

القَصَائِدُ وَالشَّهَادَاتُ

تَبَشُّرٌ بِحَاجَاتِ

رُكَّعِ الْوُزْرِ وَالْعَامَّةِ آمِينَ اللَّهُمَّ الْعَظِيمُ
السَّيِّدُ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْكَفَى الْكَافِي
(قَالَ تَبَشُّرٌ بِحَاجَاتِ)

الْفَسَدِ الْكَافِي

تَالِيفُ

الْمُؤَلِّفِ الْفَرِيدِ الْفَرِيدِ الْفَرِيدِ

الْقَضَاءُ وَالشَّهَادَاتُ

تَقْرِيرَاتُ بَحْثَاتٍ

زَعِيمُ الْحَوْزَةِ الْعِلْمِيَّةِ آيَةُ اللَّهِ الْعُظْمَى
السَّيِّدُ مُحَمَّدٌ رِضَا الْمَوْسَوِي الْكَلْبَايَكَاي
(قَدِيسُ سِرَّةِ الشَّرِيفِ)

الْقِسْمُ الثَّانِي

تَأْلِيفُ

السَّيِّدِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ الْبَيْهَقَانِي

كتابخانه	
مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی	
شماره ثبت:	۲۹۶۹۶
تاریخ ثبت:	

القضاء والشهادات

الطبعة الثالثة المحققة

۱۳۸۳ - ۱۴۲۶

الطبعة الاولى: ۱۴۰۱

الطبعة الثانية: ۱۴۱۳

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المؤلف: السيد علي الميلاني

المطبعة: شريعت - قم

الكمية: ۱۰۰۰

الناشر: المؤلف

« حقوق الطبع محفوظة »

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مرکز تحقیقات کتب و علوم اسلامی

الكلام في:

كتاب قاض إلى قاض



إعلم أن حكم الحاكم موضوع لأحكام بالنسبة إلى غيره من الحكام ،
كوجوب الإنفاذ في بعض الموارد ، وعدم جوازه في بعض الموارد ، ووجوب
التفحص عن دليله في موارد ، وعدم جوازه في أخرى .
ثم الحكم الذي يصدره الحاكم ، يمكن إنهاؤه إلى الحكام الآخرين : بالقول ،
وبالكتابة ، بشهادة العدلين ، وبإقرار المحكوم عليه بذلك الحكم .



حكم إنهاء الحكم بالكتابة

وبالنسبة إلى إنهائه بالكتابة قال المحقق^(١) : «أما الكتابة فلا عبرة بها» .
أي : فلا تكون موضوعاً لشيء من الأحكام ، قال : «لإمكان التشبيه» .
وهذا التعليل يتوجه في عصرنا بالنسبة إلى الأحكام التي يصدرها الحكام
أو ينهونها بواسطة الهاتف أيضاً ، لإمكان التشبيه في الصوت بسهولة جداً .
وأضاف في (الجواهر) : «وعدم القصد إلى الحقيقة ، وعدم الدليل شرعاً
على اعتبار دلالتها» .

وقد ادّعى الإجماع على عدم العبرة بالكتابة ، وحكي عن بعضهم نفي
الخلاف فيه ، وقيل : لا يخالف إلا أبو علي ابن الجنيد الإسكافي ، والأردبيلي حيث
اعتبرها في صورة العلم بالكتابة ، وكونه قاصداً لمعناها ، قال : ولهذا جاز العمل

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٥ .

بالمكاتبة في الرواية ، وأخذ المسألة والعلم ، والحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد ، ولأنه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين ، بل يحصل منها الظن المتأخّر للعلم ، بل العلم مع الأمن من التزوير ، وأنه كتب قاصداً للمدلول ، وحينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم بأن القاضي الفلاني الذي حكمه مقبول حكم بكذا ، فإنه يجب إنفاذه وإجراؤه من غير توقف ، ويكون ذلك مقصود ابن الجنيّد ، ويمكن أن لا ينازعه فيه أحد ، بل يكون مقصودهم الصورة التي لم يؤمن فيها التزوير ، أو لم يعلم قصد الكاتب إرادة مدلول الرسم^(١) .

وأجاب عنه في (الرياض) بقوله : وفيه نظر ، لأن ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقاً ، ولم نجده في نحو محل البحث ممّا يتعلق بموضوعات الأحكام التي لم تتوقف عليها مطلقاً ، ولو كان الظن للعلم متأخراً ، وبمجرد كون الظن بالكتابة أقوى من الظن الحاصل من شهادة الشاهدين لا يوجب قطعيتها ولا حجيتها إلا على تقدير أن تكون حجيتها من حيث إفادتها المظنة وهو ممنوع ، بل كلمة القائلين بحجيتها وسماها هنا مطبقة على أنها من جهة الأدلة الأربعة التي سيأتي ذكرها ، وهي أدلة قاطعة أو ظنية ظناً مخصوصاً مجمعاً عليه ، ومثلها لم يقيم على اعتبار ظن الكتابة ، بعد إمكان دفع الضرورة - التي هي الأصل في تلك الأدلة - بالشهادة على الحكم وإقامة البيئة وإنفاذ الحاكم الثاني الحكم بها .

وعلى الجملة ، لو كان السبب لاعتبار شهادة الشاهدين هو إفادتها المظنة أمكن ما ذكره ، أما لو كان قضاء الضرورة وغيره مما هو كالدليل القاطع ، فلا وجه

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٠٣ - ٣٠٤ .

له ولا لقياس الكتابة بالشهادة ، ولا بالإكتفاء بالرواية المكتوبة ، وأخذ المسألة ، ونحوهما مما ذكره ، لأن مستند الإكتفاء بهذه الأمور المعدودة في نحو الأحكام الشرعية إنما هو من حيث قضاء الضرورة ، وانسداد باب العلم بها بالكلية ، وعدم إمكان تحصيلها إلا بالمظنة ، وأن عدم اعتبارها حينئذ يوجب إما الخروج عن التكليف ، أو التكليف بما لا يطاق ، وهما ممتنعان قطعاً ، عقلاً وشرعاً ، وهذا السبب يختص بها دون ما نحن فيه مما لم ينسد فيه باب العلم^(١) ...

وقال في (الجواهر) بعد كلام الأردبيلي المذكور: التحقيق: أن الكتابة من حيث أنها كتابه لا دليل على حجيتها قطعاً مطلقاً ، سواء في إقرار وغيره ، بل عن ابن إدريس في نواذر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتي أن يرجع إلا إلى قول المفتي دون ما يجده بخطه - إلى أن قال - بغير خلاف من محصل ضابط لأصول الفقه ، وبني على ذلك عدم حجية المكتوبة ، قال : لأن الراوي للكتابة ما سمع الإمام يقول ، ولا شهد عنده شهوده أنه قال ، وإن كان فيه ما ستعرف .

نعم ، إذا قامت القرائن الحالية وغيرها على إرادة الكاتب بكتابته مدلول اللفظ المستفاد من رسمها ، فالظاهر جواز العمل بها ، للسيرة المستمرة في الأعصار والأمصار على ذلك ، بل يمكن دعوى الضرورة على ذلك ، خصوصاً مع ملاحظة عمل العلماء في نسبتهم الخلاف والوفاق ، ونقلهم الإجماع وغيره في كتبهم المعول عليها بين العلماء ... ولكن مقتضى ذلك أن تكون الكتابة فيما نحن فيه - بعد انتفاء احتمال التزوير وعدم القصد وغيرهما من الاحتمالات - بمنزلة إخباره بالحكم ، فإن قلنا بقبوله قبلت وإلا فلا .

(١) رياض المسائل ١٥ : ١٣٤ - ١٣٦ .

وربما أشعر التعليل الأول في عبارة المصنف ، والثاني في عبارة غيره بإرادة غير هذا الفرد من الكتابة ، كما أنه يمكن حمل كلام ابن الجنييد ومن وافقه على ما ذكرنا ، فيعود النزاع لفظياً .

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

قلت : والتحقيق هو النظر في الجهات الموجبة للشك بحجية الكتابة والمفرقة بينها وبين القول ، والذي يوجب الشك في الاعتبار ليس إلا احتمال الكذب ، أو احتمال السهو والنسيان ، أو احتمال عدم القصد .
أما الأول فالمفروض عدمه للوثاقة .
وأما غيره من الاحتمالات ، فكلها منتفية بالأصل .
والفرق بين القول والكتابة هو : محي احتمال التشبيه في الثاني دون الأول ، ولذا لم يذكر المحقق غير هذا الاحتمال لعدم العبرة بالكتابة ، وإن كان احتمال عدم القصد في الكتابة أقوى منه في القول ، لكنه يندفع بالأصل كما تقدم ، ويندفع أيضاً بالعلم بالكتابة وكونها خط فلان .

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

وأما الإجماع المدعى فهو منقول ، وتبقى الروايتان :

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٠٤ - ٣٠٥ .

(٢) السرائر في الفقه ٢ : ١٨٧ .

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

٢ - عن طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي مثلها^(٢).
وهما - بناء على اعتبارهما بعمل الأصحاب^(٣) - محمولتان على أن ذلك كان منه عليه السلام في مورد عدم حصول الإطمينان بالكتابة، وقصد كاتبها لما كتبه. فالعمدة في الاستدلال على عدم العبرة بالكتابة هو عدم الدليل النقلي على العبرة بها، إلا أنا نستدل بالسيرة العقلائية القائمة على الاعتبار في حال الوثوق والإطمينان، ولا رادع عن هذه السيرة، والروايتان قد عرفت حملهما على مورد خاص.

والحاصل: إن الاحتمالات مشتركة بين القول والكتابة، فحيث تستفي عن الكتابة قبلت كالقول بلا فرق.

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٧/١. كتاب القضاء، الباب ٢٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٨/١. كتاب القضاء، الباب ٢٨.

(٣) سند رواية السكوني: الشيخ بإسناده عن سعد بن عبد الله عن أحمد عن أبيه عن ابن المغيرة عن السكوني عن جعفر عليه السلام... قال المحقق الرشتي: سند رواية السكوني إلى السكوني على ما أخبر به شيخنا دام ظله صحيح، والسكوني عامي إلا أن رواياته معمول بها عند الأصحاب، فلاشين فيها من حيث السند.

قال في الوسائل بعد رواية السكوني: «وعنه عن محمد بن عيسى عن محمد بن سنان عن طلحة بن زيد عن جعفر...» وفي (محمد بن سنان) و (طلحة بن زيد) بحث كما لا يخفى.
وكيف كان، ففي الجواهر (٤٠: ٣٠٣) عن المختلف (٨: ٤٢٨) وصف الخبرين بالمشهورين المستفيضين. وسيأتي بعض الكلام حول (السكوني) و (طلحة بن زيد).

حكم إنهاء الحكم بالقول مشافهة :

قال المحقق قدّس سرّه : « وأما القول مشافهة ، فهو أن يقول للآخر : حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت ، ففي القضاء به تردّد ، نص الشيخ في الخلاف : أنه لا يقبل »^(١).

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٦ .

(٢) واستدل له بأدلة القضاء من جهة أنها كما تدل على نفوذ إلزامات القاضي ، كذلك تدل على قبول إخباراته بالقضاء ، فإنه عندما يخبر عن إلزامه ، يترتب عليه استمرار ما كان منه من الفصل بين المتخاصمين ، فيجب أن يقبل ، للملازمة العرفية بين نفوذ الإلزام ونفوذ الإخبار بالإلزام ، فيكون الدليل على الثاني نفس الدليل على الأول .

وبعبارة أخرى : إن إخبار الحاكم الأول بالفصل بين المتخاصمين في القضية يعتبر فضلاً كذلك ، فإما يستمر حكم الفصل الأول وذلك إن كان صادقا في إخباره ، وإما يكون فصلاً جديداً من جهة أنه عند إخباره قد انقضى في ضميره عدم خصومة بين المتخاصمين ولوبقاء ، فكما أنه إذا رأى عدم الخصومة حدوثاً نفذ رأيه ، كذلك إذا رأى عدمها بقاءً ، فيكون إخباره بعدم الفصل بمنزلة إلزامه به من حيث الكشف عن تعلق رأيه بعدم الخصومة . ولكن الإشكال في دلالة أدلة القضاء على قبول إخبارات القاضي بالقضاء كما تدل على نفوذ إلزاماته ، وأن الملازمة العرفية المذكورة فيها تأمل ، فتأمل ..

حكم إنهاء الحكم بالشهادة :

قال المحقق قدس سره «وأما الشهادة ، فإن شهدت البينة بالحكم ، وبإشهاده إياهما على حكمه تعيين القبول»^(١).

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

وقد ذكر المحقق لما ذهب إليه من تعيين قبول الشهادة وجوهاً أربعة :
فالأول ما ذكره بقوله : «لأن ذلك مما تمس الحاجة إليه ، إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها في البلاد المتباعدة غالب ، وتكليف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر ، فلا بدّ من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء ، ولا وسيلة إلا رفع الأحكام إلى الحكّام ، وأتم ذلك احتياطاً ما حررناه .

لا يقال : يتوصّل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل .

لأنّا نقول : قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل والشهادة الثالثة لا

تسمع».

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٦ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٠٦ .

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

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

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

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

هذا توضيح ما قرّره صاحب (الجواهر)^(١) في شرح عبارة المحقق في جواب لا يقال.

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

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٠٧.

الشهادة على الأصل ، وحجيتها ، مخصوصة بتلك المرتبة ، وأما الشهادة على الحكم التي هي في المرتبة الثانية عن شهادة الأصل ، فلا تختص حجيتها بتلك المرتبة ، بل الشهادة على الشهادة على الحكم حجة أيضا ، وهي المرتبة الثالثة . انتهى .

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

فالجواهر تبه على الفرق بين الشهادة على الحكم ، والشهادة على الشهادة ، والمسالك تبه على قصور الشهادة على الشهادة عن الشهادة على الحكم بمرتبة ، لكن الأول مشتمل على فوائد أكثر .

قال في (الجواهر) : إن ما ذكره صاحب المسالك فرض نادر^(١) . قلت : وليكن نادراً ، فإن الشارع جعل طريقاً لفصل الخصومة فيه أيضاً من باب اللطف .

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

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

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

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٠٧ .

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

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

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

قال : فإن الشهود تصير طبقة ثانية بعده ، فإذا أنفذ حكمه بشهاداتهم طال زمان نفوذ الحجة والانتفاع ، وهلم جراً بالنسبة إلى الحاكم الثاني والثالث ، فيستمر الانتفاع بالحجة .

أقول : يحتمل أن يكون مراده أن الشهادة على الإنفاذ يستمر أثرها ، ويحتمل أن يكون المراد هو الشهادة على الشهادة ، فيكون في المرة الثالثة بلا أثر . والظاهر هو الأول .

هذا ، ولا نصّ في مورد هذا الوجه ، بل هو مقتضى عمومات أدلة القضاء ونفوذ حكم الحاكم .

والوجه الثالث : ما ذكره بقوله : « ولأن المنع من ذلك يؤدي إلى استمرار الخصومة في الواقعة الواحدة ، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى آخر ، فإن لم ينفذ الثاني ما حكم به الأول اتّصلت المنازعة »^(٢) .

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

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١٠ .

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ٩ .

تتوقف على ثبوت حكم الأول بطريق مشروع .

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

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

أقول : إن المحاكم الثاني عندما يريد إنفاذ حكم الأول ، لا بدّ له من ثبوت الحكم عنده وثبوت وجوب الإنفاذ عليه .

وقد اشتملت هذه الوجوه الأربعة على دليل الأمرين معاً .

وقال صاحب (الجواهر)^(٢) قدس سرّه : إن هذه الأدلة الأربعة يظهر من بعضها أنها مساقاة بثلاث للإكتفاء بالشهادة في إثبات حكم المحاكم ، ومن آخر أنه مساق لإثبات مشروعية حكم المحاكم الآخر بإنفاذ ما حكم به الأول ، إلا أن الأولى الإستناد في إثبات الأول إلى عموم دليل حجّة البيّنة والقضاء بها ، وفي الثاني إلى عموم حكم المحاكم ، وأن الرادّ عليه رادّ علينا ، وأن حكمه حكمهم ، وما ندري أن النزاع في أي المقامين ، لأن كلامهم مشوّش .

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

وفيه : أن وجوب الإنفاذ هو مقتضى عمومات وجوب القضاء لفصل

الخصومة .

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ٩ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٠٨ .

دليل المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض وردّه :

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

لأننا نجيب عن الأوّل : بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع ، لأن المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته . ونحن نقول : فلا عبرة عندنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً ، وإلى جواز ما ذكرنا أو ما الشيخ أبو جعفر رحمه الله في الخلاف ^(١) .

ونجيب عن الرواية : بالطعن في سندها ، فإن طلحة بتري والسكوني عامي ، ومع تسليمها نقول بموجبها ، فإننا لا نعمل بالكتاب أصلاً ، ولو شهد به فكأن الكتاب ملغى ^(٢) .

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

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

(١) كتاب الخلاف ٦ : ٢٢٥ ، المسألة ٢١ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٩٧ .

الحاكم إياها حين إصداره الحكم .

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

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

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

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

(١) أما طلحة بن زيد ففي (تنقيح المقال ٢/ ١٠٩) عده الشيخ رحمه الله تارة من أصحاب الباقر عليه السلام قائلاً: «طلحة بن زيد بترى». وقال في (الفهرست ١٤٩/ ٣٧٢) «طلحة بن زيد له كتاب، وهو عامي المذهب إلا أن كتابه معتمد...» قال جذاً رحمه الله «قد تفرد الشيخ رحمه الله بقوله: إن كتابه معتمد، ولم أقف على من نطق به غيره، وذلك لا ينفع إلا فيما علم أنه من كتابه، لأن النتيجة تتبع أخس المقدمات. ونقل المولى الوحيد رحمه الله عن خاله - يعني المجلسي الثاني - الحكم بكونه كالموثق. قال: ولعله لقول الشيخ رحمه الله كتابه معتمد، ويروي عنه صفوان بن يحيى» .

وأما السكوني - وهو إسماعيل بن أبي زياد - فهو جز ما ذكر بترجمته (تنقيح المقال ١/ ١٢٧) أن الشيخ والنجاشي لم يتعرضا إلى مذهبه. لكن العلامة نصّ على كونه عامياً، بل نفى ابن إدريس الخلاف في ذلك، ونوقش بعدم وجود عاميته في كتب الرجال، وما ادعاه ابن إدريس لادليل عليه، وأنه لا يبعد كونه في تقية شديدة لاشتهاره بين العامة، وكونه من قضاتهم، لا سيما وأنه مذموم عندهم كما لا يخفى على من راجع كتبهم الرجالية . هذا بالنسبة إلى مذهبه .

وأما بالنسبة إلى رواياته، فعن الشيخ دعوى إجماع الشيعة على العمل برواياته وأنه ثقة، ونقل عن المحقق توثيقه، وهو من رجال كامل الزيارات، لكن عن ابن بابويه : لا أفتي بما ينفراد السكوني بروايته، وللمتأخرين حول الرجل كلمات وآراء فراجعها .

حكم هذا المحاكم كان حكمه لا عن طريق البينة واليمين .
والجواب عنه : إن المراد من حكم الثاني ليس إنشاء الحكم بأصل الدعوى ،
كالحكم بملكية زيد للدار أو زوجية هند له ، بل الغرض حكمه بوجوب اتباع حكم
المحاكم الأول ، وهذا في الحقيقة إقرار وإثبات لحكم الأول وإنفاذه ، والظاهر اتفاق
الأصحاب على وجوب إنفاذ حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى على الفقهاء
الآخرين .

لا يعتبر الإشهاد في هذه الشهادة :

ثم هل يعتبر في هذه الشهادة أن تكون مع إشهاد المحاكم للشاهدين على
حكمه مطلقاً ، أو مع حضورهما بمجلس الحكم وسماعهما لفظ المحاكم ؟
الظاهر : عدم اعتبار شيء من ذلك ، فإن مقتضى إطلاق أدلة حجية البينة
سماع هذه الشهادة ، ولا يعتبر في قبولها الإشهاد ، ولا حضور المجلس مطلقاً .
على أنا لا نجد فرقاً بين هذه الشهادة وغيرها ، ودعوى عدم الخلاف في
اعتبار الإشهاد في هذا المقام كما عن صاحب (الرياض)^(١) قدس سره كما ترى ،
نعم ، ينبغي قيام المحاكم بالإشهاد احتياطاً كما ذكر المحقق قدس سره .

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس :

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

(١) رياض المسائل ١٥ : ١٣٦ .

الحدود وغيرها من حقوق الله»^(١).

أقول : وعلى هذا ، فلو أراد الحاكم الثاني الحكم بالحدّ توقّف على ثبوت موجهه عنده ، بحسب الموازين الشرعية المقررة للثبوت بالنسبة إلى كلّ موجب للحدّ ، ولا يكفي ثبوته عند الحاكم الأول لأنّ يحكم به ، نعم له إجراء الحدّ بعنوان تنفيذ حكم الأول ، فإنّ للحاكم الأول إجراء الحدّ بنفسه أو يأمر غيره به بمجتهداً كان المأمور أو مقلداً .

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

وقد أشكل على الاستدلال بالخبر المذكور بأنه لا شبهة مع قيام البينة المعتبرة ، فلا يدرء الحدّ .

ويمكن دفعه : بأنّ البينة قامت عند الحاكم الأول ، وقيامها تقتضي إلغاء الشك والشبهة ، وأما الحاكم الثاني فلم تقم عنده البينة ، فالشبهة باقية بالنسبة إليه ، فليس له الحكم .

ما ينهى إلى الحاكم :

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

أما الأول : فإنّ حضر شاهداً الإنهاء خصومة الخصمين وسمعا ما حكم به الحاكم وأشهدهما على حكمه ، ثم شهدا بالحكم عند الآخر ، ثبت بشهادتهما حكم

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٧ .

ذلك الحاكم وأنفذ ما ثبت عنده ، لا أنه يحكم بصحة الحكم في نفس الأمر ، إذ لا علم له بذلك ، بل الفائدة فيه قطع خصومة الخصمين لو عاودا المنازعة في تلك الواقعة .

وإن لم يحضرا الخصومة ، فحكى لهما الواقعة وصورة الحكم ، سمي المتحاكمين بأسمائهما وآبائهما وصفاتهما وأشهدهما على الحكم ، ففيه تردد ، والقبول أولى ، لأن حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً^(١) .

أقول : إن الذي ينهي الحاكم الأول بالكتاب إلى الحاكم الثاني أمران : أحدهما : الحكم الذي حكم به بين المتخاصمين ، فإن حضر شاهدا الإنهاء مجلس الخصام وسمعا ما حكم به الحاكم في الواقعة ، بل وأشهدهما على حكمه ، ثم جاءا فشهدا بحكم الحاكم الأول عند الثاني ، فإنه يثبت بذلك حكم ذلك الحاكم ، وعلى الثاني إنفاذه وفصل الخصومة المتجددة بين الخصمين في نفس تلك الواقعة ، وليس له الحكم بصحة حكم الأول في الواقع ، لأنه لا علم له بذلك ، وقد نهى الشارع عن القول بلا علم .

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٧ - ٩٨ .

عليه ، إلا أنني لم أجد من وافقه عليه سوى بعض متأخري المتأخرين ، بناء منهم على أن الأصل يقتضي عدم جواز الإنفاذ في غير صورة القطع ، لأنه قول بغير علم ، خرج ما خرج وبقي ما بقي»^(١).

وقد رجّح المحقق هنا القبول بعد التردد^(٢) - بخلاف مسألة الإنهاء بالقبول مشافهة حيث تردد فيها بلا ترجيح ، حيث قال : «وأما القول مشافهة فهو أن يقول للآخر : حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت ، ففي القضاء به تردد ، نصّ الشيخ في الخلاف أنه لا يقبل» وهو كذلك ، لما ذكرنا سابقاً من حجية قوله فيما هو مرجوع إليه ومحوّل عليه ولا يعرف إلا من قبله ، فإذا أخبر بأني قد حكمت بكذا وأشهد الشاهدين على ذلك ، كان إخباره حجة كما لو سمعا بأنفسهما الحكم منه ، وكما يلغى احتمال عدم قصده للحكم بالنسبة إلى الإنشاء المسموع منه ، فكذلك يلغى احتمال الخلاف بالنسبة إلى إخباره عن ثبوت حكمه ، وبذلك ينقطع الأصل الذي تمسك به المانعون .

قال المحقق : «وأما الثاني - وهو إثبات دعوى المدّعي - فإن حضر الشاهدان الدعوى وإقامة الشهادة والحكم بما شهدا به ، وأشهدهما على نفسه بالحكم وشهدا بذلك عند الآخر ، قبلها وأنفذ الحكم ، ولو لم يحضرا الواقعة وأشهدهما بما صورته : إن فلان ابن فلان الفلاني ، ادّعى على فلان ابن فلان الفلاني كذا ، وشهد له بدعواه فلان وفلان ، ويذكر عدالتها أو تركيتها ، فحكمت أو أمضيت ، ففي الحكم به تردد ، مع أن القبول أرجح ، خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى وشهادة

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣١٤ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٩٦ .

الشهود»^(١).

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

فالأول : أن يحضر الشاهدان مجلس الحكم على الغائب ويشهدهما الحاكم

عليه ، فإذا شهدا بذلك عند الحاكم الثاني ثبت الحكم ، وكان على الثاني إنفاذه .

والثاني : أن لا يحضر الشاهدان الدعوى بل يخبرهما الحاكم الأول بها

وبحكمه في الواقعة ، مع ذكر اسم المدعى والمدعى عليه وتعريفهما ، كأن يخبرهما

ويشهدهما بما صورته : إن فلان بن فلان الفلاني ادّعى على فلان ابن فلان الفلاني

كذا ، وشهد له بدعواه شاهدان عادلان وهما فلان وفلان ، فحكمت وأمضيت ،

فهل يقبل الحاكم الثاني هذه الشهادة ويحكم بذلك ؟ تردّد فيه المحقق ، ثم رجّح

القبول على نحو ما عرفت في المسألة السابقة ، خصوصاً مع إحضار الكتاب

المتضمّن للدعوى وشهادة الشهود ، لكن لما كان الغائب على حجّته إذا قدم ، فإنه

ينبغي ضبط أسماء الشهود ليتمكن من الجرح ونحوه ، وكذا غير ذلك مما له مدخلية

في بقاء الخصم الغائب على حجّته .

هذا كلّ في الحكم .

حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به :

قال المحقق قدّس سرّه : «أما لو أخبر حاكماً آخر بأنه ثبت عنده كذا ، لم

يحكم به الثاني ، وليس كذلك لو قال «حكمت» فإن فيه تردّداً»^(٢).

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٨ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٩٨ .

أقول : وأما لو أخبر الحاكم الأول الثاني بثبوت الدعوى عنده ، أو قال بعد سماع الدعوى وشهادة الشاهدين « ثبت عندي كذا » فلا يجوز للثاني أن يحكم به أو يقول « ثبت عندي كذا » ، لعدم الثبوت عنده ، ولا أن يقول : « أنفذت حكمه » لأن الثبوت ليس حكماً كي يندرج في أدلة الإنفاذ .

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

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

اللهم إلا إذا حصل الإطمينان بثبوت الأمر عند الحاكم أو المحكام الآخرين وسائر الناس ، ولذا كان عيد الفطر يشتهر في أيام شيخنا الاستاذ^(٢) بقوله : « ثبت عندي » . وكان رحمه الله لا يحكم ، لأنه لم يكن يرى - تبعاً لبعض مشايخه - ولاية للحاكم في مثل ذلك .

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

وأجاب عنه في (الجواهر)^(٤) بأن ذلك ليس قولاً لأحد من أصحابنا ، ولم نعرف أحداً حكاه غيره ، وبأن الضرورة المذكورة في الدليل إنما هي حكمة أصل

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٣٦ / ١ . أبواب صفات القاضي ، الباب ١١ .

(٢) آية الله العظمى الشيخ عبد الكريم اليزدي قدس سرّه مؤسس الحوزة العلمية .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ١٥ .

(٤) جواهر الكلام ٤٠ : ٣١٦ .

المشروعية للإنفاذ ، لا أنها علّة يدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً ، وبأن
الضرورة قد تتحقق فيه لقطع الخصومة مع عدم الكون في البلاد المتباعدة من
الحاكم الأول .

حقيقة الإنفاذ

هذا ، وليس « الإنفاذ » إرشاداً إلى العمل بحكم الحاكم الأول فقط ، كما هو
الشان في عمل نقلة فتاوى الفقهاء وإرشادهم العوام إلى العمل بفتاوى مقلّديهم ،
بل إن المراد من الإنفاذ حكم الثاني بوجوب إطاعة حكم الأول ولزوم تطبيقه حتى
ينقطع النزاع ، بغض النظر عن صحته وسقمه ، فله أن يقول : يجب امتثال الحكم
بكون المال لزيد وإن كنت لا أعلم بصحة هذا الحكم . هذا ما تفيدّه ظواهر كلمات
القوم ، والدليل عليه قوله عليه السلام : « فإذا حكم ... »
وليس من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولذا يكون فاصلاً
للخصومة ، ولو كان من ذلك الباب لما كان كذلك .

لكن يمكن أن يقال : بأن للحاكم الثاني أن يجعل حكم الأول حجّة في الحكم
كما يحكم استناداً إلى البيّنة مثلاً ، فله أن يحكم في أصل القضية حكماً من عنده
استناداً إلى نظر الأول في الواقعة وحكمه فيها ، ولا ينافيه ظاهر الحصر في
قوله صلى الله عليه وآله وسلم . « إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان »^(١) ، لجواز
جملة على الحصر الإضافي ، وقد أجاز ذلك المحقق النراقي^(٢) ، ومنعه المشهور

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

(٢) مستند الشيعة ١٧ : ١٠٢ .

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

واستدل الزاقي بأن حكم الحاكم الأول حكم الله في الواقعة ، لأدلة حجية حكم الحاكم ، فهو حجة ، وحينئذ ، فكما يجوز للحاكم الثاني الاستناد إلى البيّنة واليمين ونحوهما من الحجج ، كذلك له أن يستند إلى هذه الحجة ، فيحكم على طبق حكم الأول حكماً مستقلاً ، كما له أن ينفذه .

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



صورة الإنهاء :

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

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٨ .

ويقوم مقام هذا كله إحالتها المحاكم الثاني على الكتاب الذي كتبه المحاكم الأول بالواقعة بعد قراءته وأن يقولوا: أشهدنا المحاكم أنه حكم بذلك.

قال المحقق: «ولابد من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه، ولو أشتبه على الثاني أوقف الحكم حتى يوضحه المدعي»^(١).

أقول: هذا من شرائط الإنهاء بالشهادة، فلا بد من أن يكون الأمر الذي يشهدان به مضبوطاً من الشاهدين معيناً بجميع جهاته وشؤنه بحيث ترتفع الجهالة عنه، فلو كان مورد الدعوى غصب مال مثلاً وأرادا الشهادة بذلك، لزم أن يكونا عالمين بخصوصيات الواقعة، من زمان الغصب ومكانه وغير ذلك بحيث ترتفع الجهالة، وإلا لم يسمع الثاني شهادتهما، بل يجب عليه إيقاف الحكم إلى أن يتضح الأمر ويرتفع الاشتباه.

ولا خصوصية لتوضيح المدعي - وإن قال المحقق: «حتى يوضحه المدعي»^(٢) - بل يكفي وضوحه من أينما كان، نعم، بما أن المدعي هو الذي يدعي شيئاً ويطلب من المحاكم النظر في دعواه، فهو المخاطب بإثبات ما يدعيه بطريق شرعي، كشهادة غير الأولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك.

وهل يعتبر في الإنهاء كونه إلى قاض معين أو يكفي توجه الكتاب إلى مطلق القضاة؟ حكى الأول عن بعض العامة، وفيه: إنه لا وجه لهذا التقييد، بل إن البينة حجة وإن لم يكن معها كتاب مطلقاً، فلا يختص الإنفاذ بالمكتوب إليه.

(١) شرائع الإسلام ٤: ٩٩.

(٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٩.

حكم ما لو تغير حال الحاكم الأول :

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

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

أما إذا تغير حاله بعد العمل بحكمه ، فلا ريب في عدم بطلان الحكم بذلك . وهذا الذي ذكره جار في مورد فتوى المجتهد أيضاً ، فلو أفتى بفتوى فاته ، لم يقدح ذلك في العمل بفتواه ، نعم في (الجواهر) : « الظاهر الإجماع على عدم جواز العمل ابتداءً بفتاوى الأموات »^(٢) وأما إذا كان قد قلده ثم مات المجتهد ، فقد أفتوا بجواز البقاء على تقليده .

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٩ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٢٠ .

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

وقد استدللّ لما ذكره المحقق قدّس سرّه بأمرين :

أحدهما : إن ظهور الفسق يشعر بالخبث الباطني وقيام الفسق يوم الحكم .
والثاني : إنه يصح أن يقال بعد فسقه بأنه حكم فاسق فعلاً ، فلا يجوز العمل به وإنفاذه .

لكن كلا الأمرين واضح الضعف ، ولا يقاومان إطلاقات الأدلّة ، ومن هنا ذهب جماعة كالأردبيلي^(١) والنراقي^(٢) إلى عدم الفرق بين الفسق والموت ، أخذاً بإطلاقات أدلة حجّية حكم الحاكم ، إلا أن ذهب المشهور إلى ما ذكره المحقق ، بل دعوى بعضهم عدم الخلاف فيه ، يمنعنا من الجزم بعدم الفرق .
وربما يؤيد المشهور بما ذهب إليه بعض الأصحاب من الفرق بين الفسق وغيره من الموانع في بعض الموارد .

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

ومن ذلك أيضاً : ما لو تغيّر حال شاهدي الأصل قبل الحكم بشهادة شاهدي الفرع ، فإنه يمنع عن الحكم إن كان التغير بفسق ، ولا يمنع إن كان بغيره .
ويؤيده أيضاً : جواز البقاء على تقليد المجتهد الميت دون الفاسق .

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ٢١٦ .

(٢) مستند الشيعة ١٧ : ١٠٢ .

ولو وصلت النوبة إلى الأصل، فالأصل هو عدم جواز العمل والإنفاذ .
هذا كله بالنسبة إلى تغيير حال الحاكم الأول الكاتب للكتاب .

لا أثر لتغيير حال المكتوب إليه

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

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

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٩ .

مسائل ثلاث

المسألة الأولى

(حكم ما لو أقر المحكوم عليه أو أنكر)

قال المحقق : « إذا أقرّ المحكوم عليه وأنه هو المشهود عليه ألزم ، ولو أنكر وكانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق غالباً ، فالقول قوله مع يمينه ما لم يقيم المدّعي بينة ، وإن كان الوصف ممّا يتعذر اتفاقه إلا نادراً لم يلتفت إلى إنكاره ، لأنه خلاف الظاهر »^(١).

أقول : لما قامت الشهادة ، فأما يقرّ المحكوم عليه وأنه هو المشهود عليه ، فيلزمه المحاكم بأداء ما عليه بلا إشكال ، وبلا خلاف كما في (الجواهر)^(٢).

وأما ينكر ، وحينئذ ، فإن كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق عليه وعلى غيره - كما لو جاء في الشهادة على الحكم بأن محمد بن أحمد مدين لفلان كذا ، فإنه يحتمل الاتفاق على هذا الشخص وعلى غيره بكثرة - سمع قوله مع يمينه ، إلا إذا أقام المدّعي بينة على أن هذا هو المقصود .

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٩ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٢٢ .

وإن كانت الشهادة بوصف يتعذر اتفاهه إلا نادراً - كما إذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفة الكذائية والمهنة الفلانية - لم يلتفت إلى إنكاره الحكم عليه، بلا خلاف بين من تعرّض لذلك كما في (الجواهر)، وذلك لأنه خلاف الظاهر.

هذا، وفي المسألة تفصيل، لأنه إذا أنكر كونه المحكوم عليه، فتارة: يدّعي المدّعي كونه هو على التعيين، وحينئذ، ليس للحاكم الثاني إنفاذ حكم الأول في حق هذا الشخص، بل تجري أحكام المدّعي والمنكر. وأخرى: يتردّد المدّعي بين هذا وشخص آخر يشترك معه في الاسم والوصف، فإن كان هذا التردّد من المدّعي من أول الأمر، كان المورد من فروع مسألة الدعوى على المردد، كدعوى وليّ المقتول بأن أحد هذين قاتل أبي، وفي صحة هذه الدعوى بحث وخلاف، وبناء على صحّتها، يطالب المدّعي بالبينة، ومع عدمها يحلف الرجلان إن كانا حاضرين أو الحاضر منهما، ومع الامتناع تردّد اليمين على المدّعي.

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

قال المحقق: «ولو ادّعى أن في البلد مساوياً له في الاسم والنسب، كلف إبانته في إثباته، فإن كان المساوي حياً سئل، فإن اعترف أنه الغريم ألزم وأطلق الأول، وإن أنكر وقف الحكم حتى يتبين»^(١).

أقول : وقوف المحكم بمجرد دعوى أن المحكوم عليه شخص آخر غيره - مع إنكار ذلك الشخص - في غاية الإشكال ، أللهم إلا أن يقال بأن الدعوى كانت على كليّ المسمى بهذا الاسم وقد صدر المحكم عليه كذلك ، ثم اشتبه المصداق الحقيقي بغيره ، لكن صحة الدعوى على الكليّ المردّد محلّ خلاف . هذا كلّ مع كونه حيّاً . قال المحقق : « وإن كان المساوي ميتاً وهناك دلالة تشهد بالبراءة ، إمّا لأن الغريم لم يعاصر ، وإمّا لأن تاريخ الحق متأخر عن موته ، ألزم الأول وإن احتمل وقف المحكم حتى يتبين »^(١) .

أقول : وهذا أيضاً مشكل ، بعد كون المدّعي قد خصّ هذا الشخص في الدعوى ، وأقيمت عليه الشهادة وصدر المحكم . وقد فصل بعضهم بين ما إذا ذكر الاسم والوصف ، وكان الوصف محتملاً للاتفاق فيه مع غيره من أول الأمر ، وبين ما إذا كان متعذراً اتّفاقه من أول الأمر ثم اتفق بعد ذلك ، فحكم بالبطلان في الأول دون الثاني .

المسألة الثانية

(حكم امتناع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض)

قال المحقق : « للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض ، ولو لم يكن عليه بالحق شاهد قيل : لا يلزم الإشهاد ، ولو قيل : يلزم كان حسناً ... »^(١) .
أقول : هذا لئلا يطالبه ذو الحق به مرة أخرى ، والدليل على هذا الحكم : قاعدة لا ضرر ولا ضرار ، هذا إذا كان مع صاحب الحق ما يثبت حقه ، وأما مع عدمه وعلم المحكوم عليه بالحق فيما بينه وبين الله ، فلا كلام في وجوب أداء الحق بالمطالبة ، إذ ليس مع ذي الحق ما يخاف مراجعته به مرة أخرى ، ولو قيل : يلزم الإشهاد كان حسناً ، حسناً لمادة المنازعة أو كراهة لتوجه اليمين .

هذا ، ولكن في الحكم بجواز الامتناع من التسليم إلا مع الإشهاد نظر ، لأن أداء حق الناس واجب ، والمماطلة غير جائزة ، غاية الأمر ، إنه لو حدث نزاع بعد ذلك ، ترافعا إلى الحاكم وارتفع بالموازين الشرعية ، فجرد احتمال حدوث النزاع مرة أخرى لا يجوز تأخير أداء حق الناس ، ففما ذكره تردد ، والله العالم .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٩ - ١٠٠ .

المسألة الثالثة

(عدم وجوب دفع الحجة على المدعي)

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

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

مركز تحقيق كليات علوم راسدي

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٠ .

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

الكلام في:

بعض أحكام القسمة

مركز بحوث وتطوير علوم



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

«القسمة» معاملة مستقلة لها أحكامها الخاصة ، وقد تعرّض الأصحاب قدّست أسرارهم لها في كتاب الشركة ، وذكروا بعضها في كتاب القضاء من جهة استحباب أن يكون للحاكم قاسم يقسم الأموال المشتركة بين الشركاء ، لتوقف فصل الخصومة على القسمة في كثير من الأحيان .

مشروعية القسمة :

ومشروعية القسمة بأن تكون معاملة كالمعاملات الاخرى ثابتة بالكتاب والسنة، ففي القرآن الكريم : ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ﴾ ^(١) إذ الاستفادة من هذه الآية المباركة إمكان تمييز السهام بعضها عن بعض بالقسمة ، من دون حاجة إلى أن يبيع بعض الشركاء سهمه من بعض لتحقيق الفرز وتعيين الحصة في المال ، فالآية ظاهرة في تشريع القسمة ، لأن تكون طريقاً للوصول إلى هذا الغرض وإلا قال - مثلاً - : وإذا حضر البيع أو الصلح ...

وذكروا أيضاً قوله عز وجل : ﴿وَتَبَيَّنَهُمُ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾ ^(٢) ولكن في دلالتها على تشريع القسمة نظر ، لأن الماء كان لهم خاصة ولم يكن مشتركاً ، وقد

(١) سورة النساء ٨ : ٤ .

(٢) سورة القمر ٥٤ : ٢٨ .

أمر سبحانه بجعل قسم من الماء للناقة.

ومن السنة : ما روي من أن « عبد الله بن يحيى » كان قسّاماً
لأمير المؤمنين^(١) وقد قسّم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم خيبر على ثمانية
عشر سهماً^(٢)، وقال صلى الله عليه وآله وسلّم : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »^(٣). قال في (الجواهر) : « وغير ذلك من
النصوص ، وإجمالاً بقسميه ، بل ضرورة »^(٤).

ثم إن القسمة تارة : تكون بإفراز الحصص بعضها عن بعض ، وأخرى : تكون
قسمة مهايأة ، بمعنى تقسيم الإلتفاع من الشيء المشترك بحسب الأزمنة ، كالدابة
المشتركة بين اثنين يستعملها هذا يوماً وذلك يوماً.



حقيقة القسمة :

ثم ، إنه تارة يختلط مال اثنين بعضه ببعض ، كأن يختلط شياه هذا بشياه ذاك
فهنا قولان :

أحدهما : إنها يشتركان في المجموع بنحو الإشاعة ، كما هو الحال فيما إذا ورث
الأخوان هذا المجموع معاً . والثاني : إن كلاً منهما يملك حقه ومملوكه الواقعي فقط ،
وإذا لا طريق إلى التمييز فلا بدّ من التراضي بينهما بالتقسيم ، بأن تنتقل عين مال كلّ
واحد إلى الآخر في مقابل عين ماله ، فيكون في الواقع تبديلاً .

(١) سنذكر ترجمة هذا الرجل قريباً .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٣٣ .

(٣) سنن البيهقي ٦ : ١٠٢ .

(٤) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٢٦ .

وتارة أخرى : يكون الاختلاط بين المالين موجباً لاشتراكهما بالإشاعة عند العرف ، كأن تختلط حنطة هذا بحنطة ذاك ، فلا يصدق حينئذ التبديل ، بل يقال هنا بالتمييز والإفراز والتعيين ، والمراد جعل المال الذي يشترك الاثنان في تملكه مفرزاً إلى ملكين يختص كل واحد منهما بواحد .

قال المحقق قدس سره في كتاب الشركة : وهي تمييز الحق من غيره^(١) ، وكذا قال في (المسالك)^(٢) و (الجواهر)^(٣) بل نسب إلى المعروف بين الأصحاب ، وعليه السيد صاحب (الوسيلة)^(٤) والأولى التعبير بالتعيين وفاقاً للسيد صاحب (العروة) حيث قال : والأولى التعبير بالتعيين ، لأن الظاهر من التمييز أن يكون له واقع معيّن وليس كذلك^{(٥)(٦)} .

نعم ، في مثال الشياة على الوجه الثاني يصح التعبير بالتمييز . فالأولى التعبير هنا بالتعيين ، لعدم تعيين حق كل من الشريكين خارجاً ، إذ المفروض أنها يشتركان في كل جزء جزء من المال حتى يصل إلى الجزء الذي لا يتجزأ فيقسم هناك تقسيماً عقلياً ، فالمراد من القسمة تعيين مصداق الكلّي .

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

(١) شرائع الإسلام ٢ : ١٣٢ .

(٢) مسالك الأفهام ٤ : ٣١٨ .

(٣) جواهر الكلام ٢٦ : ٣٠٩ .

(٤) وسيلة النجاة : ٢٦٢ .

(٥) العروة الوثقى ٢ : ٢١٨ .

(٦) قال السيد الاستاذ دام ظله في حاشية الوسيلة : « فالمناسب في تعريفها أن يقال : القسمة هي نقل سهم كل شريك من الحصّة التي بيد شريكه بأزاء سهم شريكه في الحصّة التي بيده » .

مالكاً للنصف الثاني من المال الذي بيده بأزاء تملكه النصف الآخر من المال الذي بيد شريكه ، فتكون القسمة في الحقيقة بيعاً ، لأنها - على هذا - تبديل الأموال بعضها ببعض بحسب السهام ، لكن الشريكين ينشأن القسمة ولا نظر لهما إلى المبادلة والمعاوضة الواقعة .

فيضعفه : إنه إن كان المراد من النصف هو النصف المردّد ، فإن المردّد لا وجود له في الخارج ، وإن كان المراد منه النصف المعين ، فهذا خلف للفرض ، ولو كان كذلك لم يكن حاجة إلى التقسيم ، فيرجع الأمر إلى الكلّي ويكون من قبيل تعيين الكلّي في المصداق ، نظير تملك الكلّي في المعين كالصاع من الصبرة ، إذ يتعين كلّي الصاع بالصّاع الذي يدفعه ، وإن كان بين الموردين فرق من جهة أخرى ، وذلك أنه مع تلف شيء من المال المشترك يكون التلف من كليهما ، بخلاف ما لو تلف من الصبرة مقدار ، فإنه من ماله ، حتى إذا بقي منها صاع واحد كان لمستحقه ولم يشاركه صاحب الصبرة .

وأما احتمال أن يكون المملوك لكل واحد من الشريكين هو الأحد اللابعيه بناءً على أن الملكية أمر اعتباري ، فيجوز أن يباع الواحد المردّد لأنه قابل للتملك كما يقبل الكلّي ذلك ، نظير بيع ثمرة الشجرة قبل وجودها ، فيكون التقسيم في حقيقته إخراج كل فرد من حال عدم التعيّن إلى التعيّن .

ففيه : ما تقدم من أن الواحد المردّد لا وجود له ولا حقيقة ، والملكية وإن كانت أمراً اعتبارياً ، لكن يشترط في متعلّقها أن يكون أمراً قابلاً للوجود في الخارج .

والتحقيق هو النظر في حقيقة الشركة ، وبذلك يتضح معنى القسمة ، والحاصل : إن التقسيم هو التعيّن ، لأن معنى الشركة هو تملك كل من الشريكين

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

حكم نصب القاسم

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

أقول : هذا الحكم لا ريب فيه كما في (الجواهر)^(٢) ، لأن نصب القاسم من المصالح العامة ، وعن (القواعد)^(٣) الإجماع عليه .

وإن تعبيره بـ«النصب» يفيد أن ذلك منصب من المناصب ، ولازم ذلك أن يكون للقاسم ولاية على التقسيم كما للحاكم ولاية على الحكم ، ويكون ما فعل نافذاً على الشريكين كما ينفذ حكم الحاكم على المتخاصمين ، ولو لم يرض أحدهما

(١) واسمه عبد الله بن يحيى كما في المبسوط ١٣٣/٨ وقيل إنه الحضرمي الذي ذكره في تنقيح المقال ٢٣٢/٢ عبد الله بن يحيى الحضرمي وقال: قد عدّ الشيخ الرجل من أصحاب أمير المؤمنين ، وفي رجال البرقي إنه من أصحاب أمير المؤمنين الذين كانوا شرطة الخميس ، وإن أمير المؤمنين قال لعبد الله بن يحيى الحضرمي يوم الجمل : أبشر يا ابن يحيى ، فإنك وأباك من شرطة الخميس حقاً .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٢٦ .

(٣) لم اعثر عليه في القواعد وإنما نسب إليه في الجواهر ٤٠ : ٣٢٦ .

بالتقسيم حكم الحاكم به من باب كونه ولياً على الممتنع ، وكان التقسيم نافذاً .
وإذ كانت القسمة منصّباً ، وكان القاسم منصوباً من قبل الإمام أو الحاكم ،
لزم وجود الشرائط الآتية فيه : قال المحقق قدس سرّه :

صفات القاسم :

« ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل والإيمان والعدالة »^(١) .
أقول : لا شبهة ولا خلاف في اشتراط كونه بالغاً عاقلاً ، إذ لا عبرة بأفعال
الفاقد للبلوغ والعقل ، كما لا ريب ولا خلاف في اعتبار الإيمان والعدالة فيه ، لأن
صاحب هذا المنصب ذو ولاية ، وقد قال الله عز وجل : ﴿ لَا يَنَالُ عَهْدِي
الظَّالِمِينَ ﴾^(٢) .

قال : « والمعرفة بالحساب »^(٣) .
أقول : وكذا نحوه مما تحتاج إليه القسمة غالباً .

قال : « ولا يشترط الحرية »^(٤) .

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

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٠ .

(٢) سورة البقرة ٢ : ١٢٤ .

(٣ و٤) جواهر الكلام ٤٠ : ١٠٠ .

(٥) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٢٧ .

قال : « ولو تراضى الخصمان بقاسم لم تشترط العدالة »^(١) .
 أقول : أما بناءً على عدم كون القسمة منصباً من المناصب ، فإنه حيث يريد القاسم القسمة الإيجابية ، فإن القدر المتيقن من القسمة النافذة قسمة المؤمن العدل ، ولا يوجد عندنا إطلاق لنتمسك به لأجل نفوذ قسمة مطلق القاسم ، وأما قاسم الإمام ففي الخبر إنه كان من شرطة الخميس وكان مبشراً بالجنة .
 وأما إذا كان القاسم معيناً من قبل الشريكين ، فلا حاجة إلى العدالة والإيمان ، إذ المفروض رضاها بما يفعله - كما لها أن يقتسم المال بأنفسهما - نعم ، لا بد من كون القاسم الذي يتراضيان بتقسيمه مكلفاً ، لأن عمل الصغير لم يمضه الشارع في مورد .

وقيل : لا مانع من أن يتصدى الصغير عملاً من باب المقدمة للتقسيم ، كأن يكون أداة ووسيلة لذلك .

وفيه : إنه لا يتحقق الإفراز إلا بالتقسيم والقرعة ، فالذي يفرز المشاع هو نفس التقسيم ، وبالقرعة يتعين حق كل واحد من الشريكين ، فالتقسيم إذاً عمل يترتب عليه أثر ، فلا يجوز أن يقوم به الصغير ، ولا يتصور عمل آخر غير التقسيم والقرعة ليكون مقدمة يجوز قيام الصغير به .

إذن ، لا بد من كونه مكلفاً بالبلوغ والعقل ، ولكن لا يشترط فيه الإيمان والعدالة ، قال المحقق : « وفي التراضي بقسمة الكافر نظر ، أقرب به الجواز ، كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم »^(٢) .

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

صورة كونه معيناً منها ، وليس للقاسم سلطنة حتى يمنع ، عملاً بقوله تعالى : ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١) .

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

هل يشترط الرضا بعد القرعة ؟

قال المحقق قدّس سرّه : «والمنصوب من قبل الإمام تمضي قسمته بنفس القرعة ، ولا يشترط رضاها بعده»^(٢) .
أقول : لا خلاف ولا إشكال في ذلك ، لما تقدم من تحقق الولاية له من جهة كونه منصّباً ، فيكون تقسيمه نافذاً مطلقاً ، كما ينفذ حكم الحاكم في حق المتخاصمين .

قال : «وفي غيره يقف الزوم على الرضا بعد القرعة . وفي هذا إشكال ، من حيث أن القرعة وسيلة إلى تعيين الحق وقد قارنها الرضا»^(٣) .

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

(١) سورة النساء ٤ : ١٤١ .

(٢ و ٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٠ - ١٠١ .

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

أقول : إن كان دليل السلطنة : «الناس مسلطون على أموالهم» مشرعاً جاز التمسك به لعدم الإشتراط ، وإن لم يكن مشرعاً بل كان مفاده سلطنة المالك على ملكه وجواز تصرفه فيه بأنحاء التصرف في حدود الشرع المعينة من قبل الشارع فلا ، لأن القدر المتيقن من الأدلة الشرعية لجواز التصرف حينئذ صورة الرضا بعد التقسيم والقرعة .

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

وهل يشترط القرعة ؟

هذا ، وعن جماعة القول بأن الأمر يتحقق بالقسمة عن تراض ، وهي كافية لتعين الحقوق من دون حاجة إلى القرعة ، لا سيما وأنه لا تعرض للقرعة في الأخبار ، وأن القرعة لكل أمر مشكل ، وأنه ليس في نصوص الشركة إشارة إلى أن زوالها يكون بالقرعة ، بل لقد قال بعضهم بأن الأخذ بالقرعة هنا متابعة للعامة ، وفي (المسالك) : «بل ينبغي أن يتعين بتراضيهما على القرعة وتخصيص كل واحد

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

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

(١) الدروس الشرعية ٢ : ١١٧ .

(٢) الروضة البهية ٣ : ١١٧ .

(٣) قواعد الأحكام ٣ : ٤٦٠ .

(٤) مسالك الأفهام ١٤ : ٢٦ - ٢٧ .

(٥) سورة النساء ٤ : ٨ .

بالإجماع ، وبها يتم النقل والملك لكل واحد من الشريكين ، وليس هنا تصرف في مال الغير حتى يقال بجوازه بالرضا لقوله : « لا يحل ... » ، لأنه يريد أخذ ماله وتعيين حقه ^(١) .

هل تتحقق القسمة بالصلح ؟

وهل تتحقق القسمة بالمصالحة ؟ توقف فيه بعضهم ، لكن الظاهر أن المصالحة تبديل ومعاوضة بين السهمين ، ونتيجتها كون كل واحد من الشريكين مالكا للعين التي بيده مثلاً ، كما يتحقق ذلك بالبيع والشراء بينهما .
نعم ، قد يستشكل في هذا البيع أو الصلح ، بناءً على لزوم كون العوضين معينين في الخارج في البيع والصلح ، فلا يصح بيع أحد العبدین أو إيقاع الصلح عليه ، لفقدان الشرط المذكور في المعاملة ... وحينئذ ، لا يمكن التوصل إلى نتيجة القسمة - وهو إفراز السهمين وتعيين الحق لكل من الشريكين - عن طريق البيع والصلح بينهما .

(١) والحاصل : في المقام ثلاثة أقوال :

أحدها : إعتبار القرعة في حصول القسمة ، سواء رضيا بها أو لا . واستدل عليه بجريان أدلة القرعة في هذا المقام ، وأن ظاهر تلك الأدلة هو اللزوم . فراجعها في وسائل الشيعة ، في الباب الثالث من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

والثاني : حصول القسمة بمجرد التراضي ، من دون حاجة إلى القرعة . واستدل عليه بعموم : « الناس مسلطون على أموالهم » وقوله : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه » .

والثالث : حصولها بالقرعة المتعقبة بالرضا . واستدل عليه باستصحاب بقاء الشركة وأصاله عدم ترتب أثر القسمة على مجرد القرعة ، فيؤخذ بالتقدير المتيقن وهو القرعة المتعقبة بالرضا .

هذا ، وظاهر السيد الاستاذ هو القول الأول ، وتمايمته يتوقف على إطلاق أدلة القرعة أو شمولها للصورة عدم التخاصم ، إلا أن لدعوى اختصاصها بصورة التخاصم وعدم جريانها في المقام حيث يتراضى الطرفان بقسمة القاسم مجالاً .

وهل يؤثر رضا المالك لو قسم ماله فضول واقترع عليه؟ فيه إشكال ،
وحيث تستصحب الشركة .
وبناءً على لزوم الرضا بعد القرعة ، يشترط رضاها حتى لو كان القاسم
الإمام أو المنصوب من قبله ، وحيث يكون التقسيم عن إجبار ، يلزم رضا الحاكم
لأنه ولي الممتنع .

عدم الفرق بين قسمة الرد وغيره :

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

والجواب - كما في (الجواهر)^(١) - أن قسمة الردّ قسم من القسمة المفروض
إفرازها بالقرعة ، وإن استتبع وجوب الردّ على من خرج له النصيب الأوفر بها ،
فهو استحقاق آخر يتبع القسمة المزبورة ، وليس هو معاوضة مستقلة خارجة عن
القسمة كي يعتبر فيها التراضي ، وسيأتي تفصيل الكلام على هذه المسألة حيث
يعنونها المحقق قدّس سرّه .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٢٩ .

في إجزاء القاسم الواحد وعدمه :

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

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

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

وقد أشكل في (الجواهر) على ذلك بوجوه :

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

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

الثالث : إن التقويم لا مدخلية له في القسمة وإنما هو من مقدّماتها^(٣).

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠١.

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ٢٧.

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٣٢ - ٣٣٣.

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



الكلام في أجره القاسم :

قال المحقق قدس سره : « وأجرة القسام من بيت المال ، فإن لم يكن إمام أو كان ولا سعة في بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين »^(١) .

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

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠١ .

يجب على الراضي منها أيضاً من بيت المال؟ الظاهر هو العدم.

والمشهور فبل ادعي الإجماع فـ على أخذ الاجرة من كليهما ، وإن كان أحدهما ممتنعاً وكان التقسيم بأمر الحاكم وإجباره ، وكذا لو لم يمتنع أحدهما بل رضي بكلا الأمرين - بقاء الشركة والتقسيم - على السواء ، فأمر الحاكم بالتقسيم ، قالوا : لأن التقسيم له أثر ونفع بالنسبة إليه أيضاً .

وفيه : إن توجه النفع الذي لم يطلبه لا يوجب دفع شيء عليه ، وتحقيق الإجماع في هذا الغرض بعيد .

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

فالأقوى في جميع هذه الموارد توجه كل الاجرة على من طلب التقسيم . هذا ، ومقتضى القواعد كفاية رفع اليد عن المال وعدم وجوب تسليمه . قال المحقق قدس سره : « فإن استأجره كل واحد بأجرة معينة فلا بحث »^(١).

أقول : إن استأجر كلا الشريكين القاسم بعقد واحد لأجل التقسيم بأجرة معينة ، وجب عليهما معاً دفع الاجرة ، وإن استأجره كل واحد بالاستقلال وبأجرة معينة قال المحقق : فلا بحث ، وهو صريح في الجواز .

وقد أشكل عليه من جهة أن العمل واحد وينتفع منه كلاهما ، فإذا استأجره أحدهما لهذا العمل لم يصح استئجار الثاني إتياء له ، لأن هذا العمل مملوك للأول ،

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠١ .

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

فإن قيل : فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد وكيلاً من طرف البائع للإيجاب ، ومن طرف المشتري للقبول ، في معاملة واحدة ؟
قلنا : إنه قياس مع الفارق ، كما هو واضح .

وقد أشكل عليه أيضاً : بأن فرز مال أحدهما مقدمة لفرز مال الآخر ، فإذا أوجر من قبل أحدهما كانت إجارة الثاني باطلة ، لأنها تكون على عمل وجب عليه القيام به بإجارة الأول ، من باب المقدمة .

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

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

وقد أشكل على هذا الجواب : بأن الإجارة للتقسيم المستلزم للتصرف في مال الشريك بدون إذنه ، غير صحيحة ، وأما إذا كانت الإجارة في مورد لا يستلزم

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ٣١ .

التقسيم فيه التصرف ، كأن يكون القاسم عالماً بوزن المال أو مساحة الأرض مثلاً عاد الإشكال .

أقول : هذا كله بالنسبة إلى التصرف الخارجي ، لكن الإفراز في حد ذاته تصرف ، فلا يجوز القيام به ، ولا يتحقق إلا مع إذن الشريك ، وحينئذ ، تكون إجارة الأول باطلة .

وكما يمكن أن يكون القاسم عالماً بخصوصيات المال بحيث لا يحتاج إلى التصرف في نصيب الشريك الآخر ، كذلك يمكن تحصيل رضا الشريك بهذا المقدار من التصرف اللازم لمعرفة خصوصيات المال ، فيكون نظير ما إذا وكله في شراء دار مثلاً ، فإن معناه أنه إن رضي مالكتها وباعها فاشترها منه ، وإما إذا لم يرض لغت الوكالة ، فيكون كبيع الفضولي مع عدم إجازة المالك ، فلو باع شخص مال غيره فضولة ، أي أنشأ تملكه الغير بدون رضي المالك ، فإن هذا فعل لغو وليس حراماً ، لأن المفروض عدم وقوع التصرف فيه .

وهنا ، إن كان التقسيم في الحقيقة إجارة مشروطة بإجازة الشريك ، فقليل بعدم الصحة أيضاً ، وقال في (الجواهر) : إذا كان إنشاء الإجارة مشروطاً بإجازة الآخر ، فإن إجارة الأول باطلة للتعليق ، وإن كان إنشاءً مراعىً بإجازة الآخر - مثل بيع الفضولي - فإنه إنشاء منجز لكنه مراعىً شرعاً ، فإن رضي الثاني بالإجارة تمت وأثرت الإجازة ، فهذا معنى قول صاحب الجواهر : اللهم إلا أن يراد أن الأولى وقعت مراعىً صحتها بوقوع الثانية^(١) ، ولكن فيه : إن المراعى في بيع الفضولي أن المالك يجيز نفس عمل الفضول ، وهنا إن أجاز الثاني نفس عمل الأول كان عمله

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٣٥ .

ممضى بهذه الإجارة ولا يكون شريكاً معه في الإجارة ، وإن كانت إجارة الثاني بمعنى إنشائه الإجارة ، عاد الإشكال ، ولذا قال هو : والتحقيق عدم صحة الثانية حيث تصح الأولى من دون مراعاة للثانية مع كون المستأجر عليه شيئاً واحداً .

هذا ، ولو وكل أحد الشريكين الآخر في التقسيم ، فاستأجر الشريك أصالة عن نفسه ووكالة عن شريكه من يقسم المال ، وجب عليهما معاً دفع الاجرة .

قال المحقق قدس سره : « وإن استأجروه في عقد واحد ولم يعينوا نصيب كل واحد من الاجرة لزمهم الاجرة بالحصص ، وكذا لو لم يقدروا أجرة كان له أجرة المثل عليهم بالحصص لا بالسوية » (١) .

أقول : إدعى في (الجواهر) إجماع الطائفة على مراعاة الاجرة بالحصص (٢) . واستدل له الشيخ قدس سره بأننا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضى إلى ذهاب المال ، كأن يكون بينهما لأحدهما عشر العشر سهم من مائة سهم والباقي للآخر ، ويحتاج إلى اجرة عشرة دنانير على قسمتها ، فيلزم من له الأقل نصف العشرة ، وربما لا يساوى سهمه ديناراً واحداً ، فيذهب جميع المال ، وهذا ضرر ، والقسمة وضعت لإزالة الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه (٣) .

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠١ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٣٥ .

(٣) كتاب الخلاف ٦ : ٢٢٩ ، المسألة ٢٦ .

النصيب إنما جاء من كثرة نصيب الآخر^(١).

وفي (القواعد) وغيرها احتمال التساوي ، للتساوي في العمل^(٢) ، فإنه ليس إلا إفرازاً أو حساباً أو مساحة ، والكل مشترك بينهما ، بل قد يكون الحساب في الأقل أغمض ، وقلة النصيب توجب كثرة العمل لوقوع القسمة بحسب أقل الأنصباء ، فإن لم يجب على الأقل نصيباً من الاجرة أزيد فلا أقل من التساوي .

قال في (الجواهر) : ولكن لم يذهب إليه أحد من أصحابنا ، بل عن الشافعي وأبي حنيفة ومالك موافقتنا على ذلك ، نعم ، هو محكي عن أحمد بن حنبل ، ونقض عليه الفاضل في القواعد بالحفظ للمال المشترك ، فإن له الاجرة بالحصص مع التساوي في العمل^(٣) ...

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

لكن التحقيق اختلاف الموارد ، وأنه لا تدور الاجرة مدار نتيجة العمل في كل مورد ، مثلاً : لا يفرق في الاجرة بين حمل الحنطة وحمل الرز من مكان إلى آخر - مع وحدة المسافة واتحادهما في الوزن - وإن كان الرز أغلى من الحنطة ، وصاحب المطبعة يطبع كل ملزمة من الكتاب بأجرة معينة ، فهو يأخذ أجرته في مقابل عمله ، من غير فرق بين أن يكون الكتاب من الكتب العلمية النفيسة مادياً ومعنوياً ، أو يكون كتاباً وضعياً كذلك ، ففي هذه الموارد يلحظ العمل نفسه ، وأما في حمل المال المشترك أو تقسيمه ، فالسيرة العقلائية على النظر إلى نتيجة العمل بالنسبة إلى كل

(١) كشف اللثام ١٠ : ١٦٨ .

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

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٣٦ .

واحد من الشركاء ، فإذا آجروه كلهم للحمل أو القسمة قسّمت الأجرة عليهم بالحصص ، لأن حرمان صاحب التسعة أعشار من الاستفادة من المال - لأجل الشركة - تسعة أضعاف حرمان صاحب العشر ، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعة أعشار استفادته ، فعليه تسعة أعشار الأجرة .

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

النظر في المقسوم :

قال المحقق قدّس سرّه : « وهو إما متساوي الأجزاء كذوات الأمثال مثل الحبوب والأدهان ، أو متفاوتها كالأشجار والعقار ، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة ، لأن الإنسان له ولاية الانتفاع بماله ، والإنفراد أكمل نفعاً^(٢) . أقول : قسّم المحقق قدّس سرّه المقسوم إلى قسمين ، أي إلى المتساوية أجزاؤه من حيث الوصف والقيمة كذوات الأمثال مثل الحبوب والأدهان ، وإلى المتفاوتة أجزاؤه كالأشجار والعقار ، وقد حكم في القسم الأول بجواز إجبار الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة ، قال في (الجواهر) : بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم ، بل الظاهر الاتفاق عليه ، ولعلّه العمدة بعد قاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر والضرار في القسمة المفروض شرعيّتها^(٣) ، وأما الثاني ففيه تفصيل كما سيأتي .

(١) كتاب الخلاف ٦ : ٢٢٩

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٠١ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٣٧ .

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

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

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

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

(١) شرائع الإسلام ٤: ١٠١.

متساوياً ومتفاضلاً كان أولى»^(١).

قال في (الجواهر) : وفيه أن معنى كلام المحقق هنا أنه لو فرض كون الاشتراك في جَيِّد الحنطة ورديَّتها ، بحيث كان المئان من الرديّ يساوي المئ الواحد من الجَيِّد ، فلو أخذ أحدهما المئ في مقابل الواحد من الجَيِّد جاز ولا يلزم الربا ، لأنه تقسيم أي تعيين لحق كل واحد وليس بيعاً ، وإن كان التقسيم في حقيقته معاوضة .

قلت : لكن ظاهر العبارة لا يساعد هذا المعنى ، فإنه يقول : المقسوم إما متساوي الأجزاء كذوات الأمثال أو متفاوتها ، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة ، فلو فرض كونها شريكين في الجَيِّد والرديّ ، فإن أخذ المئ من الرديّ في مقابل المئ من الجَيِّد ليس تقسماً إجبارياً ، بل من التقسيم المشتمل على الرد^(٢).

قال المحقق : « والثاني ، إما أن يستضر الكل أو البعض أو لا يستضر أحدهم ، وفي الأول لا يجبر الممتنع كالجواهر والعصائد الضيقة ، وفي الثاني : إن التمس المستضر أجبر من لا يتضرر ، وإن امتنع المتضرر لم يجبر ... »^(٣).

أقول : هذا حكم المقسوم المتفاوتة أجزاءه ، وتفصيله أنه إما أن يستضر كل الشركاء بقسمته أو بعضهم ، أو لا يستضر أحدهم .

أما الثالث ، فالحكم فيه واضح ، فإنه يقسم بلا كلام ، وأما إذا كان المال مما يوجب تقسيمه الضرر على كل الشركاء ، فلا يقسم إلا برضاهم جميعاً ، ولا يجبر

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ٣٢ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٣٨ .

(٣) شرائع الاسلام ٤ : ١٠١ .

الممتنع منهم ، بل لا يجوز التقسيم الموجب للتلف حتى مع رضاهم ، فلا بد من التقسيم بطريق آخر من بيع أو صلح أو مهاياة ، وإن كان الضرر متوجهاً إلى بعضهم ، فإن امتنع المتضرر لم يجبر ، لقاعدة نفي الضرر ، وإن كان الملتمس للقسمة وهو المستضر أجبر من لا يتضرر ، وعلى كل حال ، فلا بد من أن لا يكون الضرر فاحشاً أو موجباً للسقوط عن المائلة ، وإلا قسم بنحو آخر .

وإن استلزم بقاء المال على الشركة ضرراً أكثر من الضرر اللازم بالتقسيم قسم .

وأما إذا توقف التقسيم على الرد ، قسم المال كذلك بلا إجبار ، كما سيأتي .

ولو كان الأقل ثمناً أكثر مرغوية ، فهل يراعى في القسمة جهة المرغوية أو يراعى جهة المائلة ؟ وجهان مبنيان على حد دلالة قاعدة لا ضرر ولا ضرار ، فإن كانت رافعة لخصوص الضرر المالي ، فالمفروض عدمه هنا لأجل التعديل بالقيمة ، وإن قلنا بأنها ترفع الضرر الغرضي أيضاً ، منعت التقسيم المضر بالغرض وإن لم يلزم الضرر المالي .

أقسام القسمة :

فظهر أن القسمة على قسمين : قسمة إجبار و قسمة تراض ، وقد ذكر المحقق هذا بقوله : « ثم المقسوم إن لم يكن فيه رد ولا ضرر أجبر الممتنع وتسمى قسمة إجبار ، وإن تضمنت أحدهما لم يجبر وتسمى قسمة تراض »^(١) .

فإن لم يكن في البين رد ولا ضرر أجبر الممتنع عن التقسيم ، لأن الإنسان له

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠١ .

ولاية الانتفاع بماله ، والإفراد أكمل نفعاً ، والمفروض عدم المانع من إعمال هذه الولاية ، وهذه قسمة الإجماع ، وإن كان هناك ردّ أو ضرر فلا يجوز إجبار الممتنع عن التقسيم ، بل يقسم بأي نحو تحقق به رضا جميع الأطراف ، وهذه قسمة التراضي . وعلى هذا الأساس قال المحقق : « ويقسم الثوب الذي لا تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض » أي المتساوية الأجزاء قسمة إجبار ، لأن المفروض عدم الضرر وعدم الردّ فيها « وإن كان ينقص بالقطع ، لم يقسم ، لحصول الضرر بالقسمة » قال : « وتقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمة قسمة إجبار » لأن التعديل رافع للضرر المانع من الإجماع .

لكن في (المسالك) : ومنهم من قسمها ثلاثة أقسام :
قسمة الإفراز ، وهي أن يكون الشيء قابلاً للقسمة إلى أجزاء متساوية الصفات كذوات الأمثال وكالثوب الواحد ، والعرضة الواحدة المتساوية ، ولا إشكال في كون هذا القسم إجبارياً ، مع بقاء الحصص بعد القسمة منتفعاً بها أو حافظة للقيمة كما مر .

والثاني : قسمة التعديل ، وهي ما تعدل سهامها بالقيمة ، وهي تنقسم إلى ما يعدّ شيئاً واحداً وإلى ما يعدّ شيئين فصاعداً :

فالأول - ما يعدّ شيئاً واحداً كالأرض التي تختلف قيمة أجزائها ... ومقتضى عبارة المصنف قسمة هذه إجباراً ، إلحاقاً للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء ، ويحتمل عدم الإجماع هنا لاختلاف الأغراض والمنافع ، والوجهان جاريان فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس ، كالبيتان الواحد المختلف الأشجار ، والدار الواحدة المختلفة البناء . والأشهر الإجماع في الجميع .

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

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

ولا يجبر الممتنع هنا ، سواء تجاوز الداران والحانوتان أم تباعدا ، لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية فيلحقان بالجنسين المختلفين ... ولو كان بينهما دكاكين متلاصقة لا يحتمل أحدهما القسمة - وتسمى العضائد - فطلب أحدهما أن يقسم أعيانها ، ففي إجبار الممتنع وجهان ، أظهرهما عدم ، وسيأتي .
وأما غير العقار ، فإذا اشتركا في عبيد ودواب أو أشجار أو ثياب ، فإما أن يكون من نوع واحد أو من متعدد .

فإن كانت من نوع واحد وأمكن التسوية بين الشريكين عدداً وقيمة ، كعبدین متساويي القيمة بين اثنين وثلاث دواب متساوية القيمة بين ثلاثة ، فالذي اختاره المصنف والأكثر أنه يجبر على قسمتها أعياناً ويكتفى بالتساوي في القيمة ، بخلاف الدور لشدة اختلاف الأغراض فيها ... وفي القواعد : استشكل الحكم في العبيد^(١) ... ونقل في المبسوط عن بعضهم عدم الإجبار هنا ، والمذهب هو الأول^(٢) .
ولو لم يمكن التسوية في العدد ، كثلاثة أعبد بين اثنين على السوية أحدهما يساوي الآخرين في القيمة ، فإن قلنا بالإجبار عند إمكان التسوية ، فهذا وجهان ، ينظر أحدهما إلى تعادل القيمة ، والثاني إلى اختلاف العدد وتفاوت الأغراض ...
ولو كانت الشركة لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان ، كعبدین بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان ، فطلب أحدهما القسمة ليخص من أخرجت له

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٦٢ .

(٢) المبسوط في فقه الامامية ٨ : ١٤٧ .

القرعة المحسّيس به ويربع النفيس ، ففي إجبار الآخر وجهان مبنّيان على المسألة السابقة ، فإن قلنا : لا إجبار هناك فهنا أولى ، وإن قلنا بالإجبار هناك فهنا وجهان ، أصحّهما : المنع ، لأن الشركة لا ترتفع بالكلية .

ولو كانت الأعيان من أنواع مختلفة ، كالعبد التركي مع الهندي والثوب الأبريسم مع الكتان مع تساويهما في القيمة ، ففي إجبار الممتنع وجهان مرتّبان ، وأولى بالمنع هنا لو قيل به في السابق .

وكذا القول لو اختلف قيمتهما وأمكن التعديل .

ويظهر من المصنف وجماعة عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القيمة ، فأما الأجناس المختلفة كالعبد والثوب ، والخنطة والشعير ، والدابة والدار ، فلا إجبار في قسمة أعيانها بعضها في بعض وإن تساوت قيمتهما .

والثالث : قسمة الرد ، بأن يكون بينهما عبدان ، قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستمائة ، فإذا ردّ أخذ النفيس مائتين استويا .

ولا خلاف في كون هذا القسم مشروطاً بالتراضي ، وسيأتي الكلام فيه ، انتهى كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه^(١) .

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

ثم قال : اللهم إلا أن يكون في مختلف جهة الشركة فيه ، بمعنى عدم الشركة في

(١) مسائل الأفهام ١٤ : ٣٥ - ٣٩ .

مجموع آحاده وإن تحققت في أفرادها بأسباب مستقلة ، فإنه لا جبر في قسمة بعض في بعض قطعاً ، بل الظاهر عدم مشروعية القسمة فيه بالمعنى المصطلح وإن جازت بنوع من الصلح ونحوه ، لكون القسمة حينئذ قسمة معاوضة لا إفراز ، وذلك لأنه معها يكون له النصف من كلٍّ منهما مثلاً ، ولا يجب عليه معارضة ما يستحقه في أحدهما بما لصاحبه في الآخر ، إذ ليست هي بإفراز حينئذ ، بخلاف ما لو كانت الشركة في مجموعها ، فإن له حينئذ نصفاً منه وهو يمكن انطباقه على أحدهما .

ومن ذلك يظهر لك اعتبار الإشاعة في مجموع الأعيان المشتركة التي يراد قسمتها بعض في بعض ، بل لا موضوع للقسمة في غيره ممّا آحاده مشتركة بأسباب مستقلة من دون شركة بمجموعه ، وليس المراد في الأول اعتبار نصف المجموع مثلاً كي يرد حينئذ عدم جواز قسمة بعض المال المشترك دون بعض أو قسمة بعضه بالإفراز والآخر بالتعديل ، والمعلوم خلافه نصاً وسيرة ، وإنما المراد زيادة مصاديق النصفية بملاحظة الشركة في المجموع على وجه يصح قسمته بعض في بعض بحيث يكون النصف أحد المالين مثلاً ، فتأمل فإنه دقيق نافع ... إلى آخر ما ذكره قدس سرّه (١) .

وملخصه : عدم إمكان القسمة بالقيمة في صورة اختلاف سبب الشركة ، فلو اشترك أخوان في مال بالإرث وفي آخر بالشراء ، كان النصف المشاع من كلٍّ واحد لكلٍّ واحد من الأخوين ، وحينئذ ، لا يقسم هذان المالان بأن يجعل بعضه في مقابل بعض بالقيمة ، وظاهر كلامه يعم المثلي والقيمي معاً .

ولم يتضح لنا وجه هذا التفصيل ، لأن كل مال مشترك بالإشاعة يكون

نصف كلّ جزء لهذا والنصف الآخر منه للآخر ، حتى يصل إلى الجزء الذي لا يتجزء ، من دون فرق بين اتحاد سبب الشركة وتعدّده ، وعلى هذا ، فإنه تجعل المصدايق الخارجية لكلّي النصف ثم تعيّن لكلّ واحدٍ بالقرعة ، نعم ، إن النصف الكلّي لما ورثاه لا يكون مصداقاً لكلّي النصف من المال الذي اشترياه ، ولكن إذا قسّمت الأموال من حيث المجموع بلحاظ القيمة إلى قسمين ، مع غض النظر عن سبب الملكية ، تحقق المصداق للمملوك ، وبالقرعة يتعين المالك لكلّ نصف .

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

قال المحقق قدّس سرّه : «وإذا سألنا القسمة ولها بينة بالملك قسّم ، وإن كان يدهما عليه ولا منازع لهما قال الشيخ في المبسوط : لا يقسم^(١) ، وقال في الخلاف : يقسم^(٢) ، وهو الأشبه ، لأن التصرف دلالة الملك»^(٣) .

أقول : إذا سأل الشريكان الحاكم القسمة فتارة : يعلم الحاكم بكون المال ملكاً لهما بالإشتراك ، وأخرى : تقوم البينة على ذلك عنده ، وثالثة : لا علم ولا بينة بل لهما يد على المال .

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

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

(٢) كتاب الخلاف ٦ : ٢٣٢ ، المسألة ٣٠ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٢ .

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

وجه المنع : إحتال كون التقسيم حكماً ، والحكم يتوقف على البينة .
 ووجه الجواز : إن اليد والتصرف دلالة الملك ... وهذا هو المختار .
 والإحتياط الذي ذكره صاحب (الجواهر) قدس سره ليس بلازم .

كيفية القسمة :

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

مركز تحقيق كونه علوم رسولي

- الأول : أن تتساوى الحصص قدرأً وقيمة .
- الثاني : أن تتساوى الحصص قدرأً لا قيمة .
- الثالث : أن تتساوى الحصص قيمة لا قدرأً .
- الرابع : أن تختلف الحصص قدرأً وقيمة .

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

(١) كتاب الخلاف ٦ : ٢٣٢ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٤٣ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٢ .

ذكر - تصل النوبة إلى القرعة لأجل تعيين حصة كل واحد من الشريكين ، وسيأتي بيان كيفية القرعة .

قال : « وإن تساوت قدران لا قيمة ، عدلت السهام قيمة وألغى القدر ، حتى لو كان الثلثان بقيمته مساوياً للثلث جعل الثلث محاذياً للثلثين »^(١) وهذا هو القسم الثاني .

وأما كيفية القرعة : « فهو أن يكتب كل نصف » من النصفين المتساويين قدران وقيمة كما في القسم الأول ، أو قدران فقط كما في القسم الثاني « في رقعة ويصف كل واحد بما تميزه عن الآخر ، ويجعل ذلك مصوناً في ساتر كالشمع أو الطين ، ويأمر من لم يطلع على الصورة بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فله » .

أو « أن يكتب كل اسم » من اسمي الشريكين « في رقعة ، ويصونها ويخرج على سهم من السهمين ، فمن خرج اسمه ، فله ذلك السهم » .

قال في (الجواهر) : والظاهر عدم وجوب خصوص كتابة الرقاع وعدم الصون في ساتر ، بل وعدم وجوب كون المأمور مكلفاً ، بل وغير ذلك من القيود المزبورة ، إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما ، بل يفوض أمره إلى الله تعالى ويفعلان ما يفيد ، وإن كان الأولى الاقتصار على المأثور والمعهود^(٢) .

قلت : ومن ذلك عدم وجوب كتابة رقعتين ، بل يكفي أن يكتب رقعة واحدة عليها اسم واحد منها ، فيضع المأمور تلك الرقعة على احدي الحصتين ، فيكون ما خرج لصاحب الاسم ، والمحصة الثانية للآخر .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٢ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٤٤ .

قال المحقق : « وإن تساوت الحصص قيمة لا قدرأً مثل أن يكون للواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس ، وقيمة أجزاء الملك متساوية ، سوّيت السهام على أقلّهم نصيباً فجعلت أسداساً »^(١) ويعطى لكل واحد سهمه ، وتكون العبرة بالتعديل من حيث القيمة ، بأن يعطى لصاحب السدس ما يساوى سدس المجموع قيمة ، ولا يكتفى بالتعديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحة مثلاً .



(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٢ .

مسائل ثلاث

المسألة الأولى

(في الدار التي لها علو وسفل)

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

قال : « وأجبر الممتنع مع انتفاء الضرر »^(٣) أي : لما تقدم من أن المانع من الإجبار هو الضرر ، فع فرض انتفائه يجبر الممتنع منها عن التقسيم .
قال : « ولو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم يجبر الممتنع »^(٤) .

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٤ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٥٢ .

(٣ و ٤) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٤ .

(٥) قواعد الأحكام ٣ : ٤٦٤ .

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

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

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

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



(١) كشف اللثام ١٠ : ١٧٧ .

(٢) شرائع الاسلام ٤ : ١٠٤ .

المسألة الثانية

(في قسمة الأرض التي فيها زرع)

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

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

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

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

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

(١ و ٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٤ .

بالسهم غير ممكن^(١)، وفيه إشكال، من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهالة^(٢).

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

قال: «أما لو كان بذراً لم يظهر، لم تصح القسمة، لتحقيق الجهالة»^(٣).

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

قال: «ولو كان سنبلًا، قال أيضاً: لا يصح، وهو مشكل، لجواز بيع الزرع عندنا»^(٤).

أقول: قال الشيخ في (المبسوط): «فإن كان بينهما أرض فيها زرع، فطلب أحدهما القسمة، فإما أن يطلب قسمة الأرض أو الزرع أو قسمتهما معاً، فإن طلب قسمة الأرض دون غيرها أجبرنا الآخر عليها، على أي صفة كان الزرع، حياً أو قصيلاً^(٥)، أو سنبلًا قد اشتد، لأن الزرع في الأرض كالمتاع في الدار لا يمنع القسمة

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ١٤١.

(٢) (٤ - ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

(٥) التفصيل ما قطع من الزرع أخضر.

فالزراع مثله . وأما إن طلب قسمة الزرع وحده لم يجبر الآخر عليه ، لأن تعديل الزرع بالسهم لا يمكن . وأما إن طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثة أحوال :

إما أن يكون بذراً أو حباً مستتراً أو قصيلاً ، فإن كان حباً مدفوناً لم تجز القسمة ، لأننا إن قلنا : القسمة إفراز حق فهو قسمة مجهول أو معدوم فلا تصح ، وإن قلنا : بيع لم يجز لمثل هذا ، وإن كان الزرع قد اشتد سنبله وقوي حبه ، فالحكم فيه كما لو كان بذراً وقد ذكرناه ، وإن كان قصيلاً أجبرنا الممتنع عليها ، لأن القصيل فيها كالشجر فيها ، ولو كان فيها شجر قسّمت بشجرها كذلك هنا ^(١) .

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



مركز تحقيقات كنج پور علوم اسلامی

(١) المبسوط في فقه الامامية ٨ : ١٤١ .

المسألة الثالثة

(في قسمة القرحان المتعددة)

قال المحقق : « لو كان بينها قرحان متعددة ، وطلب واحد قسمتها بعضاً في بعض ، لم يجبر الممتنع »^(١).

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

وهذا يكون في الدور المتعددة ، والأراضي المتعددة ، والدكاكين المتعددة ، والحبوب المختلفة كالحنطة والشعير ، أما في الثياب - مثلاً - فيجوز مع التعديل في القيمة .

وكلمات الأصحاب في عدم الإجبار هنا مطلقة ، أي سواء أمكن تقسيم كل واحد على حدة أولاً ، وسواء كانت متجاورة أولاً ، وعن ابن البراج أنه قال : إذا استوت الدور والأقرحة في الرغبات قسمت بعضها في بعض . قال : وكذا لو تضرر بعضهم بقسمة كل على حدة جمع حقه في ناحية .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٤ .

وفي (الجواهر) التأمل في تحقق هذه الشهرة ، لكن الظاهر تحققها - كما في (المسالك) - ولم ينقل الخلاف في (المختلف) و (مفتاح الكرامة) إلا عن ابن البراج قدس سرّه ، نعم ، نقل موافقته عن بعض متأخري المتأخرين كصاحب (المدارك)^(١).

وأشكل في (الجواهر) فيه بأن ميزان التقسيم الذي يجبر عليه هو قاعدة إيصال الحق إلى صاحبه ، فإن أمكن التقسيم لكلّ على حدة بلا ضرر ، فالمتعين تقسيم كلّ واحد ، ولا يجبر على تقسيم بعض ببعض ، وإن لزم من ذلك ضرر أو لم يمكن أجبر الممتنع ، خلافاً للمشهور حيث منعوا عنه ، وكان لازم منعهم بيع المال وتقسيم ثمنه كالجواهر الضيقة .

لكن وجه ما ذهب إليه المشهور هو : إن التقسيم عبارة عن تمييز حق كلّ من الشريكين عن حق الآخر بعد أن كان لكلّ منهما كلّ النصف ، فإن كان الملك واحداً أمكن تقسيمه بالتناصف ، وأما إذا كانا شريكين في مالين مختلفين عرفاً كالغنم والإبل مثلاً فإن قلنا لأحدهما : أعط حقك من الغنم في مقابل حقك في الإبل ، كانت معاوضة ومبادلة عند العرف وليس تمييز حق عن حق .

وبعبارة أخرى : إن أدلة القسمة منصرفة عما إذا كان الجزء المشاع متميزاً في الخارج عند العرف ، وإن موردها هو المال المتحد وإن كان له أجزاء متعددة كالدار المحتوية للبيوت المتعددة .

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

قال المحقق : « ولو طلب قسمة كلّ واحد بانفراده أجبر الآخر ، وكذا لو كان

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٥٥ ، مسالك الأفهام ١٤ : ٥٣ .

بينها حبوب مختلفة»^(١).

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

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

أقول : أي لأن الأصل هو الأرض ، والأشجار توابع كالابنية ، كما عرفت سابقاً .

وعن الشيخ : ويفارق هذا إذا كانت الأقرحة متجاورة ، ولكلّ قراح طريق ينفرد به لأنها أملاك متميزة ، بدليل أنه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعة فيه بالقراح المجاورة له ، وليس كذلك إذا كان القراح واحداً وله طريق واحدة ، لأنه ملك مجتمع بدليل أنه لو بيع بعضه وجب الشفعة فيه مما بقي ، وأصل هذا وجوازه على الشفعة ، فكلّ ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعة فهو الملك المجتمع ، وكلّ ما إذا بيع بعضه لم تجب فيه الشفعة لمجاوره كانت أملاً كأملاً متفرقة »^(٤).

قلت : إن الشيخ قدّس سرّه يعطي ملاك الوحدة والتعدد في هذا المقام بهذا الكلام ، وأما من حيث الفتوى فيوافق المشهور .

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٤ - ١٠٥ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٥٩ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٥ .

(٤) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٤٥ .

قال المحقق : « ولا تقسم الدكاكين المتجاورة بعضها في بعض قسمة إجباره ، لأنها أملاك متعددة يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده ، فهي كالأقربة المتباعدة »^(١).

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

مضافاً إلى أن المتحقق عند العرف في مورد الدكاكين هو المعاوضة والمبادلة ، بخلاف الحال بالنسبة إلى بيوت الدار ، فهذا المورد مصداق للإفراز عندهم دون ذلك .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٥ .

(٢) إرشاد الازدهان ١ : ٤٣٤ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٥٩ .

النظر في اللّواحق وهي ثلاث :

الأولى

(لو ادعى بعد القسمة الغلط)

قال المحقق : « إذا ادّعى بعد القسمة الغلط لم تسمع دعواه ، فإن أقام بينة سمعت وحكم ببطالان القسمة ، لأنه فائدتها تميز الحق ولم يحصل ، ولو عدمها فالتمس اليمين كان له إن ادّعى على شريكه العلم بالغلط »^(١).

أقول : لا فرق بين أن نأخذ (الغلط) بمعنى الإشتباه أو بمعنى عدم صحة التقسيم وإن كان عن عمد . وقوله (لم تسمع دعواه) أي مع عدم البينة ، ومن المدّعى عليه الغلط ؟ إنه القاسم ، وقال ثاني الشهيدين : « لا فرق في عدم سماع دعوى الغلط في القسمة بمجردّها بين كون القاسم منصوب الإمام ومن تراضيا به وأنفسها ، لأصالة صحة القسمة إلى أن يثبت المزيل ، ولأن منصوب الإمام كالقاضي لا يسمع الدعوى عليه بالظلم »^(٢).

قال المحقق الآشتياني قدّس سرّه : « وقد تنظرّ فيه الاستاد العلامة بأن مرجع

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٥ .

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ٥٥ .

دعوى الغلط في القسمة إلى إنكار أصل القسمة ، فليس هناك قسمة مسلم الوقوع بين الشريكين قد وقع النزاع في صحتها وفسادها حتى يحكم بصحتها ، ولا يتوهم جريان هذا الإشكال في ساير المقامات أيضاً ، بأن يقال إن مرجع نزاع المتبايعين في صحة البيع وفساده إنكار أصل البيع ، فإن البيع العرفي هناك متحقق مسلم الوقوع بينهما ، وإنما يدعى أحدهما فساداً من جهة عدم مراعاة بعض ما اعتبر فيه شرعاً ، وهذا بخلاف المقام ، فإن مرجع النزاع فيه إلى إنكار أصل القسمة العرفية ، ضرورة أن القسمة من دون التعديل لا تسمى قسمة عرفاً أيضاً ، والحاصل أن القسمة عبارة في العرف عن التمييز والإفراز حسبما عرفت سابقاً ، فإن سلم وقوعها فلا معنى لدعوى غلط أحد الشريكين فيها ، وإلا فمرجع النزاع إلى أصل وقوعها»^(١) .

قلت : حاصل كلامه عدم انقسام القسمة إلى الصحيحة والفاصلة ، بل أمرها يدور بين الوجود والعدم ، وليس الأمر كما ذكره ، بل في القرآن الكريم : ﴿ تِلْكَ إِذًا قِسْمَةٌ ضِيزَى ﴾^(٢) .

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

أن يكون المراد بالقسمة هي صورتها ، لا القسمة الحقيقية فيقال : إن الأصل صحّة ما وقع من صورة القسمة المسلمة بينهم » .

قلت : ولم يتّضح لنا معنى هذا الكلام .

قال : « ثانيهما : أن يكون المراد منها سبب القسمة ، أي فعل القاسم الذي هو

(١) كتاب القضاء للاشتياني : ٣٢٦ .

(٢) سورة النجم ٥٣ : ٢٢ .

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

وكيف كان : « فإن أقام بيّنة سمعت وحكم ببطلان القسم » وذلك كما قال المحقق « لأن فائدها تميز الحق ولم يحصل » التميز ، لبقاء مقدار من حق أحدهما في سهم الآخر ، وطريق إقامة البيّنة - كما في (المسالك) - أن يحضرا قاسمين حاذقين لينظر أو يمسحاً ويعرفا الحال ويشهدا^(٢) ، فإن شهد القاسم - وآخر معه - بصحة القسم قال العلامة : إن كان عمله بأجرة فهو متهم وإن كان مجاناً اعتبرت الشهادة ووقع التعارض بين البيّنتين^(٣) ، لكنه مشكل - كما في (الجواهر) - لأن شهادة الإنسان في حق نفسه غير مسموعة ، بل لا تقبل في عمل الغير الذي يرجع إليه ، نفعه ، نعم ، يكون قوله حجة في صورة شك أحد الشريكين والسؤال منه من دون مرافعة .

وكيفية إقامة الدعوى عند المحاكم على القاسم أن يقول للمحاكم : لقد قامت البيّنة عندي على وقوع الخطأ في القسم فيقول له : أحضرها ، كذا عن (مفتاح الكرامة) وقيل : لا تسمع الدعوى على قاسم المحاكم حتى مع البيّنة ، وهذا مشكل . فظهر أن الدعوى لا تسمع مع عدم البيّنة ، فإن كان له بيّنة وأقامها سمعت وترتب الأثر على ذلك .

ولو عدم المدعي البيّنة ، فهل له التماس اليمين ؟ قال المحقق : كان له ... فمن

(١) كتاب القضاء للأشتياني : ٣٢٦ .

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ٥٥ .

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

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

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

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

فإن كان القاسم منصوباً من قبل الحاكم فلا يحلف بالأولوية .

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

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

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

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

وقال المحقق الكني ما حاصله^(١) : إن الغلط يكون تارة : بمعنى المصدر المبني للفاعل ، وعليه ، فلا يمكن إحلاف الشريك على نفي الغلط من القاسم ، وأخرى : يكون بمعنى المصدر المبني للمفعول ، فهنا يجوز إحلافه وله الحلف على نفي وقوع الغلط إن كان عالماً ، فن قال بعدم الجواز ، فقد أخذ الغلط بذاك المعنى ، ومن قال بالجواز أخذه بهذا المعنى . وبذلك يجمع بين القولين .

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

ولعلّ هذا هو مراد من نصّ على جواز إحلاف الشريك وإن لم يدّع عليه

العلم .

مركز تحقيق كليات علوم إسلامي

الثانية

(إذا أقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً)

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

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٥ .

مشاعاً...»^(١).

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

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

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

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

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٤٢ .

وكذا الأمر لو ظهر في نصيب أحدهما عيب ، وقيل هنا بعدم البطلان بل هو مخير بين أخذ الأرض والفسخ بالإقالة . وفيه : إن أدلة الإقالة لا تأتي في القسمة ، لأنها ليست ببيع كما تقدّم^(١) .

وكذا لا يأتي في القسمة خيار الغبن لما ذكرنا .

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

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

هذا كله إن كان المستحق معيناً .

قال المحقق قدّس سرّه : « وإن كان المستحق مشاعاً معها ، فللشيخ قولان^(٢) :

(١) اللهم إلا أن يقال بجريان عمومات الإقالة في كل معاهدة ، سواء كانت حاصلة بالعقد أو غيره ، لأن الإقالة هي بمعنى إزالة الأثر . فتأمل .

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

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

أقول : لو ظهر كون ثلث الأرض مستحقاً لغيرهما ، فإن كان مع سهم كلا الطرفين ، شارك كلا منهما فيما وصل إليه بالإشاعة ، فالقسمة بين المقتسمين متحققة وليس الكل شركاء في الكل ، لكن شركة الثالث معها يتوقف على الإذن ، وحينئذ فهل يؤثر رضاه بعد تلك القسمة التي أدت إلى هذه الشركة فضولة ؟ الظاهر ذلك ، كما إذا كان أخوان شريكين في مال فمات أحدهما ، فقسّم المال بين الباقي منها وابن الميت ، ثم ظهر للولد أخ ، فإنه يشترك مع أخيه في النصف مشاعاً ، ويستقل عمهما بالنصف الآخر ، فإذا حضر الأخ وأجاز القسمة هذه صحّت ، وفيما نحن فيه ، إذا أجاز المستحق كان شريكاً معها ، بمعنى انحلال الشركة الاولى وحدوث شركة جديدة ، فيكون نظير ما إذا قسّم المال المشترك بين أربعة إلى قسمين يشترك كل اثنين منهما في قسم .

وكما لو كان عبدان مشتركين بين اثنين بالتناصف ، وكان أحدهما يسوى عشرين ديناراً ، والآخر يسوى عشرة دنانير ، فلو طالب أحدهما الاستقلال في تلك الرخيصة منها جاز ، فيكون الرخيص مع ربع النفيس لهذا ، وتبقى ثلاثة أرباع النفيس للآخر ، فقد تبدّلت شركتهما بهذه القسمة إلى نحو آخر من الشركة ، ولما ذكرنا قال في (الجواهر) ^(٢) : ربما ظهر من تعليل المصنّف وغيره الصحة مع الإذن ، على أن تكون حصته مشاعة معها ، وحينئذ فلهوقها كاف .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٥ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٦٦ .

وبالجملة : إذا أمضى يكون شريكاً مع كل واحد فيما بيده بالنصف مشاعاً في
الفرض المذكور أولاً ، وهذا كله فيما إذا كان التقسيم بالتعديل ، وإلا بطلت القسمة .
ولو كان في سهم أحدهما حيوان مثلاً ، فتلف ، فإن كانت القسمة صحيحة
فهو في ملكه ، وإن كانت باطلة ثبت الضمان ، سواء كان التلف بسببه أو بسبب
غيره ، لأن المأخوذ بالقسمة الباطلة حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد .



مركز تحقيقات كنج پير علوم اسلامی

الثالثة

(لو قسّم تركة الميت ثم ظهر عليه دين)

قال المحقق قدّس سرّه : «لو قسّم الورثة تركة ثم ظهر على الميت دين ، فإن قام الورثة بالدين لم تبطل القسمة ، وإن امتنعوا نقضت وقضى منها الدين»^(١) .
أقول : مذهب المحقق قدّس سرّه هو أن التركة تبقى على حكم مال الميت ، فإن أدّى الورثة الدين كان لهم المال ، وإلا كان للديان أخذ التركة في مقابل حقّهم ، وبعبارة أخرى : إنه يتعلّق بالتركة حق الورثة ، بأن تكون لهم بعد أداء دين مورّثهم ، ويتعلّق بها حق الديان بأن يأخذوها في مقابل الدين إن امتنع الورثة عن أدائه ، فتكون التركة مورداً لتعلّق حقّين طوليين ، كالمال المرهون .
وقال العلامة في (القواعد) : «ولو قسم الورثة التركة وظهر دين ، فإن أدّوه من ما لهم ، وإلا بطلت القسمة ، ولو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصّة بقدر ما يخصّه من الدين ، ولو اقتسموا البعض وكان في الباقي وفاء ، أخرج من الدين ، فإن تلفت قبل أدائه كان الدين في المقسوم إن لم تؤدّ الورثة»^(٢) وحاصل العبارة : إن الورثة يملكون التركة ملكية متزلزلة ، فإن أدّوا الدين استقرّت وإلا أخذ الديان التركة .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٥ .

(٢) قواعد الأحكام ٣ : ٤٦٦ .

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

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

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

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

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

إذن ، يصح التقسيم بناءً على الملكية المتزلزلة إلا في الصورة المذكورة ، وإن هذا المقدار من التصرف بدون إذن الديان لا مانع منه لعدم منافاته لحقهم ، فيكون نظير ما إذا اشترى مالاً مع خيار الفسخ للبائع مدة معينة ، فلا مانع من أن يقسم المال بينهما ، فإن أخذ البائع بالخيار في المدة ، استرجع ما في يده كليهما ولا إشكال فيه .

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

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

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

(١) عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل مات فأقر بعض ورثته لرجل بدين . قال : يلزمه ذلك في حصته » وسائل الشيعة ١٩ : ٣٢٤ باب ٢٦ / إذا أقر واحد .

وعن أبي البخترى وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال : « قضى علي عليه السلام في رجل مات وترك ورثة ، فأقر أحد الورثة بدين على أبيه : إنه يلزمه ذلك في حصته بقدر ما ورث ، ولا يكون ذلك عليه من ماله كله ... » التهذيب ٩ / ٣٧٢ (٢٣) .

كانت وصية بتمليك مال إليه ، فإن ملكه الوصي كان ملكه ، وإلا كان في حكم مال الميت ، فلا يتصرف فيه أحد ولا يقسم بين الورثة .

ومحل الكلام فيما إذا قسم المال ثم ظهر كونه مورداً للوصية التمليلية ، ففي (الدروس)^(١) و (مسالك)^(٢) إنه إن كانت الوصية وصية مال من غير إضافة لها إلى مال معين ، كانت كالدين ، وإن كانت مضافة كأن يوصي بدفع عشر ماله مثلاً ، كانت كالمال المستحق في الحكم المذكور سابقاً .

أقول : جعلهم الوصية في الصورة الأولى كالدين ، فيه تأمل ، لأنه في الدين ذمة الميت مشغولة ، وأما إذا قال : ادفعوا من مالي مائة أو ادفعوا هذه المائة ، كان المال للموصى له مع قبوله بعد موت الموصي ، لا باقياً في حكم مال الميت حتى يكون كالدين ، ولا للوارث كما اختار صاحب (الجواهر)^(٣) في الدين ، ولا يصح أن نعتبر الآن اشتغال ذمته بعد الموت ، إذ لا عرفة لذلك .

ولو أرسل وقال : ادفعوا مائة ، فإنه لا مناص من أن يجعل من المال بمقدار المائة للموصى له ، فلو عادت المائة عشر المال كان العشر له بالإشاعة ، ويمكن أن يكون كالصاع من الصبرة ، وحينئذ ، يكون لهم التصرف في المال ، حتى إذا بقي المقدار الموصى به وانحصر الكلّي في الفرد ، منعوا من التصرف فيه ، لأنه ملك للموصى له .

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

(١) الدروس الشرعية ٢ : ١١٩ .

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ٥٨ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٦٨ .

فليس هذا كالدين .

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

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

هذا ، وهل لوّلي الطفل أو المجنون المطالبة بالقسمة ؟ إن كان في القسمة مفسدة للمولّى عليه ، فلا ريب في العدم ، وهل يكفي عدم المفسدة أو يشترط وجود المصلحة له ؟ قولان ، ومع تساوي الأمرين فالشركة وعدمها من حيث المصلحة ، فهل يجوز له أن يطالب بالقسمة ؟ قولان ، وقيل : في هذه الصورة تكون أجره القسّام على الولي نفسه .

أقول : والأحوط أن لا يطالب الولي بالقسمة إلا في صورة وجود المصلحة للمولّى عليه ، لأن الاجرة تكون على المولى عليه لا على الولي .

وحيث يطلب الشريك القسمة ولا مفسدة للمولى عليه ، فهل يجبر الولي ؟ الظاهر ذلك ، وكذا العكس لكن عليه الاجرة .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الكلام في:



أحكام الدعاوى



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

تعريف المدّعي :

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

قال المحقق : «وهو الذي يترك لو ترك الخصومة» أي : هو الذي يخلى سبيله ويسكت عنه لو سكت عن الخصومة . وهذا التعريف للمحقق وجماعة بل قيل إنه المشهور .

«وقيل هو الذي يدّعي خلاف الأصل أو أمراً خفياً»^(١) أي : منافياً للظاهر الشرعي قال في (الجواهر) «وعن بعضهم حكاية التفسير بالمعطوف خاصة عن بعض ، وبالمعطوف عليه خاصة عن آخر . وحينئذ تكون الأقوال أربعة»^(٢) .

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

وأجاب في (الجواهر) بأن مطالبة المدّعي باليمين والمنكر باليمين لا يخرج المدّعى عن كونه مدّعياً ، بل ذلك مقتضى الدليل الشرعي في بعض الموارد بنحو التخصيص .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٦ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٧١ .

وفي (العروة) : إن هنا دعويين ، أحدهما : الإيداع عنده ، والثانية : دعواه الردّ ، فلو ترك هذا دعوى الرد انتفت الخصومة الثانية ، ولكن الأولى باقية^(١) .
والمراد من «الأصل» في التعريف الثاني هو القاعدة الكلية ، أعم من الأصل والأمارات كاليد والاستصحاب ، فالأصل في اليد دلالتها على الملكية ، فن ادّعى على خلاف مقتضاها قيل له أنت تدّعي خلاف الأصل .
وقد يراد من «الظاهر» معنى غير «الأصل» ، كما لو أرخى الزوجان الستر ثم اختلفا في الدخول ، فادّعت الزوجة وادّعى الزوج العدم ، كانت دعوى الزوج مخالفة للظاهر .

ولو أسلم الزوجان ، فادّعت الزوجة التقارن فالنكاح باق ، وأنكر الزوج فهو باطل ، فإن مقتضى الأصل هو عدم الإسلام المقارن ، وأصالة عدم المقارنة مثبتة .

هذا ، ولكن الأولى - وفقاً للجواهر - هو الرجوع إلى العرف في تشخيص المدّعي من المنكر ، وفي مورد التداعي - حيث يصدق «المدّعي» على كليهما - يطالبان معاً بالبينة ، وحيث يشكّ يعيّن المدعي من المنكر بالقرعة .
وفي العرف : المدّعي هو من يريد إثبات حق له على غيره فيطالب به عند المحاكم ، أو يريد التخلص من حقٍ لغيره عليه ، كأن يدّعي إرجاع الأمانة وتسليم الوديعة وأداء الدين .

فيكون الحاصل وجوب إقامة البينة على من كان عند العرف مدّعياً واليمين على من كان عندهم منكراً ، لأن الخطابات الشرعية مثل «البينة على المدعي

(١) العروة الوثقى ٣ : ٣٥ .

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

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

وحيث عيّن العرف المدّعي - ولم يخطئه الشارع - توجه إليه الوظيفة الشرعية في إقامة الدعوى ، سواء ترك الخصمة لو ترك أولاً ، وسواء كانت دعواه مخالفة للأصل أو الظاهر أو موافقة .

ثم إنه قد يختلف الأمر باختلاف مصبّ الدعوى .

ففي الإجارة مثلاً قد يدّعي المستأجر وقوع الإجارة بمائة ، ويدّعي الماجر وقوعها بمائتين ، فهنا كلّ منهما يدّعي شيئاً وينكر ما يدّعيه الآخر ، فيقع التداعي وعليهما البينة ، وقد يكون مصبّ الدّعى المائة المختلف فيها ، وحينئذ يكون القائل بالمائتين - وهو الماجر - مدّعيّاً وعليه إقامة البينة ، والمستأجر منكراً وعليه اليمين ، فإن أقام الماجر البينة ثبتت المائة على المستأجر وإلا حلف وسقطت دعوى الماجر .

وفي الدين : إن طالب الدائن بالمال وأنكر المدين ، كان الأول هو المدّعي ، وإن قال المدين : قد أديت الدين ، انقلب مدّعيّاً وكان عليه إقامة البينة على الأداء .

وفي البيع ، كأن يقول بعت بعشرين ، ويقول المشتري : بل بعشرة ، أو يقول : بعتك بعشرين ديناراً من ذهب ، فيقول المشتري : بل من فضة ، أو يقول : بعتك هذا الشيء ، فيقول : بل وهبتي إياه ، وتظهر الثمرة في الفرض الأخير عند تلف العين مع الفساد ، فإن كان الواقع بيعاً فاسداً ضمن الآخذ ، وإن كان هبة فاسدة لم يضمن .
ولو كان مورد الخاصمة هو الضمان ، فهذا يدّعي اشتغال ذمة الآخر وذاك ينكر ، وحينئذ يكون الملاحظ نتيجة النزاع ، ولا ينظر إلى الاختلاف في عنوان المعاملة وأنها كانت هبة أو بيعاً ، أمّا إذا كان مورد النزاع هذه الناحية ، فإنه يقع التعارض بين الدعويين ، لجريان أصالة العدم في كلا الطرفين .

ومع الجهل بمصّب الدعوى ومورد الخاصمة يعيّن بالقرعة .
وكيف كان ، فإن الملاحظ هو نظر العرف في تعيين المدّعي والمنكر ، ويؤخذ بنظر الاعتبار مصّب الدعوى ، إذ الأمر يختلف باختلافه كما مثلنا .

الشروط المعتبرة في المدّعي : (البلوغ)

وكيف كان ، فقد ذكر المحقق قدّس سرّه الشروط المعتبرة في المدّعي بقوله :
« ويشترط فيه : البلوغ ، والعقل ، وأن يدّعي لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه ، وما يصح منه تملكه ، فهذه قيود أربعة ، فلا تسمع دعوى الصغير »^(١) .

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٦ .

الغرض من نصب القاضي حفظ الحقوق والنظام ، وإن الله عز وجل لا يرضى بضياع حقوق غير البالغين ، ومثلها دعوى أن المتبادر من أدلة القضاء وسماع الدعوى هو كون المدعي بالغاً ، فإن في تلك الأدلة عمومات وإطلاقات تشمل الصغير قطعاً ، كقوله تعالى : ﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾ ^(١) ، ومع وجود هذه الأدلة لا وجه للتمسك بالأصل كما في (المستند) ^(٢) .

وأما قوله - في توجيه عدم سماع دعوى الصغير - بأنه قد يحتاج إلى أمور يشترط فيها البلوغ مثل إقامة البينة .

ففيه : إنه لا دليل على اشتراط البلوغ في إقامة البينة ، فإذا أقامها الصغير على طبق الموازين الشرعية فلا وجه لعدم قبولها ، والأدلة الرافعة لآثار قول الصبي منصرفه عن كون مورد دعواه ظلم أحد له كالضرب ونحوه ، نعم ، الإعتبارات المحتاجة إلى الإنشاء غير مسموعة منه ، كما أنه إذا وصل الأمر في الخصومة إلى اليمين فلا يحلف ولا يحلف .

وبعبارة أخرى : البلوغ ليس شرطاً في أصل الدعوى ، فإن دعوى الصغير تسمع ، لكن الأمور المترتبة وأحكام فصل الخصومة وموازين القضاء ، يشترط في بعضها البلوغ ، كالحلف والإقرار ، فلا يحلف ولا يحلف ولا يترتب الأثر على إقراره ، وحينئذ ، يقوم وليه مقامه في هذه الأمور ، وبعضها لا يشترط فيه البلوغ كإقامة البينة ، وحينئذ ، يترتب الأثر لعموم الأدلة ، وانصراف « عمد الصبي خطأ » ^(٣) ونحوه عن مثل ذلك .

(١) سورة ص ٣٨ : ٢٦ .

(٢) مستند الشيعة ١٧ : ١٤٤ .

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

بل قال المحقق الكني قدّس سرّه^(١) : إن الأصحاب لم يعملوا بهذه الأدلة واعتبروا قول الصبي في موارد ، كقبول قوله في إنبات الشعر بالعلاج ، وكما لو أوقع معاملة فقال البائع بطلانها لكونه صغيراً فادّعى البلوغ فإنه تسمع دعواه ويحكم بصحة المعاملة . نعم ، إن كان متعلّق دعواه مالاً فلا تسمع ، لأجل الصغر ، لأنه لا سلطنة له على مال ، فلا سلطنة له على دعوى متعلّقة بالمال ، فعدم سماع دعواه حينئذ يكون من هذا الحيث لا من جهة أن الصبي مسلوب العبارة ، لكن الدّعى ليست من شئون المطالبة بالمال ، فإنه إذا أثبت المال بالبيّنة أمكن أن يباشر المطالبة وليّه أو الحاكم نفسه ، وليس إثبات تملك المال تصرفاً فيه حتى يقال بعدم السلطنة له على المال ، ولذا يجوز للأجنبي أن يثبت مالاً لغيره ، فيكون ذلك في الحقيقة كالكشف لأمر مخفي .



مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی اسلامی

إشتراط العقل :

قال المحقق : « ولا المجنون »^(٢)

أقول : الشرط الثاني الذي ذكره المحقق وغيره هو « العقل » ، ويدل على اعتباره ما دلّ على اعتبار البلوغ ، لكن مقتضى عمومات أدلة القضاء سماع دعواه في غير التصرفات الممنوعة ، كما إذا ادّعى على شخص أنه جنى عليه ، فإن الشارع لا يرضى بالجناية على المجنون ولا يترك الجاني عليه من غير مؤاخذه وعقوبة . وعن المحقق الأردبيلي قدّس سرّه وجماعة^(٣) اشتراط كونه رشيداً ، فلا

(١) كتاب القضاء : ٤٢٥ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٦ .

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ١١٥ .

تسمع الدعوى من السفیه ، بل عن (المعتمد) دعوى الإجماع علیه ، لكن الأدلة القائمة على وجوب إحقاق الحق وحفظ الأموال والنظام تقتضي وجوب سماع دعواه ، نعم لا تسمع في الدعاوى المتعلقة بالمال ، بل إن دعواه فيها تسمع أيضاً ، لأن الدعوى وإثبات الحق شيء والتصرف شيء آخر . وأما دعوى الإجماع على هذا الشرط ، ففيها منع واضح .

أن لا يدعي مالا لغيره :

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

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

قلت : وبغض النظر عن حكمهم بالسماع في هذه الموارد ، فإنه لا مانع من أن يدعي الإنسان حقاً لغيره ما لم يستلزم التصرف فيه ، ودعوى انصراف ﴿ فَاخُكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾^(٣) عنه ، غير مسموعة ، اللهم إلا أن يقال بأن الدعوى نفسها تعتبر تصرفاً في مال الغير ، وعليه ، فيشكل أن يبادر إلى الدعوى أخذاً بشاهد الحال واعتماداً على إذن الفحوى من المالك ، لأن الفحوى وشاهد الحال لا يشملان هكذا تصرف اعتباري ، بل يتوقف سماعها منه على الإذن الصريح من المالك .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٦ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٧٧ .

(٣) سورة ص ٢٨ : ٢٦ .

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

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

أن لا يدعي ما لا يجوز تملكه :

قال المحقق : «ولا تسمع دعوى المسلم خمرأً أو خنزيراً»^(١) .
أقول: ويشترط في الدعوى أن يكون موردها أمراً جائزاً شرعاً وعقلاً ، فلا تسمع دعوى المسلم خمرأً أو خنزيراً ونحوهما مما لا يصح تملكه له ، ولا تسمع دعواه زوجية إحدى محارمه ، وقيل : له دعوى الأولوية بالخمر مثلاً لأجل فائدة محللة ، كأن يبقى الخمر حتى تنقلب خلاً ، أو يأخذ العذرة للتسميد ، كما لا بأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الإسلام ، أو يدعي ثمنها على مستحلها بناءً على جواز بيعها ممن يستحلها ، والدليل على الجواز عمومات أدلة القضاء بعد عدم تمامية دعوى انصرافها عن مثل ذلك .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٦ .

إشتراط كون الدعوى صحيحة لازمة :

قال المحقق قدس سرّه : « ولا بدّ من كون الدعوى صحيحة لازمة ، فلو ادّعى هبة ، لم تسمع حتى يدّعي الإقباض ، وكذا لو ادّعى رهناً »^(١).

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

أما اشتراط كون الدعوى صحيحة ، فدلّيله واضح ، فلو ادّعى الهبة وأقرّ المدّعى عليه لم يلزم بشيء ، بل لا بدّ من أن يدّعي هبة صحيحة كأن يقول له : وهبني ذلك وأقبضتني إيّاه .

وأما اشتراط كونها لازمة ، فإن الهبة إذا لم تكن إلى ذي رحم - وكانت العين باقية - جاز للواهب الرجوع حتى مع الإقباض ، ولذا قيل بسقوط الدعوى فيما لو ادّعى عليه الهبة فأنكر ، إذ يكون الإنكار رجوعاً ، نظير ما إذا أنكر الزوج الطلاق ، فإن إنكاره رجوع .

وبالجملة ، فاشتراط الصّحة لا ريب فيه ، ولذا لو قال : هذه ثمرة نخلي ، لم تسمع ، إذ يمكن أن لا تكون ملكه ، إلا إذا صرّح في دعواه بكونها ملكاً له كما سيأتي ، لكن عن المحقق الأردبيلي الإشكال في اشتراط اللّزوم ، فقد قال رحمه الله : « ما المانع من أن يدّعي الصحة أولاً فيثبتها ويدّعي اللّزوم ؟ ثم أنه يرد عليهم مثله »

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٧ .

(٢) شرائع الإسلام ٢ : ٧٥ .

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

وأورد عليه في (الجواهر) بقوله : « وفيه : إن الصَّحَّة بدون القبض ليس حقاً لازماً للمدَّعى عليه ، ضرورة رجوع ذلك إلى التهيؤ للصحة مع تمام ما يعتبر فيها ، وهبة الأجنبي مع القبض صحيحة ويترتب عليها الأثر وإن جاز له الفسخ ، فإن المراد باللازمة المقتضية للاستحقاق على المدَّعى عليه ، لا كون المدَّعى به أمراً لازماً على وجه لا يكون به خيار للمدَّعى عليه ... »^(٢).

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

هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ؟

قال : « ولو ادَّعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ولا بينة ، فادَّعى علم الشهود له ، ففي توجه اليمين على نفي العلم تردّد ، أشبهه عدم التوجّه ، لأنه ليس حقّاً لازماً ، ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردودة ، ولأنه يثير فساداً »^(٣).

أقول : لو لم يكن مورد الدعوى مالا كقوله : لي عليك كذا من المال ، ولا سبباً كالبيع كقوله : هذا المال الذي بيدك قد بعثني إياه ، بل ادَّعى أمراً له فيه نفع من حيث

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

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٧٨ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٦ .

إثبات حق له أو إسقاط حق عليه ، كأن يدّعي المنكر فسق الحاكم الذي حكم عليه أو فسق الشهود الذين استند إليهم المدّعي وحكم الحاكم طبق شهادتهم .
أما لو ادّعى فسق الشاهدين ، فله طرح دعواه عند نفس الحاكم ، كما أن له طرحها عند حاكم آخر ، فإن كان له بيّنة أقامها ، وبذلك يزول الحكم الذي أصدره الحاكم حسب شهادتهما ، وكذا لو تمكّن من إثبات كذب الشاهدين ، أي كذبهما في قولهما بأن هذا المال لزيد المدّعي ... لكن لا يسقط حق المدّعي بثبوت فسقهما أو كذبهما في هذه الشهادة . وإن لم يكن عنده بيّنة ، فهل يؤثر علم المدعي بفسقهما في زوال الحكم كذلك ؟

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

وحينئذ ، فلو ادّعى المنكر عليه العلم بفسق الشاهدين ، لم تسمع هذه الدعوى ، ولم يتوجّه على المدّعي اليمين بنفي العلم ، كما لا يثبت ذلك بنكوله عن اليمين ولا باليمين المردودة على المنكر ، لأنّ توجّه اليمين على المدعي المشهود له ليس حقّاً لازماً للمنكر ، ولأنه يوجب التزلزل في الأحكام الصادرة من الحكّام ويؤدّي إلى التسلسل .

وقيل : تسمع هذه الدعوى ، فله أن يحلفه ، لأنها دعوى فتشملها عمومات «البينة على المدّعي واليمين على المدّعي عليه»^(١) ، ولأنّ لها أثراً بالنسبة إليه .

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

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

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

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

هل يجب إجابة المنكر لو التمس اليمين من المدعي ؟

قال المحقق قدّس سرّه : « وكذا لو التمس المنكر يمين المدعي منضمّة إلى الشهادة ، لم يجب إجابته ، لنهوض البينة بثبوت الحق »^(١) .
أقول : إن للمنكر أن يرضى بيمين المدعي ، فإن حلف فهو ، وإن اختار إقامة البينة كان له ذلك ، ومع إقامتها لا يسمع طلب المنكر يمينه معها ، نعم ، في الدعوى على الميت يحلف مع البينة ، وكذا مع الشاهد الواحد في الدعوى المالية .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٧ .

لكن عن (القواعد) مع ذكر الحكم المذكور : «ولو التمس المنكر بعد إقامة البينة عليه إحلاف المدعي على الاستحقاق أجيب إليه ، ولو التمس المنكر عمن المدعي مع الشهادة لم يلزم إجابته»^(١).

وتوجيه الفرع الأول هو ما لو ادعى المدين البراءة أو الإبراء ، فكأن البينة أثبتت أصل الدين واليمين تثبت اشتغال ذمة المدين الآن ، ففي الحقيقة يدعي المدين الإبراء أو الأداء ، والدائن ينكر ذلك فيحلف ، وكذلك لو شهد الشاهدان بأن زيدا قد اشترى هذا المال فيكون ملكه ، ثم يدعي عمرو البائع الفسخ فيحلف زيد المدعي على العدم .

وتوجيه الفرع الثاني هو في العين الموجودة ، فإذا شهدت البينة بكونها لزيد لم تسمع مطالبة عمرو منه اليمين ، نعم ، لا مانع من الحلف بل يستحب في رضاه بها ، لقوله عليه السلام لشرح : «ورد اليمين على المدعي مع يمينته ، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت في القضاء»^(٢).

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

(١) قواعد الأحكام ٢ : ٢٠٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١١ / ١ . أبواب آداب القاضي ، الباب ١ .

جهات البراءة .

ومن الناس من قال : أي شيء ادّعى ، فإن المدّعى عليه يحلف ما برئت ذمتك من ديني ، فإذا قال هذا أجزأه ، لأنها لفظة تأتي على كلّ الجهات ، فإن الذمة إذا كانت مشغولة بالدين أجزأه أن يقول : ما برأت ذمتك من حق . وهذا القدر عندنا جائز كاف . والأول عندنا أحوط و أكد . وأما قوله : إن حقّي لثابت ، فلا خلاف أنه ليس بشرط ^(١) .

هل يلزم بالجواب عن دعوى الإقرار ؟

قال المحقق : « وفي الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردّد ، منشؤه أن الإقرار لا يثبت حقاً في نفس الأمر ، بل إذا ثبت قضى به ظاهراً » ^(٢) .
أقول : لو ادّعى زيد على عمرو الإقرار له بشيء ، كأن يقول له : قد أقررت بكون هذه الدار لي ، أو يقول : لقد أقررت بأنني غير مدين لك ، فهل يلزم الحاكم عمراً بالجواب عن هذه الدعوى ؟ وجهان بل قولان ، تردّد المحقق قدّس سرّه بينهما .

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

(١) المبسوط في فقه الإماميّة ٨ : ٢٠٦ - ٢٠٧ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٧ .

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

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

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

واستقرب الشهيد الثاني في (المسالك) تبعاً لجماعة الوجه الثاني^(١) .

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

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

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

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ٦٢

ظاهراً ، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق أو مع يمين المدعى الذي يجوز له الحلف عليه والأخذ به ، وإن لم يعلم استحقاقه من غير جهة إقراره الذي له الأخذ به ما لم يعلم كذبه ، لجواز استناده إلى سبب لا يعلم به ، ولأنه إذا سمعت دعواه بالبيّنة توجه له اليمين على عدمها ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم^(١) : البيّنة على المدعى واليمين على المدعى عليه .

ثم قال : « نعم ، قد يقال بعدم إلزامه باليمين على نفي ذلك بخصوصه ، إذا بذل اليمين على براءة ذمته الذي يأتي على ذلك كله ، نحو ما تسمعه في عدم إلزامه بجواب دعوى أنه أقرضه أو باعه بثمن في ذمته أو نحو ذلك ، معللين له بإمكان أدائه له والعجز عن إثباته ، فيكفي جوابه ببراءة ذمته مما يدعيه عليه ، فإنه يأتي على ذلك كله ، ومثله آت هنا .

اللهم إلّا أن يفرّق بأن الدعوى في الأول الشغل بسبب في الواقع ، فيكفي في جوابه نفي الواقع ، بخلاف الثاني ، فإن الدعوى فيه بصدور سبب من المدعى عليه يؤخذ به وإن لم يعلم الواقع .

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

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

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

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٨٢ . ظاهر كلامه أنه متأمل في كفاية اليمين على براءة الذمة عن اليمين على نفي الإقرار بالدين مثلاً .

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

هل تفتقر صحة الدّعى إلى الكشف ؟

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

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

قال : « وربما افتقرت إلى ذلك في دعوى القتل ، لأنّ فائته لا يستدرك »^(٢) .
أقول : لأنّ للقتل أقساماً وأسباباً مختلفة ، من العمد والخطاء وشبه العمد ، ومن أن القتل مستند إليه بالمباشرة أو بالتسبيب ، وأنه هل وقع منه منفرداً أو شاركه فيه غيره ... فلكلّ واحد من هذه الأقسام والحالات حكم ، فلو أجمل في

(١) و (٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٧ .

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

وفي (الجواهر) - كما عن جماعة - الإشكال في ذلك ، وقد يستفاد أيضاً من تعبير المحقق بـ «ربما» ، وذلك لأنه قد يترتب على الإجمال أثر كليّ ، بل قيل : إنه يمكن بحكم الأصل تشخيص أنه خطأ ، بل ربما ظهر من المحقق الأردبيلي سماع دعوى الكليّ وإن لم يترتب عليه حكم ، ولكنه مقدمة لإثبات الخصوصية فيما بعد^(١) .

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

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

فهذه هي القاعدة الكلية ، وعلى ضوءها يظهر الأمر في مختلف الموارد والأمثلة ، فإن كان للكلي أثر ادّعاه وإن كان للخصوصية أثر ادّعاه ، وفي المتباينين

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ١٢٤ .

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

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

أقول : إن الأثر الذي ذكرناه لا يلزم التصريح به لدى الدعوى ، بل يكفي دعوى ملازمه ، فلو اقتضت المرأة على قولها : هذا زوجي ، كفى في دعوى النكاح وترتب آثاره من حقوق الزوجية ولوازمها ، كالنكاح والنفقة وغيرها .
ويترتب على سماع هذه الدعوى أيضاً أنه لو أنكر الزوج النكاح لزمته اليمين ، ولو نكل عنها قضى عليه على القول بالقضاء بمجرد النكول ، وبرد اليمين على المرأة على القول الآخر ، فإن امتنعت سقطت دعاؤها ، وإن حلف ثبتت الزوجية ، وعن (التحرير) « وفي تمكين الزوج منها إشكال ، من إقراره على نفسه بتحريمها ، ومن حكم الحاكم بالزوجية »^(٢) .

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٧ .

(٢) تحرير الأحكام ٥ : ١٥٧ / ٦٤٨٤ .

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

وأما وظيفة الزوج المنكر للزوجية ، فإن كان عالماً بعدم الزوجية ، فإن مقتضى قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « فأيا امرء قطعت له ... »^(١) هو عدم جواز ترتيب آثار الحكم مثل الوطئ ، وأما دفع النفقة فليس محرماً عليه بل يجب عليه امتثالاً وتنفيذاً للحكم ، بل يحرم على المرأة أخذها ، وهل يجوز لها الأخذ في مقابل بقائها في دار الرجل ؟ فيه إشكال ، وأما إذا كان إنكاره لها من جهة الشك مثلاً فإن جميع الآثار مترتبة بالحكم .

وأما إذا كان المدّعي للزوجية هو الرجل والمرأة تنكر ، فإن كانت تعلم بعدم الزوجية ، كان عليها الإمتناع عن التمكين ، ولا يجوز لها المطالبة بالنفقة ، وإن كانت تنكر كاذبة أو شاكة وجب عليها ترتيب الأثر على الحكم .
وأما المهر ، فإن الرجل إن ألزمها بالتمكين ووطئها عملاً بحكم الحاكم ، فقد وجب عليه دفع مهر المثل لأنه عوض البضع .

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

هل تسمع دعواه أن هذه بنت أمته أو ثمرة نخله ؟

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

أقول : ومن فروع اشتراط كون مورد الدعوى حقاً لازماً يدّعيه المدعي بصراحة ووضوح : أنه إذا قال : هذه بنت أمتي ، فهل تسمع هذه الدعوى أولاً ؟ وهذه الدعوى تتصور بوجهين : أن تكون هي بيد زيد وهو يريد أخذها منه بهذه الدعوى ، وأن تكون بيده فيدّعيها زيد فيقول هذه بنت أمتي ، بمعنى أنه إذا لم يدّع ذلك تثبت دعوى زيد .

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

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

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

أقول : وكما لا تسمع الدعوى الصريحة ، كذلك لا تسمع البينة غير الصريحة ، فإن قالت بأن هذه مملوكة فلان ، سمعت ، ولو قالت : ولدتها أمها

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٧ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٨ .

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

قوله : « وكذا البينة » ليس تكراراً ، بل المراد أنه ما لم يصرّح المدّعي في الدعوى فلا تسئل البينة التي يقيمها ، ثم البينة لا تسمع شهادتها ما لم تشهد بصراحة ، وحيث شهدت بالملك فلا تسئل عن السبب ، فيحتمل أن يكون قوله : « وكذا البينة » معطوفاً على « لا يفتقر » المتقدم عليه .

قال : « ومثله : لو قال : هذه ثمرة نخلي »^(١) .

أي : فلا تسمع هذه الدعوى لكونها أعم ، إلا أن يقول : هذه ثمرة نخلي وهي ملك لي .

قال : « وكذا لو أقرّ له من الثمرة في يده أو بنت المملوكة ، لم يحكم عليه بالإقرار لو فسّره بما ينافي الملك »^(٢) .

أقول : ولو قال هذه الثمرة من نخل من هي بيده ، فهل له أن يدّعي بعد ذلك كونها ملكاً له ؟ نعم ، لأن قوله السابق ليس إقراراً بعدم ملكيته وملكية صاحب اليد حتى يكون قوله المتأخر إنكاراً بعد إقرار ، فتسمع هذه الدعوى منه ويطالب بالبينة ، بخلاف ما لو أقرّ بالملكية ، فليس له أن يقول بعد ذلك : لكن هي ملكي .

وهذا معنى عبارة المحقق .

وفي (المسالك) : ظاهر عبارة المحقق والعلامة إنه إذا لم يفسر بالخلاف فهو

إقرار^(٣) .

(١ و ٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٨ .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ٦٧ ، بتفاوت .

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

قلت : وما ذكره صاحب (الجواهر) هو الظاهر .

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

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

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

قلت : إن محل البحث هو أن تكون بنت أمة زيد بيد عمرو ، فيراجعه استناداً

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٨٦ .

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ٦٧ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٨٥ .

إلى كون الام عنده ، فالإرتكاز يتبع ما إذا لم يقم في مقابله دليل كاليد .
والأردبيلي أمر بالتأمل في المقام بعد أن ذكر عدم السماع^(١) .
ولعل وجهه : إمكان القول بالسماع ، لأن من ملك النخلة فقد ملك تمرها عند
العرف إلا أن يقوم دليل ، ولذا تسمع هذه الدعوى في الملك القديم السابق على اليد ،
فيلزم صاحب اليد بإقامة البيئة على انتقاله إليه بالبيع مثلاً .
لكن هذه المطالب ليست تعبدية بمعنى قيام إجماع أو دلالة نص عليه ، بل
الذي يريدون إثباته كون الدعوى صريحة ، فإن كانت الملازمة العرفية والتبعية بين
الثمرة والنخلة أو بين الأمة والبنت تامة فهو ، وإلا لزم البيان والكشف عن سبب
الملك ، والظاهر تمامية هذه الملازمة ما لم يكن الفرع بيد غيره ، لأن اليد دلالتها على
الملكية أقوى من الملازمة المذكورة .
قال المحقق : « ولا كذلك لو قال : هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من
حنطته »^(٢) .

أقول : يعني إن مثل هذه الدعوى ظاهر في الملكية ولا حاجة إلى التصريح ،
للفرق بين الثمرة والنخل وبين الغزل والقطن ، فهناك المغايرة حقيقية وهنا هي في
الصورة فقط ، فالدعوى تسمع وعليه إثباتها كسائر دعاوى .

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ١١٩ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٨ .

الكلام في:



إن كان الحق عقوبة * إن كان ديناً

حالات الغريم *



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

١ - إن كان الحق عقوبة :

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

وأما إذا لم يتوفر المحاكم أو تعذر الوصول إليه فيجوز له أن يستوفي حقه ، وهذه الصورة هي القدر المتيقن من إطلاق قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَاناً ﴾^(٢) .

فيكون الحاصل : عدم جواز مباشرة القصاص مع التمكن من الرفع إلى المحاكم ، خلافاً لصاحب (الجواهر) قدس سره حيث استند إلى الآية المزبورة قائلاً بالجواز مطلقاً .

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

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

(٢) سورة الاسراء ١٧ : ٣٣ .

وإجراء الحكم بإذنه ، حتى لا يلزم الفساد في المجتمع الإسلامي والهرج والمرج في البلاد ، ويتأكد ما ذكرناه فيما إذا علم بترتب المفسدة العظيمة ، كوقوع المقاتلة بين طائفتين وإراقة الدماء المحترمة .

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

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

٢ - إن كان الحق مالاً : *مركزية كميّة علوم رمزيّة*

وإن كان الحق مالاً ، فتارة : يكون عيناً ، وأخرى : يكون ديناً ، فإن كان عيناً فقد قال المحقق قدس سرّه : « من كانت دعواه عيناً في يد إنسان فله انتزاعها ولو قهراً ما لم تثر فتنة ، ولا يفتقر إلى إذن الحاكم »^(٢) .

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

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٨٧ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٨ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٨٧ .

لكن ينبغي تقييد مساعدة الظالم بصورة انحصار طريق استنقاذ العين بذلك ، بأن لا يمكنه الاستنقاذ بنفسه أو بمساعدة من ليس بظالم ، بل يجوز ذلك في صورة الاختيار أيضاً ، بل يمكن القول بجواز إتيان الأمر المباح بمساعدة ظالم ، وأما إعانته ، فقد قلنا في محله باختصاص حرمة إعانة الظالم بأن تكون الإعانة في ظلمه .

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

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

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

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

ولا إطلاق لدليل سلطنة الناس على أموالهم ، ليشمل مفروض الكلام ونحوه ، فإن لم يتمكن من تحصيل الإذن من الحاكم رفعت قاعدة نفي الضرر حرمة

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٨٨ .

(٢) إرشاد الأذهان ٢ : ١٤٢ .

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ٩٧ .

الدخول بلا إذن .

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

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

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

هذا كله في صورة علم من بيده العين بكونها للشخص الذي يدعيها .
وأما لو كان جاهلاً ، فإن طالبه واقتنع بقوله ودفع المال فهو ، وإن لم يصدّقه جاز له أن ينتزعه منه قهراً ، فإن عجز فلا مناص من الرفع إلى الحاكم ، ولو استلزم

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

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٨٧ .

الانتزاع ضرراً فقد يقال بالجواز لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لي الواجد بالدين محلّ عقوبته وعرضه »^(١) . وفيه تأمل ، لأنه ظاهر في العالم دون الجاهل^(٢) . ولو كان من بيده العين معذوراً عن دفعها إلى صاحبها ، لحبس أو مرض ، فهل يجوز له أن يدخل الدار مثلاً ليأخذ ماله ؟ لا بدّ هنا من إذن الحاكم ، لأن المفروض عدم إنكاره للحق وكونه قاصراً عن تسليمه ، فيلزم أن يستأذن الحاكم ويدخل الدار مع إذنه ، ولو استلزم ضرراً يسيراً جاز كذلك .

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



مركز تحقيقات كنجوير علوم اسلامی

هذا كلّه في العين .

صور كون الحق ديناً :

وقد ذكر المحقق حكم ما لو كان الحق ديناً بقوله :

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

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

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

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

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٨ .

الاولى - أن يكون مقرراً بالحق وباذلاً له :

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

هذا ، وقد أشكل على موضعين من عبارة المحقق هذه .

أحدهما - قوله : « من دون المحاكم » من جهة أن إذن المحاكم لا دخل له في
هذا الفرض ، مع أن المستفاد من العبارة جواز أخذه بإذن المحاكم.

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

وقد أرجع صاحب (الجواهر) الضمير في « امتناعه » إلى التعيين فقال :

« أي امتناع تعيينه لحبس أو مرض أو نحوهما ، لأن له الولاية العامة في ذلك »^(٢).

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

قلت : ولكنه خلاف الظاهر .

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

الثانية - أن يكون مقرراً ممتنعاً من البذل :

والحكم في هذه الحالة كسابقها ، فلا يجوز التقاض إلا بإذن المحاكم ، لأنه

(١ و ٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٨٨ .

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ٢١٣ .

وليّ الممتنع ، سواء كان معذوراً أو بلا عذر ، لأن الحق الثابت في ذمته كليّ وتعيّنه لا يكون بدون إذن المدين أو وليّه في حال امتناعه - وإن لم يستلزم التقاص ضرراً أو فتنة ، بل لا يجوز التقاص خفية كذلك - هذا بحسب مقتضى القواعد .

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

الثالثة - أن يكون المدين جاحداً للحق :

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

فذهب المحقق قدّس سرّه هنا - والأكثر كما في (المسالك) وغيره - إلى الجواز ^(٣) ، والقول الثاني : عدم الجواز ، وهو خيرة المحقق في (النافع) ^(٤) . وقد أشار هنا إلى دليل الجواز بقوله : « وعليه دلّ عموم الإذن في الاقتصاص » من الآيات والروايات ، فن الكتاب قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ ^(٥) وقوله تعالى : ﴿ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ ﴾ ^(٦) وقوله تعالى : ﴿ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِقْتُمْ بِهِ ﴾ ^(٧) .

(١) كتاب الخلاف ٦ : ٣٥٥ ، المسألة ٢٨ ، المبسوط ٨ : ٣١٠ - ٣١١ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٨ .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ٦٩ .

(٤) المختصر النافع : ٢٧٦ .

(٥ و ٦) سورة البقرة ٢ : ١٩٤ .

(٧) سورة النحل ١٦ : ١٢٦ .

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

ومن السنة أخبار:

١- ما عن ابن رزين قال: «قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إني أخاطب السلطان، فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارسة فيأخذونها، ثم يقع لهم عندي المال، فلي أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه»^(١). وهو ظاهر في كون كلام الإمام عليه السلام جواباً عن السؤال عن الحكم في المسألة لا إذناً له في الأخذ، فيكون الحاصل: جواز الاقتصاص من أموالهم الشخصية.

ويبقى الكلام في أنه هل تتحقق حيثئذ مبادلة قهرية بين المالكين، أو يكون المال المأخوذ مباحاً له التصرف فيه وما أخذه عامل السلطان مغصوباً أو يكون بدل الحيلولة؟

وأما الأخذ من بيت المال في مقابل تصرفات عمال السلطان، فلا يجوز حتى ولو كانت تصرفاتهم بعنوان السلطنة والحكومة، فيكون نظير ما إذا غصب المتولي لموقوفة مالا وصرفه في شئونها، فإنه يضمن في ماله الشخصي ولا يؤخذ من أموال الموقوفة.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٧٤ عن الشيخ قدّس سرّه وقد قال الشيخ بعده : الحسن بن محبوب عن سيف بن عميرة عن أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام نحوه . التهذيب ٦ / ٣٤٨ .

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

(٤) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٩٠ .

(٥) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٧٥ / ١٠ . أبواب التجارة ، الباب ٨٣ . فيه «علي بن حديد» فعن الشيخ : ضعيف جداً ، وقد ضعفه غيره أيضاً .

فسأل : هل يجوز لي أن أقبض مالي أو أردّه عليه ؟ فكتب : إقبض مالك مما في يدك»^(١).

لكن هذه الرواية مجملة ، لأنه لما لم يكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به ، فما هو وجه الأخذ منه في قبالة المال الذي كان له عليه ؟ لأنه إن كان المال موجوداً فتحصل بين المالكين المعاوضة القهرية بلا موجب ، وإن لم يكن موجوداً فلا ضمان مع عدم التفريط ، ولعلّ الرواية كانت تشتمل على قرائن وخصوصيات لم تصل إلينا ، وإلا فلم نجد في الأخبار على مورد أذن فيه الإمام عليه السلام بالتصرف في مال الغير بلا دليل شرعي يقتضي جوازه .

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

ولو رفع الأمر - مع ذلك - إلى الحاكم ، فإن كان عالماً بصدقه أذن له ، وإلا لم يجز له الإذن حتى مقيّداً بكون المدّعي عالماً ، كأن يقول له : قد أذنت لك في الأخذ إن كنت عالماً بحقّك ، بل لا بدّ من إقامة البيّنة المثبتة لحقه عند الحاكم .

هذا ، وقد استدللّ للقول بعدم الجواز : بأن التسلط على مال الغير على خلاف الأصل ، فيقتصر منه على موضع الضرورة وهي هنا منتفية ، ولأن الممتنع من وفاء الدين يتولّى القضاء عنه الحاكم ويعيّن من ماله ما يشاء ، ولا ولاية لغيره .

وأجاب في (المسالك) بأن كون التسلّط على مال الغير بغير إذنه خلاف

(١) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٧٥ / ٨ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ٨٣ . والظاهر اعتبار سنده . ولكنه في مورد الوديعة كما استدللّ به في المستند .

الأصل مسلم ، لكن العدول عن مقتضى الأصل لدليل جازٍ وهو هنا موجود^(١) .
وفي (الجواهر) : « بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع إلى
الحاكم »^(٢) .

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

وبناء على تحقق التعارض بين هذين الأصلين ، فإنها يتساقطان ويكون
المرجع قاعدة نفي الضرر والضرار في الإسلام .
وكيف كان ، فإن ما ذهب إليه المشهور هو الأقوى ، لأن النصوص الدالة
على الجواز تخصّص عمومات « لا يحلّ مال امرئ »^(٣) وبها ينقطع الأصل المزبور ،
وكان الاستدلال بأن الممتنع من الوفاء بالدين يتولّى القضاء عند الحاكم ويقوم
مقامه ، إجتهد في مقابلة تلك النصوص .

وهذا الخلاف هو في صورة وجود البيّنة والتمكّن من الوصول إلى الحاكم ،
قال المحقق :

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

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ٧١ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٩٠ .

(٣) وسائل الشيعة ٥ : ١٢٠ / ١ . أبواب مكان المصلي ، الباب ٣ .

ماله ، اقتضى مستقلاً بالإستيفاء»^(١).

قال في (الجواهر) : بلا خلاف فيه عندنا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، لإطلاق الأدلة المزبورة وغيرها^(٢).

حكم الإقتصاص من الوديعة :

قال المحقق : « نعم ، لو كان المال وديعة عنده ، ففي جواز الإقتصاص تردد ، أشبهه الكراهة »^(٣).

أقول : اختلف الأصحاب في جواز الإقتصاص من الوديعة ، فذهب الشيخ في (الاستبصار) والمحقق وأكثر المتأخرين كما في (المسالك) و (الجواهر) إلى الجواز على كراهة^(٤) ، وذهب الشيخ في (النهاية) و جماعة إلى التحريم^(٥) ، ومنشأ الخلاف هو اختلاف الروايات بظاهاها في هذه المسألة .

فما يدل على الجواز : عموم الأدلة السابقة في المسألة المتقدمة ، وخصوص :

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٩ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٩١ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٩ .

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

(٥) (النهاية ٣٠٧ . غنية النزوع ٢ : ٢٤٠ . الكافي في الفقه ٣٣١ . جواهر الفقه ٢٢٨ - ٢٢٩ ، المسألة ٧٩٢ .

أخذ منك ، فأبي شهاب . قال : فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر ذلك له . فقال : أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف^(١) فقد دلّ هذا الخبر على الجواز من غير كراهة .

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

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

١- ما عن سليمان بن خالد قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال ، فكابرني عليه وحلف ، ثم وقع له عندي مال ، أخذه (فأخذه) لمكان مالي الذي أخذه وأجحد وأحلف عليه كما صنع ؟ قال : إن خانك فلا تخنه ، ولا تدخل فيما عبته عليه »^(٣) .

٢- ما عن معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت له : الرجل يكون لي عليه حق فيجحدني ، ثم يستودعني مالاً إلى أن آخذ مالي عنده ؟ قال : لا ، هذه الخيانة »^(٤) .

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

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

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

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

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

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

قال في (المسالك) : وفي هذا الحديث دلالة من ثلاثة مواضع ...
 قلت : والوجه هو الجمع بين الطرفين ، بالحكم بالجواز على كراهة ، فيحمل
 خبر أبي العباس - الظاهر في عدم الكراهة - على بعض الوجوه ، كأن يكون رجوعه
 إلى الحاكم وحلفه عنده أحبّ إلى الإمام عليه السلام دفعا لتوهم الخيانة ، أو أن
 يكون المراد أن أخذه يوجب فراغ ذمة الرجل وخلاصه من العقاب الأخروي من
 هذه الناحية ، وهذا الأمر أحبّ إليه عليه السلام ، ومن هنا كانت الفتوى بالنسبة
 إلى من كان مدينا لشخص ، فمات الدائن وقد استقرّ عليه الحج ، أن لا يسلم المال
 إلى وارثه في حال علمه بأنه لا يستأجر من يحج عن الميت ، بل عليه أن يستأجر
 بذاك المال من يحج عنه .

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

ومع إمكان هذا الجمع الدلالي لاتصل النوبة إلى الترجيح أو التساقط .

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

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ٧٢ .

لو كان من غير جنس الموجود :

قال المحقق : « ولو كان المال من غير جنس الموجود ، جاز أخذه بالقيمة العدل ويسقط اعتبار رضا المالك بإبطائه ، كما يسقط اعتبار رضاه في الجنس »^(١) .
أقول : لا خلاف في شيء من ذلك بيننا كما في (الجواهر) ، فالحكم في متحد الجنس ومختلفه سواء ، وهو مقتضى إطلاق الأدلة السابقة وخصوص خبر ابن رزين في الجارية والدابة الفارحة . وهذا في صورة تلف المال الذي في ذمة الغاصب واضح .

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

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٩ .

جواز تولي بيع الوديعة :

قال المحقق : « ويجوز أن يتولّى بيعها وقبض دينه من ثمنها دفعاً لمشقة التبرص بها »^(١).

أقول : إن كان التبرص واجباً رفع وجوبه بدليل نفي الحرج ، لكن له أن يتملكها ثم يبيعها ولا حرج في هذه الصورة ، نعم ، بناءً على اعتبار المماثلة بين الوديعة والمال الذي في ذمة الغاصب يتم ما ذكره ، كما أن ما ذكره صاحب (الجواهر)^(٢) من أنه يجوز له بيع ثمنها إلى أن ينتهي إلى ما يساوي حقه في الجنس ثم يأخذه مقاصة ، لا يمكن المساعدة عليه .

والعمدة هو إطلاق الأدلة ، فإن مقتضاه عدم اعتبار المماثلة مطلقاً ، أي سواء أمكن الاقتصاص في المقاصة على الأخذ من جنس حقه أو لم يمكن .

لو تلفت الوديعة قبل البيع فهل يضمن ؟

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

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

(١) شرائع الإسلام : ٤ : ١٠٩ .

(٢) جواهر الكلام : ٤٠ : ٣٩٤ .

(٣) المبسوط في فقه الإمامية : ٨ : ٣١١ .

(٤) شرائع الإسلام : ٤ : ١٠٩ .

يريد حقّه من المدين وذاك يريد ثمن ماله الذي تلف بيد هذا ، فإن كان المضمن والضمن متساويين من حيث القيمة ، فيقع التهاثر أو التقاص من الطرفين ، وإن كان هذا أكثر فحقّه باق بمقداره ، فإذا لم يضمن كان له التقاص مرة أخرى ، وهل يضمن ؟ قال الشيخ : لا ، وقال المحقق : « الوجه الضمان » .

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

ووجه الثاني : هو إن مجرد الإذن الشرعي لا يقتضي عدم الضمان .

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

قال في (الجواهر) : إنه لا منافاة بين إذن الشارع وبين الضمان ، بعد أن لم يكن في شيء من النصوص الحكم بكونه قبض أمانة ، فيندرج في ما دلّ على عدم ضمانها ، كما أنه ليس في شيء من الأدلة الشرعية عنوان للأمانة الشرعية على وجه يكون المقام منها موضوعاً وحكماً ، إذ ليس إلا الإذن في القبض لاستيفاء حقّه ، وهو أعم من الائتمان الذي لا يستعقب الضمان كالإلتقاط ونحوه ، وليس كلّ ما أذن الشارع في قبضه يكون أمانة ، خصوصاً القبض لمصلحة القابض التي هي استيفاء حقّه منها ، بل ذلك من المالك لا يقتضي الائتمان المزبور ، وحينئذ ، فتبقى قاعدة ضمان مال المسلم المستفادة من عموم « على اليد » وغيره بحالها ، ويتقاصان بقيمتها مع التلف . قلت : الاستدلال بالحديث يتوقّف على عمومه للمقام ، لكن قاعدة اليد جعلت حكماً مغيّياً بوجوب الأداء ، وفيما نحن فيه يبنى الأخذ على عدم الردّ ويريد

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

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

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

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

وبناء على شمول القاعدة للمقام ، يقع البحث في أنه هل أذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الإذن أعم ؟ أملا مع الشك في ثبوت الضمان وعدمه ، فهل المرجع هو عموم على اليد أو يستصحب حكم المخصص وهو « ليس على الأمين إلا اليمين »^(٢) . لقد تقرّر في محله أن الحق استصحاب حكم المخصص ، فيكون الحكم في المقام عدم الضمان ، مثل ما إذا قلنا بعدم شمول القاعدة من أول الأمر .

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

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٥٤ .

(٢) انظر رسالة قاعدة ضمان اليد ضمن (إشارة السبق) : ٣٨ .

قلنا : هنا مطالب :

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

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

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



مركز تحقيقات كليات علوم إسلامي

مسألتان

الأولى

(من ادّعى ما لا يد لأحد عليه قضي له)

قال المحقق قدّس سرّه : « من ادّعى ما لا يد لأحد عليه قضي له »^(١) .
 أقول : هذه قاعدة كليّة تنطبق على المصاديق المختلفة ، فمن ادّعى ما لا يد
 لأحد عليه ، سواء كان درهماً أو ديناراً أو حيواناً أو كتاباً أو غير ذلك ، وسواء كان
 بين جماعة أو لا ، قضي له من غير بينة وبمين ، كما يقبل قوله عند جميع العقلاء ،
 وللحاكم أن يعتمد على هذه السيرة فيجعلها طريقاً إلى الواقع ومدركاً لحكمه ، إذ لا
 يشترط في حكم الحاكم أن يكون في مورد المرافعة دائماً .
 فالملاك عند العقلاء أن يدّعي المدّعي الشيء الذي لا يد لأحد عليه ولا
 يكون معارض لهذا المدّعي ، ولذا أضاف في (القواعد) قيد عدم منازعة أحد له^(٢) ،
 وهو ظاهر (المسالك) حيث قال بعد ذكر الرواية الآتية : « ولأنه لا منازع له حتى
 يطلب منه البينة »^(٣) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٩ .

(٢) قواعد الأحكام ٣ : ٤٤٩ .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ٧٦ .

والمراد من «اليد» في قوله «ما لا يد لأحد عليه» هي اليد الفعلية، بأن لا يكون لأحد يد على الشيء حين الدعوى، والمراد من «قضي له» أن يحكم الحاكم - إن رجع إليه في القضية - بكون الشيء ملكاً للمدعي، فكأنه يطبق في تلك القضية الشخصية الفتوى الكلية بأن من ادعى شيئاً ولا معارض له فهو له، نظير ما إذا أفتى فتوى كلية بكون الحبة للولد الأكبر، ثم إذا سئل عن مالك هذا السيف الموجود ضمن تركة هذا الميت - وهو يعلم بأن زيداً هو الولد الأكبر - حكم بكونه لزيد من جهة أنه من الحبة، تطبيقاً لتلك الفتوى الكلية على هذه القضية الشخصية، فيكون بحكم الحاكم بمنزلة ذي اليد.

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

فالدليل على هذا الحكم هو السيرة العقلانية، وعلى طبقها حكم الإمام عليه السلام فيما رواه منصور بن حازم في قضية هي من مصاديق تلك القاعدة الكلية التي ذكرناها، ومن هنا قال المحقق قدس سره:

«ومن بابه أن يكون كيس بين جماعة فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون: لا ويقول واحد: هو لي، فإنه يقضى به لمن ادّعاه»^(١).

أي: كما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت: عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، وقال واحد منهم: هو لي، فلمن هو؟ قال: للذي

(١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

ادّعاء»^(١).

ومن الأصحاب من استدلّ بهذه الرواية على الحكم في غير هذه المسألة .
قلت : ومع كون الدليل منحصراً بها يشكل التعدي عن موردها ، فلا بدّ من
الأخذ بالقدر المتيقن من مدلولها .

وأما إشكال المحقق الأردبيلي بعدم إحراز كون «يونس» الراوي عن
منصور هو «يونس بن عبد الرحمن» الثقة^(٢) ، فقد أجاب عنه في (مفتاح الكرامة)
بأن الشيخ وإن لم يذكر اسم أبيه في التهذيب ، لكن المذكور في النهاية : يونس بن
عبد الرحمن^(٣) .

واستدل في (الجواهر) للحكم المذكور بأصالة صحّة قول المسلم وفعله ، بل
كل مدّع ولا معارض له^(٤) .

وأشكل عليه : «بأن من المحقق في محله عدم قيام دليل على وجوب حمل
قول المسلم على الصحة بمعنى الصدق ، فيكون الأصل في قول المسلم الحجية إلا ما
خرج بالدليل ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، نعم ، الصحة بمعنى عدم اللغوية أو
المشروعية قام الدليل على وجوب حمله عليها ، لكن الصحة بهذا المعنى لا ربط لها
بالمقام ولا تنفع المستدل أصلاً ، كما لا يخفى .

هذا ، مضافاً إلى ما أفاده الاستاذ العلامة من أنه لو كان الأصل في قول

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٧٤ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٧ .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ١١١ .

(٣) سند الخبر صحيح ، وما ذكرناه عن مفتاح الكرامة ، هو صريح الشيخ الحر في وسائل الشيعة وتجده في

النهاية : ٣٥٠ ط لبنان .

(٤) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٩٧ .

المسلم الحجية والصدق ، لكان وارداً على اليد أيضاً لو كان في مقابله يد نظير البيعة ، فلا يحتاج إلى إقامة البيعة ، وهذا مما لا يذهب إليه أحد»^(١).

أقول : إن المراد من أصالة حمل قول المسلم وفعله على الصحة هو حمل أفعاله المتعلقة بنفسه ، وسماع كلامه في كل أمر يتعلق به على الصحة ، فلو ادعى كون الشيء له - ولم يكن له معارض - سمع قوله من جهة أنه أبصر بأموره وبمعرفة ما يملكه وما يتعلق له به حق ويعود إليه من غيره ، وبهذا التقريب يندفع الإشكال المذكور ، والنقض بعدم سماع قوله بالنسبة إلى ما في يد غيره ، غير وارد ، لوضوح أنها دعوى بالنسبة إلى أمر راجع إلى غيره ، وقد ذكرنا أن مجرى الأصل المزبور هو الأمور المتعلقة بنفسه ، ومن هنا يقبل قوله إن قال بالنسبة إلى شيء في يده : إنه ليس لي ، وإن كان له يد عليه ، وليس قبول قوله هذا من جهة كونه إقراراً .

وقد استظهر صاحب (الجواهر) من الخبر المذكور قبول دعوى المدعي ولو بعد قوله ليس لي ، قال : بل قد يقال بظهور الصحيح المزبور في قبول دعوى المدعي ولو بعد قوله : ليس لي ، بناءً على إرادة الحقيقة من قوله كلهم . قال : ويمكن أن يكون على القواعد أيضاً ، لأصالة صحة قوليه معاً باحتمال التذكر وغيره ، لعدم المعارض^(٢).

قلت: ما ذكره يتوقف على أن يكون القائل هو لي من جملة القائلين : لا ، وليس في الخبر ظهور في ذلك ، فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن وهو أن لا يكون منهم .

(١) كتاب القضاء للمحقق الآشتياني : ٣٥٠ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٩٩ .

وقال ابن إدريس بعد الرواية : « فقه هذا الحديث صحيح ، وليس هذا مما أخذه بمجرد دعواه وإنما لم يثبت صاحب سواه ، واليد على ضربين : يد مشاهدة ويد حكمية ، فهذا يده عليه يد حكمية ، لأن كل واحد منهم نفى يده عنه وبقي يد من ادّعاء عليه حكمية ، ولو قال كل واحد من الجماعة في دفعة واحدة أو متفرقاً هو لي ، لكان الحكم فيه غير ذلك ، وكذلك لو قبضه واحد من الجماعة ثم ادّعاء غيره ، لم يقبل دعواه بغير بينة ، لأن اليد المشاهدة عليه لغير من ادّعاء ، والخبر الوارد في الجماعة أنهم نفوه عن أنفسهم ولم يثبتوا لهم عليه يداً لا من طريق الحكم ولا من طريق المشاهدة ، ومن ادّعاء له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا دعواه فيه من غير بينة ، ففقهه ما حرّره ، وأيضاً ، إنما قال ادّعاء من حيث اللغة ، لأن الدعوى الشرعية من ادّعى في يد غيره عيناً أو ديناً^(١) .

وما ذكره قدس سرّه مشكل جداً ، ولو كان هنا يد وكانت العين في الحقيقة للغير وقد تلفت بتلف سماوي ، لزم أن يكونوا ضامين له ، وهذا لا يقول به أحد .

(١) السرائر في الفقه ٢ : ١٩٥ .

الثانية

(لو انكسرت سفينة في البحر فما هو حكم ما خرج منه ؟)

قال المحقق قدس سره : « لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرج البحر فهو لأهله ، وما أخرج بالغوص فهو لمخرجه ، وبه رواية في سندها ضعف »^(١) .
أقول : لقد نسب هذا الحكم إلى الأشهر عن الأصحاب ، والأصل فيه رواية قال المحقق : في سندها ضعف .

قلت : عمل المشهور بها يجبر ضعف سندها ، وهي خبر الشعيري ، قال : « سألت الصادق عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر ، فأخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق منها . فقال : أما ما أخرج البحر فهو لأهله ، الله تعالى أخرجهم لهم ، وأما ما أخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به »^(٢) .

إنما الكلام في حكم المسألة بحسب القواعد مع غض النظر عن الرواية ، سواء قلنا باعتبارها سنداً بالإنجبار أو قلنا بعدمه لعدم الموافقة على الكبرى أو عدم ثبوت عمل المشهور بها...

قد يقال : إن الوقوع في البحر في حكم التلف وإلا فليس الإخراج بالغوص من الأمور الموجبة لانتقال الملك ، وحيث كان في حكم التلف فقد خرج عن ملك

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠٩ .

(٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٦٢ / ٢ . أبواب اللقطة ، الباب ١١ .

مالكه ، فمن أخرجه ملكه ، كما تملك المباحات بالحيازة .
إلا أنه مشكل جداً .

نعم ، إنما يتم في صورة إعراض المالك ، بناءً على كون مجرد الإعراض مخرجاً عن الملك ، وقد استشكل في (الجواهر) في ذلك بأن زوال الملك يتوقف على سبب شرعي كتوقف حصول الملك عليه ^(١) .

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

وكيف كان ، فالحكم في المسألة ما ذكره ، للخبر المذكور ، لانجبار ضعف سنده بعمل المشهور ^(٢) خلافاً للجواهر ، واحتمال إرادة كون الجميع لأهله ، كما في

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٠١ .

(٢) أقول : هذا سند الخبر : محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي عبد الله ، عن منصور ابن العباس ، عن الحسن بن علي بن يقطين ، عن أمية بن عمرو عن الشعبي . وفيه ضعف من جهات ، وانجبار ضعفه بالعمل ببناء أعلى القول به - يكون فيما إذا علم بأنه الذي استند إليه الأصحاب وأفتوا على طبقه . لكن في المقام خبر آخر وهو : « محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث عن أمير المؤمنين قال : وإذا غرقت السفينة وما فيها فأصابه الناس ، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به ، وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم » وسائل الشيعة الباب ١١ من أبواب اللقطة ، وهو في الكافي ٥ / ٢٤٢ ، وسنده معتبر على ما تقدم منا في بعض تعليقات الكتاب .

والخبر الأول وإن ذكره الشيخ في النهاية فبعض الفقهاء في الكتب الفقهية غير مذكور في التهذيب على ما ذكره مصحح الوسائل حيث قال « ما وجدت غير الحديث الذي رواه الكليني في ج ٥ ص ٢٤٢ . ورواه

لو انكسرت سفينة في البحر فما هو حكم ما خرج منه ؟ ٦٠٣

(الجواهر) وعن بعضهم الجزم به^(١)، خلاف الظاهر إنصافاً.



→ الشيخ في التهذيب سنداً ومنتناً « انظر: التهذيب ٧ / ٢١٩ .

وفي الخبر الثاني زيادة على الأول، وهي جملة: « وتركه صاحبه » وفيها إشارة إلى قضية أن الإعراض مخرج عن الملك، ومن هنا يتم حمل الحكم في الأول على هذه القاعدة، ولا حاجة إلى الحمل على اليأس كما في السرائر، وبهذا يظهر ما في كلام المحقق الرشتي من منع كون الإعراض سبباً لخروج المال عن ملك المعرض حتى يملكه القابض بالحيازة قائلاً: « إذ لا دليل على ذلك »، كما يظهر بذلك كون المقام صغرى للقاعدة بلا كلام .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٠٠ .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الكلام في :

الإختلاف في دعوى الأملاك

وفيه مسائل :



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المسألة الأولى

وفيها صور :

الصورة الاولى : لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بينة

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

أقول : لو تنازعا عيناً ولا بينة لأحدهما ، فتارة : تكون العين في يدهما معاً ، وأخرى : تكون في يد أحدهما خاصة ، وثالثة : تكون في يد ثالث .

ففي الصورة الاولى ، لا خلاف في أنه يقضى بينهما نصفين ، بأن تكون نصف العين لهذا ونصفها الآخر لذاك ، إلا أن الخلاف في توقف ذلك الحكم على أن يحلف كلّ من المدعين لصاحبه وعدمه ، فظاهر المحقق قدّس سرّه هنا وجماعة الثاني^(٢) ، واختار في (النافع) - كما قيل - الأول ، وعليه جماعة ، بل قيل إنه المشهور^(٣) ، وتظهر الثمرة في صورة نكول أحدهما بناءً على التوقف ، فإنه يحكم بكون كلّها للآخر .

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

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٠ .

(٢) كتاب الخلاف ٦ : ٣٢٩ ، المسألة ١ . غنية النزوع ٢ : ٤٤٤ . اصباح الشيعة : ٥٣١ .

(٣) المختصر النافع : ٢٧٧ . كشف الرموز ٢ : ٥٠٧ . المهذب البارع ٤ : ٤٨٧ . كفاية الأحكام ٢ : ٧٢٥ .

مسالك الأفهام ١٤ : ٧٨ . جواهر الكلام ٤٠ : ٤٠٣ .

«البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»^(١) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم :
 «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان»^(٢) بتقريب : إن كلّ واحد من المدّعين قد
 وقعت يده في الحقيقة على نصف العين المتنازع فيها ، لأن يده على النصف الآخر
 معارضة بيد الآخر ، فيكون كلّ واحد منهما ذا يد على نصف العين ومالكاً له
 بمقتضى يده ، ومدّعياً للملكية النصف الآخر الذي هو في يد صاحبه ، والآخر ينكر
 دعواه ، فكلّ منهما مدّع ومدّعى عليه ، وحيث أنه لا بيّنة لأحد الطرفين ، وجب
 على كليهما اليمين باعتبار أنها منكران ، فإذا حلّفا حكم بالتنصيف .

واستدلّ للثاني : بأن كلّ واحد منهما يدّعي ملكيّة كلّ العين ، ولا ريب في
 مخالفة دعوى أحدهما للواقع ، وحينئذ ، فلا كاشفية ليد أحدهما بالنسبة إلى ملكية
 الكلّ ، لوجود المعارض ، بل يتساقطان ، فلا مدّعي ولا مدّعى عليه ، ويكون
 الحكم هو التنصيف ، وقد ادّعي عليه الإجماع ، وهو ظاهر المرسل المنجبر ضعفه بما
 ذكر ، حيث روي «إن رجلين تنازعا دابة ليس لأحدهما بيّنة ، فجعلها النبي صلى
 الله عليه وآله وسلم بينهما»^(٣) فيكون المورد نظير العين التي يدّعيها اثنان ولا يد
 لأحدهما عليها ، فالحكم هو التنصيف لا القرعة ، للنص والإجماع ، وليس مورداً
 للحلف .

ويحتمل هنا الحكم بالتحالف ، بأن يحلف كلّ واحد على ما يدّعيه ونفي ما
 يدّعيه الآخر ، ثم يقع البحث في كيفية الحلف .

ولو فرض أن كلّ واحد جاء بيّنة على ما يدّعيه ، فإن البيّنتين تتعارضان ،

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

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٣ / ٣ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٣ .

(٣) سنن البيهقي ١٠ : ٢٥٥ .

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

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

وصاحب (الجواهر) ينكر شمول قاعدة «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» لهذه الصورة ، بتقريبين :

ففي الأول : بسقوط اليد بالمعارضة ، فلا مدعى عليه ، فيحكم بالتنصيف ، عملاً بالنص ، أو من جهة أنه طريق عقلائي ، إذ متى لم يمكن العمل بمقتضى كلا اليدين معاً فيحكم العقلاء بذلك .

وفي الثاني : إنه لا مدعى في هذا المقام ، من جهة أن كلاً منهما ذو يد ، فكلّ منهما مدعى عليه ، ولذا لو ادّعى ثالث هذه العين طالباً بالبينة على ما يدّعيه ، ثم قال : اللهم إلا أن يقال إن اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لأحدى البينتين ...

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

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

ثم إن صاحب الجواهر تنظر فيما ذكره كاشف اللثام .

وحاصل كلام (الجواهر) هو اختيار القول الأول^(١) .

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

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

وحيث رضي المدعي بيمين صاحبه وحلف ، فقد ذهبت اليمين بحقه ، وعلى هذا يمكن حمل القول الثاني ، أي إنه مع رضا الخصم بيمين خصمه فلا تداعي بينهما حتى يحلف كلاهما ، بل إن حلف الخصم أخذ الكل ، فلا تنصيف ، فالقول بالحلف هو في صورة تحقق التداعي بينهما ، لكن يبقى الكلام في كفاية الرضا باليمين هنا ، مع أن المورد ليس مورداً حقيقياً لقاعدة المدعى والمنكر ، إلا أن يقال بعموم نصوص «ذهبت اليمين بحقه» لهذا المورد .

ولو لم يكن بينهما تداعٍ وقد ماتا والعين في أيديهما ، فهي على النصف بينهما ، لعدم التداعي ، وعلى تقديره من الورثة ، فإن حلف أحدهما دون الآخر برضاه أخذ العين كلها ، وإن تداعيا فالقولان .

وإن ادعى أحد الشريكين في تركة على الآخر العلم باستحقاق جميع تلك العين بهبة المورث مثلاً ، فهنا يحلف الآخر على نفي العلم .

ولو ادعى الآخر هذه الدعوى كذلك ، وقع التداعي ، فيحلفان على نفي العلم .

وعلى القول الثاني ، فمن الذي يحلف أولاً ؟ المتجه وفاقاً للجواهر يتصل الأسبق منها ، ومع الاقتران قال : يقدم من كان على يمين صاحبه ، ويحتمل القرعة أو جعل الأمر بيد الحاكم نفسه .

الصورة الثانية : لو كانت يد أحدهما عليها

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

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

الصورة الثالثة : لو كانت يدهما خارجة وفيها صور :

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

١ - أن يصدّق من هي بيده أحدهما

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

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

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

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

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

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

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

وصحيحة سعد بن سعد : « عن رجل مسافر حضره الموت ، فدفع مالا إلى رجل من التجّار ، فقال : إن هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل ولا كثير ، فادفعه إليه يصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له ما مرّ ، ولا يدري صاحبه ما الذي حمّله على ذلك ، وكيف يصنع ؟ قال : يضعه حيث شاء»^(٢) . ومثلها صحيحة إسماعيل الأحوص ...^(٣) .

وصحيحة أبي بصير « عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين ، فأوصى أن هذا الذي ترك لأهل المضاربة ، أعجز ذلك ؟ قال : نعم ، إذا كان مصدقاً»^(٤) أي لم يكن متّهماً .

ويؤيده أيضاً رواية المهدي : « إن أخي مات فتزوّجت امرأته ، فجاء عمّي وادّعى أنه تزوّجها سرّاً ، فسألته عن ذلك ، فأنكرت أشد الإنكار ، وقالت : ما كان بيني وبينه شيء قط . فقال : يلزمك إقرارها ويلزمه إنكارها»^{(٥)(٦)} .

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

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

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

(٣) المصدر ١٩ : ٢٩٣ ، ذيل ح ٦ .

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

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

(٦) مستند الشيعة ١٧ : ٣٥١ - ٣٥٣ .

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

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

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

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

وقد يستدل لذلك بعموم التعليل الوارد في خبر عمر بن حنظلة : « في رجل
قال لآخر : اخطب لي فلانة ، فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق أو ضمانت
من شيء فذلك رضى لي وهو لازم لي ، ولم يشهد على ذلك ، فذهب فخطب له
وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه ، فلما رجع إليه أنكر له ذلك كله .
قال : يغرم لها نصف الصداق عنه ، وذلك أنه هو الذي ضيع حقّها » الحديث^(٣).

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٦٨ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٠٧ .

(٣) وسائل الشيعة ١٩ : ١٦٥ / ١ . كتاب الوكالة ، الباب ٤ .

وكيفما كان معنى الرواية ، فإن محل الاستدلال قوله عليه السلام : (وذلك أنه هو الذي ضيّع حقها) فإن هذا التعليل يشمل ما نحن فيه ، وحيث أن دعوى عمرو على الثالث هي بعنوان كونه المضيع لحقه ، فإنه يلزم الثالث الغرم .

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

ولو أراد الثالث أن يحلف ، فهل يحلف على البت أو على نفي العلم بكون العين ملكاً لعمرو المدعي ؟
 قيل بالأول .

وأشكل عليه بأن الدعوى قد انصرفت عنه بإقراره وحكم الحاكم ، فلو أراد الحلف على البت كان في مال الغير ، بل عليه أن يحلف على نفي العلم بكونها له .
 أقول : إنه بناءً على ما ذكرنا في كيفية طرح دعوى عمرو على الثالث ، يتعين اليمين على البت ، لأن الإلتلاف فعل نفسه .

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

هذا ، وفي (القواعد) : « ولو كانت في يد ثالث ، حكم لمن يصدّقه بعد اليمين منها »^(١) .

ومرجع الضمير في « منها » هو المصدق ، أي الثالث والمصدق المقرّ له .

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٦٨ .

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

٢ - أن يصدق من هي بيده كليهما

والصورة الثانية : أن يصدق كليهما ، قال المحقق « وإن قال : هي لهما ، قضي بها بينهما نصفين ، وأحلف كلّ منهما لصاحبه » ^(٢) .

أقول : في هذه الصورة ، تخرج العين من يد الثالث ، وتكون كالصورة التي هي في يد المتنازعين ، فيحكم بالتنصيف مع التحالف أو بدونه على القولين .

وحينئذ ، يجوز لكلّ منهما الرجوع على الثالث فيدّعي عليه تضييع نصف المال عليه ، فإن حلف - بتأً على نفي العلم على القولين - فهو ، وإلا وجب عليه دفع ثمن النصف لكلّ واحد منهما .

ويترتب على القول بالتحالف : أنه إن حلفا بالتنصيف وإن نكلا فكذا ، وإن حلف أحدهما دون الآخر كانت العين كلّها للتحالف ، وكان للناكل منها الرجوع على الثالث ، فإن حلف فهو وإلا وجب عليه الغرم وهو النصف ، لأن المفروض أنه قد ضيّع عليه النصف بإقراره بكون العين لهما معاً .

٣ - أن يكذب من هي بيده كليهما

والصورة الثالثة : أن يكذب كليهما فيقول ليست لكما قال المحقق قدّس سرّه « ولو دفعهما أقرّت في يده » ^(٣) .

أقول : إن كذب الثالث كليهما كانا مدعين وهو المدّعي عليه ، وحيث لا بينة

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٠٧ .

(٢ و ٣) شرائع الإسلام ٤ : ١١٠ .

لهما ، يجب على الثالث اليمين على نفي كون العين لهما ، وهل يشترط تعيين المالك أو يكفي إنكار كونها لهما ؟ قالوا بالثاني ، فإذا حلف أقرت العين في يده وارتفع النزاع . وعن المحقق الأردبيلي^(١) : إنه يحلف على نفي العلم بكونها لهما لا على البت . ولعلّ الوجه فيما ذكره هو : أن اليمين على نفي كونها لهما ، يمين في ملك غير المحالف ، ولا فائدة لليمين في ملك الغير ، سواء كان نفيًا أو إثباتًا ، ووجه ما ذكره القوم من كون اليمين على البت هو : إنه يكفي لتوجّه اليمين إليه كون مورد اليمين في يده ، فيقولان له : إن الذي في يدك لنا ، فيحلف على نفي كونه لهما .

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

٤- أن يقرّ من هي بيده لأحدهما غير المعين .

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

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ١٩٠ .

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

وعن (التذكرة) التحالف ، فإن حلفاً أو نكلاً كانت بينهما ، وإلا فللحالف^(٣) .
وفي (المستند) : « قيل : يحتمل القرعة ، فيحلف من خرجت له ، فإن نكل
حلف الآخر ، وإن نكلاً قسّمت بينهما . ويحتمل القضاء بينهما نصفين ابتداءً بعد
حلفهما أو نكولهما كما لو كانت يديهما »^(٤) .

أقول : بل الأوجه الثاني ، لرواية السكوني : قال أمير المؤمنين عليه السلام
في رجل أقرّ عند موته لفلان وفلان لأحدهما عندي ألف درهم ، ثم مات على
ذلك ، فقال : أيهما أقام البيّنة فله المال ، فإن لم يقم واحد منهما البيّنة فالمال بينهما
نصفان^(٥) .

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

وحكم الفاضل في (القواعد) بالقرعة بينهما من غير ذكر حلف . كان حسناً
لولا الرواية المذكورة .

أقول : قد عرفت وجه القول بالتنصيف .

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٦٩ .

(٢) تحرير الأحكام ٥ : ١٨٦ .

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

(٤) مستند الشيعة ١٧ : ٣٥٤ .

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

وأما القول بالقرعة ، فوجهه ما ذكره العلامة في (القواعد)^(١) ، إذ مع تساويهما في الأمرين يكون صاحب المال أو ذو اليد مجهولاً ، لتردده بين الشخصين ، والأمر المجهول يعرف بالقرعة .

ف قيل : يخلفان مع ذلك ، لأنه بالقرعة يعين ذو اليد فيكون المدعى عليه ، ويكون الآخر المدعى ، فإن لم يخلف المدعى عليه وردت اليمين على المدعى لزمته .
وقيل : بعدم لزوم اليمين مع القرعة ، لأنها قد عيّنت صاحب المال ، فلا حاجة إلى اليمين حينئذ .

لكن الصحيح عدم الحاجة إلى القرعة مطلقاً ، بعد وضوح الحكم بظهور الأدلة في التنصيف .

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

والصورة الخامسة : أن يقول الثالث : ليست العين لي ولكن لا أدري لمن هي ، أو يقول : لا أدري أنها لي أو لها أو لغيرهما .

والحكم في هذه الصورة هو الحكم في العين التي لا يد لأحد عليها - وإن كان بين القولين المذكورين فرق من جهة سنذكره - وقد ادّعاها اثنان ، وقد ذكر في (العروة) فيها وجوهاً :

الأول : إجراء حكم المدعى والمنكر ، لكون كلّ منهما مدّعياً ومنكراً ، فع حلفها أو نكولها تقسم بينهما ، ومع حلف أحدهما ونكول الآخر تكون للحالف لقوله عليه السلام : البينة للمدعي ... إلخ ، ولرواية إسحاق بن عمار : « فلو لم يكن في يد واحد منهما وأقاما البينة ؟ قال : أحلفها فأيتها حلف ونكل الآخر جعلتها

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٦٩ .

للحالف»^(١).

قال السيد رحمه الله: «وفيه: منع صدق المدّعي والمنكر، بل كلّ منهما مدّع، فيكون من التداعي. وأما الرواية فمختصة بصورة البيّنة فلا تشمل المقام»^(٢).

والثاني: التحالف، للتداعي، فإذا حلفا قضي بالتنصيف بينهما.

والثالث: القرعة، من جهة أنه أمر مجهول، والقرعة لكلّ أمر مجهول.

والمختار هو الوجه الثاني تبعاً للسيد في (العروة).

وقد نسب الأول - تبعاً للمستند - إلى المحقق الأردبيلي^(٣)، لكنّ كلامه يفيد اختياره للوجه الثاني لا الأول، ويشهد بذلك عدم ظهور رواية إسحاق فيما نسب إليه.

أما الثالث، فقد اختاره المحقق العراقي، فقال ردّاً على القول الأول: «الحلف أمر شرعي يتوقّف على التوقيف، ولا أرى دليلاً على حلفها هنا والحكم بنكولها أو نكول الناكل، والرواية مخصوصة بصورة إقامتها البيّنة، والتعدّي يحتاج إلى الدليل، والقرعة لكلّ أمر مجهول، فالرجوع إليها أظهر، كما حكم به علي عليه السلام في روايتي أبي بصير وابن عمار.

الأولى: بعث رسول الله غالى اليمن فقال له حين قدم: حدثني بأعجب ما ورد عليك، قال: يا رسول الله، أتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطئوها جميعاً في طهر واحد، فولدت غلاماً فاختلفوا فيه، كلّهم يدّعيه، فأسهمت بينهم وجعلته للذي

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٠/٢. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى، الباب ١٢.

(٢) العروة الوثقى ٣: ١٢٦.

(٣) مستند الشيعة ١٧: ٣٥٥، مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٢٢٧.

خرج سهمه وضمنته نصيبهم^(١). الحديث .

والاخرى : إذا وطى رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادّعوه جميعاً ، أقرع الوالي بينهم ، فمن قرع كان الولد له ، يردّ قيمة الولد على صاحب الجارية^(٢) الحديث .

وعمل بها الأصحاب طراً في مورده من غير إحلاف^(٣).

وأجاب السيد في (العروة) عن الاستدلال المذكور بأنه : « لا واقع مجهول في المقام حتى يعيّن بالقرعة ، لعدم كون العين في يدهما واحتمال كونها لثالث غيرهما . والروايتان مخصوصتان بموردهما »^(٤).

قلت : كأن المحقق النراقي يريد إلغاء خصوصيّة « الولد » المتنازع فيه الذي لا يمكن القضاء بتنصيفه ، ولا طريق إلى معرفة من هو له ، لا باليمين ولا بالبينة ، حتى يتمكن من التعدي منه إلى المال ، لكن الإنصاف أن إلغاء هذه الخصوصيّة في الروايتين أصعب من إلغاء الخصوصيّة في رواية إسحاق .

وبما ذكرنا يظهر عدم قابلية الروايتين للمعارضة مع عمومات « البينة على المدّعي واليمين على من أنكر » ، وجعل مدلول العمومات : إن كلّ بينة على المدّعي وكلّ يمين على المنكر ، لا أن كلّ مدّع ومنكر عليه البينة واليمين يخالف ظاهر تلك الأخبار ، ولو تمّ ذلك لسقطت عن الاستدلال حتى في موارد وجود المدّعي والمدّعي عليه ، ومن هنا لم يوافق عليه النراقي نفسه .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٨/٥ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦١/١٤ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٣ .

(٣) مستند الشيعة ١٧ : ٣٥٥ - ٣٥٦ .

(٤) العروة الوثقى ٣ : ١٢٧ .

فالحاصل : إن الذي يدعي كون الشيء ملكاً له في مقابل دعوى غيره لذلك أيضاً، يصدق عليه « المنكر » عرفاً ، فتشمله العمومات ، كالرواية الواردة في قضية فذك ، ورواية ابن أبي يعفور^(١) وغيرهما .

إذن ، يوجد عندنا دليل على الحلف في المورد ، وأن دعوى التعارض الذي ذكرها رحمه الله في غير محلها .

فتلخص : إن الصحيح هو الوجه الثاني .

ثم ، هل الرجوع إلى القرعة يختص بمورد الأموال فقط أو يمكن تعيين الحجة الشرعية بها كذلك ؟ لا ريب في ترجيح إحدى الروايتين على الأخرى بالقرعة ، وفي بعض الأخبار يتعين ذو اليد في بعض الموارد عند التردد بين شخصين ، فللقائل بالقرعة في مسألتنا أن يقول بحلف ذي اليد للمدعي ، فلا يرد إشكال (الجواهر) .
وأما الفرق بين قول الثالث : « ليست لي ولا أدري أنها لمن » وقوله : « لا أدري أنها لي أو لهما أو لغيرهما » فهو : أنه في الأول ينفي كون العين له فيخرج

(١) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث فذك : إن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبي بكر : أتحكم فيما بخلاف حكم الله في المسلمين ؟ قال : لا . قال : فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البينة ؟ قال : إياك كنت أسأل البينة على ما تدعيه على المسلمين . قال : فإذا كان في يدي شيء فادعي فيه المسلمون تسألني البينة على ما في يدي ، وقد ملكته في حياة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وبعده ولم تسأل المؤمنين البينة على ما ادعوا على كما سألتني البينة على ما ادعيت عليهم إلى أن قال وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » . وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٣ / ٣ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٥ .

وعن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه أن لا حق له قبله ، ذهب اليمين بحق المدعي فلا دعوى له . قلت له : وإن كانت عليه بينة عادلة ؟ قال : نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له ، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله بما قد استحلفه عليه . وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٨ .

بإقراره عن أطراف الشبهة ، بخلاف الثاني ، ولذا احتتمل في الثاني القضاء بكون العين له ، لكون يده عليها وأن جهله لا ينفي ملكيته للعين ، وحينئذ ، يمكن إحلافه على نفي العلم ، فإن حلف أبقيت العين في يده ، وإن نكل أخذت منه وسلّمت إلى المدعين ويقضى بينهما بأحد الوجوه المذكورة .



مركز تحقيقات كميته علوم اسلامی

المسألة الثانية

في تعارض البيّنات

قال المحقق قدّس سرّه : « يتحقق التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد ، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمر ، أو يشهدا أنه باع ثوباً مخصوصاً لعمر و غدوة ، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت ، ومهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق »^(١).

أقول : كان موضوع البحث في المسألة الاولى تنازع الشخصين في ملكيّة عين خارجية ، ولا بينة لأحدهما على دعواه ، وقد تقدّمت صورها وأحكامها . وموضوع هذه المسألة حصول التنازع بين الشخصين في ملكيّة العين مع فرض وجود البينة ، فإن كان لأحدهما بيّنة دون الآخر وكانت بينة جامعة للشرائط ، قضى له بها ، ولا تصل النوبة إلى إحلاف الآخر كما هو واضح ، وإن كان لكلّ منهما بينة فهنا صور ...

متى يحصل التعارض ؟

وقد ذكر المحقق قبل بيان الصور وأحكامها - كيفية تحقق التعارض في الشهادة والمراد منه ، بأن ذلك يتحقق « مع تحقق التضاد » بين البيّنتين ، بأن لا يمكن

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٠ .

التوفيق بينهما بنحو من الأنحاء ، « مثل أن يشهد شاهدان بحقّ لزيد ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمر ، أو يشهدا إنه باع ثوباً مخصوصاً لعمر و غدوة ، ويشهد آخران ببيعه بعينه لمخالد في ذلك الوقت » بخلاف ما إذا لم يكن كذلك ، كما إذا شهد شاهدان بملك أحدهما للثوب أمس ويشهد آخران بملك الآخر له اليوم ، فإنه حينئذ يعمل بالبيّنة الثانية لإمكان صدقهما معاً .

وقد يتحقق التكاذب بين البيّنتين ، وهو تارة : يكون بتكذيب إحدى البيّنتين للأخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقاً ، كأن تشهد هذه بأن زيداً أوصى قبل وفاته بكذا وأنها كانا حاضرين عنده حينذاك ، فيقول الآخران بأنها لم يكونا عند زيد في الزمان المذكور ، فهما يكذبانها من غير تعرّض منها لواقع القضية وأنه هل أوصى زيد بكذا أولاً ؟

وأخرى : يكون التكذيب بالنسبة إلى الواقع فيقولان : لم يوص زيد بكذا ، وأن ما شهدت به البيّنة الأولى مخالف للواقع ، إلا أنها قد لا يكذبان تلك البيّنة ، لاحتمال اشتباه الشاهدين وعدم تعمّدهما للكذب .

هذا ، وقد وقع البحث بين الأصحاب في الفرق بين التعارض والتكاذب موضوعاً وحكماً ، فعن العلامة في محكي (القواعد) التصريح بكون التكاذب غير التعارض ، والجزم بكون المحكم فيه هو التساقط مطلقاً^(١) ، بخلاف التعارض ، وعن الشيخ إجراء حكم التعارض عليه إن كان من قبيل الصورة الثانية^(٢) ، والأول أولى .

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٨ .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ٢٦٢ .

صور تعارض البيّنات :

وحيث يتحقق التعارض بين البيّنتين ، على وجه يقتضي صدق كلّ منهما تكذيب الأخرى ، ففي المسألة صور :

أحدها : أن تكون العين في يد المتنازعين كليهما ، وقد ذكر المحقق قدّس سرّه حكم هذه الصورة ودليله بقوله :

الصورة الاولى : كون العين بيد المتداعيين :

« يقضى بينهما نصفين ، لأن يد كلّ واحد على النصف ، وقد أقام الآخر بينة فيقضى له بما في يد غريمه »^(١).

فالحكم في هذه الصورة هو جعل العين بينهما نصفين - نظير صورة النزاع حول العين مع عدم البينة واليد لأحدهما عليها - بلا إشكال كما في (المسالك) وفي (الجواهر) بلا خلاف أجده بين من تأخّر عن القديمين الحسن وأبي علي^(٢).

اذن ، لا اختلاف في الحكم بالتنصيف ، ولكن اختلف في وجه هذا الحكم

وسببه .

فقليل : لتساقط البيّنتين بسبب التساوي ، فيبقى الحكم كما لو لم تكن بينة ، وقيل : لأن مع كلّ منهم مرجحاً باليد على نصفها ، فقدمت بينته على ما في يده ، وقيل - كما في المتن - : لأن يد كلّ واحد على النصف ، وقد أقام الآخر بينة عليه ، فيقضى له بما في يد غريمه ، قال في (المسالك) : بناءً على تقديم بينة الخارج على

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٠ .

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ٨١ .

الداخل، قال : وهذا هو الأشهر^(١).

فالوجه المذكورة في سبب الحكم في المسألة ثلاثة ، وتظهر فائدة هذا الخلاف في اليمين على من قضى له ، فعلى القول بالتساقط ، يلزم لكل من المتنازعين يمين ، وهذا هو مذهب المشهور في المسألة السابقة ، خلافاً للمحقق ، فإن حلفاً بالتنصيف وإلاّ قضى بها للحالف دون الناكل ، وإن نكلاً جميعاً فالحكم هو التنصيف أيضاً ، وعلى القولين الأخيرين - تقديم بينة الداخل ، وتقديم بينة الخارج - لا يمين ، لترجيح كلّ من البينتين باليد على القول الأول منها فيعمل بالراجع ، ولأن البينة ناهضة بإثبات الحق على القول الثاني منها فلا يمين معها .

قال في (الجواهر) : لكن في التحرير - بعد أن ذكر تعليل المصنف بما سمعت مصرحاً بكونه من تقديم بينة الخارج - قال : وقال يحلف كلّ واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين ؟ الأقوى عندي الأول مع احتمال الثاني^(٢) . وفي التنقيح - بعد أن ذكر التنصيف وجعل منشأ دائراً بين الأخيرين ، وأنه على أوّلها يقضى لكلّ منهما بما في يده ، وعلى ثانيهما يقضى له بما في يد غريمه - قال : يكون لكلّ منهما اليمين على صاحبه ، فإن حلفاً أو نكلاً فالحكم كما تقدم ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، قضى بها للحالف .

وعن مذهب أبي العباس التصريح باليمين بناءً على كون المنشأ دخولها^(٣) . أقول : هذه عبارة (التنقيح) في هذه المسألة : « هذا هو القسم الثاني ، وهو أن يكون في يدهما ، فإن قلنا يقضى للداخل قضى لكلّ بما في يده ، وإن قلنا يقضى

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ٨١ . جواهر الكلام ٤٠ : ٤١٠ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤١١ . تحرير الاحكام ٥ : ١٨٥ / ٦٥٤٠ .

(٣) المذهب البارع ٤ : ٤٩٦ .

للخارج قضي لكلّ بما في يد الآخر ، فيكون بينهما نصفين على التقديرين ، سواء أقاما بينة أو لم يقيا ، ويكون لكلّ منهما اليمين على صاحبه ، فإن حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدّم ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي بها للحالف»^(١) .

ذكرنا نص عبارته ، ومن المحتمل أن يكون قوله « ويكون لكلّ منهما اليمين على صاحبه » مرتبطاً بقوله « أو لم يقيا » وقد يقوّيه قوله قبل ذلك « قضي » في كلتا حالتي تقديم بينة الداخل وتقديم بينة الخارج . فيكون الحاصل أنه قد ذكر ثلاثة وجوه ، فالأول : القضاء له بما في يده ، بناءً على تقديم بينة الداخل ، والثاني : القضاء له بما في يد غريمه ، بناءً على تقديم بينة الخارج ، والثالث : التحالف فيما إذا لم يقيا بينة .

ثم إن صاحب (الجواهر) وجّه كلام أبي العباس ابن فهد الحلّي - الذي نقله عن (المذهب البارع) بقوله : « ولعلّ ذلك منه خلافاً في أصل المسألة ، وهو أن تقديم بينة الداخل بمعنى إسقاط بينة الخارج لا أنها حجة ، فيرجع الحاصل كما لو لم تكن بينة على المنكر منها اليمين ، وهو الذي قوّاه في المختلف بعد أن حكى القولين في ذلك ، بل هو قوّي في نفسه ، لاشتمال دليل تقديم بينة الداخل على اليمين كما ستعرف » .

ووجّه كلام العلامة في التحرير والمقداد في التنقيح بقوله : « كما أن القول باليمين - مع القول بكون المنشأ تقديم بينة الخارج - لعلّه لخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام : إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما ، وأقام كلّ واحد منهما البينة أنها نتجت عنده ، فأحلفهما علي عليه السلام ،

(١) التنقيح الرائع في شرح مختصر الشرائع ٤ : ٢٨١ .

فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف ، فقضى بها للحالف ، فقليل له : فلو لم تكن في يد واحد منها وأقاما البيّنة ، فقال : أحلفها فأبىها حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف ، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين ، قيل : فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيّنة . قال : أقضي بها للحالف الذي هو في يده^(١) .

بل ربما كان هو دليل التحالف على القول الأول ، وإن لم نقل به في غيره .
إلا أنه خبر واحد وفي سنده ما فيه ، والمشهور نقلاً وتحصيلاً على خلافه ، فلا يصلح مقيداً لما دلّ ممّا تسمعه من النصوص وغيره على التنصيف بدونه^(٢) ...

أقول : قال المجلسي قدّس سرّه في (مرآة العقول) في رواية إسحاق المذكورة : « حسن أو موثق »^(٣) ، على أنك قد عرفت عمل المشهور بها في المسألة السابقة ، وذلك يجبر ضعفها إن كان .

وحينئذ ، تصلح هذه الرواية لتقييد أدلة البيّنة على المدّعي واليمين على من ادعي عليه ، فلا مانع من القول بالتحالف في هذه الصورة ، جمعاً بين الأدلة .

وبعبارة أخرى : إن يد كلّ واحد هي في الواقع عند أهل العرف على نصف العين ، فكلّ منهما يقيم البيّنة لأنه يدعي النصف الآخر الذي بيد غريمه ، ويحلف على إنكار كون هذا النصف الذي بيده لغريمه ، ودليل هذا التحالف هو رواية إسحاق المزبورة ، وقد عرفت اعتبارها .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٠ / ٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤١١ - ٤١٢ .

(٣) مرآة العقول ٢٤ : ٢٨٧ .

ولا يعارضها ما عن أبي جعفر عليه السلام قال : (بعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عليّاً إلى اليمن ، فقال له حين قدم : حدثني بأعجب ما ورد عليك ، فقال يا رسول الله ، أتاني قوم قد تبايعوا جارية ، فوطأها جميعهم في طهر واحد فولدت غلاماً فاختلفوا فيه كلّهم يدّعيه ، فأسهمت بينهم ، فجعلته للذي خرج سهمه وضمّنته نصيبهم . فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ليس من قوم تنازعوا ثم فوّضوا أمرهم إلى الله إلا خرج سهم المحق)^(١) .

لأنها في غير ما نحن فيه ، لأن ذا اليد فيها واحد منهم وهو آخرهم ، ولأن الولد حرّ فليس مالاً ، وكلامنا في دعوى الأملاك .

ومثلها رواية تميم بن طرفة : « إن رجلين ادّعىا بعيراً ، فأقام كلّ واحد منهما بيته ، فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما »^(٢) . إذ لا ظهور فيها لكون يدهما عليه ، بل جاءت في نسخة « عرّفا بعيراً » وحينئذ ، تكون ظاهرة في غير المقام .
فالحاصل : إنه لا مانع من الحكم بمقاد رواية إسحاق بن عمار ، وقد أفتى جماعة بذلك وإن لم يستند إليها بعضهم صريحاً ، وصاحب (الجواهر) لم يناقش في دلالتها وإنما ضعفها سنداً ، وقد عرفت جوابه .

وقيل : إنه لما كان يدّعي كلّ واحد منهما كلّ العين ، فإن يده لا تكون على النصف بل على الكل ، فتعارضان ، وإذا تعارضتا تساقطتا ، فيكون الحكم في المقام حكم صورة عدم تحقق يد من أحدهما على العين ، وهو التنصيف كما تقدم .
لكن المشهور هو التنصيف بعد التحالف .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٨ / ٥ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥١ / ٤ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

ثم إن صاحب (الجواهر) قدّس سرّه - بعد أن خدش في رواية إسحاق بما سمعت - استوجه أن يكون سبب حكم المحقق قدّس سرّه بالتنصيف كون هذا الحكم هو مقتضى العدل ، وأنه ميزان من موازين القضاء من غير حاجة إلى تحالف ، لا أنه مبني على تقديم بينة الخارج على بينة الداخل ، لأن يد كلّ منهما على الكلّ لا النصف ، ولأن المشهود به كون الجميع له لا نصفه .

ثم استدل على ذلك بخبر الدرهمين^(١) وبقاعدة توارد السبيين الممكن إعمالها معاً على مسبب واحد نحو المتسابقين على حيازة مباح ، وبإطلاق قوله عليه السلام : « لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين »^(٢) وبإطلاق النبوي : « إن رجلين تنازعا دابة ليس لأحدهما بيّنة فجعلها النبي صلى الله عليه وآله وسلم بينهما »^(٣) ، وبالمرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام : « في البيّنتين تختلفان في الشيء الواحد يدّعيه الرجلان ، أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بيّنة كل واحد منهما وليس في أيديهما ، فأما إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان ، وإن كان في يد أحدهما فالبيّنة فيه على المدّعي واليمين على المدّعي عليه »^(٤) .

هذا ، وعن ابن أبي عقيل اعتبار القرعة التي هي لكلّ أمر مشكل في

(١) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٠٠ الباب ٩ من أبواب أحكام الصلح « عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لي ، وقال الآخر : هما بيني وبينك . فقال : أما الذي قال هما بيني وبينك ، فقد أقرّ بأن أحد الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه ، ويقسم الآخر بينهما » .

(٢) وسائل الشيعة ١٩ : ١٥٠ / ١ . أبواب المضاربة ، الباب ١ .

(٣) سنن البيهقي ١٠ : ٢٥٥ .

(٤) أقول : إن هذه الأدلة بعضها مرسل وبعضها مطلق يقيّده خبر إسحاق بن عمار ، فيكون الوجه ما ذهب إليه السيد الاستاذ دام بقاءه ، إلا إذا قيل بعدم تمامية سند الخبر المذكور من جهة عدم ثبوت عمل المشهور به أو من عدم جهة الموافقة على جبر الشهرة لضعف الخبر .

خصوص ما نحن فيه ، لأن التنصيف تكذيب للبينتين .

وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله : كأنه اجتهد في مقابلة النص ^(١) .

وفيه : إنه ليس اجتهداً في مقابلة النص ، بل لعله يחדش في ظواهر هذه

النصوص .

قلت : لكن مقتضى النصوص توجه اليمين على من خرج اسمه ، لا أنه يقضى

لمن خرج اسمه ، فإن حلف قضي له وإلا احلف الآخر وقضي له بحلفه .

وعن ابن الجنيّد : التحالف مع تساوي البينتين ، فإن حلف أحدهما استحق

الجميع ، وإن حلفا اقتسماها ، ومع اختلاف البينتين يقرع ، فن أخرجته القرعة

حلف وأخذ العين ^(٢) .

قال في (الجواهر) : لا دليل عليه ، بل ظاهر الأدلة السابقة خلافه .

ثم نقل في (الجواهر) عن الرياض أنه بعد أن نسب المختار - الذي هو

التنصيف ، تساوت البينتان عدداً وعدالة وإطلاقاً وتقبيداً أو اختلفت - إلى الأشهر

بل عامة من تأخر إلا نادراً . قال : « خلافاً للمذهب ، وبه قال جماعة من القدماء ،

فخصّوا ذلك بما إذا تساوى في الأمور المتقدمة كلّها ، وحكموا مع الاختلاف فيها

لأرجحها ، واختلفوا في بيان المرجح لها ، فعن المفيد اعتبار الأعدلية خاصة هنا وإن

اعتبر الأكثرية في غيرها ، وعن الإسكافي اعتبار الأكثرية خاصة ، وفي المذهب

اعتبارهما مرتباً بينهما الأعدلية فالأكثرية ، وعن ابن حمزة في اعتباره التقيد أيضاً

مردداً بين الثلاثة غير مرتب بينها ، وعن الديلمي اعتبار المرجع مطلقاً غير مبين له

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤١٢ - ٤١٣ .

(٢) مختلف الشيعة ٨ : ٣٧٢ . كشف اللثام ١٠ : ١٩١ - ١٩٢ .

أصلاً» قال في (الجواهر) : ولم أعرف نقل هذه الأقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره ... وعلى كلّ حال لا أعرف دليلاً يعتدّ به على شيء منها على وجه يصلح لمعارضة ما عرفت^(١).

هذا كلّ في الصورة الأولى .

الصورة الثانية: كون العين بيد أحدهما فهل يقدّم الداخل أو الخارج ؟
والصورة الثانية: أن تكون العين في يد أحد المتنازعين، قال المحقق قدّس سرّه : « يقضى بها للخارج دون المتشبه إن شهدتا لهما بالملك المطلق »^(٢).

أقول: نسبه في (الجواهر) إلى المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة قال : بل عن الخلاف والغنية والسرائر وظاهر المبسوط الإجماع عليه ، بل عن الخلاف والأخير نسبته إلى أخبار الفرق^(٣) . قلت : والصرح منها في الدلالة : المرسلّة عن أمير المؤمنين عليه السلام : « في البيّنتين تختلفان في الشيء الواحد يدّعيه الرجلان ، أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بيّنة كلّ واحد منهما وليس في أيديهما ، فأما إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان ، وإن كان في يد أحدهما فالبيّنة فيه على المدّعي واليمين على المدّعي عليه »^(٤).

وضعها منجبر بما عرفت .

(١) المهذب البارع ٤ : ٤٩٤ . المقنعة : ٧٣٠ . الوسيطة : ٢١٨ . المراسم : ٢٣٤ . رياض المسائل ١٥ : ٢١٣ .

جواهر الكلام ٤٠ : ٤١٤ - ٤١٥ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١١١ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٤١٦ .

(٤) مستدرك الوسائل ١٧ : ١/٣٧٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٠ .

وقد استدل له : بالتعليل الوارد في خبر منصور قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل في يده شاة ، فجاء رجل فادّعاها ، فأقام البيّنة العدول أنها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع ، وجاء الذي في يده بالبيّنة مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب . فقال أبو عبد الله عليه السلام : حقها للمدعي ولا أقبل من الذي في يده بيّنة ، لأن الله عزّ وجلّ إنما أمر أن تطلب البيّنة من المدعي ، فإن كانت له بيّنة وإلا فيمين الذي هو في يده . هكذا أمر الله عزّ وجلّ^(١) ، دلّ على أن البيّنة المسموعة هي بيّنة المدعي ، وأن عليها يترتب الأثر حتى في صورة وجود البيّنة للمدعي عليه .

أقول : وهذا الخبر يوضح المراد بالخبر المستفيض ، وهو قولهم عليهم السلام « البيّنة على المدعي واليمين على من ادّعى عليه » فيكون ظاهراً في عدم قبول بيّنة المنكر ، وأن الميزان في مقام المرافعة سماع بيّنة المدعي ، فإن كانت له بيّنة وإلا فيمين المدعي عليه ، فهكذا أمر الله عزّ وجلّ .

واختار السيد في (العروة) القول بسماع البيّنة من المنكر في صورة التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه ، قال : إن الأقوى سماع البيّنة من المنكر في صورة التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه ، فيجوز للمنكر مع عدم البيّنة للمدعي أن يقيم البيّنة فراراً من اليمين ، وإن ادّعى صاحب الرياض الإجماع على عدم قبولها منه .

قال : ويدل على ما ذكرنا بعد منع الإجماع - مضافاً إلى عموم ما دلّ على حجّية البيّنة ، وإلى عموم مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم إنما أقضى بينكم

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٥ الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم . وفيه « محمد بن حفص » ولم أجد توثيقاً

له . انظر : تنقيح المقال ٣ / ١٠٨ .

بالبينّات والأيمان - خصوص أخبار المقام ...» .

قلت : إن تمسّكه بهذه العمومات لسماع البيّنة من المنكر ، في غاية الإشكال ، وكذلك جوابه عن الإستدلال بالخبر المشهور «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» للقول الأول : بأن المراد منه بيان الوظيفة الأولى للمدّعي والمنكر ، وإلا فلا مانع من سماع البينة للمنكر أيضاً ، قال : «وأيضاً : يمكن أن يقال : القدر المعلوم من الخبر أنه لا يلزم المنكر بالبينة وإنما يلزم باليمين ، لا أنه لا تقبل منه البينة»^(١) .

فإنه - وإن سبقه إلى ذلك صاحب (الجواهر) حيث تنظر في دلالته على القول الأول ، مع قطع النظر عن خبر منصور ، قائلاً : «ضرورة عدم دلالته على أزيد من استحقاق المدعي على المنكر اليمين دون البينة بخلاف المنكر فإن له على المدّعي البينة ...»^(٢) - خلاف ظاهر الخبر ، لا سيما مع النظر إلى خبر منصور ، ولأن التفصيل قاطع للشركة ، فلا تكون البينة حجة من كليهما ولا اليمين ، ولكن الأولى هو النظر في نصوص هذه الأخبار ، فلا بأس بنقل بعضها :

١ - عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «في كتاب علي عليه السلام : أن نبياً من الأنبياء شكاً إلى ربّه فقال : يا رب كيف أقضي فيما لم أر ولم أشهد ؟

قال : فأوحى الله إليه : أحكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلفهم [تحلفهم] به وقال : هذا لمن لم تقم له بينة»^(٣) .

٢ - عن أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «في

(١) العروة الوثقى ٣ : ١٥٢ - ١٥٤ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤١٥ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢٩ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١ .

كتاب علي عليه السلام أن نبياً من الأنبياء ...»^(١).

٣- عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام : « أن نبياً من الأنبياء شكاً إلى ربّه ...»^(٢).

٤- عن ضمرة بن أبي ضمرة عن أبيه عن جده قال قال أمير المؤمنين عليه السلام أحكام المسلمين على ثلاثة : شهادة عادلة ، أو يمين قاطعة ، أو سنة ماضية من أئمة الهدى^(٣).

٥- عن هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إنما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان ، وبعضكم ألحن بحجته من بعض ...»^(٤).

٦- عن جميل وهشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : البيّنة على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه»^(٥).

٧- عن بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام : قال « سألته عن القسامة . فقال : الحقوق كلّها البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه إلا في الدم خاصة . الحديث»^(٦).

٨- عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن الله حكم في

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢٩/١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢٩/١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣١/٦ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٢/٣ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢ .

(٥) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٤/١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢ .

(٦) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٤/٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٣ .

دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم ، حكم في أموالكم أن البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعي عليه ، وحكم في دمائكم أن البيّنة على من ادّعى عليه واليمين على من ادّعى ، لئلا يطلّ دم امرئ مسلم»^(١).

أقول : والإنصاف ظهور الأخبار الأربعة الثانية في أن ميزان القضاء في مقام المرافعة كون البيّنة على المدّعي ، وكون اليمين على من أنكر ، وأنه لم تجعل البيّنة على المدّعي عليه في الشرع في مورد إلا لحكمة مخصوصة بذلك المورد^(٢).

واستدلّ صاحب (الجواهر) لسماع بيّنة المدّعي عليه بعموم ما دلّ على حجّية شهادة العدلين كتاباً وسنّة .

قلت : وأيضاً : يمكن الاستدلال له بالسيرة ، فإنها قائمة على قبول خبر العدل الواحد فضلاً عن العدلين ، لكن ردع الشارع عن قبول خبر العدل الواحد في الموضوعات .

لكن المرسلة المنجبرة وخبر منصور يختصان العام ، ويصلحان للردع عن السيرة في هذا المقام ...

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٥/٦ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٣ .

(٢) أقول : وخير دليل على القول الأول خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « قلت للشيخ عليه السلام : خبرني عن الرجل يدّعي قبل الرجل الحق فلم تكن له بيّنة بما له ، قال : فيمين المدّعي عليه ، فإن حلف فلاحق له ، وإن ردّ اليمين على المدّعي فلم يحلف فلاحق له (وإن لم يحلف فعليه) وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيّنة فعلى المدّعي اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان وأن حقه لعليه ، فإن حلف وإلا فلاحق له ، لأننا لا ندري لعلمه قد أوفاه بيّنة لا نعلم موضعها أو غير بيّنة قبل الموت ، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البيّنة ، فإن ادّعى بلا بيّنة فلاحق له ، لأن المدّعي عليه ليس بحمي ، ولو كان حياً للزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه ، فمن ثم لم يثبت الحق » وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٦/١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٤ . وهو خبر قد اعتمد عليه صاحب الجواهر نفسه في المباحث السابقة ..

واستدل السيد في (العروة) بأخبار خاصة وبخبر فذك حيث قال : « وإشعار خبر فذك ، فإن أمير المؤمنين عليه السلام أنكر على أبي بكر في طلبه البيّنة منه في الدعوى عليه ، مع أنه لا يطلب من غيره إذا ادّعى هو على ذلك الغير ، فحاصل إنكاره عليه السلام أنه لم فرق بينه عليه السلام وبين الناس في طلب البيّنة ، ولو كان لا يقبل من المدّعى عليه البيّنة لكان أولى بالإنكار عليه في مقام المجادلة »^(١) . قلت : أما بعض الأخبار الخاصة التي أشار إليها فيكفي في وهنها إعراض المشهور عنها ، وأما دعواه إشعار خبر فذك بما ذهب إليه ، ففيها : إن التمسك به لعدم حجية بيّنة المدّعى عليه أولى ، لأن دلالة على ذلك أوضح مما قاله ، فقد ورد في ذلك الخبر :

« إن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبي بكر : أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين ؟ قال : لا ، قال : فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادّعت أنا فيه من تسأل البيّنة ؟ قال : إياك كنت أسأل البيّنة على ما تدّعيه على المسلمين . قال : إذا كان في يدي شيء فادّعي به المسلمون تسألني البيّنة على ما في يدي وقد ملكت في حياة رسول الله غوبعده ، ولم تسأل المؤمنين البيّنة على ما ادّعوا عليّ كما سألتني البيّنة على ما ادّعت عليهم ط وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر »^(٢) .

وهو ظاهر بل صريح في أنه لا يطلب البيّنة من ذي اليد ولا يحكم على طبقها إذا أقامها .

(١) العروة الوثقى ٣ : ١٥٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٣ / ٣ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٥ .

على أنه لم يعهد أن يسأل الحاكم - بعد إقامة المدّعي بيّته - المدّعي عليه هل عنده بينة على الإنكار أولاً ... وأيضاً ، فقد تقدم في المباحث السابقة الخبر^(١) الدالّ على أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يرسل من يسأل عن حال الشاهدين إذا لم يعرفهما ويوقف الحكم في القضية حتى يرجع رسوله ، فإذا رجع وظهر عدالة الشاهدين حكم . ولم يتضمن هذا الخبر سؤاله صلى الله عليه وآله وسلم من المدّعي عليه في تلك الاثناء أو بعد رجوع الرسول عن وجود البينة عنده على جرح الشاهدين أو إنكار دعوى المدعي ...

ومن هنا كان القضاء للمدعي - بعد إقامة البينة الجامعة للشرائط - أمراً مسلماً بين المسلمين .

وكيف كان ، فقد قال المحقق في هذا القسم : « وفيه قول آخر ذكره في الخلاف بعيد » .

وهذا القول هو : تقديم بينة الداخل على بيّته الخارج ، قال : المحقق : وهو بعيد ، وفي (الجواهر) : بل لم نتحققه قولاً له^(٢) .

وفي المسألة أقوال أخرى : فقد فصل بعضهم فقال بعدم حجية بينة المنكر مع القول بصلاحيّتها للمعارضة مع بيّته المدعي ، وبعبارة أخرى : المستفاد من أدلّة القضاء هو عدم القضاء ببيّته المدّعي عليه ، ولكن لا تدل على عدم صلاحيتها للمعارضة مع بينة المدعي وإسقاطها عن الحجية ، فإذا سقطتا يقضى بالعين للحالف .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٩ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٦ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤١٧ .

أقول : وحاصل هذا القول : عدم القضاء ببينة المدعي مع وجود بينة المدعى عليه أو احتمال وجودها .

لكن يردّه : أنه إذا كان كذلك ، فلماذا كان ديدن المسلمين على خلاف ذلك ، وهو القضاء للمدعي بمجرد إقامة البينة ، من غير سؤال من المدعى عليه عن وجود البينة عنده وعدم وجودها ، كما هو شأن الفقيه في مقام الإفتاء حيث يفتي على طبق الخبر بعد الفحص واليأس عما يعارضه .

وأما القول بتقديم البينة المشتملة على ذكر السبب منها ، فلا دليل عليه في الأخبار ، كالقول بالتقديم بالأعدلية ، وأما تقديم الأكثر عدداً منها ، فقد يدل بعض الأخبار عليه .

لكن المختار هو القول الأول ، وهو الأخذ ببينة الخارج ، تبعاً للمشهور ، والله العالم .

هذا كله لو شهدتا بالملك المطلق . كـ: *مختار من روى*

صور الشهادة المشتملة على السبب

وأما لو اشتملت الشهادة على ذكر السبب ، فهنا ثلاث صور :

فالأولى : شهادتهما معاً بالسبب ، قال المحقق قدس سرّه :

«ولو شهدتا بالسبب قيل : يقضى لصاحب اليد ، لقضاء علي عليه السلام

وقيل : يقضى للخارج ، لأنه لا بينة على ذي اليد كما لا يمين على المدعي ، عملاً

بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : واليمين على من أنكر ، والتفصيل قاطع للشركة

وهو أولى»^(١) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

١ - شهادتهما معاً بالسبب :

أقول : ففي هذه الصورة قولان ، نسب أوّلهما إلى الشيخ ، والثاني إلى المشهور ، وقد أشار المحقق قدّس سرّه إلى دليل كلّ منهما .
فدليل القول الأول :

ما رواه إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام «إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما ، وأقام كلّ واحد منهما البيّنة أنها نتجت عنده ، فأحلفهما علي عليه السلام ، فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف ، فقضى بها للحالف ، فقليل : فلو لم يكن في يد واحد منهما وأقاما البيّنة قال : أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف ، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين ، قليل : فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً بيّنة ، قال : أقضي بها للحالف الذي هي في يده»^(١).

ومحل الاستدلال : «فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً بيّنة ...» .

وهل معنى ذلك أن بيّنة ذي اليد مقدّمة على بيّنة الخارج ، أو أنه حينئذ يكون في الحقيقة من تكاذب البيّنتين فيتساقطان ، ويقضى لصاحب اليد بعد حلفه لأنه مدعى عليه ولا يمين على المدعي ؟ وجهان مبيان على شمول أدلة حجية البيّنة لصورة التكاذب وعدمه .

والأظهر هو الوجه الثاني ، من جهة إيجاب الإمام عليه السلام الحلف أيضاً ، فإنه لو كانت بيّنة ذي اليد حجة متقدمة على بيّنة المدعي فلا حاجة إلى الحلف ، فلزوم الحلف كاشف عن عدم حجية بيّنة المدعي عليه ، أو حجيتها بمقدار

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٠/٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

صلاحيتها للمعارضة مع بينة المدعي ، فيتساقطان ، فإذا تساقطتا كانت مثل صورة عدم البينة ، وعلى ذي اليد اليمين ، فإذا حلف قضي له . وهذا كله بناءً على اعتبار الخبر كما تقدّم .

ومثله ما رواه غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابة كلاهما أقاما البينة أنه أنتجها ، ففضى بها للذي هي في يده ، وقال : لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين »^(١) . وهذا أيضاً ظاهر في التساقط كسابقه .

ودليل القول الثاني :

ما رواه منصور عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت له : رجل في يده شاة ، فجاء رجل فادّعاها وأقام البينة العدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب ، وجاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب ، قال أبو عبد الله عليه السلام : حقها للمدعي ولا أقبل من الذي هي في يده بيّنة ، لأن الله عزّ وجل أمر أن تطلب البينة من المدعي ، فإن كانت له بينة وإلا فيمين الذي هو في يده ، هكذا أمر الله عزّ وجل »^(٢) .

وهذا الخبر يعارض خبر إسحاق ، بناءً على الوجه الأول ، وبقطع النظر عن السند في كليهما ، وحينئذ يرجع إلى العام كما هو القاعدة في كلّ مورد تعارض فيه دليلان خاصان ، والعام هنا هو قوله صلى الله عليه وآله وسلم « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » فإنه يدل على أنه لا تسمع بينة ذي اليد ، لاشتماله على

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٠ / ٣ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٥ / ١٤ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

التفصيل القاطع للشركة ، وهو يعم صورة ذكر السبب وعدمه مطلقاً .

فإذن ، يحكم في هذه الصورة بتقديم بيّنة الخارج ، ومن هنا قال المحقق قدّس سرّه : « وهو أولى » وهو المختار .

٢ - أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق :

الصورة الثانية : أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق ، وهذه الصورة لم يذكرها المحقق قدّس سرّه ، اعتماداً على ظهور حكمها بالأولوية القطعية ، بناءً على ما ذهب إليه في الصورة الأولى ، لأنه إذا دلّت الأدلة على تقديم بيّنة الخارج في صورة شهادة كلتا البيّنتين بالسبب ، فإنها تدل على تقديمها في صورة عدم شهادة بيّنة الداخل بالسبب بالأولوية القطعية ، كما هو واضح .

قال في (الجواهر) : « وعلى كلّ حال ، فما عن المجلسي من حمله النصوص المزبورة على التقية لشهرته بين العامة فتوى ورواية ، يدفعه ما سمعت من موافقة خبر بيّنة الخارج لأحمد بن حنبل أيضاً ، بل ملاحظة كلام العامة يقضي باضطراب أقوالهم في ذلك على وجه لا تقية في إظهار الحق فيما بينها ، خصوصاً مع نسبته إلى علي عليه السلام .

على أن المحكي عن الشيخ نسبته إلى مذهبنا ، وأنه الذي تدلّ عليه أخبارنا ، فكيف يحمل مثله على التقية »^(١) .

٣ - أن تشهد للداخل بالسبب وللخارج بالملك المطلق :

والصورة الثالثة : أن تشهد لذي اليد بالسبب وللخارج بالملك المطلق ، قال المحقق قدّس سرّه : « أما لو شهدت للمتثبت بالسبب وللخارج بالملك المطلق ،

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٢٢ .

فإنه يقضى لصاحب اليد ، سواء كان السبب مما لا يتكرر ، كالنتاج ونساجة الثوب الكتان ، أو يتكرر كالبيع والصياغة . وقيل : بل يقضى للخارج وإن شهدت بيئته بالملك المطلق عملاً بالخبر ، والأول أشبه»^(١) .

أقول : ذكر في هذه الصورة قولين ، أحدهما : تقديم بيئته الداخل ، وإليه ذهب الأكثر ، وهو الأشبه عند المحقق ، والثاني : تقديم بيئته الخارج ، وإليه ذهب جماعة . وقد استدلل للقول الأول : بخبر عبد الله بن سنان قال : «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إن رجلين اختصما في دابة إلى على عليه السلام ، فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده ، وأقام كل واحد منهما البيئته سواء في العدد ، فأقرع بينهما سهمين ، فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامة ... فخرج اسم أحدهما فقضى له بها .

وكان أيضاً إذا اختصم إليه الخصمان في جارية ، فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها ، فكانا إذا أقاما البيئته جميعاً قضى بها للذي أنتجت عنده»^(٢) .

قلت : لكن ليس في الخبر - لا في السؤال ولا في الجواب - تعرض لليد ، وأنه بيد من كانت الجارية ، إلا أن يقال بأنه عليه السلام قضى للذي أنتجت عنده من جهة كونه ذا يد ، وإلا لقضى لمن ادّعى اشترائها ، فإن ذلك مقتضى التوفيق بين الشهادتين كما تقدّم ، ولكنه مع ذلك لا يخلو من الإجمال ، إلا أن المشهور أفتوا على طبقه ، ولعلهم فهموا منه ما لم يتّضح لنا .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٥ / ١٥ ، أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

وأما دليل القول الثاني ، فقد أشار إليه المحقق بقوله « عملاً بالخبر » وهو « البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر » أي : إنه لا اعتبار لبيّنة المدّعى عليه أصلاً .

واستدل للأوّل أيضاً بعمومات حجّية الشهادة ، فتكون كلتا البيّنتين حجة ، لكن تقدم بيّنة الداخل إما من جهة اعتضاها باليد وإما من جهة تأييدها بخبر ابن سنان المزبور .

لكن القول الثاني يقول بتخصيص عمومات « البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر » لعمومات حجّية شهادة العدلين ، أي : إنه في مورد المرافعة لا تسمع بيّنة المنكر .

فإذا كان مقتضى « البيّنة على من ادّعى ... » عدم سماع بيّنة المدّعى عليه كما تقدم ، فإنه لا معنى لتقدّم بيّنة المنكر من جهة تأييدها بما ذكر ، فلو أردنا أن نقول بالقول الأوّل ، فإما يكون من جهة التعبد بخبر ابن سنان ، وقد عرفت ما فيه ، وإما من جهة التساقط ثم القضاء لذي اليد ، لكن يتوجه على المحقق حينئذ أنه إذا كان هذا هو المبني ، فلماذا قال في غير هذه الصورة بتقدّم بيّنة الخارج ؟^(١) .

الصورة الثالثة : كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع إلى المرجحات

الصورة الثالثة : من صور تعارض البيّنتين : أن تكون العين في يد ثالث ، قال المحقق قدّس سرّه : « ولو كانت في يد ثالث قضى بأرجح البيّنتين عدالة ، فإن تساويا قضى لأكثرهما شهوداً ، ومع التساوي عدداً وعدالة يقرع بينهما ، فن خرج

(١) أقول : ولعلّه من هنا قال صاحب الجواهر : ولعلّ الأولى الإستدلال له بإطلاق قول أمير المؤمنين المتقدم يعني : رواية إسحاق بن عمار التي جاء فيها : « فإن كان في يد أحدهما وأقاما جميعاً بيّنة ، قال ، أقضي بها للحالف الذي هي في يده » وقد عرفت اعتبارها عند السيد الاستاذ بالإنجبار .

اسمه أحلف وقضي له ، ولو امتنع أحلف الآخر وقضي له ، وإن نكلا قضي به بينهما بالسوية»^(١).

أقول : نسب هذا القول إلى الأشهر بل المشهور ، بل ادعي الإجماع عليه ، ولكن بالتبع لكلماتهم يظهر عدم إمكان الوثوق بما ذكر ، فقد قال بعضهم : بالقرعة ، وقيل بالترجيح بأحد الأمرين ، وقيل بكليهما ، فمنهم قال بالترتيب ومنهم من قال بدونه ... فنقول :

أما أدلة «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» فلا يمكن الرجوع إليها في هذه الصورة ، لأن كليهما ذويتة وليس لأحدهما يد على العين ، نعم ، أثر البيئتين في الثالث ، لأن العين هي في الواقع لأحدهما لكنه مجهول ، ولذا قيل هنا بالقرعة لأنها لكل أمر مشكل عملاً ببعض الأخبار ، لكن أخبار القرعة هنا تشتمل على اليمين أيضا ... وكيف كان ، فالأولى ذكر نصوص المسألة مع التأمل في مداليلها :

١ - عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل ... وذكر أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغلة ، فقامت البينة هؤلاء أنهم انتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا ، وقامت البينة هؤلاء بمثل ذلك ، فقضى عليه السلام بها لأكثرهم بينة واستحلفهم ... »^(٢).

٢ - عن داود بن سرحان « عن أبي عبد الله عليه السلام : في شاهدين شهدا على أمر واحد ، وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا عليه «شهد الأولان» واختلفوا. قال : يقرع بينهم فأئيم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالقضاء »^(٣).

(١) شرائع الاسلام ٤ : ١١٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٩ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥١ / ٦ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

٣ - عن الحلبي قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمر، وجاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا، قال: يقرع بينهم فأيتهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق»^(١).

٤ - عن سماعة قال: «إن رجلين اختصما إلى علي عليه السلام في دابة، فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده، وأقام كل واحد منهما بيّنة سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامة ثم قال: اللهم رب السماوات السبع ورب الأرضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم. أيهما كان صاحب الدابة وهو أولى بها، فأسألك أن يقرع ويخرج سهمه. فخرج سهم أحدهما فقضى له بها»^(٢).

٥ - عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابة، وكلاهما أقاما البيّنة أنه انتجها، فقضى بها للذي في يده وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين»^(٣).

٦ - عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما، وأقام كل واحد منهما البيّنة أنها نتجت عنده، فأحلفها عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف، فقضى بها للحالف. ف قيل له: فلو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما البيّنة؟ فقال: أحلفها، فأيتهم حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين. قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيّنة؟ قال: أقضي بها للحالف الذي

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٤/١١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٠/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

هي في يده»^(١).

٧ - عن داود بن أبي يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل كانت له امرأة، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأة امرأة فلان، وجاء آخرون فشهدوا أنها امرأة فلان، فاعتدل الشهود وعدلوا، فقال: يقرع بينهم، فن خرج سهمه فهو الحق وهو أولى بها»^(٢).

٨ - عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان علي عليه السلام إذا أتاه رجلان «يختصمان» بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين وكان يقول: اللهم ربّ السماوات السبع «وربّ الأرضين السبع» أيهم كان له الحق فأدّه إليه، ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين إذا حلف»^(٣).

٩ - عن عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن رجلين اختصما في دابة إلى علي عليه السلام، فزعم كلّ واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده، وأقام كلّ واحد منهما البيّنة سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلم السهمين كلّ واحد منهما بعلامة ثم قال: اللهم ربّ السماوات السبع وربّ الأرضين السبع وربّ العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، أيهما كان صاحب الدابة وهو أولى بها، فأسألك أن يقرع ويخرج اسمه. فخرج اسم أحدهم ففضى له بها»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٠/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٢/٨. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

هذه هي نصوص المسألة ، وهي مختلفة ، ولقد اختلفت بتبعها أقوال الأصحاب فيها :

فبين من اقتصر على اعتبار الأعدلية خاصة ، كالمفيد ، ومن اقتصر على اعتبار الأكثرية كذلك ، كالإسكافي والصدوقين ، نعم ، ذكرنا قبل اعتبارها أن أحق المدعين من عدل شاهداه ، فإن استوى الشهود في العدالة فأكثرهما شهوداً ، وهو ليس نصّاً في اعتبار الأعدلية .

وبين من اقتصر على اعتبارها خاصة ولم يذكر الترتيب بينها ولا القرعة بعدها ، كالشيخ في موضع من (الخلاف) قائلاً إنه الظاهر من مذهب الأصحاب ، وبين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقاً ، من دون بيان له ولا ذكر قرعة ، كالديلمي والشيخ في موضع من (الخلاف) ، لكنه ذكر القرعة بعد العجز عن الترجيح مدعياً عليه إجماع الإمامية .

وبين من فصل بعين ما في العبارة ، لكن مقدماً للأكثرية على الأعدلية ، كالحلي في (السرائر) وعزاه إلى ظاهر الأصحاب مشعراً بدعوى الإجماع عليه . وبين من اقتصر على القرعة خاصة ، كالعماني .

النظر في أخبار الترجيح وطريق الجمع بينها :

فنقول : إن هذه النصوص على طوائف :

الاولى : ما يدل على التنصيف ، كخبر غياث بن إبراهيم ، والحكم بالتنصيف قد يكون من جهة تساقط البيّنتين ، فتكون مثل صورة دعوى المدعين بلا بينة ، والدليل على التنصيف هو ما ذكر هناك .

لا يقال : التنصيف يوجب العلم بالخلاف .

لأننا نقول : فرق بين الوصول إلى الواقع والعثور عليه ، وبين الحكم الفاصل للخصومة ، والحكم بالتنصيف هو طريق لفصل الخصومة .

وقد يكون من جهة العلم بكلتا البيئتين بعنوان فصل الخصومة ، فإنه وإن شهدت كل واحدة بكل المال ، إلا أنه يؤخذ بنصف مدلول كل واحدة منهما ، ويجمع بينهما ويحكم بالتنصيف لفصل الخصومة ، نظير الجمع بين الروايات .

الطائفة الثانية :

ما يدل على التنصيف بعد اليمين ، كخبر إسحاق بن عمار ، وعلى هذه تحمل الطائفة الأولى الساكتة عن لزوم الحلف ، فيكون وجه الجمع هو التنصيف بعد الحلف .

الطائفة الثالثة :

ما يدل على القرعة ، فمن خرج اسمه كان الحق له ، كخبر داود بن أبي يزيد العطار ، فإنه يدل على أن طريق الحكم هو القرعة بلا تحليف فيما إذا كانت المرأة بيد ثالث بالأولوية ، وكخبر سماعة ، وخبر عبد الله بن سنان .

وهذه الاخبار وإن كانت ظاهرة في تمامية الحكم بالقرعة وبلا يمين ، إلا أنها قضية في واقعة ، ويمكن أن تحمل على الطائفة الدالة على أن الإقتراع هو لتعيين من عليه الحلف وهي :

الطائفة الرابعة :

كخبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصري ، وخبر الحلبي ، فيكون طريق الجمع بين هاتين الطائفتين هو القرعة لتعيين من عليه الحلف ، وحينئذ ، يكون الحكم باليمين عملاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إنما أقضي بينكم بالبيئات والأيمان » .

ويحصل مما ذكرنا : إن قاعدة فصل الخصومة هو الامور الثلاثة الآتية :
البينة واليمين ، ثم التنصيف وذلك في صورة فقدانها للبينة أو وجدانها لها ثم حلف
كليهما أو نكولها معاً ، ويكون التنصيف فيما إذا كان مورد النزاع قابلاً له ، وإلا فلا
سبيل إلا القرعة .

وأما القول بالترجيح لاحدى البينتين على الاخرى بالأكثرية عدالة أو
عدداً ، مع الالتزام بالترتيب أو عدمه ، فلم نجد له دليلاً في الأخبار ، إلا خبر أبي
بصير الذي قضى فيه لأكثرهم بينة واستحلفهم ، وكيف كان ، فلا مناص من أن
يحمل الترجيح على توجه اليمين على من كانت بينته راجحة على بينة الآخر لهذه
الجهة أو تلك ، فالفاصل للخصومة هو اليمين ، تحكياً للقاعدة الكلية في باب
القضاء ، لأننا علمنا من خبر أبي بصير أن معنى مرجحية الأكثرية هو توجه اليمين
على صاحب تلك البينة ، فكذلك الكلام في صاحب البينة الأكثر عدالة .
وقد يستأنس لذلك بتقديم الإمام عليه السلام الأكثر عدداً ، أي سواء كانت
الاخرى أعدل أو لا .

ولو وقع التعارض في مورد بين التنصيف والقرعة ، تقدمت أدلة القرعة ، فمن
خرج اسمه حلف وقضى له .

هذا هو طريق الجمع بين هذه الأخبار في هذه الصورة .

قال المحقق قدس سره :

« وقال في المبسوط يقضى بالقرعة إن شهدتا بالملك المطلق ، ويقسم بينهما إن
شهدتا بالملك المقيد ، وإن اختصت إحداها بالتقييد قضى بها دون الاخرى .
والأول أنسب بالمنقول »^(١) .

وقد ضَعَفَ في (الجواهر) ما عن المبسوط قال : وإن قيل في توجيهه : إنه جمع بين ما دلّ على القرعة وخبري تميم بن طرفة وغيث المتقدمين سابقاً بالتفصيل المزبور .

لكن فيه : إن المفروض في خبري سماعة وابن سنان من أخبار القرعة المقيدتين كما أن فيها المطلق أيضاً ، وفي أخبار التنصيف المقيدتين كخبر غياث والمطلقتين كخبر تميم بن طرفة ، فليس في ما ذكره جمع بين النصوص ، بل في خبر إسحاق ما هو خارج عن الجميع وهو تحليفهما معاً ، فأيهما حلف ونكل الآخر كانت للحالف ، فإن حلفا جميعاً كانت بينهما نصفين ، ولم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبي علي ^(١) .



حكم ما لو أقرّ الثالث لأحدهما :

قال العلامة قدّس سرّه في (القواعد) : « ولو أقرّ الثالث بالعين لأحدهما ، فالوجه أنه كاليد » ^(٢) .

قال كاشف اللثام : « تقدّم على قيام البينتين أو تأخر ، لقيام المعنى القائم في اليد فيه ، وجزم به في المقصد السابع . ويحتمل العدم بعد إقامة البينتين ، لكشفهما عن أن يد المقرّ مستحقة للإزالة ، بإقراره كإقرار الأجنبي » ^(٣) .

وفي (الجواهر) : « بل قد يشكل - إن لم يكن إجماع - اندراج ذلك قبل إقامة البينتين فضلاً عما بعده فيما دلّ على حكم ذي اليد بالنسبة إلى الدخول والخروج ،

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٢٩ - ٤٣٠ .

(٢) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٨ .

(٣) كشف اللثام عن قواعد الأحكام ١٠ : ٢٥٢ .

ولعلّه لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين إقرار الثالث وعدمه فتأمل جيّداً»^(١).

قلت: إنّما يتّجه احتمال العدم فيما إذا لم يكن الثالث وكيلاً للمقرّ له ، لأنّ البيّنة قامت على عدم كونه مالكاً للعين ، ولم تنف وكالته ولم تسقط يده عن الاعتبار ، فلو أقرّ بكونها له وادّعى وكالته عنه ، كانت يده يد المقرّ له وترتب الأثر على إقراره .

الصورة الرابعة : كون العين لا في يد أحد

الصورة الرابعة : أن لا تكون العين في يد أحد ، والظاهر أن حكم هذه الصورة حكم ما إذا كانت في يد ثالث ، فما ذكرناه هناك آت هنا .



مورد تحقق التعارض

قال المحقق قدّس سرّه : «ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين»^(٢).

أقول : لا خلاف ولا إشكال في ذلك ، لأنّ المرأتين تقومان مقام الرجل الواحد في الشهادة ، فتصدق البيّنة على الشاهد والمرأتين كما تصدق على الشاهدين .

قال : «ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين ، وربما قال الشيخ نادراً : يتعارضان ويقرع بينهما»^(٣).

أقول : علّل في (الجواهر) ما ذهب إليه المشهور بعدم صدق اسم البيّنة على

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٣٢ .

(٢ و ٣) شرائع الإسلام ٤ : ١١١ .

الشاهد واليمين^(١)، وفي (المسالك) بأن الشاهد لا يستقل بالحجية، واليمين معه وإن أوجبت ثبوت المال إلا أنه حجة ضعيفة، ومن ثم اختلف في ثبوته بها، وبأن الذي يحلف مع شاهد يصدق نفسه والذي يقيم شاهدين يصدقه غيره، فهو أقوى جانباً وأبعد عن التهمة، وبهذا صرح الشيخ في المبسوط في فصل الدعاوى والبيّنات، وفي الخلاف أيضاً^(٢).

وقد ذكر المحقق الآشتياني وجوهاً لكنها استحسانية.

قلت: وربما يشكل على تعليل (المسالك) بأنه مع الحجية لا يبقى أثر للضعف والقوة، بل يتحقق التعارض.

والتحقيق أن يقال: إنه إن صدق اسم البينة على الشاهد واليمين، فلا كلام في قدرته على المقاومة مع الشاهدين وتحقق التعارض، لكن المراد من «البينة» في نصوص كتاب القضاء هو اصطلاح خاص، ومقتضى التقابل بين البينة واليمين في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان» مغايرة البينة لليمين وإن كانت مع شاهد، فالحق عدم صدق اسم البينة وعدم تحقق التعارض بينهما.

فإن قيل: التعارض هو بين الحجّتين لا بين البيّنتين، حتى يقال ليس الشاهد واليمين بينة.

قلنا: مقتضى النظر في النصوص الواردة في علاج تعارض البيّنتين هو أن المراد البينة بما هي لا بما هي حجة، فلا وجه للتعدي عن موردها.

(١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٣.

(٢) مسالك الأفهام ١٤: ٨٩.

وبما ذكرنا يظهر الجواب عما استدل به الشيخ قدّس سرّه في فصل الرجوع عن الشهادة من (المبسوط) على ما نسب إليه المحقق من القول بالتعارض والقرعة، وإنما قال «وربما» لعدم صراحة كلام الشيخ، ولذا اختلف العلماء في فهم عبارته :

فعن الشهيد حكاية ذلك عنه في (الدروس) صريحاً، وعن فخر المحققين نسبة التردد إليه، وقد رجّح صاحب (المسالك) فهم الفخر بعد نقل عبارة الشيخ^(١).

(١) نص عبارة الشيخ: «إذا شهد شاهدان أنه أوصى لزيد بثلث ماله، وشهد شاهد واحد أنه أوصى بثلث ماله لعمرو، وقال عمرو: أحلف مع شاهدي ليكون الثلث بينهما، فهل يزاحم الشاهدين بشاهد ويمين أم لا؟ قال قوم: يحلف ويزاحم ويساويه، لأن الشاهد واليمين في الأموال بمنزلة الشاهدين. وقال آخرون: لا يساويه، لأن الشاهد واليمين أضعف من شاهدين، لأن الشاهد وحده لا يقوم بنفسه حتى يضم إليه غيره، والشاهدان قائمان بأنفسهما فلا يعارضهما به. فن قال لا يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حلف عمرو مع شاهده، وكان الثلث بينهما نصفين، وعلى مذهبننا يقرع بينهما إذا عدم التاريخ، فإن خرج اسم صاحب الشاهدين أعطي الثلث، وإن خرج اسم صاحب الشاهد الواحد حلف معه وأخذ الثلث» المبسوط ٨ / ٢٥٣ - ٢٥٤.

فالمحقق نسب إليه القول بالتعارض والقرعة لكن مع كلمة «ربما»، لأن كلامه ليس صريحاً، والشهيد نسب إليه القول بذلك صريحاً، وقد فهم هذا من قوله «وعلى مذهبنا يقرع...» والمحكي عن فخر المحققين (إيضاح الفوائد ٤: ٤٠٩) نسبة التردد إليه لاقتصاره على نقل قولي العامة في ذلك، واستحسنه الشهيد الثاني في المسالك (مسالك الأفهام ١٤: ٩٠) قائلاً: «والذي يظهر أن هذا ليس حكماً بالتعارض، لأن القولين اللذين حكاهما عن المخالفين كما هي عادته، ومذهبهم أن الوصية المعينة كالثلث مثلاً لاثنين متعارضين يوجب قسمته بينهما على سبيل العول. ومذهبنا: إن الثاني يكون رجوعاً عن الأول إن علم الترتيب، وإن اشتبه أقرع، وهذا المذكور على إطلاقه من مواضع الاشتباه، فلما ذكر حكم الوصية على القولين على مذهب المخالف، وكان مذهبنا يخالف القول الأول على تقدير تقدير الشاهدين، ذكر ما يوافق مذهبنا على تقديره التعارض لئلا يوهم أن مذهبنا على تقدير التعارض، ولئلا يوهم أن مذهبنا على

وكيف كان ، فلا ريب في ضعفه .

قال المحقق قدّس سرّه : « ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين ، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين دون الشاهد واليمين » .
أقول : فالحاصل عدم صدق « البينة » على الشاهد الواحد مع اليمين ، وحينئذ لا يقع التعارض بينه وبين البينة مطلقاً ، بل يقضى بما قامت عليه البينة ولا يلتفت إلى الشاهد واليمين .

الحكم بالقسمة يختص بمورد إمكانه

قال المحقق : « وكلّ موضع قضينا فيه بالقسمة ، فإنما هو في موضع يمكن فرضها كالأموال دون ما يمتنع ، كما إذا تداعى رجلان زوجة »^(١) .
أقول : قد ذكرنا سابقاً : أن فصل الخصومة بالتنصيف يكون في كلّ مورد أمكن فيه ذلك ، قال في (المسالك) إن العبارة توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمة لكنه تجوز بها في إمكان الشركة ، ولو عبّر بها كان أولى^(٢) . ومن هنا قال في

→ تقديره يوجب اشتراكها في الموصى به ، وهذا ليس حكماً بترجيح القول بالتعارض بل هو باق على ترده حيث اقتصر على مجرد نقلها ، وإنما فرع ما يناسب القول الثاني من مذهبنا ، فنقل الشيخ فخر الدين عنه التردد أقعد . وقول المصنف : وربما قال الشيخ ... يدل على احتماله للأمرين ، وكذلك فعل العلامة في القواعد نقلاً عن الشيخ .

قلت : إن الشيخ قدّس سرّه قد وضع المبسوط للدلالة على كثرة الفروع في فقهننا ، وأنه ما من فرع ذكره العامة إلا وهو موجود في أخبارنا ومنصوص عليه تصريحاً أو تلويحاً من أئمتنا ، فالقول بأن عاداته الحكاية عن المخالفين كما في المسالك ، أو إنه اقتصر هنا على نقل قول العامة كما في الجواهر عن الفخر ، يخالف الغرض الذي وضع لأجله المبسوط ، فليتأمل .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ٩٢ .

(الجواهر) مازجاً بالمتن : في موضع يمكن فرضها بإمكان الاشتراك فيه وإن لم يقسم فعلاً كالعبد والأمة ، دون ما يمتنع لامتناع الشركة فيه^(١) .

وكيف كان ، فقد ذكرنا سابقاً أنه في كل موضع لم يمكن التنصيف - كما إذا كان مورد التداعي هو الزوجة - فالحكم هو القرعة ، ويدل عليه مرسل داود بن أبي يزيد العطار عن الصادق عليه السلام : « في رجل كانت له امرأة ، فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأة امرأة فلان ، وجاء آخرون فشهدوا أنها امرأة فلان ، فاعتدل الشهود وعدلوا ، قال : يقرع بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولى بها »^(٢) وعمل الأصحاب به جابر لضعفه .

ولم يذكر الإمام عليه السلام فيه اليمين ، فيقتد - كما تقدم - بما دلّ على أن من خرج اسمه بالقرعة فعليه اليمين ، مثل خبر الحلبي الذي يعمّ الأموال وغيرها .
لكن في (المسالك) إنه لا فائدة في الإحلاف بعد القرعة ، لأن فائدته القضاء للآخر مع نكوله ، وهو منفي هنا^(٣) .

وأجاب في (الجواهر) بقوله : « وفيه : إنه لا مانع منه ، وإنما المنفي التنصيف بينهما على تقدير النكول منها ، بل يتجه فيه انتفاؤها عنها ، نعم ، لا تعرض في الخبر لليمين ، ولا ينافي إطلاق ثبوتها في غيره ، خصوصاً بعد ما عرفت أن القرعة لإثبات الرجحان الذي يتبعه اليمين على حسب الترجيح بالأعدلية والأكثرية ، ... »^(٤) .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٣٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٢ / ٨ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ٩٢ .

(٤) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٣٣ .

قلت : وما ذكره تام إلا قوله : « بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما » الظاهر في أنه مع نكولهما عن اليمين يتجه نفي كونها زوجة لهما ، فإننا نقول بأن مقتضى البينتين تحقق العلم الإجمالي بكونها لأحدهما ، وإن لم يحصل العلم الإجمالي بكونها بينهما ، فلا ريب في إفادتهما نفي كونها لثالث ، فلا يجوز تزويجها من ثالث ، فلا مناص حينئذ - أي في صورة نكولهما - عن القرعة مرة ثانية ، فيكون من خرج اسمه أولى بها بلا يمين .

قال في (الجواهر) : « ومما ذكرنا يظهر لك النظر في كلام الفاضل حيث قال : « فصل : في أسباب الترجيح لحجة على أخرى ، وهي ثلاثة : الأول : قوة الحجة كالشاهدين ، والشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين ، ولو اقترنت اليد بالحجة الضعيفة احتمل تقديمها والتعادل » (١) . ووجه النظر هو ما عرفت من عدم اندراج الشاهد واليمين تحت النصوص ، فلا يتحقق التعارض ، والترجيح فرع التعارض كما هو واضح .

هل اليد من المرجحات ؟

ثم ذكر العلامة السبب الثاني من أسباب ترجيح إحدى البينتين على الأخرى بقوله : « الثاني : اليد ، فتقدم بينة الداخل على الخارج على رأي ، والأقوى العكس » .

أي : فتكون اليد سبباً لتقدم بينة الداخل على بينة الخارج ، على رأي بعض الأصحاب القائلين بحجية بينة ذي اليد ، واختار قدس سره العكس ، وهو تقديم

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٣٣ .

بينة الخارج فلا تكون اليد مرجحة ، لما تقدم من عدم حجية بينة ذي اليد ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم «البينة على المدعي واليمين على أنكر» فلا تسمع بيّنته حتى تكون يده مرجحة لها .

ثم ذكر قدّس سرّه هنا فروعاً ، فقال :

«إلا أن يقيمها بعد بينة الخارج على إشكال ، فلو ادّعى عيناً في يد غيره فأقام بينة فأخذها منه ، ثم أقام الذي كانت في يده أنها له ، نقض الحكم وأعيدت إليه على إشكال»^(١) .

قال كاشف اللثام : «من انقلاب الداخل خارجاً ، والعكس بإقامة الخارج البينة بالحكم فيها ، وهو اختيار الشيخ ، ولكن بناء على تقديم بينة الداخل لانكشاف بيّنته لذي اليد . ومن اتحاد الدعوى ، فلا يختلف الحال بتأخير إقامة البينة وتقدمها ، واليد الطارية لإقامة البينة لا دلالة لها على شيء ، وهو الأقوى»^(٢) .

وتبعه صاحب (الجواهر) حيث قال : «وفيه أيضاً ما لا يخفى ، ضرورة اقتضاء ذلك التسلسل المنافي لحكمة القضاء الذي هو الفصل بين المتخاصمين ، والفرض أنها دعوى واحدة ، فالمتّجه عدم سماعها مطلقاً»^(٣) .

لكن في (كشف اللثام) : «نعم ، لو رافع إلى حاكم لا يعلم بالحال ، فلا إشكال في الإعادة إليه»^(٤) .

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٨ - ٤٨٩ .

(٢) كشف اللثام ١٠ : ٢٥٤ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٣٤ .

(٤) كشف اللثام ١٠ : ٢٥٥ .

ثم قال العلامة : «ولو أراد ذو اليد إقامة البيّنة قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل ، فالأقرب الجواز»^(١).

وجه القول بالجواز هو : أن التسجيل - أي إثبات ملكيته وثبته في سجلّ الدعاوى لدى المحاكم - غرض مقصود ، وربما احتاج إلى الإثبات في المستقبل ولا يمكنه لعدم حضور الشاهدين أو موتها أو غير ذلك .

وذكر شراح (القواعد) للعدم وجهين ، أحدهما : إنه لا بينة إلا على خصم ، والآخر : إن الملك ثابت له بدون البيّنة بمجرد اليد والتصرف مع انتفاء المنازع ، فلا فائدة للبيّنة ، وتحصيل الحاصل محال^(٢).

وقد أجابوا عن الوجهين : بأن التسجيل فائدة عقلائية ، ولا مانع من إقامة البيّنة مع عدم الخصومة الفعلية حيث يحتمل تحققها في المستقبل وعدم تمكنه من إثبات دعواه حينذاك بسبب من الأسباب .

قلت : والأقرب هو الجواز ، والفرع يبتني على القول بحجية بيّنة الداخل كما لا يخفى .

ثم قال العلامة : «ولو أقام بعد الدعوى لإسقاط اليمين جاز»^(٣).
أقول : وهذا أيضاً مبني على حجية بيّنة ذي اليد كما ذكرنا .
ثم قال : «ولو أقام بعد إزالة يده بيّنة الخارج وادعى ملكاً سابقاً ، ففي التقديم بسبب يده التي سبق القضاء بإزالتها إشكال»^(٤).

في (كشف اللثام) : «من سبق يده وأنه الداخل والبيّنة تشهد له بالملك

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٩ .

(٢) إيضاح الفوائد ٤ : ٤١٠ .

(٣ و ٤) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٩ .

المستند إلى ذلك الزمان . ومن كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها ، أما لو أقام البينة بعد القضاء للخارج قبل إزالة اليد فهي بينة الداخل»^(١) .

وفيه : - كما في (الجواهر) - ما لا يخفى ، من أنه ليس من الداخل على التقديرين ، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج^(٢) . نعم ، إذا كانت بينة الداخل حجة وتقدّم على بينة الخارج ، فالظاهر التقديم ، لأن بيّنته حينئذ تشهد بأن العين قد أخذت منه وأزيلت يده عنها ظلماً .

ثم قال العلامة : « وإذا قدمنا بيّنة الداخل فالأقرب أنه يحتاج إلى اليمين »^(٣) . قال في (الجواهر) : كأنه مناف لما ذكره سابقاً من إسقاطها اليمين ، اللهم إلا أن يفرق بين معارضة البينة وبين معارضة مجرد الدعوى ، فتسقط على الأول ، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثاني^(٤) .

قلت : لكن لا يبقى حينئذ أثر لليد .
ثم قال العلامة - بشرح الفاضل الهندي - : « وإذا قامت البينة على الداخل أو أقرّ فادّعى الشراء من المدعي أو ثبت الدين عليه بيّنة أو إقرار فادّعى الإبراء ، فإن كانت البينة بدعواه حاضرة سمعت قبل إزالة اليد وتوفية الدين ، وإن كانت غائبة طولب في الوقت بالتسليم ، لثبوت الاستحقاق شرعاً من غير ظهور معارض ، وليس له المطالبة بكفيل ، للأصل .

ثم إذا أقام البينة استرد ، وربما احتمل العدم والتأجيل ثلاثة أيام ، كما هو

(١) كشف اللثام ١٠ : ٢٥٥ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٣٥ .

(٣) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٩ .

(٤) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٣٥ .

حكم مدعى جرح الشهود، ولكنه واضح الضعف» .

قال : «ولو طلب الإحلاف أنه لم يبعه منه أو لم يبرء، قدم على الاستيفاء لكونه كحضور البينة»^(١) فإن حلف ذاك استوفى العين وإن نكل أُبقيت في يد هذا .
ثم قال العلامة : «ولو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه»^(٢) لكونها إنكاراً بعد الإقرار ، فإن ادّعى بعد ذلك شرائها مثلاً منه سمعت هذه الدعوى ، لعدم منافاتها لإقراره السابق ، فإن أقام البينة حكم له وإلا حلف الطرف الآخر وأُبقيت في يده .

أما لو ثبت كون العين لغيره لا باعترافه بل ببينة ذاك أو حلفه، سمعت دعواه كونها ملكاً له ، للفرق بين ثبوت الملك للآخر بالإقرار والشبوت بالحجة .

هل الشهادة يقدم الملك أولى ؟

قال المحقق قدس سرّه : «والشهادة يقدم الملك أولى من الشهادة بالحادث مثل أن تشهد احدهما بالملك في الحال والآخرى بقديمه ، أو احدهما بالقديم والآخرى بالأقدم ، فالترجيح لجانب الأقدم»^(٣) .

أقول : إذا تعارضت البيئتان في الملك، ولكن اختصت احدهما بزيادة التاريخ ، بأن قالت احدهما بأن هذه العين لزيد في الحال وقالت الآخرى هي لعمرى منذ سنة ، أو قالت تلك : هي لزيد منذ سنة ، وقالت هذه هي لعمرى منذ سنتين ، فهل زيادة التاريخ والشهادة يقدم الملك يوجب الأولوية والترجيح لبينة عمرو

(١) كشف اللثام ١٠ : ٢٥٦ .

(٢) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٩ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

أولاً؟ ذهب المحقق إلى الأول ، وجعل العلامة في (القواعد) اشتغال إحدى البيّنتين على زيادة كزيادة التاريخ من أسباب ترجيح البيّنة^(١) ، وفي (الجواهر) نسبة هذا القول إلى الشيخ وابني إدريس وحمزة ، بل في (المسالك) نسبته إلى المشهور^(٢) .

ووجه تقديم متقدمة التاريخ هو : إن تلك البيّنة تثبت الملك لعمره في وقت لا تعارضها البيّنة الأخرى فيه وهو السنة الأولى في المثال ، وإنما تعارضها فيها بعدها ، فتتساقطان في محل التعارض ويثبت الملك لعمره في السنة الأولى بلا معارض - ولهذا كان له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان - والأصل في الثابت دوامه .

قال في (الجواهر) : ولم أجد في شيء من النصوص إشارة إليه ، إلا ما في صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام : « وكان إذا اختصم إليه الخصمان في جارية ، فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها ، فكانا إذا أقاما البيّنة جميعاً قضى بها للذي أنتجت عنده »^(٣) .

أقول : « كان » ظاهر في الإستمرار ، لكن من البعيد تكرّر هذه الواقعة بحيث يصح التعبير بهذا اللفظ ، إلا أن يكون الحكم متكرراً ويقصد التمثيل بقضية الجارية . وقوله : « قضى للذي أنتجت عنده » له ظهور في كونه دايد ، فتكون الصحيحة في غير ما نحن فيه ، لأن المسألة مفروضة فيما إذا كان مورد الدعوى في يد ثالث ... وكيف كان ، فالإستناد إليها في هذا المقام محل تأمل .

فهذا هو الذي ذهب إليه المشهور .

وعن غير واحد من الأصحاب : إحتال التساوي بين البيّنتين وعدم تقدّم

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٩ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٣٧ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٥ / ١٥ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

المتقدمة التاريخ، بل احتملوا تقدّم المتأخرة، لأنها تشهد بانتقالها من زيد إلى عمرو، وتلك تشهد بكونها لزيد منذ سنتين ولا تنفي انتقالها عنه، وإذا لم تقدم لإمكان استناد شهادتها إلى اليد - وهي تحتمل الملك وغيره - فلا أقل من التساوي.

وأما إذا شهدت المتأخرة التاريخ بسبب الملك، كما لو شهدت بأن عمراً اشتراها من زيد، قدّمت على الأخرى قطعاً، خلافاً للعلامة في (التحرير) ^(١) لأنها لما صرّحت بالشراء علم أنها اطلّعت على ما لم تطلع عليه الأخرى، فإن تلك وإن شهدت بأنها ملك زيد من ابتداء سنتين مثلاً إلى الآن، لكن غايته أنها علما بكونها ملكه ولم يعلمها بمزيله في المدة.

أقول: ومقتضى قاعدة تقدّم الإثبات هو تقديم البينة المتأخرة التاريخ مطلقاً، أي سواء أطلقت أو ذكرت السبب، خلافاً للمشهور في الأول وللتحرير في الثاني. وأما ما ذكره في (الجواهر) تبعاً لكاشف اللثام من «أن هذه البينة لما لم تتعرّض لسبب الملك، أمكن استناد شهادتها إلى اليد وهي تحتمل الملك وغيره، ويمكن أن تكون الأخرى أيضاً تعلم اليد وأنها لغير الملك فلذا حكمنا بالتساوي» ^(٢) فخرج عن فرض المسألة، لأنها مفروضة فيما إذا كان الشيء في يد ثالث، وسيصرّح بذلك صاحب (الجواهر) نفسه بقوله: «هذا كلّه، مع كون المشهود عليه ليس في يد أحدهما».

وكيف كان، فلا يمكن المساعدة على ما ذهب إليه المشهور.

(١) تحرير الأحكام ٥: ١٨٨/٦٥٤٤.

(٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٨.

فإن لم تقدم المتأخرة التاريخ، تتعارضان وتتساقطان، ويكون المرجع هو الأصل، ومقتضاه كون العين لزيد.

ولو أطلقت أحدهما وأرّخت الأخرى، قيل: تساوتا، لاحتمال الإطلاق، هذا التاريخ وغيره، زائداً أو ناقصاً، فلا زيادة في أحدهما على الأخرى إلا بالتعرض للتاريخ، وهو مما لا يؤكد الملك ليتسبب الترجيح.

وفيه: إن المتّجه تقديم المطلقة مع العلم باستناد المؤرخة إلى الإستصحاب الذي قد عرفت عدم معارضته للبيئة التي تقتضي انقطاعه، أما إذا لم يعلم، فالمتّجه العمل بالإستصحاب أيضاً، اقتصاراً في تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه وهو الملك في الحال، فيبقى غيره مستصحباً.

ولو شهدت أحدهما بسبب الملك كالشراء مثلاً فقل: تقدم على المطلقة، قال في (الجواهر): وقد مرّ في خبر أبي بصير ما يؤيده في الجملة.

وفيه: كما في (الجواهر) ^(١) أيضاً إنه كما يحتمل أن يكون حكم الإمام عليه السلام فيه من جهة تقديم البيئة المقيدة على المطلقة، كذلك يحتمل أن تكون بيئة المدعي متقدمة تاريخاً، فمن هذه الجهة حكم الإمام بكونها للذي ادّعى الدار وأقام البيئة عليها، ولعلّه من هنا قال: يؤيده في الجملة.

هذا كله إذا لم تكن العين في يد أحد المتداعيين.

وأما إذا كانت في يد أحدهما، فإن كانت بيئة الداخل أسبق تاريخاً - قال في (المسالك) - فهو المقدّم لا محالة ^(٢)، وعن (الخلاف) نفي الخلاف فيه، وذلك

(١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٩.

(٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩٣.

لاجتماع مرجحين فيه ، وهما اليد وزيادة التاريخ .

لكن في (القواعد) : ولو شهدت لذي اليد بالقدم ، تعارض رجحان التقدم إن قلنا به وكون الآخر خارجاً^(١) .

قال في (كشف اللثام) : فيحتمل التساوي لاشتغال كلٍّ على مرجح ، وتقديم الخارج لعموم دليله ، وهو الأقوى ، والعكس كما في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) ونفي فيه الخلاف ، لاجتماع مرجحين فيه ولعموم دليله . ويضعف : بأن دليله إن تم نزلت بينة الخارج منزلة العدم ، ولا عبرة بينة الداخل إذا لم يكن للخارج بينة ، وبأنه على القول بترجيح بينة الخارج لا عبرة بينة الداخل أصلاً ، لأنها ليست من شأنه ، وإذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمة أو غيرها معنى^(٤) .

وفي (الجواهر) : الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بينة مسموعة ، وحينئذ يتوجه ترجيحها بالأمرين ، وتنزيل بينة الخارج منزله العدم إنما هو لمعارضة بينة الداخل ، فلا وجه للقول بأنه لا عبرة بينة الداخل إذا لم يكن للخارج بينة^(٥) ...

أقول : إنه في صورة وجود البينة للخارج دون الداخل ، فلا ريب في أنه يحكم له كما هو واضح ، وإن لم يكن له بينة حلف ذواليد ، وإن كان لكليهما بينة - والمفروض حجية بينة ذي اليد أخذاً بعموم دليل حجية البينة - فلا وجه للقول

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٩٠ .

(٢) المبسوط في فقه الامامية ٨ : ٢٨٠ .

(٣) كتاب الخلاف ٦ : ٣٤٢ ، المسألة ١٥ .

(٤) كشف اللثام ١٠ : ٢٥٩ .

(٥) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٤٠ .

بالتساقط ، بل تقدم بينة ذي اليد لوجود المرجحين المذكورين ، فما ذكره صاحب (الجواهر) هو الظاهر ، لكن المختار عندنا أن بينة الداخل غير مسموعة مطلقاً ، كما تقدم ويأتي .

وإن كانت بينة الخارج أسبق تاريخاً ، ففي (الجواهر) عن الخلاف الجزم بتقديم بينة الداخل كذلك مدّعياً عليه الإجماع والأخبار ، ولعلّه لأن البينة بقدّم الملك لم تسقط بها اليد ، كرجل ادّعى داراً في يد رجل وأقام بينة بأنها كانت له أمس لم تزل بها فكذلك هنا ، لكن في (كشف اللثام) : يقوى تقديم الخارج كما في المبسوط ، لأن بينته في الزمان المختص بها غير معارضة^(١) .

وفي (المسالك) ذكر ثلاثة أوجه :
أحدها : ترجيح اليد ، لأن البيّتين متساويتان في إثبات الملك في الحال فتتساقطان فيه ، ويبقى من أحد الطرفين اليد ومن الآخر إثبات الملك السابق ، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق ، ولهذا لا يزال بها .

والثاني : ترجيح السبق ، لأن مع إحداها ترجيحاً من جهة البينة ومع الاخرى ترجيحاً من جهة اليد ، والبينة تتقدّم على اليد ، فكذلك الترجيح من جهتها مقدّم على الترجيح من جهة اليد .

والثالث : إنها متساويتان لتعارض البيّتين^(٢) .

أقول : إن كان للداخل بينة وهي مسموعة ، فعلى هذا المبنى تتقدّم بينته في هذه الصورة كالصورة السابقة ، وأما على المختار من أنه لا بينة للداخل ، لكون قوله

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٤٠ .

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ٩٣ .

صلى الله عليه وآله وسلم : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » مخصّصاً لعموم أدلة الشهادة ، فلا ريب في تقدّم بينة الخارج ، لأن بينة ذي اليد غير مسموعة ، ويده لا تصلح لمعارضة بينة الخارج .

هذا ، وفي (المسالك) : إعلم أن إطلاق عبارة المصنّف يقتضي عدم اشتراط إضافة البينة بالملك القديم والتعرض لذلك في الحال ، وهو أحد الوجهين في المسألة ، لأن الملك إذا ثبت سابقاً فالأصل فيه الدوام والإستمرار ، فلا يفتقر إلى التصريح باستمراره .

والثاني - وهو المشهور - : إن الشهادة بالملك القديم لا تسمع حتى يقول : وهو في ملكه في الحال ، ولا أعلم له مزيلاً ، حتى لو قال : لا أدري زال أم لا ، لم يقبل ، لأن ثبوت الملك سابقاً إن اقتضى بقاءه فيد المدعى عليه وتصرفه يدل على الانتقال إليه ، فلا يحصل ظن الملك في الحال ، ولأن دعوى الملك السابق لا تسمع فذلك البينة عليه ، وعللوا عدم قبول الشهادة مع قوله لا أدري زال أم لا - مع أن مؤدّاها قريب من قوله لا أعلم له مزيلاً - : بأن الأولى تقتضي تردداً وريبة ، فهي بعيدة عن أداء الشهادة^(١) ..

وفيه نظر : لأن الجزم الواقع في الشهادة بالصيغتين الأوليين إنما استند إلى استصحاب الملك وظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافي ، وإلا فالتعبير بالاستمرار لا يتفق ، لأن الأسباب الموجبة لانتقال الملك عن المشهود له لا يمكن القطع بعدمها وإن صحبه الشاهد ليلاً ونهاراً ، فإن منها ما يمكن وقوعه سرّاً بنفسه مع نفسه ، والإستناد إلى الإستصحاب وظن الاستمرار يتأدى بقوله : لا أدري زال أم لا كما

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ٩٣ - ٩٤ .

يتأدّي بقوله : وهو ملكه في الحال ، لأنه إذا لم يدر هل زال أم لا ، جاز له استصحاب البقاء والحكم به في الحال ، وكون الصيغة بعيدة عن أداء الشهادة في حيز المنع .
ومن ثم ذهب بعضهم إلى عدم اشتراط الضميمة ، مع أن الشهادة بالملك السابق لا ينافي العلم بتجدّد انتقاله عنه ، فع إضافته ما ينافي العلم بالانتقال أولى .
والحق : إن إطلاق الشهادة بالملك القديم لا يسمع ، لعدم التنافي بين كونه ملكاً له بالأمس مع تجدّد انتقاله عنه اليوم وإن كان الشاهد يعلم بذلك ، بل لا بدّ من إضافة ما يفيد عدم علمه بتجدّد الانتقال ، وذلك يتحقق بهذه الصيغة وإن كان الاقتصار على ما لا يشتمل على التردّد أولى .

حكم الاستناد إلى الاستصحاب في الحكم والشهادة :

أقول : هنا فروع متعددة :
فنها : إنه هل للحاكم أن يحكم بالاستناد إلى الاستصحاب ، كما إذا علم بكون العين لزيد سابقاً ثم لما ادّعاها عمر يشك فيستصحب بقائها على ملك زيد ؟
إن قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصحابه ، لأن استصحابه يقوم مقام علمه .

ومنها : إنه هل للشاهد أن يشهد مستنداً إلى الاستصحاب ؟ وإذا جاز ذلك ، فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لا مدرك لشهادته إلا الاستصحاب ، أو مع تصريح الشاهد باستناده إلى الاستصحاب ، أو تصريحه بالجهل بالأمر في الحال ؟ وهل يعتبر ذلك شهادة ؟

ومنها : إنه لو قال أشهد بكونها ملكاً لزيد أمس ، ثم سكت بالنسبة إلى الحال ، فهل للحاكم أن يحكم بكونها لزيد في الحال أخذاً بالاستصحاب ؟

قال في (الجواهر) : لا مدرك للمسألة بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهادة عرفاً ، فلا حكم للمشكوك فيها فضلاً عن غيرها ، ولا ريب في عدم صدق الشهادة بالملك في الحال بمجرد الشهادة على قدم الملك ، بل قد يشك في صدقها مع التصريح بالإستصحاب ، بل ومع قوله : لا أعلم له مزيلاً ، فضلاً عن قول : لا أدري زال أم لا ، وجواز الشهادة بالإستصحاب لا يقتضي تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه ، وإنما المعلوم كونها شهادة عرفاً قوله هو ملكه في الحال ، ولعلّه لذا اقتصر عليه بعضهم كما عن آخر التصريح بإرادة تحقق الملك الحال من قوله لا أعلم له مزيلاً نحو القول إن هذا الأمر قطعي لا أعلم فيه مخالفاً ، ففي الحقيقة هو شهادة على عدوان اليد المعارضة^(١) .

قلت : قد يقال : صحيح إن الحاكم لا يحكم في هذه الحالة بالملكية الفعلية للمشهود له استناداً إلى هذه الشهادة ، إلا أنه لما شهد الشاهد بالملكية السابقة فقد ثبت ملك أمس عند الحاكم بالشهادة ، فإذا شك الحاكم نفسه في زوال تلك الملكية بادعاء عمرو استصحب بقائها حتى الحال فيحكم بكون العين لزيد المشهود له ، لكن هذا في صورة عدم كونها في يد عمرو ، لأن يده حينئذ مقدمة على الإستصحاب المذكور ، ولذا قيل إن للحاكم الحكم استناداً إلى الإستصحاب في صورة عدم وجود يد معارضة له .

قلت : لكن نفس الإدلاء بالشهادة له بالملكية ، له ظهور عرفي في الشهادة على الملكية الفعلية وإن لم يضم إليه ضمنية ، وإلا فما الداعي للشاهد على الشهادة على الملكية السابقة مع أن النزاع حول الملكية في الحال ؟ فإذا كان الملاك هو الصدق العرفي فالظاهر تحققه ، ولعلّ هذا وجه إطلاق المحقق قدّس سرّه .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٤٢ .

وهنا فرع آخر تعرّض له المصنف في المسألة الخامسة .

قال في (الجواهر) : وما عساه يظهر من بعض الناس من الإجماع على كون الشهادة المزبورة كالشهادة على الملك في الحال في الإنتزاع بها ، بل مرجع الأخيرة إلى الاولى عند التحليل ، ضرورة عدم الإحاطة بأسباب الإنتقال التي منها ما يقع بين المالك وبين نفسه من دون اطلاع أحد ، وحينئذ ، فما دلّ على الأخذ بشهادة العدلين من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « البينة على المدعي » شامل للصورتين ، بل محل البحث منها هي الغالبة ، لندرة البينة المطلعة على العدم ، لم أتحققه .

فإن تمّ كان هو الحجة وإلا فالمسألة محلّ نظر ، والظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال في يد مسلم .

نعم ، ربما يقال بتماميته حيث لا تكون يد ، كما في خبر حمران^(١) المشتمل على دعوى ملكية جارية بنت سبع سنين ، فلاحظ^(٢) .
هذا كله في الشهادة بالملك .

(١) قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة ، ادعى الرجل أنها مملوكة له وادّعت المرأة أنها ابنتها ، فقال : قد قضى في هذا علي عليه السلام ، قلت : وما قضى في هذا ؟ قال : كان يقول : الناس كلّهم أحرار إلا من أقرّ على نفسه بالرق وهو مدرك ، ومن أقام بينة على من ادّعى من عبد أو أمة فإنه يدفع إليه ويكون له رقاً ، قلت : فما ترى أنت ؟ قال : أرى أن أسأل الذي ادّعى أنها مملوكة له بينة على ما ادّعى ، فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكة لا يعلمونه باع ولا وهب ، دفعت الجارية إليه حتى تقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حرة مثلها فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل ، قلت : فإن لم يقيم الرجل شهوداً أنها مملوكة له ؟ قال : تخرج من يده ، فإن أقامت المرأة البينة على أنها ابنتها دفعت إليها ، فإن لم يقيم الرجل البينة على ما ادّعى ولم تقيم المرأة البينة على ما ادّعت ، خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت » وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٢ / ٩ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٤٢ - ٤٤٣ .

الشهادة بالإقرار

وأما لو شهد بأنه أقرّ له بالأمس ففي (القواعد) : « ثبت الإقرار واستصحاب موجبهِ وإن لم يتعرض الشاهد للملك الحالي »^(١).

وفي (كشف اللثام) : « كما إذا سمعنا نحن منه الإقرار حكمنا بالملك للمقرّ له إلى ظهور المزيل ، والفرق بين ثبوت الملك بالإقرار وثبوتهِ بالبينّة واضح »^(٢).

وفيه نظر - كما في (الجواهر)^(٣) - فلو أخذت العين من زيد بإقراره أمس ثم وجدت بيده اليوم ، أشكل رفع يده هذه بذاك الإقرار ، لأن اليد الفعلية تعارض إقرار الأمس ، وإن سقطت يده أمس بالإقرار اللاحق لها ، لكشفه عن كونها يد عدوان مثلاً .

كما أن اليد الفعلية هذه لا تسقط بالبينّة السابقة عليها التي رفعت يده بها عن العين .

تقدم الشهادة بالملك على الشهادة باليد

قال المحقق قدّس سرّه : « وكذا الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد ، لأنها محتملة »^(٤).

أقول : أي إن الشهادة باليد محتملة للملك وغيره ، فتكون الشهادة بالملك

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٩٠ .

(٢) كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام ١٠ : ٢٦١ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٤٤ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

نصّاً في الملك ، والشهادة باليد ظاهرة في الملك ، والنصّ متقدّم على الظاهر عقلاً ونقلاً .

لا يقال : لا يوجد عندنا نص في خصوص تقدّم النص على الظاهر .
لأنّه ليس المراد ذلك ، بل المراد أن قوله صلى الله عليه وآله وسلّم «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان» و «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» صريحان في أن البينة حجة على الملكية ، سواء وجدت يد أولاً .

تقدّم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بالتصرف

قال المحقق : «وكذا الشهادة بسبب الملك أولى من الشهادة بالتصرف»^(١) .
أقول : أي ، لأن التصرف كما يكون عن ملك كذلك يكون عن وكالة ونحوها ، وحينئذ ، تكون الشهادة بسبب الملك - كالشراء مثلاً - متقدمة على الشهادة بالتصرف ، من باب تقدم النص على الظاهر ، فإن ذلك قاعدة جارية في كلام الشخص الواحد والشخصين اللذين هم بحكم الواحد .
هذا فيما إذا شهدتا بالنسبة إلى زمان واحد . وأما لو قامت الشهادة على اليد الفعلية والشهادة على الملك السابق ، فسيأتي الكلام فيه .

هذا ، وفي (المسالك) : «ولا فرق على هذا التقدير بين تقديم تاريخ شهادة اليد - بأن شهدت أن يده على العين منذ سنة ، وشهدت بينة الملك بتاريخ متأخر ، أو بأنه يملكه في الحال - وتأخره ، لاشتراك الجميع في المقتضي وهو احتمال اليد بخلاف الملك . وفي هذه المسألة قول بتقديم اليد على الملك القديم ، وسيأتي الكلام

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

فيه»^(١).

قال في (الجواهر): وهو كما ترى، ضرورة أجنبية ذلك عما نحن فيه، وهو ما عرفت من إرادة بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلّقهما بمورد واحد^(٢).



مركز تحقیقات کتب و تاریخ علوم اسلامی

(١) مسالك الأفهام ١٤: ٩٥.

(٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٥.

المسألة الثالثة

(إذا ادّعى شيئاً فقال المدّعى عليه : هو لفلان)

قال المحقق قدّس سرّه : «إذا ادّعى شيئاً ، فقال المدّعى عليه : هو لفلان ، اندفعت عنه الخصامة ، حاضراً كان المقرّ له أو غائباً»^(١).

أقول : إذا كان شيء بيد شخص ، فادّعى أحد كونه له ، فتارة : يقول المدّعى عليه : هو لي ، واخرى : يقرّ به لمعين فيقول : هو لفلان ، وثالثة : يقرّ به لجهول فيقول : ليس لي ولكن لا أسمي مالكة أو لا أعرفه .

ولو أقرب به لمعين ، فتارة : هو ممن يمكن الخصامة معه ، واخرى : لا يمكن الخصامة معه كأن يكون طفلاً ، وتارة : يكون حاضراً ، واخرى : يكون غائباً .

فإن أقرب بالشئ لمالك معين بأن قال هو لفلان ، اندفعت عنه الخصامة وتوجّهت إلى المالك ، سواء كان حاضراً أو غائباً ، وليس له أن يحلف ذا اليد ، إذ لا يحلف أحد على مال لغيره .

وهل أن قوله : هو لفلان ، يدخل الشئ في ملك فلان المقرّ له أو يخرج عنه ملك ذي اليد فقط ؟ وجهان ، فعلى الثاني يكفي للمدّعي إثبات كون المال له ، وعلى الأول يحكم الحاكم بكونه للمقرّ له ، وعلى المدعي المرافعة معه ، فيكون المقرّ له هو المدّعى عليه ، وهل للمدعي إحناف ذي اليد أنه لا يعلم أنها له أولاً ؟ فيه قولان ،

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

كما سيأتي .

ولكن إذا كانت في يد الشخص المقر بعد فما المانع من أن يقيم المدّعي البينة لدى الحاكم على كونها له لا للمقرّ له ، فيأخذها الحاكم ويدفعها إليه ؟ لأنه إن كان المقرّ له حاضراً أو يمكن حضوره ، فالبينة مؤثرة كما هو واضح ، وإن كان غائباً حكم للمدّعي ثم الغائب على حجّته ، نعم ، لا يمكن إقامة البينة بأن يكون ذو اليد هو المدّعي عليه ، لأنه لا يمكن له اليمين في مال المقرّ له ، إلا إذا كان مورد الدعوى وجوب تسليم العين ، بأن يقيم البينة على الملكية المستتبعة لوجوب تسليمها فيحلف ذو اليد على عدم وجوبه .

وأما إذا سلّم المدّعي عليه العين إلى المقرّ له ، فإما هي باقية بيد المقرّ له ، وإما هي تالفة ، وهل للمدّعي أن يدّعي عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفي العلم فإن لم يحلف غرم ؟ قال المحقق : نعم ، وهذه عبارته : « وإن قال المدعي : أحلفوه أنه لا يعلم أنها لي توجهت اليمين ، لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل أورد^(١) وعليه العلامة في (القواعد)^(٢) ، وقد نسب إلى الشيخ في أحد قوليه^(٣) ، وفي (المسالك) : يجوز إن كانت تالفة^(٤) ، أي ، فإن كانت العين باقية أمر باستردادها ... وأما إذا لم يمتنع وحلف على نفي العلم فلا شيء عليه .

قال المحقق : « وقال الشيخ : لا يحلف ولا يغرم لو نكل ، والأقرب أنه يغرم ، لأنه حال بين المالك وبين ماله بإقراره لغيره » .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

(٢) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٦ .

(٣) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ٢٦٦ .

(٤) مسالك الأفهام ١٤ : ٩٨ .

ووجه قول الشيخ هو: إن الإمتناع لا يستلزم العلم بكونها للمدعي، بل لا يضمن حتى مع الإقرار بذلك، لأنه لا يصدق عليه عنوان التلف حينئذ، فلا وجه للضمان.

قلت: والتحقيق أن الحكم بالغرم بالإمتناع عن اليمين على نفي العلم متوقف على توفر ثلاث مقدمات: أحدها: أن يكون الإقرار لغيره بمنزلة الإلتلاف للمال. والثانية: أن يكون الإمتناع عن هذه اليمين بمنزلة الإقرار للمدعي. والثالثة: أن يكون العلم بكون العين للمدعي جزءاً لموضوع الضمان أو تمام الموضوع، وأما إذا لم يكن للعلم دخل في الضمان - كما هو الصحيح، لأن اليد كافية في ثبوت الضمان - فلا أثر لليمين على نفي العلم.

هذا، وفي (المسالك): «إذا ادعى شيئاً على إنسان، فقال المدعى عليه: إنه ليس لي، فإمّا أن يقتصر عليه أو يضيفه إلى مجهول أو إلى معلوم. فإن اقتصر عليه أو أضافه إلى مجهول بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا اسميه، ففي انصراف الخصومة عنه وانتزاع المال من يده وجهان، أحدهما - وهو الذي لم يذكره المصنف - أنها لا تنصرف ولا ينتزع المال من يده، لأن الظاهر إن ما في يده ملكه وما صدر عنه ليس بمزيل، ولم يظهر لغيره استحقاقاً، وعلى هذا، فإن أقر بعد ذلك لمعين قبل، وانصرفت الخصومة إلى ذلك المعين، وإلا فيقيم المدعي البيّنة عليه أو يحلفه»^(١).

قلت: ولا يخفى ما فيه، لأن قوله: «ليس لي» يزيل ملكيته يقيناً لأنه إقرار، وهذا الإقرار يسقط يده عن كونها أمانة للملكية، نعم، لا ملازمة بين إزالة الملكية للمال وإزالة الملكية لليد، فتكون يده مثل يد الوكيل والأمين والمستعير

(١) مسالك الأفهام ١٤: ٩٦.

والمستأجر، لأن إقراره يزيل الملكية للعين ولا يفيد كون يده عدوانية، بل تبقى على حجيتها، وعلى ما ذكرنا تنصرف الدعوى عنه، إذ لو أراد المحلف حينئذ كان في ملك غيره، وأما بناءً على ما ذكره من عدم صدور ما يزيل الملكية منه فيجوز المرافعة معه، وعلى ما ذكرنا - من عدم الملازمة المذكورة - يترتب الأثر على إقراره فيما لو أقر بعد ذلك لشخص معين.

قال: «والوجه الثاني: إنها تنصرف عنه بذلك، ولأنها تبرء من المدعى عليه، وينتزع الحاكم المال من يده، فإن أقام المدعى بينة على الاستحقاق فذاك وإلا حفظه إلى أن يظهر ماله»^(١).

قلت: وهذا صحيح في صورة تمامية الملازمة المذكورة، مع احتمال كون يده عليها مشروعة، فيأخذها الحاكم بعنوان النهي عن المنكر..
فظهر أن الصحيح هو إبقاء العين في يد المدعى عليه، فإن قلنا بأن إقامة البينة لا تتوقف على تمكن المدعى عليه من اليمين، سمعت ويعطاها، وإلا أبقيت في يده.. وإن قال: «هي لقطة» فله أن يدفعها إلى الحاكم، لأنه مال مجهول ماله فيرجع إليه، وله أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحكام اللقطة.

ثم ذكر في (المسالك): إنه «إن أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان: أحدهما: أن يمتنع مخاصمته وتحليفه... والثاني: من لا يمتنع مخاصمته ولا تحليفه، كما إذا أضافه إلى شخص معين، فهو إما حاضر وإما غائب، فإن كان حاضراً روجع، فإن صدق المدعى انصرفت الخصومة إليه، وإن كذبه ففيه أوجه... وإن أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومة أيضاً...».

(١) مسالك الأفهام ١٤: ٩٧.

وسياتي التعرّض لكل ذلك ...

ثم قال : « وحيث ينصرف الخصومة عنه وطلب المدعي إحلافه أنه لا يعلم أن العين له ، ففي إجابته قولان مبنيان على أنه لو أقرّ له بعدما أقرّ لغيره هل يغرم القيمة ؟ فيه قولان مذكوران في محله . فإن قلنا : نعم ، وهو الأظهر ، فله إحلافه ، فلعله يقرّ فيغرمه القيمة . وإن قلنا : لا ، وهو أحد قولي الشيخ ، فإن قلنا : النكول وردّ اليمين كالإقرار ، لم يحلفه ، لأنه وإن أقرّ ونكل وحلف المدعي لا يستفيد شيئاً ، وإن قلنا كالبيّنة ، فله التحليف ، لأنه قد ينكل فيحلف المدعي ، فإذا حلف وكانت العين تالفة أخذ القيمة »^(١).

وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله : « وفيه - بعد الإغماض عما في تقييده بتلف العين - أن غاية ذلك كون اليمين المردودة كالبيّنة على إقراره مع علمه بكونه للمدعي ، والفرض عدم اقتضاء ذلك الغرم لو أقرّ به هو ، وليس هو بيّنة على كون المال له ، ضرورة كون الدعوى علمه بالحال فيه تكون كالبيّنة على ذلك ، ولا تزيد على الإقرار المفروض عدم الغرم به كما هو واضح . ولذا حكى عن الشيخ إطلاق عدم توجه اليمين على التقدير المزبور ، فتأمل »^(٢).

قلت : وجه التأمل هو احتمال كون إطلاق الشيخ من جهة أنه لا يرى كون النكول وردّ اليمين كالإقرار بل كالبيّنة . وكيف كان ، فعلى القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول وردّ اليمين بمنزلة الإقرار والقول بكونها بمنزلة البيّنة .

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ٩٧ - ٩٨ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٤٦ .

حكم ما لو أنكر المقر له الملكية للشيء :

قال: المحقق قدس سره : «ولو أنكر المقر له حفظها الحاكم ، لأنها خرجت عن ملك المقر ولم تدخل في ملك المقر له ، ولو أقام المدعى بينة قضى له»^(١) .
أقول : وحاصل ذلك سقوط يد المدعى عليه المقر مطلقاً ، أي ، فلا تكون أمانة على الملك ولا تكون كاليد الأمانية مثلاً ، فكأنها يد عدوانية فينتزعها الحاكم منه ويحفظها . وهذا أحد الوجوه الثلاثة التي ذكرها الشهيد الثاني في (المسالك) في هذه المسألة .

والثاني : وهو المنقول عن (التحرير) : إنها تترك في يد المدعى عليه المقر ، إذ لا منازع له إلى قيام حجة ، لأنه أقر للثالث وبطل إقراره فكأنه لم يقر^(٢) .
قال في (الجواهر) : وفيه : إن بطلانه بالنسبة إلى تملك المقر له ، لا بالنسبة إلى نفيها عنه ، كما هو واضح^(٣) .

والثالث : وهو المنقول عن (القواعد)^(٤) : إنها تسلم إلى المدعي ، لخروجها عن ملك المقر له بإنكاره ولا منازع فيها للمدعي .
قلت : وهذا هو الأقرب .

وأما قول صاحب (الجواهر) : «وهو بعيد لكونها في يد» . ففيه : إنه أي يد يريد ، أما يد المقر فقد زالت بإقراره ، وأما يد المقر له ، فمتنفيه بإنكاره ، وأما يد

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

(٢) تحرير الأحكام ٥ : ١٦١ / ٦٤٩١ . وعنه كشف اللثام ١٠ : ٢٤٢ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٤٧ .

(٤) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٦ .

إذا ادّعى شيئاً فقال المدّعي عليه: هو لفلان ٦٨١

الحاكم فهي لأجل حفظها حتى يظهر صاحبها وقد ظهر ، فيدفعها إلى المدّعي ولا حاجة إلى البينة ولا اليمين ، كما في (القواعد) .

ولو رجع المقر له عن إنكاره وصدّق المقر في كون الشيء له ، فعن (التذكرة) أن له الأخذ ، عملاً بإقرار المقر السالم عن إنكاره ، لزوال حكمه بالتصديق الطارى ، فتعارضاً وبقي الإقرار سالماً عن المعارض^(١) .

لكن في (الجواهر) منع زوال حكم الإنكار بالتصديق ، فلا أثر للتصديق الطارى ، وحينئذ ، يحكم بأحد الوجوه الثلاثة المذكورة ، وقد عرفت المختار منها ، قال : ومن هنا لو رجع ذو اليد فقال : غلطت بل هو لي ، لم يقبل منه .



لو كان المقر له غائباً

هذا كله ، فيما إذا كان المقر له حاضراً . قال في (الجواهر) ثم الحكم في المقر له الغائب كالحكم في الحاضر ، بالنسبة إلى تصديقه وتكذيبه ، وللمدّعي إقامة البينة وأخذه قبل معرفة حاله ، ولكن هو من الحكم على الغائب ، فينبغي مراعاة شروطه السابقة ، كما له أيضاً إحلافه على عدم العلم ، نحو ما سمعته في الحاضر^(٢) ، أي بناء على أن للمدّعي حق التحليف عليه ، كما عليه المشهور وأحد قولي الشيخ .

فإن نكل عن اليمين على نفي العلم ، فإن لم يقر ولم يردّ اليمين أحلف المدّعي ، فإن حلف فهل ينتزع العين ويغرم ؟ قال في (القواعد) : الأقرب الثاني^(٣) .

فيكون نظير ما إذا أقرّ بكون العين لزيد ودفعت إليه ثم أقرّ بكونها لعمر

(١) تذكرة الفقهاء ٢ : ١٤٩ (حجري) .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٤٧ .

(٣) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٦ .

فيغرم له بدل الحيلولة ، ولا يبعد أن يكون الحكم كذلك إن أثبت المدعي الحق بالبينة ، ولو استرجع العين من الغائب ودفعها إلى المدعي وجب عليه - أي على المدعي - رد المال الذي أخذه بدل الحيلولة .

وحيث يدعي كونها لغائب ، فإن ادعى استيجاره العين منه مثلاً ، فالحكم قبول قوله ، نظير قول ذي اليد ، فإن أثبت المدعي كون المال ملكه ، فقد ظهر بطلان الإجارة ، وإن لم يتمكن من ذلك أحلف المدعي عليه على الإجارة وأُقيت العين بيده .

ولو أقام البينة على الإجارة ، فبناء على سماعها منه ، هل تقدم بينته على بينة المدعي باعتضاها باليد أولاً ؟
في القواعد : إشكال^(١) .

قلت : لا إشكال في أن بينة المدعي من بينة الخارج ، فيحتمل أن تكون بينة الآخر من بينة الخارج أيضاً ، لكونه مقراً بعدم كونها له ، فيتساقطان ، ويحتمل أن يكون نفسه ذا يد لكونها بيده الآن فتكون من بينة الداخل ، فعلى القول بتقدم بينة الخارج فالأمر واضح ، وعلى القول بتقدم بينة ذي اليد - لحجيتها وتأيدها باليد - قدمت ، وهذا وجه توقف العلامة .

لكن في (الجواهر) : الأقرب أنها معا خارجان^(٢) .

قلت : لكن جعل بينة من له الانتفاع بما في يده من بينة الخارج ، بعيد جداً . وإن لم يكن مدعياً للإجارة مثلاً ، فهل له إقامة البينة كذلك أولاً ، لكونه

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٦ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٨٨ .

إذا ادّعى شيئاً فقال المدّعى عليه: هو لفلان ٦٨٣

أجيباً؟ قال العلامة: يمكن أن يكون طرفاً للخصومة بدعوى المدعى عليه العلم بكونها له، فيحلفه على نفي العلم، فله أن يقيم البينة حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين، وإن كانت البينة تشهد بكون ملك العين للمقرّ له...

واختار في (الجواهر) عدم الجواز، فإنه إذا ثبت بالبينة كون العين للمقرّ له، فلا مجال لليمين على نفي العلم، وأيضاً: لما كان ملك المقرّ له ثابتاً بالبينة، فلا أثر للإقرار في إثباته حتى يدّعي عليه المدعي الإلتلاف بالإقرار.

قلت: لكن الصحيح ما ذهب إليه العلامة، لأنه - بناء على حجية بيينة الداخل - إن لم يكن عنده بيينة كان عليه اليمين على نفي العلم، وإن كان له بيينة جاز له إقامتها على إثبات ملك المقرّ له لتؤثر في سقوط اليمين عنه، اللهم إلا أن لا يكون هذا الأثر مجوّزاً له لإقامة البينة على ملك المقرّ له، إذ لا معنى لأن يقيم أحد بيينة على ملك غيره.

نعم، يبقى الإشكال في أنه لا ملازمة بين ثبوت ملك الآخر وعدم علم المقر، بل يجوز للمدّعي دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البينة وإعطاء العين للمقرّ له، فيحلفه على نفي العلم، ويكون أثره أنه إذا امتنع عن اليمين غرم.

لو كان المقرّ له ممن يمتنع مخاصمته

ولو أقرّ المدّعى عليه بكون العين لمن يمتنع مخاصمته وتحليفه، كما إذا قال هي وقف على مسجد كذا، أو هي ملك لطفل صغير، فهل يكون طرف الخصومة ولي الصغير أو متولّي الموقوفة؟

إن كان للمدّعي بيينة أقامها وحكم له، وإلا فلا يحلف الولي والمتولّي، إذ لا أثر ليمينها، إذن، لا يغني في هذا الفرع إلا البيّنة، وأما اليمين على نفي العلم، فالحكم

كما تقدم ، فإن حلف فهو وإلا غرم ، وكيف كان ، فإن الخصومة تندفع عن المدعى عليه .

وفي (المسالك) : « وإذا قضى له الحاكم بالبينة وكان الإقرار لطفل ، كتب الحاكم صورة الحال في السجل ليكون الطفل على حجته إذا بلغ »^(١) .

لكن في (الجواهر) : « قلت قد يقال : بعدم الحجة له ، لوجود وليه القائم مقامه الذي هو أولى من الوكيل . فتأمل »^(٢) .

قلت : وجه التأمل : إن الوكيل عمله عمل الموكل ، أي إن الموكل يقيمه مقامه وينزل عمله منزلة عمل نفسه ، فإذا قضى على وكيله قبل ، وليس عمل الولي عمل الصغير ، بل قيام الولي بالأمور المتعلقة بالصغير حكم إلهي ، كما جعل الولاية للحاكم بالنسبة إلى الغائب ، حيث يحكم عليه بعد تمامية مقدماته ، ويكون الغائب على حجته إذا حضر ، فالصغير مثله ، فهو على حجته إذا بلغ .
هنا كله إذا أقرّ بالعين لمعين بمختلف صورته .

لو كان المقر له مجهولاً

قال المحقق : « أما لو أقرّ المدعى عليه بها لمجهول ، لم تندفع الخصومة وألزم البيان »^(٣) .

أقول : لو أقرّ بها لمجهول أخذ الحاكم العين من المقر من باب الولاية ، فإن كان للمدعي بينة أعطاها إياه ، وإلا بقيت في يد الحاكم ، وهل يلزم البيان ؟ قال به

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ٩٧ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٣٥ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

إذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه: هو لفلان ٦٨٥

المحقق، وفي (الجواهر): لا، لأنه يناهض الإقرار الأول، قلت: إلا إذا عيّن المقر له في المرة الثانية، مدّعياً النسيان في المرة الأولى^(١).

ولو قال المدعي للعين: هي وقف عليّ وأقرّ بها من هي في يده لآخر وصدّقه الآخر، فقد عرفت انصراف الخصومة عمّن هي في يده إلى المقر له، لكن هل للمدعي إحلاف من كانت بيده على نفي العلم؟ في (المسالك) وجهان. «من حيث أن المدعي قد اعترف بالوقف والوقف لا يعتاض عنه، ومن أنه مضمون بالقيمة عند الإلتلاف، والحيلولة في الحال كالإلتلاف، وهذا أقوى»^(٢).



(١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٨.

(٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩٩.

المسألة الرابعة

(لو وقع الاختلاف في العقد الواقع)

قال المحقق قدس سره : « إذا ادّعى أنه أجره الدابة ، وادّعى آخر أنه أودعه إياها ، تحقق التعارض مع قيام البينتين بالدعويين ، وعمل بالقرعة مع تساوي البينتين في عدم الترجيح »^(١).

أقول : إنه وإن كان النزاع بين الرجلين حول العقد في الظاهر ، فيدّعي هذا بأنه قد أجره الدابة ، ويدّعي ذاك بأنه أودعه مثلاً إياها ، لكن النزاع في الحقيقة هو في الملك ، للثمرة الواضح ترتبها من هذه الناحية على دعوى كل واحد منها ، وبالنظر إلى ذلك ذكر المحقق قدس سره هذه المسألة في مسائل الاختلاف في الأملاك^(٢).

وما ذكره المحقق قدس سره هو أحد الصور الأربع المتصورة في هذه المسألة . والصورة الثانية : أن تكون العين بيد شخص وهو يقرّ بأنها ليست ملكاً له ، غير أنه ينازع المالك فيقول قد أجرني إياها ، ويقول المالك : قد أودعته إياها ، أو يدعي المالك الإجارة وذو اليد العارية ... فإن كانت مستأجرة ملك الشخص منفعتها في المدة المعيّنة دون ما إذا كانت وديعة ، لكن يترتب على كونها مستأجرة

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

(٢) فيه إشارة إلى جواب اعتراض صاحب المسالك قدس سره .

لزوم دفع بدل الإيجار إلى المالك ... وهذه الصورة من الاختلاف في العقود وإن كان لهذا النزاع ثمرة مالية .

والصورة الثالثة : أن يتنازع اثنان حول عين يقرآن بكونها لثالث ، فيقول أحدهما : قد أجرني إياها ويقول الآخر : قد استودعني إياها .

والصورة الرابعة : أن يتنازعا ، فيقول أحدهما : إنها لزيد وقد أجرني إياها ، ويقول الآخر : إنها لعمر وقد استودعني إياها .

فالحكم في الصورة الأولى التي ذكرها المحقق قدس سره هو ما ذكره من أنه إن كان لأحدهما بيّنة حكم له ، وإن أقامها معاً ، فإن ترجّحت إحداها على الأخرى بسبب من أسباب الترجيح - على ما تقدّم من الكلام عليها - حكم لها وإلا فالقرعة ، فمن خرج اسمه حلف وأخذ ، وإن نكل حلف الآخر ، فإن نكلا فالحكم هر التنصيف للعين إن كانت قابلة له ، وإلا فها شريكاً فيها على النصف .

وفي الصورة الثانية يتحقق التداعي بين المالك والمتصرف ، فإن كان لأحدهما بيّنة حكم له ، وإن كانت لكليهما ، فإن ترجّحت إحداها على الأخرى فهو وإلا تعارضتا وتساقطتا ، وحينئذ تقسم منفعة العين بينهما نصفين ، ويقسم مال الإجارة بينهما كذلك .

وربما يجعل المالك في هذه الصورة ذا اليد وبينه المتصرف خارجاً ، فيستني الأمر على حجّة بيّنة الداخل ، فعلى القول بها تقدّم بينة ذي اليد - المالك - وعلى القول الآخر تقدم بينة المتصرف ، فلا تكون الصورة من قبيل التداعي حتى ينتهي الأمر إلى القرعة ، وقد يحتمل كون المتصرف ذا يد لكونها بيده الآن ، ويبتنى الأمر على تقديم بينة الداخل والخارج كذلك .

وهكذا يكون طريق فصل الخصومة في الصورتين الباقيتين ، لأنهما من مصاديق التداعي كذلك .

المسألة الخامسة

(لو كان شيء في يد إنسان وادّعى أحد كونه له سابقاً وأقام بينة)

قال المحقق قدّس سرّه : « لو ادّعى داراً في يد إنسان وأقام بينة أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر ، قيل : لا تسمع هذه البينة . وكذا لو شهدت له بالملك أمس . لأن ظاهر اليد الآن الملك ، فلا تدفع بالمحتمل .

وفيه إشكال ، ولعل الأقرب القول^(١) . أقول : لو ادّعى داراً - مثلاً - في يد إنسان وأقام المدّعي بينة أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر ، أو كانت في ملكه أمس مثلاً ، فهل تسمع البينة ؟ قولان ، وقد استدل للعدم بوجهين :

الأول : إن اليد أمانة على الملكية الفعلية لصاحبها ، وبينة المدّعي تشهد باليد والملك السابقين ، ولا ريب في تقدّم الأمانة الفعلية على الأمانة القائمة على الملكية السابقة . وبعبارة أخرى : اليد الفعلية المشاهدة بالعيان - حيث نرى العين في هذه اليد - ظاهرة في الملكية الفعلية لصاحبها ، ومقتضى اليد السابقة هو احتمال الفعلية لصاحبها ، ولا يدفع الظهور المذكور بالمحتمل .

وأجيب : بأن اليد الفعلية وإن كانت دليل الملك الفعلي ، لكن اليد السابقة المستصحة والملك السابق المستصحب أولى ، لمشاركة تلك اليد لهذه في الدلالة

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

لو كان شيء في يد إنسان وادّعى أحد كونه له سابقاً وأقام بينة ٦٨٩

على الملكية الفعلية ، وانفرادهما بالزمن السابق بلا معارض ، فيكونان أرجح من هذه اليد ، إلا أن تقوم الحجة الشرعية على انتقال العين إليه بطريق شرعي ، نظير ما إذا أقرّ بكون الشيء الذي بيده ملكاً لزيد أمس وادّعى كونه له اليوم ، فإنه يجب عليه إقامة الحجة الشرعية على انتقاله إليه من زيد بطريق شرعي صحيح ، وكذا لو أقرّ بكونه مديناً لزيد بكذا من المال ثم ادّعى أداء الدين مثلاً ، كان عليه إقامة الحجة على الأداء .

وفي المقام يكون حكم بينة المدّعي حكم إقرار المدّعي عليه ، فيجب على ذي اليد المدّعي عليه إثبات شرعية يده على العين ، وإلا تقدّمت بينة المدّعي - بضميمة الإستصحاب - على يده ، فليس المورد من مقابلة المحتمل للمقطوع حتى يقال بأنه لا يدفع المقطوع بالمحتمل .

والثاني : إنه إن كان مدّعاه هو الملكية أو اليد بالأمس فلا تسمع ، وإن كان الملكية أو اليد اليوم ، فإن شهادة بينته غير مطابقة لدعواه ، لأنها تشهد باليد والملك أمس ، والبيئة غير المطابقة للمدّعي غير مسموعة .

وأجيب : بأن الحكم باستصحاب اليد والملك السابقين إلى اليوم ، يوجب المطابقة بين الدعوى والشهادة ، فإن هذه الشهادة - بضميمة عدم العلم بالناقل الشرعي - شهادة بالملكية الفعلية وهي مسموعة .

وبالجملة : إن كانت الشهادة بملكية أمس شهادة بملكية اليوم فهو ، وإلا ، فإن الإستصحاب الموجود يفيد بقاء مدلول الشهادة ، وحينئذ ، يقع البحث في تقدّم هذا الإستصحاب على اليد أو معارضته لها ، لأنه أصل وهي أمانة .

وقد يخدش في اليقين السابق فيختلّ الإستصحاب ، بأن يقال - كما عن

(كشف اللثام)^(١). بأن البينة ليست كاشفة عن الواقع كالإقرار، فليس مفادها هنا الملكية الواقعية حتى تستصحب إلى اليوم.

لكنه كما ترى، لأن البينة حجة شرعية، إذا أُقيمت بشرائطها ألغى احتمال الخلاف وأفادت ما يفيد اليقين، فالحالة السابقة للإستصحاب متحققة، كما لا يلتفت إلى احتمال عدم كون اليد السابقة يد ملك لو شهدت البينة بكون العين بيد المدعي أمس.

فظهر أن محط الكلام هو الخلاف في تقدّم الإستصحاب على اليد وعدمه، والمختار هو الأول، وبيان ذلك: إنه وإن كانت اليد مقدّمة على الإستصحاب في موارد كثيرة، ولكن لا يوجد عندنا إطلاق يقتضي تقدّمها عليه على كلّ حال، بل إن اليد الفعلية المسبوقة بالآخرى المستصعبة - أو المسبوقة بالملك المستصحب - يد ضعيفة عند العقلاء، لا تصلح لمقاومة هذا الإستصحاب فضلاً عن التقدّم عليه، ولذا يفرّق العقلاء بين الدّعوى على ذي اليد وبين الدّعوى على يد مسبوقة بيد أخرى، ففي الصورة الثانية يسقطون اليد عن الاعتبار، ولا أقل من أنهم يطالبون صاحبها بإقامة الحجة على انتقال العين إليه بطريق شرعي صحيح.

وبتقريب آخر: إن اللازم الشرعي للملكية السابقة التي أثبتتها البينة: بقاء تلك الملكية حتى يعلم المزيل الشرعي له والناقل الشرعي للعين، فإذا شهدت البينة بملكية أمس، كان لازمها الملكية الفعلية لولا الانتقال، وقد عرفت أن الإستصحاب ينفي الناقل، فتكون بينة المدعي مسموعة ومقدّمة على يد المتصرف.

(١) انظر كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام ١٠: ٢٦١.

لو كان شيء في يد إنسان وادّعى أحد كونه له سابقاً وأقام بيّنة ٦٩١

هذا ، وفي (المستند) : « لو تعارضت اليد الحالية مع الملكية السابقة أو اليد السابقة ، ففي تقدّم الحالية أو السابقة قولان ، كلّ منهما عن الشيخ في كلّ من المبسوط والخلاف ، وتبعه على الأول جماعة ولعلّهم الأكثرون ، ومنهم من المتأخرين : الكفاية والمفاتيح وشرحه وبعض فضلائنا المعاصرين . وعلى الثاني الشرائع ، ويظهر من الإرشاد الميل إليه . ويظهر من التحرير وجه ثالث وهو التساوي » .

ثم أورد أدلّة الأقوال ، ثم قال :

« والتحقيق : إن اقتضاء اليد للملكية يعارض استصحاب الملكية ، فلا يبقى لشي منها حكم ، ولكن أصل اليد لا يعارضه شيء ، وهو باق بالمشاهدة والعيان ، والأصل عدم التسلّط على انتزاع العين من يده ولا على منعه من التصرفات التي كان له فيها حتى بيعها وإجارتها ، إذ غاية الأمر عدم دليل لنا على ملكيته ، ولكن لا دليل على عدم ملكيته أيضاً ، وأصلالة عدم الملكية بالنسبة إليه وإلى غيره سواء مع ثبوت أصل الملكية ، فلا يجري فيه ذلك الأصل أيضاً ، مضافاً إلى إمكان حصول هذه التصرفات كلاً أو بعضاً بالتوكيل والإجارة والولاية والإذن وغيرها ، فيبقى أصالة عدم التسلّط وأصلالة جواز تصرفاته خالية عن المعارض ، وإلى هذا يشير كلام من قال : إن احتمال كون اليد الثانية بالعارية أو غيرها لا يلتفت إليه مع بقاء اليد على حالها ، فإن المقصود الأصلي من إعمال اليد هو إبقاء تسلّطها على ما فيها ، وعدم جواز منعها من التصرفات كيف شاء بسبب احتمال الغصب أو العارية أو غيرها ، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك ، وليس هذا معنى الحكم بأنه ملك » إنتهى كلامه رفع مقامه^(١) .

(١) مستند الشيعة ١٧ : ٤١٣ وما بعدها .

فإن قيل : كما أن الملكية أو اليد السابقة يقتضي استصحاب الملكية ، كذلك يقتضي استصحاب تسلط المالك الأول والحاكم على منع ذي اليد عن التصرفات أيضاً . وبه يندفع أصالة عدم التسلط .

قلنا : ليس تسلط الأول كالملكية التي إذا حدثت يحكم لها بالإستمرار حتى يثبت المزيل ، بل هو مما يمكن تقييده بقيد ، والمعلوم من التسلط الأولي هو تسلطه مادام يحكم له بالملكية ويعلم له الملكية ، فالمعلوم ثبوته أولاً ليس إلا ذلك المقيد ، فبعد انتفاء الحكم بالملكية والعلم بها ، ينتفي القيد ويتغير الموضوع .

ثم إنه كما أن نفس اليد المشاهدة الحالية ومقتضياتها - سوى الملكية - لا معارض لها ، فكذلك أيضاً كون البينة على غير ذي اليد وكون من يدعيه مطالباً بالبينة وذي اليد باليمين ، إذا لم يخرج خارج اليد عن صدق المدعي عرفاً ولا صاحبها عن المنكر كذلك ، فيدل على كون وظيفة الأول البينة والثاني اليمين قولهم : «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ، ورواية فدك المتقدمة .

فيكون البينة على المالك السابق واليمين على ذي اليد ، ولا يمنع ذو اليد من شيء من التصرفات ، وليس المطلوب من ترجيح اليد الحالية غير ذلك أيضاً .

مع أنه يمكن جعل هذين الأمرين دليلاً برأسه على الملكية أيضاً بالإجماع المركب ، ويسقط به الاستصحاب بالمرّة ، لعدم صلاحيته لمعارضة الدليل مطلقاً .

وقد أورد السيد في (العروة) محصل هذا الكلام واعتراض عليه بوجوه :

الأول : إنه في بيان المعارضة عبر بقوله : إن اقتضاء اليد للملكية يعارض

استصحاب الملكية .

مع أن المعارضة بين نفس اليد والإستصحاب ، لكن من حيث حكمها ، لا

بين حكم اليد ونفس الإستصحاب ، فلا وجه للتعبير المذكور .

لو كان شيء في يد إنسان وادّعى أحد كونه له سابقاً وأقام بيّنة ٦٩٣

والثاني : إنه إذا سقط حكم اليد فتكون كالعدم وحال ذبيها وغيره سواء ، فلو أراد المدّعي أن يتصرف فيها لا يجوز لذي اليد منعه ، لأن الأصل عدم تسلّطه على ذلك .

قلت : فيكون الحاصل أنه ليس لكلّ منها منع الآخر من التصرف ، فتكون العين كالمباحات التي من سبق إلى شيء منها كان له ، نعم ، ليس لثالث أخذها ، ولها منعه من ذلك .

والثالث : بعد عدم الحكم لليد وعدم كونها دليلاً على الملكية ، كيف يجوز للغير أن يشتري منه أو يستأجر أو يقبل منه ونحو ذلك من التصرفات الموقوفة على الملك ، مع أنه ليس وكيلاً ولا ولياً ولا مأذوناً من قبل المالك ؟ لأن المفروض أنه يدّعي الملكية لا الوكالة أو الولاية أو نحوهما ، فلا ينفع جواز هذه التصرفات من هذه الأشخاص في جوازها له ولمن يشتري منه مثلاً .

والرابع : ما ذكره من أن تسلّط المالك السابق على منع الغير مقيّد ببقاء اليد ، ممنوع ، بل هو كالملكية في عدم التقيد باستمرار اليد .

والخامس : لا نسلم صدق المنكر عليه بعد سقوط حكم يده^(١) ...

قلت : ليس الشرط في صدق « المدّعي » عدم المعارض عند العرف ، فالمدّعي عندهم من لو ترك ترك ، وهذا صادق على صاحب البيّنة هنا ، و « المنكر » صادق على ذي اليد .

وقال العلامة في (القواعد) في هذه المسألة : « ولو شهد أنه كان في يد المدّعي بالأمس قبل ، وجعل المدّعي صاحب يد . وقيل : لا يقبل ، لأن ظاهر اليد الآن

(١) العروة الوثقى ٣ : ١٤٦ - ١٤٧ .

الملك فلا يدفع بالمحتمل»^(١).

أي : إن اليد لها ظهور في الملك الفعلي ، لكن لا كل يد بل اليد غير المسبوقة بالعدوانية مثلاً ، وذلك ، لأن حجية اليد - كما ذكرنا - مستندة إلى بناء العقلاء مع إمضاء الشارع ، وتشهد بذلك رواية حفص بن غياث^(٢) ، والعقلاء لا يعاملون اليد التي هذه حالها معاملة المالك الفعلي ، بل يقدّمون استصحاب الحالة السابقة ويحكمونها على هذه اليد إلى أن يثبت الناقل الشرعي .

فتلك عبارة (القواعد) في المسألة ، وقد قال سابقاً : «ولو شهدت البيئة بأن الملك له بالأمس ولم تتعرض للحال ، لم تسمع ، إلا أن تقول : وهو ملكه في الحال أو لا نعلم له مزيلاً ، ولو قال : أعتقد أنه ملكه بالاستصحاب ففي قبوله إشكال ، أما لو شهد بأنه أقرّ له بالأمس ثبت الإقرار واستصحاب موجب ، وإن لم يتعرض الشاهد للملك الحالي . ولو قال المدّعي عليه : كان ملكك بالأمس انتزع من يده فيستصحب ، بخلاف الشاهد فإنه عن تخمين ، وكذا يسمع من الشاهد لو قال : هو ملكه بالأمس اشتراه من المدّعي عليه ، أو أقرّ له المدّعي عليه بالأمس ، لأنه استند إلى تحقيق»^(٣).

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٩٠ .

(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «قال له رجل : إذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له ؟ قال : نعم . قال : الرجل : أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعلة لغيره . فقال أبو عبد الله عليه السلام : أفيحلّ الشراء منه ؟ قال نعم ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : فلعلة لغيره ، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك : هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك ؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام ، لو لم يجوز هذا لم يقيم للمسلمين سوق» وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٢ / ٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٥ .

(٣) قواعد الأحكام ٣ : ٤٩٠ .

لو كان شيء في يد إنسان وادّعى أحد كونه له سابقاً وأقام بيّنة ٦٩٥

قلت : الفرق المذكور بين البيّنة والإقرار لا ريب فيه ، ولكن لا أثر له بالنسبة إلى الملكية الفعلية ، فإنه لا بدّ من إجراء الإستصحاب لإثباتها ، سواء كان اليقين السابق حاصلًا بالبيّنة التي هي عن تخمين أو بالإقرار الذي هو عن تحقيق ، وإذا جرى الإستصحاب لتامية أركانه تقدّم على اليد من دون فرق بين البيّنة والإقرار . وكذا الأمر لو علم الحاكم بكونها للمدّعي بالأمس ، فاليقين السابق متحقق ، فله إجراء الإستصحاب ، وأخذ العين من المدّعي عليه حتى يثبت الناقل الشرعي .

ولعلّ السرّ في اختلاف كلمات الأصحاب في هذا المقام هو اختلافهم في الاستظهار العرفي ، لما تقدّم من أن مبنى حجية اليد هو السيرة العقلانية وبناء أهل العرف ، والحق : إن كاشفية اليد في هذه الحالة التي قام الاستصحاب في مقابلها ضعيفة عرفاً ، والإستصحاب هو المحكّم ، فدعوى المدّعي مسموعة .
وفي (المسالك) بعد أن ذكر القولين ومختار المحقق منها ودليله قال :

« وقد تقدم البحث فيه ، والفرق بين هذه والسابقة الموجب لإعادة البحث أن المعارضة في هذه بين اليد المتحققة والسابقة الثابتة بالبيّنة والملك السابق كذلك ، والسابقة وقع فيها التعارض بين البينتين الدالّة أحدهما على اليد في الحال مع عدم ظهورها في غيره ، والآخرى على الملك السابق ، فلا تعرّض فيها للمعارضة بين اليد السابقة والحالية ، وقد تأكّد - من إطلاقه الحكم هنا وفي السابقة تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه إلى الآن أو عدم المزيل - أن إضافة ذلك غير شرط ، والأصح اشتراط إضافة ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدّد عنده علم الانتقال ، لما يبيّن من عدم المناقاة بين علمه بالملك وشهادته به مع انتقاله عن المالك الآن »^(١) .

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١٠١ - ١٠٢ .

قلت : ليس ما ذكره وجه الفرق بين المسألتين ، فهناك يتعرض كلتا البيئتين للملكية الفعلية ويتعارضان فيتساقطان ، ويكون استصحاب الملكية السابقة جارياً بلا معارض ، وهنا اليد معارضة مع الاستصحاب . فحاصل الفرق عدم المعارض للاستصحاب في تلك المسألة ، وتحقيق التعارض بين اليد والاستصحاب في هذه .

وأما الإقرار ، فلو أقرّ ذو اليد بكون العين للمدّعي بالأمس ، فإنه يطالب بإثبات شرعية يده الفعلية عليها ، وأما إذا أخذت العين منه بإقراره ودفعت إلى المدّعي ، ثم وجدت في اليوم التالي - مثلاً - بيده ، فلا يؤخذ بإقراره السابق ، نعم ، لو شك في صحة يده الآن استصحاب عدم الناقل الشرعي .

قال المحقق قدّس سرّه : «أما لو شهدت بيّنة المدّعي أن صاحب اليد غصب أو استأجره ، حكم بها ، لأنها شهدت بالملك وسبب يد الثاني»^(١) .

أقول : لو شهد الشاهدان على أن ذا اليد قد غصب العين بالأمس من زيد ، فإنه مع الشك في تبدّل يده اليوم إلى يد شرعية ، يستصحب كونها عدوانية ، فتسقط يده الفعلية عن الاعتبار ، لأن اليد التي لم يثبت شرعيتها ليست أمانة للملكية .

قال : «ولو قال : غصبي إيّاها ، وقال آخر : بل أقرّ لي بها ، وأقاما البيّنة ، قضي للمغصوب منه ولم يضمن المقرّ ، لأن الحيلولة لم تحصل بإقراره بل بالبيّنة»^(٢) التي أقامها الآخر وإن كانت بزعم هذا ظالمة ، والحكم في هذه المسألة واضح ، ولا خلاف فيه على ما في (الجواهر)^(٣) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٢ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١١٣ .

(٣) جواهر الكلام ٥٠ : ٤٥٦ .

الكلام في:

الإختلاف في العقود





مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مقدمة :

تارة: يكون الاختلاف في الاجرة ، وذلك يكون تارة في أصل الاجرة، كأن يقول المؤجر : آجرتك الدار بمأة دينار ، فيقول المستأجر : بل بمأة درهم ، وأخرى في قدرها كأن يقول المؤجر : آجرتك بمأة دينار فيقول المستأجر : بل بخمسين ، وعلى التقديرين : فإما أن يعدما البينة أو يجدها أو يجدها أحدهما خاصة ، فهذه ست صور ، وعلى جميع التقادير ، فالإختلاف إما أن يكون بعد استيفاء المستأجر المدّة أو في أثنائها أو ابتدائها ، فتكون الصور حينئذ ثمان عشرة صورة .

واخرى : يكون الإختلاف في العين المستأجرة ، وهو يكون تارة في ذات العين كأن يقول المؤجر : آجرتك هذه الدار ، فيقول المستأجر : بل تلك الدار ، واخرى يكون في العين من حيث الزيادة والنقيصة ، كأن يقول المؤجر : آجرتك هذه الدار إلا هذا البيت منها ، فيقول المستأجر : بل الدار كلّها ، وتنتهي الصّور حينئذ إلى العدد المذكور في الاختلاف في الاجرة .

وثالثة: يكون الإختلاف في المدّة ، وهو تارة في زمانها زيادة ونقيصة، كأن يقول المؤجر : آجرتك الدار شهراً ، فيقول المستأجر : بل أربعين يوماً ، واخرى في ابتدائها، كأن يقول المؤجر : آجرتك الدار من أوّل شهر شعبان ، فيقول المستأجر : بل من أوّل شهر رمضان . وتنتهي الصّور هنا أيضاً إلى العدد المذكور ... إذا عرفت هذا فنقول :

حكم الاختلاف في الاجرة ولا بينة

إذا اتفقا على استيجار دار معينة شهراً معيناً واختلفا في مقدار الاجرة وقد عدما البينة ، فالمشهور على أن القول قول المستأجر يمينه ، سواء كان الاختلاف بعد الاستيفاء أو في أثناءه أو في ابتدائه ، بل عن (التذكرة)^(١) نسبة هذا القول إلى علمائنا .

وعن الشيخ في (المبسوط)^(٢) القول بالتحالف ، وقد تبعه عليه بعض المتأخرين كما في (الجواهر) و (المسالك)^(٣) .

ووجه ما ذهب إليه المشهور هو : أن المستأجر منكر للزائد الذي يدّعيه عليه الموَجِر ، مع اتفاقهما على ثبوت ما يدّعي المستأجر ، وإذا تحقق عنوان المدّعي على الموَجِر ، والمنكر على المستأجر ، دخلاً في عموم الخبر^(٤) ، فإن حلف المستأجر كان القول قوله وسقطت دعوى الموَجِر ، وإن نكل حكم للموَجِر ، على قول ، وردّت اليمين على الموَجِر ، فإن حلف أخذ وإن نكل كذلك سقطت الدعوى ، على قول آخر .

ووجه ما ذهب إليه الشيخ في (المبسوط) هو : إن المورد ليس من مصاديق المدّعي والمنكر ، بل إن كلاً منهما مدّعٍ ومدّعى عليه ، لأن ذاك يدّعي وقوع العقد

(١) تذكرة الفقهاء ٢ : ٢٩٢ (حجري) .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ٣ : ٢٦٥ - ٢٦٦ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٥٧ . مسالك الأفهام ١٤ : ١٠٤ . كفاية الاحكام ٢ : ٧٣٤ . الدروس الشرعية ٢ : ١٠٧ .

(٤) يعني قوله صلى الله عليه وآله وسلم : البينة على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه .

على المائة وينكر وقوعه على الخمسين ، وهذا يدعي وقوعه على الخمسين وينكر وقوعه على المائة ، والعقد المتشخص بالمائة غير العقد المتشخص بالخمسين ، فقول كليهما موافق للأصل ، فتجب اليمين على كليهما ، فإذا تحالفا أو امتنعا عن اليمين انفسخ العقد ، ورجع الموجر بأجرة المثل^(١) للمنفعة المستوفاة كلاً - إن كان الاختلاف بعد استيفاء المدة - أو بعضاً إن كان في أثنائها ، وإلا ، كما إذا كان في ابتدائها ، فلا شيء للموجر ، وقيل : بل يحكم بتنصيف الزيادة ، وإن حلف أحدهما وامتنع الآخر ثبتت دعواه وسقطت دعوى الآخر .

وكيف كان ، فإن مختار الشيخ في (المبسوط) هو التحالف ، وقد ضعفه في (المسالك) : « بأن العقد لا نزاع بينها فيه ولا في استحقاق العين الموجهة للمستأجر ، ولا في استحقاق المقدار الذي يعترف به المستأجر ، وإنما النزاع في القدر الزائد ، فيرجع فيه إلى عموم الخبر . »

ولو كان ما ذكره من التوجيه موجباً للتحالف لورد في كل نزاع على حق مختلف المقدار ، كما لو قال : أقرضتك عشرة فقال : لا بل خمسة ، فإن عقد القرض المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر ، وكما لو قال : أبرأتني من عشرة من جملة الدين الذي علي ، فقال : بل من خمسة ، فإن الصيغة المشتملة على إسقاط أحدهما غير الأخرى ، وهكذا القول في غيره . وهذا مما لا يقول به أحد .

والحق : إن التحالف إنما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر ويختلفان في الزائد عنه ، كما لو قال الموجر : آجرتك الدار شهراً بدينار ، فقال : بل بثوب ، أو قال :

(١) معنى الرجوع إلى أجرة المثل أنه إذا كانت أجرة المثل أكثر مما يدعيه الموجر كان على المستأجر دفعه مع إقرار الموجر بالأقل ، وإذا كان أقل مما يدعيه المستأجر لم يجب عليه دفع المقدار الذي يقوله مع أنه يقر بأكثر مما جعل أجرة المثل ، والإلتزام بذلك مشكل .

آجرتك هذه الدار بعشرة ، فقال : بل تلك الدار ، ونحو ذلك ، أما في المتنازع ، فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح^(١).

قلت: ومثل الإبراء هو الأداء ، فلو اختلفا في المقدار الذي أدّاه المدين إلى الدائن زيادة ونقص ، كان النزاع في القدر الزائد ، فيرجع فيه إلى عموم الخبر كذلك ، فلاك الدخول تحت عموم الخبر المشار إليه هو أن يكون بين المتخاصمين اتفاق على قدر ثم يختلفان في الزائد عن ذلك المقدار ، وأما إذا لم يكون اتفاق بينهما على قدر فهناك التحالف .

لكن المتّجه عند صاحب (الجواهر) هو النظر إلى مصبّ الدّعى ، فإن كان النزاع في تشخص العقد الذي هو سبب اشتغال الذمة ، فهناك التحالف ، إذ لا فرق في مشخصات العقد بين زيادة الثمن ونقصانه وبين غير هذين الأمرين من المشخصات ، وإن كان النزاع بينهما في طلب الزائد من أحدهما وإنكاره من الآخر ، كان من قبيل المدّعي والمنكر .

وبعبارة أخرى : تارة : يكون الاختلاف في كيفية وقوع العقد الموجب لاشتغال الذمة ، وأخرى : يكون في المقدار الذي اشتغلت به الذمة ، ففي الأوّل - كما لو قال الموجر قد وقع العقد على المائة ، وقال المستأجر على الخمسين - التحالف ، وفي الثاني كما لو قال الموجر : آجرتك الدار بمائة ، فقال المستأجر بل بخمسين - يكون الموجر مدّعياً والمستأجر منكراً .

ثم إنه فرق بين النزاع في مال الإجارة والنزاع في القرض والإبراء ونحوهما ، ففي القرض مثلاً : إن أقرض المائة فقد أقرض الخمسين التي في ضمن المائة ، لأن

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١٠٤ - ١٠٥ .

قوله : أقرضتك المأة ينحلّ إلى الدنانير بعددها ، بخلاف الإجارة فلا انحلال لصيغتها بعدد الدنانير المفروضة بدلاً للإيجار ، نعم ، ينحلّ بنحو آخر ، فيكون معنى أجرتك الدار بمأة : أجرتك نصف الدار بخمسين وربعها بخمسة وعشرين ديناراً ... وهكذا ... كما أن التحالف يتصوّر في القرض لو اختلفا في كيفية وقوع صيغته ، كما إذا قال أحدهما : وقع العقد على المأة ، وقال الآخر على الخمسين ، لكن نتيجة الاختلاف هو الاختلاف في المقدار .

فإن كان مورد النظر في الدعوى هو العقد ، فالدعوى والتحالف ، وإن كان مورد النظر هو المقدار الذي اشتغلت به الذمة ، فالمدّعي والمنكر ، وبذلك يمكن عود النزاع لفظياً كما اعترف به صاحب (الجواهر) .

قلت : والأولى أن نجعل العرف هو المرجع في تشخيص الدّعى ، والظاهر كما ذكر في (الجواهر) في مسأله الاختلاف في قدر الثمن - بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك - إن نظر العرف في مورد الاختلاف من حيث الزيادة والنقص ، سواء في مال الإجارة أو العين المستأجرة ، إلى الأثر المالي المترتب على النزاع ، فهم يجعلون من يريد أخذ شيء من طرفه مدّعيّاً والآخر مدّعى عليه ، وليس نظرهم إلى كيفية صدور العقد ووقوعه ، فيكون من قبيل المدّعي والمنكر .

وبعبارة أخرى : إن أهل العرف يرجعون الدّعاوى إلى المال وما يتعلّق به ، فيجعلون من يريد جرّ المنفعة إلى نفسه مدّعيّاً ، ومن يريد دفع الضرر عن نفسه منكراً ، وأما النزاع في كيفية وقوع العقد فهو نزاع علمي وليس للعرف فيه مجال .

ولعلّ ما ذكرنا هو وجه التأمل في تأييده كون كلّ منهما مدّعيّاً عند العرف الذي أمر به صاحب (الجواهر) ، وقد ذكرنا أنه رحمه الله قال بما ذكرنا في مسألة الاختلاف في الثمن لولا النص الخاص فيه .

وعن الشيخ في المسألة قولان آخران :

أحدهما : ما عن موضع من (الخلاف) وهو القول بالقرعة مع اليمين^(١) ، قال في (الجواهر) : ولعلّه لإشكال الحال عليه في أنه من التداعي أو من المدعي والمنكر ، لكن قد عرفت أن المرجع هو العرف والأمر عند أهل العرف فيه واضح . قال : ولم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا معاً بعدها ، فهل تقسم الزيادة بينهما أو يوقف الحكم؟^(٢)

وجه الأول هو : أن ذلك مقتضى الحكم بالعدل ، كما ذكرنا سابقاً في مسألة العين التي وقع النزاع عليها وليس لأحدهما يد .

لكن فيه : إن مورد نصوص التنصيف هو العين كما عرفت هناك ، ولا وجه لإسراء الحكم من العين إلى الدين ، وكونه مقتضى الحكم بالعدل محلّ تأمل . وأما توقيف الحكم ، فإن كان النزاع في ابتداء المدة فلا بأس ، وتكون النتيجة انفساخ العقد ، وأما مع استيفاء المدة بعضاً أو كلاً ، فلا يمكن القول به ، كما هو واضح .

قال في (الجواهر) : وقد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الأمرين ، من أجره المثل المفروض كونها أقل مما يدّعيه الموجر ، ومن المسمّى الذي يدّعيه المستأجر على الثاني^(٣) .

قلت : هذا غير واضح ، لأنه قد يكون المسمّى الذي يدّعيه المستأجر أكثر من أجره المثل ، فلا بدّ من أن يؤخذ بمقتضى إقراره .

(١) كتاب الخلاف ٦ : ٢٣٧ المسألة ١٠ .

(٢ و ٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٥٩ .

قال : ويحتمل القرعة بلايين^(١) .

أقول : وجهه ما عرفت من إشكال الحال ، وأما عدم اشتراط اليمين فلخلو بعض أخبار القرعة عنه ، لكن قد عرفت أنه لا إشكال في المقام بعد الرجوع إلى العرف .

والثاني : ما عن موضع من (المبسوط) ، حيث فرّق بين وقوع النزاع قبل انقضاء المدّة وبعده ، وحكم بالتحالف في الأول وتردّد في الثاني بين القرعة وبين تقديم قول المستأجر^(٢) .

قلت : ولعلّ منشأ التردّد في الصورة الثانية بين القرعة التي قال بها في (الخلاف) والتي قد عرفت وجهها ، وبين تقديم قول المستأجر : هو ما ذكرناه من نظر العرف ، لكن قد عرفت أنه مع ملاحظة نظر العرف لا يبقى إشكال في تقديم قول المستأجر مطلقاً .

ومما ذكرناه يظهر الحكم في كل اختلاف يرجع إلى الزيادة والنقيصة وتحقيق فيه نظر أهل العرف ... هذا كلّه فيما إذا عدما البينة .

حكم الاختلاف في الاجرة مع البينة

قال المحقق قدّس سرّه : « إذا اتفقا على استيجار دار معينة شهراً معيّناً واختلفا في الاجرة ، وأقام كلّ منهما بينة بما قدره ، فإن تقدم تأريخ احدهما عمل به ، لأن الثاني يكون باطلاً ، وإن كان التأريخ واحداً تحقق التعارض ، إذ لا يمكن في

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٥٩ .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ٢٦٤ .

الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين ، وحينئذ ، يقرع بينهما ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه .

هذا اختيار شيخنا في المبسوط .

وقال آخر : يقضى بيمينه الموجه ، لأن القول قول المستأجر لو لم تكن بينة ، إذ هو يخالف على ما في ذمة المستأجر ، فيكون القول قوله ، ومن كان القول قوله^(١) كانت البينة في طرف المدعي ، وحينئذ نقول : هو مدّع زيادة وقد أقام البينة عليها فيجب أن تثبت .

وفي القولين تردّد^(٢) .

أقول : إذا كان لكل واحد من الموجه والمستأجر بينة بما يدّعيه ، فتارة : يتقدم تاريخ احدي البينتين للعقد ، واخرى : يكون التاريخ واحداً . فإن كان الأول ، كأن قالت احدهما : قد وقع العقد في شهر رمضان ، وقالت الاخرى : قد وقع في شهر شوال ، عمل بالمتقدم وبطل المتأخر ، لأنه يكون عقداً على معقود عليه من المتعاقدين كما كان ، وهو باطل ...

وإن كان الثاني - وهو اتحاد تاريخهما - أو كانت البينتان مطلقتين ، أو كانت احدهما مطلقة والاخرى مؤرخة ، وليس في احدهما مرجح من المرجحات المذكورة سابقاً ، تحقق التعارض بين القولين ، إذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين ، وفي هذه الصورة قولان .

فالأول : هو القول بالقرعة مع اليمين ، وهو للشيخ في (المبسوط) ، فمن خرج

(١) في متن المسالك : « ومن كان القول قوله مع عدم البينة كانت ... » .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١١٣ .

اسمه يحكم له مع يمينه ، سواء كان الموجر أو المستأجر ، للنصوص الصريحة الدالة على ذلك^(١) ، فإن نكل الذي خرج اسمه عن اليمين أحلف الآخر ، فإن حلف حكم له ، وإن نكل فالوجوه المتقدمة من التنصيف أو وجوب دفع أقل الأمرين أو توقيف الحكم ، مع ما عرفت من الكلام فيها .

والثاني: هو القضاء بينة المؤجر ، وهو لابن إدريس^(٢) وأكثر المتأخرين ، لما تقدّم من أن قول المستأجر يتقدم في حال عدم البينة ، وحيث أن البينة موجودة فإنها تسمع من الطرف الآخر وهو الموجر ، والموجر يدّعي أنه قد آجر الدار بمأة وقد أقام البينة بها ، فيجب أن تثبت الخمسين الزائدة ، بناءً على حجية بينة الخارج

(١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان علي عليه السلام إذا أتاه رجلان يختصمان يشهود عدلهم سواء وعددهم أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين. ثم يجعل الحق للذي تصير عليه اليمين إذا حلف .

وعن داود بن سرحان عن أبي عبد الله في شاهدین شهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا عليه [شهد الأولان] واختلفا قال: يقرع بينهم فأيتهم قرع عليه اليمين وهو أولى بالقضاء. وعن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال قلت له: رجل شهد له رجلان بأن له عند رجل خمسين درهماً، وجاء آخران فشهدا بأن له عنده مائة درهم كلهم شهدوا في موقف. قال: أقرع بينهم ثم استحلف الذين أصابهم القرع بالله أنهم يحلفون بالحق .

وعن داود بن أبي يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كانت له امرأة، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأة امرأة فلان، وجاء آخران فشهدوا أنها امرأة فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا. فقال: يقرع بينهم فمن خرج اسمه فهو الحق وهو أولى بها .

وسائل الشريعة ٢٧: ٢٥٢ / الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم / ح ٨.

هذا، وللشيخ هنا فرع آخر هذا نصه: «ويفارق الألف والألفين، لأن من شهد بألف لا يعارض من شهد بألفين لجواز الصدق فيهما، فلهذا لم يقع التعارض، فأثبتنا الألف بأربعة والألف الزائد بشاهدين، وليس كذلك ههنا، لأن العقد على البيت مرتين شهراً واحداً محال، فلهذا تعارضتا ...» المبسوط ٨ / ٢٦٤.

(٢) السرائر ٢: ٤٦٤.

دون الداخل ، كما هو المختار .

وأما بناءً على حجية بيئة الداخل والخارج معاً ، فإنها تتعارضان وتتساقطان ، فتعود الصورة كما لو عدماها .

حكم الاختلاف في العين المستأجرة ولا بيئة

قال المحقق قدس سره : « ولو ادعى استئجار دار فقال الموجر : بل أجرتك بيتاً منها ، قال الشيخ : يقرع بينهما ، وقيل : القول قول الموجر ، والأول أشبه ، لأن كل واحد منهما مدّع »^(١) .

أقول : هذه صورة الاختلاف في العين المستأجرة ، فتارة : يختلفان في ذاتها كأن يقول الموجر : أجرتك هذه الدار فيقول المستأجر : بل تلك ، فلا إشكال في أن كلاهما مدّع ، والحكم فيه التحالف ، وأخرى : يختلفان فيها زيادة ونقص ، كأن يدعي المستأجر استئجار الدار كلها فيقول الموجر : بل أجرتك بيتاً منها ، ففي هذه الصورة قولان أو ثلاثة ، فعن الشيخ قدس سره : يقرع بينهما نحو ما تقدم في المسألة السابقة ، أو يتحالفان على قوله الآخر ، لكن المختار هو أن الموجر هو المنكر ، لأن قوله موافق للأصل ، فعليه اليمين ، فإن حلف ثبت قوله وإلا جاء فيه التفصيل المتقدم .

أما المحقق قدس سره ، فقد اختار هنا القول الأول وهو القرعة ، مع تردده في المسألة السابقة قال : « لأن كل واحد منهما مدّع » .
لكن تعليقه يقتضي التحالف لا القرعة .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٣ .

حكم الاختلاف في العين المستأجرة مع البينة

هذا كله مع عدم وجود البينة للمستأجر المدعي ، فإن كان واجداً لها وأقامها حكم له . قال المحقق قدس سره : « ولو أقام كلّ منهما بينة تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ »^(١) أو إطلاقها أو إطلاقها أو إطلاق احدهما ، وإذا تحقق التعارض بينهما بالتساوي عدداً وعدالة والتاريخ واحد ، تساقطا وكان المرجع القرعة ، هذا بناء على حجية بينة الداخل كالخارج ، وأما بناءً على المختار من عدم حجية بينة الداخل ، فإن بينة المستأجر هي المسموعة ، ويحكم له على طبقها كما لو عدم الموجر البينة .

وفي (كشف اللثام) : (ويحكم بالقرعة مع اليقين ، فإن نكلاً ، فالظاهر أن البيت لما اتفقا على إجارته فهو في إجارته إلى أن تمضي المدة ويقسمان الباقي نصفين ويسقط من الاجرة بالنسبة ، وكذا مع الاختلاف في الزمان ... »^(٢) .

قلت : إن أراد كاشف اللثام تقسيم الباقي إلى نصفين مع دفع المستأجر نصف مال الإجارة ، ففيه : إن كلاً من الموجر والمستأجر يدعي كون الباقي كله له ، لأن المستأجر يدعي أنه قد أعطى المائة مثلاً في مقابل الدار كلها ، والموجر يدعي أنه قد آجر البيت فقط بمائة ، فيقرّ بعدم استحقاقه تجاه المستأجر شيئاً ، لكن نقول بكون البيت للمستأجر مع نصف الباقي ، فإن استوفى منفعة النصف الآخر من الباقي كان عليه دفع ما يقابله .

فإن أراد كاشف اللثام هذا المعنى ، لم يرد عليه ما أشكل به في (الجواهر)

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٤ .

(٢) كشف اللثام ١٠ : ٢٢٤ .

بقوله : «إن المتجه في الأول ثبوت الاجرة مع قسمة ما فيه النزاع بالنصف ، نعم ،
يُتَّجهُ أَجْرَةُ المثل في الأخير ، لوقوع التصرف فيه بلا أَجْرَةٍ ، ويمكن القول هنا
بالقرعة بلا يمين ، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض ، كما سمعته في المسألة الثانية ،
بل لعله هنا أولى»^(١).

وفي (الدروس) : «فإن اتَّحد التاريخ أعملتا أو سقطتا أو أقرع مع اليمين»^(٢).
والظاهر أن مراده من «اعملتا» أنا إن قلنا بحجية بيعة الخارج فقط ، كانت
بيعة المستأجر هي المحجة ولا تسمع بيعة الماجر لأنه الداخل ، وإن قلنا بحجية بيعة
الداخل سمعت بيعة الماجر ، وإن قلنا بحجية كليهما فقد «سقطتا» بالتعارض فتعود
كما لو عدماها ، ويأتي فيها الوجوه المذكورة هناك ، ويحتمل وجه آخر وهو القرعة
مع اليمين ..



هذا كله مع اتحاد تاريخ البيعتين ...

قال المحقق : «ومع التفاوت يحكم للأقدم ، لكن إن كان الأقدم بيعة البيت ،
حكم بإجارة البيت بأجرته وإجارة بقية الدار بالنسبة من الاجرة»^(٣).

أقول : إنه مع التفاوت في التاريخ ، فإن كان المتقدم تاريخ بيعة الدار كلها بطلت
إجارة البيت لما تقدم سابقاً ، وإن كان المتقدم تاريخ بيعة البيت ، حكم بإجارة البيت
بالاجرة المسماة وإجارة بقية الدار بالنسبة من الاجرة ، لبطلان ما قابل البيت
المفروض تقدم إجارته من تلك الدار وصحة البقية ، فلو كان مال الإجارة المتفق
عليه مائة دينار ، غير أن المستأجر يدعي أن المائة أجرة كل الدار والماجر يدعي إنها

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٦٢ .

(٢) الدروس الشرعية ٢ : ١٠٦ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١١٤ .

أجرة البيت فقط المفروض كونه مساوياً لنصف أجرة الدار، وكان المتقدم تاريخ بيّنة البيت، يثبت على المستأجر مائة وخمسون ديناراً، المائة أجرة البيت بيّنة الموجر، والخمسون في مقابل بقية الدار بيّنة المستأجر.

قال في (الجواهر) : ولا ينافي ذلك خروجه عن دعواها التي هي وقوع عقد واحد منها، وكون العوض فيه عشرة، وإنما الاختلاف فيما تضمنته في مقابلة العشرة الدار أو البيت، لأن الثابت في الشرع حجية بيّنتها لا دعواها، وقد اقتضتا ما عرفت، فينبغي العمل به، لاحتمال كونه الواقع وإن خرج عن دعواها معاً، كما سمعته في تنصيف العين التي ادّعى كلّ منها أنها له وهي في أيديهما، وتسمعه في غيره، بل قد يقال بوجوب العمل بكلّ منها وإن علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد في أعمالهما عن الواقع فضلاً عن دعواهما مع احتمال الواقع^(١).

حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار وهي في يد البائع

قال المحقق قدس سرّه : «ولو ادّعى كلّ منهما أنه اشترى داراً معينة وأقبض الثمن وهي في يد البائع، قضى بالقرعة مع تساوي البيّنتين عدالة وعدداً وتاريخاً، وحكم لمن يخرج اسمه مع يمينه»^(٢).

أقول : إذا ادّعى كلّ منهما شراء دار معينة من مالها وإيفاء الثمن وهي بعد في يد البائع، فإن كانا واجدين للبيّنة فتارة : يتقدم تاريخ إحدى البيّنتين، وحينئذ يحكم لصاحبها ويدفع الثمن للآخر، قال كاشف اللثام : «وإن أمكن أن يكون باعها

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٦٣.

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١١٤.

من الأول ثم اشتراها ثم باعها من الثاني ، لحصول الجمع بين البيتين ببيعها من الثاني وإن لم يشترها لجواز بيع ملك الغير ، لكن إذا لم يجزه انفسخ واستقر عليه الثمن » وأخرى : يتفقان تأريخاً ، فإن كان في أحدهما شيء من المرجحات فهو ، وإن تساوتا عدالة وعدداً ، أقرع بينهما وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه ، فإن نكل أحلف الآخر ، فإن نكل كذلك قسّمت الدار بينهما ، ورجع كل منهما بنصف الثمن .

وإن عدما البيّنة فهنا صور :

الأولى : أن يكذب المدّعي عليه - وهو صاحب الدار - كليهما ، وحينئذ ، يحلف لكل منهما ويندفعان عنه ، فإن نكل فالقولان السابقان من الحكم بالنكول أو الردّ ثم الحلف والحكم .

الثانية : أن يصدّق أحدهما ويكذب الآخر ، فأما الذي صدّقه فتسلّم إليه الدار ، وأما الذي كذّبه فيحلف له على الإنكار ، وإن نكل فالقولان ، وحيث يحكم للمدّعي يلزم صاحب الدار بدفع قيمة الدار إليه ، كما هو الحكم فيما إذا صدّق الثاني أيضاً بعد تصديق الأول وتسليم الدار إليه .

وهل أن تصديق المدّعي الأول المستتبع لدفع الدار إليه إتلاف لمال المدّعي الثاني ؟ إن كان الإقرار قبل القبض تلفاً ، فإنه يكون في مال البائع ، إذ كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع ، وحينئذ ، لا يجب عليه الحلف للمدّعي الثاني ، بل بنفس التلف ينفسخ العقد ، لكن الإشكال في كون ذلك مصداقاً للتلف ، من جهة أن البائع ينكر أصل البيع للثاني ، فكيف يكون إقراره للأول إتلافاً ؟

وأما ما في (الجواهر) « وحلف للآخر ^(١) » إن لم نقل إن الإقرار بها قبل القبض

(١) في الجواهر المطبوع : « وإن لم نقل » لكن الواو زائدة . كذا أفاد السيد الاستاذ دام ظله .

بمنزلة التلف لآفة سماوية ... نعم ، لو قلنا إن الإقرار قبل القبض إتلاف كآلة السماوية ، لم يتوجه له اليمين حينئذ ، وإن كان هو كما ترى .

ففيه : إن كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع ، يشمل إتلاف البائع نفسه ، بل يكون حينئذ من مال البائع بالأولية .

وكيف كان ، فعلى القول بعدم انفساخ العقد الثاني ، توجهت اليمين ، وأما على القول بشمول « كل مبيع ... » لإتلاف البائع ، فالإنفساخ متحقق .

لكن الصحيح هو توجه اليمين على البائع في محل الكلام ، لما ذكرنا من عدم صدق الإتلاف بالإقرار مع إنكار أصل البيع .

الثالثة : أن يصدق كليهما معاً ، فالحكم حينئذ هو تنصيف الدار مع عينيها ، إذ تكون كالعين الخارجية التي وقع النزاع عليها وهي في يد المتنازعين ، لأنه مع إقرار البائع لهما تكون يده بمنزلة يديهما ، ثم إن صدقهما في أخذ الثمن منها استرجع لكل واحد نصف ما دفع إليه .

الرابعة : أن يصدق كل واحد في النصف ، فيحكم بالنصف لكل منهما مع حلفه له على إنكار النصف الآخر ، فإن كان مقراً بأخذ كل الثمن من كل واحد ، وجب إرجاع النصف ، وإلا أحلف على إنكار أخذ الكل ، فإن نكل وحلف المدعي أخذ منه .

الخامسة : أن يقول : لا أعلم لمن هي منكما ، فيكون إقراراً بأنها ليست له ، وحينئذ ، تكون كالعين التي تنازع عليها اثنان مثلاً وليس لأحدهما عليها يد ، وفيها أقوال :

أحدها : الحكم بالتنصيف ، والثاني : القرعة مع اليمين ، والثالث : القرعة بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفا معاً .

وهل يقبل قول البائع لأحدهما ؟

قال المحقق قدّس سرّه : « ولا يقبل قول البائع لأحدهما ويلزمه إعادة الثمن على الآخر ، لأن قبض الثمين ممكن ، فتزدد حم البيّتان فيه »^(١) .

أقول : وحيث تساوت البيّتان وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه ، فهل يقبل قول البائع لأحدهما ؟ الظاهر : لا ، إن كان بعد الحكم ، لأنه حينئذ تزول يده وترتفع فلا اعتبار لإقراره .

لكن في (كشف اللثام) : « ويحتمل القبول ، فيكون المقرّ له ذا اليد ، فتقدم بيّنته أو بيّنة الآخر على الخلاف »^(٢) .

وفيه - كما في (الجواهر) - إن جزم المحقق قدّس سرّه وغيره بعدم قبول قول البائع مبني على أن ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعة وبعد انتزاع الدار من البائع بالبيّتين ، فإنهما وإن اختلفتا في تعيين المالك ، لكنها متوافقتان على تحقق البيع لأحدهما وخروج الدار به عن ملك البائع ، فلا وجه للاحتمال المزبور .

وعلى كلّ حال ، يلزم البائع إعادة الثمن على المدّعي الآخر الذي لم تكن له الدار ، لأن قبض البائع الثمين من المدّعين ممكن ، فتزدد حم - أي تجتمع - البيّتان فيه ، كما اجتمعتا في خروج الدار عن ملك البائع ، بخلاف عقد البيع حيث قامت كلّ واحدة منهما على وقوعه مع كلّ واحد منهما دون الآخر .

ولو نكل من خرج اسمه بالقرعة حلف الآخر ، كما تقدم .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٤ .

(٢) كشف اللثام ١٠ : ٢١٨ .

قال المحقق : « ولو نكلا عن اليمين ، قسّمت بينهما ويرجع كلّ منهما بنصف الثمن »^(١).

أي : ولو نكل من أخرجته القرعة والطرف الآخر عن اليمين ، قسّمت الدار بينهما على النصف ، لما تقدم من أنه الحكم بالعدل ، وعلى البائع إرجاع نصف كلّ من الثمنين إلى كلّ من المدعين ، وليس له إنكار الأخذ لإثبات البيتين ذلك .

وقال كاشف اللثام : « إلا إذا اعترفا أو اعترف أحدهما أو شهدت بيّتناهما أو أحدهما بقبض المبيع ، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهادة بيّنة لم يكن له الرجوع عليه بشيء من الثمن ، لثبوت استحقاقه له بالإقرار أو بالبيّنة ، غاية الأمر إنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك »^(٢).

وقد سبقه إلى ذلك الشهيد الثاني في (المسالك) ، فإنه قال في المسألة الآتية : « وحيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذلك إذا لم تتعرّض البيّنة لقبض المبيع ولا اعترف به المدّعي ، وإلا فإذا جرى القبض استقرّ العقد وما يحدث بعده فليس على البائع عهده »^(٣).

وسبقهما إليه العلامة في (التحرير)^(٤).

واعترضه في (الجواهر) بقوله : « وفيه : إن الإعتراف بالقبض أو ثبوته بالبيّنة لا ينافي الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبيّنة ، كما هو

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٤ .

(٢) كشف اللثام ١٠ : ٢١٨ .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ١١١ - ١١٢ .

(٤) حيث قال : « ولو نكلا قسّمت العين بينهما وليس لأحدهما الرجوع على بايعه بشيء إن كانا قد اعترفا بقبض السلعة من البائع لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع » تحرير الأحكام ٥ : ٢٠١ / ٦٥٥٧ .

واضح ، اللهم إلا أن يقال : إن عدم الرجوع بعد القبض لتركها اليمين باختيارهما ، ولكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل ، بل لا يتم فيما سمعته من كشف اللثام أخيراً ، على أن ترك اليمين إن كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده»^(١).

أقول : والأقرب هو الأول ، فلو اشترى مالاً من بائعه وقبضه وأقبض الثمن ثم تركه أمانة عند البائع ، فأقام رجل البيعة لدى الحاكم على أنه قد اشترى المال منه وحكم الحاكم بدفع المال إليه ، لم يكن للمشتري الأول مطالبة البائع بالمال ولا بالثمن ، لأنه مال قد تلف بعد القبض فهو من مالكة لا من مال البائع . نعم ، لو كانت العين باقية عند البائع من دون إذن المشتري فهو لها ضامن ، لكن بدليل : «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وهذا بحث آخر .

وقول صاحب (الجواهر) : «إن الاعتراف ... لا ينافي الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبيعة» .

فيه : إنه خروج عن فرض القوم ، وهو الإعتماد على إقرار المشتري ، ولم ينكشف خلاف .

وقوله : «على أن ترك اليمين إن كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده» .

فيه : إن كون التلف قبل القبض من البائع وبعده من المشتري أمر لا ريب فيه ، لكن كونه من مال البائع قبل القبض مشروط بعدم كون التلف حينئذ مستنداً إلى المشتري وإلا فيكون في ماله ... إلا أن في صدق «الإتلاف» على النكول عن «اليمين» تأملاً .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٦٥ .

وهل لهما الفسخ ؟

قال المحقق قدس سره : « وهل لهما أن يفسخا ؟ الأقرب : نعم ، لتبعض المبيع قبل قبضه »^(١).

أقول : وكيف كان ، فهل لهما مع تقسيم الدار بينهما أن يفسخا البيع الذي ثبت لكل منهما بالبينة ؟ قال المحقق : « نعم ، لتبعض المبيع قبل قبضه » .
ووجه العدم : إن التبعض جاء من قبلهما .

قلت : لكن ليس المورد من تبعض الصفقة ، لأن ذلك يكون في العقد لا القبض ، فإذا وقع العقد على شيئين بصورة الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكاً للبائع ، فيبطل العقد بالنسبة إليه ، ويجوز للمشتري أن يفسخ المعاملة بالنسبة إلى الآخر ، وهذا معنى تبعض الصفقة .
وأما إذا كان العقد صحيحاً بالنسبة إلى كلا الجزئين ، فسلم أحدهما دون الآخر فلا خيار ، بل يلزم البائع بتسليم الآخر .

وهنا تكون إحدى المعاملتين باطلة في الواقع ، لأن الذي وقع له البيع يملك الكل ، ومن لم يقع له فلا شيء له ، غير أنه لما كان الواقع مجهولاً وقد حكم المحاكم بالبينة بالتنصيف ، يكون لكل نصف ، فيكون نظير درهم الودعي ...
فالأصح هو العدم ، وبناء على الفسخ ، فلو فسخا كانت العين للبائع ورجع كل واحد منهما عليه بالثمن كله .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٤ .

حكم ما لو فسخ أحدهما دون الآخر

قال المحقق : « ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع ، لعدم المزاحم ، وفي لزوم ذلك عليه تردد ، أقربه اللزوم »^(١).

أقول : ولو فسخ أحدهما فهنا فرعان .

الأول : إنه لو فسخ أحدهما ، فهل للآخر أخذ جميع الدار أم لا ؟ فيه قولان ، ذهب المحقق قدس سره إلى الأول ، واستدل له بقوله « لعدم المزاحم » أي : لأنه كان يدعي شراء جميع الدار من البائع وقد أقام البيئة على ذلك ، لكن عارضه دعوى الآخر وبيّنته ، وحيث فسخ ذاك ما كان يدعيه من العقد ، فقد بقي هذا بلا مزاحم ، فكان له أخذ الجميع الذي كان يدعيه .
وقد حكى الثاني عن الشيخ قدس سره ، ووجهه هو : أن الحاكم قد قضى له بنصف الدار دون النصف الآخر ، فلا يعود إليه .

وفيه : إن مقتضى البيئة هو الجميع ، لكن منعه عن أخذه المدعي الآخر الذي ادعى شراء الجميع كذلك ، الأمر الذي سبب حكم الحاكم بالتنصيف ، لكن مع فسخ الآخر يرتفع المانع فيؤثر المقتضي أثره .

وقد نسب الشهيد في (الدروس) إلى الشيخ القول بالفرق بين كون الآخر الأول أو الثاني حيث قال : (ولو فسخ أحدهما فلآخر الجميع ، وفيه أوجه ثالثها - وهو مختار الشيخ في المبسوط - : الفرق بين كون الآخر الأول أو الثاني ، لأن القضاء للأول بالنصف إذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٤ .

بأخذ الجميع ، ونعني بالأول الذي فاتحه القاضي بتسليم النصف فرضي بخلاف ما إذا فسخ المفتح فإن الثاني يأخذ الجميع قطعاً ، لا يجاب بينته الجميع يراجع ما لم ينزع .

والأقرب أن لكلّ منهما الأخذ^(١) .

وقد ضعّف صاحب (الجواهر) قدّس سرّه هذا التفصيل كذلك . ثم قال : « توهم أن مقتضى الفسخ الرجوع إلى البائع لا إليه بمقتضى الحكم الظاهري ، مدفوع بأن التنصيف قد كان جمعاً بين البينتين ، ومع فرض الفسخ استقلت بينة الآخر بكون الجميع له بلا معارض ، بل المتجه صيرورة ذلك له قهراً عليه لأنه مقتضى دعواه وبينته^(٢) . »

الفرع الثاني : إنه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب ؟ وجهان ، من وجود المقتضي وعدم المانع كما عرفت مع انتفاء المقتضي للخيار وهو تبعض الصفقة ، ومن استصحاب الخيار الثابت له قبل الفسخ ، ومن هنا تردّد المحقق قدّس سرّه ، لكن قال : « أقربه اللزوم » . واستدلّ له صاحب (الجواهر) بالأصل - وهو أصالة اللزوم في العقود - وبغيره من الأدلة القائمة على لزوم العقد ، وكلّ ذلك يتقدم على الاستصحاب إن تم في المقام .

هذا ، ولكن الصحيح عدم جواز أخذ الجميع ، لا لما ذكره الشيخ قدّس سرّه بل لأن النصف الثاني يصير بعد الفسخ إلى ملك البائع ، لا أنه يعود إلى ملكه كما كان حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينة الآخر بكون الجميع له بلا معارض ،

(١) الدروس الشرعية ٢ : ١٠٥ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٦٦ .

بل هو ملك جديد يصير إلى البائع بالفسخ فليس للآخر أخذ هذا النصف . وما ذكرنا نظير ما إذا باع أحد الشريكين نصفه الواقع إليه بحكم الحاكم إلى البائع ، فإنه ملك جديد للبائع بسبب جديد ، فلا يجوز للآخر أن يدّعي عليه هذا النصف أيضاً . فإن قيل : تحقق الملك الجديد للبائع بسبب البيع واضح ، وليس الفسخ كذلك ، بل أثره في محلّ الكلام كون المعاملة بالنسبة إلى هذا النصف الذي وقع الفسخ فيه كالعدم ، فلآخر المطالبة به بمقتضى بينته .

قلت : لا إشكال - بل الظاهر أنه لا خلاف - في أنه يتحقق الملك للبائع بالفسخ من حينه ، ولذا يكون النماء الحاصل بين العقد والفسخ للمشتري ، فيكون الشيء ملكه له مرة أخرى بعد بيعه إياه . ومن هنا وقع الكلام في تأثير إجازة المالك لبيع الفضولي إن كان مالكاً للمال حين الإجازة لا حين العقد ، والصحيح عدم كفاية هذا التملك في إنفاذ البيع بالإجازة .

على أن الفسخ من آثار التعارض ، فكيف يكون نافياً للتعارض ؟ والحاصل : إنه ليس للآخر أخذ الجميع ، لأن المزاومة قد ارتفعت بالفسخ من حينه ، والتي كانت من حين العقد لم ترتفع بهذا الفسخ . هذا كله إذا كانت العين في يد البائع .

ولو كانت في يد أحدهما فتارة : لا بينة ، وحينئذ يقضى بها له وعليه اليمين للآخر ، وأخرى : يقيمان البينة ، وحينئذ يحكم للخارج على رأي وللداخل على آخر ، وقد تقدّم .

حكم ما لو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما

قال المحقق قدس سره : «ولو ادعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كل منهما هذا المبيع وأقام كل منهما بينة ، فإن اعترف لأحدهما قضي عليه بالثمن ، وكذا إن اعترف لهما قضي عليه بالثمنين ، وإن أنكر وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قضي بالثمنين جميعاً لمكان الاحتمال»^(١).

أقول : هذه المسألة عكس المسألة السابقة ، فلو ادعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كل منهما مبيعاً معيناً ، فإن اعترف المشتري بالشراء لأحدهما قضي عليه بالثمن ، وإن اعترف به لكل منهما قضي عليه بالثمنين ، لأن «إقرار العقلاء على أنفسهم حجة» وشراؤه من كليهما أمر ممكن ، كأن يكون قد اشترى العين من أحدهما ثم باعه من الآخر ثم اشتراه ، أو باعه لرابع فباعه الرابع من المدعي الآخر ، فاشتراه المشتري منه .

وإن لم يعترف مطلقاً وأقام كل واحد منهما بينة فأنكرهما فتارة : يختلف تاريخ البينتين أو تكونان مطلقتين ، وأخرى : يكون التاريخ واحداً ، فإن اختلف أو كانتا مطلقتين قضي عليه بالثمنين ، لما تقدم من إمكان شرائه العين من أحدهما ثم بيعه من الآخر - أو من رابع فباعه من الآخر - ثم شرائه منه ، ومهما أمكن الجمع بين البينتين وجب .

بخلاف المسألة السابقة ، لما قيل من أن الشراء لا يجوز لملك نفسه والبيع يجوز لملك غيره ولو فضولاً .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٤ .

وفيه : كما في (الجواهر) إن الاحتمال في الشراء لمال نفسه فضولاً عن الغير ممكن أيضاً ، كأن يشتري العين من أحدهما ثم يوكل زيداً في بيعه من الغير ، ثم اشترى فضولاً من الغير .

هذا ، مع أنه لا أثر لهذا الشراء عن الغير ، لأن المفروض عدم أخذه شيئاً عن الغير .

فالأولى في وجه الفرق ما ذكره في (الجواهر) من أنه اتحاد المدعى به في المسألة السابقة ، وهو شراء المبيع من مالكة ، إلا أنه لم يعلم السابق منها ليكون شراء اللاحق في غير محله ، بخلاف هذه المسألة ، فإن المدعى به استحقاق الثمن الذي ثبت بثبوت سببه ، فمع فرض قيام البيئة به في وقتين مثلاً وجب المسبب حتى لو كان المدعى واحداً .

وبعبارة أخرى : العين الواحدة لا يمكن أن تكون بجميعها لاثنتين ، هذا في تلك المسألة ، أما في المقام ، فالمدعى به هو الثمنان من جهة تعدد العقد وإن كانت العين واحدة ، فإذا تكرر العقد تكرر الثمن ، لإمكان الشراء ثم البيع والشراء كما عرفت ، أما المبيع فلا يتكرر بتكرر البيع ، فظهر إمكان الجمع بين البيئتين هنا وعدم إمكانه هناك .

نعم ، لو كان الثمن شيئاً معيناً خاصاً ، وكل منهما قد ادّعاه بسبب كونه البائع لثمنه ، وأقام كل واحد بيئته ، تحقق التعارض ولو مع إطلاق البيئتين .

هذا ، وفي (المسالك) : ويحتمل كونها حينئذ كالمؤرختين بتاريخ واحد ، لأنها ربما شهدتا على البيع في وقت واحد ، والأصل براءة ذمة المشتري ، فلا يؤخذ إلا باليقين^(١) .

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١١٠ .

قال في (الجواهر) : ولعله لذا كان المحكي عن ظاهر الشيخ التردد .
لكن فيه - كما في (الجواهر) - أن البيئة ظاهرة في تعدد البيع ، والأصل تعدد
المسبب بتعدد سببه ^(١) .

قال المحقق : « ولو كان التاريخ واحداً تحقق التعارض ، إذ لا يكون الملك
الواحد لاثنتين ، ولا يمكن إيقاع عقدين في الزمان الواحد ، فيقرع بينهما ، فمن خرج
اسمه أحلف وقضي له » ^(٢) .

أقول : ودليل القرعة ما تقدم ذكره سابقاً من النص والفتوى على أن الرجوع
إلى القرعة هو حكم البينتين المتعارضتين بعد فقد الترجيح بينهما بأحد المرجحات
المذكورة هناك ، فمن خرج اسمه أحلف وقضي له بالثمن الذي شهدت به البيئة ، فإن
امتنع أحلف الآخر وقضي له كذلك .

قال : « ولو امتنعا من اليمين قسّم الثمن بينهما » ^(٣) .
أي : لو امتنع من خرج اسمه بالقرعة فردّت على الآخر فامتنع كذلك ، قسّم
الثمن بينهما إن كان قابلاً للتقسيم ، وإلا فلكل واحد من المدعين نصف ما ادّعاه من
الثمن .

وقد تقدم في نظير المسألة احتمالات أخرى .
حكم ما لو ادّعى شراء المبيع من زيد وادّعى آخر شراءه من عمرو
قال المحقق قدّس سرّه : « ولو ادّعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن ،
وادّعى آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن ، وأقاما بينتين متساويتين في العدالة

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٦٨ .

(٢ و ٣) شرائع الإسلام ٤ : ١١٤ .

والعدد والتاريخ ، فالتعارض متحقق»^(١).

أقول: في هذه المسألة لو صدّق البائعان المشترين أو صدّق أحدهما من يدّعي الشراء منه ، وجب على المصدّق تسليم العين أو إرجاع الثمن الذي أخذه . ومع عدم التصديق ، فلو أقاما بينتين ، فإن كانت احدهما أرجح أو كان تاريخها أقدم من الاخرى حكم لصاحبها ، دون الآخر ، فإن كانتا بيّنتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ فالتعارض متحقق.

« فحينئذ يقضى بالقرعة ويحلف من خرج اسمه ويقضى له » بالعين ويرجع المشتري الآخر على بائعه بالثمن .

فإن نكل من خرج اسمه أحلف الآخر « ولو نكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما » على السوية ، وقد عرفت وجود احتمالين آخرين وهما : القسمة بلا قرعة ، والتساقط للبينتين والتنصيف كذلك .
هذا إذا كانت العين في يد البائعين .

ولو كانت العين بيد المشترين ، فلكل واحد منهما يد على النصف ، فتكون بينة كل بالنسبة إلى النصف الذي بيده بينة الداخل وبالنسبة إلى النصف الآخر بينة الخارج ، وكيف كان ، فالحكم هو التنصيف .

ولو كانت بيد أحدهما بني على تقديم بينة الداخل أو الخارج ، وحيث يقضى لأحدهما يرجع الآخر بالثمن ، كما يبتني الحكم على ما ذكر فيما لو صدّق أحد البائعين مشتريه ، فإنه يوجب كونه ذايد ، ومع تصديق كليهما يكون كل واحد منهما ذايد ، والحكم حينئذ هو التنصيف كما لو عدما معاً البينة .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٤ .

وحيث يحكم بالتنصيف ، يرجع كل واحد بنصف الثمن كما قال المحقق
قدّس سرّه :

« ورجع كلّ منهما على بائعه بنصف الثمن »^(١).

وهلّ لها الفسخ ؟

ثم قال : « ولها الفسخ والرجوع بالثمنين »^(٢).

أقول : وجه الفسخ هو دعوى تبعض الصفقة ، وقد عرفت ما فيها ، وبناءاً
على ما ذكرنا سابقاً ، يكون النصف الآخر كالتالف وهو من مال بائعه ، وللمشتري
المطالبة بنصف الثمن .

وقد جوّز كاشف اللثام^(٣) الفسخ بشرط عدم الإعتراف بكون التلف بعد
القبض . وقد ذكرنا أنه إن كان التلف بعد القبض موجباً للتبعض ، بأن تكون اليينة
كاشفة عن كون العين مستحقة الغير حين العقد كما يقول صاحب (الجواهر) ، كان
له الفسخ والرجوع ، لكن قد عرفت أن ذلك غير تام .

والحاصل : إنه لا يجوز الفسخ ، وبناءاً على جوازه لم يجز للآخر أخذ الجميع
كما نص عليه المحقق حيث قال : « ولو فسخ أحدهما جاز ولم يكن للآخر أخذ
الجميع ، لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه »^(٤) لأن المفروض كون النصف الآخر
للبائع الثاني .

وحيث يعترف المشتري بكون التلف بعد القبض ، لم يكن له خيار الفسخ ،
لأن المال له والتلف في ماله . نعم ، له الفسخ بناءً على كونه من تبعض الصفقة .

(١) و (٢) شرائع الإسلام ٤ : ١١٥ .

(٣) كشف اللثام ١٠ : ٢٢٠ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ١١٥ .

هذا ، وفي (الجواهر) : إنه قد يتوهم من اقتصار المصنف في التعارض على الصورة المزبورة عدمه في غيرها ، مع أن الظاهر تحقق ذلك أيضاً في صورة الإطلاق ، إذ هي كغيرها من صور الإطلاقات السابقة ، بل وكذا لو أطلقت احدهما وأرخت الأخرى ، بناءً على عدم الحكم بتأخر مجهول التاريخ عن معلومه ، كما حرّر في محله^(١) .

نعم ، لو كانا مؤرخين بتاريخين مختلفين ، ففيه البحث السابق في تقديم الملك السابق وعدمه .

أقول : قد عرفت في المسألة السابقة قول المحقق قدس سرّه بالقضاء بالثنتين جميعاً في صورة اختلاف البينتين في التاريخ أو إطلاقهما قال : « لمكان الاحتمال وإمكان الجمع بين البينتين » وقد وافقه صاحب (الجواهر) قدس سرّه ، وأشكل على (المسالك) القائل بالتعارض والحكم بالتنصيف أخذاً بالقدر المتيقن وأن الأصل براءة المشتري .

يعنى : إنه إن كان الجمع ممكناً فهو أولى ، لكنه يكون في صورة كون الشهادتين مبينتين ، أما مع إجمالهما فلا - فيكون نظير ما إذا قامت البيئة على أن أحد هذين الشخصين هو المتلف لمال لزيد ، فإنه يجري في حق كلٍّ منها أصالة البراءة ، فلا يلزم أحدهما بشيء - وحيث يكون مجعلاً يؤخذ بالمتيقن ويجري الأصل في غيره ... فأشكل عليه في (الجواهر) بأن البيئة ظاهرة في التعدد ، والأصل تعدد المسبب بتعدد سببه ...

فقله هنا بأن الظاهر تحقق ذلك أيضاً في صورة الإطلاق ، ينافي ما ذكره

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٧٠ .

هناك ، فما عبّر عنه بالتوهم هو الصحيح .

ولو شهدت احدهما بوقوع البيع يوم الخميس ، والاخرى بوقوعه يوم الجمعة ، فالمتأخر باطل إن كان البيع واحداً ، وإلا ، فإن أمكن الجمع فهو ، وإلا كان الثاني باطلاً .

ثم إنه يلزم أن تكون الشهادة على الملك ، ولذا لا تسمع دعوى الشراء من زيد حتى لو أقام البينة ، بل يلزم أن تكون الدعوى والشهادة كلتاهما مشتملتين على شراء العين منه وأنها ملك له ، إذ يجوز - في مفروض المسألة هنا - أن يكون قد اشترى أحدهما العين للآخر وأن يكون باعها أحد البائعين وكالة عن الآخر أو فضولاً ، وهذا ما ذكره العلامة في (القواعد) والشهيد الثاني في (المسالك) قال : وسيأتي اختيار المصنف إيّاه وكأنه تركه هنا تكالفاً عليه ... وبالجمل ، إنه يشترط أن يكون المدعى والمشهود به هو الشراء من المالك ، سواء ثبتت ملكية البائع باليد أو بالبينة^(١) ...

حكم ما لو ادّعى عبد أن مولاه أعتقه وادّعى آخر شراؤه منه

قال المحقق قدّس سرّه : « ولو ادّعى عبد أن مولاه أعتقه وادّعى آخر أن مولاه باعه منه ، وأقاما البينة ، قضى لأسبق البنتين تأريخاً ، فإن اتفقتا قضى بالقرعة مع اليمين »^(٢) .

أقول : لو ادّعى عبد أن مولاه أعتقه ، وادّعى شخص آخر أن مولى العبد قد

(١) هذا إشارة إلى عبارة المسالك ، مسالك الأفهام ١٤ : ١١٢ . التي أوردها صاحب الجواهر وقال بأنها تطويل بلا طائل .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١١٥ .

باعه منه ، فهما مدعيان ، والمولى هو المدعى عليه وذو اليد ، سواء كان العبد بيده أو بيد المشتري أو غيرهما أو لا في يد ...

فإن لم تكن لأحدهما بيّنة وكذبها المولى ، حلف لهما يمينين لأنه المدعى عليه ، وإن صدّق أحدهما وكذب الآخر قضي لمن صدّقه ، وهل يحلف لمن كذبه أو لا ؟ قولان ، ذهب العلامة إلى الأول والشهيد الثاني وكاشف اللثام إلى الثاني تبعاً للمبسوط ، ومنشأ الاختلاف هو ترتّب الأثر على هذه اليمين وعدمه ، فهو نزاع صغروي ، لأنهم متفقون على أن اليمين على الإنكار إنما تكون فيما إذا كان للإقرار أثر في ذلك المورد ، قال كاشف اللثام : « والحق ما في المبسوط من أنه إن صدّق المشتري لم يحلف للعبد ، لأنه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم يقبل ، لكونه إقراراً في حق الغير ولم يلزمه غرم ، وكذا إن صدّق العبد لم يحلف للمشتري ، لأنه لو صدّقه بعد ذلك فقد اعترف بالإتلاف قبل القبض ، وهو كالآفة السماوية في انفساخ البيع به ، نعم ، إن ادعى عليه قبض الثمن حلف له إن أنكره »^(١).

وقد وافق صاحب (الجواهر) العلامة وصوّر الثمرة في المسألة حيث قال :
« وفيه : منع عدم توجه اليمين للمشتري ، مع إقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلولة لا التلف فيغرم له القيمة ، ولذا جزموا في المسألة السابقة - وهي دعوى الاثنين شراء العين من شخص هي في يده - أن لو أقرّ لأحدهما كان اليمين عليه للآخر ، بل وله اليمين على المقرّ له ، فلا يبعد حينئذ أن يكون هنا أيضاً له اليمين على السيد والعبد ، كما أنه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشتري ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلّم « البينة ... » . وفائدته ثبوت

(١) كشف اللثام ١٠ : ٢٢١ .

الحرية في حقه، على وجه لو انتقل إليه بعد ذلك بإرث وغيره يحكم بحريته إن لم نقل بوجوب شرائه فعلاً عليه، كما عن بعضهم التصريح به، وإلا كانت الثمرة واضحة»^(١).

هذا كله مع عدم البينة، ومع وجود البينة يقضى لمن أقامها، وإن أقامها معاً، فإن كانت إحداها أرجح أو أقدم تاريخاً قضى لها، وإن اتفقتا في العدد والعدالة والتاريخ قضى بالقرعة، فمن خرج اسمه حكم له بيمينه، فإن نكل حلف الآخر وقضى له.

«ولو امتنعا من اليمين قيل: يكون نصفه حرّاً ونصفه رقّاً لمدعي الإبتياح، ويرجع بنصف الثمن»^(٢) لأدلة التنصيف المذكورة سابقاً^(٣).

وقد تأمل صاحب (الجواهر) في شمول تلك الأدلة لمثل الفرض الذي أحد طرفيه الملك والآخر الحرية، وحينئذ يكون الحكم لمن أخرجته القرعة، أي يقرع على الملكية لمدعي الشراء والحرية للعبد^(٤).

وعلى الأول - وهو قول الشيخ وجماعة - يرجع المشتري بنصف الثمن الذي أقبضه المولى.

وهل للمولى خيار الفسخ؟

وهل يكون للمولى خيار الفسخ؟ قالوا: نعم، لتبعض الصفقة، وقد قلنا سابقاً بأن التبعض الموجب للخيار غير صادق هنا، لأنه كالتلف قبل القبض على

(١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٢.

(٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

(٣) راجع الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

(٤) لقد ذكرنا في محله أن التنصيف يكون في كل مورد يقبله.

أثر حكم الحاكم .

وعلى مذكروا من ثبوت الخيار ، قال المحقق : « ولو فسخ عتق كَلِّه ، وهل يقوم على بائعته ؟ الأقرب نعم ، لشهادة البينة بمباشرة عتقه »^(١) فهنا فرعان : أحدهما : إنه لو فسخ مدعي الشراء ، يرجع على المولى بكل الثمن ، وحينئذ ينعق العبد كَلِّه ، لزوال المزاحم البينة القائمة على أن المولى أعتقه .

والثاني : إنه لو لم يفسخ المشتري ، فهل يقوم العبد على البائع إن كان موسراً أو لا ؟ قال المحقق : الأقرب : نعم ، لشهادة البينة بمباشرة عتقه « فيتم شرط السراية ، وقد وافقه على ذلك (المسالك) و (الجواهر) .

وفي (المسالك) عن الشهيد الإعتراض على ذلك (بأن الواقع في نفس الأمر إما العتق أو الشراء أو ليس أحدهما ، وأياً كان ، امتنع معه التقويم على المالك والسراية ، أما على تقدير العتق ، فأنه يكون للمجموع ، ومع عتق المجموع لا بعض موجود حتى يقوم ، وأما على تقدير الشراء ، فأنه أيضاً للجميع فلا سبب للتقويم ، إذ السبب عتق البعض وهو منتف ، ومنها يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائها »^(٢) .

أقول : وفي (الدروس) إشكال آخر أيضاً حيث قال : « ولأنه عتق قهري ، فلا يقوم عليه »^(٣) أي : إن شرط التقويم والسراية هو أن يكون عتقه للنصف بالاختيار ، بناء على أن الموجب القهري - كالإرث - لا يوجب السراية ، وهنا الاختيار منتف ، لأن بينة العبد شهدت بعتق الكل ، وحرية بعضه كانت بحكم

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٥ .

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ١١٥ .

(٣) الدروس الشرعية ٢ : ١٠٦ .

الحاكم لا باختيار المولى ، فلا مورد للسراية .

لكن يمكن الجواب عنه بتحقيق الاختيار هنا ، لأنه مع شهادة بينة العبد بعق الكلّ فقد أعتق النصف ، فإن مبنى تبعض الصفقة هو أن من باع الكلّ فقد باع البعض وإلا لم يتحقق التبعض في مورد ، فظهر أنه قد باع النصف بالاختيار ، لكن التبعض تحقق بحكم الحاكم بمقتضى البينتين ، لأنه أمر انتزاعي منشأه هنا الحكم المذكور .

وأما إشكاله الآخر المبني على العلم الإجمالي في المقام ، فقد أجابوا عنه : بأن مخالفة العلم الإجمالي مخالفة احتمالية لا مانع منها ، فلو غسل يده المتنجسة بماء مشكوك الطهارة ، فإنه يستصحب طهارة الماء ونجاسة اليد معاً ، ولا مخالفة قطعية للعلم الإجمالي ، وفيما نحن فيه ، وإن علمنا بأن العبد إما مملوك كلّهُ - للمولى أو للمشتري - وأما حرّ كلّهُ ، والحكم بالتنصيف يخالف العلم المذكور ، لكن لا يلزم من ذلك مخالفة قطعية من المشتري والعبد ، نعم ، الحاكم يعلم بأن حكمه مخالف للواقع ، إلا أنا ملزمون بمتابعة حكمه رعاية لمصلحة رفع الخصومة وفصل النزاع .

هذا ، ولو حصل لنا العلم بعدم وجوب شراء النصف من المشتري ، لأنه إما كلّهُ ملك للمشتري وإما كلّهُ حرّ ، فيحصل العلم التفصيلي بعدم وجوب شراء المولى النصف من المشتري ، ولا تقتضي ظواهر الأدلة ذلك ، بل يتوقف القول به على قيام دليل آخر ، وهذا إشكال آخر .

ولو كان العبد في يد المشتري ، فإن قدّمنا بينة الداخل حكم له ، وإن قدّمنا بينة الخارج حكم بالعتق ، لأن العبد خارج قاله في (الجواهر) تبعاً (للدروس) .
لكن تقدّم منا القول بأن ذا اليد هو المولى وإن كان بيد المشتري .

لا يقال : تقدم بينة العبد ، لأن له يداً على نفسه إن قدّمنا الداخل ، وإلا قدمت بينة الشراء .

لأننا نقول : إنما يصير له يد بالعتق وثبوت الحرية ، وقد نسب في (الجواهر) القول المذكور إلى بعض العامة^(١) .



(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٧٣ .

مسائل

المسألة الأولى

(لو شهد للمدعي بملكية الدابة منذ مدة فكذبها سنّها)

قال المحقق قدّس سرّه : « لو شهد للمدعي بأن الدابة ملكه منذ مدة ، فدلّت سنّها على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر ، سقطت البينة لتحقق كذبها »^(١) .

أقول : لو شهدت البينة للمدعي بملكية الدابة بأنها ملكه منذ خمس سنوات مثلاً ، فدلّت سنّها على كون عمرها أقل من تلك المدة دلالة قطعية ، أو شهدت بأنها نتجت عند المدعي منذ خمس سنوات ، فدلّت سنّها دلالة قطعية على أن عمرها أكثر من تلك المدة ، سقطت البينة عن الحجية ، لتحقق كذبها .

أما لو كانت الدلالة على الأقلية أو الأكثرية ظنية لا قطعية ففي (الجواهر) : لا ينبغي التأمل في عدم معارضة الظن للشهادة التعبدية ... ولا أظنه قولاً لأحد^(٢) .
لكن عن بعض نسخ (الشرائع) « قطعاً أو أكثرياً » وهي التي شرحها في (المسالك) فقال : « أما على تقدير كون الدلالة قطعية فواضح ، لأن الكذب حينئذ

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٥ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٧٤ .

قطعي ، وأما على تقدير الأكثرية فالدلالة ظنية ، ويشكل معارضتها للحكم الظاهر من عدالة الشاهد . وفي التحرير اقتصر في الحكم بسقوط البينة على الدلالة القطعية^(١) ، وهو أولى^(٢) .

وكيف كان ، فالصحيح ما ذكره في (الجواهر) ، وإنما الكلام في بطلان البينة مطلقاً أو في خصوص ما كذبت ؟ قال : الظاهر الثاني . قلت : بل الأول ، إذ لا عرفة لبينة يسقط بعض مدلولها بتكذيب السن له ويبقى البعض الآخر .



(١) تحرير الأحكام ٥ : ١٩٣ / ٦٥٥٢ .

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ١١٦ .

المسألة الثانية

(لو شهدت بالشراء ولم تشهد بالملكية أو التسليم)

قال المحقق : « إذا ادّعى دابة في يد زيد وأقام بينة أنه اشتراها من عمرو ، فإن شهدت بالملكية مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم ، قضي للمدّعي ، وإن شهدت بالشراء لا غير قيل : لا يحكم ، لأن ذلك قد يفعل فيما ليس بملك ، فلا تدفع اليد المعلومة بالمظنون ، وهو قوي . وقيل : يقضى له ، لأن الشراء دلالة على التصرف السابق الدالة على الملكية »^(١)

أقول : لا كلام في ترتب الأثر على ما إذا شهدت البينة بالملكية مع الشراء للبائع بأن قالت : نشهد بشراء زيد هذه الدابة من عمرو وقد كانت ملكه ، أو للمشتري بأن قالت : نشهد بشراء زيد هذه الدابة من عمرو وهي الآن ملك لزيد ، أو بالتسليم من عمرو لزيد بأن قالت : نشهد بشراء زيد هذه الدابة من عمرو وتسليم عمرو إياها لزيد .

إنما الكلام فيما إذا تجرّدت الشهادة عن ذلك ، بأن شهدت بالشراء لا غير ، ففي المسألة قولان ، وكلاهما للشيخ قدّس سرّه ، أوّلها : عدم القبول وهو قوله في (المبسوط) واختاره المحقق والأكثر كما في (المسالك) . والثاني : القبول وهو قوله في

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٥ .

(الخلاف) ووافقه العلامة في (المختلف) (١).

توضيح دليل الأول هو: إن هذه الشهادة لا تدل على الملكية، لا بالمطابقة ولا بالإلتزام، أما مع إضافة الملكية فالدلالة تامة بالإلتزام، ومع إضافة التسليم توجد دلالة التزامية على أمر هو أمانة على الملك، لأن التسليم أمانة على اليد التي هي أمانة على الملكية.

وتوضيح دليل الثاني هو: إن الشراء يكشف عن التصرف السابق الدال على الملكية، كما أن اليد السابقة أمانة عليها، إذ كما أن الظاهر من اليد كونها أصالة لا نيابة ولا عدواناً، فكذا التصرف بالبيع والشراء وإن لم يكن المال في يده.

قلت: فرق بين «اليد» و«التصرف»، فإن الأول أمانة على الملك شرعاً وعقلاً، بخلاف الثاني، فقد يكون قوله «بيعت» في ملك غيره، وهذا القول وإن كان تصرفاً لو صدر من المالك، لكنه بمجرد لا يترتب عليه أي أثر لا وضعي ولا تكليفي فهو لغو.

فظهر مما ذكرنا: إن البحث هو في دلالة هذه الشهادة على الملكية وعدم دلالتها، وليس البحث مبنياً على ما ذكره صاحب (الجواهر)، فلو قامت بينة على شراء زيد المال من عمرو فهي ليست بحجة، فلا ربط للبحث بالترجيح ومسألة الداخل والخارج، فتلك مسألة أخرى، ولا وجه لبناء هذه المسألة على تلك.

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ٢٩٥، كتاب الخلاف ٦: ٣٤٥ المسألة ٥١٩، مسالك الأفهام ١٤: ١١٧.

المسألة الثالثة

(حكم دعوى رقية الصغير المجهول النسب)

قال المحقق قدس سره : « الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد وادّعى رقيته قضي بذلك ظاهراً ، وكذا لو كان في يد اثنين »^(١).

أقول : وجه الحكم برقية الصغير للمدّعي هو : أن رقية هذا الصغير أمر ممكن ، والمدّعي لا معارض له في دعواه ، وهو ذو يد عليه ، فيجب أن تسمع ويقضى له ، - قال في (الجواهر) - « بلا خلاف أجده فيه »^(٢).

إنما الكلام فيما إذا كبر هذا الصغير ونفى الرقية ، فقد قيل : لا يسمع قوله ، لعدم جواز نقض حكم الحاكم ، وقيل : يسمع ويحلف المدّعي مع عدم البينة ، وقيل : بل يسمع قوله في حال الصغر أيضاً - لولا الإجماع - وإن هذا المورد يستثنى من قاعدة حجية قول المدّعي الذي لا منازع له ، لنص خاص رواه الشيخ الكليني قدس سره عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد ، وعن علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن حمزان بن أعين قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة ، ادّعى الرجل أنها مملوكة له وادّعت المرأة أنها ابنتها فقال : قد قضي في هذا علي عليه السلام .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٦ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٧٦ .

قلت : وما قضى في هذا ؟ قال : كان يقول : الناس كلهم أحرار إلا من أقرّ على نفسه بالرق وهو مدرك . ومن أقام بينة على من ادّعى من عبد أو أمة فإنه يدفع إليه ويكون له رقاً .

قلت : فما ترى أنت ؟ قال : أرى أن أسأل الذي ادّعى أنها مملوكة له بينة على ما ادّعى ، فإن حضر شهوداً يشهدون أنها مملوكة لا يعلمونه باع ولا وهب ، دفعت الجارية إليه ، حتى تقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حرّة مثلها ، فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل .

قلت : فإن لم يقيم الرجل شهوداً أنها مملوكة له ؟ قال : تخرج من يده ، فإن أقامت المرأة البينة على أنها ابنتها دفعت إليها ، فإن لم يقيم الرجل البينة على ما ادّعى ولم تقيم المرأة البينة على ما ادّعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت ^(١) .

أقول : لا ريب في أن اليد أمانة الملكية ، وأن الناس يعاملون صاحب اليد معاملة المالك لما في يده ، كما لا ريب في قبول قول ذي اليد مع عدم المعارض والمنازع .

أما في مورد دعوى الرقّة ، فإن الأصل هو حرّية الإنسان وعدم سلطنة أحد على أحد .

واليد إنما تكون أمانة على الملكية لما في اليد ، فيما إذا كان الشي الذي في اليد قابلاً للملكية ، ومن هنا يشكل الحكم في المائع المردّد بين كونه ممّا يقبل الملكية كالخل أو ممّا لا يقبلها كالخمر بأنه خلّ استناداً إلى اليد .

وفي حجية قول ذي اليد بالنسبة إلى الأعم من الملكية وغيرها من

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٣ / ٩ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٢ .

الخصوصيات بحث ، وإن كان قول الأكثر ذلك ، لكن حجية قوله من آثار حجية اليد ، ومع الشك في قابلية الشي للملكية يشكل ترتيب الأثر على قول ذي اليد ، ولذا وقع الكلام في ملكية الكبير الساكت والمجنون ، فقال بعضهم بعدم حجية قول ذي اليد .

وبما ذكرنا ظهر عدم تمامية تقديم اليد على أصالة الحرية من جهة تقديم الأمانة على الأصل ، فإن اليد أمانة وحجة على الملكية فيما يقبلها .

فيبقى الإجماع ، لكن يحتمل كون مدركه قاعدة اليد ، فلا يمكن الاعتماد عليه . فظهر أن الصحيح هو سماع دعوى الصغير في حال صغره ، لكن الاستدلال عليه بالخبر المزبور ضعيف من جهة أخرى ، فقد اشتمل على أنه إذا « لم تقم المرأة البينة على ما ادّعت خلّي سبيل الجارية تذهب حيث شاءت » والحال أنه حيث أقرت المرأة بكون الجارية ابنتها ، فقد وجب عليها نفقة الجارية وإن لم يثبت النسب من جهة عدم البينة ، ولعلّ هذا وجه إغراض الأصحاب عن هذا الخبر .

وأما إذا كبر الصغير فأنكر ، فالحق سماع دعواه ، فإن أقام بينة على أنه ابن فلان أو إنه لقيط فهو ، وإلا حلف المدّعي ، وإنما تسمع دعواه لأن كلّ دعوى يمكن أن تكون صحيحة فهي مسموعة .

لا يقال : بأنه يستلزم النقض .

لأننا نقول : بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبر على دعواه السابقة التي حكم فيها الحاكم ، وأما إقامة دعوى جديدة فلا مانع منها ولا تكون نقضاً .

هذا كله في الصغير .

حكم ما لو كان كبيراً .

قال المحقق : «أما لو كان كبيراً ، وأنكر ، فالقول قوله ، لأن الأصل الحرّية»^(١) .

أقول : إنه إذا ادّعى الرجل رقيّة كبير ، فإن أنكر كان على الرجل المدّعي إقامة البينة ، وحيث لا بينة فالقول قول الكبير ، لأن الأصل الحرّية .

وأما إذا اعترف بالرقية وادّعى تحرير الرجل إيّاه ، فلا تسمع هذه الدعوى إلا ببينة ، وهو غير دعوى الحرّية من أول الأمر ، وعلى هذا يحمل الأخبار الدالة على جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحرّية ، فإنه مع عدم البينة لا تسمع ويبني على رقيّته فيشتري .
وإن أقرّ ، ترتب الأثر على إقراره ، ولا فرق بين الإقرار لواحد أو لاثنتين ، فإنه يكون ملكاً لكليهما على الإشاعة .

قال المحقق قدّس سرّه : «ولو ادّعى اثنان رقيّته فاعترف لهما قضي عليه ، وإن اعترف لأحدهما كان مملوكاً له دون الآخر»^(٢) لعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم ، وربما يستدل له باعتبار قول ذي اليد بناء على كونه ذا يد على نفسه .

قال في (الجواهر) بعد أن ذكر عدم وجدانه الخلاف في هذا الحكم : «وحكي عن الشيخ في مسألة دعوى العبد العتق والآخر الشراء في إنكار كون العبد ذا يد على نفسه أنه قال : لأنه لو كان ذا يد لقبول إقراره بالملكية لأحد المتنازعين فيه ، ومقتضاه المفروغية من عدم قبول إقراره ، إلا أنه كما ترى لا دليل عليه ، بل ظاهر

(١) و (٢) شرائع الاسلام ٤ : ١١٦ .

الأدلة خلافه .

وفي كشف اللثام : وإذا أقاما بينتين متعارضتين ، فصدّق أحدهما خاصة ، لم تترجح به بينته ، لأنه لا يد له على نفسه ، فإنه أن كان حراً فلا يد له ، وإن كان مملوكاً فلا يد عليه إلا للمالكة^(١) . وفيه : إنه مناف لقبول إقراره بالرقية مع عدم البينة الذي اعترف به سابقاً ، بل ظاهره الإجماع عليه ، فتأمل^(٢) .

أقول : يمكن أن يكون الشيخ وكاشف اللثام منكرين لعنوان كونه ذا يد ، لا أنها مخالفان في قبول هذا الإقرار ، لأنها قالوا بما قالوا في فرعين غير هذا الفرع الذي نحن فيه ، فالشيخ لا يوافق في تلك المسألة على تأثير ذاك الإقرار لكونه بعنوان ذي اليد ، وكاشف اللثام ينكر هناك أن يكون قول العبد مرجحاً لأحدى البينتين لأنه ليس ذا يد ، والإقرار المجرد ليس من المرجحات ، فالظاهر عدم ورود إشكال (الجواهر) ، وأنها غير مخالفين في المقام ، والله العالم .

(١) كشف اللثام ١٠ : ٢٠٣ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٧٩ .

المسألة الرابعة

(حكم ما لو ادعى اثنان كون الذبيحة له وفي يد كلٍّ بعضها)

قال المحقق قدس سرّه : « لو ادعى كلٌّ منهما أن الذبيحة له وفي يد كلٍّ واحد بعضها ، وأقام كلٌّ منهما بيّنة ، قيل : قضى لكلٍّ منهما بما في يد الآخر ، وهو الأليق بمذهبنا »^(١) .

أقول : إن كانت الذبيحة واحدة ، وقد وضع كلٌّ منهما يده على طرف منها وأقام بيّنة على أنها جميعاً له ، فالحكم هو التنصيف . وإن كان ما في يد كلٍّ منهما منفصلاً عما في يد الآخر ، فعلى القول بتقدم بيّنة الخارج - وهو الأليق بمذهبنا - يقضى لكلٍّ منهما بما في يد الآخر ، سواء كانا متساويين أو مختلفين في المقدار ... ولو لم يكن لهما يد ، فالحكم هو التنصيف .

قال المحقق : « وكذا لو كان في يد كلٍّ واحد شاة ، وادعى كلٌّ منهما الجميع وأقاما بيّنة ، قضى لكلٍّ منهما بما في يد الآخر »^(٢) .

أقول : وذلك لعدم الفرق بين هذا الفرع والفرع السابق عليه .

قال في (الجواهر) : « ومما يتفرع على ذلك أنه لو كان المتخاصمان في بعض الذبيحة المنفصلين كافراً ومسلماً ، حكم بكون ما يقضى به للكافر ميتة وللمسلم مذكى ، وإن كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الآخر ، عملاً بظاهر اليد المعبرة

حكم ما لو ادعى اثنان كون الذبيحة له وفي يد كلٍ بعضهما ٧٤٣

شرعاً ، ولا يقدح في ذلك اليد السابقة ، بل لعل الحكم كذلك في الجزئين المنفصلين ، ضرورة اتحاد الملاك فيهما ، كما تقدم الكلام في ذلك في قسم العبادات»^(١) .
أقول : كيف يكون اللحم الواحد الذي يملكه المسلم والكافر على الإشاعة بعضه نجساً - وهو الذي كان في يد الكافر - والبعض الآخر طاهراً وهو الذي كان في يد المسلم ؟ إن هذه الذبيحة إما ميتة نجسة كلّها وإما طاهرة كلّها ، فما ذكره رحمه الله مشكل ، لا سيما في المشاع .

نعم ، يمكن معاملة الطاهر مع ما يجئ من خارج بلاد المسلمين من الجلود ، فيما إذا احتملنا إحراز البائع المسلم له بطهارته ، أما في مسألتنا هذه ، فإن الذي بيد المسلم مقطوع بكونه مأخوذاً من الكافر وإن أصبح ملكاً له الآن بعد المرافعة بحكم الحاكم ، وعلى ما ذكرنا ، فلو علمنا بكون اللحم الموجود الآن بيد الكافر مذبوحاً بيد المسلم حكمنا بطهارته .

فالحاصل : إنه على أثر حكم الحاكم ، يكون ما في يد المسلم مختصاً له ، وهذا هو القدر المتيقن ، وأما ترتب أثر الطهارة أيضاً على هذا الحكم واليد الحاصلة بعده ، فمشكل جداً .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٨٠ .

المسألة الخامسة

(لو تسلّم شيئاً بالبينة فأقام المحكوم عليه البينة على الملكية)

قال المحقق قدّس سرّه : « لو ادّعى شاة في يد عمرو وأقام بينة فتسلّمها ، ثم أقام الذي كانت في يده بينة أنها له ، قال الشيخ : ينقض الحكم وتعاد ، وهو بناء على القضاء لصاحب اليد ، والأولى أنه لا ينقض »^(١).

أقول : تارة يقول عمرو : اشتريتها من زيد بعد حكم الحاكم في المرافعة السابقة ، فهذه دعوى مسموعة ، لأنه يدّعي ملكاً جديداً ، فإن أقام بينة تقدّمت على بينة زيد لأن عمراً هو الخارج .
واخرى يقول : إنه في الوقت الذي أقام زيد بينة لم تكن بيّنتي حاضرة وهي الآن حاضرة ، فبناء على سماع هذه الدعوى إن كان الميزان في الخارج والداخل حال إقامة عمرو البينة فزيد الداخل ، وإن كان الميزان حال دعوى زيد فعمره الداخل .

وقد يدّعى كون الشاة له ويقيم البينة من غير تعرّض للدعوى السابقة ، فإنه تسمع بيّنته بناء على سماع البينة بعد فصل الخصومة بالحكم ، وتحمل على دعوى انتقال العين من زيد إلى عمرو ، فتقدم بينة عمرو بناء على تقديم بينة الخارج .
وكيف كان ، فإن لزم من سماع الدّعوى نقض الحكم ، فلا تسمع ، وفي أيّ صورة لم يلزم النقض فتسمع .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٦ .

المسألة السادسة

(لو ادعى داراً وادعى آخر نصفها وأقاما البينة)

قال المحقق قدس سره : « لو ادعى داراً في يد زيد وادعى عمرو نصفها ، وأقاما البينة ، قضي لمدعي الكل بالنصف لعدم المزاحم ، وتعارضت البيئتان في النصف الآخر ، فيقرع بينهما ويقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه ، ولو امتنعا من اليمين قضي بينهما بالسوية ، فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباع ولمدعي النصف الربع »^(١) .

أقول : لو كانت دار في يد شخص ، فادعى زيد كل الدار ادعى عمرو نصفها ، ولم يصدق من بيده الدار أحدهما ، فع وجود البينة بالتساوي - عدداً وعدالة لكليهما - يقضى لزيد بالنصف المشاع من الدار ، لأن المفروض أن عمراً لا يدعي إلا نصف الدار ، فزيد في نصفها مدّع بلا معارض ، فيكون له كما هو الحال في كل دعوى بلا معارض ، لكن البيئتين تتعارضان في النصف الآخر ، والحكم في تعارض البيئتين هو القرعة ، فمن خرج اسمه قضي له مع يمينه ، فإن امتنع حلف الآخر وأخذ ، ولو امتنعا معاً من اليمين قضي في النصف المتنازع فيه بالسوية ، فيكون نصفه لزيد ونصفه الآخر لعمرو ، فيكون لزيد الذي ادعى كل الدار ثلاثة أرباعها ، ولعمرو الذي ادعى نصفها ربعها .

وكذلك الحكم لو كانت الدار في يد ثالث ولم يكن لأحدهما بينة ، فإنه يقسم النصف المتنازع فيه بينهما على السوية .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٦ .

حكم ما لو ادّعى ذلك ويدهما عليها مع البينة :

قال المحقق : « ولو كانت يدهما على الدار وادّعى أحدهما الكلّ والآخر النصف ، وأقام كلّ منهما بينة ، كانت لمدّعي الكلّ ، ولم يكن لمدّعي النصف شيء ، لأنّ بينة ذي اليد بما في يده غير مقبولة »^(١) .

أقول : وهذا هو الفرع الثالث في المسألة ، وذلك أن يدّعي أحدهما كلّ الدار والآخر النصف ، وهما واجدان للبينّة وهي في يدهما لا في يد ثالث ، فالمشهور على أن الدار كلّها لمدّعي الكلّ وأنه ليس لمدّعي النصف شيء منها ، وذلك لأنّ المفروض خروج نصف الدار عن النزاع ، فيكون النصف الذي بيد مدّعي الكلّ ملكاً له ، لأنه مدّع بلا معارض بالنسبة إليه ، وحيث أنه يدّعي النصف الآخر بيد خصمه ، فهو بالنسبة إلى ذاك النصف خارج والخصم داخل ، ومذهب المشهور تقديم بينة الخارج وسقوط بينة الداخل ، فيكون النصف الثاني له كالأول ، فالدار كلّها له ولم يكن لمدّعي النصف شيء ...

نعم ، لو لم يكن لمدّعي الكلّ بينة ، كان القول قول مدّعي النصف مع يمينه ، فإذا حلف أبقي النصف في يده ، فتكون الدار بينهما نصفين ...
هذا هو المشهور .

وعن ابن الجنيّد : إنه يقتسمان الدار مع البينة وعدمها على طريق « العول »^(٢)

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٦ .

(٢) « العول » تقسيم النقصان بالقدر المساوي على الشركاء ، وهو يذكر في موارد منها ، تركة الميت ، ومنها المال الذي تعلق به حق الديان ، ومنها ما نحن فيه .

فيجعل في مفروض المسألة لمدّعي الكلّ الثلثان ولمدّعي النصف الثلث، وقد فرض رحمه الله المسألة في ما لو كانت العين في أيدي المتداعيين، لكن التأمل في كلامه المنقول في (المختلف) يفيد أنه لا يفرّق بين الصور فراجعه^(١).

وفي (المسالك) لأن المنازعة وقعت في أجزاء غير معينة ولا مشار إليها، بل كلّ واحد من أجزائها لا يخلو من دعوى كلّ منها باعتبار الإشاعة، فلا يتمّ ما ذكروه من خلوص النصف لمدّعي الكلّ بغير منازع، بل كلّ جزء يدّعي مدّعي النصف نصفه ومدّعي الكلّ كلّّه، ونسبة إحدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثاً، واحد لمدّعي النصف واثنان لمدّعي الكل، فيكون كضرب الديان في مال المفلس والميت.

وفي (المختلف) وافق ابن الجنيد على ذلك مع زيادة المدعين على اثنين^(٢). وقال في (الجواهر): «يمكن أن يكون مبنى كلام ابن الجنيد على دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع وعدم اليقين منها في العول، ضرورة أن بينة كلّ منها تقتضي الكلّ وهما متعذران فيحصل النقصان عليهما، ومن هنا اتّجه التعدية إلى التثليث لو كانوا ثلاثة والتربيع لو كانوا أربعة وهكذا، وليس إلّا لما ذكرنا.

→ مثلاً: إذا كان لأحد الشريكين في الـ (٢٦) ١٢ درهماً وللآخر (٢٤) فتلف من المجموع (١٢) درهم، فإنه يقسم هذا العدد التالف بينها بالعدل، فيقال العدد يشكل ثلث المجموع، فينقص من كلّ من الشريكين ثلث ما كان له، فيعطى لصاحب الـ (١٢) ثمانية، ولصاحب الـ (٢٤) ستة عشر درهماً.

(١) مختلف الشيعة في أحكام الشريعة ٨: ٤٧٠.

(٢) مسالك الأفهام ١٤: ١٢١-١٢٢.

ومنه مفروض المسألة التي لا يمكن الجمع فيها بين بينة النصف مثلاً وبين بينة الكل ، فنقول في النصف كما عالت في الأول ، فيوزع عليها أثلاثاً ، لأن نسبة الكل إلى النصف كذلك ، فالعول عنده نحو العول في الفرائض لولا نصوص أهل العصمة عليه السلام ، لقضاء كل بينة مثلاً بمقتضاها نحو قوله : للزوج النصف وللختين من الأب الثلثان ومن الأم الثلث ، لا مثل العول في تراحم الديون على التركة الذي مرجعه عند التأمل أيضاً إلى ذلك»^(١).

أقول : إن الخلاف بين المشهور وابن الجنيّد يرجع إلى أن المشهور يقولون بتقسيم مدلول البينتين ومورد النزاع بينهما ، وابن الجنيّد يقول بتقسيم مورد دعوى المدعين وهو الكل من أحدهما والنصف من الآخر والمفروض هو الإشاعة ، فيكون الحاصل عدم استثناء النصف بناء على الثاني واستثناءه بناء على الأول ، فالدليل الأول لما ذهب إليه ابن الجنيّد هو : الإشاعة في الأجزاء ، والثاني : ما ذكره صاحب (الجواهر) من دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع وعدم اليمين منها في العول.

قلت : أمّا الأول ففيه : إن تصرف أحد المالكين في الملك المشاع يكون على نحوين :

أحدهما : غير جائز ، وهو التصرف الخارجي ، لتوقفه في كلّ جزء على إذن الشريك .

والآخر : جائز بلا إذن منه ، مثل أن يبيع نصفه المشاع .

وما نحن فيه فهو إثبات الملكية بالبينة - كالبيع المذكور ، فإنه ليس تصرفاً

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٨٢ .

في مال الشريك .

وبعبارة أخرى : العوارض الخارجية التي تعرض العين المملوكة على الإشاعة ، يتوقف إيرادها على إذن الشريك ، وأما العوارض التي تعرض الملكية كالبيع فلا ، وما نحن فيه من قبيل الثاني لا الأول ، فيكون النصف المشاع - الذي لا معارض لمُدّعي الكل بالنسبة إليه - ملكاً له ، ويقع التعارض بين البينتين في النصف الآخر ، فهو مورد النزاع ، وطريق رفع هذا النزاع في صورة تساوي البينتين تقسيمه بينهما بالتنصيف ، كما إذا كان مورد النزاع عيناً منحازة يدّعيها كل واحد من المدعين .

وأما الثاني ففيه - كما في (الجواهر) إن محل النصوص حيث لا يسلم جزء من العين لا نزاع في ، أما في المفروض فلا دلالة فيها عليه ، بل لعلّ ظاهر مرسل ابن المغيرة عن الصادق عليه السلام : « في رجلين كان بينهما درهمان ، فقال أحدهما : الدرهمان لي وقال الآخر : هما بيني وبينك ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : أما الذي قال : هما بيني وبينك فقد أقرّ بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه ، ويقسم الآخر بينهما »^(١) خلاف ذلك ، وكذا مرسل ابن أبي حمزة^(٢) عنه أيضاً .

هذا ، وقد فصل المحقق العراقي في المقام فقال : « لو ادّعى داراً في يد زيد بأجمعها وادّعى عمرو نصفها ، فتارة : تكون دعوى التمام بسبب غير قابل للتفكيك بين النصفين ، وأخرى : على نحو قابل للتفكيك بينهما من حيث الصدق والكذب ،

(١) وسائل الشيعة ١٨ : ١/٤٥٠ . كتاب الصلح ، الباب ٩ .

(٢) « في رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لي ، وقال الآخر : هما بيني وبينك . فقال أبو عبد الله عليه السلام : قد أقرّ أن الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه ، وأما الآخر فبينهما » التهذيب ٦ / ٢٩٢ .

فعلى الأول : تكون دعوى النصف مزاحمة لدعوى التمام دون الآخر ، ولازمه حينئذ تزاحم بيئتهما ، وفي مثله لا مجال لتوهم الأخذ بالبينة بالنسبة إلى النصف بلا معارض ، بل ولا مجال للأخذ بدعواه بملك الدعوى بلا معارض ، لما عرفت من أن دعوى الملكية على النحو المزبور معارض بدعوى النصف من غيره .

أي : إن قال أحدهما بأن هذه الدابة نتجت عندي ، أي كلّها لي ، وقال الآخر : هي بيننا - أي على النصف - من جهة الإرث ، فإذا أقاما البينة على دعواهما كانت البينتان متعارضتين وليس في البين قدر متفق عليه بين الطرفين ، وحينئذ يحكم بينهما على طريق العول . نعم ، إذا قال هذا : هي كلّها لي ، فقال الآخر : قد بعثني نصفها ، فهنا لا نزاع في أحد النصفين .
هذا توضيح ما ذكره .

لكن نقول : إن كانت حجّة البينة في كتاب القضاء من باب الطريقة إلى الواقع ، فإن البينة القائمة على ملكية النصف بالإرث تسقط عن الطريقة والكاشفة مع وجود المعارض ، وهو البينة القائمة على ملكية الكلّ بالتناج ، لكن البينة هنا جعلت حجة لأجل فصل الخصومة ورفع النزاع ، فإذا أقامها أحدهما على ملكية الكلّ والآخر على ملكية النصف ، فقد جعل الشارع الحكم بالتنصيف لفصل الخصومة ، مع أن الحاكم يعلم علماً إجمالياً بكذب إحدى البيئتين .

وبما ذكرنا أجاب المحقق الآشتياني^(١) عن توجيه صاحب (الجواهر) لمذهب ابن الجنيد ، بأن الطرفين مالكان لجميع الأجزاء على الإشاعة ، فقال : بأن ما ذكره يتم بناء على الطريقة ، وأما بناء على السببية فلا ، فإن دليل حجّة البينة في باب

(١) كتاب القضاء ٤٦٤ .

القضاء يقتضي سببية البينة فيحكم بحسبها حكماً ظاهرياً ، وعلى هذا ، فالنصف الذي لا يدّعيه أحدهما يخرج عن محل النزاع وتكون بينة الآخر سبباً للملكيّة له ، ويبقى النصف الآخر ويتعارض السببان فيه ، فيقسّم بينهما بالتصنيف فيتم رأي المشهور .

وأجاب عن الدليل الأول : بأن مجرد وقوع النزاع على سبيل الإشاعة السارية في جميع الأجزاء لا يقتضي عدم سلامة جزء لمدّعي الكلّ ، إذ كما يقال إن كلّ جزء يفرض من العين يريد مدّعي النصف نصفه ، كذلك يقال إن كلّ جزء يريد مدّعي النصف من المجموع نصفه ويبقى نصفه الآخر لمدّعي الكلّ بلا منازع ، ومدّعي الكلّ وإن كان مقصوده رفع يد مدّعي النصف من كلّ جزء لكن بالنسبة إلى نصفه ، فهو إنما يقيم البينة على المجموع من حيث اشتماله على المدّعي وهو النصف ، لا أن يكون المقصود هو إثبات الكلّ من البينة من حيث الكلّ كما قد يتوهم ، فالتزاحم إنما وقع حقيقة بالنسبة إلى نصف الكلّ ، فلا بدّ من الحكم بتقسيم البينتين بالنسبة إليه ، فتقسم العين أرباعاً ، ثلاثة أرباع لمدّعي الكلّ وواحد لمدّعي النصف .

حكم ما لو ادّعى أحدهم نصف الدار والآخر الثلث والثالث السدس ويدهم عليها

قال المحقق قدّس سرّه : « ولو ادّعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس وكانت يدهم عليها ، فيد كلّ واحد منهم على الثلث ، لكن صاحب الثلث لا يدّعي زيادة على ما في يده ، وصاحب السدس يفضل في يده ما لا يدّعيه هو ولا مدّعي الثلث ، فيكون لمدّعي النصف ، فيكمل له النصف »^(١) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٦ .

أقول : الحكم في هذا الفرع واضح ، ولا فرق في ذلك بين إقامتهم البيّنة وعدمها ، ومن هنا قال المحقق : « وكذا لو قامت لكلّ منهم بيّنة بدعواه » .

قال في (الجواهر) : « وكان المصنف نبّه على حكمها لمكان خلاف بعض العامة فيها ، حيث جعل مع إقامتهم البيّنة لمُدّعي النصف ثلثاً ونصف سدس ، بناءً على أن السدس الزائد على ما في يده لا يدّعيه على مدّعي السدس خاصة ، بل إنما يدّعيه شائعاً في بقيّة الدار وهي في يد الآخرين جميعاً ، فنصفه على مدّعي الثلث وعارضت فيه بيّنته وترجّحت باليد على تقدير إقامتها البيّنة ، وقدّم قول ذي اليد على تقدير عدمها ، ونصفه على مدّعي السدس فيحكم به لمُدّعي النصف ببيّنته ، لأن بيّنة مدّعي السدس لا تعارضها ، فيجعل لمُدّعي النصف ثلث ونصف سدس ، وللآخرين مدّعاها ، ويبقى بيد مدّعي السدس نصف سدس لا يدّعيه أحد » ^(١) . وفيه : أولاً : إن هذا القول مبني على تقديم بيّنة الداخل ، وهو خلاف التحقيق .

وثانياً : إن الدعوى ليست على الآخرين ، بل إنه يدّعي كون نصف الدار له ، وحينئذ ، تكون يد ذي اليد كالعدم ، فلا يد حتى يقال بتقدم بيّنة ذي اليد . وثالثاً : إن صاحب السدس يقرّ بعدم ملكيته للقدر الزائد الذي في يده ، فلماذا لا يؤخذ منه ذلك لمُدّعي النصف الذي يدّعيه مع وجود البيّنة ؟

حكم ما لو ادّعى أحدهم الكلّ والآخر النصف والثالث الثلث

قال المحقق قدّس سرّه : « ولو ادّعى أحدهم الكلّ والآخر النصف والثالث

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٨٨ .

الثالث، ولا بينة، قضي لكل واحد بالثالث، لأن يده عليه، وعلى الثاني والثالث اليمين لمُدَّعي الكل، وعليه وعلى مدَّعي الثالث اليمين لمُدَّعي النصف».

أقول: في هذا الفرع خمس صور، ذكر المحقق قدس سره منها صورتين وصاحب (الجواهر) قدس سره ثلاث صور:

فالصورة الاولى من الصورتين: أن لا تكون لأحدهم بينة، والحكم فيها ما ذكره المحقق قدس سره من أنه يكون لكل واحد منهم منا في يده وهو الثالث، غير أن مدَّعي النصف ومدَّعي الثالث يحلفان لمُدَّعي الكل، لأن الخارج له - مع عدم البينة - حق اليمين على الداخل، كما أن لمُدَّعي النصف حق اليمين على مدَّعي الثالث في مقابل نصف السدس، وعلى مدَّعي الكل في مقابل النصف الآخر.

والصورة الثانية منها: أن يكون لكل منهم بينة. قال المحقق: «وإن أقام كلّ منهم بينة، فإن قضينا مع التعارض ببينة الداخل فالحكم كما لو لم تكن بينة، لأن لكل واحد بينة ويداً على الثالث.

وإن قضينا ببينة الخارج - وهو الأصح - كان لمُدَّعي الكل مما في يده ثلاثة من اثني عشر بغير منازع، والأربعة التي في يد مدَّعي النصف لقيام البينة لصاحب الكلّ بها وسقوط بينة صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بينة ذي اليد، وثلاثة مما في يد مدَّعي الثالث، ويبقى واحد مما في يد مدَّعي الكلّ لمُدَّعي النصف، وواحد مما في يد مدَّعي الثالث يدّعيه كل واحد من مدَّعي النصف ومدَّعي الكلّ، يقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه ويقضى له، فإن امتنعا قسّم بينهما نصفين.

فيحصل لصاحب الكلّ عشرة ونصف، ولصاحب النصف واحد ونصف، وتسقط دعوى مدَّعي الثالث»^(١).

(١) شرائع الإسلام ٤: ١١٧.

أي : إنه حيث يكون لكلّ منهم بينة مع اليد يحكم المحكم لكلّ بما في يده ، لكن بينة كل واحد منهم بالنسبة إلى ما يدّعيه مما في يد الآخر بينة الخارج ، فدّعي النصف تتقدّم بينته في نصف السدس في يد مدّعي الكلّ فيأخذه ، ثم إن مدّعي الكلّ يدّعي على مدّعي النصف فيأخذ منه الأربعة ، ويدّعي على مدّعي الثلث كلّ ما في يده ، لكن مدّعي النصف يطالب بنصف السدس ، فيقع التعارض فيه بين مدّعي الكلّ ومدّعي النصف فيقترع ، فمن خرج اسمه وحلف أخذ ، فإن امتنع فالآخر ، وحيث يمتنعان عن اليمين فالتنصيف ، فيكون لمدّعي الكلّ من الاثني عشر (١٠/٥) ولمدّعي النصف (١/٥) ولا شيء لمدّعي الثلث لسقوط دعواه من جهة كون بينته داخلية ، وقد ذكرنا أنها لا تؤثر مع وجود الخارج .

وأما الصور الثلاث التي ذكرها صاحب (الجواهر) :

فالأولى : أن يكون لمدّعي الكلّ فقط بينة ، وحينئذ ، فهو خارج بالنسبة إلى ما في يد الآخرين ، فيحكم له بينة ويكون الكلّ له .

والثانية : أن يكون لمدّعي الثلث فقط بينة ، وحينئذ ، يأخذ ما في يده من غير يمين إن قلنا بكفاية البينة عنه . وفي (كشف اللثام) : «أخذه - أي الثلث - الذي بيده أو الذي بأيدي الباقيين» والباقي يكون بين الآخرين ، لمدّعي الكلّ السدس من الباقي بغير يمين لعدم المنازع له فيه ، ويحلف على السدس الآخر الذي يدّعيه الآن مدّعي النصف عليه ، كما أن مدّعي النصف يحلف على جميع ما يأخذه من السدسين لمدّعي الكلّ الذي يدّعيها عليه .

والثالثة : أن يكون لمدّعي النصف فقط بينة ، فإنه يأخذ من كلّ من الآخرين نصف سدس ، فيتمّ له مع ما في يده النصف الذي يدّعيه ، ثم إن النصف الباقي يقسم بين الآخرين بالتساوي ، فيكون لكلّ منها سدس ونصف ، أي لكلّ (٣) من (١٢)

قاله في (الجواهر) (١).

وفيه : إنه بعد ما أخذ مدعي النصف نصفه ، يكون السدس من النصف الباقي خارجاً عن النزاع ، فيكون لمدعي الكل ، ويبقى النزاع في السدسين الباقيين وهي الأربعة التي بيد مدعي الثلث ، فإن كلاً من مدعي الكل ومدعي الثلث يدعيه ، وحيث لا بينة يقسم بينهما بالتصيف ، فيتحصل من ذلك أنه يعطى لمدعي النصف (٦) ولمدعي الكل (٤) ولمدعي الثلث (٢) ، فذكره قدس سره لا يتم على مذهب المشهور ولا على مذهب ابن الجنييد .

وقال كاشف اللثام : إنه بناء على عدم سماع بينة الداخل ، يأخذ مدعي النصف إن أقام البينة ثلاثة من مدعي الكل ، وثلاثة من مدعي الثلث ، ويرفع اليد عن الثلث - أي الأربعة - الذي في يده لها . وكذا قال فيما لو أقام مدعي الثلث البينة وأسقطنا بينة الداخل .

لكنّ القدر المتيقن من تقدّم الخارج على الداخل هو أن يكون الشيء المتنازع فيه مفروضاً غير مشاع ، وأما فيما نحن فيه ، تكون الدعوى على الحق المشاع في مورد الدار ، قال في (الجواهر) : وقد يناقش فيه بأنه لا يتم ذلك في المشاع ، بل مناف لما تسمعه من إقامة كلّ منهم البينة المنزلة على ما في يده إلا ما زاد عليه ، على أن البينة لا تزيد على إثبات المشاع الذي كانت تقتضيه اليد ، وكأنّ الذي أحوجه إلى ذلك ذكرهم البينة هنا . وظاهرهم عدم الإحتياج معها إلى يمين ، مع معروفة تقديم بينة الخارج عندهم ، كمعروفة عدم الإكتفاء بها عن اليمين في الداخل ، ومع هذه المقدمات يقتضي تنزيل مفاد البينة على الخارج بالتقرير الذي ذكره .

إلا أن ذلك كله كما ترى ، بل كلام الأصحاب فيما لو أقام كلّ منهم البينة كالصرح في خلافه ، فلا محيص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بينة الداخل أو على الاكتفاء بها عن اليمين ، أو التزام اليمين على ما في اليد ، فتأمل^(١) .

أقول : لعلّ وجهه : إن وجود الفرق بين الأجزاء المشاعة والأجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح ، لأنه في المشاع لما يضع الثلاثة أيديهم يكون بيد كلّ ثلث عرفاً ، إلا أنه لا يملك كلّ واحد ما كان تحت يده ، بل تعتبر السلطنة لكلّ على الثلث المشاع ، ويعرض كلّ ثلث ما يعرض المشاع ، كجواز بيع السهم المشاع في كلّ الأجزاء . فن قال بحجّة بينة ذي اليد فدليله العمومات وهي هنا تتقدّم بتأييدها باليد ، ومن قال بتقدم بينة الخارج فدليله التفصيل في الحديث ، لكونه قاطعاً للشركة.

لكن الملاك الموجود في الجزء المنحاز موجود في هذا المقام ، فيكون جواب (الجواهر) عن كلام كاشف اللثام فيه تأمل ، أي ، يمكن أن يقول العلماء في الثلث المشاع كقولهم في المنحاز ، لو حدة الملاك .

ولو كانت أيديهم جميعاً خارجة ، واعترف ذو اليد بأنه لا يملكها ولا بينة ، قللمستوعب النصف ، لعدم المنازع له فيه من كلّ من مدّعي النصف والثلث ، ويقرّع في النصف الآخر ، فإن خرجت لمدّعي الكلّ أو للثاني حلف وأخذ ، وإن خرجت للثالث حلف وأخذ الثلث ، ثم يقرّع بين الآخرين في السدس ، فمن خرج حلف وأخذ .

ولو أقام أحدهم خاصّة بينة ، فإن كانت لمدّعي الكلّ أخذ الجميع ، وإن

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٨٦ .

أقامها مدّعي النصف أخذه، ويبقى لمدّعي الكلّ السدس بغير منازع، والثلث يتنازع فيه مع مدّعيه، والحكم فيه كما لو لم تكن بينة، ولو أقامها مدّعي الثلث أخذه ولمدّعي الكلّ السدس أيضاً بغير منازع، والنصف يقرع فيه بين مدّعيه ومدّعي الكلّ.

وإن أقام كلّ منهم بينة وتساوت، فالنصف لمدّعي الكلّ، لعدم المنازع له فيه، والسدس الزائد على الثلث يتنازعه مدّعي الكلّ ومدّعي النصف، وقد تعارضت فيه بَيِّنَتَاهُمَا، والثلث يدّعيه الثلاثة وقد تعارضت فيه البينات الثلاث، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه، فمن خرج اسمه حلف وأخذ، وإن نكلوا اقتسموا المتنازع فيه، فيقسم مدّعي الكلّ ومدّعي النصف السدس بينهما نصفين، لأنها يتنازعان فيه، دون مدّعي الثلث، وأما الثلث فيقتسمونه أثلاثاً بينهم، فيكون لمدّعي الكلّ النصف بلا منازع ونصف السدس وثلث الثلث ولمدّعي النصف ثلث الثلث ونصف السدس، ولمدّعي الثلث ثلث الثلث خاصة وهو التسع.

وتصح في ستة وثلاثين، للمستوعب خمسة وعشرون : ثمانية عشر بلا نزاع، وثلاثة نصف السدس الزائد، وأربعة ثلث الثلث.

ولمدّعي النصف سبعة : ثلاثة نصف السدس، وأربعة ثلث الثلث.

ولمدّعي الثلث أربعة، ثلث الثلث.

وأما على العول الذي ذهب إليه ابن الجنيّد فتصح في أحد عشر : لمدّعي

الكلّ ستة، ولمدّعي النصف ثلاثة، ولمدّعي الثلث ثلثان، لأن فريضتهم من ستة، ويعال عليها نصفها وثلثها.

حكم ما لو كانت في يد أربعة ...

قال المحقق قدس سره : «ولو كانت في يد أربعة ، فادّعى أحدهم الكلّ والآخر الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث ، ففي يد كلّ واحد ربعها ، فإن لم تكن بينة قضينا لكلّ واحد بما في يده ، وأحلفنا كلّاً منهم لصاحبه»^(١).

أقول : أي : أنه في صورة عدم البينة لما كان لكلّ واحد منهم يد على ربع العين ، فإن اليد مع اليمين حجة ، فحجة كلّ واحد منهم حينئذ معارضة بحجة الآخر ، فلا شيء لأحدهم بلا منازع .

قال : «ولو كانت يدهم خارجة ولكلّ بينة ، خلص لصاحب الكل الثلث ، إذ لا مزاحم له»^(٢).

أقول : قال في (الجواهر) : مع تداخل الدعاوى بعضها في بعض وإرادة القضاء فيها أجمع ، لا أن له ذلك على كلّ حال ، حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أو كانت الدعاوى مترتبة وكان القضاء بين كلّ واحدة مع الاخرى مستقلاً ، إلا مع إقرار المدّعي بالثلث مثلاً أن له ذلك في النصف المدّعى به مثلاً^(٣).

قال : «ويبقى التعارض بين بينة مدّعي الكلّ ومدّعي الثلثين في السدس ، فيقرع بينهما فيه»^(٤).

أقول : قد عرفت مراراً أن القرعة تكون مع تساوي البينتين عدداً وعدالة ، وحينئذ فمن خرج اسمه حلف وأخذ وإلا حلف الآخر ، فإن امتنعاً قسّم بينهما نصفين .

(١ و ٢) شرائع الإسلام ٤ : ١١٧ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٨٩ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ١١٧ .

قال : « ثم يقع التعارض بين بينة مدّعي الكل ومدّعي الثلثين ومدّعي النصف في السدس أيضاً ، فيقرع بينهم فيه »^(١).

أي : على ما تقدم من اشتراط التساوي ...

قال : « ثم يقع التعارض بين الأربعة في الثلث فيقرع بينهم ، ويختص به من تقع القرعة له ، ولا يقضى لمن يخرج اسمه إلا مع اليمين ».

فإن قيل : إذا كان المرجع هو القرعة ، فإن من الممكن أن تخرج القرعة لمدّعي الكل في كل مرة .

فأجاب المحقق قدّس سرّه بقوله : « ولا يستعظم أن يحصل بالقرعة الكل لمدّعي الكل ، فإن ما حكم الله تعالى به غير مخطئ ».

قال : « ولو نكل الجميع عن الأيمان ، قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين في كل مرتبة بالسوية ».

مركز تحقيق كتب التراث الإسلامي

هذا هو الحكم في كيفية القسمة .

قال : فتصح القسمة من ستة وثلاثين سهماً :

« لمدّعي الكل عشرون » اثنا عشر بلا نزاع ، وثلاثة نصف السدس الذي تنازع فيه مع مدّعي الثلثين ، واثنان ثلث السدس الذي تنازع فيه معه أيضاً ومع مدّعي النصف ، وثلاثة ربع الثلث الذي تنازع فيه مع الجميع .

« و لمدّعي الثلثين ثمانية » ثلاثة نصف السدس الذي تنازع فيه مع مدّعي الكل ، واثنان ثلث السدس الذي تنازع فيه معه أيضاً ومع مدّعي النصف ، وثلاثة ربع الثلث الذي تنازع فيه مع الجميع .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٧ .

«ولمدعي النصف خمسة» اثنان ثلث السدس الذي تنازع فيه مدعي الجميع ومدعي الثلثين ، وثلاثة ربع الثلث الذي تنازع فيه مع الجميع .
«ولمدعي النصف خمسة» اثنان ثلث السدس تنازع فيه مدعي الجميع ومدعي الثلثين ، وثلاثة ربع الثلث الذي تنازع فيه مع الجميع .
«ولمدعي الثلث ثلاثة» ربع الثلث الذي تنازع فيه مع الجميع .
هذا إن أقام كلهم بينة .

وإن أقام أحدهم فقط بينة حكم له .

هذا كله مع خروج المدعي به عن أيديهم .

قال المحقق : «ولو كان المدعي في يد الأربعة ، ففي يد كل واحد ربعها ، فإذا أقام كل واحد منهم بينة بدعواه ، قال الشيخ : يقضى لكل واحد بالربع ، لأن له بينة ويداً»^(١) .

مركز تحقيق كتب التراث

أي : بناء من الشيخ على تقديم بينة الداخل على الخارج .

«والوجه : القضاء ببينة الخارج على ما قررناه» فيما سبق .

وعلى المختار : «فيسقط اعتبار بينة كل واحد بالنظر إلى ما في يده ، ويكون ثمرتها فيما يدعيه مما في يد غيره ، فيجمع بين كل ثلاثة على ما في يد الرابع وينتزع له ، ويقضى فيه بالقرعة واليمين ، ومع الامتناع بالقسمة ، فيجمع بين مدعي الكل والنصف والثلث على ما في يد مدعي الثلثين ، وذلك ربع اثنين وسبعين» .

لأننا نريد عدداً لربعه ثلث وتسع وتسع ربعه نصف ، والاثنان والسبعون

كذلك .

«وهو» أي الربع ثمانية عشر .

فدّعي الكلّ يدّعيها أجمع ، ومدّعي النصف يدّعي منها ستة ، ومدّعي الثلث يدّعي اثنين .

وعلى هذا: «فتكون عشرة منها لمدّعي الكلّ لقيام البينة بالجميع الذي تدخل فيه العشرة ، ويبقى ما يدّعيه صاحب النصف وهو ستة يقرع بينه وبين مدّعي الكلّ فيها ويحلف» أي من خرج اسمه ويأخذ ، وإن امتنع حلف الآخر وأخذ «ومع الامتناع يقسم بينهما» نصفين كما عرفت .

«وما يدّعيه صاحب الثلث وهو اثنان يقرع عليه بين مدّعي الكلّ وبينه ، فمن خرج اسمه أحلف وأعطى ، ولو امتنع أقسم بينهما» نصفين كما عرفت .

«ثم يجمع دعوى الثلاثة على ما في يد مدّعي النصف ، فصاحب الثلثين يدّعي عليه عشرة» وذلك ، لأنه يدّعي الثلثين وهو ثمانية وأربعون - من الاثنين والسبعين - ويده ثمانية عشر ، فالباقى له ثلاثون ، على كلّ من الثلاثة الآخرين عشرة .

«ومدّعي الثلث يدّعي اثنين ، ويبقى في يده» أي في يد مدّعي النصف وهو الثمانية عشر «ستة لا يدّعيها إلا مدّعي الجميع ، فتكون» أي الستة «له» أي لمدّعي الكلّ ، لقيام البينة على الجميع الذي تدخل فيه «ويقارع الأخيرين» أي في العشرة والاثنين «ثم يحلف» من يخرج اسمه ويأخذ وإلا فالآخر «وإن امتنعوا أخذ نصف ما ادّعياء» من كلّ واحد منها ، فيأخذ من العشرة خمسة ومن الاثنين واحداً .

«ثم يجتمع الثلاثة على ما في يد مدّعي الثلث وهو ثمانية عشر ، فدّعي الثلثين يدّعي منه عشرة ، ومدّعي النصف يدّعي ستة ، ويبقى اثنان لمدّعي الكل

ويقارع على ما أفرد للآخرين ، فإن امتنعوا عن الأيمان قسّم ذلك بين مدّعي الكل وبين كلّ واحد منهما بما ادّعاه .

« ثم تجتمع الثلاثة على ما في يد مدّعي الكل » وهو ثمانية عشر « فمدّعي الثلثين يدّعي عشرة ، ومدّعي النصف يدّعي ستة ، ومدّعي الثلث يدّعي اثنين ، فتخلص يده عما كان فيها » لأن ذلك تمام ثمانية عشر .

« فيكمل لمدّعي الكل ستة وثلاثون من أصل اثنين وسبعين » وذلك أربعة عشر مما في يد مدّعي الثلثين ، واثنا عشر مما في يد مدّعي النصف ، وعشرة ممّا في يد مدّعي الثلث .

« ولمدّعي الثلثين عشرون » وذلك خمسة مما في يد مدّعي النصف وخمسة أخرى مما في يد مدّعي الثلث ، وعشرة ممّا في يد مدّعي الكل .

« ولمدّعي النصف اثنا عشر » وذلك ثلاثة ممّا في يد مدّعي الثلثين وثلاثة أخرى ممّا في يد مدّعي الثلث ، وستة ممّا في يد مدّعي الكل .

« ولمدّعي الثلث أربعة » ، وذلك اثنان ممّا في يد مدّعي الكل ، واثنان ممّا في أيدي الباقيين .

« هذا إن امتنع صاحب القرعة عن اليمين ومنازعه »^(١) وإلا كان الحاصل غير ذلك .

هذا إن أقام كلّ منهم بينة .

ولو أقام أحدهم خاصة بينة حكم له كما هو ظاهر .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٩ . وفيه : من اليمين ومقارعيه .

المسألة السابعة

(حكم تداعى الزوجين متاع البيت)

قال المحقق قدّس سرّه : « إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضي لمن قامت له البينة ، وإن لم تكن بينة فيد كلّ واحد منهما على نصفه . قال في المبسوط : يحلف كلّ منهما لصاحبه ... وقال في الخلاف : ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وما يصلح لهما يقسم بينهما ، وفي رواية إنه للمرأة ... وما ذكره في الخلاف أشهر في الروايات وأظهر في الأصحاب ^(١) .

أقول : إذا تداعى الزوجان متاع البيت ، بأن ادّعى كلّ منهما ملكية المتاع الموجود في بيتها ، فإما تكون بينة وإما لا تكون ، فإن كانت ، قضي بالمتاع لمن قامت له البينة ، سواء كان الرجل أو المرأة ، بلا خلاف كما في (الجواهر) عن (الرياض) .

وإن لم تكن بينة ، فيد كلّ واحد من الزوجين تكون على نصف المتاع الذي في يدهما ، لكن كلاً منهما يدّعي النصف الآخر فما هو الحكم ؟

في المسألة ثلاثة أقوال أو أربعة ، ومنشأ تعدد الأقوال والخلاف بين الأصحاب ، هو اختلاف أخبار المسألة ، والأقوال ثلاثة منها للشيخ :

فالأول : إنه يحلف كلّ منهما للآخر ، كغير المتاع من الأشياء حيث يتداعى

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١١٩ .

فيه اثنان أو أكثر، مع كون الشيء في أيديهما «سواء كان مما يختص بالرجال أو النساء أو يصلح لهما، وسواء كانت الدار لهما أو لأحدهما، وسواء كانت الزوجية باقية أو زائلة، ويستوي في ذلك تنازع الزوجين والوارث» وهذا ما قاله الشيخ في (المبسوط) ^(١) وتبعه العلامة في (القواعد)، وفخر المحققين في (الإيضاح) كما في (الجواهر)، وقد أشرنا إلى دليله.

والثاني: إن ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وما يصلح لهما يقسم بينهما، وهذا ما قاله الشيخ في (الخلاف) وتبعه العلامة في (التحرير)، والشهيد في (الدروس)، بل في (المسالك) نسبته إلى الأكثر، بل عن (الخلاف) ^(٢) و (السرائر) الإجماع عليه.

ويدل عليه - مع الإجماع المذكور - عدة أخبار، عمدتها صحيح النخاس الآتي.

والثالث: إن المتاع كله للمرأة «لأنها تأتي بالمتاع من أهلها» وهذا ما أفتى به الشيخ في (الاستبصار) ^(٣) كما في (الجواهر)، ويدل عليه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الآتي.

فهذه ثلاثة أقوال، وقد اختار المحقق هنا وفي (النافع) ^(٤) القول الثاني منها، ونسبه في (نكت النهاية) إلى المشهور.

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ٣١، قواعد الأحكام ٣: ٤٧٠، إيضاح الفوائد ٤: ٣٨٠.
(٢) كتاب الخلاف ٦: ٣٥٢ مسألة ٢٧، السرائر في الفقه ٢: ١٩٣، تحرير الأحكام ٥: ٢٠٨، الدروس الشرعية ٢: ١١١.
(٣) الاستبصار ٣: ٤٧.
(٤) المختصر النافع: ٢٨٥، نكت النهاية ٢: ٨٣.

وعن العلامة في (المختلف) الرجوع في المسألة إلى العرف والعادة حيث قال :
« والمعتمد أن نقول : إنه إن كان هناك قضاء عرفي يرجع إليه ويحكم به بعد اليمين ،
وإلا كان الحكم فيه كما في غيره من الدعاوى ...

لنا : إن عادة الشرع في باب الدعاوى بعد الاعتبار والنظر راجعة إلى ما
ذكرنا ، ولهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الأصل ، وبأن المنتسب أولى من
الخارج ، لقضاء العادة بملكية ما في يد الإنسان غالباً ، وحكم بإيجاب البيّنة على من
يدّعي خلاف الظاهر والرجوع إلى من يدّعي الظاهر ، وأما مع انتقاء العرف
فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لأحدهما فتساويا فيها ...

واعلم أن ما رواه الشيخ من الأحاديث يعطي ما فصلناه نحن أولاً ، ويدل
عليه حكمه عليه السلام بأن العادة قاضية بأن المرأة تأتي بالجهاز من بيتها فحكم
لها به ، وإن العادة قاضية بأن ما يصلح للرجال خاصة فإنه يكون من مقتضياته
دون مقتضيات المرأة ، وكذا ما يصلح للمرأة خاصة يكون من مقتضياتها دون
مقتضيات الرجل ، والمشارك يكون للمرأة ، قضاءً لحق العادة الشائعة ، ولو فرض
خلاف هذه العادة في وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم يحكم لها»^(١).

وهذا الذي ذكره العلامة جعله في (المسالك) قولاً رابعاً في المسألة ، لكن
صاحب (الجواهر) أرجعه إلى القول الثاني ، فقال بعد أن أورد عبارة (المختلف) :
« إن مبناه أولاً وآخره الرجحان الناشئ من العادة ولو لكون الشيء لا يصلح إلا
لأحدهما فإن العادة قاضية بذلك ، فمرجع كلام المشهور حينئذ إلى ذلك ، خصوصاً
بعد تصريح ابن ادريس - الذي قد عرفت دعواه الإجماع على ذلك فيما حكى عنه -

(١) مختلف الشيعة في أحكام الشريعة ٨ : ٤١١ .

بذلك»^(١).

وفي (الجواهر) عن (التنقيح) إنه بعد أن اختار القول الأول قال: «لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح، ولأن الحكم بما يصلح له لو كان حقاً لزم الحكم بمال شخص معين لغيره لكونه صالحاً لذلك الغير، وهو باطل. بيان اللزوم: إنه جاز أن يموت للمرأة أب أو أخ فترث منه عمامة وطيالسة ودروعاً وسلاحاً، وتموت للرجل أم أو أخت فيرث منها حلياً ومقانع وقصاً مطرزة بالذهب، ويكون ذلك تحت أيديهما، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الإنسان لغيره. لا يقال: قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: نحن نحكم بالظاهر، والله أعلم بالسرائر، وما ذكرنا هو الظاهر.

لأننا نقول: نمنع أن ذلك هو الظاهر، لأن الظاهر راجح غير مانع من النقيض، ومع ما ذكرنا من الاحتمال لا رجحان. وأما ما ذكره العلامة من العرف، فممنوع، لأنه لو كان قاعدة شرعية لزم الحكم بذلك في غير الزوجين لو حصل التداعي بين رجل وامرأة في متاع هذا شأنه، وهو باطل»^(٢).

أقول: أما منعه كون الظاهر ذلك فممنوع، وكذا منعه ما ذكره العلامة، والالتزام بما ذكره من اللازم غير بعيد.

وأما إشكال (الجواهر) على قول العلامة بأن «كلامه عند التأمل في غاية البعد، إذ حاصله استفادة الحكم الشرعي من الحكم العادي، وهو واضح الفساد،

(١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٩٧.

(٢) التنقيح الرائع في شرح مختصر الشرائع ٤: ٢٧٨ - ٢٧٩. جواهر الكلام ٤٠: ٤٩٨.

ضرورة عدم مدخلية للعادة في الأحكام الشرعية ... وبالجملية : كلامه لا يرجع إلى حاصل ينطبق على القواعد الشرعية الموافقة لاصول الإمامية ، وإن مال إليه جماعة ممن تأخر عنه»^(١).

ففيه : إنه إن كان مراد العلامة كون السيرة العقلانية على ذلك ، وأنها حجة مع عدم الردع ، فيجوز الرجوع إليها والتعويل عليها ، فالإشكال غير وارد ، بل قوله عليه السلام «قد علم من بين لابتها ...»^(٢) يقتضي الإمضاء ، فما المانع من أن يكون المتعارف هنا حجة ؟

وأما أخبار المسألة ، فقد عرفت أن عمدتها صحيح النخاس الدالّ على القول الثاني ، وهو عن الصادق عليه السلام أنه قال «إذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها ما يكون للنساء ، وما يكون للرجال والنساء يقسم بينهما . قال : وإذا طلق الرجل المرأة فادّعت أن المتاع لها ، وادّعى الرجل أن المتاع له ، كان له ما للرجل ولها ما للنساء»^(٣).

وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج الدالّ على القول الثالث ، قال : «سألني أبو عبد الله عليه السلام كيف قضى ابن أبي ليلى ؟ قلت : قد قضى في مسألة واحدة بأربعة وجوه ، في التي يتوفى عنها زوجها فيجئ أهلها وأهلها في متاع البيت ، فقضى

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٥٠٠ .

(٢) تهذيب الأحكام ٦ : ٢٩٧ / ٨٢٩ .

(٣) وعن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل يموت قبل المرأة . قال : ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شيء منه فهو له . وعن زرعة عن سماعة قال : «سألته عن رجل يموت ، ماله متاع البيت ؟ قال : السيف والسلاح والرجل وثياب جلده» وسائل الشيعة ٢٦ : ٢١٦ / ٤ . أبواب ميراث الأزواج ، الباب ٨ .

فيه بقول إبراهيم النخعي : ما كان من متاع الرجل فللرجل ، وما كان من متاع النساء فللمرأة ، وما كان من متاع يكون للرجل والمرأة قسّمه بينهما نصفين .
ثم ترك هذا القول فقال : المرأة بمنزلة الضيف في منزل الرجل ، لو أن رجلاً أضاف رجلاً فادّعى متاع بيته كلف البينة ، وكذلك المرأة تكلف البينة ، وإلا فالمتاع للرجل .

ورجع إلى قول آخر فقال : القضاء أن المتاع للمرأة إلا أن يقيم الرجل البينة على ما أحدث في بيته .

ثم ترك هذا القول ، ورجع إلى قول إبراهيم الأول .

فقال أبو عبد الله عليه السلام : القضاء الأخير وإن كان رجوع عنه ، المتاع متاع المرأة إلا أن يقيم الرجل البينة ، قد علم من بين لابتيها يعني : بين جبلي منى - إن المرأة تزفّ إلى بيت زوجها بمتاع - ونحن يومئذ بنى -^(١) .

ووجه الجمع بينهما : إن دعوى الرجل ملكية ما يصلح للرجل تحتاج إلى إثبات ، لأن المتاع الذي تأتي المرأة به إما ملك لها وإما باق على ملك أبيها ، فلو ادّعى التملك له بهبة أو نحوها كان عليه الإثبات .

ولا يمكن تقييد ملكية المرأة أو أبيها بغير ما يصلح للرجل ، لكن العكس صحيح بأن نقول : كلّ ما يصلح للرجال فللرجل ، إلا إذا كانت المرأة قد جاءت به من بيت أهلها .

وأما قوله عليه السلام في ذيل خبر النخاس : « ومن استولى على شيء فهو له » فيمكن أن يكون المراد منه نفس المراد من صدره ، أو يراد منه أمر آخر ، وهو

(١) تهذيب الأحكام ٦ : ٢٩٨ وانظر ما بعده .

أنه لو كان بعض المتاع بيد أحدهما خاصة فهو له ، فيكون حاصل الجمع : إن ما كان تحت يد أحدهما الخاصة دون اليد البيئية فهو له ، ثم يقضى في الباقي بكون ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للمرأة فلها ، والمشاركات تقسم ، والأقرب ظهوره في هذا المعنى .

وهذا الذي ذكرناه في الجمع بين الخبرين هو مقتضى العرف والعادة .
وهذا هو الحكم سواء كان النزاع بين الزوجين أو بين ورثة أحدهما مع الآخر .

حكم ما لو ادعى أبو الميتة أنه أعارها بعض المتاع

قال المحقق : « ولو ادعى أبو الميتة أنه أعارها بعض ما في يدها من متاع أو غيره ، كلف البينة كغيره من الأنساب »^(١)
أي : لعمومات البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه .
قال : « وفيه رواية بالفرق بين الأب وغيره ضعيفة »^(٢) .

أقول : هي ضعيفة عند المحقق ، وذلك على احتمال في (الكافي) و (التهذيب) ، وهي في (الفقيه) صحيحة جزماً على ما قيل كما في (الجواهر)^(٣) .

وهي رواية جعفر بن عيسى قال : « كتبت إلى أبي الحسن - يعني : علي بن محمد - المرأة تموت فيدعي أبوها أنه كان أعارها بعض ما كان عندها من متاع

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٠ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٠ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٥٠١ ، الكافي ٧ : ٤٣١ / ١٨ ، تهذيب الأحكام ٦ : ٢٨٩ / ٨٠٠ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ١١٠ / ٣٤٢٩ .

وخدم ، أتقبل دعواه بلا بينة أم لا تقبل دعواه بلا بينة ؟ فكتب إليه عليه السلام :
يجوز بلا بينة .

قال : وكتبت إليه : إن ادّعى زوج المرأة الميتة أو أبو زوجها أو أم زوجها في
متاعها وخدمها مثل الذي ادّعى أبوها من عارية بعض المتاع والخدم ، أيكون في
ذلك بمنزلة الأب في الدعوى ؟ فكتب : لا^(١) .

وقد أطنب ابن ادريس في ردّها بوجوه ، فقال ما نصّه : « ولقد شاهدت
جماعة من متفكّهة أصحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلك ، وأن أبا الميتة لو
ادّعى كلّ المتاع وجميع المال كان قوله مقبولا بغير بينة ، وهذا خطأ عظيم في هذا
الأمر الجسيم ، لأنهم إن كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه :

أحدها : إنه لا يجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصلي أصحابنا ، على ما
كرّرنا القول فيه وأطلقناه .

والثاني : إن من يعمل بأخبار الآحاد لا يقول بذلك ولا يعمل به إلا إذا سمعه
من الراوي من الشارع .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩ / ١ . أبواب كيفية الحكم الباب ٢٣ . عن الكليني عن محمد بن جعفر الكوفي يعني

الأسدي عن محمد بن إسماعيل عن جعفر بن عيسى .

قال : ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يعقوب . ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن عيسى عن أخيه
جعفر بن عيسى .

فأما احتمال الضعف في طريق الكافي والتعذيب فالظاهر أنه من جهة « محمد بن إسماعيل وهو البرمكي »
بناء على اعتبار جرح ابن الغضائري لكن عن النجاشي : « ثقة مستقيم » .

وأما الجزم بصحة طريق الفقيه ، فإن إسناده الصدوق إلى محمد بن عيسى - وهو « ابن عبيد » - صحيح ،
وأن هذا الرجل ثقة عند النجاشي ، وقوله مقدّم على قول الشيخ لدى التعارض ، إن لم يسقط تضعيف
الشيخ هنا لابتنائه على ما ذكره شيخنا الجدل المامقاني ، وإن أخاه « جعفر بن عيسى » ثقة ...

والثالث : إن الحديث ما فيه إنه ادّعى أبوها جميع متاعها وخدمها ، وإنما قال لبعض ما كان عندها ، ولم يقل لجميع ما كان عندها .

ثم إنه مخالف لأصول المذهب ولما عليه إجماع المسلمين أن المدّعي لا يعطى بمجرد دعواه ... ثم لم يورد هذا الحديث إلا القليل من أصحابنا ، ومن أورده في كتابه لا يورده إلا في باب النوادر ، وشيخنا المفيد وسيدنا المرتضى لم يتعرّضا له ولا أورداه في كتبهما ، وكذلك غيرهما من محققي أصحابنا ، وشيخنا أبو جعفر ما أورده في كتبه بل في كتابين منها فحسب ، إيراداً لا اعتقاداً ، كما أورد أمثاله من غير اعتقاد لصحته ...

ثم شيخنا أبو جعفر الطوسي رجع عنه وضعفه في جواب المسائل الحائريات المشهورة عنه المعروفة ...^(١) .

قلت : لكن هذه الوجوه بعضها مبني على مسلكه ، وبعضها غير وارد ، لأنه خلاف الظاهر .

وكون الرواية مطابقة للقاعدة الشرعية غير بعيد ، فإذا أعطى الأب شيئاً إلى ابنته في تجهيزها وغيره ، فادّعت تملكه ذلك إياها ، فأنكر الأب ذلك ، كان القول قوله ، لأن الأصل عدم انتقال الملك .

نعم ، لو انتقل ما كان بيدها إلى ورثتها ، ووقع النزاع بينهم وبين الأب ، فقالوا : هذا لأمتنا وهو لنا الآن بالإرث ، فقال الأب : هولي ولم أملكها المال ، كان الأب مدّعياً وكان عليه إقامة البينة .

فعلى الوجه الأول تكون الرواية مطابقة للقاعدة ، وعلى الثاني مخالفة . والظاهر هو الأول ، لأنهم يقرّون بإعطاء الأب المال لأمتهم .

(١) السرائر في الفقه ٢ : ١٩٢ .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الكلام في :



وفيه مسائل :



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المسألة الأولى

(لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على إسلام أحدهما قبل الموت واختلفا في الآخر)

قال المحقق قدّس سرّه : « لو مات المسلم عن ابنين ، فتصادقا على تقدّم إسلام أحدهما على موت الأب ، وادّعى الآخر مثله فأنكر أخوه ، فالقول قول المتفق على إسلامه مع يمينه أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه » (١).

أقول : لو مات المسلم عن ابنين مثلاً ، فتصادق الابنان على إسلام أحدهما في حال حياة الأب ، وادّعى الآخر نفس الدعوى لكي يشترك معه في الإرث ، فأنكر أخوه ذلك ، فالقول قول المتفق على إسلامه قبل موت الأب مع يمينه على عدم العلم بالنسبة إلى إسلام أخيه قبل موت الأب . كذا ذكره من تعرّض لهذه المسألة كما في (الجواهر) .

وفي المسألة ثلاث صور :

- ١ - الجهل بتاريخ موت الأب وإسلام الابن المختلف فيه معاً .
- ٢ - أن يكون تاريخ موت الأب معلوماً ، وتاريخ إسلام الابن المختلف فيه مجهولاً .
- ٣ - أن يكون تاريخ إسلام الابن المختلف فيه معلوماً ، وتاريخ موت الأب مجهولاً .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٠ .

أما الصورة الاولى : فلا ريب في إرث المتفق عليه دون الآخر ، لأن إسلامه مسبق بالكفر وتاريخه مجهول ، فيستصحب عدمه حتى موت الأب ، ويكون أثر هذا الاستصحاب شرعاً عدم استحقاق الولد الذي لم يثبت إسلامه عند موت الأب ، والمفروض أن لا وارث غيره إلا المتفق عليه ، فيستقل بالتركة بحسب أدلة الإرث .

ولا يعارضه استصحاب عدم الموت حتى زمان الإسلام ، لأن هذا الاستصحاب ليس بحجة ، لأنه مثبت .

وأما في الصورة الثانية فكذلك ، فإنه يجري الاستصحاب ، ويترتب عليه الأثر الشرعي المذكور .

وأشكل في (الجواهر) في الحكم المذكور المبني على الاستصحاب من جهتين : إحداهما : إن ظاهر الكون في دار الإسلام هو إسلام الابن ، وهذا الظاهر مقدم على الأصل أعني الاستصحاب . والثانية : بأن الإرث تقتضيه القرابة حسب الأدلة في كتاب الإرث ، والكفر مانع عن الاستحقاق ، فإذا وجد المقتضي - وهو هنا الولدية - وشك في المانع - وهو الكفر - أثر المقتضي أثره ، فيستحق المختلف فيه الإرث كأخيه^(١) .

وفي كلتا الجهتين نظر ، أما الاولى : فإن كون الإسلام ظاهر من في دار الإسلام صحيح ، لكنه يقتضي الحكم بإسلام من كان فيها مع الجهل بحاله ، وأما من كان مسبقاً بالكفر يقيناً - كما في مفروض المسألة - فلا يقتضي كونه في دار الإسلام إسلامه ، فلا ظاهر في مقابل الأصل في هذا المقام .

(١) راجع جواهر الكلام ٤٠ : ٥٠٤ .

وأما الثانية : فإن قاعدة المقتضي والمانع - بناء على تماميتها - تجري في صورة عدم جريان استصحاب المانع ، مثلاً : إذا تم استصحاب الفسق لا يتحقق للأب ولاية عند الشك في ثبوتها ، مع أن نفس الابوة مقتضية للولاية .

على أن أدلة إرث الولد مخصصة بعدم كفره - سواء كان الكفر مانعاً أو كان الإسلام شرطاً - ومع الشك في إسلام الولد في حال موت الأب يكون التمسك بأدلة الإرث من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية .

فالحق ما ذهب إليه المشهور ، وإن الاستصحاب يفيد الحكم بعدم الإرث ، أي : إن نفس عدم الإسلام كاف لعدمه .

قال المحقق : « وكذا لو كانا مملوكين فأعتقا واتفقا على حرية أحدهما واختلفا في الآخر »^(١) .

أي إن ذلك نظير الصورتين المذكورتين ، والحكم نفس الحكم ، لجريان الاستصحاب كذلك .

و أما الصورة الثالثة ، فلا يجري فيها الاستصحاب المذكور في الصورتين السابقتين ، و سيذكرها المحقق مستقلة في المسألة الثانية .

حكم ما لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا في الآخر :

ولو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا في الآخر ، فقد جزم في (كشف اللثام) بأن القول قول الآخر^(٢) المختلف فيه ، واحتمله الشهيد الثاني في

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٠ .

(٢) كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام ١٠ : ٢٢٦ .

(المسالك) ^(١) لأن ظاهر الدار تشهد له ، وليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا ، لعدم الحالة السابقة ، فالحكم هو اشتراكهما في الإرث ، لظاهر دار الإسلام .
وبما ذكرنا ظهر الفرق بين هذا الفرع ، وبين الصورتين اللتين قلنا بجريان الاستصحاب فيهما ، فقول صاحب الجواهر : « ومن هنا لو اتفقا » ^(٢) لم يظهر وجهه .
كما لا يجوز التمسك لاستحقاقه بأدلة الإرث ، لأنه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

حكم ما لو ادعى كل منهما أنه لم يزل مسلماً وأنكر الآخر :

ولو ادعى كل من الابنين أنه لم يزل مسلماً ، وأنكر الآخر فقال : بل أسلمت بعد موت الأب ، فالحكم هو اشتراكهما في الميراث ، لأن ظاهر دار الإسلام يشهد لكل واحد ، وفي الاستدلال بعمومات الإرث هنا أيضاً ما عرفت .
وفي (كشف اللثام) : « نعم ، إن كانت الدار دار كفر وكان إسلام المورث مسبقاً بكفره ، احتمال ترجيح الظاهر على الأصل ، فلا يرث المختلف فيه ما لم يعلم انتفاء المانع من إرثه بالبيّنة ، ولو ادعى المختلف فيه علم الآخر بحاله كان له إحلافه على نفيه » ^(٣) .

وقد أشكل فيه صاحب (الجواهر) مشيراً إلى ما ذكره سابقاً من اقتضاء الولدية للإرث .

وقد عرفت الإشكال فيه .

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١٤٠ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٥٠٤ .

(٣) كشف اللثام ١٠ : ٢٢٦ .

كما أن إيراده على قول كاشف اللثام : « ولو اتفقا على كفر كلٍّ منهما أو رقيته زماناً ، وادّعى كلٌّ منهما سبق إسلامه أو حرّيته على الموت وأنكر الآخر ، ولم تكن بينة ، ولا ادّعى أحدهما العلم على الآخر ، أو ادّعاه فحلف على العدم ، لم يرث أحد منهما ، لأنه لا إرث ما لم يثبت انتفاء المانع ، ولا مجال هنا للحلف ، لأن كلاّ منهما مدّع لزوال المانع عن نفسه ، وأما إنكاره ففي الحقيقة إنكار لعلمه بزوال المانع عن الآخر ، ولا يفيد الحلف عليه ، بل خصمهما في الحقيقة هو الوارث المسلم ، فإن كان غير الإمام عليه السلام حلف على عدم العلم بزوال المانع » غير وارد .

هذا كله مع عدم البينة .

ولو أقام أحد الابنين بينة في الفروع المذكورة قضي له بها .

ولو أقام كل واحد منهما بينة - في صورة اختلافهما بأنه لم يزل مسلماً وصاحبه أسلم بعد موت الأب - كانت بينة المتفق عليه خارجة وبينة الآخر داخلة ، فتقدّم بينة المتفق عليه على القول بتقدم بينة الخارج ، وهو الأقوى كما عرفت سابقاً ، وأما مع القول بحجية كلتا البينتين وتكافؤهما ، وعدم تقديم بينة مدّعي تقدّم الإسلام لاشتغالها على التقدّم الزماني ، وهو نقله إلى الإسلام في الوقت السابق من جهة تناقض البينتين ، فالبينتان متعارضتان ، والحكم هو القرعة كسائر موارد تعارض البيّنات . وفي (المسالك) : ربما احتتمل ضعيفاً تقديم بينة المتأخر ، بناء على أنه قد يغمى عليه في التاريخ المتقدّم فيظنّ الشاهدان موته ، وهو ضعيف لأنه قدح في الشاهد^(١) .

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١٤١ .

المسألة الثانية

(حكم ما لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان
والآخر في أول رمضان واختلفا في تاريخ موت الأب)

قال المحقق : « لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان والآخر في غرة رمضان ثم قال المتقدم : مات الأب قبل شهر رمضان ، وقال المتأخر : مات بعد دخول رمضان . كان الأصل بقاء الحياة ، والتركة بينهما نصفين »^(١).

أقول : هذه هي الصورة الثالثة من صور المسألة الأولى ، وهي صورة العلم بتاريخ الإسلام والجهل بتاريخ موت الأب ، فالذي أسلم في شعبان يقول : مات في شعبان ، وأنت أسلمت في أول شهر رمضان ، فلا تستحق ، للكفر ، أو عدم الإسلام حين الموت ، والذي أسلم في شهر رمضان يقول : مات بعد دخول شهر رمضان ، فأنا شريكك في التركة لوجود الشرط وهو الإسلام أو عدم المانع عن استحقاق الإرث وهو الكفر .

والحكم في هذه المسألة هو اشتراك الأخوين في التركة بالتنصيف ، قال في (الجواهر) : بلا خلاف ولا إشكال .

ودليل هذا الحكم عند المحقق هو الاستصحاب ، حيث قال : « الأصل بقاء الحياة » .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٠ .

وقد عرفت ما فيه ، فإنه أصل مثبت .

وعند صاحب (الجواهر) هو عمومات الإرث بعد عدم ثبوت المانع ،
فالمقتضي حينئذ بحاله .

وفيه : ما عرفت من أنه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية ، لأن موضوع
العمومات هو الولد المسلم في حال موت الأب .
فالدليل هو ظاهر دار الإسلام . فتأمل^(١) .



(١) وجه التأمل هو أن هذا الإسلام مسبوق بالكفر ، وقد ذكرنا سابقاً أن ظاهر دار الإسلام يكون في حال
عدم الكفر سابقاً ، وأما معه فلا ظاهر . ويبقى أن يكون الدليل اتفاق الأصحاب في هذه المسألة ، لكن
المحتمل - إن لم يكن المقطوع به - كونه مدرَكياً .

المسألة الثالثة

(لو كانت دار في يد إنسان وادّعى آخر أنها له ولأخيه إرثاً)

قال المحقق قدس سرّه : « دار في يد إنسان وادّعى آخر أنها له ولأخيه الغائب إرثاً عن أبيهما ، وأقام بيّنة ، فإن كانت كاملة وشهدت أنه لا وارث سواهما سلّم إليه النصف ، وكان الباقي في يد من كانت الدار في يده . وفي الخلاف : وتجعل في يد أمين حتى يعود ، ولا يلزم القابض للنصف إقامة ضمين بما قبض »^(١) .

أقول : في هذه المسألة فروع :

الأول : إن هذه الدعوى تسمع من هذا الشخص ، ويقضى له بالبيّنة الكاملة - أي الواجدة للشرائط على ما سيأتي - التي أقامها ، ويسلّم إليه نصف الدار . وهذا الحكم لا إشكال فيه ولا خلاف كما في (الجواهر) .

الثاني : وحيث أريد التنصيف للدار فمن يكون القاسم ؟

قال في (الجواهر)^(٢) : والقاسم الحاكم أو أمينه أو من في يده الدار . أقول : أما الحاكم فلا كلام في نفوذ تقسيمه لأنه ولي الغائب ، وأما أمينه فكذلك ، لأنه يقوم مقام الحاكم بأمره ، وأما من في يده الدار ، فالمفروض إنكاره لحق المدّعي ، وبذلك يسقط عن الأمانة في نظر المدّعي في الأقل ، والقاسم يشترط

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٠ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٥٠٧ .

أن يكون عادلاً أميناً كما تقدّم في محله ، فكيف يكون هذا الإنسان قاسماً في هذا المقام ؟ .

الثالث : وإذا سلّم نصف الدار إلى المدّعي ، فما هو حكم النصف الآخر الذي يدّعي كونه للأخ الغائب ؟ فيه قولان :

أحدهما : أن يكون الباقي في يد من كانت الدار في يده حتى مجي الغائب . وهو رأي الشيخ في (المبسوط) ^(١) . ظاهر المسالك تصحيح قول الشيخ في الخلاف لا ما قاله في المبسوط لانه نقل قول الشيخ في الخلاف ثم ما قاله في المبسوط فقال والاول اصح ^(٢) .

والآخر : أن ينتزع الباقي منه ويجعل في يد أمين حتى حضور الغائب . وهو رأي الشيخ في (الخلاف) ^(٣) وهو الأقوى عند صاحب (الجواهر) . وجه الأول هو : إن البيّنة حجّة بعد دعوى صاحب المال ، وحيث أن الغائب غير موجود حتى يدّعي ، فيبيّنة أخيه لا تثبت ملكية الغائب للنصف الآخر ، فيبقى بيد من كانت الدار في يده كما كان .

ووجه الثاني هو : أن البيّنة حجّة ، ولا يتوقّف استيفاء الحق على حكم الحاكم المتوقف على حضور المدّعي ودعواه ، وعليه ، فترفع يد ذلك الإنسان عن الباقي .

وقد قدّمنا في محله بيان هذين القولين ، وأن الأقوى هو الثاني . وقد يجعل منشأ الاختلاف صلاحية قيام أحد الوراث مقام الميت في إثبات

(١) المبسوط في فقه الامامية ٨ : ٢٧٤ . مسالك الأفهام ١٤ : ١٤٣ .

(٢) لاحظ المسالك ١٤ : ١٤٣ .

(٣) كتاب الخلاف ٦ : ٣٤٠ مسألة (١٢) . جواهر الكلام ٤٠ : ٥٠٧ .

الحق أو الملك وعدمها ، بل يكون حق الدعوى لمجموع الورثة ، فلو ادّعى أحدهم وأقام البيّنة ثبت حقه دون غيره ؟ فالعلامة في كتاب (المختلف) ^(١) وكاشف اللثام على الأول ^(٢) ، والشهيد الثاني في (المسالك) على الثاني ^(٣) .

والظاهر هو الأول ، لأن هذا الأخ الحاضر يدّعي الإرث ويريد إثباته ، فإذا أقام بيّنة وأثبتته ، فقد ثبت حقه وحق الغائب ، والمفروض أن الغائب إذا حضر لا يطالب بأكثر من الإرث الذي يستحقه .

الرابع : إنه لو أبقى النصف بيد من كانت الدار في يده ، فهل يضمن أو لا يكون ضامناً ؟

قال المحقق : لا . للأصل وغيره بعد ثبوت الانحصار بالبيّنة .
ولا يخفى أن هذا مبني على صحة التضمين بالنسبة إلى الأعيان كالديون .

ما هو المراد من البيّنة الكاملة هنا ؟

قال المحقق : « ونعني بالكاملة ذات المعرفة المتقدمة والخبرة الباطنة » ^(٤) .
أقول : قد اختلفت عبارات الأصحاب في معنى البيّنة الكاملة ها هنا ، ففي (المسالك) إن مقتضى عبارة المصنف والأكثر أن المراد بها ذات الخبرة والمعرفة بأحوال الميت ، سواء شهدت بأنها لا تعلم وارثاً غيرهما أم لا ، وحينئذ تنقسم إلى ما يثبت بها حق المدعي ، بأن تشهد بنفي وارث غيره ، وإلى غيره وهي التي لا

(١) مختلف الشيعة ٨ : ٤٤٧ .

(٢) كشف اللثام ١٠ : ٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ١٤٣ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ١٢١ .

تشهد بذلك .

وقد اختار صاحب (المسالك) هذا المعنى ، وذكر أن الشهادة هي أن يشهد العدلان بعدم وجود وارث آخر فيما يعلمان قال : « ولا يجب القطع بل لا يصح ، ولا تبطل به شهادتهم »^(١) .

وتبعه في ذلك كله كاشف اللثام في تفسير عبارة القواعد التي هي مثل عبارة المتن .

وفي (الجواهر) : « الظاهر الإكتفاء في ثبوت الوصفين بشهادتهما بذلك بعد ثبوت عدالتهما ، بل الظاهر كون المراد بكماها أنها تشهد بالنفي ، وحينئذ ، فعدم شهادتهما بذلك هو عدم كماها ، فقول المصنف : [ولو لم تكن البيئة كاملة وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غيرهما] بمنزلة التفسير لها كقوله أولاً : [وشهدت] إلى آخره »^(٢) .

واعترض على الشهيد الثاني وكاشف اللثام قائلاً : « وما أدري ما الذي دعاها إلى ذلك ؟! مع أن حمل العبارة على إرادة التفسير أولى كما هو صريح الإرشاد قال : ولو ادّعى ما في يد الغير أنه له ولأخيه الغائب بالإرث ، وأقام بينه كاملة ، بأن شهدت بنفي وارث غيرهما سلم إليه النصف »^(٣) ولا ينافي ذلك قوله في المتن « ونعني » إلى آخره المحمول على إرادة بيان أن الشهادة بالنفي على وجه القطع لا تكون غالباً إلا من ذي الخبرة الباطنة .

ودعوى المفروغية من الاجتزاء بشهادة ذي الخبرة بنفي العلم ، محل منع وإن

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١٤٢ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٥٠٩ .

(٣) ارشاد الأذهان ٢ : ١٥٣ .

جزم به في الدروس ، كدعوى المفروغية من عدم قبول شهادة غير ذي الخبرة بالنفي على وجه القطع ، بل هو في الحقيقة قدح في الشاهد العدل .

فالتحقيق حينئذ هو الاكتفاء بالشهادة بالنفي من العدل مطلقاً ، وعدم الاكتفاء بها إذا كانت بنفي العلم كذلك ، إلا إذا أريد من عدم العلم النفي فيما يعلم ، فإنها شهادة بالنفي حينئذ ، كما هو ظاهر كلامهم خصوصاً الدروس ، وبهذا المعنى يمكن الفرق بين ذات الخبرة وغيرها ، لكن قد يقال : إن الشهادة بالنفي المزبور أيضاً لا تكون إلا من ذي الخبرة أو شبهه^(١) .

أقول : إنه يعتبر في هذه الشهادة ثلاثة أمور :

أحدها : أن يشهدا بكون الدار ملكاً للميت .

والثاني : أن يشهدا بكون الأخوين وارثين .

والثالث : أن يشهدا بعدم وجود وارث غيرها .

لكن الأصحاب لم يتعرضوا لاعتبار الأمر الأول ، واختلفوا في الثالث وأنه هل يشترط أن تكون الشهادة بالنفي على وجه القطع أولاً ؟ وظاهر عبارة المحقق قدس سره هو ما ذكره ثاني الشهيدين ، وحملها على ما في (الجواهر) خلاف ظاهرها .

نعم ، لا مانع من القول بالإكتفاء بالاستصحاب بالشهادة بالنفي ، لخبر معاوية قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يكون في داره ، ثم يغيب عنها ثلاثين سنة ، ويدع فيها عياله ، ثم يأتينا هلاكه ، ونحن لا ندري ما أحدث في داره ، ولا ندري ما أحدث له من الولد ، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولا

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٥٠٩ .

حدث له ولد ، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهداً عدل أن هذه الدار دار فلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان ، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم»^(١).

حكم ما لو لم تكن البيئة كاملة

قال المحقق : «ولو لم تكن البيئة كاملة وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غيرهما ، أرجئ التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان وارث لظهر»^(٢).

أقول : إن كانت البيئة كاملة دفعت الدار إلى ذي الحق ، ولو لم تكن كاملة أرجئ تسليم الدار حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان لبان ، ولا يرجع إلى أصالة عدم الوارث ، لأن هذا الأصل لا يفيد انحصار الوارث بالحاضر في الظاهر ، قال في (الجواهر) : «على أن قاعدة الضرر الحاصل بضمان من في يده المال لو ظهر بعد ذلك معارضة له ، فأصل البراءة من وجوب الدفع إلى هذا الحاضر الذي لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله»^(٣).

قال المحقق : «وحيث يسلم إلى الحاضر نصيبه ويضمنه استظهاراً»^(٤).
أقول : إن الغرض من تضمين الحاضر هو الاستظهار والإطمينان ببقاء حق الوارث المحتمل وإمكان دفعه إليه لو ظهر ، وعلى هذا ، فلا موضوعية للتضمنين ،

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٣٦ / ٢ . أبواب الشهادات ، الباب ١٧ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٢١ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٥١٠ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ١٢١ .

فلو كان الوارث الحاضر موثقاً وكان مليئاً فلا حاجة إلى التضمين .

وليس المراد من إرجاء التسليم عدم جوازه ، حتى يستشكل بأن الأصل عدم الوارث ، بل المراد عدم وجوبه لئلا يتضرر ذو اليد لو ظهر الوارث ، وعلى هذا ، فلو شاء أن يسلم إلى الحاضر كان له ذلك ، نعم ، إذا كان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم يجز له الدفع إلا مع التضمين أو الوثوق .

وقد يناقش : بأن المفروض سقوط ذي اليد عن الأمانة بإنكاره دعوى الوارث الحاضر ، فلو لم تسلم الدار إلى الحاضر بالبيّنة والأصل وجب عليه تسليمها إلى الحاكم ، فلا وجه لإبقائها في يده على كلّ حال .

على أن جواز تسليمه الدار إلى الحاضر - كما في (الجواهر) - يعني قيام الحجة الشرعية على مالكيته ، فسواء أريد من إبقائها دفع الضرر عن ذي اليد أو عن الوارث المحتمل يجب انتزاع الدار من يده ، وأما إذا لم تتم الحجة للوارث الحاضر فلا يجوز تسليم شيء إليه حتى مع التضمين .

هذا كله إذا لم يكن الوارث الحاضر ذا فرض .

وأما إذا كان ذا فرض لا ينقص عن فرضه على كلّ تقدير ، كالزوجة مع الابن ، فإن لها الثمن سواء كان للابن المذكور أخ أو وارث آخر أولاً ، فلا إشكال في وجوب دفع نصيبه تاماً إليه : قال المحقق : « ولو كان ذا فرض أعطي مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاماً ، وعلى التقدير الثاني يعطيه اليقين إن كان وارث ، فيعطى الزوج الربع »^(١) أي : لاحتال وجود ولد منها « والزوجة ربع الثمن » أي : لاحتال وجود زوجات له ثلاثة ، ويكون الإعطاء « معجلاً من غير تضمين وبعد البحث

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢١ .

يتم الحصة التضمين»^(١).

حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره

قال : « وإن كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ ، فإن أقام البينة الكاملة أعطي المال . وإن أقام بينة غير كاملة أعطي بعد البحث والاستظهار بالتضمين »^(٢).

أقول : إن كان الوارث ممن يحجبه غيره عن الإرث كالأخ المحجوب بالأبوين والأولاد ، فلا يعطى شيئاً ، لعدم العلم بكونه وارثاً ، فإن ادعى ذلك فإن أقام البينة الكاملة أعطي المال كله ، وإن أقام بينة ناقصة أعطي بعد البحث عن الحاجب مع الاستظهار بالتضمين .

هذا ، وفي (المسالك) تبعاً للدروس : « ولو صدق المتشبه المدعي على عدم وارث غيره ، فلا عبرة به إن كان المدعى به عيناً ، لأنه إقرار في حق الغير ، وإن كان ديناً أمر بالتسليم ، لأنه إقرار في حق نفسه ، لأنه لا يتعين للغائب على تقدير ظهوره إلا بقبضه أو قبض وكيله ، وقد تقدم البحث في نظيره من دعوى وكالة الغائب في الأمرين »^(٣).

وقد وافقهما على ذلك كاشف اللثام قال : « وحكم الدين حكم العين في جميع ذلك ، إلا في وجوب انتزاع حصة الغائب فقد يقال بعدم ، والفرق بأن الأحوط هنا عدم ، لأنه لا يتلف ما لم ينتزع لتعلقه بالذمة ، وبأن العين شيء واحد شهدت

(١) و (٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٢١ .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ١٤٥ ، الدروس الشرعية ٢ : ١٠٩ .

به البينة ، والدين حقوق متفرقة بعدد مستحقه ، ويفارقها أيضاً في أنه لا يكفي في العين تصديق صاحب اليد في الانحصار ويكفي في الدين ، فإذا صدّقه أُعطي نصيبه كاملاً من غير بحث ، أخذاً بإقراره»^(١).

قلت : قد ذكرنا سابقاً في مسأله مالو تنازع اثنان في عين بيد ثالث فصدّق الثالث أحدهما : أن المصدق يكون حينئذ ذائد على العين ويكون الآخر مدّعياً له ، والأمر فيما نحن فيه كذلك ، بل هو أولى ، لكون الوارث الآخر محتمل الوجود لا مقطوعة ، فتسلّم العين إلى هذا المصدّق ، فإن حضر الوارث المحتمل وأقام البينة بحصته أخذ وإلا فلا .

وأما على ما ذكروا ، فإن الفرق المذكور بين العين والدين صحيح ، وإشكال صاحب (الجواهر) غير وارد .



مركز تحقيقات كميّات علوم إسلامي

المسألة الرابعة

(حكم ما إذا ماتت امرأة وابنها
وتنازع زوجها وأخوها في تاريخ موتهما)

قال المحقق قدس سرّه : «إذا ماتت امرأة وابنها ، فقال أخوها : مات الولد أولاً ثم المرأة ، فالميراث لي وللزوج نصفان ، وقال الزوج : بل ماتت المرأة ثم الولد فالمال لي ، قضي لمن تشهد له البيّنة»^(١) .
أقول : إذا ماتت امرأة وابنها ولم يعلم سبق أحدهما ولا الاقتران ، ووقع النزاع بين زوجها وأخيهما ، فقال أخوها : مات الولد أولاً ثم ماتت المرأة ، فالميراث الحاصل من تركة المرأة بما في إرثها من الولد لي وللزوج ، لكل نصف ، وقال الزوج : بل ماتت امرأة أولاً ، فأرثها لي ولولدها ، ثم مات الولد من بعدها فالمال كله لي ، ففي المسألة صور :

الأولى : أن يكون لأحدهما خاصّة بيّنة على ما يدّعيه ، ولا إشكال ولا خلاف كما في (الجواهر) في أنه يقضى لصاحب البيّنة .
الثانية : أن يكون لكلّهما بيّنة ، وحينئذ إذا تكافئتا سقطتا بالتعارض ، والحكم هو الرجوع إلى القرعة ، فنخرج اسمه حلف وأخذ وإلا أحلف الآخر ، وإن امتنعاً قسم المدّعى به بينهما نصفين .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢١ .

أي : إنه إن كان الولد قد مات قبل أمه فيستحق الأخ نصف تركة المرأة ، وإن كان قد مات بعدها فلا يستحق شيئاً ، فورد النزاع نصف تركة المرأة ، فإذا وقعت القرعة وامتنع عن اليمين قسّم النصف بينهما نصفين ، فيكون للأخ الربع وللزوج ثلاثة أرباع .

والثالثة : أن لا يكون لأحدهما بينة :

قال المحقق : « ومع عدمها لا يقضى بأحدى الدعويين ، لأنه لا ميراث إلا مع تحقق الحياة ، فلا ترث الأم من الولد ولا الابن من أمه ، ويكون تركة الابن لأبيه وتركة الزوجة بين الأخ والزوج »^(١) .

فظهر أن الحكم في هذه الصورة كون تركة الابن كلها لأبيه بعد يمين الأب أنه ما مات قبل أمه ، وتكون تركة الزوجة بين الأخ والزوج - بعد يمين الأخ أنها ما ماتت قبل ولدها - لكلّ منها نصف ، إذ ليس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما في الصورة الثانية حيث أقام كلاهما البينة ، لأن اليمين تنفي وارثية الميت من قبل ، وليس لازم هذا النفي - وهو الموت من بعد - أثراً شرعياً ، بخلاف البينة هناك فإن لازمها حجة ، وهذا هو سرّ الفرق بين الصورتين .

هذا كله مع الجهل بتاريخ موتها .

ولو كان تاريخ موت أحدهما متفقاً عليه بينهما ، كأن يكون موت الابن في يوم الجمعة ، فيستصحب حياة الأم حتى يوم السبت فترث الابن وتموت ، فهما في تركتها شريكان بالتصنيف ، وإن كان العكس يستصحب حياة الابن فيرث أمه ، فإذا مات كان جميع التركة للأب .

ولو علم إجمالاً بتقدم تاريخ موت أحدهما على موت الآخر ، فلا يحلفان حتى ينفي التوارث ، بل يقرع لأجل تعيين الوارث .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢١ .

المسألة الخامسة

(حكم ما لو تنازع وارث الميت وزوجته حول شيء من التركة)

قال المحقق: «لو قال: هذه الأمة ميراث أبي، وقالت الزوجة: هذه أصدقني إياها أبوك، ثم أقام كلّ منهما بينة، قضى بينة المرأة، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤها على الأخرى»^(١).

أقول: لو وقع النزاع بين الوارث وزوجته في شيء من التركة، فقال الوارث هذا ميراث أبي فهولي، وقالت الزوجة: هذا أصدقني إياه أبوك، ففي المسألة صور: الأولى: أن لا يكون للزوجة المدعية بينة، فإن القول قول الوارث يمينه، لأن الأصل عدم الإصداق.  مركز تحقيق كتب علوم إسلامي

والثانية: أن تقيم الزوجة بينة. فلا كلام في أنه يقضى لها.

والثالثة: أن يقيم كلّ منهما بينة، فهنا أيضاً يقضى للزوجة بتقديم بينتها، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على بينة الوارث.

وكذا لو كانت العين في يد أجنبي لا يدعيها.

ولو وقع التعارض بين البينتين، كأن تدعي الزوجة الإصداق في يوم الجمعة فتشهد بينتها بذلك، ثم تشهد بينة الوارث بموت المورث في يوم الخميس، فقد يقال بترجيح بينة الوارث، لكونه ذا اليد وكون مدعاه أسبق زماناً، ومع عدم المرجح فالحكم هو القرعة أو التنصيف بدونها.

(١) شرائع الإسلام ٤: ١٢١.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الكلام في:

الإختلاف في الولد

مركز بحوث الدراسات الإسلامية



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مقدمة :

لا ريب في عدم لحوق الولد بأبين فصاعداً عندنا وإن كانا قد واقعا في طهر واحد ، للأخبار والإجماع ، خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من الإلحاق بهما مع الاشتباه ، بل عن بعضهم الإلحاق بثلاثة ، بل عن المتأخرين منهم جواز الإلحاق بألف أب على قول أبي حنيفة ، بل عنه أيضاً الإلحاق بأمين إذا تنازعتا واشتبه الأمر ، بل قد يأتي بناءً على ما تقدم ذكره عن متأخريهم جواز إلحاق الولد بألف أم^(١) ! ولعل هؤلاء قالوا بذلك على أساس القياس عندهم ، فقاسوا هذا المورد بمسألة شركة الأبوين في الأولاد ، فإن الولد يتكوّن من ماء الرجل والمرأة معاً حيث قال تعالى : ﴿يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾^(٢) ولذا يرث الولد أبويه ، فكما يكونان شريكين في الولد لتولده منهما ، كذلك يكون الولد ملحقاً بالأبين فصاعداً لتولده منهما .

لكنه - مع ابتناؤه على القياس الباطل - فاسد من جهة أنه إذا انعقدت النطفة من الرجل والمرأة فقد تمّ الأمر ، وفي بعض الروايات دلالة على ذلك ، فلو واقع هذا الرجل أو غيره تلك المرأة لم يكن للماء الجديد أي علاقة بما كان من الماء الأول ، ولكلّ موضع غير موضع الآخر .

(١) المحلى ١٠: ١٥٠-١٥١. كتاب الخلاف ٦: ٣٤٩-٣٥٠. المسألة ٢٣. كشف اللثام ١٠: ٢٣٣. المجموع (شرح المهدّب) ١٥: ٣١٣. المغنى لابن قدامة ٧: ٢٣٧. جواهر الكلام ٤٠: ٥١٥.

(٢) سورة الطارق ٨٦: ٧.

ثم إن الرجوع إلى القائف واضح الفساد كذلك ، فإنه لا عبرة بالقيافة عندنا ، ولا تكون ملاكاً للإلحاق ، وإن تحققت المشابهة بين الولد وأحد الرجلين غالباً ، فإن الشارع قد اسقط هذه الغلبة عن الاعتبار ، على أنه قد لا يشبه الابن أباه الحقيقي في الأوصاف .

وبعد هذا كله نقول : إن عمدة الأدلة في الاختلاف في الولد هو قوله صلى الله عليه وآله وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر »^(١) .
فقليل معناه : الولد لمالك الفراش .

وفي (المصباح المنير) : « وقوله عليه الصلاة والسلام : الولد للفراش ، أي للزوج ، فإن كل واحد من الزوجين يسمى فراشاً للآخر ، كما سمي كل واحد منهما لباساً للآخر »^(٢) .

وكيف كان ، فإن الحديث لا يعمّ النكاح الفاسد .
وقال السيد في (العروة) بأن المراد هو الفراش الفعلي ، سواء أمكن إلحاقه بالفراش السابق أو لا^(٣) .

وعن (القواعد) : إنه لو كان زوجاً في نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ، ففي انقطاع إمكانه نظر ، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقة^(٤) .

(١) وسائل الشيعة ٢١ : ١٧٣ / ٢ . أبواب نكاح العبيد والإماء ، الباب ٥٨ .

(٢) المصباح المنير ٢ : ٤٦٨ .

(٣) العروة الوثقى ٣ : ١٩٨ .

(٤) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٢ .

صور الاختلاف في الولد

هذا، وفي المسألة صور :

الصورة الاولى : إذا لم يكن في البين فراش أصلاً ، بل وطئ اثنان امرأة عن سفاح ، ففي هذه الصورة لا يلحق الولد بأحدهما ، وأثر ذلك عدم التوارث فقط ، وأما الآثار الأخرى : كالنظر والنكاح إن كان الولد بنتاً ، فإنه يجوز لكلّ منها نكاحها ، ويحرم عليه النظر إليها للأصل ، أما هي ، فلا يجوز لها ذلك مع أحدهما ، لعلمها إجمالاً بكونها لأحدهما .

وبالجملة ، إن وطئها عن زنا ، لم يلحق الولد بأحدهما شرعاً ، نعم ، لا يبعد الرجوع إلى القرعة لتعيين من هو له منها ، لأنّ ترتيب الآثار من النفقة ونحوها ، اللهم إلا أن يقال بعدم ترتيب شيء من الآثار مطلقاً ، لكن لا تعرّض هنا ظاهراً في الأخبار والفتاوى للقرعة .

والصورة الثانية : أن يتحقّق الوطئ من الرجلين بشبهة وفي طهر واحد ، والمحكم فيها الرجوع إلى القرعة ، لإمكان كون الولد من كلّ منهما ، فنخرج اسمه الحق به .

والصورة الثالثة : أن يعقد كلّ منهما عقداً فاسداً . والمرجع هنا أيضاً القرعة .

والصورة الرابعة : أن يطأ اثنان امرأة وهي زوجة لأحدهما ومشبهة على الآخر ، والمحكم عند الأصحاب فيها هو الرجوع إلى القرعة .

وقد ذكر المحقق حكم الصور الثلاث الأخيرة بقوله :

«إذا وطئ اثنان امرأة وطأ يلحق به النسب ، إما بأن تكون زوجة لأحدهما ومشبهة على الآخر ، أو مشبهة عليهما ، أو يعقد كلّ منهما عقداً فاسداً ، ثم تأتي

بولد لسته أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز أقصى الحمل ، فحينئذ يقرع بينهما^(١) .
فإن قيل: مقتضى الحديث الشريف : «الولد للفراش وللعاهر الحجر» هو
إلحاق الولد في الصورة الرابعة بالزوج ، لأنه صاحب الفراش وإن كان «للعاهر
الحجر» لا ينطبق على الواطئ هنا ، لعدم تحقق الموضوع وهو الزنا في هذه الصورة ،
وبالجملة ، يجري هذا الحديث في صورة وجود فراش - زوجاً كان أو مولى - سواء
كان الوطئ الآخر عن زنا أو شبهة ، ولا يتحقق لأحد هذين فراش حتى يكون
وطؤه وطأ يلحق به النسب ، حتى يقع التعارض ويشكل الأمر فيرجع إلى القرعة .
بل لقد تمسك الإمام عليه السلام بالحديث حيث لا يوجد فيه الزنا ولا
شبهة ، ففي خبر الصيقل : «عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ
رحمها . قال : بئس ما صنع ، يستغفر الله ولا يعود .

قلت: فإن باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها ، ثم باع الثاني من رجل آخر
فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث ؟

فقال أبو عبد الله عليه السلام : الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٢) .

إذن ، لا ينحصر مجرى الحديث بمورد وجود الزنا أو الوطئ بشبهة ،
فالرجوع إلى القرعة لماذا ؟

قلت : إن الواطئ بشبهة ليس بصاحب فراش بخلافه لصاحب (الجواهر) -
لكن دليل القول بالقرعة في هذه الصورة هو الإجماع .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٢ .

(٢) ومثله : خبر سعيد الأعرج : «عن رجلين وقعاعلى جارية في طهر واحد لمن يكون الحمل؟ قال: للذي
عنده الجارية لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد للفراش» وسائل الشيعة ٢١ : ١٧٤ / ٤ .
أبواب نكاح العبيد والإماء ، الباب ٥٨ .

قال المحقق : « سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو عبيدين أو حرّين أو مختلفين في الإسلام والكفر والحرية والرق ، أو أباً وابنه »^(١) .

أقول : قال في (الجواهر) : بلا خلاف معتدّ به أجده بيننا في ذلك ، بل الظاهر الإجماع عليه ، بل ادّعاه بعض صريحاً .

ويدل عليه صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام : « إذا وقع المسلم واليهودي والنصراني على المرأة في طهر واحد أقرع بينهم ، فكان الولد للذي تصيبه القرعة »^(٢) .

قال في (الجواهر) : نعم ، عن لقطة المبسوط أن المسلم والحرّ أولى ، ولكن قد استقر الإجماع على خلافه^(٣) .

هذا مع عدم العلم بسبق أحدهما ، ولو علم سبق أحدهما على الآخر في الوطئ ، ففي إلحاقه بالأخير أو القرعة كذلك بحث .

هذا كله ، إذا كان الوطي منهما في طهر واحد ، فإن وطأ أحدهما فحاضت ، ثم وطئ الآخر ، فهل يكون الإلحاق بالقرعة أيضاً ؟ نعم ، لإمكان كونه من الأول ، لأن الحمل والحيض قد يجتمعان .

لكن في (القواعد) و (كشف اللثام) : « إنه إذا كان ذلك انقطع الإمكان عن الأول ، لأن الحيض علامة براءة الرحم شرعاً ، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح لكون الولد للفراش ، إلا أن يعلم الانتفاء ، وتخلّل الحيض لا يفيد العلم به

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٦ : ٢٨٠ / ١ . أبواب ميراث ولد الملائنة ، الباب ١٠ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٥١٧ .

هنا ، لقوة الفراش»^(١).

وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله : إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه ، على كل من تقديري بجامعة الحيض للحمل وعدمه ، وقوة الفراش لو كانت تنفع لنفعت في اجتماعهما في طهر واحد أيضاً^(٢).

وأما قولها: ولو كان زوجاً في نكاح فاسد لم يظهر فساد له للزوجين ، ففي إمكانه نظر ، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقة .

فتلك صورة أخرى بالإضافة إلى الصور السابقة ، وهو أن يكون الأمر دائراً بين الوطئ بشبهة - بمعنى كونه زوجاً ظاهرياً - وبين الزنا أو الوطئ بشبهة ممن ليس بزواج ظاهري ، وتفيد هذه العبارة التوقف في إمكان معارضة الوطئ بشبهة لصاحب الفراش ، من جهة التأمل في صدق الفراش على الفراش الظاهري ، وهذا يؤيد ما ذكرناه سابقاً ، كما لا يخفى ، والحكم في هذه الصورة هو الإلحاق بالفراش الظاهري ، للحديث الشريف ، بناءً على صدق الفراش ، وإلا فالقرعة .

قال المحقق : « هذا كله إذا لم يكن لأحدهم بيّنة »^(٣).

أقول: يعني إن الرجوع إلى القرعة هو فيما إذا لم يكن لأحد الواطئين بيّنة ، أو كان لكل واحد منهم وتعارضتا ، لعدم المرجح ، وإلا حكم بالبيّنة لمن كانت له أو كانت بيّنته أرجح .

لكن البيّنة تفيد فيما إذا علم بتحقيق وطئ واحد ، ثم اشتبه الواطئ بين اثنين ، فتشهد البيّنة أنه هذا لا ذاك لكونه معها في سفر مثلاً ، وأما إذا وقع الوطئ من

(١) كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام ١٠ : ٢٣٤ . قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٢ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٥١٨ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٢ .

اثنين، فلا يمكن للبيئة تعيين من يلحق به الولد منها .

قال المحقق: « ويلحق النسب بالفراش المنفرد، والدعوى المنفردة، وبالفراش المشترك، والدعوى المشتركة، ويقضى فيه بالبيئة ومع عدمها بالقرعة »^(١).

أقول: أما الفراش المنفرد فواضح، وأما الدعوى المنفردة فتكون بالنسبة إلى صبي مجهول النسب، فلو ادّعاه ولا معارض له في هذه الدعوى ألحق به، ولا يسمع إنكاره بعد كبره، نعم، في الكبير المجهول النسب خلاف سنشير إليه .

ولو اشترك اثنان أو أزيد في هذه الدعوى قضى بالبيئة، ومع عدمها أو تعارضها فبالقرعة، وأما الفراش المشترك، فقد عرفت الكلام فيه .
ولا فرق عندنا في الدعوى بين الرجل والمرأة، فلو استلحقت ولداً فإن لم ينازعها أحد لحق بها، وإن نازعها كان الولد لذات البيئة، ومع عدمها أو تعارضها فالمرجع القرعة .

فروع

وهنا فروع أوردها صاحب (الجواهر) عن بعض الأصحاب، ونحن نوردها تبعاً له :

« من انفرد بدعوى مولود صغير في يده لحقه إلا أن يضرّ بغيره، كأن يكون معتقاً وولاًؤه لمولاه، فإن بنوته تقتضي تقدّمه على المولى في الإرث، فإن بلغ وانتفى

(١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٢ .

عنه لم يقبل نفيه^(١) إلا ببينة ، استصحاباً لما ثبت شرعاً ، وكذا لو أقرّ بالمجنون فأفاق وأنكر ، وليس لأحدهما إخلاف الأب ، لأنه لو جحد بعد الإقرار لم يسمع .

قال في (الجواهر) : « ولا يخفى عليك وجه البحث في ذلك » .

« لو ادّعى نسب بالغ عاقل فأنكر لم يلحقه إلا بالبينة ، وإن سكت لم يكن تصديقاً^(٢) .

قلت : بل الأظهر كونه تصديقاً ، فإذا سكت كانت دعوى المدّعي بلا معارض .

« لو ادّعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطناً لشبهة لم يقبل وإن وافقه الزوجان ، بل لا بدّ من البينة على الوطني لحق الولد^(٣) .

« لو تداعيا صبيّاً وهو في يد أحدهما ، لحق بصاحب اليد خاصّة ، على إشكال^(٤) في أن اليد هل ترجح كما يرجح الملك » .

أي على ذاك إقامة البينة ، ومع عدمها لحق بصاحب اليد على إشكال في عموم أدلة حجية اليد للإنسان الذي ليس مملوكاً بل حرّ منسوب ، فقد يقال بعدم صدق اليد على الحر ، وحينئذ ، فالملاك البينة وإلا فالقرعة .

« لو استلحقه صاحب اليد ولو ملتقطاً وحكم له شرعاً لم يحكم للآخر إلا ببينة » .

« لو استلحق ولداً وقال : إنه من زوجتي هذه فأنكرت الزوجة ولادته ، ففي لحوقه بها بمجرد إقرار الأب نظر^(٥) .

أي : لأن هذه الدعوى ليست بلا معارض ، لأنها قد عارضت ، في

(١ و ٢) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٢ .

(٣ - ٥) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٢ - ٤٨٣ .

(الجواهر): بل منع كونه إقراراً في حق الغير .

أقول : ولكن أثر وجوب النفقة ونحوه مترتب على هذا الإقرار .

« لو بلغ الصبي بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعة فانتسب إلى أحدهما قبل ^(١) ، وأشكله بعض بأنه إقرار في حق الغير مع عدم دليل على قيام تصديقه مقام البينة أو القرعة » .

والظاهر ورود هذا الإشكال ، لعدم وجود نص يدل على اعتبار الإقرار بالولدية ، نعم ، لو أقر بالرقية لأحد قبل ، لأنه على نفسه ، كما لا توجد سيرة على القبول .

« ولا عبرة بميل الطبع عندنا » ^(٢) .

أي : إن هذا لا يكون دليلاً شرعياً للانتساب وإن كان وجود هذا الطبع حقيقة واقعية .

« وإن لم ينتسب إلى أحد منها أقرع إن لم ينكرهما معاً ، وإلا لم تفد القرعة بناءً على قبول تصديقه ، ولا يقبل رجوعه بعد الانتساب ، ولا اعتبار بانتساب الصغير وإن كان مميزاً ، ونفقته قبل الثبوت شرعاً عليها ، ثم يرجع من لم تلحقه القرعة ^(٣) به على الآخر » .

وأشكل عليه في (الجواهر) : « وفيه : إن دفعها قد كان لإقراره ، فلا وجه لرجوعه » .

إلا أن يقال بأن لوازم البينة حجة فعلى مقيمها جميع النفقة ، لكن قلنا سابقاً

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٢ - ٤٨٣ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٥١٩ .

(٣) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٣ .

بأن الإقرار مقدّم على جميع الأدلة . هذا ، وقد ذكرنا سابقاً احتمال قبول دعوى الصبي فراجع .

«لو أقام كلّ من المدعين بينة بالنسب وتعارضتا ولا ترجيح ، حكم بالقرعة^(١) عندنا» .

«لو أقام أحدهما بينة أن هذا ابنه وآخر بينة أن هذا بنته ، فظهر خنثى ، فإن حكم بالذكورية بالبول وغيره فهو لمدّعي الابن ، وإن حكم بالأنوثة فهو لمدّعي الانثى^(٢) ، لأن كلاً منهما لا يستحق إلا من ادعاه ، وإن ظهر خنثى مشكلاً أقرع»^(٣) .

هذا آخر كتاب القضاء . وقد كان الفراغ منه في اليوم الثامن عشر من شهر ربيع الآخر من شهور السنة الثالثة بعد الأربعين بعد الألف من الهجرة النبوية ، في الحوزة العلمية بمدينة قم المقدسة .

وسيتلوه إن شاء الله تعالى كتاب الشهادات .

(١) و (٢) قواعد الأحكام ٣ : ٤٨٣ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٥١٩ .



كتابُ الشهادات

مركز تحقيقات كميّات علوم إسلامي

- المقدمة ، وفيها ثلاثة أمور .
- تعريف الشهادة لغةً وشرعاً .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي جعل منارة العلم آية وعلامتهم وبرزوا الأنبياء
والمؤمنين وأدغمهم علم وآية الشهادة والصلاة والسلام
على خير خلقه وأشرف رسله عبد المريد والرسول المسلول
المصطفى الأمام المحمود الأخت جيب العالمين أبي القاسم
محمد وعلي عترته الطاهرين ولعننا الله على أعدائهم أجمعين
وكتبه من سن الله تعالى على عباده توفيقهم للعلم والعمل
الصالح ولا يحصل ذلك إلا بسلوك سبيله ومن سلك سبيل
السلوك الصالح فحصل السلام ولنا القاضل جتلا سلام
السيد الميرزا آقا دام الله تعالى بدار فاته حضر أبحاثنا العالية
في الفقه والمصنوع والشهاداتم حضورهم وتخصيصهم
وتدقيقهم والتميز من الغايلات وحضر علينا أحرره
فأبناهم حسن الأسلوب على التيسير واستبانة في طبع
مات في القضاء فاجتاه وفاهم قد كتب تحت الشهادات
وهو كاستقراء التوفيق والتميز والخبره فطبعنا أيضا تحت
له من هذا التوفيق ودوام التأييد سائل الله تعالى على شأنه
أن يكتب إسمه نال كرامته تعالى على منتهى وفاهم وألا
ونهى تعالى دهره وعليه سبحانه أحرره والسلام عليه
وعلى آله الفضلاء المكرام ورحمة الله وبركاته
حرره في اليوم الثالث من شهر ربيع الثاني سنة ١٢٥٥ هـ

وهذا هو السيد الميرزا

العلامة



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين ،
لا سيما خليفة الله في الأرضين ، الإمام الثاني عشر ، الحجة ابن الحسن العسكري ،
أرواحنا فداءه ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين ، من الأولين والآخرين .
أما بعد ، فقد قال الله عز وجل : *مَنْ تَحِقَّتْ لَكُمُ الْكُفْرَةُ مِنْ رَبِّكُم مَّا أَفْلَحَ*

﴿وَمَنْ لَمْ يُحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ ^(١).

لقد أولى الفقه الجعفري اهتماماً بالغاً بموضوع «القضاء»، وكانت القوانين
المقررة فيه في غاية الدقة والمطابقة مع ما تقتضيه الفطرة الإنسانية ، وقد تقدّم منّا
بعض الكلام حول أهمية القضاء وأثره ، وموقعه في فقه أهل البيت .

وبعد الفراغ من البحث عن آداب القضاء ، وصفات القاضي ، جاء دور
البحث عن أحكام الدعوى وموازن الحكم ، التي منها «إن البيّنة على من ادّعى
واليمين على من أنكر» ^(٢).

(١) سورة المائدة ٥ : ٤٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٣ / ٣ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٥ .

بل إن «البيّنات» و«الايان» هما العنصران الأساسيّان لـ «القضاء» .
 وأما حكم القاضي بعلمه ، ففيه كلام ، على أنه من الندرّة بمكان ، وكذا حكمه
 استناداً إلى الإقرار ، بل قد يقال بعدم توقّف الأخذ به على الحكم .
 ويدل على ما ذكرنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم : «إنما أقضي بينكم
 بالبيّنات والايان»^(١) وقول الباقر عليه السلام : «أحكام المسلمين على ثلاثة :
 شهادة عادلة ، أو يمين قاطعة ، أو سنّة ماضية من أئمة الهدى»^(٢) .
 ولعل المراد من السنّة الماضية من أئمة الهدى هو المراد ممّا أشار إليه الإمام
 عليه السلام في خبر أبي خديجة بقوله «قضايانا»^(٣) .
 و «البيّنات» جمع «البيّنة» وهي «الشهادة العادلة» ، و «الأيان» جمع
 «اليمين» وقد وصفها في الخبر الثاني بـ «القاطعة» .
 وفي كلّ من «البيّنة» و «اليمين» بحوث علميّة على ضوء الروايات الواردة
 في أحكامهما ، وحدودهما ، يتبيّن من خلالها جانب من اهتمام فقه أئمة أهل البيت
 بموضوع القضاء ، وشدّة احتياطه في الحقوق ، ومدى تلائم تلك الأحكام مع قضاء
 الفطرة وحكم العقل ...

ومن هنا ، فقد نصّت الأخبار على أن كلّ حكم توقّرت في مقوّماته
 ومقدّماته الموازين المقررة فهو نافذ ، لأنّه حكم الله ، وإلّا فهو مردود ، لأنّه حكم
 الجاهلية : فعن الإمام عليه السلام : «الحكم حكمان ، حكم الله عزّ وجلّ ، وحكم

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

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٤٣ / ١٩ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٦ . والحديث مروي عن أمير المؤمنين عليه
 الصلاة والسلام .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٣ / ٥ . أبواب صفات القاضي ، الباب ١ .

أهل الجاهلية ، فمن أخطأ حكم الله حكم بحكم الجاهلية»^(١) .
 بل هو مردود إن لم يكن كذلك وإن كان حقاً : فعن الإمام عليه السلام :
 «القضاء أربعة ، ثلاثة في النار وواحد في الجنة ، رجل قضى بجور وهو يعلم ، فهو
 النار ، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم ، فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو لا
 يعلم ، فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو يعلم ، فهو في الجنة»^(٢) .
 وعلى هذا ، فإن من «الحكم بما أنزل الله» قضاء القاضي «بالحق وهو
 يعلم» .

وهذا العلم إن أخذ من «أهل بيت النبوة» فهو علم ، وإلا فجهل وضلال .
 قال أبو جعفر عليه السلام في حديث : «فليذهب الحسن - يعني البصري -
 يميناً وشمالاً ، فوالله ما يوجد العلم إلا ههنا»^(٣) .
 وقال عليه السلام لسلمة بن كهيل والحكم بن عتيبة : «شرقاً وغرباً ، فلا
 تجدان علماً صحيحاً ، إلا شيئاً صحيحاً خرج من عندنا أهل البيت»^(٤) .
 فيكون معنى الآية الكريمة : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ
 الْكَافِرُونَ ﴾^(٥) على ضوء ما تقدم والأحاديث الواردة عن الفريقين^(٦) في شأن أهل

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢ / ٧ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٤ .
 (٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢ / ٦ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٤ .
 (٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٦٤ / ٧ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٧ .
 (٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٤٣ / ١٦ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٦ . وفيه : إلا شيئاً خرج ، وكلمة
 «صحيحاً» وردت في طبعة المكتبة الإسلامية ج ١٨ ص ٢٦ وهي زائدة . راجع الكافي ١ : ٣٢٩ ح ٣ .
 (٥) سورة المائدة ٥ : ٤٤ .
 (٦) كحديث الثقلين ، ولا سيما ما اشتمل من ألفاظه على جملة «ولا تعلموهم فإنهم أعلم منكم» وكحديث :

البيت وعلومهم : ومن لم يحكم بشي خرج صحيحاً من عند أهل البيت فحكمه حكم الجاهلية وإن كان في درهمين ، وأولئك هم الكافرون .

ثم إن « الشهادة » أكثر دوراً وأعمق أثراً من « اليمين » في حكم الحاكم ، « فإنما الشاهد يبطل الحق ويحق الحق ، وبالشاهد يوجب الحق ، وبالشاهد يعطى » .

وقد وردت في أحكامها آيات من الكتاب ، ونصوص كثيرة عن الأئمة الأطهار ، أوردها صاحب الوسائل رحمه الله في ٥٦ باباً ...

ومن هنا كانت مباحثها في الكتب الفقهية أوسع من مباحث « اليمين » .

ويعجبني أن أذكر هنا بثلاثة أمور مستفادة من الكتاب والسنة في

« الشهادة » :



مركز تحقيقات كنج پوز علوم اسلامی

→ « أنا مدينة العلم وعلي بابها » و « أنا مدينة الفقه وعلي بابها » وكحديث : « مثل أهل بيتي فيكم

كمثل سفينة نوح من ركبها نجا ومن تخلف عنها هلك » ، وكحديث : « أقضاكم علي » . ومن هنا

كان علي عليه السلام يقول : « سلوني قبل أن تفقدوني » وكان عمر يقول : « لولا علي هلك

عمر » . وإن شئت الوقوف على أسانيد وألفاظ هذه الأحاديث ونحوها ، فارجع إلى كتابنا (

نفحات الأزهار في خلاصة عبقات الأنوار) المطبوع في عشرين مجلداً ، وإلى كتاب (الغدير)

وغيرها .

الأمر الأول

في اعتبار التعدد في الشهود

لقد تقرر في علم الاصول حجية خبر الواحد الثقة في الأحكام . أما في الموضوعات ، فقد ادعي الإجماع على اعتبار التعدد المعبر عنه بـ «البينة» ، واستدل له بوجوه ، عمدتها خبر مسعدة بن صدقة الذي جاء فيه : «والأشياء كلها على هذا حتى تستبين أو تقوم به البينة»^(١) ، وربما قيل : بأن الإجماع هنا إن لم يكن كاشفاً عن رأي المعصوم ، فلا أقل من كشفه عن اعتبار الخبر المزبور ونحوه وعمل الأصحاب به .

مركز تحقيق كتب التراث

إلا أن التحقيق هو كفاية خبر الثقة في الموضوعات أيضاً ، للسيرة القطعية التي لا يصلح للردع عنها مثل خبر مسعدة المخدوش دلالة بل وسنداً ، والإجماع المدعى ليس بحجة ، ولا يكشف عن اعتبار الخبر عندهم ، لاختلافهم في الاستدلال في المسألة .

وأيضاً ، لا يعتبر في الخبر الثقة أن يكون عادلاً ، للسيرة العقلانية القطعية ، وكون آية النبأ^(٢) رادعة عن هذه السيرة يتوقف على أن يكون الأمر فيها بالتوقف عن قبول خبر الفاسق تعبداً شرعياً ، إلا أن مقتضى الأمر بالتبين والتعليل بعدم

(١) وسائل الشيعة ١٧ : ٤ / ٨٩ . وفيه : يستبين لك غير ذلك ...

(٢) سورة الحجرات ٤٩ : ٦ .

الإصابة ... هو الإرشاد إلى ما عليه السيرة العقلانية، من عدم الاعتماد على خبر الفاسق، لا لكونه فاسقاً بل من جهة عدم الوثوق بخبر الفاسق، وحينئذ، فحيث يكون الفاسق صادقاً في إخباره، فلا حاجة إلى التبين، لعدم ترتب الإصابة بجهالة والندم على العمل بخبره.

فتحصل، أنه لا يعتبر التعدد ولا العدالة في الإخبار عن الموضوعات، لعدم ثبوت الرادع عن السيرة القائمة فيها، هذا في غير باب القضاء.

أما في باب القضاء، فليس الأمر بهذه السهولة، لأنه الباب الموضوع لحل المنازعات وفصل الخصومات الواقعة في النفوس والفروج والأنساب والأموال والحقوق ... هذه الأمور التي شدد الشارع فيها وأكد على الإحتياط ... فكان مقتضى الحكمة أن لا يكتفى بشهادة الثقة ولا العدل الواحد، بل اعتبر «البينة» فقال: «إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان»^(١) و«البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»^(٢).

ولم يرد عن الشارع الحكم بشهادة الواحد، وحيثما حكم بشهادته لقبه بـ «ذو الشهادتين»^(٣).

ومن هنا كان للفظ «البينة» وضع خاص في عرف الشرع والمشرعة، في مقابل معناه اللغوي، وإن شئت فقل: إن «ما يبين الشيء» في بحوث القضاء هو «الشهادة العادلة».

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

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٥.

(٣) اختيار معرفة الرجال ١: ٢٦٠.

الأمر الثاني

في حرمة كتمان الشهادة وشهادة الزور

ودلت النصوص على حرمة كتمان الشهادة ، وحرمة شهادة الزور على حد سواء ، فعن أبي عبد الله عليه السلام : « لا ينقض كلام شاهد الزور من بين يدي الحاكم حتى يتبوء مقعده في النار ، وكذلك من كتم الشهادة »^(١).

وعن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « من كتم شهادة أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم ، أو ليزوي بها مال امرئ مسلم ، أتى يوم القيامة ولوجه ظلمة مده البصر وفي وجهه كدوح تعرفه الخلائق باسمه ونسبه ... »^(٢).

وعن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حديث المناهي : « إنه نهى عن شهادة الزور ، ونهى عن كتمان الشهادة وقال : من كتمها أطعمه الله لحمه على رؤوس الخلائق ، وهو قول الله عز وجل : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ »^(٣).

والمستفاد من هذه الأخبار وغيرها كونها معاً من الكبائر ، نعم ، بينها فرق

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٤/٣٢٥ . كتاب الشهادات ، الباب ٩ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢/٣١٢ . كتاب الشهادات ، الباب ٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٤/٣١٣ . كتاب الشهادات ، الباب ٢ .

من حيث الضمان ، فقد دلّت النصوص بصراحة على ضمان شاهد الزور^(١) ، ولا نص - ظاهراً - في ضمان من كتم الشهادة .

إذن ، يحرم كتمان الشهادة ، ويجب أدائها ... ويحرم الشهادة بغير حق ... لكن قبولها يتوقف على أن تكون « عادلة » .



(١) راجع وسائل الشيعة : ٢٧ . كتاب الشهادات ، الباب ١٠ و ١١ .

الأمر الثالث

في مصاديق الشهادة العادلة

وإن الملاك في الشهادة وقبولها كونها «شهادة عادلة»، ولا تكون الشهادة عادلة إلا إذا جمعت شرائط القبول المقررة في الفقه الجعفري من جميع الجهات : من جهة صفات الشهود ، ومن جهة طريق حصول الشهادة ، ومن جهة العدد ، ومن جهة كون الشهادة شهادة فرع أو أصل ، ومن جهة الحالات الطارئة على الشاهد ...

أما من جهة الصفات والخصائص التي يعتبر وجودها أو عدم وجودها في كل شاهد ، فإن الشهادة العادلة هي شهادة المسلم المؤمن العادل غير المتهم الذي لا يجزّ بها نفعاً إلى نفسه ، ولا يستدفع بها ضرراً عن نفسه .

ومن فروع ذلك : عدم قبول شهادة رفقة الطريق على اللصوص ، وعدم قبول شهادة الوصي فيما هو وصي فيه ، وعدم قبول شهادة السيد لعبده المأذون ... إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الأول من الكتاب .

وأما من جهة طريق حصول الشهادة ، فقد تقرر أن الضابط في الشهادة هو «العلم» ، ثم بحث علماؤنا عن طريق حصول هذا الضابط ، فأَي شيء يكفي فيه المشاهدة ؟ وأي شيء يكفي فيه السماع ؟ وهل يثبت شيء بالشهادة المستندة إلى الاستفاضة ؟ أو إلى اليد ؟ أو غير ذلك ؟ إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الثاني من الكتاب .

وأما من جهة العدد ، فإن العدد المعتبر يختلف بحسب اختلاف الموارد وإن كان المعتبر في كل مورد لم ينص فيه على عدد خاص هو «شهادة العدلين» ، فالشهادة العادلة في مثل السرقة هي شهادة العدلين ، وفي مثل الزنا شهادة أربعة رجال ، وأما شهادة الواحد والامرأتين ، والواحد مع يمين المدعي ، وشهادة النساء المنفردات ، فلا تقبل في حقوق الله مطلقاً . والشهادة العادلة في مثل الطلاق من حقوق الناس هي شهادة العدلين ، وفي مثل الدين منها : شهادة العدلين ، شهادة الواحد والامرأتين ، الواحد ويمين المدعي . وفي مثل الولادة : شهادة العدلين ، شهادة الواحد مع امرأتين ، شهادة أربع نسوة ، وذلك لأن الولادة مما يعسر أو لا يجوز اطلاع الرجال عليه غالباً ، فقبلت فيها شهادة النساء منفردات . إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الثالث من الكتاب .

وأما من جهة كونها شهادة فرع ، فإن الشهادة على الشهادة إنما تكون عادلة فيما إذا كانت واجدة للقوانين المقررة فيها ، فإن الشهادة على الشهادة كيف تتحمل؟ ومتى تقبل؟ وفي أي موضع تقبل؟ ومن تقبل؟ ... إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الرابع من الكتاب .

وأما من جهة الحالات الطارئة على الشاهد ، فإن الشهادة العادلة هي الشهادة الواجدة للقوانين المقررة ، كما لو شهد الشاهدان فماتا ، أو شهدا ثم فسقا ، أو شهدا فرجعا ... إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الخامس من الكتاب .

تعريف الشهادة لغة وشرعاً

«الشهادات» جمع شهادة ، يقال : شهد يشهد شهادة ، وهي في اللغة لمعان عديدة كالعلم ، والحضور ، والرؤية ، والإعلام ، والإخبار ، والمعاينة .

واقصر جماعة من اللغويين على الحضور ، قالوا : ومنه قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ ^(١) .

وقال ابن فارس : « (الشين والهاء والذال) أصل يدلّ على حضور وعلم وإعلام ، لا يخرج شيء من فروعه عن الذي ذكرناه ، من ذلك : الشهادة ، يجمع الاصول التي ذكرناها من الحضور والعلم والإعلام » ^(٢) .

والمراد من الشهادة في كتاب الشهادات هو : الإعلام والإخبار ، ويعتبر فيه الجزم واليقين ، ويرادفه في الفارسية « گواهي » يقال : شهد بكذا ، أي أخبر به ، فتكون الشهادة في هذا الباب بمعنى الإخبار بما قد علم ، سواء كان العلم حاصلًا باحدى الحواس الظاهرية ، أو بغيرها .

فهذا الإعلام يتفرع على تحقق العلم وحصوله عن طريق الحضور ، أو الرؤية ، أو غير ذلك ، والشاهد يؤدي الأمر الحاصل عنده ، ويبرزه ، بلفظ : « أشهد ... » .

وفي خبر عن مولانا الرضا عليه السلام : إن الحضور شهادة ، فقد « سئل عن رجل طهرت امرأته من حيضها ، فقال : فلانة طالق وقوم يسمعون كلامه ولم يقل لهم : اشهدوا . أيقع الطلاق عليها ؟ قال : نعم ، هذه شهادة » ^(٣) .

فتحصل من ذلك : أن « الشهادة » أمر غير « أداء الشهادة » ولذا يقال : هل يجب على الشاهد الشهادة أو لا ؟ وأن الشهادة قد تكون وليس بعدها أداء ، وأنها

(١) سورة البقرة ٢ : ١٨٥ .

(٢) معجم مقاييس اللغة ٣ : ٢٢١ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٢ : ٥٠ / ٢ . أبواب مقدمات الطلاق ، الباب ٢١ ، وهو خبر صحيح ، ومثله في الباب المذكور خبران آخران ، وهي تدلّ على كفاية إسماع الصيغة .

تتحقق في الحق وغيره كالهلال ، ومن غير المحاكم ومنه ، وأن الرواية غير الشهادة .
فتعريفهم للشهادة شرعاً بأنها : «إخبار جازم عن حق لازم للغير واقع من غير حاكم»^(١) لا يخلو عن نظر .

فالأولى : إيكال الأمر إلى العرف ، ولا يبعد دعوى كون الشهادة عند أهل لعرف انشاءً لا إخباراً وإن كان ظاهر اللفظ كذلك ، نظير قول البائع «بعت» ، بأن يكون قول القائل : «أشهد أن لا إله إلا الله» إنشاءً ، لا أنه يخبر عن ثبوت الوجدانية لله عز وجلّ عنده . فتأمل .

وكيف كان ، فقد يعتبر في الشهادة التعدد ، بخلاف الإخبار والرواية .

فإن كان للشهادة منشأ كانت صادقة ، وإلا فهي كاذبة .

قال المحقق قدس سرّه : «والنظر في أطراف خمسة :

مركز تحقيق كميّة علوم رسولي

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١٥٣ ، مستند الشيعة ١٨ : ٩ . عن المسالك ، جواهر الكلام ٤١ : ٧ ، قوانين الاصول : ٤٦٤ .

الطرف الأول:



البلوغ * العقل * الإيمان
* العدالة * ارتفاع التهمة
طهارة المولد.



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

قال المحقق : « ويشترط فيه ستة أوصاف » :

الأول : البلوغ

قال : « فلا تقبل شهادة الصبي ما لم يصير مكلفاً . وقيل : تقبل مطلقاً إذا بلغ عشرين ، وهو متروك »^(١) .

أقول : إن الأصل عدم قبول الشهادة مطلقاً ، سواء الصبي وغيره ، ولا بدّ للخروج عن هذا الأصل من دليل يقتضي القبول .
أما الصبي غير المميز ، فلا دليل على قبول شهادته ، بل الإجماع بقسميه قائم على عدم القبول ، فإذا بلغ عشرين فهو مميز غالباً ، فقيل : تقبل شهادته مطلقاً ، قال المحقق : « وهو متروك » . وأضاف في (الجواهر) : بل اعترف غير واحد بعدم معرفة القائل به ، وإن نسب^(٢) إلى الشيخ في النهاية ، ولكنه وهم^(٣) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٥ .

(٢) المناسب إليه كما في المسالك هو صاحب كشف الرموز ، قال في المسالك : وهو وهم ، وإنما ذكر الشيخ في النهاية قبول شهادته في الجراح والقصاص خاصة ، نعم ، له بعد ذلك عبارة موهمة لذلك إلا أن مرادها غيره . انتهى . واعترض في الرياض على المسالك بأن الموجود في كلام كاشف الرموز أن الشيخ في النهاية حكى هذا القول ، لأنه حكاه عنه فيها وهذا نص عبارة النهاية : « ويجوز شهادة الصبيان إذا بلغوا عشر سنين فصاعداً إلى أن يبلغوا ، في الشجاج والقصاص ، ويؤخذ بأول كلامهم . ولا يؤخذ بآخره ، ولا تقبل شهادتهم فيما عدا ذلك ، من الديون والحقوق والحدود ، وإذا أشهد الصبي على حق ، ثم بلغ وذكر ذلك ، جاز له أن يشهد بذلك ، وقبلت شهادته ، إذا كان من أهلها » (النهاية في مجرّد الفتوى : ٣٣١) .

(٣) جواهر الكلام ٤١ : ٩ .

وقد اختلف عبارات الأصحاب في قبول شهادته ، في خصوص الجراح والقتل . كما سيأتي .

الأخبار في شهادة الصبي

نعم ، في (الجواهر) الاستدلال للقبول مطلقاً إذا بلغ عشرةً : بإطلاق الشهادة كتاباً وسنةً ، وأولية غير الدم منه ، وقول أمير المؤمنين عليه السلام في خبر طلحة ابن زيد^(١) ...

... وخبر أبي أيوب الخزاز : سألت إسماعيل بن جعفر^(٢) ...

وقد أجاب عن الإطلاق بأنه مخصوص بالتبادر وغيره بالبالغ ، وعن الأولية بمنعها ، وعن الخبرين بضعف سنديهما وغير ذلك^(٣) .

قلت : أما الآيات ، فقد جاء في بعضها لفظ « الرجل » كقوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ ﴾^(٤) وبعضها يشتمل على الحكم الشرعي ، والصبي غير مكلف ، كقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْتِ الشَّهَدَاءُ ﴾^(٥) وبعضها مقيد بالعدالة كقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾^(٦) والصبي لا يتصف بها ، بناءً على اشتراط التكليف أو البلوغ في صحة الاتصاف بها ، ولو سلم الإطلاق ، فإن الآية المعتمدة للرجولية صالحة للتقييد ، وليس موردّها بمخصص لها .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٦/٣٤٥ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣/٣٤٤ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٣ .

(٣) جواهر الكلام ٤١ : ٩ .

(٤ و ٥) سورة البقرة ٢ : ٢٨٢ .

(٦) سورة الطلاق ٦٥ : ٢ .

وأما الأخبار فهي على طوائف :

فنها ما هو مطلق ، ومن ذلك :

- ١ - هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل : ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ ﴾ قال : قبل الشهادة . وقوله : ﴿ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ ^(١) قال : بعد الشهادة ^(٢) .

وهذا مطلق بغض النظر عما ذكرنا .

- ٢ - أبو الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام « في قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ ^(٣) قال : لا ينبغي لأحدٍ إذا دعي إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول : لا أشهد لكم عليها ^(٤) .

- ٣ - جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا دعيت إلى الشهادة فأجب ^(٥) .

- ٤ - سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام « في قول الله عز وجل : ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ فقال : لا ينبغي لأحدٍ إذا دعي إلى شهادة ليشهد عليها أن

(١) سورة البقرة ٢ : ٢٨٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٠٩ / ١ . كتاب الشهادات ، الباب ١ .

(٣) سورة البقرة ٢ : ٢٨٢ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٠٩ / ٢ . كتاب الشهادات ، الباب ١ . وهو عن الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح . و« محمد بن فضيل » مشترك ، وقد وقع الخلاف بينهم في تعيين محمد بن الفضيل ، الراوي عن أبي الصباح الكتاني . فراجع .

(٥) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٠٩ / ٣ . كتاب الشهادات ، الباب ١ . وهو عن الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن النضر وهو ابن سويد عن القاسم بن سليمان ، عن جراح . و« القاسم بن سليمان » و« جراح المدائني » غير موثقين ، لكنها من رجال كتاب كامل الزيارات .

يقول : لا أشهد لكم»^(١).

٥ - داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا يأب الشاهد أن يجيب حين يدعى قبل الكتاب »^(٢).

ومنها : ما يدلّ على عدم قبول شهادة الصبي مطلقاً ، ومن ذلك :

١ - محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : في الصبي يشهد على الشهادة فقال : « إن عقله حين يدرك أنه حق جازت شهادته »^(٣).

٢ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال قال أمير المؤمنين عليه السلام : إن شهادة الصبيان إذا أشهدوهم وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها »^(٤).

٣ - عبيد بن زرارة في حديث قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذي يشهد على الشيء وهو صغير قد رآه في صغره ثم قام به بعدما كبر فقال : « تجعل شهادته نحواً^(٥) من شهادة هؤلاء »^(٦).

ومنها : ما يدلّ على القبول في خصوص القتل ، أو مقيداً بقيد ، مثل :

١ - جميل : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : تجوز شهادة الصبيان ؟ قال :

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٥/٣١٠. كتاب الشهادات ، الباب ١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٦/٣١٠. كتاب الشهادات ، الباب ١ . وفي طريقه « سهل بن زياد » وفيه الخلاف المعروف .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٣٤٢. كتاب الشهادات ، الباب ٢١ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢/٣٤٢. كتاب الشهادات ، الباب ٢١ . وفي إسناده « النوفلي » و « السكوني » وقد ذكرنا موجز الكلام فيها في بعض حواشي كتاب القضاء .

(٥) في التهذيب ونسخة من الوسائل « خيراً » .

(٦) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣/٣٤٣. كتاب الشهادات ، الباب ٢١ .

نعم ، في القتل ، يؤخذ بأول كلامه ، ولا يؤخذ بالثاني منه»^(١) .

وهذا الخبر صحيح على الأظهر^(٢) .

٢ - محمد بن حمران : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي ،

قال فقال : لا ، إلا في القتل ، يؤخذ بأول كلامه ، ولا يؤخذ بالثاني»^(٣) .

وهو معتبر عند بعضهم ، خلافاً للجواهر تبعاً للمسالك^(٤) .

٣ - أبو أيوب الخزاز : « سألت إسماعيل بن جعفر : متى تجوز شهادة الغلام ؟

فقال : إذا بلغ عشر سنين . قلت : ويجوز أمره ؟ قال فقال : إن رسول الله صلى الله

عليه وآله وسلم دخل بعائشة وهي بنت عشر سنين ، وليس يدخل بالجارية حتى

تكون امرأة ، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره ، وجازت شهادته»^{(٥)(٦)} .

وهذا الخبر ليس عن المعصوم فهو موقوف ، لكن لا يبعد أن يكون له

اعتباراً لما لجلالة قدر إسماعيل وشدة حب أبيه الصادق عليه السلام له^(٧) ، إلا أن ما

مركز تحقيق كتب التراث

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٣٤٣ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٢ .

(٢) وهو : الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن جميل ، وفي قولنا « على الأظهر » إشارة

إلى الخلاف في الخبر الذي في طريقه « إبراهيم بن هاشم » مع وثاقة غيره من رجاله .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢/٣٤٣ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٢ .

(٤) وهو : الكليني عن علي بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن محمد بن حمران . ففي « محمد بن

عيسى - وهو العبيدي - » خلاف بين الأعلام ، وقد ذهب المحققون المتأخرون إلى توثيقه ، فراجع جواهر

الكلام ٤١ : ١٠ .

(٥) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣/٣٤٤ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٢ .

(٦) في طريقه : محمد بن عيسى عن يونس . وأما « أبو أيوب الخزاز » فهو ثقة . واسمه « إبراهيم » وذكر

الشيخ الجدل المامقاني وقوع الخلاف في اسم أبيه وفي لقبه ، قال : « وفي اسم أبيه خلاف : إنه عيسى ، أو عثمان

أو زياد ، كالخلاف في لقبه : إنه الخزاز بزائين ، أو الخزاز براء قبل الألف وزاي بعدهما » .

(٧) الأخبار في حال إسماعيل ابن الإمام الصادق عليه السلام مختلفة ، وقد بحث عنها الرجاليون سنداً

يدلّ عليه ، وهو التسوية بين الرجل والمرأة في الأحكام ، وقبول الشهادة مطلقاً ممن بلغ عشر سنين ، مخالف لما عليه الأصحاب ، فهم معرضون عن هذا الخبر ، وذلك يسقطه عن الاعتبار .

٤ - محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام في شهادة النساء : « لا تجوز شهادتهنّ إلا في موضع ضرورة ، مثل شهادة القابلة ... ومثل شهادة الصبيان على القتل ، إذا لم يوجد غيرهم »^(١) .

وفي راويه « محمد بن سنان » خلاف معروف .

٥ - طلحة بن زيد عن الصادق عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام : « شهادة الصبيان جائزة بينهم ما لم يفرّقوا أو يرجعوا إلى أهلهم »^(٢) .



و « طلحة بن زيد » عامي^(٣)

الأقوال في شهادة الصبي

قال المحقق قدّس سرّه : « واختلفت عبارات الأصحاب في قبول شهادتهم في الجراح والقتل ، فروى جميل عن أبي عبد الله عليه السلام : تقبل شهادتهم في القتل ، ويؤخذ بأوّل كلامهم ، ومثله روى محمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه

→ ودلالة ، وقد انتهى الكلام في تنقيح المقال ومعجم رجال الحديث إلى حسن الرجل وجلالته وشدة حب أبيه عليه السلام له . ولكن في منع جلالة شأنه عن الفتوى بدون الأخذ من المعصوم تأمل كما في جامع المدارك (٦ : ٩٨) .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٦٥ / ٥٠ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٤ . ويوجد في سنده من لا توثيق له .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٤٥ / ٦ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٢ .

(٣) وهو : الصدوق بإسناده إلى طلحة بن زيد . والظاهر صحة إسناد الصدوق إلى الرجل ، وطلحة بن زيد

عامي ، قال الشيخ : كتابه معتمد . وهو من رجال كامل الزيارات .

السلام . وقال الشيخ في النهاية : تقبل شهادتهم في الجراح والقصاص^(١) .
وقال في الخلاف : تقبل شهادتهم في الجراح مالم يتفرّقوا ، إذا اجتمعوا على مباح^(٢) .

والتهجم على الدماء بخبر الواحد خطر ، فالأولى الإقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة : بلوغ العشر ، وبقاء الاجتماع ، إذا كان على مباح ، تمسكاً بموضع الوفاق^(٣) .

أقول : مقتضى الجمع بين الأخبار التي ذكرناها هو القبول في القتل ، إلا أن الشروط المعتبرة فيه مختلف فيها كما سيأتي ، وليس في شيء من الأخبار ذكر للجراح ، إلا أن جماعة يذكرونه مع القتل كما في عبارة المحقق ، ولعله للأولوية ، لكن إثباتها مشكل ، وإلا لزم القبول في جميع الأمور ، لوضوح أهمية القتل منها ، اللهم إلا أن يكون الدليل عبارة الشيخ في (النهاية) التي ذكرها المحقق ، بناء على أن عباراتها متخذة من متون الأخبار ، مؤيداً بخبر دعائم الإسلام^(٤) .

أمّا في (الخلاف) ، فقد ذكر الجراح ولم يذكر القتل^(٥) ، وعليه المحقق في (النافع)^(٦) بل هو معقد إجماع محكي (الخلاف) و (الانتصار)^(٧) ، فيكون هو الدليل العمدة ، لكن في (التحرير) و (الدروس) الإشتراط بأن لا يبلغ الجراح

(١) النهاية : ٣٣١ . وفيه : في الشجاج والقصاص .

(٢) كتاب الخلاف ٦ : ٢٧٠ ، المسألة ٢٠ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٥ .

(٤) دعائم الإسلام ٢ : ٤٠٨ / ١٤٢١ .

(٥) كتاب الخلاف ٦ : ٢٧٠ ، المسألة ٢٠ .

(٦) المختصر النافع : ٢٧٨ .

(٧) جواهر الكلام ٤١ : ١١ .

النفس^(١).

ومختار المحقق هنا هو أولوية الاقتصار على القبول في الجراح ، معللاً بأن التهجم على الدماء بخبر الواحد خطر .

إنما الكلام في الشروط المعتبرة في القبول ، فقد اختلفت عبارات الأصحاب فيها ، تبعاً لاختلاف النصوص ، فاعتبر الشيخ رحمه الله في (الخلاف) شرطين أحدهما : ما لم يتفرقوا ، والثاني : إذا اجتمعوا على مباح^(٢) ، وزاد المحقق شرطاً ثالثاً وهو : بلوغ العشر ، فنقول :

أمّا «بلوغ العشر» فقد ذكر في الخبر عن إسماعيل فقط ، وقد عرفت آنفاً حال هذا الخبر .

وأما «كون اجتماعهم على مباح» فلم نعثر على نص يقتضي اعتباره .
وأما «بقاء الاجتماع» فيدل عليه خبر طلحة بن زيد^(٣) ، لكنه ضعيف على المشهور^(٤) .

ولعل السبب في اعتبار هذا الشرط هو : أن الصبي يشهد بما سمع أو رأى كما هو الواقع والحقيقة ، وإن كان في شهادته ضرر على أحد من أقرب الناس إليه ، أمّا إذا رجع إلى أهله فيحتمل قوياً أن يلقنه أهله ما يخالف الواقع ، ويشوهوا عليه الحقيقة .

فظهر بما ذكرنا عدم تمامية اعتبار شيء من الشروط الثلاثة المذكورة ،

(١) الدروس الشرعية ٢ : ١٢٣ ، تحرير الأحكام ٥ : ٢٤٣ ٢٤٤ .

(٢) كتاب الخلاف ٦ : ٢٧٠ ، المسألة ٢٠ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٦/٣٤٥ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٢ .

(٤) جامع الرواة : ١/٤٢١ ، رجال ابن داود : ٢٥١/٢٤٤ ، خلاصة الأقوال : ١/٣٦١ .

بحسب النصوص الواردة في المقام^(١)، لكن الظاهر من قول المحقق قدس سره «تمسكاً بموضع الوفاق»^(٢) هو أن مقصوده طرح النصوص والرجوع إلى الإجماع، والمتيقن من الإجماع عنده هو الجراح بالشروط الثلاثة.

قلت: إن القدر المتيقن هو اعتبار «الأخذ بأول كلامهم» كما في خبري جميل ومحمد بن حمران، وعن جماعة كثيرة من أصحابنا الأعيان^(٣)، واعتبار قيد «الضرورة»، كما في خبر محمد بن سنان^(٤)، فلو أمكن الاستشهاد من بالغ عادل لم تقبل شهادة الصبي، وإلا فتسمع، سواء «بقي الاجتماع» أو لا. ومن ذلك يظهر أن قوله «بينهم» في خبر طلحة^(٥) بيان مصداق لـ «الضرورة» ولذا قال: «ومثل شهادة الصبيان على القتل إذا لم يوجد غيرهم»^(٦).

ومن هذا الباب قبول أمير المؤمنين عليه السلام شهادة الغلمان وقضاؤه بالدية، فيما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام: «رفع إلى أمير المؤمنين عليه السلام ستة غلمان كانوا في الفرات، ففرق واحد منهم، فشهد ثلاثة منهم على اثنين أنها غرقاه، وشهد اثنان على الثلاثة أنهم غرقوه، ف قضى بالدية ثلاثة أخماس على الاثنين وخمسين على الثلاثة»^(٧) بناءً على كون المراد من الغلام في الخبر هو

(١) وتحصيل الإجماع بقطع النظر عن النصوص الواردة في المسألة مشكل جداً، وهل يمكن الإطمينان إلى هذا الإجماع مع وجود هذه النصوص الكثيرة؟

(٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٥.

(٣) المقنعة: ٧٢٧، الانتصار: ٥٠٦، الكافي في الفقه: ٤٣٦، النهاية: ٣٣١، السرائر ٢: ١٣٦.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٦٥/٥٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

(٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٥/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

(٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٦٥/٥٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

(٧) وسائل الشيعة ٢٩: ٢٣٥/١. أبواب موجبات الضمان، الباب ٢.

الصغير .

فهذا هو القدر المتيقن من دلالة الأخبار بعد الجمع بينها ، وبه يظهر النظر في كلمات صاحب (الجواهر) في هذا المقام ، كما بان لك النظر في كثير من الكلمات المستورة في هذا المبحث . هذا كله في القتل .

وأما الجراح ، فلا بد فيه من القطع بالملك ، حتى تتم الأولوية ، وذلك في غاية الإشكال ، بل ظاهر خبر محمد بن حمران نفي الأولوية ، حيث قال عليه السلام « لا إلا في القتل »^(١) ، اللهم إلا أن يقال بالجراح المنجر إلى القتل ، لكن فيه : أن القتل قد يكون بلا جرح .

هذا ، ولما كان موضوع النصوص هو « الصبي » ولا دليل على إلغاء الخصوصية ، فالظاهر اختصاص الحكم بشهادته دون « الصبيّة » فإنها تبقى على مقتضى الأصول والعمومات الدالة على عدم قبول شهادتها ، وبه صرح العلامة في (التحرير)^(٢) والشهيد الثاني في (الروضة البهية)^(٣) وغيرهما^(٤) .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٣ / ٢ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٢ .

(٢) تحرير الأحكام ٥ : ٢٤٤ .

(٣) الروضة البهية ٣ : ١٢٥ .

(٤) رياض المسائل ١٥ : ٢٣٦ .

الوصف الثاني : العقل

قال المحقق قدّس سرّه : « الثاني : كمال العقل ، فلا تقبل شهادة المجنون إجماعاً . أما من يناله الجنون أدواراً ، فلا بأس بشهادته في حال إفاقته ، لكن بعد استظهار الحاكم بما يتيقن معه حضور ذهنه واستكمال فطنته »^(١) .

أقول : أما اعتبار كمال العقل في الشاهد وأنه لا تقبل شهادة المجنون ، فلا يحتاج إلى إقامة الدليل عليه من الكتاب والسنة والإجماع^(٢) .

وكذا عدم قبول شهادة من يناله الجنون أدواراً في حال جنونه ، لأنه كالمطبق ، أما في حال إفاقته فلا مانع من قبول شهادته ، لأنه في هذه الحالة كالعاقل ، وتشمله أدلة قبول الشهادة من الكتاب والسنة ، لكن قبول شهادته يكون بعد استظهار الحاكم بما يكشف عن حضور ذهنه واستكمال فطنته ، وإلاّ

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ .

(٢) ولئن كان ثمة اشكال في دلالة ما استدل به ، من الكتاب والسنة ، ففي الإجماع المصرّح به في كلام كثير من الأصحاب ، محققاً ومنقولاً ، وأنه يشترط في الشاهد العدالة كما سيأتي ، وتحقيقها في غير العاقل غير معقول كما في المستند ، غنى وكفاية .

وأما الاستدلال له بالسيرة العقلانية كما في مباني تكملة المنهاج (فقد استشكل عليه في جامع المدارك) بأن بعض الأشخاص له كمال الدقة والمتانة في بعض الأمور وفي بعضها خارج عن طريق العقل ، فعلى الوثوق بالحفظ والضبط والاحتراز عن الكذب ، بحيث يكون سكون النفس الحاصل من إخباره أقوى من السكون الحاصل من قول كثير من العقلاء العدول ، الظاهر أن بناء العقلاء على الاعتماد بأخباره . قلت : الظاهر خروج من ذكره عن بناء العقلاء كما ذكر . لكن الكلام في المجنون المطبق .

طرح شهادته ، بلا إشكال في ذلك كله وبلا خلاف كما في (الجواهر)^(١) .
 وهل يكفي عدم الجنون في حال أداء الشهادة أو يشترط العقل في حال
 التحمل كذلك ؟ صرح كاشف اللثام بالثاني^(٢) ، وصاحب (الجواهر) بالأول^(٣) ، لأن
 العدالة والضبط والتيقظ ترفع القدر فيه وإن كان قد تحملها في حال جنونه ، مضافاً
 إلى تناول إطلاق أدلة قبولها له .
 قلت : لكن الأول أولى ، فإنه ليس حال هذا المجنون حال الصبي المميز الذي
 تقبل شهادته لو أداها بالغاً ، بل حاله حال الصبي غير المميز .

لا تقبل شهادة الساهي والمغفل

قال المحقق قدس سره : « وكذا من يعرض له السهو غالباً ، فربما سمع الشيء
 وأنسى بعضه ، فيكون ذلك مغيراً لفائدة اللفظ وناقلاً لمعناه ، فحينئذ يجب
 الاستظهار عليه حتى يستثبت ما يشهد به »^(٤) .
 أقول : في (الجواهر) : على وجه يطمئن المحاكم بعدم غفلته فيما شهد به ، ولو
 لكون المشهود به مما لا يسهي فيه ، بل عبارة المتن والقواعد وغيرها صريحة في
 اعتبار يقين المحاكم بذلك^(٥) ، لكنه لا يخلو من إشكال^(٦) . لكن الظاهر كون البحث

(١) جواهر الكلام ٤ : ١٥ .

(٢) كشف اللثام ١٠ : ٢٧٢ .

(٣) جواهر الكلام ٤١ : ١٥ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ .

(٥) قواعد الأحكام ٣ : ٤٩٣ ، إيضاح الفوائد ٤ : ٤١٨ .

(٦) جواهر الكلام ٤١ : ١٥ .

لفظياً.

قال : « وكذا المغفل الذي في جبلته البله ، فربما استغلط لعدم تفتّنه لمزايا الأمور ، والأولى الإعراض عن شهادته ما لم يكن الأمر الجليّ الذي يتحقق الحاكم استنبات الشاهد له ، وأنه لا يسهو في مثله »^(١).

أقول : يدلّ عليه ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام في قوله عز وجل ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^(٢) قال : « ممن ترضون دينه وأمانته وصلاحه وعفته وتيقّظه فيما يشهد به وتحصيله وتمييزه ، فكلّ صالح مميّزاً ولا محصلاً ولا كلّ محصّل مميّز صالح »^{(٣)(٤)}.



مركز تحقيقات كنج پور علوم اسلامی

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ .

(٢) سورة البقرة ٢ : ٢٨٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣/٣٩٩ . كتاب الشهادات ، الباب ٤١ .

(٤) هذا الخبر عن التفسير المنسوب إلى الإمام الحسن العسكري عليه السلام ، وفي إعتبار هذا التفسير خلاف بين العلماء ، وقد استدل في المستند لإلحاق المغفل بالجنون بالتعليل الوارد في الموثقة عن محمد بن مسلم في عدم قبول شهادة السائل بكفّه حيث قال عليه السلام : « لأنه لا يؤمن على الشهادة » وبمرسلة يونس : « فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ... » . وفي الرياض عدم وجدان الخلاف بين المتأخرين في هذا الحكم .

الوصف الثالث : الإيمان

قال المحقق قدس سره : «الثالث : الإيمان ، فلا تقبل شهادة غير المؤمن وإن اتصف بالإسلام لا على مؤمن ولا على غيره ، لا تصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهادة»^(١).

أقول : إن الإيمان بالمعنى الأخص الذي هو الإقرار بإمامة الأئمة الاثني عشر عليهم السلام من الأوصاف المعتبرة في الشاهد بلا خلاف ، فلا تقبل شهادة غير المؤمن بالمعنى المذكور وإن اتصف بالإسلام ، لا على مؤمن ولا على غيره ، إلا ما سيأتي .

وقد جعل المحقق دليل عدم القبول اتصاف غير المؤمن بالفسق والظلم المانع من قبول الشهادة ، وفي (الجواهر) : لا تصافه بالكفر فضلاً عن الفسق والظلم^(٢).

لكن كفر غير المؤمن بالمعنى الأخص محلّ خلاف ، فعلى القول به كما هو مذهب جماعة بل قد حكى بعضهم الإجماع عليه فالمطلب تام بلا إشكال .
واستدلّ صاحب (الجواهر) لعدم قبول شهادة غير المؤمن بعدم الخلاف بل عن جماعة الإجماع عليه ، بل لعلّه من ضروريّ المذهب في هذا الزمان .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ .

(٢) جواهر الكلام ٤٢ : ١٦ .

لكن في المسألة خلاف من بعض المتأخرين .
واستدل رحمه الله بالأصل بعد اختصاص إطلاقات الكتاب والسنة ولو للتبادر وغيره بالمؤمن .

قلت : إن كانت الأدلة منصرفة عن المخالف أو لا تشمل إطلاقاتها ، فالأصل تام ، بل قد ذكرنا أن الأصل في صورة الشك هو عدم قبول الشهادة مطلقاً .
قال : خصوصاً نحو ﴿رجالكم﴾ و ﴿ممن ترضون﴾ بناءً على المعلوم من مذهب الإمامية من اختصاص الخطاب بالمشافهين دون غيرهم ، وليس المخالف بوجوده في زمن الخطاب . ولو سلم العموم ، فقد عرفت الخبر المفسر لقوله تعالى : ﴿ترضون﴾ برضا دينه ، ولا ريب في كونه غير مرضي الدين^(١) .

قلت : يشكل أن يكون الخطاب للمؤمنين الواقعيين ، على أنه يقتضي عدم تكليف المخالفين بطائفة من الأحكام التكليفية الصادرة بالخطابات .
ثم استدلل بالنصوص الواردة في لعن المخالفين والدعاء عليهم ، وأنهم «مجنوس هذه الأمة»^(٢) و «شر من اليهود والنصارى»^(٣) ، وأنهم «لغير رشدة»^(٤) ونحو ذلك^(٥) .

أقول : والعمدة في الاستدلال إسقاط المخالف عن العدالة ، لعدم اعتقاده بالولاية ، فإذا ثبت ذلك تم الاستدلال .

(١) جواهر الكلام ٤١ : ١٦ .

(٢) مستدرک الوسائل ١٢ : ٢٤ / ٣١٧ ، عوالي اللئالي ١ : ١٦٦ / ١٧٥ .

(٣) وسائل الشيعة ١ : ٢٢ / ٥ . أبواب الماء المضاف ، الباب ١١ .

(٤) شرح الأخبار ١ : ٤٤٦ / ١٢٤ ، المناقب لابن شهر آشوب ٣ : ٢٤٠ .

(٥) جواهر الكلام ٤١ : ١٧ .

ومذهب المحقق وجماعة صدق «الفاسق» و «الظالم» عليه^(١). فإن كان المراد هو الصدق العرفي، فإن الفسق ليس من المفاهيم العرفية التي يرجع في تشخيصها إلى أهل العرف. وأما في الشرع فالفسق، يتحقق بمعصية الله، وتحقق ذلك من المخالف محلّ خلاف، فهل فعل المعصية مع الجهل بكونها معصية فسق؟.

لا إشكال في تحقق الفسق بحسب الواقع بفعل المعصية مع الجهل بكونها معصية، وأما بحسب الظاهر، فالشاهد الثاني في (المسالك) على العدم، فإنه بعد أن اعترف بأن ظاهر الأصحاب الاتفاق على اشتراط الإيمان قال: وينبغي أن يكون هو الحجة. ثم ذكر الاستدلال بصدق «الفاسق» و «الظالم» عليه، ثم قال: «وفيه نظر، لأن الفسق إنما يتحقق بفعل المعصية المخصوصة مع العلم بكونها معصية، أما مع عدمه بل مع اعتقاد أنها طاعة بل من أمّهات الطاعات، فلا، والأمر في المخالف للحق في الإعتقاد كذلك، لأنه لا يعتقد المعصية، بل يزعم أن اعتقاده من أهم الطاعات، سواء كان اعتقاده صادراً عن نظر أم تقليد، ومع ذلك لا يتحقق الظلم أيضاً، وإنما يتفق ذلك ممن يعاند الحق مع علمه به، وهذا لا يكاد يتفق وإن توهمه من لا علم له بالحال، والعامة مع اشتراطهم العدالة في الشاهد يقبلون شهادة المخالف لهم في الأصول مالم يبلغ خلافه حدّ الكفر، أو يخالف اعتقاده دليلاً قطعياً بحيث يكون اعتقاده ناشئاً عن محض التقصير.

والحق: إن العدالة تتحقق في جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضاها بحسب اعتقادهم، ويحتاج في إخراج بعض الأفراد إلى الدليل، وسيأتي في شهادة أهل

(١) تقدم عن المحقق. وانظر: مسالك الأفهام ١٤: ١٥٩، جامع المقاصد ٢: ٣٧٢، روض الجنان ٢: ٧٦٧، مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٢٩٨، كشف اللثام ١٠: ٢٧٢.

الذمة في الوصية ما يدل عليه .

وعلى ما ذكره المصنف من فسق المخالف ، فاشتراط الإيمان بخصوصه مع ما سيأتي من اشتراط العدالة لا حاجة إليه ، لدخوله فيه ^(١) .

وقد شدد عليه النكير الأردبيلي ^(٢) وصاحب (الجواهر) ^(٣) . وقال كاشف اللثام : هو من الضعف بمكان ^(٤) .

وهو كذلك ، ومواقع النظر فيه كثيرة ، ومنها استدلاله بقبول شهادة أهل الذمة في الوصية ، فإن قبول الشهادة لا يدل على العدالة ، وعلى ما ذكره ، لا يبقى وجه لاشتراط الإيمان ، بل المعتبر هو العدالة سواء اعتقد بالولاية بالإضافة إلى سائر اعتقاداته أو لا ، فيكون « العادل » مثل « العاقل » إذ يصدق « العاقل » على من كانت أعماله مطابقة لحكم العقل ، سواء كان مسلماً أو لا .

وإن أراد تحقق « العدالة » عنده بحسب اعتقاداته في ملته وكونه معذوراً ، ففيه : إنه يخالف ظاهر قوله تعالى : ﴿ قُلْ هَلْ نُنَبِّئُكُمْ بِالْأَخْسَرِينَ أَعْمَالًا ﴾ الَّذِينَ ضَلَّ سَعْيُهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَهُمْ يَحْسَبُونَ أَنَّهُمْ يُحْسِنُونَ صُنْعًا ^(٥) إذ لا فرق بين هؤلاء والكفار والمشركين في أنهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا .

والتحقيق : إن العذر يكون قبل تمامية الحجّة ، وهذا ما يحكم به العقل ويرشد

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١٦٠ .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ٣٠١ .

(٣) جواهر الكلام ٤١ : ١٨ .

(٤) كشف اللثام ١٠ : ٢٧٢ .

(٥) سورة الكهف ١٨ : ١٠٤ .

إليه قوله عز وجل ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(١) لكن الحجّة قد تمت^(٢)، و ﴿قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾^(٣) فالمخالفون فاسقون لا سيّما وأن أكثرهم متعصبون ومعاندون، وفي الخبر: «نحن الذين فرض الله طاعتنا، لا يسع الناس إلا معرفتنا، ولا يعذر الناس بجهالتنا، من عرفنا كان مؤمناً، ومن أنكرنا كان كافراً، ومن لم يعرفنا ولم ينكرنا كان ضالّاً حتى يرجع إلى الهدى الذي افترض الله عليه من طاعتنا الواجبة، فإن يمت على ضلالته يفعل الله به ما يشاء»^(٤).

ويدلّ هذا الخبر - كغيره من الأخبار المستفيضة - على أن المخالفين معاقبون وأن جميعهم مقصرون، وإليك نصوص بعضها:

١ - محمد بن مسلم قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كلّ من دان الله عز وجل بعبادة يجهد فيها نفسه ولا إمام له من الله، فسعيه غير مقبول، وهو ضال متحير، والله شائن لأعماله، ومثله كمثل شاة ضلّت عن راعيها وقطيعها فهجمت ذاهبة وجائية يومها، فلما جنّ الليل بصرت بقطيع مع غير راعيها... والله يا محمد: من أصبح من هذه الأئمة لا إمام له من الله عز وجل، ظاهراً عادلاً، أصبح ضالّاً تائهاً، وإن مات على هذه الحال مات ميتة كفر ونفاق. واعلم يا محمد أن أئمة الجور وأتباعهم لمعزولون عن دين الله، قد ضلّوا وأضلّوا، فأعمالهم التي يعملونها

(١) سورة الإسراء ١٧: ١٥.

(٢) وأي حجة أتم وأكمل مما ورد في خصوص الولاية كتاباً وسنة؟ ناهيك بحديث الغدير الذي فاق حدّ التواتر بأضعاف مضاعفة عند المسلمين ودل على الإمامة والولاية بكلّ وضوح باعتراف المخالفين، وإن شئت الوقوف على طرف من طرق هذا الحديث، والاطلاع على جانب من وجوه دلالته، فراجع الأجزاء ٦-٩ من كتابنا (نفحات الأزهار في خلاصة عبقات الأنوار في إمامة الأئمة الأطهار) وكتاب (الغدير).

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٥٦.

(٤) الكافي ١: ١٤٤/١١. باب فرض طاعة الأئمة.

﴿كَرَّمَادٍ اشْتَدَّتْ بِهِ الرِّيحُ فِي يَوْمٍ عَاصِفٍ لَا يَقْدِرُونَ مِمَّا كَسَبُوا عَلَى شَيْءٍ ذَلِكَ هُوَ الضَّلَالُ الْبَعِيدُ﴾^(١).

٢- ابن أبي نصر، عن أبي الحسن عليه السلام «في قول الله عز وجل ﴿وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِنَ اللَّهِ﴾^(٢) قال : يعني من اتخذ دينه ورأيه بغير إمام من أئمة الهدى»^(٣).

٣- عبد الله بن أبي يعفور في حديث عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «لا دين لمن دان الله بولاية إمام جائر ليس من الله ، ولا عتب على من دان بولاية إمام عادل من الله . قلت : لا دين لأولئك ولا عتب على هؤلاء ؟ قال : نعم ، لا دين لأولئك ، ولا عتب على هؤلاء ، ثم قال : ألا تسمع لقول الله عز وجل ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا يُخْرِجُهُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ﴾^(٤) يعني ظلمات الذنوب إلى نور التوبة والمغفرة لولايتهم كل إمام عادل من الله . وقال ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا أُولِيَاءُهُمُ الطَّاغُوتُ يُخْرِجُونَهُم مِّنَ النُّورِ إِلَى الظُّلُمَاتِ﴾^(٥) إنما عنى بهذا أنهم كانوا على نور الإسلام ، فلما أن تولوا كل إمام جائر ليس من الله عز وجل ، خرجوا بولايتهم من نور الإسلام إلى ظلمات الكفر ، فأوجب الله لهم النار مع الكفار ، فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون»^(٦).

(١) الكافي ١ : ٢٠٦ / ٢ . باب فيمن دان الله بغير إمام من الله .

(٢) سورة القصص ٢٨ : ٥٠ .

(٣) الكافي ١ : ٢٠٦ / ١ . باب فيمن دان الله بغير إمام من الله .

(٤) سورة البقرة ٢ : ٢٥٧ .

(٥) سورة البقرة ٢ : ٢٥٧ .

(٦) الكافي ١ : ٣٠٧ / ٣ . باب فيمن دان الله بغير إمام من الله .

٤ - الحارث بن المغيرة : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من مات لا يعرف إمامه مات ميتة جاهلية ؟ قال : نعم .

قلت : جاهلية جهلاء أو جاهلية لا يعرف إمامه ؟ .

قال : جاهلية كفر ونفاق وضلال »^(١) .

نعم ، مع إظهارهم الشهاداتتين يشكل القول بنجاستهم كما عن بعض الأصحاب^(٢) ، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يعاشرهم ويعاملهم معاملة الاسلام ، ولا ينافي ذلك كونهم كفاراً في الواقع .
والحاصل : أنه لا تقبل شهادة غير المؤمن الاثني عشري مطلقاً .

قبول شهادة الذمي في الوصية

قال المحقق : « نعم ، تقبل شهادة الذمي خاصة في الوصية إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها ، ولا يشترط كون الموصي في غربة ، وباشتراطه رواية مطرحة »^(٣) .

ذكر نصوص المسألة

أقول : ينبغي أن نورد أولاً النصوص الواردة في المسألة ، ثم نتعرض لجهات البحث فيها :

(١) الكافي ١ : ٣٠٨ / ٣ باب من مات وليس له إمام .

(٢) انظر كشف اللثام ١ : ٤١٠ ، إيضاح الفوائد ١ : ٢٧ ، جواهر الكلام ٦ : ٥٨ ٥٩ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ .

في الوسائل باب : [قبول شهادة المسلم على الكافر وعدم جواز قبول شهادة الكافر عليه ولو ذميّاً عدا ما استثنى] :

١ - أبو عبيدة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل ، ولا تجوز شهادة أهل الذمة [الملل] على المسلمين »^(١) .

٢ - سماعة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الملّة ، قال : فقال : لا تجوز إلّا على ملّتهم ... »^(٢) .

وفي باب : [أن الكافر إذا أشهد على شهادة ثم أسلم فشهد بها قبلت] روايات نذكر بعضها . ولا يخفى أنه لا إطلاق لهذا العنوان ، لأنه في مقام بيان أنه لا تلحظ الحالة السابقة مع تحقق الإسلام حين أداء الشهادة ، فلا وجه للاستدلال بأخبار هذا الباب على قبول شهادة المسلم مطلقاً . ومن أخبار هذا الباب :

١ - صفوان بن يحيى : « إنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن رجل أشهد أجيره على شهادة ثم فارقه ، أتجوز شهادته بعد أن يفارقه ؟ قال : نعم ، قلت : فيهودي أشهد على شهادة ثم أسلم أتجوز شهادته ؟ قال : نعم »^(٣) .

٢ - محمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن نصراني أشهد على شهادة ثم أسلم بعد ، أتجوز شهادته ؟ قال : نعم ، هو على موضع شهادته »^(٤) .

٣ - محمد بن مسلم عن أحدهما : قال : « سألت عن الصبي والعبد والنصراني

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٨٦ / ١ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٨٦ / ٢ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٨ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٨٧ / ٢ . كتاب الشهادات ، الباب ٣٩ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٨٧ / ٣ . كتاب الشهادات ، الباب ٣٩ .

يشهدون شهادة فيسلم النصراني ، أتجوز شهادته ؟ قال : نعم»^(١) .

٤ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام «قال قال أمير المؤمنين عليه السلام : اليهودي والنصراني إذا أشهدوا ثم أسلموا جازت شهادتهم»^(٢) .

٥ - إسماعيل بن أبي زياد عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام : «إن شهادة الصبيان إذا شهدوا وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها ، وكذلك اليهود والنصارى إذا أسلموا جازت شهادتهم»^(٣) .

وفي باب [قبول شهادة اليهود والنصارى والمجوس وغيرهم على الوصية في الضرورة] :

١ - الحلبي قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام هل تجوز شهادة أهل الذمة على غير أهل ملتهم ؟ قال : نعم إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم ، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد»^(٤) .
وهذا الخبر مخصص لما تقدم ، وهو مطلق غير مقيد بالوصية .

٢ - أحمد بن عمر قال : «سألت عن قول الله عز وجل : ﴿ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ﴾»^(٥) قال : اللذان منكم مسلمان ، واللذان من غيركم من أهل الكتاب ، فإن لم يجد من أهل الكتاب فمن المجوس ، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، وذلك إذا مات الرجل بأرض غربة

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٨٨ / ٤ . كتاب الشهادات ، الباب ٣٩ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٨٨ / ٥ . كتاب الشهادات ، الباب ٣٩ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٨٩ / ٨ . كتاب الشهادات ، الباب ٣٩ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٨٩ / ١ . كتاب الشهادات ، الباب ٤٠ .

(٥) سورة المائدة ٥ : ١٠٦ .

فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من أهل الكتاب»^(١).
ويفيد هذا الخبر وجود خصوصية في أهل الكتاب ، فلا تقبل شهادة غيرهم من الكفار .

٣ - هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام « في قول الله عز وجل : ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ فقال : إذا [إن] كان الرجل في أرض غربة ولا يوجد فيها مسلم ، جازت شهادة من ليس بمسلم في [على] الوصية»^(٢).
و إطلاق «من ليس بمسلم» يقيد بما دلّ على اشتراط كونه من أهل الكتاب ، وقوله «في الوصية» يقيد إطلاق ما دلّ على القبول مطلقاً .

٤ - سماعة : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الملة . قال : فقال لا تجوز إلا على أهل ملتهم ، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية ، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد»^(٣).
وهذا أيضاً مقيّد بالوصية . اللهم إلا أن يؤخذ بعموم التعليل في «لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» فلا يختص القبول بها .

وفي باب [ثبوت الوصية بشهادة مسلمين عدلين وبشهادة ذميين مع الضرورة وعدم وجود المسلم] :

١ - ضريس الكناسي : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل ، هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم ؟ فقال : لا ، إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم ، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية ، لأنه لا

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢/٣٩٠ . كتاب الشهادات ، الباب ٤٠ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣/٣٩٠ . كتاب الشهادات ، الباب ٤٠ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٤/٣٩٠ . كتاب الشهادات ، الباب ٤٠ .

يصلح ذهاب حق امرء مسلم ولا تبطل وصيته»^(١).

٢- أبو الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن قول الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ ﴾^(٢) قلت : ما آخران من غيركم ؟ قال : هما كافران . قلت : ذوا عدل منكم . قال : مسلمان »^(٣).

٣- الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة من غير أهل ملّتهم ؟ قال : نعم إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم ، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد »^(٤).

٤- حمزة بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام : قال : « سألته عن قول الله عز وجل : ﴿ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ ﴾ قال فقال : اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من أهل الكتاب ، فقال : إذا مات الرجل المسلم بأرض غربة ، فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته ، فلم يجد مسلمين ، فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما »^(٥).

٥- يحيى بن محمد قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل : ﴿ أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ... ﴾^(٦) قال : اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم

(١) وسائل الشيعة ١٩ : ٣٠٩ / ١ . كتاب الوصايا ، الباب ٢٠ .

(٢) سورة المائدة ١٠٦ : ٥ .

(٣) وسائل الشيعة ١٩ : ٣٠٩ / ٢ . كتاب الوصايا ، الباب ٢٠ .

(٤) وسائل الشيعة ١٩ : ٣١٠ / ٣ . كتاب الوصايا ، الباب ٢٠ .

(٥) وسائل الشيعة ١٩ : ٣١٢ / ٧ . كتاب الوصايا ، الباب ٢٠ .

(٦) سورة المائدة ١٠٦ : ٥ .

من أهل الكتاب، فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سنّ فيهم سنّة أهل الكتاب في الجزية، وذلك إذا مات الرجل في أرض غربة فلم يوجد مسلمان...»^(١).

وفي خبر سعد بن عبد الله في (بصائر الدرجات) عن المفضل بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام في كتاب إليه قال: «وأما ما ذكرت أنهم يستحلّون الشهادات بعضهم لبعض على غيرهم، فإن ذلك لا يجوز ولا يحلّ، وليس هو على ما تأولوا إلا لقول الله عز وجل ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ...﴾ وذلك إذا كان مسافراً، فحضره الموت، أشهد اثنين ذوي عدل من أهل دينه، فإن لم يجد فآخران ممن يقرأ القرآن من غير أهل ولايته...»^(٢).
هذه طائفة من أخبار المسألة ذكرناها بقدر الحاجة.

قال المحقق: «تقبل شهادة الذمي خاصة في الوصية إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها»^(٣).

أقول: قيّد المحقق قبول شهادة غير المؤمن بثلاثة قيود:
الأول: كونه ذمياً، وقد احترز بقوله: «خاصة» عن غيره.
والثاني: في الوصية، وقد احترز به عن غيرها.
والثالث: إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها.
وفي الأخبار المذكورة ما يدلّ على كلّ واحد من هذه القيود، كما لا يخفى.
وتفصيل الكلام في هذه المسألة يكون بالبحث في جهات:

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٦/٣١١. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٨/٣١٣. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

(٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

١- هل تقبل شهادة الذمي في الوصية بالولاية ؟

الظاهر : أنه تقبل شهادة الذمي في الوصية في الأموال والولاية .
 لكن في (المسالك) : في الأموال . قال : والحكم مختص بوصية المال ، فلا تثبت الوصية بالولاية المعبر عنها بالوصاية ، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده^(١) .

قلت : لا يوجد في الروايات ما يمكن أن يستظهر منه التقييد بالأموال إلا جملة : «لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» بدعوى عدم كون الولاية ونحوها من الحقوق . ولعلّه المراد من قول الأردبيلي : إنه يشعر بذلك بعض الروايات^(٢) .
 ولكن الظاهر شمول «الحق» في الرواية لحق الوصاية أيضاً .

٢- هل تقبل شهادة الذمي خاصة أو تفيل من مطلق أهل الكتاب ؟

الظاهر الاتفاق على عدم قبول شهادة الكافر الحربي وغير الكتابي ، وقد عرفت دلالة بعض الأخبار المذكورة على القبول من غير تقييد بالذمي ، نعم ، جاء في خبر حمزة بن حمران حيث قال عليه السلام «أشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما»^(٣) .

لكن قيل : بأنه ضعيف سنداً فلا يصلح للتقييد^(٤) .

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١٦٣ .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ٣٠٧ .

(٣) وسائل الشيعة ١٩ : ٧/٣١٢ .

(٤) مباني تكملة المنهاج : فإن حمزة بن حمران لم يرد فيه توثيق ولا مدح ، فالخبر ضعيف وعمل الأصحاب

إلا أن عمل الأصحاب بل الإجماع كما قيل ، يجبر ضعفه عندنا ، واحتمال أنهم قد أفتوا بذلك لا عملاً بالخبر ، بل لعلهم فهموا خصوص الذمي من أخبار المسألة ، ضعيف جداً ، خصوصاً مع التصريح المذكور في خبر حمزة بن حمران .
وأما التقييد به في خبر الحلبي ، فقد جاء في السؤال حيث قال : « هل تجوز شهادة أهل الذمة على غير أهل ملتهم ؟ »^(١) على أنه لا تعرض في الجواب للوصية .

فالحاصل ، اختصاص القبول بالذمي خاصة ، لخبر حمزة المنجبر بالعمل .

٣ - إختصاص القبول بالوصية

إن قبول شهادة الذمي مختص بالوصية ، كما دلّ عليه قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ ... ﴾^(٢) .
وكذا أخبار المسألة بعد تقييد مطلقاتها بتقييداتها ، بل عليه الإجماع بقسميه في (الجواهر)^(٣) .

٤ - هل يتقدم المسلمان الفاسقان على الذميين ؟

قد عرفت قول المحقق : « إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها »^(٤)

→ غير جابر فالذمية غير معتبرة (١ : ٢٦٠) . قلت : وينبغي أن يضاف إلى ذلك عدم دلالة رواية أصحاب الإجماع على الوثاقة ، فقد ذكروا رواية صفوان وابن أبي عمير عنه . فتأمل .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٣٨٩ . كتاب الشهادات ، الباب ٤٠ .

(٢) سورة المائدة ٥ : ١٠٦ .

(٣) جواهر الكلام ٤١ : ٢٠ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ .

وفي (الجواهر) : لا يلحق بأهل الذمة فساق المسلمين في الحكم المزبور ، لحزمة القياس عندنا^(١) .

لكن عن العلامة في (التذكرة) : « لو وجد مسلمان فاسقان ، فإن كان فسقهما بغير الكذب والخيانة ، فالأولى أنهما أولى من أهل الذمة ، ولو كان فسقهما يتضمن اعتماد الكذب وعدم التحرز عنه فأهل الذمة أولى » وقال أيضاً : « ولو وجد مسلمان مجهولاً العدالة ، فهما أولى من شهود أهل الذمة »^(٢) .
ومال إليه في (المسالك)^(٣) .

أقول : الأولوية التي ذكرها متوقفة على القطع بالملك ، وحصوله مشكل جداً ، لا سيما مع اشتراط العدالة في الكافر الذمي على مذهبه ، كما هو مدلول بعض الأخبار ، إذ لا يخفى أن الصالح في مذهبه مقدم على المسلم الفاسق ، لا سيما غير المتحرز عن الكذب .

وإن كان دليل ما ذهب إليه هو الأخذ بعموم التعليل في قوله عليه السلام « لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد »^(٤) ففيه :

أولاً : إن مقتضى عموم التعليل هو القبول في غير الوصية أيضاً ، وهذا لا يقول به أحد ، اللهم إلا أن يقال : بأن في الوصية خصوصية تقتضي القبول وليست في غيرها ، وهي موت الشخص الموصي ، فإنه إذا لم تقبل الشهادة على وصيته ضاع حقه ، ولا طريق آخر إلى إثباته .

(١) جواهر الكلام ٤١ : ٢١ .

(٢) تذكرة الفقهاء : ٢ / ٥٢٢ . (حجري) ، جواهر الكلام ٤١ : ٢١ .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ١٦٣ ، جواهر الكلام ٤١ : ٢١ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٤ / ٣٩٠ . كتاب الشهادات ، الباب ٤٠ .

وثانياً : إن الإستدلال المذكور يتوقف على كون الجملة المذكورة علّة لا حكمة .

هذا ، مع أن صريح الآية الكريمة اشتراط العدالة في الشاهدين المسلمين .

٥ - هل تقبل شهادة المسلم العدل الواحد مع ذمي واحد ؟

قد يقال بذلك ، ووجهه الأولوية في القبول من الذميين .

وفيه : إنه يتوقف على القطع بالملك كما تقدّم .

٦ - هل يشترط كون الموصي في غربة ؟

قال المحقق : « ولا يشترط كون الموصي في غربة ، وباشتراطه رواية

مطرحه »^(١) .

أقول : في هذه الجهة قولان ، وظاهر الآية الكريمة : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ ﴾^(٢) . كون الموصي مسافراً ، فالجملة شرطية ومفهومها حجة ، وبه أخذ جماعة ، كالشيخ في (المبسوط)^(٣) وابن الجنيد^(٤) وأبي الصلاح الحلبي^(٥) ، بل ربما يفهم من بعضهم

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ .

(٢) سورة المائدة ٥ : ١٠٦ .

(٣) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٨٧ .

(٤) مختلف الشيعة ٨ : ٥٠٧ . عن ابن الجنيد .

(٥) الكافي في الفقه : ٤٣٦ .

الإجماع عليه كما في (الجواهر)^(١).

والإشتراط صريح أخبار أحمد بن عمر^(٢)، وهشام بن الحكم^(٣)، وحمزة بن جمران^(٤)، وقد جاءت الأخيرة في (المسالك) و (الجواهر) وغيرهما بلفظ «إنما ذلك إذا كان الرجل المسلم في أرض غربة»^(٥) أي بكلمة «إنما» الدالة على الحصر، وهي غير موجودة في الوسائل^(٦).

وكيف كان، فإن الجملة شرطية، ومفهومها حجة، والسند في الأولين تام بلا كلام، فلا وجه للطرح، ودعوى الإجماع على عدم الاشتراط غير تامة. ودعوى ورود ذلك مورد الغالب كما في (الجواهر)^(٧)، كما ترى، إذ لا تدخل أداة الحصر «إنما» ولا تجئ الجملة الشرطية حيث يكون القيد وارداً مورد الغلبة.

نعم، لو كانت الجملة «لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» تعليلية، أمكن رفع اليد بها عن قيد «السفر» بناءً على تقدم عموم العلة على المفهوم، لكن في ظهور الجملة المذكورة في التعليل تأمل.

٧- هل يشترط إخلاف الذمي؟

قال العلامة في (التحرير) : «الأقرب إخلاف الشاهدين على ما تضمنته

(١) جواهر الكلام ٤١ : ٢٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٩٠ / ٢. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٩٠ / ٣. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

(٤) وسائل الشيعة ١٩ : ٣١٢ / ٧. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

(٥) المسالك : ١٦٢ / ١٤، جواهر الكلام ٤١ : ٢٠.

(٦) كلمة «إنما» موجودة في الكافي. راجع الكافي ٧ : ٣٩٩ / ٨.

(٧) جواهر الكلام ٤١ : ٢٠.

الآية^(١)، ولم أجد من قال بذلك»^(٢).

وفي (المسالك) : «ظاهر الآية إحناف الذمي بعد العصر بالصورة المذكورة في الآية ، وهو إنهما ما خانا ولا كتبا شهادة الله ولا اشتريا به ثمنأ قليلاً ولو كان ذا قربى ، واعتبر العلامة أيضاً في التحرير ، ولا ريب في أولويته ، إذ لا معارض له ، وعمومات النصوص غير منافية له»^(٣).

واقصر المقداد في (التنقيح) على ذكر قول العلامة حيث قال : «وهل يشترط الإحناف ؟ قال العلامة : نعم ، عملاً بظاهر الآية ، ولم يذكر غيره ذلك»^(٤).

وعلى هذا ، فوجه نسبة القول بعدم الاشتراط إلى المشهور في (الروضة) هو عدم تعرض القدماء لهذه المسألة ، إذ لو اشترطوا لذكروا . وكيف كان ، فالأقرب ما ذهب إليه العلامة عملاً بظاهر الآية المباركة ، وقد روي في شأن نزولها الخبر الآتي : محمد بن يعقوب ، عن علي بن إبراهيم ، عن رجاله - رفعه - قال : خرج تميم الداري مسلماً وابن بندي وابن أبي مارية نصرانيين ، وكان مع تميم الداري خرج له فيه متاع ، وآنية منقوشة بالذهب ، وقلادة ، أخرجها إلى بعض أسواق العرب للبيع ، فاعتلّ تميم الداري علةً شديدة ، فلما حضره الموت دفع ما كان معه إلى ابن بندي وابن أبي مارية ، وأمرهما أن يوصلاه إلى ورثته .
فقدما إلى المدينة وقد أخذوا من المتاع الآنية والقلادة ، فقالوا لهما : هل مرض

(١) سورة المائدة ٥ : ١٠٦ .

(٢) تحرير الأحكام ٥ : ٢٤٦ .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ١٦٣ .

(٤) التنقيح الرائع ٤ : ٢٨٧ .

صاحبنا مرضاً طويلاً أنفق فيه نفقة كثيرة ؟ قالوا : لا ، ما مرض إلا أياماً قللاً . قالوا : فهل سرق منه شيء في سفره هذا ؟ قالوا : لا . قالوا : فهل اتجر تجارة خسر فيها ؟ قالوا : لا . قالوا : فقد افقدنا أفضل شيء كان معه ، آنية منقوشة بالذهب مكللة بالجواهر ، وقلادة . فقالوا : ما دفع إلينا فأديناه إليكم . فقدّموهما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فأوجب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عليهما اليمين فحلفا ، فخلّا عنها .

ثم ظهرت تلك الآنية والقلادة عليهما ، فجاء أولياء تميم إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالوا : قد ظهر على ابن بندي وابن أبي مارية ما ادّعيناه عليهما . فانتظر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الحكم من الله في ذلك ، فأنزل الله تبارك وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ ﴾ ^(١) فأطلق الله شهادة أهل الكتاب على الوصية فقط ، إذا كان في سفر ولم يجد المسلمين ، ﴿ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْآثِمِينَ ﴾ ^(٢) فهذه الشهادة الأولى التي جعلها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ﴿ فَإِنْ عَثَرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا ﴾ ^(٣) أي : إنها حلفا على كذب ﴿ فَأَخْرَانِ يَقُومَانُ مَقَامَهُمَا ﴾ ^(٤) يعني من أولياء المدعي ﴿ مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ

(١) سورة المائدة ٥ : ١٠٦ .

(٢) سورة المائدة ٥ : ١٠٧ .

بِاللَّهِ»^(١) يحلفان بالله أنهما أحق بهذه الدعوى منهما ، فإنهما قد كذبا فيما حلفا بالله ﴿لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ﴾^(٢).

فأمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أولياء تميم الداري أن يحلفوا بالله على ما أمرهم ، فحلفوا ، فأخذ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم القلادة والآنية من ابن بندي وابن أبي مارية ، وردّهما على أولياء تميم الداري . ﴿ذَلِكَ أَذْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾^{(٣)(٤)}.

هذا ، وليس في القصة ذكر للوصية ، فإن مورد نزول الآية بالنظر إلى هذه الرواية هو النزاع في مال الميت ، فكيف نقول باختصاص القبول بالوصية ؟ ولماذا لا نقبل الشهادة في نظير مورد نزول الآية ، كما لو سافر مسلم مع ذميين ثم مات المسلم ، فاتهم وليه الذميين بأنها قتلاه ، فشهد ذميان آخران على أنه مات حتف أنفه ؟ هذا فيه تأمل .

ثم إنه لم يتعرّض أحد فيها لعلم للبحث في أنه هل يشترط في الإحلاف الإرتياب أو لا ؟ وظاهر الآية هو الإشتراط . إذن ، تكون شهادتهما مقبولة ما لم يحصل ارتياب ، فإن حصل فعلى اليمين ﴿فَإِنْ عُثِرَ عَلَى أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يَقُومَانُ مَقَامَهُمَا...﴾ .

٨- ما المراد من (الضرورة) ؟

جاء في (الوسائل) قيد الضرورة لقبول شهادة الذميين في الوصية^(٥) ، فهل

(١) و(٢) سورة المائدة ٥ : ١٠٧ .

(٣) سورة المائدة ٥ : ١٠٨ .

(٤) وسائل الشيعة ١٩ : ١/٣١٤ . كتاب الوصايا ، الباب ٢١ .

(٥) وسائل الشيعة : ٣٠٩/١٩ .

المراد منها كون المسلم في سفر ، أو المراد كون الوصية ضرورية ، أي لازمة ، كالأمور الواجبة شرعاً وحقوق الناس ، فلو كانت في أمور جزئية أو مستحبة فلا تقبل شهادتهما ؟ الظاهر : إن المراد هو الأول ، وإن كان الصحيح عدم الحاجة إلى إضافة هذا القيد حينئذ ، وعليه ، فتقبل شهادتهما وإن كانت الوصية في أمور غير واجبة شرعاً .

٩ - هل يشترط في القبول عدم من يقوم مقام المسلمين ؟

الأقوى بمناسبة الحكم والموضوع هو الإشتراط ، فإن وجدت أربع نسوة مسلمات فلا تصل النوبة إلى الذميين ، كما أن شهادة المسلم الواحد تقبل مع اليمين في المال كما ذكرنا في كتاب القضاء فيتقدم حينئذ على الذميين ، بإلغاء خصوصية «الرجلين» لمناسبة الحكم والموضوع ، وهو الموافق للإعتبار .
ومع الشك في التقدم ، يكون المرجع العمومات الدالة على عدم قبول شهادة غير المسلم .

طريق ثبوت الإيمان في الشاهد

قال المحقق قدس سره : «ويثبت الإيمان بمعرفة الحاكم أو قيام البيّنة أو الإقرار»^(١) .

أقول : قال في (المسالك) : مرجع الثلاثة إلى الإقرار ، لأن الإيمان أمر قلبي لا يمكن معرفته إلا من معتقده بالإقرار ، ولكن المصنف اعتبر الوسائط بينه وبين

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ .

المقر^(١).

وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله : وفيه : إنه وإن كان أمراً قلبياً ، لكن له آثار ولوازم يمكن بها معرفته بدون الإقرار ، كما هو مشاهد في كثير من الناس ، بل السيرة القطعية عليه ، كغيره من الأمور الباطنة ، ولهذا قال المصنف ما سمعت ، لا لما ذكره ، والأمـر سهل^(٢).

قلت : لكن هنا بحث آخر وهو : إنه إذا كان الإقرار من شرائط الإيمان ، وأنه إذا لم يقر فليس بمؤمن ، فإن الآثار لا تترتب وإن كان الإيمان الباطني معلوماً بآثاره ، كما أنه إذا جحد بلسانه عدّ كافراً وإن كان مستيقناً قلبه . نعم ، لو كان الإيمان هو الاعتقاد الباطني فحسب ، أمكن ترتيب الأثر عليه مع العلم به بآثاره .

وأما إذا كان الإقرار شرطاً للإيمان أو جزءاً ، كان مرجع الأمور الثلاثة إلى الإقرار كما ذكر الشهيد الثاني ، فإن أقرّ وعلم بعد اعتقاده الباطني كان منافقاً ، وتجري في حقه أحكام الإسلام دون الإيمان ، وإن أقرّ ولم يعلم بعدم اعتقاده ولم يكن متبهاً في إقراره ، كان إقراره طريقاً إلى معرفة اعتقاده ، وترتب أحكام الإيمان من قبول الشهادة ونحوه وإن لم يكن هناك شيء من آثار الإيمان . وعلى هذا ، فلو أقرّ ووجد منه آثار الصدق والخير فلا حاجة إلى البيّنة .

فتلخص : قبول شهادة المؤمن الجامع لشرائط القبول على جميع الناس ولجميع الناس ، ويدلّ عليه بالإضافة إلى الإجماع طائفة من الأخبار .

وفي (الجواهر) إن لقوله تعالى : ﴿ وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١٦٤ .

(٢) جواهر الكلام ٤١ : ٢١ .

شَهْدَاءَ عَلَى النَّاسِ ﴿^(١) إشعاراً بذلك ^(٢)﴾.

أي : إن الآية الكريمة وإن كانت ناظرة إلى شأن هذه الأمة في الآخرة كما في بعض الأخبار - ^(٣) إلا أن ذلك لا ينافي الاستفادة منها لما نحن فيه ، ولذا قال : إن فيها إشعاراً به .

وأما الكافر الحربي ، فلا تقبل شهادته على أحد ولو كان من أهل ملّته ، فضلاً عن المسلمين ، للإجماع .

هل تقبل شهادة الذمي على الذمي ؟

قال المحقق : « وهل تقبل شهادة الذمي على الذمي ؟ قيل : لا وكذا لا تقبل على غير الذمي ، وقيل : تقبل شهادة كلّ ملّة على ملّتهم ، وهو استناد إلى رواية سماعة ، والمنع أشبه » ^(٤) .

أقول : هنا أقوال :

أحدها : عدم قبول شهادة الذمي على الذمي وغير الذمي ، في الوصية وغير الوصية ، والقائل به المشهور كما في (الجواهر) ، بل عن جماعة الإجماع على عدم قبولها على المسلم في غير الوصية ^(٥) .

والثاني : قبول شهادة أهل كلّ ملّة على ملّتهم ، والقائل به الشيخ في محكي

(١) سورة البقرة ٢ : ١٤٣ .

(٢) جواهر الكلام ٤١ : ٢٢ .

(٣) الكافي ١ : ١٤٦ / ٢ و ١٤٧ / ٤ . باب إن الأئمة شهداء الله على خلقه .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ .

(٥) جواهر الكلام ٤١ : ٢٢ .

(الخلاف) ^(١) و (النهاية) ^(٢) ، بل عن الأول نسبته إلى أصحابنا ولكن مع اشتراط الترافع إلينا ^(٣) ، لرواية سماعة : قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الملة ؟ قال فقال : لا تجوز إلا على ملّتهم » ^(٤) .

وعن كاشف اللثام : « هو قوي ، إلزاماً لأهل كلّ ملة بما تعتقده ، وإن لم يثبت عندنا ، لفسق الشاهد وظلمه عندنا » ^(٥) .

والثالث : قبول شهادة الكفار بعضهم على بعض وإن اختلف الملتان مع العدالة في دينهم . والقائل به أبو علي الإسكافي ^(٦) لرواية ضريس الكناسي ^(٧) ، ورواية الحلبي ومحمد بن مسلم ^(٨) المذكورتين سابقاً .

وعن كاشف اللثام : « وهو قوي إذا كان الشاهد ذمياً والمشهود عليه حريياً ، كما هو ظاهر الخبر ، لصحته ، ولأن علينا رعاية الذمة ، فلا علينا أن نحكم لهم بشهادتهم على أهل الحرب » ^(٩) .

واختار في (الجواهر) القول الأول ، وفاقاً للمحقق والمشهور ، لأنه أشبه بأصول المذهب وقواعده التي منها معلومية اشتراط الإسلام والإيمان والعدالة في

(١) كتاب الخلاف ٦ : ٢٧٣ ، المسألة ٢٢ .

(٢) النهاية : ٣٣٤ .

(٣) جواهر الكلام ٤١ : ٢٣ ، ٢٤ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٤/٣٩ . كتاب الشهادات ، الباب ٤٠ .

(٥) كشف اللثام ١٠ : ٢٧٣ .

(٦) جواهر الكلام ٤١ : ٢٢ .

(٧) وسائل الشيعة ١٩ : ١/٣٠٩ . كتاب الوصايا ، الباب ٢٠ .

(٨) وسائل الشيعة ١٩ : ٣/٣١٠ . كتاب الوصايا ، الباب ٢٠ .

(٩) كشف اللثام ١٠ : ٢٧٣ .

الشاهد ، المعلوم انتفاؤها إجماعاً في الفرض^(١) .

وقد أجاب عن خبري الحلبي والكناسي بأنهما مع عدم دلالتها على تمام المدعى ، بل الثاني منها لا يوافق إطلاق أبي علي محمولان على إرادة بيان قبول خصوص شهادتهم على المسلم في خصوص الوصية كما صرح به في الخبر الثاني ، بل لعلّ التعليل في الأوّل وهو قوله عليه السلام : إنه لا يصلح ذهاب حق أحديهم إلى ذلك ، بقرينة وجوده في نصوص قبول شهادتهم في الوصية^(٢) .
وعن رواية سماعه المذكورة^(٣) بوجوه :

أحدها : كونها موافقة للمحكي عن أبي حنيفة والثوري .

والثاني : عدم العمل بها إلا من الشيخ .

والثالث : إن مقتضى المحكي عن الشيخ ضعفها عنده ، لأن في سندها العبيدي وقد قال : إنه ضعيف ، استثناءه أبو جعفر ابن بابويه من رجال نواذر الحكمة وقال : إنه لا أروي ما يختص بروايته^(٤) .

قال : مع أن المحكي عن مبسوطه أيضاً اختيار المنع مطلقاً^(٥) ، بل قد سمعت اشتراطه في محكي الخلاف بالترافع إلينا^(٦) ، وقد قال في محكي المختلف : إنما نقول به لأنه إذا ترفعوا إلينا وعدّلوا الشهود عندهم ، فإن الأولى هنا القبول^(٧) ، بل عن

(١) جواهر الكلام ٤١ : ٢٤ .

(٢) جواهر الكلام ٤١ : ٢٣ .

(٣) وسائل الشيعة ١٩ : ٣١١/٥ . كتاب الوصايا ، الباب ٢٠ .

(٤) الفهرست للطوسي : ٤٠٢/٦١٢ . مكتبة المحقق الطباطبائي .

(٥) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٨٧ .

(٦) الخلاف : ٦/٢٧٤ ، المسألة ٢٢ .

(٧) مختلف الشيعة ٨ : ٥٠٦ .

المقداد في التنقيح الميل إليه أيضاً بالمعنى المزبور^(١)، قال بعد أن حكى عن الخلاف ما سمعت : وهذا في الحقيقة قضاء بالإقرار، لما تقدم أنه إذا أقرّ الخصم بعدالة الشاهد حكم عليه، وقد سمعت ما في كشف اللثام^(٢).

أقول : الكفار على خمسة أقسام :

١ - غير أهل الكتاب .

٢ - ٣ - أهل الكتاب ، وهؤلاء ينقسمون إلى أهل الذمة ، وغير أهل الذمة

وهم الحريون . فهذه ثلاثة أقسام

٤ - الكفار المنتحلون للإسلام ، كالمجبرة والمجسمة ومن أنكر شيئاً من

ضروريات الدين .

٥ - النواصب .

والدليل على ما ذهب إليه الشيخ من قبول شهادة أهل كلّ ملة على ملّتهم

غير منحصر بخبر سماعه المذكور ، وإن كانت عبارة المحقق موهمة لذلك^(٣) ، فيدلّ

عليه - مضافاً إليه - خبراً أبي عبيدة الحذاء^(٤) وضرريس الكناسي^(٥).

وقد استدللّ الشيخ نفسه بحديث رواه عن معاذ بن جبل عن رسول الله صلى

الله عليه وآله وسلّم حيث قال : « وروى ابن غنم قال : سألت معاذ بن جبل عن

شهادة اليهود على النصارى ، فقال سمعت النبي صلى الله عليه وآله وسلّم يقول : لا

(١) التنقيح الرائع ٤ : ٢٨٨ .

(٢) جواهر الكلام ٤١ : ٢٤ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٣٦٨ . كتاب الشهادات ، الباب ٣٨ .

(٥) وسائل الشيعة ١٩ : ١/٣٠٩ . كتاب الوصايا ، الباب ٢٠ .

تقبل شهادة أهل دين على غير أهل دينهم إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم»^(١).

قال : « وهذا الذي اخترناه ، والوجه فيه إذا اختاروا الترافع إلينا ، فأما إن لم يختاروا فلا يلزمهم ذلك »^(٢).

وليست عبارته المذكورة تفصيلاً في المسألة كما قد يتوهم ، والحديث المذكور مطلق يعم الشهادة « له » و « عليه » .

ولعل المحقق والقوم لم يعتبروا هذا الحديث ، من جهة أن راويه عامي ، وإن كان مروياً في بعض كتب الخاصة ومورداً للاستناد ، مثل حديث « على اليد ... »^(٣) . ونحوه ، ولعلهم حملوه على التقية لموافقة لرأي كثير من العامة .

وكيف كان ، ففي الأخبار الثلاثة المذكورة غنى وكفاية ، والوجه هو قبول شهادة الذمي من كل ملة على أهل ملته ، سواء كان يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً . وأما الكفار المنتحلون للإسلام ، فإن صدق على كل طائفة منهم أنهم أهل ملة في مقابل ملة الإسلام ، شملتهم الأدلة وإلا فلا .

وأما الكافر الحربي ، فقد عرفت عدم قبول شهادته كغير أهل الكتاب من الكفار .

ثم إن جماعة من الأصحاب استدّلوا لما ذهب إليه الشيخ بقاعدة

(١) عوالي اللئالي ١ : ٤٥٤ / ١٩٢ ، مستدرک الوسائل ١٧ : ٤٣٧ / ٤ ، المغني لابن قدامة ١٢ : ٥٥ ، المجموع ٢٠ : ٢٢٦ .

(٢) كتاب الخلاف : ٢٧٤ / ٦ .

(٣) عوالي اللئالي ١ : ٢٢٤ / ١٠٦ ، مسند أحمد : ٨ / ٥ .

الإلزام^(١) وأضاف المقداد في (التنقيح) قاعدة الإقرار^(٢) والوجه في التمسك بقاعدة الإلزام في هذا المقام هو عدم اختصاص الأخبار الواردة في هذه القاعدة بالعامّة ، بل إنها تشمل غير المسلمين أيضاً ، فمن أخبار القاعدة: قوله عليه السلام : « من كان يدين بدين قوم لزمته أحكامهم »^(٣) .

وعن عبد الله بن طاوس قال : « قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام : إن لي ابن أخ زوجته ابنتي ، وهو يشرب الشراب ويكثر ذكر الطلاق ، فقال : إن كان من إخوانك فلا شيء عليه ، وإن كان من هؤلاء فأبناها منه فإنه عني الفراق ، قال قلت : أليس قد روي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : إيتاكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس فإنهن ذوات الأزواج ؟ فقال : ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء ، إنه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم »^(٤) .

وعن علي بن جعفر « أنه سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن يهودي أو نصراني طلق تطليقة ثم أسلم هو وأمرأته ، ما حالها ؟ قال : ينكحها نكاحاً جديداً . قلت : فإن طلقها بعد إسلامه تطليقة أو تطليقتين ، هل تعتدّ بما كان طلقها قبل إسلامها ؟ قال : لا تعتدّ بذلك »^(٥) .

فالحاصل : عدم اختصاص المطلب بالعامّة .

وعلى هذا ، فإن اختص الإلزام بموارد الأخبار فهو ، وإن كان مفادها هو

(١) مختلف الشيعة ٨ : ٥٠٦ ، كشف اللثام ١٠ : ٢٧٣ .

(٢) التنقيح الرائع ٤ : ٢٨٨ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٢ : ١٠ / ٧٤ . أبواب مقدمات الطلاق ، الباب ٣٠ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٢ : ١١ / ٧٥ . أبواب مقدمات الطلاق ، الباب ٣٠ .

(٥) وسائل الشيعة ٢٢ : ١ / ١٦٩ . أبواب أقسام الطلاق ، الباب ٣١ .

القبول مطلقاً تمّ الإستدلال بالقاعدة في محلّ الكلام ، لكن حديث معاذ بن جبل صالح للإستدلال بمفهومه على القبول في أهل دينهم ، إلا أنه لا يخلو من كلام كما تقدم .

ثم إن معنى الإلزام ، هو جعل هذا الطلاق مثلاً صحيحاً بالنسبة إلى المسلمين ، فيجوز للمسلم نكاح هذه المرأة من باب الإلزام ، وهذا شيء يستبعده الذهن ، لأن المفروض كونها زوجة له ، لأن لكل قوم نكاحاً ، والطلاق يشترط فيه عند المسلمين شروط هي مفقودة بحسب الفرض ، فكيف يكون الطلاق الباطل مجوّزاً لنكاح المسلم تلك المرأة ؟

فقليل : إن هذا نظير تصرف ذي الخيار في مورد الخيار ، ففي الآن الذي يعقد عليها المؤمن تكون مطلقة طلاقاً صحيحاً من زوجها فيصح له نكاحها ، وأما قبل ذلك فهي باقية على الزوجية للمطلق ، نظير تصرف ذي الخيار حيث يكون الشيء في ذلك الوقت ملكاً له .

لكن هذا يخالف الرواية التي جاء فيها إنه : « ذكر عند الرضا عليه السلام بعض العلويين ممن كان ينتقصه ، فقال عليه السلام : أما إنه مقيم على حرام ، قلت : جعلت فداك ، وكيف وهي امرأته ؟ قال عليه السلام : لأنه قد طلقها ، قلت : كيف طلقها ؟ قال : طلقها وذاك دينه فحرمت عليه »^(١) .

أقول : والأمر بالنسبة إلى الكفار أسهل ، لأنهم إذا عملوا بشرائط الذمّة يعاملون في أعمالهم معاملة الصحة ، سواء كان طلاقاً أو غيره ، فيكون نظير النجاسة في ثوب المصلي ، حيث أن العلم بها موجب لبطلان الصلاة ، وإلا فهي

(١) وسائل الشيعة ٢٢ : ٢٢٧/٢ . أبواب مقدمات الطلاق ، الباب ٣٠ .

صحيحة وإن كانت على ثوبه . وهنا ، لما لم يكن المطلق عالماً باشتراط العدلين مثلاً يكون طلاقه صحيحاً ويترتب عليه الأثر .

هذا ، وبناءً على عدم قبول شهادتهم على أمثالهم ، فهل تقبل لأمثالهم ؟ قال العلامة في (المختلف) : لا^(١) ، والشيخ يقول : نعم^(٢) .

وفي (المستند) : وظهر مما ذكرنا أنه لم تخرج من الأصل إلا صورة واحدة وهي شهادة أهل كل ملة على أهل ملته خاصة ، وهل تقبل له ؟ الظاهر : لا ، للأصل . إلا إذا كانت عليه أيضاً فتسمع ، لأن قبول الشهادة عليه بالدليل ، وعدم قبولها له بالأصل ، والدليل مقدّم على الأصل^(٣) .

قلت : الأظهر : إن « على » في أخبار الباب وكذا في قوله تعالى ﴿ وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ ﴾^(٤) ليس بمعنى « الضرر » حتى لا تقبل في غيره ، مع أن في كل مورد يوجد « عليه » يوجد « له » ، لأن المفروض كون الطرفين من أهل ملة واحدة ، اللهم إلا أن لا يكون طرف آخر ، كما لو كان قد أوصى بصرف كذا من ماله على المعبد مثلاً ، لكنه قليل .

نعم ، لو شك في القبول ، فالأصل عدمه ، كما لا يخفى .

(١) مختلف الشيعة ٨ : ٥٠٦٥٥ .

(٢) النهاية : ٣٣٤ .

(٣) مستند الشيعة ١٨ : ٣٥ .

(٤) سورة البقرة ٢ : ١٤٣ .

الوصف الرابع : العدالة

قال المحقق : « الرابع : العدالة ، إذ لا طمأنينة مع التظاهر بالفسق »^(١) .
أقول : التعليل بعدم الطمأنينة بشهادة الفاسق ربما يفيد قبول شهادة الفاسق
مع إفادة الطمأنينة ، وأيضاً : ربما يفيد قوله : مع التظاهر بالفسق قبول الشهادة من
الفاسق غير المتظاهر بالفسق .
لكن الإلزام بالأمرين مشكل .

فالصحيح : الاستدلال بالكتاب والسنة والإجماع في كلمات غير واحد من
الأصحاب ، على اعتبار وصف العدالة^(٢) في الشاهد ، وعدم قبول شهادة الفاسق .
أما الكتاب ، فقد استدلل بآيات منه ، كقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ
مِّنكُمْ ﴾^(٣) وقوله تعالى في الوصية ﴿ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾^(٤) فإن اعتبار العدالة
في الشاهد على الوصية يقتضي اعتبارها في غيرها بالأولية ، وقوله تعالى : ﴿ مِمَّنْ

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ .

(٢) ذكر السيد الاستاذ في تعليقه على العروة وعلى الوسيلة : إن العدالة نفس الاجتناب عن الكبائر ، الناشئة
عن الحالة النفسانية المعبر عنها بالملكة وإن حسن الظاهر كاشف عن وجودها .
وقد استظهر دام ظلّه هذا الذي اختاره من صحيحة عبد الله بن أبي يعفور المذكورة في المتن ، حيث تكلم
بعض الشيء في شرح العدالة ، وتعرض للأقوال المذكورة فيها ، ولعلنا ننشر ذلك في رسالة مستقلة بإذن
الله .

(٣) سورة الطلاق ٦٥ : ٢ .

(٤) سورة المائدة ٥ : ١٠٦ .

تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ»^(١).

وأما السنّة ، فبالأخبار الكثيرة الواردة في الأبواب المختلفة ، كالوارد في شهادة المملوك : « لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً »^(٢) وفي شهادة المكاري والجمّال والملاح : « ما بأس بهم ، تقبل شهادتهم إذا كانوا صلحاء »^(٣) وفي شهادة الضيف : « لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً صائناً »^(٤) إلى غير ذلك .

ومن أشهر الأخبار في مسألة العدالة وتعريفها واعتبارها في الشهادات : صحيحة عبد الله بن أبي يعفور قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم وعليهم ؟

قال : أن تعرفوه بالستر والعفاف وكفّ البطن والفرج واليد واللسان ، ويعرف باجتناب الكبائر التي أوعدها الله عليها النار ، من شرب الخمر والزنا والربا وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وغير ذلك .

والدلالة على ذلك كلّ : أن يكون ساتراً لجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين ما وراء ذلك من عثراته وعيوبه وتفتيش ما وراء ذلك ، ويجب عليهم تركيته وإظهار عدالته في الناس ، ويكون منه التعاهد للصلوات الخمس إذا واطب عليهن ، وحفظ مواقيتهن بحضور جماعة من المسلمين ، وأن لا يتخلف عن جماعتهم في مصلاهم إلا من علة ، فإذا كان كذلك لازماً لمصلاه عند حضور الصلوات الخمس . فإذا سئل عنه في قبيلته ومحلّته قالوا : ما رأينا منه إلا خيراً ،

(١) سورة البقرة ٢ : ٢٨٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٣٤٥ . كتاب الشهادات ، الباب ٢٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٣٨١ . كتاب الشهادات ، الباب ٣٤ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٠/٣٩٥ . كتاب الشهادات ، الباب ٤١ .

مواظباً على الصلوات، متعاهداً لأوقاتها في مصلاه . فإن ذلك يجيز شهادته وعدالته بين المسلمين .

وذلك أن الصلاة ستر وكفارة للذنوب ، وليس يمكن الشهادة على الرجل بأنه يصلي إذا كان لا يحضر مصلاه ، ويتعاهد جماعة المسلمين ، وإنما جعل الجماعة والإجماع إلى الصلاة لكي يعرف من يصلي ممن لا يصلي ، ومن يحفظ مواقيت الصلاة ممن يضيع ، ولولا ذلك لم يمكن أحد أن يشهد على آخر بصلاح ، لأن من لا يصلي لا صلاح له بين المسلمين ، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم هم بأن يحرق قوماً في منازلهم لتركهم الحضور لجماعة المسلمين، وقد كان فيهم من يصلي في بيته فلم يقبل منه ذلك ، وكيف يقبل شهادة أو عدالة بين المسلمين ممن جرى الحكم من الله عز وجل ومن رسوله صلى الله عليه وآله وسلم فيه الحرق في جوف بيته بالنار ، وقد كان يقول : لا صلاة لمن لا يصلي في المسجد مع المسلمين إلا من علة^(١) .

إنما الكلام في ما يزيل العدالة وما لا يزيلها :

قال المحقق قدس سره : «ولا ريب في زوالها بمواقعة الكبائر ، كالقتل والزنا واللواط وغصب الأموال المعصومة»^(٢) .

البحث في ما يزيل العدالة

أقول : هنا جهات من البحث :

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٩١ / ١ . كتاب الشهادات ، الباب ٤١ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٦ ١٢٧ .

فالأولى : هل المعاصي منقسمة في الشرع إلى كبائر وصغائر ؟
لا مجال لإنكار أن طائفة من المعاصي كبائر ، ويدلّ على ذلك من الكتاب قوله تعالى : ﴿إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ﴾^(١) . والآية الكريمة : ﴿مَالِ هَذَا الْكِتَابِ لَا يُغَادِرُ صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً إِلَّا أَحْصَاهَا﴾^(٢) . ومن السنة أخبار كثيرة يأتي بعضها .

والثانية : في معنى الآية الأولى من الآيتين المذكورتين ، فإن ظاهرها التكفير للصغيرة باجتتاب الكبيرة حتى مع عدم التوبة ، وهذا يوجب الجرأة على المعصية ، إذ الإنسان يتعمّد غالباً المعصية إن أمن العذاب ، مع أن الله عز وجل لا يأذن بالمعصية بالضرورة .

كما أن ما ورد عنهم عليهم السلام من أنه « لا صغيرة مع الإصرار ولا كبيرة مع الاستغفار »^(٣) ظاهر في عدم المؤاخذه على الصغيرة التي لا يكون معها إصرار^(٤) .

قال المحدث الكاشاني بتفسير الآية : « وفي المجمع نسب إلى أصحابنا أن المعاصي كلّها كبيرة ، لكن بعضها أكبر من بعض ، وليس في الذنوب صغيرة ، وإنما يكون صغيراً بالإضافة إلى ما هو أكبر واستحقاق العقاب عليه أكثر »^(٥) .

قيل : وتوفيقه مع الآية أن يقال : من عنّ له أمران ودعت نفسه إليهما بحيث

(١) سورة النساء ٤ : ٣١ .

(٢) سورة الكهف ١٨ : ٤٩ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥ : ٣/٣٣٧ . أبواب جهاد النفس ، الباب ٤٨ .

(٤) وإليه ذهب جمع من علمائنا كالبهائي والمجلسي وصاحب الجواهر قدست أسرارهم .

(٥) مجمع البيان ٢ : ٣٨ .

لا يتألك ، فكفّها عن أكبرهما ، كفر عنه ما ارتكبه ، لما استحق عليه من الثواب على اجتناب الأكبر ، كما إذا تيسر له النظر بشهوة والتقبيل ، فاكتفى بالنظر عن التقبيل . ولعلّ هذا مما يتفاوت أيضاً باعتبار الأشخاص والأحوال ، فإن حسنات الأبرار سيئات المقربين ، ويؤاخذ المختار بما يعنى عن المضطرين .

أقول : ظاهر الآية والأخبار الواردة في تفسيرها وتفسير الكبائر يعطي تمايز كل من الصغيرة والكبيرة عن صاحبها ، كما لا يخفى على من تأمل فيها ، وما نسبته في المجمع إلى أصحابنا لا مستند له ، وقول الموفق يعطي أن من قدر على قتال أحد فقطع أطرافه كان قطع أطرافه مكفراً ، وهو كما ترى ، فلا بد لكلامه وكلام الأصحاب من توجيه حتى يوافقا الظواهر^(١) .

وفي (الميزان) بعد أن نفى الريب في دلالة الآية على انقسام المعاصي إلى كبائر وصغائر ، وأن الصغائر سميت في الآية بالسيئات ، وأن الآية في مقام الإمتنان جعل مساق الآية مساق الآية الداعية إلى التوبة التي بعد غفران الذنوب ، قال : «هي تفرع أسماع المؤمنين بعناية لطيفة إلهية أنهم إن اجتنبوا البعض من المعاصي كفر عنهم البعض الآخر ، فليس إغراء على ارتكاب المعاصي الصغار ، فإن ذلك لا معنى له ، لأن الآية تدعو إلى ترك الكبائر بلا شك ، وارتكاب الصغيرة من جهة أنها صغيرة لا يعبأ بها ويتهاون في أمرها ، يعود مصداقاً من مصاديق الطغيان والاستهانة بأمر الله سبحانه ، وهذا من أكبر الكبائر ، بل الآية تعد تكفير السيئات من جهة أنها سيئات لا يخلو الإنسان المخلوق على الضعف المبني على الجهالة من

(١) الصافي في تفسير القرآن ١ : ٤١٢ .

ارتكابها بغلبة الجهل والهوى عليه»^(١).

قلت : إن الألفاظ الإلهية بالنسبة إلى المؤمنين في باب العفو والمغفرة تتجلى في التوبة ، وفي الشفاعة ، وفي إذهاب الحسنات للسيئات ، وفي غفران الله سبحانه الذنوب لمن يشاء إلا الشرك به عز وجل ... لكن جعل مساق الآية الكريمة : ﴿إِنْ تَجْتَنِبُوا...﴾ مساق ما يدل على التوبة ، خلاف الظاهر ، للفرق بين التوبة ومدلول الآية ، لأن سد باب التوبة يوجب اليأس والقنوط من رحمة الله ، والإنسان إذا يئس توغل في المعاصي وأفرط في المخالفة ، بخلاف فتح هذا الباب ، فإنه لا يسبب ذلك ، أما مدلول الآية الشريفة فظاهره الوعد بتكفير الصغائر وعدم المؤاخذه عليها دائماً ، بشرط اجتناب الكبائر .

فالجواب المذكور غير مقنع ، وتفصيل الكلام في بيان معنى الآية الكريمة ، بحيث يساعده ظاهرها وينطبق على سائر الأدلة ، له مجال آخر .

والثالثة : لو اشتبهت عليه المعصية ، فلم يعلم هل هي كبيرة أو صغيرة ، فإن مقتضى حكم العقل الاجتناب عنها ، لأن العقل يحكم بلزوم معاملة كل معصية معاملة الكبيرة المؤاخذه عليها حتى لا يقع في المعصية الكبيرة في الواقع ، وذلك ، لأن البيان الشرعي على وجوب اجتناب الكبائر واصل ، والعقل يرشد إلى الإطاعة والإمتثال ، فإذا خالف استحق العقاب ، لعدم كونه من العقاب بلا بيان .

وهل يسقط عن العدالة بارتكاب المشكوك في كونها معصية كبيرة ؟

ظاهر الآية : ﴿إِنْ تَجْتَنِبُوا...﴾ وجوب ترك ذات المعصية الكبيرة لا ، الترك بعنوان الكبيرة ، ولكن إذا كانت العدالة هي الملكة ، فإن الملكة تمنع من ارتكاب

(١) الميزان في تفسير القرآن ٤ : ٣٢٥ .

الكبيرة المعلوم كونها كبيرة ، وعلى هذا ، فارتكاب المعصية المحتمل كونها كبيرة لا يضرّ بالعدالة .

الرابعة : إن تشخيص الكبيرة من غيرها لا يكون إلا بالأدلة من الكتاب والسنة المعتبرة ، إذ لا سبيل لعقولنا إلى ذلك ، لجهلنا بملاكات الأحكام الشرعية ودرجات القبح في المحرمات .

وقد اختلف علماءنا في معنى «الكبيرة» على أقوال ، وذكر الشيخ الأنصاري خمسة أمور يثبت بها كون المعصية كبيرة^(١) ، لكن قال السبزواري في (الكفاية) : «والأشهر الأقوى أن الكبيرة كلّ ذنب توعدّ عليه بالوعيد في الكتاب المجيد ، وفي حصره خلاف»^(٢) .

قلت : قد عقد في الوسائل باباً لتعيين الكبائر التي يجب اجتنابها ، ووردت الضابطة المذكورة في بعض تلك الأخبار ، واشتمل بعضها على الاستشهاد بآيات الكتاب ، ولنذكر واحداً منها تيمناً :

عن عبد العظيم الحسني ، عن أبي جعفر الثاني ، عن أبيه ، عن جدّه عليهم السلام قال : «دخل عمرو بن عبيد على أبي عبد الله عليه السلام ، فلما سلّم وجلس تلا هذه الآية : ﴿الَّذِينَ يَحْتَبِرُونَ كِبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشِ﴾^(٣) ثم أمسك ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : ما أسكتك ؟ قال : أحبّ أن أعرف الكبائر من كتاب الله عز وجل ، فقال : نعم ، يا عمرو .

أكبر الكبائر الإشراك بالله ، يقول الله : ﴿مَنْ يُشْرِكْ بِاللّهِ فَقَدْ حَرَّمَ اللّهُ عَلَيْهِ

(١) كتاب المكاسب ٣ : ١٨٦ ١٨٨ . نشر اسماعيليان .

(٢) كفاية الفقه ٢ : ٧٤٥ .

(٣) سورة النجم ٥٣ : ٣٢ .

الجنة ﴿١﴾ .

وبعده اليأس من روح الله ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿لَا يَنَاسُ مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ﴾ (١) .

ثم الأمن من مكر الله ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿فَلَا يَأْمَنُ مَكْرَ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْخَاسِرُونَ﴾ (٢) .

ومنها عقوق الوالدين ، لأن الله سبحانه جعل العاق جباراً شقيماً .

وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿فَجَزَاءُهَا جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا﴾ (٣) إلى آخر الآية .

وقذف المحصنة ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (٤) .

وأكل مال اليتيم ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾ (٥) .

والفرار من الزحف ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿وَمَنْ يُؤْمِدْ ذُبْرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفاً لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إِلَى فِتْنَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ﴾ (٦) .

(١) سورة يوسف ١٢ : ٨٧ .

(٢) سورة الأعراف ٧ : ٩٩ .

(٣) سورة النساء ٤ : ٩٣ .

(٤) سورة النور ٢٤ : ٢٣ .

(٥) سورة النساء ٤ : ١٠ .

(٦) سورة الأنفال ٨ : ١٦ .

وأكل الربا ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ (١).

والسحر ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ خَلَقٍ﴾ (٢).

والزنا ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا * يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا﴾ (٣).

واليمين الغموس الفاجرة ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ﴾ (٤).

والغلول ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ (٥).

ومنع الزكاة المفروضة ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿فَتُكَوَّى بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وَظُهُورُهُمْ﴾ (٦).

وشهادة الزور وكتمان الشهادة ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ (٧).

وشرب الخمر ، لأن الله عز وجل نهى عنها كما نهى عن عبادة الأوثان .

(١) سورة البقرة ٢ : ٢٧٥ .

(٢) سورة البقرة ٢ : ١٠٢ .

(٣) سورة الفرقان ٢٥ : ٦٨ ٦٩ .

(٤) سورة آل عمران ٣ : ٧٧ .

(٥) سورة آل عمران ٣ : ١٦١ .

(٦) سورة التوبة ٩ : ٣٥ .

(٧) سورة البقرة ٢ : ٢٨٣ .

وترك الصلاة متعمداً أو شيئاً مما فرض الله عز وجل ، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : من ترك الصلاة متعمداً فقد برئ من ذمة الله وذمة رسوله .
ونقض العهد وقطيعة الرحم ، لأن الله عز وجل يقول : ﴿لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ﴾^(١) .

قال : فخرج عمرو وله صراخ من بكائه وهو يقول : هلك من قال برأيه ونازعكم في الفضل والعلم»^(٢) .
فالكبيرة كل ذنب توعد عليه في الكتاب ، أو عد من الكبائر في السنة .

الإصرار على الصغائر الكبيرة

قال المحقق قدس سره : « وكذا بمواقعة الصغائر مع الإصرار أو في الأغلب »^(٣) .

أقول : ظاهر الآية الشريفة : ﴿إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ﴾^(٤) عدم زوال العدالة بمواقعة الصغائر مطلقاً ، لكن يدل على ذلك عدة من الأخبار :

١ - في كتاب التوحيد عن محمد بن أبي عمير قال : « سمعت موسى بن جعفر عليه السلام يقول : من اجتنب الكبائر من المؤمنين لم يسئل عن الصغائر قال الله تعالى ﴿إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا

(١) سورة الرعد ١٣ : ٢٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥ : ٣١٨ / ٢ . أبواب جهاد النفس ، الباب ٤٦ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٧ .

(٤) سورة النساء ٤ : ٣١ .

كَرِيماً ﴿١﴾ . قال قلت : فالشفاعة لمن تجب ؟ فقال : حدثني أبي عن آبائه عن علي عليهم السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إنما شفاعتي لأهل الكبائر من أمتي ، فأما المحسنون فما عليهم من سبيل .

قال ابن أبي عمير فقلت له : يا ابن رسول الله ، فكيف تكون الشفاعة لأهل الكبائر ، والله تعالى يقول ﴿وَلَا يَشْفَعُونَ إِلَّا لِمَنِ ارْتَضَى﴾ ^(١) ومن يرتكب الكبائر لا يكون مرتضى ؟

فقال : يا أبا أحمد ، ما من مؤمن يذنب ذنباً إلا ساءه ذلك وندم عليه ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : كفى بالندم توبة ، وقال : من سرته حسنته وساءته سيئته فهو مؤمن ، فمن لم يندم على ذنب يرتكبه فليس بمؤمن ولم تجب له الشفاعة - إلى أن قال - قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : لا كبير مع الاستغفار ولا صغير مع الإصرار ، الحديث ^(٢) .

٢ - أبو بصير : قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « لا والله ، لا يقبل الله شيئاً من طاعته على الإصرار على شيء من معاصيه » ^(٣) .

٣ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام « قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من علامات الشقاء : جمود العين ، وقسوة القلب ، وشدة الحرص في طلب الدنيا ، والإصرار على الذنب » ^(٤) .

٤ - جابر عن أبي جعفر عليه السلام « في قول الله عز وجل ﴿وَلَمْ يُصِرُّوا﴾

(١) سورة الأنبياء ٢١ : ٢٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥ : ٣٣٥ / ١١ . أبواب جهاد النفس ، الباب ٤٧ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥ : ٣٣٧ / ١ . أبواب جهاد النفس ، الباب ٤٨ .

(٤) وسائل الشيعة ١٥ : ٣٣٧ / ٢ . أبواب جهاد النفس ، الباب ٤٨ .

عَلَى مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ»^(١) قال : الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر الله ، ولا يحدث نفسه بالتوبة ، فذلك الإصرار»^(٢).

٥ - عبد الله بن إبراهيم الجعفري ، عن جعفر بن محمد عن أبيه صلى الله عليه وآله وسلم «قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من أذنب ذنباً وهو ضاحك دخل النار وهو باكي»^(٣).

هذا ، واختلفت تعبيرات القوم في معنى «الإصرار» .
فقليل : إنه الإكثار من فعل الصغيرة ، سواء كانت من نوع واحد أو أنواع مختلفة .

وقيل : إنه المداومة على فعل واحد من الصفات .
وقيل : يحصل بكلّ منها^{(٤)(٥)}.



مركز تحقيقات كليات علوم إسلامي

(١) سورة آل عمران ٣ : ١٣٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥ : ٣٣٨ / ٤ . أبواب جهاد النفس ، الباب ٤٨ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥ : ٣٣٨ / ٥ . أبواب جهاد النفس ، الباب ٤٨ .

(٤) مسالك الأفهام ١٤ : ١٦٨ ، جواهر الكلام ٤١ : ٢٧ .

(٥) ذكر في المحجة البيضاء ، وجامع السعادات ، ما ملخصه : إن الصغيرة قد تكبر بأسباب :
١ - الإصرار والمواظبة ، ولذلك قال الصادق عليه السلام : لا صغيرة مع الإصرار ولا كبيرة مع الاستغفار .

٢ - استصغار الذنب وعدم استعظامه ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : «إنقوا المحقرات من الذنوب فإنها لا تغفر...» وقال أمير المؤمنين عليه السلام : «أشدّ الذنوب ما استخف به صاحبه» .

٣ - أن يأتي الصفات ولا يبالي بفعلها ، إغتراراً بحلم الله وستره .

٤ - السرور بالصغيرة ، قال أمير المؤمنين عليه السلام : «سيئة تسوءك خير من حسنة تعجبك» .

٥ - أن يذنب ويظهر ذنبه ، بأن يذكره بعد إتيانه ، أو يأتي به في مشهد غيره .

٦ - أن يكون الآتي بالصغيرة عالماً يقتدي به الناس .

وقد ضعف في (الجواهر) القول بأنه عدم التوبة ، لكون ما يدلّ عليه وهو خبر جابر المذكور في ضعيف السند ، على أن الصغيرة تقع مكفرة لا تحتاج إلى توبة ، قال : بل لعنه مخالف لكلام أهل اللغة^(١) .

ولو ارتكب الصغيرة عازماً على فعلها مرة أخرى أو عزم على إيقاع الصفائر ولم يفعل بعد ، فهل تزول عدالته ؟ قال في (الجواهر) : الظاهر عدم إحراز وصف العدالة معه^(٢) .

أي لا احتمال صدق «الإصرار» ، وحينئذ لا تقبل شهادته ، لا اعتبار وجود وصف العدالة في الشاهد ، وهذا يكون بناء على عدم وجوب التوبة ، وأما على وجوبها ، فإن العازم على المعاودة على المعصية تارك للواجب ، وترك الواجب معصية كبيرة ، بل إن الإكثار من الارتكاب والتوبة لا يبعد أن يكون إصراراً على المعصية .

وأما بناءً على عدم وجوب التوبة ، فإن العزم على المعصية ليس معصية ، والمفروض عدم الواقعة ثانية بعد ، فلا وجه للتوقف في قبول شهادته ، اللهم إلا أن يكون ترك التوبة «إصراراً» كما يفيد خبر جابر عن الباقر عليه السلام ، لكن قد عرفت تضعيفه إياه^(٣) .

هذا كله في الصغيرة على الحال الذي عرفت .

قال المحقق : «أما لو كان في الندرة ، فقد قيل : لا يقدر ، لعدم الانفكاك منها إلا في ما يقلّ ، فاشتراطه التزام للأشق ، وقيل : يقدر ، لا مكان التدارك

(١) جواهر الكلام ٤١ : ٢٧ .

(٢) جواهر الكلام ٤١ : ٢٨ .

(٣) جواهر الكلام ٤١ : ٢٧ .

بالاستغفار، والأول أشبه .

أقول : نسب القول الأوّل إلى المشهور واختاره المحقق ، وجعله صاحب (الجواهر) أشبه بأصول المذهب وقواعده^(١) ، والقول الثاني إلى ابن ادریس .
وقد استدللّ المحقق للأوّل : بأن الإنسان لا ينفكّ من الواقعة الصغيرة ، فاشتراطه التزام للأشق ، إذ تتوقف شئون الناس وأمورهم المعتبر فيها العدالة ، فيقعون في الحرج ، وهو منفي في الشرع لقوله تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾^(٢) أو يقع الشخص غير المنفك نفسه في حرج ، ولكن النهي عن الواقعة يكشف عن عدم كون الترك حرجياً .

قلت : أيّ مشقة في ترك الصغائر ؟ فإن كلّ مؤمن متشرّع ملتفت إلى الأحكام يمكنه الترك بلا عسر ولا حرج ، فما ذكره غير واضح عندنا .
نعم ، الدليل ما ذكره في (الجواهر) من أن الصغيرة بلا إصرار مكفّرة باجتناب الكبائر^(٣) ، فلا حاجة حينئذ إلى التوبة ، وبه يتضح الجواب عن دليل القول الثاني .

قال المحقق : « وربما توهم وأهم أن الصغائر لا تطلق على الذنب إلا مع الإحباط ، وهذا بالإعراض عنه حقيق ، فإن إطلاقها بالنسبة ، ولكلّ فريق اصطلاح »^(٤) .

أقول : قد أشرنا إلى انقسام المعاصي إلى كبائر وصغائر ، كما دلّت عليه

(١) جواهر الكلام ٤١ : ٢٩ .

(٢) سورة الحج ٢٢ : ٧٨ .

(٣) جواهر الكلام ٤١ : ٢٨ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٧ .

الآيات والأخبار ، وأن الأشهر هو القول بأن الكبيرة ما أوعده الله عليه النار وتقابلها الصغيرة . وذهب جماعة إلى أن الذنوب كلها كبيرة إلا أن بعضها أكبر من بعض ، وليس في الذنوب صغيرة ، وإنما يكون صغيراً بالإضافة إلى ما هو أكبر . وأشار هنا إلى أن من الأصحاب من قال بأن الصغائر لا يطلق على الذنوب إلا على مذهب القائلين بالإحباط ، قال : وهذا وهم ، لأن الكبائر قد اعتبرها من قال بالإحباط ، وكذا من أبطله وهم الامامية ، كما عرفت ^(١) .

قال في (المسالك) : على أن القائل بالإحباط يعتبر الأكثر من الطاعة والمعصية ، فيثبت منه ما زاد عن مقابله من أي نوع كان من أنواع المعاصي ، فربما كانت المعصية المخصوصة على هذا مما يحبط عن شخص ويبقى على آخر بالنظر إلى ما يقابلها من الطاعة ، فلا يتحقق الصغيرة في نوع من أنواع

(١) قال الشيخ المفيد (أوائل المقالات : ٩٦) : « لا تحاطب بين المعاصي والطاعات ، ولا الثواب والعقاب » وفي التجريد : الإحباط باطل لاستلزامه الظلم ، ولقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴾ قال العلامة في شرحه (شرح تجريد الاعتقاد : ٣٢٧) : « اختلف الناس هنا ، فقال جماعة من المعتزلة بالإحباط والتكفير ، ومعناهما أن المكلف يسقط ثوابه المتقدم بالمعصية المتأخرة ، أو يكفر ذنوبه المتقدمة بالطاعة المتأخرة . ونفاهما المحققون .

ثم القائلون بهما اختلفوا ، فقال أبو علي : إن المتأخر يسقط المتقدم ويبقى على حاله ، وقال أبو هاشم : إنه ينتفي من الأقل بالأكثر ، وينتفي الأكثر بالأقل ما ساواه ويبقى الزائد مستحقاً ، وهذا هو الموازنة . ويدل على بطلان الإحباط : إنه يستلزم الظلم ، لأن من أساء وأطاع ، وكانت إساءة أكثر يكون بمنزلة من لم يحسن ، وإن كان إحسانه أكثر يكون بمنزلة من لم يسي ، وإن تساوى يكون مساوياً لمن يصدر عنه أحدهما ، وليس كذلك عند العقلاء ، ولقوله تعالى ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ ... ﴾ والإيفاء بوعده ووعيده واجب . ثم ذكر دليل بطلان الموازنة .

وفي مجمع البحرين (مجمع البحرين ١ : ٣٥٤) : « لو قيل ببطلان الإحباط والموازنة ، والقول بالتكفير من باب العفو والتفضل ، لم يكن بعيداً ، وظواهر الأدلة تؤيده » .

المعاصي . ومن ثم أطلق على هذا الفهم الوهم ، وجعله حقيقياً بالإعراض عنه^(١) .
ثم على تقدير إطلاق القائلين بالإحباط لفظة «الصغيرة» على ما يحى
بالذنوب ، فهو اصطلاح لهم ، وإطلاقها عند الفقهاء على ما ذكرنا بحسب ما يدل
عليه الكتاب والسنة اصطلاح آخر ، ولكل فريق اصطلاح .

هل يقدح ترك المندوبات ؟

قال : «ولا يقدح في العدالة ترك المندوبات ولو أصرّ مضرباً عن الجميع ، ما
لم يبلغ حدّاً يؤذن بالتهاون بالسنة»^(٢) .
أقول : ظاهر العبارة كفاية إتيان بعض المندوبات ، لكن في (المسالك) : «لو
اعتاد ترك صنف منها كالجماعة والنوافل ونحو ذلك فترك الجميع ، لاشتراكهما في
العلة المقتضية لذلك ، نعم ، لو تركها أحياناً لم يضر»^(٣) .
أقول : لكن الإنصاف وفاقاً للجواهر عدم خلوّه من البحث إن لم يكن
إجماعاً ، ضرورة عدم المعصية في ترك جميع المندوبات ، أو فعل جميع المكروهات ،
من حيث الإذن فيها فضلاً عن ترك صنف منها ، ولو للتكاسل والتشاغل منه .
واحتال كون المراد بالتهاون الاستخفاف فيه ، يدفعه : أن ذلك من الكفر
والعصيان ، ولا يعبر عنه ببلوغ الترك حدّ التهاون ، كما هو واضح^(٤) .

(١) مسالك الأفهام ٤ : ١٧١ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٧ .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ١٧٢ .

(٤) جواهر الكلام ٤١ : ٣٠ .

هل تعتبر المروءة ؟

بقي شيء : وهو أن المحقق قدّس سرّه لم يتعرّض للمروءة ، فهل هي جزء من العدالة أو شرط في قبول الشهادة ، أو لا ؟

قال في (الجواهر) : كأن المحقق لم يجعل ترك المروءة قادحاً في العدالة أو يتوقف في ذلك ، وهو قول محكي عن بعض العلماء ، من حيث أن منافيتها منافية للعادة لا الشرع .

والمحكي عن الأشهر : اعتبارها في الشهادة ، فالمشهور على أنها شطر من العدالة ، وقيل : هي خارجة عنها لكنها شرط في قبول الشهادة كالعدالة ، وقد أغرب العلامة في القواعد حيث جمع بين الأمرين ، فجعلها جزء من العدالة^(١) ثم جعلها شرطاً آخر كالعدالة^(٢) لقبول الشهادة^(٣) .
هذا بالنسبة إلى الأقوال^(٤) .

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٩٤ .

(٢) قواعد الأحكام ٣ : ٤٩٥ .

(٣) جواهر الكلام ٤١ : ٣١٣٠ .

(٤) كما في الجواهر . وفي رسالة الشيخ الأعظم (رسائل فقهية : ١٧) : المشهور بين من تأخر عن العلامة اعتبار المروءة في مفهوم العدالة ، وهو الذي يلوح من عبارة المبسوط أما كلام غير الشيخ ممن تقدم على العلامة فلا دلالة فيه بل ولا إشعار على ذلك . وممن لم يعتبر المروءة في العدالة : المحقق في الشرائع والنافع ، وتبعه العلامة في الإرشاد وولده في موضع من الإيضاح ، وهو ظاهر الشهيد في النكت . قال الشيخ : والحاصل : إنه لو ادعى المتتبع أن المشهور بين من تقدم على العلامة عدم اعتبار المروءة في العدالة ، خصوصاً في غير الشاهد ، لم يستبعد ذلك منه ، لما عرفت من كلمات من عد الشيخ ، وأما الشيخ فالعدالة المذكورة في كلامه لا تنطبق على ما ذكره المتأخرون . قال : وينبغي الجزم بعدم اعتبارها في العدالة المعتمدة في الإمام .

وأما معنى المروّة ، ففي اللغة : الإنسانية أو الرجولية^(١) ، والمراد بلوغ حدّ الكمال فيها ، وفي الإصطلاح كما في (كشف اللثام) هيئة نفسانية يحمل الإنسان على الوقوف عند محاسن الأخلاق وجميل العادات^(٢) .

وفي (المسالك) : في ضبط المروّة عبارات متقاربة ... فذكر جملة من تلك العبارات ... ومختاره : عدم قبول شهادة من لا مروّة له^(٣) ، وسنذكر دليله والنظر فيه .

وفي (الجواهر) : لا إشكال في ردّ الشهادة بمنافيتها إذا رجع إلى محرّم أو خبل ، لمنافاة الأول للتقوى ، والثاني لكمال العقل . وأما ما لا يرجع إلى ذلك ، فقد يشكل اعتباره في الشهادة أو العدالة بإطلاق الأدلة .



ثم إنه قد استدللّ للإعتبار بوجوه :

الأوّل : فتوى المعظم : *مركز تحقيق كميّات علوم إسلاميّة*

لكن فتوى المشهور ليس بمستند إلّا إذا حصل الإطمينان بها بالدليل الشرعي ، من جهة أن معظم الأصحاب لا يفتون بشي إلا بدليل معتمد .

الثاني : فحوى ما ورد في ردّ شهادة السائل بكفه^(٤) .

قلت : من ذلك :

ما رواه علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن موسى عليها السلام « قال : سألت عن السائل الذي يسأل بكفه ، هل تقبل شهادته ؟ فقال : كان أبي لا يقبل

(١) تاج العروس ١ : ١١٧ ، لسان العرب ١ : ١٥٤ ، الصحاح ١ : ٧٢ ، كتاب العين ٨ : ٢٩٩ .

(٢) كشف اللثام ١٠ : ٣٠٠ .

(٣) مسالك الأفهام ١٤ : ١٦٩ .

(٤) جواهر الكلام ٤١ : ٣٢ . وسيأتي الكلام في ذلك بالتفصيل .

شهادته إذا سأل في كفه»^(١).

وما رواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد بن خالد، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «شهادة السائل الذي يسأل في كفه لا تقبل...»^(٢).

وما رواه علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن السائل بكفه، أتجوز شهادته؟ فقال: كان أبي يقول: لا تقبل شهادة السائل بكفه»^(٣).

وما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «رد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم شهادة السائل الذي يسأل في كفه، قال أبو جعفر عليه السلام لأنه لا يؤمن على الشهادة، وذلك لأنه إن أعطي رضي وإن منع سخط»^(٤). فالسؤال بالكف ينافي المروءة، وقد استثنى بعضهم سؤال مستحق الخمس أو الزكاة ممن يجب عليه ذلك، لأن السخط على من لا يحسن لأجل عدم الإحسان معصية، ولا أقل من أن يسلب السؤال بالكف الإطمينان والثوق بكلامه وشهادته، لأن من لا يحفظ كرامته أمام الناس لشي يعطى أو يمنع، فإنه لا يحفظ أعراض الآخرين وكرامتهم بالأولوية. هذا وجه الاستدلال.

وفيه: إن الحكمة التي ذكرها الإمام عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم تفيد أن السائل بكفه لا ينفك غالباً عن المعصية، سواء رضي أو سخط، كما نشاهد في مجتمعنا بالعيان، فالسؤال بالكف ينافي العدالة، وحينئذ، لا مجال

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٢/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٢/٢، ذيل الحديث. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٣/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٢/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

للأولية، حتى يكون فحوى هذه الأخبار دليلاً على اعتبار المروّة والقول بسقوط شهادة من يجتنب الكبائر ويأتي بالواجبات لكنه يقوم ببعض المنافيات للمروّة أحياناً.

ومما ذكرنا ينقدح عدم الوجه لاندراجة في الظنين، وهو الوجه :
الثالث : وهو ما ذكره بقوله : ولعلّ منه ينقدح اندراجة في الظنين الذي استفاضت النصوص في ردّ شهادته^(١) :

منها : خبر ابن سنان : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما يرد من الشهود ؟ قال فقال : الظنين والمتهم . قال : قلت : فالفاسق والخائن ؟ قال : ذلك يدخل في الظنين »^(٢).

ومنها : خبر سليمان بن خالد قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام ، وذكر مثله إلا أنّه قال : الظنين والخصم »^(٣)
ومنها : خبر أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام ، وذكر مثله إلا أنه قال : الظنين والمتهم والخصم »^(٤).

ومنها : خبر الحلبي قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عما يردّ من الشهود فقال : الظنين والمتهم والخصم . قال قلت : فالفاسق والخائن ؟ فقال : هذا يدخل في الظنين »^(٥).

(١) جواهر الكلام ٤١ : ٣٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٧٣ / ١. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٧٣ / ٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٧٣ / ٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

(٥) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٧٤ / ٥. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

ومنها : خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لم تجز شهادة الصبي ولا خصم ولا متهم ولا ظنين »^(١).
لظهور تلك الأخبار في عدم انفكاك السائل بكفه عن المعصية المسقطه للعدالة والموجبة لردّ الشهادة ، فلا يندرج تحت عنوان « الظنين » .

الرابع : قول الكاظم عليه السلام : « لا دين لمن لا مروءة له ، ولا مروءة لمن لا عقل له »^(٢).

وفيه : ما ذكره صاحب (الجواهر) ، ضرورة إرادة الكمال الزائد على وصف العدالة منه^(٣) ، فيكون نظير « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد »^(٤).

الخامس : ما قيل من أنه يشعر به ما في بعض النصوص : « من عامل الناس فلم يظلمهم ، وحدثهم فلم يكذبهم ، ووعدهم فلم يخلفهم ، فهو ممن كملت مروءته ، وظهرت عدالته ، ووجبت اخوته ، وحرمت غيبته »^(٥).

وفيه : إن الظلم والكذب محرمان يخلّان بأصل العدالة ، وكذا خلف الوعد بناءً على كونه من الكذب ، إذن ، ليس المراد من المروءة في الخبر ما ذكره في معناها لغة واصطلاحاً .

السادس : إن فاقد المروءة غير مرضي الشهادة عرفاً ، فلا يدخل في قوله

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٦/٣٧٤ . كتاب الشهادات ، الباب ٣٠ .

(٢) الكافي ١ : ١٢/١٥ .

(٣) جواهر الكلام ٤١ : ٣٣ .

(٤) وسائل الشيعة ٥ : ١/١٩٤ . أبواب أحكام المساجد ، الباب ٢ .

(٥) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٥/٣٩٦ . كتاب الشهادات ، الباب ٤١ .

تعالى : ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ﴾^(١).

قلت : عن أمير المؤمنين عليه السلام في هذه الآية المباركة قال : «ممن ترضون دينه وأمانته وصلاحه وعفته وتيقظه فيما يشهد به وتحصيله وتمييزه ، فما كل صالح مميزاً ولا محصلاً ، ولا كل محصل مميز صالح»^(٢).

والظاهر : إنه أجنبي عن محل الكلام ، لأنه ساكت عن الأمور المتعارفة بين الناس وسلوكه في المجتمع بحسب العادات والأخلاق العرفية المتبعة ...
السابع : أصالة عدم ترتب أحكام العدالة على فاقد المروّة بعد عدم الوثوق بإطلاق يتناوله ...

أقول : لا مجال لهذا الأصل بعد سكوت صحيحة ابن أبي عمير عن اعتبار المروّة ، إذ لو كانت شرطاً من العدالة لذكرت في الصحيحة ، مع كون الإمام عليه السلام في مقام بيان العدالة وخصوصياتها ، لا سيما بناءً على القول بالحقيقة الشرعية للفظ «العدالة» ، وحينئذ يكون الأصل في اعتبار شيء زائداً على ما في الصحيحة هو العدم .

وليس هذا الشك في الاعتبار مسبباً عن الشك في مفهوم العدالة ، ولو سلم ، فإن هذه السببية شرعية والمرجع فيها هو الشرع ، فلما كان الوضوء سبباً شرعياً لحصول الطهارة ، كان على الشارع بيان الوضوء ، فإن شك في جزئية شيء فيه ولم يذكره ، كان الأصل عدم الجزئية .

فظهر بما ذكرنا : الإشكال في جميع الوجوه التي ذكرها صاحب (الجواهر)

(١) سورة البقرة ٢ : ٢٨٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٩ / ٢٣ . كتاب الشهادات ، الباب ٤١ .

لاعتبار المروّة .

وأما ما ذكره صاحب (المسالك) في وجه عدم قبول شهادة من لا مروّة له من « أن طرح المروّة إما أن يكون بخبل ونقصان أو قلة مبالاة وحياء ، وعلى التقديرين يبطل الثقة والاعتماد على قوله . أما الأوّل فظاهر ، وأما قليل الحياء ، فمن لا حياء له يصنع ما شاء كما ورد في الخبر »^(١) .

ففيه : إن المراد من الحياء في هذا الخبر ونحوه هو الحياء من الله عزّ وجلّ ، لا الحياء في الامور العرفيّة والعاديّة ، ومن الواضح أن من لا يستحي من الله سبحانه ففيه اقتضاء أن يفعل ما شاء ، وعدم الحياء بهذا المعنى الظاهر من الخبر ينافي العدالة ، بل هو كفر بالله عزّ وجلّ ، وهذا معنى الخبر : « لا إيمان لمن لا حياء له »^(٢) .



مركز تحقيقات كنج پور علوم اسلامی

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ١٦٩ .

(٢) الكافي ٦ : ٣/٤٦٠ .

مسائل

المسألة الأولى

(في عدم قبول شهادة المخالف في أصول العقائد)

قال المحقق قدس سره : « كل مخالف في شيء من أصول العقائد تردّ شهادته ، سواء استند في ذلك إلى التقليد أو إلى الاجتهاد »^(١) .
أقول : قال في (المسالك) : « المراد بالأصول التي تردّ شهادة المخالف فيها : أصول مسائل التوحيد والعدل والنبوة والإمامة والمعاد ، وأما فروعها من المعاني والأحوال وغيرها من فروع علم الكلام ، فلا يقدر الاختلاف فيها ، لأنها مباحث ظنية ، والاختلاف فيها بين علماء الفرقة الواحدة كثير شهير ، وقد عدّ بعض العلماء جملة مما وقع الخلاف فيه منها بين المرتضى وشيخه المفيد ، فبلغ نحواً من مائة مسألة فضلاً عن غيرها »^(٢) .

وفي (الجواهر) شرح العبارة بحيث تعمّ الفروع الاعتقادية أيضاً ، لكن مقيدةً بكونها مما علم ضرورة من الدين أو المذهب ، قال : « لاشتراك الجميع في

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٧ .

(٢) مسالك الأفهام ١٤ : ١٧٢ .

عدم المعذورية الموجبة للكفر فضلاً عن الفسق»^(١) فيكون المراد من الفرع :
الفروع المسلّمة الضرورية ، ولا ريب في أن من خالف في شيء من هذه الفروع تردّ
شهادته ، بل يخرج بمخالفته عن الدين أو المذهب ، كالقائل بالتجسيم والقائل
بالجبر ونحوهما .

وفي (العروة) : « لا إشكال في نجاسة الغلاة والخوارج والنواصب ، وأما
المجسّمة والمجبرة والقائلين بوحدة الوجود من الصوفيّة إذا التزموا بأحكام
الإسلام ، فالأقوى عدم نجاستهم ، إلا مع العلم بالتزامهم بلوازم مذاهبهم من
المفاسد»^(٢) .

ولا ريب في أن المسائل التي وقع الخلاف فيها بين العلماء والتي يقول صاحب
(المسالك) بعدم قدح الخلاف فيها ، ليست من فروع الاعتقادات الضرورية ، بل
هي مباحث ظنية كما قال ... فإن أراد الشهيد الثاني ما ذكرنا فهو ، وإلا ورد عليه
إشكال (الجواهر) .

قال المحقق : « ولا ترد شهادة المخالف في الفروع من معتقدي الحق إذا لم
يخالف الإجماع ، ولا يفسق وإن كان مخطئاً في اجتهاده»^(٣) .

أقول : إن الخلاف في الفروع الفقهية لا يضرّ بالعدالة ولا بالشهادة ، إذ قد
يؤدي إلى ذلك الاجتهاد والنظر في الأدلّة وهي كلّها ظنية ، إما سنداً كما في السنّة ،
وإما دلالة كما في الكتاب .

هذا ، إلا إذا كانت مخالفته مخالفة للإجماع الثابت المعلوم دخول المعصوم عليه

(١) جواهر الكلام ٤١ : ٣٤ .

(٢) العروة الوثقى ١ : ١٤٥ المسألة ٣ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٧ .

السلام في المجمعين ، وكذا إذا خالف الحكم المقطوع به بحيث يقطع بقبول المعصوم له ، كما إذا كان مما يستقل به العقل ، فإن مثل هذا الحكم لا ريب في قبوله له ، لأنه يكون مورد قاعدة الملازمة : « كل ما حكم به العقل حكم به الشرع »^(١) أو يكون الحكم مما اتفق عليه فقهاء الفرقة المحقة واستقرت عليه كلمتهم مع اختلاف الأعصار والأمصار ، بناءً على أن مثل ذلك كاشف عن الواقع الذي لم يتخلف عنه المعصوم عليه السلام ، فإن مثل هذا الحكم لا يجوز مخالفته لكشفه عن رأي المعصوم ، بل لا يجوز مخالفة كل إجماع كان عن اجتهاد صحيح ويكشف عن وجود دليل معتبر لا يجوز مخالفته باجتهاد .

ومثل الإجماع المذكور في ذلك مخالفة صريح الكتاب ونصه أو الخبر المتواتر

المعلوم .



مركز تحقيقات كليات علوم اسلامی

(١) هداية المسترشدين ٣: ٥٠٣ .

المسألة الثانية

(في عدم قبول شهادة القاذف)

قال المحقق قدس سره : « لا تقبل شهادة القاذف ، ولو تاب قبلت » .

أقول : الأصل في هذه المسألة هو قول الله سبحانه : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ^(١) . وتدل على ذلك الأخبار المستفيضة ، وقد قام الإجماع بقسميه عليه .

مركز تحقيق كتب التراث

وإنما لا تقبل شهادته مع عدم اللعان أو البيّنة أو إقرار المقدوف ، وأما مع أحد الامور المذكورة ، أو إذا تاب ، قبلت ، سواء أقيم الحدّ عليه أو لا ، ولو أقيم ولم يتب لم تقبل .

وقد اتفق المفسرون على عدم رجوع الإستثناء إلى الجملة الاولى أعني قوله : ﴿ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ وهم بين من أرجعه إلى الجملتين الباقيتين ، وبين من أرجعه إلى الثالثة وهي : ﴿ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ ^(٢) .

(١) سورة النور ٢٤ : ٤٥ .

(٢) التبيان في تفسير القرآن ٧ : ٤٠٩ ، جامع البيان للطبري ١٨ : ٦١٦٠ ، معاني القرآن للنحاس ٤ : ٥٠١ ،

تفسير القرطبي ١٢ : ١٧٩ ، ١٨٠ ، الكشف ٤ : ٢٦٩ ، تفسير ابن كثير ٣ : ٢٧٥ ، الميزان ١٥ : ٨٢٨١ .

وأما الحدّ، فإن كان في حقوق الله فلا يسقط، إلا إذا تاب قبل أن يؤخذ إلى المحاكم كما في الأخبار^(١)، وإن كان في حقوق الناس يسقط بعفو صاحبه، وإلا فلا يسقط، سواء تاب أو لا، وما نحن فيه من هذا القبيل، فهو يسقط بعفو المقدوف، كما يرتفع الفسق وتقبل شهادته بالتوبة.

حدّ توبة القاذف

إنما الكلام في حدّ التوبة ومعنى الإصلاح المذكور في الآية .
أما «التوبة» فالآية ساكتة عن بيان حدّها، وكلمات الأصحاب مختلفة فيه :
قال المحقق : «وحد التوبة أن يكذب نفسه وإن كان صادقاً ويوري باطناً .
وقيل : يكذبها إن كان كاذباً، ويخطئها في الملا إن كان صادقاً . والأول مروي»^(٢) .
ولننظر في أخبار المسألة :
١ - أبو الصباح الكناfi قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القاذف بعد ما يقام عليه الحدّ، ما توبته ؟ قال : يكذب نفسه . قلت : أرايت إن أكذب نفسه وتاب ، أتقبل شهادته ؟ قال : نعم»^(٣) .

٢ - القاسم بن سليمان قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدّاً ثم يتوب ولا يعلم منه إلا خير، أتجوز شهادته ؟ قال :

(١) في الوسائل : «باب إن من تاب قبل أن يؤخذ يسقط عن الحد» ج ٢٨ / ٣٦ ومن ذلك صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام : «السارق إذا جاء من قبل نفسه تائباً إلى الله عزّ وجلّ ترد سرقته إلى صاحبها ولا قطع عليه» .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٨ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٨٣ / ١ . كتاب الشهادات ، الباب ٣٦ .

نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه وبين الله، ولا تقبل شهادته أبداً، فقال: بئس ما قالوا، كان أبي يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلا خير جازت شهادته»^(١).

٣- السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: ليس يصيب أحد حدّاً فيقام عليه ثم يتوب إلا جازت شهادته»^(٢).

٤- يونس عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن الذي يقذف المحصنات تقبل شهادته بعد الحد إذا تاب؟ قال: نعم. قلت: وما توبته؟ قال: يجي فيكذب نفسه عند الإمام ويقول: قد افترت على فلانة، ويتوب مما قال»^(٣).

٥- الكناني: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القاذف إذا أكذب نفسه وتاب، أتقبل شهادته؟ قال: نعم»^(٤).

٦- عبد الله بن سنان: «سألت أبا عبد الله عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، وتوبته أن يرجع فيما قال ويكذب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل فإن على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك»^(٥).
إن هذه الأخبار تدل على أن توبته (إكذاب نفسه) كما عليه المحقق تبعاً

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٨٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٨٤/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٨٤/٤. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٨٤/٥. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.

(٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٨٥/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٧.

للصدوقين^(١) والعماني^(٢) ونهاية الشيخ^(٣) والشهيدين^(٤) وغيرهم^(٥)، بل قيل إنه المشهور^(٦)، بل ادعي عليه الإجماع^(٧)، ولا ريب أن هذا الإكذاب يكون عقيب الندم فيما بينه وبين الله عز وجل، وأنه يعتبر - بعد حمل مطلقها على مقيدها - أن يكون عند الإمام وعند المسلمين، وفاقاً للجماعة، بل عن بعضهم عدم الخلاف في اعتبار ذلك^(٨)، فما في (الجواهر) من أن الظاهر إرادة إجهاره بذلك لا كونه شرطاً في التوبة^(٩)، خلاف ظاهر الأخبار، بل الظاهر منها عدم تحقق التوبة المؤثرة لقبول الشهادة إلا بذلك، كما لا يخفى على من لاحظها، لا سيما صحيحة ابن سنان حيث يسأل عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال الإمام عليه السلام: «نعم إذا تاب، وتوبته أن يرجع مما قال ويكذب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل فإن على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك»^(١٠).

وقد ظهر بذلك ضعف القول الآخر، والقائل به الشيخ في (المبسوط)^(١١)

(١) المقنع: ٣٩٧، ٣٩٨.

(٢) مختلف الشيعة ٨: ٤٧٩.

(٣) النهاية: ٧٢٧.

(٤) الدروس ٢: ١٢٦، مسالك الأفهام ١٤: ١٧٣.

(٥) إصباح الشيعة: ٥٢٩، التنقيح الرائع ٤: ٢٩٣، ٢٩٤، المهذب لابن البراج ٢: ٥٤٩.

(٦) رياض المسائل ١٥: ٢٧٦.

(٧) غنية النزوع ٢: ٤٤٠.

(٨) إيضاح الفوائد ٤: ٤٢٤، التنقيح الرائع ٤: ٢٩٤، غاية المرام: ٢٧٩، ٢٨٠، رياض المسائل ١٥:

٢٧٨، ٢٧٧.

(٩) جواهر الكلام ٤١: ٤٠.

(١٠) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ١٧٩.

وابن إدريس^(١) وابن سعيد^(٢) والعلامة^(٣) فإنه اجتهد في مقابلة نصوص المسألة ، بل في (المسالك) إنه تعريض بقذف جديد غير القذف الأول^(٤) .

كما ظهر من خبر القاسم بن سليمان خلاف العامة في المسألة ، حيث يقولون بأن توبته فيما بينه وبين الله تعالى ، ولا تقبل شهادته أبداً^(٥) .

ومن هنا حمل على التقية ما رواه السكوني : « عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام قال : ليس أحد يصيب حداً فيقام عليه ثم يتوب إلا جازت شهادته إلا القاذف ، فإنه لا تقبل شهادته ، إن توبته فيما كان بينه وبين الله تعالى »^(٦) .

إلا أن حمله على التقية من البعد بمكان ، لأنه عن أمير المؤمنين ولم يكن عليه السلام في تقية في بيان المسائل الشرعية الفرعية ، وأبعد منه احتمال أن نسبة الإمام الصادق عليه السلام ذلك إلى جدّه عليه السلام هي من باب التقية ...^(٧) .

فالصحيح في الجواب عنه هو : إن الاستثناء المزبور قد اختص به بعض نسخ (التهذيب) ، وقد خلا عنه البعض الآخر وكتاب (الكافي) الذي تقرّر كونه أضبط من التهذيب ، فيتقدم الخبر الخالي عنه لما ذكرنا ، وإن كان الأصل في دوران الأمر بين الزيادة والنقيصة هو عدم الزيادة .

(١) السرائر ٣ : ٥٢٦ .

(٢) الجامع للشرائع : ٥٤٠ .

(٣) مختلف الشيعة ٨ : ٤٨٠ .

(٤) مسالك الأفهام ١٤ : ١٧٥ .

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ١٠ : ١٥٦ ، المحلى لابن حزم ٩ : ٤٣١ ، بداية المجتهد ٢ : ٤٤٣ ، المغني لابن قدامة ٢ : ٧٦٧٥ .

(٦) وسائل الشيعة ٢٧ : ٦/٣٨٤ . كتاب الشهادات ، الباب ٣٦ .

(٧) جواهر الكلام ٤١ : ٣٧ .

هذا كله في حد التوبة في هذا المقام .

وأما «الإصلاح» فهل هو شرط زيادة عن التوبة ؟ وما معناه ؟

هل يشترط إصلاح العمل زيادة عن التوبة ؟

قال المحقق قدس سره : « وفي اشتراط إصلاح العمل زيادة عن التوبة تردد ، والأقرب : الإكتفاء بالإستمرار ، لأن بقاءه على التوبة إصلاح ولو ساعة »^(١) .

أقول : الأصل في هذا قوله تعالى : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾^(٢) ولم تذكر الآية شيئاً زائداً على «الإصلاح» فقليل : العطف تفسيري ولا يشترط شيء زائداً على التوبة^(٣) ، وقيل : يشترط إصلاح العمل زيادة عن التوبة^(٤) ، فقليل : يكتفى في إصلاح العمل بالاستمرار على التوبة^(٥) ، وقيل : المراد إصلاح الحال والنفس بمنعها عن ظهور ما ينافي العدالة^(٦) .

قال في (الجواهر) : التأمل الجيد يقتضي كون المراد بالإصلاح إكذاب نفسه بين الناس الذي يكون به إصلاح لما أفسده من عرض المقذوف بقذفه ، وذلك لظهور النصوص أو صراحتها في مغفرة ذنب القاذف بالتوبة وإكذاب نفسه ، وأنه لا يحتاج بعد ذلك إلى أمر آخر ، والآية ذكرت التوبة والإصلاح ، فيعلم حينئذ كون

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٨ .

(٢) سورة النور ٢٤ : ٥ .

(٣) كشف اللثام ١٠ : ٢٩٠ .

(٤) كتاب الخلاف ٦ : ٢٦٤ المسألة ١٣ ، السرائر ٢ : ١١٦ و ٣ : ٥٢٢ .

(٥) مختلف الشيعة ٨ : ٤٨١ ، مسالك الأفهام ١٤ : ١٧٥ .

(٦) رياض المسائل ١٥ : ٢٨٠ .

المراد ذلك ، لأن كلامهم عليهم السلام كالتفسير لها^(١) .

أقول : ليس ظاهر النصوص - فضلاً عن صراحتها - ما ذكره رحمه الله ، ففي خبر القاسم بن سليمان : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حداً ثم يتوب ولا يعلم منه إلا خير ، أتجوز شهادته ؟ قال نعم ، ما يقال عندكم ؟ قلت : يقولون : توبته فيما بينه وبين الله تعالى ولا تقبل شهادته أبداً . فقال : بئسما قالوا ، كان أبي يقول : إذا تاب ولم يعلم منه إلا خير جازت شهادته »^(٢) وظاهره اعتبار شيء زائداً على التوبة ، فيعلم حينئذ كون المراد من « الإصلاح » في الآية « أن لا يعلم منه إلا خير » بعد التوبة ، لأن كلامهم عليهم السلام كالتفسير لها .

فظهر اشتراط اعتبار ذلك زيادة عن « التوبة » ، خلافاً لمن نفى ذلك ، وأن العطف ليس تفسيرياً ، خلافاً لمن احتمله ، وأنه لا يكفي في ذلك الاستمرار على التوبة ولو ساعة ، خلافاً للمحقق وغيره ، والقول بأن المراد أن لا يعلم منه إلا خير قبل التوبة ، خلاف ظاهر الخبر .

فالحق هو القول باشتراط إصلاح العمل زيادة عن التوبة^(٣) .

(١) جواهر الكلام ٤١ : ٤١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٨٣ / ٢ . كتاب الشهادات ، الباب ٣٦ .

(٣) أقول : توضيح ما ذكره السيد الاستاذ هو : إن الآيات التي جاء فيها « الإصلاح » بعد « التوبة » على طوائف :

منها : الآية المذكورة في صدر المسألة وهي في سورة النور : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ... إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا ... ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ ... فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ ... ﴾ وقوله : ﴿ ... أَنَّهُ مَنْ عَمِلَ مِنْكُمْ سُوءاً بِجَهَالَةٍ ثُمَّ تَابَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ ... ﴾ .

ثم إن هذا الخبر بناء على تمامية سنده يقيّد الأخبار المطلقة الدالة على جواز شهادته بتوبته المجردة المتحققة بإكذاب نفسه ، كما عرفت ظهور الآية الكريمة في اشتراط «الإصلاح» بالمعنى المذكور زيادة عن التوبة ، ولا أقل من احتفاف تلك الأخبار بما يصلح للقرينية ، فلا يصح التمسك بإطلاقها .

قال المحقق : «ولو أقام بينة بالقذف أو صدقه المقذوف فلا حدّ عليه ولا ردّ»^(١).

أقول : أي : لو أقام القاذف بينة بما صدر منه من القذف أو صدقه المقذوف ، فلا حدّ عليه ولا تردّ شهادته ، وهو واضح .



مركز تحقيقات كنج پور علوم اسلامی

→ ومنها : الآية في سورة آل عمران : ٨٩ : ﴿ كَيْفَ يَهْدِي اللَّهُ قَوْمًا كَفَرُوا بَعْدَ إِيمَانِهِمْ... إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا... ﴾ ونحوها .

ومنها : الآيات الكثيرة التي جاء فيها «العمل الصالح» بعد الإيمان «والتوبة» .
والمستفاد من مجموعها أن التوبة لا تتحقق أو لا تكمل إلا بالإصلاح الذي هو ضد الإفساد ، فلا بد من إصلاح العبد ما بينه وبين مولاه بالدخول في الصلاح والقيام بالصالحات ، حتى لا يعلم منه إلا خير ، وهذا هو ظاهر الطائفتين الثانية والثالثة من الآيات .

إلا أن الطائفة الأولى امتازت ببيان اشتراط التوبة عن تلك الذنوب الخاصة وهي ارتكاب «رمي المحصنات» و«السرقه» و«السوء» بإصلاح ما أفسد في تلك الموارد ، بالإصلاح المناسب لكل منها ، ومن الواضح أن إصلاح ما أفسده في مورد آية رمي المحصنات يكون بإكذاب نفسه بين الناس ، وبه صرحت النصوص .

فالعمل الصالح زيادة عن التوبة شرط ، وقد يشترط بالإضافة إلى ذلك في بعض الموارد إصلاح خاص .

المسألة الثالثة

(في حرمة اللعب بآلات القمار مطلقاً)

قال المحقق قدس سرّه : «اللعب بآلات القمار كلّها حرام ، كالشطرنج والرد والأربعة عشر وغير ذلك ، سواء قصد اللهو أو الحذق أو القمار»^(١) .
أقول : لا ريب في حرمة اللعب بآلات القمار نصّاً وفتوى ، كما لا ريب في حرمة التصرف في المال الحاصل من هذا الطريق ، لأنه أكل للمال بالباطل .
ولنذكر طائفة من نصوص المسألة :

١ - زياد بن عيسى قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله عزّ وجلّ : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾»^(٢) فقال : كانت قريش تقامر الرجل بأهله وماله ، فنهاهم الله عزّ وجلّ عن ذلك»^(٣) .

٢ - جابر «عن أبي جعفر عليه السلام قال : لما أنزل الله على رسوله صلى الله عليه وآله وسلم ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾»^(٤) قيل : يا رسول الله ما الميسر ؟ فقال : كلّ ما تقوم به حتى الكعاب والجوز . قيل : فما الأنصاب ؟ قال : ما ذبحوا لآلهتهم . قيل : فما الأزلام ؟

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٨ .

(٢) سورة البقرة ٢ : ١٨٨ .

(٣) وسائل الشيعة ١٧ : ١٦٤ / ١ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ٣٥ .

(٤) سورة المائدة ٥ : ٩٠ .

قال: قد أحهم التي يستقسمون بها»^(١).

٣ - حماد بن عيسى ، قال : « دخل رجل من البصريين على أبي الحسن الأول عليه السلام ، فقال له : جعلت فداك ، إني أقعد مع قوم يلعبون بالشطرنج ولست ألعب بها ولكن أنظر ، فقال : مالك ولجلس لا ينظر الله إلى أهله »^(٢).

٤ - سليمان الجعفري « عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : المطلع في الشطرنج كالمطلع في النار »^(٣).

٥ - ابن رئاب قال : « دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له : جعلت فداك ، ما تقول في الشطرنج ؟ فقال : المقلب لها كالمقلب لحم الخنزير .

قال فقلت : ما على من قلب لحم الخنزير ؟ قال : يغسل يده »^(٤).

٦ - أبو بصير عن أبي عبد الله السلام قال : « بيع الشطرنج حرام ، وأكل ثمنه سحت ، واتخاذها كفر ، واللعب بها شرك ، والسلام على اللاهي بها معصية وكبيرة موبقة ، والخائض فيها يده كالخائض يده في لحم الخنزير ، لا صلاة له حتى يغسل يده كما يغسلها من مس لحم الخنزير ، والناظر إليها كالناظر في فرج أمه ، واللاهي بها والناظر إليها في حال ما يلهي بها والسلام على اللاهي بها في حالته تلك في الإثم سواء ، ومن جلس على اللعب بها فقد تبوء مقعده من النار ، وكان عيشه ذلك حسرة عليه في القيامة ، وإياك ومجالسة اللاهي والمغرور بلعبها ، فإنها من المجالس

(١) وسائل الشيعة ١٧ : ٤ / ١٦٥ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ٣٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٧ : ١ / ٣٢٢ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٠٣ .

(٣) وسائل الشيعة ١٧ : ٢ / ٣٢٢ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٠٣ .

(٤) وسائل الشيعة ١٧ : ٣ / ٣٢٢ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٠٣ .

التي باء أهلها بسخط من الله ، يتوقعونه في كل ساعة فيعمك معهم»^(١).

٧- الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في حديث المناهي قال : «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن اللعب بالنرد والشطرنج والكوبة والعرطبة وهي الطنبور والعود ، ونهى عن بيع النرد»^(٢).

٨- معمر بن خلاد «عن أبي الحسن عليه السلام قال : النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزلة واحدة ، وكل ما قورم عليه فهو ميسر»^(٣).

٩- أبو بصير «عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام : النرد والشطرنج هما الميسر»^(٤).

١٠- عيون الأخبار عن الرضا عليه السلام في رسالته إلى المأمون ، في ذكر الكبائر : «والميسر وهو القمار»^(٥).

١١- الفضيل قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الأشياء التي يلعب بها الناس : النرد والشطرنج حتى انتهيت إلى الصدر ، فقال : إذا ميز الله الحق من الباطل مع أيهما يكون ؟ قال : مع الباطل ، قال : فمالك وللباطل ؟»^(٦).

١٢- زيد الشحام قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾»^(٧) قال : الرجس

(١) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٢٣/٤. أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٠٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٢٥/٦. أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٠٤ .

(٣) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٢٣/١. أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٠٤ .

(٤) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٢٤/٢. أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٠٤ .

(٥) وسائل الشيعة ١٥ : ٣٢٩/٣٣. أبواب جهاد النفس ، الباب ٤٦ .

(٦) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٢٤/٤. أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٠٤ .

(٧) سورة الحج ٢٢ : ٣٠ .

من الأوثان الشطرنج ، وقول الزور الغناء»^(١) .

١٣ - عمر بن يزيد « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن لله عز وجل في كل ليلة من شهر رمضان عتقاء من النار ، إلا من أفطر على مسكر ، أو مشاحن أو صاحب شاهين . قلت : وأي شيء صاحب الشاهين ؟ قال : الشطرنج »^(٢) .

١٤ - العلاء بن سيابة : « سمعته يقول : لا تقبل شهادة صاحب الرد والأربعة عشر ، وصاحب الشاهين ... »^(٣) .

دلّت هذه الأخبار وغيرها على حرمة اللعب بآلات القمار على اختلاف أنواعها ، وسواء كان اللعب مع المراهنة أو بدونها .

إنما الكلام في أنه هل اللعب بها من الكبائر ، فتزول به العدالة وترد الشهادة ولو بمرة واحدة ، أو أنه من الصغائر فلا تزول به العدالة إلا مع الإصرار ؟
ظاهر المحقق وغيره بل الأكثر هو الأول ، وعليه صاحب (الجواهر)^(٤) وهو المختار .

وذهب صاحب (المسالك) إلى الثاني حيث قال : « وظاهر النهي أنها من الصغائر ، فلا تقدر في العدالة إلا مع الإصرار »^(٥) .
واستحسنه في (الكفاية)^(٦) .

(١) وسائل الشيعة ١٧ : ٣١٨ / ١ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٠٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٣١٩ / ٤ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٠٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٨٠ / ١ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ٣٣ .

(٤) جواهر الكلام ٤١ : ٤٥ .

(٥) مسالك الأفهام ١٤ : ١٧٧ .

(٦) كفاية الأحكام ٢ : ٧٥٢ .

وفي (الرياض) : « في زوال العدالة به من دون إصرار إشكال ، لعدم ما يدلّ على كونه من الكبائر ، وإنما المستفاد من النصوص مجرّد النهي عنه وتحريمه من دون توعيد عليه بالنار ، فهو من الصغائر ، لا يقدح في العدالة إلا مع الإصرار عليها ، نعم ربما يستفاد من جملة من الأخبار التوعيد بها في اللعب بالشطرنج ... لكنها مع قصور أسانيدها جملةً غير واضحة الدلالة ... »^(١) .

قلت : إن العمدة في وجه ما ذهبوا إليه تخصيص الكبائر بما أوعده الله عليه النار في القرآن المجيد ، كما تقدّم عن (الكفاية) اختياره ونسبته إلى الأشهر^(٢) ، وعدم الإعتناء بالأخبار الواردة في بيان الكبائر وتعيينها ، وهذا مشكل .

وأما في المقام ، فإن استدلالنا هو بمجموع تلك الأخبار ، بألفاظها المختلفة وتعابيرها الشديدة كجعل ﴿الرَّجُلُ مِنَ الْأَوْثَانِ﴾ هو «الشطرنج» ، وأنه والنرد من «الباطل» وأن الناظر إلى الشطرنج كالناظر في فرج أمه ، بل إن كلّ ما تقوم به فهو «الميسر» ، بل في بعضها وهو خبر عيون الأخبار التصريح بكون «الميسر» من «الكبائر» ولا يبعد تمامية سنده ، بل في بعضها : أن السلام على اللاهي بالشطرنج معصية وكبيرة موبقة .

وكيف كان ، فإن الأخبار بمجموعها ظاهرة في أن اللعب بآلات القمار معصية كبيرة توجب السقوط عن العدالة . ومع التسليم بضعفها سنداً^(٣) ، فإن دعوى عدم

(١) رياض المسائل ١٥ : ٢٦٦ ٢٦٧ . وفيه : غير واضحة الأسانيد .

(٢) كفاية الأحكام ٢ : ٧٤٥ .

(٣) أقول : عمدة أخبار المسألة في هذه الجهة خبر المستطرفات عن جامع البرزطي ، وقد اختلف مشايخنا في أخبار المستطرفات ، فمنهم من لا يعتمد عليها ، لعدم ثبوت الطرق المعتبرة إلى تلك الأخبار ، ومنهم من

الجابر لها ضعيفة ، إذ يكفي في الجبر تعاضد النصوص والفتاوى على أن الأصل في كل معصية كونها كبيرة ، لأن الأصل عدم تكفيرها .
ويترتب على هذا الأصل : اختلال العدالة بارتكاب المعصية المشكوك كونها كبيرة أو صغيرة .

فلو شك في بقاء عدالة المرتكب للمعصية المشكوك فيها من هذا الحيث ، فإن كان الشك مسبباً عن الشك في كونها كبيرة أو صغيرة ، لم يجر استصحاب بقاءها ، وإلا فالظاهر جريانه في نفسه خلافاً لصاحب (الجوامر) القائل بالعدم من جهة تبدل الموضوع^(١) ضرورة اتحاد الموضوع وهو الشخص في نظر العرف ، بعد البناء على أن المعتبر هو نظر العرف في أمثال المقام .



مركز تحقيقات كميته علوم إسلامي

→ يعتمد ، لأن ابن ادريس من المنكرين لحجية الأخبار الآحاد ، فلولا ثبوت تلك الأخبار بطرق معتبرة لما استطرفها في آخر سرائره ، وللبحث في هذا الموضوع مجال آخر .
(١) جواهر الكلام ٤١ : ٤٦ .

المسألة الرابعة

(في عدم قبول شهادة شارب المسكر)

قال المحقق قدس سرّه : «شارب المسكر تردّ شهادته ويفسق ، خمرأ كان أو نبيذاً أو بتعاً أو منصفاً أو فضيخاً ، ولو شرب منه قطرة»^(١).

أقول : حرمة المسكر لا ريب فيها ولا خلاف ، ويدلّ عليها الكتاب والسنة ، كما لا خلاف في أن شاربه تردّ شهادته ويفسق ، وفي (الجواهر) : الإجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منها مستفيض أو متواتر^(٢).

ولا فرق في هذا الحكم بين أن يشرب الخمر وهو كما قال الراغب : المستخذ من العنب والتمر^(٣) ، أو النبيذ وهو كما في (النهاية) : ما يعمل من الأشربة من التمر والزبيب والعسل والحنطة والشعير وغير ذلك^(٤) ، أو بتعاً وهو بكسر الباء وسكون التاء وقد تفتح نبيذ العسل ، وهو خمر أهل اليمن ، أو منصفاً وهو من العصير كما في (المصباح) : ما طبخ حتى بقي على النصف^(٥) ، أو فضيخاً وهو كما في (النهاية) :

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٨ .

(٢) جواهر الكلام ٤٦ : ٤٦ .

(٣) المفردات في غريب القرآن : ١٥٩ .

(٤) النهاية في غريب القرآن والحديث ٧ : ٥ .

(٥) المصباح المنير : ٦٠٨ .

شراب يتخذ من البسر المفضوخ أي المشدوخ^(١).

ويترتب ما ذكر من الآثار ولو شرب منه قطرة ، وفي (كشف اللثام)
(الجواهر) قال الشافعي : من شرب يسيراً من النبيذ أحده ولا أفسقه ولا أردّ
شهادته . وعن أبي حنيفة : لا أحده ولا أفسقه ولا أردّ شهادته^(٢).

قال في (الكفاية) : والأصحاب أطلقوا الحكم بأن شارب الخمر تردّ
شهادته ويفسق ، وهذا يدلّ على كون ذلك عندهم كبيرة^(٣).

قال المحقق : « وكذا الفقاع ، وكذا العصير إذا غلا من نفسه أو بالنار ولو لم
يسكر ، إلا أن يغلي حتى يذهب ثلثاه »^(٤).

أقول : أما الفقاع فهو خمر قد استصغره الناس ، وأما العصير العنبي فإذا
غلا بنفسه أو بالنار يحرم وإن لم يسكر ، فإن غلي حتى يذهب ثلثاه حلّ الثلث
الباقى . قال في (الكفاية) : قد ذكروا في هذا المقام العصير العنبي إذا غلا قبل
ذهاب الثلثين ، وتحريمه ثابت ، لكن في كونه كبيرة تأمل ، والأقرب عدم ذلك^(٥).
فتأمل .

قال : « وأما غير العصير من التمر والبسر فالأصل أنه حلال ما لم يسكر »^(٦).
أقول : أي ، فإن أسكر حرم ، لأن كلّ مسكر حرام .

(١) النهاية في غريب الحديث ٣ : ٤٥٣ .

(٢) كشف اللثام ١٠ : ٢٩٢ ، جواهر الكلام ٤١ : ٤٦ و ٤٧ .

(٣) كفاية الأحكام ٢ : ٧٥٠ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٨ .

(٥) كفاية الأحكام ٢ : ٧٥٠ .

(٦) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٨ .

قال : « ولا بأس باتخاذ الخمر للتخليل »^(١).

أقول : يدلّ على ذلك ما رواه زرارة « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الخمر العتيقة تجعل خلاً ؟ قال : لا بأس »^(٢).

وعن عبيد بن زرارة قال « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خلاً . قال : لا بأس »^(٣).

قال في (الجواهر) : سواء كان بعلاج أو غيره ، بل لعلّ الظاهر ما في (كشف اللثام) من أنه لا يحكم بفسق متخذ الخمر إلا إذا علم أنه لا يريد به التخليل^(٤) . وفي (المسالك) : ترك العلاج بشي أفضل^(٥) .

قلت : وجه أفضلية الترك ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سئل عن الخمر يجعل فيها الخل ، فقال : لا إلا ما جاء من قبل نفسه »^(٦) قال صاحب الوسائل : « حمله الشيخ على استحباب تركها حتى تصير خلاً من غير أن يطرح فيها ملح أو غيره »^(٧).

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٥ : ٢٧٧ / ١ . أبواب الأشرية المباحة ، الباب ٣٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٥ : ٣٧٠ / ٣ . أبواب الأشرية المحرمة ، الباب ٣١ .

(٤) جواهر الكلام ٤١ : ٤٧ ، كشف اللثام ١٠ : ٢٩٣ .

(٥) مسالك الإفهام ١٤ : ١٧٩ .

(٦) وسائل الشيعة ٢٥ : ٣٧١ / ٧ . أبواب الأشرية المحرمة ، الباب ٣١ .

(٧) وسائل الشيعة ٢٥ : ٣٧٢ ، النهاية : ٥٩٢ .