



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه وآله

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

الْقَضَائِدُ وَشَهَادَاتُكَ

تَبَشِيرًا لِقَائِكَ

كَمَا هُوَ فِي الْوَسْطَى أَيْضًا بِمَنْحَى
الْبَيْتِ وَبِجَانِبِ الْمَوْجِ بِمَنْحَى
الْقَضَائِدُ وَشَهَادَاتُكَ

الْوَسْطَى

بِالْبَيْتِ

الْبَيْتِ وَبِجَانِبِ الْمَوْجِ بِمَنْحَى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

القضاء و الشهادات

كاتب:

آيت الله على حسينى ميلانى

نشرت فى الطباعة:

الحقايق

رقمى الناشر:

مركز القائمىة باصفهان للتحريرات الكمبيوترىة

الفهرس

٥	الفهرس
١٤	القضاء والشهادات المجلد ٢
١٤	اشاره
٤٧٤	بقيه كتاب القضاء
٤٧٤	الكلام في: كتاب قاضٍ إلى قاضٍ
٤٧٤	اشاره
٤٧٤	حكم إنهاء الحكم بالكتابه
٤٧٩	حكم إنهاء الحكم بالقول مشافهه:
٤٨٠	حكم إنهاء الحكم بالشهاده:
٤٨٥	دليل المنع من العمل بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ وردّه:
٤٨٧	لا يعتبر الإشهاد في هذه الشهاده:
٤٨٧	قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس:
٤٨٨	ما ينهى إلى الحاكم:
٤٩١	حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به:
٤٩٣	حقيقه الإنفاذ
٤٩٤	صوره الإنهاء:
٤٩٤	حكم ما لو تغير حال الحاكم الأول:
٤٩٨	لا أثر لتغير حال المكتوب إليه
٤٩٩	مسائل ثلاث
٤٩٩	المسأله الاولى: (حكم ما لو أقر المحكوم عليه أو أنكر)
٥٠٢	المسأله الثانيه: (حكم امتناع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض)
٥٠٣	المسأله الثالثه: (عدم وجوب دفع الحجه على المدعى)
٥٠٤	الكلام في: بعض أحكام القسمه
٥٠٤	اشاره

- ٥٠٦ مشروعته القسمه:
- ٥٠٧ حقيقه القسمه:
- ٥١٠ حكم نصب القاسم:
- ٥١١ صفات القاسم:
- ٥١٣ هل يشترط الرضا بعد القرعه؟
- ٥١٤ وهل يشترط القرعه؟
- ٥١٦ هل تتحقق القسمه بالصلح؟
- ٥١٧ عدم الفرق بين قسمه الرد وغيره:
- ٥١٨ فى اجزاء القاسم الواحد وعدمه:
- ٥١٩ الكلام فى أجره القاسم:
- ٥٢٥ النظر فى المقسوم:
- ٥٢٨ أقسام القسمه:
- ٥٣٤ كيفيه القسمه:
- ٥٣٧ مسائل ثلاث
- ٥٣٧ المسأله الاولى: (فى الدار التى لها علو وسفل)
- ٥٣٩ المسأله الثانيه: (فى قسمه الأرض التى فيها زرع)
- ٥٤٢ المسأله الثالثه: (فى قسمه القرعان المتعدده)
- ٥٤٦ النظر فى اللواحق وهى ثلاث:
- ٥٤٦ الأولى: (لو ادعى بعد القسمه الغلط)
- ٥٥١ الثانيه: (إذا أقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً)
- ٥٥٦ الثالثه: (لو قسم تركه الميت ثم ظهر عليه دين)
- ٥٦٤ الكلام فى: أحكام الدعاوى
- ٥٦٤ تعريف المدعى:
- ٥٦٧ الشروط المعتمده فى المدعى:
- ٥٦٧ (البلوغ)
- ٥٦٩ إشتراط العقل:

- ٥٧٠ أن لا يدعى مالا لغيره:
- ٥٧١ أن لا يدعى ما لا يجوز تملكه:
- ٥٧٢ إشتراط كون الدعوى صحيحه لازمه:
- ٥٧٣ هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟
- ٥٧٥ هل يجب إجابته المنكر لو التمس اليمين من المدعى؟
- ٥٧٧ هل يلزم بالجواب عن دعوى الإقرار؟
- ٥٨٠ هل تفتقر صحه الدعوى إلى الكشف؟
- ٥٨٤ هل تسمع دعواه أن هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟
- ٥٨٨ الكلام في: التوصل إلى الحق
- ٥٨٨ اشاره
- ٥٩٠ ١ - إن كان الحق عقوبه:
- ٥٩١ ٢ - إن كان الحق مالا:
- ٥٩١ إن كان الحق عيناً
- ٥٩٤ إن كان الحق ديناً و صورها]
- ٥٩٤ اشاره
- ٥٩٥ الاولى] - أن يكون مقراً بالحق وبأدلاً له:
- ٥٩٥ الثانيه - أن يكون مقراً ممتنعاً من البذل:
- ٥٩٦ الثالثه - أن يكون المدين جاحداً للحق:
- ٦٠١ حكم الإقتصاص من الوديعة:
- ٦٠٤ لو كان من غير جنس الموجود:
- ٦٠٥ جواز تولى بيع الوديعة:
- ٦٠٥ لو تلفت الوديعة قبل البيع فهل يضمن؟
- ٦٠٩ مسألتان
- ٦٠٩ الاولى: (من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له)
- ٦١٤ الثانيه: (لو انكسرت سفينه في البحر فما هو حكم ما خرج منه؟)
- ٦١٨ الكلام في: الإختلاف في دعوى الأملاك

- ٦١٨ اشارة
- ٦٢٠ المسأله الأولى: وفيها صور:
- ٦٢٠ الصورة الاولى: لو تنازعا عيناً في يدهما ولا يتنه
- ٦٢٤ الصورة الثانيه: لو كانت يد أحدهما عليها
- ٦٢٤ الصورة الثالثه: لو كانت يدهما خارجه وفيها صور:
- ٦٢٤ اشارة
- ٦٢٤ ١ - أن يصتق من هي بيده أحدهما
- ٦٢٩ ٢ - أن يصتق من هي بيده كليهما
- ٦٢٩ ٣ - أن يكذب من هي بيده كليهما
- ٦٣٠ ٤ - أن يقتر من هي بيده لأحدهما غير المعين.
- ٦٣٢ ٥ - أن يقول من هي بيده ليست لي ولا أدري لمن
- ٦٣٧ المسأله الثانيه: في تعارض البيئات
- ٦٣٧ اشارة
- ٦٣٧ متى يحصل التعارض؟
- ٦٣٩ صور تعارض البيئات:
- ٦٣٩ اشارة
- ٦٣٩ الصورة الاولى: كون العين بيد المتداعيين:
- ٦٤٤ الصورة الثانيه: كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل أو الخارج؟
- ٦٥٣ صور الشهاده المشتمله على السبب
- ٦٥٤ ١ - شهادتهما معاً بالسبب:
- ٦٥٤ ٢ - أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق:
- ٦٥٨ الصورة الثالثه: كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع إلى المرجحات
- ٦٦٢ النظر في أخبار الترجيح وطريق الجمع بينها:
- ٦٦٥ حكم ما لو أقر الثالث لأحدهما:
- ٦٦٦ الصورة الرابعه: كون العين لا في يد أحد
- ٦٦٦ مورد تحقق التعارض

- ٦٦٩ الحكم بالقسمه يختص بمورد إمكانه
- ٦٧١ هل اليد من المرجحات؟
- ٦٧٥ هل الشهاده بقدوم الملك أولى؟
- ٦٨٢ حكم الإستناد إلى الإستصحاب فى الحكم والشهاده:
- ٦٨٥ الشهاده بالإقرار ..
- ٦٨٥ تقدم الشهاده بالملك على الشهاده باليد ..
- ٦٨٦ تقدم الشهاده بسبب الملك على الشهاده بالتصرف ..
- ٦٨٨ المسأله الثالثه: (إذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه: هو لفلان) ..
- ٦٨٨ اشاره ..
- ٦٩٣ حكم ما لو أنكر المقر له الملكيه للشئ: ..
- ٦٩٤ لو كان المقر له غائباً ..
- ٦٩٦ لو كان المقر له ممن يمتنع مخاصمته ..
- ٦٩٧ لو كان المقر له مجهولاً ..
- ٦٩٩ المسأله الرابعه: (لو وقع الإختلاف فى العقد الواقع) ..
- ٧٠١ المسأله الخامسه: (لو كان شئء فى يد إنسان وادعى أحد كونه له سابقاً وأقام بيته) ..
- ٧١٢ الكلام فى: الإختلاف فى العقود ..
- ٧١٢ مقدمه: ..
- ٧١٣ حكم الإختلاف فى الاجره ولا بينه ..
- ٧١٨ حكم الاختلاف فى الاجره مع البينه ..
- ٧٢١ حكم الاختلاف فى العين المستأجره ولا بينه ..
- ٧٢٢ حكم الاختلاف فى العين المستأجره مع البينه ..
- ٧٢٤ حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار وهى فى يد البائع ..
- ٧٢٧ وهل يقبل قول البائع لأحدهما؟ ..
- ٧٣٠ وهل لهما الفسخ؟ ..
- ٧٣١ حكم ما لو فسخ أحدهما دون الآخر ..
- ٧٣٤ حكم ما لو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما ..

- ٧٣٦ حكم ما لو ادعى شراء المبيع من زيد وادعى آخر شراءه من عمرو
- ٧٣٦ اشاره
- ٧٣٨ وهل لهما الفسخ؟
- ٧٤٠ حكم ما لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر شراءه منه
- ٧٤٠ اشاره
- ٧٤٢ وهل للمولى خيار الفسخ؟
- ٧٤٦ مسائل
- ٧٤٦ المسألة الاولى: (لو شهد للمدعى بملكه الدائنه منذ مدة فكذبتها ستها)
- ٧٤٨ المسألة الثانية: (لو شهدت بالشراء ولم تشهد بالملكه أو التسليم)
- ٧٥٠ المسألة الثالثة: (حكم دعوى رقيه الصغير المجهول النسب)
- ٧٥٠ اشاره
- ٧٥٣ حكم ما لو كان كبيراً
- ٧٥٥ المسألة الرابعة: (حكم ما لو ادعى اثنان كون الذبيحه له وفي يد كل بعضهما)
- ٧٥٧ المسألة الخامسة: (لو تسلّم شيئاً بالبينه فأقام المحكوم عليه البينه على الملكيه)
- ٧٥٨ المسألة السادسة: (لو ادعى داراً وادعى آخر نصفها وأقاما البينه)
- ٧٥٨ اشاره
- ٧٥٩ حكم ما لو ادعى ذلك ويدهما عليها مع البينه:
- ٧٦٥ حكم ما لو ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والثالث الثلث
- ٧٧١ حكم ما لو كانت في يد أربعة
- ٧٧٦ المسألة السابعه: (حكم تداعى الزوجين متاع البيت)
- ٧٧٦ اشاره
- ٧٨٢ حكم ما لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض المتاع
- ٧٨٨ الكلام في: دعوى المواريث
- ٧٨٨ وفيه مسائل:
- ٧٨٨ المسألة الأولى: (لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على إسلام
- ٧٨٨ اشاره

- ٧٩٠ حكم ما لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا في الآخر:
- ٧٩١ حكم ما لو ادعى كلّ منهما أنه لم يزل مسلماً وأنكر الآخر:
- ٧٩٣ المسألة الثانية: (حكم ما لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان والآخر في أول رمضان واختلفا في تاريخ موت الأب)
- ٧٩٥ المسألة الثالثة: (لو كانت دار في يد إنسان وادعى آخر أنها له ولأخيه إرثاً)
- ٧٩٥ اشاره
- ٧٩٧ ما هو المراد من البينه الكامله هنا؟
- ٨٠٠ حكم ما لو لم تكن البينه كامله
- ٨٠٢ حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره
- ٨٠٤ المسألة الرابعة: (حكم ما إذا ماتت امرأة وابنها وتنازع زوجها وأخوها في تاريخ موتها)
- ٨٠٦ المسألة الخامسة: (حكم ما لو تنازع وارث الميت وزوجته حول شيء من التركة)
- ٨١٠ الكلام في: الإختلاف في الولد
- ٨١٠ مقدمه:
- ٨١٢ صور الاختلاف في الولد
- ٨١٦ فروغ
- ٨٢٠ كتاب الشهادات
- ٨٢٠ اشاره
- ٨٢٤ مقدمه مباحث الشهادات
- ٨٢٧ أدّكر هنا بثلاثة أمور مستفاده من الكتاب والسّنه في
- ٨٢٧ اشاره
- ٨٢٨ الأمر الأول: في اعتبار التعدد في الشهود
- ٨٣٠ الأمر الثاني: في حرمه كتمان الشهاده وشهاده الزور
- ٨٣٢ الأمر الثالث: في مصاديق الشهاده العادله
- ٨٣٢ اشاره
- ٨٣٣ تعريف الشهاده لغه وشرعاً
- ٨٣٦ الطرف الأول: صفات الشاهد
- ٨٣٦ اشاره

- الأول: البلوغ ٨٣٨
- اشاره ٨٣٨
- الأخبار في شهاده الصبى ٨٣٩
- الأقوال في شهاده الصبى ٨٤٣
- الوصف الثانى: العقل ٨٤٨
- اشاره ٨٤٨
- لا تقبل شهاده الساهى والمغفل ٨٤٩
- الوصف الثالث: الإيمان ٨٥١
- اشاره ٨٥١
- قبول شهاده الذمى فى الوصيه ٨٥٧
- ذكر نصوص المسأله ٨٥٧
- اشاره ٨٥٧
- ١ - هل تقبل شهاده الذمى فى الوصيه بالولاية؟ ٨٦٣
- ٢ - هل تقبل شهاده الذمى خاصه أو تقبل من مطلق أهل الكتاب؟ ٨٦٣
- ٣ - إختصاص القبول بالوصيه ٨٦٤
- ٤ - هل يتقدم المسلمان الفاسقان على الذميين؟ ٨٦٤
- ٥ - هل تقبل شهاده المسلم العدل الواحد مع ذمى واحد؟ ٨٦٦
- ٦ - هل يشترط كون الموصى فى غربه؟ ٨٦٦
- ٧ - هل يشترط إخلاف الذمى؟ ٨٦٨
- ٨ - ما المراد من (الضروره)؟ ٨٧٠
- ٩ - هل يشترط فى القبول عدم من يقوم مقام المسلمين؟ ٨٧١
- طريق ثبوت الإيمان فى الشاهد ٨٧١
- هل تقبل شهاده الذمى على الذمى؟ ٨٧٣
- الوصف الرابع: العدالة ٨٨١
- اشاره ٨٨١
- البحث فى ما يزيل العدالة ٨٨٣

- الإصرار على الصغائر كبيره ٨٩٠
- هل يقدر ترك المندوبات؟ ٨٩٦
- هل تعتبر المروه؟ ٨٩٧
- مسائل ٩٠٤
- المسأله الاولى: (فى عدم قبول شهاده المخالف فى أصول العقائد) ٩٠٤
- المسأله الثانيه: (فى عدم قبول شهاده القاذف) ٩٠٧
- حدّ توبه القاذف ٩٠٨
- هل يشترط إصلاح العمل زياده عن التوبه؟ ٩١٢
- المسأله الثالثه: (فى حرمة اللعب بألات القمار مطلقاً) ٩١٥
- المسأله الرابعه: (فى عدم قبول شهاده شارب المسكر) ٩٢١
- تعريف مركز ٩٢٤

الكلام في: كتاب قاضي إلى قاضي

إشاره

إعلم أن حكم الحاكم موضوع لأحكام بالنسبه إلى غيره من الحكام، كوجوب الإنفاذ في بعض الموارد، وعدم جوازه في بعض الموارد، ووجوب التفحص عن دليله في موارد، وعدم جوازه في أخرى.

ثم الحكم الذي يصدره الحاكم، يمكن إنهاؤه إلى الحكام الآخرين: بالقول، وبالكتابه، بشهاده العدلين، وإقرار المحكوم عليه بذلك الحكم.

حكم إنهاء الحكم بالكتابه

وبالنسبه إلى إنهاؤه بالكتابه قال المحقق (1): « أما الكتابه فلا عبره بها » .

أى: فلا تكون موضوعاً لشيء من الأحكام، قال: « لإمكان التشبيه » .

وهذا التعليل يتوجه في عصرنا بالنسبه إلى الأحكام التي يصدرها الحكام أو ينهونها بواسطه الهاتف أيضاً، لإمكان التشبيه في الصوت بسهوله جداً.

وأضاف في (الجواهر): « وعدم القصد إلى الحقيقه، وعدم الدليل شرعاً على اعتبار دلالتها » .

وقد ادعى الإجماع على عدم العبره بالكتابه، وحكى عن بعضهم نفى الخلاف فيه، وقيل: لا-مخالف إلا أبو على ابن الجنيد الإسكافي، والأردبيلي حيث اعتبرها في صورته العلم بالكتابه، وكونه قاصداً لمعناها، قال: ولهذا جاز العمل

ص: ٤٦١

بالمكاتبه في الروايه، وأخذ المسأله والعلم، والحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد، ولأنه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين، بل يحصل منها الظن المتأخم للعلم، بل العلم مع الأمن من التزوير، وأنه كتب قاصداً للمدلول، وحينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيده للعلم بأن القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول حكم بكذا، فإنه يجب إنفاذه وإجراؤه من غير توقف، ويكون ذلك مقصود ابن الجنييد، ويمكن أن لا ينازعه فيه أحد، بل يكون مقصودهم الصوره التى لم يؤمن فيها التزوير، أو لم يعلم قصد الكاتب إرادته مدلول الرسم (1).

وأجاب عنه فى (الرياض) بقوله: وفيه نظر، لأن ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقاً، ولم نجده فى نحو محل البحث مما يتعلق بموضوعات الأحكام التى لم تتوقف عليها مطلقاً، ولو كان الظن للعلم متأخماً، ومجرد كون الظن بالكتابة أقوى من الظن الحاصل من شهادته الشاهدين لا يوجب قطعته ولا حجيته إلا على تقدير أن تكون حجيتها من حيث إفادتها المظنه وهو ممنوع، بل كلمه القائلين بحجيتها وسماعها هنا مطبقة على أنها من جهه الأدله الأربعة التى سيأتى ذكرها، وهى أدله قاطعه أو ظنيه ظناً مخصوصاً مجمعاً عليه، ومثلها لم يقم على اعتبار ظن الكتابه، بعد إمكان دفع الضروره - التى هى الأصل فى تلك الأدله - بالشهاده على الحكم وإقامه البينه وإنفاذ الحاكم الثانى الحكم بها.

وعلى الجملة، لو كان السبب لاعتبار شهادته الشاهدين هو إفادتها المظنه أمكن ما ذكره، أما لو كان قضاء الضروره وغيره مما هو كالدليل القاطع، فلا وجه

ص: ٤٤٢

له ولا- لقياس الكتابه بالشهاده، ولا- بالإكتفاء بالروايه المكاتبه، وأخذ المسأله، ونحوهما مما ذكره، لأن مستند الإكتفاء بهذه الامور المعدوده فى نحو الأحكام الشرعيه إنما هو من حيث قضاء الضروره، وانسداد باب العلم بها بالكليه، وعدم إمكان تحصيلها إلا- بالمظنه، وأن عدم اعتبارها حينئذ يوجب إما الخروج عن التكليف، أو التكليف بما لا يطاق، وهما ممتنعان قطعاً، عقلاً وشرعاً، وهذا السبب يختص بها دون ما نحن فيه مما لم ينسد فيه باب العلم (١) . .

وقال فى (الجواهر) بعد كلام الأردبيلى المذكور: التحقيق: أن الكتابه من حيث أنها كتابه لا دليل على حجيتها قطعاً مطلقاً، سواء فى إقرار وغيره، بل عن ابن إدريس فى نواذر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتى أن يرجع إلا إلى قول المفتى دون ما يجده بخطه - إلى أن قال - بغير خلاف من محصل ضابط لاصول الفقه، وبنى على ذلك عدم حجيته المكاتبه، قال: لأن الراوى للكتابه ما سمع الإمام يقول، ولا شهد عنده شهوده أنه قال، وإن كان فيه ما ستعرف.

نعم، إذا قامت القرائن الحالتيه وغيرها على إرادته الكاتب بكتابته مدلول اللفظ المستفاد من رسمها، فالظاهر جواز العمل بها، للسيره المستمره فى الأعصار والأمصاى على ذلك، بل يمكن دعوى الضروره على ذلك، خصوصاً مع ملاحظه عمل العلماء فى نسبتهم الخلاف والوفاق، ونقلهم الإجماع وغيره فى كتبهم المعول عليها بين العلماء . . . ولكن مقتضى ذلك أن تكون الكتابه فيما نحن فيه - بعد انتفاء احتمال التزوير وعدم القصد وغيرهما من الاحتمالات - بمنزله إخباره بالحكم، فإن قلنا بقبوله قبلت وإلا فلا.

ص: ٤٤٣

وربما أشعر التعليل الأول في عبارته المصنف، والثاني في عبارته غيره بإرادته غير هذا الفرد من الكتابه، كما أنه يمكن حمل كلام ابن الجنيّد ومن وافقه على ما ذكرنا، فيعود النزاع لفظياً.

وتحمل الروايتان على العمل بالحكم بالكتابه، بمعنى إيجاد الحكم بها باللفظ، لا على العمل بها من حيث أنها كتابه، إذ من المعلوم عدم دلالتها على كونها منه، وأنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسمها (١). ..

قلت: والتحقيق هو النظر في الجهات الموجبه للشك بحجيه الكتابه والمفرقه بينها وبين القول، والذي يوجب الشك في الاعتبار ليس إلا احتمال الكذب، أو احتمال السهو والنسيان، أو احتمال عدم القصد.

أمّا الأول فالمفروض عدمه للوثاقه.

وأما غيره من الاحتمالات، فكُلّها منتفيه بالأصل.

والفرق بين القول والكتابه هو: مجى احتمال التشبيه في الثاني دون الأول، ولذا لم يذكر المحقق غير هذا الاحتمال لعدم العبره بالكتابه، وإن كان احتمال عدم القصد في الكتابه أقوى منه في القول، لكنه يندفع بالأصل كما تقدم، ويندفع أيضاً بالعلم بالكتابه وكونها خط فلان.

وأضاف في (السرائر): إحتمال التزوير (٢)، وهو - كما في مجمع البحرين -: تزيين الكذب. ولكن هذا الاحتمال مشترك بين القول والكتابه.

وأما الإجماع المدعى فهو منقول، وتبقى الروايتان:

ص: ٤٤٤

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٠٤ - ٣٠٥.

٢-٢) السرائر في الفقه ٢: ١٨٧.

١ - عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: « إنه كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض، في حدّ ولا غيره، حتى وليت بنوا أميه، فأجازوا بالبينات » (١).

٢ - عن طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي مثلها (٢).

وهما - بناء على اعتبارهما بعمل الأصحاب (٣) - محمولتان على أن ذلك كان منه عليه السلام في مورد عدم حصول الإطمينان بالكتابه، وقصد كاتبها لما كتبه.

فالعمده في الاستدلال على عدم العبره بالكتابه هو عدم الدليل النقلى على العبره بها، إلا أنا نستدل بالسيره العقلائيه القائمه على الإعتبار في حال الوثوق والإطمينان، ولا رادع عن هذه السيره، والروايتان قد عرفت حملهما على مورد خاص.

والحاصل: إن الاحتمالات مشتركه بين القول والكتابه، فحيث تنتفى عن الكتابه قبلت كالقول بلا فرق.

ص: ٤٤٥

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٧/١. كتاب القضاء، الباب ٢٨.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٨/١. كتاب القضاء، الباب ٢٨.

٣-٣) سند روايه السكوني: الشيخ ياسناده عن سعد بن عبد الله عن أحمد عن أبيه عن ابن المغيره عن السكوني عن جعفر عليه السلام. . قال المحقق الرشتي: سند روايه السكوني إلى السكوني على ما أخبر به شيخنا دام ظلّه صحيح، والسكوني عامي إلا أن رواياته معمول بها عند الأصحاب، فلا شين فيها من حيث السند. قال في الوسائل بعد روايه السكوني: « وعنه عن محمد بن عيسى عن محمد بن سنان عن طلحه بن زيد عن جعفر. . » وفي (محمد بن سنان) و (طلحه بن زيد) بحث كما لا يخفى. وكيف كان، ففي الجواهر (٤٠: ٣٠٣) عن المختلف (٨: ٤٢٨) وصف الخبرين بالمشهورين المستفيضين. وسيأتي بعض الكلام حول (السكوني) و (طلحه بن زيد) .

قال المحقق قدس سره: « وأما القول مشافهه، فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، ففي القضاء به تردد، نص الشيخ في الخلاف: أنه لا يقبل» (١).

أقول: المراد من « القضاء به » هو إنفاذ الحاكم الثاني إياه، ووجه التردد هو: أن هذا خبر واحد عن الموضوع، وفي اعتباره بحث وخلاف، ولعلّ مذهب الأكثر هو العدم ولزوم قيام البيئه، ولكن يشكل فيه من جهة أن خبر الواحد عن الموضوع المحوّل إلى المخبر والذي لا يعلم إلا من قبله يعتمد عليه، فلو وكلّ أحداً في طلاق زوجته فأخبره بإجراء الصيغه اعتمد على خبره، ولو أعطى الثوب المتنجس لأن يغسله فأخبره عن تطهيره إياه اعتمد عليه، ولو أخبر الأجير في الصلاه عن الميت عن أنه قد صلّى كان خبره حجه (٢). . . فالقضاء من هذا القبيل، فالأظهر هو القبول.

ص: ٤٤٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٦.

٢- ٢) واستدل له بأدله القضاء من جهة أنها كما تدل على نفوذ إلزامات القاضى، كذلك تدل على قبول إخباراته بالقضاء، فإنه عندما يخبر عن إلزامه، يترتب عليه استمرار ما كان منه من الفصل بين المتخاصمين، فيجب أن يقبل، للملازمه العرفيه بين نفوذ الإلزام ونفوذ الإخبار بالإلزام، فيكون الدليل على الثانى نفس الدليل على الأول. وبعبارة اخرى: إن إخبار الحاكم الأول بالفصل بين المتخاصمين فى القضية يعتبر فضلاً كذلك، فإما يستمر حكم الفصل الأول وذلك إن كان صادقاً فى إخباره، وإما يكون فصلاً جديداً من جهة أنه عند إخباره قد انقده فى ضميره عدم خصومه بين المتخاصمين ولو بقاء، فكما أنه إذا رأى عدم الخصومه حدوثاً نفذ رأيه، كذلك إذا رأى عدمها بقاءً، فيكون إخباره بعدم الفصل بمنزله إلزامه به من حيث الكشف عن تعلق رأيه بعدم الخصومه. ولكن الإشكال فى دلاله أدله القضاء على قبول اخبارات القاضى بالقضاء كما تدل على نفوذ الزاماته، وأن الملازمه العرفيه المذكوره فيها تأمل، فتأمل. . .

قال المحقق قدس سرّه « وأما الشهادة، فإن شهدت البيّنه بالحكم، وبإشهاده إياهما على حكمه تعين القبول» (١).

قال في (الجواهر): لعله لعموم ما دلّ على وجوب قبول حكمه الذى هو من حكمهم عليهم السلام، ولذا كان الرادّ عليه رادّاً عليهم، وما دلّ على حجيه البيّنه. ثم إن المحقق قدس سرّه ذكر أن تكون الشهادة على الحكم وعلى الإشهاد معاً احتياطاً، وذلك، لأن الحاضر فى مجلس الحكم قد لا يلتفت إلى ما وقع مع خصوصياته، لكن عندما يشهد على الأمر يصغى إليه ويلتفت إلتفاتاً كاملاً، فتكون شهادته حينئذ أتم (٢).

وقد ذكر المحقق لما ذهب إليه من تعين قبول الشهادة وجوهاً أربعة:

فالأول ما ذكره بقوله: « لأن ذلك مما تمس الحاجة إليه، إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعدة غالب، وتكليف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر، فلا بدّ من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء، ولا وسيلة إلا رفع الأحكام إلى الحكام، وأتم ذلك احتياطاً ما حررناه.

لا يقال: يتوصّل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل.

لأننا نقول: قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل والشهادة الثالثة لا تسمع. .

ص: ٤٦٧

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٦.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٠٦.

أقول: وأيضاً الشهادة على الشهادة لا تسمع مع إمكان الشهادة على الأصل، ولذا قال بعضهم بأنه مع إمكان الشهادة على الأصل، يجوز الحكم طبق الشهادة على الشهادة، كما يجوز على نفس الشهادة على الأصل، بخلاف الشهادة على الحكم فإنها تسمع ولو مع إمكان الشهادة على الأصل.

وأيضاً: الشهادة على الشهادة لا تسمع في الحدود، بخلاف الشهادة على الحكم فإنها حجة فيها أيضاً.

ولا تقبل الشهادة على الشهادة إلا مرةً واحدة، وأما إنفاذ الحكم فيستمر باستمرار الزمان، ففيما لا تكون الشهادة على الشهادة حجة لا محيص لرفع الحوائج وفصل الخصومات إلا بإنفاذ الحكم.

وإذ لا يشترط في الشهادة على حكم الحاكم عدم إمكان الشهادة على الأصل، فإن للحاكم الثاني استماع الشهود في القضية من جديد، وله أن يحكم استناداً إلى الشهادة على حكم الأول، كما أن له إجراء الحدّ استناداً إلى الشهادة على الحكم، لعدم اختصاصها بغير الحدود.

هذا توضيح ما قرره صاحب (الجواهر) (1) في شرح عبارته المحقق في جواب لا يقال.

وصاحب (المسالك) قرره بنحو آخر وهو: أن في الشهادة على الشهادة قصوراً عن الشهادة على الحكم، لأنها لا تسمع إلا مرةً واحدة، بخلاف الشهادة على الحكم، فإنها تسمع في الثالث. وتوضيح ذلك: إن الشهادة على الأصل هي المرتبة الأولى لإثبات المدعى، والمرتبة الثانية هي الشهادة على الشهادة بعد تعذر

ص: ٤٦٨

الشهادة على الأصل، وحجيتها، مخصوصه بتلك المرتبه، وأما الشهاده على الحكم التي هي في المرتبه الثانيه عن شهاده الأصل، فلا تختص حجيتها بتلك المرتبه، بل الشهاده على الشهاده على الحكم حجه أيضا، وهي المرتبه الثالثه. إنتهى.

لكن هذا في الحكم الأول المستند إلى الشهاده على الأصل، وصاحب (المسالك) لم يتعرض للشهادة على حكم الحاكم الثاني المستند إلى الشهاده على الشهاده، والمستند إلى الشهاده على الحكم المستمر باستمرار الزمان، فظهر أن كلا التقريرين صحيح.

فالجواهر نبه على الفرق بين الشهاده على الحكم، والشهادة على الشهاده، والمسالك نبه على قصور الشهاده على الشهاده عن الشهاده على الحكم بمرتبه، لكن الأول مشتمل على فوائد أكثر.

قال في (الجواهر): إن ما ذكره صاحب المسالك فرض نادر (1).

قلت: وليكن نادراً، فإن الشارع جعل طريقاً لفصل الخصومه فيه أيضاً من باب اللطف.

وظاهر هذا الوجه هو التعليل لثبوت الحكم، وإذ ثبت ووصل إلى الحاكم الثاني وجب القبول والإنفاذ، لأن ملاك الثبوت والقبول هو ما ذكره من التعليل المذكور.

والوجه الثاني ما ذكره بقوله: « ولأنه لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد » .

أى: الحكم بالإنفاذ موقوف على أمرين: أحدهما: قبوله الحكم، والثاني:

ص: ٤٦٩

كون الحكم واصلاً إليه بطريق مشروع، ولو لم يكن الوصول بالبينه مشروعاً لبطلت الحجج.

قال في (المسالك): لأن الحاكم يموت فيبطل حكمه (١).

قلت: يعنى إن الحكم لا يبطل بالموت، لأنه ليس كالوكالة مثلاً، بل المراد أن الحكم يبقى بلا أثر، إذ لا طريق إلى إثباته مع عدم اعتبار البيئه.

قال: فإن الشهود تصير طبقه ثانيه بعده، فإذا أنفذ حكمه بشهاداتهم طال زمان نفوذ الحجج والانتفاع، وهلم جراً بالنسبه إلى الحاكم الثاني والثالث، فيستمر الانتفاع بالحججه.

أقول: يحتمل أن يكون مراده أن الشهاده على الإنفاذ يستمر أثرها، ويحتمل أن يكون المراد هو الشهاده على الشهاده، فيكون فى المره الثالثه بلا أثر. والظاهر هو الأول.

هذا، ولا نصّ فى مورد هذا الوجه، بل هو مقتضى عمومات أدلّه القضاء ونفوذ حكم الحاكم.

والوجه الثالث: ما ذكره بقوله: « ولأن المنع من ذلك يؤدى إلى استمرار الخصومه فى الواقعه الواحده، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى آخر، فإن لم ينفذ الثانى ما حكم به الأول اتّصلت المنازعه » (٢).

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

ص: ٤٧٠

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٠.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩.

تتوقف على ثبوت حكم الأول بطريق مشروع.

والوجه الرابع ما ذكره بقوله: « ولأن الغريمين لو تصادقا أن حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم ما حكم به الأول، فكذا لو قامت البينه، لأنها تثبت ما لو أقر الغريم به لزم» (١).

يعنى: إن إقرار المحكوم موجب لثبوت الحكم، وحينئذ يجب عليه ترتيب الأثر على الحكم، والبيهة تثبت ما يثبت الإقرار.

أقول: إن الحاكم الثانى عندما يريد إنفاذ حكم الأول، لا بد له من ثبوت الحكم عنده وثبوت وجوب الإنفاذ عليه.

وقد اشتملت هذه الوجوه الأربعة على دليل الأمرين معاً.

وقال صاحب (الجواهر) (٢) قدس سره: إن هذه الأدلة الأربعة يظهر من بعضها أنها مساقه بثلاث للإكتفاء بالشهادة فى إثبات حكم الحاكم، ومن آخر أنه مساق لإثبات مشروعيه حكم الحاكم الآخر بإنفاذ ما حكم به الأول، إلا أن الأولى الإستناد فى إثبات الأول إلى عموم دليل حجيه البيه والقضاء بها، وفى الثانى إلى عموم حكم الحاكم، وأن الرادّ عليه رادّ علينا، وأن حكمه حكمهم، وما ندرى أن النزاع فى أى المقامين، لأن كلامهم مشوش.

ويشكل عليه: بأن مقتضى الدليل عدم جواز الردّ، لا وجوب الإنفاذ.

وفيه: أن وجوب الإنفاذ هو مقتضى عمومات وجوب القضاء لفصل الخصومه.

ص: ٤٧١

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٠٨.

دليل المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض وردّه:

قال المحقق قدّس سرّه: «لا- يقال: فتوى الأصحاب أنه لا- يجوز كتاب قاض إلى قاض ولا- العمل به، وروايه طلحه بن زيد والسكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: إن علياً عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض لا في حدّ ولا غيره، حتى وليت بنو أمية، فأجازوا بالبيّنات.

لأننا نجيب عن الأوّل: بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع، لأن المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته.

ونحن نقول: فلا- عبره عندنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً، وإلى جواز ما ذكرنا أوماً الشيخ أبو جعفر رحمه الله في الخلاف [\(١\)](#).

ونجيب عن الرواية: بالطعن في سندها، فإن طلحه بترى والسكوني عامي، ومع تسليمها نقول بموجبها، فإننا لا نعمل بالكتاب أصلاً، ولو شهد به فكأن الكتاب ملغى» [\(٢\)](#).

أقول: هذا جواب المحقق عمّا يمكن الاستدلال به لمنع العمل بكتاب قاض إلى قاض.

فالأول: الإجماع، وقد أجاب عنه بمنع قيامه على موضع النزاع، وتوضيح الجواب هو: إن الإجماع إن كان، فمعقده المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض آخر، لا عدم العمل بحكم الحاكم الثابت بشهادة العدلين مثلاً، لا سيما مع إسهاد

ص: ٤٧٢

١-١) كتاب الخلاف ٦: ٢٢٥، المسألة ٢١.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٧.

الحاكم إياهما حين إصداره الحكم.

وبالجملة، فإن معقده هو المنع من العمل بالكتاب من حيث أنه كتاب، وأما مع ثبوت الحكم عند الثاني فلا ريب في وجوب إنفاذه.

والثاني: الروايتان. وقد أجاب عنهما بالطعن في السند، قال: فإن طلحه بترى والسكوني عامي (١).

قال: ومع تسليمها من حيث السند نقول بموجبها، فإننا لا نعمل بالكتاب أصلاً ولو شهدا به، فكان الكتاب ملغى، بل عملنا هو بالحكم الذي قامت عليه البيه.

ومما يمكن الاستدلال به للمنع هو: إن حكم الحاكم الثاني خروج عن قانون القضاء، لأن أدله القضاء جعلت الميزان الشرعي المقرّر له في البيه واليمين، فإذا

ص: ٤٧٣

١- ١) أما طلحه بن زيد ففي (تنقيح المقال ٢ / ١٠٩) عدّه الشيخ رحمه الله تاره من أصحاب الباقر عليه السلام قائلاً: « طلحه بن زيد بترى ». وقال في (الفهرست ١٤٩ / ٣٧٢) « طلحه بن زيد له كتاب، وهو عامي المذهب إلا أن كتابه معتمد... ». قال جدنا رحمه الله « قد تفرد الشيخ رحمه الله بقوله: إن كتابه معتمد، ولم أقف عليّ من نطق به غيره، وذلك لا ينفع إلا فيما علم انه من كتابه، لأن النتيجة تتبع أحسن المقدمات. ونقل المولى الوحيد رحمه الله عن خاله - يعنى المجلسى الثانى - الحكم بكونه كالموتق. قال: ولعلّه لقول الشيخ رحمه الله كتابه معتمد، ويروى عنه صفوان بن يحيى ». وأما السكونى - وهو إسماعيل بن أبى زياد - فموجز ما ذكر بترجمته (تنقيح المقال ١ / ١٢٧) أن الشيخ والنجاشى لم يتعرضا إلى مذهبه. لكن العلامة نصّ على كونه عامياً، بل نفى ابن إدريس الخلاف فى ذلك، ونوقش بعدم وجود عاميته فى كتب الرجال، وما ادعاه ابن إدريس لا دليل عليه، وأنه لا يبعد كونه فى تقيه شديده لاشتهاره بين العامه، وكونه من قضاتهم، لا سيما وأنه مذموم عندهم كما لا يخفى على من راجع كتبهم الرجاليه. هذا بالنسبه إلى مذهبه. وأما بالنسبه إلى رواياته، فعن الشيخ دعوى إجماع الشيعة على العمل برواياته وأنه ثقّه، ونقل عن المحقق توثيقه، وهو من رجال كامل الزيارات، لكن عن ابن بابويه: لا - أفتى بما ينفرد السكونى بروايته، وللمتأخرين حول الرجل كلمات وآراء فراجعها.

حكم هذا الحاكم كان حكمه لا عن طريق البيئه واليمين.

والجواب عنه: إن المراد من حكم الثانى ليس إنشاء الحكم بأصل الدعوى، كالحكم بملكه زيد للدار أو زوجه هند له، بل الغرض حكمه بوجوب اتباع حكم الحاكم الأول، وهذا فى الحقيقه إقرار وإثبات لحكم الأول وإنفاذ له، والظاهر اتفاق الأصحاب على وجوب إنفاذ حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى على الفقهاء الآخرين.

لا يعتبر الإشهاد فى هذه الشهاده:

ثم هل يعتبر فى هذه الشهاده أن تكون مع إشهاد الحاكم للشاهدين على حكمه مطلقاً، أو مع حضورهما مجلس الحكم وسماعهما لفظ الحاكم؟

الظاهر: عدم اعتبار شىء من ذلك، فإن مقتضى إطلاق أدله حجيه البيئه سماع هذه الشهاده، ولا يعتبر فى قبولها الإشهاد، ولا حضور المجلس مطلقاً.

على أنا لا نجد فرقاً بين هذه الشهاده وغيرها، ودعوى عدم الخلاف فى اعتبار الإشهاد فى هذا المقام كما عن صاحب (الرياض) (1) قدس سره كما ترى، نعم، ينبغى قيام الحاكم بالإشهاد احتياطاً كما ذكر المحقق قدس سره.

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس:

قال المحقق: « إذا عرفت هذا، فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون

ص: ٤٧٤

الحدود وغيرها من حقوق الله» (١).

أقول: وعلى هذا، فلو أراد الحاكم الثانى الحكم بالحدّ توقّف على ثبوت موجه عنده، بحسب الموازين الشرعيه المقرره للثبوت بالنسبه إلى كلّ موجب للحدّ، ولا يكفى ثبوته عند الحاكم الأول لأن يحكم به، نعم له إجراء الحدّ بعنوان تنفيذ حكم الأول، فإن للحاكم الأول إجراء الحدّ بنفسه أو يأمر غيره به مجتهداً كان المأمور أو مقلداً.

ودليل هذا القصر هو الإجماع، وقوله عليه السلام: «الحدود تدرأ بالشبهات».

وقد أشكل على الاستدلال بالخبر المذكور بأنه لا شبهه مع قيام البيئه المعبره، فلا يدرء الحدّ.

ويمكن دفعه: بأن البيئه قامت عند الحاكم الأول، وقيامها تقتضى إلغاء الشك والشبهه، وأما الحاكم الثانى فلم تقم عنده البيئه، فالشبهه باقيه بالنسبه إليه، فليس له الحكم.

ما ينهى إلى الحاكم:

قال المحقق قدس سرّه: «وما ينهى إلى الحاكم أمران: أحدهما: حكم وقع بين المتخاصمين. والثانى: إثبات دعوى مدع على غائب.

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

ص: ٤٧٥

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

وإن لم يحضرا الخصومه، فحكى لهما الواقعه وصوره الحكم، سمى المتحاكمين بأسمائهما وآبائهما وصفاتهما وأشهدهما على الحكم، ففيه تردد، والقبول أولى، لأن حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً» (١).

أقول: إن الذي ينهيه الحاكم الأول بالكتاب إلى الحاكم الثاني أمران:

أحدهما: الحكم الذي حكم به بين المتخاصمين، فإن حضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم وسمعا ما حكم به الحاكم في الواقعه، بل وأشهدهما على حكمه، ثم جاء فشهدا بحكم الحاكم الأول عند الثاني، فإنه يثبت بذلك حكم ذلك الحاكم، وعلى الثاني إنفاذه وفصل الخصومه المتجدده بين الخصمين في نفس تلك الواقعه، وليس له الحكم بصحة حكم الأول في الواقع، لأنه لا علم له بذلك، وقد نهى الشارع عن القول بلا علم.

وإن لم يحضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم، بل حكى الحاكم الأول لهما الواقعه، شارحاً صورها للنزاع وحضور المتنازعين عنده وصوره حكمه، وذكر المتحاكمين بأسمائهما وأسماء آبائهما وصفاتهما المشخصه، وأشهد الشاهدين على حكمه، ففي ثبوت الحكم بشهادتهما عند الحاكم الثاني تردد عند المحقق قدس سره، لكن قال « والقبول أولى » قال في (الجواهر): « وفاقاً للأكثر، بل لم أجد فيه خلافاً، سوى ما يحكى عن الشيخ في الخلاف، بل قيل: إن ظاهره دعوى الاجماع

ص: ٤٧٦

عليه، إلا أنى لم أجد من وافقه عليه سوى بعض متأخرى المتأخرين، بناء منهم على أن الأصل يقتضى عدم جواز الإنفاذ فى غير صورته القطع، لأنه قول بغير علم، خرج ما خرج وبقي ما بقى» (١).

وقد رجح المحقق هنا القبول بعد التردد (٢) - بخلاف مسأله الإنهاء بالقول مشافهه حيث تردد فيها بلا ترجيح، حيث قال: « وأما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، ففى القضاء به تردد، نصّ الشيخ فى الخلاف أنه لا يقبل» وهو كذلك، لما ذكرنا سابقاً من حجيه قوله فيما هو مرجوع إليه ومحول عليه ولا يعرف إلا من قبله، فإذا أخبر بأنى قد حكمت بكذا وأشهد الشاهدين على ذلك، كان إخباره حجه كما لو سمعا بأنفسهما الحكم منه، وكما يلغى احتمال عدم قصده للحكم بالنسبه إلى الإنشاء المسموع منه، فكذلك يلغى احتمال الخلاف بالنسبه إلى إخباره عن ثبوت حكمه، وبذلك ينقطع الأصل الذى تمسك به المانعون.

قال المحقق: « وأما الثانى - وهو إثبات دعوى المدعى - فإن حضر الشاهدان الدعوى وإقامه الشهاده والحكم بما شهدا به، وأشهدهما على نفسه بالحكم وشهدا بذلك عند الآخر، قبلها وأنفذ الحكم، ولو لم يحضرا الواقعه وأشهدهما بما صورته: إن فلان ابن فلان الفلانى، ادعى على فلان ابن فلان الفلانى كذا، وشهد له بدعواه فلان وفلان، ويذكر عدالتهما أو تزكيتهما، فحكمت أو أمضيت، ففى الحكم به تردد، مع أن القبول أرجح، خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى وشهاده

ص: ٤٧٧

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٣١٤.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٦.

أقول: هذا هو الأمر الثاني، وهو أيضاً على قسمين:

فالأول: أن يحضر الشاهدان مجلس الحكم على الغائب ويشهدهما الحاكم عليه، فإذا شهدا بذلك عند الحاكم الثاني ثبت الحكم، وكان على الثاني إنفاذه.

والثاني: أن لا يحضر الشاهدان الدعوى بل يخبرهما الحاكم الأول بها وبحكمه فى الواقعه، مع ذكر اسم المدعى والمدعى عليه وتعريفهما، كأن يخبرهما ويشهدهما بما صورته: إن فلان بن فلان الفلانى ادعى على فلان ابن فلان الفلانى كذا، وشهد له بدعواه شاهدان عادلان وهما فلان وفلان، فحكمت وأمضيت، فهل يقبل الحاكم الثانى هذه الشهاده ويحكم بذلك؟ تردّد فيه المحقق، ثم رجّح القبول على نحو ما عرفته فى المسأله السابقه، خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمّن للدعوى وشهاده الشهود، لكن لما كان الغائب على حجّته إذا قدم، فإنه ينبغى ضبط أسماء الشهود ليتمكن من الجرح ونحوه، وكذا غير ذلك مما له مدخله فى بقاء الخصم الغائب على حجّته.

هذا كلّه فى الحكم.

حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به:

قال المحقق قدّس سرّه: «أما لو أخبر حاكماً آخر بأنه ثبت عنده كذا، لم يحكم به الثانى، وليس كذلك لو قال «حكمت» فإن فيه تردّداً» (٢).

ص: ٤٧٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٨.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٨.

أقول: وأما لو أخبر الحاكم الأول الثانى بثبوت الدعوى عنده، أو قال بعد سماع الدعوى وشهادته الشاهدين « ثبت عندى كذا» فلا يجوز للثانى أن يحكم به أو يقول « ثبت عندى كذا» ، لعدم الثبوت عنده، ولا أن يقول: « أنفذت حكمه» لأن الثبوت ليس حكماً كى يندرج فى أدله الإنفاذ.

وبالجملة، فإن موضوع وجوب الإنفاذ هو « الحكم» لا « الثبوت» .

قال عليه السلام: « فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخفّ بحكم الله وعلينا ردّ، والرادّ علينا الراد على الله، وهو على حدّ الشرك بالله» (١).

ألهم إلا إذا حصل الإطمينان بثبوت الأمر عند الحاكم أو الحكام الآخرين وسائر الناس، ولذا كان عيد الفطر يثبت فى أيام شيخنا الاستاذ (٢) بقوله: « ثبت عندى» . وكان رحمه الله لا- يحكم، لأنه لم يكن يرى - تبعاً لبعض مشايخه - ولايه للحاكم فى مثل ذلك.

ثم إنه قد ذهب بعض الأصحاب - على ما حكاه فى (المسالك) (٣) - إلى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطه وهم الشهود على حكم الأول، فلو كان الحاكمان مجتمعين وأشهد أحدهما الآخر على ذلك لم يصح إنفاذه، لأن هذا ليس من محل الضروره المسوّغه للإنفاذ المخالف للأصل.

وأجاب عنه فى (الجواهر) (٤) بأن ذلك ليس قولاً لأحد من أصحابنا، ولم نعرف أحداً حكاه غيره، وبأن الضروره المذكوره فى الدليل إنما هى حكمه أصل

ص: ٤٧٩

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣٦/١. أبواب صفات القاضى، الباب ١١.

٢- ٢) آيه الله العظمى الشيخ عبد الكريم اليزدى قدس سرّه مؤسس الحوزه العلميه.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٥.

٤- ٤) جواهر الكلام ٤٠: ٣١٦.

المشروعيه للإنفاذ، لا أنها علّه يدور الحكم مدارها وجوداً وعدمًا، وبأن الضروره قد تتحقق فيه لقطع الخصومه مع عدم الكون فى البلاد المتباعده من الحاكم الأول.

حقيقه الإنفاذ

هذا، وليس « الإنفاذ » إرشاداً إلى العمل بحكم الحاكم الأول فقط، كما هو الشأن فى عمل نقله فتاوى الفقهاء وإرشادهم العوام إلى العمل بفتاوى مقلّديهم، بل إن المراد من الإنفاذ حكم الثانى بوجوب إطاعه حكم الأول ولزوم تطبيقه حتى ينقطع النزاع، بغض النظر عن صحته وسقمه، فله أن يقول: يجب امتثال الحكم بكون المال لزيد وإن كنت لا أعلم بصحة هذا الحكم. هذا ما تفيده ظواهر كلمات القوم، والدليل عليه قوله عليه السلام: « فإذا حكم... » .

وليس من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولذا يكون فاصلاً للخصومه، ولو كان من ذلك الباب لما كان كذلك.

لكن يمكن أن يقال: بأن للحاكم الثانى أن يجعل حكم الأول حجّه فى الحكم كما يحكم استناداً إلى البيئه مثلاً، فله أن يحكم فى أصل القضية حكماً من عنده استناداً إلى نظر الأول فى الواقعه وحكمه فيها، ولا ينافيه ظاهر الحصر فى قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم. « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » (١)، لجواز حمله على الحصر الإضافى، وقد أجاز ذلك المحقق النراقى (٢)، ومنعه المشهور

ص: ٤٨٠

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.

٢-٢) مستند الشيعه ١٧: ١٠٢.

مستدلين بأن هذا الحكم قول بغير علم، إذ المفروض عدم علمه بكون المال لزيد مثلاً، وبأن المفروض جهله بملاك حكم الأول، فمن الجائز أنه لو علم به لخالفه، وعلى هذا فليس له الحكم به، كما لا يجوز له الحكم بصحته أو موافقته للواقع.

□
واستدل النراقي بأن حكم الحاكم الأول حكم الله في الواقعة، لأدله حجيه حكم الحاكم، فهو حجّه، وحينئذ، فكما يجوز للحاكم الثاني الاستناد إلى البيّنه واليمين ونحوهما من الحجج، كذلك له أن يستند إلى هذه الحجّه، فيحكم على طبق حكم الأول حكماً مستقلاً، كما له أن ينفذه.

والأقوى ما ذهب إليه، إلا- أن يكون إجماع على خلافه، لكن الأحوط في المقام هو إنفاذ حكم الأول وعدم الحكم بنفسه في الواقعة.

صورة الإنهاء:

قال المحقق قدس سرّه: « وصورة الإنهاء: أن يقص الشاهدان ما شاهداه من الواقعة، وما سمعاه من لفظ الحاكم، ويقولان: وأشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك وأمضاه، ولو أحالا على الكتاب بعد قراءته وقالوا: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك، جاز» (١).

أقول: أي إن تحقق الإنهاء يكون بشرح الشاهدين كلّ ما شاهداه من الواقعة في مجلس الحكم، من حضور المتخاصمين ودعوى المدعى وإنكار المدعى عليه ثم إقامة الأول البيّنه على دعواه، ثم بحكايه لفظ الحكم الذي أصدره الحاكم والتصريح بإشهاده إياهما على حكمه.

ص: ٤٨١

ويقوم مقام هذا كله إحالتهما الحاكم الثاني على الكتاب الذى كتبه الحاكم الأول بالواقعه بعد قراءته وأن يقولوا: أشهدنا الحاكم أنه حكم بذلك.

قال المحقق: «ولابد من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه، ولو أشتبته على الثانى أوقف الحكم حتى يوضحه المدعى» (١).

أقول: هذا من شرائط الإنهاء بالشهادة، فلا بد من أن يكون الأمر الذى يشهدان به مضبوطاً من الشاهدين معيناً بجميع جهاته وشئونه بحيث ترتفع الجهالة عنه، فلو كان مورد الدعوى غضب مال مثلاً وأرادا الشهاده بذلك، لزم أن يكونا عالمين بخصوصيات الواقعه، من زمان الغضب ومكانه وغير ذلك بحيث ترتفع الجهاله، وإلا لم يسمع الثانى شهادتهما، بل يجب عليه إيقاف الحكم إلى أن يتضح الأمر و يرتفع الإشتباه.

ولا خصوصية لتوضيح المدعى - وإن قال المحقق: «حتى يوضحه المدعى» (٢) - بل يكفى وضوحه من أينما كان، نعم، بما أن المدعى هو الذى يدعى شيئاً ويطلب من الحاكم النظر فى دعواه، فهو المخاطب بإثبات ما يدعىه بطريق شرعى، كشهاده غير الأولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك.

وهل يعتبر فى الإنهاء كونه إلى قاض معين أو يكفى توجه الكتاب إلى مطلق القضاة؟ حكى الأول عن بعض العامه، وفيه: إنه لا وجه لهذا التقييد، بل إن البينه حجه وإن لم يكن معها كتاب مطلقاً، فلا يختص الإنفاذ بالمكتوب إليه.

ص: ٤٨٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٩.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٩.

حكم ما لو تغير حال الحاكم الأول:

قال المحقق: ولو تغير حال الأول بموت أو عزل، لم يقدح ذلك في العمل بحكمه، وإن تغير بفسق لم يعمل بحكمه، ويقر ما سبق إنفاذه على زمان فسقه (١).

أقول: لا- ريب في نفوذ حكم الحاكم الجامع للشرائط والصفات المذكوره في أول كتاب القضاء، ويعتبر كونه على تلك الصفات في حين إصداره الحكم، فلو تغير حال الحاكم بموت أو عزل عن القضاء أو جنون أو عمى - بناءً على اشتراط البصر - أو غير ذلك، لم يقدح ذلك في العمل بحكمه ووجوب إنفاذه على الحاكم الثاني، وقد استثنى المحقق تبعاً للمشهور من ذلك الإسلام والعدالة، وأنه يشترط بقاؤه على ذلك بعد الحكم كذلك، فلو تغير حاله بكفر أو فسق لم يعمل بحكمه - وليس الأمر كذلك في سائر الامور المشروطه بالعدالة، كإمامه الجماعة والشهادة بالطلاق ونحوهما - وكذا لو تغير حاله بعد الحكم وقبل العمل.

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

وهذا الذي ذكره جار في مورد فتوى المجتهد أيضاً، فلو أفتى بفتوى فمات، لم يقدح ذلك في العمل بفتواه، نعم في (الجواهر) : « الظاهر الإجماع على عدم جواز العمل ابتداءً بفتاوى الأموات » (٢) وأما إذا كان قد قلمه ثم مات المجتهد، فقد أفتوا بجواز البقاء على تقليده.

وهذا بخلاف ما إذا تغير حاله بفسق أو جنون، نعم، العمل الذي أتى به على

ص: ٤٨٣

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٩.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٠.

طبق فتواه قبل التغيير صحيح بلا كلام، ويقرّ ما وقع بحسب فتواه من بيع أو نكاح أو ما شابه ذلك على ما كان عليه.

وقد استدلّ لما ذكره المحقق قدّس سرّه بأمرين:

أحدهما: إن ظهور الفسق يشعر بالخبث الباطنى وقيام الفسق يوم الحكم.

والثانى: إنه يصح أن يقال بعد فسقه بأنه حكم فاسق فعلاً، فلا يجوز العمل به وإنفاذه.

لكن كلا الأمرين واضح الضعف، ولا يقاومان إطلاقات الأدلّة، ومن هنا ذهب جماعة كالأردبيلي (١) والنراقي (٢) إلى عدم الفرق بين الفسق والموت، أخذاً بإطلاقات أدله حجّيه حكم الحاكم، إلا أن ذهاب المشهور إلى ما ذكره المحقق، بل دعوى بعضهم عدم الخلاف فيه، يمنعنا من الجزم بعدم الفرق.

وربما يؤيد المشهور بما ذهب إليه بعض الأصحاب من الفرق بين الفسق وغيره من الموانع فى بعض الموارد.

فمن ذلك: ما لو تغيّر حال الشاهدين بعد أداء الشهادة وقبل الحكم طبق شهادتهما بموت أو جنون مثلاً، لم يقدح ذلك فى قبول الشهادة وترتب الأثر عليها، بخلاف ما لو تغيّر بفسق فلا تعتبر.

ومن ذلك أيضاً: ما لو تغيّر حال شاهدى الأصل قبل الحكم بشهادة شاهدى الفرع، فإنه يمنع عن الحكم إن كان التغيير بفسق، ولا يمنع إن كان بغيره.

ويؤيده أيضاً: جواز البقاء على تقليد المجتهد الميت دون الفاسق.

ص: ٤٨٤

١-١) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٢١٦.

٢-٢) مستند الشيعة ١٧: ١٠٢.

ولو وصلت النوبه إلى الأصل، فالأصل هو عدم جواز العمل والإنفاذ.

هذا كله بالنسبه إلى تغيير حال الحاكم الأول الكاتب للكتاب.

لا أثر لتغير حال المكتوب إليه

قال المحقق: « ولا أثر لتغير حال المكتوب إليه في الكتاب، بل كل من قامت عنده البيئه بأن الأول حكم به وأشهدهم على ذلك عمل بها، إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام » (١).

أقول: إن أنفذ الحاكم الثاني الحكم ثم تغير حاله بموت أو جنون أو غيرهما، لم يقدر ذلك في إنفاذه، وإن تغير بفسق لم يعمل بحكمه بالإنفاذ، على المشهور، ومن المعلوم أن ذلك لا يقدر في حكم الحاكم الأول، بل كل من قامت عنده البيئه من الحكام بأن الحاكم الأول قد حكم به وأشهدهم على ذلك، عمل بها، لعموم دليل حجيتها، إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام، لأن حكمه حكم الأئمة عليهم السلام.

وهكذا يجب على الناس العمل بذلك الحكم، وإن كان المخاطب بالكتاب حاكماً معيناً بمفرده.

ص: ٤٨٥

المسألة الأولى: (حكم ما لو أقر المحكوم عليه أو أنكر)

قال المحقق: « إذا أقر المحكوم عليه وأنه هو المشهود عليه أُلزم، ولو أنكر وكانت الشهادة بوصف يحتمل الإتفاق غالباً، فالقول قوله مع يمينه ما لم يقيم المدعى بينه، وإن كان الوصف ممّا يتعدّر اتفاهه إلا نادراً لم يلتفت إلى إنكاره، لأنه خلاف الظاهر» (١).

أقول: لما قامت الشهادة، فإما يقرّ المحكوم عليه وأنه هو المشهود عليه، فيلزمه الحاكم بأداء ما عليه بلا إشكال، وبلا خلاف كما فى (الجواهر) (٢).

وإما ينكر، وحينئذ، فإن كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق عليه وعلى غيره - كما لو جاء فى الشهادة على الحكم بأن محمد بن أحمد مدين لفلان كذا، فإنه يحتمل الإتفاق على هذا الشخص وعلى غيره بكثره - سمع قوله مع يمينه، إلا إذا أقام المدعى بينه على أن هذا هو المقصود.

وعن بعضهم: بطلان أصل الحكم على عنوان مشترك، كما فى المثال المذكور.

ص: ٤٨٦

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٩.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٢.

وإن كانت الشهادة بوصف يتعذر اتفاهه إلا نادراً - كما إذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفه الكذائيه والمهنه الفلانيه - لم يلتفت إلى إنكاره الحكم عليه، بلاخلاف بين من تعرّض لذلك كما فى (الجواهر) ، وذلك لأنه خلاف الظاهر.

هذا، وفى المسأله تفصيل، لأنه إذا أنكر كونه المحكوم عليه، فتاره: يدعى المدعى كونه هو على التعيين، وحينئذ، ليس للحاكم الثانى إنفاذ حكم الأول فى حق هذا الشخص، بل تجرى أحكام المدعى والمنكر. وأخرى: يتردد المدعى بين هذا وشخص آخر يشترك معه فى الاسم والوصف، فإن كان هذا التردد من المدعى من أول الأمر، كان المورد من فروع مسأله الدعوى على المردد، كدعوى ولّى المقتول بأن أحد هذين قاتل أبى، وفى صحه هذه الدعوى بحث وخلاف، وبناء على صحتها، يطالب المدعى بالبينه، ومع عدمها يحلف الرجلان إن كانا حاضرين أو الحاضر منهما، ومع الامتناع تردّ اليمين على المدعى.

ولو شهد الشاهدان على معين، وحكم الحاكم عليه بأداء الحق ثم اشتبه، فلا ريب فى صحه الحكم، فإن وقع الإشتباه من عدم ذكر الحاكم الأول للأوصاف والمشخصات بالتفصيل، جاء ما ذكره المحقق من أنه إن كانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق... . بخلاف ما لو كان الوصف مما يتعدّر اتفاهه إلا نادراً وقد ذكره الحاكم الأول بالتفصيل، فإنه لا يلتفت إلى إنكاره، لأنه خلاف الظاهر، وإن كان سماع دعواه انطباق الاسم والوصف فعلاً على غيره غير بعيد.

قال المحقق: « ولو ادعى أن فى البلد مساوياً له فى الاسم والنسب، كلف إباتته فى إثباته، فإن كان المساوى حياً سئل، فإن اعترف أنه الغريم ألزم وأطلق الأول، وإن أنكر وقف الحكم حتى يتبين » (١).

ص: ٤٨٧

أقول: ووقوف الحكم بمجرد دعوى أن المحكوم عليه شخص آخر غيره - مع إنكار ذلك الشخص - في غاية الإشكال، اللهم إلا أن يقال بأن الدعوى كانت على كلى المسمى بهذا الاسم وقد صدر الحكم عليه كذلك، ثم اشتبه المصداق الحقيقي بغيره، لكن صحه الدعوى على الكلى المرّد محلّ خلاف. هذا كلّه مع كونه حيّاً.

قال المحقق: « وإن كان المساوى ميّياً وهناك دلالة تشهد بالبراءة، إمّا لأن الغريم لم يعاصر، وإمّا لأن تاريخ الحق متأخر عن موته، ألزم الأول وإن احتمل وقف الحكم حتى يتبين » (١).

أقول: وهذا أيضاً مشكل، بعد كون المدعى قد خصّ هذا الشخص في الدعوى، وأقيمت عليه الشهادة وصدر الحكم.

وقد فصّل بعضهم بين ما إذا ذكر الاسم والوصف، وكان الوصف محتملاً للاتفاق فيه مع غيره من أول الأمر، وبين ما إذا كان متعذراً اتّفاقه من أول الأمر ثم اتفق بعد ذلك، فحكم بالبطلان في الأول دون الثاني.

ص: ٤٨٨

المسأله الثانيه: (حكم امتناع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض)

قال المحقق: « للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض، ولو لم يكن عليه بالحق شاهد قيل: لا يلزم الإشهاد، ولو قيل: يلزم كان حسناً. . . » (١).

أقول: هذا لئلا يطالبه ذو الحق به مره أخرى، والدليل على هذا الحكم: قاعده لا ضرر ولا ضرار، هذا إذا كان مع صاحب الحق ما يثبت حقه، وأما مع عدمه وعلم المحكوم عليه بالحق فيما بينه وبين الله، فلا- كلام فى وجوب أداء الحق بالمطالبه، إذ ليس مع ذى الحق ما يخاف مراجعته به مره أخرى، ولو قيل: يلزم الإشهاد كان حسناً، حسماً لمادّه المنازعه أو كراهه لتوجه اليمين.

هذا، ولكن فى الحكم بجواز الامتناع من التسليم إلا- مع الإشهاد نظراً، لأن أداء حق الناس واجب، والمماطله غير جائزه، غايه الأمر، إنه لو حدث نزاع بعد ذلك، ترافعا إلى الحاكم وارتفع بالموازين الشرعيه، فمجرد احتمال حدوث النزاع مره أخرى لا يجوز تأخير أداء حق الناس، ففيما ذكروه تردّد، والله العالم.

ص: ٤٨٩

المسألة الثالثة: (عدم وجوب دفع الحجة على المدعى)

قال المحقق: « لا يجب على المدعى دفع الحجة مع الوفاء . . . وكذا القول في البائع . . . » (١).

أقول: دليل عدم الوجوب: كون الحجة ملكاً له، وقد قال رسول الله ﷺ عليه وآله وسلّم: « الناس مسلّطون على أموالهم » (٢) ولأنها حجة له لو خرج المقبوض أو المبيع مستحقاً.

ص: ٤٩٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠.

٢-٢) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢/٩٩. وعنه بحار الأنوار ٢: ٢٧٢/٧.

«القسمة» معاملة مستقلة لها أحكامها الخاصه، وقد تعرّض الأصحاب قدّست أسرارهم لها في كتاب الشركه، وذكروا بعضها في كتاب القضاء من جهه استحباب أن يكون للحاكم قاسم يقسم الأموال المشتركه بين الشركاء، لتوقف فصل الخصومه على القسمة في كثير من الأحيان.

مشروعيه القسمة:

ومشروعيه القسمة بأن تكون معاملة كالمعاملات الاخرى ثابتة بالكتاب والسنة، ففي القرآن الكريم: «B وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ» (١) إذ الاستفادة من هذه الآية المباركه إمكان تمييز السهام بعضها عن بعض بالقسمة، من دون حاجه إلى أن يبيع بعض الشركاء سهمه من بعض لتحقق الفرز وتعيين الحصص في المال، فالآية ظاهره في تشريع القسمة، لأن تكون طريقاً للوصول إلى هذا الغرض وإلا قال - مثلاً - : وإذا حضر البيع أو الصلح. . .

وذكروا أيضاً قوله عز وجل: «B وَتَبَيَّنْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ» (٢) ولكن في دلالتها على تشريع القسمة نظر، لأن الماء كان لهم خاصه ولم يكن مشتركاً، وقد

ص: ٤٩٣

١- (١) سورة النساء ٤: ٨.

٢- (٢) سورة القمر ٥٤: ٢٨.

أمر سبحانه يجعل قسم من الماء للناقه.

ومن السنّه: ما روى من أن « عبد الله بن يحيى » كان قسّاماً لأمر المؤمنين (١) وقد قسّم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ خيبر على ثمانية عشر سهماً (٢)، وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « الشفعه فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعه » (٣). قال في (الجواهر): « وغير ذلك من النصوص، وإجماعاً بقسميه، بل ضروره » (٤).

ثم إن القسّمه تاره: تكون بإفراز الحصص بعضها عن بعض، واخرى: تكون قسّمه مهاياها، بمعنى تقسيم الإنتفاع من الشىء المشترك بحسب الأزمنه، كالدائنه المشتركه بين اثنين يستعملها هذا يوماً وذاك يوماً.

حقيقه القسّمه:

ثم، إنه تاره يختلط مال اثنين ببعضه ببعض، كأن يختلط شياها هذا بشياها ذاك فهنا قولان:

أحدهما: إنهما يشتركان فى المجموع بنحو الإشاعه، كما هو الحال فيما إذا ورث الأخوان هذا المجموع معاً. والثانى: إن كلّاً منهما يملك حقه ومملوكه الواقعى فقط، وإذ لا طريق إلى التمييز فلا بدّ من التراضى بينهما بالتقسيم، بأن تنتقل عين مال كلّ واحد إلى الآخر فى مقابل عين ماله، فيكون فى الواقع تديلاً.

ص: ٤٩٤

١-١) سنذكر ترجمه هذا الرجل قريباً.

٢-٢) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ١٣٣.

٣-٣) سنن البيهقى ٦: ١٠٢.

٤-٤) جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٦.

وتاره أخرى: يكون الإختلاط بين المالين موجباً لاشتراكهما بالإشاعة عند العرف، كأن تختلط حنطه هذا بحنطه ذاك، فلا يصدق حينئذ التبديل، بل يقال هنا بالتمييز والإفراز والتعيين، والمراد جعل المال الذى يشترك الاثنان فى تملكه مفرزاً إلى ملكين يختص كل واحد منهما بواحد.

قال المحقق قدس سرّه فى كتاب الشركه: وهى تمييز الحق من غيره (١)، وكذا قال فى (المسالك) (٢) و (الجواهر) (٣) بل نسب إلى المعروف بين الأصحاب، وعليه السيد صاحب (الوسيله) (٤) والأولى التعبير بالتعيين وفقاً للسيد صاحب (العروه) حيث قال: والأولى التعبير بالتعيين، لأن الظاهر من التمييز أن يكون له واقع معيّن وليس كذلك (٥)(٦).

نعم، فى مثال الشياه على الوجه الثانى يصح التعبير بالتمييز.

فالأولى التعبير هنا بالتعيين، لعدم تعين حق كل من الشريكين خارجاً، إذ المفروض أنهما يشتركان فى كل جزء جزء من المال حتى يصل إلى الجزء الذى لا يتجزء فيقسم هناك تقسيماً عقلياً، فالمراد من القسمة تعيين مصداق الكلّى.

وأما احتمال أن تكون القسمة تعيين ما يملكه كل واحد من الشريكين خارجاً، بمعنى أن كل مال من الأموال المملوكة هو ملك لكليهما، فيكون أحدهما

ص: ٤٩٥

١- ١) شرائع الإسلام ٢: ١٣٢.

٢- ٢) مسالك الأفهام ٤: ٣١٨.

٣- ٣) جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٩.

٤- ٤) وسيله النجاه: ٢٦٢.

٥- ٥) العروه الوثقى ٢: ٢١٨.

٦- ٦) قال السيد الاستاذ دام ظله فى حاشيه الوسيله: «فالمناسب فى تعريفها أن يقال: القسمة هى نقل سهم كل شريك من الحصه التى بيد شريكه بأزاء سهم شريكه فى الحصه التى بيده» .

مالكاً للنصف الثاني من المال الذي بيده بأزاء تملكه النصف الآخر من المال الذي بيد شريكه، فتكون القسمة في الحقيقة بيعاً، لأنها - على هذا - تبادل الأموال بعضها ببعض بحسب السهام، لكن الشريكين ينشآن القسمة ولا- نظر لهما إلى المبادله والمعاضه الواقعه.

فيضعفه: إنه إن كان المراد من النصف هو النصف المردد، فإن المردد لا- وجود له في الخارج، وإن كان المراد منه النصف المعين، فهذا خلف للفرض، ولو كان كذلك لم يكن حاجه إلى التقسيم، فيرجع الأمر إلى الكلى ويكون من قبيل تعيين الكلى في المصداق، نظير تملك الكلى في المعين كالصاع من الصبره، إذ يتعين كلى الصاع بالصاع الذى يدفعه، وإن كان بين الموردين فرق من جهه أخرى، وذلك أنه 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 ولم يشاركه صاحب الصبره.

وأما احتمال أن يكون المملوك لكل واحد من الشريكين هو الأحد اللابعيه بناءً على أن الملكيه أمر اعتبارى، فيجوز أن يباع الواحد المردد لأنه قابل للملك كما يقبل الكلى ذلك، نظير بيع ثمره الشجره قبل وجودها، فيكون التقسيم في حقيقته إخراج كل فرد من حال عدم التعيين إلى التعيين.

ففيه: ما تقدم من أن الواحد المردد لا وجود له ولا حقيقه، والملكيه وإن كانت أمراً اعتبارياً، لكن يشترط في متعلقها أن يكون أمراً قابلاً للوجود في الخارج.

والتحقيق هو النظر في حقيقه الشركه، وبذلك يتضح معنى القسمة، والحاصل: إن التقسيم هو التعيين، لأن معنى الشركه هو تملك كل من الشريكين

للنصف مثلاً من المال بنحو الإشاعة، وحيث يراد إخراج الملك عن الإشاعة وتعيين حق كل واحد من الشريكين، يقسم المال بحسب السهام، فيكون التقسيم تعيين كل من النصفين لكل من الشريكين مثلاً، فيتحصل أن معنى التقسيم إخراج المال عن حال كونه مملوكاً للشريكين بالإشاعة إلى حال تعيين ملك كل واحد منهما فيه، بتعيين مصاديق كل الأجزاء لكل منهما، وهذا الوجه أحسن الوجوه في هذا المقام.

حكم نصب القاسم

قال المحقق: « ويستحب للإمام أن ينصب قاسماً كما كان (١) لعل عليه السلام » .

أقول: هذا الحكم لا ريب فيه كما في (الجواهر) (٢)، لأن نصب القاسم من المصالح العامه، وعن (القواعد) (٣) الاجماع عليه. وإن تعبيره ب « النصب » يفيد أن ذلك منصب من المناصب، ولازم ذلك أن يكون للقاسم ولاية على التقسيم كما للحاكم ولاية على الحكم، ويكون ما فعل نافذاً على الشريكين كما ينفذ حكم الحاكم على المتخاصمين، ولو لم يرض أحدهما

ص: ٤٩٧

١- ١) واسمه عبد الله بن يحيى كما في المبسوط ٨ / ١٣٣ وقيل إنه الحضرمي الذي ذكره في تنقيح المقال ٢ / ٢٣٣ عبد الله بن يحيى الحضرمي وقال: قد عدّ الشيخ الرجل من أصحاب أمير المؤمنين، وفي رجال البرقي إنه من أصحاب أمير المؤمنين الذين كانوا شرطه الخميس، وإن أمير المؤمنين قال لعبد الله بن يحيى الحضرمي يوم الجمل: أبشر يا ابن يحيى، فإنك وأباك من شرطه الخميس حقاً.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٦.

٣- ٣) لم اعثر عليه في القواعد وإنما نسب اليه في الجواهر ٤٠: ٣٢٦.

بالتقسيم حكم الحاكم به من باب كونه ولياً على الممتنع، وكان التقسيم نافذاً.

وإذ كانت القسمة منصّباً، وكان القاسم منصوباً من قبل الإمام أو الحاكم، لزم وجود الشرائط الآتية فيه: قال المحقق قدس سرّه:

صفات القاسم:

« ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل والإيمان والعدالة» (١).

أقول: لا- شبهه ولا خلاف في اشتراط كونه بالغاً عاقلاً، إذ لا عبره بأفعال الفاقد للبلوغ والعقل، كما لا ريب ولا خلاف في اعتبار الإيمان والعدالة فيه، لأن صاحب هذا المنصب ذو ولاية، وقد قال الله عزوجل: «**B** لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ» (٢).

قال: « والمعرفه بالحساب» (٣).

أقول: وكذا نحوه مما تحتاج إليه القسمة غالباً.

قال: « ولا يشترط الحرية» (٤).

أقول: ظاهر (الجواهر) الإجماع على عدم اشتراط الحرّيه في القاسم، فيجوز أن يتولى ذلك العبد الجامع للشرائط المعتمده بإذن المولى (٥).

قالوا: ويشترط فيه القصد، بأن يقسم المال ويفرز الحقوق مع القصد والإنشاء، كما يصدر الحاكم الحكم كذلك.

ص: ٤٩٨

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠.

٢-٢ (٢) سورة البقره ٢: ١٢٤.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٠.

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٠.

٥-٥ (٥) جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٧.

قال: « ولو تراضى الخصمان بقاسم لم تشترط العدالة » (١).

أقول: أما بناءً على عدم كون القسمة منصباً من المناصب، فإنه حيث يريد القاسم القسمة الإجبارية، فإن القدر المتيقن من القسمة النافذة قسمة المؤمن العدل، ولا يوجد عندنا اطلاق لنتمسك به لأجل نفوذ قسمة مطلق القاسم، وأما قاسم الإمام ففي الخبر إنه كان من شرطه الخميس وكان مبشراً بالجنة.

وأما إذا كان القاسم معيناً من قبل الشريكين، فلا حاجة إلى العدالة والإيمان، إذ المفروض رضاهما بما يفعله - كما لهما أن يقتسما المال بأنفسهما - نعم، لا بد من كون القاسم الذى يتراضيان بتقسيمه مكلفاً، لأن عمل الصغير لم يمضه الشارع فى مورد.

وقيل: لا مانع من أن يتصدى الصغير عملاً من باب المقدمه للتقسيم، كأن يكون أداه ووسيله لذلك.

وفيه: إنه لا- يتحقق الإيفاز إلا- بالتقسيم والقرعه، فالذى يفرز المشاع هو نفس التقسيم، وبالقرعه يتعين حق كل واحد من الشريكين، فالتقسيم إذاً عمل يترتب عليه أثر، فلا- يجوز أن يقوم به الصغير، ولا يتصور عمل آخر غير التقسيم والقرعه ليكون مقدمه يجوز قيام الصغير به.

إذن، لا بد من كونه مكلفاً بالبلوغ والعقل، ولكن لا يشترط فيه الايمان والعدالة، قال المحقق: « وفى التراضى بقسمة الكافر نظر، أقربه الجواز، كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم » (٢).

أقول: وما قرّبه هو الأقوى، فإنه لا مانع من أن يتصدى الكافر ذلك فى

ص: ٤٩٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠.

صوره كونه معيناً منهما، وليس للقاسم سلطنه حتى يمنع، عملاً بقوله تعالى: «B وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً» (١).

نعم، فيما قيل إنه منصب من المناصب الشرعيه كالقضاء مثلاً، وقيل إن له ولاية على المقتسمين، فلا بد له من الإيمان والعدالة، ويكون نصبه من قبل الامام عليه السلام أو نائبه الخاص أو العام أدام الله وجود نوابه في الأنام.

هل يشترط الرضا بعد القرعه؟

قال المحقق قدس سره: « والمنصوب من قبل الإمام تمضى قسمته بنفس القرعه، ولا يشترط رضاها بعده» (٢).

أقول: لا خلاف ولا إشكال في ذلك، لما تقدم من تحقق الولاية له من جهه كونه منصباً، فيكون تقسيمه نافذاً مطلقاً، كما ينفذ حكم الحاكم في حق المتخاصمين.

قال: « وفي غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعه. وفي هذا إشكال، من حيث أن القرعه وسيله إلى تعيين الحق وقد قارنها الرضا» (٣).

أقول: إنما الكلام في القاسم الذى رضياً بتقسيمه، ففي اشتراط رضاها بعد القرعه قولان، ودليل الاشتراط هو: أن كلاً منهما يريد التصرف فى السهم الذى وقع له، فلا بد من رضاها معاً بالتقسيم والقرعه بعدها حتى يجوز لهما التصرف، لأن ذلك هو القدر المتيقن، ولا يوجد إطلاق يؤخذ به فى المقام. ودليل العدم هو:

ص: ٥٠٠

١-١) سورة النساء ٤: ١٤١.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠ - ١٠١.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠ - ١٠١.

إن المفروض رضاهما بالقرعه، وهذا الرضا يكفي لجواز التصرف، لأن « الناس مسلطون على أموالهم » .

أقول: إن كان دليل السلطنة: « الناس مسلطون على أموالهم » مشرعاً جاز التمسك به لعدم الإشتراط، وإن لم يكن مشرعاً بل كان مفاده سلطنة المالك على ملكه وجواز تصرفه فيه بأنحاء التصرف في حدود الشرع المعينه من قبل الشارع فلا، لأن القدر المتيقن من الأدله الشرعيه لجواز التصرف حيثنذ صوره الرضا بعد التقسيم والقرعه.

هذا، ولكن بناءً على ما تقرر من كون القسمة من الامور التي بها يفرز المال المشاع وتزال الشركه، فإنه يلزم رضى الشريكين، ويشترط كون القرعه بطيب النفس، وحيث كانت كذلك فلا لزوم للرضا بعد تحقق القرعه، فيكون القسمة كسائر المعاملات من هذه الجهه، ففي البيع مثلاً- يشترط شروط، وحيث أُجريت صيغته البيع بشروطها لا- يشترط أن يقول كل من المتبايعين بعدها: رضيت، إذ لا دليل عليه، فالإشكال الذي ذكره المحقق قدس سره وارد، والأقوى هو القول بعدم اشتراط الرضا بالقرعه بعدها.

وهل يشترط القرعه؟

هذا، وعن جماعه القول بأن الأمر يتحقق بالقسمة عن تراض، وهي كافيه لتعين الحقوق من دون حاجه إلى القرعه، لا سيما وأنه لا تعرض للقرعه في الأخبار، وأن القرعه لكل أمر مشكل، وأنه ليس في نصوص الشركه إشاره إلى أن زوالها يكون بالقرعه، بل لقد قال بعضهم بأن الأخذ بالقرعه هنا متابعه للعامه، وفي (المسالك): « بل ينبغي أن يتعين بتراضيهما على القرعه وتخصيص كل واحد

ص: ٥٠١

من الشركاء بحصته وإن لم يحصل القرعه، كما تصح المعاطاه في البيع، إلا أن المعاطاه يتوقف لزومها على التصرف من حيث أن ملك كل واحد من العوضين كان للآخر، فيستصحب ملكه إلى أن يتصرف أحدهما بإذن الآخر، فيكون رضاً منه بكون ما في يده عوضاً عن الآخر. أما القسمة فإنها مجرد تمييز أحد النصيبين عن الآخر، وما يصل إلى كل منهما هو عين ملكه لا عوضاً عن ملك الآخر، فيكفي تراضيها عليها مطلقاً، ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو على بعض الوجوه يناسبه توقف اللزوم على التصرف كالبيع معاطاه، واشترط في الدروس تراضيها بعد القرعه في غير قسمه منصوب الإمام عليه السلام مع اشتغالها على الرد خاصة (١)، وهو حسن، وفي اللّمعة: اكتفى بتراضيها عليها من غير قرعه مطلقاً (٢). وهو أجود، واختاره العلامة في القواعد (٣)(٤).

وقد أشكل على ما ذكر، بأن قياس القسمة على المعاطاه مع الفارق، لأن المعاطاه - بناء على إفادتها الملك وجواز الرجوع فيها ما دامت العينان باقيتين - بيع عند العرف، وقد أمضى الشارع ذلك، وأما القسمة فعنوان آخر، ولا يوجد في نصوصها إطلاق يفيد نفوذها ولزومها حتى يقال بأن القسمة تتحقق بالدليل ولا حاجة إلى القرعه، وقوله تعالى: «B وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ» (٥) لا إطلاق فيه، ولا يبين كيفية القسمة، وحينئذ، فإن تحققت القسمة مع القرعه كانت المعامله متحققه

ص: ٥٠٢

١-١) الدروس الشرعية ٢: ١١٧.

٢-٢) الروضة البهية ٣: ١١٧.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٠.

٤-٤) مسالك الأفهام ١٤: ٢٦ - ٢٧.

٥-٥) سورة النساء ٤: ٨.

وهل يؤثر رضا المالك لو قسم ماله فضول واقترع عليه؟ فيه إشكال، وحينئذ تستصحب الشركه.

وبناءً على لزوم الرضا بعد القرعه، يشترط رضاها حتى لو كان القاسم الإمام أو المنصوب من قبله، وحيث يكون التقسيم عن إجبار، يلزم رضا الحاكم لأنه ولي الممتنع.

عدم الفرق بين قسمه الرد وغيره:

ثم إن القسمه تاره: تشتمل على ردّ، وذلك عندما يخرج لأحد الشريكين النصيب الأوفر من الآخر، فيؤخذ شيء من صاحب الزيادة في مقابلها ويدفع إلى الآخر، لعدم إمكان تقسيم المال المشترك إلى سهمين متساويين، فيحصل التعديل بين الحقين، وأخرى: لا- تشتمل عليه، فبناءً على عدم اشتراط الرضا بعد القرعه، لا يفرق بين الموردين. وفضل بعضهم فاشترطه في الصورة الأولى، لأنه في تلك الصورة توجد معاوضه أخرى، وهي المعاوضه بين ما يؤخذ من صاحب النصيب الأوفر وما يأخذه من سهم الآخر، فلا بدّ فيها من رضا الطرفين.

والجواب - كما في (الجواهر) (1)- أن قسمه الردّ قسم من القسمه المفروض إفرازها بالقرعه، وان استتبع وجوب الردّ على من خرج له النصيب الأوفر بها، فهو استحقاق آخر يتبع القسمه المزبوره، وليس هو معاوضه مستقلة خارجه عن القسمه كى يعتبر فيها التراضى، وسيأتى تفصيل الكلام على هذه المسأله حيث يعنونها المحقق قدّس سرّه.

ص: ٥٠٤

قال المحقق قدس سرّه: « ويجزئ القاسم الواحد إذا لم يكن في قسمه ردّ، ولا بدّ من اثنين في قسمه الردّ، لأنها تتضمّن تقويماً، فلا ينفرد الواحد به، ويسقط اعتبار الثاني مع رضا الشريك» (١).

أقول: أما في صورته عدم اشتغال القسمه على ردّ، فلا خلاف في كفايه القاسم الواحد، لتحقق القسمه به كما يتحقق البيع بالواحد، سواء كان القاسم منصوباً من قبل الحاكم أو كان منصوباً من قبل الشريكين بأن يوكّلاه في ذلك، وأما صورته اشتغالها على ردّ، فقد ذكر المحقق أنه « لا بدّ من اثنين ». .

وفي (المسالك): القسمه إن اشتملت على ردّ فلا إشكال في اعتبار التعدّد في القاسم حيث لا يتراضى الشريكان بالواحد، لأن التعدد يشترط في المقوم مطلقاً من حيث أنها شهادة (٢).

وقد أشكل في (الجواهر) على ذلك بوجوه:

الأول: ما سمعته من نصب على عليه السلام قاسماً واحداً.

الثاني: إن التقويم غير منحصر في قسمه الردّ، فإن كثيراً من الأموال المشتركة المختلفه كالحیوانات ونحوها لا تقسم إلا بالتقويم وإن لم يكن فيها رد.

الثالث: إن التقويم لا مدخلیه له في القسمه وإنما هو من مقدّماتها (٣).

قلت: إن اطمأن الشريكان بأنه قد قسم بالعدل من جميع الجهات كفي

ص: ٥٥٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠١.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٧.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٢ - ٣٣٣.

القاسم الواحد، ولا حاجة إلى التقويم، سواء كانت القسمة عقداً أو إيقاعاً أو حكماً، على اختلاف الوجوه والأقوال - وإن كان كونها بالعقد أشبه - ولعلّه من هذه الجهة لم ينقل احتياج قاسم أمير المؤمنين عليه السلام إلى المقوم، ولذا لو قسم أحدهما برضا الآخر كفى، نظير ما ذهب إليه بعضهم من جواز تولّي الواحد لإجراء عقد النكاح وكالّه عن الزوجين، فإن قسّم القاسم وشك في كونه بالعدل، وذكر أنه قد قسم بالعدل، كان قوله متضمناً للشهادة، فلا بدّ من شاهد آخر معه، ولعلّ ذهاب المحقق والجماعه إلى لزوم التعدّد في صورته الاشتمال على الردّ، هو من جهة أن الغالب في مثل ذلك وقوع الإحتياج إلى التقويم، ومع عدمه أجزأ القاسم الواحد.

الكلام في أجره القاسم:

قال المحقق قدّس سرّه: « وأجره القسام من بيت المال، فإن لم يكن إمام أو كان ولا- سعه في بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين » (1).

أقول: هذا بالنسبة إلى القاسم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام، فإن أجرته تكون على بيت المال، لأنه معدّ للمصالح وهذا منها، لكن ذلك يختص بصوره إجبار الإمام المتقاسمين على التقسيم، وأما وجوبها على بيت المال في المورد الذي لم يأمر فيه الإمام بالقسمة فبعيد، فكان الأولى التقييد بما ذكرناه، وحيث طلبا من الإمام عليه السلام إرسال القاسم لأجل التقسيم كانت الاجره عليهما، لأن عمله محترم وهما قد طلباه، فعليهما الاجره لا على بيت المال وإن كان فيه سعه.

وأما إذا طلب أحدهما دون الآخر، فأمر الإمام بالتقسيم، فهل عليه دفع ما

ص: ٥٠٦

يجب على الراضى منهما أيضاً من بيت المال؟ الظاهر هو العدم.

والمشهور ف بل ادعى الإجماع ف على أخذ الاجره من كليهما، وإن كان أحدهما ممتنعاً وكان التقسيم بأمر الحاكم و إجباره، وكذا لو لم يمتنع أحدهما بل رضى بكلا الأمرين - بقاء الشركه والتقسيم - على السواء، فأمر الحاكم بالتقسيم، قالوا: لأن التقسيم له أثر ونفع بالنسبه إليه أيضاً.

وفيه: إن توجه النفع الذى لم يطلبه لا يوجب دفع شىء عليه، وتحقق الإجماع فى هذا الغرض بعيد.

وكذا لو رضى بالتقسيم من غير أن يطلبه، أو رضى الحاكم به من قبله، فإنه لا يجب عليه شىء إلا عدم الإمتناع عن التقسيم، وكذلك الحاكم إن رضى من قبله بالولاية. . . .

فالأقوى فى جميع هذه الموارد توجه كل الاجره على من طلب التقسيم.

هذا، ومقتضى القواعد كفايهرفع اليد عن المال وعدم وجوب تسليمه.

قال المحقق قدس سره: « فإن استأجره كل واحد بأجره معينه فلا بحث» (1).

أقول: إن استأجر كلا الشريكين القاسم بعقد واحد لأجل التقسيم بأجره معينه، وجب عليهما معاً دفع الاجره، وإن استأجره كل واحد بالاستقلال وبأجره معينه قال المحقق: فلا بحث، وهو صريح فى الجواز.

وقد أشكل عليه من جهه أن العمل واحد وينتفع منه كلاهما، فإذا استأجره أحدهما لهذا العمل لم يصح استئجار الثانى إياه له، لأن هذا العمل مملوك للأول،

ص: ٥٠٧

فكيف يأخذ مالاً بأزاء هذا العمل من الشريك الثاني؟ وبعبارة أخرى: إنه يتحصّل من إفراز سهم الموجر كون سهم الآخر مفروزاً كذلك، فيكيف يجعل نفسه أجيراً لتحصيل ما حصل؟

فإن قيل: فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد وكيلاً من طرف البائع للإيجاب، ومن طرف المشتري للقبول، في معاملة واحده؟

قلنا: إنه قياس مع الفارق، كما هو واضح.

وقد أشكل عليه أيضاً: بأن فرز مال أحدهما مقدمه لفرز مال الآخر، فإذا أوجر من قبل أحدهما كانت إجاره الثاني باطله، لأنها تكون على عمل وجب عليه القيام به بإجاره الأول من باب المقدمه.

لكن فيه: إن العمل واحد، غير أن الذى يتحصل منه أمران، وليس باثنين حتى يكون أحدهما مقدمه للآخر.

وقد ذكر فى (المسالك) الإشكال الأول وقال: « وأجيب بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستيجار القسام لإفراز نصيبه ولا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرّف فى نصيب الآخرين تردداً وتقديراً، ولا سبيل إليه إلا برضاهم، نعم، يجوز أن ينفرد واحد منهم برضا الباقين، فيكون أصلاً ووكيلاً ولا حاجة إلى عقد الباقين، وحينئذ، إن فعل ما على كلّ واحد منهم بالتراضى فذاك، وإن أطلق عاد الكلام فى كيفية التوزيع» (١).

وقد أشكل على هذا الجواب: بأن الإجاره للتقسيم المستلزم للتصرف فى مال الشريك بدون إذنه، غير صحيحه، وأما إذا كانت الإجاره فى مورد لا يستلزم

ص: ٥٠٨

التقسيم فيه التصرف، كأن يكون القاسم عالمًا بوزن المال أو مساحه الأرض مثلاً عاد الإشكال.

أقول: هذا كله بالنسبة إلى التصرف الخارجى، لكن الإفراز فى حد ذاته تصرف، فلا يجوز القيام به، ولا يتحقق إلا مع إذن الشريك، وحينئذ، تكون إجاره الأول باطله.

وكما يمكن أن يكون القاسم عالمًا بخصوصيات المال بحيث لا يحتاج إلى التصرف فى نصيب الشريك الآخر، كذلك يمكن تحصيل رضا الشريك بهذا المقدار من التصرف اللازم لمعرفة خصوصيات المال، فيكون نظير ما إذا وكله فى شراء دار مثلاً، فإن معناه أنه إن رضى مالكةا وباعها فاشترها منه، وإما إذا لم يرض لغت الوكاله، فيكون كبيع الفضولى مع عدم إجازه المالك، فلو باع شخص مال غيره فضوله، أى أنشأ تمليكه الغير بدون رضى المالك، فإن هذا فعل لغو وليس حراماً، لأن المفروض عدم وقوع التصرف فيه.

وهنا، إن كان التقسيم فى الحقيقه إجاره مشروطه بإجازه الشريك، فليل بعدم الصحه أيضاً، وقال فى (الجواهر): إذا كان إنشاء الإجاره مشروطاً بإجازه الآخر، فإن إجاره الأول باطله للتعلق، وإن كان إنشاءً مراعىً بإجازه الآخر - مثل بيع الفضولى - فإنه إنشاء منجز لكنه مراعىً شرعاً، فإن رضى الثانى بالإجازه تمت وأثرت الإجازه، فهذا معنى قول صاحب الجواهر: اللهم إلا أن يراد أن الأولى وقعت مراعىً صحتها بوقوع الثانى (1)، ولكن فيه: إن المراعى فى بيع الفضولى أن المالك يجيز نفس عمل الفضول، وهنا إن أجاز الثانى نفس عمل الأول كان عمله

ص: ٥٠٩

ممضىً بهذه الإجاره ولا يكون شريكاً معه فى الإجاره، وإن كانت إجاره الثانى بمعنى إنشائه الإجاره، عاد الإشكال، ولذا قال هو: والتحقيق عدم صحه الثانى حيث تصح الاولى من دون مراعه للثانى مع كون المستأجر عليه شيئاً واحداً.

هذا، ولو وكل أحد الشريكين الآخر فى التقسيم، فاستأجر الشريك أصله عن نفسه ووكاله عن شريكه من يقسم المال، وجب عليهما معاً دفع الاجره.

قال المحقق قدس سره: « وإن استأجروه فى عقد واحد ولم يعينوا نصيب كل واحد من الاجره لزمتهما الاجره بالحصص، وكذا لو لم يقدروا أجره كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويه» (١).

أقول: إدعى فى (الجواهر) إجماع الطائفة على مراعه الاجره بالحصص (٢).

واستدل 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 والباقى للآخر، ويحتاج إلى اجره عشره دنانير على قسمتها، فيلزم من له الأقل نصف العشره، وربما لا يساوى سهمه ديناراً واحداً، فيذهب جميع المال، وهذا ضرر، والقسمه وضعت لإزاله الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه (٣).

واستدل له (كاشف اللثام) بقوله: ولأن الاجره تزيد بزيادة العمل، والعمل يزيد بزيادة المعمول، فكل من كانت حصته أزيد فالعمل له أزيد، كمن يسقى جريبين من الأرض فعمله أزيد ممن يسقى جريباً، وأن تحمل المشقه أكثر، وكمن ردّ عبداً قيمته مائة، فعمله أزيد ممن ردّ عبداً قيمته خمسون، والغموض فى قله

ص: ٥١٠

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠١.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٥.

٣-٣ (٣) كتاب الخلاف ٦: ٢٢٩، المسأله ٢٦.

النصيب إنما جاء من كثره نصيب الآخر (١).

وفى (القواعد) وغيرها احتمال التساوى، للتساوى فى العمل (٢)، فإنه ليس إلا إفرزاً أو حساباً أو مساحه، والكل مشترك بينهما، بل قد يكون الحساب فى الأقل أغمض، وقلة النصيب توجب كثره العمل لوقوع القسمة بحسب أقل الأنصاء، فإن لم يجب على الأقل نصيباً من الاجره أزيد فلا أقل من التساوى.

قال فى (الجواهر): ولكن لم يذهب إليه أحد من أصحابنا، بل عن الشافعى وأبى حنفيه ومالك موافقتنا على ذلك، نعم، هو محكى عن أحمد بن حنبل، ونقض عليه الفاضل فى القواعد بالحفظ للمال المشترك، فإن له الاجره بالحصص مع التساوى فى العمل (٣) ..

قلت: ومثله حمل المال المشترك من مكان إلى آخر، فإن له الاجره بالحصص.

لكن التحقيق اختلاف الموارد، وأنه لا تدور الاجره مدار نتيجة العمل فى كل مورد، مثلاً: لا يفرق فى الاجره بين حمل الحنطه وحمل الرز من مكان إلى آخر - مع وحده المسافه واتحادهما فى الوزن - وإن كان الرز أعلى من الحنطه، وصاحب المطبعه يطبع كل ملزمه من الكتاب بأجره معينه، فهو يأخذ أجرته فى مقابل عمله، من غير فرق بين أن يكون الكتاب من الكتب العلميه النفسه مادياً ومعنوياً، أو يكون كتاباً وضيعاً كذلك، ففى هذه الموارد يلحظ العمل نفسه، وأما فى حمل المال المشترك أو تقسيمه، فالسيره العقلايه على النظر إلى نتيجة العمل بالنسبه إلى كل

ص: ٥١١

١-١) كشف اللثام ١٠: ١٦٨.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٦١، ايضاح الفوائد ٤: ٣٧٠.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٦.

واحد من الشركاء، فإذا آجروه كلهم للحمل أو القسمة قسّمت الأجره عليهم بالحصص، لأن حرمان صاحب التسعه أعشار من الإستفاده من المال - لأجل الشركه - تسعه أضعاف حرمان صاحب العشر، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعه أعشار استفادته، فعليه تسعه أعشار الاجره.

فالحق هو الاستدلال بالإجماع وبقاعده نفي الضرر، كما عن الشيخ قدّس سرّه في (الخلاف) (١).

النظر في المقسوم:

قال المحقق قدّس سرّه: « وهو إما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان، أو متفاوتها كالأشجار والعقار، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه، لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله، والإنفراد أكمل نفعاً» (٢).

أقول: قسّم المحقق قدّس سرّه المقسوم إلى قسمين، أى إلى المتساويه أجزاءه من حيث الوصف والقيمه كذوات الأمثال مثل الحبوب والأدهان، وإلى متفاوتة أجزاءه كالأشجار والعقار، وقد حكم فى القسم الأول بجواز إجبار الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه، قال فى (الجواهر): بلا-خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل الظاهر الإتفاق عليه، ولعلّه العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر والضرار فى القسمه المفروض شرعيّتها (٣)، وأما الثانى ففيه تفصيل كما سيأتى.

ص: ٥١٢

١- ١) كتاب الخلاف ٦: ٢٢٩

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠١.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٧.

قال المحقق: « ويقسم كَيْلاً ووزناً متساوياً ومتفاضلاً ربوياً كان وغيره، لأن القسمة تميز حق لا بيع» (١).

أقول: وحيث يراد التقسيم، فإنه يقسم المكيل والموزون وغيرهما كَيْلاً ووزناً وغير ذلك متساوياً ومتفاضلاً، ربوياً كان المقسوم وغيره، وذلك لأن القسمة - كما سبق في أول البحث - معاملة مستقلة يقصد بها تمييز حق أو تعيين حق، لا بيع، فلا يشترط فيها ما يشترط في البيع، من القبض في المجلس في النقيدين والعلم بالوزن والوصف وعدم الإشتغال على الربا، وحينئذ، فإذا قسم بالتساوي بحسب العين أو بحسب القيمة جاز، وإن كان مع الجهل بالوزن أو الوصف، ط وكذا لا يثبت في القسمة الخيار لأحد المتقاسمين.

قال ثاني الشهيدین: لو ترك قوله متساوياً ومتفاضلاً كان أولى، وإليك نص كلامه:

« وأما قوله متساوياً ومتفاضلاً، فالأصل في القسمة أن تكون بنسبه الإستحقاق، فإذا كان المشترك بينهما نصفين كان إفرازه نصفين، وإن كان بينهما أثلاثاً كان إفرازه كذلك، والتفاضل في الثاني بحسب الصورة وإلا فهو متساو حقيقه، لأن مستحق الثلث له فيما في يد صاحب الثلثين ثلثه ولصاحب الثلثين فيما في يد صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمة على هذا الوجه موجه للتسوية بينهما بالنظر إلى أصل الحق، وإن أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الآخر زياده على حقه، فليس ذلك بداخل في حقيقه القسمة بل هو هبه محضه للزائد، فلو ترك قوله

ص: ٥١٣

قال في (الجواهر) : وفيه أن معنى كلام المحقق هنا أنه لو فرض كون الاشتراك في جَيِّد الحنطه ورديتها، بحيث كان المَنَّان من الردى يساوى المنّ الواحد من الجَيِّد، فلو أخذ أحدهما المَنِّين في مقابل الواحد من الجَيِّد جاز ولا يلزم الربا، لأنه تقسيم أى تعيين لحق كل واحد وليس بيعاً، وإن كان التقسيم في 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 في الجيد والردى، فإن أخذ المَنِّين من الردى في مقابل المنّ من الجيد ليس تقسيماً إجبارياً، بل من التقسيم المشتمل على الرد (٢).

قال المحقق: « والثانى، إما أن يستتزر الكلّ أو البعض أو لا- يستتزر أحدهم، وفي الأول لا يجبر الممتنع كالجواهر والعضائد الضيقه، وفي الثانى: إن التمس المستتزر أجبر من لا يتضرر، وإن امتنع المتضرر لم يجبر. . . » (٣).

أقول: هذا حكم المقسوم المتفاوته أجزاءه، وتفصيله أنه إما أن يستتزر كلّ الشركاء بقسمته أو بعضهم، أو لا يستتزر أحدهم.

أما الثالث، فالحكم فيه واضح، فإنه يقسم بلا كلام، وأما إذا كان المال مما

ص: ٥١٤

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٣٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٨.

٣-٣) شرائع الاسلام ٤: ١٠١.

يوجب تقسيمه الضرر على كل الشركاء، فلا- يقسم إلا- برضاهم جميعاً، ولا يجبر الممتنع منهم، بل لا يجوز التقسيم الموجب للتلف حتى مع رضاهم، فلا بد من التقسيم بطريق آخر من بيع أو صلح أو مهايه، وإن كان الضرر متوجهاً إلى بعضهم، فإن امتنع المتضرر لم يجبر، لقاعده نفى الضرر، وإن كان الملتمس للقسمه وهو المستضر أجبر من لا يتضرر، وعلى كل حال، فلا بد من أن لا يكون الضرر فاحشاً أو موجباً للسقوط عن المائيه، وإلا قسم بنحو آخر.

وإن استلزم بقاء المال على الشركه ضرراً أكثر من الضرر اللّازم بالتقسيم قسم.

وأما إذا توقّف التقسيم على الردّ، قسم المال كذلك بلا إجبار، كما سيأتي.

ولو كان الأقل ثمناً أكثر مرغوبيه، فهل يراعى في القسمه جهه المرغوبيه أو يراعى جهه المائيه؟ وجهان مبيّتان على حدّ دلاله قاعده لا ضرر ولا ضرار، فإن كانت رافعه لخصوص الضرر المالي، فالمفروض عدمه هنا لأجل التعديل بالقيمه، وإن قلنا بأنها ترفع الضرر الغرضي أيضاً، منعت التقسيم المضر بالغرض وإن لم يلزم الضرر المالي.

أقسام القسمه:

فظهر أن القسمه على قسمين: قسمه إجبار وقسمه تراض، وقد ذكر المحقق هذا بقوله: « ثم المقسوم إن لم يكن فيه ردّ ولا ضرر أُجبر الممتنع وتسمّى قسمه إجبار، وإن تضمنت أحدهما لم يجبر وتسمّى قسمه تراض» (1).

فإن لم يكن في البين ردّ ولا ضرر أُجبر الممتنع عن التقسيم، لأن الإنسان له

ص: ٥١٥

ولايه الانتفاع بماله، والإنفراد أكمل نفعاً، والمفروض عدم المانع من إعمال هذه الولايه، وهذه قسمه الإجبار، وإن كان هناك ردّ أو ضرر فلا يجوز إجبار الممتنع عن التقسيم، بل يقسم بأى نحو تحقق به رضا جميع الأطراف، وهذه قسمه التراضى. وعلى هذا الأساس قال المحقق: « ويقسم الثوب الذى لا تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض » أى المتساويه الأجزاء قسمه إجبار، لأن المفروض عدم الضرر وعدم الردّ فيها « وإن كان ينقص بالقطع، لم يقسم، لحصول الضرر بالقسمه » قال: « وتقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمه قسمه إجبار » لأن التعديل رافع للضرر المانع من الإجبار.

لكن فى (المسالك): ومنهم من قسمها ثلاثه أقسام:

قسمه الإفراز، وهى أن يكون الشىء قابلاً للقسمه إلى أجزاء متساويه الصفات كذوات الأمثال وكالثوب الواحد، والعرضه الواحده المتساويه، ولا إشكال فى كون هذا القسم إجبارياً، مع بقاء الحصص بعد القسمه منتفعاً بها أو حافظه للقيمه كما مر.

والثانى: قسمه التعديل، وهى ما تعدل سهامها بالقيمه، وهى تنقسم إلى ما يعدّ شيئاً واحداً وإلى ما يعدّ شيئين فصاعداً:

فالأول - ما يعدّ شيئاً واحداً كالأرض التى تختلف قيمه أجزائها... ومقتضى عباره المصنف قسمه هذه إجباراً، إلحاقاً للتساوى فى القيمه بالتساوى فى الأجزاء، ويحتمل عدم الإجبار هنا لاختلاف الأغراض والمنافع، والوجهان جاريان فيما إذا كان الإختلاف لاختلاف الجنس، كالبستان الواحد المختلف الأشجار، والدار الواحده المختلفه البناء. والأشهر الإجبار فى الجميع.

والثانى - ما يعدّ شيئين فصاعداً، وهو ينقسم إلى عقار وغيره:

فالأول، كما إذا اشتركا في دارين أو حانوتين متساويتي القيمة، وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا داراً، ولهذا داراً.

ولا- يجبر الممتنع هنا، سواء تجاور الداران والحانوتان أم تباعدا، لشده اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنيه فيلحقان بالجنسين المختلفين... ولو كان بينهما دكاكين متلاصقه لا يحتمل أحادها القسمة - وتسمى العضائد - فطلب أحدهما أن يقسم أعيانها، ففي إجبار الممتنع وجهان، أظهرهما العدم، وسيأتي.

وأما غير العقار، فإذا اشتركا في عبيد ودواب أو أشجار أو ثياب، فإما أن يكون من نوع واحد أو من متعدد.

فإن كانت من نوع واحد وأمكن التسويه بين الشريكين عدداً وقيمه، كعبدين متساويي القيمة بين اثنين وثلاث دواب متساويه القيمة بين ثلاثه، فالذى اختاره المصنف والأكثر أنه يجبر على قسمتها أعياناً ويكتفى بالتساوى فى القيمة، بخلاف الدور لشده اختلاف الأغراض فيها... وفى القواعد: استشكل الحكم فى العبيد (١). . . ونقل فى المبسوط عن بعضهم عدم الإجبار هنا، والمذهب هو الأول (٢).

ولو لم يمكن التسويه فى العدد، كثلاثه أعبد بين اثنين على السويّه أحدهما يساوى الآخريّن فى القيمة، فإن قلنا بالإجبار عند إمكان التسويه، فهنا وجهان، ينظر أحدهما إلى تعادل القيمة، والثانى إلى اختلاف العدد وتفاوت الأغراض... .

ولو كانت الشركه لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان، كعبدين بين اثنين قيمه أحدهما مائه وقيمه الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمة ليخص من اخرجت له

ص: ٥١٧

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٢.

٢- ٢) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ١٤٧.

القرعه الخسيس به ويربع النفيس، ففي إجبار الآخر وجهان مبنيان على المسأله السابقه، فإن قلنا: لا إجبار هناك فهنا أولى، وإن قلنا بالإجبار هناك فهنا وجهان، أصحهما: المنع، لأن الشركه لا ترتفع بالكلية.

ولو كانت الأعيان من أنواع مختلفه، كالعبد التركي مع الهندي والثوب الابريسم مع الكتان مع تساويهما في قيمه، ففي إجبار الممتنع وجهان مرتبان، وأولى بالمنع هنا لو قيل به في السابق.

وكذا القول لو اختلف قيمتهما وأمكن التعديل.

ويظهر من المصنف وجماعه عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القيمه، فأما الأجناس المختلفه كالعبد والثوب، والحنطه والشعير، والدابه والدار، فلا إجبار في قسمه أعيانها بعضها في بعض وإن تساوت قيمتهما.

والثالث: قسمه الرد، بأن يكون بينهما عبدان، قيمه أحدهما ألف وقيمته الآخر ستمائه، فإذا ردّ أخذ النفيس مائتين استويا.

ولا خلاف في كون هذا القسم مشروطاً بالتراضي، وسيأتي الكلام فيه، انتهى كلام الشهيد الثاني قدس سرّه (1).

أقول: وحاصله: أنه مع اختلاف الغرض لا- يجوز الإجبار، وإن أمكن التعديل في القيمه بلا- ردّ، قال في (الجواهر): وهو كما ترى، لا- نعرف له مدرراً ينطبق على أصولنا إلا دعوى حصول الضرر في بعض دون آخر، وهي مجرد اقتراح، وإنما صدر من العامه على أصولهم الفاسده.

ثم قال: اللهم إلا أن يكون في مختلف جهه الشركه فيه، بمعنى عدم الشركه في

ص: ٥١٨

مجموع آحاده وإن تحققت في أفراده بأسباب مستقلة، فإنه لا- جبر في قسمه بعض في بعض قطعاً، بل الظاهر عدم مشروعيه القسمه فيه بالمعنى المصطلح وإن جازت بنوع من الصلح ونحوه، لكون القسمه حينئذ قسمه معاوضه لا إفراز، وذلك لأنه لأنه معها يكون له النصف من كلّ منهما مثلاً، ولا يجب عليه معارضه ما يستحقه في أحدهما بما لصاحبه في الآخر، إذ ليست هي بإفراز حينئذ، بخلاف ما لو كانت الشركه في مجموعه، فإن له حينئذ نصفاً منه وهو يمكن انطباقه على أحدهما.

ومن ذلك يظهر لك اعتبار الإشاعه في مجموع الأعيان المشتركه التي يراد قسمتها بعض في بعض، بل لا موضوع للقسمه في غيره ممّا آحاده مشتركه بأسباب مستقلة من دون شركه بمجموعه، وليس المراد في الأول اعتبار نصف المجموع مثلاً كي يرد حينئذ عدم جواز قسمه بعض المال المشترك دون بعض أو قسمه بعضه بالإفراز والآخر بالتعديل، والمعلوم خلافه نصاً وسيره، وإنما المراد زياده مصاديق النصفيه بملاحظه الشركه في المجموع على وجه يصح قسمته بعض في بعض بحيث يكون النصف أحد المالين مثلاً، فتأمل فإنه دقيق نافع... إلى آخر ما ذكره قدّس سرّه (١).

وملخصه: عدم إمكان القسمه بالقيمه في صورته اختلاف سبب الشركه، فلو اشترك أخوان في مال بالإرث وفي آخر بالشراء، كان النصف المشاع من كلّ واحد لكلّ واحد من الأخوين، وحينئذ، لا يقسم هذان المالان بأن يجعل بعضه في مقابل بعض بالقيمه، وظاهر كلامه يعم المثلى والقيمي معاً.

ولم يتضح لنا وجه هذا التفصيل، لأن كلّ مال مشترك بالإشاعه يكون

ص: ٥١٩

نصف كل جزء لهذا والنصف الآخر منه للآخر، حتى يصل إلى الجزء الذي لا يتجزء، من دون فرق بين اتحاد سبب الشركه وتعدده، وعلى هذا، فإنه تجعل المصدايق الخارجيه لكلى النصف ثم تعين لكل واحد بالقرعه، نعم، إن النصف الكلى لثما وراثه لا يكون مصداقاً لكلى النصف من المال الذى اشترياه، ولكن إذا قسّمت الأموال من حيث المجموع بلحاظ قيمه إلى قسمين، مع غض النظر عن سبب الملكيه، تحقق المصداق للمملوك، وبالقرعه يتعين المالك لكل نصف.

وعلى الجملة، إن اختلاف سبب الملك لا- يوجب اختلاف الملك، والسيره قائمه على التقسيم، من دون نظر إلى أسباب التملك، فإن ما تركه الميت لورثته بالإشاعه، ويقسم بينهم من دون نظر إلى أفراد التركة من حيث أسباب تملك الميت لها.

قال المحقق قدس سرّه: « وإذا سألا القسمة ولهما بينه بالملك قسّم، وإن كان يدهما عليه ولا منازع لهما قال الشيخ فى المبسوط: لا يقسم (١)، وقال فى الخلاف: يقسم (٢)، وهو الأشبه، لأن التصرف دلالة الملك» (٣).

أقول: إذا سأل الشريكان الحاكم القسمة فتاره: يعلم الحاكم بكون المال ملكاً لهما بالإشتراك، وأخرى: تقوم اليه على ذلك عنده، وثالثه: لا علم ولا بينه بل لهما يد على المال.

فعلى الأولين: لا إشكال ولا خلاف فى تصرف الحاكم بتقسيم المال.

ص: ٥٢٠

١-١) صرح فى المبسوط بجواز القسمة. راجع المبسوط ٨: ١٤٧ - ١٤٨. ولم اعثر على منع القسمة فى المبسوط.

٢-٢) كتاب الخلاف ٦: ٢٣٢، المسألة ٣٠.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٢.

وعلى الثالث فعن (المبسوط): لا- يسمع قولهما بل يطالبان بالبينه على كون المال لهما، وعن (الخلاص) إنه يقسم وعليه المشهور (١)، واختاره المحقق بقوله: هو الأشبه، وفي (الجواهر): بل لعله لا خلاف فيه بيننا، بل قد يظهر من بعضهم الإجماع عليه (٢).

وجه المنع: احتمال كون التقسيم حكماً، والحكم يتوقف على البينه.

ووجه الجواز: إن اليد والتصرف دلالة الملك... وهذا هو المختار.

والإحتياط الذى ذكره صاحب (الجواهر) قدس سرّه ليس بلازم.

كيفية القسمة:

إن الحصص لا تخلو من أربع حالات، فتكون القسمة المحتاجة إلى التعديل على أربعة أقسام:

الأول: أن تتساوى الحصص قدرها وقيمه.

الثانى: أن تتساوى الحصص قدرها لا قيمه.

الثالث: أن تتساوى الحصص قيمه لا قدرها.

الرابع: أن تختلف الحصص قدرها وقيمه.

قال المحقق: «الحصص، إن تساوت قدرها وقيمه، فالقسمة بتعديلها على السهام، لأنه يتضمن القيمة، كالدار تكون بين اثنين وقيمتها متساوية» فيتحقق التعديل بقسمتها نصفين (٣).. وهذا هو القسم الأول، وحيث يتحقق التعديل - كما

ص: ٥٢١

١-١) كتاب الخلاف ٦: ٢٣٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٤٣.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٢.

ذكر - تصل النوبه إلى القرعه لأجل تعيين حصه كل واحد من الشريكين، وسيأتى بيان كيفية القرعه.

قال: « وإن تساوت قدرأ لا قيمه، عدلت السهام قيمه وألغى القدر، حتى لو كان الثلثان بقيمته مساوياً للثلث جعل الثلث محاذياً للثلثين» (1) وهذا هو القسم الثانى.

وأما كيفية القرعه: « فهو أن يكتب كل نصف» من النصفين المتساويين قدرأ وقيمه كما فى القسم الأول، أو قدرأ فقط كما فى القسم الثانى « فى رقعته ويصف كل واحد بما تميزه عن الآخر، ويجعل ذلك مصوناً فى ساتر كالشمع أو الطين، ويأمر من لم يطلع على الصورة بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فله» .

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

قال فى (الجواهر): والظاهر عدم وجوب خصوص كتابه الرقاع وعدم الصون فى ساتر، بل وعدم وجوب كون المأمور مكلفاً، بل وغير ذلك من القيود المزبوره، إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره إلى الله تعالى ويفعلان ما يفيد، وإن كان الأولى الاقتصار على المأثور والمعهود (2).

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

ص: ٥٢٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٢.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٤٤.

قال المحقق: « وإن تساوت الحصص قيمه لا - قدرأ مثل أن يكون للواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، وقيمه أجزاء الملك متساويه، سويت السهام على أقلهم نصيباً فجعلت أسداساً» (1) ويعطى لكل واحد سهمه، وتكون العبره بالتعديل من حيث القيمة، بأن يعطى لصاحب السدس ما يساوى سدس المجموع قيمه، ولا يكتفى بالتعديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحه مثلاً.

ص: ٥٢٣

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٢.

المسألة الأولى: (في الدار التي لها علو وسفل)

قال المحقق قدس سرّه: « لو كان لدار علو وسفل، فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو والسفل بموجب التعديل جاز» (١) بلا خلاف ولا إشكال في (الجواهر) (٢).

قال: « وأجبر الممتنع مع انتفاء الضرر» (٣) أي: لما تقدم من أن المانع من الإيجار هو الضرر، فمع فرض انتفائه يجبر الممتنع منهما عن التقسيم.

قال: « ولو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم يجبر الممتنع» (٤).

أقول: قال في (القواعد): « بل أخذ كل منهما نصيبه من العلو والسفل بالتعديل» (٥) أي كما في الوجه الأول المتقدم، وعلله « كاشف اللثام» بقوله: « لأن البناء تابع للأرض والعلو للسفل، فإنما يجبر على قسمه تأتي على الأرض، ولأن من ملك شيئاً من الأرض ملك قراره إلى الأرض السابعة وهواه إلى السماء، فلو

ص: ٥٢٤

- ١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.
- ٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٥٢.
- ٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.
- ٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.
- ٥-٥ (٥) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٤.

جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفلى عن الهواء والعلو عن القرار» (١).

قلت: مضافاً إلى أنه قد تحدث حادثه توقع النزاع بينهما كما إذا انهدم سقف السفلى، فإنه يقع النزاع بين مالك السفلى ومالك العلو فى تعميره.

وهناك وجه ثالث من التقسيم لا يجبر الممتنع فيه كالثانى، وقد ذكره المحقق بقوله: « وكذا لو طلب قسمه كل واحد منهما منفرداً» (٢) أو طلب قسمه أحدهما وبقاء الثانى على الشركه فامتنع الآخر عن ذلك.

وعلى الجملة، إن صور التقسيم مختلفه، والملاك العام ما ذكره المحقق قدس سره سابقاً من أنه: متى لزم الضرر أو الرد لم يجبر، ومتى لم يلزم أجبر.

ص: ٥٢٥

١-١ كشف اللثام ١٠: ١٧٧.

٢-٢ شرائع الاسلام ٤: ١٠٤.

المسأله الثانيه: (في قسمه الأرض التي فيها زرع)

قال المحقق قدس سرّه: « لو كان بينهما أرض وزرع، فطلب قسمه الأرض حسب، أُجبر الممتنع » (١).

أقول: وقد نقل هذا عن الشيخ، بل الظاهر أنه رأى المشهور، وفيه تأمل، لأنه إذا طلب أحدهما قسمه الأرض حسب فقال الآخر: لا، بل يقسم الكل، أى الأرض وما عليها، فلماذا يجبر هذا ولا يجبر ذاك؟ هذا غير واضح عندنا.

قال المحقق: « لأن الزرع كالمتاع فى الدار » (٢).

أقول: يعنى فرق بين الأرض والبناء وبين الأرض والزرع، فإن البناء تابع للأرض التى بنى عليها، بخلاف الزرع فإنه لا يتبع الأرض بل هو كالمتاع فى الدار، فيجوز بيع الأرض مجرداً عن الزرع لعدم التبعية، كما تباع الدار ولا يباع معها المتاع الموجود فيها، ومن هنا، فإذا أراد أحدهما تقسيم الأرض وحدها أُجبر الممتنع، ولازم هذا أنه إذا طلب الآخر تقسيم الزرع أيضاً أُجبر الآخر على ذلك لفرض الاستقلال.

قال: « فلو طلب قسمه الزرع، قال الشيخ: لم يجبر الآخر، لأن تعديل ذلك

ص: ٥٢٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

بالسهام غير ممكن (1)، وفيه إشكال، من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله» (2).

أقول: مفاد هذا الكلام هو الاختلاف في إمكان التعديل وعدم إمكانه، لكن الزارعين - وهم أهل الخبرة بالتقسيم في جميع الحالات - إذا توقّفوا في كيفية التقسيم، يبيعون الزرع ويقسمون ثمنه.

قال: «أما لو كان بذراً لم يظهر، لم تصح القسمة، لتحقق الجهاله» (3).

أقول: لا خلاف في هذه المسألة، لأن البذر الذي يظهر من الأرض لا يمكن تقسيمه، لعدم المساواة بين الحب الموجود في هذا الجريب من هذه الأرض وبين الموجود في الجريب الآخر، وإن كان القدر المتعارف بين الزارعين لكل جريب معلوماً، ولأنه لا يعلم الفاسد من غيره في البذر الموجود في هذه الأرض، فما ذهبوا إليه من عدم صحّة القسمة حينئذ هو الصحيح، بل لا عرفيه للقسمة في هذه الصورة.

قال: «ولو كان سنبلًا، قال أيضاً: لا يصح، وهو مشكل، لجواز بيع الزرع عندنا» (4).

أقول: قال الشيخ في (المبسوط): «فإن كان بينهما أرض فيها زرع، فطلب

ص: ٥٢٧

١-١) المبسوط في فقه الامامية ٨: ١٤١.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

أحدهما القسمه، فإما أن يطلب قسمه الأرض أو الزرع أو قسمتهما معاً، فإن طلب قسمه الأرض دون غيرها أجبرنا الآخر عليها، على أى صفة كان الزرع، حباً أو قصيلاً (١)، أو سنبلًا قد اشتد، لأن الزرع فى الأرض كالمتاع فى الدار لا يمنع القسمه فالزرع مثله، وأما إن طلب قسمه الزرع وحده لم يجبر الآخر عليه، لأن تعديل الزرع بالسهم لا يمكن. وأما إن طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثه أحوال:

إما أن يكون بذراً أو حباً مستتراً أو قصيلاً، فإن كان حباً مدفوناً لم تجز القسمه، لأننا إن قلنا: القسمه إفراز حق فهو قسمه مجهول أو معدوم فلا تصح، وإن قلنا: بيع لم يجز لمثل هذا، وإن كان الزرع قد اشتد سنبله وقوى حبه، فالحكم فيه كما لو كان بذراً وقد ذكرناه، وإن كان قصيلاً أجبرنا الممتنع عليها، لأن القصيل فيها كالشجر فيها، ولو كان فيها شجر قسّمت بشجرها كذلك هنا» (٢).

أقول: لم يتضح لنا وجه تفصيل الشيخ جيداً، وإن حاول صاحب (الجواهر) بيانه، فلاحظ وتأمل.

ص: ٥٢٨

١-١) القصيل ما قطع من الزرع أخضر.

٢-٢) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ١٤١.

المسأله الثالثه: (في قسمه القرخان المتعدده)

قال المحقق: « لو كان بينهما قرخان متعدده، وطلب واحد قسمتها بعضاً في بعض، لم يجبر الممتنع » (١).

أقول: لو كان بين الشريكين أملاك متعدده، مستقل بعضها عن بعض، بحيث يرى أهل العرف التعدد فيها والاستقلال - بخلاف ما إذا كان التعدد - تعدد الغرف في دار واحده، فإن العرف يرى الملك واحداً - فالمشهور عدم جواز الإيجابار على تقسيم بعضها ببعض، بأن تجعل قطعه من العقار في مقابل قطعه، بخلاف ما إذا كان الملك واحداً، فلا مانع من جعل غرفه في مقابل غرفه.

وهذا يكون في الدور المتعدده، والأراضي المتعدده، والدكاكين المتعدده، والحبوب المختلفه كالحنظله والشعير، أما في الثياب - مثلاً - فيجوز مع التعديل في قيمه.

وكلمات الأصحاب في عدم الإيجابار هنا مطلقه، أي سواء أمكن تقسيم كل واحد على حده أولاً، وسواء كانت متجاوره أولاً، وعن ابن البراج أنه قال: إذا استوت الدور والأقرحه في الرغبات قسمت بعضها في بعض. قال: وكذا لو تضرر بعضهم بقسمه كل على حده جمع حقه في ناحيه.

ص: ٥٢٩

وفى (الجواهر) التأمل فى تحقق هذه الشهرة، لكن الظاهر تحققها - كما فى (المسالك) - ولم ينقل الخلاف فى (المختلف) و (مفتاح الكرامه) إلا عن ابن البراج قدس سره، نعم، نقل موافقته عن بعض متأخرى المتأخرين كصاحب (المدارك) (١).

وأشكل فى (الجواهر) فيه بأن ميزان التقسيم الذى يجبر عليه هو قاعده إيصال الحق إلى صاحبه، فإن أمكن التقسيم لكل على حده بلا ضرر، فالمتعين تقسيم كل واحد، ولا يجبر على تقسيم بعض ببعض، وإن لزم من ذلك ضرر أو لم يمكن أجبر الممتنع، خلافاً للمشهور حيث منعوا عنه، وكان لازم منعهم بيع المال وتقسيم ثمنه كالجواهر الضيقه.

لكن وجه ما ذهب إليه المشهور هو: إن التقسيم عباره عن تمييز حق كل من الشريكين عن حق الآخر بعد أن كان لكل منهما كلى النصف، فإن كان الملك واحداً أمكن تقسيمه بالتناصف، وأما إذا كانا شريكين فى مالين مختلفين عرفاً كالغنم والإبل مثلاً فإن قلنا لأحدهما: أعط حَقَّك من الغنم فى مقابل حَقَّك فى الإبل، كانت معاوضه ومبادلته عند العرف وليس تمييز حق عن حق.

وبعبارة أخرى: إن أدله القسمه منصرفه عمّا إذا كان الجزء المشاع متميزاً فى الخارج عند العرف، وإن موردها هو المال المتحد وان كان له أجزاء متعدده كالدار المحتويه للبيوت المتعدده.

فهذا وجه ما ذهب إليه المشهور، وما ذهبوا إليه هو الأظهر.

قال المحقق: « ولو طلب قسمه كل واحد بانفراده أجبر الآخر، وكذا لو كان

ص: ٥٣٠

بينهما حبوب مختلفه» (١).

أقول: هذا لا خلاف فيه كما في (الجواهر) (٢) ولا إشكال، لما تقدّم من أنه في كلّ مورد أمكن التقسيم بلا ضرر، أُجبر الممتنع عنه على ذلك.

قال: « ويقسم القراح الواحد وإن اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت لبنتها» (٣).

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

وعن الشيخ: ويفارق هذا إذا كانت الأقرحه متجاوره، ولكلّ قراح طريق ينفرد به لأنها أملاك متميزه، بدليل أنه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعه فيه بالقراح المجاوره له، وليس كذلك إذا كان القراح واحداً وله طريق واحده، لأنه ملك مجتمع بدليل أنه لو بيع بعضه وجب الشفعه فيه مما بقى، وأصل هذا وجوازه على الشفعه، فكلّ ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعه فهو الملك المجتمع، وكلّ ما إذا بيع بعضه لم تجب فيه الشفعه لمجاوره كانت أملاً متفرقه» (٤).

قلت: إن الشيخ قدس سرّه يعطى ملاك الوحده والتعدّد في هذا المقام بهذا الكلام، وأما من حيث الفتوى فيوافق المشهور.

ولم يفرق المشهور في الملك بين المتّحد سبباً والمختلف كالشراء والإرث وهو الصحيح، خلافاً لصاحب (الجواهر) حيث فرّق بينهما كما عرفت سابقاً.

ص: ٥٣١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤ - ١٠٥.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٥٩.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٥.

٤-٤) المبسوط في فقه الاماميه ٨: ١٤٥.

قال المحقق: « ولا تقسم الدكاكين المتجاوره بعضها فى بعض قسمه إجباره، لأنها أملاك متعدده يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده، فهى كالأقرحه المتباعده» (١).

أقول: وعن العلامه فى (الإرشاد) الحكم بأن الدكاكين المتجاوره يقسم بعضها فى بعض دون الدور والأقرحه (٢)، وظاهر (الجواهر) (٣) موافقته على ذلك قال: إنها واحده، لأن الأصل الأرض والبناء تابع، فالدكاكين كبيوت الدار، ولعلّه لذا حكم فى (الإرشاد) بالجبر، وهو كذلك مع فرض عدم إمكان قسمه كل واحد منها بانفراده. وفيه: إن الأرض التى عليها الشجر تكون أرضاً واحده عند العرف وإن كان شجرها مختلفاً، لأن الأشجار توابع للأرض، فيجوز تقسيم البعض منها ببعض، وكذا الأمر فى الدار، لكن نظر العرف فى الدكاكين إلى البناء والأرض تابع له، ولذا يقولون: باع زيد الدكان، أما فى الأرض المشجره فيقولون: باع زيد الأرض.

مضافاً إلى أن المتحقق عند العرف فى مورد الدكاكين هو المعاوضه والمبادله، بخلاف الحال بالنسبه إلى بيوت الدار، فهذا المورد مصداق للإفراز عندهم دون ذاك.

ص: ٥٣٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٥.

٢- ٢) إرشاد الاذهان ١: ٤٣٤.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٥٩.

النظر فى اللّواحق وهى ثلاث:

الأولى: (لو ادعى بعد القسمه الغلط)

قال المحقق: « إذا ادعى بعد القسمه الغلط لم تسمع دعواه، فإن أقام بينه سمعت وحكم ببطلان القسمه، لأنه فائدتها تمييز الحق ولم يحصل، ولو عدمها فالتمس اليمين كان له إن ادعى على شريكه العلم بالغلط» (١).

أقول: لا فرق بين أن نأخذ (الغلط) بمعنى الإشتباه أو بمعنى عدم صحّحه التقسيم وإن كان عن عمد. وقوله (لم تسمع دعواه) أى مع عدم البيئه، ومن المدعى عليه الغلط؟ إنه القاسم، وقال ثانى الشهيدين: « لا فرق فى عدم سماع دعوى الغلط فى القسمه بمجرّدها بين كون القاسم منصوب الامام ومن تراضيا به وأنفسهما، لأصالة صححه القسمه إلى أن يثبت المزيل، ولأن منصوب الإمام كالقاضى لا يسمع الدعوى عليه بالظلم» (٢).

قال المحقق الآشتيانى قدّس سرّه: « وقد تنظرّ فيه الاستاد العلامه بأن مرجع

ص: ٥٣٣

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٥.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٥٥.

دعوى الغلط فى القسمه إلى إنكار أصل القسمه، فليس هناك قسمه مسلم الوقوع بين الشريكين قد وقع النزاع فى صحتها وفسادها حتى يحكم بصحتها، ولا- يتوهم جريان هذا الإشكال فى سائر المقامات أيضاً، بأن يقال إن مرجع نزاع المتبايعين فى صحه البيع وفساده إنكار أصل البيع، فإن البيع العرفى هناك متحقق مسلم الوقوع بينهما، وإنما يدعى أحدهما فساده من جهه عدم مراعاة بعض ما اعتبر فيه شرعاً، وهذا بخلاف المقام، فإن مرجع النزاع فيه إلى إنكار أصل القسمه العرفيه، ضروره أن القسمه من دون التعديل لا تسمى قسمه عرفاً أيضاً، والحاصل أن القسمه عباره فى العرف عن التمييز والإفراز حسبما عرفت سابقاً، فإن سلم وقوعها فلا معنى لدعوى غلط أحد الشريكين فيها، وإلا فمرجع النزاع إلى أصل وقوعها» (١).

قلت: حاصل كلامه عدم انقسام القسمه إلى الصحيحه والفساده، بل أمرها يدور بين الوجود والعدم، وليس الأمر كما ذكره، بل فى القرآن الكريم: «B تَلْكَ إِذَا قَسَمَهُ ضِيْرِي» (٢).

قال الآشتياني: « ثم أجب دام ظلّه عن الإشكال المذكور بوجهين، أحدهما:

أن يكون المراد بالقسمه هى صورتها، لا القسمه الحقيقيه فيقال: إن الأصل صحّه ما وقع من صوره القسمه المسلمه بينهم» .

قلت: ولم يتّضح لنا معنى هذا الكلام.

قال: « ثانيهما: أن يكون المراد منها سبب القسمه، أى فعل القاسم الذى هو

ص: ٥٣٤

١- ١) كتاب القضاء للاشتياني: ٣٢٦.

٢- ٢) سورة النجم ٥٣: ٢٢.

سبب لتحقيق التمييز، فإنه قد يقع ولا يترتب عليه التمييز والإنعزال، وقد يقع ويترتب عليه، وقد يقع ويشك في ترتيبه عليه، فالأصل الترتب نظراً إلى أصالة الصحة في الفعل الواقع من المسلم» (١).

وكيف كان: « فإن أقام بينه سمعت وحكم ببطلان القسمه » وذلك كما قال المحقق « لأن فائدتها تمييز الحق ولم يحصل » التمييز، لبقاء مقدار من حق أحدهما في سهم الآخر، وطريق إقامه البينه - كما في (المسالك) - أن يحضرا قاسمين حاذقين لينظر أو يمسخا ويعرفا الحال ويشهدا (٢)، فإن شهد القاسم - وآخر معه - بصحة القسمه قال العلامة: إن كان عمله بأجره فهو متهم وإن كان مجاناً اعتبرت الشهاده ووقع التعارض بين البينتين (٣)، لكنه مشكل - كما في (الجواهر) - لأن شهاده الإنسان في حق نفسه غير مسموعه، بل لا تقبل في عمل الغير الذي يرجع إليه، نفعه، نعم، يكون قوله حجه في صوره شك أحد الشريكين والسؤال منه من دون مرافعه.

وكيفيه إقامه الدعوى عند الحاكم على القاسم أن يقول للحاكم: لقد قامت البينه عندي على وقوع الخطأ في القسمه فيقول له: أحضرها، كذا عن (مفتاح الكرامه) وقيل: لا تسمع الدعوى على قاسم الحاكم حتى مع البينه، وهذا مشكل.

فظهر أن الدعوى لا تسمع مع عدم البينه، فإن كان له بينه وأقامها سمعت وترتب الأثر على ذلك.

ولو عدم المدعى البينه، فهل له التماس اليمين؟ قال المحقق: كان له... فمن

ص: ٥٣٥

١- ١) كتاب القضاء للأشتياني: ٣٢٦.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٥٥.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٥. ما نقل عن العلامة مفهوم كلامه لا صريح كلامه.

يكون الحالف حينئذ القاسم أو الشريك؟ قال المحقق: الشريك. وهل يحلفه مطلقاً؟ قال المحقق: لا، بل إن ادعى على الشريك العلم بالغلط.

وتوضيح ما ذهب إليه المحقق هو: إنه إن ادعى على الشريك علمه بالغلط - بأن يقول له علمت بالغلط قبل انتهائه أو يدعيه عليه بعد العمل - فإن أقر الشريك فلا كلام، وإن أنكر أحلفه الحاكم، فإن حلف على نفي العلم سقطت الدعوى، وإن نكل ثبتت الدعوى بناء على ثبوتها بالنكول، وأما على القول بعدم كفايه النكول ردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبتت وإلا سقطت.

أما القاسم فلا يحلف، لأنه إن حلف بعدم الغلط كانت النتيجة للغير وهو المدعى عليه، وإن أقر لا يعتبر إقراره، لأن نفعه يعود إلى المدعى، والمفروض أن الشريك لا يصدقه.

فإن كان القاسم منصوباً من قبل الحاكم فلا يحلف بالأولوية.

وقال جماعه بجواز حلف الشريك على نفي الواقع، بل قيل إنه المشهور بين الأصحاب خلافاً للمحقق.

ولو أنهما قسّما المال بأنفسهما، فادعى أحدهما وقوع الغلط وأنكر الآخر، فلا يحلف المنكر مع عدم البينة إلا على نفي العلم بالغلط والاشتباه.

هذا كلام المحقق، وقد وافقه في (الجواهر) خلافاً للآخرين.

أقول: والحق ما ذهب إليه المحقق، لأن القاسم لا يحلف، لأن يمينه في حق الغير ولا يحلف الشريك على نفي الواقع، لأنه في فعل الغير، فتبقى اليمين على نفي العلم، وكذا الأمر فيما إذا قسما بأنفسهما، فإنه لا يمكن إحلاف الشريك على نفي الواقع، مع أن المدعى قد شاركه في هذا التقسيم حسب الفرض.

وقال المحقق الكنى ما حاصله (1): إن الغلط يكون تاره: بمعنى المصدر المبني للفاعل، وعليه، فلا يمكن إحلاف الشريك على نفي الغلط من القاسم، وأخرى: يكون بمعنى المصدر المبني للمفعول، فهنا يجوز إحلافه وله الحلف على نفي وقوع الغلط إن كان عالمًا، فمن قال بعدم الجواز، فقد أخذ الغلط بذاك المعنى، ومن قال بالجواز أخذه بهذا المعنى. وبذلك يجمع بين القولين.

أقول: وبناء على كون (الغلط) بمعنى المصدر المبني للمفعول، يمكن أن يكون المدعى عليه هو الشريك، كما إذا كان بنفسه دخيلاً فى القسمه أو ناظرًا لها، وحينئذ يكون حلفه فى فعل نفسه، وكذا لو ادعى عليه وجود شىء من حقه فيما بيده من المال، فله أن يحلف على القطع والبت إن كان عالمًا وإلا ردّ.

ولعلّ هذا هو مراد من نصّ على جواز إحلاف الشريك وإن لم يدع عليه العلم.

ص: ٥٣٧

التانيه: (إذا أقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً، فإن كان معيناً مع أحدهما بطلت القسمة، ولو كان فيهما بالسويه لم تبطل ط ولو كان فيهما لا بالسويه بطلت. . . » (١).

أقول: قال الشيخ قدس سرّه في (المبسوط): « إذا كانت يدهما على ضيعة ثلاثين جريباً فاقتسماها نصفين، فبان ثلثها مستحقاً، فإن المستحق يتسلم حقه، وأما القسمة فلا يخلو المستحق من أحد أمرين، إما أن يكون معيناً أو مشاعاً، فإن كان معيناً نظرت فإن حصل في سهم أحدهما بطلت القسمة، لأن الإشاعه عادت إلى حق شريكه، وذلك أن القسمة تراد لإفراز حقه عن حق شريكه، فإذا كان بعض ما حصل له مستحقاً كان حقه باقياً في حق شريكه، فأما إن وقع المستحق في نصيبهما معاً نظرت، فإن وقع منه مع أحدهما أكثر مما وقع مع الآخر، بطلت القسمة أيضاً لما مضى، وإن كان فيهما سواء من غير فضل أخذ المستحق حقه وينصرف، وكانت القسمة في قدر الملك الصحيح صحيحه، لأن القسمة إفراز الحق وقد أفرز كل واحد منهما حقه عن حق شريكه، هذا إذا كان المستحق معيناً، وأما إن كان

ص: ٥٣٨

فنقول: إذا اقتسم المتقاسمان المال بينهما، ثم ظهر كون بعض المال مستحقاً لغيرهما، فتاره: يكون المال المستحق للثالث معيّنًا، وأخرى: يكون مشاعاً، فإن كان معيّنًا فهنا صور:

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

والثانية: أن يكون المال المستحق في مال المتقاسمين كليهما بالسويّة، وهنا لا تبطل القسمة بلا خلاف ولا إشكال، لأن الغرض من القسمة - وهو إفراز كلّ واحد من الحقيين عن الآخر - حاصل، فالقدر المسلّم به زوال الشركة الكائنه بينهما بهذه القسمة، وأما كون الثالث شريكاً مع كلّ واحد، فهذا فيه بحث سيأتي. وما عن بعض العامة من احتمال بطلان القسمة هنا لتبعص الصفقة، ضعيف، لأنه مبني على أن القسمة بيع، وقد تقدّم أنها معامله مستقلة وليست بيع.

والثالثة: أن يكون المال المستحق فيهما لا بالسويّة، ففي هذه الصورة تبطل القسمة، لعدم تحقق الشرط في القسمة وهو التعديل بعد إخراج سهم الثالث. وحيث يتحقق التعديل فيحكم بصحة القسمة، كما في الصورة الثانية، فلا حاجة إلى تقييد ذلك بما إذا لم يحدث نقص في حصّه أحدهما بأخذ المال المستحق، ولم يظهر به تفاوت بين الحصّتين، مثل أن يسدّ طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه، لوضوح

ص: ٥٣٩

بطلان القسمة حينئذ، لعدم تحقق التعديل.

وكذا الأمر لو ظهر في نصيب أحدهما عيب، وقيل هنا بعدم البطلان بل هو مخير بين أخذ الأرش والفسخ بالإقاله. وفيه: إن أدلّه الإقاله لا تأتي في القسمة، لأنها ليست ببيع كما تقدّم (١).

وكذا لا يأتي في القسمة خيار الغبن لما ذكرنا.

ولما ذكرنا أيضاً: لا حرمة لما يحدثه أحدهما فيما بيده من بناء ونحوه لو ظهر الاستحقاق - بخلاف البيع، فإن ذلك له حرمة لو أراد الفسخ - فيكون نظير ما إذا بنى داراً على أرض ظاناً بأنها ملكه فبانت لغيره، فلا يستحق شيئاً على صاحب الأرض - إلا إذا كان مغروراً فإنه يرجع على من غره - نعم له نقل الأعيان التي تكون له مع الإمكان، وكذا لو استعار كتاباً ثم صحّحه ظاناً بأن ملكه، فليس له مطالبه أجره في مقابل عمله من مالكة.

نعم، لو كان الحاكم هو السبب في الضرر، أمكن القول بكون الضرر على بيت المال.

هذا كله إن كان المستحق معيناً.

قال المحقق قدس سره: « وإن كان المستحق مشاعاً معهما، فللشيخ قولان (٢):

ص: ٥٤٠

١- ١) اللهم إلا أن يقال بجريان عمومات الإقاله في كل معاهده، سواء كانت حاصله بالعقد أو غيره، لأن الإقاله هي بمعنى إزالة الأثر. فتأمل.

٢- ٢) قال الشيخ (المبسوط ٨: ١٤٢): « وأما إن كان مشاعاً في الكل، بطلت في قدر المستحق ولم تبطل فيما بقي، وقال قوم تبطل فيما بقي أيضاً، والأول مذهبنا، والثاني أيضاً قوى، لأن القسمة تميز حق كل واحد منهما عن صاحبه، وقد بان أنه على الإشاعه. والعلّة الجيّده في ذلك أنهما اقتسماها نصفين وثلثها لثالث غائب، ومن قسم ما هو شركه بينه وبين غيره بغير حضوره، كانت القسمة باطله، ويفارق هذا البيع، لأن لكل واحد من الشريكين أن يبيع نصيبه بغير إذن شريكه. »

أحدهما: لا تبطل فيما زاد عن المستحق، والثاني: تبطل، لأنها وقعت من دون إذن الشريك، وهو الأشبه» (١).

أقول: لو ظهر كون ثلث الأرض مستحقاً لغيرهما، فإن كان مع سهم كلا الطرفين، شارك كلا منهما فيما وصل إليه بالإشاعه، فالقسمه بين المقتسمين متحققه وليس الكلّ شركاء في الكلّ، لكن شركه الثالث معهما يتوقف على الإذن، وحينئذ فهل يؤثر رضاه بعد تلك القسمه التي أدت إلى هذه الشركه فضوله؟ الظاهر ذلك، كما إذا كان أخوان شريكين في مال فمات أحدهما، فقسم المال بين الباقي منهما وابن الميت، ثم ظهر للولد أخ، فإنه يشترك مع أخيه في النصف مشاعاً، ويستقل عمهما بالنصف الآخر، فإذا حضر الأخ وأجاز القسمه هذه صحّت، وفيما نحن فيه، إذا أجاز المستحق كان شريكاً معهما، بمعنى انحلال الشركه الاولى وحدوث شركه جديده، فيكون نظير ما إذا قسم المال المشترك بين أربعة إلى قسمين يشترك كل اثنين منهما في قسم.

وكما لو كان عبدان مشتركين بين اثنين بالتناصف، وكان أحدهما يسوى عشرين ديناراً، والآخر يسوى عشره دنانير، فلو طالب أحدهما الاستقلال في تملك الرخيص منهما جاز، فيكون الرخيص مع ربع النفيس لهذا، وتبقى ثلثه أرباع النفيس للآخر، فقد تبدلت شركتهما بهذه القسمه إلى نحو آخر من الشركه، ولما ذكرنا قال في (الجواهر) (٢): ربما ظهر من تعليل المصنّف وغيره الصحه مع الإذن، على أن تكون حصته مشاعه معهما، وحينئذ فلهوقها كاف.

ص: ٥٤١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٥.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٦٦.

وبالجملة: إذا أمضى يكون شريكاً مع كل واحد فيما بيده بالنصف مشاعاً في الفرض المذكور أولاً، وهذا كله فيما إذا كان التقسيم بالتعديل، وإلا بطلت القسمة.

ولو كان في سهم أحدهما حيوان مثلاً، فتلف، فإن كانت القسمة صحيحة فهو في ملكه، وإن كانت باطلة ثبت الضمان، سواء كان التلف بسببه أو بسبب غيره، لأن المأخوذ بالقسمة الباطلة حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد.

ص: ٥٤٢

الثالثه: (لو قسم تركه الميت ثم ظهر عليه دين)

قال المحقق قدس سرّه: « لو قسم الورثه تركه ثم ظهر على الميت دين، فإن قام الورثه بالدين لم تبطل القسمه، وإن امتنعوا نقضت وقضى منها الدين » (١).

أقول: مذهب المحقق قدس سرّه هو أن التركة تبقى على حكم مال الميت، فإن أدى الورثه الدين كان لهم المال، وإلا كان للديان أخذ التركة في مقابل حقهم، وبعبارة اخرى: إنه يتعلّق بالتركة حق الورثه، بأن تكون لهم بعد أداء دين مورثهم، ويتعلّق بها حق الديان. بأن يأخذوها في مقابل الدين إن امتنع الورثه عن أدائه، فتكون التركة مورداً لتعلّق حقّين طوليين، كالمال المرهون.

وقال العلامة في (القواعد): « ولو قسم الورثه التركة وظهر دين، فإن أدوه من مالهم، وإلا بطلت القسمه، ولو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصّه بقدر ما يخصّه من الدين، ولو اقتسموا البعض وكان في الباقي وفاء، أُخرج من الدين، فإن تلفت قبل أدائه كان الدين في المقسوم إن لم تؤدّ الورثه » (٢) وحاصل العبارة: إن الورثه يملكون التركة ملكيه متزلزله، فإن أدوا الدين استقرّت وإلا أخذ الديان التركة.

ص: ٥٤٣

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٥.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٦.

وكيف كان، فإن قسّم الورثة التركة وظهر الدين، فتاره: يكون الدين مستوعباً لها، واخرى: لا يكون كذلك، فبناءً على مختار (القواعد) وبعضهم قد قسموا مالاً هو لهم، فالقسمة صحيحة، وحينئذ يتعلّق حق الديان - المتعلّق سابقاً بكلي التركة - بالسهم المتشخصه بالتقسيم والمتحققه خارجاً بيد كل واحد من الورثة، فإن أدوا جميعهم الدين فقد استقرّ ملكهم، وإن أدى بعضهم دون بعض، فقد استقرّت مالكيه من أدى دون من امتنع.

قد يقال: إن هذه التركة تكون كالمال المرهون الذى ليس لصاحبه، ولا يجوز للمرتهن التصرف فيه إلا مع إذن الآخر، فكيف تكون قسمة الورثة للتركة صحيحة بدون إذن الديان، حتى يتشخص بهذه القسمة متعلّق حقهم بعد أن كان كلياً؟

لكن يمكن الجواب عنه: بأنه لا مانع من التصرف غير المنافى لحق الديان، فإن أدله الإرث والقسمة تقتضى جواز التقسيم، ولا يعارض ذلك مقتضى أدله وجوب أداء الدين، غير أن متعلّق حق الديان أصبح شخصياً بعد أن كان كلياً، وهذا لا مانع منه، لأنه يكون نظير ما إذا أدوا نصف الدين قبل التقسيم وبقي النصف الآخر، نعم، لو كان الشأن بحيث إذا لم يؤدّ جميع الدين كان جميع التركة كالمال المرهون من حيث عدم جواز التصرف فيه إلا مع الإذن، بطلت القسمة وإن لم يمتنع بعض الورثة عن أداء ما عليهم.

وعليه، فلو مات المورث وعليه الخمس، واقتسم الورثة التركة، فأدى بعضهم ما عليهم وامتنع البعض الآخر، فعلى التقدير الأول: يكون من أدى ما عليه بالنسبة - من المال الواجب أدائه من جهة الخمس الذى كان على الميت - مالكاً لما بيده، ومن امتنع لم يجز له التصرف فيما بيده، وعلى التقدير الثانى: لا يجوز

لأحد منهم التصرف فيما بيده حتى يدفع الخمس كله. إلا أن في هذا المورد بالخصوص نصاً يقتضى الوجه الأول (١).

إذن، يصح التقسيم بناءً على الملكيه المتزلزله إلا في الصورة المذكوره، وإن هذا المقدار من التصرف بدون إذن الديان لا مانع منه لعدم منافاته لحقهم، فيكون نظير ما إذا اشترى مالاً مع خيار الفسخ للبائع مده معينه، فلا مانع من أن يقسما المال بينهما، فإن أخذ البائع بالخيار في المده، استرجع ما في يد كليهما ولا إشكال فيه.

وأما على مبنى المحقق، فيشكل بأنه كيف تصح القسمة في مال الغير؟ وكيف يباع سهم الممتنع عليه مع أنه للغير؟

وأجيب: بأن المال وإن لم يكن للورثه، إلا أنه متعلق لحق شرعى لهم، فحيث أدوا الدين تنتقل التركة إليهم وتكون ملكاً لهم، فهم في الحقيقه قد قسّموا مالاً متعلقاً لحقهم، ويملك كل واحد منهم ما وقع إليه، بأداء المقدار المتعلق من الدين به، ويكون الحاصل: صحه القسمة بالنسبه إلى من أدى وبطلانها بالنسبه إلى من امتنع، بمعنى عدم جواز تصرفه فيما وقع إليه لا بمعنى بطلان القسمة.

ولو ظهرت وصيّه تملكه بعد القسمة، فإن كانت بإنشاء تملك مال بعد الموت، فتماميتها تتوقف على قبول الموصى له، فإن قبل كان المال ملكاً له، وإن

ص: ٥٤٥

□
١ - ١) عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل مات فأقرّ بعض ورثته لرجل بدين. قال: يلزمه ذلك في حصته) وسائل الشيعه ١٩: ٣٢٤ / باب ٢٦ / إذا أقر واحد. وعن أبي البختری وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: « قضى على عليه السلام في رجل مات وترك ورثه، فأقرّ أحد الورثه بدين على أبيه: إنه يلزمه ذلك في حصته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك عليه من ماله كله. . . » التهذيب ٩ / ٣٧٢ (٢٣).

كانت وصيه بتمليك مال إليه، فإن ملكه الوصى كان ملكه، وإلا كان في حكم مال الميت، فلا يتصرف فيه أحد ولا يقسم بين الورثه.

ومحلّ الكلام فيما إذا قسّم المال ثم ظهر كونه مورداً للوصيه التملكيه، ففي (الدروس) (1) و (المسالك) (2) إنه إن كانت الوصيه وصيه مال من غير إضافه لها إلى مال معين، كانت كالدين، وإن كانت مضافه كأن يوصى بدفع عشر ماله مثلاً، كانت كالمال المستحق في الحكم المذكور سابقاً.

أقول: جعلهم الوصيه في الصوره الاولى كالدين، فيه تأمل، لأنه في الدين ذمه الميت مشغوله، وأما إذا قال: إُدفعوا من مالي مائة أو ادفعوا هذه المائة، كان المال للموصى له مع قبوله بعد موت الموصى، لا باقياً في حكم مال الميت حتى يكون كالدين، ولا للوارث كما اختار صاحب (الجواهر) (3) في الدين، ولا يصح أن نعتبر الآن اشتغال ذمته بعد الموت، إذ لا عرفيه لذلك.

ولو أرسل وقال: إُدفعوا مائة، فإنه لا مناص من أن يجعل من المال بمقدار المائة للموصى له، فلو عادلته المائة عشر المال كان العشر له بالإشاعه، ويمكن أن يكون كالصاع من الصبره، وحينئذ، يكون لهم التصريف في المال، حتى إذا بقى المقدار الموصى به وانحصر الكلّي في الفرد، منعوا من التصرف فيه، لأنه ملك للموصى له.

بخلاف ما إذا كان بنحو الإشاعه، فلا يجوز التصرف في شيء من المال إلا بإذن الموصى له، لأن المفروض أنه يشار كهم في كلّ جزء جزء من المال. وكيف كان

ص: ٥٤٦

١-١) الدروس الشرعيه ٢: ١١٩.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٥٨.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٦٨.

فليس هذا كالدين.

وبناءً على ما ذكرنا، يكون حكم قسمه هذا المال حكم قسمه المال الموجود فيه مال مستحق لغير الوارث، وقد تقدّم الكلام عليه.

ولا يبعد أن تكون القسمة صحيحة حتى لو كان مع التصرف المحرّم لعدم الإذن - نظير ما إذا غضب مالاً وباعه لنفسه معاطاه فضوله فأجاز المالك، فالبيع صحيح وإن كانت تصرفاته محرّمه، لجواز اجتماع الحكم التكليفي - وهو حرمة التصرف - مع الحكم الوضعي وهو الصّحة. ولو كان مورد القسمة أرضاً فقسيّموها، فوقع مجرى ماء أحد السهمين في السهم الآخر، لم يجز لصاحب هذا منع الماء، ولو قسموا داراً كبيره لها بابان، فكان لكلّ من السهمين باب، فلا يجوز لأحدهما الدخول من باب الآخر - إلا مع إذنه - وإن كان هذا الباب أوسع أو أقرب، بخلاف ما إذا كان للدار باب واحد ولا يمكن إحداث باب آخر، فلا يجوز لهذا منعه.

هذا، وهل لوّلى الطفل أو المجنون المطالبه بالقسمه؟ إن كان في القسمه مفسده للمولّى عليه، فلا ريب في العدم، وهل يكفي عدم المفسده أو يشترط وجود المصلحه له؟ قولان، ومع تساوى الأمرين ف الشركة وعدمها من حيث المصلحه، فهل يجوز له أن يطالب بالقسمه؟ قولان، وقيل: في هذه الصوره تكون أجره القسام على الولي نفسه.

أقول: والأحوط أن لا يطالب الولي بالقسمه إلا في صوره وجود المصلحه للمولّى عليه، لأن الاجره تكون على المولى عليه لا على الولي.

وحيث يطلب الشريك القسمه ولا مفسده للمولى عليه، فهل يجبر الولي؟ الظاهر ذلك، وكذا العكس لكن عليه الاجره.

ص: ٥٤٧

تعريف المدعى:

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

قال المحقق: « وهو الذى يترك لو ترك الخصومه » أى: هو الذى يخلى سبيله ويسكت عنه لو سكت عن الخصومه. وهذا التعريف للمحقق وجماعه بل قيل إنه المشهور.

« وقيل هو الذى يدعى خلاف الأصل أو أمراً خفياً » (١) أى: منافياً للظاهر الشرعى قال فى (الجواهر) « وعن بعضهم حكاية التفسير بالمعطوف خاصه عن بعض، وبالمعطوف عليه خاصه عن آخر. وحينئذ تكون الأقوال أربعه » (٢).

وقد نوقش الأول بعدم الإنعكاس أو عدم الإطراد، فقد يترك المدعى الدعوى أو المدعى عليه وتبقى الخصومه، فلو أودع مالاً عند شخص فادعى رده عليه فأنكر صاحب المال، لم يترك المدعى لو ترك دعوى الرد بل يطالب بالرد.

وأجاب فى (الجواهر) بأن مطالبه المدعى باليمين والمنكر بالبينه لا يخرج المدعى عن كونه مدعياً، بل ذلك مقتضى الدليل الشرعى فى بعض الموارد بنحو التخصيص.

ص: ٥٥١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٦.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٧١.

وفى (العروه) : إن هنا دعويين، احدهما: الإيداع عنده، والثانيه: دعواه الردّ، فلو ترك هذا دعوى الرد انتفت الخصومه الثانيه، ولكن الاولى باقيه (١).

والمراد من « الأصل » فى التعريف الثانى هو القاعده الكليه، أعمّ من الأصل والأمارات كاليده والإستصحاب، فالأصل فى اليد دلالتها على الملكيه، فمن ادعى على خلاف مقتضاها قيل له أنت تدعى خلاف الأصل.

وقد يراد من « الظاهر » معنى غير « الأصل » ، كما لو أرخى الزوجان الستر ثم اختلفا فى الدخول، فادّعت الزوجه وادّعى الزوج العدم، كانت دعوى الزوج مخالفه للظاهر.

ولو أسلم الزوجان، فادّعت الزوجه التفارن فالنكاح باق، وأنكر الزوج فهو باطل، فإن مقتضى الأصل هو عدم الإسلام المقارن، وأصالة عدم المقارنه مثبتة.

هذا، ولكن الأولى - وفقاً للجواهر - هو الرجوع إلى العرف فى تشخيص المدعى من المنكر، وفى مورد التداعى - حيث يصدق « المدعى » على كليهما - يطالبان معاً بالبينه، وحيث يشكك يعين المدعى من المنكر بالقرعه.

وفى العرف: المدعى هو من يريد إثبات حق له على غيره فيطالب به عند الحاكم، أو يريد التخلّص من حقٍ لغيره عليه، كأن يدعى إرجاع الأمانه وتسليم الوديعه وأداء الدين.

فيكون الحاصل وجوب إقامه البينه على من كان عند العرف مدّعياً واليمين على من كان عندهم منكرأ، لأن الخطابات الشرعيه مثل « البينه على المدعى

ص: ٥٥٢

واليمين على المدعى عليه» أو «على من أنكر» ونحوها، ملقاه إلى العرف العام، وليس للشارع جعل خاص لموضوعات الأحكام في هذه الموارد - وإن قيل بذلك في خصوص المدعى - فتشخيص الموضوع بيد العرف، نعم، قد يخطأ العرف في تشخيص موضوع من موضوعات الأحكام، وحينئذ لا- يوكل الشرع الأمر إلى العرف في ذاك المورد، بل يعين موضوع حكمه بنفسه، وهذا لا ينافي كون خطابه ملقاه إلى العرف.

فالتحقيق في المقام ما ذكرناه، ومن عرّف المدعى بنحو من الأنحاء المذكوره، فقد لحظ المعنى الأكثر انطباقاً في الموارد في نظره، وجعله عنواناً كلياً، وإلا فلا دليل في الكتاب والسنة ولا قرينه على تعيين أحد تلك التعاريف.

وحيث عين العرف المدعى - ولم يخطئه الشارع - توجه إليه الوظيفة الشرعية في إقامة الدعوى، سواء ترك المخاصمه لو ترك أولاً، وسواء كانت دعواه مخالفه للأصل أو الظاهر أو موافقه.

ثم إنه قد يختلف الأمر باختلاف مصب الدعوى.

ففي الإجاره مثلاً قد يدعى المستأجر وقوع الإجاره بمائه، ويدعى الموجر وقوعها بمأتين، فهنا كلّ منهما يدعى شيئاً وينكر ما يدعى الآخر، فيقع التداعى وعليهما البيئه، وقد يكون مصب الدعوى المأه المختلف فيها، وحينئذ يكون القائل بالمأتين - وهو الموجر - مدعياً وعليه إقامة البيئه، والمستأجر منكرأ وعليه اليمين، فإن أقام الموجر البيئه ثبتت المأه على المستأجر وإلا حلف وسقطت دعوى الموجر.

وفي الدين: إن طالب الدائن بالمال وأنكر المدين، كان الأول هو المدعى، وإن قال المدين: قد أدت الدين، انقلب مدعياً وكان عليه إقامة البيئه على الأداء.

وفى البيع، كأن يقول بعت بعشرين، ويقول المشتري: بل بعشره، أو يقول: بعتك بعشرين ديناراً من ذهب، فيقول المشتري: بل من فضّه، أو يقول: بعتك هذا الشيء، فيقول: بل وهبتنى إياه، وتظهر الثمره فى الفرض الأخير عند تلف العين مع الفساد، فإن كان الواقع بيعاً فاسداً ضمن الآخذ، وإن كان هبه فاسده لم يضمن.

ولو كان مورد المخاصمه هو الضمان، فهذا يدعى اشتغال ذمه الآخر وذاك ينكر، وحينئذ يكون الملاحظ نتيجة النزاع، ولا ينظر إلى الإختلاف فى عنوان المعامله وأنها كانت هبه أو بيعاً، أما إذا كان مورد النزاع هذه الناحيه، فإنه يقع التعارض بين الدعويين، لجريان أصاله العدم فى كلا الطرفين.

ومع الجهل بمصّب الدعوى ومورد المخاصمه يعين بالقرعه.

وكيف كان، فإن الملاحظ هو نظر العرف فى تعيين المدعى والمنكر، ويؤخذ بنظر الإعتبار مصّب الدعوى، إذ الأمر يختلف باختلافه كما مثلنا.

الشروط المعبره فى المدعى:

(البلوغ)

وكيف كان، فقد ذكر المحقق قدس سرّه الشروط المعبره فى المدعى بقوله: « ويشترط فيه: البلوغ، والعقل، وأن يدعى لنفسه أو لمن له ولايه الدعوى عنه، وما يصح منه تملكه، فهذه قيود أربعه، فلا تسمع دعوى الصغير» (1).

أقول: الشرط الأول الذى ذكره هو « البلوغ » ثم قال: « فلا تسمع دعوى الصغير » وعندنا فى اعتبار هذا الشرط بنحو الإطلاق تأمل ونظر إلا أن يكون إجماع، لأن دعوى انصراف أدلّه القضاء عن دعوى غير البالغ، ضعيفه، لأن

ص: ٥٥٤

الغرض من نصب القاضى حفظ الحقوق والنظام، وإن الله عز وجل لا- يرضى بضياع حقوق غير البالغين، ومثلها دعوى أن المتبادر من أدلّه القضاء وسماع الدعوى هو كون المدعى بالغاً، فإن فى تلك الأدله عمومات وإطلاقات تشمل الصغير قطعاً، كقوله تعالى: «**B**فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (١)، ومع وجود هذه الأدله لا وجه للتمسك بالأصل كما فى (المستند) (٢).

وأما قوله - فى توجيه عدم سماع دعوى الصغير - بأنه قد يحتاج إلى امور يشترط فيها البلوغ مثل إقامه البينه.

ففيه: إنه لا دليل على اشتراط البلوغ فى إقامه البينه، فإذا أقامها الصغير على طبق الموازين الشرعيه فلا وجه لعدم قبولها، والأدله الرافعه لآثار قول الصبى منصرفه عن كون مورد دعواه ظلم أحد له كالضرب ونحوه، نعم، الإعتبارات المحتاجه إلى الإنشاء غير مسموعه منه، كما أنه إذا وصل الأمر فى المخاصمه إلى اليمين فلا يحلف ولا يحلّف.

وبعبارة اخرى: البلوغ ليس شرطاً فى أصل الدعوى، فإن دعوى الصغير تسمع، لكن الامور المترتبه وأحكام فصل الخصومه وموازين القضاء، يشترط فى بعضها البلوغ، كالحلف والإقرار، فلا يحلف ولا يحلّف ولا يترتب الأثر على إقراره، وحينئذ، يقوم وليه مقامه فى هذه الامور، وبعضها لا يشترط فيه البلوغ كإقامه البينه، وحينئذ، يترتب الأثر لعموم الأدله، وانصراف « عمد الصبى خطأ» (٣) ونحوه عن مثل ذلك.

ص: ٥٥٥

١- ١) سورة ص ٣٨: ٢٦.

٢- ٢) مستند الشيعة ١٧: ١٤٤.

٣- ٣) كتاب الخلاف ٢: ٣٦١/١٩٧، ٥: ١٧٥/٣٩.

بل قال المحقق الكنى قدس سرّه (١): إن الأصحاب لم يعملوا بهذه الأدلّه واعتبروا قول الصبي في موارد، كقبول قوله في إنبات الشعر بالعلاج، وكما لو أوقع معامله فقال البائع بطلانها لكونه صغيراً فأدعى البلوغ فإنه تسمع دعواه ويحكم بصحة معامله. نعم، إن كان متعلّق دعواه مالا فلا تسمع، لأجل الصغر، لأنه لا سلطنه له على مال، فلا سلطنه له على دعوى متعلّقه بالمال، فعدم سماع دعواه حينئذ يكون من هذا الحيث لا من جهة أن الصبي مسلوب العبارة، لكن الدّعى ليست من شئون المطالبه بالمال، فإنه إذا أثبت المال بالبينه أمكن أن يباشر المطالبه وليه أو الحاكم نفسه، وليس إثبات تملك المال تصرفاً فيه حتى يقال بعدم السلطنه له على المال، ولذا يجوز للأجنبي أن يثبت مالا لغيره، فيكون ذلك في الحقيقه كالكشف لأمر مخفى.

إشراط العقل:

قال المحقق: « ولا المجنون » (٢)

أقول: الشرط الثانى الذى ذكره المحقق وغيره هو « العقل » ، ويدل على اعتباره ما دلّ على اعتبار البلوغ، لكن مقتضى عمومات أدلّه القضاء سماع دعواه فى غير التصرفات الممنوعه، كما إذا ادّعى على شخص أنه جنى عليه، فإن الشارع لا يرضى بالجنايه على المجنون ولا يترك الجانى عليه من غير مؤاخذه وعقوبه.

وعن المحقق الأردبيلى قدس سرّه وجماعه (٣) اشراط كونه رشيداً، فلا

ص: ٥٥٦

١-١ (١) كتاب القضاء: ٤٢٥.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٦.

٣-٣ (٣) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١١٥.

تسمع الدعوى من السفيه، بل عن (المعتمد) دعوى الإجماع عليه، لكن الأدلة القائمة على وجوب إحقاق الحق وحفظ الأموال والنظام تقتضى وجوب سماع دعواه، نعم لا- تسمع فى الدعوى المتعلقة بالمال، بل إن دعواه فيها تسمع أيضاً، لأن الدعوى وإثبات الحق شىء والتصرف شىء آخر. وأما دعوى الإجماع على هذا الشرط، ففيها منع واضح.

أن لا يدعى مالاً لغيره:

قال: « ولا دعواه مالاً لغيره إلا أن يكون وكيلاً أو وصياً أو ولياً أو حاكماً أو أميناً لحاكم» (١).

أقول: إدعى فى (الجواهر) (٢) عدم الخلاف فيه، لكنهم يحكمون بسماعها فى بعض الموارد وهو ليس واحداً ممن ذكر، فلو غصب مال من يد المرتهن أو المستعير سمعت دعواه عند الحاكم، وقيل فى الرهن بجواز الدعوى بعنوان حق نفسه.

قلت: وبغض النظر عن حكمهم بالسماع فى هذه الموارد، فإنه لا مانع من أن يدعى الإنسان حقاً لغيره ما لم يستلزم التصرف فيه، ودعوى انصراف «B فَاْحُكْمُ بَيْنِ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (٣) عنه، غير مسموعه، اللهم إلا أن يقال بأن الدعوى نفسها تعتبر تصرفاً فى مال الغير، وعليه، فيشكل أن يبادر إلى الدعوى أخذاً بشاهد الحال واعتماداً على إذن الفحوى من المالك، لأن الفحوى وشاهد الحال لا يشملان هكذا تصرف اعتبارى، بل يتوقف سماعها منه على الإذن الصريح من المالك.

ص: ٥٥٧

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٦.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٧٧.

٣-٣ (٣) سورة ص ٣٨: ٢٦.

لكن لو كان المدعى من أقرباء المالك وذويه، فالظاهر الاستماع في ما لا يستلزم تصرفاً في ماله من غير ولاية ولا وكالة، لانصراف أدله المنع حينئذ، والقدر المتيقن من الإجماع غيره.

ثم إن المشهور قيام الوكيل والوصى والولى مقام صاحب المال في جميع مراحل الدعوى، واستثنى بعضهم إحلاف المدعى عليه، إلا أن مقتضى عمومات أدله الولاية والوكالة والوصاية... هو جواز الإحلاف أيضاً، كما عليه المشهور.

أن لا يدعى ما لا يجوز تملكه:

قال المحقق: «ولا تسمع دعوى المسلم خمراً أو خنزيراً» (١).

أقول: ويشترط في الدعوى أن يكون موردها أمراً جائزاً شرعاً وعقلاً، فلا تسمع دعوى المسلم خمراً أو خنزيراً ونحوهما مما لا يصح تملكه له، ولا تسمع دعواه زوجته إحدى محارمه، وقيل: له دعوى الأولويه بالخمير مثلاً لأجل فائده محلله، كأن يبقى الخمر حتى تنقلب خلاً، أو يأخذ العذرة للتسميد، كما لا بأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الإسلام، أو يدعى ثمنها على مستحلها بناءً على جواز بيعها ممن يستحلها، والدليل على الجواز عمومات أدله القضاء بعد عدم تمامية دعوى انصرافها عن مثل ذلك.

ص: ٥٥٨

قال المحقق قدس سره: « ولا بد من كون الدعوى صحيحه لازمه، فلو ادعى هبه، لم تسمع حتى يدعى الإقباض، وكذا لو ادعى رهناً» (١).

أقول: مثل بالهبة قبل الإقباض وبالرهن قبله، للدعوى غير الصحيحه اللازمه، لأن الموهوب ما لم يقبض لم يملك، وفي الرهن قال المحقق: « وهل يشترط في الرهن القبض؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح» (٢).

أما اشتراط كون الدعوى صحيحه، فدليله واضح، فلو ادعى الهبه وأقر المدعى عليه لم يلزم بشيء، بل لا بد من أن يدعى هبه صحيحه كأن يقول له: وهبتي ذلك وأقبضتني إياه.

وأما اشتراط كونها لازمه، فإن الهبه إذا لم تكن إلى ذى رحم - وكانت العين باقيه - جاز للواهب الرجوع حتى مع الإقباض، ولذا قيل بسقوط الدعوى فيما لو ادعى عليه الهبه فأنكر، إذ يكون الإنكار رجوعاً، نظير ما إذا أنكر الزوج الطلاق، فإن إنكاره رجوع.

وبالجملة، فاشتراط الصّححه لا ريب فيه، ولذا لو قال: هذه ثمره نخلى، لم تسمع، إذ يمكن أن لا تكون ملكه، إلا إذا صرح في دعواه بكونها ملكاً له كما سيأتي، لكن عن المحقق الأردبيلي الإشكال في اشتراط اللزوم، فقد قال رحمه الله: « ما المانع من أن يدعى الصّحه أولاً فيثبتها ويدعى اللزوم؟ ثم أنه يرد عليهم مثله

ص: ٥٥٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

٢-٢) شرائع الإسلام ٢: ٧٥.

فيما إذا ضم إليها دعوى القبض، إذ لعل الموهوب له أجنبي، على أنه يرد مثله في دعوى البيع، إذ على هذا لا بد من دعوى انقضاء المجلس أو الأيام الثلاثة في الحيوان، ولا قائل به» (١).

وأورد عليه في (الجواهر) بقوله: « وفيه: إن الصحه بدون القبض ليس حقاً لازماً للمدعى عليه، ضروره رجوع ذلك إلى التهيؤ للصحه مع تمام ما يعتبر فيها، وهبه الأجنبي مع القبض صحيحه ويترتب عليها الأثر وإن جاز له الفسخ، فإن المراد باللازمه المقتضيه للاستحقاق على المدعى عليه، لا كون المدعى به أمراً لازماً على وجه لا يكون به خيار للمدعى عليه. . . » (٢).

قلت: والصحيح أنه ليس الإنكار فيما نحن فيه رجوعاً كالطلاق، فإن الحكم المذكور يختص بالطلاق، ولذا لا يكون إنكار البيع فسحاً له، والقول بعدم اشتراط اللزوم غير بعيد، إلا أن يكون هناك إجماع.

هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟

قال: « ولو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ولا بينه، فادعى علم الشهود له، ففي توجه اليمين على نفي العلم تردّد، أشبهه عدم التوجه، لأنه ليس حقاً لازماً، ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردوده، ولأنه يثير فساداً» (٣).

أقول: لو لم يكن مورد الدعوى مائلاً كقوله: لى عليك كذا من المال، ولا سبباً كالبيع كقوله: هذا المال الذى بيدك قد بعتنى إياه، بل ادعى أمراً له فيه نفع من حيث

ص: ٥٦٠

١-١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ١١٧، بتفاوت. وعنه جواهر الكلام ٤٠: ٣٧٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٧٨.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٦.

إثبات حق له أو إسقاط حق عليه، كأن يدعى المنكر فسق الحاكم الذى حكم عليه أو فسق الشهود الذين استند إليهم المدعى وحكم الحاكم طبق شهادتهم.

أما لو ادعى فسق الشاهدين، فله طرح دعواه عند نفس الحاكم، كما أن له طرحها عند حاكم آخر، فإن كان له بينه أقامها، وبذلك يزول الحكم الذى أصدره الحاكم حسب شهادتهما، وكذا لو تمكّن من إثبات كذب الشاهدين، أى كذبهما فى قولهما بأن هذا المال لزيد المدعى... لكن لا يسقط حق المدعى بثبوت فسقهما أو كذبهما فى هذه الشهادة. وإن لم يكن عنده بينه، فهل يؤثر علم المدعى بفسقها فى زوال الحكم كذلك؟

إن أقرّ بذلك، فلا إشكال فى أنه يؤخذ بإقراره، ولا يجوز له الاستناد إلى الحكم فى أخذ ما يدّعيه على المنكر، وإن لم يقر، فالحكم باق على حاله وله أثره من ثبوت الحق وفصل الخصومه، نعم، مع علم المدعى بفسق الشاهدين لا يجوز له ترتيب الأثر مع تردده فى كون مورد الدعوى له واقعاً، وأما مع علمه بكونه له كذلك، فحيث يحكم الحاكم له وهو لا يقرّ بفسق شهوده يجوز له التصرف.

وحينئذ، فلو ادعى المنكر عليه العلم بفسق الشاهدين، لم تسمع هذه الدعوى، ولم يتوجه على المدعى اليمين بنفى العلم، كما لا يثبت ذلك بنكوله عن اليمين ولا باليمين المردودة على المنكر، لأن توجه اليمين على المدعى المشهود له ليس حقاً لازماً للمنكر، ولأنه يوجب التزلزل فى الأحكام الصادره من الحكام ويؤدى إلى التسلسل.

وقيل: تسمع هذه الدعوى، فله أن يحلفه، لأنها دعوى فتشملها عمومات «اليمين على المدعى واليمين على المدعى عليه» (1)، ولأن لها أثراً بالنسبة إليه.

ص: ٥٦١

وفيه: إنه إذا لم يلزم علمه بفسق شاهديه زوال الحكم الصادر، لم يكن للمدعى عليه اثر في دعوى علم المشهود له بفسق الشاهدين، فلا تسمع هذه الدعوى.

وأما لو ادعى فسق الحاكم، وكان له بينه، فله أن يطرحها عند حاكم آخر، قيل: ويشترط أن يصرح في طرحه الدعوى على فسق الحاكم الأول بوجود البينه، كأن يقول له: عندي شهود على فسق فلان الحاكم.

وأما مع عدم وجود البينه فلا تسمع دعواه مطلقاً، ولا أثر لها مطلقاً، وفاقاً للمحقق قدس سره، فإنه لا يبطل الحكم بحال، نعم، في دعوى الزوجية لو أقام البينه وحكم له، ثم ادعت عليه المرأة - قبل الحكم أو بعده - العلم بفسق الشاهدين فأقر، لم يجز له الأخذ بهذا الحكم، وأما لو كان متيقناً بأنها زوجته، وجبت عليه النفقة مع المطالبة، أخذاً بإقراره وإن لم يجز لها إلزامه، لفرض بطلان الحكم بفسق الشاهدين.

هل يجب إجابته المنكر لو التمس اليمين من المدعى؟

قال المحقق قدس سره: « وكذا لو التمس المنكر يمين المدعى منضمه إلى الشهاده، لم يجب إجابته، لنهوض البينه بثبوت الحق» (١).

أقول: إن للمنكر أن يرضى بيمين المدعى، فإن حلف فهو، وإن اختار إقامة البينه كان له ذلك، ومع إقامتها لا يسمع طلب المنكر يمينه معها، نعم، في الدعوى على الميت يحلف مع البينه، وكذا مع الشاهد الواحد في الدعوى الماليه.

ص: ٥٦٢

لكن عن (القواعد) مع ذكر الحكم المذكور: « ولو التمس المنكر بعد إقامه البينه عليه إحلاف المدعى على الاستحقاق أجيب إليه، ولو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم إجابته» (١).

وتوجيه الفرع الأول هو ما لو ادعى المدين البراءه أو الإبراء، فكأن البينه أثبتت أصل الدين واليمين تثبت اشتغال ذمه المدين الآن، ففي الحقيقه يدعى المدين الإبراء أو الأداء، والدائن ينكر ذلك فيحلف، وكذلك لو شهد الشاهدان بأن زيدا قد اشترى هذا المال فيكون ملكه، ثم يدعى عمرو البائع الفسخ فيحلف زيد المدعى على العدم.

وتوجيه الفرع الثاني هو في العين الموجوده، فإذا شهدت البينه بكونها لزيد لم تسمع مطالبه عمرو منه اليمين، نعم، لا مانع من الحلف بل يستحب في رضاه بها، لقوله عليه السلام لشريح: « وردّ اليمين على المدعى مع بينته، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت في القضاء» (٢).

وقال الشيخ في (المبسوط): « وكيف يحلف؟ قال قوم: يحلف ما اقتضاه ولا شيئاً منه، ولا اقتضى له ولا شيء منه، ولا أحال به ولا- بشيء منه، ولا- أبرأه ولا عن شيء منه، ولا اقتضى له مقتض غير أمره فأوصله إليه، وأن حقه لثابت. قال: فإن ادعى أنه قد أبرأه منه أو قد أحال به، لم يحلف المدعى عليه على أكثر من الذي ادّعاه عليه لانه ما ادعى عليه غيره، وإن كانت الدعوى مبهمه فقال: ماله قبلي حق أو قد برئت ذمتي من حقه، احتاج إلى هذه الألفاظ كلها حتى يأتي بجميع

ص: ٥٦٣

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٢٠٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضى، الباب ١.

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

وهذا القدر عندنا جائز كاف. والأول عندنا أحوط و أكد. وأما قوله: إن حقى لثابت، فلا خلاف أنه ليس بشرط» (١).

هل يلزم بالجواب عن دعوى الإقرار؟

قال المحقق: « وفى الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردّد، منشؤه أن الإقرار لا يثبت حقاً فى نفس الأمر، بل إذا ثبت قضى به ظاهراً» (٢).

أقول: لو ادعى زيد على عمرو الإقرار له بشىء، كأن يقول له: قد أقررت بكون هذه الدار لى، أو يقول: لقد أقررت بأنى غير مدين لك، فهل يلزم الحاكم عمراً بالجواب عن هذه الدعوى؟ وجهان بل قولان، تردّد المحقق قدس سرّه بينهما.

وجه عدم الإلزام هو: أن الإقرار لا يثبت حقاً واقعياً للمقرّ له، لأن الإقرار ف وإن ألزم الشارع المقرّ بما أقرّ على نفسه - ليس طريقاً لإثبات الحق بحيث يرفع شك المقر له فى تملك المقرّ فيه، فلو أقر له بكون الثوب له وكان المقر له جاهلاً أو شاكاً فى ذلك، لم يرتفع معه الجهل أو الشك، لأن أثر هذا الإقرار هو الحكم الظاهرى فقط

ص: ٥٤٤

١-١) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ٢٠٦ - ٢٠٧.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

بجواز تصرّفه في الثوب، فإذا لم تكن الدّعى مثبتة لحق لازم ولم يكن الإقرار موجباً لحق واقعي، فإنه مع عدم البيّنة للمدّعى على الإقرار - لا تسمع الدّعى، ولا يحلف المدّعى عليه على إنكاره، ولا يكون نكوله عن اليمين مثبتاً للدّعى.

ووجه الإلزام هو: أن المراد من الحق اللازم كون الدّعى ذات نفع للمدّعى، والمفروض جواز تصرّفه في المدّعى به ظاهراً مع ثبوت الإقرار بأحد المثبتات، ولا يلزم أن يكون مورد الدّعى مالاً أو سبباً لانتقال مال، بل إنّ ترتب الأثر المذكور - وهو الحكم بجواز التصرف ظاهراً - على الإقرار كاف لصحة الدّعى عند الحاكم كي يلزمه بالجواب.

وظاهر المحقق في المقام هو التوقّف، بخلاف الفرع السابق حيث قال « أشبهه عدم التوجّه » .

واستقرب الشهيد الثاني في (المسالك) تبعاً لجماعه الوجه الثاني (1).

واختار المحقق العراقي الأول فقال: إن الوجهين « مبنيان على أن الأحكام الظاهرية، هل فعليتها فرع وصولها إلى المكلف بحيث لولاه لا تكون فعلية بعينه، بخلاف الأحكام الواقعية من الوضعيات والتكليفات، إذ فعليتها الواقعية ليست تابعة لوصولها، غايه الأمر لا تنجز لها.

وحيث قد حققنا في محلّه عدم تبعية فعليتها للوصول، فلا بأس بسماع مثلها. . . » .

وفي (الجواهر) وجّه الوجه الثاني بقوله: « لأن المدار على ثبوت الحق

ص: ٥٦٥

ظاهراً، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق أو مع يمين المدعى الذى يجوز له الحلف عليه والأخذ به، وإن لم يعلم استحقاقه من غير جهة إقراره الذى له الأخذ به ما لم يعلم كذبه، لجواز استناده إلى سبب لا يعلم به، ولأنه إذا سمعت دعواه بالبينه توجه له اليمين على عدمها، لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (١): البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه» .

ثم قال: « نعم، قد يقال بعدم إلزامه باليمين على نفي ذلك بخصوصه، إذا بذل اليمين على براءة ذمته الذى يأتى 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 والعجز عن إثباته، فيكفى جوابه براءة ذمته مما يدعيه عليه، فإنه يأتى على ذلك كله، ومثله آت هنا.

اللهم إلمأ أن يفرق بأن الدعوى فى الأول الشغل بسبب فى الواقع، فيكفى فى جوابه نفي الواقع، بخلاف الثانى، فإن الدعوى فيه بصدور سبب من المدعى عليه يؤخذ به وإن لم يعلم الواقع.

وفيه: إن الإقرار كما يؤخذ بظاهره وإن لم يعلم صحته وقد ادّعا على خصمه، كذلك البيع عليه مثلاً، له الأخذ بظاهره أيضاً ما لم يعلم فساده وقد ادّعا على خصمه، فكما لا يلزم هناك الجواب بنفي البيع ويكفيه الجواب ببراءة الذمه كذلك هنا، فتأمل» (٢).

أقول: والأقرب هو الوجه الأول، إذ ليس كلّ دعوى يلزم الحاكم بسماعها

ص: ٥٦٦

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٤/٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ٣.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٢. ظاهر كلامه أنه متأمل فى كفايه اليمين على براءة الذمه عن اليمين على نفي الإقرار بالدين مثلاً.

والنظر فيها، بل الدعاوى المتعلقة بأموال الناس ونفوسهم وأعراضهم، فيلزم أن يكون مورد الدعوى شيئاً يزعم المدعى تعلّقه به. وبعبارة أخرى: لا بدّ أن تكون نتيجة الدعوى والمرافعة إثبات حق يدّعيه المدعى وجلب نفع إلى نفسه أو دفع ضرر عن نفسه، وكلّ دعوى تكون كذلك يجب على الحاكم سماعها، وأما في المورد الذي يتحقق النفع ويثبت للمدعى بنفس الحكم الصادر من الحاكم - وأما قبله فلا يوجد شيء - فيلزم الدور، لأن نظر الحاكم في ذلك المورد ثم حكمه يتوقف على تحقق الحق من قبل، وتحقق الحق يتوقف على الحكم نفسه.

هل تفتقر صحة الدعوى إلى الكشف؟

قال المحقق: « ولا تفتقر صحة الدعوى إلى الكشف في النكاح ولا في غيره » (١).

أقول: إنّ صحة الدعوى التي اشترطناها لا تحتاج إلى الكشف والتحقيق عن الأسباب، سواء كانت الدعوى في الأملاك من الأعيان والديون أو في العقود من النكاح وغيره، وقد تبه بذكر النكاح على خلاف بعض العامة فيه، ودليلنا على عدم الحاجة هو الإجماع.

قال: « وربما افتقرت إلى ذلك في دعوى القتل، لأن فائته لا يستدرك » (٢).

أقول: لأن للقتل أقساماً وأسباباً مختلفه، من العمد والخطاء وشبه العمد، ومن أن القتل مستند إليه بالمباشرة أو بالتسبيب، وأنه هل وقع منه منفرداً أو شاركه فيه غيره. . . فلكل واحد من هذه الأقسام والحالات حكم، فلو أجمل في

ص: ٥٦٧

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

الدعوى لم يترتب حكم واحدٍ منها، فلا بدّ من الكشف وذكر التفصيل وإلا لم تصح دعوى القتل ولا تسمع.

وفى (الجواهر) - كما عن جماعه - الإشكال في ذلك، وقد يستفاد أيضاً من تعبير المحقق ب «ربما» ، وذلك لأنه قد يترتب على الإجماع أثر كلّي، بل قيل: إنه يمكن بحكم الأصل تشخيص أنه خطأ، بل ربما ظهر من المحقق الأردبيلي سماع دعوى الكلّي وإن لم يترتب عليه حكم، ولكنه مقدمه لإثبات الخصوصية فيما بعد (١).

قلت: إن تعيين كونه خطأ بالأصل مشكل جداً، فلو أردنا إجراء هذا الأصل لجرى في الجميع، لكن لو كان لبعض الخصوصيات أثر، وقلنا بكفايه احتمال ترتب الأثر لوجوب السماع، فإنه يجب سماع الدعوى، هذا بعد ثبوت أصل الواقعة، وبالجملة: الأصح هو سماع الدعوى حيث يثبت أصل القضية ثم تثبت خصوصياتها بالموازين الشرعية من السبب واليمين، فيكون الحكم بعد المرحلتين وفقاً للأردبيلي، وذلك لمقتضى الإحتياط الشديد الموجود في الدماء.

وعلى الجملة: لا فرق بين القتل وغيره في ذلك، فإنه مع فرض عدم ترتب حكم على الكلّي في غيره لم تسمع الدعوى به أيضاً وإلا سمعت - إن لم يثبت الإجماع على خلافه - لشمول أدلّه وجوب القضاء له، ولما جاء في بعض الأخبار من بيان الامام عليه السلام الحكم الشرعي في موارد، مع عدم ذكر المدعى السبب.

فهذه هي القاعدة الكلّيه، وعلى ضوئها يظهر الأمر في مختلف الموارد والأمثله، فإن كان للكلّي أثر ادّعاؤه وإن كان للخصوصيه أثر ادّعاؤها، وفي المتباينين

ص: ٥٦٨

تسمع الدعوى إن كان العلم الإجمالي منجزاً، ومع دوران الأمر بين الأقل والأكثر كان الأقل هو المتيقن.

قال المحقق: « ولو اقتضرت على قولها: هذا زوجي، كفى في دعوى النكاح، ولا يفتقر ذلك إلى دعوى شيء من حقوق الزوجية، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجية، ولو أنكر النكاح لزمه اليمين، ولو نكل قضى عليه على القول بالنكول، وعلى القول الآخر ترد اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجية، وكذا السياق لو كان هو المدعى» (١).

أقول: إن الأثر الذي ذكرناه لا يلزم التصريح به لدى الدعوى، بل يكفي دعوى ملازمه، فلو اقتضرت المرأة على قولها: هذا زوجي، كفى في دعوى النكاح وترتب آثاره من حقوق الزوجية ولوازمها، كالمهر والنفقة وغيرهما.

ويترتب على سماع هذه الدعوى أيضاً أنه لو أنكر الزوج النكاح لزمته اليمين، ولو نكل عنها قضى عليه على القول بالقضاء بمجرد النكول، وبرد اليمين على المرأة على القول الآخر، فإن امتنعت سقطت دعواها، وإن حلف ثبتت الزوجية، وعن (التحرير) « وفي تمكين الزوج منها إشكال، من إقراره على نفسه بتحريمها، ومن حكم الحاكم بالزوجية» (٢).

وكذا الكلام لو كان الرجل هو المدعى للزوجية، إذ يترتب على ذلك الآثار الشرعية وحقوق الزوجية، والإشكال المذكور موجود، من إنكار المرأة للزوجية فلا يجوز لها تمكينه من نفسها، ومن حكم الحاكم بالزوجية.

ص: ٥٦٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

٢- ٢) تحرير الأحكام ٥: ١٥٧/٦٤٨٤.

أقول: أما بالنسبة إلى الحاكم نفسه، فهل ينهى الزوج المقرّ بحرمتها على نفسه عن وطئ المرأة - مع إلزامه بدفع النفقه مثلاً - أخذاً بإقراره، أو لا ينهاه عن ذلك، ترتيباً لجميع آثار الزوجية التي قد حكم بها؟ وجهان. اللهم إلا أن نلغى اعتبار الإقرار في هذه الحالة فيقدم الثاني، لكن لا يفتى بذلك أحد. . . نعم، لا يبعد الإلغاء فيما إذا كان الإقرار عن نسيان مثلاً ثم تذكّر ورجع عنه بعد قيام البينه. فالصحيح: إن الإقرار بالنسبة إلى ما كان على الزوج مقدّم على الحكم، إذ لا يقول أحد بإلغاء الإقرار في هذه الحالة.

□

وأما وظيفه الزوج المنكر للزوجية، فإن كان عالماً بعدم الزوجية، فإن مقتضى قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « فأيا امرء قطعته له. . . » (1) هو عدم جواز ترتيب آثار الحكم مثل الوطئ، وأما دفع النفقه فليس محرماً عليه بل يجب عليه امتثالاً وتنفيذاً للحكم، بل يحرم على المرأة أخذها، وهل يجوز لها الأخذ في مقابل بقائها في دار الرجل؟ فيه إشكال، وأما إذا كان إنكاره لها من جهة الشك مثلاً فإن جميع الآثار مترتبة بالحكم.

وأما إذا كان المدعى للزوجية هو الرجل والمرأة تنكر، فإن كانت تعلم بعدم الزوجية، كان عليها الإمتناع عن التمكين، ولا يجوز لها المطالبة بالنفقة، وإن كانت تنكر كاذبه أو شاكه وجب عليها ترتيب الأثر على الحكم.

وأما المهر، فإن الرجل إن ألزمها بالتمكين ووطئها عملاً بحكم الحاكم، فقد وجب عليه دفع مهر المثل لأنه عوض البضع.

ص: ٥٧٠

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

هل تسمع دعواه أن هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟

قال المحقق: « ولو ادّعى أن هذه بنت أمته لم تسمع دعواه، لاحتمال أن تلد في ملك غيره ثم تصير له، وكذا لو قال: ولدتها في ملكي، لاحتمال أن تكون حرّة أو ملكاً لغيره» (١).

أقول: ومن فروع اشتراط كون مورد الدعوى حقاً لازماً يدّعيه المدعى بصراحه ووضوح: أنه إذا قال: هذه بنت أمتي، فهل تسمع هذه الدعوى أولا؟

وهذه الدعوى تتصور بوجهين: أن تكون هي بيد زيد وهو يريد أخذها منه بهذه الدعوى، وأن تكون بيده فيدّعيها زيد فيقول هذه بنت أمتي، بمعنى أنه إذا لم يدّع ذلك تثبت دعوى زيد.

وكيف كان، فإن هذه الدعوى أعتم من أن يكون موردها حقاً لازماً، وحيث أنها ليست صريحه في ذلك فلا تسمع.

وكذا لو ضمّ إلى تلك الدعوى قوله: ولدتها في ملكي، أو ادّعى هذه الجهة دعوى مستقلة، كأن يقول: هذه ولدتها أمتي في ملكي.

قال المحقق قدّس سرّه: « وكذا لا تسمع البينه بذلك ما لم يصرّح بأن البنت ملكه، وكذا البينه» (٢).

أقول: وكما لا تسمع الدعوى الصريحه، كذلك لا تسمع البينه غير الصريحه، فإن قالت بأن هذه مملوكه فلان، سمعت، ولو قالت: ولدتها أمها

ص: ٥٧١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

١-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

حالكونها فى ملكه، فلا تسمع، لأنه يمكن أن تكون الأم مملوكة ولا تكون بنتها مملوكة له، كأن يكون قد حرّرها مثلاً.

قوله: « وكذا البيئه » ليس تكراراً، بل المراد أنه ما لم يصرّح المدعى فى الدعوى فلا تسئل البيئه التى يقيمها، ثم البيئه لا تسمع شهادتها ما لم تشهد بصراحه، وحيث شهدت بالملك فلا تسئل عن السبب، فيحتمل أن يكون قوله: « وكذا البيئه » معطوفاً على « لا يفتقر » المتقدّم عليه.

قال: « ومثله: لو قال: هذه ثمره نخلى » (١).

أى: فلا تسمع هذه الدعوى لكونها أعم، إلا أن يقول: هذه ثمره نخلى وهى ملك لى.

قال: « وكذا لو أقرّ له من الثمره فى يده أو بنت المملوكة، لم يحكم عليه بالإقرار لو فسّره بما ينافى الملك » (٢).

أقول: ولو قال هذه الثمره من نخل من هى بيده، فهل له أن يدعى بعد ذلك كونها ملكاً له؟ نعم، لأن قوله السابق ليس إقراراً بعدم ملكيته وملكه صاحب اليد حتى يكون قوله المتأخر إنكاراً بعد إقرار، فتسمع هذه الدعوى منه ويطلب بالبيئه، بخلاف ما لو أقرّ بالملكه، فليس له أن يقول بعد ذلك: لكن هى ملكى.

وهذا معنى عباره المحقق.

وفى (المسالك): ظاهر عباره المحقق والعلّامه إنه إذا لم يفسر بالخلاف فهو إقرار (٣).

ص: ٥٧٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

١-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٦٧، بتفاوت.

وأشكل عليه في (الجواهر) بعدم ظهور عبارتيهما في ما ذكره (١)، فليس « لو فسّر» قيلاً حتى يكون إقراراً.

قلت: وما ذكره صاحب (الجواهر) هو الظاهر.

ثم إن صاحب (المسالك) بعد ما استظهر من عبارته ما ذكر، أشكل على المحقق الفرق بين الإقرار والدعوى فقال: « والفرق بين الدعوى والإقرار لا يخلو من إشكال، لأن الإحتمال قائم على تقدير الإقرار والدعوى، والعمل بالظاهر في الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه، والفرق باشتراط التصريح فيها دونه، رجوع إلى نفس الدعوى، وفي الإرشاد: أطلق عدم سماع الدعوى والإقرار معاً، ولم يعتبر التقييد في الإقرار بتفسيره بما ينافي الملك، وهذا هو الظاهر» (٢).

أقول: إن إشكاله وارد بناءً على ما فهمه من عبارته، لأن الصراحة شرط في كلا الأمرين، إلا أن يقال بأن ظهور الدعوى غير كاف وظهور الإقرار كاف، لكنه مشكل.

هذا، وفي (الجواهر) بشرح: « وكذا لا تسمع البيه. . . » ما لفظه: « لكن عن لقطه المبسوط والتذكرة: سماع الدعوى والبيه في الثاني، بل عن الأخير الإجماع عليه، ولعله لأصالة تبعيته النماء للمال حتى يعلم خلافه، وهو كذلك حيث لا يكون لآخر يد تقضى بالملك لها وإلا- انقطع بها الأصل المزبور، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك، وكلام الأصحاب هنا في الدعوى على آخر» (٣).

قلت: إن محلّ البحث هو أن تكون بنت أمه زيد بيد عمرو، فيراجعه استناداً

ص: ٥٧٣

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٦.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٦٧.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٥.

إلى كون الام عنده، فالإرتكاز يتبع ما إذا لم يقم فى مقابله دليل كاليد.

والأردبىلى أمر بالتأمل فى المقام بعد أن ذكر عدم السماع (١).

ولعلّ وجهه: إمكان القول بالسماع، لأن من ملك النخله فقد ملك تمرها عند العرف إلا أن يقوم دليل، ولذا تسمع هذه الدعوى فى الملك القديم السابق على اليد، فىلزم صاحب اليد بإقامه البينه على انتقاله إليه بالبيع مثلاً.

لكن هذه المطالب ليست تعبدية بمعنى قيام إجماع أو دلالة نص عليه، بل الذى يريدون إثباته كون الدعوى صريحه، فإن كانت الملازمه العرفيه و التبعية بين الثمره والنخله أو بين الأمه والبنت تامه فهو، وإلا- لزم البيان و الكشف عن سبب الملك، والظاهر تماميه هذه الملازمه ما لم يكن الفرع بيد غيره، لأن اليد دلالتها على الملكيه أقوى من الملازمه المذكوره.

قال المحقق: « ولا كذلك لو قال: هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من حنطته » (٢).

أقول: يعنى إن مثل هذه الدعوى ظاهر فى الملكيه ولا حاجه إلى التصريح، للفرق بين الثمره والنخل وبين الغزل والقطن، فهناك المغايره حقيقته وهنا هى فى الصوره فقط، فالدعوى تسمع وعليه إثباتها كسائر الدعاوى.

ص: ٥٧٤

١- ١) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١١٩.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

الكلام في: التوصل إلى الحق

إشاره

إن كان الحق عقوبه * إن كان ديناً حالات الغريم *

ص: ٥٧٥

١ - إن كان الحق عقوبه:

الحق إما عقوبه وإما مال، فإن كان الحق عقوبه كالقصاص، فالأقوى وفقاً للمسالك وغيرها - بل عن (الكفايه): لا أعرف فيه خلافاً - وجوب رفع الدعوى إلى الحاكم (١)، فإن ثبت دعواه وأصدر الحاكم الحكم جاز له أن يباشر القصاص على قول، وقيل: بل الأمر بيد الحاكم، فله أن يباشر بنفسه القصاص أو يأذن فيه لصاحب الحق أو يأمر به شخصاً آخر.

وأما إذا لم يتوفر الحاكم أو تعذر الوصول إليه فيجوز له أن يستوفى حقه، وهذه الصوره هي القدر المتيقن من إطلاق قوله تعالى: «B وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِّهِ سُلْطَانًا» (٢).

فيكون الحاصل: عدم جواز مباشره القصاص مع التمكن من الرفع إلى الحاكم، خلافاً لصاحب (الجواهر) قدس سره حيث استند إلى الآيه المزبوره قائلاً بالجواز مطلقاً.

نعم، لا ريب في عدم مؤاخذه الحاكم لصاحب الحق إن باشر الأمر من دون إذنه، إذ لا إشكال في ثبوت هذا الحق له، لكن لما كان أمر الدماء خطيراً ولا بد فيه من الإحتياط الشديد، نقول - تبعاً للأصحاب - بلزوم رفع القضييه إلى الحاكم

ص: ٥٧٧

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ٦٨، مستند الشيعة ١٧: ٤٤٣، كفايه الأحكام ٢: ٧٢١.

٢- ٢) سورة الاسراء ١٧: ٣٣.

وإجراء الحكم بإذنه، حتى لا يلزم الفساد في المجتمع الإسلامي والهرج والمرج في البلاد، ويتأكد ما ذكرناه فيما إذا علم بترتب المفسده العظيمة، كوقوع المقاتله بين طائفتين وإراقه الدماء المحترمه.

ومن جواز مباشره الحاكم يظهر أنه لا يجب عليه أن يأذن لصاحب الحق بذلك إن راجعه في القضييه، وإن كان ذلك حقاً ثابتاً له، خلافاً لصاحب (الجواهر) حيث قال بأن إطلاق السلطان للولى يقتضى مباشرته لا خصوص الحاكم (١).

ومن ذلك كله يظهر أن الحكم بوجوب الرجوع إلى الحاكم والإستيذان منه في إجراء القصاص حكمه يقصد منها دفع الفساد واختلال النظام في المجتمع الإسلامي، وعليه، فلو أمكن لولى المقتول أن يقتل القاتل بحيث لا يترتب على فعله مفسده، جاز، كما هو الحال بالنسبه إلى الحقوق المائيه كما سيأتي.

٢ - إن كان الحق مالاً:

وإن كان الحق مالاً، فتاره: يكون عيناً، وأخرى: يكون ديناً،

[إن كان الحق عيناً]

فإن كان عيناً فقد قال المحقق قدس سره: « من كانت دعواه عيناً في يد إنسان فله انتزاعها ولو قهراً ما لم تثر فتنه، ولا يفتقر إلى إذن الحاكم » (٢).

أقول: فالمحقق يقول بجواز انتزاع العين ولو قهراً، لكن قيده بما لم تثر فتنه، وفي (الجواهر) فسّر قوله: « ولو قهراً »: « بمساعدته ظالم أو بنفسه » وإن استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك » (٣).

ص: ٥٧٨

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٧.

١-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

١-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٧.

لكن ينبغي تقييد مساعده الظالم بصوره انحصار طريق استنقاذ العين بذلك، بأن لا يمكنه الاستنقاذ بنفسه أو بمساعده من ليس بظالم، بل يجوز ذلك في صوره الإختيار أيضاً، بل يمكن القول بجواز إتيان الأمر المباح بمساعده ظالم، وأما إعانته، فقد قلنا في محلّه باختصاص حرمة إعانته الظالم بأن تكون الإعانه في ظلمه.

ولا يخفى، أن المراد من « الظالم » في هذا المقام هو غير « الطاغوت » الذي نهى الرجوع والتحاكم إليه في الكتاب والأخبار، وقد تقدّم البحث عن حكم الرجوع إليه في إحقاق الحق.

ثم قال في (الجواهر): « وإن استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك » (١).

وعن (الإرشاد) جواز الإنتزاع « ولو قهراً مع انتفاء الضرر » (٢) وعن (مجمع الفائدة) : « ما لم يحصل معه أمر غير مشروع » (٣).

قلت: لا- ريب في عدم جواز التصرف في مال أحدٍ إلا- بإذنه، فلا يجوز الدخول في دار إلا بإذن صاحبها، فإن كانت العين في الدار فدفعتها إليه صاحب الدار من دون حاجه إلى الدخول فهو، ولو توقّف أخذها على الدخول وجب الإستيذان منه فإن امتنع فمن الحاكم لأنه ولي الممتنع، وحيث يمكنه ذلك مع الإذن، فلا دليل على الجواز بلا إذن.

ولا إطلاق لدليل سلطنه الناس على أموالهم، ليشمل مفروض الكلام

ص: ٥٧٩

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٨.

٢-٢ (٢) إرشاد الأذهان ٢: ١٤٢.

٣-٣ (٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٩٧.

ونحوه، فإن لم يتمكن من تحصيل الإذن من الحاكم رفعت قاعده نفى الضرر حرمة الدخول بلا إذن.

وأما إذا استلزم انتزاع العين ضرراً على من هي بيده، ففيه قولان، ولكن الحق هو الجواز مع التوقف، فيجوز له انتزاعها حتى مع كسر القفل والصندوق ونحو ذلك.

بل قيل: إن له أن يطالب بحقه ويحاول انتزاعه ممن وضع يده عليه وهو يعلم بكونه لمن يدعيه، مهما بلغ الأمر، إذ لا فرق بين هذه المسألة ومسألة دفع اللص عن المال حيث يجوز للإنسان أن يدافع عن ماله ويحفظه من اللص حتى لو انتهى إلى قتل اللص، ولو قتل هو كان شهيداً كما في الروايات (١)، لكن في (الجواهر): « ما لم تصل إلى حدّ وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الأنفس والأموال وغيره من الفساد الذي يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك وإن كان مباحاً في نفسه أو مستحباً بل أو واجباً. . . » (٢).

وكيف كان، فالقدر المتيقن من الجواز صورته عدم لزوم الخسارات الكثيرة، مثل تمزيق الثوب وكسر الباب أو القفل أو الصندوق ونحو ذلك، لأن قاعده نفى الضرر جعلت للإمتنان، ولا مورد لها في هذا المقام.

هذا كله في صورته علم من بيده العين بكونها للشخص الذي يدعيها.

وأما لو كان جاهلاً فإن طالبه واقتنع بقوله ودفع المال فهو، وإن لم يصدقه جاز له أن ينتزعه منه قهراً، فإن عجز فلا مناص من الرفع إلى الحاكم، ولو استلزم

ص: ٥٨٠

١- ١) عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من قتل دون عقال - عياله - فهو شهيد » وعن أبي جعفر عليه السلام عنه: « من قتل دون ماله فهو شهيد » وكذا عن الرضا عليه السلام. وسائل الشيعه ١٥: ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٢/٦ و ٩ و ١٤. أبواب جهاد العدو، الباب ٤٦.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٧.

الانتزاع ضرراً فقد يقال بالجواز لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « لِيَّ الْوَاجِدُ بِالدِّينِ يَحُلُّ عَقُوبَتَهُ وَعَرْضَهُ » (١). وفيه تأمل، لأنه ظاهر في العالم دون الجاهل (٢).

ولو كان من بيده العين معذوراً عن دفعها إلى صاحبها، لحبس أو مرض، فهل يجوز له أن يدخل الدار مثلاً ليأخذ ماله؟ لا بد هنا من إذن الحاكم، لأن المفروض عدم إنكاره للحق وكونه قاصراً عن تسليمه، فيلزم أن يستأذن الحاكم ويدخل الدار مع إذنه، ولو استلزم ضرراً يسيراً جاز كذلك.

وحيث يراجع الحاكم ويقيم البينة على دعواه ويثبت حقه، فهل له المبادرة إلى أخذ الحق قبل صدور الحكم من الحاكم؟ قيل: نعم، بناء على حججه البينة للمدعى.

هذا كله في العين.

[ان كان الحق ديناً و صورها]

إشارة

صور كون الحق ديناً:

وقد ذكر المحقق حكم ما لو كان الحق ديناً بقوله:

« نعم، لو كان الحق ديناً، وكان الغريم مقراً باذلاً لم يستقل المدعى بانتزاعه من دون الحاكم، لأن للغريم تخييراً في جهات القضاء، فلا يتعين الحق في شيء من دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه » (٣).

أقول: ولو كان الحق الذي يدعيه الشخص ديناً، فلا يخلو الغريم عن حالات:

ص: ٥٨١

١-١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٣٣/٤. أبواب الدين والقرض، الباب ٨.

٢-٢) أقول: على أن الاستدلال به يتوقف على إسقاط خصوصيه « الدين » وهذا أيضاً لا يخلو عن تأمل.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

الأولى – أن يكون مقرراً بالحق وبإذلاً له:

والحكم في هذه الحالة: عدم استقلال صاحب الحق بانتزاع حقه، لأن للغريم تخيراً في جهات القضاء، فلا يتعين الحق الكلى الثابت في ذمته من دون تعيينه، قال في (الجواهر): بلا خلاف بل ولا إشكال (١).

هذا، وقد أشكل على موضعين من عبارته المحقق هذه.

أحدهما – قوله: « من دون الحاكم» من جهة أن إذن الحاكم لا دخل له في هذا الفرض، مع أن الاستفادة من عبارته جواز أخذه بإذن الحاكم.

والثاني – قوله: « أو تعيين الحاكم مع امتناعه» من جهة أن المفروض كونه مقرراً بإذلاً، فما ذكره لا وجه له، لأنه خلاف الفرض.

وقد أرجع صاحب (الجواهر) الضمير في « امتناعه» إلى التعيين فقال: « أي امتناع تعيينه لحبس أو مرض أو نحوهما، لأن له الولاية العامة في ذلك» (٢).

قيل: ولا بد أن يجعل المراد من البازل حينئذ هو البازل الشأني، وإلا فلا يستقيم ما ذكره.

قلت: ولكنه خلاف الظاهر.

والأولى ما في (القواعد): « إن كان باذلاً فليس للمدعى الاستيفاء بدون إذنه، وإن كان ممتنعاً فليس له بدون إذن الحاكم» (٣).

الثانية – أن يكون مقرراً ممتنعاً من البذل:

والحكم في هذه الحالة كسابقتها، فلا يجوز التقاض إلا بإذن الحاكم، لأنه

ص: ٥٨٢

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٨.

٣-٣) قواعد الأحكام ٢: ٢١٣.

ولّى الممتنع، سواء كان معذوراً أو بلا عذر، لأن الحق الثابت في ذمته كلىّ وتعيينه لا يكون بدون إذن المدين أو وليه في حال امتناعه - وإن لم يستلزم التقاص ضرراً أو فتنه، بل لا يجوز التقاص خفيه كذلك - هذا بحسب مقتضى القواعد.

لكن مقتضى إطلاق بعض الأدلة الآتية في الصورة الثالثة هو الجواز.

الثالثه - أن يكون المدين جاحداً للحق:

وفي هذه الحالة خلاف بين الأصحاب، قال المحقق قدّس سرّه: «ولو كان المدين جاحداً وللغريم بينه، ثبت عند الحاكم والوصول إليه ممكن، ففي جواز الأخذ تردّد، أشبهه الجواز، وهو الذى ذكره الشيخ فى الخلاف والمبسوط (١)، وعليه دلّ عموم الإذن فى الاقتصاص» (٢).

فذهب المحقق قدّس سرّه هنا - والأكثر كما فى (المسالك) وغيره - إلى الجواز (٣)، والقول الثانى: عدم الجواز، وهو خيره المحقق فى (النافع) (٤). وقد أشار هنا إلى دليل الجواز بقوله: «وعليه دلّ عموم الإذن فى الاقتصاص» من الآيات والروايات، فمن الكتاب قوله تعالى: «**B** فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (٥) وقوله تعالى: «**B** وَالْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ» (٦) وقوله تعالى: «فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ» (٧).

ص: ٥٨٣

- ١- ١) كتاب الخلاف ٦: ٣٥٥، المسأله ٢٨، المبسوط ٨: ٣١٠ - ٣١١.
- ١- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.
- ٣- ٣) مسالك الأفهام ١٤: ٦٩.
- ٤- ٤) المختصر النافع: ٢٧٦.
- ٥- ٥) سورة البقره ٢: ١٩٤.
- ٦- ٦) سورة البقره ٢: ١٩٤.
- ٧- ٧) سورة النحل ١٦: ١٢٦.

إلا أن في انعقاد إطلاق هذه الآيات بحيث يمكن الاستناد إليه في قبال القواعد تأملاً.

ومن السنّه أخبار:

١ - ما عن ابن رزين قال: « قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إني أخالط السلطان، فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدائبه الفارهه فيأخذونها، ثم يقع لهم عندي المال، فلي أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك ولا تزد عليه» (١).

وهو ظاهر في كون كلام الإمام عليه السلام جواباً عن السؤال عن الحكم في المسأله لا إذناً له في الأخذ، فيكون الحاصل: جواز الاقتصاص من أموالهم الشخصيه.

ويبقى الكلام في أنه هل تتحقق حينئذ مبادله قهريه بين المالين، أو يكون المال المأخوذ مباحاً له التصرف فيه وما أخذه عامل السلطان مغصوباً أو يكون بدل الحيلولة؟

وأما الأخذ من بيت المال في مقابل تصرفات عمال السلطان، فلا يجوز حتى ولو كانت تصرفاتهم بعنوان السلطنه والحكومه، فيكون نظير ما إذا غصب المتولّي لموقوفه مالاً وصرفه في شئونها، فإنه يضمن في ماله الشخصى ولا يؤخذ من أموال الموقوفه.

٢ - ما عن أبي العباس البقباقي: « أن شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له خذها مكان الألف التي أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه

ص: ٥٨٤

١ - (١) وسائل الشيعه ١٧: ٢٧٢/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٣. والسند صحيح.

السلام فذكر له ذلك. فقال: أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف» (١).

٣ - ما عن أبي بكر الحضرمي قال: « قلت له: رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها، أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقِّي؟ قال: فقال نعم، ولكن لهذا كلام، قلت: وما هو؟ قال تقول: اللهم إني لا آخذه ظلماً ولا خيانه، وإنما أخذته مكان مالي الذي أخذ مني لم أزد عليه شيئاً» (٢).

قال الشيخ الحرّ: « هذا محمول على من حلف من غير أن يستحلف» .

وفى (الجواهر): « أو عند غير الحاكم أو نحو ذلك، حتى لا- ينافى غيره من النصوص، ولا ريب في استحباب القول المزبور، وإن أطنب بعض الناس (٣) بدعوى الوجوب الذي يمكن تحصيل الإجماع على خلافها» (٤).

٤ - ما عن جميل بن دراج قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل المدين فيجحده، فيظفر من ماله بقدر الذي جحده، أيأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم» (٥).

٥ - ما عن إسحاق بن إبراهيم: « إن موسى بن عبد الملك كتب إلى أبي جعفر عليه السلام يسأله عن الرجل دفع إليه رجل مالاً ليصرفه في بعض وجوه البرّ، فلم يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به، وقد كان له عليه مال بقدر هذا المال،

ص: ٥٨٥

١-١) وسائل الشيعه ١٧: ٢٧٢/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٣.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٧: ٢٧٤ عن الشيخ قدس سرّه - وقد قال الشيخ بعده: الحسن بن محبوب عن سيف بن عميره عن أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام نحوه. التهذيب ٦ / ٣٤٨.

٣-٣) نسبه في المستند إلى الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب.

٤-٤) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٠.

٥-٥) وسائل الشيعه ١٧: ٢٧٥/١٠. أبواب التجاره، الباب ٨٣. فيه « على بن حديد» فعن الشيخ: ضعيف جداً، وقد ضعفه غيره أيضاً.

فسأل: هل يجوز لى أن أقبض مالى أو أردّه عليه؟ فكتب: إقبض مالك مما فى يدك» (١).

لكن هذه الروايه مجمله، لأنه لما لم يمكنه صرف المال فى الوجه الذى أمره به، فما هو وجه الأخذ منه فى قبال المال الذى كان له عليه؟ لأنه إن كان المال موجوداً فتحصل بين المالىن المعاوضه القهرىه بلا موجب، وإن لم يكن موجوداً فلا ضمان مع عدم التفريط، ولعلّ الروايه كانت تشتمل على قرائن وخصوصيات لم تصل إلينا، وإلا فلم نجد فى الأخبار على مورد أذن فيه الإمام عليه السلام بالتصرف فى مال الغير بلا دليل شرعى يقتضى جوازه.

فقد دلّت هذه الأخبار بإطلاقها على جواز الأخذ من مال المقر الممتنع والمدين الجاحد، سواء تمكّن من الإستيدان من الحاكم أولاً، وسواء كان ماله الذى بيد الغاصب عيناً موجوده أو غير موجوده.

ولو رفع الأمر - مع ذلك - إلى الحاكم، فإن كان عالماً بصدقه أذن له، وإلا لم يجر له الإذن حتى مقيّداً بكون المدعى عالماً، كأن يقول له: قد أذنت لك فى الأخذ إن كنت عالماً بحقّك، بل لا بدّ من إقامه البينه المثبتة لحقه عند الحاكم.

هذا، وقد استدللّ للقول بعدم الجواز: بأن التسلط على مال الغير على خلاف الأصل، فيقتصر منه على موضع الضروره وهى هنا منتفیه، ولأن الممتنع من وفاء الدين يتولّى القضاء عنه الحاكم ويعين من ماله مايشاء، ولا ولايه لغيره.

وأجاب فى (المسالك) بأن كون التسلط على مال الغير بغير إذنه خلاف

ص: ٥٨٦

١- ١) وسائل الشيعه ١٧: ٢٧٥/٨. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٣. والظاهر اعتبار سنده. ولكنه فى مورد الوديعه كما استدلل به فى المستند.

الأصل مسلّم، لكن العدول عن مقتضى الأصل لدليل جازٍ وهو هنا موجود (١).

وفى (الجواهر): « بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع إلى الحاكم» (٢).

قلت: ليس المورد من قبل الشك السببي والمسببي، بأن يكون الشك في جواز الأخذ مسبباً عن الشك في توقّفه على إذن الحاكم، حتى يكون جريان الأصل في السبب - بأن يقال الأصل عدم وجوب الرجوع إلى الحاكم، وعدم توقّف الأخذ على إذنه - مزيلاً لموضوعه في المسبب فيجوز الأخذ، بل إن هنا علماً إجمالياً بجواز الأخذ، إمّا بالاستقلال وإما مع إذن الحاكم، وانتفاء كلّ واحد منهما بالأصل يلزم ثبوت الآخر عقلاً لا شرعاً.

وبناء على تحقق التعارض بين هذين الأصلين، فإنهما يتساقطان ويكون المرجع قاعده نفي الضرر والضرار في الإسلام.

وكيف كان، فإن ما ذهب إليه المشهور هو الأقوى، لأن النصوص الدالّة على الجواز تخصّص عمومات « لا يحلّ مال امرئ» (٣) وبها ينقطع الأصل المزبور، وكأن الإستدلال بأن الممتنع من الوفاء بالدين يتولّى القضاء عند الحاكم ويقوم مقامه، إجتهد في مقابله تلك النصوص.

وهذا الخلاف هو في صورته وجود البيّنه والتمكّن من الوصول إلى الحاكم، قال المحقق:

« ولو لم تكن له بيّنه أو تعذّر الوصول إلى الحاكم ووجد الغريم من جنس

ص: ٥٨٧

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٧١.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٠.

٣-٣) وسائل الشيعه ٥: ١٢٠/١. أبواب مكان المصلّى، الباب ٣.

ماله، اقتصَّ مستقلاً بالإستيفاء» (١).

قال في (الجواهر) : بلا خلاف فيه عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه، لإطلاق الأدله المزبوره وغيرها (٢).

حكم الإقتصاص من الوديعه:

قال المحقق: « نعم، لو كان المال وديعه عنده، ففي جواز الإقتصاص تردّد، أشبهه الكراهه» (٣).

أقول: اختلف الأصحاب في جواز الإقتصاص من الوديعه، فذهب الشيخ في (الاستبصار) والمحقق وأكثر المتأخرين كما في (المسالك) و (الجواهر) إلى الجواز على كراهه (٤)، وذهب الشيخ في (النهايه) وجماعه إلى التحريم (٥)، ومنشأ الخلاف هو اختلاف الروايات بظاهرها في هذه المسأله.

فمما يدلّ على الجواز: عموم الأدله السابقه في المسأله المتقدمه، وخصوص:

١ - خبر أبي العباس البقباق: « إنّ شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم. قال أبو العباس فقلت له: خذها فكان الألف التي

ص: ٥٨٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩١.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

٤-٤) الاستبصار ٣: ٥٣/١٧٢، ذيل الحديث. مسالك الأفهام ١٤: ٧١. ايضاح الفوائد ٤: ٣٤٧. الدروس الشرعيه ٢: ٨٦. قواعد الأحكام ٣: ٤٤٨. مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١١٠. جواهر الكلام ٤٠: ٣٩١.

٥-٥) النهايه: ٣٠٧. غنيه النزوع ٢: ٢٤٠. الكافي في الفقه: ٣٣١. جواهر الفقه: ٢٢٨ - ٢٢٩، المسأله ٧٩٢.

أخذ منك، فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر ذلك له. فقال: أما أنا فأحِبُّ أن تأخذ وتحلف»
(١) فقد دلَّ هذا الخبر على الجواز من غير كراهه.

٢ - وخبر على بن سليمان قال: « كتبت إليه: رجل غصب مالاً أو جاريه، ثم وقع عنده مال لسبب وديعه أو قرض مثل خيانه أو غصب (مثل ما خانه أو غصبه)، أيحلّ له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم، يحلّ له ذلك إن كان بقدر حقّه، وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي إليه إن شاء الله» (٢).

ومما احتجّ به القائل بالتحريم - بعد عمومات النهي عن التصرف في مطلق الأمانه، والعمومات الدالّة على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه:

١ - ما عن سليمان بن خالد قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال، فكابرنى عليه وحلف، ثم وقع له عندى مال، آخذه (فآخذه) لمكان مالى الذى أخذه وأجحد وأحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيما عبت عليه» (٣).

٢ - ما عن معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قلت له: الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه، ثم يستودعنى مالاً إلى أن آخذ مالى عنده؟ قال: لا، هذه الخيانه» (٤).

٣ - ما عن ابن أخ الفضيل بن يسار قال: « كنت عند أبي عبد الله عليه

ص: ٥٨٩

١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٢/٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٣.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٥ نفس الباب السابق.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٤ نفس الباب السابق.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٦/١١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٣.

السلام ودخلت امرأه وكنت أقرب القوم إليها، فقالت لى: أسأله، فقلت: عمّاذاً؟ فقالت: إن ابني مات وترك مالا كان في يد أخي فأتلفه، ثم أفاد أخي مالا فأودعنيه، فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء، فأخبرته بذلك فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أذ الأمانه إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» (١).

قال فى (المسالك): وفى هذا الحديث دلالة من ثلاثه مواضع . . .

قلت: والوجه هو الجمع بين الطرفين، بالحكم بالجواز على كراهه، فيحمل خبر أبى العباس - الظاهر فى عدم الكراهه - على بعض الوجوه، كأن يكون رجوعه إلى الحاكم وحلفه عنده أحب إلى الإمام عليه السلام دفعاً لتوهم الخيانه، أو أن يكون المراد أن أخذه يوجب فراغ ذمه الرّجل وخلاصه من العقاب الأخرى من هذه الناحيه، وهذا الأمر أحب إليه عليه السلام، ومن هنا كانت الفتوى بالنسبه إلى من كان مديناً لشخص، فمات الدائن وقد استقرّ عليه الحج، أن لا يسلم المال إلى وارثه فى حال علمه بأنه لا يستأجر من يحج عن الميت، بل عليه أن يستأجر بذاك المال من يحج عنه.

ويحمل خبر ابن أخ الفضيل أيضاً - الدال على المنع من وجوه - على بعض الوجوه كما فى (المسالك) (٢).

ومع إمكان هذا الجمع الدلالي لاتصل النوبه إلى الترجيح أو التسايط.

ص: ٥٩٠

١- ١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٣ نفس الباب السابق.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٧٢.

قال المحقق: « ولو كان المال من غير جنس الموجود، جاز أخذه بالقيمة العدل ويسقط اعتبار رضا المالك بالطا، كما يسقط اعتبار رضاه في الجنس» (١).

أقول: لا- خلاف في شيء من ذلك بيننا كما في (الجواهر) ، فالحكم في متحد الجنس ومختلفه سواء، وهو مقتضى إطلاق الأدلة السابقة وخصوص خبر ابن رزين في الجارية والدابة الفاراه. وهذا في صورته تلف المال الذي في ذمه الغاصب واضح.

وأما مع وجوده، فالكلام في أنه هل يكون الذي بيده ملكاً له بهذا التقاص، بأن تتحقق المبادله القهرية بين المالكين، أو يكون ما يأخذه صاحب الحق بدل الحيلولة، بمعنى تجويز الشارع له أخذ مال الغاصب بدل حيلولته بينه وبين تصرفاته في ملكه، نظير ما لو كسر شخص إناء إنسان، فإنه يجب عليه دفع ثمنه ثم يكون هذا المكسر ملكاً لصاحب الإناء، بمعنى أن المال الذي دفعه كان في مقابل الإتلاف، ولكن لا يخرج المكسر عن ملك صاحب الإناء، وتظهر الثمره في الصلاه فيه مثلاً؟

ولا يبعد أن يكون الوجه الثاني هو الأظهر، إن كان الأمر نظير كسر الإناء، دون ما إذا كان نظير إلقائه في البحر مثلاً حيث المالىه غير منتفیه.

ص: ٥٩١

جواز تولّى بيع الوديعه:

قال المحقق: « ويجوز أن يتولّى بيعها وقبض دينه من ثمنها دفعاً لمشقه التربص بها» (١).

أقول: إن كان التربص واجباً رفع وجوبه بدليل نفى الحرج، لكن له أن يملكها ثم يبيعها ولا حرج في هذه الصورة، نعم، بناءً على اعتبار المماثله بين الوديعه والمال الذى فى ذمه الغاصب يتم ما ذكره، كما أن ما ذكره صاحب (الجواهر) (٢) من أنه يجوز له بيع ثمنها إلى أن ينتهى إلى ما يساوى حقّه فى الجنس ثم يأخذه مقاصه، لا يمكن المساعده عليه.

والعمده هو إطلاق الأمدله، فإن مقتضاه عدم اعتبار المماثله مطلقاً، أى سواء أمكن الاقتصار فى المقاصه على الأخذ من جنس حقّه أو لم يمكن.

لو تلفت الوديعه قبل البيع فهل يضمن؟

قال المحقق: « ولو تلفت قبل البيع، قال الشيخ: الأليق بمذهبننا أنه لا يضمنها (٣)، والوجه الضمان، لأنه قبض لم يأذن فيه المالك، ويتقاصان بقيمتها مع التلف» (٤).

أقول: قد وقع الخلاف فى الضمان بالتلف قبل البيع للإقتصاص، فإن هذا

ص: ٥٩٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٤.

٣-٣ (٣) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ٣١١.

٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

يريد حقه من المدين وذاك يريد ثمن ماله الذى تلف بيد هذا، فإن كان المثلن والثلن متساويين من حيث القيمة، فيقع التهاتر أو التقاص من الطرفين، وإن كان هذا أكثر فحقه باق بمقداره، فإذا لم يضمن كان له التقاص مره اخرى، وهل يضمن؟

قال الشيخ: لا، وقال المحقق: « الوجه الضمان » .

وجه الأول: إن تسلطه على المال كان بإذن من الشارع، وحينئذ، لا ضمان مع كون اليد مأذونه.

ووجه الثانى: هو إن مجرد الإذن الشرعى لا يقتضى عدم الضمان.

أقول: إن كان المستفاد من النصوص جواز الاقتصاص مع خلوها عن الإذن فى التصرفات الاخرى وحتى عن الإمساك زماناً ثم التقاص - والمفروض أنه لم يكن عنده وديعه - فالضمان متحقق بلا- كلام، وإن تلف فى حال التقاص المأذون فيه فهذا محل الكلام.

قال فى (الجواهر): إنه لا منافاه بين إذن الشارع وبين الضمان، بعد أن لم يكن فى شىء من النصوص الحكم بكونه قبض أمانه، فيندرج فى ما دلّ على عدم ضمانها، كما أنه ليس فى شىء من الأدله الشرعيه عنوان للأمانه الشرعيه على وجه يكون المقام منها موضوعاً وحكماً، إذ ليس إلا الإذن فى القبض لاستيفاء حقه، وهو أعم من الإئتمان الذى لا يستعقب الضمان كالإلتقاط ونحوه، وليس كلّ ما أذن الشارع فى قبضه يكون أمانه، خصوصاً القبض لمصلحه القابض التى هى استيفاء حقه منها، بل ذلك من المالك لا يقتضى الائتمان المزبور، وحينئذ، فتبقى قاعده ضمان مال المسلم المستفاده من عموم « على اليد » وغيره بحالها، ويتقاصان بقيمتها مع التلف.

قلت: الإستدلال بالحديث يتوقف على عمومه للمقام، لكن قاعده اليد جعلت حكماً مغيباً بوجوب الأداء، وفيما نحن فيه يبنى الأخذ على عدم الردّ ويريد

التقاص، بل إن هذه القاعدة منصرفه عن اليد غير العدوانيّه، وإذا سقطت القاعدة ولا دليل غيره، فالأصل عدم الضمان.

ثم قال في (الجواهر): « مضافاً إلى أن القبض للمقاصه هو قبض ضمان لا قبض مجان، بل هو أولى من قبض السوم » (١).

وفيه: إنه فرق بين الموردين، ففي قبض السوم أقدم القابض على القبض بانياً على دفع العوض، وقد أذن المالك بالقبض إذناً مقيداً بالعوض، وإذن الشارع في القبض هناك تابع لإذن المالك.

وفيما نحن فيه، قد عرفت عدم شمول قاعده اليد للمقام أو انصراف دليلها عنه، فبين المقامين فرق واضح.

وبناء على شمول القاعدة للمقام، يقع البحث في أنه هل أذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الإذن أعم؟ أما مع الشك في ثبوت الضمان وعدمه، فهل المرجع هو عموم على اليد أو يستصحب حكم المخصص وهو « ليس على الأمين إلا اليمين » (٢).

لقد تقرّر في محله أن الحق استصحاب حكم المخصص، فيكون الحكم في المقام عدم الضمان، مثل ما إذا قلنا بعدم شمول القاعدة من أول الأمر.

وقال العراقي: « يمكن أن يقال بأن الشك فيه مسبب عن الشك في صيرورته ولياً على التصرف، فأصالة عدمها حاكمه على الأصل المزبور، بعد الجزم بأن ولايته السابقه على حفظه انعدمت، واستصحاب مطلق ولايته غير جار، لأنه من باب استصحاب الكلّي من القسم الثالث » .

ص: ٥٩٤

١- (١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٥٤.

٢- (٢) انظر رساله قاعده ضمان اليد ضمن (اشاره السبق): ٣٨.

قلنا: هنا مطالب:

الأول: إن الولاية هنا ليست غير إذن الشارع في التصرف، فإنه بمجرد الإذن الشرعي يكون الأمر موكولاً إليه، ولا نغنى بالولاية إلا ذلك.

الثاني: لو سلمنا أن الولاية أمر زائد على الإذن، فإن اختلاف الموجب للولاية لا يوجب الاختلاف والتعدد في الولاية نفسها، فإذا كان لشخص ولاية في التصرف في المال من جهة الائتمان في اليوم الماضي، وثبت له الولاية اليوم من جهة التقاص، لم يتحقق له فردان من الولاية.

والثالث: إن عدم ثبوت الضمان بالتصرف بالأمس، كان من جهة إذن المالك، واليوم من جهة إذن الشارع، فعدم ثبوته واحد، ومع الشك يستصحب بلا مانع.

ص: ٥٩٥

الاولى: (من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له)

قال المحقق قدس سره: « من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له » (١).

أقول: هذه قاعده كليّه تنطبق على المصاديق المختلفه، فمن ادعى ما لا يد لأحد عليه، سواء كان درهماً أو ديناراً أو حيواناً أو كتاباً أو غير ذلك، وسواء كان بين جماعه أو لا، قضى له من غير بينه ويمين، كما يقبل قوله عند جميع العقلاء، وللحاكم أن يعتمد على هذه السيره فيجعلها طريقاً إلى الواقع ومدركاً لحكمه، إذ لا يشترط في حكم الحاكم أن يكون في مورد المرافعه دائماً.

فالملاك عند العقلاء أن يدعى المدعى الشيء الذى لا يد لأحد عليه ولا يكون معارض لهذا المدعى، ولذا أضاف فى (القواعد) قيد عدم منازعه أحد له (٢)، وهو ظاهر (المسالك) حيث قال بعد ذكر الروايه الآتيه: « ولأنه لا منازع له حتى يطلب منه البينه » (٣).

ص: ٥٩٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٤٩.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ٧٦.

والمراد من « اليد » فى قوله « ما لا يد لأحد عليه » هى اليد الفعلية، بأن لا يكون لأحد يد على الشىء حين الدعوى، والمراد من « قضى له » أن يحكم الحاكم - إن رجع إليه فى القضية - بكون الشىء ملكاً للمدعى، فكأنه يطبق فى تلك القضية الشخصيه الفتوى الكليه بأن من ادعى شيئاً ولا- معارض له فهو له، نظير ما إذا أفتى فتوى كليه بكون الحبوہ للولد الأكبر، ثم إذا سئل عن مالك هذا السيف الموجود ضمن تركه هذا الميت - وهو يعلم بأن زيداً هو الولد الأكبر - حكم بكونه لزيد من جهة أنه من الحبوہ، تطبيقاً لتلك الفتوى الكليه على هذه القضية الشخصيه، فيكون بحكم الحاكم بمنزله ذى اليد.

وقد استظهر من (المسالك) أن المراد من « قضى له » عدم التعرض له، وعدم منعه من التصرف فى العين، وهو بعيد.

فالدليل على هذا الحكم هو السيره العقلانيه، وعلى طبقها حكم الإمام عليه السلام فيما رواه منصور بن حازم فى قضيه هى من مصاديق تلك القاعده الكليه التى ذكرناها، ومن هنا قال المحقق قدس سره:

« ومن بابه أن يكون كيس بين جماعه فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون: لا ويقول واحد: هو لى، فإنه يقضى به لمن ادعاه » (1).

□
أى: كما رواه منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: « قلت: عشره كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، وقال واحد منهم: هو لى، فلمن هو؟ قال: للذى

ص: ٥٩٧

ومن الأصحاب من استدلّ بهذه الروايه على الحكم فى غير هذه المسأله.

قلت: ومع كون الدليل منحصراً بها يشكل التعدى عن موردها، فلا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن من مدلولها.

وأما إشكال المحقق الأردبيلى بعدم إخراج كون « يونس » الراوى عن منصور هو « يونس بن عبد الرحمن » الثقه (٢)، فقد أجاب عنه فى (مفتاح الكرامه) بأن الشيخ وإن لم يذكر اسم أبيه فى التهذيب، لكن المذكور فى النهايه: يونس بن عبد الرحمن (٣).

واستدل فى (الجواهر) للحكم المذكور بأصالة صحه قول المسلم وفعله، بل كلّ مدّع ولا معارض له (٤).

وأشكل عليه: « بأن من المحقق فى محلّه عدم قيام دليل على وجوب حمل قول المسلم على الصحه بمعنى الصدق، فىكون الأصل فى قول المسلم الحجّيه إلا- ما خرج بالدليل، بل ظاهر الأدله خلافه، نعم، الصحه بمعنى عدم اللغويه أو المشروعيه قام الدليل على وجوب حملة عليها، لكن الصحه بهذا المعنى لا ربط لها

ص: ٥٩٨

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٧٤/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٧.

٢-٢) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١١١.

٣-٣) سند الخبر صحيح، وما ذكرناه عن مفتاح الكرامه، هو صريح الشيخ الحر فى وسائل الشيعه وتجده فى النهايه: ٣٥٠ ط لبنان.

٤-٤) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٧.

بالمقام ولا تنفع المستدل أصلاً، كما لا يخفى.

هذا، مضافاً إلى ما أفاده الاستاذ العلامة من أنه لو كان الأصل في قول المسلم الحجّيه والصّيدق، لكان وارداً على اليد أيضاً لو كان في مقابله يد نظير البينه، فلا يحتاج إلى إقامه البينه، وهذا مما لا يذهب إليه أحد» (١).

أقول: إن المراد من أصاله حمل قول المسلم وفعله على الصّحّه هو حمل أفعاله المتعلقة بنفسه، وسماع كلامه في كلّ أمر يتعلّق به على الصّحّه، فلو ادّعى كون الشئ له - ولم يكن له معارض - سمع قوله من جهه أنه أبصر بأمره وبمعرفة ما يملكه وما يتعلّق له به حق ويعود إليه من غيره، وبهذا التقريب يندفع الإشكال المذكور، والنقض بعدم سماع قوله بالنسبه إلى ما في يد غيره، غير وارد، لوضوح أنها دعوى بالنسبه إلى أمر راجع إلى غيره، وقد ذكرنا أن مجرى الأصل المزبور هو الامور المتعلقة بنفسه، ومن هنا يقبل قوله إن قال بالنسبه إلى شئ في يده: إنه ليس لي، وإن كان له يد عليه، وليس قبول قوله هذا من جهه كونه إقراراً.

وقد استظهر صاحب (الجواهر) من الخبر المذكور قبول دعوى المدّعى ولو بعد قوله ليس لي، قال: بل قد يقال بظهور الصحيح المزبور في قبول دعوى المدّعى ولو بعد قوله: ليس لي، بناءً على إرادته الحقيقه من قوله كلّهم. قال: ويمكن أن يكون على القواعد أيضاً، لأصاله صحه قوله معاً باحتمال التذكر وغيره، لعدم المعارض (٢).

قلت: ما ذكره يتوقّف على أن يكون القائل هو لى من جمله القائلين: لا، وليس في الخبر ظهور في ذلك، فلا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن وهو أن لا يكون منهم.

ص: ٥٩٩

١-١) كتاب القضاء للمحقق الآشتياني: ٣٥٠.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٩.

وقال ابن إدريس بعد الرواية: « فقه هذا الحديث صحيح، وليس هذا مما أخذه بمجرد دعواه وإنما لم يثبت صاحب سواه، واليد على ضريين: يد مشاهده ويد حكميه، فهذا يده عليه يد حكميه، لأن كل واحد منهم نفى يده عنه وبقي يد من ادّعاء عليه حكميه، ولو قال كل واحد من الجماعة في دفعه واحده أو متفرقاً هو لى، لكان الحكم فيه غير ذلك، وكذلك لو قبضه واحد من الجماعة ثم ادّعاء غيره، لم يقبل دعواه بغير بينه، لأن اليد المشاهده عليه لغير من ادّعاء، والخير الوارد في الجماعة أنهم نفوه عن أنفسهم ولم يثبتوا لهم عليه يداً لا- من طريق الحكم ولا- من طريق المشاهده، ومن ادّعاء له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا دعواه فيه من غير بينه، ففقهه ما حرّزناه، وأيضاً، إنما قال ادّعاء من حيث اللغه، لأن الدعوى الشرعيه من ادّعى في يد غيره عيناً أو ديناً» (١).

وما ذكره قدّس سرّه مشكل جداً، ولو كان هنا يد وكانت العين في الحقيقه للغير وقد تلفت بتلف سماوى، لزم أن يكونوا ضامنين له، وهذا لا يقول به أحد.

ص: ٦٠٠

الثانيه: (لو انكسرت سفينه فى البحر فما هو حكم ما خرج منه؟)

قال المحقق قدس سره: « لو انكسرت سفينه فى البحر فما أخرج البحر فهو لأهله، وما أُخرج بالغوص فهو لمخرجه، وبه روايه فى سندها ضعف» (١).

أقول: لقد نسب هذا الحكم إلى الأشهر عن الأصحاب، والأصل فيه روايه قال المحقق: فى سندها ضعف.

قلت: عمل المشهور بها يجبر ضعف سندها، وهى خبر الشعيرى، قال: « سألت الصادق عليه السلام عن سفينه انكسرت فى البحر، فأُخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق منها. فقال: أما ما أخرج البحر فهو لأهله، الله تعالى أخرجهم، وأما ما أُخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به» (٢).

إنما الكلام فى حكم المسأله بحسب القواعد مع غض النظر عن الروايه، سواء قلنا باعتبارها سنداً بالإنجبار أو قلنا بعدمه لعدم الموافقه على الكبرى أو عدم ثبوت عمل المشهور بها. . .

قد يقال: إن الوقوع فى البحر فى حكم التلف وإلا- فليس الإخراج بالغوص من الامور الموجهه لانتقال الملك، وحيث كان فى حكم التلف فقد خرج عن ملك

ص: ٦٠١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٧: ٣٦٢/٢. أبواب اللقطه، الباب ١١.

مالكة، فمن أخرجه ملكه، كما تملك المباحات بالحيازه.

إلّا أنه مشكل جداً.

نعم، إنما يتم في صورته إعراض المالك، بناءً على كون مجرد الإعراض مخرجاً عن الملك، وقد استشكل في (الجواهر) في ذلك بأن زوال الملك يتوقف على سبب شرعي كتوقف حصول الملك عليه (1).

لكن الظاهر: أن العقلاء يعتبرون الإعراض مخرجاً، فمن أعرض عن شيء له خرج عن ملكه عندهم، ولأن « الناس مسلطون على أموالهم »، لكن الكلام في الصغرى، فإن كان الوقوع في البحر مصداقاً للتلف الذي يزول معه اعتبار الملكيه أو مقروناً بالإعراض المخرج عن الملكيه، كان ما أخرجه الغائص ملكاً له.

وكيف كان، فالحكم في المسألة ما ذكره، للخبر المذكور، لانجبار ضعف سنده بعمل المشهور (2) خلافاً للجواهر، واحتمال إرادته كون الجميع لأهله، كما في

ص: ٦٠٢

(١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٠١.

(٢-٢) أقول: هذا سند الخبر: محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي عبد الله، عن منصور ابن العباس، عن الحسن بن علي بن يقطين، عن أمية بن عمرو عن الشعبي. وفيه ضعف من جهات، وانجبار ضعفه بالعمل - بناءً على القول به - يكون فيما إذا علم بأنه الذي استند إليه الأصحاب وأفتوا عليّ طبقه. لكن في المقام خبر آخر وهو: « محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث عن أمير المؤمنين قال: وإذا غرقت السفينه وما فيها فأصابه الناس، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به، وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم) وسائل الشيعه الباب ١١ من أبواب اللقطه، وهو في الكافي ٥ / ٢٤٢، وسنده معتبر على ما تقدم منا في بعض تعليقات الكتاب. والخبر الأول وإن ذكره الشيخ في النهايه - وبعض الفقهاء في الكتب الفقيهيه - غير مذكور في التهذيب على ما ذكر مصحح الوسائل حيث قال « ما وجدت غير الحديث الذي رواه الكليني في ج ٥ ص ٢٤٢. ورواه الشيخ في التهذيب سنداً ومنتاً » انظر: التهذيب ٧ / ٢١٩. وفي الخبر الثاني زياده على الأول، وهي جمله: « وتركه صاحبه » وفيها إشاره إلى قضيه أن الإعراض مخرج عن الملك، ومن هنا يتم حمل الحكم في الأول على هذه القاعده، ولا حاجه إلى الحمل على اليأس كما في السرائر، وبهذا يظهر ما في كلام المحقق الرشتي من منع كون الإعراض سبباً لخروج المال عن ملك المعرض حتى يملكه القابض بالحيازه قائلاً: « إذ لا دليل على ذلك »، كما يظهر بذلك كون المقام صغرى للقاعده بلا كلام.

(الجواهر) وعن بعضهم الجزم به [\(١\)](#)، خلاف الظاهر إنصافاً.

ص: ٤٠٣

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٠٠.

الكلام في: الإختلاف في دعوى الأملاك

إشاره

وفيه مسائل:

ص: ٤٠٥

الصوره الأولى: لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بينه

قال المحقق: « لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بينه، قضى بينهما نصفين، وقيل: يحلف كل منهما لصاحبه» (١).

أقول: لو تنازعا عيناً ولا بينه لأحدهما، فتاره: تكون العين في يدهما معاً، وأخرى: تكون في يد أحدهما خاصة، وثالثه: تكون في يد ثالث.

ففي الصوره الأولى، لا خلاف في أنه يقضى بينهما نصفين، بأن تكون نصف العين لهذا ونصفها الآخر لذاك، إلا أن الخلاف في توقف ذلك الحكم على أن يحلف كل من المدعين لصاحبه وعدمه، فظاهر المحقق قدس سره هنا وجماعه الثاني (٢)، واختار في (النافع) - كما قيل - الأول، وعليه جماعه، بل قيل إنه المشهور (٣)، وتظهر الثمره في صوره نكول أحدهما بناءً على التوقف، فإنه يحكم بكون كلهما للآخر.

واستدل للقول الأول: بأن هذه الصوره من مصاديق قولهم عليهم السلام:

ص: ٦٠٧

-
- ١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.
 - ٢- ٢) كتاب الخلاف ٦: ٣٢٩، المسأله ١. غنيه النزوع ٢: ٤٤٤. اصباح الشيعه: ٥٣١.
 - ٣- ٣) المختصر النافع: ٢٧٧. كشف الرموز ٢: ٥٠٧. المهذب البارع ٤: ٤٨٧. كفايه الأحكام ٢: ٧٢٥. مسالك الأفهام ١٤: ٧٨. جواهر الكلام ٤٠: ٤٠٣.

« السبينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» (١) وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « إِنَّمَا أَقْضَى بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيْمَانِ» (٢) بتقريب: إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُدَّعِيَيْنِ قَدْ وَقَعَتْ يَدُهُ فِي الْحَقِيقَةِ عَلَى نِصْفِ الْعَيْنِ الْمُتَنَازِعِ فِيهَا، لِأَنَّ يَدَهُ عَلَى النِّصْفِ الْآخَرَ مَعَارِضُهُ بِيَدِ الْآخَرَ، فَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ذَا يَدٍ عَلَى نِصْفِ الْعَيْنِ وَمَالِكاً لَهُ بِمُقْتَضَى يَدِهِ، وَمُدَّعِياً لِمَلِكِيهِ النِّصْفِ الْآخَرَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ، وَالْآخَرَ يَنْكُرُ دَعْوَاهُ، فَكُلُّ مِنْهُمَا مُدَّعٍ وَمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَحَيْثُ أَنَّهُ لَا بَيِّنَةَ لِأَحَدِ الطَّرْفَيْنِ، وَجِبَ عَلَى كِلَيْهِمَا الْيَمِينَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُمَا مَنْكَرَانِ، فَإِذَا حَلَفَا حَكَمَ بِالتَّنْصِيفِ.

واستدل للثاني: بأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعَى مَلِكِيَهُ كُلَّ الْعَيْنِ، وَلَا رَيْبَ فِي مَخَالَفَةِ دَعْوَى أَحَدِهِمَا لِلْوَاقِعِ، وَحَيْثُذَ، فَلَا كَاشِفِيَهُ لِيَدِ أَحَدِهِمَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَلِكِيهِ الْكُلِّ، لَوْجُودِ الْمَعَارِضِ، بَلْ يَتَسَاقَطَانِ، فَلَا مُدَّعَى وَلَا مُدَّعَى عَلَيْهِ، وَيَكُونُ الْحَكْمُ هُوَ التَّنْصِيفُ، وَقَدْ أَدَّعَى عَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمُرْسَلِ الْمُنْجَبِ ضَعْفَهُ بِمَا ذَكَرَ، حَيْثُ رَوَى « إِنْ رَجَلَيْنِ تَنَازَعَا دَابَّةً لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ، فَجَعَلَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بَيْنَهُمَا» (٣) فَيَكُونُ الْمُرَادُ نَظِيرَ الْعَيْنِ الَّتِي يَدَّعِيهَا اثْنَانِ وَلَا يَدَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهَا، فَالْحَكْمُ هُوَ التَّنْصِيفُ لَا الْقَرْعَ، لِلنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ، وَلَيْسَ مُورِداً لِلْحَلْفِ.

ويحتمل هنا الحكم بالتحالف، بأنَّ يَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى مَا يَدَّعِيهِ وَنَفَى مَا يَدَّعِيهِ الْآخَرَ، ثُمَّ يَقَعُ الْبَحْثُ فِي كَيْفِيَةِ الْحَلْفِ.

ولو فرض أنَّ كُلَّ وَاحِدٍ جَاءَ بِبَيِّنَةٍ عَلَى مَا يَدَّعِيهِ، فَإِنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ تَتَعَارَضَانِ،

ص: ٦٠٨

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٤ الباب ٣ من ابواب كيفية الحكم.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٣/٣. ابواب كيفية الحكم، الباب ٣.

٣- ٣) سنن البيهقي ١٠: ٢٥٥.

فإن حلف أحدهما طبق بينته حكم له، وإن لم يحلفا أو حلف كلاهما حكم بالتنصيف.

وربما يجمع بين القولين الأولين في المسألة بأن القول بالحلف هو في صورته مطالبه الخصم، والقول بعدم لزومه هو في صورته عدمها، وهذا الجمع يخالف ظاهر كلمات القوم.

وصاحب (الجواهر) ينكر شمول قاعده «البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه» لهذه الصوره، بتقريين:

ففى الأول: بسقوط اليد بالمعارضه، فلا مدعى عليه، فيحكم بالتنصيف، عملاً بالنص، أو من جهه أنه طريق عقلائي، إذ متى لم يمكن العمل بمقتضى كلا اليمين معاً فيحكم العقلاء بذلك.

وفى الثانى: إنه لا مدعى فى هذا المقام، من جهه أن كلاً منهما ذو يد، فكلّ منهما مدعى عليه، ولذا لو ادعى ثالث هذه العين طالباه بالبينه على ما يدعى، ثم قال: اللهم إلا أن يقال إن اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لاحدى البينتين... .

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

قال: أو يقال: إن لكلّ منهما إحلاف صاحبه، بمعنى أن التحالف أمر راجع إليهما لا يجبر الحاكم عليه ولا يتوقف عليه القضاء بالنصف، بل كلّ منهما ميزان القضاء. وكأن هذا هو الذى فهمه الإصبهاني فى كشفه عن المصنف فى النافع.

ثم إن صاحب الجواهر تنظر فيما ذكره كاشف اللثام.

وحاصل كلام (الجواهر) هو اختيار القول الأول (1).

ص: ٦٠٩

لكن الإنصاف أن القول الثاني غير بعيد، لأن أهل العرف يرون لكل واحد منهما يداً على النصف، فتحقق صغرى قاعده «البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه» .

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

وحيث رضى المدعى بيمين صاحبه وحلف، فقد ذهب اليمين بحقه، وعلى هذا يمكن حمل القول الثانى، أى إنه مع رضا الخصم بيمين خصمه فلا تداعى بينهما حتى يحلف كلاهما، بل إن حلف الخصم أخذ الكل، فلا تنصيف، فالقول بالحلف هو فى صورته تحقق التداعى بينهما، لكن يبقى الكلام فى كفايه الرضا باليمين هنا، مع أن المورد ليس مورداً حقيقياً لقاعده المدعى والمنكر، إلا أن يقال بعموم نصوص «ذهب اليمين بحقه» لهذا المورد.

ولو لم يكن بينهما تداع وقد ماتا والعين فى أيديهما، فهى على النصف بينهما، لعدم التداعى، وعلى تقديره من الورثه، فإن حلف أحدهما دون الآخر برضاه أخذ العين كليهما، وإن تداعيا فالقولان.

وإن ادعى أحد الشريكين فى تركه على الآخر العلم باستحقاق جميع تلك العين بهبه المورث مثلاً، فهنا يحلف الآخر على نفى العلم.

ولو ادعى الآخر هذه الدعوى كذلك، وقع التداعى، فيحلفان على نفى العلم.

وعلى القول الثانى، فمن الذى يحلف أولاً؟ المتجه وفاقاً للجواهر يتصل الأسبق منهما، ومع الاقتران قال: يقدم من كان على يمين صاحبه، ويحتمل القرعه أو جعل الأمر بيد الحاكم نفسه.

الصورة الثانية: لو كانت يد أحدهما عليها

قال المحقق قدس سرّه: « ولو كانت يد أحدهما عليها، قضى بها للمتشبث، مع يمينه إن التمسه الخصم » (١).

أقول: والصورة الثانية: أن تكون يد أحد المتنازعين على العين، وهذه الصورة هي المصداق المتيقن لأدله: « البيّنه على المدعى واليمين على المدعى عليه » فصاحب اليد هو المدعى عليه والآخر المدعى، والمفروض عدم البيّنه، فيحلف من هي بيده، فإن حلف قضى بكونها له، وإن نكل عن اليمين فالقولان: من القضاء بالنكول أو مع ردّ اليمين.

الصورة الثالثة: لو كانت يدهما خارجه وفيها صور:

إشاره

قال: « ولو كانت يدهما خارجه، فإن صدق من هي في يده أحدهما أحلف وقضى له » (٢).

١ - أن يصدق من هي بيده أحدهما

أقول: والصورة الثالثة: أن تكون العين في يد ثالث ويدهما معاً خارجه عنها، فهنا صور، ذكر المحقق الاولى بقوله: (فإن صدق من هي في يده أحدهما أحلف وقضى له) ووجه ذلك: أن العين تكون بإقرار الثالث ملكاً لزيد مثلاً، فيكون زيد صاحب اليد على العين والمدعى عليه وعمرو هو المدعى، وحيث أنه لا بيّنه في المقام، فإنه يحلف زيد ويقضى له، كذى اليد في قيام الشاهد الواحد فعلاً على ملكه.

ص: ٦١١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.

١-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.

لكن هنا بحث، من جهة أن ذا اليد في هذه الصورة هو الثالث، وقد كانت العين في يده من أول الأمر، فإن صدق زيداً في دعواه كون العين له، فإن القدر المسلم به من تأثير هذا الإقرار خروج العين عن ملك الثالث، لأن « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » وأما حجية هذا الإقرار فيما زاد عن ذلك - وهو كون العين لزيد المقر له - فإنها مبنية على القول بحجية الإقرار بالنسبة إلى الغير، وهذا أمر مختلف فيه، كما تقدم في محلّه، فإنه - بناءً على القول بعدم ترتب الأثر على الإقرار بالنسبة إلى الغير - تخرج العين هنا عن ملك الثالث، ولا يكون زيد ذا يد عليها حتى لو سلّمها الثالث إليه بعد الدعوى، بل تكون عيناً لا يد لأحد عليها، وتجرى حينئذ أحكام تلك الصورة.

وبالجملة، فقول الأكثر بكون زيد المقر له ذا يد، يتوقف على أن يكون إقرار الثالث حجه شرعيه بالنسبة إلى زيد، فيكون ذا يد على العين ومدّعى عليه، وإلا فلا دليل على ذلك، نعم، ذكر في (المستند) دليلين:

أحدهما: بناء العقلاء على جعل زيد في مفروض المسألة ذا اليد على العين ويعاملونه معاملة المالك للمال، وهذا نص كلامه: « ويدلّ على كونه للمصدق له: إنه حينئذ يكون ذا اليد، فإن ظاهر العرف أن من أسباب صدق اليد كون الشيء تحت تصرف من ثبت أنه مباشره، كالوكيل والأمين والمستودع والمستأجر والمستعير، أو أقرّ بذلك. . . » .

والثاني: الروايات، حيث قال: « ويدلّ عليه أيضاً أنه أقر الثالث بكونه له، ومن أقر شيئاً في يده لأحد فهو له. . . للمستفيضة الدالّة على من أقر بعين لأحد فهو له:

كمرسلة جميل: في رجل أقرّ أنه غصب رجلاً على جاريتته وقد ولدت

الجاريه من الغاصب، قال: تردّ الجاريه وولدها على المغصوب إذا أقر بذلك أو كانت له بينه» (١). . .

وصحيحه سعد بن سعد: « عن رجل مسافر حضره الموت، فدفن مالا إلى رجل من التجار، فقال: إن هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل ولا- كثير، فادفعه إليه يصرفه حيث شاء، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له ما مرّ، ولا يدرى صاحبه ما الذي حمّله على ذلك، وكيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء» (٢).

ومثلها صحيحه إسماعيل الأحوص. . . (٣).

وصحيحه أبي بصير « عن رجل معه مال مضاربه فمات وعليه دين، فأوصى أن هذا الذي ترك لأهل المضاربه، أيجوز ذلك؟ قال: نعم، إذا كان مصدقا» (٤) أي لم يكن متهماً.

ويؤيده أيضاً روايه المهتدي: « إن أخي مات فتزوجت امرأته، فجاء عمي وادّعى أنه تزوّجها سراً، فسألته عن ذلك، فأنكرت أشد الإنكار، وقالت: ما كان بيني وبينه شيء قط. فقال: يلزمك إقرارها ويلزمه إنكارها» (٥)(٦).

ثم إن الحكم لزيد المقرّ له يتوقف على يمينه، أما الثالث فلا يمين عليه وإن كان ظاهر عبارته (القواعد) وجوبها عليه حيث قال: « ولو كانت في يد ثالث حكم لمن

ص: ٦١٣

١-١) وسائل الشيعة ٢١: ١٧٧/١. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٦١.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٣/٦. كتاب الوصايا، الباب ١٦.

٣-٣) المصدر ١٩: ٢٩٣، ذيل ح ٦.

٤-٤) المصدر ١٩: ٢٩٦/١٤. كتاب الوصايا، الباب ١٦.

٥-٥) المصدر ٢٠: ٢٩٩/١. أبواب عقد النكاح، الباب ٢٣.

٦-٦) مستند الشيعة ١٧: ٣٥١ - ٣٥٣.

يصدّقه بعد اليمين منهما» (١). نعم، يتوجّه عليه اليمين إن طالب عمرو بها، وهل يحلف على نفي العلم بكونها له أو على البت؟ قال جماعة بالأول، وفي (الجواهر): الظاهر توجّه اليمين عليه على البت لأنه مدّعى عليه (٢).

قلت: ومنشأ الخلاف هو الاختلاف فيمن هو المدّعى عليه في هذه الصورة، وقد أشرنا إلى ذلك.

وكيف كان، فإن نكل زيد حكم بكونها لعمرو، إما بمجرّد النكول وإما مع اليمين المردوده على القولين، وإن نكلا جميعاً فالحكم هو التنصيف.

ثم إن لعمرو أن يدّعى على الثالث دعوى جديده، بعنوان كونه السبب في تلف ماله بتصديقه دعوى زيد دونه، ثم حكم الحاكم بكون العين لزيد على أثر تصديقه له، فيكون الثالث حينئذ مدّعى عليه وعليه اليمين، فإن نكل عنها لزمه الغرم، إما بمجرد وإما بعد اليمين المردوده، والوجه في صحه هذه الدعوى على الثالث كونه السبب في تلف المال من عمرو - وإن كان تملك زيد له بحكم الحاكم - لأن السبب أقوى من المباشر.

وقد يستدل لذلك بعموم التعليل الوارد في خبر عمر بن حنظله: « في رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه، فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شىء فذلك رضى لى وهو لازم لى، ولم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه، فلما رجع إليه أنكر له ذلك كله. قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنه هو الذى ضيّع حقها» الحديث (٣).

ص: ٦١٤

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٠٧.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٩: ١٦٥/١. كتاب الوكاله، الباب ٤.

وكيفما كان معنى الرواية، فإن محلّ الإستدلال قوله عليه السلام: (وذلك أنه هو الذى ضيّع حقها) فإن هذا التعليل يشمل ما نحن فيه، وحيث أن دعوى عمرو على الثالث هي بعنوان كونه المضيّع لحقّه، فإنه يلزم الثالث الغرم.

وهل الغرم بمقدار ثمن العين أو نصف ثمنه؟ الظاهر هو الأول، فيكون نظير ما إذا أقرّ بكون العين لزيد فدفعها إليه بحكم الحاكم، ثم أقرّ بكونها لعمرو، فإنه يلزم بدفع ثمن العين كلّهُ.

ولو أراد الثالث أن يحلف، فهل يحلف على البت أو على نفي العلم بكون العين ملكاً لعمرو المدعى؟

قيل بالأول.

وأشكل عليه بأن الدعوى قد انصرفت عنه بإقراره وحكم الحاكم، فلو أراد الحلف على البت كان فى مال الغير، بل عليه أن يحلف على نفي العلم بكونها له.

أقول: إنه بناءً على ما ذكرنا فى كيفية طرح دعوى عمرو على الثالث، يتعيّن اليمين على البت، لأن الإلتلاف فعل نفسه.

على أن الإلتلاف لا يدور مدار العلم، فمن أتلف مال غيره ضمن، سواء كان عالماً أو جاهلاً أو ناسياً، إذ الموضوع للضمان هو الإلتلاف وهو هنا متحقق حسب دعوى المدعى.

هذا، وفى (القواعد): « ولو كانت فى يد ثالث، حكم لمن يصدّقه بعد اليمين منهما» (١).

ومرجع الضمير فى « منهما» هو المصدق، أى الثالث والمصدق المقرّ له.

ص: ٦١٥

وأشكل عليه في (الجواهر) بأنه لا أثر ليمين الثالث في حكم الحاكم بكون العين للمصدق، قال: ويمكن تعلق « منهما» بقوله: « يصدقه»، فيكون المراد بعد اليمين من المقر له، وحينئذ، تكون كعباره المصنف. لكنه خلاف الظاهر (١).

٢ - أن يصدق من هي يده كليهما

والصوره الثانيه: أن يصدق كليهما، قال المحقق « وإن قال: هي لهما، قضى بها بينهما نصفين، وأحلف كل منهما لصاحبه» (٢).
أقول: في هذه الصوره، تخرج العين من يد الثالث، وتكون كالصوره التي هي في يد المتنازعين، فيحكم بالتنصيف مع التحالف أو بدونه على القولين.

وحينئذ، يجوز لكل منهما الرجوع على الثالث فيدعى عليه تضييع نصف المال عليه، فإن حلف - بتأ على نفى العلم على القولين - فهو، وإلا وجب عليه دفع ثمن النصف لكل واحد منهما.

ويترتب على القول بالتحالف: أنه إن حلفا بالتنصيف وإن نكلا - فكذلك، وإن حلف أحدهما دون الآخر كانت العين كلها للحالف، وكان للناكل منهما الرجوع على الثالث، فإن حلف فهو وإلا وجب عليه الغرم وهو النصف، لأن المفروض أنه قد ضيع عليه النصف بإقراره بكون العين لهما معاً.

٣ - أن يكذب من هي يده كليهما

والصوره الثالثه: أن يكذب كليهما فيقول ليست لكما قال المحقق قدس سره « ولو دفعهما أقرت في يده» (٣).

أقول: إن كذب الثالث كليهما كانا مدعين وهو المدعى عليه، وحيث لا بينه

ص: ٦١٤

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٠٧.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.

لهما، يجب على الثالث اليمين على نفي كون العين لهما، وهل يشترط تعيين المالك أو يكفى إنكار كونها لهما؟ قالوا بالثاني، فإذا حلف أقرت العين في يده وارتفع النزاع.

وعن المحقق الأردبيلي (1): إنه يحلف على نفي العلم بكونها لهما لا على البت.

ولعلّ الوجه فيما ذكره هو: أن اليمين على نفي كونها لهما، يمين في ملك غير الحالف، ولا فائده لليمين في ملك الغير، سواء كان نفيًا أو إثباتًا، ووجه ما ذكره القوم من كون اليمين على البت هو: إنه يكفى لتوجه اليمين إليه كون مورد اليمين في يده، فيقولان له: إن الذي في يدك لنا، فيحلف على نفي كونه لهما.

وكيف كان، فإذا حلف سقطت دعواهما، وإن نكل، فإن كان نكوله بالنسبة إلى كليهما معاً، كانت العين كالعين التي هي في يد المتنازعين، فيتحالفان على القول المشهور ويحكم بالتنصيف، وعلى قول المحقق قدس سرّه يحكم به من دون تحالف، وإن نكل عن اليمين لأحدهما دفعت العين للذي حلف له بناء على كفايه النكول، وبعد الردّ واليمين على القول الآخر، ولا يغرم الثالث النصف الآخر، لبطلان قوله «ليست لكما» بنكوله، ثم للآخر أن يدعى على ذي اليد، فتكون صغرى لقاعده «البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه» فإن نكل المدعى عليه عن اليمين فالقولان.

٤ - أن يقرّ من هي بيده لأحدهما غير المعين.

والصوره الرابعه: أن يقرّ بكون العين لأحدهما لا على التعيين. وفي هذه الصوره تكون العين كالعين التي هي تحت يدهما، فيحكم بالتنصيف على ما تقدم في تلك الصوره.

ص: ٦١٧

لكن عن (القواعد): « قرع بينهما، لتساويهما في الدعوى وعدم البيئه » (١) وعن (التحرير): « فمن خرجت باسمه حلف وكانت له، فإن نكل حلف الآخر، وإن نكلا قسّمت بينهما » (٢).

وعن (التذكرة) التحالف، فإن حلفا أو نكلا كانت بينهما، وإلا فللحالف (٣).

وفى (المستند): « قيل: يحتمل القرع، فيحلف من خرجت له، فإن نكل حلف الآخر، وإن نكلا قسّمت بينهما. ويحتمل القضاء بينهما نصفين ابتداءً بعد حلفهما أو نكولهما كما لو كانت بيدهما (٤).

أقول: بل الأوجه الثانى، لروايه السكونى: قال أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أقرّ عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم، ثم مات على ذلك، فقال: أيهما أقام البيئه فله المال، فإن لم يقم واحد منهما البيئه فالمال بينهما نصفان (٥).

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

وحكم الفاضل فى (القواعد) بالقرع بينهما من غير ذكر حلف. كان حسناً لولا الروايه المذكوره.

أقول: قد عرفت وجه القول بالتنصيف.

ص: ٦١٨

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٩.

٢-٢) تحرير الأحكام ٥: ١٨٦.

٣-٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٢٨١ (حجرى). وعنه كشف اللثام ١٠: ١٨٩.

٤-٤) مستند الشيعة ١٧: ٣٥٤.

٥-٥) وسائل الشيعة ١٩: ٣٢٣/١. أبواب الوصايا، الباب ٢٥.

وأما القول بالقرعه، فوجهه ما ذكره العلامة في (القواعد) (1)، إذ مع تساويهما في الأمرين يكون صاحب المال أو ذو اليد مجهولاً، لتردده بين الشخصين، والأمر المجهول يعرف بالقرعه.

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

وقيل: بعدم لزوم اليمين مع القرعه، لأنها قد عيّنت صاحب المال، فلا حاجة إلى اليمين حينئذ.

لكن الصحيح عدم الحاجة إلى القرعه مطلقاً، بعد وضوح الحكم بظهور الأدله في التنصيف.

٥ - أن يقول من هي بيده ليست لي ولا أدري لمن

والصوره الخامسه: أن يقول الثالث: ليست العين لي ولكن لا أدري لمن هي، أو يقول: لا أدري أنها لي أو لهما أو لغيرهما.

والحكم في هذه الصوره هو الحكم في العين التي لا يد لأحد عليها - وإن كان بين القولين المذكورين فرق من جهه سندكره - وقد ادعاها اثنان، وقد ذكر في (العروه) فيها وجوهاً:

الأول: إجراء حكم المدعى والمنكر، لكون كل منهما مدعياً ومنكراً، فمع حلفها أو نكولهما تقسم بينهما، ومع حلف أحدهما ونكول الآخر تكون للحالف لقوله عليه السلام: البيئه للمدعى... إلخ، ولروايه إسحاق بن عمار: « فلو لم يكن في يد واحد منهما وأقاما البيئه؟ قال: أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها

ص: ٦١٩

قال السيد رحمه الله: « وفيه: منع صدق المدعى والمنكر، بل كلّ منهما مدّع، فيكون من التداعي. وأما الرواية فمختصة بصوره البينه فلا تشمل المقام» (٢).

والثاني: التحالف، للتداعي، فإذا حلفا قضى بالتنصيف بينهما.

والثالث: القرعه، من جهه أنه أمر مجهول، والقرعه لكل أمر مجهول.

والمختار هو الوجه الثاني تبعاً للسيد في (العروه).

وقد نسب الأول - تبعاً للمستند - إلى المحقق الأردبيلي (٣)، لكنّ كلامه يفيد اختياره للوجه الثاني لا الأول، ويشهد بذلك عدم ظهور روايه إسحاق فيما نسب إليه.

أما الثالث، فقد اختاره المحقق النراقي، فقال ردّاً على القول الأول:

« الحلف أمر شرعى يتوقّف على التوقيف، ولا أرى دليلاً على حلفهما هنا والحكم بنكولهما أو نكول الناكل، والروايه مخصوصه بصوره إقامتهما البينه، والتعدّي يحتاج إلى الدليل، والقرعه لكلّ أمر مجهول، فالرجوع إليها أظهر، كما حكم به على عليه السلام فى روايتى أبى بصير وابن عمار.

الاحولى: بعث رسول الله غ إلى اليمن فقال له حين قدم: حدثنى بأعجب ما ورد عليك، قال: يا رسول الله، أتانى قوم قد تبايعوا جاريه فوطئوها جميعاً فى طهر واحد، فولدت غلاماً فاختلفوا فيه، كلهم يدّعيه، فأسهمت بينهم وجعلته للذى

ص: ٦٢٠

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٠/٢. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى، الباب ١٢.

٢-٢) العروه الوثقى ٣: ١٢٦.

٣-٣) مستند الشيعة ١٧: ٣٥٥، مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٢٢٧.

خرج سهمه وضمنته نصيبهم (١). الحديث.

والاخرى: إذا وطى رجلان أو ثلاثه جاريه في طهر واحد فولدت فادّعوه جميعاً، أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد له، يردّ قيمه الولد على صاحب الجاربه» (٢) الحديث.

وعمل بها الأصحاب طراً في مورده من غير إحلاف (٣).

وأجاب السيد فى (العروه) عن الاستدلال المذكور بأنه: « لا واقع مجهول فى المقام حتى يعين بالقرعه، لعدم كون العين فى يدهما واحتمال كونها لثالث غيرهما. والروايتان مخصوصتان بموردهما» (٤).

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

وبما ذكرنا يظهر عدم قابليه الروايتين للمعارضه مع عمومات « اليينه على المدعى واليمين على من أنكر»، وجعل مدلول العمومات: إن كل بينه على المدعى وكل يمين على المنكر، لا- أن كل مدّع ومنكر عليه اليينه واليمين يخالف ظاهر تلك الأخبار، ولو تمّ ذلك لسقطت عن الإستدلال حتى فى موارد وجود المدعى

ص: ٦٢١

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٨/٥. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٣.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦١/١٤. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٣.

٣-٣) مستند الشيعه ١٧: ٣٥٥ - ٣٥٦.

٤-٤) العروه الوثقى ٣: ١٢٧.

والمدعى عليه، ومن هنا لم يوافق عليه النراقي نفسه.

فالحاصل: إن الذى يدعى كون الشيء ملكاً له فى مقابل دعوى غيره لذلك أيضاً، يصدق عليه « المنكر » عرفاً، فتشمله العمومات، كالروايه الوارده فى قضيه فذك، وروايه ابن أبى يعفور (1) وغيرهما.

□
إذن، يوجد عندنا دليل على الحلف فى المورد، وأن دعوى التعارض الذى ذكرها رحمه الله فى غير محلها.

فتلخص: إن الصحيح هو الوجه الثانى.

ثم، هل الرجوع إلى القرعه يختص بمورد الأموال فقط أو يمكن تعيين الحجج الشرعيه بها كذلك؟ لا ريب فى ترجيح احدى الروايتين على الاخرى بالقرعه، وفى بعض الأخبار يتعين ذو اليد فى بعض الموارد عند التردد بين شخصين، فللقائل بالقرعه فى مسألتنا أن يقول بحلف ذى اليد للمدعى، فلا يرد إشكال (الجواهر) .

وأما الفرق بين قول الثالث: « ليست لى ولا أدرى أنها لمن » وقوله: « لا أدرى أنها لى أولهما أو لغيرهما » فهو: أنه فى الأول ينفى كون العين له فيخرج

ص: ٦٢٢

□
□
١- ١) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث فذك: إن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبى بكر: أتحكم فىنا بخلاف حكم الله فى المسلمين؟ قال: لا. قال: فإن كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البيئه؟ قال: إياك كنت أسأل البيئه على ما تدعیه على المسلمين. قال: فإذا كان فى يدى شىء فادعى فيه المسلمون تسألنى البيئه على ما فى يدى، وقد ملكته فى حياه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وبعده ولم تسأل المؤمنين البيئه على ما ادعوا على كما سألتنى البيئه على ما ادعيت عليهم - إلى أن قال - وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: « البيئه على من ادعى واليمين على من أنكر ». وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٥. وعن أبى عبد الله عليه السلام قال: إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه أن لا حق له قبله، ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له: وإن كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه. وسائل الشيعه ١٨ / ١٧٨.

بإقراره عن أطراف الشبهه، بخلاف الثاني، ولذا احتمل فى الثانى القضاء بكون العين له، لكون يده عليها وأن جهله لا ينفى ملكيته للعين، وحينئذ، يمكن إحلافه على نفي العلم، فإن حلف أُبقيت العين فى يده، وإن نكل أخذت منه وسلّمت إلى المدعين ويقضى بينهما بأحد الوجوه المذكوره.

ص: ٦٢٣

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « يتحقق التعارض فى الشهاده مع تحقق التضاد، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد ويشهد آخراّن أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا أنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوه، ويشهد آخراّن ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت، ومهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق» (١).

أقول: كان موضوع البحث فى المسأله الاولى تنازع الشخصين فى ملكيه عين خارجيه، ولا بينه لأحدهما على دعواه، وقد تقدّمت صورها وأحكامها.

وموضوع هذه المسأله حصول التنازع بين الشخصين فى ملكيه العين مع فرض وجود البيئه، فإن كان لأحدهما بينه دون الآخر وكانت بينه جامعه للشرائط، قضى له بها، ولا تصل النوبه إلى إحلاف الآخر كما هو واضح، وإن كان لكلّ منهما بينه فهنا صور.

..

متى يحصل التعارض؟

وقد ذكر المحقق قبل بيان الصور وأحكامها - كيفيه تحقق التعارض فى الشهاده والمراد منه، بأن ذلك يتحقق « مع تحقق التضاد» بين البيئتين، بأن لا يمكن

ص: ٦٢٤

التوفيق بينهما بنحو من الأنحاء، « مثل أن يشهد شاهدان بحقّ لزيد ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا إنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوه، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت» بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، كما إذا شهد شاهدان بملك أحدهما للثوب أمس ويشهد آخران بملك الآخر له اليوم، فإنه حينئذ يعمل بالبينه الثانيه لإمكان صدقهما معاً.

وقد يتحقق التكاذب بين البيئتين، وهو تاره: يكون بتكذيب احدى البيئتين للأخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقاً، كأن تشهد هذه بأن زيدا أوصى قبل وفاته بكذا وأنهما كانا حاضرين عنده حينذاك، فيقول الآخران بأنهما لم يكونا عند زيد في الزمان المذكور، فهما يكذبانها من غير تعرّض منهما لواقع القضييه وأنه هل أوصى زيد بكذا أولاً؟

وأخرى: يكون التكذيب بالنسبه إلى الواقع فيقولان: لم يوص زيد بكذا، وأن ما شهدت به البيئه الاولى مخالف للواقع، إلا أنهما قد لا يكذبان تلك البيئه، لاحتمال اشتباه الشاهدين وعدم تعمدهما للكذب.

هذا، وقد وقع البحث بين الأصحاب في الفرق بين التعارض والتكاذب موضوعاً وحكماً، فعن العلامه في محكي (القواعد) التصريح بكون التكاذب غير التعارض، والجزم بكون الحكم فيه هو التسايط مطلقاً (1)، بخلاف التعارض، وعن الشيخ إجراء حكم التعارض عليه إن كان من قبيل الصوره الثانيه (2)، والأول أولى.

ص: ٦٢٥

١- (١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٨.

٢- (٢) المبسوط في فقه الاماميه ٨: ٢٦٢.

وحيث يتحقق التعارض بين البيّتين، على وجه يقتضى صدق كلّ منهما تكذيب الأخرى، ففي المسأله صور:
أحدها: أن تكون العين في يد المتنازعين كليهما، وقد ذكر المحقق قدس سرّه حكم هذه الصوره ودليله بقوله:

الصوره الاولى: كون العين بيد المتداعيين:

« يقضى بينهما نصفين، لأن يد كلّ واحد على النصف، وقد أقام الآخر بينه فيقضى له بما في يد غريمه» (١).

فالحكم في هذه الصوره هو جعل العين بينهما نصفين - نظير صوره النزاع حول العين مع عدم البيّنه واليد لأحدهما عليها - بلا إشكال كما في (المسالك) وفي (الجواهر) بلا خلاف أجده بين من تأخر عن القديمين الحسن وأبى على (٢).

اذن، لا اختلاف في الحكم بالتنصيف، ولكن اختلف في وجه هذا الحكم وسببه.

ف قيل: لتساقت البيّتين بسبب التساوى، فيبقى الحكم كما لو لم تكن بينه، وقيل: لأن مع كلّ منهم مرجحاً باليد على نصفهما، فقدمت بيّته على ما في يده، وقيل - كما في المتن -: لأن يد كلّ واحد على النصف، وقد أقام الآخر بينه عليه، فيقضى له بما في يد غريمه، قال في (المسالك): بناءً على تقديم بينه الخارج على

ص: ٦٢٦

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٨١.

الداخل، قال: وهذا هو الأشهر (١).

فالوجه المذكور في سبب الحكم في المسألة ثلاثه، وتظهر فائده هذا الخلاف في اليمين على من قضى له، فعلى القول بالتساقت، يلزم لكل من المتنازعين يمين، وهذا هو مذهب المشهور في المسألة السابقه، خلافاً للمحقق، فإن حلفاً بالتنصيف وإلا قضى بها للحالف دون الناكل، وإن نكلا- جميعاً فالحكم هو التنصيف أيضاً، وعلى القولين الأخيرين - تقديم بينه الداخل، وتقديم بينه الخارج - لا يمين، لترجيح كل من البينتين باليد على القول الأول منهما فيعمل بالراجح، ولأن البيئه ناهضه بإثبات الحق على القول الثاني منهما فلا يمين معها.

قال في (الجواهر): لكن في التحرير - بعد أن ذكر تعليل المصنف بما سمعت مصرحاً بكونه من تقديم بينه الخارج - قال: وقال يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندى الأول مع احتمال الثاني (٢).

وفي التنقيح - بعد أن ذكر التنصيف وجعل منشأه دائراً بين الأخيرين، وأنه على أولهما يقضى لكل منهما بما في يده، وعلى ثانيهما يقضى له بما في يد غريمه - قال: يكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فإن حلفاً أو نكلا فالحكم كما تقدم، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، قضى بها للحالف.

وعن مهذب أبي العباس التصريح باليمين بناءً على كون المنشأ دخولهما (٣).

أقول: هذه عباره (التنقيح) في هذه المسألة: « هذا هو القسم الثاني، وهو أن يكون في يدهما، فإن قلنا يقضى للداخل قضى لكل بما في يده، وإن قلنا يقضى

ص: ٦٢٧

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٨١. جواهر الكلام ٤٠: ٤١٠.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤١١. تحرير الاحكام ٥: ١٨٥/٦٥٤٠.

٣-٣) المهذب البارع ٤: ٤٩٦.

للخارج قضى لكل بما فى يد الآخر، فيكون بينهما نصفين على التقديرين، سواء أقاما بينه أو لم يقيما، ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فإن حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدّم، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بها للحالف» (١).

ذكرنا نص عبارته، ومن المحتمل أن يكون قوله « ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه» مرتباً بقوله « أو لم يقيما» وقد يقويّه قوله قبل ذلك « قضى» فى كلتا حالتى تقديم بينه الداخلى وتقديم بينه الخارج. فيكون الحاصل أنه قد ذكر ثلاثه وجوه، فالأول: القضاء له بما فى يده، بناءً على تقديم بينه الداخلى، والثانى: القضاء له بما فى يد غريمه، بناءً على تقديم بينه الخارج، والثالث: التحالف فيما إذا لم يقيما بينه.

ثم إن صاحب (الجواهر) وجّه كلام أبى العباس ابن فهد الحلّى - الذى نقله عن (المهذب البارع) بقوله: « ولعلّ ذلك منه خلافاً فى أصل المسأله، وهو أن تقديم بينه الداخلى بمعنى إسقاط بينه الخارج لا أنها حجه، فيرجع الحاصل كما لو لم تكن بينه على المنكر منهما اليمين، وهو الذى قوّاه فى المختلف بعد أن حكى القولين فى ذلك، بل هو قوّى فى نفسه، لاشتمال دليل تقديم بينه الداخلى على اليمين كما ستعرف» .

ووجه كلام العلامة فى التحرير والمقداد فى التنقيح بقوله: « كما أن القول باليمين - مع القول بكون المنشأ تقديم بينه الخارج - لعلّه لخبر إسحاق بن عمار عن أبى عبدالله عليه السلام: إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام فى دابّه فى أيديهما، وأقام كلّ واحد منهما البيه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السلام،

ص: ٦٢٨

فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف، ففضى بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما البيئه، فقال: أحلفهما فأيتهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين، قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيئه. قال: أفضى بها للحالف الذي هو في يده (١).

بل ربما كان هو دليل التحالف على القول الأول، وإن لم نقل به في غيره.

إلا أنه خبر واحد وفي سنده ما فيه، والمشهور نقلاً وتحصيلاً على خلافه، فلا يصلح مقيداً لما دلّ ممّا تسمعه من النصوص وغيره على التنصيف بدونه» (٢) . .

أقول: قال المجلسي قدس سرّه في (مرآة العقول) في روايه إسحاق المذكوره: «حسن أو موثق» (٣)، على أنك قد عرفت عمل المشهور بها في المسأله السابقه، وذلك يجبر ضعفها إن كان.

وحيث، تصلح هذه الروايه لتقييد أدله البيئه على المدعى واليمين على من ادعى عليه، فلا- مانع من القول بالتحالف في هذه الصوره، جمعاً بين الأدله.

وبعباره أخرى: إن يد كل واحد هي في الواقع عند أهل العرف على نصف العين، فكلّ منهما يقيم البيئه لأنه يدعى النصف الآخر الذي بيد غريمه، ويحلف على إنكار كون هذا النصف الذي بيده لغريمه، ودليل هذا التحالف هو روايه إسحاق المزبوره، وقد عرفت اعتبارها.

ص: ٦٢٩

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٠/٢. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤١١ - ٤١٢.

٣-٣) مرآة العقول ٢٤: ٢٨٧.

ولا يعارضها ما عن أبي جعفر عليه السلام قال: (بعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم علياً إلى اليمن، فقال له حين قدم: حدّثني بأعجب ما ورد عليك، فقال يا رسول الله، أتاني قوم قد تبايعوا جاريه، فوطأها جميعهم في طهر واحد فولدت غلاماً فاختلّفوا فيه كلّهم يدّعيه، فأسهمت بينهم، فجعلته للذي خرج سهمه وضمّنته نصيبهم. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ليس من قوم تنازعوا ثم فوّضوا أمرهم إلى الله إلا خرج سهم المحق) (١).

لأنها في غير ما نحن فيه، لأن ذا اليد فيها واحد منهم وهو آخرهم، ولأن الولد حرّ فليس مالاً، وكلامنا في دعوى الأملاك.

ومثلها رواه تميم بن طرفة: « إن رجلين ادّعيا بغيراً، فأقام كلّ واحد منهما بينه، فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما» (٢). إذ لا ظهور فيها لكون يدهما عليه، بل جاءت في نسخه «عرّفا بغيراً» وحينئذ، تكون ظاهره في غير المقام.

فالحاصل: إنه لا- مانع من الحكم بمفاد روايه إسحاق بن عمار، وقد أفتى جماعه بذلك وإن لم يستند إليها بعضهم صريحاً، وصاحب (الجواهر) لم يناقش في دلالتها وإنما ضعّفها سنداً، وقد عرفت جوابه.

وقيل: إنه لما كان يدّعي كلّ واحد منهما كلّ العين، فإن يده لا تكون على النصف بل على الكل، فتعارضان، وإذا تعارضتا تساقطتا، فيكون الحكم في المقام حكم صوره عدم تحقق يد من أحدهما على العين، وهو التنصيف كما تقدم.

لكن المشهور هو التنصيف بعد التحالف.

ص: ٦٣٠

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٨/٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٣.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥١/٤. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

ثم إن صاحب (الجواهر) قدّس سرّه - بعد أن خدش في روايه إسحاق بما سمعت - استوجه أن يكون سبب حكم المحقق قدّس سرّه بالتنصيف كون هذا الحكم هو مقتضى العدل، وأنه ميزان من موازين القضاء من غير حاجة إلى تحالف، لا أنه مبني على تقديم بينه الخارج على بينه الداخل، لأن يد كلّ منهما على الكلّ لا النصف، ولأن المشهود به كون الجميع له لا نصفه.

ثم استدل على ذلك بخبر الدرهمين (1) وبقاعدته توارد السببين الممكن إعمالهما معاً على مسبب واحد نحو المتسابقين على حيازه مباح، وبإطلاق قوله عليه السلام: « لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين (2) وبإطلاق النبوي: « إن رجلين تنازعا دابه ليس لأحدهما بينه فجعلها النبي صلى الله عليه وآله وسلم بينهما (3) ، وبالمرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام: « في البينتين تختلفان في الشيء الواحد يدّعيه الرجلان، أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كلّ واحد منهما وليس في أيديهما، فأما إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، وإن كان في يد أحدهما فالبيته فيه على المدّعي واليمين على المدّعي عليه (4) .

هذا، وعن ابن أبي عقيل اعتبار القرعه التي هي لكلّ أمر مشكل في

ص: ٦٣١

□
١-١) وسائل الشيعه ١٧: ٢٠٠ الباب ٩ من أبواب أحكام الصلح « عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك. فقال: أما الذي قال هما بيني وبينك، فقد أقرّ بأن أحد الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه، ويقسم الآخر بينهما» .

٢-٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٥/١. أبواب المضاربه، الباب ١.

٣-٣) سنن البيهقي ١٠: ٢٥٥.

٤-٤) أقول: إن هذه الأدله بعضها مرسل وبعضها مطلق يقيده خبر إسحاق بن عمار، فيكون الوجه ما ذهب إليه السيد الاستاذ دام بقاه، إلا إذا قيل بعدم تماميه سند الخبر المذكور من جهه عدم ثبوت عمل المشهور به أو من عدم جهه موافقه على جبر الشهره لضعف الخبر.

خصوص ما نحن فيه، لأن التنصيف تكذيب للبيتين.

وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله: كأنه اجتهاد في مقابله النص (١).

وفيه: إنه ليس اجتهاداً في مقابله النص، بل لعله يחדش في ظواهر هذه النصوص.

قلت: لكن مقتضى النصوص توجه اليمين على من خرج اسمه، لا- أنه يقضى لمن خرج اسمه، فإن حلف قضى له وإلا احلف الآخر وقضى له بحلفه.

وعن ابن الجنيد: التحالف مع تساوى البيتين، فإن حلف أحدهما استحق الجميع، وإن حلفا اقتسماها، ومع اختلاف البيتين يقرع، فمن أخرجته القرعة حلف وأخذ العين (٢).

قال في (الجواهر): لا دليل عليه، بل ظاهر الأدله السابقه خلافه.

ثم نقل في (الجواهر) عن الرياض أنه بعد أن نسب المختار - الذى هو التنصيف، تساوت البيتان عدداً وعداله وإطلاقاً وتقييداً أو اختلفت - إلى الأشهر بل عامه من تأخر إلا نادراً. قال: « خلافاً للمهذب، وبه قال جماعه من القدماء، فخصوا ذلك بما إذا تساويا فى الامور المتقدمه كلها، وحكموا مع الإختلاف فيها لأرجحها، واختلفوا فى بيان المرجح لها، فعن المفيد اعتبار الأعدليه خاصه هنا وإن اعتبر الأ-كثريه فى غيرها، وعن الإسكافى اعتبار الأكثريه خاصه، وفى المهذب اعتبارهما مرتباً بينهما الأعدليه فالأكثرية، وعن ابن حمزه فى اعتباره التقييد أيضاً مردداً بين الثلاثه غير مرتب بينها، وعن الديلمى اعتبار المرجح مطلقاً غير مبين له

ص: ٦٣٢

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤١٢ - ٤١٣.

٢-٢) مختلف الشيعة ٨: ٣٧٢. كشف اللثام ١٠: ١٩١ - ١٩٢.

أصلاً) قال في (الجواهر): ولم أعرف نقل هذه الأقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره... وعلى كل حال لا أعرف دليلاً يعتد به على شيء منها على وجه يصلح لمعارضه ما عرفت (١).

هذا كله في الصورة الأولى.

الصورة الثانية: كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل أو الخارج؟

والصورة الثانية: أن تكون العين في يد أحد المتنازعين، قال المحقق قدس سره: « يقضى بها للخارج دون المتشبه إن شهدتا لهما بالملك المطلق» (٢).

أقول: نسبه في (الجواهر) إلى المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه قال: بل عن الخلاف والغنيه والسرائر وظاهر المبسوط الإجماع عليه، بل عن الخلاف والأخير نسبه إلى أخبار الفرقه (٣).

قلت: والصريح منها في الدلالة: المرسله عن أمير المؤمنين عليه السلام: « في البيتين تختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان، أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل واحد منهما وليس في أيديهما، فأما إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، وإن كان في يد أحدهما فاليئنه فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه» (٤).

وضعها منجبر بما عرفت.

ص: ٦٣٣

١-١) المذهب البارع ٤: ٤٩٤. المقنعه: ٧٣٠. الوسيله: ٢١٨. المراسم: ٢٣٤. رياض المسائل ١٥: ٢١٣. جواهر الكلام ٤٠: ٤١٤ - ٤١٥.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١١.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤١٦.

٤-٤) مستدرک الوسائل ١٧: ٣٧٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٠.

وقد استدل له: بالتعليل الوارد في خبر منصور قال: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل في يده شاه، فجاء رجل فادّعاها، فأقام البيّنه العدول أنها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع، وجاء الذي في يده بالبيّنه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب. فقال أبو عبد الله عليه السلام: حقها للمدعى ولا أقبل من الذي في يده بيّنه، لأن الله عزّ وجل إنما أمر أن تطلب البيّنه من المدعى، فإن كانت له بيّنه وإلا فيمين الذي هو في يده. هكذا أمر الله عزّ وجل» (١)، دلّ على أن البيّنه المسموعه هي بيّنه المدعى، وأن عليها يترتب الأثر حتى في صورته وجود البيّنه للمدعى عليه.

أقول: وهذا الخبر يوضح المراد بالخبر المستفيض، وهو قولهم عليهم السلام « البيّنه على المدعى واليمين على من ادّعى عليه» فيكون ظاهراً في عدم قبول بيّنه المنكر، وأن الميزان في مقام المرافعه سماع بيّنه المدعى، فإن كانت له بيّنه وإلا فيمين المدعى عليه، فهكذا أمر الله عزّ وجل.

واختار السيد في (العروه) القول بسماع البيّنه من المنكر في صورته التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه، قال: إن الاقوى سماع البيّنه من المنكر في صورته التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه، فيجوز للمنكر مع عدم البيّنه للمدعى أن يقيم البيّنه فراراً من اليمين، وإن ادعى صاحب الرياض الإجماع على عدم قبولها منه.

قال: ويدل على ما ذكرنا بعد منع الإجماع - مضافاً إلى عموم ما دلّ على حجّيه البيّنه، وإلى عموم مثل قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم إنما أفضى بينكم

ص: ٦٣٤

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٥ الباب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم. وفيه « محمد بن حفص» ولم أجد توثيقاً له. انظر: تنقيح المقال ١٠٨/٣.

بالبينات والأيمان - خصوص أخبار المقام . . .» .

قلت: إن تَمَيُّكُك بهذه العمومات لسماع البيّنه من المنكر، في غاية الإشكال، وكذلك جوابه عن الإستدلال بالخبر المشهور « البيّنه على المدعى واليمين على من أنكر» للقول الأول: بأن المراد منه بيان الوظيفة الأوّليه للمدعى والمنكر، وإلا فلا مانع من سماع البيّنه للمنكر أيضاً، قال: « وأيضاً: يمكن أن يقال: القدر المعلوم من الخبر أنه لا يلزم المنكر بالبيّنه وإنما يلزم باليمين، لا أنه لا تقبل منه البيّنه» (١).

فإنه - وإن سبقه إلى ذلك صاحب (الجواهر) حيث تنظر في دلالته على القول الأول، مع قطع النظر عن خبر منصور، قائلاً: « ضروره عدم دلالته على أزيد من استحقاق المدعى على المنكر اليمين دون البيّنه بخلاف المنكر فإن له على المدعى البيّنه. . . » (٢) - خلاف ظاهر الخبر، لا سيما مع النظر إلى خبر منصور، ولأن التفصيل قاطع للشركه، فلا تكون البيّنه حجه من كليهما ولا اليمين، ولكن الأولى هو النظر في نصوص هذه الأخبار، فلا بأس بنقل بعضها:

١ - عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « في كتاب على عليه السلام: أن نبياً من الأنبياء شكاً إلى ربّه فقال: يا رب كيف أفضى فيما لم أر ولم أشهد؟

قال: فأوحى الله إليه: أحكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلفهم [تحلفهم] به وقال: هذا لمن لم تقم له بيّنه» (٣).

٢ - عن أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « في

ص: ٦٣٥

١-١) العروه الوثقى ٣: ١٥٢ - ١٥٤.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤١٥.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢٩/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١.

كتاب على عليه السلام أن نبياً من الأنبياء . . .» (١).

٣ - عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: « أن نبياً من الأنبياء شكاً إلى ربّه . . .» (٢).

٤ - عن ضميره بن أبي ضميره عن أبيه عن جده قال قال أمير المؤمنين عليه السلام أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله، أو يمين قاطعه، أو سنّه ماضيه من أئمه الهدى (٣).

٥ - عن هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان، وبعضكم ألحن بحجته من بعض . . .» (٤).

٦ - عن جميل وهشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: البيئه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» (٥).

٧ - عن بريد بن معاويه عن أبي عبد الله عليه السلام: قال « سألته عن القسامه. فقال: الحقوق كلّها البيئه على المدعى واليمين على المدعى عليه إلا فى الدم خاصه. الحديث» (٦).

٨ - عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إن الله حكم فى

ص: ٦٣٦

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢٩/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢٩/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣١/٦. أبواب كيفية الحكم، الباب ١.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٤/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

٦-٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٤/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ٣.

دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم، حكم في أموالكم أن البيه على المدعى واليمين على المدعى عليه، وحكم في دمائكم أن البيه على من ادعى عليه واليمين على من ادعى، لثلا يطل دم امرئ مسلم» (١).

أقول: والإنصاف ظهور الأخبار الأربعة الثانيه في أن ميزان القضاء في مقام المرافعه كون البيه على المدعى، وكون اليمين على من أنكرو، وأنه لم تجعل البيه على المدعى عليه في الشرع في مورد إلا لحكمه مخصوصه بذلك المورد (٢).

واستدل صاحب (الجواهر) لسماع بيته المدعى عليه بعموم ما دل على حجيه شهاده العدلين كتاباً وسنه.

قلت: وأيضاً: يمكن الإستدلال له بالسيره، فإنها قائمه على قبول خبر العدل الواحد فضلاً عن العدلين، لكن ردع الشارع عن قبول خبر العدل الواحد في الموضوعات.

لكن المرسله المنجبره وخبر منصور يختصان العام، ويصلحان للردع عن السيره في هذا المقام. . .

ص: ٦٣٧

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٥/٦. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٣.

٢-٢) أقول: وخير دليل على القول الأول خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «قلت للشيخ عليه السلام: خبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بما له، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له، وإن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له [وإن لم يحلف فعليه] وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيه فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان وأن حقه لعله، فإن حلف وإلا فلا حق له، لأننا لا ندري لعله قد أوفاه بينه لا نعلم موضعها أو غير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البيه، فإن ادعى بلا بينه فلا حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، ولو كان حياً للزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٦/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٤. وهو خبر قد اعتمد عليه صاحب الجواهر نفسه في المباحث السابقه. .

واستدل السيد في (العروه) بأخبار خاصه وبخبر فدك حيث قال: « وإشعار خير فدك، فإن أمير المؤمنين عليه السلام أنكر على أبي بكر في طلبه البيئه منه في الدعوى عليه، مع أنه لا يطلب من غيره إذا ادعى هو على ذلك الغير، فحاصل إنكاره عليه السلام أنه لم فرق بينه عليه السلام وبين الناس في طلب البيئه، ولو كان لا يقبل من المدعى عليه البيئه لكان أولى بالإنكار عليه في مقام المجادله» (١).

قلت: أما بعض الأخبار الخاصه التي أشار إليها فيكفي في وهنها إعراض المشهور عنها، وأما دعواه إشعار خير فدك بما ذهب إليه، ففيها: إن التمسك به لعدم حجيه بينه المدعى عليه أولى، لأن دلالة على ذلك أوضح مما قاله، فقد ورد في ذلك الخبر:

« إن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبي بكر: أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين؟ قال: لا. قال: فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البيئه؟ قال: إياك كنت أسأل البيئه على ما تدعيه على المسلمين. قال: إذا كان في يدي شيء فادعى به المسلمون تسألني البيئه على ما في يدي وقد ملكت في حيا رسول الله غوبعده، ولم تسأل المؤمنين البيئه على ما ادعوا عليّ كما سألتني البيئه على ما ادعيت عليهم ط وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: البيئه على من ادعى واليمين على من أنكر» (٢).

وهو ظاهر بل صريح في أنه لا يطلب البيئه من ذي اليد ولا يحكم على طبقها إذا أقامها.

ص: ٦٣٨

١- (١) العروه الوثقى ٣: ١٥٣.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٥.

على أنه لم يعهد أن يسأل الحاكم - بعد إقامه المدعى بينته - المدعى عليه هل عنده بينه على الإنكار أولاً... وأيضاً، فقد تقدم في المباحث السابقه الخبر (١) الدالّ على أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يرسل من يسأل عن حال الشاهدين إذا لم يعرفهما ويوقف الحكم فى القضية حتى يرجع رسوله، فإذا رجع وظهر عداله الشاهدين حكم. ولم يتضمن هذا الخبر سؤاله صلى الله عليه وآله وسلم من المدعى عليه فى تلك الاثناء أو بعد رجوع الرسول عن وجود البينه عنده على جرح الشاهدين أو إنكار دعوى المدعى... .

ومن هنا كان القضاء للمدعى - بعد إقامه البينه الجامعه للشرائط - أمراً مسلماً بين المسلمين.

وكيف كان، فقد قال المحقق فى هذا القسم: « وفيه قول آخر ذكره فى الخلاف بعيد ». .

وهذا القول هو: تقديم بينه الداخل على بينه الخارج، قال: المحقق: وهو بعيد، وفى (الجواهر): بل لم تتحققه قولاً له (٢).

وفى المسأله أقوال أخرى: فقد فضل بعضهم فقال بعدم حجيه بينه المنكر مع القول بصلاحيته للمعارضه مع بينه المدعى، وبعباره أخرى: المستفاد من أدله القضاء هو عدم القضاء ببينه المدعى عليه، ولكن لا تدل على عدم صلاحيته للمعارضه مع بينه المدعى وإسقاطها عن الحجيه، فإذا سقطتا يقضى بالعين للحالف.

ص: ٦٣٩

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٩/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٦.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤١٧.

أقول: وحاصل هذا القول: عدم القضاء بينه المدعى مع وجود بينه المدعى عليه أو احتمال وجودها.

لكن يردّه: أنه إذا كان كذلك، فلماذا كان ديدن المسلمين على خلاف ذلك، وهو القضاء للمدعى بمجرد إقامه البينه، من غير سؤال من المدعى عليه عن وجود البينه عنده وعدم وجودها، كما هو شأن الفقيه في مقام الإفتاء حيث يفتى على طبق الخبر بعد الفحص واليأس عمّا يعارضه.

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

□
لكن المختار هو القول الأول، وهو الأخذ بينه الخارج، تبعاً للمشهور، والله العالم.

هذا كله لو شهدتا بالملك المطلق.

صور الشهاده المشتمله على السبب

وأما لو اشتملت الشهاده على ذكر السبب، فهنا ثلاث صور:

فالأولى: شهدتهما معاً بالسبب، قال المحقق قدس سرّه:

« ولو شهدتا بالسبب قيل: يقضى لصاحب اليد، لقضاء على عليه السلام وقيل: يقضى للخارج، لأنه لا بينه على ذى اليد كما لا يمين على المدعى، عملاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: واليمين على من أنكر، والتفصيل قاطع للشركه وهو أولى» (١).

ص: ٦٤٠

أقول: ففي هذه الصورة قولان، نسب أولهما إلى الشيخ، والثاني إلى المشهور، وقد أشار المحقق قدس سره إلى دليل كل منهما.

فدليل القول الأول:

□
ما رواه إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام « إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابته في أيديهما، وأقام كل واحد منهما البيه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السلام، فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف، ففضى بها للحالف، فقيل: فلو لم يكن في يد واحد منهما وأقاما البيه قال: أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين، قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً بيته. . . » (١).

ومحل الاستدلال: « فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً بيته. . . » .

وهل معنى ذلك أن بيته ذى اليد مقدّمه على بيته الخارج، أو أنه حينئذ يكون في الحقيقة من تكاذب البيتين فيتساقطان، ويقضى لصاحب اليد بعد حلفه لأنه مدعى عليه ولا يمين على المدعى؟ وجهان مبنيان على شمول أدلّه حجيه البيه لصوره التكاذب وعدمه.

والأظهر هو الوجه الثاني، من جهة إيجاب الإمام عليه السلام الحلف أيضاً، فإنه لو كانت بيته ذى اليد حجه متقدمه على بيته المدعى فلا حاجة إلى الحلف، فلزوم الحلف كاشف عن عدم حجيه بيته المدعى عليه، أو حجيتها بمقدار

ص: ٦٤١

صلاحيتها للمعارضه مع بينه المدعى، فيتساقطان، فإذا تساقطتا كانت مثل صورته عدم بينه، وعلى ذى اليد اليمين، فإذا حلف قضى له.

وهذا كله بناءً على اعتبار الخبر كما تقدم.

□
ومثله ما رواه غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابته كلاهما أقاما بينه أنه أنتجها، فقضى بها للذى هي في يده، وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين» (١).

وهذا أيضاً ظاهر في التساقط كسابقه.

ودليل القول الثانى:

□
ما رواه منصور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قلت له: رجل في يده شاه، فجاء رجل فادّعاها وأقام بينه العدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب، وجاء الذى فى يده بالبينه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب، قال أبو عبد الله عليه السلام: حقها للمدعى ولا أقبل من الذى هي فى يده بينه، لأن الله عزّ وجل أمر أن تطلب بينه من المدعى، فإن كانت له بينه وإلا فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر الله عزّ وجل» (٢).

وهذا الخبر يعارض خبر إسحاق، بناءً على الوجه الأول، وبقطع النظر عن الإسناد فى كليهما، وحينئذ يرجع إلى العام كما هو القاعده فى كل مورد تعارض فيه دليلان خاصان، والعام هنا هو قوله صلى الله عليه وآله وسلم « البينه على المدعى واليمين على من أنكر» فإنه يدل على أنه لا تسمع بينه ذى اليد، لاشتماله على

ص: ٦٤٢

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٠/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٥/١٤. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

التفصيل القاطع للشركه، وهو يعم صوره ذكر السبب وعدمه مطلقاً.

فإذن، يحكم في هذه الصوره بتقديم بينه الخارج، ومن هنا قال المحقق قدس سرّه: « وهو أولى » وهو المختار.

٢ - أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق:

الصوره الثانيه: أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق، وهذه الصوره لم يذكرها المحقق قدس سرّه، اعتماداً على ظهور حكمها بالأولويه القطعيه، بناءً على ما ذهب إليه في الصوره الأولى، لأنه إذا دلت الأدله على تقديم بينه الخارج في صوره شهاده كلتا البيئتين بالسبب، فإنها تدل على تقديمها في صوره عدم شهاده بينه الداخل بالسبب بالأولويه القطعيه، كما هو واضح.

قال في (الجواهر): « وعلى كلّ حال، فما عن المجلسي من حمله النصوص المزبوره على التقيه لشهرته بين العامه فتوى وروايه، يدفعه ما سمعت من موافقه خبر بينه الخارج لأحمد بن حنبل أيضاً، بل ملاحظه كلام العامه يقضى باضطراب أقوالهم في ذلك على وجه لا تقيه في إظهار الحق فيما بينها، خصوصاً مع نسبته إلى علي عليه السلام.

على أن المحكي عن الشيخ نسبته إلى مذهبنا، وأنه الذي تدلّ عليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله على التقيه» (١).

٣ - أن تشهد للداخل بالسبب وللخارج بالملك المطلق:

والصوره الثالثه: أن تشهد لذي اليد بالسبب وللخارج بالملك المطلق، قال المحقق قدس سرّه: « أما لو شهدت للمتثبت بالسبب وللخارج بالملك المطلق،

ص: ٦٤٣

فإنه يقضى لصاحب اليد، سواء كان السبب مما لا يتكرر، كالنتاج ونساجه الثوب الكتان، أو يتكرر كالبيع والصياغة. وقيل: بل يقضى للخارج وإن شهدت بيّنته بالملك المطلق عملاً بالخبر، والأول أشبه» (١).

أقول: ذكر في هذه الصورة قولين، أحدهما: تقديم بيّنه الداخل، وإليه ذهب الأكثر، وهو الأشبه عند المحقق، والثاني: تقديم بيّنه الخارج، وإليه ذهب جماعه.

وقد استدللّ للقول الأول: بخبر عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن رجلين اختصما في دابّة إلى علي عليه السلام، فزعم كلّ واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده، وأقام كلّ واحد منهما البيّنه سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلم السهمين كلّ واحد منهما بعلامه. . . فخرج اسم أحدهما فقضى له بها.

وكان أيضاً إذا اختصم إليه الخصمان في جاريه، فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البيّنه جميعاً قضى بها للذي أنتجت عنده» (٢).

قلت: لكن ليس في الخبر - لا في السؤال ولا في الجواب - تعرض لليد، وأنه بيد من كانت الجاريه، إلا أن يقال بأنه عليه السلام قضى للذي أنتجت عنده من جهه كونه ذا يد، وإلا لقضى لمن ادّعى اشترائها، فإن ذلك مقتضى التوفيق بين الشهادتين كما تقدّم، ولكنه مع ذلك لا يخلو من الإجمال، إلا أن المشهور أفتوا على طبقه، ولعلهم فهموا منه ما لم يتّضح لنا.

ص: ٦٤٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١١.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

وأما دليل القول الثانى، فقد أشار إليه المحقق بقوله « عملاً بالخبر » وهو « البيّنه على من ادعى واليمين على من أنكر » أى: إنه لا اعتبار لبيّنه المدعى عليه أصلاً.

واستدل للأوّل أيضاً بعمومات حجّيه الشهاده، فتكون كلتا البيّنتين حجّه، لكنّ تقدّم بيّنه الداخلى إما من جهه اعتضادها باليد وإما من جهه تأييدها بخبر ابن سنان المزبور.

لكنّ القول الثانى يقول بتخصيص عمومات « البيّنه على من ادعى واليمين على من أنكر » لعمومات حجّيه شهاده العدلين، أى: إنه فى مورد المرافعه لا تسمع بيّنه المنكر.

فإذا كان مقتضى « البيّنه على من ادعى . . . » عدم سماع بيّنه المدعى عليه كما تقدّم، فإنه لا معنى لتقدّم بيّنه المنكر من جهه تأييدها بما ذكر، فلو أردنا أن نقول بالقول الأوّل، فإما يكون من جهه التعبد بخبر ابن سنان، وقد عرفت ما فيه، وإما من جهه التساقت ثم القضاء لذى اليد، لكن يتوجه على المحقق حينئذ أنه إذا كان هذا هو المبني، فلماذا قال فى غير هذه الصوره بتقدّم بيّنه الخارج؟ (١).

الصوره الثالثه: كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع إلى المرجحات

الصوره الثالثه: من صور تعارض البيّنتين: أن تكون العين فى يد ثالث، قال المحقق قدّس سرّه: « ولو كانت فى يد ثالث قضى بأرجح البيّتين عداله، فإن تساوى قضى لأكثرهما شهوداً، ومع التساوى عدداً وعداله يقرع بينهما، فمن خرج

ص: ٦٤٥

١ - ١) أقول: ولعلّه من هنا قال صاحب الجواهر: ولعلّ الأوّل الإستدلال له بإطلاق قول أمير المؤمنين المتقدّم يعنى: روايه إسحاق بن عمار التى جاء فيها: « فإن كان فى يد أحدهما وأقاما جميعاً بيّنه، قال، أفضى بها للحالف الذى هى فى يده » وقد عرفت اعتبارها عند السيد الاستاذ بالإنجبار.

اسمه أحلف وقضى له، ولو امتنع أحلف الآخر وقضى له، وإن نكلا قضى به بينهما بالسوية» (١).

أقول: نسب هذا القول إلى الأشهر بل المشهور، بل ادعى الإجماع عليه، ولكن بالتبع لكلماتهم يظهر عدم إمكان الوثوق بما ذكر، فقد قال بعضهم: بالقرعة، وقيل بالترجيح بأحد الأمرين، وقيل بكليهما، فمنهم قال بالترتيب ومنهم من قال بدونه. . . فنقول:

أما أدلّه «البينه على من ادعى واليمين على من أنكر» فلا يمكن الرجوع إليها في هذه الصورة، لأن كليهما ذويتيه وليس لأحدهما يد على العين، نعم، أثر البيئتين نفى الثالث، لأن العين هي في الواقع لأحدهما لكنه مجهول، ولذا قيل هنا بالقرعة لأنها لكل أمر مشكل عملاً ببعض الأخبار، لكن أخبار القرعة هنا تشتمل على اليمين أيضاً. . . وكيف كان، فالأولى ذكر نصوص المسألة مع التأمل في مداليلها:

١ - عن أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل. . . وذكر أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغله، فقامت البيئه لهؤلاء أنهم انتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا، وقامت البيئه لهؤلاء بمثل ذلك، فقضى عليه السلام بها لأكثرهم بيئه واستحلفهم. . .» (٢).

٢ - عن داود بن سرحان «عن أبي عبد الله عليه السلام: في شاهدين شهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا عليه «شهد الأولان» واختلفوا. قال: يقرع بينهم فأيتهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالقضاء» (٣).

ص: ٦٤٦

١-١) شرائع الاسلام ٤: ١١٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٩/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥١/٦. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٣ - عن الحلبي قال: « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمر، وجاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا، قال: يقرع بينهما فأَيُّهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق» (١).

٤ - عن سماعه قال: « إن رجلين اختصما إلى علي عليه السلام في دابته، فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده، وأقام كل واحد منهما بينه سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم رب السماوات السبع ورب الأرضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم. أيهما كان صاحب الدابة وهو أولى بها، فأسألك أن يقرع ويخرج سهمه. فخرج سهم أحدهما ففضى له بها» (٢).

٥ - عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: « إن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابته، وكلاهما أقاما البيئه أنه انتجها، ففضى بها للذي في يده وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين» (٣).

٦ - عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: « إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابته في أيديهما، وأقام كل واحد منهما البيئه أنها نتجت عنده، فأحلفهما عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف، ففضى بها للحالف. فقيل له: فلو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما البيئه؟ فقال: أحلفهما، فأَيُّهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين. قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيئه؟ قال: أقضى بها للحالف الذي

ص: ٦٤٧

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٤/١١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٠/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٧ - عن داود بن أبي يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأة امرأه فلان، وجاء آخران فشهدا أنها امرأه فلان، فاعتدل الشهود وعدلوا، فقال: يقرع بينهم، فمن خرج سهمه فهو المحق وهو أولى بها» (٢).

٨ - عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « كان على عليه السلام إذا أتاه رجلان « يختصمان» بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين وكان يقول: اللهم ربّ السماوات السبع « وربّ الأرضين السبع» أيّهم كان له الحق فأدّه إليه، ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين إذا حلف» (٣).

٩ - عن عبد الله بن سنان قال: « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن رجلين اختصما في دابته إلى على عليه السلام، فزعم كلّ واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده، وأقام كلّ واحد منهما البيه سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلم السهمين كلّ واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم ربّ السماوات السبع وربّ الأرضين السبع وربّ العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، أيّهما كان صاحب الدابة وهو أولى بها، فأسألك أن يقرع ويخرج اسمه. فخرج اسم أحدهم فقضى له بها» (٤).

- ١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٠/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.
- ٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٢/٨. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.
- ٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.
- ٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

هذه هي نصوص المسأله، وهي مختلفه، ولقد اختلفت بتبعها أقوال الأصحاب فيها:

فبين من اقتصر على اعتبار الأعدليه خاصه، كالمفید، ومن اقتصر على اعتبار الأكثریه كذلك، كالإسكافی والصدوقین، نعم، ذكر قبل اعتبارها أن أحق المدعیین من عدل شاهداه، فإن استوى الشهود فی العداله فأكثرهما شهوداً، وهو ليس نصاً فی اعتبار الأعدليه.

وبين من اقتصر على اعتبارهما خاصه ولم يذكر الترتیب بينهما ولا القرعه بعدهما، كالشيخ فی موضع من (الخلاف) قائلاً إنه الظاهر من مذهب الأصحاب، وبين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقاً، من دون بیان له ولا ذكر قرعه، كالديلمی والشيخ فی موضع من (الخلاف)، لكنه ذكر القرعه بعد العجز عن الترجیح مدعيّاً عليه إجماع الإمامیه.

وبين من فضل بعين ما فی العبارة، لكن مقدماً للأكثریه على الأعدليه، كالحليّ فی (السرائر) وعزاه إلى ظاهر الأصحاب مشعراً بدعوى الإجماع عليه.

وبين من اقتصر على القرعه خاصه، كالعمانيّ.

النظر في أخبار الترجيح وطريق الجمع بينها:

فنقول: إن هذه النصوص على طوائف:

الأولى: ما يدل على التنصيف، كخبر غياث بن إبراهيم، والحكم بالتنصيف قد يكون من جهه تساقط البيئتين، فتكون مثل صوره دعوى المدعيين بلا بينه، والدليل على التنصيف هو ما ذكر هناك.

لا يقال: التنصيف يوجب العلم بالخلاف.

لأننا نقول: فرق بين الوصول إلى الواقع والعتور عليه، وبين الحكم الفاصل للخصومه، والحكم بالتنصيف هو طريق لفصل الخصومه.

وقد يكون من جهه العلم بكلتا البيتين بعنوان فصل الخصومه، فإنه وإن شهدت كل واحد بكل المال، إلا أنه يؤخذ بنصف مدلول كل واحد منهما، ويجمع بينهما ويحكم بالتنصيف لفصل الخصومه، نظير الجمع بين الروايات.

الطائفة الثانيه:

ما يدل على التنصيف بعد اليمين، كخبر إسحاق بن عمار، وعلى هذه تحمل الطائفة الاولى الساكته عن لزوم الحلف، فيكون وجه الجمع هو التنصيف بعد الحلف.

الطائفة الثالثه:

ما يدل على القرعه، فمن خرج اسمه كان الحق له، كخبر داود بن أبي يزيد العطار، فإنه يدل على أن طريق الحكم هو القرعه بلا تحليف فيما إذا كانت المرأه بيد ثالث بالأولويه، وكخبر سماعه، وكخبر عبد الله بن سنان.

وهذه الاخبار وإن كانت ظاهره فى تماميه الحكم بالقرعه وبلا يمين، إلا أنها قضيه فى واقعه، ويمكن أن تحمل على الطائفة الدالّه على أن الإقتراع هو لتعيين من عليه الحلف وهى:

الطائفة الرابعه:

كخبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصرى، وكخبر الحلبي، فيكون طريق الجمع بين هاتين الطائفتين هو القرعه لتعيين من عليه الحلف، وحينئذ، يكون الحكم باليمين عملاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » .

ص: ٦٥٠

ويتحصل مما ذكرنا: إن قاعده فصل الخصومه هو الامور الثلاثه الآتيه: البينه واليمين، ثم التنصيف وذلك في صورته فقدانهاما للينه أو وجدانها لها ثم حلف كليهما أو نكولهما معاً، ويكون التنصيف فيما إذا كان مورد النزاع قابلاً له، وإلا فلا سبيل إلا القرعه.

وأما القول بالترجيح لاحدى البينتين على الاخرى بالأكثرية عداله أو عدداً، مع الالتزام بالترتيب أو عدمه، فلم نجد له دليلاً في الأخبار، إلا خبر أبى بصير الذى قضى فيه لأكثرهم بينه واستحلفهم، وكيف كان، فلا مناص من أن يحمل الترجيح على توجه اليمين على من كانت بيته راجحه على بينه الآخر لهذه الجبهه أو تلك، فالفاصل للخصومه هو اليمين، تحكيمياً للقاعده الكليه فى باب القضاء، لأننا علمنا من خبر أبى بصير أن معنى مرجحيه الأكثرية هو توجه اليمين على صاحب تلك البينه، فكذلك الكلام فى صاحب البينه الأكثر عداله.

وقد يستأنس لذلك بتقديم الإمام عليه السلام الأكثر عدداً، أى سواء كانت الاخرى أعدل أولاً.

ولو وقع التعارض فى مورد بين التنصيف والقرعه، تقدمت أدله القرعه، فمن خرج اسمه حلف وقضى له.

هذا هو طريق الجمع بين هذه الأخبار فى هذه الصوره.

قال المحقق قدس سره:

« وقال فى المبسوط يقضى بالقرعه إن شهدتا بالملك المطلق، ويقسم بينهما إن شهدتا بالملك المقيد، وإن اختصت إحداهما بالتقييد قضى بها دون الاخرى. والأول أنسب بالمنقول» (١).

ص: ٦٥١

وقد ضعّف في (الجواهر) ما عن المبسوط قال: وإن قيل في توجيهه: إنه جمع بين ما دلّ على القرعه وخبري تميم بن طرفه وغيث المتقدمين سابقاً بالتفصيل المزبور.

لكن فيه: إن المفروض في خبري سماعه وابن سنان من أخبار القرعه المقيدتين كما أن فيها المطلق أيضاً، وفي أخبار التنصيف المقيدتين كخبر غياث والمطلقتين كخبر تميم بن طرفه، فليس في ما ذكره جمع بين النصوص، بل في خبر إسحاق ما هو خارج عن الجميع وهو تحليفهما معاً، فأيهما حلف ونكل الآخر كانت للحالف، فإن حلفاً جميعاً كانت بينهما نصفين، ولم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبي علي (١).

حكم ما لو أقرّ الثالث لأحدهما:

قال العلامة قدّس سرّه في (القواعد): « ولو أقرّ الثالث بالعين لأحدهما، فالوجه أنه كاليد » (٢).

قال كاشف اللثام: « تقدّم على قيام البيئتين أو تأخر، لقيام المعنى القائم في اليد فيه، وجزم به في المقصد السابع. ويحتمل العدم بعد إقامه البيئتين، لكشفهما عن أن يد المقرّ مستحقه للإزالة، فأقراره كإقرار الأجنبي » (٣).

وفي (الجواهر): « بل قد يشكل - إن لم يكن إجماع - اندراج ذلك قبل إقامه البيئتين فضلاً عما بعده فيما دل على حكم ذي اليد بالنسبة إلى الدخول والخروج،

ص: ٦٥٢

١- (١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٢٩ - ٤٣٠.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٨.

٣- (٣) كشف اللثام عن قواعد الأحكام ١٠: ٢٥٢.

ولعلّه لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين إقرار الثالث وعدمه فتأمل جيّداً» (١).

قلت: إنما يتّجه احتمال العدم فيما إذا لم يكن الثالث وكيلاً للمقرّ له، لأنّ البينه قامت على عدم كونه مالكاً للعين، ولم تنف وكالته ولم تسقط يده عن الإعتبار، فلو أقرّ بكونها له وادّعى وكالته عنه، كانت يده يد المقرّ له وترتب الأثر على إقراره.

الصورة الرابعة: كون العين لا فى يد أحد

الصورة الرابعة: أن لا تكون العين فى يد أحد، والظاهر أن حكم هذه الصورة حكم ما إذا كانت فى يد ثالث، فما ذكرناه هناك آت هنا.

مورد تحقق التعارض

قال المحقق قدّس سرّه: «ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين» (٢).

أقول: لا خلاف ولا إشكال فى ذلك، لأنّ المرأتين تقومان مقام الرجل الواحد فى الشهاده، فتصدق البينه على الشاهد والمرأتين كما تصدق على الشاهدين.

قال: «ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين، وربما قال الشيخ نادراً: يتعارضان ويقرّع بينهما» (٣).

أقول: علّل فى (الجواهر) ما ذهب إليه المشهور بعدم صدق اسم البينه على

ص: ٦٥٣

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٢.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١١.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١١١.

الشاهد واليمين (١)، وفي (المسالك) بأن الشاهد لا يستقل بالحجيه، واليمين معه وإن أوجبت ثبوت المال إلا أنه حجه ضعيفه، ومن ثم اختلف في ثبوته بها، وبأن الذى يحلف مع شاهد يصدق نفسه والذى يقيم شاهدين يصدق غيره، فهو أقوى جانباً وأبعد عن التهمه، وبهذا صرح الشيخ فى المبسوط فى فصل الدعاوى والبيئات، وفى الخلاف أيضاً (٢).

وقد ذكر المحقق الآشتيانى وجوهاً لكنها استحسانيه.

قلت: وربما يشكل على تعليل (المسالك) بأنه مع الحجيه لا يبقى أثر للضعف والقوه، بل يتحقق التعارض.

والتحقيق أن يقال: إنه إن صدق اسم البيئه على الشاهد واليمين، فلا- كلام فى قدرته على المقاومه مع الشاهدين وتحقق التعارض، لكن المراد من « البيئه » فى نصوص كتاب القضاء هو اصطلاح خاص، ومقتضى التقابل بين البيئه واليمين فى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: « إنما أفضى بينكم بالبيئات والأيمان » مغايره لليمين وإن كانت مع شاهد، فالحق عدم صدق اسم البيئه وعدم تحقق التعارض بينهما.

فإن قيل: التعارض هو بين الحجّتين لا بين البيئتين، حتى يقال ليس الشاهد واليمين بيئه.

قلنا: مقتضى النظر فى النصوص الواردة فى علاج تعارض البيئتين هو أن المراد البيئه بما هى لا بما هى حجه، فلا وجه للتعدى عن موردها.

ص: ٦٥٤

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٣.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٨٩.

وبما ذكرنا يظهر الجواب عمّا استدل به الشيخ قدس سرّه في فصل الرجوع عن الشهاده من (المبسوط) على ما نسب إليه المحقق من القول بالتعارض والقرعه، وإنما قال «وربما» لعدم صراحه كلام الشيخ، ولذا اختلف العلماء في فهم عبارته:

فعن الشهيد حكاية ذلك عنه في (الدروس) صريحاً، وعن فخر المحققين نسبة التردد إليه، وقد رجّح صاحب (المسالك) فهم الفخر بعد نقل عبارته الشيخ (1).

ص: ٦٥٥

١ - ١) نص عبارته الشيخ: «إذا شهد شاهدان أنه أوصى لزيد بثلث ماله، وشهد شاهد واحد أنه أوصى بثلث ماله لعمرو، وقال عمرو: ائلف مع شاهدي ليكون الثلث بيننا، فهل يزاحم الشاهدين بشاهد ويمين أم لا؟ قال قوم: يحلف ويزاحم ويساويه، لأن الشاهد واليمين في الأموال بمنزلة الشاهدين. وقال آخرون: لا يساويه، لأن الشاهد واليمين أضعف من شاهدين، لأن الشاهد وحده لا يقوم بنفسه حتى يضم إليه غيره، والشاهدان قائمان بأنفسهما فلا يعارضهما به. فمن قال لا يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حلف عمرو مع شاهده، وكان الثلث بينهما نصفين، وعلى مذهبننا يقرع بينهما إذا عدم التاريخ، فإن خرج اسم صاحب الشاهدين أعطى الثلث، وإن خرج اسم صاحب الشاهد الواحد حلف معه وأخذ الثلث» المبسوط ٨ / ٢٥٣ - ٢٥٤. فالمحقق نسب إليه القول بالتعارض والقرعه لكن مع كلمه «ربما»، لأن كلامه ليس صريحاً، والشهيد نسب إليه القول بذلك صريحاً، وقد فهم هذا من قوله «وعلى مذهبنا يقرع...» والمحكي عن فخر المحققين (إيضاح الفوائد ٤: ٤٠٩) نسبة التردد إليه لاقتصاره على نقل قولي العامه في ذلك، واستحسنه الشهيد الثاني في المسالك (مسالك الأفهام ١٤: ٩٠) قائلاً: «والذي يظهر أن هذا ليس حكماً بالتعارض، لأن القولين اللذين حكاهما عن المخالفين كما هي عادته، ومذهبهم أن الوصيه المعينه كالثلث مثلاً لاثنين متعارضين يوجب قسمته بينهما على سبيل العول. ومذهبنا: إن الثاني يكون رجوعاً عن الأول إن علم الترتيب، وإن اشتبه أقرع، وهذا المذكور على إطلاقه من مواضع الإشتباه، فلما ذكر حكم الوصيه على القولين على مذهب المخالف، وكان مذهبنا يخالف القول الأول على تقدير تقديم الشاهدين، ذكر ما يوافق مذهبنا على تقديره التعارض لثلاث- يوهم أن مذهبنا على تقدير التعارض، ولثلاث- يوهم أن مذهبنا على تقديره يوجب اشتراكهما في الموصى به، وهذا ليس حكماً بترجيح القول بالتعارض بل هو باق على ترده حيث اقتصر على مجرد نقلهما، وإنما فرع ما يناسب القول الثاني من مذهبنا، فنقل الشيخ فخر الدين عنه التردد أقعد. وقول المصنف: وربما قال الشيخ... يدل على احتمال الأمرين، وكذلك فعل العلامة في القواعد نقلاً عن الشيخ». قلت: إن الشيخ قدس سرّه قد وضع المبسوط للدلاله على كثره الفروع في فقهننا، وأنه ما من فرع ذكره العامه إلا وهو موجود في أخبارنا ومنصوص عليه تصريحاً أو تلويحاً من أئمتنا، فالقول بأن عادته الحكايه عن المخالفين كما في المسالك، أو إنه اقتصر هنا على نقل قولي العامه كما في الجواهر عن الفخر، يخالف الغرض الذي وضع لأجله المبسوط، فليتأمل.

وكيف كان، فلا ريب في ضعفه.

قال المحقق قدس سرّه: « ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين دون الشاهد واليمين » .

أقول: فالحاصل عدم صدق « البينه » على الشاهد الواحد مع اليمين، وحينئذ لا يقع التعارض بينه وبين البينه مطلقاً، بل يقضى بما قامت عليه البينه ولا يلتفت إلى الشاهد واليمين.

الحكم بالقسمه يختص بمورد إمكانه

قال المحقق: « وكلّ موضع قضينا فيه بالقسمه، فإنما هو في موضع يمكن فرضها كالأموال دون ما يمتنع، كما إذا تداعى رجلان زوجه » (١).

أقول: قد ذكرنا سابقاً: أن فصل الخصومه بالتنصيف يكون في كلّ مورد أمكن فيه ذلك، قال في (المسالك) إن العبارة توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمه لكنه تجوز بها في إمكان الشركه، ولو عبّر بها كان أولى (٢). ومن هنا قال في

ص: ٦٥٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩٢.

(الجواهر) مازجاً بالمتن: فى موضع يمكن فرضها بإمكان الإشتراك فيه وإن لم يقسم فعلاً كالعبد والأمة، دون ما يمتنع لامتناع الشركه فيه (١).

وكيف كان، فقد ذكرنا سابقاً أنه فى كلّ موضع لم يمكن التنصيف - كما إذا كان مورد التداعى هو الزوجه - فالحكم هو القرعه، ويدل عليه مرسل داود بن أبى يزيد العطار عن الصادق عليه السلام: « فى رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأه امرأه فلان، وجاء آخرون فشهدوا أنها امرأه فلان، فاعتدل الشهود وعدلوا، قال: يقرع بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولى بها» (٢) وعمل الأصحاب به جابر لضعفه.

ولم يذكر الإمام عليه السلام فيه اليمين، فيقتد - كما تقدم - بما دلّ على أن من خرج اسمه بالقرعه فعليه اليمين، مثل خبر الحلبي الذي يعمّ الأموال وغيرها.

لكن فى (المسالك) إنه لا فائده فى الإحلاف بعد القرعه، لأن فائدته القضاء للآخر مع نكوله، وهو منفى هنا (٣).

وأجاب فى (الجواهر) بقوله: « وفيه: إنه لا مانع منه، وإنما المنفى التنصيف بينهما على تقدير النكول منهما، بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما، نعم، لا تعرض فى الخبر لليمين، ولا ينافى إطلاق ثبوتها فى غيره، خصوصاً بعد ما عرفت أن القرعه لإثبات الرجحان الذى يتبعه اليمين على حسب الترجيح بالأعدليه والأكثرية، . . . » (٤).

ص: ٦٥٧

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٣.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٢/٨. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٩٢.

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٣.

قلت: وما ذكره تام إلا قوله: « بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما » الظاهر في أنه مع نكولهما عن اليمين يتجه نفى كونها زوجه لهما، فإننا نقول بأن مقتضى البيتين تحقق العلم الإجمالي بكونها لأحدهما، وإن لم يحصل العلم الإجمالي بكونها بينهما، فلا ريب في إفادتهما نفى كونها لثالث، فلا يجوز تزويجها من ثالث، فلا مناص حينئذ - أى في صورته نكولهما - عن القرعه مره ثانيه، فيكون من خرج اسمه أولى بها بلا يمين.

قال في (الجواهر): « ومما ذكرنا يظهر لك النظر في كلام الفاضل حيث قال: « فصل: في أسباب الترجيح لحجه على اخرى، وهي ثلاثه: الأول: قوه الحجه كالشاهدين، والشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين، ولو اقترنت اليد بالحجه الضعيفه احتمل تقديمها والتعادل » (1).

ووجه النظر هو ما عرفت من عدم اندراج الشاهد واليمين تحت النصوص، فلا يتحقق التعارض، والترجيح فرع التعارض كما هو واضح.

هل اليد من المرجحات؟

ثم ذكر العلامة السبب الثاني من أسباب ترجيح احدى البيتين على الاخرى بقوله: « الثاني: اليد، فتقدم بينه الداخل على الخارج على رأى، والأقوى العكس » .

أى: فتكون اليد سبباً لتقدم بينه الداخل على بينه الخارج، على رأى بعض الأصحاب القائلين بحجيه بينه ذى اليد، واختار قدّس سرّه العكس، وهو تقديم

ص: ٦٥٨

بينه الخارج فلا تكون اليد مرجحه، لما تقدم من عدم حجيه بينه ذى اليد، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ «البينه على المدعى واليمين على أنكر» فلا تسمع بئنته حتى تكون يده مرجحه لها.

ثم ذكر قدس سره هنا فروعاً، فقال:

« إلا أن يقيمها بعد بينه الخارج على إشكال، فلو ادعى عيناً فى يد غيره فأقام بينه فأخذها منه، ثم أقام الذى كانت فى يده أنها له، نقض الحكم وأعيدت إليه على إشكال» (١).

قال كاشف اللثام: « من انقلاب الداخل خارجاً، والعكس بإقامه الخارج البينه بالحكم فيها، وهو اختيار الشيخ، ولكن بناء على تقديم بينه الداخل لانكشاف بينته لذى اليد. ومن اتحاد الدعوى، فلا يختلف الحال بتأخير إقامه البينه وتقديمها، واليد الطاريه لإقامه البينه لا دلالة لها على شىء، وهو الأقوى» (٢).

وتبعه صاحب (الجواهر) حيث قال: « وفيه أيضاً مالا- يخفى، ضروره اقتضاء ذلك التسلسل المنافى لحكمه القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، والفرض أنها دعوى واحده، فالمتجه عدم سماعها مطلقاً» (٣).

لكن فى (كشف اللثام): « نعم، لو رافع إلى حاكم لا يعلم بالحال، فلا إشكال فى الإعادة إليه» (٤).

ص: ٦٥٩

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٨ - ٤٨٩.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٢٥٤.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٤.

٤-٤) كشف اللثام ١٠: ٢٥٥.

ثم قال العلامة: « ولو أراد ذو اليد إقامه البيئه قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل، فالأقرب الجواز » (١).

وجه القول بالجواز هو: أن التسجيل - أى إثبات ملكيته وثبته فى سجلّ الدعاوى لدى الحاكم - غرض مقصود، فربما احتاج إلى الإثبات فى المستقبل ولا يمكنه لعدم حضور الشاهدين أو موتهما أو غير ذلك.

وذكر شراح (القواعد) للعدم وجهين، أحدهما: إنه لا- بينه إلا على خصم، والآخر: إن الملك ثابت له بدون البيئه بمجرد اليد والتصرف مع انتفاء المنازع، فلا فائده للبيئه، وتحصيل الحاصل محال (٢).

وقد أجابوا عن الوجهين: بأن التسجيل فائده عقلائيّه، ولا مانع من إقامه البيئه مع عدم الخصومه الفعلية حيث يحتمل تحققها فى المستقبل وعدم تمكنه من إثبات دعواه حينذاك بسبب من الأسباب.

قلت: والأقرب هو الجواز، والفرع يبتنى على القول بحجيه بيئه الداخل كما لا يخفى.

ثم قال العلامة: « ولو أقام بعد الدعوى لإسقاط اليمين جاز » (٣).

أقول: وهذا أيضاً مبنى على حجيه بيئه ذى اليد كما ذكرنا.

ثم قال: « ولو أقام بعد إزاله يده بيئه الخارج وادعى ملكاً سابقاً، ففي التقديم بسبب يده التى سبق القضاء بإزالتها إشكال » (٤).

فى (كشف اللثام): « من سبق يده وأنه الداخل والبيئه تشهد له بالملك

ص: ٦٦٠

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٤: ٤١٠.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٤- ٤) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

المستند إلى ذلك الزمان. ومن كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها، أما لو أقام البينه بعد القضاء للخارج قبل إزاله اليد فهي بينه الداخل» (١).

وفيه: - كما في (الجواهر) - ما لا يخفى، من أنه ليس من الداخل على التقديرين، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج (٢). نعم، إذا كانت بينه الداخل حجه وتقدم على بينه الخارج، فالظاهر التقديم، لأن بينته حينئذ تشهد بأن العين قد أخذت منه وأزيلت يده عنها ظلماً.

ثم قال العلامة: «وإذا قدمنا بينه الداخل فالأقرب أنه يحتاج إلى اليمين» (٣).

قال في (الجواهر): كأنه مناف لما ذكره سابقاً من إسقاطها اليمين، اللهم إلا أن يفرق بين معارضة البينه وبين معارضة مجرد الدعوى، فتسقط على الأول، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثاني (٤).

قلت: لكن لا يبقى حينئذ أثر لليد.

ثم قال العلامة - بشرح الفاضل الهندي -: «وإذا قامت البينه على الداخل أو أقر فادعى الشراء من المدعى أو ثبت الدين عليه بينه أو إقرار فادعى الإبراء، فإن كانت البينه بدعواه حاضره سمعت قبل إزاله اليد وتوفيه الدين، وإن كانت غائبه طولب في الوقت بالتسليم، لثبوت الاستحقاق شرعاً من غير ظهور معارض، وليس له المطالبة بكفيل، للأصل.

ثم إذا أقام البينه استرد، وربما احتمل العدم والتأجيل ثلاثه أيام، كما هو

ص: ٦٦١

١-١ كشف اللثام ١٠: ٢٥٥.

٢-٢ جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٥.

٣-٣ قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٤-٤ جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٥.

حكم مدعى جرح الشهود، ولكنه واضح الضعف» .

قال: « ولو طلب الإحلاف أنه لم يبعه منه أو لم يبرء، قدم على الاستيفاء لكونه كحضور البيئه» (١) فإن حلف ذاك استوفى العين وإن نكل أُبقيت في يد هذا.

ثم قال العلامة: « ولو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه» (٢) لكونها إنكاراً بعد الإقرار، فإن ادّعى بعد ذلك شرائها مثلاً منه سمعت هذه الدعوى، لعدم منافاتها لإقراره السابق، فإن أقام البيئه حكم له وإلا حلف الطرف الآخر وأُبقيت في يده.

أما لو ثبت كون العين لغيره لا- باعترافه بل بيئه ذاك أو حلفه، سمعت دعواه كونها ملكاً له، للفرق بين ثبوت الملك للآخر بالإقرار والثبوت بالحجه.

هل الشهاده بقدّم الملك أولى؟

قال المحقق قدّس سرّه: « والشهادة بقدّم الملك أولى من الشهاده بالحادث مثل أن تشهد احداهما بالملك في الحال والاخرى بقدّمه، أو احداهما بالقديم والاخرى بالأقدم، فالترجيح لجانب الأقدم» (٣).

أقول: إذا تعارضت البيئتان في الملك، ولكن اختلفت احداهما بزياده التاريخ، بأن قالت احداهما بأن هذه العين لزيد في الحال وقالت الاخرى هي لعمره منذ سنه، أو قالت تلك: هي لزيد منذ سنه، وقالت هذه هي لعمره منذ سنتين، فهل زياده التاريخ والشهادة بقدّم الملك يوجب الأولويه والترجيح لبيئه عمرو

ص: ٦٦٢

١-١) كشف اللثام ١٠: ٢٥٦.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

أولاً؟ ذهب المحقق إلى الأول، وجعل العلامة في (القواعد) احتمال احدى البينتين على زيادة كزياده التاريخ من أسباب ترجيح البيئه (١)، وفي (الجواهر) نسبة هذا القول إلى الشيخ وابنى إدريس وحمزه، بل في (المسالك) نسبته إلى المشهور (٢).

و وجه تقديم متقدمه التاريخ هو: إن تلك البيئه تثبت الملك لعمرو في وقت لا تعارضها البيئه الاخرى فيه وهو السنه الاولى في المثال، وإنما تعارضها فيها بعدها، فتساقطان في محل التعارض ويثبت الملك لعمرو في السنه الاولى بلا معارض - ولهذا كان له المطالبه بالنماء في ذلك الزمان - والأصل في الثابت دوامه.

قال في (الجواهر): ولم أجد في شىء من النصوص إشاره إليه، إلا ما في صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن على عليه السلام: « وكان إذا اختصم إليه الخصمان في جاريه، فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البيئه جميعاً قضى بها للذى أنتجت عنده» (٣).

أقول: « كان» ظاهر في الإستمرار، لكن من البعيد تكرر هذه الواقعة بحيث يصح التعبير بهذا اللفظ، إلا أن يكون الحكم متكرراً و يقصد التمثيل بقضيّه الجاريه. وقوله: « قضى للذى أنتجت عنده» له ظهور في كونه زايد، فتكون الصحيحه في غير ما نحن فيه، لأن المسأله مفروضه فيما إذا كان مورد الدعوى في يد ثالث. . . وكيف كان، فالإستناد إليها في هذا المقام محلّ تأمل.

فهذا هو الذى ذهب إليه المشهور.

وعن غير واحد من الأصحاب: إحتمال التساوى بين البينتين وعدم تقدّم

ص: ٤٤٣

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٧.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

المتقدمه التاريخ، بل احتملوا تقدّم المتأخره، لأنها تشهد بانتقالها من زيد إلى عمرو، وتلك تشهد بكونها لزيد منذ سنتين ولا تنفى انتقالها عنه، وإذا لم تقدم لإمكان استناد شهادتها إلى اليد - وهى تحتمل الملك وغيره - فلا أقل من التساوى.

وأما إذا شهدت المتأخره التاريخ بسبب الملك، كما لو شهدت بأن عمراً اشتراها من زيد، قدّمت على الاخرى قطعاً، خلافاً للعلامه فى (التحرير) (١) لأنها لما صرّحت بالشراء علم أنها اطّلت على ما لم تطّلع عليه الاخرى، فإن تلك وإن شهدت بأنها ملك زيد من ابتداء سنتين مثلاً إلى الآن، لكن غايته أنهما علما بكونها ملكه ولم يعلما بمزيله فى المده.

أقول: ومقتضى قاعده تقدّم الإثبات هو تقديم البيئه المتأخره التاريخ مطلقاً، أى سواء أطلقت أو ذكرت السبب، خلافاً للمشهور فى الأول وللتحرير فى الثانى. وأما ما ذكره فى (الجواهر) تبعاً لكاشف اللثام من « أن هذه البيئه لما لم تتعرض لسبب الملك، أمكن استناد شهادتها إلى اليد وهى تحتمل الملك وغيره، ويمكن أن تكون الاخرى أيضاً تعلم اليد وأنها لغير الملك فلذا حكمنا بالتساوى » (٢) فخروج عن فرض المسأله، لأنها مفروضه فيما إذا كان الشىء فى يد ثالث، وسيصرّح بذلك صاحب (الجواهر) نفسه بقوله: « هذا كلّه، مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما » .

وكيف كان، فلا يمكن مساعدته على ما ذهب إليه المشهور.

ص: ٦٦٤

١- ١) تحرير الأحكام ٥: ١٨٨/٦٥٤٤.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٨.

فإن لم تقدم المتأخره التاريخ، تتعارضان وتتساقطان، ويكون المرجح هو الأصل، ومقتضاه كون العين لزيد.

ولو أطلقت احدهما وأرخت الاخرى، قيل: تساوتا، لاحتمال الاطلاق، هذا التاريخ وغيره، زائداً أو ناقصاً، فلا زياده في احدهما على الاخرى إلا بالتعرض للتاريخ، وهو مما لا يؤكد الملك ليتسبب الترجيح.

وفيه: إن المتجه تقديم المطلقه مع العلم باستناد المؤرخه إلى الإستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبينه التى تقتضى انقطاعه، أما إذا لم يعلم، فالمتجه العمل بالإستصحاب أيضاً، اقتصاراً فى تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه وهو الملك فى الحال، فيبقى غيره مستصحباً.

ولو شهدت احدهما بسبب الملك كالشراء مثلاً فقول: تقدم على المطلقه، قال فى (الجواهر): وقد مرّ فى خبر أبى بصير ما يؤيده فى الجمله.

وفيه: كما فى (الجواهر) (١) أيضاً إنه كما يحتمل أن يكون حكم الإمام عليه السلام فيه من جهه تقديم البينه المقيده على المطلقه، كذلك يحتمل أن تكون بينه المدعى متقدمه تاريخاً، فمن هذه الجهه حكم الإمام بكونها للذى ادعى الدار وأقام البينه عليها، ولعله من هنا قال: يؤيده فى الجمله.

هذا كله إذا لم تكن العين فى يد أحد المتداعيين.

وأما إذا كانت فى يد أحدهما، فإن كانت بينه الداخلى أسبق تاريخاً - قال فى (المسالك) - فهو المقدم لا محاله (٢)، وعن (الخلافاً) نفى الخلاف فيه، وذلك

ص: ٦٦٥

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٩.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩٣.

لاجتماع مرجحين فيه، وهما اليد وزيادة التاريخ.

لكن فى (القواعد): ولو شهدت لذى اليد بالقدم، تعارض رجحان التقدم إن قلنا به وكون الآخر خارجاً (١).

قال فى (كشف اللثام): فىحتمل التساوى لاشتغال كل على مرجح، وتقديم الخارج لعموم دليله، وهو الأقوى، والعكس كما فى المبسوط (٢) والخلاف (٣) ونفى فيه الخلاف، لاجتماع مرجحين فيه ولعموم دليله. ويضعف: بأن دليله إن تم نزلت بينه الخارج منزله العدم، ولا عبره بينه الداخل إذا لم يكن للخارج بينه، وبأنه على القول بترجيح بينه الخارج لا عبره بينه الداخل أصلاً، لأنها ليست من شأنه، وإذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمه أو غيرها معنى (٤).

وفى (الجواهر): الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بينه مسموعه، وحينئذ يتوجه ترجيحها بالأمرين، وتنزيل بينه الخارج منزله العدم إنما هو لمعارضه بينه الداخل، فلا وجه للقول بأنه لا عبره بينه الداخل إذا لم يكن للخارج بينه (٥) ..

أقول: إنه فى صورته وجود البيئه للخارج دون الداخل، فلا ريب فى أنه يحكم له كما هو واضح، وإن لم يكن له بينه حلف ذواليد، وإن كان لكليهما بينه - والمفروض حجيه بينه ذى اليد أخذاً بعموم دليل حجيه البيئه - فلا وجه للقول

ص: ٤٤٤

١- (١) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٠.

٢- (٢) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ٢٨٠.

٣- (٣) كتاب الخلاف ٦: ٣٤٢، المسأله ١٥.

٤- (٤) كشف اللثام ١٠: ٢٥٩.

٥- (٥) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٠.

بالتساقط، بل تقدم بينه ذى اليد لوجود المرجحين المذكورين، فما ذكره صاحب (الجواهر) هو الظاهر، لكن المختار عندنا أن بينه الداخِل غير مسموعه مطلقاً، كما تقدم ويأتى.

وإن كانت بينه الخارج أسبق تاريخاً، ففي (الجواهر) عن الخلاف الجزم بتقديم بينه الداخِل كذلك مدّعياً عليه الإجماع والأخبار، ولعلّه لأن البينه بقدم الملك لم تسقط بها اليد، كرجل ادّعى داراً فى يد رجل وأقام بينه بأنها كانت له أمس لم تزل بها فكذلك هنا، لكن فى (كشف اللثام) : يقوى تقديم الخارج كما فى المبسوط، لأن بينته فى الزمان المختص بها غير معارضه (١).

وفى (المسالك) ذكر ثلاثه أوجه:

أحدها: ترجيح اليد، لأن البينتين متساويتان فى إثبات الملك فى الحال فتساقطان فيه، ويبقى من أحد الطرفين اليد ومن الآخر إثبات الملك السابق، واليد أقوى من الشهاده على الملك السابق، ولهذا لا يزال بها.

والثانى: ترجيح السبق، لأن مع إحداهما ترجيحاً من جهه البينه ومع الاخرى ترجيحاً من جهه اليد، والبينه تتقدّم على اليد، فكذلك الترجيح من جهتها مقدّم على الترجيح من جهه اليد.

والثالث: إنهما متساويان لتعارض البينتين (٢).

أقول: إن كان للداخِل بينه وهى مسموعه، فعلى هذا المبني تتقدّم بينته فى هذه الصوره كالصوره السابقه، وأما على المختار من أنه لا بينه للداخِل، لكون قوله

ص: ٦٦٧

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٠.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩٣.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» مخصّصاً لعموم أدلّة الشهادة، فلا ريب فى تقدّم بينه الخارج، لأن بينه ذى اليد غير مسموعه، ويده لا تصلح لمعارضه بينه الخارج.

هذا، وفى (المسالك): إعلم أن إطلاق عباره المصنّف يقتضى عدم اشتراط إضافه البينه بالملك القديم والتعرض لذلك فى الحال، وهو أحد الوجهين فى المسأله، لأن الملك إذا ثبت سابقاً فالأصل فيه الدوام والإستمرار، فلا يفتقر إلى التصريح باستمراره.

والثانى - وهو المشهور -: إن الشهاده بالملك القديم لا تسمع حتى يقول: وهو فى ملكه فى الحال، ولا أعلم له مزيلاً، حتى لو قال: لا أدرى زال أم لا، لم يقبل، لأن ثبوت الملك سابقاً إن اقتضى بقاءه فيد المدعى عليه وتصرفه يدل على الإنتقال إليه، فلا يحصل ظن الملك فى الحال، ولأن دعوى الملك السابق لا تسمع فكذلك البينه عليه، وعللوا عدم قبول الشهاده مع قوله لا أدرى زال أم لا - مع أن مؤداها قريب من قوله لا أعلم له مزيلاً -: بأن الأولى تقتضى تردداً وريبه، فهى بعيدة عن أداء الشهاده (١).

وفيه نظر: لأن الجزم الواقع فى الشهاده بالصيغتين الاوليين إنما استند إلى استصحاب الملك وظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافى، وإلا فالتعبير بالاستمرار لا يتفق، لأن الأسباب الموجهه لانتقال الملك عن المشهود له لا يمكن القطع بعدمها وإن صحبه الشاهد ليلاً ونهاراً، فإن منها ما يمكن وقوعه سرّاً بنفسه مع نفسه، والإستناد إلى الإستصحاب وظن الاستمرار يتأدى بقوله: لا أدرى زال أم لا كما

ص: ٦٦٨

يتأذى بقوله: وهو ملكه في الحال، لأنه إذا لم يدر هل زال أم لا، جاز له استصحاب البقاء والحكم به في الحال، وكون الصيغه بعيدة عن أداء الشهادة في حيز المنع.

ومن ثم ذهب بعضهم إلى عدم اشتراط الضميمة، مع أن الشهادة بالملك السابق لا ينافي العلم بتجدد انتقاله عنه، فمع إضافته ما ينافي العلم بالانتقال أولى.

والحق: إن إطلاق الشهادة بالملك القديم لا يسمع، لعدم التنافي بين كونه ملكاً له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم وإن كان الشاهد يعلم بذلك، بل لا بد من إضافه ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال، وذلك يتحقق بهذه الصيغ وإن كان الاقتصار على ما لا يشمل على التردد أولى.

حكم الاستناد إلى الإستصحاب في الحكم والشهادة:

أقول: هنا فروع متعددة:

فمنها: إنه هل للحاكم أن يحكم بالاستناد إلى الإستصحاب، كما إذا علم بكون العين لزيد سابقاً ثم لما ادّعاها عمر يشك فيستصحب بقائها على ملك زيد؟ إن قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصحابه، لأن استصحابه يقوم مقام علمه.

ومنها: إنه هل للشاهد أن يشهد مستنداً إلى الإستصحاب؟ وإذا جاز ذلك، فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لا مدرك لشهادته إلا الإستصحاب، أو مع تصريح الشاهد باستناده إلى الإستصحاب، أو تصريحه بالجهل بالأمر في الحال؟ وهل يعتبر ذلك شهادة؟

ومنها: إنه لو قال أشهد بكونها ملكاً لزيد أمس، ثم سكت بالنسبة إلى الحال، فهل للحاكم أن يحكم بكونها لزيد في الحال أخذاً بالإستصحاب؟

قال في (الجواهر): لا مدرك للمسألة بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهادة عرفاً، فلا حكم للمشكوك فيها فضلاً عن غيرها، ولا ريب في عدم صدق الشهادة بالملك في الحال بمجرد الشهادة على قدم الملك، بل قد يشك في صدقها مع التصريح بالإستصحاب، بل ومع قوله: لا أعلم له مزيلاً، فضلاً عن قول: لا أدري زال أم لا، وجواز الشهادة بالإستصحاب لا يقتضى تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه، وإنما المعلوم كونها شهادة عرفاً قوله هو ملكه في الحال، ولعلّه لذا اقتصر عليه بعضهم كما عن آخر التصريح بإرادته تحقق الملك الحال من قوله لا أعلم له مزيلاً نحو القول إن هذا الأمر قطعي لا أعلم فيه مخالفاً، ففي الحقيقة هو شهادة على عدوان اليد المعارضه (1).

قلت: قد يقال: صحيح إن الحاكم لا يحكم في هذه الحالة بالملكيه الفعلية للمشهود له استناداً إلى هذه الشهادة، إلا أنه لما شهد الشاهد بالملكيه السابقه فقد ثبت ملك أمس عند الحاكم بالشهادة، فإذا شك الحاكم نفسه في زوال تلك الملكيّه بادعاء عمرو استصحب بقائها حتى الحال فيحكم بكون العين لزيد المشهود له، لكن هذا في صوره عدم كونها في يد عمرو، لأن يده حينئذ مقدمه على الإستصحاب المذكور، ولذا قيل إن للحاكم الحكم استناداً إلى الإستصحاب في صوره عدم وجود يد معارضه له.

قلت: لكن نفس الإدلاء بالشهادة له بالملكيه، له ظهور عرفي في الشهادة على الملكيّه الفعلية وإن لم يضم إليه ضميمه، وإلا فما الداعي للشاهد على الشهادة على الملكيّه السابقه مع أن النزاع حول الملكيّه في الحال؟ فإذا كان الملاك هو الصدق العرفي فالظاهر تحققه، ولعلّ هذا وجه اطلاق المحقق قدّس سرّه.

ص: ٤٧٠

وهنا فرع آخر تعرّض له المصنف في المسألة الخامسة.

قال في (الجواهر): وما عساه يظهر من بعض الناس من الإجماع على كون الشهادة المزبوره كالشهادة على الملك في الحال في الإنتزاع بها، بل مرجع الأخيره إلى الاولى عند التحليل، ضروره عدم الإحاطه بأسباب الإنتقال التي منها ما يقع بين المالك وبين نفسه من دون اطلاع أحد، وحينئذ، فما دلّ على الأخذ بشهادة العدلين من قوله صَلَّى الله عليه وآله وسلم: « البينه على المدعى » شامل للصورتين، بل محل البحث منهما هي الغالبه، لندرته البينه المطلعه على العدم، لم أتحققه.

فإن تمّ كان هو الحجه وإلا فالمسأله محلّ نظر، والظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال في يد مسلم.

نعم، ربما يقال بتماميته حيث لا تكون يد، كما في خبر حمران (١) المشتمل على دعوى ملكيه جاريه بنت سبع سنين، فلاحظ (٢).

هذا كلّه في الشهاده بالملك.

ص: ٦٧١

١ - ١) قال: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأه، ادعى الرجل أنها مملوكه له وادّعت المرأه أنها ابنتها، فقال: قد قضى في هذا على عليه السلام، قلت: وما قضى في هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلّهم أحرار إلا من أقرّ على نفسه بالرق وهو مدرک، ومن أقام بينه على من ادّعى من عبد أو أمه فإنه يدفع إليه ويكون له رقاً، قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادعى أنها مملوكه له بينه على ما ادّعى، فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكه لا يعلمونه باع ولا وهب، دفعت الجاريه إليه حتى تقيم المرأه من يشهد لها أن الجاريه ابنتها حره مثلها فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل، قلت: فإن لم يقيم الرجل شهوداً أنها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأه البينه على أنها ابنتها دفعت إليها، فإن لم يقيم الرجل البينه على ما ادعى ولم تقيم المرأه البينه على ما ادعت، خلّى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت » وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٢/٩.

أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٢ - ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٢ - ٤٤٣.

وأما لو شهد بأنه أقرّ له بالأمس ففي (القواعد): « ثبت الإقرار واستصحب موجه وإن لم يتعرض الشاهد للملك الحالّي » (١).

وفى (كشف اللثام): « كما إذا سمعنا نحن منه الإقرار حكمنا بالملك للمقرّ له إلى ظهور المزيل، والفرق بين ثبوت الملك بالإقرار وثبوته بالبينه واضح » (٢).

وفيه نظر - كما فى (الجواهر) (٣) - فلو أخذت العين من زيد بإقراره أمس ثم وجدت بيده اليوم، أشكل رفع يده هذه بذاك الإقرار، لأن اليد الفعلية تعارض إقرار الأمس، وإن سقطت يده أمس بالإقرار اللاحق لها، لكشفه عن كونها يد عدوان مثلاً.

كما أن اليد الفعلية هذه لا تسقط بالبينه السابقه عليها التي رفعت يده بها عن العين.

تقدم الشهادة بالملك على الشهادة باليد

قال المحقق قدّس سرّه: « وكذا الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد، لأنها محتمله » (٤).

أقول: أى إن الشهادة باليد محتمله للملك وغيره، فتكون الشهادة بالملك

ص: ٦٧٢

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٠.

٢-٢) كشف اللثام فى شرح قواعد الأحكام ١٠: ٢٦١.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٤.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

نصاً في الملك، والشهادة باليد ظاهره في الملك، والنص متقدم على الظاهر عقلاً ونقلاً.

لا يقال: لا يوجد عندنا نص في خصوص تقدم النص على الظاهر.

□

لأنه ليس المراد ذلك، بل المراد أن قوله صلى الله عليه وآله وسلم « إنما أفضى بينكم باليّنات والأيمان » و « البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه » صريحان في أن البينه حجه على الملكيه، سواء وجدت يد أولاً.

تقدم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بالتصرف

قال المحقق: « وكذا الشهادة بسبب الملك أولى من الشهادة بالتصرف » (١).

أقول: أى، لأن التصرف كما يكون عن ملك كذلك يكون عن وكاله ونحوها، وحينئذ، تكون الشهادة بسبب الملك - كالشراء مثلاً - متقدمه على الشهادة بالتصرف، من باب تقدم النص على الظاهر، فإن ذلك قاعده جاريه في كلام الشخص الواحد والشخصين اللذين هم بحكم الواحد.

هذا فيما إذا شهدتا بالنسبه إلى زمان واحد. وأما لو قامت الشهادة على اليد الفعلية والشهادة على الملك السابق، فسيأتى الكلام فيه.

هذا، وفي (المسالك): « ولا فرق على هذا التقدير بين تقديم تاريخ شهادة اليد - بأن شهدت أن يده على العين منذ سنه، وشهدت بينه الملك بتاريخ متأخر، أو بأنه يملكه في الحال - وتأخره، لاشتراك الجميع في المقتضى وهو احتمال اليد بخلاف الملك. وفي هذه المسأله قول بتقديم اليد على الملك القديم، وسيأتى الكلام

ص: ٦٧٣

فيه» (١).

قال في (الجواهر) : وهو كما ترى، ضروره أجنبيه ذلك عمّا نحن فيه، وهو ما عرفت من إرادته بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلّقهما بمورد واحد (٢).

ص: ٦٧٤

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٩٥.

٢-٢) جواهرالكلام ٤٠: ٤٤٥.

إشاره

قال المحقق قدس سرّه: « إذا ادعى شيئاً، فقال المدعى عليه: هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه، حاضراً كان المقر له أو غائباً»
(١).

أقول: إذا كان شيء بيد شخص، فادعى أحد كونه له، فتاره: يقول المدعى عليه: هو لى، واخرى: يقرّ به لمعين فيقول: هو لفلان، وثالثه: يقرّ به لمجهول فيقول: ليس لى ولكن لا أسمى مالكة أو لا أعرفه.

ولو أقرّ به لمعين، فتاره: هو ممن يمكن المخاصمه معه، واخرى: لا يمكن المخاصمه معه كأن يكون طفلاً، وتاره: يكون حاضراً، واخرى: يكون غائباً.

فإن أقرّ بالشى لمالك معين بأن قال هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه وتوجهت إلى المالك، سواء كان حاضراً أو غائباً، وليس له أن يحلف ذا اليد، إذ لا يحلف أحد على مال لغيره.

وهل أن قوله: هو لفلان، يدخل الشى فى ملك فلان المقر له أو يخرج عن ملك ذى اليد فقط؟ وجهان، فعلى الثانى يكفى للمدعى إثبات كون المال له، وعلى الأول يحكم الحاكم بكونه للمقرّ له، وعلى المدعى المرافعه معه، فيكون المقرّ له هو المدعى عليه، وهل للمدعى إحلاف ذى اليد أنه لا يعلم أنها له أولاً؟ فيه قولان،

ص: ٦٧٥

كما سيأتي.

ولكن إذا كانت في يد الشخص المقر بعد فما المانع من أن يقيم المدعى البيئه لدى الحاكم على كونها له لا للمقر له، فأخذها الحاكم ويدفعها إليه؟ لأنه إن كان المقر له حاضراً أو يمكن حضوره، فالبيئه مؤثره كما هو واضح، وإن كان غائباً حكم للمدعى ثم الغائب على حجته، نعم، لا يمكن إقامة البيئه بأن يكون ذو اليد هو المدعى عليه، لأنه لا يمكن له اليمين في مال المقر له، إلا إذا كان مورد الدعوى وجوب تسليم العين، بأن يقيم البيئه على الملكيه المستتبعه لوجوب تسليمها فيحلف ذو اليد على عدم وجوبه.

وأما إذا سلم المدعى عليه العين إلى المقر له، فإما هي باقيه بيد المقر له، وإما هي تالفه، وهل للمدعى أن يدعى عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفى العلم فإن لم يحلف غرم؟ قال المحقق: نعم، وهذه عبارته: « وإن قال المدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين، لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل أورد» (١) وعليه العلامه فى (القواعد) (٢)، وقد نسب إلى الشيخ فى أحد قوليه (٣)، وفى (المسالك): يجوز إن كانت تالفه (٤)، أى، فإن كانت العين باقيه أمر باستردادها. . . وأما إذا لم يمتنع وحلف على نفى العلم فلا شىء عليه.

قال المحقق: « وقال الشيخ: لا يحلف ولا يغرم لو نكل، والأقرب أنه يغرم، لأنه حال بين المالك وبين ماله بإقراره لغيره» .

ص: ٦٧٦

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٦.

٣- ٣) المبسوط فى فقها الاماميه ٨: ٢٦٦.

٤- ٤) مسالك الأفهام ١٤: ٩٨.

ووجه قول الشيخ هو: إن الإمتناع لا يستلزم العلم بكونها للمدعى، بل لا يضمن حتى مع الإقرار بذلك، لأنه لا يصدق عليه عنوان التلف حينئذ، فلا وجه للضمان.

قلت: والتحقيق أن الحكم بالغرم بالإمتناع عن اليمين على نفي العلم متوقف على توفر ثلاث مقدمات: أحدها: أن يكون الإقرار لغيره بمنزلة الإلتلاف للمال. والثانية: أن يكون الإمتناع عن هذه اليمين بمنزلة الإقرار للمدعى. والثالثة: أن يكون العلم بكون العين للمدعى جزءاً لموضوع الضمان أو تمام الموضوع، وأما إذا لم يكن للعلم دخل في الضمان - كما هو الصحيح، لأن اليد كافيته في ثبوت الضمان - فلا أثر لليمين على نفي العلم.

هذا، وفي (المسالك): « إذا ادعى شيئاً على إنسان، فقال المدعى عليه: إنه ليس لى، فإما أن يقتصر عليه أو يضيفه إلى مجهول أو إلى معلوم. فإن اقتصر عليه أو أضافه إلى مجهول بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا اسميه، ففي انصراف الخصومه عنه وانتزاع المال من يده وجهان، أصحهما - وهو الذى لم يذكره المصنف - أنها لا تنصرف ولا ينتزع المال من يده، لأن الظاهر إن ما فى يده ملكه وما صدر عنه ليس بمزِيل، ولم يظهر لغيره استحقاقاً، وعلى هذا، فإن أقر بعد ذلك لمعين قبل، وانصرفت الخصومه إلى ذلك المعين، وإلا فيقيم المدعى البيه عليه أو يحلفه» (١).

قلت: ولا يخفى ما فيه، لأن قوله: « ليس لى » يزيل ملكيته يقيناً لأنه إقرار، وهذا الإقرار يسقط يده عن كونها أماره للملكيه، نعم، لا ملازمه بين إزاله الملكيه للمال وإزاله الملكيه لليد، فتكون يده مثل يد الوكيل والأمين والمستعير

ص: ٦٧٧

والمستأجر، لأن إقراره يزيل الملكيه للعين ولا يفيد كون يده عدوانيه، بل تبقى على حجيتها، وعلى ما ذكرنا تنصرف الدعوى عنه، إذ لو أراد الحلف حينئذ كان فى ملك غيره، وأما بناءً على ما ذكره من عدم صدور ما يزيل الملكيه منه فيجوز المرافعه معه، وعلى ما ذكرنا - من عدم الملازمه المذكوره - يترتب الأثر على إقراره فيما لو أقرّ بعد ذلك لشخص معيّن.

قال: « والوجه الثانى: إنها تنصرف عنه بذلك، ولأنها تبرء من المدعى عليه، وينتزع الحاكم المال من يده، فإن أقام المدعى بينه على الإستحقاق فذاك وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكة» (1).

قلت: وهذا صحيح فى صورته تماميه الملازمه المذكوره، مع احتمال كون يده عليها مشروعه، فيأخذها الحاكم بعنوان النهى عن المنكر.

فظهر أن الصحيح هو إبقاء العين فى يد المدعى عليه، فإن قلنا بأن إقامه البينه لا تتوقف على تمكن المدعى عليه من اليمين، سمعت ويعطاها، وإلا أبقيت فى يده. . وإن قال: « هى لقطه» فله أن يدفعها إلى الحاكم، لأنه مال مجهول مالكة فيرجع إليه، وله أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحكام اللقطه.

ثم ذكر فى (المسالك): إنه « إن أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان: أحدهما: أن يمتنع مخاصمته وتحليفه. . . والثانى: من لا- يمتنع مخاصمته ولا- تحليفه، كما إذا أضافه إلى شخص معيّن، فهو إما حاضر وإما غائب، فإن كان حاضراً روجع، فإن صدق المدعى انصرفت الخصومه إليه، وإن كذبه فيه أوجه. . . وإن أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومه أيضاً. . . » .

ص: ٦٧٨

وسياتى التعرض لكل ذلك...

ثم قال: « وحيث ينصرف الخصومه عنه وطلب المدعى إحلافه أنه لا يعلم أن العين له، ففي إجابته قولان مبنيان على أنه لو أقر له بعدما أقر لغيره هل يغرم قيمه؟ فيه قولان مذكوران في محلّه. فإن قلنا: نعم، وهو الأظهر، فله إحلافه، فلعله يقرّ فيغرمه قيمه. وإن قلنا: لا، وهو أحد قولى الشيخ، فإن قلنا: النكول وردّ اليمين كالإقرار، لم يحلفه، لأنه وإن أقرّ ونكل وحلف المدعى لا يستفيد شيئاً، وإن قلنا كالبيّنه، فله التحليف، لأنه قد ينكل فيحلف المدعى، فإذا حلف وكانت العين تالفه أخذ قيمه» (١).

وأشكل عليه فى (الجواهر) بقوله: « وفيه - بعد الإغماض عمياً فى تقييده بتلف العين - أن غايه ذلك كون اليمين المردوده كالبينه على إقراره مع علمه بكونه للمدعى، والفرض عدم اقتضاء ذلك الغرم لو أقرّ به هو، وليس هو بينه على كون المال له، ضروره كون الدعوى علمه بالحال فيه تكون كالبينه على ذلك، ولا تزيد على الإقرار المفروض عدم الغرم به كما هو واضح. ولذا حكى عن الشيخ إطلاق عدم توجه اليمين على التقدير المزبور، فتأمل» (٢).

قلت: وجه التأمّل هو احتمال كون إطلاق الشيخ من جهة أنه لا يرى كون النكول وردّ اليمين كالإقرار بل كالبينه. وكيف كان، فعلى القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول وردّ اليمين بمنزله الإقرار والقول بكونهما بمنزله البينه.

ص: ٦٧٩

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ٩٧ - ٩٨.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٦.

حكم ما لو أنكر المقر له الملكيه للشيء:

قال: المحقق قدّس سرّه: « ولو أنكر المقر له حفظها الحاكم، لأنها خرجت عن ملك المقر و لم تدخل في ملك المقر له، ولو أقام المدعى بينه قضي له » (١).

أقول: وحاصل ذلك سقوط يد المدعى عليه المقر مطلقاً، أي، فلا تكون أماره على الملك ولا تكون كإيد الأمانيه مثلاً، فكأنها يد عدوانيه فينتزعها الحاكم منه ويحفظها. وهذا أحد الوجوه الثلاثة التي ذكرها الشهيد الثاني في (المسالك) في هذه المسأله.

والثاني: وهو المنقول عن (التحرير): إنها تترك في يد المدعى عليه المقر، إذ لا منازع له إلى قيام حجه، لأنه أقر للثالث وبطل إقراره فكأنه لم يقر (٢).

قال في (الجواهر): وفيه: إن بطلانه بالنسبه إلى تملك المقر له، لا بالنسبه إلى نفيها عنه، كما هو واضح (٣).

والثالث: وهو المنقول عن (القواعد) (٤): إنها تسلّم إلى المدعى، لخروجها عن ملك المقر له بإنكاره ولا منازع فيها للمدعى. قلت: وهذا هو الأقرب.

وأما قول صاحب (الجواهر): « وهو بعيد لكونها في يد ». ففيه: إنه أي يد يريد، أما يد المقر فقد زالت بإقراره، وأما يد المقر له، فممتنفيه بإنكاره، وأما يد

ص: ٦٨٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

٢-٢) تحرير الأحكام ٥: ١٦١/٦٤٩١. وعنه كشف اللثام ١٠: ٢٤٢.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٧.

٤-٤) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٦.

الحاكم فهي لأجل حفظها حتى يظهر صاحبها وقد ظهر، فيدفعها إلى المدعى ولا حاجه إلى البيه ولا اليمين، كما في (القواعد)

ولو رجع المقر له عن إنكاره وصدق المقر في كون الشى له، فعن (التذكرة) أن له الأخذ، عملاً بإقرار المقر السالم عن إنكاره، لزوال حكمه بالتصديق الطارى، فتعارضاً وبقي الإقرار سالماً عن المعارض (١).

لكن في (الجواهر) منع زوال حكم الإنكار بالتصديق، فلا أثر للتصديق الطارى، وحينئذ، يحكم بأحد الوجوه الثلاثة المذكوره، وقد عرفت المختار منها، قال: ومن هنا لو رجع ذو اليد فقال: غلظت بل هو لى، لم يقبل منه.

لو كان المقر له غائباً

هذا كله، فيما إذا كان المقر له حاضراً. قال في (الجواهر) ثم الحكم في المقر له الغائب كالحكم في الحاضر، بالنسبه إلى تصديقه وتكذيبه، وللمدعى إقامة البيه وأخذه قبل معرفه حاله، ولكن هو من الحكم على الغائب، فينبغى مراعاة شروطه السابقه، كما له أيضاً إحلافه على عدم العلم، نحو ما سمعته في الحاضر (٢)، أى بناء على أن للمدعى حق التحليف عليه، كما عليه المشهور وأحد قولى الشيخ.

فإن نكل عن اليمين على نفي العلم، فإن لم يقَر ولم يرد اليمين أحلف المدعى، فإن حلف فهل ينتزع العين ويغرم؟ قال في (القواعد): الأقرب الثانى (٣).

فيكون نظير ما إذا أقر بكون العين لزيد ودفعت إليه ثم أقر بكونها لعمرو

ص: ٦٨١

١- ١) تذكرة الفقهاء ٢: ١٤٩ (حجرى) .

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٧.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٦.

فيغرم له بدل الحيلولة، ولا- يبعد أن يكون الحكم كذلك إن أثبت المدعى الحق بالبينه، ولو استرجع العين من الغائب ودفعها إلى المدعى وجب عليه - أى على المدعى - رد المال الذى أخذه بدل الحيلولة.

وحيث يدعى كونها لغائب، فإن ادعى استيجاره العين منه مثلاً، فالحكم قبول قوله، نظير قول ذى اليد، فإن أثبت المدعى كون المال ملكه، فقد ظهر بطلان الإجاره، وإن لم يتمكن من ذلك أحلف المدعى عليه على الإجاره وأبقيت العين بيده.

ولو أقام البينه على الإجاره، فبناء على سماعها منه، هل تقدّم بينته على بينه المدعى باعتضادها باليد أولاً؟

فى القواعد: إشكال (١).

قلت: لا إشكال فى أن بينه المدعى من بينه الخارج، فيحتمل أن تكون بينه الآخر من بينه الخارج أيضاً، لكونه مقرراً بعدم كونها له، فيتساقطان، ويحتمل أن يكون نفسه ذا يد لكونها بيده الآن فتكون من بينه الداخل، فعلى القول بتقدم بينه الخارج فالأمر واضح، وعلى القول بتقدم بينه ذى اليد - لحجيتها وتأيدها باليد - قدّمت، وهذا وجه توقف العلامة.

لكن فى (الجواهر): الأقرب أنهما معا خارجان (٢).

قلت: لكن جعل بينه من له الانتفاع بما فى يده من بينه الخارج، بعيد جداً.

وإن لم يكن مدعياً للإجاره مثلاً، فهل له إقامه البينه كذلك أو لا، لكونه

ص: ٤٨٢

١- (١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٦.

٢- (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٨٨.

أجيباً؟ قال العلامة: يمكن أن يكون طرفاً للخصومه بدعوى المدعى عليه العلم بكونها له، فيحلفه على نفي العلم، فله أن يقيم البينة حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين، وإن كانت البينة تشهد بكون ملك العين للمقرّ له. . .

واختار في (الجواهر) عدم الجواز، فإنه إذا ثبت بالبينة كون العين للمقرّ له، فلا مجال لليمين على نفي العلم، وأيضاً: لما كان ملك المقرّ له ثابتاً بالبينة، فلا أثر للإقرار في إثباته حتى يدعى عليه المدعى الإلتلاف بالإقرار.

قلت: لكن الصحيح ما ذهب إليه العلامة، لأنه - بناء على حجه بينه الداخل - إن لم يكن عنده بينه كان عليه اليمين على نفي العلم، وإن كان له بينه جاز له إقامتها على إثبات ملك المقرّ له لتؤثر في سقوط اليمين عنه، اللهم إلا - أن لا - يكون هذا الأثر مجوّزاً له لإقامه البينة على ملك المقرّ له، إذ لا معنى لأن يقيم أحد بينه على ملك غيره.

نعم، يبقى الإشكال في أنه لا ملازمه بين ثبوت ملك الآخر وعدم علم المقر، بل يجوز للمدعى دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البينة وإعطاء العين للمقرّ له، فيحلفه على نفي العلم، ويكون أثره أنه إذا امتنع عن اليمين غرم.

لو كان المقرّ له ممن يمتنع مخاصمته

ولو أقرّ المدعى عليه بكون العين لمن يمتنع مخاصمته وتحليفه، كما إذا قال هي وقف على مسجد كذا، أو هي ملك لطفل صغير، فهل يكون طرف الخصومه ولي الصغير أو متولّي الموقوفه؟

إن كان للمدعى بينه أقامها وحكم له، وإلا فلا يحلف الولي والمتولّي، إذ لا أثر ليمينهما، إذن، لا يغني في هذا الفرع إلا البينة، وأما اليمين على نفي العلم، فالحكم

كما تقدم، فإن حلف فهو وإلا غرم، وكيف كان، فإن الخصومه تندفع عن المدعى عليه.

وفى (المسالك): « وإذا قضى له الحاكم بالبينه وكان الإقرار لطفل، كتب الحاكم صورته الحال فى السجل ليكون الطفل على حجته إذا بلغ » (١).

لكن فى (الجواهر): « قلت قد يقال: بعدم الحجته له، لوجود وليه القائم مقامه الذى هو أولى من الوكيل. فتأمل » (٢).

قلت: وجه التأمل: إن الوكيل عمله عمل الموكل، أى إن الموكل يقيمه مقامه وينزل عمله منزله عمل نفسه، فإذا قضى على وكيله قبل، وليس عمل الولى عمل الصغير، بل قيام الولى بالامور المتعلقة بالصغير حكم إلهى، كما جعل الولاية للحاكم بالنسبة إلى الغائب، حيث يحكم عليه بعد تماميه مقدماته، ويكون الغائب على حجته إذا حضر، فالصغير مثله، فهو على حجته إذا بلغ.

هنا كله إذا أقر بالعين لمعين بمختلف صورته.

لو كان المقر له مجهولاً

قال المحقق: « أما لو أقر المدعى عليه بها لمجهول، لم تندفع الخصومه وألزم البيان » (٣).

أقول: لو أقر بها لمجهول أخذ الحاكم العين من المقر من باب الولاية، فإن كان للمدعى بينه أعطاها إياه، وإلا بقيت فى يد الحاكم، وهل يلزم البيان؟ قال به

ص: ٦٨٤

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٩٧.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٥.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

المحقق، وفي (الجواهر) : لا، لأنه ينافى الإقرار الأول، قلت: إلا إذا عيّن المقر له في المره الثانيه، مدّعياً النسيان في المره الاولى
(١).

ولو قال المدعى للعين: هي وقف عليّ وأقرّ بها من هي في يده لآخر وصدّقه الآخر، فقد عرفت انصراف الخصومه عمّن هي في يده إلى المقر له، لكن هل للمدّعي إحلاف من كانت بيده على نفي العلم؟ في (المسالك) وجهان. « من حيث أن المدّعي قد اعترف بالوقف والوقف لا يعتاض عنه، ومن أنه مضمون بالقيمه عند الإتلاف، والحيلولة في الحال كالإتلاف، وهذا أقوى» (٢).

ص: ٦٨٥

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٨.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩٩.

المسأله الرابعه: (لو وقع الإختلاف فى العقد الواقع)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا ادعى أنه أجره الدابه، وادعى آخر أنه أودعه إياها، تحقق التعارض مع قيام البينتين بالدعويين، وعمل بالقرعه مع تساوى البينتين فى عدم الترجيح» (١).

أقول: إنه وإن كان النزاع بين الرجلين حول العقد فى الظاهر، فيدعى هذا بأنه قد أجره الدابه، ويدعى ذاك بأنه أودعه مثلاً إياها، لكن النزاع فى الحقيقه هو فى الملك، للثمره الواضح ترتبها من هذه الناحيه على دعوى كل واحد منهما، وبالنظر إلى ذلك ذكر المحقق قدس سرّه هذه المسأله فى مسائل الإختلاف فى الأملاك (٢).

وما ذكره المحقق قدس سرّه هو أحد الصور الأربع المتصوره فى هذه المسأله.

والصوره الثانيه: أن تكون العين بيد شخص وهو يقرّ بأنها ليست ملكاً له، غير أنه ينازع المالك فيقول قد أجرنى إياها، ويقول المالك: قد أودعته إياها، أو يدعى المالك الإجاره وذو اليد العاريه. . . فإن كانت مستأجره ملك الشخص منفعته فى المدّه المعينه دون ما إذا كانت وديعه، لكن يترتب على كونها مستأجره

ص: ٦٨٦

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

٢- ٢) فيه إشاره الى جواب اعتراض صاحب المسالك قدس سرّه.

لزوم دفع بدل الإيجار إلى المالك... وهذه الصورة من الاختلاف في العقود وإن كان لهذا النزاع ثمره مائيه.

والصورة الثالثة: أن يتنازع اثنان حول عين يقران بكونها لثالث، فيقول أحدهما: قد آجرتني إياها ويقول الآخر: قد استودعني إياها.

والصورة الرابعة: أن يتنازعا، فيقول أحدهما: إنها لزيد وقد آجرتني إياها، ويقول الآخر: إنها لعمر وقد استودعني إياها.

فالحكم في الصورة الأولى التي ذكرها المحقق قدس سره هو ما ذكره من أنه إن كان لأحدهما بينه حكم له، وإن أقامها معاً، فإن ترجحت أحدهما على الأخرى بسبب من أسباب الترجيح - على ما تقدم من الكلام عليها - حكم لها وإلا فالقرعه، فمن خرج اسمه حلف وأخذ، وإن نكل حلف الآخر، فإن نكلا فالحكم هر التنصيف للعين إن كانت قابله له، وإلا فهما شريكان فيها على النصف.

وفي الصورة الثانية يتحقق التداعي بين المالك والمتصرف، فإن كان لأحدهما بينه حكم له، وإن كانت لكليهما، فإن ترجحت إحداها على الأخرى فهو وإلا تعارضتا وتساقطتا، وحينئذ تقسم منفعة العين بينهما نصفين، ويقسم مال الإجاره بينهما كذلك.

وربما يجعل المالك في هذه الصورة ذا اليد وبينه المتصرف خارجاً، فيبتنى الأمر على حجيه بينه الداخل، فعلى القول بها تقدم بينه ذى اليد - المالك - وعلى القول الآخر تقدم بينه المتصرف، فلا تكون الصورة من قبيل التداعي حتى ينتهى الأمر إلى القرعه، وقد يحتمل كون المتصرف ذا يد لكونها بيده الآن، ويبتنى الأمر على تقديم بينه الداخل والخارج كذلك.

وهكذا يكون طريق فصل الخصومه في صورتين الباقيتين، لأنهما من مصاديق التداعي كذلك.

المسأله الخامسه: (لو كان شيء في يد إنسان وأدعى أحد كونه له سابقاً وأقام بينه)

قال المحقق قدس سره: « لو ادعى داراً في يد إنسان وأقام بينه أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر، قيل: لا تسمع هذه البيئه. وكذا لو شهدت له بالملك أمس. لأن ظاهر اليد الآن الملك، فلا تدفع بالمحتمل.

وفيه إشكال، ولعل الأقرب القبول» (١).

أقول: لو ادعى داراً - مثلاً - في يد إنسان وأقام المدعى بينه أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر، أو كانت في ملكه أمس مثلاً، فهل تسمع البيئه؟ قولان، وقد استدلل للعدم بوجهين:

الأول: إن اليد أماره على الملكيه الفعلية لصاحبها، وبينه المدعى تشهد باليد والملك السابقين، ولا ريب في تقدم الأماره الفعلية على الأماره القائمه على الملكيه السابقه. وبعبارة أخرى: اليد الفعلية المشاهده بالعيان - حيث نرى العين في هذه اليد - ظاهره في الملكيه الفعلية لصاحبها، ومقتضى اليد السابقه هو احتمال الفعلية لصاحبها، ولا يدفع الظهور المذكور بالمحتمل.

وأجيب: بأن اليد الفعلية وإن كانت دليل الملك الفعلي، لكن اليد السابقه المستصحبه والملك السابق المستصحب أولى، لمشاركه تلك اليد لهذه في الدلاله

ص: ٦٨٨

على الملكيه الفعلية، وانفردهما بالزمن السابق بلا معارض، فيكونان أرجح من هذه اليد، إلا أن تقوم الحجج الشرعيه على انتقال العين إليه بطريق شرعى، نظير ما إذا أقرّ بكون الشئ الذى بيده ملكاً لزيد أمس وادعى كونه له اليوم، فإنه يجب عليه إقامة الحجج الشرعيه على انتقاله إليه من زيد بطريق شرعى صحيح، وكذا لو أقرّ بكونه مديناً لزيد بكذا من المال ثم ادعى أداء الدين مثلاً، كان عليه إقامة الحجج على الأداء.

وفى المقام يكون حكم بينه المدعى حكم إقرار المدعى عليه، فيجب على ذى اليد المدعى عليه إثبات شرعيه يده على العين، وإلا تقدّمت بينه المدعى - بضميمه الإستصحاب - على يده، فليس المورد من مقابله المحتمل للمقطوع حتى يقال بأنه لا يدفع المقطوع بالمحتمل.

والثانى: إنه إن كان مدّعا هو الملكيه أو اليد بالأمس فلا تسمع، وإن كان الملكيه أو اليد اليوم، فإن شهادته بينته غير مطابقه لدعواه، لأنها تشهد باليد والملك أمس، والبينه غير المطابقه للمدعى غير مسموعه.

وأجيب: بأن الحكم باستصحاب اليد والملك السابقين إلى اليوم، يوجب المطابقه بين الدعوى والشهاده، فإن هذه الشهاده - بضميمه عدم العلم بالناقل الشرعى - شهاده بالملكيه الفعلية وهى مسموعه.

وبالجملة: إن كانت الشهاده بملكيه أمس شهاده بملكيه اليوم فهو، وإلا، فإن الإستصحاب الموجود يفيد بقاء مدلول الشهاده، وحينئذ، يقع البحث فى تقدّم هذا الإستصحاب على اليد أو معارضته لها، لأنه أصل وهى أماره.

وقد يחדش فى اليقين السابق فيختل الإستصحاب، بأن يقال - كما عن

(كشف اللثام (١). بأن البينه ليست كاشفه عن الواقع كالإقرار، فليس مفادها هنا الملكيه الواقعيه حتى تستصحب إلى اليوم.

لكنه كما ترى، لأن البينه حجه شرعيه، إذا أُقيمت بشرائطها أُلغى احتمال الخلاف وأفادت ما يفيد اليقين، فالحاله السابقه للإستصحاب متحققه، كما لا يلتفت إلى احتمال عدم كون اليد السابقه يد ملك لو شهدت البينه بكون العين بيد المدعى أمس.

فظهر أن محطّ الكلام هو الخلاف في تقدّم الإستصحاب على اليد وعدمه، والمختار هو الأول، وبيان ذلك: إنه وإن كانت اليد مقدّمه على الإستصحاب في موارد كثيره، ولكن لا يوجد عندنا إطلاق يقتضى تقدّمها عليه على كلّ حال، بل إن اليد الفعلية المسبوقه بالآخرى المستصحبه - أو المسبوقه بالملك المستصحب - يد ضعيفه عند العقلاء، لا تصلح لمقاومه هذا الإستصحاب فضلاً عن التقدّم عليه، ولذا يفرّق العقلاء بين الدّعوى على ذى اليد وبين الدّعوى على يد مسبوقه بيد اخرى، ففي الصوره الثانيه يسقطون اليد عن الإعتبار، ولا أقل من أنهم يطالبون صاحبها بإقامه الحجه على انتقال العين إليه بطريق شرعى صحيح.

وبتقريب آخر: إن اللّمازم الشرعى للملكيه السابقه التى أثبتها البينه: بقاء تلك الملكيه حتى يعلم المزيل الشرعى له والناقل الشرعى للعين، فإذا شهدت البينه بملكيه أمس، كان لازمها الملكيه الفعلية لولا الإنتقال، وقد عرفت أن

ص: ٦٩٠

١- ١) انظر كشف اللثام فى شرح قواعد الأحكام ١٠: ٢٦١.

الإستصحاب ينفي الناقل، فتكون بينه المدعى مسموعه ومتقدمه على يد المتصرف.

هذا، وفي (المستند): « لو تعارضت اليد الحائيه مع الملكيه السابقه أو اليد السابقه، ففي تقدّم الحائيه أو السابقه قولان، كلّ منهما عن الشيخ في كلّ من المبسوط والخلاف، وتبعه على الأول جماعه ولعلهم الأ-كثرون، ومنهم من المتأخرين: الكفايه والمفاتيح وشرحه وبعض فضلائنا المعاصرين. وعلى الثانى الشرائع، ويظهر من الإرشاد الميل إليه. ويظهر من التحرير وجه ثالث وهو التساوى» .

ثم أورد أدلّه الأقوال، ثم قال:

« والتحقق: إن اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه، فلا يبقى لشي منهما حكم، ولكن أصل اليد لا يعارضه شيء، وهو باق بالمشاهده والعيان، والأصل عدم التسلّط على انتزاع العين من يده ولا على منعه من التصرفات التي كان له فيها حتى بيعها وإجارتها، إذ غاية الأمر عدم دليل لنا على ملكيته، ولكن لا دليل على عدم ملكيته أيضاً، وأصالة عدم الملكيه بالنسبه إليه وإلى غيره سواء مع ثبوت أصل الملكيه، فلا يجرى فيه ذلك الأصل أيضاً، مضافاً إلى إمكان حصول هذه التصرفات كلاً أو بعضاً بالتوكيل والإجاره والولاية والإذن وغيرها، فيبقى أصالة عدم التسلّط وأصالة جواز تصرفاته خاليه عن المعارض، وإلى هذا يشير كلام من قال: إن احتمال كون اليد الثانيه بالعاريه أو غيرها لا يلتفت إليه مع بقاء اليد على حالها، فإن المقصود الأصلي من إعمال اليد هو إبقاء تسلّطها على ما فيها، وعدم جواز منعها من التصرفات كيف شاء بسبب احتمال الغصب أو العاريه أو غيرهما، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك، وليس هذا معنى الحكم بأنه ملك» إنتهى كلامه رفع مقامه (1).

ص: ٦٩١

فإن قيل: كما أن الملكيه أو اليد السابقه يقتضى استصحاب الملكيه، كذلك يقتضى استصحاب تسلط المالك الأول والحاكم على منع ذى اليد عن التصرفات أيضاً. وبه يندفع أصاله عدم التسلط.

قلنا: ليس تسلط الأول كالمملكه التى إذا حدث يحكم لها بالاستمرار حتى يثبت المزيل، بل هو مما يمكن تقييده بقيد، والمعلوم من التسلط الأولى هو تسلطه مادام يحكم له بالمملكه ويعلم له الملكيه، فالمعلوم ثبوته أولاً ليس إلا ذلك المقتيد، فبعد انتفاء الحكم بالمملكه والعلم بها، ينتفى القيد ويتغير الموضوع.

ثم إنه كما أن نفس اليد المشاهده الحائيه ومقتضياتها - سوى الملكيه - لا معارض لها، فكذلك أيضاً كون البيئه على غير ذى اليد وكون من يدعيه مطالباً بالبيئه وذى اليد باليمين، إذا لم يخرج خارج اليد عن صدق المدعى عرفاً ولا صاحبها عن المنكر كذلك، فيدل على كون وظيفه الأول البيئه والثانى اليمين قولهم: « البيئه على المدعى واليمين على من أنكر »، وروايه فدك المتقدمه.

فيكون البيئه على المالك السابق واليمين على ذى اليد، ولا يمنع ذو اليد من شىء من التصرفات، وليس المطلوب من ترجيح اليد الحاليه غير ذلك أيضاً.

مع أنه يمكن جعل هذين الأمرين دليلاً - برأسه على الملكيه أيضاً بالإجماع المركب، ويسقط به الاستصحاب بالمره، لعدم صلاحيته لمعارضه الدليل مطلقاً .

وقد أورد السيد فى (العروه) محصل هذا الكلام واعترض عليه بوجه:

الأول: إنه فى بيان المعارضه عبر بقوله: إن اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه.

مع أن المعارضه بين نفس اليد والإستصحاب، لكن من حيث حكمهما، لا بين حكم اليد ونفس الإستصحاب، فلا وجه للتعبير المذكور.

والثاني: إنه إذا سقط حكم اليد فتكون كالعدم وحال ذبيها وغيره سواء، فلو أراد المدعى أن يتصرف فيها لا يجوز لذى اليد منعه، لأن الأصل عدم تسلطه على ذلك.

قلت: فيكون الحاصل أنه ليس لكلّ منهما منع الآخر من التصرف، فتكون العين كالمباحات التي من سبق إلى شيء منها كان له، نعم، ليس لثالث أخذها، ولهما منعه من ذلك.

والثالث: بعد عدم الحكم لليد وعدم كونها دليلاً على الملكية، كيف يجوز للغير أن يشتري منه أو يستأجر أو يقبل منه ونحو ذلك من التصرفات الموقوفة على الملك، مع أنه ليس وكيلاً ولا -وليّاً ولا مأذوناً من قبل المالك؟ لأن المفروض أنه يدعى الملكيه لا الوكالة أو الولاية أو نحوهما، فلا ينفع جواز هذه التصرفات من هذه الأشخاص في جوازها له ولمن يشتري منه مثلاً.

والرابع: ما ذكره من أن تسلط المالك السابق على منع الغير مقيّد ببقاء اليد، ممنوع، بل هو كالملكيه في عدم التقيّد باستمرار اليد.

والخامس: لا نسلم صدق المنكر عليه بعد سقوط حكم يده (1). ..

قلت: ليس الشرط في صدق « المدعى » عدم المعارض عند العرف، فالمدعى عندهم من لو ترك ترك، وهذا صادق على صاحب البيئه هنا، و « المنكر » صادق على ذى اليد.

وقال العلامة في (القواعد) في هذه المسألة: « ولو شهد أنه كان في يد المدعى بالأمس قبل، وجعل المدعى صاحب يد. وقيل: لا يقبل، لأن ظاهر اليد الآن

ص: ٦٩٣

أى: إن اليد لها ظهور فى الملك الفعلى، لكن لا كل يد بل اليد غير المسبوقه بالعدوانيه مثلاً، وذلك، لأن حجيه اليد - كما ذكرنا - مستنده إلى بناء العقلاء مع إمضاء الشارع، وتشهد بذلك روايه حفص بن غياث (٢)، والعقلاء لا يعاملون اليد التى هذه حالها معامله المالك الفعلى، بل يقدمون استصحاب الحاله السابقه ويحكمونها على هذه اليد إلى أن يثبت الناقل الشرعى.

فتلك عباره (القواعد) فى المسأله، وقد قال سابقاً: « ولو شهدت البينه بأن الملك له بالأمس ولم تتعرض للحال، لم تسمع، إلا أن تقول: وهو ملكه فى الحال أو لا نعلم له مزيلاً، ولو قال: أعتقد أنه ملكه بالاستصحاب ففى قبوله إشكال، أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار واستصحاب موجه، وإن لم يتعرض الشاهد للملك الحالى. ولو قال المدعى عليه: كان ملكك بالأمس انتزع من يده فيستصحب، بخلاف الشاهد فإنه عن تخمين، وكذا يسمع من الشاهد لو قال: هو ملكه بالأمس اشتراه من المدعى عليه، أو أقر له المدعى عليه بالأمس، لأنه استند إلى تحقيق» (٣).

ص: ٦٩٤

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٠.

٢-٢) عن أبى عبد الله عليه السلام « قال له رجل: إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال: الرجل: أشهد أنه فى يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره. فقال أبو عبد الله عليه السلام: أفحلّ الشراء منه؟ قال نعم، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك: هو لى وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام، لو لم يجر هذا لم يقم للمسلمين سوق» وسائل الشيعه ٢٧:

٢/٢٩٢. أبواب كفيه الحكم، الباب ٢٥.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٠.

قلت: الفرق المذكور بين البيئه والإقرار لا ريب فيه، ولكن لا أثر له بالنسبه إلى الملكيه الفعلية، فإنه لا بدّ من إجراء الإستصحاب لإثباتها، سواء كان اليقين السابق حاصلًا بالبيئه التي هي عن تخمين أو بالإقرار الذى هو عن تحقيق، وإذا جرى الإستصحاب لتمايمه أركانه تقدّم على اليد من دون فرق بين البيئه والإقرار.

وكذا الأمر لو علم الحاكم بكونها للمدعى بالأمس، فاليقين السابق متحقق، فله إجراء الإستصحاب، وأخذ العين من المدعى عليه حتى يثبت الناقل الشرعى.

ولعلّ السرّ فى اختلاف كلمات الأصحاب فى هذا المقام هو اختلافهم فى الاستظهار العرفى، لما تقدّم من أن مبنى حجّيه اليد هو السيره العقلائيه وبناء أهل العرف، والحق: إن كاشفيه اليد فى هذه الحاله التى قام الاستصحاب فى مقابلها ضعيفه عرفاً، والإستصحاب هو المحكّم، فدعوى المدعى مسموعه.

وفى (المسالك) بعد أن ذكر القولين ومختار المحقق منهما ودليله قال:

« وقد تقدم البحث فيه، والفرق بين هذه والسابقه الموجب لإعاده البحث أن المعارضه فى هذه بين اليد المتحققه والسابقه الثابته بالبيئه والملك السابق كذلك، والسابقه وقع فيها التعارض بين البيئتين الدالّه احدهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها فى غيره، والاخرى على الملك السابق، فلا تعرّض فيها للمعارضه بين اليد السابقه والحاليه، وقد تأكّد - من إطلاقه الحكم هنا وفى السابقه تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه إلى الآن أو عدم المزيل - أن إضافه ذلك غير شرط، والأصح اشتراط إضافه ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدّد عنده علم الانتقال، لما بيّناه من عدم المنافاه بين علمه بالملك وشهادته به مع انتقاله عن المالك الآن» (١).

ص: ٦٩٥

قلت: ليس ما ذكره وجه الفرق بين المسألتين، فهناك يتعرض كلتا البينتين للملكية الفعلية ويتعارضان فيتساقطان، ويكون استصحاب الملكية السابقه جاريًا بلا معارض، وهنا اليد معارضة مع الإستصحاب. فحاصل الفرق عدم المعارض للإستصحاب في تلك المسألة، وتحقق التعارض بين اليد والإستصحاب في هذه.

وأما الإقرار، فلو أقرّ ذو اليد بكون العين للمدعى بالأمس، فإنه يطالب بإثبات شرعيته يده الفعلية عليها، وأما إذا أخذت العين منه بإقراره ودفعت إلى المدعى، ثم وجدت في اليوم التالي - مثلاً - بيده، فلا يؤخذ بإقراره السابق، نعم، لو شك في صحه يده الآن استصحب عدم الناقل الشرعى.

قال المحقق قدس سرّه: «أما لو شهدت بينه المدعى أن صاحب اليد غضب أو استأجره، حكم بها، لأنها شهدت بالملك وسبب يد الثانى» (١).

أقول: لو شهد الشاهدان على أن ذا اليد قد غضب العين بالأمس من زيد، فإنه مع الشك في تبدل يده اليوم إلى يد شرعيه، يستصحب كونها عدوانيه، فتسقط يده الفعلية عن الإعتبار، لأن اليد التى لم يثبت شرعيتها ليست أماره للملكيه.

قال: «ولو قال: غضبني إياها، وقال آخر: بل أقرّ لى بها، وأقاما البينه، قضى للمغصوب منه ولم يضمن المقرّ، لأن الحيلولة لم تحصل بإقراره بل بالبينه» (٢) التى أقامها الآخر وإن كانت بزعم هذا ظالمه، والحكم فى هذه المسألة واضح، ولا خلاف فيه على ما فى (الجواهر) (٣).

ص: ٦٩٦

١-١) شرائع الإسلام ١١٢:٤.

٢-٢) شرائع الإسلام ١١٣:٤.

٣-٣) جواهر الكلام ٥٠:٤٥٦.

تاره: يكون الإختلاف في الاجره، وذلك يكون تاره في أصل الاجره، كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار بمأه دينار، فيقول المستأجر: بل بمأه درهم، وأخرى في قدرها كأن يقول المؤجر: آجرتك بمأه دينار فيقول المستأجر: بل بخمسين، وعلى التقديرين: فإما أن يعدما البيئه أو يجداها أو يجدها أحدهما خاصه، فهذه ست صور، وعلى جميع التقادير، فالإختلاف إما أن يكون بعد استيفاء المستأجر المدّه أو في أثنائها أو ابتدائها، فتكون الصور حينئذ ثمان عشره صوره.

واخرى: يكون الإختلاف في العين المستأجره، وهو يكون تاره في ذات العين كأن يقول المؤجر: آجرتك هذه الدار، فيقول المستأجر: بل تلك الدار، واخرى يكون في العين من حيث الزيادة والنقيصه، كأن يقول المؤجر: آجرتك هذه الدار إلا هذا البيت منها، فيقول المستأجر: بل الدار كلّها، وتنتهي الصّور حينئذ إلى العدد المذكور في الاختلاف في الاجره.

وثالثه: يكون الإختلاف في المدّه، وهو تاره في زمانها زياده ونقيصه، كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار شهراً، فيقول المستأجر: بل أربعين يوماً، واخرى في ابتدائها، كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار من أول شهر شعبان، فيقول المستأجر بل من أول شهر رمضان. وتنتهي الصّور هنا أيضاً إلى العدد المذكور. . . إذا عرفت هذا فنقول:

إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهراً معيناً واختلفا في مقدار الاجره وقد عدما بينه، فالمشهور على أن القول قول المستأجر بيمينه، سواء كان الإختلاف بعد الاستيفاء أو في أثائه أو في ابتدائه، بل عن (التذكره) (١) نسبه هذا القول إلى علمائنا.

وعن الشيخ في (المبسوط) (٢) القول بالتحالف، وقد تبعه عليه بعض المتأخرين كما في (الجواهر) و (المسالك) (٣).

ووجه ما ذهب إليه المشهور هو: أن المستأجر منكر للزائد الذي يدّعيه عليه الماجر، مع اتفاقهما على ثبوت ما يدّعي المستأجر، وإذ تحقق عنوان المدّعى على الماجر، والمنكر على المستأجر، دخلا في عموم الخبر (٤)، فإن حلف المستأجر كان القول قوله وسقطت دعوى الماجر، وإن نكل حكم للماجر، على قول، وردّت اليمين على الماجر، فإن حلف أخذ وإن نكل كذلك سقطت الدعوى، على قول آخر.

ووجه ما ذهب إليه الشيخ في (المبسوط) هو: إن المورد ليس من مصاديق المدّعى والمنكر، بل إن كلّاً منهما مدّع ومدّعى عليه، لأن ذاك يدّعى وقوع العقد

ص: ٧٠٠

١- ١) تذكره الفقهاء ٢: ٢٩٢ (حجري) .

٢- ٢) المبسوط في فقه الإماميه ٣: ٢٦٥ - ٢٦٦ .

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٥٧ . مسالك الأفهام ١٤: ١٠٤ . كفايه الاحكام ٢: ٧٣٤ . الدروس الشرعيه ٢: ١٠٧ .

٤- ٤) يعني قوله صلى الله عليه وآله وسلم: البيّنه على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه .

على المأه وينكر وقوعه على الخمسين، وهذا يدعى وقوعه على الخمسين وينكر وقوعه على المأه، والعقد المتشخص بالمأه غير العقد المتشخص بالخمسين، فقول كليهما موافق للأصل، فتجب اليمين على كليهما، فإذا تحالفا أو امتنعا عن اليمين انفسخ العقد، ورجع الموجر بأجره المثل (١) للمنفعة المستوفاه كلاً - إن كان الإختلاف بعد استيفاء المده - أو بعضاً إن كان فى أثناءها، وإلا، كما إذا كان فى ابتدائها، فلا شىء للموجر، وقيل: بل يحكم بتنصيف الزيادة، وإن حلف أحدهما وامتنع الآخر ثبتت دعواه وسقطت دعوى الآخر.

وكيف كان، فإن مختار الشيخ فى (المبسوط) هو التحالف، وقد ضَعَفَه فى (المسالك): « بأن العقد لا نزاع بينهما فيه ولا فى استحقاق العين الموجره للمستأجر، ولا فى استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر، وإنما النزاع فى القدر الزائد، فيرجع فيه إلى عموم الخبر.

ولو كان ما ذكره من التوجيه موجباً للتحالف لورد فى كلّ نزاع على حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضتك عشره فقال: لا بل خمس، فإن عقد القرض المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر، وكما لو قال: أبرأتنى من عشره من جمله الدين الذى على، فقال: بل من خمس، فإن الصيغه المشتمله على إسقاط احدهما غير الاخرى، وهكذا القول فى غيره. وهذا مما لا يقول به أحد.

والحق: إن التحالف إنما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر ويختلفان فى الزائد عنه، كما لو قال الموجر: آجرتك الدار شهراً بدينار، فقال: بل بثوب، أو قال:

ص: ٧٠١

١ - ١) معنى الرجوع إلى أجره المثل أنه إذا كانت أجره المثل أكثر مما يدعيه الموجر كان على المستأجر دفعه مع إقرار الموجر بالأقل، وإذا كان أقل مما يدعيه المستأجر لم يجب عليه دفع المقدار الذى يقوله مع أنه يقرّ بأكثر مما جعل أجره المثل، والإلتزام بذلك مشكل.

آجرتك هذه الدار بعشره، فقال: بل تلك الدار، ونحو ذلك، أما في المتنازع، فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح» (١).

قلت: ومثل الإبراء هو الأداء، فلو اختلفا في المقدار الذي أذاه المدين إلى الدائن زياده ونقيصه، كان النزاع في القدر الزائد، فيرجع فيه إلى عموم الخبر كذلك، فملاك الدخول تحت عموم الخبر المشار إليه هو أن يكون بين المتخاصمين اتفاق على قدر ثم يختلفان في الزائد عن ذلك المقدار، وأما إذا لم يكون اتفاق منهما على قدر فهناك التحالف.

لكن المتجه عند صاحب (الجواهر) هو النظر إلى مصب الدعوى، فإن كان النزاع في تشخيص العقد الذي هو سبب اشتغال الذمه، فهناك التحالف، إذ لا فرق في مشخصات العقد بين زياده الثمن ونقصانه وبين غير هذين الأمرين من مشخصات، وإن كان النزاع بينهما في طلب الزائد من أحدهما وإنكاره من الآخر، كان من قبيل المدعى والمنكر.

وبعبارة أخرى: تاره: يكون الاختلاف في كيفية وقوع العقد الموجب لاشتغال الذمه، وأخرى: يكون في المقدار الذي اشتغلت به الذمه، ففي الأول - كما لو قال الموجر قد وقع العقد على الماء، وقال المستأجر على الخمسين - التحالف، وفي الثاني كما لو قال الموجر: آجرتك الدار بماء، فقال المستأجر بل بخمسين - يكون الموجر مدعياً والمستأجر منكراً.

ثم إنه فرق بين النزاع في مال الإجاره والنزاع في القرض والإبراء ونحوهما، ففي القرض مثلاً: إن أقرض الماء فقد أقرض الخمسين التي في ضمن الماء، لأن

ص: ٧٠٢

قوله: أقرضتك المأه ينحلّ إلى الدنانير بعددها، بخلاف الإجاره فلا انحلال لصيغتها بعدد الدنانير المفروضه بدلاً للإيجار، نعم، ينحلّ بنحو آخر، فيكون معنى أجرتك الدار بمأه: أجرتك نصف الدار بخمسين وربعها بخمسه وعشرين ديناراً. . . وهكذا. . . كما أن التحالف يتصوّر في القرض لو اختلفا في كيفية وقوع صيغته، كما إذا قال أحدهما: وقع العقد على المأه، وقال الآخر على الخمسين، لكن نتيجة الاختلاف هو الاختلاف في المقدار.

فإن كان مورد النظر في الدعوى هو العقد، فالتداعى والتحالف، وإن كان مورد النظر هو المقدار الذى اشتغلت به الذمه، فالمدعى والمنكر، وبذلك يمكن عود النزاع لفظياً كما اعترف به صاحب (الجواهر) .

قلت: والأولى أن نجعل العرف هو المرجع في تشخيص الدّعوى، والظاهر كما ذكر في (الجواهر) في مسأله الاختلاف في قدر الثمن - بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك - إن نظر العرف في مورد الاختلاف من حيث الزيادة والنقيصه، سواء في مال الإجاره أو العين المستأجره، إلى الأثر المالى المترتب على النزاع، فهم يجعلون من يريد أخذ شىء من طرفه مدّعياً والآخر مدعى عليه، وليس نظرهم إلى كيفية صدور العقد ووقوعه، فيكون من قبيل المدعى والمنكر.

وبعبارة اخرى: إن أهل العرف يرجعون الدعاوى إلى المال وما يتعلّق به، فيجعلون من يريد جزّ المنفعه إلى نفسه مدّعياً، ومن يريد دفع الضرر عن نفسه منكرًا، وأما النزاع في كيفية وقوع العقد فهو نزاع علمى وليس للعرف فيه مجال.

ولعلّ ما ذكرنا هو وجه التأمل في تأييده كون كلّ منهما مدّعياً عند العرف الذى أمر به صاحب (الجواهر) ، وقد ذكرنا أنه رحمه الله قال بما ذكرنا في مسأله الاختلاف في الثمن لولا النص الخاص فيه.

وعن الشيخ في المسأله قولان آخران:

أحدهما: ما عن موضع من (الخلاف) وهو القول بالقرعه مع اليمين (١)، قال في (الجواهر) : ولعله لإشكال الحال عليه في أنه من التداعى أو من المدعى والمنكر، لكن قد عرفت أن المرجع هو العرف والأمر عند أهل العرف فيه واضح. قال: ولم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا معاً بعدها، فهل تقسم الزيادة بينهما أو يوقف الحكم؟ (٢)

وجه الأول هو: أن ذلك مقتضى الحكم بالعدل، كما ذكرنا سابقاً في مسأله العين التي وقع النزاع عليها وليس لأحدهما يد.

لكن فيه: إن مورد نصوص التنصيف هو العين كما عرفت هناك، ولا وجه لإسراء الحكم من العين إلى الدين، وكونه مقتضى الحكم بالعدل محلّ تأمل.

وأما توقيف الحكم، فإن كان النزاع في ابتداء المدّ فلا بأس، وتكون النتيجة انفساخ العقد، وأما مع استيفاء المده بعضاً أو كلاً، فلا يمكن القول به، كما هو واضح.

قال في (الجواهر) : وقد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقلّ الأمرين، من أجره المثل المفروض كونها أقلّ مما يدّعه الموجر، ومن المسمّى الذى يدّعه المستأجر على الثانى (٣).

قلت: هذا غير واضح، لأنه قد يكون المسمّى الذى يدّعه المستأجر أكثر من أجره المثل، فلا بدّ من أن يؤخذ بمقتضى إقراره.

ص: ٧٠٤

١- ١) كتاب الخلاف ٦: ٣٣٧ المسأله ١٠.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٥٩.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٥٩.

قال: ويحتمل القرعه بلا يمين (١).

أقول: وجهه ما عرفت من إشكال الحال، وأما عدم اشتراط اليمين فلخَلو بعض أخبار القرعه عنه، لكن قد عرفت أنه لا إشكال في المقام بعد الرجوع إلى العرف.

والثاني: ما عن موضع من (المبسوط)، حيث فرّق بين وقوع النزاع قبل انقضاء المدّة وبعده، وحكم بالتحالف في الأول وتردّد في الثاني بين القرعه وبين تقديم قول المستأجر (٢).

قلت: ولعلّ منشأ التردّد في الصورة الثانية بين القرعه التي قال بها في (الخلايف) والتي قد عرفت وجهها، وبين تقديم قول المستأجر: هو ما ذكرناه من نظر العرف، لكن قد عرفت أنه مع ملاحظه نظر العرف لا يبقى إشكال في تقديم قول المستأجر مطلقاً.

ومما ذكرناه يظهر الحكم في كلّ اختلاف يرجع إلى الزيادة والنقيصه وتحقق فيه نظر أهل العرف. . . هذا كلّه فيما إذا عدما البيئه.

حكم الاختلاف في الاجره مع البيئه

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهراً معيّناً واختلفا في الاجره، وأقام كلّ منهما بيئه بما قدره، فإن تقدم تأريخ احدهما عمل به، لأن الثاني يكون باطلاً، وإن كان التاريخ واحداً تحقق التعارض، إذ لا يمكن في

ص: ٧٠٥

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٥٩.

٢-٢) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٦٤.

الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، وحينئذ، يقرع بينهما ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه.

هذا اختيار شيخنا في المبسوط.

وقال آخر: يقضى بينه الموجر، لأن القول قول المستأجر لو لم تكن بينه، إذ هو يخالف على ما في ذمّه المستأجر، فيكون القول قوله، ومن كان القول قوله (١) كانت اليينه في طرف المدعى، وحينئذ نقول: هو مدّع زياده وقد أقام اليينه عليها فيجب أن تثبت.

وفى القولين تردّد» (٢).

أقول: إذا كان لكل واحد من الموجر والمستأجر بينه بما يدّعيه، فتاره: يتقدم تاريخ احدى البيتين للعقد، واخرى: يكون التاريخ واحداً.

فإن كان الأول، كأن قالت احدهما: قد وقع العقد في شهر رمضان، وقالت الاخرى: قد وقع في شهر شوال، عمل بالمتقدم وبطل المتأخر، لأنه يكون عقداً على معقود عليه من المتعاقدين كما كان، وهو باطل . . .

وإن كان الثانى - وهو اتّحاد تاريخهما - أو كانت البيتان مطلقتين، أو كانت احدهما مطلقه والاخرى مؤرخه، وليس فى احدهما مرجح من المرجحات المذكوره سابقاً، تحقق التعارض بين القولين، إذ لا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، وفى هذه الصّوره قولان.

فالأوّل: هو القول بالقرعه مع اليمين، وهو للشيخ فى (المبسوط) ، فمن خرج

ص: ٧٠٦

١- ١) فى متن المسالك: « ومن كان القول قوله مع عدم اليينه كانت . . . » .

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٣ .

اسمه يحكم له مع يمينه، سواء كان الموجر أو المستأجر، للنصوص الصريحة الدالة على ذلك (١)، فإن نكل الذي خرج اسمه عن اليمين أحلف الآخر، فإن حلف حكم له، وإن نكل فالوجه المتقدمه من التنصيف أو وجوب دفع أقل الأمرين أو توقيف الحكم، مع ما عرفت من الكلام فيها.

والثاني: هو القضاء بينه المؤجر، وهو لابن إدريس (٢) وأكثر المتأخرين، لما تقدّم من أن قول المستأجر يتقدم في حال عدم البيئه، وحيث أن البيئه موجوده فإنها تسمع من الطرف الآخر وهو الموجر، والموجر يدعى أنه قد آجر الدار بمأه وقد أقام البيئه بها، فيجب أن تثبت الخمسين الزائده، بناءً على حججه بينه الخارج

ص: ٧٠٧

١ - ١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصرى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان على عليه السلام إذا أتاه رجلان [يختصمان] بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين. ثم يجعل الحق للذى تصير عليه اليمين إذا حلف. وعن داود بن سرحان عن أبي عبد الله فى شاهدين شهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا عليه [شهد الأولان] واختلفوا قال: يقرع بينهم فأيتهم قرع عليه اليمين وهو أولى بالقضاء. وعن زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال قلت له: رجل شهد له رجلان بأن له عند رجل خمسين درهماً، وجاء آخران فشهدا بأن له عنده مائه درهم كلهم شهدوا فى موقف. قال: أقرع بينهم ثم استحلف الذين أصابهم القرع بالله أنهم يحلفون بالحق. وعن داود بن أبي يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام فى رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأه امرأه فلان، وجاء آخران فشهدوا أنها امرأه فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا. فقال: يقرع بينهم فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولى بها. وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٢ / الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم / ح ٨. هذا، وللشيخ هنا فرع آخر هذا نصه: « ويفارق الألف والألفين، لأن من شهد بألف لا يعارض من شهد بألفين لجواز الصدق فيهما، فلهذا لم يقع التعارض، فأثبتنا الألف بأربعة والألف الزائد بشاهدين، وليس كذلك ههنا، لأن العقد على البيت مرتين شهراً واحداً محال، فلهذا تعارضتا. . » المبسوط ٨ / ٢٦٤.

٢ - ٢) السرائر ٢: ٤٦٤.

دون الداخل، كما هو المختار.

وأما بناءً على حججه بينه الداخل والخارج معاً، فإنهما تتعارضان وتتساقطان، فتعود الصورة كما لو عدماها.

حكم الاختلاف في العين المستأجرة ولا بينه

قال المحقق قدس سرّه: «ولو ادعى استئجار دار فقال الموجر: بل آجرتك بيتاً منها، قال الشيخ: يقرع بينهما، وقيل: القول قول الموجر، والأول أشبه، لأن كل واحد منهما مدّع» (١).

أقول: هذه صورة الإختلاف في العين المستأجرة، فتاره: يختلفان في ذاتها كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار فيقول المستأجر: بل تلك، فلا إشكال في أن كلاهما مدّع، والحكم فيه التحالف، وأخرى: يختلفان فيها زياده ونقيصه، كأن يدعى المستأجر استئجار الدار كلها فيقول الموجر: بل آجرتك بيتاً منها، ففي هذه الصورة قولان أو ثلاثه، فعن الشيخ قدس سرّه: يقرع بينهما نحو ما تقدم في المسألة السابقة، أو يتحالفان على قوله الآخر، لكن المختار هو أن الموجر هو المنكر، لأن قوله موافق للأصل، فعليه اليمين، فإن حلف ثبت قوله وإلا جاء فيه التفصيل المتقدم.

أما المحقق قدس سرّه، فقد اختار هنا القول الأول وهو القرع، مع تردده في المسألة السابقة قال: «لأن كل واحد منهما مدّع».

لكن تعليقه يقتضى التحالف لا القرع.

ص: ٧٠٨

هذا كله مع عدم وجود البيئه للمستأجر المدعى، فإن كان واجداً لها وأقامها حكم له. قال المحقق قدس سره: «ولو أقام كلّ منهما بيئه تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ» (١) أو إطلاقها أو إطلاقهما أو إطلاق احدهما، وإذا تحقق التعارض بينهما بالتساوى عدداً وعداله والتأريخ واحد، تساقط وكان المرجع القرعه، هذا بناء على حجيه بيئه الداخل كالخارج، وأما بناءً على المختار من عدم حجيه بيئه الداخل، فإن بيئه المستأجر هي المسموعه، ويحكم له على طبقها كما لو عدم الموجر البيئه.

وفى (كشف اللثام): (ويحكم بالقرعه مع اليمين، فإن نكلا فالظاهر أن البيت لما اتفقا على إجارته فهو فى إجارته إلى أن تمضى المدّه ويقتسمان الباقي نصفين ويسقط من الاجره بالنسبه، وكذا مع الاختلاف فى الزمان. . .» (٢).

قلت: إن أراد كاشف اللثام تقسيم الباقي إلى نصفين مع دفع المستأجر نصف مال الإجاره، ففيه: إن كلاً من الموجر والمستأجر يدعى كون الباقي كله له، لأن المستأجر يدعى أنه قد أعطى الماء مثلاً فى مقابل الدار كلها، والموجر يدعى أنه قد أجر البيت فقط بماء، فيقرّ 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 به فى (الجواهر)

ص: ٧٠٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٢٢٤.

بقوله: « إن المتجه في الأول ثبوت الاجره مع قسمه ما فيه النزاع بالنصف، نعم، يتجه أجره المثل في الأخير، لوقوع التصرف فيه بلا- أجره، ويمكن القول هنا بالقرعه بلا- يمين، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض، كما سمعته في المسأله الثانيه، بل لعله هنا أولى» (١).

وفي (الدروس): « فإن اتحد التاريخ أعملتا أو سقطتا أو أفرع مع اليمين» (٢).

والظاهر أن مراده من « اعملتا» أنا إن قلنا بحجيه بينه الخارج فقط، كانت بينه المستأجر هي الحججه ولا تسمع بينه الموجر لأنه الداخل، وإن قلنا بحجيه بينه الداخل سمعت بينه الموجر، وإن قلنا بحجيه كليهما فقد « سقطتا» بالتعارض فتعود كما لو عدماها، ويأتي فيها الوجوه المذكوره هناك، ويحتمل وجه آخر وهو القرعه مع اليمين.

هذا كله مع اتحاد تاريخ البيتين...

قال المحقق: « ومع التفاوت يحكم للأقدم، لكن إن كان الأقدم بينه البيت، حكم بإجاره البيت بأجرته وبإجاره بقيه الدار بالنسبه من الاجره» (٣).

أقول: إنه مع التفاوت في التاريخ، فإن كان المتقدم تأريخ بينه الدار كلها بطلت إجاره البيت لما تقدم سابقاً، وإن كان المتقدم تاريخ بينه البيت، حكم بإجاره البيت بالاجره المسماة وبإجاره بقيه الدار بالنسبه من الاجره، لبطان ما قابل البيت المفروض تقدم إجارته من تلك الدار وصحه البقيه، فلو كان مال الإجاره المتفق عليه مأه دينار، غير أن المستأجر يدعى أن الماء أجره كل الدار والموجر يدعى إنها

ص: ٧١٠

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٦٢.

٢-٢) الدروس الشرعيه ٢: ١٠٦.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

أجره البيت فقط المفروض كونه مساوياً لنصف أجره الدار، وكان المتقدم تاريخ بيّنه البيت، يثبت على المستأجر مائة وخمسون ديناراً، المأه أجره البيت بيّنه الموجر، والخمسون في مقابل بقيه الدار بيّنه المستأجر.

قال في (الجواهر): ولا- ينافى ذلك خروجه عن دعواها التي هي وقوع عقد واحد منهما، وكون العوض فيه عشرة، وإنما الإختلاف فيما تضمّنه في مقابله العشره الدار أو البيت، لأن الثابت في الشرع حجّيه بيّنتهما لا دعواهما، وقد اقتضتا ما عرفت، فينبغي العمل به، لاحتمال كونه الواقع وإن خرج عن دعواهما معاً، كما سمعته في تنصيف العين التي ادّعى كلّ منهما أنها له وهي في أيديهما، وتسمعه في غيره، بل قد يقال بوجوب العمل بكلّ منهما وإن علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد في أعمالهما عن الواقع فضلاً عن دعواهما مع احتمالهما الواقع (١).

حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار وهي في يد البائع

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعى كلّ منهما أنه اشترى داراً معينه وأقبض الثمن وهي في يد البائع، قضى بالقرعه مع تساوى البيتين عداله وعدداً وتاريخاً، وحكم لمن يخرج اسمه مع يمينه» (٢).

أقول: إذا ادّعى كلّ منهما شراء دار معينه من مالها وإيفاء الثمن وهي بعد في يد البائع، فإن كانا واجدين للبيّنه فتاره: يتقدم تاريخ احدى البيّتين، وحينئذ يحكم لصاحبها ويدفع الثمن للآخر، قال كاشف اللثام: « وإن أمكن أن يكون باعها

ص: ٧١١

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٦٣.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

من الأول ثم اشتراها ثم باعها من الثاني، لحصول الجمع بين البيئتين ببيعها من الثاني وإن لم يشترها لجواز بيع ملك الغير، لكن إذا لم يجزه انفسخ واستقر عليه الثمن» وأخرى: يتفقان تأريخاً، فإن كان في احدهما شيء من المرجحات فهو، وإن تساوتا عداله وعدداً، أُقرع بينهما وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه، فإن نكل أُحلف الآخر، فإن نكل كذلك قسّمت الدار بينهما، ورجع كل منهما بنصف الثمن.

وإن عدما البيئه فهنا صور:

الأولى: أن يكذب المدعى عليه - وهو صاحب الدار - كليهما، وحينئذ، يحلف لكل منهما ويندفعان عنه، فإن نكل فالقولان السابقان من الحكم بالنكول أو الرد ثم الحلف والحكم.

الثانية: أن يصدق أحدهما ويكذب الآخر، فأما الذي صدقه فتسلم إليه الدار، وأما الذي كذبه فيحلف له على الإنكار، وإن نكل فالقولان، وحيث يحكم للمدعى يلزم صاحب الدار بدفع قيمه الدار إليه، كما هو الحكم فيما إذا صدق الثاني أيضاً بعد تصديق الأول وتسليم الدار إليه.

وهل أن تصديق المدعى الأول المستتبع لدفع الدار إليه إتلاف لمال المدعى الثاني؟ إن كان الإقرار قبل القبض تلفاً، فإنه يكون في مال البائع، إذ كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع، وحينئذ، لا يجب عليه الحلف للمدعى الثاني، بل بنفس التلف ينفسخ العقد، لكن الإشكال في كون ذلك مصداقاً للتلف، من جهة أن البائع ينكر أصل البيع للثاني، فكيف يكون إقراره للأول إتلافاً؟

وأما ما في (الجواهر) « وحلف للآخر (1) إن لم نقل إن الإقرار بها قبل القبض

ص: ٧١٢

١- ١) في الجواهر المطبوع: « وإن لم نقل» لكن الواو زائده. كذا أفاد السيد الاستاذ دام ظله.

بمنزله التلف لآفه سماويه. . . نعم، لو قلنا إن الإقرار قبل القبض إتلاف كآلآفه السماويه، لم يتوجه له اليمين حينئذ، وإن كان هو كما ترى» .

ففيه: إن كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع، يشمل إتلاف البائع نفسه، بل يكون حينئذ من مال البائع بالأولويه.

وكيف كان، فعلى القول بعدم انفساخ العقد الثانى، توجهت اليمين، وأما على القول بشمول « كل مبيع. . . » لإتلاف البائع، فالإنفساخ متحقق.

لكن الصحيح هو توجه اليمين على البائع فى محل الكلام، لما ذكرنا من عدم صدق الإتلاف بالإقرار مع إنكار أصل البيع.

الثالثه: أن يصدق كليهما معاً، فالحكم حينئذ هو تنصيف الدار مع يمينهما، إذ تكون كالعين الخارجيه التى وقع النزاع عليها وهى فى يد المتنازعين، لأنه مع إقرار البائع لهما تكون يده بمنزله يديهما، ثم إن صدقهما فى أخذ الثمن منهما استرجع لكل واحد نصف ما دفع إليه.

الرابعه: أن يصدق كل واحد فى النصف، فيحكم بالنصف لكل منهما مع حلفه له عى إنكار النصف الآخر، فإن كان مقراً بأخذ كل الثمن من كل واحد، وجب إرجاع النصف، وإلا أحلف على إنكار أخذ الكل، فإن نكل وحلف المدعى أخذ منه.

الخامسه: أن يقول: لا أعلم لمن هى منكما، فيكون إقراراً بأنها ليست له، وحينئذ، تكون كالعين التى تنازع عليها اثنان مثلاً وليس لأحدهما عليها يد، وفيها أقوال:

أحدها: الحكم بالتنصيف، والثانى: القرعه مع اليمين، والثالث: القرعه بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفا معاً.

وهل يقبل قول البائع لأحدهما؟

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا يقبل قول البائع لأحدهما ويلزمه إعادة الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن، فتزدحم البيئتان فيه» (١).

أقول: وحيث تساوت البيئتان وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه، فهل يقبل قول البائع لأحدهما؟ الظاهر: لا، إن كان بعد الحكم، لأنه حينئذ تزول يده وترتفع فلا اعتبار لإقراره.

لكن في (كشف اللثام): « ويحتمل القبول، فيكون المقرّ له ذا اليد، فتقدم بيئته أو بينه الآخر على الخلاف» (٢).

وفيه - كما في (الجواهر) - إن جزم المحقق قدّس سرّه وغيره بعدم قبول قول البائع مبنى على أن ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعه وبعد انتزاع الدار من البائع بالبيئتين، فإنهما وإن اختلفتا في تعيين المالك، لكنهما متوافقتان على تحقق البيع لأحدهما وخروج الدار به عن ملك البائع، فلا وجه للاحتمال المزبور.

وعلى كلّ حال، يلزم البائع إعادة الثمن على المدعى الآخر الذي لم تكن له الدار، لأن قبض البائع الثمنين من المدعين ممكن، فتزدحم - أي تجتمع - البيئتان فيه، كما اجتمعتا في خروج الدار عن ملك البائع، بخلاف عقد البيع حيث قامت كلّ واحدة منهما على وقوعه مع كلّ واحد منهما دون الآخر.

ولو نكل من خرج اسمه بالقرعه حلف الآخر، كما تقدم.

ص: ٧١٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٢١٨.

قال المحقق: « ولو نكلا عن اليمين، قسّمت بينهما ويرجع كلّ منهما بنصف الثمن » (١).

أى: ولو نكل من أخرجته القرعة والطرف الآخر عن اليمين، قسّمت الدار بينهما على النصف، لما تقدم من أنه الحكم بالعدل، وعلى البائع إرجاع نصف كلّ من الثمنين إلى كلّ من المدعيين، وليس له إنكار الأخذ لإثبات البيتين ذلك.

وقال كاشف اللثام: « إلا إذا اعترفا أو اعترف أحدهما أو شهدت بيئتهما أو احدهما بقبض المبيع، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهادته بينه لم يكن له الرجوع عليه بشيء من الثمن، لثبوت استحقاقه له بالإقرار أو بالبينه، غايه الأمر إنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك » (٢).

وقد سبقه إلى ذلك الشهيد الثاني في (المسالك) ، فإنه قال في المسألة الآتية: « وحيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير قسمه فذلك إذا لم تتعرض البينه لقبض المبيع ولا اعترف به المدعى، وإلا فإذا جرى القبض استقرّ العقد وما يحدث بعده فليس على البائع عهده » (٣).

وسبقهما إليه العلامة في (التحرير) (٤).

واعترضه في (الجواهر) بقوله: « وفيه: إن الإعراف بالقبض أو ثبوته بالبينه لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه، كما هو

ص: ٧١٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

٢-٢ (٢) كشف اللثام ١٠: ٢١٨.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ١١١ - ١١٢.

٤-٤ (٤) حيث قال: « ولو نكلا قسمت العين بينهما وليس لأحدهما الرجوع على بائعه بشيء إن كانا قد اعترفا بقبض السلعه من البائع لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع » تحرير الأحكام ٥: ٢٠١/٦٥٥٧.

واضح، اللهم إلا أن يقال: إن عدم الرجوع بعد القبض لتركهما اليمين باختيارهما، ولكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل، بل لا يتم فيما سمعته من كشف اللثام أخيراً، على أن ترك اليمين إن كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده» (١).

أقول: والأقرب هو الأول، فلو اشترى مالاً من بائعه وقبضه وأقبض الثمن ثم تركه أمانه عند البائع، فأقام رجل البيئه لدى الحاكم على أنه قد اشترى المال منه وحكم الحاكم بدفع المال إليه، لم يكن للمشتري الأول مطالبه البائع بالمال ولا بالثمن، لأنه مال قد تلف بعد القبض فهو من مالكة لا من مال البائع. نعم، لو كانت العين باقية عند البائع من دون إذن المشتري فهو لها ضامن، لكن بدليل: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وهذا بحث آخر.

وقول صاحب (الجواهر): «إن الإقرار... لا ينافي الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبيئه».

فيه: إنه خروج عن فرض القوم، وهو الإعتماد على إقرار المشتري، ولم ينكشف خلاف.

وقوله: «على أن ترك اليمين إن كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده».

فيه: إن كون التلف قبل القبض من البائع وبعده من المشتري أمر لا ريب فيه، لكن كونه من مال البائع قبل القبض مشروط بعدم كون التلف حينئذ مستنداً إلى المشتري وإلا فيكون في ماله... إلا أن في صدق «الإتلاف» على النكول عن «اليمين» تأملاً.

ص: ٧١٤

قال المحقق قدس سره: « وهل لهما أن يفسخا؟ الأقرب: نعم، لتبعض المبيع قبل قبضه» (١).

أقول: وكيف كان، فهل لهما مع تقسيم الدار بينهما أن يفسخا البيع الذى ثبت لكلّ منهما بالبينه؟ قال المحقق: « نعم، لتبعض المبيع قبل قبضه» .

ووجه العدم: إن التبعض جاء من قبلهما.

قلت: لكن ليس المورد من تبعض الصفقة، لأن ذلك يكون فى العقد لا- القبض، فإذا وقع العقد على شيئين بصورة الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكاً للبائع، فيبطل العقد بالنسبة إليه، ويجوز للمشتري أن يفسخ المعاملة بالنسبة إلى الآخر، وهذا معنى تبعض الصفقة.

وأما إذا كان العقد صحيحاً بالنسبة إلى كلا الجزئين، فسلم أحدهما دون الآخر فلا خيار، بل يلزم البائع بتسليم الآخر.

وهنا تكون إحدى المعاملتين باطلة فى الواقع، لأن الذى وقع له البيع يملك الكلّ، ومن لم يقع له فلا شىء له، غير أنه لما كان الواقع مجهولاً وقد حكم الحاكم بالبينه بالتنصيف، يكون لكلّ نصف، فيكون نظير درهم الودعى...

فالأصحّ هو العدم، وبناء على الفسخ، فلو فسخا كانت العين للبائع ورجع كلّ واحد منهما عليه بالثمن كلّه.

ص: ٧١٧

قال المحقق: « ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع، لعدم المزاحم، وفي لزوم ذلك عليه تردد، أقربه اللزوم » (١).

أقول: ولو فسخ أحدهما فهنا فرعان.

الأول: إنه لو فسخ أحدهما، فهل للآخر أخذ جميع الدار أم لا؟ فيه قولان، ذهب المحقق قدس سرّه إلى الأول، واستدل له بقوله « لعدم المزاحم » أي: لأنه كان يدعى شراء جميع الدار من البائع وقد أقام البينه على ذلك، لكن عارضه دعوى الآخر وبينته، وحيث فسخ ذاك ما كان يدعيه من العقد، فقد بقي هذا بلا مزاحم، فكان له أخذ الجميع الذي كان يدعيه.

وقد حكى الثانى عن الشيخ قدس سرّه، ووجهه هو: أن الحاكم قد قضى له بنصف الدار دون النصف الآخر، فلا يعود إليه.

وفيه: إن مقتضى البينه 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) إلى الشيخ القول بالفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى حيث قال: (ولو فسخ أحدهما فلآخر الجميع، وفيه أوجه ثالثها - وهو مختار الشيخ فى المبسوط - : الفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى، لأن القضاء للأول بالنصف إذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه

ص: ٧١٨

بأخذ الجميع، ونعني بالأول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى بخلاف ما إذا فسخ المفاتيح فإن الثانى يأخذ الجميع قطعاً، لايجاب بينته الجميع يراجع ما لم ينازع.

والأقرب أن لكلّ منهما الأخذ» (١).

وقد ضَعَفَ صاحب (الجواهر) قَدَسَ سرّه هذا التفصيل كذلك. ثم قال: « تَوَهَّم أن مقتضى الفسخ الرجوع إلى البائع لا إليه بمقتضى الحكم الظاهرى، مدفوع بأن التنصيف قد كان جمعاً بين البينتين، ومع فرض الفسخ استقلت بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض، بل المتجه صيروره ذلك له قهراً عليه لأنه مقتضى دعواه وبينته» (٢).

الفرع الثانى: إنه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب؟ وجهان، من وجود المقتضى وعدم المانع كما عرفت مع انتفاء المقتضى للخيار وهو تبعض الصفقه، ومن استصحاب الخيار الثابت له قبل الفسخ، ومن هنا تردّد المحقق قَدَسَ سرّه، لكن قال: « أقرب به اللزوم». واستدلّ له صاحب (الجواهر) بالأصل - وهو أصاله اللزوم فى العقود - وبغيره من الأدله القائمه على لزوم العقد، وكلّ ذلك يتقدم على الاستصحاب إن تم فى المقام.

هذا، ولكن الصحيح عدم جواز أخذ الجميع، لا لما ذكره الشيخ قَدَسَ سرّه بل لأن النصف الثانى يصير بعد الفسخ إلى ملك البائع، لا أنه يعود إلى ملكه كما كان حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض،

ص: ٧١٩

١-١) الدروس الشرعيه ٢: ١٠٥.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٦٦.

بل هو ملك جديد يصير إلى البائع بالفسخ فليس للآخر أخذ هذا النصف. وما ذكرنا نظير ما إذا باع أحد الشريكين نصفه الواقع إليه بحكم الحاكم إلى البائع، فإنه ملك جديد للبائع بسبب جديد، فلا يجوز للآخر أن يدعى عليه هذا النصف أيضاً.

فإن قيل: تحقق الملك الجديد للبائع بسبب البيع واضح، وليس الفسخ كذلك، بل أثره في محلّ الكلام كون المعاملة بالنسبه إلى هذا النصف الذى وقع الفسخ فيه كالعدم، فلخر المطالبه به بمقتضى بينته.

قلت: لا إشكال - بل الظاهر أنه لا خلاف - فى أنه يتحقق الملك للبائع بالفسخ من حينه، ولذا يكون النماء الحاصل بين العقد والفسخ للمشتري، فيكون الشيء ملكه له مره اخرى بعد بيعه إياه.

ومن هنا وقع الكلام فى تأثير إجازة المالك لبيع الفضولى إن كان مالكاً للمال حين الإجازة لا حين العقد، والصحيح عدم كفايه هذا التملك فى إنفاذ البيع بالإجازة.

على أن الفسخ من آثار التعارض، فكيف يكون نافياً للتعارض؟

والحاصل: إنه ليس للآخر أخذ الجميع، لأن المزاحمه قد ارتفعت بالفسخ من حينه، والتي كانت من حين العقد لم ترتفع بهذا الفسخ.

هذا كله إذا كانت العين فى يد البائع.

ولو كانت فى يد أحدهما فتاره: لا بينه، وحينئذ يقضى بها له وعليه اليمين للآخر، وأخرى: يقيمان البينه، وحينئذ يحكم للخارج على رأى وللداخل على آخر، وقد تقدّم.

قال المحقق قدس سرّه: « ولو ادعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كل منهما هذا المبيع وأقام كل منهما بينه، فإن اعترف لأحدهما قضي عليه بالثمن، وكذا إن اعترف لهما قضي عليه بالثمنين، وإن أنكر وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قضي بالثمنين جميعاً لمكان الاحتمال» (١).

أقول: هذه المسألة عكس المسألة السابقة، فلو ادعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كل منهما مبيعاً معيناً، فإن اعترف المشتري بالشراء لأحدهما قضي عليه بالثمن، وإن اعترف به لكل منهما قضي عليه بالثمنين، لأن « إقرار العقلاء على أنفسهم حجة » وشراؤه 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.

وإن لم يعترف مطلقاً وأقام كل واحد منهما بينه فأنكرهما فتاراه: يختلف تاريخ البيتين أو تكونان مطلقتين، وأخرى: يكون التاريخ واحداً، فإن اختلف أو كانتا مطلقتين قضي عليه بالثمنين، لما تقدم من إمكان شرائه العين من أحدهما ثم بيعه من الآخر - أو من رابع فباعه من الآخر - ثم شرائه منه، ومهما أمكن الجمع بين البيتين وجب.

بخلاف المسألة السابقة، لما قيل من أن الشراء لا يجوز لملك نفسه والبيع يجوز لملك غيره ولو فضولاً.

ص: ٧٢١

وفيه: كما فى (الجواهر) إن الاحتمال فى الشراء لمال نفسه فضولاً- عن الغير ممكن أيضاً، كأن يشتري العين من أحدهما ثم يوكل زيداً فى بيعه من الغير، ثم اشترى فضولاً من الغير.

هذا، مع أنه لا أثر لهذا الشراء عن الغير، لأن المفروض عدم أخذه شيئاً عن الغير.

فالأولى فى وجه الفرق ما ذكره فى (الجواهر) من أنه اتحاد المدعى به فى المسألة السابقه، وهو شراء المبيع من مالكه، إلا أنه لم يعلم السابق منهما ليكون شراء اللاحق فى غير محله، بخلاف هذه المسألة، فإن المدعى به استحقاق الثمن الذى ثبت بثبوت سببه، فمع فرض قيام البينه به فى وقتين مثلاً وجب المسبب حتى لو كان المدعى واحداً.

وبعبارة اخرى: العين الواحده لا- يمكن أن تكون بجميعها لاثنين، هذا فى تلك المسألة، أما فى المقام، فالمدعى به هو الثمنان من جهة تعدد العقد وإن كانت العين واحد، فإذا تكرر العقد تكرر الثمن، لإمكان الشراء ثم البيع والشراء كما عرفت، أما المبيع فلا يتكرر بتكرر البيع، فظهر إمكان الجمع بين البيئتين هنا وعدم إمكانه هناك.

نعم، لو كان الثمن شيئاً معيناً خاصاً، وكلُّ منهما قد ادّعا بسبب كونه البائع لثمنه، وأقام كل واحد بينه، تحقق التعارض ولو مع إطلاق البيئتين.

هذا، وفى (المسالك): ويحتمل كونهما حينئذ كالمؤرختين بتاريخ واحد، لأنهما ربما شهدتا على البيع فى وقت واحد، والأصل براءة ذمه المشتري، فلا يؤخذ إلا باليقين (1).

ص: ٧٢٢

(١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١١٠.

قال في (الجواهر): ولعله لذا كان المحكى عن ظاهر الشيخ التردد.

لكن فيه - كما في (الجواهر) - أن البينه ظاهره في تعدد البيع، والأصل تعدد المسبب بتعدد سببه (١).

قال المحقق: « ولو كان التاريخ واحداً تحقق التعارض، إذ لا يكون الملك الواحد لاثنين، ولا يمكن إيقاع عقدين في الزمان الواحد، فيقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف وقضى له » (٢).

أقول: ودليل القرعه ما تقدم ذكره سابقاً من النص والفتوى على أن الرجوع إلى القرعه هو حكم البيتين المتعارضتين بعد فقد الترجيح بينهما بأحد المرجحات المذكوره هناك، فمن خرج اسمه أحلف وقضى له بالثمن الذي شهدت به البينه، فإن امتنع أحلف الآخر وقضى له كذلك.

قال: « ولو امتنعا من اليمين قسّم الثمن بينهما » (٣).

أى: لو امتنع من خرج اسمه بالقرعه فردّت على الآخر فامتنع كذلك، قسّم الثمن بينهما إن كان قابلاً للتقسيم، وإلا فلكل واحد من المدعيين نصف ما ادّعاه من الثمن.

وقد تقدم في نظير المسألة احتمالات أخرى.

حكم ما لو ادّعى شراء المبيع من زيد وادّعى آخر شراءه من عمرو

إشاره

قال المحقق قدس سرّه: « ولو ادّعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن،

ص: ٧٢٣

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٦٨.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

وَأدعى آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن، وأقاما بينتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ، فالتعارض متحقق» (١).

أقول: في هذه المسألة لو صدق البائعان المشترين أو صدق أحدهما من يدعى الشراء منه، وجب على المصدق تسليم العين أو إرجاع الثمن الذي أخذه.

ومع عدم التصديق، فلو أقاما بينتين، فإن كانت احدهما أرجح أو كان تاريخها أقدم من الاخرى حكم لصاحبها، دون الآخر، فإن كانتا بينتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ فالتعارض متحقق.

« فحينئذ يقضى بالقرعه ويحلّف من خرج اسمه ويقضى له » بالعين ويرجع المشتري الآخر على بائعه بالثمن.

فإن نكل من خرج اسمه أحلف الآخر « ولو نكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما » على السويه، وقد عرفت وجود احتمالين آخرين وهما: القسمة بلا قرعه، والتساقط للبينتين والتنصيف كذلك.

هذا إذا كانت العين في يد البائعين.

ولو كانت العين بيد المشترين، فكل واحد منهما يد على النصف، فتكون بينه كلّ بالنسبه إلى النصف الذي بيده بينه الداخل وبالنسبه إلى النصف الآخر بينه الخارج، وكيف كان، فالحكم هو التنصيف.

ولو كانت بيد أحدهما بنى على تقديم بينه الداخل أو الخارج، وحيث يقضى لأحدهما يرجع الآخر بالثمن، كما يبتنى الحكم على ما ذكر فيما لو صدق أحد البائعين مشتريه، فإنه يوجب كونه زايد، ومع تصديق كليهما يكون كلّ واحد منهما زايد، والحكم حينئذ هو التنصيف كما لو عدما معاً البيئه.

ص: ٧٢٤

وحيث يحكم بالتنصيف، يرجع كل واحد بنصف الثمن كما قال المحقق قدس سره:

« ورجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن » (١).

وهل لهما الفسخ؟

ثم قال: « ولهما الفسخ والرجوع بالثمنين » (٢).

أقول: وجه الفسخ هو دعوى تبعض الصفقة، وقد عرفت ما فيها، وبناءً على ما ذكرنا سابقاً، يكون النصف الآخر كالتالف وهو من مال بائعه، وللمشتري المطالبة بنصف الثمن.

وقد جَوَّز كاشف اللثام (٣) الفسخ بشرط عدم الإعتراف بكون التلف بعد القبض. وقد ذكرنا أنه إن كان التلف بعد القبض موجباً للتبعض، بأن تكون البيه كاشفه عن كون العين مستحقة الغير حين العقد كما يقول صاحب (الجواهر)، كان له الفسخ والرجوع، لكن قد عرفت أن ذلك غير تام.

والحاصل: إنه لا يجوز الفسخ، وبناءً على جوازه لم يجرز للآخر أخذ الجميع كما نص عليه المحقق حيث قال: « ولو فسخ أحدهما جاز ولم يكن للآخر أخذ الجميع، لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه » (٤) لأن المفروض كون النصف الآخر للبائع الثاني.

وحيث يعترف المشتري بكون التلف بعد القبض، لم يكن له خيار الفسخ، لأن المال له والتلف في ماله. نعم، له الفسخ بناءً على كونه من تبعض الصفقة.

ص: ٧٢٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

١-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٢٢٠.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

هذا، وفي (الجواهر) : إنه قد يتوهم من اقتصار المصنف في التعارض على الصورة المزبوره عدمه في غيرها، مع أن الظاهر تحقق ذلك أيضاً في صورته الإطلاق، إذ هي كغيرها من صور الإطلاقات السابقه، بل وكذا لو أطلقت احدهما وأرخت الأخرى، بناءً على عدم الحكم بتأخر مجهول التاريخ عن معلومه، كما حرّر في محلّه (1).

نعم، لو كانا مؤرخين بتاريخين مختلفين، ففيه البحث السابق في تقديم الملك السابق وعدمه.

أقول: قد عرفت في المسأله السابقه قول المحقق قدّس سرّه بالقضاء بالثمنين جميعاً في صورته اختلاف البيئتين في التاريخ أو إطلاقهما قال: « لمكان الاحتمال وإمكان الجمع بين البيئتين » وقد وافقه صاحب (الجواهر) قدّس سرّه، وأشكل على (المسالك) القائل بالتعارض والحكم بالتنصيف أخذاً بالقدر المتيقن وأن الأصل براءة المشتري.

يعنى: إنه إن كان الجمع ممكناً فهو أولى، لكنه يكون في صورته كون الشهادتين مبيّنتين، أما مع إجمالهما فلا - فيكون نظير ما إذا قامت البيئه على أن أحد هذين الشخصين هو المتلف لمال لزيد، فإنه يجرى في حق كلّ منهما أصاله البراءه، فلا يلزم أحدهما بشيء - وحيث يكون مجملاً يؤخذ بالمتيقن ويجرى الأصل في غيره. . . فأشكل عليه في (الجواهر) بأن البيئه ظاهره في التعدد، والأصل تعدد المسبب بتعدد سببه. . .

فقوله هنا بأن الظاهر تحقق ذلك أيضاً في صورته الإطلاق، ينافى ما ذكره

ص: ٧٢٤

هناك، فما عبّر عنه بالتوهم هو الصحيح.

ولو شهدت احدهما بوقوع البيع يوم الخميس، والاخرى بوقوعه يوم الجمعة، فالمتأخر باطل إن كان البيع واحداً، وإلا، فإن أمكن الجمع فهو، وإلا كان الثاني باطلاً.

ثم إنه يلزم أن تكون الشهادة على الملك، ولذا لا تسمع دعوى الشراء من زيد حتى لو أقام البيئه، بل يلزم أن تكون الدعوى والشهادة كلتاهما مشتملتتين على شراء العين منه وأنها ملك له، إذ يجوز - في مفروض المسألة هنا - أن يكون قد اشترى أحدهما العين للآخر وأن يكون باعها أحد البائعين وكالـه عن الآخر أو فضولاً، وهذا ما ذكره العلامة في (القواعد) والشهيد الثاني في (المسالك) قال: وسيأتى اختيار المصنف إياه وكأنه تركه هنا تكالاً عليه. . . وبالجملة، إنه يشترط أن يكون المدعى والمشهود به هو الشراء من المالك، سواء ثبتت ملكية البائع باليد أو بالبيئه (١). . .

حكم ما لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر شراءه منه

إشارة

قال المحقق قدس سره: « ولو ادعى عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر أن مولاه باعه منه، وأقاما البيئه، قضى لأسبق البيئتين تأريخاً، فإن اتفقتا قضى بالقرعه مع اليمين» (٢).

أقول: لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه، وادعى شخص آخر أن مولى العبد قد

ص: ٧٢٧

١- ١) هذا إشاره إلى عبارته المسالك، مسالك الأفهام ١٤: ١١٢. التي أوردها صاحب الجواهر وقال بأنها تطويل بلا طائل.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

باعه منه، فهما مدعيان، والمولى هو المدعى عليه وذو اليد، سواء كان العبد بيده أو بيد المشتري أو غيرهما أو لا فى يد... .

فإن لم تكن لأحدهما بينه وكذبهما المولى، حلف لهما يمينين لأنه المدعى عليه، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر قضى لمن صدقه، وهل يحلف لمن كذبه أو لا؟ قولان، ذهب العلامة إلى الأول والشهيد الثانى وكاشف اللثام إلى الثانى تبعاً للمبسوط، ومنشأ الاختلاف هو ترتب الأثر على هذه اليمين وعدمه، فهو نزاع صغرى، لأنهم متفقون على أن اليمين على الإنكار إنما تكون فيما إذا كان للإقرار أثر فى ذلك المورد، قال كاشف اللثام: «والحق ما فى المبسوط من أنه إن صدق المشتري لم يحلف للعبد، لأنه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم يقبل، لكونه إقراراً فى حق الغير ولم يلزمه غرم، وكذا إن صدق العبد لم يحلف للمشتري، لأنه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالإتلاف قبل القبض، وهو كالألفه السماويه فى انفساخ البيع به، نعم، إن ادعى عليه قبض الثمن حلف له إن أنكره» (١).

وقد وافق صاحب (الجواهر) العلامة وصور الثمره فى المسأله حيث قال:

«وفيه: منع عدم توجه اليمين للمشتري، مع إقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلولة لا التلف فيغرم له قيمه، ولذا جزموا فى المسأله السابقه - وهى دعوى الاثنين شراء العين من شخص هى فى يده - أن لو أقر لأحدهما كان اليمين عليه للآخر، بل وله اليمين على المقر له، فلا يبعد حينئذ أن يكون هنا أيضاً له اليمين على السيد والعبد، كما أنه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشتري، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم «البينه...». وفائدته ثبوت

ص: ٧٢٨

الحرّيه في حقّه، على وجه لو انتقل إليه بعد ذلك بإرث وغيره يحكم بحرّيته إن لم نقل بوجوب شرائه فعلاً عليه، كما عن بعضهم التصريح به، وإلا كانت الثمره واضحه» (١).

هذا كلّ مع عدم البينه، ومع وجود البينه يقضى لمن أقامها، وإن أقامها معاً، فإن كانت إحداها أرجح أو أقدم تاريخاً قضى لها، وإن اتفقتا في العدد والعداله والتاريخ قضى بالقرعه، فمن خرج اسمه حكم له بيمينه، فإن نكل حلف الآخر وقضى له.

« ولو امتنعا من اليمين قيل: يكون نصفه حرّاً ونصفه رقاً لمدعى الإبتياح، ويرجع بنصف الثمن» (٢) لأدله التنصيف المذكوره سابقاً (٣).

وقد تأمل صاحب (الجواهر) في شمول تلك الأدله لمثل الفرض الذي أحد طرفيه الملك والآخر الحرّيه، وحينئذ يكون الحكم لمن أخرجته القرعه، أى يقتصر على الملكيه لمدعى الشراء والحرّيه للعبد (٤).

وعلى الأول - وهو قول الشيخ وجماعه - يرجع المشتري بنصف الثمن الذى أقبضه المولى.

وهل للمولى خيار الفسخ؟

وهل يكون للمولى خيار الفسخ؟ قالوا: نعم، لتبعض الصفقه، وقد قلنا سابقاً بأن التبعض الموجب للخيار غير صادق هنا، لأنه كالتلف قبل القبض على

ص: ٧٢٩

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٢.

١١٥: ٤ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

٣-٣ (٣) راجع الباب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى.

٤-٤ (٤) لقد ذكرنا فى محلّه أن التنصيف يكون فى كلّ مورد يقبله.

أثر حكم الحاكم.

وعلى ما ذكروا من ثبوت الخيار، قال المحقق: « ولو فسخ عتق كُله، وهل يقوّم على بائعه؟ الأقرب نعم، لشهادته بينه بمباشره عتقه » (١) فهنا فرعان:

أحدهما: إنه لو فسخ مدعى الشراء، يرجع على المولى بكلّ الثمن، وحينئذ ينعق العبد كُله، لزوال المزاحم البينه القائم على أن المولى أعتقه.

والثاني: إنه لو لم يفسخ المشتري، فهل يقوّم العبد على البائع إن كان موسراً أو لا؟ قال المحقق: الأقرب: نعم، لشهادته بينه بمباشره عتقه « فيتم شرط السرايه، وقد وافقه على ذلك (المسالك) و (الجواهر) .

وفي (المسالك) عن الشهيد الإعتراض على ذلك (بأن الواقع في نفس الأمر إما العتق أو الشراء أو ليس أحدهما، وأيما كان، امتنع معه التقويم على المالك والسرايه، أما على تقدير العتق، فنه يكون للمجموع، ومع عتق المجموع لا- بعض موجود حتى يقوّم، وأما على تقدير الشراء، فنه أيضاً للجميع فلا سبب للتقويم، إذ السبب عتق البعض وهو منتف، ومنهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما) (٢).

أقول: وفي (الدروس) إشكال آخر أيضاً حيث قال: « ولأنه عتق قهري، فلا يقوّم عليه » (٣) أي: إن شرط التقويم والسرايه هو أن يكون عتقه للنصف بالاختيار، بناء على أن الموجب القهري - كالإرث - لا يوجب السرايه، وهنا الاختيار منتف، لأن بينه العبد شهدت بعتق الكلّ، وحرّيه بعضه كانت بحكم

ص: ٧٣٠

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ١١٥.

٣- ٣) الدروس الشرعيه ٢: ١٠٦.

الحاكم لا باختيار المولى، فلا مورد للسرايه.

لكن يمكن الجواب عنه بتحقيق الاختيار هنا، لأنه مع شهادته بينه العبد بعث الكلّ فقد أعتق النصف، فإن مبنى تبعض الصفقه هو أن من باع الكلّ فقد باع البعض وإلا لم يتحقق التبعض فى مورد، فظهر أنه قد باع النصف بالاختيار، لكن التبعض تحقق بحكم الحاكم بمقتضى البيتين، لأنه أمر انتزاعى منشأه هنا الحكم المذكور.

وأما إشكاله الآخر المبتنى على العلم الإجمالى فى المقام، فقد أجابوا عنه: بأن مخالفه العلم الإجمالى مخالفه احتماليه لا مانع منها، فلو غسل يده المنتجسه بماء مشكوك الطهاره، فإنه يستصحب طهاره الماء ونجاسه اليد معاً، ولا مخالفه قطعيه للعلم الإجمالى، وفيما نحن فيه، وإن علمنا بأن العبد إما مملوك كله - للمولى أو للمشتري - وأما حرّ كله، والحكم بالتنصيف يخالف العلم المذكور، لكن لا- يلزم من ذلك مخالفه قطعيه من المشتري والعبد، نعم، الحاكم يعلم بأن حكمه مخالف للواقع، إلا أنا ملزمون بمتابعه حكمه رعايه لمصلحه رفع الخصومه وفصل النزاع.

هذا، ولو حصل لنا العلم بعدم وجوب شراء النصف من المشتري، لأنه إما كله ملك للمشتري وإما كله حرّ، فيحصل العلم التفصيلي بعدم وجوب شراء المولى النصف من المشتري، ولا- تقتضى ظواهر الأدله ذلك، بل يتوقف القول به على قيام دليل آخر، وهذا إشكال آخر.

ولو كان العبد فى يد المشتري، فإن قدّمنا بينه الداخلى حكم له، وإن قدّمنا بينه الخارج حكم بالعتق، لأن العبد خارج قاله فى (الجواهر) تبعاً (للدروس).

لكن تقدّم منا القول بأن ذا اليد هو المولى وإن كان بيد المشتري.

لا يقال: تقدم بينه العبد، لأن له يداً على نفسه إن قدّمنا الداخل، وإلا قدمت بينه الشراء.

لأننا نقول: إنما يصير له يد بالعتق وثبوت الحريه، وقد نسب في (الجواهر) القول المذكور إلى بعض العامه (1).

ص: ٧٣٢

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٣.

المسألة الاولى: (لو شهد للمدعى بملكه الدابة منذ مدة فكذبها سنّها)

قال المحقق قدس سرّه: « لو شهد للمدعى بأن الدابة ملكه منذ مدة، فدلّت سنّها على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر، سقطت البيّنه لتحقق كذبها» (١).

أقول: لو شهدت البيّنه لمدعى ملكيه الدابة بأنها ملكه منذ خمس سنوات مثلاً، فدلّت سنّها على كون عمرها أقل من تلك المده دلالة قطعية، أو شهدت بأنها نتجت عند المدعى منذ خمس سنوات، فدلّت سنّها دلالة قطعية على أن عمرها أكثر من تلك المده، سقطت البيّنه عن الحجية، لتحقق كذبها.

أما لو كانت الدلالة على الأقلية أو الأ-كثريه ظنيه لا-قطعية ففي (الجواهر): لا-ينبغي التأمل في عدم معارضه الظن للشهادة التعبدية. . . ولا أظنه قولاً لأحد (٢).

لكن عن بعض نسخ (الشرائع) « قطعاً أو أكثرياً» وهى التى شرحها فى (المسالك) فقال: « أما على تقدير كون الدلالة قطعية فواضح، لأن الكذب حينئذ

ص: ٧٣٣

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٤.

قطعي، وأما على تقدير الأكثرية فالدلالة ظنية، ويشكل معارضتها للحكم الظاهر من عداله الشاهد. وفي التحرير اقتصر في الحكم بسقوط البينه على الدلالة القطعية (١)، وهو أولى» (٢).

وكيف كان، فالصحيح ما ذكره في (الجواهر)، وإنما الكلام في بطلان البينه مطلقاً أو في خصوص ما كذبت؟ قال: الظاهر الثاني. قلت: بل الأول، إذ لا عرفيه لبينه يسقط بعض مدلولها بتكذيب السن له ويبقى البعض الآخر.

ص: ٧٣٤

١-١) تحرير الأحكام ٥: ١٩٣/٦٥٥٢.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ١١٦.

المسأله الثانيه: (لو شهدت بالشراء ولم تشهد بالملكه أو التسليم)

قال المحقق: « إذا ادّعى دابّه في يد زيد وأقام بينه أنه اشتراها من عمرو، فإن شهدت بالملكه مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم، قضى للمدّعى، وإن شهدت بالشراء لا غير قيل: لا يحكم، لأن ذلك قد يفعل فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومه بالمظنون، وهو قوى. وقيل: يقضى له، لأن الشراء دلالة على التصرف السابق الدالّه على الملكيه» (1).

أقول: لا كلام في ترتب الأثر على ما إذا شهدت البينه بالملكه مع الشراء للبائع بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو وقد كانت ملكه، أو للمشتري بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو وهي الآن ملكك لزيد، أو بالتسليم من عمرو لزيد بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو وتسليم عمرو إياها لزيد.

إنما الكلام فيما إذا تجرّدت الشهاده عن ذلك، بأن شهدت بالشراء لا غير، ففي المسأله قولان، وكلاهما للشيخ قدّس سرّه، أوّلهما: عدم القبول وهو قوله في (المبسوط) واختاره المحقق والأكثر كما في (المسالك) . والثاني: القبول وهو قوله في

ص: ٧٣٥

(الخلاف) وواقفه العلامة في (المختلف) (١).

توضيح دليل الأول هو: إن هذه الشهادة لا- تدل على الملكية، لا- بالمطابقه ولا بالإلتزام، أما مع إضافة الملكية فالدلاله تامه بالإلتزام، ومع إضافة التسليم توجد دلالة التزاميه على أمر هو أماره على الملك، لأن التسليم أماره على اليد التي هي أماره على الملكية.

وتوضيح دليل الثاني هو: إن الشراء يكشف عن التصرف السابق الدالّ على الملكية، كما أن اليد السابقه أماره عليها، إذ كما أن الظاهر من اليد كونها أصاله لا نيابه ولا عدواناً، فكذا التصرف بالبيع والشراء وإن لم يكن المال في يده.

قلت: فرق بين « اليد » و « التصرف » ، فإن الأول أماره على الملك شرعاً وعقلاً، بخلاف الثاني، فقد يكون قوله « بعت » في ملك غيره، وهذا القول وإن كان تصرفاً لو صدر من المالك، لكنه بمجرد لا يترتب عليه أى أثر لا وضعى ولا تكليفى فهو لغو.

فظهر مما ذكرنا: إن البحث هو فى دلالة هذه الشهادة على الملكية وعدم دلالتها، وليس البحث مبنياً على ما ذكره صاحب (الجواهر) ، فلو قامت بينه على شراء زيد المال من عمرو فهى ليست بحجه، فلا ربط للبحث بالترجيح ومسأله الداخلى والخارج، فتلك مسأله اخرى، ولا وجه لبناء هذه المسأله على تلك.

ص: ٧٣٦

١-١) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ٢٩٥، كتاب الخلاف ٦: ٣٤٥ المسأله ٥١٩، مسالك الأفهام ١٤: ١١٧.

قال المحقق قدس سره: « الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد وادعى رقيته قضى بذلك ظاهراً، وكذا لو كان في يد اثنين » (١).

أقول: وجه الحكم برقيه الصغير للمدعى هو: أن رقيه هذا الصغير أمر ممكن، والمدعى لا معارض له في دعواه، وهو ذو يد عليه، فيجب أن تسمع ويقضى له، - قال في (الجواهر) - « بلا خلاف أجده فيه » (٢).

إنما الكلام فيما إذا كبر هذا الصغير ونفى الرقيه، فقد قيل: لا يسمع قوله، لعدم جواز نقض حكم الحاكم، وقيل: يسمع ويحلف المدعى مع عدم البينه، وقيل: بل يسمع قوله في حال الصغر أيضاً - لولا الإجماع - وإن هذا المورد يستثنى من قاعده حجيه قول المدعى الذى لا منازع له، لنص خاص رواه الشيخ الكليني قدس سره عن عدّه من أصحابنا عن سهل بن زياد، وعن على بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن حمran بن أعين قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأه، ادعى الرجل أنها مملوكه له وادعت المرأه أنها ابنتها فقال: قد قضى في هذا على عليه السلام.

ص: ٧٣٧

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١١٦.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٦.

قلت: وما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالرق وهو مدرك. ومن أقام بينه على من ادعى من عبد أو أمه فإنه يدفع إليه ويكون له رقاً.

قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادعى أنها مملوكه له بينه على ما ادعى، فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكه لا يعلمونه باع ولا وهب، دفعت الجارية إليه، حتى تقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حرّه مثلها، فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل.

قلت: فإن لم يقيم الرجل شهوداً أنها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأة البينة على أنها ابنتها دفعت إليها، فإن لم يقيم الرجل البينة على ما ادعى ولم تقيم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت» (١).

أقول: لا ريب فى أن اليد أماره الملكيه، وأن الناس يعاملون صاحب اليد معاملة المالك لما فى يده، كما لا ريب فى قبول قول ذى اليد مع عدم المعارض والمنازع.

أما فى مورد دعوى الرقيه، فإن الأصل هو حرّيه الإنسان وعدم سلطنه أحد على أحد.

واليد إنما تكون أماره على الملكيه لما فى اليد، فيما إذا كان الشى الذى فى اليد قابلاً للملكيه، ومن هنا يشكل الحكم فى المائع المرّد بين كونه ممّا يقبل الملكيه كالخل أو ممّا لا يقبلها كالخمر بأنه خلّ استناداً إلى اليد.

وفى حجه قول ذى اليد بالنسبه إلى الأعم من الملكيه وغيرها من

ص: ٧٣٨

الخصوصيات بحث، وإن كان قول الأكثر ذلك، لكن حجيه قوله من آثار حجيه اليد، ومع الشك في قابليه الشى للملكيه يشكل ترتيب الأثر على قول ذى اليد، ولذا وقع الكلام فى ملكيه الكبير الساكت والمجنون، فقال بعضهم بعدم حجيه قول ذى اليد.

وبما ذكرنا ظهر عدم تماميه تقديم اليد على أصاله الحرّيه من جهه تقديم الأماره على الأصل، فإن اليد أماره وحجه على الملكيه فيما يقبلها.

فيبقى الإجماع، لكن يحتمل كون مدركه قاعده اليد، فلا يمكن الاعتماد عليه.

فظهر أن الصحيح هو سماع دعوى الصغير فى حال صغره، لكن الاستدلال عليه بالخبر المزبور ضعيف من جهه أخرى، فقد اشتمل على أنه إذا « لم تقم المرأه بينه على ما ادّعت خلّى سبيل الجاربه تذهب حيث شاءت » والحال أنه حيث أقرّت المرأه بكون الجاربه ابنتها، فقد وجب عليها نفقه الجاربه وإن لم يثبت النسب من جهه عدم بينه، ولعلّ هذا وجه إعراض الأصحاب عن هذا الخبر.

وأما إذا كبر الصغير فأنكر، فالحق سماع دعواه، فإن أقام بينه على أنه ابن فلان أو إنه لقيط فهو، وإلا حلف المدّعى، وإنما تسمع دعواه لأن كلّ دعوى يمكن أن تكون صحيحه فهي مسموعه.

لا يقال: بأنه يستلزم النقض.

لأننا نقول: بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبر على دعواه السابقه التى حكم فيها الحاكم، وأما إقامه دعوى جديده فلا مانع منها ولا تكون نقضاً.

هذا كلّه فى الصغير.

قال المحقق: «أما لو كان كبيراً، وأنكر، فالقول قوله، لأن الأصل الحرّيه» (١).

أقول: إنه إذا ادّعى الرجل رقبته كبير، فإن أنكر كان على الرجل المدّعى إقامة البينه، وحيث لا بينه فالقول قول الكبير، لأن الأصل الحرّيه.

وأما إذا اعترف بالرقبه وادّعى تحرير الرجل إياه، فلا تسمع هذه المدعوى إلا بينه، وهو غير دعوى الحرّيه من أول الأمر، وعلى هذا يحمل الأخبار الدالّه على جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحرّيه، فإنه مع عدم البينه لا تسمع ويبنى على رقبته فيشتري.

وإن أقرّ، ترتب الأثر على إقراره، ولا فرق بين الإقرار لواحد أو لاثنين، فإنه يكون ملكاً لكليهما على الإشاعه.

قال المحقق قدّس سرّه: «ولو ادّعى اثنان رقبته فاعترف لهما قضى عليه، وإن اعترف لأحدهما كان مملوكاً له دون الآخر» (٢) لعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم، وربما يستدل له باعتبار قول ذي اليد بناء على كونه ذا يد على نفسه.

قال في (الجواهر) بعد أن ذكر عدم وجدانه الخلاف في هذا الحكم: «وحكى عن الشيخ في مسأله دعوى العبد العتق والآخر الشراء في إنكار كون العبد ذا يد على نفسه أنه قال: لأنه لو كان ذا يد لقبول إقراره بالملكيه لأحد المتنازعين فيه، ومقتضاه المفروغيه من عدم قبول إقراره، إلا أنه كما ترى لا دليل عليه، بل ظاهر

ص: ٧٤٠

١-١ (٢) شرائع الاسلام ٤: ١١٦.

٢-٢

وفى كشف اللثام: وإذا أقاما بينتين متعارضتين، فصَدَّق أحدهما خاصة، لم تترجح به بينته، لأنه لا يد له على نفسه، فإنه أن كان حرّاً فلا يد له، وإن كان مملوكاً فلا يد عليه إلا لمالكة (١). وفيه: إنه مناف لقبول إقراره بالرقية مع عدم البينه الذى اعترف به سابقاً، بل ظاهره الإجماع عليه، فتأمل» (٢).

أقول: يمكن أن يكون الشيخ وكاشف اللثام منكرين لعنوان كونه ذا يد، لا أنهما مخالفان فى قبول هذا الإقرار، لأنهما قالا بما قالا- فى فرعين غير هذا الفرع الذى نحن فيه، فالشيخ لا- يوافق فى تلك المسألة على تأثير ذاك الإقرار لكونه بعنوان ذى اليد، وكاشف اللثام ينكر هناك أن يكون قول العبد مرجحاً لاحدى البنتين لأنه ليس ذا يد، والإقرار المجرد ليس من المرجحات، فالظاهر عدم ورود إشكال (الجواهر) ، وأنهما غير مخالفين فى المقام، والله العالم.

ص: ٧٤١

١- (١) كشف اللثام ١٠: ٢٠٣.

٢- (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٩.

المسأله الرابعه: (حكم ما لو ادعى اثنان كون الذبيحه له وفي يد كل بعضهما)

قال المحقق قدس سره: « لو ادعى كل منهما أن الذبيحه له وفي يد كل واحد بعضهما، وأقام كل منهما بينه، قيل: قضى لكل منهما بما في يد الآخر، وهو الأليق بمذهبنا» (١).

أقول: إن كانت الذبيحه واحده، وقد وضع كل منهما يده على طرف منها وأقام بينه على أنها جميعاً له، فالحكم هو التنصيف. وإن كان ما في يد كل منهما منفصلاً عمّا في يد الآخر، فعلى القول بتقدّم بينه الخارج - وهو الأليق بمذهبنا - يقضى لكل منهما بما في يد الآخر، سواء كانا متساويين أو مختلفين في المقدار. . .

ولو لم يكن لهما يد، فالحكم هو التنصيف.

قال المحقق: « وكذا لو كان في يد كل واحد شاه، وادعى كل منهما الجميع وأقاما بينه، قضى لكل منهما بما في يد الآخر» (٢).

أقول: وذلك لعدم الفرق بين هذا الفرع والفرع السابق عليه.

قال في (الجواهر): « ومما يتفرع على ذلك أنه لو كان المتخاصمان في بعض الذبيحه المنفصلين كافراً ومسلماً، حكم بكون ما يقضى به للكافر ميتة وللمسلم مذكي، وإن كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الآخر، عملاً بظاهر اليد المعتمره

ص: ٧٤٢

١-١) شرائع الاسلام ٤: ١١٦.

٢-٢) شرائع الاسلام ٤: ١١٦.

شرعاً، ولا يقدح في ذلك اليد السابقه، بل لعلّ الحكم كذلك في الجزئين المنفصلين، ضروره اتّحاد الملاك فيهما، كما تقدم الكلام في ذلك في قسم العبادات» (١).

أقول: كيف يكون اللّحم الواحد الذي يملكه المسلم والكافر على الإشاعه بعضه نجساً - وهو الذي كان في يد الكافر - والبعض الآخر طاهراً وهو الذي كان في يد المسلم؟ إن هذه الذبيحه إما ميتة نجسه كلّها وإما طاهره كلّها، فما ذكره رحمه الله مشكل، لا سيما في المشاع.

نعم، يمكن معامله الطاهر مع ما يجيى من خارج بلاد المسلمين من الجلود، فيما إذا احتملنا إحراز البائع المسلم له بطهارته، أما في مسألتنا هذه، فإن الذي بيد المسلم مقطوع بكونه مأخوذاً من الكافر وإن أصبح ملكاً له الآن بعد المرافعه بحكم الحاكم، وعلى ما ذكرنا، فلو علمنا بكون اللّحم الموجود الآن بيد الكافر مذبوحاً بيد المسلم حكمنا بطهارته.

فالحاصل: إنه على أثر حكم الحاكم، يكون ما في يد المسلم مختصاً له، وهذا هو القدر المتيقن، وأما ترتب أثر الطهاره أيضاً على هذا الحكم واليد الحاصله بعده، فمشكل جداً.

ص: ٧٤٣

المسألة الخامسة: (لو تسلّم شيئاً بالبينه فأقام المحكوم عليه البينه على الملكيه)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعى شاه في يد عمرو وأقام بينه فتسلّمها، ثم أقام الذي كانت في يده بينه أنها له، قال الشيخ: ينقض الحكم وتعاد، وهو بناء على القضاء لصاحب اليد، والأولى أنه لا ينقض» (١).

أقول: تاره يقول عمرو: اشتريتها من زيد بعد حكم الحاكم في المرافعه السابقه، فهذه دعوى مسموعه، لأنه يدّعى ملكاً جديداً، فإن أقام بينه تقدّمت على بينه زيد لأن عمراً هو الخارج.

واخرى يقول: إنه في الوقت الذي أقام زيد بينه لم تكن بينتي حاضره وهى الآن حاضره، فبناء على سماع هذه الدعوى إن كان الميزان في الخارج والداخل حال إقامه عمرو البينه فزيد الداخل، وإن كان الميزان حال دعوى زيد فعمرو الداخل.

وقديدعى كون الشاه له ويقيم البينه من غير تعرّض للدعوى السابقه، فإنه تسمع بينته بناء على سماع البينه بعد فصل الخصومه بالحكم، وتحمل على دعوى انتقال العين من زيد إلى عمرو، فتقدم بينه عمرو بناء على تقديم بينه الخارج.

وكيف كان، فإن لزم من سماع الدّعوى نقض الحكم، فلا تسمع، وفي أى صوره لم يلزم النقض فتسمع.

ص: ٧٤٤

قال المحقق قدس سره: « لو ادعى داراً في يد زيد وادعى عمرو نصفها، وأقاما البيئه، قضى لمُدعى الكلّ بالنصف لعدم المزاحم، وتعارضت البيئتان في النصف الآخر، فيقرع بينهما ويقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه، ولو امتنعا من اليمين قضى بينهما بالسويّه، فيكون لمُدعى الكلّ ثلاثه أرباع ولمُدعى النصف الربع» (١).

أقول: لو كانت دار في يد شخص، فادعى زيد كلّ الدار ادعى عمرو نصفها، ولم يصدّق من بيده الدار أحدهما، فمع وجود البيئه بالتساوي - عدداً وعداله لكليهما - يقضى لزيد بالنصف المشاع من الدار، لأن المفروض أن عمراً لا يدعى إلا نصف الدار، فزيد في نصفها مدّع بلا معارض، فيكون له كما هو الحال في كلّ دعوى بلا معارض، لكن البيئتين تتعارضان في النصف الآخر، والحكم في تعارض البيئتين هو القرعه، فمن خرج اسمه قضى له مع يمينه، فإن امتنع حلف الآخر وأخذ، ولو امتنعا معاً من اليمين قضى في النصف المتنازع فيه بالسويّه، فيكون نصفه لزيد ونصفه الآخر لعمرو، فيكون لزيد الذي ادعى كلّ الدار ثلاثه أرباعها، ولعمرو الذي ادعى نصفها ربعها.

وكذلك الحكم لو كانت الدار في يد ثالث ولم يكن لأحدهما بينه، فإنه يقسم النصف المتنازع فيه بينهما على السويه.

قال المحقق: « ولو كانت يدهما على الدار وادعى أحدهما الكلّ والآخر النصف، وأقام كلّ منهما بينه، كانت لمدعى الكلّ، ولم يكن لمدعى النصف شيء، لأن بينه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله» (١).

أقول: وهذا هو الفرع الثالث فى المسأله، وذلك أن يدعى أحدهما كلّ الدار والآخر النصف، وهما واجدان للبينه وهى فى يدهما لا فى يد ثالث، فالمشهور على أن الدار كلها لمدعى الكلّ وأنه ليس لمدعى النصف شيء منها، وذلك لأن المفروض خروج نصف الدار عن النزاع، فيكون النصف الذى بيد مدعى الكلّ ملكاً له، لأنه مدع بلا معارض بالنسبه إليه، وحيث أنه يدعى النصف الآخر بيد خصمه، فهو بالنسبه إلى ذاك النصف خارج والخصم داخل، ومذهب المشهور تقديم بينه الخارج وسقوط بينه الداخل، فيكون النصف الثانى له كأول، فالدار كلها له ولم يكن لمدعى النصف شيء...

نعم، لو لم يكن لمدعى الكلّ بينه، كان القول قول مدعى النصف مع يمينه، فإذا حلف أبقى النصف فى يده، فتكون الدار بينهما نصفين...

هذا هو المشهور.

وعن ابن الجنيد: إنه يقتسمان الدار مع البينه وعدمها على طريق « العول» (٢)

ص: ٧٤٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٦.

٢-٢) « العول» تقسيم النقصان بالقدر المساوى على الشركاء، وهو يذكر فى موارد منها، تركه الميت، ومنها المال الذى تعلق به حق الديان، ومنها ما نحن فيه. مثلاً: إذا كان لأحد الشريكين فى ال (٢٦) ١٢ درهماً وللآخر (٢٤) فتلف من المجموع (١٢) درهم، فإنه يقسم هذا العدد التالف بينهما بالعدل، فيقال العدد يشكل ثلث المجموع، فينقص من كلّ من الشريكين ثلث ما كان له، فيعطى لصاحب ال (١٢) ثمانية، ولصاحب ال (٢٤) ستة عشر درهماً.

فيجعل في مفروض المسأله لمدعى الكلّ الثلثان ولمدعى النصف الثلث، وقد فرض رحمه الله المسأله في ما لو كانت العين في أيدي المتداعيين، لكن التأمل في كلامه المنقول في (المختلف) يفيد أنه لا يفرّق بين الصور فراجعه (١).

وفي (المسالك) لأن المنازعه وقعت في أجزاء غير معينه ولا مشار إليها، بل كلّ واحد من أجزائها لا يخلو من دعوى كلّ منهما باعتبار الإشاعه، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعى الكلّ بغير منازع، بل كلّ جزء يدعى مدعى النصف نصفه ومدعى الكلّ كلّه، ونسبه احدى الدعويين إلى الاخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثاً، واحد لمدعى النصف واثنان لمدعى الكل، فيكون كضرب الديان في مال المفلس والميت.

وفي (المختلف) وافق ابن الجنيد على ذلك مع زياده المدعين على اثنين (٢).

وقال في (الجواهر): « يمكن أن يكون مبنى كلام ابن الجنيد على دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع وعدم اليمين منهما في العول، ضروره أن بينه كلّ منهما تقتضى الكلّ وهما متعذران فيحصل النقصان عليهما، ومن هنا أتجه التعدييه إلى التثليث لو كانوا ثلاثة والتربيع لو كانوا أربعة وهكذا، وليس إلا لما ذكرنا.

ص: ٧٤٧

١-١) مختلف الشيعه في أحكام الشريعه ٨: ٤٧٠.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ١٢١ - ١٢٢.

ومنه مفروض المسألة التي لا- يمكن الجمع فيها بين بينه النصف مثلاً- وبين بينه الكل، فنقول في النصف كما عالت في الأول، فيوزع عليهما أثلاثاً، لأن نسبة الكل إلى النصف كذلك، فالعول عنده نحو العول في الفرائض لولا نصوص أهل العصمة عليه السلام، لقضاء كل بينه مثلاً- بمقتضاها نحو قوله: للزوج النصف وللأختين من الأب الثلثان ومن الأم الثلث، لا مثل العول في تراحم الديون على التركة الذي مرجعه عند التأمل أيضاً إلى ذلك» (١).

أقول: إن الخلاف بين المشهور وابن الجنيد يرجع إلى أن المشهور يقولون بتقسيم مدلول البنيتين ومورد النزاع بينهما، وابن الجنيد يقول بتقسيم مورد دعوى المدعين وهو الكل من أحدهما والنصف من الآخر والمفروض هو الإشاعه، فيكون الحاصل عدم استثناء النصف بناء على الثاني واستثناؤه بناء على الأول، فالدليل الأول لما ذهب إليه ابن الجنيد هو: الإشاعه في الأجزاء، والثاني: ما ذكره صاحب (الجواهر) من دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع وعدم اليمين منهما في العول.

قلت: أما الأول ففيه: إن تصرف أحد المالكين في الملك المشاع يكون على نحوين:

أحدهما: غير جائز، وهو التصرف الخارجي، لتوقفه في كل جزء على إذن الشريك.

والآخر: جائز بلا إذن منه، مثل أن يبيع نصفه المشاع.

وما نحن فيه ف وهو إثبات الملكيه بالبينه - كالباع المذكور، فإنه ليس تصرفاً

ص: ٧٤٨

وبعبارة اخرى: العوارض الخارجيه التى تعرض العين المملوكة على الإشاعة، يتوقف إيرادها على إذن الشريك، وأما العوارض التى تعرض الملكيه كالباع فلا وما نحن فيه من قبيل الثانى لا الأول، فيكون النصف المشاع - الذى لا معارض لمدعى الكل بالنسبه إليه - ملكاً له، ويقع التعارض بين البيتين فى النصف الآخر، فهو مورد النزاع، وطريق رفع هذا النزاع فى صورته تساوى البيتين تقسيمه بينهما بالتنصيف، كما إذا كان مورد النزاع عيناً منحازه يدعيها كل واحد من المدعين.

وأما الثانى ففيه - كما فى (الجواهر) إن محل النصوص حيث لا يسلم جزء من العين لا نزاع فى، أما فى المفروض فلا دلالة فيها عليه، بل لعل ظاهر مرسل ابن المغيرة عن الصادق عليه السلام: « فى رجلين كان بينهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لى وقال الآخر: هما بينى وبينك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: أما الذى قال: هما بينى وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء وأنه لصاحبه، ويقسم الآخر بينهما» (١) خلاف ذلك، وكذا مرسل ابن أبى حمزة (٢) عنه أيضاً.

هذا، وقد فصيل المحقق العراقى فى المقام فقال: « لو ادعى داراً فى يد زيد بأجمعها وادعى عمرو نصفها، فتارة: تكون دعوى التمام بسبب غير قابل للتفكيك بين النصفين، واخرى: على نحو قابل للتفكيك بينهما من حيث الصدق والكذب،

ص: ٧٤٩

١- ١) وسائل الشيعة ١٨: ١/٤٥٠. كتاب الصلح، الباب ٩.

٢- ٢) « فى رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لى، وقال الآخر: هما بينى وبينك. فقال أبو عبد الله عليه السلام: قد أقر أن الدرهمين ليس له فيه شىء وأنه لصاحبه، وأما الآخر فيينهما» التهذيب ٦ / ٢٩٢.

فعلى الأول: تكون دعوى النصف مزاحمه لدعوى التمام دون الآخر، ولازمه حينئذ تراحم بينهما، وفي مثله لا مجال لتوهم الأخذ بالبينه بالنسبه إلى النصف بلا- معارض، بل ولا- مجال للأخذ بدعواه بملاك الدعوى بلا معارض، لما عرفت من أن دعوى الملكيه على النحو المزبور معارض بدعوى النصف من غيره» .

أى: إن قال أحدهما بأن هذه الدابّه نتجت عندى، أى كلّها لى، وقال الآخر: هى بيننا - أى على النصف - من جهة الإرث، فإذا أقاما البينه على دعواهما كانت البيتان متعارضتين وليس فى البين قدر متفق عليه بين الطرفين، وحينئذ يحكم بينهما على طريق العول. نعم، إذا قال هذا: هى كلّها لى، فقال الآخر: قد بعتنى نصفها، فهنا لا نزاع فى أحد النصفين.

هذا توضيح ما ذكره.

لكن نقول: إن كانت حجّيه البينه فى كتاب القضاء من باب الطريقيه إلى الواقع، فإن البينه القائمه على ملكيه النصف بالإرث تسقط عن الطريقيه والكاشفيه مع وجود المعارض، وهو البينه القائمه على ملكيه الكلّ بالنتاج، لكن البينه هنا جعلت حجه لأجل فصل الخصومه ورفع النزاع، فإذا أقامها أحدهما على ملكيه الكلّ والآخر على ملكيه النصف، فقد جعل الشارع الحكم بالتنصيف لفصل الخصومه، مع أن الحاكم يعلم علماً إجمالياً بكذب احدى البينتين.

وبما ذكرنا أجاب المحقق الآشتياني (1) عن توجيه صاحب (الجواهر) لمذهب ابن الجنيد، بأن الطرفين مالكان لجميع الأجزاء على الإشاعه، فقال: بأن ما ذكره يتم بناء على الطريقيه، وأما بناء على السببيه فلا، فإن دليل حجّيه البينه فى باب

ص: ٧٥٠

القضاء يقتضى سببه البينه فيحكم بحسبها حكماً ظاهرياً، وعلى هذا، فالنصف الذى لا يدّعيه أحدهما يخرج عن محل النزاع وتكون بينه الآخر سبباً لملكيته له، ويبقى النصف الآخر ويتعارض السببان فيه، فيقسّم بينهما بالتنصيف فيتم رأى المشهور.

وأجاب عن الدليل الأول: بأن مجرد وقوع النزاع على سبيل الإشاعه الساريه فى جميع الأجزاء لا يقتضى عدم سلامه جزء لمدّعى الكلّ، إذ كما يقال إن كلّ جزء يفرض من العين يريد مدّعى النصف نصفه، كذلك يقال إن كلّ جزء يريد مدّعى النصف من المجموع نصفه ويبقى نصفه الآخر لمدّعى الكلّ بلا منازع، ومدّعى الكلّ وإن كان مقصوده رفع يد مدّعى النصف من كلّ جزء لكن بالنسبه إلى نصفه، فهو إنما يقيم البينه على المجموع من حيث اشتماله على المدّعى وهو النصف، لا أن يكون المقصود هو إثبات الكلّ من البينه من حيث الكلّ كما قد يتوهم، فالتزاحم إنما وقع حقيقه بالنسبه إلى نصف الكلّ، فلا بدّ من الحكم بتقسيم البينتين بالنسبه إليه، فتقسم العين أرباعاً، ثلاثه أرباع لمدّعى الكلّ وواحد لمدّعى النصف.

حكم ما لو ادّعى أحدهم نصف الدار والآخر الثلث والثالث السدس ويدهم عليها

قال المحقق قدّس سرّه: «ولو ادّعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس وكانت يدهم عليها، فيد كلّ واحد منهم على الثلث، لكن صاحب الثلث لا يدّعى زياده على ما فى يده، وصاحب السدس يفضل فى يده ما لا يدّعيه هو ولا مدّعى الثلث، فيكون لمدّعى النصف، فيكمل له النصف» (1).

ص: ٧٥١

أقول: الحكم فى هذا الفرع واضح، ولا فرق فى ذلك بين إقامتهم البينه وعدمها، ومن هنا قال المحقق: « وكذا لو قامت لكلّ منهم بينه بدعواه » .

قال فى (الجواهر): « وكأن المصنف بّنه على حكمها لمكان خلاف بعض العامه فيها، حيث جعل مع إقامتهم البينه لمّدعى النصف ثلثاً ونصف سدس، بناء على أن السدس الزائد على ما فى يده لا يدّعيه على مدّعى السدس خاصه، بل إنما يدّعيه شائعاً فى بقيه الدار وهى فى يد الآخرين جميعاً، فنصفه على مدّعى الثلث وعارضت فيه بيئته وترجّحت باليد على تقدير إقامتهما البينه، وقدم قول ذى اليد على تقدير عدمها، ونصفه على مدّعى السدس فيحكم به لمّدعى النصف بيئته، لأن بيئته مدّعى السدس لا تعارضها، فيجعل لمّدعى النصف ثلث ونصف سدس، وللآخرين مدّعاهما، ويبقى بيد مدّعى السدس نصف سدس لا يدّعيه أحد » (١).

وفيه: أولاً: إن هذا القول مبنى على تقديم بينه الداخل، وهو خلاف التحقيق.

وثانياً: إن الدعوى ليست على الآخرين، بل إنه يدّعى كون نصف الدار له، وحينئذ، تكون يد ذى اليد كالعدم، فلا يد حتى يقال بتقدم بينه ذى اليد.

وثالثاً: إن صاحب السدس يقرّ بعدم ملكيته للقدر الزائد الذى فى يده، فلماذا لا يؤخذ منه ذلك لمّدعى النصف الذى يدّعيه مع وجود البينه؟

حكم ما لو ادّعى أحدهم الكلّ والآخر النصف والثالث

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعى أحدهم الكلّ والآخر النصف والثالث

ص: ٧٥٢

الثلث، ولا- بينه، قضى لكل واحد بالثلث، لأن يده عليه، وعلى الثاني والثالث اليمين لمُدّعى الكلّ، وعليه وعلى مدّعى الثلث اليمين لمُدّعى النصف» .

أقول: في هذا الفرع خمس صور، ذكر المحقق قدّس سرّه منها صورتين وصاحب (الجواهر) قدّس سرّه ثلاث صور:

فالصوره الاولى من الصورتين: أن لا- تكون لأحدهم بينه، والحكم فيها ما ذكره المحقق قدّس سرّه من أنه يكون لكل واحد منهم منا في يده وهو الثلث، غير أن مدّعى النصف ومدّعى الثلث يحلفان لمُدّعى الكلّ، لأن الخارج له - مع عدم البينه - حق اليمين على الداخِل، كما أن لمُدّعى النصف حق اليمين على مدّعى الثلث في مقابل نصف السدس، وعلى مدّعى الكلّ في مقابل النصف الآخر.

والصوره الثانيه منهما: أن يكون لكلّ منهم بينه. قال المحقق: « وإن أقام كلّ منهم بينه، فإن قضينا مع التعارض بينه الداخِل فالحكم كما لو لم تكن بينه، لأن لكلّ واحد بينه ويدا على الثلث.

وإن قضينا بينه الخارج - وهو الأصح - كان لمُدّعى الكلّ ممّا في يده ثلاثه من اثني عشر بغير منازع، والأربعه التي في يد مدّعى النصف لقيام البينه لصاحب الكلّ بها وسقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بينه ذى اليد، وثلاثه مما في يد مدّعى الثلث، ويبقى واحد مما في يد مدّعى الكلّ لمُدّعى النصف، وواحد مما في يد مدّعى الثلث يدّعيه كلّ واحد من مدّعى النصف ومدّعى الكلّ، يقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه ويقضى له، فإن امتنعا قسّم بينهما نصفين.

فيحصل لصاحب الكلّ عشره ونصف، ولصاحب النصف واحد ونصف، وتسقط دعوى مدّعى الثلث» (١).

ص: ٧٥٣

أى: إنه حيث يكون لكلّ منهم بينه مع اليد يحكم الحكم لكلّ بما فى يده، لكن بينه كلّ واحد منهم بالنسبه إلى ما يدّعيه مما فى يد الآخر بينه الخارج، فمدّعى النصف تتقدّم بينته فى نصف السدس فى يد مدّعى الكلّ فأخذه، ثم إن مدّعى الكلّ يدّعى على مدّعى النصف فأخذ منه الأربعة، ويدّعى على مدّعى الثلث كلّ ما فى يده، لكن مدّعى النصف يطالب بنصف السدس، فيقع التعارض فيه بين مدّعى الكلّ ومدّعى النصف فيقترع، فمن خرج اسمه وحلف أخذ، فإن امتنع فالآخر، وحيث يمتنعان عن اليمين فالتنصيف، فيكون لمدّعى الكلّ من الاثنى عشر (٥/١٠) ولمدّعى النصف (٥/١) ولا شىء لمدّعى الثلث لسقوط دعواه من جهه كون بينته داخله، وقد ذكرنا أنها لا تؤثر مع وجود الخارج.

وأما الصور الثلاث التى ذكرها صاحب (الجواهر) :

فالأولى: أن يكون لمدّعى الكلّ فقط بينته، وحينئذ، فهو خارج بالنسبه إلى ما فى يد الآخرين، فيحكم له بينه ويكون الكلّ له.

والثانية: أن يكون لمدّعى الثلث فقط بينته، وحينئذ، يأخذ ما فى يده من غير يمين إن قلنا بكفايه البينه عنه. وفى (كشف اللثام) : « أخذه - أى الثلث - الذى بيده أو الذى بأيدي الباقيين » والباقي يكون بين الآخرين، لمدّعى الكلّ السدس من الباقي بغير يمين لعدم المنازع له فيه، ويحلف على السدس الآخر الذى يدّعيه الآن مدّعى النصف عليه، كما أن مدّعى النصف يحلف على جميع ما يأخذه من السدسين لمدّعى الكلّ الذى يدّعيهما عليه.

والثالثة: أن يكون لمدّعى النصف فقط بينته، فإنه يأخذ من كلّ من الآخرين نصف سدس، فيتمّ له مع ما فى يده النصف الذى يدّعيه، ثم إن النصف الباقي يقسّم بين الآخرين بالتساوى، فيكون لكلّ منهما سدس ونصف، أى لكلّ (٣) من (١٢)

وفيه: إنه بعد ما أخذ مدعى النصف نصفه، يكون السدس من النصف الباقي خارجاً عن النزاع، فيكون لمدعى الكل، ويبقى النزاع في السدسين الباقيين وهي الأربعة التي بيد مدعى الثلث، فإن كلاً من مدعى الكل ومدعى الثلث يدعيه، وحيث لا بينه يقسم بينهما بالتنصيف، فيتحصل من ذلك أنه يعطى لمدعى النصف (٦) ولمدعى الكل (٤) ولمدعى الثلث (٢)، فما ذكره قدس سره لا يتم على مذهب المشهور ولا على مذهب ابن الجنيّد.

وقال كاشف اللثام: إنه بناء على عدم سماع بينه الداخل، يأخذ مدعى النصف إن أقام البينه ثلاثه من مدعى الكل، وثلاثه من مدعى الثلث، ويرفع اليد عن الثلث - أي الأربعة - الذي في يده لهما.

وكذا قال فيما لو أقام مدعى الثلث البينه وأسقطنا بينه الداخل.

لكنّ القدر المتيقن من تقدّم الخارج على الداخل هو أن يكون الشيء المتنازع فيه مفروضاً غير مشاع، وأما فيما نحن فيه، تكون الدعوى على الحق المشاع في مورد الدار، قال في (الجواهر): وقد يناقش فيه بأنه لا يتم ذلك في المشاع، بل مناف لما تسمعه من إقامه كلّ منهم البينه المنزله على ما في يده إلا ما زاد عليه، على أن البينه لا تزيد على إثبات المشاع الذي كانت تقتضيه اليد، وكأن الذي أحوجه إلى ذلك ذكرهم البينه هنا. وظاهرهم عدم الإحتياج معها إلى يمين، مع معرفته تقديم بينه الخارج عندهم، كمعروفه عدم الإكتفاء بها عن اليمين في الداخل، ومع هذه المقدمات يقتضى تنزيل مفاد البينه على الخارج بالتقرير الذي ذكره.

إلا- أن ذلك كله كما ترى، بل كلام الأصحاب فيما لو أقام كلّ منهم البينه كالصريح في خلافه، فلا محيص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بينه الداخلة أو على الاكتفاء بها عن اليمين، أو التزام اليمين على ما في اليد، فتأمل (1).

أقول: لعل وجهه: إن وجود الفرق بين الأجزاء المشاعه والأجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح، لأنه في المشاع لما يضع الثلاثة أيديهم يكون بيد كلّ ثلث عرفاً، إلا- أنه لا- يملك كلّ واحد ما كان تحت يده، بل تعتبر السلطنة لكلّ على الثلث المشاع، ويعرض كلّ ثلث ما يعرض المشاع، كجواز بيع السهم المشاع في كلّ الأجزاء. فمن قال بحجّيه بينه ذى اليد فدليله العمومات وهى هنا تتقدّم بتأييدها باليد، ومن قال بتقدم بينه الخارج فدليله التفصيل في الحديث، لكونه قاطعاً للشركه.

لكن الملاك الموجود في الجزء المنحاز موجود في هذا المقام، فيكون جواب (الجواهر) عن كلام كاشف اللثام فيه تأمل، أى، يمكن أن يقول العلماء في الثلث المشاع كقولهم في المنحاز، لوحده الملاك.

ولو كانت أيدهم جميعاً خارجه، واعترف ذو اليد بأنه لا يملكها ولا بينه، فللمستوعب النصف، لعدم المنازع له فيه من كلّ من مدعى النصف والثلث، ويقرع في النصف الآخر، فإن خرجت لمدعى الكلّ أو للثاني حلف وأخذ، وإن خرجت للثالث حلف وأخذ الثلث، ثم يقرع بين الآخرين في السدس، فمن خرج حلف وأخذ.

ولو أقام أحدهم خاصه بينه، فإن كانت لمدعى الكلّ أخذ الجميع، وإن

ص: ٧٥٦

أقامها مدعى النصف أخذه، ويبقى لمدعى الكلّ السدس بغير منازع، والثالث يتنازع فيه مع مدعيه، والحكم فيه كما لو لم تكن بينه، ولو أقامها مدعى الثلث أخذه ولمدعى الكلّ السدس أيضا بغير منازع، والنصف يقرع فيه بين مدعيه ومدعى الكلّ.

وإن أقام كلّ منهم بينه وتساوت، فالنصف لمدعى الكلّ، لعدم المنازع له فيه، والسدس الزائد على الثلث يتنازعه مدعى الكلّ ومدعى النصف، وقد تعارضت فيه بينتاهما، والثالث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت فيه البيئات الثلاث، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعا فيه، فمن خرج اسمه حلف وأخذ، وإن نكلوا اقتسموا المتنازع فيه، فيقسم مدعى الكلّ ومدعى النصف السدس بينهما نصفين، لأنهما يتنازعا فيه، دون مدعى الثلث، وأما الثلث فيقتسمونه أثلاثاً بينهم، فيكون لمدعى الكلّ النصف بلا منازع ونصف السدس وثلث الثلث ولمدعى النصف ثلث الثلث ونصف السدس، ولمدعى الثلث ثلث الثلث خاصة وهو التسع.

وتصح في ستة وثلاثين، للمستوعب خمسة وعشرون: ثمانية عشر بلا نزاع، وثلاثة نصف السدس الزائد، وأربعة ثلث الثلث.

ولمدعى النصف سبعة: ثلاثة نصف السدس، وأربعة ثلث الثلث.

ولمدعى الثلث أربعة، ثلث الثلث.

وأما على العول الذي ذهب إليه ابن الجنيّد فتصح في أحد عشر: لمدعى الكلّ ستة، ولمدعى النصف ثلاثة، ولمدعى الثلث ثلثان، لأن فريضتهم من ستة، ويعال عليها نصفها وثلثها.

قال المحقق قدس سرّه: « ولو كانت في يد أربعة، فادّعى أحدهم الكلّ والآخر الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث، ففي يد كلّ واحد ربعها، فإن لم تكن بينه قضينا لكلّ واحد بما في يده، وأحلفنا كلّاً منهم لصاحبه» (١).

أقول: أى: أنه في صوره عدم البينه لما كان لكلّ واحد منهم يد على ربع العين، فإن اليد مع اليمين حجه، فحجه كلّ واحد منهم حينئذ معارضة بحجّه الآخر، فلا شيء لأحدهم بلا منازع.

قال: « ولو كانت يدهم خارجه ولكلّ بينه، خلص لصاحب الكلّ الثلث، إذ لا مزاحم له» (٢).

أقول: قال في (الجواهر): مع تداخل الدعاوى بعضها في بعض وإرادته القضاء فيها أجمع، لا أن له ذلك على كلّ حال، حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أو كانت الدعاوى مترتبة وكان القضاء بين كلّ واحد مع الاخرى مستقلاً، إلا مع إقرار المدّعى بالثلث مثلاً أن له ذلك في النصف المدّعى به مثلاً (٣).

قال: « ويبقى التعارض بين بينه مدّعى الكلّ ومدّعى الثلثين في السدس، فيقرع بينهما فيه» (٤).

أقول: قد عرفت مراراً أن القرعه تكون مع تساوى البيتين عدداً وعداله، وحينئذ فمن خرج اسمه حلف وأخذ وإلا حلف الآخر، فإن امتنعا قسّم بينهما نصفين.

ص: ٧٥٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٧.

١-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٧.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٨٩.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١١٧.

قال: « ثم يقع التعارض بين بينه مدعى الكل ومدعى الثلث ومدعى النصف في السدس أيضاً، فيقرع بينهم فيه » (١).

أى: على ما تقدم من اشتراط التساوى. . .

قال: « ثم يقع التعارض بين الأربعة في الثلث فيقرع بينهم، ويختص به من تقع القرعة له، ولا يقضى لمن يخرج اسمه إلا مع اليمين » .

فإن قيل: إذا كان المرجع هو القرعة، فإن من الممكن أن تخرج القرعة لمدعى الكل في كل مره.

فأجاب المحقق قدس سره بقوله: « ولا يستعظم أن يحصل بالقرعة الكل لمدعى الكل، فإن ما حكم الله تعالى به غير مخطئ » .

قال: « ولو نكل الجميع عن الأيمان، قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين في كل مرتبه بالسويه » .

هذا هو الحكم في كيفية القسمة.

قال: فتصح القسمة من ستة وثلاثين سهماً:

« لمدعى الكل عشرون » اثنا عشر بلا نزاع، وثلاثة نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الثلثين، واثان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضاً ومع مدعى النصف، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

« ولمدعى الثلثين ثمانيه » ثلاثة نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الكل، واثان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضاً ومع مدعى النصف، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

ص: ٧٥٩

« ولمدعى النصف خمسة » اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه مدعى الجميع ومدعى الثلثين، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

« ولمدعى النصف خمسة » اثنان ثلث السدس تنازع فيه مدعى الجميع ومدعى الثلثين، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

« ولمدعى الثلث ثلاثة » ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

هذا إن أقام كلهم بينه.

وإن أقام أحدهم فقط بينه حكم له.

هذا كله مع خروج المدعى به عن أيديهم.

قال المحقق: « ولو كان المدعى فى يد الأربعة، ففى يد كل واحد ربعها، فإذا أقام كل واحد منهم بينه بدعواه، قال الشيخ: يقضى لكل واحد بالربع، لأن له بينه ويدا (1) ».

أى: بناء من الشيخ على تقديم بينه الداخلى على الخارج.

« والوجه: القضاء بينه الخارج على ما قرناه » فيما سبق.

وعلى المختار: « فيسقط اعتبار بينه كل واحد بالنظر إلى ما فى يده، ويكون ثمرتها فيما يدعى مما فى يد غيره، فيجمع بين كل ثلاثة على ما فى يد الرابع وينتزع لهم، ويقضى فيه بالقرعة واليمين، ومع الامتناع بالقسمه، فيجمع بين مدعى الكل والنصف والثلث على ما فى يد مدعى الثلثين، وذلك ربع اثنين وسبعين ».

لأننا نريد عدداً لربعه ثلث وتسع وتسع ربعه نصف، والاثنان والسبعون كذلك.

ص: ٧٦٠

« وهو » أى الربع ثمانية عشر.

فمدعى الكل يدعيها أجمع، ومدعى النصف يدعى منها ستة، ومدعى الثلث يدعى اثنين.

وعلى هذا: « فتكون عشره منها لمدعى الكل لقيام البيئه بالجميع الذى تدخل فيه العشره، ويبقى ما يدعى صاحب النصف وهو ستة يقرع بينه وبين مدعى الكل فيها ويحلف » أى من خرج اسمه يأخذ، وإن امتنع حلف الآخر وأخذ « ومع الامتناع يقسم بينهما » نصفين كما عرفت.

« وما يدعى صاحب الثلث وهو اثنان يقرع عليه بين مدعى الكل وبينه، فمن خرج اسمه أحلف وأعطى، ولو امتنعا قسّم بينهما » نصفين كما عرفت.

« ثم يجمع دعوى الثلاثه على ما فى يد مدعى النصف، فصاحب الثلثين يدعى عليه عشره » وذلك، لأنه يدعى الثلثين وهو ثمانية وأربعون - من الاثني والسبعين - وبيده ثمانية عشر، فالباقي له ثلاثون، على كل من الثلاثه الآخرين عشره.

« ومدعى الثلث يدعى اثنين، ويبقى فى يده » أى فى يد مدعى النصف وهو الثمانية عشر « ستة لا يدعيها إلا مدعى الجميع، فتكون » أى الستة « له » أى لمدعى الكل، لقيام البيئه على الجميع الذى تدخل فيه « ويقارع الأخيرين » أى فى العشره والاثنين « ثم يحلف » من يخرج اسمه يأخذ وإلا فالآخر « وإن امتنعوا أخذ نصف ما ادعياها » من كل واحد منهما، فيأخذ من العشره خمسسه ومن الاثنين واحداً.

« ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الثلث وهو ثمانية عشر، فمدعى الثلثين يدعى منه عشره، ومدعى النصف يدعى ستة، ويبقى اثنان لمدعى الكل

ويقارع على ما أفرد للآخرين، فإن امتنعوا عن الأيمان قسّم ذلك بين مدّعى الكل وبين كلّ واحد منهما بما ادّعا». .

« ثم تجتمع الثلاثة على ما فى يد مدّعى الكل» وهو ثمانية عشر « فمدّعى الثلثين يدّعى عشره، ومدّعى النصف يدّعى ستة، ومدّعى الثلث يدّعى اثنين، فتخلص يده عمّا كان فيها» لأن ذلك تمام ثمانية عشر.

« فيكمل لمدّعى الكلّ ستة وثلاثون من أصل اثنين وسبعين» وذلك أربعة عشر مما فى يد مدّعى الثلثين، واثنان عشر مما فى يد مدّعى النصف، وعشره ممّا فى يد مدّعى الثلث.

« ولمدّعى الثلثين عشرون» وذلك خمسة مما فى يد مدّعى النصف وخمسة اخرى مما فى يد مدّعى الثلث، وعشره مما فى يد مدّعى الكلّ.

« ولمدّعى النصف اثنا عشر» وذلك ثلاثة مما فى يد مدّعى الثلثين وثلاثة اخرى مما فى يد مدّعى الثلث، وستة مما فى يد مدّعى الكلّ.

« ولمدّعى الثلث أربعة»، وذلك اثنان مما فى يد مدّعى الكل، واثنان مما فى أيدي الباقيين.

« هذا إن امتنع صاحب القرعه عن اليمين ومنازعه» (1) وإلا كان الحاصل غير ذلك.

هذا إن أقام كلّ منهم بينه.

ولو أقام أحدهم خاصه بينه حكم له كما هو ظاهر.

ص: ٧٦٢

قال المحقق قدس سرّه: « إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البيئه، وإن لم تكن بينه فيد كل واحد منهما على نصفه. قال فى المبسوط: يحلف كل منهما لصاحبه. . . وقال فى الخلاف: ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وما يصلح لهما يقسم بينهما، وفى روايه إنه للمرأة. . . وما ذكره فى الخلاف أشهر فى الروايات وأظهر فى الأصحاب» (1).

أقول: إذا تداعى الزوجان متاع البيت، بأن ادعى كل منهما ملكيه المتاع الموجود فى بيتهما، فإما تكون بينه وإما لا تكون، فإن كانت، قضى بالمتاع لمن قامت له البيئه، سواء كان الرجل أو المرأة، بلا خلاف كما فى (الجواهر) عن (الرياض) .

وإن لم تكن بينه، فيد كل واحد من الزوجين تكون على نصف المتاع الذى فى يدهما، لكن كلاً منهما يدعى النصف الآخر فما هو الحكم؟

فى المسألة ثلاثه أقوال أو أربعة، ومنشأ تعدد الأقوال والخلاف بين الأصحاب، هو اختلاف أخبار المسألة، والأقوال ثلاثه منها للشيخ:

فالأول: إنه يحلف كل منهما للآخر، كغير المتاع من الأشياء حيث يتداعى

ص: ٧٦٣

فيه اثنان أو أكثر، مع كون الشى فى أيديهما « سواء كان مما يختص بالرجال أو النساء أو يصلح لهما، وسواء كانت الدار لهما أو لأحدهما، وسواء كانت الزوجيه باقيه أو زائله، ويستوى فى ذلك تنازع الزوجين والوارث» وهذا ما قاله الشيخ فى (المبسوط)^(١) وتبعه العلامه فى (القواعد)، وفخر المحققين فى (الإيضاح) كما فى (الجواهر)، وقد أشرنا إلى دليله.

والثانى: إن ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وما يصلح لهما يقسم بينهما، وهذا ما قاله الشيخ فى (الخلاف) وتبعه العلامه فى (التحرير)، والشهيد فى (الدروس)، بل فى (المسالك) نسبه إلى الأكثر، بل عن (الخلاف)^(٢) و (السرائر) الإجماع عليه.

ويدل عليه - مع الإجماع المذكور - عدّه أخبار، عمدتها صحيح النخاس الآتى.

والثالث: إن المتاع كلّ للمرأة « لأنها تأتى بالمتاع من أهلها» وهذا ما أفتى به الشيخ فى (الإستبصار)^(٣) كما فى (الجواهر)، ويدل عليه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الآتى.

فهذه ثلاثه أقوال، وقد اختار المحقق هنا وفى (النافع)^(٤) القول الثانى منها، ونسبه فى (نكت النهايه) إلى المشهور.

ص: ٧٦٤

-
- ١- ١) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ٣١، قواعد الأحكام ٣: ٤٧٠، إيضاح الفوائد ٤: ٣٨٠.
 - ٢- ٢) كتاب الخلاف ٦: ٣٥٢ مسأله ٢٧، السرائر فى الفقه ٢: ١٩٣، تحرير الأحكام ٥: ٢٠٨، الدروس الشرعيه ٢: ١١١.
 - ٣- ٣) الاستبصار ٣: ٤٧.
 - ٤- ٤) المختصر النافع: ٢٨٥، نكت النهايه ٢: ٨٣.

وعن العلامة في (المختلف) الرجوع في المسألة إلى العرف والعادة حيث قال: «والمعتمد أن نقول: إنه إن كان هناك قضاء عرفي يرجع إليه ويحكم به بعد اليمين، وإلا كان الحكم فيه كما في غيره من الدعاوى...»

لنا: إن عادة الشرع في باب الدعاوى بعد الاعتبار والنظر راجعه إلى ما ذكرنا، ولهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الأصل، وبأن المتشبه أولى من الخارج، لقضاء العادة بملكه ما في يد الإنسان غالباً، وحكم بإيجاب البيّنة على من يدعى خلاف الظاهر والرجوع إلى من يدعى الظاهر، وأما مع انتقاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لأحدهما فتساويا فيها... .

واعلم أن ما رواه الشيخ من الأحاديث يعطى ما فضلناه نحن أولاً، ويدل عليه حكمه عليه السلام بأن العادة قاضيه بأن المرأة تأتي بالجهاز من بيتها فحكم لها به، وإن العادة قاضيه بأن ما يصلح للرجال خاصة فإنه يكون من مقتضياته دون مقتضيات المرأة، وكذا ما يصلح للمرأة خاصة يكون من مقتضياتها دون مقتضيات الرجل، والمشترك يكون للمرأة، قضاءً لحق العادة الشائعه، ولو فرض خلاف هذه العادة في وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم يحكم لها» (١).

وهذا الذي ذكره العلامة جعله في (المسالك) قولاً رابعاً في المسألة، لكن صاحب (الجواهر) أرجعه إلى القول الثاني، فقال بعد أن أورد عبارته (المختلف): «إن مبناه أولاً وآخرها الرجحان الناشئ من العادة ولو لكون الشيء لا يصلح إلا لأحدهما فإن العادة قاضيه بذلك، فمرجع كلام المشهور حينئذ إلى ذلك، خصوصاً بعد تصريح ابن ادریس - الذي قد عرفت دعواه الإجماع على ذلك فيما حكى عنه -

ص: ٧٤٥

بذلك» (١).

وفى (الجواهر) عن (التنقيح) إنه بعد أن اختار القول الأول قال: « لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح، ولأن الحكم بما يصلح له لو كان حقاً لزم الحكم بمال شخص معين لغيره لكونه صالحاً لذلك الغير، وهو باطل. بيان اللزوم: إنه جاز أن يموت للمرأة أب أو أخ فترث منه عمامة وطيالسه ودروعاً وسلاحاً، وتموت للرجل أم أو أخت فيرث منها حلياً ومقانع وقمصاً مطرزه بالذهب، ويكون ذلك تحت أيديهما، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الإنسان لغيره.

لا يقال: قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: نحن نحكم بالظاهر، والله أعلم بالسرائر، وما ذكرنا هو الظاهر.

لأننا نقول: نمنع أن ذلك هو الظاهر، لأن الظاهر راجح غير مانع من النقيض، ومع ما ذكرنا من الاحتمال لا رجحان.

وأما ما ذكره العلامة من العرف، فممنوع، لأنه لو كان قاعده شرعية لزم الحكم بذلك في غير الزوجين لو حصل التداعي بين رجل وامرأة في متاع هذا شأنه، وهو باطل» (٢).

أقول: أما منعه كون الظاهر ذلك فممنوع، وكذا منعه ما ذكره العلامة، والالتزام بما ذكره من اللازم غير بعيد.

وأما إشكال (الجواهر) على قول العلامة بأن « كلامه عند التأمل في غايه البعد، إذ حاصله استفادة الحكم الشرعي من الحكم العادي، وهو واضح الفساد،

ص: ٧٦٦

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٩٧.

٢- ٢) التنقيح الرائع في شرح مختصر الشرائع ٤: ٢٧٨ - ٢٧٩. جواهر الكلام ٤٠: ٤٩٨.

ضروره عدم مدخله للعاده فى الأحكام الشرعيه. . . وبالجملة: كلامه لا يرجع إلى حاصل ينطبق على القواعد الشرعيه الموافقه لاصول الإماميه، وإن مال إليه جماعه ممن تأخر عنه» (١).

ففيه: إنه إن كان مراد العلامه كون السيره العقلانيه على ذلك، وأنها حجه مع عدم الردع، فيجوز الرجوع إليها والتعويل عليها، فالإشكال غير وارد، بل قوله عليه السلام « قد علم من بين لابتها. . . » (٢) يقتضى الإمضاء، فما المانع من أن يكون المتعارف هنا حجه؟

وأما أخبار المسأله، فقد عرفت أن عمدتها صحيح النخاس الدالّ على القول الثانى، وهو عن الصادق عليه السلام إنه قال « إذا طلق الرجل امرأته وفى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، وما يكون للرجال والنساء يقسم بينهما. قال: وإذا طلق الرجل المرأه فادعت أن المتاع لها، وادعى الرجل أن المتاع له، كان له ما للرجل ولها ما للنساء» (٣).

□
وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج الدالّ على القول الثالث، قال: « سألتنى أبو عبد الله عليه السلام كيف قضى ابن أبى ليلى؟ قلت: قد قضى فى مسأله واحده بأربعة وجوه، فى التى يتوفى عنها زوجها فيجئ أهله وأهلها فى متاع البيت، فقضى

ص: ٧٦٧

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٥٠٠.

٢- ٢) تهذيب الأحكام ٦: ٢٩٧/٨٢٩.

٣- ٣) وعن أبى عبد الله عليه السلام فى امرأه تموت قبل الرجل أو رجل يموت قبل المرأه. قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأه وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شىء منه فهو له. وعن زرعه عن سماعة قال: « سألته عن رجل يموت، ماله متاع البيت؟ قال: السيف والسلاح والرجل وثياب جلدته» وسائل الشيعه ٢٦: ٢١٦/٤. أبواب ميراث الأزواج، الباب ٨.

فيه بقول إبراهيم النخعي: ما كان من متاع الرجل فللرجل، وما كان من متاع النساء فللمرأة، وما كان من متاع يكون للرجل والمرأة قسّمه بينهما نصفين.

ثم ترك هذا القول فقال: المرأة بمنزله الضيف في منزل الرجل، لو أن رجلاً أضاف رجلاً فأدعى متاع بيته كلف البيته، وكذلك المرأة تكلف البيته، وإلا فالمتاع للرجل.

ورجع إلى قول آخر فقال: القضاء أن المتاع للمرأة إلا أن يقيم الرجل البيته على ما أحدث في بيته.

ثم ترك هذا القول، ورجع إلى قول إبراهيم الأول.

فقَالَ أبو عبد الله عليه السلام: القضاء الأخير وإن كان رجوع عنه، المتاع متاع المرأة إلا أن يقيم الرجل البيته، قد علم من بين لابتبها يعنى: بين جبلى منى - إن المرأة تزفّ إلى بيت زوجها بمتاع - ونحن يومئذ بمنى - (١).

ووجه الجمع بينهما: إن دعوى الرجل ملكيه ما يصلح للرجل تحتاج إلى إثبات، لأن المتاع الذى تأتى المرأة به إما ملك لها وإما باق على ملك أبيها، فلو ادعى التملك له بهبه أو نحوها كان عليه الإثبات.

ولا 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.

وأما قوله عليه السلام فى ذيل خبر النّخّاس: « ومن استولى على شيء فهو له » فيمكن أن يكون المراد منه نفس المراد من صدره، أو يراد منه أمر آخر، وهو

ص: ٧٤٨

أنه لو كان بعض المتاع بيد أحدهما خاصة فهو له، فيكون حاصل الجمع: إن ما كان تحت يد أحدهما خاصة دون اليد البيئيه فهو له، ثم يقضى فى الباقي بكون ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للمرأة فلها، والمشتركات تقسم، والأقرب ظهوره فى هذا المعنى.

وهذا الذى ذكرناه فى الجمع بين الخبرين هو مقتضى العرف والعاده.

وهذا هو الحكم سواء كان النزاع بين الزوجين أو بين ورثه أحدهما مع الآخر.

حكم ما لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض المتاع

قال المحقق: « ولو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره، كلف البيئه كغيره من الأنساب » (١).

أى: لعمومات البيئه على المدعى واليمين على المدعى عليه.

قال: « وفيه روايه بالفرق بين الأب وغيره ضعيفه » (٢).

أقول: هى ضعيفه عند المحقق، وذلك على احتمال فى (الكافى) و (تهذيب)، وهى فى (الفقيه) صحيحه جزماً على ما قيل كما فى (الجواهر) (٣).

وهى روايه جعفر بن عيسى قال: « كتبت إلى أبى الحسن - يعنى: على بن محمد - المرأة تموت فيدعى أبوها أنه كان أعارها بعض ما كان عندها من متاع

ص: ٧٦٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٠.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٠.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٥٠١. الكافى ٧: ٤٣١/١٨. تهذيب الأحكام ٦: ٢٨٩/٨٠٠. من لا يحضره الفقيه ٣: ١١٠/٣٤٢٩.

وخدم، أتقبل دعواه بلا بينه أم لا تقبل دعواه بلا بينه؟ فكتب إليه عليه السلام: يجوز بلا بينه.

قال: وكتبت إليه: إن ادعى زوج المرأة الميته أو أبو زوجها أو أم زوجها في متاعها وخدمها مثل الذى ادعى أبوها من عاريه بعض المتاع والخدم، أكون فى ذلك بمنزله الأب فى الدعوى؟ فكتب: لا» (١).

وقد أطنب ابن ادريس فى ردّها بوجوه، فقال ما نصّه: « ولقد شاهدت جماعه من متفقّه أصحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلك، وأن أبا الميته لو ادعى كلّ المتاع وجميع المال كان قوله مقبولاً بغير بينه، وهذا خطأ عظيم فى هذا الأمر الجسيم، لأنهم إن كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه:

أحدها: إنه لا يجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصلي أصحابنا، على ما كررنا القول فيه وأطلقناه.

والثانى: إن من يعمل بأخبار الآحاد لا يقول بذلك ولا يعمل به إلا إذا سمعه من الراوى من الشارع.

ص: ٧٧٠

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩/١. أبواب كيفية الحكم الباب ٢٣. عن الكليني عن محمد بن جعفر الكوفي يعنى الأسدى عن محمد بن إسماعيل عن جعفر بن عيسى. قال: ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يعقوب. ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن عيسى عن أخيه جعفر بن عيسى. فأما احتمال الضعف فى طريق الكافى والتهذيب فالظاهر أنه من جهة « محمد بن إسماعيل وهو البرمكى » بناء على اعتبار جرح ابن الغضائرى لكن عن النجاشى: « ثقة مستقيم ». وأما الجزم بصحة طريق الفقيه، فإنّ إسناده الصدوق إلى محمد بن عيسى - وهو « ابن عبيد » - صحيح، وأن هذا الرجل ثقة عند النجاشى، وقوله مقدّم على قول الشيخ لدى التعارض، إن لم يسقط تضعيف الشيخ هنا لابتناؤه على ما ذكره شيخنا الجدمامقانى، وإن أخاه « جعفر بن عيسى » ثقة. . .

والثالث: إن الحديث ما فيه إنه ادعى أبوها جميع متاعها وخدمها، وإنما قال لبعض ما كان عندها، ولم يقل لجميع ما كان عندها.

ثم إنه مخالف لأصول المذهب ولما عليه إجماع المسلمين أن المدعى لا يعطى بمجرد دعواه... ثم لم يورد هذا الحديث إلا القليل من أصحابنا، ومن أورده في كتابه لا يورده إلا في باب النوادر، وشيخنا المفيد وسيدنا المرتضى لم يتعرضا له ولا أورداه في كتبهما، وكذلك غيرهما من محققى أصحابنا، وشيخنا أبو جعفر ما أورده في كتبه بل في كتابين منها فحسب، إيراداً لا اعتقاداً، كما أورد أمثاله من غير اعتقاد لصحته... .

ثم شيخنا أبو جعفر الطوسي رجع عنه وضعفه في جواب المسائل الحائريات المشهوره عنه المعروفه... (١).

قلت: لكن هذه الوجوه بعضها مبني على مسلكه، وبعضها غير وارد، لأنه خلاف الظاهر.

وكون الروايه مطابقه للقاعده الشرعيه غير بعيد، فإذا أعطى الأب شيئاً إلى ابنته في تجهيزها وغيره، فادعت تملكه ذلك إياها، فأنكر الأب ذلك، كان القول قوله، لأن الأصل عدم انتقال الملك.

نعم، لو انتقل ما كان بيدها إلى ورثتها، ووقع النزاع بينهم وبين الأب، فقالوا: هذا لأمننا وهو لنا الآن بالإرث، فقال الأب: هو لى ولم أملكها المال، كان الأب مدعياً وكان عليه إقامة البينه.

فعلى الوجه الأول تكون الروايه مطابقه للقاعده، وعلى الثاني مخالفه.

والظاهر هو الأول، لأنهم يقرّون بإعطاء الأب المال لأئهم.

ص: ٧٧١

المسألة الأولى: (لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على إسلام

أشاره

أحدهما قبل الموت واختلفا في الآخر)

قال المحقق قدس سرّه: « لو مات المسلم عن ابنين، فتصادقا على تقدّم إسلام أحدهما على موت الأب، وادّعى الآخر مثله فأنكر أخوه، فالقول قول المتفق على إسلامه مع يمينه أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه» (١).

أقول: لو مات المسلم عن ابنين مثلاً، فتصادق الابنان على إسلام أحدهما في حال حياة الأب، وادّعى الآخر نفس الدعوى لكي يشترك معه في 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 تعرّض لهذه المسألة كما في (الجواهر).

وفي المسألة ثلاث صور:

١ - الجهل بتاريخ موت الأب وإسلام الابن المختلف فيه معاً.

٢ - أن يكون تاريخ موت الأب معلوماً، وتاريخ إسلام الابن المختلف فيه مجهولاً.

٣ - أن يكون تاريخ إسلام الابن المختلف فيه معلوماً، وتاريخ موت الأب مجهولاً.

ص: ٧٧٥

أما الصورة الأولى: فلا ريب في إرث المتفق عليه دون الآخر، لأن إسلامه مسبوق بالكفر وتاريخه مجهول، فيستصحب عدمه حتى موت الأب، ويكون أثر هذا الاستصحاب شرعاً عدم استحقاق الولد الذي لم يثبت إسلامه عند موت الأب، والمفروض أن لا وارث غيره إلا المتفق عليه، فيستقل بالتركة بحسب أدله الإرث.

ولا يعارضه استصحاب عدم الموت حتى زمان الإسلام، لأن هذا الاستصحاب ليس بحجه، لأنه مثبت.

وأما في الصورة الثانية فكذلك، فإنه يجري الاستصحاب، ويترتب عليه الأثر الشرعي المذكور.

وأشكل في (الجواهر) في الحكم المذكور المبتنى على الاستصحاب من جهتين: إحداهما: إن ظاهر الكون في دار الإسلام هو إسلام الابن، وهذا الظاهر مقدم على الأصل أعنى الاستصحاب. والثانية: بأن الإرث تقتضيه القرابه حسب الأدله في كتاب الإرث، والكفر مانع عن الاستحقاق، فإذا وجد المقتضى - وهو هنا الولديه - وشك في المانع - وهو الكفر - أثر المقتضى أثره، فيستحق المختلف فيه الإرث كأخيه (1).

وفي كلتا الجهتين نظر، أما الأولى: فإن كون الإسلام ظاهر من في دار الإسلام صحيح، لكنه يقتضى الحكم بإسلام من كان فيها مع الجهل بحاله، وأما من كان مسبقاً بالكفر يقيناً - كما في مفروض المسأله - فلا يقتضى كونه في دار الإسلام إسلامه، فلا ظاهر في مقابل الأصل في هذا المقام.

ص: ٧٧٦

وأما الثانيه: فإن قاعده المقتضى والممانع - بناء على تماميتها - تجرى فى صورته عدم جريان استصحاب الممانع، مثلاً: إذا تم استصحاب الفسق لا يتحقق للأب ولايه عند الشك فى ثبوتها، مع أن نفس الأبوه مقتضيه للولايه.

على أن أدلّه إرث الولد مخصصه بعدم كفره - سواء كان الكفر مانعاً أو كان الإسلام شرطاً - ومع الشك فى إسلام الولد فى حال موت الأب يكون التمسك بأدلّه الإرث من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

فالحق ما ذهب إليه المشهور، وإن الإستصحاب يفيد الحكم بعدم الإرث، أى: إن نفس عدم الإسلام كاف لعدمه.

قال المحقق: « وكذا لو كانا مملوكين فأعتقا واتفقا على حرّيه أحدهما واختلفا فى الآخر » (١).

أى إن ذلك نظير الصورتين المذكورتين، والحكم نفس الحكم، لجريان الاستصحاب كذلك.

و أما صورته الثالثه، فلا يجرى فيها الإستصحاب المذكور فى الصورتين السابقتين، و سيدكرها المحقق مستقله فى المسأله الثانيه.

حكم ما لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا فى الآخر:

ولو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا فى الآخر، فقد جزم فى (كشف اللثام) بأن القول قول الآخر (٢) المختلف فيه، واحتمله الشهيد الثانى فى

ص: ٧٧٧

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٠.

٢-٢ (٢) كشف اللثام فى شرح قواعد الأحكام ١٠: ٢٢٦.

(المسالك) (١) لأن ظاهر الدار تشهد له، وليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا، لعدم الحاله السابقه، فالحكم هو اشتراكهما في الإرث، لظاهر دار الإسلام.

وبما ذكرنا ظهر الفرق بين هذا الفرع، وبين الصورتين اللتين قلنا بجريان الاستصحاب فيهما، فقول صاحب الجواهر: « ومن هنا لو اتفقا » (٢) لم يظهر وجهه.

كما لا يجوز التمسك لاستحقاقه بأدلة الإرث، لأنه من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه.

حكم ما لو ادعى كل منهما أنه لم يزل مسلماً وأنكر الآخر:

ولو ادعى كل من الابنين أنه لم يزل مسلماً، وأنكر الآخر فقال: بل أسلمت بعد موت الأب، فالحكم هو اشتراكهما في الميراث، لأن ظاهر دار الإسلام يشهد لكل واحد، وفي الاستدلال بعمومات الإرث هنا أيضاً ما عرفت.

وفي (كشف اللثام): « نعم، إن كانت الدار دار كفر وكان إسلام المورث مسبقاً بكفره، احتمال ترجيح الظاهر على الأصل، فلا يرث المختلف فيه ما لم يعلم انتفاء المانع من إرثه بالبينه، ولو ادعى المختلف فيه علم الآخر بحاله كان له إحلافه على نفيه » (٣).

وقد أشكل فيه صاحب (الجواهر) مشيراً إلى ما ذكره سابقاً من اقتضاء الولديه للإرث.

وقد عرفت الإشكال فيه.

ص: ٧٧٨

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٤٠.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٠٤.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٢٢٦.

كما أن إيراده على قول كاشف اللثام: « ولو اتَّفقا على كفر كلٍّ منهما أو رقيته زماناً، وأدعى كلٌّ منهما سبق إسلامه أو حرّيته على الموت وأنكر الآخر، ولم تكن بينه، ولا ادّعى أحدهما العلم على الآخر، أو ادّعاه فحلف على العدم، لم يرث أحد منهما، لأنه لا إرث ما لم يثبت انتفاء المانع، ولا مجال هنا للحلف، لأن كلاًّ منهما مدّع لزوال المانع عن نفسه، وأما إنكاره ففي الحقيقة إنكار لعلمه بزوال المانع عن الآخر، ولا يفيد الحلف عليه، بل خصمهما في الحقيقة هو الوارث المسلم، فإن كان غير الإمام عليه السلام حلف على عدم العلم بزوال المانع» غير وارد.

هذا كلّ مع عدم البينه.

ولو أقام أحد الابنين بينه في الفروع المذكوره قضى له بها.

ولو أقام كلّ واحد منهما بينه - في صورته اختلافهما بأنه لم يزل مسلماً وصاحبه أسلم بعد موت الأب - كانت بينه المتفق عليه خارجه وبينه الآخر داخله، فتقدّم بينه المتفق عليه على القول بتقدّم بينه الخارج، وهو الأقوى كما عرفت سابقاً، وأما مع القول بحججه كلتا البينتين وتكافؤهما، وعدم تقديم بينه مدّعى تقدّم الإسلام لاشتمالها على التقدّم الزماني، وهو نقله إلى الإسلام في الوقت السابق من جهه تناقض البينتين، فالبينتان متعارضتان، والحكم هو القرعه كسائر موارد تعارض البيّنات. وفي (المسالك): ربما احتمال ضعيفاً تقديم بينه المتأخر، بناء على أنه قد يعمى عليه في التاريخ المتقدّم فيظنّ الشاهدان موته، وهو ضعيف لأنه قدح في الشاهد (1).

ص: ٧٧٩

المسأله الثانيه: (حكم ما لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان والآخر فى أول رمضان واختلفا فى تاريخ موت الأب)

قال المحقق: « لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان والآخر فى غزّه رمضان ثم قال المتقدم: مات الأب قبل شهر رمضان، وقال المتأخر: مات بعد دخول رمضان. كان الأصل بقاء الحياه، والتركه بينهما نصفين» (١).

أقول: هذه هى الصوره الثالثه من صور المسأله الأولى، وهى صوره العلم بتاريخ الإسلام والجهل بتاريخ موت الأب، فالذى أسلم فى شعبان يقول: مات فى شعبان، وأنت أسلمت فى أول شهر رمضان، فلا تستحق، للكفر، أو عدم الإسلام حين الموت، والذى أسلم فى شهر رمضان يقول: مات بعد دخول شهر رمضان، فأنا شريكك فى الترکه لوجود الشرط وهو الإسلام أو عدم المانع عن استحقاق الإرث وهو الكفر.

والحكم فى هذه المسأله هو اشتراك الأخوين فى الترکه بالتنصيف، قال فى (الجواهر): بلا خلاف ولا إشكال.

ودليل هذا الحكم عند المحقق هو الاستصحاب، حيث قال: « الأصل بقاء الحياه » .

ص: ٧٨٠

وقد عرفت ما فيه، فإنه أصل مثبت.

وعند صاحب (الجواهر) هو عمومات الإرث بعد عدم ثبوت المانع، فالمقتضى حينئذ بحاله.

وفيه: ما عرفت من أنه من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه، لأن موضوع العمومات هو الولد المسلم في حال موت الأب.

فالدليل هو ظاهر دار الإسلام. فتأمل (١).

ص: ٧٨١

١ - ١) وجه التأمل هو أن هذا الإسلام مسبوق بالكفر، وقد ذكرنا سابقاً أن ظاهر دار الإسلام يكون في حال عدم الكفر سابقاً، وأما معه فلا - ظاهر. ويبقى أن يكون الدليل اتفاق الأصحاب في هذه المسألة، لكن المحتمل - إن لم يكن المقطوع به - كونه مدرّكياً.

المسأله الثالثه: (لو كانت دار فى يد إنسان وادعى آخر أنها له ولأخيه إرثاً)

إشاره

قال المحقق قدس سره: « دار فى يد إنسان وادعى آخر أنها له ولأخيه الغائب إرثاً عن أبيهما، وأقام بينه، فإن كانت كامله وشهدت أنه لا وارث سواهما سلم إليه النصف، وكان الباقي فى يد من كانت الدار فى يده. وفى الخلاف: وتجعل فى يد أمين حتى يعود، ولا يلزم القابض للنصف إقامه ضمين بما قبض» (١).

أقول: فى هذه المسأله فروع:

الأول: إن هذه الدعوى تسمع من هذا الشخص، ويقضى له بالبينه الكامله - أى الواجده للشرائط على ما سيأتى - التى أقامها، ويسلم إليه نصف الدار.

وهذا الحكم لا إشكال فيه ولا خلاف كما فى (الجواهر).

الثانى: وحيث أريد التنصيف للدار فمن يكون القاسم؟

قال فى (الجواهر) (٢): والقاسم الحاكم أو أمينه أو من فى يده الدار.

أقول: أما الحاكم فلا كلام فى نفوذ تقسيمه لأنه ولى الغائب، وأما أمينه فكذلك، لأنه يقوم مقام الحاكم بأمره، وأما من فى يده الدار، فالمفروض إنكاره لحق المدعى، وبذلك يسقط عن الأمانه فى نظر المدعى فى الأقل، والقاسم يشترط

ص: ٧٨٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٠.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٠٧.

أن يكون عادلاً أميناً كما تقدّم في محلّه، فكيف يكون هذا الإنسان قاسماً في هذا المقام؟ .

الثالث: وإذا سلّم نصف الدار إلى المدّعى، فما هو حكم النصف الآخر الذي يدّعى كونه للأخ الغائب؟ فيه قولان:

أحدهما: أن يكون الباقي في يد من كانت الدار في يده حتى مجي الغائب.

وهو رأى الشيخ في (المبسوط) (١). ظاهر المسالك تصحيح قول الشيخ في الخلاف لا ما قاله في المبسوط لأنه نقل قول الشيخ في الخلاف ثم ما قاله في المبسوط فقال والاول اصح (٢).

والآخر: أن ينتزع الباقي منه ويجعل في يد أمين حتى حضور الغائب.

وهو رأى الشيخ في (الخلاف) (٣) وهو الأقوى عند صاحب (الجواهر).

وجه الأول هو: إن البينه حجّه بعد دعوى صاحب المال، وحيث أن الغائب غير موجود حتى يدّعى، فبينه أخيه لا تثبت ملكيه الغائب للنصف الآخر، فيبقى بيد من كانت الدار في يده كما كان.

ووجه الثاني هو: أن البينه حجّه، ولا يتوقّف استيفاء الحق على حكم الحاكم المتوقف على حضور المدّعى ودعواه، وعليه، فترفع يد ذلك الإنسان عن الباقي.

وقد قدّمنا في محلّه بيان هذين القولين، وأن الأقوى هو الثاني.

وقد يجعل منشأ الاختلاف صلاحية قيام أحد الوراث مقام الميت في إثبات

ص: ٧٨٣

١-١) المبسوط في فقه الاماميه ٨: ٢٧٤. مسالك الأفهام ١٤: ١٤٣.

٢-٢) لاحظ المسالك ١٤: ١٤٣.

٣-٣) كتاب الخلاف ٦: ٣٤٠ مسأله (١٢). جواهر الكلام ٤٠: ٥٠٧.

الحق أو الملك وعدمها، بل يكون حق الدعوى لمجموع الورثة، فلو ادعى أحدهم وأقام بينه ثبت حقه دون غيره؟ فالعلامه فى كتاب (المختلف) (١) وكاشف اللثام على الأول (٢)، والشهيد الثانى فى (المسالك) على الثانى (٣).

والظاهر هو الأول، لأن هذا الأخ الحاضر يدعى الإرث ويريد إثباته، فإذا أقام بينه وأثبتته، فقد ثبت حقه وحق الغائب، والمفروض أن الغائب إذا حضر لا يطالب بأكثر من الإرث الذى يستحقه.

الرابع: إنه لو أبقى النصف بيد من كانت الدار فى يده، فهل يضمن أو لا يكون ضامناً؟

قال المحقق: لا. للأصل وغيره بعد ثبوت الانحصار بالبينه.

ولا يخفى أن هذا مبنى على صحة التضمن بالنسبه إلى الأعيان كالديون.

ما هو المراد من البيئه الكامله هنا؟

قال المحقق: « ونعنى بالكامله ذات المعرفه المتقادمه والخبره الباطنه » (٤).

أقول: قد اختلفت عبارات الأصحاب فى معنى البيئه الكامله ها هنا، ففى (المسالك) إن مقتضى عباره المصنف والأكثر أن المراد بها ذات الخبره والمعرفه بأحوال الميت، سواء شهدت بأنها لا تعلم وارثاً غيرهما أم لا، وحينئذ تنقسم إلى ما يثبت بها حق المدعى، بأن تشهد بنفى وارث غيره، وإلى غيره وهى التى لا

ص: ٧٨٤

١-١) مختلف الشيعة ٨: ٤٤٧.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٢٢٧ - ٢٢٨.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٤٣.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢١.

تشهد بذلك.

وقد اختار صاحب (المسالك) هذا المعنى، وذكر أن الشهادة هي أن يشهد العدلان بعدم وجود وارث آخر فيما يعلمان قال: « ولا يجب القطع بل لا يصح، ولا تبطل به شهادتهم» (١).

وتبعه في ذلك كله كاشف اللثام في تفسير عبارته القواعد التي هي مثل عبارته المتن.

وفى (الجواهر): « الظاهر الإكتفاء في ثبوت الوصفين بشهادتهما بذلك بعد ثبوت عدالتهما، بل الظاهر كون المراد بكمالها أنها تشهد بالنفى، وحينئذ، فعدم شهادتها بذلك هو عدم كمالها، فقول المصنف: [ولو لم تكن البينة كاملة وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غيرهما] بمنزلة التفسير لها كقوله أولاً: [وشهدت] إلى آخره» (٢).

واعترض على الشهيد الثانى وكاشف اللثام قائلاً: « وما أدري ما الذى دعاهما إلى ذلك؟! مع أن حمل العبارة على إرادته التفسير أولى كما هو صريح الإرشاد قال: ولو ادعى ما فى يد الغير أنه له ولأخيه الغائب بالارث، وأقام بينه كامله، بأن شهدت بنفى وارث غيرهما سلم إليه النصف» (٣) ولا ينافى ذلك قوله فى المتن « ونعنى» إلى آخره المحمول على إرادته بيان أن الشهادة بالنفى على وجه القطع لا تكون غالباً إلا من ذى الخبره الباطنه.

ودعوى المفروغيه من الاجتزاء بشهادته ذى خبره بنفى العلم، محل منع وإن

ص: ٧٨٥

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٤٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٠٩.

٣-٣) ارشاد الأذهان ٢: ١٥٣.

جزم به فى الدروس، كدعوى المفروغىه من عدم قبول شهاده غير ذى الخبره بالنفى على وجه القطع، بل هو فى الحقيقه قدح فى الشاهد العدل.

فالتحقيق حيثذ هو الاكتفاء بالشهاده بالنفى من العدل مطلقاً، وعدم الإكتفاء بها إذا كانت بنفى العلم كذلك، إلا إذا أريد من عدم العلم النفى فيما يعلم، فإنها شهاده بالنفى حيثذ، كما هو ظاهر كلامهم خصوصاً الدروس، وبهذا المعنى يمكن الفرق بين ذات الخبره وغيرها، لكن قد يقال: إن الشهاده بالنفى المزبور أيضاً لا تكون إلا من ذى الخبره أو شبهه» (١).

أقول: إنه يعتبر فى هذه الشهاده ثلاثه أمور:

أحدها: أن يشهدا بكون الدار ملكاً للميت.

والثانى: أن يشهدا بكون الأخوين وارثين.

والثالث: أن يشهدا بعدم وجود وارث غيرهما.

لكن الأصحاب لم يتعرضوا لاعتبار الأمر الأول، واختلفوا فى الثالث وأنه هل يشترط أن تكون الشهاده بالنفى على وجه القطع أولاً؟ وظاهر عباره المحقق قدس سرّه هو ما ذكره ثانى الشهيدين، وحملها على ما فى (الجواهر) خلاف ظاهرها.

□
نعم، لا مانع من القول بالإكتفاء بالإستصحاب بالشهاده بالنفى، لخبر معاويه قال: « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يكون فى داره، ثم يغيب عنها ثلاثين سنه، ويدع فيها عياله، ثم يأتينا هلاكه، ونحن لا ندرى ما أحدث فى داره، ولا ندرى ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث فى داره شيئاً ولا

ص: ٧٨٦

حدث له ولد، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهدا عدل أن هذه الدار دار فلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم» (١).

حكم ما لو لم تكن البينه كامله

قال المحقق: «ولو لم تكن البينه كامله وشهدت أنها لا- تعلم وارثاً غيرهما، أرجى التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان وارث لظهر» (٢).

أقول: إن كانت البينه كامله دفعت الدار إلى ذى الحق، ولو لم تكن كامله أرجى تسليم الدار حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان لبان، ولا يرجع إلى أصله عدم الوارث، لأن هذا الأصل لا يفيد انحصار الوارث بالحاضر في الظاهر، قال في (الجواهر): «على أن قاعده الضرر الحاصل بضمان من في يده المال لو ظهر بعد ذلك معارضه له، فأصل البراءة من وجوب الدفع إلى هذا الحاضر الذى لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله» (٣).

قال المحقق: «وحيث يسلم إلى الحاضر نصيبه ويضمنه استظهاراً» (٤).

أقول: إن الغرض من تضمين الحاضر هو الاستظهار والإطمينان ببقاء حق الوارث المحتمل وإمكان دفعه إليه لو ظهر، وعلى هذا، فلا موضوعيه للتضمين،

ص: ٧٨٧

-
- ١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٦/٢. أبواب الشهادات، الباب ١٧.
 - ٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢١.
 - ٣- (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٥١٠.
 - ٤- (٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢١.

فلو كان الوارث الحاضر موثقاً وكان ملئياً فلا حاجة إلى التضمين.

وليس المراد من إرجاء التسليم عدم جوازه، حتى يستشكل بأن الأصل عدم الوارث، بل المراد عدم وجوبه لئلا يتضرر ذو اليد لو ظهر الوارث، وعلى هذا، فلو شاء أن يسلم إلى الحاضر كان له ذلك، نعم، إذا كان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم يجز له الدفع إلا مع التضمين أو الوثوق.

وقد يناقش: بأن المفروض سقوط ذى اليد عن الأمانة بإنكاره دعوى الوارث الحاضر، فلو لم تسلّم الدار إلى الحاضر بالبينه والأصل وجب عليه تسليمها إلى الحاكم، فلا وجه لإبقائها في يده على كل حال.

على أن جواز تسليمه الدار إلى الحاضر - كما في (الجواهر) - يعنى قيام الحجج الشرعية على مالكيته، فسواء أريد من إبقائها دفع الضرر عن ذى اليد أو عن الوارث المحتمل يجب انتزاع الدار من يده، وأما إذا لم تتم الحجج للوارث الحاضر فلا يجوز تسليم شيء إليه حتى مع التضمين.

هذا كله إذا لم يكن الوارث الحاضر ذا فرض.

وأما إذا كان ذا فرض لا- ينقص عن فرضه على كل تقدير، كالزوجه مع الابن، فإن لها الثمن سواء كان للابن المذكور أخ أو وارث آخر أولاً فلا- إشكال في وجوب دفع نصيبه تاماً إليه: قال المحقق: «ولو كان ذا فرض أعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاماً، وعلى التقدير الثانى يعطيه اليقين إن كان وارث، فيعطى الزوج الربع» (١) أى: لاحتتمال وجود ولد منها «والزوجه ربع الثمن» أى: لاحتتمال وجود زوجات له ثلاثه، ويكون الإعطاء «معجلاً من غير تضمين وبعد البحث

ص: ٧٨٨

يتم الحصه التضمين» (١).

حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره

قال: «إن كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ، فإن أقام بينه الكامله أعطى المال. وإن أقام بينه غير كامله أعطى بعد البحث والاستظهار بالتضمين» (٢).

أقول: إن كان الوارث ممن يحجبه غيره عن الإرث كالأخ المحجوب بالأبوين والأولاد، فلا يعطى شيئاً لعدم العلم بكونه وارثاً، فإن ادعى ذلك فإن أقام بينه الكامله أعطى المال كله، وإن أقام بينه ناقصه أعطى بعد البحث عن الحاجب مع الاستظهار بالتضمين.

هذا، وفي (المسالك) تبعاً للدروس: «ولو صدق المتشبه المدعى على عدم وارث غيره، فلا عبره به إن كان المدعى به عيناً، لأنه إقرار في حق الغير، وإن كان ديناً أمر بالتسليم، لأنه إقرار في حق نفسه، لأنه لا يتعين للغائب على تقدير ظهوره إلا بقبضه أو قبض وكيله، وقد تقدم البحث في نظيره من دعوى وكالة الغائب في الأمرين» (٣).

وقد وافقهما على ذلك كاشف اللثام قال: «وحكم الدين حكم العين في جميع ذلك، إلا في وجوب انتزاع حصه الغائب فقد يقال بالعدم، والفرق بأن الأحوط هنا العدم، لأنه لا يتلف ما لم ينتزع لتعلقه بالذمه، وبأن العين شيء واحد شهدت

ص: ٧٨٩

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢١.

١-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢١.

١-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٤٥. الدروس الشرعيه ٢: ١٠٩.

به البينه، والدين حقوق متفرقه بعدد مستحقه، ويفارقها أيضاً في أنه لا يكفى في العين تصديق صاحب اليد في الانحصار ويكفى في الدين، فإذا صدقه أعطى نصيبه كاملاً من غير بحث، أخذاً بإقراره» (١).

قلت: قد ذكرنا سابقاً في مسأله مالو تنازع اثنان في عين بيد ثالث فصدق الثالث أحدهما: أن المصدق يكون حينئذ زايد على العين ويكون الآخر مدّعياً له، والأمر فيما نحن فيه كذلك، بل هو أولى، لكون الوارث الآخر محتمل الوجود لا مقطوعه، فتسلم العين إلى هذا المصدق، فإن حضر الوارث المحتمل وأقام البينه بحصته أخذ وإلا فلا.

وأما على ما ذكروا، فإن الفرق المذكور بين العين والدين صحيح، وإشكال صاحب (الجواهر) غير وارد.

ص: ٧٩٠

١-١) كشف اللثام ١٠: ٢٢٩.

المسأله الرابعه: (حكم ما إذا ماتت امرأه وابنها وتنازع زوجها وأخوها فى تاريخ موتهما)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا ماتت امرأه وابنها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم المرأه، فالميراث لى وللزوج نصفان، وقال الزوج: بل ماتت المرأه ثم الولد فالمال لى، قضى لمن تشهد له البيئه » (١).

أقول: إذا ماتت امرأه وابنها ولم يعلم سبق أحدهما ولا الاقتران، ووقع النزاع بين زوجها وأخيها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم ماتت المرأه، فالميراث الحاصل من تركه المرأه بما فى إرثها من الولد لى وللزوج، لكل نصف، وقال الزوج: بل ماتت امرأه أولاً، فإرثها لى ولولدها، ثم مات الولد من بعدها فالمال كله لى، ففى المسأله صور:

الأولى: أن يكون لأحدهما خاصه بينه على ما يدعيه، ولا إشكال ولا خلاف كما فى (الجواهر) فى أنه يقضى لصاحب البيئه.

الثانيه: أن يكون لكليهما بينه، وحينئذ إذا تكافتتا سقطتا بالتعارض، والحكم هو الرجوع إلى القرعه، فمن خرج اسمه حلف وأخذ وإلا أحلف الآخر، وإن امتنعا قسم المدعى به بينهما نصفين.

ص: ٧٩١

أى: إنه إن كان الولد قد مات قبل أمه فيستحق الأخ نصف تركه المرأة، وإن كان قد مات بعدها فلا يستحق شيئاً، فمورد النزاع نصف تركه المرأة، فإذا وقعت القرعة وامتنعنا عن اليمين قسّم النصف بينهما نصفين، فيكون للأخ الربع وللزوج ثلثه أرباع.

والثالثه: أن لا يكون لأحدهما بينه:

قال المحقق: « ومع عدمها لا يقضى باحدى الدعويين، لأنه لا ميراث إلا مع تحقق الحياه، فلا ترث الأم من الولد ولا الابن من أمه، ويكون تركه الابن لأبيه وتركه الزوجه بين الأخ والزوج» (١).

فظهر أن الحكم فى هذه الصوره كون تركه الابن كلّها لأبيه بعد يمين الأب أنه ما مات قبل أمه، وتكون تركه الزوجه بين الأخ والزوج - بعد يمين الأخ أنها ما ماتت قبل ولدها - لكلّ منهما نصف، إذ ليس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما فى الصوره الثانيه حيث أقام كلاهما البيئه، لأن اليمين تنفى وارثيه الميت من قبل، وليس لازم هذا النفي - وهو الموت من بعد - أثراً شرعياً، بخلاف البيئه هناك فإن لازمها حجه، وهذا هو سرّ الفرق بين الصورتين.

هذا كلّ مع الجهل بتاريخ موتهما.

ولو كان تاريخ موت أحدهما متفقاً عليه بينهما، كأن يكون موت الابن فى يوم الجمعة، فيستصحب حياه الأم حتى يوم السبت فترث الابن وتموت، فهما فى تركتها شريكان بالتنصيف، وإن كان العكس يستصحب حياه الابن فيرث أمه، فإذا مات كان جميع التركة للأب.

ولو علم إجمالاً بتقدم تاريخ موت أحدهما على موت الآخر، فلا يحلّفان حتى ينفى التوارث، بل يقرع لأجل تعيين الوارث.

ص: ٧٩٢

المسأله الخامسه: (حكم ما لو تنازع وارث الميت وزوجه حول شىء من التركه)

قال المحقق: « لو قال: هذه الأمه ميراث أبى، وقالت الزوجه: هذه أصدقنى إياها أبوك، ثم أقام كلّ منهما بينه، قضى بينه المرأه، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤها على الاخرى» (١).

أقول: لو وقع النزاع بين الوارث وزوجه فى شىء من التركه، فقال الوارث هذا ميراث أبى فهولى، وقالت الزوجه: هذا أصدقنى إياه أبوك، ففى المسأله صور:

الاولى: أن لا يكون للزوجه المدعيه بينه، فإن القول قول الوارث يمينه، لأن الأصل عدم الإصداق.

والثانيه: أن تقيم الزوجه بينه. فلا كلام فى أنه يقضى لها.

والثالثه: أن يقيم كلّ منهما بينه، فهنا أيضاً يقضى للزوجه بتقديم بينتها، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على بينه الوارث.

وكذا لو كانت العين فى يد أجنبى لا يدعيها.

ولو وقع التعارض بين البينتين، كأن تدعى الزوجه الإصداق فى يوم الجمعة فتشهد بينتها بذلك، ثم تشهد بينه الوارث بموت المورث فى يوم الخميس، فقد يقال بترجيح بينه الوارث، لكونه ذا اليد وكون مدعاه أسبق زماناً، ومع عدم المرجح فالحكم هو القرعه أو التنصيف بدونها.

ص: ٧٩٣

لا ريب في عدم لحوق الولد بأبين فصاعداً عندنا وإن كانا قد واقعا في طهر واحد، للأخبار والإجماع، خلافاً 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 أيضاً الإلحاق بأمين إذا تنازعتا واشتبه الأمر، بل قد يأتي بناءً على ما تقدم ذكره عن متأخريهم جواز إلحاق الولد بألف أم (١) ولعل هؤلاء قالوا بذلك على أساس القياس عندهم، فقاسوا هذا المورد بمسأله شرکه الأبوين في الأولاد، فإن الولد يتكوّن من ماء الرجل والمرأه معاً حيث قال تعالى: «**B** يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ» (٢) ولذا يرث الولد أبويه، فكما يكونان شريكين في الولد لتولده منهما، كذلك يكون الولد ملحقاً بالأبين فصاعداً لتولده منهما.

لكنه - مع ابتناؤه على القياس الباطل - فاسد من جهه أنه إذا انعقدت النطفه من الرجل والمرأه فقد تمّ الأمر، وفي بعض الروايات دلالة على ذلك، فلو واقع هذا الرجل أو غيره تلك المرأه لم يكن للماء الجديد أى علاقته بما كان من الماء الأول، ولكلّ موضع غير موضع الآخر.

ص: ٧٩٧

١- (١) المحلّى ١٠: ١٥٠ - ١٥١. كتاب الخلاف ٦: ٣٤٩ - ٣٥٠، المسأله ٢٣. كشف اللثام ١٠: ٢٣٣. المجموع (شرح المهذب) ١٥: ٣١٣. المغنى لابن قدامه ٧: ٢٣٧. جواهر الكلام ٤٠: ٥١٥.

٢- (٢) سورة الطارق ٨٦: ٧.

ثم إن الرجوع إلى القائف واضح الفساد كذلك، فإنه لا عبره بالقيافه عندنا، ولا تكون ملاكاً للإلحاق، وإن تحققت المشابهه بين الولد وأحد الرجلين غالباً، فإن الشارع قد اسقط هذه الغلبه عن الإعتبار، على أنه قد لا يشبه الابن أباه الحقيقي في الأوصاف. وبعد هذا كله نقول: إن عمده الأدله في الإختلاف في الولد هو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ «الولد للفراش وللعاهر الحجر» (١).

ف قيل معناه: الولد لمالك الفراش.

وفى (المصباح المنير): «وقوله عليه الصلاه والسلام: الولد للفراش، أى للزوج، فإن كل واحد من الزوجين يسمى فراشاً للآخر، كما سمي كل واحد منهما لباساً للآخر» (٢).

وكيف كان، فإن الحديث لا يعمّ النكاح الفاسد.

وقال السيد فى (العروه) بأن المراد هو الفراش الفعلى، سواء أمكن إلحاقه بالفراش السابق أو لا (٣).

وعن (القواعد): إنه لو كان زوجاً فى نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين، ففى انقطاع إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقه (٤).

ص: ٧٩٨

١- ١) وسائل الشيعه ٢١: ١٧٣/٢. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٥٨.

٢- ٢) المصباح المنير ٢: ٤٦٨.

٣- ٣) العروه الوثقى ٣: ١٩٨.

٤- ٤) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢.

هذا، وفي المسأله صور:

الصوره الاولى: إذا لم يكن في البين فراش أصلاً، بل وطئ اثنان امرأه عن سفاح، ففي هذه الصوره لا يلحق الولد بأحدهما، وأثر ذلك عدم التوارث فقط، وأما الآثار الأخرى: كالنظر والنكاح إن كان الولد بنتاً، فإنه يجوز لكلّ منهما نكاحها، ويحرم عليه النظر إليها للأصل، أما هي، فلا يجوز لها ذلك مع أحدهما، لعلمها إجمالاً بكونها لأحدهما.

وبالجمله، إن وطئها عن زنا، لم يلحق الولد بأحدهما شرعاً، نعم، لا يبعد الرجوع إلى القرعه لتعيين من هو له منهما، لأجل ترتب الآثار من النفقه ونحوها، اللهم إلا- أن يقال بعدم ترتب شيء من الآثار مطلقاً، لكن لا تعرض هنا ظاهراً في الأخبار والفتاوى للقرعه.

والصوره الثانيه: أن يتحقق الوطئ من الرجلين بشبهه وفي طهر واحد، والحكم فيها الرجوع إلى القرعه، لإمكان كون الولد من كلّ منهما، فمن خرج اسمه أُلحق به.

والصوره الثالثه: أن يعقد كلّ منهما عقداً فاسداً. والمرجع هنا أيضاً القرعه.

والصوره الرابعه: أن يطأ اثنان امرأه وهي زوجه لأحدهما ومشبهه على الآخر، والحكم عند الأصحاب فيها هو الرجوع إلى القرعه.

وقد ذكر المحقق حكم الصور الثلاث الأخيره بقوله:

« إذا وطئ اثنان امرأه وطأ يلحق به النسب، إما بأن تكون زوجه لأحدهما ومشبهه على الآخر، أو مشبهه عليهما، أو يعقد كلّ منهما عليها عقداً فاسداً، ثم تأتي

بولد لسته أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز أقصى الحمل، فحينئذ يقرع بينهما» (١).

فإن قيل: مقتضى الحديث الشريف: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» هو إلحاق الولد في الصورة الرابعة بالزوج، لأنه صاحب الفراش وإن كان «للعاهر الحجر» لا ينطبق على الواطئ هنا، لعدم تحقق الموضوع وهو الزنا في هذه الصورة، وبالجملة، يجرى هذا الحديث في صورة وجود فراش - زوجاً كان أو مولى - سواء كان الواطئ الآخر عن زنا أو شبهه، ولا يتحقق لأحد هذين فراش حتى يكون وطؤه وطأ يلحق به النسب، حتى يقع التعارض ويشكل الأمر فيرجع إلى القرعه.

بل لقد تمسك الإمام عليه السلام بالحديث حيث لا يوجد فيه الزنا ولا شبهه، ففي خبر الصيقل: «عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها. قال: بئس ما صنع، يستغفر الله ولا يعود.

قلت: فإن باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها، ثم باع الثاني من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث؟

فقال أبو عبد الله عليه السلام: الولد للفراش وللعاهر الحجر» (٢).

إذن، لا ينحصر مجرى الحديث بمورد وجود الزنا أو الوطئ بشبهه، فالرجوع إلى القرعه لماذا؟

قلت: إن الواطئ بشبهه ليس بصاحب فراش ف خلافاً لصاحب (الجواهر) - لكن دليل القول بالقرعه في هذه الصورة هو الإجماع.

ص: ٨٠٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٢.

٢-٢) ومثله: خبر سعيد الأعرج: «عن رجلين وقعا على جاريه في طهر واحد لمن يكون الحمل؟ قال: للذي عنده الجارية لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد للفراش» وسائل الشيعة ٢١: ١٧٤/٤. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٥٨.

قال المحقق: « سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو عبيدين أو حرّين أو مختلفين في الإسلام والكفر والحرّيه والرق، أو أباً وابنه » (١).

أقول: قال في (الجواهر): بلا خلاف معتدّ به أجده بيننا في ذلك، بل الظاهر الإجماع عليه، بل ادّعاه بعض صريحاً. ويدل عليه صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: « إذا وقع المسلم واليهودي والنصراني على المرأه في طهر واحد أقرع بينهم، فكان الولد للذي تصيبه القرعه » (٢).

قال في (الجواهر): نعم، عن لفظه المبسوط أن المسلم والحرّ أولى، ولكن قد استقر الإجماع على خلافه (٣).

هذا مع عدم العلم بسبق أحدهما.

ولو علم سبق أحدهما على الآخر في الوطئ، ففي إلحاقه بالأخير أو القرعه كذلك بحث.

هذا كلّه، إذا كان الوطئ منهما في طهر واحد، فإن وطأ أحدهما فحاضت، ثم وطئ الآخر، فهل يكون الإلحاق بالقرعه أيضاً؟ نعم، لإمكان كونه من الأول، لأن الحمل والحيض قد يجتمعان.

لكن في (القواعد) و (كشف اللثام): « إنه إذا كان ذلك انقطع الإمكان عن الأول، لأن الحيض علامه براءه الرحم شرعاً، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح لكون الولد للفراش، إلا أن يعلم الانتفاء، وتخلل الحيض لا يفيد العلم به

ص: ٨٠١

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٢.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٦: ٢٨٠/١. أبواب ميراث ولد الملاعنه، الباب ١٠.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٥١٧.

هنا، لقوه الفراش» (١).

وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله: إلا- أنه لا- يخفى عليك ما فيه، على كل من تقديري مجامعه الحيض للحمل وعدمه، وقوه الفراش لو كانت تنفع لنفعت في اجتماعهما في طهر واحد أيضاً (٢).

وأما قولهما: ولو كان زوجاً في نكاح فاسد لم يظهر فسادة للزوجين، ففي إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقة.

فتلك صورته أخرى بالإضافة إلى الصور السابقة، وهو أن يكون الأمر دائراً بين الوطئ بشبهه - بمعنى كونه زوجاً ظاهرياً - وبين الزنا أو الوطئ بشبهه ممن ليس بزوجه ظاهري، وتفيد هذه العبارة التوقف في إمكان معارضة الوطئ بشبهه لصاحب الفراش، من جهة التأميل في صدق الفراش على الفراش الظاهري، وهذا يؤيد ما ذكرناه سابقاً، كما لا يخفى، والحكم في هذه الصورة هو الإلحاق بالفراش الظاهري، للحديث الشريف، بناءً على صدق الفراش، وإلا فالقرعه.

قال المحقق: « هذا كله إذا لم يكن لأحدهم بينه» (٣).

أقول: يعني إن الرجوع إلى القرعه هو فيما إذا لم يكن لأحد الواطئين بينه، أو كان لكل واحد منهم وتعارضتا، لعدم المرجح، وإلا 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 مثلاً، وأما إذا وقع الوطئ من

ص: ٨٠٢

١- ١) كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام ١٠: ٢٣٤. قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥١٨.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٢.

اثنين، فلا يمكن للبينه تعيين من يلحق به الولد منهما.

قال المحقق: « ويلحق النسب بالفراش المنفرد، والدعوى المنفردة، وبالفراش المشترك، والدعوى المشتركة، ويقضى فيه بالبينه ومع عدمها بالقرعه» (١).

أقول: أما الفراش المنفرد فواضح، وأما الدعوى المنفردة فتكون بالنسبه إلى صبي مجهول النسب، فلو ادّعاها ولا معارض له في هذه الدعوى ألحق به، ولا يسمع إنكاره بعد كبره، نعم، في الكبير المجهول النسب خلاف سنشير إليه.

ولو اشترك اثنان أو أزيد في هذه الدعوى قضى بالبينه، ومع عدمها أو تعارضها بالقرعه، وأما الفراش المشترك، فقد عرفت الكلام فيه.

ولا فرق عندنا في الدعوى بين الرجل والمرأه، فلو استلحقت ولداً فإن لم ينازعها أحد لحق بها، وإن نازعها كان الولد لذات البينه، ومع عدمها أو تعارضها فالمرجع القرعه.

فروع

وهنا فروع أوردها صاحب (الجواهر) عن بعض الأصحاب، ونحن نوردها تبعاً له:

« من انفرد بدعوى مولود صغير في يده لحقه إلا أن يضرب بغيره، كأن يكون معتقاً وولاًؤه لمولاه، فإن بنوته تقتضى تقدّمه على المولى في الإرث، فإن بلغ وانتفى

ص: ٨٠٣

عنه لم يقبل نفيه (١) إلا بينه، استصحاباً لما ثبت شرعاً، وكذا لو أقرّ بالمجنون فأفاق وأنكر، وليس لأحدهما إحلاف الأب، لأنه لو جحد بعد الإقرار لم يسمع» .

قال في (الجواهر): « ولا يخفى عليك وجه البحث في ذلك » .

« لو ادّعى نسب بالغ عاقل فأنكر لم يلحقه إلا بالبينه، وإن سكت لم يكن تصديقاً » (٢).

قلت: بل الأظهر كونه تصديقاً، فإذا سكت كانت دعوى المدعى بلا معارض.

« لو ادّعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطئاً لشبهه لم يقبل وإن وافقه الزوجان، بل لا بدّ من البينه على الوطى لحق الولد » (٣).

« لو تداعيا صبيّاً وهو في يد أحدهما، لحق بصاحب اليد خاصّه، على إشكال (٤) في أن اليد هل ترجح كما يرجح الملك » .

أى على ذاك إقامه البينه، ومع عدمها لحق بصاحب اليد على إشكال في عموم أدله حجيه اليد للإنسان الذى ليس مملوكاً بل حرّ منسوب، فقد يقال بعدم صدق اليد على الحر، وحينئذ، فالملاك البينه وإلا فالقرعه.

« لو استلحقه صاحب اليد ولو ملتقطاً وحكم له شرعاً لم يحكم للآخر إلا بينه » .

« لو استلحق ولداً وقال: إنه من زوجتى هذه فأنكرت الزوجه ولادته، ففي لحوقه بها بمجرد إقرار الأب نظر » (٥).

أى: لأن هذه الدعوى ليست بلا معارض، لأنها قد عارضت، فى

ص: ٨٠٤

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢ - ٤٨٣.

٤-٤) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢ - ٤٨٣.

٥-٥) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢ - ٤٨٣.

(الجواهر): بل منع كونه إقراراً في حق الغير.

أقول: ولكن أثر وجوب النفقه ونحوه مترتب على هذا الإقرار.

« لو بلغ الصبي بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعه فانتسب إلى أحدهما قبل (١)، وأشكله بعض بأنه إقرار في حق الغير مع عدم دليل على قيام تصديقه مقام البيه أو القرعه» .

والظاهر ورود هذا الإشكال، لعدم وجود نص يدل على اعتبار الإقرار بالولديه، نعم، لو أقرّ بالرقية لأحد قبل، لأنه على نفسه، كما لا توجد سيره على القبول.

« ولا عبره بميل الطبع عندنا» (٢).

أى: إن هذا لا يكون دليلاً شرعياً للانتساب وإن كان وجود هذا الطبع حقيقه واقعيه.

« وإن لم ينتسب إلى أحد منهما أقرع إن لم ينكرهما معاً، وإلا- لم تفد القرعه بناءً على قبول تصديقه، ولا يقبل رجوعه بعد الإنتساب، ولا اعتبار بانتساب الصغير وإن كان مميّزاً، ونفقتة قبل الثبوت شرعاً عليهما، ثم يرجع من لم تلحقه القرعه (٣) به على الآخر» .

وأشكل عليه في (الجواهر): « وفيه: إن دفعها قد كان لإقراره، فلا وجه لرجوعه» .

إلا أن يقال بأن لوازم البيه حجه فعلى مقيمها جميع النفقه، لكن قلنا سابقاً

ص: ٨٠٥

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢ - ٤٨٣.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥١٩.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٣.

بأن الإقرار مقدّم على جميع الأدله. هذا، وقد ذكرنا سابقاً احتمال قبول دعوى الصبي فراجع.

« لو أقام كلّ من المدعين بينه بالنسب وتعارضتا ولا ترجيح، حكم بالقرعه (1) عندنا» .

« لو أقام أحدهما بينه أن هذا ابنه وآخر بينه أن هذا بنته، فظهر خنثى، فإن حكم بالذكوريّه بالبول وغيره فهو لمدعى الابن، وإن حكم بالأنوثيه فهو لمدعى الانثى (2)، لأن كلاً منهما لا يستحق إلا من ادعاه، وإن ظهر خنثى مشكلاً أقرع» (3).

هذا آخر كتاب القضاء. وقد كان الفراغ منه فى اليوم الثامن عشر من شهر ربيع الآخر من شهور السنه الثالثه بعد الأربعمائه بعد الألف من الهجره النبويه، فى الحوزه العلميه بمدينه قم المقدسه.

□
وسيتلوه إن شاء الله تعالى كتاب الشهادات.

ص: ٨٠٦

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٣.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٣.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٥١٩.

المقدمه و فيها ثلاثه امور. تعريف الشهاده لغه و شرعا

ص: ٨٠٧

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصيلاه والسّلام على سيّدنا محمد وآله الطاهرين، لا سيّما خليفه الله في الأرضين، الإمام الثاني عشر،
الحجّه ابن الحسن العسكري، أرواحنا فداه، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين، من الأوّلين والآخرين.

أما بعد، فقد قال الله عزّوجلّ:

«وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (١).

لقد أولى الفقه الجعفري اهتماماً بالغاً بموضوع «القضاء»، وكانت القوانين المقرره فيه في غايه الدقه والمطابقه مع ما تفتضيه
الفطره الإنسانيه، وقد تقدّم منّا بعض الكلام حول أهميه القضاء وأثره، وموقعه في فقه أهل البيت.

وبعد الفراغ من البحث عن آداب القضاء، وصفات القاضي، جاء دور البحث عن أحكام الدعوى وموازن الحكم، التي منها «إن
البيّنه على من ادّعى واليمين على من أنكر» (٢).

ص: ٨١١

١- ١) سورة المائده ٥: ٤٤.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٥.

بل إن « البيئات » و « الايمان » هما العنصران الأساسيان ل « القضاء » .

وأما حكم القاضى بعلمه، ففيه كلام، على أنه من الندره بمكان، وكذا حكمه استناداً إلى الإقرار، بل قد يقال بعدم توقّف الأخذ به على الحكم.

ويدل على ما ذكرنا قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « إنما أفضى بينكم بالبيئات والايمان » (١) وقول الباقر عليه السلام: « أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله، أو يمين قاطعه، أو سنّه ماضيه من أئمه الهدى » (٢).

ولعل المراد من السنّه الماضيه من أئمه الهدى هو المراد ممّا أشار إليه الإمام عليه السلام في خبر أبي خديجه بقوله « قضايانا » (٣).

و « البيئات » جمع « البيئه » وهي « الشهاده العادله »، و « الأيمان » جمع « اليمين » وقد وصفها في الخبر الثاني ب « القاطعه » .

وفي كلّ من « البيئه » و « اليمين » بحوث علميه على ضوء الروايات الوارده في أحكامهما، وحدودهما، يتبين من خلالها جانب من اهتمام فقه أئمه أهل البيت بموضوع القضاء، وشده احتياطه في الحقوق، ومدى تلائم تلك الأحكام مع قضاء الفطره وحكم العقل . . .

ومن هنا، فقد نصّت الأخبار على أن كلّ حكم توفّرت في مقوماته ومقدماته الموازين المقرره فهو نافذ، لأنه حكم الله، وإلّا فهو مردود، لأنه حكم الجاهليه: فعن الإمام عليه السلام: « الحكم حكمان، حكم الله عزّوجلّ، وحكم

ص: ٨١٢

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٤٣/١٩. أبواب صفات القاضى، الباب ٦. والحديث مروى عن أمير المؤمنين عليه الصلاه والسلام.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣/٥. أبواب صفات القاضى، الباب ١.

أهل الجاهليه، فمن أخطأ حكم الله حكم بحكم الجاهليه» (١).

بل هو مردود إن لم يكن كذلك وإن كان حقاً: فعن الإمام عليه السلام: «القضاء أربعة، ثلاثة في النار وواحد في الجنة، رجل قضى بجور وهو يعلم، فهو النار، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم، فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو يعلم، فهو في الجنة» (٢).

□
وعلى هذا، فإن من «الحكم بما أنزل الله» قضاء القاضي «بالحق وهو يعلم».

وهذا العلم إن أخذ من «أهل بيت النبوة» فهو علم، وإلا فجهل وضلال.

□
قال أبو جعفر عليه السلام في حديث: «فليذهب الحسن - يعنى البصرى - يميناً وشمالاً، فوالله ما يوجد العلم إلأهنا» (٣).

وقال عليه السلام لسلمه بن كهيل والحكم بن عتيبه: «شرقاً وغرباً، فلا تجدان علماً صحيحاً، إلأ شيئاً صحيحاً خرج من عندنا أهل البيت» (٤).

□
□
فيكون معنى الآية الكريمة: «وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (٥) على ضوء ما تقدم والأحاديث الواردة عن الفريقين (٦) في شأن أهل

ص: ٨١٣

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢/٧. أبواب صفات القاضي، الباب ٤.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢/٦. أبواب صفات القاضي، الباب ٤.

٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٦٤/٧. أبواب صفات القاضي، الباب ٧.

٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٣/١٦. أبواب صفات القاضي، الباب ٦. وفيه: إلأ شيئاً خرج، وكلمه «صحيحاً» وردت في طبعه المكتبة الإسلامية ج ١٨ ص ٢٦ وهي زائده. راجع الكافي ١: ٣٢٩ ح ٣.

٥- ٥) سورة المائدة ٥: ٤٤.

٦- ٦) كحديث الثقلين، ولا سيما ما اشتمل من ألفاظه على جملة «ولا تعلموهم فإنهم أعلم منكم» وكحديث: «أنا مدينة العلم وعلى بابها» و «أنا مدينة الفقه وعلى بابها» وكحديث: «مثل أهل بيتي فيكم كمثل سفينة نوح من ركبها نجا ومن تخلف عنها هلك»، وكحديث: «أقضاكم على». ومن هنا كان على عليه السلام يقول: «سلونى قبل أن تفقدونى» وكان عمر يقول: «لولا على لهلك عمر». وإن شئت الوقوف على أسانيد وألفاظ هذه الأحاديث ونحوها، فارجع إلى كتابنا (نفحات الأزهار فى خلاصه عبقات الأنوار) المطبوع فى عشرين مجلداً، وإلى كتاب (الغدیر) وغيرهما.

البيت وعلومهم: ومن لم يحكم بشى خرج صحيحاً من عند أهل البيت فحكمه حكم الجاهليه وإن كان فى درهمين، وأولئك هم الكافرون.

ثم إن « الشهاده» أكثر دوراً وأعمق أثراً من « اليمين» فى حكم الحاكم، « فإنما الشاهد يبطل الحق ويحق الحق، وبالشاهد يوجب الحق، وبالشاهد يعطى» .

وقد وردت فى أحكامها آيات من الكتاب، ونصوص كثيره عن الأئمه الأطهار، أوردها صاحب الوسائل رحمه الله فى ٥٦ باباً. . .

ومن هنا كانت مباحثها فى الكتب الفقهيه أوسع من مباحث « اليمين» .

ويعجبني أن

أذكر هنا بثلاثة أمور مستفاده من الكتاب والسنة فى

إشاره

« الشهاده» :

ص: ٨١٤

لقد تقرر في علم الاصول حجية خبر الواحد الثقة في الأحكام. أما في الموضوعات، فقد ادعى الإجماع على اعتبار التعدد المعبر عنه ب « البيئه »، واستدل له بوجوه، عمدتها خبر مسعده بن صدقه الذي جاء فيه: « والأشياء كلها على هذا حتى تستبين أو تقوم به البيئه » (١)، وربما قيل: بأن الإجماع هنا إن لم يكن كاشفاً عن رأى المعصوم، فلا أقل من كشفه عن اعتبار الخبر المزبور ونحوه وعمل الأصحاب به.

إلا أن التحقيق هو كفايه خبر الثقة في الموضوعات أيضاً، للسيرة القطعية التي لا يصلح للردع عنها مثل خبر مسعده المخدوش دلالة بل وسندا، والإجماع المدعى ليس بحجّه، ولا يكشف عن اعتبار الخبر عندهم، لاختلافهم في الاستدلال في المسألة.

وأيضاً، لا يعتبر في المخبر الثقة أن يكون عادلاً، للسيرة العقلائية القطعية، وكون آيه النبأ (٢) رادعه عن هذه السيرة يتوقف على أن يكون الأمر فيها بالتوقف عن قبول خبر الفاسق تعبداً شرعياً، إلا أن مقتضى الأمر بالتبين والتعليل بعدم

ص: ٨١٥

١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٨٩/٤. وفيه: يستبين لك غير ذلك. . .

٢-٢) سورة الحجرات ٤٩: ٦.

الإصابة. . . هو الإرشاد إلى ما عليه السيره العقلانيه، من عدم الاعتماد على خبر الفاسق، لا لكونه فاسقاً بل من جهة عدم الوثوق بخبر الفاسق، وحينئذ، فحيث يكون الفاسق صادقاً في إخباره، فلا حاجة إلى التبين، لعدم ترتب الإصابة بجهاله والندم على العمل بخبره.

فتحصل، أنه لا يعتبر التعدد ولا العدالة في الإخبار عن الموضوعات، لعدم ثبوت الرادع عن السيره القائمه فيها، هذا في غير باب القضاء.

أما في باب القضاء، فليس الأمر بهذه السهوله، لأنه الباب الموضوع لحل المنازعات وفصل الخصومات الواقعه في النفوس والفروج والأنساب والأموال والحقوق. . . هذه الامور التي شدد الشارع فيها وأكد على الإحتياط. . . فكان مقتضى الحكمه أن لا يكتفى بشهادته الثقه ولا العدل الواحد، بل اعتبر «البينه» فقال: «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان» (١) و «البينه على من ادعى واليمين على من أنكر» (٢).

ولم يرد عن الشارع الحكم بشهادته الواحد، وحيثما حكم بشهادته لقبه ب «ذو الشهادتين» (٣).

ومن هنا كان للفظ «البينه» وضع خاص في عرف الشرع والمتشرعه، في مقابل معناه اللغوي، وإن شئت فقل: إن «ما يبين الشئ» في بحوث القضاء هو «الشهاده العادله» .

ص: ٨١٤

-
- ١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٥.
 - ٣-٣) اختيار معرفه الرجال ١: ٢٦٠.

□
وَدَلَّتْ النُّصُوصُ عَلَى حَرَمِهِ كِتْمَانِ الشَّهَادَةِ، وَحَرَمِهِ شَهَادَةَ الزُّورِ عَلَى حُدِّ سِوَاءٍ، فَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: « لَا يَنْقُضِي كَلَامَ شَاهِدِ الزُّورِ مَنْ بَيْنَ يَدَيِ الْحَاكِمِ حَتَّى يَتَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ فِي النَّارِ، وَكَذَلِكَ مَنْ كَتَمَ الشَّهَادَةَ » (١).

□ □
وَعَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « مَنْ كَتَمَ شَهَادَةً أَوْ شَهِدَ بِهَا لِيَهْدِرَ بِهَا دَمَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، أَوْ لِيَزْوِيَ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، أَتَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَوْجُهُ ظَلَمَةٌ مَدَّ الْبَصَرَ فِي وَجْهِهِ كَدُوحٍ تَعْرِفُهُ الْخَلَائِقُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ. . . » (٢).

□
وَعَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فِي حَدِيثِ الْمَنَاهِي: « إِنَّهُ نَهَى عَنِ شَهَادَةِ الزُّورِ، وَنَهَى عَنِ كِتْمَانِ الشَّهَادَةِ وَقَالَ: مَنْ كَتَمَهَا أَطْعَمَهُ اللَّهُ لَحْمَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْخَلَائِقِ، وَهُوَ قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: « وَ لَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَ مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ » (٣).

والمستفاد من هذه الأخبار وغيرها كونهما معاً من الكبائر، نعم، بينهما فرق

ص: ٨١٧

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٥/٤. كتاب الشهادات، الباب ٩.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٢/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٣/٤. كتاب الشهادات، الباب ٢.

من حيث الضمان، فقد دلت النصوص بصراحه على ضمان شاهد الزور (١)، ولا نص - ظاهراً - في ضمان من كتم الشهاده.

إذن، يحرم كتمان الشهاده، ويجب أداؤها. . . ويحرم الشهاده بغير حق. . . لكن قبولها يتوقف على أن تكون « عادله » .

ص: ٨١٨

(١ - ١) راجع وسائل الشيعه: ٢٧. كتاب الشهادات، الباب ١٠ و ١١.

اشاره

وإن الملاك في الشهاده وقبولها كونها «شهاده عادله»، ولا تكون الشهاده عادله إلا إذا جمعت شرائط القبول المقرره في الفقه الجعفري من جميع الجهات: من جهه صفات الشهود، ومن جهه طريق حصول الشهاده، ومن جهه العدد، ومن جهه كون الشهاده شهاده فرع أو أصل، ومن جهه الحالات الطارئه على الشاهد. . .

أما من جهه الصفات والخصوصيات التي يعتبر وجودها أو عدم وجودها في كلّ شاهد، فإن الشهاده العادله هي شهاده المسلم المؤمن العادل غير المتهم الذي لا يجزّ بها نفعاً إلى نفسه، ولا يستدفع بها ضرراً عن نفسه.

ومن فروع ذلك: عدم قبول شهاده رفقه الطريق على اللّصوص، وعدم قبول شهاده الوصي فيما هو وصي فيه، وعدم قبول شهاده السيد لعبده المأذون. . . إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الأول من الكتاب.

وأما من جهه طريق حصول الشهاده، فقد تقرر أن الضابط في الشهاده هو «العلم»، ثم بحث علماؤنا عن طريق حصول هذا الضابط، فأى شيء يكفي فيه المشاهده؟ وأى شيء يكفي فيه السماع؟ وهل يثبت شيء بالشهاده المستنده إلى الإستفاضه؟ أو إلى اليد؟ أو غير ذلك؟ إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الثاني من الكتاب.

وأما من جهة العدد، فإن العدد المعتبر يختلف بحسب اختلاف الموارد وإن كان المعتبر في كل مورد لم ينص فيه على عدد خاص هو «شهادة العدلين»، فالشهادة العادله في مثل السرقة هي شهادة العدلين، وفي مثل الزنا شهادة أربعة رجال، وأما شهادة الواحد والامراتين، والواحد مع يمين المدعى، وشهادة النساء المنفردات، فلا تقبل في حقوق الله مطلقاً. والشهادة العادله في مثل الطلاق من حقوق الناس هي شهادة العدلين، وفي مثل الدين منها: شهادة العدلين، شهادة الواحد والامراتين، الواحد ويمين المدعى. وفي مثل الولاده: شهادة العدلين، شهادة الواحد مع الامراتين، شهادة أربع نسوه، وذلك لأن الولاده مما يعسر أو لا يجوز اطلاع الرجال عليه غالباً، فقبلت فيها شهادة النساء منفردات. إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الثالث من الكتاب.

وأما من جهة كونها شهادة فرع، فإن الشهادة على الشهادة إنما تكون عادله فيما إذا كانت واجده للقوانين المقرره فيها، فإن الشهادة على الشهادة كيف تتحمل؟ ومتى تقبل؟ وفي أى موضع تقبل؟ وممن تقبل؟... إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الرابع من الكتاب.

وأما من جهة الحالات الطارئه على الشاهد، فإن الشهادة العادله هي الشهادة الواجده للقوانين المقرره، كما لو شهد الشاهدان فماتا، أو شهدا ثم فسقا، أو شهدا فرجعا... إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الخامس من الكتاب.

تعريف الشهاده لغه وشرعاً

«الشهادات» جمع شهاده، يقال: شهد يشهد شهاده، وهى فى اللغه لمعان عديده كالعلم، والحضور، والرؤيه، والإعلام، والإخبار، والمعايينه.

واقترع جماعه من اللغويين على الحضور، قالوا: ومنه قوله تعالى: «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ» (١).

وقال ابن فارس: « (الشين والهاء والذال) أصل يدلّ على حضور وعلم وإعلام، لا يخرج شىء من فروعها عن الذى ذكرناه، من ذلك: الشهاده، يجمع الاصول التى ذكرناها من الحضور والعلم والإعلام» (٢).

والمراد من الشهاده فى كتاب الشهادات هو: الإعلام والإخبار، ويعتبر فيه الجزم واليقين، ويرادفه فى الفارسيه « گواهى» يقال: شهد بكذا، أى أخبر به، فتكون الشهاده فى هذا الباب بمعنى الإخبار بما قد علم، سواء كان العلم حاصلًا باحدى الحواس الظاهرية، أو بغيرها.

فهذا الإعلام يتفرع على تحقق العلم وحصوله عن طريق الحضور، أو الرؤيه، أو غير ذلك، والشاهد يودى الأمر الحاصل عنده، ويبرزه، بلفظ: «أشهد...» .

وفى خبر عن مولانا الرضا عليه السلام: إن الحضور شهاده، فقد « سئل عن رجل طهرت امرأته من حيضها، فقال: فلانه طالق وقوم يسمعون كلامه ولم يقل لهم: اشهدوا. أيقع الطلاق عليها؟ قال: نعم، هذه شهاده» (٣).

فتحصل من ذلك: أن « الشهاده» أمر غير « أداء الشهاده» ولذا يقال: هل يجب على الشاهد الشهاده أو لا؟ وأن الشهاده قد تكون وليس بعدها أداء، وأنها

ص: ٨٢١

١-١) سورة البقره ٢: ١٨٥.

٢-٢) معجم مقاييس اللغه ٣: ٢٢١.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٢: ٥٠/٢. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ٢١، وهو خبر صحيح، ومثله فى الباب المذكور خبران آخران، وهى تدلّ على كفايه إسماع الصيغه.

تتحقق في الحق وغيره كالهلال، ومن غير الحاكم ومنه، وأن الروايه غير الشهاده.

فتعريفهم للشهاده شرعاً بأنها: « إخبار جازم عن حق لازم للغير واقع من غير حاكم» (١) لا يخلو عن نظر.

فالأولى: إيكال الأمر إلى العرف، ولا يبعد دعوى كون الشهاده عند أهل لعرف انشاءً لا إخباراً وإن كان ظاهر اللفظ كذلك، نظير قول البائع « بعث » ، بأن يكون قول القائل: « أشهد أن لا إله إلا الله » إنشاءً، لا أنه يخبر عن ثبوت الوجدانيه لله عزوجل عنده. فتأمل.

وكيف كان، فقد يعتبر في الشهاده التعدد، بخلاف الإخبار والروايه.

فإن كان للشهاده منشأ كانت صادقته، وإلا فهي كاذبه.

قال المحقق قدس سره: « والنظر في أطراف خمسته:

ص: ٨٢٢

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ١٥٣، مستند الشيعة ١٨: ٩. عن المسالك، جواهر الكلام ٤١: ٧، قوانين الاصول: ٤٦٤.

الطرف الأول: صفات الشاهد

إشاره

البلوغ * العقل * الإيمان * العدالة * ارتفاع التهمه طهاره المولد.

ص: ٨٢٣

قال المحقق: « ويشترط فيه ستة أوصاف »:

الأول: البلوغ

إشاره

قال: « فلا تقبل شهاده الصبى ما لم يصير مكلفاً. وقيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ عشرين، وهو متروك » (١).

أقول: إن الأصل عدم قبول الشهاده مطلقاً، سواء الصبى وغيره، ولا بدّ للخروج عن هذا الأصل من دليل يقتضى القبول.

أما الصبى غير المميز، فلا دليل على قبول شهادته، بل الإجماع بقسميه قائم على عدم القبول، فإذا بلغ عشرين فهو مميز غالباً، فقيل: تقبل شهادته مطلقاً، قال المحقق: « وهو متروك ». وأضاف فى (الجواهر): بل اعترف غير واحد بعدم معرفه القائل به، وإن نسب (٢) إلى الشيخ فى النهايه، ولكنه وهم (٣).

ص: ٨٢٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٥.

٢-٢ (٢) المناسب إليه كما فى المسالك هو صاحب كشف الرموز، قال فى المسالك: وهو وهم، وإنما ذكر الشيخ فى النهايه قبول شهادته فى الجراح والقصاص خاصه، نعم، له بعد ذلك عباره موهمه لذلك إلا أن مرادها غيره. انتهى. واعترض فى الرياض على المسالك بأن الموجود فى كلام كاشف الرموز أن الشيخ فى النهايه حكى هذا القول، لا أنه حكاه عنه فيها وهذا نص عباره النهايه: « ويجوز شهاده الصبيان إذا بلغوا عشر سنين فصاعداً إلى أن يبلغوا، فى الشجاج والقصاص، ويؤخذ بأول كلامهم. ولا يؤخذ بآخره، ولا تقبل شهادتهم فيما عدا ذلك، من الديون والحقوق والحدود، وإذا أشهد الصبى على حق، ثم بلغ وذكر ذلك، جاز له أن يشهد بذلك، وقبلت شهادته، إذا كان من أهلها » (النهايه فى مجرد الفتوى: ٣٣١).

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤١: ٩.

وقد اختلف عبارات الأصحاب في قبول شهادته، في خصوص الجراح والقتل. كما سيأتي.

الأخبار في شهادة الصبي

نعم، في (الجواهر) الاستدلال للقبول مطلقاً إذا بلغ عشرين: بإطلاق الشهادة كتاباً وسنّه، وأولويه غير الدم منه، وقول أمير المؤمنين عليه السلام في خبر طلحة ابن زيد (١)..

... وخير أبي أيوب الخزاز: سألت إسماعيل بن جعفر (٢)..

وقد أجاب عن الإطلاق بأنه مخصوص بالتبادر وغيره بالبالغ، وعن الأولويه بمنعها، وعن الخبرين بضعف سندهما وغير ذلك (٣).

قلت: أما الآيات، فقد جاء في بعضها لفظ «الرجل» كقوله تعالى: «وَإِسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (٤) وبعضها يشتمل على الحكم الشرعي، والصبي غير مكلف، كقوله تعالى: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ» (٥) وبعضها مقيد بالعدالة كقوله تعالى: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ» (٦) والصبي لا يتصف بها، بناءً على اشتراط التكليف أو البلوغ في صحّح الاتصاف بها، ولو سلّم الإطلاق، فإن الآيه المعتبره للرجوليه صالحه للتقييد، وليس موردها بمخصص لها.

ص: ٨٢٤

-
- ١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٥/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.
 - ٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٤/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.
 - ٣- (٣) جواهر الكلام ٤١: ٩.
 - ٤- (٤) (٥) سورة البقره ٢: ٢٨٢.
 - ٥- (٥)
 - ٦- (٦) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

وأما الأخبار فهي على طوائف:

فمنها ما هو مطلق، ومن ذلك:

١ - هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ» قال: قبل الشهادة. وقوله: «وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (١) قال: بعد الشهادة» (٢).

وهذا مطلق بغض النظر عما ذكرنا.

٢ - أبو الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام « في قوله تعالى: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» (٣) قال: لا ينبغي لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم عليها» (٤).

٣ - جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إذا دعيت إلى الشهادة فأجب» (٥).

٤ - سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام « في قول الله عز وجل: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» فقال: لا ينبغي لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد عليها أن

ص: ٨٢٧

١-١ (١) سورة البقرة ٢: ٢٨٣.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٠٩/١. كتاب الشهادات، الباب ١.

٣-٣ (٣) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

٤-٤ (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٠٩/٢. كتاب الشهادات، الباب ١. وهو عن الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح. و «محمد بن فضيل» مشترك، وقد وقع الخلاف بينهم في تعيين محمد بن الفضيل، الراوى عن أبي الصباح الكنانى. فراجع.

٥-٥ (٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٠٩/٣. كتاب الشهادات، الباب ١. وهو عن الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن النضر وهو ابن سويد عن القاسم بن سليمان، عن جراح. و «القاسم بن سليمان» و «جراح المدائني» غير موثقين، لكنهما من رجال كتاب كامل الزيارات.

يقول: لا أشهد لكم» (١).

٥ - داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا يَأْبُ الشَّاهِدُ أَنْ يَجِيبَ حِينَ يَدْعَى قَبْلَ الْكِتَابِ » (٢).

ومنها: ما يدلُّ على عدم قبول شهادة الصبي مطلقاً، ومن ذلك:

١ - محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: في الصبي يشهد على الشهادة فقال: « إن عقله حين يدرك أنه حق جازت شهادته » (٣).

٢ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن شهادة الصبيان إذا أشهدوهم وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها » (٤).

٣ - عبيد بن زرارة في حديث قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذي يشهد على الشئ وهو صغير قد رآه في صغره ثم قام به بعدما كبر فقال: « تجعل شهادته نحواً (٥) من شهادة هؤلاء » (٦).

ومنها: ما يدلُّ على القبول في خصوص القتل، أو مقيداً بقيد، مثل:

١ - جميل: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تجوز شهادة الصبيان؟ قال:

ص: ٨٢٨

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٠/٥. كتاب الشهادات، الباب ١.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٠/٦. كتاب الشهادات، الباب ١. وفي طريقه « سهل بن زياد » وفيه الخلاف المعروف.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٢/١. كتاب الشهادات، الباب ٢١.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٢/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢١. وفي إسناده « النوفلي » و « السكوني » وقد ذكرنا موجز الكلام فيهما في بعض حواشي كتاب القضاء.

٥- (٥) في التهذيب ونسخه من الوسائل « خيراً ».

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٣/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢١.

نعم، في القتل، يؤخذ بأول كلامه، ولا يؤخذ بالثاني منه» (١).

وهذا الخبر صحيح على الأظهر (٢).

٢ - محمد بن حمران: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي، قال فقال: لا، إلا في القتل، يؤخذ بأول كلامه، ولا يؤخذ بالثاني» (٣).

وهو معتبر عند بعضهم، خلافاً للجواهر تبعاً للمسالك (٤).

٣ - أبو أيوب الخزاز: « سألت إسماعيل بن جعفر: متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين. قلت: ويجوز أمره؟ قال فقال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دخل بعائشه وهي بنت عشر سنين، وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره، وجازت شهادته» (٥) (٦).

وهذا الخبر ليس عن المعصوم فهو موقوف، لكن لا يبعد أن يكون له اعتباراً ما لجلاله قدر إسماعيل وشده حبّ أبيه الصادق عليه السلام له (٧)، إلّا أن ما

ص: ٨٢٩

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٣/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٢-٢) وهو: الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن جميل، وفي قولنا « على الأظهر» إشاره إلى الخلاف في الخبر الذي في طريقه « إبراهيم بن هاشم» مع وثاقه غيره من رجاله.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٤-٤) وهو: الكليني عن علي بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن محمد بن حمران. ففي « محمد بن عيسى - وهو العبيدي -» خلاف بين الأعلام، وقد ذهب المحققون المتأخرون إلى توثيقه، فراجع جواهر الكلام ٤١: ١٠.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٤/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٦-٦) في طريقه: محمد بن عيسى عن يونس. وأما « أبو أيوب الخزاز» فهو ثقة. واسمه « إبراهيم» وذكر الشيخ الجدمامقاني وقوع الخلاف في اسم أبيه وفي لقبه، قال: « وفي اسم أبيه خلاف: إنه عيسى، أو عثمان أو زياد، كالخلاف في لقبه: إنه الخراز بزائين، أو الخراز براء قبل الألف وزاي بعدهما» .

٧-٧) الأخبار في حال إسماعيل ابن الإمام الصادق عليه السلام مختلفه، وقد بحث عنها الرجاليون سنداً ودلالة، وقد انتهى الكلام في تنقيح المقال ومعجم رجال الحديث إلى حسن الرجل وجلالته وشده حبّ أبيه عليه السلام له. ولكن في منع جلاله شأنه عن الفتوى بدون الأخذ من المعصوم تأمل كما في جامع المدارك (٦: ٩٨) .

يدلّ عليه، وهو التسويه بين الرجل والمرأه فى الأحكام، وقبول الشهاده مطلقاً ممن بلغ عشر سنين، مخالف لما عليه الأصحاب، فهم معرضون عن هذا الخبر، وذلك يسقطه عن الاعتبار.

٤ - محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام فى شهاده النساء: « لا تجوز شهادتهنّ إلا فى موضع ضروره، مثل شهاده القابله. . . ومثل شهاده الصبيان على القتل، إذا لم يوجد غيرهم » (١).

وفى راويه « محمد بن سنان » خلاف معروف.

٥ - طلحه بن زيد عن الصادق عن أبيه عن آبائه عن على عليهم السلام: « شهاده الصبيان جائزه بينهم ما لم يفتروا أو يرجعوا إلى أهلهم » (٢).

و « طلحه بن زيد » عامى (٣).

الأقوال فى شهاده الصبى

قال المحقق قدس سرّه: « واختلفت عبارات الأصحاب فى قبول شهادتهم فى الجراح والقتل، فروى جميل عن أبى عبد الله عليه السلام: تقبل شهادتهم فى القتل، ويؤخذ بأول كلامهم، ومثله روى محمد بن حمران عن أبى عبد الله عليه

ص: ٨٣٠

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/٥٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤. ويوجد فى سنده من لا توثيق له.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٣- ٣) وهو: الصدوق بإسناده إلى طلحه بن زيد. والظاهر صحه إسناد الصدوق إلى الرجل، وطلحه بن زيد عامى، قال الشيخ: كتابه معتمد. وهو من رجال كامل الزيارات.

السلام. وقال الشيخ في النهاية: تقبل شهادتهم في الجراح والقصاص (١).

وقال في الخلاف: تقبل شهادتهم في الجراح ما لم يتفرّقوا، إذا اجتمعوا على مباح (٢).

والتهجم على الدماء بخير الواحد خطر، فالأولى الإقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، وبقاء الاجتماع، إذا كان على مباح، تمسكاً بموضع الوفاق» (٣).

أقول: مقتضى الجمع بين الأخبار التي ذكرناها هو القبول في القتل، إلا أن الشروط المعتبره فيه مختلف فيها كما سيأتي، وليس في شيء من الأخبار ذكر للجراح، إلا أن جماعه يذكرونه مع القتل كما في عباره المحقق، ولعله للأولويه، لكن إثباتها مشكل، وإلّا لزم القبول في جميع الامور، لوضوح أهميه القتل منها، اللهم إلا أن يكون الدليل عباره الشيخ في (النهاية) التي ذكرها المحقق، بناء على أن عباراتها متخذة من متون الأخبار، مؤيداً بخبر دعائم الإسلام (٤).

أمّا في (الخلاف) ، فقد ذكر الجراح ولم يذكر القتل (٥)، وعليه المحقق في (النافع) (٦) بل هو معقد إجماع محكي (الخلاف) و (الانتصار) (٧)، فيكون هو الدليل العمده، لكن في (التحرير) و (الدروس) الإشتراط بأن لا يبلغ الجراح

ص: ٨٣١

١- (١) النهاية: ٣٣١. وفيه: في الشجاج والقصاص.

٢- (٢) كتاب الخلاف ٦: ٢٧٠، المسأله ٢٠.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٥.

٤- (٤) دعائم الإسلام ٢: ٤٠٨/١٤٢١.

٥- (٥) كتاب الخلاف ٦: ٢٧٠، المسأله ٢٠.

٦- (٦) المختصر النافع: ٢٧٨.

٧- (٧) جواهر الكلام ٤١: ١١.

ومختار المحقق هنا هو أولويّه الاقتصار على القبول في الجراح، معللاً بأن التهجم على الدماء بخبر الواحد خطر.

إنما الكلام في الشروط المعتمده في القبول، فقد اختلفت عبارات الأصحاب فيها، تبعاً لاختلاف النصوص، فاعتبر الشيخ رحمه الله في (الخلاف) شرطين أحدهما: ما لم يتفرقوا، والثاني: إذا اجتمعوا على مباح (٢)، وزاد المحقق شرطاً ثالثاً وهو: بلوغ العشر، فنقول:

«أما « بلوغ العشر » فقد ذكر في الخبر عن إسماعيل فقط، وقد عرفت آنفاً حال هذا الخبر.

وأما « كون اجتماعهم على مباح » فلم نعثر على نص يقتضى اعتباره.

وأما « بقاء الاجتماع » فيدل عليه خبر طلحه بن زيد (٣)، لكنه ضعيف على المشهور (٤).

ولعل السبب في اعتبار هذا الشرط هو: أن الصبي يشهد بما سمع أو رأى كما هو الواقع والحقيقه، وإن كان في شهادته ضرر على أحد من أقرب الناس إليه، أما إذا رجع إلى أهله فيحتمل قوياً أن يلقنه أهله ما يخالف الواقع، ويشوهوا عليه الحقيقه.

فظهر بما ذكرنا عدم تماميه اعتبار شيء من الشروط الثلاثه المذكوره،

ص: ٨٣٢

١- (١) الدروس الشرعيّه ٢: ١٢٣، تحرير الأحكام ٥: ٢٤٣ ٢٤٤.

٢- (٢) كتاب الخلاف ٦: ٢٧٠، المسأله ٢٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٤- (٤) جامع الرواه: ١/٤٢١، رجال ابن داود: ٢٤٤/٢٥١، خلاصه الأقوال: ٣٦١/١.

بحسب النصوص الواردة في المقام (١)، لكن الظاهر من قول المحقق قدس سره « تمسّكاً بموضع الوفاق » (٢) هو أن مقصوده طرح النصوص والرجوع إلى الإجماع، والمتيقن من الإجماع عنده هو الجراح بالشروط الثلاثة.

قلت: إن القدر المتيقن هو اعتبار « الأخذ بأول كلامهم » كما في خبري جميل ومحمد بن حرمان، وعن جماعه كثيره من أصحابنا الأعيان (٣)، واعتبار قيد « الضروره »، كما في خبر محمد بن سنان (٤)، فلو أمكن الإستشهاد من بالغ عادل لم تقبل شهاده الصبي، وإلا- فتسمع، سواء « بقى الاجتماع » أو لا. ومن ذلك يظهر أن قوله « بينهم » في خبر طلحه (٥) بيان مصداق ل « الضروره » ولذا قال: « ومثل شهاده الصبيان على القتل إذا لم يوجد غيرهم » (٦).

ومن هذا الباب قبول أمير المؤمنين عليه السلام شهاده الغلمان وقضاؤه بالديه، فيما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام: « رفع إلى أمير المؤمنين عليه السلام سته غلمان كانوا في الفرات، فغرق واحد منهم، فشهد ثلاثة منهم على اثنين أنهما غرقاه، وشهد اثنان على الثلاثة أنهم غرقوه، فقضى بالديه ثلاثة أخماس على الاثنين وخمسين على الثلاثة » (٧) بناءً على كون المراد من الغلام في الخبر هو

ص: ٨٣٣

-
- ١-١) وتحصيل الإجماع بقطع النظر عن النصوص الواردة في المسأله مشكل جداً، وهل يمكن الإطمينان إلى هذا الإجماع مع وجود هذه النصوص الكثيره؟
- ٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٥.
- ٣-٣) المقنعه: ٧٢٧، الانتصار: ٥٠٦، الكافي في الفقه: ٤٣٦، النهايه: ٣٣١، السرائر ٢: ١٣٦.
- ٤-٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٥/٥٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ٥-٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.
- ٦-٦) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٥/٥٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ٧-٧) وسائل الشيعه ٢٩: ٢٣٥/١. أبواب موجبات الضمان، الباب ٢.

الصغير.

فهذا هو القدر المتيقن من دلالة الأخبار بعد الجمع بينها، وبه يظهر النظر في كلمات صاحب (الجواهر) في هذا المقام، كما بان لك النظر في كثير من الكلمات المسطوره في هذا المبحث. هذا كله في القتل.

وأما الجراح، فلا بد فيه من القطع بالملا-ك، حتى تتم الأولويّه، وذلك في غايه الإشكال، بل ظاهر خبر محمد بن حمران نفي الأولويه، حيث قال عليه السلام « لا إلا في القتل » (1)، اللهم إلا أن يقال بالجراح المنجرّ إلى القتل، لكن فيه: أن القتل قد يكون بلا جرح.

هذا، ولما كان موضوع النصوص هو « الصبي » ولا دليل على إلغاء الخصوصيه، فالظاهر اختصاص الحكم بشهادته دون « الصبيّه » فإنها تبقى على مقتضى الاصول والعمومات الداله على عدم قبول شهادتها، وبه صرح العلامة في (التحريم) (2) والشهيد الثاني في (الروضه البهيّه) (3) وغيرهما (4).

ص: ٨٣٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٢-٢) تحرير الأحكام ٥: ٢٤٤.

٣-٣) الروضه البهيّه ٣: ١٢٥.

٤-٤) رياض المسائل ١٥: ٢٣٦.

قال المحقق قدس سرّه: « الثاني: كمال العقل، فلا تقبل شهاده المجنون إجماعاً. أما من يناله الجنون أدواراً، فلا بأس بشهادته في حال إفاقتة، لكن بعد استظهار الحاكم بما يتيقن معه حضور ذهنه واستكمال فطنته» (١).

أقول: أما اعتبار كمال العقل في الشاهد وأنه لا- تقبل شهاده المجنون، فلا- يحتاج إلى إقامه الدليل عليه من الكتاب والسنة والإجماع (٢).

وكذا عدم قبول شهاده من يناله الجنون أدواراً في حال جنونه، لأنه كالمطبق، أما في حال إفاقتة فلا مانع من قبول شهادته، لأنه في هذه الحاله كالعاقل، وتشمله أدلّه قبول الشهاده من الكتاب والسنة، لكن قبول شهادته يكون بعد استظهار الحاكم بما يكشف عن حضور ذهنه واستكمال فطنته، وإلّا

ص: ٨٣٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٢-٢) ولئن كان ثمة اشكال في دلالة ما استدل به، من الكتاب والسنة، ففي الإجماع المصرّح به في كلام كثير من الأصحاب، محققاً ومنقولاً، وأنه يشترط في الشاهد العداله كما سيأتي، وتحققها في غير العاقل غير معقول كما في المستند، غني وكفايه. وأما الاستدلال له بالسيره العقلائيه كما في مباني تكمله المنهاج () فقد استشكل عليه في جامع المدارك () بأن بعض الأشخاص له كمال الدقه والمتانه في بعض الامور وفي بعضها خارج عن طريق العقلاء، فمع الوثوق بالحفظ والضبط والاحتراز عن الكذب، بحيث يكون سكون النفس الحاصل من إخباره أقوى من السكون الحاصل من قول كثير من العقلاء العدول، الظاهر أن بناء العقلاء على الاعتماد بأخباره. قلت: الظاهر خروج من ذكره عن بناء العقلاء كما ذكر. لكن الكلام في المجنون المطبق.

طرح شهادته، بلا إشكال في ذلك كله وبلا خلاف كما في (الجواهر) (١).

وهل يكفي عدم الجنون في حال أداء الشهادة أو يشترط العقل في حال التحميل كذلك؟ صرح كاشف اللثام بالثاني (٢)، وصاحب (الجواهر) بالأول (٣)، لأن العدالة والضبط والتيقظ ترفع القدح فيه وإن كان قد تحمّلها في حال جنونه، مضافاً إلى تناول إطلاق أدله قبولها له.

قلت: لكن الأول أولى، فإنه ليس حال هذا المجنون حال الصبي المميّز الذي تقبل شهادته لو أداها بالغاً، بل حاله حال الصبي غير المميّز.

لا تقبل شهادة الساهي والمغفل

قال المحقق قدس سرّه: « وكذا من يعرض له السهو غالباً، فربما سمع الشيء وأنسى بعضه، فيكون ذلك مغيراً لفائدة اللفظ وناقلاً لمعناه، فحينئذ يجب الاستظهار عليه حتى يستثبت ما يشهد به» (٤).

أقول: في (الجواهر): على وجه يطمئن الحاكم بعدم غفلته فيما شهد به، ولو لكون المشهود به مما لا يسهى فيه، بل عبارته المتن والقواعد وغيرهما صريحه في اعتبار يقين الحاكم بذلك (٥)، لكنه لا يخلو من إشكال (٦). لكن الظاهر كون البحث

ص: ٨٣٦

١-١) جواهر الكلام ٤: ١٥.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٢٧٢.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٥.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٥-٥) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٣، إيضاح الفوائد ٤: ٤١٨.

٦-٦) جواهر الكلام ٤١: ١٥.

لفظياً.

قال: « وكذا المغفل الذى فى جبلته البله، فربما استغلط لعدم تفتنه لمزايا الامور، والأولى الإعراض عن شهادته ما لم يكن الأمر الجلى الذى يتحقق الحاكم استنبات الشاهد له، وأنه لا يسهو فى مثله» (١).

أقول: يدلّ عليه ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام فى قوله عز وجل « مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ » (٢) قال: « ممن ترضون دينه وأمانته وصلاحه وعفته وتيقظه فيما يشهد به وتحصيله وتمييزه، فما كلّ صالح مميّزاً ولا محصّياً ولا كلّ محصّل مميّز صالح» (٣)(٤).

ص: ٨٣٧

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٢- ٢) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٩/٢٣. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

٤- ٤) هذا الخبر عن التفسير المنسوب إلى الإمام الحسن العسكرى عليه السلام، وفى إعتبار هذا التفسير خلاف بين العلماء، وقد استدل فى المستند لإلحاق المغفل بالمجنون بالتعليل الوارد فى الموثقه عن محمد بن مسلم فى عدم قبول شهاده السائل بكفه حيث قال عليه السلام: « لأنه لا يؤمن على الشهاده» وبمرسله يونس: « فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته. . . ». وفى الرياض عدم وجدان الخلاف بين المتأخرين فى هذا الحكم.

قال المحقق قدس سرّه: « الثالث: الإيمان، فلا تقبل شهادته غير المؤمن وإن اتصف بالإسلام لا على مؤمن ولا على غيره، لا تصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهادته» (١).

أقول: إن الإيمان بالمعنى الأخص الذى هو الإقرار بإمامه الأئمة الاثنى عشر عليهم السلام من الأوصاف المعتبرة فى الشاهد بلا خلاف، فلا تقبل شهادته غير المؤمن بالمعنى المذكور وإن اتصف بالإسلام، لا على مؤمن ولا على غيره، إلا ما سيأتى.

وقد جعل المحقق دليل عدم القبول اتصاف غير المؤمن بالفسق والظلم المانع من قبول الشهادته، وفى (الجواهر): لا تصافه بالكفر فضلاً عن الفسق والظلم (٢).

لكن كفر غير المؤمن بالمعنى الأخص محلّ خلاف، فعلى القول به كما هو مذهب جماعه بل قد حكى بعضهم الإجماع عليه فالمطلب تام بلا إشكال.

واستدلّ صاحب (الجواهر) لعدم قبول شهادته غير المؤمن بعدم الخلاف بل عن جماعه الإجماع عليه، بل لعله من ضرورى المذهب فى هذا الزمان.

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٢: ١٦.

لكن فى المسأله خلاف من بعض المتأخرين.

□
واستدل رحمه الله بالأصل بعد اختصاص إطلاقات الكتاب والسنة ولو للتبادر وغيره بالمؤمن.

قلت: إن كانت الأدله منصرفه عن المخالف أو لا تشمله إطلاقاتها، فالأصل تام، بل قد ذكرنا أن الأصل فى صورته الشك هو عدم قبول الشهاده مطلقاً.

قال: خصوصاً نحو «رَجِّـالِكُمْ» و «مِمَّنْ تَرَضُونَ» بناءً على المعلوم من مذهب الاماميه من اختصاص الخطاب بالمشافهين دون غيرهم، وليس المخالف بموجود فى زمن الخطاب. ولو سلم العموم، فقد عرفت الخبر المفسر لقوله تعالى: «تَرَضُونَ» برضا دينه، ولا ريب فى كونه غير مرضى الدين (١).

قلت: يشكل أن يكون الخطاب للمؤمنين الواقعيين، على أنه يقتضى عدم تكليف المخالفين بطائفه من الأحكام التكليفية الصادره بالخطابات.

ثم استدلل بالنصوص الوارده فى لعن المخالفين والدعاء عليهم، وأنهم «مجوس هذه الأمه» (٢) و «شر من اليهود والنصارى» (٣)، وأنهم «لغير رشده» (٤) ونحو ذلك (٥).

أقول: والعمده فى الاستدلال إسقاط المخالف عن العدالة، لعدم اعتقاده بالولاية، فإذا ثبت ذلك تم الاستدلال.

ص: ٨٣٩

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٦.

٢-٢) مستدرک الوسائل ١٢: ٣١٧/٢٤، عوالى اللئالى ١: ١٦٦/١٧٥.

٣-٣) وسائل الشيعه ١: ٢٢/٥. أبواب الماء المضاف، الباب ١١.

٤-٤) شرح الأخبار ١: ٤٤٦/١٢٤، المناقب لابن شهر آشوب ٣: ٢٤٠.

٥-٥) جواهر الكلام ٤١: ١٧.

ومذهب المحقق وجماعه صدق « الفاسق » و « الظالم » عليه (١). فإن كان المراد هو الصدق العرفي، فإن الفسق ليس من المفاهيم العرفيه التي يرجع في تشخيصها إلى أهل العرف. وأما في الشرع فالفسق، يتحقق بمعصيه الله، وتحقق ذلك من المخالف محلّ خلاف، فهل فعل المعصيه مع الجهل بكونها معصيه فسق؟ .

لا- إشكال في تحقق الفسق بحسب الواقع بفعل المعصيه مع الجهل بكونها معصيه، وأما بحسب الظاهر، فالشاهد الثاني في (المسالك) على العدم، فإنه بعد أن اعترف بأن ظاهر الأصحاب الاتفاق على اشتراط الإيمان قال: وينبغي أن يكون هو الحجّه. ثم ذكر الاستدلال بصدق « الفاسق » و « الظالم » عليه، ثم قال: « وفيه نظر، لأن الفسق إنما يتحقق بفعل المعصيه المخصوصه مع العلم بكونها معصيه، أما مع عدمه بل مع اعتقاد أنها طاعه بل من أمّهات الطاعات، فلا، والأمر في المخالف للحق في الإعتقاد كذلك، لأنه لا- يعتقد المعصيه، بل يزعم أن اعتقاده من أهم الطاعات، سواء كان اعتقاده صادراً عن نظر أم تقليد، ومع ذلك لا يتحقق الظلم أيضاً، وإنما يتفق ذلك ممن يعاند الحق مع علمه به، وهذا لا- يكاد يتفق وإن توهمه من لا- علم له بالحال، والعامه مع اشتراطهم العداله في الشاهد يقبلون شهاده المخالف لهم في الاصول ما لم يبلغ خلافه حدّ الكفر، أو يخالف اعتقاده دليلاً قطعياً بحيث يكون اعتقاده ناشئاً عن محض التقصير.

والحق: إن العداله تتحقق في جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضاها بحسب اعتقادهم، ويحتاج في إخراج بعض الأفراد إلى الدليل، وسيأتي في شهاده أهل

ص: ٨٤٠

١- (١) تقدم عن المحقق. وانظر: مسالك الأفهام ١٤: ١٥٩، جامع المقاصد ٢: ٣٧٢، روض الجنان ٢: ٧٦٧، مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٢٩٨، كشف اللثام ١٠: ٢٧٢.

الذمه في الوصيه ما يدل عليه.

وعلى ما ذكره المصنف من فسق المخالف، فاشتراط الإيمان بخصوصه مع ما سيأتي من اشتراط العدالة لا حاجة إليه، لدخوله فيه» (١).

وقد شدّد عليه النكير الأردبيلي (٢) وصاحب (الجواهر) (٣). وقال كاشف اللثام: هو من الضعف بمكان (٤).

وهو كذلك، ومواقع النظر فيه كثيره، ومنها استدلاله بقبول شهاده أهل الذمه في الوصيه، فإن قبول الشهاده لا يدل على العدالة، وعلى ما ذكره، لا يبقى وجه لاشتراط الإيمان، بل المعتبر هو العدالة سواء اعتقد بالولاية بالإضافه إلى سائر اعتقاداته أو لا، فيكون «العادل» مثل «العاقل» إذ يصدق «العاقل» على من كانت أعماله مطابقه لحكم العقل، سواء كان مسلماً أو لا.

وإن أراد تحقق «العدالة» عنده بحسب اعتقاداته في ملته وكونه معذوراً، ففيه: إنه يخالف ظاهر قوله تعالى: «قُلْ هَلْ نُنَبِّئُكُمْ بِالْأَخْسَرِينَ أَعْمَالًا * الَّذِينَ ضَلَّ سَبِيلَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَهُمْ يَحْسَبُونَ أَنَّهُمْ يُحْسِنُونَ صُنْعًا» (٥) إذ لا فرق بين هؤلاء والكفار والمشركين في أنهم يحسبون أنهم يحسنون صنعاً.

والتحقيق: إن العذر يكون قبل تماميه الحجّه، وهذا ما يحكم به العقل ويرشد

ص: ٨٤١

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٠.

٢-٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٣٠١.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٨.

٤-٤) كشف اللثام ١٠: ٢٧٢.

٥-٥) سورة الكهف ١٨: ١٠٤.

إليه قوله عز وجل «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» (١) لكن الحجّة قد تَمَّت (٢)؛ و «قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ» (٣) فالمخالفون فاسقون لا سيّما وأن أكثرهم متعصبون ومعاندون، وفي الخير: «نحن الذين فرض الله طاعتنا، لا يسع الناس إلا معرفتنا، ولا يعذر الناس بجهالتنا، من عرفنا كان مؤمناً، ومن أنكرنا كان كافراً، ومن لم يعرفنا ولم ينكرنا كان ضالّاً حتى يرجع إلى الهدى الذى افترض الله عليه من طاعتنا الواجبه، فإن يمت على ضلّالته يفعل الله به ما يشاء» (٤).

ويدلّ هذا الخبر - كغيره من الأخبار المستفيضه - على أن المخالفين معاقبون وأن جميعهم مقصرون، وإليك نصوص بعضها:

١ - محمد بن مسلم قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كلّ من دان الله عزوجل بعباده يجهد فيها نفسه ولا إمام له من الله، فسعيه غير مقبول، وهو ضال متحير، والله شانى لأعماله، ومثله كمثل شاه ضلّت عن راعيها وقطيعها فهجمت ذاهبه وجائيه يومها، فلما جنّ الليل بصرت بقطيع مع غير راعيها... والله يا محمد: من أصبح من هذه الأئمه لا إمام له من الله عزوجلّ، ظاهراً عادلاً، أصبح ضالّاً تائهاً، وإن مات على هذه الحال مات ميتة كفر ونفاق. واعلم يا محمد أن أئمه الجور وأتباعهم لمعزولون عن دين الله، قد ضلّوا وأضلّوا، فأعمالهم التى يعملونها

ص: ٨٤٢

١- ١) سورة الإسراء ١٧: ١٥.

٢- ٢) وأى حجه أتم وأكمل مما ورد فى خصوص الولاية كتاباً وسنه؟ ناهيك بحديث الغدير الذى فاق حدّ التواتر بأضعاف مضاعفه عند المسلمين ودل على الامامه والولاية بكلّ وضوح باعتراف المخالفين، وإن شئت الوقوف على طرف من طرق هذا الحديث، والاطلاع على جانب من وجوه دلّالته، فراجع الأجزاء ٦ - ٩ من كتابنا (نفحات الأزهار فى خلاصه عبقات الأنوار فى إمامه الأئمه الأطهار) وكتاب (الغدير).

٣- ٣) سورة البقره ٢: ٢٥٦.

٤- ٤) الكافى ١: ١١/١٤٤. باب فرض طاعه الأئمه.

«كَرَّمَا إِشْتَدَّتْ بِهِ الرِّيحُ فِي يَوْمٍ عَاصِفٍ لَا يَقْدِرُونَ مِمَّا كَسَبُوا عَلَيَّ شَيْءٌ ذَلِكُمْ هُوَ الضَّلَالُ الْبَعِيدُ» (١).

٢- ابن أبي نصر، عن أبي الحسن عليه السلام « في قول الله عز وجل «وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِنَ اللَّهِ» (٢) قال: يعني من اتخذ دينه ورأيه بغير إمام من أئمة الهدى» (٣).

٣- عبد الله بن أبي يعفور في حديث عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا دين لمن دان الله بولايه إمام جائر ليس من الله، ولا عتب على من دان بولايه إمام عادل من الله. قلت: لا- دين لأولئك ولا- عتب على هؤلاء؟ قال: نعم، لا دين لأولئك، ولا عتب على هؤلاء، ثم قال: ألا تسمع لقول الله عز وجل «اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا يُخْرِجُهُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ» (٤) يعني ظلمات الذنوب إلى نور التوبه والمغفره لولايتهم كل إمام عادل من الله. وقال «وَالَّذِينَ كَفَرُوا أُولَئِكَ لَهُمُ الظُّلُمَاتُ يُخْرِجُونَهُم مِّنَ النُّورِ إِلَى الظُّلُمَاتِ» (٥) إنما عنى بهذا أنهم كانوا على نور الإسلام، فلما أن تولوا كل إمام جائر ليس من الله عز وجل، خرجوا بولايتهم من نور الإسلام إلى ظلمات الكفر، فأوجب الله لهم النار مع الكفار، فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون» (٦).

ص: ٨٤٣

١- (١) الكافي ١: ٣٠٦/٢. باب فيمن دان الله بغير إمام من الله.

٢- (٢) سورة القصص ٢٨: ٥٠.

٣- (٣) الكافي ١: ٣٠٦/١. باب فيمن دان الله بغير إمام من الله.

٤- (٤) سورة البقره ٢: ٢٥٧.

٥- (٥) سورة البقره ٢: ٢٥٧.

٦- (٦) الكافي ١: ٣٠٧/٣. باب فيمن دان الله بغير إمام من الله.

٤ - الحارث بن المغيرة: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من مات لا يعرف إمامه مات ميتة جاهليه؟ »

قال: نعم.

قلت: جاهليه جهلاء أو جاهليه لا يعرف إمامه؟ .

قال: جاهليه كفر ونفاق وضلال» (١).

نعم، مع إظهارهم الشهادتين يشكل القول بنجاستهم كما عن بعض الأصحاب (٢)، وقد كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يعاشرهم ويعاملهم معاملة الاسلام، ولا ينافى ذلك كونهم كفاراً في الواقع.

والحاصل: أنه لا تقبل شهادة غير المؤمن الاثني عشرى مطلقاً.

قبول شهادة الذمى فى الوصيه

قال المحقق: « نعم، تقبل شهادة الذمى خاصه فى الوصيه إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها، ولا يشترط كون الموصى فى غربه، وباشترائه روايه مطرحة» (٣).

ذكر نصوص المسأله

اشاره

أقول: ينبغى أن نورد أولاً النصوص الواردة فى المسأله، ثم نتعرض لجهات البحث فيها:

ص: ٨٤٤

١- (١) الكافي ١: ٣٠٨/٣ باب من مات وليس له إمام.

٢- (٢) انظر كشف اللثام ١: ٤١٠، إيضاح الفوائد ١: ٢٧، جواهر الكلام ٦: ٥٨ ٥٩.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

فى الوسائل باب: [قبول شهادة المسلم على الكافر وعدم جواز قبول شهادة الكافر عليه ولو ذمياً عدا ما استثنى]:

□
١ - أبو عبيده عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل، ولا تجوز شهادة أهل الذمّة [الملل] على المسلمين » (١).

□
٢ - سماعة قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الملّة، قال: فقال: لا تجوز إلّا على ملّتهم... » (٢).

وفى باب: [أن الكافر إذا أشهد على شهادة ثم أسلم فشهد بها قبلت] روايات نذكر بعضها. ولا يخفى أنه لا إطلاق لهذا العنوان، لأنه فى مقام بيان أنه لا تلحظ حاله السابقه مع تحقق الإسلام حين أداء الشهاده، فلا وجه للاستدلال بأخبار هذا الباب على قبول شهادة المسلم مطلقاً. ومن أخبار هذا الباب:

١ - صفوان بن يحيى: « إنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن رجل أشهد أجيره على شهادة ثم فارقه، أتجوز شهادته بعد أن يفارقه؟ قال: نعم، قلت: فيهودى أشهد على شهادة ثم أسلم أتجوز شهادته؟ قال: نعم » (٣).

□
٢ - محمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألت عن نصرانى أشهد على شهادة ثم أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال: نعم، هو على موضع شهادته » (٤).

٣ - محمد بن مسلم عن أحدهما: قال: « سألت عن الصبى والعبد والنصرانى

ص: ٨٤٥

١ - ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٦/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٨.

٢ - ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٦/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٨.

٣ - ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٧/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

٤ - ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٧/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

يشهدون شهادة فيسلم النصراني، أتجوز شهادته؟ قال: نعم» (١).

□
٤ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام « قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: اليهودى والنصراني إذا شهدوا ثم أسلموا جازت شهادتهم» (٢).

٥ - إسماعيل بن أبي زياد عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: « إن شهادة الصبيان إذا شهدوا وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، وكذلك اليهود والنصارى إذا أسلموا جازت شهادتهم» (٣).

وفى باب [قبول شهادة اليهود والنصارى والمجوس وغيرهم على الوصيه فى الضروره]:

□
١ - الحلبي قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام هل تجوز شهادة أهل الذمه على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٤).

وهذا الخبر مخصص لما تقدم، وهو مطلق غير مقيد بالوصيه.

□
٢ - أحمد بن عمر قال: « سألته عن قول الله عز وجل: «ذَوَا عَيْدٍ مِّنْكُمْ أَوْ أَوْخِيَانٍ مِّنْ غَيْرِكُمْ» (٥) قال: اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فإن لم يجد من أهل الكتاب فممن المجوس، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: سَنُوا بِهِمْ سَنَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ، وَذَلِكَ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ بِأَرْضِ غَرْبِهِ

ص: ٨٤٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٨/٤. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٨/٥. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٩/٨. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٩/١. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

٥-٥) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من أهل الكتاب» (١).

ويفيد هذا الخبر وجود خصوصيه في أهل الكتاب، فلا تقبل شهاده غيرهم من الكفار.

٣ - هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام « في قول الله عز وجل: «أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» فقال: إذا [إن] كان الرجل في أرض غربه ولا يوجد فيها مسلم، جازت شهاده من ليس بمسلم في [على] الوصيه» (٢).

و إطلاق « من ليس بمسلم» يقيد بما دلّ على اشتراط كونه من أهل الكتاب، وقوله « في الوصيه» يقيد إطلاق ما دلّ على القبول مطلقاً.

٤ - سماعه: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده أهل المله. قال: فقال لا تجوز إلا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٣).

وهذا أيضاً مقيد بالوصيه. اللهم إلا أن يؤخذ بعموم التعليل في « لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» فلا يختص القبول بها.

وفي باب [ثبوت الوصيه بشهاده مسلمين عدلين وبشهاده ذميين مع الضروره وعدم وجود المسلم]:

١ - ضريس الكناسي: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهاده أهل الملل، هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا، إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصيه، لأنه لا

ص: ٨٤٧

١ - ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٢. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

٢ - ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٣. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

٣ - ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٤. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

يصلح ذهاب حق امرء مسلم ولا تبطل وصيته» (١).

٢ - أبو الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عز وجل: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» (٢) قلت: ما آخران من غيركم؟ قال: هما كافران. قلت: ذوا عدل منكم. قال: مسلمان» (٣).

٣ - الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته هل تجوز شهاده أهل مله من غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٤).

٤ - حمزه بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عز وجل: «ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» قال فقال: اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه، فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته، فلم يجد مسلمين، فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما» (٥).

٥ - يحيى بن محمد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل «أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا...» (٦) قال: اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم

ص: ٨٤٨

١-١) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٩/١. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٢-٢) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٩/٢. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٩: ٣١٠/٣. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٥-٥) وسائل الشيعة ١٩: ٣١٢/٧. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٦-٦) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

من أهل الكتاب، فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ سَنَّ فِيهِمْ سَنَّهُ أَهْلِ
الكتاب في الجزية، وذلك إذا مات الرجل في أرض غربه فلم يوجد مسلمان. . .» (١).

وفي خبر سعد بن عبد الله في (بصائر الدرجات) عن المفضل بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام في كتاب إليه قال: «وأما ما
ذكرت أنهم يستحلون الشهادات بعضهم لبعض على غيرهم، فإن ذلك لا يجوز ولا يحلّ، وليس هو على ما تأولوا إلّا لقول الله
عز وجل ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ...﴾ وذلك إذا كان مسافراً، فحضره الموت، أشهد اثنين
ذوى عدل من أهل دينه، فإن لم يجد فأخران ممن يقرأ القرآن من غير أهل ولايته. . .» (٢).

هذه طائفة من أخبار المسألة ذكرناها بقدر الحاجة.

قال المحقق: «تقبل شهاده الذمى خاصة في الوصية إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها» (٣).

أقول: قيد المحقق قبول شهاده غير المؤمن بثلاثة قيود:

الأول: كونه ذمياً، وقد احترز بقوله: «خاصه» عن غيره.

والثاني: في الوصية، وقد احترز به عن غيرها.

والثالث: إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها.

وفي الأخبار المذكوره ما يدلّ على كلّ واحد من هذه القيود، كما لا يخفى.

وتفصيل الكلام في هذه المسألة يكون بالبحث في جهات:

ص: ٨٤٩

١-١) وسائل الشيعة ١٩: ٣١١/٦. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٩: ٣١٣/٨. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

١ - هل تقبل شهادة الذمي في الوصيه بالولاية؟

الظاهر: أنه تقبل شهادة الذمي في الوصيه في الأموال والولاية.

لكن في (المسالك): في الأموال. قال: والحكم مختص بوصيه المال، فلا تثبت الوصيه بالولاية المعبر عنها بالوصايه، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده (١).

قلت: لا يوجد في الروايات ما يمكن أن يستظهر منه التقييد بالأموال إلّا جملة: «لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» بدعوى عدم كون الولاية ونحوها من الحقوق. ولعله المراد من قول الأردبيلي: إنه يشعر بذلك بعض الروايات (٢).

ولكن الظاهر شمول «الحق» في الروايه لحق الوصايه أيضاً.

٢ - هل تقبل شهادة الذمي خاصه أو تقبل من مطلق أهل الكتاب؟

الظاهر الإتفاق على عدم قبول شهادة الكافر الحربى وغير الكتابى، وقد عرفت دلالة بعض الأخبار المذكوره على القبول من غير تقييد بالذمي، نعم، جاء في خبر حمزه بن حمران حيث قال عليه السلام «أشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما» (٣).

لكن قيل: بأنه ضعيف سنداً فلا يصلح للتقييد (٤).

ص: ٨٥٠

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٣.

٢-٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٣٠٧.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٩: ٣١٢/٧.

٤-٤) مباني تكمله المنهاج: فإن حمزه بن حمران لم يرد فيه توثيق ولا مدح، فالخبر ضعيف وعمل الأصحاب غير جابر فالذميه غير معتبره (١: ٢٦٠). قلت: وينبغي أن يضاف إلى ذلك عدم دلالة روايه أصحاب الإجماع على الوثاقه، فقد ذكروا روايه صفوان وابن أبي عمير عنه. فتأمل.

إلا أن عمل الأصحاب بل الإجماع كما قيل، يجبر ضعفه عندنا، واحتمال أنهم قد أفتوا بذلك لا عملاً بالخبر، بل لعلهم فهموا خصوص الذمي من أخبار المسأله، ضعيف جداً، خصوصاً مع التصريح المذكور في خبر حمزه بن حمران.

وأما التقييد به في خبر الحلبي، فقد جاء في السؤال حيث قال: « هل تجوز شهادة أهل الذمه على غير أهل ملتهم؟ » (١) على أنه لا تعرّض في الجواب للوصيّه.

فالحاصل، اختصاص القبول بالذمي خاصه، لخبر حمزه المنجبر بالعمل.

٣ - إختصاص القبول بالوصيّه

إن قبول شهاده الذمي مختص بالوصيّه، كما دلّ عليه قوله تعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ... » (٢).

وكذا أخبار المسأله بعد تقييد مطلقاتها بمقيداتها، بل عليه الإجماع بقسميه في (الجواهر) (٣).

٤ - هل يتقدّم المسلمان الفاسقان على الذميين؟

قد عرفت قول المحقق: « إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها » (٤).

ص: ٨٥١

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٩/١. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

٢-٢) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٠.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

وفى (الجواهر): لا يلحق بأهل الذمه فساق المسلمين فى الحكم المزبور، لحرمة القياس عندنا (١).

لكن عن العلامة فى (التذكرة): « لو وجد مسلمان فاسقان، فإن كان فسقهما بغير الكذب والخيانة، فالأولى أنهما أولى من أهل الذمه، ولو كان فسقهما يتضمن اعتماد الكذب وعدم التحرز عنه فأهل الذمه أولى» وقال أيضاً: « ولو وجد مسلمان مجهولاً العدالة، فهما أولى من شهود أهل الذمه» (٢).

ومال إليه فى (المسالك) (٣).

أقول: الأولويه التى ذكرها متوقفه على القطع بالملاك، وحصوله مشكل جداً، لا سيما مع اشتراط العدالة فى الكافر الذمى على مذهبه، كما هو مدلول بعض الأخبار، إذ لا يخفى أن الصالح فى مذهبه مقدّم على المسلم الفاسق، لا سيما غير المتحرز عن الكذب.

وإن كان دليل ما ذهب إليه هو الأخذ بعموم التعليل فى قوله عليه السلام « لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٤) ففيه:

أولاً: إن مقتضى عموم التعليل هو القبول فى غير الوصيه أيضاً، وهذا لا يقول به أحد، اللهم إلّا أن يقال: بأن فى الوصيه خصوصيه تقتضى القبول وليست فى غيرها، وهى موت الشخص الموصى، فإنه إذا لم تقبل الشهاده على وصيته ضاع حقه، ولا طريق آخر إلى إثباته.

ص: ٨٥٢

١- (١) جواهر الكلام ٤١: ٢١.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء: ٢/٥٢٢. (حجرى)، جواهر الكلام ٤١: ٢١.

٣- (٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٣، جواهر الكلام ٤١: ٢١.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٤. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

وثانياً: إن الإستدلال المذكور يتوقف على كون الجملة المذكوره عله لا حكمه.

هذا، مع أن صريح الآيه الكريمة اشترط العدالة في الشاهدين المسلمين.

٥ - هل تقبل شهادة المسلم العدل الواحد مع ذمى واحد؟

قد يقال بذلك، ووجهه الأولويه في القبول من الذميين.

وفيه: إنه يتوقف على القطع بالملاك كما تقدم.

٦ - هل يشترط كون الموصى في غربه؟

قال المحقق: « ولا يشترط كون الموصى في غربه، وباشترطه روايه مطرحة » (١).

أقول: في هذه الجبهه قولان، وظاهر الآيه الكريمة: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ يَهْ إِثْنَانِ ذَوَا عَيْدٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْمَأْرُضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ » (٢). كون الموصى مسافراً، فالجملة شرطيه ومفهومها حجه، وبه أخذ جماعه، كالشيخ في (المبسوط) (٣) وابن الجنيد (٤) وأبى الصلاح الحلبي (٥)، بل ربما يفهم من بعضهم

ص: ٨٥٣

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

١-٢ (٢) سورة المائده ٥: ١٠٦.

٣-٣ (٣) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٨٧.

٤-٤ (٤) مختلف الشيعة ٨: ٥٠٧. عن ابن الجنيد.

٥-٥ (٥) الكافي في الفقه: ٤٣٦.

الإجماع عليه كما في (الجواهر) (١).

والإشتراط صريح أخبار أحمد بن عمر (٢)، وهشام بن الحكم (٣)، وحمزة بن حرمان (٤)، وقد جاءت الأخيره في (المسالك) و (الجواهر) وغيرهما بلفظ « إنما ذلك إذا كان الرجل المسلم في أرض غربه» (٥) أي بكلمه « إنما» الداله على الحصر، وهى غير موجوده فى الوسائل (٦).

وكيف كان، فإن الجملة شرطيه، ومفهومها حجه، والسند فى الأولين تام بلا كلام، فلا وجه للطرح، ودعوى الإجماع على عدم الاشتراط غير تامه.

ودعوى ورود ذلك مورد الغالب كما فى (الجواهر) (٧)، كما ترى، إذ لا تدخل أداه الحصر « إنما» ولا تجئ الجملة الشرطيه حيث يكون القيد وارداً مورد الغلبه.

نعم، لو كانت الجملة « لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» تعليليه، أمكن رفع اليد بها عن قيد « السفر» بناءً على تقدّم عموم العله على المفهوم، لكن فى ظهور الجملة المذكوره فى التعليل تأمل.

ص: ٨٥٤

-
- ١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٠.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٢. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.
 - ٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٣. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.
 - ٤-٤) وسائل الشيعه ١٩: ٣١٢/٧. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.
 - ٥-٥) المسالك: ١٤/١٦٢، جواهر الكلام ٤١: ٢٠.
 - ٦-٦) كلمه « إنما» موجوده فى الكافى. راجع الكافى ٧: ٣٩٩/٨.
 - ٧-٧) جواهر الكلام ٤١: ٢٠.

قال العلامة في (التحريز): «الأقرب إحلاف الشاهدين على ما تضمنته الآية (١)، ولم أجد من قال بذلك» (٢).

وفي (المسالك): «ظاهر الآية إحلاف الذمي بعد العصر بالصورة المذكورة في الآية، وهو إنهما ما خانا ولا كتما شهادة الله ولا اشتريا به ثمناً قليلاً ولو كان ذا قربي، واعتبر العلامة أيضاً في التحريز، ولا ريب في أولويته، إذ لا معارض له، وعمومات النصوص غير منافية له» (٣).

واقصر المقداد في (التنقيح) على ذكر قول العلامة حيث قال: «وهل يشترط الإحلاف؟ قال العلامة: نعم، عملاً بظاهر الآية، ولم يذكر غيره ذلك» (٤).

وعلى هذا، فوجه نسبه القول بعدم الاشتراط إلى المشهور في (الروضة) هو عدم تعرض القدماء لهذه المسألة، إذ لو اشترطوا لذكروا.

وكيف كان، فالأقرب ما ذهب إليه العلامة عملاً بظاهر الآية المباركة، وقد روى في شأن نزولها الخبر الآتي: محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن رجاله - رفعه - قال: خرج تميم الداري مسلماً وابن بندي وابن أبي ماريه نصرانيين، وكان مع تميم الداري خرج له فيه متاع، وآنيه منقوشه بالذهب، وقلاده، أخرجها إلى بعض أسواق العرب للبيع، فاعتلّ تميم الداري عله شديده، فلما حضره الموت دفع ما كان معه إلى ابن بندي وابن أبي ماريه، وأمرهما أن يوصلاه إلى ورثته.

فقدما إلى المدينة وقد أخذوا من المتاع الآنيه والقلاده، فقالوا لهما: هل مرض

ص: ٨٥٥

١-١ (١) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

٢-٢ (٢) تحرير الأحكام ٥: ٢٤٦.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٣.

٤-٤ (٤) التنقيح الرائع ٤: ٢٨٧.

صاحبنا مرضاً طويلاً أنفق فيه نفقه كثيره؟ قالوا: لا، ما مرض إلا أياماً قلائل. قالوا: فهل سرق منه شيء في سفره هذا؟ قالوا: لا. قالوا: فهل أتجر تجاره خسر فيها؟ قالوا: لا. قالوا: فقد افتقدنا أفضل شيء كان معه، آنيه منقوشه بالذهب مكلله بالجواهر، وقلاده. فقالوا: ما دفع إلينا فأديناه إليكم. فقدّموهما إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، فأوجب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عليهما اليمين فحلفا، فخلّا عنهما.

ثم ظهرت تلك الآنيه والقلاده عليهما، فجاء أولياء تميم إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فقالوا: قد ظهر على ابن بندي وابن أبي ماريه ما ادّعيناه عليهما. فانتظر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ الحكم من الله في ذلك، فأنزل الله تبارك وتعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ» (١) فأطلق الله شهاده أهل الكتاب على الوصيه فقط، إذا كان في سفر ولم يجد المسلمين، «فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسَبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَتَقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ إرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنْ آذًا لِمَنْ آذَىٰ» (٢) فهذه الشهاده الاولى التي جعلها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ «فَإِنْ عُرِّرَ عَلَيْهِمُ الْأَنْهَامَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا» (٣) أي: إنهما حلفا على كذب «فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا» (٤) يعني من أولياء المدعى «مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيَقْسِمَانِ

ص: ٨٥٦

١-١ (٢) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

٢-٢

٣-٣ (٤) سورة المائدة ٥: ١٠٧.

٤-٤

بِاللَّهِ» (١) يحلفان بالله أنهما أحق بهذه الدعوى منهما، فإنهما قد كذبا فيما حلفا بالله «لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَ مَا اعْتَدَيْنَا إِلَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ» (٢).

فأمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أولياء تميم الدارى أن يحلفوا بالله على ما أمرهم، فحلفوا، فأخذ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم القلادة والآنيه من ابن بندى وابن أبى ماريه، وردّهما على أولياء تميم الدارى. «ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ» (٣)(٤).

هذا، وليس فى القصه ذكر للوصيه، فإن مورد نزول الآيه بالنظر إلى هذه الروايه هو النزاع فى مال الميت، فكيف نقول باختصاص القبول بالوصيه؟ ولماذا لا نقبل الشهاده فى نظير مورد نزول الآيه، كما لو سافر مسلم مع ذميين ثم مات المسلم، فاتهم وليه الذميين بأنهما قتلاه، فشهد ذميان آخران على أنه مات حتف أنفه؟ هذا فيه تأمل.

ثم إنه لم يتعرّض أحد فيها لعلم للبحث فى أنه هل يشترط فى الإحلاف الإرتياب أو لا؟ وظاهر الآيه هو الإشتراط. إذن، تكون شهادتهما مقبولة ما لم يحصل ارتياب، فإن حصل فمع اليمين «فإن عُثِرَ عَلَى أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَأَخْرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا...» .

٨ - ما المراد من (الضرورة) ؟

جاء فى (الوسائل) قيد الضروره لقبول شهاده الذميين فى الوصيه (٥)، فهل

ص: ٨٥٧

١-١ (١) سورة المائده ٥: ١٠٧.

١-٢ (٢) سورة المائده ٥: ١٠٧.

١-٣ (٣) سورة المائده ٥: ١٠٨.

١-٤ (٤) وسائل الشيعة ١٩: ٣١٤/١. كتاب الوصايا، الباب ٢١.

١-٥ (٥) وسائل الشيعة: ١٩/٣٠٩.

المراد منها كون المسلم في سفر، أو المراد كون الوصيه ضروريه، أى لازمه، كالامور الواجبه شرعاً وحقوق الناس، فلو كانت في أمور جزئيه أو مستحبه فلا- تقبل شهادتهما؟ الظاهر: إن المراد هو الأول، وإن كان الصحيح عدم الحاجه إلى إضافه هذا القيد حينئذ، وعليه، فتقبل شهادتهما وإن كانت الوصيه في أمور غير واجبه شرعاً.

٩ - هل يشترط في القبول عدم من يقوم مقام المسلمين؟

الأقوى بمناسبه الحكم والموضوع هو الإشتراط، فإن وجدت أربع نسوه مسلمات فلا تصل النوبه إلى الذميين، كما أن شهاده المسلم الواحد تقبل مع اليمين في المال كما ذكرنا في كتاب القضاء فيتقدم حينئذ على الذميين، بإلغاء خصوصيه «الرجلين» لمناسبه الحكم والموضوع، وهو الموافق للإعتبار.

ومع الشك في التقدم، يكون المرجع العمومات الدالّه على عدم قبول شهاده غير المسلم.

طريق ثبوت الإيمان في الشاهد

قال المحقق قدّس سرّه: «ويثبت الإيمان بمعرفه الحاكم أو قيام البيّنه أو الإقرار» (١).

أقول: قال في (المسالك): مرجع الثلاثه إلى الإقرار، لأن الإيمان أمر قلبي لا- يمكن معرفته إلّامن معتقده بالإقرار، ولكن المصنف اعتبر الوسائط بينه وبين

ص: ٨٥٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله: وفيه: إنه وإن كان أمراً قليلاً، لكن له آثار ولو أزم يمكن بها معرفته بدون الإقرار، كما هو مشاهد في كثير من الناس، بل السيره القطعيه عليه، كغيره من الامور الباطنه، ولهذا قال المصنف ما سمعت، لا لما ذكره، والأمر سهل (٢).

قلت: لكن هنا بحث آخر وهو: إنه إذا كان الإقرار من شرائط الإيمان، وأنه إذا لم يقر فليس بمؤمن، فإن الآثار لا تترتب وإن كان الإيمان الباطني معلوماً بآثاره، كما أنه إذا جحد بلسانه عدّ كافراً وإن كان مستيقناً قلبه. نعم، لو كان الإيمان هو الاعتقاد الباطني فحسب، أمكن ترتيب الأثر عليه مع العلم به بآثاره.

وأما إذا كان الإقرار شرطاً للإيمان أو جزءاً، كان مرجع الامور الثلاثه إلى الإقرار كما ذكر الشهيد الثاني، فإن أقرّ وعلم بعد اعتقاده الباطني كان منافقاً، وتجرى في حقه أحكام الإسلام دون الإيمان، وإن أقرّ ولم يعلم بعدم اعتقاده ولم يكن متهماً في إقراره، كان إقراره طريقاً إلى معرفه اعتقاده، وترتب أحكام الإيمان من قبول الشهاده ونحوه وإن لم يكن هناك شيء من آثار الإيمان. وعلى هذا، فلو أقرّ ووجد منه آثار الصدق والخير فلا حاجه إلى البيّنه.

فتلخص: قبول شهاده المؤمن الجامع لشرائط القبول على جميع الناس ولجميع الناس، ويدلّ عليه بالإضافه إلى الإجماع طائفه من الأخبار.

وفي (الجواهر) إن لقوله تعالى: «وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا

شُهَدَاءَ عَلَي النَّاسِ» (١) إشعاراً بذلك (٢).

أى: إن الآية الكريمة وإن كانت ناظره إلى شأن هذه الأمة في الآخرة كما في بعض الأخبار - (٣) إلا أن ذلك لا ينافي الاستفادة منها لما نحن فيه، ولذا قال: إن فيها إشعاراً به.

وأما الكافر الحربى، فلا تقبل شهادته على أحد ولو كان من أهل ملته، فضلاً عن المسلمين، للإجماع.

هل تقبل شهادة الذمى على الذمى؟

قال المحقق: « وهل تقبل شهادة الذمى على الذمى؟ قيل: لا وكذا لا تقبل على غير الذمى، وقيل: تقبل شهادة كل مله على ملتهم، وهو استناد إلى روايه سماعه، والمنع أشبه» (٤).

أقول: هنا أقوال:

أحدها: عدم قبول شهادة الذمى على الذمى وغير الذمى، فى الوصيه وغير الوصيه، والقائل به المشهور كما فى (الجواهر) ، بل عن جماعه الإجماع على عدم قبولها على المسلم فى غير الوصيه (٥).

والثانى: قبول شهادة أهل كل مله على ملتهم، والقائل به الشيخ فى محكى

ص: ٨٦٠

١-١ (١) سورة البقره ٢: ١٤٣.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٢.

٣-٣ (٣) الكافى ١: ١٤٦/٢ و ١٤٧/٤. باب إن الأئمه شهداء الله على خلقه. □

٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٥-٥ (٥) جواهر الكلام ٤١: ٢٢.

(الخلافة) (١) و (النهاية) (٢)، بل عن الأول نسبته إلى أصحابنا ولكن مع اشتراط الترافع إلينا (٣)، لروايه سماعه: قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الملة؟ قال فقال: لا تجوز إلا على ملتهم » (٤).

وعن كاشف اللثام: « هو قوى، إلزاماً لأهل كل ملة بما تعتقده، وإن لم يثبت عندنا، لفسق الشاهد وظلمه عندنا » (٥).

والثالث: قبول شهادة الكفار بعضهم على بعض وإن اختلف الملتان مع العدالة في دينهم. والقائل به أبو على الإسكافي (٦) لروايه ضريس الكناسي (٧)، وروايه الحلبي ومحمد بن مسلم (٨) المذكورتين سابقاً.

وعن كاشف اللثام: « وهو قوى إذا كان الشاهد ذمياً والمشهود عليه حربياً، كما هو ظاهر الخبر، لصحته، ولأن علينا رعايه الذمه، فلا علينا أن نحكم لهم بشهادتهم على أهل الحرب » (٩).

واختار في (الجواهر) القول الأوّل، وفاقاً للمحقق والمشهور، لأنه أشبه بأصول المذهب وقواعده التي منها معلوميه اشتراط الإسلام والإيمان والعدالة في

ص: ٨٦١

١- (١) كتاب الخلافة ٦: ٢٧٣، المسألة ٢٢.

٢- (٢) النهاية: ٣٣٤.

٣- (٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٣ ٢٤.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩/٤. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

٥- (٥) كشف اللثام ١٠: ٢٧٣.

٦- (٦) جواهر الكلام ٤١: ٢٢.

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٩/١. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٩: ٣١٠/٣. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٩- (٩) كشف اللثام ١٠: ٢٧٣.

الشاهد، المعلوم انتفاؤها إجماعاً في الفرض (١).

وقد أجاب عن خبري الحلبي والكناسي بأنهما مع عدم دلالتهما على تمام المدعى، بل الثاني منهما لا يوافق إطلاق أبي على محمولين على إرادته بيان قبول خصوص شهادتهم على المسلم في خصوص الوصيه كما صرح به في الخبر الثاني، بل لعلّ التعليل في الأوّل وهو قوله عليه السلام: إنه لا يصلح ذهاب حق أحديرشد إلى ذلك، بقرينه وجوده في نصوص قبول شهادتهم في الوصيه (٢).

وعن روايه سماعه المذكوره (٣) بوجوه:

أحدها: كونها موافقه للمحكي عن أبي حنيفه والثوري.

والثاني: عدم العمل بها إلّا من الشيخ.

والثالث: إن مقتضى المحكي عن الشيخ ضعفها عنده، لأن في سندها العيديد وقد قال: إنه ضعيف، استثناء أبو جعفر ابن بابويه من رجال نوادر الحكمه وقال: إنه لا أروى ما يختص بروايته (٤).

قال: مع أن المحكي عن مبسوطه أيضاً اختيار المنع مطلقاً (٥)، بل قد سمعت اشتراطه في محكي الخلاف بالترافع إلينا (٦)، وقد قال في محكي المختلف: إنما نقول به لأنه إذا ترافعوا إلينا وعدّلوا الشهود عندهم، فإن الأولى هنا القبول (٧)، بل عن

ص: ٨٦٢

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٤.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٣.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٩: ٣١١/٥. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٤-٤) الفهرست للطوسي: ٤٠٢/٦١٢. مكتبه المحقق الطباطبائي.

٥-٥) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٨٧.

٦-٦) الخلاف: ٦/٢٧٤، المسأله ٢٢.

٧-٧) مختلف الشيعه ٨: ٥٠٦.

المقداد في التنقيح الميل إليه أيضاً بالمعنى المزبور (١)، قال بعد أن حكى عن الخلاف ما سمعت: وهذا في الحقيقه قضاء بالإقرار، لما تقدم أنه إذا أقرّ الخصم بعداله الشاهد حكم عليه، وقد سمعت ما في كشف اللثام (٢).

أقول: الكفار على خمسة أقسام:

١ - غير أهل الكتاب.

٢ - ٣ - أهل الكتاب، وهؤلاء ينقسمون إلى أهل الذمه، وغير أهل الذمه وهم الحربيون. فهذه ثلاثه أقسام

٤ - الكفار المنتحلون للإسلام، كالمجبره والمجسمه ومن أنكر شيئاً من ضروريات الدين.

٥ - النواصب.

والدليل على ما ذهب إليه الشيخ من قبول شهاده أهل كلّ ملّه على ملّتهم غير منحصر بخبر سماعه المذكور، وإن كانت عباره المحقق موهمه لذلك (٣)، فيدلّ عليه - مضافاً إليه - خبراً أبي عبيده الحذاء (٤) وضريرس الكناسي (٥).

وقد استدللّ الشيخ نفسه بحديث رواه عن معاذ بن جبل عن رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم حيث قال: « وروى ابن غنم قال: سألت معاذ بن جبل عن

ص: ٨٤٣

١- (١) التنقيح الرائع ٤: ٢٨٨.

٢- (٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٤.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٦٨/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٨.

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٩/١. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

شهاده اليهود على النصارى، فقال سمعت النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقول: لا تقبل شهادة أهل دين على غير أهل دينهم إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم» (١).

قال: « وهذا الذى اخترناه، والوجه فيه إذا اختاروا الترافع إلينا، فأما إن لم يختاروا فلا يلزمهم ذلك» (٢).

وليست عبارته المذكوره تفصيلاً فى المسأله كما قد يتوهم، والحديث المذكور مطلق يعم الشهاده « له » و « عليه » .

ولعل المحقق والقوم لم يعتبروا هذا الحديث، من جهه أن راويه عامى، وإن كان مروياً فى بعض كتب الخاصه ومورداً للاستناد، مثل حديث « على اليد. . . » (٣). ونحوه، ولعلهم حملوه على التقيه لموافقته لرأى كثير من العامه.

وكيف كان، ففى الأخبار الثلاثه المذكوره غنى وكفايه، والوجه هو قبول شهاده الذمى من كل مله على أهل ملته، سواء كان يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً.

وأما الكفار المنتحلون للإسلام، فإن صدق على كل طائفه منهم أنهم أهل مله فى مقابل مله الإسلام، شملتهم الأدله وإلا فلا.

وأما الكافر الحربى، فقد عرفت عدم قبول شهادته كغير أهل الكتاب من الكفار.

ثم إن جماعه من الأصحاب استدلوا لما ذهب إليه الشيخ بقاعده

ص: ٨٤٤

١- ١) عوالى اللئالى ١: ٤٥٤/١٩٢، مستدرک الوسائل ١٧: ٤٣٧/٤، المغنى لابن قدامه ١٢: ٥٥، المجموع ٢٠: ٢٢٦.

٢- ٢) كتاب الخلاف: ٦/٢٧٤.

٣- ٣) عوالى اللئالى ١: ٢٢٤/١٠٦، مسند أحمد: ٥/٨.

الإلزام (١) وأضاف المقصداد في (التنقيح) قاعده الإقرار (٢) والوجه في التمسك بقاعده الإلزام في هذا المقام هو عدم اختصاص الأخبار الواردة في هذه القاعده بالعامه، بل إنها تشمل غير المسلمين أيضاً، فمن أخبار القاعده: قوله عليه السلام: « من كان يدين بدين قوم لزمته أحكامهم » (٣).

□
وعن عبد الله بن طاوس قال: « قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: إن لى ابن أخ زوجته ابنتى، وهو يشرب الشراب ويكثر ذكر الطلاق، فقال: إن كان من إخوانك فلا شىء عليه، وإن كان من هؤلاء فأبنها منه فإنه عنى الفراق، قال قلت: أليس قد روى عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: إِيَّاكُمْ وَالْمَطْلَقَاتِ ثَلَاثًا فِي مَجْلِسِ فَيُنْهَن ذَوَاتِ الْأَزْوَاجِ؟ فقال: ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء، إنه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم » (٤).

وعن على بن جعفر « أنه سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن يهودى أو نصرانى طلق تطليقه ثم أسلم هو وأمرأته، ما حالهما؟ قال: ينكحها نكاحاً جديداً. قلت: فإن طلقها بعد إسلامه تطليقه أو تطليقتين، هل تعتدّ بما كان طلقها قبل إسلامها؟ قال: لا تعتدّ بذلك » (٥).

ص: ٨٤٥

١-١) مختلف الشيعة ٨: ٥٠٦، كشف اللثام ١٠: ٢٧٣.

٢-٢) التنقيح الرائع ٤: ٢٨٨.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٧٤/١٠. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ٣٠.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٧٥/١١. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ٣٠.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٢: ١٦٩/١. أبواب أقسام الطلاق، الباب ٣١.

فالحاصل: عدم اختصاص المطلب بالعامه.

وعلى هذا، فإن اختص الإلزام بموارد الأخبار فهو، وإن كان مفادها هو القبول مطلقاً تم الاستدلال بالقاعده في محلّ الكلام، لكن حديث معاذ بن جبل صالح للاستدلال بمفهومه على القبول في أهل دينهم، إلّا أنه لا يخلو من كلام كما تقدم.

ثم إن معنى الإلزام، هو جعل هذا الطلاق مثلاً صحيحاً بالنسبه إلى المسلمين، فيجوز للمسلم نكاح هذه المرأة من باب الإلزام، وهذا شيء يستبعده الذهن، لأن المفروض كونها زوجه له، لأن لكل قوم نكاحاً، والطلاق يشترط فيه عند المسلمين شروط هي مفقوده بحسب الفرض، فكيف يكون الطلاق الباطل مجوّزاً لنكاح المسلم تلك المرأة؟

ف قيل: إن هذا نظير تصرف ذي الخيار في مورد الخيار، ففي الآن الذي يعقد عليها المؤمن تكون مطلقه طلاقاً صحيحاً من زوجها فيصح له نكاحها، وأما قبل ذلك فهي باقية على الزوجيه للمطلق، نظير تصرف ذي الخيار حيث يكون الشيء في ذلك الوقت ملكاً له.

لكن هذا يخالف الروايه التي جاء فيها إنه: « ذكر عند الرضا عليه السلام بعض العلويين ممن كان ينتقصه، فقال عليه السلام: أما إنه مقيم على حرام، قلت: جعلت فداك، وكيف وهي امرأته؟ قال عليه السلام: لأنه قد طلقها، قلت: كيف طلقها؟ قال: طلقها وذاك دينه فحرمت عليه» (١).

أقول: والأمر بالنسبه إلى الكفار أسهل، لأنهم إذا عملوا بشرائط الذمه يعاملون في أعمالهم معاملة الصّحّه، سواء كان طلاقاً أو غيره، فيكون نظير النجاسه في ثوب المصلّي، حيث أن العلم بها موجب لبطلان الصلاه، وإلا فهي

ص: ١٦٦

صحيحه وإن كانت على ثوبه. وهنا، لما لم يكن المطلق عالماً باشتراط العدلين مثلاً يكون طلاقه صحيحاً ويترتب عليه الأثر.

هذا، وبناءً على عدم قبول شهادتهم على أمثالهم، فهل تقبل لأمثالهم؟

قال العلامة في (المختلف): لا (١)، والشيخ يقول: نعم (٢).

وفي (المستند): وظهر مما ذكرنا أنه لم تخرج من الأصل إلا صورته واحده وهى شهاده أهل كل مله على أهل ملته خاصه، وهل تقبل له؟ الظاهر: لا، للأصل. إلا إذا كانت عليه أيضاً فتسمع، لأن قبول الشهاده عليه بالدليل، وعدم قبولها له بالأصل، والدليل مقدّم على الأصل (٣).

قلت: الأظهر: إن «على» فى أخبار الباب وكذا فى قوله تعالى «وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ» (٤) ليس بمعنى «الضرر» حتى لا تقبل فى غيره، مع أن فى كل مورد يوجد «عليه» يوجد «له»، لأن المفروض كون الطرفين من أهل مله واحده، اللهم إلا أن لا يكون طرف آخر، كما لو كان قد أوصى بصرف كذا من ماله على المعبد مثلاً، لكنه قليل.

نعم، لو شك فى القبول، فالأصل عدمه، كما لا يخفى.

ص: ٨٦٧

١-١) مختلف الشيعة ٨: ٥٠٥ ٥٠٦.

٢-٢) النهايه: ٣٣٤.

٣-٣) مستند الشيعة ١٨: ٣٥.

٤-٤) سورة البقره ٢: ١٤٣.

قال المحقق: «الرابع: العدالة، إذ لا طمأنينه مع التظاهر بالفسق» (١).

أقول: التعليل بعدم الطمأنينه بشهاده الفاسق ربما يفيد قبول شهاده الفاسق مع إفاده الطمأنينه، وأيضاً: ربما يفيد قوله: مع التظاهر بالفسق قبول الشهاده من الفاسق غير المتظاهر بالفسق.

لكن الإلتزام بالأمرين مشكل.

فالصحيح: الإستدلال بالكتاب والسنة والإجماع فى كلمات غير واحد من الأصحاب، على اعتبار وصف العدالة (٢) فى الشاهد، وعدم قبول شهاده الفاسق.

أما الكتاب، فقد استدللّ بآيات منه، كقوله تعالى: «وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (٣) وقوله تعالى فى الوصيه «إِنِّي أَنزَلْتُ الذِّكْرَ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ» (٤) فإن اعتبار العدالة فى الشاهد على الوصيه يقتضى اعتبارها فى غيرها بالأولويه، وقوله تعالى: «مِمَّنْ

ص: ٨٦٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٢- ٢) ذكر السيد الاستاذ فى تعليقه على العروه وعلى الوسيله: إن العدالة نفس الاجتناب عن الكبائر، الناشئ عن حاله النفسانيه المعبر عنها بالملكه وإن حسن الظاهر كاشف عن وجودها. وقد استظهر دام ظله هذا الذى اختاره من صحيحه عبد الله بن أبى يعفور المذكوره فى المتن، حيث تكلم بعض الشىء فى شرح العدالة، وتعرض للأقوال المذكوره فيها، ولعلنا ننشر ذلك فى رساله مستقله بإذن الله.

٣- ٣) سوره الطلاق ٦٥: ٢.

٤- ٤) سوره المائده ٥: ١٠٦.

وأما السنّة، فبالأخبار الكثيره الوارده فى الأبواب المختلفه، كالوارد فى شهاده المملوك: « لا بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلاً» (٢) وفى شهاده المكارى والجّمال والملاح: « ما بأس بهم، تقبل شهادتهم إذا كانوا صلحاء» (٣) وفى شهاده الضيف: « لا بأس بشهاده الضيف إذا كان عفيفاً صائناً» (٤) إلى غير ذلك.

ومن أشهر الأخبار فى مسأله العداله وتعريفها واعتبارها فى الشهادات: صحيحه عبد الله بن أبى يعفور قال: « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: بم تعرف عداله الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم وعليهم؟

قال: أن تعرفوه بالستر والعفاف وكفّ البطن والفرج واليد واللسان، ويعرف باجتناّب الكبائر التى أوعده الله عليها النار، من شرب الخمر والزنا والربا وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وغير ذلك.

والدلاله على ذلك كله: أن يكون ساتراً لجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين ما وراء ذلك من عثراته وعيوبه وتفتيش ما وراء ذلك، ويجب عليهم تزكيتهم وإظهار عدالته فى الناس، ويكون منه التعاهد للصلوات الخمس إذا واظب عليهن، وحفظ موافقتهن بحضور جماعه من المسلمين، وأن لا يتخلّف عن جماعتهم فى مصلاهم إلا من علّه، فإذا كان كذلك لازماً لمصلاهم عند حضور الصلوات الخمس. فإذا سئل عنه فى قبيلته ومحلّته قالوا: ما رأينا منه إلا خيراً،

ص: ٨٦٩

١-١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٨١/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٤.

٤-٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٥/١٠. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

مواظباً على الصلوات، متعاهداً لأوقاتها في مصلاه. فإن ذلك يجيز شهادته وعدالته بين المسلمين.

وذلك أن الصلاة ستر وكفارة للذنوب، وليس يمكن الشهادة على الرجل بأنه يصلي إذا كان لا يحضر مصلاه، ويتعاهد جماعه المسلمين، وإنما جعل الجماعه والاجتماع إلى الصلاة لكي يعرف من يصلي ممن لا يصلي، ومن يحفظ مواقيت الصلاة ممن يضيع، ولولا ذلك لم يمكن أحد أن يشهد على آخر بصلاح، لأن من لا يصلي لا صلاح له بين المسلمين، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم هم بأن يحرق قوماً في منازلهم لتركهم الحضور لجماعه المسلمين، وقد كان فيهم من يصلي في بيته فلم يقبل منه ذلك، وكيف يقبل شهادته أو عداله بين المسلمين ممن جرى الحكم من الله عزوجل ومن رسوله صلى الله عليه وآله وسلم فيه الحرق في جوف بيته بالنار، وقد كان يقول: لا صلاة لمن لا يصلي في المسجد مع المسلمين إلا من عله» (١).

إنما الكلام في ما يزيل العداله وما لا يزيلها:

قال المحقق قدس سره: «ولا ريب في زوالها بمواقعه الكبائر، كالقتل والزنا واللواط وغصب الأموال المعصومه» (٢).

البحث في ما يزيل العداله

أقول: هنا جهات من البحث:

ص: ٨٧٠

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩١/١. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦ ١٢٧.

فالاولى: هل المعاصى منقسمه فى الشرع إلى كبائر وصغائر؟

لا- مجال لإنكار أن طائفه من المعاصى كبائر، ويدلّ على ذلك من الكتاب قوله تعالى: «إِنْ تَجْتَبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ» (١). والآيه الكريمة: «مَا لِهَذَا الْكِتَابِ لَا يُغَادِرُ صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً إِلَّا أَحْصَاهَا» (٢). ومن السنه أخبار كثيره يأتى بعضها.

والثانيه: فى معنى الآيه الاولى من الآيتين المذكورتين، فإن ظاهرها التكفير للصغيره بإجتناّب الكبيره حتى مع عدم التوبه، وهذا يوجب الجراء على المعصيه، إذ الإنسان يتعمّد غالباً المعصيه إن أمن العذاب، مع أن الله عز وجل لا يأذن بالمعصيه بالضروره.

كما أن ما ورد عنهم عليهم السلام من أنه «لا- صغيره مع الإصرار ولا- كبيره مع الإستغفار» (٣) ظاهر فى عدم المؤاخذة على الصغيره التى لا يكون معها إصرار (٤).

قال المحدّث الكاشانى بتفسير الآيه: « وفى المجمع نسب إلى أصحابنا أن المعاصى كلّها كبيره، لكن بعضها أكبر من بعض، وليس فى الذنوب صغيره، وإنما يكون صغيراً بالإضافه إلى ما هو أكبر واستحقاق العقاب عليه أكثر» (٥).

قيل: وتوفيقه مع الآيه أن يقال: من عَنّ له أمران ودعت نفسه إليهما بحيث

ص: ٨٧١

١-١) سورة النساء ٤: ٣١.

٢-٢) سورة الكهف ١٨: ٤٩.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣٧/٣. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٨.

٤-٤) وإليه ذهب جمع من علمائنا كالبهائى والمجلسى وصاحب الجواهر قدست أسرارهم.

٥-٥) مجمع البيان ٢: ٣٨.

لا يتمالك، فكفها عن أكبرهما، كفر عنه ما ارتكبه، لما استحق عليه من الثواب على اجتناب الأكبر، كما إذا تيسر له النظر بشهوه والتقييل، فاكتمى بالنظر عن التقييل. ولعلّ هذا مما يتفاوت أيضاً باعتبار الأشخاص والأحوال، فإن حسنات الأبرار سيئات المقرّبين، ويؤاخذ المختار بما يعفى عن المضطّرّين.

أقول: ظاهر الآيه والأخبار الواردة في تفسيرها وتفسير الكبائر يعطى تمايز كلّ من الصغيره والكبيره عن صاحبها، كما لا يخفى على من تأمل فيها، وما نسبه في المجمع إلى أصحابنا لا مستند له، وقول الموفق يعطى أن من قدر على قتال أحد فقطع أطرافه كان قطع أطرافه مكفراً، وهو كما ترى، فلا بدّ لكلامه وكلام الأصحاب من توجيه حتى يوافقا الظواهر» (١).

وفي (الميزان) بعد أن نفى الريب في دلالة الآيه على انقسام المعاصي إلى كبائر وصغائر، وأن الصغائر سميت في الآيه بالسيئات، وأن الآيه في مقام الإمتنان جعل مساق الآيه مساق الآيه الداعيه إلى التوبه التي بعد غفران الذنوب، قال: « هي تفرع أسمع المؤمنين بعنايه لطيفه إلهيه أنهم إن اجتنبوا البعض من المعاصي كفر عنهم البعض الآخر، فليس إغراء على ارتكاب المعاصي الصغار، فإن ذلك لا معنى له، لأن الآيه تدعو إلى ترك الكبائر بلا شك، وارتكاب الصغيره من جهه أنها صغيره لا يعاب بها ويتهاون في أمرها، يعود مصداقاً من مصاديق الطغيان والاستهانه بأمر الله سبحانه، وهذا من أكبر الكبائر، بل الآيه تعد تكفير السيئات من جهه أنها سيئات لا يخلو الإنسان المخلوق على الضعف المبني على الجهاله من

ص: ٨٧٢

قلت: إن الألفاظ الإلهية بالنسبة إلى المؤمنين في باب العفو والمغفرة تتجلى في التوبة، وفي الشفاعة، وفي إذهاب الحسنات للسيئات، وفي غفران الله سبحانه الذنوب لمن يشاء إلا الشرك به عز وجل. . . لكن جعل مساق الآية الكريمة: «إِنْ تَجْتَنِبُوا. . .» مساق ما يدل على التوبة، خلافاً للظاهر، للفرق بين التوبة ومدلول الآية، لأن سد باب التوبة يوجب اليأس والقنوط من رحمه الله، والإنسان إذا يئس توغل في المعاصي وأفرط في المخالفه، بخلاف فتح هذا الباب، فإنه لا يسبب ذلك، أما مدلول الآية الشريفه فظاهره الوعد بتكفير الصغائر وعدم المؤاخذة عليها دائماً، بشرط اجتناب الكبائر.

فالجواب المذكور غير مقنع، وتفصيل الكلام في بيان معنى الآية الكريمة، بحيث يساعده ظاهرها وينطبق على سائر الأدلة، له مجال آخر.

والثالثه: لو اشتبهت عليه المعصيه، فلم يعلم هل هي كبيره أو صغيره، فإن مقتضى حكم العقل الاجتناب عنها، لأن العقل يحكم بلزوم معامله كل معصيه معامله الكبيره المؤاخذ عليها حتى لا يقع في المعصيه الكبيره في الواقع، وذلك، لأن البيان الشرعي على وجوب اجتناب الكبائر واصل، والعقل يرشد إلى الإطاعه والإمتثال، فإذا خالف استحق العقاب، لعدم كونه من العقاب بلا بيان.

وهل يسقط عن العدالة بارتكاب المشكوك في كونها معصيه كبيره؟

ظاهر الآية: «إِنْ تَجْتَنِبُوا. . .» وجوب ترك ذات المعصيه الكبيره لا، الترك بعنوان الكبيره، ولكن إذا كانت العدالة هي الملكه، فإن الملكه تمنع من ارتكاب

الكبيره المعلوم كونها كبيره، وعلى هذا، فارتكاب المعصيه المحتمل كونها كبيره لا يضرّ بالعداله.

الرابعه: إن تشخيص الكبيره من غيرها لا- يكون إلا- بالأدله من الكتاب والسنة المعتره، إذ لا- سبيل لعقولنا إلى ذلك، لجهلنا بملاكات الأحكام الشرعيه ودرجات القبح في المحرمات.

وقد اختلف علماؤنا في معنى «الكبيره» على أقوال، وذكر الشيخ الأنصارى خمسه أمور يثبت بها كون المعصيه كبيره (١)، لكن قال السبزواري في (الكفايه): «والأشهر الأقوى أن الكبيره كلّ ذنب توعد عليه بالوعيد في الكتاب المجيد، وفي حصره خلاف» (٢).

قلت: قد عقد في الوسائل باباً لتعيين الكبائر التي يجب اجتنابها، ووردت الضابطه المذكوره في بعض تلك الأخبار، واشتمل بعضها على الإستشهاد بآيات الكتاب، ولنذكر واحداً منها تيمناً:

□
عن عبد العظيم الحسنى، عن أبي جعفر الثاني، عن أبيه، عن جدّه عليهم السلام قال: «دخل عمرو بن عبيد على أبي عبد الله عليه السلام، فلما سلم وجلس تلا هذه الآيه: «الَّذِينَ يَجْتَبُونَ كِبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ» (٣) ثم أمسك، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ما أسكتك؟ قال: أحبّ أن أعرف الكبائر من كتاب الله عز وجل، فقال: نعم، يا عمرو.

□ □ □ □
أكبر الكبائر الإشراك بالله، يقول الله: «مَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ

ص: ٨٧٤

١-١) كتاب المكاسب ٣: ١٨٦ ١٨٨. نشر اسماعيليان.

٢-٢) كفايه الفقه ٢: ٧٤٥.

٣-٣) سورة النجم ٥٣: ٣٢.

وبعدہ الیاس من روح اللہ، لأن اللہ عزوجل یقول: «لَا يَنَاسُ مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ» (۱).

ثم الأمن من مکر اللہ، لأن اللہ عزوجل یقول: «فَلَا يَأْمَنُ مَكْرَ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْخَاسِرُونَ» (۲).

ومنها عقوق الوالدين، لأن اللہ سبحانه جعل العاقّ جباراً شقیّاً.

وقتل النفس التي حرّم اللہ إلبالحق، لأن اللہ عزوجل یقول: «فَجَزَاءُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا» (۳) إلى آخر الآیه.

وقذف المحصنه، لأن اللہ عزوجل یقول: «لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ» (۴).

وأكل مال الیتیم، لأن اللہ عزوجل یقول: «إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَ سَيَصْلُونَ سَعِيرًا» (۵).

والفرار من الزحف، لأن اللہ عزوجل یقول: «وَ مَنْ يُؤْلِهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرُهُ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَ مَاؤَاهُ جَهَنَّمُ وَ بُئْسَ الْمَصِيرُ» (۶).

۱- ۱) سورة يوسف ۱۲: ۸۷.

۲- ۲) سورة الأعراف ۷: ۹۹.

۳- ۳) سورة النساء ۴: ۹۳.

۴- ۴) سورة النور ۲۴: ۲۳.

۵- ۵) سورة النساء ۴: ۱۰.

۶- ۶) سورة الأنفال ۸: ۱۶.

وأكل الربا، لأن الله عزوجل يقول: «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ» (١).

والسحر، لأن الله عزوجل يقول: «وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنْ خَلَقٍ» (٢).

والزنا، لأن الله عزوجل يقول: «وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا * يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا» (٣).

واليمين الغموس الفاجر، لأن الله عزوجل يقول: «الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ» (٤).

والغلول، لأن الله عزوجل يقول: «وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» (٥).

ومنع الزكاه المفروضه، لأن الله عزوجل يقول: «فَتَكْوَىٰ بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وَظُهُورُهُمْ» (٦).

وشهاده الزور وكتمان الشهاده، لأن الله عزوجل يقول: «وَمَنْ يَكْتُمهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (٧).

وشرب الخمر، لأن الله عزوجل نهى عنها كما نهى عن عباده الأوثان.

ص: ٨٧٦

١-١) سورة البقره ٢: ٢٧٥.

٢-٢) سورة البقره ٢: ١٠٢.

٣-٣) سورة الفرقان ٢٥: ٦٨ ٦٩.

٤-٤) سورة آل عمران ٣: ٧٧.

٥-٥) سورة آل عمران ٣: ١٦١.

٦-٦) سورة التوبه ٩: ٣٥.

٧-٧) سورة البقره ٢: ٢٨٣.

وترك الصلاه متعمداً أو شيئاً مما فرض الله عزوجل، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: من ترك الصلاه متعمداً فقد برئ من ذمه الله وذمه رسوله.

□ ونقض العهد وقطيعه الرحم، لأن الله عزوجل يقول: «لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ» (١).

قال: فخرج عمرو وله صراخ من بكائه وهو يقول: هلك من قال برأيه ونازعكم في الفضل والعلم» (٢).
فالكبيره كلّ ذنب توعد عليه في الكتاب، أو عدّ من الكبائر في السنّه.

الإصرار على الصغائر كبيره

قال المحقق قدس سرّه: « وكذا بمواقعه الصغائر مع الإصرار أو في الأغلب» (٣).

أقول: ظاهر الآيه الشريفه: «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ» (٤) عدم زوال العدالة بمواقعه الصغائر مطلقاً، لكن يدلّ على ذلك عدّه من الأخبار:

١ - في كتاب التوحيد عن محمد بن أبي عمير قال: « سمعت موسى بن جعفر عليه السلام يقول: من اجتنب الكبائر من المؤمنين لم يسئل عن الصغائر قال الله تعالى «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا

ص: ٨٧٧

١-١) سورة الرعد ١٣: ٢٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣١٨/٢. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٦.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٧.

٤-٤) سورة النساء ٤: ٣١.

كَرِيمًا». قال قلت: فالشفاعة لمن تجب؟ فقال: حدثني أبي عن آباءه عن علي عليهم السلام قال قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: إنما شفاعتي لأهل الكبائر من أمتي، فأما المحسنون فما عليهم من سبيل.

قال ابن أبي عمير فقلت له: يا ابن رسول الله، فكيف تكون الشفاعة لأهل الكبائر، والله تعالى يقول «وَلَا يَشْفَعُونَ إِلَّا لِمَنِ ارْتَضَى» (١) ومن يرتكب الكبائر لا يكون مرتضى؟

فقال: يا أبا أحمد، ما من مؤمن يذنب ذنباً إلا ساءه ذلك وندم عليه، وقد قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: كفى بالندم توبه، وقال: من سرته حسنته وساءته سيئته فهو مؤمن، فمن لم يندم على ذنب يرتكبه فليس بمؤمن ولم تجب له الشفاعة - إلى أن قال - قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لا كبير مع الاستغفار ولا صغير مع الإصرار، الحديث» (٢).

٢ - أبو بصير: قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «لا- والله، لا- يقبل الله شيئاً من طاعته على الإصرار على شيء من معاصيه» (٣).

٣ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام «قال قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من علامات الشقاء: جمود العين، وقسوة القلب، وشده الحرص في طلب الدنيا، والإصرار على الذنب» (٤).

٤ - جابر عن أبي جعفر عليه السلام «في قول الله عز وجل «وَلَمْ يُصِرُّوا

ص: ٨٧٨

١- ١) سورة الأنبياء ٢١: ٢٨.

٢- ٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣٥/١١. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٧.

٣- ٣) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣٧/١. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٨.

٤- ٤) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣٧/٢. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٨.

عَلَى مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ» (١) قال: الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر الله، ولا يحدث نفسه بالتوبه، فذلك الإصرار» (٢).

٥ - عبد الله بن إبراهيم الجعفرى، عن جعفر بن محمد عن أبيه صلى الله عليه وآله وسلم « قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من أذنب ذنباً وهو ضاحك دخل النار وهو باكي» (٣).

هذا، واختلفت تعبيرات القوم فى معنى « الإصرار » .

ف قيل: إنه الإكثار من فعل الصغيره، سواء كانت من نوع واحد أو أنواع مختلفه.

وقيل: إنه المداومه على فعل واحد من الصغائر.

وقيل: يحصل بكلّ منهما (٤)(٥).

ص: ٨٧٩

١-١) سورة آل عمران ٣: ١٣٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣٨/٤. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٨.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣٨/٥. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٨.

٤-٤) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٨، جواهر الكلام ٤١: ٢٧.

٥-٥) ذكر فى المحجّه البيضاء، وجامع السعادات، ما ملخصه: إن الصغيره قد تكبر بأسباب: ١ - الإصرار والمواظبه، ولذلك قال الصادق عليه السلام: لا صغيره مع الإصرار ولا كبيره مع الإستغفار. ٢ - إستصغار الذنب وعدم استعظامه، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: « إتقوا المحقرات من الذنوب فإنها لا تغفر. » وقال أمير المؤمنين عليه السلام: « أشد الذنوب ما استخف به صاحبه. » ٣ - أن يأتى الصغائر ولا يبالي بفعالها، إغتراراً بحلم الله وستره. ٤ - السرور بالصغيره، قال أمير المؤمنين عليه السلام: « سيئه تسؤك خير من حسنه تعجبك. » ٥ - أن يذنب ويظهر ذنبه، بأن يذكره بعد إتيانه، أو يأتى به فى مشهد غيره. ٦ - أن يكون الآتى بالصغيره عالماً يقتدى به الناس.

وقد ضَعَفَ في (الجواهر) القول بأنه عدم التوبه، لكون ما يدلّ عليه وهو خير جابر المذكور ف ضعيف السند، على أن الصغيره تقع مكفّره لا تحتاج إلى توبه، قال: بل لعلّه مخالف لكلام أهل اللغه (١).

ولو ارتكب الصغيره عازماً على فعلها مره اخرى أو عزم على إيقاع الصغائر ولم يفعل بعد، فهل تزول عدالته؟ قال في (الجواهر) : الظاهر عدم إحراز وصف العداله معه (٢).

أى لاحتمال صدق « الإصرار »، وحينئذ لا تقبل شهادته، لاعتبار وجود وصف العداله في الشاهد، وهذا يكون بناء على عدم وجوب التوبه، وأما على وجوبها، فإن العازم على المعاوده على المعصيه تارك للواجب، وترك الواجب معصيه كبيره، بل إن الإكثار من الارتكاب والتوبه لا يبعد أن يكون إصراراً على المعصيه.

وأما بناءً على عدم وجوب التوبه، فإن العزم على المعصيه ليس معصيه، والمفروض عدم مواقعه ثانيه بعد، فلا وجه للتوقف في قبول شهادته، اللهم إلا أن يكون ترك التوبه « إصراراً » كما يفيد خبر جابر عن الباقر عليه السلام، لكن قد عرفت تضعيفه إياه (٣).

هذا كلّه في الصغيره على الحال الذي عرفت.

قال المحقق: « أما لو كان في الندره، فقد قيل: لا- يقدر، لعدم الانفكاك منها إلا في ما يقلّ، فاشترطه التزام للأشق، وقيل: يقدر، لامكان التدارك

ص: ٨٨٠

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٧.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٨.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٧.

بالاستغفار، والأول أشبه» .

أقول: نسب القول الأوّل إلى المشهور واختاره المحقق، وجعله صاحب (الجواهر) أشبه بأصول المذهب وقواعده (1)، والقول الثاني إلى ابن ادريس.

وقد استدللّ المحقق للأوّل: بأن الإنسان لا ينفكّ من مواقعه الصغيره، فاشتراطه التزم للأشوق، إذ تتوقف شئون الناس وامورهم المعتمد فيها العدالة، فيقعون في الحرج، وهو منفي في الشرع لقوله تعالى: ﴿مَّا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (2) أو يقع الشخص غير المنفك نفسه في حرج، ولكن النهي عن المواقعه يكشف عن عدم كون الترك حرجياً.

قلت: أي مشقه في ترك الصغائر؟ فإن كلّ مؤمن متشرّع ملتفت إلى الأحكام يمكنه الترك بلا عسر ولا حرج، فما ذكره غير واضح عندنا.

نعم، الدليل ما ذكره في (الجواهر) من أن الصغيره بلا إصرار مكفّره باجتناب الكبائر (3)، فلا حجه حينئذ إلى التوبه، وبه يتضح الجواب عن دليل القول الثاني.

قال المحقق: «وربما توهم واهم أن الصغائر لا تطلق على الذنب إلا مع الإحباط، وهذا بالإعراض عنه حقيق، فإن إطلاقها بالنسبه، ولكلّ فريق اصطلاح» (4).

أقول: قد أشرنا إلى انقسام المعاصي إلى كبائر وصغائر، كما دلّت عليه

ص: ٨٨١

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٩.

٢-٢) سوره الحج ٢٢: ٧٨.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٨.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٧.

الآيات والأخبار، وأن الأشهر هو القول بأن الكبيره ما أوعده الله عليه النار وتقابلها الصغيره. وذهب جماعه إلى أن الذنوب كلها كبيره إلا أن بعضها أكبر من بعض، وليس في الذنوب صغيره، وإنما يكون صغيراً بالإضافة إلى ما هو أكبر.

وأشار هنا إلى أن من الأصحاب من قال بأن الصغائر لا يطلق على الذنوب إلا على مذهب القائلين بالإحباط، قال: وهذا وهم، لأن الكبائر قد اعتبرها من قال بالإحباط، وكذا من أبطله وهم الاماميه، كما عرفت (١).

قال في (المسالك): على أن القائل بالإحباط يعتبر الأكثر من الطاعة والمعصيه، فيشبهه أجمع، أو يثبت منه ما زاد عن مقابله من أى نوع كان من أنواع المعاصي، فربما كانت المعصيه المخصوصه على هذا مما يحبط عن شخص ويبقى على آخر بالنظر إلى ما يقابلها من الطاعة، فلا يتحقق الصغيره في نوع من أنواع

ص: ٨٨٢

١ - ١) قال الشيخ المفيد (أوائل المقالات: ٩٦): «لا تحابط بين المعاصي والطاعات، ولا الثواب والعقاب» وفي التجريد: الإحباط باطل لاستلزامه الظلم، ولقوله تعالى: «فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ» قال العلامة في شرحه (شرح تجريد الاعتقاد: ٣٢٧): «اختلف الناس هنا، فقال جماعه من المعتزله بالإحباط والتكفير، ومعناهما أن المكلف يسقط ثوابه المتقدم بالمعصيه المتأخره، أو يكفر ذنوبه المتقدمه بالطاعة المتأخره. ونفاهما المحققون. ثم القائلون بهما اختلفوا، فقال أبو علي: إن المتأخر يسقط المتقدم ويبقى على حاله، وقال أبو هاشم: إنه ينتفى من الأقل بالأكثر، وينتفى الأكثر بالأقل ما ساواه ويبقى الزائد مستحقاً، وهذا هو الموازنه. ويدل على بطلان الإحباط: إنه يستلزم الظلم، لأن من أساء وأطاع، وكانت إساءته أكثر يكون بمنزله من لم يحسن، وإن كان إحسانه أكثر يكون بمنزله من لم يسي، وإن تساويا يكون مساوياً لمن يصدر عنه أحدهما، وليس كذلك عند العقلاء، ولقوله تعالى «فَمَنْ يَعْمَلْ...» والإيفاء بوعده ووعيده واجب». ثم ذكر دليل بطلان الموازنه. وفي مجمع البحرين (مجمع البحرين ١: ٣٥٤): «لو قيل ببطلان الإحباط والموازنه، والقول بالتكفير من باب العفو والتفضل، لم يكن بعيداً، وظواهر الأدله تؤيده».

المعاصي. ومن ثم أطلق على هذا الفهم الوهم، وجعله حقيقاً بالإعراض عنه (١).

ثم على تقدير إطلاق القائلين بالإحباط لفظه «الصغيره» على ما يمحي بالذنوب، فهو اصطلاح لهم، وإطلاقتها عند الفقهاء على ما ذكرنا بحسب ما يدل عليه الكتاب والسنة اصطلاح آخر، ولكل فريق اصطلاح.

هل يقدر ترك المندوبات؟

قال: «ولا يقدر في العدالة ترك المندوبات ولو أصرّ مضرّباً عن الجميع، ما لم يبلغ حدّاً يؤذن بالتهاون بالسنن» (٢).

أقول: ظاهر العبارة كفايه إتيان بعض المندوبات، لكن في (المسالك): «لو اعتاد ترك صنف منها كالجماعه والنوافل ونحو ذلك فترك الجميع، لا شتراكهما في العلة المقتضيه لذلك، نعم، لو تركها أحياناً لم يضر» (٣).

أقول: لكن الإنصاف وفاقاً للجواهر عدم خلوه من البحث إن لم يكن إجماعاً، ضروره عدم المعصيه في ترك جميع المندوبات، أو فعل جميع المكروهات، من حيث الإذن فيهما فضلاً عن ترك صنف منها، ولو للتكاسل والثقل منه.

واحتمال كون المراد بالتهاون الاستخفاف فيه، يدفعه: أن ذلك من الكفر والعصيان، ولا يعبر عنه ببلوغ الترك حدّ التهاون، كما هو واضح (٤).

ص: ٨٨٣

١-١ (١) مسالك الأفهام ٤: ١٧١.

١٢٧-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٧.

١٧٢-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٧٢.

٣٠-٤ (٤) جواهر الكلام ٤١: ٣٠.

بقي شيء: وهو أن المحقق قدس سرّه لم يتعرّض للمروءة، فهل هي جزء من العدالة أو شرط في قبول الشهادة، أو لا؟

قال في (الجواهر): كأن المحقق لم يجعل ترك المروءة قادحاً في العدالة أو يتوقف في ذلك، وهو قول محكي عن بعض العلماء، من حيث أن منافيتها منافية للعاده لا الشرع.

والمحكي عن الأشهر: اعتبارها في الشهادة، فالمشهور على أنها شرط من العدالة، وقيل: هي خارجة عنها لكنها شرط في قبول الشهادة كالعدالة، وقد أغرب العلامة في القواعد حيث جمع بين الأمرين، فجعلها جزء من العدالة (١) ثم جعلها شرطاً آخر كالعدالة (٢) لقبول الشهادة (٣).

هذا بالنسبة إلى الأقوال (٤).

ص: ٨٨٤

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٤.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٥.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٣٠ ٣١.

٤-٤) كما في الجواهر. وفي رساله الشيخ الأعظم (رسائل فقهية: ١٧): المشهور بين من تأخر عن العلامة اعتبار المروءة في مفهوم العدالة، وهو الذي يلوح من عبارته المبسوط أما كلام غير الشيخ ممن تقدم على العلامة فلا دلالة فيه بل ولا إشعار على ذلك. وممن لم يعتبر المروءة في العدالة: المحقق في الشرائع والنافع، وتبعه العلامة في الإرشاد وولده في موضع من الإيضاح، وهو ظاهر الشهيد في النكت. قال الشيخ: والحاصل: إنه لو ادعى المتتبع أن المشهور بين من تقدم على العلامة عدم اعتبار المروءة في العدالة، خصوصاً في غير الشاهد، لم يستبعد ذلك منه، لما عرفت من كلمات من عدا الشيخ، وأما الشيخ فالعدالة المذكورة في كلامه لا تنطبق على ما ذكره المتأخرون. قال: وينبغي الجزم بعدم اعتبارها في العدالة المعتمده في الإمام.

وأما معنى المروء، ففي اللغة: الإنسانيه أو الرجوليه (١)، والمراد بلوغ حدّ الكمال فيهما، وفي الإصطلاح كما في (كشف اللثام) هيئه نفسانيه يحمل الإنسان على الوقوف عند محاسن الأخلاق وجميل العادات (٢).

وفي (المسالك): في ضبط المروء عبارات متقاربه. . . فذكر جمله من تلك العبارات. . . ومختاره: عدم قبول شهاده من لا مروء له (٣)، وسنذكر دليله والنظر فيه.

وفي (الجواهر): لا إشكال في ردّ الشهاده بمنافيهها إذا رجع إلى محرّم أو خبل، لمنافاه الأول للتقوى، والثاني لكمال العقل. وأما مالا يرجع إلى ذلك، فقد يشكل اعتباره في الشهاده أو العداله بإطلاق الأدله.

ثم إنه قد استدللّ للإعتبار بوجه:

الأول: فتوى المعظم:

لكن فتوى المشهور ليس بمستند إلما إذا حصل الإطمينان بها بالدليل الشرعي، من جهه أن معظم الأصحاب لا يفتون بشي إلا بدليل معتمد.

الثاني: فحوى ما ورد في ردّ شهاده السائل بكفه (٤).

قلت: من ذلك:

ما رواه علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن موسى عليهما السلام « قال: سألته عن السائل الذي يسأل بكفه، هل تقبل شهادته؟ فقال: كان أبي لا يقبل

ص: ٨٨٥

١-١) تاج العروس ١: ١١٧، لسان العرب ١: ١٥٤، الصحاح ١: ٧٢، كتاب العين ٨: ٢٩٩.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٣٠٠.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٩.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٣٢. وسيأتي الكلام في ذلك بالتفصيل.

شهادته إذا سأل في كفه» (١).

وما رواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد بن خالد، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: قال قال رسول الله ﷺ
الله عليه وآله وسلّم: «شهادة السائل الذي يسأل في كفه لا تقبل...» (٢).

وما رواه علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن السائل بكفه، أتجوز شهادته؟ فقال: كان أبي يقول: لا تقبل شهادة
السائل بكفه» (٣).

وما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «رد رسول الله ﷺ عليه وآله وسلّم شهادة السائل الذي يسأل في
كفه، قال أبو جعفر عليه السلام لأنه لا يؤمن على الشهادة، وذلك لأنه إن أعطى رضى وإن منع سخط» (٤).

فالسؤال بالكف ينافي المروءة، وقد استثنى بعضهم سؤال مستحق الخمس أو الزكاة ممن يجب عليه ذلك، لأن السخط على من لا
يحسن لأجل عدم الإحسان معصيه، ولا أقل من أن يسلب السؤال بالكف الإطمينان والوثوق بكلامه وشهادته، لأن من لا يحفظ
كرامته أمام الناس لشيء يعطى أو يمنع، فإنه لا يحفظ أعراض الآخرين وكرامتهم بالأولوية. هذا وجه الاستدلال.

وفيه: إن الحكمه التي ذكرها الإمام عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم تفيد أن السائل بكفه لا ينفك غالباً عن المعصيه،
سواء رضى أو سخط، كما نشاهد في مجتمعنا بالعيان، فالسؤال بالكف ينافي العدالة، وحينئذ، لا مجال

ص: ٨٨٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٢/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٢/٢، ذيل الحديث. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٣/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٢/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

للأولوية، حتى يكون فحوى هذه الأخبار دليلاً على اعتبار المرؤه والقول بسقوط شهادته من يجتنب الكبائر ويأتى بالواجبات لكنه يقوم ببعض المنافيات للمرؤه أحياناً.

ومما ذكرنا ينقدح عدم الوجه لاندراجة فى الظنين، وهو الوجه:

الثالث: وهو ما ذكره بقوله: ولعلّ منه ينقدح اندراجة فى الظنين الذى استفاضت النصوص فى ردّ شهادته (١):

□
منها: خبر ابن سنان: « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما يرد من الشهود؟ قال فقال: الظنين والمتهم. قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل فى الظنين » (٢).

□
ومنها: خبر سليمان بن خالد قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام، وذكر مثله إلا أنه قال: الظنين والخصم » (٣).

□
ومنها: خبر أبى بصير قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام، وذكر مثله إلا أنه قال: الظنين والمتهم والخصم » (٤).

□
ومنها: خبر الحلبي قال: « سئل أبو عبد الله عليه السلام عما يردّ من الشهود فقال: الظنين والمتهم والخصم. قال قلت: فالفاسق والخائن؟ فقال: هذا يدخل فى الظنين » (٥).

ص: ٨٨٧

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ٣٣.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٣/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٣/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

٥- ٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٤/٥. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

ومنها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « قال قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم: لم تجز شهادة الصبي ولا خصم ولا متهم ولا ظنين» (١).

لظهور تلك الأخبار في عدم انفكاك السائل بكفه عن المعصية المسقطه للعدالة والموجه لردّ الشهاده، فلا يندرج تحت عنوان « الظنين » .

الرابع: قول الكاظم عليه السلام: « لا دين لمن لا مروء له، ولا مروء لمن لا عقل له» (٢).

وفيه: ما ذكره صاحب (الجواهر) ، ضروره إرادته الكمال الزائد على وصف العدالة منه (٣)، فيكون نظير « لا صلاه لجار المسجد إلّا في المسجد» (٤).

الخامس: ما قيل من أنه يشعر به ما في بعض النصوص: « من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدّثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم، فهو ممن كملت مروته، وظهرت عدالته، ووجبت اخوته، وحرمت غيبته» (٥).

وفيه: إن الظلم والكذب محرّمان يخلّمان بأصل العدالة، وكذا خلف الوعد بناءً على كونه من الكذب، إذن، ليس المراد من المرء في الخبر ما ذكره في معناها لغه واصطلاحاً.

السادس: إن فاقد المرء غير مرضى الشهاده عرفاً، فلا يدخل في قوله

ص: ٨٨٨

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٤/٦. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

٢-٢) الكافي ١: ١٥/١٢.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٣٣.

٤-٤) وسائل الشيعة ٥: ١٩٤/١. أبواب أحكام المساجد، الباب ٢.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٦/١٥. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

تعالى: «مَمَّنْ تَرْضَوْنَ» (١).

قلت: عن أمير المؤمنين عليه السلام في هذه الآية المباركة قال: « ممن ترضون دينه وأمانته وصلاحه وعفته وتيقظه فيما يشهد به وتحصيله وتمييزه، فما كل صالح مميزاً ولا محصلاً، ولا كل محصل مميز صالح» (٢).

والظاهر: إنه أجنبي عن محلّ الكلام، لأنه ساكت عن الامور المتعارفه بين الناس وسلوكه في المجتمع بحسب العادات والأخلاق العرفيه المتبعه. . .

السابع: أصاله عدم ترتب أحكام العداله على فاقد المرؤه بعد عدم الوثوق بإطلاق يتناوله. . .

أقول: لا- مجال لهذا الأصل بعد سكوت صحيحه ابن أبي عمير عن اعتبار المرؤه، إذ لو كانت شرطاً من العداله لذكرت في الصحيحه، مع كون الإمام عليه السلام في مقام بيان العداله وخصوصياتها، لا سيما بناءً على القول بالحقيقه الشرعيه للفظ « العداله»، وحينئذ يكون الأصل في اعتبار شيء زائداً على ما في الصحيحه هو العدم.

وليس هذا الشك في الاعتبار مسبباً عن الشك في مفهوم العداله، ولو سلم، فإن هذه السببيه شرعيه والمرجع فيها هو الشرع، فلما كان الوضوء سبباً شرعياً لحصول الطهاره، كان على الشارع بيان الوضوء، فإن شك في جزئيه شيء فيه ولم يذكره، كان الأصل عدم الجزئيه.

فظهر بما ذكرنا: الإشكال في جميع الوجوه التي ذكرها صاحب (الجواهر)

ص: ٨٨٩

١- ١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٩/٢٣. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

وأما ما ذكره صاحب (المسالك) فى وجه عدم قبول شهاده من لا مرّوه له من « أن طرح المرّوه إما أن يكون بخبل ونقصان أو قله مبالاه وحياء، وعلى التقديرين يبطل الثقة والاعتماد على قوله. أما الأوّل فظاهر، وأما قليل الحياء، فمن لا حياء له يصنع ما شاء كما ورد فى الخبر» (١).

ففيه: إن المراد من الحياء فى هذا الخبر ونحوه هو الحياء من الله عزّوجلّ، لا الحياء فى الامور العرفيه والعاديه، ومن الواضح أن من لا يستحى من الله سبحانه ففيه اقتضاء أن يفعل ما شاء، وعدم الحياء بهذا المعنى الظاهر من الخبر ينافى العدالة، بل هو كفر بالله عزّوجلّ، وهذا معنى الخبر: « لا إيمان لمن لا حياء له » (٢).

ص: ٨٩٠

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٩.

٢-٢) الكافى ٦: ٣/٤٦٠.

المسألة الأولى: (في عدم قبول شهادة المخالف في أصول العقائد)

قال المحقق قدس سرّه: « كلّ مخالف في شيء من أصول العقائد تردّ شهادته، سواء استند في ذلك إلى التقليد أو إلى الاجتهاد»
(١).

أقول: قال في (المسالك): « المراد بالأصول التي تردّ شهادته المخالف فيها: أصول مسائل التوحيد والعدل والنبوه والإمامه والمعاد، وأما فروعها من المعاني والأحوال وغيرهما من فروع علم الكلام، فلا يقدح الاختلاف فيها، لأنها مباحث ظنيه، والاختلاف فيها بين علماء الفرقة الواحده كثير شهير، وقد عدّ بعض العلماء جملة مما وقع الخلاف فيه منها بين المرتضى وشيخه المفيد، فبلغ نحواً من مائه مسألة فضلاً عن غيرهما» (٢).

وفى (الجواهر) شرح العبارة بحيث تعمّ الفروع الاعتقادية أيضاً، لكن مقيدةً بكونها مما علم ضروره من الدين أو المذهب، قال:
« لا شراك الجميع في

ص: ٨٩١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٧.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ١٧٢.

عدم المعذوريه الموجهه للكفر فضلاً عن الفسق» (١) فيكون المراد من الفرع: الفروع المسلّمه الضروريه، ولا- ريب في أن من خالف في شيء من هذه الفروع تردّ شهادته، بل يخرج بمخالفته عن الدين أو المذهب، كالقائل بالتجسيم والقائل بالجبر ونحوهما.

وفي (العروه): « لا إشكال في نجاسه الغلاه والخوارج والنواصب، وأما المجسّمه والمجبره والقائلين بوحده الوجود من الصوفيّه إذا التزموا بأحكام الإسلام، فالأقوى عدم نجاستهم، إلا مع العلم بالتزامهم بلوازم مذاهبهم من المفاصد» (٢).

ولا ريب في أن المسائل التي وقع الخلاف فيها بين العلماء والتي يقول صاحب (المسالك) بعدم قدح الخلاف فيها، ليست من فروع الاعتقادات الضروريه، بل هي مباحث ظنيه كما قال... فإن أراد الشهيد الثاني ما ذكرنا فهو، وإلا ورد عليه إشكال (الجواهر).

قال المحقق: « ولا- ترد شهاده المخالف في الفروع من معتدى الحق إذا لم يخالف الإجماع، ولا- يفسق وإن كان مخطئاً في اجتهاده» (٣).

أقول: إن الخلاف في الفروع الفقهيّه لا يضرّ بالعداله ولا بالشهاده، إذ قد يؤدي إلى ذلك الإجتهد والنظر في الأدله وهي كلّها ظنيه، إما سنداً كما في السنّه،

ص: ٨٩٢

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ٣٤.

٢-٢ (٢) العروه الوثقى ١: ١٤٥ المسأله ٣.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٧.

وإما دلالة كما في الكتاب.

هذا، إلا إذا كانت مخالفته مخالفته للإجماع الثابت المعلوم دخول المعصوم عليه السلام في المجمعين، وكذا إذا خالف الحكم المقطوع به بحيث يقطع بقبول المعصوم له، كما إذا كان مما يستقلّ به العقل، فإن مثل هذا الحكم لا ريب في قبوله له، لأنه يكون مورد قاعده الملازمة: « كل ما حكم به العقل حكم به الشرع » (1) أو يكون الحكم مما اتفق عليه فقهاء الفرقه المحقه واستقرت عليه كلمتهم مع اختلاف الأعصار والأمصار، بناءً على أن مثل ذلك كاشف عن الواقع الذي لم يتخلف عنه المعصوم عليه السلام، فإن مثل هذا الحكم لا يجوز مخالفته لكشفه عن رأى المعصوم، بل لا يجوز مخالفته كلّ إجماع كان عن اجتهاد صحيح ويكشف عن وجود دليل معتبر لا يجوز مخالفته باجتهاد.

ومثل الإجماع المذكور في ذلك مخالفته صريح الكتاب ونصّه أو الخبر المتواتر المعلوم.

ص: ٨٩٣

(١ - ١) هدايه المسترشدين ٣: ٥٠٣.

المسأله الثانيه: (في عدم قبول شهاده القاذف)

قال المحقق قدس سره: « لا تقبل شهاده القاذف، ولو تاب قبلت » .

أقول: الأصل في هذه المسأله هو قول الله سبحانه: « وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ » (١). وتدلل على ذلك الأخبار المستفيضه، وقد قام الإجماع بقسميه عليه.

وإنما لا تقبل شهادته مع عدم اللعان أو البيئه أو إقرار المقذوف، وأما مع أحد الامور المذكوره، أو إذا تاب، قبلت، سواء أقيم الحد عليه أو لا، ولو أقيم ولم يتب لم تقبل.

وقد اتفق المفسرون على عدم رجوع الإستثناء إلى الجملة الاولى أعنى قوله: «فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً» وهم بين من أرجعه إلى الجملتين الباقيتين، وبين من أرجعه إلى الثالثه وهى: «أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (٢).

ص: ٨٩٤

١-١) سورة النور ٢٤: ٤٥.

٢-٢) التبيان في تفسير القرآن ٧: ٤٠٩، جامع البيان للطبرى ١٨: ٦٠ ٦١، معانى القرآن للنحاس ٤: ٥٠١، تفسير القرطبي ١٢: ١٧٩، ١٨٠، الكشاف ٤: ٢٦٩، تفسير ابن كثير ٣: ٢٧٥، الميزان ١٥: ٨٢ ٨١.

وأما الحدّ، فإن كان في حقوق الله فلا يسقط، إلا إذا تاب قبل أن يؤخذ إلى الحاكم كما في الأخبار (١)، وإن كان في حقوق الناس يسقط بعفو صاحبه، وإلا فلا يسقط، سواء تاب أو لا، وما نحن فيه من هذا القبيل، فهو يسقط بعفو المقدوف، كما يرتفع الفسق وتقبل شهادته بالتوبه.

حدّ توبه القاذف

إنما الكلام في حدّ التوبه ومعنى الإصلاح المذكور في الآية.

أما « التوبه » فالآيه ساكته عن بيان حدّها، وكلمات الأصحاب مختلفه فيه:

قال المحقق: « وحد التوبه أن يكذب نفسه وإن كان صادقاً ويورى باطناً. وقيل: يكذبها إن كان كاذباً، ويخطئها في الملاء إن كان صادقاً. والأول مروى » (٢).

ولننظر في أخبار المسأله:

١ - أبو الصباح الكناني قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القاذف بعد ما يقام عليه الحدّ، ما توبته؟ قال: يكذب نفسه. قلت: رأيت إن أكذب نفسه وتاب، أتقبل شهادته؟ قال: نعم » (٣).

٢ - القاسم بن سليمان قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدّاً ثم يتوب ولا يعلم منه إلّاخير، أتجوز شهادته؟ قال:

ص: ٨٩٥

١ - ١) في الوسائل: « باب إن من تاب قبل أن يؤخذ بسقط عن الحد » ج ٢٨ / ٣٦ ومن ذلك صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: « السارق إذا جاء من قبل نفسه تائباً إلى الله عزّوجلّ ترد سرّفته إلى صاحبها ولا قطع عليه ».

٢ - ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٣ - ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٨٣/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.

نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه وبين الله، ولا تقبل شهادته أبداً، فقال: بشس ما قالوا، كان أبي يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلا خير جازت شهادته» (١).

□
٣ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قال أمير المؤمنين عليه السلام: ليس يصيب أحد حدّاً فيقام عليه ثم يتوب إلا جازت شهادته» (٢).

٤ - يونس عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام قال: « سألته عن الذي يقذف المحصنات تقبل شهادته بعد الحدّ إذا تاب؟ قال: نعم. قلت: وما توبته؟ قال: يجي فيكذب نفسه عند الإمام ويقول: قد افترت على فلانه، ويتوب مما قال» (٣).

□
٥ - الكنانى: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القاذف إذا أكذب نفسه وتاب، أتقبل شهادته؟ قال: نعم» (٤).

□ □
٦ - عبد الله بن سنان: « سألت أبا عبد الله عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، وتوبته أن يرجع فيما قال ويكذب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل فإن على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك» (٥).

إن هذه الأخبار تدل على أن توبته (إكذاب نفسه) كما عليه المحقق تبعاً

ص: ٨٩٦

-
- ١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٤/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.
 - ٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٤/٤. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.
 - ٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٤/٥. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.
 - ٥- ٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٥/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٧.

للصدوقين (١) والعماني (٢) ونهايه الشيخ (٣) والشهيدين (٤) وغيرهم (٥)، بل قيل إنه المشهور (٦)، بل ادعى عليه الإجماع (٧)، ولا ريب أن هذا الإكذاب يكون عقيب الندم فيما بينه وبين الله عز وجل، وأنه يعتبر - بعد حمل مطلقها على مقيدها - أن يكون عند الإمام وعند المسلمين، وفقاً للجماعه، بل عن بعضهم عدم الخلاف في اعتبار ذلك (٨)، فما في (الجواهر) من أن الظاهر إرادته إجهاره بذلك لا كونه شرطاً في التوبه (٩)، خلاف ظاهر الأخبار، بل الظاهر منها عدم تحقق التوبه المؤثره لقبول الشهاده إلا- بذلك، كما لا يخفى على من لاحظها، لا سيما صحيحه ابن سنان حيث يسأل عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال الإمام عليه السلام: « نعم إذا تاب، وتوبته أن يرجع ممّا قال ويكذب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل

ص: ٨٩٧

-
- ١-١) المقنع: ٣٩٧ ٣٩٨.
 - ٢-٢) مختلف الشيعة ٨: ٤٧٩.
 - ٣-٣) النهايه: ٧٢٧.
 - ٤-٤) الدروس ٢: ١٢٦، مسالك الأفهام ١٤: ١٧٣.
 - ٥-٥) إصباح الشيعة: ٥٢٩، التنقيح الرائع ٤: ٢٩٣ ٢٩٤، المهذب لابن البراج ٢: ٥٤٩.
 - ٦-٦) رياض المسائل ١٥: ٢٧٦.
 - ٧-٧) غنيه النزوع ٢: ٤٤٠.
 - ٨-٨) إيضاح الفوائد ٤: ٤٢٤، التنقيح الرائع ٤: ٢٩٤، غايه المرام: ٢٧٩ ٢٨٠، رياض المسائل ٢٧٨٢٧٧: ١٥.
 - ٩-٩) جواهر الكلام ٤١: ٤٠.

فإن على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك» .

وقد ظهر بذلك ضعف القول الآخر، والقائل به الشيخ في (المبسوط) (١) وابن إدريس (٢) وابن سعيد (٣) والعلامة (٤) فإنه اجتهد في مقابله نصوص المسألة، بل في (المسالك) إنه تعريض بقذف جديد غير القذف الأول (٥).

كما ظهر من خبر القاسم بن سليمان خلاف العامه في المسألة، حيث يقولون بأن توبته فيما بينه وبين الله تعالى، ولا تقبل شهادته أبداً (٦).

ومن هنا حمل على التقيه ما رواه السكوني: « عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام قال: ليس أحد يصيب حداً فيقام عليه ثم يتوب إلا جازت شهادته إلا القاذف، فإنه لا تقبل شهادته، إن توبته فيما كان بينه وبين الله تعالى» (٧).

إلا أن حملة على التقيه من البعد بمكان، لأنه عن أمير المؤمنين ولم يكن عليه السلام في تقيه في بيان المسائل الشرعيه الفرعيه، وأبعد منه احتمال أن نسبه الإمام الصادق عليه السلام ذلك إلى جدّه عليه السلام هي من باب التقيه... (٨).

فالصحيح في الجواب عنه هو: إن الإستثناء المزبور قد اختص به بعض نسخ (التهذيب) ، وقد خلا عنه البعض الآخر وكتاب (الكافي) الذي تقرّر كونه أضبط من التهذيب، فيتقدم الخبر الخالي عنه لما ذكرنا، وإن كان الأصل في دوران الأمر

ص: ٨٩٨

١-١ (١) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٧٩.

٢-٢ (٢) السرائر ٣: ٥٢٦.

٣-٣ (٣) الجامع للشرائع: ٥٤٠.

٤-٤ (٤) مختلف الشيعة ٨: ٤٨٠.

٥-٥ (٥) مسالك الأفهام ١٤: ١٧٥.

٦-٦ (٦) السنن الكبرى للبيهقي ١٠: ١٥٦، المحلى لابن حزم ٩: ٤٣١، بدايه المجتهد ٢: ٤٤٣، المغنى لابن قدامه ٢: ٧٥ ٧٦.

٧-٧ (٧) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٤/٦. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.

٨-٨ (٨) جواهر الكلام ٤١: ٣٧.

بين الزيادة والنقيصه هو عدم الزيادة.

هذا كله في حد التوبه في هذا المقام.

وأما «الإصلاح» فهل هو شرط زياده عن التوبه؟ وما معناه؟

هل يشترط إصلاح العمل زياده عن التوبه؟

قال المحقق قدس سره: «وفي اشتراط إصلاح العمل زياده عن التوبه تردد، والأقرب: الاكتفاء بالإستمرار، لأن بقاءه على التوبه إصلاح ولو ساعه» (١).

أقول: الأصل في هذا قوله تعالى: «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا» (٢) ولم تذكر الآية شيئاً زائداً على «الإصلاح» فقيل: العطف تفسيري ولا يشترط شيء زائداً على التوبه (٣)، وقيل: يشترط إصلاح العمل زياده عن التوبه (٤)، فقيل: يكتفى في إصلاح العمل بالإستمرار على التوبه (٥)، وقيل: المراد إصلاح الحال والنفس بمنعها عن ظهور ما ينافى العدالة (٦).

قال في (الجواهر): التأمل الجيد يقتضى كون المراد بالإصلاح إكذاب نفسه بين الناس الذى يكون به إصلاح لما أفسده من عرض المقذوف بقذفه، وذلك لظهور النصوص أو صراحتها فى مغفره ذنب القاذف بالتوبه وإكذاب نفسه، وأنه لا يحتاج بعد ذلك إلى أمر آخر، والآيه ذكرت التوبه والإصلاح، فيعلم حينئذ كون

ص: ٨٩٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٢-٢) سورة النور ٢٤: ٥.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٢٩٠.

٤-٤) كتاب الخلاف ٦: ٢٦٤ المسأله ١٣، السرائر ٢: ١١٦ و ٣: ٥٢٢.

٥-٥) مختلف الشيعة ٨: ٤٨١، مسالك الأفهام ١٤: ١٧٥.

٦-٦) رياض المسائل ١٥: ٢٨٠.

المراد ذلك، لأن كلامهم عليهم السلام كالتفسير لها (١).

أقول: ليس ظاهر النصوص - فضلاً عن صراحتها - ما ذكره رحمه الله، ففي خبر القاسم بن سليمان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حداً ثم يتوب ولا يعلم منه إلا خير، أتجوز شهادته؟ قال نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون: توبته فيما بينه وبين الله تعالى ولا تقبل شهادته أبداً. فقال: بئسما قالوا، كان أبي يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلا خير جازت شهادته» (٢) وظاهره اعتبار شيء زائداً على التوبة، فيعلم حينئذ كون المراد من «الإصلاح» في الآية «أن لا يعلم منه إلا خير» بعد التوبة، لأن كلامهم عليهم السلام كالتفسير لها.

فظهر اشتراط اعتبار ذلك زياده عن «التوبة»، خلافاً لمن نفى ذلك، وأن العطف ليس تفسيريّاً، خلافاً لمن احتمله، وأنه لا يكفي في ذلك الاستمرار على التوبة ولو ساعه، خلافاً للمحقق وغيره، والقول بأن المراد أن لا يعلم منه إلا خير قبل التوبة، خلاف ظاهر الخبر.

فالحق هو القول باشتراط إصلاح العمل زياده عن التوبة (٣).

ص: ٩٠٠

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ٤١.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.

٣- ٣) أقول: توضيح ما ذكره السيد الاستاذ هو: إن الآيات التي جاء فيها «الإصلاح» بعد «التوبة» على طوائف: منها: الآية المذكورة في صدر المسألة وهي في سورة النور: ٥ «وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُدْحِجَاتِ . . . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا. . .» وقوله تعالى: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ. . . فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ. . .» وقوله: «. . . أَنَّهُ مَنْ عَمِلَ مِنْكُمْ سُوءاً بِجَهَالَةٍ ثُمَّ تَابَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ. . .». ومنها: الآية في سورة آل عمران: ٨٩: «كَيْفَ يَهْدِي اللَّهُ قَوْمًا كَفَرُوا بَعْدَ إِيمَانِهِمْ. . . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا. . .» ونحوها. ومنها: الآيات الكثيرة التي جاء فيها «العمل الصالح» بعد الإيمان «والتوبة». والمستفاد من مجموعها أن التوبة لا تتحقق أو لا تكمل إلا بالإصلاح الذي هو ضد الإفساد، فلا بد من إصلاح العبد ما بينه وبين مولاه بالدخول في الصلاح والقيام بالصلح، حتى لا يعلم منه إلا خير، وهذا هو ظاهر الطائفتين الثانية والثالثة من الآيات. إلا أن الطائفة الأولى امتازت ببيان اشتراط التوبة عن تلك الذنوب الخاصة وهي ارتكاب «رمى المحصنات» و«السرقة» و«السوء» بإصلاح ما أفسد في تلك الموارد، بالإصلاح المناسب لكل منها، ومن الواضح أن إصلاح ما أفسده في مورد آية رمي المحصنات يكون بإكذاب نفسه بين الناس، وبه صرحت النصوص. فالعمل الصالح زياده عن التوبة شرط، وقد يشترط بالإضافة إلى ذلك في بعض الموارد إصلاح خاص.

ثم إن هذا الخبر بناء على تماميّه سنده يقيد الأخبار المطلقة الدالّة على جواز شهادته بتوبته المجرده المتحققه بإكذاب نفسه، كما عرفت ظهور الآيّه الكريمة فى اشتراط «الإصلاح» بالمعنى المذكور زياده عن التوبه، ولا- أقل من احتفاف تلك الأخبار بما يصلح للقرينيه، فلا يصح التمسك بإطلاقها.

قال المحقق: «ولو أقام بينه بالقذف أو صدّقه المقذوف فلا حدّ عليه ولا ردّ» (١).

أقول: أى: لو أقام القاذف بينه بما صدر منه من القذف أو صدّقه المقذوف، فلا حدّ عليه ولا تردّ شهادته، وهو واضح.

ص: ٩٠١

(١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

المسألة الثالثة: (في حرمه اللعب بآلات القمار مطلقاً)

قال المحقق قدس سرّه: « اللعب بآلات القمار كلّها حرام، كالشطرنج والنرد والأربعة عشر وغير ذلك، سواء قصد اللهو أو الحدق أو القمار » (١).

أقول: لا ريب في حرمه اللّعب بآلات القمار نصّاً وفتوى، كما لا ريب في حرمه التصرف في المال الحاصل من هذا الطريق، لأنه أكل للمال بالباطل.

ولنذكر طائفه من نصوص المسأله:

١ - زياد بن عيسى قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله عزّوجلّ: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (٢) فقال: كانت قريش تقامر الرجل بأهله وماله، فنهاهم الله عزّوجلّ عن ذلك» (٣).

٢ - جابر « عن أبي جعفر عليه السلام قال: لما أنزل الله على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ» (٤) قيل: يا رسول الله ما الميسر؟ فقال: كلّ ما تقوم به حتى الكعاب والجوز. قيل: فما الأنصاب؟ قال: ما ذبحوا لألهتهم. قيل: فما الأزلام؟

ص: ٩٠٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

١٨٨: ٢: ٢-٢ سورة البقره

٣-٣ (٣) وسائل الشيعة ١٧: ١٦٤/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٣٥.

٩٠: ٥: ٤-٤ سورة المائده

قال: قداحهم التي يستقسمون بها» (١).

٣ - حماد بن عيسى، قال: « دخل رجل من البصريين على أبي الحسن الأول عليه السلام، فقال له: جعلت فداك، إنى أفعد مع قوم يلعبون بالشطرنج ولست ألعب بها ولكن أنظر، فقال: مالك ولمجلس لا ينظر الله إلى أهله» (٢).

٤ - سليمان الجعفرى « عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: المطلع فى الشطرنج كالمطلع فى النار» (٣).

٥ - ابن رئاب قال: « دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له: جعلت فداك، ما تقول فى الشطرنج؟ فقال: المقلب لها كالمقلب لحم الخنزير.

قال فقلت: ما على من قلب لحم الخنزير؟ قال: يغسل يده» (٤).

٦ - أبو بصير عن أبي عبد الله السلام قال: « بيع الشطرنج حرام، وأكل ثمنه سحت، واتخاذها كفر، واللعب بها شرك، والسلام على اللأهى بها معصيه وكبيره موبقه، والخائض فيها يده كالخائض يده فى لحم الخنزير، لا صلاه له حتى يغسل يده كما يغسلها من مس لحم الخنزير، والناظر إليها كالناظر فى فرج أمه، واللأهى بها والناظر إليها فى حال ما يلهى بها والسلام على اللأهى بها فى حالته تلك فى الإثم سواء، ومن جلس على اللعب بها فقد تبوء مقعده من النار، وكان عيشه ذلك حسره عليه فى القيامة، وإياك ومجالسه اللأهى والمغرور بلعبها، فإنها من المجالس

ص: ٩٠٣

١-١) وسائل الشيعه ١٧: ١٦٥/٤. أبواب ما يكتسب به، الباب ٣٥.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٢/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٣.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٢/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٣.

٤-٤) وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٢/٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٣.

التي باء أهلها بسخط من الله، يتوقعونه في كلِّ ساعه فيعمك معهم» (١).

٧ - الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في حديث المناهى قال: « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن اللعب بالنرد والشطرنج والكوبه والعربه وهى الطنبور والعود، ونهى عن بيع النرد» (٢).

٨ - معمر بن خلاد « عن أبى الحسن عليه السلام قال: النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزله واحده، وكل ما قور عليه فهو ميسر» (٣).

٩ - أبو بصير « عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: النرد والشطرنج هما الميسر» (٤).

١٠ - عيون الأخبار عن الرضا عليه السلام فى رسالته إلى المأمون، فى ذكر الكبائر: « والميسر وهو القمار» (٥).

١١ - الفضيل قال: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الأشياء التى يلعب بها الناس: النرد والشطرنج حتى انتهت إلى السدر، فقال: إذا ميز الله الحق من الباطل مع أيهما يكون؟ قال: مع الباطل، قال: فمالك وللباطل؟» (٦).

١٢ - زيد الشحام قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل «فاجتنبوا الرجس من الأوثان و اجتنبوا قول الزور» (٧) قال: الرجس

ص: ٩٠٤

- ١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٣/٤. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٣.
- ١-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٥/٦. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٤.
- ٣-٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٣/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٤.
- ٤-٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٤/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٤.
- ٥-٥) وسائل الشيعة ١٥: ٣٢٩/٣٣. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٦.
- ٦-٦) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٤/٤. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٤.
- ٧-٧) سوره الحج ٣٠: ٢٢.

من الأوثان الشطرنج، وقول الزور الغناء» (١).

١٣ - عمر بن يزيد « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن لله عزّوجلّ في كلّ ليلة من شهر رمضان عتقاء من النار، إلا من أفطر على مسكر، أو مشاحن أو صاحب شاهين. قلت: وأى شيء صاحب الشاهين؟ قال: الشطرنج» (٢).

١٤ - العلاء بن سيّاب: « سمعته يقول: لا تقبل شهادة صاحب النرد والأربعة عشر، وصاحب الشاهين. . . » (٣).

دلّت هذه الأخبار وغيرها على حرمه اللعب بآلات القمار على اختلاف أنواعها، وسواء كان اللعب مع المراهنة أو بدونها.

إنما الكلام في أنه هل اللعب بها من الكبائر، فتزول به العدالة وتردّ الشهادة ولو بمزّه واحده، أو أنه من الصغائر فلا تزول به العدالة إلا مع الإصرار؟

ظاهر المحقق وغيره بل الأكثر هو الأوّل، وعليه صاحب (الجواهر) (٤) وهو المختار.

وذهب صاحب (المسالك) إلى الثاني حيث قال: « وظاهر النهي أنها من الصغائر، فلا تقدح في العدالة إلا مع الاصرار » (٥).

واستحسنه في (الكفاية) (٦).

ص: ٩٠٥

١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٨/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٩/٤. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٠/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٣٣.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٤٥.

٥-٥) مسالك الأفهام ١٤: ١٧٧.

٦-٦) كفاية الأحكام ٢: ٧٥٢.

وفى (الرياض): « فى زوال العداله به من دون إصرار إشكال، لعدم ما يدل على كونه من الكبائر، وإنما المستفاد من النصوص مجزء النهى عنه وتحريمه من دون توعيد عليه بالنار، فهو من الصغائر، لا يقدح فى العداله إلا مع الإصرار عليها، نعم ربما يستفاد من جمله من الأخبار التوعيد بها فى اللعب بالشطرنج... لكنها مع قصور أسانيدھا جمله غير واضحه الدلاله...» (١).

قلت: إن العمده فى وجه ما ذهبوا إليه تخصيص الكبائر بما أوعد الله عليه النار فى القرآن المجيد، كما تقدم عن (الكفايه) اختياره ونسبته إلى الأشهر (٢)، وعدم الإعتناء بالأخبار الوارده فى بيان الكبائر وتعيينها، وهذا مشكل.

وأما فى المقام، فإن استدلالنا هو بمجموع تلك الأخبار، بألفاظها المختلفه وتعابيرها الشديده كجعل «الرَّجَسَ مِنَ الْأَوْثَانِ» هو «الشطرنج»، وأنه والنرد من «الباطل» وأن الناظر إلى الشطرنج كالناظر فى فرج أمه، بل إن كل ما تقوم به فهو «الميسر»، بل فى بعضها وهو خبر عيون الأخبار التصريح بكون «الميسر» من «الكبائر» ولا يبعد تماميه سنده، بل فى بعضها: أن السلام على اللأهى بالشطرنج معصيه وكبيره موبقه.

وكيف كان، فإن الأخبار بمجموعها ظاهره فى أن اللعب بآلات القمار معصيه كبيره توجب السقوط عن العداله. ومع التسليم بضعفها سنداً (٣)، فإن دعوى عدم

ص: ٩٠٦

١- ١) رياض المسائل ١٥: ٢٦٦ ٢٦٧. وفيه: غير واضحه الأسانيد.

٢- ٢) كفايه الأحكام ٢: ٧٤٥.

٣- ٣) أقول: عمده أخبار المسأله فى هذه الجهه خبر المستطرفات عن جامع البزنطى، وقد اختلف مشايخنا فى أخبار المستطرفات، فمنهم من لا- يعتمد عليها، لعدم ثبوت الطرق المعتمده إلى تلك الأخبار، ومنهم من يعتمد، لأن ابن ادريس من المنكرين لحجيه الأخبار الآحاد، فلولا ثبوت تلك الأخبار بطرق معتمده لما استطرفها فى آخر سرائره، وللبحث فى هذا الموضوع مجال آخر.

الجابر لها ضعيفه، إذ يكفي في الجبر تعاضد النصوص والفتاوى على أن الأصل في كل معصيه كونها كبيره، لأن الأصل عدم تكفيرها.

ويترتب على هذا الأصل: اختلال العدالة بارتكاب المعصيه المشكوك كونها كبيره أو صغيره.

فلو شك في بقاء عداله المرتكب للمعصيه المشكوك فيها من هذا الحيث، فإن كان الشك مسبباً عن الشك في كونها كبيره أو صغيره، لم يجر استصحاب بقاءها، وإلا فالظاهر جريانه في نفسه خلافاً لصاحب (الجواهر) القائل بالعدم من جهة تبدل الموضوع (1) ضروره اتحاد الموضوع وهو الشخص في نظر العرف، بعد البناء على أن المعتبر هو نظر العرف في أمثال المقام.

ص: ٩٠٧

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٤٦.

المسأله الرابعه: (فى عدم قبول شهاده شارب المسكر)

قال المحقق قدس سرّه: « شارب المسكر تردّ شهادته ويفسق، خمراً كان أو نبيذاً أو بتعاً أو منصفاً أو فضيخاً، ولو شرب منه قطره»
(١).

أقول: حرمه المسكر لا ريب فيها ولا خلاف، ويدلّ عليها الكتاب والسنة، كما لا خلاف فى أن شاربته تردّ شهادته ويفسق، وفى (الجواهر): الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر (٢).

ولا فرق فى هذا الحكم بين أن يشرب الخمر وهو كما قال الراغب: المتخذ من العنب والتمر (٣)، أو النبيذ وهو كما فى (النهاية) : ما يعمل من الأشربه من التمر والزبيب والعسل والحنطه والشعير وغير ذلك (٤)، أو بتعاً وهو بكسر الباء وسكون التاء وقد تفتح نبيذ العسل، وهو خمير أهل اليمن، أو منصفاً وهو من العصير كما فى (المصباح): ما طبخ حتى بقى على النصف (٥)، أو فضيخاً وهو كما فى (النهاية) :

ص: ٩٠٨

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ٤٦.

٣-٣ (٣) المفردات فى غريب القرآن: ١٥٩.

٤-٤ (٤) النهاية فى غريب القرآن والحديث ٥: ٧.

٥-٥ (٥) المصباح المنير: ٦٠٨.

شراب يتخذ من البسر المفصوخ أى المشدوخ (١).

ويترتب ما ذكر من الآثار ولو شرب منه قطره، وفى (كشف اللثام) و (الجواهر) قال الشافعى: من شرب يسيراً من النبيذ أحده ولا أفسقه ولا أردّ شهادته. وعن أبى حنيفة: لا أحده ولا أفسقه ولا أردّ شهادته (٢).

قال فى (الكفايه): والأصحاب أطلقوا الحكم بأن شارب الخمر تردّ شهادته ويفسق، وهذا يدلّ على كون ذلك عندهم كبيره (٣).

قال المحقق: « وكذا الفقاع، وكذا العصير إذا غلا من نفسه أو بالنار ولو لم يسكر، إلا أن يغلى حتى يذهب ثلثاه» (٤).

أقول: أما الفقاع فهو خمر قد استصغره الناس، وأما العصير العنبى فإذا غلا بنفسه أو بالنار يحرم وإن لم يسكر، فإن غلى حتى يذهب ثلثاه حلّ الثلث الباقي. قال فى (الكفايه): قد ذكروا فى هذا المقام العصير العنبى إذا غلا قبل ذهاب الثلثين، وتحريمه ثابت، لكن فى كونه كبيره تأمل، والأقرب عدم ذلك (٥). فتأمل.

قال: « وأما غير العصير من التمر والبسر فالأصل أنه حلال ما لم يسكر» (٦).

أقول: أى، فإن أسكر حرم، لأن كلّ مسكر حرام.

ص: ٩٠٩

١- ١) النهايه فى غريب الحديث ٣: ٤٥٣.

٢- ٢) كشف اللثام ١٠: ٢٩٢، جواهر الكلام ٤١: ٤٦ و ٤٧.

٣- ٣) كفايه الأحكام ٢: ٧٥٠.

٤- ٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٥- ٥) كفايه الأحكام ٢: ٧٥٠.

٦- ٦) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

قال: « ولا بأس باتخاذ الخمر للتخليل » (١).

□
أقول: يدلّ على ذلك ما رواه زراره « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الخمر العتيقه تجعل خلّاً؟ قال: لا بأس » (٢).

□
وعن عبيد بن زراره قال « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خلّاً. قال: لا بأس » (٣).

قال في (الجواهر): سواء كان بعلاج أو غيره، بل لعلّ الظاهر ما في (كشف اللثام) من أنه لا يحكم بفسق متخذ الخمر إلا إذا علم أنه لا يريد به التخليل (٤).

وفي (المسالك): ترك العلاج بشئ أفضل (٥).

□
قلت: وجه أفضليه الترك ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سئل عن الخمر يجعل فيها الخل، فقال: لا إلا ما جاء من قبل نفسه » (٦) قال صاحب الوسائل: « حمله الشيخ على استحباب تركها حتى تصير خلّاً من غير أن يطرح فيها ملح أو غيره » (٧).

ص: ٩١٠

١-١ . شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٢٥: ٢٧٧/١. أبواب الأشربه المباحه، الباب ٣٣.

٣-٣ . وسائل الشيعة ٢٥: ٣٧٠/٣. أبواب الأشربه المحرمه، الباب ٣١.

٤-٤ . جواهر الكلام ٤١: ٤٧، كشف اللثام ١٠: ٢٩٣.

٥-٥ . مسالك الأفهام ١٤: ١٧٩.

٦-٦ . وسائل الشيعة ٢٥: ٣٧١/٧. ابواب الأشربه المباحه، الباب ٣١.

٧-٧ . وسائل الشيعة ٢٥: ٣٧٢، النهايه: ٥٩٢.

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 تنوي 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

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 آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : 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

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

