

الكتاب المبارك

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْكِتَابُ مِنْ رَبِّ الْعَالَمِينَ
إِنَّا هُنَّ عَلَيْهِ بِشَفَاعَةٍ
أَنْ يُنَزِّلَ لَنَا مِنَ السَّمَاءِ
مَا نَصَرَّتْ أَنفُسُنَا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْكِتَابُ

Princeton University Library



32101 061870166

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

MILANT

كتاب القضاء

تقديرات

فتية العصر بما حمله آية الله العظمى
السيد محمد رضا المؤمني البكري يكابنى
دام ظله الورف

بعلم

السيد على الحسيني الميلاني

(الجزء الثاني)

(Arab)

KBL

. M542

JV2 2

(RECAP)

من منشورات

دار القرآن الكريم

(قم - ایران)

ص - ب - ۲۴ - هاتف - ۲۲۲۴۰

32101 016192427

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لله دين الذي علم بالقلم ، علم الانسان ما لم يعلم ، و افضل صلواته
وازكى تحياته على اشرف انباءه و خاتم رساله فخير خلقه محمد سيد
المرء والمعجم ، وعلى آله واصحابه البررة اولى الفضل والكرم . وعلى
ادعائهم العز المؤبد لهم ، الى از يحيى الله العظام بغير الارم
وبعد ، فان العلم نور يقد زفرا سدى قلب من يشاء
ومن اوى في العلم فقد اوى خيراً كثيراً . وقد فضل اسد مداد العلماء
على دماء الشهداء ، وجعل من ورثة الانبياء .

ثم ازولينا العلامة الحسن السيد على الميلادنا يده استعمالى
تدصرف عنده الشرف فزهرة شبابه في طلب العلم وكب الفضيلة
وكتب حاضرنا وابحاثنا في الفقه من (كتاب القضاة) وعرض
 علينا ما كتب ، فاطلعتنا عليه ووجدناه جامعاً للسائلين حاوياً
 للحال ، محتواه على النكبات والدقائق ، وافية بالمزاد .

وقد استجاذنا في طبعه ونشره ، فاجهزنا بذلك ، سالين
المولى جل شأنه ان يوفى كل ارضيه ، ويكثر في العلماء والمجددين
امثاله ، فذلك تعالى شره ، وعليه بخان اجره . والسلام عليه
وعليه اثر العلماء العاملين ومرحمة الله وبركاته



تم المعدة في ٢٨ / شهر رمضان المبارك ١٤٣٧ هـ

83 - ١٣٩٥٦٢٤ - ١ (v. 2)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين، لاسيما
خليفة الله في الأرضين الإمام الثاني عشر الحجة ابن الحسن العسكري أو راحنا فداه
ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين.

وبعد فان هذا هو الجزء الثاني من (كتاب القضاء) الذي دونت فيه نتيجة ما تلقيته
من بحث سيدنا الأستاذ الأكبر، الفقيه العظيم، زعيم الحوزة العلمية، المرجع الدينى
وأستاذ المجتهدين، آية الله العظمى الحاج السيد محمد رضا الموسوي الگلپاگانى دام ظله
الوارف، أقدمه الى العلماء والأعلام والفضلاء الكرام، سائلًا المولى عز وجل أن ينفع به
كما نفع بسابقه بمنه وكرمه، وأن يجعله ذخيره ليوم لا ينفع مال ولا بنون، انه سميع
مجيب.

قم المقدسة ١٨ ربيع الأول ١٤٠٣ على الحسيني الميلاني

الكلام في:

كتاب قاضٍ إلى قاضٍ

اعلم أن حكم الحكم موضع لاحكام بالنسبة إلى الحكماء الآخرين ،
كوجوب الانفاذ في بعض الموارد ، وعدم جوازه في بعض الموارد ، ووجوب
التفحص عن دليله في موارد ، وعدم جوازه في أخرى .
ثم الحكم الذي يصدره الحكم ، يمكن إنهاؤه إلى الحكماء الآخرين : بالقول ،
وبالكتابة ، وبشهادة العدولين ، وبقرار المحكوم عليه بذلك الحكم .

حكم إنهاء الحكم بالكتابة :

وبالنسبة إلى إنهائه بالكتابة قال المحقق : «أما الكتابة فلا عبرة بها» .
أى : فلا تكون موضوعاً لشيء من الأحكام ، قال : «لامكان التشبيه». وهذا
التعليق يتوجه في عصرنا بالنسبة إلى الأحكام التي يصدرها الحكماء ، أو ينهونها
بواسطة الهاتف أيضاً ، لامكان التشبيه في الصوت بسهولة جداً .
وأضاف في الجواهر : «وعدم القصد إلى الحقيقة وعدم الدليل شرعاً على
اعتبار دلالتها» .

وقد ادعى الأجماع على عدم العبرة بالكتابة ، وحكي عن بعضهم نفي
الخلاف فيه ، وقيل : لامخالف الأبو على الاسكافي ، والاردبيلي حيث اعتبرهافي

صورة العلم بالكتابة ، وكونه قاصداً لمعناها ، قال : ولهذا جاز العمل بالمكتابة في الرواية ، وأخذ المسألة والعلم ، والحديث من الكتاب المصحح عند الشیخ المعتمد ، ولأنه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين ، بل يحصل منها الظن المتاخم للعلم ، بل العلم مع الامن من التزوير ، وأنه كتب قاصداً للمدلول ، وحينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم بأن القاضي الفلاني الذي حكمه مقبول حكم بذلك ، فإنه يجب اتفاذه واجراوه من غير توقف ، ويكون ذلك مقصود ابن الجنيد ، ويمكن أن لا ينزعه فيه أحد ، بل يكون مقصودهم الصورة التي لم يؤمن فيها التزوير ، أو لم يعلم قصد الكاتب ارادة مدلول الرسم .

وأجاب عنه في الرياض بقوله : وفيه نظر ، لأن ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقاً ، ولم نجد في نحو محل البحث ، مما يتعلق بموضوعات الأحكام التي لم تتوقف عليها مطلقاً ، ولو كان الظن للعلم متاخماً ، ومجرد كون الظن بالكتابة أقوى من الظن الحاصل من شهادة الشاهدين لا يوجب قطعيته ، ولا حجيته إلا على تقدير أن تكون حجيتها من حيث افادتها المظنة وهو ممنوع ، بل كلمة القائلين بمحجيتها وسماعها هنا مطبقة على أنها من جهة الأدلة الأربع التي سيأتي ذكرها ، وهي أدلة قاطعة أو ظنية ظنناً مخصوصاً مجمعاً عليه ، ومثلها لم يقم على اعتبار ظن الكتابة ، بعد إمكان دفع الضرورة التي هي الأصل في تلك الأدلة ، بالشهادة على الحكم واقامة البينة وانفاذ الحكم الثاني الحكم بها .

وعلى الجملة ، لو كان السبب لاعتبار شهادة الشاهدين هو افادتها المظنة أمكن ما ذكره ، أما لو كان قضاء الضرورة وغيره مما هو كالدليل القاطع فلا وجه له ولا لقياس الكتابة بالشهادة ، ولا بالاكتفاء بالرواية المكتوبة ، وأخذ المسألة ، ونحوهما مما ذكره ، لأن مستند الاكتفاء بهذه الامور المعدودة في نحو الأحكام الشرعية إنما هو من حيث قضاء الضرورة ، وانسداد باب العلم بها بالكلية ، وعدم إمكان تحصيلها إلا بالمظنة ، وإن عدم اعتبارها حينئذ يجب اما الخروج عن

التكليف ، أو التكليف بما لا يطاق ، وهم ممتنعان قطعاً ، عقلاً وشرعاً ، وهذا السبب يختص بها دون ما نحن فيه مما لم ينسد فيه باب العلم . . .

وقال في الجوادر بعد كلام الارديلي المذكور : التحقيق : أن الكتابة من حيث أنها كتابة لادليل على حجيتها قطعاً مطلقاً سواء في اقرار وغيره ، بل عن ابن ادريس في نوادر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتى أن يرجع الا الى قول المفتى دون ما يجده بخطه - الى ان قال - بغير خلاف من محصل ضابط لاصول الفقه ، وبني على ذلك عدم حجية المكتوبة ، قال : لأن الرواى للكتابة ما سمع الإمام يقول ، ولا شهد عنده شهوده أنه قال ، وإن كان فيه ما مستعرف .

نعم اذا قامت القرائن الحالية وغيرها على ارادة الكاتب بكتابته مدلواللفظ المستفاد من رسماها ، فالظاهر جواز العمل بها ، للسيرة المستمرة في الاعصار والامصار على ذلك ، بل يمكن دعوى الضرورة على ذلك ، خصوصاً مع ملاحظة عمل العلماء في نسبتهم الخلاف والوفاق ، ونقلهم الاجماع وغيره في كتبهم المعول عليهما بين العلماء . . . ولكن مقتضى ذلك أن تكون الكتابة فيما نحن فيه - بعد انتفاء احتمال التزوير وعدم القصد وغيرهما من الاحتمالات - بمنزلة اخباره بالحكم ، فان قلنا بقبوله قبلت والا فلا .

وربما أشرت التعليل الاول في عبارة المصنف ، والثاني في عبارة غيره بارادة غير هذا الفرد من الكتابة ، كما انه يمكن حمل كلام ابن الجنيد ومن وافقه على ما ذكرنا فيعود النزاع لفظياً .

وتحمل الروايات على العمل بالحكم بالكتابة ، بمعنى ايجاد الحكم بها باللفظ ، لا على العمل بها من حيث أنها كتابة ، اذ من المعلوم عدم دلالتها على كونها منه ، وأنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسماها . . .

قلت : والتحقيق هو النظر في الجهات الموجبة للشك بحجية الكتابة والمفرقة بينها وبين القول ، و الذي يوجب الشك في الاعتبار ليس الا احتمال الكذب ،

أو احتمال السهو والنسيان ، أو احتمال عدم القصد ، أما الاول فالمحروم عدمه للوثاقة ، وأما غيره من الاحتمالات فكلها منتفية بالاصل .

والفرق بين القول والكتابة هو: مجيء احتمال التشبيه في الثاني دون الاول، ولذا لم يذكر المحقق غير هذا الاحتمال لعدم العبرة بالكتابة ، وان كان احتمال عدم القصد في الكتابة أقوى منه في القول، لكنه يندفع بالاصل كما تقدم ، ويندفع أيضاً بالعلم بالكتابه وكونها خط فلان .

وأضاف في السرائر : احتمال التزوير ، وهو - كما في مجمع البحرين :-
تزين الكذب . ولكن هذا الاحتمال مشترك بين القول والكتابة .
وأما الاجماع المدعى فهو منقول ، وتبقى الروايات :

١- عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهما السلام : «انه كان لا يجيز كتاب قاض الى قاض ، في حد ولا غيره حتى وليت بنوا امية ، فأجازوا بالبيانات» (١) .

٢- عن طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليهما السلام مثلها (٢) .
وهما - بناء على اعتبارهما بعمل الصحابة (٣) - محمولتان على أن ذلك
كان منه عليهما السلام في مورد عدم حصول الاطمئنان بالكتابة ، وقد كاتبهما لما كتبه .
فالعمدة في الاستدلال على عدم العبرة بالكتابة هو عدم الدليل النقلاني على

(١٩٢) وسائل الشيعة ٢١٨/٢١٨ ، الباب : ٢٨

(٣) سند رواية السكوني: الشيخ باسناده عن سعد بن عبد الله عن احمد عن ابيه عن ابن المغيرة عن السكوني عن جعفر عليه السلام ... قال المحقق الرشتي : سند رواية السكوني الى السكوني على ما أخبر به شيخنا دام ظله صحيح ، والسكوني عامي الا أن روایاته معمول بها عند الصحابة ، فلا شيء 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 فقي الجواهر عن المختلف وصف الخبرين بالمشهورين المستفيضين .
وسيرأني بعض الكلام حول «السكوني» و«طلحة بن زيد» .

العبرة بها ، الا أنا نستدل بالسيرة العقلائية القائمة على الاعتبار في حال الوثوق والاطمئنان ، و لا رادع عن هذه السيرة ، والروایتان قد عرفت حملهما على مورد خاص .

والحاصل : ان الاحتمالات مشتركة بين القول والكتابة ، فحيث تنتفي عن الكتابة قبلت القول بلا فرق .

حكم انهاء الحكم بالقول مشافهة :

قال المحقق «قد» : «وأما القول مشافهة فهو أن يقول للآخر : حكمت بكذا أو أنفدت أو مضيت ، ففي القضاء به تردد ، نص الشيخ في الخلاف : أنه لا يقبل». أقول : المراد من «القضاء به» هو اتخاذ الحاكم الثانية إيه ، ووجه التردد هو : أن هذا خبر واحد عن الموضوع ، وفي اعتباره بحث وخلاف ، ولعل مذهب الأكثرون هو العدم ولزوم قيام البينة ، ولكن يشكل فيه من جهة أن خبر الواحد عن الموضوع المحول إلى المخبر ، والذي لا يعلم إلا من قبله يعتمد عليه ، فلو وكل أحداً في طلاق زوجته فأخبره بجراء الصيغة اعتمد على خبره ، ولو أعطى الشوب المتنجس لأن يغسله فأخبره عن تطهيره إيه اعتمد عليه ، ولو أخبر الإجير في الصلاة عن الميت عن أنه قد صلى كان خبره حجة (١) ... فالقضاء من هذا

(١) واستدل له بأدلة القضاء من جهة أنها كما تدل على نفوذ الزمامات القاضي ، كذلك تدل على قبول أخباراته بالقضاء ، فإنه عندما يخبر عن الزمام ، يترتب عليه استمرار ما كان منه من الفصل بين المتخصصين ، فيجب أن يقبل ، للملازمة العرفية بين نفوذ اللازم ونفوذ الأخبار باللازم ، فيكون الدليل على الثانية نفس الدليل على الأولى .

وبعبارة أخرى : إن أخبار الحاكم الأول بالفصل بين المتخصصين في القضية يعتبر فضلاً كذلك ، فاما يستمر حكم الفصل الاول وذلك ان كان صادقاً في أخباره ، واما يكون فضلاً جديداً من جهة انه عند أخباره قد انفتح في ضميره عدم خصومة بين المتخصصين ولو بقاء ، فكما أنه اذا رأى عدم الخصومة حدوثاً نفذ رأيه كذلك اذا رأى عدمها بقاءاً ، فيكون أخباره بعدم الفصل بمنزلة الزمام به من حيث الكشف عن تعلق رأيه بعدم الخصومة . ←

القبيل ، فالظاهر هو القبول .

حكم انهاء الحكم بالشهادة :

قال المحقق «قد» : «وأما الشهادة ، فان شهدت البينة بالحكم ، وبشهادته ايامها على حكمه ، تعين القبول » .

قال في الجوادر : لعله لعموم ما دل على وجوب قبول حكمه الذى هو من حكمهم فلا ينكر ، ولذا كان الراد عليه راداً عليهم ، ومادل على حجية البينة . ثم ان المحقق «قد» ذكر أن تكون الشهادة على الحكم وعلى الاشهاد معا احتياطاً ، وذلك لأن الحاضر فى مجلس الحكم قد لا يلتفت إلى ما وقع مع خصوصياته ، لكن عندما يشهد على الامر يصغى إليه ويلتفت التفاتاً كاملاً ، فتكون شهادته حينئذ أمن .

وقد ذكر المحقق لما ذهب إليه من تعين قبول الشهادة وجوهاً أربعة، فالاول ما ذكره بقوله : «لان ذلك مما تمس الحاجة إليه ، اذ احتياج أرباب الحقوق الى اثباتها في البلاد المتبااعدة غالب ، وتکليف شهود الاصل التنقل متعدد أو متعرسر ، فلا بد من وسيلة الى استيفائها مع تباعد الغرماء ، ولا وسيلة الا رفع الاحكام الى المحکام ، وأتم ذلك احتياطاً ما حررناه .

لايقال : يتوصل الى ذلك بالشهادة على شهود الاصل .

لانت نقول: قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل والشهادة الثالثة لا تسمع». أقول: وأيضاً الشهادة على الشهادة لا تسمع مع امكان الشهادة على الاصل ، ولذا قال بعضهم بأنه مع عدم امكان الشهادة على الاصل ، يجوز الحكم طبق الشهادة على الشهادة، كما يجوز على نفس الشهادة على الاصل، بخلاف الشهادة على الحكم فإنها تسمع ولو مع امكان الشهادة على الاصل .

— ولكن الاشكال في دلالة أدلة القضاء على قبول اخبارات القاضى بالقضاء كما تدل على نقوذ الزماماته ، وأن الملازمةعرفية المذكورة فيها تأمل ، فتأمل .

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

ولاتقبل الشهادة على الشهادة الا مرة واحدة، وأما انفاذ الحكم فيستمر باستمرار الزمان ، ففيما لا تكون الشهادة على الشهادة حجة لامحیص لرفع الحوائج وفصل الخصومات الا بانفاذ الحكم .

واذ لا يشترط في الشهادة على حكم المحاكم عدم امكان الشهادة على الاصل، فان للمحاكم الثاني استماع الشهود في القضية من جديد، وله أن يحكم استناداً إلى الشهادة على حكم الاول، كما أن له اجراء الحد استناداً إلى الشهادة على الحكم، لعدم اختصاصها بغير الحدود .

هذا توضيح ما قرره صاحب الموجاہر في شرح عبارة المحقق في جواب لا يقال.

وصاحب المسالك قرره بنحو آخر وهو: أن في الشهادة على الشهادة قصوراً عن الشهادة على الحكم، لأنها لا تسمع الا مرة واحدة، بخلاف الشهادة على الحكم، فانها تسمع في الثالثة . وتوضيح ذلك: ان الشهادة على الاصل هي المرتبة الاولى لاثبات المدعى، والمرتبة الثانية هي الشهادة على الشهادة بعد تعذر الشهادة على الاصل، وحيث أنها مخصوصة بتلك المرتبة، وأما الشهادة على الحكم التي هي في المرتبة الثانية عن شهادة الاصل فلا تختص حجيتها بتلك المرتبة، بل الشهادة على الشهادة على الحكم حجة أيضاً وهي المرتبة الثالثة . انتهى .

لكن هذافي الحكم الاول المستند الى الشهادة على الاصل، وصاحب المسالك لم يتعرض للشهادة على حكم المحاكم الثاني المستند الى الشهادة على الشهادة، والمستند الى الشهادة على الحكم المستمر باستمرار الزمان . فظاهر أن كلام التقريرين صحيح . فالجواهر نبه على الفرق بين الشهادة على الحكم، والشهادة على الشهادة ، والمسالك نبه على قصور الشهادة على الشهادة عن الشهادة على الحكم بمرتبة، لكن الاول مشتمل على فوائد اكثـر .

قال في الم Johaer : ان ما ذكره صاحب المسالك فرض نادر ، قلت : و ليكن نادراً ، فان الشارع جعل طريقاً لفصل الخصومة فيه ايضاً من باب اللطف . و ظاهر هذا الوجه الاول هو التعليل لثبوت الحكم ، واذ ثبت ووصل الى المحاكم الثاني وجوب القبول والانفاذ ، لأن ملاك الثبوت والقبول هو ما ذكره من التعليل المذكور .

و الوجه الثاني ما ذكره بقوله : « و لانه لو لم يشرع انهاء الاحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد » .

أى : الحكم بالانفاذ موقف على أمرتين : أحدهما : بقوله الحكم . والثانى : كون الحكم واصلا اليه بطريق مشروع ، و لو لم يكن الوصول بالبينة مشروع اً لبطلت الحجج . قال في المسالك : لأن المحاكم يموت فيبطل حكمه . قلت : يعني ان الحكم لا يبطل بالموت لانه ليس كالو كالة مثلاً ، بل المراد ان الحكم يبقى بلا اثر ، اذلا طريق الى اثباته مع عدم اعتبار البينة . قال : فان الشهود تصير طبقة ثانية بعده ، فاذا انفذ حكمه بشهادتهم طال زمان نفوذ الحجة و الانفاذ ، وهلم جراً بالنسبة الى المحاكم الثاني والثالث ، فيستمر الانفاذ بالحججة . أقول : يحتمل أن يكون مراده أن الشهادة على الانفاذ يستمر اثرها ، ويحتمل أن يكون المراد هو الشهادة على الشهادة فيكون في المرة الثالثة بلا اثر . والظاهر هو الاول .

هذا ، و لانص فى مورد هذا الوجه الثاني ، بل هو مقتضى عمومات أدلة القضاء ونفوذ حكم المحاكم .

والوجه الثالث : ما ذكره بقوله : « و لان المنع من ذلك يؤدى الى استمرار الخصومة فى الواقعه الواحدة ، بان يرافقه المحكوم عليه الى آخر ، فان لم ينفذ الثاني ماحكم به الاول اتصلت المنازعه » .

أقول : ان الغرض من جعل المحاكم هو الفصل بين المخصوصات ، فلو لم ينفذ حكم المحاكم الاول من قبل الثاني لزم تفويت الغرض ، ولكن تمامية هذا الوجه

توقف على ثبوت حكم الاول بطريق مشروع .

والوجه الرابع ما ذكره بقوله: «ولأن الغريمين لو تصادقا ان حاكمما حكم عليهما أئزمهما المحاكم به الاول ، فكذا لو قامت البينة ، لأنها تثبت ما لو أقر به الغريم ألزم به » .

يعنى : ان اقرار المحكوم موجب لثبوت الحكم ، وحيثئذ يجب عليه ترتيب الاثر على الحكم ، والبينة تثبت ما يثبته الاقرار .

أقول : ان المحاكم الثاني عندما يريد انفاذ حكم الاول لا بد له من ثبوت الحكم عنده و ثبوت وجوب الانفاذ عليه ، وقد استعملت هذه الوجوه الاربعة على دليل الامرين معاً .

و قال صاحب الجواهر قدس سره : ان هذه الادلة الاربعة يظهر من بعضها انها مساقة بثلاث الاكتفاء بالشهادة في اثبات حكم المحاكم ، ومن آخر أنه مساق لاثبات مشروعية حكم المحاكم الاخر بانفاذ ما حكم به الاول ، الا أن الاولى الاستناد في اثبات الاول الى عموم دليل حجية البينة والقضاء بها ، وفي الثاني الى عموم حكم المحاكم ، وأن الراد عليه راد علينا ، وأن حكمهم حكمهم ، وماندرى أن النزاع في أي المقامين ، لأن كلامهم مشوش .

ويشكل عليه بأن مقتضى الدليل عدم جواز الرد ، لا وجوب الانفاذ . وفيه: أن وجوب الانفاذ هو مقتضى عمومات وجوب القضاء لفصل الخصومة .

دليل المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض وردد :

قال المحقق قده : « لا يقال : فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض ولا العمل به ، ورواية طلحة بن زيد والمسكوني عن أبي عبدالله عليهما السلام : أن علياً عليهما السلام كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض لافي حد ولا غيره ، حتى وليت بنو أمية ، فأجازوا بالبينات .

لانا نجيب : عن الاول بمنع دعوى الاجماع على خلاف موضع النزاع ،

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

ونحن نقول : فلا عبرة عندنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً ، والى جواز ما ذكرنا أومأ الشيخ أبو جعفر رحمة الله في الخلاف .

ونجيب عن الرواية : بالطعن في سندها ، فان طلحة بتري والسكنوني عامي ، ومع تسليمها نقول بموجبها ، فانّا لانعمل بالكتاب أصلاً ، ولو شهد به فكأن الكتاب ملغى» .

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

فالاول : الاجماع ، وقد أجاب عنه بمنع قيامه على موضع النزاع ، وتوسيع الجواب هو : ان الاجماع ان كان فمعقده المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض آخر ، لعدم العمل بحكم الحاكم الثابت بشهادة العدلين مثلاً ، لا سيما مع اشهاد الحاكم ايتاهما حين اصداره الحكم .

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

والثاني : الروایتان . وقد أجاب عنهما بالطعن في المستدق بالقول : فان طلحة بتري والسكنوني عامي (١) .

(١) أما طلحة بن زيد ففي تنقيح المقال ٢/١٠٩ : عده الشيخ رحمة الله تارة من أصحاب الباقي عليه السلام فائلاً : «طلحة بن زيد بتري» . وقال في الفهرست : «طلحة ابن زيد له كتاب ، وهو عامي المذهب الا أن كتابه معتمد ...» قال جدنا رحمة الله «قد تفرد الشيخ رحمة الله بقوله : ان كتابه معتمد . ولم أقف على من نطق به غيره ، وذلك لا ينفع الا فيما علم أنه من كتابه ، لأن النتيجة تتبع أحسن المقدمات . ونقل المولى الوحيد رحمة الله عن خاله - يعني المجلسي الثاني - الحكم يكونه كالموثق . قال : ولعله لقول الشيخ رحمة الله : كتابه معتمد . ويروى عنه صفوان بن يحيى» . ←

قال : و مع تسليمها من حيث السنن نقول بمحاجتها ، فارضاً لانعم بالكتاب أصلاً ولو شهدا به ، فكان الكتاب ملغي ، بل عملنا هو بالحكم الذي قامت عليه البينة .

ومما يمكن الاستدلال به للمنع هو : ان حكم الحاكم الثاني خروج عن قانون القضاء ، لأن أدلة القضاء جعلت الميزان الشرعي المقرر له في البينة واليمين ، فإذا حكم هذا المحاكم كان حكمه لاعن طريق البينة واليمين .

والجواب عنه : ان المراد من حكم الثاني ليس انشاء الحكم بأصل الدعوى ، كالحكم بملكية زيد للدار أو زوجية هند له ، بل الغرض حكمه بوجوب اتباع حكم الحاكم الاول ، وهذا في الحقيقة اقرار و اثبات لحكم الاول و انفذ له ، والظاهر اتفاق الاصحاح على وجوب انفذ حكم الفقيه الجامع لشرط المفتوح على الفقهاء الآخرين .

لا يعتبر الاشهاد في هذه الشهادة .

ثم هل يعتبر في هذه الشهادة أن تكون مع اشهاد المحاكم للشاهدين على حكمه مطلقاً ، أو مع حضورهما مجلس الحكم وسماعهما لفظ الحكم ؟ .
الظاهر عدم اعتبارشىء من ذلك ، فان مقتضى اطلاق أدلة حجية البينة سماع

→ وأما السكوني - وهو اسماعيل بن أبي زياد - فموجز ما ذكر وترجمته (تنقية المقال ١٣٧/١) أن الشيخ النجاشي لم يتعرضا إلى مذهبة . لكن العلامة نص على كونه عامياً بل نفى ابن ادريس الخلاف في ذلك ، ونوقش بعدم وجود عاميته في كتب الرجال ، وما دعا ابن ادريس لادليل عليه ، وأنه لا يبعد كونه في تقية شديدة لاشتهره بين العامة ، وكونه من قضاهم ، لاسيما وأنه مذموم عندهم كما لا يخفى على من راجع كتبهم الرجالية . هذا بالنسبة إلى مذهبة .

وأما بالنسبة إلى روایاته فمن الشيخ دعوى اجماع الشيعة على العمل برواياته وأنه ثقة ، ونقل عن المحقق توبيخه ، وهو من رجال كامل الزيارات ، لكن عن ابن باويه : لأنقى بما ينفرد السكوني بروايته ، وللمتأخرین حول الرجل كلمات وآراء فراجعها .

هذه الشهادة ، ولا يعتبر في قبولها الاشهاد ، ولا حضور المجلس مطلقاً .
علي أنا لازمجد فرقاً بين هذه الشهادة وغيرها ، ودعوى عدم الخلاف في
اعتبار الاشهاد في هذا المقام كما عن صاحب الرياض «قد» كما ترى . نعم ينبغي
قيام المحاكم بالاشهاد احتياطاً كما ذكر المحقق «قد» .

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس :

قال المحقق : « اذا عرفت هذا فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون
المحظوظ وغيرها من حقوق الله » .

أقول : وعلى هذا فلو أراد المحاكم الثاني الحكم بالحد توقف على ثبوت
موجبه عنده ، بحسب الموازين الشرعية المقررة للتبوت بالنسبة الى كل موجب
للحد ، ولا يكفي ثبوته عند المحاكم الاول لأن يحكم به ، نعم له اجراء المحظوظ
تنفيذ حكم الاول ، فان للحاكم الاول اجراء الحد بنفسه أو يأمر غيره به مجتهداً
كان المأمور أو مقلداً .

و دليل هذا القصر هو الاجماع ، و قوله عليه السلام : « المحظوظ تدرأ بالشبهات »
و قد أشكل على الاستدلال بالخبر المذكور بأنه لا شبهة مع قيام البينة المعتبرة فلا
يدرك الحد ، ويمكن دفعه بأن البينة قامت عند المحاكم الاول ، وقيامتها تقتضى الغاء
الشك والشبهة ، وأما المحاكم الثاني فلم تقم عنده البينة ، فالشبهة باقية بالنسبة اليه
فليس له الحكم .

ما ينهى إلى المحاكم :

قال المحقق قدس سره : « وما ينهى إلى المحاكم أمران : أحدهما : حكم
وقع بين المتخالفين . والثاني : اثبات دعوى مدعى على غائب .
أما الاول : فان حضر شاهدا الانباء خصومة الخصميين وسمعا ما حكم به
الحاكم وأشهدهما على حكمه ، ثم شهدتا بالحكم عند الآخر ، ثبت بشهادتهما حكم

ذلك المحاكم وأنفذ ما ثبت عنده ، لأنه يحكم بصححة الحكم في نفس الامر ، إذ لا علم له بذلك ، بل المفادة فيه قطع خصومة الخصميين لو عاودا المنازعة في تلك الواقعه .

وان لم يحضر الخصوم فحكمى لهم الواقعه وصورة الحكم ، وسمى المتحاكمين بأسمائهم وآباءهم وصفاتهم وأشهدهم على الحكم ففيه تردد ، والقبول أولى ، لأن حكمه كما كان ماضياً كان أخباره ماضياً .

أقول : ان الذى ينهيه المحاكم الاول بالكتاب الى المحاكم الثاني أمران : أحدهما : الحكم الذى حكم به بين المتخاصمين : فان حضر شاهدا الانهاء مجلس التخاصم وسمعا ما حكم به المحاكم فى الواقعه بل وأشهدهم على حكمه ثم جاءوا فشهدوا بحكم المحاكم الاول عند الثاني فإنه يثبت بذلك حكم ذلك المحاكم ، وعلى الثاني انفاذ وفصل الخصومة المتتجدة بين الخصميين فى نفس تلك الواقعه ، وليس له الحكم بصححة حكم الاول فى الواقع لانه لا علم له بذلك ، وقد نهى الشارع عن القول بلا علم .

وان لم يحضر شاهدا الانهاء مجلس التخاصم ، بل حكم المحاكم الاول لهم الواقعه شارحاً صورة النزاع وحضور المتنازعين عنده وصورة حكمه ، وذكر المتحاكمين بأسمائهم وأسماء آبائهم وصفاتهم المشخصة ، وأشهد الشاهدين على حكمه ففي ثبوت الحكم بشهادتهم عند المحاكم الثاني تردد عند المحقق قده لكن قال «والقبول أولى» قال فى الجواهر : «وفقاً للاكثرون ، بل لم أجده فيه خلافاً سوى ما يحكى عن الشيخ فى الخلاف ، بل قيل : انه ظاهره دعوى الاجتماع عليه ، الا أنى لم أجده من وافقه عليه سوى بعض متأخرى المتأخرین ، بنا عنهم على أن الاصل يقتضى عدم جواز الانفاذ فى غير صورة القطع لانه قول بغیر علم ، خرج ما خرج وبقى ما بقى »

وقد رجح المحقق هنا القبول بعد التردد - بخلاف مسألة الانهاء بالقول مشافهة

حيث تردد فيها بلا ترجيح، حيث قال: «واما القول مشافهة فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا وأنفذت أو أمضيت، ففي القضاء به تردد، نص الشيخ في الخلاف انه لا يقبل» وهو كذلك، لما ذكرنا سابقاً من حجية قوله فيما هو مرجوع اليه ومحول عليه ولا يعرف الا من قبله، فإذا أخبر بأنى قد حكمت بكذا وشهد الشاهدين على ذلك كان اخباره حجة كما لو سمعا بآنسفهم الحكم منه، وكما يلغى احتمال عدم قصده للحكم بالنسبة الى انشاء المسموع منه فكذلك يلغى احتمال الخلاف بالنسبة الى اخباره عن ثبوت حكمه ، وبذلك ينقطع الاصل الذي تمسك به المانعون .

قال المحقق: «وأما الثاني- وهو اثبات دعوى المدعى - فان حضر الشاهدان الدعوى واقامة الشهادة والحكم بما شهدا به وشهادهما على نفسه بالحكم وشهاد بذلك عند الآخر، قبلها وأنفذ الحكم، ولو لم يحضر الواقعه وشهادهما بما صورته: ان فلان ابن فلان الفلانى. ادعى على فلان ابن فلان الفلانى كذا، وشهد له بدعواه فلان وفلان، ويدرك عد التهمما او تزكيتهمما، فبحكمت أو أمضيت، ففي الحكم به تردد مع ان القبول أرجح ، خصوصاً مع احضار الكتاب المتضمن للدعوى وشهادة الشهود » .

أقول : هذا هو الامر الثاني ، وهو ايضاً على قسمين ، فالاول : أن يحضر الشاهدان مجلس الحكم على الغائب ويشهدهما الحكم عليه ، فإذا شهدا بذلك عند الحكم الثاني ثبت الحكم وكان على الثاني انفاذه .

والثاني : ان لا يحضر الشاهدان الدعوى بل يخبرهما الحكم الاول بها وبحكمه في الواقعه مع ذكر اسم المدعى والمدعى عليه وتعريفهما ، كأن يخبرهما وشهادهما بما صورته ان فلان بن فلان الفلانى ادعى على فلان بن فلان الفلانى كذا وشهد له بدعواه شاهدان عادلان و هما فلان وفلان فبحكمت وامضيت ، فهل يقبل الحكم الثاني هذه الشهادة ويحكم بذلك ؟ تردد فيه المحقق ثم رجح القبول على نحو ما عرفته في المسألة السابقة، خصوصاً مع احضار الكتاب المتضمن للدعوى

وشهادة الشهود . لكن لاما كان الغائب على حجته اذا قدم فانه ينبغي ضبط أسماء الشهود ليتمكن من الجرح ونحوه ، وكذا غير ذلك مما له مدخلية في بقاء الخصم الغائب على حجته .

هذا كلها في الحكم .

حكم انفاذ الشهود لو أخبر الاول به :

قال المحقق قده : « أما لو اخبر حاكماً آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثاني ، وليس كذلك لو قال « حكمت » فان فيه ترداً » .

أقول : وأما لو أخبر المحاكم الاول الثاني بشهود الدعوى عنده ، أو قال بعد سماع الدعوى وشهادة الشاهدين « ثبت عندي كذا » فلا يجوز للثاني أن يحكم به أو يقول « ثبت عندي كذا » ، لعدم الشهود عنده ، ولا أن يقول : « انفذت حكمه » لأن الشهود ليس حكماً كي يندرج في أدلة الانفاذ .

وبالجملة فان موضوع وجوب الانفاذ هو « الحكم » لا « الشهود » .

قال عليه السلام : « فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد والراد علينا الراد على الله ، وهو على حد الشرك بالله » (١) .

اللهم الا اذا حصل الاطمئنان بشهود الامر عند المحاكم أو المحاكم الآخرين وسائل الناس ، ولذا كان عيد الفطر يثبت في أيام شيمخنا الاستاذ (٢) بقوله : « ثبت عندي » . وكان رحمة الله لا يحكم لانه لم يكن يرى - تبعاً لبعض مشايخه - ولاية المحاكم في مثل ذلك .

ثم انه قد ذهب بعض الاصحاب - على ما حكاه في المسالك - الى اختصاص المحاكم بما اذا كان بين المحاكمين وساطة وهم الشهود على حكم الاول ، فلو كان المحاكمان مجتمعين وأشهد أحدهما الآخر على ذلك لم يصح انفاذه ، لأن هذا

(١) وسائل الشيعة ٩٨/١٨ الباب : ١١ من أبواب صفات القاضي .

(٢) آية الله العظمى الشيخ عبد الكري姆 اليزدي قدس سره مؤسس المحونة العلمية .

ليس من محل الضرورة المسوغة للانفاذ المخالف للاصل .

وأجاب عنه في الجوادر بأن ذلك ليس قوله لاحد من أصحابنا ولم نعرف أحداً حكاه غيره، وبأن الضرورة المذكورة في الدليل إنما هي حكمه أصل المسوغة للانفاذ لأنها علة يدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً ، وبأن الضرورة قد تتحقق فيه لقطع الخصومة مع عدم الكون في البلاد المتبااعدة من الحكم الأول .

حقيقة الانفاذ

هذا وليس «الانفاذ» ارشاداً إلى العمل بحكم الحكم الأول فقط ، كما هو الشأن في عمل نقلة فتاوى الفقهاء وارشادهم العوام إلى العمل بفتاوى مقلديهم ، بل ان المراد من الانفاذ حكم الثاني بوجوب اطاعة حكم الأول و لزوم تطبيقه حتى ينقطع النزاع ، بغض النظر عن صحته و سقمه ، فله أن يقول : يجب امتثال الحكم بكون المال لزيد و ان كنت لا اعلم بصحة هذا الحكم . هذا ما تفيده ظواهر كلمات القوم .

والدليل عليه قوله عليه السلام : «فإذا حكم ...». وليس من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولذا يكون فاصلاً للخصوصة ، ولو كان من ذلك الباب لما كان كذلك .

لكن يمكن أن يقال بأن للحاكم الثاني أن يجعل حكم الأول حجة في الحكم كما يحکم استناداً إلى البينة مثلاً ، فله أن يحکم في اصل القضية حكماً من عنده استناداً إلى نظر الأول في الواقعه و حكمه فيها ، ولا ينافي ظاهر الحصر في قوله عليه السلام «انما أقضى بينكم باليينات و الايمان» لجواز حمله على الحصر الاضافي ، وقد اجاز ذلك المحقق النراقي ومنعه المشهور مستدلين بأن هذا الحكم قول بغیر علم ، اذ المفروض عدم علمه بكون المال لزيد مثلاً ، وبأن المفروض جعله بملك حكم الأول فمن الجائز أنه لو علم به لخالقه ، وعلى هذا فليس له الحكم به ، كما لا يجوز له الحكم بصحته أو موافقته للواقع .

واسند النراقي بأن حكم الحكم الأول حكم الله في الواقعه ، لادلة حجية

حكم الحكم ، فهو حجة ، وحينئذ فكما يجوز للحاكم الثاني الاستناد الى البيينة واليمين ونحوهما من الحجج ، كذلك له ان يستند الى هذه الحجة ، فيحکم على طبق حکم الاول حکماً مستقلاً كماله أن ينفذه .

والاقوى ماذهب اليه الان يكون اجماع على خلافه ، لكن الا هو في المقام هو انفاذ حکم الاول وعدم الحکم بنفسه في الواقعه .

صورة الانهاء :

قال المحقق قدس سره : « وصورة الانهاء : أن يقص الشاهدان ما شاهداه من الواقعه ، وما سمعاه من لفظ المحاكم ، ويقولا : وأشهدنا على نفسه أنه حکم بذلك وأمضاه ، ولو أحالا على الكتاب بعد قراءته و قالا : أشهدنا المحاكم فلان على نفسه أنه حکم بذلك جاز » .

أقول: أى ان تتحقق الانهاء يكون بشرح الشاهدين كل ما شاهداه من الواقعه في مجلس الحکم من حضور المتخصصين ودعوى المدعى و انكار المدعى عليه ثم اقامه الاول البينة على دعواه ، ثم بحكایة لفظ الحکم الذي أصدره المحاكم والتصریح باشهاده . اياماً على حکمه .

ويقوم مقام هذا كله الحالهما المحاكم الثاني على الكتاب الذي كتبه المحاكم الاول بالواقعه بعد قراءته وأن يقولا : اشهدنا المحاكم انه حکم بذلك .

قال المحقق : « ولابد من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه ، ولو أشتبه على الثاني أو قف الحکم حتى يوضّحه المدعى » .

أقول: هذا من شرائط الانهاء بالشهادة، فلا بد من أن يكون الامر الذي يشهدان به مضبوطاً من الشاهدين معيناً بجميع جهاته وشئونه بحيث ترتفع الجهالة عنه ، فلو كان مورد الدعوى غصب مال مثلاً وأرادا الشهادة بذلك لزم أن يكونا عالمين بخصوصيات الواقعه من زمان الغصب ومكانه وغير ذلك بحيث ترتفع الجهالة والا

لم يسمع الثاني شهادتهما بل يجب عليه ايقاف الحكم الى أن يتضح الامر ويرتفع الاشتباه .

ولاخصوصية لتوسيع المدعى - وان قال المحقق : «حتى يوضحه المدعى» - بل يكفي وضوحا من أينما كان . نعم بما أن المدعى هو الذي يدعي شيئاً ويطلب من المحاكم النظر في دعواه فهو المخاطب باثبات ما يدعيه بطريق شرعى كشهادة غير الاولين على تفصيله أو تذكيرهما أو نحو ذلك .

وهل يعتبر في الانهاء كونه الى قاض معين أو يكفى توجيه الكتاب الى مطلق القضاة ؟ حكى الاول عن بعض العامة ، وفيه انه لا وجه لهذا التقييد ، بل ان البيينة حجة وان لم يكن معها كتاب مطلقاً ، فلا يختص الانفاذ بالمكتوب اليه .

حکیم ما لو تغیر حال الحاکم الاول :

قال المحقق : « ولو تغير حال الاول بموت أو عزل لم يقدح ذلك في العمل بحكمه ، وان تغير بفسق لم يعمل بحكمه ، ويقر ما سبق انفاذه على زمان فسقه » .

أقول : لاريب في نفوذ حکم المحاکم الجامع للشروط والصفات المذکورة في أول كتاب القضاء ، ويعتبر كونه على تلك الصفات في حين اصداره الحكم ، فلو تغير حال المحاکم بموت أو عزل عن القضاء أو جنون أو عمى - بناءاً على اشتراط البصر - أو غير ذلك لم يقدح ذلك في العمل بحكمه ووجوب انفاذه على المحاکم الثاني ، وقد استثنى المحقق تبعاً للمشهور من ذلك الاسلام والعدالة ، وأنه يتشرط بقاوه على ذلك بعد الحكم كذلك ، فلو تغير حاله بکفر أو فسق لم يعمل بحكمه - و ليس الامر كذلك في سائر الامور المشروطة بالعدالة كاما مامة الجماعة والشهادة بالطلاق ونحوهما - وكذا لو تغير حاله بعد الحكم وقبل العمل .

أما اذا تغير حاله بعد العمل بحكمه فلا ريب في عدم بطلان الحكم بذلك . وهذا الذي ذكره جار في مورد فتوى المجتهد أيضاً ، فلو أفتى بفتوى فمات لم يقدح ذلك في العمل بفتواه ، نعم في الجواهر : « الظاهر الاجماع على عدم

جواز العمل ابتداءً بفتاوی الاموات» وأمّا اذا كان قد قلّده ثم مات المجتهد فقد أفتوا بجواز البقاء على تقليله .

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

وقد استدل لما ذكره المحقق قده بأمرین ، احدهما : - ان ظهور الفسق يشعر بالخبيث الباطنى وقيام الفسق يوم الحكم . و الثاني : انه يصح أن يقال بعد فسقه بأنه حكم فاسق فعلا ، فلا يجوز العمل به وانفاذه .

لكن كلا الامرین واضح الضعف ، ولا يقاومان اطلاقات الاadle ، و من هنا ذهب جماعة كالارديلى والترافق الى عدم الفرق بين الفسق والموت ،أخذًا باطلاقات ادلة حجية حكم المحاكم ، الا أن ذهاب المشهور الى ما ذكره المحقق ، بل دعوى بعضهم عدم الخلاف فيه يمنعنا من الجزم بعدم الغرق .

وربما يؤيد المشهور بما ذهب اليه بعض الاصحاب من الفرق بين الفسق وغيره من الموانع في بعض الموارد ، فمن ذلك ما لو تغير حال الشاهدين بعد أداء الشهادة وقبل الحكم طبق شهادتهما بموت أو جنون مثلا ، لم يقدح ذلك في قبول الشهادة وترتبط الأثر عليها ، بخلاف ما لو تغير بفسق فلا تعتبر . ومن ذلك أيضًا: ما لو تغير حال شاهدى الاصل قبل الحكم بشهادة شاهدى الفرع ، فإنه يمنع عن الحكم ان كان التغير بفسق ولا يمنع ان كان بغيره .

ويؤيده أيضًا جواز البقاء على تقليل المجتهد الميت دون الفاسق . ولو وصلت النوبة الى الاصل فالاصل هو عدم جواز العمل والانفاذ . هذا كله بالنسبة الى تغير حال المحاكم الاول الكاتب للكتاب .

لا أثر لتغيير حال المكتوب اليه :

قال المحقق: «ولا أثر لتغيير حال المكتوب اليه في الكتاب بل كل من قامت

عنده البينة بأن الأول حكم به وأشهدهم على ذلك عمل بها، اذ اللازم لكل حاكم انفاذ ما حكم به غيره من الحكام».

أقول: ان انفذ المحاكم الثاني الحكم ثم تغير حاله بموت أو جنون أو غيرهما لم يقدح ذلك في انفاذه، وإن تغير بفسق لم يعمل بحكمه بالانفاذ على المشهور. ومن المعلوم ان ذلك لا يقدح في حكم المحاكم الاول بل كل من قامت عنده البينة من المحاكم بأن المحاكم الاول قد حكم به وأشهدهم على ذلك عمل بها لعموم دليل حجيتها ، اذ اللازم لكل حاكم انفاذ ما حكم به غيره من المحاكم لأن حكمه حكم الأئمة عليهم السلام.

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

مسائل ثلاث

المسألة الأولى

(حكم ما لوأقر المحكوم عليه أو أنكر)

قال المحقق : « اذا أقر المحكوم عليه وأنه هو المشهود عليه ألزم ، ولو أنكر وكانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق غالباً فالقول قوله مع يمينه مالم يقم المدعى ببينة ، وان كان الوصف مما يتعدى اتفاقه الا نادراً لم يلتقت الى انكاره لانه خلاف الظاهر » .

أقول : لما قام الشهادة فاما يقر المحكوم عليه وأنه هو المشهود عليه ، فيلزم منه الحاكم بأداء ما عليه بلاشكال ، وبالخلاف كما في الجوادر .

واما ينكر ، و حينئذ فان كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق عليه و على غيره - كمال وجاء في الشهادة على الحكم بأن محمد بن احمد مدین لفلان كذا ، فانه يحتمل الاتفاق على هذا الشخص و على غيره بكثرة - سمع قوله مع يمينه ، الا اذا أقام المدعى ببينة على ان هذا هو المقصود .

وعن بعضهم بطلان اصل الحكم على عنوان مشترك كمافي المثال المذكور .
وان كانت الشهادة بوصف يتعدى اتفاقه الا نادراً - كما اذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفة الكذائية والمهنة الفلانية - لم يلتقت الى انكاره الحكم عليه بالخلاف بين من تعرض لذلك كما في الجوادر ، و ذلك لانه خلاف الظاهر .

هذا و في المسألة تفصيل ، لانه اذا انكر كونه المحكوم عليه فتارة يدعى المدعى كونه هو على التعين ، وحيثند ليس للحاكم الثاني انفاذ حكم الاول في حق هذا الشخص ، بل تجري احكام المدعى والمنكر . وأخرى يتعدد المدعى بين هذا وشخص آخر يشتراك معه في الاسم والوصف ، فان كان هذا التردد من المدعى من أول الامر كان المورد من فروع مسألة الدعوى على المردود ، كدعوى ولد المقتول بأن أحد هذين قاتل أبي ، وفي صحة هذه الدعوى بحث وخلاف . وبناء على صحتها يطالب المدعى بالبيينة ، ومع عدمها يحلف الرجلان ان كانوا حاضرين أو الحاضر منهما ، ومع الامتناع ترد اليمين على المدعى .

و لو شهد الشاهدان على معين و حكم الحكم عليه بأداء الحق ثم اشتبه فلاريب في صحة الحكم ، فان وقع الاشتباه من عدم ذكر الحكم الاول للأوصاف و المشخصات بالتفصيل ، جاء ما ذكره المحقق من أنه ان كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق ... بخلاف ما لو كان الوصف مما يتعدى اتفاقه الا نادراً وقد ذكره الحكم الاول بالتفصيل ، فإنه لا يلتفت الى انكاره لانه خلاف الظاهر ، وان كان سماع دعواه انطباق الاسم والوصف فعلا على غيره غير بعيد .

قال المحقق : « ولو ادعى ان في البلد مساواياً له في الاسم والنسب كل ف ابنته في اثباته ، فان كان المساوى حياً سئل ، فان اعترف أنه الغريم الزم وأطلق الاول ، وان انكر ووقف الحكم حتى يتبيّز » .

أقول : وقوف الحكم بمجرد دعوى أن المحكوم عليه شخص آخر غيره - مع انكار ذلك الشخص - في غاية الاشكال ، اللهم الا ان يقال بان الدعوى كانت على كل المسمى بهذا الاسم وقد صدر الحكم عليه كذلك ، ثم اشتبه المصدق على الحقيقى بغيره . لكن صحة الدعوى على الكلى المردود محل خلاف .
هذا كله مع كونه حياً .

قال المحقق : « وان كان المساوى ميتاً و هناك دلالة تشهد بالبراءة ، اما لان

الغريم لم يعاصر ، واما لان تاريخ الحق متاخر عن موته الزم الاول وان احتمل وقف الحكم حتى يتبيّن» .

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

وقد فصل بعضهم بين ما إذا ذكر الاسم والوصف وكان الوصف محتملاً للاتفاق فيه مع غيره من أول الامر، وبين ما إذا كان متعدراً اتفاقه من أول الامر ثم اتفق بعد ذلك. فحكم بالبطلان في الاول دون الثاني .

المسألة الثانية

(حكم امتناع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض)

قال المحقق: «للمشهود عليه أن يتمتنع من التسليم حتى يشهد القابض، ولو لم يكن عليه بالحق شاهد قيل : لا يلزم الاشهاد. ولو قيل : يلزم كان حسناً ... أقول: هذا لثلاطاليه ذو الحق بهمرة أخرى، والدليل على هذا الحكم قاعدة لا ضرر ولا ضرار ، هذا اذا 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، اذ ليس مع ذي الحق ما يخاف مراجعته به مرة أخرى، ولو قيل : يلزم الاشهاد كان حسناً حسماً لمادة المنازعه أو كراهة لتوجيه اليمين .

هذا ولكن في الحكم بجواز الامتناع من التسليم الا مع الاشهاد نظر، لأن أداء حق الناس واجب ، والمماطلة غير جايزه ، غاية الامر انه لو حدث نزاع بعد ذلك ترافق على الحاكم وارتفع بالموازين الشرعية، فمجدد احتمال حدوث النزاع مرة أخرى لا يجوز تأخير أداء حق الناس ، ففيما ذكروه تردد .

المُسَأْلَةُ التَّالِيَةُ

(عدم وجوب دفع الحجة على المدعي)

قال المحقق: «لا يجب على المدعي دفع الحجة مع الوفاء ... وكذا القول في البائع ...»
أقول: دليل عدم الوجوب كون الحجة ملکاً له. وقد قال رسول الله ﷺ: «الناس مسلطون على اموالهم» و لأنها حجة له لو خرج المقبوض أو المبيع مستحضا.

الكلام في :

بعض أحكام القسمة

«القسمة» معاملة مستقلة لها أحكامها الخاصة ، وقد تعرض الاصحاب قدست
أسرارهم لهافي كتاب الشركه، وذكروا بعضها في كتاب القضاء من جهة استحباب أن
يكون للحاكم قاسم يقسم الاموال المشتركة بين الشركاء ، لتوقف فصل الخصومة
على القسمة في كثير من الأحيان .

مشروعيية القسمة :

و مشروعيية القسمة بأن تكون معاملة كالمعاملات الأخرى ثابتة بالكتاب
والسنّة، ففي القرآن الكريم: «وإذا حضر القسمة أولوا القربي واليتامي والمساكين
فارزقهم منه» (١) اذ المستفاد من هذه الآية المباركة امكان تمييز السهام ببعضها عن
بعض بالقسمة ، من دون حاجة الى أن يبيع بعض الشركاء سهمه من بعض لتحقيق
الفرز وتعيين الحصص في المال ، فالآلية ظاهرة في تشريع القسمة لأن تكون طريقاً
للوصول الى هذا الغرض والا قال - مثلا - : وإذا حضر البيع أو الصلح .
و ذكروا أيضاً قوله عزوجل : «ونبئهم أن الماء قسمة بينهم» (٢) ولكن في

(١) سورة النساء : ٨ .

(٢) سورة القمر : ٢٨ .

دلائلها على تشريع القسمة نظر، لأن الماء كان لهم خاصة ولم يكن مشتركاً ، وقد أمر سبحانه بجعل قسم من الماء للنفقة .

ومن السنة : ما روى من «أن عبد الله بن يحيى» كان قسماً لا مير المؤمنين (١) وقد قسم رسول الله ﷺ خير على ثمانية عشر سهماً . و قال ﷺ : «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة» (٢) . قال في الجواهر : «وغير ذلك من النصوص ، واجماعاً بقسميه، بل ضرورة» .

ثم إن القسمة تارة تكون بافراز الحصص بعضها عن بعض، و أخرى تكون قسمة مهابية ، بمعنى تقسيم الانتفاع من الشيء المشترك بحسب الأزمنة ، كالدابة المشتركة بين اثنين يستعملها هذا يوماً وذاك يوماً .

حقيقة القسمة :

ثم انه تارة يختلط مال اثنين بعضه ببعض ، كأن يختلط شيء هذا بشيء ذاك فهنا قولان :

أحدهما: إنهم يشتري كل في المجموع بنحو الإشاعة ، كما هو الحال فيما إذا ورث الأخوان هذا المجموع معاً . و الثاني أن كلاً منها يملك حقه و مملوكه الواقعي فقط . وأذلاً طريق إلى التمييز فلا بد من التراضي بينهما بالتقسيم ، بأن تنتقل عين مال كلي واحد إلى الآخر في مقابل عين ماله فيكون في الواقع تبديلاً .

و تارة أخرى يكون الاختلاط بين المالين موجباً لاشتراكتهما بالإشاعة عند العرف ، كأن تختلط حنطة هذا بحنطة ذاك . فلا يصدق حينئذ التبديل ، بل يقال هنا بالتمييز والإفراز والتعيين ، و المراد جعل المال الذي يشتراك الاثنان في تملكه مفرزاً إلى ملكيتين يختص كل واحد منها بواحد .

قال المحقق قدس سره في كتاب الشرك : وهي تمييز الحق من غيره ، وكذا قال في المسالك والجواهر ، بل نسب إلى المعروف بين الأصحاب ، وعليه السيد صاحب

(١) سند ذكر ترجمة هذا الرجل قريباً .

(٢) سنن البيهقي ١٠٢٦

الوسيلة ، والاولى التعبير بالتعيين وفقاً للسيد صاحب العروة حيث قال : و الاولى التعبير بالتعيين ، لأن الظاهر من التمييز أن يكون له واقع معين وليس كذلك (١) .
نعم في مثال الشيارة على الوجه الثاني يصح التعبير بالتمييز .

فالاولى التعبير هنا بالتعيين ، لعدم تعين حق كل من الشركين خارجاً ، اذ المفروض انهما يشتركان في كل جزء جزء من المال حتى يصل الى الجزء الذي لا يتجزء فيقسم هناك تقسيماً عقلياً . فالمراد من القسمة تعين مصداق الكلى .

واما احتمال أن تكون القسمة تعين ما يملكون كل واحد من الشركين خارجاً ، بمعنى أن كل مال من الاموال المملوكة هو ملك لكتلهم ، فيكون أحدهما مال الكل للنصف الثاني من المال الذي بيده بازاء تملكه النصف الآخر من المال الذي بيده شريكه ، فتكون القسمة في الحقيقة ببعاً ، لأنها على هذانبدل الاموال بعضها ببعض بحسب السهام ، لكن الشركين ينشآن القسمة ولا نظر لهما الى المبادلة والمعاوضة الواقعة .
فيضعه : انه ان كان المراد من النصف هو النصف المردود فان المردود لا وجود له في الخارج ، وان كان المراد منه النصف المعين فهذا خلف للفرض ، ولو كان كذلك لم يكن حاجة الى التقسيم . فيرجع الامر الى الكلى ويكون من قبيل تعين الكلى في المصدق ، نظير تملك الكلى في المعين كالصاع من الصبرة اذ يتعين كلى الصاع بالصاع الذي يدفعه ، وان كان بين الموردين فرق من جهة أخرى ، وذلك انه مع تلف شيء من المال المشترك يكون التلف من كليهما ، بخلاف ما لو تلف من الصبرة مقدار فائه من مالكه ، حتى اذا بقي منها صاع واحد كان لمستحقه ولم يشاركه صاحب الصبرة .

واما احتمال ان يكون الم المملوك لكل واحد من الشركين هو احد الابعينه

(١) قال السيد الاستاذ دام ظله في حاشية الوسيلة : «فالمناسب في تعريفها أن يقال:

القسمة هي نقل سهم كل شريك من الحصة التي يبيده شريكه بازاء سهم شريكه في الحصة التي بيده» .

بناءً على أن الملكية امر اعتباري ، فيجوز ان يباع الواحد المردد لانه قابل للتمسلك كما يقبل الكلى ذلك نظير بيع ثمرة الشجرة قبل وجودها . فيكون التقسيم في حقيقته اخراج كل فرد من حال عدم التعين الى التعين - ففيه ما تقدم من أن الواحد المردد لا وجود له ولا حقيقة ، والملكية وان كانت امراً اعتبارياً لكن يشترط في متعلقها أن يكون امراً قابلاً للوجود في الخارج .

والتحقيق هو النظر في حقيقة الشرك ، وبذلك يتضح معنى القسمة ، والحاصل : ان التقسيم هو التعين ، لأن معنى الشرك هو تملك كل من الشركيين للنصف مثلاً من المال بنحو الاشاعة ، وحيث يراد اخراج الملك عن الاشاعة وتعيين حق كل واحد من الشركيين ، يقسم المال بحسب السهام ، فيكون التقسيم تعين كل من النصفين لكل من الشركيين مثلاً ، فيحصل ان معنى التقسيم اخراج المال عن حال كونه مملوكاً للشركين بالاشاعة الى حال تعين ملك كل واحد منهمما فيه ، بتعين مصاديق كل الاجزاء لكل منهما ، وهذا الوجه أحسن الوجوه في هذا المقام .

حكم نصب القاسم :

قال المحقق : «ويستحب للأمام ان ينصب قاسماً كما كان (١) على ^{الثلث}». أقول : هذا الحكم لاريب فيه كمامي الجواهر ، لأن نصب القاسم من المصالحة العامة ، وعن القواعد الاجماع عليه .

وان تعبيره بـ «النصب» يفيد أن ذلك منصب من المناصب ، و لازم ذلك أن يكون للقاسم ولایة على التقسيم كما للحاكم ولایة على الحكم ، ويكون مافعل نافذاً على الشركيين كما ينفذ حكم الحاكم على المتخاصمين ، ولو لم يرض أحدهما

(١) واسمه عبدالله بن يحيى كما في المبسوط ١٣٣/٨ وقيل انه الحضرمي الذي ذكره في تقييح المقال ٢٢٣/٢ : عبدالله بن يحيى الحضرمي وقال : قد دع الشيخ الرجل من اصحاب أمير المؤمنين (ع) وفي رجال البرقى انه من اصحاب أمير المؤمنين (ع) الذين كانوا شرطة الخميس ، وان أمير المؤمنين قال لعبد الله بن يحيى الحضرمي يوم الجمل : ابشر يا ابن يحيى فانك وأباك من شرطة الخميس حقاً .

بالنقسام حكم الحاكم به من باب كونه ولیاً على الممتنع وكان التقسيم نافذاً .
واذ كانت القسمة منصباً و كان القاسم منصوباً من قبل الامام عليه السلام او الحاكم
لزم وجود الشرائط الآتية فيه . قال المحقق قدس سره :

صفات القاسم :

«ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل والایمان والعدالة»
أقول : لاشبهة ولا خلاف في اشتراط كونه بالغاً عاقلاً ، اذلاً عبرة بافعـال
الفاقد للبلوغ والعقل ، كما لا ريب ولا خلاف في اعتبار الایمان والعدالة فيه ، لأن
صاحب هذا المنصب ذو ولـاية، وقد قال الله عز وجل : «لـا يـالـعـهـدـىـ الـظـالـمـينـ»(١)
قال : «والمعرفة بالحساب» .

أقول : وكذا نحوه مما تحتاج اليه القسمة غالباً .
قال : «ولا يشترط الحرية» .

أقول : ظاهر الجوادر الاجماع على عدم اشتراط الحرية في القاسم، فيجوز
ان يتولى ذلك العبد الجامع للشرائط المعتبرة باذن المولى .
قالوا : ويـشـتـرـطـ فـيـهـ الـقـصـدـ بـأـنـ يـقـسـمـ الـمـالـ وـيـفـرـزـ الـحـقـوقـ مـعـ الـقـصـدـ وـالـأـنـشـاءـ
كما يـصـدـرـ الـحاـكـمـ الـحـكـمـ كـذـلـكـ .

قال : «ولو تراضى الخصمـانـ بـقـاسـمـ لمـ يـشـتـرـطـ فـيـهـ الـعـدـالـةـ»
أقول : اما بناءً على عدم كون القسمة منصباً من المناصب ، فـانـهـ حيثـ يـرـيدـ
القاسمـ الـاجـبـارـيـةـ فـانـ الـقـدـرـ الـمـتـيقـنـ مـنـ الـقـسـمـةـ الـنـافـذـةـ قـسـمـةـ الـمـؤـمـنـ الـعـدـلـ ،
وـ لاـ يـوـجـدـ عـنـدـنـاـ اـطـلاقـ لـنـتـمـسـكـ بـهـ لـاـجـلـ نـفـوذـ قـسـمـةـ مـطـلـقـ القـاسـمـ ، وـ اـمـاـ قـاسـمـ
الـامـامـ عليـهـ السـلامـ فـقـىـ المـخـبـرـ اـنـ كـانـ مـنـ شـرـطـةـ الـخـمـيسـ وـ كـانـ مـبـشـرـاـ بـالـجـنـةـ .
وـ اـمـاـ اـذـ كـانـ القـاسـمـ مـعـيـناـ مـنـ قـبـلـ الشـرـيكـينـ فـلـاـ حـاجـةـ الـىـ الـعـدـالـ وـ الـايـمانـ ،
اـذـ الـمـفـرـوضـ رـضـاهـمـاـ بـمـاـ يـفـعـلـهـ - كـماـ لـهـمـاـ أـنـ يـقـسـمـاـ الـمـالـ بـأـنـفـسـهـمـاـ - نـعـمـ لـاـبـدـ

من كون القاسم الذي يتراضيان بتقسيمه مكلفاً، لأن عمل الصغير لم يمضه الشارع في مورد. وقيل : لامانع من ان يتصدى الصغير عملاً من باب المقدمة، للتقسيم، لأن يكون اداة ووسيلة لذلك ، وفيه : انه لا يتحقق الافراز الا بالتقسيم والقرعة، فالذى يفرز المشاع هو نفس التقسيم ، وبالقرعة يتquin حق كل واحد من الشركيين، فالتقسيم اذاً عمل يترتب عليه أثر فلا يجوز أن يقوم به الصغير ، ولا يتصور عمل آخر غير التقسيم والقرعة ليكون مقدمة يجوز قيام الصغير به .

اذن لا بد من كونه مكلفاً بالبلوغ والعقل ، ولكن لا يشترط فيه الايمان والعدالة قال المحقق : «وفي التراضي بقسمة الكافر نظر ، أقربه الجواز كمالاً لوتراضياً بأنفسهما من غير قاسم ».

أقول : وما قربه هو الاقوى ، فانه لا مانع من أن يتصدى الكافر ذلك في صورة كونه معيناً منهما ، وليس للقاسم سلطنة حتى يمنع عملاً بقوله تعالى: «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» (١) .

نعم فيما قيل انه منصب من المناصب الشرعية كالقضاء مثلاً وقيل ان له ولالية على المقتسمين ، فلا بد له من الايمان والعدالة ويكون نصبه من قبل الامام عليه او نائبه الخاص او العام ادام الله وجود نوابه في الانما .

هل يشترط الرضا بعد القرعة ؟

قال المحقق قدس سره «والمنصوب من قبل الامام تمضي قسمته بنفس القرعة ولا يشترط رضاهمما بعده» .

أقول : لا خلاف ولا اشكال في ذلك ، لما تقدم من تتحقق الولاية لهم من جهة كونه منصباً ، فيكون تقسيمه نافذاً مطلقاً كما ينفذ حكم المحاكم في حق المتهاجمين .

قال : «وفي غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة . وفي هذا اشكال من

حيث أن القرعة وسيلة إلى تعين الحق وقد فارناها الرضا»
أقول : إنما الكلام في القاسم الذي رضيا بتقسيمه ، ففي اشتراط رضاهما بعد القرعة قولان ، ودليل الاشتراط هو : أن كلاً منهما يريد التصرف في السهم الذي وقع له ، فلا بد من رضاهما معاً بالتقسيم والقرعة بعدها حتى يجوز لهما التصرف ، لأن ذلك هو القدر المتيقن ولا يوجد إطلاق يؤخذ به في المقام . ودليل العدم هو : ان المفروض رضاهما بالقرعة وهذا الرضا يكفي لجواز التصرف ، لأن «الناس مسلطون على أموالهم وانفسهم ».

أقول : إن كان دليلاً للسلطنة : «الناس مسلطون على أموالهم وانفسهم» مشرعاً جاز التمسك به لعدم الاشتراط ، وان لم يكن مشرعاً بل كان مفاده سلطنة المالك على ملكه و جواز تصرفه فيه بانحاء التصرف في حدود الشرع و المعينة من قبل الشارع فلا ، لأن القدر المتيقن من الادلة الشرعية لجواز التصرف حينئذ صورة الرضا بعد التقسيم والقرعة .

هذا ولكن بناءً على ما تقرر من كون القسمة من الامور التي بها يفرز المال المشاع و تزال الشركة ، فإنه يلزم رضى الشركيين و يشترط كون القرعة بطيب النفس ، و حيث كانت كذلك فلا لزوم للرضا بعد تحقق القرعة ، فيكون القسمة كسائر المعاملات من هذه الجهة ، ففي البيع مثلاً يشترط شروط ، و حيث أجريت صيغة البيع بشروطها لا يشترط أن يقول كل من المتباعين بعدها : رضيت ، اذلا دليل عليه ، فالاشكال الذي ذكره المحقق قدس سره وارد ، والأقوى هو القول بعدم اشتراط الرضا بالقرعة بعدها .

وهل يشترط القرعة ؟

هذا وعن جماعة القول بأن الامر يتتحقق بالقسمة عن تراض ، وهي كافية لتعيين الحقوق من دون حاجة إلى القرعة ، لاسيما وأنه لا تعرض إلى القرعة في الاخبار ، وأن القرعة لكل أمر مشكل ، وأنه ليس في نصوص الشركة اشارة إلى أن زوالها

يكون بالقرعة ، بل لقد قال بعضهم بأن الأخذ بالقرعة هنا متابعة للعامة ، و في المسالك : « بل ينبغي أن يتعين بتراضيهما على القرعة و تخصيص كل واحد من الشركاء بحصته و ان لم يحصل القرعة كما يصح المعاطاة في البيع ، الا أن المعاطاة يتوقف لزومها على التصرف من حيث أن ملك كل واحد من العوضين كان للاخر ، فيستصحب ملكه إلى أن يتصرف أحدهما باذن الآخر ، فيكون رضاؤ منه يكفي يده عوضاً عن الآخر . أما القسمة فانها مجرد تمييز أحد النصبيين عن الآخر ، وما يصل إلى كل منهما هو عين ملكه ولا يكون عوضاً عن ملك الآخر ، فيكفي بتراضيهما عليها مطلقاً ، ومن جعلها بغير مطلقاً أو على بعض الموجوه يناسبه توقيف اللزوم على التصرف كالبيع معطاطة . واشترط في الدروس بتراضيهما بعد القرعة في غير قسمة من صوب الامام ^{عليه السلام} مع اشتتمالها على الرد خاصة وهو حسن ، وفي اللمعة : اكتفى بتراضيهما عليها من غير قرعة مطلقاً . وهو أجدود ، واختاره العلامة في القواعد . وقد أشكل على ماذكر بأن قياس القسمة على المعاطاة مع الفارق ، لأن المعاطاة بناء على افادتها الملك و جواز الرجوع فيها ما دامت العينان باقيتين - بيع عند العرف ، وقد أمضى الشارع ذلك ، وأما القسمة فعنوان آخر ، ولا يوجد في نصوصها اطلاق يفيد نفوذها و لزومها حتى يقال بأن القسمة تتحقق بالدليل ولا حاجة إلى القرعة ، و قوله تعالى : « و اذا حضر القسمة . . . » لا اطلاق فيه ولا يبين كيفية القسمة ، وحينئذ فان تحققت القسمة مع القرعة كانت المعاملة متحققة بالاجماع وبها يتم النقل والملك لكل واحد من الشركين ، و ليس هنا تصرف في مال الغير حتى يقال بجوازه بالرضا لقوله : « لا يحل . . . » لانه يريد أخذ ماله و تعين حقه (١) .

(١) والحاصل ان في المقام ثلاثة أقوال :

أحدها : اعتبار القرعة في حصول القسمة سواء رضيا بها بعدها أولاً . و استدل عليه بجريان أدلة القرعة في هذا المقام . وأن ظاهر تلك الأدلة هو اللزوم . فراجعها في وسائل الشيعة ١٨ الباب الثالث من أبواب كيفية الحكم وأحكام المدعوى .
والثاني : حصول القسمة بمجرد التراضي من دون حاجة إلى القرعة . واستدل عليه بعموم « الناس مسلطون على أموالهم » و قوله : « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه » ←

هل تتحقق القسمة بالصلح ؟

وهل تتحقق القسمة بالمصالحة ؟ توقف فيه بعضهم ، لكن الظاهر أن المصالحة تبديل وعاوضة بين السهدين ، و نتيجتها كون كل واحد من الشريكين مالكاً للعين التي بيده مثلاً ، كما يتحقق ذلك بالبيع والشراء بينهما .

نعم قد يستشكل في هذا البيع او الصلح بناءً على لزوم كون العوضيين معينين في الخارج في البيع والصلح ، فلا يصح بيع أحد العبددين او ايقاع الصلح عليه لفقدان الشرط المذكور في المعاملة وحيثـ لا يمكن التوصل إلى نتيجة القسمة وهو افراز السهدين وتعيـن الحق لكل من الشريكـين عن طريق البيع والصلح بينهما .

وهل يؤثر رضا المالك لو قسم ماله فضول واقتـرـع عليه ؟ فيه اشكال ، وحيثـ تـستـصـحـبـ الشـرـكـةـ .

وبناءً على لزوم الرضا بعد القرعة يشترط رضاهما حتى لو كان القاسم الإمام او المنصوب من قبله ، وحيثـ يكون التقسيم عن اجبار يلزم رضاـ الحـاـكـمـ لـأـنـهـ ولـيـ المـمـتـنـعـ .

عدم الفرق بين قسمة الرد وغيرـه :

ثم ان القسمة تارة تشتمل على ردـ وذلك عندما يخرج لأحد الشريكـين النصيب الأول من الآخر ، فيؤخذ شيء من صاحبـ الـزيـادـةـ فيـ مقابلـهاـ وـيـدفعـ إلىـ الآـخـرـ لـعـدـمـ اـمـكـانـ تقـسـيمـ المـالـ المشـتـركـ إـلـىـ سـهـدـيـنـ مـتسـاوـيـنـ ، فيـحـصـلـ التعـديـلـ

→ والثالث : حصولها بالقرعة المتعقبة بالرضا . واستدل عليه باستصحاب بقاءـ الشـرـكـةـ وأـصـالـةـ عدمـ تـرـتـبـ أـثـرـ القـسـمـةـ عـلـىـ مجـرـدـ القرـعـةـ ، فيـؤـخـذـ بـالـقـدـرـ المـتـيقـنـ وـهـوـ القرـعـةـ المـتـعـقـبـةـ بـالـرـضـاـ .

هـذاـ ، وـظـاهـرـ السـيدـ الـاستـاذـ قـدـهـ هوـ القـوـلـ الـاـولـ ، وـتـمـامـيـتهـ يـتـوقـفـ عـلـىـ اـطـلاقـ أـدـلةـ القرـعـةـ أوـشـموـلـهاـ لـصـورـةـ عـدـمـ التـخـاصـ ، الاـ انـ لـدـعـوـيـ اـخـتـصـاصـهاـ بـصـورـةـ التـخـاصـ وـعـدـمـ جـريـانـهاـ فـيـ المـقـامـ حيثـ يـتـرـاضـىـ الـطـرـفـانـ بـقـسـمـ القـاسـمـ مـجاـلاـ .

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 الأول وما يأخذه من سهم الآخر ، فلا بد فيها من رضا الطرفين .

والجواب - كمافي الجواهر - أن قسمة الرد قسم من القسمة المفترض افرازها بالقرعة ، وإن استتبعت وجوب الرد على من خرج له النصيب الأول به 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 قدس سره .

في أجزاء القاسم الواحد وعدمه :

قال المحقق قده : «ويجزىء القاسم الواحد إذا لم يكن في القسمة رد ، ولا بد من اثنين في قسمة الرد لأنها تضمن تقويمًا ، فلا ينفرد الواحد به ، ويسقط اعتبار الثاني مع رضا الشريك » .

أقول : أما في صورة عدم اشتمال القسمة على رد فلا خلاف في كفاية القاسم الواحد ، لتحقق القسمة به كما يتحقق البيع بالواحد ، سواء كان القاسم منصوبًا من قبل الحكم أو كان منصوبًا من قبل الشركين بأن يوكلاه في ذلك و أما صورة اشتمالها على رد ، فقد ذكر المحقق أنه «لابد من اثنين» وفي المسالك : القسمة ان اشتملت على رد فلا إشكال في اعتبار التعدد في القاسم حيث لا يترافق الشركian بالواحد ، لأن التعدد يشترط في المقوم مطلقاً من حيث إنها شهادة . وقد أشكل في الجواهر على ذلك بوجوه : «الاول» ماسمعته من نصب على ^{الليلة} قاسماً واحداً و «الثاني» ان التقويم غير منحصر في قسمة الرد ، فان كثيراً من الاموال المشتركة المختلفة كالحيوانات ونحوها لا تقسم إلا بالتقويم وإن لم يكن فيها رد و «الثالث» ان التقويم لا مدخلية له في القسمة وإنما هو من مقدماتها .

قلت : ان اطمأن الشر يكان بأنه قد قسم مع العدالة من جميع الجهات كفى القاسم الواحد، ولا حاجة الى التقويم ، سواء كانت القسمة عقداً أو ايقاعاً أو حكماً على اختلاف الوجوه والاقوال - وان كان الظاهر كونها بالعقد أشبه ، ولعله من هذه الجهة لم ينقل احتياجاً قاسماً أمير المؤمنين عليه السلام المقصود ، ولذا لو قسم أحدهما بربما الآخر كفى . نظير ما ذهب اليه بعضهم من جواز تولي الواحد لجزاء عقد النكاح وكالة عن الزوجين ، فان قسم القاسم وشك في كونه بالعدل وذكر أنه قد قسم بالعدل كان قوله متضمناً للشهادة فلا بد من شاهد آخر معه ، ولعل ذهاب المحقق والجماعة الى لزوم التعدد في صورة الاشتغال على الرد هو من جهة أن الغالب في مثل ذلك وقوع الاحتياج الى التقويم ، ومع عدمه أجزأ القاسم الواحد.

الكلام في أجرة القاسم :

قال المحقق قوله : « وأجرة القسام من بيت المال ، فان لم يكن امام أو كان ولا سعة في بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين » .

أقول: هذا بالنسبة الى القاسم المنصوب من قبل الامام عليه السلام ، فان أجرته تكون على بيت المال لانه معد للمصالح ، لكن ذلك يختص بصورة اجبار الامام المتقاسمين على التقسيم ، وأما وجوبها على بيت المال في المورد الذي لم يأمر فيه الامام بالقسمة بعيداً ، فكان الاولى التقيد بما ذكرناه ، وحيث طلبا من الامام عليه السلام ارسال القاسم لاجل التقسيم كانت الاجرة عليهمما ، لأنّ عمله محترم وهما قد طلباه ، فعليهمما الاجرة لعلى بيت المال وان كان فيه سعة .

واما اذا طلب أحدهما دون الآخر فأمر الامام بالتقسيم فهل عليه دفع ما يجب على الراضى منهمما أيضاً من بيت المال ؟ الظاهر هو العدم .

والمشهور - بل ادعى الاجماع - على أخذ الاجرة من كليهما وان كان أحدهما مستنعاً و كان التقسيم بأمر المحاكم واجباره ، وكذا لو لم يتمتع أحدهما بقابل رضى بكل امراين - بقاء الشركة والتقسيم - على السواء فأمر المحاكم بالتقسيم ، قالوا الان التقسيم له

أثر ونفع بالنسبة إليه أيضاً .

و فيه : ان توجه النفع الذى لم يطلبه لا يوجب دفع شىء عليه ، و تتحقق الاجماع فى هذا المقام بعيد . وكذا لو رضى بالتقسيم من غير أن يطلبه ، أو رضى المحاكم به من قبله ، فإنه لا يجب عليه شىء الا عدم الامتناع عن التقسيم ، وكذلك المحاكم ان رضى من قبله بالولاية ... فالاقوى فى جميع هذه الموارد توجه كل المحاكم ان رضى من طلب التقسيم . هذا ، ومقتضى القواعد كفاية رفع اليد عن المال وعدم الاجرة على من طلب التقسيم . وجوب تسليمه .

قال المحقق قدس سره : «فإن استأجره كل واحد بأجرة معينة فلا بحث» .
أقول : إن استأجر كلا الشركين القاسم بعقد واحد لاجل التقسيم بأجرة معينة وجب عليهم 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 استيجار الثاني إياه له ، لأن هذا العمل مملوك الأول ، فكيف يأخذ مالاً بازاء هذا العمل نفسه من الشرك الثاني ؟ وبعبارة أخرى : انه يتحصل من افراز سهم الموجر كون سهم الآخر مفروزاً كذلك ، فكيف يجعل نفسه أجيراً لتحصيل ما حصل ؟ .

فإن قيل : فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد وكيلًا من طرف البائع للإيجاب ومن طرف المشتري للقبول في معاملة واحدة ؟ .

قلنا : انه قياس مع الفارق كما هو واضح .

وقد أشكل عليه أيضاً بأن فرز مال أحدهما مقدمة لفرز مال الآخر ، فإذا أوجر من قبل أحدهما كانت اجارة الثاني باطلة ، لأنها تكون على عمل وجب عليه اتيانه باجارة الاول من باب المقدمة .

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

وقد ذكر في المسالك الأشكال الأولى وقال: «وأجيب بأن السؤال مبني على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القسام لافراز نصيبيه ولا سيل إليه ، لأن افراز نصيبيه لا يمكن إلا بالتصريف في نصيب الآخرين ترددًا وتقديرًا، ولا سيل إليه إلا برضاهما ، نعم يجوز أن ينفرد واحد منهم برضاء الباقيين فيكون أصلًا ووكيلًا ولا حاجة إلى عقد الباقيين ، وحيثند أن فعل ماعلي كل واحد منهم بالتراضي فذاك ، وإن أطلق عاد الكلام في كيفية التوزيع» .

وقد أشكل على هذا الجواب بان الاجارة للتقسيم المستلزم للتصريف في مال الشريك بدون اذنه غير صحيحة ، وأما إذا كانت الاجارة في مورد لا يستلزم التقسيم فيه التصرف ، كأن يكون القاسم عالمًا بوزن المال أو مساحة الأرض مثلاً عاد الأشكال . أقول : هذا كله بالنسبة إلى التصرف الخارجي ، لكن الافراز في حد ذاته تصرف فلا يجوز القيام به ولا يتحقق الامع اذن الشريك ، وحيثند تكون اجارة الاول باطلة .

وكمما يمكن أن يكون القاسم عالمًا 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 ، فان معناه أنه ان رضى مالكه وباعها فاشترها منه ، واما إذا لم يرض لغت الوكالة ، فيكون كبيع الفضولي مع عدم اجازة المالك ، فلو باع شخص مال غيره فضوله ، أي أنشأ تملكه الغير بدون رضى المالك فان هذا فعل لغو وليس حراماً لأن المفروض عدم وقوع التصرف فيه .

وهنا ان للتقسيم كان في الحقيقة اجارة مشروطة باجازة الشريك ، فقيل بعدم الصحة أيضاً ، وقال في الجواهر : اذا كان انشاء الاجارة مشروطاً باجازة الآخر فان اجارة الاول باطلة للتعليق ، وان كان انشاء مراعي باجازة الآخر - مثل بيع الفضولي - فان انشاء منجز لكنه مراعي شرعاً ، فان رضى الثاني بالاجارة تمت واثرت الاجازة .

فهذا معنى قول صاحب الجوادر: اللهم الا ان يراد ان الاولى وقعت مراءى صحتها بوقوع الثانية، ولكن فيه: ان المراءى فى بيع الفضولى ان المالك يجيز نفس عمل الفضول، وهنا ان اجاز الثانى نفس عمل الاول كان عمله ممضى بهذه الاجازة ولا يكون شريكاً معه فى الاجارة، وان كانت اجازة الثانى بمعنى انشائه الاجارة عاد الاشكال، ولذا قال هو: والتحقيق عدم صحة الثانية حيث تصبح الاولى من دون مراءاة للثانية مع كون المستأجر عليه شيئاً واحداً ...

هذا ولو وكل أحد الشركين الآخر فى التقسيم فاجر الشرك أصالة عن نفسه ووكلة عن شريكه من يقسم المال وجب عليهم معاً دفع الأجرة .
قال المحقق قده : « وان استأجروه فى عقد واحد ولم يعينوا نصيب كل واحد من الأجرة لزتمتهم الأجرة بالحصص وكذا لو لم يقدروا أجرة كان له أجرة المثل عليهم بالحصص لا بالسوية » .

أقول : ادعى فى الجوادر اجماع الطائفة على مراءاة الأجرة بالحصص، و استدل له الشيخ قدس سره بأننا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضى إلى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لاحدهما عشر العشر سهم من مائة سهم والباقي للأخر ويحتاج إلى أجرة عشرة دنانير على قسمتها ، فيلزم من له الأقل نصف العشرة ، وربما لا يساوى سهمه ديناراً واحداً ، فيذهب جميع المال وهذا ضرر ، والقسمة وضعت لازلة الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه .

و استدل له كاشف اللثام بقوله : و لأن الأجرة تزيد بزيادة العمل ، و العمل يزيد بزيادة المعمول ، فكل من كانت حصته أزيد فالعمل له أزيد ، كمن يسوق جريمين من الأرض فعمله أزيد ممن يسوق جريماً ، وان تحمل المشقة أكثر ، و كمن رد عدداً قيمة مائة فعمله أزيد ممن رد عدداً قيمة خمسون ، والغموض فى قلة النصيب إنما جاء من كثرة نصيب الآخر .

وفي القواعد وغيرها احتمال التساوى للتتساوی فى العمل ، فإنه ليس الا افرازا

او حساباً او مساحة . والكل مشترك بينهما ، بل قد يكون الحساب في الاقل أغمض وقلة النصيب توجب كثرة العمل لوقوع القسمة بحسب اقل الانصياء ، فان لم يجب على الاقل نصيباً من الاجرة أزيد فلا اقل من التساوى .

قال في الجواهر : و لكن لم يذهب اليه أحد من اصحابنا ، بل عن الشافعى وأبى حنفية ومالك موافقتنا على ذلك ، نعم هو محكى عن احمد بن حنبل ، ونقض عليه الفاضل في القواعد بالحفظ للمال المشترك ، فان له الاجرة بالحصص مع التساوى في العمل

قلت : ومثله حمل المال المشترك من مكان الى آخر ، فان 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 الى آخر - مع وحدة المسافة واتحادهما في الوزن - وان كان الرز اغلى من الحنطة ، و صاحب المطبعة يطبع كل ملزمة من الكتاب بأجرة معينة ، فهو يأخذ أجرته في مقابل عمله من غير فرق بين أن يكون الكتاب من الكتب العلمية النفسية مادياً و معنوياً ، أو يكون كتاباً رضيعاً كذلك ، ففي هذه الموارد يلحظ العمل نفسه ، وأما في حمل المال المشترك أو تقسيمه فالسيرة العقلائية هي النظر الى نتيجة العمل بالنسبة الى كل واحد من الشركاء فإذا آجروه كلهم للحمل أو القسمة قسمت الاجرة عليهم بالحصص ، لأن حرمان صاحب التسعة عشر من الاستفادة من المال - لاجل الشوكه - تسعة أضعاف حرمان صاحب العشر ، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعة اعشار استفادته فعليه تسعة أعشار الاجرة . فالحق هو الاستدلال بالأجماع ويقاعدة نفي الضرر كما عن الشيخ قدس سره في الخلاف .

النظر في المقسم :

قال المحقق قدس سره : « و هو اما متساوي الاجزاء كذوات الامثال مثل المحبوب والدهان ، او متفاوتها كالاشجار والعقارات ، فالاول يجبر الممتنع مع مطالبة

الشريك بالقسمة لأن الإنسان له ولية الانتفاع بما له والانفراد أكمل نفعاً».

أقول : قسم المحقق قدس سره المقسم إلى قسمين ، أى إلى المتساوية أجزاءه من حيث الوصف والقيمة كذوات الأمثال مثل العجوب والأدهان ، و إلى المتفاوتة أجزاءه كالأشجار والعقار ، وقد حكم في القسم الأول بجواز اجبار الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة ، قال في الجواهر : بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم ، بل الظاهر الاتفاق عليه ، و لعل العمدة بعد قاعدة وجوب ايصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر والضرار في القسمة المفروض شرعاًيتها ، و أما الثاني ففيه تفصيل كما سيأتي .

قال المحقق : « ويقسم كيلا وزناً متساوياً ومتفاضلاً ربويًا كان وغيره لأن القسمة تميز حق لا بيع».

أقول : وحيث يراد التقسيم ، فإنه يقسم المكيل والموزون وغيرهما كيلاً وزناً وغير ذلك متساوياً ومتفاضلاً ، ربويًا كان المقسم وغيره ، وذلك لأن القسمة - كما سبق في أول البحث - معاملة مستقل يقصد بها تميز حق أو تعين حق ، لا بيع فلا يشترط فيها ما يشترط في البيع من القبض في المجلس في النقادين و العلم بالوزن والوصف وعدم الاستعمال على الربا ، و حيثذاق إذا قسم بالتساوي بحسب العين او بحسب القيمة جاز وان كان مع الجهل بالوزن او الوصف ، وكذا لا يثبت في القسمة الخيار لأحد المتقاسمين .

قال ثانى الشهيدين : لو ترك قوله متساوياً ومتفاضلاً كان أولى ، واليك نص كلامه :

« وأما قوله متساوياً ومتفاضلاً فالاصل في القسمة أن يكون بنسبة الاستحقاق ، فإذا كان المشترك بينهما نصفين كان افرازه نصفين ، وان كان بينهما أثلاثاً كان افرازه كذلك ، والتفضيل في الثاني بحسب الصورة والا فهو متساو حقيقة ، لأن مستحق الثالث له فيما في يد صاحب الثنائيين ثلث و لصاحب الثنائيين فيما في يد

صاحب الثالث ثلاثة ، فالقسمة على هذا الوجه موجبة للتسوية بينهما بالنظر الى اصل الحق ، وان اراد بالتفاضل ترجيح احدهما على الاخر بزيادة على حقه فليس ذلك بداخل فيحقيقة القسمة بل هو هبة محض للزائد ، فلو ترك قوله متساوياً ومتفاضلاً كان أولى » .

قال في الجوادر: وفيه أن معنى كلام المحقق هنا أنه لفرض كون الاشتراك في جيد الحنطة ورديتها بحيث كان المidan من الردي يساوى المين الواحد من الجيد ، فلو أخذ احدهما المين في مقابل الواحد من الجيد جاز و لا يلزم الربا ، لأنه تقسيم اي تعين لحق كل واحد و ليس بيعاً ، و ان كان التقسيم في حقيقته معاوضة .

قلت: لكن ظاهر العبارة لايساعد هذا المعنى ، فإنه يقول: المقسم اما متساوي الاجزاء كذوات الامثال او متفاوتتها فالاول يجبر الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة فلو فرض كونهما شريكيين في الجيد والردي فان أخذ المين من الردي في مقابل المين من الجيد ليس تقسيماً اجبارياً بل من التقسيم المشتمل على الرد.

قال المحقق: «والثاني اما ان يستضر الكل او البعض اولاً يستضر أحدهم ، وفي الاول لا يجبر الممتنع كالجوادر والعضائد الضيقه ، وفي الثاني : ان التمس المستضر أجبر من لا يتضرر ، وان امتنع المتضرر لم يجبر ...»

أقول : هذا حكم المقسم المتفاوتة اجزاءه ، وتفصيله أنه اما ان يستضر كل الشركاء بقسمته او بعضهم او لا يستضر أحدهم .

اما الثالث فالحكم فيه واضح ، فإنه يقسم بلا كلام ، واما اذا كان المال مما يجب تقسيمه الضرر على كل الشركاء فلا يقسم الا برضاهem جميعاً ، ولا يجبر الممتنع ، منهم بل لايجوز التقسيم الموجب للتلف حتى مع رضاهم ، فلا بد من التقسيم بطريق آخر من بيع او صلح او مهايأة ، وان كان الضرر متوجهاً الى بعضهم فان امتنع المتضرر لم يجبر لقاعدة نفي الضرر ، وان كان المتمس للقسمة وهو المستضر

اجبر من لا يتضرر ، وعلى كل حال فلا بد من ان لا يكون الضرر فاحشاً او موجباً للسقوط عن المالية ، والاقسم بنحو آخر .
وان استلزم بقاء المال على الشركة ضرراً اكثراً من الضرر اللازم بالتقسيم

قسمٌ .

واما اذا توقف التقسيم على الرد قسم المال كذلك بلا اجبار كما سيأتي .
ولو كان الاقل ثمناً اكثراً مرغوبية فهل يراعى في القسمة جهة المرغوبية او
يراعى جهة المالية ؟ وجهاً مبنياً على حداللة قاعدة لا ضرر ولا ضرار ، فان كانت
رافعة لخصوص الضرر المالي فالمفروض عدمه هنا لاجل التعديل بالقيمة ، وان قلنا
بأنها ترفع الضرر الغرضي ايضاً منعت التقسيم المضر بالعرض وان لم يلزم
الضرر المالي .

اقسام القسمة :

فظهر ان القسمة على قسمين : قسمة اجبار وقسمة تراض ، وقد ذكر المحقق
هذا بقوله : « ثم المقسم ان لم يكن فيه رد ولا ضرر أجبر الممتنع ، وتسمى قسمة
اجبار ، وان تضمنت احدهما لم يجبر وتسمى قسمة تراض » .

فان لم يكن في البين رد ولا ضرر أجبر الممتنع عن التقسيم ، لأن الانسان له
ولاية الانتفاع بماله والانفراد أكمل نفعاً ، والمفروض عدم المانع من اعمال هذه
الولاية ، وهذه قسمة الاجبار ، وان كان هناك رد أو ضرر فلا يجوز اجبار الممتنع
عن التقسيم ، بل يقسم بأى نحو تتحقق به رضا جميع الاطراف وهذه قسمة التراضي .
وعلى هذا الاساس قال المحقق : « ويقسم الثواب الذى لا تنقص قيمته بالقطع
كمانقسم الارض » أى المتساوية الاجزاء قسمة اجبار ، لأن المفروض عدم الضرر
وعدم الرد فيها ، « وان كان ينقص بالقطع لم يقسم لحصول الضرر بالقسمة » قال :
« وتقسم الثياب والعيديد بعد التعديل بالقيمة قسمة اجبار » لأن التعديل رافع للضرر
المانع من الاجبار .

لكن في المسالك : «ومنهم من قسمها ثلاثة أقسام : قسمة الافرازوهي أن يكون الشيء قابلا للقسمة الى اجزاء متساوية الصفات كذوات الامثال وكالثوب الواحد والعرضة الواحدة المتساوية ، ولاشكال في كون هذا القسم اجبارياً مع بقاء الحصص بعد القسمة متفرعاً بها او حافظة لقيمة كمامر .

والثانى : قسمة التعديل ، وهى ماتعدل سهامها بالقيمة ، وهى تنقسم الى ما يعاد شيئاً واحداً والى ما يعاد شيئاً فصاعداً ، فالاول - ما يعاد شيئاً واحداً كالارض التي تختلف قيمة اجزائها . . . ومقتضى عبارة المصنف قسمة هذه اجباراً الحالاً للتساوى فى القيمة بالتساوى فى الاجزاء ، ويحتمل عدم العبار هنا لاختلاف الاغراض والمنافع ، والوجهان جاريان فيما اذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس كالبسنان الواحد المختلف الاشجار ، والدار الواحد المختلفة البناء . والأشهر الاجباري الجميع .

والثانى - ما يعاد شيئاً فصاعداً ، وهو ينقسم الى عقار وغيره : فالاول كما اذا اشتري كافى دارين أو حانوتين متساويتى القيمة ، وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا داراً و لهذا داراً . و لا يجبر الممتنع هنا ، سواء تجاور الداران والحانوتان ام تباعدان ، لشدة اختلاف الاغراض باختلاف المحال والابنية فيلحقان بالجنسين المختلفين ... ولو كان بينهما داراً كائناً ممتلاصقة لا يحتمل احداها القسمة - و تسمى العصائد - فطلب أحدهما أن يقسم أعيانها ففى اجبار الممتنع وجهان أظهرهما العدم وسيأتي .

وأما غير العقار ، فإذا اشتري كافى عبيد ودواب أو اشجار أو ثياب ، فاما أن يكون من نوع واحد أو من متعدد ، فإن كانت من نوع واحد وامكن التسوية بين الشريكين عدداً وقيمة كعبدين متساوي القيمة بين اثنين وثلاث دواب متساوية القيمة بين ثلاثة ، فالذى اختاره المصنف والاكثر أنه يجبر على قسمتها اعياناً ويكتفى بالتساوی في القيمة ، بخلاف الدور لشدة اختلاف الاغراض فيها . . . وفي القواعد

استشكل الحكم في العبيد ... ونقل في المبسوط عن بعضهم عدم الاجبار هنا، والمذهب هو الاول . ولو لم يمكن التسوية في العدد كثلاثة عبدين اثنين على السوية أحدهما يساوى الآخرين في القيمة ، فان قلنا بالاجبار عند امكان التسوية فهنا وجهان ، ينظر أحدهما الى تعادل القيمة ، والثانى الى اختلاف العدد وتفاوت الاغراض ... ولو كانت الشركة لا ترتفع الا عن بعض الاعيان كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان فطلب أحدهما القسمة ليشخص من خرجت له القرعة بالخيس وربع النفيس ففي اجبار الآخر وجهان مبينان على المسألة السابقة ، فان قلنا: لا اجبار هناك فهنا أولى ، وان قلنا بالاجبار هناك فهنا وجهان اصحهما المنع ، لأن الشركة لا ترتفع بالكلية ، ولو كانت الاعيان من انواع مختلفة كالعبد التركى مع الهندى و الشوب البريس مع الكتان مع تساويهما في القيمة في اجبار الممتنع و وجهان مرتبان ، وأولى بالمنع هنالوقيل به في السابق . وكذا القول لو اختلف قيمتهما او امكن التعديل ، ويظهر من المصنف وجماعة عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القيمة ، فأما الاجناس المختلفة كالعبد والشوب و المحنطة و الشعير والدابة والدار فلا اجبار في قسمة أعيانها بعضها في بعض وان تساوت قيمتها .

والثالث : قسمة الرد بان يكون بينهما عبدان قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستمائة ، فإذا رد آخذ النفيس مائتين استويا . و لاختلاف في كون هذا القسم مشروطاً بالتراسى ، وسيأتي الكلام فيه ، انتهى .

أقول : وحاصله انه مع اختلاف الغرض لا يجوز الاجبار ، وان أمكن التعديل في القيمة بلا رد ، قال في الجواهر : وهو كما ترى لا نعرف له مدر كأن يطبق على اصولنا الا دعوى حصول الضرر في بعض دون آخر ، وهي مجرد اقتراح ، وانما صدر من العامة على أصولهم الفاسدة .

ثم قال في الجواهر: اللهم الا ان يكون في مختلف جهة الشركة فيه ، بمعنى عدم الشركة في مجموع آحاده وان تحققت في افراده باسباب مستقلة ، فإنه لا اجبر

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 افراز، وذلك لأنها معها يكون له النصف من كل منها مثلاً، ولا يجب عليه معاوضة ما يتحققه في أحدهما بما صاحبه في الآخر، إذ ليست هي افراز حينئذ بخلاف ما لو كانت الشركة في مجموعه، 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 مما آحاده مشتركة بأسباب مستقلة من دون شركة بمجموعه، وليس المراد في الاول اعتبار نصف المجموع مثلاً كي يرد حينئذ عدم جواز قسمة بعض المال المشترك دون بعض أو قسمة بعضه بالأفراز والآخر بالتعديل، والمعلوم خلافه نصاً وسيرة، وإنما المراد زيادة مصاديق النصفية بمحاطة الشركة في المجموع على وجه يصح قسمته بعض في بعض بحيث يكون النصف أحد المالين مثلاً، فتأمل فإنه دقيق نافع ... إلى آخر ما ذكره .
وملخصه: عدم امكان القسمة بالقيمة في صورة اختلاف سبب الشركة، فلو اشتراك أخوان في مال بالارث وفي آخر بالشراء ، كان النصف المشاع من كل واحد لكل واحد من الاخرين، وحينئذ لا يقسم هذان المالان بان يجعل بعضه في مقابل بعض بالقيمة، وظاهر كلامه يعم المثلى والقيمى معاً .

ولم يتضح لنا وجه هذا التفصيل ، لأن كل مال مشترك بالإشاعة يكون نصف كل جزء لهذا النصف الآخر منه للآخر، حتى يصل إلى الجزء الذي لا يتجزء من دون فرق بين اتحاد سبب الشركة و تعدده ، وعلى هذا فإنه يجعل المصاديق الخارجية لكتل النصف ثم تعيّن لكل واحد بالقرعة، نعم ان النصف الكلى لما ورثاه لا يكون مصداقاً لكتل النصف من المال الذى اشترياه، ولكن اذا قسمت الاموال من حيث المجموع بلحاظ القيمة الى قسمين مع غض النظر عن سبب الملكية تتحقق المصاديق للمملوك ، وبالقرعة يتعين المالك لكل نصف .

وعلى الجملة ان اختلاف سبب الملك لا يوجب اختلاف الملك والسيره قائمه

على التقسيم من دون نظر الى اسباب التملك ، فان ما تركه الميت لوراثه بالاشاعة، ويقسم بينهم من دون نظر الى افراد التركة من حيث اسباب تملك الميت ايها . فالمحقق قدس سره : « اذا سألا القسمة ولهما بينة بالملك قسم ، وان كان يدهما عليه ولامنازع قال الشيخ في المبسوط : لا يقسم وقال في الخلاف : يقسم وهو الاشيه لأن التصرف دلالة الملك » .

أقول : اذا سألا الشريكان الحاكم القسمة فتارة يعلم الحاكم بكون المال ملكاً لهما بالاشتراك ، وأخرى : تقوم البينة على ذلك عنده ، وثالثة : لا علم ولا بينة بل لهما يدعى المال . فعلى الاولين : لاشكال ولا خلاف في تصرف الحكم بتقسيم المال . وعلى الثالث فعن المبسوط : لا يسمع قولهما بل يطالبان بالبينة على كون المال لهما ، وعن الخلاف انه يقسم وعليه المشهور ، واختاره المحقق بقوله : هو الاشيه ، وفي الجواهر : بل لعله لا خلاف فيه بينما ، بل قد يظهر من بعضهم الاجماع عليه . وجہ المنع : احتمال كون التقسيم حكماً والحكم يتوقف على البينة . وجہ الجواز : ان اليه التصرف دلالة الملك . . . وهذا هو المختار ، والاحتياط الذي ذكره صاحب الجواهر (قدھ) ليس بلازم .

كيفية القسمة :

ان الحصص لاتخلو من أربع حالات ، فتكون القسمة المحتاجة الى التعديل على أربعة أقسام :

الاول: أن تتساوی الحصص قدرأً وقيمة.

الثاني: أن تتساوی الحصص قدرأً لا قيمة.

الثالث: أن تتساوی الحصص قيمة لا قدرأً.

الرابع: أن تختلف الحصص قدرأً وقيمة.

قال المحقق : «الحصص ان تساوت قدرأً او قيمة فالقسمة تتعدى لها على السهام ، لانه

يتضمن القيمة كالدار تكون بين اثنين وقيمتها متساوية» فيتحقق التعديل بقسمتها نصفين . . .

وهذا هو القسم الاول، وحيث يتحقق التعديل كماذ كرتصل النوبة الى القرعة لاجل تعين حصة كل واحد من الشرريkin ، وسيأتي بيان كيفية القرعة .

قال: «وان تساوت قدرأً لاقيمه عدل السهام قيمة وألغى القدر، حتى لو كان الثنائان بقيمه مساوياً للثالث جعل الثالث محاذياً للثثنين» وهذا هو القسم الثاني .

وأما كيفية القرعة: « فهو أن يكتب كل نصف» من النصفين المتساوين قدرأً وقيمة كما في القسم الاول أو قدرأً فقط كمافى القسم الثاني «في رقعة ويصف كل واحد بما تميزه عن الاخر ويجعل ذلك مصوناً في ساتر كالشمع أو الطين ويأمر من لم يطلع على الصورة باخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فله» . أو «أن يكتب كل اسم» من اسمى الشرريkin «في رقعة ويصونهما 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 القيد المزبورة، اذ المراد حصول التعين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره الى الله تعالى ويفعلان ما يفيده، وان كان الاولى الاقتصار على المأثور والمعهود .

قلت: ومن ذلك عدم وجوب كتابة رقعتين، بل يكفى ان يكتب رقعة واحدة عليها اسم واحد منهمما، فيوضع المأمور تلك الرقعة على احدى الحصتين فيكون ما خرج لصاحب الاسم ، والحصة الثانية للآخر .

قال المحقق: «وان تساوت المحصص قيمة لاقدرأً مثل أن يكون للواحد النصف وللآخر الثالث وللآخر السادس ، وقيمة أجزاء الملك متساوية ، سويت السهام على أقلهم نصبياً فجعلت أسداساً» ويعطى لكل واحد سهمه ، وتكون العبرة بالتعديل من حيث القيمة، بأن يعطى لصاحب السادس ما يساوى السادس المجموع قيمة، ولا يكتفى بالتعديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحة مثلاً .

مسائل ثلاث

المسألة الأولى

(في الدار التي لها علو وسفل)

قال المحقق قده : « لو كان لدارعلو وسفل فطلب أحد الشركين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منها نصيب من العلو والسفل بموجب التعديل جاز » بلا خلاف ولا اشكال في الجواهر .

قال : « وأجب الممتنع مع انتفاء الضرر » أى لما تقدم من أن المانع من الاجبار هو الضرر ، فمع فرض انتفائه يجبر الممتنع منهما عن التقسيم .
قال : « ولو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم يجبر الممتنع » .

أقول : قال في القواعد : « بيل أخذ كل منهما نصيبيه من العلو والسفل بالتعديل » أى كما في الوجه الأول المتقدم ، وعلمه كاشف اللثام بقوله : « لأن البناء تابع للارض والعلو للسفل فانما يجبر على قسمة تأتي على الارض ، ولأن من ملك شيئاً من الارض ملك قراره الى الارض السابعة وهواء الى السماء ، فلو جعلنا لاحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء والعلو عن القرار ». قلت : مضافاً الى أنه قد تحدث حادثة توقع النزاع بينهما ، كما اذا انهدم سقف السفل فإنه يقع النزاع بين مالك السفل ومالك العلو في تعميره .

وهناك وجه ثالث من التقسيم لا يجبر الممتنع فيه كالثاني ، وقد ذكره المحقق

بقوله: «وَكُذا لَوْ طَلَبَ قِسْمَةً كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْفَرِداً» أو طلب قسمة أحدهما وبقاء الثاني على الشركة فامتنع الآخر عن ذلك .
وعلى لجملة ان صور التقسيم مختلفة، والملاك العام ما ذكره المحقق قدس سره سابقاً من أنه متى لزم الضرر أو الرد لم يجبر ، ومتي لم يلزم أجبر .

المسألة الثانية

(في قسمة الارض التي فيها زرع)

قال المحقق قدس سره : «لو كان بينهما ارض و زرع فطلب قسمة الارض حسب ، أجبر الممتنع» .

أقول: وقد نقل هذا عن الشيخ بل الظاهر أنه رأى المشهور ، وفيه تأمل ، لانه اذا طلب احد هما قسمة الارض حسب فقال الآخر: لا بل يقسم الكل أى الارض وما عليها ، فلماذا يجبر هذا ولا يجبر ذاك ؟ هذا غير واضح عندنا .

قال المحقق : «لان الزرع كالمتاع في الدار» .

أقول: يعني فرق بين الارض و البناء و بين الارض و الزرع ، فان البناء تابع للارض التي بنى عليها ، بخلاف الزرع فانه لا يتبع الارض بل هو كالمتاع في الدار ، فيجوز بيع الارض مجردأ عن الزرع لعدم التبعية كما تابع الدار ، ولا يباع معها المتاع الموجود فيها ، ومن هنا فإذا أراد أحدهما تقسيم الارض وحدها أجبر الممتنع ، ولا زام هذا أنه اذا طلب الآخر تقسيم الزرع أيضاً أجبر الآخر على ذلك لفرض الاستقلال .

قال: «فلو طلب قسمة الزرع قال الشيخ : لم يجبر الآخر ، لأن تعديل ذلك بالسهام غير ممكن ، وفيه اشكال من حيث امكان التعديل بالتقويم اذا لم يكن فيه جهالة». أقول: مفاد هذه الكلام هو الاختلاف في امكان التعديل وعدمه ، لكن الزارعين - وهم اهل الخبرة بالتقسيم في جميع الحالات - اذا توقفوا في كيفية التقسيم يبيعون الزرع ويقسمون ثمنه .

قال : « اما لو كان بذرأ لم يظهر لم تصح القسمة لتحقق الجهة » .
 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 ، وان كان القدر المتعارف بين الزارعين لكل
 جريب معلوماً ، ولا انه لا يعلم الفاسد من غيره في البذر الموجود في هذه الأرض ،
 فما ذهبوا اليه من عدم صحة القسمة حينئذ هو الصحيح بل لاعرفية للقسمة في هذه
 الصورة .

قال : « ولو كان سنبلا قال أيضاً : لا يصح . وهو مشكل لجو از بيع الزرع
 عندنا » .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : « فان كان بينهما أرض فيها زرع فطلب
 أحدهما القسمة فاما أن يطلب قسمة الارض أو الزرع أو قسمتهما معاً ، فان طلب
 قسمة الارض دون غيرها أجبرنا الآخر عليها ، على أي صفة كان الزرع ، حباً أو قصيلاً (١)
 أو سنبلا قد اشتدا ، لأن الزرع في الارض كالمتاع في الدار لا يمنع القسمة فالزرع
 مثله ، وأما ان طلب قسمة الزرع وحده لم يجبر الآخر عليه ، لأن تعديل الزرع
 بالسهام لا يمكن . وأما ان طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثة أحوال:
 اما أن يكون بذرأ أو حباً أو قصيلاً ، فان كان حباً مدفوناً لم تجز القسمة ، لأننا
 قلنا القسمة افراز حق فهو قسمة مجھول أو معذوم فلا تصح ، وان قلنا بيع لم يجز
 لمثل هذا . وان كان الزرع قد اشتدا سنبلا وقوى حبه فالحكم فيه كمالو كان بذرأ
 وقد ذكرناه ، وان كان قصيلاً أجبرنا الممتنع عليها ، لأن القصيل فيها كالشجر
 فيها ، ولو كان فيها شجر قسمت بشجرها كذلك هنا » .

أقول : لم يتضح لنا وجه تفصيل الشيخ جيداً ، وان حاول صاحب الجو اهر
 قوله بيانه فلاحظ وتأمل .

(١) القصيل ما قطع من الزرع أخضر

المُسَأْلَةُ التَّالِيَّةُ

(في قسمة القرحان المتعددة)

قال المحقق : « لو كان بينهما قرحان متعددة وطلب واحد قسمتها بعضًا في بعض لم يجبر الممتنع » .

أقول : لو كان بين الشركين أملاك متعددة مستقل بعضها عن بعض بحيث يرى أهل العرف التعدد فيها والاستقلال (بخلاف ما إذا تعددت الغرف في دار فان العرف يرى الملك واحداً) فالمشهور عدم جواز الاجبار على تقسيم بعضها ببعض ، لأن يجعل 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 ، والاراضي المتعددة ، والدكاكين المتعددة ، والمحبوب المختلفة كالحنطة والشعير ، أما في الثياب مثلاً فيجوز مع التعديل في القيمة .

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

وفي الجوادر التأمل في تتحقق هذه الشهادة ، لكن الظاهر تتحققها - كما في المسالك - ولم ينقل الخلاف في المختلف ومفتاح الكرامة إلا عن ابن البراج قدس سره ، نعم نقل موافقته عن بعض متأخرى المتأخرین كصاحب المدارك .

وأشك في الجوادر فيه بأن ميزان التقسيم الذي يجبر عليه هو قاعدة ا يصل الحق إلى صاحبه ، فإن أمكن التقسيم لكل على حدة بلا ضرر فالمتعين تقسيم كل واحد ، ولا يجبر على تقسيم بعض ببعض ، وإن لزم من ذلك ضرر أو لم يمكن أجبر الممتنع ،

خلافاً للمشهور حيث منعوا عنه، وكان لازم منعهم بيع المال وتقسيم ثمنه كالجواهر
الضيقة .

لكن وجه ما ذهب إليه المشهور هو: إن التقسيم عبارة عن تمييز حق كل من
الشريكين عن حق الآخر بعد أن كان لكل منهما كلى النصف، فإن كان الملك واحداً
أمكّن تقسيمه بالتناسق، وأما إذا كانا شريكيان في مالين مختلفين عرفاً كالغنم والابل
مثلاً فان قلنا لأحدهما: اعط حقوقك من الغنم في مقابل حقوقك في الابل 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 المتعدد وإن كان له أجزاء متعددة
كالدار المحتوية للبيوت المتعددة .

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

قال المحقق : « ولو طلب قسمة كل واحد بانفراده أجبر الآخر ، وكذا لو كان
بينهما حبوب مختلفة » .

أقول : هذا لاختلاف فيه كما في الجواهر ولاشكال ، لما تقدم من انه في كل
مورد امكّن التقسيم بلا ضرر أجبر الممتنع عنه على ذلك .

قال: « ويقسم القراء الواحد وإن اختلفت أشجار أقطعاه كالدار الواسعة إذا
اختلفت أبنيتها » .

أقول : أى لأن الأصل هو الأرض ، والأشجار توابع كالابنية كما عرفت سابقاً .
وعن الشيخ: ويفارق هذا إذا كانت الأقرحة متجاورة ، ولكل قراغ طريق ينفرد به
لأنها أملاك متميزة ، بدليل أنه إذا بيع سهم من القراغ لم تجب الشفعة فيه بالقراغ
المجاور له ، وليس كذلك إذا كان القراغ واحداً وله طريق واحدة ، لأنه ملك مجتمع
بدليل أنه لو بيع بعضه وجّب الشفعة فيه مما بقي ، وأصل هذا وجوائزه على الشفعة
فكـل ما يـبعـ بـعـضـهـ فـوـجـبـ فـيـهـ الشـفـعـةـ فـهـوـ الـمـلـكـ الـمـجـتـمـعـ ،ـ وـ كـلـ ماـ اـذـاـ بـيـعـ بـعـضـهـ لـمـ

تجب فيه الشفعة لمجاوره كانت أملأ كاماً متفرقة » .

قلت : ان الشيخ قدس سره يعطى ملاك الوحدة و التعدد في هذا المقام بهذا الكلام ، وأما من حيث الفتوى فيوافق المشهور .

ولم يفرق المشهور في الملك بين المتحد سبباً و المختلف كالشراء و الارث وهو الصحيح خلافاً لصاحب الجواهر حيث فرق بينهما كما عرفت سابقاً .

قال المحقق : « ولا تقسم الدكاكين المجاورة بعضها في بعض قسمة اجباره لأنها أملاك متعددة يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده فهي كالاقرحة المتباudeة .

أقول : و عن العلامة في الارشاد الحكم بأن الدكاكين المجاورة يقسم بعضها في بعض دون الدور والاقرحة ، و ظاهر الجواهر موافقته على ذلك قال : إنها واحدة لأن الاصل الارض والبناء تابع ، فالدكاكين كبيوت الدار ، ولعله لهذا حكم في الارشاد بالجبر ، وهو كذلك مع فرض عدم امكان قسمة كل واحد منها بانفراده . وفيه : ان الارض التي عليها الشجر تكون ارضاً واحدة عند العرف وان كان شجرها مختلفاً ، لأن الاشجار توابع للارض ، فيجوز تقسيم البعض منها ببعض ، وكذا الامر في الدار ، لكن نظر العرف في الدكاكين الى البناء والارض تابع له ، ولذا يقولون : باع زيد الدكان ، أما في الارض المشجرة فيقولون : باع زيد الارض .

مضافاً إلى أن المتحقق عند العرف في مورد الدكاكين هو المعاوضة والمبادلة ، بخلاف الامر بالنسبة الى بيوت الدار ، فهذا المورد مصدق للافراز عندهم دون ذاك .

النظر في اللواحق

الأولى : لو أدعى بعد القسمة الغلط وهي ثلاثة ،

قال المحقق . « اذا ادعى بعد القسمة الغلط لم تسمع دعواه ، فان أقام بينة سمعت وحكم ببطلان القسمة ، لأن فائدتها تميز الحق و لم يحصل ، و لو عدمها فالتمس اليمين كان له ان ادعى على شريكه العلم بالغلط » .

أقول : لا فرق بين أن تأخذ « الغلط » بمعنى الاشتباه أو بمعنى عدم صحة التقسيم و ان كان عن عمد . و قوله : « لم تسمع دعواه » أي مع عدم البينة، ومن المدعى عليه الغلط؟ انه القاسم ، وقال ثانى الشهيدين : « لافرق فى عدم سماع دعوى الغلط فى القسمة بمجرد هابين كون القاسم منصوب الامام ومن تراضيا به وأنفسهما، لاصالة صحة القسمة الى أن يثبت المزيل ، و لأن منصوب الامام كالقاضى لا يسمع الدعوى عليه بالظلم » .

قال المحقق الاشتيانى قده : « وقد تنظر فيه الاستاد العلامة بأن مرجع دعوى الغلط فى القسمة الى انكار أصل القسمة ، فليس هناك قسمة مسلم الواقع بين الشركين قدوقع النزاع فى صحتها وفسادها حتى يحكم بصحتها ، ولا يتوجه جريان هذا الاشكال فى سائر المقامات أيضاً ، بأن يقال ان مرجع نزاع المتابيعين فى صحة البيع و فساده انكار أصل البيع ، فإن البيع العرفى هناك متتحقق مسلم الواقع بينهما ، وإنما يدعى أحدهما فساده من جهة عدم مراعاة بعض ما اعتبر فيه شرعاً ، وهذا

بخلاف المقام ، فان مرجع النزاع فيه الى انكار أصل القسمة العرفية ، ضرورة أن القسمة من دون التعديل لا تسمى قسمة عرفاً أيضاً ، و الحاصل أن القسمة عبارة في العرف عن التمييز والافراز حسبما عرفت سابقاً ، فان سلم وقوعها فلامعنى لدعوى غلط أحد الشريكين فيها ، والا فمرجع النزاع الى أصل وقوعها » .

قلت : حاصل كلامه عدم انقسام القسمة الى الصصحيحة وال fasde ، بل أمرها يدور بين الوجود والعدم ، وليس الامر كما ذكره بل في القرآن الكريم : « تلك اذاً قسمة ضيزي » (١) .

قال الاشتياني : « ثم أجاب دام ظله عن الاشكال المذكورة بوجهين أحدهما ، أن يكون المراد بالقسمة هي صورتها لا القسمة الحقيقية فيقال : انَّ الاصل صحة ما وقع من صورة القسمة المسلمة بينهم » .

قلت : ولم يتضح لنا معنى هذا الكلام .

قال : « ثانيةما : أن يكون المراد منها سبب القسمة ، أي فعل القاسم الذي هو سبب لتحقيق التمييز ، فإنه قد يقع ولا يترتب عليه التمييز والانزعال ، وقد يقع ويترتب عليه ، وقد يقع ويشك في ترتبيه عليه ، فالاصل الترتيب نظراً الى أصل صحة في الفعل الواقع من المسلم » .

وكيف كان : « فان أقام بينة سمعت و حكم ببطلان القسمة» وذلك كما قال المحقق «لان فائدتها تميز الحق ولم يحصل» التمييز لبقاء مقدار من حق أحدهما في سهم الآخر ، وطريق اقامة البينة - كما في المسالك - ان يحضر قاسمين حاذفين لينظر او يمسحا ويعرفوا الحال ويشهدان ، فان شهد القاسم - وآخر معه - بصحبة القسمة قال العلامة ان كان عمله بأجرة فهو متهم وان كان مجاناً اعتبرت الشهادة ووقع التعارض بين البينتين ، لكنه مشكل - كما في الجواهر - لان شهادة الانسان في حق نفسه غير مسموعة بل لا تقبل في عمل الغير الذي يرجع اليه ففعه ، نعم يكون قوله

حججة في صورة شك أحد الشريكين والسؤال منه من دون مراجعة . وكيفية اقامة الدعوى عند الحكم على القاسم أن يقول للحكم : لقد قامت البينة عندي على وقوع المخطأفي القسمة فيقول له : أحضرها ، كذا في مفتاح الكرامة ، وقيل : لا تسمع الدعوى على قاسم الحكم حتى مع البينة ، وهذا مشكل . فظهر أن الدعوى لا تسمع مع عدم البينة ، فإن كان له بينة وأقامها سمعت وترتب الاثر على ذلك .

ولو عدم المدعى البينة فهل له التماس اليدين ؟ قال المحقق : كان له ... فمن يكون الحالف حينئذ القاسم أو الشريك ؟ قال المحقق : الشريك . وهل يحلّقه مطلقاً ؟ قال المحقق لا بل ان ادعى على الشريك العلم بالغلط .

و توضيح ما ذهب إليه المحقق هو: انه ان ادعى على الشريك علمه بالغلط - لأن يقول له علمت بالغلط قبل انتهائه أو يدعوه عليه بعد العميل - فان أقر الشريك فلا كلام وان أنكر أحلفه الحكم ، فان حلف على نفي العلم سقطت الدعوى ، وان نكل ثبت الدعوى بناء على ثبوتها بالنكول ، وأما على القول بعدم كفاية النكول رد اليدين على المدعى فان حلف ثبتت والا سقطت .

أما القاسم فلا يحلف ، لانه ان حلف بعدم الغلط كانت النتيجة للغير وهو المدعى عليه ، وان أقر لا يعتبر اقراره لأن نفعه يعود الى المدعى و المفروض أن الشريك لا يصدقه .

فإن كان القاسم منصوباً من قبل الحكم فلا يحلف بالاولوية .

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

ولو أنهما قسما المال بأنفسهما فادعى أحدهما وقوع الغلط وأنكر الآخر فلا يحلف المنكر مع عدم البينة - الا على نفي العلم بالغلط والاشتباه . هذا كلام المحقق ، وقد وافقه في الجواهر خلافاً للآخرين .

أقول : والحق ماذهب اليه المحقق ، لأن القاسم لا يحلف ، لأن يمينه في حق الغير ، ولا يحلف الشريك على نفي الواقع ، لانه في فعل الغير ، فتبقى اليمين على نفي العلم ، و كذا الامر فيما اذا قسما بأنفسهما ، فإنه لا يمكن احلاف الشريك على نفي الواقع ، مع أن المدعى قد شاركه في هذا التقسيم حسب الفرض .

وقال المحقق الذي ماحاصله : ان الغلط يكون تارة بمعنى المصدر المبني للفاعل ، وعنه فلا يمكن احلاف الشريك على نفي الغلط من القاسم ، وأخرى يكون بمعنى المصدر المبني للمفعول ، فهنا يجوز احلافه ولو الحلف على نفي وقوع الغلط ان كان عالماً ، فمن قال بعدم الجواز فقد أخذ الغلط بذاته المعنى ، ومن قال بالجواز أخذه بهذا المعنى . وبذلك يجمع بين القولين .

اقول : وبناء على كون « الغلط » بمعنى المصدر المبني للمفعول يمكن أن يكون المدعى عليه هو الشريك ، كما اذا كان بنفسه دخيلاً في القسمة أو ناظر لها ، وحينئذ يكون حلفه في فعل نفسه ، و كذا لو ادعى عليه وجود شيء من حقه فيما بيده من المال ، فله ان يحلف على القطع و البث ان كان عالماً والا رد .
ولعل هذا هو مراد من نص على جواز احلاف الشريك وان لم يدع عليه العلم .

الثانية : اذا اقتسمما ثم ظهر البعض مستحقاً :

قال المحقق قدس سره : « اذا اقتسمما ثم ظهر البعض مستحقاً ، فإن كان معيناً مع أحدهما بطلت القسمة ولو كان فيهما بالسوية لم تبطل ... ولو كان فيهما لا بالسوية بطلت ... »

أقول : قال الشيخ قدس سره في المبسوط : « اذا كانت يدهما على ضيعة ثلاثة جرياً فاقتسمها نصفين فبان ثلثها مستحقاً فإن المستحق يتسلّم حقه ، وأما القسمة فلا يخلو المستحق من أحد أمرين ، اما ان يكون معيناً او مشاعاً ، فإن كان معيناً نظرت فإن حصل في سهم أحدهما بطلت القسمة ، لأن الاشاعة عادت إلى حق شريكه ، وذلك ان القسمة تراد لافراز حقه عن حق شريكه ، فإذا كان بعض ما حصل

له مستحقاً كان حقه باقياً في حق شريكه ، فاما ان وقع المستحق في نصيبيهما معاً نظرت ، فان وقع منه مع احدهما اكثر مما وقع مع الاخر بطلت القسمة ايضاً لما مضى ، وان كان فيهما سواء من غير فضلأخذ المستحق حقه وينصرف وكانت القسمة في قدر الملك الصحيح صحيحة ، لأن القسمة افراز الحق وقد افرز كل واحد منهمما حقه عن حق شريكه هذا اذا كان المستحق معيناً وأما ان كان مشاعاً ...»
فنقول : اذا اقتسم المتقاسمان المال بينهما ، ثم ظهر كون بعض المال مستحقاً لغيرهما ، فتارة يكون المال المستحق للثالث معيناً ، واخرى يكون مشاعاً ، فان كان معيناً فهنا صور :

الاولى : أن يكون المال المستحق مع أحدهما دون الآخر . فهنا تبطل القسمة بلاشكال ولا خلاف ، لبقاء الشركة حينئذ في النصيب الآخر ، لعدم تحقق التعديل بين النصيبيين .

والثانية : أن يكون المال المستحق في مال المتقاسمين كليهما بالسوية ، وهذا لا يبطل القسمة بلا خلاف ولا اشكال ، لأن الغرض من القسمة وهو افراز كل واحد من الحقين 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 لبعض الصفة ضعيف ، لأنه مبني على ان القسمة بيع ، وقد تقدم أنها معاملة مستقلة وليس ببيع .

والثالثة : أن يكون المال المستحق فيهما لا بالسوية ، ففي هذه الصورة تبطل القسمة لعدم تحقق الشرط في القسمة وهو التعديل بعد اخراج سهم الثالث . وحيث يتحقق التعديل فيحكم بصححة القسمة . كما في الصورة الثانية . فلا حاجة الى تقيد ذلك بما اذا لم يحدث نقص في حصة أحدهما بأخذ المال المستحق ولم يظهر به تفاوت بين الحصتين ، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوءه لوضوح بطلان القسمة حينئذ لعدم تحقق التعديل .

وكذا الامر لو ظهر في نصيب أحدهما عيب ، وقيل هنا بعدم البطلان بل هو مخير بين أخذ الارش والفسخ بالاقالة . وفيه ، ان أدلة الاقالة لا تأتى في القسمة لانها ليست ببيع كما تقدم (١) .

وكذا يأتي في القسمة خيار الغبن لما ذكرنا .

ولماذا كرنا أيضاً لاحرمة لما يحدّثه أحدهما فيما بيده من بناء ونحوه لو ظهر الاستحقاق - بخلاف البيع ، فان ذلك له حرمة لواراد الفسخ - فيكون نظير ما إذا بنى داراً على أرض ظاناً بأنها ملكه فبانت لغيره ، فلا يستحق شيئاً على صاحب الأرض - الا اذا كان مغروراً فانه يرجع على من غرر . نعم له نقل الاعيان التي تكون له مع الامكان ، وكذا لو استعار كتاباً ثم صحّحه ظاناً بأنه ملكه ، فليس له مطالبة أجرة في مقابل عمله من مالكه .

نعم لو كان الحاكم سبب الضرر أمكن القول بكون الضرر على بيت المال .
هذا كله ان كان المستحق معيناً .

قال المحقق قده : «وان كان المستحق مشاعاً معهما فللشيخ قولهان (٢)
أحدهما : لاتبطل فيما زاد عن المستحق ، والثانى تبطل لانها وقعت من دون اذن
الشريك وهو الاشباه » .

اقول : لو ظهر كون ثلث الأرض مستحقة لغيرهما ، فان كان مع سهم كلًا

(١) اللهم الا ان يقال بجريان عمومات الاقالة في كل معاہدة سواء كانت حاصلة بالعقد او غيره ، لأن الاقالة هي بمعنى ازالة الاثر . فتأمل

(٢) قال الشيخ : «واما ان كان مشاعاً في الكل بطلت في قدر المستحق ولم تبطل فيما بقى ، وقال قوم بطل فيما بقى ايضاً ، والاول مذهبنا ، والثانى أيضاً قوى ، لأن القسمة تميز حق كل واحد منهمما عن صاحبه وقد بان أنه على الاشاعة . والعلة الجيدة في ذلك انهما اقتسمواها نصفين وثلثها لثالث غائب ، ومن قسم ما هو شركة بينه وبين غيره حضوره كانت القسمة باطلة ، ويفارق هذا البيع ، لأن لكل واحد من الشريكين ان يبيع نصيبيه بغير اذن شريكه »

الطرفين شارك كلاً منهما فيما وصل إليه بالاشاعة ، فالقسمة بين المقتسمين متحققة وليس الكل شركاً في الكل ، لكن شركة الثالث معهمما يتوقف على الأذن ، وحيثند فهل يؤثر رضاه بعد تلك القسمة التي أدت إلى هذه الشركة فضوله ؟ الظاهر ذلك ، كما إذا كان أخوان شريكين في مال فمات أحدهما ، فقسم المال بين الباقي منهما وابن الميت ، ثم ظهر للولد أخ ، فإنه يشترك مع أخيه في النصف مشاعاً ، ويستقل عمهما بالنصف الآخر ، فإذا حضر الأخ وأجاز القسمة هذه صحت ، وفيما نحن فيه إذا أجاز المستحق كان شريكاً معهما ، بمعنى انحلال الشركة الأولى وحدوث شركة ثانية ، فيكون نظير ما إذا قسم المال المشترك بين أربعة إلى قسمين يشترك كل اثنين منهمما في قسم .

وكان لو كان عبدان مشتركيين بين اثنين بالتناصف وكان أحدهما يسوى عشرين ديناراً ، والآخر يسوى عشرة دنانير ، فلو طالب أحدهما الاستقلال في تملك الرخيص منهما جاز ، فيكون الرخيص مع ربع النفيس لهذا ، وتبقى ثلاثة أربع النفيس للآخر ، فقد تبدلت شركتهما بهذه القسمة إلى نحو آخر من الشركة ، ولماذا كرنا قال في العجواز : ربما ظهر من تعليل المصنف وغيره الصحة مع الأذن ، على أن تكون حصته مشاعة معهما ، وحيثند فلحوتها كاف .

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

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

الثالثة : لو قسم ترك الميت ثم ظهر عليه دين

قال المحقق قده : « لو قسم الورثة تركه ثم ظهر على الميت دين ، فإن قام

الورثة بالدين لم تبطل القسمة، وإن امتنعوا نقضت وقضى منها الدين » .

اقول : مذهب المحقق قدس سره هو أن التركة تبقى على حكم مال الميت فإن أدى الورثة الدين كان لهم المال ، والا كان للديان أحد التركة في مقابل حقوقهم ، وبعبارة أخرى : انه يتعلق بالتركة حق الورثة بأن تكون لهم بعد أداء دين مورثهم ويتعلق بها حق الديان ، بأن يأخذوها في مقابل الدين ان امتنع الورثة عن أدائه ، فتكون التركة مورداً لتعلق حقين طوليين كالمال المرهون .

وقال العلامة في القواعد : « ولو قسم الورثة التركة وظهر الدين فإن أدوه من مالهم والا بطلت القسمة ، ولو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبيه خاصة بقدر ما يخصه من الدين ، ولو اقتسموا البعض وكان في الباقي وفاءً اخرج منه الدين ، فإن تلفت قبل أدائه كان الدين في المقسم أن لم تؤد الورثة » وحاصل العبارة : ان الورثة يملكون التركة ملكية متزللة ، فإن أدوا الدين استقرت والا اخذت الديان التركة .

وكيف كان ، فإن قسم الورثة التركة وظهر الدين ، فتارة يكون الدين مستوعباً لها وآخر لا يكون كذلك ، فبناءً على مختار القواعد وبعضهم قد قسموا مالاً هو لهم فالقسمة صحيحة ، وحينئذ يتعلق حق الديان - المتعلق سابقاً بكل التركة - بالسهام المتشخصة بالتقسيم والمتتحقق خارجاً بيد كل واحد من الورثة ، فإن أدوا جميعهم الدين فقد استقر ملكهم ، وإن أدى بعضهم دون بعض فقد استقرت ملكية من أدى دون من امتنع .

قد يقال : ان هذه التركة تكون كالمال المرهون الذي ليس لصاحبها ، ولا يجوز للمرتهن التصرف فيه الا مع اذن الآخر ، فكيف تكون قسمة الورثة للتركة صحيحة بدون اذن الديان حتى يتشخص بهذه القسمة متعلق حقوقهم بعد أن كان كلياً ؟

لكن يمكن الجواب عنه بأنه لامانع من التصرف غير المنافي لحق الديان ،

فإن أدلة الارث والقسمة تقتضى جواز التقسيم ، ولا يعارض ذلك مقتضى أدلة وجوب أداء الدين ، غير أن متعلق حق الديان أصبح شخصياً بعد أن كان كلياً وهذا لامانع منه ، لأنه يكون نظير ما إذا أدا نصف الدين قبل التقسيم وبقى النصف الآخر ، نعم لو كان الشأن بحيث إذا لم يؤد جميع الدين كان جميع التركة كالمال المرهون من حيث عدم جواز التصرف فيه إلا مع الاذن بطلت القسمة وإن لم يتمتنع بعض الورثة عن أداء ماعليهم .

وعليه فإن مات المورث وعليه الخمس ، واقتسم الورثة التركة فأدى بعضهم ماعليهم وامتنع البعض الآخر ، فعلى التقدير الأول: يكون من أدى ماعليه بالنسبة - من المال الواجب أداءه من جهة الخمس الذي كان على الميت - مالكاً لما يبيده ، ومن امتنع لم يجز له التصرف فيما يبيده ، وعلى التقدير الثاني: لا يجوز لأحد منهم التصرف فيما بيده حتى يدفع الخمس كله . لكن في هذا المورد بالخصوص نص يقتضى الوجه الأول (١) .

اذن يصبح التقسيم بناءً على الملكية المتزلزلة الا في الصورة المذكورة ، وان هذا المقدار من التصرف بدون اذن الديان لامانع منه لعدم منافاته لحقهم، فيكون نظير ما اذا اشتريا مالاً مع خيار الفسخ للبائع مدة معينة ، فلامانع من أن يقسم المال بينهما ، فان أخذ البائع بال الخيار في المدة استرجع ما في يد كليهما ولاشكال فيه .

وأما على مبني المحقق فيشكل بأنه كيف تصح القسمة في مال الغير؟ وكيف يباع سهم الممتلك عليه مع انه للغير؟ وأجيب بأن المال وإن لم يكن للورثة إلا

(١) عن اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله (ع) «في رجل مات فأقر بعض ورثته لرجل

بدين . قال : يلزمـه ذلك في حصته » وسائل الشيعة ١١١ / ١٦

وعن أبي البختري وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه (ع) قال : « قضى على (ع) في رجل مات وترك ورثة ، فأقر أحد الورثة بدین على أبيه . انه يلزمـه ذلك في حصته بقدر ما ورث ولا يكون ذلك عليه من ماله كله ... » التهذيب ٣٧٢ / ٩

أنه متعلق لحق شرعى لهم ، فحيث أدى الدين تنتقل التركة اليهم وتكون ملكاً لهم ، فهم فى الحقيقة قد قسموا مالاً متعلقاً لحقهم ، ويملك كل واحد منهم ما وقع اليه بأداء المقدار المتعلق من الدين به ، ويكون الحال : صحة القسمة بالنسبة الى من أدى وبطلازها بالنسبة الى من امتنع ، بمعنى عدم جواز تصرفه فيما وقع اليه لا يعنى بطلان القسمة .

ولو ظهرت وصية تملיקية بعد القسمة فان كانت بانشاء تملك مال بعد الموت فتماميتها تتوقف على قبول الموصى له ، فان قبل كان المال ملكاً له ، وان كانت وصية بتمليك مال اليه ، فان ملکه الوصي كان ملكه ، والا كان في حكم مال الميت فلا يصرف فيه أحد ولا يقسم بين الورثة .

ومحل الكلام فيما اذا قسم المال ثم ظهر كونه مورداً للوصية التمليكية ، ففى الدروس والمسالك انه ان كانت الوصية وصية مال من غير اضافة لها الى مال معين كانت كالدين ، وان كانت مضافة كأن يوصى بدفع عشر ماله مثلاً كانت كالمال المستحق في الحكم المذكور سابقاً .

أقول : جعلهم الوصية فى الصورة الاولى كالدين فيه تأمل ، لانه فى الدين ذمة الميت مشغولة ، وأما اذا قال ادعوا من مالى مئة او ادفعوا هذه المائة كان المال للموصى له مع قبوله بعد موته ، لا باقياً في حكم مال الميت حتى يكون كالدين ، ولا للوارث كما اختار صاحب الجواهر في الدين . ولا يصح ان نعتبر الان اشتغال ذمته بعد الموت ، اذ لا عرفية لذلك .

ولو أرسل وقال : ادعوا مائة ، فإنه لامناص من أن يجعل من المال بمقدار المائة للموصى له ، فلو عادلت المائة عشر المال كان العذر له بالاشاعة ، ويمكن ان يكون كالصاع من الصبرة ، وحينئذ يكون لهم التصرف في المال حتى اذا بقى المقدار الموصى به وانحصر الكل في الفرد منعوا من التصرف فيه ، لانه ملك للموصى له . بخلاف ماذا كان بنحو الاشاعة فلا يجوز التصرف في شيء من المال الا باذن الموصى له ، لان المفترض انه يشاركهم في كل جزء جزء من المال . وكيف

كان فليس هذا كالدين .

وبناءً على ما ذكرنا يكون حكم قسمة هذا المال حكم قسمة المال الموجود فيه مال مستحق لغير الوراث ، وقد تقدم الكلام عليه ، ولا يبعد أن تكون القسمة صحيحة حتى لو كان مع التصرف المحرم لعدم الاذن - نظير ما إذا غصب مالاً وباعه لنفسه معاطة فضوله فأجاز المالك ، فالبيع صحيح وإن كانت تصرفاته محرمة ، لجوء اجتماع الحكم التكليفي وهو حرمة التصرف مع الحكم الوضعي وهو الصحة . ولو كان مورداً للقسمة أرضاً فقسموها ، فوقع مجرى ماء أحد السهميين في السهم الآخر لم يجز لصاحب هذا منع الماء ، ولو قسموا داراً كبيرة لها بابان فكان لكل من السهميين باب فلا يجوز لاحدهما الدخول من باب الآخر - الا مع اذنه - وإن كان هذا الباب أوسع أو أقرب ، بخلاف ما إذا كان للدار باب واحد ولا يمكن احداث باب آخر فلا يجوز لهذا منعه .

هذا وهل لولي الطفل أو المجنون المطالبة بالقسمة؟ إن كان في القسمة مفسدة للمولى عليه فلاريء في العدم ، وهل يكفى عدم المفسدة او يشترط وجود المصلحة له؟ قوله ، ومع تساوى الامرين - الشركة وعدمهها - من حيث المصلحة فهل يجوز له ان يطالب بالقسمة؟ قوله . وقيل في هذه الصورة تكون اجرة القسام على الولي نفسه .

أقول : والا هوط ان لا يطلب الولي بالقسمة الا في صورة وجود المصلحة للمولى 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 .

الكلام في :

أحكام الدعاوى

تعريف المدعي :

اختلفت كلمات الاصحاب في تعريف «المدعي» الذي استفاض ذكره في نصوص كتاب القضايا ، فغير فهو بتعاريف :

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

«وقيل هو الذي يدعى خلاف الاصل أو أمراً خفياً» اي : منافي للظاهر الشرعي قال في الجوادر « وعن بعضهم حكاية التفسير بالمعطوف خاصة عن بعض، وبالمعطوف عليه خاصة عن آخر . وحيثئذ تكون الاقوال أربعة » .

وقد نوقش الاول بعدم الانعكاس او عدم الاطراد ، فقد يترك المدعي المدعوى او المدعي عليه وتبقى الخصومة ، فلو أودع مالا عند شخص فادعى رده عليه فأنكر صاحب المال لم يترك المدعي لو ترك دعوى الرد بل يطالب بالرد ، وأجاب في الجوادر بأن مطالبة المدعي باليمين والمنكر بالبينة لا يخرج المدعي عن كونه مدعياً ، بل ذلك مقتضى الدليل الشرعي في بعض الموارد بنحو التخصيص ، وفي العروة : ان هنا دعويين احداهما الاداع عنده والثانية دعوه الرد ، فلو ترك هذا دعوى الرد انتفت الخصومة الثانية ولكن الاولى باقية .

والمراد من «الاصل» في التعريف الثاني هو القاعدة الكلية ، أعم من الاصل

واليارات كاليد والاستصحاب ، فالاصل في اليد دلالتها على الملكية ، فمن ادعى على خلاف مقتضها قيل له انت تدعى خلاف الاصل .

وقد يراد من «الظاهر» معنى غير «الاصل» كما لو أرخي الزوجان الستر ثم اختلفا في الدخول فادعه الزوجة وادعى الزوج العدم كانت دعوى الزوج مخالفة للظاهر .

ولو أسلم الزوجان فادعت الزوجة المقارن فالنكاح باق وأنكر الزوج فهو باطل ، فان مقتضى الاصل هو عدم الاسلام المقارن ، واصالة عدم المقارنة مثبتة . هذا ولكن الاولى - وفقاً للجواهر - هو الرجوع الى العرف في تشخيص المدعى من المنكر ، وفي مورد التداعي حيث يصدق «المدعى» على كليهما يطالبان معاً باليينة ، وحيث يشك يعيّن المدعى من المنكر بالقرعة .

وفي العرف : المدعى هو من يريد اثبات حق له على غيره فيطالب به عند الحاكم ، او يريد التخلص من حق لغيره عليه ، كأن يدعى ارجاع الامانة وتسليم الوديعة وأداء الدين ، فيكون الحاصل وجوب اقامة اليينة على من كان عند العرف مدعياً واليمين على من كان عندهم منكراً ، لأن الخطابات الشرعية مثل «اليينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» او «على من انكر» ونحوها ملقة الى العرف وليس للشارع جعل خاص لموضوعات الاحكام في هذه الموارد - وان قيل بذلك في خصوص المدعى - فتشخيص الموضوع بيد العرف ، نعم قد يخطأ العرف في تشخيص موضوع من موضوعات الاحكام وحينئذ لا يوكل الشرع الامر الى العرف في ذلك المورد بل يعيّن موضوع حكمه بنفسه ، وهذا لا ينافي كون خطاباته ملقة الى العرف .

فالتحقيق في المقام ماذكرناه ، ومن عرف المدعى بنحو من الانحاء المذكورة فقد لحظ المعنى الاكثر انطباقاً في الموارد في نظره وجعله عنواناً كلياً له ، والا فلا دليل في الكتاب والسنة ولا قرينة على تعين أحد تلك التعاريف .

وحيث عيّن العرف المدعي - ولم يخالطه الشارع - توجه إليه الوظيفة الشرعية في اقامة الدعوى ، سواء ترك المخاصمة لوترك أولا ، وسواء كانت دعواه مخالفة للacial أو الظاهر أو موافقة .

ثم انه قد يختلف الامر باختلاف مصب الدعوى، ففي الاجارة مثلا قد يدعى المستأجر وقوع الاجارة بمائة ويدعى الموجر وقوعها بمائتين ، فهنا كل منهما يدعى شيئاً وينكر ما يدعى الآخر فيكون التداعي وعليهما البينة ، وقد يكون مصب الدعوى المأة المختلف فيها، وحينئذ يكون القائل بالمائتين وهو الموجر مدعياً وعليه اقامة البينة والمستأجر منكرأ وعليه اليمين ، فان أقام الموجر البينة ثبتت المأة على المستأجر والا حلف وسقطت دعوى الموجر .

وفي الدين : ان طالب الدائن بالمال وانكر المدين كان الاول هو المدعي وان قال المدين : قد أديت الدين انقلب مدعياً و كان عليه اقامة البينة على الاداء في البيع ، كأن يقول بعث بعشرين ويقول المشترى : بل بعشرة ، او يقول : بعثك بعشرين ديناراً من ذهب ، فيقول المشترى : بل من فضة ، او يقول : بعثك هذا الشيء ، فيقول بل وهبته اياب ، وتظهر الشمرة في الفرض الاخير عند تلف العين مع الفساد ، فان كان الواقع بيعاً فاسداً ضمن الآخذ وان كان هبة فاسدة لم يضمن .

ولو كان مورد المخاصمة هو الضمان فهذا يدعى اشتغال ذمة الآخر وذاك ينكر ، وحينئذ يكون الملاحظ نتيجة النزاع ، ولا يلتفت الى النزاع حول كون المعاملة هبة او بيعاً ، أما اذا كان مورد النزاع هذه الناحية فإنه يقع التعارض بين الدعويين لجريان أصلية العدم في كلا الطرفين .

ومع الجهل بمصب الدعوى ومورد المخاصمة يعيّن بالقرعة .

وكيف كان فان الملاحظ هو نظر العرف في تعين المدعي والمنكر ، ويؤخذ بنظر الاعتبار مصب الدعوى ، اذ الامر يختلف باختلافه كما مثلنا .

الشروط المعتبرة في المدعى : (البلوغ)

وكيف كان فقد ذكر المحقق قدس سره الشروط المعتبرة في المدعى بقوله : «ويشترط فيه : البلوغ ، والعقل ، وأن يدعى لنفسه او لمن له ولاية الدعوى عنه ، وما يصح منه تملكه ، فهذه قيود أربعة ، فلا تسمع دعوى الصغير »

أقول : الشرط الاول الذي ذكره هو «البلوغ» ثم قال : «فلا تسمع دعوى الصغير» ولنا في اعتبار هذا الشرط بنحو الاطلاق بحث الا ان يكون اجماع ، لأن دعوى انصراف أدلة القضاء عن دعوى غير البالغ ضعيفة ، لأن الغرض من نصب القاضي حفظ الحقوق والنظام ، وان الله عز وجل لا يرضى بضياع حقوق غير البالغين ، ومثلها دعوى ان المت Insider من أدلة القضاء وسماع الدعوى هو كون المدعى بالغاً ، فان في تلك الادلة عمومات واطلاقات تشمل الصغير قطعاً مثل قوله تعالى : «فاحكم بين الناس بالحق» ، ومع هذه الادلة لا وجه للتمسك بالاصل – كما في المستند.

وأما قوله في توجيه عدم سماع دعوى الصغير بأنه قد يحتاج الى امور يشترط فيها البلوغ مثل اقامة البينة . ففيه : انه لا دليل على اشتراط البلوغ في اقامة البينة ، فاذا أقامها الصغير على طبق الموازين الشرعية فلا وجه لعدم قبولها ، والادلة الرافعة لآثار قول الصبي منصرفه عن كون مورد دعواه ظلماً أحد له كالضرب ونحوه ، نعم الاعتبارات المحتاجة الى الانشاء غير مسموعة منه ، كما أنه اذا وصل الامر في المخاصمة الى اليدين فلا يحلف ولا يحلف .

وبعبارة اخرى : البلوغ ليس شرطاً في اصل الدعوى ، فان دعوى الصغير تسمع لكن الامور المترتبة وأحكام فصل الخصومة وموازين القضاء يشترط في بعضها البلوغ كالحلف والأقرار فلا يحلف ولا يحلف ولا يترب الاثر على اقراره ، وحيثئذ يقوم وليه مقامه في هذه الامور ، وبعضها لا يشترط فيه البلوغ كاقامة البينة ، وحيثئذ يترب الاثر لعموم الادلة ، وانصراف «عمد الصبي خطأ» ونحوه عن مثل ذلك

بل قال المحقق الكني قوله: ان الاصحاب لم يعملا بهذه الادلة واعتبروا قول الصبي في موارد، كقبول قوله في انبات الشعر بالعلاج ، و كما لوأقع معاملة فقال البائع ببطلانها لكونه صغيراً فادعى البلوغ سمحت دعواه وحكم بصححة المعاملة .
نعم ان كان متعلق دعواه مالا فلاتسمع ، لاجل الصغر لانه لسلطنة له على مال
فلاسلطنة له على دعوى متعلقة بالمال ، فعدم سماع دعواه حينئذ يكون من هذا الجھيت
لامن جهة ان الصبي مسلوب العباره ، لكن الدعوى ليست من شئون المطالبة بالمال ،
فانه اذا أثبت المال بالبينة أمكن ان يباشر المطالبه ولیه او الحاكم نفسه ، وليس
اثبات تملك المال تصرفاً فيه حتى يقال بعدم السلطنة له على المال ، ولذا يجحوز
للاجنبي ان يثبت مالا لغيره ، فيكون ذلك في الحقيقة كالكشف لامر مخفى .

اشتراط العقل :

قال المحقق : « ولا المجنون »

اقول : الشرط الثاني الذي ذكره المحقق وغيره هو « العقل » ويدل على اعتباره مادل على اعتبار البلوغ ، لكن مقتضى عمومات أدلة القضاء سماع دعواه في غير التصرفات الممنوعة كما اذا دعى على شخص انه جنی عليه ، فان الشارع لايرضى بالجنائية على المجنون ولا يترك الجنائي عليه من غير مؤاخدة وعقوبة .

و عن المحقق الارديلي قوله وجماعة اشتراط كونه رشيداً ، فلا تسمع الدعوى من السفيه ، بل عن المعتمد دعوى الاجماع عليه ، لكن الادلة القائمة على وجوب احقاق الحق وحفظ الاموال والنظام تقتضى وجوب سماع دعواه . نعم لاتسمع في الدعاوى المتعلقة بالمال ، بل ان دعواه فيها تسمع أيضاً لأن الدعوى واثبات الحق غير التصرف . واما دعوى الاجماع على هذا الشرط ففيها منع واضح .

ان لا يدعى مالا لغيره :

قال : « ولا دعواه مالا لغيره الا أن يكون وكيل او وصياً أو وليناً او حاكماً

أو أميناً لحاكم» .

أقول : ادعى في الجوادر عدم الخلاف فيه ، لكنهم يحكمون بسماعها في بعض الموارد من غير أحد ممن ذكر ، فلو غصب مال من يد المترهن أو المستعير سمعت دعواه عند الحاكم ، وقيل في الرهن بجواز الدعوى بعنوان حق نفسه . قلت : وبعض النظر عن حكمهم بالسماع في هذه الموارد فإنه لامانع من أن يدعى الإنسان حقاً لغيره مالم يستلزم التصرف فيه ، ودعوى انصراف «فاحكم بين الناس بالحق» عنه غير مسموعة ، اللهم إلا أن تكون الدعوى نفسها تصرفاً فيشكل الدعوى أخذآً بشاهد الحال واعتماداً على أذن الفحوى من المالك ، لأن الفحوى وشاهد الحال لا يشمان هكذا تصرف اعتباري ، بل يتوقف سمعتها منه على الأذن الصريح . لكن لو كان المدعى من أقرباء المالك وذويه فالظاهر الاستئماع في ما لا يستلزم تصرفاً في ماله من غير ولاية ولا وكالة لانصراف أدلة المنع حينئذ ، والقدر المتيقن من الأجماع غيره .

ثم إن المشهور قيام الوكيل والوصى والولي مقام صاحب المال في جميع مراحل الدعوى ، واستثنى بعضهم احلاف المدعى عليه ، لأن مقتضى عمومات أدلة الولاية والوكالة والوصاية . . . هو جواز الاحلاف أيضاً كما عليه المشهور .

ان لا يدعى مالا يجوز تملكه :

قال المحقق : «ولا تسمع دعوى المسلم خمراً او خنزيراً .

أقول : ويشرط في الدعوى أن يكون موردها أمراً جائزاً شرعاً وعقلاً ، فلا تسمع دعوى المسلم خمراً أو خنزيراً ونحوهما مما لا يصح تملكه له ، ولا تسمع دعواه زوجية احدى محارمه ، وقيل : له دعوى الاولوية بالخمر مثلاً لأجل فائدة محللة ، كأن يبقى الخمر حتى تنقلب خلا ، أو يأخذ العذرة للتسميد ، كما لا يأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الاسلام ، أو يدعى ثمنها على مستحلبها بناءً على جواز بيعها ممن يستحلبها ، والدليل على الجواز عمومات أدلة القضاء بعد عدم تمامية

دعوى انصراها عن مثل ذلك .

اشتراط كون الدعوى صحيحة لازمة :

قال المحقق قدس سره : «ولا بدمن كون الدعوى صحيحة لازمة، فلو ادعى هبة لم تسمع حتى يدعى الاقباض ، وكذا لو ادعى رهناً» .

أقول : مثل بالهبة قبل الاقباض وبالرهن قبله للدعوى غير الصحيحة الازمة لأن الموهوب مالم يقبض لم يملك ، وفي الرهن قال المحقق : «وهل يشترط في الرهن القبض؟ قيل : لا ، وقيل : نعم وهو الأصح» .

أما اشتراط كون الدعوى صحيحة فدليله واضح ، فلو ادعى الهبة وأقر المدعى عليه لم يلزم بشيء ، بل لابد من أن يدعى هبة صحيحة كأن يقول له : وهبتنى ذلك وأقبضتنى إيه .

واما اشتراط كونها لازمة فان الهبة اذا لم تكن الى ذى رحم وكانت العين باقية جاز للواهب الرجوع حتى مع الاقباض ، ولذا قيل بسقوط الدعوى فيما لو ادعى عليه الهبة فأنكر ، اذ يكون الانكار رجوعا ، نظير ما اذا انكر الزوج الطلاق فان انكاره رجوع .

وبالجملة فالاشتراط الصحة لاريب فيه ، ولذا و قال : هذه ثمرة نخلی لم تسمع اذيمکن ان لا تكون ملکه الا اذا صرخ في دعواه بكونها ملکاً له كماسياتي ، لكن عن المحقق الارديلى الاشكال في اشتراط المزوم فقد قال «ره» : «ما المانع من أن يدعى الصحة أولاً فيثبتها ويدعى المزوم؟ ثم انه يرد عليهم مثله فيما اذا ضم اليها دعوى القبض ، اذ لعل الموهوب له أجنبى . على أنه يرد مثله في دعوى البيع ؛ اذ على هذا بدمن دعوى انقضاء المجلس او الأيام الثلاثة في الحيوان ولا قائل به» .

واورد عليه في الجواهر بقوله : «وفيه ان الصحة بدون القبض ليس حقاً لازماً للمدعى عليه، ضرورة رجوع ذلك الى التهيئة للصحة مع تمام ما يعتبر فيها، وهبة

الأجنبي مع القبض صحيحة ويتربّع عليها الاثر وان جاز له الفسخ ، فان المراد باللازم المقتضية للاستحقاق على المدعى عليه ، لا كون المدعى به أمراً لازماً على وجه لا يكون به خيار للمدعى عليه ... » .

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

هل تسمع دعوى المنكر فسوق الحاكم أو الشهود ؟

قال : « ولوادعى المنكر فسوق الحاكم أو الشهود ولايئنة فادعى علم الشهود له ففى توجه اليمين على نفي العلم تردد، اشبهه عدم التوجّه، لأنه ليس حقاً لازماً ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردودة ، و لأنه يشير فساداً » .

أقول : ولو لم يكن مورداً المدعى مالاً كقوله لى عليك كلّاً من المال و لا سبباً كالبيع كقوله : هذا المال الذي بيده قد بعنتى ايّاه ، بل ادعى أمراً له فيه نفع من حيث اثبات حق له أو اسقاط حق عليه، لأن يدعى المنكر فسوق الحاكم الذي حكم عليه أو فسوق الشهود الذين استند إليهم المدعى و حكم الحاكم طبق شهادتهم، أما لو ادعى فسوق الشاهدين فله طرح دعواه عند نفس الحاكم ، كما أن له طرحها عند حاكم آخر ، فان كان له بينة أقامها وبذلك يزول الحكم الذي أصدره الحاكم حسب شهادتهم ، وكذلك لو تمكّن من اثبات كذب الشاهدين أي كذبهمافي قولهما بأن هذا المال لزيد المدعى ... لكن لا يسقط حق المدعى بثبوت فسقهما أو كذبهما في هذه الشهادة .

وان لم يكن عنده بينة فهل يؤثر علم المدعى بفسقها في زوال الحكم كذلك؟ ان أقرب بذلك فلاشكال في أنه يؤخذ باقراره ، و لا يجوز له الاستناد الى الحكم في أخذ ما يدعيه على المنكر ، وان لم يقر فالحكم باق على حاله وله أثره من ثبوت الحق وفصل الخصومة، نعم مع علم المدعى بفسق الشاهدين لا يجوز له ترتيب الاثر مع

هل تسمع دعوى المنكر فسق المحاكم او الشهود؟

تردد في كون مورد الدعوى له واقعاً، وأما مع علمه بكونه له كذلك فحيث يحکم المحاكم له وهو لا يقر بفسق شهوده يجوز له التصرف . و حينئذ فلو ادعى المنكر عليه العلم بفسق الشاهدين لم تسمع هذه الدعوى، ولم يتوجه على المدعى اليمين بنفي العلم ، كما لا يثبت ذلك بنكوله عن اليمين ولا باليمين المردودة على المنكر، لأن توجيه اليمين على المدعى المشهود له ليس حقاً لازماً للمنكر، ولأنه يوجب التزلزل في الأحكام الصادرة من المحاكم ويؤدي إلى التسلسل .

وقيل : تسمع هذه الدعوى، فله أن يحلقه لانهاد عوى فتشملها عمومات «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» ولأن لها أثراً بالنسبة إليه .

وفيه : انه اذا لم يلزمه علمه بفسق شاهديه زوال الحكم الصادر لم يكن للمدعى عليه أثر في دعوى علم المشهود له بفسق الشاهدين فلا تسمع هذه الدعوى . و أما لو ادعى فسق المحاكم وكان له بيضة فله أن يطرحها عند حاكم آخر قبل : ويشترط أن يصرح في طرحه الدعوى على فسق المحاكم الاول بوجود البينة ، لأن يقول له . عندي شهود على فسق فلان المحاكم .

وأما مع عدم وجود البينة فلا تسمع دعواه مطلقاً، ولا أثر لها مطلقاً وفاما للمحقق قدس سره ، فإنه لا يبطل الحكم بحال ، نعم في دعوى الزوجية لرأيهم البينة وحكم له ثم ادعت عليه المرأة قبل الحكم أو بعده العلم بفسق الشاهدين فأقر لم يجز له الاخذ بهذا الحكم ، واما لو كان متيقناً بأنها زوجته وجبت عليه النفقة مع المطالبة أخذها باقراره وإن لم يجز لها الزامه ، لفرض بطلان الحكم بفسق الشاهدين .

هل يجب اجابة المنكر لو التمس اليمين من المدعى ؟

قال المحقق قدس سره : « و كذلك لو التمس المنكر يمين المدعى منضمة إلى الشهادة لم يجب اجابته ، لن هو ض البينة بثبوت الحق » .

أقول : ان للمنكر أن يرضي بيمين المدعى ، فإن حلف فهو وان اختار اقامته البينة كان له ذلك ، ومع اقامتها لا يسمع طلب المنكر بيمينه معها ، نعم في الدعوى

على الميت يحلف مع البيينة ، وكذا مع الشاهد الواحد في الدعوى المالية . لكن عن القواعد مع ذكر الحكم المذكور : « ولو التمس المنكر بعد اقامة البيينة عليه احلاف المدعى على الاستحقاق أجب إليه . ولو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهادة لم يلزم اجابته » .

وتوجيه الفرع الأول هو ما لو ادعى المدين البراءة أو الابراء ، فكأن البيينة أثبتت أصل الدين و اليدين تثبت اشتغال ذمة المدين الان ، ففي الحقيقة يدعى المدين الابراء أو الاداء والدائن ينكر ذلك فيحلف . وكذلك لو شهد الشاهدان بأن زيد قد اشترى هذا المال فيكون ملكه ، ثم يدعى عمرو البائع الفسخ فيحلف زيد المدعى على العدم .

وتوجيه الفرع الثاني هو في العين الموجودة ، فإذا شهدت البيينة بكونها لزيد لم تسمع مطالبة عمرو منه اليدين ، نعم لامانع من الحلف بل يستحب في رضاه بها لقوله عليه لشريح : « ورد اليدين على المدعى مع بينته ، فإن ذاك أجلى للعمى وأثبت في القضاء » (١) .

وقال الشيخ في المبسوط : « وكيف يحلف ؟ قال قوم : يحلف ما اقتضاه ولا شيئاً منه ، ولا اقتضى له ولا شيء منه ، ولا جال به ولا بشيء منه ، ولا أبرأه ولا عن شيء منه ، وأن حقه ثابت ، ولا اقتضى له مقتض بغير أمره فأوصل إليه . قال : فإن ادعى أنه قد أبرأه منه أو قد أجال به لم يحلف المدعى عليه على أكثر من الذي ادعاه عليه وإن كانت الدعوى مبهمة فقال : ماله قبل حقي أو قد برئت ذمتي من حقه احتاج إلى هذه الالفاظ كلها حتى يأتي بجميع جهات البراءة .

ومن الناس من قال : أى شيء ادعى ، فإن المدعى عليه يحلف ما برئت ذمتك من ديني ، فإذا قال هذا أجزأه ، لأنها لفظة تأثر على كل الجهات ، فإن الذمة إذا كانت مشغولة بالدين أجزأه أى يقول : مابرأت ذمتك من حقي .

وهذا القدر عندنا جائز كاف . والاول احوط و آكدر . فاما قوله: وان حقى ثابت فلا خلاف انه ليس بشرط» .

هل يلزم بالجواب عن دعوى الاقرار ؟

قال المحقق : « و فى الالزام بالجواب عن دعوى الاقرار تردد منشئه ان الاقرار لا يثبت حقاً فى نفس الامر ، بل اذا ثبت قضى به ظاهراً » .

أقول: لو ادعى زيد على عمرو الاقرار له بشيء كأن يقول له : قد أقررت بكون هذه الدار لي ، أو يقول : لقد أقررت بأنى غير مدين لك ، فهل يلزم المحاكم عمرأ با لجواب عن هذه الدعوى؟ وجهان بل قولان ، تردد المحقق قدس سره بينهما ، وجہ عدم الالزام هو: أن الاقرار لا يثبت حقاً واقعياً للمقرر له، لأن الاقرار - وان الزم الشارع المقرر بما أقر على نفسه - ليس طريقة لاثبات الحق بحيث يرفع شك المقرر له في تملك المقرر فيه ، فلو أقر له بكون الثوب له وكان المقرر له جاهلاً أو شاكاً في ذلك لم يرتفع معه الجهل أو الشك ، لأن أثر هذا الاقرار هو الحكم الظاهري فقط بتجاوز تصرفه في الثوب . فإذا لم تكن الدعوى مثبتة لحق لازم ولم يكن الاقرار موجباً لحق واقعى فانه - مع عدم البينة للمدعى على الاقرار - لا تسمع الدعوى ، ولا يحلف المدعى عليه على انكاره ، ولا يكون نكوله عن اليدين مثبتاً للمدعى .

ووجه الالزام هو: أن المراد من الحق اللازم كون الدعوى ذات نفع للمدعى والمفروض جواز تصرفه في المدعى به ظاهراً مع ثبوت الاقرار بأحد المثبتات ، ولا يلزم أن يكون مورد الدعوى مالاً أو سبباً لانتقال مال ، بل ان ترتب الاثر المذكور - وهو الحكم بتجاوز التصرف ظاهراً - على الاقرار كاف لصحة الدعوى عند المحاكم كي يلزمها بالجواب .

و ظاهر المحقق في المقام هو التوقف ، بخلاف الفرع السابق حيث قال «أشبهه عدم التوجّه» واستقرب الشهيد الثاني في المسالك تبعاً لجماعة الوجه الثاني واختار المحقق العراقي الاول فقال: ان الوجهين «مبنيان على أن الأحكام الظاهرية هل

فعليتها فرع وصولها الى المكلف بحيث لولاه لاتكون فعلية بعثية بخلاف الاحكام الواقعية من الوضعيات والتکلیفیات، اذ فعليتها الواقعية ليست تابعة لوصولها غایة الامر لانجز لها .

وحيث قد حفظنا في محله عدم تبعية فعليتها للوصول فلا يأس بسماع مثلها...» .
وفى الجواهر وجہ الوجه الثاني بقوله: «لان المدار على ثبوت الحق ظاهراً، فنکوله عن ذلك يثبت عليه الحق أومع يمين المدعى الذى يجوز له الحلف عليه والاخذ به، وان لم يعلم استحقاقه من غير جهة اقراره الذى له الاخذ به مالم يعلم كذبه، لجواز استناده الى سبب لا يعلم به ، و لانه اذا سمعت دعواه بالبينة توجه له اليمين على عدمها ، لعموم قوله ﷺ : البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» .
ثم قال : «نعم قد يقال بعدم الزامه باليمين على نفي ذلك بخصوصه اذا بذل اليمين على براءة ذمته الذى يأتي على ذلك كله، نحو ما تسمعه فى عدم الزامه بجواب دعوى أنه أقر به أو باعه بشئون فى ذمته أو نحود ذلك ، معللين له بامكان أدائه له والعجز عن اثباته ، فيكفى جوابه ببراءة ذمته مما يدعوه عليه ، فإنه يأتي على ذلك كله ، ومثله آت هنا .

اللهم لأن يفرق بأن الدعوى في الاول الشغل بسبب في الواقع، فيكفى في جوابه نفي الواقع بخلاف الثاني ، فان الدعوى فيه بصدور سبب من المدعى عليه يؤخذ به وان لم يعلم الواقع .

وفيه : ان الاقرار كما يؤخذ بظاهره و ان لم يعلم صحته وقد ادعاه خصميه ، كذلك البيع عليه مثلا ، له الاخذ بظاهره أيضاً مالم يعلم فساده وقد ادعاه على خصميه ، فكما لا يلزم هناك الجواب بنفي البيع و يكفيه الجواب ببراءة الذمة كذلك هنا ، فتأمل «(١)» .

(١) ظاهر كلامه ترجيح الوجه الثاني ، الا انه متأمل في كفاية اليمين على براءة الذمة عن اليمين على نفي الاقرار بالذين مثلا .

هل تفتقر صحة الدعوى الى الكشف؟

-٨٩-

أقول : والاقرب هو الوجه الاول ، اذليس كل دعوى يلزم المحاكم بسماعها والنظر فيها ، بل الدعاوى المتعلقة بأموال الناس و نفوسهم و أعراضهم ، فيلزم ان يكون مورد الدعوى شيئاً يزعم المدعى تعلقه به . وبعبارة اخرى : لابد أن تكون نتيجة الدعوى والموافقة اثبات حق يدعى المدعى و جلب نفع الى نفسه أو دفع ضرر عن نفسه ، وكل دعوى تكون كذلك يجب على المحاكم سماعها ، وأمامي المورد الذى يتحقق النفع و يثبت للمدعى بنفس الحكم الصادر من المحاكم - واما قبله فلا يوجد شيء - فيلزم الدور ، لأن نظر المحاكم فى ذلك المورد ثم حكمه يتوقف على تحقق الحق من قبل ، وتحقق الحق يتوقف على الحكم نفسه .

هل تفتقر صحة الدعوى الى الكشف؟

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

أقول : ان صحة الدعوى التى اشتراطناها لا تحتاج الى الكشف والتحقيق عن الاسباب ، سواء كانت الدعوى فى الاملاك من الاعيان والديون ، أو فى العقود من النكاح وغيره . وقدنبه بذكر النكاح على خلاف بعض العامة فيه . و دليلنا على عدم الحاجة هو الاجماع .

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

أقول : لأن المقتل أقساماً واسباباً مختلفة من العمد والخلاء وشبه العمد ، ومن أن القتل مستند اليه بال مباشرة أو بالتبسيب ، وأنه هل وقع منه منفرداً أو شاركه فيه غيره ... فلكل واحد من هذه الاقسام والحالات حكم ، ولو أجمل فى الدعوى لم يترتب حكم واحد منها ، فلا بد من الكشف وذكر التفصيل و الا لم تصح دعوى القتل ولا تسمع .

وفي الجواهر كما عن جماعة الاشكال فى ذلك ، وقد يستفاد من تعبير المحقق بـ « ربما » وذلك لانه قد يترتب على الاجمال أثر كلی ، بل قيل : انه يمكن بحكم الاصل تشخيص انه خطأ ، بل ربما ظهر من المحقق الارديلى سماع دعوى الكلى

وان لم يترتب عليه حكم ولكن مقدمة لاثبات الخصوصية فيما بعد .

قلت : ان تعين كونه خطأ بالاصل مشكل جداً ، فلو أردنا اجراء هذا الاصل لجرى في الجميع ، لكن لو كان بعض الخصوصيات أثر وقلنا بكافية احتمال ترتب الاثر لوجوب السماع فانه يجب سماع الدعوى، هذا بعد ثبوت أصل الواقعه، وبالجملة : الاصح هو سماع الدعوى حيث يثبت أصل القضية ثم تثبت خصوصياتها بالموازين الشرعية من البينة واليمين، فيكون الحكم بعد المرحلتين وفقاً للارباعي، وذلك لمقتضى الاحتياط الشديد الموجود في الدماء .

وعلى الجملة: لا فرق بين القتل وغيره في ذلك، فإنه مع فرض عدم ترتب حكم على الكل في غيره لم تسمع الدعوى به أيضاً و إلا سمعت - ان لم يثبت الاجماع على خلافه - لشمول ادلة وجوب القضاء له، ولما جاء في بعض الاخبار من حكم الامام علي عليه السلام في مقامات مع عدم ذكر المدعى السبب .

فهذه هي القاعدة الكلية وعلى ضوئها يظهر الامر في الموارد الامثلة المختلفة ، فإن كان للكل أثر ادعاه وان كان للخصوصية أثر ادعاهما، وفي المتبادرتين تسمع الدعوى ان كان العلم الاجمالى منجزاً ، ومع دوران الامر بين الاقل و الاكثر كان الاقل هو المتيقن .

قال المحقق : « ولو اقتصرت على قولها : هذا زوجي كفى في دعوى النكاح ولا ينافي ذلك الى دعوى شيء من حقوق الزوجية ، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازمه الزوجية . ولو أنكر النكاح لزمه اليمين ، ولو نكل قضى عليه على القول بالنكاح ، وعلى القول الآخر ترد اليمين عليها ، فإذا حلفت ثبتت الزوجية ، وكذلك السياق لو كان هو المدعى » .

أقول : ان الاثر الذي ذكرناه لا يلزم التصریح به لدى الدعوى ، بل يكفي دعوى ملازمته ، فلو اقتصرت المرأة على قولها : هذا زوجي كفى في دعوى النكاح وترتب آثاره من حقوق الزوجية ولو ازمها كالمهر والنفقة وغيرها .

ويترتب على سماع هذه الدعوى أيضاً انه لو أنكر الزوج النكاح لزمه

اليمين ، ولو نكل عنها قضى عليه على القول بالقضاء بمجرد النكول ، وببرد اليمين على المرأة ، على القول الاخر فان امتناع سقطت دعواها ، و ان حلفت ثبتت الزوجية . وعن التحرير «وفي تمكين الزوج منها الشك من اقراره على نفسه بتحرريمهاء ومن حكم المحاكم بالزوجية ».

وكذا الكلام لو كان الرجل هو المدعى للزوجية . اذ يتربى على ذلك الاثار الشرعية وحقوق الزوجية ، والاشكال المذكور موجود ، من انكار المرأة للزوجية فلا يجوز لها تمكينه من نفسها و من حكم المحاكم بالزوجية .

أقول : أما بالنسبة الى المحاكم نفسه فهو ينفي الزوج المفتر بحرمتها على نفسه عن وطني المرأة - مع الزامه بدفع النفقة مثلاً - اخذًا باقراره، أو لا ينهاه عن ذلك ترتيباً لجميع آثار الزوجية التي قد حكم بها ؟ وجهان . اللهم الا ان نلغى اعتبار الاقرار في هذه الحالة فيقدم الثاني ، لكن لا يفتى بذلك احد ... نعم لا يبعد الالغاء فيما اذا كان الاقرار عن نسيان مثلاً ثم تذكر و رجع عنه بعد قيام البينة . فالصحيح ان الاقرار بالنسبة الى ما كان على الزوج مقدم على الحكم ، اذ لا يقول احد بالغاء الاقرار في هذه الحالة .

واما وظيفة الزوج المنكر للزوجية ، فان كان عالمًا بعدم الزوجية فان مقتضى قول النبي ﷺ : «فأيما أمرٌ قطع له ...» (١) هو عدم جواز ترتيب آثار الحكم مثل الوطني ، وأما دفع النفقة فليس محررًا عليه بل يجب عليه امتناعاً وتنفيذًا للحكم ، بل يحرم على المرأة اخذها ، وهل يجوز لها الأخذ في مقابل بقائهما في دار الرجل ؟ فيه اشكال ، وأما اذا كان انكاره لها من جهة الشك مثلاً فان جميع الآثار مرتبة بالحكم .

واما اذا كان المدعى للزوجية هو الرجل والمرأة تنكر ، فان كانت تعلم بعدم الزوجية كان عليها الامتناع عن التمكين ، ولا يجوز لها المطالبة بالنفقة ، وان كانت

تنكر كاذبة أو شاكحة وجب عليها ترتيب الاثر على الحكم .
وأما المهر فان الرجل ان الزمهها بالتمكين ووطئها عملا بحكم المحاكم فقد
وجب عليه دفع مهر المثل لانه عوض البضع .

هل تسمع دعواه ان هذه بنت أمته أو ثمرة نخله ؟

قال المحقق : « ولو ادعى ان هذه بنت أمته لم تسمع دعواه ، لاحتمال أن تلد
فى ملك غيره ثم تصير له ، وكذا لو قال : ولدتها فى ملكى ، لاحتمال ان تكون حرة
أو ملكاً لغيره » .

أقول : ومن فروع اشتراط كون مورد الدعوى حقاً لازماً يدعى المدعى
بصراحة ووضوح انه اذا قال : هذه بنت أمتى فهل تسمع هذه الدعوى أولاً ؟
وهذه الدعوى تتصور بوجهين : ان تكون هي بيد زيد وهو يريد أخذها منه
بهذه الدعوى ، وان تكون بيده فيدعىها زيد فيقول هذه بنت أمتى بمعنى أنه اذا
لم يدع ذلك تثبت دعوى زيد .

وكيف كان فان هذه الدعوى أعم من ان يكون موردها حقاً لازماً ، وحيث أنها
ليست صريحة فى ذلك فلا تسمع .

وكذا لو ضم الى تلك الدعوى قوله : ولدتها فى ملكى ، أو ادعى هذه
الجهة دعوى مستقلة كأن يقول : هذه ولدتها أمتى فى ملكى .

قال المحقق قدس سره : « وكذا لا تسمع البيينة بذلك مالم يصرح بأن البنت
ملكه ، وكذا البينة » .

أقول : وكم لا تسمع الدعوى الصريحة كذلك لا تسمع البيينة غير الصريحة ،
فإن قالت بأن هذه مملوكة فلان سمعت ، ولو قالت : ولدتها أمها حالكونها فى
ملكه فلا تسمع ، لانه يمكن أن تكون الأم مملوكة ولا تكون بنته مملوكة له لأن
يكون قد حررها مثلاً .

قوله : « وكذا البينة » ليس تكراراً ، بل المراد أنه مالم يصرح المدعى فى

هل تسمع دعواه ان هذه بنت امته او ثمرة نخله؟

-٩٣-

الدعوى فلاتسئل البينة التي يقييمها، ثم البينة لا تسمع شهادتها مالم تشهد بصراحة، وحيث شهدت بالملك فلا تسئل عن السبب، فيحتمل أن يكون قوله : «و كذلك البينة» معطوفاً على «لایفتقر» المتقدم عليه .

قال : «ومثله : لو قال : هذه ثمرة نخلى» .

أى : فلاتسمع هذه الدعوى لكونها أعم، لأن يقول هذه ثمرة نخلى وهي ملك لي .

قال : «و كذلك لو أقر له من الثمرة في يده أو بنت المملوكة لم يحكم عليه بالاقرار لو فسّره بما ينافي الملك» .

أقول : ولو قال هذه الثمرة من نخل من هي بيده فهل له ان يدعى بذلك كونها ملكاً له ؟ نعم ، لأن قوله السابق ليس اقراراً بعدم ملكيته وملكية صاحب اليد حتى يكون قوله المتأخر انكاراً بعد اقرار ، فلتسمع هذه الدعوى منه ويطلب بالبينة ، بخلاف ما لو أقر بالملكية فليس له أن يقول بعد ذلك : لكن هي ملكي . وهذا معنى عبارة المحقق .

وفي المسالك : ظاهر عبارة المحقق والعلامة انه اذا لم يفسر بالخلاف فهو اقرار . وأشكال عليه في الجوهر بعدم ظهور عبارتيهما في ما ذكره ، فليس «لو فسّر» قيداً حتى يكون اقراراً . قلت : وما ذكره صاحب الجوهر هو الظاهر .

ثم ان صاحب المسالك بعد ما استظهر من العبارة ما ذكر أشكال على المحقق الفرق بين الاقرار والدعوى فقال : «والفرق بين الدعوى والاقرار لا يخلو من اشكال ، لأن الاحتمال قائم على تقدير الاقرار والدعوى ، والعمل بالظاهر في الاقرار دون الدعوى لادليل عليه ، والفرق باشتراط التصریح فيه دونه رجوع الى نفس الدعوى ، وفي الارشاد أطلق عدم سماع الدعوى والاقرار معاً ، ولم يعتبر التقييد في الاقرار بتفسيره بما ينافي الملك وهذا هو الظاهر» .

أقول : ان اشكاله وارد بناءً على مفهومه من العبارة ، لأن الصراحة شرط في

كلا الامرين ، الا ان يقال بأن ظهور الدعوى غير كاف وظهور الاقرار كاف ، لكنه مشكل .

هذا وفي الجوادر بشرح : «وكذا لاتسمع البينة ...» ما لفظه : «لكن عن لقطة المبسوط والتذكرة سماع الدعوى والبينة في الثاني، بل عن الاخير الاجتماع عليه ، ولعله لاصالة تبعية النماء للمال حتى يعلم خلافه ، وهو كذلك حيث لا يكون لاخر يد تقضى بالملكية لها والا انقطع بها الاصل المزبور ، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك ، وكلام الاصحاح هنا في الدعوى على آخر» .

قلت : ان محل البحث هو ان تكون بنت امة زيد بيد عمرو وفراجعه استناداً الى كون الام عنده ، فالارتكاز يتبع ماذا لم يقم في مقابلة دليل كاليد ، والارديلي امر بالتأمل في المقام بعد ان ذكر عدم السماع ، ولعل وجهه : امكان القول بالسماع ، لأن من ملك النخلة فقد ملك تمرها عند العرف الا ان يقوم دليل ، ولذا تسمع هذه الدعوى في الملك القديم السابق على اليدين فيلزم صاحب اليدين باقامة البينة على انتقاله اليه بالبيع مثلاً .

لكن هذه المطالب ليست تعبدية بمعنى قيام اجماع او دلالة نص عليه ، بل الذي يريدون اثباته كون الدعوى صريحة ، فان كانت الملازمة العرفية والتبعية بين الشمرة والنخلة او بين الامة والبنت تامة فهو والا لزم البيان والكشف عن سبب الملك . والظاهر تمامية هذه الملازمة ما لم يكن الفرع بيد غيره ، لأن اليدين لا تهم على الملكية أقوى من الملازمة المذكورة .

قال المحقق : «ولا كذلك لو قال : هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من حنطنه » .

أقول : يعني ان مثل هذه الدعوى ظاهري في الملكية ولا حاجة الى التصريح ، للفرق بين الشمرة والنخل وبين الغزل والقطن ، فهناك المعايرة حقيقية وهنائي في الصورة فقط ، فالدعوى تسمع وعليه اثباتها كسائر الدعاوى .

الكلام في :

التوصل الى الحق

١ - ان كان الحق عقوبة :

الحق اما عقوبة واما مال ، فان كان الحق عقوبة كالقصاص فالعقوبة وفاقتاً للمسالك و غيرها - بل عن الكفاية : لا أعرف فيه خلافاً - وجوب رفع الدعوى الى المحاكم ، فان ثبت دعواه وأصدر الحكم الحكم جاز له أن يباشر القصاص على قول ، وقيل : بل الامر بيد المحاكم فله أن يباشر بنفسه القصاص أو يأذن فيه لصاحب الحق أو يأمر به شخصاً آخر .

وأما اذا لم يتوفّر المحاكم أو تعذر الوصول اليه فيجوز له أن يستوفي حقه ، وهذه الصورة هي القدر المتيقن من اطلاق قوله تعالى : «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً» (١) .

فيكون الحاصل عدم جواز مباشرة القصاص مع التمكّن من الرفع الى المحاكم خلافاً لصاحب الجوهر قدس سره حيث استند الى الآية المزبورة قائلاً بالجواز مطلقاً .
نعم لا ريب في عدم مؤاخذة المحاكم لصاحب الحق وإن باشر الامر من دون اذنه، إذ لا إشكال في ثبوت هذا الحق له ، لكن لما كان أمر الدماء خطيراً ولا بد فيه من الاحتياط الشديد نقول تبعاً لاصحاب بليزوم رفع القضية الى المحاكم واجراء الحكم باذنه حتى لا يلزم الفساد في المجتمع الاسلامي والهرج والمرج في البلاد ويتأكد

(١) سورة الاسراء : ٣٣ .

ما ذكرناه فيما اذا علم بترتب المفسدة العظيمة كوقوع المقابلة بين طائفتين واراقة الدماء المحترمة .

و من جواز مباشرة الحكم يظهر أنه لا يجب عليه أن يؤذن لصاحب الحق بذلك ان راجعه في القضية ، وان كان ذلك حقاً ثابتاً له خلافاً لصاحب الجواهر حيث قال بأن اطلاق السلطان للولي يقتضي مباشرة لخاصوص المحاكم . ومن ذلك كله يظهر أن الحكم بوجوب الرجوع إلى الحكم والاستيدان منه في اجراء القصاص حكمة يقصد منها دفع الفساد واحتلال النظام في المجتمع الإسلامي ، وعليه فلو أمكن لولي المقتول أن يقتل القاتل بحيث لا يترب على فعله مفسدة جاز كما هو الحال بالنسبة إلى الحقوق المالية كما سيأتي .

٣ - ان كان الحق مالا :

وان كان الحق مالا فتارة يكون عيناً وأخرى يكون ديناً ، فإن كان عيناً فقد قال المحقق قده : «من كانت دعواه عيناً في يد انسان فله انتزاعها ولو قهراً ما لم تشر فتنة ، ولا يفتقر إلى اذن الحكم» .

أقول : فالمحقق يقول بجواز انتزاع العين ولو قهراً لكن قيده بما لم تشر فتنة ، وفي الجواهر فسر قوله : «لو قهراً : بمساعدة ظالم أو بنفسه» وان استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك » لكن ينبغي تقييد مساعدة الظالم بصورة انحصر 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 اتياً الأمر المباح بمساعدة ظالم ، وأما اعانته فقد قلنا في محله باختصاص حرمة اعانته الظالم بأن تكون الاعانة في ظلمه .

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

ثم قال فى الجواهر : « وان استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك ». .

و عن الارشاد جواز الانتزاع « ولو قهراً مع انتفاء الضرر » وعن مجمع الفائدة : « ما لم يحصل معه أمر غير مشروع » .

قلت : لاريب فى عدم جواز التصرف فى مال أحد الا باذنه ، فلا يجوز الدخول فى دار الا باذن صاحبها ، فان كانت العين فى الدار فدفعها اليه صاحب الدار من دون حاجة الى الدخول فهو ، ولو توقف أخذها على الدخول وجب الاستيدان منه فان امتنع فمن الحكم لانه ولى الممتنع ، وحيث يمكنه ذلك مع الاذن فلا دليل على الجواز بلا اذن .

ولا اطلاق لدليل سلطنة الناس على أموالهم ليشمل مفروض الكلام ونحوه فان لم يتمكن من تحصيل الاذن من الحاكم رفعت قاعدة نفي الضرر حرمة الدخول بلا اذن .

وأما اذا استلزم انتزاع العين ضرراً على من هى بيده ف فيه قولان ، ولكن الحق هو الجواز مع التوقف ، فيجوز له انتزاعها حتى مع كسر القفل والصندوق ونحو ذلك ، بل قيل ان له أن يطالب بحقه ويحاول انتزاعه ممن وضع يده عليه وهو يعلم بكونه لمن يدعوه مهما بلغ الامر ، اذ لا فرق بين هذه المسألة ومسألة دفع اللص عن المال حيث يجوز للإنسان ان يدافع عن ماله ويحفظه من اللص حتى لو انتهى الى قتل اللص ، ولو قتل هو كان شهيداً كما في الروايات (١) ، لكن في الجواهر : « مالم تصل الى حد وجوب الكف عن الحق له لترتبط تلف الانفس والاموال

(١) عن أبي عبدالله عليه السلام : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من قتل دون عقال - عياله - فهو شهيد » وعن أبي جعفر عليه السلام عنه « ص » : « من قتل دون ماله فهو شهيد » وكذا عن الرضا عليه السلام . راجع الباب : ٤٦ من أبواب جihad العدو من وسائل الشيعة ٩١/١١ - ٩٣ .

وغيره من الفساد الذى يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك وان كان مباحاً فى نفسه أو مستحبأً بل أو واجباً وكيف كان فالقدر المتيقن من الجواز صورة عدم لزوم الخسائر الكثيرة مثل تمزيق الثوب وكسر الباب أو القفل أو الصندوق ونحو ذلك ، لأن قاعدة نفيضرر جعلت للامتنان ولا مورد لها فى هذا المقام .

هذا كله فى صورة علم من بيده العين يكونها للشخص الذى يدعىها ، وأما اذا كان جاهلاً فان طالبه واقتنع بقوله ودفع المال فهو ، وان لم يصدقه جاز له أن ينتزعه منه قهراً فان عجز فلا مناص من الرفع الى الحاكم ، ولو استلزم الانتزاع ضرراً فقد يقال بالجواز لقوله عليه السلام : «لَيَوْجِدَ بَالْدِينَ يَحْلِ عَوْبَتَهُ وَعَرْضَهُ» (١) وفيه تأمل ، لأنه ظاهر في العالم دون الجاهل (٢) .

ولو كان من بيده العين معدوراً عن دفعها الى صاحبها لحبس أو مرض فهل يجوز له ان يدخل الدار مثلاً ليأخذ ما له ؟ لابد هنا من اذن الحاكم ، لأن المفروض عدم انكاره للحق وكونه قاصر عن اعطائه ، فيلزم ان يستاذن الحاكم ويدخل الدار مع اذنه ، ولو استلزم ضرراً يسيراً جاز كذلك .

وحيث يراجع الحاكم ويقيم البينة على دعواه ويثبت حقه فهل له المبادرة الى اخذ الحق قبل صدور حكم الحاكم ؟ قيل نعم بناء على حجية البينة للمدعى . هذا كله في العين - وقد ذكر المحقق حكم ما اذا كان الحق ديناً بقوله :

صور كون الحق ديناً :

«نعم لو كان الحق ديناً وكان الغريم مقرأً باذلاً لم يستقل المدعى بانتراعه من دون الحاكم ، لأن للغريم تخييرأً في جهات القضاء ، فلا يتعين الحق في شيء من

(١) وسائل الشيعة ٩٠ / ١٣ .

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

دون تعينه أو تعيين المحاكم مع امتناعه».

أقول: ولو كان الحق الذى يدعى الشخص ديناً فلا يخلو الغريم عن حالات:

الاولى - أن يكون مقرًا بالحق وباذلا له :

والحكم في هذه الحالة عدم استقلال صاحب الحق بانتزاع حقه لأن للغريم تخيراً في جهات القضاء، فلا يعين الحق الكلى الثابت في ذمته من دون تعينه قال في الجواهر: بلا خلاف بل ولاشك.

هذا وقد أشكل على موضعين من عبارة المحقق هذه، أحدهما قوله: «من دون المحاكم» من جهة أن اذن المحاكم لا دخل له في هذا الفرض مع أن المستفاد من العبارة جواز أخذه باذن المحاكم، والثاني قوله: «أو تعيين المحاكم مع امتناعه» من جهة أن المفروض كونه مقرًا باذلا فما ذكره لا وجه له لأن خلاف الفرض. وقد أرجح صاحب الجواهر الضمير في «امتناعه» إلى التعين فقال: «أى امتناع تعينه لحبس أو مرض أو نحوهما لأن له الولاية العامة في ذلك» قيل: ولابد أن يجعل المراد من البازل حينئذ هو البازل الشأنى والأفلا يستقيم ما ذكره. قلت: ولكن خلاف الظاهر والاولى ما في القواعد: «ان كان باذلا فليس للمدعى الاستيفاء بدون اذنه وان كان ممتنعاً فليس له بدون اذن المحاكم».

الثانية - أن يكون مقرًا ممتنعاً من البازل :

والحكم في هذه الحالة كسابقتها، فلا يجوز التقاضي إلا باذن المحاكم لأنه ولدى الممتنع، سواء كان معدوراً أو بلاعذر، لأن الحق الثابت في ذمته كلّي وتعينه لا يكون بدون اذن المدين أو وليه في حال امتناعه - وان لم يستلزم التقاضي ضرراً أو فتنة، بل لا يجوز التقاضي خفية كذلك ، هذا بحسب مقتضى القواعد .

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

الثالثة - أن يكون المدين جاحداً للحق :

فذهب المحقق قدس سره هناـ والاكثر كمامي المسالك وغيرهـ الى الجواز
والثاني لاـ وهو خيرة المحقق في النافعـ وقد اشار هنا الى دليل الجواز بقولهـ :
«وعليه دل عموم الاذن في الاقتصاص» من الآيات و الروايات ، فمن الكتاب قولهـ:
تعالىـ : «فمن اعتقد عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتقد عليكم» (١) و قوله تعالىـ:
«والحرمات قصاص» (٢) و قوله تعالىـ : «فacaibوا بمثل ما عوقبتم به» (٣) .
الا أن في انعقاد اطلاق هذه الآيات بحيث يمكن الاستناد اليه في قبال القواعد

تأملاً.

وَمِنَ السَّنَةِ أَخْبَارٌ :

١) ما عن ابن رزين قال : « قلت لابي الحسن موسى عليه السلام : انى اخالط السلطان فتكون عندي المغاربة فيأخذونها و الدابة الفارهة فيأخذونها ، ثم يقع لهم عندي المال فلم اخذه ؟ قال : خذ مثل ذلك ولا تزد عليه » (٤) .

وهو ظاهر في كون كلام الإمام عَلِيٌّ جواباً عن السؤال عن الحكم في المسألة لا اذنأ له في الأخذ ، فيكون الحاصل جواز الاقتراض من أموالهم الشخصية ، ويقى الكلام في أنه هل تتحقق حينئذ مبادلة قهريّة بين المالين أو يكون المال المأخوذ

(١) سورة البقرة : ١٩٤

(٢) سورة البقرة : ١٩٤

١٢٦ (٣) سورة النحل :

(٤) وسائل الشيعة / ١٢ / ٢٠١ الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به والمسند صحيح

مباحاً له التصرف فيه و ما أخذه عامل السلطان مغصوباً أو يكون بدل الحيلولة؟ .
وأعا الاخذ من بيت المال في مقابل تصرفات عمال السلطان فلا يجوز حتى
ولو كانت تصرفاتهم بعنوان السلطنة والحكومة ، فيكون نظير ما اذا غصب المحتل
لموقوفة مالا وصرفه في شئونها فإنه يضمن في ماله الشخصي ولا يؤخذ من أموال
الموقوفة .

٢) ماعن أبي العباس البقياق : « ان شهاباً ما راه في رجل ذهب له بألف درهم
و استودعه بعد ذلك ألف درهم قال ابو العباس فقلت له خذها مكان الالف التي
أخذتني فأبى شهاب . قال : فدخل شهاب على أبي عبدالله عليه السلام فذكر له ذلك . فقال :
أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف » (١) .

٣) ما عن أبي بكر قال : « قلت له : رجل لى عليه دراهم فجحدني وحلف
عليها ، أيجوز لى ان وقع له قبلى دراهم ان آخذ منه بقدر حقى ؟ قال : فقال نعم
ولكن لهذا كلام . قلت و ما هو ؟ قال تقول : اللهم انى لا آخذه ظلماً و لاخيانة ،
وانما أخذته مكان ماى الذى أخذ منى لم ازدد عليه شيئاً » (٢) .

قال الشيخ الحر : « هذا محمول على من حلف من غير أن يستحلف » وفى
الجواهر : « أوعند غير المحاكم أو نحو ذلك ، حتى لا ينافي غيره من النصوص ،
ولاريب فى استحباب القول المزبور وان أطنب بعض الناس (٣) بدعوى الوجوب
الذى يمكن تحصيل الاجماع على خلافها » .

٤) ماعن جميل بن دراج قال : « سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له
على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده أيأخذه وان لم يعلم

(١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٢ . الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به والسنن صحيح

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٣ عن الشيخ قده - وقد قال الشيخ بعده : الحسن
ابن محبوب عن سيف بن عميرة عن أبي بكر الحضرمي عن أبي عبدالله عليه السلام نحوه
التهذيب ٦ / ٣٤٨

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

الجاحد بذلك ؟ قال : نعم » (١) .

هـ) ماعن اسحاق بن ابراهيم: «ان موسى بن عبد الملك كتب «الى أبي جعفر عليه السلام» يسأله عن الرجل دفع اليه رجل مالا ليصرفه في بعض وجوه البر فلم يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به وقد كان له عليه مال بقدر هذا المال فسأل هل يجوز لى أن أقبض مالى أو أرده عليه ؟ فكتب أقبض المال مما في يدك » (٢) .

لكن هذه الرواية محملة ، لأنه لم يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به فيما هو وجه الاخذ من المال الذي كان له عليه ؟ لانه ان كان المال موجوداً فتحصل بين المالين المعاوضة القهرية بلا موجب ، وإن لم يكن موجوداً فلا ضمان مع عدم التفريط ، ولعل الرواية كانت تشمل على قرائن وخصوصيات لم تصل اليها ، والا فلم نجد في الاخبار على مورد أذن فيه الامام عليه السلام بالتصريف في مال الغير بلا دليل شرعى يقتضى جوازه .

فقد دلت هذه الاخبار بطلاقها على جواز الاخذ من مال المقر الممتنع والمدين الجاحد ، سواء تمكّن من الاستيدان من المحاكم أولاً ، وسواء كان ماله الذي يهدى الغاصب عيناً موجودة أو غير موجودة .

ولورفع الامر - مع ذلك - إلى المحاكم ، فإن كان عالماً بصدقه اذن له والا لم يجز له الاذن حتى مقيداً بكون المدعى عالماً كأن يقول له: قد اذنت لك في الاخذ ان كنت عالماً بحقك ، بل لا بد من اقامة البينة المثبتة لحقه عند المحاكم .

هذا وقد استدل للقول بعدم الجواز بأن التسلط على مال الغير على خلاف الأصل فيقتصر منه على موضع الضرورة وهي هنا منتفية ، ولأن الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عنه المحاكم ويعين من ماله ما يشاء ولا ولایة لغيره . وأحاجب في

(١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٥ فيه « على بن حديد » فعن الشيخ : ضعيف جداً ، وقد ضعفه غيره أيضاً .

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٤ والظاهر اعتبار سنده ولكن في مورد الوديعة كما استدل به في المستند .

المسالك بأن كون التسلط على مال الغير بغير اذنه خلاف الاصل مسلم لكن العدول عن الاصل لدليل جائز وهو هنا موجود .

وفي الجواهر : « بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع إلى المحاكم ». قلت : ليس المورد من قبل الشك السببي والمسببي بان يكون الشك في جواز الاخذ مسبباً عن الشك في توقيفه على اذن المحاكم حتى يكون جريان الاصل في السبب - بأن يقال الاصل عدم وجوب الرجوع إلى المحاكم وعدم توقيف الاخذ على اذنه مزيلاً للموضوع فيجوز الاخذ ، بل ان هنا علمأً اجمالياً بجواز الاخذ اما بالاستقلال واما مع اذن المحاكم وانتفاء كل واحد منهما بالاصل يلزمه ثبوت الآخر عقلاً لاشرعاً .

وببناء على تحقق التعارض بين هذين الاصلين فانهما يتساقطان ويكون المرجع قاعدة نفي الضرر والضرار في الإسلام .

وكيف كان فان مذهب اليه المشهور هو الاقوى ، لأن النصوص الدالة على الجواز تخصص عمومات « لا يحل مال امرئ » وبها ينقطع الاصل المزبور ، وان الاستدلال بأن الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عند المحاكم ويقوم مقامه كالاجتهد في مقابلة تلك النصوص .

وهذا الخلاف هو في صورة وجود البينة والتمكن من الوصول إلى المحاكم ،

قال المحقق :

« ولو لم تكن له بينة أو تعتذر الوصول إلى المحاكم ووجد الغريم من جنس ما له اقتضى مستقلاباً بالاستيفاء » قال في الجواهر : بلا خلاف فيه عندنا بل الاجساع بقسميه عليه ، لاطلاق الأدلة المزبورة وغيرها .

حكم الاقتراض من الوديعة :

قال المحقق : «نعم لو كان المال وديعة عنده ففي جواز الاقتراض قرر داد شبهه

الكرامة ».

أقول: اختلف الصحابة في جواز الاقتراض من الوديعة، فذهب الشيخ في الاستبصار والمحقق واكثرون المتأخرين كما في المسالك والجواهر إلى الجواز على كراهة، وذهب الشيخ في النهاية وجماعة إلى التحرير، ومنشأ الخلاف هو اختلاف الروايات بظاهرها في هذه المسألة.

فممّا يدلّ على الجواز عموم الأدلة السابقة في المسألة المتقدمة، وخصوصاً عن خبر أبي العباس البقيبي: «أن شهاباً مارا في رجل ذهب له بآلف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم». قال أبو العباس فقلت له: خذها فكان الآلف التي أخذ منها فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبي عبدالله عليه السلام فذكر ذلك له. فقال: أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف» (١) دل هذا الخبر على الجواز من غير كراهة.

(٢) وخبر على بن سليمان قال: «كتبت إليه: رجل غصب مالاً أو جارية ثم وقع عنده مال ليس بوديعة أو قرض مثل خيانة أو غصب (مثل ما خانه أو غصبه) أيحل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم يحل له ذلك إن كان يقدر حقه، وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم باقى إليه إنشاء الله» (٢).

ومما احتاج به القائل بالتحرير بعد عمومات النهي عن التصرف في مطلق الأمانة، والدالة على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه:

(١) ما عن سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال ف CABERNI عليه وحلف ثم وقع له عندي مال آخذه» (فآخذه) لمكان مالى الذى آخذه وأجدد وأحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عنته عليه» (٣).

(٢) ما عن معاوية بن عمارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يكون

(١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٢٠ . صحيح.

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٤٠٢ . ضعيف بعلى بن سليمان فإنه مجهول.

(٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٤٠٤ . صحيح.

لـى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالاً ألى أن آخذ مالـى عنده؟ قال: لا، هذه المخانة» (١).

(٣) ما عن ابن أخ الفضيل بن يسار قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام ودخلت امرأة و كنت أقرب القوم إليها ، فقالت لي : اسأله ، قلت : عماد؟ فقالت : إن ابني مات و ترك مالا كان في يد أخي فأتلفه . ثم أفاد أخي مالا فأودعنيه ، فلما أخذ منه بقدر ما أتلف من شىء فأخبرته بذلك فقال : لا . قال رسول الله عليه السلام : أداء الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» (٤) .

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 ، لأن يكون رجوعه
إلى المحاكم وحلقه عنده أحب إلى الإمام عليه السلام دفعاً لتوهم الخيانة ، أو أن يكون
المراد أن أخذه يوجب فراغ ذمة الرجل وخلاصه من العقاب الآخرة من هذه
الناحية وهذا الأمر أحب إليه عليه السلام ، ومن هنا كانت الفتوى بالنسبة إلى من كان مديناً
لشخص فمات الدائن وقد استقر عليه الحج أن لا يسلم المال إلى وارثه في حال
علمه بأنه لا يستأجر من يحج عن الميت بل عليه أن يستأجر بذلك المال من يحج عنه.
ويحمل خبر ابن أخ الفضيل أيضاً الدال على المنع من وجوه على بعض
الوجه كما في المسالك .

ومن الممكن أن يكون الدلائل لا تصل النوبة إلى الترجيح أو التساقط.
لو كان من غير جنس الموجود :
قال المحقق: « ولو كان المال من غير جنس الموجود جاز أخذه بالقيمة العدل
ويسقط اعتبار رضا المالك بالطاطه كما يسقط اعتبار رضاه في الجنس ». •

(١) وسائل الشيعة ٢٠٥/١٢ . وهو معتبر سندًا.

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٢ . وهو صحيح .

أقول: لاختلاف فى شىء من ذلك بيننا كما فى الجواهر ، فالحكم فى متعدد الجنس ومختلفه سواء ، وهو مقتضى اطلاق الادلة السابقة وخصوص خبر ابن رزين فى المخارق والدابة الفارهة . وهذا فى صورة تلف المال الذى فى ذمة الغاصب واضح: واما مع وجوده فالكلام فى أنه هل يكون الذى يده ملكاً له بهذا القاصص بان تتحقق السبادلة الفهرية بين السالين ، او يكون ما يأخذه صاحب الحق بدل الحيلولة ، بمعنى تجويز الشارع له اخذ مال الغاصب بدل حيلولته بينه وبين تصرفاته فى ملكه ، نظير ما لو كسر شخص انان انسان فانه يجب عليه دفع ثمنه ثم يكون هذا المكسر ملكاً لصاحب الاناء ، بمعنى ان المال الذى دفعه كان فى مقابل الاتلاف ولكن لا يخرج المكسر عن ملك صاحب الاناء وتظهر الشمرة فى الصلاة فيه مثلاً ؟
ولا يبعد أن يكون الوجه الثانى هو الاظهر ان كان الامر نظير كسر الاناء دون ما اذا كان نظير القائمه فى البحر مثلاً حيث المائية غير منتفية .

جواز تولى بيع الوديعة :

قال المحقق : « ويجوز أن يتولى بيعها وقبض دينه من ثمنها دفعاً لمشقة التربص بها ». .

أقول : ان كان التربص واجباً رفع وجوبه بدليل نفي المحرج ، لكن له أن يتملكها ثم يبيعها ولاحرج في هذه الصورة ، نعم بناءً على اعتبار المماثلة بين الوديعة والمال الذى فى ذمة الغاصب يتم ما ذكره . كما أن ما ذكره صاحب الجواهر من انه يجوز له بيع ثمنها الى أن ينتهي الى ما يساوى حقه فى الجنس ثم يأخذه مقاصدة لا يمكن المساعدة عليه .

والعمدة هو اطلاق الادلة فان مقتضاها عدم اعتبار المماثلة مطلقاً ، أى سواء أمكن الاقتصار فى المقاصدة على الأخذ من جنس حقه أو لم يمكن .

لو تلفت الوديعة قبل البيع فهل يضمن ؟

قال المحقق: « ولو تلفت قبل البيع ، قال الشيخ : الاليق بمذهبينا انه لا يضمنها

والوجه الضمان لانه قبض لم يأذن فيه المالك ، ويتقاصان بقيمتها مع التلف ». أقول : قد وقع الخلاف في الضمان بالتلف قبل البيع للاقتراض ، فان هذاي يريد حقه من المدين وذاك يريد ثمن ماله الذي تلف بيد هذا ، فان كان المثمن والثمن متساوين من حيث القيمة فيقع التهاتر أو التناقض من الطرفين ، وان كان هذاؤكثر فحقه باق بمقداره ، فإذا لم يضمن كان له التناقض مرة اخرى وهل يضمن ؟ قال الشيخ : لا . وقال المحقق : «الوجه الضمان» وجه الاول : ان تسلطه على المال كان باذن من الشارع ، و حينئذ لا ضمان مع كون اليد مأذونة ، وجاه الثاني : هو ان مجرد الاذن الشرعي لا يقتضي عدم الضمان .

أقول : ان كان المستفاد من النصوص جواز الاقتراض مع خلوها عن الاذن في التصرفات الأخرى و حتى عن الامساك زماناً ثم التناقض - و المفروض انه لم يكن عنده وديعة - فالضمان متحقق بلا كلام ، وان تلف في حال التناقض المأذون فيه فهذا محل الكلام .

قال في المجواهر : انه لامنافاة بين اذن الشارع وبين الضمان بعد أن لم يكن في شيء من النصوص الحكم بكونه قبض امانة فيدرج في ما دل على عدم ضمانها كما انه ليس في شيء من الادلة الشرعية عنوان للامانة الشرعية على وجه يكون المقام منها موضوعاً و حكمأ ، اذليس الا الاذن في القبض لاستيفاء حقه ، و هو اعم من الآئمان الذي لا يستعقب الضمان كالالتقطاط و نحوه ، وليس كل ما ذكر في الشارع في قبضه يكون امانة خصوصاً القبض لمصلحة القابض التي هي استيفاء حقه منها ، بل ذلك من المالك لا يقتضي الآئمان المزبور ، و حينئذ فتبقى قاعدة ضمان مال المسلم المستفادة من عموم على اليد وغيره بحالها ، ويتقاصان بقيمتها مع التلف .

قلت : لكن الاستدلال بالحديث يتوقف على عمومه للمقام ، لكن قاعدة اليد جعلت حكمأ مغبياً بوجوب الاداء ، وفيما نحن فيه يبني الاخذ على عدم الرد ويريد التناقض ، بل ان هذه القاعدة منصرفة عن اليد غير العدوانية ، و اذا سقطت القاعدة ولا دليل غيره فالاصل عدم الضمان .

ثم قال في الجوادر: « مضافاً إلى اذ القبض للمقاصة هو قبض ضمان لاقبض مجان ، بل هو أولى من قبض السوم » .

وفيه انه فرق بين الموردين، ففي قبض السوم أقدم القابض على القبض بانياً على دفع العوض، وقد اذن المالك بالقبض اذناً مقيداً بالعوض ، واذن الشارع في القبض هناك تابع لاذن المالك .

و فيما نحن فيه قد عرفت عدم شمول قاعدة اليد للمقام أو انصراف دليلها عنه، فيبين المقامين فرق واضح .

وببناء على شمول القاعدة للمقام يقع البحث في أنه هل اذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الاذن اعم؟ أما مع الشك في ثبوت الضمان و عدمه فهل المرجع هو عموم على اليد أو يستصحب حكم المخصص وهو «ليس على الامين الا اليمين»؟ . لقد تقرر في محله ان الحق استصحاب حكم المخصص ، فيكون الحكم في المقام عدم الضمان مثل ما اذا قلنا بعدم شمول القاعدة من أول الامر .

وقال العراقي : « يمكن ان يقال بأن الشك فيه مسبب عن الشك في صيرورته ولیاً على التصرف ، فأصله عدمها حاكمة على الاصل المزبور بعد الجزم بأن ولايته السابقة على حفظه انعدمت، واستصحاب مطلق ولايته غير جارلانه من باب استصحاب الكلى من القسم الثالث » .

قلنا : هنا مطالب ، الاول : الولاية هنا ليست غير اذن الشارع في التصرف فإنه بمجرد الاذن الشرعي يكون الامر مو كولا اليه ولا يعني بالولاية الا ذلك .

الثاني : لو سلمنا ان الولاية أمر زائد على الاذن فان 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 التقاضي لم يتحقق له فردان من الولاية .

و الثالث : ان عدم ثبوت الضمان بالتصرف امس كان من جهة اذن المالك واليوم من جهة اذن الشارع . فعدم ثبوته واحد ومع الشك يستصحب بلا مانع .

مسائلتان

الاولى : من ادعى مالايد لاحد عليه قضى له

قال المحقق قدس سره : « من ادعى مالايد لاحد عليه قضى له »

اقول : هذه قاعدة كليلة تنطبق على المصادر المختلفة ، فمن ادعى مالايد لاحد عليه سواء كان درهماً أو ديناراً أو حيواناً أو كتاباً أو غير ذلك ، وسواء كان بين جماعة أو لا ، قضى له من غير بينة ويمين ، كما يقبل قوله عند جميع العقلاء ، وللحالكم أن يعتمد على هذه المسيرة فيجعلها طريقاً إلى الواقع ومدركاً لحكمه ، إذ لا يشترط في حكم المحاكم أن يكون في مورد المعرفة دائماً .

فالملائكة عند العقلاء أن يدعى المدعى الشيء الذي لا يد لاحد عليه ولا يكون معارض لهذا المدعى ، ولذا أضاف في القواعد قيد عدم منازعة أحد له ، وهو ظاهر المسالك حيث قال بعد ذكر الرواية الآتية : « ولا نه لمنازع له حتى يطلب منه البينة » .

والمراد من « اليد » في قوله « مالايد لاحد عليه » هي اليد الفعلية ، بأن لا يكون لاحد يد على الشيء حين الدعوى ، والمراد من « قضى له » أن يحكم الحكم ان رجع اليه في القضية بكون الشيء ملكاً للمدعى ، فكانه يطبق في تلك القضية الشخصية الفتوى الكلية بأن من ادعى شيئاً ولم يعارض له فهو له ، نظير ما إذا أفتى فتاوى كلية بكون الحبوب للولد الاكبر ، ثم اذا سئل عن مالك هذا السيف الموجود

ضمن تركة هذا الميت وهو يعلم بأن زيداً هو الولد الأكبر حكم بكونه لزيد من جهة انه من الحبوة ، تطبيقاً لتلك الفتوى الكلية على هذه القضية الشخصية فيكون بحکم الحاکم بمنزلة ذی الید .

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

فالدليل على هذا الحكم هو السيرة العقلائية ، وعلى طبقها حكم الإمام علي بن أبي طالب فيما رواه منصور بن حازم في قضية هي من مصاديق تلك القاعدة الكلية التي ذكرناها ، ومن هنا قال المحقق قده :

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

أي: كما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله علي بن أبي طالب 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: للذى ادعاه » (١) .

ومن الأصحاب من استدل بهذه الرواية على الحكم في المسألة ، قلت: ولو كان الدليل منحصراً بها يشكل التعذر عن موردها ، فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن من مدلولها ، وأما إشكال المحقق الأرديلى بعدم احراز كون « يونس » الراوى عن منصور « يونس بن عبد الرحمن الثقة » فقد أجاب عنه فى مفتاح الكرامة بأن الشيخ وإن لم يذكر اسم أبيه فى التهذيب لكن المذكور فى النهاية : يونس ابن عبد الرحمن (٢) .

واستدل فى الجواهر للحكم المذكور بأساللة صحة قول المسلم و فعله بل كل

(١) وسائل الشيعة: ٢٠٠ / ١٨ من ١٧ الباب من أبواب كيفية الحكم .

(٢) سند الخبر صحيح : وما ذكرناه عن مفتاح الكرامة هو صريح الشيخ الحر فى وسائل الشيعة ، وتجده فى النهاية : ٣٥٠ ط لبنان .

مدع ولاعارض له ، وأشكال عليه : « بأن من المحقق فى محله عدم قيام دليل على وجوب حمل المسلم على الصحة بمعنى الصدق ، فيكون الاصل فى قول المسلم الحجية الا ما خرج بالدليل بل ظاهر الادلة خلافه ، نعم الصحة بمعنى عدم اللغوية او المشروعية قام الدليل على وجوب حمله عليها ، لكن الصحة بهذا المعنى لاربط لها بالمقام ولاتنفع المستدل أصلا كما لا يخفى .

هذا مضافاً الى ما أفاده الاستاذ العلامة من أنه لو كان الاصل فى قول المسلم الحجية والصدق لكان وارداً على اليد أيضاً لو كان فى مقابلة يد نظير البينة فلا يحتاج الى اقامة البينة ، وهذا مما لا يذهب اليه أحد » (١) .

أقول : ان المراد من أصالة حمل قول المسلم و فعله على الصحة هو حمل افعاله المتعلقة بنفسه ، وسماع كلامه فى 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 اليه من غيره ، وبهذا التقرير يندفع الاشكال المذكور، والنقض بعدم سماع قوله بالنسبة الى ما فى يد غيره غير وارد، لوضوح أنها دعوى بالنسبة الى أمر راجع الى غيره، وقد ذكرنا ان مجرى الاصل المزبور هو الامور المتعلقة بنفسه ، ومن هنا يقبل قوله اذا قال بالنسبة الى شيء فى يده : انه ليس لي ، وان كان له يد عليه ، وليس قبول قوله هذا من جهة كونه اقراراً .

وقد استظهر صاحب الجواهر من الخبر المذكور قبول دعوى المدعى ولو بعد قوله ليس لي ، قال : بل قد يقال بظهور الصحيح المزبور فى قبول دعوى المدعى ولو بعد قوله : ليس لي بناءً على ارادة الحقيقة من قوله كلهم .

قال : ويمكن أن يكون على القواعد أيضاً لاصالة صحة قوله معاً باحتمال التذكرة وغيره لعدم المعارض .

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

(١) كتاب القضاء للمحقق الاشتياى .

وليس في الخبر ظهور في ذلك ، فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن وهو أن لا يكون منهم .
وقال ابن ادریس 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 نفي يده عنه وبقى يد من ادعاه عليه حكمية ، ولو قال كل واحد من الجماعة في دفعه واحدة أو متفرقاً هو لي لكان الحكم فيه غير ذلك ، وكذلك لو قبضه واحد من الجماعة ثم ادعاه غيره لم يقبل دعواه بغير بينة ، لأن اليدي المشاهدة عليه لغير من ادعاه ، والخبر الوارد في الجماعة انهم نفوه عن أنفسهم ولم يثبتوا لهم عليه يداً لامن طريق الحكم ولا من طريق المشاهدة ، ومن ادعاه له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا دعواه فيه من غير بينة ، ففقهه ماحررناه ، وأيضاً إنما قال ادعاه من حيث اللغة ، لأن الدعوى الشرعية من ادعى في يد غيره عيناً أو ديناً » .

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

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

قال المحقق قده : « لو انكسرت سفينة في البحر فما خرجه البحر فهو لأهله وما خرج بالغوص فهو لم يخرجه ، وبه رواية في سندتها ضعف » .

أقول : لقد نسب هذا الحكم إلى الأشهر عند الأصحاب ، والالأصل فيه رواية قال المحقق : في سندتها ضعف ، قلت : عمل المشهور بها يجبر ضعف سندتها ، والرواية هي خبر الشعيري . قال : « سألت الصادق عليه عن سفينة انكسرت في البحر فأخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق منها . فقال : أما ما خرجه البحر فهو لأهله ، الله تعالى أخرجه لهم ، وأما ما خرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به » .
إنما الكلام في حكم المسألة بحسب القواعد مع غض النظر عن الرواية

بناءً على انجبارها أو عدمه لعدم الموافقة على الكبri أو عدم تحقق عمل المشهور على طبقها ...

فقيل : ان الوقوع في البحر في حكم التلف والا فليس الاراج بالغوص من الامور الموجبة لانتقال الملك ، وحيث يكون في حكم التلف خرج عن ملكه ، فمن اخرجه ملكه كما تملك المباحات بالحيازة انتهى وهو مشكل جداً .
نعم هذا يتم في صورة اعراض المالك بناءً على كون مجرد الاعراض مخرجاً عن الملك ، وقد استشكل في الجوادر في ذلك بأن زوال الملك يتوقف على سبب شرعى كتوقف حصول الملك عليه ، لكن الظاهر أن العقلاء يعتبرون الاعراض مخرجاً ، فمن اعرض عن شيء له خرج عن ملكه عندهم ، ولأن «الناس مسلطون على اموالهم وأنفسهم» لكن الكلام في الصغرى ، فان كان الوقوع في البحر مصداقاً للتلف الذى يزول معه اعتبار الملكية أو مقروناً بالاعراض المخرج عن الملكية كان ما اخرجه الغائص ملكاً له .

وكيف كان فالحكم في المسألة ما ذكره للخبر المذكور لانجبار ضعف سنته بعمل المشهور(١) خلافاً للجوادر ، واحتمال ارادة كون الجميع لاهله كما

(١) أقول : هذا سند الخبر: محمد بن الحسن بسانده عن محمد بن احمد بن يحيى عن أبي عبدالله عن منصور بن العباس عن الحسن بن علي بن يقطين عن أمية بن عمرو عن الشعيرى وفيه ضعف من جهات - وانجبار ضعفه بالعمل - بناءً على القول به - يكون فيما اذا علم بأنه الذى استند اليه الاصحاح وافتوا على طبقه . لكن في المقام خبر آخر وهو : « محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى عن أبي عبدالله (ع) في حديث عن أمير المؤمنين (ع) قال : إذا غرق السفينة وما فيها فأصابها الناس ، مما قذف به البحر على ساحله فهو لاهله وهم أحق به وما غاص عليه الناس وتركته صاحبه فهو لهم » وسائل الشيعة ٣٦١ / ١٧ المباب ١١ من أبواب اللقطة ، وهو في الكافي ٢٤٢ / ٥ ، وسنته معتبر على ما تقدم منا في بعض تعليمات الكتاب .

والخبر الاول وان ذكره الشيخ في النهاية - وبعض الفقهاء في الكتب الفقهية - غير مذكور في التهذيب على ما ذكر مصحح الوسائل حيث قال «ما وجدت غير الحديث الذي ←

في الجوادر وعن بعضهم الجزم به خلاف الظاهر انصافاً .

→ رواه الكليني في ج ٥ ص ٢٤٢ . ورواه الشيخ في التهذيب سندأ ومتنا » انظر : التهذيب

٢١٩/٧

وفي هذا الخبر الثاني زيادة على الاول ، وهي جملة : « وتر كه صاحبه » وفيها اشارة الى قضية أن الاعراض مخرج عن الملك ، ومن هنا يتم حمل الحكم في الاول على هذه القاعدة ولا حاجة الى الحمل على اليأس كما في السرائر ، وبهذا يظهر ما في كلام المحقق الرشتي من منع كون الاعراض سبباً لخروج المال عن ملك المعرض حتى يتملكه القابض بالحيازة قائلة : « اذ لا دليل على ذلك » ، كما يظهر بذلك كون المقام صغرى للقاعدة بلا كلام .

الكلام في :

الاختلاف في دعوى الاملاك

و فيه مسائل :

(المسألة الأولى) :

وفيها صور :

الصورة الأولى : لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بينة

قال المحقق : « لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بينة قضى بينهما نصفين وقيل : يحلف كل منهما لصاحبه » .

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

ففي الصورة الأولى لاختلاف في أنه يقضى بينهما نصفين ، بأن تكون نصف العين لهذا ونصفها الآخر لذاك ، الا أن المخالف في توقف ذلك الحكم على أن يحلف كل من المدعين لصاحبه وعدهم ، فظاهر المحقق قدس سره هنا وجماعة الثاني ، واختار في النافع - كما قيل - الأول وعليه جماعة بل قيل انه المشهور ، وتظهر الشمرة في صورة نكول أحدهما بناءً على التوقف ، فإنه يحكم بكون كلها للاخر .

وأستدل للقول الأول بأن هذه الصورة من مصاديق قوله تعالى : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » (١) قوله تعالى : « إنما أقضى بينكم بالبينات والإيمان » (٢) بتقرير أن كل واحد من المدعين قد وقعت يده في الحقيقة

(١) وسائل الشيعة ١٧٠/١٨

(٢) وسائل الشيعة ١٦٩/١٨

على نصف العين المتنازع فيها ، لأن يده على النصف الآخر معارضة بيد الآخر ،
فيكون كل واحد منها ذا يد على نصف العين وما لا له بمقتضى يده ومدعياً
لملكية النصف الآخر الذي هو في يد صاحبه ، والآخر ينكر دعواه ، فكل منهما
مدع ومدعى عليه ، وحيث انه لا يبين لأحد الطرفين وجوب على كليهما اليمين باعتبار
أنهما منكراً ، فإذا حلفا حكم بالتنصف .

واستدل للثانية بأن كل واحد منهمما يدعى ملكية كل العين ولاريب في مخالفه دعوى أحدهمما ل الواقع، و حينئذ فلا كاشفية لي أحدهمما بالنسبة الى ملكية الكل لوجود المعارض ، بل يتسلطان فلامدعي ولا مدعي عليه ، ويكون الحكم هو التنصيف ، وقد ادعى عليه الاجماع ، وهو ظاهر المرسل المنجبر ضعفه بما ذكر ، حيث روى « ان رجلين تنازعا دابة ليس ل أحدهمما بيتهن ، فجعلها النبي ﷺ بينهما » (١) فيكون المورد نظير العين التي يدعى بها اثنان ولا يد ل أحدهما عليها ، فالحكم هو التنصيف لا القرعة ، للنص والاجماع ، وليس مورداً للحلف .
ويتحمل هنا الحكم بالتحالف بأن يحلف كل واحد على ما يدعيه ونفي ما يدعيه الآخر ، ثم يقع البحث في كيفية الحلف .

ولوفرض أن كل واحد جاء ببيتة على ما يدعى به ، فإن البيتين تتعارضان ، فان حلف أحدهما طبق بيته حكم له ، وان لم يحلقا أو حلف كلاهما حكم بالتصنيف . وربما يجمع بين القولين الاولين 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 «البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه» لهذه الصورة بتقرييرين :
ففي الاول بسقوط اليد بالمعارضة فلامدعى عليه فيحکم بالتصنيف عملا

بالنص أؤمن جهة انه طريق عقلائي ، اذ متى لم يمكن العمل بمقتضى كلا اليدين معاً فيحكم العقلاء بذلك .

وفي الثاني انه لامدعى في هذا المقام ، من جهة ان كليهما له يد فكل منهما مدعى عليه ، ولذا لو ادعى ثالث هذه العين طالباه بالبينة على ما يدعى ، ثم قال : اللهم الا ان يقال ان اليمين هنا لترجح أحد السببين كالترجح بها لأحد البيتين ... قلت : ولكن لدليل على كون اليمين مرجحة فيما نحن فيه .

قال : أو يقال : ان لكل منهما احلاف صاحبه ، بمعنى ان التحالف أمر راجع اليهما لا يجر الحاكم عليه ولا يتوقف عليه القضاء بالنصف ، بل كل منهما ميزان القضاء . و كان هذا هو الذي فهمه الاصبهانى في كشفه عن المصنف في النافع . ثم ان صاحب الجوادر تنظر فيما ذكره كاشف اللثام .

وحصل كلام الجوادر هو اختيار القول الاول ، لكن الانصاف أن القول الثاني عن بعيد من جهة أن العرف يرون لكل واحد منهما يداً على النصف فتحقق صغرى قاعدة « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » .

اما حق الدعوى ففي سقوطه باسقاط صاحبه تأمل ، وعلى فرضه فانه لا يحكم الحاكم بكون مورد الدعوى للمدعى عليه .

وحيث رضى المدعى بيمين صاحبه وحلف فقد ذهبت اليمين بحقه ، وعلى هذا يمكن حمل القول الثاني ، أي انه مع رضا الخصم بيمين خصم فلا تداعى بينهما حتى يحلف كلاهما ، بل ان حلف الخصم أخذ الكل فلانصيف ، فالقول بالحلف هو في صورة تحقق التداعى بينهما ، لكن يبقى الكلام في كفاية الرضا باليمين هنا مع أن المورد ليس مورداً حقيقياً لقاعدة المدعى والمنكر ، الا أن يقال بعموم نصوص « ذهبت اليمين بحقه » لهذا المورد .

ولو لم يكن بينهما تداع و قد ماتا والعين في أيديهما فهى على النصف بينهما لعدم التداعى ، وعلى تقديره من الورثة ، فان حلف أحدهما دون الآخر برضاه

أخذ العين كلها وان تداعيا فالقولان .

وان ادعى أحد الشريكين فى تركه على الآخر العلم باستحقاق جميع تلك العين بهبة المورث مثلا فهنا يحلف الآخر على نفي العلم ، ولو ادعى الآخر هذه الدعوى كذلك وقع التداعى فيحلفان على نفي العلم .

وعلى القول الثاني فمن الذى يحلف أولا ؟ المتوجه وفاصـاً للجواهر تقديم الاسبق منهما ، ومع الاقتران قال : يقدم من كان على يمين صاحبه . ويحتمل القرعة أو جعل الامر بيد المحاكم نفسه .

الصورة الثانية : لو كانت يد أحدهما عليها

قال المحقق قدس سره : « ولو كانت يد أحدهما عليها قضى بها للمتشبث مع يمينه ان التمسه الخصم » .

أقول : والصورة الثانية أن تكون يد أحد المتنازعين على العين ، وهذه الصورة هي المصدق المتيقن لادلة : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » فصاحب اليد هو المدعى عليه والآخر المدعى ، والمفترض عدم البينة ، فيحلف من هى بيده ، فان حلف قضى بكونها له ، وان نكل عن اليمين فالقولان من القضاء بالنكول أو مع رد اليمين .

الصورة الثالثة : لو كانت يدهما خارجة وفيها صور :

قال : « ولو كانت يدهما خارجة ، فان صدق من هى فى يده أحدهما أحلف وقضى له » .

١ - ان يصدق من هى بيده أحدهما

أقول : والصورة الثالثة أن تكون العين فى يد ثالث ويدهما معًا خارجة عنها ، فهنا صور ذكر المحقق الاولى بقوله : « فان صدق من هى فى يده أحدهما أحلف وقضى له » ووجه ذلك : أن العين تكون باقرار الثالث ملکاً لزيد مثلا ، فيكون

زيد صاحب اليد على العين والمدعى عليه وعمرو الآخر المدعى ، وحيث أنه لا يتناسب في المقام فانه يحلف زيد ويقضى له ، كذى اليد في قيام الشاهد الواحد فعلا على ملكه .

لكن هنا بحث من جهة أن ذا اليد في هذه الصورة هو الثالث ، وقد كانت العين في يده من أول الأمر ، فان صدق زيداً في دعواه كون العين له فان القدر المسلمين به من تأثير هذا الاقرار خروج العين عن ملك الثالث لأن «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز» وأما حجية هذا الاقرار فيما زاد عن ذلك وهو كون العين لزيد المقرر له فانها مبنية على القول بحجية الاقرار بالنسبة الى الغير ، وهذا أمر مختلف فيه كما تقدم في محله ، فانه بناءً على القول بعدم ترتيب الاثر على الاقرار بالنسبة الى الغير تخرج العين هنا عن ملك الثالث ولا يكون زيد ذا يد عليها حتى لو سلمها الثالث اليه بعد الدعوى ، بل تكون عيناً لا يد لاحد عليها وتجرى حيئتند أحکام تلك الصورة .

وبالجملة فقول الاكثر بكون زيد المقرر له ذا يد يتوقف على أن يكون اقرار الثالث حجة شرعية بالنسبة الى زيد فيكون ذا يد على العين ومدعى عليه ، والا 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 : «ويدل على كونه للمصدق له انه حينئذ يكون ذا اليد ، فان ظاهر العرف أن من أسباب صدق اليد كون الشيء تحت تصرف من ثبت انه مباشره كالوكيل والأمين والمستودع والمستاجر والمستعير ، او أقر بذلك...»

والثانى : الروايات حيث قال : «ويدل عليه أيضاً أنه أقر الثالث بكونه له ، ومن أقر شيئاً في يده لاحد فهو له ... للمستفيدة الدالة على من أقر بعين لاحد فهو له : كمرسلة جميل : في رجل أقر انه غصب رجلا على جاريته وقد ولدت

الجارية من العاصب ، قال : ترد الجارية وولدها على المخصوص اذا أقر بذلك أو كانت له بينة » ... وصحىحة سعد بن سعد : « عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى رجل من التجار ، فقال : ان هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل ولا كثير ، فادفعه اليه يصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له مامراً ولا يدرى صاحبه ما الذي حمله على ذلك ، كيف يصنع ؟ قال : يضعه حيث شاء » ومثلها صحيحة اسماعيل الاحوص ...

وصحىحة أبي بصير « عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين ، فأوصى ان هذا الذي ترك لا هل المضاربة ، أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان مصدقاً ، أى لم يكن متهماً ». ويعيده أيضاً رواية المهدى : « ان أخي مات فتزوجت امرأته ، فجاء عمى وادعى انه تزوجها سراً ، فسألتها عن ذلك ، فأنكرت أشد الانكار وقالت : ما كان بيني وبينه شيءٌ قط . فقال : يلزمك اقرارها ويلزمها انكارها»(١) . ثم ان الحكم لزيد المقر له يتوقف على يمينه ، أما الثالث فلا يمين عليه وان كان ظاهر عبارة القواعد وجوبها عليه حيث قال : « ولو كانت في يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما ». نعم يتوجه عليه اليمين ان طالب عمرو بها ، وهل يحلف على نفي العلم بكونها له او على البنت ؟ قال جماعة بالاول ، وفي الجوادر : الظاهر توجه اليمين عليه على البنت لانه مدعى عليه . قلت : ومنشأ الخلاف هو الاختلاف فيمن هو المدعى عليه في هذه الصورة . وقد أشرنا الى ذلك .

وكيف كان فان نكل زيد حكم بكونها لعمرو اما بمجرد النكول واما مع اليمين المردودة على القولين ، وان نكلا جميعاً فالحكم هو التنصيف .

ثم ان لعمرو أن يدعى على الثالث دعوى جديدة بعنوان كونه السبب في تلف ماله بتصديقته دعوى زيد دونه ، ثم حكم الحكم بكون العين لزيد على اثر تصدقه له ، فيكون الثالث حينئذ مدعى عليه وعليه اليمين ، فان نكل عنها لزمه الغرم اما

بمجرد واما بعد اليمين المردودة ، والوجه في صحة هذه الدعوى على الثالث كونه السبب في تلف المال من عمرو – وان كان قملك 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 قاولت من صداق أو ضمنت 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 انه هو الذي ضيّع حقها . » الحديث (١) .

وكيفما كان معنى الرواية ، فإن محل الاستدلال قوله ^{عليه السلام} : « وذلك انه هو الذي ضيّع حقها» فإن هذا التعليل يشمل ما يحن فيه ، وحيث ان دعوى عمرو على الثالث هي بعنوان كونه المضيّع لحقه ، فإنه يلزم الثالث الغرم . وهل الغرم بمقدار ثمن العين أو نصف ثمنه ؟ الظاهر هو الاول ، فيكون نظير ما إذا أقرب تكون العين لزيد فدفعها إليه بحكم المحاكم ثم أقر بكونها لعمرو فإنه يلزم بدفع ثمن العين كله .

ولو أراد الثالث أن يحلف فهل يحلف على البنت أو على نفي العلم بكون العين ملكاً لعمرو المدعى ؟ قيل بالاول ، وأشكل عليه بأن المدعوى قد انصرفت عنه باقراره وحكم المحاكم ، فلو أراد الحلف على البنت كان في مال الغير ، بل عليه أن يحلف على نفي العلم بكونها له .

أقول : انه بناءً على ما ذكرنا في كيفية طرح دعوى عمرو على الثالث يتبعين اليمين على البنت ، لأن الاتلاف فعل نفسه .

على أن الاتلاف لا يدور مدار العلم ، فمن اتلف مال غيره ضمن سواء كان عالماً أو جاهلاً أو ناسياً ، اذ الموضوع للضمان هو الاتلاف وهو هنا متتحقق حسب

دعوى المدعي .

هذا وفي القواعد : « ولو كانت في يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما » ومرجع الضمير في « منها » هو المصدق أي الثالث والمصدق المقر له ، وأشكال عليه في الجوادر بأنه لا أثر ليمين الثالث في حكم المحاكم بكون العين للمصدق ، قال : وسيكن تعلق « منها » بقوله : يصدقه » ، فيكون المراد بعد اليمين من المقر له ، وحيثند تكون كعبارة المصنف ، لكنه خلاف الظاهر .

٣ - أن يصدق من هي بيده كليهما

والصورة الثانية أن يصدق كليهما قال المحقق « وان قال : هي لهما قضى بها بينهما نصفين ، وأحلف كل منهما لصاحبه » .

أقول : في هذه الصورة تخرج العين من يد الثالث ، وتكون كالصورة التي هي في يد المتنازع عين ، فيحكم بالتنصيف مع التحالف أو بدونه على القولين . وحيثند يجوز لكل منهما الرجوع على الثالث فيدعى عليه تضييع نصف المال عليه ، فان حلف - بتاً على نفي العلم على القولين - فهو والا وجوب عليه دفع ثمن النصف لكل واحد منهما .

ويترتب على القول بالتحالف انه ان حلفا فالتنصيف وان نكلا فكذلك ، وان حلف احدهما دون الاخر كانت العين كلها للتحالف ، وكان للناكل منهما الرجوع على الثالث ، فان حلف فهو والا وجوب عليه الغرم وهو النصف ، لأن المفروض انه قد ضبيع عليه النصف باقراره بكون العين لهما معاً .

٤ - أن يكذب من هي بيده كليهما

والصورة الثالثة : أن يكذب كليهما فيقول ليست لكما قال المحقق قده « ولو دفعهما أقرت في يده » .

أقول : ان كذب الثالث كليهما كانا مدعين وهو المدعي عليه ، وحيث لا يبين لهما يجب على الثالث اليمين على نفي كون العين لهما ، وهل يشترط تعين

المالك أو يكفى انكار كونها لهما ؟ قالوا بالثانى ، فإذا حلف أقرت العين فى يده وارتفع النزاع .

وعن المحقق الاردبيلى انه يحلف على نفي العلم بكونها لهما لاعلى البت ، ولعل الوجه فيما ذكره هو : أن اليمين على نفي كونها لهما يمين فى ملك غير المحالف ولافائدة لليمين فى ملك الغير سواء كان نفياً أو ثباتاً ، ووجهما ذكره القوم من كون اليمين على البت هو : انه يكفى لوجه اليمين اليه كون مورد اليمين فى يده ، فيقولان له : ان الذى فى يدك لنا ، فيحلف على نفي كونه لهما .

وكيف كان فإذا حلف سقطت دعواهما ، وان نكل ، فان كان نكوله بالنسبة الى كليهما معاً كانت العين كالعين التى هى فى يد المتنازعين فيتحالفان على القول المشهور ويحكم بالتنصيف ، وعلى قول المحقق قدس سره يحكم بهمن دون تحالف ، وان نكل عن اليمين لاحدهما دفعت العين للذى حلف لبناء على كفاية النكول ، وبعد الردو اليمين على القول الآخر ، ولا يغرن الثالث النصف الآخر ، لبطلان قوله «ليست لكما» بنكوله . ثم للاخران يدعى على ذى اليد فتكون صغرى «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» فان نكل المدعى عليه ، عن اليمين فالقولان .

٤ - ان يقر من هى بيده لاحدهما غير المعين .

والصورة الرابعة : ان يقر بكون العين لاحدهما لاعلى التعين . وفي هذه الصورة تكون العين كالعين التى هى تحت يدهما ، فيحكم بالتنصيف على ما تقدم في تلك الصورة ، لكن عن القواعد : «قرع بينهما ، لتساويهما فى الدعوى وعدم البينة» وعن التحرير : « فمن خرجمت باسمه حلف وكانت له ، فان نكل حلف الآخر ، وان نكلا قسمت بينهما» وعن التذكرة التحالف ، فان حلفاً أو نكلاً كانت بينهما ، والا فللحالف .

وفي المستند : « قيل : يحتمل القرعة ، فيحلف من خرجت له ، فان نكل حلف الآخر ، وان نكلا قسمت بينهما . ويحتمل القضاة بينهما نصفين ابتداءً بعد

حلفهما أو نكولاهما كما لو كانت بيدهما .

أقول : بل الاوجه الثاني لرواية السكوني : قال أمير المؤمنين عليه في رجل أقر عند موته لفلان وفلان لا حدهما عندى ألف درهم ثم مات على تملك . فقال : أيهما أقام البيينة فله المال ، فان لم يقم واحد منهما البيينة فالمال بينهما نصفان . لكن الظاهر من الرواية التنصيف بدون الاختلف ، بل هو مقتضى اطلاقها فالقول به كما فيما اذا 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 .

وأما القول بالقرعة فوجبه ما ذكره العلامة في القواعد اذ مع تساويهما في الامرين يكون صاحب المال أو ذو اليد مجهولاً لترددہ بين الشخصين ، والامر المجهول يعرف بالقرعة .

فقيل : يحلfan مع ذلك لانه بالقرعة يعيّن ذو اليد ، فيكون المدعى عليه ويكون الآخر المدعى ، فان لم يحلf المدعى عليه وردت اليدين على المدعى لزمه . وقيل بعدم لزوم اليدين مع القرعة ، لأنها قد عينت صاحب المال فلا حاجة الى اليدين حينئذ .

لكن الصحيح عدم الحاجة الى القرعة مطلقاً بعد وضوح الحكم بظهور الادلة في التنصيف .

٥ - أن يقول من هي بيده ليست لي ولا درى لمن والصورة الخامسة : أن يقول الثالث : ليست العين لي ولكن لأدرى لمن هي . أو يقول : لأدرى أنها لي أو لها أو لغيرهما .

والحكم في هذه الصورة هو الحكم في العين التي لا يد لاحد عليها - وإن كان بين القولين المذكورين فرق من جهة سنذكره - وقد ادعاهما اثنان ،

وقد ذكر في العروة فيها وجوهاً :

الاول : اجراء حكم المدعى والمنكر ، لكون كل منهما مدعياً ومنكراً ، فمع حلفهما أونكوا لهما تقسم بينهما ، ومع حلف أحدهما ونکول الآخر تكون للحالف لقوله عليه السلام : البينة للمدعى ... الخ . ولرواية اسحاق بن عمار وفيها : «فلو لم يكن في يد واحد منهما وأقاما البينة ؟ قال : أحلفهما فأيهما حلف ونکل الآخر جعلتها للحالف» (١) .

قال السيد رحمه الله : «وفيه منع صدق المدعى والمنكر ، بل كل منهما مدع فيكون من التداعي . واما الرواية فمختصة بصورة البينة فلا تشتمل المقام » والثانى : التحالف للتداعى ، فإذا حلفا قضى بالتنصيف بينهما .

والثالث : القرعة من جهة أنه أمر مجهول والقرعة لكل أمر مجهول . والمحتار هو الوجه الثانى تبعاً للسيد في العروة ، وقد نسب الاول - تبعاً للمستند - إلى المحقق الارديبى ، لكن كلامه يفيد اختياره للوجه الثانى لا الأول ، ويشهد بذلك عدم ظهور رواية اسحاق فيما نسب إليه . أما الثالث فقد اختاره المحقق النراقي فقال ردأ على القول الاول : «الحلف أمر شرعى يتوقف على التوفيق ولا أرى دليلاً على حلفهما هنا والحكم بنکول الناكل . والرواية مخصوصة بصورة اقامتهما البينة ، والتعدى يحتاج إلى الدليل .

والقرعة لكل أمر مجهول فالرجوع إليها أظهر ، كما حكم به على عليه السلام في روایتى أبي بصير وابن عمار [الأولى] : بعث رسول الله عليه السلام علياً عليه السلام إلى اليمن فقال له حين قدم : حدثنى بأعجب ما ورد عليك ، قال : يا رسول الله أتاني قوم قد تباعوا جارية فوطئوها جميعاً في ظهر واحد ، فولدت غلاماً فاختلقو فيه كلهم يدعوه ، فأسهمت بينهم وجعلته للذى خرج سهمه وضمنته نصيبيهم . الحديث (٢) . [والخرى] :

(١) وسائل الشيعة ١٨٢ / ١٨

(٢) وسائل الشيعة ١٨٨ / ١٨

اذا وطى رجالان أو ثلاثة جارية في ظهر واحد فولدت ، فادعوه جميعاً ، أقرع
الوالى بينهم ، فمن قرع كان الولد له ، يرد قيمة الولد على صاحب الجارية
- الحديث (١) .

و عمل بها الاصحاب طرأ في مورده من غير احلاف «

وأجاب السيد في العروة عن الاستدلال المذكور بأنه : « الواقع مجھـول في المقام حتى يعيّن بالقرعة ، لعدم كون العين في يدهما واحتمال كونها لثالث غيرهما . والروايات مخصوصة بمن ورد بهما » .

قلت : كأن النراقي يريد الغاء خصوصية «الولد» المتنازع فيه الذى لا يمكن القضاء بتنصيبه ، ولا طريق الى معرفة من هو له لا باليمين ولا بالبينة ، حتى يتمكن من التعذر منه الى المال. لكن الانصاف أن الغاء هذه الخصوصية فى الروايتين أصعب من الغاء خصوصية فى رواية اسحاق .

وبما ذكرنا يظهر عدم قابلية الروايتين للمعارضة مع عمومات البينة على المدعى واليمين على المنكر، وجعل مدلول العومات : ان كل بينة على المدعى وكل يمين على المنكر، لأن كل مدع ومنكر عليه البينة واليمين يخالف ظاهر تلك الاخبار، ولو تم ذلك لسقطت عن الاستدلال حتى في موارد وجود المدعى والمدعى عليه ، ومن هنا لم يوافق عليه النراقي نفسه .

فالحاصل : ان الذى يدعى كون الشئ ملكاً له فى مقابل دعوى غيره لذلك أيضاً يصدق عليه «المنكر» عرفاً فتشمله العمومات كالرواية الواردة فى قضية فدك ، ورواية ابن أبي يعقوب (٢) وغيرهما .

(١) وسائل الشيعة ١٩٠ / ١٨

(٢) عن أبي عبدالله (ع) في حديث فدك: ان أمير المؤمنين (ع) قال لا بى بكر : أتحكم فيما يخالف حكم الله في المسلمين ؟ قال : لا . قال : فان كان في يد المسلمين شيء ملکوه ادعیت أنا فيه من تسبّل البينة ؟ قال : ايها كنت أسائل البينة على ما تدعیه ←

اذن يوجد عندنا دليل على المخالف في المورد ، وأن دعوى التعارض الذي ذكرها رحمة الله في غير محلها .
فتلخيص ان الصحيح هو الوجه الثاني .

ثم هل الرجوع الى القرعة يختص بمورد الاموال فقط او يمكن تعين الحجة الشرعية بها كذلك؟ لاريب في ترجيح احدى الروايتين على الاخرى بالقرعة ، وفي بعض الاخبار يتبعى ذو اليد في بعض الموارد عند التردد بين شخصين ، فللمقائل بالقرعة في مسألتنا أن يقول بخلاف ذى اليد للمدعى ، فلا يرد اشكال الجواهر .
وأما الفرق بين قول الثالث : «ليست لى ولا أدرى انها لمن» وقوله: «لا أدرى انها لى أو لهما أو لغيرهما» فهو : أنه في الاول ينفي كون العين له فيخرج باقراره عن أطراف الشبهة ، بخلاف الثاني ، ولذا احتمل في الثاني القضاء بكون العين له لكون يده عليها وأن جهله لا ينفي ملكيته للعين ، وحينئذ يمكن احلافه على نفي العلم ، فان حلف أبقيت العين في يده ، وان نكل أخذت منه وسلمت الى المدعىين ويقضى بينهما بأحد الوجوه المذكورة .

→ على المسلمين . قال: فإذا كان في يدي شيء فادعى فيه المسلمون تسألني البينة على ما في يدي وقد ملكته في حياة رسول الله (ص) وبعده ولم تسأ المؤمنين البينة على ما أدعوا على كما سألتني البينة على ما أدعى عليهم - إلى أن قال - وقد قال رسول الله (ص) : «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» وسائل الشيعة ٢١٥/١٨

وعن ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله (ع) قال: اذا رضى صاحب الحق بيمين المunkar لحقه فاستحلقه ان لاحق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا داعوى له . قلت له: وان كانت عليه بينة عادلة ؟ قال : نعم وان أقام بعد ما استحلقه بالله خمسين قسامة ما كان له . وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلقه عليه » ١٧٨/١٨

المسألة الثانية

(في تعارض البينات)

قال المحقق قدس سره : « يتحقق التعارض في الشهادة مع تتحقق التضاد ، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد ، ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو وأو يشهدان أنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو وعدوة ، ويشهد آخران بيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت ، ومهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق » .

أقول : كان موضوع البحث في المسألة الأولى تنازع الشخصين في ملكية عين خارجية ولا بينة لاحدهما على دعواه ، وقد تقدمت صورها وأحكامها . موضوع هذه المسألة حصول التنازع بين الشخصين في ملكية العين مع فرض وجود البينة ، فإن كان لاحدهما بينة دون الآخر وكانت بينة جامعة للشرط قضى له بها ولا تصل النوبة إلى احلاف الآخر كما هو واضح ، وإن كان لكل منهما بينة فهنا صور ...

متى يحصل التعارض؟

وقد ذكر المحقق قبل بيان الصور وأحكامها كيفية تتحقق التعارض في الشهادة والمراد منه ، بأن ذلك يتحقق « مع تتحقق التضاد » بين البينتين بأن لا يمكن التوفيق بينهما بنحو من الانحراف ، « مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو ، أو يشهدان أنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو وعدوة ، ويشهد

آخر ان ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت » بخلاف ما اذا لم يكن كذلك . كما اذا شهد شاهدان بملك أحدهما للثوب أمس ويشهد آخر ان بملك الآخر له اليوم ، فانه حينئذ يعمل بالبينة الثانية لامكان صدقهما معاً .

وقد يتحقق التكاذب بين البيتين ، وهو تارة يكون بتكذيب احدى البيتين للاخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقاً ، كأن تشهد هذه بأن زيداً أوصى قبل وفاته بكلذا وانهما كانوا حاضرين عنده حينذاك ، فيقول الآخر ان بأنهما لم يكونوا عند زيد في الزمان المذكور ، فهما يكذبانهما من غير تعرض لهما لواقع القضية وانه هل أوصى زيد بكلذا أولاً .

وآخر يكون التكذيب بالنسبة الى الواقع فيقولان : لم يوص زيد بكلذا وأن ما شهدت به البينة الاولى مخالف للواقع ، الا انهما قد لا يكذبان تلك البينة لاحتمال اشتباхهما وعدم تعمدهما للكذب .

هذا وقد وقع البحث بين الاصحاح في الفرق بين التعارض و التكاذب موضوعاً و حكمأً ، فعن العلامة في محكى القواعد التصرير بكون التكاذب غير التعارض و الجزم بكون الحكم فيه هو التساقط مطلقاً بخلاف التعارض ، و عن الشيخ اجراء حكم التعارض عليه ان كان من قبيل الصورة الثانية . والاول او لى .

صور تعارض البيانات

وحيث يتحقق التعارض بين البيتين على وجه يقتضي صدق كل منهما تكذيب الأخرى ففي المسألة صور :

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

الصورة الاولى : كون العين بيد المتدعدين :

« يقضى بينهما نصفين ، لأن يد كل واحد على النصف ، وقد أقام الآخر ببينة

فيقضي له بما في يدغريمه » .

فالحكم في هذه الصورة هو جعل العين بينهما نصفين (نظير صورة النزاع حول العين مع عدم البينة و اليد لأحدهما عليها) بلا اشكال كما في المسالك ، وفي الجوادر بخلاف أجده بين من تأخر عن القديمين الحسن وأبي على . اذن لا اختلاف في الحكم بالتنصيف ، ولكن اختلف في وجه هذا الحكم وسببه فقيل : لتساقط البيتين بسبب المساوى ، فيبقى الحكم كما لو لم تكن بينة ، وقيل : لأن مع كل منهما مرجحاً باليد على نصفهما فقدمت بيته على ما في يده ، وقيل كما في المتن : لأن يد كل واحد على النصف . وقد أقام الآخر بينة عليه ، فيقضي له بما في يدغريمه ، قال في المسالك بناءً على تقديم بيته الخارج على الداخل قال : وهذا هو الاشهر .

فالوجوه المذكورة في سبب الحكم في المسألة ثلاثة ، و تظهرفائدة 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 ، فان حلفا فالتنصيف والا قضى بها للحال دون الناكل ، وان نكلاجميعاً فالحكم هو التنصيف ايضاً ، وعلى القولين الآخرين - تقديم بيته الداخل ، و تقديم بيته الخارج - لايمين ، لترجيح كل من البيتين باليد على القول الاول منهمما فيعمل بالراجح ، ولأن البينة ناهضة بآيات الحق على القول الثاني منهما فلا يمين معها .

قال في الجوادر : لكن في التحرير بعد أن ذكر تعليل المصنف بما سمعت مصراً بكونه من تقديم بيته الخارج قال : وهل يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندى الأول مع احتمال الثاني . وفي التنقية بعد أن ذكر التنصيف وجعل منشأه دائراً بين الآخرين ، وانه على أولهما يقضي لكل منهما بما في يده ، وعلى ثالثهما يقضي له بما في يد غريمه قال : يكون لكل منهما اليمين على صاحبه ، فان حلفاً أو نكلاً فالحكم كما تقدم ،

وان حلف أحدهما ونكل الاخر قضى بها للحالف .

وعن مهذب أبي العباس التصريح باليمين بناءً على كون المنشأ دخولهما .
أقول : هذه عبارة التنقية فى هذه المسألة : « هذا هو القسم الثانى وهو أن يكون فى يدهما ، فانقلنا يقضى للداخل قضى لكل بما فى يده ، وانقلنا يقضى للخارج قضى لكل بما فى يد الآخر ، فيكون بينهما نصفين على التقديرتين ، سواء أقاما بينة أولم يقيما ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه ، فان حلفاً أو نكلاً فالحكم كما تقدم وان حلف أحدهما ونكل الاخر قضى بها للحالف » هذا نص عبارته ، ومن الممحتمل أن يكون قوله « ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه » مرتبطة بقوله « أو لم يقيما » وقد يقويه قوله قبل ذلك « قضى » فى كلتا حالتى تقديم بينة الداخل وت تقديم بينة الخارج . فيكون المحاصل انه قد ذكر ثلاثة وجوه ، فالاول القضاء له بما فى يده بناءً على تقديم بينة الداخل ، والثانى القضاء له بما فى يد غريميه بناءً على تقديم بينة الخارج ، والثالث التحالف فيما اذا لم يقيما بينة .

ثم ان صاحب الجواهر وجه كلام أبي العباس ابن فهد الحلى الذى نقله عن المذهب البارع بقوله : « ولعل ذلك منه خلافاً فى أصل المسألة ، وهو أن تقديم بينة الداخل بمعنى اسقاط بينة الخارج لانها حجة ، فيرجح المحاصل - كما لو لم تكن بينة على المنكر منهما اليمين ، وهو الذى قواه فى المختلف بعد أن حكى القولين فى ذلك ، بل هوقوى فى نفسه لاشتمال دليل تقديم بينة الداخل على اليمين كما سترى » .

ووجه كلام العلامة فى التحرير والمقداد فى التنقية بقوله : كما أن القول باليمين مع القول بكون المنشأ تقديم بينة الخارج لعله لخبر اسحاق بن عمارة عن أبي عبدالله عليهما السلام « ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليهما السلام فى دابة فى أيدييهما وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده ، فأحلفهما على عليهما السلام ، فحلف أحدهما وأبي الآخر أن يحلف قضى بها للحالف ، فقيل له : فلو لم تكن فى يد واحد منهما

وأقاما البينة ، فقال : أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف ، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين . قيل : فان كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البينة . قال : اقضى بها للحالف الذي هو في يده)١(.

قال: بل ربما كان هودليل التحالف على القول الأول وان لم نقل به في غيره . الا انه خبر واحد وفي سنته ما فيه ، و المشهور نقلا وتحصيلا على خلافه فلا يصلح مقيداً لامالد مما تسمعه من النصوص و غيره على التنصيف بدونه ... » . أقول : قال المجلسي قدس سره في مرآة العقول في رواية اسحق المذكورة : « حسن أو موثق ». على أنك قد عرفت عمل المشهور بها في المسألة السابقة و ذلك يجبر ضعفها ان كان ، و حينئذ تصلح هذه الرواية لتقييد أدلة البينة على المدعى واليمين على من ادعى عليه فلا مانع من القول بالتحالف في هذه الصورة جمعاً بين الأدلة . وبعبارة أخرى : ان يد كل واحد هي في الحقيقة عند اهل العرف على نصف العين ، فكل منهما يقيم البينة لانه يدعى النصف الآخر الذي بيد غريمه ويحلف على انكار كون هذا النصف الذي بيده لغريمه ، و دليل هذا التحالف هو رواية اسحق المزبورة وقد عرفت اعتبارها .

ولا يعارضها ماعن أبي جعفر عليه السلام قال : «بعث رسول الله عليه السلام علياً إلى اليمن ، فقال له حين قدم : حدثني بأعجب ما ورد عليك فقال يارسول الله أنا نبي قوم قد تبايعوا جارية فوطأها جميعهم في طهر واحد فولدت غلاماً فاحتاجوا فيه كلهم يدعوه ، فاسهمت بينهم فجعلته للذى خرج سهمه وضمنته نصيبهم . فقال رسول الله عليه السلام ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم الى الله الاخرج سهم المحقق » (٢) لأنها في غير ما نحن فيه ، لأن ذات اليدين فيها واحد منهم وهو آخرهم ، ولأن الولد حرف ليس مالا وكلامنا في دعوى الملائكة .

(١) وسائل الشيعة ١٨٢ / ١٨ الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٨ ، الباب ١٣ من ابواب كيفية الحكم

ومثلها رواية تميم بن طرفة : « ان رجلين ادعيا بغيراً فأقام كل واحد منهما بيته فجعله أمير المؤمنين عليهما السلام (١) اذا لا ظهور فيها لكون يدهما عليه، بل جاءت في نسخة « عرقاً بغيراً » وحينئذ تكون ظاهرة في غير المقام .

فالحاصل : انه لا مانع من الحكم بمفاد رواية اسحق بن عمار ، وقد أفتى جماعة بذلك وان لم يستند اليها بعضهم صريحاً ، وصاحب الجواهر لم ينافش في دلالتها وانما ضعفها سندأ و قد عرفت جوابه .

وقيل : انه لما كان يدعى كل واحد منهما كل العين فان يده لا تكون على النصف بل على الكل فتعارضان ، و اذا تعارضتا تساقطتا ، فيكون الحكم في المقام حكم صورة عدم تتحقق يدمن أحدهما على العين وهو التنصيف كما تقدم . لكن المشهور هو التنصيف بعد التحالف .

ثم ان صاحب الجواهر قدس سره بعد أن خدش في رواية اسحق بما سمعت استوجه أن يكون سبب حكم المحقق قدس سره بالتنصيف كون هذا الحكم هو مقتضى العدل وانه ميزان من موازين القضاء من غير حاجة الى تحالف ، لأنه مبني على تقديم بينة الخارج على بينة الداخل ، لأن يد كل منهما على الكل لا النصف ، ولان المشهود به كون الجميع له لاصفه ، ثم استدل على ذلك بخبر الدرهمين (٢) وبقاعدة توارد السببين الممكן اعمالهما معاً على مسبب واحد نحو المتسابقين على حيازة مباح ، وباطلاق قوله عليهما السلام : « لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين (٣) وباطلاق

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٣

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ١٤٩ الباب ٩ من ابواب احكام الصلح « عن ابي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهماً ف قال احدهما : الدرهماً لي ، و قال الاخر : هما بيني وبينك . فقال : اما الذي هما بيني وبينك فقد اقر بأن أحد الدرهمين ليس له وانه لصاحبيه ، ويقسم الآخر بينهما » .

(٣) وسائل الشيعة ١٣ / ١٨٢

النبوى : « ان رجلين تنازعا دابة ليس لاحدهما بینة فجعلها النبی ﷺ بينهما » (١) ، وبالمرسل عن امير المؤمنین ع : « في البيتین تختلفان في الشیء الواحد يدعیه الرجال انه يقر بینهما فيه اذا عدلت بینة كل واحد منهما وليس في أيديهما فاما ان كان في ايديهما فهو فيما بینهما نصفان ، و ان كان في يد أحدهما فالبيتة فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه » (٢) .

هذا وعن ابن أبي عقيل اعتبار القرعة التي هي اكل أمر مشكل في خصوص مانحن فيه ، لأن التنصيف تكذيب للبيتین . وأشكال عليه في الجواهر بقوله : كأنه اجتهاد في مقابلة النص . وفيه انه ليس اجتهاداً في مقابلة النص ، بل لعله يخدش في ظواهر هذه النصوص .

قلت لكن مقتضى النصوص توجه اليمين على من خرج اسمه لأنه يقضى لمن خرج اسمه ، فان حلف قضى له والا احلف الاخر وقضى له بحلفه .

وعن ابن الجنيد : التحالف مع تساوى البيتین ، فان حلف أحدهما استحق الجميع ، وان حلفا اقتسمها ، ومع اختلاف البيتین يقرع ، فمن آخر جنته القرعة حلف وأخذ العين . قال في الجواهر : لا دليل عليه بل ظاهر الادلة السابقة خلافه . ثم نقل في الجواهر عن الرياض أنه بعد أن نسب المختار - الذي هو التنصيف تساوت البيتین عددأ وعدالة واطلاقاً وتقييداً أو اختلفت - إلى الاشهر بل عامة من تأخر الاندرأ . قال : « خلافاً للمذهب وبه قال جماعة من القدماء ، فخصّوا ذلك بما اذا تساويا في الامور المتقدمة كلها وحكموا مع الاختلاف فيها لارجحها ، و اختلفوا في بيان المرجح لها ، فمن المفيد اعتبار الاعدلية خاصة هنا و ان اعتبر الاكثرية في غيرها ، وعن الاسكافى اعتبار الاكثرية خاصة ، وفي المذهب اعتبارهما

(١) سنن البيهقي ١٠ / ٢٥٥

(٢) أقول : ان هذه الادلة بعضها مرسل وبعضها مطلق يقيده خبر اسحاق بن عمار فيكون الوجه ما ذهب إليه السيد الاستاذ دام بقاء ، الا اذا قيل بعد تمامية سند الخبر المذكور من جهة عدم ثبوت المشهور به او من عدم جهة الموافقة على جبر الشهرة لضعف المخبر .

مرتبأً بينهما الاудلية فالاكثرية، وعن ابن حمزة في اعتباره التقيد أيضاً مردداً بين الشّاثة غير مرتب بينها ، وعن الدليلي اعتبار المرجح مطلقاً غير مبين له أصلأ» قال في الجواهر: ولم اعرف نقل هذه الاقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره ... وعلى كل حال لا اعرف دليلاً يعتمد به على شيء منها على وجه يصلح لمعارضة ما عرفت .
هذا كلّه في الصورة الأولى .

الصورة الثانية: كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل والخارج؟

والصورة الثانية: أن تكون العين في يد أحد المتنازعين ، قال المحقق قدس سره : «يقضى بها للخارج دون المشتبث ان شهدتا لهما بالملك المطلق» .
أقول : نسبة في الجواهر الى المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة قال :
بل عن الخلاف والغنية والسرائر وظاهر المبسوط الاجماع عليه ، بل عن الخلاف
والاخير نسبة الى اخبار الفرقه .

قلت : و الصريح منها في الدلالة المرسلة عن أمير المؤمنين عليه السلام : «في
البيتين تختلفان في الشيء الواحد يدعى الرجلان أنه يقع بينهما فيه إذا عدل
بينة كل واحد منهما وليس في أيديهما ، فأما إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما
نصفان ، وإن كان في يد أحدهما فالبينة فيه على المدعي واليمين على المدعى
عليه» (١) وضعفها منجبر بما عرفت .

وقد استدل له بالتعليق الوارد في خبر منصور قال : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام :
رجل في يده شاة ، فجاء رجل فادعها فأقام البينة العدول أنها ولدت عنده ولم يهبه
ولم يبع ، وجاء الذي في يده باليقنة مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهبه .
فقال أبو عبدالله عليه السلام : حقها للمدعي ولا أقبل من الذي في يده بيته ، لأن الله عزوجل
إنما أمر أن تطلب البينة من المدعي ، فإن كانت له بيته والا فيمين الذي هو في

(١) مستدرك الوسائل الباب ١٠ من ابواب كيفية الحكم .

يده . هكذا أمر الله عزوجل» (١) ، دل على أن البينة المسموعة هي بينة المدعى وأن عليها أن يترتب الاثر حتى في صورة وجود البينة للمدعى عليه .

أقول : وهذا الخبر يوضح المراد بالخبر المستفيض وهو قوله لهم ﷺ «البينة على المدعى واليمين على من ادعى عليه» فيكون ظاهرأً في عدم قبول بينة المنكر وأن الميزان في مقام المراقبة سماع بينة المدعى فان كانت له بينة والافيمين المدعى عليه ، فهكذا أمر الله عزوجل .

واختار السيد في العروة القول بسماع البينة من المنكر في صورة التعارض بل مطلقاً لومع عدمه ، قال : ان الاقوى سماع البينة من المنكر في صورة التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه ، فيجوز للمنكر مع عدم البينة للمدعى أن يقيم البينة فراراً من اليمين ، وان ادعى صاحب الرياض الاجماع على عدم قبولها منه .
قال : ويدل على ما ذكرنا بعد منع الاجماع مضافاً الى عموم ما دل على حجية البينة والى عموم مثل قوله ﷺ انما قضى بينكم بالبيانات والایمان خصوص اخبار المقام ...» .

قلت : ان تمسكه بهذه العمومات لسماع البينة من المنكر في غاية الاشكال كجوابه عن الاستدلال بالخبر المشهور «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» للقول الاول بأن المراد منه بيان الوظيفة الاولية للمدعى والمنكر ، والافلا مانع من سماع البينة للمنكر أيضاً - قال : «وأيضاً يمكن أن يقال : القدر المعلوم من الخبر انه لا يلزم المنكر بالبينة وانما يلزم باليمين لا انه لا تقبل منه البينة» فانه - وان سبقه الى ذلك صاحب الجوادر حيث تنظر في دلالته على القول الاول مع قطع النظر عن خبر منصور قائلاً : «ضرورة عدم دلالته على أزيد من استحقاق المدعى على المنكر اليمين دون البينة بخلاف المنكر فان له على المدعى البينة...» .

(١) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٨٦ الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم . وفيه «محمد

ابن حفص» ولم أجده توثيقاً له . انظر : تنقیح المقال ٣/١٠٨ .

- خلاف ظاهر الخبر لاسيما مع النظر الى خبر منصور ، ولأن التفصيل قاطع للشركة فلا تكون البينة حجة من كليهما ولا اليدين ، ولكن الاولى هو النظر في نصوص هذه الاخبار ، فلا بأس بنقل بعضها :

١ - عن سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليهما السلام قال : « في كتاب على النبي أن نبياً من الانبياء شكا الى ربه فقال : يا رب كيف أقضى فيما لم أر ولم أشهد ؟ قال : فأوحى الله اليه : أحكم بينهم بكتابي وأضفهم الى اسمى فحلفهم [تحلفهم] به وقال : هذا لمن لم تقم له بينة » (١) .

٢ - عن أبان بن عثمان عمن أخبره عن أبي عبدالله عليهما السلام قال : « في كتاب على النبي أن نبياً من الانبياء ... » (٢) .

٣ - عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليهما السلام : « أن نبياً من الانبياء شكا الى ربه ... » (٣) .

٤ - عن ضمرة بن أبي ضمرة عن أبيه عن جده قال قال أمير المؤمنين عليهما السلام أحكام المسلمين على ثلاثة : شهادة عادلة ، أويمين قاطعة ، أوسنة ماضية من أئمة الهدى » (٤) .

٥ - عن هشام بن الحكم عن أبي عبدالله عليهما السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إنما أقضى بينكم بالبينات والإيمان ، وببعضكم ألحن بحججه من بعض ... » (٥) .

٦ - عن جميل وهشام عن أبي عبدالله عليهما السلام قال : « قال رسول الله عليهما السلام :

(١) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٦٧ الباب ١ من ابواب كيفية الحكم .

(٢) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٦٧ الباب ١ من ابواب كيفية الحكم .

(٣) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٦٨ .

(٤) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٦٨ .

(٥) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٦٩ .

البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» (١) .

٧ - عن بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام : قال «سألته عن القسامـة . فقال : الحقوق كلها البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا فـى الدـمـ خاصة . الحديث» (٢) .

٨ - عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «ان الله حكم في دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم . حكم في أموالكم ان البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وحكم في دمائكم ان البينة على من ادعى عليه واليمين على من ادعى ، لـثـلـا يـطـلـ دـمـ اـمـرـيـءـ مـسـلـمـ» (٣) .

أقول : والانصاف ظهور الاخبار الاربعة الثانية في ان ميزان القضاء في مقام المرافة كون البينة على المدعى وكون اليمين على من أنكر وانه لم يجعل البينة على المدعى عليه في الشرع في مورد الا لحكمة مخصوصة بذلك المورد (٤) . واستدل صاحب الجواهر لسماع بينة المدعى عليه بعموم ما دل على حجية

(١) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٧٠

(٢) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٧٠

(٣) وسائل الشيعة / ١٧ / ١٧١

(٤) أقول و خير دليل على القول الاول خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : «قلت للشيخ عليه السلام : خبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بما له . قال : فيمين المدعى عليه ، فان حلف فلافق له ، و ان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلافق له [وان لم يحلف فعليه] وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا اله الا هو لخدمات فلان وان حقه عليه ، فان حلف والا فلافق له ، لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه بيـنةـ لـأـنـ عـلـمـ مـوـتـهـ قبلـ الموـتـ ، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة ، فان ادعى بلا بينة فلا حق له ، لأن المدعى عليه ليس بـحـيـ ، ولو كان حـيـاـ لـأـزـمـ الـيـمـيـنـ أوـ الـحـقـ أوـ يـرـدـ الـيـمـيـنـ عـلـيـهـ ، فمن ثم لم يثبت الحق» وسائل الشيعة / ١٨ / ١٧٣ . وهو خبر قد اعتمد عليه صاحب الجواهر نفسه في المباحث السابقة .

شهادة العدلين كتابة وسنة .

قلت : وأيضاً يمكن الاستدلال له بالسيرة فانها قائمة على قبول خبر العدل الواحد فضلاً عن العدلين لكن رد الشارع عن قبول خبر العدل الواحد في الموضوعات .

لكن المرسلة المنجبرة وخبر منصور يخصصان العام ويصلحان للرد في هذا المقام ...

واستدل السيد في العروة باخبار خاصة وبحبر فدك حيث قال : « واعشار خبر فدك . فان أمير المؤمنين عليه السلام أنكر على أبي بكر في طلبه البيينة منه في الدعوى عليه مع أنه لا يطلب من غيره اذا ادعى هو على ذلك الغير ، فحاصل انكاره عليه السلام انه لم فرق بينه وبين الناس في طلب البيينة ، ولو كان لا يقبل من المدعى عليه البيينة لكان أولى بالانكار عليه في مقام المجادلة » .

قلت : أما بعض الاخبار الخاصة التي أشار اليها فيكتفى في وهنها اعراض المشهور عنها ، وأما دعواه اشعار خبر فدك بما ذهب اليه ففيها ان التمسك به لعدم حجية بيضة المدعى عليه أولى لأن دلالته على ذلك أوضح مما قاله : فقد ورد في ذلك الخبر : « ان أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبي بكر : أتحكم فيما بيننا بخلاف حكم الله في المسلمين ؟ قال : لا . قال فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه أدعى أنا فيه من تسؤال البيضة ؟ قال : اياك كنت أسائل البيضة على ما تدعى على المسلمين . قال : اذا كان في يدي شيء فادعى به المسلمين تسألني البيضة على ما في يدي وقد ملكت في حياة رسول الله عليه السلام وبعد ولامتسائل المؤمنين البيضة على ما ادعوا على كما سألتني البيضة على ما ادعى عليهم ... وقد قال رسول الله عليه السلام : البيضة على من ادعى واليمين على من انكر » وهو ظاهر بل صريح في انه لا يطلب البيضة من ذي اليد ولا يحكم على طبقها اذا أقامها .

على أنه لم يعهد أن يسأل المحاكم -- بعد اقامة المدعى بيته -- المدعى عليه

هل عنده بينة على الانكار أولاً ... وأيضاً فقد تقدم في المباحث السابقة الخبر (١) الدال على أن رسول الله ﷺ كان يرسل من يسأل عن حال الشاهدين اذا لم يعرفهما ويوقف الحكم في القضية حتى يرجع رسوله فاذارج وظهر عدالة الشاهدين حكم . و لم يتضمن هذا الخبر سؤاله ﷺ من المدعى عليه في هذه الاشارة أو بعد رجوع الرسول عن وجود البينة عنده على جرح الشاهدين أو انكار دعوى المدعى ... ومن هنا كان القضاء للمدعى بعد اقامة البينة الجامحة للشرائط أمرأ مسلماً بين المسلمين . وكيف كان فقد قال المحقق في هذا القسم : « و فيه قول آخر ذكره في الخلاف بعيد » .

وهذا القول هو تقديم بينة الداخل على بينة الخارج . قال المحقق وهو بعيد وفي الجواهر : بل لم تتحققه قوله .

وفي المسألة أقوال أخرى : فقد فصل بعضهم فقال بعدم حجية بينة المنكر مع القول بصلاحيتها للمعارضة مع بينة المدعى . وبعبارة أخرى المستفاد من أدلة القضاء هو عدم القضاء ببينة المدعى عليه ولكن لاتدل على عدم صلاحيتها للمعارضه مع بينة المدعى واسقطها عن الحجية ، فإذا سقطتا يقضى بالعين للحالف .

أقول : وحاصل هذا القول عدم القضاء ببينة المدعى مع وجود بينة المدعى عليه او احتمال وجودها ، لكن يرده أنه اذا كان كذلك فلما ذاكان ديدن المسلمين على خلاف ذلك وهو القضاء للمدعى بمجرد اقامة البينة من غير سؤال من المدعى عليه عن وجود البينة عنده وعدم وجودها ، كما هو شأن الفقيه في مقام الافتاء حيث يفتى على طبق الخبر بعد الفصح واليأس عما يعارضه .

وأما القول بتقديم البينة المشتملة على ذكر السبب منها فلا دليل عليه في الاخبار ، كالقول بالتقديم بالاعدالية ، وأما تقديم الاكثر عدداً منها فقد يدل بعض الاخبار عليه .

(١) وسائل الشيعة ١٧٤ / ١٨ عن التفسير المنسوب الى الامام العسكري عليه السلام .

لكن المختار هو القول الاول وهو الاخذ ببينة الخارج تبعاً للشهور والله العالم
هذا كله لو شهدتا بالملك المطلق .

صور الشهادة المشتملة على السبب

واما لو اشتملت الشهادة على ذكر السبب فهنا ثلات صور .

فالاولى : شهادتهما معاً بالسبب ، قال المحقق قدس سره :
« ولو شهدتا بالسبب قيل : يقضى لصاحب اليد لقضاء على ^{عليه السلام} وقيل : يقضى
للخارج لانه لا يبيّنة على ذي اليد كمالاً يمين على المدعى ، عملاً بقوله عليه السلام : واليمين
على من انكر ، والتفصيل قاطع للشكرة وهو أولى » .

١- شهادتهما معاً بالسبب :

أقول : ففى هذه الصورة قولهان ، نسب أو لهم الى الشیخ والثانی الى المشهور ،
وقد أشار المحقق قدس سره الى دليل كل منهما .
فدليل القول الاول :

ما رواه اسحق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام « ان رجلين اختصما الى
امير المؤمنين ^{عليه السلام} في دابة في أيديهما و أقام كل واحد منها بينة انهما نتجت
عنه ، فأحلفهما على ^{عليه السلام} ، فحلف أحدهما و أبي الآخر أن يحلف ، فقضى بهما
للحالف ، فقيل : ولو لم يكن في يد واحد منهم ما أقاما بينة قال : أحلفهما فـأـيـهـمـا
حـلـفـ وـنـكـلـ الـآـخـرـ جـعـلـتـهـاـ لـلـحـالـفـ ،ـ فـانـ حـلـفـاـ جـمـيـعـاـ جـعـلـتـهـاـ بـيـنـهـمـاـ نـصـفـيـنـ ،ـ قـيـلـ :ـ
فـانـ كـانـتـ فـيـ يـدـ أـحـدـهـمـاـ وـأـقـامـاـ جـمـيـعـاـ بـيـنـةـ .ـ قـالـ أـقـضـىـ بـهـاـ لـلـحـالـفـ الـذـىـ هـىـ فـىـ
يـدـهـ » (١) .

وم محل الاستدلال : «فـانـ كـانـتـ فـيـ يـدـ أـحـدـهـمـاـ وـأـقـامـاـ جـمـيـعـاـ بـيـنـةـ .ـ .ـ .ـ»
وهل معنى ذلك أن بينة ذي اليد مقدمة على بينة الخارج أو انه حينئذ يكون
في الحقيقة من تكاذب البيتين فيتساقطان ويقضى لصاحب اليد بعد حلفه لانه مدعى

عليه ولا يمتن على المدعى؟ وجهاً مبنياً على شمول أدلة حجية البينة لصورة التكاذب وعدمه .

والأظهر هو الوجه الثاني من جهة ايجاب الامام عليه السلام الحلف أيضاً، فانه لو كانت بينة ذي اليد حجة متقدمة على بينة المدعى فلا حاجة الى الحلف ، فلزوم الحلف كاشف عن عدم حجية بينة المدعى عليه أو حجيته بمقدار صلاحيتها للمعارضه مع بينة المدعى فيتساقطان ، فإذا تساقطتا كانت مثل صورة عدم البينة، وعلى ذي اليد اليمين فإذا حلف قضى له .

وهذا كله بناءً على اعتبار المخبر كما تقدم .

ومثله مارواه غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ان أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان في دابة كلاهما أقاما البينة انه أنتجهما ، فقضى بها للذى هى في يده ، وقال : لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين» (١) وهذا أيضاً ظاهر في التساقط كسابقه .

و دليل القول الثاني : ما رواه منصور عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قلت له : رجل في يده شاة ، فجاء رجل فادعاها وأقام البينة العدول انها ولدت عنده لم يبع ولم يهرب ، و جاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول انها ولدت عنده لم يبع ولم يهرب ، قال أبو عبدالله عليه السلام : حقها للمدعى ولا أقبل من الذي هي في يده بينة ، لأن الله عزوجل أمر أن تطلب البينة من المدعى ، فان كانت له بينة و الا فيمين الذي هو في يده ، هكذا امر الله عزوجل -» (٢) .

وهذا الخبر يعارض خبر اسحاق بناءً على الوجه الاول وبقطع النظر عن السند في كليهما ، وحينئذ يرجع الى العام كما هو القاعدة في كل مورد تعارض فيه دليلان خاصان ، والعام هنا هو قوله عليه السلام «البينة على المدعى واليمين على من

(١) وسائل الشيعة / ١٨٢ / ١٨

(٢) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٨٢

أنكر» فإنه يدل على أنه لا تسمى بینة ذى اليد، لاشتماله على التفصيل القاطع للشركة وهو يعم صورة ذكر السبب وعدمه مطلقاً.

فاذن يحكم في هذه الصورة بتقديم بینة الخارج، ومن هنا قال المحقق قوله: «وهو أولى» وهو المختار.

٣- ان تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق:

الصورة الثانية: أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق، و هذه الصورة لم يذكرها المحقق قدس سره اعتماداً على ظهور حكمها بالأولوية القطعية بناءً على ما ذهب إليه في الصورة الأولى ، لأنه اذا دلت الأدلة على تقديم بینة الخارج في صورة شهادة كلتا البيتين بالسبب فانها تدل على تقديمها في صورة عدم شهادة بینة الداخل بالسبب بالأولوية القطعية ، كما هو واضح.

قال في الجواهر: «و على كل حال فيما عن المجلس من حمله النصوص المزبورة على التقى لشهرته بين العامة فتوى و رواية، يدفعه ما سمعت من موافقة خبر بینة الخارج لاحمد بن حنبل ايضاً ، بل ملاحظة كلام العامة يقضى باضطراب أقوالهم في ذلك على وجه لا تقى في اظهار الحق فيما بينها ، خصوصاً مع نسبة إلى على غالباً .

على أن المحكى عن الشيخ نسبته إلى مذهبنا وأنه الذي تدل عليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله على التقى».

٣- ان تشهد للداخل بالسبب وللخارج بالملك المطلق:

والصورة الثالثة: ان تشهد لدى اليد بالسبب وللخارج بالملك المطلق قال المحقق قدس سره: «اما لو شهدت للمتثبت بالسبب وللخارج بالملك المطلق فإنه يقضى لصاحب اليد، سواء كان السبب مما لا يتذكر كالنتائج ونساجة الثوب الكتان او يتذكر كالبيع والصياغة. وقيل: بل يقضى للخارج وان شهدت بيته بالملك

المطلق عملاً بالخبر والowell أشبه» .

اقول : ذكر في هذه الصورة قولين ، أحدهما : تقديم بينة الداخل و إليه ذهب الأكثر و هو الأشبه عند المحقق ، والثاني : تقديم بينة الخارج ، و إليه ذهب جماعة .

وقد استدل للقول الأول بخبر عبد الله بن سنان قال : «سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : ان رجلين اختصما في دابة الى على عليهما فزع كل واحد منها أنها نتجت عنده على مذوده ، و أقام كل واحد منها بينة سواء في العدد ، فأقرع بينهما سهرين ، فعلم السهرين كل واحد منها بعلامة فخرج اسم أحدهما قضى له بها .

وكان ايضاً اذا اخترع اليه الخصمان في جارية فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر انه أنتجهما ، فكانا اذا أقاما بينة جميعاً قضى بها للذى أنتجه عنده» (١) .

قلت : لكن ليس في الخبر - لافي السؤال ولا في الجواب - تعرض إلى اليد، وأنه ييد من كانت الجارية ، الا ان يقال بأنه عليهما قضى للذى أنتجه منه جهة كونه ذايد ، والقضى لمن ادعى اشتراها ، فان ذلك مقتضى التوفيق بين الشهادتين كما تقدم ، و لكنه مع ذلك لا يخلو من الاجمال ، الا ان المشهور أفتوا على طبقه ولعلهم فهموا منه مالهم يتضح لنا .

واما دليل القول الثاني فقد أشار اليه المحقق بقوله « عملاً بالخبر » و هو « بينة على من ادعى و اليدين على من أنكر » اي انه لا اعتبار لبينة المدعى عليه اصلاً .

و استدل لل الاول ايضاً بعمومات حجية الشهادة ، فتكون كلتا البينتين حجة ،

لكن تقدم بينة الداخل اما من جهة اعتضادها باليد و اما من جهة تأييدها بخبر ابن سنان المزبور .

لكن القول الثاني يقول بتخصيص عمومات «البيينة على من ادعى و اليمين على من انكر» لعمومات حجية شهادة العدلين ، أى انه في مورد المرافة لا - تسمى بينة المنكر .

فإذا كان متضمناً «البيينة على من ادعى . . .» عدم سماع بينة المدعى عليه كما تقدم ، فإنه لا معنى لتقدم بينة المنكر من جهة تأييدها بما ذكر ، فلو اردنا ان نقول بالقول الاول فاما يكون من جهة التبعيد بخبر ابن سنان . وقد عرفت ما فيه ، واما من جهة التساقط ثم القضاء لذى اليدين . لكن يتوجه على المحقق حينئذ انه اذا كان هذا هو المبني فلما ذاقا في غير هذه الصورة بتقدم بينة الخارج؟ (١)

الصورة الثالثة : كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع إلى المرجحات
الصورة الثالثة: من صور تعارض البيتين أن تكون العين في يد ثالث قال المحقق قد: « ولو كانت في يد ثالث قضى بأرجح البيتين عدالة، فإن تساوياً قضى لا كثرا هما شهوداً ، و مع التساوى عدداً و عدالة يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه أحلف و قضى له ، و لو امتنع أحلف الآخر و قضى له ، و ان نكلا قضى به بينهما بالسوية » .

أقول : نسب هذا القول إلى الأشهر بل المشهور بل ادعى الأجماع عليه، ولكن بالتتبع لكلماتهم يظهر عدم امكان الوثوق بما ذكر ، فقد قال بعضهم : بالقرعة ،

(١) أقول : ولعله من هنا قال صاحب الجوادر : ولعل الاولى الاستدلال له بطلاق قول أمير المؤمنين المتقدم يعني : رواية اسحاق بن عمار التي جاء فيها : « فان كان في يد احدهما وأقاما جميعاً بينة ، قال ، اقضى بها للحالف الذي هي في يده» وقد عرفت اعتبارها عند السيد الاستاذ بالإنجبار .

وقيل بالترجح بأحد الامرین ، وقيل بكلیهما ، فمنهم قال بالترتيب ومنهم من قال
بدونه ... فنقول :

اما ادلة «البينة على من ادعى واليمين على من انکر» فلا يمكن الرجوع
اليها في هذه الصورة ، لأن كليهما ذوبينة وليس لاحدهما يد على العين ، نعم اثر
البينتين في الثالث ، لأن العين هي في الواقع لاحدهما لكنه مجهول ، ولذا قيل
هنا بالقرعة لأنها لكل امر مشكل عملا ببعض الاخبار ، لكن اخبار القرعة هنا
تشتمل على اليمين ايضا ... و كيف كان فالاولى ذكر نصوص المسألة مع التأمل
في مداريلها :

(١) عن أبي بصير قال : «سألت ابا عبدالله عليهما السلام عن الرجل ...
و ذكر أن عليا عليهما السلام أثار قوم يختصمون في بغلة فقامت البينة لهؤلاء انهـم
انتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبووا «وقد قمت البينة لهؤلاء بمثل ذلك» فقضى
عليها لاكثرهم بيضة واستحلفهم ... » (١)

(٢) عن داود بن سرحان «عن ابي عبدالله عليهما السلام : في شاهدين شهدا على أمر
واحد و جاء آخران فشهادا على غير الذي شهدا عليه «شهد الاولان» واختلفوا .
قال : يقع بينهم فايهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالقضاء » (٢)

(٣) عن الحلبى قال : «سئل أبو عبدالله عليهما السلام عن رجلين شهدا على أمر ، وجاء
آخران فشهادا على غير ذلك فاختلفوا . قال : يقع بينهم فايهم قرع فعليه اليمين
وهو أولى بالحق » (٣)

(٤) عن سماعة قال : «ان رجلين اختصما الى على عليهما السلام في دابة فزعم كل
واحد منهما انها نتجت على مذوده ، واقام كل واحد منها بيضة سواء في العدد ، فاقرع

(١) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٨١

(٢) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٨٣

(٣) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٨٥

بينها سهرين فعلم السهرين كل واحد منهما بعلامة ثم قال : اللهم رب السماوات السبع ورب الأرضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم . ايهما كان صاحب الدابة وهو أولى بها ، فأسألك ان يقرع ويخرج سهمه . فخرج سهم أحدهما فقضى له بها» (١) .

(٥) عن غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليهما السلام : «ان أمير المؤمنين عليهما السلام اختصم اليه رجالن في دابة وكلاهما أقاما البينة انه انتجهما فقضى بها للذى في يده وقال : لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين» (٢) .

(٦) عن اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليهما السلام : «ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليهما السلام في دابة في ايديهما و أقام كل واحد منهما البينة انهما نتجت عنده ، فاحلفهما عليه السلام فحلف أحدهما و أبي الآخر أن يحلف ، فقضى بها للحالف .

فقيل له : فلولم تكن في يد واحد منهما وأقاما البينة ؟ فقال : أحلفهما فايدهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف ، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين . قيل : فان كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البينة ؟ قال : أقضى بها للحالف الذي هي في يده » (٣) .

(٧) عن داود بن أبي يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبي عبدالله عليهما السلام «في رجل كانت له امرأة ، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأة امرأة فلان و جاء آخر ان فشهادا انها امرأة فلان ، فاعتذر الشهود وعدّلوا . فقال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق وهو أولى بها » (٤) .

(١) وسائل الشيعة ١٨٥ / ١٦

(٢) وسائل الشيعة ١٨٢ / ١٨

(٣) وسائل الشيعة ١٨٢ / ١٨

(٤) وسائل الشيعة ١٧٤ / ١٨

(٨) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليهما السلام قال : « كان على عليهما السلام اذا اتاه رجلان « يختصمان » بشهود عددهم سواء و عددهم . أقرع بينهم على أيهما تصير اليمن و كان يقول : اللهم رب السماوات السبع « و رب الارضين السبع » ايهم كان له الحق فأدبه . ثم يجعل الحق للذى يصيير عليه اليمن اذا حلف » (١) .

(٩) عن عبد الله بن سنان قال : « سمعت ابا عبد الله عليهما السلام يقول : ان رجلين اختصما في دابة الى على عليهما السلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده و اقام كل واحد منهما البينة سواء في العدد ، فأقرع بينهما سهرين فعلم السهرين كل واحد منهما بعلامة ثم قال : اللهم رب السماوات السبع و رب الارضين السبع و رب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم أيهما كان صاحب الدابة و هو أولى بها فأسألك ان يقرع و يخرج اسمه . فخرج اسم احدهما فقضى له بها » (٢) .

هذه هي نصوص المسألة، وهي مختلفة ، ولقد اختلفت بتبعها أقوال الأصحاب فيها « فيبين من اقتصر على اعتبار الاعدلية خاصة كالمفید ، ومن اقتصر على اعتبار الاكثرية كذلك كالاسکافى والصدوقين ، نعم ذكرنا قبل اعتبارها أن أحقر المدعين من عدل شاهداه ، فان استوى الشهود في العدالة فاكتثرهما شهوداً و هو ليس ناصاً في اعتبار الاعدلية .

وبين من اقتصر على اعتبارهما خاصة ولم يذكر الترتيب بينهما ولا القرعة بعدهما كالشيخ في موضع من الخلاف قائلا انه الظاهر من مذهب الاصحـاب ، وبين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقا من دون بيان له ولا ذكر قرعة كالدليلي والشيخ في موضع من الخلاف ، لكنه ذكر القرعة بعد العجز عن الترجيح مدعيا عليه اجماع الامامية ، وبين من فصل بعین ما في العبارة لكن مقدما للاكثرية على

(١) وسائل الشيعة / ١٨٣

(٢) وسائل الشيعة / ١٨٦

الاعدلية كالحلى في السرائر وعذاه إلى ظاهر الأصحاب مشعراً بدعوى الاجماع عليه ، وبين من اقتصر على القرعة خاصة كالعمانى » .

النظر في أخبار الترجيح وطريق الجمع بينها:

فقول: ان هذه النصوص على طوائف :

الأولى : ما يدل على التنصيف، كخبر غيث بن ابراهيم ، والحكم بالتنصيف قد يكون من جهة تساقط البيتين ، فتكون مثل صورة دعوى المدعين بلا بينة ، والدليل ، على التنصيف هو ما ذكر هناك .

لايقال : التنصيف يوجب العلم بالخلاف .

لانا نقول : فرق بين الوصول إلى الواقع والثور عليه، وبين الحكم الفاصل للخصومة ، والحكم بالتنصيف هو طريق لفصل الخصومة .

وقد يكون من جهة العمل بكلتا البيتين يعني ان فصل الخصومة ، فإنه وان شهدت كل واحدة بكل المال، الا انه يؤخذ بنصف مدلول كل واحدة منها، ويجمع بينهما ويحكم بالتنصيف لفصل الخصومة ، نظير الجمع بين الروايات .

الطائفة الثانية :

ما يدل على التنصيف بعد اليمين ، كخبر اسحاق بن عمار ، وعلى هذه تحمل الطائفة الأولى الساكتة عن لزوم الحلف ، فيكون وجه الجمع التنصيف بعد الحلف .

الطائفة الثالثة :

ما يدل على القرعة فمن خرج اسمه كان الحق له .

كخبر داود بن أبي يزيد العطار ، فإنه يدل على ان طريق الحكم هو القرعة بلا تحليف فيما اذا كانت المرأة بيد ثالث بالألوية . و كخبر سماعة و خبر عبد الله بن سنان .

وهذه الاخبار وان كانت ظاهرة في تمامية الحكم بالقرعة وبلا يمين الا انها قضية في واقعه ويمكن أن تتحمل على الطائفة الدالة على ان الاقتراع، هو لتعيين من عليه الحلف وهي :

الطائفة الرابعة :

كخبر عبد الرحمن بن ابي عبدالله البصري ، و خبر الحلبى ، فيكون طريق الجمع بين هاتين الطائفتين هو القرعة لتعيين من عليه الحلف، وحينئذ يكون الحكم باليمين عملا بقوله ﷺ : « انما اقضى بينكم بالبيانات والایمان » .

ويتحصل مما ذكرنا ان قاعدة فصل الخصومة هو الامور الثلاثة الآتية : البينة و اليمين ، ثم التنصيف وذلك في صورة فقدانهما للبينة أو وجدانهما لها ثم حلف كليهما أو نكولهما معاً ، ويكون التنصيف فيما اذا كان مورد النزاع قابلا له، والا فلا سبيل الا القرعة .

واما القول بالترجح لاحدى البيتين على الاخرى بالاكتيرية عدالة او عددا مع الالتزام بالترتيب أو عدمه فلم نجد له دليلا في الاخبار ، الاخبار ابى بصير الذي قضى فيه لاكثرهم بينة واستحفلهم ، و كيف كان فلا مناص من أن يحمل الترجح على توجيه اليمين على من كانت بينتهراجحة على بينة الاخر لهذه الجهة او تلك ، فالفاصل للخصومة هو اليمين تحكيمأً للقاعدة الكلية في باب القضاء ، لانا علمنا من اخبار ابى بصير ان معنى مرجحية الاكتيرية هو توجيه اليمين على صاحب تلك البينة ، فكذلك الكلام في صاحب البينة الاكتير عدالة .

وقد يستأنس بذلك بتقديم الامام عليا الاكتير عدداً ، أى سواء كانت الاخرى أعدل اولا .

ولو وقع التعارض في مورد بين التنصيف والقرعة تقدمت أدلة القرعة، فمن خرج اسمه حلف وقضى له .

هذا هو طريق الجمع بين هذه الاخبار في هذه الصورة .

قال المحقق قدس سره :

«وقال في المبسوط يقضى بالقرعة ان شهدتا بالملك المطلق ، و يقسم بينهما ان شهدتا بالملك المقيد ، وان اختصت احداهما بالتقيد قضى بها دون الاخرى والاول أنساب بالمنقول» .

وقد ضعف في الجوادر ما عن المبسوط قال: وان قيل في توجيهه: انه جمع بين مادل على القرعة، وخبرى تميم بن طرفة وغياب المتقديم سابقاً بالتفصيل المزبور لكن فيه ان المفروض في خبرى سماعة و ابن سنان من أخبار القرعة المقيدتين كما أن فيها المطلق أيضاً ، وفي اخبار التنصيف المقيدتين كخبر غياث والمطلقتين كخبر تميم بن طرفة . فليس في ما ذكره جمع بين النصوص، بل في خبر اسحاق ما هو خارج عن الجميع وهو تحليفهما معاً فايهمما حلف ونكل الاخر كانت للحالف فان حلفاً جمیعاً كانت بينهما نصفين ، ولم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبي على .

حكم ما لو أقر الثالث لاحدهما :

قال العلامة قدس سره في القواعد : « ولو أقر الثالث بالعين لاحدهما فالوجه انه كاليد » قال كاشف اللثام : « تقدم على قيام البيتين او تأخر ، لقيام المعنى القائم في اليد فيه ، وجزم به في المقصود السابع .

ويحتمل العدم بعد اقامة البيتين ، لكتشفهم عن أن يد المقر مستحبة للازالة فاقراره كاقرار الاجنبي » و في الجوادر : « بل قد يشكل - ان لم يكن اجماع - اندرج ذلك قبل اقامة البيتين فضلاً عما بعده فيما دل على حكم ذي اليد بالنسبة الى الدخول والخروج ، ولعله لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين اقرار الثالث وعدمه فتامل جيداً » .

قلت : إنما يتوجه احتمال العدم فيما اذا لم يكن الثالث وكيلاً للمقر له، لأن البينة قامت على عدم كونه مالكاً للعين ، و لم تنف وكانته و لم تسقط يده عن

الاعتبار، فلو أقر بكونها له وادعى وكانت يده يد المقر له وترتباً للاثر على اقراره .

الصورة الرابعة : كون العين لافي يد أحد
الصورة الرابعة: ان لا تكون العين في يد احد، والظاهر أن حكم هذه الصورة حكم ما اذا كانت في يد ثالث، فما ذكرناه هناك آت هنا.

مورد تتحقق التعارض

قال المحقق قدس سره: «ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين»
أقول : لا خلاف ولا اشكال في ذلك ، لأن المرأة تقويم مقام الرجل الواحد في الشهادة فتصدق البينة على الشاهد والمرأتين كما تصدق على الشاهدين .
 قال: «ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين، وربما قال الشيخ نادرًاً فيعارضان ويقرع بينهما » .

أقول : علل في الجوادر ما ذهب إليه المشهور بعدم صدق اسم البينة على الشاهد واليمين ، وفي المسالك بان الشاهد لا يستقل بالحجية ، واليمين معه وان اوحيت ثبوت المال الا انه حجة ضعيفة ومن ثم اختلف في ثبوته بها ، وبأن الذي يحلف مع شاهد يصدق نفسه و الذي يقيم شاهدين يصدقه غيره فهو اقوى جانباً وأبعد عن التهمة، وبهذا صرخ الشيخ في المبسوط في فصل الدعاوى والبيانات، وفي الخلاف ايضاً .

وقد ذكر المحقق الاشتياياني وجوهاً لكنها استحسانية .

قلت: وربما يشكل على تعليل المسالك بانه مع الحجية لا يبقى أثر للضعف والقوة بل يتتحقق التعارض .

و التحقيق ان يقال : انه ان صدق اسم البينة على الشاهد و اليمين فلا كلام في قدرته على المقاومة مع الشاهدين وتحقق التعارض، لكن المراد من «البينة» في

نصول كتاب القضاء هو اصطلاح خاص ، و مقتضى التقابل بين البينة واليمين في قوله ﷺ : «انما اقضى بينكم بالبيانات والايمان» مغايرة البينة لليمين و ان كانت مع شاهد ، فالحق عدم صدق اسم البينة وعدم تتحقق التعارض بينهما.

فإن قيل : التعارض هو بين الحجتين لا بين البينتين حتى يقال ليس الشاهد واليمين بينة

قلنا : مقتضى النظر في النصول الواردة في علاج تعارض البينتين هو أن المراد البينة بما هي حجة ، فلا وجہ للتعذر عن موردها .

وبما ذكرنا يظهر الجواب عمما استدل به الشيخ قدس سره 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 رجح صاحب المسالك فهم الفخر بعد نقل عبارة الشيخ (١).

(١) نص عبارة الشيخ : «إذا شهد شاهدان أنه أوصى لزيد بثلث ماله وشهد شاهد واحد انه اوصى بثلث ماله لعمرو ، وقال عمرو : احلف مع شاهدي ليكون الثالث بيننا ، فهل يزاحم الشاهدين بشاهدويمين أملا ؟ قال قوم : يحلف ويزاحم ويساویه ، لأن الشاهد واليمين في الأموال بمنزلة الشاهدين .

وقال آخرون : لا يساویه ، لأن الشاهد واليمين أضعف من شاهدين ، لأن الشاهد وحده لا يقوم بنفسه حتى يضم إليه غيره ، والشاهدان قائمان بأنفسهما فلا يعارضهما به . فمن قال لا يعارضهما حكم بالثالث لزيد فحده ، ومن قال يعارضهما حكم بالثالث لزيد وحده ، ومن قال يعارضهما حلف عمرو مع شاهده ، وكان الثالث بينهما نصفين ، وعلى مذهبنا يقرع بينهما اذا عدم التاريخ ، فإن خرج اسم صاحب الشاهدين أعطى الثالث ، وإن خرج اسم صاحب الشاهد الواحد حلف معه واحد الثالث » المبسوط ٨ / ٢٥٣ - ٢٥٤

فالمحقق نسب إليه القول بالتعارض والقرعة لكن مع الكلمة «ربما» لأن كلامه ليس صريحاً ، والشهيد نسب إليه القول بذلك صريحاً ، وقد فهم هذا من قوله «وعلى ←

وكيف كان فلا ريب في صحفه .

قال المحقق قدس سره : « ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين ، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين دون الشاهد واليمين » .

أقول : فالحاصل عدم صدق «البينة» على الشاهد الواحد مع اليمين وحيثند لايقع التعارض بينه وبين البينة مطلقاً ، بل يقضى بما قامت عليه البينة و لا يلتفت الى الشاهد واليمين .

→ مذهبنا يقرع...» ، والممحكمي عن فخر المحققين نسبة التردد اليه لاقتصاره على نقل قول العامة في ذلك ، واستحسنه الشهيد الثاني في المسالك قائلاً : «والذى يظهر أن هذا ليس حكماً بالتعارض ، لأن القولين اللذين حكاهما عن المخالفين كما هي عادته ، و مذهبهم ان الوصية المعينة كالمثلث مثلاً لا ثنين متعارضين يوجب قسمته بينهما على سبيل العول . ومذهبنا ان الثاني يكون رجوعاً عن الاول ان علم الترتيب ، وان اشتبه اقرع، وهذا المذكور على اطلاقه من مواضع الاشتباه ، فلما ذكر حكم الوصية على القولين على مذهب المخالف وكان مذهبنا يخالف القول الاول على تقدير تقديم الشاهدين ذكر ما يوافق مذهبنا على تقدير التعارض لئلا يوهم ان مذهبنا على تقدير التعارض، لئلا يوهم ان مذهبنا على تقديره يوجب اشتراكيهما في الموصى به، وهذا ليس حكماً بترجيح القول بالتعارض بل هو باق على ترده حيث اقتصر على مجرد نقلهما ، وانما فرع ما يناسب القول الثاني من مذهبنا ، فنقل الشيخ فخر الدين عنه التردد أقصد .

وقول المصنف : وربما قال الشيخ ... يدل على احتماله للأمرتين وكذلك فعل العلامة في القواعد نقاً عن الشيخ .

قلت : ان الشيخ قدس سره قد وضع المبسوط للدلالة على كثرة الفروع في فقهنا وانه ما من فرع ذكره العامة الا وهو موجود في أخبارنا ومنصوص عليه تصريراً او تلويحاً من ائمتنا ، فالقول بأن عادته الحكایة عن المخالفين كما في المسالك ، وانه اقتصر هنا على نقل قولى العامة كما في الجواهر عن الفخر يخالف الغرض الذي وضع لأجله المبسوط .

فليتأمل .

الحكم بالقسمة يختص بمورد امكانه

قال المحقق : « وكل موضع قضينا فيه بالقسمة فانما هو في موضع يمكن فرضها دون ما يمتنع كما اذا تداعى رجال زوجة ».

أقول : قد ذكرنا سابقاً أن فصل الخصومة بالتصنيف يكون في كل مورد يمكن فيه ذلك ، قال في المسالك ان العبارة توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمة لكنه تجوز بها في امكان الشركة، ولو عبر بها كان أولى » ومن هنا قال في الجواهر مازجاً بال Mellon: في موضع يمكن فرضها بامكان الاشتراك فيه وان لم يقسم فعلاً كالعبد والامة دون ما يمتنع لامتناع الشركة فيه .

وكيف كان فقد ذكرنا سابقاً انه في كل موضع لم يمكن التصنيف - كما اذا كان مورد التداعى هو الزوجة فالحكم هو القرعة، ويبدل عليه مرسى داود بن ابي يزيد العطار عن الصادق ع : « في رجل كانت له امرأة ، فجاءه رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأة امرأة فلان و جاء آخرون فشهدوا أنها امرأة فلان فاعتذر الشهود وعدلو اقال: يقرع بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولى بها » (١) وعمل الاصحاب به جابر لضعفه ، ولم يذكر الامام ع في اليمين ، فيقيد - كما تقدم - بما دل على ان من خرج اسمه بالقرعة فعليه اليمين ، مثل خبر الحلبى الذى يعم الاموال وغيرها ، لكن في المسالك انه لا فائدة في الاختلف بعد القرعة ، لأن فائدته القضاء للآخر مع نكوله وهو منفي هنا ، وأجاب في الجواهر بقوله : « وفيه : انه لا مانع منه ، وانما الممنفى التصنيف بينهما على تقدير النكول منهما ، بل يتوجه فيه انتفاءها عنهما ، نعم لا تعارض في الخبر لليمين ، ولا ينافي اطلاق ثبوتها في غيره ، خصوصاً بعد ما عرفت ان القرعة لا ثبات الرجحان الذى يتبعه اليمين على حسب الترجيح بالاعدلية والاكثرية ... »

قلت : وما ذكره تام الا قوله : « بل يتوجه فيه انتفاؤها عنهمما » الظاهر في أنه مع نكولهما عن اليمين يتوجه نفي كونها زوجة لهم . فانا نقول بان مقتضى البيتين تتحقق العلم الاجمالى بكونهااحدهما و ان لم يحصل العلم الاجمالى بكونهاابينهما فلا ريب فى افادتهما نفى كونها الثالث ، فلا يجوز تزويجها من ثالث ، فلامناص حينئذ - اي فى صورة نكولهما - عن القرعة مرة ثانية ، فيكون من خرج اسمه أولى بها بلا يمين .

قال في الجوادر : «ومما ذكرنا يظهر لك النظر في كلام الفاضل حيث قال: «فصل في اسباب الترجيح لحججة على أخرى، وهي ثلاثة: الأول قوة الحججة كالشاهدين والشاهد والمرأتين على الشاهدواليمين ، ولو اقررت اليك بالحججة الضعيفة احتمل تقديمها والتعادل»

ووجه النظر هو ما عرفت من عدم اندراج الشاهد واليمين تحت النصوص فلا يتحقق التعارض ، والترجيح فرع التعارض كما هو واضح.

هل اليك من المرجحات ؟

ثم ذكر العلامة السبب الثاني من اسباب ترجيح احدى البيتين على الأخرى بقوله : «الثاني اليك ، فتقسم بينة الداخل على الخارج على رأى ، والاقوى العكس» أى : فتكون اليك سبباً لتقدم بينة الداخل على بينة الخارج على رأى بعض الاصحاب القائلين بحجية بينة ذي اليك ، واختار قده العكس وهو تقديم بينة الخارج فلاتكون اليك مرجحة ، لما تقدم من عدم حجية بينة ذي اليك لقوله عليه السلام «البينة على المدعى واليمين على أنكر» فلاتسمع بيته حتى تكون اليك مرجحة لها .

ثم ذكر قدس سره هنا فروعاً ، فقال :

«الآن يقيمها بعد بينة الخارج على اشكال ، فلو ادعى عيناً في يد غيره فأقام بينة فأخذها منه ثم أقام الذي كانت في يده أنهاله نقض الحكم وأعيدت اليه على اشكال» قال كاشف اللثام : «من انقلاب الداخل خارجاً والعكس باقامة الخارج البينة

بالحكم فيها، وهو اختيار الشيخ ولكن بناء على تقديم بينة الداخل لانكشف بيته لدى اليد . ومن اتحاد الدعوى فلا يختلف الحال بتأخير اقامة البينة وتقديمها ، واليد الطاربة لاقامة البينة لادلة لها على شيء وهو الاقوى «وبعه صاحب الجواهر حيث قال : «وفيه أيضاً مالا يخفى ، ضرورة اقتضاء ذلك التسلسل المتنافي لحكمة القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين ، والفرض انها دعوى واحدة ، فالمتوجه عدم سماعها مطلقاً» . لكن فى كشف اللثام «نعم لورافع الى حاكم لا يعلم بالحال فلا اشكال فى الاعادة اليه»

ثم قال العلامة : «ولو أراد ذو اليد اقامة البينة قبل ادعاء من ينزعه للتسجيل فالاقرب الجواز» .

وجه القول بالجواز هو: أن التسجيل أى اثبات ملكيته وتبنته في سجل الدعاوى لدى المحاكم غرض مقصود ، فربما احتاج إلى الأثبات في المستقبل ولا يمكنه لعدم حضور الشاهدين او موتها او غير ذلك .

وذكر شراح القواعد للعدم وجهين أحدهما: انه لا بينة الاعلى خصم ، والآخر: ان الملك ثابت له بدون البينة بمجرد اليد والتصرف مع انتفاء المنازع ، فلا فائدة للبينة ، وتحصيل المحاصل محال .

وقد أجابوا عن الوجهين بأن التسجيل فائدة عقلائية ، ولا مانع من اقامة البينة مع عدم المخصوصة الفعلية حيث يتحققها في المستقبل وعدم تمكنه من اثبات دعواه حينذاك بسبب من الاسباب .

قلت : والاقرب هو الجواز ، والفرع يتبين على القول بحجية بينة الداخل كما لا يخفى .

ثم قال العلامة : «ولو أقام بعد الدعوى لاسقاط اليمين جاز» .

أقول : وهذا أيضاً مبني على حجية بينة ذي اليد كما ذكرنا .

ثم قال : « ولو أقام بعد ازالة يده بينة الخارج وادعى ملكا سابقاً ففي التقديم

بسبب يده التي سبق القضاء بازتها اشكال».

في كشف المثام : «من سبق يده وأنه الداخل والبينة تشهد له بالملك المستند إلى ذلك الزمان . ومن كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها ، أمالوا أقام البينة بعد القضاء للخارج قبل إزالة اليد فهى بيضة الداخل».

وفيه كثيرا في الجوادر ما لا يخفى من أنه ليس من الداخل على التقديرين ، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج . نعم اذا كانت بيضة الداخل حجة وتقديم على بيضة الخارج فالظاهر التقدير ، لأن بيته حينئذ تشهد بان العين قد أخذت منه وأزيلت يده عنها ظلماً .

ثم قال العلامة : «وإذا قدمنا بيضة الداخل فالاقرب انه يحتاج الى اليمين».

قال في الجوادر : كأنه مناف لما ذكره سابقاً من اسقاطها اليمين ، اللهم إلا ان يفرق بين معارضة البينة وبين معارضه مجرد الدعوى ، فتسقط على الاول ، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثاني .

قلت : لكن لا يبقى حينئذ أثر لليد .

ثم قال العلامة - بشرح الفاضل الهندي - : «وإذا قامت البينة على الداخل أو أقر فادعي الشراء من المدعي أو ثبت الدين عليه بيضة أو اقرار فادعي الابراء ، فإن كانت البينة بدعوه حاضرة سمعت قبل إزالة اليد وتوفيقه الدين . وان كانت غائبة طولب في الوقت بالتسليم ، لثبت الاستحقاق شرعاً من غير ظهور معارض ، وليس له المطالبة بكفيل للأصل .

ثم اذا أقام البينة استرد . وربما احتمل العدم والتأجيل ثلاثة أيام كما هو حكم مدعى جرح الشهود» ولكنها واضح الضعف .

قال : « ولو طلب الاخلاف انه لم يبعه منه أو لم يبرء قدم على الاستيفاء لكونه كحضور البينة » فإن حلف ذاك استوفى العين وان نكل أبقيت في يد هذا .

ثم قال العلامة : « ولو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه » لكونها انكاراً

هل الشهادة بقدم الملك أولى؟

-١٦٣-

بعد الأقرار، فان ادعى بعد ذلك شرائهما مثلاً منه سمعت هذه الدعوى لعدم منافاتها لاقراره السابق ، فان أقام البيينة حكم له والا حلف الطرف الآخر وأبقيت في يده . أما لو ثبتت كون العين لغيره لا باعتراضه بل ببيينة ذاك او حلفه سمعت دعواه كونها ملکاً له ، للفرق بين ثبوت الملك للآخر بالأقرار والثبوت بالحججة .

هل الشهادة بقدم الملك أولى ؟

قال المحقق قدس سره : «والشهادة بقدم الملك أولى من الشهادة بالحادث مثل أن تشهد أحدهما بالملك في الحال والأخرى بقديمه ، أو أحدهما بالقديم والأخرى بالأقدم ، فالترجح لجانب الأقدم» .

أقول : اذا تعارضت البيستان في الملك ولكن اختصت أحدهما بزيادة التاريخ، بأن قالت أحدهما بأن هذه العين لزيد في الحال وقالت الأخرى هي لعمرو منذستة ، أو قالت تلك هي لزيد منذستة وقالت هذه هي لعمرو منذستين ، فهل زيادة التاريخ والشهادة بقدم الملك يوجب الأولوية والترجح لبينة عمرو وأولاً؟

ذهب المحقق الى الاول ، وجعل العلامة في القواعد اشتمال احدى البيستان على زيادة التاريخ من أسباب ترجيح البينة ، وفي الجوواهر نسبة هذا القول الى الشيخ وابن ادريس وحمزة ، بل في المسالك نسبة الى المشهور .

ووجه تقديم متقدمة التاريخ هو أن تلك البينة ثبتت الملك لعمرو في وقت لاتعارضها البينة الأخرى فيه وهو السنة الاولى في المثال وإنما تعارضها فيما بعدها فتنساقطان في محل التعارض ويثبتت الملك لعمرو وفي السنة الاولى بلا معارض - ولهذا كان له المطالبة بالنماء في ذلك الرمان - والصل في الثابت دوامه .

قال في الجوواهر : ولم أجد في شيء من النصوص اشاره اليه الا ما في صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام : «وكان اذا اختصم اليه الخصمان في جارية فرعم أحدهما انه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجهها فكانا اذا أقاما البيينة

جميعاً قضى بها للذى أستجت عنده » (١) .

أقول : « كان » ظاهر فى الاستمرار ، لكن من بعيد تكرر هذه الواقعه بحيث يصح التعبير بهذا اللفظ الان يكون الحكم متكرراً و يقصد التمثيل بقضية الجارية . و قوله « قضى للذى انتجت عنده » له ظهور فى كونه ذايد ، فتكون الصحيحه فى غير ما نحن فيه ، لأن المسألة مفروضة فيما اذا كان المدعى فى يدثالث ... و كيف كان فالاستناد اليها فى هذا المقام محل تأمل .

وهذا هو الذى ذهب إليه المشهور .

وعن غير واحد من الأصحاب احتمال التساوى بين البيتين وعدم تقدم المتقدمة التاريخ، بل احتملوا تقدم المتأخرة ، لأنها تشهد بانتقالها من زيد الى عمرو ، وتلك تشهد بكونها لزيد منذ سنتين ولا تنفي انتقالها عنه ، واذا لم تقدم لامكان استناد شهادتها الى اليد وهى تحتمل الملك وغيره فلا أقل من التساوى .

واما اذا شهدت المتأخرة التاريخ بسبب الملك كما لو شهدت بأن عمراً اشتراها من زيد قدّمت على الاخرى قطعاً خلافاً للعلامة في التحرير ، لأنها لما صرحت بالشراء علم أنها اطلعت على مالم تطلع عليه الاخرى ، فان تلك وان شهدت بأنها ملك زيد من ابتداء سنتين مثلاً الى الآن لكن غايتها انهما علما بكونها ملكه ولم يعلما بمزيله في المدة .

أقول : ومقتضى قاعدة تقدم الايات هو تقديم البينة المتأخرة التاريخ مطلقاً اي سواء أطلقت او ذكرت السبب خلافاً للمشهور في الاول وللتحرير في الثاني . واما ما ذكره في الجواهر تبعاً لكاشف اللثام من «أن هذه البينة لما لم تتعرض لسبب الملك امكن استناد شهادتها الى اليد وهى تحتمل الملك وغيره، ويمكن أن تكون الاخرى أيضاً تعلم اليد وانها لغير الملك فلذا حكمنا بالتساوي» فخروج

عن فرض المسألة، لأنها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث ، وسيصرح بذلك صاحب الجواهر نفسه بقوله : «هذا كله مع كون المشهود عليه ليس في يد أحدهما » .

وكيف كان فلا يمكن المساعدة على ماذهب إليه المشهور ، فإن لم تقدم المتأخرة التاريخ تتعارضان وتساقطان، ويكون المرجع هو الأصل، ومقتضاه كون العين لزید .

ولو أطلقت أحدهما وأرخت الأخرى قيل : تساوتا لاحتمال الاطلاق هذا التاريخ وغيره زائداً أو ناقصاً فلزيادة في أحدهما على الآخر إلا بال تعرض للتاريخ، وهو مما لا يؤكّد الملك ليتسبب الترجيح .

وفيه أن المتوجه تقديم المطلقة مع العلم باستناد المؤرخة إلى الاستصحاب الذي قد عرفت عدم معارضته للبينة التي تقتضى انقطاعه . أما إذا لم يعلم فالمتوجه العمل بالاستصحاب أيضاً، اقتصاراً في تساقطهما على ماعلم تعارضهما فيه وهو الملك في الحال فيبقى غيره مستصحباً .

ولو شهدت أحدهما بسبب الملك كالشراء مثلاً فقيل : تقدم على المطلقة قال في الجواهر : وقد مر في خبر أبي بصير ما يؤيده في الجملة .

وفيه كما في الجواهر أيضاً أنه كما يحتمل أن يكون حكم الإمام عليه السلام فيه من جهة تقديم البينة المقيدة على المطلقة، كذلك يحتمل أن تكون بينة المدعى متقدمة تاريخاً فمن هذه الجهة حكم الإمام بكونها للذى ادعى الدار وقام البينة عليها . ولعله من هنا قال : يؤيده في الجملة .

هذا كله فيما إذا لم تكن العين في يد أحد المتداعين .

واما إذا كانت في يد أحدهما ، فإن كانت بينة الداخل أسبق تاريخاً - قال في المسالك فهو المقدم لا محالة ، وعن الخلاف نقى الخلاف فيه ، وذلك لاجتماع مرجحين فيه وهما اليد وزيادة التاريخ .

لكن في القواعد : ولو شهدت لذى اليد بالقدم تعارض رجحان التقدم ان قلنا به وكون الآخر خارجاً ، قال في كشف اللثام : فيحتمل التساوى لاشتمال كل على مرجع، وتقديم الخارج لعموم دليله وهو الأقوى ، والعكس كما في المبسوط والخلاف ونفي فيه الخلاف ، لاجتماع مرجحين فيه ولعموم دليله .

ويضعف بان دليله ان تم نزلت بينة الخارج منزلة العدم ولا عبرة بينة الداخل اذا لم يكن للخارج بينة ، وبأنه على القول بترجميح بينة الخارج لا عبرة ببينة الداخل أصلا ، لأنها ليست من شأنه ، اذا لم تعتبر لم يكن لترجميحةها بالقدمه وغيرها معنى . وفي الجوادر : الظاهر بناء الاول على القول بأن للداخل بينة مسموعة وحينئذ يتوجه ترجيحةها بالأمرتين ، وتنزيل بينة الخارج منزلة العدم انما هو لمعارضة بينة الداخل ، فلا وجہ للقول بأنه لا عبرة بينة الداخل اذا لم يكن للخارج بينة ...

أقول : انه في صورة وجود البينة للخارج دون الداخل فلا ريب في انه يحكم له كما هو واضح ، وان لم يكن له بينة حلف ذو اليد ، وان كان لكليهما بينة - والمفترض حجية بينة ذى اليد اخذأ بعموم دليل حجية البينة - فلا وجہ للقول بالتساقط ، بل تقدم بينة ذى اليد لوجود المرجحين المذكورين ، فيما ذكره صاحب الجوادر هو الظاهر ، لكن المختار عندنا أن بينة الداخل غير مسموعة مطلقاً كما تقدم ويأتي .

وان كانت بينة الخارج أسبق تاريخاً ففي الجوادر عن الخلاف الجزم بتقديم بينة الداخل كذلك مدعياً عليه الاجماع و الاخبار ، ولعله لأن البينة بقدم الملك لم تسقط بها اليد ، كرجل ادعى داراً في يدرج وقام ببينة بأنها كانت له امس لم تنزل بها كذلك هنا ، لكن في كشف اللثام : يقوى تقديم الخارج كمامي المبسوط ، لأن بيته في الزمان المختص بها غير معارضة .

وفي المسالك ذكر ثلاثة أوجه أحدها: ترجيح اليد، لأن البيتين متساوين في اثبات الملك في الحال فتساقطان فيه ويبقى من احد الطرفين اليد ومن الآثار ثبات

الملك السابق ، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق ولهذا لا يزال بها .

والثاني : ترجيح السبق ، لأن مع احداهما ترجحياً من جهة البينة ومع الأخرى ترجحياً من جهة اليد ، والبينة تقدم على اليد ، فكذلك الترجيح من جهتها مقدم على الترجح من جهة اليد .

والثالث : انهما متساويان لتعارض البينتين .

أقول : ان كان للداخل بينة وهي مسموعة فعلى هذا المبني تتقدم بيته في هذه الصورة كالصورة السابقة ، وأماما على المختار من أنه لا بينة للداخل لتخصيص قوله عليه السلام : «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» لعموم أدلة الشهادة فلا ريب في تقدم بينة الخارج ، لأن بينة ذي اليد غير مسموعة ويده لا تصلح لمعارضة بينة الخارج .

هذا وفي المسالك : اعلم ان اطلاق عبارة المصنف يقتضى عدم اشتراط اضافة البينة بالملك القديم والتعرض لذلك في الحال ، وهو أحد الوجهين في المسألة ، لأن الملك اذا ثبت سابقاً فالاصل فيه الدوام والاستمرار ، فلا يفتر إلى التصرير باستمراره .

والثاني وهو المشهور : ان الشهادة بالملك القديم لا تسمع حتى يقول : وهو في ملكه في الحال . ولا أعلم له مزيلاً . حتى لو قال : لا ادرى زال املاً . لم يقبل ، لأن ثبوت الملك سابقاً ان اقتضى بقاه فيد المدعي عليه وتصرّفه يدل على الانتقال إليه ، فلا يحصل ظن الملك في الحال ، ولأن دعوى الملك السابق لا تسمع ، فكذلك البينة عليه . و عملاً عدم قبول الشهادة مع قوله لا ادرى زال املاً مع أن مؤداها قريب من قوله لا اعلم له مزيلاً : بأن الاولى تقتضى ترددًا ورببة ، فهو بعيدة عن اداء الشهادة ..

وفيه نظر : لأن الجزم الواقع في الشهادة بالصيغتين الاوليين إنما استند إلى استصحاب الملك وظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافي ، و الإفالتبير بالاستمرار لا يتفق ،

كتاب القضاء

لان الاسباب الموجبة لانتقال الملك عن المشهود له لا يمكن القطع بعدها وان صاحبه الشاهد ليلاً ونهاراً ، فان منها ما يمكن وقوعه سوأ بنفسه مع نفسه ، والاستناد الى الاستصحاب وظن الاستمرار يتلخص بقوله : لا ادرى زال ام لا كما يتلخص بقوله : وهو ملكه في الحال ، لانه اذا لم يدرك زال املا جازله استصحاب البقاء والحكم به في الحال ، وكون الصيغة بعيدة عن أداء الشهادة في حيز المنع .

ومن ثمذهب بعضهم الى عدم اشتراط الصفيحة ، مع أن الشهادة بالملك السابق لا ينافي العلم بتجدد انتقاله عنه ، فمع اضافته ما ينافي العلم بالانتقال أولى .

والحق : ان اطلاق الشهادة بالملك القديم لا يسمح بعدم التنافى بين كونه ملكاً له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم وان كان الشاهد يعلم بذلك ، بل لابد من اضافة ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال وذلك يتحقق بهذه الصيغ وان كان الاقتصر على مالايشتمل على التردد أولى . »

حكم الاستناد الى الاستصحاب في الحكم والشهادة :

أقول : هنا فروع متعددة ، فمنها انه : هل للحاكم أن يحكم بالاستناد الى الاستصحاب ، كما اذا علم بكون العين لزيد سابقاً ثم لما ادعاه عمر يشك في استصحاب بقائها على ملك زيد ؟ ان قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصحابه ، لأن استصحابه يقوم مقام علمه .

ومنها : انه هل للشاهد أن يشهد مستندآ الى الاستصحاب ؟ و اذا جاز ذلك فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لا مدرك لشهادته الا الاستصحاب ، أو مع تصريح الشاهد باستناده الى الاستصحاب ، أو تصريحة بالجهل بالأمر في الحال ؟ وهل يعتبر ذلك شهادة ؟

ومنها : انه لو قال أشهد بكونها ملكاً لزيد أمس . ثم سكت بالنسبة الى الحال فهل للحاكم ان يحكم بكونها لزيد في الحال اخذآ بالاستصحاب ؟ قال في الجوادر : لا مدرك للمسألة بحسب الظاهر الاصدق اسم الشهادة عرفاً

فلا حكم للمشكوك فيها فضلاً عن غيرها ، ولاريب في عدم صدق الشهادة بالملك في الحال بمجرد الشهادة على قدم الملك ، بل قد يشك في صدقها مع التصريح بالاستصحاب بل ومع قوله : لا اعلم له مزيلًا فضلاً عن قول : لادرى زال أم لا . وجواز الشهادة بالاستصحاب لا يقتضي تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه ، وإنما المعلوم كونها شهادة عرفاً ، قوله هو ملكه في الحال ، ولعله لهذا اقتصر عليه بعضهم كما عن آخر التصريح بارادة تحقق الملك الحال من قوله لا اعلم له مزيلًا نحو القول ان هذا الامر قطعى لا اعلم فيه مخالفًا . ففي الحقيقة هو شهادة على عدوان اليد المارضة .

قلت : قد يقال : صحيح ان المحاكم لا يحكم في هذه الحالة بالملكية الفعلية للشهود له استناداً الى هذه الشهادة ، الا انه لما شهد الشاهد بالملكية السابقة فقد ثبت ملك امس عند المحاكم بالشهادة فإذا شك المحاكم نفسه في زوال تلك الملكية بادعاء عمر واستصحاب بقائتها حتى الحال في الحكم تكون العين لزيد المشهود له ، لكن هذا في صورة عدم كونها في يد عمرو ، لأن يده حينئذ مقدمة على الاستصحاب المذكور ولذا قيل ان للحاكم الحكم استناداً الى الاستصحاب في صورة عدم وجود يد معارضة له .

قلت : لكن نفس الادلاء بالشهادة له بالملكية له ظهور عرف في الشهادة على الملكية الفعلية وان لم يضم اليه ضميمة ، والافما الداعي للشاهد على الشهادة على الملكية السابقة مع أن النزاع حول الملكية في الحال ؟ فإذا كان الملك الصدق العرفي فالظاهر تتحققه ، ولعل هذا وجه اطلاق المحقق قدس سره .

وهنا فرع آخر تعرض له المصنف في المسألة الخامسة .

قال في الجواهر : وما عساه يظهر من بعض الناس من الاجماع على كون الشهادة المزبورة كالشهادة على الملك في الانتزاع بها ، بل مرجع الاخيرية الى الاولى عند التحليل ، ضرورة عدم الاحاطة بأسباب الانتقال التي منها ما يقع بين المالك وبين نفسه من دون اطلاق احد ، وحينئذ فما دل على الاخذ

بشهادة العدلين من قوله ﷺ: البينة على المدعى شامل للصورتين ، بل محل البحث
منهما هي الغالبة ، لندرة البينة المطلعة على العدم - لم أتحققه .

فإن تم كان هو الحجة والا فالمسألة محل نظر ، والظاهر عدم تماميتها حيث
يراد قيامها على مال في يد مسلم .

نعم ربما يقال بتماميتها حيث لا تكون يد ، كما في خبر حمران (١) المشتمل
على دعوى ملكية جارية بنت سبع سنين فلاحظ .
هذا كله في الشهادة بالملك .

الشهادة بالأقرار

وأما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ففي القواعد : « ثبت الأقرار واستصحاب
موجبه و ان لم يتعرض الشاهد للملك الحالى ». وفي كشف اللثام : « كما اذا
سمعنا نحن منه الأقرار حكمنا بالملك للمقرره الى ظهور المزيل، والفرق بين ثبوت
الملك بالأقرار وثبوته بالبينة ظاهر ». .

(١) قال : « سألت ابا جعفر عليه السلام عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مصح
رجل وامرأة، ادعى الرجل انها مملوكة له وادعت المرأة أنها ابنته ، فقال : قد قضى في
هذا على عليه السلام ، قلت : وما قضى في هذا؟ قال : كان يقول الناس كلهم احرار الامن
أقر على نفسه بالرق وهو مدرك ، ومن أقام بينة على من ادعى من عبد أو أمة فإنه يدفع
إليه ويكون له رقاً . قلت : فما ترى أنت؟ قال : أرى أن أسأل الذي ادعى أنها مملوكة
له بينة على ما ادعى ، فان احضر شهوداً يشهدون انها مملوكة لا يعلمونه باع ولا وهب
دفعت الجارية اليه حتى تقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنته حرة مثلها فلتدفع اليها
وتخرج من يد الرجل . قلت فان لم يقم الرجل شهوداً انها مملوكة له؟ قال : تخرج من يده
فإن أقامت المرأة البينة على أنها ابنته دفعت اليها ، فان لم يقم الرجل البينة على ما ادعى
ولم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاعت» وسائل الشيعة ١٨٤ / ١٨٤

وفي نظر - كما في الجوهر - فلو أخذت العين من زيد باقراره أمس ثم وجدت بيده اليوم أشكال رفع يده هذه بذلك الاقرار، لأن اليدين الفعلية تعارض اقرار الامس وان سقطت يده أمس بالاقرار اللاحق لها الكشفة عن كونها يد عدوان مثلاً . كما ان اليدين الفعلية هذه لا تسقط بالبينة السابقة عليها التي رفعت يده بها عن العين .

تقديم الشهادة بالملك على الشهادة باليد

قال المحقق قدس سره : « وكذا الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد لأنها محتملة » .

أقول : أي ان الشهادة باليد محتملة للملك و غيره ، فتكون الشهادة بالملك نصاً في الملك و الشهادة باليد ظاهرة في الملك ، والنصل متقدم على الظاهر عقلاً و نقاً ، لا يقال : لا يوجد عندنا نص في خصوص تقدم النصل على الظاهر ، اذ ليس من المراد ذلك ، بل المراد ان قوله ﴿إِنَّمَا أَقْضِي بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْإِيمَانِ﴾ و «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» صريحان في أن البينة حجة على الملكية سواء وجدت يد أو لا .

تقديم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بالتصريف

قال المحقق : « وكذا الشهادة بسبب الملك أولى من الشهادة بالتصريف » أقول : أي لأن التصرف كما يكون عن ملك كذلك يكون عن و كالمؤنحوها و حينئذ تكون الشهادة بسبب الملك كالشرع مثلاً متقدمة على الشهادة بالتصريف من باب تقدم النصل على الظاهر ، فإن ذلك قاعدة جارية في كلام الشخص الواحد والشخصين اللذين هما بحكم الواحد .

هذا فيما اذا شهدتا بالنسبة إلى زمان واحد . واما لو قامت الشهادة على اليدين الفعلية والشهادة على الملك السابق فسيأتي الكلام فيه .
هذا وفي المسالك : « ولا فرق على هذا التقدير بين تقديم تاريخ شهادة اليدين

ـ بأن شهدت أن يده على العين منذ سنة، وشهدت بينة الملك بتاريخ متأخر، أو بانه يملكه في الحالـ وتأخره ، لاشتراك الجميع في المقتضى وـ هو احتمال اليد بخلاف الملك . وفي هذه المسألة قول بتقديم اليد على الملك القديم ، و سيأتي الكلام فيه» .

قال في الجواهر ، وهو كما ترى ، ضرورة اجنبية ذلك عما نحن فيه و هو ما عرفت من ارادة بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلقهما بمورد واحد... .



(المسألة الثالثة)

(اذا ادعى شيئاً فقال المدعي عليه : هو لفلان)

قال المحقق قدس سره : « اذا ادعى شيئاً فقال المدعي عليه : هو لفلان ، اندفعت عنه المخاصمة حاضراً كان المقر له أو غائباً ». .

أقول : اذا كان شيء بيد شخص فادعى احد كونه له ، فتارة يقول المدعي عليه : هو لفلان ، وتارة يقربه لمعين فيقول : هو لفلان ، وثالثة يقربه لمجهول فيقول : ليس لي ولكن لأسمى مالكه أو لا أعرفه .

ولو أقر به لمعين فتارة هو ممتن يمكن المخاصمة معه وتارة لا يمكن المخاصمة معه كأن يكون طفلاً ، وتارة يكون حاضراً وتارة يكون غائباً .

فإن أقر بالشيء لمالك معين بأن قال هو لفلان اندفعت عنه المخاصمة وتوجهت إلى المالك سواء كان حاضراً أو غائباً ، وليس له أن يحلف ذا اليد لا يحلف أحد على مال لغيره .

وهل أن قوله : هو لفلان يدخل الشيء في ملك فلان المقر له او يخرج عنه ملك ذي اليد فقط؟ وجهاً ، فعلى الثاني يكفي للمدعي اثبات كون المال له ، وعلى الاول يحكم الحكم بكونه المقر له ، وعلى المدعي المرافعة معه فيكون المقر له هو المدعي عليه ، وهل للمدعي احلاف ذي اليد أنه لا يعلم أنها له أو لا ؟ فيه قولان كما سيأتي . ولكن اذا كانت في يد الشخص المقر بعد بما المانع من أن يقيم المدعي

البيينة لدى المحاكم على كونها لها للمقر له ، فيأخذها المحاكم ويدفعها اليه ؟ لانه ان كان المقر له حاضراً أو يمكن حضوره فالبيينة مؤثرة كما هو واضح ، وان كان غائباً حكم للمدعي ثم الغائب على حجته . نعم لا يمكن اقامة البيينة بأن يكون ذو اليد المدعى عليه، لانه لا يمكن له اليمين في مال المقر له ، الا اذا كان مورد الدعوى وجوب تسليم العين بأن يقيم البيينة على الملكية المستتبعة لوجوب تسليمها فيحلف ذو اليد على عدم وجوبه .

وأما اذا سلم المدعى عليه العين الى المقر له فاما هي باقية بيد المقر له وام تذهب تالفة ، وهل للمدعي أن يدعى عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفي العلم فان لم يحلف غرم ؟ قال المحقق : نعم ، وهذه عبارته : «وان قال المدعي : أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين ، لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لونكل أورد» وعليه العالمة في القواعد ، وقد نسب إلى الشيخ في أحد قوله ، وفي المسالك : يجوز ان كانت تالفة ، أي فان كانت العين باقية أمر باستردادها . . . وأما اذا لم يتمتنع وحلف على نفي العلم فلا شيء عليه .

قال المحقق : «وقال الشيخ : لا يحلف ولا يغرم لونكل . والاقرب أنه يغرم ، لانه حال بين المالك وبين ماله باقراره لغيره» .

ووجه قول الشيخ هو ان الامتناع لا يستلزم العلم بكونها للمدعي ، بل لا يضمن حتى مع الاقرار بذلك ، لانه لا يصدق عليه عنوان التلف حينئذ فلا وجہ للضمان .

قلت : والتحقيق هو أن الحكم بالغرم بالامتناع عن اليمين على نفي العلم متوقف على توفر ثلاثة مقدمات احدهما : ان يكون الاقرار لغيره بمنزلة الاتلاف للمال . والثانية : أن يكون الامتناع عن هذه اليمين بمنزلة الاقرار للمدعي . والثالثة ان يكون العلم بكون العين للمدعي جزءاً لموضوع الضمان أو تمام الموضوع ، وأما اذا لم يكن للعلم دخل في الضمان كما هو الصحيح لان اليد كافية في ثبوت الضمان فلا اثر لليمين على نفي العلم .

هذا وفي المسالك : «اذا ادعى شيئاً على انسان فقال المدعي عليه : انه ليس لي فاما أن يقتصر عليه او يضيفه الى مجهول او الى معلوم . فان اقتصر عليه او اضافه الى مجهول بأن قال : هو لرجل لا اعرفه ، او لا اسميه ففي انصراف الخصومة عنه وانتزاع المال من يده وجهان اصحهما وهو الذى لم يذكره المصنف انها لا تنصرف ولا ينتزع المال من يده ، لأن الظاهر ان ما في يده ملكه وما صدر عنه ليس بمزيل ، ولم يظهر لغيره استحقاقاً ، وعلى هذا فان اقرب ذلك لمعين قبل وانصرفت الخصومة الى ذلك المعين والا فيقيم المدعي البينة عليه او يحلقه» .

قلت : ولا يخفى ما فيه ، لأن قوله : «ليس لي» يزيل ملكيته يقيناً لأنها اقرار ، وهذا الاقرار يسقط يده عن كونها امارة للملكية ، نعم لاملازمة بين ازالة الملكية للمال وازالة الملكية لليد ، فتكون يده مثل يد الوكيل والأمين والمستير والمستأجر ، لأن اقراره يزيل الملكية للعين ولا يفيد كون يده عدوانية ، بل تبقى على حجيتها ، وعلى ما ذكرنا تناصر الدعوى عنه ، اذلو أراد الحلف حينئذ كان في ملك غيره ، واما بناءً على ما ذكره من عدم صدور ما يزيل الملكية منه فيجوز المرافعة معه ، وعلى ما ذكرنا من عدم الملازمة المذكورة يترتب الأثر على اقراره فيما لو أفر بعد ذلك لشخص معين .

قال : «والوجه الثاني انها تنصرف عنه بذلك ولأنها تبرء من المدعي عليه ، وينتزع المحاكم المال من يده ، فان اقام المدعي بيته على الاستحقاق فذاك والاحفظه الى أن يظهر مالكه» .

قلت : وهذا صحيح في صورة تامة الملازمة المذكورة مع احتمال كون يده عليها مشروعة فيأخذها المحاكم بعنوان النهى عن المنكر .. فظهور أن الصحيح هو باقاء العين في يد المدعي عليه ، فان قلنا بأن اقامة البينة لا توقف على تمكّن المدعي عليه من اليمين فتسمع ويعطاهما والابقيت في يده .. وان قال : «هي لقطة» فله أن يدفعها الى المحاكم لأن مال مجهول مالكه فيرجع اليه

وله أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحکام اللقطة .

ثم ذكر في المسالك : انه « ان اضافه الى معلوم فالمضاد اليه ضربان أحدهما ان يمتنع مخاصمه وتحليفيه . . . والثانى من لا يمتنع مخاصمه ولا تحليفيه كما اذا اضافه الى شخص معين ، فهو اما حاضر واما غائب ، فان كان حاضراً روجع فان صدق المدعى انصرفت الخصومة اليه وان كذبه فيه اوجه ... وان اضاف الى غائب انصرفت عنه الخصومة ايضاً ...» وبيانى التعرض لكل ذلك ... ثم قال : «وحيث ينصرف الخصومة عنه وطلب المدعى احلافه انه لا يعلم ان العين له ففى اجابته قوله مبنيان على أنه لو اقر له بعدهما أقر لغيره هل يغrom القيمة ؟ فيه قوله مذكوران فى محله . فان قلنا : نعم وهو الا ظهر فله احلافه ، فلعله يقر فيغrom القيمة . وان قلنا : لا وهو احد قولى الشيخ ، فان قلنا : النكول ورد اليمين كالاقرار لم يحلفه ، لانه وان أقر ونكى وحلف المدعى لا يستفيد شيئاً ، وان قلنا كالبينة فله التحليف ، لانه قد ينكل فيحلف المدعى ، فاذا حلف وكانت العين تالفه اخذ القيمة» .

وأشكل عليه في الجوادر بقوله : «وفيه بعد الاغمامض عما في تقييده بتلف العين - أن غاية ذلك كون اليمين المردودة كالبينة على اقراره مع علمه بكونه للمدعى ، والفرض عدم اقتضاء ذلك الغرم لو أقر به هو ، و ليس هو بينة على كون المال له ، ضرورة كون الدعوى علمه بالحال فيه تكون كالبينة على ذلك ، ولا تزيد على الاقرار المفترض عدم الغرم به كما هو واضح . ولذا حكى عن الشيخ اطلاق عدم توجيه اليمين على التقدير المزبور ، فتأمل»

وجه التأمل هو احتمال كون اطلاق الشيخ من جهة انه لا يرى كون النكول ورد اليمين كاقرار بل كالبينة . و كيف كان فعل القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول ورد اليمين بمنزلة الاقرار و القول بكونهما بمنزلة البينة .

حكم مالوا نكر المقر له الملكية للشئ :

قال المحقق قدس سره : « ولو أنكر المقر له حفظها الحاكم ، لانها خرجت

عن ملك المقر ولم تدخل في ملك المقر له ، ولو أقام المدعى ببينة قضى له » .
اقول : وحاصل ذلك سقوط يد المدعى عليه المقر مطلقاً ، أي فلاتكون أمارة
على الملك و لاتكون كالإيد الأمانية مثلاً ، فكأنها يد عدوانية فি�نتزعها الحاكم منه
و يحفظها . وهذا أحد الوجوه الثلاثة التي ذكرها الشهيد الثاني في المسالك في
هذه المسألة .

و الثاني : وهو المنشول عن التحرير : انه اتراك في يد المدعى عليه المقر ،
اذ لامنازع له الى قيام حجة ، لانه اقر للثالث و بطل اقراره فكأنه لم يقر . قال
في الجواهر : وفيه ان بطلانه بالنسبة الى تملك المقر له لا بالنسبة الى نفيها عنه كما
هو واضح .

والثالث: وهو المنشئ عن القواعد: انه اتسلم الى المدعى، لخروجهما عن ملك المقر له بانكاره ولا منازع فيها للمدعى ، قلت: وهذا هو الاقرب، واما قول صاحب الجراهر: «وهو بعيد لكونها في يد» ففيه : انه أى يد يريد ، اما يد المقر فقد زالت باقراره ، واما يد المقر له فمنتقية بانكاره، واما يد الحكم فهي لاجل حفظها حتى يظهر صاحبها و قد ظهر، فيدفعها الى المدعى ولا حاجة الى البينة ولا اليدين كما في القواعد .

وانرجع المقر له عن انكاره وصدق المقرفي كون الشيء فعله فعن التذكرة أن له الاخذ عملا باقرار المقر السالم عن انكاره ، لزوال حكمه بالتصديق الطارى فتعارضا وبقى الاقرار سالماً عن المعارض ، لكن فى الجواهر منع زوال حكم الانكار بالتصديق ، فلا أثر للتصديق الطارى ، وحيينئذ يحکم بأحد الوجوه الثلاثة المذكورة وقد عرفت المختار منها ، قال : ومن هنا لورجع ذواليد فقال : غلطت بل هو لى لم يقبل منه .

لو كان المقرر له غائباً

هذا كله فيما اذا كان المقر له حاضراً . قال في الجوهر ثم الحكم في المقر له

الثائب كالحكم في الحاضر بالنسبة إلى تصديقه و تكذيبه ، وللمدعي إقامة البيئة وأخذها قبل معرفة حاله ، ولكن هومن الحكم على الغائب، فينبغي مراعاة شروطه السابقة ، كما له ايضاً احلافه على عدم العلم ، نحو ماسمعته في الحاضر، أى بناء على ان للمدعي حق التحليف عليه كما عليه المشهور وأحد قولى الشيخ.

فإن نكل عن اليمين على نفي العلم ، فإن لم يقرو لم يرد اليمين أحلف المدعى ، فإن حلف فهل ينتزع العين ويفجرم؟ قال في القواعد : الأقرب الثاني . فيكون نظير ما إذا أقرب تكون العين لزيد ودفعت إليه ثم أقرب تكونها لعمر ويفجرم له بدل الحيلولة ، ولا يبعد أن يكون الحكم كذلك إن أثبت المدعى الحق بــالبينة ، ولو استرجع العين من الغائب ودفعها إلى المدعى وجب عليه أى على المدعى رد المال الذى أخذه بدل الحيلولة .

وحيث يدعى كونها لغائب فان ادعى استئجاره العين منه مثلا فالحكم قبول قوله ، نظير قول ذى اليـد ، فـان أثبت المـدعى كـون المـال مـلكـه فقد ظـهـر بـطـلـانـ الـاجـارـةـ، وـان لـمـ يـتـمـكـنـ منـ ذـلـكـ اـحـلـفـ المـدـعـىـ عـلـيـهـ عـلـىـ الـاجـارـةـ وـأـبـقـيـتـ العـيـنـ بـيـدـهـ. وـلـوـ أـقـامـ الـبـيـنـةـ عـلـىـ الـاجـارـةـ فـيـنـاءـ عـلـىـ سـمـاعـهـاـ مـنـ هـلـ تـقـدـمـ بـيـنـةـ المـدـعـىـ باـعـتـصـادـهـ بـالـيـدـ أـوـلـاـ؟ـ فـيـ القـوـاـعـدـ :ـ اـشـكـالـ.ـ قـلـتـ :ـ لـاـشـكـالـ فـيـ أـنـ بـيـنـةـ المـدـعـىـ مـنـ بـيـنـةـ الـخـارـجـ ،ـ فـيـحـتـمـلـ أـنـ تـكـوـنـ بـيـنـةـ الـأـخـرـ مـنـ بـيـنـةـ الـخـارـجـ أـيـضـاـ لـكـونـهـ مـقـرـأـ بـعـدـ كـوـنـهـ الـفـيـسـاقـطـانـ ،ـ وـيـحـتـمـلـ أـنـ يـكـوـنـ نـفـسـهـ ذـاـيـدـ لـكـونـهـ بـيـدـهـ الـآنـ فـتـكـوـنـ مـنـ بـيـنـةـ الـدـاخـلـ ،ـ فـعـلـىـ القـوـلـ بـتـقـدـمـ بـيـنـةـ الـخـارـجـ فـالـأـمـرـ وـاضـحـ ،ـ وـعـلـىـ القـوـلـ بـتـقـدـمـ بـيـنـةـ ذـىـ الـيـدـ لـحـيـجـيـتـهـ وـتـأـيـدـهـ بـالـيـدـ قـدـمـتـ ،ـ وـهـذـاـوـجـهـ تـوـقـفـ الـعـلـامـةـ ،ـ لـكـنـ فـيـ الـجـواـهـرـ الـأـقـرـبـ اـنـهـمـاـ مـعـاـ خـارـجـانـ ،ـ قـلـتـ :ـ لـكـنـ جـعـلـ بـيـنـةـ مـنـ لـهـ الـأـنـفـاعـ بـمـاـ فـيـ يـدـهـ بـيـنـةـ الـخـارـجـ بـعـيـدـ جـداـ .ـ

وأن لم يكن مدعياً للإجارة مثلاً فهل له إقامة البينة كذلك أولاً لكونه أجنبياً؟

قال العلامة : يمكن أن يكون طرفاً للشخصية بدعوى المدعى عليه العلم بكونه له ،

فيحلقه على نفي العلم ، فله ان يقيم البينة حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين وان كانت البينة تشهد بكون ملك العين للمقر له . . . واختار فى الجواهر عدم المجاز ، فانه اذا ثبتت بالبينة كون العين للمقر له فلامجال لليمين على نفي العلم ، وأيضاً لما كان ملك المقر له ثابتاً بالبينة فلا أثر للأقرار في اثباته حتى يدعى عليه المدعي الالتفاف بــالاقرار .

قلت : لكن الصحيح ماذهب إليه العلامة ، لانه بناء على حجية بينة الداخلـ
ان لم يكن عنده بينة كان عليه اليمين على نفي العلم ، وان كان له بينة جاز له اقامتها
على اثبات ملك المقر له لتأثير في سقوط اليمين عنه ، اللهم الا ان لا يكون هذا الاثر
مجوزاً له لاقامة البينة على ملك المقر له ، اذ لا معنى لان يقيم أحد ببينة على ملك غيره .
نعم يبقى الاشكال في انه لاملازمة بين ثبوت ملك الاخر وعدم علم المقر ،
بل يجوز للمدعي دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البينة واعطاء العين للمقر له فيحلفه
على نفي العلم ويكون أثراه انه اذا امتنع عن اليمين غرم .

لو كان المقر له ممن يمتنع مخاصمتة

ولو أقر المدعى عليه بكون العين لمن يمتلك مخاصمه وتحليفه ، كما إذا قال هى وقف على مسجد كذا ، أو هى ملك لطفل صغير ، فهل يكون طرف المخصوصة ولى الصغير أو متولى الموقوفة ؟ ان كان للمدعى بينة أقامها وحكم له والا فلا يحلف الولى والمتولى اذ لا اثر ليدينهما ، اذن لا يغنى في هذا الفرع الا البينة . وأما اليمين على نفي العلم فالحكم كما تقدم ، فان حلف فهو والاغرم ، وكيف كان فان المخصوصة تندفع عن المدعى عليه ، وفي المسالك : اذا قضى لها الحاكم بالبينة و كان الاقرار لطفل كتب المحاكم صورة الحال في السجل ليكون الطفل على حجته اذا بلغ ، لكن في الجوادر : « قلت قد يقال : بعدم الحاجة له لوجود ولية القائم مقامه الذى هو أولى من الوكيل فتأمل » قلت : وجه التأمل : ان الوكيل عمله عمل الموكل ، أى ان الموكل يقيم مقامه وينزل عمله منزلة عمل نفسه ، فإذا

قضى على وكيله قبل ، وليس عمل الولى عمل الصغير ، بل قيام الولى بالامر المتعلقة بالصغر حكم الهى . كما جعل الولاية للحاكم بالنسبة الى الغائب حيث يحكم عليه بعد تمامية مقدماته ويكون الغائب على حجته اذا حضر ، فالصغير مثله فهو على حجته اذا بلغ .

هنا كلها اذا اقر بالعين لمعين بمختلف صوره .

لو كان المقر له مجھو لا

قال المحقق : « اما لو اقر المدعي عليه بها لمجهول لم تندفع الخصومة والزم البيان » .

اقول : لو اقر بها المجهول أخذ المحاكم العين من المقر من باب الولاية ، فان كان للمدعي بينة أعطاها اياده والباقيت فى يد المحاكم ، وهل يلزم البيان ؟ قال به المحقق ، وفي الجواهر : لا لانه ينافي الاقرار الاول ، قلت : الا اذا عين المقر له فى المرة الثانية مدعيا النسيان فى المرة الاولى .

ولوقال المدعي للعين : هى وقف على وأقربها من هى فى يده لا خروصده الاخر فقد عرفت انصراف الخصومة عنمن هى فى يده الى المقر له ، لكن هل للمدعي احلاف من كانت بيده على نفي العلم ؟ فى المسالك وجها . « من حيث ان المدعي قد اعترف بالوقف والوقف لا يعتاض عنه ، ومن انه مضمون بالقيمة عند الاتلاف ، والгинولة فى الحال كالاتلاف ، وهذا أقوى » .

* * *

(المسألة الرابعة)

(لو وقع الاختلاف في العقد الواقع)

قال المحقق قدس سره : « اذا ادعى أنه آجره الدابة وادعى آخر أنه أودعه ايها تحقق التعارض مع قيام البينتين بالدعويين وعمل بالقرعة مع تساوى البينتين في عدم الترجيح » .

أقول : انه وان كان النزاع بين الرجلين حول العقد فى الظاهر فيدعى هذا بأنه قد آجره الدابة ويدعى ذاك بأنه أودعه مثلا ايها، لكن النزاع فى الحقيقة هو فى الملك، للثمرة الواضح ترتيبها من هذه الناحية على دعوى كل واحد منهم ، وبالنظر الى ذلك ذكر المحقق قدس سره هذه المسألة فى مسائل الاختلاف فى الاملاك (١) .

وما ذكره المحقق قدس سره هو أحد الصور الاربع المتضورة فى هذه المسألة .

والصورة الثانية : أن تكون العين بيد شخص وهو يقر بأنها ليست ملكاً له، غير أنه ينزع الملك فيقول قد آجرني ايها ويقول الملك : قد أودعته ايها .. أو يدعى الملك الاجارة وذواليد العارية ... فان كانت مستأجرة ملك الشخص منفعتها

(١) فيه اشارة الى جواب اعتراض صاحب المسالك قدس سره .

في المدة المعينة دون ما إذا كانت وديعة ، لكن يترب على كونها مستأجرة لزوم دفع بدل الإيجار إلى المالك . . . وهذه الصورة من الاختلاف في العقود وان كان لهذا النزاع ثمرة مالية .

و الصورة الثالثة : ان يتنازع اثنان حول عين يقران بكونها لثالث فيقول أحدهما : قد آجرني ايها ويقول الآخر : قد استودعني ايها . والصورة الرابعة : أن يتنازعوا فيقول أحدهما : إنها لزيد وقد آجرني ايها ويقول الآخر : إنها لعمرو وقد استودعني ايها .

فالحكم في الصورة الأولى التي ذكرها المحقق قدس سره هو ما ذكره من أنه ان كان لاحدهما بينة حكم له ، وان أقاما هاماً فان ترجحت احدهما على الاخرى بسبب من أسباب الترجيح - على ما تقدم من الكلام عليها - حكم لها والا فالقرعة ، فمن خرج اسمه حلف وأخذ ، وان نكل حلف الآخر ، فان نكلا فالحكم هو التنصيف للعين ان كانت قابلة له ، والا فهما شريكان فيها على النصف . وفي الصورة الثانية يتحقق التداعي بين المالك و المتصرف ، فان كان لاحدهما بينة حكم له ، وان كانت لكليهما ، فان ترجحت احدهما على الاخرى فهو الاتuar ضتاوت ساقطنا ، و حينئذ تقسم منفعة العين بينهما نصفين ويقسم مال الاجارة بينهما كذلك .

وربما يجعل المالك في هذه الصورة ذا اليد وبينة المتصرف خارجأفيتني الامر على حجية بينة الداخل ، فعلى القول بها تقدم بينة ذى اليد - المالك - وعلى القول الآخر تقدم بينة المتصرف ، فلاتكون الصورة من قبيل التداعي حتى ينتهي الامر الى القرعة ، وقد يحتمل كون المتصرف ذا يد لكونها بيده الان و ينتهي الامر على تقديم بينة الداخل والخارج كذلك . وهكذا يكون طريق فصل الخصومة في الصورتين الباقيتين لأنهما من مصاديق التداعي كذلك .

(المسألة الخامسة)

(حکیم مالو کان شیء فی ید انسان وادعی احد کونه له سابقاً وأقام بینة)

قال المحقق قدس سره : « لوادعی داراً فی ید انسان وأقام بینة أنها كانت فی
یده أمس أومنذ شهر ، قيل : لا تسمع هذه البینة .

وكذا لوشهدت له بالملك أمس .

لان ظاهر اليد الآن الملك فلا تدفع بالمحتمل .
وفي الحال ، ولعل الأقرب القبول » .

أقول : لوادعی داراً مثلاً فی ید انسان وأقام المدعی بینة أنها كانت فی یده
امس أومنذ شهر ، او كانت فی ملكه أمس مثلاً، فهل تسمع البینة ؟ قوله ، وقد استدل
للعدم بوجهين .

الاول : ان اليد امارة على الملكية الفعلية لاصاحبها ، وبینة المدعی تشهد
باليد والملك السابقين ، ولا ريب في تقدم الامارة الفعلية على الامارة القائمة على
الملكية السابقة ، وبعبارة أخرى : اليد الفعلية المشاهدة بالعيان حيث نرى العين
في هذه اليد ظاهرة في الملكية الفعلية لاصاحبها ، ومقتضى اليد السابقة هو احتمال
الفعلية لاصاحبها ، ولا يدفع الظهور المذكور بالمحتمل .

وأجیب بأن اليد الفعلية وان كانت دلیل الملك الفعلى ، لكن اليد السابقة

المستصحبة والمالك السابق المستصحب أولى ، لمشاركه تلك اليد لهذه في الدلالة على الملكية الفعلية، وانفرادهما بالزمن السابق بلا معارض، فيكون نان أرجح من هذه اليد ، الا أن تقوم الحججة الشرعية على انتقال العين اليه بطريق شرعى ، نظير ما اذا أقرب تكون الشيء الذى بيده ملكاً لزيد أمس وادعى كونه له اليوم ، فانه يجب عليه اقامة الحججة الشرعية على انتقاله اليه من زيد ، بطريق شرعى صحيح ، و كذلك لو أقرب تكونه مدیناً لزيد بكتنا من المال ثم ادعى أداء الدين مثلًا كان عليه اقامة الحججة على الاداء .

وفي المقام يكون حكم بينة المدعي حكم اقرار المدعي عليه ، فيجب على ذى اليد المدعي عليه اثبات شرعية يده على العين ، والا تقدمت بينة المدعي بضميمة الاستصحاب على يده ، فليس المورد من مقابلة المحتمل للقطوع حتى يقال بأنه لا يدفع المقطوع بالمحتمل .

والثانى: انه ان كان مدعاه هو الملكية أو اليد أمس فلا تسمع ، وان كان الملكية أو اليد اليوم فان شهادة بينته غير مطابقة لدعواه ، لأنها تشهد باليد والملك أمس ، والبينة غير المطابقة للمدعي غير مسموعة .

وأجيب بأن الحكم باستصحاب اليد والملك السابقين الى اليوم يوجب المطابقة بين الدعوى والشهادة ، فان هذه الشهادة بضميمة عدم العلم بالنقل الشرعى شهادة بالملكية الفعلية وهي مسموعة .

و بالجملة : ان كانت الشهادة بملكية أمس شهادة بملكية اليوم فهو ، والا فان الاستصحاب الموجود يفيد بقاء مدلول الشهادة ، و حيث يقع البحث فى تقدم هذا الاستصحاب على اليد أو معارضته لها، لانه اصل وهى أمارة ، وقد يخدش فى اليقين السابق فيختل الاستصحاب ، بأن يقال - كما عن كشف اللثام - بأن البينة ليست كاشفة عن الواقع كالاقرار ، فليس مفادها هنا الملكية الواقعية حق تستصحب الى اليوم ، لكنه كما ترى ، لأن البينة حجة شرعية اذا ، اقيمت بشرطها

الغى احتمال الخلاف وأفادت مايفيد اليقين ، فالحالة السابقة للاستصحاب متحققة، كما لا يلتفت الى احتمال عدم كون اليد السابقة يد ملك لو شهدت البينة بكون العين بيد المدعى أمس .

فظهر أن محط الكلام هو الخلاف في تقدم الاستصحاب على اليد و عدمه ، والمحتار هو الاول ، وبيان ذلك : أنه وان كانت اليد مقدمة على الاستصحاب في موارد كثيرة ولكن لا يوجد بأيدينا اطلاق يقتضي تقدمها عليه على كل حال ، بل ان اليد الفعلية المسبوبة بالآخر المستصحبة - او المسبوبة بالملك المستصحب- يد ضعيفة عند العقلاء لاتصلح لمقاومة هذا الاستصحاب فضلا عن التقدم عليه ، ولذا يفرق العقلاء بين الداعى على ذى اليد وبين الداعى على يد مسبوقة بيد اخرى ، ففي الصورة الثانية يسقطون اليد عن الاعتبار ولا أقل من انهم يطالعون صاحبها باقامة الحجة على انتقال العين اليه بطريق شرعى صحيح .

وبتقريب آخر : ان اللازم الشرعى للملكية السابقة التي أثبتتها البينة بقائمة الملكية حتى يعلم المزيل الشرعى له والناقل الشرعى للعين ، فإذا شهدت البينة بملكية أمس كان لازمها الملكية الفعلية لو لا الانتقال ، وقد عرفت ان الاستصحاب ينفي الناقل ، ف تكون بينة المدعى مسمومة ومتقدمة على يد المتصرف .

هذا وفي المستند : « لو تعارضت اليد الحالية مع الملكية السابقة أو اليد السابقة ففى تقدم الحالية أو السابقة قوله ، كل منهما عن الشیخ فى كل من المبسوط والخلاف ، وتبعه على الاول جماعة ولعلهم الاكثر ونون منهم من المتأخرین الكفاية والمفاتيح وشرحه وبعض فضلائنا المعاصرین .

وعلى الثاني الشرائع ويظهر من الارشاد الميل اليه . ويظهر من التحرير وجه ثالث وهو التساوى » ثم اورد أدلة الاقوال ثم قال : « و التحقيق ان اقتضاء اليد للملكية يعارض استصحاب الملكية ، فلا يقى لشيء منها حكم ، ولكن اصل اليد لا يعارضه شيء وهو باق بالمشاهدة والعيان ، والاصل عدم التسلط على انتزاع العين

من يده ولاعلى منعه من التصرفات التى كان له فيها حتى بيعها واجارتها ، اذغایة الامر عدم دليل لنا على ملكيته ولكن لادليل على عدم ملكيته ايضاً ، اصالة عدم الملكية بالنسبة اليه والى غيره سواء مع ثبوت اصل الملكية ، فلايجري فيه ذلك الاصل ايضاً ، مضافاً الى امكان حصول هذه التصرفات كلا او بعضًا بالتوكيل والاجارة والولاية والاذن وغيرها، فيبقى اصالة عدم التسلط واصالة جواز تصرفاته خالية عن المعارض ، والى هذا يشير كلام من قال ان احتمال كون اليد الثانية بالعارية او غيرها لايلتفت اليه مع بقاء اليد على حالها ، فان المقصود الاصلى من اعمال اليد هو ابقاء تسلطها على ما فيها وعدم جواز منعها من التصرفات كيف شاء بسبب احتمال الخصب او العارية او غيرهما ، فيحكم عليها بما يحكم على ملك المالك ، وليس هذا معنى الحكم بانه ملك انتهى كلامه رفع مقامه .

فان قيل : كما ان الملكية او اليد السابقة يقتضى استصحاب الملكية كذلك يقتضى استصحاب تسلط المالك الاول والحاكم على منع ذى اليد عن التصرفات ايضاً وبه يندفع اصالة عدم التسلط .

قلنا : ليس تسلط الاول كالملكية التى اذا حدثت يحكم لها بالاستمرار حتى يثبت المزيل ، بل هو مما يمكن تقييده بقييد ، والمعلوم من التسلط الاولى هو تسلطه ما دام يحكم له بالملكية ويعلم له الملكية ، فالمعلوم ثبوته اولا ليس الاذك المقيد ، فبعد انتفاء الحكم بالملكية والعلم بها يتنتفي القيد ويتغير الموضوع .

ثما انه كما ان نفس اليد المشاهدة الحالية ومتضيياتها سوى الملكية لامعارض لها فكذلك أيضاً كون البينة على غير ذى اليد وكون من يدعى مطالبًا بالبينة وذى اليد باليمين اذا لم يخرج خارج اليد عن صدق المدعي عرفاً ولا صاحبها عن المنكر كذلك ، فيدل على كون وظيفة الاول البينة والثانى اليمين قولهم : البينة على المدعي واليمين على من انكر . ورواية فدك المتقيدة .

فيكون البينة على الملك السابق و اليمين على ذى اليد ولا يمنع ذو اليد

من شيء من التصرفات ، وليس المطلوب من توجيه اليد الحالية غير ذلك أيضاً .
مع انه يمكن جعل هذين الامررين دليلاً برأسه على الملكية ايضاً بالاجماع
المركب يسقط به الاستصحاب بالمرة لعدم صلاحيته لمعارضة الدليل مطلقاً ». .
وقد أورد السيد في العروة محصل هذا الكلام واعتراض عليه بوجوه :
الاول : انه في بيان المعارضة عبر بقوله : ان اقتضاء اليد للملكية يعارض
استصحاب الملكية .

مع ان المعارضة بين نفس اليد والاستصحاب لكن من حيث حكمهما، لا بين
حكم اليد ونفس الاستصحاب ، فلا وجه للتعبير المذكور .
والثانى : انه اذا سقط حكم اليد فتكون كالعدم وحال ذيها وغيره سواء ،
فلو اراد المدعى ان يتصرف فيها لايجوز لذى اليد منه، لأن الاصل عدم تسلطه
على ذلك .

قلت : فيكون الحال انه ليس لكل منهما منع الآخر من التصرف، فتكون
العين كالمباحثات التي من سبق الى شيء منها كان له . نعم ليس ثالثاً أحذها ، ولوهما
منه من ذلك .

والثالث : بعد عدم الحكم لليد وعدم كونها دليلاً على الملكية كيف يجوز
لغير ان يشتري منه او يستأجر او يقبل منه ونحو ذلك من التصرفات الموقوفة على
الملك؟ مع انه ليس وكيلولا ولا مأذونا من قبل المالك ، لأن المفروض انه يدعى
الملكية لا الوكالة او الولاية او نحوهما ، فلا ينفع جواز هذه التصرفات من هذه
الأشخاص في جوازها له ولم يشتري منه مثلاً .

والرابع ما ذكره من أن تسلط المالك السابق على منع الغير مقييد ببقاء اليد
ممنوع ، بل هو كالملكية في عدم التقيد باستمرار اليد .

والخامس : لانسلم صدق المنكر عليه بعد سقوط حكم يده ...

قلت: ليس الشرط في صدق «المدعى» عدم المعارض عند العرف، فالداعي

عندهم من لوترك ترك ، وهذا صادق على صاحب البينة هنا ، و«المنكر» صادق على ذى اليد .

وقال العلامة فى القواعد فى هذه المسألة : « ولو شهد انه كان فى يد المدعى بالامس قبل وجعل المدعى صاحب يد .

و قيل : لا يقبل لأن ظاهر اليه الآن الملك فلا يدفع بالمحتمل » أى : ان اليه لها ظهور فى الملك الفعلى ، لكن لا كل يد بل اليه غير المسبوقة بالعدوائية مثلا ، وذلك لأن حجية اليه - كما ذكرنا - مستندة الى بناء العقلاء مع امضاء الشارع ، وتشهد بذلك رواية حفص بن غياث (١) ، والعقلاء لا يعلمون اليه الذى هذه حالها معاملة المالك الفعلى ، بل يقدمون استصحاب الحالة السابقة و يحكمونها على هذه اليه الى أن يثبت الناقل الشرعي .

فهذه عبارة القواعد فى المسألة . وقد قال سابقا : « ولو شهدت البينة بان الملك له بالأمس ولم تتعرض للحال لم تسمع ، الا ان تقول : وهو ملكه فى الحال او لا نعلم له مزيلا . ولو قال : أعتقد انه ملكه باستصحابه ففى قبوله اشكال ، اما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ثبت الاقرار واستصحابه موجبه ، وان لم يتعرض الشاهد للملك الحالى . ولو قال المدعى عليه : كان ملكك بالأمس انتزع من يده فيستصحب بخلاف الشاهد فانه عن تخمين ، وكذا يسمع من الشاهد لو قال : هو ملكه بالأمس

(١) عن أبي عبدالله (ع) « قال له رجل : اذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد انه له ؟ قال : نعم . قال الرجل : اشهد انه في يده ولا أشهد انه له فلعله لغيره . فقال ابو عبدالله (ع) : أفيحل الشراء منه ؟ قال نعم فقال ابو عبدالله (ع) : فلعله لغيره ، فمن أين جاز لك ان تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك : هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تتباهى الى من صار ملكه من قبله اليك ؟ ثم قال ابو عبدالله (ع) ، لو لم يجز

اشتراكه من المدعى عليه ، أو أقر له المدعى عليه بالامس ، لانه استند الى تحقيق » قلت : الفرق المذكور بين البينة والاقرار لاريب فيه ، ولكن لا اثر له بالنسبة الى الملكية الفعلية ، فانه لا بد من اجراء الاستصحاب لاثباتها سواء كان اليقين السابق حاصلاً بالبينة التي هي عن تخمين او بالاقرار الذي هو عن تحقيق ، واذا جرى الاستصحاب لتمامية اركانه تقدم على اليد من دون فرق بين البينة والاقرار .

وكذا الامر لو علم الحكم بكونها للمدعى أمس ، فاليقين السابق متحقق فله اجراء الاستصحاب وأخذ العين من المدعى عليه حتى يثبت الناقل الشرعي . ولعل المسرف اختلاف كلمات الاصحاب في هذا المقام هو اختلافهم في الاستظهار العرفي ، لما تقدم من ان مبني حجية اليد هو السيرة العقلائية وبناء اهل العرف ، والحق ان كاشفية اليد في هذه الحالة التي قام الاستصحاب في مقابلها ضعيفة عرفاً والاستصحاب هو المحكم في دعوى المدعى مسموعة .

وفي المسالك بعد أن ذكر القولين ومخترق المحقق منهما ودليله قال : « وقد تقدم البحث فيه ، والفرق بين هذه والسابقة الموجب لاعادة البحث أن المعارضة في هذه بين اليد المتحققة والسابقة الشابة بالبينة والملك السابق كذلك ، والسابقة وقع فيها التعارض بين البيتين الدالة احدهما على اليد في الحال مع عدم ظهورها في غيره ، والآخر على الملك السابق ، فلا تعرض فيها للمعارضة بين اليد السابقة والحالية ، وقد تأكد من اطلاق الحكم هنا وفي السابقة تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه الى الان أو عدم المزيل أن اضافة ذلك غير شرط ، والاصح اشتراط اضافة ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدد عنده علم الانتقال ، لما يبينه من عدم المنافاة بين علمه بالملك وشهادته به مع انتقاله عن الملك الآن » .

قلت : ليس ما ذكره وجه الفرق بين المتألتين ، فهناك يتعرض كلتا البيتين للملكلية الفعلية ويتعارضان فيتقاطران ويكون استصحاب الملكية السابقة جارياً بلا معارض ، وهنا اليد معارضة مع الاستصحاب . فحالاً الفرق عدم المعارض

للاستصحاب فى تلك المسألة ، وتحقق التعارض بين اليد والاستصحاب فى هذه .
واما الاقرار فلو أقر ذو اليد بكون العين للمدعي أمس فانه يطالب باثبات
شرعية يده الفعلية عليها ، وأما اذا اخذت العين منه باقراره ودفعت الى المدعي
ثم وجدت فى اليوم الثالى مثلا بيده فلا يؤخذ باقراره السابق،نعم لو شك فى صحة
يده الآن استصحاب عدم الناقل الشرعى .

قال المحقق قدس سره : «أما لو شهدت بينة المدعي ان صاحب اليد غصب
او استأجره حكم بها لانها شهدت بالملك وسبب يد الثاني».

أقول : لو شهد الشاهدان على ان ذا اليد قد غصب العين أمس من زيد فانه مع
الشك فى تبدل يده اليوم الى يد شرعية يستصحب كونها عدوانية فتسقط يده الفعلية
عن الاعتبار ، لأن اليد التى لم يثبت شرعيتها ليست أمارة للملكية .

قال : «و لو قال : غصبنى اياها وقال آخر بل أقرلى بها ، اقاما البينة قضى
للمخصوص منه ولم يضمن المقر ، لأن المحيلولة لم تحصل باقراره بل بـ(البينة) التي
أقامها الآخر وإن كانت بزعم هذا ظالمه ، والحكم في هذه المسألة واضح ، ولا خلاف
فيه على مافى الجواهر .

الكلام في :

الاختلاف في العقود

مقدمة :

تارة يكون الاختلاف في الاجرة ، وهو تارة في اصل الاجرة كأن يقول المؤجر : آجرتك الدار بمائة دينار ، فيقول المستأجر : بل بمائة درهم ، وأخرى في قدرها كأن يقول الموجر : آجرتك بمائة دينار فيقول المستأجر: بل بخمسين و على التقديرین : فاما أن يعدما البينة أو يجداها أو يجدھما أحدهما خاصة ، فهذه ست صور، وعلى جميع التقادير فالاختلاف اما أن يكون بعد استيفاء المستأجر المدة أو في اثنائها أو ابتدائها تكون الصور حينئذ ثمان عشرة صورة .

و اخرى يكون الاختلاف في العين المستأجرة، وهو تارة في ذات العين كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار ، فيقول المستأجر: بل تلك الدار، وآخرى يكون في العين من حيث الزiyادة والنقيصة ، كأن يقول الموجر : آجرتك هذه الدار الاهذا البيت منها ، فيقول المستأجر : بل الدار كلها ، وتنتهي الصور حينئذ الى العدد المذكور في الاختلاف في الاجرة .

وثالثة يكون الاختلاف في المدة ، وهو تارة في زمانها زيادة ونقيصة، كأن يقول المؤجر : آجرتك الدار شهراً ، فيقول المستأجر : بل اربعين يوماً، وآخرى في ابتدائها كأن يقول الموجر : آجرتك الدار من أول شهر شعبان فيقول المستأجر بل من أول شهر رمضان وتنتهي الصور هنا أيضاً الى العدد المذكور ... اذا عرفت هذا فنقول:

حكم الاختلاف في الاجرة ولا بينة :

اذا اتفقا على استيجار دار معينة شهراً معيناً واختلفا في مقدار الاجرة وقد عدما البينة ، فالمشهور على أن القول قول المستأجر ببینته سواء كان الاختلاف بعد الاستيفاء أو في الثنائي أو في ابتدائه ، بل عن التذكرة ، نسبة هذا القول الى علمائنا .

وعن الشيخ في المبسوط القول بالتحالف ، وقد تبعه عليه بعض المتأخرین
كمافي الجوادر والمسالك .

ووجه ماذهب اليه المشهور هو : أن المستأجر منكر للزائد الذي يدعى عليه الموجر مع اتفاقهما على ثبوت مايدع المستأجر ، واذ تحقق عنوان المدعى على الموجر و المنكر على المستأجر دخلا في عموم الخبر (١) فان حلف المستأجر كان القول قوله وسقطت دعوى الموجر ، و ان نكل حكم للموجر على قول : وردت اليمين على الموجر فان حلف أخذ وان نكل كذلك سقطت الدعوى على قول آخر .

ووجه ما ذهب اليه الشيخ في المبسوط هو : ان المورد ليس من مصاديق المدعى و المنكر ، بل ان كلا منهما مدعى و مدعى عليه ، لأن ذاك يدعى وقوع العقد على المأة وينكر وقوعه على الخمسين وهذا يدعى وقوعه على الخمسين ، وينكر وقوعه على المأة و العقد المتشخص بالmAة غير العقد المتشخص بالخمسين ، فقول كليهما موافق لالأصل ، فتجب اليمين على كليهما ، فإذا تحالفا أو امتنعا عن اليمين انفسخ العقد ، ورجع الموجر بأجرة المثل (٢) للمنفعة المستوفاة

(١) يعني قوله صلى الله عليه وآله وسلم : البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه .

(٢) معنى الرجوع الى اجرة المثل انه اذا كانت اجرة المثل اكثرا مما يدعى عليه الموجر ←

كلا -- ان كان الاختلاف بعد استيفاء المدة -- او بعضاً ان كان في اثنائهما ، والا كما اذا كان في ابتدائهما فلاشى للموجر ، وقيل بل يحكم بتنصيف الزيادة ، وان حلف أحدهما وامتنع الآخر ثبتت دعواه وسقطت دعوى الآخر .

وكيف كان فان مختار الشيخ في الميسوط هو التحالف ، وقد ضعفه في المسالك «بان العقد لانزع بينهما فيه ولا في استحقاق العين الموجرة للمستأجر ولا في استحقاق المقدار الذي يعترف به المستأجر ، وانما 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 ، فان عقد القرض المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر ، وكما لو قال أبراًني من عشرة من جملة الدين الذي على ، فقال : بل من خمسة ، فان الصيغة المشتملة على اسقاط أحدهما غير الأخرى ، وهكذا القول في غيره ، وهذا مما لا يقول به أحد .

والحق ان التحالف انما يريد حيث لا يتفق الخصمان على قدر و يختلفان في الزائد عنه ، كما لو قال الموجر : آجرتك : الدار شهراً بدینار ، فقال : بل بشوب ، او قال : آجرتك هذه الدار بعشرة ، فقال : بل تلك الدار ، ونحو ذلك ، اما في المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الاصح» .

قلت : ومثل الابراء هو الاداء ، فلو اختلفا في المقدار الذي اداه المدين الى الدائن زيادة ونقصها كان النزاع في القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر كذلك ، فملك الدخول تحت عموم الخبر المشار اليه هو ان يكون بين المتخاصلين اتفاق

→ كان على المستأجر دفعه مع اقرار الموجر بالاقل ، واذا كان اقل مما يدعوه المستأجر لم يجب عليه دفع المقدار الذي يقوله مع أنه يقر بأكثر مما جعل اجرة المثل ، والالتزام بذلك مشكل .

على قدر ثم يختلفان في الزائد عن ذلك المقدار ، وأما إذا لم يكن اتفاقاً منهما على قدر فهناك التحالف .

لكن المتوجه عند صاحب الجوادر هو النظر إلى مصب الدعوى ، فإن كان النزاع في تشخيص العقد الذي هو سبب اشتغال الذمة فهناك التحالف إذ لا فرق في مشخصات العقد بين زيادة الشمن ونقصانه وبين غير هذين الامرین من المشخصات وان كان النزاع بينهما في طلب الزائد من أحدهما وانكاره من الآخر كان من قبيل المدعى والمنكر .

وبعبارة أخرى : تارة يكون الاختلاف في كيفية وقوع العقد الموجب لاشتغال الذمة ، وآخرة يكون في المقدار الذي اشتغلت به الذمة ، ففي الاول - كما لو قال الموجر قد وقع العقد على المأة ، وقال المستأجر على الخمسين - التحالف ، وفي الثاني كما لو قال الموجر : اجرتك الدار بسأة فقال المستأجر بل بخمسين - يكون الموجر مدعياً والمستأجر منكراً .

ثم انه فرق بين النزاع في مال الاجارة وبين النزاع في القرض و الابراء ونحوهما ، ففي القرض مثلاً : ان أقرض المأة فقد أقرض الخمسين التي في ضمن المأة ، لأن قوله : اقرضتك المأة ينحل الى الدنانير بعدها ، بخلاف الاجارة فلا انحلال لصيغتها بعد الدنانير المفروضة بدلاً للايجار ، نعم ينحل بنحو آخر فيكون معنى آجرتك الدار بسأة : آجرتك نصف الدار بخمسين وربعها بخمسة وعشرين ديناراً .. وهكذا ... كما ان التحالف يتصور في القرض لو اختلفا في كيفية وقوع صيغته ، كما اذا قال أحدهما : وقع العقد على المأة وقال الآخر على الخمسين لكن نتيجة الاختلاف هو الاختلاف في المقدار .

فإن كان مورد النظر في الدعوى العقد فالتداعي والتحالف وان كان مورد النظر المقدار الذي اشتغلت به الذمة فالدعى والمنكر ، وبذلك يمكن عود النزاع لفظياً كما اعترف به صاحب الجوادر .

قلت : والاولى ان نجعل العرف المرجع في تشخيص الدعوى ، والظاهر كما ذكر في الجواده فى مسألة الاختلاف في قدر الشمن بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك - ان نظر العرف في مورد الاختلاف من حيث الزيادة والنقصة سواء في مال الاجارة او العين المستأجرة الى الاثر المالي المترتب على النزاع فهم يجعلون من يريد اخذ شيء من طرفه مدعياً والآخر مدعى عليه ، وليس نظرهم الى كيفية صدور العقد ووقوعه ، فيكون من قبيل المدعى والمنكر .

وبعبارة اخرى : ان أهل العرف يرجعون الدعاوى الى المال وما يتعلق به ، فيجعلون من يريد جر المفعة الى نفسه مدعياً ومن يريد دفع الضرر عن نفسه منكراً وأما النزاع في كيفية وقوع العقد فهو نزاع علمي وليس للعرف فيه مجال .

و لعل ما ذكرنا هو وجه التأمل في تأييده كون كل منهما مدعياً عند العرف الذى امر به صاحب الجواده ، وقد ذكرنا انه رحمة الله قال بما ذكرنا في مسألة الاختلاف في الشمن لو لا النص الخاص فيه .

وعن الشيخ في المسألة قوله آخران :

احدهما ما عن موضع من المخلاف وهو القول بالقرعة مع اليمين ، قال في الجواده : ولعله لشكال الحال عليه في أنه من التداعى أو من المدعى والمنكر ، لكن قد عرفت أن المرجع هو العرف والامر عند اهل العرف فيه واضح . قال : ولم يتعرض الشيخ لما اذا نكلا معاً بعدهما ، فهل تقسم الزيادة بينهما او يوقف الحكم ؟

وجه الاول هو أن ذلك مقتضى الحكم بالعدل كما ذكرنا سابقاً في مسألة العين التي وقع النزاع عليها وليس لاحدهما يد .

لكن فيه ان مورد نصوص التنصيف هو العين كما عرفت هناك ، ولا وجه لاسراء الحكم من العين الى الدين وكونه مقتضى الحكم بالعدل محل تأمل .

و أما توقيف الحكم فان كان النزاع في ابتداء المدة فلا بأس و تكون النتيجة

انفساخ العقد ، و أما مع استيفاء المدة بعضاً أو كلاً فلا يمكن القول به كما هو واضح .

قال في الجواهر : وقد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الامرين من أجرة المثل المفروض كونها أقل مما يدعى الموجر و من المسمى الذي يدعى المستأجر على الثاني .

قلت هذا غير واضح ، لانه قد يكون المسمى الذي يدعى المستأجر أكثر من أجرة المثل ، فلا بد من أن يوخذ بمقتضى اقراره .

قال : ويحتمل القرعة بلا يمين

أقول : وجهه ما عرفت من اشكال الحال واما عدم اشتراط اليمين فليخلو بعض أخبار القرعة عنه ، لكن قد عرفت انه لا اشكال في المقام بعد الرجوع الى العرف .

والثاني : ما عن موضع من المبسوط ، حيث فرق بين وقوع النزاع قبل انقضاء المدة وبعده ، وحكم بالتحالف في الاول وتردد في الثاني بين القرعة وبين تقديم قول المستأجر .

قلت : ولعل منشأ التردد في الصورة الثانية بين القرعة التي قال بها في الخلاف والتي عرفت وجهها وبين تقديم قول المستأجر هو ما ذكرناه من نظر العرف ، لكن قد عرفت انه مع ملاحظة نظر العرف لا يبقى اشكال في تقديم قول المستأجر مطلقاً .

ومما ذكرنا يظهر الحكم في كل اختلاف يرجع إلى الزيادة والنقصانة وتحقق فيه نظر أهل العرف ... هذا كله فيما إذا عدنا البيينة .

حكم الاختلاف في الاجرة مع البيينة

قال المحقق قدس سره : « اذا اتفقا على استيجار دار معينة شهرأ معينا واختلفا في الاجرة وأقام كل منهما بينة بما قدره ، فان تقدم تاريخ احداهما

عمل بهلان الثاني يكون باطلًا ، وان كان التاريخ واحداً تحقق التعارض ، اذلا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدتين متنافيتين ، وحيثئذ يقرع بينهما ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه .

هذا اختيار شيخنا في المبسوط .

وقال آخر : يقضى بيضة الموجر ، لأن القول قول المستأجر لو لم تكن بيضة ، اذ هو يخالف على ما في ذمة المستأجر فيكون القول قوله ، ومن كان القول قوله (١) كانت البينة في طرف المدعى ، وحيثئذ نقول : هو مدع زيادة وقد اقام البينة عليها فيجب أن تثبت .

وفي القولين تردد » .

أقول : اذا كان لكل واحد من الموجر والمستأجر بيضة بما يدعىه فتارة يتقدم تاريخ احدى البيتين للعقد واخرى يكون التاريخ واحداً .

فإن كان الاول كأن قالت أحدهما : قد وقع العقد في شهر رمضان وقالت الأخرى : قد وقع في شهر شوال عمل بالمتقدم وبطل المتأخر لانه يكون عقداً على معقود عليه من المتعاقدين كما كان وهو باطل ...
وان كان الثاني - وهو اتحاد تاريخهما - أو كانت البيتان مطلقتين أو كانت أحدهما مطلقة والاخرى مؤرخة وليس في أحدهما مرجع من المرجحات المذكورة سابقاً تتحقق التعارض بين القولين ، اذلا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدتين متنافيتين ، وفي هذه الصورة قولان .

فالاول : هو القول بالقرعة مع اليمين ، وهو للشيخ في المبسوط ، فمن خرج اسمه يحكم له مع يمينه ، سواء كان الموجر أو المستأجر ، للنصوص الصريرة الدالة على ذلك (٢) ، فإن نكل الذي خرج اسمه عن اليمين احلف الآخر فان حلف

(١) في متن المسالك : « ومن كان القول قوله مع عدم البيينة كانت ... »

(٢) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصري عن أبي عبد الله(ع) قال : كان على (ع) اذا أتاه رجال [يختصمان] بشهود عد لهم سواء وعددهم ، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين . ←

حكم له ، وان نكل فالوجوه المتقدمة من التنصيف أو وجوب دفع أهل الامرين او توقيف الحكم مع ماعرفت من الكلام فيها .

والثاني : هو القضاء ببينة المؤجر وهو ابن ادريس وأكثر المتأخرین لما تقدم من أن قول المستأجر يتقدم في حال عدم البينة ، وحيث أن البينة موجودة فانها تسمع من الطرف الآخر وهو المؤجر ، والمؤجر يدعى انه قد آجر الدار بمأة وقد أقام البينة بها ، فيجب أن ثبت الخمسين الزائد ، بناءاً على حجية بینة الخارج دون الداخل كما هو المختار .

واما بناءاً على حجية بینة الداخل والخارج معًا فانهما تتعارضان وتساقطان فتعود الصورة كما لوعدما ها .

→ ثم يجعل الحق للذى تصير عليه اليمين اذا حلف » .

وعن داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع) في شاهدين شهدا على امر واحد، وجاء آخر ان فشهد اعلى غير الذى شهدا عليه [شهد الاولان] واختلفوا قال: يقرع بينهم فأيهم قرع عليه اليمين وهو أولى بالقضاء » .

وعن زراة عن ابى جعفر عليه السلام قال قلت له : رجل شهد له رجالان بأن له عند رجل خمسين درهماً ، وجاء آخران فشهدوا بأن له عنده مائة درهم كلهم شهدوا في موقف .

قال : أقرع بينهم ثم استخلف الذين أصابهم القرع بالله انهم يحلقون بالحق »

وعن داود بن أبى يزيد العطار عن بعض رجاله عن ابى عبد الله (ع) في رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود أن هذه المرأة امرأة فلان ، وجاء آخران فشهدوا انها امرأة فلان ، فاعتذر الشهود و عدلوا . فقال : يقرع بينهم فمن خرج اسمه فهو الحق وهو أولى بها »

وسائل الشيعة ١٨٣/١٨ - ١٨٤ الباب الثاني عشر من أبواب كيفية المحكم .

هذا وللشيخ قدس سره هنا فرع آخر هذا نصه : « ويفارق الالف والالفين ، لأن من شهد بألف لا يعارض من شهد بألفين لجواز الصدق فيهما ، فلهذا لم يقع التعارض ، فأثبتنا الالف بأربعة والالف الزائد بشاهدين ، وليس كذلك هننا ، لأن العقد على البيت مرتبين شهرآ واحدآ محال ، فلهذا تعارضنا ...» المبسوط ٢٦٤/٨

حكم الاختلاف في العين المستأجرة ولا بينة .

قال المحقق قدس سره : « ولو ادعى استئجار دار قال الموجر : بل آجرتك بيته منها ، قال الشيخ : يقرع بينهما ، و قيل : القول قول الموجر ، وال الأول أشبه لان كل واحد منهم مادع .

أقول : هذه صورة الاختلاف في العين المستأجرة ، فتارة يختلفان في ذاتها لأن يقول الموجر : آجرتك هذه الدار فيقول المستأجر : بل تلك ، فلا اشكال في أن كلاً منهما مبدع والمحكم فيه التحالف ، واخرى يختلفان فيها زيادة ، ونقصه ، لأن يدعى المستأجر استئجار الدار كلها فيقول الموجر . بل آجرتك بيته منها ، ففي هذه الصورة قولان أو ثلاثة ، فمن 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 للacial فعليه اليمين ، فان حلف ثبت قوله والاجاء فيه التفصيل المتقدم .

أما المحقق قدح فقد اختار هنا القول الاول وهو القرعة مع ترددہ في المسألة السابقة قال «لان كل واحد منها مدع» لكن تعليمه يقتضي التحالف لا القرعة .

حكم الاختلاف في العين المستأجرة مع البينة .

هذا كله مع عدم وجود البينة للمستأجر المدعى ، فان كان واحداً لها وأقامها حكم له .

قال المحقق قدس سره : « ولو أقام كل منهما بينة تتحقق التعارض مع اتفاق التاريخ » أو اطلاقها او اطلاقها او اطلاق احدهما ، وإذا تتحقق التعارض بينهما بالتساوي عدداً وعدالة و التاريخ واحد تساقطاً وكان المرجع القرعة ، هذا بناء على حجية بينة الداخل كالخارج ، وأما بناءً على المختار من عدم حجية بينة الداخل فإن بينة المستأجرى المسموعة ويحكم له على طبقها كما لو عدم الموجر البينة . وفي كشف اللثام : « و يحكم بالقرعة مع اليمين ، فان نكلا فالظاهر أن

البيت لما اتفقا على اجراته فهو في اجراته الى ان تمضي المدة ويقتسمان الباقي نصفين ويسقط من الاجرة بالنسبة . وكذا مع الاختلاف في الزمان . . .

قلت : ان اراد كاشف اللثام تقسيم الباقي الى نصفين مع دفع المستأجر نصف مال الاجارة ففيه : ان كلا من الموجر والمستأجر يدعى كون الباقي كلها له ، لأن المستأجر يدعى أنه قد أعطى المأة مثلا في مقابل الدار كلها ، والموجر يدعى انه قد آجر البيت فقط بمائة فيقر بعدم استحقاقه تجاه المستأجر شيئاً ، لكن نقول بكون البيت للمستأجر مع نصف الباقي ، فان استوفى منفعة النصف الآخر من الباقي كان عليه دفع ما يقابلها ، فان اراد كاشف اللثام هذا المعنى لم يرد عليه ما يشكل عليه في الجواهر بقوله : « ان المتوجه في الاول ثبوت الاجرة مع قسمة ما فيه النزاع بالنصف نعم يتوجه اجرة المثل في الاخير ، لوقوع التصرف فيه بلا اجرة ويمكن القول هنا بالقرعة بلا يمين ، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض كما سمعته في المسألة الثانية بل لعله هنا أولى » .

وفي الدروس : « فان اتحد التاريخ أعملنا أو سقطنا أو أفرع مع اليمين » الظاهر ان مراده من « اعملنا » أننا قلنا بحجية بينة الخارج فقط كانت بينة المستأجر هي الحجة ولا تسمع بينة الموجر لانه الداخل ، وان قلنا بحجية بينة الداخل سمعت بينة الموجر ، وان قلنا بحجية كلتيهما فقد « سقطنا » بالتعارض فتعود كمالو عدمها ، ويأتي فيها الوجوه المذكورة هناك ، ويحتمل وجه آخر وهو القرعة مع اليمين .
هذا كله مع اتحاد تاريخ البيتين . . .

قال المحقق : « ومع التفاوت يحكم للأقدم ، لكن ان كان الأقدم بينة البيت حكم باجارة البيت بأجرته وباجارة بقية الدار بالنسبة من الاجرة »
أقول : انه مع التفاوت في التاريخ فان كان المتقدم تاریخ بينة الدار كلها بطلت اجرة البيت لما تقدم سابقاً ، وان كان المتقدم تاريخ بينة البيت حكم باجارة البيت

بالاجرة المسممة وبجاجة بقية الدار بالنسبة من الاجرة لبطلان ماقابل البيت المفروض تقدم اجراته من تلك الدار وصحة البقية ، فلو كان مال الاجارة المتفق عليه مأة دينار غير أن المستأجر يدعى ان المأة اجرة كل الدار والموجر يدعى انها اجرة البيت فقط المفروض كونه مساوياً لنصف اجرة الدار وكان المتقدم تاريخ بينة البيت يثبت على المستأجر مأة وخمسون ديناراً ، المأة اجرة البيت وبينة الموجر و الخمسون فى مقابل بقية الدار وبينة المستأجر .

قال فى الجواهر : ولاينا فى ذلك خروجه عن دعواها التى هي وقوع عقد واحد منهمما ، و كون العوض فيه عشرة ، و انما الاختلاف فيما تضمنه فى مقابلة العشرة الدار أو البيت ، لأن الثابت فى الشرع حجية بينهما لادعواهما ، وقد اقتضى ما عرفت ، فينبغي العمل به ، لاحتمال كونه الواقع و ان خرج عن دعواهما معاً ، كما سمعته فى تنصيف العين التى ادعى كل منهما انهاله وهى فى أيديهما ، وتسعمه فى غيره بل قد يقال بوجوب العمل بكل منهما وان علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد فى اعمالهما عن الواقع فضلا عن دعواهما مع احتماله الواقع » .

حكم مألو ادعى اثنان شراء دار وهى فى يد البائع

قال المحقق قده : « ولو ادعى كل منهما أنه اشتري داراً معينة وأقبض الثمن وهى فى يد البائع ففى القرعة مع تساوى البيتين عدالة وعدداً وتاريخاً وحكم لمن يخرج اسمه مع بينته»

أقول : اذا ادعى كل منهما شراء دار معينة من مالكها وايفاء الشمن وهى بعد فى يد البائع فان كانا واجدين للبينة فتارة يتقدم تاريخ احدى البيتين ، و حينئذ يحكم لصاحبها ويدفع الشمن للآخر ، قال كاشف اللثام : «وان امكن أن يكون باعها من الاول ثم اشتراها ثم باعها من الثاني ، لحصول الجمع بين البيتين ببيعها من الثاني وان لم يشتراها لجوائز بيع ملك الغير ، لكن اذا لم يجزه انفسخ واستقر عليه الشمن» وأخرى : يتفقان تاريخاً فان كان فى احدهما شئ من المرجحات فهو ، وان تساوتا

عدالة وعدداً أقرع بينهما وحكم لمن خرج اسمه مع بيمته ، فان نكل أحلف الآخر
فان نكل كذلك قسمت الدار بينهما ورجع كل منهما بنصف الثمن .

وان عدماً البينة فهنا صور : الاولى : أن يكذب المدعى عليه - وهو صاحب
الدار - كليهما ، و حينئذ يحلف لكل منهما و يندفع عنده ، فان نكل فالقولان
السابقان من الحكم بالنكول او الرد ثم الحلف والحكم. الثانية : ان يصدق أحدهما
ويكذب الآخر ، فأما الذى صدقه فتسليم اليه الدار ، وأما الذى كذبه فيحلف له على
الانكار ، وان نكل فالقولان ، وحيث يحكم للمدعى يلزم صاحب الدار بدفع قيمة
الدار اليه ، كما هو الحكم فيما اذا صدق الثاني ايضاً بعد تصديق الاول وتسليم الدار اليه
وهل ان تصدق المدعى الاول المستتبع لدفع الدار اليه ائتلاف لمال المدعى
الثانى ؟ ان الاقرار قبل القبض تلفاً فانه يكون فى مال البائع ، اذ كل تلف قبل
القبض فهو من مال البائع ، وحينئذ لا يجب عليه الحلف للمدعى الثانى ، بل بنفس
التلف يفسخ العقد . لكن الاشكال فى كون ذلك مصداقاً للتلف ، من جهة أن البائع
ينكر أصل البيع للثانى فكيف يكون اقراره لل الأول اطلاقاً؟

وأماماً فى الجواهر «وحلف للآخر (١) ان لم نقل ان الاقرار بها قبل القبض
بمنزلة التلف لافقة سماوية ...نعم لو قلنا ان الاقرار قبل القبض ائتلاف كالافقة السماوية
لم يتوجه له اليمين حينئذ وان كان هو كما ترى» ففيه : ان كل تلف قبل القبض فهو
من مال البائع يشمل ائتلاف البائع نفسه بل يكون حينئذ من مال البائع بالاولوية .
وكيف كان فعل القول بعدم انفساخ العقد الثانى توجهت اليمين واما على

القول بشمول «كل مبيع . . .» لاتلاف البائع فالانفساخ متحقق .

لكن الصحيح هو توجيه اليمين على البائع فى محل الكلام لما ذكرنا من عدم
صدق الائتفاف بالاقرار مع انكار أصل البيع .

(١) فى الجواهر المطبوع : وان لم نقل لكن الواو زائدة . كذا أفاد السيد الاستاذ
دام ظله .

الثالثة : أن يصدق كليهما معاً ، فالحكم حينئذ هو تنصيف الدار مع يمينهما اذ تكون كالعين المخارجية التي وقع النزاع عليها او هى في يد المتنازعين ، لانه مع اقرار البائع لهما تكون يده بمنزلة يديهما ، ثم ان صدقهما فيأخذ الثمن منهما استرجع لكل واحد نصف مادفع اليه .

الرابعة أن يصدق كل واحد في النصف ، فيحكم بالنصف لكل منهما مع حليفه له على انكار النصف الآخر - فان كان مقرأً بأخذ كل الثمن من كل واحد وجب ارجاع النصف والاختلف على انكار أحد الكل ، فان نكل وحلف المدعى أخذ منه الخامسة أن يقول : لا اعلم لمن هي منكم ، فيكون اقراراً بأنها ليست له ، وحينئذ تكون كالعين التي تنازع عليها اثنان مثلاً وليس لاحدهما عليها يد ، وفيها أقوال : احدها : الحكم بالتنصيف ، والثانى القرعة مع اليمين ، والثالث : القرعة بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفاً معاً .

وهل يقبل قول البائع لاحدهما ؟

قال المحقق قدس سره : «ولا يقبل قول البائع لاحدهما ويلزمه اعادة الثمن على الآخر ، لأن قبض الشمرين ممكّن ، فتزدحم البيتان فيه»

أقول : وحيث تساوت البيتان وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه فهل يقبل قول البائع لاحدهما لان كان بعد الحكم ، لانه حينئذ تزول يده وترتفع فلا اعتراض لقراره لكن في كشف اللثام : «ويحتمل القبول ، فيكون المقرله ذا اليد فتقدّم بيته أو بيته الآخر على الخلاف» وفيه - كما في الجواهر - أن جزم المحقق قده وغيره بعدم قبول قول البائع مبني على ان ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعة وبعد انتزاع الدار من البائع بالبيتان ، فانهما وان اختلفتا في تعيين المالك لكنهما متوافقان على تحقق البيع لاحدهما وخروج الدار به عن ملك البائع ، فلا وجه للاحتمال المزبور .

وعلى كل حال يلزم البائع اعادة الثمن على المدعى الآخر الذي لم تكن له

الدار ، لأن قبض البائع الثمينين من المدعىين ممكن فتزدحم - أى تجتمع - البينتان فيه كما اجتمعتا في خروج الدار عن ملك البائع بخلاف عقد البيع حيث قامت كل واحدة منهمما على وقوعه مع كل واحد منها دون الآخر ولو نكل من خرج اسمه بالقرعة حلف الآخر كما تقدم قال المحقق : « ولو نكلا عن اليمين قسمت بينهما ويرجع كل منها بنصف الثمن » .

أى : ولو نكل من أخرجته القرعة والطرف الآخر عن اليمين قسمت الدار بينهما على النصف لما تقدم من انه الحكم بالعدل ، وعلى البائع ارجاع نصف كل من الثمينين الى كل من المدعىين ، وليس له انكار الاخذ لاثبات البينتين ذلك و قال كاشف اللثام : « الا اذا اعترفا او اعترف أحدهما او شهدت بنيتها او احداهما بقبض المبيع ، فمن قبضه من بائعيه باعترافه او بشهادة بينة لم يكن له الرجوع عليه بشيء من الثمن ، لثبت استحقاقه له بالأقرار أو بالبيبة ، غاية الامر انه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك »

و قد سبقه الى ذلك الشهيد الثاني في المسالك فانه قال في المسألة الآتية : « وحيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذلك اذالم ت تعرض البيبة لقبض المبيع ولا اعترف به المدعى ، والا فاذا جرى القبض استقر العقد وما يحدث بعده فليس على البائع عهده » .

وبتقىدهما اليه العلامة في التحرير (١) .

واعترضه في الجواهر بقوله : « وفيه ان الاعتراف بالقبض أو ثبوته بالبيبة لا ينافي الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبيبة كما هو واضح

(١) حيث قال : « ولو نكلا قسمت العين بينهما و ليس لاحدهما الرجوع على بايعه بشيء ان كان قد اعترضا بقبض السلعة من البائع لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع » . ٢ / ١٩٨ .

اللهم الا ان يقال : ان عدم الرجوع بعد القبض لتر كهما اليمين باختيارهما . ولكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل ، بل لا يتم فيما سمعته من كشف المثام اخيراً على ان ترك اليمين ان كان مقتضاياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده » . أقول : و الاقرب هو الاول ، فلو اشتري مالا من باعه و قبضه و اقبض الشمن ثم تركه امانة عند البائع فأقام رجل البينة لدى الحاكم على أنه قد اشتري المال منه و حكم الحاكم بدفع المال اليه لم يكن للمشتري الاول مطالبة البائع بالمال ولا بالشمن لانه مال قد تلف بعد القبض فهو من مالكه لامن مال البائع . نعم لو كانت العين باقية عند البائع من دون اذن المشتري فهو لها ضامن لكن بدليل : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » وهذا بحث آخر .

و قول صاحب الجواهر : « ان الاعتراف ... لا ينافي الرجوع بالشمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينة » . فيه انه خروج عن فرض القوم و هو الاعتماد على اقرار المشتري و لم ينكشـف خلاف .

و قوله : « على أن ” ترك اليمين ان كان مقتضاياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده » ،

فيه : ان 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 مستندأ الى المشتري والا فيكون في ماله ... الا ان في صدق « الالاف » على النكول عن اليمين » تأملا .

و هل لهمما الفسخ ؟

قال المحقق قده : وهل لهمما أن يفسخا ؟ الاقرب : نعم لبعض المبيع قبل قبضه » .

أقول : و كيف كان فهل لهمما مع تقسيم الدار بينهما أن يفسخا البيع الذي

ثبت لكل منها باليقنة ؟ قال المحقق : « نعم لبعض المبيع قبل قبضه ». ووجه العدم : ان البعض جاء من قبلهما .

قلت : لكن ليس المورد من تبعض الصفة لأن ذلك يكون في العقد لا القبض فإذا وقع العقد على شرطين بصورة الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكاً للبائع ، فيبطل العقد بالنسبة إليه ، ويجوز للمشتري ان يفسخ المعاملة بالنسبة الى الآخر ، وهذا معنى بعض الصفة .

وأما اذا كان العقد صحيحًا بالنسبة الى كلا الجزئين ، فسلم أحدهما دون الآخر ، فلا خيار ، بل يلزم البائع بتسلیم الآخر .

و هنا تكون احدى المعاشرتين 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 الحكم بالبيضة بالتصنيف يكون لكل نصف ، فيكون نظير درهم الودعى . فالصلاح هو العدم وبناء على الفسخ فهو فسخاً كانت العين للبائع ورجع كل واحد منهمما عليه بالثمن كله .

حكم مالوفسخ أحدهما دون الآخر

قال المحقق : « ولو فسخ أحدهما كان الآخر أخذ الجميع لعدم المزاحم وفي لزوم ذلك عليه تردد أقربه للزوم » .

أقول : ولو فسخ أحدهما فهنا فرعان الاول انه لوفسخ أحدهما فهل للآخر أخذ جميع الدار أم لا ؟ فيه قولان ، ذهب المحقق قدس سره الى الاول ، واستدل له بقوله « لعدم المزاحم » أي : لأنك كان يدعى شراء جميع الدار من البائع وقد أقام البيضة على ذلك ، لكن عارضه دعوى الآخر وبيته وحيث فسخ ذاك ما كان يدعى به من العقد فقد بقى هذا بلا مزاحم فكان له أخذ الجميع الذي كان يدعى به .

وقد حكى الثاني عن الشيخ قدس سره ، وجراه هو : أن الحكم قد قضى له بنصف الدار دون النصف الآخر فلا يعود إليه .

وفيه : ان مقتضى البينة هو الجميع لكن منعه عن أحد المدعى الآخر الذي ادعى شراء الجميع كذلك ، الامر الذى سبب حكم الحكم بالتنصيف لكن مع فسخ الآخر يرتفع المانع فيؤثر المقتضى أثره .

وقد نسب الشهيد فى الدروس الى الشيخ القول بالفرق بين كون الاخذ الاول أو الثاني حيث قال : « ولو فسخ أحدهما فللآخر الجميع وفيه أوجه ثالثها وهو مختار الشيخ فى المبسوط : الفرق بين كون الاخذ الاول أو الثاني ، لأن القضاء لل الاول بالنصف اذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحكم وليس له نقضه بأخذ الجميع ، ومعنى بالاول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى بخلاف ماذا فسخ المفاتحة فان الشانى يأخذ الجميع قطعاً لا يجاب بينة الجميع مالم ينزع .

«والاقرب أن لكل منهما الاخذ»

وقد ضعف صاحب الجواهر قدس سره هذا التفصيل كذلك . ثم قال : «وتوهم أن مقتضى الفسخ الرجوع الى البائع لاليه بمقتضى الحكم الظاهري مدفوع بأن التنصيف قد كان جماعاً بين البينتين ، ومع فرض الفسخ استقلت بينة الآخر بكون الجميع له بلا معارض ، بل المتوجه صيرورة ذلك له قهراً عليه لانه مقتضى دعواه وبيته» .

والثانى : انه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب ؟ وجهان من وجود المقتضى وعدم المانع كماعرفة مع انتفاء المقتضى لل الخيار وهو بعض الصفقة، ومن استصحاب الخيار الثابت له قبل الفسخ ، ومن هنا تردد المحقق قدس سره ، لكن قال : «أقر به المزوم» واستدل له صاحب الجواهر بالاصل وهو اصاله المزوم في العقود «وغيره» من الادلة القائمة على لزوم العقد ، وكل ذلك يتقدم على الاستصحاب ان تم في المقام . هذا ولكن الصحيح عدم جواز أخذ الجميع ، لاما ذكره الشيخ قده بل لأن النصف الثانى يصير بعد الفسخ الى ملك البائع - لانه يعود الى ملكه كما كان

حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينة الآخر بكون الجميع له بلامعارض - بل هو ملك جديد يصير إلى البائع بالفسخ فليس للآخرأخذ هذا النصف - وماذ كرنا نظير ما إذا باع أحد الشركين نصفه الواقع اليه بحكم الحاكم إلى البائع ، فإنه ملك جديد للبائع بسبب جديد ، فلا يجوز للآخر ان يدعى عليه هذا النصف ايضا .

فإن قيل : تتحقق الملك الجديد للبائع بسبب البيع واضح وليس الفسخ كذلك ، بل اثره في محل الكلام كون المعاملة بالنسبة إلى هذا النصف الذي وقع الفسخ فيه كالعدم ، فللاخر المطالبة به بمقدمة بينته .

قلت : لاشكال - بل الظاهر أنه لاختلاف - في أنه تتحقق الملك للبائع بالفسخ من حينه ولذا يكون النماء المحاصل بين العقد والفسخ للمشتري فيكون الشيء ملكه له مرة أخرى بعد بيعه اياب .

ومن هنا وقع الكلام في تأثير اجازة المالك لبيع الفضولي ان كان مالكاً للمال حين الاجازة لاحين العقد ، وال الصحيح عدم كفاية هذا التملك في انفاذ البيع بالاجازة .

على ان الفسخ من آثار التعارض فكيف يكون نافياً للتعارض ؟

والحاصل انه ليس للآخرأخذ الجميع لأن المزاحمة قد ارتفعت بالفسخ من حينه والتي كانت من حين العقد لم تترفع بهذا الفسخ .
هذا كله اذا كانت العين في يد البائع .

ولو كانت في يد أحدهما فتارة لابينة وحينئذ يقضى بها له وعليه اليمين للآخر .

وآخر يقيمان البينة وحينئذ يحكم للخارج على رأي وللداخل على آخر وقد تقدم .

حكم مالوادعي اثنان شراء ثالث المبیع من كل منهما .

قال المحقق قدس سره : « ولوادعي اثنان أن ثالثاً اشتري من كل منهما هذا

المبیع وأقام كل منهما بینة ، فإن اعترف لأحدهما قضى عليه بالشنون ، وكذا إن اعترف لهما قضى عليه بالشمنين ، وإن أنكر وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قضى بالشمنين جميعاً لمكان الاحتمال » .

أقول : هذه المسألة عكس المسألة السابقة ، فلو ادعى اثنان أن ثالثاً اشتري من كل منهما مبيعاً معيناً ، فإن اعترف المشتري بالشراء لاحدهما قضى عليه بالثمن ، وإن اعترف به لكل منهما قضى عليه بالثمنين ، لأن اقرار العقلاء على انفسهم حجة وشراؤه من كليهما أمر ممكناً ، كأن يكون قد اشتري العين من أحدهما ثم باعه من الآخر ثم اشتراه ، أو باعه لرابع فباعه الرابع من المدعى الآخر فاشتراه المشتري منه .

وان لم يعترف مطلقاً وأقام كل واحد منهمما بينة فانكرهما فتارة يختلف تاريخ البيتين أو تكونان مطلقتين وأخرى يكون التاريخ واحداً ، فإن اختلف أو كانت مطلقتين قضى عليه بالثمنين ، لما تقدم من امكان شرائه العين من أحدهما ثم بيعه من الآخر - أو من رابع فباعه من الآخر - ثم شرائه منه ومهما امكن الجمع بين البيتين وجب بخلاف المسألة السابقة ، لما قبل من أن الشراء لا يجوز لملك نفسه والبيع يجوز لملك غيره ولو فضولاً .

وفي كمامي الجوهر ان الاحتمال في الشراء لمال نفسه فضولاً عن الغير ممكناً أيضاً ، كأن يشتري العين من أحدهما ثم يوكل زيداً في بيعه من الغير ثم اشتري فضولاً من الغير .

هذا مع أنه لأثر لهذا الشراء عن الغير لأن المفروض عدم أخذه شيئاً عن الغير .

فالاولى في وجه الفرق ما ذكره في الجوهر من أنه اتحاد المدعى به في المسألة السابقة وهو شراء المبيع من مالكه الا انه لم يعلم السابق منهمما ليكون شراء اللاحق في غير محله . بخلاف هذه المسألة فإن المدعى به استحقاق الثمن الذي ثبت بثبوت سببه ، فمع فرض قيام البينة به في وقتين مثلاً وجب المسبب حتى لو كان المدعى واحداً .

وبعبارة أخرى : العين الواحدة لا يمكن ان تكون بجميعها لاثنين ، هذا في

تلك المسألة ، أما في المقام فالمدعى به هو الشمنان من جهة تعدد العقد وان كانت العين واحدة ، فاذا تكرر العقد تكرر الشمن لامكان الشراء ثم البيع والشراء كما عرفت أما المبيع فلا يتكرر بتكرر البيع . فظهور امكان الجمع بين البيتين هنا وعدم امكانه هناك .

نعم لو كان الشمن شيئاً معيناً خاصاً وكل منها قد ادعاه بسبب كونه البائع لشمنه وأقام كل واحد بینة تتحقق التعارض ولو مع اطلاق البيتين هذا .
وفي المسالك : ويحتمل كونهما حينئذ كالمؤرختين بتاريخ واحد لأنهما ربما شهدتا على البيع في وقت واحد والاصل براءة ذمة المشترى فلا يؤخذ إلا باليقين «قال في الجوادر: ولعله لذا كان المحكم عن ظاهر الشيخ التردد» .
لكن فيه - كمافي الجوادر - أن البينة ظاهرة في تعدد البيع والاصل تعدد المسبب بتنوع سببه .

قال المحقق : «ولو كان التاريخ واحداً تتحقق التعارض اذا لا يكون الملك الواحد لاثنين ، ولا يمكن ايقاع عقدين في الزمان الواحد ، فيقع بينهما ، فمن خرج اسمه أحلف وقضى له» .

أقول : ودليل القرعة ما تقدم ذكره سابقاً من النص والفتوى على أن القرعة حكم البيتين المتعارضتين بعد فقد الترجيح بينهما بأحد المرجحات المذكورة هناك ، فمن خرج اسمه أحلف وقضى له بالشمن الذي شهدت به البينة فان امتنع أحلف الآخر وقضى له كذلك .

قال : «ولو امتنعنا من اليمين قسم الشمن بينهما» .

أى : لو امتنع من خرج اسمه بالقرعة ، فردت على الآخر فامتنع كذلك ، قسم الشمن بينهما ان كان قابلاً للتقسيم ، والا فليكل واحد من المدعين نصف ما ادعاه من الشمن .

وقد تقدم في نظير المسألة احتمالات أخرى .

حكم مالوادعى شراء المبيع من زيد وادعى آخر شراءه من عمرو
قال المحقق قده : « ولو ادعى بشراء المبيع من زيد وقبض الثمن وادعى
آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن وأقاما ببيان متساوين في العدالة والعدد والتاريخ
فالتعارض متحقق » .

أقول : في هذه المسألة لوصدق البائعان المشتررين أو صدق أحدهما من
يدعى الشراء منه وجب على المصدق تسليم العين أو رجاع الثمن الذي أخذه .
ومع عدم التصديق فلو أقاما ببيان فان كانت أحدهما ارجح أو كان تاريخها
أقدم من الآخر حكم لصاحبها دون الآخر ، فان كانتا ببيان متساوين في العدالة
والعدد والتاريخ فالتعارض متحقق .

« فيشنذ يقضى بالقرعة ويحلف من خرج اسمه ويقضى له » بالعين ويرجع
المشتري الآخر على باعه بالثمن .

فإن نكل من خرج اسمه أحلف الآخر « ولو نكلا عن اليمين قسم المبيع
بينهما » على السوية . وقد عرفت وجوداحتمالين آخرين وهوما القسمة بلاقرعة ،
والتساقط للبيانتين والتصنيف كذلك وإذا قسم المبيع كذلك .
هذا إذا كانت العين في يد البائعين .

ولو كانت العين بيد المشتررين فلكل واحد منهمما يدعى 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 بنى على تقديم بينة الداخل أو الخارج ، وحيث يقضى
لأحدهما يرجع الآخر بالثمن ، كما بيته الحكم على ما ذكر فيما لوصدق أحد
البائعين مشتريه فإنه يوجب كونه ذايد ، ومع تصديق كليهما يكون كل واحد منها
ذايد والحكم حينئذ هو التنصيف كمالاً عندما معاً البينة .

وحيث يحكم بالتصنيف يرجع كل واحد بنصف الثمن كما قال المحقق قده

ورجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن» .

وهل لهم الفسخ؟

ثم قال: «ولها الفسخ والرجوع بالشمينين»

أقول : وجه الفسخ هو دعوى بعض الصيغة ، وقد عرفت ما فيهـا ، وبناءـا على ما ذكرنا سابقاً يكون النصف الآخر كالنالـف وهو من مال بائـعهـو للمـشتـرى المـطالـبة بنـصفـ الشـمـن .

وقد جوز كاـشفـ اللـثـامـ الفـسـخـ بـشـرـطـ عدمـ الـاعـتـرـافـ بـكـوـنـ التـلـفـ بـعـدـ القـبـضـ .

وقد ذكرنا انه ان كان التلف بعد القبض موجباً للتبغض بأن تكون البينة كاـشـفـةـ عنـ كـوـنـ العـيـنـ مـسـتـحـقـةـ الغـيـرـ حينـ العـقـدـ كماـ يـقـولـ صـاحـبـ الجوـاهـرـ كانـ لهـ الفـسـخـ والـرجـوعـ ، لكنـ قدـ عـرـفـتـ انـ ذـلـكـ غـيـرـ قـامـ .

والحاـصلـ انهـ لاـ يـجـوزـ الفـسـخـ ، وـبـنـاءـاـ عـلـىـ جـواـزـهـ لـمـ يـجـزـ لـلـآـخـرـ أـخـذـ الجـمـيـعـ كماـ نـصـ عـلـيـهـ المـحـقـقـ حيثـ قـالـ : «ولـ فـسـخـ اـحـدـهـماـ جـازـ وـلـمـ يـكـنـ لـلـآـخـرـ أـخـذـ الجـمـيـعـ ، لـانـ النـصـفـ الـآـخـرـ لـمـ يـرـجـعـ إـلـىـ بـائـعـهـ» لـانـ المـفـروـضـ كـوـنـ النـصـفـ الـآـخـرـ لـلـبـائـعـ الثـانـيـ .

وحيـثـ يـعـرـفـ المـشـتـرىـ بـكـوـنـ التـلـفـ بـعـدـ القـبـضـ لـمـ يـكـنـ لـهـ خـيـارـ الفـسـخـ ، لأنـ المـالـ لـهـ وـالـلـفـ فيـ مـالـهـ . نـعـمـ لـهـ الفـسـخـ بـنـاءـاـ عـلـىـ كـوـنـهـ مـنـ تـبـعـضـ الصـيـغـةـ .

هـذـاـ وـفـيـ الـجـوـاهـرـ : انهـ قدـ يـتوـهمـ منـ اـقـتـصـارـ المـصـنـفـ فـىـ التـعـارـضـ عـلـىـ الصـورـةـ المـزـبـورـةـ عـدـمـهـ فـىـ غـيـرـهـاـ ، معـ انـ الـظـاهـرـ تـحـقـقـ ذـلـكـ أـيـضاـ فـىـ صـورـةـ الـاطـلاقـ ، اـذـهـىـ كـغـيـرـهـاـ مـنـ صـورـ الـاطـلاقـاتـ السـابـقةـ ، بلـ وـكـذـاـ لـوـ اـطـلـقـتـ اـحـدـهـماـ وـارـختـ الـآـخـرـ بـنـاءـاـ عـلـىـ دـمـ الـحـكـمـ بـتـأـخـرـ مـجـهـولـ التـارـيخـ عـنـ مـعـلـومـهـ كـمـاـ حـرـرـ فـىـ مـحـلـهـ . نـعـمـ لـوـ كـانـاـ مـؤـرـخـينـ بـتـأـريـخـينـ مـخـلـفـينـ فـيـهـ الـبـحـثـ السـابـقـ فـىـ تـقـدـيمـ الـمـلـكـ السـابـقـ وـعـدـمـهـ .

أـقـولـ : قـدـ عـرـفـتـ فـىـ الـمـسـأـلـةـ السـابـقـةـ قـوـلـ الـمـحـقـقـ قـدـسـ سـرـهـ بـالـقـضـاءـ بـالـشـمـينـ جـمـيـعـاـ

في صورة اختلاف البينتين في التاريخ أو اطلاقهما قال : «لمكان الاحتمال وامكان الجمع بين البينتين ، وقد وافقه صاحب الجواهر قدس سره واشكال على المسالك القائل بالتعارض والحكم بالتصنيفأخذًا بالقدر المتيقن وان الاصل براءة المشترى يعني : انه ان كان الجمع ممكناً فهو أولى ، لكنه يكون في صورة كون الشهادتين مبنيتين ، أما مع اجملهما فلا (فيكون نظير ما اذا قامت البينة على أن أحد هذين الشخصيين هو المتفق لمال لزيد فإنه يجري في حق كل منهما اصالة البراءة فلا يلزم احدهما بشيء) وحيث يكون مجملًا يؤخذ بالمتيقن ويجرى الاصل في غيره . . . فاشكال عليه في الجواهر بان البينة ظاهرة في التعدد والاصل تعدد المسبب بتعدد سببه . . . فقوله هنا بأن الظاهر تحقق ذلك أまさاً في صورة الاطلاق ينافي ما ذكره هناك ، فما عبر عنه بالتوهم هو الصحيح .

ولو شهدت احداهما بوقوع البيع يوم الخميس والاخرى بوقوعه يوم الجمعة فالمتأخر باطل ان كان البيع واحداً ، والا فان امكن الجمع فهو والا كان الثاني باطلا .

ثم انه يلزم ان تكون الشهادة على الملك ، ولذا لا تسعم دعوى الشراء من زيد حتى لو أقام البينة ، بل يلزم ان تكون الدعوى والشهادة كلتاها مشتملتين على شراء العين منه وأنها ملك له ، اذ يجوز - في مفروض المسألة هنا - ان يكون قد اشتري احدهما العين للآخر وان يكون باعها أحد البائعين وكالة عن الآخر أو فضولاً ، وهذا ما ذكره العلامة في القواعد والشهيد الثاني في المسالك قال : وسيأتي اختيارات المصنف ايام وكيانه تركه هنا تكالا عليه . . . وبالجملة انه يتشرط أن يكون المدعى و المشهود به هو الشراء من المالك ، سواء ثبتت ملكية البائع باليد أو بالبينة (١) .

(١) هذا اشاره الى عباره المسالك التي اوردتها صاحب الجواهر وقال بأنها تطويل

بلاطائل .

حكم ما لو ادعى عبد أن مولاه اعتقه وادعى آخر شراءه من المولى .
 قال المحقق قدس سره : «لو ادعى عبد أن مولاه اعتقه وادعى آخر أن
 مولاه باعه منه وأقاما البينة قضى لasicق البيتين تاريجاً، فإن اتفقا قضى بالقرعة مع
 اليمين » .

أقول : لو ادعى عبد أن مولاه اعتقه وادعى شخص آخر أن مولى العبد قد
 باعه منه فهما مدعيان ، والمولى هو المدعى عليه وذو اليد سواء كان العبد بيده أو
 بيد المشتري أو غيرهما أولاً في يده... فان لم تكن لأحدهما بينة و كذبهما المولى
 حلف لهما بيمينين لأنه المدعى عليه ، ان صدق أحدهما وكذب الآخر قضى لمن
 صدقه وهل يحلف لمن كذبه أو لا؟ قولان ذهب العلامة الى الاول والشهيد الثاني وكاشف
 اللثام الى الثاني تبعاً للمبسوط ، ومنشأ الاختلاف هو ترتيب الاثر على هذه
 اليمين وعدمها ، فهو نزاع صغير ، لأنهم متافقون على أن اليمين على الانكار إنما
 تكون فيما إذا كان للأقرار أثر في ذلك المورد ، قال كاشف اللثام : «والحق ما في
 المبسوط من أنه ان صدق المشتري لم يحلف للعبد ، لأنه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم
 يقبل لكونه اقراراً في حق الغير ولم يلزم به غرم ، وكذا ان صدق العبد لم يحلف
 للمشتري ، لأنه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالاتفاق قبل القبض وهو كالاتفاق
 السماوية في انساخ البيع به ، نعم ان ادعى عليه قبض الشمن حلف له ان أنكره».

وقد وافق صاحب الجواهر العلامة وصور الشمرة في المسألة حيث قال :
 «وفيه منع عدم توجيه اليمين للمشتري ، مع اقراره المستخرج باليمين يكون من
 المحيلولة لالتلف فيغrom له القيمة، ولذا جزموا في المسألة السابقة وهي دعوى الاثنين
 شراء العين من شخص هي في يده ان لو أقر لاحدهما كان اليمين عليه للآخر ، بل
 وله اليمين على المقر له ، فلا يبعد حينئذ انه يكون هنا أيضاً له اليمين على السيد
 والعبد ، كما انه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الاقرار للمشتري ، لعموم قوله

وغيره يحکم بحریته ان لم نقل بوجوب شرائه فعلاً عليه كما عن بعضهم التصریح
بـ «البینة الخ». وفائدة ثبوت المحریة فی حقه علی وجه لو انتقل اليه بعد ذلك بارت
عکسیه

هذا كله مع عدم البينة ومع وجود البينة يقضى لمن أقامها ، وان اقاماها معاً
فان كانت احداهما أرجح أو أقديم تارياً خالق قضى لها ، وان اتفقنا فى العدد والعدالة
والتاريخ قضى بالقرعة فمن خرج اسمه حكم له بيمينه ، فان نكل حلف الآخر
وقضى له .

«ولو امتناع من اليمين قيل يكون نصفه حراً ونصفه رقاً للمدعي الابتياع ، ويرجع
بنصف الشمن» لادلة التنصيف المذكورة سابقاً (١) وقد تأمل صاحب الجواهر في
شمول تلك الأدلة لمثل الفرض الذي أحد طرفيه الملك والآخر الحرية ، وحينئذ
يكون الحكم لمن أخر جته القرعة ، أي يقتصر على الملكية لمدعي الشراء والحرية
للعبد (٢) . وعلى الاول - وهو قول الشيخ وجماعه - يرجع المشترى بنصف الشمن
الذى أقپضه المولى .

وهل لله ولد خيار الفسخ

وهل يكون للمولى خيار الفسخ؟ قالوا: نعم لبعض الصفقة، وقد قلنا سابقاً
بيان التبعض الموجب لل الخيار غير صادق هنا، لأنك كالنلاف قبل القبض على أثر حكم
الحاكم.

وعلى ما ذكرنا من ثبوت الخيار قال المحقق : « ولو فسخ عتق كله ، وهل يقوم على بائعه ؟ الاقرب نعم ، لشهادة البينة ب المباشرة عنته » فهنا فرعان ، أحدهما انه لفسخ مدعى الشراء يرجع على المولى بكل الشهرين ، وحينئذ ينعتق العبد كله لزوال المزاحم البينة القائمة على ان المولى اعنته والثاني : انه لو لم يفسخ المشترى

(١) راجع الباب ١٢ من ابواب كيفية المحكم واحكام الدعوى .

(٢) لقد ذكرنا في محله أن التنصيف يكون في كل مورد يقبله.

فهل يقوم العبد على البائع ان كان موسراً اولاً؟ قال المحقق : الاقرب : نعم لشهادة البيينة بـ «بماشرة عنقه» فيتم شرط السراية . وقد وافقه على ذلك المسالك والجواهر . وفي المسالك عن الشهيد الاعتراف على ذلك «بأن الواقع في نفس الامر اما العتق او الشراء او ليس احدهما ، وأيما كان امتنع معه التقويم على المالك والسرaya ، اما على تقدير العتق فلان يكون للمجموع ومع عتق المجموع لا بعض موجود حتى يقوم . واما على تقدير الشراء فلانه ايضاً للجميع فلا سبب للتقويم ، اذ السبب عتق البعض وهو منتف ، ومنهما يظهر انتفاءه على تقدير انتفائهما » .

أقول : وفي الدروس اشكال آخر أيضاً حيث قال : «ولانه عتق قهرى فلا يقوم عليه» اي أن شرط التقويم والسرaya هو ان يكون عنقه للنصف بالاختيار بناء على أن الموجب القهرى كالارث لا يوجب السراية وهذا الاختيار منتف لأن بيته العبد شهدت بعقد الكل ، و حرية بعضه كانت بحكم الحاكم لا اختيار المولى فلامورد للسرaya .

لكن يمكن الجواب عنه بتحقق الاختيار هنا ، لأن مع شهادة بينة العبد بعقد الكل فقد اعنى النصف ، فان مبني بعض الصفة هو ان من باع الكل فقد باع البعض والالم يتتحقق البعض فى مورد ، فظاهر انه قد باع النصف بالاختيار لكن البعض تتحقق بحكم الحاكم بمقدسى البيتين لانه امر انتزاعى منشأه هنا الحكم المذكور . وأما اشكاله الاخر المبتنى على العلم الاجمالى فى المقام فقد أجابوا عنه بأن مخالفة العلم الاجمالى مخالفة حتمالية لامانع منها ، ولو غسل يده المنتجسسة بماء مشكوك الطهارة فإنه يستصحب ظهارة الماء ونجاسة اليدي معه ولا مخالفة قطعية للعلم الاجمالى ، وفيما نحن فيه ان علمينا بان العبد اما مملوك كله - للمولى او للمشتري واما حر كله والحكم بالتصنيف يخالف العلم المذكور ، لكن لا يلزم من ذلك مخالفة قطعية من المشتري والعبد . نعم الحاكم يعلم بأن حكمه مخالف للواقع ، الا ان ملزمون بمتابعة حكمه رعاية لمصلحة رفع الخصومة وفصل النزاع .

هذا ولو حصل لنا العلم بعدم وجوب شراء النصف من المشترى - لانه اما كله ملك للمشتري واما كله حر فيحصل العلم التفصيلي بعدم وجوب شراء المولى النصف من المشترى ولا تقتضى ظواهر الادلة ذلك ، بل يتوقف القول به على قيام دليل آخر . وهذا الاشكال آخر .

ولو كان العبد في يد المشترى فان قدمنا بينة الداخل حكم له وان قدمنا بینة الخارج حكم بالعتق لأن العبد خارج قاله في الجواهر تبعاً للدروس لكن تقدمنا القول بأن ذا اليدي هو المولى وان كان بيد المشترى .

لا يقال تقدم بينة العبد لأن له يداً على نفسه ان قدمنا الداخل والاقدمت بينة الشراء لأننا نقول انما يصير له يد بالعتق وثبوت الحرية ، وقد نسب في الجواهر القول المذكور الى بعض العامة .

(مسائل)

(الاولى : لو شهد للمدعي بملكية الدابة منذ مدة فكذبتها سنها)

قال المحقق قدس سره : «لو شهد للمدعي بأن الدابة ملكه منذ مدة فدللت سنها على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر سقطت البيينة لتحقق كذبها» .

أقول : لو شهدت البيينة للمدعي بملكية الدابة بأنها ملكه منذ خمس سنوات مثلاً فدللت سنها على كون عمرها أقل من تلك المدة دلالة قطعية ، أو شهدت بأنها نتجت عند المدعي منذ خمس سنوات فدللت سنها دلالة قطعية على أن عمرها أكثر من تلك المدة سقطت البيينة عن الحججية لتحقق كذبها .

أما لو كانت الدلالة على الأقلية أو الأكثريّة ظنية لا قطعية ففي الجواهر : لا ينبغي التأمل في عدم معارضته لشهادة التعبدية . . . ولا اطنه قوله لا أحد .

لكن عن بعض نسخ الشرائع «قطعاً أو أكثر ياً» وهي التي شرحها في المسالك فقال : «أما على تقدير كون الدلالة قطعية فواضح لأن الكذب حينئذ قطعى ، وأما على تقدير الأكثريّة فالدلالة ظنية ، ويشكل معارضتها للحاكم الظاهر من عدالة الشاهد . و في التحرير اقتصر في الحكم بسقوط البيينة على الدلالة القطعية وهو أولى» وكيف كان فالصحيح ما ذكره في الجواهر ، إنما الكلام في بطلان البيينة مطلقاً أو في خصوص ما كذبت؟ قال : الظاهر الثاني . قلت : بل الأول ، إذ لا عرفية لبيينة يسقط بعض مدلولها بتكذيب السن له ويقى البعض الآخر .

(المسألة الثانية)

(لو شهدت بالشراء ولم تشهد بالملكية أو التسليم)

قال المحقق : « اذا ادعى دابة في يد زيد وأقام بينة انه اشتراها من عمرو ، فان شهدت بالملكية مع ذلك للبائع او للمشتري او بالتسليم قضى للمدعى وان شهدت بالشراء لغير قيل : لا يحکم ، لأن ذلك قد يفعل فيما ليس بملك ، فلا تدفع اليه المعلومة بالمظنو و هو قوى وقيل : يقضى له ، لأن الشراء دلالة على التصرف السابق الدالة على الملكية » .

أقول : لا كلام في ترتيب الاثر على ما اذا 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 الان ملك لزيد ، أو بالتسليم من عمرو لزيد بـأن قالت : نشهد بشراء زيد هذه الدابة من عمرو و تسليم عمرو ايها لزيد .

انما الكلام فيما اذا تجردت الشهادة عن ذلك ، بأن شهدت بالشراء لغير ، ففي المسألة قولان ، و كلاهما للشيخ قدس سره ، أولهما وهو العدم قوله في المبسوط و اختياره المحقق والاكثر كما في المسالك والثانى وهو القبول قوله في الخلاف و وافقه العلامة في المختلف .

توضيح دليل الاول هو : ان هذه الشهادة لا تدل على الملكية لا بالمطابقة ولا

بالالتزام ، أما مع اضافة الملكية فالدلالة تامة بالالتزام ، ومع اضافة التسليم توجد دلالة التزامية على أمر هو أمارة على الملك ، لأن التسليم أمارة على اليد التي هي أمارة على الملكية .

وتوسيع دليل الثاني هو : ان الشراء يكشف عن التصرف السابق الدال على الملكية كما ان اليد السابقة امارة عليها ، اذ كما ان الظاهر من اليد كونها اصالة لانية ولا عدواناً فكذا التصرف بالبيع والشراء وان لم يكن المال في يده .

قلت : فرق بين «اليد» و«التصرف» فان الاول أمارة على الملك شرعاً وعقلاً بخلاف الثاني ، فقد يكون قوله «بعثت» في ملك غيره ، وهذا القول وان كان تصرف ا لو صدر من المالك لكنه بمجرده لا يترتب عليه أى اثر لاوضعي ولا تكليفى فهو لغو .

فظهور مما ذكرنا ان البحث هو في دلالة هذه الشهادة على الملكية وعدم دلالتها ، وليس البحث مبنياً على ما ذكره صاحب الجوادر ، فلو قامت بينة على شراء زيد المال من عمرو فهى ليست بحججة فلا ربط للبحث بالرجح ومسألة الداخل والخارج فتلك مسألة اخرى ولا وجه لبناء هذه المسألة على تلك .

(المسألة الثالثة)

(حكم دعوى رقية الصغير المجهول النسب)

قال المحقق قدس سره : « الصغير المجهول النسب اذا كان في يد واحد وادعى رقية قضى بذلك ظاهراً . وكذا لو كان في يد اثنين » .
أقول : وجه الحكم برقية الصغير للمدعى هو : أن رقية هذا الصغير أمر ممكن والمدعى لامعارض له في دعواه ، وهو ذويه عليه ، فيجب أن تسمع ويقضى له ،
- قال في الجواهر - « بالخلاف أجدده فيه » .

انما الكلام فيما اذا كبر هذا الصغير ونفي الرقية : فقد قيل : لا يسمع قوله
لعدم جواز نقض حكم المحاكم . وقيل : يسمع ويحلف المدعى مع عدم البينة ،
وقيل : بل يسمع قوله في حال الصغر أيضاً - لولا الاجماع - وان هذا المورد
يسئى من قاعدة حجية قول المدعى الذي لامنازع له لنص خاص رواه الشیع
الکلینی قدس سره عن عدة من اصحابنا عن سهل بن زياد وعن على بن ابراهیم عن
أبیه جمیعاً عن ابن محبوب عن ابن رئاب عن حمران بن اعین قال : سألت ابا
جعفر ع عن جارية لم تدرك بنت سبع سنین مع رجل وامرأة ، ادعى الرجل انها
مملوكة له وادعت المرأة انها ابنتهما فقال : قد قضى في هذا على علیه .
قلت : وما قضى في هذا ؟ قال : كان يقول : الناس كلهم أحرار الامن أقر على

نفسه بالرق وهو مدرك . ومن أقام بينة على من ادعى من عبد أو أمة فانه يدفع اليه ويكون له رقاً قلت : فما ترى أنت ؟ قال : أرى أن أسأل الذى ادعى انها مملوكة له بينة على ما ادعى فان احضر شهوداً يشهدون انها مملوكة لا يعلمونه باع ولا وهب دفعت الجارية اليه حتى تقيم المرأة من يشهد لها ان الجارية ابنته حرقة مثلها ، فلتندفع اليها وتخرج من يد الرجل .

قلت : فان لم ينقسم الرجل شهوداً انها مملوكة له ؟ قال : تخرج من يده ، فان أقامت المرأة البينة على أنها ابنته دفعت اليها ، فان لم يقم الرجل البينة على ما ادعى و لست تقم المرأة البينة على ما ادعى خلی سبيل الجارية تذهب حيث شاء « (١) .

اقول : لاريب في ان اليد امارة الملكية وأن الناس يعاملون صاحب اليد معاملة المالك لما في يده ، كما لاريب في قبول قول ذي اليد مع عدم المعارض والمنازع .

أما في مورد دعوى الرقية فإن الاصل هو حرية الانسان و عدم سلطنة أحد على أحد .

واليد انما تكون امارة على الملكية لما في اليد فيما اذا كان الشيء الذي في اليد قابلاً للملكية ، ومن هنا يشكل الحكم بكون المائع الموجود في الاناء المردود بين كونه مما يقبل الملكية ومما لا يقبلها كالخل والمحمور - خلا استناداً إلى اليد .

وفي حجية قول ذي اليد بالنسبة الى الاعم من الملكية وغيرها من الخصوصيات بحيث وان كان قول الاكثر ذلك ، لكن حجية قوله من آثار حجية اليد ، ومع الشك في قابلية الشيء للملكية يشكل ترتيب الاثر على قول ذي اليد ، ولذا وقع الكلام في ملكية الكبير الساكت والمجونون ، فقال بعضهم بعدم حجية قول ذي اليد .

و بما ذكرنا ظهر عدم تمامية تقديم اليد على اصالة الحرية من جهة تقديم الامارة على الاصل ، فان اليد امارة وحجة على الملكية فيما يقبلها .
فبى الاجماع . لكن يحتمل كون مدركة قاعدة اليد ، فلا يمكن الاعتماد عليه .

فظهر ان الصحيح هو سماع دعوى الصغير في حال صغره ، لكن الاستدلال عليه بالخبر المزبور ضعيف من جهة أخرى ، فقد استعملت على أنه اذا « لم تقم المرأة البينة على ما أدعت خلی سبيل الجارية تذهب حيث شاءت» و الحال أنه حيث أقرت المرأة بكلون الجارية ابنتها فقد وجب عليها نفقة الجارية و ان لم يثبت النسب من جهة عدم البينة ، ولعل هذا وجہ اعراض الاصحاح عن هذا الخبر .
و اما اذا اكبر الصغير فانکر فالحق سماع دعواه فان اقام بینة على انه ابن فلان او لقيط فهو والا حلف المدعى ، و انما تسمع دعواه لأن كل دعوى يمكن ان تكون صحيحة تسمع .

لا يقال بأنه يستلزم النقض ، لأننا نقول بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبير على دعواه السابقة التي حكم فيها الحكم ، وأما اقامه دعوى جديدة فلامانع منها ولا تكون نقضاً .
هذا كلھ في الصغير .

حكم ما لو كان كبيراً .

قال المحقق : « اما لو كان كبيراً ، و انکر فالقول قوله ، لأن الاصل الحرية » .

أقول : انه اذا ادعى الرجل رقية كبير فان انکر كان على الرجل المدعى اقامه البينة ، وحيث لا بينة فالقول قول الكبير ، لأن الاصل الحرية .
و اما اذا اعترف بالرقية وادعى تحرير الرجل اياه فلا تسمع هذه الدعوى الابينة ، وهو غير دعوى الحرية من اول الامر ، وعلى هذا يحمل الاخبار الدالة على

جواز شراء المملوک من سوق المسلمين مع دعوه الحرية ، فانه مع عدم البينة لا تسمع ويبني على رقيته فيشتري .
وان أقرت رب الاثر على اقراره، ولافرق بين الاقرار لواحد أو لاثنين فانه يكون ملكاً لكليهما على الاشاعة .

قال المحقق قده: «ولو ادعى اثنان رقيته فاعترف لهما قضى عليه، وان اعترف لا حدهما كان مملو كاً له دون الآخر» لعموم جواز اقرار العقلاء على أنفسهم، وربما يستدل له باعتبار قول ذي اليد بناء على كونه ذايد على نفسه .

قال في الجواهر بعد ان ذكر عدم وجданه الخلاف في هذا الحكم «وحكى عن الشيخ في مسألة دعوى العبد العتق والآخر الشراء في انكار كون العبد ذايد على نفسه انه قال : لانه لو كان ذا يد قبل اقراره بالملكية لأحد المتنازعين فيه » ومقتضاه المفروغية من عدم قبول اقراره ، الا انه كما ترى لا دليل عليه بل ظاهر الاadle خلافه .

وفي كشف اللثام : «وإذا أقاما بيتين متعارضتين فصدق أحدهما خاصة لم تترجم به بيته ، لانه لا يدل على نفسه ، فانه ان كان حراً فلا يدل ، وان كان مملو كاً فلا يد عليه الا لمالكه . وفيه : انه مناف لقبول اقراره بالرقية مع عدم البينة الذي اعترف به سابقاً ، بل ظاهره الاجماع عليه فتأمل».

أقول : يمكن ان يكون الشيخ و كاشف اللثام منكري لعنوان كونه ذا يد لا انهم مخالفان في قبول هذا الاقرار ، لأنهما قالا بما قالا في فرعين غير هذا الفرع الذي نحن فيه ، فالشيخ لا يوافق في تلك المسألة على تأثير ذاك الاقرار لكونه بعنوان ذي اليد ، و كاشف اللثام ينكر هناك ان يكون قول العبد مرجحاً لأحدى البيتين لانه ليس ذا يد ، والاقرار مجرد ليس من المرجحات ، فالظاهر عدم ورود اشكال الجواهر ، وانهما غير مخالفين في المقام .

(المسألة الرابعة)

(حكم ما لو ادعى اثنان كون الذبيحة له وفي يد كل بعضها)

قال المحقق قدس سره : «لو ادعى كل منهما ان الذبيحة له وفي يد كل واحد بعضها و أقام كل منهما بينة قيل : قضى لكل منهما بما في يد الآخر وهو الاليق بمذهبنا» .

أقول : ان كانت الذبيحة واحدة وقد وضع كل منهما يده على طرف منها و أقام بينة على أنها جمیعاً له فالحكم هو التنصیف . وان كان مافی يد كل منهما منفصلان عمما في يد الآخر فعلى القول بتقدیم بینة الخارج - و هو الاليق بمذهبنا - يقضی لكل منهما بما في يد الآخر سواء كانوا متساوین او مختلفین في المقدار... ولو لم يكن لهمما يد فالحكم هو التنصیف .

قال المحقق : «وكذا لو كان في يد كل واحد شاة وادعى كل منهما الجميع وأقاما بینة قضی لكل منهما بما في يد الآخر» .

أقول : وذلك لعدم الفرق بين هذا الفرع والفرع السابق عليه .

قال في الجواهر : «ومما يتفرع على ذلك انه لو كان المتناخاصمان في بعض الذبيحة المنفصلين كافراً و مسلماً حكم بكون ما يقضى به للكافر ميتة و للمسلم مذكى و ان كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الآخر ، عملاً بظاهر اليد المعتبرة شرعاً ، ولا يقبح في ذلك اليد السابقة، بل لعل الحكم كذلك في الجزئين

المنفصلين ، ضرورة اتحاد الملائكة فيما تقدم الكلام في ذلك في قسم العبادات». أقول : كيف يكون اللحم الواحد الذي يملكه المسلم والكافر على الاشاعة بعضه نجساً وهو الذي كان في يد الكافر ، والبعض الآخر ظاهراً وهو الذي كان في يد المسلم ؟ ان هذه الذبيحة اما ميتة نحضة كلها و اما ظاهرة كلها ، فما ذكره رحمة الله مشكل لا سيما في المشاع.

نعم يمكن معاملة الطاهر مع ما يجيء من خارج بلاد المسلمين من الجلود فيما اذا احتملنا احراز البائع المسلم له بظهورته ، اما في مسألتنا هذه فان الذي بيد المسلم مقطوع بكونه مأخوذاً من الكافر وان أصبح ملكاً له الان بعد المعرفة بحكم الحاكم ، وعلى ما ذكرنا فلو علمنا بكون اللحم الموجود الان بيد الكافر مذبوحاً بيد المسلم حكمنا بظهورته .

فالحاصل : انه على اثر حكم الحاكم يكون مافي يد المسلم مختصاً له وهذا هو القدر المتيقن ، وأما ترتيب اثر الطهارة ايضاً على هذا الحكم و اليد الحاصلة بعده فمشكل جداً .

(المسألة الخامسة)

(لو تسلم شيئاً بالبينة فأقام المحكوم عليه البينة على الملكية)

قال المحقق قده : «لو ادعى شاة في يد عمرو وأقام بینة فتسلمهما ثم أقام الذي كانت في يده بینة أنها له قال الشيخ: ينقض الحكم وتعاد . وهو بناء على القضاء لصاحب اليد، وال الأولى أنه لا ينقض » .

أقول: تارة يقول عمرو: اشتريتها من زيد بعد حكم الحكم في المرافة السابقة فهذه دعوى مسموعة ، لأنه يدعى ملكاً جديداً ، فإن أقام بینة تقدمت على بینة زيد لأن عمراً هو الخارج .

و أخرى يقول : انه في الوقت الذي أقام زيد بینة لم تكن بينتي حاضرة و هي الان حاضرة ، فبناء على سماع هذه الدعوى ان كان الميزان في الخارج والداخل حال اقامة عمرو البينة فزيد الداخل ، وإن كان الميزان حال دعوى زيد فعمرو الداخل .

و قد يدعى كون الشاة له ويقيم البينة من غير تعرض للدعوى السابقة فإنه تسمع بينته بناء على سماع البينة بعد فصل الخصومة بالحكم، وتحمل على دعوى انتقال العين من زيد إلى عمرو فتقدّم بینة عمرو بناء على تقديم بینة الخارج . وكيف كان فإن لزم من سماع الدعوى نقض الحكم فلا تسمع ، وفي اي صورة لم يلزم النقض فتسمع .

(المسألة السادسة)

(لو ادعى داراً وادعى آخر نصفها واقاماً بالبينة)

قال المحقق قدس سره : «لو ادعى داراً في يد زيد وادعى عمرو نصفها واقاماً بالبينة قضى لمدعى الكل بالنصف لعدم المزاحم و تعارضت البيتان في النصف الآخر ، فيقرع بينهما ويقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه ، ولو امتنعا من اليمين قضى بينهما بالسوية فيكون لمدعى الكل ثلاثة أرباع ولمدعى النصف الرابع ».
أقول : لو كانت دار في يد شخص فادعى زيد كل الدار وادعى عمرو نصفها ولم يصدق من يده الدار أحدهما ، فمع وجود البينة بالتساوي عدداً وعدالة لكليهما يقضى لزيد بالنصف المشاع من الدار ، لأن المفروض ان عمراً لا يدعى الانصف الدار ، فزيد في نصفها مدع بلا معارض فيكون له كما هو الحال في كل دعوى بلا معارض ، لكن البيتين تتعارضان في النصف الآخر والحكم في تعارض البيتين هو الفرعة ، فمن خرج اسمه قضى له مع يمينه فان امتنع حلف الآخر وأخذ ، ولو امتنعا معاً من اليمين قضى في النصف المتنازع فيه بالسوية ، فيكون نصفه لزيد ونصفه الآخر لعمرو ، فيكون لزيد الذي ادعى كل الدار ثلاثة ارباعها و لعمرو الذي ادعى نصفها ربعها .
و كذلك الحكم لو كانت الدار في يد ثالث ولم يكن لاحدهما بينة فانه يقسم النصف المتنازع فيه بينهما على السوية .

حكم ما لو ادعيا ذلك ويدهما عليهما مع البينة :

قال المحقق : « ولو كانت يدهما على الدار وادعى احدهما الكل والآخر النصف وأقام كل منهما بينة كانت لمدعي الكل ولم يكن لمدعي النصف شيء ، لأن بينة ذى اليد بما في يده غير مقبولة »

أقول : وهذا هو الفرع الثالث في المسألة، وذلك أن يدعى احدهما كل الدار والآخر النصف وهما واجدان للبينة وهي في يدهما لافي يد ثالث ، فالمشهور على ان الدار كلها لمدعي الكل و انه ليس لمدعي النصف شيء منها ، و ذلك لأن المفروض خروج نصف الدار عن النزاع ، فيكون النصف الذي بيد مدعي الكل ملكاً له لانه مدع بلا معارض بالنسبة اليه ، و حيث انه يدعى النصف الآخر بيد خصميه فهو بالنسبة الى ذاك النصف خارج والخصم داخل ، ومذهب المشهور تقديم بيتهن الخارج و سقوط بيتهن الداخل ، فيكون النصف الثاني له كالأول ، فالدار كلها له ولم يكن لمدعي النصف شيء ..

نعم لو لم يكن لمدعي الكل بيتهن كان القول قول مدعى النصف مع يمينه ، فاذا حلف أبقى النصف في يده ، فتكون الدار بينهما نصفين ...
هذا هو المشهور .

وعن ابن الجنيد: انه يقتسمان الدار مع البينة وعدمها على طريق «العلو» (١) فيجعل في مفروض المسألة لمدعي الكل الثنائين ولمدعي النصف الثالث ، وقدفرض رحمة الله المسألة في ما لو كانت العين في أيدي المتقاضيين ، لكن التأمل في كلامه

(١) «العلو» تقسيم النقصان بالقدر المساوى على الشركاء وهو يذكر في موارد منها تركة الميت ، ومنها المال الذى تعلق به حق الديان ، ومنها ما يحيى فيه .
مثلا: اذا كان لاحد الشركين فى الـ ١٢ درهماً وللآخر (٤) فلتل من المجموع ١٢ درهم ، فانه يقسم هذا العدد الناتل بينهما بالعدل ، فيقال العددي يشكل ثلث المجموع فينقض من كل من الشركين ثلث ما كان له ، فيعطى لصاحب الـ ١٢ ثمانية ، ولصاحب ١١ ستة عشر درهماً .

المنقول في المختلف يفيد انه لا يفرق بين الصور فراجعه.

وفي المسالك لأن المنازعة وقعت في اجزاء غير معينة ولا مشار إليها بدل كل واحد من اجزائها لا يخلو من دعوى كل منها باعتبار الاشاعة، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعى الكل بغير منازع ، بل كل جزء يدعى مدعى النصف نفسه ومدعى الكل كله ، ونسبة احدى الدعويين الى الآخر بالثلث ، فتقسم العين اثلاثاً ، واحد لمدعى النصف واثنان لمدعى الكل ، فيكون كضرب الدين في مال المفلس والميت .

وفي المختلف وافق ابن الجنيد على ذلك مع زيادة المدعين على اثنين .
وقال في الجواهر : «يمكن ان يكون مبني كلام ابن الجنيد على دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الاقرائع و عدم اليمين منهمما في العول ، ضرورة ان بينة كل منها تقتضي الكل وهو ما متعدران فيحصل النقصان عليهمما ، ومن هنا اتجه التعديلية الى التثليث لو كانوا ثلاثة والتربيع لو كانوا اربعة وهكذا ، وليس الا لما ذكرنا .
ومنه مفروض المسألة التي لا يمكن الجمع فيها بين بينة النصف مثلاً وبين بينة الكل ، فنقول في النصف كما عالت في الاول ، فيوزع عليهما اثلاثاً ، لأن نسبة الكل الى النصف كذلك ، فالعول عنده نحو العول في الفرائض لو لا نصوص اهل العصمة(ع) ، لقضاء كل بينة مثلاً بمقتضها نحو قوله للزوج النصف وللآخرتين من اب الثلان و من ام الثلث ، لا مثل العول في تزاحم الديون على التركة الذي مر جعله عند التأمل ايضاً الى ذلك» .

أقول: ان الخلاف بين المشهور وابن الجنيد يرجع الى ان المشهور يقولون بتقسيم مدلول البيتين ومورد النزاع بينهما ، وابن الجنيد يقول ب التقسيم مورداً دعوى المدعين وهو الكل من أحدهما و النصف من الآخر و المفروض هو الاشاعة ، فيكون الحاصل عدم استثناء النصف بناء على الثاني و استثناؤه بناء على الاول ، فالدليل الاول لما ذهب اليه ابن الجنيد هو الاشاعة في الاجزاء ، والثاني ما ذكره

صاحب الجوادر من دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الاقراغ و عدم اليمين
منهما في العول .

قلت : أما الاول ففيه : ان تصرف أحد المالكين في الملك المشاع يكون على
نحوين ، أحدهما غير جائز وهو التصرف الخارجي لتوقفه في كل جزء على اذن
الشريك ، والآخر جائز بلا ذنب منه مثل أن يبيع نصفه المشاع ، ومانحن فيه -- وهو
اثبات الملكية بالبينة -- كالبيع المذكور فإنه ليس تصرفًا في مال الشريك .

وبعبارة أخرى : العوارض الخارجية التي تعرض العين المملوكة على الاشاعة
يتوقف ايرادها على اذن الشريك ، وأما العوارض التي تعرض الملكية كالبيع
فلا ، ومانحن فيه من قبيل الثاني لا الاول ، فيكون النصف المشاع الذي لامعارض
لمدعى الكل بالنسبة اليه ملكاً له ، ويقع التعارض بين البيتين في النصف الآخر
 فهو مورد النزاع ، وطريق رفع هذا النزاع في صورة تساوى البيتين تقسيمه بينهما
بالتنصيف ، كما اذا كان مورد النزاع عيناً منحازة يدعى بها كل واحد من المدعين .
وأما الثاني ففيه - كما في الجوادر - ان محل النصوص حيث لا يسلم جزء من العين

لانزع فيه ، اما في المفروض فلا دلالة فيها عليه ، بل لعل ظاهر مرسل ابن المغيرة (١)
عن الصادق عليه السلام : «في رجلين كان بينهما درهماً ، فقال أحدهما الدرهماً لـ
وقال الآخر : هما بيني وبينك ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : أما الذي قال : هما بيني
وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهماين ليس له فيه شيء عوانه لصاحبه ، وأما الآخر فيبينهما»
خلاف ذلك «وكذا مرسل ابن أبي حمزة (٢) عنه أيضًا» .

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ١٦٩ الباب ٩ من كتاب الصلح .

(٢) «في رجلين كان بينهما درهماً فقال أحدهما : الدرهماً لـ

هما بيني وبينك . فقال أبو عبد الله عليه السلام : قد أقر أن أحد الدرهماين ليس له فيه شيء
وأنه لصاحبه ، وأما الآخر فيبينهما» التهذيب ٢٩٢/٦ .

هذا وقد فصل المحقق العراقي في المقام فقال : «لواحدى داراً في يد زيد باجمعها وادعى عمرو نصفها فتارة تكون دعوى التمام بسبب غير قابل للتفكيك بين النصفين واخرى على نحو قابل للتفكيك بينهما من حيث الصدق والكذب ، فعلى الاول : تكون دعوى النصف مزاحمة لدعوى التمام دون الاخر ، ولازمة حينئذ تزاحم بينهما ، وفي مثله لامجال لتوهم الاخذ بالبينة بالنسبة الى 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 »

أى : ان قال أحدهما بأن هذه الدابة نتجت عندي ، أى كلها لي ، وقال الآخر : هي بيننا - أى على النصف - من جهة الارث ، فإذا أقاما البينة على دعواهما كانت البينتان متعارضتين وليس في البين قدر متفق عليه بين الطرفين ، وحينئذ يحكم بينهما على طريق العول . نعم اذا قال هذا هي كلها لي ، فقال الآخر : قد يعتني نصفها ، فهنا لنزاع بينهما في احد النصفين .

هذا توضيح ما ذكره ، لكن نقول : ان كانت حجية البينة في باب القضاء من باب الطريقة الى الواقع ، فإن البينة القائمة على ملكية النصف بالارث تسقط عن الطريقة والكافحة مع وجود المعارض ، وهو البينة القائمة على ملكية الكل بالنتائج ، لكن البينة هنا جعلت حجة لاجل فصل الخصومة ورفع النزاع ، فإذا اقامها أحدهما على ملكية الكل والآخر على ملكية النصف فقد جعل الشارع الحكم بالتصيف لفصل الخصومة مع ان المحاكم يعلم علماً اجمالياً بكذب احدى البينتين .

وبما ذكرنا أجب المحقق الاشتياي عن توجيه صاحب الجواهر لمذهب ابن الجنيد بأن الطرفين مالكان لجميع الاجزاء على الاشاعة فقال : بأن ما ذكره يتم بناء على الطريقة ، واما بناء على السبيبة فلا ، فإن دليل حجية البينة في باب القضاء يقتضى سبيبة البينة فيحكم بحسبها حكماً ظاهرياً ، وعلى هذا فالنصف الذي لا يدعى أحدهما يخرج عن محل النزاع وتكون بينة الاخر سبيباً لملكيته له ، ويبقى النصف

الآخر ويتعارض السببان فيه فيقسم بينهما بالتنصيف فيتم رأى المشهور . وأجاب عن الدليل الاول بأن مجرد وقوع النزاع على سبيل الاشاعة السارية في جميع الاجزاء لا يقتضي عدم سلامة جزء لمدعي الكل ، اذ كما يقال ان كل جزء يفرض من العين يريد مدعي النصف نفسه ، كذلك يقال ان كل جزء يريد مدعي النصف من المجموع نفسه يبقى نصفه الآخر لمدعي الكل بلا منازع ، ومدعي الكل وان كان مقصوده رفع يد مدعي النصف من كل جزء لكن بالنسبة الى نفسه ، فهو انما يقيم البينة على المجموع من حيث اشتغاله على المدعي وهو النصف ، لا ان يكون المقصود هو اثبات الكل من البينة من حيث الكل كما قد يقولون ، فالتزاحم انما وقعحقيقة بالنسبة الى نصف الكل ، فلا بد من الحكم بتقسيم البينتين بالنسبة اليه فتقسم العين ارباعاً ، ثلاثة ارباع لمدعي الكل وواحد لمدعي النصف .

حكم ما لو ادعى أحدهم نصف الدار والآخر الثالث والثالث السادس

ويدهم عليها :

قال المحقق قدس سره : « ولو ادعى أحدهم النصف والآخر الثالث والثالث السادس وكانت يدهم عليها في كل واحد منهم على الثالث ، لكن صاحب الثالث لا يدعى زيادة على ما في يده ، وصاحب السادس يفضل في يده ما لا يدعى وهو لا مدعى الثالث ، فيكون لمدعي النصف ، فيكمل له النصف » .

أقول : الحكم في هذا الفرع واضح ، ولا فرق في ذلك بين اقامتهم البينة وعدمهما ، ومن هنا قال المحقق : « وكذا لو قامت لكل منهم بينة بدعواه » .

قال في الجواهر : « وكأن المصنف نبه على حكمها لمكان خلاف بعض العامة فيها ، حيث جعل مع اقامتهم البينة لمدعي النصف ثلثاً ونصف السادس ، بناء على أن السادس الزائد على ما في يده لا يدعى على مدعى السادس خاصة ، بل انما يدعى شائعاً في بقية الدار وهي في يد الآخرين جميعاً ، فنصفه على مدعى الثالث وعارضت فيه بيته وترجحت باليد على تقدير اقامتهما البينة ، وقدم قول ذي اليد

على تقدير عدمها ، ونصفه على مدعى السادس فيحكم به لمدعى النصف بيته ، لأن بيته مدعى السادس لا تعارضها ، فيجعل لمدعى النصف ثلث ونصف السادس ، وللآخرين مدعاهما ، ويبقى بيد مدعى السادس نصف السادس لا يدعيه أحد» . وفيه أولاً : ان هذا القول مبني على تقديم بيته الداخلي وهو خلاف التحقيق . وثانياً : ان الدعوى ليست على الآخرين ، بل انه يدعى كون نصف الداره ، وحيثنة تكون يد ذي اليد كالعدم ، فلا يمد حتى يقال بتقدم بيته ذي اليد . وثالثاً : ان صاحب السادس يقر بعدم ملكيته للقدر الزائد الذي في يده ، فلماذا لا يؤخذ منه ذلك لمدعى النصف الذي يدعيه مع وجود البيته .

حكم ما لو ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والثالث الثالث :

قال المحقق قدس سره : «لو ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والثالث الثالث ولا بيته ، قضى لكل واحد بالثالث ، لأن يده عليه ، وعلى الثاني والثالث اليمين لمدعى الكل ، وعليه وعلى مدعى الثالث اليمين لمدعى النصف » . أقول : في هذا الفرع خمس صور، ذكر المحقق قدس سره منها صورتين وصاحب الجواهر قدس سره ثلاثة صور :

فالصورة الأولى من الصورتين : أن لا تكون ل أحدهم بيته ، والحكم فيها ما ذكره المحقق قدس سره من أنه يكون لكل واحد منهم ما في يده وهو الثالث ، غير أن مدعى النصف ومدعى الثالث يختلفان لمدعى الكل ، لأن الخارج له - مع عدم البيته - حق اليمين على الداخلي ، كما أن لمدعى النصف حق اليمين على مدعى الثالث في مقابل نصف السادس وعلى مدعى الكل في مقابل النصف الآخر .

والصورة الثانية منهما : ان يكون لكل منهم بيته . قال المحقق : «وان أقام كل منهم بيته ، فان قضينا مع التعارض بيته الداخلي فالحكم كما لو لم تكن بيته ، لأن لكل واحد بيته ويداً على الثالث .

وان قضينا بيته الخارج وهو الاصح كان لمدعى الكل مما في يده ثلاثة من

ائتى عشر بغير منازع ، والاربعة التى فى يد مدعى النصف لقيام البينة لصاحب الكل بها وسقوط بينة صاحب النصف بالنظر اليها اذ لا تقبل بينة ذى اليد ، وثلاثة مما فى يد مدعى الثالث ، ويبقى واحد مما فى يد مدعى الكل لمدعى النصف ، واحد مما فى يد مدعى الثالث يدعىه كل واحد من مدعى النصف ومدعى الكل ، يقرع بينهما ويختلف من يخرج اسمه و يقضى له ، فان امتنعا قسم بينهما نصفين ، فيحصل لصاحب الكل عشرة ونصف ، ولصاحب النصف واحد ونصف . وتسقط دعوى مدعى الثالث » .

أى : انه حيث يكون لكل منهم بينة مع المدعي حكم الحكم لكل بما في يده ،
 لكن بينة كل واحد منهم بالنسبة الى ما يدعى به مهافى يد الآخر بينة الخارج ، فمدعى
 النصف تقدم ببينته فى نصف السادس فى يد مدعى الكل فإذا خذله ، ثم ان مدعى الكل
 يدعى على مدعى النصف فإذا خذله منه الاربعة ، ويدعى على مدعى الثالث كل ما فى
 يده ، لكن مدعى النصف يطالب بنصف السادس فيقع التعارض فيه بين مدعى الكل
 ومدعى النصف فيقتصر ، فمن خرج اسمه وحلف أخذ ، فإن امتنع فالآخر ، وحيث
 يمتنع عن اليمين فالتصنيف . فيكون لمدعى الكل من الثانية عشر $\frac{1}{5}$ ولمدعى
 النصف $\frac{1}{5}$ ولا شيء لمدعى الثالث لسقوط دعواه من جهة كون بينته داخلة وقد
 ذكرنا أنها لا تؤثر مع وجود الخارج .

وأما الصور الثلاث التي ذكرها صاحب الجواهر :

فالاولى : أن يكون لمدعى الكل فقط بينته ، وحينئذ فهو خارج بالنسبة الى

ما في يد الآخرين، فيحکم له ببینة ويكون الكل له .

والثانية: أن يكون لمدعى الثالث فقط بينة. وحينئذ يأخذ ما في يده من غير يمين ان قلنا بكفاية البينة عنه. وفي كشف اللثام: «أخذه - أى الثالث - الذى بيده أو الذى بأيدي الباقي» والباقي يكون بين الاخرين ، لمدعى الكل السادس من الباقي بغير يمين لعدم المنازع له فيه، ويحلف على السادس الآخر الذى يدعوه الان

مدعى النصف عليه ، كما ان مدعى النصف يحلف على جميع ما يأخذه من السدسين لمدعى الكل الذى يدعىهما عليه .

والثالثة أن يكون لمدعى النصف فقط بينة ، فانه يأخذ من كل من الاخرين نصف سدس فitem لهم ما فى يده النصف الذى يدعى . ثم ان النصف الباقي يقسم بين الاخرين بالتساوی ، فيكون لكل منهما سدس ونصف أى لكل ٣ من ١٢ قاله فى الجواهر .

وفيه : انه بعد ما أخذ مدعى النصف نصفه يكون السدس من النصف الباقي خارجاً عن النزاع فيكون لمدعى الكل ، ويقى النزاع فى السدسين الباقيين وهى الاربعة التى بيد مدعى الثلث فان كلا من مدعى الكل ومدعى الثلث يدعى وحيث لا بينة يقسم بينهما بالتصييف ، فيتحصل من ذلك أنه يعطى لمدعى النصف ٦ ولمدعى الكل ٤ ولمدعى الثلث ٢ ، فما ذكره قدس سره لا يتم على مذهب المشهور ولا على مذهب ابن الجنيد .

وقال كاشف اللثام انه بناء على عدم سماع بينة الداخل يأخذ مدعى النصف ان اقام البينة ثلاثة من مدعى الكل وثلاثة من مدعى الثلث ويرفع اليه عن الثلث اى الاربعة - الذى فى يده لهما .

وكذا قال فيما لو اقام مدعى الثلث البينة واسقطنا بينة الداخل . لكن القدر المتيقن من تقدم الخارج على الداخل أن يكون الشيء المتنازع فيه مفروزاً غير مشاع ، وأما فيما نحن فيه تكون الدعوى على الحق المشاع فى مورد الدار ، قال فى الجواهر : وقد يناقش فيه بأنه لا يتم ذلك فى المشاع ، بل مناف لما تسمعه من اقامة كل منهم البينة المنزلة على ما فى يده الاما زاد عليه ، على أن البينة لا تزيد على اثبات المشاع الذى كانت تقتضيه اليه ، و كان الذى أحوجه الى ذلك ذكرهم البينة هنا .

و ظاهرهم عدم الاحتياج معها الى يمين مع معروفة تقديم بينة الخارج عندهم ،

كمعروفة عدم الاكتفاء بها عن اليمين في الداخل ، و مع هذه المقدمات يقتضى تنزيل مفاد البينة على الخارج بالتقريير الذي ذكره .

الا أن ذلك كله كما ترى ، بل كلام الاصحاب فيما لو أقام كل منهم البينة كالصريح في خلافه ، فلام حبص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بينة الداخل أو على الاكتفاء بها عن اليمين ، أو التزام اليمين على ما في اليد فتأمل .

أقول : لعل وجهه ان وجود الفرق بين الاجزاء المشاعرة والاجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح ، لانه في المشاع لما يضع الثلاثة أيديهم يكون بيد كل ثلث عرفاً ، الا انه لا يملك كل واحد ما كان تحت يده بل تعتبر السلطة لكل على الثلث المشاع ، ويعرض كل ثلث ما يعرض المشاع كجواز بيع السهم المشاع في كل الاجزاء . فمن قال بحجية بينة ذي اليد فدليله العمومات وهي هنا تقدم بتأييدها باليد ومن قال بتقديم 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 ، أى يمكن ان يقول العلماء في الثالث المشاع كقولهم في المنحاز لوحدة الملاك .

ولو كانت يدهم جميعاً خارجة واعترف ذو اليد بأنه لا يملكها ولا بيته فللمسنوع بالنصف ، لعدم المنازع له فيه من كل من مدعى النصف والثالث ، ويقرع في النصف الآخر ، فان خرجت لمدعى الكل أو للثانى حلف وأخذ ، وان خرجت للثالث حلف وأخذ الثالث ، ثم يقرع بين الآخرين في السادس ، فمن خرج حلف وأخذ .

و لو أقام أحدهم خاصة بيته ، فان كانت لمدعى الكل أخذ الجميع ، وان أقامها مدعى النصف أخذه ، وبيقى لمدعى الكل السادس بغير منازع ، و الثالث يتنازع فيه مع مدعيه ، و الحكم فيه كما لو لم تكن بيته ، و لو أقامها مدعى الثالث أخذه و لمدعى الكل السادس أيضاً بغير منازع ، و النصف يقرع فيه بين مدعيه و مدعى الكل .

و ان أقام كل منهـم بـيـنة و تـساـوت فالـنـصـف لمـدـعـى الـكـل لـعـدـم الـمنـازـع لـهـ فيـهـ ، والـسـدـسـ الزـائـدـ عـلـى الـثـلـاثـ يـتـناـزـعـهـ مـدـعـى الـكـل و مـدـعـى الـنـصـفـ ، وـقـدـ تـعـارـضـتـ فيـهـ بـيـنـاـهـمـاـ ، وـالـثـلـاثـ يـدـعـيهـ الـثـلـاثـةـ وـقـدـ تـعـارـضـتـ فيـهـ بـيـنـاـتـ الـثـلـاثـ ، فـيـقـرـعـ بـيـنـ المـتـنـازـعـيـنـ فـيـمـاـ تـنـازـعـوـاـ فـيـهـ ، فـمـنـ خـرـجـ اـسـمـهـ حـلـفـ وـأـخـذـ ، وـانـ نـكـلـواـ اـقـسـمـوـاـ المـتـنـازـعـ فـيـهـ ، فـيـقـسـمـ مـدـعـىـ الـكـلـ وـمـدـعـىـ الـنـصـفـ السـدـسـ بـيـنـهـمـاـ نـصـفـيـنـ ، لـاـنـهـمـاـ يـتـنـازـعـانـ فـيـهـ ، دـوـنـ مـدـعـىـ الـثـلـاثـ ، وـأـمـاـ الـثـلـاثـ فـيـقـسـمـوـنـهـ أـلـاـثـاـ بـيـنـهـمـ ، فـيـكـوـنـ لـمـدـعـىـ الـكـلـ الـنـصـفـ بـلـمـتـازـعـ وـنـصـفـ السـدـسـ وـثـلـاثـ الـثـلـاثـ وـلـمـدـعـىـ الـنـصـفـ ثـلـاثـ الـثـلـاثـ وـنـصـفـ السـدـسـ ، وـلـمـدـعـىـ الـثـلـاثـ ثـلـاثـ الـثـلـاثـ خـاصـةـ وـهـوـ التـسـعـ .

وـتـصـحـ فـيـ سـتـةـ وـثـلـاثـيـنـ ، لـلـمـسـتـوـعـبـ خـمـسـةـ وـعـشـرـوـنـ : ثـمـانـيـةـ عـشـرـ بـلـانـزـاعـ ، وـثـلـاثـةـ نـصـفـ السـدـسـ الزـائـدـ ، وـأـرـبـعـةـ ثـلـاثـ الـثـلـاثـ .

وـلـمـدـعـىـ الـنـصـفـ سـبـعـةـ : ثـلـاثـةـ نـصـفـ السـدـسـ ، وـأـرـبـعـةـ ثـلـاثـ الـثـلـاثـ .
وـلـمـدـعـىـ الـثـلـاثـ أـرـبـعـةـ ، ثـلـاثـ الـثـلـاثـ .

وـأـمـاـ عـلـىـ الـعـوـلـ الـذـيـ ذـهـبـ إـلـيـهـ اـبـنـ الـجـنـيدـ فـتـصـحـ فـيـ أـحـدـ عـشـرـ : لـمـدـعـىـ الـكـلـ سـتـةـ ، وـلـمـدـعـىـ الـنـصـفـ ثـلـاثـةـ ، وـلـمـدـعـىـ الـثـلـاثـ ثـلـاثـانـ ، لـاـنـ فـرـيـضـتـهـمـ مـنـ سـتـةـ ، وـيـعـالـ عـلـيـهـاـ نـصـفـهـاـ وـثـلـثـهـاـ .

حـكـمـ مـاـ لـوـ كـانـتـ فـيـ يـدـ أـرـبـعـةـ ...

قـالـ الـمـحـقـقـ قـدـسـ سـرـهـ: «ـوـلـوـ كـانـتـ فـيـ يـدـ أـرـبـعـةـ ، فـادـعـىـ اـحـدـهـمـ الـكـلـ وـالـأـخـرـ الـثـلـاثـينـ وـالـثـلـاثـ الـنـصـفـ وـالـرـابـعـ الـثـلـاثـ فـقـىـ يـدـ كـلـ وـاحـدـ رـبـعـهـاـ. فـاـنـ لـمـ تـكـنـ بـيـنةـ قـضـيـنـاـ لـكـلـ وـاحـدـ بـمـاـ فـيـ يـدـهـ ، وـاـحـلـفـنـاـ كـلـاـ مـنـهـمـ لـصـاحـبـهـ»ـ.

أـقـولـ : اـيـ اـنـهـ فـيـ صـورـةـ عـدـمـ بـيـنةـ لـمـاـ كـانـ لـكـلـ وـاحـدـ مـنـهـمـ يـدـ عـلـىـ رـبـعـ الـعـيـنـ فـاـنـ الـيـدـ مـعـ الـيـمـينـ حـجـةـ ، فـحـجـةـ كـلـ وـاحـدـ مـنـهـمـ حـيـثـنـدـ مـعـارـضـةـ بـحـجـةـ الـأـخـرـ فـلاـ شـيـءـ لـاـحـدـهـمـ بـلـاـ مـنـازـعـ.

قال : « ولو كانت يدهم خارجة ولكل بينة خلص لصاحب الكل الثالث ، اذ لامزاحم له ». .

أقول : قال في الجواهر : مع تداخل الدعاوى بعضها في بعض و ارادة القضاء فيها أجمع ، لأن له ذلك على كل حال ، حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أو كانت الدعاوى متربة و كان القضاء بين كل واحدة مع الأخرى مستقلا ، إلا مع اقرار المدعى بالثالث مثلا ان له ذلك في النصف المدعى به مثلا .

قال : « ويقع التعارض بين بينة مدعى الكل ومدعى الثلثين في السادس فيقرع بينهما فيه ». .

أقول : قد عرفت مراراً ان القرعة تكون مع تساوى البينتين عدداً وعدالة ، و حينئذ فمن خرج اسمه حلف واحد والا حلف الآخر ، فان امتنعا قسم بينهما منصفين .
قال : « ثم يقع التعارض بين بينة مدعى الكل ومدعى الثلثين ومدعى النصف في السادس أيضاً ، فيقرع بينهم فيه ». .

أى : على ما تقدم من اشتراط التساوى ...

قال : « ثم يقع التعارض بين الاربعة في الثالث فيقرع بينهم ، ويختص به من تقع القرعة له ، ولا يقضى لمن يخرج اسمه الا مع اليمين ». .

فإن قيل : اذا كان المرجع هو القرعة ، فان من الممكن ان تخرج القرعة لمدعى الكل في كل مرة .

فأجاب المحقق قده بقوله : « ولا يستعظم أن يحصل بالقرعة الكل لمدعى الكل ، فان ما حكم الله تعالى به غير مخطىء ». .

قال : « ولو نكل الجميع عن الايمان قسمتنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين في كل مرتبة بالسوية ». .

هذا هو الحكم في كيفية القسمة .

قال : « فتصبح القسمة من ستة وثلاثين سهماً :

«لمدعى الكل عشرون» اثنا عشر بلا نزاع ، وثلاثة نصف السادس الذي تنازع فيه مع مدعى الشلين ، واثنان ثلث السادس الذي تنازع فيه معه أيضاً و مع مدعى النصف ، وثلاثة ربع الثالث الذي تنازع فيه مع الجميع .

«ولمدعى الشلين ثمانية» ثلاثة نصف السادس الذي تنازع فيه مع مدعى الكل ، واثنان ثلث السادس الذي تنازع فيه معه ايضاً و مع مدعى النصف ، وثلاثة ربع الثالث الذي تنازع فيه مع الجميع .

«ولمدعى النصف خمسة» اثنان ثلث السادس الذي تنازع فيه مدعى الجميع و مدعى الشلين ، وثلاثة ربع الثالث الذي تنازع فيه مع الجميع .

«ولمدعى النصف خمسة» اثنان ثلث السادس تنازع فيه مدعى الجميع و مدعى الشلين ، وثلاثة ربع الثالث الذي تنازع فيه مع الجميع .

«ولمدعى الثالث ثلاثة» ربع الثالث الذي تنازع فيه مع الجميع .

هذا ان اقام كلهم بینة .

وأن أقام أحدهم فقط بینة حكم له .

هذا كله مع خروج المدعى به عن أيديهم .

قال المحقق : « ولو كان المدعى في يد الاربعة، ففي يد كل واحد بعها، فإذا اقام كل واحد منهم بینة بدعواه قال الشيخ : يقضى لكل واحد بالربع ، لأن له بینة ويداً » .

اي : بناء من الشيخ على تقديم بینة الداخل على الخارج .

«والوجه القضاة بینة الخارج على ما قررناه» فيما سبق .

وعلى المختار : «فيسقط اعتبار بینة كل واحد بالنظر الى ما في يده، ويكون ثمرتها فيما يد عيه مما في يد غيره، فيجمع بين كل ثلاثة على ما في يد الرابع وينتزعه لهم ، ويقضى فيه بالقرعة واليمين ، ومع الامتناع بالقسمة، فيجمع بين مدعى الكل والنصف والثالث على ما في يد مدعى الشلين ، وذلك ربع اثنين وسبعين» .

لانا نري عدد أربعه ثلث و تسع ولتسع ربعه نصف ، والاثنان والسبعون كذلك

«وهو» أى الرابع ثمانيه عشر .

ومدعى الكل يدعىها أجمع ، ومدعى النصف يدعى منها ستة ، ومدعى الثالث

يدعى اثنين .

وعلى هذا : «فتكون عشرة منها مدعى الكل لقيام البينة بالجيمع الذى تدخل فيه العشرة ، ويبقى ما يدعى صاحب النصف وهو ستة يقرع بينه وبين مدعى الكل فيها ويحلف» أى من خرج اسمه وأخذ ، وان امتنع حلف الآخر وأخذ «ومنع الامتناع يقسم بينهما» نصفين كما عرفت .

«وما يدعى صاحب الثالث و هو اثنان يقرع عليه بين مدعى الكل و بينه ، فمن خرج اسمه أحلف وأعطي ، ولو امتنعا قسم بينهما» نصفين كما عرفت .

«ثم يجتمع دعوى الثلاثة على ما فى يد مدعى النصف ، فصاحب الثنين يدعى عليه عشرة» و ذلك لأنه يدعى الثنين و هو ثمانيه و اربعون - من اثنين والسبعين - و يده ثمانيه عشر ، فالباقي له ثلاثون ، على كل من الثلاثة الاخرين عشرة . «ومدعى الثالث يدعى اثنين . ويبقى فى يده» أى فى يد مدعى النصف و هو

الثمانيه عشر «ستة لا يدعى الا مدعى الجميع ، فتكون» أى الستة «له» اى لمدعى الكل لقيام البينة على الجميع الذى تدخل فيه «ويقارع الاخرين» اى في العشرة والاثنين «ثم يحلف» من يخرج اسمه وأخذ والا فالآخر «وان امتنعوا اخذ نصف ما ادعياه» من كل واحد منهمما ، فيأخذ من العشرة خمسة ومن اثنين واحداً .

«ثم يجتمع الثلاثة على ما فى يد مدعى الثالث وهو ثمانيه عشر ، ومدعى الثنين يدعى منه عشرة ، ومدعى النصف يدعى ستة ، ويبقى اثنان لمدعى الكل . ويقارع على ما افرد للآخرين ، فان امتنعوا عن اليمان قسم ذلك بين مدعى الكل وبين كل واحد منهمما بما ادعاه» .

«ثم تجتمع الثلاثة على ما فى يد مدعى الكل» و هو ثمانيه عشر «ومدعى

الثلاثين يدعى عشرة ومدعى النصف يدعى ستة ومدعى الثالث يدعى اثنين، فتخلص
يده عما كان فيها» لأن ذلك تمام ثمانية عشر .

«فيكمل لمدعى الكل ستة وثلاثون من اصل اثنين وسبعين» و ذلك اربعة
عشر مما في يد مدعى الثلاثين وأثنا عشر مما في يد مدعى النصف وعشرة مما في
يد مدعى الثالث .

«ولمدعى الثلاثين عشرون» وذلك خمسة مما في يد مدعى النصف و خمسة
اخرى مما في يد مدعى الثالث ، وعشرة مما في يد مدعى الكل .

«ولمدعى النصف اثنا عشر» وذلك ثلاثة مما في يد مدعى الثلاثين و ثلاثة
اخرى مما في يد مدعى الثالث ، وستة مما في يد مدعى الكل .

«ولمدعى الثالث أربعة» . وذلك اثنان مما في يد مدعى الكل ، و اثنان مما في
فى أيدي الباقيين .

«هذا ان امتنع صاحب القرعة عن اليمين ومنازعه» والا كان الحاصل غير ذلك .
هذا ان أقام كل منهم بينة .

ولو أقام أحدهم خاصة ببينة حكم له كما هو ظاهر .

(المسألة السابعة)

(حكم تداعى الزوجين متع الممتلكات)

قال المحقق قدس سره : « اذا تداعى الزوجان متع الممتلكات قضى لمن قامت له البينة . و ان لم تكن بينة فيد كل واحد منهما على نصفه . قال في المبسوط : يحلف كل منهما لصاحبه ... وقال في الخلاف : ما يصلح للرجال للرجال وما يصلح للنساء للمرأة وما يصلح لهم اي قسم بينهما وفي رواية انه للمرأة ... وما ذكره في الخلاف أشهر في الروايات وأظهر في الاصحاب » .

أقول : اذا تداعى الزوجان متع الممتلكات بأن ادعى كل منهما ملكية الممتلكات الموجودة في بيتهما ، فاما تكون بينة واما لا تكون ، فان كانت قضى بالمتاع لمن قامت له البينة سواء كان الرجل أو المرأة بالخلاف كما في الجواهر عن الرياض . وان لم تكن بينة فيد كل واحد من الزوجين تكون على نصف الممتلكات الذى في يدهما ، لكن كل منهما يدعى النصف الآخر فما هو الحكم ؟

في المسألة ثلاثة أقوال أو أربعة ، ومنشأ تعدد الأقوال والخلاف بين الاصحاب هو اختلاف اخبار المسألة ، والأقوال ثلاثة منها للشيخ :

فالأول : انه يحلف كل منهما لآخر ، كغير الممتلكات من الاشياء حيث يتداعى فيه اثنان أو أكثر مع كون الشيء في أيديهما « سواء كان مما يختص بالرجال

أو النساء أو يصلح لهما، وسواء كانت الدار لهما أو لاحدهما ، وسواء كانت الزوجية باقية أو زائلة ، ويستوى في ذلك تنازع الزوجين والوارث » وهذا ما قاله الشيخ في المبسوط وتابعه العلامة في القواعد، وفخر المحققين في الإيضاح كما في الجواهر، وقد أشرنا إلى دليله .

والثاني : ان ما يصلح للرجال للرجال وما يصلح للنساء للمرأة و ما يصلح لهمما يقسم بينهما . وهذا ما قاله الشيخ في الخلاف و تبعه العلامة في التحرير، والشهيد في الدروس، بل في المسالك نسبة الى الاكثر ، بل عن الخلاف والسرائر الاجماع عليه .

ويدل عليه - مع الاجماع المذكور - عدة اخبار عمدتها صحيح النخاس الآتي .

والثالث : ان المتع كله للمرأة « لأنها تأتي بالمتاع من أهلها » وهذا مما أفتى به الشيخ في الاستبصار كما في الجواهر ، ويدل عليه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الآتي .

فهذه ثلاثة أقوال ، وقد اختار المحقق هنا و في النافع القول الثاني منها، ونسبة في نكت النهاية الى المشهور، وعن العلامة في مختلف الرجوع في المسألة الى العرف والعادة حيث قال : « والمعتمد أن نقول انه ان كان هناك قضاء عرفى يرجع اليه ويحكم به بعدهايمين ، والا كان الحكم فيه كمامى غيره من الدعاوى ... لانا : ان عادة الشرع في باب الدعاوى بعد الاعتبار والنظر راجعة الى ما ذكرنا ، و لهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الاصل ، و بان المتثبت اولى من الخارج، لقضاء العادة بملكية ما في يد الانسان غالباً ، و حكم بايجاب البينة على من يدعى خلاف الظاهر و الرجوع الى من يدعى الظاهر، واما مع انتفاء العرف فلتتصادم الدعاوىين مع عدم الترجيح لاحدهما فتساويا فيها ...

واعلم ان مارواه الشيخ من الاحاديث يعطى ما فصلناه نحن أولاً . ويدل عليه حكمه ^{عليه} بأن العادة قاضية بأن المرأة تأتى بالجهاز من بيتهما فحكم لها به ، و ان 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 ، والمشترك يكون للمرأة قضاءً لحق العادة الشائعة . ولو فرض خلاف هذه العادة في وقت من الاوقات او صفع من الاصناع لم يحكم لها» .

و هذا الذى ذكره العلامة جعله في المسالك قوله رابعاً في المسألة ، لكن صاحب الجواهر أرجعه إلى القول الثاني، فقال بعد ان اورد عبارة المختلف: «ان مبناه أولاً و آخرأ الرجحان الناشئ من العادة ولو لكون الشيء لا يصلح الا لحدهما فان العادة قاضية بذلك ، فمراجع كلام المشهور حيثنى الى ذلك ، خصوصاً بعد تصريح ابن ادريس الذى قد عرفت دعوه الاجماع على ذلك فيما حكى عنه بذلك» وفي الجواهر عن التقييح انه بعد ان اختار القول الاول قال: «لتكافئ الدعويين من غير ترجيح ، ولأن الحكم بما يصلح له لو كان حقاً لزم الحكم بمال شخص معين لغيره لكونه صالحأ لذلك الغير و هو باطل . بيان المزوم : انه جاز ان يموت للمرأة أب أو أخ فترت منه عمامه و طيالسة و دروعاً و سلاحاً ، و تموت للرجل أم او اخت فيرث منها حلباً و مقانع و قمصاً مطرزة بالذهب ، و يكون ذلك تحت أيديهما ، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الانسان لغيره . لا يقال : قال النبي ﷺ : نحن نحكم بالظاهر والله أعلم بالسرائر . وما ذكرنا هو الظاهر . لانا نقول : نمنع ان ذلك هو الظاهر ، لأن الظاهر راجح غير مانع من التقييض ، ومع ما ذكرنا من الاحتمال لارجحان .

واما ما ذكره العلامة من العرف فممنوع ، لانه لو كان قاعدة شرعية للزم الحكم بذلك في غير الزوجين لوحصل التداعى بين رجل و امرأة في متاع هذَا شأنه ، وهو باطل» . أقول : اما منعه كون الظاهر ذلك فممنوع ، وكذا منعه ما ذكره العلامة ،

والالتزام بما ذكره من اللازم غير بعيد .

واما اشكال الجواهر على قول العالمة بان « كلامه عند التأمل فى غاية البعد، اذ حاصله استفادة الحكم الشرعى من الحكم العادى، وهو واضح الفساد ، ضرورة عدم مدخلية للعادة فى الاحكام الشرعية ... وبالجملة : كلامه لا يرجع الى حاصل ينطبق على القواعد الشرعية الموافقة لاصول الامامية و ان مال اليه جماعة ممن تأخر عنه» .

ففيه : انه ان كان مراد العالمة كون السيرة العقلائية على ذلك وانها حجة مع عدم الردع، فيجوز الرجوع اليها والتعوين عليها فالاشكال غير وارد، بل قوله ^{عليه السلام} «قد علم من بين لابتيها ...» يقتضى الامضاء ، فما المانع من أن يكون المتعارف هنا حجة ؟

واما اخبار المسألة فقد عرفت أن عمدةتها صحيح النخاس الدال على القول الثاني، وهو عن الصادق ^{عليه السلام} انه قال « اذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها ما يكون للنساء ، وما يكون للرجال والنساء يقسم بينهما . قال : و اذا طلق الرجل المرأة فادعت ان المتاع لها، وادعى الرجل ان المتاع له كأن له، ما للرجال ولها ما للنساء » (١) .

وصحيح عبد الرحمن بن المحجاج الدال على القول الثالث، قال : «سألني ابو عبدالله ^{عليه السلام} كيف قضى ابن أبي ليلى ؟ قلت : قد قضى في مسألة واحدة بأربعة وجوه ، في التي يتوفى عنها زوجها فيجيء اهله وأهلها في متاع البيت ، فقضى فيه

(١) وعن ابي عبد الله عليه السلام في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل يموت قبل المرأة . قال : ما كان من متاع النساء فهو للمرأة و ما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ، ومن استولى على شيء منه فهو له » وعن زرعة عن سماعة قال : « سأله عن رجل يموت ، ماله من متاع البيت؟ قال : السيف والسلاح والرجل وثياب جلدته» وسائل الشيعة

بقول ابراهيم النخعى : ما كان من متاع الرجل فللرجل ، وما كان من متاع النساء فللمرأة وما كان من متاع يكون للرجل والمرأة قسمه بينهما نصفين .

ثم ترك هذا القول فقال : المرأة بمنزلة الضيف فى منزل الرجل ، لو أن رجلا أضاف رجلا فادعى متاع بيته كلف البينة ، و كذلك المرأة تكلف البينة ، والا فالمتاع للرجل . ورجع الى قول آخر فقال : القضاء ان المتاع للمرأة لأن يقيم الرجل البينة على ما أحدث فى بيته ، ثم ترك هذا القول ورجع الى قول ابراهيم الاول .

فقال ابو عبدالله عليه السلام : القضاء الاخير وان كان رجع عنه ، المتاع متاع المرأة الا أن يقيم الرجل البينة ، قد علم من بين لا بيتها - يعني : بين جبلى منى - ان المرأة تزف الى بيت زوجها بمتاع - ونحن يومئذ بمنى - »(١) .

ووجه الجمع بينهما : ان دعوى الرجل ملكية ما يصلح للرجل تحتاج الى اثبات ، لأن المتاع الذى تأتى المرأة به اما ملك لها واما باق على ملك أبيها ، فلو ادعى التمليك له بهبة أو نحوها كان عليه الاثبات .

ولا يمكن تقييد ملكية المرأة أو أبيها بغير ما يصلح للرجل ، لكن العكس صحيح بأن نقول : كل ما يصلح للرجال فللرجل ، الا إذا كانت المرأة قد جاءت به من بيت أهلها .

وأما قوله عليه السلام في ذيل خبر النخاس : « ومن استولى على شيء فهو له » فيمكن ان يكون المراد منه نفس المراد من صدره ، او يراد منه أمر آخر ، وهو أنه لو كان بعض المتاع بيد أحدهما خاصة فهو له ، فيكون حاصل الجمع : ان ما كان تحت يد أحدهما الخاصة دون اليد البيتية فهو له ، ثم يقضى فى الباقي يكون ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للمرأة فلها ، والمشتركتات تقسم ، والاقرب ظهوره فى هذا المعنى .

وهذا الذى ذكرناه فى الجمع بين الخبرين هو مقتضى العرف والعادة .

و هذا هو الحكم سواء كان النزاع بين الزوجين أو بين ورثة أحدهما مع الآخر .

حكم ما لو ادعى أبو الميتة أنه أغارها بعض المتعاق :

قال المحقق : « ولو ادعى أبو الميتة أنه أغارها بعض ما في يدها من متع او غيره ، كلف البينة كغيره من الاسباب » .

أى : لعمومات البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه .

قال : « وفيه رواية بالفرق بين الاب وغيره ضعيفة».

أقول : هي ضعيفة عند المحقق ، وذلك على احتمال فى الكافى والتهذيب ، وهى فى الفقيه صحيحه جزماً على ما قيل كما فى الجواهر .

وهي رواية جعفر بن عيسى قال : « كتبت الى ابى الحسن - يعني : على بن محمد - المرأة تموت فيدعى أبوها انه كان أغارها بعض ما كان عندها من متع وخدم ، اتقبل دعواه بلا بينة ام لا تقبل دعواه بلا بينة ؟ فكتب اليه عليه السلام : يجوز بلا بينة .

قال : و كتبت اليه ان ادعى زوج المرأة الميتة أو ابو زوجها أو أم زوجها فى متعها و خدمها مثل الذى ادعى ابوها من عاربة بعض المتع والمخدم ، أيكون فى ذلك بمنزلة الاب فى الدعوى ؟ فكتب : لا » (١) .

(١) وسائل الشيعة ٢١٣ / ١٨ عن الكليني عن محمد بن جعفر الكوفي يعني الاسدى عن محمد بن اسماعيل عن جعفر بن عيسى .

قال : ورواه الشيخ باسناده عن محمد بن يعقوب . ورواه الصدوق باسناده عن محمد بن عيسى عن أخيه جعفر بن عيسى . فاما احتمال الضعف في طريق الكافي والتهذيب فالظاهر انه من جهة « محمد بن اسماعيل و هو البرمكي » بناء على اعتبار جرح ابن الفضائري لكن عن النجاشى : « ثقة مستقيم » .

واما الجزم بصحة طريق الفقيه فلان استناد الصدوق الى محمد بن عيسى و هو ابن

وقد أطنب ابن ادريس في ردها بوجوه ، فقال ما نصه كما في الجواهر : «وقد شاهدت جماعة من متفقهة أصحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلك ، وأن أبا المية لو ادعى كل المтайع وجميع المال كان قوله مقبولاً بغير بينة ، وهذا خطأ عظيم في هذا الامر الجسيم ، لأنهم إن كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه :

أحدها : انه لا يجوز العمل بأخبار الاحاديث محصلتي اصحابنا على ما كررنا القول فيه وأطلقناه .

والثاني : ان من يعمل بأخبار الاحاديث لا يقول بذلك ولا يعمل به الا اذا سمعه من الرواى من لشارع .

والثالث : ان الحديث ما فيه انه ادعى ابوها جميع مтайعها وخدمتها ، وإنما قال بعض ما كان عندها ، ولم يقل لجميع ما كان عندها .

ثم انه مخالف لاصول المذهب ولما عليه اجمع المسلمين ان المدعي لا يعطى بمجرد دعواه ... ثم لم يورد هذا الحديث الا القليل من اصحابنا، ومن اورده في كتابه لا يورده الا في باب النوادر ، وشيخنا المفید وسيدنا المرتضى لم يتعرضوا له ولا أورداه في كتبهما ، وكذلك غيرهما من محققى أصحابنا ، وشيخنا ابو جعفر ما اورد في كتابين منها فحسب ، ايراداً لاعتقاداً ، كما اورد امثاله من غير اعتقاد لصححته ...

ثم شيخنا ابو جعفر الطوسي رجع عنه وضعيته في جواب المسائل الحائريات المشهورة عنه المعروفة ...»

قالت : لكن هذه الوجوه بعضها مبني على مسلكه ، وبعضها غير وارد ، لانه خلاف الظاهر .

«عبيد» صحيح ، وأن هذا الرجل ثقة عند النجاشي ، وقوله مقدم على قول الشيخ لدى التعارض ، ان لم يسقط تضييف الشيخ هنا لا بتأثره على ما ذكره شيخنا المجد المامقانى ، وان اخاه «جعفر بن عيسى» ثقة ...

وكون الرواية مطابقة للقاعدة الشرعية غير بعيد ، فاذا اعطى الاب شيئاً الى ابنته في تجهيزها وغيره ، فادعت تمليله ذلك ايها ، فانكر الاب ذلك ، كان القول قوله ، لأن الاصل عدم انتقال الملك .

نعم لو انتقل ما كان بيدها الى ورثتها ، ووقع النزاع بينهم وبين الاب ، فقالوا : هذا لامننا وهو لنا الان بالارث ، فقال الاب : هو لي ولم أملّكها المال ، كان الاب مدعياً وكان عليه اقامة البينة .

فعلى الوجه الاول تكون الرواية مطابقة للقاعدة ، وعلى الثاني مخالفة ، والظاهر هو الاول ، لأنهم يقررون باعطاء الاب المال لامهم .

الكلام في :

دعوى المواريث

وفيه مسائل :

١٢٤٩

شیخ احمد علی

الله اکبر

(المسألة الأولى)

لومات المسلم عن ابنيين فتصادقا على اسلام

احدهما قبل الموت واختلفا في الآخر

قال المحقق قدس سره : « لو مات المسلم عن ابنيين ، فتصادقا على تقدم اسلام أحدهما على موت الاب ، وادعى الآخر مثله فانكر أخوه : فالقول قول المتفق على اسلامه مع يمينه أنه لا يعلم أن أخيه أسلم قبل موت أخيه » .

أقول : لومات المسلم عن ابنيين مثلا ، فتصادق الابنان على اسلام أحدهما في حال حياة الاب ، وادعى الآخر نفس الداعوى لكي يشترك معه في الارث فانكر أخوه ذلك ، فالقول قول المتفق على اسلامه قبل موت الاب مع يمينه على عدم العلم بالنسبة الى اسلام أخيه قبل موت الاب . كذا ذكره من تعرض لهذه المسألة كما في الجواهر .

وفي المسألة ثلاثة صور : (١) الجهل بتاريخ موت الاب واسلام الابن المختلف فيه معاً . (٢) أن يكون تاريخ موت الاب معلوماً وتاريخ اسلام الابن المختلف فيه مجهولاً (٣) أن يكون تاريخ اسلام الابن المختلف فيه معلوماً وتاريخ موت الاب مجهولاً .

أما الصورة الأولى: فلا ريب في ارث المتفق عليه دون الآخر، لأن إسلامه مسبوق بالكفر وتاريخه مجهول، فيستصحب عدمه حتى موته، ويكون أثراً هذا الاستصحاب شرعاًً عدم استحقاق الولد الذي لم يثبت إسلامه عند موته، والمفروض أن لا وارث غيره إلا المتفق عليه فيستقل بالتراث بحسب أدلة الارث.

ولا يعارضه استصحاب عدم الموت حتى زمان الإسلام، لأن هذا الاستصحاب ليس بحججة، لأنه مثبت.

وأما في الصورة الثانية فكذلك، فإنه يجري الاستصحاب، ويترتب عليه الآخر الشرعي المذكور.

وأشكال في الجوهر في الحكم المذكور المبني على الاستصحاب من جهتين، أحدهما: أن ظاهر الكون في دار الإسلام هو إسلام الابن، وهذا الظاهر مقدم على الأصل وهو الاستصحاب. والثانية: بأن الارث تقتضيه القرابة حسب الأدلة في كتاب الارث، والكفر مانع عن الاستحقاق، فإذا وجد المقتضى – وهو هنا ولدية – وشك في المانع – وهو الكفر – أثر المقتضى أثراً، فيستحق المختلف فيه الارث كأخيه.

وفي كلتا الجهتين نظر، أما الأولى: فإن كون الإسلام ظاهر من في دار الإسلام صحيح، لكنه يقتضي الحكم بإسلام من كان فيها مع الجهل بحاله، وأما من كان مسبوقاً بالكفر يقيناً – كما في مفروض المسألة – فلا يقتضي كونه في دار الإسلام إسلاماً، فلا ظاهر في مقابل الأصل في هذا المقام.

وأما الثانية: فإن قاعدة المقتضى والمانع – بناء على تماميتها – تجري في صورة عدم جريان استصحاب المانع، مثلاً: إذا تم استصحاب الفسق لايتحقق للاب ولاية عند الشك في ثبوتها، مع أن نفس الآية مقتضية للولاية.

على أن أدلة ارث الولد مخصصة بعدم كفره – سواءً كان الكفر مانعاً أو كان الإسلام شرطاً – ومع الشك في إسلام الولد في حال موته يكون التمسك

بأدلة الارث من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

فالحق ما ذهب اليه المشهور ، وان الاستصحاب يفيد الحكم بعدم الارث ،
أى ان نفس عدم الاسلام كاف لعدمه .

قال المحقق : « و كذا لو كانا مملوكيين فاعتقا و اتفقا على حرية أحدهما
و اختلافا في الآخر ». .

أى ان ذلك نظير الصورتين المذكورتين ، و الحكم نفس الحكم لجريان
الاستصحاب كذلك .

و أما الصورة الثالثة فلا يجري فيها الاستصحاب المذكور في الصورتين
السابقتين ، وسيذكرها المحقق مستقلة في المسألة الثانية .

حكم ما لو اتفقا على أن أحدهما لم ينزل مسلماً و اختلافا في الآخر :

ولو اتفقا على أن أحدهما لم ينزل مسلماً و اختلافا في الآخر ، فقد جزم في
كشف اللثام بأن القول قول الآخر المختلف فيه ، واحتمله الشهيد الثاني في المسالك ،
لان ظاهر الدار تشهد له ، و ليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا ، لعدم الحالة
السابقة ، فالحكم هو اشتراكهما في الارث ، لظاهر دار الاسلام .

وبما ذكرنا ظهر الفرق بين هذا الفرع ، وبين الصورتين اللتين قلنا بجريان
الاستصحاب فيما ، فقول صاحب الجواهر : « ومن هنا لو اتفقا » لم يظهر وجهه .
كمـا لا يجوز التمسك لاستحقاقه بأدلة الارث ، لانه من التمسك بالعام في
الشبهة المصداقية .

حكم ما لو ادعى كل منهما انه لم ينزل مسلماً وأنكر الآخر :

ولو ادعى كل من الابنين أنه لم ينزل مسلماً وأنكر الآخر فقال : بل أسلمت بعد
موت الاب ، فالحكم هو اشتراكهما في الميراث ، لان ظاهر دار الاسلام يشهد لكل
واحد ، وفي الاستدلال بعمومات الارث هنا أيضاً ما عرفت .

وفي كشف اللثام : «نعم ان كانت السدار دار كفر و كان اسلام المورث مسبوقاً بكفره، احتمل ترجيح الظاهر على الاصل ، فلا يرث المختلف فيه ماله يعلم انتفاء المانع من ارثه باليقنة ، ولو ادعى المختلف فيه علم الاخر بحاله كان له احلاقوه على نفسه ». .

وقد أشـكـلـ فيـهـ صـاحـبـ الجـواـهـرـ مشـيـراـ إـلـىـ ماـ ذـكـرـهـ سـابـقاـ منـ اـقـضـاءـ الـولـدـيـةـ للـارـثـ، وـقـدـ عـرـفـتـ الاـشـكـالـ فـيـهـ . .

كمـاـ أـنـ اـيـادـهـ عـلـىـ قـوـلـ كـاـشـفـ اللـثـامـ : «ـ وـ لـوـ اـتـفـقـاـ عـلـىـ كـفـرـ كـلـ مـنـهـمـاـ اوـ رـقـيـتـهـ زـمـانـاـ ، وـادـعـىـ كـلـ مـنـهـمـاـ سـبـقـ اـسـلـامـهـ اوـ حـرـيـتـهـ عـلـىـ المـوـتـ وـأـنـكـرـ الاـخـرـ ، وـلـمـ تـكـنـ بـيـنـةـ ، وـلـاـ اـدـعـىـ اـحـدـهـمـاـ عـلـىـ الاـخـرـ ، اوـ اـدـعـاهـ فـيـ حـلـفـ عـلـىـ العـدـمـ ، لـمـ يـرـثـ اـحـدـهـمـاـ ، لـاـنـهـ لـاـرـثـ مـالـ يـثـبـتـ اـنـتـفـاءـ المـانـعـ ، وـلـاـ مـجـالـ هـنـاـ لـلـحـلـفـ ، لـاـنـ كـلـاـ مـنـهـمـاـ مـدـعـ لـزـوـالـ المـانـعـ عـنـ نـفـسـهـ ، وـاـمـاـ اـنـكـارـهـ فـيـ الحـقـيقـةـ اـنـكـارـ لـعـلـمـهـ بـزـوـالـ المـانـعـ عـنـ الاـخـرـ ، وـلـاـ يـفـيدـ الـحـلـفـ عـلـيـهـ ، بـلـ خـصـمـهـمـاـ فـيـ الحـقـيقـةـ هوـ الـوـارـثـ الـمـسـلـمـ ، فـاـنـ كـانـ غـيـرـ الـامـامـ عـلـيـهـ حـلـفـ عـلـىـ عـدـمـ الـعـلـمـ بـزـوـالـ المـانـعـ »ـ غـيـرـ وـارـدـ . .

هـذـاـ كـلـهـ مـعـ عـدـمـ بـيـنـةـ . .

وـلـوـ أـقـامـ اـحـدـ الـابـنـيـنـ بـيـنـةـ فـيـ الفـرـوـعـ المـذـكـورـةـ قـضـىـ لـهـ بـهـاـ . .

وـلـوـ أـقـامـ كـلـ وـاحـدـ مـنـهـمـاـ بـيـنـةـ (ـ فـيـ صـورـةـ اـخـتـلـافـهـمـاـ بـأـنـهـ لـمـ يـزـلـ مـسـلـمـاـ وـصـاحـبـهـ أـسـلـمـ بـعـدـ مـوـتـ الـاـبـ)ـ كـانـتـ بـيـنـةـ الـمـتـفـقـ عـلـيـهـ خـارـجـةـ وـبـيـنـةـ الـاـخـرـ اـخـلـةـ فـتـقـدـمـ بـيـنـةـ الـمـتـفـقـ عـلـيـهـ عـلـىـ القـوـلـ بـتـقـدـمـ بـيـنـةـ الـخـارـجـ وـهـوـ الـاقـوىـ كـمـاعـرـفـتـ سـابـقاـ ، وـاـمـاـ مـعـ القـوـلـ بـحـجـيـةـ كـلـاـلـ الـبـيـنـيـنـ وـتـكـافـهـمـاـ ، وـعـدـمـ تـقـدـيمـ بـيـنـةـ مـدـعـىـ تـقـدـمـ الـاسـلـامـ لـاـشـتـمـالـهـ عـلـىـ التـقـدـمـ الـزـمـانـىـ ، وـهـوـ نـقـلـهـ إـلـىـ الـاسـلـامـ فـيـ الـوـقـتـ الـسـابـقـ مـنـ جـهـةـ تـنـاقـصـ الـبـيـنـيـنـ ، فـاـلـبـيـنـيـنـ مـتـعـارـضـانـ ، وـالـحـكـمـ هـوـ الـقـرـعـةـ كـسـائـرـ موـازـدـ تـعـارـضـ الـبـيـنـيـنـ . .

وـفـيـ الـمـسـالـكـ : رـبـماـ اـحـتـمـلـ ضـعـيفـاـ تـقـدـيمـ بـيـنـةـ الـمـتـأـخـرـ ، بـنـاءـ عـلـىـ اـنـهـ قـدـيـغـمـيـ عـلـيـهـ فـيـ التـارـيـخـ الـمـتـقـدـمـ فـيـظـنـ الشـاهـدـانـ . . وـهـوـ ضـعـيفـ لـاـنـهـ قـدـحـ فـيـ الشـاهـدـ . .

(المسألة الثانية)

(حكم ما لو اتفقا ان أحدهما اسلم في شعبان والآخر في أول رمضان)

(واحتلفا في تاريخ موت الاب)

قال المحقق : « لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان والآخر في غرة رمضان ثم قال المتقدم : مات الاب قبل شهر رمضان ، وقال المتأخر : مات بعد دخول رمضان . كان الأصل بقاء الحياة، والتركة بينهما نصفين » .

أقول : هذه هي الصورة الثالثة من صور المسألة الأولى، وهي صورة العلم بتاريخ الاسلام والجهل بتاريخ موت الاب ، فالذى أسلم في شعبان يقول : مات في شعبان ، وانت أسلمت في أول شهر رمضان ، فلا تستحق للكفر ، أو عدم الاسلام حين الموت ، والذى اسلم في شهر رمضان يقول : مات بعد دخول شهر رمضان ، فانا شريك في التركة لوجود الشرط وهو الاسلام أو عدم المسانع عن استحقاق الارث و هو الكفر .

والحكم في هذه المسألة هو اشتراك الاخرين في التركة بالتنصيف ، قال في الجوادر : بلا خلاف ولا اشكال .

ودليل هذا الحكم عند المحقق هو الاستصحاب ، حيث قال : « الاصل بقاء

.. الحياة»

و قد عرفت ما فيه فانه، اصل مشيت .

وعند صاحب الجواهر هو عمومات الارث بعد عدم ثبوت المانع فالمقتضى حينئذ بحاله . و فيه ما عرفت من أنه من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية، لأن موضوع العمومات هو الولد المسلم فى حال موت الاب .
فالدليل هو ظاهر دار الاسلام فتأمل (١) .

(١) وجدهذا التأمل هو ان هذا الاسلام مسبوق بالكفر، و قد ذكرنا سابقاً ان ظاهر دار الاسلام يكون في حال عدم الكفر سابقاً وأما معه فلا ظاهر .
ويقى أن يكون الدليل اتفاق الاصحاب في هذه المسألة، لكن المحتمل - ان لم يكن المقطوع به - كونه مدركيًّا .

(المسألة الثالثة)

(حكم ما لو كانت دار في يد انسان وادعى آخر انها له ولاخيه ارثاً)

قال المحقق قده : « دار في يد انسان وادعى آخر انها له ولاخيه الغائب ارثاً عن أبيهما وأقام بینة . فان كانت كاملة وشهدت أنه لا وارث سواهما سلم اليه النصف ، وكانباقي في يد من كانت الدار في يده . وفى الخلاف : و تجعل فى يد أمين حتى يعود ، ولا يلزم القابض للنصف اقامة ضمرين بما قبض » .
أقول : فى هذه المسألة فروع :

الاول : ان هذه الدعوى تسمى من هذا الشخص ويقضى له بالبينة الكاملة - أى الواجدة للشرط على ما سيأتى - التى أقامها ويسلم اليه نصف الدار .
وهذا الحكم لا اشكال فيه ولا خلاف كما فى الجواهر .
الثانى : وحيث أريد التنصيف للدار فمن يكون القاسم ؟
قال فى الجواهر : والقاسم المحاكم أو أمينة أو من فى يده الدار .
أقول : أما المحاكم فلا كلام فى نفوذ تقسيمه لأنه ولى الغائب ، و أما أمينة فكذلك ، لأنه يقوم مقام المحاكم بأمره ، و أما من فى يده الدار فالمحظوظ انكاره لحق المدعى، وبذلك يسقط عن الامانة فى نظر المدعى فى الاقل ، والقاسم يشترط أن يكون عادلاً أميناً كما تقدم فى محله ، فكيف يكون هذا الانسان قاسماً فى هذا المقام ؟ .

الثالث : و اذا سلم نصف الدار الى المدعي فما هو حكم النصف الآخر
الذى يدعى كونه للاخ الغائب ؟ فيه قولان :

أحدهما: أن يكون الباقى فى يد من كانت الدار فى يده حتى مجىء الغائب .
وهو رأى الشيخ فى المبسوط وعليه الشهيد الثاني فى المسالك .
والآخر : أن ينتزع الباقى منه ويجعل فى يد أمين حتى حضور الغائب .
وهو رأى الشيخ فى الخلاف وهو الاقوى عند صاحب الجواهر .
وجه الاول هو : ان البيينة حجة بعد دعوى صاحب المال ، وحيث أن الغائب
غير موجود حتى يدعى ، فيبين أخيه لاتثبت ملكية الغائب للنصف الآخر ، فيبقى بيدمن
كانت الدار فى يده كما كان .

ووجه الثاني هو: أن البيينة حجة ، ولا يتوقف استيفاء الحق على حكم الحاكم
المتوقف على حضور المدعي ودعواه ، وعليه فترفع يد ذلك الإنسان عن الباقى .
وقد قدمنا فى محله بيان هذين القولين وأن الاقوى هو الثاني .

وقد يجعل منشأ الاختلاف صلاحية قيام أحد الوراث مقام اليمت فى اثبات
الحق أو الملك ، وعدمها بل يكون حق الدعوى لمجموع الوراثة ، فلو ادعى أحدهم
وأقام البيينة ثبت حقه دون غيره ؟ فالعلامة فى المختلف وكاشف اللثام على الاول ،
والشهيد الثاني فى المسالك على الثاني .

والظاهر هو الاول ، لأن هذا الاخ الحاضر يدعى الارث ويريد اثباته ، فإذا
اقام بيضة وأثبتته فقد ثبت حقه وحق الغائب ، والمفروض ان الغائب اذا حضر لا يطالب
بأكثر من الارث الذى يستحقه .

الرابع : انه لو ابى النصف بيدمن كانت الدار فى يده فهل يضمن أولا ؟
قال المحقق : لا . للacial و غيره بعد ثبوت الانحصار بالبيينة ، ولا يخفى أن
هذا مبني على صحة التضمين بالنسبة الى الاعيان كالديون .

ما هو المراد من البيينة الكاملة هنا؟

قال المحقق : «ونعني بالكاملة ذات المعرفة المتقدمة والخبرة الباطنة» .

أقول : قد اختلفت عبارات الاصحاب في معنى البيينة الكاملة ها هنا ، ففي المسالك» ان مقتضى عبارة المصنف والاكثر أن المراد بها ذات الخبرة و المعرفة بأحوال الميت ، سواء شهدت بأنها لاتعلم وارثاً غيرهما أملا ، و حينئذ تنقسم الى ما يثبت بها حق المدعي بأن تشهد بنفي وارث غيره ، و الى غيره و هي التي لا 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 » .

و تبعه في ذلك كله كاشف اللثام في تفسير عبارة القواعد التي هي مثل عبارة المتن .

وفي الجواهر : « الظاهر الاكتفاء في ثبوت الوصفين بشهادتهم بذلك بعد ثبوت عدالتهما ، بل الظاهر كون المراد بكلماتها أنها تشهد بالنفي ، و حينئذ فعدم شهادتها بذلك هو عدم كمالها ، فقول المصنف : [ولولم تكن البيينة كاملة وشهدت أنها لاتعلم وارثاً غيرهما] بمنزلة التفسير لها كقوله أولا : [وشهدت] الى آخره ». و اعترض على الشهيد الثاني و كاشف اللثام قائلا : « وما أدرى ما الذي دعاهمما الى ذلك ؟! مع أن حمل العبارة على ارادة التفسير أولى كما هو صريح الارشاد ، قال : ولو ادعى ما في يد الغير أنه له ولا خيه الغائب بالارث، و أقام بيضة كاملة، بأن شهدت بنفي وارث غيرهما سلم اليه النصف» ولا ينافي ذلك قوله في المتن «ونعني» الى آخره المحمول على ارادة بيان أن الشهادة بالنفي على وجه القطع لا تكون غالباً الا من ذي الخبرة الباطنة .

ودعوى المفروغية من الاجتزاء بشهادة ذي الخبرة بنفي العلم محل منع وان 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 الاكتفاء بالشهادة بالنفي من العدل مطلقاً ، وعدم الاكتفاء بها اذا كانت بنفي العلم كذلك ، الا اذا اريد من عدم العلم النفي فيما يعلم ، فانها شهادة بالنفي حينئذ ، كما هو ظاهر كلامهم خصوصاً الدروس . وبهذا المعنى يمكن الفرق بين ذات الخبرة وغيرها . لكن قد يقال : ان الشهادة بالنفي المزبور ايضاً تكون الا من ذي الخبرة أو شبهه » .

أقول : انه يعتبر في هذه الشهادة ثلاثة أمور أحدها : أن يشهدوا بكون الدار ملكاً للميت ، والثاني : أن يشهدوا بكون الاخرين وارثين ، والثالث : أن يشهدوا بعدم وجود وارث غيرهما .

لكن الاصحاب لم يتعرضوا الى اعتبار الامر الاول ، و اختلفوا في الثالث وأنه هل يشترط أن تكون الشهادة بالنفي على وجه القطع أولاً؟ و ظاهر عبارة المحقق «قد» هو ما ذكره ثانى الشهيدين ، و حملها على ما فى الجواهر خلاف ظاهرها .

نعم لا مانع من القول بالاكتفاء بالاستصحاب بالشهادة بالنفي ، لخبر معاوية قال : «قلت لابى عبد الله عليه السلام : الرجل يكون فى داره ثم يغيب عنها ثلاثة سنون ويدع فيها عياله ثم يأتيها هلاكه ، و نحن لاندرى ما أحدث فى داره ، ولا ندرى ما أحدث له من الولد ، الا انا لانعلم أنه أحدث فى داره شيئاً ولا حدث له ولد ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك فى الدار حتى يشهد شاهداً عدل ان هذه الدار دار فلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان أو نشهد على هذا؟ قال : نعم» (١)

حكم مالولم تكن البينة كاملة

قال المحقق : « ولو لم تكن البينة كاملة و شهدت انها لاتعلم وارثاً غيرهما أرجىء التسليم حتى يبحث المحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان وارث لظهر»

أقول : ان كانت البينة كاملة دفعت الدار الى ذى الحق ، ولو لم تكن كاملة ارجى عتسليم الدار حتى يبحث المحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان لبان ، ولا يرجع الى اصالة عدم الوارث ، لأن هذا الاصل لا يفيد انحصر الوارث بالحاضر في الظاهر ، قال في الجوادر : «على أن قاعدة الضرر الحاصل بضمانته من في يده المال لو ظهر بعد ذلك معارضته له، فأصل البراءة من وجوب الدفع الى هذا الحاضر الذي لم يعلم انحصر الوارث فيه بحاله». .

قال المحقق : «وحينئذ يسلم الى الحاضر نصيبيه ويضمنه استظهاراً».

أقول : ان الغرض من تضمين الحاضر هو الاستظهار والاطمئنان ببقاء حق الوارث المحتمل وامكان دفعه اليه لو ظهر ، وعلى هذا فلا موضوعية للتضمين ، فلو كان الوارث الحاضر موثقاً وكان مليتاً فلا حاجة الى التضمين . وليس المراد من ارجاع التسليم عدم جوازه ، حتى يستشكل بأن الاصل عدم الوارث ، بل المراد عدم وجوبه لشلة يتضرر ذو اليد لو ظهر الوارث ، وعلى هذا فلو شاء ان يسلم الى الحاضر كان له ذلك ، نعم اذا كان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم يجز له الدفع الا مع التضمين او الوثائق.

وقد يناقش بأن المفروض سقوط ذى اليد عن الامانة بانكاره دعوى الوارث الحاضر ، فلو لم تسلم الدار الى الحاضر بالبينة والاصل وجب عليه تسليمها الى المحاكم ، فلا وجه لابقائها في يده على كل حال.

على أن جواز تسليم الدار الى الحاضر - كما في الجوادر - يعني قيام المحجة الشرعية على مالكيته ، فسواء أريد من ابقاءها دفع الضرر عن ذى اليد أو عن الوارث المحتمل يجب انتزاع الدار من يده ، واما اذا لم تتم المحجة للوارث الحاضر فلا يجوز تسليم شيء اليه حتى مع التضمين .

هذا كله اذا لم يكن الوارث الحاضر ذافراً فرض . وأما اذا كان ذا فرض لا ينقص عن فرضه على كل تقدير ، كالزوجة مع الابن ، فان لها الثمن سواء كان للابن

المذكور أخ أو وارث آخر أولاً - فلا اشكال في وجوب دفع نصبيه تماماً اليه .
قال المحقق : « ولو كان ذا فرض أعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصبيه تماماً ،
وعلى التقدير الثاني يعطيه اليقين ان كان وارث ، فيعطي الزوج الرابع » أي : لاحتمال
وجود ولد منها « والزوجة ربع الثمن » أي : لاحتمال وجود زوجات له ثلاثة ، ويكون
الاعطاء « معجلاً من غير تضمين و بعد البحث يتم الحصة مع الضميين » .

حكم ما لو كان الوارث ممن يحتجبه غيره :

قال : « وان كان الوارث ممن يحتجبه غيره كالاخ ، فان أقام البينة الكاملة
أعطى المال . وان أقام بينة غير كاملة أعطى بعد البحث والاستظهار بالضميين ».
أقول : ان كان الوارث ممن يحتجبه غيره عن الارث كالاخ المحجوب
بالابوين و الاولاد فلا يعطى شيئاً ، لعدم العلم بكونه وارثاً ، فان ادعى ذلك فان
اقام البينة الكاملة أعطى المال كلها . وان أقام بينة ناقصة أعطى بعد البحث عن الحاجب
مع الاستظهار بالضميين .

هذا وفي المسالك تبعاً للدروس : « ولو صدق المتشبث المدعى على عدم
وارث غيره فلا عبرة به ان كان المدعى به عيناً، لانه اقرار في حق الغير، وان كان
ديناً امر بالتسليم ، لانه اقرار في حق نفسه، لانه لا يتعمين للغائب على تقدير ظهوره
الابقبيضه او قبض وكيله . وقد تقدم البحث في نظيره من دعوى وكالة الغائب في
الامرین » .

وقد وافقهما على ذلك كاشف اللثام قال : « وحكم الدين حكم العين في جميع
ذلك، الا في وجوب انتزاع حصة الغائب فقد يقال بالعدم . والفرق بين الا هو طهنا
العدم، لانه لا يتلف ماله ينزع لتعلقه بالذمة، وبأن العين شئ واحد شهدت به البينة،
والدين حقوق متفرقة بعدد مستحقيه . ويفارقها ايضاً في أنه لا يكفي في العين تصدق
صاحب اليد في الانحصار ويكتفى في الدين ، فإذا صدقه أعطى نصبيه كاملاً من غير
بحث ، اخذنا بأقراره » .

قلت : قد ذكرنا سابقاً في مسألة مالو تنازع اثنان في عين بيد ثالث فصدق الثالث أحدهما : أن المصدق يكون حينئذ ذايد على العين ويكون الآخر مدعياً له ، والامر فيما نحن فيه كذلك ، بل هو اولى لكون الوارث الآخر محتمل الوجود لامقتو عه ، فتسلم العين الى هذا المصدق ، فان حضر الوارث المحتمل واقام البينة بحصته أخذ والا فلا .

وأما على ما ذكروا فان الفرق المذكور بين العين والمدين صحيح ، واشكال صاحب الجوهر غير وارد .

(المسألة الرابعة)

(حكم ما إذا ماتت امرأة وابنها وتنافذ زوجها وأخوها في تاريخ موتها)

قال المحقق قدس سره: «إذا ماتت امرأة وابنها، فقال أخوها: مات الولد أولا ثم المرأة، فالميراث لى والزوج نصفان، وقال الزوج: بل ماتت المرأة ثم الولد فالمال لى، قضى لمن تشهد له البينة».

أقول: إذا ماتت امرأة وابنها ولم يعلم سبق أحدهما ماتت المرأة، فالميراث بين زوجها وأخيها، فقال أخوها: مات الولد أولا ثم ماتت المرأة، فالميراث الحاصل من تركة المرأة بما فيه ارثها من الولد لى للزوج، لكل نصف. وقال الزوج: بل ماتت المرأة أولا، فارثه الولد، هائم مات الولد من بعدها فالمال كله لى، ففي المسألة صور:

الأولى: أن يكون لاحدهما خاصة بينة على ما يدعيه، ولا اشكال ولا خلاف كما في الجوادر في أنه يقضى لصاحب البينة.

الثانية: أن يكون لكليهما بينة، وحينئذ إذا تكاففتا سقطتا بالتعارض، والحكم هو الرجوع إلى القرعة، فمن خرج اسمه حلف وأخذ والا احلف الآخر، وان امتنعا قسم المدعى به بينهما نصفين.

إى: إنها كان الولد قسمات قبل امه فيستحق الاخ نصف تركة المرأة، وإن كان قسمات بعدها فلا يستحق شيئاً، فمورد النزاع نصف تركة المرأة، فإذا وقعت

القرعة وامتناع عن اليمين قسم النصف بينهما نصفين، فيكون للاخ الرابع والزوج ثلاثة ارباع .

والثالثة : ان لا يكون لأحدهما بينة .

قال المحقق : «ومع عدمها لا يقضى باحدى الدعويين، لانه لا ميراث الامع تتحقق الحياة ، فلا ترث الام من الولد ولا الابن من امه ، ويكون تركة الابن لا يه وتركة الزوجة بين الاخ والزوج ».

فظهر ان الحكم في هذه الصورة كون تركة الابن كلها لا يه بعد يمين الاب أنه ما مات قبل امه ، و تكون تركة الزوجة بين الاخ والزوج -بعد يمين الاخ أنها ما ماتت قبل ولدها- لكل منهما نصف ، اذليس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما في الصورة الثانية حيث أقام كلامهما البينة، لأن اليمين تنفي وارثة الميت من قبل، وليس لازم هذا النفي - وهو الموت من بعد- أثراً شرعاً ، بخلاف البينة هناك فان لازمها حجة ، وهذا هو سر الفرق بين الصورتين .

هذا كله مع الجهل بتاريخ موتهما .

ولو كان تاريخ موت أحدهما متفقاً عليه بينهما كأن يكون موت الابن في يوم الجمعة فيستصحب حياة الام حتى يوم السبت فترت الابن وتموت، فهما في تركتها شريكان بالتصنيف ، وان كان العكس يستصحب حياة الابن فيرث امه ، فاذا مات كان جميع التركة للأب .

ولو علم اجمالاً بتقدم تاريخ موت أحدهما على موت الآخر ، فلا يحل لقان حتى ينفي التوارث ، بل يقرع لاجل تعين الوارث .

(المسألة الخامسة)

(حكم ما لو تنازع وارث الميت وزوجته حول شيء من التركة)

قال المحقق : «لو قال : هذه الامة ميراث أبي ، وقالت الزوجة : هذه أصدقى ايها أبوك ، ثم أقام كل منهما بينة قضى ببينة المرأة لأنها تشهد بما يمكن خفاؤها على الأخرى» .

أقول : لو وقع النزاع بين الوارث وزوجته في شيء من التركة ، فقال الوارث هذا ميراث أبي فهو لي ، وقالت الزوجة : هذا أصدقى ايها أبوك في المسألة صور الاولى : ان لا يكون للزوجة المدعية ببينة ، فان القول قول الوارث ببینته لأن الأصل عدم الاصداق .

والثانية : ان تقييم الزوجة ببينة .. فلا كلام في انه يقضى لها .

والثالثة : ان يقييم كل منهما ببينة فهنا ايضاً يقضى للزوجة بتقديم بيتها ، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على بينة الوارث .
وكذا لو كانت العين في يد أخيها لا يدعيها .

ولو وقع التعارض بين البيتين كان تدعى الزوجة الاصداق في يوم الجمعة فتشهد بيتها بذلك ثم تشهد ببينة الوارث بمماته في يوم الخميس ، فقد يقال بترجميغ ببينة الوارث ، لكونه ذا اليد وكون مدعاه أسبق زماناً ، و مع عدم المرجح فالحكم هو القرعة أو التنصيف بدونها .

الكلام في :

الاختلاف في الولد

مکالمہ

لاريب في عدم لحقوق الولد بأبيين فصاعداً عندنا وإن كانا قد واقعاً في طهير واحد ، للأخبار والاجماع . خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من الالحاق بهما مع الاشتباه ، بل عن بعضهم الالحاق بثلاثة ، بل عن المتأخرین منهم جواز الالحاق بآلف أب على قول أبي حنيفة ، بل عنه أيضاً الالحاق بأمين إذا تنازعناه واشتبه الأمر ، بل قد يأتي بناءً على ما تقدم ذكره عن متأخر لهم جواز الحق الولد بآلف أم . ولعل هؤلاء قالوا بذلك على أساس القياس عندهم ، ففاسدوا هذا المورد بمسألة شركة الآبوين في الاولاد ، فإن الولد يتكون من ماء الرجل والمرأة معاً حيث قال تعالى : «يخرج من بين الصلب والترائب» (١) ولذا يرث الولد أبويه ، فكما يكونان شريكيين في الولد لتولده منهما كذلك يكون الولد ملحقاً بالابن فصاعداً لتولده منهما .

ل肯ه - مع ابتنائه على القياس الباطل - فاسد من جهة أنه اذا انعقدت النطفة من الرجل والمرأة فقد تم الامر، وفي بعض الروايات دلالة على ذلك ، فلو واقع هذا الرجل او غيره تلك المرأة لم يكن للماء الجديد اي علاقة بما كان من الماء الاول ولكل موضع غير موضع الآخر .

ثم ان الرجوع الى القائـف واضح الفساد كذلك ، فـانه لا عبرة بالقيـافـة عندـنا ،
ولاتكون ملاـكاً للالـحـاق ، وان تـتحققـتـ المـشـابـهـةـ بـيـنـ الـوـلـدـ وـأـحـدـ الرـجـلـيـنـ غالـباًـ ،

(١) سورة الطارق، ٧

فإن المشرع قد اسقط هذه الغلبة عن الاعتبار، على أنه قد لا يشبه الابن أباه الحقيقي في الأوصاف .

وبعد هذا كله نقول : إن عمددة الأدلة في الاختلاف في الولد هو قوله عَنْ حَمَّادَةِ بْنِ مُحَمَّدٍ «الولد للفراش وللعاهر الحجر» (١) فقيل معناه : الولد لمالك الفراش ، وفي المصباح المنير : «وقوله عليه الصلاة والسلام : الولد للفراش أى للزوج ، فإن كل واحد من الزوجين يسمى فرائضاً للآخر كما سمي كل و أحد منهما لباساً للآخر ». وكيف كان فإن الحديث لا يعم النكاح الفاسد . وقال السيد في العروة بأن المراد هو الفراش الفعلى سواء أمكن الحاقه بالفراش السابق أولاً . وعن القواعد : انه لو كان زوجاً في نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففي انقطاع امكانه نظر ، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفاءه حقيقة .

صور الاختلاف في الولد

هذا وفي المسألة صور :

الصورة الأولى : اذا لم يكن في البين فراش أصلاً ، بل وطى أثنا امرأة عن سفاح لم يلحق الولد بأحدهما . و أثر ذلك عدم التوارث فقط ، و أما الآثار الأخرى كالنظر والنكاح ان كان الولد بنتاً فإنه يجوز لكل منهما نكاحها ، ويحرم عليه النظر إليها اللاتصال . أما هي فلا يجوز لها ذلك مع أحدهما لعلمهما اجمالاً بكونها لأحدهما .

وبالجملة أن وطئها عن زنا لم يلحق الولد بأحدهما شرعاً ، نعم لا يبعد الرجوع إلى القرعة لتعيين من هو له منها لاجل ترتيب الآثار من النفقة ونحوها ، اللهم إلا أن يقال بعدم ترتيب شيء من الآثار مطلقاً . لكن لا تعرض هنا ظاهراً في الاخبار والفتاوي إلى القرعة .

والصورة الثانية : إن تحقق الوطى من الرجلين بشبهة وفي طهرا واحد كان

المرجع القرعة ، لامكان كون الولد من كل منهما ، فمن خرج اسمه ألحقي به .
والصورة الثالثة : أن يعقد كل منهما عقداً فاسداً . والمرجع هنا أيضاً القرعة .
والصورة الرابعة : أن يطأ اثنان امرأة و هي زوجة لأحدهما و مشبهة على
الآخر ، والحكم عند الأصحاب هو الرجوع إلى القرعة .

وقد ذكر المحقق حكم الصور الثلاث الأخيرة بقوله :

« اذا وطى اثنان امرأة وطعاً يلحق به النسب اما بأن تكون زوجة لأحدهما
ومشبهة على الآخر ، أو مشبهة عليهما ، أو يعقد كل منهما عليها عقداً فاسداً ثم تأتى بولد
لسنة أشهر فصاعداً مالم يتتجاوز أقصى الحمل فحيثئذ يقع بينهما » .

فإن قيل: مقتضى الحديث الشريف: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» هو
الحق 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 الواطئ الآخر عن زنا أو مشبهة ، و لا يتحقق لأحد هذين فراش حتى يكون
وطؤه وطأ يلحق به النسب ، حتى يقع التعارض ويشكل الامر فيرجع إلى القرعة .
بل لقد تمسك الإمام عليه السلام بالحديث حيث لا يوجد فيه الزنا ولا مشبهة ، ففي
خبر الصيقيل: «عن رجل اشتري جارية ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ عليه السلام رحمها . قال:
بئس ما صنع يستغفر الله ولا يعود .

قلت : فإن باعها من آخر ولم يستبرئ عليه السلام رحمها ثم باع الثانية من رجل آخر
فوقع عليها ولم يستبرئ عليه السلام رحمها فاستبان حملها عند الثالث . فقال أبو عبد الله عليه السلام
الولد للفراش وللعاهر الحجر » (١) .

اذن لا ينحصر مجرى الحديث بمورد وجود الزنا أو الواطئ بشبهة فالرجوع

(١) ومثله : خبر سعيد الاعرج : «عن رجلين وقعا على جارية في ظهر واحد لمن
يكون الحمل ؟ قال : للذى عنده الجارية لقول رسول الله صلى الله عليه وآلـه وسلم :
الولد للفراش» وسائل الشيعة ٥٦٨ / ١٤

الى القرعة لماذا؟

قلت : ان الواطئ بشبهة ليس بصاحب فراش - خلافاً لصاحب الجواهر -
لكن دليل القول بالقرعة في هذه الصورة هو الاجماع .
قال المحقق : « سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين ، أو عبادين أو حربين ،
أو مختلفين في الإسلام والكفر والحرية والرق ، أو أباً وابنه » .
أقول : قال في الجواهر : بلا خلاف معتمد به أجده بينما في ذلك بل الظاهر
الاجماع عليه ، بل ادعاء بعض صريحاً .

و يدل عليه صحيح الحلبى عن الصادق عليه السلام : « اذا وقع المسلم والميهودى
والنصرانى على المرأة فى طهر واحد اقر ع بينهم ، فكأن الولد الذى تصيبه القرعة » (١) .
قال في الجواهر : نعم عن لقطة المبسوط أن المسلمين والحر أولى ، ولكن قد
استقر الاجماع على خلافه .
هذا مع عدم العلم بسبق أحدهما .

ولو علم سبق أحدهما على الآخر في الوطىء ففي المجرى بالأخير او القرعة
كذلك بحث .

هذا كله اذا كان الوطىء منهما في طهر واحد ، فان وطا أحدهما فحاضت ، ثم
وطىء الآخر ، فهل يكون الالحاق بالقرعة أيضاً؟ نعم ، لامكان كونه من الاول ، لأن
الحمل والحيض قد يجتمعان .

لكن في القواعد وكشف اللثام : « انه اذا كان ذلك انقطع الامكان عن الاول
لان الحيض علامة براءة الرحم شرعاً ، الا ان يكون الاول زوجاً في نكاح صحيح
لكون الولد للفراش ، الا ان يعلم الانتفاء ، و تخلص الحيض لا يفيد العلم به هنا ،
لقوة الفراش » .

واشكـل عليه في الجواهر بقوله : الا انه لا يخفى عليك ما فيه على كل

من تقديري مجامعة الحيض للحمل وعدمه ، وقوة الفراش لو كانت تنفع لنفعت في اجتماعهما في طهر واحد أيضاً .

قالا : ولو كان زوجاً في نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففي امكانه نظر ، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقة .

أقول : هذه صورة أخرى بالإضافة إلى الصور السابقة ، وهو أن يكون الأمر دائراً بين الوطىء بشبهة - بمعنى كونه زوجاً ظاهرياً - وبين الزنا أو الوطىء بشبهة ممن ليس بزوج ظاهري ، وتفيد هذه العبارة التوقف في امكان معارضه الوطىء 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 الالحاق بالفراش الظاهري للحديث الشريف بناءً على صدق الفراش ، والا فالقرعة .

قال المحقق : «هذا كله اذا لم يكن لأحدهم بينة» .

أقول : يعني ان الرجوع الى القرعة هو فيما اذا لم يكن لأحد الواطئين بينة، أو كان لكل واحد منهم وتعارضتا لعدم المرجح ، والا حكم باليقنة لمن كانت له أو كانت ببنتيه أرجح .

لكن البينة تقييد فيما اذا علم بتحقق وطىء واحد ، ثم اشتبه الوطىء بين اثنين فتشهد البينة أنه هذا لا ذاك لكونه معهما في سفر مثلاً ، وأما اذا وقع الوطىء من اثنين فلا يمكن للبينة تعين من يلحق به الولد منهما .

قال المحقق : «ويتحقق النسب بالفراش المنفرد ، والدعوى المنفردة ، وبالفراش المشترك ، والدعوى المشتركة ، ويقضى فيه باليقنة ومع عدمها بالقرعة» .

أقول : أما الفراش المنفرد فواضح ، وأما الدعوى المنفردة ف تكون بالنسبة الى صبي مجهول النسب ، فلو ادعاه ولاعارض له في هذه الدعوى الحق به ، ولا يسمع انكاره بعد كبره ، نعم في الكبير المجهول النسب خلاف سنشير اليه . ولو اشتراك اثنان أو ازيد في هذه الدعوى قضى باليقنة ، ومع عدمها أو تعارضها

بالقرعة . وأما الفراش المشترك فقد عرفت الكلام فيه .
ولافرق عندنا فى الدعوى بين الرجل والمرأة ، فلو استلحقت ولدأً فان لم
ينازعها أحد لحق بها ، وان نازعها كان الولد لذات البيينة، ومع عدمها أو تعارضها
فالمرجع القرعة .

فروع ذكرها فى الجواهر عن بعض الاصحاب :

وهنا فروع أوردها صاحب الجواهر عن بعض الاصحاب ، ونحن نوردها

بعاً له :

«من انفرد بدعوى مولود صغير فى يده لحقه الا أن يضر بغيره ، كأن يكون
معتفاً ولاه لمولاه ، فان بنوته تقضى تقدمه على المولى فى الارث ، فان بلغ وانتفى
عنه لم يقبل نفيه الا بيينة ، استصحاباً لما ثبت شرعاً ، وكذا لو أقر بالمجنون فأفاق
 وأنكر ، وليس لاحدهما احلاف الاب ، لانه لو جحد بعد الاقرار لم يسمع» .

قال فى الجواهر : «ولا يخفى عليك وجه البحث فى ذلك» .

«لو ادعى نسب بالغ عاقل فانكر لم يلحقه الا بالبيينة . وان سكت لم يكن
تصديقاً» قلت : بل الا ظهر كونه تصديقاً ، فاذا سكت كانت دعوى المدعى بلا معارض .
«لو ادعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطئاً لشبهة لم يقبل وان
وافقه الزوجان ، بل لا بد من البيينة على الوطى لحق الولد» .

«لو تداعيا صبياً وهو فى يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة على اشكال
فى أن اليد هل ترجح كما يرجح الملك» أى على ذاك اقامة البيينة ، ومع عدمها
لحق بصاحب اليد على اشكال فى عموم أدلة حجية اليد للانسان الذى ليس مملوكاً
بل حرّ منسوب ، فقد يقال بعدم صدق اليد على الحرّ ، وحيينئذ فالملك البيينة والا
فالقرعة .

«لو استلحقه صاحب اليد ولو ملتقطاً وحكم له شرعاً لم يحكم للآخر الا بيينة» .

«لو استلحق ولدأً و قال : انه من زوجتى هذه فأنكرت الزوجة ولادته ففى

لحوظة بها بمجرد اقرار الاب نظر» أى : لأن هذه الدعوى ليست بلا معارض لأنها عارضت ، في الجوادر : بل منع لكونه اقراراً في حق الغير . أقول : ولكن أثر وجوب النفقة ونحوه مترب على هذا الاقرار .

«لو بلغ الصبي بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعة فانتسب إلى أحدهما قبل ، وأشكله بعض بأنه اقرار في حق الغير مع عدم دليل على قيام تصديقه مقام البينة أو القرعة» والظاهر ورود هذا الاشكال لعدم وجود نص يدل على اعتبار الاقرار بالولدية ، نعم لو أقر بالرقية لأحد قبل لانه على نفسه ، كما لا سيرة على القبول . «ولاعبرة بمثل الطبع عندنا» أى : ان هذا لا يكون دليلاً شرعاً للانتساب وإن كان وجود هذا الطبع حقيقة واقعية .

«وان لم ينتسب إلى أحد منهمما أفرع ان لم ينكرهما معاً ، والا لم تفدى القرعة بناءً على قبول تصديقه ، ولا يقبل رجوعه بعد الانتساب ، ولا اعتبار بانتساب الصغير وإن كان مميزاً ، ونفقة قبل الثبوت شرعاً عليهما ، ثم يرجع من لم تتحقق القرعة به على الآخر» .

وأشكل عليه في الجوادر : «وفيه : ان دفعها قد كان لا قراره فلا وجه لرجوعه» الا ان يقال بأن لسوازم البينة حجة فعلى مقيمها جميع النفقة ، لكن قلنا سابقاً بأن الاقرار مقدم على جميع الأدلة . هذا ، وقد ذكرنا سابقاً احتمال قبول دعوى الصبي فراجع» .

«لو أقام كل من المدعين بينة بالنسبة وتعارضتا ولا ترجح حكم بالقرعة عندنا» .

«لو أقام أحدهما بينة ان هذا ابنه وآخر بينة ان هذا بنته ظهر ختني ، فإن حكم بالذكورية بالبولي وغيره فهو لمدعى الابن ، وإن حكم بالأنوثية فهو لمدعى الانثى ، لأن كلاماً منهما لا يستحق إلا من ادعاها ، وإن ظهر ختني مشكلاً أفرع» .

خاتمة الكتاب :

أقول : هذا آخر كتاب القضاء . وقد كان الفراغ منه في اليوم الثامن عشر من شهر ربيع الآخر من شهور السنة الثالثة بعد الأربعين بعدها بعما يقارب ألف سنة من الهجرة النبوية . في الحوزة العلمية بمدينة قم المقدسة وسيتلوه أن شاء الله تعالى كتاب الشهادات . والحمد لله أولاً وآخرأ ، وصلى الله على سيدنا محمد وآلـه الطيبين الطاهرين ، ولا سيما آخرهم بقية الله في الأرضين ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين .

على ابن حجة الإسلام والمسلمين السيد نور الدين نجل آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني قد

الفهرس

الكلام في كتاب قاض الى قاض

٣٢-٧

٩	حكم انهاء الحكم بالكتابة
١٣	حكم انهاء الحكم بالقول مشافهة
١٤	حكم انهاء الحكم بالشهادة
١٧	دليل المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض ورده لا يعتبر الاشهاد في هذه الشهادة
١٩	قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس
٢٠	ما ينهى الى المحاكم
٢٣	حكم انفاذ الشبوت لو أخبر الأول به حقيقة الانفاذ
٢٤	صورة الانهاء
٢٥	حكم ما لو تغير حال المحاكم الاول
٢٦	لاأثر لتغير حال المكتوب اليه
٢٧	

مسائل ثلاثة

الاولى - لو أقر المحكوم عليه أو أنكر

- ٣١ الثانية - لو امتنع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القايسن
 ٣٢ الثالثة - عدم وجوب دفع الحجة على المدعي

الكلام في بعض أحكام القسمة

٧٤ - ٣٣

- ٣٥ مشروعية القسمة
 ٣٦ حقيقة القسمة
 ٣٨ حكم نصب القاسم
 ٣٩ صفات القاسم
 ٤٠ هل يشترط الرضا بعد القرعة؟
 ٤١ هل يشترط القرعة؟
 ٤٣ هل تتحقق القسمة بالصلح؟
 ٤٣ لا فرق بين قسمة الرد وغيره
 ٤٤ في اجزاء القاسم الواحد وعدمه
 ٤٥ في أجرة القاسم
 ٤٩ النظر في المقسم
 ٥٢ أقسام القسمة
 ٥٦ كيفية القسمة

مسائل ثلاثة

- ٥٨ الاولى - في قسمة الدار التي لها علو وسفل
 ٥٩ الثانية - في قسمة الارض التي فيها زرع
 ٦١ الثالثة - في قسمة الفرحان المتعددة

النظر في الأواحق وهي ثلاثة

- | | |
|----|---|
| ٦٤ | الأولى - لو ادعى بعد القسمة الغلط |
| ٦٧ | الثانية - اذا اقتسم ثم ظهر البعض مستحضاً |
| ٧٠ | الثالثة - لو قسم تركة الميت ثم ظهر عليه دين |

الكلام في أحكام الدعاوى

٩٤ - ٧٥

- | | |
|----|--|
| ٧٧ | تعريف المدعي |
| ٨٠ | الشروط المعتبرة في المدعي - البلوغ |
| ٨١ | اشتراط العقل |
| ٨١ | أن لا يدعى مالا لغيره |
| ٨٢ | أن لا يدعى مالا يجوز تملكه |
| ٨٣ | اشتراط كون الدعوى صحيحة لازمة |
| ٨٤ | هل تسمع دعوى المنكر فرق الحاكم أو الشهود |
| ٨٥ | هل يجب اجابة المنكر لو التمس اليمين من المدعي؟ |
| ٨٧ | هل يلزم بالجواب عن دعوى الاقرار؟ |
| ٨٩ | هل تفتقر صحة الدعوى إلى الكشف؟ |
| ٩٢ | هل تسمع دعواه ان هذه بنت أمته؟ |

الكلام في التوصل إلى الحق

١١٦ - ٩٥

- | | |
|-----|-----------------------|
| ٩٧ | ١ - ان كان الحق عقوبة |
| ٩٨ | ٢ - ان كان الحق مالا |
| ١٠٠ | صور كون الحق ديناً |

- الاولى - أن يكون مقرأً به وبادلا له
 الثانية - أن يكون مقرأً ممتنعاً من البذل
 الثالثة - أن يكون المدين جاحداً للحق
 حكم الاقتراض من الوديعة
 لو كان من غير جنس الموجود
 جواز تولي بيع الوديعة
 لو تلفت الوديعة قبل البيع فهل يضمن ؟

مسائلتان

- الاولى - من ادعى مالا يد لأحد عليه قضى له
 الثانية - لو انكسرت سفينة في البحر فما هو حكم ما خرج منه ؟

الكلام في دعوى الاملاك

وفيها مسائل

١٩٠ - ١١٧

المسألة الاولى - و فيها صور

- الاولى - لو تنازعا عيناً في يدهما ولا يبينه
 الثانية - لو كانت يد أحدهما عليها
 الثالثة - لو كانت يدهما خارجة وفيها صور :
 ١ - أن يصدق من هي بيده أحدهما
 ٢ - أن يصدق من هي بيده كليهما
 ٣ - أن يكذب من هي بيده كليهما
 ٤ - أن يقر من هي بيده لأحدهما غير المعين
 ٥ - أن يقول من هي بيده : ليست لي ولا درى لمن

- ١٣٢ المسألة الثانية - في تعارض البيانات
- ١٣٢ متى يحصل التعارض ؟
- صور تعارض البيانات :
- ١٣٣ الأولى - كون العين بيد المتداعين
- ١٣٩ الثانية - كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل أو الخارج ؟
- صور الشهادة المشتملة على السبب :
- ١٤٥ ١ - شهادتهما معاً بالسبب
- ١٤٧ ٢ - أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق
- ١٤٧ ٣ - أن تشهد للداخل بالسبب وللخارج بالملك المطلق
- ١٤٩ الثالثة - كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع إلى المرجحات
- ١٥٣ النظر في طوائف أخبار الترجيح وطريق الجمع بينها
- ١٥٥ حكم مالو أقر الثالث لاحدهما
- ١٥٦ الرابعة - كون العين لافي يد أحد
- ١٥٦ مورد تحقق التعارض
- ١٥٩ الحكم بالقسمة يختص بمورد امكانه
- ١٦٠ هل اليد من المرجحات ؟
- ١٦٣ هل الشهادة يقدم الملك أولى من الشهادة بالحدث ؟
- ١٦٨ حكم الاستناد إلى الاستصحاب في الحكم والشهادة
- ١٧٠ الشهادة بالأقرارات
- ١٧١ تقدم الشهادة بالملك على الشهادة باليد
- ١٧١ تقدم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بالتصرف
- ١٧٣ المسألة الثالثة - اذا ادعى شيئاً فقال المدعي عليه : هو لفلان
- ١٧٦ لو أنكر المقر له الملكية للمشيء

- لو كان المقر له غائباً
لو كان المقر له ممن يمتنع مخاصمه
لو كان المقر له مجهولاً
المسألة الرابعة - لو وقع الاختلاف في العقد الواقع
المسألة الخامسة - حكم ما لو كان شئ في يد انسان وادعى أحد كونه له سبباً
وأقام ببينة

الكلام في الاختلاف في العقود

502 - 191

مِنْهُ

- ١٩٤ حكم الاختلاف في الاجرة ولا بينة

١٩٨ حكم الاختلاف في الاجرة مع البينة

٢٠١ حكم الاختلاف في العين المستأجرة ولا بينة

٢٠١ حكم الاختلاف في العين المستأجرة مع البينة

٢٠٣ حكم مالوادعي اثنان شراء دار وهى فى يد البائع
وهل يقبل قول البائع لاحدهما ؟

٢٠٥ وهل لهما الفسخ ؟

٢٠٧ حكم مالوفسخ أحدهما دون الآخر

٢٠٨ حكم مالوادعي اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهمما

٢١٠ حكم مالوادعي احد شراء المبيع من زيد وادعى آخر شرائه اياه من عمرو و
٢١٣ وهل لهما الفسخ ؟

٢١٤ حكم مالوادعي عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر شرائه من المولى
٢١٦ وهل للمولى خيار الفسخ ؟

٢١٧

مسائل

- الاولى - لو شهد للمدعي بملكية الدابة من ذمدة فكذبتها سنها

-
- | | |
|-----|--|
| ٢٢١ | الثانية - لو شهدت بالشراء ولم تشهد بالملكية أو التسليم |
| ٢٢٣ | الثالثة - حكم دعوى رقية الصغير المجهول النسب |
| ٢٢٥ | حكم مالو كان كبيراً |
| ٢٢٧ | الرابعة - حكم مالو ادعى اثنان ملكية الذبيحة وفي يد كل منهما بعضها |
| ٢٢٩ | الخامسة - لو تسلم شيئاً بالبينة فأقام المحكوم عليه البينة على الملكية |
| ٢٣٠ | ال السادسة - لو ادعى داراً وادعى آخر نصفها وأقاما البينة |
| ٢٣١ | حكم مالو ادعيا ذلك ويدهمها عليها مع البينة |
| ٢٣٥ | حكم مالو ادعى أحدهم نصف الدار والآخر الثالث والثالث السادس ويدهم عليهم |
| ٢٣٦ | حكم مالو ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والثالث الثالث |
| ٢٤٠ | حكم مالو كانت في يد أربعة فادعى أحدهم الكل والآخر الثلثين والثالث النصف والرابع الثالث |
| ٢٤٥ | السابعة - حكم تداعى الزوجين متاع البيت |
| ٢٥٠ | حكم مالو ادعى ابوالميطة أنه أغارها بعض المتاع |

الكلام في دعوى المواريث

٢٧٠-٢٥٣

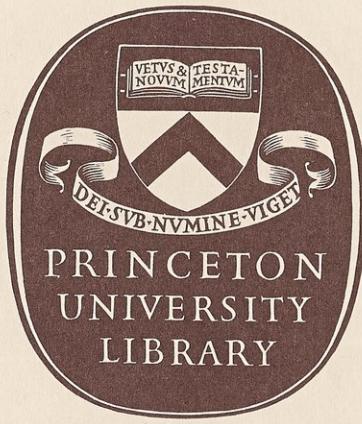
- | | |
|-----|---|
| ٢٥٥ | المسألة الاولى - الومات المسلم عن ابنيه فتصادقا على اسلام احدهما قبل الموت واختلفا في الآخر |
| ٢٥٧ | حكم مالو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا في الآخر |
| ٢٥٧ | حكم مالو ادعى كل منهما انه لم يزل مسلماً وأنكر الآخر |
| ٢٥٩ | المسألة الثانية - حكم مالو اتفقا على أن أحدهما أسلم في شعبان و الآخر في اول رمضان واختلفا في تاريخ موت الاب |
| ٢٦١ | المسألة الثالثة - حكم مالو كانت دار في يد انسان وادعى آخر انه الاب ولا خيهاراً |
| ٢٦٣ | ما هو المراد من البينة الكاملة ؟ |
| ٢٦٤ | حكم مالو لم تكن البينة كاملة |

- ٢٦٦ حكم مالو كان الوارث ممن يحجبه غيره
المسألة الرابعة - حكم ما اذا ماتت امرأة وابنها وتنازع زوجها وأخوها
٢٦٨ في تاريخ موتهمما
المسألة الخامسة - حكم مالو تنازع وارث الميت وزوجته حول شيء من التراث

الكلام في الاختلاف في الولد

٢٨٠ - ٢٧١

- ٢٧٣ مقدمه - في عدم الملحوظ بأبين وعدم الرجوع إلى الفائق
٢٧٤ صور الاختلاف في الولد
٢٧٤ الصورة الاولى والثانية
٢٧٥ الصورة الثالثة والرابعة
٢٧٨ فروع أوردها صاحب الجواهر
٢٨٠ خاتمة الكتاب



Princeton University Library



32101 061870166

KBL
M542
juz 2

RECAP