



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
وسلامه

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

مُسْتَبْرَكُ الْأَعْيَانِ

التي تنقيح

بِشْرَاحِ الْأَسْلَافِ

وَسَالِفِ الْأَعْيَانِ

الشهيد الثاني

المجلد الرابع عشر

تتميز بـ

بِشْرَاحِ الْأَعْيَانِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام

كاتب:

شيخ زين الدين عاملى شهيد ثانى

نشرت فى الطباعة:

موسسه المعارف الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٦	مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام المجلد ١٤
١٦	اشاره
١٧	اشاره
٢١	تممه القسم الرابع فى الأحكام
٢١	تممه كتاب القضاء
٢١	تممه النظر الثالث فى كيفية الحكم
٢١	خاتمه كتاب القضاء
٢١	اشاره
٢١	الأول فى كتاب قاض إلى قاض
٣٠	فما ينهى إلى الحاكم أمران
٣١	أما الأول: حكم وقع بين متخاصمين
٣٢	و أما الثانى: هو إثبات دعوى المدعى
٣٦	مسائل ثلاث
٣٦	الأولى: إذا أقر المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه أُلزم
٣٩	الثانية: للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض
٣٩	الثالثة: لا يجب على المدعى دفع الحجّه مع الوفاء
٤٠	الفصل الثانى فى لواحق من أحكام القسمة
٤١	أما الأول: فى القاسم
٤٦	الثانى: فى المقسوم
٥٦	الثالث: فى كيفية القسمة
٦٧	مسائل ثلاث
٦٧	الأولى: لو كان لدار علوّ و سفلى، فطلب أحد الشريكين قسمتها
٦٨	الثانية: لو كان بينهما أرض و زرع، فطلب قسمه الأرض حسب

٦٩	الثالثة: لو كان بينهما قرحان متعدده، و طلب واحد قسمتها بعضا في بعض
٧١	الرابع: في اللواحق
٧١	الأولى: إذا ادعى بعد القسمة الغلط عليه لم تسمع دعواه
٧٢	الثانية: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا
٧٣	الثالثة: لو قسم الورثة تركه ثم ظهر على الميت دين
٧٤	النظر الرابع في أحكام الدعوى
٧٤	اشاره
٧٤	أما المقدمه
٧٤	اشاره
٧٤	الأول في المدعى
٨٥	الفصل الثاني في التوصل إلى الحق
٩٣	مسألتان
٩٣	الأولى: من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له
٩٣	الثانية: لو انكسرت سفينه في البحر
٩٥	المقصد الأول في الاختلاف في دعوى الأملاك
٩٥	اشاره
٩٥	الأولى: لو تنازعا عينا في يدهما و لا بينه
٩٧	الثانية: يتحقق التعارض في الشهاده مع تحقق التضاد
١١٣	الثالثة: إذا ادعى شيئا، فقال المدعى عليه: هو لفلان
١١٦	الرابعة: إذا ادعى أنه أجره الدابّه، و ادعى آخر أنه أودعه إياها
١١٧	الخامسه: لو ادعى دارا في يد إنسان، و أقام بينه أنها كانت في يده أمس
١٢٠	المقصد الثاني في الاختلاف في العقود
١٢٠	اشاره
١٣٣	مسائل
١٣٣	الأولى: لو شهد للمدعى أن الدابّه ملكه منذ مدّه
١٣٣	الثانية: إذا ادعى دابّه في يد زيد، و أقام بينه أنه اشتراها من عمرو

- الثالثه:الصغير المجهول النسب إذا كان فى يد واحد،و ادعى رقيته ١٣٥
- الرابعه:لو ادعى كل واحد منهما أن الذبيحه له،و فى يد كل واحد بعضها ١٣٦
- الخامسه:لو ادعى شاه فى يد عمرو و أقام بيته فتسلمها ١٣٧
- السادسه:لو ادعى دارا فى يد زيد،و ادعى عمرو نصفها،و أقاما البيته ١٣٩
- السابعه:إذا تداعى الزوجان متاع البيت ١٥٢
- المقصد الثالث فى دعوى المواريث ١٥٧
- اشاره ١٥٧
- الأولى:لو مات المسلم عن ابنين،فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب ١٥٧
- الثانيه:لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان،و الآخر فى غزه رمضان ١٥٩
- الثالثه:دار فى يد إنسان،ادعى آخر أنها له و لأخيه الغائب إرثا ١٦٠
- الرابعه:إذا ماتت امرأه و ابنها ١٦٣
- الخامسه:لو قال:هذه الأمه ميراث من أبى ١٦٤
- المقصد الرابع فى الاختلاف فى الولد ١٦٥
- كتاب الشهادات ١٦٩
- اشاره ١٦٩
- الأول فى صفات الشهود ١٧١
- اشاره ١٧١
- الأول:البلوغ ١٧١
- الثانى:كمال العقل ١٧٦
- الثالث:الإيمان ١٧٧
- الرابع:العداله ١٨٣
- اشاره ١٨٣
- و هنا مسائل ١٩٠
- الأولى:كل مخالف فى شىء من أصول العقائد تردّ شهادته ١٩٠
- الثانيه:لا تقبل شهاده القاذف ١٩١
- الثالثه:للعب بالآلات القمار كلّها حرام ١٩٤

- ١٩٥ الرابعة:شارب المسكر تردّ شهادته و يفسق
- ١٩٧ الخامسة:مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب،يفسق فاعله
- ٢٠١ السادسة:الرّمز و العود و الصنج،و غير ذلك من آلات اللهو حرام
- ٢٠٢ السابعة:الحسد معصيه،و كذا بغضه المؤمن
- ٢٠٣ الثامنة:لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختيارا محرم،تردّ به الشهاده
- ٢٠٤ التاسعه:اتخاذ الحمام للأنس و إنفاذ الكتب ليس بحرام
- ٢٠٦ العاشره:لا تردّ شهاده أحد من أرباب الصنائع المكروهه
- ٢٠٧ الخامس:ارتفاع التهمه
- ٢٠٧ اشاره
- ٢٠٧ الأولى:لا تقبل شهاده من يجزّ بشهادته نفعا
- ٢٠٩ الثانيه:العداوه الدينيه لا تمنع القبول
- ٢١٢ الثالثه:النسب و إن قرب لا يمنع قبول الشهاده
- ٢١٧ الرابعه:لا تقبل شهاده السائل في كفه
- ٢١٨ الخامسه:تقبل شهاده الأجير و الضيف،و إن كان لهما ميل إلى المشهود له
- ٢١٩ لواحق هذا الباب
- ٢١٩ الأولى:الصغير و الكافر و الفاسق المعلن،إذا عرفوا شيئا،ثمّ زال المانع عنهم
- ٢٢٢ الثانيه:قيل:لا تقبل شهاده المملوك أصلا
- ٢٣١ الثالثه:إذا سمع الإقرار صار شاهدا
- ٢٣٢ الرابعه:التبزع بالشهاده قبل السؤال يطرق التهمه،فيمنع القبول
- ٢٣٤ الخامسه:المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادته
- ٢٣٨ السادسة:إذا حكم الحاكم،ثمّ تبين في الشهود ما يمنع القبول
- ٢٣٩ الوصف السادس:طهاره المولد
- ٢٤٤ الطرف الثاني في ما به يصير شاهدا
- ٢٤٤ اشاره
- ٢٤٩ فرع
- ٢٤٩ تفريع على القول بالاستفاضه

- ٢٤٩ اشارة
- ٢٤٩ الأول:الشاهد بالاستفاضه لا يشهد بالسبب
- ٢٥٠ الثانى:إذا شهد بالملك مستندا إلى الاستفاضه
- ٢٥٢ مسائل ثلاث
- ٢٥٢ الأولى:لا ريب أن المتصرف بالبناء و الهدم و الإجاره بغير منازع يشهد له بالملك المطلق
- ٢٥٦ الثانيه:الوقف و النكاح يثبت بالاستفاضه
- ٢٥٨ الثالثه:الأخرس يصح منه تحمّل الشهاده و أدائها
- ٢٥٩ الثالث:ما يفتقر إلى السماع و المشاهده
- ٢٦٣ الطرف الثالث فى أقسام الحقوق
- ٢٦٣ اشارة
- ٢٦٣ و الأول منه:حق الله
- ٢٦٨ و أما حقوق الأدمى
- ٢٦٨ اشارة
- ٢٦٨ منها:ما لا يثبت إلاّ بشاهدين
- ٢٧٣ و منها:ما يثبت بشاهدين،و شاهد و امرأتين،و شاهد و يمين
- ٢٧٦ الثالث:ما يثبت بالرجال و النساء،منفردات و منضّمات
- ٢٧٩ مسائل
- ٢٧٩ اشارة
- ٢٧٩ الأولى:الشهاده ليست شرطا فى شىء من العقود إلاّ فى الطلاق
- ٢٨٠ الثانيه:حكم الحاكم تبع للشهاده
- ٢٨١ الثالثه:إذا دعى من له أهليته التحمّل و جب عليه
- ٢٨٧ الطرف الرابع فى الشهاده على الشهاده
- ٣٠٦ الطرف الخامس فى اللواحق
- ٣٠٦ اشارة
- ٣٠٦ الأول فى اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد
- ٣٠٦ اشارة

- الأولى:توارد الشاهدين(١)على الشيء الواحد شرط في القبول ٣٠٦
- الثانية:لو شهد أحدهما أنه سرق نصابا غدوه،و شهد الآخر أنه سرق عشية ٣٠٧
- الثالثة:لو قال أحدهما:سرق دينار،و قال الآخر:درهما ٣٠٧
- الرابعة:لو شهد أحدهما أنه باعه هذا الثوبغدوهبدينار ٣٠٩
- القسم الثاني في الطوارئ ٣١١
- اشاره ٣١١
- و هي مسائل ٣١١
- الأولى:لو شهدا و لم يحكمبهما،فماتا،حكم بهما ٣١١
- الثانية:لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم،حكم بهما ٣١٢
- الثالثة:لو شهدا لمن يرثانه،فمات قبل الحكم ٣١٤
- الرابعة:لو رجعا عن الشهاده قبل الحكم،لم يحكم ٣١٤
- الخامسه:المشهود به إن كان قتلا أو جرحا فاستوفى ثم رجعا ٣١٧
- السادسه:إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور،نقض الحكم و استعيد المال ٣٢١
- السابعه:إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا ٣٢٢
- فروع ٣٢٥
- الأول:إذا رجعا معا،ضمنا بالسويته ٣٢٥
- الثاني:لو كان الشهود ثلاثه،ضمن كل واحد منهم الثلث ٣٢٧
- الثالث:لو حكم فقامت بينه بالجرح مطلقا،لم ينقض الحكم ٣٢٩
- مسائل ٣٣٢
- الأولى:إذا شهد اثنان أن الميت أعتق أحد مماليكه و قيمته الثلث ٣٣٢
- الثانية:إذا شهد شاهدان بالوصيه لزيد،و شهد من ورثته عدلان أنه رجع عن ذلك و أوصى لخالد ٣٣٥
- الثالثة:إذا شهد شاهدان لزيد بالوصيه،و شهد شاهد بالرجوع،و أنه أوصى لعمر ٣٣٦
- الرابعة:لو أوصى بوصيتين منفردتين،فشهد آخران أنه رجع عن إحداهما ٣٣٧
- الخامسه:إذا ادعى العبد العتق،و أقام بينه تفقير إلى البحث ٣٣٨
- كتاب الحدود و التعزيرات ٣٤١
- اشاره ٣٤١

٣٤٤	القسم الأول من كتاب الحدود
٣٤٤	إشاره
٣٤٤	الباب الأول: في حدّ الزنا
٣٤٤	إشاره
٣٤٤	أما الموجب
٣٤٤	إشاره
٣٥٩	و يثبت الزنا بالإقرار أو البيّنه
٣٥٩	أما الإقرار
٣٤٩	و أما البيّنه
٣٧٧	النظر الثاني في الحدّ
٣٧٧	إشاره
٣٧٧	الأول: في أقسامه
٣٧٧	إشاره
٣٧٨	أما القتل
٣٨٠	و أما الرجم
٣٨٥	و أما الجلد و التغريب
٤٠٠	الثاني: في كيفيته إيقاعه
٤٠٨	النظر الثالث في اللواحق
٤٠٨	إشاره
٤٠٨	الأولى: إذا شهد أربعة على امرأه بالزّنا قبلا، فأدعت أنها بكر
٤١٠	الثانيه: لا يشترط حضور الشهود عند إقامه الحدّ
٤١١	الثالثه: قال الشيخ رحمه الله: لا يجب على الشهود حضور موضع الرجم
٤١١	الرابعه: إذا كان الزوج أحد الأربعة، فيه روايتان
٤١٣	الخامسه: يجب على الحاكم إقامه حدود الله تعالى بعلمه، كحدّ الزّنا
٤١٤	السادسه: إذا شهد بعض، و ردّت شهاده الباقيين
٤١٥	السابعه: إذا وجد مع زوجته رجلا يزني بها

- ٤١٧ الثامنة:من افتضّ بكرة بإصبغه،لزمه مهر نسائها
- ٤١٧ التاسعة:من تزوّج أمه على حزه مسلمه،فوطنها قبل الإذن
- ٤١٨ العاشرة:من زنى فى شهر رمضان،نهارا كان أو ليلا
- ٤١٩ الباب الثانى فى اللواط،و التحق،و القيادة
- ٤١٩ أمّا اللواط
- ٤٣١ و الحدّ فى التحق
- ٤٣١ اشاره
- ٤٣٥ مسألتن
- ٤٣٥ الأولى:لا كفاله فى حدّ،و لا تأخير فيه مع الإمكان
- ٤٣٦ الثانيه:لو وطئ زوجته،فساحقت بكرة،فحملت
- ٤٤٠ و أمّا القيادة
- ٤٤٢ الباب الثالث فى حدّ القذف
- ٤٤٢ و النظر فى أمور أربه
- ٤٤٢ الأوّل فى الموجب
- ٤٥٣ الثانى فى القاذف
- ٤٥٦ الثالث فى المقذوف
- ٤٦١ الرابع فى الأحكام
- ٤٦١ الأولى:إذا قذف جماعه،واحدا بعد واحد،فلكل واحد حدّ
- ٤٦٣ الثانيه:حدّ القذف موروث
- ٤٦٤ الثالثه:لو قال:ابنك زان أو لائظ،أو بنتك زانيه،فالحدّ لهما لا للمواجه
- ٤٦٥ الرابعه:إذا ورث الحدّ جماعه،لم يسقط بعضه بعفو البعض
- ٤٦٦ الخامسه:إذا تكرّر الحدّ،بتكرّر القذف مرّتين،قتل فى الثالثه
- ٤٦٦ السادسه:لا يسقط الحدّ عن القاذف،(٣)إلا بالبيّنه المصدّقه
- ٤٦٧ السابعه:الحدّ ثمانون جلده،حزّا كان أو عبدا
- ٤٦٨ الثامنه:إذا تقاذف اثنان
- ٤٦٩ التاسعه:يقيل:لا يعزّر الكفّار مع التنايز بالألقاب،و التعيير بالأمراض

- ٤٧٠ و يلحق بذلك مسائل آخر
- ٤٧٠ الأولى:من سب النبي عليه السلام جاز لسامعه قتله
- ٤٧١ الثانيه:من ادعى النبوه،وجب قتله
- ٤٧٢ الثالثه:من عمل بالسحر، يقتل إن كان مسلماً
- ٤٧٢ الرابعه:يكره أن يزداد في تأديب الصبي على عشرة أسواط
- ٤٧٤ الخامسه:كل ما فيه التعزير من حقوق الله سبحانه،يثبت بشاهدين أو الإقرار مرتين على قول
- ٤٧٥ السادسه:كل من فعل محرماً،أو ترك واجباً فلإمام عليه السلام تعزيره
- ٤٧٦ الباب الرابع في حد المسكر و الفقاع
- ٤٧٦ اشاره
- ٤٧٦ الأول في الموجب
- ٤٨٠ الثاني في كيفيه الحد
- ٤٨٥ الثالث في أحكامه
- ٤٨٥ اشاره
- ٤٨٥ الأولى:لو شهد واحد بشر به،أو آخر بقيتها،وجب الحد
- ٤٨٦ الثانيه:من شرب الخمر مستحلاً استتيب،فإن تاب أقيم عليه الحد
- ٤٨٧ الثالثه:من باع الخمر مستحلاً يستتاب،فإن تاب و إلا قتل
- ٤٨٨ الرابعه:إذا تاب قبل قيام البينه،سقط الحد
- ٤٨٩ تتمه تشمل مسائل
- ٤٨٩ الأولى:من استحل شيئاً من المحرمات المجمع عليها
- ٤٩٠ الثانيه:من قتله الحد أو التعزير فلا دية له
- ٤٩٢ الثالثه:لو أقام الحاكم الحد بالقتل
- ٤٩٦ الباب الخامس في حد السرقة
- ٤٩٦ اشاره
- ٤٩٦ الأول:في السارق
- ٤٩٦ و يشترط في وجوب الحد عليه شروط
- ٤٩٦ الأول:البلوغ

- الثاني:العقل ٤٩٧
- الثالث:ارتفاع الشبهه ٤٩٨
- الرابع:ارتفاع الشركه ٥٠٠
- الخامس:أن يهتك الحرز ٥٠٢
- السادس:أن يخرج المتاع بنفسه أو مشاركا ٥٠٤
- السابع:أن لا يكون والدا من ولده ٥٠٥
- الثامن:أن يأخذه سزا ٥٠٦
- مسائل ٥٠٦
- الأولى:لا يقطع الراهن إذا سرق الرهن ٥٠٦
- الثانيه:لا يقطع عبد الإنسان بسرقة ماله ٥٠٦
- الثالثه:يقطع الأجير إذا أحرز المال من دونه ٥٠٧
- الرابعه:لو أخرج متاعا،فقال صاحب المنزل:سرقته،و قال المخرج:وهبتنيه ٥٠٨
- الثاني:في المسروق ٥٠٩
- الثالث:بما به يثبت ٥٣١
- الرابع:في الحد ٥٣٤
- الخامس:في اللواحق ٥٤٤
- الأولى:يجب على السارق إعادته العين المسروقه ٥٤٤
- الثانيه:إذا سرق اثنان نصابا،ففي وجوب القطع قولان ٥٤٥
- الثالثه:لو سرق و لم يقدر عليه،ثم سرق ثانيه ٥٤٦
- الرابعه:قطع السارق موقوف على مطالبه المسروقمه ٥٤٨
- اشاره ٥٤٨
- فرع ٥٤٩
- الخامسه:لو أخرج المال و أعاده إلى الحرز،لم يسقط الحد ٥٤٩
- السادسه:لو أخرج قدر النصاب دفعه،وجب القطع ٥٥٢
- التابعه:لو نقب فأخذ النصاب ٥٥٤
- الثامنه:لو ابتلع داخل الحرز ما قدره نصاب ٥٥٤

سرشناسه : شهيد ثانی، زين الدين على، ق ٩٦٦ - ٩١١

عنوان و نام پديد آور : مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام [محقق حلي]: الفهارس العامه/ تاليف زين الدين بن على
العالمى "شهيد ثانى"؛ تحقيق و نشر موسسه المعارف الاسلاميه

مشخصات نشر : قم: موسسه المعارف الاسلاميه، ١٤٢٣ق. = ١٣٨١.

مشخصات ظاهرى : ص ٤٤٨

فروست : (بنیاد معارف اسلامی ٤٧)

شابك : ٩٦٤-٧٧٧٧-٢٧-٢(ج.١٦)؛ (دوره)؛ (دوره)

يادداشت : جلد شانزدهم "مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام" الفهارس مى باشد

يادداشت : عربى.

يادداشت : عنوان روى جلد: الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

يادداشت : کتابنامه

عنوان روى جلد : الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

موضوع : شهيد ثانی، زين الدين على، ٩٦٦ - ٩١١ق. مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام -- فهرستها

موضوع : محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٢ق. شرايع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفرى -- قرن ٧

شناسه افزوده : محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٣ق. شرايع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام. شرح

شناسه افزوده : بنیاد معارف اسلامی

رده بندى كنگره : BP182/م3ش ٤٠٧٢ ١٣٨١

رده بندى ديويى : ٢٩٧/٣٤٢ م ٣٣١ ش/ش ش

شماره کتابشناسی ملی : م ۸۲-۴۳۱۸

ص: ۱

اشاره

تمه القسم الرابع فى الأحكام

تمه كتاب القضاء

تمه النظر الثالث فى كيفية الحكم

خاتمه كتاب القضاء

إشاره

خاتمه تشمل فصلين

الأول فى كتاب قاض إلى قاض

الأول فى كتاب قاض إلى قاض (١) إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر: إما بالكتاب، أو القول، أو الشهاده.

أما الكتابه، فلا عبره بها، لإمكان التشبيه.

و أما القول مشافهه، فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا، أو أنفذت، أو أمضيت، ففى القضاء به تردد، نصّ الشيخ فى الخلاف أنه لا يقبل.

قوله: «فى كتاب قاض إلى قاض. إلخ».

المشهور بين أصحابنا (١) أنه لا عبره بكتاب قاض إلى قاض، بمعنى أنه إذا كتب حكما بشىء و أنفذه إلى غيره من القضاء ليس لهم الاعتماد على الخطّ و إنفاذه مطلقا، لأن الخطّ يحتمل التزوير، و على تقدير الأمن منه يمكن كتبه من غير قصد تحقيقه (٢).

و يظهر من ابن الجنيّد جوازّه فى حقوق الأدميين دون حقّ الله تعالى، لأنه قال: «لا يجوز عندنا كتاب قاض إلى قاض فى حدّ لله و جب على أحد من بلد المكتوب إليه، فإن كتب القاضى بذلك لم يكن للمكتوب إليه أن يقيمه، فأما ما كان من حقوق الناس بعضهم على بعض فى الأموال و ما يجرى مجراها دون الحدود فى الأبدان، فجزائر كتاب القضاء من قبل إمام المسلمين بعضهم إلى

ص: ٥

١ - ١) فى «أ، خ»: الأصحاب.

٢ - ٢) فى «ت»: الحقيقة، و فى «م»: بحقيقه.

و أما الشهادة،(١)فإن شهدت البيّنه بالحكم،و بإشهاده إياهما على حكمه،تعيّن القبول،لأن ذلك ممّا تمسّ الحاجه إليه،إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعدة غالب،و تكليف شهود الأصل التنقل متعذّر أو متعسّر،فلا بدّ من وسيله إلى استيفائها مع تباعد الغرماء،و لا وسيله إلا رفع الأحكام إلى الحكّام،و أتمّ ذلك احتياطا ما صوّرناه.

بعض» (١).

و للعامّه (٢)فى ذلك اختلاف أيضا،فمنهم من منعه مطلقا كما قلناه،و منهم من أجازه مطلقا،و منهم من أجازه مع الوثوق بالخطّ و الختم.

و أما إنهاء الحاكم إلى آخر بالقول،بأن يقول له:إنّى حكمت بكذا و نحوه، ففى جواز قضاء السامع به-بمعنى إنفاذه له- خلاف،فذهب الشيخ فى الخلاف (٣)إلى عدم القبول.

و وجّهوه بأنه حكم من الثانى بغير علم،و قد نهى (٤)الله تعالى عنه،خرج منه ما دلّ عليه دليل من خارج فيبقى الباقي على الأصل.

و الأصحّ القبول،لما سيأتى (٥)إن شاء الله تعالى من جوازه مع الشهادة على حكمه،فمع مشافهته أولى.

قوله:«و أما الشهادة.إلخ».

هذا هو القسم الثالث من إنهاء قاض إلى آخر مضمون حكمه بطريق

ص:٨

١- (١) حكاه عنه العلامة فى المختلف:٧٠٦.

٢- (٢) الحاوى الكبير ٢١٣:١٦،المغنى لابن قدامه ١١:٤٥٨،بدائع الصنائع ٧:٧،روضه القضاء ١: ٣٢٩-٣٣١،الكافى للقرطبى

٢:٩٥٦،الإنصاف ١١:٣٢١،روضه الطالبيين ١٦٢:٨.

٣- (٣) الخلاف ٦:٢٤٥ مسألة(٤٢).

٤- (٤) الإسرائ:٣٦.

٥- (٥) فى الصفحه التاليه.

لا يقال: يتوصل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل.

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

ولأنه لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد.

ولأن المنع من ذلك يؤدي إلى استمرار الخصومه في الواقعة الواحد، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى آخر، فإن لم ينفذ الثاني ما حكم به الأول أتصلت المنازعة.

ولأن الغريمين لو تصادقا أن حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم ما حكم الأول، فكذا لو قامت البينة، لأنها تثبت ما لو أقر الغريم به لزم.

الإشهاد على الحكم. وقد اختلف الأصحاب في جواز إنفاذه للحاكم المنهى إليه الحكم بشهادة الشهود، فذهب بعضهم (١) إلى عدم جواز ذلك، وآخرون إلى جوازه ومنهم المصنف - رحمه الله - [و جماعه] (٢). وقد استدلل على جوازه بوجوه أربعة:

الأول: أن ذلك مما تمس إليه الحاجة، فوجب في الحكمه (٣) نصب أمين (٤) شرعي له. ووجه الحاجة: إن أرباب الحقوق قد يحتاجون إلى إثباتها في البلاد المتباعدة، ولا يكون لهم فيها شهود بالحق، ويكون شهودهم في بلاد أخرى، ولا

ص: ٩

١ - ١) لم نظفر على مصرح بذلك. نعم، يشعر كلام العلامة في المختلف (٧٠٦) بوجود قائل به. وراجع مفتاح الكرامه ١٧٤: ١٠، جواهر الكلام ٣٠٦: ٤٠.

٢ - ٢) من «أ، ث، ل». وانظر الخلاف ٢٤٥: ٦ مسألة (٤٢)، الجامع للشرائع: ٥٣٠، المختلف: ٧٠٦، إيضاح الفوائد ٣٦٤: ٤، الدروس الشرعيه ٢: ٩٢، التنقيح الرائع ٢٦١: ٤.

٣ - ٣) في الحجرتين: الحكم.

٤ - ٤) في «خ، د، ط، م»: أمر.

يتيسّر نقلهم إلى بلد الحقّ، فمستّ الحاجة إلى إثباته في بلد الشهود، و الانتفاع في بلد المدّعى عليه أو الذى فيه الحقّ، ولا وسيله إلى ذلك إلا برفع الأحكام من بلد الشهود إلى الحكّام في بلد الحقّ، ليتوصّل ذو الحقّ إلى حقّه، وإلا لزم تعطيل الحقوق، وهو مناف للحكمه. و الضروره إلى إثبات الحقّ كما تندفع بذلك، تندفع بشهادة الشاهدين على شهود الأصل ثمّ شهادة الفرع عند الحاكم الذى يريد إنهاء الحكم عنده.

إلا- أن فى الشهاده على الشهاده قصورا عن الشهاده على الحكم، من حيث إنها مقصوره على المرتبه الثانيه، فلا تسمع الشهاده الثالثه على الشهاده، و المرتبه الثالثه من الشهاده على الشهاده بمنزله المرتبه الثانيه من الشهاده على الشهاده على الحكم، فتكون مسموعه. فإذا تعدّد وصول شهود الأصل فى المرتبه الأولى من الشهاده على الحكم حصل الغرض من الشهاده عليهما (1)، دون ما لو كانت الشهاده على شهادة الأصل، لأنها تنقص عنها بمرتبه، فقد لا يحصل الغرض بدون المرتبه الثالثه التى هى ثانيه فى الشهاده على الحكم.

الثانى: أنه لو لم يشرع إنهاء الأحكام لبطلت الحجج مع تطاول المدّه، لأن الحاكم يموت فيبطل حكمه، فتنتفى فائده الحكم حينئذ، بخلاف ما إذا أشهد على حكمه و لو قبل موته بيسير، فإن الشهود تصير طبقه ثانيه بعده، فإذا أنفذ حكمه بشهادتهم طال زمان نفوذ الحجّه و الانتفاع بها، و هلمّ جزّا بالنسبه إلى الحاكم الثانى و الثالث، فيستمرّ الانتفاع بالحجّه.

ص: ١٠

لا يقال: فتوى الأصحاب (١) أنه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض، ولا العمل به. ورواه طلحة بن زيد و السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام:

أن علينا عليه السلام كان لا يجوز كتاب قاض إلى قاض، [لا] في حدّ و لا غيره، حتى وليت بنو أمية فأجازوا بالبيّنات.

الثالث: أن المنع من ذلك يؤول إلى استمرار الخصومه في الواقعة الواحده، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى حاكم آخر، فإذا لم ينفذ حكم الأول يجب عليه سماع الدعوى. ثمّ قد يكون عالما بعداله شهود الحقّ، فيحكم له كالأول. ثمّ يحاكمه إلى آخر كذلك، إما [لو] (١) توصّلا إلى حاكم يختلّ معه بعض الشرائط المعتمره في إثبات الحقّ فينتفى عنه، أو يحصل بتكرار الخصومه مشقّه زائده على المحكوم له، بخلاف ما إذا أنفذ حكم الأول، فإن الخصومه ترتفع حينئذ، ويمضى الحكم الأول على وجهه. وهذا هو الموافق لنصب الحكام من الشارع، فإنهم وضعوا لفصل الخصومات و قطع المنازعات، دون ما يوجب استمرار الخصومه.

الرابع: أن الغريم لو أقرّ عند الحاكم أن حاكما عليه بالحقّ ألزمه الحاكم المقرّ (٢) عنده به بالحقّ، لأن إقراره بذلك إقرار بثبوت الحقّ عليه شرعا، وإذا كان الحاكم الثاني يلزم الغريم بإقراره بالحكم و يقطع الخصومه بذلك، فكذا إذا شهدت عنده البيّنه بحكم الحاكم بذلك، لأن البيّنه تثبت ما لو أقرّ به الغريم لزم، فإذا كان الإقرار بالحكم ملزما كانت البيّنه عليه ملزمه.

قوله: «لا يقال: فتوى الأصحاب. الخ».

هذا إشاره إلى حجّه المانع من إنفاذ القاضى حكم قاض آخر و إن شهدت

ص: ١١

١ - ١) من «ث» و الحجرّيتين.

٢ - ٢) فى إحدى الحجرّيتين: المقرّ به عنده.

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

و نحن (١) فلا- عبره عندنا بالكتاب، مختوما كان أو مفتوحا. و إلى جواز ما ذكرنا أو ما الشيخ أبو جعفر- رحمه الله- في الخلاف (٢).

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

البيته عنده بحكمه. و مرجع الحجّه إلى أمرين:

أحدهما: إجماع الأصحاب على أنه لا- يجوز كتاب قاض إلى قاض، بمعنى أنه لا- عبره به و لا- يترتب عليه حكم، و إجماع الأصحاب حجّه، و المخالف لهم في ذلك منهم معلوم النسب، فلا يقدر فيه على ما تقرّر في محلّه.

و الثانى: الرواية المشهوره عن طلحه بن زيد و السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: «أن علينا عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض، و إنما جوزه القضاء في زمن بنى أمية» (٣). فكان باطلا.

و أجاب المصنف- رحمه الله- بمنع الإجماع على خلاف صورته النزاع، فإن الإجماع- على تقدير تسليمه- إنما وقع على منع العمل بكتاب قاض إلى قاض بمجرد الكتاب، من غير أن يحكم به باللفظ و يشهد على حكمه و ينهى

ص: ١٢

١- ١) فى الشرائع الحجرية (٣٢٤) و متن الجواهر (٣١٠: ٤٠): و نحن نقول فلا.

٢- ٢) الخلاف ٦: ٢٤٥ مسألة (٤٢).

٣- ٣) التهذيب ٦: ٣٠٠ ح ٨٤٠-٨٤١، الوسائل ١٨: ٢١٨ ب «٢٨» من أبواب كيفية الحكم.

الشهود ذلك إلى حاكم آخر فينفذه، وهذا ليس من العمل بحكمه مع ثبوته.

و نحن نسلم أنه لا عبره بالكتاب بمجردده، سواء كان مختوما أم لا، وإنما يجوز إنفاذ الحاكم الثاني حكم الأول على تقدير ثبوت حكمه عنده بالبينه، وهذا أمر خارج عما ادعى الإجماع عليه.

فحاصل الجواب يرجع إلى أن الإجماع المدعى واقع على خلاف موضع النزاع، فلا يكون مسموعا. مع أننا نمنع الإجماع على ما ذكره أيضا، لأن ابن الجنيدي قد جوزه على ما عرفت (١)، وهو من أجله الأصحاب، ومعلوميته نسبه و كونها غير قادحة في الإجماع قد بينا ما فيه غير مره.

و عن الروايه بأمرين:

أحدهما: ضعف سندها، فإن طلحه بن زيد بترى، و البترية فرقه من الزيدية. و قال الشيخ في الفهرست (٢) و النجاشي (٣): إنه عامي. و السكوني عامي أيضا مشهور الحال. مع أنه لم ينص أحد من الأصحاب فيهما على توثيق و لا مدح، مضافا إلى فساد العقيدة، فلا يعتد بروايتهما.

و الثاني: على تقدير تسليمها لا دلالة لها على المنع في موضع النزاع، لأنها دلت على أن عليا عليه السلام كان لا يجوز كتاب قاض إلى قاض، و نحن نقول بموجبه، فإننا لا نجيز الكتاب بمجردده، وإنما نجيز الحكم إذا شهد عليه شاهدان و أنهياه عند حاكم آخر، و هذا غير المتنازع.

ص: ١٣

١-١) راجع ص: ٧.

٢-٢) الفهرست: ٨٦ رقم (٣٦٢).

٣-٣) رجال النجاشي: ٢٠٧ رقم (٥٥٠).

إذا عرفت هذا، فالعمل بذلك مقصور (١) على حقوق الناس، دون الحدود و غيرها من حقوق الله.

فما ينهى إلى الحاكم أمران

فما ينهى إلى الحاكم أمران:

أحدهما: حكم وقع بين متخاصمين.

و الثاني: إثبات دعوى مدّع على غائب.

و أجاب في المختلف (١) عن ضعف الروايتين بأن الرواية من المشاهير، فلا يضرّها الطعن في الراوى. و هو يرجع إلى جبر الشهره للضعف، و قد تكلمنا عليه غير مرّه.

و احتجّ على المنع أيضا بالإجماع على الحكم بالبينه و اليمين من النبىّ صلّى الله عليه و آله، و ليس هذا أحدها.

و جوابه: أن هذا ليس حكما، و إنما هو إقرار للحكم على حاله، و هو معنى إنفاذه. و على تقدير تسليمه فهو حكم بالبينه أيضا، فلا ينافى الإجماع المدّعى.

و لو سلّم عدم كونه حكما بها منعنا الإجماع المذكور، فإن القول بجواز إنفاذ الحكم على هذا الوجه مذهب أكثر علماء الإسلام، و منهم جملة (٢) الأصحاب، سيّما المتأخّرين.

قوله: «فالعمل بذلك مقصور. إلخ».

لأن الحدود و حقوق الله مبنيه على التخفيف، فيقتصر في إثباتها (٣) على موضع الوفاق و محلّ اليقين.

ص: ١٤

١-١ (١) المختلف: ٧٠٦.

٢-٢ (٢) في «ت، ط»: من الأصحاب.

٣-٣ (٣) في «ت، ث»: إثباتهما.

أما الأول:

فإن حضر شاهدا الإنهاء (١) خصومه الخصمين، و سمعا ما حكم به الحاكم، و أشهدهما على حكمه، ثم شهدا بالحكم عند الآخر، أثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم، و أنفذ ما ثبت عنده، لا أنه يحكم بصحة الحكم في نفس الأمر، إذ لا علم له به، بل الفائده فيه قطع خصومه المختصمين لو عاودا المنازعه في تلك الوقعه.

و إن لم يحضرا الخصومه، فحكى لهما الوقعه و صوره الحكم، و سمى المتحاكمن بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما، و أشهدهما على الحكم، ففيه تردد، و القبول أولى، لأن حكمه كما كان ماضيا كان إخباره ماضيا.

قوله: «فإن حضر شاهدا الإنهاء. إلخ».

حيث حكمنا (١) بجواز إنفاذ الحاكم ما حكم به غيره، فأتم صورته احتياطا حضور شاهدي (٢) الإنهاء الوقعه و شهاده الشاهدين بأصل الحق، بعد دعوى المدعى و إشهاد الحاكم إياهما على حكمه. و هذه الصوره جواز إنفاذ الحكم فيها كل من قال به.

فأما إذا انتفى حضورهما، و لكن حكى لهما الحاكم الأول صورته الوقعه و صورته الحكم، و عين لهما المتخاصمين، و أشهدهما على حكمه، ففي جواز إنفاذ الحكم حينئذ تردد، منشؤه من أن حكم الحاكم الثاني قول بما لا يعلم، و هو منهى عنه بقوله تعالى أ تَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ (٣)، و بغيره من

ص: ١٥

١- ١) في «م»: قلنا.

٢- ٢) في «ا، ث، خ، ط»: شاهدين لإنهاء.

٣- ٣) الأعراف: ٢٨.

و أما الثانى: و هو إثبات (١) دعوى المدعى، فإن حضر الشاهدان الدعوى و إقامة الشهاده و الحكم بما شهدا به، و أشهدهما على نفسه بالحكم، و شهدا بذلك عند الآخر، قبلها و أنفذ الحكم.

الآيات (١) و الروايات (٢)، فيقتصر فيما خالفه على موضع الوفاق و ما يوجب تمام الاحتياط، و هو الصورة الأولى، و من أنه كلما كان حكم الحاكم ماضيا كان إخباره به ماضيا، لكن المقدم حق فالتالى مثله.

و حقيقه المقدم واضح، و الملازمه ظاهره، لأن غايه الحضور سماعهما (٣) الحكم، إذ لا- اعتبار بما وقع فى المجلس غيره من الدعوى و شهاده الشاهدين و تعديلهما ما لم يحصل الحكم، و هو عباره عن الإخبار بثبوت الحق من أهله بلفظ «حكمت» و نحوه، و صوره النزاع إخبار بذلك، فلا ترجيح لأحدهما على الآخر. و لأن الأدله السابقه الداله على تسويغ أصل هذا الإنفاذ آتية فى هذه الصورة. فكان القول بالقبول أقوى، و هو الذى اختاره المصنف- رحمه الله- و الأكثر.

و احترز المصنف بقوله: «و أشهدهما على الحكم» عما لو قال لهما: ثبت عندى و نحوه، فإنه لا يقبل قطعا، و إنما الكلام على تقدير إخباره بالحكم.

إذا تقرّر ذلك، فالمراد بقضاء القاضى الثانى بما حكم به الأول إنفاذه لحكمه و إمضاؤه له، بحيث لا تسمع الدعوى ثانيا، و تنقطع المنازعه، و يبقى الحكم على حاله و إن لم يعلم حقيقه الأمر، لا- أنه يحكم بصحته كما يحكم به الأول، لعدم علمه بما يوجب الحكم، و لجواز مخالفته لاجتهاده فلا يمكنه الحكم بصحته.

قوله: «و أما الثانى و هو إثبات. إلخ».

البحث فى هاتين الصورتين كالسابقين قبولا و ردًا، و إنما تتميزان بأن

ص: ١٦

١- ١) الإسراء: ٣٦.

٢- ٢) راجع الكافى ١: ٤٢ باب النهى عن القول بغير علم.

٣- ٣) فى «ا، ث، ط»: سماعها.

و لو لم يحضرا الواقعة، و أشهدهما بما صورته: أن فلان بن فلان الفلاني ادعى على فلان بن فلان الفلاني كذا، و شهد له بدعواه فلان و فلان- و يذكر عدالتهما أو تزكيتهما- فحكمت و أمضيت، ففى الحكم به تردّد، مع أن القبول أرجح، خصوصا مع إحضار الكتاب المتضمّن للدعوى و شهادته الشهود.

أما لو أخبر حاكما(١) آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثانى.

و ليس كذلك لو قال: حكمت، فإن فيه تردّدا.

الحكم فى الأولتين على حاضر و هنا على غائب، و هو لا يوجب اختلاف الحكم.

و لو اقتصر على أحدهما و أدرج الآخر فيه كان أخصر.

قوله: «أما لو أخبر حاكما. إلخ».

قد ظهر من الأدلّة المجوّزه لقبول إنفاذ الحكم أن موردها الضروره إلى ذلك فى البلاد البعيده عن الحاكم الأول. فذهب بعض الأصحاب (١) إلى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين و ساطه، و هم الشهود على حكم الأول. فلو كان الحاكمان مجتمعين، و أشهد أحدهما الآخر على حكمه، لم يصحّ إنفاذه، لأن هذا ليس من محلّ الضروره المسوّغه للإنفاذ المخالف للأصل.

و الأقوى القبول، لأن قوله نافذ، و حكمه حجّه، و الضروره إلى ذلك باقيه، فإنها غير منحصره فى الأماكن المتباعده، لأن من جملتها قطع الخصومه، و هو لا- يتمّ إلا- بقبول ذلك، بل هو فى هذه الحاله أقوى من البيئه، لأن غايه البيئه إثبات حكم الحاكم، و إخباره بالحكم أقوى.

ص: ١٧

١- ١) لم نجد تصريحاً بهذا لأحد من الأصحاب. نعم، يشعر كلام الشيخ فى الخلاف (٦: ٢٤٥، مسألة ٤٢) بذلك. و للاستزاده انظر جواهر الكلام ٣١٦: ٤٠.

و صورہ الإنهاء: (١) أن يقصّ الشاهدان ما شاهدها من الواقعه، و ما سمعاه من لفظ الحاكم، و يقولان: و أشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك و أمضاه.

و لو أحالا على الكتاب بعد قراءته، فقالا: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك، جاز.

و لا بدّ من ضبط الشئ (٢) المشهود به بما يرفع الجهالة عنه. و لو اشتبه على الثاني وقف الحكم حتى يوضحه المدعى.

و هذه الصوره هي التي صدرها في أول الخاتمه (١)، و جعل فيها ترددا، و نقل عن الشيخ المنع منها. و إنما أعادها ليفرق بين قوله: «ثبت عندى كذا» و «حكمت بكذا»، فإن محلّ الإنفاذ هو الثاني لا الأول، لأنه لم يحكم بل أثبت، و الحاكم الثاني لا يحكم بإثبات غيره، بل ينفذ حكمه، و لم يحصل.

قوله: «و صورہ الإنهاء. إلخ».

المراد أن الشاهدين لا يكفي شهادتهما بما فى الكتاب من الحكم مجملا، بل لا بدّ من تفصيل الواقعه على الوجه الذى ذكره (٢)، إما بلفظهما، أو بأن يقرأ الحاكم الثاني عليهما الكتاب المشتمل على الحكم، فيقول الشاهدان: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك، لأنها حينئذ شهادته على أمر مفصّل معلوم بالقراءه عليهما.

قوله: «و لا بدّ من ضبط الشئ. إلخ».

إذا اشتبه المشهود به على الحاكم الثاني،

ص: ١٨

١-١) راجع ص: ٧.

٢-٢) فى «خ»: ذكرناه.

و لو تغيّرت حال الأول(١) بموت أو عزل لم يقدح ذلك في العمل بحكمه.و إن تغيّرت بفسق لم يعمل بحكمه،و يقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه.

و لا- أثر لتغيّر حال المكتوب إليه في الكتاب،بل كلّ من قامت عنده البيّنه بأن الأول حكم به و أشهدهم به عمل بها،إذ اللازم لكلّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام.

لعدم ضبط الشهود (١)له بما يرفع الجهالة،ووجب عليه إيقاف الحكم إلى أن يتّضح،إما بتذكّر الشاهدين تفصيله أو بشهادة غيرهما.و ينبغي أن يكون ذلك هو المراد بإيضاح المدّعى له،بأن أراد إيضاحه على وجه يثبت شرعا،و إلا- فمطلق إيضاح المدّعى له غير كاف في إنفاذ الثاني للحكم،لأنه لا- يجوز له التعويل على قول المدّعى بمجرّده.و لو قال:وقف الحكم حتى يتّضح،كان أظهر.

قوله:«و لو تغيّرت حال الأول.إلخ».

كما يجوز أن يكتب الحاكم الأول إلى قاض معيّن،يجوز أن يطلق فيكتب إلى كلّ من يصل إليه من قضاة المسلمين.و عند بعض العامّة (٢)أنه لا- يجوز الإطلاق.و على تقدير التعيين لا- يختصّ الحكم بمن كتب إليه،بل يجب إنفاذه على كلّ من شهد عنده الشاهدان بالحكم،و طلب منه المحكوم له إنفاذه.و من اعتبر التعيين لم يجوز إنفاذه لغير المعيّن مطلقا.

إذا تقرّر ذلك،فلا يقدح موت الكاتب و لا المكتوب إليه إذا شهد الشاهدان

ص: ١٩

١- ١) في «ت،د»:المشهود.

٢- ٢) روضه القضاة ٣٣٢:١-٣٣٣،المغنى لابن قدامة ١١:٤٦٧.

مسائل ثلاث:

الأولى: إذا أقر المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه ألزم

الأولى: إذا أقر المحكوم عليه (١) أنه هو المشهود عليه ألزم. ولو أنكر و كانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق [عليه] غالباً، فالقول قوله مع يمينه، ما لم يقم المدعى البيّنه. وإن كان الوصف ممّا يتعدّر اتّفاقه إلا نادراً لم يلتفت إلى إنكاره، لأنه خلاف للظاهر.

و لو ادّعى أن فى البلد مساويها له فى الاسم و النسبه، كلف إبانته [فى إثباته]. فإن كان المساوى حياً سئل، فإن اعترف أنه الغريم ألزم، و أطلق الأول. و إن أنكر وقف الحكم حتى يتبين.

عند من يقوم مقامه، بناء على عدم الانحصار ابتداءً، لأن الحكم لا يبطل بموت الحاكم. و فى معنى موت الحاكم عزله و جنونه و عماه - حيث يعتبر البصر - و خرسه. أما لو كتب القاضى إلى خليفته، ثمّ مات القاضى أو عزل، تعدّر على الخليفه القبول و الإمضاء إن قلنا إنه ينزل بانعزال الأصل.

و لو ارتدّ القاضى الكاتب أو فسق، ثمّ وصل الكتاب إلى المكتوب إليه، لم يجز إنفاذه. و فرّقوا بينه و بين الموت: بأن ظهور الفسق يشعر بالخبث و قيام الفسق يوم [يرفع] (١) الحكم. و فيه نظر. و ذهب العامه (٢) إلى جواز إنفاذه كالموت. و أما الإنفاذ السابق على ظهور الفسق فيقرّ عليه كأصل الحكم.

و أما المكتوب إليه فلا أثر لتغيّره بفسق و لا غيره، فيبقى الحكم ماضياً و ينفذ على غيره من القضاء، لما تقدّم (٣) من عدم انحصاره فى المكتوب إليه.

قوله: «إذا أقر المحكوم عليه. إلخ».

ينبغى أن يثبت القاضى فى الكتاب اسم المحكوم له و المحكوم عليه

ص: ٢٠

١- ١) من «ت، د، م».

٢- ٢) الحاوى الكبير ١٦: ٢٣٢، روضه القضاء ١: ٣٤٠، روضه الطالبين ٨: ١٦٤.

٣- ٣) فى الصفحه السابقه.

و إن كان المساوى مِيتًا، و هناك دلاله تشهد بالبراءه، إما لأن الغريم لم يعاصره، و إما لأن تاريخ الحق متأخر عن موته، ألزم الأول. و إن احتمل وقف الحكم حتى يتبين.

و كنيتهما (١)، و اسم أبيهما و جدّهما و حليتهما (٢) و صفتها و قبيلتهما، ليسهل التمييز.

نعم، لو كان الرجل مشهورًا، و حصل الإعلام ببعض ما ذكرنا، اكتفى به.

فإذا فعل كما ذكرنا، و حمل الكتاب إلى المكتوب إليه، و أحضر الحامل عنده من زعمه محكومًا عليه، نظر إن شهد شهود الكتاب و الحكم على عينه، و أن القاضي الكاتب حكم عليه، طوب بالحق.

و إن لم يشهدوا على عينه، و لكن شهدوا على رجل موصوف بالصفات المذكوره في الكتاب، فإن أقر المحضر أنه هو المشهود عليه قبل و ألزم، لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٣). و إن أنكروا، و كانت الشهاده بوصف يحتمل المشاركه غالبًا، فالقول قوله مع يمينه، لأصالة البراءه، و عدم حصر الوصف. و إن نكل حلف المدعى و توجه عليه الحكم.

و إن قال: لا - أحلف [على] (٤) أنه ليس اسمى و نسبي، و لكن أحلف على أنه لا - يلزمني تسليم شىء إليه، ففى إجابته و جهان أصحهما عدمه، لقيام البيّنه

ص: ٢١

١- ١) كذا فى «خ، ط»، و فى سائر النسخ: و كيفيتهما.

٢- ٢) فى «ط»: و خلقتهما.

٣- ٣) راجع الوسائل ١١١: ١٦ ب «٢» من كتاب الإقرار ح ٢، المستدرک ٣١: ١٦ ب «٢» من كتاب الإقرار ح ١، عوالى اللئالى ٤٤٢: ٣ ح ٥. و راجع أيضا المختلف: ٤٤٣، التذکره ٧٩: ٢، إيضاح الفوائد ٤٢٨: ٢، جامع المقاصد ٢٣٣: ٥، فهناك بحث فى كون هذه الجملة روايه.

٤- ٤) من الحجریتين.

على المسمّى بهذا الاسم، وذلك يوجّه الحقّ عليه.

و إن قامت البينه على أنه اسمه و نسبه، فقال: نعم لكنّي لست المحكوم عليه، فإن لم يوجد هناك من يشاركه فى الاسم و الصفات المذكوره لزمه (١)الحكم، لأن الظاهر أنه المحكوم عليه. و إن وجد، إما بأن عرّفه القاضى أو قامت عليه بينه، احضر الذى يشاركه و سئل، فإن اعترف بالحقّ طوب به، و تخلّص الأول. و إن أنكر وقف حتى ينكشف.

و لو أقام المحضر بينه على موصوف بتلك الصفات كان هناك و قد مات، فإن مات بعد الحكم وقع الاشكال. و إن مات قبله، فإن لم يعاصره المحكوم له فلا إشكال. و إن عاصره، فإن كان تاريخ الحقّ متأخرا عن موته فكذلك، فيلزم الأول، و إلا وقف الحكم.

هذا كلّه إذا أثبت القاضى اسم المحكوم عليه و نسبه و صفته كما قدّمناه. أما إذا اقتصر على أنّى حكمت على محمد بن أحمد مثلا، فقيل: يبطل الحكم، لأن المحكوم عليه مبهم لم يتعين بإشاره و لا وصف، حتى لو حضر رجل و اعترف بأنه محمد بن أحمد و أنه المعنى بالكتاب لم يلزم ذلك، لبطلان الحكم فى نفسه، إلا أن يقرّ بالحقّ فيؤخذ به، بخلاف ما لو استقصى الوصف و لم يقصر فظهر الاشتراك و اتفق اشتباهه.

و يظهر من إطلاق المصنف أنه «لو أقرّ بأنه المشهود عليه ألزم» لزوم الحقّ لصاحب الاسم المشترك غالبا، و إن كان لا يلزمه لو أنكر. و هو خيره الدروس (٢)، و استبعد خلافه. و هذا هو الوجه.

ص: ٢٢

١- ١) فى «ت، م»: نفذ، و فى «د»: أنفذ.

٢- ٢) الدروس الشرعيّه ٢: ٩٢.

الثانية: للمشهد عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض

الثانية: للمشهد عليه (١) أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض.

و لو لم يكن عليه بالحق شاهد، قيل: لا يلزم الإشهاد. و لو قيل: يلزم كان حسنا، حسما لمادّه المنازعه، أو كراهيه لتوجه اليمين.

الثالثة: لا يجب على المدعى دفع الحجّه مع الوفاء

الثالثة: لا يجب على المدعى (٢) دفع الحجّه مع الوفاء، لأنها حجّه له لو خرج المقبوض مستحقًا. و كذا القول في البائع إذا التمس المشتري كتاب الأصل، لأنه حجّه له على البائع الأول بالثمن لو خرج المبيع مستحقًا.

قوله: «للمشهد عليه. إلخ».

القول بعدم جواز الامتناع إلى أن يشهد حيث لا يكون بالحق شاهد للشيخ (١)، لعدم الضرر بالدفع حينئذ، لأن غايته أن يدعى عليه به مرّه أخرى و لا يبينه له، فينكر و يقبل قوله في البراءه منه بيمينه، و اليمين الصادقه لا ضرر فيها.

و مثله ما لو كان له بالحق بينه و لكن كان الحق ممّا يقبل قول من هو بيده في ردّه كالوديعة، لأن البينه لا تلزمه، و إنما غايته إلزامه باليمين كالسابق.

و الذى اختاره المصنف - رحمه الله - و جماعه (٢) جواز الامتناع إلى أن يشهد مطلقًا، لأن المنازعه و توجه اليمين ممّا ينبغي دفعه خصوصا عن ذوى المروّات، فيكون حسم مادّته بالإشهاد عذرا في تأخير الحق إلى أن يحكمه. و قد تقدّم البحث في هذه المسأله فى كتاب الوكاله (٣)، و كأنّه أعادها لمناسبه المقام.

قوله: «لا يجب على المدعى. إلخ».

ما ذكره من تعليل عدم وجوب دفع الحجّه حسن، لأن فائده الحجّه

ص: ٢٣

١- (١) المبسوط ١٣١: ٨.

٢- (٢) قواعد الأحكام ١: ٢٥٨، اللمعه دمشقيّه: ٩٨.

٣- (٣) فى ج ٢٩٢: ٥.

الفصل الثاني في لواحق من أحكام القسمة (١) و النظر: في القاسم، و المقسوم، و الكيفيه، و اللواحق لا- تنحصر في زمن ملكه، بل يحتاج إليها بعد البراءة و خروج الملك عنه ليكون حججه على الدرك. مع أنه يجوز التعليل أيضا بكونها ملكا لمن هي في يده، و لا يجب عليه دفع ملكه إلى غيره، و إن لم يكن له منفعة بها كغيرها من أمواله.

قوله: «في لواحق من أحكام القسمة. إلخ».

إنما ذكر أحكام القسمة في كتاب القضاء لأن القاضي لا- يستغنى عن القسيام، للحاجه إلى قسمة المشتركة، بل القسيام كالحاكم، فحسن الكلام في القسمة في هذا الكتاب كما فعله جماعه (١) من الفقهاء، و من (٢) أفردها كتابا برأسها نظر إلى استقلالها بالأحكام كغيرها من كتب الفقه.

و اعلم أن الحاجه الداعيه إلى تجويز القسمة بينه، و ذلك لأنه قد يتبرم الشركاء أو بعضهم بالمشاركه أو يريدون الاستبداد بالتصرف، و في كتاب الله:

وَ إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى (٣) الْآيَةَ. و كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله يَقْسِمُ الْغَنَائِمَ بَيْنَ الْغَانِمِينَ (٤).

ص: ٢٤

١- ١) انظر المبسوط ١: ١٣٣، الجامع للشرائع: ٥٣١، قواعد الأحكام ٢: ٢١٨، اللمعة الدمشقيه: ٥٣.

٢- ٢) كالقاضي في المهذب ٢: ٥٧٣، و الشهيد في الدروس الشرعيه ٢: ١١٧.

٣- ٣) النساء: ٨.

٤- ٤) المبسوط ١: ١٣٣، و انظر مسند أحمد ١: ٤٢٧، صحيح البخارى ٥: ٢٠٠-٢٠١، صحيح مسلم ٢: ٧٣٨ ح ١٠٦١، سنن البيهقي

١٣١-١٠: ١٣٢.

أما الأول:

فيستحب للإمام (١) أن ينصب قاسما، كما كان لعلي عليه السلام.

و يشترط فيه: البلوغ، و كمال العقل، و الايمان، و العدالة، و المعرفة بالحساب. و لا يشترط الحرّيه.

و لو تراضى الخصمان بقاسم لم تشترط العدالة. و فى التراضى بقسمه الكافر نظر، أقرببه الجواز، كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم.

قوله: «فيستحب للإمام عليه السلام. إلخ».

القسمه قد يتولّاها الشركاء بأنفسهم، و قد يتولّاها غيرهم. و هو إما منصوب للإمام، أو منصوب بهم. و يستحب للإمام أن ينصب قاسما و يرزقه من بيت المال، لأن القسمه من جملة المصالح. و روى (١) أنه كان لعلي عليه السلام قاسم يقال له عبد الله بن يحيى، و كان يرزقه من بيت المال.

و يشترط فى منصوب الامام: التكليف، و الايمان، و العدالة، و المعرفة بالمساحه و الحساب، لأن علمه بهما كالفقه فى الحاكم. و قيل: يشترط أن يعرف التقويم، لأن فى أنواع القسمه ما يحتاج إليه. و لا يشترط عندنا الحرّيه، فلا يمتنع أن يكون العبد قاسما باذن مولاه.

أما منصوب الشركاء فلا يشترط فيه العدالة، لأنه و كيل من جهتهم. و فى اشتراط إسلامه نظر، من حيث إنه ظالم منهى عن الركون إليه. و الأصحّ الجواز، لجواز كونه و كيلا. و هذه فى معنى الوكاله، و لتراضيهما على قسمته، فكان كما لو تراضيا على القسمه بأنفسهما من غير قاسم.

ص: ٢٥

و المنصوب من قبل الامام (١) تمضى قسمته بنفس القرعه، و لا- يشترط رضاها بعدا. و فى غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعه.

و فى هذا إشكال، من حيث إن القرعه وسيله إلى تعيين الحق، و قد قارنها الرضا.

قوله: «و المنصوب من قبل الإمام. إلخ».

قرعه قاسم الإمام بمنزله حكمه، فمن تمَّ اشترط فيه العدالة و المعرفة، فلا يعتبر رضاها بعدا.

أما القاسم الذى نصباه، أو إذا اقتسما بأنفسهما من غير قاسم، قال الشيخ (١): يعتبر رضاها بعد القرعه، لأنها إنما تتعين (٢) بحكم الحاكم أو تراضيها بعدا، و لأصالة بقاء الشركه.

و المصنف-رحمه الله- استشكل ذلك، من حيث إن القرعه شرعت وسيله إلى تعيين الحق، و قد قارنها الرضا فلا يعتبر بعدا، لأن التعيين على هذا الوجه أوجب تميز أحد الحقيين عن الآخر، فيتعين بالرضا المقارن. بل ينبغى أن يتعين بتراضيها على القسمه و تخصيص كل واحد من الشركاء بحصته (٣) و إن لم تحصل القرعه، كما تصح المعاطاه فى البيع، إلا أن المعاطاه يتوقف لزومها على التصرف، من حيث إن ملك كل واحد من العوضين كان للآخر، فيستصحب ملكه إلى أن يتصرف أحدهما بإذن الآخر، فيكون رضا منه يكون ما فى يده عوضا عن الآخر.

أما القسمه فإنها مجرد تمييز أحد النصيبين عن الآخر، و ما يصل إلى كل منهما هو

ص: ٢٤

١- (١) المبسوط ١٤٨: ٨.

٢- (٢) فى «أ، خ»: تعتبر.

٣- (٣) فى «د، م»: بحقه.

و يجزى القاسم الواحد (١) إذا لم يكن في القسمة ردّ. ولا بدّ من اثنين في قسمة الردّ، لأنها تتضمّن تقويماً، فلا ينفرد به الواحد. و يسقط اعتبار الثاني مع رضا الشريك.

عين ملكه لا- عوضاً عن ملك الآ-خر، فيكفي تراضيهما عليها مطلقاً. و من جعلها بيعاً مطلقاً أو على بعض الوجوه يناسبه توقّف اللزوم على التصرف، كالبيع معاطاه.

و اشترط في الدروس (١) تراضيهما بعد القرعه في غير قسمة منصوب الامام عليه السلام مع اشتمالها على الرد خاصّه. و هو حسن. و في اللمعه (٢) اكتفى بتراضيهما عليها من غير قرعه مطلقاً. و هو أجود. و اختاره العلامة في القواعد (٣) أيضاً.

قوله: «و يجزى القاسم الواحد. إلخ».

القسمة إن اشتملت على ردّ فلا إشكال في اعتبار التعدّد في القاسم حيث لا يترضى الشريكان بالواحد، لأن التعدّد (٤) مشرط في التقويم (٥) مطلقاً من حيث إنها شهاده و إن لم تشتمل على ردّ.

فهل يجزى قاسم واحد، بمعنى أن الإمام يجزى بنصب واحد، أم لا بدّ من اثنين كنصب الشاهد؟ مذهب الأصحاب هو الأول، إقامه له مقام الحاكم. و يؤيّده ما سبق (٦) من نصب عليّ عليه السلام قاسماً واحداً.

ص: ٢٧

١-١) الدروس الشرعيّه ١١٧:٢.

٢-٢) اللمعه الدمشقيّه: ٥٣.

٣-٣) قواعد الأحكام ٢١٨:٢.

٤-٤) في «ت، خ، د، م»: العدد.

٥-٥) في «ث، ط»: المقوم.

٦-٦) في ص: ٢٥.

و أجره القسّام من بيت المال،(١) فإن لم يكن إمام، أو كان ولا سعه في بيت المال، كانت أجرته على المتقاسمين.

فإن استأجره كلّ واحد بأجره معيّنه فلا بحث. وإن استأجره في عقد واحد، ولم يعينوا نصيب كلّ واحد من الأجره، لزمهم الأجره بالحصص. وكذا لو لم يقدرّوا أجره، كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويّه.

و اعتبر بعض (١) العامّه اثنين مطلقاً، ترجيحاً لجانب الشاهد، حيث إنه لا يشتمل على جميع أوصاف الحاكم.

قوله: «و أجره القسّام من بيت المال. إلخ».

قد ذكرنا (٢) أن أجره القسّام في (٣) بيت المال، لأنه من المصالح. فإن لم يتفق له الكفايه من بيت المال فأجرته على الشركاء، سواء طلب جميعهم القسّمه أم بعضهم دون بعض.

ثمّ ينظر إن استأجر الشركاء قاسماً و سموا له أجره و أطلقوا فتلك الأجره تتوزّع على قدر الحصص، لأنها من مئونات الملك، فأشبهت النفقه، فتكون في مقابله العمل، والعمل لمن يزداد نصيبه أكثر، كالكيل في المكيلات (٤) و الوزن في الموزونات. وكذا القول فيما لو لم يقدرّوا أجره، أو استأجره أجره (٥) فاسده، فوجبت أجره المثل.

ص: ٢٨

١-١) الحاوى الكبير ٢٤٧:١٦، حليه العلماء ١٦٥-٨-١٦٦، روضه الطالبيين ١٨٢:٨.

٢-٢) راجع ص: ٢٥.

٣-٣) في «خ»: من.

٤-٤) في «ث»: المكيل.

٥-٥) كذا فيما لدينا من النسخ الخطيه، و لعلّ الصحيح: إجاره، أو: بأجره.

و فيه وجه آخر أنه يقسّم على عدد الرؤوس، لأن عمله (1) في الحساب و المساحه يقع لهم جميعا، وقد يكون الحساب في الجزء القليل أغمض. و أيضا فإن قلّه النصيب توجب كثره العمل، لأن القسمة تقع بحسب أقلّ الأجزاء، فإن لم يجب على من قلّ نصيبه زياده فلا أقلّ من التساوى. و الأصحّ الأول.

و إن سمى كلّ واحد منهم أجره التزمها فله على كلّ واحد ما التزم، و انقطع النظر عن الحصص و الرؤوس جميعا.

و هذا واضح إن فرض اجتماعهم على الاستيجار، بأن قالوا: استأجرناك لتقسّم بيننا كذا بدينار على فلان و دينارين على فلان، أو وكلوا و كيلا فعقد لهم كذلك.

و إن فرضت عقود مترتبه، فقد ذكروا فيه إشكالا، و هو أن الشركاء إذا كانوا اثنين فعقد واحد لإفراز نصيبه، فعلى القسّم إفراز النصيبين و تمييز كلّ واحد منهما عن الآخر، لأن تمييز نصيب المستأجر لا- يمكن إلا- بتمييز نصيب الآخر، و ما يتوقّف عليه الواجب فهو واجب، فإذا استأجر بعد ذلك الآخر على تمييز نصيبه فقد استأجره على ما وجب عليه و استحقّ في ذمّته لغيره، فلم يصحّ. و كذا لو كانوا ثلاثة فعقد واحد لإفراز نصيبه، ثمّ الثانی كذلك، فعلى القسّم إفراز النصيبين، فإذا ميّزها تميّز الثالث، فإذا عقد الثالث بعد العقدين كان قد عقد على عمل مستحقّ في ذمّه الأجير لغيره، فلا يصحّ.

و أجيب بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القسّم لإفراز نصيبه و لا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرّف في

الثانى: فى المقسوم (١) و هو إما متساوى الأجزاء، كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان، أو متفاوتها، كالأشجار و العقار.

فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه، لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله، و الانفراد أكمل نفعاً.

و يقسم كيلا و وزناً، متساويا و متفاوتاً، ربويًا كان أو غيره، لأن القسمه تميز حق لا بيع.

نصيب الآخرين تردداً و تقديراً، و لا سبيل إليه إلا برضاهم. نعم، يجوز أن ينفرد واحد منهم برضا الباقين، فيكون أصلاً و كيلاً، و لا حاجه إلى عقد الباقين.

و حينئذ إن فصل ما على كل واحد منهم بالتراضى فذاك، و إن أطلق عاد الكلام فى كيفية التوزيع.

قوله: «فى المقسوم. إلخ».

اعلم أن العين المشتركة إما أن يعظم الضرر فى قسمتها، أو لا يعظم.

و الثانى: إما أن تكون مثليته، و هى المتساويه الأجزاء فى قيمه و الصفات، كالحبوب و الأدهان، أو قيمته لكنّها متشابهه الأجزاء، كالدار المتّفقه الأبنيه، و الأرض المتشابهه الأجزاء، و ما فى معناها بحيث يمكن تعديلها بعدد الأنصباء من غير ردّ و لا ضرر، أو يتوقف التعديل على الردّ من غير أن يحصل ضرر على أحد الشركاء، أو يحصل ضرر، إما على الجميع أو على البعض. فهذه أقسام المقسوم. فالقسمان الأولان يجبر الممتنع من القسمه إذا طلبها الآخر. و سيأتى حكم الباقى.

و تَبَّه بقوله: «و يقسّم كيلاً و وزناً- إلى قوله- لأن القسمة تمييز حق لا بيع» على خلاف بعض العامّة (1) حيث زعم أنها بيع مطلقاً. و منهم من جعل قسمة الرّد بيعاً دون غيرها. و منهم من جعل قسمة التراضي بيعاً دون غيرها. و وافقنا جماعه على أنها تمييز حق لا بيع مطلقاً.

و استدللّ على أنها ليست بيعاً مطلقاً بأنها لا تفتقر إلى صيغته، و يدخلها الإجماع، و تعتمد القرعة، و يتقدّر أحد النصيين بقدر الآخر، و البيع ليس فيه شيء من ذلك، و اختلاف اللوازم و الخواصّ يدلّ على اختلاف الملزومات و المعروضات. و معنى أنها تمييز و إفراز أنها تبيّن أن ما خرج لكلّ واحد منهما هو الذي ملكه.

و استدللّ من جعلها بيعاً بأنه ما من جزء من المال إلا و كان مشتركاً بينهما، و إذا اقتسما فكأنّه قد باع كلّ منهما ما كان له في حصّه صاحبه بماله في حصّته.

و اعتذروا عن الصيغته بأن البيع لا- ينحصر في صيغته معيّنه. و عن الإجماع بالحاجه الداعيه إليه، و ذلك لا- يخرجها عن كونها بيعاً، فقد يدخل الإجماع لمصلحه، كما يبيع الحاكم مال المديون قهراً، و غير ذلك من مواضع معدوده (2) في بابها.

و أجب بأن القول بكونها بيعاً لا يتمّ في مادّه مطلقاً، لأن النصف الأيمن مثلاً [عن] (3) الذي يأخذه زيد كما أنه لم يكن كلّه لزيد حتى يقال إن القسمة إفراز

ص: ٣١

١- ١) المغنى لابن قدامه ١١: ٤٩٢، الإنصاف ١١: ٣٤٤ و ٣٤٧، روضه القضاء ٢: ٧٩٧، روضه الطالبين ١٩٢: ٨- ١٩٣.

٢- ٢) في «ث، خ»: متعدّده.

٣- ٣) من الحجريّتين.

بالنصف الأيسر، لم يكن كله له حتى يقال إنه باعه من عمرو، بل النصف الذي أخذه كان نصفه له و نصفه لصاحبه. فالقسمه إفراز ما كان له منه، و معاوضه على ما كان لصاحبه. و هي لا تنحصر في البيع، لأن الصلح يفيد ذلك، إلا أن يسمّوه حينئذ بيعاً، و هو ممنوع. و أما قسمه الردّ فهي معاوضه في مقابله المردود، و من ثمّ اشترط فيها التراضي، لكن لا تنحصر المعاوضه في البيع كما ذكرناه، و يمكن كونها هنا قسماً برأسها.

و يتفرّع على الخلاف أن من جعلها بيعاً فاقسما شيئاً ربويّاً و جب التقابض في المجلس، و لم تجز قسمه المكيّل بالوزن و الموزون بالكيل. و إن جعلناها إفرازاً فالحكم بخلافه. و إليه أشار بقوله: «و يقسّم كيلاً و وزناً، ربويّاً كان أو غيره».

و أما قوله: «متساويا و متفاضلاً» فالأصل في القسمه أن تكون بنسبه الاستحقاق، فإذا كان المشترك بينهما نصفين إفرازه قسمين، و إن كان بينهما أثلاثاً إفرازه كذلك، و التفاضل في الثاني بحسب الصورة و إلا فهو متساو حقيقه، لأن مستحقّ الثلث له فيما في يد صاحب الثلاثين ثلثه، و لصاحب الثلاثين في يد ما في صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمه على هذا الوجه موجب للتسويه بينهما بالنظر إلى أصل الحقّ.

و إن أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الآخر زياده على حقّه، فليس ذلك بداخل في حقيقه القسمه، بل هو هبه محضه للزائد. فلو ترك قوله:

«متساويا و متفاضلاً» كان أولى.

و الثاني: إما أن يستضرَّ (١) الكلّ، أو البعض، أو لا يستضرَّ أحدهم.

و في الأول: لا يجبر الممتنع، كالجواهر و العضائد الضيِّقه.

و في الثاني: إن التمس المستضرَّ أجبر من لا يتضرَّر. و إن امتنع المتضرَّر لم يجبر.

و يتحقَّق الضرر المانع من الإِجبار بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة. و قيل بنقصان قيمه. و هو أشبه. و للشيخ قولان.

قوله: «و الثاني: إما أن يستضرَّ الخ».

المشترك غير المثلى إما أن يحصل الضرر بقسمته على جميع الشركاء، كالجوهره النفيسه تكسر، و الثوب الرفيع يقطع، أو يتضرَّر بعضهم دون بعض، كدار بين اثنين لأحدهما عشرين و للآخر باقيها، و لو قسّمت لم يصلح العشر للمسكن و تصلح تسعه الأعمار، أو لا يتضرَّر أحد منهم.

فمع الضرر لا يجبر المتضرَّر إذا امتنع من القسمة، لظهور عذره، و عموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: «لا ضرر و لا ضرار» (١).

و إن طلب أحدهم حيث لا ضرر، أو طلب المتضرَّر حيث يختصَّ الضرر بأحد (٢)، أجيب. أما الأول فلانتفاء الضرر رأساً، فله طلب تخليص ملكه من الآخر، كما في المثلى. و أما الثاني فلأن الطالب هو الذى أدخل الضرر على نفسه فيجاء إليه، و ليس للآخر الامتناع، لانتفائه عنه. و كذا لو تضرَّر الجميع و اتَّفَقوا على القسمة. لكن يجب تقييد الحكم فى الموضوعين بما إذا لم تبطل منفعه

ص: ٣٣

١- (١) الكافي ٥: ٢٩٢ ح ٢، الفقيه ٣: ١٤٧ ح ٣، التهذيب ٧: ١٤٦ ح ٦٥١، الوسائل ١٧: ٣٤١ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات ح ٣.

٢- (٢) فى «ت»: بأحد الشركاء، و فى «خ»: الضرر به.

المقسوم بالكلية فتذهب مالهته، فإنهم لا يجابون إليها، لما فيه من إذهاب المال في (١) غير غرض صحيح.

إذا تقرّر ذلك، فقد اختلفوا (٢) في ضبط الضرر المانع من القسمة على أقوال:

أحدها: أنه عدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة. ووجه التضرر على هذا الوجه ظاهر، لأن بطلان منفعة الملك ضرر يبين، وهو منفي بالرواية.

و الثاني - وهو الذى اختاره المصنف رحمه الله هنا - أنه نقصان القيمة و إن بقيت المنفعة. و حجّته أيضا الخبر، نظرا إلى فوات الماله في الجملة.

و هذان القولان للشيخ في المبسوط (٣)، و الأول له في الخلاف (٤) أيضا.

و للمصنف - رحمه الله - أيضا، أولهما في باب الشفعة (٥)، و الآخر هنا. و هما للعلامه (٦) أيضا.

و الثالث: أنه عدم الانتفاع به منفردا فيما كان ينتفع به مع الشركه، كالدار الصغيره إذا قسّمت أصاب كلّ واحد موضع ضيق لا ينتفع به في السكنى على ذلك الوجه، و إن انتفع به في غيرها.

ص: ٣٤

١ - ١) في «ث، خ»: من.

٢ - ٢) في «أ»: اختلف.

٣ - ٣) المبسوط ١٣٥: ٨.

٤ - ٤) الخلاف ٢٢٩: ٦ مسألة (٢٧).

٥ - ٥) راجع ج ٢٦٥: ١٢.

٦ - ٦) قواعد الأحكام ٢١٩: ٢، تذكره الفقهاء ٥٨٩: ١ - ٥٩٠.

ثمَّ المقسوم إن لم يكن (١) فيه ردّ و لا ضرر أجبر الممتنع. و تسمّى قسمه إجبار. و إن تضمّنت أحدهما لم يجبر. و تسمّى قسمه تراض.

و يقسّم الثوب الذى لا تنقص قيمته بالقطع كما تقسّم الأرض. و إن كان ينقص [قيمه] بالقطع لم يقسّم، لحصول الضرر بالقسمه. و تقسّم الثياب و العبيد بعد التعديل بالقيمه قسمه إجبار.

و الرابع: أنه نقص القيمه نقصانا فاحشا بحيث يحصل به الضرر عرفا. و هذا أقوى. و هو خيرُه الشهيد-رحمه الله- فى الدروس (١). و يمكن أن يريد به مطلق القول بنقصان القيمه. و مرجع الأقوال كلّها إلى خبر الضرر.

قوله: «ثمَّ المقسوم إن لم يكن: إلخ».

قسّم المصنف-رحمه الله- القسمه إلى أمرين: قسمه تراض، و قسمه إجبار، و جعل الضابط أن المقسوم متى أمكن تعديله من غير ردّ و لا ضرر فقسمته قسمه إجبار، و متى اشتملت على أحدهما فهى قسمه تراض. و الأول يشمل قسمه المثلى و القيمى. و ألحق قسمه التعديل فى الأعيان المتعدّده القيمه بقسمه الإجبار.

و منهم (٢) من قسّمها ثلاثه أقسام: قسمه الإفراز. و هى: أن يكون الشىء قابلا- للقسمه إلى أجزاء متساويه الصفات، كذوات الأمثال، و كالثوب الواحد و العرصه الواحده المتساويه. و لا إشكال فى كون هذا القسم إجباريا مع بقاء الحصص بعد القسمه منتفعا بها أو حافظه للقيمه كما مرّ.

و الثانى: قسمه التعديل. و هى: ما تعدّل سهامها بالقيمه. و هى تنقسم: إلى ما يعدّ شيئا واحدا، و إلى ما يعدّ شيئين فصاعدا.

ص: ٣٥

١-١) الدروس الشرعيّه ١١٧: ٢.

٢-٢) روضه الطالبين ١٨٥: ٨-١٩٢.

فالأول: ما يعدّ شيئاً واحداً، كالأرض التي تختلف قيمه أجزائها، لاختلافها في قوّه الإنبات، أو في القرب من الماء و البعد منه، أو في أن بعضها يسقى من النهر و بعضها بالنضح، فيكون ثلثها لوجودته بالقيمه مثل ثلثيها مثلاً.

فيجعل هذا سهماً و هذا سهماً إن كانت بينهما بالسويّه، و إن اختلفت الأنصباء اعتبرت بالقيمه دون المساحه.

و مقتضى عباره المصنف-رحمه الله-قسمه هذه إجباراً، إلحاقاً للتساوى في القيمه بالتساوى في الأجزاء. و يحتمل عدم الإجبار هنا، لاختلاف الأغراض و المنافع.

و الوجهان جاريان فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس، كالبستان الواحد المختلف الأشجار، و الدار الواحد المختلفه البناء.

و الأشهر الإجبار في الجميع، و لو لا ذلك لامتنع الإجبار في البستان، لاشتماله على الأشجار المختلفه غالباً، و في الدار المشتمله على الحيطان و الجذوع و الأبواب. و هذا شأن الدور و البساتين. و ينجرّ ذلك إلى أن لا تثبت فيها الشفعه، كالطاحونه و الحمام. و هو بعيد.

و الثانى: ما يعدّ شيئين فصاعداً. و هو ينقسم إلى عقار و غيره. فالأول كما إذا اشتركا في دارين أو حانوتين متساويتى القيمه، و طلب أحدهما القسمه، بأن يجعل لهذا دار و لهذا دار.

و لا- يجبر الممتنع هنا، سواء تجاور الداران و الحانوتان أم تباعداً، لشدّه اختلاف الأغراض باختلاف المحالّ و الأبنيه، فيلحقان بالجنسين المختلفين.

و عند بعض العامه (١)أنهما يجبران عند التجاور،و عند آخرين (٢)مطلقا.و لو كانت بينهما دكاكين متلاصقه لا يحتمل آحادها القسمه-و تسمى العضائد- فطلب أحدهما أن تقسم أعيانها،ففى إجبار الممتنع وجهان أظهرهما العدم.

و سيأتى (٣).

و أما غير العقار،فإذا اشتركا فى عبيد أو دواب أو أشجار أو ثياب،فإما أن تكون من نوع واحد أو من متعدّد (٤).فإن كانت من نوع واحد،و أمكن التسويه بين الشريكين عددا و قيمه،كعبدين متساويي القيمه بين اثنين،و ثلاث دواب متساويه القيمه بين ثلاثه،فالذى اختاره المصنف-رحمه الله-و الأكثر أنه يجبر على قسمتها أعيانا،و يكتفى بالتساوى فى القيمه،بخلاف الدور،لشده اختلاف الأغراض فيها.و لأن النبى (٥)صلّى الله عليه و آله جزأ العبيد السنّه الذين أعتقهم الأنصارى فى مرضه ثلاثه أجزاء.و لأنه ليس اختلاف الجنس الواحد فى القيمه بأكثر من اختلاف قيمه الدار الكبيره و القرية العظيمه،فإن أرض القرية تختلف،سيما إذا كانت ذات أشجار مختلفه و أرضين متنوعه،و الدار ذات البيوت المختلفه المساحه،فكما لا- يمنع اختلاف الدار و القرية من الإجبار،لا يمنع اختلاف الجنس الواحد من الإجبار.

ص:٣٧

١- ١) حليه العلماء ٨:١٧٨،المغنى لابن قدامه ١١:٤٩٩،روضه القضاء ٢:٨٠٠.

٢- ٢) حليه العلماء ٨:١٧٩،المغنى لابن قدامه ١١:٤٩٩،روضه القضاء ٢:٨٠٠.

٣- ٣) فى ص:٥٣.

٤- ٤) فى «خ»:من أنواع متعدده.

٥- ٥) مسند أحمد ٤:٤٢٦،صحيح مسلم ٣:١٢٨٨ ح ٥٦،سنن أبى داود ٤:٢٨ ح ٣٩٥٨،سنن الترمذى ٣:٦٤٥ ح ١٣٦٤،سنن

البيهقى ١٠:٢٨٥.

و فى القواعد (١) استشكل الحكم فى العبد. و وجه الاشكال ممّا ذكرناه، و من تفاوت الأغراض بتفاوت الأشخاص، كمختلفى الجنس. و نقل فى المبسوط (٢) عن بعضهم عدم الإيجاب هنا. و المذهب هو الأول.

و لو لم يمكن التسويه فى العدد، كثلاثه أعبد بين اثنين على السواء، أحدهما (٣) يساوى الآخرى فى القيمه. فإن قلنا بالإيجاب عند إمكان التسويه فهنا وجهان، ينظر أحدهما إلى تعادل القيمه، و الثانى إلى اختلاف العدد و تفاوت الأغراض. و مثله القول فى الأراضى المختلفه الأجزاء.

و لو كانت الشركه لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان، كعبدى بين اثنين قيمه أحدهما مائه و قيمه الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمه ليختص من أخرجت له القرعه الخسيس به، و يربّع النفيس، ففى إيجاب الآخر وجهان مبتيان على المسأله السابقه، فإن قلنا لا إيجاب هناك فهنا أولى، و إن قلنا بالإيجاب هناك فهنا وجهان أصحهما المنع، لأن الشركه لا ترتفع بالكلية.

و لو كانت الأعيان من أنواع مختلفه، كالعبد التركى مع الهندى، و الثوب الإبريسم مع الكتان، مع تساويهما فى القيمه، ففى إيجاب الممتنع وجهان مرتبان.

و أولى بالمنع هنا لو قيل به فى السابق. و كذا القول لو اختلفت قيمتهما و أمكن التعديل. و يظهر من المصنف و جماعه عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القيمه.

و أما الأجناس المختلفه، كالعبد و الثوب و الحنطه و الشعير و الدابّه و الدار،

ص: ٣٨

١-١) قواعد الأحكام ٢:٢١٩.

٢-٢) المبسوط ٨:١٤٧.

٣-٣) كذا فيما لدينا من النسخ الخطيه، و لعلّ الصحيح: أحدها، أو: أحدهم.

و إذا سألا- الحاكم (١) القسمة، و لهما بينه بالملك، قسّم. و إن كانت يدهما عليه و لا منازع [لهما]، قال الشيخ في المبسوط (١): لا يقسّم، و قال في الخلاف (٢): يقسّم. و هو الأشبه، لأن التصرف دلالة الملك.

فلا إجبار في قسمة أعيانها بعضا (٣) في بعض و إن تساوت قيمتها.

و الثالث: قسمة الردّ، بأن يكون بينهما عبدان قيمة أحدهما ألف و قيمة الآخر ستمائة، فإذا ردّ أخذ النفيس مائتين استويا. و لا خلاف في كون هذا القسم مشروطا بالتراضى. و سيأتى (٤) الكلام فيه.

قوله: «و إذا سألا الحاكم. إلخ».

إذا كان في يد اثنين ملكا يقبل القسمة، و لا منازع لهما في ملكه ظاهرا، فطلبنا من الحاكم قسمته بينهما، فإن أقاما بينه أنه ملكهما أجابهما إلى القسمة.

و إن لم يقيما بينه ففي إجابتهما قولان:

أحدهما: العدم، لأنه قد يكون في يدهما بإجاره أو إعاره، فإذا قسّمه بينهما لم يؤمن أن يدّعا ملكه محتجين بقسمة القاضي.

و الثاني: نعم، اكتفاء بدلاله اليد على الملك، لكن يكتب الحاكم و يشهد أنه إنما قسّم بقولهما (٥) لئلا يتمسكا بقسمته.

و اعترض على تقدير إقامه البينة بأنها إنما تقام و تسمع على خصم، و لا خصم هاهنا.

ص: ٣٩

١- ١) المبسوط ١٤٧: ٨-١٤٨.

٢- ٢) الخلاف ٢٣٢: ٦ مسألة (٣٠).

٣- ٣) في «ث»: بعضها.

٤- ٤) في ص: ٤٨.

٥- ٥) في الحجرتين: بقولهما قولا لئلا.

الثالث: في كيفية القسمة. (١) الحصص إن تساوت قدرا و قيمه فالقسمة بتعديلها على السهام، لأنه يتضمّن قيمه، كالدار تكون بين اثنين و قيمتها متساوية. و عند التعديل: يكون القاسم مخيرا بين الإخراج على الأسماء، و الإخراج على السهام.

أما الأول: فهو أن يكتب كلّ نصف في رقعته، و يصف كلّ واحد بما يميّزه عن الآخر، و يجعل ذلك مصونا في سائر كالشمع أو الطين، و يأمر من لم يطلع على الصورة بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين، فما خرج فله.

و أما الثاني: فإن يكتب كلّ اسم في رقعته و يصونهما، و يخرج على سهم من السهمين، فمن خرج اسمه فله ذلك السهم.

و أجيب بأن القسمة تتضمّن الحكم لهما بالملك، و قد يكون لهما خصم غائب فتسمع البيّنه عليه.

و لا- فرق في ذلك كلّ بين كون المقسوم منقولاً- و غيره. و فرّق بعض العامّة (١) و خصّ الخلاف بالعقار، و قطع في المنقول بالقسمة. و هو تحكّم.

قوله: «في كيفية القسمة. إلخ».

العين المقسومه (٢) بالتعديل إما أن تكون متساوية القيمة بالنسبة إلى أجزائها، بحيث تساوى قيمه نصفها قيمه النصف الآخر و قيمه ثلثها قيمه الثلث، حيث يحتاج إلى قسمتها كذلك، أو تختلف القيمة. و على التقديرين: إما أن تكون

ص: ٤٠

١- (١) الحاوى الكبير ١٦: ٢٧١، حليه العلماء ٨: ١٨١.

٢- (٢) في «ث» و الحجرّيتين: المنسوبه.

الحصص متساويه، كما لو كان الاشتراك بين اثنين لكل واحد نصفها، أو بين ثلاثة و لكل واحد ثلثها، أو مختلفه بأن كان لواحد من الاثنين ثلثان و للآخر ثلث، أو لواحد من الثلاثة نصف و لآخر ثلث و للثالث سدس. فالصور أربع. وقد أشار المصنف-رحمه الله- إلى حكمها. و المعتبر فيها صورتان، لأن التعديل بالقيمه هو المعتبر، سواء اتفقت أجزاءها فيها أم اختلفت.

الصورة الأولى: أن تكون الحصص متساويه، كنصفين [بين اثنين] (١) و ثلاثة أثلاث بين ثلاثة و نحو ذلك، فتعدل السهام بالقيمه كذلك، بأن تقسم في الأول نصفين بالقيمه و إن كان مقدار أحد النصفين أزيد من الآخر، و تعدل أثلاثا في الثاني كذلك، ثم تخرج بالقرعه كما ذكره المصنف رحمه الله. و طريقه واضح.

و ما ذكره من كتبه الأسماء و السهام و وضعه في بندقه من طين و نحوه هو المشهور في استعمال الفقهاء، و لكن لا يتعين، فلو جعلها بالأقلام و الحصى و الورق و ما جرى مجراها مع مراعاة الستر كفى. و قد أشرنا إليه في باب العتق (٢).

و حيث تكون القسمة بين اثنين فخرج اسم أحدهما لأحد السهمين أو أحد السهمين له لا- يحتاج إلى إخراج الآخر، بل تعين المتخلف له.

و لو كان بين ثلاثة أثلاثا جعل ثلاثة أجزاء متساويه بالقيمه (٣)، و كتب ثلاث رقاع أو ما في معناها باسم السهام الثلاثة معينه أو باسم الشركاء. و ينبغي وضع الرقاع في حجر من لم يحضر الكتابه، أو لا يعرفها، أو لا يعرف ما عنيت (٤).

ص: ٤١

١- ١) من «ت، ط».

٢- ٢) في ج ٣١٢: ١٠ و ٣١٥.

٣- ٣) في «أ، خ»: القيمه.

٤- ٤) في «ث، د، م»: عينت.

و إن تساوت قدراً (١) لا- قيمه عدلت السهام قيمه و ألغى القدر، حتى لو كان الثلثان بقيمته مساويا للثلث جعل الثلث محاذيا للثلثين. و كيفيه القرعه عليه كما صورناه.

و إن تساوت الحصص قيمه لا قدرأ، (٢) مثل: أن يكون لواحد النصف و للآخر الثلث و للآخر السدس، و قيمه أجزاء ذلك الملك متساويه، سوّيت السهام على أقلهم نصيباً فجعلت أسداساً.

ثمّ كم تكتب رقعته؟ فيه تردّد بين أن يكتب بعدد الشركاء أو بعدد السهام. و الأقرب الاقتصار على عدد الشركاء، لحصول المراد به، فالزياده كلفه.

له المجعوله لذلك فى معنى الرقاع. ثمّ يؤمر بإخراج واحده على الجزء الأول إن كانت الرقاع مجعوله بالكتابه و نحوها بأسماء الشركاء، فمن خرج اسمه أخذ، ثمّ يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الذى يلى الأول، فمن خرج اسمه من الآخرين أخذه، و تعين الثالث للثالث. و إن كانت مكتوبه باسم الأجزاء أخرجت رقعته باسم زيد، ثمّ أخرى باسم عمرو، و يتعين الثالث للثالث. و تعيين من يبتدى به من الشركاء و الأجزاء منوط بنظر القسام.

قوله: «و إن تساوت قدرأ. إلخ».

قد عرفت أن الحكم فى هذه الصوره كالسابقه، و أن المعتبر التعديل بالقيمه، سواء تساوت الأجزاء فيها أم لا، فالحكم لا يختلف.

قوله: «و إن تساوت الحصص قيمه لا قدرأ. إلخ».

إذا اختلفت مقادير الأنصباء، كما إذا كان لزيد نصف و لعمرو ثلث و لثالث سدس، جزئت الأقسام على أقل السهام و هو سدس، لأنه يتأدى به القليل و الكثير، فيجعلها سته أجزاء.

إذا عرفت هذا،(١) فإنه يكتب ثلاث رقاع لكل اسم رقعته، ويجعل للسهم أول و ثان، وهكذا إلى الأخير. و الخيار فى تعيين ذلك إلى المتقاسمين. و لو تعاسرا عينه القاسم.

ثم يخرج رقعته، فإن تَضَمَّت اسم صاحب النصف فله الثلاثة الأول. ثم يخرج ثانيه، فإن خرج صاحب الثلث فله السهمان الآخران.

و لا يحتاج إلى إخراج الثالثه، بل لصاحبها ما بقى.

ثم فى مقدار ما يكتب من الرقاع للقرعه بينهم وجهان:

أحدهما- هو الأشهر:- أن يكتب ثلاث رقاع بعدد الشركاء، فى كل واحد اسم واحد، و يخرج مرتين، و يكتفى بهما عن الثالثه، فلا وجه لتكلف الزائد.

و الثانى: أن يكتب ست رقاع، لصاحب السدس رقعته، و لصاحب الثلث رقتان، و لصاحب النصف ثلاث. و قوَاه فى المبسوط (١)، محتجاً بأن كل من كان سهمه أكثر كان حظّه أوفر، و له مزيّه على صاحب الأقل، فإذا كتب لصاحب النصف ثلاث رقاع كان خروج رقعته أسرع و أقرب، و إذا كتب له واحد كان خروج رقعته و رقعته صاحب السدس سواء، فلهذا قيل: يكون له أكثر من رقاع غيره.

و الوجه: جواز الأمرين، و إنما الكلام فى الأولويّه، و لا- ريب أن الأول أولى، لحصول الفائده، مع الاختصار، و ترك تطويل الحساب [أربح] (٢).

قوله: «إذا عرفت هذا. إلخ».

ما ذكره من الكيفيته تفرّيع على ما اختاره من كتابه ثلاث رقاع بأسماء

ص: ٤٣

١- ١) المبسوط ١٣٧: ٨-١٣٨.

٢- ٢) من «أ، خ، ت، ث»، و فى الأخيرين: ربح.

و كذا لو خرج اسم صاحب الثلث أولا كان له السهمان الأولان. ثم يخرج أخرى، فإن خرج صاحب النصف فله الثالث و الرابع و الخامس.

و لا يحتاج إلى إخراج أخرى، لأن السادس تعين لصاحبها.

و هكذا لو خرج اسم صاحب السدس أولا كان له السهم الأول. ثم يخرج أخرى، فإن كان صاحب الثلث كان له الثاني و الثالث، و الباقي لصاحب النصف. و لو خرج فى الثانيه صاحب النصف كان له الثاني و الثالث و الرابع، و بقى الآخران لصاحب الثلث من غير احتياج إلى إخراج اسمه.

الشركاء. و الحكم على ما ذكره واضح. و كذا يجرى على القول بكتبه ست رقع بأسمائهم، و ليس فيه إلا أن اسم صاحب الكثير و الأكثر يكون أسرع خروجا.

و عليه، فإذا أخرج واحده من رقع صاحب النصف أعطى الثلاثه الأول، فإذا أخرج ثانيه فخرجت باسمه ألغيت و أخرج ثالثه، فإن خرجت باسمه ألغيت أيضا، للاستغناء عنهما بالأولى. و إن خرجت واحده من رقتى صاحب الثلث أعطى الرابع و الخامس، و لا يحتاج إلى إخراج ما بقى، و تعين السادس لصاحب السدس.

و إن خرجت الأولى لصاحب السدس أعطى الأول، ثم أخرج أخرى، فإن خرجت لصاحب النصف أعطى الثاني و الثالث و الرابع، و لا يحتاج إلى إخراج الأربع الباقية، لتعين الخامس و السادس لصاحب الثلث.

و إن خرجت الأولى لصاحب الثلث أعطى الأول و الثاني، ثم تخرج أخرى، فإن خرجت له أيضا ألغيت و أخرجت أخرى، فإن خرج لصاحب

و لا يخرج فى هذه على السهام،(١)بل على الأسماء، إذ لا يؤمن من أن يؤدى إلى تفرق السهام، و هو ضرر.

السدس أعطى الثالث، و تعينت الثلاثة الأخيره لصاحب النصف، و لا يحتاج إلى إخراج باقى الرقاع. و هكذا.

قوله: «و لا يخرج فى هذه على السهام. إلخ».

المراد أنه لا- يكتب الرقاع بأسماء السهام الستة و يخرج على أسماء الشركاء، لأنه ربما يخرج لصاحب السدس الجزء الثانى أو الخامس فيتفرق ملكك من له النصف أو الثلث. و أيضا ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف و يقول: آخذه و سهمين قبله، فيقول الآخران: بل خذه و سهمين بعده، فيفضى إلى التنازع. و يجوز مع رجوعهم فى جميع الحصه إلى الرقاع أن يخرج لصاحب النصف ثلاثة متفرقه، و كذا لصاحب الثلث يخرج اثنتان متفرقتان، فيؤدى إلى الإضرار.

و قد عرفت ممّا سبق أنه مع كتابه الرقاع باسم الشركاء يخرج على السهام الأول و الثانى إلى الآخر، و إن كتبت باسم السهام يخرج على الأسماء. و هذه الصوره التى بين كيفيتها قد كتب فيها أسماء الشركاء، و جعل للسهام أول و ثان إلى السادس، و أخرج عليها، بمعنى أن الخارج اسمه أولا- يعطى الأول منها من الجهه التى اتفقوا عليها أو عيّنها القاسم، و ما بعده إن احتيج إليه إلى الآخر.

فكتابه الأسماء يخرج على السهام، و كتابه السهام يخرج على الأسماء.

و المصنف-رحمه الله- جمع هنا بين الأمر بكتابه الأسماء المستلزمه للإخراج على السهام، بل المصرّحه بذلك، ثم أمر بإخراجها على الأسماء و نفى إخراجها على السهام، مع أن حقه العكس. و وافقه على هذه العبارة

العلامه فى الإرشاد (١).و عكس فى القواعد (٢)،و جماعه (٣)من الفضلاء.و هو الصواب.

و فى التحرير (٤)و الدروس (٥)اقتصر على إخراج الأسماء من غير أن يجعله على السهام أو غيرها.و هو أجود، إذ لا ينطبق الإخراج على السهام، لاختلافها باختلاف الأسماء، بل المعتبر فى الاسم الخارج أولاً أن يعطى الأول قطعاً و ما بعده إلى تمام الحق إن احتيج إليه، بأن كان الاسم لغير صاحب السدس.و لا تتعين السهام إلا بعد تحقق الاسم.لكن لما كان السهم الأول متعيناً للاسم صدق إخراج الأسماء على السهام فى الجملة، بخلاف العكس، فإنه إما فاسد أو محتاج إلى تكلف بعيد.

إذا تقرّر ذلك، فاعلم أن محذور تفريق السهام على تقدير إخراجها على الأسماء يلزم على تقدير الإخراج أولاً على اسم صاحب السدس، بأن يخرج له السهم الثانى أو الخامس كما ذكرناه سابقاً.و يمكن الغنا عنه بأن يبدأ أولاً باسم صاحب النصف، فإن خرج الأول باسمه أعطى الأول و الثانى و الثالث، و إن خرج الثانى فكذلك يعطى معه ما قبله و ما بعده، و إن خرج الثالث قال بعضهم:

يوقف و يخرج لصاحب الثلث، فإن خرج فله الأول و الثانى، و لصاحب النصف الثالث و اللذان بعده، و تعين السادس لصاحب السدس.و كذا الحكم لو خرج لصاحب الثلث الثانى.و إن خرج له الخامس فله الخامس و السادس.

ص: ٤٦

١-١) إرشاد الأذهان ١:٤٣٤.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢:٢٢٠.

٣-٣) انظر المغنى لابن قدامه ٥٠٤:١١-٥٠٥، روضه الطالبين ٨:١٨٥.

٤-٤) تحرير الأحكام ٢:٢٠٤.

٥-٥) الدروس الشرعيه ٢:١١٨.

وقيل: إذا خرج لصاحب النصف الثالث فله الثالث و اللذان قبله. و إن خرج الرابع فله الرابع و اللذان قبله، و تعين الأول لصاحب السدس، و الأخيران لصاحب الثلث. و إن خرج الخامس فله الخامس و اللذان قبله، و تعين السادس لصاحب السدس، و الأولان لصاحب الثلث. و إن خرج السادس فله السادس و اللذان قبله.

و متى أخذ الخارج حقه و لم يتعين حق الآخرين، أخرج رقه أخرى باسم أحد الآخرين، فلا يقع تفريق.

و هذه التوجيهات لا دليل على اعتبارها، و إن سلم معها التفريق. نعم، لو اتفق الشركاء على العمل بها، أو رأى القاسم ذلك صلاحاً، أتجه ذلك. و معه يمكن البدء أيضاً باسم صاحب السدس، فإن خرج باسمه الجزء الأول أو الثاني دفع إليه الأول. و إن خرج الخامس أو السادس دفع إليه السادس، ثم يخرج باسم أحد الآخرين، فلا يقع تفريق. و إن خرج له الثالث دفع إليه، و تعين الأولان لصاحب الثلث، و الثلاثة الأخيره لصاحب النصف. و إن خرج له الرابع دفع إليه، و تعين الأخيران لصاحب الثلث، و الثلاثة الأول لصاحب النصف.

فإن بدئ لصاحب الثلث، فإن خرج له الأول أو الثاني دفع إليه الأول و الثاني. و إن خرج الخامس أو السادس دفع إليه الخامس و السادس، ثم يخرج باسم أحد الآخرين و يكمل بسهولة. و إن خرج لصاحب الثلث الثالث فله الثالث و الثاني، و تعين الأول لصاحب السدس، و الثلاثة الأخيره لصاحب النصف. و إن خرج الرابع فله الخامس معه، و تعين السادس لصاحب السدس، و الثلاثة الأول لصاحب النصف.

و لو اختلفت السهام (١) و القيمه عدلت السهام تقويما، و ميّزت على قدر سهم أقلهم نصيبا، و أقرع عليهما كما صوّرناه.

أما لو كانت قسمه ردّ، (٢) و هي المفتقره إلى ردّ في مقابله بناء أو شجر أو بئر، فلا تصحّ القسمة ما لم يتراضيا جميعا، لما يتضمّن من الضميمة التي لا تستقرّ إلا بالتراضى.

و إذا اتّفقا على الردّ، و عدلت السهام، فهل يلزم بنفس القرعه؟ قيل: لا، لأنها تتضمّن معاوضه، و لا يعلم كلّ واحد من يحصل له العوض، فيفتقر إلى الرضا بعد العلم بما ميّزته القرعه.

هكذا قرّر بعضهم (١). و هو إنما يتمّ مع اتّفاقهم عليه أو مع رأى القاسم. و لا ريب في أن الاقتصار على ما ذكره المصنف أولى و أقلّ كلفه.

قوله: «و لو اختلفت السهام. إلخ».

هذا هو القسم الرابع. و الحكم فيه كالثالث، لأنّ المعترف في جعل السهام على أقلّها مراعاة القيمة لا المقدار، فإن اتّفق المقدار (٢) لذلك (٣) فذاك، و إلا- اعتبرت القيمة، فقد يجعل ثلث الأرض بسدس، و نصفها بسدس آخر، و السدس الآخر يقسّم أربعا، فتصير السهام ستّة متساويه القيمة. و هكذا. و الأمر في إخراجها بالقرعه كالسابق.

قوله: «أما لو كانت قسمه ردّ. إلخ».

قسمه الردّ هي التي لا يمكن فيها تعديل السهام بالقيمة، بل تفتقر إلى

ص: ٤٨

١-١) انظر روضه الطالين ١٨٦: ٨-١٨٧.

٢-٢) في «د»: المقداران.

٣-٣) سقطت من «خ، د».

ضميمه شيء خارج عن المشترك إلى بعض الأقسام ليحصل التعادل. كما لو كان في أحد جانبي الأرض بئرا و شجرا، و في الدار بيت لا يمكن قسمته، فتقسم الجملة على أن يردّ من يأخذ الجانب الذي فيه أحد تلك الأمور شيئا من المال، أو يكون المشترك عبيدين قيمه أحدهما ألف و قيمه الآخر سته مائه، فلا- يستويان إلا- بردّ أخذ النفيس مائتين. و وجه عدم الإيجابار في هذه القسمة: اشتمالها على دخول ما لا قسمه فيه، فكان معاوضه محضه تتوقف على التراضي.

ثمّ على تقدير التراضي عليها إن اتفقا على أن يكون الردّ من واحد معيّن، و أوقعا صيغته معاوضه تقتضى ذلك كالصلح، فلا بحث. و إن اتفقا عليه، و دفع الزاد العوض من غير صيغته خاصه، كان الحكم هنا كالمعاطاه لا تلزم إلا بالتصرّف عند من جعل ذلك حكم المعاطاه، و إن لم نقل بتوقف التراضي على القسمة مع عدم الردّ على التصرّف. و الفرق ما أشرنا إليه من اشتمال قسمه الردّ على المعاوضه المقتضيه للصيغه الداله على التراضي على ما وردت عليه من العوضين، و المقسوم الزائد على ما قابل المردود غير متعين، فلا يمكن تخصيصه بالزوم مع التراضي بدون التصرّف.

و إن اتفقا على إخراج السهم لأحدهما بالقرعه فهل يلزم بنفس القرعه، فيثبت العوض لمن أخرجته أو عليه؟ قال الشيخ- رحمه الله- في المبسوط (1):

لا، لما ذكرناه من تضمّنها المعاوضه التي لا مدخل للقرعه فيها، و لأنه لا يعلم كلّ واحد من يحصل له العوض المردود.

و اقتصار المصنف- رحمه الله- على نقله قولاً يؤذن برده أو التردّد فيه.

ص: ٤٩

و كذلك فعل العلامه فى القواعد (١). و فى التحرير (٢) جزم بتوقف قسمه التراضى مطلقا على التراضى بعد القرعه باللفظ، مثل «رضيت» و ما أدى معناه. و كذلك فى الدروس (٣). و هو الأقوى.

و وجه العدم صدق اسم القسمه عليها. و القرعه موجه لتمييز الحقّ مع اقترانها بالرضا بها كما سلف.

و ظاهر المصنف و غيره (٤) أن مورد الخلاف فيما إذا لم يكن القاسم منصوبا من الامام، و إلا لم يعتبر الرضا بعدها مطلقا. و قد تقدّم (٥) فى العبارة ما يدلّ عليه. مع احتمال جريان الخلاف فيهما، لأنّ المعاضه لا تؤثر فيها نظر الحاكم، بل أمرها يرجع إلى المتعاضين.

و كلام الشيخ فى المبسوط يدلّ على ذلك، لأنه جعل مورد المسأله الأولى التى ذكر فيها لزوم قسمه المنصوب دون غيره قسمه الإيجاب، و جعل مورد هذه قسمه الردّ. و فرّق فى الأولى بين كون القاسم منصوب الامام و غيره، و أطلق فى هذه.

و هذه عبارته: «القسمه ضربان: قسمه إيجاب، و قسمه تراض، فإن كانت قسمه إيجاب نظرت فى القاسم، فإن كان قاسم الامام لزم بالقرعه، لأنّ قرعه القاسم كحكم الحاكم، لأنه يجتهد فى تعديل السهام كما يجتهد الحاكم فى إطلاق

ص: ٥٠

١-١) قواعد الأحكام ٢:٢٢٠.

٢-٢) تحرير الأحكام ٢:٢٠٤.

٣-٣) الدروس الشرعيّه ٢:١١٧.

٤-٤) تحرير الأحكام ٢:٢٠٤.

٥-٥) فى ص: ٤٨.

مسائل ثلاث:

الأولى: لو كان لدار علو و سفلى، فطلب أحد الشريكين قسمتها

الأولى: لو كان لدار علو و سفلى، (١) فطلب أحد الشريكين قسمتها، بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفلى بموجب التعديل، جاز، و أجبر الممتنع مع انتفاء الضرر.

و لو طلب انفراده بالسفلى أو العلو لم يجبر الممتنع. و كذا لو طلب قسمه كل واحد منهما منفردا.

الحق، و إن كان القاسم رجلا ارتضوا به حكما و قاسما فالحكم فيه كالتراضى بحاكم يحكم بينهما (١). ثم قوى اعتبار التراضى بعد القرعة فيه و فيما لو اقتسما بأنفسهما.

ثم قال: «هذا فى قسمه الإيجاب، أما قسمه التراضى، و هى التى فيها رد، فهل تلزم بالقرعة أم لا؟ قال قوم: تلزم كقسمه الإيجاب، و قال آخرون: لا تلزم، لأن القرعة هاهنا ليعرف البائع الذى يأخذ الرد و المشتري الذى يدفع الرد، فإذا تميز هذا بالقرعة اعتبرنا التراضى بعد القرعة على البيع و الشراء، و هذا هو الأقوى» (٢) انتهى.

و المصنف - رحمه الله - أطلق (٣) الحكم فى لزومها بالقرعة فى منصوب الامام، من غير فرق بين قسمه الإيجاب و التراضى. و أطلق القول هنا فى قسمه الرد كما ذكر الشامل للأمرين. و فى الدروس (٤) أيضا صرح بكون قسمه المنصوب تلزم بالقرعة مطلقا، و غيره يعتبر تراضيهما فى قسمه الرد خاصه.

قوله: «لو كان لدار علو و سفلى، إلخ».

العلو و السفلى بمنزله بيتين (٥) متجاورين، فإذا طلب أحدهما قسمه كل

ص: ٥١

١- ١) المبسوط ١٤٨: ٨.

٢- ٢) المبسوط ١٤٨: ٨.

٣- ٣) راجع ص: ٢٦.

٤- ٤) الدروس الشرعيه ١١٧: ٢.

٥- ٥) فى «ا، ت، ث، ط»: شيئين.

الثانيه: لو كان بينهما أرض و زرع، فطلب قسمه الأرض حسب

الثانيه: لو كان بينهما أرض و زرع، (١) فطلب قسمه الأرض حسب، أجبر الممتنع، لأن الزرع كالمتاع في الدار.

و لو طلب قسمه الزرع، قال الشيخ: لم يجبر الآخر، لأن تعديل ذلك بالسهم غير ممكن.

و فيه إشكال، من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله.

أما لو كان بذرا لم يظهر لم تصح القسمه، لتحقق الجهاله. و لو كان سنبلا قال أيضا: لا يصح. و هو مشكل، لجواز بيع الزرع عندنا.

واحد منهما على حدته، بحيث يكون لكل واحد منهما نصيبا من كل منهما، و لم يكن في ذلك ضرر، أجبر الممتنع، كما يجبر على قسمه البيت الواحد كذلك.

و لا فرق بين أن يجعل نصيب كل منهما من العلو فوق نصيبه من السفل و عدمه. و يحتمل اشتراط الأول في الإجماع، لما في اختلاف النصيب من الضرر بكل منهما.

و إن طلب قسمتهما (١) بحيث يكون لأحدهما العلو و للآخر السفل، لم يجبر الآخر، كما لا يجبر على قسمه الدارين المتلاصقتين كذلك.

قوله: «لو كان بينهما أرض و زرع. إلخ».

إذا كان بينهما أرض مزروعه فأراد قسمه الأرض وحدها فلا إشكال في وجوب إجابته الآخر، لأن الأرض مما يقسم إجبار، و الزرع فيها غير مانع

ص: ٥٢

(١ - ١) في «أ، ث، م»: قسمتها.

الثالثة: لو كان بينهما قرحان متعدده، و طلب واحد قسمتها بعضا فى بعض

الثالثة: لو كان بينهما (١) قرحان متعدده، و طلب واحد قسمتها بعضا فى بعض، لم يجبر الممتنع. و لو طلب قسمه كل واحد بانفراده أجبر الآخر. و كذا لو كان بينهما حبوب مختلفه.

و يقسم القراح الواحد و إن اختلفت أشجار أقطاعه، كالدار الواسعه إذا اختلفت أبنيتها.

و لا- تقسيم الدكاكين المتجاوره بعضها فى بعض قسمه إجبار، لأنها أملا-ك متعدده يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده، فهى كالأقرحه المتباعده.

من ذلك، لأنه فى حكم المنقول.

و إن أراد اقسامه الزرع فمقتضى الأصول الشرعيه كون الحكم كذلك حيث يمكن تعديله، بأن لا يكون بذرا مستورا، سواء كان سنبلا أم حشيشا أم قصيلا.

و الشيخ (١)- رحمه الله- أطلق المنع من قسمته قسمه إجبار، محتجًا بأن تعديله غير ممكن. و لا يخفى منعه، إذ لا مانع منه، سواء كان سنبلا أم لا.

و لو أراد اقسامتهما معا فالحكم كما لو أراد اقسامه أحدهما عندنا. و من جعل القسمه بيعا من العامه (٢) شرط فى جوازه أن لا يكون قد اشتد الحب، لأنه لا يجوز عنده بيع المطعوم مع غيره [بمطعوم مع غيره] (٣) و هو الأرض.

قوله: «لو كان بينهما. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن ما يعدّ شيئين فصاعدا من العقار، كالدور

ص: ٥٣

١- (١) المبسوط ١٤١: ٨.

٢- (٢) الحاوى الكبير ١٦: ٢٦٠، روضه الطالبين ١٩٣: ٨.

٣- (٣) من «ت، ث، خ، ط، م».

المتعدّده، و الأرض المتعدّده الخاليه من الشجر، و هى المعبر عنها بالأقرحه، و الدكاكين المتعدّده، سواء تجاوزت أم لا، و الحبوب المختلفه كالحنطه و الشعير، لا يقسم بعضها فى بعض -بمعنى جعل بعضها فى مقابله بعض -قسمه إجبار.

و إنما يقسم كل واحد منها على حدته قسمه الإجبار إذا أمكن ذلك من غير ضرر، لأنها أملاك متعدّده و لكل [واحد] (١) منها خواص لا تحصل فى الآخر، بخلاف الأرض الواحده و الدار الواحده.

و قال ابن البراج (٢): إذا استوت الدور و الأقرحه فى الرغبات قسّمت بعضها فى بعض. قال: و كذا لو تضرّر بعضهم بقسمه كل على حدته جمع حقه فى ناحيه.

و فى الإرشاد (٣) حكم بأن الدكاكين المتجاوره يقسم بعضها فى بعض كذلك، دون الدور و الأقرحه. و هو مذهب جماعه من العامه (٤)، تنزيلا لها منزله الخان الواحد المشتمل على بيوت متعدّده. و فرّق بعضهم بين ما لو كانت مجتمعه و متفرّقه، فجوز قسمه المجتمعه بعضها فى بعض، كالدار الواحده و القراح الواحد.

و المختار [هو] (٥) المشهور.

ص: ٥٤

١-١ من «أ، ث، د، ط، م».

٢-٢ المهذب ٥٧٣:٢-٥٧٤.

٣-٣ إرشاد الأذهان ١:٤٣٤.

٤-٤ روضه الطالبين ٨:١٩٠.

٥-٥ من «د».

الرابع: فى اللواحق و هى ثلاث:

الأولى: إذا ادعى بعد القسمه الغلط عليه لم تسمع دعواه

الأولى: إذا ادعى بعد القسمه (١)الغلط عليه[لم تسمع دعواه]، فإن أقام بيّنه سمعت و حكم ببطلان القسمه، لأن فائدتها تمييز الحقّ و لم يحصل. و لو عدمها، فالتمس اليمين كان له، إن ادعى على شريكه العلم بالغلط.

قوله: «إذا ادعى بعد القسمه. إلخ».

لا فرق فى عدم سماع دعوى الغلط فى القسمه بمجردّها بين كون القاسم منصوب الامام و من تراضيا به و أنفسهما، لأصالة صحّه القسمه إلى أن يثبت المزيل، و لأنّ منصوب الإمام كالقاضى لا تسمع الدعوى عليه بالظلم. لكن لو أقام بيّنه سمعت و نقضت القسمه، كما لو أقام البيّنه على ظلم القاضى و كذب الشهود. و طريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا و يمسحا و يعرفا الحال و يشهدا.

و لو لم يقم بيّنه، و أراد تحليف الشريك مكّن منه إن ادعى عليه العلم بالغلط، و إلا فلا، لأنّ معه الأصل، خصوصا إذا كان القاسم غيره، فإنّ التبعه عليه، لا عليه مع عدم علمه. و قيل: له إحلاف الشريك مطلقا. و هو الوجه، عملا بالعموم (١).

و فرق فى المبسوط (٢) بين قسمه التراضى و غيرها، كاختصاص أحدهما بالعلوّ و الآخر بالسفل. أو اشتمالها على ردّ، أو كون القاسم غير منصوب، فحكم

ص: ٥٥

١- ١) راجع الوسائل ١٧٠: ١٨ ب (٣) من أبواب كيفيّة الحكم.

٢- ٢) المبسوط ١٤١: ٨-١٤٢.

الثانية: إذا اقتسما ثم ظهر البعض (١) مستحقاً، فإن كان معينا مع أحدهما بطلت القسمة، لبقاء الشركه في النصيب الآخر. و لو كان فيهما بالسويّه لم تبطل، لأن فائده القسمة باق، و هو إفراد كلّ واحد من الحقيين. و لو كان فيهما لا بالسويّه بطلت، لتحقق الشركه.

و إن كان المستحقّ مشاعا معهما فللشيخ (١) - رحمه الله - قولان:

أحدهما: لا تبطل فيما زاد عن المستحقّ.

و الثاني: تبطل، لأنها وقعت من دون إذن الشريك. و هو الأشبه.

بعدم الالتفات إليه في الثانيه مطلقا، لأنها مشروطه بالتراضى، فإن كان مبطلا في دعواه فعدم سماعها واضح، و إن كان محققا فقد رضى بترك هذه الفضله.

و يشكل بإمكان عدم علمه بها حال القسمة. فالوجه سماع الدعوى مع البيئه كالسابق. و أطلق ابن الجنيد (٢) عدم سماع دعواه إلا بالبيئه.

و الوجه توجه اليمين على الشريك مطلقا، فإن حلف أقرت، و إن نكل حلف المدعى، و نقضت إن لم نقض بالنكول، و إلا نقضت بمجردة.

و لو تعدد الشركاء و حلف بعضهم دون بعض ففي نقضها مطلقا، أو في حق الناكل خاصه و جهان، من أنها قسمة واحده فلا تتبعض، و من لزومها في حق الحالف فلا. يساوى الناكل. و الأول مختار الشهيد - رحمه الله - في بعض فوائده، و الثاني مختار العلامة في التحرير (٣). و هو الوجه.

قوله: «إذا اقتسما ثم ظهر البعض إلخ».

إذا جرت قسمة ثم ظهر استحقاق بعض المقسوم، فإما أن يستحق في جزء

ص: ٥٦

١-١) المبسوط ١٤٢: ٨.

٢-٢) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٠٧-٧٠٨.

٣-٣) تحرير الأحكام ٢٠٤: ٢.

الثالثة: لو قسّم الورثة تركه ثمّ ظهر على الميّت دين

الثالثة: لو قسّم الورثة (١) تركه ثمّ ظهر على الميّت دين، فإن قام الورثة بالدين لم تبطل القسمة. وإن امتنعوا نقضت، وقضى منها الدين.

شائع، أو في شيء معيّن. فإن استحقّ في شائع - كالثلث - بطلت القسمة في المستحقّ قطعاً. وفي الباقي قولان:

أحدهما: لا تبطل، لبقاء السهام بين الشركاء على التعديل، فلا وجه لإبطالها.

و الثاني - وهو الأصحّ -: البطلان، لأن المقصود من القسمة تمييز الحقوق، وإذا ظهر الاستحقاق كان المستحقّ شريكاً كلّ واحد منهم، فلا يحصل التمييز.

و أيضاً فقد بان أن المستحقّ شريك، وانفراد بعض الشركاء بالقسمة ممتنع.

و إن استحقّ شيء معيّن، نظر إن اختصّ (١) المستحقّ بنصيب أحدهما، أو كان من نصيب أحدهما أكثر، بطلت القسمة، لأن ما يبقى لكلّ واحد لا يكون قدر حقّه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، وتعود الإشاعة.

و إن كان المستحقّان متماثلين مضت (٢) القسمة في الباقي، لانتفاء المانع، إذ ليس إلاّ نقصان نصيب كلّ واحد، وهو غير قادح، كما لو ظهر الاستحقاق في ماله المنفرد، و أما القسمة فالمقصود منها التعديل (٣) و تمييز نصيب أحد الشركاء عن الآخر، و قد حصل. و لبعض العامّة (٤) قول بالبطلان، لتفريق الصفقة.

قوله: «لو قسّم الورثة. إلخ».

إذا قسّمت التركة بين الورثة ثمّ ظهر دين، فإن قام الورثة بالدين لم تبطل

ص: ٥٧

١ - ١) في «ت»: استحقّ.

٢ - ٢) في «ا، ث، ط»: بقيت، و في «د»: تثبت.

٣ - ٣) في «د، م»: التعديل بين نصيب أحد الشركاء و بين الآخر.

٤ - ٤) روضه الطالبين ١٨٨: ٨ - ١٨٩.

إشاره

النظر الرابع فى أحكام الدعوى و هو يستدعى بيان:مقدمه،و مقاصد

أما المقدمه

إشاره

أما المقدمه فتشمل فصلين:

الأول فى المدعى

الأول فى المدعى (١) القسمه،بناء على أنها إفراز حق لا بيع.و إن لم يقوموا به بيعت الأنصبا فى الدين.و لو قام به البعض دون البعض،بيع نصيب الممتنع و القسمه بحالها.و من جعلها بيعا من العامه (١)فه فى بطلانها بظهور الدين و جهان، كما لو باعوها ثم ظهر الدين.

و لا- فرق بين ظهور الدين مستوعبا للتركه و عدمه،لأن إفراز الحقوق لا ينافى وفاء الدين منها على تقدير عدم و فائهم له من غيرها.مع احتمال بطلانها مع الاستيعاب مطلقا إن قلنا بعدم انتقالها إليهم،لصدورها من غير المالك.

و المصنف-رحمه الله-مع قوله بعدم الانتقال حكم بصحة القسمه مراعاة بوفاء الدين،نظرا إلى تعلق حق الوارث بها فى الجمله و إن لم تنتقل إلى ملكه محضا.

و لو ظهرت وصيته بعد القسمه،فإن كانت مرسله فهو كما لو ظهر دين.و إن كانت بجزء شائع أو معين فعلى ما ذكرناه فى ظهور الاستحقاق.

و لا فرق فى هذه الأحكام كلها بين قسمه الإيجاب و التراضى.

قوله:«فى المدعى.إلخ».

قد عرفت (٢)بالخبر (٣)أن البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر.و قيل

ص:٥٨

٢-٢) في «ت،ث،ط،م»: عرفنا.

٣-٣) راجع الوسائل ١٧٠:١٨ ب «٣» من أبواب كيفيّه الحكم.

و هو الذى يترك لو ترك الخصومه. و قيل: هو الذى يدعى خلاف الأصل، أو أمراً خفياً. و كيف عرفناه فالمنكر فى مقابلته.

و يشترط: البلوغ، و العقل، و أن يدعى لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه، ما يصح منه تملكه. فهذه قيود أربعة.

فلا- تسمع دعوى الصغير، و لا- المجنون، و لا دعواه مالا لغيره، إلا أن يكون وكيلا أو وصياً أو ولياً أو حاكماً أو أميناً لحاكم. و لا تسمع دعوى المسلم خمراً أو خنزيراً.

فى سببه: إن جانب المنكر أقوى، لموافقته الظاهر، و البيئه أقوى من اليمين، لبراءتها عن تهمه جلب النفع، فجعلت البيئه على المدعى لتجبر قوه الحجّه ضعف الخبر، و هو الكلام المدعى، و قنع من المنكر بالحجّه الضعيفه، لقوه جنبه.

و هذه القاعده تحوج إلى معرفه المدعى و المدعى عليه ليطلب هذا بحجته و هذا بحجته إذا تخصصما. و قد اختلف الفقهاء فى حدّ المدعى، فقيل: هو الذى يترك لو ترك الخصومه. و يعتبر عنه بعبارة أخرى، و هو أنه الذى إذا سكت خلّى و لم يطالب بشيء، و المدعى عليه لا يخلّى و لا يقنع منه بالسكوت.

و الثانى: أنه الذى يدعى خلاف الأصل، و المدعى عليه هو الذى يدعى ما يوافق.

و قيل: إن المدعى من يذكر أمراً خفياً يخالف الظاهر، و المدعى عليه من يوافق الظاهر. فإذا ادعى زيد دينا فى ذمه عمرو أو عينا فى يده فأنكر، فزيد هو

الذى لو ترك الخصومه ترك، و هو الذى يذكر خلاف الأصل، لأن الأصل براءة ذمّه عمرو من الدين و فراغ يده من حقّ الغير، و هو الذى يذكر أمراً خفياً خلاف الظاهر، لأن الظاهر براءة ذمّه عمرو و فراغ يده من حقّ الغير. و عمرو هو الذى لا- يترك و سكوته، و يوافق قوله الأصل و الظاهر. فزيد مدّع على جميع التعريفات، و عمرو مدّع عليه.

و لا يختلف موجبها فى الأغلب. و قد يختلف، كما إذا أسلم الزوجان قبل المسيس و اختلفا، فقال الزوج: أسلمنا معا و النكاح باق بيننا، و قالت المرأة: بل على التعاقب و لا نكاح بيننا.

فإن قلنا: المدّع من لو ترك ترك، فالمرأه مدّعيه و الزوج مدّع عليه، لأنه لا يترك لو ترك، فإنها تزعم انفساخ النكاح، فيحلف و يحكم باستمرار النكاح إذا حلف.

و إن قلنا: إن المدّع من يخالف قوله الظاهر، فالزوج هو المدّع، لأن التساوى (1) الذى يزعمه أمر خفى خلاف الظاهر، و المرأه مدّع عليه، لموافقته الظاهر، فتحلف، فإذا حلفت حكم بارتفاع النكاح.

و إن قلنا: إن المدّع هو الذى يذكر خلاف الأصل، فالمرأه مدّعيه أيضا، لأن الأصل عدم تقدّم أحدهما على الآخر. هذا هو المشهور فى الفرق بين التعريفات.

و قال بعضهم: إن الزوج هو الذى يترك و سكوته، لأن النكاح حقّه، فإذا لم يطالبها ترك، و هى لا تترك لو سكتت، لأن بعد ثبوت الحقّ يصير مدّع زواله مدّعيا.

ص: ٦٠

و لا- بدّ من كون الدعوى (١) صحيحة لازمه. فلو ادّعى هبه لم تسمع و إذا قال الزوج: أسلمت قبلي (١) فلا- نكاح و لا مهر، و قالت: بل أسلمنا معا و هما بحالهما، فعلى الأول المدّعى هو الزوج، لأنها تترك لو تركت. و كذا على الثالث، لأن التقارن خلاف الظاهر، فإن وقوع لفظ الإسلام بحيث لا يتقدّم أحدهما الآخر نادر جدًّا. و على الثاني الزوج هو المدّعى، لأن الأصل عدم سبق إسلام أحدهما على الآخر.

و أما الأمانة الذين يصدّقون في الردّ بيمينهم فهم مدّعون، لأنهم يزعمون الردّ و هو خلاف الأصل و الظاهر، و لا يتركون لو تركوا الدعوى، لأن المالك مطالب بحقّه، لكن اكتفى منهم باليمين لأنهم أثبتوا أيديهم لغرض المالك، و قد ائتمنهم و أحسنوا إليه، فلا يحسن تكليفهم بيّنه على الردّ.

و ربما تكلف بعضهم (٢) بأنهم يدّعون ما يوافق الظاهر، لأن المالك قد ساعدهم على الأمانة حيث ائتمنهم، فهم يستبقون الأمانة و هو يزعم ارتفاعها، فكان الظاهر معهم. و على هذا فيجوز كون الأمين المذكور مدّعيًا و مدّعى عليه باعتبارين، كما يقع مثله في صورته التحالف.

قوله: «و لا بدّ من كون الدعوى. إلخ».

قد تقدّم (٣) ما يعتبر في صحّته الدعوى من كونها معلومه أو مظنونه على بعض الوجوه، و كونها مضبوطة بذكر الجنس و الوصف و القدر و غيرها.

و المراد بكونها لازمه أن تكون ملزمه للمدّعى عليه، فلو قال: وهب منّي كذا، لم تسمع حتى يقول: و أقبضني، أو هبه يلزمه التسليم إلّي، و نحو ذلك، لأن

ص: ٦١

١- ١) في «ت، د، ط»: قبل.

٢- ٢) انظر روضه الطالبين ٢٨٧: ٨- ٢٨٨.

٣- ٣) في ج ٤٣٦: ١٣.

حتى يدعى الإقباض. وكذا لو ادعى رهنا. (١) و لو ادعى المنكر (٢) فسق الحاكم أو الشهود، ولا بينه، فادعى علم المشهود له، ففي توجّه اليمين على نفي العلم تردّد أشبهه عدم التوجّه، لأنه ليس حقًا لازمًا، ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردوده، ولأنه يثير فسادا.

الهبه أعمّ من المقبوضه (١)، ولأنه قد يهب و يرجع.

قوله: «و كذا لو ادعى رهنا».

بناء على ما اختاره المصنف من اشتراط القبض في صحّه الرهن. و من لم يعتبر في صحته القبض يسمع الدعوى مجزّده عنه.

وقد يقال في الموضوعين: إن القبض إذا كان شرطاً في صحّه الهبه و الرهن فإطلاقهما محمول على الصحيح كغيرهما من العقود، وإنما يتوجّه التفصيل حيث يجعل القبض شرطاً في اللزوم، ليجعل إطلاقهما صحيحين (٢) أعمّ من المقبوض و غيره. وقد تقدّم البحث في ذلك مستوفى في باب الهبه (٣).

قوله: «و لو ادعى المنكر. إلخ».

إذا ادعى المنكر جرح الحاكم أو الشهود كلف البينه، فإن فقدها و ادعى علم المدّعى بذلك، ففي توجّه اليمين على المدّعى وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه ينتفع به في حقّ لازم، كما لو قذف الميت و طلب الوارث الحدّ، فادعى على الوارث العلم بالزنا فأنكر، فله تحليفه على نفي العلم.

ص: ٦٢

١-١ في «ط»: اللزومه.

٢-٢ في «ا،ث»: صحيحا.

٣-٣ في ج ١٧: ٦-١٩.

و كذا لو التمس المنكر (١) يمين المدعى منضمه إلى الشهاده، لم تجب إجابته، لنهوض البيئه بثبوت الحق.

و فى الإلزام بالجواب (٢) عن دعوى الإقرار تردّد، منشؤه أن الإقرار لا يثبت حقاً فى نفس الأمر، بل إذا ثبت قضى به ظاهراً.

و الثانى: لا، لأنه لا يدعى حقاً لازماً، و لا يثبت بالنكول و لا باليمين المردوده. و لأنه يثير فساداً. و لأنه كالدعوى على القاضى و الشهود بالكذب، و هى غير مسموعه بدون البيئه قطعاً، و إن كان ينتفع بتكذيبهما أنفسهما، لأنه يثير فساداً عاماً. و هذا هو الوجه.

قوله: «و كذا لو التمس المنكر. إلخ».

فلا- تجب الزيادة عليها، لأنه تكليف حجّه بعد قيام حجّته (١)، و لأنه كالطعن فى الشهود. نعم، لو ادعى إبراء أو أداء توجّهت اليمين. و قد تقدّم (٢) البحث فى ذلك.

قوله: «و فى الإلزام بالجواب. إلخ».

المراد أنه إن ادعى عليه الإقرار له بالحق، فهل تسمع الدعوى، بمعنى توجّه اليمين على المدعى عليه لو أنكر؟ فيه وجهان: نعم، لأنه ينتفع به مع التصديق، و لا، لأن الحق لا يستحقّ بالإقرار فى نفس الأمر، و إن كان ثبوته يوجب الحقّ ظاهراً.

و الأظهر هنا السماع، لأن المعترف بثبوت الحقّ ظاهراً، و اعترافه ينفعه، و نكوله يثبت عليه الحقّ، أو مع يمين المدعى. و المدعى يجوز له الحلف على أنه

ص: ٦٣

١- ١) فى «ث، خ، م»: حجّه.

٢- ٢) فى ج ٤٨٩: ١٣.

و لا تفتقر صحه الدعوى (١) إلى الكشف، فى نكاح و لا غيره. و ربما افتقرت إلى ذلك فى دعوى القتل، لأن فائته لا يستدرک.

و لو اقتصر على قولها: هذا زوجى، كفى فى دعوى النكاح، و لا- يفتقر ذلك إلى دعوى شىء من حقوق الزوجیه، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجیه.

و لو أنكر النكاح لزمه اليمين. و لو نكل قضى عليه على القول بالنكول، و على القول الآخر تردّ اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجیه. و كذا السياقه لو كان هو المدعى.

أقرّ له بذلك، و يثبت به الحقّ، إذ لا يشترط فى استحقاق المقرّ له علمه بالسبب المقتضى للإقرار، بل يجوز له أخذه تعويلاً على إقراره ما لم يعلم فساد السبب، فجاز استناد الإقرار إلى سبب لا يعلمه المقرّ له، كالنذر و الجنایه و الإتلاف، و عموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» يشمله.

قوله: «و لا تفتقر صحه الدعوى. إلخ».

الدعوى (١) أنواع:

منها: دعوى الدم. و المشهور أنه لا- بدّ فيها من التفصيل، على ما هو مبين فى محلّه، للخلاف فى الأسباب الموجهه منه للقود و الدية، و لأن فائت القتل لا يستدرک.

و منها: دعوى نفس المال مجرّداً عن ذكر السبب من بيع و قرض و غيرهما.

و لا خلاف فى عدم اشتراط التفصيل فيه، لأن الأسباب التى يستحقّ بها المال

ص: ٦٤

تكثر و تتكرّر، و فى ضبط الأقدار الحاصله بتلك الأسباب حرج شديد، فأغنى عنه.

و منها: النكاح و البيع و سائر العقود. و عند [بعض] (١) الأصحاب (٢) أنه لا يشترط فيها الكشف و التفصيل، بل يكفى إطلاق الدعوى بها، كما يكفى فى دعوى استحقاق المال، و كما أنه لا يجب فى دعوى النكاح التعرّض لعدم الموانع، كالردّه و العده و الرضاع.

و خالف فيه بعض العامّه (٣)، فأوجب التفصيل فى الجميع، للخلاف فى الأسباب كالدم. و بعضهم (٤) خصّ إيجاب التفصيل بالنكاح، لأن أمر الفروج مبنى على الاحتياط كالدماء، و الوطاء المستوفى لا يتدارك، كالدم المهرق.

و عليه، فيعتبر فى النكاح أن يقول: إنه وقع بالأوصاف المعتره عند موجب التفصيل، فيقول: إنه تزوّجها بولى و شاهدين، و يصفهما بالعداله و نحو ذلك.

و على مذهب الأصحاب يكفى قولها: هذا زوجى، و إن لم تضمّ إليه شيئاً من حقوق الزوجيه، كالمهر و النفقه.

و اعتبر بعض العامّه (٥) أن يقترن بها حقّ من حقوق النكاح، كصداق و نفقه و قسم و ميراث بعد موته، و إلا لم تسمع، محتجاً بأن بقاء النكاح حقّ الزوج عليها، فكأنها تدعى كونها رقيقه، و هذه دعوى غير ملزمه.

ص: ٦٥

١- (١) من «ت، ط».

٢- (٢) المبسوط ٨: ٢٦٠-٢٦١، تحرير الأحكام ٢: ١٨٩.

٣- (٣) انظر الحاوى الكبير ١٧: ٣١٠، حليه العلماء ٨: ١٨٥، المغنى لابن قدامه ١٢: ١٦٥، روضه الطالبين ٨: ٢٩٣.

٤- (٤) انظر الحاوى الكبير ١٧: ٣١٣، حليه العلماء ٨: ١٨٦، المغنى لابن قدامه ١٢: ١٦٧، روضه الطالبين ٨: ٢٩٣.

٥- (٥) روضه الطالبين ٨: ٢٩٥.

و لو ادعى أن هذه (أ) بنت أمته، لم تسمع دعواه، لاحتمال أن تلد في ملك غيره ثم تصير له. و كذا لو قال: ولدتها في ملكي، لاحتمال أن تكون حرّة أو ملكا لغيره. و كذا لا تسمع البيّنه بذلك ما لم يصرح بأن البنت ملكه. و كذا البيّنه.

و مثله لو قال: هذه ثمره نخلتى. و كذا لو أقرّ له من الثمره في يده أو بنت المملوكه، لم يحكم عليه بالإقرار لو فسّره بما ينافى الملك. و لا كذا لو قال: هذا الغزل من قطن فلان، أو هذا الدقيق من حنطته.

و من لم يعتبر التفصيل قال: إن النكاح و إن كان حقّا له فهو مقصود لها من تعلق حقوق مثبته، و تتوسّل به إلى تلك الحقوق. و حينئذ فسمع الدعوى، و تترتب عليها أحكامها من اليمين و النكول و غيرهما. و كذا القول في دعواه الزوجيه.

قوله: «و لو ادعى أن هذه. إلخ».

عدم سماع الدعوى لبنت الأمه بقوله: «إنها بنت أمته» واضح، لأن ذلك أعمّ من كونها ملكا له، إذ يجوز كونها بنتا لأمته و لا تكون ملكا له، بأن تلدها قبل أن يملك الأم في ملك غيره، أو يكون قد زوجها من حرّ أو عبد و شرط لمولاه رقيه الولد، أو غير ذلك. و منه يعلم أنه لا فرق بين إضافه «ولدتها في ملكي» و عدمه، لبقاء الاحتمال على التقديرين.

و أما قول المقرّ: هذه ثمره شجره فلان أو بنت أمته، فإن أضاف إلى ذلك ما ينافى التبعية كقوله: و هي ملكي، فلا إشكال في عدم ثبوت الإقرار، لما ذكرناه من الاشتراك، مضافا إلى تصريحه بما ينافى الإقرار.

و أما مع الإطلاق فظاهر كلام المصنف أنه يكون إقرارا بالولد و الثمره، عملا- بالظاهر من كونهما تابعين للأصل حيث لا معارض، و لو كان هناك شيء لذكره، فإطلاقه كونهما من الأصل الذى هو مملوك للمقر له ظاهر فى تبعيتهما له، بخلاف الدعوى، فإن شرطها التصريح بالملك و لو بالاستلزام و لم يحصل.

و تبع المصنف على هذا الحكم العلامه فى القواعد (١) و التحرير (٢). و الفرق بين الدعوى و الإقرار لا يخلو من إشكال، لأن الاحتمال قائم على تقدير الإقرار و الدعوى. و العمل بالظاهر فى الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه. و الفرق باشتراط التصريح فيها دون رجوع إلى نفس الدعوى.

و فى الإرشاد (٣) أطلق عدم سماع الدعوى و الإقرار معا، و لم يعتبر التقييد فى الإقرار بتفسيره بما ينافى الملك. و هذا هو الظاهر.

و أما الفرق بين قوله: «إنها ثمره شجرته، و بنت أمته» و بين قوله: «إن الغزل من قطنه، و الدقيق من حنطه» فواضح، لأن الغزل و الدقيق من نفس حقيقه القطن و الحنطه، و إنما تغيرت الأوصاف، فملك الأصل يقتضى ملك الفرع، بخلاف الثمره و الولد، فإنهما منفصلان عن أصلهما حسا و شرعا، فالإقرار بالفرع لا يقتضى الإقرار بالملك.

ص: ٦٧

١- ١) قواعد الأحكام ٢: ٢٠٨.

٢- ٢) تحرير الأحكام ٢: ١٨٩.

٣- ٣) إرشاد الأذهان ٢: ١٤٣.

الفصل الثاني في التوصل إلى الحق (١) إلى الحق من كانت دعواه عيناً في يد إنسان، فله انتزاعها و لو قهراً ما لم يثر فتنه، و لا يقف ذلك على إذن الحاكم.

و لو كان الحق ديناً، و كان الغريم مقرراً باذلاً [له]، لم يستقل المدعى بانتزاعه من دون الحاكم، لأن للغريم تخيراً في جهات القضاء، فلا يتعين الحق في شيء من دون تعيينه، أو تعيين الحاكم مع امتناعه.

و لو كان المدين جاحداً، و للغريم بينه تثبت عند الحاكم، و الوصول إليه ممكن، ففي جواز الأخذ تردّد أشبهه الجواز. و هو الذي ذكره الشيخ في الخلاف (١) و المبسوط (٢). و عليه دلّ عموم الإذن في الاقتصاص.

و لو لم تكن له بينه، أو تعدّر الوصول إلى الحاكم، و وجد الغريم من جنس ماله، اقتصّ مستقلاً بالاستيفاء.

قوله: «في التوصل إلى الخ».

الغرض من الباب أن المستحق متى يحتاج إلى المرافعة و الدعوى؟ و تفصيله: أن الحق إما عقوبه أو مال. فإن كان عقوبه، كالتقصاص و حدّ القذف، فلا بدّ من الرفع إلى الحاكم، لعظم خطره، و الاحتياط في إثباته، و لأن استيفاءه وظيفه الحاكم، على ما تقتضيه السياسة و زجر الناس.

ص: ٦٨

١-١) الخلاف ٦:٣٥٥ مسألة (٢٨).

٢-٢) راجع المبسوط ٨:٣١١، و لكن ذكر ذلك فيما إذا لم يقدر على إثباته عند الحاكم.

و إن كان مالا، فهو إما عين أو دين. فإن كان عينا، فإن قدر على استردادها من غير تحريك فتنه استقلَّ به، لأنه عين ماله فلا حاجه إلى الرجوع في تحصيله إلى غيره. و لو أدى إلى الفتنه فلا بد من الرفع إلى الحاكم دفعا لها.

و أما الدين، فإن كان من عليه مقرًا غير ممتنع من الأداء طالبه ليؤدى.

و ليس له الاستقلال بالأخذ، لأن حقه أمر كلّي في ذمه المديون، و له التخيّر في تعيينه من ماله، فلا يتعين في شيء منه بدون تعيينه. و لا مدخل للحاكم في ذلك أيضا، لأن الغرض كونه باذلا، و الحاكم إنما يلي على الممتنع و من في معناه.

و قول المصنف في هذا القسم: «أو تعيين الحاكم مع امتناعه» لا وجه له، لأنه خلاف الغرض.

و لو كان جاحدا أو مماطلا، فإن لم يكن لصاحب الحق بينه يثبت بها الحق عند الحاكم، أو كان و لم يمكن الوصول إليه، أو أمكن و لم تكن يده مبسوطة بحيث يمكنه تولّى القضاء عنه، جاز له الاقتصاص منه، لقوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (١). و قوله تعالى فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ (٢). و لما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله لَمَّا قَالَتْ لَهُ هِنْدُ:

يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، و إنه لا يعطيني ما يكفيني و ولدي إلا ما أخذت منه سرًا و هو لا يعلم، فهل عليّ في ذلك شيء؟ فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله:

«خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (٣).

ص: ٦٩

١-١) البقره: ١٩٤.

٢-٢) النحل: ١٢٦.

٣-٣) مسند أحمد ٥٠: ٦، صحيح البخارى ٧: ٨٥، صحيح مسلم ٣: ١٣٣٨ ح ٧، سنن الدارمى ٢: ١٥٩.

و روى جميل بن درّاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل دين فيجحدده، فيظفر من ماله بقدر الذى جحدده، أ يأخذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم» (١).

و عن داود بن زربى قال: «قلت لأبى الحسن موسى عليه السلام: إنى أخالط السلطان فتكون عندى الجارية فيأخذونها و الدّابة الفارهة فيأخذونها، ثمّ يقع لهم عندى المال فلى أن آخذه؟ فقال: خذ مثل ذلك، و لا تزد عليه» (٢). و غير ذلك (٣).

و لو كان هناك بينه يثبت بها الحقّ عند الحاكم لو أقامها، و الوصول إليه ممكن، ففى جواز أخذه قصاصا من دون إذن الحاكم قولان:

أحدهما- هو الذى اختاره المصنف رحمه الله هنا و الأكثر-: الجواز، لعموم أدلّه الاقتصاص، و قوله صلّى الله عليه و آله: «لى الواجد يحلّ عقوبته و عرضه» (٤).

و الثانى: لا، لأنّ التسلّط على مال الغير على خلاف الأصل، فيقتصر منه على موضع الضروره، و هى هنا منتفيه. و لأنّ الممتنع من وفاء الدّين يتولّى القضاء عنه الحاكم، و يعين من ماله ما يشاء، و لا ولاية لغيره. و هو خيره المصنف فى

ص: ٧٠

-
- ١- ١) التهذيب ٦: ٣٤٩ ح ٩٨٦، الاستبصار ٣: ٥١ ح ١٦٧، الوسائل ١٢: ٢٠٥ ب «٨٣» من أبواب ما يكتسب به ح ١٠.
 ٢- ٢) التهذيب ٦: ٣٤٧ ح ٩٧٨، الوسائل ١٢: ٢٠١ الباب المتقدّم ح ١.
 ٣- ٣) راجع الوسائل ١٢: ٢٠١ ب «٨٣» من أبواب ما يكتسب به.
 ٤- ٤) أمالى الطوسى ٢: ١٣٤، الوسائل ١٣: ٩٠ ب «٨» من أبواب الدّين ح ٤، و انظر مسند أحمد ٤: ٢٢٢، صحيح البخارى ٣: ١٥٥، سنن أبى داود ٣: ٣١٣ ح ٣٦٢٨، سنن النسائى ٧: ٣١٦، سنن البيهقى ٦: ٥١.

نعم، لو كان المال وديعه (١) عنده، ففي جواز الاقتصاص تردّد، أشبهه الكراهيه.

النافع (١).

و الأقوى الأول. و كون التسلّط على مال الغير بغير إذنه خلاف الأصل مسلّم، لكن العدول عن الأصل لدليل جائز، و هو هنا موجود.

قوله: «نعم لو كان المال وديعه. إلخ».

اختلف الأصحاب في جواز الاقتصاص من الوديعة، فذهب المصنف و قبله الشيخ في الاستبصار (٢) و أكثر المتأخرين (٣) إلى الجواز على كراهيه. و ذهب الشيخ في النهاية (٤) و جماعه (٥) إلى التحريم.

و منشأ الخلاف اختلاف الروايات ظاهراً. و الأظهر الأول، لعموم الأدلّة السابقه، و خصوص صحيحه أبي العباس البقباق: «أن شهاباً ما رآه في رجل ذهب له ألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف الذي أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك، فقال: أما أنا فأحبّ إليّ أن تأخذ و تحلف» (٦).

ص: ٧١

١- ١) المختصر النافع ٢: ٢٨٤.

٢- ٢) الاستبصار ٣: ٥٣ ذيل ح ١٧٢.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٢: ٢١٣، إيضاح الفوائد ٤: ٣٤٧، الدروس الشرعيه ٢: ٨٥-٨٦، التنقيح الرائع ٤: ٢٦٩-٢٧٠.

٤- ٤) النهاية: ٣٠٧.

٥- ٥) الكافي في الفقه: ٣٣١، المؤلف من المختلف ٢: ٥٧٨، غنيه النزوع: ٢٤٠، إصباح الشيعه: ٢٨٤.

٦- ٦) التهذيب ٦: ٣٤٧ ح ٩٧٩، الاستبصار ٣: ٥٣ ح ١٧٤، الوسائل ١٢: ٢٠٢ ب «٨٣» من أبواب ما يكتسب به ح ٢.

و هذا الخبر يدل على الجواز من غير كراهه، لأنه عليه السلام لا يحبّ المكروه. و قوله عليه السلام: «و تحلف» أراد به أنه إذا طلب منه المودع الوديعة جاز له الإنكار، فإن أحلفه حلف له على عدم الاستحقاق، أو على عدم الاستيداع مع التوريه. ثم الكراهه تستفاد من ظاهر الأدلة الآتية جمعا.

حجّه القائل بالتحريم عموم قوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (١). و الأمر بأدائها إليهم ينافى جواز الأخذ. و خصوص روايه ابن أبي عمير عن ابن أخى الفضيل بن يسار، قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام و دخلت امرأه و كنت أقرب القوم إليها، فقالت لى: أسأله، فقلت: عمّا ذا؟ فقالت: إن ابني مات و ترك مالا كان فى يد أخى فأتلفه ثم أفاد مالا فأودعنيه، فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شىء؟ فأخبرته بذلك فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله: أذ الأمانه إلى من ائتمنك، و لا تخن من خانك» (٢).

و فى هذا الحديث دلالة من ثلاثه مواضع:

أحدها: من قوله: «لا» فى جواب قولها: «فلى أن آخذ منه».

و ثانيها: من قوله عليه السلام: «أذ الأمانه إلى من ائتمنك» فإن الأمر بأدائها إليه ينافى جواز الأخذ، و لأنه ذكره فى جواب سؤال الأخذ.

و ثالثها: من قوله عليه السلام: «و لا تخن من خانك». و هو ظاهر.

و روايه سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال فكا برنى عليه ثم حلف، ثم وقع له عندى مال، آخذه مكان

ص: ٧٢

١- ١) النساء: ٥٨.

٢- ٢) التهذيب ٣٤٨: ٦ ح ٩٨١، الاستبصار ٥٢: ٣ ح ١٧٢، الوسائل ٢٠٢: ١٢ الباب المتقدم ح ٣.

مالى الذى أخذه و جرده و أحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه، و لا تدخل فيما عتبه عليه» (١).

و الجواب بحمل ذلك على الكراهه جمعاً. و يمكن أن يكون وجه الأمر بردها إليه أنه أقر للإمام بالحق، و ادعى أن له عند صاحبه مالا، و اللازم من ذلك قبول إقراره دون دعواه، فأمره بردها لأجل ذلك، و هو لا ينافى جواز أخذها فيما بينه و بين الله تعالى، أو على تقدير ثبوت الحق عند الامام.

و لأنه إن كان الأمر الذى ادعاه حقاً فأخذه للوديعة مقاصه فى قوه أداء الأمانه إلى من ائتمنه، لأنه و فى منها دينه بإذن الشارع العام (٢) كما سبق، فكان بمنزله أدائها إلى وكيله، و أداء الأمانه إلى الوكيل قائم مقام أدائها إلى المالك.

و لا- نسلم تحقّق الخيانه بذلك، لأن استيفاء الحقّ ليس بخيانه، و إنّما يقتضى الخيانه أكل الوديعة بغير حقّ. و كذا الكلام فى قوله: «إن خانك فلا تخنه، و لا تدخل فيما عتبه عليه» فإن الأول خانه بإنكار حقه بالباطل، و عتب (٣) عليه بذلك، و هو لا يقتضى خيانتة بأخذها مكان دينه، و عتبه (٤) عليه فى الحقّ.

ص: ٧٣

١- (١) الكافى ٥: ٩٨ ح ١، الفقيه ٣: ١١٣ ح ٤٨٢، التهذيب ٦: ٣٤٨ ح ٩٨٠، الاستبصار ٣: ٥٢ ح ١٧١، الوسائل ١٢: ٢٠٤ الباب المتقدّم ح ٧.

٢- (٢) فى الحجرّيتين: العالم.

٣- (٣) فى «ث، ط»: و عيب، و فى «خ»: و عيبه.

٤- (٤) فى «ث، خ، ط»: و عيبه.

و لو كان المال (١) من غير جنس الموجود جاز أخذه بالقيمة العدل، و يسقط اعتبار رضا المالك بإلطاطه، كما يسقط اعتبار رضاه في الجنس.

و يجوز أن يتولى بيعها و قبض دينه من ثمنها، دفعا لمشقه التبرص بها.

قوله: «و لو كان المال. إلخ».

حيث جاز له الأخذ بمقاصه يقتصر على الأخذ من الجنس الموافق لحقه مع الإمكان، اقتصارا في التصرف في مال الغير المخالف للأصل على أقل ما تندفع به الضروره. فإن تعدد وصوله إلى جنس حقه جاز له الأخذ من غيره، لعموم الأدله السابقه، وقوله صلى الله عليه و آله: «خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (١) حيث لم يفرق بين الجنس و غيره، بل ظاهر الحال أنها لا تجد عين المحتاج إليه في النفقه و الكسوه، و إنما تجد مالا تصرفه في ذلك.

و ذهب جماعه من العايمه (٢) إلى وجوب الاقتصار على الجنس. و على ما اخترناه يتخير بين أخذه بالقيمه، و بين بيعه و صرفه في جنس الحق. و يستقل بالمعاوضه كما يستقل بالتعيين.

و لو أمكن إثبات الحق عند الحاكم فالأولى الرجوع إليه هنا، ليستأذنه في هذا التصرف.

ص: ٧٤

١- ١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٦٩ هامش (٣).

٢- ٢) الحاوى الكبير ١٧: ٤١٣، المغنى لابن قدامه ١٢: ٢٣٠، حليه العلماء ٨: ٢١٥، روضه الطالبين ٨: ٢٨٢-٢٨٤.

و لو تلفت قبل البيع (١) قال الشيخ: الأليق بمذهبن أن لا يضمنا.

و الوجه الضمان، لأنه قبض لم يأذن فيه المالك. و يتقاصان بقيمتها مع التلف.

قوله: «و لو تلفت قبل البيع. إلخ».

إذا أخذ المستحق من غير جنس حقه، فإن نوى أخذه لنفسه بالقيمة ملكه، و كان تلفه بعد ذلك منه. و إن قصد بيعه و صرفه في حقه، فهل يكون مضمونا عليه، أم يكون أمانه؟ فيه قولان:

أحدهما- و هو الذى ذهب إليه المصنف رحمه الله-: الضمان، لأنه قبضه بغير إذن المالك لمصلحه نفسه، فكان كقبض المرتهن الرهن بغير إذن الراهن.

هكذا علل المصنف رحمه الله. و فيه: أن إذن الشارع أعظم من إذن المالك.

و به يفرق بينه و بين الرهن.

و الثانى: عدم الضمان. و هو مختار الشيخ فى المبسوط (١)، لأنه مقبوض بحق، فجرى مجرى الرهن. و هذا هو الأقوى.

هذا إذا كان المقبوض بقدر حقه. أما لو كان زائدا عنه حيث لم يمكن الاقتصار على المقدار، ففي كون الزائد مضمونا أم أمانه الوجهان. و لا فرق حينئذ بين أن يتلف قبل البيع و بعده، حيث لم يمكن الاقتصار على بيع ما يقابل حقه.

و حيث يجوز البيع يجب المبادره إليه بحسب الإمكان. فإن قصر فنقصت قيمته فكالغاصب.

و حيث يضمن مع التلف، فإن كان بتقصير فكضمان الغاصب، و بغيره

ص: ٧٥

الأولى: من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضي له

الأولى: من ادعى ما لا يد لأحد عليه (١) قضي له. و من بابه: أن يكون كيس بين جماعه فيسألون: هل هو لكم؟ فيقولون: لا، و يقول واحد منهم: هو لى، فإنه يقضى به لمن ادعاه.

الثانية: لو انكسرت سفينه فى البحر

الثانية: لو انكسرت سفينه (٢) فى البحر، فما أخرجه البحر فهو لأهله، و ما أخرج بالغوص فهو لمخرجه. و به روايه فى سندها ضعف.

فقيمه (١) يوم التلف مطلقا. و كذا تجب المبادره إلى ردّ الزائد إلى المالك على تقدير اشتماله عليه، و لو بهبه (٢) و نحوها، إذا خاف من الاعتراف بالواقع.

قوله: «من ادعى ما لا يد لأحد عليه. إلخ».

الأصل فى مسأله الكيس روايه يونس بن عبد الرحمن، عن منصور بن حازم، عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: «قلت: عشره كانوا جلوسا و وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضا أ لكم هذا الكيس؟ فقال كلهم: لا، فقال واحد منهم: هو لى، قال: هو للذى ادعاه». (٣) و لأنه مع عدم المنازع لا وجه لمنع المدعى منه، و لا لطلب البيئه منه، و لا لإحلافه، إذ لا خصم له حتى يترتب عليه ذلك.

قوله: «لو انكسرت سفينه. إلخ».

الروايه المذكوره رواها الحسن بن على بن يقطين، عن أميه بن عمرو، عن

١-١) فى «ط، م»: فقيمته.

٢-٢) فى «ت، ط»: بهيته.

٣-٣) الكافى ٧: ٤٢٢ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٩٢ ح ٦١٠، الوسائل ١٨: ٢٠٠ ب «١٧» من أبواب كيفيه الحكم، و فيما عدا التهذيب: عن إبراهيم بن هاشم القمى، عن بعض أصحابه، عن منصور.

الشعيرى، قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينه انكسرت فى البحر، فأخرج بعضه بالغوص، وأخرج البحر بعض ما غرق فيها، فقال: أما ما أخرج البحر فهو لأهله، الله أخرجهم لهم، وأما ما خرج بالغوص فهو لهم، وهم أحقّ به» (١).

و عمل بمضمونها الشيخ فى النهايه (٢). و المصنف -رحمه الله- ذكر أنها ضعيفه السند، و لم يذكر ما ينافى حكمها.

و وجه ضعف سندها أن أميّه المذكور واقفيّ. و الظاهر أن المراد بالشعيرى إسماعيل بن زياد (٣) السكونى المشهور، و هو عامى. و لكن لا يلزم من حكم المصنف بضعف سندها ردّ حكمها، لأنّه كثيرا ما يجبر الضعف بالشهره و غيرها، و الأمر فى هذه كذلك.

و ابن إدريس (٤) ردّ الروايه [خاصّه] (٥) على أصله، و حكم بأن ما أخرج البحر فهو لأصحابه، و ما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجدته و غاص عليه، لأنّه بمنزله المباح، كالبعير يترك من جهد فى غير كلاً و لا ماء، فإنه يكون لواجده، و ادعى الإجماع على ذلك.

و الأصحّ أن جواز أخذ ما يتخلّف مشروط بإعراض مالكة عنه مطلقا، و معه يكون إباحه لأخذه، و لا يحلّ أخذه بدون الإعراض مطلقا، عملا بالأصل.

ص: ٧٧

١- ١) التهذيب ٢٩٥: ٦ ح ٨٢٢، الوسائل ٣٦٢: ١٧ ب «١١» من أبواب اللقطه ح ٢.

٢- ٢) النهايه: ٣٥١.

٣- ٣) كذا فيما لدينا من النسخ الخطيه، و الصحيح: بن أبى زياد.

٤- ٤) السرائر ١٩٥: ٢.

٥- ٥) من «أ، ث».

المقصد الأول في الاختلاف في دعوى الأملاك و فيه مسائل:

الأولى: لو تنازعا عينا في يدهما و لا بينه

الأولى: لو تنازعا عينا (١) في يدهما و لا بينه، قضى بها بينهما نصفين. و قيل: يحلف كل منهما لصاحبه.

و لو كانت يد أحدهما عليها، قضى بها للمتشبث مع يمينه، إن التمسها الخصم.

و لو كانت يدهما خارجه، فإن صدق من هي في يده أحدهما أحلف و قضى له. و إن قال: هي لهما، قضى بها بينهما نصفين، و أحلف كل منهما لصاحبه. و لو دفعهما أقرت في يده.

قوله: «لو تنازعا عينا. إلخ».

إذا تداعيا عينا و ادعى كل منهما أن مجموعها له، و لا بينه لأحدهما (١)، فلا يخلو: إما أن تكون في يدهما، أو في يد أحدهما، أو في يد ثالث. فهنا أحوال:

أحدهما: أن تكون في يدهما، فكل واحد مدع في النصف و مدعى عليه في النصف، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر، و لا- يتعرض واحد منهما في يمينه لإثبات ما في يده، بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه فيما في يده. و نقله الحلف قولاً يشعر بردّه. و المذهب ثبوته، عملاً بالعموم (٢)، بل لم ينقل الأكثر فيه خلافاً. فإذا حلفاً أو نكلاً ترك المدعى في يدهما كما كان. و إن حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف بالكل.

ص: ٧٨

١- ١) في «أ، ث»: لأحد منهما.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٧٠: ١٨ ب «٣» من أبواب كيفيه الحكم.

ثم إن حلف الذى بدأ الحاكم بتحليفه، و نكل الآخر بعده، حلف الأول اليمين المردوده إن لم نقض بالنكول. و إن نكل الأول و رغب الثانى فى اليمين، فقد اجتمع عليه يمين النفى للنصف الذى ادّعاه صاحبه، و يمين الإثبات للنصف الذى ادّعاه هو، فتكفيه الآن يمين واحده يجمع فيها بين النفى و الإثبات، لأن كلا منهما قد دخل فيه. و حينئذ فيحلف أن الجميع له و لا حقّ لصاحبه فيه، أو يقول:

لا حقّ له فى النصف الذى يدّعيه، و النصف الآخر لى.

و يحتمل وجوب يمينين: إحداهما نافية و الأخرى مثبتة، لتعدّد السبب المقتضى لتعدّد المسبّب.

و هل يتخير الحاكم فى البدأ باليمين، أو يقرع بينهما؟ وجهان. و تظهر الفائدة فى تعدّد اليمين على المبتدى على تقدير نكول الآخر. و يمكن أن يقال:

كل واحد منهما مدّع و مدّعى عليه هاهنا، فينبغى أن ينظر إلى السبق، فمن سبق دعواه بدئ بتحليف صاحبه.

و ثانيها: أن تكون العين فى يد أحدهما، فيقضى بها للمتسبّب - و هو ذو اليد - مع يمينه، لأنه هو المدّعى عليه، و الخارج مدّع، لأن الأصل عدم تسلّطه على ما فى يد غيره، و ظاهر الحال يشهد لذى اليد. فإن نكل ذو اليد عن الحلف أحلف الخارج إن لم نقض بالنكول. و الكلام فى حلفهما كما سلف، فيحلف ذو اليد على النفى، و المدّعى على الإثبات.

و ثالثها: أن تكون فى يد ثالث، فذو اليد من صدّقه الثالث، و عليه اليمين للآخر، فإن امتنع حلف الآخر و أغرم قيمه. و لو صدّقهما فهى لهما بعد حلفهما أو نكولهما. و لهما إحلافه إن ادّعى علمه، لفائده الغرم مع اعترافه، لا القضاء بالعين.

الثانية: يتحقق التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد

الثانية: يتحقق التعارض (١) في الشهادة مع تحقق التضاد، مثل: أن يشهد شاهدان بحق لزيد، ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا أنه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوه، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت. ومهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق.

فإن تحقق التعارض، (٢) فإما أن تكون العين في يدهما، أو يد أحدهما، أو [في] يد ثالث.

ففي الأول يقضى بها بينهما نصفين، لأن يد كل واحد على النصف، وقد أقام الآخر بينه، فيقضى له بما في يد غريمه.

ولو أنكروهما حلف لهما، سواء ادّعاها لنفسه أم لا. ولا يجب عليه نسبة الملك إلى نفسه أو إلى أحد معين. ولو قال: هي لأحد كما ولا أعرفه، احتمل قويا القرع، فيحلف من خرجت له، فإن نكل حلف الآخر، وإن نكلا قسّمت بينهما.

قوله: «يتحقق التعارض. إلخ».

إذا أقام المتدعيان بينتين، فإن أمكن التوفيق بينهما وفق، وعمل بما دلّت على ملكه الآن، كما لو شهدت إحداهما بملك المدعى أمس، والأخرى أنها ملك الآخر بسبب انتقالها عن ذلك المدعى اليوم، فيعمل بالثانية، لإمكان صدقهما.

وكذا لو أطلقت إحداهما، وفصلت الأخرى كما ذكرناه.

وإن تحقق التعارض بحيث استلزم العمل بإحداهما تكذيب الأخرى، كأن تشهد إحداهما بهذه العين لزيد، وتشهد الأخرى بها للآخر، فإنه لا يمكن أن يكون كلّها ملكا لكل واحد منهما، فيفتقر الحكم بتقديم إحداهما على الأخرى إلى المرجح، على التفصيل الذي يأتي.

قوله: «فإن تحقق التعارض. إلخ».

إذا تعارضت البيّتان، وكانت العين في يدهما، فلا إشكال في الحكم بها

و فى الثانى يقضى (١)بها للخارج دون المتشبت،إن شهدتا لهما بالملك المطلق.و فى قول آخر-ذكره فى الخلاف-بعيد.

بينهما نصفين.لكن اختلف فى سببه،فقل:لتساقط البيئتين بسبب التساوى، و بقى الحكم كما لو لم يكن هناك بينه.

و قيل:لأن مع كلّ منهما مرجحاً (١)باليد على نصفها،فقدّمت بيئته على ما فى يده.

و الذى اختاره المصنف-رحمه الله-أن العله تقديم بينه الخارج،فيقضى لكلّ واحد منهما بما فى يد صاحبه.و هذا هو الأشهر.

و تظهر الفائده فى اليمين على من قضى له،فعلى الأول يلزم كلاّ- منهما اليمين لصاحبه،لأن تساقط البيئتين أوجب الرجوع إلى اليمين كالمسأله السابقه.

و على الثانى لا- يمين على أحدهما،لأن ترجيح البيئه على الأخرى بسبب اليد أوجب العمل بالراجح و ترك الأخر،كما لو تعارض الخبران.و على الثالث-و هو الأظهر-لا- يمين،لأن القضاء له مستند إلى بيئته،و هى ناهضه بثبوت الحقّ، فيستغنى عن اليمين.

و فى التحرير (٢)قوى ثبوت اليمين على كلّ منهما،مع حكمه بتقديم بينه الخارج،و أن القضاء هنا لكلّ منهما بما فى يد الآخر،و احتمال عدم اليمين.

قوله:«و فى الثانى يقضى.إلخ».

إذا كانت العين المتنازع فيها فى يد أحدهما،و أقام كلّ منهما بينه،ففى

ص:٨١

١-١) فيما لدينا من النسخ الخطيه:مرجح،و الصحيح ما أثبتناه.

٢-٢) تحرير الأحكام ١٩٥:٢.

و لو شهدتا بالسبب، قيل: يقضى لصاحب اليد، لقضاء عليّ عليه السلام في الدأبه.

وقيل: يقضى للخارج، لأنه لا يئنه على ذى اليد، كما لا يمين على المدعى، عملاً بقوله [صلى الله عليه وآله]: «و اليمين على من أنكر (١)»، و التفصيل قاطع للشركه. و هو أولى.

أما لو شهدت للمتشبّث بالسبب و للخارج بالملك المطلق، فإنه يقضى لصاحب اليد، سواء كان السبب ممّا لا يتكرّر، كالنتاج و نساجه الثوب الكتّان، أو يتكرّر كالبيع و الصياغه.

وقيل: بل يقضى للخارج و إن شهدت بيئته بالملك المطلق، عملاً بالخبر. و الأول أشبه.

ترجيح أيهما أقوال:

أحدها: ترجيح الخارج مطلقاً، أى: سواء شهدتا بالملك المطلق أم المقيّد بالسبب أم تفرّقتا، بأن شهدت إحداهما بالملك المطلق و الأخرى بالمقيّد.

ذهب إلى ذلك الصدوقان (٢)، و سلّار (٣)، و ابن زهره، و ابن إدريس (٤)، و الشيخ فى موضع من الخلاف (٤). لكن الصدوق (٧) قدّم أعدل البيئتين، و مع التساوى الخارج.

ص: ٨٢

١- ١) مستدرک الوسائل ١٧: ٣٩٧ ب «١٨» من أبواب كيفيّة الحكم و أحكام الدعوى ح ١.

٢- ٢) المقنع: ٣٩٩، الفقيه ٣: ٣٩ ذيل ح ١٣٠.

٣- ٣) المراسم: ٢٣٤.

٤- ٤) غنيه النزوع: ٤٤٣.

٥- ٥) السرائر ١٦٨: ٢.

٦- ٦) الخلاف ٣: ١٣٠ مسأله (٢١٧).

٧- ٧) المقنع: ٣٩٩، الفقيه ٣: ٣٩ ذيل ح ١٣٠.

و الحجّة: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمَدْعَى، وَ الْيَمِينُ عَلَى الْمَدْعَى عَلَيْهِ».

و وجه الدلالة: أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله جعل لكلّ واحد منهما حجّة، فكما لا يمين على المدّعى لا بينه على المدّعى عليه، و التفصيل يقطع الاشتراك.

و لروايه محمد بن حفص، عن منصور، عن الصادق عليه السلام قال:

«قلت له: رجل فى يده شاه فجاء رجل فادّعاها و أقام البيّنه العدول أنها ولدت عنده و لم يهب و لم يبيع، و جاء الذى فى يده بالبيّنه مثلهم عدول أنها ولدت عنده و لم يبيع و لم يهب، قال عليه السلام: حقّها للمدّعى، و لا أقبل من الذى فى يده بيّنه، إن الله عزّ و جلّ إنما أمر أن تطلب البيّنه من المدّعى، فإن كانت له بيّنه و إلا فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر الله عزّ و جلّ» (١).

و طريق الروايه إلى منصور حسن، أما هو فإنه مشترك بين الثقه و غيره.

و الثانى: ترجيح ذى اليد مطلقا. و هو قول الشيخ فى كتاب الدعاوى من الخلاف (٢). و هو الذى نسبه المصنف - رحمه الله - إلى البعد.

و حجّته روايه (٣) جابر أن رجلين اختصما عند رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله فى دابّة أو بعير، فأقام كلّ واحد منهما البيّنه أنه أنتجها، فقضى بها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله للذى هى فى يده.

ص: ٨٣

١- (١) التهذيب ٦: ٢٤٠ ح ٥٩٤، الاستبصار ٣: ٤٣ ح ١٤٣، الوسائل ١٨: ١٨٦ ب «١٢» من أبواب كيفيه الحكم ح ١٤.

٢- (٢) الخلاف ٦: ٣٤٢ مسألة (١٥).

٣- (٣) عوالى اللثالى ٣: ٥٢٦ ح ٣١، و انظر سنن الدار قطنى ٤: ٢٠٩ ح ٢١، سنن البيهقى ١٠: ٢٥٦، تلخيص الحبير ٤: ٢١٠ ح ٢١٤١.

و روايه غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابته، وكلاهما أقام البيّنه أنه أنتجها، ففضى بها للذى هي في يده». وقال: «لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين» (١).

و هذان الحديثان - مع ضعف سندهما بكون الأول عامياً، والثاني بغياث - أخصّص من المدعى، لأنهما دلاً على تقديم ذى اليد مع السبب لهما، لا مع الملك المطلق.

و الثالث: ترجيح الداخل إن شهدت بيّنته بالسبب، سواء انفردت به أم شهدت بيّنه الخارج به أيضاً، وتقديم الخارج إن شهدتا بالملك المطلق أو انفردت بيّنته بالسبب.

و هذا هو الذى اختاره المصنف - رحمه الله -، وقبله الشيخ فى النهايه (٢) و كتابى الأخبار، و تلميذه القاضى (٤) و جماعه. و قد وهم الشيخ فى المبسوط (٥) حيث نقل عن النهايه خلاف ذلك، فقال فيه: «ما يدلّ عليه أخبارنا هو ما ذكرناه فى النهايه، و هو أنه إذا شهدتا بالملك المطلق و يد أحدهما عليها حكم لذى اليد، و كذلك إن شهدتا بالملك المقيد لكل واحد و يد أحدهما عليها حكم لذى اليد».

قال: «و قد روى أنه يحكم لليد الخارجة». و وجه التنافى بين المنقول و المنقول عنه ظاهر.

ص: ٨٤

١ - ١) الكافى ٧: ٤١٩ ح ٦، التهذيب ٦: ٢٣٤ ح ٥٧٣، الاستبصار ٣: ٣٩ ح ١٣٣، الوسائل ١٨: ١٨٢ ب ١٢) من أبواب كيفيّة الحكم و أحكام الدّعى ح ٣.

٢ - ٢) النهايه: ٣٤٤.

٣ - ٣) التهذيب ٦: ٢٣٧ ح ٥٨٣، الاستبصار ٣: ٤٢ ح ١٤٢.

٤ - ٤) المهذب ٢: ٥٧٨.

٥ - ٥) المبسوط ٨: ٢٥٨.

و حجّه هذا التفصيل الجمع بين الأخبار التي دلّ بعضها على تقديم الداخل مع بيان السبب، و قد سمعته، و بعضها على تقديم الخارج، و هو محمول على ما إذا أطلقتا أو اختصّت بيّنه الخارج بالسبب بطريق أولى، كما أن تقديم بيّنه الداخل مع انفرادها بالسبب ثابت بطريق أولى، لورود النصّ (١) على تقديمها مع اشتراكهما في السبب.

و الرابع: ترجيح الأعدل من البيّنتين، أو الأ-كثر عددا مع تساويهما في العدالة، مع اليمين، و مع التساوى يقضى للخارج. و هو قول المفيد (٢) رحمه الله.

و قريب منه قول الصدوق (٣)، فإنه قدّم أعدل البيّنتين، و مع التساوى الخارج. و قد تقدّم.

و الترجيح بهاتين الصفتين عمل به المتأخرون (٤) على تقدير كون العين في يد ثالث، لورودها (٥) في بعض (٦) الأخبار كذلك. مع أن في بعضها ما يدلّ على هذا القول، ففي صحيحه أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي القوم فيدعى دارا في أيديهم، و يقيم الذي في يده الدار أنه ورثها عن أبيه، لا ندرى كيف أمرها؟ فقال: أكثرهم بيّنه يستحلف و تدفع إليه».

ص: ٨٥

١-١) راجع ص: ٨٣-٨٤.

٢-٢) المقنعه: ٧٣٠-٧٣١.

٣-٣) المقنعه: ٣٩٩، الفقيه ٣: ٣٩٩ ذيل ح ١٣٠.

٤-٤) اللعه دمشقيه: ٥٢، المقتصر: ٣٨٣.

٥-٥) في «د»: لورودهما.

٦-٦) الكافي ٧: ٤١٨ ح ١، الفقيه ٣: ٣٨ ح ١٢٩، التهذيب ٦: ٢٣٤ ح ٥٧٥، الاستبصار ٣: ٤٠ ح ١٣٥، الوسائل ١٨: ١٨١ ب «١٢» من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى ح ١.

٧-٧) الكافي ٧: ٤١٨ ح ٣، الفقيه ٣: ٣٨ ح ١٣٠، التهذيب ٦: ٢٣٤ ح ٥٧٦، الاستبصار ٣: ٤٠ ح ١٣٥، الوسائل ١٨: ١٨١ ب «١٢» من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى ح ٥.

و ذكر: «أن عليًا عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغله، فقامت لهؤلاء البيئه أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا و لم يهبوا، و قامت لهؤلاء البيئه بمثل ذلك، ففضى بها لأكثرهم بيئه و استحلفهم».

قال: «فسألته حينئذ فقلت: أرأيت إن كان الذى ادعى الدار قال: إن أبا هذا الذى هو فيها أخذها بغير ثمن، و لم يقم الذى هو فيها بيئه إلا أنه ورثها عن أبيه، قال: إذا كان أمرها هكذا فهى للذى ادعاهها و أقام البيئه عليها».

فقد دلت هذه الروايه على الترجيح بالعدد مع تشبث أحدهما و خروج الآخر، و على ما لو ذكرا جميعا السبب. و هى أوضح سنداً من الروايات السابقه.

و روى عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان على عليه السلام إذا أتاه رجلان بيئه شهود، عدلهم سواء و عددهم سواء، يقرع بينهم على أيهم يصير اليمين، قال: و كان يقول: اللهم رب السموات السبع أيهم كان الحق له فأدّه إليه، ثم يجعل الحق للذى يصير إليه اليمين عليه إذا حلف» (١).

و هذه متناوله بإطلاقها لهذا القسم.

و بقى فى المسأله أقوال آخر نادره ليس عليها دليل واضح.

و ثبه المصنف - رحمه الله - بقوله: «سواء كان السبب ممّا لا يتكرّر، كالنتاج و نساجه الثوب، أو يتكرّر، كالبيع و الصياغه» على خلاف ابن حمزه (٢) حيث فرّق بين السبب المتكرّر و غيره، و حكم بتقديم ذى اليد مع كون السبب ممّا يتكرّر.

ص: ٨٤

١- ١) الكافى ٧: ٤١٩ ح ٣، الفقيه ٣: ٥٣ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٣٣ ح ٦، الاستبصار ٣: ٣٩ ح ٣١، الوسائل ١٨: ١٨٣ ب «١٢» من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى ح ٥.

٢- ٢) الوسيله: ٢١٩.

و لو كانت فى يد ثالث، (١) قضاى بأرجح البئتين عداله، فإن تساوى قضاى لأكثرهما شهودا. و مع التساوى عددا و عداله يقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف، و قضاى له. و لو امتنع، أحلف الآخر و قضاى له. و إن نكلا، قضاى به بينهما بالسوئيه.

و قال فى المبسوط: يقضى بالقرع إن شهدتا بالملك المطلق، و يقسم بينهما إن شهدتا بالملك المقيّد. و لو اختصت إحداهما بالتقيّد، قضاى بها دون الأخرى. و الأول أنسب بالمنقول.

قوله: «و لو كانت فى يد ثالث. إلخ».

اختصاص هذا القسم بالترجيح بهذين المرجّحين - و هما العداله و العدد - دون باقى أقسام التعارض هو المشهور بين الأصحاب، خصوصا المتأخّرين (١) منهم، تبعاً للشيخ (٢) - رحمه الله -، فإنه جعل ذلك جامعا بين الأخبار التى دلّ بعضها على الترجيح بهما، و بعضها على الترجيح بالسبب، و بعضها على ترجيح الخارج، و بعضها على ترجيح ذى اليد. ففصّلوا الأحكام كما سبق، حتى إن الشيخ فى التهذيب (٣) صرّح بكون خبر أبى بصير الذى حكيناه سابقا (٤) - المقتضى للترجيح بالعدد - محمولا على حكم ما إذا كانت العين فى يد ثالث. و هو عجيب، فإنها صريحه فى كون أحدهما متشبّثا، حيث قال: «يأتى القوم فيدعى دارا فى أيديهم» (٥). و من ثمّ خالف جماعه (٦) من المتقدّمين و اعتبروا الترجيح بهما فى جميع

ص: ٨٧

١ - ١) إرشاد الأذهان ١٥٠: ٢، اللمعه الدمشقيّه: ٥٢، المقتصر: ٣٨٣-٣٨٤.

٢ - ٢) التهذيب ٦: ٢٣٧ ذيل ح ٥٨٣.

٣ - ٣) التهذيب ٦: ٢٣٧ ذيل ح ٥٨٣.

٤ - ٤) راجع ص: ٨٥.

٥ - ٥) راجع ص: ٨٥.

٦ - ٦) المقنع: ٣٩٩-٤٠٠، المقنعه: ٧٣٠-٧٣١.

الأقسام، وهو أنسب بحال الروايات التي بعضها مطلق في الترجيح بهما أو بأحدهما، وبعضها مصرّح بخلاف ما ادّعاه المفصلون.

و أما ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط (١) من الحكم بالقرعة مع شهادتهما لهما بالملك المطلق، فتدلّ عليه صحاحه الحلبي، قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمر، وجاء آخران فشهدا على غير ذلك، فاختلفوا، قال: يقرع بينهم فأيتهم قرع فعليه اليمين، وهو أولى بالحق» (٢). فحملها على ما إذا أطلقا، لدلاله ظاهر الشهاده عليه.

و يدلّ على ما ذكره من أنه مع شهادتهما بالملك المقيّد يقسّم بينهما، رواه غياث بن إبراهيم السابقه (٣)، وقول عليّ عليه السلام: «لو لم يكن في يده جعلتها بينهما نصفين» (٤) والحال أنهما شهدتا بالسبب وهو النتاج.

و يدلّ على ترجيح ذات السبب مع الاختلاف قوّتها، مضافا إلى ما سبق من الأخبار الدالّة على تقديم ذات السبب.

و بالجملة، فالحكم في هذين القسمين لا يخلو من إشكال، لاختلاف الأخبار على وجه يعسر الجمع بينها، و ضعف ما ذكره من طريق الجمع، و ضعف سند أكثرها، و عدم عمل الأصحاب بما اعتبر إسناده مقتصرين عليه. و لأجل ما ذكرناه اقتصر الشهيد في الدروس (٥) على مجرد نقل الأقوال من غير ترجيح لأحدها.

ص: ٨٨

١-١) المبسوط ٢٥٨: ٨.

٢-٢) التهذيب ٢٣٥: ٦ ح ٥٧٧، الاستبصار ٣: ٤٠ ح ١٣٧، الوسائل ١٨: ١٨٥ ب «١٢» من أبواب كفيته الحكم و أحكام الدعوى ح ١١.

٣-٣) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٨٤ هامش (١).

٤-٤) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٨٤ هامش (١).

٥-٥) الدروس الشرعيّه ١٠١: ٢.

و يتحقّق التعارض (١) بين الشاهدين و الشاهد و المرأتين. و لا- يتحقّق بين شاهدين و شاهد و يمين. و ربما قال الشيخ نادرا يتعارضان و يقرع بينهما. و لا بين شاهد و امرأتين و شاهد و يمين، بل يقضى بالشاهدين و الشاهد و المرأتين، دون الشاهد و اليمين.

قوله: «و يتحقّق التعارض. إلخ».

أما تحقّق التعارض بين الشاهدين و الشاهد و المرأتين، فلأنّ كلّ منهما حجّه مستقلّه يثبت بها المال.

و أما عدم معارضة الشاهد و اليمين لهما، فلأنّ الشاهد لا يستقلّ بالحجّه (١)، و اليمين معه و إن أوجبت ثبوت المال إلا أنه حجّه ضعيفه، و من ثمّ اختلف في ثبوته بها. و أيضا فالذى يحلف مع شاهده يصدّق نفسه، و الذى يقيم شاهدين يصدّقه غيره، فهو أقوى جانبا و أبعد عن التهمه. و بهذا صرح الشيخ في المبسوط (٢) في فصل الدعاوى و البيّنات، و في الخلاف (٣) أيضا.

و القول النادر الذى نسبه المصنّف-رحمه الله-إليه بالتعارض بينهما و القرعه ذكره في المبسوط (٤) في فصل الرجوع عن الشهاده.

و وجهه: أن الشاهد و اليمين حجّه مستقلّه في إثبات المال كالشاهدين، فيعارضانها كما يعارضهما الشاهد و المرأتان.

و إنما قال المصنّف-رحمه الله-: «و ربما قال الشيخ. إلخ» لأنّ كلامه

ص: ٨٩

١- ١) في «د، م»: بالحجّيه.

٢- ٢) المبسوط ٢٥٩: ٨.

٣- ٣) الخلاف ٣٣٤: ٦ مسألة (٥).

٤- ٤) المبسوط ٢٥٣-٨: ٢٥٤.

ليس صريحا، وقد اختلف العلماء في فهم عبارته، فالشيخ فخر الدين (١)- رحمه الله- ذكر أنه تردّد في ذلك، ولم يرحح أحد القولين. والشهيد في الدروس (٢) قال:

إنه صرّح بالتعارض و القرعه. و لنقل عبارته الشيخ في ذلك و ننظر فيها، فإن كلا الفهمين محتمل منها، والأظهر منها هو التردّد الذي فهمه الشيخ فخر الدين.

و هذه عبارته الشيخ: «شهد شاهدان أنه أوصى لزيد بثلث ماله، و شهد شاهد واحد أنه أوصى بثلث ماله لعمرو، و قال عمرو: أحلف مع شاهدي ليكون الثلث بيننا، فهل يزاحم الشاهدين شاهد و يمين أم لا؟ قال قوم: يحلف و يزاحم و يساويه، لأن الشاهد و اليمين في الأموال بمنزلة الشاهدين، و قال آخرون: لا يساويه، لأن الشاهد و اليمين أضعف من شاهدين، لأن الشاهد وحده لا يقوم بنفسه حتى يضمّ إليه غيره، و الشاهدان قائمان بأنفسهما، فلا- يعارضهما. فمن قال لا- يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، و من قال يعارضهما حلف عمر و مع شاهده، و كان الثلث بينهما نصفين. و على مذهبا يقرع بينهما» (٣).

هذه عبارته. فالشاهد- رحمه الله- فهم التصريح بالتعارض من قوله:

«و على مذهبا يقرع بينهما». و الذي يظهر أن هذا ليس حكما بالتعارض، لأن القولين اللّذين حكاهما عن المخالفين، كما هي عادته، و مذهبهم (٤) أن الوصية المعينة- كالثلث مثلا- لاثنين متعارضين يوجب قسمته بينهما على سبيل العول، و مذهبا أن الثاني يكون رجوعا عن الأول إن علم الترتيب، و إن اشتبه أقرع،

ص: ٩٠

١- (١) إيضاح الفوائد ٤:٤٠٩.

٢- (٢) الدروس الشرعيّة ٢:١٠٢.

٣- (٣) المبسوط ٨:٢٥٣-٢٥٤.

٤- (٤) انظر الحاوي الكبير ٨:٣٠٩، روضه الطالبين ٥:٢٦٨.

و كل موضع قضينا فيه (١) بالقسمه، فإنما هو في موضع يمكن فرضها كالأموال، دون ما يمتنع، كما إذا تداعى رجلان زوجه.

و هذا المذكور على إطلاقه من مواضع الاشتباه. فلما ذكر حكم الوصية على القولين على مذهب المخالف، و كان مذهبنا يوافق القول الأول على تقدير تقديم الشاهدين، ذكر ما يوافق مذهبنا على تقدير التعارض، لئلا يتوهم أن مذهبنا على تقديره يوجب اشتراكهما في الموصى به، و هذا ليس حكما بترجيح القول بالتعارض، بل هو باق على تردده حيث اقتصر على مجرد نقلهما، و إنما فرغ ما يناسب القول الثاني من مذهبنا. فنقل الشيخ فخر الدين - رحمه الله - عنه التردد أقعد.

و قول المصنف - رحمه الله -: «و ربما قال الشيخ إله» يدل على احتمال له للأمرين. و كذلك فعل العلامة في القواعد (١) نقلا عن الشيخ.

قوله: «و كل موضع قضينا فيه إله».

إذا تداعيا زوجه و لم تترجح بينه أحدهما، لكونهما خارجين و نكلا عن اليمين، فإنه لا يتصور القسمه هنا، كما يقسم بينهما المال لو كانت الدعوى مالا، بل الطريق هنا الحكم لمن أخرجته القرعة، إذ لا سبيل إلى غيره.

و يؤيده مرسله داود بن أبي يزيد العطار عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل كانت له امرأة، فجاء رجل بشهود شهدوا أن هذه المرأة امرأة فلان، و جاء آخرون فشهدوا أنها امرأة فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا، قال: يقرع بين الشهود، فمن خرج اسمه فهو المحق، و هو أولى بها» (٢).

ص: ٩١

١ - ١) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٣.

٢ - ٢) الكافي ٧: ٤٢٠ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٣٥ ح ٥٧٩، الاستبصار ٣: ٤١ ح ١٣٩، الوسائل ١٨: ١٨٤ ب «١٢» من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ح ٨.

و الشهاده بقديم الملك(١)أولى من الشهاده بالحادث،مثل أن تشهد إحداهما بالملك فى الحال،و الأخرى بقديمه،أو إحداهما بالقديم، و الأخرى بالأقدم،فالترجيح لجانب الأقدم.

و كذا الشهاده بالملك أولى من الشهاده باليد،لأنها محتمله.و كذا الشهاده بسبب الملك أولى من الشهاده بالتصرف.

و على هذا فلا- فائده فى الإحلاف بعد القرعه،لأن فائدته القضاء للآخر مع نكوله،و هو منفى هنا.و فى الروايه دلالة على نفى اليمين هنا.

و لا فرق فى ثبوت الشركه فى المال على تقديره بين كونه قابلا للقسمه و عدمه كالجوهره،و إن كانت العبارة توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمه، لكنّه تجوز بها فى إمكان الشركه،و لو عبّر بها كان أولى.

قوله:«و الشهاده بقديم الملك.إلخ».

هنا مسائل:

الأولى:إذا تعارضت البيئتان فى الملك و لكن اختصت إحداهما بزياده التاريخ،فالمشهور أنه مرجح،كما لو شهدت بيئته أحدهما أنه ملكه فى الحال، و الأخرى أنه ملكه منذ سنه،أو شهدت بيئته الأول أنه ملكه منذ سنه،و بيئته الآخر أنه ملكه منذ سنتين.

و وجه تقديم متقدمه التاريخ:أنها تثبت الملك فى وقت لا تعارضها البيئته الأخرى فيه،و فى وقت تعارضها الأخرى،فتساقطان فى محلّ التعارض، و يثبت موجهها (١)فيما قبل محلّ التعارض،و الأصل فى الثابت دوامه.

و فى المسأله وجه آخر بعدم الترجيح بذلك،لأن مناط الشهاده الملك فى الحال،و قد استويا فيه،فأشبه ما إذا كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتأريخ واحد.

ص:٩٢

و المسأله مفروضه فيما إذا كان المدعى فى يد ثالث، فأما إذا كان فى يد أحدهما و قامت بينتان مختلفتا التاريخ، فإن كانت بينه الداخلى أسبق تاريخا فهو المقدم لا محاله. و إن كانت بينه الآخر أسبق تاريخا، فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحا فكذلك يقدم الداخلى. و إن جعلناه مرجحا ففى ترجيح أيهما و عدمه أوجه.

أحدها: ترجيح اليد، لأن البيئتين متساويتان فى إثبات الملك فى الحال، فتساقطان فيه، و يبقى من أحد الطرفين اليد، و من الآخر إثبات الملك السابق، و اليد أقوى من الشهاده على الملك السابق، و لهذا لا تزال بها.

و الثانى: ترجيح السابق، لأن مع إحداها ترجيحا من جهه البيئه، و مع الأخرى ترجيحا من جهه اليد، و البيئه تتقدم على اليد، فكذلك الترجيح من جهتها يتقدم على الترجيح من جهه اليد.

و الثالث: أنهما يتساويان، لتعارض البيئتين (١).

و اعلم أن إطلاق عباره المصنف يقتضى عدم اشتراط إضافه البيئه بالملك القديم التعرض للملك (٢) فى الحال. و هو أحد الوجهين فى المسأله، لأن الملك إذا ثبت سابقا فالأصل فيه الدوام و الاستمرار، فلا يفتقر إلى التصريح باستمراره.

و الثانى - و هو المشهور - : أن الشهاده بالملك القديم لا تسمع حتى يقول:

و هو ملكه فى الحال، أولا - أعلم له مزيلا - حتى لو قال: لا - أدرى زال أم لا، لم يقبل، لأن ثبوت الملك سابقا إن اقتضى بقاءه فى يد المدعى عليه و تصرّفه يدلا على

ص: ٩٣

١ - ١) كذا فى «خ، م»، و فى سائر النسخ: المعنيين.

٢ - ٢) كذا فى «ت، د»، و فى سائر النسخ: لذلك.

الانتقال إليه، فلا يحصل ظنّ الملك في الحال. و لأن دعوى الملك السابق لا تسمع، فكذلك البيّنه عليه.

و علّوا عدم قبول الشهاده مع قوله: «لا أدري زال أم لا»، مع أن مؤدّاهما قريب من قوله: «لا أعلم له مزيلا»، بأن الأولى تقتضى تردّدا أو ريبه، فهي بعيدة عن أداء الشهاده.

و فيه نظر، لأن الجزم الواقع في الشهاده بالصيغتين الأولتين إنما استند إلى استصحاب الملك و ظنّ الاستمرار مع عدم ظهور المنافى، و إلا فاليقين بالاستمرار لا يتفق، لأن الأسباب الموجهة لانتقال الملك عن المشهود له لا يمكن القطع بعدمها و إن صحبه الشاهد ليلا و نهارا، فإن منها ما يمكن وقوعه سرا بنفسه مع (1) نفسه.

و الاستناد إلى الاستصحاب و ظنّ الاستمرار يتأدّى بقوله: «لا أدري زال أم لا» كما يتأدّى بقوله: «و هو ملكه في الحال» لأنه إذا لم يدر هل زال أم لا؟ جاز له استصحاب البقاء و الحكم به في الحال.

و كون الصيغه بعيدة عن أداء الشهاده في حيز المنع، و من ثمّ ذهب بعضهم إلى عدم اشتراط الضميمة، مع أن الشهاده بالملك السابق لا تنافى العلم بتجدّد انتقاله عنه، فمع إضافه ما ينافى العلم بالانتقال أولى.

و الحقّ أن إطلاق الشهاده بالملك القديم لا تسمع، لعدم التنافى بين كونه ملكا له بالأمس مع تجدّد انتقاله عنه اليوم، و إن كان الشاهد يعلم بذلك، بل لا بدّ من إضافه ما يفيد عدم علمه بتجدّد الانتقال، و ذلك يتحقّق بهذه الصيغ، و إن كان

الاقتصار على ما لا يشمل على التردد أولى.

الثانية: لو تعارضت البيّنة بالملك المطلق و البيّنة باليد فالترجيح لبيّنة الملك، لأن اليد و إن كانت ظاهره في الملك إلا أنها محتمله لغيره، لجواز استنادها إلى العاربه و الإجاره و غيرهما، بخلاف الملك، فإنه صريح في المطلوب، فكانت الشهاده به مرجحه.

و لا فرق على هذا التقدير بين تقدّم تاريخ شهاده اليد- بأن شهدت أن يده على العين منذ سنه، و شهدت بيّنة الملك بتاريخ متأخر، أو بأنه ملكه في الحال- و تأخره، لاشتراك الجميع في المقتضى و هو احتمال اليد، بخلاف الملك. و في هذه المسأله قول بتقديم اليد على الملك القديم. و سيأتى (1) الكلام فيه.

الثالثه: لو تعارضت البيّنة بسبب الملك و البيّنة بالتصرّف، بأن شهدت الأولى أن العين لفلان اشتراها من فلان، و شهدت بيّنه الآخر أنها وجدته يتصرّف في العين تصرّف الملاك، من البناء و الهدم و البيع و الرهن و نحو ذلك، قدّمت بيّنه الملك المتسبب (2)، لأن التصرّف أعمّ من الملك المطلق، لجواز وقوعه من الوكيل و غيره، بخلاف الملك المتبيّن (3) سببه، فإنه صريح في المطلوب. و مقتضى هذا التعليل تقديم بيّنه الملك و إن لم يذكر سببه على بيّنه التصرّف، كما رجحت على بيّنه اليد، و إن كان التصرّف أقوى من مطلق اليد، لاشتراكهما في قيام الاحتمال دون الملك.

ص: ٩٥

١- ١) في ص: ١٠٠.

٢- ٢) في «ت، ط»: المتشبه، و في «د»: المسبب.

٣- ٣) في «ا، د»: المبيّن.

الثالثة: إذا ادعى شيئا، فقال المدعى عليه: هو لفلان

الثالثة: إذا ادعى شيئا، (١) فقال المدعى عليه: هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه، حاضرا كان المقر له أو غائبا. فإن قال المدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى، توجّهت اليمين، لأن فائدتها الغرم لو امتنع، لا القضاء بالعين لو نكل أو ردّ.

وقال الشيخ رحمه الله: لا يحلف ولا يغرم لو نكل.

و الأقرب أنه يغرم، لأنه حال بين المالك و[بين] ماله بإقراره لغيره.

و لو أنكر المقر له حفظها الحاكم، لأنها خرجت عن [ملك] المقر، و لم تدخل فى ملك المقر له. و لو أقام المدعى بينه قضى له.

أما لو أقرّ المدعى عليه بها لمجهول لم تندفع الخصومه، و أزم البيان.

قوله: «إذا ادعى شيئا. إلخ».

إذا ادعى شيئا 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 أسميه، ففى انصراف الخصومه عنه و انتزاع المال من يده وجهان، أصحهما - هو الذى لم يذكر المصنف غيره - أنها لا تنصرف و لا ينتزع المال من يده، لأن الظاهر أن ما فى يده ملكه، و ما صدر عنه ليس بمزيل، و لم يظهر لغيره استحقاقا. و على هذا، فإن أقرّ بعد ذلك لمعّين قبل، و انصرفت الخصومه إلى ذلك المعّين، و إلا فيقيم المدعى بينه عليه أو يحلفه.

و الوجه الثاني: أنها تنصرف عنه بذلك، لأنه (1) يبرأ من المدعى، و ينتزع الحاكم المال من يده. فإن أقام المدعى بينه على الاستحقاق فذاك، و إلا حفظه إلى أن يظهر مالكة.

و إن أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان:

أحدهما: أن يمتنع مخاصمته و تحليفه، كما إذا قال: هو وقف على الفقراء، أو على مسجد كذا، أو على ابني الطفل، أو هو ملك له، فتصرف الخصومه عنه، و لا سبيل إلى تحليف الولي و لا طفله، و لا تغني إلا البيّنه. و إذا قضى له الحاكم بالبيّنه، و كان الإقرار لطفل، كتب الحاكم صورته الحال في السجل، ليكون الطفل على حجّته إذا بلغ.

و الثاني: من لا يمتنع مخاصمته و لا تحليفه، كما إذا أضافه إلى شخص معيّن، فهو إما حاضر، و إما غائب.

فإن كان حاضرا روجع، فإن صدق المدعى عليه انصرفت الخصومه إليه.

و إن كذّبه ففيه أوجه:

أحدها- و هو الذي قطع به المصنف رحمه الله هنا-: أنه ينتزع منه، و يحفظه الحاكم إلى أن يظهر مالكة، لخروجه عن ملك المقرّ بالإقرار، و عدم ظهور مالكة بإنكار المقرّ له.

و الثاني: أنه يترك في يد المدعى عليه، إذ لا منازع له، و لعله يرجع و يدّعيه.

و الثالث: أنه يسلم للمدعى، لخروجه عن ملك المقرّ، و لا منازع فيه للمدعى.

ص: ٩٧

و إن أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومه أيضا، لأن المال بظاهر الإقرار قد صار لغيره، و لهذا لو حضر الغائب و صدّقه أخذه، و إذا كان لغيره و جب انصراف الخصومه عنه. و لا فرق بين أن يطلق ذلك، و بين أن يقول:

و هو فى يدى بإجاره أو أعاره أو وديعه أو غيرها.

ثم إن كان للمدعى بينه أقامها، و قضى على الغائب بشرطه. و إن لم يكن له بينه أقرّ فى يد المدعى عليه.

و حيث تنصرف الخصومه عنه، و طلب المدعى إحلافه أنه لا يعلم أن العين له، ففى إجابته قولان مبنيان على أنه لو أقرّ له بعد ما أقرّ لغيره هل يغرم القيمة؟ فيه قولان مذكوران فى محله (١).

فإن قلنا: نعم - و هو الأظهر - فله إحلافه، فلعله يقرّ فيغرمه القيمة.

و إن قلنا: لا، و هو أحد قولى الشيخ (٢) - رحمه الله -، فإن قلنا النكول و ردّ اليمين كالإقرار لم يحلفه، لأنه و إن أقرّ أو (٣) نكل و حلف المدعى لا يستفيد شيئا.

و إن قلنا كالبيّنه فله التحليف، لأنه قد ينكل فيحلف المدعى، فإذا حلف و كانت العين تالفه أخذ القيمة.

و حيث قلنا بوجوب القيمة، فأخذها بإقرار المدعى عليه ثانيا أو بيمين المدعى بعد نكوله، ثم سلّمت له العين بالبيّنه أو بيمينه بعد نكول المقرّ له، فعليه ردّ القيمة، لأنه إنما أخذ القيمة للحيلولة و قد زالت.

ص: ٩٨

١- ١) فى ج ١٠٩: ١١- ١١٠.

٢- ٢) المبسوط ٢٦٦: ٨.

٣- ٣) فى «ث، خ»: و نكل.

الرابعة: إذا ادعى أنه آجره الدابة، وادعى آخر أنه أودعه إياها

الرابعة: إذا ادعى أنه آجره الدابة، (١) وادعى آخر أنه أودعه إياها، تحقّق التعارض مع قيام البيّتين بالدعويين، وعمل بالقرعه مع تساوى البيّتين في عدم الترجيح.

فروع:

الأول: لو رجع الغائب و كذب المدعى عليه فالحكم كما ذكرناه فيما إذا أضاف إلى حاضر و كذبه.

الثاني: لو أقام المقر له الحاضر أو الغائب بعد رجوعه البيّنه على الملك، لم يكن للمدعى تحليف المقر ليغرمه و إن قلنا به في الأول، لأن الملك استقرّ بالبيّنه، و خرج الإقرار عن أن تكون الحيلولة به.

الثالث: لو قال المدعى: هذه الدار وقف علىّ، و قال من هي في يده: هي ملك لفلان، و صدّقه فلان و انتقلت الخصومه إليه، فإن قلنا بعدم إحلاف المقر ليغرمه القيمه فهنا أولى. و إن قلنا به ففي إحلافه هنا وجهان، من حيث إن المدعى قد اعترف [هنا] (١) بالوقف و الوقف لا يعتاض عنه، و من أنه مضمون بالقيمه عند الإلتاف، و الحيلولة في الحال كالإلتاف. و هذا أقوى.

قوله: «إذا ادعى أنه آجره الدابة. إلخ».

المراد أن الدابة في يد المدعى عليه و المدعيان خارجان، فادعى أحدهما أنه آجرها من صاحب اليد، و ادعى الآخر أنه أودعه إياها. فإن لم يقيما بيّنه يحكم بها لمن يصدّقه المتشبّث. و إن أقام كلّ منهما بيّنه بدعواه تحقّق التعارض مع الإطلاق أو اتّحاد التاريخين. و حينئذ فيرجع إلى الترجيح في إحدى البيّتين بالعدالة أو العدد، فإن انتفى فالقرعه. و لو تقدّم تاريخ إحداهما بنى على الترجيح

ص: ٩٩

الخامسة: لو ادعى دارا في يد إنسان، و أقام بينه أنها كانت في يده أمس

الخامسة: لو ادعى دارا (١) في يد إنسان، و أقام بينه أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر، قيل: لا تسمع هذه البيئته.

و كذا لو شهدت له بالملك أمس، لأن ظاهر اليد الآن الملك، فلا يدفع بالمحتمل.

و فيه إشكال، و لعل الأقرب القبول.

أما لو شهدت بينه المدعى أن صاحب اليد غصبه أو استأجرها منه، حكم بها، لأنها شهدت بالملك و سبب يد الثاني.

به و عدمه.

و قد تقدّم نظيره في الملك، و سيأتي مثله في اليد. و قد كان ذكر هذه المسألة في المقصد الثاني أولى، لأن الاختلاف فيها اختلاف في العقود.

قوله: «لو ادعى دارا. إلخ».

إذا كان في يد أحد دار و ادعاها غيره، و أقام بينه على أنها كانت في يده و ملكه بالأمس أو منذ شهر مثلا، فقد تعارض هنا اليد الحائيه و القديمه أو الملك القديم. و في تقديم أيهما قولان للشيخ في كل واحد من المبسوط (١) و الخلاف (٢).

أحدهما: أن القديمه منهما لا تسمع أصلا، و يقضى باليد الحائيه، لأن اليد ظاهرها الآن الملك فلا يدفعها أمر محتمل، إذ يحتمل أن يكون مع الأول بعاريه و نحوها في صورته دعوى اليد، و ثبوت مطلق اليد لا يستلزم ثبوت اليد الخاصه المفيده للملك، و يحتمل في صورته دعوى الملك أن ينتقل بعد أمس إلى غيره، فكل واحد من الأمرين غير متحقق الملكيه (٣) الآن.

ص: ١٠٠

١- (١) المبسوط ٨: ٢٦٩ و ٢٩٩.

٢- (٢) الخلاف ٦: ٣٣٩ مسألة (١١)، و ص: ٣٤٥ مسألة (١٩).

٣- (٣) في «أ، ث، خ»: الملك.

و احتجّ في المبسوط (١) أيضا بعدم المطابقة بين الدعوى و الشهاده، إذ الدعوى بالملك الحالى و الشهاده بالملك القديم. و لو قيل: إن ثبوته فى الماضى يوجب استصحابه إلى الآن، منع بأن اليد الحاضره الظاهره فى الملك معارضه له فلم يتم استدامته، خصوصا اليد الماضيه، لانقطاعها رأسا.

و الثانى - و هو الذى اختاره المصنف رحمه الله -: القبول، لأن اليد الحاضره إن كانت دليل الملك فالسابقه المستصحبه أو الملك الفعلى المستصحب أولى، لمشاركتهما لها فى الدلاله على الملك الآن و انفرادهما بالزمن السابق، فيكونان أرجح. و الحكم باستصحابها أوجب المطابقه بين الدعوى و الشهاده.

و قد تقدّم (٢) البحث فيه.

و الفرق بين هذه و السابقه الموجب لإعاده البحث: أن المعارضه فى هذه بين اليد المتحققه و اليد السابقه الثابته بالبينه أو الملك السابق كذلك، و السابقه وقع فيها التعارض بين البيئتين الدالّهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها، و الأخرى على الملك السابق، و لا (٣) تعرّض فيها للمعارضه بين اليد السابقه و الحالينه.

و قد تأكد من إطلاقه الحكم هنا و فى السابقه بتقديم الملك القديم، بغير تقييد له بكونه إلى الآن أو عدم علم المزيل، أن إضافه ذلك غير شرط. و الأصحّ

ص: ١٠١

١ - ١) لم نجد هذا الاحتجاج فى المبسوط، بل ذكره فى الخلاف ذيل المسأله (١١) راجع الهامش (٢) فى الصفحه السابقه.

٢ - ٢) فى ص: ٩٢.

٣ - ٣) فى «ا، ث، د»: فلا.

و لو قال: غصبنى (١) إياها، و قال آخر: بل أقرّ لى بها، و أقاما البيّنه قضى للمغصوب [منه]، و لم يضمن المقرّ، لأنّ الحيلولة لم تحصل بإقراره، بل بالبيّنه.

اشتراط إضافه ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدّد عنده علم الانتقال، لما بيّناه من عدم المنافاه بين علمه بالملك (١) السابق و شهادته به مع انتقاله عن المالك الآن.

و اعلم أن موضع الخلاف فى تقديم بيّنه الملك و اليد السابقين على اليد الحائيه ما إذا لم تشهد بيّنه السابق بفساد اليد الحائيه، بأن (٢) قالت: إنّه غصبها من ذى الملك أو اليد القديمين، أو بعدم (٣) استحقاقها للملك، بأن شهدت أنها فى يد الثانى بالإجاره من الأول أو العاربه، و إلا قدّمت السابقه بغير إشكال، لعدم التعارض على هذا الوجه.

قوله: «و لو قال: غصبنى. إلخ».

إنما قدّمت بيّنه المغصوب [منه] (٤) لأنها تشهد له بالملك و بسبب يد المتشبّث، و أنها عاديه فى مجموع وقتها، فيكون إقراره للغير بها فى زمن اليد إقرارا بعين مغصوبه، فلا- ينفذ إقراره. و لا- يغرم المدعى عليه للمقرّ له، لأنه لم يحل بينه و بين ملكه، إنما الحائل البيّنه.

ص: ١٠٢

١- ١) فى «ث، خ»: علمه بالسابق.

٢- ٢) كذا فى «خ»، و فى سائر النسخ: فإن.

٣- ٣) فى «ث، خ»: عدم.

٤- ٤) من إحدى الحجريّتين.

المقصد الثاني في الاختلاف في العقود إذا اتفقا على استئجار (١) دار معيّنه شهرا معيّنا، و اختلفا في الأجره، و أقام كلّ منهما بيّنه بما قدره، فإن تقدّم تاريخ أحدهما عمل به، لأن الثاني يكون باطلا.

و إن كان التاريخ واحدا، تحقّق التعارض، إذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين. و حينئذ يقرع بينهما، و يحكم لمن خرج اسمه مع يمينه. هذا اختيار شيخنا في المبسوط.

و قال آخر: يقضى بيّنه المؤجر، لأن القول قول المستأجر لو لم تكن بيّنه، إذ هو يخالف على ما في ذمّه المستأجر، فيكون القول قوله، و من كان القول قوله مع عدم البيّنه، كانت البيّنه في طرف المدعى.

و حينئذ نقول: هو مدّع زياده، و قد أقام البيّنه بها، فيجب أن تثبت.

و في القولين تردّد.

قوله: «إذا اتفقا على استئجار. إلخ».

إذا اتفق المؤجر و المستأجر على استئجار الدار المعيّنه مثلا، و على مدّه الإجاره، و اختلفا في قدر الأجره، فادّعى المؤجر أنها عشره دنانير مثلا، و ادّعى المستأجر أنها خمسه، فلا يخلو إما أن لا يقيم كلّ واحد بيّنه على مدّعه، أو يقيماها، أو يقيما أحدهما خاصّه. و المصنف - رحمه الله - اقتصر على حكم الوسطى، و هو مترتب على حكم الأولى كما ستعرفه، فاحتجج إلى البحث عنهما (١).

ص: ١٠٣

هنا. و أما الأخيره فحكمها واضح، لأن من أقام البيّنه حكم له دون الآخر.

فهنا مسألتان:

الأولى: أن يعد ما البيّنه. و المشهور بين الأصحاب تقديم قول المستأجر مع يمينه، لأنه منكر للزائد الذي يدّعيه المؤجر، مع اتّفاقهما على ثبوت ما يدّعيه المستأجر (1)، فيكون الأمر بمنزله ما لو ادّعى عليه عشرة دنانير مطلقاً فأقرّ له منها بخمسه، فإن القول قوله في نفي الزائد بغير إشكال، لأنه منكر له و المؤجر مدّع، فيدخلان في عموم الخبر (2).

و للشيخ -رحمه الله- في المبسوط (3) قول بالتحالف و ثبوت أجره المثل.

و وافقه بعض (4) المتأخرين، نظراً إلى أن كلاّ منهما مدّع و مدّعى عليه، لأن العقد المتشخص بالعشره غير العقد المشتمل على الخمسه خاصه، فيكون كلّ واحد منهما مدّعيًا لعقد غير العقد الذي يدّعيه الآخر، و هذا يوجب التحالف حيث لم يتّفقا على شيء و يختلفان (5) فيما زاد عنه.

و يضعّف بأن العقد لا - نزاع بينهما فيه، و لا في استحقاق العين المؤجره للمستأجر، و لا في استحقاق المقدار الذي يعترف به المستأجر، و إنما النزاع في القدر الزائد، فيرجع فيه إلى عموم الخبر (6). و لو كان ما ذكره من التوجيه موجبا

ص: ١٠٤

١- ١) كذا في «ط» و نسخه بدل «ت»، و هو الصحيح، و في سائر النسخ و الحجريتين: المؤجر.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٨:١٧٠ ب «٣» من أبواب كيفيّة الحكم.

٣- ٣) المبسوط ٣:٢٦٥-٢٦٦.

٤- ٤) المختلف: ٤٦٢.

٥- ٥) كذا في «د، ط»، و في سائر النسخ: و يختلفا.

٦- ٦) راجع الوسائل ١٨:١٧٠ ب «٣» من أبواب كيفيّة الحكم.

للتحالف لورد في كل نزاع على حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضتك عشرة، فقال: [لا] (١) بل خمسة، فإن عقد القرض المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر. و كما لو قال: أبرأتني من عشرة من جملة الدين الذي عليّ، فقال: بل من خمسة، فإن الصيغه المشتمله على إسقاط أحدهما غير الأخرى. و هكذا القول في غيره. و هذا ممّا لا يقول به أحد.

و الحق أن التحالف إنما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر و يختلفان في الزائد عنه، كما لو قال المؤجر: آجرتك الدار شهرا بدينار، فقال: بل بثوب، أو قال: آجرتك هذه الدار بعشره، فقال: بل تلك الدار، و نحو ذلك. أما في المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح.

و للشيخ في موضع من الخلاف (٢) قول آخر بالقرعه، لأنه أمر مشكل، و كل أمر مشكل فيه القرعه. و المقدمه الثانيه مسلّمه دون الأولى، لأنه لا إشكال مع دخوله في عموم: «اليمين على من أنكر».

و لا- فرق بين وقوع النزاع قبل مضي المدّة المشترطه و بعدها، لا- اشتراك الجميع في المقتضى. و فرق في موضع من المبسوط (٣) بين وقوع النزاع قبل انقضاء المدّة و بعده، و حكم بالتحالف في الأول، و تردّد في الثاني بين القرعه و بين تقديم قول المستأجر، لجريانه مجرى الاختلاف في ثمن المبيع إذا كان بعد تلفه.

الثانيه: أن يقيما معا البيئه. فإن تقدّم تاريخ إحداهما على الأخرى عمل بالمتقدّم و بطل المتأخّر، لأنه يكون عقدا على معقود عليه من المتعاقدين كما

ص: ١٠٥

١- ١) من الحجريتين.

٢- ٢) الخلاف ٣: ٥٢١ مسألة (١٠).

٣- ٣) المبسوط ٣: ٢٦٦.

و لو ادّعى استئجار (١) دار، فقال المؤجر: بل آجرتك بيتا منها، قال الشيخ: يقرع بينهما. و قيل: القول قول المؤجر. و الأول أشبه، لأن كلاً منهما مدّع.

و لو أقام كلّ منهما بينه تحقّق التعارض مع اتّفاق التاريخ. و مع التفاوت يحكم للأقدم. لكن إن كان الأقدم بينه البيت حكم بإجاره البيت بأجرته، و بإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره.

كان، و هو باطل.

و إن اتّحد التاريخان، أو كانتا مطلقتين، أو إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرّخه، فإن قلنا بتقديم قول المستأجر مع عدم البيّنه فالبيّنه بينه المؤجر هنا، لأن البيّنه من طرف من لم يكن القول قوله، كما قد علم مراراً. و هذا هو الذى اختاره ابن إدريس (١) و أكثر المتأخرين (٢).

و إن قلنا بالتحالف فى الأول أو بالقرعه اتّجه القول بالقرعه هنا. و هو الذى اختاره الشيخ - رحمه الله - فى المبسوط (٣)، لأنها لكلّ أمر مشكل، و لأنهما دعويان فلا ترجيح لإحداهما على الأخرى. و حينئذ فيحلف من أخرجته القرعه و يثبت مدّعا.

و المصنّف - رحمه الله - تردّد فى القولين. و قد ظهر من توجيه القولين منشأ التردّد. و الأصحّ هو الأول.

قوله: «و لو ادّعى استئجار. إلخ».

البحث فى هذه الصوره قريب من السابقه، لأن الاتّفاق هنا واقع على أصل

ص: ١٠٦

١-١) راجع السرائر ٢:٤٦٤، فقد أطلق القول بأن على المؤجر البيّنه فيما إذا اختلفا فى قدر الأجره، سواء كان لهما بينه أم لا.

٢-٢) تحرير الأحكام ٢:٢٠٠.

٣-٣) المبسوط ٨:٢٦٤.

و لو ادعى كلّ منهما (١) أنه اشترى دارا معيّنه و أقبض الثمن، و هي في يد البائع، قضى بالقرعه مع تساوى البيئتين عداله و عددا و تاريخا، الإجاره و على المدّه و مقدار الأجره، و إنما الاختلاف في مقدار العين المؤجره، مع اتّفاقيهما أيضا على إيجار البيت و اختلافهما في الزائد، فقيّل: القول قول المؤجر، لأنه ينكر الزائد، كما أن القول في السابقه قول المستأجر لذلك. و قال الشيخ (١): يقرع بينهما، لما ذكر في السابقه.

هذا إذا لم يقيما بيّنه. فلو أقامها و اتّفق التاريخ، أو أطلقنا، أو إحداهما، تحقّق التعارض، و رجع إلى القرعه مع انتفاء المرجّح. و المصنف - رحمه الله - هنا رجّح القرعه، و تردّد في السابقه. و الفرق بينهما بعيد.

و لو اختلف تاريخ البيئتين، فإن كان المتقدّم تاريخ الدار بأسرها بطلت إجاره البيت، لسبق إيجاره للمستأجر.

و إن كان المتقدّم تاريخ بيّنه البيت حكم به بالأجره المسماه، و بطل من إجاره الدار ما قابله، و صحّ في الباقي. فلو كان البيت يساوى نصف أجره الدار صحّ في باقيها بنصف الأجره، فيجتمع على المستأجر مجموع الأجره للبيت و نصفها لبقية الدار. فلو كان الاتّفاق على أن الأجره عشره، لكن ادعى المستأجر أنها أجره الجميع، و ادعى المؤجر أنها أجره البيت، و كان المتقدّم تاريخ بيّنه البيت، ثبت على المستأجر خمسة عشر في مقابله المجموع، عشره أجره البيت بيّنه المؤجر، و خمسة في مقابله باقي الدار بيّنته.

قوله: «و لو ادعى كلّ منهما. إلخ».

إذا ادعى كلّ منهما شراء العين من ذى اليد و إيفاء الثمن، فإن انتفت البيّنه

ص: ١٠٧

و حكم لمن يخرج اسمه مع يمينه. و لا- يقبل قول البائع لأحدهما، و يلزمه إعادته الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن، فتزدهم البيئتان فيه.

و لو نکلا عن اليمين قسّمت بينهما، و يرجع كلّ منهما بنصف الثمن.

و هل لهما أن يفسخا؟ الأقرب نعم، لتبعض المبيع قبل قبضه.

و لو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع، لعدم المزاحم. و فى لزوم ذلك له تردّد، أقربه اللزوم.

رجع إلى المالك، فإن كذبها حلف لهما و اندفعا عنه. و إن صدّق أحدهما دفع إليه المبيع، و حلف للآخر. و له إخلاف الأول أيضا. و إن صدّق كلّ واحد منهما فى النصف حكم لكلّ منهما بما أقرّ به، و بقى النزاع فى الباقي لكلّ منهما، فيحلف لهما كالسابق.

و إن أقاما بينه-فهى مسأله الكتاب- فإن تقدّم تاريخ إحداها حكم له، و كان البيع الثانى باطلا، لأن البائع باع ما لا يملكه، و یردّ الثمن، إذ لا تعارض هنا.

و إن اتّفقتا، أو كانتا مطلقتين، أو إحداها مطلقه، رجع إلى الترجيح بالعداله أو العدد. فإن انتفى أقرع بينهما، و حكم لمن أخرجته القرعه بعد يمينه للآخر. فإن نكل الخارج بالقرعه أحلف الآخر. فإن نکلا قسّمت العين بينهما، و رجع كلّ منهما بنصف الثمن.

و هل لهما الفسخ لتبعض الصفقه؟ وجهان أصحّهما ذلك، لوجود المقتضى للفسخ.

و لو ادعى اثنان (١) أن ثالثا اشترى من كلّ منهما هذا المبيع، و أقام كلّ منهما بينه، فإن اعترف لأحدهما قضى له عليه بالثمن. و كذا إن اعترف لهما قضى عليه بالثمنين.

و لو أنكر، و كان التاريخ مختلفا أو مطلقا، قضى بالثمنين جميعا، لمكان الاحتمال.

و لو كان التاريخ واحدا تحقّق التعارض، إذ لا يكون الملك الواحد فى الوقت الواحد لاثنين، و لا يمكن إيقاع عقدين فى الزمان الواحد.

و يقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف و قضى له. و لو امتنعا من اليمين قسّم الثمن بينهما.

و وجه العدم: أن التبعض جاء من قبلهما، فإن الخارج بالقرعه لو حلف لأخذ الجميع، فكأنّ التبعض جاء من قبله، كما لو أن الآخر لو حلف بعد نكول الأول لأخذ الجميع، فلا خيار لهما.

و لو فسخ أحدهما أخذ الآخر الجميع، لعدم المزاحم. و هل يلزمه أخذ الجميع؟ وجهان أصحهما ذلك، لوجود المقتضى، و هو قيام بينته بشرائه، و انتفاء المانع، إذ ليس هناك مانع من أخذه الجميع إلا دعوى الغريم الآخر، و قد انتفت بتركه الأخذ. و لأن المقتضى للخيار تبعض الصفقة، و قد انتفى.

و وجه عدم اللزوم: أنه قد ثبت له الفسخ ابتداء، و الأصل البقاء. و يضعف بأنه كان مانعا، و قد زال موجه.

هذا كلّه إذا كانت العين فى يد البائع. و لو كانت فى يد أحدهما بنى على تقديم بينه الداخلى أو الخارج مع تسبّب البيئتين. و قد تقدّم (١).

قوله: «و لو ادعى اثنان. إلخ».

هذه المسألة عكس السابقة، فإنه هناك ادعى اثنان شراء ما فى يده منه،

ص: ١٠٩

١-١) فى ص: ٨٤.

و كلّ يطالب بالمبيع، و هاهنا ادّعى اثنان بيع ما فى يده منه، و كلّ يطالبه بالثمن. فإن أقرّ لهما طولب بالثمنين، لإمكان صدقهما، فيؤاخذ بإقراره.

و إن أقرّ لأحدهما طولب بالثمن الذى سمّاه، و حلف للآخر. و إن أنكر ما ادّعياه و لا بينه حلف لهما يمينين. و إن أقام أحدهما البينه قضى له، و حلف للآخر.

و إن أقام كلّ منهما بينه، نظر إن أرختا بتاريخين مختلفين فعليه الثمنان، لإمكان اجتماعهما.

و إن أرختا بتاريخ واحد، بأن عيّنتا أول يوم معين أو زواله، فهما متعارضتان، لامتناع كون الشىء الواحد ملكا فى وقت واحد لهذا وحده و لهذا وحده. و حينئذ فيرجع إلى المرجح، فإن انتفى أقرع بينهما، و من أخرجته القرعه قضى له بالثمن الذى شهد به شهوده بعد حلفه للآخر، لأنه لو اعترف له بعد ذلك لزمه. فإن امتنع من اليمين أحلف الآخر و أخذ. فإن امتنعا قسّم الثمن بينهما إن كان متفق الجنس و الوصف. و إن كان مختلفا فلكلّ واحد نصف ما ادّعاه من الثمن.

و إن كانت البيئتان مطلقتين، أو إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرّخه، فالوجه أنهما كالمؤرّختين بتاريخين مختلفين، فيلزمه الثمنان، لأن التنافى غير معلوم، و العمل بكلّ واحد من البيئتين ممكن.

و يحتمل كونهما حينئذ كالمؤرّختين بتاريخ واحد، لأنهما ربما شهدتا على البيع فى وقت واحد، و الأصل براءة ذمّه المشتري، فلا يؤاخذ إلا باليقين.

و لو ادعى شراء المبيع (١) من زيد و قبض الثمن، و ادعى آخر شراؤه من عمرو و قبض الثمن أيضا، و أقاما بينتين متساويتين فى العدالة و العدد و التاريخ، فالتعارض متحقق، فحينئذ يقضى بالقرعه، و يحلف من خرج اسمه و يقضى له.

و لو نكلا عن اليمين قسّم المبيع بينهما، و رجع كلّ منهما على بائعه بنصف الثمن. و لهما الفسخ و الرجوع بالثمنين.

و لو فسخ أحدهما جاز، و لم يكن للآخر أخذ الجميع، لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه.

قوله: و لو ادعى شراء المبيع. إلخ».

هذه المسألة مركّبه من السابقتين، فإن كلاً من البائع و المشتري هنا مغاير للآخر. و المراد أن العين خارجه عن يد المتداعيين، فيحكم (١) بترجيح إحدى البيئتين ثمّ بالقرعه. فلو كانت فى يد أحدهما بنى على تقديم بينه الداخلى أو الخارج. و لو كانت فى يدهما قسّمت بينهما بعد التحالف أو النكول كما سبق.

و التفريع فى هذه [المسألة] (٢) كما سبق، إلا أنه على تقدير القسمة بنكولهما لو اختار أحدهما فسخ العقد و الآخر إجازته، لم يكن للمجيز أخذ النصف الآخر، سواء تقدّم الفسخ أم تقدّمت الإجازة، لأن دعوى الشراء من شخصين، فالمردود يعود إلى غير من يدعى المجيز الشراء منه فكيف يأخذ؟! و حيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذلك إذا لم يتعرّض البيئته لقبض المبيع و لا اعترف به المدعى، و إلا فإذا جرى القبض استقرّ العقد، و ما

ص: ١١١

١-١) فى «ت»: ليحكم.

٢-٢) من الحجرّتين.

يحدث بعده فليس على البائع عهده.

و اشترط بعضهم (١) زياده على ما ذكره المصنف أن يقول كل واحد من المتداعيين فى المسأله المفروضه: إننى اشتريته من فلان و هو يملكه، لأن من ادعى مالا- فى يد إنسان و قال: اشتريته من فلان، لم تسمع دعواه حتى يقول: و هو يملكه، و يقوم مقامه أن يقول: و تسلّمته منه أو سلّمه إالى، لأن الظاهر أنه إنما يتصرّف بالتسليم فيما يملك. و فى دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول: و أنت تملكه، و يكتفى بأن اليد تدلّ على الملكيه. و كذلك يشترط أن يقول الشاهد فى الشهاده: اشتراه من فلان و هو يملكه، أو اشتراه و تسلّمه منه أو سلّمه هو إليه.

و هذا القيد (٢) حسن. و سيأتى (٣) اختيار المصنف -رحمه الله- إياه، و كأنه تركه هنا اتكالا عليه.

و فرعوا عليه أنه يجوز أن يقيم شاهدين على أنه اشترى من فلان، و آخرين على أن فلانا كان يملكه إلى أن باع منه، لحصول المطلوب من جمله الشهود. و لكنّ الأخيرين إن شهدا هكذا فقد شهدا على البيع و الملك أيضا. و كأنّ المراد ما إذا أقام شهودا على أنه اشترى منه وقت كذا، و آخرين على أنه كان يملك ذلك إلى وقت كذا.

و لو أقام أحد المدّعين بينه أنه اشترى الدار من فلان و كان يملكها، و أقام الآخر البينه على أنه اشترها من مقيم البينه الأولى، حكم بينه الثانى و إن لم يقل

ص: ١١٢

١- ١) قواعد الأحكام ٢: ٢٢٨.

٢- ٢) فى «خ، ط»: التوجيه.

٣- ٣) فى ص: ١١٦-١١٧.

و لو ادعى عبد (١) أن مولاه أعتقه، و ادعى آخر أن مولاه باعه منه، و أقاما البيّنه، قضى لأسبق البيّتين تاريخاً، فإن اتفقتا قضى بالقرع مع اليمين.

و لو امتنعا من اليمين قيل: يكون نصفه حرّاً، و نصفه رقاً لمدعى الاتباع، و يرجع بنصف الثمن.

و لو فسخ عتق كلّه. و هل يقوم على بائعه؟ الأقرب نعم، لشهادته البيّنه بمباشره عتقه.

لمقيم (١) البيّنه: و أنت تملكها، كما لا يحتاج أن يقوله لصاحب اليد، لأن البيّنه تدلّ على الملك كما أن اليد تدلّ عليه.

قوله: «و لو ادعى عبد. إلخ».

إذا ادعى عبد أن مولاه أعتقه، و ادعى آخر أنه باعه منه بكذا، و أنكر صاحب اليد ما ادعى به، فإنما أن يكون هناك بيّنه أو لا. فإن لم تكن، فإنما أن يكون العبد في يد المالك المدعى عليه البيع و العتق، أو لا.

فإن كان في يده و لا بيّنه، و أنكر دعواهما، حلف لهما يمينين.

و إن أقرّ بالعتق ثبت، و لم يكن للمشتري تحليفه إن قلنا إن إتلاف البائع كالأفّه السماويّه، لأنه بالإقرار بالعتق متلف قبل القبض، فينفسخ البيع. نعم، لو ادعى تسليم الثمن حلف له.

و إن أقرّ بالبيع قضى به، و لم يكن للعبد تحليفه، لأنه لو أقرّ بعد ذلك بالعتق لم يقبل، و لم يلزمه غرم، فلا وجه للإحلاف. قيل: و ليس معنا موضع يقرّ لأحد

ص: ١١٣

المدّعين (١) ولا يحلف للآخر قولاً واحداً إلا هذا.

و إن كان فى يد المشتري قدّم قوله.

و لو كان هناك بينه، فإن اختصت بأحدهما عمل بها. و إن كانت لهما، فإن تقدّم تاريخ إحداهما عمل بها، لأن الثانى يكون باطلاً.

و إن اتحد التاريخان، أو كانتا مطلقتين، أو إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه، قال الشيخ (٢): قدّمت بينه المشتري إن كان فى يده، لاجتماع البيّنه و اليد. و هو مبنى على أصله من تقديم بينه ذى اليد عند التعارض.

و إن كان فى يد المالك الأول، أو لم يكن فى يد أحدهما، تعارضتا، فيطلب الترجيح، و مع انتفائه يقضى بالقرعه مع يمين الخارج بها. و الشيخ (٣) - رحمه الله - حكم باليمين احتياطاً. و الأقوى اللزوم كغيره. فإن امتنع من اليمين حلف الآخر.

فإن امتنع قسم بينهما على القاعده السابقه، و حكم برقّ نصفه و حرّيه نصفه.

هكذا أطلقه الشيخ (٤) و الجماعه (٥) من غير تردّد. و لكن المصنف - رحمه الله - نسبه إلى القيل، مؤذناً برده (٦). و المختار المشهور.

قال الشيخ (٧) - رحمه الله - : و للمشتري حينئذ الخيار، لتبعّض الصفقه. و ردّ بأن التبعض جاء من قبله حيث توجّهت عليه اليمين فلم يحلف.

ص: ١١٤

١ - ١) فى «١»: المتداعيين.

٢ - ٢) المبسوط ٢٨٦: ٨.

٣ - ٣) المبسوط ٢٨٧: ٨.

٤ - ٤) المبسوط ٢٨٧: ٨.

٥ - ٥) تحرير الأحكام ١٩٩: ٢، إيضاح الفوائد ٣٩١: ٤ - ٣٩٢، الدروس الشرعيّه ١٠٦: ٢.

٦ - ٦) فى «خ»: بتردّده.

٧ - ٧) المبسوط ٢٨٧: ٨.

و على ما اختاره الشيخ لو فسخ عتق النصف الآخر، لأن البينه قامت على أنه أعتق الجميع، وإنما لم يحكم بموجبها لمزاحمه مدعى الشراء، فإذا انقطعت زحمته حكم به. وفيه وجه آخر أنه لا يعتق، لأن قضيه القسمة اقتصر العتق على النصف. وإن أجاز مدعى الشراء استقر ملكه على النصف، وعليه نصف الثمن.

ثم إن كان المدعى عليه معسرا لم يسر العتق إليه. وإن كان موسرا فوجهان:

أحدهما: أن الأمر كذلك، لأنه عتق محكوم به قهرا، كما إذا ورث بعض قريبه، فإنه يعتق عليه ولا يسرى.

و الثاني: أنه يسرى، لقيام البينه على أنه أعتق باختياره. وهذا هو الذى اختاره المصنف و جماعه (١).

و اعترض الشهيد (٢) -رحمه الله- على ذلك بأن: «الواقع فى نفس الأمر إما العتق أو الشراء أو ليس أحدهما، وأيما كان امتنع معه التقويم على المالك و السرايه. أما على تقدير العتق فلائنه يكون للمجموع، و مع عتق المجموع لا بعض موجود حتى يقوم. و أما على تقدير الشراء فلائنه أيضا للجميع، فلا- سبب للتقويم، إذ السبب عتق البعض و هو منتف. و منهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما».

و هذا إيراد موجه، إلا أنه يمكن أن يقال على تقدير عتقه للجميع الذى قد قامت به البينه: يجب أن لا يؤخذ من المشتري عوض النصف الذى ثبت له، و قد حكم عليه بنصف الثمن، و هو قيمه النصف غالبا، فيجب تقويمه على المالك الأول، لأن الحكم بعتق شىء منه يقتضيه، لانحصار دلالة البينتين فى أنه لم يعتق

ص: ١١٥

١- ١) تحرير الأحكام ١٩٩: ٢.

٢- ٢) غايه المراد: ٣١٦.

الأولى: لو شهد للمدعى أن الدأبه ملكه منذ مدّه

الأولى: لو شهد للمدعى (١) أن الدأبه ملكه منذ مدّه، فدلّت سنّها على أقلّ من ذلك قطعاً أو أكثر، سقطت البينه، لتحقق كذبها.

الثانية: إذا ادعى دأبه في يد زيد، و أقام بينه أنه اشتراها من عمرو

الثانية: إذا ادعى دأبه (٢) في يد زيد، و أقام بينه أنه اشتراها من عمرو، فإن شهدت البينه بالملكيه مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم قضى للمدعى.

و إن شهدت بالشراء لا غير، قيل: لا يحكم، لأن ذلك قد يفعل بعضه و يملك بعضه على وجه مانعه الجمع، بل الواقع عتق الجميع أو ملك الجميع. و بهذا يثبت التقويم و إن كان في اعتبار قيمه النصف مغايره لثمنه على بعض الوجوه، إلا أنه أقرب إلى الواقع من بقاء الرقيه على النصف.

و أيضا فإن الموجب للتقويم ينظر إلى الثابت شرعا من العتق، و لا ينظر إلى الواقع في نفس الأمر، لأن الأحكام الشرعيه مرتبه على الظاهر، و الثابت شرعا هو كون المالك قد أعتق نصفه باختياره، فيقوم عليه مع يساره.

قوله: «لو شهد للمدعى. إلخ».

أما على تقدير كون الدلاله قطعيه فواضح، لأن الكذب حينئذ قطعيّ. و أما على تقدير الأكثرية فالدلاله ظنيّه. و يشكل معارضتها للحكم الظاهر من عداله الشاهد (١). و في التحرير (٢) اقتصر في الحكم بسقوط البينه على الدلاله القطعيه.

و هو أولى.

قوله: «إذا ادعى دأبه. إلخ».

القولان للشيخ - رحمه الله - أولهما في المبسوط (٣). و اختاره المصنف

٣-٣) راجع المبسوط ٨:٢٩٥، وفرض المسأله فيما إذا ادعى دارا في يد زيد.

فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومه بالمظنون. و هو قوَى.

و قيل: يقضى له، لأن الشراء دلالة على التصرف السابق الدال على الملكيه.

الثالثه: الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد، و ادعى رقيته

الثالثه: الصغير المجهول النسب (١) إذا كان في يد واحد، و ادعى رقيته، قضى [له] بذلك ظاهرا. و كذا لو كان في يد اثنين.

أما لو كان كبيرا و أنكر فالقول قوله، لأن الأصل الحرّيه.

و الأ-كثر. و الثاني في الخلاف (١). و وافقه في المختلف. (٢) و تعليهما واضح ممّا ذكره المصنف. و أصحهما الأول. و يمنع من كون التصرف مطلقا دالا على الملكيه.

و اعترض العلامة على الشيخ في اكتفائه في ثبوت الملك بالتسليم، بحكمه أنه لو شهدت البيئه للخارج بأن الدار كانت في يده منذ أمس أنه لا- تزال اليد المتصرفه، فكيف يمكن الجمع بين ذلك و بين ترجيحه هنا بتسليم البائع إلى المشتري؟! و جوابه: أن ذلك مبنى على قوله بترجيح اليد السابقه، فإن له في المسأله قولين، فلا يعترض عليه بالقول الآخر، [كما] (٣) أن له في هذه المسأله قولين أيضا، فلا ينضبط الاعتراض عليه في ذلك. و قد حقّقناه سابقا (٤).

قوله: «الصغير المجهول النسب. إلخ».

احترز بمجهول النسب عن معلومه بالحرّيه، فإن دعوى رقيته لا تسمع،

ص: ١١٧

١- ٢) الخلاف ٦: ٣٤٥ مسألة (١٩).

٢- ٣) المختلف: ٧١١.

٣- ٤) من «خ، د»، و في «ط»: مع أن له.

٤- ٥) راجع ص: ١٠٠.

و لو ادعى اثنان رقبته، فاعترف لهما، قضى عليه. و إن اعترف لأحدهما كان مملوكا له دون الآخر.

الرابعة: لو ادعى كل واحد منهما أن الذبيحه له، و فى يد كل واحد بعضها

الرابعة: لو ادعى كل واحد (١) منهما أن الذبيحه له، و فى يد كل واحد بعضها، و أقام كل [واحد] منهما بينه، قيل: قضى لكل واحد بما فى يد الآخر. و هو الأليق بمذهبنا.

و كذا لو كان فى يد كل واحد شاه، و ادعى كل منهما الجميع، و أقاما بينه، قضى لكل منهما بما فى يد الآخر.

لظهور كذبها، بخلاف المجهول، فإنه و إن كان الأصل فيه الحرّيه إلا أن رقبته أمر ممكن، و قد ادّعا ذو اليد و لا منازع له فيحكم به. و حيث تثبت الرقبه لا يلتفت إلى إنكار الصغير بعد بلوغه، لسبق الحكم برقبته.

و فى حكم الصغير المجنون. أما البالغ فيعتبر تصديقه، لاستقلاله بنفسه، و اعتبار قوله. و لا فرق بين تصديقه للواحد و الأكثر، لا شراك الجميع فى المقتضى. و قد تقدّم (١) البحث فى ذلك كله فى الإقرار بالنسب.

قوله: «لو ادعى كل واحد. إلخ».

إنما يقتضى لكل واحد بما فى يد الآخر على تقدير كون البعض الذى فى يد كل منهما منفصلا عن الآخر، لتحقق اختصاص اليد به. أما لو كان متصلا كانت بينهما نصفين على الإشاعه، كما لو أقام المدّعيان بينتين و العين فى يدهما.

و القضاء لكل بما فى يد الآخر مبنى على تقديم بينه الخارج، و هو الذى

ص: ١١٨

١-١) راجع مسالك الأفهام ١١: ١٢٥، و يلاحظ أنه لم يبحث هناك عن ادعاء رقبه الصغير، بل عن الإقرار بنسبه.

الخامسة: لو ادعى شاه (١) في يد عمرو و أقام بينه فتسلمها، ثم أقام الذى كانت فى يده بينه أنها له، قال الشيخ: ينقض الحكم و تعاد. و هو بناء على القضاء لصاحب اليد مع التعارض. و الأولى أنه لا ينقض.

أشار إليه بكونه أليق بمذهبنا. و على القول بتقديم بينه ذى اليد، كما هو أحد قولى الشيخ (١)، يقضى لكل منهما بما فى يده.

و لو تعددت الشياه و اختص كل واحد بواحدة، فالحكم كما لو اختص بجزء منها منفصلا. و هذا واضح.

و مما يتفرع على ذلك أنه لو كان أحدهما كافرا و الآخر مسلما، حكم بكون ما يقضى به للكافر ميتة و للمسلم مذكى، و إن كان كل واحد من الجزأين قد انتزعه من الآخر، عملا بظاهر اليد المعتبره شرعا. و لا يقدر فى ذلك اليد السابقة، لظهور بطلانها شرعا.

قوله: «لو ادعى شاه. إلخ».

إذا ادعى زيد على عمرو شاه فى يد عمرو، و أقام زيد فقط البينه حكم له قطعا، لنهوض البينه بالحق و لا معارض لها. فإذا صارت فى يد زيد فأقام عمرو بينه أنها له، فيما أن يطلق دعوى الملك، و هو الذى فرضه المصنف -رحمه الله-، أو يدعى ملكا سابقا على إزاله يده، أو لاحقا عليها. فالصور ثلاث، و حكم المطلقة متفرع على الأخيرتين. فلنبدا بالبحث عنهما.

فالأولى: أن يدعى ملكا سابقا على إزاله يده، فيبنته على هذا الوجه معارضه للبينه الأولى، فيبنى على تقديم الخارج أو الداخل. و يزيد هنا أن المراد بالداخل و الخارج عند التعارض أو عند الملك المدعى. فعلى المشهور و الظاهر

من تقديم الخارج و كون المراد به حال إقامه البيئه يحكم بها لعمره، لأنه الآن خارج. و كذا على القول باعتبار الدخول حال الملك و قدّمنا الداخل. و هو الذى علّل به المصنف -رحمه الله- حكم الشيخ (١) -رحمه الله- بتقديم عمرو. و لو قدّمنا الخارج على هذا التقدير لم ترفع يد زيد عنها، لأنه خارج حينئذ. و هو الذى اختاره المصنف رحمه الله.

و الثانيه: أن يدعى ملكا لاحقا بعد زوال يده، و يقيم عليه البيئه، سواء ذكر تلقّيه من زيد أم لا.

و الوجه القبول هنا، لعدم التعارض مع تصريحه بتلقّي الملك عن زيد أو إطلاقه، توفيقا بين البيئتين. و مع تصريحه بتلقّيه من غيره يبنى على ترجيح الداخل أو الخارج. فعلى الأشهر من تقديم الخارج يقدم هنا أيضا، عملا بالعموم (٢).

و الثالثه: أن يطلق الدعوى و يقيم البيئه. و هو الموافق لعباره الكتاب، و إن كان تعليله يناسب الأولى. فإن قدّمنا عمرا فى الصورتين السابقتين فهنا أولى، لانحصار أمره فيهما. و إن قدّمنا زيدا فى إحداهما احتمل تقديم عمرو هنا، لما تقدّم من أنه مهما أمكن التوفيق بين البيئتين وفق، و هو هنا ممكن مع (٣) الإطلاق، بجعل ملك عمرو متلقّى من زيد بعد انتقاله عنه حيث يمكن. و هذا أقوى (٤).

و يحتمل العدم، لإمكان استناده إلى الملك السابق على وجه لا تقدّم فيه بيئته، إما

ص: ١٢٠

١- ١) المبسوط ٣٠١: ٨- ٣٠٢.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٧٠: ١٨ ب «٣» من أبواب كيفيّة الحكم.

٣- ٣) فى «ا، ث»: فمع.

٤- ٤) فى «د»: قوئى.

السادسه: لو ادعى دارا (١) في يد زيد، و ادعى عمرو نصفها، و أقاما البيئه، قضى لمدعى الكلّ بالنصف، لعدم المزاحم، و تعارضت البيئتان في النصف الآخر، فيقرع بينهما، و يقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه.

و لو امتنعا من اليمين قضى بها بينهما بالسويّه، فيكون لمدعى الكلّ ثلاثه الأرباع، و لمدعى النصف الربع.

بجعله على هذه الحاله داخلا، أو لعدم ترجيح الخارج. و الوجه تقديم عمرو في جميع الصور.

قوله: «لو ادعى دارا. إلخ».

هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب، و هو مبنى على قاعده تعارض البيئتين مع خروج يد المدعين، فتقع القسمة مع امتناعهما من الحلف على النصف الذى فيه النزاع، لأن النصف الآخر لا نزاع بينهما فيه، و نسبتها إلى النصف واحده، و بيئتهما متساويه، و كلّ منهما مدع لكّله، فيقسّم بينهما نصفين، فتخلص لمدعى الكلّ ثلاثه أرباع.

و ذهب ابن الجنيّد (١) -رحمه الله- إلى اقتسامهما ما يتنازعان فيه على طريق العول، فيجعل هنا لمدعى الكلّ الثلثان، و لمدعى النصف الثلث، لأن المنازعه وقعت في أجزاء غير معينه و لا- مشار إليها، بل كل واحد من أجزاءها لا يخلو من دعوى كلّ منهما باعتبار الإشاعه، فلا يتمّ ما ذكره من خلوص النصف لمدعى الكلّ بغير منازع، بل كلّ جزء يدعى مدعى النصف نصفه و مدعى الكلّ جميعه (٢)، و نسبه إحدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسّم العين أثلاثا، واحد

ص: ١٢١

١-١) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٧٠١.

٢-٢) فى «ا، ث»: كّله.

و لو كانت يدهما (١) على الدار، و ادعى أحدهما الكلّ و الآخر النصف، و أقام كلّ منهما بيّنه، كانت لمدعى الكلّ، و لم يكن لمدعى النصف شيء، لأن بيّنه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله.

لمدعى النصف، و اثنان لمدعى الكلّ، فيكون كضرب الديان فى مال المفلس و الميت.

و فى المختلف (١) وافق ابن الجنيّد على ذلك مع زياده المدعى على اثنين، إلا أن ابن الجنيّد فرض الحكم على تقدير كون العين بيدهما، و العله تقتضى التسويه بين الداخلين و الخارجين حيث يقتسمان.

و فى القواعد (٢) جعل قول ابن الجنيّد احتمالاً على تقدير خروجهما، كما هو محتمل على تقدير الدخول.

و الأصحّ المشهور. و الجواب عن حجّه العول أن مدعى الكلّ يسلم له نصف مشاع بغير نزاع، و هو كاف فى المطلوب، و إن كان النزاع واقعا فى كلّ جزء باعتبار التعيين.

قوله: «و لو كانت يدهما. إلخ».

إذا كانت يدهما على الدار فالنصف لمدعى الكلّ بغير معارض، و تعارضت البيّتان فى النصف الذى فى يد مدعى النصف، فعلى المشهور من تقديم بيّنه الخارج فهو لمدعى الكلّ أيضاً، و لا شيء لمدعى النصف. و على القول بتقديم ذى اليد فهو لمدعى النصف. و لو لم يكن لهما بيّنه فهى بينهما بالسويه، لأن مدعى النصف يده عليه، فيقدم قوله فيه بيمينه، و لا يمين على الآخر.

ص: ١٢٢

١-١) المختلف: ٧٠١.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٢٣-٢٢٤.

و لو ادّعى أحدهم (١) النصف و الآخر الثلث و الثالث السدس، و [كانت] أيدهم عليها، فيد كل واحد منهم على الثلث. لكن صاحب الثلث لا يدّعى زياده على ما في يده، و صاحب السدس يفضل في يده ما لا يدّعه هو و لا مدّعى الثلث، فيكون لمدّعى النصف، فيكمل له النصف. و كذا لو قامت لكل منهم بينه بدعواه.

و قال ابن الجنيّد (١): تقسّم بينهما أثلاثا، سواء أقاما بينه أم لم يقيماها، نظرا إلى العول.

قوله: «و لو ادّعى أحدهم إلخ».

هذه الصورة لا يقع فيها نزاع في الحقيقة، لأن سهام المدّعين (٢) لا تزيد عن أجزاء العين، فلا يفرّق فيها بين أن يقيما (٣) بينه و عدمه، و لا يمين لأحد منهم على الآخر، لعدم المعارضه.

و تبه بذكر حكمها كذلك على خلاف بعض (٤) العامّة، حيث جعل لمدّعى النصف ثلثا و نصف سدس، بناء على أن السدس الزائد على ما في يده لا يدّعه على مدّعى السدس خاصّه، إنما يدّعه شائعا في بقية الدار، و هي في يد الآخرين جميعا، فيستحلفهما. و إن كان السدس مدّعى على الشيوخ فنصفه على مدّعى الثلث، و عارضت فيه بينته، و ترجحت باليد على تقدير إقامتهما بينته، و قدّم قول ذي اليد على تقدير عدمها. و نصفه على مدّعى السدس فيحكم به لمدّعى النصف بينته، لأن بينته مدّعى السدس لا تعارضها، فيجعل لمدّعى النصف

ص: ١٢٣

١-١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٠١.

٢-٢) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، و لعلّ الصحيح -سيما بملاحظه فرض المسألة في المتن، و تعبير الشارح «قدّس سرّه» بعيد هذا: لأحد منهم -المدّعين. أن يقيموا.

٣-٣) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، و لعلّ الصحيح -سيما بملاحظه فرض المسألة في المتن، و تعبير الشارح «قدّس سرّه» بعيد هذا: لأحد منهم -المدّعين. أن يقيموا.

٤-٤) روضه الطالبين ٣٣٣: ٨-٣٣٤.

و لو ادّعى أحدهم الكلّ، (١) و الآخر النصف، و الثالث الثلث، و لا بينه، قضى لكلّ واحد [منهم] بالثلث، لأنّ يده عليه. و على الثاني و الثالث اليمين لمدّعى الكلّ، و عليه و على مدّعى الثلث اليمين لمدّعى النصف.

و إن أقام كلّ منهم بينه، فإن قضينا مع التعارض بينه الداخل، فالحكم كما لو لم تكن بينه، لأنّ لكلّ واحد بينه و يدا على الثلث.

و إن قضينا بينه الخارج، و هو الأصحّ، كان لمدّعى الكلّ ممّا فى يده، ثلاثة من اثنى عشر بغير منازع، و الأربعة التى فى يد مدّعى النصف، لقيام اليّنه لصاحب الكلّ بها، و سقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها، إذ لا تقبل بينه ذى اليد، و ثلاثة ممّا فى يد مدّعى الثلث.

و يبقى واحد ممّا فى يد مدّعى الكلّ لمدّعى النصف. و واحد ممّا فى يد مدّعى الثلث، يدّعيه كلّ واحد من مدّعى النصف و مدّعى الكلّ، يقرع بينهما، و يحلف من يخرج اسمه و يقضى له. فإن امتنع، قسّم بينهما ثلث و نصف سدس، و للآخرين مدّعاهما، و يبقى بيد (١) مدّعى السدس نصف سدس لا يدّعيه أحد.

و لا يخفى عليك ضعف هذا القول على تقدير الإشاعه كما هو المفروض.

و أيضا فما ذكره مبنى على تقديم الداخل مع تعارض البيّنتين. و على القول بتقديم الخارج يقدم مدّعى النصف فى نصف السدس الذى يدّعيه على مدّعى الثلث، و يبقى نصف السدس الذى بيد مدّعى السدس يدّعيه مدّعى الثلث ليتمّ له سهمه، إذ التقدير الإشاعه. فما اختاره الأصحاب أوضح.

قوله: «و لو ادّعى أحدهم الكلّ. إلخ».

إذا ادّعى أحدهم جميع الدار، و الآخر نصفها، و الثالث ثلثها، فلا يخلو: إما

ص: ١٢٤

١-١) فى «أ، خ»: بعد لمدّعى، و فى «ط»: مع مدّعى.

نصفين، فيحصل لصاحب الكلّ عشره و نصف، و لصاحب النصف واحد و نصف، و تسقط دعوى مدعى الثلث.

أن تكون أيديهم عليها، أو يكونوا خارجين عنها. ثمّ إما أن يكون لكلّ واحد بينه، أو لا يكون لأحدهم، أو يكون لبعضهم دون بعض.

فإن كانت أيديهم عليها و لا بينه لأحدهم ففي يد كلّ واحد ثلث. فمدعى الثلث لا يدعى زائدا على ما في يده، و مدعى النصف يدعى سدسا عليهما، و مدعى الكلّ يدعى جميع ما بأيديهما، فيقدّم قول كلّ واحد فيما بيده. و يحلف مدعى الثلث لكلّ واحد منهما، لأنهما معا يدعيان عليه. و يحلف مدعى النصف لمدعى الجميع خاصّه، و بالعكس.

و إن أقام المستوعب خاصّه بينه أخذ الجميع، لأن قوله مقدّم في الثلث الذي بيده بغير بينه، و يأخذ الباقي بها.

و إن أقامها مدعى النصف خاصّه أخذ ثلثا ممّا في يده، و السدس منهما بالبينه، و النصف الباقي بين الآخرين نصفان، للمستوعب السدس بغير منازع، و لمدعى الثلث ربع ممّا في يده، و هو الباقي بعد نصف السدس الذي أخذه ذو البين، و يحلف عليه للمستوعب، و يبقى للمستوعب من النصف نصف سدس يأخذه باليمين لمدعى الثلث.

و إن أقامها مدعى الثلث أخذه، و الباقي بين الآخرين، للمستوعب السدس الزائد عن مدعى النصف بغير يمين، و يحلف على باقى ما في يده و هو السدس، و يحلف مدعى النصف على جميع ما يأخذه للمستوعب.

و إن أقام كلّ بينه، فإن رجحنا بينه الداخل قسّمت أثلاثا، لأن لكلّ واحد بينه و يدا على الثلث.

و إن رجحنا الخارج فللمستوعب جميع ما بيد مدّعى النصف، لسقوط بينته بالنظر إليه، و عدم المنازع له فيه من خارج. و تعارض بينته و بينه [الخارج فهو] (1) مدّعى النصف فى نصف سدس ممّا فى يد مدّعى الثلث، فيقرع بينهما فيه، و يحلف الخارج بالقرع. فإن امتنعا من اليمين قسّم بينهما، و خلص للمستوعب ما فى يد مدّعى الثلث - و هو الربع - بغير منازع. و يسلم له أيضا ثلاثة أرباع ما فى يده بغير منازع، لأن مدّعى النصف يدّعى ممّا فى يده نصف سدس، فأخذه بينته.

فأصل المسألة من ستّه، لأن فيها نصفًا و ثلثًا، ثمّ ترتقى إلى اثنى عشر، للاحتياج فيها إلى نصف سدس، ثمّ ترتقى إلى أربعة و عشرين، حيث يقسّم نصف السدس بين اثنين إذا امتنعا من اليمين، فى يد كلّ واحد منهم ثمانية.

فمدّعى الثلث لا يدّعى زياده عمّا فى يده، و هو داخل، فلا بينه له. و مدّعى النصف يدّعى على كلّ واحد اثنين تتمّه النصف، فأخذهما من المستوعب بينته، لعدم المعارض، و يبقى للمستوعب ستّه ممّا فى يده. و يأخذ جميع ما فى يد مدّعى النصف، و ينازع مدّعى النصف فى الاثنين اللّذين يدّعيهما على مدّعى الثلث، فمع عدم اليمين يقتسمانها لكلّ واحد واحد. و يأخذ من مدّعى الثلث ستّه هى الزائد عمّا يدّعيه مدّعى النصف، و تعارض بينتاهما فى اثنين، فيقتسمان بينهما مع امتناعهما من اليمين. فيجتمع للمستوعب أحد و عشرون، و لمدّعى النصف ثلاثة. و لك أن تردّها إلى ثمانية، للمستوعب سبعة أثمان، و لمدّعى النصف ثمن.

ص: ١٢٤

هذا هو الذى تقتضيه قاعده البيّنه الخارجيه، وهو الذى حكم به الأكثر، و منهم العلامه فى التحرير (1). و أما فى القواعد (2) فجعله احتمالا، و اختار أن لمدعى النصف سدسا، لأن بيّنته خارجه فيه، و للمستوعب خمس أسداس، لأن له السدس بغير بيّنه، إذ لا منازع له فيه، و الثلاثين، لكون بيّنته خارجه فيهما.

و الأصحّ الأول.

و لو كانت أيديهم خارجه، و اعترف ذو اليد أنه لا يملكها، و لا بيّنه، فللمستوعب النصف بغير منازع. و يقرع بينهم فى النصف الباقي، فإن خرجت لصاحب الكلّ أو لصاحب النصف حلف و أخذه. و إن خرجت لصاحب الثلث حلف و أخذ الثلث. ثم يقرع بين الآخرين فى السدس الباقي، فمن خرجت له القرعه حلف و أخذه.

و لو أقام أحدهم خاصه بيّنه، فإن كانت للمستوعب أخذ الجميع. و إن أقامها مدعى النصف أخذه، و يبقى للمستوعب السدس بغير منازع، و الثلث يتنازع فيه مدعيه و المستوعب، فيكون الحكم فيه كما لو لم يكن بيّنه. و لو أقامها مدعى الثلث أخذه، و للمستوعب السدس أيضا بغير منازع، و النصف يقرع فيه بين مدعيه و المستوعب، و يكمل العمل.

و لو أقام كل واحد بيّنه، فالنصف لمدعى الكلّ، لعدم المنازع، و السدس الزائد عن الثلث يتنازعه المستوعب و مدعى النصف، و الثلث يدعيه الثلاثة، و قد تعارضت البيّنات فيه، فيقرع بينهم مع عدم المرجح، و يحلف من خرجت له

ص: ١٢٧

١-١) تحرير الأحكام ١٩٧:٢.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢٢٤:٢-٢٢٥.

و لو كانت في يد أربعة (١)، فادّعى أحدهم الكلّ، و الآخر الثلاثين، و الثالث النصف، و الرابع الثلث، ففي يد كل واحد ربعها. فإن لم تكن بينه قضيّنا لكل واحد بما في يده، و أحلفنا كلاً منهم لصاحبه.

و لو كانت يدهم خارجه، و لكلّ بينه، خلص لصاحب الكلّ الثلث، إذ لا مزاحم له، و يبقى التعارض بين بينه مدّعى الكلّ و مدّعى الثلاثين في السدس، فيقرع بينهما فيه. ثمّ يقع التعارض بين بينه مدّعى الكلّ، و مدّعى الثلاثين، و مدّعى النصف، في السدس أيضاً، فيقرع بينهم فيه. ثمّ القرعه، و مع نكوله يحلف الخصم الآخر، و مع امتناع الجميع يرجع إلى القسمة، فيقسّم السدس نصفين، و الثلث أثلاثاً، و يصحّ من ستّه و ثلاثين، لأن فيها نصف سدس و تسعا (١)، و هو ثلث الثلث، و مخرج الأول اثنا عشر و الثاني تسعة، و بينهما توافق بالثلث، و مضروب ثلث أحدهما في الآخر ستّه و ثلاثون.

و لك أن تجعل أصل القسمة ستّه، ثمّ تحتاج إلى قسمة السدس نصفين، فتضرب اثنين في ستّه، و إلى قسمة الثلث أثلاثاً، فتضرب ثلاثه في المرتفع و هو اثنا عشر. للمستوعب النصف و نصف السدس و ثلث الثلث، و ذلك خمسه و عشرون. و لمدّعى النصف نصف السدس و ثلث الثلث، و ذلك سبعة. و لمدّعى الثلث ثلثه أربعة.

و على القول بالقول يصحّ من أحد عشر سهماً، للمستوعب ستّه، و لمدّعى النصف ثلاثه، و لمدّعى الثلث سهماً، لأن فريضتهم من ستّه، و يعال عليها نصفها و ثلثها.

قوله: «و لو كانت في يد أربعة. إلخ».

إذا كان المتداعون في الدار أربعة على الوجه المذكور،

ص: ١٢٨

(١ - ١) فيما لدينا من النسخ الخطية: و تسع، و الصحيح ما أثبتناه.

يقع التعارض بين الأربعة في الثلث، فيقرع بينهم، ويخصّ به من تقع القرعة له. ولا يقضى لمن يخرج اسمه إلا مع اليمين.

ولا يستعظم أن يحصل بالقرعة الكلّ لمُدّعى الكلّ، فإن ما حكم الله تعالى به غير مخطئ.

ولو نكل الجميع عن الأيمان قسّمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين، في كلّ مرتبه بالسويّه.

فتصحّ القسمة من ستّه و ثلاثين سهما، لمُدّعى الكلّ عشرون، و لمُدّعى الثلاثين ثمانية، و لمُدّعى النصف خمسة، و لمُدّعى الثلث ثلاثة.

فأقسامها (١) كالسابقة، لأنه لا يخلو: إما أن يكون في يدهم، أو خارجه عنهم (٢). ثمّ إما أن يكون لكلّ واحد بيّنه، أو لا يكون لأحدهم، أو يكون لبعضهم دون بعض.

فإن كانت يدهم عليها و لا بيّنه لأحدهم، قضى لكلّ واحد بما في يده مع يمينه لكلّ واحد منهم، فإنه لم يخلص لأحد منهم ما يدّعيه. و لو كان لهم بيّنه مع دخولهم فسيأتى حكمه.

و لو كانت يدهم خارجه و هي في يد من لا يدّعيها، و أقام كلّ واحد بيّنه، فلا تعارض في الثلث، فيختصّ به مدّعى الكلّ، و يقع التعارض في الباقي. ففي السدس الزائد على النصف تعارض بيّنه مدّعى الكلّ و مدّعى الثلاثين. و في السدس الزائد على الثلث تعارض بيّنتهما و بيّنه مدّعى النصف. و في الثلث الباقي تعارض بينات الأربع. فمع عدم المرجّح يقرع بين المتعارضين،

ص: ١٢٩

١-١) في «١»: فاقسامها.

٢-٢) في إحدى الحجرّيتين: عنها.

و يحلف الخارج بالقرعه. و مع امتناعه من اليمين يحلف الآخر و يأخذه. و مع امتناعهما يقسم بينهما.

فيقسم السدس الزائد على النصف بين مدعى الكل و مدعى الثلاثين بالسوية، و السدس الزائد على الثلث بينهما و بين مدعى النصف أثلاثاً، و الثلث الباقي بين الأربعة أرباعاً.

فتجعل الدار ستة و ثلاثين سهماً، لحاجتنا إلى عدد ينقسم سدسه على اثنين و على ثلاثة، فتضرب اثنين في ستة، ثم في ثلاثة، لمدعى الكل ثلثها اثنا عشر، و نصف السدس الزائد على النصف ثلاثة، و ثلث السدس الزائد على الثلث اثنان، و ربع الثلث الباقي و هو ثلاثة، و ذلك عشرون، و هي خمسة أتساع الدار. و لمدعى الثلاثين ثلاثة أسهم من السدس الزائد على النصف، و سهمان من السدس الزائد على الثلث، و ثلاثة من الثلث الباقي، فيبلغ ثمانية، و هي تسع الدار. و لمدعى النصف سهمان من السدس الزائد على الثلث، و ثلاثة من الثلث الباقي، و ذلك خمسة، و هي تسع و ربع تسع. و لمدعى الثلث ثلاثة من الثلث الباقي لا غير، و هي ثلاثة أرباع تسع. فالمجتمع مجموع سهام الدار.

و كذا البحث لو لم يكن لأحدهم بينه. و لو أقامها أحدهم خاصه قضى له بما يدعيه، فإن فضل عنه شيء تعارضت فيه الدعوى، و اعتبر ما أسلفناه.

و لو كان المدعى فى يد الأربعة،(١)ففى يد كل واحد[منهم]أربعة.

فإذا أقام كل واحد منهم بينه بدعواه،قال الشيخ (١):يقضى لكل واحد[منهم]بالربع،لأن له بينه و يدا.

و الوجه:القضاء بينه الخارج على ما قررناه،فيسقط اعتبار بينه كل واحد بالنظر إلى ما فى يده،و يكون ثمرتها[فى دعوى التكمله]فيما يدعيه مما فى يد غيره.فيجمع بين كل ثلاثة على ما فى يد الرابع، و ينتزع لهم،و يقضى فيه بالقرعه و اليمين،و مع الامتناع بالقسمه.

فيجمع بين مدعى الكل و النصف و الثلث،على ما فى يد مدعى الثلاثين،و ذلك ربع اثنين و سبعين،و هو ثمانية عشر.فمدعى الكل يدعيها أجمع،و مدعى النصف يدعى منها ستة،و مدعى الثلث يدعى اثنين.فتكون عشره منها لمدعى الكل،لقيام البينه بالجميع الذى تدخل فيه العشره.و يبقى ما يدعيه صاحب النصف-و هو ستة-يقرع بينه و بين مدعى الكل فيها و يحلف،و مع الامتناع يقسم بينهما.و ما يدعيه صاحب الثلث-و هو اثنان-يقرع عليه بين مدعى الكل و بينه،فمن خرج اسمه احلف و أعطى،و لو امتنعا قسم بينهما.

ثم تجمع دعوى الثلاثه،على ما فى يد مدعى النصف.فصاحب الثلاثين يدعى عليه عشره،و مدعى الثلث يدعى اثنتين،و يبقى فى يده ستة لا يدعيها إلا مدعى الجميع،فتكون له،و يقارع الآخرين،ثم يحلف،و إن امتنعوا أخذ نصف ما ادعياه.

ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الثلث،و هو ثمانية عشر.

قوله:«و لو كان المدعى فى يد الأربعة.إلخ».

إذا كانت الدار المذكوره فى يد المتداعيين الأربعة،و أقام كل منهم بينه

ص:١٣١

فمدعى الثلاثين يدعى منه عشرة، ومدعى النصف يدعى سته، يبقى اثنان لمدعى الكل، ويقارع على ما أفرد للآخرين، فإن امتنعوا عن الأيمان، قسّم ذلك بين مدعى الكل، وبين كل واحد منهما بما ادّعا.

ثمّ يجتمع الثلاثة على ما فى يد مدعى الكل. فمدعى الثلاثين يدعى عشرة، ومدعى النصف يدعى سته، ومدعى الثلث يدعى اثنين، فتخلص يده عمّا كان فيها. فيكمل لمدعى الكل سته و ثلاثون من أصل اثنين و سبعين، و لمدعى الثلاثين عشرون، و لمدعى النصف اثنا عشر، و لمدعى الثلث أربعة. هذا إن امتنع صاحب القرعة من اليمين و مقارعه.

بمدّعا، فإن قدّمنا بينه الداخِل كان الحكم كما لو لم يكن هناك بينه، فيقسّم بينهم أرباعا. و إن رجحنا بينه الخارج - كما هو المشهور - سقط اعتبار بينه كل واحد منهم بالنظر إلى ما فى يده، و تكون فائدتها فيما فى يد غيره. فيجمع بين كلّ ثلاثة على ما فى يد الرابع، و يكون الفاضل عن الدعاوى للمستوعب، و يقارع فى المدعى به و يحلف، فإن نكل حلف الآخر، فإن نكلوا قسّم.

و يصحّ حينئذ من اثنين و سبعين، لأن أصلها أربعة بعددهم، ثمّ مدعى الثلاثين يدعى على الثلاثة سهما و ثلثين زياده على ما فى يده، و مخرجه تسعه، و مدعى النصف يدعى سهما عليهم، و مخرجه ثلاثة، و مدعى الثلث يدعى ثلث سهم عليهم، و مخرجه أيضا تسعه، و الثلاثة تداخلها، و العددان متماثلان فيقتصر على أحدهما، و تضربه فى أربعة، ثمّ [يضرب] (١) المرتفع فى اثنين، لأن السهم المتنازع يقسّم على تقدير النكول عن اليمين، فيبلغ ذلك اثنين و سبعين.

ص: ١٣٢

أو نقول: إن مدعى الثلث يدعى تسع ما فى يد المستوعب و هو الربع، و بعد النكول يقسم، فيحتاج إلى نصف تسع الربع، و ذلك يتم بضرب ثمانية عشر فى أربعة، فى يد كل واحد ثمانية عشر.

فيجمع بين المستوعب و الثالث و الرابع على ما فى يد الثانى و هو مدعى الثلثين، فالمستوعب يدعيه أجمع، و مدعى النصف - و هو الثالث - يدعى ثلثه (١)، لأن الفأى عن مدعاه ممّا فى يده ثمانية عشر يدعيها على الثلث، و مدعى الثلث - و هو الرابع - يدعى منها اثنين، لأن الباقي عمّا فى يده من مدعاه سته يدعيها على الثلث بالسوية. فيبقى ممّا فى يد الثانى عشره للمستوعب بغير معارض. ثم يتقارع المستوعب و الآخرين فى الستة و الاثنى، و يقسم بينهما مع عدم اليمين، فيكمل له ثلثه من الثالث و واحد من الرابع، فيجتمع له أربعة عشر من الثانى.

ثم تجتمع دعوى الثلث على ما فى يد مدعى النصف، فالثانى يدعى منه عشره، لأن الزائد عمّا فى يده من مدعاه ثلاثون يدعيها على الثلث بالسوية، و قد عرفت أن الرابع يدعى على كل واحد اثنين، يفضل للمستوعب سته بغير منازع. و يقارع الثانى فى العشره و الرابع فى الاثنى، و يقسم بينهما على تقدير النكول عن اليمين، فيجتمع له من الثالث اثنا عشر.

ثم تجتمع دعوى الثلث على ما فى يد الرابع، فالثانى يدعى منه عشره، و الثالث سته، يبقى للمستوعب اثنان بغير معارض. و يقاسم الآخرين فى الستة و العشره بعد النكول، فيجتمع له عشره.

ثم يجتمع الثلث الأخير على ما فى يد الأول، فالثانى يدعى منه عشره،

السابعه: إذا تداعى الزوجان (١) متاع البيت، قضى لمن قامت له البيئته. ولو لم تكن بيئته، فيد كل واحد منهما على نصفه.

قال فى المبسوط: يحلف [كل واحد منهما] لصاحبه، و يكون بينهما بالسويّه، سواء كان ممّا يختصّ الرجال أو النساء أو يصلح لهما، و سواء كانت الدار لهما أو لأحدهما، و سواء كانت الزوجيّة باقيه بينهما أو زائله. و يستوى فى ذلك تنازع الزوجين و الوراث.

و قال فى الخلاف: ما يصلح للرجال للرجل، و ما يصلح للنساء للمرأة، و ما يصلح لهما يقسّم بينهما. و فى روايه أنه للمرأة، لأنها تأتي و الثالث ستّه، و الرابع اثنين، فيأخذ كل منهم ما يدّعيه، لعدم المعارض.

فيجتمع للمستوعب نصف الدار، و هو أربعة عشر سهما من الثانى، و اثنا عشر من الثالث، و عشره من الرابع، و ذلك ستّه و ثلاثون.

و للثانى ربعها و ربع تسعها، و هو عشرون سهما، خمسّه من الثالث، و خمسّه من الرابع، و عشره من الأول.

و للثالث سدسها اثنا عشر سهما، ستّه من الأول، و من كل واحد من الآخرين ثلاثه.

و للرابع نصف التسع، و هو أربعة أسهم، اثنان من الأول، و من كل واحد من الآخرين واحد. و ذلك مجموع الدار، لأن السدس تسع و نصف تسع، إذا ضمّا إلى نصف التسع نصيب الرابع، ثمّ إلى ربع التسع بلغت ربعا، يضاف إلى ثلاثه الأرباع التى بيد الأول و الثانى يبلغ ذلك المجموع.

هذا إذا امتنع الخارج بالقرعه عن اليمين و خصومه، و إلا أخذ الحالف مجموع ما وقع فيه التنازع. و لا يخفى حينئذ الحساب لو وقع ذلك من المجموع أو من البعض.

قوله: «إذا تداعى الزوجان. إلخ».

اختلف الأصحاب فى حكم متاع البيت عند تنازع الزوجين فيه على

بالمتمتع من أهلها.

و ما ذكره في الخلاف أشهر في الروايات، و أظهر بين الأصحاب.

أقوال، منشؤها الاعتبار أو اختلاف الأخبار، ثلاثة منها للشيخ-رحمه الله-، و ثلاثة للعلامة متداخله.

الأول: أنهما فيه سواء، فيقسم بينهما بعد حلف كل لصاحبه، سواء كان المتنازع فيه مميًا يصلح للرجال، كالعمائم و الدروع و السلاح، أم يصلح للنساء، كالحلي و المقانع و قمص النساء، أم يصلح لهما، كالفرش و الأواني. و سواء كانت الدار لهما، أم لأحدهما، أم لثالث. و سواء كانت الزوجية باقية، أم زائلة. و سواء كانت يدهما عليه تحقيقًا، أم تقديرًا. و سواء كان التنازع بينهما، أم بين ورثتهما، أم بين أحدهما و ورثه الآخر.

و حجه هذا القول إلحاقه بسائر الدعاوى، لدخوله في العموم. و لا- ريب أنه الذي يقتضيه الأصل، إلا- أن فيه أطراحا للأخبار المعتمده. و إلى هذا القول ذهب الشيخ في المبسوط (١)، و تبعه العلامة في القواعد (٢)، و ولده الفخر في الشرح (٣).

و تبه بهذه التسويات على خلاف جماعه من العامه (٤)، حيث ذهب بعضهم إلى التفصيل بالصلاحية. و هو أحد أقوالنا. و بعض إلى أنه إن كان في يدهما تحقيقًا كالمشاهده فهو بينهما، و إن كان تقديرًا رجع إلى الصلاحية، و مع كونها

ص: ١٣٥

١- ١) المبسوط ٣١٠: ٨.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢٢٣: ٢.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٣٨٠: ٤-٣٨١.

٤- ٤) الحاوي الكبير ١٧: ٤٠٩، حليه العلماء ٨: ٢١٣-٢١٤، المقنع في شرح مختصر الخرقى ٤: ١٣٢٥، الكافي في فقه أحمد ٤: ٣٢٦.

[صالحه] (١) لهما يحكم به للرجل. و بعض إن [كان] (٢) الاختلاف بين أحدهما و ورثه الآخر يقدم فيه قول الباقي من الزوجين.

الثانى: أن ما يصلح للرجال [خاصه] (٣) يحكم به للزوج، و ما يصلح للنساء خاصه يحكم به للمرأة، و ما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف أو النكول.

ذهب إلى ذلك الشيخ فى الخلاف (٤)، و قبله ابن الجنيدي (٥)، و تبعهما ابن إدريس (٦) و المصنف -رحمه الله- و العلامه فى التحرير (٧) و الأكثر.

و المستند -مع قضاء العاده بذلك- صحيحه رفاعه النخاس عن الصادق عليه السلام قال: «إذا طلق الرجل امرأته و فى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، و ما يكون للرجال و النساء يقسم بينهما، و إذا طلق المرأه فادعت أن المتاع لها، و ادعى الرجل أن المتاع له، كان له ما للرجال و لها ما للنساء» (٨).

و ليست هذه الروايه صريحه فى جميع مدعى القائلين، إذ ليس فيها أن ما يصلح لهما يقسم بينهما على تقدير التنازع، و ذكره فى صدر الروايه كان قبل النزاع. لكنّه ظاهر فى ذلك، على تهافت فى لفظ الروايه. لكنّها مؤيده بجريان

ص: ١٣٦

١- ١) من إحدى الحجريتين.

٢- ٢) من «خ».

٣- ٣) من «ت، م».

٤- ٤) الخلاف ٦: ٣٥٢ مسألة (٢٧).

٥- ٥) حكاه عنه الشهيد فى غايه المراد: ٣١٣.

٦- ٦) السرائر ١٩٣: ٢-١٩٤.

٧- ٧) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٠.

٨- ٨) الفقيه ٣: ٦٥ ح ٢١٥، التهذيب ٦: ٢٩٤ ح ٨١٨، الاستبصار ٣: ٤٦ ح ١٥٣، الوسائل ١٧: ٥٢٥ ب «٨» من أبواب ميراث الأزواج ح

العاده بذلك، و رجوع الشرع فى باب الدعاوى إلى العادات، كتقديم قول المنكر و المتشبه.

و الشيخ فى الاستبصار (١) حمل هذه الروايه على التقية أو على الصلح، دون مَرّ الحكم.

الثالث: أن القول قول المرأة مطلقا. ذهب إلى ذلك الشيخ فى الاستبصار (٢)، لصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألنى كيف قضى ابن أبى ليلى؟ قال: قلت: قد قضى فى مسأله واحده بأربعة وجوه فى التى يتوفى عنها زوجها، فيجىء أهله و أهلها فى متاع البيت، فقضى فيه بقول إبراهيم النخعى ما كان من متاع الرجل فللرجل، و ما كان من متاع النساء فللمرأة، و ما كان من متاع يكون للرجل و المرأة قسّمه بينهما نصفين.

ثم ترك هذا القول، فقال: المرأة بمنزله الضيف فى منزل الرجل، لو أن رجلا أضاف رجلا فادعى متاع بيته كلفه البيئه، و كذلك المرأة تكلف البيئه، و إلا فالمتاع للرجل.

و رجع إلى قول آخر، فقال: إن القضاء أن المتاع للمرأة، إلا أن يقيم الرجل البيئه على ما أحدث فى بيته.

ثم ترك هذا القول، فرجع إلى قول إبراهيم الأول.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: القضاء الأخير و إن كان رجع عنه، المتاع متاع المرأة، إلا- أن يقيم الرجل البيئه، قد علم من بين لابتها- يعنى بين جلى

ص: ١٣٧

١- ١) الاستبصار ٣: ٤٧ ذيل ح ١٥٣.

٢- ٢) راجع الاستبصار ٣: ٤٧، فقد ذكر ذيل الروايه الأخيره فى الباب أن الروايات الدالّه على أن متاع البيت للمرأة لا يوافق عليها أحد من العامه، و حمل غيرها على التقية.

و لو ادعى أبو الميِّته (١) أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره، كلف البيِّنه، كغيره من الأنساب. و فيه روايه بالفرق بين الأب و غيره ضعيفه.

منى - أن المرأه تزف إلى بيت زوجها بمتاع، و نحن يومئذ بمنى» (١).

و فى خبر آخر صحيح رواه عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام، و فى آخره: «قلت له: يكون المتاع للمرأه، فقال: لو سألت من بينهما - يعنى الجبلين، و نحن يومئذ بمكّه - لأخبروك أن الجهاز و المتاع يهدى علانيه من بيت المرأه إلى بيت الرجل، فتعطى التى جاءت به، و هو المدعى، فإن زعم أنه أحدث فيه شيئاً فليأت البيِّنه» (٢).

الرابع: الرجوع فى ذلك إلى العرف العامّ أو الخاصّ، فإن وجد عمل به، و إن انتفى أو اضطرب كان بينهما، لتصادم الدعويين، و عدم الترجيح.

ذهب إلى ذلك العلامه فى المختلف (٣)، و الشهيد فى الشرح (٤)، و جماعه (٥) من المتأخرين. و هو المعتمد، لما فيه من الرجوع إلى العرف، و الجمع بين الأخبار، مع مراعاة الأصول المقرّره.

قوله: «و لو ادعى أبو الميِّته. إلخ».

القول بالتسويه بين الأب و غيره فى الدعوى هو مذهب الأصحاب، عملاً بالأصل، مع عدم ثبوت ما يوجب الخروج عنه.

ص: ١٣٨

١ - ١) التهذيب ٦: ٢٩٧ ح ٨٢٩، الاستبصار ٣: ٤٤ ح ١٤٩.

٢ - ٢) الكافى ٧: ١٣٠ ح ١، الوسائل ١٧: ٥٢٣ ب «٨» من أبواب ميراث الأزواج ح ١.

٣ - ٣) المختلف: ٦٩٨.

٤ - ٤) غايه المراد: ٣١٣.

٥ - ٥) المهذب البارع ٤: ٤٩١.

المقصد الثالث في دعوى المواريث و فيه مسائل:

الأولى: لو مات المسلم عن ابنين، فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب

الأولى: لو مات المسلم (١) عن ابنين، فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب، و ادعى الآخر مثله، فأنكر أخوه، فالقول قول المتفق على تقدم إسلامه، مع يمينه أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه.

و الروايه المشار إليها هي روايه محمد بن إسماعيل، عن جعفر بن عيسى، قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المرأة تموت فيدعى أبوها أنه أعارها بعض ما كان عندها من متاع و خدم، أتقبل دعواه بلا- بينه أم لا تقبل إلا بينه؟ فكتب إليه: يجوز بلا بينه».

قال: «و كتبت إليه: إن ادعى زوج المرأة الميتة أو أبو زوجها أو أم زوجها في متاعها أو خدمها، مثل الذي ادعى أبوها من عاريه بعض المتاع أو الخدم، أي يكون بمنزله الأب في الدعوى؟ فكتب: لا» (١).

و الأصح التسويه بين الجميع، لعموم: «البيته على المدعى، و اليمين على من أنكر» (٢).

قوله: «لو مات المسلم إلخ».

إذا مات مسلم و له ابنان أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق، و قال

ص: ١٣٩

١- ١) الكافي ٧: ٤٣١ ح ١٨، الفقيه ٣: ٦٤ ح ٢١٤، التهذيب ٦: ٢٨٩ ح ٨٠٠، الوسائل ١٨: ٢١٣ ب «٢٣» من أبواب كيفية الحكم ح ١. و

في الفقيه: عن محمد بن عيسى بن عبيد، عن جعفر بن عيسى.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٨: ١٧٠ ب «٣» من أبواب كيفية الحكم.

و كذا لو كانا مملوكين فأعتقا، و اتفقا على تقدّم حرّيه أحدهما، و اختلفا فى الآخر.

الآخر: أسلمت أيضا قبله، و قال المتفق على إسلامه: بل أسلمت بعد موته، فله أحوال:

أحدها: أن يقتصر على هذا القدر، و لا يتعرّضا لتاريخ موت الأب، و لا لتاريخ الإسلام.

و الثانية: أن يتفقا على موت الأب فى رمضان، فقال المسلم: أسلمت فى شعبان، و ادّعى أخوه المعلوم الإسلام أن إسلامه فى سؤال، أو أنه لا- يعلم تقدّم إسلامه، فالقول قول المتفق على إسلامه [مع يمينه] (١) أنه لا- يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه فى الحالىن، لأن الأصل استمراره على دينه إلى أن يثبت المزيل.

و إنما كفاه الحلف على نفي العلم لأنه حلف على نفي فعل الغير. و كذا القول فى نظائرها، كما لو مات الأب حرّا و أحد الابنين حرّاً بالاتفاق، و اختلفا فى أن الآخر عتق قبل موته أو بعده.

و لو أنهما اتفقا فى حقّ أحدهما أنه لم يزل مسلما، و قال الآخر: لم أزل مسلما أيضا، و نازعه الأول و قال: كنت نصرانيا، و إنما أسلمت بعد موت الأب، احتمال المساواة، لأصالة عدم الإسلام، و تقديم قوله: إننى لم أزل مسلما، لأن ظاهر الدار يشهد له، و ليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا، بخلاف السابق.

و لو قال كلّ منهما: إننى لم أزل مسلما، و [كان] (٢) صاحبه أسلم بعد موت

ص: ١٤٠

١- ١) من «خ، د».

٢- ٢) من «أ، ث».

الثانيه: لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان، و الآخر في غره رمضان

الثانيه: لو اتفقا أن أحدهما (١) أسلم في شعبان، و الآخر في غره رمضان، ثم قال المتقدم: مات الأب قبل شهر رمضان، و قال المتأخر:

مات بعد دخول [شهر] رمضان، كان الأصل بقاء الحياه، و التركه بينهما نصفين.

الأب، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصرف إلى واحد منهما شيء، لأن الأصل عدم الاستحقاق.

و أصحهما: أنه يحلف كل واحد منهما و يجعل المال بينهما، لأن ظاهر الدار يشهد لكل واحد منهما فيما يقول في حق نفسه.

و لو أقام أحدهما بينه في هذه المسائل قضى بها. و لو أقام كل واحد بينه في الصورة الأخيره تعارضتا، فيرجع إلى القرعه مع عدم المرجح.

و في الأولى يحتمل ذلك أيضا، للتعارض و تقديم بينه مدعى تقدم الإسلام، لاشتمالها على زياده، و هي نقله إلى الإسلام في الوقت السابق، و الأول يستصحب دينه، فمع الأول زياده علم.

و رد بأن بينه المتأخر تشهد بالحياه في زمان بينه المتقدم، فيتحقق التناقض.

و ربما احتمل ضعيفا تقديم بينه المتأخر، بناء على أنه قد يغمى عليه في التاريخ المتقدم فيظن الشاهدان موته. و هو ضعيف، لأنه قدح في الشاهد.

قوله: «لو اتفقا أن أحدهما. إلخ».

هذه هي الحال الثالثه للمسأله الأولى، و كان إدراجها فيها أولى. و إنما قدّم هنا قول مدعى تقدم الإسلام لاتفاقهما على إسلامه في

وقت مخصوص لا يقبل

الثالثة: دار في يد إنسان، ادعى آخر أنها له ولأخيه الغائب إرثا

الثالثة: دار في يد إنسان، (١) ادعى آخر أنها له ولأخيه الغائب إرثا عن أبيهما، وأقام بينه. فإن كانت كاملة، شهدت أنه لا وارث سواهما، سلم إليه النصف، وكان الباقي في يد من كانت الدار في يده. [قال] في الخلاف: يجعل في يد أمين حتى يعود. ولا يلزم القابض للنصف إقامه ضممين بما قبض.

و نعى بالكاملة: ذات المعرفة المتقادمه و الخبره الباطنه.

و لو لم تكن البيئه كامله، و شهدت أنها لا تعلم وارثا غيرهما، أرجى التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصيا، بحيث لو كان وارث لظهر، و حينئذ يسلم إلى الحاضر نصيبه، و يضمه استظهارا.

التقدم و التأخر، و اختلافهما في وقت موت الأب على وجه يحتمل التقدم و التأخر، فيكون الأصل استمرار حياه الأب إلى بعد الوقت الذي اتفقا على إسلام المسلم فيه.

و المراد بغزه رمضان أوله حقيقه، ليلائم قوله: «و قال المتأخر: مات بعد دخول رمضان». و قد تطلق الغزه على ثلاثه أيام من أول الشهر، و هى بهذا المعنى لا تطابق الفرض، لإمكان إسلامه فيها و موت الأب بعد دخوله و قبل إسلامه.

قوله: «دار في يد إنسان. إلخ».

إذا شهد عدلان و هما من أهل الخبره باطن حال الميت أن هذا ابنه مع أخ آخر غائب، ليس له وارث غيرهما فيما يعلمان، و لا يجب القطع بل لا يصح، و لا تبطل به شهادتهم، دفع إلى الحاضر نصف التركة، سواء في ذلك الدار المذكوره و غيرها، من غير أن يطالب بضمين، لأن المطالبه به حينئذ طعن في الشهود.

و إن لم يكونا من أهل الخبره، أو كانا و لم يقولوا: لا نعلم وارثا سواه، لم

يعطى فى الحال، بل يتفحص الحاكم عن حال الميِّت فى البلاد التى سكنها أو طرقها، فيكتب إليها للاستكشاف، أو يرسل من يستعلم الحال، فإذا تفحص مده يغلب على الظنّ فى مثلها أنه لو كان له وارث لظهر و لم يظهر، فحينئذ يدفع إلى الحاضر نصيبه، و يكون البحث و التفحص قائما مقام خبره الشهود. و فى هذه الحالة لا يدفع إليه المال إلا بضمين احتياطا و استيثاقا، بناء على جواز ضمان الأعيان، و لا يكتفى بالكفيل.

و هل تنتزع حصّه الغائب على تقدير كمال البينه من ذى اليد؟ قال الشيخ فى الخلاف (١): نعم، و تجعل فى يد أمين حتى يعود الغائب، لأن العين قد ثبتت لغير من هى فى يده، و أنها لغائب و الحاكم وليّ الغائب، فيضعها فى يد أمين.

و قال فى المبسوط (٢): يقرّ الباقي فى يد من هو فى يده، لأن الدعوى للميِّت، و البينه بالحقّ له، بدليل أنه إذا حكم بالدار تقضى منها ديونه و تنفذ منها وصاياه، و متى كانت الدعوى له لم تتمّ إلى أن يحضر الغائب، فيبقى فى يد المتشبّث. و الأصحّ الأول.

و اعلم أنه قد اختلفت عبارات الأصحاب فى معنى البينه الكامله هاهنا، فمقتضى عباره المصنف و الأكثر أن المراد بها ذات الخبره و معرفه بأحوال الميِّت، سواء شهدت بأنها لا- تعلم وارثا غيرهما أم لا- و أنها حينئذ تنقسم إلى ما يثبت بها حقّ المدعى، بأن تشهد بنفى وارث غيره، و إلى غيره، و هى التى لا تشهد بذلك.

ص: ١٤٣

١-١) الخلاف ٦:٣٤٠ مسأله (١٢).

٢-٢) المبسوط ٨:٢٧٤.

و لو كان ذو فرض (١) أعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تامًا.

و على التقدير الثانى يعطيه اليقين أن لو كان وارث، فيعطى الزوج الربع، و الزوجه ربع الثمن، معجلاً من غير تضمين، و بعد البحث يتم الحصه مع التضمين.

و لو كان الوارث ممن يحجبه غيره، كالأخ، فإن أقام البيئه الكامله أعطى المال، و إن أقام بيئه غير كامله، أعطى بعد البحث و الاستظهار بالتضمين.

و يوجد فى كلام بعضهم -و به صرح فى الدروس (١)- أن المراد بالكامله ذات الخبره كذلك مع شهادتها بنفى وارث و لو بعدم العلم بغيره، فانتهاء الكمال يحصل بانتفاء الخبره و الشهاده بنفى العلم أو أحدهما.

و لكل وجه، لأن الكمال أمر إضافى فيصدق بهما، و إن كان الثانى أقعد، حملاً للكمال على ما يثبت به الحق، و هو لا يثبت بدون الأمرين.

و هل يعتبر فى الشهاده بالقرب -كالابن- إضافه كونه وارثاً؟ وجهان، من كونه أعم من الوارث فلا يدل على الخاص، و من أصله عدم المانع.

قوله: «و لو كان ذو فرض. إلخ».

إذا ادعى كونه وارثاً مع الغائب و أقام البيئه المذكوره، فلا يخلو: إما أن يكون ذا فرض، أو وارثاً بالقرابه. و على تقدير كونه ذا فرض: إما أن يكون بحيث لا ينقص عنه، أو ينقص باختلاف الوارث.

فإن كان ذا فرض، و أقام البيئه الكامله الشاهده بانتفاء وارث ينقصه عن مدعاه، أعطى نصيبه تامًا.

ص: ١٤٤

الرابعة: إذا ماتت امرأة (١) و ابنها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثمَّ المرأة، فالميراث لى، و للزوج نصفان، و قال الزوج: بل ماتت المرأة ثمَّ الولد، فالمال لى، قضى لمن تشهد له البيّنه. و مع عدمها لا يقضى بإحدى الدعويين، لأنّه لا ميراث إلا مع تحقّق حياه الوارث. فلا ترث الأم من الولد، و لا الابن من أمه. و تكون تركه الابن لأبيه، و تركه الزوجه بين الأخ و الزوج.

و إن لم تكن البيّنه كذلك، فإن كان محجوباً على بعض التقادير أرجئ إلى أن يبحث ثمَّ دفع إليه بضمين. و لو اختلف فرضه أعطى الأقلّ، إلا مع الكمال أو البحث و الضمين.

و لو صدّق المتشبّث المدعى على عدم وارث غيره فلا عبره به إن كان المدعى به عينا، لأنّه إقرار فى حقّ الغير. و إن كان دينا أمر بالتسليم، لأنّه إقرار فى حقّ نفسه، إذ لا يتعيّن للغائب على تقدير ظهوره إلا بقبضه أو قبض وكيله.

و قد تقدّم (١) البحث فى نظيره من دعوى و كاله الغائب فى الأمرين.

قوله: «إذا ماتت امرأة. إلخ».

إذا كان الرجل له زوجه و ابن فمات، و اختلف الرجل و أخو الزوجه، فقال الرجل: ماتت الزوجه أولاً فورثتها أنا و ابنى، ثمَّ مات الابن فورثته أنا، و قال الأخ: بل مات الابن أولاً فورثته مع أختى، ثمَّ ماتت الأخت فورثناها. فإن كان لأحدهما بيّنه قضى بها. و إن أقاما بيّنه متكافئه تعارضتا و أفرع.

و إن لم تكن لهما معا بيّنه فالقول قول الرجل فى مال ابنه و قول الأخ فى

ص: ١٤٥

الخامسة: لو قال: هذه الأمه ميراث من أبي

الخامسة: لو قال: هذه الأمه (١) ميراث من أبي، وقالت الزوجه: هذه أصدقنى إياها أبوك، ثم أقام كل منهما بينه، قضى بينه المرأه، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على الأخرى.

مال أخته مع اليمين. فإن حلفا أو نكلا فهى من صور استبهاام (١) الموت، فلا- يورث أحد الميتين من الآخر، بل مال الابن لأبيه، و مال الزوجه للزوج و الأخ.

هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما. فإن اتفقا عليه و اختلفا فى موت الآخر قبله أو بعده فالمصدق مدعى التأخر، لأن الأصل دوام الحياه.

قوله: «لو قال: هذه الأمه. إلخ».

إذا ادعت الزوجه إصداق عين من التركة، أو ادعى أجنبى شراء عين منها، و أنكره الوارث و ادعى الإرث، فالقول قوله، لأصالة عدم انتقالها إلى غيره. فإن أقام المدعى بينه قضى بها.

و إن أقاما معا بينه فالمدعى للإصداق و الشراء خارج، فيبنى على تقديم الخارج مع التعارض. فإن قلنا به مطلقا فهنا أولى. و إن قلنا بتقديم الداخل فالأقوى هنا تقديم الخارج أيضا، لشهاده بينته بأمر زائد يخفى على الأخرى.

و لو كانت العين فى يد أجنبى لا يدعىها فكذلك، لعدم التعارض. نعم، لو تناقضتا (٢) قطعا، بأن يدعى الإصداق أو الشراء فى وقت بعينه، فتشهد البينه بموته قبل ذلك، أو بكونه غائبا عن موضع الدعوى بحيث لا يمكن حضوره فى ذلك الوقت، تحقّق التعارض، و رجع إلى القرعه مع عدم المرجح.

ص: ١٤٦

١- ١) فى «د»: اشتباه.

٢- ٢) فى «أ، خ»: تعارض.

المقصد الرابع فى الاختلاف فى الولد

المقصد الرابع فى الاختلاف فى الولد إذا وطئ اثنان امرأه (١) وطيا يلحق به النسب، إمّا بأن تكون زوجته لأحدهما و مشتبهه على الآخر، أو مشتبهه عليهما، أو يعقد كل واحد منهما عليها عقدا فاسدا، ثم تأتي بولد لستّه أشهر فصاعدا، ما لم يتجاوز أقصى الحمل، فحينئذ يقرع بينهما، و يلحق بمن تصيبه القرعه، سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو عبيدين أو حرّين، أو مختلفين فى الإسلام و الكفر و الحرّيّه و الرّق، أو أبا و ابنه. هذا إذا لم يكن لأحدهم بينه.

قوله: «إذا وطئ اثنان امرأه. إلخ».

الولد لا يلحق بأبوين فصاعدا مطلقا عندنا. و لا عبره بخبر القائف.

و خبر (١) المدلجى الذى سرّ النبى صلّى الله عليه و آله بإخباره أن إقدام زيد و أسامه بعضها من بعض لا يدلّ على الاعتماد عليه، لأنّه صلّى الله عليه و آله لم يكن فى شكّ من ذلك، و إنما سرّ بذلك لظن المنافقين فيهما إغاظه له صلّى الله عليه و آله، و اعتمادهم على قول القائف. و قد روى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «لا يأخذ بقول عرّاف و لا قائف» (٢). و أنه لم يكن يقبل شهاده أحد من هؤلاء. و عن أبى جعفر عليه السلام أنه قال: «من سمع قول قائف أو كاهن أو

ص: ١٤٧

-
- ١- (١) مسند أحمد ٢: ٢٢٦، صحيح البخارى ٨: ١٩٥، صحيح مسلم ٢: ١٠٨٢، سنن أبى داود ٢: ٢٨٠، ح ٢٢٦٧، سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٧، ح ٢٣٤٩، سنن البيهقى ١٠: ٢٦٢، تلخيص الحبير ٤: ٢١١، ح ٢١٤٤.
- ٢- (٢) الفقيه ٣: ٣٠، ح ٩١، الوسائل ١٨: ٢٧٨، ب «٣٢» من أبواب الشهادات ح ٤.

ساحر فصدّقه، أكبه الله على منخريه فى النار» (١).

فإذا اشتبه نسب الولد، بأن وطئها اثنان وطيا يلحق به الولد، بأن اشتبهت عليهما، أو على أحدهما و كانت زوجه للآخر، و جاءت به فى مدّه يمكن إلحاقه بهما، أقرع بينهما و ألحق بمن أخرجته القرعه.

و قد روى عن زيد بن أرقم أنهم أتوا أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه أتوها فى طهر واحد كلهم يدعى الولد، فأقرع بينهم و ألحق الولد بمن أقرع، و غزمه ثلثى قيمه الأم. و أنهم سألوا رسول الله صلّى الله عليه و آله عن ذلك فقال:

ما أعلم إلا- ما قال علىّ، و كان علىّ عاملا على اليمن. و فى بعض الحديث أن رسول الله صلّى الله عليه و آله لما خبر بذلك ضحك حتى بدت نواجذه (٢).

و عن الباقر عليه السلام أن رسول الله صلّى الله عليه و آله لما سأل أمير المؤمنين عليه السلام عن أعجب ما ورد عليه، فخبّره بذلك، قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: ليس من قوم يتنازعون ثمّ فوّضوا أمرهم إلى الله إلا خرج سهم المحقّ (٣).

و العامّه (٤) رجعوا فى أمر الولد المتنازع فيه إلى القائف، استنادا إلى الخبر

ص: ١٤٨

١- ١) لم نجده فى الجوامع الحديثيه.

٢- ٢) مسند أحمد ٤: ٣٧٣، سنن أبى داود ٢: ٢٨١ ح ٢٢٦٩-٢٢٧١، سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٦ ح ٢٣٤٨، سنن النسائى ٦: ١٨٢، سنن البيهقى ١٠: ٢٦٧.

٣- ٣) الكافى ٥: ٤٩١ ح ٢، التهذيب ٨: ١٧٠ ح ٥٩٢، الاستبصار ٣: ٣٦٩ ح ١٣٢٠، الوسائل ١٤: ٥٦٧ ب (٥٧) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٤.

٤- ٤) الأم للشافعى ٦: ٢٤٦-٦: ٢٤٦، الحاوى الكبير ١٧: ٣٨٠، بدايه المجتهد ٢: ٣٥٩، المغنى لابن قدامه ٦: ٤٢٥، بدائع الصنائع ٦: ٢٤٤.

و يلحق النسب (١) بالفراش المنفرد و الدعوى المنفرده، و بالفراش المشترك و الدعوى المشتركة، و يقضى فيه بالبينه، و مع عدمها بالقرعه.

الذى أشرنا إليه. و قد تقدّم (١) البحث فى الإلحاق و شرائطه فى باب أحكام الأولاد.

و نبه المصنف -رحمه الله- بالتسويه بين المدّعين المذكورين على خلاف بعض (٢) العامه، حيث فُزق فألحق الولد بالمسلم منهما و الحرّ مع الاختلاف، نظرا إلى الأصل أو الظاهر.

قوله: «و يلحق النسب. إلخ».

يتحقّق اشتراك الفراش بما ذكره سابقا من الأمثله، من كونها زوجه لأحدهما و مشتبهه على الآخر، أو مشتبهه عليهما.

هذا إذا وطئها فى طهر واحد. أما لو تخلّل بين وطئهما حيض، قيل:

انقطع الإمكان عن الأول، إلا- أن يكون الأول زوجا فى نكاح صحيح، نظرا إلى جعل الشارع الحيض أماره على براءة الرحم من الحمل، و من ثمّ اعتبر به الاستبراء و العدّه. و هذا يتمّ مع القول بأن الحمل و الحيض لا يجتمعان مطلقا، و إلا أشكل الأمر، لتحقّق الإمكان، إلا أن ينزل الغالب منزله المتعيّن (٣)، و يطرح النادر.

و لا بأس به.

و كما يقرع بينهما مع عدم البينه، فكذا مع قيامها من الطرفين. و الله وليّ التوفيق.

ص: ١٤٩

١- ١) فى ج ٣٧٣: ٨.

٢- ٢) الحاوى الكبير ١٧: ٣٩٥، بدائع الصنائع ٦: ٢٥٢-٢٥٣.

٣- ٣) فى «خ»: المتيقّن، و فى «ا»: اليقين.

الأول في صفات الشهود

إشاره

الأول في صفات الشهود و يشترط [فيه] سته أوصاف:

الأول: البلوغ

الأول: البلوغ فلا تقبل شهاده الصبى، (١) ما لم يصر مكلفا. و قيل: تقبل مطلقا إذا بلغ عسرا. و هو متروك.

الشهاده لغه: الإخبار عن اليقين. و شرعا: إخبار جازم عن حق لازم لغيره، واقع من غير حاكم. و بالقييد الأخير يخرج إخبار الله و رسوله و الأئمه عليهم السلام، و إخبار الحاكم حاكما آخر، فإن ذلك لا يسمى شهاده.

و تعرّض الكتاب و السنّه (١) للشهاده و أحكامها مستفيض، كقوله تعالى:

وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ (٢). و قال تعالى وَ لَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ (٣). و روى عنه صلى الله عليه و آله أنه سئل عن الشهاده، فقال للسائل:

«هل ترى الشمس؟ قال: نعم، فقال: على مثلها فاشهد أو دع» (٤).

قوله: «فلا تقبل شهاده الصبى. إلخ».

قد اختلف الأصحاب في شهاده الصبى، بعد الاتفاق على عدم قبول شهاده

ص: ١٥٣

١- (١) الوسائل ١٨: ٢٢٥، ب «١» و غيره من كتاب الشهادات.

٢- (٢) البقره: ٢٨٢.

٣- (٣) البقره: ٢٨٣.

٤- (٤) عوالى اللئالى ٢: ٣٤٥ ح ١٢، و أخرجه بلفظ آخر الحاكم فى المستدرک ٤: ٩٨، و البيهقى فى السنن ١٠: ١٥٦.

و اختلفت عبارته الأصحاب في قبول شهادتهم في الجراح و القتل، فروى جميل، عن أبي عبد الله عليه السلام: «تقبل شهادتهم في القتل، و يؤخذ بأول كلامهم». و مثله روى محمد بن حمران، عن أبي عبد الله عليه السلام.

و قال الشيخ في النهاية: تقبل شهادتهم في الجراح و القصاص.

و قال في الخلاف: تقبل شهادتهم في الجراح ما لم يتفرقوا، إذا اجتمعوا على مباح.

و التهجم على الدماء بخبر الواحد خطر. فالأولى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، و بقاء الاجتماع، إذا كان على مباح، تمسكا بموضع الوفاق.

غير المميز. و نقل جماعه (١) منهم الشيخ (٢) فخر الدين الاتفاق على عدم قبول شهادته من دون العشر، و الخلاف فيمن زاد عن ذلك.

فالمشهور بينهم عدم قبول شهادته مطلقا إلا في الجراح و القتل. أما عدم القبول في غيرهما فلعموم قوله تعالى وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ، و لفظ الرجال لا يقع على الصبيان. و لأن الصبي لا يقبل قوله على نفسه، فأولى أن لا يقبل [قوله] (٣) على غيره بالشهادة.

ص: ١٥٤

١-١) كشف الرموز ٥١٤:٢، المهذب البارع ٥٠٧:٤.

٢-٢) إيضاح الفوائد ٤١٧:٤، و لكنّه نقل الإجماع على عدم القبول في غير القصاص و القتل و الجراح.

٣-٣) من الحجريتين.

و أما استثناء الجراح و القتل فلحسنه جميل قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تجوز شهادة الصبيان، قال: نعم، في القتل يؤخذ بأول كلامه، و لا يؤخذ بالثاني منه» (١). و رواه محمد بن حمران عنه عليه السلام و قد سأله عن شهادة الصبي، قال: «فقال: لا، إلا في القتل يؤخذ بأول كلامه، و لا يؤخذ بالثاني» (٢).

و لفظ الرويتين تضمّن القتل، فيمكن أن يدخل فيه الجراح بطريق أولى، و من ثمّ ذكر الأكثر الجراح. و منهم من اقتصر على الجراح، كالشيخ في الخلاف (٣)، و المصنف في المختصر (٤) النافع. و لعلّه أراد بها ما يشمل البالغه القتل، لأنّ القتل هو المنصوص (٥) فيما هو مستند الاستثناء.

و في الدروس (٦) صرّح باشتراط أن لا يبلغ الجراح النفس. و اشتراط ذلك لا يخلو من إشكال، إلا أن يجعل مجرد الاحتياط في النفوس، و إلا فمراعاة النصوص تقتضى إدخالها، و أطراحها نظرا إلى عدم صحتها و مخالفتها للأصل يقتضى إخراج الجراح أيضا. ثمّ اختلف القائلون بقبول شهادتهم في هذا النوع في الجملة في شرائطه، فالمستفاد من النصوص اشتراط أمر واحد، و هو أن يؤخذ بأول كلامهم مع الاختلاف دون باقيه.

ص: ١٥٥

-
- ١- (١) الكافي ٧: ٣٨٩ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٥١ ح ٦٤٥، الوسائل ١٨: ٢٥٢ ب «٢٢» من أبواب الشهادات ح ١.
 ٢- (٢) الكافي ٧: ٣٨٩ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٥١ ح ٦٤٦، الوسائل ١٨: ٢٥٢ الباب المتقدّم ح ٢.
 ٣- (٣) الخلاف ٦: ٢٧٠ مسألة (٢٠).
 ٤- (٤) المختصر النافع: ٢٨٦.
 ٥- (٥) الوسائل ١٨: ٢٥٢ ب «٢٢» من كتاب الشهادات.
 ٦- (٦) الدروس الشرعيه ١٢٣: ٢.

و زاد المصنف و جماعه (١) اشتراط بلوغ سنّهم العشر، و أن لا يتفرّقوا قبل أداء الشهاده.

و زاد المصنف -رحمه الله- فى المختصر النافع (٢) تبعاً للشيخ كونه فى الجراح. فيمكن أن لا يدخل فيها القتل. و على تقدير دخوله فسببه (٣) أعمّ من كونه بالجراح، مع أنه مورد النصّ.

و فى المختصر النافع (٤) نسب اشتراط عدم التفرّق إلى الشيخ فى الخلاف (٥)، مؤذناً بعدم ترجيحه. و عذره واضح، لعدم الدليل المقتضى لاشتراطه.

و لكن يرد مثله فى اشتراط اجتماعهم على المباح، فإنه لا دليل عليه، و لا تكليف فى حقّهم. و لو أريد المباح بالنسبه إلى غيرهم من المكلفين لم يكن لتخصيصه وجه، بل ينبغى اشتراط باقى شرائط قبول الشهاده، من ترك المحرّمات على المكلف، و القيام بالواجبات عليه، و ملازمه المرؤّه. و بالجملة، شرائط الشاهد عدا التكليف. و هذا بعيد فى حقّ الصبى، لعدم وجوب شىء فى حقّه و تحريمه، فلا يعدّ تركه و فعله قادحاً.

و أما اشتراط بلوغ العشر فليس عليه دليل صالح إلا روايه موقوفه تأتى (٦).

و لو أبدل هذا الشرط بالتميز لكان أولى، حيث إن غير المميّز لا يصلح للشهاده،

ص: ١٥٦

١- ١) الجامع للشرائع: ٥٤٠، إرشاد الأذهان ٢: ١٥٦، الدروس الشرعيّه ٢: ١٢٣.

٢- ٢) المختصر النافع: ٢٨٦.

٣- ٣) فى «ا، ث» و الحجريّتين: بسببه.

٤- ٤) المختصر النافع: ٢٨٦.

٥- ٥) الخلاف ٦: ٢٧٠ مسألة (٢٠).

٦- ٦) فى ص: ١٥٨.

و لا- يميّز ما يشهد به، سواء بلغ العشر أم لا، كما أن التمييز قد يحصل قبل العشر، إلا أن يثبت الإجماع على اشتراط بلوغ العشر على وجه يكون حجّه، فيكون هو الحجّه، لكن إثبات ذلك بعيد.

و بقى فى المسأله قولان آخران متقابلان على الطرفين:

أحدهما: عدم قبول شهاده الصبىّ مطلقا، لما تقدّم (1) من الدليل، و قصور هذه الروايات عن إثبات الحكم المخالف للأصل، خصوصا مع عدم وقوف القائلين بقبول شهادته فيما ذكره على مورد النصّ، فما دلّ عليه لا يقولون به، و ما يقولون به لا دليل عليه. مع أنه يمكن أن يريد بقبول شهاده الصبيان فيما ذكر ثبوت الفعل بطريق الاستفاضه، بناء على الغالب من وقوع الجراح بينهم فى الملعب حال اجتماعهم بكثره يمكن أن يثبت بها الاستفاضه، إذ لا يشترط فيها بلوغ المخبر، بل و لا إسلامه.

و هذا القول اختاره الشيخ فخر الدين فى شرحه (2). و له وجه وجيه، إلا- أن روايه (3) جميل [بن درّاج] (4) حسنه مع اعتضاها بغيرها، فردّها على أصل القائل لا يخلو من نظر.

و القول الآخر قبول شهاده الصبىّ إذا بلغ عشا مطلقا. نقل ذلك المصنف و جماعه (5)، و لم يظهر قائله. و قال صاحب كشف (6) الرموز: إنه الشيخ فى النهايه.

ص: ١٥٧

- ١- ١) فى ص: ١٥٤.
- ٢- ٢) إيضاح الفوائد ٤: ٤١٧.
- ٣- ٣) تقدّم ذكر مصادرها فى ص: ١٥٥ هامش (١).
- ٤- ٤) من «خ، ط، م».
- ٥- ٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٥، الدروس الشرعيّه ٢: ١٢٣.
- ٦- ٦) كشف الرموز ٢: ٥١٤.

الثانى: كمال العقل (١) فلا- تقبل شهاده المجنون إجماعاً. أما من يناله الجنون أدواراً، فلا بأس بشهادته فى حال إفاقته، لكن بعد استظهار الحاكم بما يتيقن معه حضور ذهنه و استكمال فطنته.

و كذا من يعرض له السهو غالباً، فربما سمع الشىء و أنسى بعضه، فيكون ذلك معيّراً لفائده اللفظ و ناقلاً لمعناه، فحينئذ يجب الاستظهار عليه، حتى يستثبت ما يشهد به.

و كذا المغفل الذى فى جبلته البله، فربما استغلط، لعدم تفتنه و هو وهم، و إنما ذكر الشيخ فى النهاية (١) قبول شهادته فى الجراح و القصاص خاصه. نعم، له بعد ذلك عبارته موهمة لذلك، إلا أن مرادها غيره.

و مستند هذا القول روايه أبى أيوب الخزاز قال: «سألت إسماعيل بن جعفر متى تجوز شهاده الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قال: قلت: و يجوز أمره؟ قال: فقال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله دخل بعائشه و هى بنت عشر سنين، و ليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأه، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره، و جازت شهادته» (٢).

و فى طريق هذه الروايه- مع وقوفها على إسماعيل- محمد بن عيسى عن يونس، فالاستدلال بها على هذا الحكم المخالف للإجماع فى غاية البعد.

قوله: «كمال العقل. إلخ».

لما كان الشاهد من شرطه أن يميز المشهود به و عليه و له، و يكون متصفاً

ص: ١٥٨

١-١) النهاية: ٣٣١-٣٣٢.

٢-٢) الكافي ٧: ٣٨٨ ح ١، التهذيب ٦: ٢٥١ ح ٦٤٤، الوسائل ١٨: ٢٥٢ ب «٢٢» من أبواب الشهادات ح ٣.

لمزايا الأمور. فالأولى الإعراض عن شهادته، ما لم يكن الأمر الجلي، الذى يتحقق الحاكم استثبات الشاهد له، وأنه لا يسهو فى مثله.

الثالث: الإيمان

الثالث: الإيمان.

فلا تقبل (١) شهاده غير المؤمن و إن اتّصف بالإسلام، لا- على مؤمن و لا- على غيره، لا تصافه بالفسق و الظلم المانع من قبول الشهاده.

بالعداله مرضيًا، لم تجز شهاده المجنون، سواء كان جنونه مطبقا أم يقع أدوارا، و قد قال تعالى وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ (١). و قال مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ (٢). و المجنون بنوعيه غير مرضى. و هذا محلّ وفاق بين المسلمين.

لكن غير المطبق إذا كمل عقله فى غير دوره و استحكمت فطنته قبلت شهادته، لزوال المانع. و فى معناه المغفل الذى لا يحفظ و لا يضبط، و يدخل عليه التزوير و الغلط من حيث لا يشعر، كما هو مشاهد (٣)، لأنه لا يوثق بقوله.

و كذا من يكثر غلظه و نسيانه، و من لا يتتبه لمزايا الأمور و تفاصيلها، إلا أن يعلم الحاكم عدم غفلته فيما يشهد به، لكون المشهود به ممّا لا يسهو فيه غالبا.

و من هذه حاله فعلى الحاكم أن يستظهر فى أمره، و يفتش عن حاله إلى أن يغلب على ظنه علمه و تيقظه.

و أما الغلط القليل فلا يقدح فى الشهاده، لبعده السلامه منه أو عدمها.

قوله: «الإيمان فلا تقبل. إلخ».

ظاهر الأصحاب الاتفاق على اشتراط الايمان فى الشاهد، و ينبغى أن

ص: ١٥٩

١- (١) الطلاق: ٢.

٢- (٢) البقره: ٢٨٢.

٣- (٣) فى «أ» و الحجريتين: مشاهد فلا يوثق.

يكون هو الحجّه.

و استدللّ المصنّف-رحمه الله-عليه بأن غيره فاسق و ظالم، من حيث اعتقاده الفاسد الذي هو من أكبر الكبائر، و قد قال تعالى إنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا (١). و قال وَ لَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا (٢).

و فيه نظر، لأنّ الفسق إنّما يتحقّق بفعل المعصيه المخصوصه مع العلم بكونها معصيه، أما مع عدمه بل مع اعتقاد أنها طاعه بل من أمّهات الطاعات فلا و الأمر في المخالف للحقّ في الاعتقاد كذلك، لأنه لا- يعتقد المعصيه، بل يزعم أن اعتقاده من أهمّ الطاعات، سواء كان اعتقاده صادرا عن نظر أم تقليد. و مع ذلك لا يتحقّق الظلم أيضا، و إنّما يتفق ذلك ممّن يعاند الحقّ مع علمه به، و هذا لا يكاد يتفق و إن توهمه من لا علم له بالحال.

و العامّه مع اشتراطهم العدالة في الشاهد يقبلون شهاده المخالف لهم في الأصول ما لم يبلغ خلافه حدّ الكفر، أو يخالف اعتقاده دليلا قطعيا، بحيث يكون اعتقاده ناشئا عن محض التقصير.

و الحقّ أن العدالة تتحقّق في جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضاها بحسب اعتقادهم، و يحتاج في إخراج بعض الأفراد إلى الدليل. و سيأتي (٣) في شهاده أهل الذمّه في الوصيه ما يدلّ عليه.

ص: ١٦٠

١-١) الحجرات: ٦.

٢-٢) هود: ١١٣.

٣-٣) في الصفحه التاليه.

نعم، تقبل شهادته (١) الذمى خاصه في الوصيه، إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها.

و لا يشترط كون الموصى في غربه. و باشرطه روايه مطرحة.

و على ما ذكره المصنف من فسق المخالف فاشترط الايمان بخصوصه مع ما سيأتي (١) من اشتراط العدالة لا حاجه إليه، لدخوله فيه.

قوله: «نعم، تقبل شهادته. إلخ».

من شرط قبول الشهاده إسلام الشاهد، و هو بالنسبه إلى غير الذمى موضع وفاق، و كذلك فيه في غير الوصيه.

أما الأول فلما مرّ من الدليل على اشتراط الايمان، و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «لا يقبل شهاده أهل دين على غير أهل دينهم إلا المسلمون، فإنهم عدول على أنفسهم و على غيرهم» (٢). و قول الصادق عليه السلام: «تجوز شهاده المسلمين على جميع أهل الملل، و لا تجوز شهاده أهل الذمه على المسلمين» (٣).

و أما قبول شهاده الذمى في الوصيه مع عدم [حضور] (٤) عدول المسلمين فلقوله تعالى أَوْ آخْرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ . (٥) الآية. و يشترط فيه العدالة في دينه، لظاهر العطف على قوله: «منكم» الداخلة في حيز العدالة، و كأنّ التقدير: ذوى عدل منكم أو ذوى عدل من غيركم. إلخ، و لعموم أدله العدالة.

ص: ١٦١

١-١) في ص: ١٦٥.

٢-٢) رواه الشيخ في الخلاف ٦:٢٧٣-٦:٢٧٤ ذيل المسأله (٢٢)، و الماوردى في الحاوى الكبير ١٧: ٦٢، و انظر عوالى اللثالى ١:٤٥٤ ح ١٩٢، تلخيص الحبير ٤:١٩٨ ح ٢١٠٨.

٣-٣) الكافي ٧:٣٩٨ ح ١، التهذيب ٦:٢٥٢ ح ٦٥١، الوسائل ١٨:٢٨٤ ب «٣٨» من كتاب الشهادات ح ١.

٤-٤) من «ط».

٥-٥) المائده: ١٠٦.

و ظاهر الآيه كون الموصى مسافرا، و بظاهرها أخذ الشيخ فى المبسوط (١) و ابن الجنيد (٢) و أبو الصلاح (٣). و لخصوص حسنه هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله عزّ و جلّ أو آخراّن من غيركم، قال: «إذا كان الرجل فى أرض غربه لا يوجد فيها مسلم جازت شهاده من ليس بمسلم على الوصيه» (٤).

و روايه حمزه بن حمران عنه عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عزّ و جلّ ذوا عيّدل منكم أو آخراّن من غيركم فقال: اللذان منكم مسلمان، و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، قال: فإنما ذلك إذا مات الرجل المسلم فى أرض غربه، فطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين، فيشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما» (٥).

و الأشهر عدم الاشتراط. و جعل المصنف -رحمه الله- الروايه به مطّرحه.

و يدلّ على عدم الاشتراط عموم حسنه ضريس الكناسى أو صحيحته قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهاده أهل الملل هل تجوز على رجل من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا إلا أن لا يوجد فى تلك الحال غيرهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصيه، لأنه لا يصلح إذهاب حق امرء مسلم، و لا تبطل

ص: ١٤٢

١- ١) المبسوط ١٨٧: ٨.

٢- ٢) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٧٢٢.

٣- ٣) الكافى فى الفقه: ٤٣٦.

٤- ٤) الكافى ٧: ٣٩٨ ح ٦، التهذيب ٦: ٢٥٢ ح ٦٥٣، الوسائل ١٨: ٢٨٧ ب «٤٠» من كتاب الشهادات ح ٣.

٥- ٥) الكافى ٧: ٣٩٩ ح ٨، التهذيب ٩: ١٧٩ ح ٧١٨، الوسائل ١٣: ٣٩٢ ب «٢٠» من أبواب الوصايا ح ٧.

وصيته» (١). مع أنه يمكن تخصيص هذا العام بالآيه (٢) و الروايه (٣) جمعا.

و الحكم مختص بوصيه المال، فلا تثبت الوصيه بالولايه المعبر عنها بالوصايه، ووقفا فيما خالف الأصل على مورده.

و لو تعارض شهاده عدول أهل الذمه و فسّاق المسلمين فهم أولى، عملا- بظاهر النصّ. و قدّم في التذكره (٤) عليهم فسّاق المسلمين إذا كان فسقهم بغير الكذب و الخيانه. و هو بعيد.

أما المستور من المسلمين، فإن اكتفينا في العداله بظاهر الإسلام مع عدم ظهور المعارض، فلا ريب في ترجيحه على الذمى و إن كان ظاهر العداله. و إن منعنا من ذلك، احتمال تقديم عدول [أهل] (٥) الذمه للآيه (٦)، و تقديم المستور، و به قطع في التذكره (٧). و هو أولى.

و ظاهر الآيه إحلاف الذمى بعد العصر بالصوره المذكوره في الآيه، و هو:

أنهما ما خانا و لا كتما شهاده الله تعالى، و لا اشتريا به ثمنا و لو كان ذا قربى.

و اعتبره العلامه أيضا في التحرير (٨). و لا ريب في أولويته، إذ لا معارض له، و عمومات النصوص غير منافية له.

ص: ١٦٣

١- (١) الكافي ٧: ٣٩٩ ح ٧، التهذيب ٦: ٢٥٣ ح ٦٥٤، الوسائل ١٣: ٣٩٠ الباب المتقدم ح ١.

٢- (٢) المائده: ١٠٦.

٣- (٣) المذكوره في الصفحه السابقه.

٤- (٤) التذكره ٥٢١: ٢.

٥- (٥) من «خ».

٦- (٦) المائده: ١٠٦.

٧- (٧) التذكره ٥٢٢: ٢.

٨- (٨) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٨.

و يثبت الإيمان (١) بمعرفة الحاكم، أو قيام البيّنه أو الإقرار.

و هل تقبل شهادة الذمّي (٢) على الذمّي؟ قيل: لا. و كذا لا تقبل على غير الذمّي.

و قيل: تقبل شهادة كلّ ملّة على ملّتهم. و هو استناد إلى روايه سماعه. و المنع أشبه.

قوله: «و يثبت الإيمان. إلخ».

و مرجع الثلاثة إلى الإقرار، لأن الإيمان أمر قلبي لا يمكن معرفته إلا- من معتقده بالإقرار، و لكن المصنف- رحمه الله- اعتبر الوسائط بينه و بين المقرّ.

قوله: «و هل تقبل شهادة الذمّي. إلخ».

ما تقدّم حكم شهادة الكافر على المسلم، أما على مثله فالمشهور بين الأصحاب أن الحكم كذلك، عملاً بعموم الأدلّه.

و ذهب الشيخ في النهاية (١) إلى قبول شهادة كلّ ملّة على ملّتهم و عليهم (٢)، لا على غيرهم و لا لهم.

و ذهب ابن الجنيّد (٣) إلى قبول شهادة أهل العدالة منهم في دينه على ملّته و على غير ملّته.

و مستند الشيخ روايه سماعه عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن شهادة أهل الملّة، قال: فقال: لا تجوز إلا على أهل ملّتهم» (٤).

ص: ١٦٤

١- ١) النهاية: ٣٣٤، و في الحجرّيتين بدل النهاية: المبسوط، و لكن صرّح فيه بعدم القبول، راجع المبسوط ١٨٧: ٨.

٢- ٢) كذا فيما لدينا من النسخ الخطيّة، و الصحيح: و لهم.

٣- ٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٢٢.

٤- ٤) الكافي ٣٩٨: ٧ ح ٢، التهذيب ٢٥٢: ٦ ح ٦٥٢، الوسائل ٢٨٤: ١٨ ب «٣٨» من كتاب الشهادات ح ٢.

الرابع:العدالة(١) إذ لا-طمأنينه مع التظاهر بالفسق،و لا-ريب فى زوالها بمواقعه الكبائر،كالقتل و الزنا و اللواط و غضب الأموال المعصومه.و كذا بمواقعه الصغائر مع الإصرار أو فى الأغلب.

أما لو كان فى الندره،فقد قيل:لا يقدر،لعدم الانفكاك منها،إلا فيما يقل،فاشترطه التزام للأشق.و قيل:يقدر،لإمكان التدارك بالاستغفار.و الأول أشبه.

و لا يخفى ضعف[هذا](١)المستند.و أولى بالمنع مذهب من عمم.

قوله:«العدالة.إلخ».

العدالة شرط فى قبول الشهاده،فلا-تقبل شهاده الفاسق إجماعا،قال تعالى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا (٢)،و الشهاده نبأ،فيجب التبين عندها.و قال تعالى وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ (٣).و قال مِمَّن تَرَوْهُ مِنَ الشُّهَدَاءِ (٤)و الفاسق ليس بمرضى الحال.و روى أنه صلى الله عليه و آله قال:«لا تقبل شهاده خائن و لا خائنه،و لا زان و لا زانيه» (٥).

و الكلام فى العدالة يتوقف على أمرين:أحدهما:ما به يثبت.و الثانى:ما به يزول.

ص:١٦٥

١-١ (١) من «ث».

٢-٢ (٢) الحجرات:٦.

٣-٣ (٣) الطلاق:٢.

٤-٤ (٤) البقره:٢٨٢.

٥-٥ (٥) عوالى اللثالى ١:٢٤٢ ح ١٦٣،سنن أبى داود ٣:٣٠٦ ح ٣٦٠١،سنن البيهقى ١٠:٢٠١.

فالأول: قد تقدّم (١) البحث فيه فى القضاء، و أنه هل يحكم بها للمسلم من دون أن يعلم منه الاتّصاف بملكيتها، أم لا بدّ من اختباره و تركيته؟ و أما الثانى فلا خلاف فى زوالها بمواقعه الكبائر من الذنوب، كالقتل و الزنا و عقوق الوالدين، و أشباه ذلك.

و إنما الكلام فى أن الذنوب هل هى كلّها كبائر، أم تنقسم إلى كبائر و صغائر؟ و قد اختلف الأصحاب و غيرهم فى ذلك، فذهب جماعه منهم المفيد (٢) و ابن البرّاج (٣) و أبو الصلاح (٤) و ابن إدريس (٥) و الطبرسى (٦) - بل نسبه فى التفسير إلى أصحابنا مطلقاً - إلى الأول، نظراً إلى اشتراكها فى مخالفه أمره تعالى و نهيه.

و جعلوا الوصف بالكبر و الصغر إضافياً، فالقبله المحرّمه صغيره بالنسبه إلى الزنا و كبيره بالنسبه إلى النظر، و كذلك غضب الدرهم كبيره بالنسبه إلى غضب اللقمه و صغيره بالإضافه إلى غضب الدينار، و هكذا.

و ذهب المصنف - رحمه الله - و أكثر المتأخرين (٧) إلى الثانى، عملاً بظاهر قوله تعالى **إِنْ تَجَنَّبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ (٨)**، دلّ بمفهومه على أن اجتناب بعض الذنوب - و هى الكبائر - يكفّر السيئات، و هو يقتضى كونها

ص: ١٦٦

١ - ١) فى ج ٣٩٧: ١٣.

٢ - ٢) مصنّفات لشيخ المفيد ٨٣: ٤-٨٤.

٣ - ٣) المهذب ٥٥٦: ٢.

٤ - ٤) الكافى فى الفقه: ٤٣٥.

٥ - ٥) السرائر ١١٧: ٢-١١٨.

٦ - ٦) مجمع البيان ٧٠: ٣.

٧ - ٧) تحرير الأحكام ٢٠٨: ٢، إيضاح الفوائد ٤٢١: ٤، الدروس الشرعيه ١٢٥: ٢.

٨ - ٨) النساء: ٣١.

غير كبائر. وقال تعالى الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ (١)، مدحهم على اجتناب الكبائر من غير أن يضايقهم في الصغائر. وفي الحديث: «أن الأعمال الصالحة تكفر الصغائر» (٢).

ثمَّ على القول بالفرق بين الكبائر و الصغائر فللعلماء في تفسير الكبيره وجوه:

أحدها: أنها المعصية الموجهة للحدِّ.

و الثاني: أنها التي يلحق صاحبها الوعيد الشديد في الكتاب أو السنَّة.

و الثالث: أنها الذنب الذي توعد الله عليه بالنار.

و على هذا القول دلَّ خبر ابن أبي يعفور السابق عن الصادق عليه السلام، حيث سأله بما تعرف عداله الرجل بين المسلمين؟ إلى قوله (٣): «و تعرف باجتناب الكبائر التي أوعده الله عليها النار» (٤). و روى أنها سبع (٥). و روى أنها إلى السبعين (٦) أقرب.

إذا تقرَّر ذلك، فعلى القول الأول يقدر في العدالة مواقعه أي معصيه كانت.

و لا يخفى ما في هذا من الحرج و الضيق، لأن غير المعصوم لا ينفك عن ذلك، و قد قال تعالى وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (٧).

ص: ١٦٧

١- ١) النجم: ٣٢.

٢- ٢) لم نعثر عليهما.

٣- ٣) في «خ، م»: إلى أن قال.

٤- ٤) الفقيه ٣: ٢٤ ح ٦٥، التهذيب ٦: ٢٤١ ح ٥٩٦، الاستبصار ٣: ١٢ ح ٣٣، الوسائل ١٨: ٢٨٨ ب «٤١» من أبواب الشهادات ح ١.

٥- ٥) راجع الوسائل ١١: ٢٥٢ ب «٤٦» من أبواب جهاد النفس.

٦- ٦) لم نعثر عليهما.

٧- ٧) الحج: ٧٨.

و أجاب ابن إدريس (١) بأن الحرج يتنفي بالتوبه.

و أجيب (٢) بأن التوبه تسقط الكبائر و الصغائر، و لا يكفي فى الحكم بالتوبه مطلق الاستغفار و إظهار الندم حتى يعلم من حاله ذلك، و هذا قد يؤدى إلى زمان طويل يفوت معه الغرض من الشهاده و نحوها، فيبقى الحرج.

و على الثانى يعتبر اجتناب الكبائر كلها و عدم الإصرار على الصغائر، فإن الإصرار عليها يلحقها بالكبيره، و من ثم ورد: «لا صغيره مع الإصرار، و لا كبيره مع الاستغفار» (٣).

و المراد بالإصرار الإكثار منها، سواء كان من نوع واحد أم من أنواع مختلفه. و قيل: المداومه على نوع واحد منها. و لعل الإصرار يتحقق بكلّ منهما.

و فى حكمه العزم على فعلها ثانيا و إن لم يفعل. [و] (٤) أما من فعل الصغيره و لم يخطر بباله بعدها العزم على فعلها و لا التوبه منها، فهذا هو الذى لا يقدر فى عداله، و إلا لأدى إلى أن لا تقبل شهاده أحد. و لعلّ هذا ممّا تكفّره الأعمال الصالحه من الصلاه و الصيام و غيرهما، كما جاء فى الخبر.

و اعلم أن المصنف -رحمه الله- لم يتعرّض للمرّوه فى قادح العداله، و كأنّه لم يجعل تركها قادحا أو يتوقّف فى ذلك. و هو قول لبعض العلماء (٥)، من حيث إنه يخالف العاده لا الشرع.

ص: ١٤٨

١-١) السرائر ١١٨:٢.

٢-٢) المختلف: ٧١٨.

٣-٣) الكافي ٢:٢٨٨ ح ١، الوسائل ١١:٢٤٨ ب «٤٨» من أبواب جهاد النفس ح ٣.

٤-٤) من «أ».

٥-٥) انظر الحاوى الكبير ١٧:١٥١.

و الأشهر اعتبارها في الشهاده، سواء جعلناها شطرا من العداله، كما هو المشهور من أن العدل هو الذي تعتدل أحواله دينا و مروّه و حكما، أم جعلناها خارجه عنها و صفه برأسها، كما جرى عليه جماعه (١).

و قد أغرب في القواعد (٢) حيث جعلها جزءا من العداله، و عزّفها بأنها كيفيه نفسائيه راسخه تبعث على ملازمه التقوى و المروّه، ثمّ جعلها قسيما للعداله و شرطا آخر لقبول الشهاده، فجمع بين القولين.

و كيف كان، فالوجه أنه لا تقبل شهاده من لا مروّه له، لأن أطراح المروّه إما أن يكون بخبل و نقصان، أو قلّه مبالاه و حياء، و على التقديرين يبطل الثقه و الاعتماد على قوله. أما المخبّل فظاهر. و أما قليل الحياء فلأن من لا حياء له يصنع ما شاء، كما ورد في الخبر (٣).

و في ضبط المروّه عبارات متقاربه، منها: أن صاحب المروّه هو الذي يصون نفسه عن الأدناس و لا يشينها عند الناس، أو الذي يتحرّز عمّا يسخر منه و يضحك به، أو الذي يسير بسيره أمثاله في زمانه و مكانه.

فمن ترك المروّه لبس ما لا يليق بأمثاله، كما إذا لبس الفقيه لباس الجندي، و تردّد به في البلاد التي لم تجر عاده الفقهاء فيها بلبس هذا النوع من الثياب. و كما إذا لبس التاجر ثوب الحمالين و نحوهم بحيث يصير ضحكه.

و منه: المشى في الأسواق و المجامع مكشوف الرأس و البدن، إذا لم يكن

ص: ١٦٩

١- (١) الدروس الشرعيّه ١:٢٥٥.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢:٢٣٦-٢:٢٣٧.

٣- (٣) مسند أحمد ٤:١٢١، صحيح البخارى ٨:٣٥، سنن أبي داود ٤:٢٥٢ ح ٤٧٩٧، سنن ابن ماجه ٢:١٤٠٠ ح ٤١٨٣.

و ربّما توهمّ واهم: (١) أن الصغائر لا- تطلق على الذنب إلا مع الإحباط. و هذا بالإعراض عنه حقيق، فإنّ إطلاقها بالنسبه، و لكلّ فريق اصطلاح.

الشخص ممّن يليق به مثله. و كذا مدّ الرجلين في مجالس الناس.

و منه: الأكل في السوق، إلا أن يكون الشخص سوقيا أو غريبا لا يكثرث بفعله.

و منه: أن يقيّل الرجل زوجته أو أمته بين يدي الناس، أو يحكى لهم ما يجرى [لهم] (١) في الخلوه، أو يكثر من الحكايات المضحكه.

و منه: أن يخرج من حسن العشره مع الأهل و الجيران و المعاملين، و يضايق في اليسير الذي لا يستقصى (٢) فيه.

و منه: أن يتنذل الرجل المعتبر بنقل الماء و الأطمعه إلى بيته، إذا كان ذلك عن شحّ و ضنّه. و لو كان عن استكانه أو اقتداء بالسلف التاركين للتكلف لم يقدح ذلك في المرؤه. و كذا لو كان يلبس ما يجد و يأكل حيث يجد، لتقلله (٣) و براءته من التكاليف العاديه، و يعرف ذلك بتناسب حال الشخص في الأعمال و الأخلاق، و ظهور مخايل (٤) الصدق عليه.

قوله: «و ربما توهمّ واهم. إلخ».

هذا الوهم ذهب إليه بعض الأصحاب، حيث قال: إنّ الصغائر لا تطلق على الذنب إلا على مذهب القائلين بالإحباط، على تقدير الموازنه بين الأعمال

ص: ١٧٠

١-١ (١) من «ث».

٢-٢ (٢) في «ت، د، ل»: يستقصى.

٣-٣ (٣) في «ط»: لتبتله.

٤-٤ (٤) في «ا، د، ط»: محامل.

و لا يقدح فى العداله (١) ترك المندوبات. و لو أصرّ مضربا عن الجميع، ما لم يبلغ حدّا يؤذن بالتهاون بالسنن.

الصالحه و المعاصى، كما نبه عليه تعالى بقوله إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ (١)، و قال تعالى وَ حَبِطَ مَا صَبَّحُوا (٢)، فجعل الذنب الذى يحبط بالطاعه صغيره، و الذنب الذى يحبط الطاعه كبيره. و تحقيق القول فى الكلام.

و هذا بناء ضعيف، لأن الكبائر قد اعتبرها من قال بالإحباط و من أبطله، و هم المحققون و الجمهور، و الصغائر تطلق بالنسبه إلى الكبائر، و لا ضروره إلى بنائها على القول الضعيف، لإمكان جعلها إضافيه بالنسبه إلى ذنب آخر أو مخصوصه بذنوب معينه، و هو ما عدا الكبائر المحصوره فى الكتاب و السنه، كما هو مذهب الأكثر. على أن القائل بالإحباط يعتبر الأكثر من الطاعه و المعصيه، فيثبته أجمع، أو يثبت منه ما زاد عن مقابله من أى نوع كان من أنواع المعاصى، فربما كانت المعصيه المخصوصه على هذا ممّا يحبط عن شخص، و يبقى على آخر بالنظر إلى ما يقابلها من الطاعه، فلا يتحقّق الصغيره فى نوع من أنواع المعاصى، و من ثمّ أطلق على هذا الفهم الوهم، و جعله حقيقا بالإعراض عنه.

ثمّ على تقدير تسميه القائلين بالإحباط ما يكفّر من السيئات صغيره فهو اصطلاح لهم لا يلزم الفقيه مثله، فلكلّ فريق اصطلاح يرجعون إليه، و أسماء يطلقونها لا يلزم مثلها لغيرهم.

قوله: «و لا يقدح فى العداله. إلخ».

ترك المندوبات لا يقدح فى التقوى، و لا يؤثّر فى العداله، إلا أن يتركها

ص: ١٧١

١-١) هود: ١١٤.

٢-٢) هود: ١٦.

و هنا مسائل:

الأولى: كل مخالف في شيء من أصول العقائد تردّ شهادته

الأولى: كل مخالف (١) في شيء من أصول العقائد تردّ شهادته، سواء استند في ذلك إلى التقليد أو إلى الاجتهاد.

و لا تردّ شهادته المخالف في الفروع من معتدى الحقّ، إذا لم يخالف الإجماع. و لا يفسق و إن كان مخطئاً في اجتهاده.

أجمع فيقدح فيها، لدلالته على قلّه المبالاه بالدين و الاهتمام بكاملات الشرع.

و لو اعتاد ترك صنف منها، كالجماعه و النوافل و نحو ذلك، فكترك الجميع، لاشتراكهما في العله المقتضيه لذلك. نعم، لو تركها أحياناً لم يضرّ.

قوله: «كلّ مخالف. إلخ».

المراد بالأصول التي تردّ شهادته المخالف فيها أصول مسائل التوحيد و العدل و النبوه و الإمامه و المعاد. أما فروعها من المعاني و الأحوال و غيرهما من فروع علم الكلام فلا يقدح الاختلاف فيها، لأنها مباحث ظنيّه، و الاختلاف فيها بين علماء الفرقه الواحده كثير شهير. و قد عدّ بعض العلماء (١) جملة ممّا وقع الخلاف فيه منها بين المرتضى و شيخه المفيد، فبلغ نحواً من مائه مسأله، فضلاً عن غيرهما.

و المراد بالفروع التي لا تقدح فيها المخالفه المسائل الشرعيّه الفرعيّه، لأنها مسائل اجتهاديّه، و الأصول التي تبني عليها من الكتاب و السنّه كلّها ظنيّه.

و ينبغي أن يراد بالإجماع الذي تقدح مخالفته فيها إجماع المسلمين قاطبه، أو إجماع الإماميه مع العلم بدخول قول المعصوم في جملة قولهم، لأن

ص: ١٧٢

١- (١) و هو قطب الدين سعيد بن هبه الله الراوندى «قدّس سرّه»، انظر كشف المحجّه للسيد ابن طاوس «قدّس سرّه»: ٢٠.

الثانية: لا تقبل شهادة القاذف. (١) و لو تاب قبلت. و حدّ التوبة أن يكذب نفسه، و إن كان صادقاً، و يورّى باطناً، و قيل: يكذبها إن كان كاذباً، و يخطئها في الملا إن كان صادقاً، و الأوّل مروى.

حجّيه الإجماع في قوله (١) على أصولهم، لا- مطلق إجماعهم، إذ لا- عبره بقول غير المعصوم منهم مطلقاً، و ما لم يعلم دخول قوله في قولهم فلا عبره بقولهم و إن كثر القائل. و قد تمادى بعضهم فسّمى مثل ذلك إجماعاً، بل سّمى المشهور. و مخالفه مثل ذلك غير قاذح بوجه من الوجوه، كما تقتضيه قواعدهم الدالّة على حجّيه الإجماع. فتنبّه لذلك لئلا- تقع في الغلط، اغتراراً بظاهر الاصطلاح، و اعتماداً على الدعوى.

قوله: «لا تقبل شهادة القاذف. إلخ».

لا خلاف في عدم قبول شهادة القاذف قبل توبته، و لقوله تعالى وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا (٢). فإذا تاب قبلت شهادته.

و اختلفوا في حدّ توبته، فقيل: أن يكذب نفسه فيما كان قذف به، سواء كان صادقاً في قذفه أم كاذباً.

ثمّ إن كان كاذباً فتكذّبه نفسه مطابق للواقع. و إن كان صادقاً ورّى باطناً بما يخرج عن الكذب في تكذّبه نفسه، مع كونه غير كاذب في نفس الأمر.

و إنما لزمه التكذيب مطلقاً لأنّ الله تعالى سمّى القاذف كاذباً متى لم يأت بالشهداء على ما قذف به، بقوله وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ (٣) إلى قوله فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ (٤).

ص: ١٧٣

١- ١) كذا في الحجرين: و لعله الصحيح، و فيما لدينا من النسخ الخطية: قولهم.

٢- ٢) النور: ٤.

٣- ٣) النور: ٤.

٤- ٤) النور: ١٣.

و لما روى عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله أَنه قال: «توبه القاذف إِكذابه نفسه» (١).

و لروايه أَبِي الصَّبَّاحِ الكِنَانِي عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن القاذف بعد ما يقام عليه الحدّ ما توبته؟ قال: يكذب نفسه، قلت: أ رأيت إن أكذب نفسه و تاب تقبل شهادته؟ قال: نعم» (٢).

و مرسله يونس عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن الذي يقذف المحصنات تقبل شهادته بعد الحدّ إذا تاب؟ قال: نعم، قلت: و ما توبته؟ قال:

يجيء فيكذب نفسه عند الامام، و يقول: قد افتريت على فلانه، و يتوب ممّا قال» (٣). و مثله روايه ابن سنان عن الصادق عليه السلام (٤).

و إلى هذا ذهب الشيخ في النهاية (٥)، و جماعه (٦).

و قال في المبسوط (٧) و ابن إدريس (٨) و العلامة (٩): حدّها أن يكذب نفسه إن

ص: ١٧٤

١- ١) تلخيص الحبير ٢٠٤: ٤ ذيل ح ٢١٣١، الدرّ المثور ١٣١: ٦.

٢- ٢) الكافي ٣٩٧: ٧ ح ١، التهذيب ٢٤٥: ٦ ح ٦١٥، الاستبصار ٣٦: ٣ ح ١٢٠، الوسائل ٢٨٢: ١٨ ب «٣٦» من أبواب الشهادات ح ١.

٣- ٣) الكافي ٣٩٧: ٧ ح ٥، التهذيب ٢٤٥: ٦ ح ٦١٧، الاستبصار ٣٦: ٣ ح ١٢٢، الوسائل ٢٨٣: ١٨ الباب المتقدّم ح ٤.

٤- ٤) الكافي ٣٩٧: ٧ ح ٦، التهذيب ٢٤٥: ٦ ح ٦١٦، الاستبصار ٣٦: ٣ ح ١٢١، الوسائل ٢٨٣: ١٨ ب «٣٧» من أبواب الشهادات ح ١.

٥- ٥) النهاية: ٣٢٦.

٦- ٦) غنيه النزوع: ٤٤٠، إصباح الشيعة: ٥٢٩، الدروس الشرعية ١٢٦: ٢، و حكاية العلامة عن الصدوقين و ابن أبي عقيل في

المختلف: ٧١٧-٧١٨.

٧- ٧) المبسوط ١٧٩: ٨.

٨- ٨) السرائر ١١٦: ٢.

٩- ٩) قواعد الأحكام ٢٣٦: ٢، تحرير الأحكام ٢٠٨: ٢، إرشاد الأذهان ١٥٧: ٢.

و فى اشتراط (١) إصلاح العمل، زياده عن التوبه تردد. و الأقرب الاكتفاء بالاستمرار، لأن بقاءه على التوبه إصلاح و لو ساعه.

كان كاذبا، و يعترف بالخطأ إن كان صادقا، لأن تكذيبه نفسه مع (١) عدم كونه كاذبا فى نفس الأمر قبيح، فيكفيه الاعتراف بالخطأ.

و فيه: [مع] (٢) أن إثبات الفرق بين الحالين يفهم من قوله بأنه مخطئ دون كاذب أن ما قذف به واقع، فهو قذف آخر تعريضى، و هو غير جائز. فما اختاره المصنف -رحمه الله- أنسب بالحكمه المطلوبه للشارع من الستر، و جبر الفريه بالحد مؤيد بظاهر الآيه و صريح الروايه.

قوله: «و فى اشتراط. إلخ».

ذهب بعض الأصحاب (٣) إلى اشتراط إصلاح العمل زياده على التوبه فى قبول شهاده القاذف، لقوله تعالى فى حق القاذف وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَ أَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (٤) فاستثنى ممن لا تقبل لهم شهاده منهم الذين تابوا و أصلحوا، فلا يكفى التوبه وحدها، لأن المستثنى فاعل الأمرين معا.

و الأظهر -و هو الذى اختاره المصنف رحمه الله- الاكتفاء بالاستمرار على التوبه، لتحقق الإصلاح بذلك. و الأمر المطلق (٥) يكفى فى امتثاله المسمى.

و الأصل عدم اشتراط أمر آخر. و فى الروايات السابقه ما يدل عليه.

ص: ١٧٥

١- ١) فى (د): مع كونه صادقا فى نفس.

٢- ٢) من إحدى الحجريتين.

٣- ٣) الوسيله: ٢٣١.

٤- ٤) التور: ٤ و ٥.

٥- ٥) فى الحجريتين: بالمطلق.

و لو أقام بينه (١) بالقذف، أو صدّقه المقذوف، فلا حدّ عليه و لا ردّ.

الثالث: اللعب بآلات القمار كلّها حرام

الثالث: اللعب بآلات القمار (٢) كلّها حرام، كالشطرنج و النرد و الأربعة عشر، و غير ذلك، سواء قصد الحدق أو اللهو أو القمار.

قوله: «و لو أقام بينه إلخ».

لأن الله تعالى شرط في ردّ شهادته (١) عدم الإتيان بالشهداء بقوله:

وَ الَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُحْصِنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا (٢). و إقرار المقذوف أقوى من البينة، فيسقطان به بطريق أولى.

قوله: «اللعب بآلات القمار إلخ».

مذهب الأصحاب تحريم اللعب بآلات القمار كلّها، من الشطرنج و النرد و الأربعة عشر و غيرها. و وافقهم على ذلك جماعة من العامة، منهم أبو حنيفة (٣) و مالك (٤) و بعض الشافعيّ (٥). و رووا عن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَ رَسُولَهُ» (٦). و في روايه أخرى أنه «مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ شِيرَ فَكَأَنَّمَا غَمَسَ يَدَهُ فِي لَحْمِ الْخَنزِيرِ» (٧).

ص: ١٧٦

١- ١) في «ا»: شهادتهم.

٢- ٢) النور: ٤.

٣- ٣) الباب في شرح الكتاب ٤: ٦٢، بدائع الصنائع ٦: ٢٦٩، روضه القضاء ١: ٢٣٦ رقم (١٠٩٠)، رؤوس المسائل: ٥٣١ مسأله (٣٩١)، حليه العلماء ٨: ٢٥١.

٤- ٤) المدوّنه الكبرى ٥: ١٥٣، الكافي للقرطبي ٢: ٨٩٥، و راجع أيضا الحاوي الكبير ١٧: ١٧٩.

٥- ٥) روضه الطالبين ٨: ٢٠٣.

٦- ٦) عوالي اللئالي ١: ٢٤٣ ح ١٦٧، مسند أحمد ٤: ٣٩٤، سنن أبي داود ٤: ٢٨٥ ح ٤٩٣٨، سنن ابن ماجه ٢: ١٢٣٧ ح ٢٧٦٢، مستدرک الحاكم ١: ٥٠، سنن البيهقي ١٠: ٢١٤.

٧- ٧) عوالي اللئالي ١: ٢٤٣ ح ١٦٨، مسند أحمد ٥: ٣٥٢، سنن أبي داود ٤: ٢٨٥ ح ٤٩٣٩، سنن ابن ماجه ٢: ١٢٣٨ ح ٣٧٦٣، سنن البيهقي ١٠: ٢١٤.

الرابعة: شارب المسكر (١) تردّ شهادته و يفسق، خمرا كان أو نبيدا أو بتعا أو منصّفا أو فضيحا، و لو شرب منه قطره. و كذا الفقاع. و كذا العصير إذا غلى من نفسه أو بالنار، و لو لم يسكر، إلا أن يغلى حتّى يذهب ثلثاه. أما غير العصير من التمر أو البسر، فالأصل أنه حلال ما لم يسكر.

و روى الأصحاب عن الصادق عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: الشطرنج و النرد هما الميسر» (١). و عن الصادق عليه السلام قال: «إنّ لله عزّ و جلّ في كلّ ليلة من شهر رمضان عتقاء من النار، إلا من أفطر على مسكر، أو مشاحن، أو صاحب شاهين، قلت: و أى شىء صاحب شاهين؟ قال:

الشطرنج» (٢).

و روى معمر بن خلّاد فى الصحيح عن أبى الحسن عليه السلام قال: «النرد و الشطرنج و الأربعة عشر بمنزله واحده، و كلّ ما قومر عليه فهو ميسر» (٣). و فى معناها أخبار كثيرة (٤).

و ظاهر النهى أنها من الصغائر، فلا يقدر فى العدالة إلا مع الإصرار عليها.

ثمّ النرد و الشطرنج مشهوران. و أما الأربعة عشر ففسروها (٥) بأنها قطعة من خشب فيها حفر فى ثلاثة أسطر، و يجعل فى الحفر حصى صغار يلعب بها.

قوله: «شارب المسكر. إلخ».

لا فرق فى تحريم المسكر بين اتّخاذه من العنب و غيره عند الأصحاب

ص: ١٧٧

١- ١) الكافى ٦: ٤٣٥ ح ٣، الوسائل ١٢: ٢٤٢ ب «١٠٤» من أبواب ما يكتسب به ح ٢.

٢- ٢) الكافى ٦: ٤٣٥ ح ٥، الوسائل ١٢: ٢٣٧ ب «١٠٢» من أبواب ما يكتسب به ح ٤.

٣- ٣) الكافى ٦: ٤٣٥ ح ١، الوسائل ١٢: ٢٤٢ ب «١٠٤» من أبواب ما يكتسب به ح ١.

٤- ٤) راجع الوسائل ١٢: ٢٣٧ ب «١٠٢-١٠٤» من أبواب ما يكتسب به.

٥- ٥) راجع المبسوط ٨: ٢٢٢.

و أكثر العامه (١)، لقوله صلى الله عليه و آله: «كل مسكر حرام» (٢). و قول الصادق عليه السلام: «إنما حرم الخمر لفعالها و فسادها» (٣). و روى علي بن يقطين في الصحيح عن الكاظم عليه السلام قال: «إن الله تبارك و تعالى لم يحرم الخمر لاسمها، و لكن حرمها لعاقبتها، فما كان عاقبته عاقبه الخمر فهو خمر» (٤). و في حديث له عنه عليه السلام: «فما فعل فعل الخمر فهو خمر» (٥).

و لا فرق في المسكر بين ما يسكر منه و غيره، لتعليق التحريم على الاسم.

و في معناه الفقاع عندنا. و كذا العصير العنبي إذا غلى و إن لم يشتد. و قد تقدم البحث فيهما في باب الأطحه (٦). و [أما] (٧) ما لا يسكر من الأشربه غير ما ورد النص بتحريمه فالأصل فيه الحل، و منه عصير الزبيب و التمر و غيرهما.

و في الدروس (٨) قيد العصير العنبي مع غليانه بالاشتداد. و ليس كذلك، فإن تحريمه معلق على مجرد الغليان، و إنما نجاسته عند من قال بها من الأصحاب (٩) معلقه على الاشتداد، و البحث هنا في التحريم لا في النجاسه. نعم، ذهب في

ص: ١٧٨

١- ١) الحاوى الكبير ١٧: ١٨٤، بدائع الصنائع ١١٥: ٥.

٢- ٢) الكافي ٦: ٤١٠ ح ١٢، الوسائل ١٧: ٢٧٠ ب «١٧» من أبواب الأشربه المحرمه ح ٨.

٣- ٣) الكافي ٦: ٤١٢ ح ٤، الوسائل ١٧: ٢٧٣ ب «١٩» من أبواب الأشربه المحرمه ح ٣.

٤- ٤) الكافي ٦: ٤١٢ ح ٢، التهذيب ٩: ١١٢ ح ٤٨٦، الوسائل ١٧: ٢٧٣ الباب المتقدم ح ١.

٥- ٥) الكافي ٦: ٤١٢ ح ١، الوسائل ١٧: ٢٧٣ الباب المتقدم ح ٢.

٦- ٦) في ج ٧٢: ١٢-٧٣.

٧- ٧) من «ث، خ».

٨- ٨) الدروس الشرعيه ٢: ١٢٦.

٩- ٩) قواعد الأحكام ٧: ١.

و لا بأس باتخاذ(١)الخمير للتخليل.

الخامسه:مدّ الصّوت المشتمل على الترجيع المطرب،يفسق فاعله

الخامسه:مدّ الصّوت المشتمل (٢)على الترجيع المطرب،يفسق فاعله،و تردّ شهادته،و كذا مستمعه،سواء استعمل في شعر أو قرآن.
و لا بأس بالحداء[به].

الذكرى (١)إلى تلازم الوصفين.و هو ممنوع.و قد حقّقناه فيما سبق (٢).

قوله:«و لا بأس باتخاذ.إلخ».

روى زراره فى الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«سألته عن الخمر العتيقه تجعل خلّا،قال:لا بأس» (٣).و روى عبيد بن زراره فى الموثّق أو الصحيح عنه عليه السلام:«فى الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خلّا،قال:لا بأس» (٤).

و لا فرق بين اتّخاذها بشىء يجعل فيها و عدمه عند الأصحاب،و إن كان تركّ العلاج بشىء أفضل.و قد تقدّم (٥)البحث فيه.
قوله:«مدّ الصوت المشتمل.إلخ».

الغناء عند الأصحاب محرّم،سواء وقع بمجرّد الصوت أم انضمّ إليه آله من آلاته.فقد ورد فى تفسير قوله تعالى وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ (٦)أنه الغناء (٧).و روى أنه صلّى الله عليه و آله قال:«الغناء

ص:١٧٩

١-١) الذكرى:١٢.

٢-٢) راجع ج ٧٢:١٢-٧٣.

٣-٣) الكافى ٤٢٨:٦ ح ٢، التهذيب ١١٧:٩ ح ٥٠٤، الاستبصار ٩٣:٤ ح ٣٥٥، الوسائل ١٧:٢٩٦ ب(٣١) من أبواب الأشربه المحرّمه
ح ١.

٤-٤) الكافى ٤٢٨:٦ ح ٣، التهذيب ١١٧:٩ ح ٥٠٥، الاستبصار ٩٣:٤ ح ٣٥٦، الوسائل ١٧:٢٩٦ الباب المتقدّم ح ٣.

٥-٥) فى ج ١٠١:١٢-١٠٢.

٦-٦) لقمان:٦.

٧-٧) التبيان ٢٤٤:٨، مجمع البيان ٧٦:٨، النكت و العيون ٣٢٨:٤، تفسير القرطبى ١٤:٥١، الدرّ المنثور ٥٠٤:٦-٥٠٥.

ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل» (١).

و من طريق الخاصه ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال سمعته يقول: «الغناء ممّا وعد الله عليه النار، و تلا هذه الآيه وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَ يَتَّخِذَهَا هُزُوًا أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُهِينٌ» (٢).

و روى أبو بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عزّ و جلّ:

فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ قال: الغناء» (٣). و فى معناها أخبار كثيرة (٤).

و المراد بالغناء الصوت المشتمل على الترجيع المطرب. كذا فسره به المصنف -رحمه الله- و جماعه (٥). و الأولى الرجوع فيه إلى العرف، فما يسمّى فيه غناء يحرم، لعدم ورود الشرع بما يضبطه، فيكون مرجعه إلى العرف. و لا فرق فيه بين وقوعه بشعر و قرآن و غيرهما.

و كما يحرم فعل الغناء يحرم استماعه، كما يحرم استماع غيره من الملاهى.

أما الحداء بالمدّ-و هو الشعر الذى يحثّ به الإبل على الإسراع فى السير-

ص: ١٨٠

١-١) سنن البيهقى ١٠: ٢٢٣، تلخيص الحبير ١٩٩: ٤ ح ٢١١٣، الدرّ المنثور ٦: ٥٠٥، الدرر المنثور: ١٠٠ ح ٣٠٨.

٢-٢) الكافى ٦: ٤٣١ ح ٤، الوسائل ١٢: ٢٢٦ ب «٩٩» من أبواب ما يكتسب به ح ٦.

٣-٣) الكافى ٦: ٤٣١ ح ١، الوسائل ١٢: ٢٢٧ الباب المتقدّم ح ٩.

٤-٤) راجع الوسائل: ١٢، ٢٢٥ ب «٩٩» من أبواب ما يكتسب به.

٥-٥) إرشاد الأذهان ٢: ١٥٦، الدروس الشرعيّه ٢: ١٢٦.

و يحرم من الشعر(١) ما تضمّن كذبا، أو هجاء مؤمن، أو تشبيها بامرأه معروفه غير محلّله له. و ما عداه مباح. و الإكثار منه مكروه.

و سماعه فمباحان، لما فيه من إيقاظ النّوَام و تنشيط الإبل للسير. و قد روى أنه صَلَّى اللهُ عليه و آله قال لعبد الله بن رواحه: «حرّك بالقوم، فاندفع يرتجز» (١). و كان عبد الله جيّد الحداء، و كان مع الرجال، و كان أنجشه مع النساء، فلمّا سمعه أنجشه تبعه، فقال النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله لأنجشه: «رويدك رفقا بالقوارير» (٢) يعنى:

النساء.

قوله: «و يحرم من الشعر. إلخ».

إنشاء الشعر و إنشاده و الاستماع إليه جائز، و كيف لا. و كان للنبي صَلَّى اللهُ عليه و آله شعراء يصغى إليهم، منهم حسان بن ثابت، و عبد الله بن رواحه رضى الله عنهما (٣). و استنشد الشريد شعر أميّه بن أبي الصلت و استمع إليه (٤). و فى حفظ دواوين العرب أبلغ معونه على درك أحكام الكتاب و السنّه و معانيهما. و قد قال بعض العلماء: «الشعر كلام، فحسنة كحسنة، و قبيحة كقبيحة، و فضله على الكلام أنه سائر» (٥).

و يحرم منه الهجاء لمؤمن، صدقا كان أم كذبا. و لا فرق فيه بين التعريض و التصريح.

ص: ١٨١

١-١ (١) تلخيص الحبير ٤:٢٠٠ ح ٢١١٧.

٢-٢ (٢) التّهايه لابن الأثير ٤:٣٩.

٣-٣ (٣) أنظر السيره الحليّه ٣:٤٢٥.

٤-٤ (٤) مسند أحمد ٤:٣٩٠، الأدب المفرد: ٢٦٩ ح ٨٠١، صحيح مسلم ٤:١٧٦٧ ح ١، المعجم الكبير للطبرانى ٧:٣٧٧ ح ٧٢٣٨، سنن البيهقي ١٠:٢٢٦-٢٢٧.

٥-٥ (٥) الأمّ للشافعي ٩:٣١١، الحاوى الكبير ١٧:٢٠٢.

و كذا يحرم منه ما اشتمل على الفحش أو التشبيب بامرأه بعينها، لما فيه من الإيذاء والإشهار و إن كان صادقا.

و احترز بغير المحلل له عن زوجته و أمته غير المزوجه، و مقتضاه جواز التشبيب بهما. و ربما قيل بأن ذلك يردّ الشهاده و إن لم يكن محرّما، لما فيه من سقوط المرؤه. و هو حسن.

و كذا التشبيب بالغلام محرّم مطلقا، لتحريم متعلّقه.

و أما الشعر المشتمل على المدح و الإطراء، فما أمكن حمله على ضرب من المبالغه فهو جائز، ألا ترى أن رسول الله صلّى الله عليه و آله قال لفاطمه بنت قيس: «أما معاوية فصعلوك لا مال له، و أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه» (١). و معلوم أنه كان يضعها كثيرا.

و إن لم يمكن حمله على المبالغه و كان كذبا محضا، فهو كسائر أنواع الكذب.

و ربما قيل بعدم التحاقه بالكذب مطلقا، لأن الكاذب يرى الكذب صدقا و يروّجه، و ليس غرض الشاعر أن يصدّق في شعره، و إنما هو صناعه، كما أن التشبيب بغير المعين فنّ للشاعر، و غرضه به إظهار الصنعه في هذا الفنّ لا تحقيق (٢) المذكور، فلا يخلّ بالعداله.

و على تقدير حلّه فالإكثار منه مكروه، على ما وردت به الروايات (٣).

ص: ١٨٢

١-١) عوالي اللئالي ١: ٤٣٨ ح ١٥٥، مسند الشافعي: ١٨٧، سنن الدارمي ٢: ١٣٥، مسند أحمد ٦: ٤١٢.

٢-٢) في «ص»: تحقّق.

٣-٣) راجع الوسائل ٥: ٨٣ ب «٥١» من أبواب صلاه الجمعه.

السادسه: الزمر و العود و الصننج، و غير ذلك من آلات اللهو حرام

السادسه: الزمر و العود(١) و الصننج، و غير ذلك من آلات اللهو حرام، يفسق فاعله و مستمعه. و يكره الدفّ في الإملاك، و الختان خاصّه.

قوله: «الزمر و العود. إلخ».

آلات اللهو من الأوتار- كالعود- و غيره، كاليراع و الزمر و الطنابير و الرباب و الصننج، و هو الدفّ المشتمل على الجلاجل، حرام بغير خلاف. و قد روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ عَلَى أُمَّتِي الْخَمْرَ وَ الْمَيْسِرَ وَ الْمَزَرَ وَ الْكُوبَةَ» (١). و الكوبه هي الطبل. و يقال: طبل مخصوص. و قَصَّرَ بَعْضُ الْعَامَّةِ (٢) التَّحْرِيمَ عَلَيْهِ لِذَلِكَ.

و روى محمد بن الحنفية عن أبيه عليه السلام أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله قَالَ: «إِذَا كَانَ فِي أُمَّتِي خَمْسَةٌ عَشَرَ خَصَلَهُ حَصَلُ بِهَا الْبَلَاءُ: إِذَا اتَّخَذُوا الْغَنِيمَةَ دَوْلَةً، وَ الْأَمَانَةَ مَغْنَمًا، وَ الزَّكَاةَ مَغْرَمًا، وَ أَطَاعَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ، وَ جَفَا أَبِيَهُ، وَ عَقَّ أُمَّهُ، وَ لَبَسُوا الْحَرِيرَ، وَ شَرَبُوا الْخَمْرَ، وَ اشْتَرَوْا الْمَغْنِيَّاتِ وَ الْمَعَازِفَ، وَ كَانَ زَعِيمَ الْقَوْمِ أَرْدَلَهُمْ، وَ أَكْرَمَ الرَّجُلُ السُّوءَ خَوْفًا مِنْهُ، وَ ارْتَفَعَتِ الْأَصْوَاتُ فِي الْمَسَاجِدِ، وَ سَبَّ آخِرُ هَذِهِ الْأُمَّةِ أَوْلَهَا، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَرْقُبُونَ ثَلَاثًا: حَجْرًا وَ خَسْفًا وَ مَسْخًا» (٣).

و استثنى من ذلك الدفّ غير المشتمل على الصننج عند النكاح و الختان، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: «أَعْلَنُوا النِّكَاحَ [وَ الْخِتَانَ] (٤)، وَ اضْرَبُوا عَلَيْهَا بِالْغُرْبَالِ» (٥) يعنى: الدفّ. و روى أَنَّهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله قَالَ: «فَصَلِّ مَا بَيْنَ

ص: ١٨٣

١- ١) مسند أحمد ١٦٥: ٢، سنن أبي داود ٣٣١: ٣ ح ٣٦٩٦، تلخيص الحبير ٢٠٢: ٤ ح ٢١٢٤.

٢- ٢) روضه الطالبين ٢٠٦: ٨.

٣- ٣) الخصال: ٥٠٠ ح ١ و ٢، إرشاد القلوب: ٧١، الوسائل ٢٣١: ١٢ ب «٩٩» من أبواب ما يكتسب به ح ٣١. و في المصادر: فارتقبوا عند ذلك: ريحا حمراء و خسفا.

٤- ٤) من «خ» فقط.

٥- ٥) سنن ابن ماجه ١: ٦١١ ح ١٨٩٥، نصب الرايه ١٦٧: ٣-١٦٨، تلخيص الحبير ٢٠١: ٤ ح ٢١٢٢، سنن البيهقي ٧: ٢٩٠، و لم ترد في المصادر: و الختان.

السابعة: الحسد معصيه، (١) وكذا بغضه المؤمن. و التظاهر بذلك قاذح فى العداله.

الحلال و الحرام الضرب بالدف عند النكاح» (١).

و منع منه ابن إدريس (٢) مطلقا. و رجحه فى التذكره (٣)، محتجا بأن الله تعالى ذم (٤) اللهو و اللعب، و هذا منه.

قوله: «الحسد معصيه. إلخ».

لا خلاف فى تحريم هذين الأمرين. و التهديد عليهما فى الأخبار مستفيض (٥). و هما من الكبائر، فيقدحان فى العداله مطلقا. و إنما جعل التظاهر بهما قاذحا لأنهما من الأعمال القليليه، فلا يتحقق تأثيرهما فى الشهاده إلا مع إظهارهما، و إن كانا محرّمين بدون الإظهار.

و المراد بالحسد: كراهه النعمه على المحسود و تمنى زوالها عنه، سواء وصلت إلى الحاسد أم لا. و ببغضه: كراهته و استئقاله لا لسبب دينى - كفسق - فيبغضه لأجله، سواء قاطعه مع ذلك أم لا. فإن هجره فهما (٦) معصيتان. و قد يحصل كل منهما بدون الأخرى.

ص: ١٨٤

١- ١) مسند أحمد ٣: ٤١٨، سنن النسائي ٦: ١٢٧، سنن الترمذى ٣: ٣٩٨ ح ١٠٨٨، سنن ابن ماجه ١: ٦١١ ح ١٨٩٦، مستدرک الحاكم

١٨٤: ٢، سنن البيهقى ٧: ٢٨٩.

٢- ٢) السرائر ٢: ٢١٥.

٣- ٣) التذکره ٢: ٥٨١.

٤- ٤) فى «د، م»: حرّم.

٥- ٥) راجع الوسائل ٨: ٥٦٩ ب «١٣٦»، و ص: ٥٨٤ ب «١٤٤» من أبواب أحكام العشره، و ج ١١: ٢٩٢ ب «٥٥» من أبواب جهاد النفس.

٦- ٦) فى «ث، خ، ط»: فيهما.

الثامنة: لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختياراً محرّماً، تردّد به الشهادة

الثامنة: لبس الحرير للرجال (١) في غير الحرب اختياراً محرّماً، تردّد به الشهادة. وفي التّكأه عليه و الافتراض له تردّد، و الجواز مروى. و كذا يحرم التّختّم بالذهب. و التحلّي به للرجال.

قوله: «لبس الحرير للرجال. إلخ».

تحريم لبس الحرير و الذهب على الرجال موضع وفاق. و قد روى أن النبيّ صلّى الله عليه و آله قال: «أحلّ الذهب و الحرير للإناث من أمتي، و حرّم على ذكورها» (١). و قال صلّى الله عليه و آله: «لا تلبسوا الحرير، فإنّه من لبسه في الدّنيا لم يلبسه في الآخرة» (٢).

و استثنى من الحرير أمور:

أحدها: حاله الحرب. فروى سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن لباس الحرير و الديباج، فقال: أمّا في الحرب فلا بأس به، و إن كان فيه تماثيل» (٣). و روى إسماعيل بن الفضل عنه عليه السلام قال: «لا يصلح للرجل أن يلبس الحرير إلا في الحرب» (٤).

و ثانيها: ضروره إلى لبسه، لمرض و نحوه. فقد روى أن النبيّ صلّى الله عليه و آله رخص لعبد الرحمن بن عوف و الزبير في لبس الحرير، لحكّه كانت بهما (٥). و في روايه أخرى «أنهما شكيا إليه القمل، فرخص لهما في قمص الحرير في غزاه» (٦).

ص: ١٨٥

١-١) مسند أحمد ٤:٣٩٢، سنن النسائي ٨:١٦١، سنن البيهقي ٣:٢٧٥.

٢-٢) صحيح مسلم ٣:١٦٤١ ح ١١، شرح السنه ١٢:٣٠.

٣-٣) الكافي ٦:٤٥٣ ح ٣، التهذيب ٢:٢٠٨ ح ٨١٦، الاستبصار ١:٣٨٦ ح ١٤٦٦، الوسائل ٣:٢٧٠ ب (١٢) من أبواب لباس المصلّي ح ٣.

٤-٤) الكافي ٦:٤٥٣ ح ٤، الوسائل ٣:٢٦٩ الباب المتقدّم ح ١.

٥-٥) مسند أحمد ٣:٢٧٣، صحيح البخاري ٤:٥٠، صحيح مسلم ٣:١٦٤٦ ح ٢٤، سنن أبي داود ٤:٥٠ ح ٤٠٥٦، سنن البيهقي ٣:٢٦٨.

٦-٦) مسند أحمد ٣:١٩٢، صحيح البخاري ٤:٥٠، صحيح مسلم ٣:١٦٤٧ ح ٢٦.

التاسعة: اتّخاذ الحمام (١) للأنس و إنفاذ الكتب ليس بحرام. و إن اتّخذها للفرجه و التطير فهو مكروه. و الرهان عليها قمار.

و ثالثها: اليسير منه، كالعلم و الرقعه و طرف الثوب. ففي روايه عنه صلّى الله عليه و آله أنه «نهى عن لبس الحرير إلا- في موضع إصبعين أو ثلاثه أو أربعه» (١).

و في تعدّي التحريم إلى غير اللبس من التكلأ عليه في الوسائد و الافتراش له قولان، منشؤهما اختلاف الأخبار، فروى العامه عن حذيفه- رحمه الله- قال:

«نهانا رسول الله صلّى الله عليه و آله أن نشرب في آنيه الذهب و الفضة، و أن نأكل فيها، و عن لبس الحرير و الديباج، و أن نجلس عليه» (٢). و يؤيده إطلاق النهى عنه في الخبر السابق.

و الأصحّ الجواز، لصحيحه عليّ بن جعفر، عن أخيه موسى عليهما السلام، قال: «سألته عن فراش حرير و مثله من الديباج، و مصلى من حرير و مثله من الديباج، يصلح للرجل النوم عليه و التكلأ و الصلاة عليه؟ قال: يفرشه و يقوم عليه، و لا يسجد عليه» (٣). و لأن النهى عنه في النصوص المعتمده (٤) معلق على اللبس، فيبقى غيره على الأصل.

و أما الذهب فيحرم لبسه للرجال مطلقا، سواء في ذلك التختّم و التحلى و غيرهما.

قوله: «اتّخاذ الحمام إلخ».

اتّخاذ الحمام للبيض و الفرخ و الأنس بها و حمل الكتب جائز بلا كراهه، بل

ص: ١٨٦

-
- ١- ١) مسند أحمد ١: ٥١، صحيح مسلم ٣: ١٦٤٣ ح ١٥، سنن البيهقي ٣: ٢٦٩.
٢- ٢) مسند أحمد ٥: ٤٠٤، سنن الدارقطني ٤: ٢٩٣ ح ٨٧، سنن البيهقي ٣: ٢٦٦.
٣- ٣) الكافي ٦: ٤٧٧ ح ٨، التهذيب ٢: ٣٧٣ ح ١٥٥٣، الوسائل ٣: ٢٧٤ ب «١٥» من أبواب لباس المصلى ح ١.
٤- ٤) راجع الوسائل ٣: ٢٦٦ ب «١١» من أبواب لباس المصلى ح ١١، ٦، ٥.

في الأخبار (١) ما يدل على الترغيب فيه، روى «أن رجلا شكأ إلى النبي صلى الله عليه وآله الوحده، فقال: أتخذ زوجا من حمام» (٢).

و عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ليس من بيت فيه حمام إلا لم يصب أهل ذلك البيت آفه من الجن، إن سفهاء الجن يعبثون في البيت فيعبثون بالحمام، و يدعون الإنسان» (٣).

و روى عبد الكريم بن صالح قال: «دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فرأيت على فراشه ثلاث حمامات خضر فقلت: جعلت فداك هذا الحمام يقدر الفراش، فقال: لا إنه يستحب أن يسكن في البيت» (٤).

و أما اقتناؤها للعب بها، و هو أن يطيرها تنقلب في السماء و نحو ذلك، فإنه مكروه، لما فيه من العبث و تضييع العمر فيما لا يجدى. و لكن لا- تردّ به الشهاده، إلا أن يكثر بحيث يؤذن بقله المرؤه، خلافا لابن إدريس (٥) حيث جعل اللعب بها قادحا، لقبح اللعب. و هو ممنوع. و رواه العلاء بن سيابه عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن شهادته من يلعب بالحمام، قال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق» (٦) تدفع قبحه، و تدل على أن اللعب به ليس فسقا، و إلا لاستحال التقييد

ص: ١٨٧

-
- ١-١) راجع الوسائل ٣٧٦: ٨ ب «٣١» من أبواب أحكام الدواب.
 ٢-٢) الكافي ٥٤٦: ٦ ح ٦، الفقيه ٢٢٠: ٣ ح ١٠٢٢، الوسائل ٣٧٨: ٨ الباب المتقدم ح ١٥.
 ٣-٣) الكافي ٥٤٦: ٦ ح ٥، الوسائل ٣٧٧: ٨ الباب المتقدم ح ٨.
 ٤-٤) الكافي ٥٤٨: ٦ ح ١٥، الوسائل ٣٨٠: ٨ ب «٣٤» من أبواب أحكام الدواب ح ١.
 ٥-٥) السرائر ١٢٤: ٢.
 ٦-٦) الفقيه ٣٠: ٣ ح ٨٨، التهذيب ٢٨٤: ٦ ح ٧٨٤، الوسائل ٣٠٥: ١٨ ب «٥٤» من أبواب الشهادات ح ١.

العاشره: لا تردّ شهاده أحد (١) من أرباب الصنائع المكروهه، كالصياغه و بيع الرقيق، و لا من أرباب الصنائع الدنيه، كالحياكه و الحجامه، و لو بلغت فى الدناءه كالزبال و الوقاد، لأن الوثوق بشهادته مستند إلى تقواه.

به. و فى خبر آخر بالإسناد قال: «سمعتة يقول: لا بأس بشهاده الذى يلعب بالحمام» (١).

و أما الرهان عليها فمحرم، لما تقدّم فى كتاب السبق (٢) من اختصاص جوازه بالخفّ و الحافر من الحيوان. و قيل: إن حفص بن غياث وضع للمهدى العباسى فى حديث: «لا سبق إلا فى نصل أو خفّ أو حافر» (٣) قوله: «أو ريش» ليدخل فيه الحمام، تقرّبا إلى قلب الخليفه حيث رآه يحبّ الحمام، فلمّا خرج من عنده قال: «أشهد أن قفاه قفا كذاب، ما قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: أو ريش، و لكنّه أراد التقرب إلينا بذلك» (٤) ثمّ أمر بذبح الحمام.

قوله: «لا تردّ شهاده أحد. إلخ».

أهل الحرف الدنيه و المكروهه لا تردّ شهادتهم عندنا مطلقا، لأنها حرف مباحه و الناس محتاجون إليها، و لو ردّت شهادتهم لم يؤمن أن يتركوها فيعمّ الضرر.

ص: ١٨٨

١- ١) التهذيب ٢٨٤: ٦ ح ٧٨٥، الوسائل ١٨: ٣٠٥ الباب المتقدم ح ٢.

٢- ٢) فى ج ٨٤: ٦.

٣- ٣) الكافى ٥: ٥٠ ح ١٤، الوسائل ١٣: ٣٤٨ ب «٣» من كتاب السبق و الرمايه ح ١. و انظر مسند أحمد ٢: ٤٧٤، سنن ابن ماجه

٢: ٩٦٠ ح ٢٨٧٨، سنن أبى داود ٣: ٢٩ ح ٢٥٧٤، سنن النسائى ٦: ٢٢٦.

٤- ٤) تاريخ الخلفاء للسيوطى: ٢٧٥، و فيه: غياث بن إبراهيم، بدل: حفص بن غياث.

الخامس: ارتفاع التهمة (١) و يتحقق المقصود ببيان مسائل:

الأولى: لا تقبل شهادة من يجزّ بشهادته نفعا

الأولى: لا تقبل شهادة من يجزّ بشهادته نفعا، كالشريك فيما هو شريك فيه، و صاحب الدّين إذا شهد للمحجور عليه، و السيّد لعبد المأذون، و الوصي فيما هو وصي فيه.

و كذا لا تقبل شهادة (٢) من يستدفع بشهادته ضررا، كشهادة أحد و خالف في ذلك بعض العامّة (١)، محتجّا بأن اشتغالهم بهذه الحرف و رضاهم بها يشعر بالخسّه و قلّه المرؤه، خصوصا الحياكه، لإضرار الناس بهم، و عدّهم النسبه إلى الحياكه سبّا و إيذاء.

و ألحق بعضهم الصبّاعين و الصبّاعين بهم. و فرّق آخرون بين من يليق به هذه الحرف و كانت صنعه آباءه و غيره، فتردّ شهادة الثاني دون الأول. نعم، من يكثر منهم و من سائر المحترفه الكذب و الخلف في الوعد تردّ شهادته لذلك عند الجميع.

قوله: «ارتفاع التهمة. إلخ».

تبه بقوله: «و يتحقق المقصود» على أن مطلق التهمة غير قادح في الشهادة، بل التهمة في مواضع مخصوصه، و هي التي يذكرها، فإن شهادة الصديق لصديقه و الوارث لمورثه مقبولة و إن كان مشرفا على التلف عندنا. و كذا شهادة رفقاء القافلة على اللصوص إذا لم يكونوا مأخوذين، مع ظهور التهمة في جميع ذلك.

و سيأتى (٢) البحث فيه.

قوله: «لا تقبل شهادة. إلخ».

شهادة المتهم مردوده إجماعا، لما روى عن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله أَنه

ص: ١٨٩

١ - ١) حليه العلماء ٢٤٩: ٨ - ٢٥٠، المغنى لابن قدامه ٣٥: ١٢، روضه الطالبين ٢١٠: ٨.

٢ - ٢) في ص: ١٩٢.

العاقلة بجرح شهود الجنايه. وكذا شهاده الوكيل و الوصى بجرح شهود المدعى على الموصى أو الموكل.

قال: «لا تقبل شهاده ظنين و لا خصم» (١). و الظنين: المتهم. و صحيحه أبى بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يرد من الشهود، قال: الظنين، و المتهم، و الخصم» (٢).

و للتهمة المانعه أسباب:

منها: أن يجزى إلى نفسه بشهادته نفعاً و لو بالولاية، أو يدفع ضرراً، فلا تقبل شهاده السيد لعبد المأذون، و الغريم للميت و المفلس المحجور عليه، و الوارث بجرح مورثه، لأن الديه تجب له عند الموت بسبب الجرح، فيلزم أن يكون شاهداً لنفسه، و الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه، و الوكيل للموكل فيما هو وكيل فيه، و الوصى و القيم فى محلّ تصرّفهما، خلافاً لابن الجنيّد (٣) حيث قبل شهاده الوصى لليتيم بمال. و مال إليه فى الدروس (٤). و المشهور العدم. و لا تردّ شهادتهم فى غير ذلك.

و كذا لا تقبل شهاده الشريك لشريكه فى بيع الشقص و لا للمشتري، لأن شهادته تتضمن إثبات الشفعه لنفسه. فإن لم يكن فيه شفعه أو عفا عنها قبل الشهاده قبلت.

ص: ١٩٠

١- ١) رواه الشيخ فى الخلاف ٦: ٢٩٦ ذيل مسأله (٤٣)، و انظر سنن البيهقى ١٠: ٢٠٢، تلخيص الحبير ٤: ٢٠٣ ح ٢١٢٨.

٢- ٢) الكافى ٧: ٣٩٥ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٤٢ ح ٥٩٨، الوسائل ١٨: ٢٧٥ ب «٣٠» من أبواب الشهادات ح ٣.

٣- ٣) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٧٢٧.

٤- ٤) الدروس الشرعيه ٢: ١٢٨.

الثانية: العداوه الدينيه (١) لا تمنع القبول، فإن المسلم تقبل شهادته على الكافر. أما الدينويّه فإنها تمنع، سواء تضمّنت فسقا أو لم تتضمّن.

و تتحقّق العداوه، بأن يعلم من حال أحدهما السرور بمساءه الآخر، و المساءه بسروره، أو يقع بينهما تقاذف.

و كذا تقبل شهاده الغريم لمديونه الموسر مطلقا، و المعسر قبل الحجر، لأن الحقّ متعلّق بدمته حينئذ لا بعين أمواله. و يحتمل العدم، لأن المعسر لا مطالبه عليه، فإذا أثبت له شيئا أثبت المطالبه لنفسه.

و فى المنع من شهاده السيد للمكاتب مطلقا قولان، من انتفاء سلطنته عنه، و ظهور التهمه بعجزه، خصوصا المشروط. و بالأول قطع العلامه فى القواعد (١)، و بالثانى فى التحرير (٢). و لعلّه أقوى.

و لا فرق فى التهمه المانعه بين كون الشهاده جالبه لنفع كما ذكر، أو دافعه لضرر عن الشاهد، كجرح بعض العاقله شهود الجنايه خطأ، لأنها تدفع عنه الغرم، و كشهاده الوصىّ و الوكيل بجرح الشاهد على الموصىّ و الموكل، لأنهما يدفعان بها الغرم المأخوذ من أيديهما و إن لم يكن من مالهما. و مثله شهاده الزوج بزنا زوجته التى قذفها على الأظهر.

قوله: «العداوه الدينيه. إلخ».

من أسباب التهمه العداوه الدينويّه، فلا تقبل شهاده العدوّ على عدوّه عندنا، و عند أكثر العامّه (٣).

ص: ١٩١

١-١) قواعد الأحكام ٢:٢٣٧.

٢-٢) تحرير الأحكام ٢:٢٠٩.

٣-٣) الحاوى الكبير ١٧:١٦١، الكافى للقرطبي ٢:٨٩٤، حليه العلماء ٨:٢٦٢، المغنى لابن قدامه ١٢:٥٦، روضه الطالبين ٨:٢١٣.

و كذا لو شهد بعض الرفقاء (١) لبعض على القاطع عليهم الطريق، لتحقق التهمة.

لنا: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فِي الْخَبْرِ السَّابِقِ (١): «لَا تَقْبَلُ شَهَادَةَ ظَنِينٍ وَ لَا خَصْمٍ». وَقَوْلُهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «لَا تَقْبَلُ شَهَادَةَ خَائِنٍ، وَ لَا خَائِنَةٍ، وَ لَا ذِي غَمَزٍ عَلَى أَخِيهِ» (٢). قِيلَ: الْمُرَادُ مِنَ الْخَصْمِ الْعَدُوّ.

و العداوه التي تردّ بها الشهاده هي التي تبلغ حدّا يتمنى هذا زوال نعمه ذاك، و يفرح بمصيباته و يحزن بمسراته. و ذلك قد يكون من الجانبين، و قد يكون من أحدهما، فيختصّ برّد شهادته على الآخر. فإن أفضت العداوه إلى ارتكاب ما يوجب الفسق فهو مردود الشهاده على الإطلاق. و إن عاداه من يريد أن يشهد عليه و بالغ في خصومته، فلم يجب و سكت ثمّ شهد عليه قبلت شهادته، و إلا اتّخذ الخصماء ذلك ذريعه إلى إسقاط الشهادات.

و العداوه الدينيّه لا توجب ردّ الشهاده، بل تقبل شهاده المسلم على الكافر، و المحقّ على المبتدع. و كذا من أبغض الفاسق لفسقه لم تردّ شهادته عليه.

قوله: «و كذا لو شهد بعض الرفقاء إلخ».

إذا شهد بعض الرفقاء لبعض على اللصوص، فإن لم يكن الشاهد مأخوذاً قبلت شهادته، لعدم التهمة.

و إن كان مأخوذاً، فإن تعرّض لما أخذ منه لم تقبل في حقّ نفسه قطعاً.

و في قبولها في حقّ غيره، و كذا لو لم يتعرّض لما أخذ منه، و جهان، من ظهور التهمة فتردّ. و هو الذي قطع به المصنف - رحمه الله - و جماعه (٣). و يدلّ

ص: ١٩٢

١-١) راجع ص: ١٩٠.

٢-٢) معاني الأخبار: ٢٠٨ ح ٣، الوسائل ١٨: ٢٧٩ ب «٣٢» من أبواب الشهادات ح ٨.

٣-٣) راجع النّهاية: ٣٢٦، السرائر ١٢٢: ٢، الجامع للشرائع: ٥٤١ فقد أطلقوا الحكم بعدم القبول.

أما لو شهد العدو (١) لعدوه قبلت، لانتفاء التهمة.

عليه إطلاق روايه محمد بن الصلت قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رفقته كانوا في طريق فقطع عليهم الطريق، فأخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: لا تقبل شهادتهم إلا بإقرار اللصوص، أو بشهاده من غيرهم عليهم» (١). و من وجود العدالة المانعه من التهجّم على غير الواقع.

و منع التهمة المانعه، بل هو كشهاده بعض غرماء المديون لبعض، و كما لو شهدا لاثنين بوصيته من تركه، و شهد المشهود لهما للشاهدين بوصيته منها أيضا.

و اختار في الدروس (٢) القبول فيهما. أما في هذه الصوره فلما ذكر. و أما في صورته (٣) التبعض فلتتحقق المقتضى في أحد الطرفين، و المانع في الآخر. و كذا القول في كلّ شهاده مبعضه.

قوله: «أما لو شهد العدو. إلخ».

هذا إذا لم تتضمن العداوه فسقا. و إلا لم تقبل لذلك لا للعداوه نفسها.

و لا- يخفى أن الفرح بمساءه المؤمن و الحزن بمسرتة معصيه، فإن كانت العداوه من هذه الجهه و أصرّ على ذلك فهو فسق. و ظهور الفسق مع التقاذف أوضح. فالجمع بين العداوه و قبول الشهاده لا- يخلو من إشكال، إلا- أن يفسّر الإصرار بالإكثار من الصغائر، لا بالاستمرار على واحده مخصوصه.

ص: ١٩٣

١- ١) الكافي ٧: ٣٩٤ ح ٢، الفقيه ٣: ٢٥ ح ٦٨، التهذيب ٦: ٢٤٦ ح ٦٢٥، الوسائل ١٨: ٢٧٢ ب «٢٧» من أبواب الشهادات ح ٢.

٢- ٢) الدروس الشرعيّه ١: ١٢٧-٢: ١٢٨.

٣- ٣) في بعض النسخ الخطيه: صورته ما مع التبعض.

الثالثة:النسب و إن قرب (١) لا يمنع قبول الشهاده، كالأب لولده و عليه، و الولد لوالده، و الأخ لأخيه و عليه.

و فى قبول شهاده الولد على والده خلاف، و المنع أظهر، سواء شهد بمال، أو بحق متعلق ببدنه، كالقصاص و الحدّ.

قوله:«النسب و إن قرب. إلخ».

ليس من أسباب التهمه عندنا البعضيه، فتقبل شهاده جميع الأقرباء لأقربائهم، حتّى الابن و الأب، للأصل، و صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«تجوز شهاده الولد لوالده، و الوالد لولده، و الأخ لأخيه» (١). و سأل أبو بصير أبا عبد الله عليه السلام:«عن شهاده الولد لوالده، و الوالد لولده، و الأخ لأخيه، فقال: تجوز» (٢).

و لا- تشترط الضميمه فى شهاده كلّ من الولد و الوالد و الأخو الزوجين للآخر، خلافا للشيخ فى النهايه (٣)، للأصل و عموم الأخبار.

و استثنى أكثر الأصحاب من شهاده القريب [على القريب] (٤) شهاده الولد على والده، فحكموا بعدم قبولها، حتّى نقل الشيخ فى الخلاف (٥) عليه الإجماع.

و احتجوا عليه مع ذلك بقوله تعالى وَ صَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا (٦)، و ليس من المعروف الشهاده عليه و الردّ لقوله و إظهار تكذيبه، فيكون ارتكاب ذلك عقوقا مانعا من قبول الشهاده.

ص: ١٩٤

١- ١) الكافي ٣٩٣: ٧ ح ٣، الوسائل ١٨: ٢٧٠ ب «٢٦» من أبواب الشهادات ح ١.

٢- ٢) الكافي ٣٩٣: ٧ ح ١، التهذيب ٢٤٨: ٦ ح ٦٣٢، الوسائل ١٨: ٢٧١ الباب المتقدم ذيل ح ٣.

٣- ٣) النهايه: ٣٣٠.

٤- ٤) من «د».

٥- ٥) الخلاف ٢٩٧: ٦ مسأله (٤٥).

٦- ٦) لقمان: ١٥.

و لا يخفى عليك ضعف هذه الحجّة، فإن قول الحقّ و ردّه عن الباطل و تخليص ذمّته من الحقّ عين المعروف، كما يتّبه عليه قوله صلّى الله عليه و آله:

«انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، فقل: يا رسول الله كيف أنصره ظالماً؟ قال: تردّه عن ظلمه، فذلك نصرك إيّاه» (١). و لأن إطلاق النهى عن عصيان الوالد يستلزم وجوب طاعته عند أمره له بارتكاب الفواحش و ترك الواجبات، و هو معلوم البطلان.

و أما دعوى الإجماع على وجه يتحقّق بها الحجّة فممنوعه، و قد خالف فى ذلك المرتضى (٢) -رضى الله عنه-، و كثير من المتقدّمين كابن الجنيّد و ابن أبى عقيل لم يتعرّضوا للحكم بنفى و لا إثبات.

و يدلّ على القبول مع الأصل عموم قوله تعالى كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ (٣). و قوله تعالى وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ (٤).

و رواه داود بن الحصين أنه سمع الصادق عليه السلام يقول: «أقيموا الشهادة على الوالدين و الولد» (٥).

و رواه علىّ بن سويد الشامى عن أبى الحسن عليه السلام قال: «كتب أبى

ص: ١٩٥

١-١) صحيح البخارى ٢٨:٩-٢٩، مسند أحمد ٣:٩٩، سنن البيهقى ٦:٩٤.

٢-٢) راجع الانتصار: ٢٤٤، و لكن ظاهره ذلك، حيث نسب عدم القبول إلى بعض الأصحاب.

٣-٣) النساء: ١٣٥.

٤-٤) الطلاق: ٢.

٥-٥) الفقيه ٣:٣٠ ح ٨٩، التهذيب ٦:٢٥٧ ح ٦٧٥، الوسائل ١٨:٢٥٠ ب «١٩» من أبواب الشهادات ح ٣.

فى رسالته إلى و سألته عن الشهادات لهم: فأقم الشهادة لله و لو على نفسك أو الوالدين و الأقربين» (١). و روى إسماعيل بن مهران (٢) مثله.

و إلى هذا القول ذهب الشهيد فى الدروس (٣)، مع أنه فى الشرح (٤) اختار المشهور، معوّلاً على الإجماع المنقول بخبر الواحد. و اعترض فى المختلف (٥) على الاحتجاج بالآيه بأن الأمر بالإقامة لا يستلزم القبول.

و أجيب (٦) بأنه لولاه لزم العبث فى إقامتها، و بأنه معطوف على القبول و هو الشهادة على الأقربين، فلو كان غير مقبول لزم عدم انتظام الكلام، و أنه محال.

و على القولين فى تعدى الحكم إلى من علا من الآباء و سفل من الأولاد و جهان، من الشكّ فى صدق الأبّ و البنّوّه على الجدّ و ولد الولد بطريق الحقيقة.

و أولى بالقبول هنا لو قيل به فى القريب.

و لا- يتعدى إلى الأب و الولد من الرضاعه، لعدم كونه ولداً حقيقه، و من ثمّ لم يتبادر إليه عند الإطلاق، و صحّ سلبه عنه. مع احتمال دخوله.

و تبه المصنف- رحمه الله- بقوله: «سواء شهد بمال أو بحقّ متعلّق ببدنه،

ص: ١٩٦

١- ١) الكافى ٧: ٣٨١ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٧٦ ح ٧٥٧، الوسائل ١٨: ٢٢٩ ب «٣» من أبواب الشهادات ح ١.

٢- ٢) الكافى ٧: ٣٨١ ذيل ح ٣.

٣- ٣) الدروس الشرعيّه ٢: ١٣٢.

٤- ٤) غايه المراد: ٣٢١.

٥- ٥) المختلف: ٧٢٠.

٦- ٦) غايه المراد: ٣٢١.

و كذا تقبل (١) شهادة الزوج لزوجته، و الزوجه لزوجها، مع غيرها من أهل العدالة.

و منهم من شرط فى الزوج الضميمة كالزوجه. و لا وجه له.

و لعلّ الفرق إنّما هو لاختصاص الزوج بمزيد القوّه فى المزاج، [من] أن تجذبه دواعى الرغبه.

و الفائدة تظهر، لو شهد فيما تقبل فيه شهادة الواحد مع اليمين.

و تظهر الفائدة فى الزوجه، لو شهدت لزوجها فى الوصيّه.

كالقصاص و الحدّ على خلاف بعض العامّه (١)، حيث حكم بقبول شهادة الولد على والده بالمال دون القصاص و الحدّ، محتجاً بأنه لا يجوز أن يكون سبباً لعقوبه الأب، كما لا يقتصّ منه (٢) و لا يحدّ بقذفه.

قوله: «و كذا تقبل. إلخ».

لا خلاف عندنا فى قبول شهادة كلّ من الزوجين للآخر، لوجود المقتضى، و انتفاء المانع، و ضعف التهمه مع وصف العدالة.

لكن شرط الشيخ - رحمه الله - فى النهايه (٣) انضمام عدل آخر إلى كلّ منهما، استناداً إلى صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «تجوز شهادة الرجل لامرأته، و المرأه لزوجها، إذا كان معها غيرها» (٤). و موقف (٥)

ص: ١٩٧

١ - ١) الحاوى الكبير ١٧: ١٦٥، روضه الطالبين ٨: ٢١٣.

٢ - ٢) فى «ت، ط»: به.

٣ - ٣) النهايه: ٣٣٠.

٤ - ٤) الكافى ٧: ٣٩٢ - ٣٩٣ ح ١، التهذيب ٦: ٢٤٧ ح ٦، الوسائل ١٨: ٢٦٩ ب «٢٥» من أبواب الشهادات ح ١.

٥ - ٥) فى «د»: و موثّق.

و تقبل شهادة الصديق (١) لصديقه، و إن تأكدت بينهما الصحبه و الملاطفه، لأنّ العدالة تمنع التسامح.

سماعه قال: «سألته عن شهادة الرجل لامرأته؟ قال: نعم، و المرأه لزوجها؟ قال:

لا، إلا أن يكون معها غيرها» (١).

و جوابه: منع الدلاله، لأنه أطلق القبول فى الزوج و قيده فى الزوجه، فإلحاقه بها قياس مع وجود الفارق. و أبعد منه إلحاق باقى الأقراب كما مرّ (٢).

و وجه التقييد فى الروايه أن المرأه لا يثبت بها الحقّ منفرده و لا منضمّه إلى اليمين، بل يشترط أن يكون معها غيرها، إلا ما استثنى نادرا و هو الوصيّه، بخلاف الزوج، فإنه يثبت بشهاده الحقّ مع اليمين، و الروايه باشتراط الضميمة معها مبنيّه على الغالب فى الحقوق، و هى ما عدا الوصيّه.

و المصنف -رحمه الله- وافق الشيخ فى الزوجه دون الزوج، عملا - بإطلاق الروايه الصحيحه. و جعل الفائده فى شهادتها له بالوصيّه، فلا- تقبل فى الربع، بخلاف ما لو شهدت لغيره. و فرق بينها و بين الزوج بقوّه مزاجه و سداد عقله، بخلافها، و من ثمّ كانت شهاده امرأتين بشهاده رجل، فلا يوثق بعدالتها أن تميل إلى مطلوبه بدواعى الطبع، بخلاف الرجل.

و الأظهر عدم اشتراط الضميمة مطلقا. و على القول بها يكفى انضمام امرأه أخرى فيما يكتفى فيه بشهاده المرأتين، كنصف الوصيّه و المال الذى يكتفى فيه بهما مع اليمين.

قوله: «و تقبل شهادة الصديق. إلخ».

تبّه بالغايه على خلاف

ص: ١٩٨

١- (١) التهذيب ٢٤٧: ٦ ح ٦٢٩، الوسائل ٢٧٠: ١٨ الباب المتقدم ح ٣.

٢- (٢) فى ص: ١٩٤.

الرابعة: لا تقبل شهادة السائل (١) في كفه، لأنه يسخط إذا منع، ولأن ذلك يؤذن بمهانه النفس، فلا يؤمن على المال.

و لو كان ذلك مع الضرورة نادرا، لم يقدح في شهادته.

بعض الشافعيه (١)، حيث ذهب إلى أنه إذا كان بينهما ملاحظه و هديّه لا تقبل شهادته له. و عموم الأدله يمنعه. و التهمه تندفع بالعداله.

قوله: «لا تقبل شهادة السائل. إلخ».

المشهور بين الأصحاب عدم قبول شهادة السائل في كفه مطلقا، لصحيحه عليّ بن جعفر عن أخيه عليهما السلام قال: «سألته عن السائل الذي يسأل في كفه هل تقبل شهادته؟ فقال: كان أبي لا يقبل شهادته إذا سأل في كفه» (٢).

و موثقه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «ردّ رسول الله صلى الله عليه و آله شهادة السائل الذي يسأل في كفه، قال أبو جعفر عليه السلام:

لأنه لا يؤمن على الشهاده، و ذلك لأنه إن أعطى رضى، و إن منع سخط» (٣). و فى التعليل إيماء إلى تهمة.

و استثنى ابن إدريس (٤) من دعته الضرورة إلى ذلك. و وافقه المصنف و جماعه (٥) من المتأخرين. و هو حسن.

و فى حكم السائل بكفه الطفيلى. و المراد بالسائل فى كفه من يباشر السؤال و الأخذ بنفسه، و السؤال فى الكف كناية عنه.

ص: ١٩٩

١ - ١) هذا الخلاف من مالك، انظر الكافي للقرطبي ٨٩٤:٢، و لم ينقل عن الشافعيه، راجع الحاوى الكبير ١٦٢:١٧-١٦٣، عليه العلماء ٢٦٠:٨-٢٦١، المغنى لابن قدامه ٧١:١٢.

٢ - ٢) الكافي ٣٩٧:٧ ح ١٤، التهذيب ٢٤٤:٦ ح ٦٠٩، الوسائل ٢٨١:١٨ ب «٣٥» من أبواب الشهادات ح ١.

٣ - ٣) الكافي ٣٩٦:٧ ح ١٣، التهذيب ٢٤٣:٦ ح ٦٠٨، الوسائل ٢٨١:١٨ الباب المتقدم ح ٢.

٤ - ٤) السرائر ١٢٢:٢.

٥ - ٥) تحرير الأحكام ٢١٠:٢، الدروس الشرعيه ١٣١:٢-١٣٢، التنقيح الرائع ٢٩٩:٤.

الخامسة: تقبل شهادة الأجير و الضيف، و إن كان لهما ميل إلى المشهود له

الخامسة: تقبل شهادة الأجير (١) و الضيف، و إن كان لهما ميل إلى المشهود له، لكن يرفع التهمة تمسكهما بالأمانة.

قوله: «تقبل شهادة الأجير. إلخ».

لا خلاف في قبول شهادة الضيف من حيث هو ضيف، لعموم الأدلة المتناولة له، و ارتفاع ريبه التهمة بواسطة التقوى. و في روايه أبي بصير قال: «لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً» (١).

و أما الأجير فاختلف الأصحاب في شأنه، فجزم المصنف - رحمه الله - و قبله ابن إدريس (٢) بقبول شهادته، و عليه المتأخرون (٣)، للأصل، و عموم قوله تعالى وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ (٤) وَ أَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ (٥).

و ذهب الشيخ في النهاية (٦) و الصدوقان (٧) و أبو الصلاح (٨) و جماعه (٩) إلى عدم قبول شهادته ما دام أجيراً، لروايه العلاء بن سيابه عن الصادق عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يجيز شهادة الأجير» (١٠). و روايه زرعه

ص: ٢٠٠

١- (١) الفقيه ٣: ٢٧ ح ٧٧، التهذيب ٦: ٢٥٨ ح ٦٧٦، الاستبصار ٣: ٢١ ح ٦٤، الوسائل ١٨: ٢٧٤ ب «٢٩» من أبواب الشهادات ح ٣.

٢- (٢) السرائر ٢: ١٢١.

٣- (٣) تحرير الأحكام ٢: ٢١٠، كشف الرموز ٢: ٥٢٠، التنقيح الرائع ٤: ٢٩٧-٢٩٨.

٤- (٤) البقره: ٢٨٢.

٥- (٥) الطلاق: ٢.

٦- (٦) النهاية: ٣٢٥.

٧- (٧) الهدايه: ٧٥، و حكاها عنهما العلامة في المختلف: ٧١٨.

٨- (٨) الكافي في الفقه: ٤٣٦.

٩- (٩) الوسيله: ٢٣٠، غنيه النزوع: ٤٤٠، إصباح الشيعه: ٥٢٩.

١٠- (١٠) الكافي ٧: ٣٩٤ ح ٤، التهذيب ٦: ٢٤٦ ح ٦٢٤، الاستبصار ٣: ٢١ ح ٦٢، الوسائل ١٨: ٢٧٤ ب «٢٩» من أبواب الشهادات ح

لواحق هذا الباب و هي ست:

الأولى: الصغير و الكافر و الفاسق المعلن، إذا عرفوا شيئاً، ثم زال المانع عنهم

الأولى: الصغير و الكافر و الفاسق (١) المعلن، إذا عرفوا شيئاً، ثم زال المانع عنهم، فأقاموا تلك الشهادة قبلت، لاستكمال شرائط القبول.

و لو أقامها أحدهم في حال المانع فردت، ثم أعادها بعد زوال المانع، قبلت.

قال: «سألته عما يرد من الشهود، فقال: المريب، و الخصم، و الشريك، و دافع مغرم، و الأجير» (١).

و في طريق الرواية الأولى أحمد بن فضال عن أبيه. و الثانيه ضعيفه موقوفه. فكان القول بالقبول أجود.

و يمكن حملهما على الكراهه، جمعا بينهما و بين روايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «تكره شهاده الأجير لصاحبه، و لا بأس بشهادته لغيره، و لا بأس به له بعد مفارقتة» (٢). أو على ما إذا كان هناك تهمة بجلب نفع أو دفع ضرر، كما لو شهد لمن استأجره على قصاره الثوب أو خياطته به (٣) و نحو ذلك، فإنها لا تقبل قطعاً.

قوله: «الصغير و الكافر و الفاسق. إلخ».

عدّ بعضهم (٤) من أسباب التهمة أن يدفع عار الكذب عن نفسه، فإذا شهد

ص: ٢٠١

١ - ١) التهذيب ٦: ٢٤٢ ح ٥٩٩، الاستبصار ٣: ١٤ ح ٣٨، الوسائل ١٨: ٢٧٨ ب «٣٢» من أبواب الشهادات ح ٣. و في المصادر: عن زرعه، عن سماعه، قال.

٢ - ٢) تقدّم ذكر مصادرها في الصفحة السابقه هامش (١).

٣ - ٣) في «ث، ط»: له.

٤ - ٤) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٧، الدروس الشرعيه ٢: ١٢٩.

و كذا العبد لو ردّت شهادته على مولاه، ثمّ أعادها بعد عتقه، أو الولد على أبيه فردّت، ثمّ مات الأب و أعادها.

أمّا الفاسق المستتر، إذا أقام فردّت، ثمّ تاب و أعادها، فهنا تهمة الحرص على دفع الشبهة عنه، لاهتمامه بإصلاح الظاهر. لكنّ الأشبه القبول.

فاسق مستتر بفسقه فردّ الحاكم شهادته ثمّ تاب فشهادته مقبولة بعد ذلك، لكن لو أعاد تلك الشهادة قيل: لا تقبل.

و هذا بخلاف ما لو ردّت شهادته الفاسق المعلن فسقه أو العبد أو الصبيّ أو الكافر، ثمّ تاب الفاسق و أعتق العبد و بلغ الصبيّ و أسلم الكافر، فأعادوا شهادتهم، فإنها تقبل.

و الفرق من وجهين:

أحدهما: أن العدالة و الفسق يدركان بالنظر و الاجتهاد، فإذا أدى نظر الحاكم و اجتهاده إلى فسق الشاهد حكم بردها، و ما حكم برده فقد أبطله، فليس له أن يصحّحه من تلك الجهة التي أبطله بها. و العبد و الصبيّ و الكافر و الفاسق المعلن ليس لهم أهليته الشهادة، و ما أتوا به ليس بشهادته معتدّ بها حتّى تقبل أو تردّ، و لو علم الحاكم حالهم لم يصنع إلى كلامهم، فليس في أمرهم نظر و لا اجتهاد.

و الثانی: أن المذکورین لا يتعيرون برّد الشهادة. أما العبد و الصبيّ فليس إليهما نقصانها. و أما الكافر فلا يعتقد كفره نقصاناً، بل يفتخر به، و لا يبالي برّد

شهادته، لتمييزه بدينه. وكذا الفاسق المعلن، فإنه غير مبال بفسقه، ولا يعدّه عاراً، فكان كالكافر، بخلاف الفاسق المستتر، فإنه يتعيّر بالردّ، لأن الردّ يظهر فسقه الذي يسعى في إخفائه، ويعترف بأنه نقص. ولأنه يتّهم بالكذب والمجازفة إذا ردّت شهادته، فإذا أعاد تلك الشهادة فقد يريد دفع غضاظه الكذب، أو يرى أنه كان الحاكم مخطئاً في ظنّ الفسق به فلمّا تبين خلافه قبل شهادته، وقد يتوهّم أنه على فسقه لكن أظهر التوبه ليعيد الشهاده و يدفع العار، و مثل هذا لا يقدر في بلوغ الصبى و ما فى معناه.

و المصنف -رحمه الله- بعد أن فرّق في الحكم بين الفاسق و المذكورين رخيح المساواه بينهم فى القبول، لتحقق العدالة الدافعه لمثل هذه التهمه. و هو حسن مع ظهور صدق توبته، و الثقة بعدم استنادها إلى ما يوجب التهمه.

و لو كان الكافر مستترا بكفره ثمّ أسلم و أعادها فالوجهان. و كذا لو شهد على إنسان فردّت شهادته لعداوه بينهما، ثمّ زالت العداوه فأعاد تلك الشهاده، فإن كان مستترا للعداوه فالوجهان، و إلا لم يمنع، لأن الردّ بالسبب الظاهر لا يورث عارا.

و لو شهد لمكاتبه بمال، أو لعبده بنكاح، فردّت شهادته، فأعادها بعد عتقهما، أو شهد اثنان من الشفعاء بعفو شفيع ثالث قبل أن يعفو فردّت شهادتهما، ثمّ أعادها بعد ما عفوا، أو شهد اثنان يرثان من رجل بجراحه عليه غير مندمله فردّت شهادتهما، ثمّ أعادها بعد اندمال الجراحه، قبلت فى الجميع. و ربما جاء احتمال المنع من حيث التهمه بالردّ. و هو ممنوع، لظهور هذه الموانع.

الثانية: قيل: لا تقبل شهاده المملوك (١) أصلا. وقيل: تقبل مطلقا.

وقيل: تقبل إلا على مولاة. ومنهم من عكس. والأشهر القبول إلا على المولى.

قوله: «قيل: لا تقبل شهاده المملوك. إلخ».

اختلف الأصحاب في شهاده المملوك بسبب اختلاف الروايات، والنظر في الجمع بينها، على أقوال.

الأول: قبول شهادته مطلقا. نقله المصنف - رحمه الله - هنا عن بعض الأصحاب، وهو اختيار ابن عمه نجيب الدين يحيى بن سعيد في جامعه (١).

و حجته: عموم قوله تعالى وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ (٢) وَ اسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِّنْ رِّجَالِكُمْ (٣) وغيرهما (٤) من آيات العموم، فإنها تتناول المملوك كما تتناول الحرّ في أصحّ القولين للأصوليين (٥).

و خصوص صحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «تجوز شهاده العبد المسلم على الحرّ» (٦). و هي تدلّ على جوازها على مثله بطريق أولى، لما سيأتي (٧) من الروايات الدالّة على جوازها على مثله زياده على هذه.

و روايه محمد بن مسلم أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام: «في شهاده

ص: ٢٠٤

١- ١) الجامع للشرائع: ٥٤٠.

٢- ٢) الطلاق: ٢.

٣- ٣) البقره: ٢٨٢.

٤- ٤) النساء: ٦.

٥- ٥) البحر المحيط ٣: ١٨١.

٦- ٦) الفقيه ٣: ٢٦ ح ٦٩، التهذيب ٦: ٢٤٩ ح ٦٣٦، الاستبصار ٣: ١٦ ح ٤٤، الوسائل ١٨: ٢٥٤ ب «٢٣» من أبواب الشهادات ح ٥.

في المصادر: الحرّ المسلم.

٧- ٧) في ص: ٢١٠.

المملوك إذا كان عدلا فهو جائز الشهاده، إن أول من ردّ شهاده المملوك عمر، و ذلك أنه تقدّم إليه مملوك في الشهاده فقال: إن أقمت الشهاده تخوّفت على نفسى، و إن كتمتها أئمت برّبى، فقال: هات شهادتك، أما إننا لا نجيز شهاده مملوك بعدك» (١).

و حسنه يريد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن المملوك تجوز شهادته؟ قال: نعم، إن أول من ردّ شهاده المملوك لفلان» (٢).

و حسنه عبد الرحمن بن الحجّاج عنه عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلا» (٣).
و هذه الأخبار كلّها تدلّ على القبول مطلقا، و تخصيصها على خلاف الأصل.

الثانى: عدم قبولها مطلقا. ذهب إلى ذلك الحسن بن أبى عقيل (٤) من أصحابنا. و هو قول أكثر العامّه (٥).

و مستنده من الأخبار صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام

ص: ٢٠٥

١ - ١) الكافى ٣٨٩: ٧ - ٣٩٠ ح ٢، التهذيب ٢٤٨: ٦ ح ٦٣٣، الاستبصار ٣: ١٥ ح ٤١، الوسائل ١٨: ٢٥٤ ب «٢٣» من أبواب الشهادات ح ٣.

٢ - ٢) الكافى ٣٩٠: ٧ ح ٣، التهذيب ٢٤٨: ٦ ح ٦٣٥، الاستبصار ٣: ١٦ ح ٤٣، الوسائل ١٨: ٢٥٤ الباب المتقدّم ح ٢.

٣ - ٣) الكافى ٣٨٩: ٧ ح ١، التهذيب ٢٤٨: ٦ ح ٦٣٤، الاستبصار ٣: ١٥ ح ٤٢، الوسائل ١٨: ٢٥٣ الباب المتقدّم ح ١.

٤ - ٤) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٧٢٠.

٥ - ٥) حليه العلماء ٢٤٦: ٨، الباب فى شرح الكتاب ٤: ٦٠، الكافى للقرطبى ٢: ٨٩٤، روضه الطالبين ٨: ١٩٩.

فى حدِيث، و فى آخره: «العبد المملوك لا تجوز شهادته» (١). و المراد بنفى الجواز نفى القبول، إذ هو الظاهر.

و صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن شهادة ولد الزنا، قال: لا ولا عبد» (٢).

و روايه سماعه قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود، فقال: المريب، و الخصم، و الشريك، و دافع مغرم، و الأجير، و العبد، و التابع، و المتّهم، كلّ هؤلاء تردّ شهادتهم» (٣).

و من الاعتبار أن الشهاده من المناصب الجليله، فلا تليق بحال العبد كالقضاء. و لاستغراق وقته (٤) بحقوق سيّده، فلا يتفرّغ لتحمل الشهاده ولا لأدائها.

و لأن نفوذ القول على الغير نوع ولايه، فيعتبر فيها الحرّيه كما فى سائر الولايات.

و فيه نظر، لأن الجواز المنفّى مغاير للقبول فى المفهوم، فحملة عليه - خصوصاً مع معارضه تلك (٥) الأدلّه الكثيره - ليس بجيد. و من الجائر حملة على معناه بإراداه عدم جواز شهادته بدون إذن مولاه، لما فى ذلك من تعطيل حقّ سيّده، و الانتفاع به بغير إذنه. و لو كان هذا خلاف الظاهر لكان المصير إليه أولى، مراعاة للجمع.

ص: ٢٠٦

١- ١) التهذيب ٦: ٢٤٩ ح ٦٣٨، الاستبصار ٣: ١٦ ح ٤٦، الوسائل ١٨: ٢٥٦ ب «٢٣» من أبواب الشهادات ح ١٠.

٢- ٢) التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦١٢، الوسائل ١٨: ٢٧٧ ب «٣١» من أبواب الشهادات ح ٦.

٣- ٣) التهذيب ٦: ٢٤٢ ح ٥٩٩، الاستبصار ٣: ١٤ ح ٣٨، الوسائل ١٨: ٢٧٨ ب «٣٢» من أبواب الشهادات ح ٣.

٤- ٤) فى «١»: رقبته.

٥- ٥) فى «خ»: معارضته لتلك.

هذا مع أن صدر الروايه تضمّن قبول شهاده المملوك على أهل الكتاب، و هو ينافى عدم قبول شهادته مطلقا.

و أيضا فإن محمد بن (١)مسلم روى أيضا قبول شهاده المملوك على الحرّ المسلم، و روى (٢)قبول شهادته مطلقا، فلا وجه لترجيح المنع.

و أما صحيحه الحلبي فليست صريحه فى عدم القبول، و قابله للتأويل جمعا. و اقترانه بولد الزنا فى الشهاده يطرّق الاحتمال أيضا، لما سيأتى (٣)من الخلاف فيه.

و أما روايه سماعه فوقوفها يوقف حالها، مضافا إلى ضعف سندها، فلا عبره بها.

و أما كون الشهاده من المناصب المرتفعه عن مقام المملوكيه فظاهر المنع، بل عين المتنازع، و فيما يسوغ للعبد من المناصب - كالامامه - ما هو أشرف منها.

و استغراق وقته فى خدمه سيّده لا ينافى قبول شهادته، لإمكان وقوع ما لا ينافى ذلك و لو بإذنه.

فهذان القولان طرفا الأقوال، و بقى بينهما وسائط.

الثالث: قبولها مطلقا إلا على مولاه. و هذا مذهب الأكثر، و منهم

ص: ٢٠٧

١-١) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٢٠٤ هامش (٤).

٢-٢) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٢٠٥ هامش (١).

٣-٣) فى ص: ٢٢١.

الشيخان (١)، والمرضى (٢)، و سلار (٣)، والقاضى (٤)، و ابن إدريس (٥)، و المصنف، و أكثر المتأخرين (٦).

و المستند التوفيق بين الأدلة. و يناسب حمل أدله المنع على شهادته على مولاه مشابته للولد فى عدم قبول شهادته على والده، لاشتراكهما فى وجوب الطاعة و تحريم العصيان و العقوق.

و فيه نظر، لأن حمل أخبار المنع على ذلك غير متعين، لما ذكرناه سابقا، و لما سيأتى (٧) من الأخبار الدالة على المنع من شهادته على غيره من الأحرار، فيمكن حملها عليه. و تشبيهه بالولد ممنوع. و لو سلم فالأصل ممنوع أيضا. و قد تقدم (٨).

و استدلل فى المختلف (٩) لعدم قبول شهادته على مولاه بصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام: «فى رجل مات و ترك جاريه و مملوكين فورثهما أخ له، فأعتق العبدين، و ولدت الجارية غلاما، فشهدا بعد العتق أن مولاها كان أشهدهما أنه كان يقع على الجارية و أن الحمل منه، قال: تجوز شهادتهما، و يردا

ص: ٢٠٨

١- (١) النّهايّه: ٣٣١، المقنعه: ٧٢٦.

٢- (٢) الانتصار: ٢٤٦.

٣- (٣) المراسم: ٢٣٢.

٤- (٤) المهذب: ٥٥٧: ٢.

٥- (٥) السرائر: ١٣٥: ٢.

٦- (٦) المختلف: ٧٢١، غايه المراد: ٣٢٢، التنقيح الرائع: ٣٠١: ٤.

٧- (٧) فى ص: ٢١٠.

٨- (٨) فى ص: ١٩٥.

٩- (٩) المختلف: ٧٢١.

عبدین كما كانا» (١). قال: «و هي دالّه على قبول شهادته لسيدّه، و المنع من قبولها على سيدّه، و إلا لم يكن للعتق فائدته» (٢).

و في كلّ منهما نظر:

أما الأول فلأنّهما حين الشهاده لم يكونا شاهدين لسيدّهما ظاهراً، لأن مولويّه الولد إنّما تحققت بعد شهادتهما و حكم الحاكم بها. نعم، شهادتهما مع الحكم كشفا عن كون الشهاده في نفس الأمر للمولى، و لا يلزم منه قبولها مع ظهور الأمر [له] (٣).

و أما الثاني فلأن لفظ العتق لم يقيد به الامام ليكون دليلاً على اعتباره في القبول، بل هو في (٤) لفظ الراوى بياناً للواقع. سلّمنا لكن مفهوم الصفه ليس بحجّه عنده.

و الشيخ في الاستبصار (٥) حملها على أنّها شهاده في الوصيّه، فتقبل فيها لا غير، كما تقبل شهاده عدول الذمّه عند عدم المسلمين.

الرابع: عكسه. و هو عدم قبولها مطلقاً إلا على مولاه. و هذا القول نقله المصنف - رحمه الله - هنا أيضاً، و كذلك العلامه في القواعد (٦)، و لم نعلم قائله.

ص: ٢٠٩

١- ١) التهذيب ٦: ٢٥٠ ح ٦٤٢، الاستبصار ٣: ١٧ ح ٥٠، الوسائل ١٨: ٢٥٥ ب «٢٣» من أبواب الشهادات ح ٧.

٢- ٢) المختلف: ٧٢١.

٣- ٣) من «ت».

٤- ٤) في الحجرّيتين: من.

٥- ٥) الاستبصار ٣: ١٧ ذيل ح ٥٠.

٦- ٦) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٨.

و وجهه:الجمع بين الأخبار أيضا،بحمل أخبار القبول[بكونها] (١)على مولاه،و المانعه على غيره.

و لا يخفى عدم الموجب لهذا التخصيص.مضافا إلى ما ذكرناه سابقا من وجوه ترجيح غيره.

الخامس:قولها على مثله و على الكافر،و ردها على الحرّ المسلم.و هو مذهب أبي على بن الجعيد (٢).و حجّته-مع الجمع بين تلك الأخبار-قول الباقر عليه السلام فى روايه محمد بن مسلم:«لا تجوز شهادة العبد المسلم على الحرّ المسلم» (٣).و التقييد بالصفه يدلّ على نفى الحكم عمّا عدا الموصوف.و على تقدير عدم حجّيه مفهوم الوصف فيستدلّ على قبول شهادته على الذمى بصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه قال:«تجوز شهادة المملوك من أهل القبله على أهل الكتاب» (٤).و على العبد بما روى عن عليّ عليه السلام أنه كان يقبل شهادته بعضهم على بعض،و لا يقبل شهادتهم على الأحرار.ذكر ذلك الشيخ فى الخلاف (٥).

و فيه نظر،لأن روايه محمد بن مسلم المذكوره معارضه بروايته أيضا الصحيحه عن أبي جعفر عليه السلام قال:«تجوز شهادة العبد المسلم على الحرّ

ص:٢١٠

١-١) من «خ،د،م».

٢-٢) حكاه عنه العلامه فى المختلف:٧٢٠.

٣-٣) التهذيب ٦:٢٤٩ ح ٦٣٧،الاستبصار ٣:١٦ ح ٤٥،الوسائل ١٨:٢٥٦ ب «٢٣» من أبواب الشهادات ح ١٢.

٤-٤) الفقيه ٣:٢٨ ح ٨١،التهذيب ٦:٢٤٩ ح ٦٣٨،الاستبصار ٣:١٦ ح ٤٦،الوسائل ١٨:٢٥٤ الباب المتقدّم ح ٤،و فى الفقيه:عن أبي جعفر عليه السلام.

٥-٥) الخلاف ٦:٢٦٩ مسألة (١٩).

المسلم» (١). و الروايه الثانيه لا تدلّ على نفي قبولها على غير أهل الكتاب إلا بالمفهوم الضعيف. و الروايه الثالثه ليس لها استناد (٢) يعتمد، و قد عارضها روايه عبد الرحمن بن الحجاج أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يقول: «لا بأس بشهاده المملوك» (٣) من غير تقييد بكون شهادته على مثله.

السادس: قبولها لغير مولاة و عليه، و ردّها له و عليه. ذهب إلى ذلك أبو الصلاح (٤) رحمه الله. و حاول به أيضا الجمع بين الأخبار، و أن في شهادته لمولاة تهمه بجرّه النفع إليه، و عليه عقوق و معصيه. و قد تقدّم (٥) ما فيه.

السابع: قال ابنا بابويه: «لا بأس بشهاده العبد إذا كان عدلا لغير سيده» (٦).

و هو يعطى المنع ممّا عدا ذلك من حيث المفهوم لا المنطوق. و إطلاق شهادته لغير سيده يشمل شهادته له على سيده، و يخرج بمفهومها شهادته لسيده على غيره.

و في روايه ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل المملوك المسلم تجوز شهادته لغير مواليه؟ فقال: تجوز في الدين و الشيء اليسير» (٧).

ص: ٢١١

١- ١) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٢٠٤ هامش (٦).

٢- ٢) في «خ، ط»: اسناد.

٣- ٣) الكافي ٧: ٣٨٩ ح ١، التهذيب ٦: ٢٤٨ ح ٦، الاستبصار ٣: ١٥ ح ٤٢، الوسائل ١٨: ٢٥٣ ب «٢٣» من أبواب الشهادات ح ١.

٤- ٤) الكافي في الفقه: ٤٣٥.

٥- ٥) في ص: ٢٠٨.

٦- ٦) المقنع: ١٣٣، و حكاها عنهما العلامة في المختلف: ٧٢٠.

٧- ٧) التهذيب ٦: ٢٥٠ ح ٦٤٠، الاستبصار ٣: ١٧ ح ٤٨، الوسائل ١٨: ٢٥٥ ب «٢٣» من أبواب الشهادات ح ٨.

و لو أعتق،(١)قبلت شهادته و على مولاه.

و كذا حكم المدبّر(٢)و المكاتب المشروط.أما المطلق،إذا أدّى من مكاتبته[شيئاً]،قال فى النهايه:تقبل على مولاه بقدر ما تحرّر منه.

و فيه تردّد،أقربه المنع.

قوله:«و لو أعتق.إلخ».

لوجود المقتضى للقبول و هو الحرّيه مع باقى الشرائط،و انتفاء المانع،إذ ليس إلا الرقيّه و قد زالت.لكن لو كان قد أداها حال الرقيّه فردّت افتقر إلى إعادتها بعده،لأن السابقه مردوده فلا يبنى عليها.و كذا لو شهد الولد على والده ثمّ مات الأب فأقامها بعده.

قوله:«و كذا حكم المدبّر.إلخ».

المدبّر قبل موت مولاه بحكم القنّ.و كذا المكاتب المشروط،سواء أدّى شيئاً من مال الكتابه أم لا،لبقائه على الرقيّه ما بقى عليه شىء و إن قلّ،و عوده إليها لعجزه عنه كذلك.

أما المطلق،فإن لم يؤدّ شيئاً فكذلك،لأن المقتضى للقبول هو الحرّيه و لم تحصل.

و إن أدّى شيئاً،قال الشيخ فى النهايه (١)و ابن الجنيّد (٢)و القاضى (٣)و جماعه (٤):تقبل شهادته بنسبه ما أدّى إلى جملة المال،و تردّد حيث تردّد شهادته القنّ بنسبه المتخلف،لانتفاء المانع عن ذلك البعض،و لروايه أبى بصير قال:

ص:٢١٢

١-١) النهايه:٣٣١،و لكن ذكر ذلك فيما إذا شهد على سيّده.

٢-٢) حكاه عنه فخر المحقّقين فى إيضاح الفوائد ٤:٤٣٠.

٣-٣) المهذّب ٥:٥٥٧،و لكن ذكر ذلك فيما إذا شهد لسيّده.

٤-٤) الوسيله:٢٣٠-٢٣١،الجامع للشرائع:٥٤٠.

الثالثة: إذا سمع الإقرار (١) صار شاهداً، وإن لم يستدعه المشهود عليه. وكذا لو سمع اثنين يوقعان عقداً، كالبيع والإجاره والنكاح وغيره.

وكذا لو شاهد الغصب أو الجنايه. وكذا لو قال له الغريمان: لا تشهد علينا، فسمع منهما أو من أحدهما ما يوجب حكماً. وكذا لو خبأ (١)، فنطق المشهود عليه مسترسلاً.

«سألته عن شهاده المكاتب- إلى قوله- فإن كان أدى النصف أو الثلث فشهد لك بألف على رجل، أعطيت من حَقِّك بحساب ما أعتق» (٢).

و الروايه موقوفه، فمن ثَمَّ قَرَّب المصنف-رحمه الله- المنع وإلحاقه بالقنِّ إلى أن تكمل حرَّيته.

و وجه القرب: أن المنع من قبول شهادته هو الرقيء، والمنع لم يزل بالكلييه، فيستصحب الحكم إلى أن يزول. وهذا هو الأقوى. قوله: «إذا سمع الإقرار. إلخ».

المعتبر في قبول شهاده الشاهد مع استجماعه للصفات المعتبره فيه علمه بما يشهد به، سواء كان سبب العلم استدعاء المشهود له و عليه أم اتفاق علمه بالواقعه، لا اشتراك الجميع في المقتضى و هو العلم، حتى لو فرض سماعه العقد و نحوه منهما أو تحاسبهما أو تصادقهما [معا] (٣) فقالا له: لا تشهد علينا، فهذا القول لاغ، و له (٤) بل عليه أن يشهد بما علم، لشمول الأدله لذلك كله.

ص: ٢١٣

١-١ (١) خبأ الشيء: ستره. لسان العرب ١: ٦٢.

٢-٢ (٢) التهذيب ٦: ٢٧٩ ح ٧٦٧، الوسائل ١٨: ٢٥٧ ب «٢٣» من أبواب الشهادات ح ١٤، مع اختلاف في بعض اللفظ.

٣-٣ (٣) من «ت».

٤-٤ (٤) سقط من «خ، ط».

الرابعة: التبرع بالشهادة قبل السؤال يطرق التهمة، فيمنع القبول

الرابعة: التبرع بالشهادة (١) قبل السؤال يطرق التهمة، فيمنع القبول.

أما في حقوق الله، أو الشهادة للمصالح العامة، فلا يمنع، إذ لا مدعى لها. وفيه تردد.

و كذا تقبل شهاده من خبأ و جلس فى زاويه مستخفيا لتحتميل الشهاده. و لا- يحمل ذلك على الحرص، إذ الحاجه قد تدعوا إليه، بأن يقَر من عليه الحقّ إذا خلا به المستحقّ و يجحد إذا حضر غيره. و لأن الحرص على التحمّل لا على الأداء.

و يظهر من كلام ابن الجنيّد (١) عدم قبول شهادته. و هو مذهب بعض العائمه (٢). و فرّق آخرون (٣) بين كون المشهود عليه مَمَّن يتخدّع (٤) و غيره، فقبل الشهاده على الثانى دون الأول. و عموم الأدله- و منها قوله تعالى إِلاّ مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَ هُمْ يَعْلَمُونَ (٥)- يشملها.

قوله: «التبرع بالشهادة. إلخ».

من أسباب التهمة الحرص على الشهاده بالمبادره إليها قبل استنطاق الحاكم، سواء كان بعد دعوى المدعى أم قبله.

و اعلم أن الحقوق على ضربين: ضرب يمنع المبادره إلى الشهاده بها من قبولها، و هو حقوق الأدميين المحضه. و ضرب مختلف فيه، و هو حقوق الله تعالى المحضه، كالزنا و شرب الخمر و الوقف على المصالح العامه كالمساجد، أو لله

ص: ٢١٤

١- ١) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٧٢٧، و الشهيد فى الدروس الشرعيّه ١٣١: ٢.

٢- ٢) المغنى لابن قدامه ١٢: ١٠٢، روضه الطالبين ٢١٧: ٨.

٣- ٣) الكافى للقرطبي ٨٩٨: ٢-٨٩٩.

٤- ٤) فى «م»: يخدع.

٥- ٥) الزخرف: ٨٦.

تعالى فيه حقّ و إن كان مشتركا، كحدّ القذف، و الوقف على منتشرين، و العتق و الوقف على معيّن إن قلنا بانتقال الملك إلى الله تعالى. و تسمّى الشهادة على هذا القسم على وجه المبادره شهاده الحسبه.

فالمبادر فى القسم الأول لا تقبل شهادته. و فى الخبر أنه صلّى الله عليه و آله قال فى معرض الذمّ: «ثمّ يجيء قوم يعطون الشهاده قبل أن يسألوها» (١).

و فى لفظ آخر: «ثمّ يفشوا الكذب حتّى يشهد الرجل قبل أن يستشهد» (٢). و روى أنه صلّى الله عليه و آله قال: «خير الشهداء الذى يأتى بالشهادة قبل أن يسألها» (٣).

فجمع بين الحديثين بحمل الأول على الأول، و الثانى على الثانى.

و المصنف -رحمه الله- تردّد فى عدم المنع فى القسم الثانى. و وجه التردّد من عموم الأدلّه الدالّه على الردّ، و تطرّق التهمه، و من ثبوت الفرق الموجب لاختصاص الحكم بالأول، لأن هذه الحقوق لا مدعى لها، فلو لم يشرع فيها التبرّع لتعطّلت، و هو غير جائز. و لأنه نوع من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و هو واجب، و أداء الواجب لا يعدّ تبرّعا. و هذا هو الأقوى.

إذا تفرّز ذلك، فالتبرّع بالشهادة فى موضع المنع ليس جرحا (٤) عندنا حتّى لا- تقبل شهادته فى غير تلك الوقعه، لأن الحرص المذكور ليس بمعصيه، فتسمع شهادته فى غيرها و إن لم يتب عمّا وقع و لا استبرى من ذلك مدّه، و إنما الردّ

ص: ٢١٥

١- ١) مسند أحمد ٤: ٤٢٦، تلخيص الحبير ٤: ٢٠٤ ح ٢١٣٠.

٢- ٢) سنن ابن ماجه ٢: ٧٩١ ح ٢٣٦٣، تلخيص الحبير ٤: ٢٠٤ ذيل ح ٢١٣٠.

٣- ٣) مسند أحمد ٥: ١٩٣، صحيح مسلم ٣: ١٣٤٤ ح ١٩، سنن أبى داود ٣: ٣٠٤ ح ٣٩٥٦، سنن الترمذى ٤: ٤٧٢ ح ٢٢٩٥ و ٢٢٩٧، سنن البيهقى ١٠: ١٥٩.

٤- ٤) فى «ت، ط»: حرجا، و فى «خ»: حرصا.

الخامسة: المشهور بالفسق (١) إذا تاب لتقبل شهادته، الوجه أنها لا تقبل حتى يستبان استمراره على الصلاح. وقال الشيخ: يجوز أن يقول:

تب أقبل شهادتك.

لمعنى حاصل فى نفس الواقعه، و لا يلزم منه حصوله فى غيرها.

و لو أعاد تلك الشهاده فى مجلس آخر على وجهها ففى قبولها وجهان، من بقاء التهمه فى الواقعه، و اجتماع الشرائط فى الشهاده الثانيه. و هذا أجود.

و ذهب بعض العامه (١) إلى أنه يصير بذلك مجروحاً، و أن المبادره غير جائزه.

و اختلفوا فى كونها من الصغائر أو الكبائر. و فرّعوا عدم قبولها إذا أعادها - كالشهاده المردوده بعلة الفسق - على الثانى، و تقبل على الأول.

قوله: «المشهور بالفسق. إلخ».

التوبه المعتره تنقسم إلى ما هى بين العبد و بين الله تعالى، و هى التى يندفع بها إثم الذنب، و إلى توبه فى الظاهر، و هى التى يتعلّق بها عود (٢) الشهادات و الولايات.

فأما التوبه الأولى فهى أن يندم على ما مضى، و يترك فعله (٣) فى الحال، و يعزم على أن لا يعود إليه، و يكون الباعث على ترك القبيح قبحه.

ثم إن كانت المعصيه لا يتعلّق بها حقّ لله تعالى و لا للعباد، كالاستمتاع بما دون الوطاء، فلا شىء عليه سوى ذلك.

و إن تعلّق بها حقّ مالى، كمنع الزكاه و كالغصب و الجنايات فى أموال الناس، فيجب مع ذلك تبرئه الذمّه منه، بأن يؤدّى الزكاه، و يردّ أموال الناس إن

ص: ٢١٦

١ - ١) انظر روضه الطالبين ٢١٧: ٨.

٢ - ٢) فى «ت»: قبول.

٣ - ٣) فى «ا، ت، ث، ط»: مثله.

بقيت، و يغرم بدلها إن لم تبق، أو يستحل من المستحق فيبرؤه منها. ولو كان معسرا نوى الغرامه له إذا قدر.

و إن تعلق بالمعصيه حق ليس بمالى، كما لو زنى أو شرب، فإن لم يظهر، فيجوز أن يظهره و يقرّ به ليقام عليه الحدّ، و يجوز أن يستره. و هو الأولى.

فإن ظهر فقد فات الستر، فيأتى الحاكم ليقيم عليه الحدّ، إلا أن يكون ظهوره قبل قيام البيّنه عليه عند الحاكم، كما سيأتى (1) من سقوط الحدّ بالتوبه قبل قيام البيّنه مطلقا.

و إن كان حقا للعباد، كالقصاص و القذف، فيأتى المستحقّ و يمكنه من الاستيفاء. فإن لم يعلم المستحقّ و جب فى القصاص أن يخبره و يقول: أنا الذى قتلت أباك مثلا، و لزمى القصاص، فإن شئت فاقصّ، و إن شئت فاعف.

و فى القذف و الغيبه إن بلغه فالأمر كذلك، و إن لم يبلغه فوجهان، من أنه حق آدمى فلا يزول إلا من جهته، و إليه ذهب الأكثر، و من استلزامه زياده الأذى و وغر (2) القلوب.

و على الأول فلو تعدّر الاستحلال منه بموته أو امتناعه فليكثر من الاستغفار و الأعمال الصالحه، عسى أن يكون عوضا عما يأخذه يوم القيامه من حسناته إن لم يعوّضه الله تعالى عنه. و لا اعتبار فيه بتحليل الورثه و إن ورثوا حدّ القذف.

ص: ٢١٧

١-١) فى ص: ٣٥٨.

٢-٢) الوغر: الحقد و الضغن و العداوه.

أما الحقّ المالى إذا مات مستحقّه، فإنه ينتقل إلى وارثه، ويرأ بدفعه إليهم و بإبرائهم منه. و هكذا ينتقل من وارث إلى آخر. و متى دفع هو أو أحد من ورثته أو بعض المتبرّعين إلى الوارث فى بعض الطبقات برئ منه. و إن بقى إلى يوم القيامة فى مستحقّه حينئذ أوجه:

أحدها: رجوعه إلى صاحب الحقّ الأول. و هو المروى فى الصحيح عن عمر بن يزيد، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات، ثمّ صالح ورثته على شىء، فالذى أخذ الورثه لهم، و ما بقى فهو للميت يستوفيه منه فى الآخرة، و إن هو لم يصلحهم على شىء حتى مات و لم يقض عنه فهو للميت يأخذه به» (١).

و المراد بالصلح على شىء فى الأول إما على بعض الحقّ مع إبقاء البعض فى ذمته، أو الصلح على وجه غير لازم، إما لاستلزامه الربا، أو لعدم علم المستحقّ بمقدار الحقّ مع علم من عليه الحقّ به، أو نحو ذلك، و إلا- فلو وقع على الجميع برئ منه و إن كان بأقل، و هو صلح الحطيطة، كما تقدّم فى باب (٢).

و الوجه الثانى: أنه يكتب الأجر لكلّ وارث مدّه عمره، أو عوض المظلمه، ثمّ يكون لآخر وارث و لو بالعموم كالإمام، لأن ذلك هو قضيه التوارث لما يترك الميت بعموم الكتاب (٣) و السنّه (٤).

ص: ٢١٨

١- ١) الكافى ٥: ٢٥٩ ح ٨، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨٠، الوسائل ١٣: ١٦٦ ب (٥) من أبواب أحكام الصلح ح ٤.

٢- ٢) راجع ج ٤: ٢٦١-٢٦٢.

٣- ٣) النساء: ١١-١٢.

٤- ٤) الوسائل ١٧: ٤١٤ أبواب موجبات الإرث.

و الثالث: أنه ينتقل بعد موت الكل إلى الله تعالى، لأنه الباقي بعد فناء كل شيء، وهو يرث الأرض و من عليها، و هو خير الوارثين. و أصحها الأول.

و أما التوبه الظاهره، فالمعاصي تنقسم إلى فعلية و قولية. أما القولية - كالكذب - فقد تقدّم (١) الكلام في توبته. و أما الفعلية - كالزنا و السرقة و الشرب - فإظهار التوبه عنها لا يكفي في قبول الشهاده و عود الولاية، لأنه لا يؤمن أن يكون له في الإظهار غايه و غرض فاسد، فيختبر مدّه يغلب على الظنّ فيها أنه قد أصلح عمله و سريرته و أنه صادق في توبته. و لا يتقدّر ذلك بمدّه معيّنه، لاختلاف الأمر فيه باختلاف الأشخاص و أمارات الصدق. و عند بعض العامه (٢) يتقدّر بمضىّ الفصول الأربعة، لأن لها أثرا بينا في تهيج النفوس و انبعاثها لمشتبهاتها، فإذا مضت على السلامه أشعر ذلك بحسن السريره. و اكتفى بعضهم (٣) بسنّه أشهر، لظهور عوده إن كانت فيها غالبا.

و لو كانت المعصيه ممّا يترتب عليها حقّ مالي فلا بدّ من التخلّص منه كأولى. هذا هو المشهور بين الأصحاب.

و ذهب الشيخ في موضع من المبسوط (٤) إلى الاكتفاء بإظهار التوبه عقيب قول الحاكم له: تب أقبل شهادتك، لصدق التوبه المقتضى لعود العداله، مع انتفاء المانع، فيدخل تحت عموم قبول شهاده العدل.

و أوجب (٥) بمنع اعتبار توبته حينئذ، لأن التوبه المعتره هو أن يتوب عن

ص: ٢١٩

١- ١) في ص: ١٧٣.

٢- ٢) الحاوى الكبير ١٧: ٣١، المغنى لابن قدامه ١٢: ٨١، روضه الطالبين ٨: ٢٢١.

٣- ٣) الحاوى الكبير ١٧: ٣١، المغنى لابن قدامه ١٢: ٨٢، روضه الطالبين ٨: ٢٢٢.

٤- ٤) المبسوط ٨: ١٧٩.

٥- ٥) غايه المراد: ٣١٩- ٣٢٠.

السادسه: إذا حكم الحاكم، ثمّ تبين في الشهود ما يمنع القبول

السادسه: إذا حكم الحاكم، (١) ثمّ تبين في الشهود ما يمنع القبول، فإن كان متجدّدا بعد الحكم لم يقدح، وإن كان حاصلًا قبل الإقامه، و خفى عن الحاكم، نقض الحكم [إذا علم].

القبیح لقبحه، و هاهنا ظاهرها أنها لا لقبحه بل لقبول الشهاده.

و فيه نظر، لأنه لا يلزم من قوله: «تب أقبل شهادتك» كون التوبه لأجل ذلك، بل غايته أن تكون التوبه علّه في القبول، أما أنه غايه لها فلا. و أيضا فالمأمور به التوبه المعتره شرعا لا مطلق التوبه، و المغتياه بقبول شهادته ليست كذلك.

نعم، مرجع كلام الشيخ إلى أن مضى الزمان المتداول ليس بشرط في ظهور التوبه. و الأمر كذلك إن فرض غلبه ظنّ الحاكم بصدقه في توبته في الحال، و إلا فالمعتبر ذلك.

قوله: «إذا حكم الحاكم. إلخ».

إذا حكم الحاكم بشهاده اثنين ثمّ بان له ما يمنع قبول الشهاده، فإن كان المانع متجدّدا بعد الحكم - كالكفر و الفسق - لم ينقض الحكم مطلقا، لوقوعه بشهاده عدلين. و إن كان حدوثه بعد الشهاده و قبل الحكم فسيأتى (١) البحث فيه.

و إن كان حاصلًا قبل الإقامه و خفى على الحاكم، كما لو تبين له أنهما كانا كافرين أو صبيّين أو عبيدين على وجه لا تقبل فيه شهادتهما، أو امرأتين، أو عدوين للمشهود عليه، أو أحدهما عدواً أو ولدا له على القول به، نقض حكمه، لأنه تيقن الخطأ فيه، كما لو حكم باجتهاده ثمّ ظهر النصّ بخلافه.

ص: ٢٢٠

(١ - ١) في ص: ٢٩٤.

الوصف السادس: طهاره المولد (١) فلا تقبل شهاده ولد الزنا أصلا. وقيل: تقبل فى اليسير مع تمسكه بالصلاح، و به روايه نادره. و لو جهلت حاله، قبلت شهادته، و إن نالته بعض الألسن.

و لو تبين لقاض آخر أنه حكم بشهادتهما كذلك نقض حكمه أيضا، إلا فى صوره الحكم بالعبدین و الولد مع اختلافهما فى الاجتهاد و ذهاب الحاكم إلى قبول شهادتهما، فليس للثانى نقضه حينئذ. و لو كان موافقا له فى الاجتهاد بعدم قبول شهادتهما فاتفق غلطه نقضه أيضا. و طريق ثبوت فسقهما سابقا يحصل بحضور جارحين لهما بأمر سابق على الشهاده.

فرع: لو قال القاضى بعد الحكم بشهاده شاهدين: قد بان لى أنهما كانا فاسقين، و لم يظهر بينه تشهد بفسقهما، ففى تمكينه من نقضه و جهان أظهرهما ذلك، بناء على جواز قضائه بعلمه.

و لو قال: أكرهت على الحكم بقولهما، و كنت أعرف فسقهما، قبل قوله من غير بينه على الإ-كراه، مع ظهور أمارته، كما لو كان قاضيا من قبل سلطان جائر يظهر فى حقه ذلك، و إلا فوجهان، و لعلّ القبول أقوى مطلقا.

قوله: «طهاره المولد. إلخ».

المشهور بين الأصحاب - و منهم الشيخ فى الخلاف (١) و المرتضى (٢) مدّعا عليه الإجماع - عدم قبول شهاده ولد الزنا مطلقا. و اختلفوا فى تعليقه، فالجمهور علّوه بورود الأخبار الصحيحه بذلك، كصحيحه الحلبي عن أبى عبد الله

ص: ٢٢١

١ - ١) الخلاف ٦: ٣٠٩ مسألة (٥٧).

٢ - ٢) الانتصار: ٢٤٧.

عليه السلام قال: «سألته عن شهادة ولد الزنا فقال: لا ولا عبد» (١).

و صحيفه محمد بن مسلم قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تجوز شهادته ولد الزنا» (٢).

و روايه أبي بصير قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن ولد الزنا أ تجوز شهادته؟ قال: لا، قلت: إن الحكم يزعم أنها تجوز، فقال: اللهم لا تغفر ذنبه» (٣).

و روايه عبيد بن زراره عن أبيه قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

لو أن أربعه شهدوا عندي على رجل بالزنا وفيهم ولد زنا لحددتهم جميعا، لأنه لا تجوز شهادته، ولا يؤم الناس» (٤).

و أوجودها سندا الخبر الأول، لكن دلالة لا تخلو من قصور. و أما الثاني فصحته ممنوعه، و إن شهد له بها العلامه فى المختلف (٥) و ولده فى الشرح (٦)، لأن فى طريقه محمد بن عيسى عن يونس، و هو مقدوح إما مطلقا، أو على هذا الوجه. و فى طريق الثالث أبان و أبو بصير، و هما مشتركان بين الثقة و غيره. و فى طريق الرابع ابن فضال، و حاله مشهور.

و علله ابن إدريس (٧) بأن ولد الزنا كافر، محتجًا بالإجماع، فمن ثم لا تقبل شهادته كغيره من الكفار. و الدعوى للحكم و الإجماع ممنوعان.

ص: ٢٢٢

١- ١) التهذيب ٢: ٢٤٤ ح ٦، الوسائل ١٨: ٢٧٧ ب «٣١» من أبواب الشهادات ح ٦.

٢- ٢) الكافي ٧: ٣٩٥ ح ٦، التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦١٣، الوسائل ١٨: ٢٧٦ الباب المتقدم ح ٣.

٣- ٣) الكافي ٧: ٣٩٥ ح ٤، التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦١٠، الوسائل ١٨: ٢٧٥-٢٧٦ الباب المتقدم ح ١.

٤- ٤) الكافي ٧: ٣٩٦ ح ٨، التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦١٤، الوسائل ١٨: ٢٧٦ الباب المتقدم ح ٤.

٥- ٥) المختلف: ٧١٨-٧١٩.

٦- ٦) إيضاح الفوائد ٤: ٤٢٥.

٧- ٧) السرائر ٢: ١٢٢.

و احتج له المرتضى [١] بالإجماع، و بالخبر الذى ورد أن ولد الزنا لا ينجب.

و أجب عن ظواهر الآيات التى تقتضى قبول شهادته ولد الزنا إذا كان عدلا، و أنه وَ لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى (١)، فلا يتعدى إليه ذنب من خلق من نطفته: بأن الله تعالى قد علم ممن خلق من نطفه زنا أن لا يختار هو الخير و الصلاح، فإذا علمنا بدليل قاطع أنه لا ينجب لم يلتفت إلى ما يظهره من الإيمان و العدالة، لأنه يفيد ظن صدقه، و نحن قاطعون بخبث باطنه و قبح سريره، فلا تقبل شهادته.

و هذا كله مبنى على ثبوت الخبر الوارد بذلك، بل تواتره، لأن غير المتواتر لا يوجب الحجج عنده، و نحن و من قبلنا لم يمكننا إثباته بسند معتمد، فضلا عن كونه متواترا.

و اعتذر له فى المختلف (٢) بجواز كونه متواترا فى زمانه ثم انقطع. و لا يخفى ما فيه من التكلف و ظهور المنع.

و علله ابن الجنيـد-رحمه الله- بورود الخبر أنه شرّ الثلاثة (٣)، و عنى به هو و الزانيين. قال: «فإذا كُنّا لا نقبل شهادته الزانى و الزانية، كان ردّ شهادته من هو شرّ منهما أولى» (٤).

ص: ٢٢٣

١- (٢) الأنعام: ١٦٤.

٢- (٣) المختلف: ٧١٩.

٣- (٤) علل الشرائع: ٥٦٤ ب «٣٦٣» ح ٢، سنن أبى داود ٤: ٢٩ ح ٣٩٦٣، المعجم الكبير للطبرانى ١٠: ٣٤٦ رقم ١٠٦٧٤، سنن البيهقى ١٠: ٥٧.

٤- (٥) الانتصار: ٢٤٨.

و اعترضه المرتضى -رضى الله عنه-: «بأنه خبر واحد لا يوجب علما و لا عملا، و لا يرجع بمثله عن ظواهر الآيات الموجبه للعلم»
(١). و بانتقاضه بما لو تاب الزانيان، فإن شهادتهما تقبل إجماعا، فلا يلزم عدم قبول شهادته أبدا.

و إيراده الثاني متوجه. أما الأول فهو مشترك بين خبريهما، فلا وجه للتخصيص.

و وراء هذا القول قولان آخران:

أحدهما: للشيخ في المبسوط (٢) أنه تقبل شهادته مع عدالته في الزنا و غيره، نقل ذلك عن قوم. قال: «و هو قوى، لكن أخبار أصحابنا تدل على أنه لا تقبل شهادته». و مجرد معارضه أخبار أصحابنا (٣) لا يقتضى الرجوع عمّا قوّاه، لجواز العدول عن الأخبار لوجه يقتضيه، فقد وقع له كثيرا. و وجه العدول واضح، فإن عموم الأدله من الكتاب (٤) و السنّه (٥) على قبول شهادته العدل ظاهرا يتناول ولد الزنا، و من ثم ذهب إليه أكثر من خالفنا (٦).

و الثاني: قوله في النهايه (٧) أنه تقبل شهادته في الشيء اليسير دون الكثير، استنادا إلى روايه عيسى بن عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن

ص: ٢٢٤

١-١) الانتصار: ٢٤٨.

٢-٢) المبسوط ٨: ٢٢٨.

٣-٣) كذا في «أ»، و في سائر النسخ: أصحابه.

٤-٤) الطلاق: ٢.

٥-٥) الوسائل ١٨: ٢٨٨ ب «٤١» من أبواب الشهادات.

٦-٦) اللباب في شرح الكتاب ٤: ٦٤، الحاوي الكبير ١٧: ٢١٠، حليه العلماء ٨: ٢٥٣، المغنى لابن قدامه ١٢: ٧٤، روضه الطالبين ٨: ٢١٩.

٧-٧) النهايه: ٣٢٦.

شهادته ولد الزنا، فقال: لا تجوز إلا في الشيء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً» (١). وإطلاق المنع من قبولها محمول على الكثير جمعاً. وقد ورد أيضاً في العبد المقترن (٢) به روايه بقبول شهادته في اليسير، رواها ابن أبي يعفور في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل المملوك المسلم تجوز شهادته لغير مواليه، فقال: تجوز في الدين و الشيء اليسير» (٣).

و أجاب في المختلف (٤): «بالقول بالموجب، فإن قبول شهادته في الشيء اليسير يعطى المنع من قبول اليسير من حيث المفهوم، إذ لا يسير إلا وهو كثير بالنسبة إلى ما دونه، فإذا لا تقبل شهادته إلا في أقل الأشياء الذي ليس بكثير بالنسبة إلى ما دونه، إذ لا دون له، ومثله لا يملك».

ولا يخفى ما في هذا الجواب من التكلف، فإن اليسير منزّل على العرف حيث لا - معيّن له شرعاً، و اليسير الإضافي داخل في العرف.

نعم، يمكن القدر في الروايه باشتراك عيسى بن عبد الله بين الثقة و غيره، فلا - تعارض روايته تلك الأخبار الكثيره أو عموم الكتاب و السنّه الدالّين على القبول مطلقاً.

ص: ٢٢٥

١- ١) التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦١١، الوسائل ١٨: ٢٧٦ ب «٣١» من أبواب الشهادات ح ٥.

٢- ٢) في «ت»: القن و به روايه.

٣- ٣) التهذيب ٦: ٢٥٠ ح ٦٤٠، الاستبصار ٣: ١٧ ح ٤٨، الوسائل ١٨: ٢٥٥ ب «٢٣» من أبواب الشهادات ح ٨.

٤- ٤) المختلف: ٧١٩.

الطرف الثاني في ما به يصير شاهدا (١) و الضابط: العلم، لقوله تعالى وَ لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ، و لقوله عليه السلام و قد سئل عن الشهادة: «هل ترى الشمس؟ على مثلها فاشهد أو دع».

و مستندها: إما المشاهدة، أو السماع، أو هما.

فما يفتقر إلى المشاهدة الأفعال، لأن آله السمع لا تدركها، كالغصب، و السرقة، و القتل، و الرضاع، و الولادة، و الزنا، و اللواط. فلا يصير شاهدا بشيء من ذلك، إلا مع المشاهدة. و يقبل فيه شهادة الأصم.

و في روايه: يؤخذ بأول قوله لا بثانيه. و هي نادره.

قوله: «في ما به يصير شاهدا. إلخ».

الأصل في الشهادة البناء على العلم و اليقين، قال الله تعالى وَ لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ (١)، أي: لا- تتبعه فتقول فيه بغير علم. يقال: قفوته أففوه و قفيته إذا اتبعت أثره. و قال تعالى إِلا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَ هُمْ يَعْلَمُونَ (٢). و قال صلى الله عليه و آله لمن سأله عن الشهادة: «ترى الشمس؟ فقال: نعم، فقال: على مثلها فاشهد أو دع» (٣).

إلا أن من الحقوق ما لا يحصل اليقين فيه، و لا يستغنى عن إقامه البيئه عليه، فأقيم الظن المؤكّد فيه مقام اليقين، و جوزت الشهادة بناء على ذلك الظن،

ص: ٢٢٦

١- ١) الإسراء: ٣٦.

٢- ٢) الزخرف: ٨٦.

٣- ٣) عوالي اللئالي ٥٢٨: ٣ ح ١، الدرّ المنثور ١٩٥: ٨.

كما سيأتي (١) عند بعض. و بعضهم طرد الباب.

و قد قسّم المصنف-رحمه الله- وغيره (٢) من الفقهاء المشهود به على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يكفي فيه الإبصار، وهو الأفعال، كالزنا و الشرب، و الغصب و الإتلاف و السرقة، و القتل، و الولاده و الرضاع، و الاصطياد و الإحياء، و كون المال في يد الشخص، فيشترط فيها الرؤيه المتعلقه بها و بفاعلها، و لا يجوز بناء الشهاده فيها على السماع من الغير.

و تقبل فيها شهاده الأصم، إذ لا مدخل للسمع فيها، و لعموم الأدله المتناوله له.

و ذهب الشيخ في النهايه (٣) و تلميذه القاضى (٤) إلى أنه يؤخذ بأول قوله، و لا يؤخذ بثانيه، استنادا إلى روايه جميل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده الأصم في القتل، قال: يؤخذ بأول قوله، و لا يؤخذ بثانيه» (٥).

و أجيب بضعف سند الروايه، فإن في طريقها سهل بن زياد. و بالقول بالموجب، فإن قوله الثانى إن كان منافيا للأول ردّت شهادته، لأنه رجوع عمّا شهد به أولا، فلا يقبل، و إن لم يكن منافيا لم يكن ثانيا، بل شهاده أخرى مستأنفه.

ص: ٢٢٧

١- ١) في الصفحه التاليه.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٩، الدروس الشرعيّه ١٣٤: ٢.

٣- ٣) النهايه: ٣٢٧.

٤- ٤) المهذب ٥٥٦: ٢.

٥- ٥) الكافي ٧: ٤٠٠ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٥٥ ح ٦٦٤، الوسائل ١٨: ٢٩٦ ب «٤٢» من أبواب الشهادات ح ٣.

و ما يكفى فيه السماع: (١) فالنسب، و الموت، و الملك المطلق، لتعذر الوقوف عليه مشاهدته فى الأغلب.

و يتحقق كل واحد من هذه، بتوالى الأخبار من جماعه، لا يضمهم قيد المواعده، أو يستفيض ذلك حتى يتأخم العلم. و فى هذا عندى تردد.

و قال الشيخ رحمه الله: لو شهد عدلان فصاعدا، صار السامع متحماً و شاهد أصل، لا شاهدا على شهادتهما، لأن ثمره الاستفاضه الظن، و هو حاصل بهما. و هو ضعيف، لأن الظن يحصل بالواحد.

و فى هذا القسم الأخير نظر. و كيف كان، فالوجه القبول مطلقا.

قوله: «و ما يكفى فيه السماع. إلخ».

هذا هو القسم الثانى، و هو ما يكفى فيه السماع، فمنه النسب، فيجوز أن يشهد بالتسامع أن هذا الرجل ابن فلان، و أن هذه المرأه إذا عرفها بعينها بنت فلان، أو أنهما من قبيله كذا، لأنه أمر لا مدخل للرؤيه فيه، و غايه الممكن رؤيه الولاده على فراش الإنسان، لكن النسب إلى الأجداد المتوفين و القبائل القديمه لا يتحقق فيه الرؤيه و معرفه الفراش، فدعت الحاجه إلى اعتماد التسامع.

و مقتضى إطلاق النسب عدم الفرق بين كونه من الأب و الأم. و فى نسب الأم وجه أنه لا تجوز الشهاده عليه بالسماع، لإمكان رؤيه الولاده. و الأشهر الجواز كالرجل.

و صفه التسامع فى ذلك أن يسمع الشاهد الناس ينسبون المشهود بنسبه إلى ذلك الرجل أو القبيله. و لا يعتبر التكرار و الامتداد (١) مدّه السماع، و إن كان الحكم

ص: ٢٢٨

١- ١) فى «ت، م»: و لا امتداد.

به أكد، بل لو حضر جماعه لا يرتاب فى صدقهم، فأخبروه بنسبه دفعه واحده على وجه إفاده الغرض، جاز له الشهاده.

و يعتبر مع انتساب الشخص و نسبه الناس أن لا- يعارضهم ما يورث التهمه و الريبه، فلو كان المنسوب إليه حيا و أنكر لم تجز الشهاده. و لو كان مجنونا جازت، كما لو كان ميتا. و فيه وجه بالمنع، لاحتمال أن يفيق فينكر.

و هل يقدر فى ذلك طعن من يطعن فى النسب؟ وجهان أظهرهما مراعاة الشرط، و هو الظن المتأخ (1) أو العلم.

و منه الموت، و المشهور جواز الشهاده عليه بالاستفاضه كالنسب، لأن أسباب الموت ممّا يكثر، و منها ما يخفى و منها ما يظهر، و قد يعسر الأطلاع عليها، فجاز أن يعتمد على الاستفاضه، و لأنه يقع فى الأفواه و ينتشر كالنسب.

و فيه وجه بالمنع، لأنه يمكن فيه المعاينه، بخلاف النسب.

و منه الملك المطلق، لأن أسباب الملك يخفى على تناول الأزمان، و يبقى [الملك] (2) المطلق المجرد عن السبب، فلو لم يثبت بها أدى إلى بطلان الحقّ و تعذر إثبات الملك بموت الشهود. و كذا القول فى الوقف و العتق و ولاية القاضى.

و قد تقدّم (3) فى القضاء.

إذا تقرر ذلك، فقد اختلف فيما به يصير الشاهد شاهدا بالاستفاضه، فقيل:

أن يكثر السماع من جماعه حتى يبلغ حدّ العلم بالمخبر عنه. و على هذا، فلا- تكون هذه الأشياء خارجه عن أصل الشهاده. و قيل: يكفى بلوغه حدّا يوجب

ص: ٢٢٩

١- ١) فى «خ»: المتأخم للعلم.

٢- ٢) من «ث» و الحجريتين.

٣- ٣) فى ج ١٣: ٣٥١.

الظنّ الغالب المقارب للعلم.

و المصنف-رحمه الله-تردّد في ذلك، من حيث إن ذلك على خلاف الأصل، فإثباته يحتاج إلى دليل صالح يخرج عنه، و مجرد ما ذكره غير كاف في إثباته، و لإمكان العلم بكثير من هذه الأشياء كما أشرنا إليه.

و الحقّ أنّنا إن اعتبرنا العلم لم ينحصر الحكم في المذكورات، و إن اكتفينا بالظنّ الغالب فللتوقّف [فيه] (1) مجال، إلا أن يفرض زياده الظنّ على ما يحصل منه بقول الشاهدين، بحيث يمكن استفادته من مفهوم الموافقه بالنسبه إلى الشاهدين الذي هو حجّه منصوصه، فيمكن إلحاقه حينئذ به.

و بالغ الشيخ في المبسوط (2) فقال: يكفي أن يسمع من عدلين فصاعداً، فيصير بسماعه منهما شاهد أصل و متحمّلاً للشهادة، لأن ثمره الاستفاضه هو الظنّ و هو حاصل بهما.

و استضعفه المصنف-رحمه الله-بأن الظنّ يحصل بالواحد، و الشيخ لا يقول بالاكْتفاء به، بل ربما حصل الظنّ بالواحد إذا كان أنثى، و هو باطل قطعاً.

و أوجب (3): بأن الشيخ لم يعتبر الظنّ مطلقاً، بل الظنّ الذي ثبت اعتباره شرعاً و هو شهادة العدلين، و الظنّ يقبل الشدّه و الضعف، فلا يلزم من الاكْتفاء بفرد قويّ منه الاكْتفاء بالضعيف.

و فيه: أن الظنّ المستند إلى جماعه غير عدول ممّا لم يثبت اعتباره شرعاً، فإنه عين المتنازع، فاكتفاؤه به و تعديته الحكم إلى العدلين يدلّ على عدم تقييده بالظنّ المعترف شرعاً، فالنقض بحاله.

ص: ٢٣٠

١-١) من الحجرّيتين.

٢-٢) المبسوط ١٨٠:٨-١٨١.

٣-٣) غايه المراد: ٣٢٦-٣٢٧.

فرع لو سمعه يقول للكبير: (١) هذا ابني و هو ساكت، أو قال: هذا أبي و هو ساكت، قال في المبسوط: صار متحتملاً، لأنَّ سكوته في معرض ذلك رضا بقوله عرفاً. و هو بعيد، لاحتماله غير الرضا.

تفريع على القول بالاستفاضه

اشاره

تفريع على القول بالاستفاضه

الأول: الشاهد بالاستفاضه لا يشهد بالسبب

الأول: الشاهد بالاستفاضه (٢) لا يشهد بالسبب، مثل: البيع، و الهبه، و الاستغنام، لأنَّ ذلك لا يثبت بالاستفاضه، فلا يعزى الملك إليه مع إثباته بالشهاده المستنده إلى الاستفاضه.

قوله: «لو سمعه يقول للكبير. إلخ».

هذا متفرع على ما اختاره الشيخ -رحمه الله- من الاكتفاء في الشهاده على الاستفاضه بالظنّ، و هو حاصل في هذه الصوره و إن لم يكن بطريق التسامع من الجماعه، لأن سكوت الكبير عند دعوى الآخر للنسب مع عدم المانع من الإنكار يفيد الظنّ الغالب بموافقته له عليه، فيكون ذلك بمنزله إخبار الجماعه، إذ الاعتبار بالظنّ الغالب لا بالسماع من الجماعه من حيث هو سماع، و هو متحقق هنا.

و يضعف بأن السكوت أعمّ من موافقته على الدعوى. و يمنع من حصول الظنّ الغالب بذلك مطلقاً. و بتقدير تسليمه لا نسلم تعدى الحكم إليه، للنهي عن العمل بالظنّ إلا ما دلّ عليه دليل صالح، و هو منفيّ هنا.

قوله: «الشاهد بالاستفاضه. إلخ».

لما كانت الاستفاضه مخصوصه بأمور خاصه منها الملك المطلق دون البيع

أما لو عزا إلى الميراث صحّ، لأنه يكون عن الموت الذى يثبت بالاستفاضه.

و الفرق تكلف، لأنّ الملك إذا ثبت بالاستفاضه لم تقدح الضميمه، مع حصول ما يقتضى جواز الشهاده.

الثانى: إذا شهد بالملك مستندا إلى الاستفاضه

الثانى: إذا شهد بالملك (١) مستندا إلى الاستفاضه، هل يفتقر إلى مشاهدته اليد و التصرف؟ الوجه: لا. أمّا لو كان لواحد يد، و لآخر سماع و الهبه و الاستغنام و ما شاكلها، كان السبب الموجب للملك منه ما يثبت بالاستفاضه، كالموت بالنسبه إلى الملك بالإرث، و منه ما لا يثبت بها كالعقود.

فإذا سمع الشاهد بالاستفاضه أن هذا ملك زيد ورثه عن أبيه الميّت، فله أن يشهد بالملك و سببه، لأنهما يثبتان بالاستفاضه. و إذا سمع مستفيضا أن هذا الملك لزيد اشتراه من عمرو شهد بالملك المطلق لا بالبيع، لأن البيع لا يثبت بالاستفاضه.

فلو فعل ذلك احتمال عدم قبول الشهاده، لاشتمالها على أمرين: أحدهما تقبل الشهاده عليه، و الآخر لا تقبل، و الشهاده لا تتبع.

و الوجه أنها تسمع فى الملك و تلغو الضميمه، و هى السبب الذى لا يثبت بالاستفاضه، لوجود المقتضى للقبول فى أحدهما دون الآخر.

و تظهر الفائده فيما لو كان هناك مدّع آخر و له شهود بالملك و سببه من غير استفاضه، فإن بينته ترجّح على بينه هذا الذى لم يسمع إلا فى المطلق المجرد عن السبب، و فى القسم الأول يتكافئان. و لو كانت بينه الآخر شاهده له بالملك المطلق رجّحت بينه هذا فى الأول عليه، و كافأت بينه الآخر فى الثانى. و هكذا.

قوله: «إذا شهد بالملك. إلخ».

إذا اجتمع فى ملك يد و تصرف و استفاضه بالملك، فلا إشكال فى جواز

مستفيض، فالوجه ترجيح اليد، لأن السماع قد يحتمل إضافة الاختصاص المطلق المحتمل للملك وغيره، فلا تزال اليد بالمحتمل.

الشهادة له بالملك، بل هو غاية ما يبنى عليه الشهادة. وإنما يحصل الاشتباه فيما لو انفرد واحد من الثلاثة أو اجتمع اثنان.

و المصنف - رحمه الله - فَرَّقَ [فى] (١) حكم المسألة فى موضعين: هنا، و فى المسألة الآتية، و لو جمعتهما فى مسأله واحده كان أضبط.

و المقصود فى هذه المسألة أن الشهادة المستنده إلى الاستفاضه بالملك هل يتوقف سماعها على رؤيه الشاهد من استفاض الملك له - زائدا على الملك - يتصرف فيه بالبناء و الهدم و الإجاره و نحوها، أم تسمع من دون الأمرين؟ الوجه عند المصنف - رحمه الله - الثانى، لما تقدم من أن الملك المطلق يثبت بالاستفاضه، لتعدد أسبابه و خفاء بعضها، فلا يفتقر إلى انضمام أمر آخر معه.

و وجه العدم إمكان الأطلاع على أسبابه، فلا بدّ من ضميمه ما يفيد القوّه و يقوم مقام السبب من اليد أو التصرف.

و لا يخفى ضعفه، لأن اليد و التصرف و إن كانا ظاهرين فى الملك إلا أنهما ليسا من أسبابه، فاشتراط الأطلاع على السبب لإمكانه لا يقتضى الاكتفاء باليد و التصرف المجردين عن علم السبب.

و الأجود الاكتفاء فى الشهاده بالملك المطلق بالسماع على الوجه المتقدم.

و على هذا، فلو تعارض السماع و اليد فى ترجيح أيهما وجهان:

ص: ٢٣٣

(١ - ١) من الحجرتين.

مسائل ثلاث:

الأولى: لا ريب أن المتصرّف بالبناء والهدم والإجاره بغير منازع يشهد له بالملك المطلق

الأولى: لا ريب أن المتصرّف بالبناء (١) والهدم والإجاره بغير منازع يشهد له بالملك المطلق. أمّا من فى يده دار، فلا شبهه فى جواز الشهاده له باليد. و هل يشهد له بالملك المطلق؟ قيل: نعم، و هو المروى.

و فيه إشكال من حيث إنّ اليد لو أوجبت الملك [له]، لم تسمع دعوى من يقول: الدار التى فى يد هذا لى، كما لا- تسمع لو قال: ملك هذا لى.

أحدهما: ترجيح السماع، لأنه يفيد الملك الحالى، و قد تقدّم (١) فى القضاء أن البيئه بالملك مقدّمه على اليد، لأن اليد تحتل غير الملك من العاريه و الإجاره بل الغصب، بخلاف الملك، فإنه صريح فى معناه.

و الثانى- و هو الذى اختاره المصنف رحمه الله:- تقديم اليد، لأنها ظاهره فى الملك و إن كانت محتمله لغيره، و السماع مشترك بين الملك و الاختصاص المطلق المحتمل للملك و غيره.

و هذا التوجيه إنما يتمّ إذا كان محضّ السماع أن هذه الدار مثلا لفلان، فإن اللام تحتل الملك و الاختصاص الذى هو أعمّ منه. أما إذا كان محضّيه أن الدار ملك فلان فلم يتمّ، لأنه صريح فى المقصود، بخلاف اليد. و لا بدّ من فرض المسأله على الوجه الأول ليتمّ التعليل، و يناسب الحكم المتقدّم من ترجيح الملك على اليد، و إن كان إطلاق البيئه المستنده إلى الاستفاضه أعمّ من ذلك.

قوله: «لا ريب أن المتصرّف بالبناء. إلخ».

هذه تتمّه أقسام المسأله السابقه، و هى ما إذا انفرد التصرّف أو اليد عن

ص: ٢٣٤

التسامع، فهل تجوز الشهادة بالملك أم لا؟ فالمصنف -رحمه الله- قطع بالجواز مع التصرف المتكرر بالبناء و الهدم و الإجاره و غيرها بغير منازع. و هذا اختيار الأكثر، بل ادعى عليه في الخلاف (١) الإجماع، لقضاء العاده بأن ذلك لا يكون إلا في الملك، و لجواز شرائه منه، و متى حصل عند المشتري يدعى ملكيته، و هو فرع على ملكيه البائع. و يترتب على ذلك ما لو ادعى على المشتري فأنكر فله أن يحلف على القطع قطعاً، و ذلك يساوى الشهاده، و إن كان أصل الشراء بناء على الظاهر لا يساويها.

و يعتبر في التصرف التكرّر، لجواز صدور غيره من غير المالك كثيراً.

و كذلك عدم المنازع، إذ لو وجد لم يحصل الظنّ الغالب بملك المتصرف.

و لا -حدّ للمدّة التي يتصرف فيها و يضع يده على الملك، بل ضابطها ما أفادت الأمر المطلوب من الاستفاضه. و في الخلاف (٢) صرح بعدم الفرق بين الطويله و القصيره. أما في المبسوط (٣) فجعل القصيره نحو الشهر و الشهرين غير كاف، و أطلق [في] (٤) كون الطويله كالسنين مجوّزه.

و قيل: لا تجوز الشهاده بالملك بذلك كلّه، لوقوع ذلك من غير المالك، كالوكيل و المستأجر و الغاصب، فإنهم أصحاب يد و تصرف، خصوصاً الإجاره، لأنها و إن تكرّرت فقد تصدر من المستأجر مدّه طويله، و من الموصى له بالمنفعه، و كذلك الرهن قد يصدر من المستعير متكرّراً.

ص: ٢٣٥

١-١) الخلاف ٦:٢٦٤ مسألة (١٤).

٢-٢) الخلاف ٦:٢٦٤ مسألة (١٤).

٣-٣) المبسوط ٨:١٨٢.

٤-٤) من «د» و الحجريتين.

و الشيخ فى المبسوط (١) اقتصر على نقل القولين، و لم يرجح أحدهما.

و أما إذا انفردت اليد عن التصرف فالحكم فيه أضعف. فإن لم نجوز الشهاده بالملك فى الأول فهنا أولى. و إن جوزناها فهنا وجهان:

أحدهما- هو الذى اختاره العلامة (٢) و أكثر المتأخرين (٣)-: الجواز، لدلالاتها ظاهرا على الملك، كدلاله التصرف، و إن كان التصرف أقوى، إلا- أن الاشتراك فى أصل الدلاله عليه ظاهرا حاصل. و لما تقدم من جواز شرائه منه، و الحلف عليه. و لروايه حفص بن غياث أنه: «سأل الصادق عليه السلام عن رجل رأى فى يد رجل شيئا أيجوز أن يشهد أنه له؟ قال: نعم، قلت: فلعله لغيره، قال:

و من أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكا لك، ثم تقول بعد الملك هو لى و تحلف عليه، و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه إليك قبله؟! ثم قال الصادق عليه السلام: لو لم يجر هذا ما قامت للمسلمين سوق» (٤).

و هذه الروايه ضعيفه الإسناد، إلا أن مضمونها موافق للقواعد الشرعيه، كما تبيننا عليه سابقا.

و الثانى: عدم جواز الشهاده بالملك بمجرد اليد، لأن اليد لو دلت على الملك لكان قوله: «الدار التى فى يده لى» بمنزله قوله: «الدار التى هى ملكه لى»،

ص: ٢٣٦

١- ١) المبسوط ١٨١: ٨-١٨٢.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٤٠.

٣- ٣) الدروس الشرعيه ١٣٤: ٢، المقتصر: ٣٩٣.

٤- ٤) الكافي ٣٨٧: ٧ ح ١، الفقيه ٣: ٣١ ح ٩٢، التهذيب ٦: ٢٦١ ح ٦٩٥، الوسائل ١٨: ٢١٥ ب «٢٥» من أبواب كيفيه الحكم ح ٢.

لكن التالي باطل فالمقدّم مثله، والملازمه ظاهره.

و هذا هو الذى جعله المصنف -رحمه الله- منشأ الإشكال. وقد ذكره الشيخ فى المبسوط (١) كذلك دليلا لهذا القول.

و أجيب عن ذلك بأنه إنما جاز ذلك فى الإقرار لأن دلالة اليد ظاهره، و الإقرار بالملك قاطع، و الصرف عن الظاهر بقرينه جائز، بخلاف القاطع، و القرينه هنا موجوده، و هى ادّعاؤه بها. و بأنه معارض بالتصرّف، فإنه لو قال:

الدار التى فى تصرّف هذا لى، سمعت مع حكمهم بجواز الشهاده فيه بالملك المطلق.

و أجاب الشهيد -رحمه الله- فى شرح الإرشاد عن ذلك: «بأن الدلاله الظاهره إما أن تثمر للشاهد العلم أو لا، فإن كان الأول فلا تفاوت بينها و بين الإقرار بالملك، و إلا لم تصحّ الشهاده. فحينئذ نقول: إذا كانت اليد ظاهره لا تصحّ الشهاده بالملك المطلق بسببها، و هو المطلوب. و عن المعارضه بالتزام عدم السماع فى التصرّف» (٢).

و فيهما نظر، لأن الشهاده فى هذه المواضع لم يعتبروا فيها العلم، بل اکتفوا فيها بالظنّ الغالب، لا تفاقهم على أنه مع اجتماع الثلاثه - أعنى: اليد و التصرّف و التسامع - تجوز الشهاده بالملك، و جعلوه غايه الإمكان، مع أن ذلك لا يبلغ حدّ العلم غالبا، لجواز تخلف الملك معها، لأن كلّ واحد منها أعمّ من الملك، و لهذا اختلفوا فيها منفرده، و مع انضمامها تأكّد الظنّ، لا أنه بلغ حدّ العلم مطلقا أو فى

ص: ٢٣٧

١- ١) المبسوط ١٨٢: ٨.

٢- ٢) غايه المراد: ٣٢٧.

الثانية:الوقف و النكاح(١)يثبت بالاستفاضه.أما على ما قلناه،فلا ريب فيه.و أما على الاستفاضه المفيده لغالب الظن،فلأن الوقف للتأييد، فلو لم تسمع فيه الاستفاضه لبطلت الوقوف،مع امتداد الأوقات و فناء الشهود.

و أما النكاح فلأننا نقضى:بأن خديجه عليها السلام زوجه النبي عليه السلام،كما نقضى بأنها أم فاطمه عليها السلام.

و لو قيل:إنّ الزوجيه تثبت بالتواتر،كان لنا أن نقول:التواتر لا يثمر إلا إذا استند السماع إلى محسوس.و من المعلوم أنّ المخبرين لم يخبروا عن مشاهده العقد،و لا- عن إقرار النبي عليه السلام،بل نقل الطبقات متّصل إلى الاستفاضه التي هي الطبقة الأولى.و لعلّ هذا أشبه بالصواب.

بعض الفروض،و لو اعتبر العلم لما احتيج إلى جعله غايه الإمكان،بل كان التعليل بإفادته العلم أولى و أظهر.

و أما التزامه في التصرف بعدم السماع كاليد المجزّده فغير قادح في المعارضه،لأن المعارض أوردتها على الشيخ و الجماعه القائلين بسماعها مع التصرف دون اليد،فلا يضرّه الترام غيرهم بعدم السماع،مع ما فيه من البعد.

قوله:«الوقف و النكاح.إلخ».

هذا الحكم ذكره الشيخ-رحمه الله-في الخلاف (١)كذلك،و استدللّ عليه بما لخصه المصنف-رحمه الله-من أن الوقف مبني على التأييد،فلو لم تجز

ص:٢٣٨

الشهادة فيه بالاستفاضه لأدى إلى بطلان الوقف، لأن شهود الوقف لا يبقون أبداً، و الشهاده الثالثه لا تسمع. و أنه يجوز لنا الشهاده على أزواج النبي صلى الله عليه و آله، و لم يثبت ذلك إلا بالاستفاضه، لأننا ما شاهدناهم.

و اعترض على الأول بأن الشهاده بدون العلم منهي عنها، فتخصيص ذلك بالوقف تحصيلاً لمصلحه ثبوته ليس بأولى من تخصيص النهي عن سماع الشهاده الثالثه بالوقف لهذه المصلحه، بل هذا التخصيص أولى، لأنه لا مانع منه عقلاً، بخلاف الشهاده بمجرّد الظنّ.

و بأن الشهاده على أزواج النبي صلى الله عليه و آله ليست مستنده إلى الاستفاضه، بل إلى التواتر، لإخبار جماعه كثيره يفيد قولهم العلم بذلك في كلّ طبقه.

و أجاب المصنف -رحمه الله- عن الأول بأن المانع من سماع الشهاده الثالثه النقل و الإجماع، فلم يمكن معارضتهما (١) بالتخصيص، بخلاف الشهاده ب [مجرّد] (٢) الظنّ، فإنه لا إجماع على منعها، بل الأكثر على تجويزها. و يمنع من كون العقل دالاً على النهي عن ذلك، لأن أكثر الأحكام الشرعيه مبناها على الظنّ.

و عن الثانى بأن من شرط التواتر استناد المخبرين إلى محسوس، و هو منتف هنا، للعلم بأن طبقه الأولى لم يخبروا عن مشاهده العاقدين و سماع العقد، و إنما شاهده بعضهم و نقله إلى الباقين و استمرّ الأمر، فلم يحصل شرط التواتر، إذ من شرطه استواء جميع الطبقات فيه.

ص: ٢٣٩

١- ١) في «أ»: معارضتها.

٢- ٢) من «أ» و الحجريّتين.

الثالثة: الأخرس يصحّ منه (١) تحمّل الشهادة و أدائها. و يبنى على ما يتحقّقه الحاكم من إشارته. فإن جهلها اعتمد فيها على ترجمه العارف بإشارته.

نعم يفتقر إلى مترجمين. و لا يكون المترجمان شاهدين على شهادته، بل يثبت الحكم بشهادته أصلاً، لا بشهادة المترجمين فرعاً.

و فيه نظر، لأن الطبقة الأولى السامعين للعقد المشاهدين للمتعاقدين بالغون حدّ التواتر و زياده، لأن النبي صَلَّى الله عليه و آله كان ذلك الوقت من أعلى قریش، و عمّه أبو طالب المتولّي لتزويجه كان حينئذ رئيس بني هاشم و شيخهم و من إليه مرجع قریش، و خديجه عليها السلام أيضا كانت من أجلاء (١) بيوتات قریش، و القصّه فى تزويجها مشهوره، و خطبه أبى طالب -رحمه الله- فى المسجد الحرام بمجمع [من] (٢) قریش ممّن يزيد عن العدد المعتبر فى التواتر، فدعوى معلوميه عدم استناد الطبقة الأولى إلى مشاهدته العقد و سماعه ظاهره المنع، و إنما الظاهر كون ذلك معلوماً بالتواتر، لاجتماع شرائطه، فلا يتم الاستدلال به على هذا المطلوب.

و اعلم أن قول المصنف: -رحمه الله-: «أمّا على ما قلناه فلا ريب فيه» يدلّ على أن مختاره اشتراط العلم فى الشهادة بالاستفاضه، و لم يصرح به فيما سبق، و إنما تردّد (٣) فيه، و التردّد يقتضى تساوى الطرفين لا رجحان أحدهما.

و على كلّ حال فالوجه ثبوت الأمرين بالاستفاضه.

قوله: «الأخرس يصحّ منه. إلخ».

كما أن إشاره الأخرس المفهمه معتبره فى العبادات (٤) اللفظيه، و فى العقود

ص: ٢٤٠

١- ١) فى «م»: أعلى.

٢- ٢) من «أ».

٣- ٣) راجع ص: ٢٢٨.

٤- ٤) فى «ت، خ»: العبارات.

الثالث: ما يفتقر إلى السماع (١) و المشاهده، كالنكاح و البيع و الشراء و الصلح و الإجاره، فإن حاسه السمع تكفى فى فهم اللفظ، و يحتاج إلى البصر لمعرفة الالفاظ. و لا لبس فى شهادته من اجتماع له الحاستان.

أما الأعمى فتقبل شهادته فى العقد قطعاً، لتحقق الآله الكافيه فى فهمه. فإن انضم إلى شهادته معرفان، جاز له الشهاده على العاقد، مستندا إلى تعريفهما، كما يشهد المبصر على تعريف غيره.

و لو لم يحصل ذلك، و عرف هو صوت العاقد معرفه يزول معها الاشتباه، قيل: لا يقبل، لأن الأصوات تتماثل. و الوجه أنها تقبل، فإن الاحتمال يندفع باليقين، لأننا نتكلم على تقديره.

و الإيقاعات من النكاح و الطلاق و غيرهما، فكذا فى أداء الشهاده، لاشتراك الجميع فى المقتضى، و لحصول الإفهام المعبر، لأنه الفرض.

ثم إن عرف القاضى إشارته عمل بما يعلمه، و إلا افتقر إلى مترجمين يعرفان إشارته، كما يفتقر إليهما لو كان الشاهد أعجمياً و الحاكم لا يعرف لغته.

و حيث يفتقر إلى مترجمين يكونان مخبرين بمعنى إشارته لا- شاهدين على شهادته، فلا- يشترط غيبته عن مجلس الحكم حال ترجمتهما، و لا تعدّ شهادتهما مرتبه أولى حتى تمتنع الثانيه، إلى غير ذلك من الأحكام المترتبه على الشهاده الفرعيه.

قوله: «الثالث: ما يفتقر إلى السماع. إلخ».

هذا هو القسم الثالث، و هو ما يفتقر فى الشهاده به إلى السمع و البصر معا،

و بالجملة: فإنّ الأعمى تصحّ شهادته، متحمّلاً و مؤدياً، عن علمه و عن الاستفاضه فيما يشهد به بالاستفاضه.

و هو الأقوال، فلا بدّ من سماعها و من مشاهدتها قائلها، و ذلك كالنكاح و الطلاق و البيع و جميع العقود و الفسوخ و الإقرار بها، فلا تقبل فيها شهاده الأصمّ الذي لا يسمع شيئاً.

و أمّا الأعمى ففي جواز شهادته اعتماداً على ما يعرفه من الصوت و جهان:

أحدهما: المنع، لأن الأصوات تتشابه، و يتطرّق إليها التخييل (١) و التلبيس.

و الثاني - و هو الأشهر -: القبول، لأنّ الفرض علمه القطعي بالقائل و معرفته إيّاه، و وقوع ذلك أكثرى مشاهد في كثير من العميان، يعلمون القائل بأدنى صوت يظهر منه، و يميّزون بينه و بين غيره ممّن يشبهه صوته، بل ربما يترقّون (٢) إلى المعرفه بدون ذلك. و للإجماع على أن للأعمى أن يطاء حليلته اعتماداً على ما يعرفه من صوتها.

و فرق المانع من شهادته بأن الشهاده مبتيه على العلم ما أمكن، كما تقدّم (٣)، و الوطاء يجوز بالظنّ. و أيضاً فالضروره تدعو إلى تجويز الوطاء، و لا تدعو إلى الشهاده، فإن في البصراء غنيه عنه. و في هذين الجوابين تكلف.

و للعامه في ذلك اختلاف، فمالك (٤) و أحمد (٥) على قبول شهادته كما هو

ص: ٢٤٢

١ - ١) في «م»: التخييل، و في «ت»: التحيل.

٢ - ٢) في الحجرّيتين: يطرّقون.

٣ - ٣) في ص: ٢٢٦.

٤ - ٤) الكافي للقرطبي ٢: ٨٩٨.

٥ - ٥) المغنى لابن قدامه ١٢: ٦٢، الإنصاف ١٢: ٦١.

و لو تحمّل شهادته (١) و هو مبصر ثمّ عمى، فإن عرف نسب المشهود أقام الشهادته. و إن شهد على العين، و عرف الصوت يقينا، جاز أيضا.

أما شهادته على المقبوض (٢) فمأضييه قطعاً.

المشهور عندنا، و الباقيون (١) على المنع.

و قد حكى أن جماعه من الفقهاء القائلين بالمنع من قبول شهادته سألوا رجلاً قائلاً بقبولها عن ذلك، قصداً للتشنيع عليه، فقال: ما قولكم فى أعمى يطاء زوجته و أقرت تحته بدرهم فشهد عليها، أتصدّقونه فى أنه عرفها حتى استباح بضعها، و تقولون إنه لم يعرفها للإقرار بدرهم؟! فانعكس التشنيع.

قوله: «و لو تحمّل شهادته. إلخ».

إذا تحمّل شهادته يحتاج إلى البصر و هو بصير ثمّ عمى، نظر إن تحمّلها على رجل معروف النسب و الاسم لرجل بهذه الصفه فله أن يشهد بعد ما عمى، لحصول العلم بالمشهود له و المشهود عليه. و كذا لو عمى و يد المقرّ فى يده، فشهد عليه لمعروف الاسم و النسب.

و إن لم يكن كذلك بنى على القولين، فإن منعنا من شهادته على الصوت امتنع هنا، لأنه لا- يمكنه تعيين المشهود عليه، و لا الإشارة إلى المشهود له. و إن قبلناها مع العلم فكذا هنا.

قوله: «أما شهادته على المقبوض. إلخ».

هذه الصوره ممّا استثناها القائلون بالمنع من قبول شهادته، و سمّوها الضبطه، و هى أن يضع رجل فمه على أذن الأعمى و يد الأعمى على رأسه، بحيث يتيقن أنه يسمع منه، فيقرّ بطلاق أو عتق أو حقّ لرجل معروف الاسم

ص: ٢٤٣

و تقبل شهادته (١) إذا ترجم للحاكم عبارته حاضر عنده.

و النسب، و يقبضه الأعمى، و لا- يزال يضبطه حتى يشهد بما سمع منه عند الحاكم، فتقبل شهادته على القولين، لحصول العلم بالمشهود له و عليه.

و ربما قيل باطّراد المنع هنا، لأن التصوير المذكور فيه عسر و تدقيق، و اللائق حسم الباب، كما أنّا لا نقبل شهادته الفاسق على الإطلاق، و إن كان قد يغلب على ظننا صدقه في بعض الموارد.

و يضعف بانتفاء المانع في هذه الصورة قطعا، مع وجود المقتضى للقبول.

و دقّه الفرض لا- تدفع الحكم. و تشبيهه بالفاسق الذى يغلب على الظن صدقه فاسدا، لوجود الفارق، و هو أن الفاسق منهى عن الركون إلى قوله مطلقا، لا باعتبار ظن صدقه و عدمه، بل من حيث كونه فاسقا، بخلاف الأعمى، فإن المانع من قبول شهادته عدم علمه بالمشهود عليه و له، لا من حيث هو أعمى، فإذا فرض العلم قبل.

قوله: «و تقبل شهادته. إلخ».

هذه الصورة أيضا مستثناة من شهادته الأعمى على الأقوال على القول بعدم قبولها، فإنه لو شهد عند الحاكم أعمى لا يفهم كلامه، أو أقرّ عنده مقرّ و الأعمى يعرف لغته، فترجمها للحاكم قبلت، لانتفاء المانع حينئذ، إذ الحاكم يعرف المشهود عليه و له، و إنما يشبهه عليه معنى اللفظ الواقع، فشهادته الأعمى بترجمته (١) لا تتوقّف على البصر.

ص: ٢٤٤

الطرف الثالث فى أقسام الحقوق (١) و هى قسمان: حقّ لله سبحانه، و حقّ للآدمى

و الأول منه: حق الله

و الأول منه:

ما لا يثبت إلا بأربعة (٢) رجال: كالزنا و اللواط و السحق. و فى إتيان البهائم قولان، أصحهما ثبوته بشاهدين.

قوله: «فى أقسام الحقوق. إلخ».

جعل العنوان فى أقسام الحقوق ثم جعلها قسمين قد يوهم التنافى، من حيث جعل الجمع الذى أقله ثلاثة شيئين.

و الوجه فيه: أن الأقسام أزيد من ثلاثه كما ستقف عليها، و لكن جعل أصلها قسمين، و قسم كل واحد منهما إلى أقسام. و الكلام فى قوه: أن أقسام الحقوق المتكثره ترجع إلى أمرين، ثم كل منهما ينقسم إلى أقسام.

قوله: «منه ما لا يثبت إلا بأربعة. إلخ».

الغرض من هذا الباب بيان العدد المعترف فى الشهادات، و [بيان] (١) مواضع اعتبار الذكور و عدم اعتبارها.

و اعلم أن قول الشاهد الواحد لا - يكفى للحكم به مطلقا، إلا - ما قيل به فى هلال رمضان. و مسأله الشاهد و اليمين ليست مستثناه، لأن القضاء ليس بالشاهد وحده، بل اليمين إما جزء أو شرط فيه.

ثم للفقهاء فى هذا التقسيم اعتبارات، فالمصنف - رحمه الله - قسم الحقوق قسمين: حقّ لله تعالى، و حقّ للآدمى، ثم قسم كل واحد منهما على حده.

ص: ٢٤٥

و منهم (١) من قسّمها ابتداء إلى الأقسام. وكثيرا ما تتداخل الأقسام في كلامهم، و الأمر سهل.

فمن حقوق الله تعالى الزنا. و فى معناه اللواط و السّحق عندنا. و إنما يثبت بشهاده أربعة رجال، قال الله تعالى وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءِ (٢). و قال تعالى لَوْ لَا جَاءُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءِ (٣). و قال تعالى:

فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ (٤). و قال سعد: «يا رسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا- أمهله حتى آتى بأربعة شهداء؟ قال: نعم» (٥).

قيل: و الحكمه فى اختصاصه بذلك أن الشهاده فيه على اثنين، فاعتبر لكل واحد رجلا. و هذا التعليل مروى (٦) أيضا عن أبى حنيفة روايه عن أبى عبد الله عليه السلام.

و فيه: أن شهاده الاثنين مقبوله على الجماعه إذا شهدا على كل واحد منهم.

و لأنه قد لا يعرفون (٧) أحد الزانين فلا يمكنهم (٨) الشهاده عليه. و فى أخبار (٩) كثيره أن ذلك تعبد محض، و أن فيه دليلا على بطلان القياس، و إلا لكان القتل

ص: ٢٤٦

١- ١) كالشهاده فى الدروس الشرعيّه ١٣٦: ٢.

٢- ٢) النور: ٤.

٣- ٣) النور: ١٣.

٤- ٤) النساء: ١٥.

٥- ٥) مسند أحمد ٢: ٤٦٥، صحيح مسلم ٢: ١١٣٥ ح ١٥، سنن أبى داود ٤: ١٨١ ح ٤٥٣٣، سنن البيهقى ١٠: ١٤٧.

٦- ٦) الكافى ٧: ٤٠٤ ح ٧، التهذيب ٦: ٢٧٧ ح ٦، الوسائل ١٨: ٣٠٢ ب «٤٩» من أبواب الشهادات ح ١.

٧- ٧) كذا فى «د» و فى سائر النسخ: يعرف.

٨- ٨) فى «ت، ط»: يمكنه.

٩- ٩) راجع الوسائل ١٨: ٣٧١ ب «١٢» من أبواب حدّ الزنا.

و يثبت الزنا (١) خاصه: بثلاثه رجال و امرأتين، و برجلين و أربع نساء، غير أن الأخير لا يثبت به الرجم، و يثبت به الجلد، و لا يثبت بغير ذلك.

أولى باعتبار الأربعة، لأنه أفحش.

و اختلفوا في إتيان البهائم هل يتوقف على أربعة رجال أم يكتفى فيه بشاهدين؟ فقليل بالأول، عملا بالأصل، و كونه وطيا محرما في معنى الزنا، و مشتملا على الهتك.

و الأصح ما اختاره المصنف و الأكثر من ثبوته بشاهدين، لأن الشارع جعل ثبوت الأحكام في غير الزنا بشاهدين، لقوله تعالى وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ (١) و قوله تعالى وَ اسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِّنْ رِّجَالِكُمْ (٢). و إتيان البهائم ليس بزنا، و لا يوجب الحد، و إنما يوجب التعزير. و بهذا فارق اللواط و السحوق، فإنهما يوجبان الحد عندنا. و من أوجب بهما التعزير من العامه (٣) أثبتهما بشاهدين. قوله: «و يثبت الزنا الخ».

هاتان صورتان خارجتان عن ظاهر الآيه باشرط أربعة رجال بنص خاص، و غير منافيتين لما دلّت عليه الآيات (٤)، إذ ليس فيها ما يدلّ على الحصر، فإذا ثبت بدليل آخر عمل به.

و مستند الحكم في الأولى روايات كثيره، منها صحيحه عبد الله بن سنان

ص: ٢٤٧

١-١ (١) الطلاق: ٢.

٢-٢ (٢) البقره: ٢٨٢.

٣-٣ (٣) حليه العلماء ٨: ٢٧١، الكافي في فقه أحمد ٤: ٣٤٩-٣٥٠.

٤-٤ (٤) النور: ٤ و ١٣، النساء: ١٥.

قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تجوز شهادة النساء في رؤيه الهلال، ولا تجوز في الرجم شهادة رجلين و أربع نسوه، و يجوز في ذلك ثلاثة رجال و امرأتان» (١).

و حسنه الحلبي عنه عليه السلام قال: «سألته عن شهادة النساء في الرجم، فقال: إذا كان ثلاثة رجال و امرأتان، فإذا كان رجلان و أربع نسوه لم يجوز في الرجم» (٢).

و صحيحه محمد بن مسلم عنه عليه السلام قال: «إذا شهد ثلاثة رجال و امرأتان لم تجز في الرجم» (٣). و غيرها من الأخبار (٤) الكثيره.

و هي مع كثرتها ليس فيها تصريح بثبوت الجلد برجلين و أربع نسوه. لكن الشيخ (٥) و جماعه (٦) استندوا في ثبوته إلى روايه أبان، عن عبد الرحمن، عن الصادق عليه السلام قال: «تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال» (٧). و حيث انتفى الرجم بالأخبار الكثيره ثبت الجلد.

ص: ٢٤٨

-
- ١-١) الكافي ٧:٣٩١ ح ٨، التهذيب ٦:٢٦٤ ح ٧٠٢، الاستبصار ٣:٢٣ ح ٧٠، الوسائل ١٨:٢٦٠ ب «٢٤» من أبواب الشهادات ح ١٠.
 ٢-٢) الكافي ٧:٣٩٠ ح ٣، التهذيب ٦:٢٦٤ ح ٧٠٣، الاستبصار ٣:٢٣ ح ٧١، الوسائل ١٨:٢٥٨ الباب المتقدم ح ٣.
 ٣-٣) التهذيب ٦:٢٦٥ ح ٧٠٨، الاستبصار ٣:٢٤ ح ٧٦، الوسائل ١٨:٢٦٤ الباب المتقدم ح ٢٨.
 ٤-٤) راجع الوسائل: ١٨:٢٥٨ الباب المتقدم ح ٧، ٥، ٤.
 ٥-٥) النهايه: ٣٣٢.
 ٦-٦) السرائر ٢:١٣٧، إصباح الشيعة: ٥٢٨.
 ٧-٧) التهذيب ٦:٢٧٠ ح ٧٢٨، الاستبصار ٣:٣٠ ح ١٠٠، الوسائل ١٨:٢٦٢ ب «٢٤» من أبواب الشهادات ح ٢١.

و فيه نظر، لضعف الطريق عن إثبات مثل ذلك، مع ورود روايات كثيرة (١) بأنه لا تقبل شهادتهم في حدّ، و من ثمّ ذهب جماعة - منهم الصدوقان (٢)، و أبو الصلاح (٣)، و العلامة في المختلف (٤) - إلى عدم ثبوت الحدّ بذلك، عملاً بالأصل، و بأنه لو ثبت الزنا بشهادتهم لثبت الرجم، و التالي باطل، للأخبار (٥) الكثيرة الدالّة على عدم سماع رجلين و أربع نسوة في الرجم، فالمقدّم مثله. و بيان الملازمة دلالة الإجماع على وجوب الرجم على المحضن الزاني، فإن ثبت هذا الوصف ثبت الحكم، و إلا فلا. و هذا [الحكم] (٦) متّجه.

و نبه المصنف - رحمه الله - بقوله: في الزنا خاصّه، على خلاف جماعه من الأصحاب - منهم الصدوق (٧) و ابن الجنيد (٨) - بتعدّي الحكم إلى اللواط و السّحق.

و هو ضعيف، لعدم المقتضى لإلحاقهما بالزنا، مع عموم الأخبار بعدم قبول شهادتهم في الحدّ.

و بقوله: «و لا يثبت بغير ذلك» على خلاف الشيخ في الخلاف (٩)، حيث ذهب إلى ثبوت الحدّ دون الرجم بشهادة رجل واحد و ستّ نساء. و لعلّه استند إلى عموم روايه عبد الرحمن السابقه. و هو شاذّ.

ص: ٢٤٩

١- ١) راجع الوسائل: ١٨: ٢٦٤، الباب المتقدّم ح ٤٢، ٣٠، ٢٩.

٢- ٢) المقنع: ٤٠٢، و حكاة العلامة عنهما في المختلف: ٧١٥.

٣- ٣) الكافي في الفقه: ٤٣٨، ٤٣٦.

٤- ٤) المختلف: ٧١٥.

٥- ٥) راجع الصفحة السابقة.

٦- ٦) من الحجريّتين.

٧- ٧) المقنع: ٤٠٢.

٨- ٨) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧١٥، و الشهيد في الدروس الشرعية ١٣٦: ٢.

٩- ٩) الخلاف ٦: ٢٥١ مسألة (٢).

و منه ما يثبت بشاهدين،(١)و هو ما عدا ذلك،من الجنائيات الموجبه للحدود،كالسرقه و شرب الخمر و الردّه.
و لا يثبت شىء من حقوق الله[تعالى]بشاهد و امرأتين،و لا بشاهد و يمين،و لا بشهاده النساء منفردات و لو كثرن.

و أمّا حقوق الأدمى

اشاره

و أمّا حقوق الأدمى (٢) فثلاثه:

منها، ما لا يثبت إلا بشاهدين

منها، ما لا يثبت إلا بشاهدين.

و هو:الطلاق،و الخلع،و الوكاله،و الوصيه إليه،و النسب،و رؤيه الأهلّه.

و فى العتق،و القصاص،و النكاح،تردّد،أظهره ثبوته بالشاهد و المرأتين.

قوله:«و منه ما يثبت بشاهدين.إلخ».

لا فرق فى حقوق الله تعالى بين كونها مائيه كالزكاه و الخمس و الكفّاره، و غيرها كالحدود.و قد دلّ على عدم قبول شهادتهنّ فى الحدود روايات،و استثنى منها ما تقدّم.

و أمّا حقوق الله المائيه فليس عليها نصّ بخصوصها،لكن لما كان الأصل فى الشهاده شهاده رجلين،و كان مورد الشاهد و اليمين و الشاهد و المرأتين الدّيون و نحوها من حقوق الأدميين،قصر على مورده،و بقى غيره على الأصل.

قوله:«و أمّا حقوق الأدمى.إلخ».

مورد الشاهدين من حقوق الأدمى كلّ ما ليس بمال و لا المقصود منه المال،فمن ثمّ توقفت السّئه الأول على الشاهدين،إذ لا تعلق لها بالمال أصلا.

و لكن اختلف كلام الشيخ فى ثبوت الطلاق بشهاده النساء منضّمات،ففى

الخلاف (١) و النهاية (٢) نصّ على المنع، عملاً بالقاعده، و لورود الروايات (٣) الكثيره به. و قوّى فى المبسوط (٤) قبول شهادتهنّ فيه مع الرجال. و إليه ذهب جماعه (٥) و هو ضعيف.

و أما الخلع، فإن كان مدّعيه المرأه فكالطلاق. و إن كان هو الرجل فهو متضمّن لدعوى المال، و مع ذلك فالمشهور عدم ثبوته بذلك مطلقاً، من حيث تضمّنه البيّنونه، و الحجّه لا تتبعه. و قيل: يثبت من جهه تضمّنه المال، و هو مستلزم للبيّنونه، فيثبت أيضاً لذلك. و لو تضمّن الطلاق عوضاً فكالخلع.

و أما العتق و القصاص و النكاح ففي توقّفها على الشاهدين، أو ثبوتها بالشاهد و اليمين و الشاهد و المرأتين، خلافاً منشؤه اختلاف الروايات فى الأخيرين، و الاعتبار فى الأول، فإن العتق ليس بمال، و إنما هو فكّ ملك، فلا تقبل فيه شهادتهنّ و لا اليمين، و لأنه حقّ لله تعالى، و من رجوعه إلى إزاله المائيه و إثباتها للمملوك. فلذلك اختلف فيه كلام الشيخ و غيره، ففي الخلاف (٦): لا يثبت بشهاده رجل و امرأتين. و قوّى فى المبسوط (٧) القبول. و اختاره المصنف رحمه الله. و الوجه الأول.

ص: ٢٥١

١-١) الخلاف ٦:٢٥٢ مسأله (٤).

٢-٢) التّهايه: ٣٣٢.

٣-٣) راجع الوسائل ١٨:٢٥٨ ب «٢٤» من أبواب الشهادات ح ٨، ٧، ٥، ٤، ٢.

٤-٤) المبسوط ٨:١٧٢.

٥-٥) حكاه العلامه فى المختلف: ٧١٤ عن ظاهر كلام ابن أبى عقيل و ابن الجنيد.

٦-٦) الخلاف ٦:٢٥٢ مسأله (٤).

٧-٧) المبسوط ٨:١٧٢.

و أما النكاح فالمقصود الذاتى منه ليس هو المال، و لكنّه مشتمل عليه من النفقه و المهر و غيرهما، خصوصا من طرف الزوجه، و من ثمّ اختلف فيه.

و اختلف فيه الروايه أيضا، فروى محمد بن الفضيل قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام فقلت: تجوز شهاده النساء فى نكاح أو طلاق أو فى رجم؟ قال:

تجوز شهاده النساء فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه و ليس معهنّ رجل، و تجوز شهادتهنّ فى النكاح إذا كان معهنّ رجل»
(١).

و روى زراره عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن شهاده النساء تجوز فى النكاح؟ قال: نعم، و لا تجوز فى الطلاق» (٢). و مثله روى الكنانى (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام. و روى إبراهيم (٤) الحارثى (٥) عنه عليه السلام.

و هذه الروايات مؤيده للقبول، و إن كان فى طريقها ضعف أو جهاله، فإن محمد بن الفضيل الذى يروى عن الرضا عليه السلام لم ينصّ علماء الرجال عليه بما يقتضى قبول روايته، بل اقتصروا على مجرد ذكره، و الطريق إليه صحيح. و هو أيضا فى طريق روايه الكنانى. و فى طريق روايه زراره سهل بن زياد. و راوى الأخيره مجهول. و على كلّ حال، فهى شاهد قوى لهذا القول.

ص: ٢٥٢

١- ١) الكافى ٧: ٣٩١ ح ٥، الفقيه ٣: ٣١ ح ٩٤، التهذيب ٦: ٢٦٤ ح ٧٠٥، الاستبصار ٣: ٢٣ ح ٧٣، الوسائل ١٨: ٢٥٩ ب «٢٤» من أبواب الشهادات ح ٧.

٢- ٢) الكافى ٧: ٣٩١ ح ٩، التهذيب ٦: ٢٦٥ ح ٧٠٦، الاستبصار ٣: ٢٤ ح ٧٤، الوسائل ١٨: ٢٦٠ الباب المتقدّم ح ١١.

٣- ٣) التهذيب ٦: ٢٦٧ ح ٧١٣، الاستبصار ٣: ٢٧ ح ٨٤، الوسائل ١٨: ٢٦٣ الباب المتقدّم ح ٢٥.

٤- ٤) الكافى ٧: ٣٩٢ ح ١١، التهذيب ٦: ٢٦٥ ح ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٤ ح ٧٥، الوسائل ١٨: ٢٥٩ الباب المتقدّم ح ٥. و فى التهذيبين: إبراهيم الخارقي.

٥- ٥) فى «د، ط»: الخارقي.

و أما جانب المنع فيؤيده روايه السكوني عن الصادق عليه السلام، عن أبيه، عن عليّ عليهما السلام أنه كان يقول: «شهاده النساء لا تجوز في طلاق و لا نكاح و لا في حدود، إلا في الديون، و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه» (١).

و فيها مع ضعف السند إمكان حملها على المنع من قبول شهادتهنّ فيه منفردات، فقد روى (٢) ذلك أيضا.

و بالجمله، فالأخبار مختلفه، و ليس فيها خبر نقيّ (٣)، و الأكثر (٤) دلّ على القبول. و يمكن الجمع بينها بحمل أخبار المنع على ما إذا كان المدعى الزوج، لأنه لا يدعى مالا، و أخبار القبول على ما إذا كان المدعى المرأه، لأن دعواها تتضمن المال من المهر و النفقه. و هذا متّجه.

و أمّا القصاص - أعنى الجنايه الموجهه له - فاختلف كلام الشيخ في حكمه أيضا، ففي الخلاف (٥) منع من قبول شهادتهنّ مع الرجال فيه. و قوى في المبسوط [١] و النهايه (٦) القبول. و عليه الأكثر.

و الأخبار مختلفه أيضا، إلا أن أصحّها و أكثرها دالّ على القبول. فروى

ص: ٢٥٣

١- (١) التهذيب ٦: ٢٨١ ح ٧٧٣، الاستبصار ٣: ٢٥ ح ٨٠، الوسائل ١٨: ٢٦٧ الباب المتقدّم ح ٤٢.

٢- (٢) التهذيب ٦: ٢٨٠ ح ٧٦٩، الاستبصار ٣: ٢٥ ح ٧٩، الوسائل ١٨: ٢٦٦ الباب المتقدّم ح ٣٩.

٣- (٣) كذا في «خ»، و في سائر النسخ: نفي.

٤- (٤) في الحجرّيتين: و الأكثرون على القبول.

٥- (٥) الخلاف ٦: ٢٥٢ مسألة (٤).

٦- (٦) النهايه: ٣٣٣.

جميل بن درّاج و ابن حمران فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «قلنا:

أ تجوز شهادة النساء فى الحدود؟ قال: فى القتل وحده، إن عليّا عليه السلام كان يقول: لا يبطل دم رجل مسلم» (١).

و روى الكنانى عن الصادق عليه السلام قال: «تجوز شهادة النساء فى الدم مع الرجال» (٢).

و عن زيد الشّحام قال: «سألته عن شهادة النساء- إلى أن قال- قلت:

أ فتجوز شهادة النساء مع الرجال فى الدم؟ فقال: نعم» (٣).

و استند المانع إلى القاعده المشهوره بأنه (٤) ليس بمال و لا متضمّن له. و إلى روايه ربيعى عن الصادق عليه السلام قال: «لا تجوز شهادة النساء فى القتل» (٥).

و روايه محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام قال: «لا تجوز شهادتهنّ فى الطلاق و لا فى الدم» (٦).

و أوجب بحملها على شهادتهنّ منفردات جمعاً، أو أنه لا يثبت القود بشهادتهنّ، بل تجب الديه.

و اعلم: أن محلّ الاشكال شهادتهنّ منضمّات إلى الرجال، أما على الانفراد

ص: ٢٥٤

١- (١) الكافى ٧: ٣٩٠ ح ١، التهذيب ٦: ٢٦٦ ح ٦، الاستبصار ٣: ٢٦ ح ٨٢، الوسائل ١٨: ٢٥٨ ب «٢٤» من أبواب الشهادات ح ١.

٢- (٢) التهذيب ٦: ٢٦٧ ح ٦، الاستبصار ٣: ٢٧ ح ٨٤، الوسائل ١٨: ٢٦٣ الباب المتقدّم ح ٢٥.

٣- (٣) التهذيب ٦: ٢٦٦ ح ٦، الاستبصار ٣: ٢٧ ح ٨٣، الوسائل ١٨: ٢٦٤ الباب المتقدّم ح ٣٢.

٤- (٤) فى «خ، د»: فإنه.

٥- (٥) التهذيب ٦: ٢٦٧ ح ٦، الاستبصار ٣: ٢٧ ح ٨٧، الوسائل ١٨: ٢٦٣ الباب المتقدّم ح ٢٧.

٦- (٦) الكافى ٧: ٣٩١ ح ٥، الفقيه ٣: ٣١ ح ٩٤، التهذيب ٦: ٢٦٤ ح ٦، الاستبصار ٣: ٢٣ ح ٧٣، الوسائل ١٨: ٢٥٩-٢٦٠ الباب

المتقدّم ح ٧.

و منها: ما يثبت بشاهدين، و شاهد و امرأتين، و شاهد و يمين

و منها: ما يثبت بشاهدين، (١) و شاهد و امرأتين، و شاهد و يمين.

و هو: الديون، و الأموال، كالقرض و القراض و الغصب، و عقود المعاوضات: كالبيع، و الصرف، و السلم، و الصلح، و الإجازات، و المساقاة، و الرهن، و الوصية له، و الجنايه التي توجب الديه. و في فلا تقبل شهادتهنّ قطعاً. و شدّ قول أبي الصلاح (١) يقبول شهاده امرأتين في نصف ديه النفس و العضو و الجراح، و المرأه الواحده في الربع.

و أن إطلاق (٢) الخلاف في القصاص و حكمه بثبوته بشاهد و امرأتين يقتضى ثبوت القود بذلك، لأن ذلك هو مقتضاه. و بهذا المعنى صرح كثير (٣) من الأصحاب ممّن حكينا عنه سابقاً القول به و غيره. و كذلك مقتضى الروايات الدالّه عليه.

و ذهب جماعه (٤) -منهم الشيخ في النهايه (٥)- إلى أنه يثبت بشهاده المرأتين مع الرجل الديه دون القود. و كأنّه جمع [به] (٦) بين الأخبار، بحمل ما دلّ على عدم ثبوته على القود، و ما دلّ عليه على الدابه.

و المصنف -رحمه الله- مع حكمه هنا بثبوته بذلك أنكر الأمرين في كتاب القصاص (٧)، و جزم بعدم ثبوته بشاهد و امرأتين، و نسب القول بثبوت الديه إلى الشذوذ، مع أنه قول كثير من الأصحاب.

قوله: «و منها ما يثبت بشاهدين. إلخ».

ضابط هذا القسم ما كان متعلّق الشهاده مالا أو كان المقصود منه المال،

ص: ٢٥٥

١-١ (١) الكافي في الفقه: ٤٣٩.

٢-٢ (٢) في الحجريّتين: إطلاقه.

٣-٣ (٣) لم نظفر على من صرح بذلك من الأصحاب، راجع المختلف: ٧١٤.

٤-٤ (٤) الكافي في الفقه: ٤٣٦، المهذب ٥٥٨: ٢، المختلف: ٧١٤.

٥-٥ (٥) النهايه: ٣٣٣.

٦-٦ (٦) من «ت» و الحجريّتين.

٧-٧ (٧) شرائع الإسلام ٢٢٤: ٤.

الوقف تردّد، أظهره أنه يثبت بشاهد و امرأتين و بشاهد و يمين.

كالأعيان و الديون و العقود المائيه، فيثبت بشاهد و امرأتين كما يثبت برجلين. قال الله تعالى وَ اسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ (١). و قد تقدّم (٢) أن مثل ذلك يثبت بشاهد و يمين بالروايه، و لا يثبت بشهاده النساء و حدهنّ.

فمن هذا القسم: البيع، و الإقاله، و الردّ بالعيب، و الرهن، و الحواله، و الضمان، و الصلح، و القرض، و القراض، و الشفعه، و الإجاره، و المزارعه، و المساقاه، و الهبه، و الإبراء، و المسابقه، و الوصيّه بالمال، و الصداق فى النكاح، و الوطاء بالشبهه، و الغصب، و الإتلاف.

و الجنائيات التى لا توجب إلا المال، كالقتل الخطأ، و قتل الصبىّ و المجنون، و قتل الحرّ العبد، و المسلم الذمى، و الوالد الولد، و السرقة التى لا قطع فيها، و المال خاصّه فيما فيه القطع.

و كذلك حقوق الأموال و العقود، كالخيار، و شرط الرهن، و الأجل. و فى الأجل احتمال، من حيث إنه ضرب سلطنه فكان كالوكاله. و منها قبض الأموال، و من جملتها نجوم الكتابه.

نعم، فى النجم الأخير و جهان:

أحدهما: أنه لا يثبت إلا برجلين، بناء على أن العتق لا يثبت إلا بهما، لتعلق العتق به. و به جزم فى التحرير (٣).

ص: ٢٥٦

١- (١) البقره: ٢٨٢.

٢- (٢) فى ج ٥١٠: ١٣.

٣- (٣) تحرير الأحكام ٢: ٢١٢.

و أصحّهما: أنه كسائر النجوم، لأن العتق يحصل بالكتابة، و إذا جمع النجوم فالأخير منها تمام السبب لا السبب التام للعتق، فلا فرق بينه و بين غيره. و هذا هو الذى اختاره الشيخ (١) و جماعه (٢). و توقّف فى القواعد (٣).

و منه طاعه المرأة لاستحقاق النفقه، و قتل الكافر لاستحقاق السلب، و أزمان الصيد لتملّكه، و عجز المكاتب عن النجوم. و متعلّق الشهاده فى هذه الأربعه ليس مالا و لكن المقصود منه المال.

و اختلف فى الوقف، بناء على أنه هل ينتقل إلى الله تعالى، أو إلى الموقوف عليه، أو يبقى على ملك المالك؟ فعلى الثانى يثبت بالشاهد و المرأتين [مطلقا] (٤) و بالشاهد و اليمين، لا على الأول، لأنه ليس بمال للموقوف عليه، بل له الانتفاع به فقط.

و الأقوى ثبوته بالشاهد و المرأتين مطلقا، و بالشاهد و اليمين إن كان على محصور، لتمكّن حلفه. و قد تقدّم (٥) البحث فيه فى باب الشاهد و اليمين.

و من هذا القسم ما لو مات سيّد المدبّر، فادّعى الوارث أنه كان قد رجع عن التدبير حيث يجوز الرجوع، فإنه يثبت دعواه برجل و امرأتين و بشاهد و يمين، لأنه يدّعى مالا.

ص: ٢٥٧

١-١) المبسوط ١٧٢: ٨.

٢-٢) الدروس الشرعيّه ١٣٨: ٢.

٣-٣) قواعد الأحكام ٢٣٩: ٢.

٤-٤) من «أ، د».

٥-٥) فى ج ٥١٤: ١٣.

الثالث: ما يثبت (١) بالرجال و النساء، منفردات و منضّمات.

و هو: الولاده و الاستهلال، و عيوب النساء الباطنه. و فى قبول شهاده النساء منفردات فى الرضاع خلاف، أقربه الجواز.

و تقبل (١) شهاده امرأتين مع رجل، فى الديون و الأموال، و شهاده امرأتين مع اليمين. و لا تقبل فيه شهاده النساء منفردات و لو كثرن.

و لو توافق الزوجان على الطلاق، و قال الزوج: طلقتك على كذا، و قالت:

بل مجانا، تثبت دعوى الزوج (٢) أيضا بهما. و كذا لو قال لعبدته: أعتقتك على كذا، فقال: بل مجانا.

قوله: «الثالث: ما يثبت. إلخ».

ضابط هذا القسم: ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالبا. و ذلك: كالولاده، و البكاره، و الثوبه، و عيوب النساء الباطنه، كالرتق و القرن و الحيض، و استهلال المولود، و أصله الصوت عند ولادته، و المراد منه ولادته حيا ليرث.

و احترز بالباطنه عن مثل العرج و الجذام فى الوجه و إن كانت حرّه، لأنه ليس من العوره.

و اختلف فى الرضاع، و الأظهر أنه كذلك، لأنه أمر لا يطّلع عليه الرجال غالبا، فمست الحاجة إلى قبول شهادتهنّ فيه، كغيره من الأمور الخفيّه على الرجال من عيوب النساء و غيرها، و للأخبار الكثيره عن الصادق عليه السلام أن

ص: ٢٥٨

١ - ١) لم ترد العبارة: «و تقبل شهاده امرأتين - إلى - و لو كثرن» فى متن نسخ المسالك الخطيه، و وردت فى النسخه الخطيه المعتمده من الشرائع، و كذا فى الشرائع الحجرية، و فى الجواهر «١٧٣: ٤١»: أن الشارح الشهيد «قدّس سرّه» لم يشرحها فى المسالك، و لعلّه لسقوطها من نسخته.

٢ - ٢) فى «أ»: الزوجه، و فى «ث»: الزوجيه.

و تقبل شهادة المرأة (١) الواحدة: في ربع ميراث المستهل، وفي ربع الوصية. وكل موضع تقبل فيه شهادة النساء لا يثبت بأقل من أربع.

شهادة النساء تقبل فيما لا يجوز للرجال النظر إليه (١).

و يؤيده ظاهر روايه ابن بكير، عن بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السلام: «في امرأة أرضعت غلاما و جاريه، قال: يعلم ذلك غيرها؟ قلت: لا، قال: لا تصدق إن لم يكن غيرها» (٢). و مفهوم الشرط أنها تصدق حيث يعلم بذلك غيرها، لأن عدم الشرط يقتضى عدم المشروط و هو عدم التصديق، فيثبت نقيضه و هو التصديق.

و قال الشيخ في الخلاف (٣) و موضع من المبسوط (٤)، و ابن إدريس (٥)، و نجيب الدين يحيى بن سعيد (٦)، و الأكثر: إنه لا تقبل فيه شهادة النساء، لأصالة الإباحة. و لا يخفى ضعف الأصالة مع معارضة الشهادة.

قوله: «و تقبل شهادة المرأة. الخ».

حيث تقبل شهادة النساء منفردات يعتبر كونهن أربعاً، لما عهد من عادة الشارع في باب الشهادات من اعتبار المرأتين برجل، و الأمر بإشهاد رجلين أو رجل و امرأتين.

و استثنى من ذلك أمران بنص خاص، و هما: الوصية بالمال، و ميراث

ص: ٢٥٩

١- ١) راجع الوسائل ١٨: ٢٥٨ ب «٢٤» من أبواب الشهادات ح ٩، ٧، ٥، ٤ و غيرها.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٢٣ ح ١٣٣٠، الوسائل ١٤: ٣٠٤ ب «١٢» من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ٣.

٣- ٣) الخلاف ٦: ٢٥٧ مسألة (٩).

٤- ٤) المبسوط ٥: ٣١١.

٥- ٥) السرائر ٢: ١٣٧.

٦- ٦) الجامع الشرائع: ٥٤٣.

المستهل. فيثبت جميع المشهود به بشهادة أربع، وثلاثة أرباعه بشهادة ثلاث، و نصفه باثنتين، و ربعه بواحدة.

و المستند صحيحه ربيعى عن أبى عبد الله عليه السلام فى شهاده امرأه حضرت رجلا يوصى، فقال: «يجوز ربع ما أوصى بحساب شهادتها» (١).

و صحيحه عمر بن يزيد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات و ترك امرأته و هى حامل، فوضعت بعد موته غلاما، ثم مات الغلام بعد ما وقع إلى الأرض، فشهدت المرأة التى قبلتها أنه استهل و صاح حين وقع إلى الأرض ثم مات، قال: على الإمام أن يجيز شهادتها فى ربع ميراث الغلام» (٢).

و فى روايه ابن سنان عنه عليه السلام: «قلت: فإن كانتا امرأتين؟ قال:

تجوز شهادتهما فى النصف من الميراث» (٣). و غيرها من الأخبار (٤).

و فى ثبوت النصف بشهاده الرجل، لكونه بمنزله امرأتين، أو الربع لعدم النص عليه، و كونه المتيقن، إذ لا يقصر عن امرأه، أو لا يثبت به شىء أصلا، و قوفا فيما خالف الأصل على مورده، أو جه أوجودها الوسط.

و ليس للمرأة تضعيف الحق ليصير ما يثبت بشهادتها مقدار الحق. فلو فعلت ذلك جاز للمشهود له أخذه إن علم بأصل الحق، و إلا فلا. و الخثى هنا كالمراه.

ص: ٢٦٠

١- ١) الكافى ٧: ٤ ح ٤، التهذيب ٩: ١٨٠ ح ٧١٩، الوسائل ١٣: ٣٩٥ ب «٢٢» من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

٢- ٢) الكافى ٧: ٣٩٢ ح ١٢، التهذيب ٦: ٢٦٨ ح ٧٢٠، الاستبصار ٣: ٢٩ ح ٩٢، الوسائل ١٨: ٢٥٩ ب «٢٤» من أبواب الشهادات ح ٦.

٣- ٣) الكافى ٧: ١٥٦ ح ٤، التهذيب ٦: ٢٧١ ح ٧٣٦، الاستبصار ٣: ٣١ ح ١٠٤، الوسائل ١٨: ٢٦٧ الباب المتقدم ح ٤٥.

٤- ٤) راجع الوسائل ١٣: ٣٩٥ ب «٢٢» من أبواب أحكام الوصايا.

الأولى: الشهادة ليست شرطا في شيء من العقود إلا في الطلاق

الأولى: الشهادة ليست شرطا (١) في شيء من العقود إلا في الطلاق.

و يستحب في النكاح، و الرجعه، و كذا في البيع.

و قال المفيد: «يقبل: في عيوب النساء، و الاستهلال، و النفاس، و الحيض، و الولاده، و الرضاع، شهادة امرأتين مسلمتين، و إذا لم يوجد إلا شهادة امرأه واحده مأمونه قبلت شهادتها فيه» (١). و تبعه سائر (٢).

و المستند صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام: «أنه سأله عن شهادة القابله في الولاده، فقال: تجوز شهاده الواحده» (٣).

و أجاب في المختلف (٤) بالقول بالموجب، فإنه يثبت بشهاده الواحده الربع، مع أنه لا يدل على حكم غير الولاده. و ابن أبي عقيل (٥) خصّ القبول بالواحد بالاستهلال، عملا بظاهر الخبر.

قوله: «الشهادة ليست شرطا. إلخ».

الإشهاد مستحب في البيع، لقوله تعالى وَ أَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ (٦)، و في النكاح و الرجعه، للأخبار (٧) الواردة بذلك، و قد تقدمت (٨) في بابها. و لا يجب في

ص: ٢٤١

١-١) المقنعه: ٧٢٧.

٢-٢) المراسم: ٢٣٣.

٣-٣) الكافي ٧: ٣٩٠ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٦٩ ح ٦٧٢٣، الاستبصار ٣: ٢٩ ح ٩٥، الوسائل ١٨: ٢٥٨ ب «٢٤» من أبواب الشهادات ح ٢.

٤-٤) المختلف: ٧١٦.

٥-٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧١٦، و لكن عمم الحكم في الولاده و في الصبيّ صاح أو لم يصح.

٦-٦) البقره: ٢٨٢.

٧-٧) الوسائل ١٤: ٦٧ ب «٤٣» من أبواب مقدّمات النكاح، و ج ١٥: ٣٧١ ب «١٣» من أبواب أقسام الطلاق.

٨-٨) في ج ٧: ١٨، و ج ٩: ١٨٨.

الثانية: حكم الحاكم (١) تبع للشهادة، فإن كانت محقّه نفذ الحكم باطنا و ظاهرا، وإلا نفذ ظاهرا.

و بالجمله الحكم ينفذ عندنا ظاهرا لا باطنا. و لا يستبيح المشهود له ما حكم له، إلا مع العلم بصحّه الشهاده أو الجهل بحالها.

شئ من العقود و غيرها، عملا بالأصل، و ضعف الدليل الموجب. و قد تقدّم البحث فى ذلك مرارا.

قوله: «حكم الحاكم الخ».

أطبق علماؤنا و أكثر الجمهور على أن الحكم لا ينفذ إلا ظاهرا، و أما باطنا فيتبع الحقّ، فلا يستبيح المحكوم له أخذ المحكوم به مع علمه بعدم الاستحقاق، لأصالة بقاء الحقّ على أصله، و الحلّ و الحرمة كذلك. و قد روى عن النبىّ صلّى الله عليه و آله أنه قال: «إنما أنا بشر مثلكم، و إنكم تختصمون إلينى، و لعلّ بعضكم ألحن بحجّته من بعض، فأقضى له نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حقّ أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعه من النار» (١). أخرجه أصحاب السنن السبعة.

و خالف فى ذلك أبو حنيفة (٢)، فحكم باستباحه المحكوم له و إن علم بطلانه، سواء فى ذلك المال أو البضع.

و قول المصنف: «أو الجهل بحالها» يندرج فيه ما إذا شهد لشخص شاهدان بحقّ، إما لكونه متروكا له من مورثه، أو له مع احتمال نسيانه، فإنه يستبيح أخذه

ص: ٢٤٢

١ - ١) صحيح البخارى ٢٣٥:٣-٢٣٦، سنن ابن ماجه ٢:٧٧٧ ح ٢٣١٧، سنن أبى داود: ٣:٣٠١ ح ٣٥٨٣، سنن الترمذى ٣:٦٢٤ ح

١٣٣٩. سنن النسائى ٨:٢٣٣، سنن الدار قطنى ٤:٢٣٩ ح ١٢٧، سنن البيهقى ١٠:١٤٩.

٢ - ٢) المبسوط للسرخسى ١٦:١٨٠.

الثالثه: إذا دعى من له أهليته التحمّل وجب عليه

الثالثه: إذا دعى (١) من له أهليته التحمّل وجب عليه. وقيل: لا يجب.

و الأول مروى. و الوجوب على الكفایه. و لا يتعين إلا مع عدم غيره ممن يقوم بالتحمّل.

أمّا الأداء فلا خلاف فى وجوبه على الكفایه، فإن قام غيره سقط عنه. و إن امتنعوا لحقهم الذمّ و العقاب.

و لو عدم الشهود إلا اثنان، تعين عليهما. و لا يجوز لهما التخلّف، إلا أن تكون الشهاده مضرّه بهما ضررا غير مستحقّ.

مع (١) الحكم بشهادتهما، ما لم يعلم فساد ذلك، بأن يتجدّد براءه المشهود عليه من غير أن يعلم به الشهود، و نحو ذلك، فلا يستبيح الأخذ، لعلمه بفساد الحكم.

و لو توقّف الحكم على يمينه، لكون الشهاده على ميّت أو ما ألحق به، أو كون الشاهد واحدا، لم يجز له الحلف إلا - مع العلم بالحال، لأن استباحه الأخذ مترتب على حكم الحاكم، و حكمه مترتب على يمينه، و ليس له الحلف بدون العلم بالحال.

قوله: «إذا دعى. إلخ».

الكلام هنا فى أداء الشهاده آخرا و تحمّلها أولا. أما الأول فلا - خلاف فى وجوبه و تحريم الامتناع منه، قال تعالى وَ لَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَ مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ (٢).

و روى عن الباقر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: من كتم شهاده، أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم، أو ليزوى مال امرء مسلم، أتى

ص: ٢٤٣

١- ١) فى «أ، ث، خ»: من الحاكم.

٢- ٢) البقره: ٢٨٣.

يوم القيامة و لوجهه ظلمه مدّ البصر، و فى وجهه كدوح، تعرفه الخلائق باسمه و نسبه، و من شهد شهاده حقّ ليحيى بها حقّ امرئ مسلم أتى يوم القيامة و لوجهه نور مدّ البصر، تعرفه الخلائق باسمه و نسبه، ثمّ قال أبو جعفر عليه السلام: ألا ترى أن الله تعالى يقول وَ أَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ «(١)».

و وجوبه على الكفايه إن زاد الشهود عن العدد المعتبر فى ثبوت الحقّ، و إلا- فهو عينى، و إن كان الجميع فى الأصل كفايًّا، لأن الواجب الكفائى إذا انحصر فى فرد كان كالعينى.

و المشهور عدم الفرق فى الوجوب بين من استدعى و غيره، لعموم الأدلّه، و أنها أمانه حصلت عنده فوجب عليه الخروج منها، كما أن الأمانات المائيه تاره تحصل عنده بقبولها كالوديعة، و تاره بغيره كتطير الريح.

و ذهب جماعه (٢)- منهم الشيخ (٣) و ابن الجنيد (٤) و أبو الصلاح (٥)- إلى عدم الوجوب إلا مع الاستدعاء، لصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهاده و لم يشهد عليها إن شاء شهد، و إن شاء سكت (٦)».

و سأله أيضا عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهاده على ما

ص: ٢٦٤

-
- ١- ١) الكافى ٧: ٣٨٠ ح ١، الفقيه ٣: ٣٥ ح ١١٤، التهذيب ٦: ٢٧٦ ح ٧٥٦، الوسائل ١٨: ٢٢٧ ب «٢» من أبواب الشهادات ح ٢. و الآيه فى سوره الطلاق: ٢.
- ٢- ٢) المهذب ٢: ٥٦٠.
- ٣- ٣) النّهايّه: ٣٣٠.
- ٤- ٤) حكاه عنه فخر المحقّقين فى إيضاح الفوائد ٤: ٤٤١.
- ٥- ٥) الكافى فى الفقه: ٤٣٦.
- ٦- ٦) الكافى ٧: ٣٨٢ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٥٨ ح ٦٧٨، الوسائل ١٨: ٢٣١ ب «٥» من أبواب الشهادات ح ١.

يسمع منهما، قال: ذاك إليه إن شاء شهد و إن شاء لم يشهد، فإن شهد شهد بحق قد سمعه، و إن لم يشهد فلا شيء عليه، لأنهما لم يشهداه» (١).

و حسنه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهاده و لم يشهد عليها، فهو بالخيار إن شاء شهد و إن شاء سكت، و إذا أشهد لم يكن له إلا أن يشهد» (٢). و غيرها من الأخبار (٣). و لأنه لم يؤخذ منه التزام، بخلاف ما إذا تحمّل قصدا، فإنه يكون ملتزما كضمان الأموال.

و فى المختلف (٤) جعل النزاع لفظيا لا معنويا، نظرا إلى أنه فرض كفايه، فيجوز تركه إذا قام غيره مقامه، و لو لم يتم غيره مقامه و خاف لحوق ضرر بإبطال الحقّ و جب عليه إقامة الشهاده، و لا يبقى فرق بين أن يشهد من غير استدعاء و بين أن يشهد معه.

و فيه نظر، لأن الأخبار المذكوره مفضيّه و مصرّحه بالفرق بين من يستدعى و بين من لا يستدعى، و أنه يتعين على المستدعى الشهاده، مع أن الوجوب حينئذ كفائى اتفاقا و إن عرض له التعيين. و على ما ذكره فى المختلف من المعنى لا- يبقى فرق بين الحالين، و لا يبقى للتفصيل فى الأخبار فائده أصلا. و لا وجه لهذا التكلف الذى لا يساعد عليه الكلام. و الحقّ أن النزاع معنوى صرف.

و لو لم يعلم صاحب الحقّ بشهاده الشهود، إما لكونه قد نسى الاستدعاء، أو لكون المستدعى مورّثه، أو مطلقا على المشهور، و جب عليهم تعريفه مع

ص: ٢٤٥

١- (١) الكافى ٧: ٣٨٢ ح ٦، التهذيب ٦: ٢٥٨ ح ٦٧٧، الوسائل ١٨: ٢٣٢ الباب المتقدّم ح ٥.

٢- (٢) الكافى ٧: ٣٨١ ح ١، التهذيب ٦: ٢٥٨ ح ٦٧٩، الوسائل ١٨: ٢٣١ الباب المتقدّم ح ٢.

٣- (٣) راجع الوسائل ١٨: ٢٣١ الباب المتقدّم.

٤- (٤) المختلف: ٧٢٥.

خوفهم من بطلان الحقّ. و يجب كفايه مع زيادتهم عن العدد إعلام العدد الذى يثبت به الحقّ.

و لو لم يكونوا عدولا، فإن أمكن ثبوت الحقّ بشهادتهم و لو عند حاكم الجور و جب أيضا، و إلا ففى الوجوب و جهان، من عدم الفائدة، و توقّع العدالة.

و قرّب فى الدروس (١) الوجوب.

و لو كان أحدهما عدلا و جب عليه قطعا، رجاء أن يحلف معه إن أمكن، بأن يكون عالما بالحقّ، و إلا ففى الوجوب نظر، لعدم الفائدة. و يمكن الوجوب مطلقا، رجاء أن يكون له شاهد آخر لا يعلم به فيثبت الحقّ بهما.

و أما الثانى، و هو تحمّل الشهادة ابتداء، فالمشهور و المروى و جوبه أيضا على الكفايه كالأداء، لقوله تعالى وَ لَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا (٢)، الشامل بعمومه الأمرين، أو لاختصاصه بهذه الحالة، فقد روى هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام: «فى قول الله عزّ و جلّ وَ لَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا، قال: قبل الشهادة، و قوله تعالى وَ مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ (٣)، قال: بعد الشهادة» (٤). و هو نصّ فى الباب، و تصريح بحمل الآية على حاله التحمّل.

و لصحيحه أبى الصباح الكنانى عن الصادق عليه السلام: «فى قوله تعالى:

وَ لَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا قال: لا ينبغى لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد

ص: ٢٤٤

١-١) الدروس الشرعيّه ١٣٥:٢.

٢-٢) البقره: ٢٨٢.

٣-٣) البقره: ٢٨٣.

٤-٤) الكافى ٣٨١:٧ ح ٢، الفقيه ٣٤:٣ ح ١١٢، التهذيب ٢٧٥:٦ ح ٧٥٠، الوسائل ٢٢٥:١٨ ب «١» من أبواب الشهادات ح ١.

عليها أن يقول: لا- أشهد لكم عليها» (١). و«لا- ينبغى» وإن كان ظاهره الكراهه إلا- أنه فسّر به النهى فى الآيه، والأصل فيه التحريم، فيحمل التفسير عليه.

و رواه جرّاح المدائنى عنه عليه السلام قال: «إذا دعيت إلى الشهاده فأجب» (٢).

و صحيحه محمد بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام: «فى قول الله تعالى وَ لا- يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذْ ما دُعُوا فقال: إذا دعاك الرجل لتشهد على دين أو حقّ لم يسع لك أن تقاعس عنه» (٣).

و غيرها من الأخبار (٤) الكثيره الدالّه بعمومها أو إطلاقها على المطلوب.

ولأنه من الأمور الضروريّه التى لا- ينفكّ الإنسان عنها، لوقوع الحاجه إلى المعاملات و المناكحات، فوجب فى الحكمه إيجاب ذلك لتحسم مادّه النزاع المترتب على تركه غالباً.

و ذهب ابن إدريس (٥)- رحمه الله- إلى عدم الوجوب، عملاً بالأصل، و طعنا فى الأخبار و دلالة الآيه، لأن إطلاق الشهداء حقيقه بعد تحمّل الشهاده، فتكون مخصوصه بالأداء، و إلا لزم المجاز أو الاشتراك.

ص: ٢٦٧

١- ١) الكافى ٧: ٣٧٩- ٣٨٠ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٧٥ ح ٦٥١، الوسائل ١٨: ٢٢٥ الباب المتقدّم ح ٢.

٢- ٢) الكافى ٧: ٣٨٠ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٧٥ ح ٧٥٢، الوسائل ١٨: ٢٢٥ الباب المتقدّم ح ٣.

٣- ٣) الكافى ٧: ٣٨٠ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٧٦ ح ٦٥٤، الوسائل ١٨: ٢٢٦ الباب المتقدّم ح ٧.

٤- ٤) راجع الوسائل ١٨: ٢٢٥ ب «١» من أبواب الشهادات.

٥- ٥) السرائر ٢: ١٢٥- ١٢٦.

و أجب (1): «بأنها وردت في معرض الإرشاد بالإشهاد، لأنه تعالى أمر (2) بالكتابة حال المدائنه، ونهى الكاتب عن الإباء، ثم أمر بالإشهاد، ونهى الشاهد عن الإباء». فكان سياق الآية يقتضى إرادته هذا المعنى، مضافاً إلى تفسيره به في الرواية المعتبره. ولأنه لا يشترط ثبوت المعنى المشتق منه في صحه الاشتقاق.

و فيه نظر.

و اعلم أن إطلاق الأصحاب و الأخبار يقتضى عدم الفرق فى التحمل و الأداء بين كونه فى بلد الشاهد و غيره ممّا [لا] (3) يحتاج إلى سفر، و لا بين السفر الطويل و القصير مع الإمكان. هذا من حيث السعى. أما المئونه المحتاج إليها فى السفر من الركوب و غيره فلا يجب على الشاهد تحمّلها، بل إن قام بها المشهود له و إلا سقط الوجوب، فإن الوجوب فى الأمرين مشروط بعدم توجه ضرر على الشاهد غير مستحق، و إلا سقط الوجوب.

و احترز بالمستحقّ عمّا لو كان للمشهود عليه حقّ على الشاهد يناقشه عليه على تقدير الشهاده، و يمهله به أو يسامحه بدونها، فلا يعدّ ذلك عذراً، لأنه مستحقّ مع قدرته على الوفاء لا بدونه.

ص: ٢٤٨

١- (١) المختلف: ٧٢٢.

٢- (٢) البقره: ٢٨٢.

٣- (٣) من «ط» و الحجرّيتين.

الطرف الرابع فى الشهاده على الشهاده

الطرف الرابع فى الشهاده على الشهاده (١) وهى مقبولة: فى حقوق الناس، عقوبه كانت كالقصاص، أو غير عقوبه، كالطلاق و النسب و العتق، أو مالا- كالقراض و القرض و عقود المعاوضات، أو مالا- يطلع عليه الرجال غالبا، كعيوب النساء و الولاده و الاستهلال.

و لا تقبل فى الحدود، سواء كانت لله محضا، كحدّ الزنا و اللواط و السّحق، أو مشتركه، كحدّ السرقة و القذف على خلاف فيهما.

قوله: «فى الشهاده على الشهاده. إلخ».

الشهاده على الشهاده مقبولة مرّه واحده فى الجملة إجماعا، لعموم:

وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ (١). و خصوص قول أبى جعفر عليه السلام فى روايه محمد بن مسلم حيث سأل عن: «الشهاده على شهاده الرجل و هو بالحضره فى البلد، قال: نعم، و لو كان خلف ساريه، إذا كان لا يمكنه أن يقيمها هو لعلّه تمنعه من أن يحضر و يقيمها» (٢). و لدعاء الحاجه إليها، فإن شهود الواقعة قد يغيبون أو يموتون. و لأنّ الشهاده حقّ لازم الأداء، فتجوز الشهاده عليه كسائر الحقوق.

و محلّها ما عدا الحدود إجماعا، سواء فى ذلك الأموال و الأنكحه و العقود و الإيقاعات و الفسوخ و غيرها، و سواء كانت حقّ الآدميين أم حقّ الله تعالى، كالزكوات و أوقاف المساجد و الجهات العامّه و الأهلّه، كهلال رمضان و غيره.

ص: ٢٦٩

١-١ (١) البقره: ٢٨٢.

٢-٢ (٢) الفقيه ٣: ٤٢ ح ١٤١، التهذيب ٦: ٢٥٦ ح ٦٧٢، الاستبصار ٣: ٢٠ ح ٥٩، الوسائل ١٨: ٢٩٧ ب «٤٤» من أبواب الشهادات ح ١.

و لا بدّ أن يشهد اثنان(١) على الواحد، لأن المراد إثبات شهاده الأصل، و هو لا يتحقّق بشهاده الواحد.

و أما الحدود، فإن كانت مختصّه باللّه - كحدّ الزنا - لم تسمع إجماعاً. و إن كانت مشتركه - كحدّ السرقة و القذف - فالمشهور بين الأصحاب أن الحكم فيها كغيرها من الحدود، لإطلاق النصوص بعدم قبولها في الحدّ، كروايه طلحه بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام: «أنه كان لا يجيز شهاده على شهاده في حدّ» (١). و مثله روى غياث بن (٢) إبراهيم [عنه] (٣) عن عليّ عليه السلام.

و الطريق فيهما ضعيف، لكنهما مؤيدتان - مع الشهره - بأن الحدود تدرأ بالشبهات. و قيام البدل مقام المبدل لا يخلو من شبهه.

و قال الشيخ في موضع من المبسوط (٤) و ابن حمزه (٥) بجوازها فيهما (٦)، ترجيحاً لحقّ الآدمي، و أخذاً بالعموم.

و هذا أجود، لعدم دليل صالح للتخصيص فيهما. و هو اختيار الشهيد في الشرح (٧).

قوله: «و لا بدّ أن يشهد اثنان. إلخ».

و تبه المصنف بقوله: «عقوبه كالقصاص. إلخ» على خلاف بعض

ص: ٢٧٠

١ - ١) التهذيب ٢: ٢٥٥ ح ٦٦٧، الوسائل ١٨: ٢٩٩ ب «٤٥» من أبواب الشهادات ح ١.

٢ - ٢) الفقيه ٣: ٤١ ح ١٤٠، التهذيب ٦: ٢٥٦ ح ٦٧١، الوسائل ١٨: ٢٩٩ الباب المتقدّم ح ٢.

٣ - ٣) من «ت، ط».

٤ - ٤) المبسوط ٨: ٢٣١، لكن حكم بجوازها في القذف دون السرقة.

٥ - ٥) الوسيله: ٢٣٣.

٦ - ٦) في «ت، ث»: فيها.

٧ - ٧) غايه المراد: ٣٣٢.

فلو شهد على كل واحد اثنان صحّ. وكذا لو شهد اثنان، على شهادة كل واحد من شاهدي الأصل. وكذا لو شهد شاهد أصل، وهو مع آخر على شهادة أصل آخر.

وكذا لو شهد اثنان على جماعه، كفى شهادة الاثنين على كل واحد منهم. وكذا لو كان شهود الأصل شاهداً وامرأتين، فشهد على شهادتهما اثنان، أو كان الأصل نساء ممّا تقبل فيه شهادتهنّ منفردات، كفى شهادة اثنتين عليهنّ.

العامة (١)، حيث نفاها في العقوبات كالقصاص وإن كانت حقاً للآدميين.

وأكثرهم على اختصاص المنع بحدود الله تعالى. ومنهم من أثبتها في الحدود أيضاً.

واعلم أن إطلاق المصنف كون محلّها حقوق الآدميين قد يوهّم خروج ما كان حقاً لله تعالى وليس حقاً للآدمي وإن لم يكن حدّاً. وهذا ليس بمراد، بل الضابط ما ذكرناه من أن محلّها ما عدا الحدود، أو ما عدا حدود الله تعالى، كما تقتضيه الأدلّة و الفتاوى.

المقصود من الشهادة على الشهادة إثبات شهادة شاهد الأصل عند الحاكم، فكانت الشهادة كغيرها من الحقوق غير الماليّة، فيفتقر إثباتها إلى شاهدين ذكرين.

ص: ٢٧١

١ - ١) اللباب في شرح الكتاب ٤: ٦٨، الحاوي الكبير ١٧: ٢٢١، حليه العلماء ٨: ٢٩٥، المغني لابن قدامة ١٢: ٨٧، روضه الطالبين ٨: ٢٦١.

و للتحمل مراتب،(١)أتمها أن يقول شاهد الأصل:اشهد على شهادتي،أننى أشهد على فلان بن فلان،لفلان بن فلان بكذا.و هو الاسترعاء.

ثم إن شهد شاهدان على أحدهما و آخران على شهاده الآخر تمّ النصاب بلا- كلام.و إن شهد كلّ منهما على كلّ منهما،أو أحدهما مع شاهد الأصل على الأصل الآخر،فعندنا أن الحكم كذلك،لتحقّق إثبات شهاده الشاهد باثنين،و هو المعتمد فى الإثبات.

و خالف فى ذلك بعض العامّه (١)،فمنع من جميع هذه الصور التى ذكرها المصنف،و اعتبر المغايره فى شهود كلّ فرع.فشرط شهاده أربعه على الشاهدين،و على رجل و امرأتين ستّه.و لو شهدوا على أربع من النساء فى مثل الولاده افتقر إلى ثمانيه،يشهد على كلّ واحده اثنان.و هكذا.

و الأكثر على ما اخترناه من الاجتزاء باثنين مطلقا،لأنهما شهدا على الجميع،كما لو شهدا على إقرار رجلين أو أربعه.

و مبنى الخلاف فى جواز كون الأصل فرعا مع آخر على أن الإشهاد على الشهاده هل هو لإثبات الشهاده،أو[هو] (٢)بحكم النيابة عنها؟فعلى الأول-و هو مذهب الأصحاب-يجوز أن يكون الأصل فرعا،لا على الثانى،لأنه لا يصحّ كونه نائبا عن نفسه و غيره،لأن قيامه بنفسه يستدعى استغناءه عن الغير،و نيابته يقتضى افتقاره،فلا يجتمعان.

قوله:«و للتحمل مراتب.إلخ».

إنما يجوز التحمل إذا عرف أن عند الأصل شهاده جازمه بحق ثابت.

ص:٢٧٢

١- ١) حليه العلماء ٢٩٨:٨-٢٩٩،المغنى لابن قدامه ٩٥:١٢-٩٦،روضه الطالبين ٢٦٥:٨.

٢- ٢) من «أ»و الحجريتين.

و أخفض منه أن يسمعه، يشهد عند الحاكم، إذ لا ريب في تصريحه هناك بالشهادة.

و يليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، و يذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب أو عقار، إذ هي صورته جزم. و فيه تردّد.

أما لو لم يذكر سبب الحقّ، بل اقتصر على قوله: أنا أشهد لفلان على فلان بكذا، لم يصر متحمّلاً، لا اعتياد التسامح بمثله. و في الفرق بين هذه و بين ذكر السبب إشكال.

و لمعرفة أسباب ذكرها المصنف - رحمه الله - في ثلاث مراتب.

أحدها: الاسترعاء. و هو: التماس شاهد الأصل رعايه شهادته. و الشهاده بها و الشهاده معه جائزه إجماعاً. و لكن اختلفوا في كفيته، فذكر المصنف - رحمه الله - و الأكثر أن يقول شاهد الأصل للفرع: أشهد على شهادتي أنني أشهد على فلان. إلخ. و في معناها أن يسمعه يسترعى شاهداً آخر. و كذا لو قال:

أشهدك على شهادتي، أو يقول: إذا استشهدت على شهادتي فقد أذنت لك في أن تشهد. و لا يقول: أشهدك عن شهادتي. إلخ.

و الفرق بين «على» و «عن» أن قوله: «أشهدك على شهادتي» تحمّل، و قوله: «عن شهادتي» إذن في الأداء، فكأنه يقول: أذها عني، إذ لاذنه أثر في الطريق، ألا تراه لو قال له بعد التحمّل: لا تؤدّ عني تلك الشهاده، امتنع عليه الأداء.

و ربما رجح بعضهم «عن»، بل ناقش في «على»، من حيث إنها تقتضى كون الشهادة مشهودا عليها، وإنما هي مشهود بها، والمشهود عليه هو الشاهد، ولا بد من التمييز بين المشهود به و له و عليه.

لكن رعايه التحميل في «على» سهل أمرها، وأخرجها عن كون الشهادة مشهودا عليها صرفا. مضافا إلى كونه هو المشهور في الاستعمال.

و ثانيها: أن يسمعه يشهد عند الحاكم أن فلان على فلان كذا، فله أن يشهد على شهادته و إن لم يسترعه، لأنه لا يتصدى لإقامه الشهادة عند الحاكم إلا بعد تحقق الوجوب. و للحاكم أيضا أن يشهد على شهادته عند حاكم آخر. و الشهادة عند المحكم (١) كالشهادة عند الحاكم المنصوب من الامام، لأنه لا يشهد عند المحكم (٢) أيضا إلا و هو جازم بثبوت المشهود به.

و ألحق بهذه المرتبه قوله: عندى شهادة مجزومه أو مثبتته بأن على فلان فلان كذا. و كذا لو قال: شهادة لا أرتاب فيها، أو لا أشك.

و يظهر من كلام ابن الجنييد منع هذه المرتبه، لأنه قال: «ليس للشهود أن يشهدوا إذا أخبرهم المشهود على شهادته، دون أن يسترعيهم إياها و يقول لهم بعد وصفه حال شهادته: فاشهدوا على شهادتي على فلان فلان بكذا» (٣).

و ثالثها: أن يبين سبب الوجوب، فيقول: أشهد أن فلان على فلان كذا من ثمن مبيع أو قرض أو أرش جنايه. فيجوز الشهادة على شهادته و إن لم يشهد عند الحاكم، و لا وجد منه استرعاء، لأن الاستناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد

ص: ٢٧٤

١- ١) في «د، ط»: الحكم.

٢- ٢) في «ا، ط»: الحكم، و في «د»: الحاكم.

٣- ٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٢٩.

و التساهل.

و المصنف-رحمه الله-تردّد في قبول هذه الصورة، و كذلك العلامة (١).

و منشأ التردّد ممّا ذكر، و من اعتياد التسامح بمثل ذلك في غير مجالس الحكّام. و الوجه القبول، لأن العدالة تمنع المسامحة إلى هذه الغاية.

و لو قال: أشهد أن عليه كذا. إلخ، و لم يذكر السبب، و لا كان ذلك في مجلس الحاكم، فهذه الصورة قطع المصنف-رحمه لله-و غيره (٢) بعدم جواز الشهادة عليها، لا اعتياد التسامح بذلك من غير تحقيق لغرض صحيح أو فاسد، و لو آل الأمر إلى أن إقامه الشهاده لا تخلو عنها، و لا احتمال إرادته الوعد، بمعنى أن المشهود عليه كان قد وعد المشهود له بذلك فجعلها عليه، لأن الوفاء بالوعد من مكارم الأخلاق، فنزله منزله الدّين. و ليس كذلك لو سمعه يقول: لفلان على كذا، فإنه يجوز الشهاده عليه بالإقرار، و لا يحمل على الوعد و لا على التساهل.

و فرّقوا بين الإقرار و تحمّل الشهاده بوجهين:

أحدهما: أن الشهاده يعتبر فيها ما لا يعتبر في الإقرار، ألا ترى أنه لا تقبل شهاده الفاسق و المغفّل و الشهاده بالمجهول، و الإقرار يخالفه، فجاز أن يعتبر في تحمّل الشهاده ما لا يعتبر في تحمّل الإقرار.

و الثانی: أن المقرّ مخبر عن نفسه، و الشاهد مخبر عن غيره، [و المخبر عن غيره] (٣) قد يتساهل، فيحتاج فيه إلى الاحتياط، بخلاف المخبر عن نفسه.

و اعلم: أن المصنف-رحمه الله-استشكل الفرق بين هذه الصورة التي سمعه يشهد من غير أن يذكر السبب، و بين ما لو ذكر السبب.

ص: ٢٧٥

١-١) قواعد الأحكام ٢:٢٤١.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢:٢٤١.

٣-٣) من «ت، ث، خ».

ففى صورہ الاسترعاء، (١) يقول: أشهدنى [فلان] على شهادته.

و فى صورہ سماعه عند الحاكم، يقول: أشهد أن فلانا شهد عند الحاكم بكذا.

و فى صورہ السماع لا عنده، يقول: أشهد أن فلانا شهد على فلان لفلان بكذا، بسبب كذا.

و وجه الإشكال: من حيث اشتمال الصيغتين على الجزم الذى لا يناسب العدل أن يتسامح فيه.

و استشكاله فى الفرق يحتمل معنيين:

أحدهما - هو الأظهر - إلحاق الأولى بالثانية فى عدم القبول، لقيام الاحتمال بالتسامح و الوعد، فيكون الإشكال موافقا لتردده السابق فى حكم ما لو ذكر السبب، و يقتضى عدم قبول الشهاده فى الموضوعين، بخلاف ما ذكره الشيخ (١) و غيره (٢) من الفرق و قبول الأولى دون الثانية.

و الثانى: إلحاق الثانية بالأولى فى القبول، لاشتراكهما فى الشهاده بصيغه الجزم الذى لا يصح للعدل أن يتلفظ به من غير علم بالحال، و لا يجوز فى سماعه ذلك ممّن لا يوثق به أو وعد و نحوه. إلا أن هذا الحكم بعيد، بل لم يقل به أحد و إن كان محتملا.

و المحصل من الاشكال هو أن الحكم فى إحداهما بالقبول دون الأخرى ترجيح من غير مرجح، ردّا على الشيخ (٣) حيث فرق.

قوله: «ففى صورہ الاسترعاء. إلخ».

يجب على الفرع عند أداء الشهاده أن يبين جهه التحمل، لأن الغالب على

ص: ٢٧٦

١-١) المبسوط ٨:٢٣١.

٢-٢) الدروس الشرعيه ٢:١٤٢.

٣-٣) المبسوط ٨:٢٣٢.

و لا تقبل شهاده الفرع،(١)إلا عند تعدّر حضور شاهد الأصل.

و يتحقّق العذر: بالمرض، و ما مثله، و بالغيبه. و لا تقدير لها.

و ضابطه: مراعاة المشقّه على شاهد الأصل فى حضوره.

الناس الجهل بطريق التحمّل، فربما استند إلى سبب لا يجوز التحمّل به، فإذا ذكر السبب زال الريب، و للاختلاف (١) فى المراتب كما عرفت، فربما أطلق الشهاده و كانت مستنده إلى وجه يجوز عنده لا عند الحاكم.

فإن استرعاه الأصل قال: أشهد أن فلانا شهد أن لفلان على فلان كذا و أشهدنى على شهادته، أو يقول ابتداء: أشهدنى فلان على شهادته أن لفلان.

إلخ. و إن لم يسترعه يبيّن أنه شهد عند الحاكم، أو أنه أسند المشهود به إلى سببه.

و فى الاكتفاء بقوله: أشهد على شهاده فلان بكذا، مع الوثوق بمعرفه المراتب، و موافقه رأيه لرأى الحاكم، فيها وجهان، من ظهور الاستناد إلى سبب صحيح نظرا إلى الثقه به، و من تطرّق الاحتمال.

قوله: «و لا تقبل شهاده الفرع. إلخ».

المشهور بين الأصحاب اشتراط تعدّر حضور شاهد الأصل فى قبول شهاده الفرع. و فى خبر محمد بن مسلم السابق (٢) دليل عليه، لأنه شرط أن يكون به علّه تمنعه من أن يحضر و يقيمها.

و نقل الشيخ فى الخلاف (٣) عن بعض أصحابنا عدم اشتراط ذلك، و مال

ص: ٢٧٧

١- ١) فى «ث، د، خ، م»: و الاختلاف.

٢- ٢) راجع ص: ٢٦٩.

٣- ٣) الخلاف ٦: ٣١٥ ذيل مسأله (٦٥).

إليه. و استدلل عليه بأن الأصل قبول الشهاده على الشهاده، و تخصيصها بوقت دون وقت أو على وجه دون وجه يحتاج إلى دليل.

قال: «و أيضا روى (١) أصحابنا أنه إذا اجتمع شاهد الأصل و شاهد الفرع و اختلفا، فإنه تقبل شهادة أعدلهما، حتى إن في أصحابنا من قال: تقبل شهادة الفرع و تسقط شهادة الأصل» (٢).

و المذهب هو المشهور. و عليه، فالمعتبر تعذر حضور الأصل لموت، أو زمانه، أو مانع يمنعه من حضور مجلس الحكم و إن كان حاضرا، أو يوجب له تحمّل مشقّه لا- تحمّل غالبا. و لا- فرق بين أن يكون فوق مسافه العدو، و هي التي لو خرج بكره لأداء الشهاده أمكنه الرجوع إلى أهله ليلا، و دونها عندنا، عملا بالأصل.

و اشترط بعض العامه (٣) كونه فوق مسافه القصر، و آخرون مسافه العدو.

و إلى خلافهما أشار المصنف -رحمه الله- بقوله: «و لا تقدير لها» لأنه رجوع إلى ما لا دليل عليه. و في خبر محمد بن مسلم السابق (٤): «و لو كان خلف ساريه إذا كان لا يمكنه أن يقيمها».

ص: ٢٧٨

١ - ١) الكافي ٣: ٣٩٩ ح ١ و ٢، الفقيه ٣: ٤١ ح ١٣٧، التهذيب ٦: ٢٥٦ ح ٦٦٩ و ٦٧٠، الوسائل ١٨: ٢٩٩ ب «٤٦» من أبواب الشهادات.

٢ - ٢) الخلاف ٦: ٣١٥-٣١٦.

٣ - ٣) الحاوي الكبير ١٧: ٢٢٥، حليه العلماء ٨: ٢٩٧-٢٩٨، المغنى لابن قدامه ٩٠: ١٢-٩١، روضه الطالبين ٨: ٢٦٧.

٤ - ٤) راجع ص: ٢٦٩.

و لو شهد شاهد الفرع، (١) فأنكر [شاهد] الأصل، فالمرؤى العمل بشهاده أعدلهما. فإن تساويا أطرح الفرع.

و هو يشكل بما أنّ الشرط فى قبول الفرع عدم الأصل. و ربّما أمكن، لو قال الأصل: لا أعلم.

قوله: «و لو شهد شاهد الفرع. إلخ».

الحكم فى هذه المسأله مبنئ على السابقه، فإن قلنا بعدم اشتراط تعذّر حضور شاهد الأصل فى صحّه شهاده الفرع تمشئ هذا البحث هنا، لجواز إحضار الفرع و إن كان شاهد الأصل موجودا.

و أما على المشهور من اشتراط تعذّره، فشهد الفرع ثمّ حضر الأصل، فإن كان بعد الحكم لم يعتدّ بإنكاره، و أمضى الحكم على وفق شهاده الفرع. و هذا لا إشكال فيه أيضا.

و إن كان حضوره قبل الحكم بشهاده الفرع فأنكر، فالمشهور سقوط شهاده الفرع، لأن الشرط فى سماعها تعذّر الأصل و قد زال. و لأن مستند شهاده الفرع شهاده الأصل و هى مفقوده، فيفقد ما استند إليها. و هذا هو الذى اختاره المصنف رحمه الله، و قبله الشيخ فى المبسوط (١) و ابن إدريس (٢) و جماعه [من] (٣) المتأخرين (٤).

و ذهب جماعه - منهم الصدوقان (٥)، و الشيخ فى النهايه (٦)، و تلميذه

ص: ٢٧٩

١- (١) المبسوط ٢٣٣: ٨.

٢- (٢) السرائر ١٢٧: ٢.

٣- (٣) من «ل».

٤- (٤) المختلف: ٧٢٣، غايه المراد: ٣٣٣-٣٣٤، التنقيح الرائع ٣٢١: ٤.

٥- (٥) المقنع: ٣٩٩، و حكاها عنهما العلامه فى المختلف: ٧٢٣.

٦- (٦) النهايه: ٣٢٩.

القاضي (١)- إلى الحكم بشهاده أعدلهما، لصحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: «في رجل شهد على شهاده رجل، فجاء الرجل فقال: لم أشهده، فقال: تجوز شهاده أعدلهما، و لو كانت عدالتها واحده لم يجز الشهاده» (٢).

و هذه الروايه و إن كان ظاهرها متروكا، من حيث اشتماله على شهاده الرجل الواحد على الواحد، إلا أن المطلوب يتم منها. على أن ذكر الواحد لا ينفي غيره، فيمكن حملها على وجه يصح.

و لكن يشكل تمسيها على القول المشهور من اشتراط تعذر حضور شاهد الأصل.

و المصنف - رحمه الله - قال: يمكن ذلك على تقدير أن يقول الأصل: لا أعلم.

و اعترضه السيد عميد الدين (٣) - رحمه الله - بأنه لا يمكن حينئذ العمل بقول الأعدل إذا كان الأصل، لأنه غير شاهد.

و أورد عليه الشهيد - رحمه الله - أيضا بأن ذلك غير منطوق الروايه، لتضمنها قوله: «لم أشهده».

ثم وجهها بأنه: «لا يلزم من أنه يشترط في إحضار شاهد الفرع تعذر الأصل أن يكون ذلك في السماع. سلمنا لكن المراد إذا كان الأصل و الفرع متفقين، فإنه حينئذ لا يحتاج إلى شهاده الفرع، للاستغناء بالأصل، و زياده الكلفه

ص: ٢٨٠

١- (١) المهذب ٥٦١: ٢.

٢- (٢) الكافي ٣٩٩: ٧ ح ١، التهذيب ٢٥٦: ٦ ح ٦٧٠، الوسائل ٣٠٠: ١٨ ب (٤٦) من أبواب الشهادات ح ٣.

٣- (٣) حكاه عنه الشهيد الأول في غايه المراد: ٣٣٤.

و لو شهد الفرعان (١) ثم حضر شاهد الأصل، فإن كان بعد الحكم لم يقدح في الحكم وافقا أو خالفا. وإن كان قبله، سقط اعتبار الفرع. و بقي الحكم لشاهد الأصل.

و لو تغيرت حال الأصل بفسق أو كفر، لم يحكم بالفرع، لأن الحكم مستند إلى شهادته الأصل.

بالبحث عن الجرح و التعديل، أما مع التناكر فيمتنع تناول العبارة له.

و بالجمله، فهم لم يصرحوا بأن ذلك مناف لشهادته الفرع، بل ظاهر كلامهم أن سماع شهادته الفرع مشروط بتعدّر شاهد الأصل إذا كان يشهد، و المنكر لم يشهد» (١).

و في المختلف حمل الرواية: «على ما إذا أنكر بعد الحكم، فإنه لا يقدح في الحكم بشهادته أعدلهما، اعتبارا بقوّه الظنّ، أما قبل الحكم فإن شهادته الفرع تبطل قطعا» (٢).

و الأقوى أن إنكاره بعد الحكم أيضا لا يلتفت إليه. و قيل: يطرح الفرع.

فالرواية تخالف الأصول على التقديرين.

قوله: «و لو شهد الفرعان. إلخ».

إذا طرأ بعد التحمّل ما يمنع شهادته الفرع، بأن حضر الأصل بناء على اعتبار غيبته، أو كفر أو فسق، أو طرأ له عداوه للمشهود عليه، فإن كان بعد الحكم بشهادته الفرع لم ينقض، كما لو شهد الأصل بنفسه ثمّ تجدد فسقه أو غيره من موانع الشهادته.

ص: ٢٨١

١ - ١) غايه المراد: ٣٣٣.

٢ - ٢) المختلف: ٧٢٣.

و لم يخالف في ذلك إلا ابن حمزه (١)، فإنه حكم بتقديم أعدلهما. و مال إليه في المختلف (٢)، مؤولا- به الروايه السابقه. و قد تقدّم.

و إن كان قبل الحكم و قبل أداء الشهاده، فلا إشكال في بطلانها أيضا، لأنها شهاده على فاسق أو غيره ممن لا تقبل شهادته، و لسقوط اعتبار الفرع بحضور الأصل.

و إن كان بعد الشهاده و قبل الحكم، فالمشهور بين الأصحاب أن الحكم كذلك. أما مع الحضور فلسقوط اعتبار الفرع، فلو حكم به اقتضى (٣) الحكم بشهاده الفرع مع حضور الأصل، و هو ممنوع. و أما مع عروض قوادح الشهاده فلصدق القضاء بشهاده الفاسق و نحوه، لأن الفرع إنما يؤدى شهاده الأصل، و الحكم إنما هو بها، و كما لو فسق الأصل بعد شهادته و قبل الحكم.

و وجهه أيضا بأن هذه الحالات لا تهجم دفعه واحده، بل الفسق يورث الريبه فيما تقدّم، و الردّه تشعر بخبث في العقيدته سابق، و العداوه لضغائن كانت مستكنّه، و ليس لمدّه الريبه من قبل ضبطه، فينعطف إلى حاله التحمل.

و لو فرض زوالها قبل الشهاده عليه فهل للفرع أن يشهد بالتحمل الأول، أم يحتاج إلى تحمل جديد، بناء على انعطاف الريبه إلى حاله التحمل؟ فيه وجهان ناشئان من كونه عدلا عند الشهاده عليه و عند أدائها، و من الريبه المذكوره.

و لا- يقدح طرؤ جنون الأصل و الإغماء عليه، و العمى فيما لا تقبل شهاده الأعمى فيه، كما لو مات، لأن ذلك لا يوقع ريبه فيما مضى، و لأن العمى لا يبطل أهليه الشهاده بالكلية.

ص: ٢٨٢

١- ١) الوسيله: ٢٣٣-٢٣٤.

٢- ٢) المختلف: ٧٢٣.

٣- ٣) في الحجريتين: اختصّ.

و تقبل شهادة النساء(١)على الشهاده،فيما تقبل فيه شهاده النساء منفردات،كالعيوب الباطنه و الاستهلال و الوصيّه. و فيه تردّد، أشبهه المنع.

قوله:«و تقبل شهادة النساء. إلخ».

اختلف الأصحاب في جواز شهادة النساء فرعا في موضع تجوز شهادتهنّ فيه أصلا على قولين:

أحدهما:الجواز.ذهب إليه الشيخ في الخلاف (١)،محتجًا بالإجماع و الأخبار،و قواه في المبسوط (٢)،لكنّه جعل الآخر أحوط،و ابن الجنيد (٣)و العلامه في المختلف (٤)،للأصل،و عموم قوله تعالى فَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ (٥).و عموم روايه السكوني عن الصادق عليه السلام أن عليّا عليه السلام قال:«شهادة النساء لا تجوز في طلاق و لا نكاح و لا حدود،إلا في الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه» (٦).و ذلك شامل للشهادة الأصليّه و الفرعيّه.و لأن شهادتهنّ أصلا ثابتة فالفرع أولى،لاستناده إلى شهادة الأصل أو مساو.

و الثاني:المنع.ذهب إليه الشيخ في موضع من المبسوط (٧)،و ابن

ص: ٢٨٣

١-١) الخلاف ٦:٣١٦ مسألة(٦٦).

٢-٢) المبسوط ٨:٢٣٣-٢٣٤.

٣-٣) حكاه فخر المحقّقين عنه في إيضاح الفوائد ٤:٤٤٧.

٤-٤) المختلف:٧٢٤.

٥-٥) البقره:٢٨٢.

٦-٦) التهذيب ٦:٢٨١ ح ٧٧٣،الاستبصار ٣:٢٥ ح ٨٠،الوسائل ١٨:٢٦٧ ب«٢٤»من أبواب الشهادات ح ٤٢.

٧-٧) لم نجده فيه،و لعلّه أراد ما حكاه عنه قبل أسطر من الحكم بالأحوطيّه.و نسب إليه المنع الشهيد في غايه المراد:٣٣٣.

إدريس (١)، والعلامة في غير المختلف (٢)، والمصنف-رحمه الله-هنا، وتردد في النافع (٣)، وكذا العلامة في الإرشاد (٤).

ووجه المنع: أن المجوز له إنما هو الضرورة، أما لضروره الانفراد أو لفقد الرجال، كما في حالة الوصيّه، ولا- ضروره هنا. و
لاختصاص النساء ببعض (٥) الأحكام غالباً.

و الجواب عن الأول: أن الأصل عدل عنه للدليل. والآية محلّها الأموال، والشهادة ليست مالا. ورواية السكوني مع ضعفها لا تدلّ
على المطلوب، مع أنها عمده الشيخ والعلامة في المختلف، لأنه صدر بها الاستدلال.

ووجه عدم الدلالة: أنه جعل مورد شهادتهنّ الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه، وشهادتهنّ فرعاً إنما هي على الشهادة، و
نفس الشهادة ليست من الديون و لا الأموال، و يطّلع عليها الرجال، فلا يدخل في الخبر، ولا في قاعده ما تدخل فيه شهادة النساء. و
هذا أقوى.

إذا تقرّر ذلك، فاعلم أن قول المصنف: «تقبل شهادة النساء على النساء».

إلخ» يدلّ على أن مورد الخلاف شهادتهنّ عليهنّ في موضع ينفردن بالشهادة، فيخرج من ذلك ما لو كان في موضعهنّ رجال
حيث يجوز انفرادهنّ، فإن الشهادة في هذا المحلّ لا تختصّ بهنّ، بل يجوز بالرجال أيضاً بطريق أولى.

و يخرج من ذلك أيضاً ما لو كان المحلّ ممّا تقبل فيه شهادتهنّ منضمّات،

ص: ٢٨٤

١-١) السرائر ١٢٨: ٢-١٢٩.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٤٢، تحرير الأحكام ٢: ٢١٦.

٣-٣) المختصر النافع ٢: ٢٩٠.

٤-٤) إرشاد الأذهان ٢: ١٦٥.

٥-٥) في «ا، ث، د، ط»: بنقض.

ثمَّ الفرعان (١) إن سَمِّي الأصل و عدّلاه، قبل. و إن سَمِّياه و لم يعدّلاه سمعها الحاكم، و بحث عن الأصل، و حكم مع ثبوت ما يقتضى القبول، و طرح مع ثبوت ما يمنع القبول لو حضر و شهد. أما لو عدّلاه و لم يسمّياه، لم تقبل.

سواء شهدن فرعا على النساء أم على الرجال.

و فى النافع (١) جعل مورد الخلاف شهادتهنّ على الشهاده فى الموضع الذى تقبل فيه شهادتهنّ، و هو شامل لجميع هذه الموارد. و بهذا صرّح جماعه منهم الشهيد فى الشرح (٢) و العلامه فى المختلف (٣). و هو الحقّ.

و على هذا، فموضع القول بالجواز شهادتهنّ على الشهاده فيما لهنّ فيه مدخل، سواء شهدن على مثلهنّ أم على الرجال. و حينئذ فتشهد على شاهد أربع نساء، سواء كان المشهود عليه رجلا أم امراه. فلو كنّ أربع نساء شهدت عليهنّ ستّ عشره امراه، إن لم يشتركن فى الشهاده على أزيد من واحده، و إلا أمكن الاجتزاء بالأربع، كما مرّ (٤) فى شهاده الرجلين.

قوله: «ثمَّ الفرعان. إلخ».

يجب على الفروع تسميه شهود الأصل و تعريفهم، لاشتراط معرفه عدالتهم، و ما لم يعرّفوا لا تعرف عدالتهم. و لو وصفوا الأصول بالعداله و لم يسمّوهم، بأن قالوا: نشهد على شهاده عدلين أو عدول، لم يجوز، لأن الحاكم قد يعرفهم بالجرح لو سمّوا. و لأنهم قد يكونون عدولا عند قوم و فساقا عند آخرين،

ص: ٢٨٥

١-١ (١) المختصر النافع ٢٩٠: ٢.

٢-٢ (٢) غايه المراد: ٣٣٢.

٣-٣ (٣) المختلف: ٧٢٤.

٤-٤ (٤) فى ص: ٢٧١.

و لو أقرّ باللواط،(١) أو بالزنا بالعمّه أو الخاله، أو بوطى البهيمة، ثبت بشهاده شاهدين. و تقبل في ذلك الشهاده على الشهاده.

و لا- يثبت بها حدّ، و يثبت انتشار حرمة النكاح. و كذا لا يثبت التعزير في وطى البهيمة، و يثبت تحريم الأكل في المأكوله. و في الأخرى، و جوب بيعها في بلد آخر.

لأن العدالة مبنيّه على الظاهر. و لأن ذلك يسدّ باب الجرح على الخصم.

و لا يشترط في شهاده الفرع تزكيه شهود الأصل، بل له إطلاق الشهاده، ثمّ الحاكم يبحث عن عدالتهم، خلافا لبعض العامه (١). و على تقدير تزكيتهم و هم بصفات المزكّين تثبت عدالتهم، لوجود المقتضى و انتفاء المانع.

قوله: «و لو أقرّ باللواط. إلخ».

قد عرفت أن الشهاده على الشهاده إنما تردّ في الحدود، فلو اشتمل سبب الحدّ على أمرين أو أمور منها الحدّ، كاللواط المترتب عليه نشر الحرمة بأّم المفعول و أخته و بنته، و الزنا بالعمّه و الخاله المترتب عليه تحريم بنتهما، أو الزنا مطلقا على ما تقدّم (٢) من الخلاف، و كالزنا مكرها للمرأة بالنسبه إلى ثبوت المهر، و كوطى البهيمة المترتب عليه التعزير و تحريم الأكل أو البيع، لم تقبل في الحدّ.

و هل تردّ في غيره؟ و جهان، من تلازم الأمرين أو الأمور، و كونها معلول علّه واحده، فلو ثبت بعضها لزم ثبوت البعض الآخر، لترتب الجميع على ثبوت أصل الفعل و هو الوطى، و من وجود المانع في بعضها و هو الحدّ بالنصّ أو الإجماع، فيبقى الباقي، لأنه حقّ آدميّ لا مانع من إثباته بشهاده الفرع.

ص: ٢٨٦

١- (١) روضه الطالبين ٢٦٧: ٨.

٢- (٢) راجع ص: ٢٦٩.

و تلازم معلولات الأحكام المستنده إلى علّه واحده ممنوع، و من ثمّ ثبت بالشهادة على الشهاده بالسرقه المال دون الحدّ، و كذا مع الشاهد و المرأتين و بالعكس لو كان المقرّ سفيهاً، إلى غير ذلك من الأحكام التي ينفكّ بعض معلولاتها عن بعض مع استنادها إلى علّه واحده، فإن هذه العلل معرّفات، و جاز أن تكون العله في بعضها ذلك الأمر مع شيء آخر ممّا يقتضيه الحكم. و هذا هو الأقوى.

فعلى هذا يثبت بشهادة الفرع حقّ الآدمى دون الحدّ، سواء كانت الشهاده على نفس السبب و هو الزنا و اللواط [و الوطى] (١)، أم على الإقرار بذلك.

و إنما فرض المصنف الحكم في الإقرار حذرا من تبعض حكم السبب الواحد على تقدير الشهاده بنفس الزنا مثلاً، فإنه سبب في الحدّ و في نشر الحرمه، فيشكل تبعض الشهاده في أحدهما دون الآخر، بخلاف الإقرار بالفعل، فإنه ليس سبباً للحدّ، و إنما السبب هو الفعل المقرّ به.

و الأصحّ عدم الفرق. و حينئذ فإن كانت الشهاده على الإقرار كفى اثنان في الأصل و [في] (٢) الفرع على كلّ منهما، لأن الإقرار ممّا يثبت بشاهدين. و قيل:

يتوقّف الإقرار بالزنا على أربعة كأصله. و اختاره العلامة (٣).

و إن كانت شهادة الأصل على نفس الزنا اعتبر كونهم أربعة. و هل يشترط ذلك العدد في شاهد الفرع، أم يكفي على كلّ واحد اثنان؟ فيه وجهان منشؤهما

ص: ٢٨٧

١- ١) من «ت، ث، ط، م».

٢- ٢) من «ت، خ، ط، م».

٣- ٣) لم نعرّ عليه. و نسبه فخر المحقّقين إلى مختلفه في إيضاح الفوائد ٤: ٤٣٢.

إشارة

الطرف الخامس في اللواحق و هي قسمان:

الأول في اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد

إشارة

الأول في اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد و تترتب عليه مسائل:

الأولى: توارد الشاهدين (١) على الشيء الواحد شرط في القبول

الأولى: توارد الشاهدين (١) على الشيء الواحد شرط في القبول، فإن اتفقا معنى حكم بهما و إن اختلفا لفظا، إذ لا فرق بين أن يقولوا:

غصب، و بين أن يقول أحدهما: غصب، و الآخر: انتزع.

و لا- يحكم لو اختلفا معنى، مثل: أن يشهد أحدهما بالبيع، و الآخر بالإقرار بالبيع، لأنهما شيان مختلفان. نعم، لو حلف مع أحدهما ثبت.

من أنها (١) شهاده على الزنا و تلك الأحكام تابعه له، و أنه لو اكتفى باثنين لكان شهود الأصل أسوء حالا من شهود الفرع، مع أن الظاهر العكس أو التساوى، و من أن المقصود هو حقّ آدمي من المال و غيره، و هو ممّا يكفى فيه اثنان، و يمنع اشتراط مساواه شهود الفرع للأصل مطلقا، إذ لا دليل عليه.

قوله: «توارد الشاهدين. إلخ».

لا- بدّ في قبول الشهاده من موافقتها للدعوى، و توافق الشاهدين معنى لا لفظا، لأن المشهود به لا يثبت إلا بتمام العدد. فلو قال أحدهما: غصب، و الآخر:

انتزع قهرا أو ظلما، فالمعنى واحد و إن اختلف اللفظ، فقد حصل بالفعل الواحد

الثانية: لو شهد أحدهما أنه سرق نصاباً غدوه، وشهد الآخر أنه سرق عشيه

الثانية: لو شهد أحدهما (١) أنه سرق نصاباً غدوه، وشهد الآخر أنه سرق عشيه، لم يحكم بها، لأنها شهاده على فعيلين.

و كذا لو شهد الآخر أنه سرق ذلك بعينه عشيه، لتحقق التعارض، أو لتغاير الفعلين.

الثالثة: لو قال أحدهما: سرق ديناراً، وقال الآخر: درهم

الثالثة: لو قال أحدهما: سرق ديناراً، (٢) وقال الآخر: درهم، أو قال أحدهما: سرق ثوباً أبيض، وقال الآخر: أسود، وفي كل واحد يجوز أن يحكم مع أحدهما ومع يمين المدعى، لكن يثبت له الغرم، ولا يثبت شاهدان، بخلاف ما لو شهد أحدهما بالبيع والآخر بالإقرار به، فإن البيع لم يقم به إلا شاهد واحد، وكذلك الإقرار، لتعددهما، فيحلف المدعى مع أحدهما.

و كذا لو كانت الشهاده على أمر واحد و اختلفا في زمانه أو مكانه أو وصفه، بأن قال أحدهما: إنه غصبه الثوب يوم الجمعة، وقال الآخر: يوم السبت، أو في البيت، وقال الآخر: في المسجد، أو ثوب كتان، وقال الآخر: قطن، لاقتضاء ذلك تغاير الفعلين. و حينئذ فيحلف مع أحدهما، سواء تكاذبا أم لا (١)، لأن التعارض إنما يكون بين البيئتين الكاملتين.

قوله: «لو شهد أحدهما: إلخ».

في التعليل لفّ و نشر غير مرتّب، فإن تحقّق التعارض الذي علّل به أولاً- يحصل في الفرض الثاني، و تغاير الفعلين يحصل في الأول، لأن النصاب المشهود به في الأول غير معيّن، فكانت الشهاده على فعيلين. و في المسألتين لا يثبت الفعل، لأن به شاهداً واحداً.

قوله: «لو قال أحدهما: سرق ديناراً. إلخ».

كما يجوز للمدعى أن يحلف مع أحدهما يجوز له أن يحلف معهما، لعدم

ص: ٢٨٩

١- ١) في «ط»: أم تصادقا.

القطع.

و لو تعارض فى ذلك بينتان على عين واحده، سقط القطع للشبهه، و لم يسقط الغرم.

و لو كان تعارض البيئتين لا على عين واحده، ثبت الثوبان و الدرهمان.

المنافاه، فيثبت الدينار و الدرهم و الثوب الأبيض و الأسود، إذا لم يعيننا الزمان بحيث يحصل التنافى، فيقتصر على الحلف مع أحدهما خاصه. و لا يثبت القطع هنا، لأن الحد لا يثبت باليمين.

و لو شهد بالفعلين شاهدان، فإن تعارضا، بأن شهد شاهدان أنه سرق منه دينارا يوم الجمعة عند الزوال، و شهد آخران أنه سرق منه ذلك الدينار بعينه فى وقت آخر، بحيث لا يمكن الجمع بين الفعلين، سقط القطع، للشبهه و الحد يدرأ بها، و لا يسقط الغرم، لثبوت سرقة الدينار المعين على التقديرين.

و إن لم يتعارضا، بأن شهدت إحداهما بسرقة غدوه، و الأخرى عشيه، بحيث يمكن أن يسترده المالك ثم يسرقه مره أخرى، ثبت القطع و الغرم.

و كذا لو اختلفت العين، بأن شهدت إحداهما بسرقة الثوب الأبيض، و الأخرى بسرقة الأسود و لو فى وقت واحد، أو شهدت إحداهما بسرقة الدينار، و الأخرى بسرقة الدرهم كذلك، يثبت الأمران، لإمكان الجمع حتى مع اتحاد الزمان، لجواز أن يسرق فيه الأمران.

و فى قول المصنف -رحمه الله-: «و لو كان تعارض البيئتين لا على عين واحده» تجوز، لأنه لا تعارض حينئذ. و كذا فى قوله: «تعارض فى ذلك»، لأن

الرابعة: لو شهد أحدهما أنه باعه هذا الثوب غدوهدبنار

الرابعة: لو شهد أحدهما أنه باعه (١) هذا الثوب [غدوه] بدينار، و شهد [له] الآخر أنه باعه [ذلك الثوب] بعينه في ذلك الوقت بدينارين، لم يثبتا، لتحقق التعارض، و كان له المطالبة بأيهما شاء مع اليمين. و لو شهد له مع كل واحد شاهد آخر، ثبت الديناران.

و لا كذلك لو شهد واحد بالإقرار بألف، و الآخر بألفين، فإنه يثبت الألف بهما، و الآخر بانضمام اليمين.

و لو شهد بكل واحد شاهدان، ثبت ألف بشهادة الجميع، و الألف الآخر بشهادة اثنين.

الإشارة تعود إلى الأمرين المختلفين، و الفرض هنا اتحاد العين. و أما قوله: «ثبت الدرهمان» فالمراد به الدينار و الدرهم، و ثنهما باسم أحدهما أو باسم أخفهما، كالقمرين و العمرين.

قوله: «لو شهد أحدهما أنه باعه. إلخ».

إثبات التعارض بين الشاهدين باعتبار صورته، و إلا- فالتعارض لا يتحقق إلا بين البيئتين الكاملتين كما مر (١). و لو اقتصر على قوله: «لم يثبتا، و كان له المطالبة. إلخ» كما فعل غيره كان أثبت، لأنه لم يقم بكل واحد من البيئتين إلا شاهد واحد، فلذلك لم يثبتا.

و الفرق بين الإقرار و البيع- حيث يثبت القدر الأقل بهما، و يتوقف الزائد على اليمين في الإقرار دون البيع-: أن الإقرار ليس سببا في ثبوت الحق في ذمته، بل كاشف عن سبقه، فجاز تعدده، و لم يناف أحد الإقرارين الآخر، بخلاف البيع، فإنه سبب لثبوت الحق، و لم يقم بكل واحد من السببين بيئه كامله.

ص: ٢٩١

(١-١) راجع ص: ٨٠ و ٨٩.

و كذا لو شهد (١) أنه سرق ثوبا قيمته درهم، و شهد الآخر أنه سرقه و قيمته درهما، ثبت الدرهم بشهادتهما، و الآخر بالشاهد و اليمين.

و لو شهد بكلّ صورة شاهدان، ثبت الدرهم بشهادة الجميع، و الآخر بشهادة الشاهدين بهما.

و لو شهد أحدهما بالقذف (٢) غدوه، و الآخر عشيه، أو بالقتل كذلك، لم يحكم بشهادتهما، لأنه شهادة على فعليين.

أما لو شهد أحدهما بإقراره بالعرييه، و الآخر بالعجميه، قبل، لأنه إخبار عن شيء واحد.

و عليه يترتب ما لو شهد بكلّ واحد من الإقرارين شاهدان، فإنه يثبت الأقلّ بشهادة الجميع و الزائد بشهادة الاثنین، بخلاف البيع، فإنه لا يثبت المجموع إلا بشاهدين، لعدم إمكان تعدد السبب فيه.

قوله: «و كذا لو شهد. إلخ».

الكلام في سبب السرقه بالنسبه إلى القيمه كالإقرار، فإن السرقه نفسها ليست سببا في كون قيمه الثوب درهما أو درهمن، و إنما القيمه أمر لازم للعين، سواء سرق أم لم يسرق، فكان ذلك بمنزله ما لو شهد أحدهما أن له في ذمته درهما، و الآخر أن له في ذمته درهمن، فيثبت الدرهم بشهادتهما و الآخر مع اليمين.

و لو شهد بكلّ [واحد] (١) من الفرضين شاهدان ثبت الزائد بشهادة الاثنین، و الأقلّ بشهادة الجميع، لعدم التنافي.

قوله: «و لو شهد أحدهما بالقذف. إلخ».

لأن القذف الواقع غدوه غير الواقع عشيه، و لم يقم بكلّ واحد إلا شاهد

ص: ٢٩٢

القسم الثاني في الطوارئ

وهي مسائل

وهي مسائل:

الأولى: لو شهدا و لم يحكما، فماتا، حكم بهما

الأولى: لو شهدا و لم يحكما (١) [بهما]، فماتا، حكم بهما. وكذا لو شهدا ثم زكيا بعد الموت.

واحد، فلا يثبت أحدهما وإن أمكن تعدده، ولا محل لليمين مع أحدهما في الحد.

وأما القتل فكذلك، ويزيد أنه لا يقبل التكرار، فالتكاذب متحقق.

وأما شهاده أحدهما بالإقرار بالعربيه و الآخر بالعجميه، فإن أطلقا وقته أو ذكراه مختلفا ثبت مدلولهما، لما ذكرناه من أنه ليس بسبب حتى يحصل بتعدده فعله اختلافاً، وإنما مدلوله أمر خارج يمكن التعبير عنه في أوقات كثيرة و بلغات متعدده، والمدلول شيء واحد.

و لو اتحد الوقت بحيث لا يمكن الاجتماع، بأن شهد أحدهما أنه أقر عند الزوال بلا فصل بالعربيه، و الآخر أنه أقر في ذلك الوقت بعينه بالعجميه، لم يثبت، للتكاذب.

قوله: «لو شهدا و لم يحكما. إلخ».

لأن الحكم مستند إلى أدائهما وقد حصل. و الموت ليس قادحا في الشهاده، وإنما هو عذر طار غير منقّص (١) و لا يوجب تهمه، كما لو ناما أو جنّا أو أغمى عليهما أو على أحدهما.

الثانية: لو شهدا ثم فسقا (١) قبل الحكم، حكم بهما، لأن المعتبر بالعدالة عند الإقامه.

و لو كان حقاً لله كحدّ الزنا، لم يحكم، لأنه مبني على التخفيف، و لأنه نوع شبهه.

و في الحكم بحدّ القذف و القصاص تردّد أشبهه الحكم، لتعلق حقّ الأدمي به.

و كذا الحكم لو شهدا و عدالتهما مجهوله عند الحاكم، و ماتا قبل التزكيه، ثمّ زكيا بعد الموت، لأن الحكم بشهادتهما المؤداه لا بالتزكيه، و إنما التزكيه كاشفه عن صحّه الاعتماد على شهادتهما، فلم يقدح فيه موتهما قبلها (١).

قوله: «لو شهدا ثمّ فسقا. إلخ».

اختلف الأصحاب في جواز الحكم بشهادة العدلين لو طرأ فسقهما أو أحدهما بعد أداء الشهاده و قبل الحكم، فذهب الشيخ في الخلاف (٢) و المبسوط (٣) و ابن إدريس (٤) و المصنف - رحمه الله - و العلامة (٥) في أحد القولين إلى الجواز، محتجين بأن الاعتبار بالعدالة عند الإقامه لا عند الحكم و قد حصل، و لأن الحكم بشهادتهما مع استمرار العدالة ثابت فكذا مع زوالها، عملاً بالاستصحاب. مع أن المصنف - رحمه الله - قد حكم فيما سبق (٦) بأنه لو طرأ فسق شاهد الأصل قبل

ص: ٢٩٤

١- ١) في «١د»: قبل الحكم.

٢- ٢) الخلاف ٦: ٣٢٠ مسألة (٧٣).

٣- ٣) المبسوط ٨: ٢٤٤.

٤- ٤) السرائر ٢: ١٧٩.

٥- ٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٤٧.

٦- ٦) في ص: ٢٨١.

الحكم بشهادته الفرع لم يحكم، محتجًا بأن الحكم مستند إلى شهادته الأصل.

و هكذا فعل الشيخ في المبسوط (١)، والعلامة في التحرير (٢). ولا فرق بين الأمرين، بل الحكم هنا بعدم الحكم أولى، لأنه مستند إلى شهادته من قد فسق خاصه.

و ذهب العلامة في المختلف (٣) والشهيد (٤) وجماعه (٥) إلى عدم جواز الحكم، لأنهما فاسقان حال الحكم فلا يجوز الحكم بشهادتهما، إذ يصدق أنه حكم بشهادته فاسقين، كما لو رجعا قبله، و كما لو كانا وارثين و مات المشهود له قبل الحكم [بشهادتهما] (٦). و لأن طرف الفسق يضعف ظن العدالة السابقة، لبعدها طرفها دفعه واحده.

و أجابوا عن الاستدلال الأول بأنه مصادره، لأن كون الاعتبار بالعدالة حاله الأداء لا حال الحكم عين المتنازع. و هذا هو الأولى. و طرف العدالة كطرف الفسق.

و اتفق القائلان (٧) على أن المشهود به إذا كان حقًا لله تعالى، كحدّ الزنا و اللواط و شرب المسكر، لم يحكم به، لوقوع الشبهه الدارئة للحدّ.

و لو اشترك الحدّ كالقذف و القصاص، ففي جواز الحكم عند القائل به في غيره وجهان، من بنائه على التخفيف و درئه بالشبهه، و من تعلق حقّ آدمي به.

ص: ٢٩٥

١-١) المبسوط ٢٣٣: ٨.

٢-٢) تحرير الأحكام ٢١٥: ٢.

٣-٣) المختلف: ٧٢٨.

٤-٤) الدروس الشرعيه ١٣٣: ٢.

٥-٥) الجامع للشرائع: ٥٤٦.

٦-٦) من «خ».

٧-٧) في «ث»: القائلون.

الثالثه: لو شهدا لمن يرثانه، فمات قبل الحكم

الثالثه: لو شهدا لمن يرثانه، (١) فمات قبل الحكم، فانتقل المشهود به إليهما، لم يحكم لهما بشهادتهما.

الرابعه: لو رجعا عن الشهاده قبل الحكم، لم يحكم

الرابعه: لو رجعا عن الشهاده قبل الحكم، لم يحكم. و لو رجعا بعد الحكم و الاستيفاء و تلف المحكوم به، لم ينقض الحكم، و كان الضمان على الشهود.

و لو رجعا بعد الحكم و قبل الاستيفاء، فإن كان حدًا لله نقض و رجح المصنف - رحمه الله - حقّ الآدمي.

و على هذا، لو كان المشهود به السرقة حكم بالمال خاصه. و عدمه فيها (١) أقوى.

قوله: «لو شهدا لمن يرثانه. إلخ».

تبه بقوله: «لم يحكم لهما بشهادتهما» على وجه الحكم، فإنه لو حكم بشهادتهما لزم أن يكون قد حكم للمدعى بشهادته، و هو باطل قطعاً.

و لو كان لهما فى الميراث شريك فى ثبوت حصّته بشهادتهما و جهان، من انتفاء المانع من جهته، و من أنها شهاده واحده فلا تتبعض، كما لو شهد بعض رفقاء القافله المأخوذين لبعض. و هذا أقوى. و به قطع فى القواعد (٢).

و يجىء على القول بعدم قرح طرق الفسق احتمال عدمه هنا اعتباراً بحاله الأداء، كما علل به السابق، و عند الأداء لم يكن الشهاده لهما، إلا أن الجميع اتفقوا على امتناع الحكم هنا.

قوله: «لو رجعا عن الشهاده. إلخ».

رجوع الشهود عن الشهاده إما أن يفرض قبل القضاء بشهادتهم، أو بعده.

ص: ٢٩٦

١- ١) فى «خ، ط»: فيهما.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٤٧.

الحكم، للشبهه الموجهه للسقوط. و كذا لو كان للآدمي، كحدّ القذف، أو مشتركا كحدّ السرقة. و في نقض الحكم لما عدا ذلك من الحقوق تردّد.

أما لو حكم و سلّم، فرجعوا و العين قائمه، فالأصحّ أنه لا ينقض و لا تستعاد العين. و في النهايه: تردّد على صاحبها. و الأول أظهر. فإن كان قبله امتنع القضاء مطلقا، لأننا لا ندرى أنهم صدقوا في الأول أو في الآخر، فلا يبقى ظنّ الصدق، و لم يحصل حكم يمتنع نقضه.

ثمّ إن اعترفوا بأنهم تعمّدوا الكذب فهم فسقه يستبرؤون. و إن قالوا: غلطنا، لم يفسقوا، لكن لا تقبل تلك الشهاده لو أعادوها. و لو كانوا قد شهدوا بالزنا، فرجعوا و اعترفوا بالتعمّد، حدّوا للقذف. و إن قالوا: غلطنا، ففي حدّ القذف وجهان: أحدهما: المنع، لأن الغالط معذور.

و أظهرهما الوجوب، لما فيه من التعيير، و كان من حقّهم التثبت و الاحتياط. و على هذا تردّد شهادتهم. و لو قلنا لا حدّ فلا ردّ. و لو رجعوا بعد القضاء، فرجعهم إما أن يكون قبل الاستيفاء أو بعده. فإن رجعوا قبل الاستيفاء، نظر إن كانت الشهاده في مال استوفى، لأن القضاء قد نفذ فيه، و ليس هو ممّا يسقط بالشبهه حتى يتأثر بالرجوع. و فيه وجه آخر أنه لا يستوفى، لأن الحكم لم يستقرّ بعد، و الظنّ قد اختلّ بالرجوع.

و إن كانت في حدّ (١) لله تعالى [قيل] (٢) لم يستوف، لأنه مبني على

ص: ٢٩٧

١- ١) في «ص»: حقّ.

٢- ٢) من «أ، د».

التخفيف، و يدراً بالشبهه، و هي متحققه بالرجوع.

و إن كان حقّ آدمي أو مشتركاً فوجهان، من تغليب حقّ الآدمي، و وجود الشبهه الدارته له في الجملة. و هذا أولى.

و المصنف -رحمه الله- جزم بالحكم في القسمين استضعافاً للفرق. و تردّد في نقض الحكم لما عدا الحدّ من الحقوق، سواء في ذلك المائيه و غيرها. و منشأ التردّد ممّا ذكرناه في المال.

و ينبغي إلحاق العقوبات كالقتل و الجرح بالحدود، و العقود و الإيقاعات بالمال، لسهولة خطرها، و ترجيحاً لحقّ الآدمي. و يحتمل إلحاق النكاح بالحدود، لعظم خطره، و عدم استدراك فائت البضع.

و حيث قلنا بالاستيفاء بعد الرجوع فاستوفى بالحكم [كذلك] (١) كما لو رجعوا بعد الاستيفاء. و لم يتعرّض الأكثر لحكم الرجوع في غير المال قبل الاستيفاء، و لم يحزروا الحكم فيه.

و إن رجعوا بعد الاستيفاء لم ينقض الحكم مطلقاً، لنفوذ الحكم بالاجتهاد [به] (٢) فلا ينقض بالاحتمال. و لأنّ شهادتهم إقرار، و رجوعهم إنكار، و الإنكار بعد الإقرار غير مسموع. و لأنّ الشهاده أثبتت الحقّ فلا يزول بالطارئ كالفسق و الموت، خلافاً للشيخ في النهايه (٣)، حيث حكم بردّ العين على صاحبها مع قيامها، و تبعه القاضي (٤) و جماعه (٥)، محتجين بأنّ الحقّ ثبت بشهادتهما فإذا رجعا

ص: ٢٩٨

١- ١) من «ث، خ، م».

٢- ٢) من «ت».

٣- ٣) النهايه: ٣٣٦.

٤- ٤) المهذب: ٥٦٤: ٢.

٥- ٥) الوسيله: ٢٣٤.

الخامسة: المشهود به إن كان قتلا أو جرحا فاستوفى ثم رجعا

الخامسة: المشهود به إن كان قتلا (١) أو جرحا فاستوفى ثم رجعا، فإن قالوا تعمدنا اقتص منهم. وإن قالوا: أخطأنا كان عليهم الدية. وإن قال بعض تعمدنا، وبعض أخطأنا، فعلى المقر بالعمد القصاص، وعلى المقر بالخطأ نصيبه من الدية. ولولى الدم قتل المقرين بالعمد أجمع، وردّ الفاضل عن دية صاحبه. وله قتل البعض، ويردّ الباقي قدر جنايتهم.

جرى مجرى عدم الشهادة. ولا يخفى ضعفه.

و حيث لا ينقض يغرّم الشهود للمحكوم عليه، لحصول الحيلولة بشهادتهم، و ما يضمن بالتفويت بغير الشهادة يضمن بها كالنفس. و يؤيده حسنه جميل عمّن أخبره عن أحدهما عليهما السلام: «فى الشهود إذا شهدوا على رجل ثم رجعا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل، ضمنوا ما شهدوا به و غرموا، و إن لم يكن قضى طرحت شهادتهم، و لم يغرّم الشهود شيئا» (١).

و لبعض العامّة (٢) قول إنهم لا يغرّمون، لأنهم لم يثبتوا اليد على المال و لم يتلفوه، فلا يضمنون، و إن أثموا بما يفضى إلى الفوات، كمن حبس المالك عن ماشيته حتى ضاعت.

قوله: «المشهود به إن كان قتلا. إلخ».

إذا رجعا بعد الاستيفاء و كان المشهود به ممّا يتعدّد تداركه كالقتل و الجرح، فإن قالوا تعمدنا فعليهم القصاص أو الدية فى موضع لا يقتصّ فيه من

ص: ٢٩٩

١-١) الكافى ٧: ٣٨٣ ح ١، الفقيه ٣: ٣٧ ح ١٢٤، التهذيب ٦: ٢٥٩ ح ٦٨٥، الوسائل ١٨: ٢٣٨ ب «١٠» من أبواب الشهادات.

٢-٢) الحاوى الكبير ١٧: ٢٦٧.

و لو قال أحد شهود الزنا (١) بعد رجم المشهود عليه: تعمّدت، فإن صدّقه الباقون، كان لأولياء الدم قتل الجميع، و يردّوا ما فضل عن ديه المرجوم.

و إن شاءوا قتلوا واحداً، و يردّ الباقون تكمله ديته بالحصص بعد وضع نصيب المقتول.

و إن شاءوا قتلوا أكثر من واحد، و ردّ الأولياء ما فضل عن ديه صاحبهم، و أكمل الباقون من الشهود ما يعوز بعد وضع نصيب المقتولين.

المتعمّد موزّعه، على ما هو مذکور فى الجنایات. و كذا لو شهدوا بالردّه فقتل، أو على المحصن فرجم، أو على غير المحصن فجلد و مات منه. لكن هنا يلزمهم الدية، لأنه عمد شبيه الخطأ، لقصد هم إلى الفعل المؤدى إلى القتل.

و إن قالوا أخطأنا فعلیهم المديه، على ما یفصل فى قتل الخطأ. و إن تفرّقوا فى الوصف اختصّ كلّ بحكمه، على ما سیأتى (١) فى المشترکین فى القتل و الجرح.

قوله: «و لو قال أحد شهود الزنا. إلخ».

الضابط: أن الشهاده متى أوجبت القتل، سواء كان ذلك بسبب الزنا أو بسبب القصاص أو الردّه، فالحكم ما ذكر من جواز قتل المتعمّد و أخذ الدية من الخاطى. و حكم الردّ مع زياده المقتول على ما یفصل فى بابه، فلا حاجه إلى تفصیل كلّ واحد من حكم الشهاده بالرجم و بالقتل على حده.

ص: ٣٠٠

أما لو لم يصدّقه (١) الباقون، لم يمض إقراره إلا على نفسه فحسب.

وقال في النهاية: يقتل ويردّ عليه الباقون ثلاثة أرباع الدية. ولا وجه له.

قوله: «أما لو لم يصدّقه. إلخ».

إذا رجع أحد شهود الزنا عن الشهادة وقال: كذبنا، ولم يصدّقه الباقون، لم يقبل قوله عليهم، لاختصاص حكم الإقرار بالمقرّ. فإن اختار الوليّ قتله ردّ عليه ثلاثة أرباع ديته. وإن اختار أخذ الدية كان عليه الربع خاصّه، لأنه إنما أقرّ بالشركة في القتل. وكذا لو قال: أخطأت.

وقال الشيخ في النهاية (١): إن قال: تعمّدت، قتل، وأدى الثلاثة إليه ثلاثة أرباع الدية. وإن رجع اثنان وقالوا: أوهمنا، ألزما نصف الدية. وإن قالوا: تعمّدتنا، كان للوليّ قتلها، ويؤدّى إلى ورثتها دية كاملة بالسويّة بينهما، ويؤدّى الشاهدان الآخران إلى ورثتهما نصف الدية. وإن اختار الوليّ قتل واحد قتله، وأدى الآخر مع الباقيين من الشهود على ورثته المقتول الثاني ثلاثة أرباع الدية.

ووافق ابن الجنيّد (٢).

ومستندهما حسنه إبراهيم بن نعيم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فلما قتل رجع أحدهم عن شهادته، قال: فقال:

يقتل الراجع، ويؤدّى الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية» (٣).

ووجه العدول عنها: مخالفتها للأصل، فإن أحدا لا يلزم بإقرار غيره. وربما حملت على ما إذا رجعوا بأجمعهم، لكن قال أحدهم: تعمّدت، وقال الباقون:

أخطأنا.

ص: ٣٠١

١-١ (١) النهاية: ٣٣٥.

٢-٢ (٢) حكاها عنه العلامة في المختلف: ٧٢٦.

٣-٣ (٣) الكافي ٣: ٣٨٤ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٦٠ ح ٦٩٠، الوسائل ١٨: ٢٤٠ ب «١٢» من أبواب الشهادات ح ٢.

و لو شهدا بالعتق (١) فحكم، ثم رجعا، ضمنا القيمه، تعمدا أو أخطئا، لأنهما أتلفاه بشهادتهما.

و فى المختلف (١) جعل ذلك محملا- لقول الشيخين. و ليس بجيد. و إنما يصلح حملا للروايه التى هى مستند الحكم، و أما حكمهما فعلى ظاهر ما فهمناه من الروايه.

قوله: «و لو شهدا بالعتق. إلخ».

إنما ضمناه مطلقا لأن إتلاف المال لا يفرق فيه بين العامد و الخاطى، و قد فوّتا مألتيه على المالك بشهادتهما و هو لا يريد (٢)، لبنائه على التغليب، مع نفوذ الحكم فيه. و لا فرق بين أن يكون المشهود بعتقه قنا أو مدبرا أو مكاتبا أو أم ولد أو معلق العتق بصفه، خلافا لبعض العامه (٣) فى أم الولد، حيث قال: لا غرم.

و لو كانت الشهاده على تدبير عبد ثم رجعا بعد القضاء لم يغرم فى الحال، لأن الملك لم يزل، فإذا مات غرما بالرجوع السابق، لأن عتقه بسبب الشهاده و إن كان قادرا على نقضه، إذ لا- يجب عليه إنشاء الرجوع لنفع الوارث. و يحتمل عدم الرجوع، لقدرته على نقضه إن لم يكن لازما بنذر و شبهه. نعم، لو كان رجوعهما بعد موته أغرما للورثه. و كذا لو شهدا على العتق (٤) بصفه على وجه يصح.

و لو شهدا بكتابته و رجعا و أدى العبد النجوم و عتق ظاهرا، ففيما يغرمان وجهان:

أحدهما: ما بين قيمته و بين النجوم.

ص: ٣٠٢

١- ١) المختلف: ٧٢٦.

٢- ٢) فى الحجرّيتين: لا يزيد.

٣- ٣) الكافى للقرطبى ٢: ٩١٩.

٤- ٤) فى «د» و الحجرّيتين: المعتق نصفه.

السادسه: إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور، نقض الحكم و استعيد المال

السادسه: إذا ثبت أنهم شهدوا (١) بالزور، نقض الحكم و استعيد المال.

فإن تعذر، عزم الشهود.

و لو كان قتلا ثبت عليهم القصاص، و كان حكمهم حكم الشهود إذا أقروا بالعمد.

و أصحهما: جميع القيمه، لأن المؤدى من كسبه و كسبه للسيد. و لو عجز فرد في الرق لم يغرم سوى ما فات من منفعتة زمن الكتابه.

و لو شهدا أنه أعتقه على مال هو دون القيمه فكالكتابه، لأنه يؤدى من كسبه.

و لو شهدا أنه وقفه على مسجد أو جهه عامه فكالعتق، و لا يرد الوقف بالرجوع. و كذا لو شهد أنه جعل الشاه أضحيه.

قوله: «إذا ثبت أنهم شهدوا. إلخ».

وجه نقض الحكم مع ثبوت التزوير تبين اختلال شرط الشهاده، كما لو تبين فسقهما قبل الحكم، و أولى بالبطلان هنا.

و يدلّ عليه أيضا صحيحه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور قال: «إن كان الشىء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل» (١).

و روى محمد بن مسلم فى الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال فى شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدى من المال الذى شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف أو الثلث، إن كان شهد هذا و آخر معه» (٢).

ص: ٣٠٣

١- ١) الكافي ٧: ٣٨٤ ح ٣، الفقيه ٣: ٣٥ ح ١١٦، التهذيب ٦: ٢٥٩ ح ٦٨٦، الوسائل ١٨: ٢٣٩ ب «١١» من أبواب الشهادات ح ٢.

٢- ٢) الكافي ٧: ٣٨٣ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٦٠ ح ٦٨٧، الوسائل ١٨: ٢٣٨ الباب المتقدّم ح ١.

و لو باشر الولي القصاص،(١) و اعترف بالتزوير، لم يضمن الشهود، و كان القصاص على الولي.

السابعه: إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا

السابعه: إذا شهدا بالطلاق(٢) ثم رجعا، فإن كان بعد الدخول لم و اعلم أن الزور إنما يتحقق بتعمد الكذب لا بمطلق كون الشهاده باطله، و لذلك (١) كان حكمهم حكم من أقرّ بالعمد. و إنما يثبت شهادتهم بالزور بأمر مقطوع به، كعلم الحاكم أو الخبر المفيد للعلم، لا بالبينه لأنه تعارض، و لا بالإقرار لأنه رجوع.

قوله: «و لو باشر الولي القصاص. إلخ».

إذا رجع وليّ الدم وحده و اعترف بالتزوير فعليه القصاص، أو كمال الدية على تقدير اعترافه بالخطأ.

و لو رجع مع الشهود فوجهان:

أجودهما (٢): أن القصاص أو الدية بكما لها عليه، لأنه المباشر، و هم معه كالممسك مع القاتل.

و الثاني: أنه معهم كالشريك، لتعاونهم على القتل، و ليسوا كالممسك مع القاتل، فإنهم (٣) صوّروه بصوره المحقّقين.

و على هذا، فعليهم جميعا القصاص أو الدية منصفه أو بالحساب. و ينبغي على هذا الوجه أن لا يجب كمال الدية على الولي إذا رجع وحده.

قوله: «إذا شهدا بالطلاق. إلخ».

إذا شهدا على طلاق بائن كالطلاق بعوض و الطلقه الثالثه، أو على رضاع

ص: ٣٠٤

١- ١) في «ت، ث»: «و كذلك.

٢- ٢) في «ت، د»: «أحدهما، و في نسخه بدل «د»: «أجودهما.

٣- ٣) في «ث»: «كأنهم.

يضمنان. وإن كان قبل الدخول، ضمنا نصف المهر المسمى، لأنهما لا يضمنان إلا ما دفعه المشهود عليه بسبب الشهادة.

محرم أو لعان أو فسخ بعيب أو غيرها من جهات الفراق، وحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا لم يردّ الفراق، لأن قولهما في الرجوع محتمل، فلا يردّ القضاء المبرم بقول محتمل.

و هل يجب الغرم على الشاهدين مطلقا، أم يتقيد بعدم الدخول؟ يبنى على أن البضع هل يضمن بالتفويت أم لا؟ وفيه وجهان تقدّم [\(١\)](#) الكلام فيهما مرارا.

و المشهور أنه لا يضمن، و من ثمّ لو قتلها أو قتلت نفسها لم يضمن. وكذا لو غصب أمه و ماتت في يده، فإنه يضمن بذلك قيمتها و قيمه منافعها و إن لم يستوفها، دون بعضها مع عدم استيفائه.

و وجه الضمان: أنه متقومّ بالمال، و من ثمّ لو استوفاه مستوف ضمنه بقيمته، و هي مهر المثل. فعلى هذا يغرم الشاهدان مهر المثل، سواء كان قبل الدخول أم بعده، لأنهما فوّتا عليه ما يتقومّ فيغرمان قيمته، كما لو شهدا بعق عبد ثمّ رجعا.

و على المشهور إن كانت شهادتهما بالطلاق بعد الدخول لم يضمن شيئا، لأنهما لم يتلفا المهر، لاستقراره بالدخول، و ما أتلّفاه من البضع غير مضمون. و إن كانت قبل الدخول ضمنا نصف المسمى، لأنهما ألزماه به، و قد كان بمعرض السقوط بالردّه و الفسخ من قبلها. و هذا هو الذي اختاره المصنف رحمه الله، و عليه العمل.

ص: ٣٠٥

(١-١) في ج ١١١: ٧.

و فى المسأله أقوال آخر نادره:

منها: ما اختاره (١) الشيخ فى موضع من المبسوط (٢) من أن المهر إن كان مقبوضا بيدها غرم الشاهدان جميع مهر المثل، لأن الزوج لا يتمكّن من استرداد شىء، لزعمة أنها زوجته و أنها تستحقّ جميع الصداق. و إن كان قبل التسليم غرم النصف خاصه، لأنها لا تطالبه إلا بالنصف.

و منها: ما اختاره فى النهايه (٣)، و هو أنها لو تزوّجت بعد الحكم بالطلاق ثمّ رجعا ردّت إلى الأول بعد العده، و غرم الشاهدان المهر للثانى.

و استند الشيخ فى ذلك إلى موثقه إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى شاهدين شهدا على امرأه بأن زوجها طلقها، فتزوّجت ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق، قال: يضربان الحدّ، و يضمّنان الصداق للزوج، ثمّ تعتدّ ثمّ ترجع إلى زوجها الأول» (٤).

و الروايه ضعيفه بإبراهيم، فإنه واقفى و إن كان ثقه. و قد عرفت أن الحكم لا- ينقض بعد وقوعه فى مثل ذلك. و ربما حملت الروايه على ما لو تزوّجت بمجرد الشهاده من غير حكم الحاكم. و فى المختلف (٥) جعل ذلك محملا لقول الشيخ.

و ليس بجيد، فإن الشيخ استند إلى الروايه و عمل بظاهرها، فلا تأويل فى كلامه.

ص: ٣٠٦

١- ١) فى الحجرّيتين: منها قول الشيخ. ٢٩٤.

٢- ٢) المبسوط ٢٤٧: ٨- ٢٤٨.

٣- ٣) النهايه: ٣٣٦.

٤- ٤) الكافى ٣٨٤: ٧ ح ٧، التهذيب ٢٦٠: ٦ ح ٦٨٩، الوسائل ٢٤١: ١٨ ب «١٣» من أبواب الشهادات ح ١.

٥- ٥) المختلف: ٧٢٦.

الأول: إذا رجعا معا، ضمنا بالسوية

الأول: إذا رجعا معا، ضمنا (١) بالسوية. فإن رجعا أحدهما، ضمن النصف.

و لو ثبت بشاهد و امرأتين فرجعوا. ضمن الرجل النصف، و ضمننت كل واحد ربع.

و لو كان عشر نسوه مع شاهد، فرجع الرجل، ضمن السدس.

و فيه تردّد.

و منها: ضمان مهر المثل مع الدخول و نصفه مع عدمه. حكاة في المبسوط (١)، و مال إليه في التحرير (٢)، ثم أفتى بالمشهور.

و وجهه: أن الرجوع على الشاهد إنما يكون بما يتلفه بشهادته، و بشهادتهما بالطلاق قبل الدخول لم يتلغا نصف المهر، لأنه واجب عليه بالعقد طلق أم لم يطلق، و بعد الدخول لم يتلغا المهر أيضا، لاستقراره في ذمته به، و إنما أتلفا بشهادتهما البضع عليه، فيجب عليهما قيمته، و هو مهر المثل مع الدخول و نصفه قبل الدخول، لأنه إنما ملك نصف البضع، و لهذا إنما يجب عليه نصف المهر. و هذا القول مبني على ضمان البضع، و الأصح عدمه.

قوله: «إذا رجعا معا ضمنا. إلخ».

إذا رجع الشهود أو بعضهم [به] (٣) على وجه يثبت به الغرم، فلا يخلو: إما أن يفرض و المحكوم (٤) بشهادتهم على الحدّ المعتر، أو يفرض و هم أكثر عددا منه.

ص: ٣٠٧

١- ١) المبسوط ٢٤٧: ٨.

٢- ٢) تحرير الأحكام ٢١٦: ٢- ٢١٧.

٣- ٣) من «ث، م».

٤- ٤) في «خ»: المحكوم.

فإن كانوا على الحدّ المعتر، كما لو حكم في العتق أو القتل بشهاده رجلين ثمّ رجعا، فعليهما الغرم بالسويّه، وإن رجع أحدهما فعليه النصف. وكذا لو رجم في الزنا بشهاده أربعة، فإن رجعوا جميعا فعليهم الديه أرباعا، وإن رجع بعضهم فعليه حصّته منها.

هذا إذا كان جميع الشهود ذكورا، أو إناثا في موضع يقبل فيه شهادتهنّ منفردات. أما إذا انقسموا الى الذكور و الإناث، فإن لم يزيدوا على أقلّ ما يكفي، كرجل و امرأتين في الأموال، أو ما تقبل فيه شهادتهنّ منفردات، فنصف الغرم على الرجل عند الرجوع، و على كلّ واحد منهما الربع.

و إن زادوا على الأقلّ، فالمشهود به إما أن يثبت بشهاده النساء وحدهنّ، أو لا يثبت. فالأول: كما لو شهد أربع نسوة مع رجل في الولاده أو الرضاع، فإن رجعوا جميعا فعلى الرجل ثلث الغرم و عليهنّ ثلثاه. و إن رجع الرجل وحده ففي غرمه وجهان يأتیان، من حيث بقاء الحجّه. و كذا لو رجعت امرأتان.

و الثاني: و هو ما لا يثبت بشهاده النساء المتمخّصات كالأموال، فشهد رجل و أربع نسوة و رجعوا، فوجهان:

أحدهما: أن على الرجل ثلث الغرم، و عليهنّ الثلثان كالأول.

و الثاني: أن نصف الغرم عليه و نصفه عليهنّ، لأن المال لا يثبت بشهاده النساء و إن كثرن، فنصف الحجّه يقوم بالرجل معهنّ كم كّن. و هذا الوجه هو الذي طواه المصنف -رحمه الله- بتردّده في الأول.

الثانى: لو كان الشهود ثلاثة، ضمن كل واحد منهم الثلث

الثانى: لو كان الشهود ثلاثة، (١) ضمن كل واحد منهم الثلث، و لو رجع [واحد] منفردا. و ربّما خطر أنه لا يضمن، لأنّ فى الباقى ثبوت الحقّ، و لا يضمن الشاهد ما يحكم به بشهاده غيره للمشهود له. و الأوّل اختيار الشيخ رحمه الله.

و كذا لو شهد رجل و عشر نسوه، فرجع ثمان منهم، قيل: [كان] على كل واحد نصف السدس، لاشتراكهم فى نقل المال. و الإشكال فيه كما فى الأول.

فإذا قلنا بالثانى، فإن رجع النساء فعليهنّ نصف الغرم. و لو رجعت امرأتان فلا شىء عليهما على أحد الوجهين، لبقاء الحجّة. و لو رجع الرجل دونهنّ، فعلى الرجل الثلث على الأول، و النصف على الثانى. و لو رجع النساء دونه فعليهنّ ثلثاه أو نصفه. و هكذا. قوله: «لو كان الشهود ثلاثة. إلخ».

هذا هو القسم الثانى، و هو ما إذا زاد الشهود على الحدّ المعتبر، كما لو شهد بالمال أو القتل أو العتق ثلاثة، أو بالزنا خمسه، فإن رجع الكلّ فالغرم موزّع عليهم بالسويّه.

و إن رجع البعض، فإما أن يثبت العدد المعتبر على الشهاده، أو لا يثبت إلا بعضهم. فإن ثبت العدد المعتبر، كما لو رجع من الثلاثة فى العتق أو من الخمسه فى الزنا واحد، فوجهان:

أحدهما- و هو الذى اختاره الشيخ (١) رحمه الله-: أن على الراجع حصّيته من الغرم إذا وزّع عليهم جميعا، لأن الحكم وقع بشهاده الجميع، و كلّ منهم قد

ص: ٣٠٩

فَوْت قسطا، فيغرم ما فَوْت.

و الثاني -و هو الذي أشار (1) المصنف بخطوره-: أنه لا غرم على الراجع، لأنه يبقى من يقوم به الحجّه، و لو لم يشهد في الابتداء سوى من بقى لاكتفينا بشهادته، و كان الراجع كأن لم يشهد.

و على هذا لو شهد رجل و عشر نسوه فرجع ثمان منهّن، فعلى الأول يجب على كلّ واحد نصف السدس، لا شراكتهم جميعا في نقل المال، فيقابل شهاده الرجل السدس و شهادتهنّ خمس أسداس، فإذا رجع ثمان فعليهنّ أربعه أسداس على كلّ واحد نصف سدس. و على الثاني لا شيء عليهنّ، لبقاء من يقوم به الحجّه. و إليه أشار المصنف -رحمه الله- بالإشكال الأول.

و لو رجع الرجل دونهنّ، فإن كان الحقّ ممّا يثبت بشهادتهنّ منفردات فالوجهان. و إن كان ممّا لا يثبت بهنّ لم يبق من الشهود ما يثبت به الحكم، فيكون عليه النصف أو السدس على الخلاف.

و لو لم يثبت العدد المعتمد على الشهاده، كما إذا رجع من الثلاثه أو الخمسه اثنان، بنى على الوجهين في حاله السابقه.

فإن قلنا لا غرم على الراجعين هناك الزائدين على العدد المعتمد و زرع الغرم هنا على العدد المعتمد، و حصّه من نقص عن العدد توزّع على من رجع بالسويّه.

ففي صوره الثلاثه يكون نصف الغرم على الراجعين، لبقاء نصف الحجّه. و في صوره الخمسه عليهما ربع الغرم، لبقاء ثلاثه أرباع الحجّه.

و إن أوجبنا الغرم على من رجع هناك فعلى الراجعين من الثلاثه ثلثا الغرم، و من الخمسه خمساه.

ص: ٣١٠

الثالث: لو حكم فقامت بينه بالجرح مطلقا، لم ينقض الحكم

الثالث: لو حكم فقامت (١) بينه بالجرح مطلقا، لم ينقض الحكم، لاحتمال التجدد بعد الحكم. و لو تعين الوقت، و هو متقدّم على الشهاده، نقض. و لو كان بعد الشهاده، و قبل الحكم، لم ينقض. و الأظهر هنا الثانى، لأن البيّنه إذا نقص عددها زال حكمها، و صار الضمان متعلّقا بالإتلاف، و قد استووا فيه. قوله: «لو حكم فقامت. إلخ».

إذا حكم الحاكم بشهادة عدلين ثمّ ثبت جرحهما بعد الحكم، فإن كانت الشهاده بالجرح مطلقه-أى: غير معيّنه (١) بوقت الجرح- لم ينقض الحكم، لاحتمال أن يكون الجرح متجددا عليه، فيستصحب حكم العدالة إلى أن يثبت المزيل.

و إن عيّن الجرح وقته و كان متقدّما على الشهاده نقض، لظهور وقوع الحكم بشهادة فاسقين.

و لو كان وقت الجرح بين الشهاده و الحكم لم ينقض، لأداء الشهاده حاله العدالة. و هذا يناسب ما ذكره سابقا (٢) من أن الفسق المتجدد بعد أداء الشهاده و قبل الحكم لا- يمنع من الحكم. و على ما اختاره المتأخرون من عدم جواز الحكم يتّجه نقضه هنا، لوقوعه فى حاله لم يكن الشاهدان عدلين.

و يحتمل عدم نقضه هنا مطلقا، لوقوعه حاله الحكم بعد التهما ظاهرا، فوقع جامعا لشرائطه، فلا- ينقض. و بهذا قطع العلامه فى القواعد (٣)، مع اختياره عدم

ص: ٣١١

١- ١) فى «ا، ت، ط»: مبيّنه لوقت.

٢- ٢) راجع ص: ٢٩٤.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٢: ٢٤٧.

و إذا نقض الحكم،(١)فإن كان قتلا أو جرحا فلا قود،و الدية فى بيت المال.

و لو كان المباشر للقصاص هو الولي،ففى ضمانه تردّد،و الأشبه أنه لا يضمن،مع حكم الحاكم و إذنه.و لو قتل بعد الحكم و قبل الإذن ضمن الدية.

أما لو كان مالا،فإنه يستعاد إن كانت العين باقيه.و إن كانت تالفه،فعلى المشهود له،لأنه ضمن بالقبض،بخلاف القصاص.

جواز الحكم بتجدد الفسق بعد الأداء و قبل الحكم.

و يضعف بأن الاكتفاء فى صحه الحكم بظهور العدالة وقته (١)يستلزم صحته و إن ثبت الجرح متقدّما على الشهاده،لاشتراكهما فى المقتضى.و الوجه نقض الحكم على هذا القول،لثبوت فسقهما حاله الحكم المانع منه،كما يمنع منه مع سبقه على الشهاده. قوله:«و إذا نقض الحكم.إلخ».

إذا نقض الحكم بظهور مانع فى الشهاده سابق على الأداء أو على الحكم على الخلاف،فإن كان المشهود به طلاقا أو عتقا أو عقدا من العقود تبين أنه لا طلاق و لا عتاق و لا عقد.فإن كانت المرأة قد ماتت فقد ماتت و هى زوجته،و إن مات العبد مات و هو رقيق،و يجب ضمانه على ما نذكره فى ضمان المال.

و إن كان المشهود به قتلا أو قطعاً أو حدّاً و استوفى و تعدّر التدارك،فضمانه فى بيت المال،لأنه من خطأ الحكام،و حكم خطئهم كذلك.

و لا فرق بين أن يكون المباشر للفعل هو الولي أو غيره ممّن يأمره الحاكم،

ص:٣١٢

(١-١) كذا فى «ت،د»،و فى سائر النسخ:و فيه يستلزم.

و لو كان معسرا،(١)قال الشيخ:ضمن الامام،و يرجع به على المحكوم له إذا أيسر.

و فيه إشكال من حيث استقرار الضمان على المحكوم له بتلف المال في يده،فلا وجه لضمان الحاكم.

لاستناد الفعل إلى الحكم (١)على التقديرين.

و فيه وجه آخر يفرّق بين ما إذا كان المستوفى هو الوليّ و غيره،لأن استيفاء الوليّ مستند إلى أخذ حقه الذي تبين عدمه،فيكون كفعله خطأ.و الأظهر الأول،لاستناده إلى حكم الحاكم على التقديرين.

نعم،لو باشر القتل بعد الحكم و قبل إذن الحاكم له في الاستيفاء تعلّق به الضمان،لتوقّف جواز استيفائه على إذن الحاكم،و إن كان أصل الحقّ في ذلك له.

و يحتمل عدم الضمان هنا أيضا و إن أثم،لأن حكم الحاكم بثبوت الحقّ اقتضى كونه المستحقّ،و إن أثم بالمبادره بدون إذن الحاكم.

و لو كان المحكوم به مالا،فإن كان باقيا عند المحكوم له انتزع منه و ردّ إلى المأخوذ منه.و إن كان تالفا أخذ منه ضمانه،سواء أتلفه بنفسه أم تلف بآفه سماويّه.و فرّقوا بينه و بين الإتلافات السابقه حيث قلنا لا غرم عليه:بأن الإتلافات إنما تضمن إذا وقعت على وجه التعدي،و حكم الحاكم أخرجه عن أن يكون متعدّيا،و أما المال فإذا حصل في يد الإنسان بغير حقّ كان مضمونا و إن لم يوجد منه تعدّ.

قوله:«و لو كان معسرا.إلخ».

حيث قلنا بأن المال مضمون على المحكوم له مطلقا،فإن كان موسرا غرم

ص:٣١٣

١- ١) في الحجرّيتين:الحاكم.

الأولى: إذا شهد اثنان أن الميِّت أعتق أحد مماليكه و قيمته الثلث

الأولى: إذا شهد اثنان (١) أن الميِّت أعتق أحد مماليكه و قيمته الثلث، و شهد آخران أو الورثة أن العتق لغيره و قيمته الثلث، فإن قلنا: المنجزات من الأصل عتقا. و إن قلنا: تخرج من الثلث، فقد انعتق أحدهما. فإن عرفنا السابق، صحَّ عتقه، و بطل الآخر. و إن جهل استخرج بالقرعه.

و لو اتفق عتقهما في حاله [واحدة]، قال الشيخ: يقرع بينهما و يعتق المقروع.

و لو اختلفت قيمتهما، أعتق المقروع. فإن كان بقدر الثلث صحَّ، و بطل الآخر. و إن كان أزيد صحَّ العتق منه في القدر الذى يحتمله الثلث. و إن نقص، أكملنا الثلث من الآخر.

الحقّ. و إن كان معسرا قال الشيخ في المبسوط (١): ضمن الامام حتى يوسر المعسر فيرجع عليه. و على هذا فيتخير المضمون له بين رجوعه على الحاكم أو على المحكوم له المعسر، بأن ينظره إلى يساره. و مثله ما لو كان المحكوم له غائبا، و لا مال له حاضرا يتسلط عليه الحاكم.

و المصنف - رحمه الله - استشكل ذلك، من حيث الحكم بضمان المحكوم له، و الحال أنه لا تقصير من الحاكم، فلا وجه لضمانه.

و الأقوى استقرار الضمان على المشهود له، و ينظر إلى يساره أو التمكّن من الاستيفاء منه.

قوله: «إذا شهد اثنان. إلخ».

من الأصول الممهّده أن المريض مرض الموت إذا أعتق عبدين كلّ واحد

منهما ثلث ماله على الترتيب، و لم يجز الورثه، ينحصر العتق فى الأول. و إذا أعتقهما معا يقرع بينهما، كما فعل النبى (١) صلى الله عليه و آله بالعبيد الذين أعتقهم الأنصارى و لا يملك سواهم.

و لو علم سبق أحدهما و لم يعلم عين السابق فوجهان:

أحدهما: أنه يقرع كما لو أعتقهما معا، لأن معرفه السابق من غير معرفه السابق لا تنفع شيئا.

و الثانى: أنه يعتق من كل واحد نصفه، لأننا لو أقرعنا لم نأمن خروج الرق على السابق و للسابق حق الحرية، فيلزم منه إرقاق حرّ و تحرير رقيق.

إذا تقرّر ذلك، فلو قامت بينه على أن المريض أعتق سالما، و أخرى على أنه أعتق غانما، من غير أن تتعرض إحداهما لنفى عتق الآخر، و كل واحد منهما ثلث ماله، فإن أرختا بتاريخين مختلفين عتق من أعتقه أولا. و إن أرختا بتاريخ واحد أقرع بينهما. و إن أطلقت إحداهما أو أطلقتا احتمل السابق و المعية، فيجىء فيه الوجهان السابقان. و الشيخ (٢) -رحمه الله- اختار القرع. و هو حسن، لأنها لكل أمر مشتبه.

و المصنف -رحمه الله- نسب القول إليه مؤذنا برده. و وجهه: أنها لاستخراج السابق، و من المحتمل اقترانهما، فلا يكون أحدهما أولى من الآخر، فيعتق من كل واحد نصفه.

ص: ٣١٥

١- ١) مسند أحمد ٤: ٤٢٦، صحيح مسلم ٣: ١٢٨٨ ح ٥٦، سنن أبى داود ٤: ٢٨ ح ٣٩٥٨، سنن البيهقى ١٠: ٢٨٥.

٢- ٢) المبسوط ٨: ٢٥٣.

و فيه: أن القرعه قد وردت في العتق مع الاقتران كما ذكرناه، وهي وجه الأولويّه.

و يتفرّع على القولين ما لو قامت البيّتان كذلك، لكن أحد العبدین سدس المال، فإن قلنا بالقرعه و خرجت للعبد الخسيس عتق، و عتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث. و إن خرجت للنفيس انحصر العتق فيه. فإن قلنا هناك يعتق من كلّ واحد نصفه فهنا وجهان:

أحدهما: أنه يعتق من كلّ واحد ثلثه، لأن ما زاد على الثلث من التبرّع ينسب إلى جميع التبرّع، و ينقص بتلك النسبه من كلّ واحد منهم، و إذا نسبنا الزائد على الثلث - هو السدس هنا - إلى جميع التبرّع - هو النصف - كان ثلثه، فيردّ العتق في ثلث كلّ واحد منهما، و ينفذ في ثلثيه.

و الثاني: أنه يعتق من النفيس ثلثه أرباعه، و من الخسيس نصفه، لأنه إن سبق إعتاق النفيس فجميعه حرّ، و إن سبق إعتاق الآخر فنصفه حرّ، فنصفه على التقديرين حرّ، و إنما النزاع و الازدحام في النصف الثاني و هو قدر سدس المال، فيقسّم بينهما، فيعتق من النفيس ربعه، و من الخسيس نصفه.

و تبّه المصنف - رحمه الله - بقوله: «و شهد آخرا ن أو الورثه أن العتق لغيره» على أنه لا فرق هنا بين شهاده الوارث و غيره، إذ لا تهمه للوارث تمنع شهادته هنا، و إن كانت و ارده في غير هذه الصوره، كما سيأتى (1) فيما لو شهدوا بالرجوع عن الأول.

ص: ٣١٤

الثانية: إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد، وشهد من ورثته عدلان أنه رجع عن ذلك و أوصى لخالد

الثانية: إذا شهد شاهدان (١) بالوصية لزيد، وشهد من ورثته عدلان أنه رجع عن ذلك و أوصى لخالد، قال الشيخ: تقبل شهاده الرجوع، لأنهما لا يجزان نفعا.

و فيه إشكال، من حيث إن المال يؤخذ من يدهما، فهما غريما المدعى.

و يزيد الورثة عن الأجانب أنه لا- يشترط هنا كونهم عدولا، لأن شهادتهم بعق الثاني مع عدم تعرّضهم للأول بمنزله الإقرار بعقته، مضافا إلى ما ثبت بالبينه.

نعم، يشترط كون الشاهد جميع الورثة، كما يرشد إليه قول المصنف - رحمه الله -: «أو الورثة». و قال في المسألة الثانية: «و شهد من ورثته عدلان».

و لو كانوا عدولا كفى منهم اثنان كالأجانب.

قوله: «إذا شهد شاهدان. إلخ».

لا فرق في شهود العتق و الوصية بين أن يكونوا أجانب أو وارثين في اعتبار عدم التهمة، فكما أن الأجنبي قد يجزّ نفعا إلى نفسه بشهادته كما في الصور المتقدمه في محلها، فكذلك الوارث، فلا تقبل شهادته. و يزيد الوارث أن شهادته على تقدير ردّها قد تتضمن إقرارا للمشهود له فيؤاخذ بها.

فلو شهد أجنبيان أنه أوصى بوصية لزيد، و لنفرضها كأولى عتق سالم، و هو ثلث ماله، و شهد وارثان عدلان أنه رجع عن تلك الوصية و أوصى بعتق غانم، و هو ثلث ماله أيضا، قبلت شهادتهما على الرجوع عن الوصية الأولى، و تثبت بهما الوصية الثانية، لأنهما أثبتا للرجوع عنه بدلا يساويه، فارتفعت التهمة. و لا نظر إلى تبديل المال و خواصه، فقد يكون الثاني أصح من الأول.

و مجرّد هذا الاحتمال لو أثير لما قبلت شهاده قريب لقريب يرثه.

الثالثة: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية، و شهد شاهد بالرجوع، و أنه أوصى لعمرو

الثالثة: إذا شهد شاهدان لزيد (١) بالوصية، و شهد شاهد بالرجوع، و أنه أوصى لعمرو، كان لعمرو أن يحلف مع شاهده، لأنَّ شهادته منفردة لا تعارض الأولى.

هذا هو الذى اختاره الشيخ -رحمه الله- فى المبسوط (١) فى فصل الرجوع. و المصنف -رحمه الله- استشكل ذلك. و العلامه (٢) -رحمه الله- رجح عدم القبول، لما أشار إليه المصنف -رحمه الله- من التعليل، و هو أنه ينتزع المال من يده، فهو غريم للموصى له الأول، فهو كما لو شهد ذو اليد بما فى يده لغيره بعد إقامه آخر البيئه أنه له، فإنها لا تسمع، و إن كان بين المثالين فرق قليل، و هو أن الدعوى فى المتنازع ليست متمحصه على الوارث، بخلاف المال.

و إنما اعتبر كون الورثه عدلين ليثبت بهما الرجوع على تقديره، فإنهما لو كانا فاسقين لم يثبت بقولهما الرجوع، و يحكم بالأولى بشهاده الأجنبيين (٣)، لأن الثلث يحتملها كما هو المفروض، و يصح من الثانيه قدر ما يحتمله ثلث الباقي (٤) من المال بعد الأول. و بهذا افترق حكم العدالة و عدمها فى هذه المسأله و السابقه، لأن الوارث لو لم يتعرض للسابقه كان الحكم كالمسأله الأولى.

قوله: «إذا شهد شاهدان لزيد. إلخ».

لما تقدم فى باب القضاء (٥) أن الشاهد مع اليمين لا يعارض الشاهدين، بل يقدم الشاهدان مع التعارض، تبه هنا على دفع توهم أنه مع شهاده شاهدين

ص: ٣١٨

١- ١) المبسوط ٢٥١: ٨- ٢٥٢.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢٣٠: ٢.

٣- ٣) فى «ث، خ، ط»: الأجنبي.

٤- ٤) كذا فى «خ، ص، م»، و فى سائر النسخ: الثانى.

٥- ٥) فى ص: ٨٩.

الرابعة: لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران أنه رجع عن إحداهما

الرابعة: لو أوصى بوصيتين (١) منفردتين، فشهد آخران أنه رجع عن إحداهما، قال الشيخ: لا يقبل، لعدم التعيين، فهي كما لو شهدت بدار لزيد أو عمرو.

بالوصية لزيد بعين، وشهادته واحد بالرجوع عنها و أنه أوصى بها لعمرو، من ذلك القبيل و أنه يقدم الشاهدان، فتبته على ما به يندفع الوهم، و أنه يحكم هنا بالشاهد و اليمين، لأنه لا تعارض بين الشاهدين و بينه، لأن الشاهد يشهد بأمر آخر غير ما شهد به الشاهدان، و يصدق الشاهدين على ما شهدا به، و لكن يدعى الرجوع عما شهدا به و أنه أوصى لغيره فيقدم، لعدم التعارض، و يعمل بكل منهما في مورده، و يحكم ببطلان الوصية الأولى بالرجوع عنها.

قوله: «لو أوصى بوصيتين. إلخ».

وجه ما اختاره الشيخ (١) من البطلان أن الإبهام يمنع [من] (٢) قبول الشهادة، كما لو شهدا بأنه أوصى لأحد هذين، أو شهدا بدار لزيد أو عمرو.

و نسب الحكم إلى الشيخ مؤذنا بعدم ترجيحه.

و وراء قول الشيخ وجهان آخران:

أحدهما: القرعة، لأنه أمر مشكل، و المستحق في نفس الأمر أحدهما، و نسبتها إليه على السواء، و قد تعذر علمه بموت الموصى، و كل أمر مشكل فيه القرعة.

و الثاني: القسمة بينهما، لأنه مال قد انحصر فيهما، و نسبتها إليه على السواء، فيقسم بينهما، و يجعل كأنه رد وصية كل واحد إلى نصفها. و القرعة لا تخلو من قوة.

ص: ٣١٩

١- ١) المبسوط ٢٥٣: ٨.

٢- ٢) من «خ».

الخامسة: إذا ادعى العبد العتق، وأقام بينه تفتقر إلى البحث

الخامسة: إذا ادعى العبد العتق، (١) وأقام بينه تفتقر إلى البحث، و سأل التفريق حتى تثبت التزكية، قال في المبسوط: يفرّق.

و كذا قال: لو أقام مدعى المال شاهدا واحدا، و ادعى أنّ له آخر، و سأل حبس الغريم، لأنّه متمكّن من إثبات حقه باليمين.

و فى الكلّ إشكال، لأنّه تعجيل العقوبة قبل ثبوت الدعوى.

قوله «إذا ادعى العبد العتق. إلخ».

وجه ما ذهب إليه الشيخ (١) أن العبد قد فعل الواجب عليه حيث [قد] (٢) أتى بينه كامله، و ليس عليه البحث عن حالها، لأن الظاهر العدالة حتى يثبت الجرح، و إنما البحث وظيفه الحاكم. و لأن المدعى ربما كان أمه، فلو لا التفرقة لم يؤمن أن يواقعها، و هو ضرر عظيم.

و أما مقيم شاهد واحد بالمال، فلائنه يتمكّن من إثبات حقه باليمين، إذ هما حجّه فى الأموال، فكان الشاهد الواحد فى معنى الحجّه الكامله.

و المصنف -رحمه الله- استشكل الحكم فى الموضوعين، من حيث إن التفرقة بين المالك ظاهرا و ماله قبل أن يثبت خروجه عن ملكه، و تعجيل الحبس عقوبه لم يثبت موجبها.

و دعوى أنه أتى بينه كامله فى الأول مبنى على مذهب الشيخ من أن الأصل فى المسلم العدالة، و بحث الحاكم عن التزكية للاستظهار. و على المشهور من اشتراط ظهور العدالة لا يسلم كمال البيئه قبل التزكية، بل يمنع من كماليتها على مذهبه أيضا، فإن ظاهر هذا المذهب أن للحاكم أن يبحث عن التزكية

ص: ٣٢٠

١ - ١) المبسوط ٢٥٤: ٨.

٢ - ٢) من «ط، م».

و يرجئ الحكم إلى أن يظهر، و حينئذ فلا تكون كامله على هذا التقدير. و قد تقدّم (١) البحث فيه.

و حينئذ فلا مانع من تمكين المولى من وطى الأئمه قبل الثبوت، لأنها ملكه ظاهراً، و الناس مسلطون على أموالهم إلى أن يثبت خلافه.

و أما مع إقامة الشاهد الواحد قبل اليمين فعدم الكمال أوضح، لأنه متمكن من إثبات حقه بالحلف و لم يفعل، فلا وجه للحبس قبل ثبوت الحق.

و إنما قيد المصنف الشاهد بالمال ليتمكن إثباته معجلاً- باليمين، فيكون في قوه البينه الكامله. فلو كان الحق ممياً لا يثبت إلا بشاهدين- كالطلاق- لم يحبس، لعدم كمال البينه حينئذ. كذا نص عليه الشيخ (٢)، و ذكر فيه احتمالاً بالحبس أيضاً.

و ربما قيل بجواز الحبس إن رآه الحاكم صلاحاً. و لا بأس به، لأنها مسأله اجتهاديّه، فتناط برأى (٣) الحاكم.

ص: ٣٢١

١-١) في ج ٣٨٦: ١٣.

٢-٢) المبسوط ٢٥٥: ٨.

٣-٣) في «ا، ث»: بنظر.

كتاب الحدود و التعزيرات (١) قوله: «كتاب الحدود و التعزيرات» الحدود جمع حدّ. و هو لغه: المنع. و منه أخذ الحدّ الشرعى، لكونه ذريعه إلى منع الناس عن فعل موجه خشيه من وقوعه.

و شرعا: عقوبه خاصّه تتعلّق بإيلاام البدن، بواسطة تلبس المكلف بمعصيه خاصّه، عيّن الشارع كمّيتها فى جميع أفراده.

و التعزير لغه: التأديب. و شرعا: عقوبه أو إهانته لا تقدير لها بأصل الشرع غالبا.

و الأصل فيهما الكتاب و السنّه و الإجماع، و تفاصيله فى الآيات و الأخبار كثيره، لكثيره أفراده.

و اعلم أن الزنا من المحرّمات الكبائر، قال الله تعالى وَ لَا تَقْرُبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً (١). و قال تعالى وَ الَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَ لَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَ لَا يَزْنُونَ وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ يَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا (٢).

و أجمع أهل الملل على تحريمه حفظا للنسب. و قد كان الواجب به فى صدر الإسلام الحبس و الإيذاء، على ما قال تعالى وَ اللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى وَ الَّذِينَ يَأْتِيَانَهَا مِنْكُمْ فَادُّوهُمَا (٣). و ظاهر الآيات أن الحبس كان فى حقّ النساء، و الإيذاء فى حقّ الرجال، ثمّ استقرّ الأمر على الحدود المفصله فيما سيأتى.

ص: ٣٢٥

١-١ (١) الإسراء: ٣٢.

٢-٢ (٢) الفرقان: ٦٨-٦٩.

٣-٣ (٣) النساء: ١٥-١٦.

كُلِّ ما له عقوبه (١) مقدره يسمّى: حدًا.

و ما ليس كذلك يسمّى: تعزيرا.

و أسباب الأوّل سته: الزنا، و ما يتبعه، و القذف، و السرقة، و شرب الخمر، و قطع الطريق.

قوله: «كُلِّ ما له عقوبه. إلخ».

تقدير الحدّ شرعا واقع في جميع أفراده، كما أشرنا إليه سابقا. و أما التعزير فالأصل فيه عدم التقدير، و الأغلب في أفراده كذلك، لكن قد وردت الروايات بتقدير بعض أفراده، و ذلك في خمسة مواضع:

الأوّل: تعزير المجامع زوجته في نهار رمضان، مقدر بخمسه و عشرين سوطا.

الثاني: من تزوّج أمه على حرّه و دخل بها قبل الإذن، ضرب اثنا عشر سوطا و نصفًا، ثمّن حدّ الزانى.

الثالث: المجتمعان تحت إزار واحد مجرّدين، مقدر بثلاثين إلى تسعه و تسعين على قول.

الرابع: من اقتضّ بكرا بإصبعه قال الشيخ (١): يجلد من ثلاثين إلى سبعة و سبعين. و قال المفيد (٢): من ثلاثين إلى ثمانين. و قال ابن إدريس (٣): من ثلاثين إلى تسعه و تسعين.

الخامس: الرجل و المرأة يوجدان في لحاف واحد أو إزار مجرّدين،

ص: ٣٢٤

١-١) النهاية: ٦٩٩، و فيه: تسعه و تسعين، و لم نجده في سائر كتبه. و في الجواهر (٣٧١: ٤١) نقلا عن الشيخ: سبعة و تسعين.

٢-٢) المقنعه: ٧٨٥.

٣-٣) السرائر ٤٤٩: ٣.

و الثاني أربعة: (١) البغى، و الردّه، و إتيان البهيمة، و ارتكاب ما سوى ذلك من المحارم.

فلنفرد لكلّ قسم بابا، عدا ما يتداخل أو سبق.

يعزّزان من عشره إلى تسعه و تسعين. قاله المفيد (١). و أطلق الشيخ (٢) التعزير.

و قال فى الخلاف (٣): روى أصحابنا فيه الحدّ.

و لقائل أن يقول ليس من هذه مقدّر سوى الأول (٤)، و الباقي يرجع فيما بين الطرفين إلى رأى الحاكم، كما يرجع إليه فى تقدير غيره، و إن لم يتحدّد فى طرفيه بما ذكر.

قوله: «و الثاني أربعة. إلخ».

جعل عقوبه الباغى - و هو المحارب و من فى معناه - المرتدّ تعزيرا غير معهود (٥)، و المعروف بين الفقهاء تسميته حدّا. و لا ينافى كون الحدّ مقدّرا، لأن القتل أيضا مقدّر بإزهاق الروح، إما مطلقا أو على وجه مخصوص.

و جعل ارتكاب المحارم قسيما للثلاثه، نظرا إلى أن الثلاثه الأول منصوبه بخصوصها من الشارع، و الرابع داخل من حيث العموم. و الأولى جعل سبب التعزير أمرا واحدا، و هو ارتكاب المحرّم الذى لم ينصب الشارع له حدّا مخصوصا.

ص: ٣٢٧

١ - ١) المقنعه: ٧٧٤.

٢ - ٢) النهايه: ٦٨٩ - ٦٩٠.

٣ - ٣) الخلاف ٣: ٣٧٣: ٥: مسأله (٩).

٤ - ٤) فى «ث»: الأولين.

٥ - ٥) فى الحجرّيتين: معروف.

إشارة

القسم الأول من كتاب الحدود

الباب الأول: في حدّ الزنا

إشارة

الباب الأول في حدّ الزنا و النظر في: الموجب، و الحدّ، و اللواحق

أما الموجب

إشارة

أما الموجب: (١) فهو إيلاج الإنسان ذكره، في فرج امرأه محرمة، من غير عقد و لا- ملك و لا- شبهه. و يتحقق ذلك بغيبوبه الحشفه، قبلا، أو دبرا، و يشترط في تعلق الحدّ: العلم بالتحريم، و الاختيار، و البلوغ.

و في تعلق الرّجم- مضافا إلى ذلك-: الإحصان.

و لو تزوّج محرّمه: كالأمّ، و المرضعه، و المحصنه، و زوجه الولد، و [زوجه] الأب، فوطئ مع الجهل بالتحريم فلا حدّ.

قوله: «أما الموجب. إلخ».

هذا تعريف لمطلق الزنا الموجب للحدّ في الجملة. و يدخل في الإنسان الكبير و الصغير و العاقل و المجنون، فلو زاد فيه: المكلف، كان أجود. و يمكن تكلف إخراجها بقوله: «في فرج امرأه محرّمه» فإنه لا تحريم في حقهما.

و كذا يدخل فيه المختار و المكره. و يجب إخراج المكره، إلا أن يخرج بما خرج به الأولان.

و كذا يدخل الذكر و الخنثى. لكن يمكن إخراج الخنثى بقوله: «ذكره» فإن ذكر الخنثى ليس بحقيقي، لعدم مبادره المعنى عند إطلاقه إليه، و جواز سلبه عنه.

و من جعله ذكرا حقيقيا زاد بعد قوله «ذكره»: الأصلي يقينا، لإخراج ما للخنثى المشكل. و كذا القول في إخراج الخنثى من قوله: «في فرج امرأه» فإن الخنثى خرجت بقوله: «امرأه». و منهم من لم يخرجها بها، و زاد قوله: الأصلي يقينا.

و لا ينهض العقد(١) بانفراده شبهه فى سقوط الحدّ و لو استأجرها للوطء، لم يسقط بمجردده و لو توهم الحلّ به سقط.

و كذا يسقط فى كلّ موضع يتوهم الحلّ، كمن وجد على فراشه امرأه، فظنّها زوجته فوطئها.

و كما يتحقّق ذلك بغيوبه الحشفه، يتحقّق بغيوبه قدرها من مقطوعها. و لو قال: بغيوبه قدر الحشفه، لشمّل الأمرين.

و المراد بالمحرّمه تحريما أصليا لتخرج المحرّمه بالعرض، كزوجته الحائض و المحرمه و الصائمه، فلا حدّ بوطيها، و إن استحقّ التعزير لفعل المحرّم.

قوله: «و لا ينهض العقد. إلخ».

ضابط الشبهه المسقطه للحدّ توهم الفاعل أو المفعول أن ذلك الفعل سائغ له، لعموم: «ادرؤا الحدود بالشبهات» (١) لا مجرد وقوع الخلاف فيه مع اعتقاده تحريمه.

فإذا عقد على امرأه لا تحلّ له بالعقد و وطئها بذلك العقد لم يكف ذلك فى سقوط الحدّ، لأنه عقد فاسد فلا يورث شبهه، كما لو اشترى حرّه فوطئها أو خمرًا فشربها. و لأنه لو كان شبهه لثبت به النسب، و لا يثبت باتّفاق الخصم.

و كذا لو استأجرها للوطى، خلافا لأبى حنيفه (٢) فى الموضوعين، حيث أسقط الحدّ عنه بمجرد العقد و إن كان عالما بتحريمه، و إن كان العقد على الأم.

نعم، لو توهم الحلّ بذلك كان شبهه من حيث الوهم تسقط الحدّ، كما يسقط غيرها من أنواع الشبهه و إن لم يكن هناك عقد.

ص: ٣٢٩

١- ١) الفقيه ٤: ٥٣ ح ١٩٠، الوسائل ١٨: ٣٣٦ ب «٢٤» من أبواب مقدّمات الحدود ح ٤.

٢- ٢) اللباب فى شرح الكتاب ٣: ١٩١، الحاوى الكبير ١٣: ٢١٧-٢١٨، روضه القضاء ٤: ١٣٠١ رقم (٧٩٢١)، حليه العلماء ٨: ١٥، بدائع

الصنائع ٧: ٣٥، تبیین الحقائق ٣: ١٧٩-١٨٠، المبسوط للسرخسى ٩: ٥٨ و ٨٥.

و لو تشبَّهت له [فوطئها]، فعليها الحدّ (١) دونه. و في روايه يقام عليها الحدّ جهراً، و عليه سرّاً. و هي متروكه. و كذا يسقط لو أباحتها نفسها، فتوهم الحلّ.

و يسقط الحدّ مع الإكراه. (٢) و هو يتحقّق في طرف المرأه قطعاً. و في تحقّقه في طرف الرجل تردّد، و الأشبه إمكانه، لما يعرض من ميل الطبع المزجور بالشرع.

قوله: «و لو تشبَّهت له فعليها الحدّ. إلخ».

أما وجوب الحدّ عليها دونه فلاختصاصها بالزنا، فتختصّ بالحدّ.

و الروايه التي أشار إليها رويت بطريق ضعيف يشتمل على مجاهيل: «إن امرأه تشبَّهت بأمه رجل فواقعها على أنها أمته، فرفع إلى عمر فأرسل إلى عليّ عليه السلام فقال: حدّها جهراً، و حدّه سرّاً» (١). و عمل بمضمونها القاضي (٢)، و اقتصر الشيخان (٣) على ذكرها بطريق الروايه.

و الأصحّ عدم الحدّ عليه مطلقاً، للشبهه، و أصله البراءه، و ضعف مستند الثبوت.

قوله: «و يسقط الحدّ مع الإكراه. إلخ».

الإكراه يسقط [به] (٤) أثر التحريم عن المكره إجماعاً، حذراً من تكليف ما لا يطاق، و عموم قوله صلّى الله عليه و آله: «رفع عن أمّتي الخطأ، و النسيان، و ما

ص: ٣٣٠

١- ١) الكافي ٧: ٢٦٢ ح ١٣، التهذيب ١٠: ٤٧ ح ١٦٩، الوسائل ١٨: ٤٠٩ ب (٣٨) من أبواب حدّ الزنا.

٢- ٢) المهذب ٢: ٥٢٤.

٣- ٣) المقنع: ٧٨٤، النهايه: ٦٩٩.

٤- ٤) من «أ، م».

و يثبت للمكرهه (١) على الواطئ مثل مهر نساها، على الأظهر.

استكرهوا عليه» (١). و المراد رفع حكمها أو المؤاخذة عليها.

و الإكراه على الزنا يتحقق في طرف المرأة إجماعاً. و أما في طرف الرجل فقليل: لا يتحقق، لأن الإكراه يمنع من انتشار العضو و انبعاث القوى، لتوقفهما على الميل النفساني المنافي لانصراف النفس عن الفعل. و الأظهر إمكانه، لأن الانتشار يحدث عن الشهوه، و هو أمر طبيعي لا ينافيها تحريم الشرع. و على كل حال لا حد، لأنه شبهه و الحد يدراً بالشبهه.

قوله: «و يثبت للمكرهه. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل لم يذكر كثير منهم فيه خلافاً، لأن مهر المثل عوض البضع إذا كان محترماً عارياً عن المهر، كقيمه المتلف (٢) من المال، و البضع و إن لم يضمن بالفوات لكنه يضمن بالتفويت و الاستيفاء، لأنها (٣) ليست بغيا، و النهى عن مهر البغى يدل على ثبوته لغيرها.

و القول بعدم ثبوت المهر للشيخ في موضع من الخلاف (٤)، محتجاً عليه بنهى النبي صلى الله عليه و آله عن مهر البغى (٥). قال: «و البغى: الزانية».

و هو - كما قال ابن إدريس (٦) - استدلال عجيب. و أوجه في موضع آخر من

ص: ٣٣١

١ - ١) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٧٤ ح ١٥٩، الوسائل ١٤٤: ١٦ ب «١٦» من أبواب كتاب الأيمان ح ٥.

٢ - ٢) في «خ، د، ط»: المتلف المالى.

٣ - ٣) في «ت، ط، م»: و لأنها.

٤ - ٤) الخلاف ٣: ٤٠٤ مسألة (١٦)، و ج ٥: ٣٩٣ مسألة (٣٦).

٥ - ٥) الخصال: ٤١٧ ح ١٠، الوسائل ١٢: ٦٤ ب «٥» من أبواب ما يكتسب به ح ١٣. و انظر مسند أحمد ١: ٣٥٦، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٠.

ح ٢١٥٩، سنن أبى داود ٣: ٢٦٧ ح ٣٤٢٨، سنن الترمذى ٣: ٤٣٩ ح ١١٣٣ سنن النسائى ٧: ١٨٩، سنن البيهقى ٦: ٦.

٦ - ٦) السرائر ٣: ٤٣٦.

و لا يثبت الإحصان (١)الذى يجب معه الرجم،حتى يكون الواطئ بالغاً حرّاً،و يطأ فى فرج مملوك بالعقد الدائم أو الرّق،متمكّن منه يغدو عليه و يروح.و فى روايه مهجوره:دون مسافه التقصير.

و فى اعتبار كمال العقل خلاف،فلو وطئ المجنون عاقله،وجب عليه الحدّ رجماً أو جلداً.هذا اختيار الشيخين رحمهما الله.و فيه تردّد.

الخلاف (١)،و كذلك فى المبسوط (٢)،فلذلك لم يعدّها كثير من مسائل الخلاف.

قوله:«و لا يثبت الإحصان.إلخ».

الإحصان و التحصين فى اللغة المنع،قال تعالى لِيُتَحَصِّنْكُمْ مِنْ أَنْ تُؤْمِنُوا بِالْبُهْتَانِ الَّتِي بَدَأَتْ فِيهَا السَّيِّئَاتِ (٤).و قال تعالى فى قُرَى مُحَصَّنَةٍ (٤).

و ورد فى الشرع بمعنى الإسلام،و بمعنى البلوغ و العقل.و كلّ منهما قد قيل فى تفسير قوله تعالى فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ (٥).و بمعنى الحرّيه،و منه قوله تعالى فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ (٦)يعنى:الحرائر.

و بمعنى التزويج،و منه قوله تعالى وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (٧).يعنى:المنكوحات.و بمعنى العفّه عن الزنا،و منه قوله تعالى:

وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ (٨).و بمعنى الإصابه فى النكاح،و منه قوله تعالى:

مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ (٩).

ص: ٣٣٢

١- (١) الخلاف ٥:٢٥٧ مسألة (٦٧).

٢- (٢) المبسوط ٣:٧٣.

٣- (٣) الأنبياء: ٨٠.

٤- (٤) الحشر: ١٤.

٥- (٥) النساء: ٢٥.

٦- (٦) النساء: ٢٥.

٧- (٧) النساء: ٢٤.

٨- (٨) النور: ٤.

٩- (٩) المائدة: ٥.

و يقال: أحصنت المرأة عفت، و أحصنها زوجها فهي محصنه، و أحصن الرجل تزوج.

و يعتبر فى الإحصان المعتبر لوجوب الرجم بالزنا أمور:

أحدها: البلوغ. فالصبيّ ليس بمحصن، و لا - حدّ عليه، لأن فعله ليس بجنايه حتى يواط به عقوبه. و الأظهر أن المجنون كذلك، لا شتراكهما فى العله.

فيشترط البلوغ و العقل، و يجمعهما التكليف. فلو وطئ المجنون فلا - حدّ عليه رجما و لا - جلدا، لعدم التكليف الذى هو مناط الحدود على المعاصى.

و ذهب الشيخان (١) و جماعه (٢) إلى وجوب الحدّ على المجنون، و تحقّق الإحصان منه، فيثبت عليه الرجم معه و الجلد بدونه، استنادا إلى روايه أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام قال: «إذا زنى المجنون أو المعتوه جلد الحدّ، و إن كان محصنا رجم، قلت: و ما الفرق بين المجنون و المجنونه و المعتوه و المعتوهه؟ فقال: المرأه إنما تؤتى، و الرجل إنما يأتى، و إنما يأتى إذا عقل كيف يأتى اللذه، و إن المرأه إنما تستكره و يفعل بها، و هى لا تعقل ما يفعل بها» (٣).

و هذه الروايه ظاهره فى كون الفاعل غير مجنون، و إن كان صدرها قد تضمّن حكم المجنون، فتحمل على مجنون يعتوره الجنون إذا زنى بعد تحصينه (٤)، لتناسب العله التى ذكرها فى الروايه.

ص: ٣٣٣

١ - ١) المقنعه: ٧٧٩، النهايه: ٦٩٦.

٢ - ٢) المقنعه: ٤٣٦.

٣ - ٣) الكافي ٧: ١٩٢ ح ٣، التهذيب ١٠: ١٩ ح ٥٦، الوسائل ١٨: ٣٨٨ ب «٢١» من أبواب حدّ الزنا ح ٢.

٤ - ٤) فى «ت، د، ط، م»: تحصيله.

و ثانيها: الحرّيه. فالرقيق ليس بمحصن، و لا يرحم بالزنا و إن أصاب في نكاح صحيح. و يستوى في ذلك القنّ و المدبّر و المكاتب و من بعضه رقيق.

قيل: و الوجه في اعتبار الحرّيه أن العقوبه تتغلّظ بتغلّظ الجنايه، و الحرّيه تغلّظ الجنايه من وجهين:

أحدهما: أنها تمنع من الفواحش، لأنها صفة كمال و شرف، و الشريف يصون نفسه عمّا يندس عرضه، و الرقيق مبتذل مهان لا يتحاشى عمّا يتحاشى منه الحرّ.

و الثاني: أنها توسّع طريق الحلال، ألا ترى أن الرقيق يحتاج في النكاح إلى إذن السيّد، و لا ينكح إلا امرأتين، بخلاف الحرّ، و من ارتكب الحرام مع اتّساع طريق الحلال عليه كانت جنايته أغلظ.

و ثالثها: الإصابه في نكاح صحيح. قيل: و المعنى في اعتبارها أن الشهوه مركّبه في النفوس، فإذا أصاب في النكاح فقد نال اللذّه و قضى الشهوه، فحقّه أن يمتنع عن الحرام. و أيضا فإن الإصابه تكمل طريق الحلال، من حيث إن النكاح قبل الدخول يبين بالطلقه الواحده و بمجرّد اختلاف الدين، و بعد الدخول بخلافه.

و أيضا فإنه إذا أصاب امرأته فقد أكّده استفراشها، فلو لطخ غيره فراشه عظمت وحشته و أذيتّه، فحقّه أن يمتنع من تلطيخ فراشه الغير، فإذا لم يمتنع تغلّظت الجنايه.

و يكفي في الإصابه تغيّب الحشفه. و لا يشترط الإنزال. و لا يقدر وقوعها في حاله محرّمه بالعرض كالحيض و الإحرام. و لا فرق في الموطوءه التي يحصل

بها الإحصان بين الحرّ و الأمه عندنا، لا شتر اكهما فى المقتضى (١) المذكور للإنسان.

و احترز بالعقد الدائم عن المنقطع، فإنه لا يحصن. و [قد] (٢) يدلّ على الأمرين معا موثقه إسحاق بن عمّار قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل إذا هو زنى و عنده السرّيّه و الأمه يطؤها، تحصنه الأمه و تكون عنده؟ فقال: نعم، إنما ذلك لأن عنده ما يغنيه عن الزنا، قلت: فإن كانت عنده أمه زعم أنه يطؤها، فقال: لا يصدّق، قلت: فإن كانت عنده امرأه متعه أ تحصنه؟ قال: لا إنما هو على الشىء الدائم عنده» (٣). و غيرها من الأخبار (٤) الكثيره.

و ذهب جماعه من أصحابنا-منهم ابن الجنيد (٥) و ابن أبى عقيل (٦) و سلّار (٧)- إلى أن ملك اليمين لا يحصن، لصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «و كما لا- تحصن الأمه و النصرانيه و اليهوديه إذا زنى بحرّه، فكذلك لا يكون عليه حدّ المحصن إن زنى بيهوديه أو نصرانيه أو أمه و تحته حرّه» (٨).

ص: ٣٣٥

١- ١) فى «ث»: الاقتضاء.

٢- ٢) من الحجرّيتين.

٣- ٣) الكافي ٧: ١٧٨ ح ١، التهذيب ١٠: ١١ ح ٢٦، الاستبصار ٤: ٢٠٤ ح ٧٦٣، الوسائل ١٨: ٣٥٢ ب «٢» من أبواب حدّ الزّنا ح ٢.

٤- ٤) راجع الوسائل ١٨: ٣٥١ ب «٢» من أبواب حدّ الزّنا.

٥- ٥) حكاه عنهما العلامه فى المختلف: ٧٥٧.

٦- ٦) حكاه عنهما العلامه فى المختلف: ٧٥٧.

٧- ٧) انظر المراسم: ٢٥٢، فقد نسب حصول الإحصان به إلى الروايه.

٨- ٨) الفقيه ٤: ٢٥ ح ٥٩، التهذيب ١٠: ١٣ ح ٣١، الاستبصار ٤: ٢٠٥ ح ٧٦٨، الوسائل ١٨: ٣٥٤ الباب المتقدّم ح ٩.

و روايه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «لا يحصن الحرّ المملوكه، و لا المملوك الحرّه» (١).

و لأن ملك اليمين لا يقصد به اكتساب الحلّ، و لذلك يصحّ شراء من لا تحلّ له، فلا تكون الإصابه فيه كالإصابه في النكاح.

و أجاب الشيخ (٢) عن الروايه الأولى بحملها على ما إذا كانوا عنده على سبيل المتعه، فلهذا حكم بأنهنّ لا يحصننه. و عن الثانيه بأنها لا- دلالة فيها، لأن مقتضاها أن الحرّ لا- يحصن الأمه، حتى إذا زنت و جب عليها الرجم كما لو كانت تحت حرّه، لأن حدّ المملوك و المملوكه خمسون جلده، و لا رجم عليهما.

و رابعها: أن يكون متمكنا من الفرج يغدو عليه و يروح، بمعنى القدره عليه فى أى وقت أرادّه ممّا يصلح لذلك، و الغدوّ و الرواح كناية عنه. و إلى هذا المعنى أشار الشيخ فى النهايه (٣)، فقال: «أن يكون له فرج يتمكّن من وطئه». و يحتمل اعتبار حقيقته، بمعنى التمكّن منه أول النهار و آخره، فلو كان بعيدا عنه لا يتمكّن من الغدوّ عليه و الرواح، أو محبوسا لا يتمكّن من الوصول إليه، خرج عن الإحصان.

و يدلّ على اعتبار ذلك صحيحه ابن سنان، عن إسماعيل بن جابر، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قلت له: ما المحصن رحمك الله؟ قال: من كان له فرج يغدو عليه و يروح فهو محصن» (٤).

ص: ٣٣٦

١- ١) التهذيب ١٠: ١٢ ح ٣٠، الاستبصار ٤: ٢٠٥ ح ٧٦٧، الوسائل ١٨: ٢٥٣ الباب المتقدّم ح ٧.

٢- ٢) التهذيب ١٠: ١٢ ح ١٣، ذيل ح ٣٠ و ٣١، الاستبصار ٤: ٢٠٥ ذيل ح ٧٦٧ و ٧٦٨.

٣- ٣) النهايه: ٦٩٣.

٤- ٤) الكافي ٧: ١٧٩ ح ١٠، التهذيب ١٠: ١٢ ح ٢٨، الاستبصار ٤: ٢٠٤ ح ٧٦٥، الوسائل ١٨: ٣٥١ ب «٢» من أبواب حدّ الزنا ح ١.

و يسقط الحدّ (١) بآداء الزوجيّة، ولا يكلف المدعى بيّنه ولا يميناً.

و كذا بدعوى ما يصلح شبهه بالنظر إلى المدعى.

و فى حسنه أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل محبوس فى السجن و له امرأه حرّه فى بيته فى المصر و هو لا يصل إليها، فزنى فى السجن، فقال: عليه الجلد، و يدرأ عنه الرجم» (١).

و الروايه المهجوره التى أشار إليها المصنف - رحمه الله - الدالّه على اعتبار قصور المسافه عن مسافه التقصير رواها عمر بن يزيد قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أخبرنى عن الغائب عن أهله يزنى، هل يرجم إذا كان له زوجة و هو غائب عنها؟ قال: لا يرجم الغائب، و لا المملك الذى لم يبين بأهله، و لا صاحب المتعه، قلت: ففى أى حدّ سفره لا يكون محصناً؟ قال: إذا قصّر و أفطر فليس بمحصن» (٢).

و فى مرفوعه أخرى عن محمد بن الحسين قال: «الحدّ فى السفر الذى إن زنى لم يرجم إذا كان محصناً إذا قصّر و أفطر» (٣).

و فى طريق الروايه الأولى جهاله. و الثانیه موقوفه (٤)، فلذلك كانت مهجوره فى العمل بمضمونها.

قوله: «و يسقط الحدّ. إلخ».

إنما يسقط الحدّ عنه بمجرد الدعوى و إن لم يثبت الزوجيّة، لأن دعواه

ص: ٣٣٧

١- ١) الكافى ٧: ١٧٩ ح ١٢، التهذيب ١٥: ١٠ ح ٣٩، الوسائل ٣٥٥: ١٨ ب (٣) من أبواب حدّ الزنا ح ٢.

٢- ٢) الكافى ٧: ١٧٩ ح ١٣، التهذيب ١٣: ١٠ ح ٣٢، الاستبصار ٢٠٥: ٤ ح ٧٦٩، الوسائل ٣٥٦: ١٨ ب (٤) من أبواب حدّ الزنا ح ١.

٣- ٣) الكافى ٧: ١٧٩ ح ١١، الفقيه ٢٩: ٤ ح ٧٤، الوسائل ٣٥٦: ١٨ الباب المتقدّم ح ٢.

٤- ٤) فى «خ»: مرفوعه.

و الإحصان في المرأة (١) كالإحصان في الرجل، لكن يراعى فيها كمال العقل إجماعاً.

فلا رجم ولا حدّ على مجنونته في حال الزّنا، ولو كانت محصنه، وإن زنى بها العاقل.

ولا تخرج المطلّقه رجعيّته (٢) عن الإحصان. ولو تزوّجت عالمه، كان عليها الحدّ تاماً. وكذا الزّوج إن علم التحريم و العده. ولو جهل فلا حدّ. ولو كان أحدهما عالماً، حدّ حدّاً تاماً، دون الجاهل. ولو ادّعى أحدهما الجهالة قبل، إذا كان ممكناً في حقّه.

وتخرج بالطلاق البائن عن الإحصان.

شبهه في الحلّ، والحدّ يدرأ بالشبهه. ومثله ما لو ادّعى شراء الأمه من مالكها وإن لم يثبت ذلك. ولا يسقط فيه من أحكام الوطى سوى الحدّ. فلو كانت أمه فعليه لمولاها العقر، أو حرّه مكرهه فمهر المثل إن لم يثبت استحقاق الوطى.

قوله: «و الإحصان في المرأة. إلخ».

بمعنى اشتراط كونها مكلفه حرّه، موطوءه بالعقد الدائم، متمكّنه من الزوج بحيث يغدو عليها و يروح.

و يشكل الحكم في القيد الأخير، من حيث إن المرأة لا تتمكّن من الوطى متى شاءت، لأن الأمر بيد غيرها، والحقّ له في ذلك غالباً، بخلاف العكس.

قوله: «و لا تخرج المطلّقه رجعيّته. إلخ».

لأن المطلّقه رجعيّته في حكم الزوجه، والمطلّقة متمكّنه منها في كلّ وقت بالمراجعه. وتزويجها في العده بالنسبه إلى الحدّ كتزويج الزوجه، فيحدّان مع

و لو راجع المخالغ،(١) لم يتوجه عليه الرجم، إلا بعد الوطى. وكذا المملوك لو أعتق، والمكاتب إذا تحرّروا.

العلم بالتحريم، ويسقط الحدّ مع الشبهه. ويقبل قولهما فيها إن كانت ممكنه فى حقّهما، بأن كانا مقيمين فى باديه بعيده عن معالم الشرع، أو قريبي العهد بالإسلام، ونحو ذلك.

و كذا لو تزوّجت المطلّقه بائنا، وإن فارقتهما فى الخروج عن الإحصان، فتجلد كغير المعتدّه ممّن لم تحصن.

و لو تزوّجت الزوجه بغير الزوج فكتزويج المطلّقه رجعيًا، وأولى بالحكم.

و يدلّ على حكم المطلّقه صحيحه يزيد الكناسى قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأه تزوّجت فى عدّتها، قال: إن كانت تزوّجت فى عدّه طلاق لزوجهها عليه الرجعه فإن عليها الرجم، وإن كانت تزوّجت فى عدّه ليس لزوجهها عليها الرجعه فإن عليها حدّ الزانى غير المحصن» (١).

و يدلّ على حكم المزوّجه صحيحه أبى عبيده عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن امرأه تزوّجت رجلا- ولها زوج، فقال: إن كان زوجها الأول مقيما معها فى المصر الذى هى فيه تصل إليه و يصل إليها، فإن عليها ما على الزانى المحصن الرجم، وإن كان زوجها الأول غائبا عنها أو كان مقيما معها فى المصر لا يصل إليها و لا تصل إليه، فإن عليها ما على الزانية غير المحصنه» (٢).

قوله: «و لو راجع المخالغ. إلخ».

أما المخالغ فلأنه بالخلع الموجب للينونه خرج عن الإحصان حيث لا

ص: ٣٣٩

١- ١) الكافى ٧: ١٩٢ ح ٢، التهذيب ١٠: ٢٠ ح ٦١، الوسائل ١٨: ٣٩٦ ب (٢٧) من أبواب حدّ الزنا ح ٣.

٢- ٢) الكافى ٧: ١٩٢ ح ١، التهذيب ١٠: ٢٠ ح ٦٠، الوسائل ١٨: ٣٩٥، الباب المتقدّم ح ١.

و يجب الحدّ على الأعمى،(١)فإن ادّعى الشبهه،قيل:لا تقبل.

و الأشبه القبول مع الاحتمال.

يملك فرجا آخر غيرها،فيشترط فى عوده إلى الزوجه-و إن كان برجوعه فى البذل بعد رجوعها-تجدّد الوطى ليتحقّق إحصان جديد،لبطلان الأول بالفرقه البائنه (١).

و أما المملوك و المكاتب فوطئهما فى حال الرقيّه و الكتابه لا يحصن،لعدم الوطى حاله الشرط و هو الحرّيه،كما لا يكتفى فى إحصان البالغ العاقل بوطيه صغيرا أو مجنوناً.

و يدلّ عليه صحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«فى العبد يتزوّج الحرّه ثمّ يعتق فيصيب فاحشه،قال:فقال:لا رجم عليه حتى يواقع الحرّه بعد ما يعتق» (٢).

قوله:«و يجب الحدّ على الأعمى.إلخ».

القول بعدم القبول للشيخين (٣)،و تبعهما ابن البرّاج (٤)و سلّار (٥)،و لم يذكروا عليه دليلاً مقنعاً.و الأظهر-و هو مذهب الأكثر (٦)-قبول دعواه كالمبصر،لأن ذلك شبهه يدرأ بها الحدّ،ولأنه مسلم و الأصل فى إخباره المطابقه.

و قيد ابن إدريس (٧)قبول دعواه بشهاده الحال بما ادّعاه،بأن يكون قد

ص: ٣٤٠

١-١) كذا فى «خ،م»،و فى سائر النسخ:الثانيه.

٢-٢) الكافى ٧:١٧٩ ح ٩،الفقيه ٤:٢٧ ح ٦٥،التهذيب ١٠:١٦ ح ٤٠،الوسائل ١٨:٣٥٨ ب(٧)من أبواب حدّ الزّنا ح ٥.

٣-٣) المقنعه:٧٨٣-٧٨٤،النهايه:٦٩٨-٦٩٩.

٤-٤) المهذّب ٢:٥٢٤.

٥-٥) المراسم:٢٥٤.

٦-٦) إرشاد الأذهان ٢:١٧٠،المقتصر:٣٩٩.

٧-٧) السرائر ٣:٤٤٧-٣:٤٤٨.

و يثبت الزنا بالإقرار أو البيّنه

و يثبت الزنا بالإقرار أو البيّنه

أما الإقرار

أما الإقرار:

فيشترط فيه: بلوغ المقرّ، و كماله، و الاختيار، و الحرّيه، و تكرار الإقرار أربعاً (١) في أربعه مجالس.

و لو أقرّ دون الأربع لم يجب الحدّ، و وجب التعزير.

و لو أقرّ أربعاً في مجلس واحد، قال في الخلاف و المبسوط: لا يثبت. و فيه تردّد.

و يستوى في ذلك الرجل و المرأة. و تقوم الإشاره المفيده للإقرار في الأخرس مقام التّطق.

وجدها على فراشه فظنّها زوجته أو أمته، و لو شهدت الحال بخلاف ذلك لم يصدّق.

و ربما قيد بعضهم (١) قبول قوله بكونه عدلاً. و الوجه القبول مطلقاً.

قوله: «و تكرار الإقرار أربعاً. إلخ».

اتّفق الأصحاب -إلا من شدّد- على أن الزنا لا يثبت على المقرّ به على وجه يثبت به الحدّ إلا أن يقرّ به أربع مرّات. و يظهر من ابن أبي (٢) عقيل الاكتفاء بمره. و هو قول أكثر العامّه (٣). و منهم (٤) من اعتبر الأربع كالمشهور عندنا.

ص: ٣٤١

١- (١) التنقيح الرائع ٣: ٣٣٢.

٢- (٢) حكاة عنه العلامه في المختلف: ٧٦٣.

٣- (٣) مختصر المزني: ٢٦١، الحاوي الكبير ١٣: ٢٠٦، الوجيز ٢: ١٦٩، رحمه الأئمه: ٢٨٦، بدايه المجتهد ٢: ٤٣٨، الكافي للقرطبي ٢: ١٠٧٠.

٤- (٤) اللباب في شرح الكتاب ٣: ١٨٢، المبسوط للسرخسي ٩: ٩١، تبين الحقائق ٣: ١٦٦، بدائع الصنائع ٧: ٥٠، المغني لابن قدامه ١٠: ١٦٠.

لنا: ما روى أن ماعز بن مالك جاء إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَقَالَ: «يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، ثُمَّ جَاءَ مِنْ شَقِّهِ الْأَيْمَنِ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، ثُمَّ جَاءَ فَقَالَ: إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ، إِلَى أَنْ قَالَ ذَلِكَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، قَالَ: أَمْ بَكَ جُنُونٌ؟ قَالَ: لَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: فَهَلْ أَحْصَيْتَ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: اذْهَبُوا بِهِ فارجموه» (١).

و روى أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ لَهُ: «لَعَلَّكَ قَبِلْتَ أَوْ غَمَزْتَ أَوْ نَظَرْتَ، قَالَ: لَا - يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: أَمْ نَكَحْتَهَا لَا يَكْنَى؟ قَالَ: كَمَا يَغِيبُ الْمُرُودُ فِي الْمَكْحَلِ وَالرِّشَاءُ فِي الْبَيْتِ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ فَهَلْ تَدْرِي مَا الزَّانَا؟ قَالَ: نَعَمْ أَتَيْتُ مِنْهَا حَرَامًا مَا يَأْتِي الرَّجُلُ مِنْ امْرَأَتِهِ حَلَالًا، قَالَ: مَا تَرِيدُ بِهَذَا الْقَوْلِ؟ قَالَ: أُرِيدُ أَنْ تَطَهَّرَنِي، فَأَمَرَ بِهِ فَرَجَمَ» (٢).

فلو لا اعتبار الإقرار أربع مرّات لاكتفى منه بأول مرّه و أمر برجمه.

قالوا: ارتاب في أمره، فاستثبت ليعرف أبا جنون أم شرب خمرا أم لا؟ قلنا: الاستثبات لا يتقيد بهذا العدد. و كان يمكن البحث عنه من أول مرّه.

و في بعض ألفاظ الحديث: «شهدت على نفسك أربع شهادات، اذهبوا به فارجموه» (٣). و في روايه أخرى أنه لَمَّا اعترف ثلاث مرّات قال له: «إن اعترفت

ص: ٣٤٢

١ - ١) الكافي ٧: ١٨٥ ح ٥، عوالي اللئالي ٣: ٥٥١ ح ٢٤، الوسائل ١٨: ٣٧٦ ب «١٥» من أبواب حدّ الزنا ح ١. و انظر مسند أحمد ٢: ٤٥٣ و ٣: ٣٢٣، صحيح البخاري ٧: ٥٩ و ٨: ٢٠٥، صحيح مسلم ٣: ١٣١٨، سنن أبي داود ٤: ١٤٥-١٤٨، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٤ ح ٢٥٥٤، سنن الترمذي ٤: ٢٧، المستدرک للحاكم ٤: ٣٦١، سنن البيهقي ٨: ٢٢٥، تلخيص الحبير ٤: ٥٦.

٢ - ٢) الكافي ٧: ١٨٥ ح ٥، عوالي اللئالي ٣: ٥٥١ ح ٢٤، الوسائل ١٨: ٣٧٦ ب «١٥» من أبواب حدّ الزنا ح ١. و انظر مسند أحمد ٢: ٤٥٣ و ٣: ٣٢٣، صحيح البخاري ٧: ٥٩ و ٨: ٢٠٦، صحيح مسلم ٣: ١٣٢٣، سنن أبي داود ٤: ١٤٨، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٤ ح ٢٥٥٤، سنن الترمذي ٤: ٢٨، المستدرک للحاكم ٤: ٣٦٣، سنن البيهقي ٨: ٢٢٧، تلخيص الحبير ٤: ٥٨.

٣ - ٣) سنن أبي داود ٤: ١٤٧ ح ٤٤٢٦.

الرابعه رجمتك،فاعترف الرابعه» (١).

و من طريق الخاصه قول أحدهما عليهما السلام:«لا يرجم الزانى حتى يقرّ أربع مرّات بالزنا إذا لم يكن شهود،فإن رجع ترك و لم يرجم» (٢).

احتجّ ابن أبى (٣)عقيل بصحيحه الفضيل عن الصادق عليه السلام قال:«من أقرّ على نفسه عند الامام بحقّ حدّ من حدود الله تعالى مرّه واحده،حرّا كان أو عبداً،أو حرّه كانت أو أمه،فعلى الامام أن يقيم الحدّ عليه للذى أقرّ به على نفسه،كائنا من كان،إلا الزانى المحصن،فإنه لا يرجم حتى يشهد عليه أربعة شهود» (٤).

و أوجب بحمله على غير حدّ الزنا جمعا بين الأخبار.

إذا تقرّر ذلك،فاختلف القائلون باشتراط تكراره أربعاً فى اشتراط تعدّد مجالسه،بأن يقع كلّ إقرار فى مجلس،أم يكفى وقوع الأربعة فى مجلس واحد.

فذهب جماعه-منهم الشيخ فى الخلاف (٥)و المبسوط (٦)و ابن حمزه (٧)- إلى الأول،لأن ماعز بن مالك أقرّ فى أربعة مواضع،و الأصل براه الذمّه من هذه

ص:٣٤٣

١-١) مسند أحمد ٨:١.

٢-٢) الكافى ٧:٢١٩ ح ٢،التهذيب ١٠:١٢٢ ح ٤٩١،الاستبصار ٤:٢٥٠ ح ٩٤٨،الوسائل ١٨:٣٢٠ ب«١٢» من أبواب مقدّمات الحدود ح ٥.

٣-٣) انظر المختلف:٧٦٣.

٤-٤) التهذيب ٧:١٠ ح ٢٠،الاستبصار ٤:٢٠٣ ح ٧٦١،الوسائل ١٨:٣٤٣ ب«٣٢» من أبواب مقدّمات الحدود ح ١.

٥-٥) الخلاف ٥:٣٧٧ مسألة(١٦).

٦-٦) المبسوط ٤:٨.

٧-٧) الوسيله:٤١٠.

و لو قال: زنيت بفلانہ، (۱) لم يثبت الزنا في طرفه، حتى يكرّره أربعاً. و هل يثبت القذف للمرأة؟ فيه تردّد.

العقوبه بدون ما وقع الاتفاق عليه. و لأن هذا الاختلاف مع ورود الواقعة كذلك شبهه يدرأ بها الحدّ.

و أطلق الأ-كثر-و منهم الشيخ في النهايه (۱) و المفيد (۲) و أتباعهما (۳) و ابن إدريس (۴)-ثبوته بالإقرار أربعاً، لأصاله عدم اشتراط التعدّد. و قضيه ماعز بن مالك وقعت اتفاقاً، مع أنها ليست صريحه في اختلاف المجالس. و روايه الخاصه السابقه (۵) مطلقه أيضاً. و الأقوى عدم الاشتراط، لعدم دليل يقتضيه.

قوله: «و لو قال: زنيت بفلانہ. إلخ».

إذا أقرّ بالزنا و نسبه إلى امرأه معينه، كقوله: زنيت بفلانہ، فلا إشكال في احتياج ثبوت الزنا في حقّه إلى إقراره أربع مرّات.

أما ثبوت قذف المرأه ففيه تردّد، منشؤه من أن ظاهره القذف، لأنه رمى المحصنه، أي: غير المشهوره بالزنا، فيكون قاذفاً بأول مرّه كما لو رماها بغيره، و من أنه إنما نسب الزنا إلى نفسه، و زناه ليس مستلزماً لزناها، لجواز الاشتباه عليها أو الإكراه، و العامّ لا يستلزم الخاصّ. و لأن إقراره على نفسه بالزنا بها ليس إقراراً على المرأه بالزنا، إذ ليس موضوعاً له، و لا جزءاً من مسماه، و لا لازماً له،

ص: ۳۴۴

۱- (۱) النهايه: ۶۸۹.

۲- (۲) المقنعه: ۷۷۵.

۳- (۳) المهذب ۲: ۵۲۴، المراسم: ۲۵۲، إصباح الشيعه: ۵۱۷.

۴- (۴) راجع السرائر ۳: ۴۲۹، و لكنّه اشترط وقوعه في أربعه أوقات. نعم، نسب إليه الإطلاق العلامه في المختلف: ۷۶۱.

۵- (۵) راجع الصفحه السابقه.

و لو أقرَّ بحدِّ و لم يبيِّنه،(١) لم يكلف البيان، و ضرب حتى ينهى عن نفسه.

و قيل: لا يتجاوز به المائة، و لا ينقص عن ثمانين.

و ربّما كان صوابا في طرف الكثرة، و لكن ليس بصواب في طرف النقصان، لجواز أن يريد بالحدِّ التعزير.

فانتفت الدلالات الثلاث عنه، فلا قذف. و على هذا فيثبت التعزير للإيذاء.

و الوجه ثبوت القذف بالمرأه مع الإطلاق، لأنه ظاهر فيه، و الأصل عدم الشبهه و الإكراه. و لو فسّره بأحدهما قبل، و اندفع عنه الحدِّ، و وجب التعزير.

قوله: «و لو أقرَّ بحدِّ و لم يبيِّنه. إلخ».

الأصل في هذه المسأله روايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام أمر في رجل أقرَّ على نفسه بحدِّ و لم يسمَّ أن يضرب حتى ينهى عن نفسه» (١). و بمضمونها عمل الشيخ (٢) و القاضي (٣).

و زاد ابن إدريس (٤) أنه لا ينقص عن ثمانين و لا يزداد على مائه، نظرا إلى أن أقلَّ الحدود حدَّ الشرب، و أكثرها حدَّ الزنا.

و كلاهما ممنوع. أما في جانب القله فلأن حدَّ القواد خمسه و سبعون، و حدَّ الزنا قد يتجاوز المائة، كما لو زنى في مكان شريف أو وقت شريف، فإنه يزداد على المائة بما يراه الحاكم.

ص: ٣٤٥

١-١) الكافي ٧:٢١٩ ح ١، التهذيب ١٠:٤٥ ح ١٦٠، الوسائل ١٨:٣١٨ ب «١١» من أبواب مقدمات الحدود ح ١.

٢-٢) النهايه: ٧٠٢-٧٠٣.

٣-٣) المهذب ٢:٥٢٩.

٤-٤) السرائر ٣:٤٥٥-٤٥٦.

و اعترض المصنف -رحمه الله- أيضا على جانب النقصان، لجواز أن يريد بالحدّ التعزير، فإنه يطلق عليه لغه، فلا يتحقّق ثبوت الحدّ المعهود عليه، إذ لا يثبت عليه إلا ما علم أنه مراد من اللفظ.

و فيه نظر، لأن الحدّ حقيقه شرعيّه في المقدّرات المذكوره، و إطلاقها على التعزير مجاز لا- يصار إليه عند الإطلاق بدون القرينه. ثمّ على تقدير حمله على التعزير فأمره منوط بنظر الحاكم غالباً، و نظر الحاكم يتوقّف على معرفه المعصيه ليرتّب عليها ما يناسبها، لا بمجرد التشهي، و من التعزير ما هو مقدّر، فجاز أن يكون أحدها، فيشكل تجاوزها أو نقصها (1) بدون العلم بالحال.

و يشكل الخبر أيضا باستلزامه أنه لو أنهى عن نفسه فيما دون الحدود المعلومه قبل منه، و ليس هذا حكم الحدّ و لا التعزير. و أيضا، فإن من الحدود ما يتوقّف على الإقرار أربع مرّات، و منها ما يتوقّف على الإقرار مرّتين، و منها ما يثبت بمزّه، فلا يتمّ إطلاق القول بجواز بلوغ المائه مع الإقرار دون الأربع، و بلوغ الثمانين بدون الإقرار مرّتين، و اشتراط ذلك كلّ خروج عن مورد الروايه رأساً.

و الحقّ أن الروايه مطرحه، لضعف سندها باشتراك محمد بن قيس الذي يروى عن الباقر عليه السلام بين الثقه و غيره، فلا تصلح لإثبات هذا الحكم المخالف للأصل. مع أنه قد روى بطريق يشاركه في الضعف- إن لم يكن أقرب منه- عن أنس بن مالك قال: «كنت عند النبي صلّى الله عليه و آله فجاءه رجل فقال: يا رسول الله إنني أصبت حدّاً فأقمه عليّ، و لم يسمّه، قال: و حضرت الصلاه فصلّى مع النبي صلّى الله عليه و آله، فلمّا قضى النبي الصلاه قام إليه الرجل فقال:

ص: ٣٤٦

يا رسول الله إني أصبت حدًا فأقم في كتاب الله، فقال: أليس قد صليت معنا؟ قال: نعم، قال: فإن الله قد غفر لك ذنبك أو حدك»
(١).

و لو كان الحدّ يثبت بالإقرار مطلقا لما أخره النبي صَلَّى الله عليه وآله، و لا حكم بأن الصلاة تسقط الحدّ. و إنما أجابه بذلك من حيث عدم ثبوته مع إطلاقه كذلك، و إن تكرر الإقرار.

و أيضا، فإن الحدّ - كما قد علم - يطلق على الرجم، و على القتل بالسيف، و الإحراق بالنار، و رمى الجدار عليه، و غير ذلك ممّا ستقف عليه، و على الجلد.

ثمّ الجلد يختلف كميّه و كيفيّه، فحمل مطلقه على الجلد غير مناسب للواقع، و لا يتمّ معه إطلاق أن الإقرار أربع مرّات يجوز جلد المائة. فالقول بعدم ثبوت شيء بمجرّد الإقرار المجمل قويّ.

و على هذا، فيمكن القول بعدم وجوب استفساره، بل و لا استحبابه، تأسيًا بالنبي صَلَّى الله عليه وآله في هذا الخبر و غيره من ترديد عزم المقرّ، فكيف بالساكت؟! و قوله صَلَّى الله عليه وآله: «من أتى من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله، فإن من أبدى صفحته أقمنا عليه الحدّ» (٢). و أقلّ مراتب الأمر الاستحباب.

و في حديث المزني الذي أقرّ عند أمير المؤمنين عليه السلام بالزنا أربع مرّات، و في كلّ مرّه يأمره بالانصراف، ثمّ قال له في الرابعة: «ما أقبح بالرجل منكم أن يأتي بعض هذه الفواحش فيفضح نفسه على رؤوس الملائم! فلا تاب في

ص: ٣٤٧

١-١) صحيح البخارى ٢٠٧:٨، صحيح مسلم ٢١١٧:٤ ح ٤٤.

٢-٢) الموطأ ٨٢٥:٢ ح ١٢، سنن البيهقي ٣٢٩:٨-٣٣٠، تلخيص الحبير ٥٧:٤ ذيل ح ١٧٥٦.

و في التقييل،(١)و المضاجعه في إزار واحد،و المعانقه،روايتان:

إحداهما:مائة جلده.و الأخرى:دون الحدّ.و هي أشهر.

بيته؟!فو الله لتوبته فيما بينه و بين الله أفضل من إقامتي عليه الحدّ»(١).

قوله:«و في التقييل.إلخ».

اختلف الأصحاب و الروايات في حكم المجتمعين في إزار واحد و ما أشبهه،و الاستمتاع بما دون الفرج.

فقال الشيخ في النهايه (٢):يجب به التعزير،و أطلق.و قال في الخلاف:

«روى أصحابنا في الرجل إذا وجد مع امرأه أجنبيّه يقبلها و يعانقها في فراش واحد أن عليهما مائه جلده،و روى ذلك عن عليّ عليه السلام،و قد روى أن عليهما أقلّ من الحدّ»(٣).و قريب منه قوله في المبسوط (٤).

و قال المفيد:«فإن شهدوا عليه بما عاينوه من اجتماع في إزار واحد و التصاق جسم بجسم و ما أشبه ذلك،و لم يشهدوا عليه بالزنا قبلت شهادتهم، و وجب على المرأه و الرجل التعزير حسب ما يراه الامام من عشر جلدات إلى تسع و تسعين،و لا يبلغ التعزير في هذا الباب حدّ الزنا المختصّ به في شريعته الإسلام»(٥).

و هذا القول و إن كان محصّله التعزير إلا أنه حدّه في جانب القلّه بعشر،فهو مخالف لقول من أطلق الحكم بالتعزير،فإنه يجوز نقصانه عن العشر إذا رآه

ص:٣٤٨

١-١) الكافي ٧:١٨٨ ح ٣،الوسائل ١٨:٣٢٧ ب«١٦» من أبواب مقدّمات الحدود ح ٢.

٢-٢) راجع النهايه:٧٠٥ و ٧٠٧،و لكن صرّح بأن التعزير من ثلاثين سوطا إلى تسعه و تسعين.

٣-٣) الخلاف ٥:٣٧٣ مسأله(٩).

٤-٤) المبسوط ٧:٨.

٥-٥) المقنعه:٧٧٤.

.....
الحاكم صلاحا.

و المعتمد ثبوت التعزير مطلقا. و هو اختيار المصنف و المتأخرين (١)، لأنه فعل محرّم لم يبلغ حدّ الزنا، فيكون عقوبته منوطه برأى (٢) الحاكم فى مقدار التعزير.

و يدلّ على أنه لا يبلغ به حدّ الزانى -مضافا إلى ذلك- صحيحه حريز عن الصادق عليه السلام: «أن عليّا عليه السلام وجد رجلا و امرأه فى لحاف، فجلد كلّ واحد منهما مائه سوط إلا سوطا» (٣). و عن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام: «فى الرجل و المرأة يوجدان فى لحاف واحد، فقال: يجلدان مائه غير سوط» (٤).

و استند القائل بوجود الحدّ كملا إلى صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام: «حدّ الجلد أن يوجد فى لحاف واحد» (٥). و رواه عبد الرحمن الحدّاء عن الصادق عليه السلام، قال: سمعته يقول: «إذا وجد الرجل و المرأة فى لحاف واحد جلدا مائه» (٦). و غيرهما من الأخبار.

ص: ٣٤٩

١- (١) التنقيح الرائع ٤:٣٣٢، اللمعه دمشقيه: ١٦٦.

٢- (٢) فى «١د»: بنظر.

٣- (٣) الفقيه ٤:١٥ ح ٢٢، التهذيب ١٠:٤١ ح ١٤٥، الاستبصار ٤:٢١٣ ح ٧٩٦، الوسائل ١٨:٣٦٧ ب «١٠» من أبواب حدّ الزنا ح ٢٠.

٤- (٤) الكافي ٧:١٨١ ح ٢، التهذيب ١٠:٤٠ ح ١٤١، الاستبصار ٤:٢١٣ ح ٧٩٢، الوسائل ١٨:٣٦٤ ب «١٠» من أبواب حدّ الزنا ح ٣.

٥- (٥) الكافي ٧:١٨١ ح ١، التهذيب ١٠:٤٢ ح ١٤٨، الاستبصار ٤:٢١٤ ح ٧٩٩، الوسائل ١٨:٣٦٣ الباب المتقدّم ح ١.

٦- (٦) الكافي ٧:١٨١ ح ٥، التهذيب ١٠:٤٣ ح ١٥٣، الاستبصار ٤:٢١٥ ح ٨٠٤، الوسائل ١٨:٣٦٤ ب «١٠» من أبواب حدّ الزنا ح ٥.

و لو أقرّ بما يوجب الرّجم (١) ثمّ أنكر، سقط الرجم. و لو أقرّ بحدّ غير الرجم، لم يسقط بالإنكار.

و لو أقرّ بحدّ ثمّ تاب، كان الإمام مخيراً فى إقامته، رجماً كان أو جلداً.

و حملها الشيخ (١) على وقوع الزنا مع علم الامام بذلك، أو على تكرّر الفعل منهما و قد عزّرها مرّتين أو ثلاثاً، جمعاً بين الأخبار. مع أن الرواية الصحيحة ليست صريحة فى المطلوب، لأن إطلاق الجلد لا يتعيّن حمله على المائة.

و يسهل الخطب فى الباقي، لضعف السند. و مع ذلك فليس فيها حكم الاستمتاع بغير الجماع، و غير الاجتماع فى الثوب الواحد.

قوله: «و لو أقرّ بما يوجب الرجم. إلخ».

مستند سقوط الرجم بالإنكار دون غيره روايات، منها حسنه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «من أقرّ على نفسه بحدّ أقمت عليه الحدّ، إلا الرجم، فإنه إذا أقرّ على نفسه ثمّ جحد لم يرجم» (٢).

و تخير الامام بعد توبه المقرّبين حدّه و العفو عنه مطلقاً هو المشهور بين الأصحاب. و قيده ابن إدريس (٣) بكون الحدّ رجماً. و المعتمد المشهور، لاشتراك الجميع فى المقتضى.

و لأن التوبه إذا أسقطت تحتم أشدّ العقوبتين، فإسقاطها لتحتم الأضعف أولى.

ص: ٣٥٠

١- ١) تهذيب الأحكام ١٠: ٤٤ ذيل ح ١٥٦ و ١٥٨، الاستبصار ٤: ٢١٦ و ٢١٧ ذيل ح ٨٠٨ و ٨١٠.

٢- ٢) الكافي ٧: ٢٢٠ ح ٥، التهذيب ١٠: ٤٥ ح ١٦١، الوسائل ١٨: ٣١٩ ب «١٢» من أبواب مقدّمات الحدود ح ٣.

٣- ٣) السرائر ٣: ٤٤٤.

و لو حملت و لا بعل،(١)لم تحدّ، إلا أن تقرّ بالزنا أربعا.

و أما البينه

و أمّا البينه:(٢) فلا يكفى أقلّ من أربعه رجال، أو ثلاثه و امرأتين. و لا- تقبل شهاده النساء منفردات، و لا شهاده رجل و ستّ نساء. و تقبل شهاده رجلين و أربع نساء، و يثبت به الجلد لا الرجم.

و أما سقوط الرجم بالإنكار فيدلّ عليه قصّه ماعز و تعريض النبيّ صلّى الله عليه و آله [له] (١) بالإنكار بعد الإقرار، و لو لا قبوله منه لم يكن لترديده فائده، و لقوله صلّى الله عليه و آله لأصحابه لمّا فرّ من الحفيره فأدر كوه و قتلوه: «هلاً تركتموه و جئتموني به» (٢) ليستيبه. و فى بعض ألفاظها: «هلاً رددتموه إلىّ لعله يتوب» (٣).

قوله: «و لو حملت و لا بعل. إلخ».

لأن الحمل لا يستلزم الزنا، و الأصل فى تصرف المسلم حمله على الصّحّه. و لأصالة براءه الذمّه من وجوب الحدّ. و لاحتمال أن يكون من شبهه أو من إكراه، و الحدّ يدرأ بالشبهه، و لا يجب البحث عنه و لا الاستفسار.

و قال الشيخ فى المبسوط: «إنها تسأل عن ذلك، فإن قالت: من زنا، فعليها الحدّ، و إن قالت: من غير زنا، فلا حدّ» (٤). و نقل عن بعضهم أن عليها الحدّ، ثمّ قوى الأول.

قوله: «و أما البينه. إلخ».

قد تقدّم البحث فى ذلك

ص: ٣٥١

١- ١) من «د، ط».

٢- ٢) سنن أبى داود، ١٤٥: ٤ ح ٤٤٢٠.

٣- ٣) تلخيص الحبير ٥٨: ٤ ذيل ح ١٧٥٨.

٤- ٤) المبسوط ٧: ٨-٨.

و لو شهد ما دون (١) الأربعة، لم يجب. و حدّ كلّ منهم للفريه.

و لا بدّ في شهادتهم، (٢) من ذكر المشاهده للولوج، كالميل في المكحله، من غير عقد و لا ملك و لا شبهه. و يكفي أن يقولوا: لا نعلم بينهما سبب التحليل.

و لو لم يشهدوا بالمعائنه، لم يحدّ المشهود [عليه]، و حدّ الشهود.

في كتاب الشهادات (١)، و أنه ليس على ثبوت الجلد بشهاده رجلين و أربع نساء دليل صالح، و أن جماعه (٢) من الأصحاب ذهبوا إلى عدم وجوب شيء بهذه البيئه لذلك. و هو الوجه.

قوله: «و لو شهد ما دون الخ».

أى: لافترائهم عليه. سمّاه فريه مع إمكان صدقهم لأن الله تعالى وصف من لم يأت عليه بأربعة شهداء كاذبا بقوله تعالى لَوْ لَا جَأَوْ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءٍ فَيَذَرُوهُمْ بِلُغْوِهِمْ يَقُولُونَ غُبْرًا فَإِنَّهُمْ كَاذِبُونَ (٣). و متى حكم بكذبه و جب حدّه للقذف.

قوله: «و لا بدّ في شهادتهم الخ».

لَمَّا كَانَ الزنا قد يطلق على ما دون الجماع، فيقال: زنت العين و زنت الاذن و زنى الفرج، و الجماع يطلق على غير الوطى لغه، و كان الأمر في الحدود -سيما الرجم- مبيّنا على الاحتياط التامّ و يدرأ بالشبهه، فلا بدّ في قبول الشهاده به من التصريح بالمشاهده لوقوع الفعل على وجه لا ريبه فيه، بأن يشهدوا بمعائنه الإيلاج.

ص: ٣٥٢

١-١) راجع ص: ٢٤٧-٢٤٨.

٢-٢) المقنع: ٤٠٢، المهذب: ٥٥٨، المختلف: ٧١٥.

٣-٣) النور: ١٣.

و لا بدّ من تواردهم (١) على الفعل الواحد، و الزمان الواحد، و المكان الواحد.

فلو شهد بعض بالمعانيه و بعض لا- بها، أو شهد بعض بالزنا فى زاويه من بيت، و بعض فى زاويه أخرى، أو شهد بعض فى يوم الجمعة، و بعض فى يوم السبت، فلا حدّ. و يحدّ الشهود للحدف.

و يدلّ عليه صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «حدّ الرجم أن يشهد أربعة أنهم رأوه يدخل و يخرج» (١). و فى روايه أبى بصير عنه عليه السلام قال: «لا- يرجم الرجل و المرأه حتى يشهد عليهما أربعة شهداء على الجماع و الإيلاج و الإدخال، كالميل فى المكحله» (٢). و قد تقدّم فى قصّه ما عز أن النبى صلّى الله عليه و آله ما قبل منه الإقرار حتى صرح بكونه قد أدخل مثل الميل فى المكحله و الدلو فى البئر (٣)، فكذا البيئه، بل هنا أولى.

و إنما يحدّ الشهود إذا لم يشهدوا بالإيلاج على ذلك الوجه بتقدير أن يكون شهادتهم بالزنا، أما لو شهدوا بالفعل و لم يتعرّضوا للزنا سمعت شهادتهم، و وجب على المشهود عليه التعزير.

قوله: «و لا بدّ من تواردهم. إلخ».

لا ريب فى عدم قبول شهادتهم على تقدير الاختلاف فى الفعل بالزمان أو المكان أو الصفه، لأن كلّ واحد من الفعل الواقع على أحد الوجوه غير الفعل الآخر، و لم يقم على الفعل الواحد أربعة شهداء.

ص: ٣٥٣

-
- ١- ١) الكافى ٧: ١٨٣ ح ١، التهذيب ٢: ١٠ ح ٤، الاستبصار ٤: ٢١٧ ح ٤١٥، الوسائل ١٨: ٣٧١ ب «١٢» من أبواب حدّ الزنا ح ١.
٢- ٢) الكافى ٧: ١٨٤ ح ٤، التهذيب ٢: ١٠ ح ١، الاستبصار ٤: ٢١٧ ح ٤١٢، الوسائل ١٨: ٣٧١ الباب المتقدّم ح ٤.
٣- ٣) عوالى اللثالى ٣: ٥٥١ ح ٢٤، سنن أبى داود ٤: ١٤٨ ح ٤٤٢٨، سنن البيهقى ٨: ٢٢٧.

و إنما الكلام فى اشتراط تعرّضهم لهذه القيود، و ظاهر المصنف و العلامه (١) اشتراط ذلك، فلا يكفى إطلاقهم الشهاده على الزنا على الوجه السابق، إلا مع تصرّيحهم باتّحاد الزمان و المكان، حتى لو أطلق بعضهم و قيد آخرون حدّوا.

و النصوص (٢) خاليه من اشتراط ذلك، و دالّه على الاكتفاء بالإطلاق. و هذا هو الظاهر من كلام المتقدّمين. فقال الشيخ فى النهايه فى البيّنه بالزنا: «و هو أن يشهد أربعة نفر عدول على رجل بأنه وطئ امرأه، و ليس بينه و بينها عقد و لا شبهه عقد، و شاهدوه و طئها فى الفرج، فإذا شهدوا كذلك قبلت شهادتهم، و حكم عليه بالزنا، و كان عليه ما على فاعله ممّا نبينه» (٣). و هذا صريح فى عدم اعتبار التقييد بالزمان و المكان.

و قال ابن الجنيد (٤): ليس تصحّ الشهاده بالزنا حتى يكونوا أربعة عدول، و ليس فيهم خصم لأحد المشهود عليهما، و يقولوا: إنا رأينا يولج ذلك منه فى ذلك منها و يخرج كالمروء فى المكحله، و يكون الشهاده فى مجلس واحد، فإذا شهدوا بذلك و لم يدع أحد المشهود عليهما شبهه و جب الحدّ.

و هذا أيضا صريح فى ذلك. و كلام غيرهما من المتقدّمين (٥) قريب من ذلك.

و هذا هو المعتمد. و يمكن تنزيل كلام المصنف و ما أشبهه على ذلك، بحمل عدم القبول على تقدير التعرّض لذلك و الاختلاف فيه.

ص: ٣٥٤

١- ١) إرشاد الأذهان ١٧٢:٢، قواعد الأحكام ٢٥١:٢، تحرير الأحكام ٢٢٠:٢.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٨:٣٧١ ب «١٢» من أبواب حدّ الزنا.

٣- ٣) النهايه: ٦٨٩.

٤- ٤) لم نعره عليه.

٥- ٥) الكافى فى الفقه: ٤٠٤، فقه القرآن للراوندى ٣٧١:٢، إصباح الشيعه: ٥١٧.

و لو شهد بعض أنه أكرهها،(١)و بعض بالمطاوعه،ففى ثبوت الحدّ على الزانى وجهان:

أحدهما:يثبت،للاتّفاق على الزنا،الموجب للحدّ على كلا التقديرين.

و الآخر:لا يثبت،لأنّ الزّنا بقيد الإكراه غيره بقيد المطاوعه، فكأنّه شهاده على فعلين.

قوله:«و لو شهد بعض أنه أكرهها.إلخ».

إذا شهد بعض الأربعة على رجل بأنه زنى بفلاينه مكرها لها فى ذلك الزنا، و شهد الباكون بأنه زنى بها مطاوعه له فيه،فلا حدّ على المرأه قطعاً،لعدم ثبوت المقتضى لحدّها،و هو الزنا مطاوعه.

و اختلف قولاً- الشيخ فى الرجل،فقال فى الخلاف (١):لا حدّ عليه،و يحدّ الشهود،لأنها شهاده على فعلين،فإن الزنا بقيد الإكراه غيره بقيد المطاوعه،فهى كشهاده الزوايا (٢).

و قال فى المبسوط (٣):يحدّ الرجل،لثبوت الزنا على كلّ واحد من التقديرين المشهود بهما،و لأن الاختلاف إنما هو فى قول الشهود لا فى فعله.

و هذا مختار ابن الجنيد (٤)و ابن إدريس (٥).

ص:٣٥٥

١-١) الخلاف ٣:٣٨٣:٥ مسأله(٢٤).

٢-٢) فى «ت»:الزواويه،و فى «د»:كشهاده الزنا فى الزوايا.

٣-٣) المبسوط ٨:٨.

٤-٤) حكاه عنه العلامه فى المختلف:٧٥٥.

٥-٥) السرائر ٣:٤٣٢-٣:٤٣٣.

و لو أقام الشهاده (١) بعض في وقت، حدّوا للقذف، و لم يرتقب إتمام البيّنه، لأنه لا تأخير في حدّ.

و تردّد المصنف مقتصرًا على نقل القولين. و كذلك العلامه في الإرشاد (١) و التحرير (٢). و رجّح في القواعد (٣) و المختلف (٤) الأول. و كذلك الشهيد في شرح الإرشاد (٥). و لعلّه أوجه. و يمنع ثبوت الزنا على كلّ واحد من التقديرين، لأنه لم يشهد به على كلّ تقدير العدد المعترف، فهو جار مجرى تغاير الوقتين و المكانين المتفق على أنه لا يثبت على تقديره.

قوله: «و لو أقام الشهاده. إلخ».

مذهب الأصحاب اشتراط إيقاع الشهاده في مجلس واحد. فلو حضر بعض الشهود قبل بعض و شهد حدّ للقذف، و لم ينتظر حضور الباقيين، لأن السابق قد صار قاذفًا، و لم يثبت الزنا، و لا تأخير في حدّ.

و بالغ في القواعد (٦) فاشتراط حضورهم أيضا قبل الشهاده للإقامه، فلو تفرّقوا في الحضور حدّوا و إن اجتمعوا في الإقامه. و لا دليل على اعتبار مثل ذلك.

و يظهر من كلام الشيخ في الخلاف عدم اشتراط اتحاد المجلس، لأنه قال:

«إذا تكاملت شهود الزنا فقد ثبت الحكم بشهادتهم، سواء شهدوا في مجلس

ص: ٣٥٦

١- ١) إرشاد الأذهان ١٧٢: ٢.

٢- ٢) تحرير الأحكام ٢٢٠-٢٢١.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٢٥١: ٢.

٤- ٤) المختلف: ٧٥٥.

٥- ٥) غايه المراد: ٣٣٨-٣٣٩.

٦- ٦) قواعد الأحكام ٢٥١: ٢.

و لا يقدح تقادم الزنا(١) في الشهاده. و في بعض الأخبار: «إن زاد عن سته أشهر لم تسمع». و هو مطرح.

و تقبل شهاده الأربع على الاثنين فما زاد.

واحد أو مجالس متعدده، و شهادتهم متفرقين أحوط» (١).

و في المختلف (٢) حمل كلامه على تفرقهم بعد اجتماعهم لإقامه الشهاده دفعه، نظرا إلى أن ذلك هو المذهب عندنا.

و وافقنا بعض (٣) العامه على اشتراط اتحاد مجلس الإقامه. و خالفنا آخرون (٤)، فاكتفوا بشهادتهم متفرقين كما في سائر الوقائع، و لأنهم إذا جاؤا متفرقين كانوا أبعد عن التهمه. و اعتبر بعضهم (٥) وقوع الشهادات في مجلس واحد للحاكم، طال أم قصر، تفرقوا في الأداء أم اجتمعوا. و الكل رجوع إلى ما لا يصلح دليلا.

قوله: «و لا يقدح تقادم الزنا. إلخ».

إذا ثبت موجب الحد لم يسقط بتقادم عهده، لأصاله البقاء. و الروايه (٦) بخلاف ذلك مطرحه. و هي موافقه لقول بعض (٧) العامه. و يمكن حملها على ما لو ظهر منه التوبه، كما تدل عليه روايه ابن أبي عمير، عن جميل مرسل، عن

ص: ٣٥٧

١- (١) الخلاف ٥: ٣٨٨ مسأله (٣١).

٢- (٢) المختلف: ٧٦٤، و لكنّه حمل كلام ابن حمزه على ذلك لا كلام الشيخ.

٣- (٣) الحاوى الكبير ١٣: ٢٢٨، حليه العلماء ٨: ٣٠، المغنى لابن قدامه ١٠: ١٧٣، بدائع الصنائع ٧: ٤٨، روضه الطالبين ٧: ٣١٥.

٤- (٤) الحاوى الكبير ١٣: ٢٢٨، حليه العلماء ٨: ٣٠، المغنى لابن قدامه ١٠: ١٧٣، بدائع الصنائع ٧: ٤٨، روضه الطالبين ٧: ٣١٥.

٥- (٥) الحاوى الكبير ١٣: ٢٢٨، حليه العلماء ٨: ٣٠، المغنى لابن قدامه ١٠: ١٧٣، بدائع الصنائع ٧: ٤٨، روضه الطالبين ٧: ٣١٥.

٦- (٦) لم نجدّها في الجوامع الحديثيه للخاصه و العامه.

٧- (٧) بدائع الصنائع ٧: ٤٦، اللباب في شرح الكتاب ٣: ١٨٩، حليه العلماء ٨: ٣٠، المبسوط للسرخسى ٩: ٦٩، الإشراف على مذاهب

أهل العلم ٢: ١٨، تبين الحقائق ٣: ١٨٧، المغنى لابن قدامه ١٠: ١٨٢.

و من الاحتياط (١) تفریق الشهود فی الإقامه بعد الاجتماع، و ليس بلازم. و لا تسقط الشهاده بتصدق المشهود عليه، و لا بتكذبه.

و من تاب قبل قيام البيئه، (٢) سقط عنه الحدّ. و لو تاب بعد قيامها، لم يسقط، حدّا كان أو رجما.

أحدهما عليهما السلام، و فيها: «قلت: و إن كان أمرا قريبا لم يقيم عليه، قال: لو كان خمسه أشهر أو أقلّ و قد ظهر منه أمر جميل لم يقيم عليه الحدّ» (١).

قوله: «و من الاحتياط. إلخ».

قد تقدّم (٢) في القضاء استحباب تفریق الشهود عند الريبه، و الأمر هنا كذلك، إلا أنه يكون هنا بعد اجتماعهم جميعا في المجلس، جمعا بين وظيفتي التفریق و اتحاد مجلس الشهود حضورا و إقامه. فإذا حضروا جملة فرّقوا، ثمّ استنطق واحد منهم بعد واحد في مجلس واحد.

قوله: «و من تاب قبل قيام البيئه. إلخ».

أما سقوطه بتوبته قبل قيام البيئه، فلأن التوبه تسقط الذنب و عقوبه الآخره فعقوبه الدنيا أولى. و يدلّ عليه روايه جميل السابقه عن أحدهما عليهما السلام:

«في رجل سرق أو شرب الخمر أو زنى فلم يعلم بذلك منه و لم يؤخذ حتى تاب و صلح، فقال: إذا صلح و عرف منه أمر جميل لم يقيم عليه الحدّ».

و أما عدم سقوطه بتوبته بعد إقامه البيئه فليثبته في ذمته فيستصحب.

و يؤيده روايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أقيمت عليه البيئه

ص: ٣٥٨

١-١) الكافي ٢٥٠:٧ ح ١، التهذيب ١٢٢:١٠ ح ٤٩٠، الوسائل ٣٢٧:١٨ ب «١٦» من أبواب مقدّمات الحدود ح ٣.

٢-٢) في ج ٤١١:١٣.

إشاره

النظر الثاني في الحدّ وفيه مقامان:

الأول: في أقسامه

إشاره

الأول: في أقسامه (١) وهو: قتل، أو رجم، أو جلد و جزّ و تغريب.

بأنه زنى ثمّ هرب قبل أن يضرب، قال: إن تاب فما عليه شيء، وإن وقع في يد الإمام أقام عليه الحدّ، وإن علم مكانه بعث إليه»
(١).

و الحكم بتحمّ الحدّ عليه على هذا التقدير هو المشهور بين الأصحاب. و ذهب جماعه منهم المفيد (٢) و أبو الصلاح (٣) إلى تخيير الإمام بين إقامته عليه و العفو عنه، كما لو تاب بعد الإقرار. و لم نقف على المستند.

قوله: «في أقسامه. إلخ».

عطف الثلاثة أُولاً بـ «أو» الدالّ على وقوعها على وجه البديل، و جمع الثلاثة الأخيره بالواو الدالّ على اجتماعها، لا يطابق المقصود من الحصر، فإن من أقسامه الجلد بغير جزّ و لا تغريب حدّاً للمرأة غير المحصنه، و جلد خمسين في حدّ المملوك بدونهما أيضاً. و لو قلنا بالجمع على المحصن بين الجلد و الرجم لكان قسماً آخر.

ص: ٣٥٩

١- (١) الكافي ٧: ٢٥١ ح ٢، الفقيه ٤: ٢٦ ح ٦١، التهذيب ١٠: ٤٦ ح ١٦٧، الوسائل ١٨: ٣٢٨ ب «١٦» من أبواب مقدّمات الحدود ح ٤.

٢- (٢) المقنعه: ٧٧٧.

٣- (٣) الكافي في الفقه: ٤٠٧.

أما القتل: (١) فيجب على: من زنى بذات محرم، كالأم و البنت و شبههما، و الذمى إذا زنى بمسلمه. و كذا من زنى بامرأه مكرها لها.

و لا يعتبر فى هذه المواضع الإحصان، بل يقتل على كل حال، شيخا كان أو شابا. و يتساوى فيه الحرّ و العبد و المسلم و الكافر. و كذا قيل: فى الزانى بامرأه أبيه [أو ابنه] (١).

و هل يقتصر على قتله بالسيف؟ قيل: نعم. و قيل: بل يجلد ثمّ يقتل، إن لم يكن محصنا، و يجلد ثمّ يرحم إن كان محصنا، عملا بمقتضى الدليلين. و الأوّل أظهر.

قوله: «أما القتل. إلخ».

لا خلاف فى ثبوت القتل بالزنا بمن ذكر من ذوات المحرم النسبيات، و زنا الذمى بمسلمه، و المكره، و النصوص (٢) واردة بها.

و إنما الخلاف فى إلحاق المحرّمه بالسبب، كما مرأه الأب. و المصنف (٣) -رحمه الله- خصّ بها بالذكر، لكثرة القائل بإلحاقها، و إلا فالخلاف أيضا فى الزنا بزوجه الابن و أمه أحدهما الموطوءه.

و المصنف -رحمه الله- لم يرجح الإلحاق، بل اقتصر على نقل القول بالتحريم، لأصالة العدم، مع عدم متمسك صالح. و لكن النصّ ورد على الزنا

ص: ٣٦٠

١ - ١) كلام الشارح «قدّس سرّه» مبتن على نسخته من الشرائع، كما أن النسخه الخطيه المعتمده منها كذلك، و إلا فقد ورد فى الشرائع الحجرية: أو ابنه، كما تراه بين المعقوفتين فى المتن، و لم ترد الزيادة فى متن الجواهر ٣١٦: ٤١.

٢ - ٢) الوسائل ٣٨٥: ١٨ باب «١٩» من أبواب حدّ الزنا.

٣ - ٣) كلام الشارح «قدّس سرّه» مبتن على نسخته من الشرائع، كما أن النسخه الخطيه المعتمده منها كذلك، و إلا فقد ورد فى الشرائع الحجرية: أو ابنه، كما تراه بين المعقوفتين فى المتن، و لم ترد الزيادة فى متن الجواهر ٣١٦: ٤١.

بذات محرم، ففي حسنه بكير بن أعين عن أحدهما عليهما السلام قال: «من زنى بذات محرم حتى يواقعها ضرب ضربه بالسيف أخذت منه ما أخذت، وإن كانت تابعته ضربت ضربه بالسيف أخذت منها ما أخذت» (١). و مثلها كثير (٢).

و المتبادر من ذات المحرم النسبيّه. و يمكن شمولها للسببيّه. و قد تقدّم أن المحرم من يحرم نكاحه مؤيّداً بنسب أو رضاع أو مصاهره. و حينئذ فلا يقتصر على امرأه الأب، بل يتعدى إلى غيرها من المحرّمات السببيّه و الرضاعيّه.

و ظاهر النصوص الدالّة على قتل المذكورين الاقتصار على ضرب أعناقهم، سواء في ذلك المحصن وغيره، و الحرّ و العبد، و المسلم و الكافر. و قد سمعت منها ما يدلّ على حكم المحرم. و في صحيحه بريد العجلي قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل اغتصب امرأه فرجها، قال: يقتل محصنا كان أو غير محصن» (٣). و روى زراره عنه عليه السلام قال: «يضرب ضربه بالسيف بلغت منه ما بلغت» (٤). و روى حنان بن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن يهوديّ فجر بمسلمه، قال: يقتل» (٥).

ص: ٣٤١

١- ١) الكافي ٧: ١٩٠ ح ١، الفقيه ٤: ٣٠ ح ٨١ و فيه: ابن بكير، التهذيب ١٠: ٢٣ ح ٤٨، الاستبصار ٤: ٢٠٨ ح ٧٧٧، الوسائل ١٨: ٣٨٥ ب «١٩» من أبواب حدّ الزنا ح ١.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٨: ٣٨٥ ب «١٩» من أبواب حدّ الزنا.

٣- ٣) الكافي ٧: ١٨٩ ح ١، الفقيه ٤: ٣٠ ح ٨٠، التهذيب ١٠: ١٧ ح ٤٧، الوسائل ١٨: ٣٨١ ب «١٧» من أبواب حدّ الزنا ح ١.

٤- ٤) الكافي ٧: ١٨٩ ح ٢، التهذيب ١٠: ١٨ ح ٥٠، الوسائل ١٨: ٣٨٢ الباب المتقدّم ح ٣.

٥- ٥) الكافي ٧: ٢٣٩ ح ٣، التهذيب ١٠: ٣٨ ح ١٣٤، الوسائل ١٨: ٤٠٧ ب «٣٦» من أبواب حدّ الزنا ح ١.

و أما الرجم: (١) فيجب على المحصن إذا زنى ببالعه عاقله. فإن كان شيخا أو شيخه، جلد ثم رجم.

و ذهب ابن إدريس (١) إلى وجوب الجمع بين قتله و ما وجب عليه لو لم يكن موصوفا بذلك، فإن كان غير محصن جلد ثم قتل، و إن كان محصنا جلد ثم رجم، لدلاله الأدله على جلد غير المحصن و قتل من فعل ما ذكرناه، و على جلد المحصن و رجمه لو كان قد زنى بغير من ذكر، فمن ذكر أولى، فلا يقتصر له على الأخف و ذنبه أعظم.

و يؤيده روايه أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «إذا زنى الرجل بذات محرم حدّ حدّ الزانى، إلا أنه أعظم ذنبا» (٢).

قال الشيخ -رحمه الله- عقيب هذا الخبر: «و ليس هذا منافيا لما تقدّم من ضربه بالسيف، لأن القصد قتله، و فيما يجب على الزانى الرجم، و هو يأتي على النفس، فالإمام مختير بين أن يضربه ضربه بالسيف أو يرحمه» (٣).

و هذا قول ثالث غير قول ابن إدريس. و نفى عنه فى المختلف (٤) البأس.

و قول ابن إدريس أوجه منه.

قوله: «و أما الرجم. إلخ».

ما اختاره المصنف -رحمه الله- من الجمع للشابّ بين الحدّين مذهب

ص: ٣٦٢

١ - ١) السرائر ٤٣٧:٣-٤٣٨.

٢ - ٢) التهذيب ١٠:٢٣ ح ٧١، الاستبصار ٤:٢٠٨ ح ٧٨٠، الوسائل ١٨:٣٨٦ ب «١٩» من أبواب حدّ الزنا ح ٨.

٣ - ٣) التهذيب ١٠:٢٤ ذيل ح ٧١.

٤ - ٤) المختلف: ٧٥٦.

و إن كان شائبًا، ففيه روايتان:

إحداهما: يرمج لا غير. و الأخرى: يجمع له بين الحدّين. و هو أشبه.

الشيخين (١) و المرتضى (٢) و ابن إدريس (٣) و جماعه (٤).

و وجهه: الجمع بين الآيه (٥) الدالّه على الجلد و الروايه (٦)، مع الإجماع الدالّين على رجم المحصن. و منه صحيحه محمّد (٧) بن مسلم و زراره (٨) عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: «المحصن يجلد مائه و يرمج». و المفرد المحلّي باللام يفيد العموم عند بعض (٩) الأصوليين. و لما روى أن عليًا عليه السلام جلد سراقه يوم الخميس و رجمها يوم الجمعة، ف قيل له: أ تحدّد حدّين؟ فقال: «حدّتها بكتاب الله عزّ و جلّ، و رجمتها بسنّه رسول الله صلّى الله عليه و آله» (١٠). فإن كانت شائبه

ص: ٣٤٣

١-١) راجع المقنعه: ٧٧٥ فقد أطلق القول بوجوبهما على المحصن، التبيان للطوسي ٧: ٣٥٩.

٢-٢) راجع الانتصار: ٢٥٤ حيث أطلق القول بوجوبهما على المحصن.

٣-٣) السرائر ٣: ٤٣٨-٤٣٩.

٤-٤) المقنع: ٤٢٨، المراسم: ٢٥٢، المختلف: ٧٥٦-٧٥٧، و كذا حكاه الأخير عن ابن الجنيّد، فقد أطلق هؤلاء القول بوجوبهما على المحصن.

٥-٥) النور: ٢.

٦-٦) انظر الوسائل ١٨: ٣٤٦ ب «١» من أبواب حدّ الزنا.

٧-٧) التهذيب ١٠: ٤ ح ١٣، الاستبصار ٤: ٢٠١ ح ٧٥٣، الوسائل ١٨: ٣٤٨ ب «١» من أبواب حدّ الزنا ح ٨.

٨-٨) التهذيب ١٠: ٥ ح ١٦، الاستبصار ٤: ٢٠١ ح ٧٥٦، الوسائل ١٨: ٣٤٩ الباب المتقدّم ح ١٤.

٩-٩) الإحكام للآمدي ١: ٤٢١-٤٢٢، البحر المحيط للزركشي ٣: ٩٧-٩٨.

١٠-١٠) المستدرک للحاكم ٤: ٣٦٥، سنن البيهقي ٨: ٢٢٠، تلخيص الحبير ٤: ٥٢ ح ١٧٤٧، و في المصادر: جلد شراحه.

و لو زنى البالغ (١) المحصن، بغير البالغه أو بالمجنونه، فعليه الحد لا الرجم.

و كذا المرأة لو زنى بها طفل. و لو زنى بها المجنون فعليها الحدّ تامًا. و فى ثبوته فى طرف المجنون تردّد، المروى أنّه يثبت.

فالمطلوب، و إن كانت شيخه فالتعليل يقتضى دخول الشاب، لعموم الكتاب.

و القول بالتفصيل للشيخ أيضا فى النهايه (١) و كتابى الحديث (٢) و أتباعه (٣) و جماعه (٤)، لروايه عبد الله بن طلحه و ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا زنى الشيخ و العجوز جلدا ثمّ رجما عقوبه لهما، و إذا زنى النصف (٥) من الرجال رجم و لم يجلد إذا كان قد أحصن، و إذا زنى الشابّ الحدث السنّ جلد، و نفى سنه من مصره» (٦).

و الروايه مع ضعف سندها لا تدلّ على حكم الشابّ إذا كان محصنا، فلا تنافى غيرها ممّا دلّ على العموم (٧).

قوله: «و لو زنى البالغ إلخ».

هذا مذهب الشيخ (٨) و جماعه (٩) من المتأخّرين. و مستندهم صحيحه أبى

ص: ٣٦٤

١- (١) النهايه: ٦٩٣.

٢- (٢) التهذيب ٦: ١٠ ذيل ح ١٨، الاستبصار ٢: ٢٠٢ ذيل ح ٧٥٨.

٣- (٣) الوسيله: ٤١١، غنيه النزوع: ٤٢٢، إصباح الشيعة: ٥١٣.

٤- (٤) الكافى فى الفقه: ٤٠٥، الجامع للشرائع: ٥٥٠، تحرير الأحكام ٢: ٢٢٢.

٥- (٥) النّصف: الكهل كأنه بلغ نصف عمره. لسان العرب ٩: ٣٣١.

٦- (٦) الفقيه ٢٧: ٤ ح ٦٨، التهذيب ٤: ١٠ ح ١٠ و ص: ٥ ح ١٧، الاستبصار ٢: ٢٠٠ ح ٧٥٠ و ص: ٢٠١ ح ٧٥٧، الوسائل ١٨: ٣٤٩

ب «١» من أبواب حدّ الزنا ح ١١.

٧- (٧) الوسائل ١٨: ٣٤٨ ب «١» من أبواب حدّ الزنا ح ١٤، ١٣، ٨.

٨- (٨) النهايه: ٦٩٥-٦٩٦.

٩- (٩) الجامع للشرائع: ٥٥٢، إرشاد الأذهان ٢: ١٧١، قواعد الأحكام ٢: ٢٥٢، المختلف: ٧٥٨، اللمعه الدمشقيه: ١٦٥.

بصير عن الصادق عليه السلام: «في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأه، قال: يجلد الغلام دون الحد، وتجلد المرأة الحد كاملاً، قيل له: فإن كانت محصنه؟ قال: لا ترجم، لأن الذى نكحها ليس بمدرك، فلو كان مدركاً رجمت» (١). ولنقص اللذة فيه، فلا يجب فيه من العقوبة ما يجب فى الكامل.

و لأصالة البراءة، و وجود الشبهه الدارئة للحدّ الزائد عن المتفق عليه.

و ذهب جماعه-منهم ابن الجنيد (٢) و أبو الصلاح (٣) و ابن إدريس (٤)، و هو ظاهر المفيد (٥)- إلى وجوب الحدّ على الكامل منهما كاملاً، لتحقّق الإحصان و الزنا المقتضى لكامل الحدّ بالرجم. و لا عبره بكامل اللذة و نقصانها، مع أنه لا يتمّ فى المجنونه.

و يؤيّدده وجوب الحدّ كاملاً لو زنى بالكامله مجنون. و مع ذلك لا نصّ على حكم المجنونه، بخلاف الصبيّه، فإلحاقها بها قياس مع وجود الفارق.

مع أنه وردت روايات بإطلاق حدّ البالغ منهما، و هو محمول على الحدّ المعهود عليه بحسب حاله من الإحصان و غيره. فروى ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السلام فى غلام لم يبلغ الحلم وقع على امرأه أو فجر بامرأه، أى شىء يصنع بهما؟ قال: يضرب الغلام دون الحدّ، و يقام على المرأة الحدّ، قلت: جاريه لم تبلغ

ص: ٣٤٥

١-١) الكافي ٧:١٨٠ ح ١، الفقيه ٤:١٨ ح ٣٩، التهذيب ١٠:١٦ ح ٤٤، الوسائل ١٨:٣٦٢ ب «٩» من أبواب حدّ الزنا ح ١.

٢-٢) حكاة عنه العلامة فى المختلف: ٧٥٨.

٣-٣) الكافي فى الفقه: ٤٠٥.

٤-٤) السرائر ٣:٤٤٣-٤٤٤.

٥-٥) المقنعه: ٧٧٩.

وجدت مع رجل يفجر بها، قال: تضرب الجارية دون الحدّ، ويقام على الرجل الحدّ» (١).

وقد عرفت (٢) مرارا حال أبي بصير و اشتراكه، وأن صحّحه روايته إضافيه.

وأما زنا المجنون بالكامل فلا إشكال في وجوب الحدّ كملا على الكامله.

وأما المجنون فاختلف في حكمه، فذهب الشيخان (٣) و جماعه (٤) إلى ثبوت الحدّ عليه كملا، حتى لو كان محصنا رجم، استنادا إلى روايه أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام قال: «إذا زنى المجنون أو المعتوه جلد الحدّ، فإن كان محصنا رجم، قلت: وما الفرق بين المجنون و المجنونه و المعتوه و المعتوهه؟ فقال: المرأه إنما تؤتى و الرجل يأتي، وإنما يأتي إذا عقل كيف يأتي اللدّه، وإن المرأه تستكره و يفعل بها، و هي لا تعقل ما يفعل بها» (٥).

و ذهب الشيخ في كتابي الفروع [١] و ابن إدريس (٦) و أكثر (٧) المتأخرين إلى

ص: ٣٦٦

١-١) الكافي ٧:١٨٠ ح ٢، الفقيه ٤:١٨ ح ٤٠، التهذيب ١٠:١٧ ح ٤٥، الوسائل ١٨:٣٦٢ ب «٩» من أبواب حدّ الزنا ح ٢.

٢-٢) راجع ج ٨:٥٠.

٣-٣) المقنع: ٧٧٩، النهايه: ٦٩٦.

٤-٤) المقنع: ٤٣٦، الجامع للشرائع: ٥٥٢.

٥-٥) الكافي ٧:١٩٢ ح ٣، التهذيب ١٠:١٩ ح ٥٦، الوسائل ١٨:٣٨٨ ب «٢١» من أبواب حدّ الزنا ح ٢.

٦-٦) السرائر ٣:٤٤٤.

٧-٨) قواعد الأحكام ٢:٢٥٠، المختلف: ٧٥٩، إيضاح الفوائد ٤:٤٧١، اللمعه دمشقيه: ١٦٥.

وَأَمَّا الْجِدَارُ (١) وَالتَّغْرِيبُ:

فِيجِبَانِ عَلِيِّ الذِّكْرِ الْحَرِّ غَيْرِ الْمُحَصَّنِ، يَجْلُدُ مَائَةً، وَيَجْزُرُ رَأْسَهُ، وَيَغْرَبُ عَنْ مِصْرِهِ إِلَى آخِرِ عَامِهِ، مَمْلُوكًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مَمْلُوكًا.

وَقِيلَ: يَخْتَصُّ التَّغْرِيبُ بِمَنْ أَمْلَكَ وَ لَمْ يَدْخُلْ. وَ هُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْبَكْرَ مَا هُوَ؟ وَ الْأَشْبَهُ أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ غَيْرِ الْمُحَصَّنِ، وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْلُوكًا.

أَمَّا الْمَرْأَةُ فَعَلِيهَا الْجِدَارُ مَائَةً، وَ لَا تَغْرِيبُ عَلَيْهَا وَ لَا جَزْرًا.

عَدَمٌ وَ جُوبُ الْحَدِّ عَلَى الْمَجْنُونِ، لِعَدَمِ تَكْلِيفِهِ، وَ الْحَدُّ عَقُوبَةٌ يَتَوَقَّفُ عَلَى ثُبُوتِ التَّحْرِيمِ فِي فَاعِلٍ مُوجِبِهَا، وَ هُوَ مُنْتَفٍ هُنَا.

وَ أَجَابُوا عَنْ الرَّوَايَةِ -مَعَ ضَعْفِ الطَّرِيقِ- بِحَمْلِهَا عَلَى مَنْ يَعْتَوِرُهُ الْجُنُونُ أَدْوَارًا بَعْدَ تَحْصِيلِهِ، لِأَنَّ الْعَلَّةَ الَّتِي ذَكَرَهَا الْإِمَامُ عَلَيْهِ السَّلَامُ تَدَلُّ عَلَيْهِ. وَ هَذَا هُوَ الْأَصْحَحُ.

قَوْلُهُ: «وَ أَمَّا الْجِدَارُ. إلخ».

هَذِهِ الثَّلَاثَةُ تَجِبُ عَلَى الْبَكْرِ اتِّفَاقًا. وَ الْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ أَنَّهُ قَالَ: «الْبَكْرُ بِالْبَكْرِ جِلْدُ مَائَةٍ وَ تَغْرِيبُ عَامٍ، وَ الشَّيْبُ بِالشَّيْبِ جِلْدُ مَائَةٍ وَ الرَّجْمُ» (١). وَ قَوْلُ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي صَحِيحِهِ الْحَلَبِيِّ: «الشَّيْخُ وَ الشَّيْخَةُ جِلْدُ مَائَةٍ وَ الرَّجْمُ، وَ الْبَكْرُ وَ الْبَكْرَةُ جِلْدُ مَائَةٍ وَ نَفْيُ سَنَةٍ» (٢).

وَ قَدْ اخْتَلَفَ فِي تَفْسِيرِ الْبَكْرِ، فَقِيلَ: مِنْ أَمْلَكَ، أَيْ: عَقَدَ عَلَى أَمْرَاهُ دَوَامًا

ص: ٣٦٧

١ - ١) سنن الدارمي ١: ١٨١، مسند أحمد ٥: ٣٢٧، صحيح مسلم ٣: ١٣١٦ ح ١٢، سنن أبي داود ٤: ١٤٤ ح ٤٤١٥، سنن ابن ماجه

٢: ٨٥٢ ح ٢٥٥٠، سنن الترمذي ٤: ٣٢ ح ١٤٣٤، سنن البيهقي ٨: ٢١٠ و ٢٢٢، تلخيص الحبير ٤: ٥١ ح ١٧٤٤.

٢ - ٢) الفقيه ٤: ١٧ ح ٣٠، التهذيب ٤: ١٠ ح ١٤، الاستبصار ٤: ٢٠١ ح ٧٥٤، الوسائل ١٨: ٣٤٨ ب «١» من أبواب حد الزنا ح ٩.

و لم يدخل. ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية (١) و أتباعه (٢) و جماعه (٣). و اختاره العلامة في المختلف (٤) و التحرير (٥).
و يدلّ عليه روايات كثيرة، منها روايه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «الذى لم يحصن يجلد مائه و لا ينفى، و الذى قد
أملك و لم يدخل بها يجلد مائه و ينفى» (٦).
و روايه أيضا عنه عليه السلام قال: «المحصن يرجم، و الذى قد أملك و لم يدخل بها يجلد مائه و نفى سنه» (٧).
و روايه محمد بن قيس عنه عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الشيخ و الشيخه أن يجلدا مائه، و قضى للمحصن
الرجم، و قضى فى البكر و البكره إذا زنيا جلد مائه، و نفى سنه فى غير مصرهما، و هما اللذان قد أملكا و لم يدخل بها» (٨).
و فى طريق الروايه الأولى موسى بن بكر، و حاله فى الثقة غير معلوم.
و الثانيه مرسله. و محمد بن قيس فى الثالثه مشترك.

ص: ٣٤٨

-
- ١- ١) النهاية: ٦٩٤، و لم يذكر فيه قيد الدوام، و كذا فى المصادر التالیه.
 - ٢- ٢) المهذب ٥١٩: ٢، الغنيه: ٤٢٤، إصباح الشيعه: ٥١٤.
 - ٣- ٣) إيضاح الفوائد ٤: ٤٧٩.
 - ٤- ٤) المختلف: ٧٥٧.
 - ٥- ٥) تحرير الأحكام ٢: ٢٢٢.
 - ٦- ٦) الكافي ٧: ١٧٧ ح ٦، التهذيب ٤: ١٠ ح ١٢، الاستبصار ٢٠٠: ٤ ح ٧٥٢، الوسائل ١٨: ٣٤٨ ب «١» من أبواب حدّ الزنا ح ٧.
 - ٧- ٧) الكافي ٧: ١٧٧ ح ٤، التهذيب ٣: ١٠ ح ٨، الوسائل ١٨: ٣٤٨ الباب المتقدّم ح ٦.
 - ٨- ٨) الكافي ٧: ١٧٧ ح ٧، التهذيب ٣: ١٠ ح ٩، الاستبصار ٢٠٢: ٤ ح ٧٥٩، الوسائل ١٨: ٣٤٧ الباب المتقدّم ح ٢.

و ذهب الشيخ فى كتابى (١) الفروع و ابن إدريس (٢) و المصنف و أكثر المتأخرين (٣) إلى أن المراد بالبكر غير المحصن، لروايه عبد الله بن طلحه عن الصادق عليه السلام قال: «و إذا زنى الشابّ الحدث السنّ جلد، و حلق رأسه، و نفى عن مصره» (٤). و هو شامل للمملك و غيره، فلا يتقيد، و إلا لزم تأخير البيان عن وقت الخطاب.

و أجاب فى المختلف (٥) بأن المعتمد روايه زواره السابقه، مع منع امتناع تأخير البيان عن وقت الخطاب.

و على الأول فالقسمه ثلاثيه، و على الثانى فهى ثنائيه. و طريق الروايات من الجانبين غير نقى.

و اعلم أن الروايتين السابقتين تضمّنتا تغريب الرجل و المرأه، و لكن المشهور بين الأصحاب - بل ادعى عليه الشيخ فى الخلاف (٦) الإجماع - اختصاص التغريب بالرجل، فإن تمّ الإجماع فهو الحجّه، و إلا فمقتضى النصّ (٧) ثبوته عليها (٨). و هو مختار ابن أبى عقيل (٩) - رحمه الله - و ابن الجنيد (١٠).

ص: ٣٦٩

-
- ١- (١) الخلاف ٥:٣٦٨ مسأله (٣)، المبسوط ٨:٢.
 ٢- (٢) السرائر ٣:٤٣٩.
 ٣- (٣) كشف الرموز ٢:٥٤٧.
 ٤- (٤) التهذيب ١٠:٤ ح ١٠، الاستبصار ٤:٢٠٠ ح ٧٥٠، الوسائل ١٨:٣٤٩ ب «١» من أبواب حدّ الزنا ح ١١، و لم ترد فى المصادر: و حلق رأسه.
 ٥- (٥) المختلف: ٧٥٧.
 ٦- (٦) الخلاف ٥:٣٦٨ مسأله (٣).
 ٧- (٧) الوسائل ١٨:٣٤٧ ب «١» من أبواب حدّ الزنا ح ١٢، ٩، ٢.
 ٨- (٨) فى الحجرّيتين: عليهما.
 ٩- (٩) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٧٥٧.
 ١٠- (١٠) لم نعثر عليه.

و المملوك يجلد (١) خمسين، محصنا كان أو غير محصن، ذكرا كان أو أنثى. ولا جزّ على أحدهما ولا تغريب.

و عللوا عدم تغريبها بأنها عوره يقصد بها الصيانه و منعها عن الإتيان بمثل ما فعلت، و لا يؤمن عليها ذلك في الغربه. و هذا التعليل لا يقابل النصّ، و إنما يتّجه مؤيدا للحكم و حكمه له.

ثمّ عد إلى العبارة. و اعلم أنه حكم في صدرها بعقوبتين، و في عجزها بثلاث، بإضافه الجزّ. و لعلّه لضعف عقوبه الجزّ الذي يكتفى فيه بحلق الناصيه، مع أنه مختصّ برواياتنا (١). و المروى (٢) عن النبيّ صلّى الله عليه و آله في البكر هو الجلد و التغريب. قوله: «و المملوك يجلد. إلخ».

قد عرفت أن من شروط الإحصان الموجب للرجم الحرّيه، فالمملوك ليس بمحصن مطلقا، فلا يرجم، و يجلد خمسين جلده على ما قال تعالى:

فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ (٣). و القنّ و غيره في ذلك سواء.

و مذهب الأصحاب أنه لا يغزّب، لما فيه من الإضرار بالسيدّ و تفويت المنفعه عليه. و لأنّ التغريب للتشديد، و العبد جليب اعتاد الانتقال من بلد إلى آخر، فليس في تغريبه تشديد.

و عند بعض (٤) العامّه أنه يغزّب أيضا، عملا بعموم النصّ. و لا ينظر إلى ضرر السيدّ في عقوبات الجرائم، كما أنه يقتل إذا ارتدّ، و يحدّ إذا قذف، و إن

ص: ٣٧٠

١-١) راجع الوسائل ١٨:٣٥٩ ب «٧» من أبواب حدّ الزنا ح ٧ و ٨.

٢-٢) راجع ص: ٣٦٧.

٣-٣) النساء: ٢٥.

٤-٤) روضه الطالبين ٧:٣٠٧، الحاوى الكبير ١٣:٢٠٥-٢٠٦، حليه العلماء ٨:١٢، الوجيز ٢:١٦٧-١٦٨، كفايه الأخيار ٢:١١١.

و لو تكزّر من الحرّ (١) الزنا، فأقيم عليه الحدّ مرتين، قتل في الثالثه.

و قيل: في الرابعه. و هو أولى.

أمّا المملوك، فإذا أقيم عليه الحدّ سبعا، قتل في الثامنه. و قيل: في التاسعه. و هو أولى.

تضرّر السيّد مع أنه يمكنه إجارته و اشتغاله (١) هناك. و التشديد قد يحصل عليه بذلك، فإن الطبع إذا ألف موضعا شقّ عليه الانتقال عنه.

قوله: «و لو تكزّر من الحرّ إلخ».

المراد بالحرّ ما يشمل الحرّ. و المراد به غير المحصن، سواء كان مملكا أم لا. و شدّ قول الشيخ في النهايه (٢) بتخصيصه بغير المملك.

و احترز بكونه قد أقيم عليه الحدّ عمّا لو لم يقيم عليه الحدّ مرتين، فإنه لا يقتل إجماعا.

و قد اختلف في حكم الحرّ على أقوال: أظهرها—و هو الذي اختاره المصنف—قتله في الثالثه. و هو قول الصدوقين (٣) و ابن إدريس (٤)، لصحيحه يونس عن الكاظم عليه السلام أن: «أصحاب الكبائر يقتلون في الثالثه» (٥).

و أشهرها أنه يقتل في الرابعه. اختاره الشيخ في النهايه (٦) و المبسوط (٧)،

ص: ٣٧١

١- ١) في «ت، د»: و استعماله.

٢- ٢) النهايه: ٦٩٤.

٣- ٣) المقنع: ٤٢٧-٤٢٨، و حكاها عنهما العلامه في المختلف: ٧٥٨.

٤- ٤) السرائر: ٤٤٢: ٣.

٥- ٥) الكافي: ١٩١: ٧ ح ٢، الفقيه: ٥١: ٤ ح ١٨٢، التهذيب: ٣٧: ١٠ ح ١٣٠، الاستبصار: ٢١٢: ٤ ح ٧٩١، الوسائل: ٣٨٨: ١٨ ب «٢٠» من

أبواب حدّ الزنا ح ٣.

٦- ٦) النهايه: ٦٩٤.

٧- ٧) المبسوط: ١١: ٨.

و المفيد (١) و المرتضى (٢) و الأتباع (٣) و العلامة (٤) و جعله المصنف أولى من حيث الاحتياط في الدماء لا- من حيث الفتوى، فإن مختاره في الكتابين (٥) الأول.

و مستند هذا القول رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«الزاني إذا زنى جلد ثلاثاً، و يقتل في الرابعه» (٦). و في طريقها محمد بن عيسى، عن يونس، و إسحاق بن عمار، و هو فطحى و إن كان ثقه، و أبو بصير قد عرفت (٧) حاله مراراً، فلا تعارض الصحيح. و القائلون بمضمونها جعلوها مخصّصة للروايه السابقه، فحملوها على ما عدا الزنا من الكبائر، لأن الخاصّ مقدّم، و لما فيه من الاحتياط في الدماء.

و أغربها أنه يقتل في الخامسه. ذكره الشيخ في الخلاف (٨).

هذا حكم الحرّ. و أما المملوك ففيه قولان:

أحدهما- و هو الذى اختاره المصنف رحمه الله، و قبله المفيد (٩)

ص: ٣٧٢

١- ١) المقنعه: ٧٧٦.

٢- ٢) الانتصار: ٢٥٦.

٣- ٣) الكافي في الفقه: ٤٠٧، المراسم: ٢٥١، المهذب: ٥٢٠، الوسيله: ٤١١، الغنيه: ٤٢١.

٤- ٤) المختلف: ٧٥٨.

٥- ٥) المختصر النافع: ٢١٥.

٦- ٦) الكافي ٧: ١٩١ ح ١، التهذيب ٣٧: ١٠ ح ١٢٩، الاستبصار ٢١٢: ٤ ح ٧٩٠، الوسائل ٣٨٧: ١٨ ب «٢٠» من أبواب حدّ الزنا ح ١.

٧- ٧) راجع ج ٥٠: ٨.

٨- ٨) الخلاف ٤٠٨: ٥ مسأله (٥٥).

٩- ٩) المقنعه: ٧٧٩.

و المرتضى (١) و ابنا بابويه (٢) و ابن إدريس (٣) و جماعه (٤) :- أنه يقتل في الثامن، لحسنه بريد عن الصادق عليه السلام قال: «إذا زنى العبد ضرب خمسين إلى ثمانى مّرات، فإن زنى ثمانى مّرات قتل» (٥).

و الثانى: أنه يقتل في التاسعه. ذهب إليه الشيخ في النهايه (٦)، و القاضى (٧) و جماعه (٨). و جعله المصنف أولى. و اختاره العلامة (٩)، لقول الصادق عليه السلام فى روايه عبيد بن زراره أو بريد العجلي - شكّ محمد بن مسلم فيه - : «إذا زنت الأمه ثمانى مّرات رجمت فى التاسعه» (١٠). و المراد به مع تخلّل الجلد. و هى نصّ فى التاسعه، بخلاف الأولى، فإنها مجمله، فيحتمل أن يكون المراد بها: قتل فى التاسعه، بل يتعين جمعا بينهما. و ردّ بأنه جعله جزاء الشرط و هو زناه ثمانى مّرات، فلا تعلق (١١) بغيره.

ص: ٣٧٣

-
- ١- (١) الانتصار: ٢٥٦.
- ٢- (٢) المقنع: ٤٣٩، و حكاه عنهما العلامة فى المختلف: ٧٥٨.
- ٣- (٣) السرائر: ٤٤٢: ٣.
- ٤- (٤) الكافى فى الفقه: ٤٠٧، المراسم: ٢٥٣، الوسيله: ٤١١.
- ٥- (٥) التهذيب ١٠: ٢٨ ح ٨٧، الوسائل ١٨: ٤٠٣ ب «٣٢» من أبواب حدّ الزنا ح ٢.
- ٦- (٦) النهايه: ٦٩٥.
- ٧- (٧) المهذب ٢: ٥٢٠.
- ٨- (٨) الجامع للشرائع: ٥٥١، إيضاح الفوائد ٤: ٤٨٨، المقتصر: ٤٠١.
- ٩- (٩) المختلف: ٧٥٨.
- ١٠- (١٠) الفقيه ٤: ٣١ ح ٩٠، التهذيب ١٠: ٢٧ ح ٨٦، الوسائل ١٨: ٤٠٢ ب «٣٢» من أبواب حدّ الزنا ح ١. و فى المصادر: أن الشكّ من محمد بن سليمان المصرى، إذ لم يذكر فى سند الروايه محمد بن مسلم.
- ١١- (١١) فى «ت»: يعلق.

و فى الزنا المتكرّر (١) حدّ واحد و إن كثر.

و فى روايه أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام: «إن زنى بامرأه مرارا فعليه حدّ، و إن زنى بنسوه فعليه فى كلّ امرأه حدّ». و هى مطّرحه.

و جمع الراوندى (١) بين الروايتين، بحمل الثامنه على ما إذا قامت البيّنه فيها (٢)، و التاسعه على حاله الإقرار، فجعل القول بذلك ثالثا. و هو تحكّم.

هذا مع أن فى طريق الروايه الثانيه ضعفا أو جهاله، بخلاف الأولى، فالعمل بها أرجح. و لمناسبتها لكون المملوك على النصف من أحكام الحرّ، و غايه احتياطه أن يكون التنصيف هنا باعتبار قتل الحرّ فى الرابعه.

و اعلم أن هاتين الروايتين تضمّنتا أن الامام يدفع ثمن المملوك بعد قتله إلى مواليه من بيت المال. و اختاره بعض الأصحاب، و نفى عنه الشهيد فى الشرح (٣) البعد.

قوله: «و فى الزنا المتكرّر. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن الزنا المتكرّر قبل إقامه الحدّ يوجب حدّا واحدا مطلقا، لأصاله البراءه، و صدق الامتثال، و ابتناء الحدود على التخفيف، و للشكّ فى وجوب الزائد فيدراً بالشبهه.

و قال ابن الجنيد (٤) و الصدوق فى المقنع (٥): إن زنى بامرأه واحده كفى حدّ

ص: ٣٧٤

١- ١) حكاه عنه الشهيد فى غايه المراد: ٣٤٢.

٢- ٢) فى «١»: بها.

٣- ٣) غايه المراد: ٣٤٢.

٤- ٤) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٧٦٢.

٥- ٥) المقنع: ٤٣٨.

و لو زنى الذمى (١) بدميته، دفعه الإمام إلى أهل نحلته، ليقيموا [عليه] الحدّ على معتقدهم. و إن شاء أقام الحدّ بموجب شرع الإسلام.

واحد، و إن زنى بجماعه نساء فى ساعه واحده حدّ لكلّ امرأه حدّ، استنادا إلى روايه أبى بصير عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يزنى فى اليوم الواحد مرّات كثيره، فقال: إن كان زنى بامرأه واحده كذا و كذا مرّه فإنما عليه حدّ واحد، و إن هو زنى بنسوه شتى فى يوم واحد فى ساعه واحده فإن عليه فى كلّ امرأه فجر بها حدّ» (١).

و فى طريق الروايه ضعف، مع أنها غير حاصره لأقسام المسأله. و المعتمد المشهور.

قوله: «و لو زنى الذمى. إلخ».

أما إقامته بموجب شرع الإسلام فواضح، لأنه الحقّ، و قد قال تعالى لنبيه صلى الله عليه و آله و أنزلنا إليك الكتاب بالحقّ مُصدّقاً لما بين يديه من الكتاب و مهيمناً عليه فأحكمم بينهم بما أنزل الله (٢). و قد روى (٣) أن اليهود أتوا النبى صلى الله عليه و آله برجل و امرأه منهم قد زنيا فرجمهما، فى قصه طويله.

و أما تخييره بين ذلك و بين ردّه إلى أهل ملته فلقوله تعالى فإن جاؤك فأحكمم بينهم أو أعرض عنهم (٤). قال ابن عباس -رضى الله عنه-: «خبر الله

ص: ٣٧٥

١- (١) الكافى ٧: ١٩٦ ح ١، الفقيه ٤: ٢٠ ح ٤٩، التهذيب ١٠: ٣٧ ح ١٠٣١، الوسائل ١٨: ٣٩٢ ب «٢٣» من أبواب حدّ الزنا.

٢- (٢) المائده: ٤٨.

٣- (٣) مسند أحمد ٢: ٥، صحيح البخارى ٩: ١٢٩، صحيح مسلم ٣: ١٣٢٦ ح ٢٦، سنن أبى داود ٤: ١٥٣ ح ٤٤٤٦، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٤ ح ٢٥٥٦، مستدرک الحاكم ٤: ٣٦٥، سنن البيهقى ٨: ٢١٥، تلخيص الحبير ٤: ٥٤ ح ١٧٥٠.

٤- (٤) المائده: ٤٢.

و لا يقام الحدّ على الحامل (١) حتى تضع، و تخرج من نفاسها، و ترضع الولد إن لم يتفق له مرضع. و لو وجد له كافل، جاز إقامه الحدّ.

تعالى نبيه بقوله فَإِنْ جَاؤَكَ . (١) الآيه.

و هذا التخيير ثابت للأئمة و الحكام بدليل التأسى. و دعوى أن آيه التخيير منسوخه (٢) لم تثبت.

قوله: «و لا يقام الحدّ على الحامل. إلخ».

لا فرق فى المنع من إقامه الحدّ على الحامل بين أن يكون جلدا أو رجما، مراعاة لحقّ الولد، فإنه لا سبيل عليه.

و أما اعتبار خروجها من نفاسها فمخصوص بمن تجلد، لأنها حينئذ مريضه. أما من ترجم فلا يعتبر خروجها من المرض، كما سيأتى (٣)، و منه النفاس.

ثمّ إن كان للولد من يرضعه و يكفله أقيم عليها الحدّ و لو رجما بعد شربه اللبأ (٤)، بناء على المشهور من أنه لا يعيش غالبا بدونه، و إلا انتظر بها استغناء الولد عنها. و هو مروى من فعل النبىّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ مع المرأة التى أقرت عندهما بالزنا، فلم يرجماها حتى ولدت و أرضعته حولين فأقاما عليها الحدّ (٥).

ص: ٣٧٦

١- ١) تنوير المقباس من تفسير ابن عباس: ٩٤، التبيان ٥٢٤: ٣، مجمع البيان ٣٣٩: ٣.

٢- ٢) التبيان ٥٢٤: ٣، مجمع البيان ٣٣٩: ٣، تفسير القرطبي ١٨٤: ٦-١٨٥.

٣- ٣) فى الصفحة التالية.

٤- ٤) اللبأ، على فعل، بكسر الفاء و فتح العين: أول اللبن فى التناج أو عند الولادة. لسان العرب ١٥٠: ١.

٥- ٥) الكافي ١٨٥: ٧ ح ١، الفقيه ٢٢: ٤ ح ٥٢، التهذيب ٩: ١٠ ح ٢٣، الوسائل ٣٧٧: ١٨ ب «١٦» من أبواب حدّ الزنا ح ١. و انظر سنن الدارمى ١٧٩: ٢ و ١٨٠، مسند أحمد ٣٤٨: ٥، صحيح مسلم ٣: ١٣٢٣ ح ٢٣، سنن أبى داود ١٥٢: ٤ ح ٤٤٤٢.

و يرمم المريض و المستحاضه (١) و لا- يجلد أحدهما إذا لم يجب قتله و لا- رجمه، توقيا من السرايه، و يتوقع بهما البرء. و إن اقتضت المصلحه التعجيل، ضرب بالضغث المشتمل على العدد. و لا يشترط وصول كل شمراخ إلى جسده.

و لا تؤخر الحائض، لأنه ليس بمرض.

و المراد بالجواز في قوله: «جاز إقامه الحد» مع وجود الكافل معناه الأعم.

و المراد منه الوجوب، إذ لا يجوز تأخير الحد مع عدم العذر، و الفرض انتفاؤه هنا.

و إطلاق المصنف -رحمه الله- المنع من إقامه الحد عليها بعد الوضع إلى أن ترضع الولد يشمل الرجم و الجلد. و هو يتم في الأول دون الثاني، إلا بتقدير الخوف عليها من الجلد من الموت، أو ما يحصل معه الأذى على الولد.

و في التحرير (١) صرح بعدم الفرق بين الجلد و الرجم في انتظارها إلى أن ترضع الولد، إذا لم يحصل له من يكفله. و لا فرق في الولد بين كونه من زنا و غيره.

قوله: «و يرمم المريض و المستحاضه. إلخ».

المشهور أن الرجم لا- يؤخر بالمرض مطلقا، لأن نفسه مستوفاه، فلا فرق بين المريض و الصحيح. و يحتمل جواز تأخيره إن ثبت زناه بالإقرار إلى أن يبرأ، لأنه بسبيل من الرجوع، و ربما رجع بعد ما رمى، فيعين ما وجد من الرمي على قتله. و مثله يأتي في رجمه في شدّه الحرّ و البرد.

و إن كان الواجب الجلد، فإن كان المرض مميا يرجى زواله أخر إلى أن يبرأ، كيلا- يهلك باجتماع الجلد و المرض. و مثله المحدود و المقطوع في حدّ

ص: ٣٧٧

و نحوه. و لو رأى الحاكم صلاحاً في تعجيله في المرض ضرب بحسب ما يحتمله من الضرب بالضغث و غيره، كما يؤدي المريض الصلاة الواجبه عليه قائماً في حاله القعود، و لا ينتظر التمكّن من القيام.

و إن كان المرض [الذى] (١) لا يرجى زواله، كالسّل (٢) و الزمانه و ضعف الخلقه بحيث لا يحتمل السياط، لم يؤخر، إذ لا غايه ينتظر. و لا يضرب بالسياط لثلاً. يهلك، بل يضرب بالضغث، و هو قبضه من قضبان، أو العثكال [١] من النخل المشتمل على الشماريخ، و نحوه. و لو جمع له سيطا و ضرب بها جملة فهو أولى مع احتماله.

و قد روى أن رجلاً مقعداً زنى بامرأه فأمر النبي صلى الله عليه و آله فحدّ بعثكال النخل. و الإثكال و العثكال واحد (٣).

و روى (٤) أنه صلى الله عليه و آله أمر أن يأخذوا مائه شمراخ فيضربوه بها ضربه واحده.

و روى حنان بن سدير عن يحيى بن عباد المكي قال: «قال لى سفیان الثوري: أرى لك من أبى عبد الله عليه السلام منزله، فاسأله عن رجل زنى و هو مريض إن أقيم عليه الحدّ مات، ما تقول فيه؟ فسألته فقال عليه السلام: إن رسول

ص: ٣٧٨

١- ١) من «خ، د، م».

٢- ٢) في «ث، خ»: كالسّل.

٣- ٤) مسند أحمد ٥: ٢٢٢، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٩ ح ٢٥٧٤، سنن أبى داود ٤: ١٦١ ح ٤٤٧٢، سنن الدار قطنى ٣: ٩٩ ح ٦٤، سنن البيهقى ٨: ٢٣٠، تلخيص الحبير ٤: ٥٨ ح ١٧٦٢.

٤- ٥) مسند أحمد ٥: ٢٢٢، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٩ ح ٢٥٧٤، سنن أبى داود ٤: ١٦١ ح ٤٤٧٢، سنن الدار قطنى ٣: ٩٩ ح ٦٧، سنن البيهقى ٨: ٢٣٠، تلخيص الحبير ٤: ٥٨ ح ١٧٦٢.

اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَتَى بِرَجُلٍ مَسْتَسْقَى الْبَطْنَ قَدْ بَدَتْ عُرُوقُ فَخْذِيهِ، وَ قَدْ زَنَى بِأَمْرَأَةٍ مَرِيضَةٍ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِعَدْقِ فِيهِ مِائَةَ شِمْرَاخٍ فَضْرَبَ بِهِ الرَّجُلَ ضَرْبَهُ، وَ ضَرَبَتْ بِهِ الْمَرْأَةَ ضَرْبَهُ، ثُمَّ خَلَى سَبِيلَهُمَا (١)، ثُمَّ قَرَأَ هَذِهِ الْآيَةَ وَ خُذْ بِيَدِكَ ضِعْغًا فَاضْرِبْ بِهِ وَ لَا تَحْنُثْ (٢)».

و روى مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى برجل أصاب حدًا و به قروح و مرض و أشباه ذلك، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: أخروه حتى يبرأ لا تنكأ [١] قروحه عليه فيموت، و لكن إذا برئ حددناه» (٣).

إذا تفرّز ذلك، فإن جمع الغصن و نحوه مائة ضرب به دفعه واحده، و إن كان عليه خمسون ضرب به مرّتين، و على هذا القياس. و يعتبر ما يسمّى ضرباً، فلا- يكفى وضعها عليه. و ينبغي أن تمسّه الشماريخ، أو ينكس بعضها على بعض ليثقل الغصن و يناله الألم، فإن انتفى الأمران أو شكّ فيه لم يسقط الحدّ. و لا- يجب تفريق السياط على الأيّام و إن احتمل التفريق، بل يقام عليه الممكن و يخلى سبيله. و لو برئ قبل أن يضرب بالشماريخ أقيم عليه حدّ الأصحاء. و لو برئ بعده لم يعد عليه.

ص: ٣٧٩

-
- ١- ١) الكافي ٧: ٢٤٣ ح ١، الفقيه ٤: ١٩ ح ٤١، التهذيب ١٠: ٣٢ ح ١٠٨، الوسائل ١٨: ٣٢٠ ب «١٣» من أبواب مقدمات الحدود ح ١.
٢- ٢) ص: ٤٤.
٣- ٤) الكافي ٧: ٢٤٤ ح ٥، التهذيب ١٠: ٣٣ ح ١١١، الاستبصار ٤: ٢١٢ ح ٧٨٩، الوسائل ١٨: ٣٢٢ الباب المتقدم ح ٦.

و لا يسقط الحدّ (١) باعتراض الجنون و لا الارتداد.

و لا يقام الحدّ: في شدّه (٢) الحرّ، و لا شدّه البرد، و يتوخّى به في الشتاء وسط النهار، و في الصيف طرفاه، و لا في أرض العدوّ مخافه الالتحاق، و لا في الحرم على من التجأ إليه، بل يضيّق عليه في المطعم و المشرب ليخرج. و يقام على من أحدث موجب الحدّ فيه.

و المستحاضه في معنى المريض، لأنها علّه. و يؤيّده روايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا- يقام الحدّ على المستحاضه حتى ينقطع الدم عنها» (١). أما الحائض فهي صحيحه من حيث الحيض، لدلالته على اعتدال المزاج.

قوله: «و لا يسقط الحدّ. إلخ».

لا فرق في الحدّ هنا بين القتل و غيره، و إن اجتمع على المرتدّ للقتل سببان.

ثمّ إن كان قتلا- لم ينتظر بالمجنون الإفاقه. و إن كان جلدا ففي انتظار إفاقته إن كان له حاله إفاقه و جهان، من أنه أقوى في الردع، و من إطلاق الأمر بإقامته عليه في صحيحه أبي عبيده عن الباقر عليه السلام: «في رجل و جب عليه حدّ فلم يضرب حتى خولط، فقال: إن كان أوجب على نفسه الحدّ و هو صحيح لا- علّه به من ذهاب عقله، أقيم عليه الحدّ، كائنا ما كان» (٢). و هذا أجود.

قوله: «و لا يقام الحدّ في شدّه. إلخ».

هنا مسائل:

ص: ٣٨٠

١- (١) الكافي ٧: ٢٦٢ ح ١٤، التهذيب ١٠: ٤٧ ح ١٧٠، الوسائل ١٨: ٣٢١ ب «١٣» من أبواب مقدمات الحدود ح ٣.

٢- (٢) الفقيه ٤: ٣٠ ح ٨٤، التهذيب ١٠: ١٩ ح ٥٨، الوسائل ١٨: ٣١٧ ب «٩» من أبواب مقدمات الحدود.

الأولى: كما لا يقام الحدّ في المرض خشيه الهلاك بتعاون الجلد و المرض، كذا لا يقام في الحرّ و البرد المفرطين خشيه الهلاك بتعاون الجلد و الهواء، ولكن يؤخّر إلى اعتدال الهواء، و ذلك في وسط نهار الشتاء و طرفي نهار الصيف، و نحو ذلك ممّا يراعى فيه السلامه. و الكلام في الحدّ الموجب للرجم كما مرّ في إقامته على المريض. و ظاهر النصّ (١) و الفتوى (٢) أن الحكم على وجه الوجوب لا الاستحباب، فلو أقامه لا كذلك ضمن، لتفريطه.

الثانية: يكره إقامة الحدّ في أرض العدوّ و هم الكفّار، مخافه أن تحمل المحدود الحميه فيلتحق بهم. روى ذلك إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام: «أن عليّاً عليه السلام كان يقول: لا- تقام الحدود بأرض العدوّ، مخافه أن تحمله الحميه فيلتحق بأرض العدوّ» (٣). و العله مخصوصه بحدّ لا يوجب القتل.

الثالثة: من أحدث ما يوجب حدّاً ثمّ التجأ إلى الحرم لم يقيم عليه فيه، مراعاة لحرمه الحرم، و لقوله تعالى وَ مَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا (٤). و لكن يضيق عليه في المطعم و المشرب، بأن يمنع ممّا زاد عمّا يمسك رمقه، و يمكن ممّا لا يصبر عليه مثله عادة، إلى أن يخرج فيقام عليه [فيه] (٥). و لو فعل ما يوجب الحدّ فيه أقيم عليه فيه، لانتهاكه لحرمه الحرم فتنتهك حرمة.

ص: ٣٨١

١- ١) راجع الوسائل ٣١٥: ١٨ ب «٧» من أبواب مقدمات الحدود.

٢- ٢) النهايه: ٧٠١، المهذب ٥٢٩: ٢، الوسيله: ٤١٢، إصباح الشيعه: ٥١٦.

٣- ٣) التهذيب ١٤٧: ١٠ ح ٥٨٦، الوسائل ٣١٨: ١٨ ب «١٠» من أبواب مقدمات الحدود ذيل ح ٢.

٤- ٤) آل عمران: ٩٧.

٥- ٥) من «ث، ط، م».

الثانى: فى كيفيه إيقاعه إذا اجتمع الجلد و الرجم، (١) جلد أولاً. و كذا إذا اجتمعت حدود، بدئ بما لا يفوت معه الآخر.

و هل يتوقع براء جلده؟ قيل: نعم، تأكيداً فى الزجر. و قيل: لا، لأنّ القصد الإيتلاف.

و المراد منه الحرم المعهود بمكّه المشرفه. و ألحق به بعضهم حرم النبىّ صلّى الله عليه و آله و الأئمّه عليهم السلام، و هى مشاهدتهم المشرفه. و لم نقف له على مأخذ صالح.

قوله: «إذا اجتمع الجلد و الرجم. إلخ».

إذا اجتمع على المكلف حدّان فصاعداً، فإن أمكن الجمع بينهما من غير منافاه، كما لو زنى غير محصن و قذف، تخير المستوفى فى البدأه. و كذا لو سرق معهما (١).

و إن تنافت، بأن كان فيها قتل أو نفى، ووجب البدأه بما لا يفوت، جمعاً بين الحقوق الواجب تحصيلها، فيبدأ بالجلد قبل الرجم و القتل، و بالقطع قبل القتل، و هكذا.

و قد دلّ على وجوب مراعاة ذلك روايات كثيره، منها روايه (٢) محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يؤخذ و عليه حدود أحدها القتل، فقال: كان علىّ عليه السلام يقيم الحدود ثمّ يقتله، و لا تخالف عليّاً عليه

ص: ٣٨٢

١- ١) فى «ا، ث، د، م»: معها.

٢- ٢) الكافى ٧: ٢٥٠ ح ١، التهذيب ١٠: ٤٥ ح ١٦٢، الوسائل ١٨: ٣٢٦ ب «١٥» من أبواب مقدّمات الحدود ح ٤.

و يذفن المرجوم (١) إلى حقويه، و المرأه إلى صدرها.

السلام». و مثلها حسنه حمّاد بن عثمان (١) و عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام.

إذا تقرّر ذلك، فالواجب من ذلك ما يحصل معه الجمع، و لا يجب التأخير زياده عليه، للأصل، و لأنه لا تأخير في حدّ. و لما روى (٣) أن عليّاً عليه السلام جلد المرأه يوم الخميس و رجمها يوم الجمعة. و لأن القصد الإلتلاف، فلا وجه للتأخير.

و ذهب الشيخان (٤) و الأتباع (٥) إلى وجوب تأخيره إلى أن يبرأ جلده، تأكيداً في الزجر. و منعوا (٦) من كون الواجب الإلتلاف مطلقاً، بل جاز أن يكون بعض الغرض و البعض الآخر قصد التعذيب.

و لا يخفى أن إثبات هذا الحكم المخالف للأصل يتوقّف على مستند صالح، و مجرد ما ذكر غير كاف فيه.

قوله: «و يذفن المرجوم. إلخ».

ظاهره أن ذلك على وجه الوجوب. و وجهه: التأسّي (٧) بالنبيّ صلّى الله عليه و آله و أمير المؤمنين عليه السّلام، فقد فعلا ذلك. لكن في كثير من

ص: ٣٨٣

١- (١) الكافي ٧:٢٥٠ ح ٢، التهذيب ١٠:٤٥ ح ١٦٣، الوسائل ١٨:٣٢٦ الباب المتقدّم ح ٥.

٢- (٢) الكافي ٧:٢٥٠ ح ٤، التهذيب ١٠:٤٥ ح ١٦٤، الوسائل ١٨:٣٢٦ الباب المتقدّم ح ٦.

٣- (٣) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٣٦٣ هامش (١٠).

٤- (٤) المقنعه: ٧٧٥، النهايه: ٦٩٩.

٥- (٥) الكافي في الفقه: ٤٠٥، المهذب ٢:٥٢٧، غنيه النزوع: ٤٢٤، إصباح الشيعه: ٥١٥.

٦- (٦) راجع المختلف: ٧٦٠، إيضاح الفوائد ٤:٤٨٣.

٧- (٧) الفقيه ٤:٢٢ ح ٥٢، الوسائل ١٨:٣٨٠ ب «١٦» من أبواب حدّ الزنا ح ٥. و انظر سنن الدارمي ٢: ١٧٨، صحيح مسلم ٣:١٣٢٣ ح

٢٣، سنن البيهقي ٨:٢٢١، تلخيص الحبير ٤:٥٨ ح ١٧٦١.

فإن فرّ، أعيد [وجوباً] إن ثبت زناه بالبينه. (١) ولو ثبت بالإقرار لم يعد. وقيل: إن فرّ قبل إصابته بالحجاره أعيد.

الروايات (١) أن المرأة تدفن إلى وسطها من غير تقييد بالصدر. و يحتمل الاستحباب، بل إيكال الأمر إلى الامام، لما روى (٢) أن النبي صَلَّى الله عليه و آله حفر بئراً للغامديّه و لم يحفر للجهميّة.

و عن أبي سعيد الخدرى فى قصّه ما عز قال: «أمرنا رسول الله صَلَّى الله عليه و آله برجمه، فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد، فما أوثقناه و لا حفرنا له، و رميناه بالعظام و المدر و الخزف، ثمّ اشتدّ و اشتدّدنا له حتى أتى الحرّه فانصب لنا، فرميناها بجلاميد الحرّه حتى سكت» (٣).

و روى الحسين بن خالد عن أبي الحسن عليه السلام أن ما عزا إنما فرّ من الحفيره (٤).

و طرق الروايات الداله على الحفر و التحديد غير نقيته، و لكنّها كافيه فى إقامه السنّه.

قوله: «فإن فرّ أعيد إن ثبت زناه بالبينه. إلخ».

إذا فرّ المرجوم و كان الموجب ثابتاً بالبينه و جب إعادته، لأنه محكوم

ص: ٣٨٤

١- (١) الكافى ٧: ١٨٤ ح ١ و ٢ و ٤، التهذيب ٣٤: ١٠ ح ١١٣ و ١١٦، الوسائل ١٨: ٣٧٤ ب «١٤» من أبواب حدّ الزنا ح ١ و ٣.
٢- (٢) سنن الدارمى ١٧٩: ٢-١٨٠، مسند أحمد ٤: ٤٣٧، صحيح مسلم ٣: ١٣٢٤ ح ٢٤، سنن أبى داود ٤: ١٥١ ح ٤٤٤٠ و ٤٤٤٢، سنن الترمذى ٤: ٣٣ ح ١٤٣٥، سنن البيهقى ٨: ٢١٧-٢١٨، تلخيص الحبير ٤: ٥٨ ح ١٧٦١.
٣- (٣) سنن الدارمى ١٧٨: ٢، مسند أحمد ٣: ٦٢، صحيح مسلم ٣: ١٣٢٠ ح ٢٠، سنن أبى داود ٤: ١٤٩ ح ٤٤٣١، تلخيص الحبير ٤: ٥٨ ح ١٧٦٠.

٤- (٤) الكافى ٧: ١٨٥ ح ٥، المحاسن ٣٠٦: ١٩، الوسائل ١٨: ٣٧٦ ب «١٥» من أبواب حدّ الزنا ح ١.

بوجوب إتلافه بالرجم، ولا يتم إلا بالإعادة، فتجب من باب المقدمه.

و إن ثبت بالإقرار و فز، قيل: لم يعد مطلقاً، لأنه يتضمّن الرجوع عن الإقرار أو كالرجوع، و الرجوع عن الإقرار مسقط للرجم، لأن فائت النفس لا يستدرك، سواء أصابته الحجارة أم لا. هكذا أطلق المفيد (١) و أبو الصلاح (٢) و سلّار (٣) و جماعه (٤).

و قال الشيخ فى النهايه (٥): إن فز قبل إصابه الحجاره أعيد، و إلا فلا، لروايه الحسين بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: «إذا كان هو المقرّ على نفسه، ثمّ هرب من الحفيره بعد ما يصيبه شيء من الحجاره، لم يردّ» (٦). و هى تدلّ بمفهومها على ردّه إذا لم يصبه شيء. و لأنه قد وجب عليه الرجم بإقراره، فلا بدّ من حصول مسّماه.

و لا يخفى ضعف الدليلين. أما الروايه فمن حيث السند و دلالة المفهوم.

و أما الاعتبار فلمنع اشتراط حصول مسّماه، و من ثمّ لو رجع أو جحد قبله قبل.

و الأصحّ الأول. و يؤيّده ما تقدّم من قصّه ماعز و فراره. و قول النبىّ صلّى

ص: ٣٨٥

١-١) المقنعه: ٧٧٥.

٢-٢) الكافى فى الفقه: ٤٠٧.

٣-٣) المراسم: ٢٥٢.

٤-٤) المقنعه: ٤٢٩، غنيه النزوع: ٤٢٤، إصباح الشيعه: ٥١٥.

٥-٥) النهايه: ٧٠٠.

٦-٦) تقدّم ذكر مصادرها فى الصفحه السابقه هامش (٤).

و يبدأ الشهود (١) برجمه وجوبا. و لو كان مقرّاً بدأ الإمام.

و ينبغي أن يعلم الناس (٢) ليتوفّروا على حضوره.

اللّه عليه و آله: «هَلَّا تَرَ كَتْمُوهُ» (١) و إن كان مفروضاً بعد إصابه الحجاره، إلا أنه لم يقع ذلك شرطاً، و جاز خروجه فى هذه الروايه مخرج الأغلب، لأنه مظنّته.

قوله: «و يبدأ الشهود. إلخ».

مستند التفصيل روايه صفوان المرسله عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا أقرّ الزانى المحصن كان أول من يرمجه الامام ثمّ الناس، فإذا قامت عليه البيّنه كان أول من يرمجه البيّنه ثمّ الامام ثمّ الناس» (٢).

و فى كثير من الأخبار إطلاق بدأه الامام (٣). و يحتمل حمل ذلك على الاستحباب، لضعف المستند عن إثبات الوجوب. و للأخبار (٤) المستفيضه بقصّه ماعز، و أن النبى صلّى الله عليه و آله لم يحضر رجمه فضلاً عن بدآته به.

و يظهر من كلام الشيخ (٥) -رحمه الله- عدم وجوب بدأه الشهود، لأنه لم يوجب عليهم حضور موضع الرجم. و سيأتى (٦).

قوله: «و ينبغي أن يعلم الناس. إلخ».

لقوله تعالى:

ص: ٣٨٦

١- (١) الكافى ٧: ١٨٥ ح ٥، التهذيب ٨: ١٠ ح ٢٢، الوسائل ١٨: ٣٧٦ ب «١٥» من أبواب حدّ الزنا ح ١، ٢.

٢- (٢) الكافى ٧: ١٨٤ ح ٣، الفقيه ٢٦: ٤ ح ٦٢، التهذيب ٣٤: ١٠ ح ١١٤، الوسائل ١٨: ٣٧٤ ب «١٤» من أبواب حدّ الزنا ح ٢.

٣- (٣) راجع الوسائل ١٨: ٣٧٤ ب «١٤» من أبواب حدّ الزنا ح ١، ٣.

٤- (٤) انظر الهامش (١) هنا.

٥- (٥) الخلاف ٥: ٣٧٦ مسألة (١٤).

٦- (٦) فى ص: ٣٩٣.

و يستحب أن يحضر (١) إقامة الحد طائفه. و قيل: يجب، تمسكاً بالآيه. و أقلها واحد، و قيل: عشره، و خرج متأخر: ثلاثة. و الأول حسن. و ينبغي أن تكون الحجارة صغاراً، لئلا يسرع التلف.

و ليشهد عذابهما طائفه من المؤمنين (١). و لما روى (٢) من فعل أمير المؤمنين عليه السلام لما رجم المرأة المقره، و مناداته فى الناس حتى اجتمعوا و عزم عليهم لما خرجوا معه، إلى آخر القصة. و لما فيه من الاعتبار و الانزجار من فعل القبيح، كما تقتضيه حكمه الحدود.

قوله: «و يستحب أن يحضر الخ».

قد ورد الأمر بحضور طائفه عند استيفاء الحد بقوله تعالى و ليشهد عذابهما طائفه من المؤمنين .

و اختلف فى موضعين:

أحدهما: هل الأمر للوجوب أم الاستحباب؟ فقليل بالأول. و اختاره ابن إدريس (٣) و المصنف فى النافع (٤) و جماعه (٥)، عملاً بظاهر الأمر، فإن الأصل فيه الوجوب.

و قيل بالثانى. و هو الذى اختاره المصنف - رحمه الله - هنا، و قبله الشيخ فى كتب (٦) الفروع، لأصالة عدم الوجوب، و حمل الأمر على الاستحباب، لأنه

ص: ٣٨٧

١- ١) النور: ٢.

٢- ٢) الكافى ٧: ١٨٨ ح ٣، تفسير القمى ٢: ٩٧، الوسائل ١٨: ٣٤٢ ب «٣١» من أبواب مقدمات الحدود ح ٣.

٣- ٣) السرائر ٣: ٤٥٣.

٤- ٤) المختصر النافع: ٢١٧.

٥- ٥) المقنعه: ٧٨٠-٧٨١، الكافى فى الفقه: ٤٠٦، الوسيله: ٤١٢.

٦- ٦) النهايه: ٧٠١، المبسوط ٨: ٨، الخلاف ٥: ٣٧٤ مسألة (١١).

وقيل: لا يرجمه من لله (١) [تعالى] قبله حدّ. و هو على الكراهيه.

بعض ما ورد بمعناه. و لا يخفى قوّه الأول.

و ثانيهما: فى أقلّ عدد يتحقّق به الطائفه. فقليل: أقلّها واحد. و هو الذى اختاره المصنف و العلامه (١)، و قبلهما الشيخ فى النهايه (٢)، لأنّه المنقول عن بعض (٣) أئمّه اللغه. و لأن الطائفه قطعه من الشىء، و هى تصدق بالواحد. و لأصاله براءه الذمّه من الزائد. و يؤيّده روايه غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام، عن أبيه، عن أمير المؤمنين عليه السلام: «فى قوله تعالى وَ لِيُشْهِدَ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ قال: الطائفه واحد» (٤).

و قال الشيخ فى الخلاف (٥): أقلّها عشره، محتجّاً بالاحتياط.

و قال ابن إدريس (٦): أقلّها ثلاثه، محتجّاً بدلاله العرف، و شاهد الحال، مع أصاله براءه الذمّه من الزائد.

قوله: «وقيل لا يرجمه من لله. إلخ».

وجه الأول: ما روى عن علىّ عليه السلام لَمّا رجم المرأه أنه نادى بأعلى صوته: «يا أيّها الناس إن الله تبارك و تعالى عهد إلى نبيّه صلّى الله عليه و آله عهدا، و عهده محمد صلّى الله عليه و آله إلىّ، بأنّه لا يقيم الحدّ من لله عليه حدّ، فمن كان لله عليه حدّ مثل ماله عليها فلا يقيم عليها الحدّ» (٧). و الأصل فى النهى التحريم.

ص: ٣٨٨

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٢٥٤.

٢- (٢) النهايه: ٧٠١.

٣- (٣) لسان العرب ٩: ٢٢٦، القاموس المحيط ٣: ١٧٠.

٤- (٤) التهذيب ١٥٠: ١٠ ح ٦٠٢، الوسائل ٣٧٠: ١٨ ب «١١» من أبواب حدّ الزنا ح ٥.

٥- (٥) الخلاف ٣٧٤: ٥ مسألة (١١).

٦- (٦) السرائر ٣: ٤٥٤.

٧- (٧) الكافي ١٨٧: ٧ ذيل ح ١، الفقيه ٢٤: ٤ ذيل ح ٥٢، التهذيب ١١: ١٠ ذيل ح ٢٣، الوسائل ١٨: ٣٤١ ب «٣١» من أبواب مقدّمات

الحدود ح ١.

و يدفن إذا فرغ (١) من رجمه. و لا يجوز إهماله.

و يجلد الزانى (٢) مجرداً، و قيل: على الحال التى وجد عليها، قائماً، أشدّ الضرب. و روى: متوسّطاً. و يفرّق على جسده، و يتقى وجهه و رأسه و فرجه.

و المرأة تضرب جالسه، و تربط [عليها] ثيابها.

و الأولى حملة على الكراهه، لقصوره سندا عن إفاده التحريم، مضافاً إلى أصاله الإباحه.

قوله: «و يدفن إذا فرغ. إلخ».

و كذا تجب الصلاة عليه و غسله قبلها إن لم يكن اغتسل قبل أن يرحم، فإن السنّه أمره بالاغتسال قبله. و إنما وجب فعل ذلك لأنه مسلم، و ذنبه السابق غير مانع:

و قد روى أن النّبىّ صلّى الله عليه و آله لما أمر برجم الجهتيه فرجمت صلّى عليها فقال له عمر: «تصلّى عليها يا رسول الله و قد زنت؟ فقال صلّى الله عليه و آله: لقد تابت توبه لو قسيتم بين سبعين من أهل المدينه لوسعتهم، و هل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله؟!» (١).

و فى حديث الغامديّه لما رجموها فأقبل خالد بحجر فرمى رأسها، فنضح الدم على وجه خالد فسبّها، فسمع النّبىّ صلّى الله عليه و آله سبّه إياها فقال:

«مهلا يا خالد! فوالذى نفسى بيده لقد تابت توبه لو تابها صاحب مكس لغفر له، ثمّ أمر بها فصلّى عليها و دفنت» (٢).

قوله: «و يجلد الزانى. إلخ».

القول بجلده على الحاله التى وجد عليها - عارياً كان أم كاسياً - هو

ص: ٣٨٩

١- ١) صحيح مسلم ١: ١٣٢٤ ح ٣، ٢٤، تلخيص الحبير ٥٩: ٤ ح ١٧٦٦.

٢- ٢) صحيح مسلم ٣: ١٣٢٣-٣: ١٣٢٤ ح ٢٣.

النظر الثالث فى اللواحق و هى مسائل عشر:

الأولى: إذا شهد أربعة على امرأه بالزنا قبلا، فادعت أنها بكر

الأولى: إذا شهد أربعة على امرأه (١) بالزنا قبلا، فادعت أنها بكر، فشهد لها أربع نساء [بذلك]، فلا حدّ.

للشيخ (١) والأكثر (٢). هذا إذا كان رجلا. وإن كان امرأه ربطت عليها ثيابها على التقديرين.

وقال الصدوق فى المقنع (٣): يجلدان معا على حاله التى وجدا عليها، فإن وجدا مجردين ضربا مجردين.

والأظهر الأول، لأن بدن المرأه عوره، فلا يجوز تجريدها. وكذا يجب ستر عوره الرجل.

و ضربهما أشدّ الضرب هو المشهور روايه (٤) و فتوى. و الروايه بكونه متوسّطا رواها حريز مرسلا عن الباقر عليه

السلام، قال: «يضرب بين الضربين» (٥). و عمل بها بعض (٦) الأصحاب. و الأشهر (٧) الأول.

قوله: «إذا شهد أربعة على امرأه إلخ».

إذا شهد أربعة رجال على امرأه بالزنا، فشهد أربع نسوه على أنها عذراء،

ص: ٣٩٠

١-١) النهاية: ٧٠٠.

٢-٢) الكافى فى الفقه: ٤٠٧، المراسم: ٢٥٣، المهذب: ٥٢٧، غنيه النزوع: ٤٢٥، الوسيله: ٤١٢، إصباح الشيعه: ٥١٦.

٣-٣) انظر المقنع: ٤٢٨، و حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٧٦٢.

٤-٤) راجع الوسائل ٣٦٩: ١٨ ب «١١» من أبواب حدّ الزنا.

٥-٥) التهذيب ٣١: ١٠ ح ١٠٥، الوسائل ٣٧٠: ١٨ ب «١١» من أبواب حدّ الزنا ح ٦.

٦-٦) لم نعثر عليه، و نسبه ابن فهد إلى بعض الأصحاب فى المهذب البارع ٤١: ٥.

٧-٧) فى «أ»: و الأظهر.

و هل يحدّ الشهود للفريه؟ قال في النهايه: نعم. و قال في المبسوط: لا حدّ، لاحتمال الشبهه في المشاهده. و الأوّل أشبه.

فإن لم يعين شهود الزنا محلّه فلا- منافاه، لإمكان كونه دبرا إن لم نوجب التفصيل، فيثبت الزنا، و لا يقدح فيه البكاره. و أولى بالحكم إذا صرّحوا بكونه دبرا.

و يحتمل مع الإطلاق سقوط الحدّ عنها، لقيام الشبهه الدارئة للحدّ، حيث يحتمل كون المشهود به قبلا.

و إن صرّحوا بكون الزنا قبلا، فهذا موضع الخلاف، فقيل: لا حدّ على المشهود عليه، و لا على الشهود. ذهب إلى ذلك الشيخ في المبسوط (١) و ابن إدريس (٢) و العلامه (٣) و جماعه (٤)، لتعارض البيئتين، فلا يكون تصديق النساء أولى من تصديق الرجال، و ذلك شبهه دارئه للحدّ، و قد قال صلّى الله عليه و آله:

«ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا» (٥). و في حديث آخر: «ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبه» (٦). و من الوجوه المدافعه عن المرأه [شبهه] (٧) بقاء العذره، و [جهته] (٨) احتمال عودها لترك المبالغه في الافتضاض.

ص: ٣٩١

١-١) المبسوط ٨:١٠.

٢-٢) السرائر ٣:٤٢٩-٤٣٠.

٣-٣) المختلف: ٧٥٤.

٤-٤) الوسيله: ٤١٠، الجامع للشرائع: ٥٤٩، إيضاح الفوائد ٤:٤٨٩.

٥-٥) سنن ابن ماجه ٢:٨٥٠ ح ٢٥٤٥.

٦-٦) تلخيص الحبير ٤:٥٦ ح ١٧٥٥، سنن الترمذى ٤:٢٥ ح ١٤٢٤، سنن البيهقي ٨:٢٣٨، المستدرک للحاكم ٤:٣٨٤.

٧-٧) من «خ، ص، م».

٨-٨) من الحجریتين، و في «ث، خ، م»: وجهه، و في «ا، ل»: و خفّه، و سقطت من «ت، د، ص، ط».

الثانية: لا يشترط حضور الشهود عند إقامه الحدّ

الثانية: لا يشترط حضور الشهود (١) عند إقامه الحدّ، بل، يقام و إن ماتوا أو غابوا- لا فرارا- لثبوت السبب الموجب.

و هذا ليس ببعيد على وجه لا يقبل.

و ذهب المصنف- رحمه الله- و الشيخ في النهاية (١) و ابن الجنيّد (٢) إلى حدّ الشهود، للحكم برّد شهادتهم مع تحقّق القذف بالزنا. أما ردّ شهادتهم فلروايه زراره عن أحدهما عليهما السلام: «في أربعة شهدوا على امرأه بالزنا فأدعت البكاره، فنظر إليها النساء فوجدوها بكرًا، فقال: تقبل شهاده النساء» (٣). و هو يستلزم ردّ شهاده الرجال. و مثله روايه السكوني (٤) عن الصادق عليه السلام. و أما تحقّق القذف فظاهر.

و فيه نظر، لمنع كون قبول شهاده النساء يستلزم ردّ شهاده الرجال، لجواز قبول الجانبيين و الحكم بالتعارض، خصوصاً مع احتمال ما ذكرناه من الزنا دبراً، فيمكن الحكم بقبولهما مع ثبوت الزنا. هذا مع قطع النظر عن سند الروايتين.

و الوجه الأول، إلا- أن يصرح الشهود بكون الزنا دبراً، فتحّد المرأة. هذا كلّه إذا لم يعينوا الزاني، و مع تعيينه فالحكم فيه كالمرأة، لا اشتراكهما في المقتضى.

قوله: «لا يشترط حضور الشهود. إلخ».

المراد بالحدّ هنا ما عدا الرجم، لما سيأتى من الخلاف فيه. و يمكن أن

ص: ٣٩٢

١- (١) النهاية: ٣٣٢-٣٣٣.

٢- (٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٥٤.

٣- (٣) الفقيه ٣: ٣٢ ح ٩٧، التهذيب ٦: ٢٧١ ح ٦٣٥، الوسائل ١٨: ٢٦٧ ب «٢٤» من أبواب كتاب الشهادات ح ٤٤.

٤- (٤) الكافي ٧: ٤٠٤ ح ١٠، التهذيب ٦: ٢٧٨ ح ٧٦١، الوسائل ١٨: ٢٤١ ب «٢٤» من كتاب الشهادات ح ١٣.

الثالثة: قال الشيخ رحمه الله: لا يجب على الشهود حضور موضع الرجم

الثالثة: قال الشيخ (١) رحمه الله: لا يجب (١) على الشهود حضور موضع الرجم. ولعلّ الأشبه الوجوب، لوجوب بدأتهم بالرجم.

الرابعة: إذا كان الزوج أحد الأربعة، فيه روايتان

الرابعة: إذا كان الزوج (٢) أحد الأربعة، فيه روايتان.

ووجه الجمع: سقوط الحدّ إن اختلّ بعض شروط الشهادة، مثل:

أن يسبق الزوج بالقذف، فيحدّ الزوج، أو يدرؤه باللّعان، ويحدّ الباقيون.

و ثبوت الحدّ، إن لم يسبق بالقذف، ولم يختلّ بعض الشرائط.

يريد ما يعمّه حيث يتعذّر حضورهم.

ووجه عدم الوجوب حينئذ ظاهر، لأن إقامه الحدّ ليس من وظيفة الشاهد، والأصل عدم اشتراط أمر زائد على شهادتهم، فيقام و إن ماتوا أو غابوا، خلافاً لأبي (٢) حنيفه، حيث نفى الحدّ بذلك.

هذا [كله] (٣) إذا لم تكن الغيبة فراراً، وإلا تربص بالحدّ إلى حضورهم، لحصول الشبهه حينئذ. ولا حدّ عليهم، لأنه ليس برجوع.

قوله: «قال الشيخ رحمه الله: لا يجب. إلخ».

وجوب حضور الشهود موضع الرجم مبنّى على وجوب بدأتهم به، وقد تقدّم (٤) ضعف مستند الوجوب، وأن الاستحباب أقوى، فيكون الحكم في حضورهم كذلك، لأنه مقدّمه الفعل الواجب أو المستحبّ.

قوله: «إذا كان الزوج. إلخ».

قد عرفت فيما سلف (٥) أن شهادة الزوج لزوجته و عليها مقبولة، ومقتضى

ص: ٣٩٣

١-١) الخلاف ٥: ٣٧٦ مسألة (١٤).

٢-٢) بدائع الصنائع ٧: ٥٨، حليه العلماء ٨: ٣١.

٣-٣) من الحجرّيتين.

٤-٤) في ص: ٣٨٦.

٥-٥) في ص: ١٩٧.

ذلك أنه لو شهد عليها أربعة بالزنا أحدهم الزوج قبل و ثبت عليها الحدّ، لوجود المقتضى له و انتفاء المانع.

و يؤيِّده روايه إبراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام: «أنه سأله عن أربعة شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم» (١). و المراد بالجواز هنا الصحه. و هذا مذهب الأكثر (٢).

و لكن ورد هنا روايه بالمنع من قبول شهادتهم، و الحكم بجلد الشهود عدا الزوج، فله درؤه (٣) باللعان. و هي روايه زراره عن أحدهما عليهما السلام: «فى أربعة شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال: يلاعن، و يجلد الآخرون» (٤).

و عمل بمضمونها جماعه (٥) منهم الصدوق (٦) و القاضى (٧).

و قد عرفت أن الروايه مخالفه لأصول المذهب. و هي مع ذلك ضعيفه السند، لأن فى طريقها محمد بن عيسى اليعقوبى، و حاله مشهور، و إسماعيل بن خراش، و هو مجهول. و لو اضطررنا إلى الجمع بينهما فالأمر كما ذكره المصنف

ص: ٣٩٤

-
- ١-١) التهذيب ٦: ٢٨٢ ح ٧٧٦، الاستبصار ٣: ٣٥ ح ١١٨، الوسائل ١٥: ٦٠٦ ب «١٢» من أبواب كتاب اللعان ح ١.
 ٢-٢) النهايه: ٦٩٠، الوسيله: ٤١٠، السرائر ٣: ٤٣٠، قواعد الأحكام ٢: ٢٥٦.
 ٣-٣) فى «ا، ت، ث، خ»: ردّه.
 ٤-٤) التهذيب ٨: ١٨٤ ح ٦٤٣، الاستبصار ٣: ٣٦ ح ١١٩، الوسائل ١٥: ٦٠٦ ب «١٢» من أبواب اللعان ح ٢.
 ٥-٥) الكافى فى الفقه: ٤١٥، إيضاح الفوائد ٣: ٤٥٧-٤٥٨.
 ٦-٦) المقنع: ٤٤٠.
 ٧-٧) المهذب ٢: ٥٢٥.

الخامسة: يجب على الحاكم إقامة حدود الله تعالى بعلمه، كحدِّ الزَّنا

الخامسة: يجب على الحاكم (١) إقامة حدود الله تعالى بعلمه، كحدِّ الزَّنا. أمَّا حقوق الناس، فتقف إقامتها على المطالبة، حدًّا كان أو تعزيرًا.

رحمه الله، بحمل الثانيه على ما لو اختلَّ بعض شروط الشهاده، و منه سبق الزوج بالقذف، و ثبوت الحدِّ عليها مع اجتماع الشروط. و قد تقدّم البحث في هذه المسأله مستوفى في كتاب اللّعان (١).

قوله: «يجب على الحاكم إلخ».

قد تقدّم (٢) البحث و المختار في أن الحاكم يحكم بعلمه مطلقا، لأنه أقوى من البيّنه، و من جملة الحدود.

ثمَّ إن كانت لله تعالى فهو المطالب بها و المستوفى لها. و إن كانت من حقوق الناس كحدِّ القذف توقّف إقامتها على مطالبه المستحقّ، فإذا طالب بها حكم بعلمه فيها، لأن الحكم بحقّ آدمي مطلقا يتوقّف على التماسه، كما تقدّم.

و يؤيد هذا التفصيل هنا روايه الحسين بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سمعتَه يقول: الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحدّ، و لا يحتاج إلى بيّنه مع نظره، لأنه أمين الله في خلقه، و إذا نظر إلى رجل يسرق فالواجب عليه أن يزبره و ينهاه و يمضى و يدعه، قلت: كيف ذاك؟ قال: لأنّ الحقّ إذا كان لله تعالى فالواجب على الإمام إقامته، و إذا كان للناس فهو للناس» (٣).

ص: ٣٩٥

١-١) في ج ٢٥٨: ١٠.

٢-٢) في ج ٣٨٣: ١٣.

٣-٣) الكافي ٧: ٢٦٢ ح ١٥، التهذيب ١٠: ٤٤ ح ١٥٧، الاستبصار ٤: ٢١٦ ح ٨٠٩، الوسائل ١٨: ٣٤٤ ب «٣٢» من أبواب مقدّمات الحدود ح ٣.

السادسه: إذا شهد بعض، و ردّت شهاده الباقيين

السادسه: إذا شهد بعض، (١) و ردّت شهاده الباقيين، قال فى الخلاف و المبسوط: إن ردّت بأمر ظاهر، حدّ الجميع، و إن ردّت بأمر خفى، فعلى المردود الحدّ دون الباقيين.

و فيه إشكال، من حيث تحقّق القذف العارى عن بينه. و لو رجع واحد بعد شهاده الأربعة، حدّ الراجع دون غيره.

قوله: «إذا شهد بعض. إلخ».

إذا شهد بعض الأربعة بالزنا فقبلت شهادته، و شهد الباقي فردّت شهادته، سواء كان واحدا أم أكثر، ففى حدّ الشهود قولان:

أحدهما- و هو ظاهر المصنف رحمه الله حيث استشكل التفصيل، و صريح العلامة (١)-: أنه يحدّ الجميع، لتحقّق القذف العارى عن البينه التى يثبت بها الزنا.

و الثانى: التفصيل، فإن ردّت الشهاده بأمر ظاهر حدّ الجميع كما ذكر، للإقدام على القذف مع تحقّق عدم السماع. و إن ردّت بأمر خفى على باقى الشهود فلا حدّ على غير المردود، لعدم تفريطه، إذ لا اطلاع له على الباطن، و إنما شهد اعتمادا على ظاهر الحال من عدم المانع من قبول شهادتهم، و ثبوت الزنا الموجب لنفى الحدّ عنهم. و لأنه لو لا ذلك لم يأمن كلّ شاهد بالزنا ردّ شهادته أو شهاده أصحابه أو بعضهم، فيكون خوف الحدّ ذريعه إلى ترك الشهاده و تعطيل الحدود. و فى هذا التفصيل قوّه، و إليه ذهب الشيخ فى كتابى الفروع (٢) و ابن إدريس (٣).

ص: ٣٩٤

١-١ (١) إرشاد الأذهان ١٧٢: ٢.

٢-٢ (٢) المبسوط ٩: ٨، الخلاف ٣٩١: ٥ مسأله (٣٣).

٣-٣ (٣) السرائر ٤٣٥: ٣.

السابعة: إذا وجد مع زوجته (١) رجلا يزني بها، فله قتلها، ولا إثم عليه. وفي الظاهر عليه القود، إلا أن يأتي على دعواه بيئته، أو يصدقه الولي.

و أما المردود، فإن كان رده بظاهر (١) فلا إشكال في حده. وإن كان بخفي ففي حده قولان للشيخ في المبسوط (٢) والخلاف (٣)، من أنه لا يعلم ردّ شهادته، فهو كغيره من الشهود، ومن علمه بكونه على حاله تردّ شهادته لو علم به، بخلاف الشهود. وهذا أقوى. ولا إشكال في اختصاص الحدّ بالراجع عن الشهادة بعد أداء الجميع، سواء استوفى الحدّ من المشهود عليه أم لا، لكمال البيئته.

قوله: «إذا وجد مع زوجته. إلخ».

إذا أطلع الإنسان على الزانيين و لم يكن من أهل الحدود فمقتضى الأصل عدم جواز استيفائه منهما بنفسه، لكن وردت الرخصة في جواز قتل الزوجه و الزانى بها إذا علم الزوج بهما، سواء كان الفعل يوجب الرجم أو الجلد، كما لو كان الزانى غير محصن أو كانا غير محصنين، و سواء كان الزوجان حرّين أم عبيدين أم بالتفريق، و سواء كان الزوج قد دخل أم لا، و سواء كان دائما أم متعه، عملا بالعموم.

و هذه الرخصة منوطه بنفس الأمر، أما في الظاهر، فإن ادعى ذلك عليهما لم يقبل، و حدّ للقذف بدون البيئته. و لو قتلها أو أحدهما قيد بالمقتول إن لم يقم بيئته على ما يبيح القتل، و لم يصدقه الولي. و إنما وسيلته مع الفعل باطنا الإنكار ظاهرا، و يحلف إن ادعى عليه، و يورّى بما يخرجه عن الكذب إن أحسن، لأنه محقّ في نفس الأمر مؤاخذ في ظاهر الحال.

ص: ٣٩٧

١- ١) في «د»: بأمر ظاهر.

٢- ٢) انظر الهامش (٢) في الصفحة السابقة.

٣- ٣) انظر الهامش (٢) في الصفحة السابقة.

و قد روى داود بن فرقد فى الصحيح قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن أصحاب النبى صلى الله عليه وآله قالوا لسعد بن عباد: أرأيت لو وجدت على بطن امرأتك رجلا ما كنت صانعا به؟ قال: كنت أضربه بالسيف، قال: فخرج رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: ما ذا يا سعد؟ فذكر له ما قالوه و ما أجاب به، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: يا سعد و كيف بالأربعة الشهود؟ فقال: يا رسول الله بعد رأى عيني و علم الله أن قد فعل! قال: إى و الله بعد رأى عينك و علم الله أن قد فعل، لأن الله عزّ و جلّ قد جعل لكلّ شىء حدا، و جعل لمن تعدى ذلك الحدّ حدا» (١).

و اعلم أن مقتضى قوله: «إلا أن يأتى ببينه أو يصدّقه الولي» أنه لو أتى ببينه على الزنا فلا قود عليه، و هو يشمل أيضا ما لو كان الزنا يوجب القتل أو الجلد وحده.

و يشكل الحكم فى الثانى، لعدم ثبوت مقتضى القتل، و الرخصة منوطه بحكمه فى نفس الأمر لا فى الظاهر. إلا أن يقال: إنها أباحت له قتلها مطلقا، و إنما يتوقّف جريان هذا الحكم ظاهرا على ثبوت أصل الفعل، و يختصّ تفصيل الحدّ بالرجم و الجلد و غيرهما بالإمام دون الزوج. و هذا أمر يتوقّف على تحقيق النصّ فى ذلك.

و الرخصة مقصوره على وجدان الزوج ذلك بالمشاهده، أما البينه فسماعها من وظيفه الحاكم. و فى إلحاق الإقرار بالمشاهده أو بالبينه إشكال. و يظهر من

ص: ٣٩٨

(١-١) الكافى ٧: ١٧٦ ح ١٢، الفقيه ٤: ١٦ ح ٢٥، التهذيب ٣: ١٠ ح ٥، الوسائل ١٨: ٣٠٩ ب «٢» من أبواب مقدّمات الحدود ح ١.

الثامنة: من افتض بkra ياصبغه، لزمه مهر نساؤها

الثامنة: من افتض بkra (١) ياصبغه، لزمه مهر نساؤها. و لو كانت أمه، لزمه عشر قيمتها. و قيل: يلزمه الأرش. و الأول مروى.

التاسعة: من تزوج أمه على حرّه مسلمه، فوطئها قبل الإذن

التاسعة: من تزوج أمه (٢) على حرّه مسلمه، فوطئها قبل الإذن، كان الأصحاب جواز إقامة الزوج الحدّ على الزوجه على القول بجواز توليه (١) الحدّ، لكن لا يختص بالقتل كما هو مورد هذه الرخصة، بل هو بحسب ما يوجب من جلد و غيره.

قوله: «من افتض بkra إلخ».

القول بلزوم عشر قيمه للشيخ (٢) و الأكثر (٣)، استنادا إلى الروايه (٤) الدالّه على ذلك. و قد تقدّمت (٥) مرارا.

و القول بالأرش لابن إدريس (٦)، أطراحا للروايه، و رجوعا إلى حكم الأصل من الجنايه على الأمه، فيضمن ما نقصت الجنايه من قيمتها.

و الأشهر الأول، و إن كان المستند لا يخلو من ضعف. و لو قيل بوجوب أكثر الأمرين من الأرش و العشر كان حسنا، لأن الأرش على تقدير زيادته بسبب نقص حدث فى المال بجنائته، فيكون مضمونا.

و لو كانت المفتضه زوجه فعل حراما، و عزّر، و استقرّ المسّمى.

قوله: «من تزوج أمه إلخ».

هو اثنا عشر سوطا و نصف. و كيفيّة التنصيف أن يقبض على نصف السوط

ص: ٣٩٩

١- ١) فى «د، ص»: توليه.

٢- ٢) النهايه: ٦٩٩.

٣- ٣) الوسيله: ٤١١، إصباح الشيعه: ٥١٦، قواعد الأحكام ٢: ٢٥٦، اللمعه الدمشقيه: ١٦٦.

٤- ٤) التهذيب ١٠: ٤٩ ح ١٨٣، الوسائل ١٨: ٤١٠ ب «٣٩» من أبواب حدّ الزنا ح ٥.

٥- ٥) راجع ج ١٦، ١٣٩: ٨.

٦- ٦) السرائر ٣: ٤٤٩.

عليه ثمن حدّ الزّاني.

العاشره: من زنى فى شهر رمضان، نهارا كان أو ليلا

العاشره: من زنى فى شهر رمضان، (١) نهارا كان أو ليلا، عوقب زياده على الحدّ، لانتهاكه الحرمه. و كذا لو كان فى مكان شريف أو زمان شريف.

و يضرب به. و قيل: ضربا بين ضربين.

قوله: «من زنى فى شهر رمضان. إلخ».

المرجع فى الزيادة إلى نظر الحاكم. و فى حكم رمضان غيره من الأزمنه الشريفه، كالأعياد و الجمععه و يوم عرفه، كما أن المكان الشريف مطلق (١).

ص: ٤٠٠

١ - ١) فى «ت، ط»: مطلقا، و لعلّ فى العبارة سقطا، تقديره: مطلقا كذلك.

أما اللواط

أما اللواط: (١) فهو وطء الذكران، بإيقاب وغيره. وكلاهما لا يثبتان إلا بالإقرار أربع مرّات، أو شهاده أربعة رجال بالمعانيه.

و يشترط في المقرّ: البلوغ، و كمال العقل، و الحرّيّه، و الاختيار، فاعلا كان أو مفعولا.

و لو أقرّ دون أربع، لم يحدّ و عزّر. و لو شهد بذلك دون الأربعة لم يثبت، و كان عليهم الحدّ للفريه.

قوله: «أما اللواط. إلخ».

أراد بالإيقاب إدخال الذكر و لو ببعض الحشفه، لأن الإيقاب لغه الإدخال، فيتحقّق الحكم و إن لم يجب الغسل. و اعتبر في القواعد (١) في الإيقاب غيبوبه الحشفه. و مطلق الإيقاب لا يدلّ عليه.

و غيره نحو التفخيز و بين الأليتين. و كلاهما يطلق عليه اسم اللواط، و إن كان حكمه مختلفا.

و إطلاق الوطى على هذا القسم في هذا الباب متجوّز. و لو أطلق الوطى (٢) على الإيقاب، و خصّ غيره باسم آخر و إن أوجب الحدّ المخصوص، كان أوفق بالاصطلاح. و لكنّه تبع في إطلاقه على ذلك الروايات، فإن في بعضها دلالة عليه، ففي روايه حذيفه بن منصور عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن اللواط فقال:

ص: ٤٠١

١-١) قواعد الأحكام ٢:٢٥٦.

٢-٢) في الحجرّيتين: اللواط.

و يحكم الحاكم فيه بعلمه،(١)إماما كان أو غيره،على الأصح.

و موجب الإيقاب:(٢)القتل،على الفاعل و المفعول،إذا كان كلّ منهما عاقلا.

و يستوى فى ذلك:الحزّ،و العبد،و المسلم،و الكافر،و المحصن، و غيره.

«بين الفخذين،و سأله عن الموقب،فقال:ذاك الكفر بما أنزل الله على نبيّه صلّى الله عليه و آله»(١).

و على التقديرين،فطريق ثبوته طريق الزنا فى الإقرار و البيّنه،و فى ترتّب الأحكام السابقه على ما دون ذلك فى الإقرار و البيّنه.

قوله:«و يحكم الحاكم فيه بعلمه.إلخ».

هذا الحدّ من حقوق الله تعالى،و قد تقدّم الخلاف فى باب القضاء(٢)فى حكم الحاكم بعلمه فيه،و أن الأصحّ ثبوته[فيه]
(٣)كغيره.

قوله:«و موجب الإيقاب.إلخ».

لا خلاف فى وجوب قتل اللائط الموقب إذا كان مكلفا،و الأخبار(٤)به متظافره.و العبد هنا كالحزّ بالإجماع،و إن كان الحدّ بغير
القتل.و ليس فى الباب مستند ظاهر غيره.و أما استواء الباقيين فى ذلك فمستنده النصوص(٥)،و هى كثيره.

ص:٤٠٢

١- ١) التهذيب ٥٣: ١٠ ح ١٩٧،الوسائل ٢٥٧: ١٤ ب «٢٠» من أبواب النكاح المحرّم ح ٣.

٢- ٢) فى ج ٣٨٣: ١٣.

٣- ٣) من «أ».

٤- ٤) الوسائل ٤١٦: ١٨ ب «١-٣» من أبواب حدّ اللواط.

٥- ٥) ليس فى النصوص تصريح باستواء المذكورين فى القتل.نعم،إطلاق بعض الأخبار يشملهم، راجع الوسائل ٤١٦: ١٨
ب «١» من أبواب حدّ اللواط ح ٢،و ب «٣» ح ٥،٦،٢ و فى ح «٨» من ب «١» تصريح باستواء المحصن و غيره فقط.

و لو لاط البالغ (١) بالصبي موقبا، قتل البالغ، و أذب الصبي. و كذا لو لاط بمجنون.

و لو لاط بعبد، (٢) حدًا قتلا أو جلدا. و لو ادعى العبد الإكراه (٣) سقط عنه دون المولى.

قوله: «و لو لاط البالغ إلخ».

أما قتل المكلف فلائنه حدّه. و أما الصبي و المجنون فيؤدبان بما يراه الحاكم صلاحا، لعدم التكليف في حقهما الذي هو مناط الحدود. و قد روى أبو بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل و امرأه و قد لاط زوجها بابنها من غيره و ثقبه، و شهد عليه بذلك الشهود، فأمر به أمير المؤمنين عليه السلام فضرب بالسيف حتى قتل، و ضرب الغلام دون الحدّ، و قال: لو كنت مدركا لقتلتك، لإمكانك إيّاه من نفسك» (١).

قوله: «و لو لاط بعبد. إلخ».

أى: قتلا مع الإيقاب و جلدا بدونه، لتحقق اللواط المحرّم، فيثبت موجه.

و تبّه بذلك على خلاف بعض (٢) العامّه حيث نفى الحدّ بوطى المملوك، لشبهه عموم تحليل ملك اليمين.

قوله: «و لو ادعى العبد الإكراه. إلخ».

لقيام القرينه بكون العبد محلّ الإكراه، فلذلك قبل قوله فيه، بخلاف غيره. و ينبغي قبول دعوى الإكراه ممّن يمكن في حقّه ذلك، لقيام شبهه الدارئة للحدّ.

ص: ٤٠٣

١- ١) الكافي ١٩٩: ٧ ح ٤، التهذيب ٥١: ١٠ ح ١٩٢، الاستبصار ٢١٩: ٤ ح ٨١٨، الوسائل ١٨: ٤١٨ ب «٢» من أبواب حدّ اللواط ح ١.

٢- ٢) تبين الحقائق ١٨١: ٣.

و لو لاط مجنون بعقل،(١)حدّ العاقل.و فى ثبوته على المجنون قولان،أشبههما السقوط.

و لو لاط الذمى بمسلم،(٢)قتل و إن لم يوقب.و لو لاط بمثله،كان الإمام مخيراً بين إقامه الحدّ عليه،و بين دفعه إلى أهله،ليقيموا عليه حدّهم.

قوله:«و لو لاط مجنون بعقل.إلخ».

القول بوجوب الحدّ على المجنون للشيخين (١)و أتباعهما (٢)،استنادا إلى وجوبه عليه مع الزنا.و الأصل عندنا ممنوع.

و الأصحّ ما اختاره المصنف-رحمه الله-من عدم وجوبه عليه كالزنا، لعدم التكليف الذى هو مناط الحدود على المعاصى.

قوله:«و لو لاط الذمى بمسلم.إلخ».

إذا لاط الذمى بمسلم،فإن كان بموجب القتل فلا- كلام فى قتله.و إن كان بما دون ذلك قتل،كما لو زنى على وجه يوجب الجلد على المسلم،لما روى من أن حدّ اللوطى مثل حدّ الزانى،و لمناسبه عقوبه الزنا.

و إن كان فعله مع مثله تخير الامام بين الحكم عليه بحكم شرع الإسلام، لعموم الآيه (٣)،و بين ردّه إلى أهل دينه ليقيموا عليه بمقتضى دينهم.و قد تقدّم (٤)توجيه ذلك فى الزنا.و لا نصّ [عليه] (٥)هنا فى هذا الباب بخصوصه.

ص:٤٠٤

١- (١) المقنعه:٧٨٦،النهايه:٧٠٥.

٢- (٢) الوسيله:٤١٣،المهذب:٥٣١:٢.

٣- (٣) المائده:٤٢.

٤- (٤) فى ص:٣٧٥.

٥- (٥) من الحجرّيتين.

و كَيْفِيَّةِ إِقَامِهِ هَذَا الْحَدِّ: (١) الْقَتْلُ، إِنْ كَانَ اللَّوَاطُ إِيقَابًا. وَ فِي رِوَايَةٍ:

إِنْ كَانَ مُحْصِنًا رَجْمًا، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُحْصِنٍ جَلْدًا. وَ الْأَوَّلُ أَشْهَرُ.

قَوْلُهُ: «وَ كَيْفِيَّةِ إِقَامِهِ هَذَا الْحَدِّ. إلخ».

مَذْهَبُ الْأَصْحَابِ أَنْ حَدَّ اللَّائِطِ الْمَوْقِبِ الْقَتْلُ لَيْسَ إِلَّا - وَ يَتَخَيَّرُ الْإِمَامُ فِي جِهَةِ قَتْلِهِ، فَإِنْ شَاءَ قَتَلَهُ بِالسَّيْفِ، وَ إِنْ شَاءَ أَلْقَاهُ مِنْ شَاهِقٍ، وَ إِنْ شَاءَ أَحْرَقَهُ بِالنَّارِ، وَ إِنْ شَاءَ رَجَمَهُ.

وَ هُوَ فِي عَدَّةِ رِوَايَاتٍ، مِنْهَا رِوَايَةُ مَالِكِ بْنِ عَطِيَّةِ الْحَسَنِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «بَيْنَا أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي مَلَأٍ مِنْ أَصْحَابِهِ إِذْ أَتَاهُ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنِّي قَدْ أَوْقَبْتُ عَلَى غَلَامٍ فَطَهَّرْنِي.

فَقَالَ لَهُ: يَا هَذَا امْضُ إِلَى مَنْزِلِكَ لَعَلَّ مَرَارًا هَاجَ بِكَ.

فَلَمَّا كَانَ مِنْ غَدٍ عَادَ إِلَيْهِ فَقَالَ لَهُ مِثْلَ ذَلِكَ، فَأَجَابَهُ كَذَلِكَ، إِلَى أَنْ فَعَلَ ذَلِكَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ.

فَلَمَّا كَانَ الرَّابِعَةَ قَالَ لَهُ: يَا هَذَا إِنْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ حَكَمَ فِي مِثْلِكَ بِثَلَاثَةِ أَحْكَامٍ فَاخْتَرِ أَيُّهِنَّ شِئْتَ: ضَرْبُهُ بِالسَّيْفِ فِي عُنُقِكَ بِالْغَمِّ مَا بَلَغْتَ، أَوْ دَهْدَاهُ مِنْ جَبَلٍ مَشْدُودِ الْيَدَيْنِ وَ الرَّجْلَيْنِ، أَوْ إِحْرَاقَ بِالنَّارِ.

فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَيُّهِنَّ أَشَدُّ عَلَيَّ؟ قَالَ: الْإِحْرَاقُ بِالنَّارِ.

قَالَ: فَإِنِّي قَدْ اخْتَرْتُهَا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ» (١). الْحَدِيثُ.

وَ لَمْ يَنْقُلِ الْأَصْحَابُ خِلَافًا فِي ذَلِكَ، لَكِنْ وَرَدَتْ رِوَايَاتٌ بِالتَّفْصِيلِ كَمَا

ص: ٤٠٥

(١-١) الكافي ٧:٢٠١ ح ١، التهذيب ١٠:٥٣ ح ١٩٨، الوسائل ١٨:٤٢٢ ب «٥» من أبواب حد اللواط ح ١.

ذكره المصنف-رحمه الله-، منها روايه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«الملوط حدّه حدّ الزانى» (١). و التفصيل واقع فى حدّ الزانى.

و روايه العلاء بن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «حدّ اللوطى مثل حدّ الزانى» (٢). و قال: «إن كان قد أحصن رجم و إلا جلد» (٣).

و روايه حمّاد بن عثمان قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل أتى رجلاً قال: إن كان محصناً فعليه القتل، وإن لم يكن محصناً فعليه الجلد، قال:

قلت: فما على المؤتى؟ قال: عليه القتل على كلّ حال، محصناً كان أو غير محصن» (٤).

و روايه أبى بصير قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: فى كتاب علىّ عليه السلام إذا ثقب و كان محصناً الرجم» (٥).

و هذه الأخبار مع كثرتها مشتركه فى ضعف السند. ففى طريق الأولى أبان، و هو مشترك بين الثقه و غيره. و فى طريق الثانيه محمد بن سنان، و ضعفه مشهور.

و فى طريق الثالثه معلّى بن محمد و غيره. و فى الرابعه اشتراك أبى بصير. مع أنها لا- تنافى المطلوب، لأن إثبات الرجم على المحصن لا ينافى الحكم بقتل غيره

ص: ٤٠٦

١- (١) الكافى ٧: ٢٠٠ ح ٨، التهذيب ١٠: ٥٥ ح ٢٠٢، الاستبصار ٤: ٢٢١ ح ٨٢٦، الوسائل ١٨: ٤١٦ ب «١» من أبواب حدّ اللواط ح ١.
٢- (٢) الكافى ٧: ١٩٨ ح ١، التهذيب ١٠: ٥٤ ح ٢٠٠، الاستبصار ٤: ٢٢٠ ح ٨٢٤، الوسائل ١٨: ٤١٧ الباب المتقدّم ح ٣.
٣- (٣) الكافى ٧: ١٩٨ ح ١، التهذيب ١٠: ٥٤ ح ٢٠٠، الاستبصار ٤: ٢٢٠ ح ٨٢٤، الوسائل ١٨: ٤١٧ الباب المتقدّم ح ٣.
٤- (٤) الكافى ٧: ١٩٨ ح ٢، الفقيه ٤: ٣٠ ح ٨٥، التهذيب ١٠: ٥٥ ح ٢٠١، الاستبصار ٤: ٢٢٠ ح ٨٢٥، الوسائل ١٨: ٤١٧ ب «١» من أبواب حدّ اللواط ح ٤.

٥- (٥) الكافى ٧: ٢٠٠ ح ١٢، التهذيب ١٠: ٥٥ ح ٢٠٣، الاستبصار ٤: ٢٢١ ح ٨٢٧، الوسائل ١٨: ٤٢١ ب «٣» من أبواب حدّ اللواط ح ٧.

ثمَّ الإمام مخيّر (١) في قتله، بين ضربه بالسيف، أو تحريقه، أو رجمه، أو إلقائه من شاهق، أو إلقاء جدار عليه. و يجوز أن يجمع، بين أحد هذه و بين تحريقه.

و إن لم يكن إيقاباً، (٢) كالتفخيذ أو بين الألتين، فحدّه مائه جلده.

و قال في النهاية: يرمم إن كان محصناً، و يجلد إن لم يكن. و الأوّل أشبه.

لغير ذلك. و قد تقدّم (١) أن الامام عليه السلام يتخيّر في جهه القتل، فإذا رأى رجم المحصن أو تخصيصة (٢) بالرمم فله ذلك.

و الشيخ (٣) -رحمه الله- حمل الروايات غير الرابعه على ما إذا كان الفعل دون الإيقاب، لما سيأتى (٤) من حكمه فيه.

قوله: «ثمَّ الامام مخيّر. إلخ».

قد تقدّم (٥) في الروايه السابقه ما يدلّ على التخيير. و يدلّ على الجمع بين تحريقه و قتله ما روى (٦) من أمر عليّ عليه السلام بذلك في زمن عمر في رجل شهد عليه بذلك.

قوله: «و إن لم يكن إيقاباً. إلخ».

هذا هو القسم الثاني من اللواط الذي سمّاه المصنف -رحمه الله- وطأ بغير

ص: ٤٠٧

١- ١) في ص: ٤٠٥.

٢- ٢) في «خ، ص، م»: أو المحصنه بالرمم.

٣- ٣) التهذيب ١٠: ٥٥، ذيل ح ٢٠٣، الاستبصار ٤: ٢٢١، ذيل ح ٨٢٧.

٤- ٤) في الصفحه التاليه.

٥- ٥) في ص: ٤٠٥.

٦- ٦) الكافي ٧: ١٩٩، التهذيب ١٠: ٥٢، ح ١٩٥، الاستبصار ٤: ٢١٩، ح ٨١٩، الوسائل ١٨: ٤٢٠، ب «٣» من أبواب حدّ اللواط ح ٣.

الإيقاب، وهو ما إذا فعل بين الأليتين أو بين الفخذين.

وقد اختلف الأصحاب في حكمه، فالمشهور الجلد مائة لكلّ منهما. ذهب إلى ذلك المفيد (١) و المرتضى (٢) وابن أبي عقيل (٣) و سلّار (٤) و أبو الصلاح (٥) و ابن إدريس (٦) و المصنف - رحمه الله - و سائر المتأخرين، للأصل، و الشكّ في وجوب الزائد، فيكون شبهه يدرأ بها، و لروايه سليمان بن هلال عن الصادق عليه السلام:

«في الرجل يفعل بالرجل، فقال: إن كان دون الثقب فالحدّ، و إن كان ثقب أقيم قائماً ثمّ ضرب بالسيف» (٧). و ظاهره أن المراد بالحدّ الجلد.

و قال الشيخ - رحمه الله - في النهاية (٨) و كتابي (٩) الأخبار، و تبعه القاضي (١٠) و جماعه (١١): يرجم إن كان محصناً، و إلا جلد مائة، جمعا بين الروايات السابقة و بين ما روى (١٢) من قتل اللاتط مطلقاً، بحمل الأولى على غير

ص: ٤٠٨

-
- ١-١) المقنعه: ٧٨٥.
 ٢-٢) الانتصار: ٢٥١.
 ٣-٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٦٤.
 ٤-٤) المراسم: ٢٥٣.
 ٥-٥) الكافي في الفقه: ٤٠٨.
 ٦-٦) السرائر ٣: ٤٥٨.
 ٧-٧) الكافي ٧: ٢٠٠ ح ٧، التهذيب ١٠: ٥٢ ح ١٠، الاستبصار ٤: ٢١٩ ح ٤، الوسائل ١٨: ٤١٦ ب «١» من أبواب حدّ اللواط ح ٢.
 ٨-٨) النهاية: ٧٠٤.
 ٩-٩) التهذيب ١٠: ٥٥ ح ١٠، الاستبصار ٤: ٢٢١ ح ٤، ذيل ح ٨٢٧.
 ١٠-١٠) المهذب ٢: ٥٣٠.
 ١١-١١) الوسيله: ٤١٣.
 ١٢-١٢) انظر الوسائل ١٨: ٤١٩ ب «٢» من أبواب حدّ اللواط ح ٢ و ب «٣» ح ٢.

و يستوى فيه: الحرّ، و العبد، (١) و المسلم، و الكافر، و المحصن، و غيره.

الموقب، و الثانيه عليه. و نفى فى المختلف (١) عنه البأس.

و يظهر من الصدوقين (٢) و ابن الجنيد (٣) و جوب القتل مطلقا، لأنهم فرضوه فى غير الموقب، و جعلوا الإيقاب هو الكفر بالله تعالى، أخذوا من روايه حذيفه بن منصور عن الصادق عليه السلام: «أنه سأله عن اللواط، فقال: بين الفخذين، و سأله عن الموقب، فقال: ذاك الكفر بما أنزل الله على نبيّه صلى الله عليه و آله» (٤). و حمل على المبالغه فى الذنب، أو على المستحلّ. مع أن حذيفه بن منصور ضعيف، و سليمان بن هلال مجهول، فالروايتان تصلحان شاهدا لا دليلا.

قوله: «و يستوى فيه الحرّ و العبد. إلخ».

استواء الحرّ و العبد يظهر فى صورته و جوب الجلد، بمعنى أنه لا- ينتصف هنا على العبد، بخلاف الزنا. و جعل فى شرح الإرشاد (٥) مستند ذلك إجماع الأصحاب. و أما مع إيجابه القتل فالاستواء واضح.

و أما استواء المسلم و الكافر فيتّم مع عدم كون الفاعل كافرا و المفعول مسلما، و إلا قتل الكافر مطلقا كما مرّ (٦)، فلا يتمّ التسويه بينهما فى القسمين.

ص: ٤٠٩

١-١) المختلف: ٧٦٤-٧٦٥.

٢-٢) المقنع: ٤٣٠، و حكاها عنهما العلامة فى المختلف: ٧٦٤.

٣-٣) حكاها عنه العلامة فى المختلف: ٧٦٤.

٤-٤) التهذيب ٥٣: ١٠ ح ١٩٧، الوسائل ٢٥٧: ١٤ ب «٢٠» من أبواب النكاح المحرّم ح ٣.

٥-٥) غايه المراد: ٣٤٢.

٦-٦) فى ص: ٤٠٤.

و لو تكرر منه الفعل،(١)و تخلله الحدّ مرتين،قتل في الثالثه.و قيل:

في الرابعه.و هو أشبه.

و المجتمعان تحت إزار(٢)واحد مجزدين،و ليس بينهما رحم، يعزّران من ثلاثين سوطا إلى تسعه و تسعين سوطا.و لو تكرر ذلك منهما و تخلله التعزير،حدّا في الثالثه.

قوله:«و لو تكرر منه الفعل.إلخ».

هذا متفرّع على القول بوجوب الجلد على غير الموقب.و القول بقتله في الثالثه لابن إدريس (١).و قد تقدّم (٢)في حدّ الزنا أنه أصحّ روايه،و إن كان القول بقتله في الرابعه أحوط في الدماء،و إليه ذهب الأكثر.و التقريب هنا كما تقدّم، لأنّ المستند صحيحه يونس العامه في أصحاب الكبائر.

قوله:«و المجتمعان تحت إزار.إلخ».

قد اختلفت الأقوال و الروايات في حدّ المجتمعين تحت إزار واحد و نحوه، فذهب الشيخ (٣)و ابن إدريس (٤)و المصنف و أكثر المتأخرين (٥)إلى أنهما يعزّران من ثلاثين سوطا إلى تسعه و تسعين.أما عدم بلوغ المائه فلعدم بلوغهم الفعل الموجب للحدّ الكامل.

و أما عدم نقصان التعزير عن ثلاثين فلروايه سليمان بن هلال قال:«سأل بعض أصحابنا أبا عبد الله عليه السلام فقال:جعلت فداك الرجل ينام مع الرجل

ص:٤١٠

١-١) السرائر ٣:٤٦١-٤٦٢.

٢-٢) في ص:٣٧١.

٣-٣) النهايه:٧٠٥.

٤-٤) السرائر ٣:٤٦٠.

٥-٥) إرشاد الأذهان ٢:١٧٥،اللمعه دمشقيه:١٦٧،التنقيح الرائع ٤:٣٥٢.

فى لحاف واحد، فقال: أ ذو رحم؟ فقال: لا، فقال: أمن ضروره؟ قال: لا، قال:

يضربان ثلاثين سوطاً» (١) الحديث. و فى روايه ابن سنان عنه عليه السلام:

«يجلدان حدًا غير سوط» (٢). فيكون الحكم فى الغائتين و ما بينهما منوطا بنظر الامام. و المستند فى الطرفين ضعيف.

و قال الصدوق (٣) و ابن الجنيد (٤): إنهما يجلدان مائه جلده تمام الحدّ. و به أخبار كثيره، منها حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «حدّ الجلد أن يوجد فى لحاف واحد، و الرجلان يجلدان إذا وجد فى لحاف واحد الحدّ، و المرأتان تجلدان إذا وجدت فى لحاف واحد الحدّ» (٥).

و حسنه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان علىّ عليه السلام إذا أخذ الرجلين فى لحاف واحد ضربهما الحدّ، و إذا أخذ المرأتين فى لحاف واحد ضربهما الحدّ» (٦). و مثلها حسنه أبى عبيده (٧) عن أبى

ص: ٤١١

-
- ١- (١) الفقيه ٤:١٤ ح ٢١، التهذيب ١٠:٤١ ح ١٤٦، الاستبصار ٤:٢١٣ ح ٧٩٧، الوسائل ١٨:٣٦٧ ب «١٠» من أبواب حدّ الزنا ح ٢١.
 ٢- (٢) التهذيب ١٠:٤٠ ح ١٤٣، الاستبصار ٤:٢١٣ ح ٧٩٤، الوسائل ١٨:٣٦٧ الباب المتقدّم ح ١٨.
 ٣- (٣) المقنع: ٤٣٣.
 ٤- (٤) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٧٦٥.
 ٥- (٥) الكافي ٧:١٨١ ح ١، التهذيب ١٠:٤٢ ح ١٤٨، الاستبصار ٤:٢١٤ ح ٧٩٩، الوسائل ١٨:٣٦٣ الباب المتقدّم ح ١.
 ٦- (٦) الكافي ٧:١٨١ ح ٧، التهذيب ١٠:٤٢ ح ١٥١، الاستبصار ٤:٢١٤ ح ٨٠٢، الوسائل ١٨:٣٦٥ ب «١٠» من أبواب حدّ الزنا ح ٦.
 ٧- (٧) الكافي ٧:١٨٢ ح ١٠، الوسائل ١٨:٣٦٦ ب «١٠» من أبواب حدّ الزنا ح ١٥.

و كذا يعزّر من قبل غلاما(١) ليس له بمحرم بشهوه.

جعفر عليه السلام، و غيرها من الأخبار (١)المعتبره الأسناد.

و أجاب فى المختلف (٢)بحمل الحدّ على أقصى نهايات التعزير، و هى مائه سوط غير سوط، جمعا بين الأدلّه.

و فيه نظر، لأن هذه أكثر و أجد سنداً. و ليس فيها التقييد بعدم المحرميّة بينهما. و عدم القيد أجد، لأن المحرميّة لا تجوز الاجتماع المذكور إن لم تؤكّد التحريم. و المراد بالرحم حيث يطلق مطلق القرابه، و هو أعمّ من المحرميّة التى هى عباره عن تحريم النكاح مؤبداً. و هو يؤيد عدم فائده هذا القيد، لأن القرابه لا دخل لها فى تحقيق (٣)هذا الحكم.

قوله: «و كذا يعزّر من قبل غلاما.».

لأنه فعل محرّم فيستحقّ فاعله التعزير مطلقا كغيره من المحرّمات، بل الأمر فيه أكد، فقد روى أن: «من قبل غلاما بشهوه لعنته ملائكة السماء و ملائكة الأرضين، و ملائكة الرحمه و ملائكة الغضب، و أعدّ له جهنّم و ساءت مصيرا» (٤).

و فى حديث آخر: «من قبل غلاما بشهوه ألجمه الله بلجام من نار» (٥).

و لا وجه للتقييد بعدم المحرميّة مع كون التقييل بشهوه، لتحرّيمه حينئذ مطلقا، و لذلك أطلق فى الأخبار (٦). و روى إسحاق بن عمّار قال: «قلت لأبى

ص: ٤١٢

١- (١) الوسائل ٣٦٤: ١٨ ب «١٠» من أبواب حدّ الزنا ح ٢٤، ٢٢، ١٠، ٩، ٧، ٥، ٤.

٢- (٢) المختلف: ٧٦٥.

٣- (٣) فى «د»: تحقّق، و فى «م»: تخفيف.

٤- (٤) فقه الرضا عليه السلام: ٢٧٨.

٥- (٥) الكافى ٥٤٨: ٥ ح ١٠، الوسائل ٢٥٧: ١٤ ب «٢١» من أبواب النكاح المحرّم ح ١.

٦- (٦) الوسائل ٢٥٧: ١٤ ب «٢١» من أبواب النكاح المحرّم.

و إذا تاب اللائط(١) قبل قيام البيئه، سقط [عنه] الحدّ. و لو تاب بعده لم يسقط. و لو كان مقرّاً، كان الإمام مخيراً في العفو أو الاستيفاء.

و الحدّ في السّحق

إشاره

و الحدّ في السّحق: (٢) مائه جلده، حرّه كانت أو أمه، مسلمه أو كافره، محصنه [كانت] أو غير محصنه، للفاعل و المفعوله.

و قال في النّهايه: ترجم مع الإحصان، و تحدّد مع عدمه. و الأوّل أولى.

عبد الله عليه السلام: محرم قبل غلاماً من شهوه، قال: يضرب مائه سوطاً» (١).

قوله: «و إذا تاب اللائط. إلخ».

الكلام هنا كالكلام في الزاني، و قد تقدّم (٢).

قوله: «و الحدّ في السّحق. إلخ».

ما اختاره المصنف - رحمه الله - من وجوب الجلد مطلقاً هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه المفيد (٣) و المرتضى (٤) و أبو الصلاح (٥) و ابن إدريس (٦) و المتأخرون (٧)، لروايه زراره [١] عن الباقر عليه السلام أنه قال: «المساحقه

ص: ٤١٣

١- (١) الكافي ٢: ٢٠٠ ح ٩، التهذيب ٥٧: ١٠ ح ٢٠٦، الوسائل ٤٢٢: ١٨ ب «٤» من أبواب حدّ اللواط.

٢- (٢) في ص: ٣٥٨.

٣- (٣) المقنعه: ٧٨٧-٧٨٨.

٤- (٤) الانتصار: ٢٥٣.

٥- (٥) الكافي في الفقه: ٤٠٩.

٦- (٦) السرائر ٣: ٤٦٣.

٧- (٧) الجامع للشرائع: ٥٥٥، قواعد الأحكام ٢: ٢٥٧، اللمعه الدمشقيه: ١٦٧، المقتصر: ٤٠٨.

تجلد» (١).

و المراد بالجلد الحدّ المغاير للرجم، و هو مائه، لأن ذلك هو الظاهر منه، و لأصالة البراءة من الزائد عن ذلك.

و فيه نظر، لأن المفرد المعرّف لا يعمّ، و الحكم بالجلد على المساحقه فى الجملة لا إشكال فيه، و إنما يتمّ المطلوب مع عمومه. مع أن فى سند الروايه كلاما.

و قال الشيخ فى النهايه (٢)، و تبعه القاضى (٣) و ابن حمزه (٤): ترجم المحصنه و تجلد غيرها، لحسنه ابن أبى حمزه و هشام و حفص عن الصادق عليه السلام أنه: «دخل عليه نسوه فسألته امرأه منهنّ عن السيح، فقال: حدّها حدّ الزانى، فقالت المرأه: ما ذكر الله ذلك فى القرآن!! قال: بلى، فقالت: و أين؟ قال: هنّ أصحاب الرسّ» (٥). و حدّ الزانى مشترك بين الجلد و الرجم، فيكون ذلك الحدّ مشتركاً.

و أوجب بأن المشترك لا يحمل على معنيه إلا مجازاً، و الأصل عدمه، بل

ص: ٤١٤

١-١) الكافي ٧:٢٠٢ ح ٣، التهذيب ١٠:٥٨ ح ٢٠٩، الوسائل ١٨:٤٢٥ ب «١» من أبواب حدّ السّحق ح ٢.

٢-٢) النهايه: ٧٠٦.

٣-٣) المهذب ٢:٥٣١-٢:٥٣٢.

٤-٤) الوسيله: ٤١٤.

٥-٥) الكافي ٧:٢٠٢ ح ١، الفقيه ٤:٣١ ح ٨٦، التهذيب ١٠:٥٨ ح ٢١٠، الوسائل ١٨:٤٢٤ ب «١» من أبواب حدّ السّحق ح ١.

و إذا تَكَرَّرت المساحقه (١) مع إقامه الحدِّ ثلاثا، قتلت في الرابعه.

و يسقط الحدُّ بالتوبه قبل البينه، و لا يسقط بعدها. و مع الإقرار و التوبه، يكون الإمام مخيراً.

على أحدهما بقرينه، و هو هنا الجلد، جمعا بين الأخبار.

و فيه نظر، لجواز إرادته القدر المشترك، و هو العقوبه الشامله للأمرين، فلا يكون على خلاف الأصل. مع أنه سيأتى (١) خبر صحيح يدلُّ على رجم المحصنه، و آخر دالٌّ عليه أيضا، فترجيح روايه (٢) زواره - مع ما فيها - على جميع هذه الأخبار مشكل.

و اعلم أن المراد بقول المرأه في الخبر السابق: «ما ذكر الله ذلك في القرآن» إشاره إلى السِّيق نفسه، لا - إلى حدِّه و إن كان السؤال عقيبَه (٣)، لأنه عليه السلام أجابها بأنهنَّ أصحاب الرسِّ، و رضيت بالجواب، و معلوم أنه ليس في القرآن بيان حدِّهنَّ، فدلَّ على أن المقصود مجرد ذكرهنَّ.

و قد روى أن ذلك الفعل كان في أصحاب الرسِّ، كما كان اللواط في قوم (٤) لوط.

قوله: «و إذا تَكَرَّرت المساحقه. إلخ».

بناء على أنها لا - توجب القتل ابتداء، فتقتل في الثالثه أو الرابعه مع تخلُّل الحدِّ، كما تقدّم في نظائره من الكبائر. و لم يذكر هنا الخلاف في الثالثه مع أن

ص: ٤١٥

١-١) في ص: ٤١٩.

٢-٢) راجع ص: ٤١٣.

٣-٣) في «ت، ط»: عنه.

٤-٤) في «ث، ط، م»: أصحاب.

و الأجنبيّتان إذا وجدتا(١) في إزار مجرّدين، عزّرت كلّ واحده دون الحدّ.و إن تكرّر الفعل منهما و التعزير مرّتين، أقيم عليهما الحدّ في الثالثه.فإن عادتا، قال في النّهايه:قتلتا.و الأولى الاقتصار على التعزير، احتياطا في التهجّم على الدّم.

روايه يونس (١)شامله لها، لأن ما أوجب الحدّ من المعاصى فهو كبيره، و الحديث ورد في فاعل الكبيره أنه يقتل في الثالثه إذا أقيم عليه الحدّ مرّتين، و لكن المصنّف اتّكل على ما تكرّر منه الكلام فيه، و اعتمد هنا على ما يذهب إليه.

قوله:«و الأجنبيّتان إذا وجدتا.إلخ».

الكلام فى تحريم نوم المرأتين مجرّدين تحت إزار واحد كالكلام فى الرجلين، و قد تقدّم (٢)ذكرهما معهما فى الأخبار.

ثمّ إن أوجبا فى هذا الفعل الحدّ كاملا، فلا إشكال فى قتلها مع تخلّل الحدّ مرّتين أو ثلاثا فى الثالثه أو الرابعه.و إنما الكلام مع (٣)الحكم فيه بالتعزير، فإن مقتضاه عدم الحكم بالقتل مطلقا، و إليه ذهب أكثر المتأخّرين (٤).

و ذهب الشيخ فى النّهايه (٥)و ابن البرّاج (٦)و العلامه فى المختلف (٧)-و هم من جمله القائلين بالتعزير-إلى قتلها فى الرابعه مع تخلّل الحدّ، لروايه أبى

ص:٤١٦

١-١) الكافى ٧:١٩١ ح ٢، الفقيه ٤:٥١ ح ١٨٢، التهذيب ١٠:٩٥ ح ٣٦٩، الاستبصار ٤:٢١٢ ح ٧٩١، الوسائل ١٨:٣١٣ ب «٥» من أبواب مقدّمات الحدود ح ١.

٢-٢) فى ص:٤١١.

٣-٣) فى «ت، خ، ط»:فى.

٤-٤) تحرير الأحكام ٢:٢٢٥، قواعد الأحكام ٢:٢٥٧، اللمعه الدمشقيّه:١٦٧.

٥-٥) النّهايه:٧٠٧.

٦-٦) المهدّب ٢:٥٣٣.

٧-٧) المختلف:٧٦٦.

الأولى: لا كفاله في حدّ، ولا تأخير فيه مع الإمكان

الأولى: لا كفاله في حدّ، (١) و لا تأخير فيه مع الإمكان، و الأمن من توجّه ضرر، و لا شفاعه في إسقاطه.

خديجه عن الصادق عليه السلام: «قال: لا ينبغي لامرأتين تنامان في لحاف واحد إلا و بينهما حاجز، فإن فعلتا نهيتا عن ذلك، فإن وجدتهما بعد النهي في لحاف واحد جلدتا، كلّ واحده منهما حدّا حدّا، و إن وجدتا الثالثه حدّتا، فإن وجدتا في الرابعه قتلتا» (١). و لأنه كبيره، و كلّ كبيره يقتل بها في الرابعه.

و فيه: أن الروايه مع ضعف سندها معدوله الظاهر، لأنهم لا يقولون بوجوب الحدّ بهذا الفعل.

وقوله ثانيا: إن كلّ كبيره يقتل بها في الرابعه، إن أراد به مع إيجابها الحدّ فمسلم، لكن لا يقولون به هنا، و إن أراد مطلقا فظاهر منعه، و من ثمّ اختار المصنف الاقتصار على التعزير مطلقا. و هو الأوجه إن لم نقل بالحدّ كما اختاره الصدوق (٢)، و إلا كان القول بقتلهما في الثالثه أو الرابعه أوجه.

قوله: «لا كفاله في حدّ. إلخ».

وجوب الحدّ حيث يثبت موجه فوريّ، و من ثمّ لم تجز فيه الكفاله، لأدائها إلى تأخيره، و هو غير جائز مع إمكان تعجيله.

و احترز بالإمكان و الأمن عن حدّ المريض و الحبلى و نحوهما، فإنه يؤخّر إلى أن يبرأ حيث لا تقتضى المصلحه تعجيله محققا كما سبق.

و استيفأه حقّ واجب على الامام، و من ثمّ لم تجز فيه الشفاعه، لأنه لا

ص: ٤١٧

١- (١) التهذيب ١٠: ٤٤ ح ١٥٩، الاستبصار ٤: ٢١٧ ح ٨١١، الوسائل ١٨: ٣٦٨ ب «١٠» من أبواب حدّ الزنا ح ٢٥.

٢- (٢) المقنع: ٤٣٣.

الثانية: لو وطئ زوجته، فساحت بكرًا، فحملت

الثانية: لو وطئ زوجته، (١) فساحت بكرًا، فحملت، قال في النهاية: على المرأة الرجم، وعلى الصبيته جلد مائه بعد الوضع. ويلحق الولد بالرجل. ويلزم المرأة المهر.

أما الرجم: فعلى ما مضى من التردد. وأشبهه الاقتصار على الجلد.

وأما جلد الصبيته فموجبه ثابت، وهي المساحقه.

وأما لحوق الولد، فلأنه ماء غير زان، وقد انخلق منه الولد فيلحق به.

وأما المهر، فلأنها سبب في إذهاب العذرة، وديتها مهر نسائها.

وليست كالزانية في سقوط دية العذرة، لأن الزانية أذنت في الافتضاض، وليست هذه كذا.

يشفع إلا- فيما هو حقه. وقد ورد بذلك روايات كثيرة، منها ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «لا كفاله في حدّ» (١). وقال لأسامه وقد كان يشفع عنده كثيرا: «يا أسامه لا تشفع في حدّ» (٢). وقال: «من حالت شفاعته دون حدّ من حدود الله فهو مضادّ لله في أمره» (٣). وعن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «لا يشفعنّ أحد في حدّ» (٤). وقال: «ليس في الحدود نظره ساعه» (٥).

قوله: «لو وطئ زوجته. إلخ».

الأصل في هذه المسألة ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح قال: سمعت

ص: ٤١٨

١- (١) الكافي ٧: ٢٥٥ ح ١، التهذيب ١٠: ١٢٥ ح ٤٩٩، الوسائل ١٨: ٣٣٣ ب «٢١» من أبواب مقدمات الحدود.

٢- (٢) الكافي ٧: ٢٥٤ ح ١، الوسائل ١٨: ٣٣٣ ب «٢٠» من أبواب مقدمات الحدود ح ٣.

٣- (٣) عوالي اللئالي ١: ١٦٥ ح ١٧٢.

٤- (٤) الفقيه ٣: ١٩ ح ٤٥، الكافي ٧: ٢٥٤ ح ٣، التهذيب ١٠: ١٢٤ ح ٤٩٨، الوسائل ١٨: ٣٣٣ ب «٢٠» من أبواب مقدمات الحدود ح ٤.

٥- (٥) الكافي ٧: ٢١٠ ح ٤، الفقيه ٤: ٢٤ ح ٥٦، الوسائل ١٨: ٤٤٦ ب «١٢» من أبواب حدّ القذف ح ٣.

و أنكّر بعض المتأخّرين ذلك، و ظنّ أن المساحقه كالزانيه، في سقوط ديه العذره و سقوط النسب.

أبا جعفر و أبا عبد الله عليهما السلام يقولان: «بينا الحسن بن عليّ عليهما السلام في مجلس أمير المؤمنين عليه السلام إذ أقبل قوم، فقالوا: يا أبا محمّد أردنا أمير المؤمنين عليه السلام.

قال: و ما حاجتكم؟ قالوا: أردنا أن نسأله عن مسأله.

قال: و ما هي تخبرونا بها؟ فقالوا: امرأه جامعها زوجها، فلمّا قام عنها قامت بحموتها [١] فوقع على جاريه بكر فساحتها، فألقت النطفه فيها فحملت، فما تقول في هذا؟ فقال الحسن عليه السلام: معضله و أبو الحسن لها. و أقول: فإن أصبت فمن الله ثمّ من أمير المؤمنين عليه السلام، و إن أخطأت فمن نفسي، فأرجو أن لا أخطئ إن شاء الله تعالى. يعمد إلى المرأه فيؤخذ منها مهر الجاريه البكر في أول وهله، لأن الولد لا يخرج منها حتى تشقّ و تذهب عذرتها، ثمّ ترحم المرأه، لأنها محصنه، و ينتظر بالجاريه حتى تضع ما في بطنها، و يردّ إلى أبيه صاحب النطفه، ثمّ تجلد الجاريه الحدّ.

قال: فانصرف القوم من عند الحسن عليه السلام، فلقوا أمير المؤمنين عليه السلام، فقال: ما قلتم لأبي محمّد، و ما قال لكم؟ فأخبروه.

فقال: لو أتى المسؤول ما كان عندي فيها أكثر مما قال ابني» (١).

و روى إسحاق (٢) بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام قريبا من ذلك.

و عمل بمضمونها الشيخ (٣) و أتباعه (٤).

و المصنف - رحمه الله - وافق على الأحكام الثلاثة غير الرجم، بناء على أصله السابق في حدّ المساحقه.

و ابن إدريس (٥) ردّ الأحكام كلّها عدا إثبات الجلد على البكر، نظرا إلى وجود مقتضاه و هو المساحقه.

و اعترض على الرجم بما أثبتته سابقا من كون الحدّ الجلد مطلقا.

و على إلحاق الولد بالرجل بأنه غير مولود على فراشه، و قد قال صلّى الله عليه و آله: «الولد للفراش» (٦)، و البكر ليست فراشا له، لأنّ الفراش عباره عن المعقود عليها مع إمكان الوطى، و لا هو من شبهه.

و على إلزام المرأه بالمهر، فإنّ البكر مختاره غير مكرهه، و الزنا بالمختاره لا - يوجب المهر، فهنا أولى. و لأنها بغيّ، و قد نهى (٧) رسول الله صلّى الله عليه و آله عن مهر البغيّ.

ص: ٤٢٠

١- (١) الكافي ٧: ٢٠٢ ح ١، الوسائل ١٨: ٤٢٦ ب «٣» من أبواب حدّ السحق ح ١.

٢- (٢) الكافي ٧: ٢٠٣ ح ٢، الفقيه ٤: ٣١ ح ٨٩، التهذيب ١٠: ٥٨ ح ٢١٢، الوسائل ١٨: ٤٢٧ ب «٣» من أبواب حدّ السحق ح ٢.

٣- (٣) النهايه: ٧٠٧.

٤- (٤) المهذب ٢: ٥٣٢.

٥- (٥) السرائر ٣: ٤٦٥.

٦- (٦) الكافي ٧: ١٦٣ ح ٣، التهذيب ٩: ٣٤٣ ح ١٢٣٢، الاستبصار ٤: ١٨٣ ح ٦٨٧، الوسائل ١٧: ٥٦٧ ب «٨» من أبواب ميراث ولد الملاعنه ح ٤.

٧- (٧) الخصال: ٤١٧ ح ١٠، الوسائل ١٢: ٦٤ ب «٥» من أبواب ما يكتسب به ح ١٤، ١٣.

و المصنف-رحمه الله-قد أشار هنا إلى جوابه عن جميع ذلك. أما عن إلحاق الولد فلأنه مخلوق من مائه (1)، وهو غير زان، بل عن وطى صحيح، غايته أن التفريط من المرأة، وذلك لا يسقط حق الرجل، وإنما يوجب عدم إلحاقه بها من حيث بغيتها، ونحن نقول به.

و أما المهر فلأن المساحقه سبب في إذهاب عذرتها، فلزمها عوضها و هو مهر نساؤها. و فرق بينها و بين الزانية، لأن الزانية أذنت في الافتضاض و إذهاب العذره فلا عوض لها، و هذه لم تأذن في ذلك، و إنما تعدت بالملاصقه المحرّمه.

و بالجمله، فغير الشيخ و أتباعه من الموجبين للرجم على المساحقه يردّون هذا الحديث و إن عملوا ببعض موجه، و هو ما وافق القواعد الشرعيّه لذلك، لا- لوروده فيه، و إلا- لأوجبوا الرجم على المحصنه. و لقد كان القول به أولى، لصحّه الروايه و اعتبار حكمها، فكانت أرجح ممّا استدّلوا به على عدمه.

و بقى من أحكام المسأله لحوق الولد بالمرأه. أما الكبيره فلا يلحق بها قطعاً، لأنه لم يتولّد منها، و إنما كانت سبباً في تولّده. و أما الصبيّه ففي إلحاقه بها وجهان، من حيث إنها ولدته من غير زنا فيلحق بها، و من انتفاء سبب الإلحاق، و هو العقد الصحيح أو الشبهه. و لأنه بحكم الزنا، و لهذا يجب عليها الحدّ. و هذا أقوى.

ص: ٤٢١

وَأَمَّا الْقِيَادَةُ: (١) فَهِيَ الْجَمْعُ بَيْنَ الرَّجَالِ وَالنِّسَاءِ لِلزَّانَا، أَوْ بَيْنَ الرَّجَالِ وَالرِّجَالِ لِلرِّجَالِ.

وَيُثَبِتُ بِالْإِقْرَارِ مَرَّتَيْنِ، مَعَ بُلُوغِ الْمُقَرَّرِ وَكَمَالِهِ وَحَرِيَّتِهِ وَاخْتِيَارِهِ، أَوْ شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ.

وَمَعَ ثَبُوتِهِ، يَجِبُ عَلَى الْقَوَادِ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ جَلْدَةً. وَقِيلَ: يَحْلُقُ رَأْسَهُ وَيَشْهَرُ.

وَيَسْتَوِي فِيهِ: الْحَرُّ، وَالْعَبْدُ، وَالْمُسْلِمُ، وَالْكَافِرُ. وَهَلْ يَنْفَى بِأَوَّلِ مَرَّةٍ؟ قَالَ فِي النِّهَايَةِ: نَعَمْ. وَقَالَ الْمُفِيدُ -رَحِمَهُ اللَّهُ-: يَنْفَى فِي الثَّانِيَةِ.

وَالأَوَّلُ مَرْوِيٌّ.

وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَتَجْلَدُ. وَلَيْسَ عَلَيْهَا جَزٌّ، وَلَا شَهْرَةٌ، وَلَا نَفْيٌ.

قَوْلُهُ: «وَأَمَّا الْقِيَادَةُ. إلخ».

اتَّفَقَ الْجَمِيعُ عَلَى أَنَّ حُدَّ الْقِيَادَةِ (١) مُطْلَقًا خَمْسٌ وَسَبْعُونَ جَلْدَةً. وَاخْتَلَفُوا فِي ثُبُوتِ شَيْءٍ آخَرَ مَعَهَا، فَأَثَبَتِ الشَّيْخُ فِي النِّهَايَةِ

(٢) مَعَهَا عَلَى الرَّجُلِ حَلْقَ رَأْسِهِ، وَشَهْرَتَهُ فِي الْبَلَدِ، وَالنَّفْيَ مِنْ بَلَدِهِ الَّذِي فَعَلَ فِيهِ الْفِعْلَ إِلَى غَيْرِهِ.

وَقَالَ الْمُفِيدُ (٣): يَجْلَدُ فِي الْمَرَّةِ الْأُولَى، وَيَحْلُقُ رَأْسَهُ وَيَشْهَرُ، فَإِنْ عَادَ ثَانِيَةً جَلْدٌ وَنَفْيٌ. وَتَبِعَهُ أَبُو الصَّلَاحِ (٤) وَسَلَّارٌ (٥).

ص: ٤٢٢

١- (١) فِي «أ»: الْقَوَادِ.

٢- (٢) النِّهَايَةُ: ٧١٠.

٣- (٣) الْمُقْنَعَةُ: ٧٩١.

٤- (٤) الْكَافِي فِي الْفِقْهِ: ٤١٠.

٥- (٥) الْمَرَاسِمُ: ٢٥٧.

و زاد أبو الصلاح (١): فإن عاد ثلثه جلد، فإن عاد رابعه استتيب، فإن تاب قبلت توبته و جلد، فإن أبى التوبه قتل، فإن تاب ثمّ أحدث بعد التوبه خامسه قتل على كلّ حال.

و ليس فى الباب من الأخبار سوى روايه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام، و قد سأله عن حدّ القوَاد، فقال: «يضرب ثلاثه أرباع حدّ الزانى خمسه و سبعين سوطاً، و ينفى من المصر الذى هو فيه» (٢).

و هى تدلّ على نفيه بأول مرّه كما ذكره الشيخ، لكن ليس فيه الحلق و الشهره. مع أن فى طريقه محمد بن سليمان، و هو مشترك بين جماعه منهم الثقه و غيره، و من ثمّ جعل المصنف حلق رأسه و شهرته قولاً مؤذناً بضعفه، لعدم وقوفه على مستنده. و قد أحسن ابن الجنيد (٣) - رحمه الله - حيث اقتصر من حكم القياده على ذكر الروايه.

ص: ٤٢٣

١- ١) الكافى فى الفقه: ٤١٠.

٢- ٢) الكافى ٧: ٢٦١ ح ١٠، الفقيه ٤: ٣٤ ح ١٠٠، التهذيب ١٠: ٦٤ ح ٢٣٥، الوسائل ١٨: ٤٢٩ ب «٥» من أبواب حدّ السّحق و القياده ح ١.

٣- ٣) لم نعثر عليه.

الأول في الموجب

الأول في الموجب و هو الرمي بالزنا أو اللواط،(١)كقوله:زנית أو لطت أو ليط بك،أو أنت زان أو لائط أو منكوح في دبره،و ما يؤدى هذا المعنى صريحا،مع معرفه القائل بموضوع اللفظ،بأى لغة اتفق.

قوله:«و هو الرمي بالزنا أو اللواط.إلخ».

القذف من الذنوب الكبائر،روى أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ:«اجتنبوا السبع الموبقات،قيل:و ما هنّ يا رسول الله؟قال:الشرك بالله،و السحر،و قتل النفس التي حَرَّمَ اللهُ،و أكل الربا،و أكل مال اليتيم،و التولّى يوم الزحف،و قذف المحصنات»(١).

و يتعلّق بالقذف الحدّ بالإجماع،قال تعالى وَ الَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُوْحَصِّنَاتِ إِلَى قَوْلِهِ فَأَجْلِدُوهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً(٢).و روى عبد الله بن سنان في الحسن قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام:قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن الفريه ثلاث- يعنى:ثلاث وجوه-رمى الرجل بالزنا،و إذا قال:إن أمه زانيه،و إذا دعى لغير أبيه،فذلك فيه حدّ ثمانون»(٣).

ص:٤٢٤

١-١) الخصال:٣٦٤ ح ٥٧،الوسائل ١١:٢٦١ ب«٤٦»من أبواب جهاد النفس ح ٣٤.

٢-٢) النور:٤.

٣-٣) الكافي ٧:٢٠٥ ح ١،التهذيب ١٠:٦٥ ح ٢٣٦،الوسائل ١٨:٤٣٢ ب«٢»من أبواب حدّ القذف ح ٢.

و لو قال لولده (١)الذى أقرّ به:لست بولدى،وجب عليه الحدّ.و كذا لو قال لغيره:لست لأبيك.

و لو قال:زنت بك أمك،(٢)أو يا ابن الزانية،فهو قذف للأم.و كذا لو قال:زنى بك أبوك،أو يا ابن الزانى،فهو قذف لأبيه.

و لو قال:يا ابن الزانيين،فهو قذف لهما،و يثبت به الحدّ،و لو كان المواجه كافرا،لأنّ المقذوف ممّن يجب له الحدّ.

و أصل القذف الرمي،يقال:قذف بالحجارة أى:رماها (١)،فكأنّ السابّ يرمى المسبوب بالكلمه المؤذيه.

قوله:«و لو قال لولده.إلخ».

هذه الصيغه عندنا من ألفاظ القذف الصريح لغه و عرفا،فيثبت بها الحدّ لأمه.

و تبه بالتسويه بين الصيغتين على خلاف بعض (٢)العامّه،حيث فرّق بينهما و جعل الثانيه قذفا دون الأولى،استنادا إلى أن الأب يحتاج فى تأديب الولد إلى مثل ذلك،زجرا له عمّا لا يليق بنسبه و قومه،فيحمل ذلك منه على التأديب، و الأجنبيّ بخلافه.هذا إذا لم يقصد به القذف،و إلا كان قذفا إجماعا.

قوله:«و لو قال:زنت بك أمك.إلخ».

فائده تعيين المقذوف من الأبوين و المواجه يظهر فيما لو اختلف حكمهم فى إيجاب الحدّ و عدمه،كما لو كان المحكوم بقذفه مسلما و المنفّى عنه كافرا، و بالعكس،و فى توقّف ثبوته على مرافعه المستحقّ.

ص:٤٢٥

١-١ (١) القاموس المحيط ١٨٣:٣.

٢-٢ (٢) روضه الطالبين ٢٩٢:٦.

و لو قال:ولدت من الزنا،(١)ففى وجوب الحدّ لأمه تردّد،لاحتمال انفراد الأب بالزنا،و لا يثبت الحدّ مع الاحتمال.

أمّا لو قال:ولدتك أمّك من الزنا،فهو قذف للأمّ.و هنا الاحتمال أضعف.و لعلّ الأشبه عندى التوقّف،لتطرّق الاحتمال و إن ضعف.

و لو قال:يا زوج الزانية،فالحدّ للزوج.و كذا لو قال:يا أبا الزانية،أو يا أبا الزانية،فالحدّ لمن نسب إليها الزنا دون المواجه.

ثمّ على تقدير كون القذف للأبوين أو لأحدهما دون المواجه يعزّر للمواجه زياده على الحدّ،لإيذائه المحرّم بمواجهته بالقذف و إن كان متعلّقه غيره.

قوله:«و لو قال:ولدت من الزنا.إلخ».

هنا مسألان:

الأولى:إذا قال لغيره:ولدت من الزنا،ففى وجوب الحدّ بذلك وجهان:

أحدهما-و هو الأشهر-:ثبوته،لتصريحه بتولّده من الزنا،فيكون قذفا صريحا يثبت به الحدّ.لكن الاشتباه فى متعلّقه و هو مستحقّ الحدّ،فذهب الشيخان (١)و القاضى (٢)و المصنف فى النكت (٣)و جماعه (٤)إلى أنه الأمّ، لاختصاصها بالولاده ظاهرا،و قد عدّى الولاده إلى الزنا بحرف الجرّ،و مقتضاه نسبه الأمّ إلى الزنا،لأنه على هذا التقدير يكون ولادتها له عن زنا.و لأنه الظاهر عرفا،و الحقيقه العرفيه أولى من اللغويه.

ص:٤٢٤

١-١) راجع المقنعه:٧٩٣-٧٩٤ و لكن حكم بالتسويه بين قوله:«يا ولد زنا»وقوله:«زنت بك أمّك»، و صرّح فى الثانى بأن الحقّ

له لا للأمّ،و لم نجد له كلاما غير هذا،النهايه:٧٢٣.

٢-٢) المهدّب ٥٤٧:٢.

٣-٣) النهايه و نكتها ٣٣٩:٣.

٤-٤) المختلف:٧٨٠.

و قيل: متعلقه الأبوان معا، لأن نسبه إليهما واحده، فلا اختصاص لأحدهما دون الآخر. ولأن الولاده إنما يتم بهما، فهما والدان لغه و عرفا، و قد نسبت الولاده إلى الزنا، و هي قائمه بهما، فيكون القذف لهما. و هو أحد قولي العلامة (1) و الشهيد في الشرح (2).

و الثاني: أنه لا يثبت لأحدهما و لا للمواجه. أما المواجه فظاهر، لأنه لم ينسب الفعل إليه.

و أما الأبوان فلأن هذا اللفظ يحتمل كون الزنا مختصا بالأم، لأن الولاده مختصه بها كما ذكر، و يكون الأب مشبها (3) عليه أو مكرها، فلا- يتحقق نسبه إليه بمجرد ذلك، و كونه من الأب، لأن النسب يقوم بكل واحد منهما، و يحتمل كون الأم مكرهه أو مشبها (4) عليها، و مع ذلك يصدق كونه مولودا من الزنا حيث يكون الأب زانيا، و كونه منهما، و إذا تعدد الاحتمال في اللفظ بالنسبه إلى كل منهما لم يعلم كونه قذفا لأحدهما بخصوصه و لا المستحق، فتحصل الشبهه الدارته للحد.

و هذا هو الظاهر من كلام المصنف هنا، لأن قوله: «لا احتمال انفراد الأب» لا يريد به أن الأب داخل في القذف على التقديرين، بل يريد أنه كما يحتمل كون النسبه إلى الأم يحتمل كونها إلى الأب، بأن يكون منفردا بالزنا، و مع الاحتمال يسقط الحد للشبهه.

و صراحه اللفظ في القذف مع اشتباه المقذوف لا يوجب الحد، لتوقفه على مطالبه المستحق، و هو غير معلوم، كما لو سمع واحد يقذف أحدا بلفظ صريح

ص: ٤٢٧

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٠.

٢- (٢) غايه المراد: ٣٤٣.

٣- (٣) في «خ، م»: مشتبها.

٤- (٤) في «خ، م»: مشتبها.

و لم يعلم المقذوف، فإننا لا- نحدّه بذلك. و يمكن الفرق بانحصار [ذلك] (١) الحقّ في المتنازع في الأبوين، فإذا اجتمعا على المطالبة تحتم الحدّ، لمطالبه المستحقّ قطعا و إن لم يعلم عينه.

و لعلّ هذا أجود. نعم، لو انفرد أحدهما بالمطالبة تحقّق الاشتباه، و أتجه عدم ثبوت الحدّ حينئذ، لعدم العلم بمطالبه المستحقّ [به] (٢).

الثانيه: لو صرّح بذكر الأم فقال: ولدتك أمك من الزنا، فإن قلنا بثبوت الحقّ في السابقه للأم خاصّه أولهما فلا إشكال في ثبوته هنا لها. و بهذا صرّح ابن إدريس (٣) مع مخالفته في الأولى. و إن قلنا بعدم ثبوته لها في السابقه احتمل ثبوته هنا، لأنه ظاهر في نسبتها إليها.

و يحتمل العدم، لأن ولادتها إياه من الزنا أعتم من كونها زانية، لجواز كون الزانى هو الأب، و هي مكرهه أو مشبّهه (٤) عليها. و لأن المتعدّي ب«من» إنما هو الولاده على التقديرين، و توسّط الأم في الولاده لازم عليهما (٥)، فلا- فرق بين المسألتين، و إن كان الإشكال في هذه أقوى.

و المصنف- رحمه الله- رجيح هنا التوقّف أيضا، لقيام الاحتمال الدافع للحدّ بالشبهه و إن ضعف. و له وجه، إلا أن يجتمع الأبوان على المطالبة بالحدّ كما سبق، فيتّجه القول بثبوته. مع احتمال العدم أيضا، لأن مطالبه كلّ واحد منهما غير معلومه التأثير في جواز الاستيفاء مع الانفراد، فكذا مع الاجتماع.

ص: ٤٢٨

١- ١) من «أ».

٢- ٢) من «أ، ث».

٣- ٣) السرائر ٥١٧: ٣.

٤- ٤) في «خ»: مشبّهه.

٥- ٥) في «أ، د، م»: عليها.

و لو قال: زنيت بفلانہ، (١) أو لبت به، فالقذف للمواجه ثابت. و في ثبوته للمنسوب إليه تردد. قال في النهاية و في المبسوط: يثبت حدان، لأنه فعل واحد، متى كذب في أحدهما كذب في الآخر.

و نحن لا نسلم أنه فعل واحد، لأنّ موجب الحدّ في الفاعل غير الموجب في المفعول. و حينئذ يمكن أن يكون أحدهما مختاراً دون صاحبه.

قوله: «و لو قال: زنيت بفلانہ. إلخ».

إذا أضاف زنا المواجه أو لواطه إلى معيّن، فلا خلاف في كونه قذفاً للمواجه، لدلاله لفظه على وقوعه منه اختياراً.

و أما المنسوب إليه ففي كونه قذفاً له قولان:

أحدهما - هو مذهب المفيد (١)، و الشيخ في النهاية (٢) و المبسوط (٣)، و أتباعه (٤) -: الثبوت، لأن الزنا فعل واحد يقع بين اثنين، و نسبة أحدهما إليه بالفاعليّة و الآخر بالمفعوليّة، فيكون قذفاً لهما. و لأن كذبه في أحدهما يستلزم كذبه في الآخر، لا اتحاد الفعل.

و اعترض المصنف - رحمه الله - بمنع اتّحاده، لأن الموجب في الفاعل التأثير و في المفعول التأثير، و هما متغايران، و جاز أن يكون أحدهما مكرهاً و الآخر مختاراً.

ص: ٤٢٩

١ - ١) المقنعه: ٧٩٣.

٢ - ٢) النهاية: ٧٢٥-٧٢٦.

٣ - ٣) المبسوط ١٦: ٨.

٤ - ٤) المهذب: ٥٤٨: ٢، فقه القرآن للراوندي ٣٨٩: ٢، غنيه النزوع: ٤٢٨، إصباح الشيعة: ٥٢٠.

و لو قال لابن الملاعنه: (١) يا ابن الزانية، فعليه الحدّ. و لو قال لابن المحدوده قبل التوبه، لم يجب به الحدّ، و بعد التوبه يثبت الحدّ.

و الحقّ أنهما فعل واحد. و اختلاف النسبه يجوز اختلاف الحكم كما ذكر، لا اختلاف الفعل.

و الثانى: عدم ثبوته للمنسوب إليه، لأن مجرّد نسبه الفعل إليه أعمّ من كونه زانيا، لجواز الإكراه، و هذا و إن كان خلاف الظاهر إلا أنه ممكن، فيكون شبهه يدرأ بها الحدّ. و هو اختيار المصنف فى النكت (١) صريحاً، و هنا ظاهراً.

و أجب بالمعارضه بقوله: إنه منكوح فى دبره، فإنه يوجب الحدّ إجماعاً مع احتمال الإكراه، فدلّ على عدم قدح مجرّد الاحتمال. و قوله: زنيت بفلانته، فى معنى: فلانته مزنىّ بها، الذى هو فى معنى قوله: منكوح فى دبره.

و الأقوى ثبوته لهما، إلا مع تصريحه بالإكراه، فينتفى بالنسبه إلى المكره.

و حيث يحكم بثبوته لهما يجب لهما حدّان و إن اجتماعاً فى المطالبه، لأن اللفظ هنا متعدّد، بدليل أنه لو اقتصر على قوله: زنيت، من دون أن يذكر الآخر، تحقّق القذف للمواجه، فيكون قذف الآخر حاصلًا بضميمه لفظه. كذا ذكره المصنف فى النكت (٢).

قوله: «و لو قال لابن الملاعنه. إلخ».

الفرق بين الملاعنه و المحدوده قبل التوبه- و إن اشتركا فى إقامة البيّنه على الزنا، من حيث إن شهادات الزوج عليها بمنزله الشهود الأربعة، و من ثمّ وجب عليها الحدّ بذلك-: أن شهادات الزوج [بذلك] (٣) ليست كالبيّنه الموجهه لثبوت الزنا

ص: ٤٣٠

١- (١) النهايه و نكتها ٣:٣٤٥.

٢- (٢) من الحجرّيتين.

٣- (٣) النهايه و نكتها ٣:٣٤٦.

في حَقِّها مطلقاً، و من ثَمَّ كان لها دفعه باللعان، و لو كان ثبوته بالبيّنه المحضه لم يكن لها دفعه. فثبوته في حَقِّها مطلقاً بشهادته إنما هو بالنسبه إلى الزوج خاصّه، فيحدّ قاذفها، بخلاف من ثبت عليها الزنا بالبيّنه أو الإقرار قبل التوبه، فإنها خرجت بذلك عن الإحصان الذي هو شرط ثبوت الحدّ على القاذف. و لو تابت سقط حكم ذلك الفعل، و ثبت على قاذفها الحدّ.

و يدلّ عليه حسنه إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبيه قال: «سألت أبا عبد الله و أبا الحسن عليهما السلام عن امرأه زنت فأنت بولد، و أفزّت عند إمام المسلمين بأنها زنت و أن ولدها ذلك من الزنا، فأقيم عليها الحدّ، و أن ذلك الولد نشأ حتى صار رجلاً، فافتري عليه رجل، هل يجلد من افتري عليه؟ قال: يجلد و لا يجلد، قلت: كيف يجلد و لا يجلد؟ فقال: من قال له: يا ولد الزنا، لا يجلد إنما يعزّر و هو دون الجلد، و إذا قال: يا بن الزانيه، جلد الحدّ [تأنيلاً]، قلت: كيف صار هذا هكذا؟ فقال: إنه إذا قال: يا ولد الزنا، كان قد صدق فيه، و عزّر على تعبيره أمّه ثانيه، و قد أقيم عليها الحدّ، و إذا قال: يا بن الزانيه، جلد الحدّ تاماً [١]، لفريته عليها بعد إظهارها التوبه و إقامة الامام عليها الحدّ» [٢].

و يدلّ على ثبوت الحدّ بقذف الملاعنه حسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل قذف ملاعنه، قال: عليه الحدّ» [٣].

ص: ٤٣١

١- ١) من «د». و وردت في مصادر الحديث.

٢- ٢) الكافي ٧: ٢٠٦ ح ٧، التهذيب ٦: ٦٧: ١٠ ح ٢٥٠، الوسائل ١٨: ٤٤١ ب «٧» من أبواب حدّ القذف ح ١. و في المصادر: عن الفضل بن إسماعيل الهاشمي عن أبيه.

٣- ٣) الكافي ٧: ٢٠٦ ح ٨، الوسائل ١٨: ٤٤٢ ب «٨» من أبواب حدّ القذف ح ٣.

و لو قال لامرأته: (١) زنيت بك، فلها حدّ على التردّد المذكور. و لا يثبت في طرفه حدّ الزّنا حتى يقرّ أربعاً.

و لو قال: يا ديّوث (٢) أو يا كشيخان أو يا قرنان، أو غير ذلك من الألفاظ، فإنّ أفادت القذف في عرف القائل، لزمه الحدّ. و إن لم يعرف فائدتها، أو كانت مفيدة لغيره، فلا حدّ. و يعزّر إن أفادت فائده يكرهها المواجه.

قوله: «و لو قال لامرأته. إلخ».

هو المذكور في المسألة السابقة في قوله: زنيت بفلان، من حيث احتمال كونها مكرهه، فلا يكون قذفا لها. و الأقوى ثبوته ما لم يدع الإكراه، بتقريب ما سبق.

و أما روايه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل قال لامرأته: يا زانية أنا زنيت بك، قال: عليه حدّ واحد، لقذفه إيّاها، و أما قوله: أنا زنيت بك، فلا حدّ فيه، إلا أن يشهد على نفسه أربع شهادات بالزنا عند الامام» (١).

فلا يدلّ على ثبوت الحدّ بقوله: أنا زنيت بك، و لا نفيه، لأن حدّ القذف ثابت على المذكور في الروايه بالكلمه الأولى، و هي قوله: يا زانية، و يبقى حكم الأخرى على الاشتباه. و لا يلزم من تعليق الحكم على اللفظين ثبوته مع أحدهما، إلا أنه ثابت بالأول من دليل خارج.

قوله: «و لو قال: يا ديّوث. إلخ».

هذه الألفاظ ليست موضوعه لغه لمعنى يوجب القذف، و إنما هي ألفاظ عرفيه يرجع فيها إلى عرف القائل، فإن أفادت القذف لزمه الحدّ، و إلا فلا.

ص: ٤٣٢

١- (١) الكافي ٧: ٢١١ ح ١، الفقيه ٤: ٣٧ ح ١١٦، التهذيب ١٠: ٧٦ ح ٢٩١، الوسائل ١٨: ٤٤٦ ب «١٣» من أبواب حدّ القذف ح ١.

و كلّ تعريض بما يكرهه (١)المواجه، و لم يوضع للقذف لغه و لا عرفاً، يثبت به التعزير لا الحدّ، كقوله: أنت ولد حرام، أو حملت بك أمّك في حيضها، أو يقول لزوجته: لم أجذك عذراء، أو يقول: يا فاسق، أو يا شارب الخمر، و هو متظاهر بالستر، أو يا خنزير أو يا حقير أو يا وضيع.

و لو كان المقول له مستحقاً للاستخفاف، فلا حدّ و لا تعزير.

و كذا كلّ ما يوجب أذى، كقوله: يا أجذم، أو يا أبرص.

قال ثعلب (١): القرنان و الكشخان لم أرهما في كلام العرب، و معناهما عند العامّة مثل معنى الديوث أو قريب منه. و قد قيل: إن الديوث هو الذى يدخل الرجال على امرأته. و قيل: القرنان من يدخلهم على بناته، و الكشخان على أخواته.

و على هذا، فإن كان ذلك متعارفاً عند القاذف ثبت عليه الحدّ، ترجيحاً لجانب العرف على اللغه، و إلا فإن أفادت فائده يكرهها المواجه دون ذلك فعليه التعزير، و إن انتفى الأمران فلا شيء.

قوله: «و كلّ تعريض بما يكرهه. إلخ».

لمّا كان أذى المسلم غير المستحقّ للاستخفاف محرّماً، فكلّ كلمه يقال له و يحصل له بها الأذى، و لم تكن موضوعه للقذف بالزنا و ما فى حكمه لغه و لا عرفاً، يجب بها التعزير، لفعل المحرّم كغيره من المحرّمات، و منه التعبير بالأمراض. ففى صحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل سبّ رجلاً بغير قذف يعرض به هل يجلد؟ قال: عليه

ص: ٤٣٣

التعزير» (١).

و المراد بكون المقول له مستحقاً للاستخفاف أن يكون فاسقاً متظاهراً بفسقه، فإنه لا حرمه له حينئذ، لما روى عن الصادق عليه السلام: «إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه له ولا غيبه» (٢). و في بعض الأخبار: «من تمام العبادة الوقيعه في أهل الريب» (٣).

و روى داود بن سرحان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا رأيتم أهل الريب و البدع من بعدى فأظهروا البراءة منهم، و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الوقيعه، و باهتوهم لئلا يطمعوا في الفساد في الإسلام، و يحذرهم الناس، و لا يتعلمون من بدعهم، يكتب الله لكم بذلك الحسنات، و يرفع لكم به الدرجات في الآخرة» (٤).

و يظهر من قوله: «فلا - حدّ و لا - تعزير» أن بعض المذكورات يوجب الحدّ و إلا لما كان لثنيه فائده. و ليس كذلك، لأن جميعها يوجب التعزير، إلا أن يريد بنفى الحدّ في حقه على تقدير قذفه بالزنا مع تظاهره به، فإن ذلك ممّا يوجب الحدّ في غيره. و لكن سيأتي (٥) أنه يوجب التعزير. و الأولى ترك لفظ الحدّ،

ص: ٤٣٤

-
- ١-١) الكافي ٧:٢٤٠ ح ٣، التهذيب ١٠:٨١ ح ٣١٧، الوسائل ١٨:٤٥٢ ب «١٩» من أبواب حدّ القذف ح ١.
 - ٢-٢) أمالي الصدوق (طبعه بيروت): ٤٢: ح ٧، الوسائل ٨:٦٠٤ ب «١٥٤» من أبواب أحكام العشرة ح ٤.
 - ٣-٣) لم نجده في الجوامع الحديثية.
 - ٤-٤) الكافي ٢:٣٧٥ ح ٤، الوسائل ١١:٥٠٨ ب «٣٩» من أبواب الأمر و النهي ح ١.
 - ٥-٥) في ص: ٤٣٨.

الثانى فى القاذف و يعتبر فيه: البلوغ، و كمال العقل.

فلو قذف الصبي، لم يحدّ و عزّر، و إن قذف مسلما بالغًا حرًا. و كذا المجنون.

و هل يشترط فى وجوب (١) الحدّ الكامل الحرّيه؟ قيل: نعم، و قيل:

لا يشترط. فعلى الأوّل يثبت نصف الحدّ، و على الثانى يثبت الحدّ كاملاً، و هو ثمانون.

و الاقتصار على نفي التعزير، كما صنع فى القواعد (١).

و اعلم أن إلحاق قوله: «أنت ولد حرام» بالألفاظ التى لا تدلّ على القذف هو المشهور بين الأصحاب، صرح به الشيخان (٢) و الأكثر (٣).

و خالف فى ذلك ابن إدريس فقال: «إذا قال له: أنت ولد حرام، فهو كقوله:

أنت ولد زنا» (٤)، لعدم الفرق بينهما فى العرف و عادة الناس و ما يريدونه بذلك.

و أجيب: بمنع دلالة العرف على ذلك، بل كثيراً ما يطلق على كونه ردىء الفعّال خبيث النفس، و نحو ذلك. و لو فرض احتمالاه الأمرين فليس بصريح فى القذف، لقيام احتمال الدافع للحدّ.

قوله: «و هل يشترط فى وجوب إلخ».

أكثر الأصحاب -

ص: ٤٣٥

١-١) قواعد الأحكام ٢:٢٦٠.

٢-٢) المقنعه: ٧٩٥، النهاية: ٧٢٨.

٣-٣) المهذب ٢:٥٥٠، إرشاد الأذهان ٢:١٧٨.

٤-٤) السرائر ٣:٥٢٩.

و منهم الشيخ فى النهايه (١) و الخلاف (٢)، و المصنف فى النافع (٣) و إن توقّف هنا-على أنه لا- يشترط الحرّيه فى ثبوت الحدّ الكامل على القاذف، بل ادعى عليه جماعه (٤) الإجماع، لعموم قوله تعالى وَ الَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُحْصَنَاتِ (٥) الآيه. و «الَّذِينَ» جمع معرّف، فيفيد العموم. و لقول الصادق عليه السلام فى حسنه الحلبي: «إذا قذف العبد الحرّ جلد ثمانين، هذا من حقوق الناس» (٦). و فيها إشاره إلى التعليل بأن ما كان من حقوق الناس من الحدود لا ينتصف على المملوك. و غيرها من الروايات (٧).

و قال الشيخ فى المبسوط (٨) و ابن بابويه (٩): يجلد العبد أربعين، لقوله تعالى فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ (١٠). و روايه القاسم بن سليمان عن الصادق عليه السلام أنه: «سأله عن العبد يفتري على الحرّ كم يجلد؟ قال: أربعين، و قال: إذا أتى بفاحشه فعليه نصف العذاب» (١١).

ص: ٤٣٦

-
- ١- (١) النهايه: ٧٢٢-٧٢٣.
 ٢- (٢) الخلاف ٤٠٣: ٥ مسأله (٤٧).
 ٣- (٣) المختصر النافع: ٢٢٠.
 ٤- (٤) الخلاف ٤٠٤: ٥ ذيل مسأله (٤٧)، الغنيه: ٤٢٧.
 ٥- (٥) النور: ٤.
 ٦- (٦) الكافي ٢٣٤: ٧ ح ١، التهذيب ٧٢: ١٠ ح ٢٧٠، الاستبصار ٢٢٨: ٤ ح ٨٥٣، الوسائل ٤٣٥: ١٨ ب «٤» من أبواب حدّ القذف ح ٤.
 ٧- (٧) راجع الوسائل ٤٣٤: ١٨ ب «٤» من أبواب حدّ القذف.
 ٨- (٨) المبسوط ١٦: ٨.
 ٩- (٩) الهدايه: ٧٦.
 ١٠- (١٠) النساء: ٢٥.
 ١١- (١١) التهذيب ٧٣: ١٠ ح ٢٧٨، الاستبصار ٢٣٠: ٤ ح ٨٦٥، الوسائل ٤٣٧: ١٨ ب «٤» من أبواب حدّ القذف ح ١٥.

و لو ادّعى المقذوف الحرّيه (١)، و أنكر القاذف، فإن ثبت أحدهما عمل عليه، و إن جهل، ففيه تردّد، أظهره أنّ القول قول القاذف، لتطرق الاحتمال.

و أوجب بأن المراد بالفاحشه الزنا، على ما ذكره المفسّرون (١). و لأنها نكره مثبتة فلا- تعمّ. و الروايه معارضه بالإجماع أو بما هو أجدود سندا. و حملت على التقيّه.

و قد تعجّب الشهيد-رحمه الله-فى الشرح (٢) من المصنّف حيث نقل فى المسأله قولين و لم يريّح أحدهما مع ظهور المرجّح، فإن القول بالتنصيف نادر جدّا. ثمّ وقع فيما تعجّب منه فى اللمعه (٣)، فاقصر فيها على نقل القولين فى المسأله.

قوله: «و لو ادّعى المقذوف الحرّيه. إلخ».

إذا ادّعى المقذوف حرّيه قاذفه ليقيم عليه الحدّ كمالاً، و أنكر القاذف و ادّعى الرقيّه، بناء على القول بتنصيف الحدّ على المملوك، فإن ثبت أحد الأمرين من الحرّيه أو الرقيّه بالبينه أو غيرها فلا كلام.

و إن جهل الأمران ففى تقديم قول أيهما قولان للشيخ فى الخلاف (٤) و المبسوط (٥). ففى الأول اختار تقديم قول القاذف، عملاً بأصالة البراءه من ثبوت الزائد. و فى المبسوط نقل القولين، و علّل تقديم قول القاذف بما ذكر فى الخلاف،

ص: ٤٣٧

١-١ (١) النكت و العيون للماوردى ١:٤٧٣، مجمع البيان ٣:٦٤، الدرّ المنثور ٢:٤٨٩.

٢-٢ (٢) غايه المراد: ٣٤٥.

٣-٣ (٣) اللمعه الدمشقيّه: ١٦٨.

٤-٤ (٤) الخلاف ٥:٤٠٧، مسأله (٥٢).

٥-٥ (٥) المبسوط ٨:١٧.

الثالث فى المقذوف و يشترط فيه،(١)الإحصان.و هو هنا عبارته عن:البلوغ،و كمال العقل،و الحرّيه،و الإسلام،و العفّه.

فمن استكملها،وجب بقذفه الحدّ.و من فقدّها أو بعضها فلا حدّ، و فيه التعزير، كمن قذف:صبيّا،أو مملوكا،أو كافرا،أو متظاهرا بالزّنا، سواء كان القاذف مسلما أو كافرا،حرّا أو عبدا.

و تقديم قول المقذوف بأصالة الحرّيه.قال:و هما جميعا قويّان.

و الأقوى ما اختاره المصنف من تقديم قول القاذف،لتعارض الأصلين المقتضى لقيام الشبهه فى الزائد،فيسقط.

قوله:«المقذوف و يشترط فيه.إلخ».

إحصان المقذوف شرط فى وجوب الحدّ على قاذفه،قال تعالى وَ الَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُبْحَصِبَةَ (١)الآيه.و المراد به هنا الجمع لأمر أربعه:التكليف،و هو يعتمد البلوغ و العقل،و الحرّيه،و الإسلام،و العفّه عن الزنا.و المراد به الوطى الموجب للحدّ.و قد تقدّم (٢)إطلاق الإحصان على معان آخر غير هذا.فمن استكمل هذه الأوصاف و جب بقذفه الحدّ،و إلا فالتعزير فى غير الأخير.فلا يحدّ قاذف الصبى و المجنون و المملوك و الكافر،بل يعزّر للإيذاء.

و أما قذف غير العفيف فمقتضى العبارة إيجابه التعزير أيضا،و به صرّح فى

ص:٤٣٨

١-١ (١) النور:٤.

٢-٢ (٢) فى ص:٣٣٢.

القواعد (١) و التحرير (٢). و تنظر فيه شيخنا الشهيد (٣) - رحمه الله - من حيث دلالة الخبرين السابقين (٤) على سقوط حرمة. و لعلّ القذف بالزنا مستثنى، لفحشه و إطلاق النهى عنه.

و قد دلّ على نفي الحدّ بقذف الصبيّ و المجنون صحيحه الفضيل بن يسار قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا حدّ لمن لا حدّ له، يعنى: لو أن مجنوناً قذف رجلاً لم يكن عليه حدّ، و لو قذفه رجل لم يكن عليه الحدّ» (٥).

و رواه أبى مريم الأنصارى عن الباقر عليه السلام و قد سأله: «عن الغلام يقذف هل يجلد؟ قال: لا، و ذلك لو أن رجلاً قذف الغلام لم يجلد» (٦).

و على نفيه بقذف الكافر رواه إسماعيل بن الفضيل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الافتراء على أهل الذمّة و أهل الكتاب، هل يجلد المسلم الحدّ فى الافتراء عليهم؟ قال: لا و لكن يعزّر» (٧).

و على نفيه بقذف المملوك رواه عبيد بن زرارته قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لو أتيت برجل قد قذف عبداً مسلماً بالزنا، لا نعلم منه إلا

ص: ٤٣٩

-
- ١-١) قواعد الأحكام ٢:٢٦١.
 ٢-٢) تحرير الأحكام ٢:٢٣٨.
 ٣-٣) لم نعره عليه.
 ٤-٤) راجع ص: ٤٣٤.
 ٥-٥) الكافي ٧:٢٥٣ ح ٢، الفقيه ٤:٣٨ ح ١٢٥، التهذيب ١٠:٨٣ ح ٣٢٥، الوسائل ١٨:٣٣٢ ب «١٩» من أبواب مقدمات الحدود. و فى المصادر: لمن لا حدّ عليه.
 ٦-٦) الكافي ٧:٢٠٥ ح ٥، التهذيب ١٠:٦٨ ح ١٠٥١، الاستبصار ٤:٢٣٣ ح ٨٧٩، الوسائل ١٨:٤٣٩ ب «٥» من أبواب حدّ القذف ح ١.
 ٧-٧) الكافي ٧:٢٤٣ ح ١٨، التهذيب ١٠:٧٥ ح ٢٨٩، الوسائل ١٨:٤٥٠ ب «١٧» من أبواب حدّ القذف ح ٤.

و لو قال لمسلم: يا ابن الزانية، (١) أو أمك زانية، و كانت أمه كافره أو أمه، قال في النهاية (١): عليه الحدّ تاماً، لحرمة ولدها. و الأشبه التعزير.

خيراً، لضربته الحدّ حدّ الحرّ إلا سوطاً (٢). و هو دالّ على نفي الحدّ و إثبات التعزير.

و ليس على انتفائه بقذف غير العفيف دليل صريح. و الروايتان السابقتان (٣) غير صريحتين في ذلك، فينبغي حملهما على الاستخفاف به بغير القذف.

قوله: «و لو قال لمسلم: يا ابن الزانية. إلخ».

وجه وجوب التعزير خاصّه أن المنسوب إليه كافر فلا يجب بقذفه سوى التعزير، كما لو واجهه به. و لأصالة براءة الذمّه من الزائد. و حرمة الولد غير كافيه في تحصين الأم، لما تقدّم من أن [من] (٤) شرطه الإسلام، و هو منتف.

و الشيخ - رحمه الله - استند في قوله بثبوت الحدّ إلى روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام أنه: «سئل عن اليهوديّ و النصرانيّ تحت المسلم فيقذف ابنها، قال: يضرب القاذف، لأن المسلم قد حصّنها» (٥).

و فيها قصور في السند و الدلاله. أما الأول فلأن في طريقها بنان بن محمّد و حاله مجهول، و أبان و هو مشترك بين الثقه و غيره.

و أما الثاني فمن وجهين:

ص: ٤٤٠

١- (١) النهاية: ٧٢٥.

٢- (٢) الكافي ٧: ٢٠٨ ح ١٧، الفقيه ٤: ٣٧ ح ١١٩، التهذيب ١٠: ٧١ ح ٢٦٦، الوسائل ١٨: ٤٣٤ ب «٤» من أبواب حدّ القذف ح ٢.

٣- (٣) راجع ص: ٤٣٤.

٤- (٤) من «ث، د، م».

٥- (٥) الكافي ٧: ٢٠٩ ح ٢١، التهذيب ١٠: ٧٥ ح ٢٩٠، الوسائل ١٨: ٤٥٠ ب «١٧» من أبواب حدّ القذف ح ٦.

أحدهما: قوله: «فيقذف ابنها» فإنه أعمّ من كونه بنسبه الزنا إليها، وإن كان ظاهر قوله: «إن المسلم قد حصّنها» يشعر به. ولأن القذف بذلك ليس قذفا لابنها، بل لها، ومن ثمّ كان المطالب بالحدّ هو الأم.

و الثاني: من قوله: «يضرب القاذف» فإنه أعمّ من كونه حدّا أو تعزيرا، لاشتراكهما في مطلق الضرب، ونحن نقول بأنه يثبت بذلك التعزير.

هذا على الرواية التي رواها الشيخ في التهذيب. وأما الكليني فإنه رواها بطريق آخر، وليس فيه بنان. وذكر في متنها بدل قوله: «يضرب القاذف»: «و يضرب حدّا. إلخ». وعليه ينتفى الإيراد الأخير. ويؤيده التعليل بالتحصين.

و وافق الشيخ على ذلك جماعه (١)، وقبله ابن الجنيد (٢). وذكر أنه مروى (٣) عن الباقر عليه السلام. قال [١]: «و روى الطبرى أن الأمر لم يزل على ذلك إلى أن أشار عبد الله بن عمر على عمر بن عبد العزيز بأن لا يحدّ مسلم في كافر، فترك ذلك. والأقوى الأول».

ص: ٤٤١

١-١) المهذب ٥٤٨: ٢.

٢-٢) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٨٠.

٣-٣) لعلّ المراد روايه أبى بكر الحضرمى عن الباقر عليه السلام، انظر الفقيه ٤: ٣٥ ح ١٠٧، التهذيب ٨٧: ١٠ ح ٣٣٩، الوسائل ١٨: ٤٥١ ب «١٧» من أبواب حدّ القذف ح ٧.

و لو قذف الأب ولده، (١) لم يحّد و عزّر. و كذا لو قذف زوجته الميّته.

و لا وارث إلا ولده. نعم، لو كان لها ولد من غيره، كان لهم الحدّ تامًا.

و يحّد الولد لو قذف أباه، و الأم لو قذفت ولدها. و كذا الأقارب.

قوله: «و لو قذف الأب ولده. إلخ».

إذا قذف الأب ولده قذفا يوجب الحدّ لو كان من غيره لم يحّد لأجله، لأنه لا يثبت على الأب عقوبه لأجل ولده من قتل و لا حدّ. و للإمام أن يعزّره من حيث فعله المحرّم، لا لأجل حقّ ولده.

و يدلّ على جملة هذه الأحكام حسنه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قذف ابنه بالزنا؟ قال: لو قتله ما قتل به، و إن قذفه لم يجلد له.

قلت: فإن قذف أبوه أمه؟ قال: إن قذفها و انتفى من ولدها تلاعنا، و لم يلزم ذلك الولد الذي انتفى منه، و فرّق بينهما، و لم تحلّ له أبدا.

قال: و إن كان قال لابنه و أمه حيّيه: يا ابن الزانية، و لم ينتف من ولدها، جلد الحدّ لها، و لم يفرّق بينهما.

قال: و إن كان قال لابنه: يا ابن الزانية و أمه ميّته، و لم يكن لها من يأخذ بحقّها منه إلا ولدها منه، فإنه لا يقام عليه الحدّ، لأنّ حقّ الحدّ قد صار لولده منها. و إن كان لها ولد من غيره فهو وليّها يجلد له. و إن لم يكن لها ولد من غيره، و كان لها قرابه يقومون بأخذ الحدّ، جلد لهم» (١).

ص: ٤٤٢

١- (١) الكافي ٧: ٢١٢ ح ١٣، التهذيب ١٠: ٧٧ ح ٢٩٨، الوسائل ١٨: ٤٤٧ ب «١٤» من أبواب حدّ القذف.

الأولى: إذا قذف جماعة، واحدا بعد واحد، فلكل واحد حدّ

الأولى: إذا قذف جماعة، (١) واحدا بعد واحد، فلكل واحد حدّ. و لو قذفهم بلفظ واحد، و جاءوا به مجتمعين، فلكلّ حد واحد. و لو افترقوا فى المطالبة، فلكلّ واحد حدّ.

قوله: «إذا قذف جماعة. إلخ».

هذا التفصيل هو المشهور بين الأصحاب. و مستنده صحيحه جميل بن درّاج عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى رجل افترى على قوم جماعة، فقال: إن أتوا به مجتمعين ضرب حدّا واحدا، و إن أتوا به متفرّقين ضرب لكلّ واحد حدّا» (١).

و إنما حملناه على ما لو كان القذف بلفظ واحد مع أنه أعمّ، جمعا بينه و بين روايه الحسن العطار عنه عليه السلام: «فى رجل قذف قوما جميعا، قال: بكلمه واحده؟ قلت: نعم، قال: يضرب حدّا واحدا، و إن فرّق بينهم فى القذف ضرب لكلّ واحد منهم حدّا» (٢). بحمل الأولى على ما لو كان القذف بلفظ واحد، و الثانيه على ما لو جاءوا به مجتمعين.

و ابن الجنيد (٣) عكس الأمر، فجعل القذف بلفظ واحد موجبا لآحاد الحدّ

ص: ٤٤٣

١ - ١) الكافى ٧: ٢٠٩ ح ١، التهذيب ١٠: ٦٨ ح ٢٥٤، الاستبصار ٤: ٢٢٧ ح ٨٤٨، الوسائل ١٨: ٤٤٤ ب «١١» من أبواب حدّ القذف ح ١.

٢ - ٢) الكافى ٧: ٢٠٩ ح ٢، التهذيب ١٠: ٦٩ ح ٢٥٦، الاستبصار ٤: ٢٢٧ ح ٨٥١، الوسائل ١٨: ٤٤٤ الباب المتقدّم ح ٢.

٣ - ٣) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٧٨١.

و هل الحكم فى التعزير كذلك؟ (١) قال جماعه: نعم. و لا معنى للاختلاف هنا.

و كذا لو قال: يا ابن الزَّانين، فالحدّ لهما، و يحدّ حدًا واحدًا مع الاجتماع على المطالبة، و حدّين مع التعاقب.

مطلقًا، و بلفظ متعدّد موجبا للاتّحاد إن جاءوا به مجتمعين، و التعدّد إن جاءوا به متفرّقين. و نفى عنه فى المختلف (١) البأس، محتجًا بدلاله الخبر الأول عليه.

و هو أوضح طريقًا، لأن فى طريق الثانى أبان مطلقًا، و هو مشترك بين الثقة و غيره، و الحسن العطار [و هو] (٢) ممدوح خاصّه.

و إنما يتمّ دلالة الخبر الأول عليه إذا جعلنا «جماعه» صفة للقذف المدلول عليه بالفعل و هو «افترى»، و أريد بالجماعه القذف المتعدّد. و لو جعلناه صفة مؤكّده للقوم شمل القذف المتّحد و المتعدّد، فالعمل به يقتضى التفصيل فيهما، و لا يقولون به. و فى الباب أخبار (٣) آخر مختلفه غير معتبره الإسناد.

قوله: «و هل الحكم فى التعزير كذلك؟ إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن حكم التعزير حكم الحدّ فى التفصيل السابق، فيتعدّد على فاعله إذا تعدّد سببه بألفاظ متعدّده لجماعه، بأن قال لكلّ منهم: إنه فاسق مثلاً. و كذا مع اتّحاد اللفظ و مجيئهم به متفرّقين، و يتّحد مع مجيئهم به مجتمعين. و لا نصّ على حكم التعزير بخصوصه، لكن تداخل الحدّ يقتضى تداخل التعزير الأضعف بطريق أولى. و أما التعدّد فهو باق على حكم الأصل.

ص: ٤٤٤

١- (١) المختلف: ٧٨١.

٢- (٢) من الحجرّيتين.

٣- (٣) راجع الوسائل ٤٤٤: ١٨ ب «١١» من أبواب حدّ القذف.

الثانية: حدّ القذف موروث، (١) يرثه من يرث المال من الذكور والإناث، عدا الزوج و الزوجه.

و أنكر ذلك ابن إدريس (١)، و أوجب التعزير لكل واحد مطلقا، محتجا بتعدد السبب المقتضى لتعدد المسبب، و إلحاقه بالحدّ قياس لا نقول به. و نحن نقول بموجبه إلا أنه قياس مقبول.

و المصنف-رحمه الله-حقق هنا أنه لا معنى للاختلاف في التعزير، لأن المرجع في كميته إلى نظر الحاكم. و حينئذ فلا يفرق فيه بين المتحد و المتعدد، لأنه إذا رأى صلاحا في زيادته على المعزّر (٢) زاده بما يصلح أن يكون صالحا للتعدد على تقدير نقصانه عن ذلك، و بالعكس.

و يمكن أن يظهر للاختلاف معنى [يدلّ] (٣) على تقدير زياده عدد المقدوفين عن عدد أسواط الحدّ، فإنه مع الحكم بتعدد التعزير يجب ضربه أزيد من الحدّ ليخصّ كل واحد منهم سوطا فصاعدا، و على القول باتّحاده لا يجوز له بلوغ الحدّ بالتعزير مطلقا. و قد تظهر الفائده في صورته النقصان أيضا.

قوله: «حدّ القذف موروث. إلخ».

المراد بكون حدّ القذف موروثا لمن ذكر أن لأقارب المقدوف الذين يرثون ماله أن يطالبوا به. و كذا لكل واحد منهم مع عفو الباقيين. و ليس ذلك على حدّ إرث المال، فيرث كل واحد حصّيته منه، بل هو مجرد ولاية على استيفائه، فللواحد من الجماعة المطالبة بتمام الحدّ. و بهذا يجمع بين الحكم بكونه موروثا و ما ورد من الأخبار بكونه غير موروث، بمعنى أنه لا يورث على حدّ ما يورث

ص: ٤٤٥

١-١) السرائر ٥٣٥: ٣.

٢-٢) في «د، ط»: المقرّر.

٣-٣) من «خ، ط».

الثالثة: لو قال: ابنك زان أو لائط، أو بنتك زانية، فالحّد لهما لا للمواجه

الثالثة: لو قال: ابنك زان أو لائط، (١) أو بنتك زانية، فالحّد لهما لا- للمواجه. فإن سبقا بالاستيفاء أو العفو فلا بحث. وإن سبق الأب، قال في النهاية: له المطالبة والعفو.

و فيه إشكال، لأنّ المستحقّ موجود، و له ولاية المطالبة، فلا يتسلّط الأب، كما في غيره من الحقوق.

المال، وإلا لورثه الزوجان، و لم يكن للواحد المطالبة بأزيد من حصّته منه.

و في روايه عمّار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سمعتّه يقول: إن الحّد لا يورث كما يورث الديه و المال و العقار، و لكن من قام به من الورثه و طلبه فهو وليّه، و من تركه فلم يطلبه فلا حقّ له، و ذلك مثل رجل قذف رجلا و للمقذوف أخوان، فإن عفا عنه أحدهما كان للآخر أن يطالبه بحقّه، لأنها أمّهما جميعا، و العفو إليهما جميعا» (١).

قوله: «لو قال: ابنك زان أو لائط. إلخ».

قد تقدّم (٢) أن قوله: «ابنك كذا» و نحوه قذف للمنسوب إليه لا- للمواجه، لأنه لم ينسب إليه فعلا- قبيحا. و لازم ذلك أن حقّ المطالبة و العفو فيه للمقذوف لا للمواجه، كما في غيره من الحقوق. و إلى هذا ذهب الأكثر.

و قال الشيخ في النهاية (٣): إن للأب العفو و الاستيفاء. و احتجّ له في المختلف (٤) بأن العار لاحق به، فله المطالبة بالحّد و العفو. و الكبرى ممنوعه.

ص: ٤٤٦

١-١ (١) الكافي ٧: ٢٥٥ ح ١، التهذيب ١٠: ٨٣ ح ٣٢٧، الاستبصار ٤: ٢٣٥ ح ٨٨٣، الوسائل ١٨: ٣٣٤ ب «٢٣» من أبواب مقدّمات الحدود ح ١.

٢-٢ (٢) تقدّم البحث في نظائره في ص: ٤٢٥-٤٢٦.

٣-٣ (٣) النهاية: ٧٢٤.

٤-٤ (٤) المختلف: ٧٨٠.

الرابعة: إذا ورث الحدّ جماعه، لم يسقط بعضه بعفو البعض

الرابعة: إذا ورث الحدّ جماعه، (١) لم يسقط بعضه بعفو البعض، و للباقيين المطالبه بالحدّ تامًا و لو بقى واحد.

أمّا لو عفا الجماعه، أو كان المستحقّ واحدا فعفا، فقد سقط الحدّ.

و لمستحقّ الحدّ أن يعفو قبل ثبوت حقه و بعده. و ليس للحاكم الاعتراض عليه. و لا يقام إلا بعد مطالبه المستحقّ.

قوله: «إذا ورث الحدّ جماعه. إلخ».

قد تقدّم (١) أن إرث الحدّ ليس على حدّ ميراث غيره، وإنما هو مجرد ولا-يه، فلا يسقط جميعه و لا بعضه بعفو بعض الورثه، و إنما يسقط بعفو الجميع، لأنه حقّ آدميّ فيقبل العفو كغيره من حقوقه. و لا فرق في ذلك بين الزوجه و غيرها، و لا بين وقوع العفو بعد المرافعه إلى الحاكم و قبله.

و للشيخ (٢) -رحمه الله- قول بأن المقدوفه لو رافعته إلى الحاكم لم يكن لها بعد ذلك العفو، لصحيحه محمد بن مسلم قال: «سألته عن الرجل يقذف امرأته، قال: يجلد، قلت: أرأيت إن عفت عنه، قال: لا و لا كرامه» (٣). و حملها الشيخ (٤) على أن عفوها وقع بعد رفعه إلى الحاكم و علمه، جمعا بينها و بين ما دلّ على جواز العفو.

و الصدوق في المقنع (٥) استثنى من ذلك الزوجه، فليس لها العفو مطلقا،

ص: ٤٤٧

١-١ (١) في ص: ٤٤٥.

٢-٢ (٢) التهذيب ١٠: ٨٠ ذيل ح ٣١٢، الاستبصار ٤: ٢٣٢ ذيل ح ٨٧٤.

٣-٣ (٣) الفقيه ٤: ٣٤ ح ١٠٢، التهذيب ١٠: ٨٠ ح ٣١٢، الاستبصار ٤: ٢٣٢ ح ٨٧٤، الوسائل ١٨: ٤٥٥ ب (٢٠) من أبواب حدّ القذف ح ٤.

٤-٤ (٤) التهذيب ١٠: ٨٠ ذيل ح ٣١٢، الاستبصار ٤: ٢٣٢ ذيل ح ٨٧٤.

٥-٥ (٥) المقنع: ٤٤٢.

الخامسة: إذا تكرر الحد، بتكرر القذف مرتين، قتل في الثالثه

الخامسة: إذا تكرر الحد، (١) بتكرر القذف مرتين، قتل في الثالثه.

وقيل: في الرابعه. و هو أولى.

و لو قذف فحدًا، (٢) فقال: الذي قلت كان صحيحًا، ووجب بالثاني التعزير، لأنه ليس بصريح. و القذف المتكرر يوجب حدًا واحدًا لا أكثر.

السادسه: لا يسقط الحد عن القاذف، (٣) إلا بالبينه المصدقه

السادسه: لا يسقط الحد عن القاذف، (٣) إلا - بالبينه المصدقه، أو عملاً بهذه الروايه، مع أنها موقوفه كما رأيت، فلا تصلح مستنداً للقولين، خصوصاً لقول الشيخ، فإنه تخصيص بغير دليل. و الأصح جواز العفو مطلقاً.

قوله: «إذا تكرر الحد. إلخ».

قد عرفت أن القذف من الكبائر، و الروايه (١) الصحيحه أن أصحاب الكبائر يقتلون في الثالثه. و قيل: في الرابعه. و هو أحوط في مراعاة حقّ الدماء. و قد تقدّم (٢) البحث في ذلك مراراً.

قوله: «و لو قذف فحدًا. إلخ».

يدلّ على جميع هذه الأحكام صحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: «في الرجل يقذف الرجل فيردّ عليه القذف، قال: إن قال له: إن الذي قلت لك حقّ لم يجلد، و إن قذفه بالزنا بعد ما جلد فعليه الحد، و إن قذفه قبل أن يجلد بعشر قذفات، لم يكن عليه إلا حدّ واحد» (٣).

قوله: «لا يسقط الحد عن القاذف. إلخ».

قد عرفت أن من شرط ثبوت الحدّ على القاذف إحصان المقذوف الذي من

ص: ٤٤٨

١ - ١) الكافي ٧: ١٩١ ح ٢، الفقيه ٤: ٥١ ح ١٨٢، التهذيب ١٠: ٩٥ ح ٣٦٩، الاستبصار ٤: ٢١٢ ح ٧٩١، الوسائل ١٨: ٣١٣ ب «٥» من

أبواب مقدّمات الحدود ح ١.

٢ - ٢) في ص: ٣٧١ و ٤١٠ و ٤١٥.

٣ - ٣) الكافي ٧: ٢٠٨ ح ١٥، التهذيب ١٠: ٦٦ ح ٢٤٤، الوسائل ١٨: ٤٤٣ ب «١٠» من أبواب حدّ القذف.

تصديق مستحق الحد، أو العفو. و لو قذف زوجته، سقط الحد بذلك و بالعان.

السابعه: الحد ثمانون جلده، حرًا كان أو عبدا

السابعه: الحد ثمانون جلده، (١) حرًا كان أو عبدا. و يجلد بثيابه، (٢) و لا - جملته العفء، فمن (١) قذف من ظاهره العفء حكم عليه بالحد، لوجود المقتضى.

و إنما يسقط ما حكم به ظاهرا بثبوت كون المقذوف غير عفيف عن زنا يوجب الحد، كما أشرنا إليه سابقا، و ذلك لا يحصل إلا بالبينه المصدقه للقاذف فى فعل ما قذفه به، أو بتصديق المقذوف على ذلك، فيظهر بأحدهما عدم وجوب الحد عليه فى نفس الأمر، و أنه إنما ثبت ظاهرا. و على تقدير انتفاء الأمرين يثبت الحد فى ذمته، و يسقط عنه بعفو المقذوف عنه، لما مرّ.

و هذه الأمور الثلاثة يشترك فيها جميع أفراد المقذوفين. و تزيد الزوجه أمرا رابعا، و هو أن قذف الزوج لها يسقطه أيضا لعانه لها، كما تقرّر (٢) فى بابها.

قوله: «الحد ثمانون جلده. إلخ».

هذا فى الحرّ موضع وفاق. و قد علم ذلك من قوله تعالى وَ الَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُوْحَصِّصَاتِ إِلَى قَوْلِهِ فَاجْلِدُوهُنَّ ثَمَانِينَ جُلْدَةً (٣). و لا فرق بين قذف الذكر و الأنثى.

و أما إلحاق العبد به فى ذلك فمستنده عموم الآيه و صريح الروايه (٤). و قد تقدّم (٥) البحث فى ذلك.

قوله: «و يجلد بثيابه. إلخ».

يدلّ على ذلك مؤثقه إسحاق بن عمّار عن أبى الحسن عليه السلام قال:

ص: ٤٤٩

١- ١) فى «ا، ت، ط، م»: فمتى.

٢- ٢) راجع ج ١٠: ٢٤١.

٣- ٣) النور: ٤.

٤- ٤) راجع الوسائل ١٨: ٤٣٤ ب «٤» من أبواب حدّ القذف.

٥- ٥) فى ص: ٤٣٥-٤٣٦.

يجزّد. و يقتصر على الضرب المتوسط، ولا يبلغ به الضرب في الزنا.

و يشهّر القاذف لتجنب شهادته.

و يثبت القذف بشهادة عدلين، أو الإقرار مرّتين. و يشترط في المقرّ: التكليف، و الحرّيه، و الاختيار.

الثامنه: إذا تقاذف اثنان

الثامنه: إذا تقاذف اثنان (١)، سقط الحدّ و عزّرا.

«المفتري يضرب بين الضريين، يضرب جسده كلّه فوق ثيابه» (١).

و في روايه أخرى عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «أمر رسول الله صلّى الله عليه و آله أن لا يتزع شىء من ثياب القاذف إلا الرداء» (٢).

و في روايه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: الزانى أشدّ ضربا من شارب الخمر، و شارب الخمر أشدّ ضربا من القاذف، و القاذف أشدّ ضربا من التعزير» (٣).

قوله: «إذا تقاذف اثنان. إلخ».

يدلّ على ذلك صحيحه أبي ولاد قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجلين قذف كلّ واحد منهما صاحبه بالزنا فى بدنه، قال: فدرأ عنهما الحدّ و عزّرها» (٤).

ص: ٤٥٠

١- ١) الكافي ٧: ٢١٣ ح ٤، التهذيب ١٠: ٧٠ ح ٢٦٤، الوسائل ١٨: ٤٤٨ ب «١٥» من أبواب حدّ القذف ح ٣.

٢- ٢) الكافي ٧: ٢١٣ ح ٢، التهذيب ١٠: ٧٠ ح ٢٦٥، الوسائل ١٨: ٤٤٨ الباب المتقدّم ح ٤.

٣- ٣) الكافي ٧: ٢١٤ ح ٥، الوسائل ١٨: ٤٤٩ الباب المتقدّم ح ٥.

٤- ٤) الكافي ٧: ٢٤٢ ح ١٤، الفقيه ٤: ٣٩ ح ١٢٨، التهذيب ١٠: ٧٩ ح ٣٠٧، الوسائل ١٨: ٤٥١ ب «١٨» من أبواب حدّ القذف ح ٢.

التاسعة: قيل: لا يعزّر الكفار (١) مع التناز بالألقاب، والتعير بالأمراض، إلا أن يخشى حدوث فتنه، فيحسمها الإمام بما يراه.

و مثلها صحيحه عبد الله بن سنان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين افتري كل واحد منهما على صاحبه، فقال: يدرأ عنهما الحدّ و يعزّران» (١).

قوله: «قيل: لا يعزّر الكفار. إلخ».

التناز بالألقاب التداعي بها إذا كانت مشتمله على ذمّ. والقول بعدم تعزيرهم على ذلك، مع أن المسلم يستحقّ التعزير به، هو المشهور بين الأصحاب، بل لم يذكر كثير (٢) منهم فيه خلافاً. و كأنّ وجهه: تكافؤ السبّ و الهجاء من الجانبين، كما يسقط الحدّ عن المسلمين بالتقاذف لذلك. و لجواز الإعراض عنهم في الحدود و الأحكام، فهنا أولى. نعم، لو خشى وقوع فتنه بينهم بسبب ذلك فله حسمها بما يراه من ضربهم أو بعضهم، دفعا للفتنة و لفعلهم المحرّم.

و نسب الحكم هنا إلى القيل مؤذنا بعدم قبوله. و وجهه: أن ذلك فعل محرّم يستحقّ فاعله التعزير، و الأصل عدم سقوطه بمقاله الآخر بمثله، بل يجب على كلّ منهما ما اقتضاه فعله، فسقوطه يحتاج إلى دليل، كما يسقط الحدّ عن المتقاذفين بالنصّ.

ص: ٤٥١

١-١ (١) الكافي ٧:٢٤٠ ح ٢، التهذيب ١٠:٨١ ح ٣١٦، الوسائل ١٨:٤٥١ الباب المتقدّم ح ١.

٢-٢ (٢) المقنعه: ٧٩٨، السرائر ٣:٥٣٠-٥٣١، اللمعه الدمشقيه: ١٦٩.

الأولى: من سب النبي عليه السلام جاز لسامعه قتله

الأولى: من سب النبي (١) عليه السلام جاز لسامعه قتله، ما لم يخف الضرر على نفسه أو ماله، أو غيره من أهل الإيمان.

و كذا من سب أحد الأئمة عليهم السلام.

قوله: «من سب النبي. إلخ».

هذا الحكم موضع وفاق، و به نصوص، منها روايه علي بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام، عن أبيه في حديث طويل من جملته: «أخبرني أبي أن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: الناس في أسوه سواء، من سمع أحدا يذكرني فالواجب عليه أن يقتل من شتمني، و لا يرفع إلى السلطان، و الواجب على السلطان إذا رفع إليه أن يقتل من نال مني» (١).

و سئل عليه السلام عن سمع يشتم عليا و يبرأ منه، فقال: «هو و الله حلال الدم، و ما ألف رجل منهم برجل منكم، دعه» (٢). و هو إشارة إلى خوف الضرر بقتله على بعض المؤمنين.

و عن هشام بن سالم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل سبناه لعلي عليه السلام؟ فقال لي: حلال الدم و الله، لو لا أن تعم به بريئا» (٣).

ص: ٤٥٢

١- ١) الكافي ٧: ٢٦٦ ح ٣٢، التهذيب ١٠: ٨٤ ح ٣٣١، الوسائل ١٨: ٤٥٩ ب «٢٥» من أبواب حد القذف ح ٢.

٢- ٢) الكافي ٧: ٢٦٩ ح ٤٣، التهذيب ١٠: ٨٤ ح ٣٣٥، الوسائل ١٨: ٤٦٢ ب «٢٧» من أبواب حد القذف ح ٢. و المسؤول عنه هو الصادق عليه السلام.

٣- ٣) الكافي ٧: ٢٦٩ ح ٤٤، علل الشرائع: ٦٠١ ح ٥٩، التهذيب ١٠: ٨٦ ح ٣٣٦، الوسائل ١٨: ٤٦١ ب «٢٧» من أبواب حد القذف ح ١.

الثانية: من ادعى النبوه، وجب قتله

الثانية: من ادعى النبوه، (١) وجب قتله. وكذا من قال: لا- أدري محمد بن عبد الله عليه السلام صادق أو لا- وكان علي ظاهر الإسلام.

و في إلحاق باقي الأنبياء عليهم السلام بذلك قوه، لأن كمالهم و تعظيمهم علم من دين الإسلام ضروره، فسبهم ارتداد [ظاهر] (١).
و ألحق في التحرير (٢) بالنبى صلى الله عليه و آله أمه و بنته من غير تخصيص بفاطمه عليها السلام، مراعاة لقدره صلى الله عليه و آله.

و لا- فرق في الساب بين المسلم و الكافر و الذمى، لعموم النص. و قد روى عن علي عليه السلام: «أن يهوديه كانت تشتم النبى صلى الله عليه و آله و تقع فيه، فخنقها رجل حتى ماتت، فأبطل رسول الله صلى الله عليه و آله دمها» (٣).
قوله: «من ادعى النبوه. إلخ».

أما وجوب قتل مدعى النبوه فللعلم بانتفاء دعواه من دين الإسلام ضروره، فيكون ذلك ارتدادا من المسلم، و خروجا من الملل التى يقر [عليها] (٤) أهلها من الكافر، فيقتل لذلك.

و أما الشك في صدق النبى صلى الله عليه و آله، فإن وقع من المسلم فهو ارتداد.

و احترز بكونه على ظاهر الإسلام عمّا لو وقع ذلك من الكافر الذمى، كاليهودى و النصرانى، فإنه لا يقتل به، إقرارا لهم على معتقدهم. و كذا يخرج به غير الذمى من الكفار، و إن كان قتله جائزا بأمر آخر.

ص: ٤٥٣

١- ١) من الحجرتين.

٢- ٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٣٩.

٣- ٣) سنن أبى داود ٤: ١٢٩ ح ٤٣٦٢.

٤- ٤) من «خ».

الثالثة: من عمل بالسحر، يقتل إن كان مسلماً

الثالثة: من عمل بالسحر، (١) يقتل إن كان مسلماً، و يؤدّب إن كان كافراً.

الرابعة: يكره أن يزاد في تأديب الصبي على عشرة أسواط

الرابعة: يكره أن يزاد (٢) في تأديب الصبي على عشرة أسواط. وكذا المملوك.

قوله: «من عمل بالسحر، إلخ».

مستند الفرق ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله أنه قال: «ساحر المسلمين يقتل، و ساحر الكفار لا يقتل، قيل: يا رسول الله و لم لا يقتل ساحر الكفار؟ فقال: لأن الكفر أعظم من السحر، و لأن السحر و الكفر مقرونان» (١).

و روى إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: «أن علياً عليه السلام كان يقول: من تعلم من السحر شيئاً كان آخر عهده بربه، و حدّه القتل إلا أن يتوب» (٢). و قد تقدّم (٣) في كتاب البيع تحقيق معنى السحر و ما يحرم منه.

قوله: «يكره أن يزاد، إلخ».

هذا النهى على وجه الكراهة، لأن المرجع في تقدير التأديب و التعزير إلى نظر الحاكم. و لا فرق بين كون سببه القذف و غيره من الأسباب المقتضية له.

و في روايه حمّاد بن عثمان قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام في أدب الصبي و المملوك، قال: خمسة أو ستة فارق» (٤). و بمضمونها عبّر (٥) الشيخ في

ص: ٤٥٤

١-١ (١) الكافي ٧: ٢٦٠ ح ١، الفقيه ٣: ٣٧١ ح ١٧٥٢، التهذيب ١٠: ١٤٧ ح ٥٨٣، الوسائل ١٨: ٥٧٦ ب «١» من أبواب بقیة الحدود ح ١.

٢-٢ (٢) التهذيب ١٠: ١٤٧ ح ٥٨٦، الوسائل ١٨: ٥٧٧ ب «٣» من أبواب بقیة الحدود ح ٢.

٣-٣ (٣) في ج ١٢٨: ٣.

٤-٤ (٤) الكافي ٧: ٢٦٨ ح ٣٥، التهذيب ١٠: ١٤٩ ح ٥٩٧، الوسائل ١٨: ٥٨١ ب «٨» من أبواب بقیة الحدود ح ١.

٥-٥ (٥) في «د»: عمل.

وقيل: إن ضرب عبده (١) في غير حدّ حدًا، لزمه إعتاقه. و هو على الاستحباب.

النهايه (١)، و لم يذكر بلوغ العشره.

و عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أن صبيان الكتاب ألقوا ألواحهم بين يديه ليخبر بينهم، فقال: إنها حكومه، و الجور فيها كالجور في الحكم، أبلغوا معلّمكم إن ضربكم فوق ثلاث ضربات في الأدب اقتصّ منه» (٢).

قوله: «وقيل: إن ضرب عبده. إلخ».

القول للشيخ (٣) رحمه الله. و ظاهره أنه على وجه الوجوب، لأنه قال:

«و من ضرب عبده فوق الحدّ كانت كفّارته أن يعتقه».

و المستند صحيحه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من ضرب مملوكا حدًا من الحدود، من غير حدّ أوجه المملوك على نفسه، لم يكن لضاربه كفّاره إلّا عتقه» (٤).

و المصنف - رحمه الله - حمل ذلك على الاستحباب، و مقتضاه حمل القول. و ينبغي أن يكون الحمل للروايه. و الأقوى الاستحباب.

و القول الذي ذكره المصنف موافق للروايه في كون الضرب حدًا في غير موجب الحدّ. و أما الشيخ ففرض المسأله فيما لو ضربه فوق الحدّ. و مقتضاه زياده عليه في الحدّ الذي استوجه شرعا، و هذا لا دليل عليه من النصّ.

ص: ٤٥٥

١ - ١) النهايه: ٧٣٢.

٢ - ٢) الكافي ٧: ٢٦٨ ح ٣٨، التهذيب ١٠: ١٤٩ ح ٥٩٩، الوسائل ١٨: ٥٨٢ الباب المتقدّم ح ٢.

٣ - ٣) النهايه: ٥٧٣.

٤ - ٤) الكافي ٧: ٢٦٣ ح ١٧، التهذيب ١٠: ٢٧ ح ٨٥، الوسائل ١٨: ٣٣٧ ب «٢٧» من أبواب مقدّمات الحدود ح ١.

الخامسة: كل ما فيه التعزير من حقوق الله سبحانه، يثبت بشاهدين أو الإقرار مرتين على قول

الخامسة: كل ما فيه التعزير (١) من حقوق الله سبحانه، يثبت بشاهدين أو الإقرار مرتين على قول.

و من قذف أمته (٢) أو عبده، عزّر كالأجنبي.

قوله: «كل ما فيه التعزير. إلخ».

أما ثبوته بشاهدين فلا إشكال فيه، لأن ذلك حقّ ليس بمال، فلا يثبت بدونهما، ولا زنا، فلا يتوقف على الزائد، فيدخل في عموم (١) ما دلّ على اعتبار الشاهدين.

و أما توقّفه على الإقرار مرتين فهو المشهور، و لم يذكر العلامة (٢) فيه خلافاً. و نسبه المصنف - رحمه الله - الحكم إلى قول يؤذن برده. و وجهه: عموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٣) الصادق بالمرّه، مع عدم وجود المخصّص هنا، فيثبت بالإقرار مرّه.

قوله: «و من قذف أمته. إلخ».

لعموم أدلّه القذف الشامله للمولى و غيره. و قد روى عن الصادق عليه السلام: «أن امرأه جاءت إلى النبي صلى الله عليه و آله فقالت: يا رسول الله إننى قلت لأمتى: يا زانية، فقال: هل رأيت عليها زنا؟ فقالت: لا، فقال: إنها تستقاد منك يوم القيامة، فرجعت إلى أمتها فأعطتها سوطاً ثمّ قالت: اجلدينى، فأبت الأمه، فأعتقتها، ثمّ أتت النبي صلى الله عليه و آله فأخبرته، فقال: عسى أن

ص: ٤٥٦

١- ١) انظر الوسائل ١٧٣: ١٨ ب (٥) من أبواب كيفيّة الحكم و أحكام الدعوى.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٢، تحرير الأحكام ٢: ٢٣٧.

٣- ٣) راجع الوسائل ١١١: ١٦ ب (٢) من كتاب الإقرار ح ٢، المستدرک ٣١: ١٦ ب (٢) من كتاب الإقرار ح ١، عوالى اللئالى ٣: ٤٤٢ ح ٥.

٥. و راجع أيضا المختلف: ٤٤٣، التذکره ٧٩: ٢، إيضاح الفوائد ٤٢٨: ٢، جامع المقاصد ٢٣٣: ٥، فهناك بحث فى كون هذه الجملة روايه.

السادسه: كل من فعل محرّما، أو ترك واجبا فلالإمام عليه السلام تعزيره

السادسه: كل من فعل محرّما، (١) أو ترك واجبا فلالإمام عليه السلام تعزيره بما لا يبلغ الحدّ. وتقديره إلى الإمام. ولا يبلغ به حدّ الحرّ في الحرّ، ولا حدّ العبد في العبد.

يكون به» (١).

قوله: «كل من فعل محرّما. إلخ».

هذا هو الضابط الكلّي في موجب التعزير. ويدخل فيه كلّ ما لم يوجب الحدّ فيما (٢) سبق من أنواع القذف والسبّ وغيرهما، حتى قذف الوالد ولده، والاستمتاع بغير الجماع من الأجنبيّه، والنظره المحرّمه، وغير ذلك.

و كون تقديره إلى الامام مطلقا مبنيّ على الغالب، وإلا فقد عرفت أن منه ما هو مقدّر، و كون غايته أن لا يبلغ به الحدّ.

و الأجود أن المراد به الحدّ لصنف (٣) تلك المعصيه بحسب حال فاعلها، فإن كان الموجب كلاما دون القذف لم يبلغ تعزيره حدّ القذف، وإن كان فعلا دون الزنا لم يبلغ حدّ الزنا. وإلى ذلك أشار الشيخ (٤) -رحمه الله- والعلامه في المختلف (٥).

ص: ٤٥٧

١-١) التهذيب ٨٠: ١٠ ح ٣١١، الوسائل ١٨: ٤٣١ ب «١» من أبواب حدّ القذف ح ٤.

٢-٢) في هامش إحدى الحجرّيتين: ممّا.

٣-٣) في «ت، خ، م» والحجرّيتين: لضعف.

٤-٤) المبسوط ٦٩: ٨-٧٠.

٥-٥) المختلف: ٧٨٣.

الباب الرابع فى حدّ المسكر و الفقّاع و مباحثه ثلاثه:

الأول فى الموجب

الأول فى الموجب و هو: تناول المسكر، (١) أو الفقّاع، اختياراً، مع العلم بالتحريم، إذا كان المتناول كاملاً. فهذه قيود أربعه.

شرطنا التناول، ليعمّ الشرب و الاضطباغ، و أخذه ممزوجاً بالأغذيه و الأدوية.

و نعى بالمسكر: ما [هو] من شأنه أن يسكر، فإنّ الحكم يتعلّق بتناول القطره منه.

و يستوى فى ذلك الخمر و جميع المسكرات، التمرية و الزبيية و العسلية، و المزر المعمول من الشعير أو الحنطه أو الذره. و كذا لو عمل من شيئين أو ما زاد.

قوله: «فى الموجب و هو تناول المسكر. إلخ».

أراد بالتناول إدخاله إلى البطن بالأكل أو الشرب خالصاً و ممتزجاً بغيره، سواء بقى مع مزجه متميزاً أم لا- و يخرج من ذلك استعماله بالاحتقان و السعوط حيث لا يدخل الحلق، لأنه لا يعدّ تناولاً، فلا يحدّ به و إن حرم. مع احتمال حدّه على تقدير إفساده الصوم.

و على هذا فيحدّ الشارب من كوز ماء وقعت فيه قطره من خمر، و إن بقى الماء على صفته. و كذا تناول الترياق المشتمل عليه، مع عدم الاضطرار إليه.

و يتعلّق الحكم بالعصير (١) إذا غلى [و اشتدّ]، و إن لم يقذف الزّبد، إلّا- أن يذهب بالغليان ثلثاه، أو ينقلب خلاً، و بما عداه إذا حصلت فيه الشدّه المسكره.

أمّا التمر إذا غلى، (٢) و لم يبلغ حدّ الإسكار، ففي تحريمه تردّد، و الأشبه بقاؤه على التحليل حتى يبلغ.

و كذا البحث في الزبيب، إذا نقع بالماء فغلى من نفسه أو بالنار، فالأشبه أنه لا يحرم ما لم يبلغ الشدّه المسكره.

و معه على الخلاف السابق في باب الأطعمه (١).

قوله: «و يتعلّق الحكم بالعصير. إلخ».

مذهب الأصحاب أن العصير العنبي إذا غلى بأن صار أسفله أعلاه يحرم، و يصير بمنزله الخمر في الأحكام. و يستمرّ حكمه كذلك إلى أن يذهب ثلثاه، أو ينقلب إلى حقيقه أخرى، بأن يصير خلاً أو دبسا على قول و إن بعد الفرض، لأن صيرورته دبسا لا يحصل غالبا إلا بعد ذهاب أزيد من ثلثيه.

و تبّه بقوله: «و إن لم يقذف بالزبد» على خلاف بعض (٢) العامّه حيث وافقنا على تحريمه، بل صرّح بنجاسته، لكن شرط فيه قذفه بالزبد.

و لو طبخ العنب نفسه ففي إلحاقه بعصيره وجهان، من عدم صدق اسم العصير عليه، و من كونه في معناه.

قوله: «أمّا التمر إذا غلى. إلخ».

وجه التردّد في عصير التمر أو هو نفسه إذا غلى: من دعوى إطلاق اسم

ص: ٤٥٩

١-١) راجع ج ١٢٧: ١٢-١٣٠.

٢-٢) الحاوي الكبير ١٣: ٣٧٦، المغنى لابن قدامه ١٠: ٣٣٦، حليه العلماء ٨: ٩٣، شرح فتح القدير ٩: ٢٢، روضه الطالبين ٧: ٣٧٤-٣٧٥، رحمه الأئمّه: ٢٩٩.

و الفقاع كالنبيد المسكر(١) فى التحريم، و إن لم يكن مسكرا، و فى وجوب الامتناع من التداوى به و الاصطباغ.

النبيد عليه حينئذ، و مشابهته لعصير العنب، و من أصله الإباحه، و منع إطلاق اسم النبيد المحرم عليه [حينئذ] (١) حقيقه، و منع مساواته لعصير العنب (٢) فى الحكم، لخروج ذلك بنص خاص، فيبقى غيره على أصل الإباحه. و هذا هو الأصح.

و أمّا نقيع الزبيب أو هو إذا غلى و لم يذهب ثلثاه، فقليل بتحريمه كعصير العنب، لاشتراكهما فى أصل الحقيقه، و لفحوى روايه على بن جعفر (٣) عن أخيه موسى عليه السلام.

و الأصح حلّه، للأصل، و استصحاب الحلّ، و خروجه عن اسم العنب الذى عصيره متعلق التحريم، و لذهاب ثلثيه بالشمس. و دلالة الروايه على التحريم ممنوعه. و قد تقدّم (٤) البحث فى ذلك فى الأطعمه.

قوله: «و الفقاع كالنبيد المسكر. إلخ».

هذا مذهب الأصحاب (٥) و رواياتهم به كثيره، و منها: «أنه خمر مجهول» (٦) و: «خمر استصغره الناس» (٧). و فى صحيحه ابن بزيع عن أبى الحسن

ص: ٤٦٠

١- ١) من الحجرتين.

٢- ٢) فى الحجرتين: العنب لاشتراكهما فى الحكم.

٣- ٣) الكافى ٤: ٤٢١ ح ١٠، التهذيب ٩: ١٢١ ح ٥٢٢، الوسائل ١٧: ٢٣٦ ب «٨» من أبواب الأشربه المحرمه ح ٢.

٤- ٤) فى ج ٧٦: ١٢.

٥ - ٥) المقنع: ٨٠٠، النهايه: ٧١٣، الكافى فى الفقه: ٤١٣، المراسم: ٢٥٧، الوسيله: ٤١٧، إصباح الشيعه: ٥٢٢، غنيه النزوع: ٤٢٩، قواعد الأحكام ٢: ٢٦٢، اللمعه دمشقيه: ١٦٩.

٦- ٦) الكافى ٦: ٤٢٢ ح ١، التهذيب ٩: ١٢٤ ح ٥٣٩، الاستبصار ٤: ٩٥ ح ٣٦٨، الوسائل ١٧: ٢٩٢ ب «٢٨» من أبواب الأشربه المحرمه ح ٢.

٧- ٧) الكافى ٦: ٤٢٣ ح ٩، التهذيب ٩: ١٢٥ ح ٥٤٠، الاستبصار ٤: ٩٥ ح ٣٦٩، الوسائل ١٧: ٢٩٢ الباب المتقدم ح ١.

و اشترطنا الاختيار (١) تفضيا من المكروه، فإنه لا حدّ عليه. و لا يتعلّق الحكم بالشارب [المتناول]، ما لم يكن بالغاً عاقلاً.

و كما يسقط الحدّ (٢) عن المكروه، يسقط عمّن جهل التحريم، أو جهل المشروب.

عليه السلام قال: «سألته عن الفقاع، قال: خمر، وفيه حدّ شارب الخمر» (١). و قد تقدّم الكلام فيه و في حقيقته في باب الأُطعمه (٢) و ما قبلها.

قوله: «و اشترطنا الاختيار. إلخ».

لا فرق في جوازه مع الإكراه بين من وجر في فمه قهراً، و من ضرب أو خوّف بما لا يحتمله عادة حتى شرب.

و يفهم من إخراج المكروه منه خاصّه أن المضطرّ لا يخرج منه. و الأصحّ خروج ما أوجب حفظ النفس من التلف، كإساغه اللقمة، بل يجب ذلك، لوجوب حفظ النفس، و إن حرم التداوى به لذهاب المرض أو حفظ الصّحة.

قوله: «و كما يسقط الحدّ. إلخ».

يتصوّر قبول دعوى جهل التحريم من قريب العهد بالإسلام، و ممّن نشأ في بلاد بعيدة عن معالمه، بحيث يمكن في حقّه ذلك.

و لو قال: علمت التحريم و لم أعلم أن فيه حدّاً، لم يعذر (٣)، و أقيم عليه الحدّ، لأنه إذا علم التحريم فحقّه أن يمتنع. و كذا يعذر جاهل عينه، بأن ظنّه ماء أو شراباً محلّلاً.

ص: ٤٤١

١- ١) التهذيب ٩٨: ١٠ ح ٣٧٩، الوسائل ١٨: ٤٧٩ ب «١٣» من أبواب حدّ المسكر ح ١.

٢- ٢) راجع ج ٧٢: ١٢-٧٣.

٣- ٣) في «ا، ث»: يعزّر.

و يثبت بشهاده عدلين (١) مسلمين. و لا تقبل فيه شهاده النساء منفردات، و لا منضمّات. و بالإقرار دفعتين. و لا تكفى المرّه.

و يشترط فى المقرّ: البلوغ، و كمال العقل، و الحرّيه. و الاختيار.

الثانى فى كيفيه الحدّ

الثانى فى كيفيه الحدّ (٢) و هو ثمانون جلده، رجلا كان الشارب أو امرأه، حرّاً كان أو عبداً. و فى روايه: يحدّ العبد أربعين. و هى متروكه.

أمّا الكافر: فإنّ تظاهر به حدّ، و إن استتر لم يحدّ.

و لو علم أنه من جنس المسكر، و لكنّ ظنّ أن ذلك القدر لا يسكر، فليس بعذر، لوجوب اجتنابه مطلقاً. لكنّ يمكن هنا الجهل بالحكم، و اختصاص التحريم بالقدر الذى يسكر بالفعل، فيدرأ عنه الحدّ بذلك للشبهه.

قوله: «و يثبت بشهاده عدلين. إلخ».

أمّا ثبوته بشهاده العدلين فلا كلام فيه، كما مرّ فى نظائره (١).

و أمّا عدم قبول شهاده النساء به مطلقاً فلما تقدّم (٢) من اختصاص شهادتهنّ بالمال، أو بما لا يطّلع عليه الرجال غالباً.

و أمّا توقّفه على الإقرار مرّتين فهو المشهور. و قد تقدّم (٣) البحث فى نظيره.

قوله: «فى كيفيه الحدّ. إلخ».

تحديد حدّ الشرب بثمانين متّفق عليه بين الأصحاب. و مستندهم

ص: ٤٦٢

١-١) راجع ص: ٤٥٠.

٢-٢) راجع ص: ٢٥٨.

٣-٣) فى ص: ٤٥٦.

و يضرب الشارب عريانا على ظهره و كتفيه، و يتقى وجهه و فرجه.

و لا يقام عليه الحدّ حتى يفيق.

الأخبار (١). و سيأتي بعضها. و روى العامّة و الخاصّة (٢) أن النبيّ صلّى الله عليه و آله كان يضرب الشارب بالأيدى و النعال، و لم يقدره بعدد، فلمّا كان في زمن عمر استشار أمير المؤمنين عليه السلام في حدّه، فأشار عليه بأن يضربه ثمانين.

و علّله بأنه إذا شرب سكر، و إذا سكر هذى، و إذا هذى افتري، فجلده عمر ثمانين (٣). و عمل به أكثر العامّة (٤). و ذهب بعضهم (٥) إلى أربعين مطلقاً، لما روى (٤) أن الصحابه قدّروا ما فعل في زمانه صلّى الله عليه و آله بأربعين.

إذا تقرّر ذلك، فالمشهور بين الأصحاب أن الحرّ و العبد متساويان في حدّ الشرب. ذهب إلى ذلك الشيخان (٧) و أتباعهما (٨) ابن إدريس (٩) و المصنف

ص: ٤٦٣

-
- ١- ١) سنن أبي داود ٤:١٦٦ ح ٤٤٨٨-٤٤٨٩، مستدرک الحاكم ٤:٣٧٥، سنن البيهقي ٨:٣٢١، تلخيص الحبير ٤:٧٥ ح ١٧٩٤.
 - ٢- ٢) الوسائل ١٨:٤٦٦ ب «٣» من أبواب حدّ المسكر ح ١، ٣.
 - ٣- ٣) المصنف لعبد الرزاق ٧:٣٧٨ ح ١٣٥٤٢، تلخيص الحبير ٤:٧٥ ح ١٧٩٥، الموطأ ٢:٨٤٢ ح ٢، مستدرک الحاكم ٤:٣٧٥ ح ٣٧٦، سنن البيهقي ٨:٣٢٠-٣٢١.
 - ٤- ٤) اللباب في شرح الكتاب ٣:١٩٤، الحاوي الكبير ١٣:٤١٢، رحمه الأئمّه: ٣٠٠، الكافي للقرطبي ٢:١٠٧٩، بدائع الصنائع ٥:١١٣.
 - ٥- ٥) الحاوي الكبير ١٣:٤١٢، المغنى لابن قدامه ١٠:٣٢٥، كفايه الأخيار ٢:١١٥، روضه الطالبين ٧:٣٧٩، رحمه الأئمّه: ٣٠٠.
 - ٦- ٦) سنن أبي داود ٤:١٦٣ ح ٤٤٧٩-٤٤٨٠، سنن ابن ماجه ٢:٨٥٨ ح ٢٥٧١، صحيح مسلم ٣: ١٣٣٢ ح ٣٨، سنن الدارمي ٢:١٧٥، سنن البيهقي ٨:٣١٨، تلخيص الحبير ٤:٧٦ ح ١٧٩٦-١٧٩٧.
 - ٧- ٧) المقنعه: ٨٠٠، النهايه: ٧١٠.
 - ٨- ٨) المهذب ٢:٥٣٤-٥٣٥، غنيه النزوع: ٤٢٩، الوسيله: ٤١٦، إصباح الشيعه: ٥٢٢.
 - ٩- ٩) السرائر ٣:٤٧٥.

و العلامة (١) و أكثر المتأخرين (٢)، لروايات كثيرة (٣) دلت على التسوية بينهما، منها روايه أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام قال: «كان عليّ عليه السلام يجلد الحرّ و العبد و اليهوديّ و النصراني في الخمر و النبيذ ثمانين، فقلت: ما بال اليهودي و النصراني؟ فقال: إذا أظهروا ذلك في مصر من الأمصار، لأنه ليس لهم أن يتظاهروا بشربها» (٤).

و روايه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال عليّ عليه السلام: إن الرجل إذا شرب الخمر سكر، و إذا سكر هذى، و إذا هذى افتري، فاجلدوه جلد المفترى» (٥). و هو مطلق شامل للحرّ و العبد.

و ذهب الصدوق (٦) إلى تنصيفه على العبد، لروايه أبي بكر الحضرمي قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عبد مملوك قذف حرًا، قال: يجلد ثمانين، هذا من حقوق المسلمين، فأما ما كان من حقوق الله فإنه يضرب نصف الحدّ، قلت: الذي من حقوق الله ما هو؟ قال: إذا زنى أو شرب الخمر فهذا من الحدود التي يضرب فيها نصف الحدّ» (٧). و هذا الخبر معلّل، و هو مقدّم على غيره عند

ص: ٤٦٤

-
- ١-١) تحرير الأحكام ٢:٢٢٦، المختلف: ٧٦٨.
- ٢-٢) الجامع للشرائع: ٥٥٧، إيضاح الفوائد ٤: ٥١٣.
- ٣-٣) راجع الوسائل ١٨: ٤٧١ ب «٦» من أبواب حدّ المسكر.
- ٤-٤) الكافي ٧: ٢١٥ ح ٩، التهذيب ١٠: ٩١ ح ٣٥٤، الاستبصار ٤: ٢٣٧ ح ٨٩١، الوسائل ١٨: ٤٧١ ب «٦» من أبواب حدّ المسكر ح ٢. و في المصادر: عن أبي بصير قال: كان عليّ عليه السلام.
- ٥-٥) الكافي ٧: ٢١٥ ح ٧، التهذيب ١٠: ٩٠ ح ٣٤٦، الوسائل ١٨: ٤٦٧ ب «٣» من أبواب حدّ المسكر ح ٤.
- ٦-٦) الفقيه ٤: ٤٠.
- ٧-٧) التهذيب ١٠: ٩٢ ح ٣٥٧، الاستبصار ٤: ٢٣٧ ح ٨٩٤، الوسائل ١٨: ٤٧٢ ب «٦» من أبواب حدّ المسكر ح ٧.

و إذا حدّ مرتين، (١) قتل في الثالثة. و هو المرويّ. و قال في الخلاف:

يقتل في الرابعه. و لو شرب مرارا، كفى حدّ واحد.

التعارض، كما حقّق في الأصول.

و يؤيّد به روايه حمّاد بن عثمان قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

التعزير كم هو؟ قال: دون الحدّ، قلت: دون ثمانين، فقال: لا و لكنّها دون الأربعين، فإنها حدّ المملوك، قلت: و كم ذاك؟ قال: على قدر ما يرى الوالي من ذنب الرجل و قوّه بدنه» (١). و هو شامل بإطلاقه أو عمومه لأنواع الحدود.

و الشيخ (٢) -رحمه الله- حمله على حدّ الزنا جمعا. و حمّله أيضا على التقيّه.

و الحقّ أن الطريق من الجانبين غير نقيّ، و أن روايه الحضرمي أوضح طريقا، و تزيد التعليل. و ينبغي أن يكون العمل بها أولى، لوقوع الشبهه في الزائد، فيدرأ بها، إلا أن المشهور الأول.

قوله: «و إذا حدّ مرتين. إلخ».

قد تقدّم (٣) الكلام في قتل المحدود في الثالثة أو الرابعه مرارا. و يزيد هنا أن الروايات (٤) بقتله في الثالثه كثيره، فمن تمّ اختاره المصنف رحمه الله، و لم يجعل قتله في الرابعه أولى كما صنع في السابق (٥).

و من المختصّ هنا من الروايات صحيحه أبي عبيده عن الصادق عليه السلام قال: «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه» (٦).

ص: ٤٦٥

١- (١) الكافي ٧: ٢٤١ ح ٥، التهذيب ١٠: ٩٢ ح ٣٥٦، الاستبصار ٤: ٢٣٧ ح ٨٩٣، الوسائل ١٨: ٤٧٢ ب «٦» من أبواب حدّ المسكر ح ٦.

٢- (٢) التهذيب ١٠: ٩٢ ح ٣٥٧، الاستبصار ٤: ٢٣٧ ح ٨٩٤.

٣- (٣) راجع ص: ٣٧١ و ٤١٠ و ٤١٥.

٤- (٤) راجع الوسائل ١٨: ٤٧٦ ب «١١» من أبواب حدّ المسكر.

٥- (٥) راجع ص: ٣٧١ و ٤١٠ و ٤١٥.

٦- (٦) الكافي ٧: ٢١٨ ح ٢، التهذيب ١٠: ٩٥ ح ٣٦٧، الوسائل ١٨: ٤٧٦ ب «١١» من أبواب حدّ المسكر ح ٣.

و صحيحه جميل بن درّاج عنه عليه السلام أنه قال: «إذا شرب ضرب، فإن عاد ضرب، فإن عاد قتل» (١).

و صحيحه سليمان بن خالد قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يضرب في النبيذ المسكر ثمانين كما يضرب في الخمر، و يقتل في الثالثه كما يقتل في الخمر» (٢). و غيرها من الأخبار الكثيره.

و القول بقتله في الرابعه للشيخ في المبسوط (٣) و الخلاف (٤)، و قبله الصدوق في المقنع (٥). و رجّحه الشيخ فخر الدين، محتجًا: «بأن الزنا أكبر منه ذنبًا، و يقتل في الرابعه كما مضى، فهنا أولى» (٦).

و في معارضه هذا للأخبار الكثيره الصحيحه منع ظاهر. و الأصل ممنوع، بل هذا يدلّ على قوّه قتل الزانى و غيره من أصحاب الكبائر في الثالثه، لأن عقوبه هذا أخفّ من غيره. و الروايات الكثيره بقتله في الثالثه مؤيّده للروايه (٧) الصحيحه السابقه بقتل أصحاب الكبائر في الثالثه.

ص: ٤٦٦

١- (١) الكافي ٧:٢١٨ ح ٤، التهذيب ١٠:٩٥ ح ٣٦٨، الوسائل ١٨:٤٧٧ الباب المتقدّم ح ٦.

٢- (٢) التهذيب ١٠:٩٧ ح ٣٧٤، الاستبصار ٤:٢٣٥ ح ٨٨٥، الوسائل ١٨:٤٧٨ الباب المتقدّم ح ١٣.

٣- (٣) المبسوط ٨:٥٩.

٤- (٤) الخلاف ٥:٤٧٣ مسأله (١).

٥- (٥) حكاه عن مقنعه العلامه في المختلف: ٧٦٧، و في المقنع (٤٥٥) حكم بقتل العبد الشارب الخمر في الثامنه، و هو يعطى قتل الحرّ في الرابعه.

٦- (٦) إيضاح الفوائد ٤:٥١٥.

٧- (٧) الكافي ٧:٢١٩ ح ٦، الفقيه ٤:٥١ ح ١٨٢، التهذيب ١٠:٩٥ ح ٣٦٩، الاستبصار ٤:٢١٢ ح ٧٩١، الوسائل ١٨:٤٧٦ الباب المتقدّم

ح ٢.

الثالث فى أحكامه و فيه مسائل:

الأولى: لو شهد واحد بشربها، و آخر بقيئها، و جب الحدّ

الأولى: لو شهد واحد بشربها، (١) و آخر بقيئها، و جب الحدّ. و يلزم على ذلك و جب الحدّ، لو شهدا بقيئها، نظرا إلى التعليل المروى. و فيه تردّد، لاحتمال الإكراه على بعد.

و لعلّ هذا الاحتمال يندفع، بأنّه لو كان واقعا، لدفع به عن نفسه.

أمّا لو ادّعاء، فلا حدّ.

قوله: «لو شهد واحد بشربها. إلخ».

الأصل فى هذه المسألة روايه الحسين بن زيد، عن أبى عبد الله عليه السلام، عن آبائه عليهم السلام: «أن علينا عليه السلام جلد الوليد بن عقبه لما شهد عليه واحد بشربها و آخر بقيئها، و قال عليه السلام: ما قاءها إلا و قد شربها» (١).

و عليها فتوى الأصحاب ليس فيهم مخالف صريحا. إلا أن طريق الروايه ضعيف، لأن فيه موسى بن جعفر البغدادي، و هو مجهول الحال، و جعفر بن يحيى، و هو مجهول العين، و عبد الله بن عبد الرحمن، و هو مشترك بين الثقة و الضعيف. فلذلك قال السيّد جمال الدين بن طاوس قدّس سرّه فى الملاذ (٢):

«لا أضمن درك طريقه». و هو مشعر بتردّده.

ص: ٤٦٧

١- (١) الكافي ٧: ٤٠١ ح ٢، الفقيه ٣: ٢٦ ح ٧٢، التهذيب ٦: ٢٨٠ ح ٧٧٢، الوسائل ١٨: ٤٨٠ ب (١٤) من أبواب حدّ المسكر ح ١. و فى المصادر: أن المجلود قدامه بن مظعون.

٢- (٢) حكاه عنه الشهيد فى غايه المراد: ٣٤٦.

الثانية: من شرب الخمر مستحلاً استتيب، فإن تاب أقيم عليه الحدّ

الثانية: من شرب الخمر مستحلاً (١) استتيب، فإن تاب أقيم عليه الحدّ، وإن امتنع قتل. وقيل: يكون حكمه حكم المرتدّ. وهو قوئ.

أما سائر المسكرات، فلا يقتل مستحلّها، لتحقق الخلاف بين المسلمين فيها. ويقام الحدّ مع شربها، مستحلاً و محرّماً.

و المصنّف -رحمه الله- هنا صرّح بالتردد، من حيث إن القىء و إن استلزم الشرب إلا- أن مطلق الشرب لا- يكفى فى إثبات الحدّ، بل لا بدّ له من وقوعه على وجه الاختيار، و مطلقه أعمّ منه و من الإكراه.

و يضعّف بأن الأصل عدم الإكراه، و لأنه لو وقع لادّعاء. فإن اتّفق دعواه سمع منه، و درئ، عنه الحدّ.

و يشترط مع ذلك إمكان مجامعه القىء للشرب المشهود به، لتكون الشهادة على فعل واحد. فلو شهد أحدهما أنه شربها يوم الجمعة، و الآخر أنه قاءها قبله بيوم أو بعده كذلك، لم يحدّ.

و يتفرّع عليه ما لو شهدا معا بقيئها. فعلى القول بقبول شهادة الواحد به يقبل الاثنان، نظراً إلى التعليل المذكور. و ربما قصّره بعضهم على موضع النصّ، نظراً إلى قيام الاحتمال المذكور، و كونها شهادة على فعلين. و الأشهر القبول.

قوله: «من شرب الخمر مستحلاً. إلخ».

القول باستتابته للشيخين (١) و أتباعهما (٢)، من غير نظر إلى الفطرى و غيره، استناداً إلى إمكان عروض شبهه فى الشرب فاستحلّه، و الحدود تدرأ بالشبهات.

ص: ٤٦٨

١ - ١) المقنعه: ٧٩٩، النهاية: ٧١١-٧١٢.

٢ - ٢) المهذب ٥٣٥: ٢، فقه القرآن للراوندى ٣٧٩: ٢، الوسيطه: ٤١٦.

الثالثة: من باع الخمر مستحلاً يستتاب، فإن تاب وإلا قتل

الثالثة: من باع الخمر مستحلاً (١) يستتاب، فإن تاب وإلا قتل. وإن لم يكن مستحلاً عزر. وما سواه لا يقتل وإن لم يتب، بل يؤدب.

و الأصح ما اختاره المصنف رحمه الله و المتأخرون (١) - و منهم ابن إدريس (٢) - من كونه مرتدًا، فينقسم إلى الفطري و الملى كغيره من المرتدين، لأن تحريم الخمر مما قد علم ضروره من دين الإسلام، و كل ما كان كذلك فمستحلّه كافر، و هو يستلزم المدعى.

هذا إذا لم يمكن الشبهه فى حقّه، لقرب عهده بالإسلام و نحوه، و إلا أتجه قول الشيخين. و عليه تحمل استتابه (٣) قدامه بن مضعون و غيره ممن استحلّها فى صدر الإسلام بالتأويل.

هذا حكم الخمر. و أما غيره من المسكرات و الأشربه - كالفقاع - فلا يقتل مستحلّها مطلقاً، و إن وجب حدّه، لوقوع الخلاف فيها بين المسلمين، و تحليل بعضهم إياها، فيكون ذلك كافياً فى انتفاء الكفر باستحلالها.

و لا - فرق بين كون الشارب لها ممن يعتقد إباحتها - كالحنفى - و غيره، فيحدّ عليها و لا يكفر، لأن الكفر مختصّ بما وقع عليه الإجماع و ثبت حكمه ضروره من دين الإسلام، و هو منتف فى غير الخمر.

قوله: «من باع الخمر مستحلاً إلخ».

بيع الخمر ليس حكمه كشربه، فإن الشرب هو المعلوم تحريمه من دين الإسلام كما ذكر، و أمّا مجرّد البيع فليس تحريمه معلوما ضروره، و قد تقع فيه

ص: ٤٦٩

١ - ١) كشف الرموز ٥٧٠: ٢، إرشاد الأذهان ١٨١: ٢، اللمعه دمشقيّه: ١٦٩، التنقيح الرائع ٣٧١: ٤، المقتصر: ٤١٠ - ٤١١.

٢ - ٢) السرائر ٤٧٦: ٣.

٣ - ٣) انظر الإرشاد للمفيد: ١٠٨ - ١٠٩.

الرابعة: إذا تاب قبل قيام البيّنه، (١) سقط الحدّ. وإن تاب بعدها، لم يسقط. ولو كان ثبوت الحدّ بإقراره، كان الإمام مخيراً. ومنهم من منع [من] التخيير، وحثّم الاستيفاء هنا. وهو أظهر.

الشبهه، من حيث إنه يسوغ تناوله على بعض وجوه الضرورات كما سلف (١). فيعزّر فاعله و يستتاب إن فعله مستحلاً، فإن تاب قبل منه، وإن أصرّ على استحلاله قتل حدّاً. وكأنه موضع وفاق. وما وقفت على نصّ يقتضيه.

و أما بيع غيره من الأشره فلا إشكال في عدم استحقاقه القتل مطلقاً، لقيام الشبهه. نعم، يعزّر لفعل المحرّم، كغيره من المحرّمات. قوله: «إذا تاب قبل قيام البيّنه. إلخ».

التوبه قبل ثبوت موجب العقوبه عند الحاكم مسقطه للحدّ مطلقاً. أما بعده، فإن كان الثبوت بالبيّنه لم يسقط إذا كان حدّاً، خلافاً لأبي الصلاح (٢) حيث جوّز للإمام العفو.

و أما بعد الإقرار، فالمشهور أنه يسقط تحتم الحدّ، ويتخيّر الإمام بين العفو و الاستيفاء، لإسقاط التوبه تحتم أقوى العقوبتين و هو الرجم، فلأن يسقط تحتم أضعفهما أولى. ذهب إلى ذلك الشيخ في النهايه (٣) و أتباعه (٤)، و العلامه في المختلف (٥).

ص: ٤٧٠

١-١) راجع ج ١٢٧: ١٢.

٢-٢) الكافي في الفقه: ٤١٣.

٣-٣) النهايه: ٧١٤.

٤-٤) المهذب ٥٣٦: ٢.

٥-٥) المختلف: ٧٦٨.

الأولى: من استحلَّ شيئاً من المحرّمات المجمع عليها

الأولى: من استحلَّ شيئاً من المحرّمات (١) المجمع عليها، كالميتة و الدّم و الرّبا و لحم الخنزير، ممّن ولد على الفطره، يقتل. و لو ارتكب ذلك لا مستحلاً، عزّر.

و قال الشيخ فى المبسوط (١) و الخلاف (٢) و ابن إدريس (٣) و المصنّف: لا يسقط، بل يتحتّم الحدّ، لثبوته بالإقرار فيستصحب، و لأن التوبه موضع التهمه.

و هذا أقوى.

و أجيب عن حجّه الأولين بوجود الفارق بين الرجم و غيره، من حيث تضمّنه تلف النفس المأمور بحفظها شرعاً، بخلاف صورته الفرض.

و الحقّ الرجوع فى الحكم إلى الأصل، و هو إثبات الحدّ إلى أن يثبت دليل صالح للإسقاط، و لم يحصل.

قوله: «من استحلَّ شيئاً من المحرّمات. إلخ».

مستحلّ المحرّم إن كان ثبوته معلوماً من الشرع ضروره فلا شبهه فى كفره، لأنه حينئذ رادّ للشرع الذى لا يتحقّق الإسلام بدون قبوله و لو بالاعتقاد.

و إن كان مجمعا عليه بين المسلمين، و لكن لم يكن ثبوته ضرورياً، فمقتضى عبارته المصنّف -رحمه الله- و كثير من الأصحاب (٤) الحكم بكفره أيضاً، لأن إجماع جميع فرق المسلمين عليه يوجب ظهور حكمه، فيكون أمره

ص: ٤٧١

١- ١) المبسوط ٤: ٨.

٢- ٢) لم نجده فيه، و حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٧٦٨.

٣- ٣) السرائر ٤٧٨: ٣.

٤- ٤) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٤، اللمعه الدمشقيّه: ١٦٩.

الثانيه:من قتله الحدّ أو التعزير فلا ديه له

الثانيه:من قتله الحدّ أو التعزير(١) فلا ديه له.وقيل:تجب على بيت المال.و الأوّل مروى.

كالمعلوم.

و يشكل بأن حجّيه الإجماع ظنيّه لا- قطعيه،و من ثمّ اختلف فيها و فى جهتها.و نحن لا نكفّر من ردّ أصل الإجماع،فكيف نكفّر من ردّ مدلوله؟! فالأصحّ اعتبار القيد الأخير.

و أما مخالف ما أجمع عليه الأصحاب خاصّه فلا- يكفّر قطعاً و إن كان ذلك عندهم حجّيه،فما كلّ من خالف حجّيه يكفّر،خصوصاً الحجّيه الاجتهاديّه الخفيّه جدّاً كهذه.و قد أغرب الشيخ (١)-رحمه الله-حيث حكم فى بعض المسائل بكفّر مستحلّ ما أجمع عليه الأصحاب.و قد تقدّم بعضه فى باب الأطمعه و الأشربه (٢).

و لا شبهه فى فساده.

هذا كلّه إذا لم يدّع شبهه محتمله فى حقّه،و إلا قبل منه.و لو ارتكب ذلك غير مستحلّ عزّر إن لم يكن الفعل موجبا للحدّ،و إلا دخل التعزير فى ضمنه.

قوله:«من قتله الحدّ أو التعزير.إلخ».

عدم ثبوت الديه على التقديرين هو الأظهر،لأنه فعل سائغ أو واجب فلا يتعقّبه الضمان.و لأن الإمام محسن فى امتثال أوامر الله تعالى و إقامه حدوده، و ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (٣).و لحسنه الحلبى عن الصادق عليه السلام أنه قال:«أَيُّمَا رَجُلٍ قَتَلَهُ الْحَدَّ أَوْ الْقِصَاصَ فَلَا دِيَةَ لَهُ» (٤).و«أَيُّ» من صيغ العموم.

ص:٤٧٢

١-١) انظر النهايه:٧١٣.

٢-٢) فى ج ١٤:١٢.

٣-٣) التوبه:٩١.

٤-٤) التهذيب ١٠:٢٠٦ ح ٨١٣،الوسائل ١٩:٤٧ ب«٢٤»من أبواب قصاص النفس ح ٩.

و كذا الحدّ عند من جعل المفرد المعرّف للعموم من الأصوليين (١).

و القول بضمانه في بيت المال للمفيد (٢) -رحمه الله- لكنّه شرط كون الحدّ للناس، فلو كان لله لم يضمن، لما روى أن عليّاً عليه السلام كان يقول: «من ضربناه حدّاً من حدود الله فمات فلا دية له علينا، و من ضربناه حدّاً في شيء من حقوق الناس فمات فإن ديته علينا» (٣).

و مقتضى هذا القول تخصيص الحدّ، و أن المراد ببيت المال بيت مال الامام لا بيت مال المسلمين.

و في الاستبصار (٤) أن الدية في بيت المال، جمعاً بين الأخبار، مع أن الرواية المروية عن عليّ عليه السلام ضعيفه السند.

و يظهر من المبسوط (٥) و الخلاف (٦) أن الخلاف في التعزير لا في الحدّ، لأنه مقدر، فلا خطأ فيه، بخلاف التعزير، فإن تقديره مبنى على الاجتهاد الذي يجوز فيه الخطأ.

و هذا يتم مع كون الحاكم الذي يقيم عليه الحدّ غير معصوم، و إلا لم يفرّق الحال بين الحدّ و التعزير، و المسألة مفروضة فيما هو أعمّ من ذلك.

ص: ٤٧٣

١- ١) انظر المعارج للمحقّق الحلّي: ٨٦، البحر المحيط ٣: ٩٨، العده للفراء ٢: ٥١٩-٥٢٠، التمهيد للكلوذاني ٢: ٥٣.

٢- ٢) المقنعه: ٧٤٣.

٣- ٣) الفقيه ٤: ٥١ ح ١٨٣، الوسائل ١٨: ٣١٢ ب «٣» من أبواب مقدّمات الحدود ح ٤، و في المصادر: قال الصادق عليه السلام: من ضربناه.

٤- ٤) الاستبصار ٤: ٢٧٩ ذيل ح ١٠٥٦.

٥- ٥) المبسوط ٨: ٦٣.

٦- ٦) الخلاف ٥: ٤٩٣ مسألة (١٠).

الثالثة: لو أقام الحاكم الحد بالقتل

الثالثة: لو أقام الحاكم الحد بالقتل، فبان فسوق الشاهدين، كانت الدية في بيت المال، ولا يضمنها الحاكم ولا عاقلته. (١) ولو أنفذ إلى حامل (٢) لإقامه حد، فأجهضت خوفاً، قال الشيخ: دية الجنين في بيت المال. وهو قوی، لأنه خطأ، وخطأ الحاكم في بيت المال.

وقيل: يكون على عاقله الإمام. وهي قضیه عمر مع عليّ عليه السلام.

وقد ظهر أن الخلاف في حد (١) الآدمي والتعزير، والروايات (٢) دأله على الحد أو الأعم، من حيث إن التعزير حد. والأقوى عدم الضمان مطلقاً.

قوله: «لو أقام الحاكم -إلى قوله- ولا عاقلته».

لأن ذلك من خطأ الحكم، وخطوهم في بيت المال، لأنه معد للمصالح.

وكذا القول في الكفارة هنا وفي المسألة السابقة.

وقيل: تجب في ماله، لأنه قتل خطأ. وتردد الشيخ في المبسوط (٣) في الكفارة. وكذلك في المختلف (٤).

قوله: «ولو أنفذ إلى حامل. إلخ».

القول بكون دية الجنين في بيت المال هو الموافق لقواعد الأصحاب، وهو قول الأكثر، لأن خطأ الحكم محل بيت المال.

ص: ٤٧٤

١- ١) في «م»: حق.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٩: ٤٦ ب «٢٤» من أبواب قصاص النفس.

٣- ٣) المبسوط ٨: ٦٤.

٤- ٤) المختلف: ٧٢٧-٧٢٨.

و القول بكونه على عاقله الإمام لابن إدريس (١)، محتجاً بأنه خطأ محض، لأنه غير عامد في فعله، ولا قصده، لأنه لم يقصد الجنين مطلقاً، وإنما قصد أمه، فتكون الديه على عاقلته، والكفارة في ماله.

و هو موافق للرواية المشهورة من قضاء أمير المؤمنين عليه السلام، حيث أرسل عمر خلف حامل ليقيم عليها الحدّ فأجهضت، فسأل عمر الصحابة عن ذلك فلم يوجبوا عليه شيئاً، فقال: «ما عندك في هذا يا أبا الحسن؟ فتنصّل من الجواب، فعزم عليه، فقال: إن كان القوم قد قاربوك فقد غشوك، وإن كانوا قد ارتأوا فقد قصّروا، والديه على عاقلتك، لأن قتل الصبيّ خطأ تعلق بك، فقال: أنت والله نصحتني من بينهم، فقال: والله لا تبرح حتى تجرى الديه على بني عدى، ففعل ذلك عليه السلام» (٢).

و أجيب عن الرواية بأنه لم يرسل إليها بعد ثبوت ذلك عنها (٣). ولأنه لم يكن حاكماً عند عليّ عليه السلام.

و فيه نظر، لأن جواز الإرسال خلف الغريم لا يتوقف على ثبوت الحقّ عليه، فإن مجرد الدعوى عليه حقّ إلا- أن يقال: إن هنا لم يكن عليها مدّع حسبه ولا شاهد. و هو بعيد.

و أما الجواب الثاني فلا يليق بذلك المقام، ولا كان أمير المؤمنين عليه

ص: ٤٧٥

١-١) السرائر ٣:٤٨٠.

٢-٢) الإرشاد للشيخ المفيد: ١٠٩-١١٠، الوسائل ١٩:٢٠٠ ب «٣٠» من أبواب موجبات الضمان ح ٢.

٣-٣) في «أ»: عليها.

و لو أمر الحاكم بضرب المحدود(١)زياده عن الحدّ فمات،فعليه نصف الدّيه فى ماله إن لم يعلم الحدّاد،لأنّه شبيه العمد.

و لو كان سهوا،فالنّصف على بيت المال.

و لو أمر بالاقْتصار على الحدّ،فزاد الحدّاد عمدا،فالنّصف على الحدّاد فى ماله.و لو زاد سهوا فالدّيه على عاقلته.و فيه احتمال آخر.

السلام يتجاهر بحكمه،و لا- كان يسمع منه.و الأولى فى ذلك أن الروايه لم ترد (١)بطريق معتمد عليه،فالرجوع إلى الأصول المقرّره متعيّن.

قوله:«و لو أمر الحاكم بضرب المحدود.إلخ».

إذا أمر الحاكم-و المراد به غير المعصوم-بضرب المحدود زياده عن القدر الواجب،فمات المحدود بسبب الضرب،فعلى الحاكم نصف الديه،لأنّه مات بسبب:أحدهما سائغ،و الآخر مضمون على الحاكم فى ماله،لأنّه شبيه عمدا من حيث قصده للفعل دون القتل.

و لو كان أمره بالزياده سهوا،لغلطه فى الحساب،فنصف الديه على بيت المال،لأنّه من خطأ الحكّام.

هذا إذا لم يعلم الحدّاد بالحال،و إلا كان متعمّدا،فيكون عليه القصاص، لأنه باشر الإيتلاف.

هكذا أطلق فى التحرير (٢).و ينبغى تقييده بقصده القتل،أو كون ذلك ممّا يقتل غالبا،و إلا لم يتّجه القصاص.

و لو كان الحاكم قد أمر بالاقْتصار على الحدّ فزاد الحدّاد عمدا،فالحكم

ص:٤٧٦

١-١) فى «م»:ترو.

٢-٢) تحرير الأحكام ٢:٢٢٧.

كما سبق في تعمده مع (١) الأمر و أولى.

و إن زاد سهوا، قال المصنف -رحمه الله-: إن الدية على عاقلته.

و هو يحتمل إرادته مجموع الدية، نظرا إلى أنه قتل عدوان [و إن] (٢) حصل من فعله [تعالى] (٣) و عدوان الضارب، فيحال (٤) الضمان كله على العادي، كما لو ضرب مريضا مشرفا على التلف، أو ألقى حجرا في سفينة موقره فغرقها، و استناد موته إلى الزيادة، و لا يسقط بسبب الضرب السائع شيء. لكن لا يوافق السابق.

و أن يريد به الدية اللازمه عن الزيادة، و هي النصف، لموته بالسببين. و هذا هو المطابق لما سلف. و به صرح في التحرير.

و الاحتمال الآخر الذى أشار إليه المصنف -رحمه الله- يحتمل أن يريد به توزيع الدية على الأسواط الزائده و الواقعه فى الحد، فيسقط منها بحساب الحد، لأن السبب مركب من المجموع.

و أن يريد به ثبوت نصف الدية فى ماله على تقدير السهو، لأنه قاصد للفعل، و إنما أخطأ فى قصد القتل.

و أن يريد ذلك مع ثبوت القصاص عليه مع التعمد مطلقا، مع رد نصف الدية عليه، أو بحساب الأسواط.

ص: ٤٧٧

١-١) فى «خ»: فمع الأمر أولى.

٢-٢) من الحجريتين.

٣-٣) من «د، م».

٤-٤) فى «ا، ط»: فيجب.

الباب الخامس في حد السرقة و الكلام في: السارق، (١) و المسروق، و الحجّه، و الحدّ، و اللواحق.

الأول: في السارق

و يشترط في وجوب الحدّ عليه شروط

الأول: البلوغ

الأول: البلوغ فلو سرق الطفل، لم يحدّ، و يؤدّب، و لو تكررت سرقة.

و في النهايه: يعفا عنه أولاً، فإن عاد أدّب، فإن عاد حكّت أنامله حتى تدمى، فإن عاد قطعت أنامله، فإن عاد قطع كما يقطع الرجل.

و بهذا روايات.

قوله: «في السارق. إلخ».

ما اختاره المصنف -رحمه الله- من عدم ثبوت القطع على الصبيّ مطلقاً هو المشهور بين المتأخّرين. و هو الموافق للأصل من ارتفاع القلم عن الصبيّ حتى يبلغ، و أنه غير مؤاخذ شرعاً على أقواله و لا [على] (١) أفعاله، لأنه لا يحرم عليه شيء و لا يجب عليه شيء. نعم، يؤدّب بما يراه الحاكم حسماً للمادّه.

و القول الذي نقله عن الشيخ في النهايه (٢) وافقه عليه القاضي (٣) و العلامه

ص: ٤٧٨

١- (١) من «ط».

٢- (٢) النهايه: ٧١٦.

٣- (٣) لم نجده في مهذّب القاضي و جواهره، و نسبه إليه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد ٤: ٥١٩، و لعلّه في كتابه الكامل، و هو مفقود.

الثاني: العقل فلا يقطع المجنون، (١) و يؤدّب، وإن تكرر منه.

فى المختلف (١)، لكثرة الأخبار (٢) الواردة به، فمنها صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن الصبى يسرق، قال: يعفا عنه مرّة و مرّتين، و يعزّر فى الثالثة، فإن عاد قطعت أطراف أصابعه، فإن عاد قطع أسفل من ذلك» (٣).

و صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن الصبى يسرق، قال: إذا سرق و هو صغير يعفا عنه، فإن عاد قطع بنانه، فإن عاد قطع أسفل من بنانه، فإن عاد قطع أسفل من ذلك» (٤).

و حسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «إذا سرق الصبى عفى عنه، فإن عاد عزّر، فإن عاد قطع أطراف الأصابع، فإن عاد قطع أسفل من ذلك» (٥).

و قال: «أتى على عليه السلام بغلام يشكّ فى احتلامه، فقطع أطراف الأصابع» (٦).

و هذه الروايات مع وضوح سندها و كثرتها مختلفه الدلاله، و ينبغى حملها على كون الواقع تأديبا منوطا بنظر الامام، لا حدّا.

قوله: «العقل فلا يقطع المجنون. إلخ».

هذا إذا سرق فى حال جنونه. أما لو سرق عاقلا و لو فى حال إفاقته - كذى

ص: ٤٧٩

١- ١) المختلف: ٧٧٠.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٨: ٥٢٢ ب «٢٨» من أبواب حدّ السرقة.

٣- ٣) الكافي ٧: ٢٣٢ ح ١، التهذيب ١٠: ١١٩ ح ٤٧٣، الوسائل ١٨: ٥٢٢ الباب المتقدّم ح ١.

٤- ٤) الكافي ٧: ٢٣٢ ح ٢، التهذيب ١٠: ١١٩ ح ٤٧٤، الوسائل ١٨: ٥٢٣ الباب المتقدّم ح ٤.

٥- ٥) الكافي ٧: ٢٣٢ ح ٤، التهذيب ١٠: ١١٨ ح ٤٧٢، الاستبصار ٤: ٢٤٨ ح ٩٤٣، الوسائل ١٨: ٥٢٣ الباب المتقدّم ح ٢، ٣.

٦- ٦) الكافي ٧: ٢٣٢ ح ٤، التهذيب ١٠: ١١٨ ح ٤٧٢، الاستبصار ٤: ٢٤٨ ح ٩٤٣، الوسائل ١٨: ٥٢٣ الباب المتقدّم ح ٢، ٣.

الثالث: ارتفاع الشبهه (١) فلو توهم الملك، فبان غير مالك، لم يقطع. وكذا لو كان المال مشتركاً. فأخذ ما يظن أنه قدر نصيبه.

الأدوار - قطع، ولا يمنعه اعتراض الجنون، استصحاباً لما ثبت قبله.

و تبه بقوله: «و إن تكزّر منه» على مخالفه حكمه للصبى، حيث قيل فيه مع التكرار بالقطع فى الجملة. و الفارق النصّ. و لكن يؤدّب بما يراه الحاكم، حسماً لجرأته.

و فى التحرير (١) نسب تأديبه إلى القيل. و لعلّه لعدم تمييزه الموجب لارتداعه بالتأديب عن المعاودة. و لكن هذا يختلف باختلاف أحوال المجانين، فإن منهم من يردعه التأديب و هم الأ-كثر، و منهم من لا- يشعر بذلك، و الجنون فنون، و إناطه التأديب برأى الحاكم يحصل المطلوب.

قوله: «ارتفاع الشبهه. إلخ».

أما انتفاء القطع مع توهم الملك فواضح، لأنه شبهه و الحدّ يدرأ بالشبهه، و القطع من أفراد الحدود.

و أما انتفاؤه مع أخذه من المال المشترك ما يظنه قدر نصيبه، فلأنه مع مطابقه الواقع لظنه أو نقصانه عن النصيب يمكن أن يقع جميع المأخوذ فى نصيبه عند القسمة، فلا يكون قد أخذ من مال غيره شيئاً، و مع ظهور خطأ ظنه و زياده المأخوذ عن نصيبه بقدر النصاب يكون ذلك شبهه يدرأ بها الحدّ. و يشترك الجميع فى أن القسمة و إن كانت فاسده فإنها تصير شبهه دارئه.

ص: ٤٨٠

كذا أطلقه جماعه (١). و قيده بعضهم (٢) بما إذا كان المال المشترك ممّا يجرى فيه الإيجابار على القسمة، كالحبوب و سائر الأموال المتلثيه، ليمكن فرض تعاطيه القسمة بنفسه، و جعلها شبهه دارئه [للحدّ] (٣) و إن كانت فاسده. فلو كان ممّا لا يجرى فيه الإيجابار كالثياب، و سرق منه نصف دينار يشتر كان فيه على السويّه، أو ثلاثه أرباع ممّا ثلثاه للشارق قطع، لأنه لا يجرى (٤) فيه الأخذ بدون إذن الشريك.

و فى كلّ واحد من القسمين نظر، لأن قسمة الإيجابار لا يجوز للشريك الاستبداد بها مطلقا، بل مع امتناع الشريك من القسمة، و هى مفروضه فيما هو أعمّ من ذلك.

و الحقّ أن أخذ المال المشترك مطلقا حيث لا يجوز الاستبداد بقسمته للشريك، إن كان يتوهم الأخذ جواز استبداده بالأخذ بنفسه فهو كتوهم الملك فى السابق، فيعذر للشبهه، بل هنا أولى، لتحقق ملكه فى الجملة. و إن كان يعلم عدم جواز الاستبداد بالقسمة أو بالأخذ بدون إذن الشريك، احتمل أن يقطع مع أخذه من نصيب الشريك قدر النصاب، لوجود المقتضى للقطع، و هو سرقة مال الغير بشرطه، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه شريكا، و هو لا يكفى فى المانع.

و التفصيل بزياده المأخوذ عن قدر نصيبه بقدر النصاب، للروايات (٥) الآتية

ص: ٤٨١

١- ١) إرشاد الأذهان ٢: ١٨١، اللمعه الدمشقيه: ١٧٠.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٦، و انظر روضه الطالبين ٧: ٣٣٣.

٣- ٣) من «د».

٤- ٤) فى «أ»: لا يجرى.

٥- ٥) راجع الوسائل ١٨: ٥١٨ ب «٢٤» من أبواب حدّ السرقة.

الرابع: ارتفاع الشركه (١) فلو سرق من مال الغنيمه، فيه روايتان:

إحداهما: لا يقطع.

و الأخرى: إن زاد ما سرقه عن نصيبه بقدر النصاب، قطع.

و التفصيل حسن.

الدالّه على عدم قطع الغانم بسرقة من الغنيمه قدر نصيبه فما دون. و لا فرق على التقديرين بين قبوله للقسمه و عدمه.

قوله: «ارتفاع الشركه. إلخ».

الروايه الأولى رواها محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أخذ بيضه من المغنم، و قالوا: قد سرق اقطعه، فقال: إنى لم أقطع أحدا له فيما أخذ شرك» (١).

و قريب منها روايه السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: أربعة لا قطع عليهم: المختلس، و الغلول، و من سرق من المغنم، و سرقه الأجير، لأنها خيانه» (٢). و عمل بمضمونها المفيد (٣) و سلار (٤) من المتقدمين و فخر الدين (٥) من المتأخرين.

ص: ٤٨٢

١- (١) الكافى ٢٢٣: ٧ ح ٧، التهذيب ١٠٤: ١٠ ح ٤٠٦، الاستبصار ٢٤١: ٤ ح ٩١٠، الوسائل ١٨: ٥١٨ ب «٢٤» من أبواب حدّ السرقة ح ١.

٢- (٢) الكافى ٢٢٦: ٧ ح ٦، التهذيب ١١٤: ١٠ ح ٤٤٩، الاستبصار ٢٤١: ٤ ح ٩١٢، الوسائل ١٨: ٥٠٣ ب «١٢» من أبواب حدّ السرقة ح ٣.

٣- (٣) المقنعه: ٨٠٣.

٤- (٤) المراسم: ٢٥٨.

٥- (٥) إيضاح الفوائد ٥٢٥: ٤.

و فى طريق الروايه الأولى سهل بن زياد، مع كون محمد بن قيس مشتركا [بين الثقه و غيره] (١). و حال الثانيه واضح بالسكونى.

و أما الروايه الأخرى فرواها عبد الله بن سنان فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قلت: رجل سرق من المغنم، أى شىء يجب عليه أن يقطع؟ قال: ينظر كم الذى يصيبه، فإن كان الذى أخذ أقل من نصيبه عزّر، و دفع إليه تمام ماله، و إن كان أخذ مثل الذى له فلا شىء عليه، و إن كان أخذ فضلا بقدر ثمن مجنّ - و هو ربع دينار - قطع» (٢).

و العمل على هذه الروايه أولى، لصحّتها و موافقتها للقواعد الشرعيه. و عمل أكثر (٣) الأصحاب بمضمونها. و فيها دلالة على أن الغنم يملك نصيبه من الغنيمه بالحيازه، أو على أن القسمة كاشفه عن سبق ملكه بها.

و فى المسأله روايه أخرى بقطعه مطلقا، رواها عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن البيضه التى قطع فيها أمير المؤمنين عليه السلام، قال: كانت بيضه حديد سرقها رجل من المغنم فقطعه» (٤).

و هذه الروايه أجود إسنادا من الأولى، و هى دالّه على خلاف ما دلّت عليه.

و حملت على ما إذا زادت عن نصيب السارق بمقدار النصاب فصاعدا جمعا، أو

ص: ٤٨٣

١-١ (١) من «د».

٢-٢ (٢) الفقيه ٤:٤٥ ح ١٥١، التهذيب ١٠:١٠٦ ح ٤١٠، الاستبصار ٤:٢٤٢ ح ٩١٤، الوسائل ١٨:٥١٩ ب «٢٤» من أبواب حدّ السرقة ح ٤.

٣-٣ (٣) النهايه: ٧١٥، المهذب ٢:٥٤٢، تحرير الأحكام ٢:٢٢٨.

٤-٤ (٤) التهذيب ١٠:١٠٥ ح ٤٠٨، الاستبصار ٤:٢٤١ ح ٩١٣، الوسائل ١٨:٥١٨ ب «٢٤» من أبواب حدّ السرقة ح ٣.

و لو سرق من المال المشترك (١) قدر نصيبه، لم يقطع. و لو زاد بقدر النصاب قطع.

الخامس: أن يهتك الحرز

الخامس: أن يهتك الحرز (٢) منفردا كان أو مشاركا. فلو هتك غيره، و أخرج هو، لم يقطع.

على كون السارق ليس من الغانمين، إذ لا دلالة فيها على كونه منهم. و كلاهما حسن.

قوله: «و لو سرق من المال المشترك. إلخ».

قد تقدّم (١) الكلام في هذه المسألة، و إنما ذكرها مرّتين لمناسبه الأولى لشرط ارتفاع الشبهه بتقدير عروضها للشريك و إن زاد عن نصيبه، و مناسبه هذه لشرط انتفاء الشركه على تقدير انتفاء الشبهه، و من ثمّ فرضها على تقدير أخذ الشريك بقدر نصيبه جزما، و أخذه الزائد بقدر النصاب جزما.

و وجهه: عدم القطع مع أخذه بقدر حقّه، و ثبوته مع الزيادة بقدر النصاب يظهر من الروايات (٢) المذكوره في السرقة من الغنيمه، لأن شركه الغانم أضعف من شركه المالك الحقيقي، للخلاف في ملكه، فإذا قيل بعدم قطع الغانم فالشريك أولى.

قوله: «أن يهتك الحرز. إلخ».

هذا يتضمّن شرطين:

أحدهما: كون المال محرزا، فلا قطع في سرقة ما ليس بمحرز، لما روى أن النبيّ صلّى الله عليه و آله قال: «لا قطع في ثمر معلق، و لا في حريسه جبل،

ص: ٤٨٤

١- ١) في ص: ٤٨٠.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٨: ٥١٨ ب «٢٤» من أبواب حدّ السرقة.

فإذا آواها المراح [١] أو الجرين [٢] فالقطع فيما بلغ ثمن المجنّ [٣]» (١). و حريسه الجبل ما سرق من الجبل من المواشى. و يقال: إن سارقها يسمّى حارسا.

و اشترط صلّى الله عليه و آله للقطع إيواء المراح أو الجرين، فدلّ على أنه لا قطع فيما لم يحرز.

و عن عليّ عليه السلام قال: «لا يقطع إلا من نعب نقبا أو كسر قفلا» (٢).

و الثانى: أن يكون الآخذ هو مهتك الحرز، إما بالنقب أو فتح الباب أو كسر القفل، و نحو ذلك. فلو هتك الحرز واحد و أخذ آخر فلا قطع على أحدهما. أما الأول فلأنه لم يسرق. و أما الثانى فلأنه لم يأخذ من حرز. و يجب على الأول ضمان ما أفسد من الجدار و غيره، و على الثانى ضمان المال.

و لبعض (٣) العامة قول بثبوت القطع على الثانى، ثلاثاً يتخذ ذلك ذريعه إلى إسقاط الحدّ. و أثبت آخرون (٤) القطع على الأول، بعلّه أنه رده و عون للسارق.

و ظاهر عدم صلاحية الأمرين لإثبات الحكم.

و لو تعاونوا على النقب و نحوه ممّا يحصل به إزاله الحرز، و انفرد أحدهما بالإخراج، فالقطع على المخرج خاصّه.

ص: ٤٨٥

١-٤) مستدرک الحاكم ٤:٣٨١، سنن البيهقى ٨:٢٦٦.

٢-٥) التهذيب ١٠:١٠٩ ح ٤٢٣، الاستبصار ٤:٢٤٣ ح ٩١٨، الوسائل ١٨:٥٠٩ ب «١٨» من أبواب حدّ السرقة ح ٣.

٣-٦) انظر روضه الطالبين ٧:٣٤٦.

٤-٧) لم نعثر عليه.

السادس: أن يخرج المتاع بنفسه (١) أو مشاركا و يتحقق الإخراج: بالمباشرة، و بالتسيب، مثل: أن يشده بحبل ثم يجذبه من خارج، أو يضعه على دابته، أو على جناح طائر من شأنه العود إليه.

و لو أمر صبيا غير مميز بإخراجه، تعلق بالأمر القطع، لأن الصبي كالآله.

و لو انعكس فانفرد أحدهما بالهتك، و شارك غيره في إخراج النصاب، فلا قطع على أحدهما، لأن كلا منهما لم يسرق نصابا. نعم، لو أخرج نصابين بالاشتراك، أو بانفراد كل منهما بنصاب، قطعاً.

قوله: «أن يخرج المتاع بنفسه. إلخ».

ظاهر اكتفائه بإخراجه بالمشاركة الحكم بالقطع على تقدير إخراج الاثنين فصاعدا نصابا واحدا. و يشكل بعدم صدق سرقة النصاب على كل واحد بخصوصه. و قيل: يشترط بلوغ نصيب من يحكم بقطعه نصابا، فلا يقطع من قصر نصيبه عنه. و لعل هذا أظهر.

و يعتبر في الإخراج بالتسيب أن لا يكون المباشر مما يصلح لإسناد الفعل إليه حقيقة، كما يقتضيه الأمثلة. فلو كان المخرج بعد تسيبه مميزا فلا قطع على المسبب.

و يعتبر في المباشر اجتماع الشروط في الحكم بقطعه، بأن يكون مشاركا في هتك الحرز، و مكلفا، و مخرجا للنصاب، إلى غير ذلك.

السابع: أن لا يكون والدا من ولده (١) و يقطع الولد لو سرق من الوالد. و كذا يقطع الأقارب. و كذا الأم لو سرقت من الولد.

قوله: «أن لا يكون والدا من ولده. إلخ».

عموم آية (١) السرقة و غيرها من الأدلّة متناول لسرقه الأقارب و الأجانب، لكن خرج من ذلك سرقة الأب و إن علا من الولد بالإجماع، فيبقى الباقي على العموم.

و ألحق أبو الصلاح (٢) الأم بالأب. و نفى عنه في المختلف (٣) البأس، لأنها أحد الأبوين، و لا اشتراكهما في وجوب الإعظام.

و ألحق بعض (٤) العامّة بهما كلّ من تجب نفقته على الآخر، لما بين الفروع و الأصول من الاتّحاد، و كون مال كلّ واحد من النوعين مرصداً لحاجه الآخر، و من حاجاته أن لا يقطع يده بسرقة ذلك المال.

و عمّم آخرون (٥) الحكم في كلّ قريب. و تخصيص العموم بمثل هذه الأدلّة لا يخفى ما فيه.

ص: ٤٨٧

١-١) المائدة: ٣٨.

٢-٢) الكافي في الفقه: ٤١١.

٣-٣) المختلف: ٧٧٦.

٤-٤) روضه الطالبين ٧: ٣٣٥.

٥-٥) بدائع الصنائع ٧: ٧٠، تبين الحقائق ٣: ٢٢٠، حليه العلماء ٨: ٦٤، بدايه المجتهد ٢: ٤٥١، رحمه الأئمّه: ٢٩٤-٢٩٥.

الثامن: أن يأخذه سرًا

الثامن: أن يأخذه سرًا (١) فلو هتك قهرا ظاهرا و أخذ لم يقطع. و كذا المستأمن لو خان. و يقطع الذمى كالمسلم، و المملوك، مع قيام البينة. و حكم الأثني في ذلك كله حكم الذكر.

مسائل

الأولى: لا يقطع الراهن إذا سرق الرهن

الأولى: لا يقطع الراهن إذا سرق الرهن، و إن استحقَّ المرتهن الإمساك، و لا المؤجر العين المستأجره، و إن كان ممنوعا من الاستعادة، مع القول بملك المنفعة، لأنه لم يتحقق إخراج النصاب من مال المسروق منه حاله الإخراج.

الثانية: لا يقطع عبد الإنسان بسرقة ماله

الثانية: لا يقطع عبد الإنسان بسرقة (٢) ماله، و لا عبد الغنيمه بالسرقة منها، لأنَّ فيه زياده إضرار. نعم، يؤدَّب بما يحسم الجراه. قوله: «أن يأخذه سرًا. إلخ».

لأنَّ الأول لا يسمَّى سارقا بل غاصبا، و الثاني لم يحرز من دونه.

قوله: «لا يقطع عبد الإنسان بسرقة. إلخ».

مستند هذا الحكم المخالف للأصل روايات، منها روايه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في عبد سرق و اختان من مال مولاه، قال: ليس عليه قطع» (١).

و في حديث آخر عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: عبدى إذا سرقنى لم

ص: ٤٨٨

(١-١) الكافي ٧: ٢٣٤ ح ٥، التهذيب ١١١: ١٠ ح ٤٣٦، الوسائل ١٨: ٥٢٦ ب «٢٩» من أبواب حد السرقة ح ١.

الثالثه:يقطع الأجير إذا أحرز المال من دونه

الثالثه:يقطع الأجير إذا أحرز المال (١)من دونه.و فى روايه:لا يقطع.و هى محموله على حاله الاستئمان.

و كذا الزوج إذا سرق من زوجته،أو الزوجه[من زوجها].

أقطعه،و عبدى إذا سرق غيرى قطعته،و عبد الإماره إذا سرق لم أقطعه،لأنه فىء» (١).و فى طريق الروايات ضعف،و لكن لا راد لها.

و المصنف-رحمه الله-علل الحكم بأن فى القطع زياده إضرار،و الحدّ شرع لحسم الجراه و دفع الضرر،فلا يدفع الضرر بالضرر.و هو تعليل للنص بعد ثبوته،أما كونه علّه برأسه فموضع نظر.

قوله:«يقطع الأجير إذا أحرز المال.إلخ».

كون الأجير كغيره من السارقين فى قطعه إذا سرق من مال المستأجر بشرطه هو المشهور بين الأصحاب،لعموم الآيه (٢)و غيرها من الأدله.

و قال الشيخ فى النهايه (٣):لا قطع عليه،استنادا إلى روايه سليمان قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل استأجر أجيرا فسرق من بيته،هل تقطع يده؟قال:هذا مؤتمن ليس بسارق،و هذا خائن» (٤).

و حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال:«فى رجل استأجر أجيرا فأقعده على متاعه فسرقه،فقال:هو مؤتمن» (٥).

ص:٤٨٩

١- (١) الكافي ٧:٢٣٧ ح ٢٠، التهذيب ١٠:١١١ ح ٤٣٧، الوسائل ١٨:٥٢٧ الباب المتقدم ح ٢.

٢- (٢) المائده:٣٨.

٣- (٣) النهايه:٧١٧.

٤- (٤) الكافي ٧:٢٢٧ ح ٣، التهذيب ١٠:١٠٩ ح ٤٢٤، الوسائل ١٨:٥٠٦ ب«١٤» من أبواب حدّ السرقة ح ٣.

٥- (٥) الكافي ٧:٢٢٧ ح ١، التهذيب ١٠:١٠٩ ح ٤٢٦، الوسائل ١٨:٥٠٥ الباب المتقدم ح ١.

و فى الضيف قولان،(١)أحدهما:لا يقطع مطلقا.و هو المروى.

و الآخر:يقطع إذا أحرز من دونه.و هو أشبه.

الرابعة:لو أخرج متاعا،فقال صاحب المنزل:سرقته،و قال المخرج:وهبتنيه

الرابعة:لو أخرج متاعا،فقال صاحب المنزل:سرقته،و قال المخرج:وهبتنيه أو أذنت فى إخراجة،سقط الحد للشبهه،و كان القول قول صاحب المنزل مع يمينه فى المال.

و كذا لو قال:المال لى،و أنكرك صاحب المنزل،فالقول قوله مع يمينه،و يغرم المخرج،و لا قطع لمكان الشبهه.

و روايه سماعه قال:«سألته عمّن استأجر أجيرا فأخذ الأجير متاعه فسرقه،قال هو مؤتمن،ثم قال:الأجير و الضيف أمينان،ليس يقع عليهما حدّ السرقة»(١).

و المصنف-رحمه الله-و غيره من الأصحاب(٢)حملوا الروايات على ما لو كان المستأجر قد استأمنه على المال و لم يحرزه عنه.و فى الروايات إيماء إليه،بل فى روايه الحلبي تصريح به.هذا مع ضعف الأولى باشتراك سليمان الراوى بين جماعه منهم المقبول و غيره،و الأخيره بالوقف و الاسناد.

قوله:«و فى الضيف قولان.إلخ».

القول بعدم قطع الضيف للشيخ فى النهايه(٣)و جماعه،منهم ابن الجنيد(٤)و الصدوق(٥)و ابن إدريس(٦)،محتجا عليه بالإجماع.

ص:٤٩٠

١-١) الكافي ٧:٢٢٨ ح ٥،التهذيب ١٠:١٠٩ ح ٤٢٥،الوسائل ١٨:٥٠٦ الباب المتقدم ح ٤.

٢-٢) تحرير الأحكام ٢:٢٢٨.

٣-٣) النهايه:٧١٧.

٤-٤) حكاه عنه العلامه فى المختلف:٧٧٠.

٥-٥) المقنع:٤٤٧.

٦-٦) السرائر ٣:٤٨٨.

الثانى: فى المسروق لا قطع فيما نقص (١) عن ربع دينار.

و يقطع فيما بلغه: ذهباً، خالصاً، مضروباً عليه السِّكَّة، أو ما قيمته ربع دينار، ثوباً كان أو طعاماً أو فاكهه أو غيره، [سواء] كان أصله الإباحه أو لم يكن.

و ضابطه: ما يملكه المسلم.

و فى الطير و حجاره الرِّخام، روايه بسقوط الحدِّ ضعيفه.

و مستند غيره على الحكم الروايه السابقه، و روايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: «الضيف إذا سرق لم يقطع، و إذا أضاف الضيف ضيفاً فسرق قطع ضيف الضيف» (١).

و الأصحَّ القطع، للعموم (٢)، و عليه المصنف و جميع المتأخرين (٣). و تحمل الروايات -مع اشتراكها فى ضعف السند- على ما لو لم يحرز المال عنه. و يتبّه عليه الحكم بقطع ضيف الضيف، لأن المالك لم يأت منه.

قوله: «لا قطع فيما نقص. إلخ».

يعتبر فى ثبوت القطع على السارق بلوغ سرقة قدر النصاب بإجماع علمائنا. و لكن اختلفوا فى مقداره، فالمشهور بينهم أنه ربع دينار من الذهب الخالص المضروب بسكّه المعامله، أو ما قيمته ربع دينار، فلا قطع فيما دون

ص: ٤٩١

١- (١) الكافى ٧: ٢٢٨ ح ٤، التهذيب ١٠: ١١٠ ح ٤٢٨، الوسائل ١٨: ٥٠٨ ب «١٧» من أبواب حدّ السرقة ح ١.

٢- (٢) المائده: ٣٨.

٣- (٣) المختلف: ٧٧١، إيضاح الفوائد ٤: ٥٢٦-٥٢٧، اللمعه الدمشقيه: ١٧٠، التنقيح الرائع ٤: ٣٧٦، المقتصر: ٤١٣.

ذلك، لما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنَّهُ قَالَ: «تَقَطَّعَ الْيَدُ فِي رِبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا» (١). وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى: «لَا يَقَطُّعُ إِلَّا فِي رِبْعِ دِينَارٍ» (٢).

وَصَحِيحُهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «قُلْتُ لَهُ: فِي كَمْ يَقَطُّعُ السَّارِقُ؟ فَقَالَ: فِي رِبْعِ دِينَارٍ. قَالَ: قُلْتُ لَهُ: فِي دَرَاهِمِينَ؟ فَقَالَ: فِي رِبْعِ دِينَارٍ، بَلِغِ الدِّينَارَ مَا بَلِغَ.

قَالَ: فَقُلْتُ لَهُ: أَرَأَيْتَ مَنْ سَرَقَ أَقْلًا مِنْ رِبْعِ دِينَارٍ هَلْ يَقَعُ عَلَيْهِ حِينَ سَرَقَ اسْمَ السَّارِقِ؟ وَهَلْ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ فِي تِلْكَ الْحَالِ؟ فَقَالَ: كُلٌّ مِنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئًا قَدْ حَوَاهُ وَأَحْرَزَهُ فَهُوَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّارِقِ، وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ السَّارِقُ، وَلَكِنْ لَا يَقَطُّعُ إِلَّا فِي رِبْعِ دِينَارٍ أَوْ أَكْثَرٍ. وَلَوْ قَطَّعْتَ يَدَ السَّارِقِ فِيمَا هُوَ أَقْلٌ مِنْ رِبْعِ دِينَارٍ لَأَلْفَيْتَ عَامَّهُ النَّاسَ مَقْطَعِينَ» (٣).

وَغَيْرِهَا مِنَ الْأَخْبَارِ الْكَثِيرَةِ (٤).

وَاعْتَبَرَ ابْنَ أَبِي عَقِيلٍ (٥) دِينَارًا فَصَاعِدًا. وَقَالَ ابْنُ (٦) بَابُوِيَه: يَقَطُّعُ فِي

ص: ٤٩٢

-
- ١ - ١) مسند أحمد ٦: ٣٦، سنن الدارمي ٢: ١٧٢، صحيح البخاري ٨: ١٩٩، سنن أبي داود ٤: ١٣٦ ح ٤٣٨٣-٤٣٨٤، صحيح مسلم ٣: ١٣١٢، سنن الترمذي ٤: ٤٠ ح ١٤٤٥، سنن البيهقي ٨: ٢٥٤.
- ٢ - ٢) صحيح مسلم ٣: ١٣١٢ ح ٣، سنن ابن ماجه ٢: ٨٦٢ ح ٢٥٨٥، سنن البيهقي ٨: ٢٥٤.
- ٣ - ٣) الكافي ٧: ٢٢١ ح ٦، التهذيب ١٠: ٩٩ ح ٣٨٤، الاستبصار ٤: ٢٣٨ ح ٨٩٦، الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب «٢» من أبواب حد السرقة ح ١.
- ٤ - ٤) راجع الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب «٢» من أبواب حد السرقة.
- ٥ - ٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٧٢.
- ٦ - ٦) راجع المقنع: ٤٤٤، ولكن نقل فيه روايات أخر أيضا.

خمس دينار، أو في قيمه ذلك. و يظهر من ابن الجنيد (١) الميل إليه. و المذهب هو الأول.

و نبه بقوله: «ثوبا كان أو طعاما أو فاكهه، كان أصله الإباحه أو لم يكن» على خلاف أبي حنيفة (٢)، حيث ذهب إلى أنه لا قطع فيما كان مباح الأصل إلا في خشب الساج. و الحق بعضهم (٣) به الآبنوس و الصندل و العود. و زاد آخرون (٤) الخشب المعمول كالسرر و الأبواب. و لا فيما (٥) كان رطبا أو متعزضا للفساد، كالرطب و التين و التفاح، و البقول و الرياحين، و الشواء و الهريسه و الفالوذج، و الجمد (٦) و الشمع المشتعل.

لنا: عموم الآيه (٧)، و ما رووه عنه صلى الله عليه و آله و قد سئل عن التمر المعلق فقال: «من سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين، فبلغ ثمن المجنّ، فعليه القطع» (٨). و كان ثمن المجنّ عندهم ربع دينار.

و الروايه التي أشار إليها المصنف -رحمه الله- بسقوط الحدّ عن سارق الرخام و نحوه رواها السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لا قطع على من سرق الحجاره، يعنى: الرخام و أشباهه

ص: ٤٩٣

١- ١) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٧٧٢.

٢- ٢) اللباب فى شرح الكتاب ٣: ٢٠٣-٢٠٤، شرح فتح القدير ٥: ١٢٨ و ١٣٠ و ١٣٥، بدائع الصنائع ٧: ٦٨-٦٩، تبين الحقائق ٣: ٢١٤-٢١٥ و ٢١٩، و انظر الحاوى الكبير ١٣: ٢٧٤ و ٢٧٦، بدايه المجتهد ٢: ٤٥٠، حليه العلماء ٨: ٥٢، المغنى لابن قدامه ١٠: ٢٤٣-٢٤٤، رحمه الأمه: ٢٩٦.

٣- ٣) اللباب فى شرح الكتاب ٣: ٢٠٣-٢٠٤، شرح فتح القدير ٥: ١٢٨ و ١٣٠ و ١٣٥، بدائع الصنائع ٧: ٦٨-٦٩، تبين الحقائق ٣: ٢١٤-٢١٥ و ٢١٩، و انظر الحاوى الكبير ١٣: ٢٧٤ و ٢٧٦، بدايه المجتهد ٢: ٤٥٠، حليه العلماء ٨: ٥٢، المغنى لابن قدامه ١٠: ٢٤٣-٢٤٤، رحمه الأمه: ٢٩٦.

٤- ٤) اللباب فى شرح الكتاب ٣: ٢٠٣-٢٠٤، شرح فتح القدير ٥: ١٢٨ و ١٣٠ و ١٣٥، بدائع الصنائع ٧: ٦٨-٦٩، تبين الحقائق ٣: ٢١٤-٢١٥ و ٢١٩، و انظر الحاوى الكبير ١٣: ٢٧٤ و ٢٧٦، بدايه المجتهد ٢: ٤٥٠، حليه العلماء ٨: ٥٢، المغنى لابن قدامه ١٠: ٢٤٣-٢٤٤، رحمه الأمه: ٢٩٦.

٥- ٥) اللباب فى شرح الكتاب ٣: ٢٠٣-٢٠٤، شرح فتح القدير ٥: ١٢٨ و ١٣٠ و ١٣٥، بدائع الصنائع ٧: ٦٨-٦٩، تبين الحقائق ٣: ٢١٤-٢١٥ و ٢١٩، و انظر الحاوى الكبير ١٣: ٢٧٤ و ٢٧٦، بدايه المجتهد ٢: ٤٥٠، حليه العلماء ٨: ٥٢، المغنى لابن قدامه ١٠: ٢٤٣-٢٤٤، رحمه الأمه: ٢٩٦.

٦- ٦) فى «ا، ث»: و الجزر، و فى «ط»: و الحل.

٧- ٧) المائده: ٣٨.

٨- ٨) سنن أبى داود ١٣٧: ٤ ح ٤٣٩٠، تلخيص الحبير ٤: ٦٤ ح ١٧٧٢.

و من شرطه أن يكون محرزا(١)بقفل أو غلق أو دفن.وقيل:كلّ موضع ليس لغير مالكة الدخول إليه إلا بإذنه.

ذلك»(١).و لا يخفى حال (٢)السند.

قوله:«و من شرطه أن يكون محرزا.إلخ».

لا- شبهه في اعتبار كون السرقة من الحرز في ثبوت القطع،و إنما الكلام في حقيقته،فإن الشرع اعتبر الحرز و لم يبين له حدًا بطريق يعتمد عليه،و ما هذا شأنه يجب الرجوع فيه إلى العرف،كالقبض و التفريق عن مكان البيع و إحياء الموات،و نحو ذلك.

و قد دلّ العرف على أن القفل على الظرف الذي لا ينقل عادة-كالبيت، و الصندوق الكبير،و الغلق على الدار،و الدفن للمال- حرز في الجملة،و إن كان المرجع في تفاصيله إلى العرف،و ذلك يختلف باختلاف المال المحرز.فحرز الثياب الصندوق المقفل.و حرز الدوابّ الإصطبل و المراح الموثق بالغلق.و حرز الأمتعة التي من شأنها أن توضع في الدكاكين هي مع ما يعتبر معها ممّا يناسبها من وضعها و غلقها و غيرهما.و إلى نحو ذلك ذهب الشيخ في المبسوط (٣).

و قال في الخلاف (٤):كلّ موضع حرز لشيء من الأشياء فهو حرز لجميع الأشياء.و لا يخفى ما فيه.

و القول بتحديده بكلّ موضع ليس لغير مالكة الدخول إليه إلا بإذنه،للشيخ

ص:٤٩٤

١-١) الكافي ٧:٢٣٠ ح ٢،التهذيب ١٠:١١١ ح ٤٣٣،الوسائل ١٨:٥١٦ ب«٢٣»من أبواب حدّ السرقة ح ١.

٢-٢) في«١»:ضعف.

٣-٣) راجع المبسوط ٨:٢٢،و لكن قوى بعد ذلك ما اختاره في الخلاف.

٤-٤) الخلاف ٥:٤١٩ مسألة(٦).

فما ليس بمحرز(١) لا يقطع سارقه، كالمأخوذ من الأرحيه، و الحمّامات، و المواضع المأذون في غشيانها كالمساجد.
و قيل: إذا كان المالك مراعيًا له، كان محرزًا، كما قطع النبي عليه السلام سارق مئزر صفوان في المسجد. و فيه تردّد.
في النهايه (١) أيضًا.

و ردّه ابن إدريس (٢) بأن الدار المفتوحه أو التي لا باب لها ليس لغيره الدخول إليها بدون إذنه، و لا يجب القطع بالسرقة منها. و هذا الإيراد في محلّه.

و اعتذر له في المختلف (٣) بجواز أن يكون مراده بقوله: «ليس لغير المتصرّف الدخول فيه» سلب القدره لا الجواز الشرعى.
و هو حمل بعيد، و مخالف لمفهوم الروايات (٤) التي استند إليها في ذلك.

قوله: «فما ليس بمحرز. إلخ».

لا شبهه في أن المواضع المطروقه من غير مراعاة المالك - كالمذكوره - ليست حرزا. و أما مع مراعاة المالك فذهب الشيخ في المبسوط (٥) و من تبعه إلى كونه محرزا بذلك، و لهذا قطع النبي صلى الله عليه و آله سارق رداء صفوان بن أمية من المسجد، مع كونه غير محرز إلا بمراعاته.

و الروايه وردت بطرق كثيره، منها حسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يأخذ اللصّ يرفعه أو يتركه؟

ص: ٤٩٥

١-١ (١) النهايه: ٧١٤.

٢-٢ (٢) السرائر ٤٨٣: ٣-٤٨٤.

٣-٣ (٣) المختلف: ٧٦٩.

٤-٤ (٤) الوسائل ١٨: ٥٠٨ ب «١٨» من أبواب حدّ السرقة.

٥-٥ (٥) المبسوط ٨: ٢٤ و ٣٦.

قال: إن صفوان بن أمية كان مضطجعا في المسجد الحرام، فوضع رداءه و خرج يهريق الماء، فوجد رداءه قد سرق حين رجع إليه، فقال: من ذهب بردائي، فذهب يطلبه فأخذ صاحبه، فرفعه إلى النبي صلى الله عليه و آله.

فقال صلى الله عليه و آله: اقطعوا يده.

فقال صفوان: تقطع يده من أجل ردائي يا رسول الله؟ قال: نعم.

قال: فأنا أهبه له.

فقال رسول الله صلى الله عليه و آله: فهلاً كان هذا قبل أن ترفعه إليّ! قلت: فالإمام بمنزلته إذا رفع إليه؟ قال: نعم» (١).

و في الاستدلال بهذا الحديث للقول بأن المراعاة حرز نظر بين، لأن المفهوم منها- و به صرح (٢) كثير- أن المراد بها النظر إلى المال، فإنه لو نام (٣) أو غفل عنه أو غاب زال الحرز، فكيف يجتمع الحكم بالمراعاة مع فرض كون المالك غائباً عنه؟! و في بعض الروايات (٤): أن صفوان نام فأخذ من تحته. و الكلام فيها كما سبق، و إن كان النوم عليه أقرب إلى المراعاة مع الغيبة عنه.

ص: ٤٩٦

١ - ١) الكافي ٧: ٢٥١ ح ٢، التهذيب ١٠: ١٢٣ ح ٤٩٤، الاستبصار ٤: ٢٥١ ح ٩٥٢، الوسائل ١٨: ٣٢٩ ب «١٧» من أبواب مقدمات الحدود ح ٢.

٢ - ٢) المبسوط ٨: ٣٦.

٣ - ٣) في «ت، خ، ط، م»: قام.

٤ - ٤) سنن ابن ماجه ٢: ٨٦٥ ح ٢٥٩٥، الموطأ ٢: ٨٣٤ ح ٢٨، مسند أحمد ٦: ٤٦٥، سنن البيهقي ٨: ٢٦٥، تلخيص الحبير ٤: ٦٤ ح ١٧٧١.

و في المبسوط (١) فرض المسأله على هذا التقدير، و اكتفى في حرز الثوب بالنوم عليه أو الاتكاء عليه أو توشيدته. و احتج عليه بحديث صفوان، و أنه سرقة من تحت رأسه من المسجد، و أنه كان متوسدا له.

و هذا أوجه مع أن في جعل المراعاة حرزا إشكالا (٢) من وجه آخر، لأن السارق إن أخذ المال مع نظر المالك إليه لتتحقق المراعاة لم يحصل الشرط، و هو أخذه سرًا، و إنما يكون مستلبا غاصبا، و هو لا يقطع، و إن كان مع الغفله عنه لم يكن محرزا بالمراعاة. فظهر أن السرقة لا تتحقق مع المراعاة و إن جعلناها حرزا.

و هذا هو الوجه.

نعم، رواه صفوان على الوجه المرويّ أولا- تصلح دليلا- على مذهب ابن أبي (٣) عقيل من أن السارق يقطع من أي موضع سرق، من بيت أو سوق أو مسجد أو غير ذلك. و احتج عليه بهذه الرواية.

و بعض (٤) العلماء فسّر الحرز بما على سارقه خطر، لكونه ملحوظا غير مضيع، إما بلحاظ دائم أو بلحاظ معتاد. و على هذا يتوجه الحكم في الرواية بقطع سارق الرداء، لأن سارقه في المسجد على خطر من أن يطلع عليه.

و هذا التفسير متوجه و مناسب لما يقتضيه النظر من كون المراعاة بالعين حرزا في مجامعته لإمكان سرقة بمغافله المالك، إذ لم يشترط فيه دوام النظر، بل المعتاد منه المجمع للغفله على وجه يمكن سرقة منه. و إلى هذا ذهب الشيخ في

ص: ٤٩٧

١-١ (١) المبسوط ٢٤: ٨.

٢-٢ (٢) فيما لدينا من النسخ الخطية: إشكال، و الصحيح ما أثبتناه.

٣-٣ (٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٧٦.

٤-٤ (٤) الوجيز ١٧٣: ٢.

و هل يقطع سارق ستاره الكعبه؟(١)قال فى المبسوط (١)و الخلاف (٢):

نعم. و فيه إشكال، لأنّ الناس فى غشيانها شرع.

موضع (٣)من المبسوط، و إن اختار الأول فى مواضع (٤).

قوله: «و هل يقطع سارق ستاره الكعبه. إلخ».

وجه ما اختاره الشيخ: ما رواه (٥)أصحابنا من أن الإمام عليه السلام إذا قام قطع أيدي بنى شبيهه، و علّقها على البيت، و نادى عليهم: هؤلاء سراق بيت الله.

مضافا إلى عموم الآيه (٦)و الروايات (٧)الدالّه على القطع.

و ذهب ابن إدريس (٨)-رحمه الله-إلى عدم قطعه، لما أشار إليه المصنف- رحمه الله-من أن ذلك المحلّ ليس بحرز عرفا. و الروايه مع قطع النظر عن سندها محموله على قطع أيديهم لفسادهم، أو على سرقة ما أحرز. و الأول أقعد، لأن إحرار مال البيت من مبدأ الإسلام إلى يومنا هذا بأيديهم، و شرط الحرز أن يكون بغير يد السارق. و عدم القطع للسرقه هو (٩)الأصحّ.

ص: ٤٩٨

١-١) المبسوط ٣٣:٨.

٢-٢) الخلاف ٤٢٩:٥ مسأله (٢٢).

٣-٣) المبسوط ٢٣:٨.

٤-٤) المبسوط ٢٥:٨.

٥-٥) الكافى ٢٤٢:٤ ح ٤، علل الشرائع: ٢٢٩ ح ١، عيون أخبار الرضا ٢٧٣:١ ح ٥، التهذيب ٢١٣:٩ ح ٨٤٢، الوسائل ٣٥٦:٩ ب «٢٢» من أبواب مقدّمات الطواف ح ١٣.

٦-٦) المائده: ٣٨.

٧-٧) راجع الوسائل ٤٨٢:١٨ ب «٢» و ص: ٥٠٠ ب «١٠» من أبواب حدّ السرقة.

٨-٨) السرائر ٤٩٩:٣.

٩-٩) فى «أ»: و هو.

و لا يقطع من سرق من جيب إنسان(١) أو كتمه الظاهرين، و يقطع لو كانا باطنين.

و لا يقطع في ثمره(٢) على شجرها. و يقطع لو سرق بعد إحرازها.

قوله: «و لا يقطع من سرق من جيب إنسان. إلخ».

هذا التفصيل هو المشهور بين الأصحاب، ذكره الشيخ (١) و غيره (٢).

و مستنده روايه السكوني عن الصادق عليه السلام قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام بطرّار قد طرّ دراهم من كتم رجل، فقال: إن كان طرّ من قميصه الأعلى لم أقطعه، و إن كان طرّ من قميصه الداخل قطعته» (٣).

و روايه مسمع بن أبي سيّار عن الصادق عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بطرّار قد طرّ من رجل دراهم، فقال: إن كان طرّ من قميصه الأعلى لم أقطعه، و إن كان طرّ من قميصه الأسفل قطعناه» (٤).

و في الروايتين ضعف. و مقتضاهما أن المراد بالظاهر ما في الثوب الخارج، سواء كان بابه في ظاهره أم باطنه، و سواء كان الشدّ على تقديره من داخله أم من خارجه.

قوله: «و لا يقطع في ثمره. إلخ».

هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب، و وردت به الأخبار الكثيره (٥). و قد

ص: ٤٩٩

١-١) النهاية: ٧١٨، المبسوط ٤٥: ٨، الخلاف ٤٥١: ٥ مسألة (٥١).

٢-٢) المقنعه: ٨٠٣، المهذب ٥٤٥: ٢، السرائر ٤٩٢: ٣.

٣-٣) الكافي ٢٢٦: ٧ ح ٥، التهذيب ١١٥: ١٠ ح ٤٥٥، الاستبصار ٢٤٤: ٤ ح ٩٢٢، الوسائل ١٨: ٥٠٤ ب «١٣» من أبواب حدّ السرقة ح ٢.

٤-٤) الكافي ٢٢٦: ٧ ح ٨، التهذيب ١١٥: ١٠ ح ٤٥٦، الاستبصار ٢٤٤: ٤ ح ٩٢٣، الوسائل ١٨: ٥٠٤ الباب المتقدّم ذيل ح ٢.

٥-٥) الوسائل ١٨: ٥١٦ ب «٢٣» من أبواب حدّ السرقة.

و لا على من سرق (١) ما كولا في عام مجاعه.

تقدّم (١) بعضها. و ظاهرها عدم الفرق مع كون الثمره على الشجره بين المحرزه بغلق و نحوه و غيرها. و هي على إطلاقها مخالفه للأصول المقرّره في الباب. و مع كثره الروايات فهي مشتركه في ضعف السند، و من ثمّ ذهب العلامة (٢) و ولده فخر الدين (٣) إلى التفصيل في الشجره كالثمره، بالقطع مع إحرازهما (٤)، و عدمه مع عدمه. و هو الأجود.

قوله: «و لا على من سرق. إلخ».

المراد بالمأكل الصالح للأكل فعلا أو قوّه، كالخبز و اللحم و الحبوب.

و مقتضى إطلاقه كغيره (٥) عدم الفرق بين المضطرّ و غيره، فلا يقطع السارق في ذلك العام مطلقا، عملا بإطلاق النصوص. و هي روايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يقطع السارق في عام سنه، يعني: عام مجاعه» (٦). و قوله عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يقطع السارق في أيام المجاعه» (٧). و في روايه ثالثة عن الصادق عليه السلام قال: «لا يقطع السارق في سنه المحل في شيء يؤكل، مثل الخبز و اللحم و أشباه ذلك» (٨).

ص: ٥٠٠

١-١) في ص: ٤٨٤-٤٨٥.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٨.

٣-٣) إيضاح الفوائد ٤: ٥٣١.

٤-٤) في «ت، خ»: إحرازها.

٥-٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٨.

٦-٦) الكافي ٧: ٢٣١ ح ٢، التهذيب ١٠: ١١٢ ح ٤٤٢، الوسائل ١٨: ٥٢٠ ب «٢٥» من أبواب حدّ السرقة ح ٢.

٧-٧) الكافي ٧: ٢٣١ ح ٣، التهذيب ١٠: ١١٢ ح ٤٤٤، الوسائل ١٨: ٥٢٠ الباب المتقدّم ح ٣.

٨-٨) الكافي ٧: ٢٣١ ح ١، الفقيه ٤: ٥٢ ح ١٨٨، التهذيب ١٠: ١١٢ ح ٤٤٣، الوسائل ١٨: ٥٢٠، الباب المتقدّم ح ١.

و من سرق صغيراً،(١) فإن كان مملوكاً قطع. و لو كان حرّاً فباعه، لم يقطع حدّاً. و قيل: يقطع، دفعا لفساده.

و حملوا ما أطلق في الروايتين السابقتين من المسروق على المقيّد في هذه، و هو المأكول. و في الروايتين الأخيرتين إرسال، مع اشتراك الجميع في الضعف، لكن العمل بمضمونها مشهور بين الأصحاب لا رادّ له.

قوله: «و من سرق صغيراً. إلخ».

ثبوت القطع بسرقة المملوك الصغير واضح، لأنه مال فيلحقه حكمه.

و يشترط فيه شروطه التي من جملتها كونه محرزاً، و كون قيمته بقدر النصاب.

و إنما لم يذكر ذلك لأن البحث عن سرقة من حيث إنه مملوك، أما من جهة باقي الشروط فيعلم من بابها.

و لو كان المملوك كبيراً ممّيزاً فلا- قطع بسرقة، لأنه متحفّظ بنفسه، إلا- أن يكون نائماً أو في حكمه، أو لا- يعرف سيّده من غيره، فإنه حينئذ كالصغير.

و لا فرق بين القنّ و المدبّر و أمّ الولد دون المكاتب، لأن ملكه غير تامّ، إلا أن يكون مشروطاً فيلحق بالقنّ.

و أما الحرّ فاختلف في حكم سرقة، فقيل: لا يقطع، لأنه ليس بمال، و هو شرط في هذا الحدّ، إذ لا يتحقّق بلوغ النصاب بدونه.

و ذهب الشيخ (١) و جماعه (٢) إلى أنه يقطع، لا من حيث سرقة للمال، بل من جهة كونه مفسداً في الأرض.

و يؤيّده روايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين

ص: ٥٠١

١-١) النهاية: ٧٢٢.

٢-٢) إصباح الشيعة: ٥٢٥، فقه القرآن للراوندي ٢: ٣٨٨.

عليه السلام أتى برجل قد باع حرًا، فقطع يده» (١).

و روايه عبد الله بن طلحه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع الرجل و هما حرّان، يبيع هذا هذا و هذا هذا، و يفرّان من بلد إلى بلد، فيبيعان أنفسهما و يفرّان بأموال الناس، قال: تقطع أيديهما، لأنهما سارقا أنفسهما و أموال الناس» (٢).

و ظاهر الروايتين بل صريح الثانيه عدم اشتراط صغر الحرّ المبيع. و كذلك أطلقه الشيخ في النهايه (٣) و جماعه (٤). و قيده في المبسوط (٥) بالصغر، و تبعه الأكثر (٦)، نظرا إلى أن الكبير متحفّظ بنفسه، فلا يتحقّق سرقة. و حيث جعلنا القطع للفساد لم يعتبر تحقّق السرقة. و يشكل الحكم مطلقا بأن حدّ المفسد لا يختصّ بالقطع، بل يتخيّر الامام عليه السلام فيه - كما سيأتي (٧) - بين قطعه و قتله و غيرهما.

و في المختلف (٨) علّل الحكم بالقطع بأن حراسه النفس أولى من حراسه المال الذي جاء القطع في سرقة لحراسه.

ص: ٥٠٢

١-١) الكافي ٧:٢٢٩ ح ٢، التهذيب ١٠:١١٣ ح ٤٤٥، الوسائل ١٨:٥١٤ ب «٢٠» من أبواب حدّ السرقة ح ٢.

٢-٢) الكافي ٧:٢٩٩ ح ٣، التهذيب ١٠:١١٣ ح ٤٤٦، الوسائل ١٨:٥١٥ الباب المتقدّم ح ٣.

٣-٣) النهايه: ٧٢٢.

٤-٤) فقه القرآن للراوندي ٢:٣٨٨، إصباح الشيعة: ٥٢٥.

٥-٥) المبسوط ٨:٣١.

٦-٦) المؤتلف من المختلف ٢:٤٠٨ مسألة (١٩)، السرائر ٣:٤٩٩، قواعد الأحكام ٢:٢٦٥.

٧-٧) في حدّ المحارب، الباب السادس من كتاب الحدود.

٨-٨) المختلف: ٧٧٧.

و لو أعار بيتا،(١)فنقبه المعير و سرق[منه]مالا للمستعير،قطع.

و كذا لو آجر بيتا،و سرق[منه]مالا للمستأجر.

و يشكل بأن الحكم معلق على مال مخصوص،و مطلق صيانته غير معلوم الإراده من إطلاق النصوص (١)،و من ثمّ كان له شرائط خاصّه زياده على المطلوب من صيانته،فلا يتمّ حمل النفس مطلقا عليه بطريق الأولويّه،خصوصا على الوجه المخصوص من بيعه دون غيره من أسباب تفويته و تفويت أجزاءه البالغه ديته ربع (٢)النصاب.

و لو كان عليه ثياب أو معه مال يبلغ النصاب،فإن كان كبيرا لم يتحقّق سرقته أيضا،لأن يده عليها.و لو كان صغيرا على وجه لا يثبت له يد اتّجه القطع بالمال.و مثله سرقة الكبير بماله نائما،و ما في حكمه من السكر و الإغماء.

قوله:«و لو أعار بيتا.إلخ».

إذا كان الحرز ملكا للسارق،نظر إن كان في يد المسروق منه ياجاره فسرق منه الموجر فعليه القطع بغير إشكال،لأن المنافع بعقد الإجاره مستحقّه للمستأجر،و الإحراز من المنافع.و عند أبي حنيفة[١]أنه لا- يجب القطع على المؤجر.و وافق (٣)على أنه لو آجر عبده لحفظ متاع،ثمّ سرق المؤجر من المتاع الذي كان يحفظه العبد،يجب القطع.

ص:٥٠٣

١-١) الوسائل ٥١٤:١٨ ب«٢٠» من أبواب حدّ السرقة.

٢-٢) سقطت من «د،م».

٣-٤) لم نعره عليه.

و إن كان الحرز فى يده بإعاره فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجب القطع، لأن الإعاره لا تلزم، و له الرجوع متى شاء، فلا يحصل الإحراز عنه.

و أصحهما - و هو الذى قطع به المصنف رحمه الله، و العلامه (١) و جماعه (٢)، و رجحه الشيخ فى المبسوط (٣)، بعد أن نقل الأول عن قوم -: أنه يجب القطع، لأنه سرق النصاب من الحرز. و إنما يجوز له الدخول إذا رجع، و عليه أن يمهل المعير بقدر ما ينقل فيه الأمتع، لا مطلقا.

و لو أعار عبده لحفظ مال أو رعى غنم، ثم سرق مما كان يحفظه، فالحكم كما لو كان الحرز مستعارا. و لكن هنا يضعف احتمال عدم القطع، لأن الإحراز هاهنا بملاحظه العبد، لا بنفس العبد المملوك للسارق، فنفس الحرز ليس بمملوك له.

و لو أعاره قميصا فلبسه المستعير، فطرّ المعير جيبه و أخذ منه النصاب، و جب عليه القطع أيضا. و يضعف هنا الاحتمال أيضا.

و لو كان الحرز فى يده بغصب، و سرق مالك الحرز منه متاعه، فلا قطع، لأن له الدخول و الهجوم عليه، فلا يكون محرزا عنه.

و إن سرق منه أجنبى فوجهان:

أحدهما: أنه يلزمه القطع، لأنه لا حقّ له فيه، و ليس له الدخول.

و أصحهما: المنع، لأن الإحراز من المنافع و الغاصب لا يستحقّها.

ص: ٥٠٤

١-١) قواعد الأحكام ٢:٢٦٩.

٢-٢) المهذب ٢:٥٤٢، المؤلف من المختلف ٢:٤٠٩ مسألة (٢٣)، السرائر ٣:٥٠٠.

٣-٣) المبسوط ٨:٣٣.

و يقطع من سرق (١) مالا موقوفا مع مطالبه الموقوف عليه، لأنه مملوك له.

و لا تصير الجمال محرز (٢) بمراعاة صاحبها، و لا الغنم بإشراف الراعى عليها. و فيه قول آخر للشيخ رحمه الله.

قوله: «و يقطع من سرق. إلخ».

هذا التعليل يتم على القول بانتقال ملك الموقوف مطلقا إلى الموقوف عليه.

أما على القول الأشهر من اختصاصه بما لو كان الموقوف عليه منحصرا، قطع سارقه، دون سارق الوقف على المصالح العامه و على غير المنحصر، لأن الملك فيه لله تعالى، و لا يتم ما ذكره المصنف من التعليل. و لو طالب به الحاكم احتمال جواز قطعه، و إن كان غير مالك. و الأظهر العدم.

و لو كانت السرقة من غله الوقف فلا إشكال فى القطع، لأنها مملوكه للموقوف عليه مطلقا.

و لو كان السارق بعض الموقوف عليهم بنى على حكم سارق المال المشترك، و قد تقدم (١).

هذا إذا كان منحصرا. أما لو كان السارق فقيرا فى الموقوف على الفقراء فلا قطع مطلقا.

قوله: «و لا تصير الجمال محرز. إلخ».

قد تقدم (٢) الكلام على أن المراعاة بالعين هل هى حرز أم لا؟ و أن الوجه عدم كونها حرزا، و إليه ذهب المصنف - رحمه الله - هنا صريحا، و إن كان قد تردد

ص: ٥٠٥

١-١) فى ص: ٤٨٠.

٢-٢) فى ص: ٤٩٥.

فيما سبق (١) و هو مختار ابن إدريس - رحمه الله - (٢) و العلامه (٣).

و احتج عليه في المختلف بروايه السكوني عن الصادق عليه السلام قال:

«إن علينا عليه السلام قال: لا يقطع إلا من نقب نقبا أو كسر قفلا» (٤).

و هو استدلال عجيب من مثله، مع ضعف السند، و الاتفاق على عدم الانحصار فيما ذكر في الروايه.

و القول الآخر للشيخ - رحمه الله - الذي أشار إليه المصنف ذكره في المبسوط و الخلاف (٥).

فقال في المبسوط: «الإبل إن كانت راعيه فحرزها أن ينظر الراعي إليها مراعيها لها. و إن كان ينظر إلى جميعها، مثل أن كان على نشز أو مستو من الأرض، فهي في حرز، لأن الناس هكذا يحرزون أموالهم عند الراعي. و إن كان لا ينظر إليها، أو كان ينظر إليها فنام عنها فليست في حرز. و إن كان ينظر إلى بعضها دون بعض فالتى ينظر إليها في حرز، و التى لا ينظر إليها في غير حرز.

و إن كانت باركه ينظر إليها فهي في حرز. و إن كان لا ينظر إليها فهي في حرز بشرطين: أن تكون معقوله، و أن يكون معها نائما أو غير نائم، لأن الإبل الباركه هكذا حرزها.

ص: ٥٠٦

١-١) راجع ص: ٤٩٥.

٢-٢) السرائر ٣: ٤٨٣.

٣-٣) المختلف: ٧٦٩.

٤-٤) التهذيب ١٠: ١٠٩ ح ٤٢٣، الاستبصار ٤: ٢٤٣ ح ٩١٨، الوسائل ١٨: ٥٠٩ ب «١٨» من أبواب حدّ السرقة ح ٣.

٥-٥) الخلاف ٥: ٤٢٠ مسأله (٧).

و إن كانت مقطره، فإن كان سائقا ينظر إليها فهي في حرز. و إن كان قائدا فإنما يكون في حرز بشرطين: أن يكون بحيث إذا التفت إليها شاهدها كلها، و أن يكثر الالتفات إليها، مراعيًا لها. و كذا البغال و الخيل و الحمير و الغنم و البقر.

فإذا أوت إلى حظيره كالمراح و الإصطبل، فإن كان في البرّ دون البلد، فما لم يكن صاحبها معها في المكان فليس بحرز، و إن كان معها فيه فهو حرز. و إن كان الباب مفتوحا فليس بحرز، إلا- أن يكون معها مراعيًا لها غير نائم. و إن كان الباب مغلقا فهو حرز، نائما كان أو غير نائم. و إن كان في جوف البلد فالحرز أن يغلق الباب، سواء كان صاحبها معها أم لا» (١).

و هذا التفصيل قد صرح [به] (٢) في مواضع منه بأن المراعاة تكفي في الحرز. و هو حسن مع حصولها بالفعل، لكن معه لا تتحقق السرقة كما أشرنا إليه سابقا (٣)، و إنما تتحقق مع غفلته ليكون الأخذ سراً. فالحقّ أن القطع لا يتحقق بذلك على التقديرين.

نعم، حرزيتها على هذا الوجه يتمّ فيما لو كانت أمانه بيد المراعي كالمراعى، فإن مراعاتها بالنظر تكفي في الحكم بكونها في حرز، فلا يضمن حينئذ بالفوات، و بدونه يضمن.

و يظهر من كلام الشيخ في قسم الراتعه أن عدم النظر إليها يخرجها عن الحرز، و إن كان النظر إليها ممكنا. و في قسم السائره جعل دوام النظر غير شرط، و اكتفى بإمكان مشاهدتها مع كثره الالتفات إليها.

ص: ٥٠٧

١- ١) المبسوط ٢٣: ٨-٢٤.

٢- ٢) من «أ، خ، م».

٣- ٣) راجع ص: ٤٩٧.

و لو سرق باب الحرز(١) أو من أبنيته، قال فى المبسوط: يقطع، لأنه محرز بالعادة. و كذا إن كان الإنسان فى داره، و أبوابها مفتحة. و لو نام زال الحرز. و فيه تردد.

و يقطع سارق الكفن، (٢) لأنَّ القبر حرز له. و هل يشترط بلوغ قيمته نصاباً؟ قيل: نعم. و قيل: يشترط فى المره الأولى، دون الثانية و الثالثه.

و قيل: لا يشترط. و الأول أشبه.

و لو نبش و لم يأخذ، عزّر. و لو تكرّر منه الفعل، و فات السلطان، كان له قتله للردع.

قوله: «و لو سرق باب الحرز. إلخ».

الحكم فى باب الحرز و نحوه مبنى على تفسير الحرز، فإن فسّرناه بما ليس لغير المالك دخوله، أو بما كان سارقه على خطر و خوف من الاطلاع عليه، أو رددناه إلى العاده و جعلناها قاضيه بكون ذلك محرزاً على هذا الوجه، كما ادّعاها الشيخ (١)، قطع هنا، لتحقّق الحرز على هذه التقديرات.

و إن فسّرناه بما كان مغلقاً عليه، أو مقفلاً، أو مدفوناً، فلا قطع هنا، لانتفاء المقتضى. و إن جعلنا منه المراعاة بنى على ما إذا كان مراعيًا له و عدمه.

و المراد بباب الحرز هنا الباب الخارج، كباب الدار. أما باب البيت الداخلى فى الدار أو باب الخزانة، فإن كان خارجه باباً آخر موثقاً بالقفل أو الغلق، فالباب المذكور فى حرز، و إلا فلا.

قوله: «و يقطع سارق الكفن. إلخ».

للأصحاب فى حكم سارق الكفن من القبر أقوال:

ص: ٥٠٨

أحدها: أنه يقطع مطلقاً، بناء على أن القبر حرز للكفن، والكفن لا يعتبر بلوغه نصاباً.

أما الأول فهو المشهور بين الأصحاب، بل ادّعى عليه الشيخ فخر الدين (١) الإجماع. وليس كذلك، فإن ظاهر الصدوق (٢) أنه ليس حرزاً.

و أما الثاني فلدلاله الأخبار بإطلاقها عليه، كصحيحه حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام أنه قال: «حدّ التّباش حدّ السارق» (٣). وهو أعمّ من أخذ النصاب و عدمه.

و إلى هذا القول ذهب الشيخ (٤) -رحمه الله-، والقاضي (٥)، وابن إدريس (٦) في آخر كلامه، وإن كان قد اضطرب في خلاله، والعلامة في الإرشاد (٧).

و ثانياً: اشتراط بلوغ قيمته النصاب، كغيره من السرقات. وهو الذي اختاره المصنف -رحمه الله-، وقبله المفيد (٨) و سلّار (٩) و أبو الصلاح (١٠)

ص: ٥٠٩

١- (١) إيضاح الفوائد ٥٣٣: ٤.

٢- (٢) المقنع: ٤٤٧.

٣- (٣) الكافي ٢٢٨: ٧ ح ١، التهذيب ١١٥: ١٠ ح ٤٥٧، الاستبصار ٢٤٥: ٤ ح ٩٢٦، الوسائل ١٨: ٥١٠ ب «١٩» من أبواب حدّ السرقة ح ١.

٤- (٤) النهاية: ٧٢٢.

٥- (٥) المهذب ٥٤٢: ٢.

٦- (٦) السرائر ٥١٤: ٣-٥١٥.

٧- (٧) إرشاد الأذهان ١٨٣: ٢.

٨- (٨) المقنعه: ٨٠٤.

٩- (٩) المراسم: ٢٥٨.

١٠- (١٠) الكافي في الفقه: ٤١٢.

و جماعه (١)، و منهم العلامه فى المختلف (٢) و التحرير (٣)، و الشهيد فى الشرح (٤)، لعموم الأخبار (٥) الدالّ على اشتراط النصاب، مع عدم المخصّص.

و أجابوا عن الخبر الأول بأن ظاهره دالّ على القطع بمجرد النيش فى المرّه الأولى، و هم لا يقولون به، بل يعتبرون الأخذ، و إذا جازت مخالفه ظاهره باشتراط الأخذ، فلم لا يجوز مخالفته باشتراط النصاب، توفيقا بين الأدلّه؟! و أيضا فإنه جعله حدّ السارق، فيشترط فيه ما يشترط فى السارق.

و يؤيّداه قول عليّ عليه السلام: «يقطع سارق الموتى كما يقطع سارق الأحياء» (٦). و روايه إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام: «أن عليّ عليه السلام قطع نيش القبر، ف قيل له: أقطع فى الموتى؟ فقال: إنّنا لنقطع لأمواتنا كما نقطع لأحيائنا» (٧). و ظاهر التشبيه يقتضى المساواه فى الشرائط.

و ثالثها: أنه يشترط بلوغ النصاب فى المرّه الأولى خاصّه. أما الأول فلعموم الأدلّه (٨). و أما الثانى فلأنه مع اعتياده مفسد فيقطع لإفساده، و إن لم يكن مستحقّا بسرقة. و هذا القول اختاره ابن إدريس (٩) فى أول كلامه، ثمّ رجع (١٠) عنه

ص: ٥١٠

-
- ١- (١) غنيه النزوع: ٤٣٤، الوسيله: ٤٢٣، إصباح الشيعه: ٥٢٤.
 ٢- (٢) المختلف: ٧٧٥.
 ٣- (٣) تحرير الأحكام ٢: ٢٣٠.
 ٤- (٤) غايه المراد: ٣٤٩.
 ٥- (٥) راجع الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب «٢» من أبواب حدّ السرقة.
 ٦- (٦) الكافى ٧: ٢٢٩ ح ٤، التهذيب ١٠: ١١٥ ح ٤٥٨، الاستبصار ٤: ٢٤٥ ح ٩٢٧، الوسائل ١٨: ٥١١ ب «١٩» من أبواب حدّ السرقة ح ٤.
 ٧- (٧) التهذيب ١٠: ١١٦ ح ٤٦٤، الاستبصار ٤: ٢٤٦ ح ٩٣٣، الوسائل ١٨: ٥١٣ الباب المتقدّم ح ١٢.
 ٨- (٨) راجع الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب «٢» من أبواب حدّ السرقة.
 ٩- (٩) السرائر ٣: ٥١٢ و ٥١٤-٥١٥.
 ١٠- (١٠) السرائر ٣: ٥١٢ و ٥١٤-٥١٥.

إلى الأول.

و رابعها: أنه يقطع مع إخراجه الكفن مطلقاً، أو اعتياده النيش و إن لم يأخذ الكفن. و هذا قول الشيخ في الاستبصار (١)، جامعاً به بين الأخبار التي دلّ بعضها على الأول، و بعضها على الثاني.

قال المصنف - رحمه الله - في النكت (٢): و هو جيّد، إلا أن الأحوط اعتبار النصاب في كلّ مرّه، لما روى عنهم عليهم السلام أنهم قالوا: «لا يقطع السارق حتى تبلغ سرقة ربع دينار» (٣).

و خامسها: عدم قطعه مطلقاً إلا مع النيش مراراً. أما الأول فلأن القبر ليس حرزاً من حيث هو قبر. و أما الثاني فلافساده.

و هو قول الصدوق (٤). و مقتضى كلامه عدم الفرق بين بلوغه النصاب و عدمه. و في كثير من الأخبار دلالة عليه، كروايه على بن سعيد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التباش، قال: إذا لم يكن النيش له بعاده لم يقطع، و يعزّر» (٥).

و روايه الفضيل عنه عليه السلام قال: «التباش إذا كان معروفاً بذلك

ص: ٥١١

١- ١) الاستبصار ٢: ٢٤٧ ذيل ح ٩٣٦.

٢- ٢) النهايه و نكتها ٣: ٣٣٦-٣٣٧.

٣- ٣) الكافي ٧: ٢٢١ ح ٣، التهذيب ١٠: ٩٩ ح ٣٨٥، الاستبصار ٤: ٢٣٨ ح ٨٩٧، الوسائل ١٨: ٤٨٤ ب «٢» من أبواب حدّ السرقة ح ٥.

٤- ٤) المقنع: ٤٤٧.

٥- ٥) التهذيب ١٠: ١١٧ ح ٤٦٥، الاستبصار ٤: ٢٤٦ ح ٩٣٤، الوسائل ١٨: ٥١٣ ب «١٩» من أبواب حدّ السرقة ح ١٣.

.....
قطع» (١).

و روايه ابن بكير، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى التباش إذا أخذ أول مرّه عزّر، فإن عاد قطع» (٢).

و يمكن حمل هذه الأخبار-مع قطع النظر عن سندها-على ما لو نبش و لم يأخذ، جمعا بين الأدلّه.

و الوجه اعتبار بلوغ النصاب و الاعتياد، لتناول الأول عموم أدلّه (٣) السرقة، و الثانى الإفساد.

و اعلم:

أن موضع النزاع فى كون القبر حرزا ما إذا لم يكن فى داخل حرز آخر، كدار عليها غلق و نحوها، و إليه أشرنا بالحيثية سابقا.

و أنه لا- فرق فى الكفن على تقدير جعله حرزا له بين الواجب و المندوب، و منه العمامه، خلافا للعلامه (٤)، نظرا منه إلى ورود بعض الأخبار (٥) بأنها ليست من الكفن. و ظاهره أن المراد منه أنها ليست من الكفن الواجب لا- مطلقا، بقربنه أنه ذكر الخرقه الخامسة معها فى الخبر (٦)، مع الإجماع على أنها منه.

ص: ٥١٢

١- ١) التهذيب ١٠: ١١٧ ح ٤٦٦، الاستبصار ٤: ٢٤٦ ح ٩٣٥، الوسائل ١٨: ٥١٣ الباب المتقدم ح ١٥.

٢- ٢) التهذيب ١٠: ١١٧ ح ٤٦٨، الاستبصار ٤: ٢٤٦ ح ٩٣٦، الوسائل ١٨: ٥١٤ الباب المتقدم ح ١٦.

٣- ٣) راجع الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب «٢» من أبواب حدّ السرقة.

٤- ٤) تحرير الأحكام ٢: ٢٣٠.

٥- ٥) الكافي ٣: ١٤٤ ح ٧-٥، التهذيب ١: ٢٩٢ ح ٨٥٤ و ٨٥٦ و ٨٥٧، الوسائل ٢: ٧٢٦ ب «٢» من أبواب التكفين ح ١٠، ١٢، ١.

٦- ٦) الكافي ٣: ١٤٤ ح ٦، التهذيب ١: ٢٩٣ ح ٨٥٦، الوسائل ٢: ٧٢٧ الباب المتقدم ح ١٢.

الثالث: ما به يثبت و يثبت: بشهادة عدلين، (١) أو الإقرار مرتين، و لا تكفى المرّة.

و يشترط فى المقرّ: البلوغ، و كمال العقل، و الحرّيّة، و الاختيار.

و أن حرزيتّه مختصّه بالكفن، فلو كان فيه غيره من الأموال، و لو بقصد مصاحبه الميت، لم يقطع سارقه مطلقا من هذه الحيثيّة.

قوله: «و يثبت بشهادة عدلين. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب. و مستندهم عليه روايه جميل بن درّاج، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا يقطع السارق حتى يقرّ بالسرقه مرتين، فإن رجع ضمن السرقه، و لم يقطع إذا لم يكن شهود» (١). و لأنه حدّ فلا يستوفى بالإقرار مرّه، كغيره من الحدود. و لبناء الحدود على التخفيف.

و لا يخفى ضعف الأخيرين، فإن توقّف إثبات الحدود مطلقا على المرّتين يحتاج إلى دليل، و إلا فعموم (٢) الأدلّه يقتضى الاكتفاء بالإقرار مرّه مطلقا إلا ما أخرجه الدليل. و بناء الحدود على التخفيف لا يدلّ بمجرّده على اشتراط تعدّد الإقرار.

و الروايه ضعيفه السند بعلى بن حديد، و بالإرسال، و من ثمّ ذهب الصدوق (٣) إلى الاكتفاء بالإقرار مرّه، لصحيحه الفضيل عن أبى عبد الله عليه

ص: ٥١٣

١- ١) الكافى ٧: ٢١٩ ح ٢، التهذيب ١٠: ١٢٩ ح ٥١٥، الاستبصار ٤: ٢٥٠ ح ٩٤٨، الوسائل ١٨: ٤٨٧ ب (٣) من أبواب حدّ السرقه ح ١.

٢- ٢) أى: عموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» الوسائل ١٦: ١١١ ب (٣) من أبواب كتاب الإقرار ح ٢، و انظر التهذيب ٧: ١٠ ح ٢٠، الاستبصار ٤: ٢٠٣ ح ٧٦١، الوسائل ١٨: ٣٤٣ ب (٣٢) من أبواب مقدّمات الحدود ح ١.

٣- ٣) حكاه عن مقنعه العلامه فى المختلف: ٧٧١، و فى المقنع (٤٤٨): أن الحرّ إذا قرّ على نفسه لم يقطع.

فلو أقرَّ العبد(١) لم يقطع، لما يتضمَّن من إتلاف مال الغير.

السلام قال: «إذا أقرَّ الحرُّ على نفسه بالسرقه مرّه واحده عند الامام قطع» (١).

و فى صحيحه أخرى للفضيل قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:

من أقرَّ على نفسه عند الامام بحقَّ حدٍّ من حدود الله تعالى مرّه واحده، حرًّا كان أو عبدا، حرّه أو أمه، فعلى الامام أن يقيم عليه الحدّ الذى أقرَّ به على نفسه، كائنا من كان، إلا الزانى المحصن» (٢) الحديث.

و إطلاق (٣) كثير من الروايات بقطعه مع إقراره بالسرقه، من غير تفصيل، و هو يتحقّق بالمرّه.

و أجب بحمل الروايه على التقيّه، لموافقته لمذهب (٤) العامّه.

و فيه نظر، لضعف المعارض الحامل على حملها على خلاف الظاهر.

قوله: «فلو أقرَّ العبد. إلخ».

أشار بالتعليل إلى وجه عدم قبول إقراره، من حيث إنه إقرار فى حقّ الغير و هو المولى، لا- من حيث الغرامه للمال على تقدير إتلافه، لأنه متعلّق بدمته، بل من حيث إنه يتضمَّن القطع و هو مال للغير، فيكون إقراره به إقرارا بوجه يتضمَّن إتلاف مال الغير، فلا يسمع. و لو قامت البيّنه عليه بها قطع، لعدم المانع.

ص: ٥١٤

١- ١) التهذيب ١٠: ١٢٦ ح ٥٠٤، الاستبصار ٤: ٢٥٠ ح ٩٤٩، الوسائل ١٨: ٤٨٨ ب «٣» من أبواب حدّ السرقة ح ٣.

٢- ٢) التهذيب ١٠: ٧ ح ٢٠، الاستبصار ٤: ٢٠٣ ح ٧٦١، الوسائل ١٨: ٣٤٣ ب «٣٢» من أبواب مقدّمات الحدود ح ١.

٣- ٣) لم نجد إطلاقا فى الروايات، انظر الوسائل ١٨: ٤٨٧ ب «٣» من أبواب حدّ السرقة.

٤- ٤) و لكنّها موافقه لمذهب بعضهم لا جميعهم، انظر اللباب فى شرح الكتاب ٣: ٢٠٢، الحاوى الكبير ١٣: ٣٣٢، بدايه المجتهد

٢: ٤٥٤، المبسوط للسرخسى ٩: ١٨٢، حليه العلماء ٨: ٧٧، المغنى لابن قدامه ١٠: ٢٨٦، روضه الطالبين ٧: ٣٥٥، رحمه الأمه: ٢٩٤.

و كذا لو أقرّ مكرها. (١) ولا- يثبت به حدّ و لا- غرم. فلو ردّ السرقة بعينها، بعد الإقرار بالضرب، قال في النهاية: يقطع. و قال بعض الأصحاب: لا يقطع، لتطرّق الاحتمال إلى الإقرار، إذ من الممكن أن يكون المال في يده، من غير جهة السرقة. و هذا حسن.

و يدلّ على الأمرين معا صحيحه الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إذا أقرّ العبد على نفسه بالسرقة لم يقطع، و إذا شهد عليه شاهدان قطع» (١).

و لكن روى ضريس الكناسي في الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«العبد إذا أقرّ على نفسه عند الإمام مرّه أنه سرق قطعه، و إذا أقرّت الأمه على نفسها عند الإمام بالسرقة قطعها» (٢).

و الشيخ (٣)- رحمه الله- حملها على أنه إذا انضاف إلى الإقرار الشهاده عليه بالسرقة. و يمكن حملها على ما إذا صادقه المولى عليها، فإنه يقطع حينئذ، لانتفاء المانع من نفوذ إقراره حينئذ، كما في كلّ إقرار على الغير إذا صادقه [على] (٤) ذلك الغير.

قوله: «و كذا لو أقرّ مكرها. إلخ».

ما ذهب إليه الشيخ في النهاية (٥) وافقه عليه جماعه، منهم الشيخ نجيب

ص: ٥١٥

-
- ١- (١) الفقيه ٤:٥٠ ح ١٧٤، التهذيب ١٠:١١٢ ح ٤٤٠، الوسائل ١٨:٥٣٢ ب (٣٥) من أبواب حدّ السرقة.
٢- (٢) الكافي ٧:٢٢٠ ح ٧، الفقيه ٤:٤٩ ح ١٧٣، التهذيب ١٠:١١٢ ح ٤٤١، الاستبصار ٤:٢٤٤ ح ٩٢١، الوسائل ١٨:٤٨٧ ب (٣) من أبواب حدّ السرقة ح ٢.
٣- (٣) التهذيب ١٠:١١٢ ح ٤٤١، الاستبصار ٤:٢٤٤ ح ٩٢١.
٤- (٤) من الحجرّيتين.
٥- (٥) النهاية: ٧١٨.

و لو أقرّ مرتين (١) و رجع، لم يسقط الحدّ، و تحتمت الإقامه، و لزمه الغرم. و لو أقرّ مرّه، لم يجب الحدّ، و وجب الغرم.

الرابع: فى الحدّ

الرابع: فى الحدّ و هو قطع الأصابع الأربع من اليد اليمنى، و يترك له الراحه و الإبهام. و لو سرق ثانيه، قطعت رجله اليسرى من مفصل القدم، و يترك الدين يحيى بن سعيد (١)، و العلامه فى المختلف (٢).

و المستند حسنه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام: «فى مضروب على السرقة فجاء بها بعينها أ يقطع؟ قال: نعم، و إذا اعترف و لم يأت بها فلا- قطع بها، لأنه اعترف على العذاب» (٣). و لأنه قد ثبت سرقة بوجود المال عنده، فيجب الحدّ، كوجوبه على متقايى الخمر، لوجود سببه و هو الشرب.

و الذاهب من الأصحاب إلى عدم القطع ابن إدريس (٤) و العلامه فى أكثر كتبه (٥)، و استحسنة المصنف -رحمه الله-، لأن الإقرار وقع كرها فلا عبره به.

و وجود المال عنده أعمّ من كونه سارقاً، فلا يدلّ عليه. و لأن وجود المال مسبّب عن السرقة، و لا يلزم من وجود المسبّب وجود السبب، بل العكس. و بهذا يفرّق بينه و بين القىء، لاستحاله القىء بدون الشرب. و هذا أقوى (٦).

قوله: «و لو أقرّ مرتين. إلخ».

أما وجوب الغرم بالإقرار مرّه فظاهر، لأنه إقرار بمال و شأنه ذلك، لعموم:

ص: ٥١٦

١- (١) الجامع للشرائع: ٥٦١.

٢- (٢) المختلف: ٧٧١.

٣- (٣) الكافي ٧: ٢٢٣ ح ٩، التهذيب ١٠٦: ١٠ ح ٤١١، الوسائل ١٨: ٤٩٧ ب (٧) من أبواب حدّ السرقة ح ١، مع اختلاف يسير.

٤- (٤) السرائر ٣: ٤٩٠.

٥- (٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٧٠، تحرير الأحكام ٢: ٢٣٠، إرشاد الأذهان ٢: ١٨٤.

٦- (٦) فى «ث، ط»: قوئى.

له العقب يعتمد عليها. فإن سرق ثلثه، حبس دائماً. و لو سرق بعد ذلك، قتل. و لو تكررت السرقة، فالحدّ الواحد كاف.

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١).

و أما عدم ثبوت القطع بالمزّه فمبني على ما تقدّم (٢) من توقّف هذا الحدّ على الإقرار مرّتين. و قد عرفت ما فيه.

و أما رجوعه عنه حيث ثبت فلا أثر له، كما في كلّ إنكار بعد الإقرار، إلا ما أخرجه الدليل من حدّ الزنا. و قد تقدّم (٣) في حديث سارق رداء صفوان ما يدلّ عليه، و أن النبيّ صلّى الله عليه و آله لمّا عفا عنه صفوان و وهبه الرداء قال له:

«هلاً كان هذا قبل أن ترفعه إليّ».

و روى سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من أخذ سارقاً فعفا عنه فذاك له، فإذا رفع إلى الامام قطعه، فإن قال الذي سرق منه: أنا أهبه له، لم يدعه الامام حتى يقطعه إذا رفعه إليه، و إنما الهبه قبل أن يرفع إلى الامام، و ذلك قول الله عزّ و جلّ و الحافظون لحدود الله، فإذا انتهى إلى الامام فليس لأحد أن يتركه» (٤).

و أظهر من ذلك كلّ صحاحه الحلبي و محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «إذا أقرّ الرجل على نفسه أنه سرق ثمّ جحد فاقطعه و إن رغم

ص: ٥١٧

١-١) راجع ج ٧: ٢٧٤ هامش (١).

٢-٢) في ص: ٥١٣.

٣-٣) راجع ص: ٤٩٥-٤٩٦.

٤-٤) الكافي ٧: ٢٥١ ح ١، التهذيب ١٠: ١٢٣ ح ٤٩٣، الاستبصار ٤: ٢٥١ ح ٩٥١، الوسائل ١٨: ٣٣٠ ب «١٧» من أبواب مقدمات الحدود ح ٣.

.....
أنفه» (١).

و ذهب الشيخ فى النهايه (٢) و كتابى (٣) الحديث إلى سقوط القطع عنه مع الرجوع بعد الإقرار، و إن ثبت الغرم. و فى موضع (٤) آخر منها: يتخير الامام بين العفو عنه و إقامة الحدّ عليه، حسب ما يراه أردع فى الحال.

و وافقه عليه أبو الصلاح (٥) و العلامه فى المختلف (٦)، محتجًا بأن التوبه تسقط تحتم أعظم الذنوب، فتسقط تحتم أضعفهما. و بما رواه طلحه بن زيد عن الصادق عليه السلام قال: «حدّثنى بعض أهلى أن شايًا أتى أمير المؤمنين عليه السلام فأقرّ عنده بالسرقة، فقال له عليه السلام: إننى أراك شايًا لا بأس بهيئتك، فهل تقرأ شيئًا من القرآن؟ قال: نعم، سورة البقره، فقال: قد وهبت يدك لسوره البقره، قال: و إنما منعه أن يقطعه لأنه لم تقم عليه بيته» (٧).

و رواه أبى عبد الله البرقى، عن بعض أصحابه، عن بعض الصادقين عليهم السلام قال: «جاء رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام فأقرّ عنده بالسرقة، فقال:

أ تقرأ شيئًا من القرآن؟ قال: نعم، سورة البقره، قال: قد وهبت يدك لسوره البقره، فقال الأشعث: أ تعطل حدًا من حدود الله تعالى؟ قال: و ما يدريك ما هذا؟! إذا

ص: ٥١٨

١ - ١) الكافى ٧: ٢٢٠ ح ٤، التهذيب ١٠: ١٢٦ ح ٥٠٣، الوسائل ١٨: ٣١٨ ب «١٢» من أبواب مقدمات الحدود ح ١. و فيما عدا التهذيب: عن الحلبي فقط.

٢ - ٢) النهايه: ٧١٨.

٣ - ٣) التهذيب ١٠: ١٢٦ ذيل ح ٥٠٤، الاستبصار ٤: ٢٥٠ ذيل ح ٩٤٩.

٤ - ٤) النهايه: ٧١٨.

٥ - ٥) الكافى فى الفقه: ٤١٢.

٦ - ٦) المختلف: ٧٧١-٧٧٢.

٧ - ٧) التهذيب ١٠: ١٢٧ ح ٥٠٦، الاستبصار ٤: ٢٥٢: ٩٥٤، الوسائل ١٨: ٤٨٨ ب «٣» من أبواب حدّ السرقة ح ٥.

و لا- تقطع اليسار مع وجود اليمين،(١) بل تقطع اليمين و لو كانت شلاء. و كذا لو كانت اليسار شلاء، أو كانتا شلاءين، قطعت اليمين على التقديرين.

قامت البيته فليس للإمام أن يعفو، و إذا أقرّ الرجل على نفسه فذاك إلى الامام، إن شاء عفا، و إن شاء قطع» (١).

و لا يخفى ضعف سند الحديثين، و من ثمّ لم يذكر المصنف في المسأله خلافا. و ما اختاره هو الأصحّ.

قوله: «و لا تقطع اليسار مع وجود اليمين. إلخ».

ما ذكره المصنف-رحمه الله-من قطع اليمين و لو كانت شلاء مذهب الشيخ في النهايه (٢) و جماعه (٣)، أخذنا بعموم (٤) الأدله، و خصوص صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: «في رجل أشلّ اليد اليمنى أو أشلّ الشمال سرق، قال: تقطع يده اليمنى على كلّ حال» (٥).

و قال في المبسوط: «إن قال أهل العلم بالطبّ: إن الشلاء متى قطعت بقيت أفواه العروق مفتّحه، كانت كالمعدومه، و إن قالوا: تندمل، قطعت الشلاء» (٦).

ص: ٥١٩

١- (١) التهذيب ١٠: ١٢٩ ح ٥١٦، الاستبصار ٤: ٢٥٢ ح ٩٥٥، الوسائل ١٨: ٣٣١ ب «١٨» من أبواب مقدّمات الحدود ح ٣.

٢- (٢) النهايه: ٧١٧.

٣- (٣) غنيه النزوع: ٤٣٢، السرائر ٣: ٤٨٩، إصباح الشيعه: ٥٢٣، قواعد الأحكام ٢: ٢٧١.

٤- (٤) المائده: ٣٨.

٥- (٥) الكافي ٧: ٢٢٥ ح ١٦، التهذيب ١٠: ١٠٨ ح ٤١٩، الاستبصار ٤: ٢٤٢ ح ٩١٥، الوسائل ١٨: ٥٠١ ب «١١» من أبواب حدّ السرقة

ح ١.

٦- (٦) المبسوط ٨: ٣٨.

و وافقه على ذلك القاضى (١) و العلامه فى المختلف (٢)، مراعاه للاحتياط فى الحدود حيث لا يراد منها القتل، و التقدير حصول الحذر من القتل هنا. و هذا حسن.

و أما إذا كانت اليسار شلاء و اليمين صحيحه فقطع اليمين هو مقتضى الأدله، لوجود المقتضى لقطعها، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا شلل اليسرى، و لم يثبت كونه مانعا شرعا.

و قال ابن الجنيد: «إن كانت يساره شلاء لم تقطع يمينه و لا رجله، و كذلك لو كانت يده اليسرى مقطوعه فى قصاص فسرق لم تقطع يمينه، و حبس فى هذه الأحوال، و أنفق عليه من بيت مال المسلمين إن كان لا مال له، لأن الشلاء كالمعدومه» (٣) فيبقى بلا يدين، و قد عهد من حكمه الشارع إبقاء يده الواحده، و من ثمّ انتقل فى السرقة الثانيه إلى قطع رجله و لم تقطع يده الأخرى. و لروايه المفضل بن صالح، عن بعض أصحابه، عن الصادق عليه السلام قال: «إذا سرق الرجل و يده اليسرى شلاء لم تقطع يمينه و لا رجله» (٤).

و منه يظهر عدم القطع لو كانتا شلاءين بطريق أولى. فقول المصنف:

«قطعت يمينه على التقديرين» تنبيه على خلافه.

ص: ٥٢٠

١-١) المهدّب ٥٤٤:٢.

٢-٢) المختلف: ٧٧٥.

٣-٣) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٧٧٥.

٤-٤) التهذيب ١٠٨:١٠ ح ٤٢٠، الاستبصار ٢٤٢:٤ ح ٩١٦، الوسائل ١٨:٥٠٢ ب «١١» من أبواب حدّ السرقة ح ٢.

و لو لم يكن له يسار،(١)قال فى المبسوط:قطعت يمينه.و فى روايه عبد الرحمن بن الحجاج،عن أبى عبد الله عليه السلام:لا تقطع.و الأول أشبه.

قوله:«و لو لم يكن له يسار.إلخ».

الكلام فى قطع اليمين إذا كانت اليسار معدومه كما تقدّم فيما لو كانت شلاء،فإن عموم (١)الأدله الداله على قطع يمين السارق يتناول ما إذا كان له يسار و ما إذا لم يكن.و إليه ذهب الشيخ فى المبسوط (٢)و الأكثر (٣).

و قال ابن الجنيد (٤):لا تقطع اليمين إلا مع سلامه اليسار من القطع و الشلل، لما تقدّم من العله،و خصوص صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«قلت له:لو أن رجلا قطعت يده اليسرى فى قصاص فسرق ما يصنع به؟قال:فقال:لا يقطع» (٥).و هى مع صحتها نصّ فى المطلوب.

و حملها فى المختلف (٦)على إظهاره التوبه،جمعا بين الأدله.و لا يخفى ما فيه من البعد.

و لو قيل بمضمونها،و خصّ الحكم بقطعها فى القصاص كما دلّت عليه،ليخرج ما لو قطعت فى السرقة،فإنه لا يمنع حينئذ من قطع اليمين،كان وجها.

ص: ٥٢١

١-١) انظر الوسائل ١٨:٤٩٢ ب «٥» من أبواب حدّ السرقة.

٢-٢) المبسوط ٨:٣٩.

٣-٣) قواعد الأحكام ٢:٢٧١،المقتصر:٤١٤.

٤-٤) حكاة عنه العلامه فى المختلف:٧٧٥ و ٧٧٧.

٥-٥) التهذيب ١٠:١٠٨ ح ٤٢١،الاستبصار ٤:٢٤٢ ح ٩١٧،الوسائل ١٨:٥٠٢ ب «١١» من أبواب حدّ السرقة ح ٣.

٦-٦) المختلف:٧٧٧.

أما لو كان له يمين حين القطع (١) فذهبت، لم تقطع اليسار، لتعلق القطع بالذاهبه.

و لو سرق و لا يمين (٢) له، قال فى النهايه: قطعت يساره. و فى المبسوط: ينتقل إلى رجله. و لو لم يكن له يسار، قطعت رجله اليسرى.

و لو سرق و لا يد له و لا رجل حبس. و فى الكلّ إشكال، من حيث إنّه تخطّ عن موضع القطع، فيقف على إذن الشرع، و هو مفقود.

قوله: «أما لو كان له يمين حين القطع. إلخ».

هذه الصوره مستثناه ممّا دلّ عليه الحكم السابق بمفهومه، فإنه دلّ على أن فقد اليد الواحده هل يمنع من قطع الأخرى فى الجملة؟ فيه قولان مبناهما على اعتناء (١) الشارع بإبقاء اليد الواحده للإنسان أم لا، فاستثنى من محلّ الخلاف ما إذا كانت اليد اليمنى موجوده حين السرقة ثمّ ذهبت قبل إقامه الحدّ عليه، فإن اليسار لا تقطع قولاً واحداً، لأن الحكم كان متعلقاً باليمين و قد فاتت.

و قد كان ينبغي تأخير هذه المسأله عن المسأله الآتية الدالّه على أن فوات اليمين هل يوجب الانتقال إلى اليسار أم لا؟ أو (٢) يحذف قوله: «أما». و أما ذكرها هنا كذلك فلا يخفى ما فيه من التكلف.

قوله: «و لو سرق و لا يمين. إلخ».

الأصل فى قطع السارق أن تقطع يده اليمنى فى السرقة الأولى، ثمّ رجله اليسرى فى الثانيه، ثمّ يخلد الحبس فى الثالثه. و لم يرد قطع غير ذلك، فلذلك وقع الإشكال فى هذه المواضع.

ص: ٥٢٢

١-١ فى «ا، ث، ط»: اعتبار.

٢-٢ فى «ا، خ»: و يحذف.

فمنها: ما إذا لم يكن له يمين حال السرقة الأولى، فقال الشيخ في النهاية (1): يقطع يساره، لعموم فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا (2) الصادق باليسار، غايته تقديم اليمين عليها بالسنة، فإذا لم توجد قطعت اليسار، لوجوب امتثال ما دلّت عليه الآية بحسب الإمكان.

و قال في المبسوط (3): ينتقل إلى رجله اليسرى، لأنها محلّ القطع حدًا للسرقة في الجملة، بل بعد قطع اليمين، وقد حصل.

و المصنف - رحمه الله - استشكل في القولين معاً، لأنه خروج عن موضع الإذن الشرعي في القطع، و محلّ الخلاف ما إذا قطعت يمينه بغير السرقة، و كان قطعها قبل السرقة، كما أشرنا إليه. فلو كان قطعها بها فلا إشكال في الانتقال إلى الرجل، كما أن قطعها لو وقع بعد السرقة فلا إشكال في عدم الانتقال إلى غيرها، بل يسقط القطع، لفوات محلّه، كما أشرنا إليه في المسألة السابقة التي كان محلّها هنا.

و منها: ما لو سرق و لا - يد له يميناً و لا - يساراً. قال الشيخ (4): قطعت رجله اليسرى. و هو أولى بالحكم في السابق على قول المبسوط، لأن الرجل اليسرى محلّ القطع حيث ينتقل الحكم عن اليد. و فيه الإشكال السابق.

و منها: ما لو سرق و لا يده و لا رجل، إما مطلقاً، أو المنفَى اليد اليمنى و الرجل اليسرى اللتين هما محلّ القطع شرعاً. قال الشيخ (5) - رحمه الله - حبس

ص: ٥٢٣

١ - ١) النهاية: ٧١٧.

٢ - ٢) المائدة: ٣٨.

٣ - ٣) المبسوط ٣٩: ٨.

٤ - ٤) النهاية: ٧١٧.

٥ - ٥) النهاية: ٧١٧.

و يسقط الحد بالتوبه (١) قبل ثبوته، و يتحتم لو تاب بعد البيئه.

و لو تاب بعد الإقرار، قيل: يتحتم القطع. و قيل: يتخير الإمام في الإقامه و العفو، على روايه فيها ضعف.

و لو قطع الحداد يساره (٢) مع العلم، فعليه القصاص، و لا يسقط قطع اليمين بالسرقه. و لو ظنّها اليمين، فعلى الحداد الديه.

و هل يسقط قطع اليمين؟ قال في المبسوط: لا، لتعلق القطع بها قبل ذهابها.

و في روايه محمد بن قيس، عن أبي جعفر [عليه السلام]: أن كما يحبس في المره الثالثه بعد قطع يده و رجله، لأن هذا بمعناه.

و فيه الإشكال، لأن النصّ إنما ورد بكون الحبس عقوبه في المره الثالثه بعد القطعين، و لم يتحقق هنا، فإثباته عقوبه عن المره الأولى تخطّ عن موضع الإذن من الشارع، و قياس مع وجود الفارق.

قوله: «و يسقط الحد بالتوبه. إلخ».

أما سقوط الحد بالتوبه قبل ثبوت سببه فموضع وفاق، كظائره من الحدود.

و أما تحتمه بعد إقامه البيئه فموافق للأصل و النصّ (١).

و أما التخيير فيه بعد الإقرار فقد تقدّم (٢) البحث فيه، و أن بالسقوط أو بتخير الامام روايه مرسله و أخرى ضعيفه السند، و أن الأصحّ تحتم الحد كالبيئه.

قوله: «و لو قطع الحداد يساره. إلخ».

لا خلاف في بقاء حقّ القطع على السارق مع تعمد الحداد قطع يساره،

ص: ٥٢٤

١-١) راجع الوسائل ١٨:٣٣١ ب «١٨» من أبواب مقدمات الحدود ح ٣.

٢-٢) راجع ص: ٥١٦-٥١٨.

عليًا عليه السلام قال: لا تقطع يمينه و قد قطعت شماله.

و لأصالة بقاء الحقّ و الجنايه على يسراه لا تقوم مقامها، لأنها خلاف الحقّ.

و أما إذا أخطأ فظنّها اليمنى فعليه الدية للخطأ و فى سقوط قطع اليمين قولان:

أحدهما- هو الموافق للأصل-: عدمه، لتعلق حقّ القطع باليمين، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل و جنايه الحدّاد على اليسار كجنايته عليها عمدا.

و هذا هو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط (١).

و قيل: يسقط قطع اليمين، لمساواه ما فعل للحقّ فيسقط، لاستيفاء (٢) مساوى الحقّ و لئلا يبقى بغير يدين، و قد تقدّم عنايه الشارع ببقاء الواحده.

و لروايه محمد بن قيس عن أبى جعفر الباقر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أمر به أن تقطع يمينه، فقدّمت شماله فقطعوها و حسبوها يمينه، فقالوا: إنما قطعنا شماله، أ تقطع يمينه؟ فقال: لا تقطع و قد قطعت شماله» (٣). و هذا هو الذى اختاره فى المختلف (٤).

و يضعّف بمنع مساواه ما فعل للحقّ و ضعف سند الروايه. مع أن الحكم بثبوت الدية على الحدّاد لا يجمع سقوط القطع معللا بما ذكر.

نعم، لو قيل بأنه حينئذ يصير كفاقد اليد اليسرى، و قد تقدّم (٥) أنه يمنع من

ص: ٥٢٥

١- ١) المبسوط ٣٩: ٨.

٢- ٢) فى «ا، ت، ث، خ»: الاستيفاء تساوى.

٣- ٣) الكافي ٧: ٢٢٣ ح ٧، التهذيب ١٠٤: ١٠٤ ح ٤٠٦، الوسائل ١٨: ٤٩٦ ب «٦» من أبواب حدّ السرقة ح ١.

٤- ٤) المختلف: ٧٧٨.

٥- ٥) فى ص: ٥٢١.

و إذا قطع السارق، يستحبّ حسمه (١) بالزيت المغلّي نظرا له، و ليس بلازم. و سرايه الحدّ ليست مضمونه، و إن أقيم في حرّ أو برد، لأنّه استيفاء سائغ.

الخامس: في اللواحق

الأولى: يجب على السارق إعادة العين المسروقه

الأولى: يجب على السارق إعادة العين المسروقه. و إن تلفت أغرم مثلها، أو قيمتها إن لم يكن [لها] مثل. و إن نقصت، فعليه أرش النقصان. و لو مات صاحبها، دفعت إلى ورثته. فإن لم يكن [له] وارث، فالى الإمام.

قطع اليمنى، لا من حيث مساواه المقطوعه للمستحقّ قطعها، كان حسنا، و الروايه لا تنافى ذلك. و اقتصار المصنف - رحمه الله - على نقل القول و الروايه يقتضى تردده في الحكم. و له وجه.

قوله: «يستحبّ حسمه. إلخ».

مستند الاستحباب ما روى من فعل النبي (١) صلّى الله عليه و آله و الولاه بعد ذلك. و حكمته انسداد أفواه العروق فينقطع الدم. و تبه بقوله: «نظرا له» إلى أن ذلك حقّ للمقطوع و نظر له، لا حقّ لله تعالى و تتمه الحدّ، لأن الغرض منه المعالجه و دفع الهلاك عنه بنزف الدم.

و ذهب بعض (٢) العامّه إلى أنه حقّ لله تعالى و من تتمه الحدّ، لأن فيه مزيد

ص: ٥٢٦

١ - ١) الوسائل ١٨: ٥٢٨ ب «٣٠» من أبواب حدّ السرقة، و انظر سنن الدار قطنى ٣: ١٠٢ ح ٧١ و ٧٢، المستدرک للحاكم ٤: ٣٨١، سنن البيهقى ٨: ٢٧١.

٢ - ٢) الحاوى الكبير ١٣: ٣٢٤، روضه الطالبين ٧: ٣٦٠.

الثانية: إذا سرق اثنان نصاباً، ففي وجوب القطع قولان

الثانية: إذا سرق اثنان نصاباً، (١) ففي وجوب القطع قولان. قال في النهاية: يجب القطع. و قال في الخلاف: إذا نقب ثلاثه، فبلغ نصيب كل واحد نصاباً، قطعوا، وإن كان دون ذلك فلا قطع. و التوقف أحوط.

إيلام، و ما زال الولاه يفعلون ذلك على كراهه من المقطوعين.

و تظهر الفائدة في مئونه الدهن و الحسم. فعلى المختار هي على المقطوع.

و يتوقف (١) فعله على إذنه. و لو تركه الحاكم فلا شيء عليه. و لكن يستحبّ للسارق أن يحسمه من غير وجوب، لأن في الحسم ألماً شديداً، و قد يهلك الضعيف، و المداواه بمثل ذلك لا تجب. و على الثاني فمئونه الحسم كمئونه الحداد على بيت المال.

و السنّه أن تعلق اليد المقطوعه في رقبته، لما روى: «أن النبي صلى الله عليه و آله أتى بسارق، فأمر به فقطعت يده ثمّ علقت في رقبته» (٢). و فيه تنكيل و زجر له و لغيره. و تقدير المدّه راجع إلى رأى الإمام (٣).

قوله: «إذا سرق اثنان نصاباً. إلخ».

موضع الخلاف ما إذا هتكما معا الحرز و أخرجا النصاب معاً، بأن وضعا أيديهما عليه و أخرجاه. أما لو أخرج كل واحد منهما نصف نصاب على حدته، فلا خلاف في عدم القطع.

و وجه ثبوت القطع على كل منهما مع اجتماعهما على إخراجهما: صدق إخراجهما للنصاب الذى هو شرط قطع المخرج، و هو مستند إليهما. فترك قطعهما

ص: ٥٢٧

١- ١) في «أ» و الحجريتين: نعم، يتوقف.

٢- ٢) مسند أحمد ١٩: ٦، سنن أبي داود ١٤٣: ٤ ح ٤٤١١، سنن الترمذى ٤١: ٤ ح ١٤٤٧، سنن البيهقى ٢٧٥: ٨.

٣- ٣) في «د»: الحاكم.

الثالثه: لو سرق و لم يقدر عليه، ثم سرق ثانيه

الثالثه: لو سرق و لم يقدر عليه، (١) ثم سرق ثانيه، قطع بالأخيره، و أغرم المالمين.

و لو قامت الحجب بالسرقة، ثم أمسكت حتى قطع، ثم شهدت عليه بأخرى، قال فى النهايه (١): قطعت [يده بالأولى و]رجله بالثانيه، استنادا إلى الروايه. و توقف بعض الأصحاب فيه. و هو أولى.

يستلزم سقوط الحدّ مع وجود شرطه، و قطع أحدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح، فلم يبق إلا قطعهما. و إلى هذا ذهب الشيخ (٢) فى أحد قوليه، و المفيد (٣) و المرتضى (٤)، و أتباع (٥) الشيخ أجمعون.

و ذهب الشيخ فى المبسوط (٦) و الخلاف (٧) و ابن الجنيد (٨) و ابن إدريس (٩) و العلامه فى المختلف (١٠) إلى أنه لا قطع على أحدهما، للأصل، و لأن موجب القطع هو إخراج النصاب، و لم يحصل من كلّ منهما، و لا يصحّ استناد المعلول الشخصى إلى علل متعدده، و البعض الصادر عن كلّ منهما ليس موجبا للقطع.

و هذا هو الأقوى.

قوله: «لو سرق و لم يقدر عليه. إلخ».

إذا تكررت السرقة

ص: ٥٢٨

١- (١) النهايه: ٧١٩.

٢- (٢) النهايه: ٧١٨-٧١٩.

٣- (٣) المقنعه: ٨٠٤.

٤- (٤) الانتصار: ٢٦٤.

٥- (٥) المهذب ٢: ٥٤٠، الوسيله: ٤١٩، غنيه النزوع: ٤٣٣، إصباح الشيعه: ٥٢٤.

٦- (٦) المبسوط ٨: ٢٨.

٧- (٧) الخلاف ٥: ٤٢٠ مسأله (٨).

٨- (٨) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٧٧٢.

٩- (٩) السرائر ٣: ٤٩٢.

١٠- (١٠) المختلف: ٧٧٢.

و لم يرافع بينهما (١) فعليه قطع واحد، لأنه حدّ فتتداخل أسبابه لو اجتمعت، كغيره من الحدود.

و هل القطع بالأولى أو بالأخيره؟ قولان، جزم المصنف - رحمه الله - بالثاني، و العلامه (٢) بالأول. و تظهر فائده القولين لو عفا من حكم بالقطع لأجله.

و الحقّ أنه يقطع على كلّ حال، حتى لو عفا أحدهما قطع بالأخرى، لأن كلّ واحد سبب تامّ في استحقاق القطع مع المرافعه. و تداخل الأسباب على تقدير الاستيفاء لا يقتضى تداخلها مطلقاً، لأنه على خلاف الأصل.

هذا إذا أقرّ بها (٣) دفعه، أو قامت البيّنه بها كذلك. أما لو شهدت البيّنه عليه بواحد ثمّ أمسكت، ثمّ شهدت أو غيرها عليه بأخرى قبل القطع، ففي التداخل قولان، أقربهما عدم تعدّد القطع كالسابق، لما ذكر من العلّه.

و لو أمسكت الثانيه حتى قطع بالأولى ثمّ شهدت، ففي ثبوت قطع رجله بالثانيه قولان أيضاً، و أولى بالثبوت لو قيل به ثمّ.

و يؤيّده روايه بكير بن أعين عن أبى جعفر عليه السلام: «فى رجل سرق فلم يقدر عليه، ثمّ سرق مرّه أخرى فأخذ، فجاءت البيّنه فشهدوا عليه بالسرقه الأولى و السرقه الأخيره، فقال: تقطع يده بالسرقه الأولى، و لا- تقطع رجله بالسرقه الأخيره، فقيل: كيف ذاك؟ فقال: لأن الشهود شهدوا جميعاً فى مقام واحد بالسرقه الأولى و الأخيره قبل أن يقطع بالسرقه الأولى، و لو أن الشهود شهدوا عليه بالسرقه الأولى ثمّ أمسكوا حتى تقطع يده، ثمّ شهدوا عليه بالسرقه

ص: ٥٢٩

١- ١) فى «ت، ث»: بينها.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٧١، تحرير الأحكام ٢: ٢٣٢.

٣- ٣) فى «خ»: بهما.

الرابعة: قطع السارق (١) موقوف على مطالبه المسروق [منه]، فلو لم يرافعه لم يرفعه الإمام، وإن قامت البيّنه.

و لو وهبه المسروق [منه]، سقط الحدّ. وكذا لو عفا عن القطع.

فأما بعد المرافعه، فإنه لا يسقط بهبه ولا عفو.

الأخيره، قطعت رجله اليسرى» (١).

و الروايه نصّ، إلا- أن في طريقها ضعفا. و توقّف ابن إدريس (٢) في ذلك، وكذلك المصنف. و له وجه، مراعاة للاحتياط في حقوق الله تعالى، و درءا للحدّ بالشبهه العارضه من الاختلاف.

قوله: «قطع السارق. إلخ».

الشهاده على السرقة إن ترتبت على دعوى المسروق منه أو وكيله فذاك.

و إن شهد الشهود على دعوى الحسبه فعند الأصحاب أنه لا- يقطع، تغليبا لحقّ الآدمي، و إن كان لله تعالى فيه حقّ. فلو كان المسروق منه غائبا آخر إلى أن يحضر و يرافع.

و هذا بخلاف ما إذا شهد الأربعة على الزنا بجاريه الغائب، فإنه يقام الحدّ على المشهود عليه، و لا ينتظر حضور الغائب.

و الفرق بينهما- مع اشتراكهما في تعلق حقّ الآدمي فيهما-: أن حدّ الزنا لا- يسقط بإباحه الوطء و لا بعفوه، بخلاف القطع، فإنه يسقط بإباحه الأخذ قبل المرافعه، و ربما أباح الغائب الأخذ إذا حضر. و لأن السقوط إلى (٣) القطع أسرع

ص: ٥٣٠

١- (١) الكافي ٧: ٢٢٤ ح ١٢، التهذيب ١٠٧: ١٠ ح ٤١٨، الوسائل ١٨: ٤٩٩ ب «٩» من أبواب حدّ السرقة ح ١.

٢- (٢) السرائر ٣: ٤٩٤.

٣- (٣) في «خ»: في.

فرع لو سرق مالا، فملكه قبل المرافعه، سقط الحد. و لو ملكه بعد المرافعه، لم يسقط.

الخامسه: لو أخرج المال و أعاده إلى الحرز، لم يسقط الحد

الخامسه: لو أخرج المال (١) و أعاده إلى الحرز، لم يسقط الحد، لحصول السبب التام.

و فيه تردّد، من حيث إن القطع موقوف على المرافعه، فإذا دفعه إلى صاحبه، لم تبق له مطالبه.

منه إلى حدّ الزنا، ألا ترى أنه إذا سرق مال ابنه لا يقطع، و لو زنى بجاريته يحدّ.

و لأن القطع متعلّق حقّ الآدميّ، من حيث إنه سبب لعصمه ماله، فاشتراط لذلك طلبه و حضوره، بخلاف الزنا.

و خالف في ذلك بعض (١) العامه، فجوّز القطع بيّنه الحسبه، و آخرون فأوقفوا حدّ الزنا المذكور على حضور المالك، نظرا في الأول إلى أن القطع حقّ لله تعالى و الغرم حقّ الآدميّ، و في الثاني إلى اشتراك الحقّ بينهما، مع ترجيح حقّ الآدميّ كظائره.

و اعلم أنه قد سبق (٢) في روايه سارق رداء صفوان ما يدلّ على أن العفو أو هبه المال قبل المرافعه يسقط الحدّ، و لا- يؤثّر بعدها، لقوله صلّى الله عليه و آله و قد أمر بقطع يده: «أ فلا كان ذلك قبل أن تنتهي به إلى؟!».

قوله: «لو أخرج المال. إلخ».

القول بثبوت القطع و إن ردّه إلى الحرز للشيخ في المبسوط (٣)

ص: ٥٣١

١- (١) انظر الحاوى الكبير ٣٣٦: ١٣-٣٣٧، حليه العلماء ٧١: ٨-٧٢، روضه الطالبين ٣٥٨: ٧.

٢- (٢) راجع ص: ٤٩٥-٤٩٦.

٣- (٣) المبسوط ٢٩: ٨.

و لو هتك الحرز (١) جماعه، فأخرج المال أحدهم، فالقطع عليه خاصه، لانفراده بالموجب.

و لو قُزبه أحدهم، و أخرجه الآخر، فالقطع على المخرج. و كذا لو وضعها الداخل في وسط النقب، و أخرجهما الخارج.

و قال في المبسوط: لا قطع على أحدهما، لأن كل واحد لم يخرج عن كمال الحرز.

و الخلاف (١). و وجهه: ما أشار إليه المصنف من حصول السبب التام للقطع، و هو إخراج النصاب من الحرز على وجه السرقة، فيثبت به القطع، و يستصحب حكم الوجوب.

و المصنف - رحمه الله - تردّد في ذلك، من حيث إن القطع موقوف على مرافعه المالك، و مع ردّه إلى محلّه ليس له المرافعه، لو وصول حقّه إليه.

و هذا يرجع إلى منع كون السرقة على الوجه المذكور سبباً تاماً في ثبوت القطع، لتوقفه على المرافعه، و لم يحصل.

و فيه نظر، لأن مجرد ردّه إلى الحرز لا - يكفي في براءة السارق من الضمان من دون أن يصل إلى يد المالك، و من ثمّ لو تلف قبل وصوله إليه ضمنه، فله المرافعه حينئذ، و يترتب عليها ثبوت القطع. نعم، لو وصل إلى يد المالك ضعف القول بالقطع جدّاً. و بهذا يصير النزاع في قوّه اللفظي، لأنه مع وصوله إلى المالك لا يتّجه القطع أصلاً، و بدونه لا يتّجه عدمه. و التعليلان مبنيان على هذا التفصيل.

قوله: «و لو هتك الحرز. إلخ».

قد تقدّم (٢) أن هتك الحرز شرط في وجوب القطع، و أنه يحصل باشتراكهما

ص: ٥٣٢

١ - ١) الخلاف ٥: ٤٢٢ مسأله (١١).

٢ - ٢) في ص: ٤٨٤.

فيه كما يحصل بالانفراد. و أما الإخراج ففي تحقّقه بالاشتراك إذا كان نصاباً واحداً خلاف تقدّم (١) البحث فيه.

فإن نقباه (٢)، و كان المخرج إلى وسط النقب (٣) نصاباً واحداً، فلا قطع على أحدهما، لأن النصاب الواحد لم يستند إخرجه إلى واحد.

و إن كان نصيب كلّ واحد [٤] منهما بقدر النصاب، أو لم يشترط في قطعهما كون نصيب كلّ واحد [٥] منهما نصاباً، فأخرجه أحدهما إلى وسط النقب، و أخرجه الآخر، ففي ثبوت القطع عليهما أو على أحدهما أوجه:

أحدها - و هو الذى نقله المصنف عن المبسوط (٦)، و تبعه القاضى (٧) :-

انتفاؤه عنهما، لأن كلّ واحد منهما لم يخرج عن كمال الحرز، فإن الأول أخرجه إلى نصفه مثلاً، و الثانى أكمل إخرجه، فهو كما لو وضعه الأول فى ذلك الموضع، فأخذه غيره ممّن لم يشارك فى النقب.

و ردّ بالفرق، فإن من لم يشارك فى النقب لم يحصل فيه شرط القطع الذى من جملته هتك الحرز، بخلاف المشارك.

ص: ٥٣٣

١ - ١) فى ص: ٥٢٧.

٢ - ٢) كذا فى «م»، و فى سائر النسخ: نفيناها.

٣ - ٣) فى «ث، م»: البيت.

٤ - ٤) من «خ، د، م».

٥ - ٥) من الحجريتين.

٦ - ٦) المبسوط ٢٦: ٨-٢٧.

٧ - ٧) المهذب ٥٣٩: ٢.

السادسه: لو أخرج قدر النصاب دفعه، وجب القطع

السادسه: لو أخرج قدر النصاب دفعه، (١) وجب القطع. و لو أخرج مرارا، ففي وجوبه تردد، أصحّه وجوب الحدّ، لأنه أخرج نصابا، و ثانيها: وجوب القطع عليهما معا، لأنه تمّ الإخراج بتعاونهما، فهو كما لو أخرجاه دفعه. و لأنه يصير ذريعه إلى إسقاط الحدّ.

و فيه نظر، للفرق أيضا بين الأمرين، فإنه مع إخراجهما إياه دفعه يتحقّق الإخراج للنصاب من كلّ منهما في مجموع المسافه، بخلاف المتنازع. و الذريعه إلى إسقاط الحدّ لا يقدح في تغيير الحكم، كما يحتال لإسقاطه بغيره من الحيل.

و ثالثها: وجوب القطع على المخرج أخيرا، لأنه لم يتحقّق الإخراج إلا- بفعله، و لهذا لو بقى في النقب لم يجب القطع قطعا. و هو مختار ابن إدريس (١).

و فيه نظر، لأن الإخراج إنما تحقّق بفعله لكونه تمام السبب لا السبب التام، و فرق بين الأمرين.

و في المختلف (٢) بنى الحكم على أن وقوع المقدور من القادرين هل هو ممكن أو ممتنع؟ فعلى الأول يثبت القطع على الأخير، و على الثاني عليهما، لعدم الفرق بين قطع كمال المسافه دفعه أو على التعاقب، لمغايره الصادر من كلّ منهما للآخر و المجموع منهما.

و لا- يخفى ضعف هذا البناء في الأمرين معا، فإنّ المعبر في الإخراج المتعارف، لا الواقع في اصطلاح بعض المتكلمين، الذي يرجع مدرّكه إلى مجرد الظنّ.

قوله: «لو أخرج قدر النصاب دفعه. إلخ».

اختلف الفقهاء في اشتراط اتحاد إخراج النصاب و عدمه، فذهب أبو

ص: ٥٣٤

١- ١) السرائر ٤٩٧: ٣-٤٩٨.

٢- ٢) المختلف: ٧٧٣.

و اشتراط المرّه فى الإخراج غير معلوم.

الصلاآ (١) إلى اشتراطه مطلقا، لأنه لَمّا هتك الحرز و أخرج دون النصاب لم يجب عليه القطع، لفقد الشرط، فلَمّا عاد ثانيا لم يخرج من حرز فلا قطع، و إن بلغ الثانى نصابا، فضلا عن كونه مكَمّلا له.

و ذهب القاضى (٢) إلى عدم اشتراط الأتحاد مطلقا. و رجّحه المصنف - رحمه الله -، لصدق إخراج النصاب، و أصاله عدم اشتراط الأتحاد مطلقا، فيتناوله عموم الأدلّه (٣) الدالّه على قطع سارق النصاب الشامل بإطلاقه للأمرين.

و تردّد الشيخ (٤) فى القولين، و كذلك ابن إدريس (٥)، لذلك.

و اختلف كلام العلامة، فى القواعد (٦) فَرَّق بين قصر زمان العود و عدمه، فجعل الأول بمنزله الممتّحد دون الثانى.

و فى المختلف (٧) فصّل بأمر آخر، فحكم بالقطع مع التعدّد إن لم يشتهر بين الناس هتك الحرز، و عدمه إن علم هتكه، لخروجه عن كونه حرزا. و قواه ولده الفخر (٨) رحمه الله.

ص: ٥٣٥

١ - ١) لم نجده فى الكافى فى الفقه، و نسبه إليه فخر المحقّقين فى إيضاح الفوائد ٤:٥٢٢، و لعلّه اشتبهه بابن حمزه، فقد صرّح بذلك فى الوسيله: ٤١٧، و العلامة أيضا حكى اشتراط الأتحاد عن ابن حمزه فقط، راجع المختلف: ٧٧٣.

٢ - ٢) المهذب ٢:٥٤١.

٣ - ٣) راجع الوسائل ١٨:٤٨٢ ب «٢» من أبواب حدّ السرقة.

٤ - ٤) الخلاف ٥:٤٢٣ مسأله (١٣).

٥ - ٥) السرائر ٣:٤٩٨.

٦ - ٦) قواعد الأحكام ٢:٢٦٥.

٧ - ٧) المختلف: ٧٧٣.

٨ - ٨) إيضاح الفوائد ٤:٥٢٢.

السابعه: لو نخب فأخذ النصاب

السابعه: لو نخب فأخذ النصاب،(١) وأحدث فيه حدثاً تنقص به قيمته عن النصاب، ثم أخرجه، مثل أن خرّق الثوب أو ذبح الشاه، فلا قطع.

و لو أخرج نصاباً، فنقصت قيمته قبل المرافعه ثبت القطع.

الثامنه: لو ابتلع داخل الحرز ما قدره نصاب

الثامنه: لو ابتلع داخل الحرز(٢) ما قدره نصاب، كاللؤلؤه، فإن كان يتعدّد إخراجاً، فهو كالتالف، فلا حدّ. و لو أتفق خروجها بعد خروجها، فهو ضامن.

و إن كان خروجها ممّا لا يتعدّد، بالنظر إلى عادته، قطع، لأنه يجرى مجرى إيداعها في الوعاء.

و فصل في التحرير (١) ثالثاً، فأوجب الحدّ إن لم يتخلّل اطلاع المالك، و لم يطل الزمان بحيث لا يسمّى سرقة واحده عرفاً.

و هذا أقوى، لدلاله العرف على اتحاد السرقة مع فقد الأمرين و إن تعدّد الإخراج، و تعدّدها بأحدهما.

قوله: «لو نخب فأخذ النصاب. إلخ».

أما الأول فلأنه لم يصدق عليه إخراج النصاب من الحرز، و إن كان مضموناً عليه.

و أما الثاني فلتحقّق الإخراج الذي هو سبب القطع، فلا يزيله نقص القيمة بعده، كما لا يزيله إتلافه جملة.

قوله: «لو ابتلع داخل الحرز. إلخ».

إذا ابتلع داخل الحرز قدر النصاب، فإن استهلكه الابتلاع - كالطعام - لم يقطع، لأنه لم يخرج النصاب.

ص: ٥٣٦

و إن بقيت قيمته بحالها، أو غير ناقصه عن النصاب، و إن نقصت بالابتلاع، كما لو ابتلع ديناراً أو جوهره لا يفسدها ذلك، فإن اعتيد خروجه صحيحاً أو غير ناقص عن النصاب فهو كالمخرج بيده أو فى وعاء، لتتحقق الإخراج المعتبر. و هذا يتم على تقدير خروجه كذلك. فلو اتفق فساده خلاف العاده قبل القطع لم يقطع.

و يظهر من العبارة جواز تعجيل قطعه قبل الخروج حيث يكون الخروج معتاداً. و الأولى الصبر إلى أن يخرج، دفعا للاحتمال.

و ذهب بعض (1) العامه إلى عدم وجوب القطع مطلقاً، لأنه بالابتلاع [صار] (2) فى حكم المستهلك، و لهذا جاز للمالك مطالبته بقيمته فى الحال، و لأنه كالمكره فى إخراج، لأنه لا يمكنه إخراج من جوفه. و الأمران ممنوعان.

تمّ المجلد الرابع عشر و لله الحمد، و يليه المجلد الخامس عشر بإذنه تعالى

ص: ٥٣٧

١- ١) حليه العلماء ٨: ٥٨، المغنى لابن قدامه ٢٥٧: ١٠-٢٥٨، روضه الطالبين ٧: ٣٤٨.

٢- ٢) من «د».

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

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 كiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



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

