذكرنا يكون حكم قسمه هذا المال حكم قسمه المال الموجود فيه مال مستحق لغير الوارث، وقد تقدم الكلام عليه، و لا- يبعد أن تكون القسمة صحيحة حتى لو كان مع التصرف المحرم لعدم الاذن- نظير ما إذا غصب مالا و باعه لنفسه معاطاه فضوله فأجاز المالك، فالبيع صحيح و ان كانت تصرفاته محرمة، لجواز اجتماع الحكم التكليفي و هو حرمة التصرف مع الحكم الوضعي و هو الصحة.

و لو كان مورد القسمة أرضا فقسموها، فوقع مجرى ماء أحد السهمين في السهم الآخر لم يجز لصاحب هذا منع الماء، و لو قسموا دارا كبيره لها بابان فكان لكل من السهمين باب فلا يجوز لأحدهما الدخول من باب الآخر- إلا مع اذنه- و ان كان هذا الباب أوسع أو أقرب، بخلاف ما إذا كان للدار باب واحد و لا يمكن احداث باب آخر فلا يجوز لهذا منعه.

هذا و هل لولى الطفل أو المجنون المطالبه بالقسمه؟ ان كان في القسمه مفسده للمولى عليه فلا ريب في العدم، و هل يكفي عدم المفسده أو يشترط وجود المصلحه له؟ قولان، و مع تساوى الأمرين- الشركه و عدمها- من حيث المصلحه فهل يجوز له ان يطالب بالقسمه؟ قولان. و قيل في هذه الصوره تكون اجره القسام على الولي نفسه.

أقول: و الأحوط ان لا- يطالب الولي بالقسمه إلا- في صوره وجود المصلحه للمولى عليه، لأن الأجره تكون على المولى عليه لأعلى الولي.

و حيث يطلب الشريك القسمه و لا مفسده للمولى عليه، فهل يجبر الولي؟ الظاهر ذلك، و كذا العكس لكن عليه الأجره.







اختلفت كلمات الأصحاب فى تعريف «المدعى» الذى استفاض ذكره فى نصوص كتاب القضاء، فعرفوه بتعاريف:

قال المحقق: «و هو الذى يترك لو ترك الخصومه» أى: هو الذى يخلى سبيله و يسكت عنه لو سكت عن الخصومه. و هذا التعريف للمحقق و جماعه بل قيل انه المشهور.

«و قيل هو الذى يدعى خلاف الأصل أو أمرا خفيا» أى: منافيا للظاهر الشرعى قال فى الجواهر «و عن بعضهم حكاية التفسير بالمعطوف خاصه عن بعض، و بالمعطوف عليه خاصه عن آخر. و حينئذ تكون الأقوال أربعه» .

و قد نوقش الأول عدم الانعكاس أو عدم الاطراد، فقد يترك المدعى الدعوى أو المدعى عليه و تبقى الخصومه، فلو أودع مالا عند شخص فادعى رده عليه فأنكر صاحب المال لم يترك المدعى لو ترك دعوى الرد بل يطالب بالرد، و أجاب فى الجواهر بأن مطالبه المدعى باليمين و المنكر بالبينه لا يخرج المدعى عن كونه مدعيا، بل ذلك مقتضى الدليل الشرعى فى بعض الموارد بنحو التخصيص، و فى العروه: ان هنا دعويين إحداهما الإيداع عنده و الثانيه دعواه الرد، فلو ترك هذا دعوى الرد انتفت الخصومه الثانيه و لكن الأولى باقيه.

و المراد من «الأصل» فى التعريف الثانى هو القاعده الكليه، أعم من الأصل

و الامارات كاليد و الاستصحاب، فالأصل فى اليد دلالتها على الملكيه، فمن ادعى على خلاف مقتضاها قيل له أنت تدعى خلاف الأصل.

و قد يراد من «الظاهر» معنى غير «الأصل» كما لو أرخى الزوجان الستر ثم اختلفا فى الدخول فادعته الزوجه و ادعى الزوج العدم كانت دعوى الزوج مخالفه للظاهر.

و لو أسلم الزوجان فادعت الزوجه التقارن فالنكاح باق و أنكر الزوج فهو باطل، فان مقتضى الأصل هو عدم الإسلام المقارن، و أصاله عدم المقارنه مثبتة.

هذا و لكن الاولى-وفاقا للجواهر-هو الرجوع الى العرف فى تشخيص المدعى من المنكر، و فى مورد التداعى حيث يصدق «المدعى» على كليهما يطالبان معا بالبينه، و حيث يشك يعين المدعى من المنكر بالقرعه.

و فى العرف: المدعى هو من يريد إثبات حق له على غيره فيطالب به عند الحاكم، أو يريد التخلص من حق لغيره عليه، كأن يدعى إرجاع الامانه و تسليم الوديعه و أداء الدين، فيكون الحاصل وجوب إقامه البينه على من كان عند العرف مدعيا و اليمين على من كان عندهم منكر، لان الخطابات الشرعيه مثل «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» أو «على من أنكر» و نحوها ملقاه إلى العرف و ليس للشارع جعل خاص لموضوعات الاحكام فى هذه الموارد-و ان قيل بذلك فى خصوص المدعى-فتشخيص الموضوع بيد العرف، نعم قد يخطأ العرف فى تشخيص موضوع من موضوعات الاحكام و حينئذ لا يوكل الشرع الأمر إلى العرف فى ذاك المورد بل يعين موضوع حكمه بنفسه، و هذا لا ينافى كون خطابه ملقاه إلى العرف.

فالتحقيق فى المقام ما ذكرناه، و من عرّف المدعى بنحو من الأنحاء المذكوره فقد لحظ المعنى الأكثر انطباقا فى الموارد فى نظره و جعله عنوانا، كليا له، و الا فلا دليل فى الكتاب و السنه و لا قرينه على تعيين أحد تلك التعاريف.

و حيث عيّن العرف المدعى-و لم يخطئه الشارع-توجه إليه الوظيفة الشرعية في إقامه الدعوى، سواء، ترك المخاصمه لو ترك أولاً، و سواء كانت دعواه مخالفه للأصل أو الظاهر أو موافقه.

ثم انه قد يختلف الأمر باختلاف مصب الدعوى، ففي الإجاره مثلاً قد يدعى المستأجر وقوع الإجاره بمائه و يدعى الموجر وقوعها بمأتين، فهنا كل منهما يدعى شيئاً و ينكر ما يدعيه الآخر فيكون التداعى و عليهما البيئه، و قد يكون مصب الدعوى المأه المختلف فيها، و حينئذ يكون القائل بالمأتين و هو الموجر مدعياً و عليه إقامه البيئه و المستأجر منكراً و عليه اليمين، فإن أقام المؤجر البيئه ثبتت المأه على المستأجر و الا حلف و سقطت دعوى الموجر.

و فى الدين: ان طالب الدائن بالمال و أنكر المدين كان الأول هو المدعى و ان قال المدين: قد أديب الدين انقلب مدعياً و كان عليه إقامه البيئه على الأداء فى البيع، كأن يقول بعث بعشرين و يقول المشتري: بل بعشره، أو يقول: بعثك بعشرين ديناراً من ذهب، فيقول المشتري: بل من فضه، أو يقول: بعثك هذا الشئ، فيقول بل وهبتنى إياه، و تظهر الثمره فى الفرض الأخير عند تلف العين مع الفساد، فان كان الواقع بيعاً فاسداً ضمن الآخذ و ان كان هبه فاسده لم يضمن.

و لو كان مورد المخاصمه هو الضمان فهذا يدعى اشتغال ذمه الآخر و ذاك ينكر، و حينئذ يكون الملاحظ نتيجة النزاع، و لا يلتفت الى النزاع حول كون المعامله هبه أو بيعاً، أما إذا كان مورد النزاع هذه الناحيه فإنه يقع التعارض بين الدعويين لجريان أصاله العدم فى كلا الطرفين.

و مع الجهل بمصّب الدعوى و مورد المخاصمه يعين بالقرعه.

و كيف كان فان الملاحظ هو نظر العرف فى تعيين المدعى و المنكر، و يؤخذ بنظر الاعتبار مصب الدعوى، إذ الأمر يختلف باختلافه كما مثلنا.

(البلوغ)

و كيف كان فقد ذكر المحقق قدس سره الشروط المعتبره فى المدعى بقوله:

«و يشترط فيه: البلوغ، و العقل، و أن يدعى لنفسه أو لمن له ولايه الدعوى عنه، و ما يصح منه تملكه، فهذه قيود أربعة، فلا تسمع دعوى الصغير» أقول: الشرط الأول الذى ذكره هو «البلوغ» ثم قال: «فلا تسمع دعوى الصغير» و لنا فى اعتبار هذا الشرط بنحو الإطلاق بحث الا ان يكون إجماع، لأن دعوى انصراف أدله القضاء عن دعوى غير البالغ ضعيفه، لأن الغرض من نصب القاضى حفظ الحقوق و النظام، و ان الله عز و جل لا- يرضى بضياع حقوق غير البالغين، و مثلها دعوى ان المتبادر من أدله القضاء و سماع الدعوى هو كون المدعى بالغاً، فان فى تلك الأدله عمومات و إطلاقات تشمل الصغير قطعاً مثل قوله تعالى «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ»، و مع هذه الأدله لا وجه للتمسك بالأصل- كما فى المستند.

و أما قوله فى توجيه عدم سماع دعوى الصغير بأنه قد يحتاج إلى أمور يشترط فيها البلوغ مثل إقامه البيئه. ففيه: انه لا دليل على اشتراط البلوغ فى إقامه البيئه، فإذا أقامها الصغير على طبق الموازين الشرعيه فلا- وجه لعدم قبولها، و الأدله الرافعه لآثار قول الصبى منصرفه عن كون مورد دعواه ظلم أحد له كالضرب و نحوه، نعم الاعتبارات المحتاجه إلى الإنشاء غير مسموعه منه، كما أنه إذا وصل الأمر فى المخاصمه إلى اليمين فلا يحلف و لا يحلف.

و بعبارة أخرى: البلوغ ليس شرطاً فى أصل الدعوى، فان دعوى الصغير تسمع لكن الأمور المترتب و أحكام فصل الخصومه و موازين القضاء يشترط فى بعضها البلوغ كالحلف و الإقرار فلا يحلف و لا يحلف و لا يترتب الأثر على إقراره، و حينئذ يقوم وليه مقامه فى هذه الأمور، و بعضها لا يشترط فيه البلوغ كإقامه البيئه، و حينئذ يترتب الأثر لعموم الأدله، و انصراف «عمد الصبى خطأ» و نحوه عن مثل ذلك

بل قال المحقق الكنى قده: ان الأصحاب لم يعملوا بهذه الأدله و اعتبروا قول الصبى فى موارد، كقبول قوله فى إنبات الشعر بالعلاج، و كما لو أوقع معامله فقال البائع بطلانها لكونه صبغرا فادعى البلوغ سمعت دعواه و حكم بصحه معامله.

نعم ان كان متعلق دعواه مالا- فلا تسمع، لأجل الصغر لانه لا سلطنه له على مال فلا سلطنه له على دعوى متعلقه بالمال، فعدم سماع دعواه حيثذ يكون من هذا الحيث لأمن جهه ان الصبى مسلوب العبارة، لكن الدعوى ليست من شئون المطالبه بالمال، فإنه إذا أثبت المال بالبينه أمكن ان يباشر المطالبه وليه أو الحاكم نفسه، و ليس إثبات تملك المال تصرفا فيه حتى يقال بعدم السلطنه له على المال، و لذا يجوز للأجنبى ان يثبت مالا لغيره، فيكون ذلك فى الحقيقه كالكشف لأمر مخفى.

### اشتراط العقل:

قال المحقق: «و لا- المجنون» أقول: الشرط الثانى الذى ذكره المحقق و غيره هو «العقل» و يدل على اعتباره ما دل على اعتبار البلوغ، لكن مقتضى عمومات أدله القضاء سماع دعواه فى غير التصرفات الممنوعه كما إذا ادعى على شخص انه جنى عليه، فان الشارع لا يرضى بالجنايه على المجنون و لا يترك الجانى عليه من غير مؤاخذه و عقوبه.

و عن المحقق الأردبيلى قده و جماعه اشتراط كونه رشيدا، فلا تسمع الدعوى من السفيه، بل عن المعتمد دعوى الإجماع عليه، لكن الأدله القائمه على وجوب إحقاق الحق و حفظ الأموال و النظام تقتضى وجوب سماع دعواه. نعم لا تسمع فى دعاوى المتعلقه بالمال، بل ان دعواه فيها تسمع أيضا لأن الدعوى و إثبات الحق غير التصرف. و اما دعوى الإجماع على هذا الشرط ففيها منع واضح.

### ان لا يدعى مالا لغيره:

قال: «و لا دعواه مالا لغيره الا أن يكون وكيلا أو وصيا أو وليا أو حاكما

أو أميناً لحاكم» .

أقول: ادعى فى الجواهر عدم الخلف فيه، لكنهم يحكمون بسماعها فى بعض الموارد من غير أحد ممن ذكر، فلو غصب مال من يد المرتهن أو المستعير سمعت دعواه عند الحاكم، وقيل فى الرهن بجواز الدعوى بعنوان حق نفسه.

قلت: و بعض النظر عن حكمهم بالسماع فى هذه الموارد فإنه لا مانع من ان يدعى الإنسان حقا لغيره ما لم يستلزم التصرف فيه، و دعوى انصراف «فَأَخُكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» عنه غير مسموعه، اللهم الا ان تكون الدعوى نفسها تصرفا فيشكل الدعوى أخذا بشاهد الحال و اعتمادا على اذن الفحوى من المالك، لان الفحوى و شاهد الحال لا يشملان هكذا تصرف اعتبارى، بل يتوقف سماعها منه على الاذن الصريح.

لكن لو كان المدعى من أقرباء المالك و ذويه فالظاهر الاستماع فى ما لا- يستلزم تصرفا فى ماله من غير ولاية و لا وكاله لانصراف أدله المنع حينئذ، و القدر المتيقن من الإجماع غيره.

ثم ان المشهور قيام الوكيل و الوصى و الولى مقام صاحب المال فى جميع مراحل الدعوى، و استثنى بعضهم إخلاف المدعى عليه، الا أنّ أن مقتضى عمومات أدله الولاية و الوكاله و الوصايه. هو جواز الإخلاف أيضا كما عليه المشهور.

### **ان لا يدعى ما لا يجوز تملكه:**

قال المحقق: «و لا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا» .

أقول: و يشترط فى الدعوى أن يكون موردها أمرا جائزا شرعا و عقلا، فلا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا و نحوهما مما لا يصح تملكه له، و لا- تسمع دعواه زوجته احدى محارمه، و قيل: له دعوى الأولويه بالخمير مثلا لأجل فائده محلله، كأن يبقى الخمر حتى تنقلب خلا، أو يأخذ العذره للتسميد، كما لا بأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الإسلام، أو يدعى ثمنها على مستحلها بناء على جواز بيعها ممن يستحلها، و الدليل على الجواز عمومات أدله القضاء بعد عدم تماميه

دعوى انصرافها عن مثل ذلك.

### اشتراط كون الدعوى صحيحه لازمه:

قال المحقق قدس سره: «و لا بد من كون الدعوى صحيحه لازمه، فلو ادعى هبه لم تسمع حتى يدعى الإقباض، و كذا لو ادعى رهنا» .

أقول: مثل بالهبة قبل الإقباض و بالرهن قبله للدعوى غير الصحيحه اللازمه لأن الموهوب ما لم يقبض لم يملك، و فى الرهن قال المحقق: «و هل يشترط فى الرهن القبض؟ قيل: لا، و قيل: نعم و هو الأصح» .

أما اشتراط كون الدعوى صحيحه فدليله واضح، فلو ادعى الهبه و أقر المدعى عليه لم يلزم بشىء، بل لا بد من أن يدعى هبه صحيحه كأن يقول له:

و هبتى ذلك و أقبضتني إياه.

و اما اشتراط كونها لانزمه فإن الهبه إذا لم تكن إلى ذى رحم و كانت العين باقيه جاز للواهب الرجوع حتى مع الإقباض، و لذا قيل بسقوط الدعوى فيما لو ادعى عليه الهبه فأنكر، إذ يكون الإنكار رجوعا، نظير ما إذا أنكر الزوج إطلاق فإن إنكاره رجوع.

و بالجمله فاشتراط الصحه لا ريب فيه، و لذا لو قال: هذه ثمره نخلى لم تسمع إذ يمكن ان لا تكون ملكه إلا إذا صرح فى دعواه بكونها ملكا له كما سيأتى، لكن عن المحقق الأردبيلي الإشكال فى اشتراط اللزوم فقد قال «ره»: «ما المانع من أن يدعى الصحه أولا- فيثبتها و يدعى اللزوم؟ ثم انه يرد عليهم مثله فيما إذا ضم إليها دعوى القبض، إذ لعل الموهوب له أجنبى. على أنه يرد مثله فى دعوى البيع» .

إذ على هذا لا بد من دعوى انقضاء المجلس أو الأيام الثلاثه فى الحيوان و لا قائل به» .

و أورد عليه فى الجواهر بقوله: «و فيه ان الصحه بدون القبض ليس حقا لازما للمدعى عليه، ضروره رجوع ذلك الى التهيؤ للصحه مع تمام ما يعتبر فيها، و هبه

الأجنبي مع القبض صحيحه و يترتب عليها الأثر و ان جاز له الفسخ، فان المراد باللازمه المقتضيه للاستحقاق على المدعى عليه، لا كون المدعى به أمرا لازما على وجه لا يكون به خيار للمدعى عليه.» .

قلت: و الصحيح أنه ليس الإنكار فيما نحن فيه رجوعا كالطلاق، فان الحكم المذكور يختص بالطلاق، و لذا لا يكون إنكار البيع فسخا له، و القول بعدم اشتراط اللزوم غير بعيد الا أن يكون هناك إجماع.

### هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟

قال: «و لو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود و لا بينه فادعى علم الشهود له ففي توجه اليمين على نفي العلم تردد، أشبهه عدم التوجه، لانه ليس حقا لازما و لا يثبت بالنكول و لا باليمين المردوده، و لانه يثير فسادا» .

أقول: لو لم يكن مورد الدعوى مالا كقوله لى عليك كذا من المال و لا سببا كالبيع كقوله: هذا المال الذى بيدك قد بعته إِيَّاه، بل ادعى أمرا له فيه نفع من حيث إثبات حق له أو إسقاط حق عليه، كأن يدعى المنكر فسق الحاكم الذى حكم عليه أو فسق الشهود الذين استند إليهم المدعى و حكم الحاكم طبق شهادتهم، أما لو ادعى فسق الشاهدين فله طرح دعواه عند نفس الحاكم، كما أن له طرحها عند حاكم آخر، فان كان له بينه أقامها و بذلك يزول الحكم الذى أصدره الحاكم حسب شهادتهما، و كذا لو تمكن من إثبات كذب الشاهدين أى كذبهما فى قولهما بأن هذا المال لزيد المدعى. لكن لا يسقط حق المدعى بثبوت فسقهما أو كذبهما فى هذه الشهاده.

و ان لم يكن عنده بينه فهل يؤثر علم المدعى بفسقها فى زوال الحكم كذلك؟ ان أقر بذلك فلا إشكال فى أنه يؤخذ بإقراره، و لا يجوز له الاستناد الى الحكم فى أخذ ما يدعيه على المنكر، و ان لم يقر فالحكم باق على حاله و له أثره من ثبوت الحق و فصل الخصومه، نعم مع علم المدعى بفسق الشاهدين لا يجوز له ترتيب الأثر مع





على الميت يحلف مع البيئه، و كذا مع الشاهد الواحد فى الدعوى المالىه.

لكن عن القواعد مع ذكر الحكم المذكور: «و لو التمس المنكر بعد إقامه البيئه عليه إحلاف المدعى على الاستحقاق أوجب اليه. و لو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم اجابته» .

و توجيه الفرع الأول هو ما لو ادعى المدين البراءه أو الإبراء، فكأن البيئه أثبتت أصل الدين و اليمين تثبت اشتغال ذمه المدين الان، ففى الحقيقه يدعى المدين الإبراء أو الأداء و الدائن ينكر ذلك فيحلف. و كذلك لو شهد الشاهدان بأن زيدا قد اشترى هذا المال فيكون ملكه، ثم يدعى عمرو البائع الفسخ فيحلف زيد المدعى على العدم.

و توجيه الفرع الثانى هو فى العين الموجوده، فإذا شهدت البيئه بكونها لزيد لم تسمع مطالبه عمرو منه اليمين، نعم لا مانع من الحلف بل يستحب فى رضاه بها لقوله عليه السلام لشريح: «ورد اليمين على المدعى مع بيئته، فان ذاك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء» (١).

و قال الشيخ فى المبسوط: «و كيف يحلف؟ قال قوم: يحلف ما اقتضاه و لا شيئاً منه، و لا اقتضى له و لا شىء منه، و لا أجال به و لا بشىء منه، و لا أبرأه و لا عن شىء منه، و أن حقه لثابت، و لا اقتضى له مقتضى بغير أمره فأوصل إليه. قال: فان ادعى أنه قد أبرأه منه أو قد أجال به لم يحلف المدعى عليه على أكثر من الذى ادعاه عليه و ان كانت الدعوى مبهمه فقال: ماله قبلى حق أو قد برئت ذمتى من حقه احتاج الى هذه الألفاظ كلها حتى يأتى بجميع جهات البراءه.

و من الناس من قال: أى شىء ادعى، فان المدعى عليه يحلف ما برئت ذمتك من دينى، فإذا قال هذا أجزاءه، لأنها لفظه تأتى على كل الجهات، فإن الذمه إذا كانت مشغوله بالدين أجزاءه أن يقول: ما برأت ذمتك من حقى.

ص: ٨٦

و هذا القدر عندنا جائز كاف. و الأول أحوط و أكد. فاما قوله: و ان حقى لثابت فلا خلاف انه ليس بشرط» .

### هل يلزم بالجواب عن دعوى الإقرار؟

قال المحقق: «و فى الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردد منشؤه ان الإقرار لا يثبت حقا فى نفس الأمر، بل إذا ثبت قضى به ظاهرا» .

أقول: لو ادعى زيد على عمرو الإقرار له بشيء كأن يقول له: قد أقررت بكون هذه الدار لى، أو يقول: لقد أقررت بأنى غير مدين لك، فهل يلزم الحاكم عمرا بالجواب عن هذه الدعوى؟ وجهان بل قولان، تردد المحقق قدس سره بينهما، وجه عدم الإلزام هو: أن الإقرار لا يثبت حقا واقعا للمقر له، لأن الإقرار-و ان الزم الشارع المقر بما أقر على نفسه-ليس طريقا لإثبات الحق بحيث يرفع شك المقر له فى تملك المقر فيه، فلو أقر له بكون الثوب له و كان المقر له جاهلا أو شاكا فى ذلك لم يرتفع معه الجهل أو الشك، لأن أثر هذا الإقرار هو الحكم الظاهرى فقط بجواز تصرفه فى الثوب. فإذا لم تكن الدعوى مثبتة لحق لازم و لم يكن الإقرار موجبا لحق واقعى فإنه-مع عدم البينه للمدعى على الإقرار-لا تسمع الدعوى، و لا يحلف المدعى عليه على إنكاره، و لا يكون نكوله عن اليمين مثبتا للدعوى.

و وجه الإلزام هو: أن المراد من الحق اللازم كون الدعوى ذات نفع للمدعى و المفروض جواز تصرفه فى المدعى به ظاهرا مع ثبوت الإقرار بأحد المثبتات، و لا- يلزم أن يكون مورد الدعوى ما لا- أو سببا لانتقال مال، بل ان ترتب الأثر المذكور -و هو الحكم بجواز التصرف ظاهرا-على الإقرار كاف لصحة الدعوى عند الحاكم كى يلزمه بالجواب.

و ظاهر المحقق فى المقام هو التوقف، بخلاف الفرع السابق حيث قال «أشبهه عدم التوجه» و استقرب الشهيد الثانى فى المسالك تبع لجماعه الوجه الثانى و اختار المحقق العراقى الأول فقال: ان الوجهين «مبنيان على أن الاحكام الظاهريه هل

فعليتها فرع وصولها الى المكلف بحيث لولاه لا تكون فعلية بعثيه بخلاف الأحكام الواقعيه من الوضعيات و التكاليفيات، إذ فعليتها الواقعيه ليست تابعه لوصولها غايه الأمر لا تنجز لها.

و حيث قد حققنا فى محله عدم تبعيه فعليتها للوصول فلا بأس بسماع مثلها.» و فى الجواهر وجه الوجه الثانى بقوله: «لان المدار على ثبوت الحق ظاهرا، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق أو مع يمين المدعى الذى يجوز له الحلف عليه و الأخذ به، و ان لم يعلم استحقاقه من غير جهه إقراره الذى له الأخذ به ما لم يعلم كذبه، لجواز استناده الى سبب لا يعلم به، و لأنه إذا سمعت دعواه بالبينه توجه له اليمين على عدمها، لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه.» .

ثم قال: «نعم قد يقال بعدم إلزامه باليمين على نفى ذلك بخصوصه إذا بذل اليمين على براءه ذمته الذى يأتي على ذلك كله، نحو ما تسمعه فى عدم إلزامه بجواب دعوى أنه أقرضه أو باعه بثمن فى ذمته أو نحو ذلك، معللين له بإمكان أدائه له و العجز عن إثباته، فيكفى جوابه ببراءه ذمته مما يدعيه عليه، فإنه يأتي على ذلك كله، و مثله آت هنا.

اللهم الا- أن يفرق بأن الدعوى فى الأول الشغل بسبب فى الواقع، فيكفى فى جوابه نفى الواقع بخلاف الثانى، فإن الدعوى فيه بصدور سبب من المدعى عليه يؤخذ به و ان لم يعلم الواقع.

و فيه: ان الإقرار كما يؤخذ بظاهره و ان لم يعلم صحته و قد ادعاه على خصمه، كذلك البيع عليه مثلا، له الأخذ بظاهره أيضا ما لم يعلم فساده و قد ادعاه على خصمه، فكما لا يلزم هناك الجواب بنفى البيع و يكفيه الجواب ببراءه الذمه كذلك هنا، فتأمل» (١).

أقول: و الأقرب هو الوجه الأول، إذ ليس كل دعوى يلزم الحاكم بسماعها و النظر فيها، بل الدعاوى المتعلقة بأموال الناس و نفوسهم و أعراضهم، فيلزم ان يكون مورد الدعوى شيئاً يزعم المدعى تعلقه به. و بعبارة أخرى: لا بد أن تكون نتيجة الدعوى و المرافعة إثبات حق يدعيه المدعى و جلب نفع الى نفسه أو دفع ضرر عن نفسه، و كل دعوى تكون كذلك يجب على الحاكم سماعها، و أما فى المورد الذى يتحقق النفع و يثبت للمدعى بنفس الحكم الصادر من الحاكم- و اما قبله فلا يوجد شىء- فيلزم الدور، لان نظر الحاكم فى ذلك المورد ثم حكمه يتوقف على تحقق الحق من قبل، و تحقق الحق يتوقف على الحكم نفسه.

### هل تفتقر صحة الدعوى الى الكشف؟

قال المحقق: «و لا تفتقر صحة الدعوى الى الكشف فى النكاح و لا فى غيره» .

أقول: انّ صحة الدعوى التى اشترطناها لا- تحتاج الى الكشف و التحقيق عن الأسباب، سواء كانت الدعوى فى الاملاك من الأعيان و الديون، أو فى العقود من النكاح و غيره. و قد نبه بذكر النكاح على خلاف بعض العامه فيه. و دليلنا على عدم الحاجه هو الإجماع.

قال: «و ربما افتقرت الى ذلك فى دعوى القتل، لأن فائته لا يستدرك» .

أقول: لأن للقتل أقساماً و أسباباً مختلفه من العمد و الخطاء و شبه العمد، و من أن القتل مستند إليه بالمباشره أو بالتسبيب، و أنه هل وقع منه منفرداً أو شاركه فيه غيره. فلكل واحد من هذه الاقسام و الحالات حكم، فلو أجمل فى الدعوى لم يترتب حكم واحد منها، فلا بد من الكشف و ذكر التفصيل و الا لم تصح دعوى القتل و لا تسمع.

و فى الجواهر كما عن جماعه الإشكال فى ذلك، و قد يستفاد من تعبير المحقق ب «ربما» و ذلك لانه قد يترتب على الإجمال أثر كلى، بل قيل: انه يمكن بحكم الأصل تشخيص انه خطأ، بل ربما ظهر من المحقق الأردبيلي سماع دعوى الكلى

و ان لم يترتب عليه حكم و لكنه مقدمه لإثبات الخصوصيه فيما بعد.

قلت: ان تعيين كونه خطأ بالأصل مشكل جدا، فلو أردنا إجراء هذا الأصل لجرى فى الجميع، لكن لو كان لبعض الخصوصيات أثر و قلنا بكفايه احتمال ترتب الأثر لوجوب السماع فإنه يجب سماع الدعوى، هذا بعد ثبوت أصل الواقعة، و بالجمله: الأصح هو سماع الدعوى حيث يثبت أصل القضييه ثم تثبت خصوصياتها بالموازين الشرعيه من البينه و اليمين، فيكون الحكم بعد المرحلتين وفاقا للأردبيلى، و ذلك لمقتضى الاحتياط الشديد الموجود فى الدماء.

و على الجمله: لا فرق بين القتل و غيره فى ذلك، فإنه مع فرض عدم ترتب حكم على الكلى فى غيره لم تسمع الدعوى به أيضا و الأ- سمعت- ان لم يثبت الإجماع على خلافه- لشمول أدله و جوب القضاء له، و لما جاء فى بعض الاخبار من حكم الامام عليه السلام فى مقامات مع عدم ذكر المدعى السبب.

فهذه هى القاعده الكليه و على ضوئها يظهر الأمر فى الموارد و الأمثله المختلفه، فإن كان للكلى أثر ادعاه و ان كان للخصوصيه أثر ادعاهما، و فى المتباينين تسمع الدعوى ان كان العلم الإجمالى منجزا، و مع دوران الأمر بين الأقل و الأكثر كان الأقل هو المتيقن.

قال المحقق: «و لو اقتصر على قولها: هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح و لا يفتقر ذلك الى دعوى شىء من حقوق الزوجيه، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجيه. و لو أنكر النكاح لزمه اليمين، و لو نكل قضى عليه على القول بالنكول، و على القول الآخر تردد اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجيه، و كذا السياق لو كان هو المدعى» .

أقول: ان الأثر الذى ذكرناه لا- يلزم التصريح به لدى الدعوى، بل يكفى دعوى ملازمه، فلو اقتصرت المرأه على قولها: هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح و ترتب آثاره من حقوق الزوجيه و لوازمها كالمهر و النفقه و غيرهما.

و يترتب على سماع هذه الدعوى أيضا انه لو أنكر الزوج النكاح لزمته

اليمين، و لو نكل عنها قضى عليه على القول بالقضاء بمجرد النكول، و برد اليمين على المرأه، على القول الآخر فإن امتنعت سقطت دعواها، و ان حلفت ثبتت الزوجيه. و عن التحرير «و فى تمكين الزوج منها اشكال من إقراره على نفسه بتحريمها، و من حكم الحاكم بالزوجيه» .

و كذا الكلام لو كان الرجل هو المدعى للزوجيه. إذ يترتب على ذلك الآثار الشرعيه و حقوق الزوجيه، و الاشكال المذكور موجود، من إنكار المرأه للزوجيه فلا يجوز لها تمكينه من نفسها و من حكم الحاكم بالزوجيه.

أقول: أما بالنسبه إلى الحاكم نفسه فهل ينهى الزوج المقر بحرمتها على نفسه عن وطئ المرأه-مع إلزامه بدفع النفقه مثلا-أخذًا بإقراره، أو لا ينهاه عن ذلك ترتيبًا لجميع آثار الزوجيه التى قد حكم بها؟ وجهان. اللهم الا ان نلغى اعتبار الإقرار فى هذه الحاله فيقدم الثانى، لكن لا يفتى بذلك احد. نعم لا يبعد الإلغاء فيما إذا كان الإقرار عن نسيان مثلا ثم تذكر و رجع عنه بعد قيام البينه.

فالصحيح ان الإقرار بالنسبه الى ما كان على الزوج مقدم على الحكم، إذ لا يقول أحد بإلغاء الإقرار فى هذه الحاله.

و اما وظيفه الزوج المنكر للزوجيه، فإن كان عالما بعدم الزوجيه فان مقتضى قول النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «فأيا امرء قطعت له» (1) هو عدم جواز ترتيب آثار الحكم مثل الوطاء، و أما دفع النفقه فليس محرما عليه بل يجب عليه امتثالا و تنفيذًا للحكم، بل يحرم على المرأه أخذها، و هل يجوز لها الأخذ فى مقابل بقائها فى دار الرجل؟ فيه اشكال، و أما إذا كان إنكاره لها من جهه الشك مثلا فان جميع الآثار مترتبه بالحكم.

و أما إذا كان المدعى للزوجيه هو الرجل و المرأه تنكر، فان كانت تعلم بعدم الزوجيه كان عليها الامتناع عن التمكين، و لا يجوز لها المطالبه بالنفقه، و ان كانت

ص: ٩١

تنكر كاذبه أو شاكه وجب عليها ترتيب الأثر على الحكم.

و أما المهر فان الرجل ان ألزمها بالتمكين و وطنها عملا بحكم الحاكم فقد وجب عليه دفع مهر المثل لانه عوض البضع.

### هل تسمع دعواه ان هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟

قال المحقق: «و لو ادعى ان هذه بنت أمته لم تسمع دعواه، لاحتمال أن تلد في ملك غيره ثم تصير له، و كذا لو قال: ولدتها في ملكي، لاحتمال ان تكون حره أو ملكا لغيره» .

أقول: و من فروع اشتراط كون مورد الدعوى حقا لازما يدعيه المدعى بصراحه و وضوح انه إذا قال: هذه بنت أمتي فهل تسمع هذه الدعوى أولا؟ و هذه الدعوى تتصور بوجهين: ان تكون هي بيد زيد و هو يريد أخذها منه بهذه الدعوى، و ان تكون بيده فيدعيها زيد فيقول هذه بنت أمتي بمعنى أنه إذا لم يدع ذلك تثبت دعوى زيد.

و كيف كان فان هذه الدعوى أعم من ان يكون موردها حقا لازما، و حيث أنها ليست صريحه في ذلك فلا تسمع.

و كذا لو ضم الى تلك الدعوى قوله: ولدتها في ملكي، أو ادعى هذه الجبهه دعوى مستقلة كأن يقول: هذه ولدتها أمتي في ملكي.

قال المحقق قدس سره: «و كذا لا تسمع البينه بذلك ما لم يصرح بأن البنت ملكه، و كذا البينه» .

أقول: و كما لا تسمع الدعوى الصريحه كذلك لا تسمع البينه غير الصريحه، فإن قالت بأن هذه مملوكه فلان سمعت، و لو قالت: ولدتها أمها حالكونها في ملكه فلا تسمع، لانه يمكن أن تكون الام مملوكه و لا تكون بنتها مملوكه له كأن يكون قد حررها مثلا.

قوله: «و كذا البينه» ليس تكرارا، بل المراد أنه ما لم يصرح المدعى في



الدعوى فلا- تسئل البيئه التي يقيمها، ثم البيئه لا تسمع شهادتها ما لم تشهد بصراحه، و حيث شهدت بالملك فلا تسئل عن السبب، فيحتمل أن يكون قوله: «و كذا البيئه» معطوفا على «لا يفتقر» المتقدم عليه.

قال: «و مثله: لو قال: هذه ثمره نخلى» أى: فلا تسمع هذه الدعوى لكونها أعم، الا أن يقول هذه ثمره نخلى و هى ملك لى.

قال: «و كذا لو أقر له من الثمره فى يده أو بنت المملوكه لم يحكم عليه بالإقرار لو فسر به بما ينافى الملك» .

أقول: و لو قال هذه الثمره من نخل من هى بيده فهل له ان يدعى بعد ذلك كونها ملكا له؟ نعم، لان قوله السابق ليس إقرارا بعدم ملكيته و ملكيه صاحب اليد حتى يكون قوله المتأخر إنكارا بعد إقرار، فتسمع هذه الدعوى منه و يطالب بالبيئه، بخلاف ما لو أقر بالملكه فليس له أن يقول بعد ذلك: لكن هى ملكى.

و هذا معنى عباره المحقق.

و فى المسالك: ظاهر عباره المحقق و العلامه انه إذا لم يفسر بالخلاف فهو إقرار.

و أشكال عليه فى الجواهر بعدم ظهور عبارتيهما فى ما ذكره، فليس «لو فسّر» قيّدا حتى يكون إقرارا. قلت: و ما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر.

ثم ان صاحب المسالك بعد ما استظهر من العباره ما ذكر أشكال على المحقق الفرق بين الإقرار و الدعوى فقال: «و الفرق بين الدعوى و الإقرار لا يخلو من اشكال، لأن الاحتمال قائم على تقدير الإقرار و الدعوى، و العمل بالظاهر فى الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه، و الفرق باشتراط التصريح فيها دونه رجوع الى نفس الدعوى، و فى الإرشاد أطلق عدم سماع الدعوى و الإقرار معا، و لم يعتبر التقييد فى الإقرار بتفسيره بما ينافى الملك و هذا هو الظاهر» .

أقول: ان اشكاله وارد بناء على ما فهمه من العباره، لأن الصراحه شرط فى

كلا الأمرين، الا ان يقال بأن ظهور الدعوى غير كاف و ظهور الإقرار كاف، لكنه مشكل.

هذا و فى الجواهر بشرح: «و كذا لا تسمع البيئه.» ما لفظه: «لكن عن لقطه المبسوط و التذكرة سماع الدعوى و البيئه فى الثانى، بل عن الأخير الإجماع عليه، و لعله لأصالة تبعيه النماء للمال حتى يعلم خلافه، و هو كذلك حيث لا يكون لآخر يد تقضى بالملكه لها و الا انقطع بها الأصل المزبور، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك، و كلام الأصحاب هنا فى الدعوى على آخر.» .

قلت: ان محل البحث هو ان تكون بنت أمه زيد بيد عمر و فيراجعه استنادا الى كون الام عنده، فالارتكاز يتبع ما إذا لم يقم فى مقابله دليل كاليد، و الأردبيلى أمر بالتأمل فى المقام بعد ان ذكر عدم السماع، و لعل وجهه: إمكان القول بالسماع، لان من ملك النخله فقد ملك تمرها عند العرف الا ان يقوم دليل، و لذا تسمع هذه الدعوى فى الملك القديم السابق على اليد فيلزم صاحب اليد بإقامه البيئه على انتقاله اليه بالبيع مثلا.

لكن هذه المطالب ليست تعبدية بمعنى قيام إجماع أو دلالة نص عليه، بل الذى يريدون إثباته كون الدعوى صريحه، فان كانت الملازمه العرفيه و التبعية بين الثمره و النخله أو بين الأمه و البنت تامه فهو و الا لزم البيان و الكشف عن سبب الملك. و الظاهر تماميه هذه الملازمه ما لم يكن الفرع بيد غيره، لان اليد دلالتها على الملكيه أقوى من الملازمه المذكوره.

قال المحقق: «و لا كذلك لو قال: هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من حنطته» .

أقول: يعنى ان مثل هذه الدعوى ظاهر فى الملكيه و لا-حاجه الى التصريح، للفرق بين الثمره و النخل و بين الغزل و القطن، فهناك المغايره حقيقه و هنا هى فى الصوره فقط، فالدعوى تسمع و عليه إثباتها كسائر دعاوى.

الكلام في:التوصل إلى الحق

اشاره

ص:٩٥



الحق اما عقوبه و اما مال، فان كان الحق عقوبه كالقصاص فالأقوى وفاقا للمسالك و غيرها-بل عن الكفايه: لا أعرف فيه خلافا- وجوب رفع الدعوى الى الحاكم، فان ثبت دعواه و أصدر الحاكم الحكم جاز له أن يباشر القصاص على قول، و قيل: بل الأمر بيد الحاكم فله أن يباشر بنفسه القصاص أو يأذن فيه لصاحب الحق أو يأمر به شخصا آخر.

و أما إذا لم يتوفر الحاكم أو تعذر الوصول اليه فيجوز له أن يستوفى حقه، و هذه الصوره هي القدر المتيقن من إطلاق قوله تعالى «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا» (١).

فيكون الحاصل عدم جواز مباشره القصاص مع التمكن من الرفع الى الحاكم خلافا لصاحب الجواهر قدس سره حيث استند الى الآيه المزبوره قائلا بالجواز مطلقا.

نعم لا ريب في عدم مؤاخذة الحاكم لصاحب الحق و ان باشر الأمر من دون إذنه، إذ لا إشكال في ثبوت هذا الحق له، لكن لما كان أمر الدماء خطيرا و لا بد فيه من الاحتياط الشديد نقول تبعا للأصحاب بلزوم رفع القضية إلى الحاكم و اجراء الحكم باذنه حتى لا يلزم الفساد في المجتمع الإسلامي و الهرج و المرج في البلاد و يتأكد

ص: ٩٧

ما ذكرناه فيما إذا علم بترتب المفسده العظيمه كوقوع المقاتله بين طائفتين و اراقه الدماء المحترمه.

و من جواز مباشره الحاكم يظهر أنه لا يجب عليه أن يأذن لصاحب الحق بذلك ان راجعه فى القضيه، و ان كان ذلك حقا ثابتا له خلافا لصاحب الجواهر حيث قال بأن إطلاق السلطان للولى يقتضى مباشرته لا خصوص الحاكم.

و من ذلك كله يظهر أن الحكم بوجوب الرجوع الى الحاكم و الاستيذان منه فى إجراء القصاص حكمه يقصد منها دفع الفساد و اختلال النظام فى المجتمع الإسلامى، و عليه فلو أمكن لولى المقتول أن يقتل القاتل بحيث لا يترتب على فعله مفسده جاز كما هو الحال بالنسبه إلى الحقوق المالىه كما سيأتى.

## ٢-ان كان الحق مالا:

### إشاره

و ان كان الحق مالا فتاره يكون عينا و أخرى يكون دينا، فان كان عينا فقد قال المحقق قده: «من كانت دعواه عينا فى يد انسان فله انتزاعها و لو قهرا ما لم تثر فتنه، و لا يفتقر إلى اذن الحاكم» .

أقول: فالمحقق يقول بجواز انتزاع العين و لو قهرا لكن قيده بما لم تثر فتنه، و فى الجواهر فسّر قوله: «و لو قهرا»: «بمساعده ظالم أو بنفسه» و ان استلزم ضررا بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك» لكن ينبغى تقييد مساعده الظالم بصوره انحصار طريق استنقاذ العين بذلك، بأن لا- يمكنه الاستنقاذ بنفسه أو بمساعده من ليس بظالم، بل يجوز ذلك فى صوره الاختيار أيضا بل يمكن القول بجواز إتيان الأمر المباح بمساعده ظالم، و أما إعانته فقد قلنا فى محله باختصاص حرمه إعانه الظالم بأن تكون الإعانه فى ظلمه.

و لا يخفى ان المراد من «الظالم» فى هذا المقام هو غير «الطاغوت» الذى نهى الرجوع و التحاكم إليه فى الكتاب و الاخبار، و قد تقدم البحث عن حكم الرجوع إليه فى إحقاق الحق.

ثم قال فى الجواهر: «و ان استلزم ضررا بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك» .

و عن الإرشاد جواز الانتزاع «و لو قهرا مع انتفاء الضرر» و عن مجمع الفائده: «ما لم يحصل معه أمر غير مشروع» .

قلت: لا ريب فى عدم جواز التصرف فى مال أحد إلا بإذنه، فلا يجوز الدخول فى دار إلا بإذن صاحبها، فان كانت العين فى الدار فدفعتها اليه صاحب الدار من دون حاجه الى الدخول فهو، و لو توقف أخذها على الدخول وجب الاستيذان منه فان امتنع فمن الحاكم لأنه ولى الممتنع، و حيث يمكنه ذلك مع الاذن فلا دليل على الجواز بلا اذن.

و لا إطلاق لدليل سلطنه الناس على أموالهم ليشمل مفروض الكلام و نحوه فان لم يتمكن من تحصيل الاذن من الحاكم رفعت قاعده نفي الضرر حرمة الدخول بلا اذن.

و أما إذا استلزم انتزاع العين ضررا على من هى بيده ففيه قولان، و لكن الحق هو الجواز مع التوقف، فيجوز له انتزاعها حتى مع كسر القفل و الصندوق و نحو ذلك، بل قيل ان له أن يطالب بحقه و يحاول انتزاعه ممن وضع يده عليه و هو يعلم بكونه لمن يدعيه مهما بلغ الأمر، إذ لا فرق بين هذه المسألة و مسألة دفع اللص عن المال حيث يجوز للإنسان أن يدافع عن ماله و يحفظه من اللص حتى لو انتهى الى قتل اللص، و لو قتل هو كان شهيدا كما فى الروايات (١)، لكن فى الجواهر:

«ما لم تصل الى حد وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الأنفس و الأموال

و غيره من الفساد الذى يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك و ان كان مباحا فى نفسه أو مستحبا بل أو واجبا.» .

و كيف كان فالقدر المتيقن من الجواز صورته عدم لزوم الخسارات الكثيره مثل تمزيق الثوب و كسر الباب أو القفل أو الصندوق و نحو ذلك، لان قاعده نفى الضرر جعلت للامتنان و لا مورد لها فى هذا المقام.

هذا كله فى صورته علم من بيده العين بكونها للشخص الذى يدعيها، و أما إذا كان جاهلا فان طالبه و اقتنع بقوله و دفع المال فهو، و ان لم يصدقه جاز له أن ينتزعه منه قهرا فان عجز فلا مناص من الرفع الى الحاكم، و لو استلزم الانتزاع ضررا فقد يقال بالجواز لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: «لى الواجد بالدين يحل عقوبته و عرضه» (١) و فيه تأمل، لأنه ظاهر فى العالم دون الجاهل (١).

و لو كان من بيده العين معذورا عن دفعها الى صاحبها لحبس أو مرض فهل يجوز له ان يدخل الدار مثلا ليأخذ ماله؟ لا بد هنا من اذن الحاكم، لان المفروض عدم إنكاره للحق و كونه قاصرا عن إعطائه، فيلزم أن يستأذن الحاكم و يدخل الدار مع اذنه، و لو استلزم ضررا يسيرا جاز كذلك.

و حيث يراجع الحاكم و يقيم البيئه على دعواه و يثبت حقه فهل له المبادرة إلى أخذ الحق قبل صدور حكم الحاكم؟ قيل نعم بناء على حججه البيئه للمدعى.

هذا كله فى العين -و قد ذكر المحقق حكم ما إذا كان الحق دينا بقوله:

### صور كون الحق دينا:

#### اشاره

«نعم لو كان الحق دينا و كان الغريم مقرا باذلا لم يستقل المدعى بانتزاعه من دون الحاكم، لان للغريم تخيرا فى جهات القضاء، فلا يتعين الحق فى شىء من

ص: ١٠٠



دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه» .

أقول: و لو كان الحق الذى يدّعيه الشخص دينا فلا يخلو الغريم عن حالات:

### **الاولى- أن يكون مقرا بالحق و بإذلاله:**

و الحكم فى هذه الحاله عدم استقلال صاحب الحق بانتزاع حقه لان للغريم تخيرا فى جهات القضاء، فلا يتعين الحق الكلى الثابت فى ذمته من دون تعيينه قال فى الجواهر:

بلا خلاف بل و لا اشكال.

هذا و قد أشكل على موضعين من عباره المحقق هذه، أحدهما قوله: «من دون الحاكم» من جهه أن اذن الحاكم لا دخل له فى هذا الفرض مع أن المستفاد من عباره جواز أخذه بإذن الحاكم، و الثانى قوله: «أو تعيين الحاكم مع امتناعه» من جهه أن المفروض كونه مقرا باذلا فما ذكره لا وجه له لانه خلاف الفرض. و قد أرجع صاحب الجواهر الضمير فى «امتناعه» الى التعيين فقال: «أى امتناع تعيينه لحبس أو مرض أو نحوهما لان له الولايه العامه فى ذلك» قيل: و لا بد أن يجعل المراد من الباذل حينئذ هو الباذل الشأنى و الا- فلا يستقيم ما ذكره. قلت: و لكنه خلاف الظاهر و الاولى ما فى القواعد: «ان كان باذلا فليس للمدعى الاستيفاء بدون اذنه و ان كان ممتنعا فليس له بدون اذن الحاكم» .

### **الثانيه- أن يكون مقرا ممتنعا من البذل:**

و الحكم فى هذه الحاله كسابقتها، فلا يجوز التقاص إلا بإذن الحاكم لأنه ولى الممتنع، سواء كان معذورا أو بلا عذر، لأن الحق الثابت فى ذمته كلى و تعيينه لا- يكون بدون اذن المدين أو وليه فى حال امتناعه- و ان لم يستلزم التقاص ضررا أو فتنه، بل لا يجوز التقاص خفيه كذلك، هذا بحسب مقتضى القواعد.

لكن مقتضى إطلاق بعض الأدله الاتيه فى الصوره الثالثه هو الجواز.

## الثالثه-أن يكون المدين جاحدا للحق:

و في هذه الحاله خلاف بين الأصحاب، قال المحقق قده: «و لو كان المدين جاحدا و للغريم بينه تثبت عند الحاكم و الوصول اليه ممكن، ففي جواز الأخذ تردد أشبهه الجواز، و هو الذى ذكره الشيخ فى الخلاف و المبسوط، و عليه دلّ عموم الاذن فى الاقتصاص». .

فذهب المحقق قدس سره هنا-و الأكثر كما فى المسالك و غيره-الى الجواز و الثانى لا، و هو خيره المحقق فى النافع. و قد أشار هنا الى دليل الجواز بقوله:

«و عليه دل عموم الاذن فى الاقتصاص» من الايات و الروايات، فمن الكتاب قوله تعالى «فَمَنْ إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (١) و قوله تعالى:

«وَ الْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ» (٢) و قوله تعالى «فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوْقِبْتُمْ بِهِ» (٣).

الا أن فى انعقاد إطلاق هذه الايات بحيث يمكن الاستناد إليه فى قبال القواعد تأملا.

و من السنه أخبار:

(١) ما عن ابن رزين قال: «قلت لأبى الحسن موسى عليه السّلام: انى أخالط السلطان فتكون عندى الجارىه فىأخذونها و الدابه الفارهه فىأخذونها، ثم يقع لهم عندى المال فلى أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك و لا تزد عليه» (٤).

و هو ظاهر فى كون كلام الامام عليه السّلام جوابا عن السؤال عن الحكم فى المسأله لا إذنا له فى الأخذ، فىكون الحاصل جواز الاقتصاص من أموالهم الشخصيه، و يبقى الكلام فى أنه هل تتحقق حينئذ مبادله قهريه بين المالىن أو يكون المال المأخوذ

ص: ١٠٢

١-١) سورة البقره: ١٩٤

٢-٢) سورة البقره: ١٩٤

٣-٣) سورة النحل: ١٢٦

٤-٤) وسائل الشيعه ١٢-٢٠١ الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به و السند صحيح

مباحا له التصرف فيه و ما أخذه عامل السلطان مغصوبا أو يكون بدل الحيلولة؟ .

و أما الأخذ من بيت المال فى مقابل تصرفات عمال السلطان فلا يجوز حتى و لو كانت تصرفاتهم بعنوان السلطنة و الحكومه، فيكون نظير ما إذا غضب المتولى لموقوفه مالا و صرفه فى شئونها فإنه يضمن فى ماله الشخصى و لا يؤخذ من أموال الموقوفه.

(٢) ما عن أبى العباس البقباق: «ان شهابا ما رآه فى رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم قال أبو العباس فقلت له خذها مكان الألف التى أخذ منك فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبى عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك. فقال:

أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف» (١).

(٣) ما عن أبى بكر قال: «قلت له: رجل لى عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها، أ يجوز لى ان وقع له قبلى دراهم ان آخذ منه بقدر حقى؟ قال: فقال نعم و لكن لهذا كلام. قلت و ما هو؟ قال تقول: اللهم انى لا آخذته ظلما و لا خيانه، و انما أخذته مكان مالى الذى أخذ منى لم ازدد عليه شيئا» (٢).

قال الشيخ الحر: «هذا محمول على من حلف من غير أن يستحلف» و فى الجواهر: «أو عند غير الحاكم أو نحو ذلك، حتى لا ينافى غيره من النصوص، و لا-ريب فى استحباب القول المزبور و ان أطب بعض الناس (٣) يدعوى الوجوب الذى يمكن تحصيل الإجماع على خلافها» .

(٤) ما عن جميل بن دراج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحد فيظفر من ماله بقدر الذى جحد أ يأخذه و ان لم يعلم

ص: ١٠٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٢. الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به و السند صحيح

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٣ عن الشيخ قده-وقد قال الشيخ بعده: الحسن ابن محبوب عن سيف بن عميره عن أبى بكر الحضرمى عن أبى عبد الله عليه السلام نحوه التهذيب ٦-٣٤٨.

٣- (٣) نسبه فى المستند الى الصدوق فى الفقيه و الشيخ فى التهذيب.

الجاحد بذلك؟ قال: نعم» (١).

(٥) ما عن إسحاق بن إبراهيم: «ان موسى بن عبد الملك كتب «الى أبي جعفر عليه السلام يسأله عن الرجل دفع اليه رجل مالا ليصرفه في بعض وجوه البر فلم يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به و قد كان له عليه مال بقدر هذا المال فسأله هل يجوز لي أن أقبض مالى أو أردته عليه؟ فكتب اقبض مالك مما في يدك» (٢).

لكن هذه الروايه مجمله، لأنه لما لم يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به فما هو وجه الأخذ من المال الذي كان له عليه؟ لأنه ان كان المال موجودا فتحصل بين المالين المعاوضه القهريه بلا موجب، و ان لم يكن موجودا فلا ضمان مع عدم التفريط، و لعل الروايه كانت تشتمل على قرائن و خصوصيات لم تصل إلينا، و الا فلم نجد في الاخبار على مورد أذن فيه الامام عليه السلام بالتصرف في مال الغير بلا دليل شرعى يقتضى جوازه.

فقد دلت هذه الاخبار بإطلاقها على جواز الأخذ من مال المقر الممتنع و المدين الجاحد، سواء تمكن من الاستيذان من الحاكم أولا، و سواء كان ماله الذى بيد الغاصب عينا موجوده أو غير موجوده.

و لو رفع الأمر-مع ذلك-الى الحاكم، فان كان عالما بصدقه اذن له و الا لم يجز له الاذن حتى مقيدا بكون المدعى عالما كأن يقول له: قد أذنت لك فى الأخذ ان كنت عالما بحقك، بل لا بد من اقامه البينه المثبتة لحقه عند الحاكم.

هذا و قد استدلل للقول بعدم الجواز بأن التسلط على مال الغير على خلاف الأصل فيقتصر منه على موضع الضروره و هى هنا منتفيه، و لان الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عنه الحاكم و يعين من ماله ما يشاء و لا ولاية لغيره. و أجاب فى

ص: ١٠٤

١-١) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٥ فيه «على بن حديد» فعن الشيخ: ضعيف جدا، و قد ضعفه غيره أيضا.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٤ و الظاهر اعتبار سنده و لكنه فى مورد الوديعه كما استدلل به فى المستند.

المسالک بأن کون التسلط علی مال الغیر بغير اذنه خلاف الأصل مسلم لكن العدول عن الأصل لدلیل جائز و هو هنا موجود.

و فی الجواهر: «بل یمکن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع الی الحاکم» .

قلت: لیس المورد من قبل الشک السببی و المسببی بأن یمکن الشک فی جواز الأخذ مسببا عن الشک فی توقفه علی اذن الحاکم حتی یمکن جريان الأصل فی السبب- بأن یقال الأصل عدم وجوب الرجوع الی الحاکم و عدم توقف الأخذ علی اذنه مزیلا لموضوعه فی المسبب فیجوز الأخذ، بل ان هنا علما إجماليا بجواز الأخذ اما بالاستقلال و اما مع اذن الحاکم و انتفاء کل واحد منهما بالأصل یمکن ثبوت الآخر عقلا لا شرعا.

و بناء علی تحقق التعارض بین هذین الأصلین فإنهما یتساقطان و یمکن المرجع قاعده نفی الضرر و الضرر فی الإسلام.

و کیف کان فان ما ذهب الیه المشهور هو الأقوی، لأن النصوص الداله علی الجواز تخصص عمومات «لا یحل مال امرئ» و بها ینقطع الأصل المزبور، و ان الاستدلال بأن الممتنع من وفاء الدین یتولی القضاء عند الحاکم و یقوم مقامه کالاجتهاد فی مقابله تلک النصوص.

و هذا الخلاف هو فی صورته وجود البینه و التمكن من الوصول الی الحاکم، قال المحقق:

«و لو لم تکن له بینه أو تعذر الوصول الی الحاکم و وجد الغريم من جنس ماله اقتص مستقلا بالاستیفاء» قال فی الجواهر: بلا خلاف فیہ عندنا بل الإجماع بقسمیه علیه، لإطلاق الأدله المزبوره و غیرها.

### **حکم الاقتصاص من الودیعه:**

قال المحقق: «نعم لو كان المال وديعه عنده ففي جواز الاقتصاص تردد أشبهه الكراهه» .

أقول: اختلف الأصحاب في جواز الاقتصاص من الوديعة، فذهب الشيخ في الاستبصار و المحقق و أكثر المتأخرين كما في المسالك و الجواهر الى الجواز على كراهه، و ذهب الشيخ في النهايه و جماعه إلى التحريم، و منشأ الخلاف هو اختلاف الروايات بظاها في هذه المسأله.

فمما يدل على الجواز عموم الأدله السابقه في المسأله المتقدمه، و خصوص خبر أبي العباس البقباق: «انّ شهابا ما رآه في رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم. قال أبو العباس فقلت له: خذها فكان الألف التي أخذ منك فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على ابي عبد الله عليه السّلام فذكر ذلك له. فقال: أما أنا فأحبّ أن تأخذ و تحلف» (1) دلّ هذا الخبر على الجواز من غير كراهه.

(2) و خبر على بن سليمان قال: «كتبت اليه: رجل غصب مالا- أو جاريه ثم وقع عنده مال لسبب وديعه أو قرض مثل خيانه أو غضب (مثل ما خانه أو غصبه) أ يحل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه، و ان كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقي إليه إنشاء الله» (2).

و مما احتج به القائل بالتحريم بعد عمومات النهي عن التصرف في مطلق الامانه، و الداله على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه:

(1) ما عن سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل وقع لي عنده مال فكابرنى عليه و حلف ثم وقع له عندي مال آخذه «فآخذه» لمكان مالى الذى أخذه و أجدد و أحلف عليه كما صنع؟ قال: ان خانك فلا تخته و لا تدخل فيما عبته عليه» (3).

(2) ما عن معاويه بن عمار عن ابي عبد الله عليه السّلام قال: «قلت له: الرجل يكون

ص: ١٠٦

١-١) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٢. صحيح.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٤. ضعيف بعلى بن سليمان فإنه مجهول.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٤. صحيح.

لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا ألى أن آخذ مالى عنده؟ قال: لا، هذه الخيانه» (١).

(٣) ما عن ابن أخ الفضيل بن يسار قال: «كنت عند أبى عبد الله عليه السلام و دخلت امرأه و كنت أقرب القوم إليها، فقالت لى: أسأله، فقلت: عما ذا؟ فقالت: ان ابنى مات و ترك مالا- كان فى يد أخى فأتلفه. ثم أفاد أخى مالا فأودعنيه، فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شىء فأخبرته بذلك فقال: لا. قال رسول الله صلى الله عليه و آله: أد الأمانه الى من ائتمنك و لا تخن من خانك» (٢).

قال فى المسالك: و فى هذا الحديث دلالة من ثلاثه مواضع.

قلت: و الوجه هو الجمع بين الطرفين بالحكم بالجواز على كراهه فيحمل خبر أبى العباس الظاهر فى عدم الكراهه على بعض الوجوه، كأن يكون رجوعه الى الحاكم و حلفه عنده أحب الى الامام عليه السلام دفعا لتوهم الخيانه، أو أن يكون المراد أن أخذه يوجب فراغ ذمه الرجل و خلاصه من العقاب الأخرى من هذه الناحيه و هذا الأمر أحب إليه عليه السلام، و من هنا كانت الفتوى بالنسبه الى من كان مدينا لشخص فمات الدائن و قد استقر عليه الحج أن لا يسلم المال الى وارثه فى حال علمه بأنه لا يستأجر من يحج عن الميت بل عليه أن يستأجر بذاك المال من يحج عنه.

و يحمل خبر ابن أخ الفضيل أيضا الدال على المنع من وجوه على بعض الوجوه كما فى المسالك.

و مع إمكان هذا الجمع الدلالى لا تصل النوبه الى الترجيح أو التساقت.

### لو كان من غير جنس الموجود:

قال المحقق: «و لو كان المال من غير جنس الموجود جاز أخذه بالقيمه العدل و يسقط اعتبار رضا المالك بالطاظه كما يسقط اعتبار رضاه فى الجنس» .

ص: ١٠٧

١- ١) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٥. و هو معتبر سندا.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٢. و هو صحيح.

أقول: لا خلاف في شيء من ذلك بيننا كما في الجواهر، فالحكم في متحد الجنس و مختلفه سواء، و هو مقتضى إطلاق الأدله السابقه و خصوص خبر ابن رزين في الجاربه و الدابه الفاربه. و هذا في صوره تلف المال الذي في ذمه الغاصب واضح:

و اما مع وجوده فالكلام في أنه هل يكون الذي بيده ملكا له بهذا التقاص بان تتحقق المبادله القهرية بين المالكين، أو يكون ما يأخذه صاحب الحق بدل الحيلولة، بمعنى تجويز الشارع له أخذ مال الغاصب بدل حيلولته بينه و بين تصرفاته في ملكه، نظير ما لو كسر شخص إناء إنسان فإنه يجب عليه دفع ثمنه ثم يكون هذا المكسر ملكا لصاحب الإناء، بمعنى ان المال الذي دفعه كان في مقابل الإتلاف و لكن لا يخرج المكسر عن ملك صاحب الإناء و تظهر الثمره في الصلاه فيه مثلا؟ و لا يبعد أن يكون الوجه الثاني هو الأظهر ان كان الأمر نظير كسر الإناء دون ما إذا كان نظير إلقائه في البحر مثلا حيث الماله غير منتفیه.

### جواز تولي بيع الوديعه:

قال المحقق: «و يجوز أن يتولى بيعها و قبض دينه من ثمنها دفعا لمشقه التربص بها» .

أقول: ان كان التربص واجبا رفع وجوبه بدليل نفى الحرج، لكن له أن يملكها ثم يبيعها و لا حرج في هذه الصوره، نعم بناء على اعتبار المماثله بين الوديعه و المال الذي في ذمه الغاصب يتم ما ذكره. كما أن ما ذكره صاحب الجواهر من انه يجوز له بيع ثمنها الى أن ينتهي الى ما يساوى حقه في الجنس ثم يأخذه مقاصه لا يمكن المساعده عليه.

و العمده هو إطلاق الأدله فإن مقتضاه عدم اعتبار المماثله مطلقا، أى سواء أمكن الاقتصار في المقاصه على الأخذ من جنس حقه أو لم يمكن.

### لو تلفت الوديعه قبل البيع فهل يضمن؟

قال المحقق: «و لو تلفت قبل البيع، قال الشيخ: الأليق بمذهبنا انه لا يضمنها



و الوجه الضمان لانه قبض لم يأذن فيه المالك، و يتقاصن بقيمتها مع التلف» .

أقول: قد وقع الخلاف فى الضمان بالتلف قبل البيع للاقتصاص، فان هذا يريد حقه من المدين و ذاك يريد ثمن ماله الذى تلف بيد هذا، فان كان المثلن و الثمن متساويين من حيث القيمة فيقع التهاثر أو التقاص من الطرفين، و ان كان هذا أكثر فحقه باق بمقداره، فإذا لم يضمن كان له التقاص مره أخرى و هل يضمن؟ قال الشيخ: لا. و قال المحقق: «الوجه الضمان» وجه الأول: ان تسلطه على المال كان باذن من الشارع، و حينئذ لا ضمان مع كون اليد مأذونه، و وجه الثانى: هو ان مجرد الإذن الشرعى لا يقتضى عدم الضمان.

أقول: ان كان المستفاد من النصوص جواز الاقتصاص مع خلوها عن الاذن فى التصرفات الأخرى و حتى عن الإمساك زمانا ثم التقاص-و المفروض انه لم يكن عنده وديعه-فالضمان متحقق بلا- كلام، و ان تلف فى حال التقاص المأذون فيه فهذا محل الكلام.

قال فى الجواهر: انه لا- منافاه بين اذن الشارع و بين الضمان بعد أن لم يكن فى شىء من النصوص الحكم بكونه قبض امانه فيندرج فى ما دل على عدم ضمانها كما انه ليس فى شىء من الأدله الشرعيه عنوان للأمانه الشرعيه على وجه يكون المقام منها موضوعا و حكما، إذ ليس إلا- الاذن فى القبض لاستيفاء حقه، و هو أعم من الائتمان الذى لا يستعقب الضمان كالاتقاط و نحوه، و ليس كل ما اذن الشارع فى قبضه يكون أمانه خصوصا القبض لمصلحه القابض التى هى استيفاء حقه منها، بل ذلك من المالك لا يقتضى الائتمان المزبور، و حينئذ فتبقى قاعده ضمان مال المسلم المستفاده من عموم على اليد و غيره بحالها، و يتقاصن بقيمتها مع التلف.

قلت: لكن الاستدلال بالحديث يتوقف على عمومه للمقام، لكن قاعده اليد جعلت حكما معيى بوجوب الأداء، و فيما نحن فيه يبنى الأخذ على عدم الرد و يريد التقاص، بل ان هذه القاعده منصرفه عن اليد غير العدواني، و إذا سقطت القاعده و لا دليل غيره فالأصل عدم الضمان.

ثم قال فى الجواهر: «مضافا الى ان القبض للمقاصه هو قبض ضمان لا قبض مجان، بل هو أولى من قبض السوم» .

و فيه انه فرق بين الموردین، ففى قبض السوم أقدم القابض على القبض بانیا على دفع العوض، و قد اذن المالك بالقبض إذنا مقيدا بالعوض، و اذن الشارع فى القبض هناك تابع لإذن المالك.

و فیما نحن فيه قد عرفت عدم شمول قاعده اليد للمقام أو انصراف دليلها عنه، فبین المقامین فرق واضح.

و بناء على شمول القاعده للمقام يقع البحث فى أنه هل اذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الاذن أعم؟ أما مع الشك فى ثبوت الضمان و عدمه فهل المرجع هو عموم على اليد أو يستصحب حکم المخصص و هو «ليس على الأمين إلا اليمين» ؟ .

لقد تقرر فى محله ان الحق استصحاب حکم المخصص، فىكون الحكم فى المقام عدم الضمان مثل ما إذا قلنا بعدم شمول القاعده من أول الأمر.

و قال العراقى: «يمكن ان يقال بأن الشك فيه مسبب عن الشك فى صيرورته و لیا على التصرف، فأصالة عدمها حاكمه على الأصل المزبور بعد الجزم بأن ولايته السابقه على حفظه انعدمت، و استصحاب مطلق ولايته غير جار لانه من باب استصحاب الكلى من القسم الثالث» .

قلنا: هنا مطالب، الأول: الولاية هنا ليست غير اذن الشارع فى التصرف فإنه بمجرد الإذن الشرعى يكون الأمر موكولا اليه و لا نعى بالولاية إلا ذلك.

الثانى: لو سلمنا ان الولاية أمر زائد على الاذن فإن اختلاف الموجب للولاية لا يوجب الاختلاف و التعدد فى الولاية نفسها، فإذا كان لشخص ولاية فى التصرف فى المال من جهة الائتمان فى اليوم الماضى، و ثبت له الولاية اليوم من جهة التقاص لم يتحقق له فردان من الولاية.

و الثالث: ان عدم ثبوت الضمان بالتصرف أمس كان من جهة اذن المالك و اليوم من جهة اذن الشارع. فعدم ثبوته واحد و مع الشك يستصحب بلا مانع.

## الاولى: من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له

قال المحقق قدس سره: «من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له» أقول: هذه قاعده كلييه تنطبق على المصاديق المختلفه، فمن ادعى ما لا يد لأحد عليه سواء كان درهما أو ديناراً أو حيواناً أو كتاباً أو غير ذلك، و سواء كان بين جماعه أو لا، قضى له من غير بينه و يمين، كما يقبل قوله عند جميع العقلاء، و للحاكم أن يعتمد على هذه السيره فيجعلها طريقاً الى الواقع و مدركا لحكمه، إذ لا يشترط في حكم الحاكم أن يكون في مورد المرافعه دائماً.

فالملاك عند العقلاء أن يدعى المدعى الشىء الذى لا يد لأحد عليه و لا يكون معارض لهذا المدعى، و لذا أضاف في القواعد قيد عدم منازعه أحد له، و هو ظاهر المسالك حيث قال بعد ذكر الروايه الاتيه: «و لانه لا منازع له حتى يطلب منه البينه» .

و المراد من «اليد» فى قوله «ما لا يد لأحد عليه» هى اليد الفعلية، بأن لا يكون لأحد يد على الشىء حين الدعوى، و المراد من «قضى له» أن يحكم الحاكم ان رجع إليه فى القضييه بكون الشىء ملكاً للمدعى، فكأنه يطبق فى تلك القضييه الشخصيه الفتوى الكليه بأن من ادعى شيئاً و لا - معارض له فهو له، نظير ما إذا أفتى فتوى كليه بكون الجوه للولد الأكبر، ثم إذا سئل عن مالك هذا السيف الموجود

ضمن تركه هذا الميت و هو يعلم بأن زيدا هو الولد الأكبر حكم بكونه لزيد من جهة انه من الحبه، تطبيقا لتلك الفتوى الكلية على هذه القضية الشخصية فيكون بحكم الحاكم بمنزله ذى اليد.

و قد استظهر من المسالك أن المراد من «قضى له» عدم التعرض له و عدم منعه من التصرف فى العين، و هو بعيد.

فالدليل على هذا الحكم هو السير العقلائي، و على طبقها حكم الامام عليه السلام فيما رواه منصور بن حازم فى قضيه هى من مصاديق تلك القاعده الكلية التى ذكرناها، و من هنا قال المحقق قده:

«و من بابه أن يكون كيس بين جماعه فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون: لا و يقول واحد: هو لى، فإنه يقضى به لمن ادعاه» .

أى: كما رواه منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قلت: عشره كانوا جلوسا وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضا أ لكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا و قال واحد منهم: هو لى، فلمن هو؟ قال: للذى ادعاه» (١).

و من الأصحاب من استدل بهذه الروايه على الحكم فى المسأله، قلت:

و لو كان الدليل منحصرًا بها يشكل التعدى عن موردها، فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن من مدلولها، و أما إشكال المحقق الأردبيلي بعدم إحراز كون «يونس» الراوى عن منصور «يونس بن عبد الرحمن الثقه» فقد أجاب عنه فى مفتاح الكرامه بأن الشيخ و ان لم يذكر اسم أبيه فى التهذيب لكن المذكور فى النهايه: يونس ابن عبد الرحمن (٢).

و استدل فى الجواهر للحكم المذكور بأصالة صحه قول المسلم و فعله بل كل

ص: ١١٢

---

١-١) و سائل الشيعة: ١٨-٢٠٠ الباب ١٧ من أبواب كيفيه الحكم.

٢-٢) سند الخبر صحيح: و ما ذكرناه عن مفتاح الكرامه هو صريح الشيخ الحر فى وسائل الشيعة، و تجده فى النهايه: ٣٥٠ ط لبنان.

مدع ولا معارض له، و أشكل عليه: «بأن من المحقق في محله عدم قيام دليل على وجوب حمل قول المسلم على الصحة بمعنى الصدق، فيكون الأصل في قول المسلم الحجية إلا- ما خرج بالدليل بل ظاهر الأدلة خلافه، نعم الصحة بمعنى عدم اللغويه أو المشروعيه قام الدليل على وجوب حمله عليها، لكن الصحة بهذا المعنى لا ربط لها بالمقام و لا تنفع المستدل أصلا كما لا يخفى.

هذا مضافا الى ما أفاده الأستاذ العلامة من أنه لو كان الأصل في قول المسلم الحجية و الصدق لكان واردا على اليد أيضا لو كان في مقابله يد نظير البينه فلا يحتاج إلى إقامه البينه، و هذا مما لا يذهب إليه أحد» (1).

أقول: ان المراد من أصاله حمل قول المسلم و فعله على الصحة هو حمل أفعاله المتعلقة بنفسه، و سماع كلامه في كل أمر يتعلق به على الصحة، فلو ادعى كون الشيء له-و لم يكن له معارض-سمع قوله من جهة أنه أبصر بأموره و بمعرفه ما يملكه و ما يتعلق له به حق و يعود اليه من غيره، و بهذا التقريب يندفع الاشكال المذكور، و النقض بعدم سماع قوله بالنسبه الى ما في يد غيره غير وارد، لو ضوح أنها دعوى بالنسبه إلى أمر راجع الى غيره، و قد ذكرنا ان مجرى الأصل المزبور هو الأمور المتعلقة بنفسه، و من هنا يقبل قوله إذا قال بالنسبه إلى شيء في يده:

انه ليس لي، و ان كان له يد عليه، و ليس قبول قوله هذا من جهة كونه إقرارا.

و قد استظهر صاحب الجواهر من الخبر المذكور قبول دعوى المدعى و لو بعد قوله ليس لي، قال: بل قد يقال بظهور الصحيح المزبور في قبول دعوى المدعى و لو بعد قوله: ليس لي بناء على إرادته الحقيقيه من قوله كلهم.

قال: و يمكن أن يكون على القواعد أيضا لأصاله صحه قوليه معا باحتمال التذكر و غيره لعدم المعارض.

قلت: ما ذكره يتوقف على أن يكون القائل هو لى من جمله القائلين: لا

ص: ١١٣

و ليس فى الخبر ظهور فى ذلك، فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن و هو أن لا يكون منهم.

و قال ابن إدريس بعد الروايه: «فقه هذا الحديث صحيح، و ليس هذا مما أخذه بمجرد دعواه و انما لم يثبت صاحب سواه، و اليد على ضربين يد مشاهده و يد حكميه فهذا يده عليه يد حكميه، لأن كل واحد منهم نفى يده عنه و بقى يد من ادعاه عليه حكميه، و لو قال كل واحد من الجماعه فى دفعه واحده أو متفرقا هو لى لكان الحكم فيه غير ذلك، و كذلك لو قبضه واحد من الجماعه ثم ادعاه غيره لم يقبل دعواه بغير بينه، لان اليد المشاهده عليه لغير من ادعاه، و الخبر الوارد فى الجماعه أنهم نفوه عن أنفسهم و لم يثبتوا لهم عليه يدا لا من طريق الحكم و لا من طريق المشاهده، و من ادعاه له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا دعواه فيه من غير بينه، ففقهه ما حررناه، و أيضا إنما قال ادعاه من حيث اللغه، لأن الدعوى الشرعيه من ادعى فى يد غيره عينا أو دينا» .

و ما ذكره قدس سره مشكل جدا، و لو كان هنا يد و كانت العين فى الحقيقه للغير و قد تلفت بتلف سماوى لزم أن يكونوا ضامنين له، و هذا لا يقول به أحد.

### **الثانيه: لو انكسرت سفينه فى البحر فما هو حكم ما خرج منه؟**

قال المحقق قده: «لو انكسرت سفينه فى البحر فما أخرج البحر فهو لأهله و ما أخرج بالغوص فهو لمخرجه، و به روايه فى سندها ضعف» .

أقول: لقد نسب هذا الحكم إلى الأشهر عند الأصحاب، و الأصل فيه روايه قال المحقق: فى سندها ضعف، قلت: عمل المشهور بها يجبر ضعف سندها، و الروايه هى خبر الشعيرى. قال: «سألت الصادق عليه السلام عن سفينه انكسرت فى البحر فأخرج بعضها بالغوص و أخرج البحر بعض ما غرق منها. فقال: أما ما أخرج البحر فهو لأهله، الله تعالى أخرج له، و أما ما أخرج بالغوص فهو لهم و هم أحق به» .

انما الكلام فى حكم المسأله بحسب القواعد مع غض النظر عن الروايه

بناء على انجبارها أو عدمه لعدم الموافقه على الكبرى أو عدم تحقق عمل المشهور على طبقها.

ف قيل: ان الوقوع فى البحر فى حكم التلف و الا- فليس الإخراج بالغوص من الأمور الموجبه لانتقال الملك، و حيث يكون فى حكم التلف خرج عن ملك مالكة، فمن أخرجه ملكه كما تملك المباحات بالحيازه انتهى و هو مشكل جدا.

نعم هذا يتم فى صورته إعراض المالك بناء على كون مجرد الاعراض مخرجا عن الملك، و قد استشكل فى الجواهر فى ذلك بأن زوال الملك يتوقف على سبب شرعى كتوقف حصول الملك عليه، لكن الظاهر أن العقلاء يعتبرون الاعراض مخرجا، فمن أعرض عن شىء له خرج عن ملكه عندهم، و لان «الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم» لكن الكلام فى الصغرى، فان كان الوقوع فى البحر مصداقا للتلف الذى يزول معه اعتبار الملكيه أو مقرونا بالاعراض المخرج عن الملكيه كان ما أخرجه الغائص ملكا له.

و كيف كان فالحكم فى المسأله ما ذكره للخبر المذكور لانجبار ضعف سنده بعمل المشهور (١) خلافا للجواهر، و احتمال اراده كون الجميع لأهله كما

فى الجواهر و عن بعضهم الجزم به خلاف الظاهر انصافا.

ص: ١١٤



## الكلام في:الاختلاف في دعوى الاملاك

اشاره

و فيه مسائل

ص:١١٧



اشاره

و فيها صور:

الصوره الاولى: لو تنازعا عينا في يدهما و لا بينه

قال المحقق: «لو تنازعا عينا في يدهما و لا بينه قضى بينهما نصفين و قيل:

يحلف كل منهما لصاحبه» أقول: لو تنازعا عينا و لا بينه لأحدهما، فتاره تكون العين في يدهما معا، و أخرى تكون في يد أحدهما خاصه، و ثالثه تكون في يد ثالث.

ففي الصوره الاولى لا خلاف في أنه يقضى بينهما نصفين، بأن تكون نصف العين لهذا و نصفها الآخر لذاك، الا أن الخلاف في توقف ذلك الحكم على أن يحلف كل من المدعين لصاحبه و عدمه، فظاهر المحقق قدس سره هنا و جماعه الثاني، و اختار في النافع-كما قيل-الأول و عليه جماعه بل قيل انه المشهور، و تظهر الثمره في صوره نكول أحدهما بناء على التوقف، فإنه يحكم بكون كلها للآخر.

و استدلل للقول الأول بأن هذه الصوره من مصاديق قولهم عليهم السّلام: «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» (1) و قوله صلّى الله عليه و آله: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» (2) بتقريب أن كل واحد من المدعين قد وقعت يده في الحقيقه

ص: ١١٩

١-١) وسائل الشيعه ١٨-١٧٠

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨-١٦٩.

على نصف العين المتنازع فيها، لأن يده على النصف الآخر معارضه بيد الآخر، فيكون كل واحد منهما ذا يد على نصف العين و مالكا له بمقتضى يده و مدعى لملكه النصف الآخر الذى هو فى يد صاحبه، و الآخر ينكر دعواه، فكل منهما مدع و مدعى عليه، و حيث انه لا بينه لأحد الطرفين و جب على كليهما اليمين باعتبار أنهما منكران، فإذا حلفا حكم بالتنصيف.

و استدلل للثانى بأن كل واحد منهما يدعى ملكه كل العين و لا ريب فى مخالفه دعوى أحدهما للواقع، و حينئذ فلا كاشفيه ليد أحدهما بالنسبه إلى ملكه الكل لوجود المعارض، بل يتساقطان فلا مدعى و لا مدعى عليه، و يكون الحكم هو التنصيف، و قد ادعى عليه الإجماع، و هو ظاهر المرسل المنجبر ضعفه بما ذكر، حيث روى «ان رجلين تنازعا دابه ليس لأحدهما بينه، فجعلها النبى صَلَّى الله عليه و آله بينهما» (1) فيكون المورد نظير العين التى يدعيها اثنان و لا يد لأحدهما عليها، فالحكم هو التنصيف لا القرعه، للنص و الإجماع، و ليس موردا للحلف.

و يحتمل هنا الحكم بالتحالف بأن يحلف كل واحد على ما يدعيه و نفى ما يدعيه الآخر، ثم يقع البحث فى كيفية الحلف.

و لو فرض أن كل واحد جاء ببينه على ما يدعيه، فان البينتين تتعارضان، فان حلف أحدهما طبق ببينه حكم له، و ان لم يحلفا أو حلف كلاهما حكم بالتنصيف.

و ربما يجمع بين القولين الأولين فى المسأله بأن القول بالحلف هو فى صورته مطالبه الخصم، و القول بعدم لزومه هو فى صورته عدمها. و هذا الجمع يخالف ظاهر كلمات القوم.

و صاحب الجواهر ينكر شمول قاعده «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» لهذه الصوره بتقريبين:

ففى الأول بسقوط اليد بالمعارضه فلا مدعى عليه فيحكم بالتنصيف عملا

ص: ١٢٠

بالنص أو من جهه أنه طريق عقلائي، إذ متى لم يمكن العمل بمقتضى كلا اليمين معا فيحكم العقلاء بذلك.

و في الثاني انه لا مدعى في هذا المقام، من جهه ان كليهما له يد فكل منهما مدعى عليه، و لذا لو ادعى ثالث هذه العين طالباه بالبينه على ما يدعيه، ثم قال:

اللهم الا ان يقال ان اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لإحدى البينتين.

قلت: و لكن لا دليل على كون اليمين مرجحه فيما نحن فيه.

قال: أو يقال: ان لكل منهما إحلاف صاحبه، بمعنى ان التحالف أمر راجع إليهما لا يجبر الحاكم عليه و لا يتوقف عليه القضاء بالنصف، بل كل منهما ميزان القضاء. و كأن هذا هو الذي فهمه الأصبهاني في كشفه عن المصنف في النافع.

ثم ان صاحب الجواهر تنظر فيما ذكره كاشف اللثام.

و حاصل كلام الجواهر هو اختيار القول الأول، لكن الإنصاف أن القول الثاني عن بعيد من جهه أن العرف يرون لكل واحد منهما يدا على النصف فتحقق صغرى قاعده «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» .

أما حق الدعوى ففي سقوطه بإسقاط صاحبه تأمل، و على فرضه فإنه لا يحكم الحاكم بكون مورد الدعوى للمدعى عليه.

و حيث رضى المدعى بيمين صاحبه و حلف فقد ذهب اليمين بحقه، و على هذا يمكن حمل القول الثاني، أي انه مع رضا الخصم بيمين خصمه فلا تدعى بينهما حتى يحلف كلاهما، بل ان حلف الخصم أخذ الكل فلا تنصيف، فالقول بالحلف هو في صورته تحقق التداعي بينهما، لكن يبقى الكلام في كفايه الرضا باليمين هنا مع أن المورد ليس موردا حقيقيا لقاعده المدعى و المنكر، الا أن يقال بعموم نصوص «ذهب اليمين بحقه» لهذا المورد.

و لو لم يكن بينهما تداع و قد ماتا و العين في أيديهما فهي على النصف بينهما لعدم التداعي، و على تقديره من الورثه، فإن حلف أحدهما دون الآخر برضاه

أخذ العين كلها و ان تداعيا فالقولان.

و ان ادعى أحد الشريكين فى تركه على الأخر العلم باستحقاق جميع تلك العين بهبه المورث مثلا فهنا يحلف الأخر على نفي العلم، و لو ادعى الأخر هذه الدعوى كذلك وقع التداعى فيحلفان على نفي العلم.

و على القول الثانى فمن الذى يحلف أولا؟ المتجه وفاقا للجواهر تقديم الأسبق منهما، و مع الاقتران قال: يقدم من كان على يمين صاحبه. و يحتمل القرعه أو جعل الأمر بيد الحاكم نفسه.

### الصورة الثانية: لو كانت يد أحدهما عليها

قال المحقق قدس سره: «و لو كانت يد أحدهما عليها قضى بها للمتثبت مع يمينه ان التمسه الخصم» .

أقول: و الصورة الثانية أن تكون يد أحد المتنازعين على العين، و هذه الصورة هى المصداق المتيقن لأدله: «اليمين على المدعى و اليمين على المدعى عليه» فصاحب اليد هو المدعى عليه و الأخر المدعى، و المفروض عدم اليينه، فيحلف من هى بيده، فان حلف قضى بكونها له، و ان نكل عن اليمين فالقولان من القضاء بالنكول أو مع رد اليمين.

### الصورة الثالثة: لو كانت يدهما خارجه

#### إشارة

و فيها صور:

قال: «و لو كانت يدهما خارجه، فان صدق من هى فى يده أحدهما أحلف و قضى له» .

### أ- ان يصدق من هى بيده أحدهما

أقول: و الصورة الثالثة أن تكون العين فى يد ثالث و يدهما معا خارجه عنها، فهنا صور ذكر المحقق الاولى بقوله: «فان صدق من هى فى يده أحدهما أحلف و قضى له» و وجه ذلك: أن العين تكون بإقرار الثالث ملكا لزيد مثلا، فيكون

زيد صاحب اليد على العين و المدعى عليه و عمرو الآخر المدعى، و حيث أنه لا يبينه فى المقام فإنه يحلف زيد و يقضى له، كذى اليد فى قيام الشاهد الواحد فعلا على ملكه.

لكن هنا بحث من جهة أن ذا اليد فى هذه الصورة هو الثالث، و قد كانت العين فى يده من أول الأمر، فإن صدق زيدا فى دعواه كون العين له فإن القدر المسلم به من تأثير هذا الإقرار خروج العين عن ملك الثالث لأن «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» و أما حجية هذا الإقرار فيما زاد عن ذلك و هو كون العين لزيد المقر له فإنها مبنية على القول بحجية الإقرار بالنسبة إلى الغير، و هذا أمر مختلف فيه كما تقدم فى محله، فإنه بناء على القول بعدم ترتب الأثر على الإقرار بالنسبة إلى الغير تخرج العين هنا عن ملك الثالث و لا يكون زيد ذا يد عليها حتى لو سلمها الثالث إليه بعد الدعوى، بل تكون عينا لا يد لأحد عليها و تجرى حينئذ أحكام تلك الصورة.

و بالجمله فقول الأكثر بكون زيد المقر له ذا يد يتوقف على أن يكون إقرار الثالث حجة شرعية بالنسبة إلى زيد فيكون ذا يد على العين و مدعى عليه، و الا فلا دليل على ذلك، نعم ذكر فى المستند دليلين:

أحدهما: بناء العقلاء على جعل زيد فى مفروض المسألة ذا اليد على العين و يعاملونه معاملة المالك للمال، و هذا نص كلامه: «و يدل على كونه للمصدق له:

انه حينئذ يكون ذا اليد، فان ظاهر العرف أن من أسباب صدق اليد كون الشيء تحت تصرف من ثبت أنه مباشره كالوكيل و الأمين و المستودع و المستأجر و المستعير، أو أقر بذلك.» .

و الثانى: الروايات حيث قال: «و يدل عليه أيضا أنه أقر الثالث بكونه له، و من أقر شيئا فى يده لأحد فهو له. للمستفيضة الداله على من أقر بعين لأحد فهو له: كمرسله جميل: فى رجل أقر انه غصب رجلا على جاريتة و قد ولدت

الجاريه من الغاصب، قال: ترد الجاريه و ولدها على المغضوب إذا أقر بذلك أو كانت له بينه» . و صحيحه سعد بن سعد: «عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى رجل من التجار، فقال: ان هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل و لا كثير، فادفعه اليه يصرفه حيث شاء، فمات و لم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له ما مرّ و لا يدري صاحبه ما الذي حملة على ذلك، كيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء» و مثلها صحيحه إسماعيل الأحوص.

و صحيحه أبي بصير «عن رجل معه مال مضاربه فمات و عليه دين، فأوصى ان هذا الذي ترك لأهل المضاربه، أ يجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان مصدقا، أى لم يكن متهما» . و يؤيده أيضا روايه المهدي: «ان أخي مات فتزوجت امرأته، فجاء عمى و ادعى انه تزوجها سرا، فسألته عن ذلك، فأنكرت أشد الإنكار و قالت: ما كان بينى و بينه شىء قط. فقال: يلزمك إقرارها و يلزمه إنكارها» (1).

ثم ان الحكم لزيد المقر له يتوقف على يمينه، أما الثالث فلا يمين عليه و ان كان ظاهر عبارته القواعد وجوبها عليه حيث قال: «و لو كانت فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما» . نعم يتوجه عليه اليمين ان طالب عمرو بها، و هل يحلف على نفى العلم بكونها له أو على البت؟ قال جماعه بالأول، و فى الجواهر:

الظاهر توجه اليمين عليه على البت لانه مدعى عليه. قلت: و منشأ الخلاف هو الاختلاف فيمن هو المدعى عليه فى هذه الصورة. و قد أشرنا الى ذلك.

و كيف كان فان نكل زيد حكم بكونها لعمرو اما بمجرد النكول و اما مع اليمين المردوده على القولين، و ان نكلا- جميعا فالحكم هو التنصيف.

ثم ان لعمرو أن يدعى على الثالث دعوى جديده بعنوان كونه السبب فى تلف ماله بتصديقه دعوى زيد دونه، ثم حكم الحاكم بكون العين لزيد على أثر تصديقه له، فيكون الثالث حينئذ مدعى عليه و عليه اليمين، فان نكل عنها لزمه الغرم اما

ص: ١٢٤



بمجردة و اما بعد اليمين المردودة، و الوجه فى صحه هذه الدعوى على الثالث كونه السبب فى تلف المال من عمرو- و ان كان تملك زيد له بحكم الحاكم- لان السبب أقوى من المباشر، و قد يستدل لذلك بعموم التعليل الوارد فى خبر عمر بن حنظله:

«فى رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شىء فذلك رضى لى و هو لازم لى و لم يشهد على ذلك. فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غيره ذلك مما طالبوه و سألوه، فلما رجع إليه أنكر له ذلك كله. قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلك انه هو الذى ضييع حقها.

الحديث» (١).

و كيفما كان معنى الروايه، فإن محل الاستدلال قوله عليه السلام: «و ذلك انه هو الذى ضييع حقها» فان هذا التعليل يشمل ما نحن فيه، و حيث ان دعوى عمرو على الثالث هى بعنوان كونه المضييع لحقه، فإنه يلزم الثالث الغرم.

و هل الغرم بمقدار ثمن العين أو نصف ثمنه؟ الظاهر هو الأول، فيكون نظير ما إذا أقر بكون العين لزيد فدفعتها اليه بحكم الحاكم ثم أقر بكونها لعمرو فإنه يلزم بدفع ثمن العين كله.

و لو أراد الثالث أن يحلف فهل يحلف على البت أو على نفى العلم بكون العين ملكا لعمرو المدعى؟ قيل بالأول، و أشكل عليه بأن الدعوى قد انصرفت عنه بإقراره و حكم الحاكم، فلو أراد الحلف على البت كان فى مال الغير، بل عليه أن يحلف على نفى العلم بكونها له.

أقول: انه بناء على ما ذكرنا فى كيفية طرح دعوى عمرو على الثالث يتعين اليمين على البت، لأن الإلتلاف فعل نفسه.

على أن الإلتلاف لا يدور مدار العلم، فمن أتلف مال غيره ضمن سواء كان عالما أو جاهلا أو ناسيا، إذ الموضوع للضمان هو الإلتلاف و هو هنا متحقق حسب

ص: ١٢٥

هذا و فى القواعد: «و لو كانت فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما» و مرجع الضمير فى «منهما» هو المصدق أى الثالث و المصدق المقر له، و أشكل عليه فى الجواهر بأنه لا- أثر ليمين الثالث فى حكم الحاكم بكون العين للمصدق، قال: و يمكن تعلق «منهما» بقوله: يصدقه» ، فىكون المراد بعد اليمين من المقر له، و حينئذ تكون كعباره المصنف، لكنه خلاف الظاهر.

## ٢- أن يصدق من هى يده كليهما

و الصورة الثانية أن يصدق كليهما قال المحقق «و ان قال: هى لهما قضى بها بينهما نصفين، و أحلف كل منهما لصاحبه» .

أقول: فى هذه الصورة تخرج العين من يد الثالث، و تكون كالصورة التى هى فى يد المتنازعين، فىحكم بالتنصيف مع التحالف أو بدونه على القولين.

و حينئذ يجوز لكل منهما الرجوع على الثالث فىدعى عليه تضييع نصف المال عليه، فان حلف-بتا على نفى العلم على القولين- فهو و الا و جب عليه دفع ثمن النصف لكل واحد منهما.

و يترتب على القول بالتحالف انه ان حلفا بالتنصيف و ان نكلا- فكذلك، و ان حلف أحدهما دون الأخر كانت العين كلها للتحالف، و كان للناكل منهما الرجوع على الثالث، فان حلف فهو و الا و جب عليه الغرم و هو النصف، لان المفروض انه قد ضيع عليه النصف بإقراره بكون العين لهما معا.

## ٣- أن يكذب من هى يده كليهما

و الصورة الثالثة: أن يكذب كليهما فىقول ليست لكما قال المحقق قده «و لو دفعهما أقرت فى يده» .

أقول: ان كذب الثالث كليهما كانا مدعين و هو المدعى عليه، و حيث لا بينه لهما يجب على الثالث اليمين على نفى كون العين لهما، و هل يشترط تعيين

المالك أو يكفى إنكار كونها لهما؟ قالوا بالثانى، فإذا حلف أقرت العين فى يده و ارتفع النزاع.

و عن المحقق الأردبيلى انه يحلف على نفى العلم بكونها لهما لا- على البت، و لعل الوجه فيما ذكره هو: أن اليمين على نفى كونها لهما يمين فى ملك غير الحالف و لا فائده لليمين فى ملك الغير سواء كان نفيًا أو إثباتًا، و وجه ما ذكره القوم من كون اليمين على البت هو: انه يكفى لتوجه اليمين اليه كون مورد اليمين فى يده، فيقولان له: ان الذى فى يدك لنا، فيحلف على نفى كونه لهما.

و كيف كان فإذا حلف سقطت دعواهما، و ان نكل، فان كان نكوله بالنسبه إلى كليهما معا كانت العين كالعين التى هى فى يد المتنازعين فيتحالفان على القول المشهور و يحكم بالتنصيف، و على قول المحقق قدس سره يحكم به من دون تحالف، و ان نكل عن اليمين لأحدهما دفعت العين للذى حلف له بناء على كفايه النكول، و بعد الرد و اليمين على القول الآخر، و لا يغرم الثالث النصف الآخر، لبطلان قوله «ليست لكما» بنكوله. ثم للآخر ان يدعى على ذى اليد فتكون صغرى «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» فان نكل المدعى عليه، عن اليمين فالقولان.

#### ٤- ان يقر من هي يده لأحدهما غير المعين.

و الصورة الرابعة: ان يقر بكون العين لأحدهما لأعلى التعيين. و فى هذه الصورة تكون العين كالعين التى هى تحت يدهما، فيحكم بالتنصيف على ما تقدم فى تلك الصورة، لكن عن القواعد: «قرع بينهما، لتساويهما فى الدعوى و عدم البينه» و عن التحرير: «فمن خرجت باسمه حلف و كانت له، فان نكل حلف الآخر، و ان نكلا قسمت بينهما» و عن التذكرة التحالف، فان حلفا أو نكلا كانت بينهما، و الا فللحالف.

و فى المستند: «قيل: يحتمل القرع، فيحلف من خرجت له، فان نكل حلف الآخر، و ان نكلا قسمت بينهما. و يحتمل القضاء بينهما نصفين ابتداء بعد

حلفهما أو نكولهما كما لو كانت بيدهما.

أقول: بل الأوجه الثاني لروايه السكوني: قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أقر عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم ثم مات على تلك. فقال:

أيهما أقام البيئه فله المال، فان لم يقم واحد منهما البيئه فالمال بينهما نصفان.

لكن الظاهر من الروايه التنصيف بدون الإحلاف، بل هو مقتضى إطلاقها فالقول به كما فيما إذا كان في أيديهما معا أوجه.

و حكم الفاضل في القواعد بالقرعه بينهما من غير ذكر حلف. كان حسنا لو لا الروايه المذكوره» .

أقول: قد عرفت وجه القول بالتنصيف.

و أما القول بالقرعه فوجهه ما ذكره العلامة في القواعد إذ مع تساويهما في الأمرين يكون صاحب المال أو ذو اليد مجهولا لتردده بين الشخصين، و الأمر المجهول يعرف بالقرعه.

ف قيل: يحلفان مع ذلك لأنه بالقرعه يعين ذو اليد، فيكون المدعى عليه و يكون الآخر المدعى، فان لم يحلف المدعى عليه وردت اليمين على المدعى لزمته.

و قيل بعدم لزوم اليمين مع القرعه، لأنها قد عينت صاحب المال فلا حاجة الى اليمين حينئذ.

لكن الصحيح عدم الحاجة الى القرعه مطلقا بعد وضوح الحكم بظهور الأدله في التنصيف.

## ٥- أن يقول من هي بيده ليست لي و لا ادري لمن

و الصورة الخامسه: أن يقول الثالث: ليست العين لي و لكن لا أدري لمن هي. أو يقول: لا أدري أنها لي أو لهما أو لغيرهما.

و الحكم في هذه الصورة هو الحكم في العين التي لا يد لأحد عليها- و ان كان بين القولين المذكورين فرق من جهه سنذكره- و قد ادعاها اثنان،

و قد ذكر فى العروه فيها وجوها:

الأول: إجراء حكم المدعى و المنكر، لكون كل منهما مدعىا و منكرا، فمع حلفهما أو نكولهما تقسم بينهما، و مع حلف أحدهما و نكول الآخر تكون للحالف لقوله صلى الله عليه و آله: البينه للمدعى. إلخ. و لروايه إسحاق بن عمار و فيها: «فلو لم يكن فى يد واحد منهما و أقاما البينه؟ قال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف» (١).

قال السيد رحمه الله: «و فيه منع صدق المدعى و المنكر، بل كل منهما مدع فيكون من التداعى. و اما الروايه فمختصه بصوره البينه فلا تشمل المقام» و الثانى: التحالف للتداعى، فإذا حلفا قضى بالتنصيف بينهما.

و الثالث: القرعه من جهه أنه أمر مجهول و القرعه لكل أمر مجهول.

و المختار هو الوجه الثانى تبعاً للسيد فى العروه، و قد نسب الأول-تبعاً للمستند-الى المحقق الأردبيلي، لكنّ كلامه يفيد اختياره للوجه الثانى لا الأول، و يشهد بذلك عدم ظهور روايه إسحاق فيما نسب اليه. أما الثالث فقد اختاره المحقق النراقى فقال رداً على القول الأول: «الحلف أمر شرعى يتوقف على التوقيف و لا أرى دليلاً على حلفهما هنا و الحكم بنكولهما أو نكول الناكّل. و الروايه مخصوصه بصوره إقامتهما البينه، و التعدى يحتاج الى الدليل.

و القرعه لكل أمر مجهول فالرجوع إليها أظهر، كما حكم به على عليه السلام فى روايتى أبى بصير و ابن عمار (الأولى): بعث رسول الله صلى الله عليه و آله عليا عليه السلام الى اليمن فقال له حين قدم: حدثنى بأعجب ما ورد عليك، قال: يا رسول الله أتانى قوم قد تبايعوا جاريه فوطئوها جميعا فى طهر واحد، فولدت غلاما فاختلفوا فيه كلهم يدعيه، فأسهمت بينهم و جعلته للذى خرج سهمه و ضمنته نصيبهم. الحديث (٢). (و الأخرى):

ص: ١٢٩

١-١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨-١٨٨

إذا وطئ رجلان أو ثلاثة جاريه في طهر واحد فولدت، فادعوه جميعاً، أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد له، يردّ قيمه الولد على صاحب الجاريه -الحديث (١).

و عمل بها الأصحاب طراً فى مورده من غير إخلاف» و أجاب السيد فى العروه عن الاستدلال المذكور بأنه: «لا واقع مجهول فى المقام حتى يعين بالقرعه، لعدم كون العين فى يدهما و احتمال كونها لثالث غيرهما. و الروايتان مخصوصتان بموردتهما» .

قلت: كأن النراقى يريد إلغاء خصوصيه «الولد» المتنازع فيه الذى لا يمكن القضاء بتنصيفه، و لا طريق إلى معرفه من هو له لا باليمين و لا بالبينه، حتى يتمكن من التعدى منه الى المال. لكن الإنصاف أن إلغاء هذه الخصوصيه فى الروايتين أصعب من إلغاء الخصوصيه فى روايه إسحاق.

و بما ذكرنا يظهر عدم قابليه الروايتين للمعارضه مع عمومات البينه على المدعى و اليمين على المنكر، و جعل مدلول العمومات: ان كل بينه على المدعى و كل يمين على المنكر، لا ان كل مدع و منكر عليه البينه و اليمين يخالف ظاهر تلك الاخبار، و لو تم ذلك لسقطت عن الاستدلال حتى فى موارد وجود المدعى و المدعى عليه، و من هنا لم يوافق عليه النراقى نفسه.

فالحاصل: ان الذى يدعى كون الشىء ملكاً له فى مقابل دعوى غيره لذلك أيضاً يصدق عليه «المنكر» عرفاً فتشمله العمومات كالروايه الوارده فى قضيه فدك، و روايه ابن أبى يعفور (١) و غيرهما.

ص: ١٣٠

اذن يوجد عندنا دليل على الحلف فى المورد، و أن دعوى التعارض الذى ذكرها رحمه الله فى غير محلها.

فتلخص ان الصحيح هو الوجه الثانى.

ثم هل الرجوع الى القرعه يختص بمورد الأموال فقط أو يمكن تعيين الحجج الشرعيه بها كذلك؟ لا ريب فى ترجيح احدى الروايتين على الأخرى بالقرعه، و فى بعض الاخبار يتعين ذو اليد فى بعض الموارد عند التردد بين شخصين، فللقائل بالقرعه فى مسألتنا أن يقول بحلف ذى اليد للمدعى، فلا يرد اشكال الجواهر.

و أما الفرق بين قول الثالث: «ليست لى و لا أدرى انها لمن» و قوله: «لا أدرى انها لى أولهما أو لغيرهما» فهو: أنه فى الأول ينفى كون العين له فيخرج بإقراره عن أطراف الشبهه، بخلاف الثانى، و لذا احتمل فى الثانى القضاء بكون العين له لكون يده عليها و أن جهله لا- ينفى ملكيته للعين، و حيثئذ يمكن إحلافه على نفى العلم، فان حلف أبقيت العين فى يده، و ان نكل أخذت منه و سلمت الى المدعين و يقضى بينهما بأحد الوجوه المذكوره.

ص: ١٣١

(في تعارض البيئات)

قال المحقق قدس سره: «يتحقق التعارض في الشهاده مع تحقق التضاد، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد، و يشهد آخر ان أن ذلك الحق بعينه لعمرو أو يشهدا انه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوه، و يشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت، و مهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق» .

أقول: كان موضوع البحث في المسأله الأولى تنازع الشخصين في ملكيه عين خارجيه و لا- بينه لأحدهما على دعواه، و قد تقدمت صورها و أحكامها.

و موضوع هذه المسأله حصول التنازع بين الشخصين في ملكيه العين مع فرض وجود البيئه، فإن كان لأحدهما بينه دون الآخر و كانت بينه جامعه للشرائط قضى له بها و لا تصل النوبه إلى إحلاف الآخر كما هو واضح، و ان كان لكل منهما بينه فهنا صور.

### متى يحصل التعارض؟

و قد ذكر المحقق قبل بيان الصور و أحكامها كيفيه تحقق التعارض في الشهاده و المراد منه، بأن ذلك يتحقق «مع تحقق التضاد» بين البيئتين بان لا يمكن التوفيق بينهما بنحو من الأنحاء، «مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد و يشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا انه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوه، و يشهد



آخران بييعه بعينه لخالده فى ذلك الوقت» بخلاف ما إذا لم يكن كذلك. كما إذا شهد شاهدان بملك أحدهما للثوب أمس و يشهد آخران بملك الآخر له اليوم، فإنه حينئذ يعمل بالبينة الثانية لإمكان صدقهما معا.

وقد يتحقق التكاذب بين البيتين، و هو تارة يكون بتكذيب احدى البيتين للأخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقا، كأن تشهد هذه بأن زيدا أوصى قبل وفاته بكذا و انهما كانا حاضرين عنده حينذاك، فيقول الآخران بأنهما لم يكونا عند زيد فى الزمان المذكور، فهما يكذبانها من غير تعرض منهما لواقع القضية و انه هل أوصى زيد بكذا أولا.

و أخرى يكون التكذيب بالنسبة إلى الواقع فيقولان: لم يوص زيد بكذا و أن ما شهدت به البينة الأولى مخالف للواقع، إلا انهما قد لا يكذبان تلك البينة لاحتمال اشتباههما و عدم تعمدهما للكذب.

هذا و قد وقع البحث بين الأصحاب فى الفرق بين التعارض و التكاذب موضوعا و حكما، فعن العلامة فى محكى القواعد التصريح بكون التكاذب غير التعارض، و الجزم بكون الحكم فيه هو التسايط مطلقا بخلاف التعارض، و عن الشيخ اجراء حكم التعارض عليه ان كان من قبيل الصورة الثانية. و الأول أولى.

### صور تعارض البيئات.

#### اشاره

و حيث يتحقق التعارض بين البيتين على وجه يقتضى صدق كل منهما تكذيب الأخرى ففى المسأله صور:  
أحدها: أن تكون العين فى يد المتنازعين كليهما، و قد ذكر المحقق قدس سره حكم هذه الصورة و دليله بقوله:

#### الصورة الأولى: كون العين بيد المتداعيين:

«يقضى بينهما نصفين، لان يد كل واحد على النصف، و قد أقام الآخر بينه

فيقضى له بما فى يد غريمه» .

فالحكم فى هذه الصورة هو جعل العين بينهما نصفين (نظير صورته النزاع حول العين مع عدم البيئه و اليد لأحدهما عليها) بلا اشكال كما فى المسالك، و فى الجواهر بلا خلاف أجده بين من تأخر عن القديمين الحسن و أبى على .

اذن لا- اختلاف فى الحكم بالتنصيف، و لكن اختلف فى وجه هذا الحكم و سببه فقيل: لتساقط البيئتين بسبب التساوى، فيبقى الحكم كما لو لم تكن بيئه، و قيل: لأن مع كل منهما مرجحا باليد على نصفهما فقدمت بيئته على ما فى يده، و قيل كما فى المتن: لأن يد كل واحد على النصف. و قد أقام الآخر بيئه عليه، فيقضى له بما فى يد غريمه، قال فى المسالك بناء على تقديم بيئه الخارج على الداخلى قال: و هذا هو الأشهر.

فالوجه المذكوره فى سبب الحكم فى المسئلة ثلاثه، و تظهر فائده هذا الخلاف فى اليمين على من قضى له، فعلى القول بالتساقط يلزم لكل من المتنازعين يمين، و هذا هو مذهب المشهور فى المسأله السابقه خلافا للمحقق، فان حلفا بالتنصيف و إلا قضى بها للحالف دون الناكلى، و ان نكلا جميعا فالحكم هو التنصيف أيضا، و على القولين الأخيرين-تقديم بيئه الداخلى، و تقديم بيئه الخارج- لا- يمين، لترجيح كل من البيئتين باليد على القول الأول منهما فيعمل بالراجح، و لأن البيئه ناهضه بإثبات الحق على القول الثانى منهما فلا يمين معها.

قال فى الجواهر: لكن فى التحرير بعد أن ذكر تعليل المصنف بما سمعت مصرحا بكونه من تقديم بيئه الخارج قال: و هل يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندى الأول مع احتمال الثانى.

و فى التنقيح بعد أن ذكر التنصيف و جعل منشأه دائرا بين الأخيرين، و انه على أولهما يقضى لكل منهما بما فى يده، و على ثانيهما يقضى له بما فى يد غريمه قال: يكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم،

و ان حلف أحدهما و نكل الآخر قضى بها للحالف.

و عن مهذب أبي العباس التصريح باليمين بناء على كون المنشأ دخولهما.

أقول: هذه عبارته التنقيح في هذه المسألة: «هذا هو القسم الثاني و هو أن يكون في يدهما، فان قلنا يقضى للداخل قضى لكل بما في يده، و ان قلنا يقضى للخارج قضى لكل بما في يد الآخر، فيكون بينهما نصفين على التقديرين، سواء أقاما بينه أو لم يقيما و يكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم و ان حلف أحدهما و نكل الآخر قضى بها للحالف» هذا نص عبارته، و من المحتمل أن يكون قوله «و يكون لكل منهما اليمين على صاحبه» مرتبطا بقوله «أو لم يقيما» و قد يقويه قوله قبل ذلك «قضى» في كلتا حالتى تقديم بينه الداخلى و تقديم بينه الخارجى. فيكون الحاصل انه قد ذكر ثلاثه وجوه، فالأول القضاء له بما في يده بناء على تقديم بينه الداخلى، و الثانى القضاء له بما في يد غريمه بناء على تقديم بينه الخارجى، و الثالث التحالف فيما إذا لم يقيما بينه.

ثم ان صاحب الجواهر وجه كلام أبي العباس ابن فهد الحلبي الذى نقله عن المهذب البارع بقوله: «و لعل ذلك منه خلافا في أصل المسألة، و هو أن تقديم بينه الداخلى بمعنى إسقاط بينه الخارج لا- انها حجه، فيرجع الحاصل- كما لو لم تكن بينه على المنكر منهما اليمين، و هو الذى قواه فى المختلف بعد أن حكى القولين فى ذلك، بل هو قوى فى نفسه لاشتمال دليل تقديم بينه الداخلى على اليمين كما ستعرف» .

و وجه كلام العلامة فى التحرير و المقداد فى التنقيح بقوله: كما أن القول باليمين مع القول بكون المنشأ تقديم بينه الخارج لعله لخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام «ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السلام فى دابه فى أيديهما و أقام كل واحد منهما البيه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السلام، فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما

و أقاما البيئه، فقال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين. قيل: فان كانت في يد أحدهما و أقاما جميعا البيئه.

قال: اقضى بها للحالف الذى هو فى يده» (١).

قال: بل ربما كان هو دليل التحالف على القول الأول و ان لم نقل به فى غيره.

الا انه خبر واحد و فى سنده ما فيه، و المشهور نقلا و تحصيلا على خلافه فلا يصلح مقيدا لما دل مما تسمعه من النصوص و غيره على التنصيف بدونه.» .

أقول: قال المجلسى قدس سره فى مرآه العقول فى روايه إسحاق المذكوره:

«حسن أو موثق». على أنك قد عرفت عمل المشهور بها فى المسأله السابقه و ذلك يجبر ضعفها ان كان، و حينئذ تصلح هذه الروايه لتقييد أدله البيئه على المدعى و اليمين على من ادعى عليه فلا مانع من القول بالتحالف فى هذه الصوره جمعا بين الأدله.

و بعباره أخرى: ان يد كل واحد هى فى الحقيقه عند أهل العرف على نصف العين، فكل منهما يقيم البيئه لأنه يدعى النصف الآخر الذى بيد غريمه و يحلف على إنكار كون هذا النصف الذى بيده لغريمه، و دليل هذا التحالف هو روايه إسحاق المزبوره و قد عرفت اعتبارها.

و لا يعارضها ما عن أبى جعفر عليه السّلام قال: «بعث رسول الله صلّى الله عليه و آله عليا الى اليمن، فقال له حين قدم: حدثنى بأعجب ما ورد عليك فقال يا رسول الله أتانى قوم قد تبايعوا جاريه فوطأها جميعهم فى طهر واحد فولدت غلاما فاحتجوا فيه كلهم يدعيه، فأسهمت بينهم فجعلته للذى خرج سهمه و ضمنته نصيبهم. فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم الى الله إلا خرج سهم المحق» (٢) لأنها فى غير ما نحن فيه، لان ذا اليد فيها واحد منهم و هو آخرهم، و لان الولد حر فليس مالا و كلامنا فى دعوى الأملاك.

ص: ١٣٦

١- ١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢ الباب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨-١٨٨، الباب ١٣ من أبواب كيفيه الحكم.

و مثلها روايه تميم بن طرفه: «ان رجلين ادعيا بعيرا فأقام كل واحد منهما بينه فجعله أمير المؤمنين عليه السّلام بينهما» (١) إذ لا ظهور فيها لكون يدهما عليه، بل جاءت في نسخه «عرّفا بعيرا» و حينئذ تكون ظاهره في غير المقام.

فالحاصل: انه لا مانع من الحكم بمفاد روايه إسحاق بن عمار، و قد أفتى جماعه بذلك و ان لم يستند إليها بعضهم صريحا، و صاحب الجواهر لم يناقش في دلالتها و انما ضعفها سندا و قد عرفت جوابه.

و قيل: انه لما كان يدعى كل واحد منهما كل العين فان يده لا تكون على النصف بل على الكل فتتعارضان، و إذا تعارضتا تساقطتا، فيكون الحكم في المقام حكم صوره عدم تحقق يد من أحدهما على العين و هو التنصيف كما تقدم.

لكن المشهور هو التنصيف بعد التحالف.

ثم ان صاحب الجواهر قدس سره بعد أن خدش في روايه إسحاق بما سمعت استوجه أن يكون سبب حكم المحقق قدس سره بالتنصيف كون هذا الحكم هو مقتضى العدل و انه ميزان من موازين القضاء من غير حاجه الى تحالف، لا أنه مبنى على تقديم بينه الخارج على بينه الداخل، لان يد كل منهما على الكل لا النصف، و لان المشهود به كون الجميع له لا نصفه، ثم استدل على ذلك بخبر الدرهمين (١) و بقاعده توارد السببين الممكن إعمالهما معا على مسبب واحد نحو المتسابقين على حيازه مباح، و بإطلاق قوله عليه السّلام: «لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين» (٢) و بإطلاق

ص: ١٣٧

١-١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٣

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-١٨٢

النبوى: «ان رجلين تنازعا دابه ليس لأحدهما بينه فجعلها النبى صَلَّى الله عليه و آله بينهما» (١).

و بالمرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام: «فى البيتين تختلفان فى الشىء الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل واحد منهما و ليس فى أيديهما فأما ان كان فى أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و ان كان فى يد أحدهما فالبينه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» (١).

هذا و عن ابن أبى عقيل اعتبار القرعة التى هى لكل أمر مشكل فى خصوص ما نحن فيه، لاین التنصيف تكذيب للبيتين. و أشكال عليه فى الجواهر بقوله: كأنه اجتهاد فى مقابله النص. و فيه انه ليس اجتهادا فى مقابله النص، بل لعله يחדش فى ظواهر هذه النصوص.

قلت لكن مقتضى النصوص توجه اليمين على من خرج اسمه لا أنه يقضى لمن خرج اسمه، فان حلف قضى له و الا احلف الأخر و قضى له بحلفه.

و عن ابن الجنيد: التحالف مع تساوى البيتين، فان حلف أحدهما استحق الجميع، و ان حلفا اقتسماها، و مع اختلاف البيتين يقرع، فمن أخرجته القرعة حلف و أخذ العين. قال فى الجواهر: لا دليل عليه بل ظاهر الأدله السابقه خلافه.

ثم نقل فى الجواهر عن الرياض أنه بعد أن نسب المختار-الذى هو التنصيف تساوت البيتان عددا و عداله و إطلاقا و تقييدا أو اختلفت-إلى الأشهر بل عامه من تأخر إلا نادرا. قال: «خلافا للمهذب و به قال جماعه من القدماء، فخصوا ذلك بما إذ تساويا فى الأمور المتقدمه كلها و حكموا مع الاختلاف فيها لارجحها، و اختلفوا فى بيان المرجح لها، فعن المفيد اعتبار الأعدليه خاصه هنا و ان اعتبر الأكثريه فى غيرها، و عن الإسكافى اعتبار الأكثريه خاصه، و فى المهذب اعتبارهما

ص: ١٣٨

مرتبا بينهما الأعدليه فالأكثرية، و عن ابن حمزه فى اعتباره التقييد أيضا مرددا بين الثلاثه غير مرتب بينها، و عن السديلمى اعتبار المرجح مطلقا غير مبين له أصلا» قال فى الجواهر: و لم اعرف نقل هذه الأقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره. و على كل حال لا اعرف دليلا يعتد به على شىء منها على وجه يصلح لمعارضه ما عرفت.

هذا كله فى الصوره الأولى.

### الصوره الثانيه: كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل و الخارج؟

و الصوره الثانيه: أن تكون العين فى يد أحد المتنازعين، قال المحقق قدس سره: «يقضى بها للخارج دون المتشبه ان شهدتا لهما بالملك المطلق» .

أقول: نسبة فى الجواهر الى المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه قال:

بل عن الخلاف و الغنيه و السرائر و ظاهر المبسوط الإجماع عليه، بل عن الخلاف و الأخير نسبه الى أخبار الفرقه.

قلت: و الصريح منها فى الدلاله المرسله عن أمير المؤمنين عليه السلام: «فى البيتين تختلفان فى الشىء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل واحد منهما و ليس فى أيديهما، فأما ان كان فى أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و ان كان فى يد أحدهما فالبينه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» (1) و ضعفها منجر بما عرفت.

و قد استدل له بالتعليل الوارد فى خبر منصور قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

رجل فى يده شاه، فجاء رجل فادعاها فأقام البينه العدول أنها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع، و جاء الذى فى يده بالبينه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع و لم يهب.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: حقها للمدعى و لا- أقبل من الذى فى يده بينه، لان الله عز و جل إنما أمر أن تطلب البينه من المدعى، فان كانت له بينه و الا فيمين الذى هو فى

ص: ١٣٩

يده. هكذا أمر الله عز و جل» (١)، دَلَّ على أن البيه المسموعه هي بينه المدعى و أن عليها أن يترتب الأثر حتى فى صورته وجود البيه للمدعى عليه.

أقول: و هذا الخبر يوضح المراد بالخبر المستفيض و هو قولهم عليهم السّلام «البيه على المدعى و اليمين على من ادعى عليه» فيكون ظاهرا فى عدم قبول بيته المنكر و أن الميزان فى مقام المرافعه سماع بيته المدعى فان كانت له بيته و اليمين المدعى عليه، فهكذا أمر الله عز و جل.

و اختار السيد فى العروه القول بسماع البيه من المنكر فى صورته التعارض بل مطلقا و لو مع عدمه، قال: ان الأقوى سماع البيه من المنكر فى صورته التعارض بل مطلقا و لو مع عدمه، فيجوز للمنكر مع عدم البيه للمدعى أن يقيم البيه فرارا من اليمين، و ان ادعى صاحب الرياض الإجماع على عدم قبولها منه.

قال: و يدل على ما ذكرنا بعد منع الإجماع مضافا الى عموم ما دل على حجيه البيه و الى عموم مثل قوله صلّى الله عليه و آله إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان خصوصا اخبار المقام». .

قلت: ان تمسكه بهذه العمومات لسماع البيه من المنكر فى غايه الإشكال كجوابه عن الاستدلال بالخبر المشهور «البيه على المدعى و اليمين على من أنكر» للقول الأول بأن المراد منه بيان الوظيفه الأوليه للمدعى و المنكر، و إلا فلا مانع من سماع البيه للمنكر أيضا-قال: «و أيضا يمكن أن يقال: القدر المعلوم من الخبر انه لا يلزم المنكر بالبيه و انما يلزم باليمين لا انه لا تقبل منه البيه» فإنه- و ان سبقه الى ذلك صاحب الجواهر حيث تنظر فى دلالته على القول الأول مع قطع النظر عن خبر منصور قائلا: «ضروره عدم دلالته على أزيد من استحقاق المدعى على المنكر اليمين دون البيه بخلاف المنكر فان له على المدعى البيه».

ص: ١٤٠

---

١ - ١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٦ الباب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم. و فيه «محمد ابن حفص» و لم أجد توثيقا له. انظر: تنقيح المقال ٣-١٠٨.



-خلاف ظاهر الخبر لا سيما مع النظر الى خبر منصور، و لأنّ التفصيل قاطع للشركه فلا تكون البيئه حجه من كليهما و لا اليمين، و لكن الاولى هو النظر فى نصوص هذه الاخبار، فلا بأس بنقل بعضها:

١- عن سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «فى كتاب على عليه السلام أنّ نبيا من الأنبياء شكّا الى ربه فقال: يا رب كيف أفضى فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه: احكم بينهم بكتابى و أضفهم إلى اسمى فحلفهم (تحلفهم) به و قال: هذا لمن لم تقم له بينه» (١).

٢- عن أبان بن عثمان عن أخبره عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «فى كتاب على عليه السلام أنّ نبيا من الأنبياء.» (٢).

٣- عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام: «أن نبيا من الأنبياء شكّا الى ربه.» (٣).

٤- عن ضميره بن أبى ضميره عن أبيه عن جده قال قال أمير المؤمنين عليه السلام أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله، أو يمين قاطعه، أو سنه ماضيه من أئمه الهدى» (٤).

٥- عن هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان، و بعضكم ألحن بحجيته من بعض.» (٥).

٦- عن جميل و هشام عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

ص: ١٤١

١- ١) و سائل الشيعة ١٨-١٦٧ الباب ١ من أبواب كيفيه الحكم.

٢- ٢) و سائل الشيعة ١٨-١٦٧ الباب ١ من أبواب كيفيه الحكم.

٣- ٣) و سائل الشيعة ١٨-١٦٨.

٤- ٤) و سائل الشيعة ١٨-١٦٨.

٥- ٥) و سائل الشيعة ١٨-١٦٩.

البينه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» (١).

٧- عن بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن القسامه.

فقال: الحقوق كلها البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه إلا في الدّم خاصه. الحديث» (٢).

٨- عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ان الله حكم في دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم. حكم في أموالكم ان البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه، و حكم في دمائكم ان البينه على من ادعى عليه و اليمين على من ادعى، لثلا يبطل دم امرئ مسلم» (٣).

أقول: و الانصاف ظهور الأخبار الأربعة الثانيه في ان ميزان القضاء في مقام المرافعه كون البينه على المدعى و كون اليمين على من أنكر و انه لم تجعل البينه على المدعى عليه في الشرع في مورد إلا لحكمه مخصوصه بذلك المورد (١).

و استدل صاحب الجواهر لسماع بينه المدعى عليه بعموم ما دل على حجيه

ص: ١٤٢

١-١) وسائل الشيعه ١٧٠-١٨

٢-٢) وسائل الشيعه ١٧٠-١٨.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٧١-١٧.

قلت: و أيضا يمكن الاستدلال له بالسيره فإنها قائمه على قبول خبر العدل الواحد فضلا عن العدلين لكن ردع الشارع عن قبول خبر العدل الواحد فى الموضوعات.

لكن المرسله المنجبره و خبر منصور يخصصان العام و يصلحان للردع فى هذا المقام.

و استدلال السيد فى العروه باخبار خاصه و بخبر فذك حيث قال: «و اشعار خبر فذك. فإن أمير المؤمنين عليه السّلام أنكر على أبى بكر فى طلبه البينه منه فى الدعوى عليه مع أنه لا يطلب من غيره إذا ادعى هو على ذلك الغير، فحاصل إنكاره عليه السّلام انه لم فترق بينه عليه السّلام و بين الناس فى طلب البينه، و لو كان لا يقبل من المدعى عليه البينه لكان أولى بالإنكار عليه فى مقام المجادله» .

قلت: أما بعض الاخبار الخاصه التى أشار إليها فيكفى فى وهنها اعراض المشهور عنها، و أما دعواه اشعار خبر فذك بما ذهب إليه ففيها ان التمسك به لعدم حجيه بينه المدعى عليه أولى لأن دلالاته على ذلك أوضح مما قاله: فقد ورد فى ذلك الخبر: «ان أمير المؤمنين عليه السّلام قال لأبى بكر: أ تحكم فينا بخلاف حكم الله فى المسلمين؟ قال: لا. قال فان كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البينه؟ قال: إياك كنت أسأل البينه على ما تدعيه على المسلمين. قال:

إذا كان فى يدي شىء فادعى به المسلمون تسألنى البينه على ما فى يدي و قد ملكت فى حياه رسول الله صلّى الله عليه و آله و بعده و لم تسأل المؤمنين البينه على ما ادعوا علىّ كما سألتنى البينه على ما ادعيت عليهم. و قد قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» و هو ظاهر بل صريح فى انه لا يطلب البينه من ذى اليد و لا يحكم على طبقها إذا أقامها.

على أنه لم يعهد أن يسأل الحاكم-بعد إقامه المدعى بينته-المدعى عليه

هل عنده بينه على الإنكار أولاً. و أيضاً فقد تقدم في المباحث السابقة الخبر (١) الدال على أن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله كان يرسل من يسأل عن حال الشاهدين إذا لم يعرفهما و يوقف الحكم في القضية حتى يرجع رسوله فإذا رجع و ظهر عداله الشاهدين حكم.

و لم يتضمن هذا الخبر سؤاله صَلَّى الله عليه و آله من المدعى عليه في هذه الأثناء أو بعد رجوع الرسول عن وجود البينه عنده على جرح الشاهدين أو إنكار دعوى المدعى.

و من هنا كان القضاء للمدعى بعد إقامه البينه الجامعه للشرائط امرأ مسلما بين المسلمين.

و كيف كان فقد قال المحقق في هذا القسم: «و فيه قول آخر ذكره في الخلاف بعيد» .

و هذا القول هو تقديم بينه الداخل على بينه الخارج. قال المحقق و هو بعيد و في الجواهر: بل لم نتحققه قولاً له.

و في المسألة أقوال أخرى: فقد فُصِّل بعضهم فقال بعدم حجيه بينه المنكر مع القول بصلاحيته للمعارضه مع بينه المدعى. و عبارته أخرى المستفاد من أدله القضاء هو عدم القضاء ببينه المدعى عليه و لكن لا تدل على عدم صلاحيتها للمعارضه مع بينه المدعى و إسقاطها عن الحجيه، فإذا سقطت يقضى بالعين للحالف.

أقول: و حاصل هذا القول عدم القضاء ببينه المدعى مع وجود بينه المدعى عليه أو احتمال وجودها، لكن يرد أنه إذا كان كذلك فلما ذا كان ديدن المسلمين على خلاف ذلك و هو القضاء للمدعى بمجرد إقامه البينه من غير سؤال من المدعى عليه عن وجود البينه عنده و عدم وجودها، كما هو شأن الفقيه في مقام الإفتاء حيث يفتى على طبق الخبر بعد الفصح و اليأس عما يعارضه.

و أما القول بتقديم البينه المشتمله على ذكر السبب منهما فلا دليل عليه في الاخبار، كالقول بالتقديم بالأعدليه، و أما تقديم الأكثر عدداً منهما فقد يدل بعض الاخبار عليه.

ص: ١٤٤

لكن المختار هو القول الأول و هو الأخذ بينه الخارج تبعاً للمشهور و الله العالم هذا كله لو شهدتا بالملك المطلق.

### صور الشهاده المشتمله على السبب

و اما لو اشتملت الشهاده على ذكر السبب فهنا ثلاث صور.

فالأولى: شهادتهما معا بالسبب، قال المحقق قدس سره:

«و لو شهدتا بالسبب قيل: يقضى لصاحب اليد لقضاء على عليه السّلام و قيل: يقضى للخارج لانه لا بينه على ذى اليد كما لا يمين على المدعى، عملاً بقوله صلّى الله عليه و آله: و اليمين على من أنكر، و التفصيل قاطع للشركه و هو أولى» .

### ١- شهادتهما معا بالسبب:

أقول: ففي هذه الصورة قولان، نسب أولهما إلى الشيخ و الثانى إلى المشهور، و قد أشار المحقق قدس سره الى دليل كل منهما.

فدليل القول الأول:

ما رواه إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام «ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السّلام فى دابه فى أيديهما و أقام كل واحد منهما بينه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السّلام، فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف، فقضى بها للحالف، فقيل: فلو لم يكن فى يد واحد منهما و أقاما بينه قال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين، قيل:

فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعاً بينه. قال أقضى بها للحالف الذى هى فى يده» (١).

و محل الاستدلال: «فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعاً بينه.» و هل معنى ذلك أن بينه ذى اليد مقدمه على بينه الخارج أو انه حينئذ يكون فى الحقيقه من تكاذب البيتين فيتساقطان و يقضى لصاحب اليد بعد حلفه لانه مدعى

ص: ١٤٥

عليه و لا يمين على المدعى؟ وجهان مبنيان على شمول أدله حجيه البيه لصوره التكاذب و عدمه.

و الأظهر هو الوجه الثانى من جهة إيجاب الإمام عليه السّلام الحلف أيضا، فإنه لو كانت بيه ذى اليد حجه متقدمه على بيه المدعى فلا حجه الى الحلف، فلزوم الحلف كاشف عن عدم حجيه بيه المدعى عليه أو حجيتها بمقدار صلاحيتها للمعارضه مع بيه المدعى فيتساقطان، فإذا تساقطتا كانت مثل صوره عدم البيه، و على ذى اليد اليمين فإذا حلف قضى له.

و هذا كله بناء على اعتبار الخبر كما تقدم.

و مثله ما رواه غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: «ان أمير المؤمنين عليه السّلام اختصم اليه رجلان فى دابه كلاهما أقاما البيه أنه أنتجها، فقضى بها للذى هى فى يده، و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» (١) و هذا أيضا ظاهر فى التساقط كسابقه.

و دليل القول الثانى: ما رواه منصور عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: «قلت له: رجل فى يده شاه، فجاء رجل فادعاها و أقام البيه العدول انها ولدت عنده لم يبع و لم يهب، و جاء الذى فى يده بالبيه مثلهم عدول انها ولدت عنده لم يبع و لم يهب، قال أبو عبد الله عليه السّلام: حقا للمدعى و لا أقبل من الذى هى فى يده بيه، لان الله عز و جل أمر أن تطلب البيه من المدعى، فان كانت له بيه و الا يمين الذى هو فى يده، هكذا أمر الله عز و جل» (٢).

و هذا الخبر يعارض خبر إسحاق بناء على الوجه الأول و بقطع النظر عن السند فى كليهما، و حينئذ يرجع الى العام كما هو القاعده فى كل مورد تعارض فيه دليلان خاصان، و العام هنا هو قوله صلى الله عليه و آله «البيه على المدعى و اليمين على من

ص: ١٤٦

١-١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢

أنكر» فإنه يدل على انه لا تسمع بينه ذى اليد، لاشتماله على التفصيل القاطع للشركه و هو يعم صوره ذكر السبب و عدمه مطلقا.

فاذن يحكم فى هذه الصوره بتقديم بينه الخارج، و من هنا قال المحقق قده:

«و هو اولى» و هو المختار.

### ٢- ان تشهد للخارج بالسبب و للداخل بالملك المطلق:

الصوره الثانيه: أن تشهد للخارج بالسبب و للداخل بالملك المطلق، و هذه الصوره لم يذكرها المحقق قدس سره اعتمادا على ظهور حكمها بالأولويه القطعيه بناء على ما ذهب إليه فى الصوره الأولى، لأنه إذا دلت الأدله على تقديم بينه الخارج فى صوره شهاده كلتا البيئتين بالسبب فإنها تدل على تقديمها فى صوره عدم شهاده بينه الداخل بالسبب بالأولويه القطعيه، كما هو واضح.

قال فى الجواهر: «و على كل حال فما عن المجلسى من حملة النصوص المزبوره على التقيه لشهرته بين العامه فتوى و روايه، يدفعه ما سمعت من موافقه خبر بينه الخارج لأحمد بن حنبل أيضا، بل ملاحظه كلام العامه يقضى باضطراب أقوالهم فى ذلك على وجه لا تقيه فى إظهار الحق فيما بينها، خصوصا مع نسبته الى على عليه السلام.

على أن المحكى عن الشيخ نسبته الى مذهبنا و أنه الذى تدل عليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله على التقيه» .

### ٣- ان تشهد للداخل بالسبب و للخارج بالملك المطلق:

و الصوره الثالثه: ان تشهد لذى اليد بالسبب و للخارج بالملك المطلق قال المحقق قدس سره: «اما لو شهدت للمتثبت بالسبب و للخارج بالملك المطلق فإنه يقضى لصاحب اليد، سواء كان السبب مما لا يتكرر كالنتاج و نساجه الثوب الكتان أو يتكرر كالبيع و الصياغه. و قيل: بل يقضى للخارج و ان شهدت بينته بالملك

المطلق عملا بالخبر و الأول أشبه» .

أقول: ذكر في هذه الصورة قولين، أحدهما: تقديم بينه الداخل و اليه ذهب الأكثر و هو الأشبه عند المحقق، و الثانى: تقديم بينه الخارج، و اليه ذهب جماعه.

و قد استدلل للقول الأول بخبر عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ان رجلين اختصما فى دابه الى على عليه السلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده، و أقام كل واحد منهما البيئه سواء فى العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامه.

فخرج اسم أحدهما ففضى له بها.

و كان أيضا إذا اختصم اليه الخصمان فى جاريه فزعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البيئه جميعا قضى بها للذى أنتجت عنده» (1).

قلت: لكن ليس فى الخبر-لا- فى السؤال و لا- فى الجواب- تعرض الى اليد، و أنه بيد من كانت الجاريه، الا- ان يقال بأنه عليه السلام قضى للذى أنتجت عنده من جهه كونه ذائد، و الا لقضى لمن ادعى اشتائها، فإن ذلك مقتضى التوفيق بين الشهادتين كما تقدم، و لكنه مع ذلك لا يخلو من الإجمال، الا ان المشهور أفتوا على طبقه و لعلهم فهموا منه ما لم يتضح لنا.

و اما دليل القول الثانى فقد أشار إليه المحقق بقوله «عملا بالخبر» و هو «البيئه على من ادعى و اليمين على من أنكر» اى انه لا اعتبار لبيئه المدعى عليه أصلا.

و استدلل للأول أيضا بعمومات حجيه الشهاده، فتكون كلتا البيئتين حجيه،

ص: ١٤٨



لكن تقدم بينه الداخل اما من جهه اعتضادها باليد و اما من جهه تأييدها بخبر ابن سنان المزبور.

لكن القول الثانى يقول بتخصيص عمومات «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» لعمومات حجيه شهاده العدلين، أى أنه فى مورد المرافعه لا- تسمع بينه المنكر.

فإذا كان مقتضى «البينه على من ادعى.» عدم سماع بينه المدعى عليه كما تقدم، فإنه لا معنى لتقدم بينه المنكر من جهه تأييدها بما ذكر، فلو أردنا أن نقول بالقول الأول فاما يكون من جهه التعبد بخبر ابن سنان. و قد عرفت ما فيه، و اما من جهه التساقت ثم القضاء لذى اليد. لكن يتوجه على المحقق حينئذ انه إذا كان هذا هو المبنى فلما ذا قال فى غير هذه الصوره بتقدم بينه الخارج؟  
(١)

### الصوره الثالثه: كون العين بيد ثالث و فيها الرجوع الى المرجحات

الصوره الثالثه: من صور تعارض البينتين أن تكون العين فى يد ثالث قال المحقق قده: «و لو كانت فى يد ثالث قضى بأرجح البينتين عداله، فإن تساويا قضى لأكثرهما شهودا، و مع التساوى عددا و عداله يقرع بينهما، فمن خرج اسمه احلف و قضى له، و لو امتنع أحلف الآخر و قضى له، و ان نكلا قضى به بينهما بالسويه.»

أقول: نسب هذا القول إلى الأشهر بل المشهور بل ادعى الإجماع عليه، و لكن بالتبع لكلماتهم يظهر عدم إمكان الوثوق بما ذكر، فقد قال بعضهم: بالقرعه،

وقيل بالترجيح بأحد الأمرين، وقيل بكليهما، فمنهم قال بالترتيب و منهم من قال بدونه. فنقول:

اما أدله «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» فلا- يمكن الرجوع إليها في هذه الصورة، لأن كليهما ذو بينه و ليس لأحدهما يد على العين، نعم اثر البينتين نفى الثالث، لان العين هي في الواقع لأحدهما لكنه مجهول، و لذا قيل هنا بالقرعه لأنها لكل أمر مشكل عملا ببعض الاخبار، لكن أخبار القرعه هنا تشتمل على اليمين أيضا. و كيف كان فالأولى ذكر نصوص المسألة مع التأمل في مداليلها:

(١) عن أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل.

و ذكر أن عليا عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغله فقامت البينه لهؤلاء أنهم أنتجوها على مذودهم و لم يبيعوا و لم يهبوا» و قامت البينه لهؤلاء بمثل ذلك» فقضى عليه السلام بها لأكثرهم بينه و استحلفهم. (١) (٢) عن داود بن سرحان «عن ابي عبد الله عليه السلام: في شاهدين شهدا على أمر واحد و جاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا عليه «شهد الأولان» و اختلفوا.

قال: يقرع بينهم فأيهم قرع فعليه اليمين و هو أولى بالقضاء» (٢).

(٣) عن الحلبي قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمر، و جاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا. قال: يقرع بينهم فأيهم قرع فعليه اليمين و هو أولى بالحق» (٣).

(٤) عن سماعه قال: «ان رجلين اختصما الى علي عليه السلام في دابه فزعم كل واحد منهما انها نتجت على مذوده، و اقام كل واحد منهما بينه سواء في العدد، فأقرع

ص: ١٥٠

١-١) وسائل الشيعة ١٨-١٨١

٢-٢) وسائل الشيعة ١٨-١٨٣

٣-٣) وسائل الشيعة ١٨-١٨٥

بينها سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم رب السماوات السبع و رب الأرضين السبع و رب العرش العظيم عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم. أيهما كان صاحب الدابه و هو أولى بها، فأسألك أن يقرع و يخرج سهمه. فخرج سهم أحدهما ففضى له بها» (١).

(٥) عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السّلام: «ان أمير المؤمنين عليه السّلام اختصم اليه رجلان في دابه و كلاهما أقاما البيئه أنه أنتجها ففضى بها للذى فى يده و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» (٢).

(٦) عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام: «ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السّلام فى دابه فى أيديهما و أقام كل واحد منهما البيئه أنها نتجت عنده، فأحلفهما عليه السلام فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف، ففضى بها للحالف.

ف قيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البيئه؟ فقال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين.

قيل: فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا البيئه؟ قال: أفضى بها للحالف الذى هى فى يده» (٣).

(٧) عن داود بن أبى يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السّلام «فى رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخران فشهدا انها امرأه فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا. فقال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحقق و هو أولى بها» (٤).

ص: ١٥١

١-١) وسائل الشيعه ١٦-١٨٥

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢

٣-٣) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢

٤-٤) وسائل الشيعه ١٨-١٧٤

(٨) عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السّلام قال: «كان على عليه السّلام إذا أتاه رجلان «يختصمان» بشهود عدلهم سواء و عددهم. أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين و كان يقول: اللهم رب السماوات السبع «و رب الأرضين السبع» أيهم كان له الحق فأده اليه. ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين إذا حلف» (١).

(٩) عن عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: ان رجلين اختصما في دابه الى على عليه السّلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده و اقام كل واحد منهما البيئه سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم رب السماوات السبع و رب الأرضين السبع و رب العرش العظيم عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم أيهما كان صاحب الدابه و هو أولى بها فأسألك أن يقرع و يخرج اسمه. فخرج اسم أحدهما فقضى له بها» (٢).

هذه هي نصوص المسأله، و هي مختلفه، و لقد اختلفت بتبعها أقوال الأصحاب فيها «فبين من اقتصر على اعتبار الأعدليه خاصه كالمفيد، و من اقتصر على اعتبار الأكثريه كذلك كالاسكافي و الصدوقين، نعم ذكرنا قبل اعتبارها إن أحق المدعين من عدل شاهدها، فان استوى الشهود في العداله فأكثرهما شهودا و هو ليس نصا في اعتبار الأعدليه.

و بين من اقتصر على اعتبارهما خاصه و لم يذكر الترتيب بينهما و لا القرعه بعدهما كالشيخ في موضع من الخلاف قائلا انه الظاهر من مذهب الأصحاب، و بين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقا من دون بيان له و لا ذكر قرعه كالديلمي و الشيخ في موضع من الخلاف، لكنه ذكر القرعه بعد العجز عن الترجيح مدعيا عليه إجماع الإماميه، و بين من فصل بعين ما في العبارة لكن مقدا للاكثرية على

ص: ١٥٢

١-١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٣

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨-١٨٦

الأعدليه كالحلى فى السرائر و عزاه الى ظاهر الأصحاب مشعرا بدعوى الإجماع عليه، و بين من اقتصر على القرعه خاصه كالعماني» .

### **النظر فى اخبار الترجيح و طريق الجمع بينها:**

فنعول: ان هذه النصوص على طوائف:

#### **(الأولى: ما يدل على التنصيف،**

كخبر غياث بن إبراهيم، و الحكم بالتنصيف قد يكون من جهه تساقط البينتين، فتكون مثل صوره دعوى المدعين بلا بينه، و الدليل، على التنصيف هو ما ذكر هناك.

لا يقال: التنصيف يوجب العلم بالخلاف.

لأننا نقول: فرق بين الوصول الى الواقع و العثور عليه، و بين الحكم الفاضل للخصومه، و الحكم بالتنصيف هو طريق لفصل الخصومه.

و قد يكون من جهه العمل بكلتا البينتين بعنوان فصل الخصومه، فإنه و ان شهدت كل واحده بكل المال، الا انه يؤخذ بنصف مدلول كل واحده منهما، و يجمع بينهما و يحكم بالتنصيف لفصل الخصومه، نظير الجمع بين الروايات.

#### **الطائفة الثانيه:**

ما يدل على التنصيف بعد اليمين،

كخبر إسحاق بن عمار، و على هذه تحمل الطائفة الأولى الساكته عن لزوم الحلف، فيكون وجه الجمع بالتنصيف بعد الحلف.

#### **الطائفة الثالثه:**

ما يدل على القرعه

فمن خرج اسمه كان الحق له.

كخبر داود بن أبى يزيد العطار، فإنه يدل على ان طريق الحكم هو القرعه بلا تحليف فيما إذا كانت المرأه بيد ثالث بالأولويه. و كخبر سماعه و خبر عبد الله بن سنان.



و هذه الاخبار و ان كانت ظاهره فى تماميه الحكم بالقرعه و بلا يمين الا انها قضيه فى واقعه و يمكن أن تحمل على الطائفه الداله على ان الاقتراع، هو لتعيين من عليه الحلف و هى:

#### الطائفه الرابعه:

كخبر عبد الرحمن بن ابى عبد الله البصرى، و خبر الحلبي، فيكون طريق الجمع بين هاتين الطائفتين هو القرعه لتعيين من عليه الحلف، و حينئذ يكون الحكم باليمين عملا بقوله صلى الله عليه و آله: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» .

و يتحصل مما ذكرنا ان قاعده فصل الخصومه هو الأمور الثلاثه الاتيه: البينه و اليمين، ثم التنصيف و ذلك فى صوره فقد انهما للينه أو وجدانها لها ثم حلف كليهما أو نكولهما معا، و يكون التنصيف فيما إذا كان مورد النزاع قابلا له، و الا فلا سبيل إلا القرعه.

و اما القول بالترجيح لإحدى البينتين على الأخرى بالأكثرية عداله أو عددا مع الالتزام بالترتيب أو عدمه فلم نجد له دليلا فى الاخبار، إلا خبر ابى بصير الذى قضى فيه لأكثرهم بينه و استحلفهم، و كيف كان فلا مناص من أن يحمل الترجيح على توجه اليمين على من كانت بينته راجحه على بينه الأخر لهذه الجئه أو تلك، فالفاضل للخصومه هو اليمين تحكيما للقاعده الكليه فى باب القضاء، لأننا علمنا من خبر أبى بصير ان معنى مرجحيه الأكثرية هو توجه اليمين على صاحب تلك البينه، فكذلك الكلام فى صاحب البينه الأكثر عداله.

و قد يستأنس لذلك بتقديم الامام عليه السلام الأكثر عددا، أى سواء كانت الأخرى أعدل أولا.

و لو وقع التعارض فى مورد بين التنصيف و القرعه تقدمت أدله القرعه، فمن خرج اسمه حلف و قضى له.

هذا هو طريق الجمع بين هذه الاخبار فى هذه الصوره.

«و قال فى المبسوط يقضى بالقرعه إن شهدتا بالملك المطلق، و يقسم بينهما ان شهدتا بالملك المقيد، و ان اختصت إحداهما بالتقيد قضى بها دون الأخرى و الأول أنسب بالمنقول» .

و قد ضعف فى الجواهر ما عن المبسوط قال: و ان قيل فى توجيهه: انه جمع بين ما دل على القرعه، و خبرى تميم بن طرفه و غياث المتقدمين سابقا بالتفصيل المزبور لكن فيه ان المفروض فى خبرى سماعه و ابن سنان من أخبار القرعه المقيدتين كما أن فيها المطلق أيضا، و فى اخبار التنصيف المقيدتين كخبر غياث و المطلقتين كخبر تميم بن طرفه. فليس فى ما ذكره جمع بين النصوص، بل فى خبر إسحاق ما هو خارج عن الجميع و هو تحليفهما معا فأيهما حلف و نكل الأخر كانت للحالف فان حلفا جميعا كانت بينهما نصفين، و لم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبى على.

### حكم ما لو أقر الثالث لأحدهما:

قال العلامة قدس سره فى القواعد: «و لو أقر الثالث بالعين لأحدهما فالوجه انه كاليد» قال كاشف اللثام: «تقدم على قيام البينتين أو تأخر، لقيام المعنى القائم فى اليد فيه، و جزم به فى المقصد السابع.

و يحتمل العدم بعد اقامه البينتين، لكشفهما عن أن يد المقر مستحقه للإزالة بإقراره كإقرار الأجنبى» و فى الجواهر: «بل قد يشكل-ان لم يكن إجماع- اندراج ذلك قبل اقامه البينتين فضلا عما بعده فيما دل على حكم ذى اليد بالنسبه إلى الدخول و الخروج، و لعله لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين إقرار الثالث و عدمه فتأمل جيدا» .

قلت: انما يتجه احتمال العدم فيما إذا لم يكن الثالث و كيلا- للمقر له، لأن البيئه قامت على عدم كونه مالكا للعين، و لم تنف وكالته و لم تسقط يده عن



الاعتبار، فلو أقر بكونها له و ادعى وكالته عنه كانت يده يد المقر له و ترتب الأثر على إقراره.

### الصورة الرابعة: كون العين لا فى يد أحد

الصورة الرابعة: ان لا تكون العين فى يد احد، و الظاهر أن حكم هذه الصورة حكم ما إذا كانت فى يد ثالث، فما ذكرناه هناك آت هنا.

### مورد تحقق التعارض

قال المحقق قدس سره: «و يتحقق التعارض بين الشاهدين و الشاهد و المرأتين» أقول: لا- خلاف و لا إشكال فى ذلك، لان المرأتين تقومان مقام الرجل الواحد فى الشهاده فتصدق البيه على الشاهد و المرأتين كما تصدق على الشاهدين.

قال: «و لا يتحقق بين الشاهدين و شاهد و يمين، و ربما قال الشيخ نادرا يتعارضان و يقرع بينهما» .

أقول: علل فى الجواهر ما ذهب اليه المشهور بعدم صدق اسم البيه على الشاهد و اليمين، و فى المسالك بان الشاهد لا يستقل بالحجيه، و اليمين معه و ان أوجبت ثبوت المال الا انه حجه ضعيفه و من ثم اختلف فى ثبوته بها، و بأن الذى يحلف مع شاهد يصدق نفسه و الذى يقيم شاهدين يصدقه غيره فهو أقوى جانبا و أبعد عن التهمه، و بهذا صرح الشيخ فى المبسوط فى فصل الدعاوى و البيئات، و فى الخلاف أيضا.

و قد ذكر المحقق الأشتياني و جوها لكنها استحسانيه.

قلت: و ربما يشكل على تعليل المسالك بأنه مع الحجيه لا يبقى أثر للضعف و القوه بل يتحقق التعارض.

و التحقيق ان يقال: انه ان صدق اسم البيه على الشاهد و اليمين فلا- كلام فى قدرته على المقاومه مع الشاهدين و تحقق التعارض، لكن المراد من «البيه» فى

نصوص كتاب القضاء هو اصطلاح خاص، و مقتضى التقابل بين البيئه و اليمين فى قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: «إنما ألقى بينكم بالبينات و الايمان» مغايره البيئه لليمين و إن كانت مع شاهد، فالحق عدم صدق اسم البيئه و عدم تحقق التعارض بينهما.

فان قيل: التعارض هو بين الحجتين لا بين البيئتين حتى يقال ليس الشاهد و اليمين بيئه.

قلنا: مقتضى النظر فى النصوص الوارده فى علاج تعارض البيئتين هو ان المراد البيئه بما هى لا بما هى حجه، فلا وجه للتعدي عن موردها.

و بما ذكرنا يظهر الجواب عما استدل به الشيخ قدس سره فى فصل الرجوع عن الشهاده من المبسوط على ما نسب اليه المحقق من القول بالتعارض و القرعه، و انما قال «و ربما» لعدم صراحه كلام الشيخ، و لذا اختلف العلماء فى فهم عبارته فعن الشهيد حكاية ذلك عنه فى الدروس صريحا، و عن فخر المحققين نسبة التردد اليه، و قد رجح صاحب المسالك فهم الفخر بعد نقل عبارته الشيخ (١).

ص: ١٥٧

و كيف كان فلا ريب في ضعفه.

قال المحقق قدس سره: «ولا بين شاهد و امرأتين و شاهد و يمين، بل يقضى بالشاهدين و الشاهد و المرأتين دون الشاهد و اليمين» .

أقول: فالحاصل عدم صدق «البينه» على الشاهد الواحد مع اليمين و حينئذ لا يقع التعارض بينه و بين البينه مطلقا، بل يقضى بما قامت عليه البينه و لا يلتفت الى الشاهد و اليمين.

ص: ١٥٨

قال المحقق: «و كل موضع قضينا فيه بالقسمه فإنما هو في موضع يمكن فرضها دون ما يمتنع كما إذا تداعى رجلان زوجه» .

أقول: قد ذكرنا سابقا أن فصل الخصومه بالتنصيف يكون في كل مورد أمكن فيه ذلك، قال في المسالك ان العبارة توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمه لكنه تجوز بها في إمكان الشركه، و لو عبر بها كان أولى» و من هنا قال في الجواهر ما زجا بالمتن: في موضع يمكن فرضها بإمكان الاشتراك فيه و ان لم يقسم فعلا كالعبد و الأمه دون ما يمتنع لامتناع الشركه فيه.

و كيف كان فقد ذكرنا سابقا انه في كل موضع لم يمكن التنصيف- كما إذا كان مورد التداعى هو الزوجه- فالحكم هو القرعه، و يدل عليه مرسل داود بن ابى يزيد العطار عن الصادق عليه السلام: «في رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخرون فشهدوا انها امرأه فلان فاعتدل الشهود و عدلوا قال: يقرع بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحقق و هو أولى بها» (١) و عمل الأصحاب به جابر لضعفه، و لم يذكر الامام عليه السلام فيه اليمين، فيقيد- كما تقدم- بما دل على ان من خرج اسمه بالقرعه فعليه اليمين، مثل خبر الحلبي الذي يعم الأموال و غيرها، لكن في المسالك انه لا- فائده في الإحلاف بعد القرعه، لأن فائدته القضاء للآخر مع نكوله و هو منفي هنا، و أجاب في الجواهر بقوله: «و فيه: انه لا مانع منه، و انما المنفى بالتنصيف بينهما على تقدير النكول منهما، بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما، نعم لا تعرض في الخبر لليمين، و لا ينافى إطلاق ثبوتها في غيره، خصوصا بعد ما عرفت ان القرعه لإثبات الرجحان الذي يتبعه اليمين على حسب الترجيح بالأعدليه و الأكثرية،» .

ص: ١٥٩

قلت: و ما ذكره تام الا قوله: «بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما» الظاهر في أنه مع نكولهما عن اليمين يتجه نفى كونها زوجه لهما. فانا نقول بان مقتضى البيتين تحقق العلم الإجمالى بكونها لأحدهما و ان لم يحصل العلم الإجمالى بكونها بينهما فلا ريب فى إفادتهما نفى كونها لثالث، فلا يجوز تزويجها من ثالث، فلا مناص حينئذ -أى فى صورته نكولهما- عن القرعه مره ثانيه، فيكون من خرج اسمه أولى بها بلا يمين.

قال فى الجواهر: «و مما ذكرنا يظهر لك النظر فى كلام الفاضل حيث قال:

«فصل فى أسباب الترجيح لحجه على اخرى، و هى ثلاثه: الأول قوه الحجه كالشاهدين و الشاهد و المرأتين على الشاهد و اليمين، و لو اقترنت اليد بالحجه الضعيفه احتمل تقديمها و التعادل» و وجه النظر هو ما عرفت من عدم اندراج الشاهد و اليمين تحت النصوص فلا يتحقق التعارض، و الترجيح فرع التعارض كما هو واضح.

### هل اليد من المرجحات؟

ثم ذكر العلامة السبب الثانى من أسباب ترجيح احدى البيتين على الأخرى بقوله: «الثانى اليد، فتقدم بينه الداخل على الخارج على رأى، و الأقوى العكس» أى: فتكون اليد سببا لتقدم بينه الداخل على بينه الخارج على رأى بعض الأصحاب القائلين بحجيه بينه ذى اليد، و اختار قده العكس و هو تقديم بينه الخارج فلا تكون اليد مرجحه، لما تقدم من عدم حجيه بينه ذى اليد لقوله صلى الله عليه و آله «البينه على المدعى و اليمين على أنكر» فلا تسمع بينته حتى تكون يده مرجحه لها.

ثم ذكر قدس سره هنا فروعا، فقال:

«الا أن يقيمها بعد بينه الخارج على اشكال، فلو ادعى عينا فى يد غيره فأقام بينه فأخذها منه ثم أقام الذى كانت فى يده أنها له نقض الحكم و أعيدت اليه على اشكال» قال كاشف اللثام: «من انقلاب الداخل خارجا و العكس بإقامه الخارج البينه

بالحكم فيها، و هو اختيار الشيخ و لكن بناء على تقديم بينه الداخلى لانكشاف بينته لذى اليد. و من اتحاد الدعوى فلا يختلف الحال بتأخير إقامه البينه و تقديمها، و اليد الطاربه لإقامه البينه لا دلالة لها على شىء و هو الأقوى» و تبعه صاحب الجواهر حيث قال: «و فيه أيضا ما لا يخفى، ضروره اقتضاء ذلك التسلسل المنافى لحكمه القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، و الفرض انها دعوى واحده، فالمتجه عدم سماعها مطلقا». لكن فى كشف اللثام «نعم لو رافع الى حاكم لا يعلم بالحال فلا إشكال فى الإعادة إليه» ثم قال العلامة: «و لو أراد ذو اليد إقامه البينه قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل فالأقرب الجواز» .

وجه القول بالجواز هو: أن التسجيل أى إثبات ملكيته و ثبته فى سجل الدعاوى لدى الحاكم غرض مقصود، فربما احتاج الى الإثبات فى المستقبل و لا يمكنه لعدم حضور الشاهدين أو موتهما أو غير ذلك.

و ذكر شراح القواعد للعدم وجهين أحدهما: انه لا بينه الأعلى خصم، و الآخر:

ان الملك ثابت له بدون البينه بمجرد اليد و التصرف مع انتفاء المنازع، فلا فائده للبينه، و تحصيل الحاصل محال.

و قد أجابوا عن الوجهين بأن التسجيل فائده عقلائيته، و لا مانع من اقامه البينه مع عدم الخصومه الفعلية حيث يحتمل تحققها فى المستقبل و عدم تمكنه من إثبات دعواه حينذاك بسبب من الأسباب.

قلت: و الأقرب هو الجواز، و الفرع يبتنى على القول بحجيه بينه الداخلى كما لا يخفى.

ثم قال العلامة: «و لو أقام بعد الدعوى لإسقاط اليمين جاز» .

أقول: و هذا أيضا مبنى على حجيه بينه ذى اليد كما ذكرنا.

ثم قال: «و لو أقام بعد ازاله يده بينه الخارج و ادعى ملكا سابقا فى التقديم

بسبب يده التي سبق القضاء بإزالتها إشكال» .

فى كشف اللثام: «من سبق يده و أنه الداخلى و البينه تشهد له بالملك المسند الى ذلك الزمان. و من كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها، أما لو أقام البينه بعد القضاء للخارج قبل ازاله اليد فهى بينه الداخلى» .

و فيه كما فى الجواهر ما لا يخفى من أنه ليس من الداخلى على التقديرين، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج. نعم إذا كانت بينه الداخلى حجه و تقدم على بينه الخارج فالظاهر التقديم، لان بينته حينئذ تشهد بان العين قد أخذت منه و أزيلت يده عنها ظلما.

ثم قال العلامة: «و إذا قدمنا بينه الداخلى فالأقرب انه يحتاج الى اليمين» .

قال فى الجواهر: كأنه مناف لما ذكره سابقا من إسقاطها اليمين، اللهم الا- ان يفرق بين معارضه البينه و بين معارضه مجرد الدعوى، فتسقط على الأول، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثانى.

قلت: لكن لا يبقى حينئذ أثر لليد.

ثم قال العلامة- بشرح الفاضل الهندى:- «و إذا قامت البينه على الداخلى أو أقر فادعى الشراء من المدعى أو ثبت الدين عليه ببينه أو إقرار فادعى الإبراء، فإن كانت البينه بدعواه حاضره سمعت قبل ازاله اليد و توفيه الدين. و ان كانت غائبه طولب فى الوقت بالتسليم، لثبوت الاستحقاق شرعا من غير ظهور معارض، و ليس له المطالبه بكفيل للأصل.

ثم إذا أقام البينه استرد. و ربما احتمل العدم و التأجيل ثلاثه أيام كما هو حكم مدعى جرح الشهود» و لكنه واضح الضعف.

قال: «و لو طلب الإحلاف انه لم يبعه منه أو لم يبرء قدم على الاستيفاء لكونه كحضور البينه» فإن حلف ذاك استوفى العين و ان نكل أبقيت فى يد هذا.

ثم قال العلامة: «و لو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه» لكونها إنكارا

بعد الإقرار، فإن ادعى بعد ذلك شرائها مثلا منه سمعت هذه الدعوى لعدم منافاتها لإقراره السابق، فإن أقام البينه حكم له و الا حلف الطرف الآخر و أبقيت في يده.

أما لو ثبت كون العين لغيره لا- باعترافه بل بينه ذاك أو حلفه سمعت دعواه كونها ملكا له، للفرق بين ثبوت الملك للآخر بالإقرار و الثبوت بالحجه.

### هل الشهاده بقديم الملك أولى؟

قال المحقق قدس سره: «و الشهاده بقديم الملك أولى من الشهاده بالحادث مثل أن تشهد إحداهما بالملك في الحال و الأخرى بقديمه، أو إحداهما بالقديم و الأخرى بالأقدم، فالترجيح لجانب الأقدم» .

أقول: إذا تعارضت البيتان في الملك و لكن اختصت إحداهما بزياده التاريخ، بأن قالت إحداهما بأن هذه العين لزيد في الحال و قالت الأخرى هي لعمرو منذ سنه، أو قالت تلك هي لزيد منذ سنه و قالت هذه هي لعمرو منذ سنتين، فهل زياده التاريخ و الشهاده بقديم الملك يوجب الأولويه و الترجيح لبينه عمرو أو لا؟ ذهب المحقق إلى الأول، و جعل العلامه في القواعد اشتمال احدى البيتين على زياده كزياده التاريخ من أسباب ترجيح البينه، و في الجواهر نسبه هذا القول الى الشيخ و ابنى إدريس و حمزه، بل في المسالك نسبه الى المشهور.

و وجه تقديم متقدمه التاريخ هو أن تلك البينه تثبت الملك لعمرو في وقت لا تعارضها البينه الأخرى فيه و هو السنه الاولى في المثال و انما تعارضها فيما بعدها فتساقطان في محل التعارض و يثبت الملك لعمرو في السنه الأولى بلا معارض- و لهذا كان له المطالبه بالنماء في ذلك الزمان- و الأصل في الثابت دوامه.

قال في الجواهر: و لم أجد في شيء من النصوص اشاره اليه إلا ما في صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام: «و كان إذا اختصم اليه الخصمان في جاريه فزعم أحدهما انه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها فكانا إذا أقاما البينه





عن فرض المسأله، لأنها مفروضه فيما إذا كان المدعى فى يد ثالث، و سىصرح بذلك صاحب الجواهر نفسه بقوله: «هذا كله مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما» .

و كيف كان فلا- يمكن المساعدة على ما ذهب اليه المشهور، فان لم تقدم المتأخره التاريخ تتعارضان و تتساقطان، و يكون المرجع هو الأصل، و مقتضاه كون العين لزيد.

و لو أطلقت إحداهما و أرخت الأخرى قيل: تساوتا لاحتمال الإطلاق هذا التاريخ و غيره زائدا أو ناقصا فلا زياده فى إحداهما على الأخرى إلا بالتعرض للتاريخ، و هو مما لا يؤكّد الملك ليتسبب الترجيح.

و فيه ان المتجه تقديم المطلقة مع العلم باستناد المؤرخه إلى الاستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبينه التى تقتضى انقطاعه. أما إذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضا، اقتصارا فى تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه و هو الملك فى الحال فىبقى غيره مستصحا.

و لو شهدت إحداهما بسبب الملك كالشراء مثلا فقيل: تقدم على المطلقة قال فى الجواهر: و قد مر فى خبر أبى بصير ما يؤيده فى الجملة.

و فيه كما فى الجواهر أيضا انه كما يحتمل أن يكون حكم الامام عليه السّلام فيه من جهه تقديم البينه المقيده على المطلقة، كذلك يحتمل أن تكون بينه المدعى متقدمه تاريخا فمن هذه الجهه حكم الامام بكونها للذى ادعى الدار و اقام البينه عليها. و لعله من هنا قال: يؤيده فى الجملة.

هذا كله فيما إذا لم تكن العين فى يد أحد المتداعيين.

و اما إذا كانت فى يد أحدهما، فإن كانت بينه الداخلى أسبق تاريخا-قال فى المسالك فهو المقدم لا محاله، و عن الخلاف نفى الخلاف فيه، و ذلك لإجماع مرجحين فيه و هما اليد و زياده التاريخ.

لكن فى القواعد: و لو شهدت لذى اليد بالقدم تعارض رجحان التقدم ان قلنا به و كون الآخر خارجا، قال فى كشف اللثام: فيحتمل التساوى لاشتغال كل على مرجح، و تقديم الخارج لعموم دليله و هو الأقوى، و العكس كما فى المبسوط و الخلاف و نفى فيه الخلاف، لاجتماع مرجحين فيه و لعموم دليله.

و يضعف بان دليله ان تم نزلت بينه الخارج منزله العدم و لا عبره بينه الداخلى إذا لم يكن للخارج بينه، و بأنه على القول بترجيح بينه الخارج لا عبره بينه الداخلى أصلا، لأنها ليست من شأنه، و إذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمه و غيرها معنى.

و فى الجواهر: الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بينه مسموعه و حينئذ يتوجه ترجيحها بالأمرين، و تنزيل بينه الخارج منزله العدم انما هو لمعارضه بينه الداخلى، فلا وجه للقول بأنه لا عبره بينه الداخلى إذا لم يكن للخارج بينه.

أقول: انه فى صورته وجود البينه للخارج دون الداخلى فلا ريب فى انه يحكم له كما هو واضح، و ان لم يكن له بينه حلف ذو اليد، و ان كان لكليهما بينه -و المفروض حجيه بينه ذى اليد أخذا بعموم دليل حجيه البينه- فلا وجه للقول بالتساقط، بل تقدم بينه ذى اليد لوجود المرجحين المذكورين، فما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر، لكن المختار عندنا أن بينه الداخلى غير مسموعه مطلقا كما تقدم و يأتى.

و ان كانت بينه الخارج أسبق تاريخا فى الجواهر عن الخلاف الجزم بتقديم بينه الداخلى كذلك مدعى عليه الإجماع و الاخبار، و لعله لأن البينه بقدم الملك لم تسقط بها اليد، كرجل ادعى دارا فى يد رجل و أقام بينه بأنها كانت له أمس لم تزل بها فكذلك هنا، لكن فى كشف اللثام: يقوى تقديم الخارج كما فى المبسوط، لان بينته فى الزمان المختص بها غير معارضه.

و فى المسالك ذكر ثلاثه أوجه أحدها: ترجيح اليد، لان البينتين متساويتان فى إثبات الملك فى الحال فتساقطان فيه و يبقى من احد الطرفين اليد و من الآخر إثبات

الملك السابق، و اليد أقوى من الشهاده على الملك السابق و لهذا لا يزال بها.

و الثانى: ترجيح سبق، لان مع إحداهما ترجيحا من جهة البيئه و مع الأخرى ترجيحا من جهة اليد، و البيئه تتقدم على اليد، فكذاك الترجيح من جهتها مقدم على الترجيح من جهة اليد.

و الثالث: انهما متساويان لتعارض البيئتين.

أقول: ان كان للداخل بينه و هى مسموعه فعلى هذا المبني تتقدم بيئته فى هذه الصورة كالصوره السابقه، و أما على المختار من أنه لا بينه للداخل لتخصيص قوله صلى الله عليه و آله: «البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر» لعموم أدله الشهاده فلا ريب فى تقدم بينه الخارج، لان بينه ذى اليد غير مسموعه و يده لا تصلح لمعارضه بينه الخارج.

هذا و فى المسالك: اعلم ان إطلاق عباره المصنف يقتضى عدم اشتراط اضافه البيئه بالملك القديم و التعرض لذلك فى الحال، و هو أحد الوجهين فى المسأله، لأن الملك إذا ثبت سابقا فالأصل فيه الدوام و الاستمرار، فلا- يفتقر الى التصريح باستمراره.

و الثانى و هو المشهور: ان الشهاده بالملك التقديم لا تسمع حتى يقول: و هو فى ملكه فى الحال. و لا أعلم له مزيلا. حتى لو قال: لا ادري زال أم لا. لم يقبل، لان ثبوت الملك سابقا ان اقتضى بقاء قيد المدعى عليه و تصرفه يدل على الانتقال اليه، فلا يحصل ظن الملك فى الحال، و لان دعوى الملك السابق لا تسمع، فكذاك البيئه عليه. و عللوا عدم قبول الشهاده مع قوله لا ادري زال أم لا مع أن مؤداهما قريب من قوله لا علم له مزيلا: بأن الأولى تقتضى ترددا و ريبه، فهى بعيدة عن أداء الشهاده.

و فيه نظر: لان الجزم الواقع فى الشهاده بالصيغتين الأوليين انما استند الى استصحاب الملك و ظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافى، و الا فالتعبير بالاستمرار لا يتفق،

لأن الأسباب الموجبه لانتقال الملك عن المشهود له لا يمكن القطع بعدمها و ان صحبه الشاهد ليلا و نهارا، فان منها ما يمكن وقوعه سرا بنفسه مع نفسه، و الاستناد الى الاستصحاب و ظن الاستمرار يتأدى بقوله: لا ادري زال أم لا كما يتأدى بقوله:

و هو ملكه فى الحال، لأنه إذا لم يدر هل زال أم لا جاز له استصحاب البقاء و الحكم به فى الحال، و كون الصيغه بعيده عن أداء الشهاده فى حيز المنع.

و من ثم ذهب بعضهم الى عدم اشتراط الضميمه، مع أن الشهاده بالملك السابق لا ينافى العلم بتجدد انتقاله عنه، فمع إضافته ما ينافى العلم بالانتقال أولى.

و الحق: ان إطلاق الشهاده بالملك القديم لا يسمع لعدم التنافى بين كونه ملكا له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم و ان كان الشاهد يعلم بذلك، بل لا بد من اضافته ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال و ذلك يتحقق بهذه الصيغ و ان كان الاقتصار على ما لا يشتمل على التردد أولى.»

### حكم الاستناد الى الاستصحاب فى الحكم و الشهاده:

أقول: هنا فروع متعدده، فمنها انه: هل للحاكم أن يحكم بالاستناد الى الاستصحاب، كما إذا علم بكون العين لزيد سابقا ثم لما ادعاها عمر يشك فيستصحب بقائها على ملك زيد؟ ان قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصحابه، لأن استصحابه يقوم مقام علمه.

و منها: انه هل للشاهد أن يشهد مستندا الى الاستصحاب؟ و إذا جاز ذلك فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لا مدرك لشهادته الا الاستصحاب، أو مع تصريح الشاهد باستناده الى الاستصحاب، أو تصريحه بالجهل بالأمر فى الحال؟ و هل يعتبر ذلك شهادة؟ و منها: انه لو قال أشهد بكونها ملكا لزيد أمس. ثم سكت بالنسبه إلى الحال فهل للحاكم ان يحكم بكونها لزيد فى الحال أخذا بالاستصحاب؟ قال فى الجواهر: لا مدرك للمسأله بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهاده عرفا

فلا- حكم للمشكوك فيها فضلا عن غيرها، و لا- ريب فى عدم صدق الشهاده بالملك فى الحال بمجرد الشهاده على قدم الملك، بل قد يشك فى صدقها مع التصريح بالاستصحاب بل و مع قوله: لا اعلم له مزيلا فضلا عن قول: لا ادري زال أم لا.

و جواز الشهاده بالاستصحاب لا يقتضى تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه، و انما المعلوم كونها شهاده عرفا، قوله هو ملكه فى الحال، و لعله لذا اقتصر عليه بعضهم كما عن آخر التصريح بإرادته تحقق الملك الحال من قوله لا اعلم له مزيلا نحو القول ان هذا الأمر قطعى لا اعلم فيه مخالفا. ففى الحقيقه هو شهاده على عدوان اليد المارضة.

قلت: قد يقال: صحيح ان الحاكم لا يحكم فى هذه الحاله بالملك الفعليه للمشهود له استنادا الى هذه الشهاده، الا انه لما شهد الشاهد بالملك السابقه فقد ثبت ملك أمس عند الحاكم بالشهاده فإذا شك الحاكم نفسه فى زوال تلك الملكيه بادعاء عمرو استصحب بقائها حتى الحال فيحكم بكون العين لزيد المشهود له، لكن هذا فى صورته عدم كونها فى يد عمرو، لان يده حينئذ مقدمه على الاستصحاب المذكور و لذا قيل ان للحاكم الحكم استنادا الى الاستصحاب فى صورته عدم وجود يد معارضه له.

قلت: لكن نفس الأدلاء بالشهاده له بالملك له ظهور عرفى فى الشهاده على الملكيه الفعليه و ان لم يضم إليه ضميمة، و الا فما الداعى للشاهد على الشهاده على الملكيه السابقه مع أن النزاع حول الملكيه فى الحال؟ فإذا كان الملاك الصدق العرفى فالظاهر تحققه، و لعل هذا وجه إطلاق المحقق قدس سره.

و هنا فرع آخر تعرض له المصنف فى المسأله الخامسه.

قال فى الجواهر: و ما عساه يظهر من بعض الناس من الإجماع على كون الشهاده المزبوره كالشهاده على الملك فى الحال فى الانتزاع بها، بل مرجع الأخيره إلى الأولى عند التحليل، ضروره عدم الإحاطه بأسباب الانتقال التى منها ما يقع بين المالك و بين نفسه من دون اطلاع احد، و حينئذ فما دل على الأخذ

بشهادة العدلين من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: البينه على المدعى شامل للصورتين، بل محل البحث منهما هي الغالبه، لندره البينه المطلعه على العدم-لم أتحققه.

فإن تم كان هو الحجه و الا فالمسأله محل نظر، و الظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال فى يد مسلم.

نعم ربما يقال بتماميته حيث لا تكون يد، كما فى خبر حمران (١)لمشتمل على دعوى ملكيه جاريه بنت سبع سنين فلاحظ.  
هذا كله فى الشهاده بالملك.

### **الشهادة بالإقرار**

و أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ففى القواعد: «ثبت الإقرار و استصحب موجه و ان لم يتعرض الشاهد للملك الحالى». و فى كشف اللثام: «كما إذا سمعنا نحن منه الإقرار حكمنا بالملك للمقر له الى ظهور المزيل، و الفرق بين ثبوت الملك بالإقرار و ثبوته بالبينه ظاهر».

ص: ١٧٠

و فيه نظر- كما فى الجواهر- فلو أخذت العين من زيد بإقراره أمس ثم وجدت بيده اليوم أشكل رفع يده هذه بذاك الإقرار، لأن اليد الفعلية تعارض إقرار الأمس و ان سقطت يده أمس بالإقرار اللاحق لها لكشفه عن كونها يد عدوان مثلاً.

كما ان اليد الفعلية هذه لا تسقط بالبينه السابقه عليها التى رفعت يده بها عن العين.

### **تقدم الشهاده بالملك على الشهاده باليد**

قال المحقق قدس سره: «و كذا الشهاده بالملك أولى من الشهاده باليد لأنها محتمله» .

أقول: أى ان الشهاده باليد محتمله للملك و غيره، فتكون الشهاده بالملك نصاً فى الملك و الشهاده باليد ظاهره فى الملك، و النص متقدم على الظاهر عقلاً- و نقلاً- لا- يقال: لا يوجد عندنا نص فى خصوص تقدم النص على الظاهر، إذ ليس من المراد ذلك، بل المراد أن قوله صلى الله عليه و آله «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» و «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» صريحان فى أن البينه حجه على الملكيه سواء وجدت يد أولاً.

### **تقدم الشهاده بسبب الملك على الشهاده بالتصرف**

قال المحقق: «و كذا الشهاده بسبب الملك أولى من الشهاده بالتصرف» أقول: أى لأن التصرف كما يكون عن ملك كذلك يكون عن وكاله و نحوها و حينئذ تكون الشهاده بسبب الملك كالشراء مثلاً متقدمه على الشهاده بالتصرف من باب تقدم النص على الظاهر، فان ذلك قاعده جاريه فى كلام الشخص الواحد و الشخصين اللذين هما بحكم الواحد.

هذا فيما إذا شهدتا بالنسبه إلى زمان واحد. و اما لو قامت الشهاده على اليد الفعلية و الشهاده على الملك السابق فسيأتى الكلام فيه.

هذا و فى المسالك: «و لا فرق على هذا التقدير بين تقديم تاريخ شهاده اليد



-بأن شهدت أن يده على العين منذ سنه، و شهدت بينه الملك بتأريخ متأخر، أو بأنه يملكه في الحال-و تأخيره، لاشتراك الجميع في المقتضى و هو احتمال اليد بخلاف الملك. و في هذه المسأله قول بتقديم اليد على الملك القديم، و سيأتى الكلام فيه» .

قال فى الجواهر، و هو كما ترى، ضروره أجنبيه ذلك عما نحن فيه و هو ما عرفت من اراده بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلقهما بمورد واحد.

ص: ١٧٢

(إذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه: هو لفلان)

قال المحقق قدس سره: «إذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه: هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه حاضراً كان المقر له أو غائباً» .

أقول: إذا كان شيء بيد شخص فادعى احد كونه له، فتاره يقول المدعى عليه:

هو لى، و تاره يقربه لمعين فيقول: هو لفلان، و ثالثه يقربه لمجهول فيقول: ليس لى و لكن لا أسمى مالكة أو لا أعرفه.

و لو أقرّ به لمعين فتاره هو ممّن يمكن المخاصمه معه و تاره لا يمكن المخاصمه معه كأن يكون طفلاً، و تاره يكون حاضراً و تاره يكون غائباً.

فإن أقر بالشىء لمالك معين بأن قال هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه و توجهت الى المالك سواء كان حاضراً أو غائباً، و ليس له أن يحلف ذا اليد إذ لا يحلف أحد على مال لغيره.

و هل أن قوله: هو لفلان يدخل الشىء فى ملك فلان المقر له أو يخرج عن ملك ذى اليد فقط؟ وجهان، فعلى الثانى يكفى للمدعى إثبات كون المال له، و على الأول يحكم الحاكم بكونه المقر له، و على المدعى المرافعه معه فيكون المقر له هو المدعى عليه، و هل للمدعى إحلاف ذى اليد أنه لا يعلم أنها له أو لا؟ فيه قولان كما سيأتى.

و لكن إذا كانت فى يد الشخص المقر بعد فما المانع من أن يقيم المدعى

البينه لدى الحاكم على كونها له لا- للمقر له، فأخذها الحاكم و يدفعها إليه؟ لأنه ان كان المقر له حاضرا أو يمكن حضوره فالبينه مؤثره كما هو واضح، و ان كان غائبا حكم للمدعى ثم الغائب على حجته. نعم لا يمكن إقامه البينه بأن يكون ذو اليد المدعى عليه، لانه لا يمكن له اليمين فى مال المقر له، الا إذا كان مورد الدعوى وجوب تسليم العين بأن يقيم البينه على الملكيه المستتبعه لوجوب تسليمها فيحلف ذو اليد على عدم وجوبه.

و أما إذا سلم المدعى عليه العين الى المقر له فأما هى باقيه بيد المقر له و اما هى تالفه، و هل للمدعى أن يدعى عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفي العلم فان لم يحلف غرم؟ قال المحقق: نعم، و هذه عبارته: «و ان قال المدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين، لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل أورد» و عليه العلامه فى القواعد، و قد نسب الى الشيخ فى أحد قولييه، و فى المسالك:

يجوز ان كانت تالفه، أى فان كانت العين باقيه أمر باستردادها. و أما إذا لم يمتنع و حلف على نفي العلم فلا شىء عليه.

قال المحقق: «و قال الشيخ: لا يحلف و لا يغرم لو نكل. و الأقرب أنه يغرم، لانه حال بين المالك و بين ماله بإقراره لغيره» .

و وجه قول الشيخ هو ان الامتناع لا يستلزم العلم بكونها للمدعى، بل لا يضمن حتى مع الإقرار بذلك، لانه لا يصدق عليه عنوان التلف حينئذ فلا وجه للضمان.

قلت: و التحقيق هو أن الحكم بالغرم بالامتناع عن اليمين على نفي العلم متوقف على توفر ثلاث مقدمات إحداها: ان يكون الإقرار لغيره بمنزله الإلتلاف للمال. و الثانيه: أن يكون الامتناع عن هذه اليمين بمنزله الإقرار للمدعى. و الثالثه ان يكون العلم بكون العين للمدعى جزءا لموضوع الضمان أو تمام الموضوع، و اما إذا لم يكن للعلم دخل فى الضمان كما هو الصحيح لان اليد كافييه فى ثبوت الضمان فلا أثر لليمين على نفي العلم.

هذا و فى المسالك: «إذا ادعى شيئاً على انسان فقال المدعى عليه: انه ليس لى فاما أن يقتصر عليه أو يضيفه الى مجهول أو الى معلوم. فان اقتصر عليه أو اضافه الى مجهول بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا أسميه ففى انصراف الخصومه عنه و انتزاع المال من يده وجهان أصحهما و هو الذى لم يذكره المصنف انها لا تنصرف و لا ينتزع المال من يده، لان الظاهر ان ما فى يده ملكه و ما صدر عنه ليس بمزيل، و لم يظهر لغيره استحقاقا، و على هذا فإن أقر بعد ذلك لمعين قبل و انصرفت الخصومه الى ذلك المعين و الا فيقيم المدعى بينه عليه أو يحلفه» .

قلت: و لا يخفى ما فيه، لان قوله: «ليس لى» يزيل ملكيته يقينا لأنه إقرار، و هذا الإقرار يسقط يده عن كونها اماره للملكيه، نعم لا ملازمه بين إزاله الملكيه للمال و ازاله الملكيه لليد، فتكون يده مثل يد الوكيل و الأمين و المستعير و المستأجر، لأن إقراره يزيل الملكيه للعين و لا يفيد كون يده عدوانيه، بل تبقى على حجيتها، و على ما ذكرنا تنصرف الدعوى عنه، إذ لو أراد الحلف حينئذ كان فى ملك غيره، و اما بناء على ما ذكره من عدم صدور ما يزيل الملكيه منه فيجوز المرافعه معه، و على ما ذكرنا من عدم الملازمه المذكوره يترتب الأثر على إقراره فيما لو أقر بعد ذلك لشخص معين.

قال: «و الوجه الثانى انها تنصرف عنه بذلك و لأنها تبرء من المدعى عليه، و ينتزع الحاكم المال من يده، فإن اقام المدعى بينه على الاستحقاق فذاك و إلا حفظه الى أن يظهر مالكه» .

قلت: و هذا صحيح فى صورته تاميه الملازمه المذكوره مع احتمال كون يده عليها مشروعاً فيأخذها الحاكم بعنوان النهى عن المنكر.

فظهر أن الصحيح هو إبقاء العين فى يد المدعى عليه، فان قلنا بأن اقامه بينه لا تتوقف على تمكن المدعى عليه من اليمين فتسمع و يعطاها و الا أبقيت فى يده.

و ان قال: «هى لقطه» فله أن يدفعها الى الحاكم لانه مال مجهول مالكه فيرجع اليه

وله أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحكام اللقطة.

ثم ذكر في المسالك: انه «ان أضافه الى معلوم فالمضاف اليه ضربان أحدهما ان يمتنع مخاصمته و تحليفه. و الثاني من لا يمتنع مخاصمته و لا تحليفه كما إذا اضافه الى شخص معين، فهو اما حاضر و اما غائب، فإن كان حاضرا روجع فان صدق المدعى انصرفت الخصومه اليه و ان كذبه ففيه أوجه. و ان أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومه أيضا.» و سيأتي التعرض لكل ذلك. ثم قال:

«و حيث ينصرف الخصومه عنه و طلب المدعى إحلافه انه لا يعلم ان العين له ففي إجابته قولان مبنيان على أنه لو أقر له بعد ما أقر لغيره هل يغرم القيمه؟ فيه قولان مذكوران في محله. فان قلنا: نعم و هو الأظهر فله إحلافه، فلعله يقر فيغرمه القيمه.

و ان قلنا: لا- و هو أحد قولى الشيخ، فان قلنا: النكول و رد اليمين كالإقرار لم يحلفه، لانه و ان أقر و نكل و حلف المدعى لا يستفيد شيئا، و ان قلنا كالبينه فله التحليف، لانه قد ينكل فيحلف المدعى، فإذا حلف و كانت العين تالفه أخذ القيمه» .

و أشكل عليه فى الجواهر بقوله: «و فيه بعد الإغماض عما فى تقييده بتلف العين- أن غايه ذلك كون اليمين المردوده كالبينه على إقراره مع علمه بكونه للمدعى، و الفرض عدم اقتضاء ذلك الغرم لو أقر به هو، و ليس هو بينه على كون المال له، ضروره كون الدعوى علمه بالحال فيه تكون كالبينه على ذلك، و لا تزيد على الإقرار المفروض عدم الغرم به كما هو واضح. و لذا حكى عن الشيخ إطلاق عدم توجه اليمين على التقدير المزبور، فتأمل» وجه التأمل هو احتمال كون إطلاق الشيخ من جهته انه لا يرى كون النكول و رد اليمين كإقرار بل كالبينه. و كيف كان فعلى القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول و رد اليمين بمنزله الإقرار و القول بكونهما بمنزله البينه.

**حكم ما لو أنكر المقر له الملكيه للشيء:**

قال المحقق قدس سره: «و لو أنكر المقر له حفظها الحاكم، لأنها خرجت

عن ملك المقر و لم تدخل فى ملك المقر له، و لو أقام المدعى بينه قضى له» .

أقول: و حاصل ذلك سقوط يد المدعى عليه المقر مطلقا، أى فلا تكون أماره على الملك و لا تكون كإيد الأمانيه مثلا، فكأنها يد عدوانيه فينتزعها الحاكم منه و يحفظها. و هذا احد الوجوه الثلاثه التى ذكرها الشهيد الثانى فى المسالك فى هذه المسأله.

و الثانى: و هو المنقول عن التحرير: انها تترك فى يد المدعى عليه المقر، إذ لا- منازع له الى قيام حجه، لانه أقر للثالث و بطل إقراره فكأنه لم يقر. قال فى الجواهر: و فيه ان بطلانه بالنسبه إلى تملك المقر له لا بالنسبه إلى نفيها عنه كما هو واضح.

و الثالث: و هو المنقول عن القواعد: انها تسلم الى المدعى، لخروجها عن ملك المقر له بإنكاره و لا منازع فيها للمدعى، قلت: و هذا هو الأقرب، و اما قول صاحب الجواهر: «و هو بعيد لكونها فى يد» ففيه: انه أى يد يريد، اما يد المقر فقد زالت بإقراره، و اما يد المقر له فمنتفيه بإنكاره، و اما يد الحاكم فهى لأجل حفظها حتى يظهر صاحبها و قد ظهر، فيدفعها الى المدعى و لا حاجه الى البيه و لا اليمين كما فى القواعد.

و ان رجع المقر له عن إنكاره و صدق المقر فى كون الشىء له فعن التذكرة أن له الأخذ عملا بإقرار المقر السالم عن إنكاره، لزوال حكمه بالتصديق الطارى فتعارضوا و بقى الإقرار سالما عن المعارض، لكن فى الجواهر منع زوال حكم الإنكار بالتصديق، فلا أثر للتصديق الطارى، و حينئذ يحكم بأحد الوجوه الثلاثه المذكوره و قد عرفت المختار منها، قال: و من هنا لو رجع ذو اليد فقال: غلظت بل هو لى لم يقبل منه.

### **لو كان المقر له غائبا**

هذا كله فيما إذا كان المقر له حاضرا. قال فى الجواهر ثم الحكم فى المقر له

الغائب كالحكم فى الحاضر بالنسبه إلى تصديقه و تكذيبه، و للمدعى إقامه البينه و أخذه قبل معرفه حاله، و لكن هو من الحكم على الغائب، فينبغى مراعاة شروطه السابقه، كما له أيضا إحصافه على عدم العلم، نحو ما سمعته فى الحاضر، أى بناء على ان للمدعى حق التحليف عليه كما عليه المشهور و أحد قولى الشيخ.

فان نكل عن اليمين على نفى العلم، فان لم يقر و لم يرد اليمين أحلف المدعى، فان حلف فهل ينتزع العين و يغرم؟ قال فى القواعد: الأقرب الثانى.

فيكون نظير ما إذا أقر بكون العين لزيد و دفعت اليه ثم أقر بكونها لعمر و فيغرم له بدل الحيلولة، و لا- يبعد أن يكون الحكم كذلك أن أثبت المدعى الحق بالبينه، و لو استرجع العين من الغائب و دفعها الى المدعى و جب عليه اى على المدعى رد المال الذى أخذه بدل الحيلولة.

و حيث يدعى كونها لغائب فإن ادعى استيجاره العين منه مثلا فالحكم قبول قوله، نظير قول ذى اليد، فإن أثبت المدعى كون المال ملكه فقد ظهر بطلان الإجاره، و ان لم يتمكن من ذلك احلف المدعى عليه على الإجاره و أبقيت العين بيده.

و لو أقام البينه على الإجاره فبناء على سماعها منه هل تقدم بينته على بينه المدعى باعتضادها باليد أولا؟ فى القواعد: اشكال. قلت: لا إشكال فى أن بينه المدعى من بينه الخارج، فيحتمل أن تكون بينه الآخر من بينه الخارج أيضا لكونه مقرا بعدم كونها له فيتساقطان، و يحتمل أن يكون نفسه ذائد لكونها بيده الآن فتكون من بينه الداخل، فعلى القول بتقدم بينه الخارج فالأمر واضح، و على القول بتقدم بينه ذى اليد لحجيتها و تأيدها باليد قدمت، و هذا وجه توقف العلامه، لكن فى الجواهر الأقرب انهما معا خارجان، قلت: لكن جعل بينه من له الانتفاع بما فى يده بينه الخارج بعيد جدا.

و ان لم يكن مدعىا للإجاره مثلا- فهل له إقامه البينه كذلك أو لا لكونه أجنبيا؟ قال العلامه: يمكن أن يكون طرفا للخصوصه بدعوى المدعى عليه العلم بكونها له،

فيحلفه على نفي العلم، فله ان يقيم البيئه حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين و ان كانت البيئه تشهد بكون ملك العين للمقر له. و اختار فى الجواهر عدم الجواز، فإنه إذا ثبت بالبيئه كون العين للمقر له فلا مجال لليمين على نفي العلم، و أيضا لما كان ملك المقر له ثابتا بالبيئه فلا أثر للإقرار فى إثباته حتى يدعى عليه المدعى الإلتلاف بالإقرار.

قلت: لكن الصحيح ما ذهب إليه العلامة، -لأنه بناء على حجيه بينه الداخلة- ان لم يكن عنده بينه كان عليه اليمين على نفي العلم، و ان كان له بينه جاز له إقامتها على إثبات ملك المقر له لتؤثر فى سقوط اليمين عنه، اللهم الا- ان لا- يكون هذا الأثر مجوزا له لإقامه البيئه على ملك المقر له، إذ لا معنى لان يقيم أحد بينه على ملك غيره.

نعم يبقى الإشكال فى انه لا ملازمه بين ثبوت ملك الأخر و عدم علم المقر، بل يجوز للمدعى دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البيئه و إعطاء العين للمقر له فيحلفه على نفي العلم و يكون أثره انه إذا امتنع عن اليمين غرم.

### لو كان المقر له ممن يمتنع مخاصمته

و لو أقر المدعى عليه بكون العين لمن يمتنع مخاصمته و تحليفه، كما إذا قال هى وقف على مسجد كذا، أو هى ملك لطفل صغير، فهل يكون طرف الخصومه ولى الصغير أو متولى الموقوفه؟ ان كان للمدعى بينه أقامها و حكم له و الا فلا يحلف الولي و المتولى إذ لا أثر ليمينهما، اذن لا يغنى فى هذا الفرع إلا البيئه.

و أما اليمين على نفي العلم فالحكم كما تقدم، فان حلف فهو و إلا غرم، و كيف كان فإن الخصومه تندفع عن المدعى عليه، و فى المسالك: و إذا قضى له الحاكم بالبيئه و كان الإقرار لطفل كتب الحاكم صورته الحال فى السجل ليكون الطفل على حجته إذا بلغ، لكن فى الجواهر: «قلت قد يقال: بعدم الحجبه له لوجود وليه القائم مقامه الذى هو أولى من الوكيل فتأمل» قلت: وجه التأمل: ان الوكيل عمله عمل الموكل، أى ان الموكل يقيمه مقامه و ينزل عمله منزله عمل نفسه، فإذا



قضى على وكيله قبل، و ليس عمل الولي عمل الصغير، بل قيام الولي بالأمر المتعلقة بالصغير حكم الهى. كما جعل الولايه للحاكم بالنسبه إلى الغائب حيث يحكم عليه بعد تماميه مقدماته و يكون الغائب على حجته إذا حضر، فالصغير مثله فهو على حجته إذا بلغ.

هنا كله إذا أقر بالعين لمعين بمختلف صورته.

### لو كان المقر له مجهولا

قال المحقق: «اما لو أقر المدعى عليه بها لمجهول لم تندفع الخصومه و الزم البيان» .

أقول: لو أقر بها لمجهول أخذ الحاكم العين من المقر من باب الولايه، فإن كان للمدعى بينه أعطائها إياه و الا بقيت فى يد الحاكم، و هل يلزم البيان؟ قال به المحقق، و فى الجواهر: «لا لأنه ينافى الإقرار الأول، قلت: إلا إذا عين المقر له فى المره الثانيه مدعى النسيان فى المره الاولى».

و لو قال المدعى للعين: هى وقف على و أقربها من هى فى يده لآخر و صدقه الآخر فقد عرفت انصراف الخصومه عن هى فى يده الى المقر له، لكن هل للمدعى إحلاف من كانت بيده على نفى العلم؟ فى المسالك و جهان. «من حيث ان المدعى قد اعترف بالوقف و الوقف لا يتعارض عنه، و من انه مضمون بالقيمه عند الإتلاف، و الحيلولة فى الحال كالإتلاف، و هذا أقوى» .

## (المسأله الرابعه)

(لو وقع الاختلاف فى العقد الواقع)

قال المحقق قدس سره: «إذا ادعى أنه أجره الدابه و ادعى آخر أنه أودعه إياها تحقق التعارض مع قيام البينتين بالدعويين و عمل بالقرعه مع تساوى البينتين فى عدم الترجيح» .

أقول: انه و ان كان النزاع بين الرجلين حول العقد فى الظاهر فيدعى هذا بأنه قد أجره الدابه و يدعى ذاك بأنه أودعه مثلاً إياها، لكن النزاع فى الحقيقه هو فى الملك، للثمره الواضح ترتبها من هذه الناحيه على دعوى كل واحد منهما، و بالنظر الى ذلك ذكر المحقق قدس سره هذه المسأله فى مسائل الاختلاف فى الاملاك (١).

و ما ذكره المحقق قدس سره هو أحد الصور الأربع المتصوره فى هذه المسأله.

و الصوره الثانيه: أن تكون العين بيد شخص و هو يقر بأنها ليست ملكا له، غير أنه ينازع المالك فيقول قد أجرنى إياها و يقول المالك: قد أودعته إياها.

أو يدعى المالك الإجاره و ذو اليد العاريه. فإن كانت مستأجره ملك الشخص منفعتها

فى المده المعينه دون ما إذا كانت وديعه، لكن يترتب على كونها مستأجره لزوم دفع بدل الإيجار إلى المالك. و هذه الصوره من الاختلاف فى العقود و ان كان لهذا النزاع ثمره مالىة.

و الصوره الثالثه: ان يتنازع اثنان حول عين يقران بكونها لثالث فيقول أحدهما: قد أجرنى إياها و يقول الآخر: قد استودعنى إياها.

و الصوره الرابعه: أن يتنازعا فيقول أحدهما: أنها لزيد و قد أجرنى إياها و يقول الآخر: انها لعمرو قد استودعنى إياها.

فالحكم فى الصوره الأولى التى ذكرها المحقق قدس سره هو ما ذكره من أنه ان كان لأحدهما بينه حكم له، و ان أقامها معا فان ترجحت إحداها على الأخرى بسبب من أسباب الترجيح-على ما تقدم من الكلام عليها-حكم لها و الا فالقرعه، فمن خرج اسمه حلف و أخذ، و ان نكل حلف الآخر، فان نكلا فالحكم هو التنصيف للعين ان كانت قابله له، و الا فهما شريكان فيها على النصف.

و فى الصوره الثانيه يتحقق الداعى بين المالك و المتصرف، فان كان لأحدهما بينه حكم له، و ان كانت لكليهما، فان ترجحت إحداها على الأخرى فهو و الا تعارضتا و تساقطتا، و حينئذ تقسم منفعة العين بينهما نصفين و يقسم مال الإجاره بينهما كذلك.

و ربما يجعل المالك فى هذه الصوره ذا اليد و بينه المتصرف خارجا فيبتنى الأمر على حجه بينه الداخل، فعلى القول بها تقدم بينه ذى اليد-المالك-و على القول الآخر تقدم بينه المتصرف، فلا تكون الصوره من قبيل الداعى حتى ينتهى الأمر إلى القرعه، و قد يحتمل كون المتصرف ذا يد لكونها بيده الآن و يبتنى الأمر على تقديم بينه الداخل و الخارج كذلك.

و هكذا يكون طريق فصل الخصومه فى الصورتين الباقيتين لأنهما من مصاديق الداعى كذلك.

(حكم ما لو كان شىء فى يد انسان و ادعى احد كونه له سابقا و أقام بينه)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى دارا فى يد انسان و أقام بينه أنها كانت فى يده أمس أو منذ شهر، قيل: لا تسمع هذه البينه.

و كذا لو شهدت له بالملك أمس.

لأن ظاهر اليد الآن الملك فلا تدفع بالمحتمل.

و فيه اشكال، و لعل الأقرب القبول» .

أقول: لو ادعى دارا مثلا فى يد انسان و أقام المدعى بينه أنها كانت فى يده أمس أو منذ شهر، أو كانت فى ملكه أمس مثلا، فهل تسمع البينه؟ قولان، و قد استدلل للعدم بوجهين.

الأول: ان اليد اماره على الملكيه الفعلية لصاحبها، و بينه المدعى تشهد باليد و الملك السابقين، و لا ريب فى تقدم الاماره الفعلية على الاماره القائمه على الملكيه السابقه، و بعبارة أخرى: اليد الفعلية المشاهده بالعيان حيث نرى العين فى هذه اليد ظاهره فى الملكيه الفعلية لصاحبها، و مقتضى اليد السابقه هو احتمال الفعلية لصاحبها، و لا يدفع الظهور المذكور بالمحتمل.

و أوجب بأن اليد الفعلية و ان كانت دليل الملك الفعلى، لكن اليد السابقه

المستصحبه و الملك السابق المستصحب أولى، لمشاركه تلك اليد لهذه فى الدلاله على الملكيه الفعلية، و انفرادهما بالزمن السابق بلا معارض، فيكونان أرجح من هذه اليد، الا أن تقوم الحجج الشرعيه على انتقال العين اليه بطريق شرعى، نظير ما إذا أقر بكون الشيء الذى بيده ملكا لزيد أمس و ادعى كونه له اليوم، فإنه يجب عليه إقامة الحجج الشرعيه على انتقاله اليه من زيد، بطريق شرعى صحيح، و كذا لو أقر بكونه مدينا لزيد بكذا من المال ثم ادعى أداء الدين مثلا كان عليه إقامة الحجج على الأداء.

و فى المقام يكون حكم بينه المدعى حكم إقرار المدعى عليه، فيجب على ذى اليد المدعى عليه إثبات شرعيه يده على العين، و الا- تقدمت بينه المدعى بضميمه الاستصحاب على يده، فليس المورد من مقابله المحتمل للمقطوع حتى يقال بأنه لا يدفع المقطوع بالمحتمل.

و الثانى: انه ان كان مدعاه هو الملكيه أو اليد أمس فلا تسمع، و ان كان الملكيه أو اليد اليوم فإن شهادته بينته غير مطابقه لدعواه، لأنها تشهد باليد و الملك أمس، و البينه غير المطابقه للمدعى غير مسموعه.

و أجب بأن الحكم باستصحاب اليد و الملك السابقين الى اليوم يوجب المطابقه بين الدعوى و الشهادته، فإن هذه الشهادته بضميمه عدم العلم بالناقل الشرعى شهادته بالملكيه الفعلية و هى مسموعه.

و بالجملة: ان كانت الشهادته بملكيه أمس شهادته بملكيه اليوم فهو، و الا فإن الاستصحاب الموجود يفيد بقاء مدلول الشهادته، و حينئذ يقع البحث فى تقدم هذا الاستصحاب على اليد أو معارضته لها، لأنه أصل و هى أماره، و قد يخدم فى اليقين السابق فيختل الاستصحاب، فأن يقال- كما عن كشف اللثام- بأنه البينه ليست كاشفه عن الواقع كالإقرار، فليس مفادها هنا الملكيه الواقعيه حق تستصحب الى اليوم، لكنه كما ترى، لأن البينه حجه شرعيه إذا، أقيمت بشرائطها

الغى احتمال الخلاف و أفادت ما يفيد اليقين، فالحاله السابقه للاستصحاب متحققه، كما لا يلتفت الى احتمال عدم كون اليد السابقه يد ملك لو شهدت بينه بكون العين بيد المدعى أمس.

فظهر أن محط الكلام هو الخلاف فى تقدم الاستصحاب على اليد و عدمه، و المختار هو الأول، و بيان ذلك: أنه و ان كانت اليد مقدمه على الاستصحاب فى موارد كثيره و لكن لا- يوجد بأيدينا إطلاق يقتضى تقدمها عليه على كل حال، بل ان اليد الفعلية المسبوقه بالأخرى المستصحبه-أو المسبوقه بالملك المستصحب- يد ضعيفه عند العقلاء لا- تصلح لمقاومه هذا الاستصحاب فضلا عن التقدم عليه، و لذا يفرق العقلاء بين الدعوى على ذى اليد و بين الدعوى على يد مسبوقه بيد أخرى، ففى الصوره الثانيه يسقطون اليد عن الاعتبار و لا- أقل من انهم يطالبون صاحبها بإقامه الحجه على انتقال العين اليه بطريق شرعى صحيح.

و بتقريب آخر: ان اللازم الشرعى للمكيه السابقه التى أثبتها بينه بقاء تلك الملكيه حتى يعلم المزيل الشرعى له و الناقل الشرعى للعين، فإذا شهدت بينه بملكه أمس كان لازمها الملكيه الفعلية لو لا الانتقال، و قد عرفت ان الاستصحاب ينفى الناقل، فتكون بينه المدعى مسموعه و متقدمه على يد المتصرف.

هذا و فى المستند: «لو تعارضت اليد الحاليه مع الملكيه السابقه أو اليد السابقه ففى تقدم الحاليه أو السابقه قولان، كل منهما عن الشيخ فى كل من المبسوط و الخلاف، و تبعه على الأول جماعه و لعلمهم الأكثرون و منهم من المتأخرين الكفايه و المفاتيح و شرحه و بعض فضلائنا المعاصرين.

و على الثانى الشرائع و يظهر من الإرشاد الميل اليه. و يظهر من التحرير وجه ثالث و هو التساوى» ثم أورد أدله الأقوال ثم قال: «و التحقيق ان اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه، فلا يبقى لشيء منهما حكم، و لكن أصل اليد لا يعارضه شيء و هو باق بالمشاهده و العيان، و الأصل عدم التسلط على انتزاع العين

من يده و لا- على منعه من التصرفات التي كان له فيها حتى بيعها و إجارتها، إذ غاية الأمر عدم دليل لنا على ملكيته و لكن لا دليل على عدم ملكيته أيضا، و أصاله عدم الملكيه بالنسبه اليه و الي غيره سواء مع ثبوت أصل الملكيه، فلا يجرى فيه ذلك الأصل أيضا، مضافا الي إمكان حصول هذه التصرفات كلا أو بعضا بالتوكيل و الإجاره و الولاية و الاذن و غيرها، فيبقى أصاله عدم التسلط و أصاله جواز تصرفاته خاليه عن المعارض، و الي هذا يشير كلام من قال ان احتمال كون اليد الثانيه بالعاريه أو غيرها لا يلتفت اليه مع بقاء اليد على حالها، فان المقصود الأصلي من اعمال اليد هو إبقاء تسلطها على ما فيها و عدم جواز منعها من التصرفات كيف شاء بسبب احتمال الغصب أو العاريه أو غيرهما، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك، و ليس هذا معنى الحكم بأنه ملك انتهى كلامه رفع مقامه.

فان قيل: كما ان الملكيه أو اليد السابقه يقتضى استصحاب الملكيه كذلك يقتضى استصحاب تسلط المالك الأول و الحاكم على منع ذى اليد عن التصرفات أيضا و به يندفع أصاله عدم التسلط.

قلنا: ليس تسلط الأول كالملكيه التي إذا حدثت يحكم لها بالاستمرار حتى يثبت المزيل، بل هو مما يمكن تقييده بقيد، و المعلوم من التسلط الاولي هو تسلطه ما دام يحكم له بالملكيه و يعلم له الملكيه، فالمعلوم ثبوته أولا ليس الا ذلك المقيد، فبعد انتفاء الحكم بالملكيه و العلم بها ينتفى القيد و يتغير الموضوع.

ثم انه كما ان نفس اليد المشاهده الحالیه و مقتضياتها سوى الملكيه لا معارض لها فكذلك أيضا كون البيئه على غير ذى اليد و كون من يدعيه مطالبا بالبيئه و ذى اليد باليمين إذا لم يخرج خارج اليد عن صدق المدعى عرفا و لا- صاحبها عن المنكر كذلك، فيدل على كون وظيفه الأول البيئه و الثانى اليمين قولهم: البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر. و روايه فدك المتقدمه.

فيكون البيئه على الملك السابق و اليمين على ذى اليد و لا يمنع ذو اليد

من شيء من التصرفات، و ليس المطلوب من ترجيح اليد الحاليه غير ذلك أيضا.

مع انه يمكن جعل هذين الأمرين دليلا برأسه على الملكيه أيضا بالإجماع المركب يسقط به الاستصحاب بالمره لعدم صلاحيته لمعارضه الدليل مطلقا» .

و قد أورد السيد فى العروه محصل هذا الكلام و اعترض عليه بوجوه:

الأول: انه فى بيان المعارضه عبر بقوله: ان اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه.

مع ان المعارضه بين نفس اليد و الاستصحاب لكن من حيث حكمهما، لا بين حكم اليد و نفس الاستصحاب، فلا وجه للتعبير المذكور.

و الثانى: انه إذا سقط حكم اليد فتكون كالعدم و حال ذبيها و غيره سواء، فلو أراد المدعى ان يتصرف فيها لا يجوز لذى إليه منعه، لأن الأصل عدم تسلطه على ذلك.

قلت: فيكون الحاصل انه ليس لكل منهما منع الآخر من التصرف، فتكون العين كالمباحات التى من سبق إلى شيء منها كان له. نعم ليس لثالث أخذها، و لهما منعه من ذلك.

و الثالث: بعد عدم الحكم لليد و عدم كونها دليلا على الملكيه كيف يجوز للغير ان يشتري منه أو يستأجر أو يقبل منه و نحو ذلك من التصرفات الموقوفه على الملك؟ مع انه ليس و كيلا- و لا- و ليا و لا مأذونا من قبل المالك، لان المفروض انه يدعى الملكيه لا الوكاله أو الولايه أو نحوهما، فلا ينفع جواز هذه التصرفات من هذه الأشخاص فى جوازها له و لمن يشتري منه مثلا.

و الرابع ما ذكره من أن تسلط المالك السابق على منع الغير مقيد ببقاء اليد ممنوع، بل هو كالملكيه فى عدم التقيد باستمرار اليد.

و الخامس: لا نسلم صدق المنكر عليه بعد سقوط حكم يده.

قلت: ليس الشرط فى صدق «المدعى» عدم المعارض عند العرف، فالمدعى



عندهم من لو ترك ترك، و هذا صادق على صاحب البيئه هنا، و «المنكر» صادق على ذى اليد.

و قال العلامه فى القواعد فى هذه المسأله: «و لو شهد انه كان فى يد المدعى بالأمس قبل و جعل المدعى صاحب يد.

و قيل: لا يقبل لان ظاهر اليد الآن الملك فلا يدفع بالمحتمل» أى: ان اليد لها ظهور فى الملك الفعلى، لكن لأكل يد بل اليد غير المسبوقه بالعدوانيه مثلا، و ذلك لان حجه اليد- كما ذكرنا- مستنده الى بناء العقلاء مع إمضاء الشارع، و تشهد بذلك روايه حفص بن غياث (١)، و العقلاء لا يعاملون اليد التى هذه حالها معامله المالك الفعلى، بل يقدمون استصحاب الحاله السابقه و يحكمونها على هذه اليد الى أن يثبت الناقل الشرعى.

فهذه عباره القواعد فى المسأله. و قد قال سابقا: «و لو شهدت البيئه بأن الملك له بالأمس و لم تتعرض للحال لم تسمع، الا ان تقول: و هو ملكه فى الحال أو لا نعلم له مزيلا. و لو قال: اعتقد انه ملكه بالاستصحاب ففى قبوله إشكال، اما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار و استصحاب موجهه، و ان لم يتعرض الشاهد للملك الحالى. و لو قال المدعى عليه: كان ملكك بالأمس انتزع من يده فيستصحب بخلاف الشاهد فإنه عن تخمين، و كذا يسمع من الشاهد لو قال: هو ملكه بالأمس

اشتراه من المدعى عليه، أو أقر له المدعى عليه بالأمس، لأنه استند الى تحقيق» قلت: الفرق المذكور بين البيه و الإقرار لا ريب فيه، و لكن لا أثر له بالنسبه إلى الملكيه الفعلية، فإنه لا بد من اجراء الاستصحاب لإثباتها سواء كان اليقين السابق حاصلًا بالبيه التي هي عن تخمين أو بالإقرار الذى هو عن تحقيق، و إذا جرى الاستصحاب لتماميه أركانه تقدم على اليد من دون فرق بين البيه و الإقرار.

و كذا الأمر لو علم الحاكم بكونها للمدعى أمس، فاليقين السابق متحقق فله اجراء الاستصحاب و أخذ العين من المدعى عليه حتى يثبت الناقل الشرعى.

و لعل السر فى اختلاف كلمات الأصحاب فى هذا المقام هو اختلافهم فى الاستظهار العرفى، لما تقدم من ان مبنى حجيه اليد هو السيره العقلائيه و بناء أهل العرف، و الحق ان كاشفيه اليد فى هذه الحاله التي قام الاستصحاب فى مقابلها ضعيفه عرفا و الاستصحاب هو المحكم فدعوى المدعى مسموعه.

و فى المسالك بعد أن ذكر القولين و مختار المحقق منهما و دليله قال: «و قد تقدم البحث فيه، و الفرق بين هذه و السابقه الموجب لإعاده البحث أن المعارضه فى هذه بين اليد المتحققه و السابقه الثابته بالبيه و الملك السابق كذلك، و السابقه وقع فيها التعارض بين البيتين الداله إحداهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها فى غيره، و الأخرى على الملك السابق، فلا تعرض فيها للمعارضه بين اليد السابقه و الحاليه، و قد تأكد من إطلاقه الحكم هنا و فى السابقه تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه إلى الان أو عدم المزيل أن اضافه ذلك غير شرط، و الأصح اشتراط اضافه ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدد عنده علم الانتقال، لما بيناه من عدم المنافاه بين علمه بالملك و شهادته به مع انتقاله عن المالك الآن» .

قلت: ليس ما ذكره وجه الفرق بين المسألتين، فهناك يتعرض كلتا البينتين للملكيه الفعلية و يتعارضان فيتساقطان و يكون استصحاب الملكيه السابقه جاريا بلا معارض، و هنا اليد معارضه مع الاستصحاب. فحاصل الفرق عدم المعارض

للاستصحاب فى تلك المسأله، و تحقق التعارض بين اليد و الاستصحاب فى هذه.

و اما الإقرار فلو أقر ذو اليد بكون العين للمدعى أمس فإنه يطالب بإثبات شرعيه يده الفعلية عليها، و أما إذا أخذت العين منه بإقراره و دفعت الى المدعى ثم وجدت فى اليوم التالى مثلاً- بيده فلا يؤخذ بإقراره السابق، نعم لو شك فى صحه يده الآن استصحب عدم الناقل الشرعى.

قال المحقق قدس سره: «أما لو شهدت بينه المدعى ان صاحب اليد غضب أو استأجره حكم بها لأنها شهدت بالملك و سبب يد الثانى» .

أقول: لو شهد الشاهدان على ان ذا اليد قد غضب العين أمس من زيد فإنه مع الشك فى تبدل يده اليوم الى يد شرعيه يستصحب كونها عدوانيه فتسقط يده الفعلية عن الاعتبار، لان اليد التى لم يثبت شرعيتها ليست أماره للملكيه.

قال: «و لو قال: غضبني إياها و قال آخر بل أقر لى بها و أقام البينه قضى للمغضوب منه و لم يضمن المقر، لأن الحيلولة لم تحصل بإقراره بل بالبينه» التى أقامها الآخر و ان كانت بزعم هذا ظالمه، و الحكم فى هذه المسأله واضح، و لا خلاف فيه على ما فى الجواهر.





تاره يكون الاختلاف فى الأجره، و هو تاره فى أصل الأجره كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار بمأه دينار، فيقول المستأجر: بل بمأه درهم، و أخرى فى قدرها كأن يقول الموجر: آجرتك بمأه دينار فيقول المستأجر: بل بخمسين و على التقديرين: فاما أن يعد ما بينه أو يجدها أو يجدها أحدهما خاصه، فهذه ست صور، و على جميع التقادير فالاختلاف أما أن يكون بعد استيفاء المستأجر المده أو فى أثائها أو ابتدائها فتكون الصور حينئذ ثمان عشره صوره.

و اخرى يكون الاختلاف فى العين المستأجره، و هو تاره فى ذات العين كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار، فيقول المستأجر: بل تلك الدار، و اخرى يكون فى العين من حيث الزيادة و النقيصه، كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار الا هذا البيت منها، فيقول المستأجر: بل الدار كلها، و تنتهى الصور حينئذ إلى العدد المذكور فى الاختلاف فى الأجره.

و ثالثه يكون الاختلاف فى المده، و هو تاره فى زمانها زياده و نقيصه، كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار شهرا، فيقول المستأجر: بل أربعين يوما، و اخرى فى ابتدائها كأن يقول الموجر: آجرتك الدار من أول شهر شعبان فيقول المستأجر بل من أول شهر رمضان. و تنتهى الصور هنا أيضا الى العدد المذكور. إذا عرفت هذا فنقول:

إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهرا معيناً و اختلفا في مقدار الأجره و قد عدما بينه، فالمشهور على أن القول قول المستأجر بيمينه سواء كان الاختلاف بعد الاستيفاء أو في أثائه أو في ابتدائه، بل عن التذكرة، نسبة هذا القول إلى علمائنا.

و عن الشيخ في المبسوط القول بالتحالف، و قد تبعه عليه بعض المتأخرين كما في الجواهر و المسالك.

و وجه ما ذهب إليه المشهور هو: أن المستأجر منكر للزائد الذي يدعيه عليه الموجر مع اتفاقهما على ثبوت ما يدع المستأجر، و إذ تحقق عنوان المدعى على الموجر و المنكر على المستأجر دخلاً في عموم الخبر (١) فإن حلف المستأجر كان القول قوله و سقطت دعوى الموجر، و ان نكل حكم للموجر على قول:

و ردت اليمين على المؤجر فإن حلف أخذ و ان نكل كذلك سقطت الدعوى على قول آخر.

و وجه ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط هو: ان المورد ليس من مصاديق المدعى و المنكر، بل ان كلا منهما مدعى و مدعى عليه، لان ذاك يدعى وقوع العقد على الماء و ينكر وقوعه على الخمسين و هذا يدعى وقوعه على الخمسين، و ينكر وقوعه على الماء و العقد المتشخص بالماء غير العقد المتشخص بالخمسين، فقول كليهما موافق للأصل، فتجب اليمين على كليهما، فإذا تحالفا أو امتنعا عن اليمين انفسخ العقد، و رجع المؤجر بأجره المثل (٢) للمنفعه المستوفاه

كلا-ان كان الاختلاف بعد استيفاء المده-أو بعضا ان كان فى أثنائها، و الا كما إذا كان فى ابتدائها فلا شىء للموَجِر، و قيل بل يحكم بتنصيف الزيادة، و ان حلف أحدهما و امتنع الآخر ثبتت دعواه و سقطت دعوى الآخر.

و كيف كان فان مختار الشيخ فى المبسوط هو التحالف، و قد ضعفه فى المسالك «بان العقد لا نزاع بينهما فيه و لا فى استحقاق العين المؤجره للمستأجر و لا فى استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر، و انما النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر.

و لو كان ما ذكره من التوجيه موجبا للتحالف لورد فى كل نزاع على حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضتك عشرة فقال: لا بل خمسه، فان عقد القرض المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر، و كما لو قال أبرأتنى من عشره من جمله الدين الذى علىّ، فقال: بل من خمسه، فان الصيغه المشتمله على إسقاط أحدهما غير الأخرى، و هكذا القول فى غيره، و هذا مما لا يقول به أحد.

و الحق ان التحالف انما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر و يختلفان فى الزائد عنه، كما لو قال الموَجِر: آجرتك: الدار شهرا بدينار، فقال: بل بثوب، أو قال: آجرتك هذه الدار بعشره، فقال: بل تلك الدار، و نحو ذلك، اما فى المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح» .

قلت: و مثل الإبراء هو الأمداء، فلو اختلفا فى المقدار الذى أداه المدين إلى الدائن زياده و نقيصه كان النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر كذلك، فملاك الدخول تحت عموم الخبر المشار اليه هو ان يكون بين المتخاصمين اتفاق



على قدر ثم يختلفان فى الزائد عن ذلك المقدار، و اما إذا لم يكن اتفاق منهما على قدر فهناك التحالف.

لكن المتجه عند صاحب الجواهر هو النظر الى مصب الدعوى، فان كان النزاع فى تشخص العقد الذى هو سبب اشتغال الذمه فهناك التحالف إذا لا فرق فى مشخصات العقد بين زياده الثمن و نقصانه و بين غير هذين الأمرين من مشخصات و ان كان النزاع بينهما فى طلب الزائد من أحدهما و إنكاره من الآخر كان من قبيل المدعى و المنكر.

و بعبارة أخرى: تاره يكون الاختلاف فى كيفية وقوع العقد الموجب لاشتغال الذمه، و اخرى يكون فى المقدار الذى اشتغلت به الذمه، ففي الأول - كما لو قال الموجر قد وقع العقد على الماء، و قال المستأجر على الخمسين - التحالف، و فى الثانى كما لو قال المؤجر: أجرتك الدار بمأه فقال المستأجر بل بخمسين - يكون الموجر مدعيا و المستأجر منكرا.

ثم انه فرق بين النزاع فى مال الإجاره و بين النزاع فى القرض و الإبراء و نحوهما، ففي القرض مثلا: ان أقرض الماء فقد أقرض الخمسين التى فى ضمن الماء، لان قوله: أقرضتك الماء ينحل الى الدنانير بعددها، بخلاف الإجاره فلا انحلال لصيغتها بعدد الدنانير المفروضه بدلا للإجار، نعم ينحل بنحو آخر فىكون معنى أجرتك الدار بمأه: أجرتك نصف الدار بخمسين و ربعها بخمسه و عشرين ديناراً. و هكذا. كما ان التحالف يتصور فى القرض لو اختلفا فى كيفية وقوع صيغته، كما إذا قال أحدهما: وقع العقد على الماء و قال الآخر على الخمسين لكن نتيجة الاختلاف هو الاختلاف فى المقدار.

فان كان مورد النظر فى الدعوى العقد فالتداعى و التحالف و ان كان مورد النظر المقدار الذى اشتغلت به الذمه فالمدعى و المنكر، و بذلك يمكن عود النزاع لفظيا كما اعترف به صاحب الجواهر.

قلت: و الاولى ان نجعل العرف المرجح فى تشخيص الدعوى، و الظاهر كما ذكر فى الجواهر فى مسأله الاختلاف فى قدر الثمن بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك-ان نظر العرف فى مورد الاختلاف من حيث الزيادة و النقصه سواء فى مال الإجاره أو العين المستأجره إلى الأثر المالى المترتب على النزاع فهم يجعلون من يريد أخذ شىء من طرفه مدعيا و الآخر مدعى عليه، و ليس نظرهم إلى كيفيه صدور العقد و وقوعه، فيكون من قبيل المدعى و المنكر.

و بعباره اخرى: ان أهل العرف يرجعون الدعوى إلى المال و ما يتعلق به، فيجعلون من يريد جرّ المنفعه إلى نفسه مدعيا و من يريد دفع الضرر عن نفسه منكرا و أما النزاع فى كيفيه وقوع العقد فهو نزاع علمى و ليس للعرف فيه مجال.

و لعل ما ذكرنا هو وجه التأمل فى تأييده كون كل منهما مدعيا عند العرف الذى أمر به صاحب الجواهر، و قد ذكرنا انه رحمه الله قال بما ذكرنا فى مسأله الاختلاف فى الثمن لو لا النص الخاص فيه.

و عن الشيخ فى المسأله قولان آخران:

أحدهما ما عن موضع من الخلاف و هو القول بالقرعه مع اليمين، قال فى الجواهر: و لعله لإشكال الحال عليه فى أنه من التداعى أو من المدعى و المنكر، لكن قد عرفت ان المرجح هو العرف و الأمر عند أهل العرف فيه واضح.

قال: و لم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا- معا بعدها، فهل تقسم الزياده بينهما أو يوقف الحكم؟ وجه الأول هو أن ذلك مقتضى الحكم بالعدل كما ذكرنا سابقا فى مسأله العين التى وقع النزاع عليها و ليس لأحدهما يد.

لكن فيه ان مورد نصوص التنصيف هو العين كما عرفت هناك، و لا وجه لاسراء الحكم من العين الى الدين و كونه مقتضى الحكم بالعدل محل تأمل.

و أما توقيف الحكم فان كان النزاع فى ابتداء المده فلا بأس و تكون النتيجة

انفساخ العقد، و أما مع استيفاء المده بعضا أو كلا فلا يمكن القول به كما هو واضح.

قال فى الجواهر: وقد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الأمرين من أجره المثل المفروض كونها أقل مما يدعيه الموجر و من المسمى الذى يدعيه المستأجر على الثانى.

قلت هذا غير واضح، لانه قد يكون المسمى الذى يدعيه المستأجر أكثر من أجره المثل، فلا بد من أن يؤخذ بمقتضى إقراره.

قال: و يحتمل القرعه بلا يمين أقول: وجهه ما عرفت من اشكال الحال و اما عدم اشتراط اليمين فلخلو بعض أخبار القرعه عنه، لكن قد عرفت انه لا إشكال فى المقام بعد الرجوع الى العرف.

و الثانى: ما عن موضع من المبسوط، حيث فرق بين وقوع النزاع قبل انقضاء المده و بعده، و حكم بالتحالف فى الأول و تردد فى الثانى بين القرعه و بين تقديم قول المستأجر.

قلت: و لعل منشأ التردد فى الصوره الثانیه بين القرعه التى قال بها فى الخلاف و التى عرفت وجهها و بين تقديم قول المستأجر هو ما ذكرناه من نظر العرف، لكن قد عرفت انه مع ملاحظه نظر العرف لا يبقى إشكال فى تقديم قول المستأجر مطلقا.

و مما ذكرنا يظهر الحكم فى كل اختلاف يرجع الى الزيادة و النقيصه و تحقق فيه نظر أهل العرف. هذا كله فيما إذا عدما البيئه.

### حكم الاختلاف فى الأجره مع البيئه

قال المحقق قدس سره: «إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهرا معيناً و اختلفا فى الأجره و أقام كل منهما بيئه بما قدره، فان تقدم تأريخ إحداهما

عمل به لأن الثاني يكون باطلا، و ان كان التاريخ واحدا تحقق التعارض، إذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، و حينئذ يقرع بينهما و يحكم لمن خرج اسمه مع يمينه.

هذا اختيار شيخنا في المبسوط.

و قال آخر: يقضى بينه المؤجر، لأن القول قول المستأجر لو لم تكن بينه، إذ هو يخالف على ما في ذمه المستأجر فيكون القول قوله، و من كان القول قوله (١) كانت البينة في طرف المدعى، و حينئذ نقول: هو مدع زياده و قد أقام البينة عليها فيجب أن تثبت.

و في القولين تردد.

أقول: إذا كان لكل واحد من المؤجر و المستأجر بينه بما يدعيه فتاره يتقدم تاريخ احدي البيتين للعقد و اخرى يكون التاريخ واحدا.

فان كان الأول كأن قالت إحدهما: قد وقع العقد في شهر رمضان و قالت الأخرى: قد وقع في شهر شوال عمل بالمتقدم و بطل المتأخر لأنه يكون عقدا على معقود عليه من المتعاقدين كما كان و هو باطل.

و ان كان الثاني -و هو اتحاد تاريخهما- أو كانت البيتان مطلقتين أو كانت إحدهما مطلقه و الأخرى مؤرخه و ليس في إحدهما مرجح من المرجحات المذكوره سابقا تحقق التعارض بين القولين، إذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، و في هذه الصوره قولان.

فالأول: هو القول بالقرعه مع اليمين، و هو للشيخ في المبسوط، فمن خرج اسمه يحكم له مع يمينه، سواء كان المؤجر أو المستأجر، للنصوص الصريحه الداله على ذلك (٢)، فان نكل الذي خرج اسمه عن اليمين احلف الآخر فان حلف

حكم له، و ان نكل فالوجوه المتقدمه من التنصيف أو وجوب دفع أقل الأمرين أو توقيف الحكم مع ما عرفت من الكلام فيها.

و الثانى: هو القضاء بينه المؤجر و هو لابن إدريس و أكثر المتأخرين لما تقدم من أن قول المستأجر يتقدم فى حال عدم البينه، و حيث أن البينه موجوده فإنها تسمع من الطرف الآخر و هو الموجر، و الموجر يدعى انه قد آجر الدار بمأه و قد أقام البينه بها، فيجب أن تثبت الخمسين الزائده، بناء على حجيه بينه الخارج دون الداخل كما هو المختار.

و اما بناء على حجيه بينه الداخل و الخارج معا فإنهما تتعارضان و تتساقطان فتعود الصوره كما لو عدماها.

ص: ٢٠٠

## حكم الاختلاف في العين المستأجره و لا بينه.

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى استئجار دار فقال الموجر: بل آجرتك بيتا منها، قال الشيخ: يقرع بينهما، وقيل: القول قول الموجر، و الأول أشبه لأن كل واحد منهما مدع.» أقول: هذه صورته الاختلاف في العين المستأجره، فتارة يختلفان في ذاتها كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار فيقول المستأجر: بل تلك، فلا إشكال في أن كلا منهما مبدع و الحكم فيه التحالف، و اخرى يختلفان فيها زياده، و نقيصه، كأن يدعى المستأجر استئجار الدار كلها فيقول الموجر. بل آجرتك بيتا منها، ففي هذه الصوره قولان أو ثلاثه، فعن الشيخ قدس سره: يقرع بينهما نحو ما تقدم في المسأله السابقه أو يتحالفان على قوله الآخر، لكن المختار هو أن الموجر هو المنكر لان قوله موافق للأصل فعليه اليمين، فان حلف ثبت قوله و إلا جاء فيه التفصيل المتقدم.

أما المحقق قدس سره فقد اختار هنا القول الأول و هو القرعه مع ترده في المسأله السابقه قال «لان كل واحد منهما مدع» لكن تعليقه يقتضى التحالف لا القرعه.

## حكم الاختلاف في العين المستأجره مع البينه.

هذا كله مع عدم وجود البينه للمستأجر المدعى، فان كان واجدا لها و أقامها حكم له.

قال المحقق قدس سره: «و لو أقام كل منهما بينه تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ» أو إطلاقها أو إطلاقها أو إطلاق إحداهما، و إذا تحقق التعارض بينهما بالتساوى عددا و عداله و التأريخ واحد تساقطا و كان المرجع القرعه، هذا بناء على حجيه بينه الداخل كالخارج، و أما بناء على المختار من عدم حجيه بينه الداخل فان بينه المستأجر هي المسموعه و يحكم له على طبقها كما لو عدم الموجر البينه.

و في كشف اللثام: «و يحكم بالقرعه مع اليمين، فان نکلا فالظاهر أن

البيت لما اتفقا على إجارته فهو فى إجارته الى ان تمضى المده و يقتسمان الباقي نصفين و يسقط من الأجره بالنسبه. و كذا مع الاختلاف فى الزمان.» قلت: ان أراد كاشف اللثام تقسيم الباقي الى نصفين مع دفع المستأجر نصف مال الإجاره ففيه: ان كلا من الموجر و المستأجر يدعى كون الباقي كله له، لأن المستأجر يدعى أنه قد أعطى المأه مثلاً فى مقابل الدار كلها، و الموجر يدعى انه قد آجر البيت فقط بمأه فيقر بعدم استحقاقه تجاه المستأجر شيئاً، لكن نقول بكون البيت للمستأجر مع نصف الباقي، فإن استوفى منفعه النصف الآخر من الباقي كان عليه دفع ما يقابله، فإن أراد كاشف اللثام هذا المعنى لم يرد عليه ما أشكل عليه فى الجواهر بقوله: «ان المتجه فى الأول ثبوت الأجره مع قسمه ما فيه النزاع بالنصف نعم يتجه أجره المثل فى الأخير، لوقوع التصرف فيه بلا- أجره و يمكن القول هنا بالقرعه بلا يمين، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض كما سمعته فى المسأله الثانيه بل لعله هنا أولى.»

و فى الدروس: «فان اتحد التاريخ أعملتا أو سقطتا أو أفرع مع اليمين» الظاهر ان مراده من «اعملتا» أنا ان قلنا بحجيه بينه الخارج فقط كانت بينه المستأجر هى الحججه و لا تسمع بينه المؤجر لأنه الداخلى، و ان قلنا بحجيه بينه الداخلى سمعت بينه الموجر، و ان قلنا بحجيه كليهما فقد «سقطتا» بالتعارض فتعود كما لو عدماها، و يأتى فيها الوجوه المذكوره هناك، و يحتمل وجه آخر و هو القرعه مع اليمين.

هذا كله مع اتحاد تاريخ البيتين.

قال المحقق: «و مع التفاوت يحكم للأقدم، لكن ان كان الأقدم بينه البيت حكم بإجاره البيت بأجرته و بإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره» أقول: انه مع التفاوت فى التاريخ فان كان المتقدم تاريخ بينه الدار كلها بطلت اجاره البيت لما تقدم سابقاً، و ان كان المتقدم تاريخ بينه البيت حكم بإجاره البيت

بالأجره المسماه و بإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره لبطلان ما قابل البيت المفروض تقدم إجارته من تلك الدار و صحه البقيه، فلو كان مال الإجاره المتفق عليه مأه دينار غير أن المستأجر يدعى ان المأه اجره كل الدار و الموجد يدعى انها أجره البيت فقط المفروض كونه مساويا لنصف أجره الدار و كان المتقدم تاريخ بينه البيت يثبت على المستأجر مأه و خمسون دينارا، المأه أجره البيت بينه المؤجر و الخمسون فى مقابل بقيه الدار بينه المستأجر.

قال فى الجواهر: و لا- ينافى ذلك خروجه عن دعواها التى هى وقوع عقد واحد منهما، و كون العوض فيه عشره، و انما الاختلاف فيما تضمنه فى مقابله العشره الدار أو البيت، لان الثابت فى الشرع حجه بيتهما لا دعواهما، و قد اقتضتا ما عرفت، فينبغى العمل به، لاحتمال كونه الواقع و ان خرج عن دعواهما معا، كما سمعته فى تنصيف العين التى ادعى كل منهما انها له و هى فى أيديهما، و تسمعه فى غيره بل قد يقال بوجوب العمل بكل منهما و ان علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد فى إعمالهما عن الواقع فضلا عن دعواهما مع احتمالاه الواقع» .

### حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار و هى فى يد البائع

قال المحقق قده: «و لو ادعى كل منهما أنه اشترى دارا معينه و أقبض الثمن و هى فى يد البائع فضى بالقرعه مع تساوى البيتين عداله و عددا و تاريخا و حكم لمن يخرج اسمه مع يمينه» .

أقول: إذا ادعى كل منهما شراء دار معينه من مالهما و إيفاء الثمن و هى بعد فى يد البائع فإن كانا واجدين للبينه فتاره يتقدم تاريخ احدى البيتين، و حينئذ يحكم لصاحبها و يدفع الثمن للآخر، قال كاشف اللثام: «و ان أمكن أن يكون باعها من الأول ثم اشترها ثم باعها من الثانى، لحصول الجمع بين البيتين بييعها من الثانى و ان لم يشترها لجواز بيع ملك الغير، لكن إذا لم يجزه انفسخ و استقر عليه الثمن» و أخرى: يتفقان تاريخا فان كان فى إحداهما شىء من المرجحات فهو، و ان تساوتا



عداله و عددا أقرع بينهما و حكم لمن خرج اسمه مع يمينه، فان نكل أحلف الآخر فإن نكل كذلك قسمت الدار بينهما و رجع كل منهما بنصف الثمن.

و ان عدما البينه فهنا صور: الاولى: أن يكذب المدعى عليه-و هو صاحب الدار-كليهما، و حينئذ يحلف لكل منهما و يندفعان عنه، فان نكل فالقولان السابقان من الحكم بالنكول أو الرد ثم الحلف و الحكم. الثانيه: ان يصدق أحدهما و يكذب الآخر، فأما الذى صدقه فتسلم اليه الدار، و أما الذى كذبه فيحلف له على الإنكار، و ان نكل فالقولان، و حيث يحكم للمدعى يلزم صاحب الدار بدفع قيمه الدار اليه، كما هو الحكم فيما إذا صدق الثانى أيضا بعد تصديق الأول و تسليم الدار اليه و هل ان تصديق المدعى الأول المستتبع لدفع الدار إليه إتلاف لمال المدعى الثانى؟ ان كان الإقرار قبل القبض تلفا فإنه يكون فى مال البائع، إذ كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع، و حينئذ لا- يجب عليه الحلف للمدعى الثانى، بل بنفس التلف يفسخ العقد. لكن الإشكال فى كون ذلك مصداقا للتلف، من جهة أن البائع ينكر أصل البيع للثانى فكيف يكون إقراره للأول إتلافا؟ و أما ما فى الجواهر «و حلف للآخر (١) ان لم نقل ان الإقرار بها قبل القبض بمنزله التلف لآفه سماويه. نعم لو قلنا ان الإقرار قبل القبض إتلاف كالأفه السماويه لم يتوجه له اليمين حينئذ و ان كان هو كما ترى» ففيه: ان كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع يشمل إتلاف البائع نفسه بل يكون حينئذ من مال البائع بالأولويه.

و كيف كان فعلى القول بعدم انفساخ العقد الثانى توجهت اليمين و اما على القول بشمول «كل مبيع.» لإتلاف البائع فالانفساخ متحقق.

لكن الصحيح هو توجه اليمين على البائع فى محل الكلام لما ذكرنا من عدم صدق الإتلاف بالإقرار مع إنكار أصل البيع.

الثالث: أن يصدق كليهما معا، فالحكم حينئذ هو تنصيب الدار مع يمينهما إذ تكون كالعين الخارجيه التي وقع النزاع عليها و هي في يد المتنازعين، لانه مع إقرار البائع لهما تكون يده بمنزله يديهما، ثم ان صدقهما في أخذ الثمن منهما استرجع لكل واحد نصف ما دفع إليه.

الرابعه أن يصدق كل واحد في النصف، فيحكم بالنصف لكل منهما مع حلفه له على إنكار النصف الآخر- فإن كان مقرا بأخذ كل الثمن من كل واحد وجب إرجاع النصف و الا أحلف على إنكار أخذ الكل، فان نكل و حلف المدعى أخذ منه الخماسه أن يقول: لا اعلم لمن هي منكما، فيكون إقرارا بأنها ليست له، و حينئذ تكون كالعين التي تنازع عليها اثنان مثلا و ليس لأحدهما عليها يد، و فيها أقوال: أحدها: الحكم بالتنصيب، و الثاني القرعه مع اليمين، و الثالث: القرعه بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفا معا.

### و هل يقبل قول البائع لأحدهما؟

قال المحقق قدس سره: «و لا يقبل قول البائع لأحدهما و يلزمه اعاده الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن، فتزدحم البيتان فيه» أقول: و حيث تساوت البيتان و حكم لمن خرج اسمه مع يمينه فهل يقبل قول البائع لأحدهما أم لا ان كان بعد الحكم، لأنه حينئذ تزول يده و ترتفع فلا- اعتبار لإقراره لكن في كشف اللثام: «و يحتمل القبول، فيكون المقر له ذا اليد فتقدم بينته أو بينه الآخر على الخلاف» و فيه- كما في الجواهر- أن جزم المحقق قده و غيره بعدم قبول قول البائع مبني على ان ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعه و بعد انتزاع الدار من البائع بالبينتين، فإنهما و ان اختلفتا في تعيين المالك لكنهما متوافقتان على تحقق البيع لأحدهما و خروج الدار به عن ملك البائع، فلا وجه للاحتمال المزبور.

و على كل حال يلزم البائع إعاده الثمن على المدعى الآخر الذي لم تكن له

الدار، لان قبض البائع الثمنين من المدعيين ممكن فتزدهم-أى تجتمع-البيتان فيه كما اجتمعتا فى خروج الدار عن ملك البائع بخلاف عقد البيع حيث قامت كل واحده منهما على وقوعه مع كل واحد منهما دون الأخر و لو نكل من خرج اسمه بالقرعه حلف الأخر كما تقدم قال المحقق: «و لو نكلا عن اليمين قسمت بينهما و يرجع كل منهما بنصف الثمن» .

أى: و لو نكل من أخرجته القرعه و الطرف الأخر عن اليمين قسمت الدار بينهما على النصف لما تقدم من انه الحكم بالعدل، و على البائع إرجاع نصف كل من الثمنين الى كل من المدعيين، و ليس له إنكار الأخذ لإثبات البيتين ذلك و قال كاشف اللثام: «الا- إذا اعترف أو اعترف أحدهما أو شهدت بنيتاهما أو إحداهما بقبض المبيع، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهادته بينه لم يكن له الرجوع عليه بشىء من الثمن، لثبوت استحقاقه له بالإقرار أو بالبينه، غايه الأمر أنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك» و قد سبقه الى ذلك الشهيد الثانى فى المسالك فإنه قال فى المسألة الآتية:

«و حيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذلك إذا لم تتعرض البينه لقبض المبيع و لا اعترف به المدعى، و الا فإذا جرى القبض استقر العقد و ما يحدث بعده فليس على البائع عهده» .

و سبقهما إليه العلامة فى التحرير (١).

و اعترضه فى الجواهر بقوله: «و فيه ان الاعتراف بالقبض أو ثبوته بالبينه لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه كما هو واضح

اللهم الا- ان يقال: ان عدم الرجوع بعد القبض لتركهما اليمين باختيارهما. و لكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل، بل لا يتم فيما سمعته من كشف اللثام أخيرا على ان ترك اليمين ان كان مقتضيا لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض و بعده» .

أقول: و الأقرب هو الأول، فلو اشترى مالا من بائعه و قبضه و اقبض الثمن ثم تركه أمانه عند البائع فأقام رجل البيئه لدى الحاكم على أنه قد اشترى المال منه و حكم الحاكم بدفع المال اليه لم يكن للمشتري الأول مطالبه البائع بالمال و لا بالثمن لانه مال قد تلف بعد القبض فهو من ماله لا- من مال البائع. نعم لو كانت العين باقيه عند البائع من دون اذن المشتري فهو لها ضامن لكن بدليل: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» و هنا بحث آخر.

و قول صاحب الجواهر: «ان الاعتراف. لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبيئه» .

فيه انه خروج عن فرض القوم و هو الاعتماد على إقرار المشتري و لم ينكشف خلاف.

و قوله: «على أن ترك اليمين ان كان مقتضيا لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض و بعده» ، فيه: ان كون التلف قبل القبض من البائع و بعده من المشتري أمر لا- ريب فيه، لكن كونه من مال البائع قبل القبض مشروط بعدم كون التلف حينئذ مستندا إلى المشتري و الأ فيكون في ماله. الا ان في صدق «الإتلاف» على النكول عن اليمين» تأملا.

### و هل لهما الفسخ؟

قال المحقق قده: و هل لهما أن يفسخا؟ الأقرب: نعم لتبعض المبيع قبل قبضه» .

أقول: و كيف كان فهل لهما مع تقسيم الدار بينهما أن يفسخا البيع الذى

ثبت لكل منهما بالبينه؟ قال المحقق: «نعم لتبعض المبيع قبل قبضه» .

و وجه العدم: ان التبعض جاء من قبلهما.

قلت: لكن ليس المورد من تبعض الصفقة لأن ذلك يكون في العقد لا- القبض فإذا وقع العقد على شيئين بصورة الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكا للبائع، فيبطل العقد بالنسبة اليه، و يجوز للمشتري ان يفسخ المعاملة بالنسبة إلى الآخر، و هذا معنى تبعض الصفقة.

و أما إذا كان العقد صحيحا بالنسبة إلى كلا الجزئين، فسلم أحدهما دون الآخر، فلا خيار، بل يلزم البائع بتسليم الآخر.

و هنا تكون احدى المعاملتين باطله فى الواقع، لأن الذى وقع له البيع يملك الكل و من لم يقع له فلا شىء له. غير أنه لما كان الواقع مجهولا و قد حكم الحاكم بالبينه بالتنصيف يكون لكل نصف، فيكون نظير درهم الودعى.

فالأصلح هو العدم و بناء على الفسخ فلو فسخا كانت العين للبائع و رجع كل واحد منهما عليه بالثمن كله.

### حكم ما لو فسخ أحدهما دون الآخر

قال المحقق: «و لو فسخ أحدهما كان الآخر أخذ الجميع لعدم المزاحم و فى لزوم ذلك عليه تردد أقربه اللزوم» .

أقول: و لو فسخ أحدهما فهنا فرعان الأول انه لو فسخ أحدهما فهل للآخر أخذ جميع الدار أم لا؟ فيه قولان، ذهب المحقق قدس سره إلى الأول، و استدلل له بقوله «لعدم المزاحم» أى: لأنه كان يدعى شراء جميع الدار من البائع و قد أقام البينه على ذلك، لكن عارضه دعوى الآخر و بينته و حيث فسخ ذاك ما كان يدعيه من العقد فقد بقى هذا بلا مزاحم فكان له أخذ الجميع الذى كان يدعيه.

و قد حكى الثانى عن الشيخ قدس سره، و وجهه هو: أن الحاكم قد قضى له بنصف الدار دون النصف الآخر فلا يعود اليه.

وفيه: ان مقتضى البيئه هو الجميع لكن منعه عن أخذه المدعى الآخر الذى ادعى شراء الجميع كذلك، الأمر الذى سبب حكم الحاكم بالتنصيف لكن مع فسخ الآخر يرتفع المانع فيؤثر المقتضى أثره.

وقد نسب الشهيد فى الدروس الى الشيخ القول بالفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى حيث قال: «و لو فسخ أحدهما فللاخر الجميع وفيه أوجه ثالثها و هو مختار الشيخ فى المبسوط: الفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى، لأن القضاء للاول بالنصف إذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه بأخذ الجميع، و نعى بالأول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى بخلاف ما إذا فسخ المفاتيح فان الشأنى يأخذ الجميع قطعاً لإيجاب بيئه الجميع ما لم ينازع.

«و الأقرب أن لكل منهما الأخذ» و قد ضعف صاحب الجواهر قدس سره هذا التفصيل كذلك. ثم قال: «و توهم أن مقتضى الفسخ الرجوع الى البائع لا اليه بمقتضى الحكم الظاهرى مدفوع بأن التنصيف قد كان جميعاً بين البيئتين، و مع فرض الفسخ استقلت بيئه الآخر بكون الجميع له بلا معارض، بل المتجه صيروره ذلك له قهراً عليه لأنه مقتضى دعواه و بيئته» .

و الثانى: انه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب؟ وجهان من وجود المقتضى و عدم المانع كما عرفت مع انتفاء المقتضى للخيار و هو تبعض الصفقه، و من استصحاب الخيار الثابت له قبل الفسخ، و من هنا تردد المحقق قدس سره، لكن قال:

«أقربه اللزوم» و استدل له صاحب الجواهر بالأصل و هو أصاله اللزوم فى العقود «و غيره» من الأدله القائمه على لزوم العقد، و كل ذلك يتقدم على الاستصحاب ان تم فى المقام.

هذا و لكن الصحيح عدم جواز أخذ الجميع، لا لما ذكره الشيخ قده بل لان النصف الثانى يصير بعد الفسخ الى ملك البائع-لا انه يعود الى ملكه كما كان

حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض-بل هو ملك جديد يصير إلى البائع بالفسخ فليس للآخر أخذ هذا النصف-و ما ذكرنا نظير ما إذا باع أحد الشريكين نصفه الواقع اليه بحكم الحاكم إلى البائع، فإنه ملك جديد للبائع بسبب جديد، فلا يجوز للآخر أن يدعى عليه هذا النصف أيضا.

فإن قيل: تحقق الملك الجديد للبائع بسبب البيع واضح و ليس الفسخ كذلك، بل أثره في محل الكلام كون المعامله بالنسبه الى هذا النصف الذى وقع الفسخ فيه كالعدم، فللاخر المطالبه به بمقتضى بينته.

قلت: لا-اشكال-بل الظاهر أنه لا خلاف-فى أنه يتحقق الملك للبائع بالفسخ من حينه و لذا يكون النماء الحاصل بين العقد و الفسخ للمشتري فيكون الشيء ملكه له مره أخرى بعد بيعه إياه.

و من هنا وقع الكلام فى تأثير اجازته المالك لبيع الفضولى ان كان مالكا للمال حين الإجازة لا حين العقد، و الصحيح عدم كفايه هذا التملك فى إنفاذ البيع بالإجازة.

على ان الفسخ من آثار التعارض فكيف يكون نافيا للتعارض؟ و الحاصل انه ليس للآخر أخذ الجميع لأن المزاحمه قد ارتفعت بالفسخ من حينه و التى كانت من حين العقد لم ترتفع بهذا الفسخ.

هذا كله إذا كانت العين فى يد البائع.

و لو كانت فى يد أحدهما فتاره لا بينه و حينئذ يقضى بها له و عليه اليمين للآخر.

و أخرى يقيمان البيئه و حينئذ يحكم للخارج على رأى و للدخل على آخر و قد تقدم.

### **حكم ما لو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما.**

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما هذا المبيع و أقام كل منهما بينه، فان اعترف لأحدهما قضى عليه بالثمن، و كذا ان اعترف لهما قضى عليه بالثمنين، و ان أنكر و كان التاريخ مختلفا أو مطلقا قضى بالثمنين جميعا لمكان الاحتمال» .

أقول: هذه المسألة عكس المسألة السابقة، فلو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما مبيعا معيناً، فإن اعترف المشتري بالشراء لأحدهما قضى عليه بالثمن، و إن اعترف به لكل منهما قضى عليه بالثمنين، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم حجة» و شراؤه من كليهما أمر ممكن، كأن يكون قد اشترى العين من أحدهما ثم باعه من الآخر ثم اشتراه، أو باعه لرابع فباعه الرابع من المدعى الآخر فاشتراه المشتري منه.

و إن لم يعترف مطلقاً و أقام كل واحد منهما بينه فانكرهما فتارة يختلف تاريخ البيتين أو تكونان مطلقتين و أخرى يكون التاريخ واحداً، فإن اختلف أو كانتا مطلقتين قضى عليه بالثمنين، لما تقدم من إمكان شرائه العين من أحدهما ثم بيعه من الآخر- أو من رابع فباعه من الآخر- ثم شرائه منه و مهما أمكن الجمع بين البيتين و جب بخلاف المسألة السابقة، لما قيل من أن الشراء لا يجوز لمملك نفسه و البيع يجوز لمملك غيره و لو فضولا.

و فيه كما في الجواهر ان الاحتمال في الشراء لمال نفسه فضولا عن الغير ممكن أيضا، كأن يشتري العين من أحدهما ثم يوكل زيدا في بيعه من الغير ثم اشترى فضولا من الغير.

هذا مع أنه لا أثر لهذا الشراء عن الغير لان المفروض عدم أخذه شيئا عن الغير.

فالأولى في وجه الفرق ما ذكره في الجواهر من أنه اتحاد المدعى به في المسألة السابقة و هو شراء المبيع من مالكة الا انه لم يعلم السابق منهما ليكون شراء اللاحق في غير محله. بخلاف هذه المسألة فان المدعى به استحقاق الثمن الذي ثبت بثبوت سببه، فمع فرض قيام البيئه به في وقتين مثلا و جب المسبب حتى لو كان المدعى واحدا.

و بعبارة أخرى: العين الواحدة لا يمكن ان تكون بجميعها لاثنين، هذا في



تلك المسألة، أما في المقام فالمدعى به هو الثمنان من جهة تعدد العقد و ان كانت العين واحده، فإذا تكرر العقد تكرر الثمن لإمكان الشراء ثم البيع و الشراء كما عرفت أما المبيع فلا يتكرر بتكرر البيع. فظهر إمكان الجمع بين البيئتين هنا و عدم إمكانه هناك.

نعم لو كان الثمن شيئاً معيناً خاصاً و كل منهما قد ادعاه بسبب كونه البائع لثمنه و أقام كل واحد بينه تحقق التعارض و لو مع إطلاق البيئتين هذا.

و في المسالك: و يحتمل كونهما حينئذ كالمؤرختين بتاريخ واحد لأنهما ربما شهدتا على البيع في وقت واحد و الأصل براءة ذمه المشتري فلا يؤخذ إلا باليقين «قال في الجواهر: و لعله لذا كان المحكى عن ظاهر الشيخ التردد» .

لكن فيه - كما في الجواهر - أن البينه ظاهره في تعدد البيع و الأصل تعدد المسبب بتعدد سببه.

قال المحقق: «و لو كان التاريخ واحداً تحقق التعارض إذ لا يكون الملك الواحد لاثنتين، و لا يمكن إيقاع عقدين في الزمان الواحد، فيقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف و قضى له» .

أقول: و دليل القرع ما تقدم ذكره سابقاً من النص و الفتوى على أن القرع حكم البيئتين المتعارضتين بعد فقد الترجيح بينهما بأحد المرجحات المذكورة هناك، فمن خرج اسمه أحلف و قضى له بالثمن الذي شهدت به البينه فإن امتنع أحلف الآخر و قضى له كذلك.

قال: «و لو امتنعنا من اليمين قسم الثمن بينهما» .

أى: لو امتنع من خرج اسمه بالقرع، فردت على الآخر فامتنع كذلك، قسم الثمن بينهما ان كان قابلاً للتقسيم، و الا فلكل واحد من المدعين نصف ما ادعاه من الثمن.

و قد تقدم في نظير المسألة احتمالات أخرى.

## حكم ما لو ادعى شراء المبيع من زيد و ادعى آخر شراءه من عمرو

قال المحقق قده: «و لو ادعى بشراء المبيع من زيد و قبض الثمن و ادعى آخر شراءه من عمرو و قبض الثمن و أقاما بينتین متساويتين في العدالة و العدد و التاريخ فالتعارض متحقق» .

أقول: في هذه المسألة لو صدق البائعان المشترين أو صدق أحدهما من يدعى الشراء منه و جب على المصدق تسليم العين أو إرجاع الثمن الذي أخذه.

و مع عدم التصديق فلو أقاما بينتین فان كانت إحداهما أرجح أو كان تأريخها أقدم من الأخرى حكم لصاحبها دون الأخر، فإن كانتا بينتین متساويتين في العدالة و العدد و التاريخ فالتعارض متحقق.

«فحينئذ يقضى بالقرعه و يحلف من خرج اسمه و يقضى له» بالعين و يرجع المشتري الآخر على بائعه بالثمن.

فان نكل من خرج اسمه أحلف الآخر «و لو نکلا عن اليمين قسّم المبيع بينهما» على السويه. و قد عرفت وجود احتمالين آخرين و هما القسمة بلا قرعه، و التساقط للبينتین و التنصيف كذلك و إذا قسم المبيع كذلك.

هذا إذا كانت العين في يد البائعين.

و لو كانت العين بيد المشترين فلكل واحد منهما يد على النصف فتكون بنيه كل بالنسبه إلى النصف الذي بيده بينه الداخل و بالنسبه إلى النصف الآخر بينه الخارج، و كيف كان فالحكم هو التنصيف.

و لو كانت بيد أحدهما بنى على تقديم بينه الداخل أو الخارج، و حيث يقضى لأحدهما يرجع الآخر بالثمن، كما بينت في الحكم على ما ذكر فيما لو صدق أحد البائعين مشتريه فإنه يوجب كونه زائد، و مع تصديق كليهما يكون كل واحد منهما ذائد و الحكم حينئذ هو التنصيف كما لو عدما معا البينه.

و حيث يحكم بالتنصيف يرجع كل واحد بنصف الثمن كما قال المحقق قده

و رجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن» .

## و هل لهما الفسخ؟

ثم قال: «و لها الفسخ و الرجوع بالثمنين» أقول: وجه الفسخ هو دعوى تبعض الصفقة، و قد عرفت ما فيها، و بناء على ما ذكرنا سابقا يكون النصف الآخر كالتالف و هو من مال بائعه و للمشتري المطالبة بنصف الثمن.

و قد يجوز كاشف اللثام الفسخ بشرط عدم الاعتراف بكون التلف بعد القبض.

و قد ذكرنا انه ان كان التلف بعد القبض موجبا للتبعض بأن تكون اليينه كاشفه عن كون العين مستحقة الغير حين العقد كما يقول صاحب الجواهر كان له الفسخ و الرجوع، لكن قد عرفت ان ذلك غير تام.

و الحاصل انه لا يجوز الفسخ، و بناء على جوازه لم يجز للآخر أخذ الجميع كما نص عليه المحقق حيث قال: «و لو فسخ أحدهما جاز و لم يكن للآخر أخذ الجميع، لان النصف الآخر لم يرجع الى بائعه» لأن المفروض كون النصف الآخر للبائع الثانى.

و حيث يعترف المشتري بكون التلف بعد القبض لم يكن له خيار الفسخ، لأن المال له و التلف فى ماله. نعم له الفسخ بناء على كونه من تبعض الصفقة.

هذا و فى الجواهر: انه قد يتوهم من اقتصار المصنف فى التعارض على الصورة المزبوره عدمه فى غيرها، مع ان الظاهر تحقق ذلك أيضا فى صورته الإطلاق، إذ هى كغيرها من صور الإطلاقات السابقة، بل و كذا لو أطلقت إحداهما و أرخت الأخرى بناء على عدم الحكم بتأخير مجهول التاريخ عن معلومه كما حرر فى محله.

نعم لو كانا مؤرخين بتأريخين مختلفين ففيه البحث السابق فى تقديم الملك السابق و عدمه.

أقول: قد عرفت فى المسأله السابقه قول المحقق قدس سره بالاقضاء بالثمنين جميعا

فى صورته اختلاف البيئتين فى التاريخ أو إطلاقهما قال: «لمكان الاحتمال و إمكان الجمع بين البيئتين، و قد وافقه صاحب الجواهر قدس سره و أشكل على المسالك القائل بالتعارض و الحكم بالتنصيف أخذًا بالقدر المتيقن و ان الأصل براءة المشتري يعنى: انه ان كان الجمع ممكنًا فهو أولى، لكنه يكون فى صورته كون الشهادتين مبنيتين، أما مع إجمالهما فلا (فيكون نظير ما إذا قامت البيئه على أن أحد هذين الشخصين هو المتلف لمال لزيد فإنه يجرى فى حق كل منهما أصالة البراءة فلا يلزم أحدهما بشيء) و حيث يكون مجملًا يؤخذ بالمتيقن و يجرى الأصل فى غيره.

فأشكل عليه فى الجواهر بأن البيئه ظاهره فى التعدد و الأصل تعدد المسبب بتعدد سببه. فقولته هنا بأن الظاهر تحقق ذلك أمضا فى صورته الإطلاق ينافى ما ذكره هناك، فما عبر عنه بالتوهم هو الصحيح.

و لو شهدت إحداهما بوقوع البيع يوم الخميس و الأخرى بوقوعه يوم الجمعة فالتأخر باطل ان كان البيع واحداً، و الا فإن أمكن الجمع فهو و الا كان الثانى باطلاً.

ثم انه يلزم ان تكون الشهاده على الملك، و لذا لا تسمع دعوى الشراء من زيد حتى لو أقام البيئه، بل يلزم ان تكون الدعوى و الشهاده كلتاهما مشتملتين على شراء العين منه و أنها ملك له، إذ يجوز فى مفروض المسألة هنا-ان يكون قد اشترى أحدهما العين للآخر و ان يكون باعها أحد البائعين و كاله عن الآخر أو فضولاً، و هذا ما ذكره العلامة فى القواعد و الشهيد الثانى فى المسالك قال: و سيأتى اختيار المصنف إياه و كأنه تركه هنا اتكالا عليه. و بالجمله انه يشترط أن يكون المدعى و المشهود به هو الشراء من المالك، سواء ثبتت ملكيه البائع باليد أو بالبيئه (١).

## حكم ما لو ادعى عبد أن مولاة أعتقه و ادعى آخر شراءه من المولى.

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى عبد أن مولاة أعتقه و ادعى آخر أن مولاة باعه منه و أقاما البيئه قضى لا سبق البيئتين تأريحا، فان اتفقتا قضى بالقرعه مع اليمين» .

أقول: لو ادعى عبد أن مولاة أعتقه و ادعى شخص آخر أن مولى العبد قد باعه منه فهما مدعيان، و المولى هو المدعى عليه و ذو اليد سواء كان العبد بيده أو بيد المشتري أو غيرهما أولا في يد. فان لم تكن لأحدهما بيئه و كذبهما المولى حلف لهما بيمينين لأنه المدعى عليه، ان صدق أحدهما و كذب الآخر قضى لمن صدقه و هل يحلف لمن كذبه أو لا؟ قولان ذهب العلامة إلى الأول و الشهيد الثانى و كاشف اللثام الى الثانى تبعا للمبسوط، و منشأ الاختلاف هو ترتب الأثر على هذه اليمين و عدمه، فهو نزاع صغرى، لأنهم متفقون على أن اليمين على الإنكار انما تكون فيما إذا كان للإقرار أثر فى ذلك المورد، قال كاشف اللثام: «و الحق ما فى المبسوط من أنه أن صدق المشتري لم يحلف للعبد، لانه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم يقبل لكونه إقرارا فى حق الغير و لم يلزمه غرم، و كذا ان صدق العبد لم يحلف للمشتري، لأنه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالإتلاف قبل القبض و هو كالألفه السماويه فى انفساخ البيع به، نعم ان ادعى عليه قبض الثمن حلف له ان أنكره» .

و قد وافق صاحب الجواهر العلامة و صور الثمره فى المسأله حيث قال:

«و فيه منع عدم توجه اليمين للمشتري، مع إقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلولة لا التلف فيغرم له القيمه، و لذا جزموا فى المسأله السابقه و هى دعوى الاثنين شراء العين من شخص هى فى يده ان لو أقر لأحدهما كان اليمين عليه للآخر، بل و له اليمين على المقر له، فلا يبعد حينئذ انه يكون هنا أيضا له اليمين على السيد و العبد، كما انه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشتري، لعموم قوله

صلى الله عليه وآله «البينه إلخ». و فائده ثبوت الحرية فى حقه على وجه لو انتقل اليه بعد ذلك بارث و غيره يحكم بحريته ان لم نقل بوجوب شرائه فعلا عليه كما عن بعضهم التصريح به، و الا كانت الثمره واضحه» .

هذا كله مع عدم البينه و مع وجود البينه يقضى لمن أقامها، و ان أقامها معا فان كانت إحداها أرجح أو أقدم تاريخا قضى لها، و ان اتفقتا فى العدد و العداله و التأريخ قضى بالقرعه فمن خرج اسمه حكم له بيمينه، فان نكل حلف الآخر و قضى له.

«و لو امتنعا من اليمين قيل يكون نصفه حرا و نصفه رقا لمدعى الابتياح، و يرجع بنصف الثمن» لأدله التنصيف المذكوره سابقا (1) و قد تأمل صاحب الجواهر فى شمول تلك الأدله لمثل الفرض الذى أحد طرفيه الملك و الآخر الحرية، و حينئذ يكون الحكم لمن أخرجته القرعه، أى يقترع على الملكيه لمدعى الشراء و الحرية للعبد (1). و على الأول-و هو قول الشيخ و جماعه- يرجع المشتري بنصف الثمن الذى أقبضه المولى.

### و هل للمولى خيار الفسخ

و هل يكون للمولى خيار الفسخ؟ قالوا: نعم لتبعض الصنفه، و قد قلنا سابقا بان التبعض الموجب للخيار غير صادق هنا، لانه كالتلف قبل القبض على أثر حكم الحاكم.

و على ما ذكروا من ثبوت الخيار قال المحقق: «و لو فسخ عتق كله، و هل يقوم على بائعه؟ الأقرب نعم، لشهاده البينه بمباشره عتقه» فهنا فرعان، أحدهما انه لو فسخ مدعى الشراء يرجع على المولى بكل الثمن، و حينئذ ينعتق العبد كله لزوال المزاحم البينه القائم على ان المولى أعتقه و الثانى: انه لو لم يفسخ المشتري

ص: ٢١٧

فهل يقوّم العبد على البائع ان كان موسرا أولا؟ قال المحقق: الأقرب: نعم لشهاده بينه بمباشره عتقه» فيتم شرط السرايه. و قد وافقه على ذلك المسالك و الجواهر.

و فى المسالك عن الشهيد الاعتراض على ذلك «بأن الواقع فى نفس الأمر اما العتق أو الشراء أو ليس أحدهما، و أيما كان امتنع معه التقويم على المالك و السرايه، اما على تقدير العتق فلان يكون للمجموع و مع عتق المجموع لا بعض موجود حتى يقوم. و اما على تقدير الشراء فلأنه أيضا للجميع فلا سبب للتقويم، إذ السبب عتق البعض و هو منتف، و منهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما». .

أقول: و فى الدروس اشكال آخر أيضا حيث قال: «و لانه عتق قهرى فلا يقوّم عليه» اى أن شرط التقويم و السرايه هو ان يكون عتقه للنصف بالاختيار بناء على أن الموجب القهرى كالإرث لا يوجب السرايه و هنا الاختيار منتف لان بينه العبد شهدت بعتق الكل، و حريه بعضه كانت بحكم الحاكم لا باختيار المولى فلا مورد للسرايه.

لكن يمكن الجواب عنه بتحقيق الاختيار هنا، لانه مع شهاده بينه العبد بعتق الكل فقد أعتق النصف، فان مبنى تبعض الصنف هو ان من باع الكل فقد باع البعض و الا لم يتحقق التبعض فى مورد، فظهر انه قد باع النصف بالاختيار لكن التبعض تحقق بحكم الحاكم بمقتضى البيتين لأنه أمر انتزاعى منشأه هنا الحكم المذكور.

و أما اشكاله الآخر المبتنى على العلم الإجمالى فى المقام فقد أجابوا عنه بأن مخالفه العلم الإجمالى مخالفه احتماليه لا مانع منها، و لو غسل يده المتنجسه بماء مشكوك الطهاره فإنه يستصحب طهاره الماء و نجاسه اليد معا و لا مخالفه قطعيه للعلم الإجمالى، و فيما نحن فيه و ان علمنا بان العبد اما مملوك كله-للمولى أو للمشتري و اما حر كله و الحكم بالتنصيف يخالف العلم المذكور، لكن لا- يلزم من ذلك مخالفه قطعيه من المشتري و العبد. نعم الحاكم يعلم بأن حكمه مخالف للواقع، إلا أنا ملزمون بمتابعه حكمه رعايه لمصلحه رفع الخصومه و فصل النزاع.

هذا و لو حصل لنا العلم بعدم وجوب شراء النصف من المشتري-لانه اما كله ملك للمشتري و اما كله حر فيحصل العلم التفصيلي بعدم وجوب شراء المولى النصف من المشتري و لا- تقتضى ظواهر الأدله ذلك، بل يتوقف القول به على قيام دليل آخر. و هذا اشكال آخر.

و لو كان العبد فى يد المشتري فان قدمنا بينه الداخلى حكم له و ان قدمنا بينه الخارج حكم بالعتق لان العبد خارج قاله فى الجواهر تبعا للدروس لكن تقدم منا القول بان ذا اليد هو المولى و ان كان بيد المشتري.

لا يقال تقدم بينه العبد لان له يدا على نفسه ان قدمنا الداخلى و الا قدمت بينه الشراء لأننا نقول انما يصير له يد بالعتق و ثبوت الحريه، و قد نسب فى الجواهر القول المذكور الى بعض العامه.



**(الاولى: لو شهد للمدعى بملكه الدابه منذ مده فكذبها سنه)**

قال المحقق قدس سره: «لو شهد للمدعى بأن الدابه ملكه منذ مده فدلّت سنه على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر سقطت البيه لتحقق كذبها» .

أقول: لو شهدت البيه لمدعى ملكه الدابه بأنها ملكه منذ خمس سنوات مثلاً فدلّت سنه على كون عمرها أقل من تلك المده دلالة قطعيه، أو شهدت بأنها نتجت عند المدعى منذ خمس سنوات فدلّت سنه دلالة قطعيه على ان عمرها أكثر من تلك المده سقطت البيه عن الحجيه لتحقق كذبها.

أما لو كانت الدلاله على الأقلية أو الأكثرية ظنيه لا قطعيه ففي الجواهر: لا ينبغي التأمل في عدم معارضه الظن للشهاده التعبديه. و لا أظنه قولاً لأحد.

لكن عن بعض نسخ الشرائع «قطعاً أو أكثرياً» و هي التي شرحها في المسالك فقال: «أما على تقدير كون الدلاله قطعيه فواضح لان الكذب حينئذ قطعي، و اما على تقدير الأكثرية فالدلاله ظنيه، و يشكل معارضتها للحاكم الظاهر من عداله الشاهد. و في التحرير اقتصر في الحكم بسقوط البيه على الدلاله القطعيه و هو أولى» و كيف كان فالصحيح ما ذكره في الجواهر، انما الكلام في بطلان البيه مطلقاً أو في خصوص ما كذبت؟ قال: الظاهر الثاني قلت: بل الأول، إذ لا عرفيه لبينه يسقط بعض مدلولها بتكذيب السن له و يبقى البعض الآخر.

(لو شهدت بالشراء و لم تشهد بالملكيه أو التسليم)

قال المحقق: «إذا ادعى دابه فى يد زيد و أقام بينه انه اشتراها من عمرو، فان شهدت بالملكيه مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم قضى للمدعى و ان شهدت بالشراء لا غير قيل: لا يحكم، لان ذلك قد يفعل فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومه بالمظنون و هو قوى و قيل: يقضى له، لان الشراء دلالة على التصرف السابق الداله على الملكيه» .

أقول: لا كلام فى ترتب الأثر على ما إذا شهدت البينه بالملكيه مع الشراء للبائع بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و قد كانت ملكه أو للمشتري بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و هى الان ملك لزيد، أو بالتسليم من عمرو لزيد بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و تسليم عمرو إياها لزيد.

انما الكلام فيما إذا تجردت الشهاده عن ذلك، بأن شهدت بالشراء لا غير، ففى المسأله قولان، و كلاهما للشيخ قدس سره، أو لهما و هو العدم قوله فى المبسوط و اختاره المحقق و الأ-كثر كما فى المسالك و الثانى و هو القبول قوله فى الخلاف و وافقه العلامة فى المختلف.

توضيح دليل الأول هو: ان هذه الشهاده لا تدل على الملكيه لا بالمطابقه و لا

بالالتزام، أما مع إضافة الملكية فالدلالة تامه بالالتزام، و مع اضافه التسليم توجد دلالة التزاميه على أمر هو أماره على الملك، لان التسليم أماره على اليد التى هى اماره على الملكية و توضيح دليل الثانى هو: ان الشراء يكشف عن التصرف السابق الدال على الملكية كما ان اليد السابقه أماره عليها، إذ كما ان الظاهر من اليد كونها أصاله لا نيابه و لا عدوانا فكذا التصرف بالبيع و الشراء و ان لم يكن المال فى يده.

قلت: فرق بين «اليد» و «التصرف» فإن الأول أماره على الملك شرعا و عقلا بخلاف الثانى، فقد يكون قوله «بعت» فى ملك غيره، و هذا القول و ان كان تصرفا لو صدر من المالك لكنه بمجرد لا يترتب عليه أى أثر لا وضعى و لا تكليفى فهو لغو.

فظهر مما ذكرنا ان البحث هو فى دلالة هذه الشهاده على الملكية و عدم دلالتها، و ليس البحث مبنيًا على ما ذكره صاحب الجواهر، فلو قامت بينه على شراء زيد المال من عمرو فهى ليست بحجه فلا ربط للبحث بالترجيح و مسأله الداخل و الخارج فتلك مسأله أخرى و لا وجه لبناء هذه المسأله على تلك.

(حكم دعوى رقيه الصغير المجهول النسب)

قال المحقق قدس سره: «الصغير المجهول النسب إذا كان فى يد واحد و ادعى رقيته قضى بذلك ظاهرا. و كذا لو كان فى يد اثنين» .

أقول: وجه الحكم برقبه الصغير للمدعى هو: أن رقبه هذا الصغير أمر ممكن و المدعى لا معارض له فى دعواه، و هو ذو يد عليه، فيجب أن تسمع و يقضى له، -قال فى الجواهر- «بلا خلاف أجده فيه» .

انما الكلام فيما إذا كبر هذا الصغير و نفى الرقيه: فقد قيل: لا يسمع قوله لعدم جواز نقض حكم الحاكم. و قيل: يسمع و يحلف المدعى مع عدم البينه، و قيل: بل يسمع قوله فى حال الصغر أيضا-لو لا الإجماع- و ان هذا المورد يستثنى من قاعده حجيه قول المدعى الذى لا منازع له لنص خاص رواه الشيخ الكلينى قدس سره عن عدّه من أصحابنا عن سهل بن زياد و عن على بن إبراهيم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن حمران بن أعين قال: سألت أبا جعفر عليه السّلام عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل و امرأه، ادعى الرجل انها مملوكه له و ادعت المرأه أنها ابنتها فقال: قد قضى فى هذا على عليه السّلام.

قلت: و ما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلهم أحرار الأمن أقر على

نفسه بالرق و هو مدرك. و من اقام بينه على من ادعى من عبد أو أمه فإنه يدفع اليه و يكون له رقا قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادعى انها مملوكه له بينه على ما ادعى فإن أحضر شهودا يشهدون انها مملوكه لا يعلمونه باغ و لا وهب دفعت الجارية إليه حتى تقيم المرأه من يشهد لها ان الجارية ابنتها حره مثلها، فلتدفع إليها و تخرج من يد الرجل.

قلت: فان لم ينقسم الرجل شهودا انها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأه البينه على أنها ابنتها دفعت إليها، فان لم يقيم الرجل البينه على ما ادعى و لم تقيم المرأه البينه على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاء» (1).

أقول: لا ريب فى ان اليد أماره الملكيه و أن الناس يعاملون صاحب اليد معامله المالك لما فى يده، كما لا ريب فى قبول قول ذى اليد مع عدم المعارض و المنازع.

أما فى مورد دعوى الرقبه فإن الأصل هو حريه الإنسان و عدم سلطنه أحد على أحد.

و اليد انما تكون اماره على الملكيه لما فى اليد فيما إذا كان الشىء الذى فى اليد قابلا للملكيه، و من هنا يشكل الحكم بكون المانع الموجود فى الإناء -المردد بين كونه مما يقبل الملكيه و مما لا يقبلها كالخل و الخمر- خلا استنادا الى اليد.

و فى حجه قول ذى اليد بالنسبه إلى الأعم من الملكيه و غيرها من الخصوصيات بحث و ان كان قول الأكثر ذلك، لكن حجه قوله من آثار حجه اليد، و مع الشك فى قابليه الشىء للملكيه يشكل ترتيب الأثر على قول ذى اليد، و لذا وقع الكلام فى ملكيه الكبير الساكت و المجنون، فقال بعضهم بعدم حجه قول ذى اليد.

ص: ٢٢٤

و بما ذكرنا ظهر عدم تماميه تقديم اليد على أصله الحره من جهه تقديم الاماره على الأصل، فإن اليد اماره و حجه على الملكيه فيما يقبلها.

فبقى الإجماع. لكن يحتمل كون مدركه قاعده اليد، فلا يمكن الاعتماد عليه.

فظهر ان الصحيح هو سماع دعوى الصغير فى حال صغره، لكن الاستدلال عليه بالخبر المزبور ضعيف من جهه أخرى، فقد اشتملت على أنه إذا «لم تقم المرأه البينه على ما ادعت خلى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت» و الحال أنه حيث أقرب المرأه بكون الجاريه ابنتها فقد وجب عليها نفقه الجاريه و ان لم يثبت النسب من جهه عدم البينه، و لعل هذا وجه إعراض الأصحاب عن هذا الخبر.

و اما إذا كبر الصغير فأنكر فالحق سماع دعواه فإن أقام بينه على انه ابن فلان أو لقيط فهو و الا حلف المدعى، و انما تسمع دعواه لان كل دعوى يمكن ان تكون صحيحه تسمع.

لا- يقال بأنه يستلزم النقض، لأننا نقول بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبر على دعواه السابقه التى حكم فيها الحاكم، و أما إقامه دعوى جديده فلا مانع منها و لا تكون نقضا.

هذا كله فى الصغير.

### **حكم ما لو كان كبيرا.**

قال المحقق: «اما لو كان كبيرا، و أنكر فالقول قوله، لأن الأصل الحره» .

أقول: انه إذا ادعى الرجل رقبه كبير فإن أنكر كان على الرجل المدعى إقامه البينه، و حيث لا بينه فالقول قول الكبير، لأن الأصل الحره.

و أما إذا اعترف بالرقبه و ادعى تحرير الرجل إياه فلا تسمع هذه الدعوى إلا بينه، و هو غير دعوى الحره من أول الأمر، و على هذا يحتمل الأخبار الداله على

جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحرية، فإنه مع عدم البيه لا تسمع و بينى على رقيته فيشتري.

و ان أقر ترتب الأثر على إقراره، و لا فرق بين الإقرار لواحد أو لاثنين فإنه يكون ملكا لكليهما على الإشاعة.

قال المحقق قده: «و لو ادعى اثنان رقيته فاعترف لهما قضى عليه، و ان اعترف لأحدهما كان مملوكا له دون الآخر» لعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم، و ربما يستدل له باعتبار قول ذى اليد بناء على كونه ذائد على نفسه.

قال فى الجواهر بعد ان ذكر عدم وجدانه الخلاف فى هذا الحكم «و حكى عن الشيخ فى مسأله دعوى العبد العتق و الآخر الشراء فى إنكار كون العبد ذائد على نفسه انه قال: لانه لو كان ذا يد لقبول إقراره بالملكيه لأحد المتنازعين فيه» و مقتضاه المفروغيه من عدم قبول إقراره، الا انه كما ترى لا دليل عليه بل ظاهر الأدله خلافه.

و فى كشف اللثام: «و إذا أقاما بينتين متعارضتين فصدق أحدهما خاصه لم تترجح به بينته، لانه لا يد له على نفسه، فإنه ان كان حرا فلا يبدله، و ان كان مملوكا فلا يد عليه الا لملكه. و فيه: انه مناف لقبول إقراره بالرقبه مع عدم البيه الذى اعترف به سابقا، بل ظاهره الإجماع عليه فتأمل» .

أقول: يمكن ان يكون الشيخ و كاشف اللثام منكرين لعنوان كونه ذا يد لا انهما مخالفان فى قبول هذا الإقرار، لأنهما قالا بما قالا فى فرعين غير هذا الفرع الذى نحن فيه، فالشيخ لا- يوافق فى تلك المسأله على تأثير ذاك الإقرار لكونه بعنوان ذى اليد، و كاشف اللثام ينكر هناك ان يكون قول العبد مرجحا لإحدى البينتين لانه ليس ذا يد، و الإقرار المجرد ليس من المرجحات، فالظاهر عدم ورود اشكال الجواهر، و انهما غير مخالفين فى المقام.

## (المسأله الرابعه)

(حكم ما لو ادعى اثنان كون الذبيحه له و فى يد كل بعضهما)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى كل منهما ان الذبيحه له و فى يد كل واحد بعضهما و أقام كل منهما بينه قيل: قضى لكل منهما بما فى يد الآخر و هو الأليق بمذهبنا» .

أقول: ان كانت الذبيحه واحده و قد وضع كل منهما يده على طرف منها و أقام بينه على انها جميعا له فالحكم هو التنصيف. و ان كان ما فى يد كل منهما منفصلا عما فى يد الآخر فعلى القول بتقدم بينه الخارج- و هو الأليق بمذهبنا- يقضى لكل منهما بما فى يد الآخر سواء كانا متساويين أو مختلفين فى المقدار.

و لو لم يكن لهما يد فالحكم هو التنصيف.

قال المحقق: «و كذا لو كان فى يد كل واحد شاه و ادعى كل منهما الجميع و أقاما بينه قضى لكل منهما بما فى يد الآخر» .

أقول: و ذلك لعدم الفرق بين هذا الفرع و الفرع السابق عليه.

قال فى الجواهر: «و مما يتفرع على ذلك انه لو كان المتخاصمان فى بعض الذبيحه المنفصلين كافرا و مسلما حكم بكون ما يقضى به للكافر ميتة و للمسلم مذكى و ان كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الآخر، عملا بظاهر اليد المعتبره شرعا، و لا يقدر فى ذلك اليد السابقه، بل لعل الحكم كذلك فى الجزئين



المنفصلين، ضروره اتحاد الملاك فيهما كما تقدم الكلام في ذلك في قسم العبادات» .

أقول: كيف يكون اللحم الواحد الذي يملكه المسلم و الكافر على الإشاعه بعضه نجسا و هو الذى كان فى يد الكافر، و البعض الآخر طاهرا و هو الذى كان فى يد المسلم؟ ان هذه الذبيحه إما ميتة نجسه كلها و اما طاهره كلها، فما ذكره رحمه الله مشكل لا سيما فى المشاع.

نعم يمكن معامله الطاهر مع ما يجيء من خارج بلاد المسلمين من الجلود فيما إذا احتملنا إحراز البائع المسلم له بطهارته، اما فى مسألتنا هذه فإن الذى بيد المسلم مقطوع بكونه مأخوذا من الكافر و ان أصبح ملكا له الان بعد المرافعه بحكم الحاكم، و على ما ذكرنا فلو علمنا بكون اللحم الموجود الان بيد الكافر مذبوحا بيد المسلم حكمنا بطهارته.

فالحاصل: انه على أثر حكم الحاكم يكون ما فى يد المسلم مختصا له و هذا هو القدر المتيقن، و أما ترتب أثر الطهاره أيضا على هذا الحكم و اليد الحاصله بعده فمشكل جدا.

ص: ٢٢٨

(لو تسلّم شيئاً بالبينه فأقام المحكوم عليه البينه على الملكيه)

قال المحقق قده: «لو ادعى شاه فى يد عمرو و أقام بينه فتسلمها ثم أقام الذى كانت فى يده بينه أنها له قال الشيخ: ينقض الحكم و تعاد. و هو بناء على القضاء لصاحب اليد، و الاولى انه لا ينقض» .

أقول: تاره يقول عمرو: اشتريتها من زيد بعد حكم الحاكم فى المرافعه السابقه فهذه دعوى مسموعه، لأنه يدعى ملكا جديدا، فإن أقام بينه تقدمت على بينه زيد لان عمرا هو الخارج.

و اخرى يقول: انه فى الوقت الذى أقام زيد بينه لم تكن بينتى حاضره و هى الان حاضره، فبناء على سماع هذه الدعوى ان كان الميزان فى الخارج و الداخلى حال اقامه عمرو البينه فزيد الداخلى، و ان كان الميزان حال دعوى زيد فعمرو الداخلى.

و قد يدعى كون الشاه له و يقيم البينه من غير تعرض للدعوى السابقه فإنه تسمع بينته بناء على سماع البينه بعد فصل الخصومه بالحكم، و تحمل على دعوى انتقال العين من زيد الى عمرو فتقدم بينه عمرو بناء على تقديم بينه الخارج.

و كيف كان فان لزم من سماع الدعوى نقض الحكم فلا تسمع، و فى أى صوره لم يلزم النقض فتسمع.

(لو ادعى دارا و ادعى آخر نصفها و أقاما البينه)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى دارا فى يد زيد و ادعى عمرو نصفها و أقاما البينه قضى لمدعى الكل بالنصف لعدم المزاحم و تعارضت البيئتان فى النصف الآخر، فيقرع بينهما و يقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه، و لو امتنعا من اليمين قضى بينهما بالسويه فيكون لمدعى الكل ثلاثه أرباع و لمدعى النصف الربع» .

أقول: لو كانت دار فى يد شخص فادعى زيد كل الدار و ادعى عمرو نصفها و لم يصدق من بيده الدار أحدهما، فمع وجود البينه بالتساوى عددا و عداله لكليهما يقضى لزيد بالنصف المشاع من الدار، لان المفروض ان عمرا لا يدعى إلا نصف الدار، فزيد فى نصفها مدع بلا معارض فيكون له كما هو الحال فى كل دعوى بلا معارض، لكن البيئتين تتعارضان فى النصف الآخر و الحكم فى تعارض البيئتين هو القرعه، فمن خرج اسمه قضى له مع يمينه فان امتنع حلف الآخر و أخذ، و لو امتنعا معا من اليمين قضى فى النصف المتنازع فيه بالسويه، فيكون نصفه لزيد و نصفه لعمرو، فيكون لزيد الذى ادعى كل الدار ثلاثه أرباعها و لعمرو الذى ادعى نصفها ربعها.

و كذلك الحكم لو كانت الدار فى يد ثالث و لم يكن لأحدهما بينه فإنه يقسم النصف المتنازع فيه بينهما على السويه.

## حكم ما لو ادعى ذلك و يدهما عليها مع البينه:

قال المحقق: «و لو كانت يدهما على الدار و ادعى أحدهما الكل و الآخر النصف و أقام كل منهما بينه كانت لمدعى الكل و لم يكن لمدعى النصف شيء، لأن بينه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله» أقول: و هذا هو الفرع الثالث فى المسأله، و ذلك أن يدعى أحدهما كل الدار و الآخر النصف و هما واجدان للبينه و هى فى يدهما لا فى يد ثالث، فالمشهور على ان الدار كلها لمدعى الكل و انه ليس لمدعى النصف شيء منها، و ذلك لاین المفروض خروج نصف الدار عن النزاع، فيكون النصف الذى بيد مدعى الكل ملكا له لانه مدع بلا معارض بالنسبه اليه، و حيث انه يدعى النصف الآخر بيد خصمه فهو بالنسبه إلى ذاك النصف خارج و الخصم داخل، و مذهب المشهور تقديم بينه الخارج و سقوط بينه الداخل، فيكون النصف الثانى له كالأول، فالدار كلها له و لم يكن لمدعى النصف شيء.

نعم لو لم يكن لمدعى الكل بينه كان القول قول مدعى النصف مع يمينه، فإذا حلف أبقي النصف فى يده، فتكون الدار بينهما نصفين.

هذا هو المشهور.

و عن ابن الجنيد: انه يقتسمان الدار مع البينه و عدمها على طريق «العول» (١) فيجعل فى مفروض المسأله لمدعى الكل الثلثان و لمدعى النصف الثلث، و قد فرض رحمه الله المسأله فى ما لو كانت العين فى أيدي المتداعيين، لكن التأمل فى كلامه

المنقول في المختلف يفيد انه لا يفرق بين الصور فراجعه.

و في المسالك لأن المنازعه وقعت في اجزاء غير معينه و لا- مشار إليها بل كل واحد من اجزائها لا يخلو من دعوى كل منهما باعتبار الإشاعه، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعى الكل بغير منازع، بل كل جزء يدعى مدعى النصف نصفه و مدعى الكل كله، و نسبه و نسبه احدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثا، واحد لمدعى النصف و اثنان لمدعى الكل، فيكون كضرب الديان في مال المفلس و الميت.

و في المختلف وافق ابن الجنيدي على ذلك مع زياده المدعيين على اثنين.

و قال في الجواهر: «يمكن ان يكون مبنى كلام ابن الجنيدي على دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع و عدم اليمين منهما في العول، ضروره ان بينه كل منهما تقتضى الكل و هما متعذران فيحصل النقصان عليهما، و من هنا اتجه التعديه إلى التثليث لو كانوا ثلاثة و التربع لو كانوا أربعة و هكذا، و ليس الا لما ذكرنا.

و منه مفروض المسأله التي لا- يمكن الجمع فيها بين بينه النصف مثلا- و بين بينه الكل، فنقول في النصف كما عالت في الأول، فيوزع عليهما أثلاثا، لان نسبه الكل الى النصف كذلك، فالعول عنده نحو العول في الفرائض لو لا نصوص أهل العصمه (ع)، لقضاء كل بينه مثلا- بمقتضاها نحو قوله للزوج النصف و للأختين من الأب الثلثان و من الام الثلث، لا- مثل العول في تراحم الديون على التركة الذي مرجعه عند التأمل أيضا الى ذلك» .

أقول: ان الخلاف بين المشهور و ابن الجنيدي يرجع الى ان المشهور يقولون بتقسيم مدلول البيتين و مورد النزاع بينهما، و ابن الجنيدي يقول بتقسيم مورد دعوى المدعيين و هو الكل من أحدهما و النصف من الأخر و المفروض هو الإشاعه، فيكون الحاصل عدم استثناء النصف بناء على الثاني و استثناءه بناء على الأول، فالدليل الأول لما ذهب اليه ابن الجنيدي هو الإشاعه في الاجزاء، و الثاني ما ذكره

صاحب الجواهر من دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع و عدم اليمين منهما فى العول.

قلت: أما الأول ففيه: ان تصرف أحد المالكين فى الملك المشاع يكون على نحوين، أحدهما غير جائز و هو التصرف الخارجى لتوقفه فى كل جزء على اذن الشريك، و الآخر جائز بلا اذن منه مثل أن يبيع نصفه المشاع، و ما نحن فيه- و هو إثبات الملكيه بالبينه- كالبيع المذكور فإنه ليس تصرفا فى مال الشريك.

و بعبارة أخرى: العوارض الخارجيه التى تعرض العين المملوكة على الإشاعه يتوقف إيرادها على اذن الشريك، و أما العوارض التى تعرض الملكيه كالبيع فلا، و ما نحن فيه من قبيل الثانى لا الأول، فيكون النصف المشاع الذى لا معارض لمدعى الكل بالنسبه إليه ملكا له، و يقع التعارض بين البيئتين فى النصف الآخر فهو مورد النزاع، و طريق رفع هذا النزاع فى صورته تساوى البيئتين تقسيمه بينهما بالتنصيف، كما إذا كان مورد النزاع عينا منحازة يدها كل واحد من المدعين.

و أما الثانى ففيه- كما فى الجواهر- ان محل النصوص حيث لا يسلم جزء من العين لا نزاع فيه، اما فى المفروض فلا دلالة فيها عليه، بل لعل ظاهر مرسل ابن المغيرة (1) عن الصادق عليه السلام: «فى رجلين كان بينهما درهمان، فقال أحدهما الدرهمان لى و قال الآخر: هما بينى و بينك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: اما الذى قال: هما بينى و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و انه لصاحبه، و اما الآخر فبينهما» خلاف ذلك «و كذا مرسل ابن أبى حمزه (1) عنه أيضا» .

ص: ٢٣٣

هذا وقد فصل المحقق العراقي في المقام فقال: «لو ادعى دارا في يد زيد بأجمعها و ادعى عمرو نصفها فتارة تكون دعوى التمام بسبب غير قابل للتفكيك بين النصفين و اخرى على نحو قابل للتفكيك بينهما من حيث الصدق و الكذب، فعلى الأول: تكون دعوى النصف مزاحمه لدعوى التمام دون الآخر، و لازمه حينئذ تزاحم بينهما، و فى مثله لا مجال لتوهم الأخذ بالبينه بالنسبه إلى النصف بلا معارض بل و لا مجال للأخذ بدعواه بملاك الدعوى بلا معارض، لما عرفت من أن دعوى الملكيه على النحو المزبور معارض بدعوى النصف من غيره.» أى: ان قال أحدهما بأن هذه الدابه نتجت عندى، أى كلها لى، و قال الآخر: هى بيننا-أى على النصف-من جهة الإبرث، فإذا أقاما البينه على دعواهما كانت البيئتان متعارضتين و ليس فى البين قدر متفق عليه بين الطرفين، و حينئذ يحكم بينهما على طريق العول. نعم إذا قال هذا هى كلها لى، فقال الآخر: قد بعنتى نصفها، فهنا لا نزاع بينهما فى أحد النصفين.

هذا توضيح ما ذكره، لكن نقول: ان كانت حجيه البينه فى باب القضاء من باب الطريقيه إلى الواقع، فإن البينه القائمه على ملكيه النصف بالإبرث تسقط عن الطريقيه و الكاشفيه مع وجود المعارض، و هو البينه القائمه على ملكيه الكل بالتناج، لكن البينه هنا جعلت حجه لأجل فصل الخصومه و رفع النزاع، فإذا أقامها أحدهما على ملكيه الكل و الآخر على ملكيه النصف فقد جعل الشارع الحكم بالتنصيف لفصل الخصومه مع ان الحاكم يعلم علما إجماليا بكذب احدى البيئتين.

و بما ذكرنا أجاب المحقق الآشتياني عن توجيه صاحب الجواهر لمذهب ابن الجنييد بأن الطرفين مالكان لجميع الاجزاء على الإشاعه فقال: بأن ما ذكره يتم بناء على الطريقيه، و اما بناء على السببيه فلا، فان دليل حجيه البينه فى باب القضاء يقتضى سببيه البينه فيحكم بحسبها حكما ظاهريا، و على هذا فالنصف الذى لا يدعيه أحدهما يخرج عن محل النزاع و تكون بينه الآخر سببا لملكيته له، و يبقى النصف

الأخر و يتعارض السببان فيه فيقسم بينهما بالتنصيف فيتم رأى المشهور.

و أجاب عن الدليل الأول بأن مجرد وقوع النزاع على سبيل الإشاعة الساربه فى جميع الاجزاء لا يقتضى عدم سلامه جزء لمدعى الكل، إذ كما يقال ان كل جزء يفرض من العين يريد مدعى النصف نصفه، كذلك يقال ان كل جزء يريد مدعى النصف من المجموع نصفه يبقى نصفه الأخر لمدعى الكل بلا منازع، و مدعى الكل و ان كان مقصوده رفع يد مدعى النصف من كل جزء لكن بالنسبه إلى نصفه، فهو انما يقيم البينه على المجموع من حيث اشتماله على المدعى و هو النصف، لا ان يكون المقصود هو إثبات الكل من البينه من حيث الكل كما قد يتوهم، فالتزام انما وقع حقيقه بالنسبه الى نصف الكل، فلا بد من الحكم بتقسيم البينتين بالنسبه إليه فتقسم العين أرباعا، ثلثه أرباع لمدعى الكل و واحد لمدعى النصف.

### حكم ما لو ادعى أحدهم نصف الدار و الأخر الثلث و الثالث السدس

و يدهم عليها:

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى أحدهم النصف و الأخر الثلث و الثالث السدس و كانت يدهم عليها فيد كل واحد منهم على الثلث، لكن صاحب الثلث لا يدعى زياده على ما فى يده، و صاحب السدس يفضل فى يده ما لا يدعيه هو و لا مدعى الثلث، فيكون لمدعى النصف، فيكمل له النصف» .

أقول: الحكم فى هذا الفرع واضح، و لا فرق فى ذلك بين إقامتهم البينه و عدمها، و من هنا قال المحقق: «و كذا لو قامت لكل منهم بينه بدعواه» .

قال فى الجواهر: «و كأن المصنف تبه على حكمها لمكان خلاف بعض العامه فيها، حيث جعل مع إقامتهم البينه لمدعى النصف ثلثا و نصف سدس، بناء على أن السدس الزائد على ما فى يده لا يدعيه على مدعى السدس خاصه، بل انما يدعيه شائعا فى بقيه الدار و هى فى يد الآخرين جميعا، فنصفه على مدعى الثلث و عارضت فيه بينته و ترجحت باليد على تقدير إقامتهما البينه، و قدم قول ذى اليد

ص: ٢٣٥



على تقدير عدمها، و نصفه على مدعى السدس فيحكم به لمدعى النصف بينته، لان بينه مدعى السدس لا تعارضها، فيجعل لمدعى النصف ثلث و نصف سدس، و للآخرين مدعاهما، و يبقى بيد مدعى السدس نصف سدس لا يدعيه أحد» .

و فيه أولا: ان هذا القول مبنى على تقديم بينه الداخلى و هو خلاف التحقيق.

و ثانيا: ان الدعوى ليست على الآخرين، بل انه يدعى كون نصف الدار له، و حينئذ تكون يد ذى اليد كالعدم، فلا بيد حتى يقال بتقدم بينه ذى اليد.

و ثالثا: ان صاحب السدس يقر بعدم ملكيته للقدر الزائد الذى فى يده، فلما ذا لا يؤخذ منه ذلك لمدعى النصف الذى يدعيه مع وجود بينه.

### **حكم ما لو ادعى أحدهم الكل و الآخر النصف و الثالث الثلث:**

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى أحدهم الكل و الآخر النصف و الثالث الثلث و لا بينه، قضى لكل واحد بالثلث، لان يده عليه، و على الثانى و الثالث اليمين لمدعى الكل، و عليه و على مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف» .

أقول: فى هذا الفرع خمس صور، ذكر المحقق قدس سره منها صورتين و صاحب الجواهر قدس سره ثلاث صور:

فالصورة الاولى من الصورتين: أن لا- تكون لأحدهم بينه، و الحكم فيها ما ذكره المحقق قدس سره من أنه يكون لكل واحد منهم ما فى يده و هو الثلث، غير أن مدعى النصف و مدعى الثلث يحلفان لمدعى الكل، لان الخارج له-مع عدم البينه-حق اليمين على الداخلى، كما أن لمدعى النصف حق اليمين على مدعى الثلث فى مقابل نصف السدس و على مدعى الكل فى مقابل النصف الآخر.

و الصورة الثانية منهما: ان يكون لكل منهم بينه. قال المحقق: «و ان أقام كل منهم بينه، فان قضينا مع التعارض بينه الداخلى فالحكم كما لو لم تكن بينه، لان لكل واحد بينه و يدا على الثلث.

و ان قضينا بينه الخارج و هو الأصح كان لمدعى الكل مما فى يده ثلاثه من

اثنى عشر بغير منازع، و الأربعة التى فى يد مدعى النصف لقيام البينه لصاحب الكل بها و سقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بينه ذى اليد، و ثلاثه مما فى يد مدعى الثلث، و يبقى واحد مما فى يد مدعى الكل لمدعى النصف، و واحد مما فى يد مدعى الثلث يدعيه كل واحد من مدعى النصف و مدعى الكل، يقرع بينهما و يحلف من يخرج اسمه و يقضى له، فان امتنعا قسم بينهما نصفين.

فيحصل لصاحب الكل عشره و نصف، و لصاحب النصف واحد و نصف و تسقط دعوى مدعى الثلث» .

أى: انه حيث يكون لكل منهم بينه مع اليد يحكم الحاكم لكل بما فى يده، لكن بينه كل واحد منهم بالنسبه الى ما يدعيه مما فى يد الأخر بينه الخارج، فمدعى النصف تتقدم بينته فى نصف السدس فى يد مدعى الكل فيأخذه، ثم ان مدعى الكل بدعى على مدعى النصف فيأخذ منه الأربعة، و يدعى على مدعى الثلث كل ما فى يده، لكن مدعى النصف يطالب بنصف السدس فيقع التعارض فيه بين مدعى الكل و مدعى النصف فيقترع، فمن خرج اسمه و حلف أخذ، فإن امتنع فالآخر، و حيث يمتنعان عن اليمين فالتنصيف. فيكون لمدعى الكل من الاثنى عشر ١٠-٥ و لمدعى النصف ١-٥. و لا شىء لمدعى الثلث لسقوط دعواه من جهه كون بينته داخله، و قد ذكرنا انها لا تؤثر مع وجود الخارج.

و أما الصور الثلاث التى ذكرها صاحب الجواهر:

فالأولى: أن يكون لمدعى الكل فقط بينته، و حينئذ فهو خارج بالنسبه الى ما فى يد الآخرين، فيحكم له بينه و يكون الكل له.

و الثانیه: أن يكون لمدعى الثلث فقط بينته. و حينئذ يأخذ ما فى يده من غير يمين ان قلنا بكفايه البينه عنه. و فى كشف اللثام: «أخذه-أى الثلث-الذى بيده أو الذى بأيدى الباقيين» و الباقي يكون بين الآخرين، لمدعى الكل السدس من الباقي بغير يمين لعدم المنازع له فيه، و يحلف على السدس الأخر الذى يدعيه الان

مدعى النصف عليه، كما ان مدعى النصف يحلف على جميع ما يأخذه من السدسين لمدعى الكل الذى يدعيهما عليه.

و الثالثه أن يكون لمدعى النصف فقط بينه، فإنه يأخذ من كل من الآخرين نصف سدس فيتم له مع ما فى يده النصف الذى يدعيه. ثم ان النصف الباقي يقسم بين الآخرين بالتساوى، فيكون لكل منهما سدس و نصف أى لكل ٣ من ١٢ قاله فى الجواهر.

وفيه: انه بعد ما أخذ مدعى النصف نصفه يكون السدس من النصف الباقي خارجا عن النزاع فيكون لمدعى الكل، و يبقى النزاع فى السدسين الباقيين و هى الأربعة التى بيد مدعى الثلث فان كلا من مدعى الكل و مدعى الثلث يدعيه و حيث لا بينه يقسم بينهما بالتنصيف، فيتحصل من ذلك أنه يعطى لمدعى النصف ٦ و لمدعى الكل ٤ و لمدعى الثلث ٢، فما ذكره قدس سره لا يتم على مذهب المشهور و لا على مذهب ابن الجنيد.

و قال كاشف اللثام انه بناء على عدم سماع بينه الداخلى يأخذ مدعى النصف ان أقام البينه ثلاثه من مدعى الكل و ثلاثه من مدعى الثلث و يرفع اليد عن الثلث -أى الأربعة- الذى فى يده لهما.

و كذا قال فيما لو أقام مدعى الثلث البينه و أسقطنا بينه الداخلى.

لكن القدر المتيقن من تقدم الخارج على الداخلى أن يكون الشئ المتنازع فيه مفروزا غير مشاع، و أما فيما نحن فيه تكون الدعوى على الحق المشاع فى مورد الدار، قال فى الجواهر: و قد يناقش فيه بأنه لا يتم ذلك فى المشاع، بل مناف لما تسمعه من اقامه كل منهم البينه المنزله على ما فى يده الا ما زاد عليه، على أن البينه لا تزيد على إثبات المشاع الذى كانت تقتضيه اليد، و كأن الذى أحوجه الى ذلك ذكرهم البينه هنا.

و ظاهرهم عدم الاحتياج معها الى يمين مع معرفيه تقديم بينه الخارج عندهم،

كمعروفه عدم الاكتفاء بها عن اليمين فى الداخل، و مع هذه المقدمات يقتضى تنزيل مفاد البيه على الخارج بالتقرير الذى ذكره.

الا- أن ذلك كله كما ترى، بل كلام الأصحاب فيما لو أقام كل منهم البيه كالصريح فى خلافه، فلا محيص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بيه الداخل أو على الاكتفاء بها عن اليمين، أو التزام اليمين على ما فى اليد فتأمل.

أقول: لعل وجهه ان وجود الفرق بين الاجزاء المشاعه و الاجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح، لأنه فى المشاع لما يضع الثلاثه أيديهم يكون بيد كل ثلث عرفا، الا انه لا يملك كل واحد ما كان تحت يده بل تعتبر السلطنه لكل على الثلث المشاع، و يعرض كل ثلث ما يعرض المشاع كجواز بيع السهم المشاع فى كل الاجزاء. فمن قال بحجيه بيه ذى اليد فدليله العمومات و هى هنا تتقدم بتأييدها باليد و من قال بتقدم بيه الخارج فدليله التفصيل فى الحديث لكونه قاطعا للشركه.

لكن الملايك الموجود فى الجزء المنحاز موجود فى هذا المقام، فيكون جواب الجواهر عن كلام كاشف اللثام فيه تأمل، أى يمكن ان يقول العلماء فى الثلث المشاع كقولهم فى المنحاز لوحده الملايك.

و لو كانت يدهم جميعا خارجه و اعترف ذو اليد بأنه لا يملكها و لا بيه فللمستوعب النصف، لعدم المنازع له فيه من كل من مدعى النصف و الثلث، و يقرع فى النصف الآخر، فإن خرجت لمدعى الكل أو للثانى حلف و أخذ، و ان خرجت للثالث حلف و أخذ الثلث، ثم يقرع بين الآخرين فى السدس، فمن خرج حلف و أخذ.

و لو أقام أحدهم خاصه بيه، فان كانت لمدعى الكل أخذ الجميع، و ان أقامها مدعى النصف أخذه، و يبقى لمدعى الكل السدس بغير منازع، و الثلث يتنازع فيه مع مدعيه، و الحكم فيه كما لو لم تكن بيه، و لو أقامها مدعى الثلث أخذه و لمدعى الكل السدس أيضا بغير منازع، و النصف يقرع فيه بين مدعيه و مدعى الكل.

و ان أقام كل منهم بينه و تساوت فالنصف لمدعى الكل لعدم المنازع له فيه، و السدس الزائد على الثلث يتنازعه مدعى الكل و مدعى النصف، و قد تعارضت فيه بينتهما، و الثلث يدعيه الثلاثة و قد تعارضت فيه البيئات الثلاثة، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعا فيه، فمن خرج اسمه حلف و أخذ، و ان نكلوا اقتسموا المتنازع فيه، فيقسم مدعى الكل و مدعى النصف السدس بينهما نصفين، لأنهما يتنازعا فيه، دون مدعى الثلث، و أما الثلث فيقتسمونه أثلاثا بينهم، فيكون لمدعى الكل النصف بلا منازع و نصف السدس و ثلث الثلث و لمدعى النصف ثلث الثلث و نصف السدس، و لمدعى الثلث ثلث الثلث خاصة و هو التسع.

و تصح في ستة و ثلاثين، للمستوعب خمسة و عشرون: ثمانية عشر بلا نزاع، و ثلاثة نصف السدس الزائد، و أربعة ثلث الثلث.

و لمدعى النصف سبعة: ثلاثة نصف السدس، و أربعة ثلث الثلث.

و لمدعى الثلث أربعة، ثلث الثلث.

و أما على العول الذى ذهب اليه ابن الجنييد فتصح في أحد عشر: لمدعى الكل ستة، و لمدعى النصف ثلاثة، و لمدعى الثلث ثلثان، لان فريضتهم من ستة، و يعال عليها نصفها و ثلثها.

### **حكم ما لو كانت في يد أربعة.**

قال المحقق قدس سره: «و لو كانت في يد أربعة، فادعى أحدهم الكل و الآخر الثلثين و الثالث النصف و الرابع الثلث ففي يد كل واحد ربعها. فان لم تكن بينه قضينا لكل واحد بما في يده، و أحلفنا كلا منهم لصاحبه» .

أقول: اى انه فى صورته عدم البينه لما كان لكل واحد منهم يد على ربع العين فان اليد مع اليمين حجه، فحجه كل واحد منهم حينئذ معارضة بحججه الآخر فلا شىء لأحدهم بلا منازع.

قال: «و لو كانت يدهم خارجه و لكل بينه خالص لصاحب الكل الثلث، إذ لا مزاحم له» .

أقول: قال فى الجواهر: مع تداخل الدعاوى بعضها فى بعض و اراده القضاء فيها أجمع، لا ان له ذلك على كل حال، حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أو كانت الدعاوى مترتبة و كان القضاء بين كل واحده مع الأخرى مستقلا، الا مع إقرار المدعى بالثلث مثلا ان له ذلك فى النصف المدعى به مثلا.

قال: «و يبقى التعارض بين بينه مدعى الكل و مدعى الثلثين فى السدس فيقرع بينهما فيه» .

أقول: قد عرفت مرارا ان القرعه تكون مع تساوى البيئتين عددا و عداله، و حينئذ فمن خرج اسمه حلف و أخذ و الا حلف الآخر، فإن امتنعا قسم بينهما نصفين.

قال: «ثم يقع التعارض بين بينه مدعى الكل و مدعى الثلثين و مدعى النصف فى السدس أيضا، فيقرع بينهم فيه» .

أى: على ما تقدم من اشتراط التساوى.

قال: «ثم يقع التعارض بين الأربعة فى الثلث فيقرع بينهم، و يختص به من تقع القرعه له، و لا يقتضى لمن يخرج اسمه الا- مع اليمين» .

فان قيل: إذا كان المرجع هو القرعه، فإن من الممكن ان تخرج القرعه لمدعى الكل فى كل مره.

فأجاب المحقق قده بقوله: «و لا يستعظم أن يحصل بالقرعه الكل لمدعى الكل، فان ما حكم الله تعالى به غير مخطئ» .

قال: «و لو نكل الجميع عن الايمان قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين فى كل مرتبه بالسويه» .

هذا هو الحكم فى كيفية القسمة.

قال: «فتصح القسمة من ستة و ثلاثين سهما

«لمدعى الكل عشرون» اثنا عشر بلا نزاع، و ثلاثه نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الثلثين، و اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضا و مع مدعى النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

«و لمدعى الثلثين ثمانيه» ثلاثه نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الكل، و اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضا و مع مدعى النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

«و لمدعى النصف خمسه» اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه مدعى الجميع و مدعى الثلثين، و ثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

«و لمدعى الثلث ثلاثه» ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

هذا ان أقام كلهم بينه.

و أن أقام أحدهم فقط بينه حكم له.

هذا كله مع خروج المدعى به عن أيديهم.

قال المحقق: «و لو كان المدعى فى يد الأربعة، ففى يد كل واحد ربعها. فإذا أقام كل واحد منهم بينه بدعواه قال الشيخ: يقضى لكل واحد بالربع، لان له بينه و يدا» .

أى: بناء من الشيخ على تقديم بينه الداخلى على الخارج.

«و الوجه القضاء بينه الخارج على ما قرناه» فيما سبق.

و على المختار: «يسقط اعتبار بينه كل واحد بالنظر الى ما فى يده، و يكون ثمرتها فيما يدّعيه مما فى يد غيره، فيجمع بين كل ثلاثه على ما فى يد الرابع و ينتزعه لهم، و يقضى فيه بالقرعه و اليمين، و مع الامتناع بالقسمه، فيجمع بين مدعى الكل و النصف و الثلث على ما فى يد مدعى الثلثين، و ذلك ربع اثنين و سبعين»

لأننا نريد عددا لربعه ثلث و تسع و لتسع ربعه نصف، و الاثنان و السبعون كذلك «و هو» أى الربع ثمانيه عشر.

فمدعى الكل يدعيها أجمع، و مدعى النصف يدعى منها ستة، و مدعى الثلث يدعى اثنين.

و على هذا: «فتكون عشره منها لمدعى الكل لقيام البيئه بالجميع الذى تدخل فيه العشره، و يبقى ما يدعيه صاحب النصف و هو ستة يقرع بينه و بين مدعى الكل فيها و يحلف» أى من خرج اسمه و يأخذ، و ان امتنع حلف الآخر و أخذ «و مع الامتناع يقسم بينهما» نصفين كما عرفت.

«و ما يدعيه صاحب الثلث و هو اثنان يقرع عليه بين مدعى الكل و بينه، فمن خرج اسمه أحلف و أعطى، و لو امتنعا قسم بينهما» نصفين كما عرفت.

«ثم يجمع دعوى الثلاثه على ما فى يد مدعى النصف، فصاحب الثلثين يدعى عليه عشره» و ذلك لأنه يدعى الثلثين و هو ثمانيه و أربعون-من الاثنين و السبعين-و بيده ثمانيه عشر، فالباقي له ثلاثون، على كل من الثلاثه الآخرين عشره.

«و مدعى الثلث يدعى اثنين. و يبقى فى يده» أى فى يد مدعى النصف و هو الثمانيه عشر «سته لا يدعيها الا مدعى الجميع، فتكون» أى الستة «له» أى لمدعى الكل لقيام البيئه على الجميع الذى تدخل فيه «و يقارع الأخيرين» أى فى العشره و الاثنين «ثم يحلف» من يخرج اسمه و يأخذ و الا فالآخر «و ان امتنعوا أخذ نصف ما ادعياه» من كل واحد منهما، فيأخذ من العشره خمسه و من الاثنين واحدا.

«ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الثلث و هو ثمانيه عشر، فمدعى الثلثين يدعى منه عشره، و مدعى النصف يدعى ستة، و يبقى اثنان لمدعى الكل.

و يقارع على ما أفرد للآخرين، فان امتنعوا عن الايمان قسم ذلك بين مدعى الكل و بين كل واحد منهما بما ادعاه» .

«ثم تجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الكل» و هو ثمانيه عشر «فمدعى



الثلثين يدعى عشره و مدعى النصف يدعى ستة و مدعى الثلث يدعى اثنين، فتخلص يده عما كان فيها» لان ذلك تمام ثمانيه عشر.

«فيكمل لمدعى الكل ستة و ثلاثون من أصل اثنين و سبعين» و ذلك أربعة عشر مما فى يد مدعى الثلثين و اثنا عشر مما فى يد مدعى النصف و عشره مما فى يد مدعى الثلث.

«و لمدعى الثلثين عشرون» و ذلك خمسہ مما فى يد مدعى النصف و خمسہ أخرى مما فى يد مدعى الثلث، و عشره مما فى يد مدعى الكل.

«و لمدعى النصف اثنا عشر» و ذلك ثلاثه مما فى يد مدعى الثلثين و ثلاثه أخرى مما فى يد مدعى الثلث، و ستة مما فى يد مدعى الكل.

«و لمدعى الثلث أربعة» . و ذلك اثنان مما فى يد مدعى الكل، و اثنان مما فى أيدي الباقيين.

«هذا ان امتنع صاحب القرعه عن اليمين و منازعه» و الا كان الحاصل غير ذلك.

هذا ان أقام كل منهم بينه.

و لو أقام أحدهم خاصه بينه حكم له كما هو ظاهر.

(حكم تداعى الزوجين متاع البيت)

قال المحقق قدس سره: «إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البيئه. و ان لم تكن بينه فيد كل واحد منهما على نصفه. قال فى المبسوط:

يحلف كل منهما لصاحبه. و قال فى الخلاف: ما يصلح للرجال للرجال و ما يصلح للنساء للمرأة و ما يصلح لهما يقسم بينهما و فى روايه انه للمرأة. و ما ذكره فى الخلاف أشهر فى الروايات و أظهر فى الأصحاب» .

أقول: إذا تداعى الزوجان متاع البيت بأن ادعى كل منهما ملكيه المتاع الموجود فى بيتهما، فاما تكون بينه و اما لا تكون، فان كانت قضى بالمتاع لمن قامت له البيئه سواء كان الرجل أو المرأة بلا خلاف كما فى الجواهر عن الرياض.

و ان لم تكن بينه قيد كل واحد من الزوجين تكون على نصف المتاع الذى فى يدهما، لكن كلا منهما يدعى النصف الآخر فما هو الحكم؟ فى المسأله ثلاثه أقوال أو أربعة، و منشأ تعدد الأقوال و الخلاف بين الأصحاب هو اختلاف أخبار المسأله، و الأقوال ثلاثه منها للشيخ:

فالأول: انه يحلف كل منهما للآخر، كغير المتاع من الأشياء حيث يتداعى فيه اثنان أو أكثر مع كون الشىء فى أيديهما «سواء كان مما يختص بالرجال

أو النساء أو يصلح لهما، و سواء كانت الدار لهما أو لأحدهما، و سواء كانت الزوجيه باقيه أو زائله، و يستوى فى ذلك تنازع الزوجين و الوارث» و هذا ما قاله الشيخ فى المبسوط و تبعه العلامة فى القواعد، و فخر المحققين فى الإيضاح كما فى الجواهر، و قد أشرنا إلى دليله.

و الثانى: ان ما يصلح للرجال للرجال و ما يصلح للنساء للمراه و ما يصلح لهما يقسم بينهما. و هذا ما قاله الشيخ فى الخلاف و تبعه العلامة فى التحرير، و الشهيد فى الدروس، بل فى المسالك نسبتبه إلى الأكثر، بل عن الخلاف و السرائر الإجماع عليه. و يدل عليه- مع الإجماع المذكور- عده اخبار عمدتها صحيح النخاس الآتى.

و الثالث: ان المتاع كله للمراه «لأنها تأتي بالمتاع من أهلها» و هذا ما أفتى به الشيخ فى الاستبصار كما فى الجواهر، و يدل عليه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الآتى.

فهذه ثلاثه أقوال، و قد اختار المحقق هنا و فى النافع القول الثانى منها، و نسبه فى نكت النهايه إلى المشهور، و عن العلامة فى المختلف الرجوع فى المسأله إلى العرف و العاده حيث قال: «و المعتمد أن نقول انه ان كان هناك قضاء عرفى يرجع اليه و يحكم به بعد اليمين، و الا كان الحكم فيه كما فى غيره من الدعاوى.

لنا: ان عاده الشرع فى باب الدعاوى بعد الاعتبار و النظر راجعه الى ما ذكرنا، و لهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الأصل، و بان المتشبه اولى من الخارج، لقضاء العاده بملكه ما فى يد الإنسان غالباً، و حكم بإيجاب البيئه على من يدعى خلاف الظاهر و الرجوع الى من يدعى الظاهر، و اما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لأحدهما فتساويا فيها.

و اعلم ان ما رواه الشيخ من الأحاديث يعطى ما فصلناه نحن أولا. و يدل عليه حكمه عليه السلام بأن العادة قاضيه بأن المرأه تأتي بالجهاز من بيتها فحكم لها به، و ان العادة قاضيه بأن ما يصلح للرجال خاصة فإنه يكون من مقتضياته دون مقتضيات المرأه، و كذا ما يصلح للمرأه خاصة يكون من مقتضياتها دون مقتضيات الرجل، و المشترك يكون للمرأه قضاء لحق العاده الشائعه. و لو فرض خلاف هذه العاده فى وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم يحكم لها» .

و هذا الذى ذكره العلامة جعله فى المسالك قولاً رابعاً فى المسأله، لكن صاحب الجواهر أرجعه إلى القول الثانى، فقال بعد ان أورد عبارته المختلف: «ان مبناه أولاً و آخرها الرجحان الناشئ من العاده و لو لكون الشئ لا يصلح إلا لأحدهما فإن العاده قاضيه بذلك، فمرجع كلام المشهور حينئذ الى ذلك، خصوصاً بعد تصريح ابن إدريس الذى قد عرفت دعواه الإجماع على ذلك فيما حكى عنه بذلك» و فى الجواهر عن التنقيح انه بعد ان اختار القول الأول قال: «لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح، و لان الحكم بما يصلح له لو كان حقاً لزم الحكم بمال شخص معين لغيره لكونه صالحاً لذلك الغير و هو باطل. بيان اللزوم: انه جاز ان يموت للمرأه أب أو أخ فترث منه عمامة و طياله و دروعا و سلاحا، و تموت للرجل أم أو أخت فيرث منها حلياً و مقانع و قمصاً مطرزه بالذهب، و يكون ذلك تحت أيديهما، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الإنسان لغيره.

لا- يقال: قال النبى صلى الله عليه و آله: نحن نحكم بالظاهر و الله أعلم بالسرائر. و ما ذكرنا هو الظاهر. لأننا نقول: نمنع ان ذلك هو الظاهر، لان الظاهر راجح غير مانع من النقيض، و مع ما ذكرنا من الاحتمال لا رجحان.

و اما ما ذكره العلامة من العرف فممنوع، لانه لو كان قاعده شرعيه لزم الحكم بذلك فى غير الزوجين لو حصل التداعى بين رجل و امرأه فى متاع هذا شأنه، و هو باطل» .

أقول: اما منعه كون الظاهر ذلك فممنوع، و كذا منعه ما ذكره العلامة،

و الالتزام بما ذكره من اللازم غير بعيد.

و اما إشكال الجواهر على قول العلامة بأن «كلامه عند التأمل فى غاية البعد، إذ حاصله استفادة الحكم الشرعى من الحكم العادى، و هو واضح الفساد، ضروره عدم مدخله للعاده فى الأحكام الشرعيه. و بالجملة: كلامه لا يرجع الى حاصل ينطبق على القواعد الشرعيه الموافقه لأصول الإماميه و ان مال إليه جماعه ممن تأخر عنه» .

ففيه: انه ان كان مراد العلامة كون السيره العقلائيه على ذلك و انها حجه مع عدم الردع، فيجوز الرجوع إليها و التعويل عليها فالإشكال غير وارد، بل قوله عليه السلام «قد علم من بين لابتيها» يقتضى الإمضاء، فما المانع من أن يكون المتعارف هنا حجه؟ و أما اخبار المسأله فقد عرفت أن عمدتها صحيح النخاس الدال على القول الثانى، و هو عن الصادق عليه السلام انه قال «إذا طلق الرجل امرأته و فى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، و ما يكون للرجال و النساء يقسم بينهما. قال: و إذا طلق الرجل المرأه فادعت ان المتاع لها، و ادعى الرجل ان المتاع له كان له، ما للرجال و لها ما للنساء» (١).

و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الدال على القول الثالث، قال: «سألنى أبو عبد الله عليه السلام كيف قضى ابن أبى ليلى؟ قلت: قد قضى فى مسأله واحده بأربعة وجوه، فى التى يتوفى عنها زوجها فيجىء اهله و أهلها فى متاع البيت، فقضى فيه

بقول إبراهيم النخعي: ما كان من متاع الرجل فللرجل، و ما كان من متاع النساء فللمرأة و ما كان من متاع يكون للرجل و المرأة قسمه بينهما نصفين.

ثم ترك هذا القول فقال: المرأة بمنزله الضيف في منزل الرجل، لو أن رجلا- أضاف رجلا- فادعى متاع بيته كلف البيته، و كذلك المرأة تكلف البيته، و الا فالمتاع للرجل. و رجع الى قول آخر فقال: القضاء ان المتاع للمرأة الا أن يقيم الرجل البيته على ما أحدث في بيته، ثم ترك هذا القول و رجع الى قول إبراهيم الأول.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: القضاء الأخير و ان كان رجوع عنه، المتاع متاع المرأة الا أن يقيم الرجل البيته، قد علم من بين لابتها-يعنى: بين جبلى منى- ان المرأة تزف الى بيت زوجها بمتاع- و نحن يومئذ بمنى-» (1).

و وجه الجمع بينهما: ان دعوى الرجل ملكيه ما يصلح للرجل تحتاج إلى إثبات، لان المتاع الذى أتى المرأة به اما ملك لها و اما باق على ملك أبيها، فلو ادعى التمليك له بهبه أو نحوها كان عليه الإثبات.

و لا يمكن تقييد ملكيه المرأة أو أبيها بغير ما يصلح للرجل، لكن العكس صحيح بأن نقول: كل ما يصلح للرجال فللرجل، إلا إذا كانت المرأة قد جاءت به من بيت أهلها.

و أما قوله عليه السلام فى ذيل خبر النخاس: «و من استولى على شىء فهو له» فيمكن ان يكون المراد منه نفس المراد من صدره، أو يراد منه أمر آخر، و هو أنه لو كان بعض المتاع بيد أحدهما خاصة فهو له، فيكون حاصل الجمع: ان ما كان تحت يد أحدهما الخاصه دون اليد البيتيه فهو له، ثم يقضى فى الباقي بكون ما يصلح للرجال للرجل و ما يصلح للمرأة فلها، و المشتركات تقسم، و الأقرب ظهوره فى هذا المعنى.

و هذا الذى ذكرناه فى الجمع بين الخبرين هو مقتضى العرف و العاده.

ص: ٢٤٩

و هذا هو الحكم سواء كان النزاع بين الزوجين أو بين ورثته أحدهما مع الآخر.

### حكم ما لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض المتاع:

قال المحقق: «و لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره، كلف البينه كغيره من الأسباب» .

أى: لعمومات البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه.

قال: «و فيه روايه بالفرق بين الأب و غيره ضعيفه» .

أقول: هى ضعيفه عند المحقق، و ذلك على احتمال فى الكافى و التهذيب، و هى فى الفقيه صحيحه جزما على ما قيل كما فى الجواهر.

و هى روايه جعفر بن عيسى قال: «كتبت الى ابى الحسن -يعنى: على بن محمد- المرأه تموت فيدعى أبوها انه كان أعارها بعض ما كان عندها من متاع و خدم، أتقبل دعواه بلا بينه أم لا تقبل دعواه بلا بينه؟ فكتب اليه عليه السلام: يجوز بلا بينه.

قال: و كتبت اليه ان ادعى زوج المرأه الميته أو أبو زوجها أو أم زوجها فى متاعها و خدمها مثل الذى ادعى أبوها من عاريه بعض المتاع و الخدم، أ يكون فى ذلك بمنزله الأب فى الدعوى؟ فكتب: لا» (١).

وقد أطنب ابن إدريس في ردها بوجوه، فقال ما نصه كما في الجواهر: «و لقد شاهدت جماعة من متفقيه أصحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلك، و أن أبا الميته لو ادعى كل المتاع و جميع المال كان قوله مقبولا بغير بينه، و هذا خطأ عظيم في هذا الأمر الجسيم، لأنهم ان كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه:

أحدها: انه لا يجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصلى أصحابنا على ما كررنا القول فيه و أطلقناه.

و الثاني: ان من يعمل بأخبار الآحاد لا يقول بذلك و لا يعمل به الا إذا سمعه من الراوى من لشارع.

و الثالث: ان الحديث ما فيه انه ادعى أبوها جميع متاعها و خدمها، و انما قال لبعض ما كان عندها، و لم يقل لجميع ما كان عندها.

ثم انه مخالف لأصول المذهب و لما عليه إجماع المسلمين ان المدعى لا يعطى بمجرد دعواه. ثم لم يورد هذا الحديث الا القليل من أصحابنا، و من أورده في كتابه لا- يورده إلا في باب النوادر، و شيخنا المفيد و سيدنا المرتضى لم يتعرضا له و لا أوردها في كتبهما، و كذلك غيرهما من محققى أصحابنا، و شيخنا أبو جعفر ما أورده في كتبه بل في كتابين منها فحسب، إيرادا لا اعتقادا، كما أورد أمثاله من غير اعتقاد لصحته.

ثم شيخنا أبو جعفر الطوسى رجع عنه و ضعفه في جواب المسائل الحائريات المشهوره عنه المعروفه. «قلت: لكن هذه الوجوه بعضها مبنى على مسلكه، و بعضها غير وارد، لانه خلاف الظاهر.



و كون الروايه مطابقه للقاعده الشرعيه غير بعيد، فإذا أعطى الأب شيئاً الى ابنته في تجهيزها و غيره، فادعت تملكه ذلك إياها، فأنكر الأب ذلك، كان القول قوله، لأن الأصل عدم انتقال الملك.

نعم لو انتقل ما كان بيدها الى ورثتها، و وقع النزاع بينهم و بين الأب، فقالوا: هذا لا منّا و هو لنا الان بالإرث، فقال الأب: هو لى و لم أملكها المال، كان الأب مدعياً و كان عليه إقامه البينه.

فعلى الوجه الأول تكون الروايه مطابقه للقاعده، و على الثانى مخالفه، و الظاهر هو الأول، لأنهم يقرون بإعطاء الأب المال لامهم.

## الكلام في دعوى الموارث

اشاره

و فيه مسائل

ص: ٢٥٣



لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على إسلام

أحدهما قبل الموت و اختلفا فى الآخر

قال المحقق قدس سره: «لو مات المسلم عن ابنين، فتصادقا على تقدّم إسلام أحدهما على موت الأب، و ادعى الآخر مثله فأنكر أخوه: فالقول قول المتفق على إسلامه مع يمينه أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه». .

أقول: لو مات المسلم عن ابنين مثلا، فتصادق الابنان على إسلام أحدهما فى حال حياه الأب، و ادعى الآخر نفس الدعوى لكى يشترك معه فى الإرث فأنكر أخوه ذلك، فالقول قول المتفق على إسلامه قبل موت الأب مع يمينه على عدم العلم بالنسبه إلى إسلام أخيه قبل موت الأب. كذا ذكره من تعرض لهذه المسأله كما فى الجواهر.

و فى المسأله ثلاث صور: (١) الجهل بتاريخ موت الأب و إسلام الابن المختلف فيه معا. (٢) أن يكون تأريخ موت الأب معلوما و تاريخ إسلام الابن المختلف فيه مجهولا (٣) أن يكون تأريخ إسلام الابن المختلف فيه معلوما و تاريخ موت الأب مجهولا.

أما الصورة الأولى: فلا ريب في إرث المتفق عليه دون الآخر، لأن إسلامه مسبق بالكفر و تأريخه مجهول، فيستصحب عدمه حتى موت الأب، و يكون أثر هذا الاستصحاب شرعا عدم استحقاق الولد الذي لم يثبت إسلامه عند موت الأب، و المفروض أن لا وارث غيره الا المتفق عليه فيستقل بالتركة بحسب أدله الإرث.

و لا يعارضه استصحاب عدم الموت حتى زمان الإسلام، لأن هذا الاستصحاب ليس بحجه، لأنه مثبت.

و أما في الصورة الثانية فكذلك، فإنه يجرى الاستصحاب، و يترتب عليه الأثر الشرعي المذكور.

و أشكال في الجواهر في الحكم المذكور المبتنى على الاستصحاب من جهتين، إحداهما: ان ظاهر الكون في دار الإسلام هو إسلام الابن، و هذا الظاهر مقدم على الأصل و هو الاستصحاب. و الثانية: بأن الإرث تقتضيه القرابة حسب الأدله في كتاب الإرث، و الكفر مانع عن الاستحقاق، فإذا وجد المقتضى -و هو هنا الولديه- و شك في المانع -و هو الكفر- أثر المقتضى أثره، فيستحق المختلف فيه الإرث كأخيه.

و في كلتا الجهتين نظر، أما الأولى: فإن كون الإسلام ظاهر من في دار الإسلام صحيح، لكنه يقتضى الحكم بإسلام من كان فيها مع الجهل بحاله، و أما من كان مسبقا بالكفر يقينا- كما في مفروض المسألة- فلا يقتضى كونه في دار الإسلام إسلامه، فلا ظاهر في مقابل الأصل في هذا المقام.

و أما الثانية: فإن قاعده المقتضى و المانع- بناء على تماميتها- تجرى في صورته عدم جريان استصحاب المانع، مثلا: إذا تم استصحاب الفسق لا يتحقق للأب و لايه عند الشك في ثبوتها، مع أن نفس الأبوه مقتضيه للولاية.

على أن أدله إرث الولد مخصصه بعدم كفره- سواء كان الكفر مانعا أو كان الإسلام شرطا- و مع الشك في إسلام الولد في حال موت الأب يكون التمسك

بأدله الإرث من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

فالحق ما ذهب اليه المشهور، و ان الاستصحاب يفيد الحكم بعدم الإرث، أى ان نفس عدم الإسلام كاف لعدمه.

قال المحقق: «و كذا لو كانا مملوكين فأعتقا و اتفقا على حريه أحدهما و اختلفا فى الآخر» .

أى ان ذلك نظير الصورتين المذكورتين، و الحكم نفس الحكم لجريان الاستصحاب كذلك.

و أما الصورة الثالثه فلا يجرى فيها الاستصحاب المذكور فى الصورتين السابقتين، و سيدكرها المحقق مستقلة فى المسأله الثانيه.

### **حكم ما لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلما و اختلفا فى الآخر:**

و لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلما و اختلفا فى الآخر، فقد جزم فى كشف اللثام بأن القول قول الآخر المختلف فيه، و احتمله الشهيد الثانى فى المسالك، لان ظاهر الدار تشهد له، و ليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا، لعدم الحاله السابقه، فالحكم هو اشتراكهما فى الإرث، لظاهر دار الإسلام.

و بما ذكرنا ظهر الفرق بين هذا الفرع، و بين الصورتين اللتين قلنا بجريان الاستصحاب فيهما، فقول صاحب الجواهر: «و من هنا لو اتفقا» لم يظهر وجهه.

كما لا يجوز التمسك لاستحقاقه بأدله الإرث، لأنه من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

### **حكم ما لو ادعى كل منهما انه لم يزل مسلما و أنكر الآخر:**

و لو ادعى كل من الابنين أنه لم يزل مسلما و أنكر الآخر فقال: بل أسلمت بعد موت الأب، فالحكم هو اشتراكهما فى الميراث، لان ظاهر دار الإسلام يشهد لكل واحد، و فى الاستدلال بعمومات الإرث هنا أيضا ما عرفت.

و فى كشف اللثام: «نعم ان كانت الدار دار كفر و كان إسلام المورث مسبوفا بكفره، احتمال ترجيح الظاهر على الأصل، فلا يرث المختلف فيه ما لم يعلم انتفاء المانع من إرثه بالبينه، و لو ادعى المختلف فيه علم الآخر بحاله كان له إحلافه على نفيه» .

و قد أشكل فيه صاحب الجواهر مشيرا الى ما ذكره سابقا من اقتضاء الولديه للإرث، و قد عرفت الاشكال فيه.

كما أن إيراده على قول كاشف اللثام: «و لو اتفقا على كفر كل منهما أو رقيته زمانا، و ادعى كل منهما سبق إسلامه أو حريته على الموت و أنكر الآخر، و لم تكن بينه، و لا ادعى أحدهما العلم على الآخر، أو ادعاه فحلف على العدم، لم يرث أحد منهما، لانه لا ارث ما لم يثبت انتفاء المانع، و لا مجال هنا للحلف، لان كلا منهما مدع لزوال المانع عن نفسه، و اما إنكاره ففى الحقيقة إنكار لعلمه بزوال المانع عن الآخر، و لا يفيد الحلف عليه، بل خصمهما فى الحقيقة هو الوارث المسلم، فان كان غير الامام عليه السلام حلف على عدم العلم بزوال المانع» غير وارد.

هذا كله مع عدم البينه.

و لو أقام أحد الابنين بينه فى الفروع المذكوره قضى له بها.

و لو أقام كل واحد منهما بينه (فى صورته اختلافهما بأنه لم يزل مسلما و صاحبه أسلم بعد موت الأب) كانت بينه المتفق عليه خارجه و بينه الآخر داخله، فتقدم بينه المتفق عليه على القول بتقدم بينه الخارج و هو الأقوى كما عرفت سابقا، و اما مع القول بحجيه كلتا البيئتين و تكافؤهما، و عدم تقديم بينه مدعى تقدم الإسلام لاشتمالها على التقدم الزمانى، و هو نقله إلى الإسلام فى الوقت السابق من جهه تناقض البيئتين، فالبيئتان متعارضتان، و الحكم هو القرعه كسائر موارد تعارض البيئات.

و فى المسالك: ربما احتمال ضعيفا تقديم بينه المتأخر، بناء على انه قد يغمى عليه فى التاريخ المتقدم فيظن الشاهدان. و هو ضعيف لانه قدح فى الشاهد.

(حكم ما لو اتفقا ان أحدهما أسلم فى شعبان و الآخر فى أول رمضان)

(و اختلفا فى تاريخ موت الأب)

قال المحقق: «لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان و الآخر فى غره رمضان ثم قال المتقدم: مات الأب قبل شهر رمضان، و قال المتأخر: مات بعد دخول رمضان. كان الأصل بقاء الحياه، و التركه بينهما نصفين» .

أقول: هذه هى الصوره الثالثه من صور المسأله الاولى، و هى صوره العلم بتاريخ الإسلام و الجهل بتاريخ موت الأب، فالذى أسلم فى شعبان يقول:

مات فى شعبان، و أنت أسلمت فى أول شهر رمضان، فلا تستحق للكفر، أو عدم الإسلام حين الموت، و الذى أسلم فى شهر رمضان يقول: مات بعد دخول شهر رمضان، فانا شريكك فى التركه لوجود الشرط و هو الإسلام أو عدم المانع عن استحقاق الإرث و هو الكفر.

و الحكم فى هذه المسأله هو اشتراك الأخوين فى التركه بالتنصيف، قال فى الجواهر: بلا خلاف و لا اشكال.

و دليل هذا الحكم عند المحقق هو الاستصحاب، حيث قال: «الأصل بقاء



الحياه» .

و قد عرفت ما فيه فإنه، أصل مثبت.

و عند صاحب الجواهر هو عمومات الإرث بعد عدم ثبوت المانع فالمقتضى حينئذ بحاله. و فيه ما عرفت من أنه من التمسك بالعام في الشبهه المصدقيه، لأن موضوع العمومات هو الولد المسلم في حال موت الأب.

فالدليل هو ظاهر دار الإسلام فتأمل (١).

ص: ٢٦٠

(حكم ما لو كانت دار فى يد انسان و ادعى آخر انها له و لأخيه إرثا)

قال المحقق قده: «دار فى يد انسان و ادعى آخر انها له و لأخيه الغائب إرثا عن أبيهما و أقام بينه. فان كانت كامله و شهدت أنه لا وارث سواهما سلم اليه النصف، و كان الباقي فى يد من كانت الدار فى يده. و فى الخلاف: و تجعل فى يد أمين حتى يعود، و لا يلزم القابض للنصف اقامه ضميين بما قبض». .

أقول: فى هذه المسأله فروع:

الأول: ان هذه الدعوى تسمع من هذا الشخص و يقضى له بالبينه الكامله -أى الواجده للشرائط على ما سيأتى-التي أقامها و يسلم اليه نصف الدار.

و هذا الحكم لا اشكال فيه و لا خلاف كما فى الجواهر.

الثانى: و حيث أريد التنصيف للدار فمن يكون القاسم؟ قال فى الجواهر: و القاسم الحاكم أو أمينه أو من فى يده الدار.

أقول: أما الحاكم فلا كلام فى نفوذ تقسيمه لأنه ولى الغائب، و أما أمينه فكذلك، لانه يقوم مقام الحاكم بأمره، و أما من فى يده الدار فالمفروض إنكاره لحق المدعى، و بذلك يسقط عن الأمانه فى نظر المدعى فى الأقل، و القاسم يشترط أن يكون عادلا أميناً كما تقدم فى محله، فكيف يكون هذا الإنسان قاسما فى هذا المقام؟ .

الثالث: و إذا سلم نصف الدار الى المدعى فما هو حكم النصف الآخر الذى يدعى كونه للأخ الغائب؟ فيه قولان:

أحدهما: أن يكون الباقي فى يد من كانت الدار فى يده حتى مجيء الغائب.

و هو رأى الشيخ فى المبسوط و عليه الشهيد الثانى فى المسالك.

و الآخر: أن ينتزع الباقي منه و يجعل فى يد أمين حتى حضور الغائب.

و هو رأى الشيخ فى الخلاف و هو الأقوى عند صاحب الجواهر.

وجه الأول هو: ان البيئه حجه بعد دعوى صاحب المال، و حيث أن الغائب غير موجود حتى يدعى، فبيئه أخيه لا تثبت ملكيه الغائب للنصف الآخر، فيبقى بيد من كانت الدار فى يده كما كان.

و وجه الثانى هو: أن البيئه حجه، و لا- يتوقف استيفاء الحق على حكم الحاكم المتوقف على حضور المدعى و دعواه، و عليه فترفع يد ذلك الإنسان عن الباقي.

و قد قدّمنا فى محله بيان هذين القولين و أن الأقوى هو الثانى.

و قد يجعل منشأ الاختلاف صلاحيه قيام أحد الوراث مقام الميت فى إثبات الحق أو الملك، و عدمها بل يكون حق الدعوى لمجموع الورثه، فلو ادعى أحدهم و أقام البيئه ثبت حقه دون غيره؟ فالعلامه فى المختلف و كاشف اللثام على الأول، و الشهيد الثانى فى المسالك على الثانى.

و الظاهر هو الأول، لأن هذا الأخ الحاضر يدعى الإرث و يريد إثباته، فإذا أقام بينه و أثبته فقد ثبت حقه و حق الغائب، و المفروض ان الغائب إذا حضر لا يطالب بأكثر من الإرث الذى يستحقه.

الرابع: انه لو أبقي النصف بيد من كانت الدار فى يده فهل يضمن أولاً؟ قال المحقق: لا. للأصل و غيره بعد ثبوت الانحصار بالبيئه، و لا يخفى أن هذا مبنى على صحه التضمنين بالنسبه إلى الأعيان كالديون.

قال المحقق: «و نعى بالكامله ذات المعرفه المتقادمه و الخبره الباطنه» .

أقول: قد اختلفت عبارات الأصحاب فى معنى البيه الكامله هاهنا، فى المسالك» ان مقتضى عباره المصنف و الأكثر أن المراد بها ذات الخبره و المعرفه بأحوال الميت، سواء شهدت بأنها لا- تعلم وارثا غيرهما أم لا، و حينئذ تنقسم الى ما يثبت بها حق المدعى بأن تشهد بنفى وارث غيره، و الى غيره و هى التى لا تشهد بذلك» و قد اختار صاحب المسالك هذا المعنى. و ذكر أن الشهاده هى أن يشهد العدلان بعدم وجود وارث آخر فيما يعلمان» قال: «و لا يجب القطع بل لا يصح، و لا تبطل به شهادتهم» .

و تبعه فى ذلك كله كاشف اللثام فى تفسير عباره القواعد التى هى مثل عباره المتن.

و فى الجواهر: «الظاهر الاكتفاء فى ثبوت الوصفين بشهادتهما بذلك بعد ثبوت عدالتهما، بل الظاهر كون المراد بكمالها أنها تشهد بالنفى، و حينئذ فعدم شهادتها بذلك هو عدم كمالها، فقول المصنف: (و لو لم تكن البيه كامله و شهدت انها لا تعلم وارثا غيرهما) بمنزله التفسير لها كقوله أولا: (و شهدت) الى آخره» .

و اعترض على الشهيد الثانى و كاشف اللثام قائلا: «و ما أدرى ما الذى دعاهما الى ذلك؟! مع أن حمل العبارة على اراده التفسير أولى كما هو صريح الإرشاد، قال: و لو ادعى ما فى يد الغير أنه له و لأخيه الغائب بالإرث، و أقام بينه كامله، بأن شهدت بنفى وارث غيرهما سلم اليه النصف» و لا- ينافى ذلك قوله فى المتن «و نعى» الى آخره المحمول على اراده بيان أن الشهاده بالنفى على وجه القطع لا تكون غالبا الا من ذى الخبره الباطنه.

و دعوى المفروغيه من الاجتزاء بشهاده ذى الخبره بنفى العلم محل منع و ان جزم به فى الدروس. كدعوى المفروغيه من عدم قبول شهاده غير ذى الخبره

بالنفي على وجه القطع، بل هو في الحقيقة قدح في الشاهد العدل.

فالتحقيق حينئذ الاكتفاء بالشهادة بالنفي من العدل مطلقا، وعدم الاكتفاء بها إذا كانت بنفي العلم كذلك، إلا إذا أريد من عدم العلم النفي فيما يعلم، فإنها شهادة بالنفي حينئذ، كما هو ظاهر كلامهم خصوصا الدروس. وبهذا المعنى يمكن الفرق بين ذات الخبره وغيرها. لكن قد يقال: ان الشهاده بالنفي المزبور أيضا لا تكون الا من ذى الخبره أو شبهه.

أقول: انه يعتبر في هذه الشهاده ثلاثه أمور أحدها: أن يشهدا بكون الدار ملكا للميت، و الثاني: أن يشهدا بكون الأخوين وارثين، و الثالث: أن يشهدا بعدم وجود وارث غيرهما.

لكن الأصحاب لم يتعرضوا الى اعتبار الأمر الأول، و اختلفوا في الثالث و أنه هل يشترط أن تكون الشهاده بالنفي على وجه القطع أولا؟ و ظاهر عباره المحقق «قده» هو ما ذكره ثاني الشهيدين، و حملها على ما في الجواهر خلاف ظاهرها.

نعم لا مانع من القول بالاكتفاء بالاستصحاب بالشهادة بالنفي، لخبر معاويه قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنه و يدع فيها عياله ثم يأتيها هلاكه، و نحن لا ندرى ما أحدث في داره، و لا ندرى ما أحدث له من الولد، إلا انا لا نعلم أنه أحدث في داره شيئا و لا حدث له ولد و لا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهدا عدل ان هذه الدار دار فلان بن فلان مات و تركها ميراثا بين فلان و فلان أو نشهد على هذا؟ قال: نعم» (1)

### حكم ما لو لم تكن البيئه كامله

قال المحقق: «و لو لم تكن البيئه كامله و شهدت انها لا- تعلم وارثا غيرهما أرجئ التسليم حتى يبيح الحاكم عن الوارث مستقصيا بحيث لو كان وارث لظهر»

ص: ٢٤٤

أقول: ان كانت البيئه كامله دفعت الدار إلى ذى الحق، و لو لم تكن كامله ارجىء تسليم الدار حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصيا بحيث لو كان لبان، و لا يرجع الى أصله عدم الوارث، لان هذا الأصل لا يفيد انحصار الوارث بالحاضر فى الظاهر، قال فى الجواهر: «على أن قاعده الضرر الحاصل بضمنان من فى يده المال لو ظهر بعد ذلك معارضه له، فأصل البراءه من وجوب الدفع الى هذا الحاضر الذى لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله» .

قال المحقق: «و حينئذ يسلم الى الحاضر نصيبه و يضمه استظهارا» .

أقول: ان الغرض من تضمين الحاضر هو الاستظهار و الاطمئنان ببقاء حق الوارث المحتمل و إمكان دفعه اليه لو ظهر، و على هذا فلا موضوعيه للتضمين، فلو كان الوارث الحاضر موثقا و كان ملثيا فلا حاجه الى التضمين.

و ليس المراد من ارجاء التسليم عدم جوازه، حتى يستشكل بأن الأصل عدم الوارث، بل المراد عدم وجوبه لئلا يتضرر ذو اليد لو ظهر الوارث، و على هذا فلو شاء ان يسلم الى الحاضر كان له ذلك، نعم إذا كان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم يجز له الدفع الا مع التضمين أو الوثوق.

و قد يناقش بأن المفروض سقوط ذى اليد عن الأمانه بإنكاره دعوى الوارث الحاضر، فلو لم تسلم الدار الى الحاضر بالبينه و الأصل وجب عليه تسليمها الى الحاكم، فلا وجه لإبقائها فى يده على كل حال.

على أن جواز تسليمه الدار الى الحاضر- كما فى الجواهر- يعنى قيام الحججه الشرعيه على مالكيته، فسواء أريد من إبقائها دفع الضرر عن ذى اليد أو عن الوارث المحتمل يجب انتزاع الدار من يده، و اما إذا لم تتم الحججه للوارث الحاضر فلا يجوز تسليم شىء إليه حتى مع التضمين.

هذا كله إذا لم يكن الوارث الحاضر ذا فرض. و أما إذا كان ذا فرض لا ينقص عن فرضه على كل تقدير، كالزوجه مع الابن، فان لها الثمن سواء كان للابن

المذكور أخ أو وارث آخر أولا-فلا إشكال في وجوب دفع نصيبه تاما اليه.

قال المحقق: «و لو كان ذا فرض أعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاما، و على التقدير الثاني يعطيه اليقين ان كان وارث، فيعطى الزوج الربع» أى: لاحتمال وجود ولد منها «و الزوجه ربع الثمن» أى: لاحتمال وجود زوجات له ثلاثه، و يكون الإعطاء «معجلا من غير تضمين و بعد البحث يتم الحصه مع الضمين» .

### حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره:

قال: «و ان كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ، فإن أقام البيئه الكامله أعطى المال. و ان أقام بينه غير كامله أعطى بعد البحث و الاستظهار بالضمين» .

أقول: ان كان الوارث ممن يحجبه غيره عن الإرث كالأخ المحجوب بالأبوين و الأولاد فلا يعطى شيئا، لعدم العلم بكونه وارثا، فان ادعى ذلك فإن أقام البيئه الكامله أعطى المال كله. و ان أقام بينه ناقصه أعطى بعد البحث عن الحاجب مع الاستظهار بالضمين.

هذا و فى المسالك تبعا للدروس: «و لو صدق المتشبه المدعى على عدم وارث غيره فلا عبره به ان كان المدعى به عينا، لأنه إقرار فى حق الغير، و ان كان دينا أمر بالتسليم، لأنه إقرار فى حق نفسه، لانه لا- يتعين للغائب على تقدير ظهوره الا بقبضه أو قبض وكيله. و قد تقدم البحث فى نظيره من دعوى وكالة الغائب فى الأمرين» .

و قد وافقهما على ذلك كاشف اللثام قال: «و حكم الدين حكم العين فى جميع ذلك، إلا فى وجوب انتزاع حصه الغائب فقد يقال بالعدم. و الفرق بأن الأحوط هنا العدم، لانه لا يتلف ما لم ينتزع لتعلقه بالذمه، و بأن العين شىء واحد شهدت به البيئه، و الدين حقوق متفرقه بعدد مستحقه. و يفارقها أيضا فى أنه لا يكفى فى العين تصديق صاحب اليد فى الانحصار و يكفى فى الدين، فإذا صدقه أعطى نصيبه كاملا من غير بحث، أخذا بإقراره» .

قلت: قد ذكرنا سابقا فى مسأله ما لو تنازع اثنان فى عين بيد ثالث فصدق الثالث أحدهما: أن المصدق يكون حينئذ ذائد على العين و يكون الآخر مدعيا له، و الأمر فيما نحن فيه كذلك، بل هو اولى لكون الوارث الآخر محتمل الوجود لا مقطوعه، فتسلم العين الى هذا المصدق، فان حضر الوارث المحتمل و اقام اليينه بحصته أخذ و الا فلا.

و أما على ما ذكروا فان الفرق المذكور بين العين و الدين صحيح، و اشكال صاحب الجواهر غير وارد.

ص: ٢٤٧



(حكم ما إذا ماتت امرأه و ابنها و تنازع زوجها و أخوها فى تاريخ موتهما)

قال المحقق قدس سره: «إذا ماتت امرأه و ابنها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم المرأه، فالميراث لى و للزوج نصفان، و قال الزوج: بل ماتت المرأه ثم الولد فالمال لى، قضى لمن تشهد له البيئه» .

أقول: إذا ماتت امرأه و ابنها و لم يعلم سبق أحدهما و لا الاقتران، و وقع النزاع بين زوجها و أخيها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم ماتت المرأه، فالميراث الحاصل من تركه المرأه بما فيه إرثها من الولد لى و للزوج، لكل نصف. و قال الزوج بل ماتت المرأه أولاً، فإرثها لى و لولدها ثم مات الولد من بعدها فالمال كله لى، ففى المسأله صور:

الاولى: ان يكون لأحدهما خاصه بينه على ما يدعيه، و لا اشكال و لا خلاف كما فى الجواهر فى انه يقضى لصاحب البيئه.

الثانيه: ان يكون لكليهما بينه، و حينئذ إذا تكافئتا سقطتا بالتعارض، و الحكم هو الرجوع الى القرعه، فمن خرج اسمه حلف و أخذ و الا احلف الآخر، و ان امتنعا قسم المدعى به بينهما نصفين.

أى: انه ان كان الولد قد مات قبل امه فيستحق الأخ نصف تركه المرأه، و ان كان قد مات بعدها فلا يستحق شيئاً، فمورد النزاع نصف تركه المرأه، فإذا وقعت

القرعه و امتنعا عن اليمين قسم النصف بينهما نصفين، فيكون للأخ الربع و للزوج ثلثه أرباع.

و الثالثه: ان لا يكون لأحدهما بينه.

قال المحقق: «و مع عدمها لا يقضى بإحدى الدعويين، لانه لا ميراث الا مع تحقق الحياه، فلا ترث الام من الولد و لا الابن من أمه، و يكون تركه الابن لأبيه و تركه الزوجه بين الأخ و الزوج» .

فظهر ان الحكم فى هذه الصوره كون تركه الابن كلها لأبيه بعد يمين الأب أنه ما مات قبل أمه، و تكون تركه الزوجه بين الأخ و الزوج-بعد يمين الأخ أنها ما ماتت قبل ولدها-لكل منهما نصف، إذ ليس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما فى الصوره الثانيه حيث أقام كلاهما البيئه، لأن اليمين تنفى وارثيه الميت من قبل، و ليس لازم هذا النفي-و هو الموت من بعد-أثرا شرعيا، بخلاف البيئه هناك فان لازمها حجه، و هذا هو سر الفرق بين الصورتين.

هذا كله مع الجهل بتاريخ موتهما.

و لو كان تاريخ موت أحدهما متفقا عليه بينهما كأن يكون موت الابن فى يوم الجمعة فيستصحب حياه الأم حتى يوم السبت فترث الابن و تموت، فهما فى تركتها شريكان بالتنصيف، و ان كان العكس يستصحب حياه الابن فيرث أمه، فإذا مات كان جميع التركة للأب.

و لو علم إجمالا بتقدم تاريخ موت أحدهما على موت الآخر، فلا يحلفان حتى ينفى التوارث، بل يقرع لأجل تعيين الوارث.

## (المسأله الخامسه)

(حكم ما لو تنازع وارث الميت و زوجته حول شىء من التركه)

قال المحقق: «لو قال: هذه الأمه ميراث أبى، و قالت الزوجه: هذه أصدقنى إياها أبوك، ثم أقام كل منهما بينه قضى بينه المرأه لأنها تشهد بما يمكن خفاؤها على الأخرى» .

أقول: لو وقع النزاع بين الوارث و زوجته فى شىء من التركه، فقال الوارث هذا ميراث أبى فهو لى، و قالت الزوجه: هذا أصدقنى إياه أبوك ففى المسأله صور.

الاولى: ان لا يكون للزوجه المدعيه بينه، فان القول قول الوارث يمينه لأن الأصل عدم الاصداق.

و الثانیه: ان تقيم الزوجه بينه. فلا كلام فى انه يقضى لها.

و الثالثه: ان يقيم كل منهما بينه فهنا أيضا يقضى للزوجه بتقديم بينتها، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على بينه الوارث.

و كذا لو كانت العين فى يد أجنبى لا يدعيها.

و لو وقع التعارض بين البنتين كأن تدعى الزوجه الاصداق فى يوم الجمع فتشهد بينتها بذلك ثم تشهد بينه الوارث بموت المورث فى يوم الخميس، فقد يقال بترجيح بينه الوارث، لكونه ذا اليد و كون مدعاه أسبق زمانا، و مع عدم المرجح فالحكم هو القرعه أو التنصيف بدونها.

الكلام في:الاختلاف في الولد

اشاره

ص:٢٧١



لا ريب في عدم لحوق الولد بأبين فصاعدا عندنا و ان كانا قد واقعا في طهر واحد، للاخبار و الإجماع. خلافا للمحكي عن أبي حنيفة من الإلحاق بهما مع الاشتباه، بل عن بعضهم الإلحاق بثلاثه، بل عن المتأخرين منهم جواز الإلحاق بألف أب على قول أبي حنيفة، بل عنه أيضا الإلحاق بأمين إذا تنازعتا و اشتبه الأمر، بل قد يأتي بناء على ما تقدم ذكره عن متأخريهم جواز إلحاق الولد بألف أم.

و لعل هؤلاء قالوا بذلك على أساس القياس عندهم، فقاوسوا هذا المورد بمسأله شركه الأبوين في الأولاد، فإن الولد يتكون من ماء الرجل و المرأة معا حيث قال تعالى «يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَ التَّرَائِبِ» (١) و لذا يرث الولد أبويه، فكما يكونان شريكين في الولد لتولده منهما كذلك يكون الولد ملحقا بالأبوين فصاعدا لتولده منهما.

لكنه-مع ابتناؤه على القياس الباطل-فاسد من جهه أنه إذا انعقدت النطفه من الرجل و المرأة فقد تم الأمر، و في بعض الروايات دلالة على ذلك، فلو واقع هذا الرجل أو غيره تلك المرأة لم يكن للماء الجديد أى علاقه بما كان من الماء الأول و لكل موضع غير موضع الآخر.

ثم ان الرجوع الى القائف واضح الفساد كذلك، فإنه لا عبره بالقيافه عندنا، و لا تكون ملاكا للإلحاق، و ان تحققت المشابهه بين الولد و أحد الرجلين غالبا،

ص: ٢٧٣

فان الشارع قد أسقط هذه الغلبه عن الاعتبار، على أنه قد لا يشبه الابن أباه الحقيقي في الأوصاف.

و بعد هذا كله نقول: ان عمده الأدله في الاختلاف في الولد هو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «الولد للفراش و للعاهر الحجر»  
(١)فقيل معناه: الولد لمالك الفراش، و في المصباح المنير: «و قوله عليه الصلاه و السلام: الولد للفراش أى للزوج، فان كل واحد من الزوجين يسمى فراشا للآخر كما سمي كل واحد منهما لباسا للآخر» .

و كيف كان فان الحديث لا يعم النكاح الفاسد. و قال السيد في العروه بأن المراد هو الفراش الفعلى سواء أمكن إلحاقه بالفراش السابق أولا. و عن القواعد: انه لو كان زوجا في نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففى انقطاع إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهرا و انتفائه حقيقه.

### صور الاختلاف في الولد

#### اشاره

هذا و فى المسأله صور:

#### الصوره الأولى:

إذا لم يكن فى البين فراش أصلا، بل وطئ اثنان امرأه عن سفاح لم يلحق الولد بأحدهما. و أثر ذلك عدم التوارث فقط، و أما الآثار الأخرى كالنظر و النكاح ان كان الولد بنتا فإنه يجوز لكل منهما نكاحها، و يحرم عليه النظر إليها للأصل. أما هى فلا يجوز لها ذلك مع أحدهما لعلمها إجمالا بكونها لأحدهما.

و بالجمله ان وطئها عن زنا لم يلحق الولد بأحدهما شرعا، نعم لا يبعد الرجوع الى القرعه لتعيين من هو له منهما لأجل ترتب الآثار من النفقه و نحوها، اللهم الا أن يقال بعدم ترتب شىء من الآثار مطلقا. لكن لا تعرض هنا ظاهرا فى الاخبار و الفتاوى إلى القرعه.

#### و الصوره الثانيه:

ان تحقق الوطء من الرجلين بشبهه و فى طهر واحد كان

ص: ٢٧٤

المرجع القرعه، لإمكان كون الولد من كل منهما، فمن خرج اسمه ألحق به.

### و الصورة الثالثه:

أن يعقد كل منهما عقدا فاسدا. و المرجع هنا أيضا القرعه.

### و الصورة الرابعه:

أن يطاء اثنان امرأه و هى زوجه لأحدهما و مشبهه على الآخر، و الحكم عند الأصحاب هو الرجوع الى القرعه.

و قد ذكر المحقق حكم الصور الثلاث الأخيره بقوله:

«إذا وطئ اثنان امرأه وطاء يلحق به النسب اما بأن تكون زوجه لأحدهما و مشبهه على الآخر، أو مشبهه عليهما، أو يعقد كل منهما عليها عقدا فاسدا ثم تأتي بولد لسته أشهر فصاعدا ما لم يتجاوز أقصى الحمل فحينئذ يقرع بينهما» .

فان قيل: مقتضى الحديث الشريف: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» هو إلحاق الولد فى الصورة الرابعه بالزوج، لانه صاحب الفراش و ان كان «للعاهر الحجر» لا ينطبق على الواطئ هنا، لعدم تحقق الموضوع و هو الزنا فى هذه الصورة، و بالجمله يجرى هذا الحديث فى صورته وجود فراش-زوجا كان أو مولى-سواء كان الوطاء الآخر عن زنا أو شبهه، و لا يتحقق لأحد هذين فراش حتى يكون وطاءه وطاء يلحق به النسب، حتى يقع التعارض و يشكل الأمر فيرجع الى القرعه.

بل لقد تمسك الامام عليه السلام بالحديث حيث لا يوجد فيه الزنا و لا شبهه، ففى خبر الصيقل: «عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها. قال:

بئس ما صنع يستغفر الله و لا يعود.

قلت: فان باعها من آخر و لم يستبرئ رحمها ثم باع الثانى من رجل آخر فوقع عليها و لم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث. فقال أبو عبد الله عليه السلام الولد للفراش و للعاهر الحجر» (١).

اذن لا ينحصر مجرى الحديث بمورد وجود الزنا أو الوطئ بشبهه فالرجوع



إلى القرعه لما ذا؟ قلت: ان الواطئ بشبهه ليس بصاحب فراش-خلافًا لصاحب الجواهر- لكن دليل القول بالقرعه فى هذه الصورة هو الإجماع.

قال المحقق: «سواء كان الواطئ مسلمين أو كافرين، أو عبيدين أو حرين، أو مختلفين فى الإسلام و الكفر و الحرية و الرق، أو أبا و ابنه» .

أقول: قال فى الجواهر: بلا خلاف معتد به أجده بيننا فى ذلك بل الظاهر الإجماع عليه، بل ادعاه بعض صريحا.

و يدل عليه صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «إذا وقع المسلم و اليهودى و النصرانى على المرأه فى طهر واحد أقرع بينهم، فكان الولد للذى تصيبه القرعه» (١).

قال فى الجواهر: نعم عن لفظه المبسوط أن المسلم و الحر أولى، و لكن قد استقر الإجماع على خلافه.

هذا مع عدم العلم بسبق أحدهما.

و لو علم سبق أحدهما على الآخر فى الوطاء ففى إلحاقه بالأخير أو القرعه كذلك بحث.

هذا كله إذا كان الوطئ منهما فى طهر واحد، فإن وطأ أحدهما فحاضت، ثم وطئ الآخر، فهل يكون الإلحاق بالقرعه أيضا؟ نعم، لإمكان كونه من الأول، لأن الحمل و الحيض قد يجتمعان.

لكن فى القواعد و كشف اللثام: «انه إذا كان ذلك انقطع الإمكان عن الأول لأن الحيض علامه براءه الرحم شرعا، الا ان يكون الأول زوجا فى نكاح صحيح لكون الولد للفراش، الا ان يعلم الانتفاء، و تخلل الحيض لا يفيد العلم به هنا، لقوه الفراش» .

و أشكل عليه فى الجواهر بقوله: الا انه لا يخفى عليك ما فيه على كل

ص: ٢٧٦

من تقديري مجامعه الحيض للحمل و عدمه، و قوه الفراش لو كانت تنفع لنفعت في اجتماعهما في طهر واحد أيضا.

قالا: و لو كان زوجا في نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففي إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهرا و انتفائه حقيقه.

أقول: هذه صورته أخرى بالإضافة إلى الصور السابقة، و هو أن يكون الأمر دائرا بين الوطاء بشبهه-بمعنى كونه زوجا ظاهريا-و بين الزنا أو الوطى بشبهه ممن ليس بزوج ظاهري، و تفيد هذه العبارة التوقف في إمكان معارضه الوطاء بشبهه لصاحب الفراش، من جهة التأمل في صدق الفراش على الفراش الظاهري، و هذا يؤيد ما ذكرناه سابقا كما لا يخفى، و الحكم في هذه الصوره هو الإلحاق بالفراش الظاهري للحديث الشريف بناء على صدق الفراش، و الا فالقرعه.

قال المحقق: «هذا كله إذا لم يكن لأحدهم بينه» .

أقول: يعنى ان الرجوع الى القرعه هو فيما إذا لم يكن لأحد الواطئين بينه، أو كان لكل واحد منهم و تعارضتا لعدم المرجح، و الا حكم بالبينه لمن كانت له أو كانت بينته أرجح.

لكن البينه تفيد فيما إذا علم بتحقيق وطئ واحد، ثم اشتبه الواطئ بين اثنين فتشهد البينه أنه هذا لا ذاك لكونه معهما في سفر مثلا، و أما إذا وقع الوطاء من اثنين فلا يمكن للبينه تعيين من يلحق به الولد منهما.

قال المحقق: «و يلحق النسب بالفراش المنفرد، و الدعوى المنفردة، و بالفراش المشترك، و الدعوى المشتركة، و يقضى فيه بالبينه و مع عدمها بالقرعه» .

أقول: أما الفراش المنفرد فواضح، و أما الدعوى المنفردة فتكون بالنسبه إلى صبي مجهول النسب، فلو ادعاه و لا معارض له في هذه الدعوى ألحق به، و لا يسمع إنكاره بعد كبره، نعم في الكبير المجهول النسب خلاف سنشير اليه.

و لو اشترك اثنان أو أزيد في هذه الدعوى قضى بالبينه، و مع عدمها أو تعارضها

بالقرعه. و أما الفراش المشترك فقد عرفت الكلام فيه.

و لا فرق عندنا فى الدعوى بين الرجل و المرأة، فلو استلحقت ولدا فان لم ينازعها أحد لحق بها، و ان نازعها كان الولد لذات البينه، و مع عدمها أو تعارضها فالمرجع القرعه.

### فروع ذكرها فى الجواهر عن بعض الأصحاب:

و هنا فروع أوردها صاحب الجواهر عن بعض الأصحاب، و نحن نوردها تبعا له:

«من انفرد بدعوى مولود صغير فى يده لحقه الا- أن يضر بغيره، كأن يكون معتقا ولاؤه لمولاه، فان بنوته تقتضى تقدمه على المولى فى الإرث، فإن بلغ و انتفى عنه لم يقبل نفيه إلا بينه، استصحابا لما ثبت شرعا، و كذا لو أقر بالمجنون فأفاق و أنكر، و ليس لأحدهما إحلاف الأب، لأنه لو جحد بعد الإقرار لم يسمع» .

قال فى الجواهر: «و لا يخفى عليك وجه البحث فى ذلك» .

«لو ادعى نسب بالغ عاقل فأنكر لم يلحقه إلا بالينه. و ان سكت لم يكن تصديقا» قلت: بل الأظهر كونه تصديقا، فإذا سكت كانت دعوى المدعى بلا معارض.

«لو ادعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطئا لشبهه لم يقبل و ان وافقه الزوجان، بل لا بد من البينه على الوطى لحق الولد» .

«لو تداعيا صبيا و هو فى يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصه على اشكال فى أن اليد هل ترجح كما يرجح الملك» أى على ذاك إقامه البينه، و مع عدمها لحق بصاحب اليد على اشكال فى عموم أدله حجيه اليد للإنسان الذى ليس مملوكا بل حرّ منسوب، فقد يقال بعدم صدق اليد على الحر، و حينئذ فالملاك البينه و الا فالقرعه.

«لو استلحقه صاحب اليد و لو ملتقطا و حكم له شرعا لم يحكم للآخر إلا بينه» .

«لو استلحق ولدا و قال: انه من زوجتى هذه فأنكرت الزوجه ولادته ففى

لحوقه بها بمجرد إقرار الأب نظر» أى: لأن هذه الدعوى ليست بلا معارض لأنها عارضت، فى الجواهر: بل منع لكونه إقرارا فى حق الغير. أقول: و لكن أثر وجوب النفقه و نحوه مترتب على هذا الإقرار.

«لو بلغ الصبى بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعه فانتسب إلى أحدهما قبل، و أشكله بعض بأنه إقرار فى حق الغير مع عدم دليل على قيام تصديقه مقام البينه أو القرعه» و الظاهر ورود هذا الاشكال لعدم وجود نص يدل على اعتبار الإقرار بالولديه، نعم لو أقر بالرقية لأحد قبل لانه على نفسه، كما لا سيره على القبول.

«و لا عبره بميل الطبع عندنا» أى: ان هذا لا يكون دليلا شرعيا للانتساب و ان كان وجود هذا الطبع حقيقه واقعيه.

«و ان لم ينتسب الى أحد منهما أقرع ان لم ينكرهما معا، و الا- لم تفد القرعه بناء على قبول تصديقه، و لا- يقبل رجوعه بعد الانتساب، و لا- اعتبار بانتساب الصغير و ان كان مميزا، و نفقته قبل الثبوت شرعا عليهما، ثم يرجع من لم تلحقه القرعه به على الأخر» .

و أشكل عليه فى الجواهر: «و فيه: ان دفعها قد كان لإقراره فلا وجه لرجوعه» الا ان يقال بان لوازم البينه حجه فعلى مقيمها جميع النفقه، لكن قلنا سابقا بأن الإقرار مقدم على جميع الأدله. هذا، و قد ذكرنا سابقا احتمال قبول دعوى الصبى فراجع» .

«لو أقام كل من المدعين بينه بالنسب و تعارضتا و لا ترجيح. حكم بالقرعه عندنا» .

«لو أقام أحدهما بينه ان هذا ابنه و آخر بينه ان هذا بنته فظهر خنثى، فان حكم بالذكوريه بالبول و غيره فهو لمدعى الابن، و ان حكم بالأنوثيه فهو لمدعى الأنثى، لأن كلا منهما لا يستحق الا من ادعاه، و ان ظهر خنثى مشكلا أقرع» .

أقول: هذا آخر كتاب القضاء. وقد كان الفراغ منه في اليوم الثامن عشر من شهر ربيع الآخر من شهر السنه الثالثه بعد الأربعمائه بعد الالف من الهجره النبويه.

في الحوزه العلميه بمدينه قم المقدسه و سيتلوه ان شاء الله تعالى كتاب الشهادات.

و الحمد لله أولا و آخرا، و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطيبين الطاهرين، و لا سيما آخرهم بقيه الله فى الأرضين، و لعنه الله على أعدائهم أجمعين من الأولين و الآخرين.

على ابن حجه الإسلام و المسلمين السيد نور الدين نجل آيه الله العظمى السيد محمد هادى الميلانى قده

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.



مركز  
الغمامة  
اصبحان  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

