

تكملة التكملة

مؤلفه

عبد القادر بن عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الوهاب بن عبد البر بن عبد العزيز بن عبد الحميد بن عبد المطلب بن عبد مناف بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان

الشيخ الفاضل العلامة

عبد القادر بن عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الوهاب بن عبد البر بن عبد العزيز بن عبد الحميد بن عبد المطلب بن عبد مناف بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان

الشيخ الفاضل العلامة

عبد القادر بن عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الوهاب بن عبد البر بن عبد العزيز بن عبد الحميد بن عبد المطلب بن عبد مناف بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان

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.*

كِتَابُ الْقَضَاءِ

تَقْرِيرَاتُ

فَقِيهِ الْعُرْسِمَا حَةَ آيَةِ اللَّهِ الْعَظِيمِ
السَّيِّدِ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُؤْتَبِرِ الْكَلْبِيِّ الْكَلْبِيِّ
دَامَ ظِلُّهُ الْوَارِثُ

بِقَلَمِ

السَّيِّدِ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ الْمِيلَانِيِّ

(الجزء الثاني)

(Arab)

KBL

.M542

ج 2

(RECAP)

وَلَقَدْ كَرَّمْنَا

من منشورات

دار القرآن الكريم

(قم - ایران)

ص - ب - ۲۴ - هاتف - ۲۲۲۴۰



بسم الله الرحمن الرحيم

المجدد الذي علم بالقلم ، علم الانسان ما لم يعلم ، وافضل صلواته
وانزك تحياته على اشرف انبيائه وخاتم رسله وخير خلقه محمد سيد
العرب والجم ، وعلى آله واصحابه البررة اولي الفضل والكرام . وعلى
اعدائهم اللعن المؤبد الائم ، الى ان يحیی الله العظام بقدر الرمم
وتجسد ، فان العلم نور يقذف الله في قلب من يشاء
ومن اوتي العلم فقد اوتي خيرا كثيرا . وقد فضل الله مداد العلماء
على دماء الشهداء ، وجعلهم ورثة الانبياء .

ثم ان ولدنا العلامة الحجة السيد علي الميلا في ايد الله تعالى
قد صرف عمره الشريف وزهرة شبابه في طلب العلم وكسب الفضيلة
وكتب محاضراتنا وبحاثنا في الفقه من (كتاب لقضاء) وعرض
علينا ما كتب ، فاطلعنا عليه وجدناه جامعاً للمسايل ، حاوياً
للمطالب ، محتوياً على النكات والدقائق ، وافياً بالمراد .

وقد استجازنا في طبعه ونشره ، فاجزنا لذلك ، سائعين
المولى جل شأنه ان يوفقنا لمراضيه ، ويكثر في العلماء والمجددين
امثالاً ، فهدى تعالى به ، وعليه سبحانه اجره . والسلام عليه

مؤيد الدين
في
الكلية

وعلى سائر العلماء العاملين ورحمة الله وبركاته
تم المقدسة في ٨ ، شهر رمضان المبارك ١٢٩٠

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين، لاسيما خليفته الله في الأرضين الامام الثاني عشر الحجة ابن الحسن العسكري أرواحنا 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 سيّدنا الأستاذ الأكبر، الفقيه العظيم، زعيم الحوزة العلمية، المرجع الديني واستاذ المجتهدين، آية الله العظمى الحاج السيد محمد رضا الموسوي الكلبايكاني دام ظله الوارف، أقدمه الى العلماء الأعلام والفضلاء الكرام، سائلاً المولى عز وجل أن ينفع به كما نفع بسابقه بمته وكرمه، وأن يجعله ذخيرة لي يوم 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 الحاكم موضوع لاحكام بالنسبة الى الحكام الاخرين ،
كوجوب الانفاذ فى بعض الموارد ، وعدم جوازه فى بعض الموارد ، ووجوب
التفحص عن دليله فى موارد ، وعدم جوازه فى أخرى .
ثم الحكم الذى يصدره الحاكم ، يمكن انهاءه الى الحكام الاخرين : بالقول ،
وبالكتابة ، وبشهادة العدلين ، وباقرار المحكوم عليه بذلك الحكم .

حكم انتهاء الحكم بالكتابة :

وبالنسبة الى انهاءه بالكتابة قال المحقق : «أما الكتابة فلا عبرة بها» .
أى : فلا تكون موضوعاً لشيء من الاحكام ، قال : «لامكان التشبيه» . وهذا
التعليل يتوجه فى عصرنا بالنسبة الى الاحكام التى يصدرها الحكام ، أو ينهونها
بواسطة الهاتف أيضاً ، لامكان التشبيه فى الصوت بسهولة جداً .
وأضاف فى الجواهر : «وعدم القصد الى الحقيقة وعدم الدليل شرعاً على
اعتبار دلالتها» .

وقد ادعى الاجماع على عدم العبرة بالكتابة ، و حكى عن بعضهم نفي
الخلاف فيه ، وقيل : لامخالف الأبوعلى الاسكافى ، والاردبيلي حيث اعتبرها فى

صورة العلم بالكتابة ، وكونه قاصداً لمعناها ، قال : ولهذا جاز العمل بالمكتابة في الرواية، وأخذ المسألة والعلم، والحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد، ولانه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين ، بل يحصل منها الظن المتأخم للعلم ، بل العلم مع الامن من التزوير ، وأنه كتب قاصداً للمدلول، وحينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم بأن القاضي الغلاني الذي حكمه مقبول حكم بكذا، فانه يجب انفاذه واجراؤه من غير توقف ، ويكون ذلك مقصود ابن الجنيدي، ويمكن أن لا ينازعه 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 ، لان ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقاً ، و لم نجد في نحو محل البحث ، مما يتعلق بموضوعات الاحكام التي لم تتوقف عليها مطلقاً ، ولو كان الظن للعلم متأخماً ، ومجرد كون الظن بالكتابة أقوى من الظن الحاصل من شهادة الشاهدين لا يوجب قطعته ، و لا حجيته الا على تقدير أن تكون حجيتها من حيث افادتها المظنة وهو ممنوع ، بل كلمة القائلين بحجيتها وسماعها هنا مطبقة على أنها من جهة الأدلة الاربعة التي سيأتى ذكرها ، وهى أدلة قاطعة أو ظنية ظناً مخصوصاً مجمعاً عليه ، ومثلها لم يقم على اعتبار ظن الكتابة ، بعد امكان دفع الضرورة التي هى الاصل في تلك الأدلة ، بالشهادة على الحكم واقامة البينة وانفاذ الحاكم الثانى 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 ، لان مستند الاكتفاء بهذه الامور المعدودة فى نحو الاحكام الشرعية إنما هو من حيث قضاء الضرورة ، وانسداد باب العلم بها بالكلية ، وعدم امكان تحصيلها الا بالمظنة ، وان عدم اعتبارها حينئذ يوجب اما الخروج عن

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

وقال في الجواهر بعد كلام الاردبيلي المذكور : التحقيق : أن الكتابة من حيث أنها كتابة لادليل على حجيتها قطعاً مطلقاً سواء في اقرار وغيره ، بل عن ابن ادريس في نواذر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتى أن يرجع الا الى قول المفتي دون ما يجده بخطه - الى ان قال - بغير خلاف من محصل ضابط لاصول الفقه ، وبنى على ذلك عدم حجية المكاتبة ، قال : لان الراوى للكتابة ما سمع الامام يقول ، ولا شهد عنده شهوده أنه قال ، وان كان فيه ما ستعرف .

نعم اذا قامت القرائن الحالية وغيرها على ارادة الكاتب بكتابته مدلول اللفظ المستفاد من رسمها ، 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 عليها 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 أشعر 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 الروايتان على العمل بالحكم بالكتابة ، بمعنى ايجاد الحكم بها باللفظ ، لاعلى العمل بها من حيث انها كتابة ، اذ من المعلوم عدم دلالتها على كونها منه ، وأنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسمها . . .

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

أو احتمال السهو والنسيان ، أو احتمال عدم القصد ، أما الاول فالمفروض عدمه للوثاقة ، وأما غيره من الاحتمالات فكلها منتهية 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 بالكتابة وكونها خط فلان .

وأضاف في السرائر : احتمال التزوير ، وهو - كما في مجمع البحرين - : تزيين الكذب . ولكن هذا الاحتمال مشترك بين القول والكتابة .

وأما الاجماع المدعى فهو منقول ، وتبقى الروايتان :

١- عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام : «انه كان لا يجيز كتاب قاض

الى قاض ، في حد ولا غيره حتى وليت بنوا امية ، فأجازوا بالبينات» (١) .

٢- عن طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مثلها (٢) .

وهما - بناء على اعتبارهما بعمل الاصحاب (٣) - محمولتان على أن ذلك

كان منه عليه السلام في مورد عدم حصول الاطمينان بالكتابة ، وقصد كاتبها لما كتبه .

فالعمدة في الاستدلال على عدم العبرة بالكتابة هو عدم الدليل النقلي على

(١٩٢) وسائل الشيعة ٢١٨/١٨ ، الباب : ٢٨ .

(٣) سند رواية السكوني : الشيخ باسناده عن سعد بن عبدالله 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

رواياته معمول بها عند الاصحاب ، فلاسفن فيها من حيث السند .

قال فسى الوسائل بعد رواية السكوني : «وعنه عن محمد بن عيسى عن محمد بن

سنان عن طلحة بن زيد عن جعفر ...» وفي «محمد بن سنان» و«طلحة بن زيد» بحث

كما لا يخفى .

وكيف كان ففي الجواهر عن المختلف وصف الخبرين بالمشهورين المستفيضةين .

وسياتى بعض الكلام حول «السكوني» و«طلحة بن زيد» .

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

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

حكم انتهاء الحكم بالقول مشافهة :

قال المحقق «قده» : «وأما القول مشافهة فهو أن يقول للآخر : حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت ، ففي القضاء به تردد ، نص الشيخ في الخلاف : أنه لا يقبل» .
أقول : المراد من « القضاء به » هو انفاذ الحاكم الثاني اياه ، ووجه التردد هو : أن هذا خبر واحد عن الموضوع ، وفسى اعتباره بحث و خلاف ، ولعلّ مذهب الاكثر هو العدم ولزوم قيام البيّنة، ولكن يشكل فيه من جهة أن خبر الواحد عن الموضوع المحول الى المخبر ، والذي لا يعلم الا من قبله يعتمد عليه ، ولو أعطى وكّل أحداً في طلاق زوجته فأخبره باجراء الصيغة اعتمد على خبره ، ولو أعطى الثوب المتنجس لان يغسله فأخبره عن تطهيره اياه اعتمد عليه ، ولو أخبر الاجير في الصلاة عن الميت عن أنه قد صلى كان خبره حجة (١) ... فالقضاء من هذا

(١) واستدل له بأدلة القضاء من جهة انها كما تدل على نفوذ الزامات القاضى ، كذلك تدل على قبول اخباراته بالقضاء ، فانه عندما يخبر عن الزامه ، يترتب عليه استمرار ما كان منه من الفصل بين المتخاصمين ، فيجب أن يقبل ، للملازمة العرفية بين نفوذ الالزام ونفوذ الاخبار بالالزام ، فيكون الدليل على الثانى نفس الدليل على الاول .

وبعبارة اخرى : ان اخبار الحاكم الاول بالفصل بين المتخاصمين فى القضية يعتبر فضلاً كذلك ، فاما يستمر حكم الفصل الاول وذلك ان كان صادقاً فى اخباره ، واما يكون فضلاً جديداً من جهة انه عند اخباره قد انقذح فى ضميره عدم خصومة بين المتخاصمين ولو بقاء ، فكما أنه اذا رأى عدم الخصومة حدوداً نفذ رأيه كذلك اذا رأى عدمها بقاءً ، فيكون اخباره بعدم الفصل بمنزلة الزامه به من حيث الكشف عن تعلق رأيه بعدم الخصومة .

القبيل ، فالظاهر هو القبول .

حكم انتهاء الحكم بالشهادة :

قال المحقق «قده» : « وأما الشهادة ، فان شهدت البينة بالحكم ، وباشهاده اياهما على حكمه ، تعين القبول » .

قال فى الجواهر : لعله لعموم ما دل على وجوب قبول حكمه الذى هو من حكمهم عليه السلام ، ولذا كان الراد عليه راداً عليهم ، ومادل على حجية البينة .
ثم ان المحقق « قده » ذكر أن تكون الشهادة على الحكم وعلى الاشهاد معا احتياطاً ، و ذلك لان الحاضر فى مجلس الحكم قد لا يلتفت الى ما وقع مع خصوصياته ، لكن عندما يشهد على الامر يصغى اليه ويلتفت التفاتاً كاملاً ، فتكون شهادته حينئذ اتم .

وقد ذكر المحقق لما ذهب اليه من تعين قبول الشهادة وجوهاً أربعة ، فالاول ما ذكره بقوله : « لان ذلك مما تمس الحاجة اليه ، اذ احتياج ارباب الحقوق الى اثباتها فى البلاد المتباعدة غالب ، وتكليف شهود الاصل التنقل متعذر أو متعسر ، فلا بد من وسيلة الى استيفائها مع تباعد الغرماء ، ولا وسيلة الا رفع الاحكام الى الحكام ، وأتم ذلك احتياطاً ما حررناه .

لا يقال : يتوصل الى ذلك بالشهادة على شهود الاصل .

لانا نقول: قد لايساعد شهود الفرع على التنقل والشهادة الثالثة لاتسمع» .
أقول: وأيضاً الشهادة على الشهادة لاتسمع 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 فانها تسمع ولو مع امكان الشهادة على الاصل .

← ولكن الاشكال فى دلالة أدلة القضاء على قبول اخبارات القاضى بالقضاء كما تدل

على نفوذ التزاماته ، وأن الملازمة العرفية المذكورة فيها تأمل ، فتأمل .

وأيضاً: الشهادة على الشهادة لاتسمع فى الحدود، بخلاف الشهادة على الحكم فانها حجة فيها أيضاً .

ولا تقبل الشهادة على الشهادة الا مرة واحدة، وأما انفاذ الحكم فيستمر باستمرار الزمان ، فبيما لا تكون الشهادة على الشهادة حجة لامحيص لرفع الحوائج وفصل الخصومات الا بانفاذ الحكم .

واذ لا يشترط فى الشهادة على حكم الحاكم عدم امكان الشهادة على الاصل، فان للحاكم الثانى استماع الشهود فى القضية من جديد، وله أن يحكم استناداً الى الشهادة على حكم الاول، كما أن له اجراء الحد استناداً الى الشهادة على الحكم، لعدم اختصاصها بغير الحدود .

هذا وتوضيح ما قرره صاحب الجواهر فى شرح عبارة المحقق فى جواب لا يقال. وصاحب المسالك قرره بنحو آخر وهو: أن فى الشهادة على الشهادة قصوراً عن الشهادة على الحكم، لانها لاتسمع الا مرة واحدة، بخلاف الشهادة على الحكم، فانها تسمع فى الثالثة . وتوضيح ذلك: ان الشهادة على الاصل هى المرتبة الاولى لاثبات المدعى، والمرتبة الثانية هى الشهادة على الشهادة بعد تعذر الشهادة على الاصل، وحجيتها مخصصة بتلك المرتبة، وأما الشهادة على الحكم التى هى فى المرتبة الثانية عن شهادة الاصل فلا تختص حجيتها بتلك المرتبة، بل الشهادة على الشهادة على الحكم حجة أيضاً وهى المرتبة الثالثة . انتهى .

لكن هذا فى الحكم الاول المستند الى الشهادة على الاصل، وصاحب المسالك لم يتعرض للشهادة على حكم الحاكم الثانى المستند الى الشهادة على الشهادة، والمستند الى الشهادة على الحكم المستمر باستمرار الزمان . فظهر أن كلا 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 اكثر .

قال في الجواهر : 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 ، و اذ ثبت و وصل الى الحاكم الثاني و جب القبول و الانفاذ ، لان ملاك الثبوت و القبول هو ما ذكره من التعليل المذكور .

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

أى : الحكم بالانفاذ موقوف على أمرين : أحدهما : قبوله الحكم . والثاني : كون الحكم و اصلا اليه بطريق مشروع ، و لو لم يكن الوصول بالبيئة مشروعاً لبطلت الحجج . قال في المسالك : لان الحاكم يموت فيبطل حكمه . قلت : يعنى ان الحكم لا يبطل بالموت لانه ليس كالمو كالة مثلاً ، بل المراد ان الحكم يبقى بلا أثر ، اذ لا طريق الى اثباته مع عدم اعتبار البيئة . قال : فان الشهود تصير طبقة ثانية بعده ، فاذا أنفذ حكمه بشهادتهم طال زمان نفوذ الحججة و الانتفاع ، و هلم جراً بالنسبة الى الحاكم الثاني و الثالث ، فيستمر الانتفاع بالحججة . أقول : يحتمل أن يكون مراده أن الشهادة على الانفاذ يستمر أثرها ، و يحتمل أن يكون المراد هو الشهادة على الشهادة فيكون في المرة الثالثة بلا أثر . و الظاهر هو الاول .

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

و الوجه الثالث : ما ذكره بقوله : « ولان المنع من ذلك يؤدي الى استمرار الخصومة فى الواقعة الواحدة ، بأن يرافعه المحكوم عليه الى آخر ، فان لم ينفذ الثاني ما حكم به الاول اتصلت المنازعة » .

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

تتوقف على ثبوت حكم الاول بطريق مشروع .

والوجه الرابع ما ذكره بقوله: «ولان الغريمين لو تصادقا ان حاكما حكم عليهما ألزهما الحاكم ما حكم به الاول، فكذا لو قامت البينة، لانها تثبت مالو أقربه الغريم ألزم به» .

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

أقول : ان الحاكم الثانى عندما يريد انفاذ حكم الاول لا بدله من ثبوت الحكم عنده و ثبوت وجوب الانفاذ عليه، و قد اشتملت هذه الوجوه الاربعة على دليل الامرين معاً .

وقال صاحب الجواهر قدس سره : ان هذه الادلة الاربعة يظهر من بعضها انها مساقفة بثلاث الاكتفاء بالشهادة فى اثبات حكم الحاكم، ومن آخر أنه مساقف لاثبات مشروعية حكم الحاكم الاخر بانفاذ ما حكم به الاول، الا أن الاولى الاستناد فى اثبات الاول الى عموم دليل حجبية البينة والقضاء بها، وفى الثانى الى عموم حكم الحاكم، وأن الراد عليه راد علينا، وأن حكمه حكمهم، وماندرى أن النزاع فى أى المقامين، لان كلامهم مشوش .

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

دليل المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض ورده :

قال المحقق قده : « لا يقال : فتوى الاصحاب أنه لا يجوز كتاب قاض الى قاض ولا العمل به، ورواية طلحة بن زيد والسكونى عن أبى عبدالله عليه السلام : ان علياً عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاض الى قاض لافى 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 السى قاض ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته .

ونحن نقول : فلا عبرة عندنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً ، والى جواز ما ذكرنا أوماً الشيخ أبو جعفر رحمه الله فى الخلاف .

ونجيب عن الرواية : بالطعن فى سندها ، فان طلحة بترى والسكونى عامى ، ومع تسليمها نقول بموجبها ، فاننا 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 ، وتوضيح الجواب هو : ان الاجماع ان كان فمعقده المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض آخر ، لاعدم العمل بحكم الحاكم الثابت بشهادة العدلين مثلاً ، لاسيما مع اشهاد الحاكم ايّاهما حين اصداره الحكم .

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

والثانى : الروايتان . وقد أجاب عنهما بالطعن فى السند قال : فان طلحة بترى والسكونى عامى (١) .

(١) أما طلحة بن زيدفى تنقيح المقال ١٠٩/٢ : عده الشيخ رحمه الله تارة من أصحاب الباقر عليه السلام قائلاً : «طلحة بن زيد بترى» . وقال فى الفهرست : «طلحة ابن زيد له كتاب ، وهو عامى المذهب الا أن كتابه معتمد ...» قال جردنا رحمه الله «قد تفرد الشيخ رحمه الله بقوله : ان كتابه معتمد . ولم أقف على من نطق به غيره ، وذلك لا ينع الا فيما علم أنه من كتابه ، لان النتيجة تتبع أحسن المقدمات . ونقل المولى الوحيد رحمه الله عن خاله - يعنى المجلسى الثانى - الحكم بكونه كالموثق . قال : ولعله لقول الشيخ رحمه الله : كتابه معتمد . ويروى عنه صفوان بن يحيى» . ←

قال : و مع تسليمها من حيث السند نقول بموجبها ، فإنا لانعمل بالكتاب أصلا ولو شهدا به ، فكان الكتاب ملغى ، بل عملنا هو بالحكم الذى قامت عليه البينة .

ومما يمكن الاستدلال به للمنع هو : ان حكم الحاكم الثانى خروج عن قانون القضاء ، لان أدلة القضاء جعلت الميزان الشرعى المقرر له فى البينة واليمين ، فاذا حكم هذا الحاكم كان حكمه لاعن طريق البينة واليمين .

والجواب عنه: ان المراد من حكم الثانى ليس انشاء الحكم بأصل الدعوى ، كالحكم بملكية زيد للدار أو زوجية هند له ، بل الغرض حكمه بوجوب اتباع حكم الحاكم الاول ، وهذا فى الحقيقة اقرار و اثبات لحكم الاول وانفاذ له ، والظاهر اتفاق الاصحاب على وجوب انفاذ حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى على الفقهاء الاخرين .

لا يعتبر الاشهاد فى هذه الشهادة .

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

→ وأما السكونى - وهو اسماعيل بن أبى زياد - فموجز ما ذكر بترجمته (تنقيح المقال ١٣٧/١) أن الشيخ و النجاشى لم يتعرضا الى مذهبه . لكن العلامة نص على كونه عامياً بل نفى ابن ادريس الخلاف فى ذلك ، ونوقش بعدم وجود عاميته فى كتب الرجال ، وما ادعاه ابن ادريس لادليل عليه ، وأنه لا يبعد كونه فى تقية شديدة لاشتهاره بين العامة ، و كونه من قضاتهم ، لاسيما وأنه مذموم عندهم كما لا يخفى على من راجع كتبهم الرجالية . هذا بالنسبة الى مذهبه .

وأما بالنسبة الى رواياته فعن الشيخ دعوى اجماع الشيعة على العمل برواياته وأنه ثقة ، ونقل عن المحقق توثيقه ، وهو من رجال كامل الزيارات ، لكن عن ابن بابويه : لأفتى بما ينفرد السكونى بروايته ، وللمتأخرين حول الرجل كلمات وآراء فراجعها .

هذه الشهادة ، ولا يعتبر في قبولها الاشهاد ، ولا حضور المجلس مطلقاً .
على أنا لانجد فرقاً بين هذه الشهادة وغيرها ، ودعوى عدم الخلاف في
اعتبار الاشهاد في هذاالمقام كما عن صاحب الرياض «قده» كما ترى . نعم ينبغي
قيام الحاكم بالاشهاد احتياطاً كما ذكر المحقق «قد» .

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس :

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

أقول : و على هذا فلو أراد الحاكم الثانى الحكم بالحد توقف على ثبوت
موجبه عنده ، بحسب الموازين الشرعية المقررة للثبوت بالنسبة الى كل موجب
للحد ، ولا يكفى ثبوته عند الحاكم الاول لان يحكم به ، نعم له اجراء الحد بعنوان
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 **إِنَّمَا** : « الحدود تدرأ بالشبهات »
وقد أشكل على الاستدلال بالخبر المذكور بأنه لاشبهة مع قيام البينة المعتبرة فلا
يدرء الحد ، ويمكن دفعه بأن البينة قامت عند الحاكم الاول ، وقيامها تقتضى الغاء
الشك والشبهة ، وأما الحاكم الثانى فلم تقم عنده البينة ، فالشبهة باقية بالنسبة اليه
فليس له الحكم .

ما ينهى الى الحاكم :

قال المحقق قدس سره : « وما ينهى الى الحاكم أمران : أحدهما : حكم
وقع بين المتخاصمين . والثانى : اثبات دعوى مدع على غائب .

أما الاول : فان حضر شاهداً لانتهاء خصومة الخصمين وسمعا ما حكم به
الحاكم وأشهدهما على حكمه ، ثم شهدا بالحكم عند الاخر ، ثبت بشهادتهما حكم

ذلك الحاكم وأنفذ ما ثبت عنده ، لانه يحكم بصحة الحكم فى نفس الامر ، اذ لا علم له بذلك، بل الفائدة فيه قطع خصومة الخصمين لو عاودا المنازعة فى تلك الواقعة .

وان لم يحضرا الخصومة فحكى لهما الواقعة وصورة الحكم ، وسمى المتحاكمين بأسمائهما وآبائهما وصفاتهما وأشهدهما على الحكم فيه تردد، والقبول أولى ، لان حكمه كما كان ماضياً كان أخباره ماضياً .

أقول : ان الذى ينهى الحاكم الاول بالكتاب السى الحاكم الثانى أمران : أحدهما : الحكم الذى حكم به بين المتخاصمين : فان حضر شاهدا الانهاء مجلس التخاصم وسمعا ما حكم به الحاكم فى الواقعة بل وأشهدهما على حكمه ثم جاء فشهدا بحكم الحاكم الاول عند الثانى فانه يثبت بذلك حكم ذلك الحاكم، وعلى الثانى انفاذه وفصل الخصومة المتجددة بين الخصمين فى نفس تلك الواقعة، وليس له الحكم بصحة حكم الاول فى الواقع لانه لا علم له بذلك ، وقد نهى الشارع عن القول بلا علم .

وان لم يحضر شاهدا الانهاء مجلس التخاصم ، بل حكى الحاكم الاول لهما الواقعة شارحاً صورة النزاع وحضور المتنازعين عنده وصورة حكمه ، وذكر المتحاكمين بأسمائهما وأسماء آبائهما وصفاتهما المشخصة، وأشهد الشاهدين على حكمه ففى ثبوت الحكم بشهادتهما عند الحاكم الثانى تردد عند المحقق قده لكن قال «والقبول أولى» قال فى الجواهر: «وفاقاً للاكثر، بل لم أجد فيه خلافاً سوى ما يحكى عن الشيخ فى الخلاف، بل قيل : انه ظاهره دعوى الاجماع عليه ، الا أنى لم أجد من وافقه عليه سوى بعض متأخرى المتأخرين، بناء منهم على أن الاصل يقتضى عدم جواز الانفاذ فى غير صورة القطع لانه قول بغير علم ، خرج ما خرج وبقي 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 للاخر: حكمت بكذا أو أنفذت 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 رلا يعرف الا من قبله، فاذا أخبر بأنى قد حكمت بكذا واشهد الشاهدين على ذلك كان اخباره حجة كما لو سمعاً بنفسهما الحكم منه، وكما يلغى احتمال عدم قصده للحكم بالنسبة الى الانشاء المسموع منه فكذلك يلغى احتمال الخلاف بالنسبة الى اخباره عن ثبوت حكمه، وبذلك ينقطع الاصل الذى تمسك به المانعون .

قال المحقق: «وأما الثانى - وهو اثبات دعوى المدعى - فان حضر الشاهدان الدعوى واقامة الشهادة والحكم بما شهدا به واشهدهما على نفسه بالحكم وشهدا بذلك عند الاخر، قبلها وأنفذ الحكم، ولو لم يحضرا الواقعة واشهدهما بما صورته: ان فلان ابن فلان الفلانى. ادعى على فلان ابن فلان الفلانى كذا، وشهد له بدعواه فلان وفلان، ويذكر عدالتهما او تزكيتهما، فحكمت أو أمضيت، ففي الحكم به تردد مع ان القبول أرجح، خصوصاً مع احضار الكتاب المتضمن للدعوى وشهادة الشهود» .

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

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

وشهادة الشهود . لكن لما كان الغائب على حجته اذا قدم فانه ينبغى ضبط أسماء الشهود لئلا يمكن من الجرح ونحوه ، وكذا غير ذلك مما له مدخلية في بقاء الخصم الغائب على حجته .
هذا كله في الحكم .

حكم انفاذ الثبوت لو أخبر الاول به :

قال المحقق قده: « أما لو أخبر حاكماً آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثاني ، وليس كذلك لو قال «حكمت» فان فيه تردداً » .
أقول : وأما لو أخبر الحاكم الاول الثاني بثبوت الدعوى عنده ، أو قال بعد سماع الدعوى وشهادة الشاهدين « ثبت عندي كذا » فلا يجوز للثاني أن يحكم به أو يقول « ثبت عندي كذا » ، لعدم الثبوت عنده ، ولا أن يقول : « انفذت حكمه » لان الثبوت ليس حكماً كى يندرج فى أدلة الانفاذ .

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

قال عليه السلام : « فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينارد »

والراد علينا الراد على الله ، وهو على حدّ الشرك بالله » (١) .

اللهم الا اذا حصل الاطمينان بثبوت الامر عند الحاكم أو الحكام الاخرين وسائر الناس ، ولذا كان عيد الفطر يثبت فى أيام شيخنا الاستاذ (٢) بقوله : « ثبت عندي » . وكان رحمه الله لا يحكم لانه لم يكن يرى - تبعاً لبعض مشايخه - ولاية للحاكم فى مثل ذلك .

ثم انه قد ذهب بعض الاصحاب - على ما حكاه فى المسالك - الى اختصاص الحكم بما اذا كان بين الحاكمين وساطة وهم الشهود على حكم الاول ، فلو كان الحاكمان مجتمعين و أشهد أحدهما الاخر على ذلك لم يصح انفاذه ، لان هذا

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

(٢) آية الله العظمى الشيخ عبدالكريم اليزدى قدس سره مؤسس الحوزة العلمية .

ليس من محل الضرورة المسوغة للانفاذ المخالف للاصل .
وأجاب عنه في الجواهر بأن ذلك ليس قولاً لآحد من أصحابنا و لم نعرف
أحداً حكاه غيره، وبأن الضرورة المذنورة في الدليل إنما هي حكمة أصل المشروعية
للانفاذ لأنها علة يدور الحكم مدارها وجوداً و عدماً ، وبأن الضرورة قد تتحقق
فيه لقطع الخصومة مع عدم الكون في البلاد المتباعدة من الحاكم الاول .

حقيقة الانفاذ

هذا وليس « الانفاذ » ارشاداً الى العمل بحكم الحاكم الاول فقط ، كما هو
الشأن في عمل نقلة فتاوى الفقهاء وارشادهم العوام الى العمل بفتاوى مقلديهم ، بل
ان المراد من الانفاذ حكم الثانى بوجوب اطاعة حكم الاول 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 تفيد ظواهر
كلمات القوم .

والدليل عليه قوله عليه السلام : « فاذا حكم ... » . وليس من باب الامر بالمعروف والنهي
عن المنكر ، ولذا يكون فاصلاً للخصومة ، ولو كان من ذلك الباب لما كان كذلك .
لكن يمكن أن يقال بأن للحاكم الثانى أن يجعل حكم الاول حجة في الحكم
كما يحكم استناداً الى البينة مثلاً ، فله أن يحكم فى اصل القضية حكماً من عنده
استناداً الى نظر الاول فى الواقعة و حكمه فيها ، ولا ينافيه ظاهر الحصر فى قوله عليه السلام
« انما أفضى بينكم بالبينات و الايمان » لجواز حمله على الحصر الاضافى ، وقد اجاز
ذلك المحقق النراقى ومنعه المشهور مستدلين بأن هذا الحكم قول بغير علم ، اذ
المفروض عدم علمه بكون المال لزيد مثلاً ، وبأن المفروض جهله بملاك حكم الاول
فمن الجائز أنه لو علم به لخالفه ، و على هذا فليس له الحكم به ، كما لا يجوز له
الحكم بصحته أو موافقته للواقع .

واستدل النراقى بأن حكم الحاكم الاول حكم الله فى الواقعة ، لادلة حجية

حكم الحاكم ، فهو حجة ، وحينئذ فكما يجوز للحاكم الثانى الاستناد الى البينة واليمين ونحوهما من الحجج ، كذلك له ان يستند الى هذه الحجة ، فيحكم على طبق حكم الاول حكماً مستقلاً كماله أن ينفذه .
والاقوى ماذهب اليه الا ان يكون اجماع على خلافه ، لكن الاحوط فى المقام هو انفاذ حكم الاول وعدم الحكم بنفسه فى الواقعة .

صورة الانهاء :

قال المحقق قدس سره : « وصورة الانهاء : أن يقص الشاهدان ما شاهداه من الواقعة ، وما سمعاه من لفظ الحاكم ، و يقول : و أشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك وأمضاه ، و لو أحالا على الكتاب بعد قراءته و قال : أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك جاز » .

أقول: أى ان تحقق الانهاء يكون بشرح الشاهدين كل ما شاهداه من الواقعة فى مجلس الحكم من حضور المتخاصمين ودعوى المدعى و انكار المدعى عليه ثم اقامة الاول البينة على دعواه ، ثم بحكاية لفظ الحكم الذى أصدره الحاكم والتصريح بشهاد . اياهما على حكمه .

ويقوم مقام هذا كله احالتهما للحاكم الثانى على الكتاب الذى كتبه الحاكم الاول بالواقعة بعد قراءته وأن يقول : اشهدنا الحاكم انه حكم بذلك .

قال المحقق : «ولابد من ضبط الشىء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه ، ولو أشتبه على الثانى أوقف الحكم حتى يوضحه المدعى» .

أقول: هذا من شرائط الانهاء بالشهادة، فلا بد من أن يكون الامر الذى 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 عاليمين بخصوصيات الواقعة من زمان الغصب ومكانه وغير ذلك بحيث ترتفع الجهالة والا

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

ولا خصوصية لتوضيح المدعى - وان قال المحقق: «حتى يوضحه المدعى» - بل يكفي وضوحه من أينما كان . نعم بما أن المدعى هو الذى يدعى شيئاً ويطلب من الحاكم النظر فى دعواه فهو المخاطب باثبات ما يدعيه بطريق شرعى كشهادة غير الاولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك .

وهل يعتبر فى الانتهاء كونه الى قاض معين أو يكفي توجه الكتاب الى مطلق القضاة؟ حكى الاول عن بعض العامة ، وفيه انه لاوجه لهذا التقييد ، بل ان البينة حجة وان لم يكن معها كتاب مطلقاً ، فلا يختص الانفاذ بالمكتوب اليه .

حكم ما لو تغير حال الحاكم الاول :

قال المحقق : «ولو تغير حال الاول بموت أو عزل لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه ، وان تغير بفسق لم يعمل بحكمه ، ويقر ما سبق انفاذه على زمان فسقه» . أقول : لا ريب فى نفوذ حكم الحاكم الجامع للشرائط والصفات المذكورة فى أول كتاب القضاء ، ويعتبر كونه على تلك الصفات فى حين اصداره الحكم ، فلو تغير حال الحاكم بموت أو عزل عن القضاء أو جنون أو عمى - بناءً على اشتراط البصر - أو غير ذلك لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه ووجوب انفاذه على الحاكم الثانى ، و قد استثنى المحقق تبعاً للمشهور من ذلك الاسلام والعدالة ، وأنه يشترط بقاءه على ذلك بعد الحكم كذلك ، فلو تغير حاله بكفر أو فسق لم يعمل بحكمه - و ليس الامر كذلك فى سائر الامور المشروطة بالعدالة كامامة الجماعة والشهادة بالطلاق ونحوهما - وكذا لو تغير حاله بعد الحكم وقبل العمل .

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

جواز العمل ابتداءً بفتاوى الاموات» وأما اذا كان قد قلّده ثم مات المجتهد فقد أفتوا بجواز البقاء على تقليده .

وهذا بخلاف ما اذا تغير حاله بفسق أو جنون ، نعم العمل الذي 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 .

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

لكن كلا الأمرين واضح الضعف ، ولا يقاومان اطلاقات الادلة ، و من هنا ذهب جماعة كالاردبيلي والنراقى الى عدم الفرق بين الفسق والموت ، أخذاً باطلاقات ادلة حجبية حكم الحاكم ، الا أن ذهاب المشهور الى ما ذكره المحقق ، بل دعوى بعضهم عدم الخلاف فيه يمنعنا من الجزم بعدم الفرق .

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

ويؤيده أيضاً جواز البقاء على تقليد المجتهد الميت دون الفاسق .

ولو وصلت النوبة الى الاصل فالاصل هو عدم جواز العمل والانفاذ .

هذا كله بالنسبة الى تغيير حال الحساكم الاول الكاتب للكاتب .

لا أثر لتغيير حال المكتوب اليه :

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

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

أقول: ان انفاذ الحاكم الثانى الحكم ثم تغيير حاله بموت أو جنون أو غيرهما لم يقدح ذلك فى انفاذه، وان تغيير بفسق لم يعمل بحكمه بالانفاذ على المشهور . ومن المعلوم ان ذلك لا يقدح فى حكم الحاكم الاول بل كل من قامت عنده البينة من الحكام بأن الحاكم الاول قد حكم به واشهدهم على ذلك عمل بها لعموم دليل حجيتها ، اذ اللازم لكل حاكم انفاذ ما حكم به غيره من الحكام لان حكمه حكم الائمة عليهم السلام .

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

مسائل ثلاث

المسألة الاولى

(حكم ما لو أقر 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 يقيم المدعى بينة ، وان كان الوصف مما يتعذر اتفاهه الا نادراً لم يلتفت الى انكاره لانه خلاف الظاهر » .

أقول : لما قامت الشهادة فاما يقر المحكوم عليه وأنه هو المشهود عليه ، فيلزمه الحاكم بأداء ما عليه بلا اشكال ، وبلا خلاف كما في الجواهر .

و اما ينكر ، و حينئذ فان كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق عليه و على غيره - كما لو جاء في الشهادة على الحكم بأن محمد بن احمد مدين لفلان كذا ، فانه يحتمل الاتفاق على هذا الشخص و على غيره بكثرة - سمع قوله مع يمينه ، الا اذا أقام المدعى بينة على ان هذا هو المقصود .

وعن بعضهم بطلان اصل الحكم على عنوان مشترك كما في المثال المذكور . وان كانت الشهادة بوصف يتعذر اتفاهه الا نادراً - كما اذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفة الكذائية والمهنة الفلانية - لم يلتفت الى انكاره الحكم عليه بلا خلاف بين من تعرض لذلك كما في الجواهر ، وذلك لانه خلاف الظاهر .

هذا و في المسألة تفصيل ، لانه اذا أنكر كونه المحكوم عليه فتارة يدعى المدعى كونه هو على التعيين ، وحينئذ ليس للحاكم الثاني انفاذ حكم الاول في حق هذا الشخص ، بل تجرى احكام المدعى والمنكر. وأخرى يتردد المدعى بين هذا وشخص آخر يشترك معه في الاسم والوصف ، فان كان هذا التردد من المدعى من أول الامر كان المورد من فروع مسألة الدعوى على المردد، كدعوى ولي المقتول بأن أحد هذين قاتل أبي، وفي صحة هذه الدعوى بحث وخلاف. وبناء على صحتها يطالب المدعى بالبينة ، ومع عدمها يحلف الرجلان ان كانا حاضرين أو الحاضر منهما، ومع الامتناع ترد اليمين على المدعى .

و لو شهد الشاهدان على معين و حكم الحاكم عليه بأداء الحق ثم اشتبه فلاريب في صحة الحكم، فان وقع الاشتباه من عدم ذكر الحاكم الاول للاوصاف والمشخصات بالتفصيل ، جاء ما ذكره المحقق من أنه ان كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق ... بخلاف مالو كان الوصف مما يتعذر اتفاه الا نادراً وقد ذكره الحاكم الاول بالتفصيل ، فانه 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 مساوياً له في الاسم والنسب كلف ابانته في اثباته ، فان كان المساوى حياً سئل ، فان اعترف أنه الغريم الزم وأطلق الاول، وان انكروا وقف الحكم حتى يتبين » .

أقول : ووقوف الحكم بمجرد دعوى أن المحكوم عليه شخص آخر غيره - مع انكار ذلك الشخص - في غاية الاشكال، اللهم الا ان يقال بان الدعوى كانت على كلى المسمى بهذا الاسم و قد صدر الحكم عليه كذلك ، ثم اشتبه المصدق الحقيقي بغيره . لكن صحة الدعوى على الكلى المردد 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 متأخر عن موته الزم الاول وان احتمل وقف الحكم حتى يتبين» .

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

وقد فصل بعضهم بين ما اذا ذكر الاسم والوصف وكان الوصف محتملاً للاتفاق فيه مع غيره من أول الامر، وبين ما اذا كان متعذراً 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 يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض، ولو لم يكن عليه بالحق شاهد قيل : لا يلزم الاشهاد. ولو قيل : يلزم كان حسناً...»
أقول: هذا لثلايطالبه ذو الحق به مرة 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 ذى الحق ما يخاف مراجعته به مرة أخرى، ولو قيل : يلزم الاشهاد كان حسناً حسماً لمادة المنازعة أو كراهة لتوجه اليمين .

هذا ولكن في الحكم بجواز الامتناع من التسليم الا مع الاشهاد نظر، لان أداء حق الناس واجب، والمماطلة غير جائزة، غاية الامر انه لو حدث نزاع بعد ذلك ترافعا الى الحاكم وارتفع بالموازين الشرعية، فمجرد احتمال حدوث النزاع مرة أخرى لا يجوز تأخير أداء حق الناس، ففيما ذكره تردد .

المسألة الثالثة

(عدم وجوب دفع الحجة على المدعى)

قال المحقق: «لا يجب على المدعى دفع الحجة مع الوفاء ... وكذا القول

في البائع ...»

أقول: دليل عدم الوجوب كون الحجة ملكاً له. وقد قال رسول الله ﷺ: «الناس

مسلطون على أموالهم» ولأنها حجة له لو خرج المقبوض أو المبيع مستحقاً.

الكلام فى :

بعض أحكام القسمة

«القسمة» معاملة مستقلة لها أحكامها الخاصة ، وقد تعرض الاصحاب قدست أسرارهم لها في كتاب الشريعة ، 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 الاحيان .

مشروعية القسمة :

و مشروعية القسمة بأن تكون معاملة كالمعاملات الاخرى ثابتة بالكتاب والسنة، ففي القرآن الكريم: « واذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه » (١) اذ الاستفادة من هذه الآية المباركة امكان تمييز السهام بعضها عن بعض بالقسمة ، من دون حاجة الى أن يبيع بعض الشركاء سهمه من بعض لتحقيق الفرز وتعيين الحصص في المال ، فالاية ظاهرة في تشريع القسمة لان تكون طريقاً للوصول الى هذا الغرض والا قال - مثلا - : واذا حضر البيع أو الصلح .
وذكروا أيضاً قوله عز وجل : « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم » (٢) ولكن في

(١) سورة النساء : ٨ .

(٢) سورة القمر : ٢٨ .

دلالتها على تشريع القسمة نظر، لان الماء كان لهم خاصة ولم يكن مشتركاً ، وقد أمر سبحانه بجعل قسم من الماء للناقة .

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

ثم ان القسمة تارة تكون بافراز الحصص بعضها عن بعض ، واخرى تكون قسمة مهياة ، بمعنى تقسيم الانتفاع من الشيء المشترك بحسب الازمنة ، كالدابة المشتركة بين اثنين يستعملها هذا يوماً وذاك يوماً .
حقيقة القسمة :

ثم انه تارة يختلط مال اثنين ببعده ببعض ، كأن يختلط شياه هذا بشياه ذاك فهنا قولان :

احدهما : انهما يشتر كان في المجموع بنحو الاشاعة ، كما هو الحال فيما اذا ورث الاخوان هذا المجموع معاً . و الثاني ان كلاً منهما يملك حقه و مملوكه الواقعي فقط . واذلا طريق الى التمييز فلا بد من التراضى بينهما بالتقسيم ، بأن تنتقل عين مال ككل واحد الى الاخر في مقابل عين ماله فيكون في الواقع تبديلاً .

و تارة اخرى يكون الاختلاط بين المالين موجبا لاشتراكهما بالاشاعة عند العرف ، كأن تختلط حنطة هذا بحنطة ذاك . فلا يصدق حينئذ التبديل ، بل يقال هنا بالتمييز و الافراز و التعيين ، و المراد جعل المال الذي يشترك الاثنان في تملكه مفرزا الى ملكين يختص كل واحد منهما بواحد .

قال المحقق قدس سره في كتاب الشركة : وهي تمييز الحق من غيره ، وكذا قال في المسالك والجواهر ، بل نسب الى المعروف بين الاصحاب ، وعليه السيد صاحب

(١) سند ذكر ترجمة هذا الرجل قرياً .

(٢) سنن البيهقي ١٠٢/٦ .

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

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

واما احتمال أن تكون القسمة تعيين ما يملكه كل واحد من الشريكين خارجاً ، بمعنى أن كل مال من الاموال المملوكة هو ملك لكليهما ، فيكون أحدهما مالاً للناصف الثانى من المال الذى بيده بازاء تملكه النصف الاخر من المال الذى بيد شريكه ، فتكون القسمة فى الحقيقة بيعاً ، لانها على هذا تبديل الاموال بعضها ببعض بحسب السهام ، لكن الشريكين ينشآن القسمة ولانظر لهما الى المبادلة والمعاوضة الواقعة . فيضعفه : انه ان كان المراد من النصف هو النصف المردد فان المردد لا وجود

له فى الخارج ، وان كان المراد منه النصف المعين فهذا خلف للفرض ، ولو كان كذلك لم يكن حاجة الى التقسيم . فيرجع الامر الى الكلى و يكون من قبيل تعيين الكلى فى المصداق ، نظير تملك الكلى فى المعين كالصاع من الصبرة اذ يتعين كلى الصاع بالصاع الذى يدفعه ، وان كان بين الموردين فرق من جهة أخرى ، وذلك انه مع تلف شىء من المال المشترك يكون التلف مسن كليهما ، بخلاف ما لو تلف من الصبرة مقدار فانه من مالكة ، حتى اذا بقى منها صاع واحد كان لمستحقه ولم يشاركه صاحب الصبرة .

وأما احتمال ان يكون المملوك لكل واحد من الشريكين هو الاحد الا لبايعينه

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

القسمة هى نقل سهم كل شريك من الحصص التى بيد شريكه بازاء سهم شريكه فى الحصص التى بيده» .

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

والتحقيق هو النظر في حقيقة الشركة ، وبذلك يتضح معنى القسمة ، والحاصل : ان التقسيم هو التعيين ، لان معنى الشركة هو تملك كل من الشريكين للنصف مثلاً من المال بنحو الاشاعة ، وحيث يراد اخراج المملك عن الاشاعة وتعيين حق كل واحد من الشريكين ، يقسم المال بحسب السهام ، فيكون التقسيم تعيين كل من النصفين لكل من الشريكين مثلاً ، فيتحصل ان معنى التقسيم اخراج المال عن حال كونه مملوكاً للشريكين بالاشاعة الى حال تعيين ملك كل واحد منهما فيه ، بتعيين مصاديق كل الاجزاء لكل منهما ، وهذا الوجه أحسن الوجوه في هذا المقام .

حكم نصب القاسم :

قال المحقق : « ويستحب للامام ان ينصب قاسماً كما كان (١) لعلى عليه السلام . أقول : هذا الحكم لاريب فيه كما في الجواهر ، لان نصب القاسم من المصالح العامة ، وعن القواعد الاجماع عليه .

وان تعبيره بـ «النصب» يفيد أن ذلك منصب من المناصب ، و لازم ذلك أن يكون للقاسم ولاية على التقسيم كما للحاكم ولاية على الحكم ، ويكون مافعل نافذاً على الشريكين 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 تنقيح المقال ٢/٢٢٣ : عبدالله بن يحيى الحضرمي وقال : قعد الشيخ الرجل من اصحاب أمير المؤمنين (ع) وفي رجال البرقي انه من اصحاب امير المؤمنين (ع) الذين كانوا شرطة الخميس ، وان امير المؤمنين قال لعبدالله بن يحيى الحضرمي يوم الجمل : ابشر يا ابن يحيى فانك وأباك من شرطة الخميس حقاً .

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

صفات القاسم :

«ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل والايان والعدالة»

أقول : لاشبهة ولا خلاف في اشتراط كونه بالغاً عاقلاً ، اذلا عبرة بافعال
الفاقد للبلوغ والعقل ، كما لاريب ولاخلاف في اعتبار الايمان والعدالة فيه ، لان
صاحب هذا المنصب ذو ولاية، وقد قال الله عزوجل : «لاينال عهدى الظالمين» (١)
قال : «والمعرفة بالحساب» .

أقول : وكذا نحوه مما تحتاج اليه القسمة غالباً .

قال : «ولا يشترط الحرية» .

اقول : ظاهر الجواهر الاجماع على عدم اشتراط الحرية في القاسم، فيجوز
ان يتولى ذلك العبد الجامع للشرائط المعتبرة باذن المولى .
قالوا : ويشترط فيه القصد بأن يقسم المال ويفرز الحقوق مع القصد والانشاء
كما يصدر الحاكم الحكم كذلك .

قال : «ولو تراضى الخصمان بقاسم لم يشترط فيه العدالة»

أقول : اما بناءً على عدم كون القسمة منصّباً من المناصب ، فانه حيث يريد
القاسم القسمة الاجبارية فان القدر المتيقن من القسمة النافذة قسمة المؤمن العدل ،
و لا يوجد عندنا اطلاق لنتمسك به لاجل نفوذ قسمة مطلق القاسم ، و اما قاسم
الامام عليه السلام ففي الخبر انه كان من شرطة الخميس و كان مبشراً بالجنة .

وأما اذا كان القاسم معيناً من قبل الشريكين فلا حاجة الى العدالة والايان،
اذ المفروض رضاهما بما يفعله - كما لهما أن يقتسما المال بأنفسهما - نعم لا بد

من كون القاسم الذى يتراضيان بتقسيمه مكلفاً، لان عمل الصغير لم يمضه الشارع فى مورد. وقيل : لامانع من ان يتصدى الصغير عملاً من باب المقدمة، للتقسيم، كأن يكون اداة ووسيلة لذلك ، وفيه : انه لا يتحقق الافراز الا بالتقسيم والقرعة، فالذى يفرز المشاع هو نفس التقسيم ، وبالقرعة يتعين حق كل واحد من الشريكين، 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 فال المحقق : «وفى التراضى بقسمة الكافر نظر ، أقرب به الجواز كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم» .

أقول : وما قربه هو الاقوى ، فانه لا مانع من أن يتصدى الكافر ذلك فى 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 ولاية على المقتسمين، فلا بد له من الايمان والعدالة ويكون نصبه من قبل الامام عليه السلام أو نائبه الخاص او العام ادام الله وجود نوابه فى الانام .

هل يشترط الرضا بعد القرعة ؟

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

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

قال : «وفى غيره يقف للزوم على الرضا بعد القرعة . وفى هذا اشكال من

حيث أن القرعة وسيلة الى تعيين الحق وقد قارنها الرضا»

أقول : انما الكلام فى القاسم الذى رضيا بتقسيمه ، ففى اشتراط رضاها بعد القرعة قولان ، ودليل الاشتراط هو : أن كلا منهما يريد التصرف فى السهم الذى وقع له ، فلا بد من رضاها معاً بالتقسيم والقرعة بعدها حتى يجوز لهما التصرف ، لان ذلك هو القدر المتيقن ولا يوجد اطلاق يؤخذ به فى المقام. ودليل العدم هو : ان المفروض رضاها بالقرعة وهذا الرضا يكفى لجواز التصرف ، لان «الناس مسلطون على أموالهم وانفسهم».

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

هذا ولكن بناءً على ما تقرر من كون القسمة من الامور التى بها يفرز المال المشاع و تزال الشركة ، فانه يلزم رضى الشريكين و يشترط كون القرعة بطيب النفس ، و حيث كانت كذلك فلا لزوم للرضا بعد تحقق القرعة ، فيكون القسمة كسائر المعاملات من هذه الجهة ، ففى البيع مثلاً يشترط شروط ، و حيث أجريت صيغة البيع بشروطها لا يشترط ان يقول كل من المتبايعين بعدها : رضيت ، اذ لا دليل عليه ، فالاشكال الذى ذكره المحقق قدس سره وارد ، و الاقوى هو القول بعدم اشتراط الرضا بالقرعة بعدها .

وهل يشترط القرعة ؟

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

يكون بالقرعة ، بل لقد قال بعضهم بأن الاخذ بالقرعة هنا متابعة للعامه ، و فى المسالك : « بل ينبغي أن يتعين بتراضيهما على القرعة و تخصيص كل واحد من الشركاء بحصته و ان لم يحصل القرعة كما يصح المعاطاة فى البيع ، الا أن المعاطاة يتوقف لزومها على التصرف من حيث أن ملك كل واحد من العوضين كان للاخر ، فيستصحب ملكه الى ان يتصرف أحدهما باذن الاخر ، فيكون رضاً منه بكون ما فى يده عوضاً عن الاخر . أما القسمة فانها مجرد تمييز أحد النصيبين عن الاخر ، وما يصل الى كل منهما هو عين ملكه ولا يكون عوضاً عن ملك الاخر ، فيكفى تراضيهما عليها مطلقاً ، ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو على بعض الوجوه يناسبه توقف اللزوم على التصرف كالبيع معاطاة . واشترط فى الدروس تراضيهما بعد القرعة فى غير قسمة منسوب الامام عليه السلام مع اشتمالها على الرد خاصة وهو حسن ، وفى اللمعة : اكتفى بتراضيهما عليها من غير قرعة مطلقاً . وهو أوجود ، واختاره العلامة فى القواعد . وقد أشكل على ما ذكر بأن قياس القسمة على المعاطاة مع الفارق ، لان 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 فى نصوصها اطلاق يفيد نفوذها و لزومها حتى يقال بأن القسمة تتحقق بالدليل ولا حاجة الى القرعة ، و قوله تعالى : « و اذا حضر القسمة . . . » لا اطلاق فيه و لا يبين كيفية القسمة ، وحينئذ فان تحققت القسمة مع القرعة كانت المعاملة متحققة بالاجماع و بهايتم النقل و الملك لكل واحد من الشريكين ، و ليس هنا تصرف فى مال الغير حتى يقال بجوازه بالرضا لقوله : « لا يحل . . . » لانه يريد أخذ ماله و تعيين حقه (١) .

(١) والحاصل ان فى المقام ثلاثة أقوال :

أحدها : اعتبار القرعة فى حصول القسمة سواء رضيا بها بعدها أولاً . واستدل عليه بجريان أدلة القرعة فى هذا المقام . وأن ظاهر تلك الأدلة هو اللزوم . فراجعها فى وسائل الشيعة ١٨ الباب الثالث من ابواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .
والثانى : حصول القسمة بمجرد التراضى من دون حاجة الى القرعة . واستدل عليه بعموم «الناس مسلطون على أموالهم» وقوله : « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه » ←

هل تتحقق القسمة بالصلح ؟

وهل تتحقق القسمة بالمصالحة؟ توقف فيه بعضهم، لكن الظاهر أن المصالحة تبادل ومعاوضة بين السهمين ، ونتيجتها كون كل واحد من الشريكين مالكا للعين التي بيده مثلا ، كما يتحقق ذلك بالبيع والشراء بينهما .

نعم قد يستشكل في هذا البيع او الصلح بناءً على لزوم كون العوضين معينين في الخارج في البيع والصلح ، فلا يصح بيع أحد العبدین او ايقاع الصلح عليه لفقدان الشرط المذكور في المعاملة وحينئذ لا يمكن التوصل الى نتيجة القسمة وهو افراز السهمين وتعيين الحق لكل من الشريكين عن طريق البيع والصلح بينهما .

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

وبناءً على لزوم الرضا بعد القرعة يشترط رضاها حتى لو كان القاسم الامام او المنصوب من قبله ، وحيث يكون التقسيم عن اجبار يلزم رضا الحاكم لانه ولي الممتنع .

عدم الفرق بين قسمة الرد وغيره :

ثم ان القسمة تسارة تشمل على رد - وذلك عندما يخرج لاحد الشريكين النصيب الاوفر من الاخر ، فيؤخذ شيء من صاحب الزيادة في مقابلها ويدفع الى الاخر لعدم امكان تقسيم المال المشترك الى سهمين متساويين، فيحصل التعديل

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

هذا ، وظاهر السيد الاستاذ قده هو القول الاول، وتمايمته يتوقف على اطلاق أدلة القرعة أو شمولها لصورة عدم التخاصم ، الا ان لدعوى اختصاصها بصورة التخاصم وعدم جريانها في المقام حيث يتراضى الطرفان بقسمة القاسم مجالا .

بين الحقين- وأخرى لا تشمل عليه، فبناء على عدم اشتراط الرضا بعد القرعة لا يفرق بين الموردين، وفصل بعضهم فاشترطه في الصورة الاولى ، لانه في تلك الصورة توجد معاوضة اخرى ، وهى المعاوضة بين ما يؤخذ من صاحب النصيب الاوفر وما يأخذه من سهم الاخر، فلا بد فيها من رضا الطرفين .

والجواب- كما فى الجواهر- أن قسمة الرد قسم من القسمة المفروض افرازها بالقرعة ، وان استتبع وجوب الرد على من خرج له النصيب الاوفر بها فهو استحقاق آخر يتبع القسمة المزبورة ، وليس هو معاوضة مستقلة خسارحة عن القسمة كى يعتبر فيها التراضى ، وسيأتى تفصيل الكلام على هذه المسألة حيث يعنونها المحقق قدس سره .

فى اجزاء القاسم الواحد وعدمه :

قال المحقق قدس سره : « ويجزىء القاسم الواحد اذا لم يكن فى القسمة رد ، ولا بد من اثنين فى قسمة الرد لانها تتضمن تقويماً ، فلا ينفرد الواحد به ، ويسقط اعتبار الثانى مع رضا الشريك » .

أقول : أما فى صورة عدم اشتمال القسمة على رد فلا خلاف فى كفاية القاسم الواحد ، لتحقق القسمة به كما يتحقق البيع بالواحد ، سواء كان القاسم منصوباً من قبل الحاكم او كان منصوباً من قبل الشريكين بأن يوكله فى ذلك و أما صورة اشتمالها على رد ، فقد ذكر المحقق أنه « لا بد من اثنين » وفى المسالك : القسمة ان اشتملت على رد فلا اشكال فى اعتبار التعدد فى القاسم حيث لا يتراضى الشريكان بالواحد ، لان التعدد يشترط فى المقوم مطلقاً من حيث انها شهادة . وقد أشكل فى الجواهر على ذلك بوجوه : « الاول » ما سمعته من نصب على ^{الغالب} قاسماً واحداً و « الثانى » ان التقويم غير منحصر فى قسمة الرد ، فان كثيراً من الاموال المشتركة المختلفة كالحيوانات ونحوها لا تقسم الا بالتقويم وان لم يكن فيها رد و « الثالث » ان التقويم لا مداخلية له فى القسمة وانما هو من مقدماتها .

قلت : ان اطمأن الشريكان بأنه قدقسم مع العدالة من جميع الجهات كفى القاسم الواحد، ولا حاجة الى التقويم ، سواء كانت القسمة عقداً أو إيقاعاً أو حكماً على اختلاف الوجوه والاقوال - وان كان الظاهر كونها بالعقد أشبه ، ولعله من هذه الجهة لم ينقل احتياج قاسم أمير المؤمنين عليه السلام الى المقوم، ولذا وقسم أحدهما برضا الآخر كفى . نظير ما ذهب اليه بعضهم من جواز تولى الواحد لاجراء عقد النكاح وكالة عن الزوجين ، فان قسم القاسم وشك فى كونه بالعدل وذكر أنه قد قسم بالعدل كان قوله متضمناً للشهادة فلا بد من شاهد آخر معه ، ولعل ذهب المحقق والجماعة الى لزوم التعدد فى صورة الاشتمال على الرد هو من جهة أن الغالب فى مثل ذلك وقوع الاحتياج الى التقويم، ومع عدمه أجزأ القاسم الواحد.

الكلام فى أجرة القاسم :

قال المحقق قده : « وأجرة القسام من بيت المال ، فان لم يكن امام أو كان ولاسعة فى 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 فى المورد الذى لم يأمر فيه الامام بالقسمة فبعيد ، فكان الاولى التقييد بما ذكرناه ، و حيث طلبا من الامام عليه السلام ارسال القاسم لاجل التقسيم كانت الاجرة عليهما ، لان عمله محترم وهما قد طلباه، فعليهما الاجرة لاعلى بيت المال وان كان فيه سعة .

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

والمشهور - بل ادعى الاجماع - على أخذ الاجرة من كليهما وان كان أحدهما مستنعاو كان التقسيم بأمر الحاكم واجباره، وكذا لو لم يمنع أحدهما بل رضى بكلا الامرين - بقاء الشركة والتقسيم - على السواء فأمر الحاكم بالتقسيم، قالوا لان التقسيم له

أثرو نفع بالنسبة اليه أيضاً .

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

قال المحقق قدس سره : «فان استأجره كل واحد بأجرة معينة فلا بحث» .
أقول : ان استأجر كلا الشريكين القاسم بعقد واحد لاجل التقسيم بأجرة معينة وجب عليهما معاً دفع الاجرة ، وان استأجره كل واحد بالاستقلال وبأجرة معينة قال المحقق : فلا بحث ، وهو صريح فى الجواز ، وقد أشكل عليه من جهة أن العمل واحد ويتنفع منه كلاهما ، فاذا استأجره أحدهما لهذا العمل لم يصح استئجار الثانى اياه له ، لان هذا العمل مملوك الاول ، فكيف يأخذ ما لا بازاء هذا العمل نفسه من الشريك الثانى ؟ و بعبارة أخرى : انه يتحصل من افراز سهم الموجد كون سهم الاخر مفروزاً كذلك ، فكيف يجعل نفسه أجيراً لتحصيل ما حصل ؟ .

فان قيل : فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد وكيلاً من طرف البائع للايجاب ومن طرف المشتري للقبول فى معاملة واحدة ؟ .

قلنا : انه قياس مع الفارق كما هو واضح .

وقد أشكل عليه أيضاً بأن فرز مال أحدهما مقدمة لفرز مال الاخر ، فاذا أوجر من قبل أحدهما كانت اجارة الثانى باطلة ، لانها 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 للاخر .

وقد ذكر فى المسالك الاشكال الاول وقال: «وأجيب بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستيجار القسام لافراز نصيبه ولا سبيل اليه ، لان افراز نصيبه لا يمكن الا بالتصرف فى نصيب الاخرين تردداً وتقديراً، ولا سبيل اليه الا برضاهم، نعم يجوز ان ينفرد واحد منهم برضا الباقيين فيكون أصلاً ووكيلاً ولا حاجة الى عقد الباقيين، وحينئذ ان فعل ما على كل واحد منهم بالتراضى فذاك، وان اطلق عاد الكلام فى كيفية التوزيع» .

وقد أشكل على هذا الجواب بان الاجارة للتقسيم المستلزم للتصرف فى مال الشريك بدون اذنه غير صحيحة، وأما اذا كانت الاجارة فى مورد لا يستلزم التقسيم فيه التصرف، كأن يكون القاسم عالمياً بوزن المال أو مساحة الارض مثلاً عاد الاشكال. اقول : هذا كله بالنسبة الى التصرف الخارجى، لكن الافراز فى حد ذاته تصرف فلا يجوز القيام به ولا يتحقق الامع اذن الشريك، وحينئذ تكون اجارة الاول باطلة .

وكما يمكن أن يكون القاسم عالمياً بخصوصيات المال بحيث لا يحتاج الى التصرف فى نصيب الشريك الاخر، كذلك يمكن تحصيل رضا الشريك بهذا المقدار من التصرف اللازم لمعرفة خصوصيات المال، فيكون نظير ما اذا وكله فى شراء دار مثلاً، فان معناه أنه ان رضى مال كها وباعها فاشترها منه، واما اذا لم يرض لغت الوكالة، فيكون كبيع الفضولى مع عدم اجازة المالك، فلو باع شخص مال غيره فضولة، أى أنشأ تملكه الغير بدون رضى المالك فان هذا فعل لغو وليس حراماً لان المفروض عدم وقوع التصرف فيه .

وهنا ان للتقسيم كان فى الحقيقة اجارة مشروطة باجازة الشريك، فقيل بعدم الصحة أيضاً، وقال فى الجواهر: اذا كان انشاء الاجارة مشروطاً باجازة الاخر فان اجارة الاول باطلة للتعليق، وان كان انشاء مراعى باجازة الاخر - مثل بيع الفضولى - فان انشاء منجز لكنه مراعى شرعاً، فان رضى الثانى بالاجارة تمت واثرت الاجارة.

فهذا معنى قول صاحب الجواهر: اللهم الا ان يراد ان الاولى وقعت مراعى صحتها بوقوع الثانية، ولكن فيه: ان المراعى 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 انشاءه الاجارة عاد الاشكال، ولذا قال هو: والتحقيق عدم صحة الثانية حيث تصح الاولى من دون مراعاة للثانية مع كون المستأجر عليه شيئاً واحداً ...

هذا ولو وكل أحد الشريكين الاخر فى التقسيم فأجر الشريك أصالة عن نفسه ووكالة عن شريكه من يقسم المال وجب عليهما معاً دفع الاجرة .
قال المحقق قدس : « وان استأجروه فى عقد واحد ولم يعينوا نصيب كل واحد من الاجرة لزمهم الاجرة بالحصص وكذا لو لم يقدروا أجره كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسوية » .

أقول : ادعى فى الجواهر اجماع الطائفة على مراعاة الاجرة بالحصص، و استدل له الشيخ قدس سره بأننا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضى الى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لاحدهما عشر العشر سهم من مائة سهم والباقي للاخر ويحتاج الى اجرة عشرة دنانير على قسمتها ، فيلزم من له الاقل نصف العشرة ، وربما لايساوى سهمه ديناراً واحداً ، فيذهب جميع المال وهذا ضرر ، والقسمة وضعت لازالة الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه .

و استدل له كاشف اللثام بقوله : و لان الاجرة تزيد بزيادة العمل ، و العمل يزيد بزيادة المعمول ، فكل من كانت حصته أزيد فالعمل له أزيد ، كمن يسقى جريبين من الارض فعمله أزيد ممن يسقى جريباً ، وان تحمل المشقة اكثر، و كمن ردعبداً قيمته مائة فعمله أزيد ممن ردعبداً قيمته خمسون، والغموض فى قلة النصيب انما جاء من كثرة نصيب الاخر .

وفى القواعد وغيرها احتمال التساوى للتساوى فى العمل، فانه ليس الافرازا

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

قال في الجواهر : و لكن لم يذهب اليه أحد من اصحابنا ، بل عن الشافعي وأبي حنيفة ومالك موافقتنا على ذلك ، نعم هو محكى عن احمد بن حنبل ، ونقض عليه الفاضل فى القواعد بالحفظ للمال المشترك ، فان له الاجرة بالحصص مع التساوى فى 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 فى كل مورد ، مثلاً : لا يفرق فى الاجرة بين حمل الحنطة و حمل الرز من مكان الى آخر - مع وحدة المسافة واتحادهما فى الوزن - وان كان الرز اغلى من الحنطة ، و صاحب المطبعة يطبع كل ملزمة من الكتاب بأجرة معينة ، فهو يأخذ أجرته فى مقابل عمله من غير فرق بين أن يكون الكتاب من الكتب العلمية النفسية مادياً ومعنوياً ، أو يكون كتاباً رضيعاً كذلك، وفى هذه الموارد يلحظ العمل نفسه، وأما فى حمل المال المشترك أو تقسيمه فالسيرة العقلائية هى النظر الى نتيجة العمل بالنسبة الى كل واحد من الشركاء فاذا آجروه كلهم للحمل أو القسمة قسمت الاجرة عليهم بالحصص ، لان حرمان صاحب التسعة أعشار من الاستفادة من المال - لاجل الشركة - تسعة أضعاف حرمان صاحب العشر، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعة اعشار استفادته فعليه تسعة أعشار الاجرة . فالحق هو الاستدلال بالاجماع وبقاعدة نفى الضرر كما عن الشيخ قدس سره فى الخلاف .

النظر فى المقسوم :

قال المحقق قدس سره : « و هو اما متساوى الاجزاء كذوات الامثال مثل الحبوب والادهان ، أو متفاوتها كالاشجار والعقار ، فالاول يجبر الممتنع مع مطالبة

الشريك بالقسمة لان الانسان له ولاية الانتفاع بماله والانفراد اكمل نفعاً .

أقول : قسم المحقق قدس سره المقسوم الى قسمين ، أى الى المتساوية أجزاؤه من حيث الوصف والقيمة كذوات الامثال مثل الحبوب و الادهان ، و الى المتفاوتة أجزاؤه كالاشجار والعقار، وقد حكّم فى القسم الاول بجواز اجبار الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة ، قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم ، بل الظاهر الاتفاق عليه ، و لعله العمدة بعد قاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه مع عدم الضرر والضرار فى القسمة المفروض شرعيتها ، و أما الثانى ففيه تفصيل كما سيأتى .

قال المحقق : « ويقسم كيلا ووزناً متساوياً ومتفاضلاً ربوياً كان وغيره لان القسمة تميز حق لايبيع».

أقول : وحيث يراد التقسيم ، فانه يقسم المكيل والموزون و غيرهما كيلا ووزناً وغير ذلك متساوياً ومتفاضلاً ، ربوياً كان المقسوم وغيره، وذلك لان القسمة - كما سبق فى أول البحث - معاملة مستقل يقصد بها تمييز حق أو تعيين حق ، لايبيع فلا يشترط فيها ما يشترط فى البيع من القبض فى المجلس فى التقدين و العلم بالوزن والوصف و عدم الاشتمال على الربا ، و حينئذ فاذا قسم بالتساوى بحسب العين او بحسب القيمة جاز وان كان مع الجهل بالوزن أو الوصف ، . . . وكذا لا يثبت فى القسمة الخيار لاحد المتقاسمين .

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

«وأما قوله متساوياً ومتفاضلاً فالاصل فى القسمة أن يكون بنسبة الاستحقاق ، فاذا كان المشترك بينهما نصفين كان افرازه نصفين ، وان كان بينهما أثلاثاً كان افرازه كذلك ، والتفاضل فى الثانى بحسب الصورة و الا فهو متساو حقيقة ، لان مستحق الثلث له فيما فى يد صاحب الثلثين ثلث و لصاحب الثلثين فيما فى يد

صاحب الثلث ثلثاه ، فالقسمة على هذا الوجه موجبة للتسوية بينهما بالنظر الى اصل الحق ، وان اراد بالتفاضل ترجيح احدهما على الاخر بزيادة على حقه فليس ذلك بداخل في حقيقة القسمة بل هو هبة محضة للزائد ، فلو ترك قوله متساوياً ومتفاضلاً كان أولى .

قال في الجواهر: وفيه أن معنى كلام المحقق هنا انه لو فرض كون الاشتراك في جيد الحنطة و رديتها بحيث كان المنان من الردي يساوي المن الواحد من الجيد ، فلو أخذ احدهما المنين في مقابل الواحد من الجيد جاز و لا يلزم الربا ، لانه تقسيم اى تعيين لحق كل واحد و ليس بيعاً ، و ان كان التقسيم في حقيقته معاوضة .

قلت: لكن ظاهر العبارة لا يساعده هذا المعنى ، فانه يقول: المقسوم اما متساوي الاجزاء كذوات الامثال أو متفاوتها فالاول يجبر الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة فلو فرض كونهما شريكين في الجيد والردي فان أخذ المنين من الردي في مقابل المن من الجيد ليس تقسيماً اجبارياً بل من التقسيم المشتمل على الرد.

قال المحقق: «والثاني اما ان يستضر الكل أو البعض أولاً يستضر أحدهم، وفي الاول لا يجبر الممتنع كالجواهر والعصائد الضيقة ، وفي الثاني : ان التمس المستضر أجبر من لا يتضرر ، وان امتنع المتضرر لم يجبر...»

أقول : هذا حكم المقسوم المتفاوتة اجزاؤه، وتفصيله أنه اما ان يستضر كل الشركاء بقسمته أو بعضهم أولاً يستضر أحدهم .

اما الثالث فالحكم فيه واضح ، فانه يقسم بلا كلام ، واما اذا كان المال مما يوجب تقسيمه الضرر على كل الشركاء فلا يقسم الا برضاهم جميعاً، ولا يجبر الممتنع، منهم بل لا يجوز التقسيم الموجب للتلّف حتى مع رضاهم، فلا بد من التقسيم بطريق آخر من بيع او صلح او مهابة ، و ان كان الضرر متوجها الى بعضهم فان امتنع المتضرر لم يجبر لقاعدة نفي الضرر، وان كان الملتمس 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 أكثر من الضرر اللازم بالتقسيم
قسّم .

واما اذا توقف التقسيم على الرد قسم المال كذلك بلا اجبار كما سيأتى .
ولو كان الاقل ثمناً أكثر مرغوبة فهل يراعى فى القسمة جهة المرغوبة أو
يراعى جهة المالية ؟ وجهان مبنيان على حد دلالة قاعدة لاضرر ولا ضرار ، فان كانت
رافعة لخصوص الضرر المالى فالمفروض عدمه هنا لاجل التعديل بالقيمة ، وان قلنا
بأنها ترفع الضرر الغرضى ايضاً منعت التقسيم المضر بالعرض و ان لم يلزم
الضرر المالى .

اقسام القسمة :

فظهر ان القسمة على قسمين : قسمة اجبار و قسمة تراض ، وقد ذكر المحقق
هذا بقوله : « ثم المقسوم ان لم يكن فيه رد ولا ضرر أجبر الممتنع ، وتسمى قسمة
أجبار ، وان تضمنت احدهما لم يجبر وتسمى قسمة تراض » .
فان لم يكن فى البين رد ولا ضرر أجبر الممتنع عن التقسيم ، لان 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 تحقق به رضا جميع الاطراف وهذه قسمة التراضى .
وعلى هذا الاساس قال المحقق : « ويقسم الثوب الذى لا تنقص قيمته بالقطع
كما تقسم الارض » أى المتساوية الاجزاء قسمة اجبار ، لان المفروض عدم الضرر
وعدم الرد فيها ، « وان كان ينقص بالقطع لم يقسم لحصول الضرر بالقسمة » قال :
« وتقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمة قسمة اجبار » لان التعديل رافع للضرر
المانع من الاجبار .

لكن فى المسالك : « ومنهم من قسّمها ثلاثة أقسام : قسمة الافرازوهى أن يكون الشىء قابلاً للقسمة الى اجزاء متساوية الصفات كذوات الامثال وكالثوب الواحد والعرضة الواحدة المتساوية ، ولا اشكال فى كون هذا القسم اجبارياً مع بقاء الحصص بعد القسمة منتفعاً بها اوحافظة للقيمة كما مر .

والثانى : قسمة التعديل ، وهى مانعدل سهامها بالقيمة ، وهى تنقسم الى ما يعد شيئاً واحداً والى ما يعد شيئين فصاعداً ، فالاول - ما يعد شيئاً واحداً كالارض التى تختلف قيمة اجزائها . . . ومقتضى عبارة المصنف قسمة هذه اجباراً الحاقاً للتساوى فى القيمة بالتساوى فى الاجزاء ، ويحتمل عدم الابدال هنا لاختلاف الاغراض والمنافع ، والوجهان جاريان فيما اذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس كالبلستان الواحد المختلف الاشجار ، والدار الواحدة المختلفة البناء . والاشهر الاجبارى فى الجميع .

والثانى - ما يعد شيئين فصاعداً ، وهو ينقسم الى عقار وغيره : فالاول كما اذا اشتركا فى دارين أو حانوتين متساويتى القيمة ، وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا داراً و لهذا داراً . و لا يجبر الممتنع هنا ، سواء تجاوز الداران والحانوتان ام تباعدا ، لشدة اختلاف الاغراض باختلاف المحال والابنية فيلحقان بالجنسين المختلفين . . . ولو كان بينهما دارين متلاصقة لا يحتمل احادها القسمة - و تسمى العضائد - فطلب أحدهما أن يقسم أعيانها ففى اجبار الممتنع وجهان أظهرهما العدم وسيأتى .

وأما غير العقار ، فاذا اشتركا فى عبيد ودواب أو اشجار أو ثياب ، فاما أن يكون من نوع واحد أو من متعدد ، فان كانت من نوع واحد و امكن التسوية بين الشريكين عدداً و قيمة كعبيدين متساويى القيمة بين اثنين و ثلاث دواب متساوية القيمة بين ثلاثة ، فالذى اختاره المصنف والاكثر أنه يجبر على قسمتها اعياناً ويكتفى بالتساوى فى القيمة ، بخلاف الدور لشدة اختلاف الاغراض فيها . . . وفى القواعد

استشكل الحكم في العبيد ... ونقل في المبسوط عن بعضهم عدم الاجبار هنا، والمذهب هو الاول . ولو لم يمكن التسوية في العدد كثلاثة عبيدين اثنين على السوية أحدهما يساوي الاخرين في القيمة ، فان قلنا بالاجبار عند اماكن التسوية فهنا وجهان ، ينظر أحدهما الى تعادل القيمة ، والثاني الى اختلاف العدد وتفاوت الاغراض ... ولو كانت الشركة لا ترتفع الا عن بعض الاعيان كعبيدين بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الاخر مائتان فطلب أحدهما القسمة ليخص من خرجت له القرعة بالخسيس وربع النفيس ففي اجبار الاخر وجهان مبنيان على المسألة السابقة، فان قلنا: لا اجبار هناك فهنا أولى، وان قلنا بالاجبار هناك فهنا وجهان اصحهما المنع ، لان الشركة لا ترتفع بالكلية ، ولو كانت الاعيان من انواع مختلفة كالعبد التركي مع الهندي والثوب الابريسم مع الكتان مع تساويهما في القيمة ففي اجبار الممتنع ووجهان مرتبان، وأولى بالمنع هنا لوقيل به في السابق. وكذا القول لو اختلف قيمتهما وامكن التعديل ، ويظهر من المصنف وجماعة عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القيمة ، فأما الاجناس المختلفة كالعبد والثوب والحنطة والشعير والداية والدارفلا اجبار في قسمة أعيانها بعضها في بعض وان تساوت قيمتهما .

والثالث : قسمة الرد بان يكون بينهما عبدان قيمة أحدهما ألف وقيمة الاخر ستمائة، فاذا رد أخذ النفيس مائتين استويا. و لاخلاف في كون هذا القسم مشروطاً بالتراضي، وسيأتي الكلام فيه ، انتهى .

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

ثم قال في الجواهر : اللهم الا أن يكون في مختلف جهة الشركة فيه ، بمعنى عدم الشركة في مجموع آحاده وان تحققت في أفراده باسباب مستقلة ، فانه لا جبر

في قسمة بعض في بعض قطعاً، بل الظاهر عدم مشروعية القسمة فيه بالمعنى المصطلح وان جازت بنوع من الصلح ونحوه، لكون القسمة حينئذ قسمة معاوضة لا افراز، وذلك لانه معها يكون له النصف من كل منهما مثلاً، ولا يجب عليه معارضة ما يستحقه في أحدهما بما لصاحبه في الآخر، اذ ليست هي افراز حينئذ بخلاف ما لو كانت الشركة في مجموعته، فان له حينئذ نصفاً منه وهو يمكن انطباقه على احدهما .

ومن ذلك يظهر لك اعتبار الاشاعة في مجموع الاعيان المشتركة التي يراد قسمتها بعض في بعض، بل لاموضوع للقسمة في غيره مما آحاده مشتركة باسباب 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 بالافراز والآخر بالتعديل، والمعلوم خلافه نصاً وسيرة، وانما المراد زيادة مصاديق النصفية بملاحظة الشركة في المجموع على وجه يصح قسمته بعض في بعض بحيث يكون النصف أحد المالين مثلاً، فتأمل فانه دقيق نافع ... الى آخر ما ذكره .

وملخصه: عدم إمكان القسمة بالقيمة في صورة اختلاف سبب الشركة، فلو اشترك أخوان في مال بالارث وفي آخر بالشراء، كان النصف المشاع من كل واحد لكل واحد من الاخوين، وحينئذ لا يقسم هذان المالان بان يجعل بعضه في مقابل بعض بالقيمة، وظاهر كلامه يعم المثلى والقيمي معاً .

و لم يتضح لنا وجه هذا التفصيل، لان كل مال مشترك بالاشاعة يكون نصف كل جزء لهذا والنصف الآخر منه للآخر، حتى يصل الى الجزء الذي لا يتجزء من دون فرق بين اتحاد سبب الشركة و تعدده، وعلى هذا فانه تجعل المصاديق الخارجية لكلى النصف ثم تعين لكل واحد بالقرعة، نعم ان النصف الكلى لما وراثه لا يكون مصداقاً لكلى النصف من المال الذي اشترياه، ولكن اذا قسمت الاموال من حيث المجموع بلحاظ القيمة الى قسمين مع غض النظر عن سبب الملكية تحقق المصداق للمملوك، وبالقرعة يتعين المالك لكل نصف .

وعلى الجملة ان اختلاف سبب الملك لا يوجب اختلاف الملك والسيرة قائمة

على التقسيم من دون نظر الى اسباب التملك ، فان ما تركه الميت لورائه بالاشاعة، ويقسم بينهم من دون نظر الى أفراد التركة من حيث أسباب تملك الميت اياها .
 قال المحقق قدس سره : « واذا سألا القسمة ولهما بينة بالملك قسم ، وان كان يدهما عليه ولا منازع قال الشيخ في المبسوط : لا يقسم وقال في الخلاف : يقسم وهو الاشبه لان التصرف دلالة الملك » .

أقول : اذا سأل الشريكان الحاكم القسمة فتارة يعلم الحاكم بكون المال ملكاً لهما بالاشترار ، وأخرى : تقوم البينة على ذلك عنده ، وثالثة : لا علم ولا بينة بل لهما يدعى المال . فعلى الاولين : لا اشكال و لا خلاف في تصرف الحاكم 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 الاشبه ، وفي الجواهر : بل لعله لا خلاف فيه بيننا ، بل قديظهر من بعضهم الاجماع عليه .
 وجه المنع : احتمال كون التقسيم حكماً والحكم يتوقف على البينة .
 ووجه الجواز : ان اليد و التصرف دلالة الملك . . . وهذا هو المختار ، والاحتياط الذى ذكره صاحب الجواهر «قده» ليس بلازم .

كيفية القسمة :

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

الاول : أن تتساوى الحصص قدرأ وقيمة .

الثانى : أن تتساوى الحصص قدرأ لاقيمة .

الثالث : أن تتساوى الحصص قيمة لا قدرأ .

الرابع : أن تختلف الحصص قدرأ وقيمة .

قال المحقق : «الحصص ان تساوت قدرأ وقيمة فالقسمة بتعديلهما على السهام ، لانه

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

وهذا هو القسم الاول، وحيث يتحقق التعديل كما ذكر تصل النوبة الى القرعة لاجل تعيين حصة كل واحد من الشريكين ، وسيأتى بيان كيفية القرعة .

قال: «وان تساوت قدرأ لاقيمة عدل السهام قيمة وألغى القدر، حتى لو كان الثلثان بقيمته مساوياً للثلث جعل الثلث محاذياً للثلثين» وهذا هو القسم الثانى .

وأما كيفية القرعة: «فهو أن يكتب كل نصف» من النصفين المتساويين قدرأ وقيمة كما فى القسم الاول أو قدرأ فقط كما فى القسم الثانى «فى رقعة ويصف كل واحد بما تميزه عن الآخر ويجعل ذلك مصوناً فى ساتر كالشمع أو الطين ويأمر من لم يطلع على الصورة باخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فماخرج فله» .

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

قال فى الجواهر: والظاهر عدم وجوب خصوص كتابة الرقاع وعدم الصون فى ساتر، بل وعدم وجوب كون المأمور مكلفاً، بل وغير ذلك من القيود المزبورة، اذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره الى الله تعالى ويفعلان مايفيده، وان كان الاولى الاقتصار على المأثور والمعهود .

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

قال المحقق: «وان تساوت الحصص قيمة لا قدرأ مثل أن يكون للواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس ، وقيمة أجزاء الملك متساوية ، سويت السهام على أقلهم نصيباً فجعلت أسداساً» ويعطى لكل واحد سهمه ، وتكون العبرة بالتعديل من حيث القيمة، بأن يعطى لصاحب السدس مايساوى سدس المجموع قيمة، ولايكفى بالتعديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحة مثلاً .

مسائل ثلاث

المسألة الاولى

(في الدار التي لها علو وسفل)

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

قال: « وأجبر الممتنع مع انتفاء الضرر » أي 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: « بل أخذ كل منهما نصيبه من العلو والسفل بالتعديل » أي كما في الوجه الاول المتقدم، وعلله كاشف اللثام بقوله: « لأن البناء تابع للأرض والعلو للسفل فانما يجبر على قسمة تأتي على الأرض، ولأن من ملك شيئاً من الأرض ملك قراره إلى الأرض السابعة وهو إلى السماء، فلو جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء والعلو عن القرار ». قلت: مضافاً إلى أنه قد تحدثت حادثه توقع النزاع بينهما، كما إذا 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: «وكذا لو طلب قسمة كل واحد منهما منفرداً» 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 ، ومتى لم يلزم أجبر .

المسألة الثانية

(في قسمة الارض التي فيها زرع)

قال المحقق قدس سره : « لو كان بينهما أرض وزرع 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: لابل يقسم الكل أى الارض وما عليها، فلماذا يجبر هذا ولا يجبر ذلك ؟ هذا غير واضح عندنا.
قال المحقق : « لان الزرع كالمتاع فى الدار » .

أقول : يعنى 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 فى الدار ، فيجوز بيع الارض مجرداً عن الزرع لعدم التبعية كما تباع الدار، ولا يباع معها المتاع الموجود فيها ، ومن هنا فاذا أراد أحدهما تقسيم الارض وحدها أجبر الممتنع، ولازم هذا أنه اذا طلب الآخر تقسيم الزرع أيضاً أجبر الآخر على ذلك لفرض الاستقلال.

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

قال : « اما لو كان بذراً لم يظهر لم تصح القسمة لتحقق الجهالة » .
 أقول : لاختلاف فسى هذه المسألة ، لان البذر الذى يظهر من الارض
 لايمكن تقسيمه لعدم المساواة بين الحب الموجود فى هذا الجريب من هذه الارض
 وبين الموجود فى الجريب الاخر ، وان كان القدر المتعارف بين الزراعين لكل
 جريب معلوماً ، ولانه لايعلم الفاسد من غيره فى البذر الموجود فى هذه الارض ،
 فما ذهبوا اليه من عدم صحة القسمة حينئذ هو الصحيح بل لاعرفية للقسمة فى هذه
 الصورة .

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

أقول : قال الشيخ فى 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 الاخر عليها ، على أى صفة كان الزرع ، حباً أو قصيلاً (١)
 أو سنبلًا قد اشتد ، لان الزرع فى الارض كالمتاع فى الدار لا يمنع القسمة فالزرع
 مثله ، وأما ان طلب قسمة الزرع وحده لم يجبر الاخر عليه ، لان تعديل الزرع
 بالسهم لا يمكن . وأما ان طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثة أحوال :
 اما أن يكون بذراً أو حباً مستتراً أو قصيلاً ، فان كان حباً مدفوناً لم تجز القسمة ، لانا ان
 قلنا القسمة افراز حق فهو قسمة مجهول أو معدوم فلا تصح ، وان قلنا ببيع لم يجز
 لمثل هذا . وان كان الزرع قد اشتد سنبله وقوى حبه فالحكم فيه كما لو كان بذراً
 وقد ذكرناه ، وان كان قصيلاً أجبرنا الممتنع عليها ، لان القصيل فيها كالشجر
 فيها ، ولو كان فيها شجر قسّم بشجرها كذلك هنا » .

أقول : لم يتضح لنا وجه تفصيل الشيخ جيداً ، وان حاول صاحب الجواهر
 قده بيانه فلاحظ وتأمل .

المسألة الثالثة

(فى قسمة القرعان المتعددة)

قال المحقق : « لو كان بينهما قرعان متعددة وطلب واحد قسمتها بعضاً فى بعض لم يجبر الممتنع » .

أقول : لو كان بين الشريكين أملاك متعددة مستقل بعضها عن بعض بحيث يرى أهل العرف التعدد فيها والاستقلال (بخلاف ما اذا تعددت الغرف فى دار فان العرف يرى الملك واحداً) فالمشهور عدم جواز الاجبار على تقسيم بعضها ببعض ، بأن تجعل قطعة من العقار فى مقابل قطعة ، بخلاف ما اذا كان الملك واحداً فلا مانع من جعل غرفة فى مقابل غرفة .

وهذا يكون فى الدور المتعددة، والأراضى المتعددة، والدكاكين المتعددة، والحبوب المختلفة كالحنطة والشعير ، أما فى الثياب مثلاً فيجوز مع التعديل فى القيمة .

وكلمات الاصحاب فى عدم الاجبار هنا مطلقة ، أى سواء أمكن تقسيم كل واحد على حدة أولاً ، وسواء كانت متجاوزة أولاً ، وعن ابن البراج انه قال : اذا استوت الدور والأقرحة فى الرغبات قسمت بعضها فى بعض . قال : وكذا لو تضرر بعضهم بقسمة كل على حدة جمع حقه فى ناحية .

وفى الجواهر التأمل فى تحقق هذه الشهرة، لكن الظاهر تحققها - كما فى المسالك - ولم ينقل الخلاف فى المختلف ومفتاح الكرامة الا عن ابن البراج قدس سره، نعم نقل موافقته عن بعض متأخرى المتأخرين كصاحب المدارك.

وأشكل فى الجواهر فيه بأن ميزان التقسيم الذى يجبر عليه هو قاعدة اتصال الحق الى صاحبه، فان أمكن التقسيم لكل على حدة بلا ضرر فالمتعين تقسيم كل واحد، ولا يجبر على تقسيم بعض ببعض، وان لزم من ذلك ضرر أو لم يمكن أجبر الممتنع،

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

لكن وجه ما ذهب اليه المشهور هو: ان التقسيم عبارة عن تمييز حق كل من الشريكين عن حق الاخر بعد أن كان لكل منهما كلى النصف، فان كان الملك واحداً أمكن تقسيمه بالتناصف، وأما اذا كانا شريكين فى مالين مختلفين عرفاً كالغنم والابل مثلاً فان قلنا لاحدهما: اعط حقتك من الغنم فى مقابل حقتك فى الابل كانت معاوضة ومبادلة عند العرف وليس تمييز حق عن حق .

وبعبارة اخرى : ان ادلة القسمة منصرفة عما اذا كان الجزء المشاع متميزاً فى الخارج عند العرف ، وان موردها هو المال المتحد وان كان له اجزاء متعددة كالدار المحتوية للبيوت المتعددة .

فهذا وجه ما ذهب اليه المشهور ، وما ذهبوا اليه هو الاظهر .

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

أقول : هذا لاختلاف فيه كما فى الجواهر ولا اشكال، لما تقدم من انه فى كل مورد امكن التقسيم بلا ضرر أجبر الممتنع عنه على ذلك .

قال : « ويقسم القراح الواحد وان اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعة اذا اختلفت أبنيتها » .

أقول : أى لان الاصل هو الارض، والاشجار توابع كالابنية كما عرفت سابقاً. وعن الشيخ: ويفارق هذا اذا كانت الاقربة متجاورة، ولكل قراح طريق ينفرد به لانها املاك متميزة ، بدليل انه اذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعة فيه بالقراح المجاور له، وليس كذلك اذا كان القراح واحداً وله طريق واحدة، لانه ملك مجتمع بدليل أنه لو بيع بعضه وجب الشفعة فيه مما بقى، وأصل هذا وجوازه على الشفعة فكل ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعة فهو الملك المجتمع، وكل ما اذا بيع بعضه لم

تجب فيه الشفعة لمجاوره كانت أملاً كما 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 فرّق بينهما كما عرفت سابقاً .

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

أقول : و عن العلامة في الارشاد الحكم بأن الدكاكين المتجاورة يقسم بعضها في بعض دون الدور و الاقرحة ، و ظاهر الجواهر موافقته على ذلك قال : انها

واحدة لان الاصل الارض و البناء تابع ، فالدكاكين كبيوت الدار ، ولعله لذا 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 و ان كان

شجرها مختلفاً ، لان الاشجار توابع للارض ، فيجوز تقسيم البعض منها ببعض ، وكذا الامر في الدار ، لكن نظر العرف في الدكاكين الى البناء و الارض تابع له ،

ولذا يقولون : باع زيد الدكان ، أما في الارض المشجرة فيقولون : باع زيد الارض .

مضافاً الى أن المتحقق عند العرف في مورد الدكاكين هو المعاوضة و المبادلة ،

بخلاف الامر بالنسبة الى بيوت الدار ، فهذا المورد مصداق للافراز عندهم دون ذلك .

النظر في اللواحق

الاولى : لو ادعى بعد القسمة الغلط وهى ثلاث ،

قال المحقق . « اذا ادعى بعد القسمة الغلط لم تسمع دعواه ، فان أقام بينة سمعت وحكم ببطلان القسمة ، لان فائدتها تمييز 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 » أى مع عدم البينة، ومن المدعى عليه الغلط؟ انه القاسم ، وقال ثانى الشهيدين : « لا فرق فى عدم سماع دعوى الغلط فى القسمة بمجرد هاتين كون القاسم منصوب الامام ومن تراضيا به وأنفسهما ، لاصالة صحة القسمة الى أن يثبت المزيل ، و لان منصوب الامام كالقاضى لا يسمع الدعوى عليه بالظلم » .

قال المحقق الاشتياني قده : « وقد تنظر فيه الاستاد العلامة بأن مرجع دعوى الغلط فى القسمة الى انكار أصل القسمة ، فليس هناك قسمة مسلم الوقوع بين الشريكين قد وقع النزاع فى صحتها وفسادها حتى يحكم بصحتها، ولا يتوهم جريان هذا الاشكال فى ساير المقامات أيضاً، بأن يقال ان مرجع نزاع المتبايعين فى صحة البيع وفساده انكار أصل البيع، فان البيع العرفى هناك متحقق مسلم الوقوع بينهما، وانما 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 ، والحاصل 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 الصحيحة والفاصلة ، بل أمرها يدور بين الوجود والعدم ، وليس الامر كما ذكره بل في القرآن الكريم : « تلك اذا قسمة ضيزى » (١) .

قال الاشتياني : « ثم أجاب دام ظلّه عن الاشكال المذكور بوجهين أحدهما ، أن يكون المراد بالقسمة هي صورتها لا القسمة الحقيقية فيقال : ان الأصل صحة ما وقع من صورة القسمة المسلمة بينهم » .

قلت : ولم يتضح لنا معنى هذا الكلام .

قال : « ثانيهما : أن يكون المراد منها سبب القسمة ، أى فعل القاسم الذى هو سبب لتحقق التميز ، فانه قد يقع ولا يترتب عليه التميز والانعزال ، وقد يقع ويترتب عليه ، وقد يقع ويشك في ترتبه عليه ، فالأصل الترتب نظراً الى أصالة الصحة فى الفعل الواقع من المسلم » .

وكيف كان : « فان أقام بينة سمعت و حكم ببطلان القسمة » وذلك كما قال المحقق « لان فائدتها تمييز الحق ولم يحصل » التمييز لبقاء مقدار من حق أحدهما فى سهم الآخر ، وطريق اقامة البينة - كما فى المسالك - ان يحضرا قاسمين حاذقين لينظرا ويمسحوا ويعرفا الحال ويشهدا ، فان شهد القاسم - وآخر معه - بصحة القسمة قال العلامة ان كان عمله بأجرة فهو متهم وان كان مجاناً اعتبرت الشهادة و وقع التعارض بين البينتين ، لكنه مشكل - كما فى الجواهر - لان شهادة الانسان فى حق نفسه غير مسموعة بل لاتقبل فى عمل الغير الذى يرجع اليه نفعه ، نعم يكون قوله

حجة في صورة شك أحد الشريكين والسؤال منه من دون مراعاة .
وكيفية اقامة الدعوى عند الحاكم على القاسم أن يقول للحاكم : لقد قامت
البينة عندي على وقوع الخطأ في القسمة فيقول له : أحضرها ، كذافي مفتاح الكرامة ،
وقيل : لاتسمع الدعوى على قاسم الحاكم حتى مع البينة ، وهذا مشكل .
فظهر أن الدعوى لا تسمع مع عدم البينة ، فان كان له بينة وأقامها سمعت
وترتب الاثر على ذلك .

و لو عدم المدعى البينة فهل له التماس اليمين ؟ قال المحقق : كان له ...
فمن يكون الحالف حينئذ القاسم أو الشريك ؟ قال المحقق : الشريك . وهل يحلفه
مطلقاً ؟ قال المحقق لابل ان ادعى على الشريك العلم بالغلط .
و توضيح ما ذهب اليه المحقق هو : انه ان ادعى على الشريك علمه بالغلط
- بأن يقول له علمت بالغلط قبل انتهائه أو يدعيه عليه بعد العمل - فان أقر الشريك
فلا كلام وان أنكر أحلفه الحاكم ، فان حلف على نفي العلم سقطت الدعوى ، وان
نكل ثبتت الدعوى بناء على ثبوتها بالنكول ، وأما على القول بعدم كفاية النكول
رد اليمين 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 لان نفعه يعود الى المدعى و المفروض أن الشريك
لا يصدق .

فان كان القاسم منصوباً من قبل الحاكم 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 للاخريين .

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

وقال المحقق الكنى ما حاصله : ان الغلط يكون تارة بمعنى المصدر المبني للفاعل ، وعنيه فلا يمكن احلاف الشريك على نفى الغلط من القاسم ، وأخرى يكون بمعنى المصدر المبني للمفعول ، فهنا يجوز احلافه وله الحلف على نفى وقوع الغلط ان كان عالماً ، فمن قال بعدم الجواز فقد أخذ الغلط بذاك المعنى ، ومن قال بالجواز أخذه بهذا المعنى . وبذلك يجمع بين القولين .

أقول : وبناء على كون « الغلط » بمعنى المصدر المبني للمفعول يمكن أن يكون المدعى عليه هو الشريك ، كما اذا كان بنفسه دخيلاً في القسمة أو ناظرألها ، 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 البت ان كان عالماً والارد .
ولعل هذا هو مراد من نص على جواز احلاف الشريك وان لم يدع عليه العلم .

الثانية : اذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً :

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

أقول : قال الشيخ قدس سره في المبسوط : « اذا كانت يدهما على ضبعة ثلاثين جريباً فاقسماها نصفين فبان ثلثها مستحقاً فان المستحق يتسلم حقه ، وأما القسمة فلا يخلو المستحق من أحد أمرين ، اما ان يكون معيناً او مشاعاً ، فان كان معيناً نظرت فان حصل في سهم أحدهما بطلت القسمة ، لان الاشاعة عادت الى حق شريكه ، وذلك ان القسمة تراد لافراز حقه عن حق شريكه ، فاذا كان بعض ما حصل

له مستحقاً كان حقه باقياً في حق شريكه ، فاما ان وقع المستحق في نصيبهما معاً نظرت، فان وقع منه مع احدهما اكثر مما وقع مع الاخر بطلت القسمة ايضاً لما مضى، وان كان فيهما سواء من غير فضل أخذ المستحق حقه وينصرف وكانت القسمة في قدر الملك الصحيح صحيحة ، لان القسمة افراز الحق وقد افرز كل واحد منهما 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 الاخر. فهنا تبطل القسمة بلا اشكال ولا خلاف ، لبقاء الشركة حينئذ في النصيب الاخر، لعدم تحقق التعديل بين النصيبين .

والثانية : أن يكون المال المستحق في مال المتقاسمين كليهما بالسوية ، وهنا لا تبطل القسمة بلا خلاف ولا اشكال ، لان الغرض من القسمة وهو افراز كل واحد من الحقين عن الاخر حاصل ، فالقدر المسلم به زوال الشركة الكائنة بينهما بهذه القسمة ، وأما كون الثالث شريكاً مع كل واحد فهذا فيه بحث سيأتى . وما عن بعض العامة من احتمال بطلان القسمة هنا لبعض الصفقة ضعيف ، لانه مبني على ان القسمة بيع ، وقد تقدم أنها معاملة مستقلة وليست ببيع .

والثالثة : أن يكون المال المستحق فيهما لالسوية ، ففي هذه الصورة تبطل القسمة لعدم تحقق الشرط في القسمة وهو التعديل بعد اخراج سهم الثالث .

وحيث يتحقق التعديل فيحكم بصحة القسمة . كما في الصورة الثانية . فلاحاجة الى تقييد ذلك بما اذا لم يحدث نقص في حصة أحدهما بأخذ المال المستحق ولم يظهره 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 لاتأتى في القسمة لانها ليست ببيع كما تقدم (١) .

وكذا لا يأتى في القسمة خيار الغبن لما ذكرنا .

ولما ذكرنا أيضاً لأحرمة لما يحدثه أحدهما فيما بيده من بناء ونحوه لو ظهر الاستحقاق - بخلاف البيع ، فان ذلك له حرمة لو أراد الفسخ - فيكون نظير ما اذا بنى داراً على أرض ظاناً بأنها ملكه فبان لغيره ، فلا يستحق شيئاً على صاحب الأرض - الا اذا كان مغروراً فانه يرجع على من غره . نعم له نقل الاعيان التي تكون له مع الامكان ، وكذا لو استعار كتاباً ثم صححه ظاناً بأنه ملكه ، فليس له مطالبة أجرة في مقابل عمله من مالكة .

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 قولان (٢) أحدهما : لا تبطل فيما زاد عن المستحق ، والثاني تبطل لانها وقعت من دون اذن الشريك وهو الاشبه » .

اقول : لو ظهر كون ثلث الأرض مستحقاً لغيرهما ، فان كان مع سهم كلا

(١) اللهم الا ان يقال بجران عمومات الاقالة في كل معاهدة سواء كانت حاصلة بالعقد أو غيره ، لان الاقالة هي بمعنى ازالة الاثر . فتأمل

(٢) قال الشيخ : « واما ان كان مشاعاً في الكل بطلت في قدر المستحق ولم تبطل فيما بقي ، وقال قوم تبطل فيما بقي أيضاً ، والاول مذهبنا ، والثاني أيضاً قوى ، لان القسمة تميز حق كل واحد منهما عن صاحبه وقد بان أنه على الاشاعة . والعلة الجيدة في ذلك انها اقتسامها نصفين وثلاثها لثالث غائب ، ومن قسم ما هو شركة بينه وبين غيره بغير حضوره كانت القسمة باطلة ، ويفارق هذا البيع ، لان لكل واحد من الشريكين ان يبيع نصيبه بغير اذن شريكه »

الطرفين شارك كلا منهما فيما وصل اليه بالاشاعة ، فالقسمة بين المقتسمين متحققة وليس الكل شركاء في الكل، لكن شركة الثالث معهما يتوقف على الاذن، وحينئذ فهل يؤثر رضاه بعد تلك القسمة التي أدت الى هذه الشركة فضولة ؟ الظاهر ذلك، كما اذا كان اخوان شريكين في مال فمات احدهما ، فقسم المال بين الباقي منهما وابن الميت ، ثم ظهر للولد أخ ، فانه يشترك مع أخيه في النصف مشاعاً ، ويستقل عمهما بالنصف الاخر ، فاذا حضر الاخ وأجاز القسمة هذه صحت ، وفيما نحن فيه اذا أجاز المستحق كان شريكاً معهما ، بمعنى انحلال الشركة الاولى وحدوث شركة ثانية ، فيكون نظير ما اذا قسّم المال المشترك بين أربعة الى قسمين يشترك كل اثنين منهما في قسم .

وكما لو كان عبدان مشتركين بين اثنين بالتناصف وكان احدهما يسوى عشرين ديناراً ، والاخر يسوى عشرة دنانير، فلوطالب احدهما الاستقلال في تملك الرخيص منهما جاز ، فيكون الرخيص مع ربع النفيس لهذا ، وتبقى ثلاثة أرباع النفيس للاخر ، فقد تبدلت شركتهما بهذه القسمة الى نحو آخر من الشركة ، ولما ذكرنا قال في الجواهر: ربما ظهر من تعليل المصنف وغيره الصحة مع الاذن، على ان تكون حصته مشاعة معهما ، وحينئذ فلحوقها كاف .

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

ولو كان في سهم احدهما حيوان مثلاً فتلف ، فان كانت القسمة صحيحة فهو في ملكه ، وان كانت باطلة ثبت الضمان ، سواء كان التلف بسببه او بسبب غيره ، لان المأخوذ بالقسمة الباطلة حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد .

الثالثة : لو قسم تركة الميت ثم ظهر عليه دين

قال المحقق قده : « لو قسّم الورثة تركة ثم ظهر على الميت دين ، فان قام

الورثة بالدين لم تبطل القسمة، وان امتنعوا نقضت وقضى منها الدين .
 اقول : مذهب المحقق قدس سره هو أن التركة تبقى على حكم مال الميت
 فان أدى الورثة الدين كان لهم المال، والا كان للديان اخذ التركة في مقابل حقهم،
 وبعبارة اخرى : 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 حقيين طوليين كالمال المرهون .

وقال العلامة في القواعد : «ولوقسم الورثة التركة وظهر دين فان أدوه من
 مالهم والا بطلت القسمة ، ولو امتنع بعضهم من الاداء بيع من نصيبه خاصة بقدر
 ما يخصه من الدين ، ولو اقتسموا البعض وكان في الباقي وفاء اخرج منه الدين ،
 فان تلفت قبل أدائه كان الدين في المقسوم ان لم تؤد الورثة » وحاصل العبارة :
 ان الورثة يملكون التركة ملكية متزلزلة ، فان أدوا الدين استقرت والا اخذ
 الديان التركة .

وكيف كان، فان قسم الورثة التركة وظهر الدين، فتارة يكون الدين مستوعبا
 لها واخرى لا يكون كذلك ، فبناءً على مختار القواعد وبعضهم قد قسموا مالا هو
 لهم فالقسمة صحيحة ، وحينئذ يتعلق حق الديان - المتعلق سابقاً بكلى التركة -
 بالسهم المتشخصة بالتقسيم والمتحققة خارجاً بيد كل واحد من الورثة ، فان أدوا
 جميعهم الدين فقد استقر ملكهم ، وان أدى بعضهم دون بعض فقد استقرت مالكية
 من أدى دون من امتنع .

قديقال: ان هذه التركة تكون كالمال المرهون الذي ليس لصاحبه، ولا يجوز
 للمرتهن التصرف فيه الا مع اذن الاخر ، فكيف تكون قسمة الورثة للتركة
 صحيحة بدون اذن الديان حتى يتشخص بهذه القسمة متعلق حقهم بعد أن كان
 كلياً ؟

لكن يمكن الجواب عنه بأنه لا مانع من التصرف غير المنافى لحق الديان ،

فان 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 لا مانع منه ، لانه يكون نظير ما اذا أداوا نصف الدين قبل التقسيم وبقي النصف الاخر ، نعم لو كان الشأن بحيث اذا لم يؤد جميع الدين كان جميع التركة كالمال المرهون من حيث عدم جواز التصرف فيه الا مع الاذن بطلت القسمة وان لم يمتنع بعض الورثة عن أداء ما عليهم .

وعليه فان مات المورث وعليه الخمس ، واقتسم الورثة التركة فأدى بعضهم ما عليهم وامتنع البعض الاخر ، فعلى التقدير الاول: يكون من أدى ما عليه بالنسبة - من المال الواجب أدائه من جهة الخمس الذى كان على الميت - مالاً لما بيده ، ومن امتنع لم يجز له التصرف فيما بيده ، وعلى التقدير الثانى: لا يجوز لاحد منهم التصرف فيما بيده حتى يدفع الخمس كله . لكن فى هذا المورد بالخصوص نص يقتضى الوجه الاول (١) .

اذن يصح التقسيم بناءً على الملكية المتزلزلة الا فى الصورة المذكورة ، وان هذا المقدار من التصرف بدون اذن الديان لا مانع منه لعدم منافاته لحقهم ، فيكون نظير ما اذا اشترى مالا مع خيار الفسخ للبائع مدة معينة ، فلا مانع من أن يقسما المال بينهما ، فان أخذ البائع بالخيار فى المدة استرجع ما فى يد كليهما ولا اشكال فيه .

وأما على مبنى المحقق فيشكل بأنه كيف تصح القسمة فى مال الغير؟ وكيف يباع سهم الممتنع عليه مع انه للغير؟ وأجيب بأن المال وان لم يكن للورثة الا

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

بدين . قال : يلزمه ذلك فى حصته » وسائل الشريعة ١٦ / ١١١

وعن ابي البختري وهب بن وهب عن جعفر عن ابيه (ع) قال : « قضى على (ع) فى رجل مات وترك ورثة ، فأقر أحدا الورثة بدين على ابيه . انه يلزمه ذلك فى حصته بقدر ماورث ولا يكون ذلك عليه من ماله كله ... » التهذيب ٣٧٢ / ٩

أنه متعلق لحق شرعى لهم ، فحيث أدوا الدين تنتقل التركة اليهم وتكون ملكاً لهم ، فهم فى الحقيقة قد قسموا مالا متعلقاً لحقهم ، ويملك كل واحد منهم ما وقع اليه بأداء المقدار المتعلق من الدين به ، ويكون الحاصل : صحة القسمة بالنسبة الى من أدت وبطلانها بالنسبة الى من امتنع ، بمعنى عدم جواز تصرفه فيما وقع اليه لابعنى بطلان القسمة .

ولو ظهرت وصية تمليكية بعد القسمة فان كانت بانشاء تملك مال بعد الموت فتماميتها تتوقف على قبول الموصى له ، فان قبل كان المال ملكاً له ، وان كانت وصية بتملك مال اليه ، فان ملكه الموصى كان ملكه ، والا كان فى حكم مال الميت فلا يتصرف فيه أحد ولا يقسم بين الورثة .

ومحل الكلام فيما اذا قسم المال ثم ظهر كونه مورداً للوصية التمليلية ، 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 مثلا كانت كالمال المستحق فى الحكم المذكور سابقاً .

أقول : جعلهم الوصية فى الصورة الاولى كالدين فيه تأمل ، لانه فى الدين ذمة الميت مشغولة ، وأما اذا قال ادفعوا من مالى مائة او ادفعوا هذه المائة كان المال للموصى له مع قبوله بعد موت الموصى ، لابقياً فى حكم مال الميت حتى يكون كالدين ، ولالوارث كما اختار صاحب الجواهر فى الدين . ولا يصح ان نعتبر الان اشتغال ذمته بعد الموت ، اذ لاعرفية لذلك .

ولو أرسل وقال: ادفعوا مائة، فانه لامناس من أن يجعل من المال بمقدار المائة للموصى له ، فلو عادت المائة عشر المال كان العشر له بالاشاعة ، ويمكن ان يكون كالصاع من الصبرة ، وحينئذ يكون لهم التصرف فى المال حتى اذا بقى المقدار الموصى به وانحصر الكلى فى الفرد منعوا من التصرف فيه، لانه ملك للموصى له . بخلاف ما اذا كان بنحو الاشاعة فلا يجوز التصرف فى شىء من المال الا باذن الموصى له ، لان المفروض انه يشار كهم فى 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 الوارث ، وقد تقدم الكلام عليه ، ولا يبعد أن تكون القسمة صحيحة حتى لو كان مع التصرف المحرم لعدم الأذن - نظير ما إذا غصب مالا وباعه لنفسه معاطاة فضولة فأجاز المالك ، فالبيع صحيح وان كانت تصرفاته محرمة ، لجواز اجتماع الحكم التكليفي وهو حرمة التصرف مع الحكم الوضعي وهو الصحة . ولو كان مورد القسمة أرضاً فقسموها ، فوقع مجرى ماء أحد السهمين في السهم الآخر لم يجز لصاحب هذا منع الماء ، ولو قسموا داراً كبيرة لها بابان فكان لكل من السهمين باب فلا يجوز لاحدهما الدخول من باب الآخر - الا مع اذنه - وان كان هذا الباب أوسع او أقرب ، بخلاف ما إذا كان للدار باب واحد ولا يمكن احداث باب آخر فلا يجوز لهذا منعه .

هذا وهل لولى الطفل أو المجنون المطالبة بالقسمة؟ ان كان في القسمة مفسدة للمولى عليه فلا ريب في عدم ، وهل يكفي عدم المفسدة او يشترط وجود المصلحة له؟ قولان ، ومع تساوى الأمرين - الشركة وعدمها - من حيث المصلحة فهل يجوز له ان يطالب بالقسمة؟ قولان . وقيل في هذه الصورة تكون اجرة القسام على الولى نفسه .

أقول : والاحوط ان لا يطالب الولى بالقسمة الا في صورة وجود المصلحة للمولى عليه ، لان الاجرة تكون على المولى عليه لاعلى الولى .
وحيث يطلب الشريك القسمة ولا مفسدة للمولى عليه ، فهل يجبر الولى؟ الظاهر ذلك ، وكذا العكس لكن عليه الاجرة .

الكلام فى :

احكام الدعوى

تعريف المدعى :

اختلفت كلمات الاصحاب في تعريف « المدعى » الذى استفاد ذكره فى نصوص كتاب القضاء ، فعرفوه بتعاريف :

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

«وقيل هو الذى يدعى خلاف الاصل أو أمراً خفياً» اى : منافياً للظاهر الشرعى قال فى الجواهر « وعن بعضهم حكاية التفسير بالمعطوف خاصة عن بعض ، وبالمعطوف عليه خاصة عن آخر . وحينئذ تكون الاقوال اربعة » .

وقد نوقش الاول بعدم الانعكاس او عدم الاطراد ، فقد يترك المدعى الدعوى او المدعى عليه وتبقى الخصومة ، فلو اودع مالا عند شخص فادعى رده عليه فأنكر صاحب المال لم يترك المدعى لو ترك دعوى الرد بل يطالب بالرد ، وأجاب فى الجواهر بأن مطالبة المدعى باليمين والمنكر بالبينة لا يخرج المدعى عن كونه مدعياً ، بل ذلك مقتضى الدليل الشرعى فى بعض الموارد بنحو التخصيص ، وفى العروة : ان هنا دعويين احدهما الايداع عنده والثانية دعواه الرد ، فلو ترك هذا دعوى الرد انتفت الخصومة الثانية ولكن الاولى باقية .

والمراد من « الاصل » فى التعريف الثانى هو القاعدة الكلية ، أعم من الاصل

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

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

ولو أسلم الزوجان فادعت الزوجة التقارن فالتكاح باق وأنكر الزوج فهو باطل ، فان مقتضى الاصل هو عدم الاسلام المقارن ، واصالة عدم المقارنة مثبتة . هذا ولكن الاولى - وفاقاً للجواهر - هو الرجوع الى العرف في تشخيص المدعى من المنكر ، وفي مورد التداعي حيث يصدق « المدعى » على كليهما يطالبان معاً بالبينة ، 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 البينة على من كان عند العرف مدعياً واليمين على من كان عندهم منكراً ، لان الخطابات الشرعية مثل « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » او « على من انكر » ونحوها ملقاة 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 يוכל الشرع الامر الى العرف في ذلك المورد بل يعيّن موضوع حكمه بنفسه ، وهذا لا ينافي كون خطاباته ملقاة الى العرف .

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

وحيث عيّن العرف المدعى - ولم يخطئه الشارع - توجه اليه الوظيفة الشرعية في اقامة الدعوى ، سواء ترك المخاصمة لو ترك أولاً ، وسواء كانت دعواه مخالفة للاصل او الظاهر او موافقة .

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

وفي الدين : ان طالب الدائن بالمال وانكر المدين كان الاول هو المدعى وان قال المدين : قد أدبت الدين انقلب مدعياً وكان عليه اقامة البينة على الاداء في البيع، كأن يقول بعث بعشرين ويقول المشتري: بل بعشرة، او يقول: بعثك بعشرين ديناراً من ذهب ، فيقول المشتري : بل من فضة ، او يقول: بعثك هذا الشيء ، فيقول بل وهبني اياه ، وتظهر الثمرة 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 الاخر وذلك ينكر، وحينئذ يكون الملاحظ نتيجة النزاع، ولا يلتفت الى النزاع حول كون المعاملة هبة او بيعاً ، أما اذا كان مورد النزاع هذه الناحية فانه يقع التعارض بين الدعويين لجريان أصالة العدم في كلا الطرفين .

ومع الجهل بمصّب الدعوى ومورد المخاصمة يعيّن بالقرعة .

وكيف كان فان الملاحظ هو نظر العرف في تعيين المدعى والمنكر، ويؤخذ

بنظر الاعتبار مصب الدعوى ، اذ الامر يختلف باختلافه كما مثلنا .

الشروط المعتبرة في المدعى : (البلوغ)

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

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

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

بل قال المحقق الكنى قده: ان الاصحاب لم يعملوا بهذه الادلة واعتبروا قول الصبي في موارد، كقبول قوله في انبات الشعر بالعلاج ، وكما لو وقع معاملة فقال البائع ببطلانها لكونه صغيراً فادعى البلوغ سمعت دعواه وحكم بصحة المعاملة . نعم ان كان متعلق دعواه مالا فلا تسمع، لاجل الصغر لانه لاسلطنة له على مال فلاسلطنة له على دعوى متعلقة بالمال، فعدم سماع دعواه حينئذ يكون من هذا الحيث لامن جهة ان الصبي مسلوب العبارة ، لكن الدعوى ليست من شئون المطالبة بالمال، فانه اذا أثبت المال بالبينه أمكن ان يياشر المطالبة وليه او الحاكم نفسه ، وليس اثبات تملك المال تصرفاً فيه حتى يقال بعدم السلطنة له على المال ، ولذا يجوز 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 ما دل على اعتبار البلوغ ، لكن مقتضى عمومات أدلة القضاء سماع دعواه في غير التصرفات الممنوعة كما اذا ادعى على شخص انه جنى عليه، فان الشارع لا يرضى بالجناية على المجنون ولا يترك الجاني عليه من غير مؤاخذة وعقوبة .

وعن المحقق الاردبيلي قده وجماعة اشتراط كونه رشيداً ، فلا تسمع الدعوى من السفهيه ، بل عن المعتمد دعوى الاجماع عليه ، لكن الادلة القائمة على وجوب احقاق الحق وحفظ الاموال والنظام تقتضى وجوب سماع دعواه . نعم لا تسمع في الدعاوى المتعلقة بالمال ، بل ان دعواه فيها تسمع أيضاً لان 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 وكيلا او وصياً أو ولياً أو حاكماً

أو أميناً لحاكم» .

أقول : ادعى فى الجواهر عدم الخلاف فيه ، لكنهم يحكمون بسماعها فى بعض الموارد من غير أحد ممن ذكر ، فلو غصب مال من يد المرتهن أو المستعير سمعت دعواه عند الحاكم ، وقيل فى الرهن بجواز الدعوى بعنوان حق نفسه . قلت : وبعض النظر عن حكمهم بالسماع فى هذه الموارد فإنه لا مانع من ان يدعى الانسان حقاً لغيره مالم يستلزم التصرف فيه ، ودعوى انصراف «فاحكم بين الناس بالحق» عنه غير مسموعة ، اللهم الا ان تكون الدعوى نفسها تصرفاً فيشكل الدعوى أخذاً بشاهد الحال واعتماداً على اذن الفحوى من المالك ، لان الفحوى وشاهد الحال لا يمشلان هكذا تصرف اعتبارى ، بل يتوقف سماعها منه على الاذن الصريح . لكن لو كان المدعى من أقرباء المالك وذويه فالظاهر الاستماع فى ما لا يستلزم تصرفاً فى ماله من غير ولاية ولا وكالة لانصراف أدلة المنع حينئذ ، والقدر المتيقن من الاجماع غيره .

ثم ان المشهور قيام الوكيل والوصى والولى مقام صاحب المال فى جميع مراحل الدعوى ، واستثنى بعضهم احلاف المدعى عليه ، الا أن مقتضى عمومات أدلة الولاية والوكالة والوصاية . . . هو جواز الاحلاف ايضاً كما عليه المشهور .

ان لا يدعى ما لا يجوز تملكه :

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

أقول : ويشترط فى 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 بالخمير مثلاً لاجل فائدة محللة ، كأن يبقى الخمر حتى تنقلب خلا ، أو يأخذ العذرة للتسميد ، كما لا بأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الاسلام ، أو يدعى ثمنها على مستحلها بناءً على جواز بيعها ممن يستحلها ، والدليل على الجواز عمومات أدلة القضاء بعد عدم تمامية

دعوى انصرافها عن مثل ذلك .

اشتراط كون الدعوى صحيحة لازمة :

قال المحقق قدس سره : «ولا بد من 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 اللازمة لان الموهوب مالم يقبض لم يملك ، وفي الرهن قال المحقق : «وهل يشترط في الرهن القبض ؟ قيل : لا ، وقيل : نعم وهو الاصح» .

أما اشتراط كون الدعوى صحيحة فدليله واضح ، فلو ادعى الهبة و أقر المدعى عليه لم يلزم بشيء ، بل لابد من أن يدعى هبة صحيحة كأن يقول له : وهبتني ذلك وأقبضتني اياه .

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 رجوعاً، نظير ما اذا انكر الزوج الطلاق فان انكاره رجوع .

وبالجملة فاشتراط الصحة لا ريب فيه ، ولذا وقال : هذه ثمرة نخلى لم تسمع اذ يمكن ان لا تكون ملكه الا اذا صرح في دعواه بكونها ملكاً له كما سيأتى ، لكن عن المحقق الاردبيلي الاشكال في اشتراط اللزوم فقد قال «ره» : «ما المانع من أن يدعى الصحة أولاً فيثبتها ويدعى اللزوم ؟ ثم انه يرد عليهم مثله فيما اذا ضم اليها دعوى القبض ، اذ لعل الموهوب له أجنبي . على أنه يرد مثله في دعوى البيع ؛ اذ على هذا لا بد من دعوى انقضاء المجلس او الايام 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 التهيؤ للصحة مع تمام ما يعتبر فيها، وهبة

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

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

هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ؟

قال : « ولو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ولا بينة فادعى علم الشهود له ففي توجه اليمين على نفى العلم تردد ، اشبهه عدم التوجه ، لانه ليس حقاً لازماً ولا يثبت بالنكول و لا باليمين المردودة ، و لانه يثير فساداً » .

أقول : لو لم يكن مورد الدعوى مالا كقوله لى عليك كذا من المال و لا سبباً كالبيع كقوله : هذا المال الذى بيدك قد بعتهنى اياه ، بل ادعى أمرأه فيه نفع من حيث اثبات حق له أو اسقاط حق عليه ، كأن يدعى المنكر فسق الحاكم الذى حكم عليه أو فسق الشهود الذين استند اليهم المدعى وحكم الحاكم طبق شهادتهم ، أما لو ادعى فسق الشاهدين فله طرح دعواه عند نفس الحاكم ، كما أن له طرحها عند حاكم آخر ، فان كان له بينة أقامها وبذلك يزول الحكم الذى أصدره الحاكم حسب شهادتهما ، و كذالو تمكن من اثبات كذب الشاهدين أى كذبهما فى قولهما بأن هذا المال لزيد المدعى ... لكن لا يسقط حق المدعى بثبوت فسقهما أو كذبهما فى هذه الشهادة .

وان لم يكن عنده بينة فهل يؤثر علم المدعى بفسقها فى زوال الحكم كذلك؟ ان أقر بذلك فلا اشكال فى أنه يؤخذ باقراره ، و لا يجوز له الاستناد الى الحكم فى 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

تردده فسى كون مورد الدعوى له واقعاً، وأما مع علمه بكونه له كذلك فحيث يحكم الحاكم له وهو لا يقرب فسق شهوده يجوز له التصرف . وحينئذ فلو ادعى المنكر عليه العلم بفسق الشاهدين لم تسمع هذه الدعوى، ولم يتوجه على المدعى اليمين بنفى العلم، كما لا يثبت ذلك بنكوله عن اليمين والباليمين المردودة على المنكر، لان توجه اليمين على المدعى المشهود له ليس حقاً لازماً للمنكر، ولانه يوجب التزلزل فى الاحكام الصادرة من الحكام ويؤدى الى التسلسل .

وقيل: تسمع هذه الدعوى، فله أن يحلفه لانها دعوى فتشملها عمومات «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» ولان لها أثراً بالنسبة اليه .

وفيه: انه اذا لم يلزم علمه بفسق شاهديه زوال الحكم الصادر لم يكن للمدعى عليه أثر فى دعوى علم المشهود له بفسق الشاهدين فلا تسمع هذه الدعوى .
وأما لو ادعى فسق الحاكم وكان له بينة فله أن يطرحها عند حاكم آخر قيل :
ويشترط أن يصرح فى طرحه الدعوى على فسق الحاكم الاول بوجود البينة ، كأن يقول له . عندى شهود على فسق فلان الحاكم .

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

هل يجب اجابة المنكر لو التمس اليمين من المدعى ؟

قال المحقق قدس سره : « و كذالو التمس المنكر يمين المدعى منضمة الى الشهادة لم يجب اجابته، لنهوض البينة بثبوت الحق » .

أقول : ان للمنكر أن يرضى بيمين المدعى ، فان حلف فهو وان اختار اقامة البينة كان له ذلك ، ومع اقامتها لا يسمع طلب المنكر بيمينه معها ، نعم فى الدعوى

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

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

وتوجيه الفرع الثانى هو فى العين الموجودة ، فاذا شهدت البينة بكونها
 لزيد لم تسمع مطالبة عمرو ومنه اليمين ، نعم لامانع من الحلف بل يستحب فى رضاه
 بها لقوله عليه السلام لشریح : « ورد اليمين على المدعى مع بينته ، فان ذاك أجلى للعمى
 وأثبت فى القضاء » (١) .

وقال الشيخ فى المبسوط : « وكيف يحلف ؟ قال قوم : يحلف ما اقتضاه ولا
 شيئاً منه ، ولا اقتضى له ولا شىء منه ، ولا اجال به ولا بشىء منه ، ولا أبرأه ولا عن شىء
 منه ، وأن حقه لثابت ، ولا اقتضى له مقتض بغير أمره فأوصل اليه . قال : فان ادعى
 أنه قد أبرأه منه أو قد اجال به لم يحلف المدعى عليه على اكثر من الذى ادعاه عليه
 و ان كانت الدعوى مبهمة فقال : ماله قبلى حق أو قد برئت ذمتى من حقه احتاج
 الى هذه الالفاظ كلها حتى يأتى بجميع جهات البراءة .

ومن الناس من قال : أى شىء ادعى ، فان المدعى عليه يحلف ما برئت
 ذمتك من دينى ، فاذا قال هذا أجزاءه ، لانها لفظة تأتى على كل الجهات ، فان الذمة
 اذا كانت مشغولة بالدين أجزاءه أن يقول : ما برأت ذمتك من حقى .

وهذا القدر عندنا جائز كاف . والاول احوط و أكد. فاما قوله: وان حتى
لثابت فلا خلاف انه ليس بشرط» .

هل يلزم بالجواب عن دعوى الاقرار؟

قال المحقق : « و فى الالزام بالجواب عن دعوى الاقرار نردد منشؤه ان
الاقرار لا يثبت حقاً فى نفس الامر، بل اذا ثبت قضى به ظاهراً » .
أقول: لو ادعى زيد على عمرو الاقرار له بشئء كأن يقول له : قد أقررت بكون
هذه الدار لى ، أو يقول : لقد أقررت بأنى غير مدين لك، فهل يلزم الحاكم عمراً
بالجواب عن هذه الدعوى؟ وجهان بل قولان، تردد المحقق قدس سره بينهما ،
وجه عدم الالزام هو: أن الاقرار لا يثبت حقاً واقعياً للمقر له، لان الاقرار- وان الزم
الشارع المقر بما أقر على نفسه - ليس طريقاً لا ثبات الحق بحيث يرفع شك المقر
له فى تملك المقر فيه ، فلو أقر له بكون الثوب له وكان المقر له جاهلاً أو شكاً فى
ذلك لم يرتفع معه الجهل أو الشك ، لان أثر هذا الاقرار هو الحكم الظاهرى فقط
بجواز تصرفه فى الثوب . فاذا لم تكن الدعوى مثبتة لحق لازم ولم يكن الاقرار موجباً
لحق واقعى فانه - مع عدم البينة للمدعى على الاقرار- لاتسمع الدعوى، ولا يحلف
المدعى عليه على انكاره، ولا يكون نكوله عن اليمين مثبتاً للدعوى .

ووجه الالزام هو: أن المراد من الحق اللازم كون الدعوى ذات نفع للمدعى
والمفروض جواز تصرفه فى المدعى به ظاهراً مع ثبوت الاقرار بأحد المثلثات ،
ولا يلزم أن يكون مورد الدعوى مالا أو سبباً لانتقال مال، بل ان ترتب الاثر المذكور
- وهو الحكم بجواز التصرف ظاهراً - على الاقرار كاف لصحة الدعوى عند
الحاكم كى يلزمه بالجواب .

وظاهر المحقق فى المقام هو التوقف ، بخلاف الفرع السابق حيث قال
«أشبهه عدم التوجه» واستقرّب الشهيد الثانى فى المسالك تبعاً لجماعة الوجه الثانى
واختار المحقق العراقى الاول فقال: ان الوجهين «مبنيان على أن الاحكام الظاهرية هل

فعليتها فرع وصولها الى المكلف بحيث لولاه لاتكون فعلية بعثية بخلاف الاحكام الواقعية من الوضعيات والتكليفيات، اذ فعليتها الواقعية ليست تابعة لوصولها غاية الامر لاتنجز لها .

وحيث قد حققنا في محله عدم تبعية فعليتها للوصول فلا بأس بسماع مثلها...» .
 وفي الجواهر وجه الوجه الثاني بقوله: «لان المدار على ثبوت الحق ظاهراً، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق أو مع يمين المدعى الذي يجوز له الحلف عليه والاخذ به، وان لم يعلم استحقاقه من غير جهة اقراره الذي له الاخذ به ما لم يعلم كذبه، لجواز استناده الى سبب لا يعلم به، و لانه اذا سمعت دعواه بالبينة توجه له اليمين على عدمها، لعموم قوله بالبينة : 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 الذي يأتي على ذلك كله، نحو ما تسمعه في عدم الزامه بجواب دعوى أنه أقرضه أو باعه بثمن في ذمته أو نحو ذلك، معللين له بإمكان أدائه له والعجز عن اثباته، فيكفي جوابه ببراءة ذمته مما يدعيه عليه، فانه يأتي على ذلك كله، ومثله آت هنا .

اللهم الآن يفرق بأن الدعوى في الاول الشغل بسبب في الواقع، فيكفي 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 على خصمه، كذلك البيع عليه مثلاً، له الاخذ بظاهره أيضاً ما لم يعلم فساده و قد ادعاه على خصمه، 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 بالدين مثلاً .

أقول : والاقرب هو الوجه الاول ، اذ ليس كل دعوى يلزم الحاكم بسماعها والنظر فيها ، بل الدعوى المتعلقة بأموال الناس و نفوسهم و أعراضهم ، فيلزم ان يكون مورد الدعوى شيئاً يزعم المدعى تعلقه به . وبعبارة اخرى : لا بد أن تكون نتيجة الدعوى والمرافعة اثبات حق يدعيه المدعى و جلب نفع الى نفسه أو دفع ضرر عن نفسه، و كل دعوى تكون كذلك يجب على الحاكم سماعها، وأما في المورد الذي يتحقق النفع و يثبت للمدعى بنفس الحكم الصادر من الحاكم - واما قبله فلا يوجد شيء - فيلزم الدور، لان نظر الحاكم في ذلك المورد ثم حكمه يتوقف على تحقق الحق من قبل ، وتحقيق الحق يتوقف على الحكم نفسه .

هل تفتقر صحة الدعوى الى الكشف؟

قال المحقق : « ولا تفتقر صحة الدعوى الى الكشف في النكاح ولا في غيرد » .
أقول : ان صحة الدعوى التي اشترطناها لا تحتاج الى الكشف والتحقيق عن الاسباب ، سواء كانت الدعوى في الاملاك من الاعيان والديون ، أو في العقود من النكاح وغيره . وقد نبه بذكر النكاح على خلاف بعض العامة فيه . و دليلنا على عدم الحاجة هو الاجماع .

قال : « وربما افتقرت الى ذلك في دعوى القتل ، لان فائته لا يستدرك » .
أقول : لان للقتل أقساماً واسباباً مختلفة من العمد والخطاء وشبه العمد ، ومن أن القتل مستند اليه بالمباشرة أو بالتسبيب ، و أنه هل وقع منه منفرداً أو شاركه فيه غيره ... فلكل واحد من هذه الاقسام والحالات حكم ، فلو أجمل في الدعوى لم يترتب حكم واحد منها ، فلا بد من الكشف و ذكر التفصيل و الا لم تصح دعوى القتل ولا تسمع .

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

وان لم يترتب عليه حكم ولكنه مقدمة لاثبات الخصوصية فيما بعد .
قلت : ان تعيين كونه خطأ بالاصل مشكل جداً ، فلو أردنا اجراء هذا الاصل
لجری فی الجمیع ، لكن لو كان لبعض الخصوصيات أثر وقلنا بكفاية احتمال
ترتب الاثر لوجوب السماع فانه يجب سماع الدعوى، هذا بعد ثبوت أصل الواقعة،
وبالجملة : الاصح هو سماع الدعوى حيث يثبت أصل القضية ثم تثبت خصوصياتها
بالموازين الشرعية من البينة واليمين، فيكون الحكم بعد المرحتين وفقاً للاردبيلي،
وذلك لمقتضى الاحتياط الشديد الموجود في الدماء .

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

فهذه هي القاعدة الكلية وعلى ضوئها يظهر الامر في الموارد والامثلة المختلفة ،
فان كان للكلى أثر ادعاه وان كان للخصوصية أثر ادعاه، وفي المتباينين تسمع الدعوى
ان كان العلم الاجمالي منجزاً ، ومع دوران الامر بين الاقل و الاكثر كان الاقل
هو المتيقن .

قال المحقق : « ولو اقتضت على قولها : هذا زوجي كفى في دعوى النكاح
ولا يفتقر ذلك الى دعوى شيء من حقوق الزوجية ، لان ذلك يتضمن دعوى لوازم
الزوجية . ولو أنكر النكاح لزمه اليمين ، ولو نكل قضى عليه على القول بالنكول،
وعلى القول الاخر تراد اليمين عليها ، فاذا حلفت ثبتت الزوجية، وكذا السياق لو كان
هو المدعى » .

أقول : ان الاثر الذي ذكرناه لا يلزم التصريح به لدى الدعوى ، بل يكفي
دعوى ملازمه ، فلو اقتضت المرأة على قولها : هذا زوجي كفى في دعوى النكاح
وترتب آثاره من حقوق الزوجية ولوازمها كالمهر والنفقة وغيرهما .
و يترتب على سماع هذه الدعوى أيضاً انه لو أنكر الزوج النكاح لزمته

اليمين ، ولو نكل عنها قضى عليه على القول بالقضاء بمجرد النكول ، وبرد اليمين على المرأة ، على القول الاخر فان امتنعت سقطت دعواها ، و ان حلفت ثبتت الزوجية . وعن التحرير « وفي تمكين الزوج منها اشكال من اقراره على نفسه بتحريمها ، ومن حكم الحاكم بالزوجية » .

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

أقول : أما بالنسبة الى الحاكم نفسه فهل ينهى الزوج المقر بحرمتها على نفسه عن وطئ المرأة - مع الزامه بدفع النفقة مثلاً - اخذاً 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 عالماً بعدم الزوجية فان مقتضى قول النبي ﷺ : « فأیما امرء قطع له . . . » (١) هو عدم جوار ترتيب آثار الحكم مثل الوطئ ، وأما دفع النفقة فليس محرماً عليه بل يجب عليه امتثالاً وتنفيذاً للحكم ، بل يحرم على المرأة اخذها ، و هل يجوز لها الاخذ في مقابل بقائها في دار الرجل ؟ فيه اشكال ، وأما اذا كان انكاره لها من جهة الشك مثلاً فان جميع الاثار مترتبة بالحكم .

وأما 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 شاكّة وجب عليها ترتيب الاثر على الحكم .
 و أما المهر فان الرجل ان الزمها بالتمكين ووطئها عملاً بحكم الحاكم 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
 في ملك غيره ثم تصير له ، وكذا لو قال : ولدتها في ملكي ، لاحتمال ان تكون حرة
 أو ملكاً لغيره » .

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

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

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

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

أقول : وكما لا تسمع الدعوى الصريحة كذلك لا تسمع البينة غير الصريحة ،
 فان قالت بأن هذه مملوكة فلان سمعت ، ولو قالت : ولدتها أمها حال كونها في
 ملكه فلا تسمع ، لانه يمكن أن تكون الام مملوكة ولا تكون بنتها مملوكة له كأن
 يكون قد حررها مثلاً .

قوله : « وكذا البينة » ليس تكراراً ، بل المراد أنه ما لم يصرح المدعى في

الدعوى فلاتستل البينة التى يقيمها، ثم البينة لاتسمع شهادتها ما لم تشهد بصراحة، و حيث شهدت بالملك فلا تستل عن السبب ، فيحتمل أن يكون قوله : « و كذا البينة» معطوفاً على «لايفتقر» المتقدم عليه .

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

أى : فلاتسمع هذه الدعوى لكونها أعم، إلا أن يقول هذه ثمرة نخلى وهى ملك لى .

قال : «و كذا لو أقر له من الثمرة فى يده أو بنت المملوكة لم يحكم عليه بالاقرار لو فسره بما ينفى الملك» .

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

وفى المسالك: ظاهر عبارة المحقق والعلامة انه اذا لم يفسر بالخلاف فهو اقرار . وأشكل عليه فى الجواهر بعدم ظهور عبارتيهما فى ما ذكره ، فليس «لوفسر» قيداً حتى يكون اقراراً . قلت : وما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر .

ثم ان صاحب المسالك بعد ما استظهر من العبارة ما ذكر أشكل على المحقق الفرق بين الاقرار والدعوى فقال: «والفرق بين الدعوى والاقرار لا يخلو من اشكال، لان الاحتمال قائم على تقدير الاقرار والدعوى ، والعمل بالظاهر فى الاقرار دون الدعوى لادليل عليه، والفرق باشتراط التصريح فيهادونه رجوع الى نفس الدعوى، وفى الارشاد أطلق عدم سماع الدعوى والاقرار معاً ، ولم يعتبر التقييد فى الاقرار بتفسيره بما ينفى الملك وهذا هو الظاهر» .

أقول : ان اشكاله وارد بناءً على ما فهمه من العبارة، لان الصراحة شرط فى

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

هذا وفي الجواهر بشرح : «وكذا لا تسمع البينة ...» ما لفظه : «لكن عن لقطة المبسوط والتذكرة سماع الدعوى والبينة فى الثانى، بل عن الاخير الاجماع عليه ، ولعله لاصالة تبعية النماء للمال حتى يعلم خلافه ، وهو كذلك حيث لا يكون لآخر يد تقضى بالملكية لها والا انقطع بها الاصل المزبور ، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك ، وكلام الاصحاب هنا فى الدعوى على آخر» .

قلت : ان محل البحث هو ان تكون بنت أمة زيد بيد عمر و فراجعه استناداً الى كون الام عنده ، فالارتكاز يتبع ما اذا لم يقم فى مقابله دليل كاليد ، والاردبيلى أمر بالتأمل فى المقام بعد ان ذكر عدم السماع ، ولعل وجهه: امكان القول بالسماع ، لان من ملك النخلة فقد ملك تمرها عند العرف الا ان يقوم دليل ، ولذا تسمع هذه الدعوى فسى الملك القديم السابق على اليد فيلزم صاحب اليد باقامة البينة على انتقاله اليه بالبيع مثلاً .

لكن هذه المطالب ليست تعبدية بمعنى قيام اجماع أو دلالة نص عليه ، بل الذى يريدون اثباته كون الدعوى صريحة ، فان كانت الملازمة العرفية والتبعية بين الثمرة والنخلة أو بين الامة والبنت تامة فهو والا لزم البيان والكشف عن سبب الملك . والظاهر تمامية هذه الملازمة ما لم يكن الفرع بيد غيره ، لان اليد دلالتها على الملكية أقوى من الملازمة المذكورة .

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

من حنطته» .

أقول : يعنى ان مثل هذه الدعوى ظاهر فى الملكية ولا حاجة الى التصريح ، للفرق بين الثمرة والنخل وبين الغزل والقطن، فهناك المغايرة حقيقته وهماهى فى 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 فالاقوى وفاقاً للمسالك و غيرها - بل عن الكفاية : لا أعرف فيه خلافاً - وجوب رفع الدعوى الى الحاكم ، فان ثبت دعواه وأصدر الحاكم الحكم جاز له أن يباشر القصاص على قول ، وقيل : بل الامر بيد الحاكم فله أن يباشر بنفسه القصاص أو يأذن فيه لصاحب الحق أو يأمر به شخصاً آخر .

وأما اذا لم يتوفر الحاكم أو تعذر الوصول اليه فيجوز له أن يستوفى 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 التمكن من الرفع الى الحاكم خلافاً لصاحب الجواهر قدس سره حيث استند الى الآية المزبورة قائلاً بالجواز مطلقاً . نعم لا ريب في عدم مؤاخذه الحاكم لصاحب الحق وان باشر الامر من دون اذنه ، اذ لا اشكال في ثبوت هذا الحق له ، لكن لما كان أمر الدماء خطيراً ولا بد فيه من الاحتياط الشديد نقول تبعاً للاصحاب بلزوم رفع القضية الى الحاكم 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 المقاتلة بين طائفتين و اراقة الدماء المحترمة .

و من جواز مباشرة الحاكم يظهر أنه لا يجب عليه أن يأذن لصاحب الحق بذلك ان راجعه في القضية ، وان كان ذلك حقاً ثابتاً له خلافاً لصاحب الجواهر حيث قال بأن اطلاق السلطان للولى يقتضى مباشرته لخصوص الحاكم .
ومن ذلك كله يظهر أن الحكم بوجوب الرجوع الى الحاكم والاستيذان منه فى اجراء القصاص حكمة يقصد منها دفع الفساد واختلال النظام فى المجتمع الاسلامى ، وعليه فلو أمكن لولى المقتول أن يقتل القاتل بحيث لا يترتب على فعله مفسدة جاز كما هو الحال بالنسبة الى الحقوق المالية كما سيأتى .

٢ - ان كان الحق مالا :

وان كان الحق مالا فتارة يكون عيناً وأخرى يكون ديناً ، فان كان عيناً فقد قال المحقق قده : « من كانت دعواه عيناً فى يد انسان فله انتزاعها ولو قهراً ما لم تثر فتنه ، ولا يفتقر الى اذن الحاكم » .

أقول : فالمحقق يقول بجواز انتزاع العين ولو قهراً لكن قيده بمالم تثر فتنه ، وفى الجواهر فسّر قوله : « ولو قهراً » : « بمساعدة ظالم أو بنفسه » وان استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك « لكن ينبغى تقييد مساعدة الظالم بصورة انحصار طريق استنقاذ العين بذلك ، بأن لا يمكنه الاستنقاذ بنفسه أو بمساعدة من ليس بظالم ، بل يجوز ذلك فى صورة الاختيار أيضاً بل يمكن القول بجواز اتيان الامر المباح بمساعدة ظالم ، وأما اعانته فقد قلنا فى محله باختصاص حرمة اعانة الظالم بأن تكون الاعانة فى ظلمه .

ولا يخفى ان المراد من «الظالم» فى هذا المقام هو غير «الطاغوت» الذى نهى الرجوع والتحاكم اليه فى الكتاب والاخبار ، وقد تقدم البحث عن حكم الرجوع اليه فى احقاق الحق .

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

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

قلت : لا ريب في عدم جواز التصرف في مال أحد الا باذنه ، فلا يجوز الدخول في دار الا باذن صاحبها ، فان كانت العين في الدار فدفعها اليه صاحب الدار من دون حاجة السى الدخول فهو ، و لو توقف أخذها على الدخول وجب الاستيذان منه فان امتنع فمن الحاكم لانه ولي 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 هي بيده ففيه 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 يدعيه مهما بلغ الامر ، اذ لا فرق بين هذه المسألة و مسألة دفع اللص عن المال حيث يجوز للانسان 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 : « ما لم تصل الي حد وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الانفس والاموال

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

وغيره من الفساد الذي يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك وان كان مباحاً في نفسه أو مستحباً بل أو واجباً...» .

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

هذا كله في صورة علم من بيده العين بكونها للشخص الذي يدعيها ، 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 ﷺ: «لِيُؤْتَى الْوَجِدَ بِالْدِينِ يَحُلُّ عَقُوبَتَهُ وَعَرْضَهُ» (١) وفيه تأمل ، لانه ظاهر في العالم دون الجاهل (٢) .

ولو كان من بيده العين معذوراً عن دفعها الى صاحبها لحبس أو مرض فهل يجوز له ان يدخل الدار مثلاً ليأخذ ماله ؟ لا بد هنا من اذن الحاكم ، لان المفروض عدم انكاره للحق وكونه قاصراً عن اعطائه ، فيلزم ان يستأذن الحاكم ويدخل الدار مع اذنه ، ولو استلزم ضرراً يسيراً جاز كذلك .

وحيث يراجع الحاكم ويقيم البيّنة على دعواه ويثبت حقه فهل له المبادرة الى اخذ الحق قبل صدور حكم الحاكم؟ قيل نعم بناء على حجية البيّنة 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 مقراً باذلاً لم يستقل المدعى بانتزاعه من دون الحاكم ، لان للغريم تخبيراً في جهات القضاء ، فلا يتعين الحق في شيء من

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ٩٠ .

(٢) أقول : على ان الاستدلال به يتوقف على اسقاط خصوصية «الدين» وهذا أيضاً

لا يخلو عن تأمل .

دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه» .

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

الاولى - أن يكون مقراً بالحق وبإذلاله :

والحكم في هذه الحالة عدم استقلال صاحب الحق بانتزاع حقه لان للغريم تخبيراً في جهات القضاء، فلا يتعين الحق الكلي الثابت في ذمته من دون تعيينه قال في الجواهر: بلاخلاف بل ولا اشكال.

هذا وقد أشكل على موضعين من عبارة المحقق هذه، أحدهما قوله: «من دون الحاكم» من جهة أن اذن الحاكم لا دخل له في هذا الفرض مع أن الاستفادة من العبارة جواز أخذها باذن الحاكم، والثاني قوله: «أو تعيين الحاكم مع امتناعه» من جهة أن المفروض كونه مقراً بإذلاله فما ذكره لا وجه له لانه خلاف الفرض. وقد أرجع صاحب الجواهر الضمير في «امتناعه» الى التعيين فقال: «أى امتناع تعيينه لحبس او مرض أو نحوهما لان له الولاية العامة في ذلك» قيل: ولا بد أن يجعل المراد من الباذل حينئذ هو الباذل الشأني والأفلا يستقيم ما ذكره. قلت: ولكنه خلاف الظاهر والاولى ما في القواعد: «ان كان باذلاً فليس للمدعى الاستيفاء بدون اذنه وان كان ممتنعاً فليس له بدون اذن الحاكم» .

الثانية - أن يكون مقراً ممتنعاً عن البذل :

والحكم في هذه الحالة كسابقتهما، فلا يجوز التقاص الا باذن الحاكم لانه ولي الممتنع، سواء كان معذوراً أو بلا عذر، لان الحق الثابت في ذمته كلى وتعيينه لا يكون بدون اذن المدين أو وليه في حال امتناعه - وان لم يستلزم التقاص ضرراً أو فتنه، بل لا يجوز التقاص خفية كذلك، هذا بحسب مقتضى القواعد .

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

الثالثة - أن يكون المدين جاحداً للحق :

و في هذه الحالة خلاف بين الاصحاح ، قال المحقق قده : « و لو كان المدين جاحداً وللغريم بينة تثبت عند الحاكم و الوصول اليه ممكن ، ففي جواز الاخذ تردد أشبهه الجواز ، وهو الذي ذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط ، وعليه دل عموم الاذن في الاقتصاص » .

فذهب المحقق قدس سره هنا - والاكثر كما في المسالك وغيره - الى الجواز والثاني لا ، وهو خيرة المحقق في النافع . وقد اشار هنا الى دليل الجواز بقوله : « وعليه دل عموم الاذن في الاقتصاص » من الايات و الروايات ، فمن الكتاب قوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (١) و قوله تعالى : « والحرمان قصاص » (٢) و قوله تعالى : « فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » (٣) .

الا أن في انعقاد اطلاق هذه الايات بحيث يمكن الاستناد اليه في قبال القواعد

تأملاً .

ومن السنة أخبار :

(١) ما عن ابن رزين قال : « قلت لابي الحسن موسى عليه السلام : انى أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها و الدابة الفارسة فيأخذونها ، ثم يقع لهم عندي المال فلى أن آخذه ؟ قال : خذ مثل ذلك ولا تزد عليه » (٤) .

وهو ظاهر في كون كلام الامام عليه السلام جواباً عن السؤال عن الحكم في المسألة لا اذنساً له في الاخذ ، فيكون الحاصل جواز الاقتصاص من أموالهم الشخصية ، ويبقى الكلام في أنه هل تتحقق حينئذ مبادلة قهرية بين المالين أو يكون المال المأخوذ

(١) سورة البقرة : ١٩٤

(٢) سورة البقرة : ١٩٤

(٣) سورة النحل : ١٢٦

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

مباحاً له التصرف فيه و ما أخذه عامل السلطان مغصوباً أو يكون بدل الحيلولة ؟ .
وأما الاخذ من بيت المال فى مقابل تصرفات عمال السلطان فلا يجوز حتى
ولو كانت تصرفاتهم بعنوان السلطنة والحكومة ، فيكون نظير ما اذا غضب المتولى
لموقوفة مالا و صرفه فى شئونها فانه يضمن فى ماله الشخصى ولا يؤخذ من أموال
الموقوفة .

(٢) ما عن أبى العباس البقباق : « ان شهاباً ما راه فى رجل ذهب له بألف درهم
و استودعه بعد ذلك ألف درهم قال ابو العباس فقلت له خذها مكان الالف التى
أخذ منك فأبى شهاب . قال : فدخل شهاب على أبى عبدالله عليه السلام فذكر له ذلك . فقال :
أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف » (١) .

(٣) ما عن أبى بكر قال : « قلت له : رجل لى عليه دراهم فجحدنى وحلف
عليها ، أيجوز لى ان وقع له قبلى دراهم ان آخذ منه بقدر حقى ؟ قال : فقال نعم
ولكن لهذا كلام . قلت و ماهو ؟ قال تقول : اللهم انى لا آخذة ظلاماً و لا خيانة ،
وانما اخذته مكان ما لى الذى أخذ منى لم اردد عليه شيئاً » (٢) .

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

(٤) ما عن جميل بن دراج قال : « سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له
على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده أيأخذه و ان لم يعلم

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

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٣ عن الشيخ قده - و قد قال الشيخ بعده : الحسن

ابن محبوب عن سيف بن عميرة عن أبى بكر الحضرمى عن أبى عبدالله عليه السلام نحوه

التهديب ٦ / ٣٤٨

(٣) نسبة فى المستند الى الصدوق فى الفقيه والشيخ فى التهديب .

الجاحد بذلك؟ قال: نعم» (١) .

٥) ما عن اسحاق بن ابراهيم: «ان موسى بن عبد الملك كتب «الى ابي 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 لي ان اقبض مالي أو أردده عليه؟ فكتب اقبض مالك مما في يدك» (٢) .

لكن هذه الرواية مجملة ، لانه لما لم يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به فسا هو وجه الاخذ من المال الذي كان له عليه؟ لانه ان كان المال موجوداً فتحصل بين المالكين المعاوضة القهرية بسلا موجب ، وان 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 اذن فيه الامام عليه السلام بالتصرف في مال الغير بلا دليل شرعي يقتضى جوازه .

فقد دلت هذه الاخبار باطلاً قهراً على جواز الاخذ من مال المقر الممتنع والمدين الجاحد ، سواء تمكن من الاستيذان من الحاكم أولاً ، وسواء كان ماله الذي بيد الغاصب عيناً موجودة أو غير موجودة .

ولورفع الامر - مع ذلك - الى الحاكم ، فان كان عالماً بصدقه اذن له والا لم يجوز له الاذن حتى مقيداً بكون المدعى عالماً بأن يقول له: قد اذنت لك في الاخذ ان كنت عالماً بحقك ، بل لا بد من اقامة البينة المثبتة لحقه عند الحاكم .

هذا وقد استدل للقول بعدم الجواز بأن التسلط على مال الغير على خلاف الاصل فيقتصر منه على موضع الضرورة وهي هنا منتفية ، ولان الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عنه الحاكم ويعين من ماله ما يشاء ولا ولاية لغيره . و اجاب 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 ولكنه في مورد الودعة كما استدل به في المستند .

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

وفي الجواهر : « بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع الى الحاكم » .

قلت : ليس المورد من قبل الشك السببي والمسببي بان يكون الشك في

جواز الاخذ مسبباً عن الشك في توقفه على اذن الحاكم حتى يكون جريان الاصل

في السبب - بأن يقال الاصل عدم وجوب الرجوع الى الحاكم وعدم توقف الاخذ

على اذنه مزبباً للموضوعه في المسبب فيجوز الاخذ ، بل ان هنا علماً اجمالياً بجواز

الاخذ اما بالاستقلال واما مع اذن الحاكم و انتفاء كل واحد منهما بالاصل يلزم

ثبوت الاخر عقلاً لاشراً .

وبناء على تحقق التعارض بين هذين الاصلين فانهما يتساقطان ويكون المرجع

قاعدة نفي الضرر والضرار في الاسلام .

وكيف كان فان مذهب اليه المشهور هو الاقوى ، لان النصوص الدالة على

الجواز تخصص عمومات « لا يحل مال امرئ » وبها ينقطع الاصل المزبور ، وان

الاستدلال بأن الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عند الحاكم ويقوم مقامه

كالاتجاه في مقابلة تلك النصوص .

وهذا الخلاف هو في صورة وجود البيئنة والتمكن من الوصول الى الحاكم ،

قال المحقق :

« ولولم تكن له بيئنة أو تعذر الوصول الى الحاكم ووجد الغريم من جنس

ماله اقتص مستقلاً بالاستيفاء » قال في الجواهر : بلا خلاف فيه عندنا بل الاجماع

بقسميه عليه ، لاطلاق الادلة المزبورة وغيرها .

حكم الاقتصاص من الوديعة :

قال المحقق : « نعم لو كان المال وديعة عنده ففي جواز الاقتصاص تردد أشبهه

الكرامة » .

أقول: اختلف الأصحاب في جواز الاقتصاص من الوديعة، فذهب الشيخ في الاستبصار والمحقق واكثر المتأخرين كما في المسالك والجواهر الى الجواز على كراهة، وذهب الشيخ في النهاية وجماعة الى التحريم، ومنشأ الخلاف هو اختلاف الروايات بظاها في هذه المسألة .

فمما يدل على الجواز عموم الأدلة السابقة في المسألة المتقدمة، وخصوص خبر أبي العباس البقباق: «أن شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك الف درهم . قال ابو العباس فقلت له: خذها فكان الالف التي أخذ منك فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على ابى 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 اليه : رجل غصب مالا أو جارية ثم وقع عنده مال لسبب وديعة أو قرض مثل خيانة أو غصب (مثل ما خانه أو غصبه) أيحل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب : نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه، وان كان اكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي اليه انشاء الله » (٢) .

ومما احتج به القائل بالتحريم بعد عمومات النهى عن التصرف في مطلق الامانة، والدالة على عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه:

(١) ما عن سليمان بن خالد قال: «سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال فكابرنى عليه وحلف ثم وقع له عندى مال آخذه» فأخذه» لمكان مالى الذى أخذه وأجحد وأحلف عليه كما صنع؟ قال : ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عبته عليه» (٣).

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

(١) وسائل الشيعة ١٢/٢٠٢. صحيح.

(٢) وسائل الشيعة ١٢/٢٠٤. ضعيف يعلى بن سليمان فانه مجهول.

(٣) وسائل الشيعة ١٢/٢٠٤. صحيح.

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

(٣) ما عن ابن أخ الفضيل بن يسار قال: «كنت عند ابى عبد الله عليه السلام ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم إليها، فقالت لى: أسأله، فقلت: عماذا؟ فقالت: ان ابنى مات وترك مالا كان فى يداخى فأتلغه. ثم افاد أخى مالا فأودعنيه، فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلغ من شىء فاخبرته بذلك فقال: لا. قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك» (٢).

قال فى المسالك: وفى هذا الحديث دلالة من ثلاثة مواضع ... قلت: والوجه هو الجمع بين الطرفين بالحكم بالجواز على كراهة فيحمل خبر أبى العباس الظاهر فى عدم الكراهة على بعض الوجوه، كأن يكون رجوعه الى الحاكم وحلفه عنده أحب الى الامام عليه السلام دفعا لتوهم الخيانة، أو أن يكون المراد أن أخذه يوجب فراغ ذمة الرجل وخلاصه من العقاب الاخرى من هذه الناحية وهذا الامر أحب اليه عليه السلام، ومن هنا كانت الفتوى بالنسبة الى من كان مدينا لشخص فمات الدائن وقد استقر عليه الحجج أن لا يسلم المال الى وارثه فى حال علمه بأنه لا يستأجر من يحجج عن الميت بل عليه أن يستأجر بذاك المال من يحجج عنه. ويحمل خبر ابن أخ الفضيل ايضا الدال على المنع من وجوه على بعض الوجوه كما فى المسالك.

ومع امكان هذا الجمع الدلالى لاتصل النوبة الى 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 بالطاغة كما يسقط اعتبار رضاه فى الجنس».

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

(٢) وسائل الشيعة ١٢/٢٠٢ وهو صحيح.

أقول: لاختلاف في شيء من ذلك بيننا كما في الجواهر، فالحكم في متحد الجنس ومختلفه سواء، وهو مقتضى اطلاق الأدلة السابقة وخصوص خبر ابن رزين في الجارية والدابة الفارحة. وهذا في صورة تلف المال الذي في ذمة الغاصب واضح: وأما مع وجوده فالكلام في أنه هل يكون الذي بيده ملكاً له بهذا التقاص بان تتحقق السبالة القهرية بين السالين، أو يكون ما يأخذه صاحب الحق بدل الحيلولة، بمعنى تجويز الشارع له أخذ مال الغاصب بدل حيلولته بينه وبين تصرفاته في ملكه، نظير ما لو كسر شخص اناء إنسان فإنه يجب عليه دفع ثمنه ثم يكون هذا المكسر ملكاً لصاحب الاناء، بمعنى ان المال الذي دفعه كان في مقابل الاتلاف ولكن لا يخرج المكسر عن ملك صاحب الاناء وتظهر الثمرة في الصلاة فيه مثلاً؟ ولا يبعد أن يكون الوجه الثاني هو الاظهر ان كان الامر نظير كسر الاناء دون ما اذا كان نظير القائه في البحر مثلاً حيث المالية غير منتفية.

جواز تولي بيع الوديعة :

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

أقول : ان كان التربص واجباً رفع وجوبه بدليل نفى الحرج ، لكن له أن يملكها ثم يبيعها ولا حرج في هذه الصورة ، نعم بناءً على اعتبار المماثلة بين الوديعة والمال الذي في ذمة الغاصب يتم ما ذكره . كما أن ما ذكره صاحب الجواهر من انه يجوز له بيع ثمنها الى أن ينتهي الى ما يساوي حقه في الجنس ثم يأخذه مقاصة لا يمكن المساعدة عليه .

والعمدة هو اطلاق الأدلة فان مقتضاه عدم اعتبار المماثلة مطلقاً ، أى سواء أمكن الاقتصار في المقاصة على الاخذ من جنس حقه أو لم يمكن .

لو تلفت الوديعة قبل البيع فهل يضمن ؟

قال المحقق : « ولو تلفت قبل البيع ، قال الشيخ : الا ليق بمذهبنائه لا يضمنها

والوجه الضمان لانه قبض لم يأذن فيه المالك ، ويتقاصن بقيمتها مع التلف» .
 أقول : قد وقع الخلاف في الضمان بالتلف قبل البيع للاقتصاص ، فان هذا يريد حقه من المدين وذلك يريد ثمن ماله الذي تلف بيد هذا ، فان كان المضمن و الثمن متساويين من حيث القيمة فيقع التهاثر أو التقاص من الطرفين ، وان كان هذا أكثر فحقه باق بمقداره ، فاذالم يضمن كان له التقاص 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 ، ووجه الثاني : هو ان مجرد الاذن الشرعى لا يقتضى عدم الضمان .

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

قال في الجواهر: انه لامنافاة بين اذن الشارع وبين الضمان بعد أن لم يكن في شيء من النصوص الحكم بكونه قبض امانة فيندرج في ما دل على عدم ضمانها كما انه ليس في شيء من الأدلة الشرعية عنوان للامانة الشرعية على وجه يكون المقام منها موضوعاً و حكماً ، اذ ليس الا الاذن في القبض لاستيفاء حقه ، و هو اعم من الائتمان الذي لا يستعقب الضمان كالتقاط ونحوه ، وليس كل ما اذن الشارع في قبضه يكون أمانة خصوصاً القبض لمصلحة القابض التي هي استيفاء حقه منها ، بل ذلك من المالك لا يقتضى الائتمان المزبور، وحينئذ فتبقى قاعدة ضمان مال المسلم المستفاد من عموم على اليد وغيره بحالها ، ويتقاصن بقيمتها مع التلف .

قلت : لكن الاستدلال بالحديث يتوقف على عمومه للمقام ، لكن قاعدة اليد جعلت حكماً مغيباً بوجود الاداء، وفيما نحن فيه يبني الاخذ على عدم الرد ويريد التقاص ، بل ان هذه القاعدة منصرفه عن اليد غير العدوانية ، و اذا سقطت القاعدة ولادليل غيره فالاصل عدم الضمان .

ثم قال في الجواهر: « مضافاً الى ان القبض للمقاصة هو قبض ضمان لا قبض 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 .

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

وبناء على شمول القاعدة للمقام يقع البحث في أنه هل اذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الاذن اعم؟ أما مع الشك في ثبوت الضمان وعدمه فهل المرجع هو عموم على اليد أو يستصحب حكم المخصص وهو «ليس على الامين الا اليمين»؟ .

لقد تقرر في محله ان الحق استصحب حساب حكم المخصص ، فيكون المحكم 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 ولياً على التصرف ، فأصالة عدمها حاكمة على الاصل المزبور بعد الجزم بأن ولايته السابقة على حفظه انعدمت، واستصحب مطلق ولايته غير جارلانه من باب استصحاب الكلى من القسم الثالث » .

قلنا : هنا مطالب ، الاول : الولاية هنا ليست غير اذن الشارع في التصرف فانه بمجرد الاذن الشرعي يكون الامر موكولاً اليه ولا نعني بالولاية الا ذلك .

الثاني : لو سلمنا ان الولاية أمر زائد على الاذن فان اختلاف الموجب للولاية لا يوجب الاختلاف والتعدد في الولاية نفسها ، فاذا كان لشخص ولاية في التصرف في المال من جهة الائتمان في اليوم الماضي ، و ثبت له الولاية اليوم من جهة التقاص 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 .

مسألتان

الاولى : من ادعى مالايده لاحد عليه قضى له

قال المحقق قدس سره : « من ادعى مالايده لاحد عليه قضى له »
اقول : هذه قاعدة كلية تنطبق على المصاديق المختلفة ، فمن ادعى مالايده
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 ،
وللحاكم أن يعتمد على هذه السيرة فيجعلها طريقاً الى الواقع ومدركاً لحكمه ،
اذ لا يشترط في حكم الحاكم أن يكون في مورد المرافعة دائماً .

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

والمراد من « اليد » في قوله « مالايده لاحد عليه » هي اليد الفعلية ، بأن
لا يكون لاحد يد على الشيء حين الدعوى ، والمراد من « قضى له » أن يحكم
الحاكم ان رجوع اليه في القضية يكون الشيء ملكاً للمدعى ، فكأنه يطبق في تلك
القضية الشخصية الفتوى الكلية بأن من ادعى شيئاً ولا معارض له فهو له ، نظير ما اذا
أفتى فتوى كلية بكون الحبوة للولد الاكبر ، ثم اذا سئل عن مالك هذا السيف الموجود

ضمن تركة هذا الميت وهو يعلم بأن زيدا هو الولد الاكبر حكم بكونه لزيد من جهة انه من الحبوة ، تطبيقاً لتلك الفتوى الكلية على هذه القضية الشخصية فيكون بحكم الحاكم بمنزلة ذى اليد .

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

فالدليل على هذا الحكم هو السيرة العقلائية، وعلى طبقها حكم الامام عليه السلام فيما رواه منصور بن حازم فى قضية هى من مصاديق تلك القاعدة الكلية التى ذكرناها، ومن هنا قال المحقق قده :

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

أى : كما رواه منصور بن حازم عن أبى عبدالله عليه السلام قال : « قلت : عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم ، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس ؟ فقالوا كلهم : لا وقال واحد منهم : هو لى ، فلمن هو ؟ قال : للذى ادعاه » (١) .

ومن الاصحاب من استدل بهذه الرواية على الحكم فى المسألة ، قلت : ولو كان الدليل منحصراً بها يشكل التعدى عن موردها ، فلا بد من الاخذ بالقدر المتيقن من مدلولها ، وأما اشكال المحقق الاردبيلي بعدم احراز كون « يونس » الراوى عن منصور « يونس بن عبد الرحمن الثقة » فقد أجاب عنه فى مفتاح الكرامة بأن الشيخ وان لم يذكر اسم أبية فى التهذيب لكن المذكور فى النهاية : يونس ابن عبد الرحمن (٢) .

واستدل فى الجواهر للحكم المذكور بأصالة صحة قول المسلم وفعله بل كل

(١) وسائل الشيعة : ٢٠٠ / ١٨ الباب ١٧ 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 ولا معارض له ، وأشكل عليه : « بأن من المحقق في محله عدم قيام دليل على وجوب حمل قول المسلم على الصحة بمعنى الصدق ، فيكون الاصل في قول المسلم الحجية الا ماخرج بالدليل بل ظاهر الأدلة خلافه ، نعم الصحة بمعنى عدم اللغوية أو المشروعية قام الدليل على وجوب حمله عليها ، لكن الصحة بهذا المعنى لا يربط لها بالمقام ولا تنفع المستدل أصلاً كما لا يخفى .

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

أقول : ان المراد من أصالة حمل قول المسلم وفعله على الصحة هو حمل أفعاله المتعلقة بنفسه ، وسماع كلامه في كل أمر يتعلق به على الصحة ، فلو ادعى كون الشيء له - ولم يكن له معارض - سماع قوله من جهة أنه أبصر بأموره وبمعرفة ما يملكه وما يتعلق له به حق ويعود اليه من غيره ، وبهذا التقريب يندفع الاشكال المذكور ، والنقض بعدم سماع قوله بالنسبة الى ما في 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 في 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 في قبول دعوى المدعى ولو بعد قوله : ليس لي بناءً على ارادة الحقيقة من قوله كلهم .
قال : ويمكن أن يكون على القواعد أيضاً لاصالة صحة قوليه معاً باحتمال التذكر وغيره لعدم المعارض .

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

وليس في الخبر ظهور في ذلك ، فلا بد من الاخذ بالقدر المتيقن وهو أن لا يكون منهم .
وقال ابن ادريس بعد الرواية : « فقه هذا الحديث صحيح ، وليس هذا مما
أخذه بمجرد دعواه وانما لم يثبت صاحب سواه ، واليد على ضربين يد مشاهدة
ويد حكمية فهذا يده عليه يد حكمية ، لان كل واحد منهم نفى يده عنه وبقي يد
من ادعاه عليه حكمية ، ولو قال كل واحد من الجماعة في دفعة واحدة أو متفرقاً
هو لى لكان الحكم فيه غير ذلك ، وكذلك لو قبضه واحد من الجماعة ثم ادعاه
غيره لم يقبل دعواه بغير بينة ، لان اليد 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 ، ففقهاه ماحررناه ، وأيضاً انما قال ادعاه من حيث اللغة ، لان 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 سماوى لزم أن يكونوا ضامنين له ، وهذا لا يقول به أحد .

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

قال المحقق قده : « لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرج به البحر فهو لاهله
وما أخرج بالغوص فهو لمخرجه ، وبه رواية في سندها ضعف » .

أقول : لقد نسب هذا الحكم الى الاشهر عند الاصحاب ، والاصل فيه رواية
قال المحقق : في سندها ضعف ، قلت : عمل المشهور بها يجبر ضعف سندها ،
والرواية هي خبر الشعيري . قال : « سألت الصادق عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر
فأخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ماغرق منها . فقال : أما ما أخرج به البحر
فهو لاهله ، الله تعالى أخرجهم لهم ، وأما ما أخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به » .
انما الكلام في حكم المسألة بحسب القواعد مع غض النظر عن الرواية

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

فقيل : ان الوقوع فى البحر فى حكم التلف والافليس الاخراج بالغوص من الامور الموجبة لانتقال الملك ، وحيث يكون فى حكم التلف خرج عن ملك مالكة ، فمن أخرج ملكه كما تملك المباحات بالحيازة انتهى وهو مشكل جداً . نعم هذا يتم فى صورة اعراض المالك بناءً على كون مجرد الاعراض مخرجاً عن الملك ، وقد استشكل فى الجواهر فى ذلك بأن زوال الملك يتوقف على سبب شرعى كتوقف حصول الملك عليه ، لكن الظاهر أن العقلاء يعتبرون الاعراض مخرجاً ، فمن أعرض عن شىء له خرج عن ملكه عندهم ، ولان «الناس مسلطون على اموالهم وأنفسهم» لكن الكلام فى الصغرى ، فان كان الوقوع فى البحر مصداقاً للتلف الذى يزول معه اعتبار الملكية أو مقرونساً بالاعراض المخرج عن الملكية كان ما أخرج الغائص ملكاً له .

وكيف كان فالحكم فى المسألة ما ذكره للخبر المذكور لانجبار ضعف سنده بعمل المشهور (١) خلافاً للجواهر ، واحتمال ارادة كون الجميع لاهله كما

(١) أقول : هذا سند الخبر: محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن أبى عبدالله عن منصور بن العباس عن الحسن بن على 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 الاصحاب وافتوا على طبقه . لكن فى المقام خبر آخر وهو : « محمد بن يعقوب عن على بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى عن أبى عبدالله (ع) فى حديث عن أمير المؤمنين (ع) قال : واذا غرقت السفينة وما فيها فأصابه الناس ، فما قذف به البحر على ساحله فهو لاهله وهم أحق به وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم » وسائل الشريعة ٣٦١/١٧ الباب ١١ من أبواب اللقطة ، وهو فى الكافى ٢٤٢/٥ ، وسنده معتبر على ما تقدم منا فى بعض تعليقات الكتاب .

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

في الجواهر وعن بعضهم الجزم به خلاف الظاهر انصافاً .

→ رواه الكليني في ج ٥ ص ٢٤٢ . ورواه الشيخ في التهذيب سنداً ومتناً « انظر : التهذيب

. ٢١٩/٧

وفي هذا الخبر الثاني زيادة على الاول، وهي جملة : « وتركه 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 قائلاً : « اذ لا دليل على ذلك » ، كما يظهر بذلك كون المقام صغرى للقاعدة بلا كلام .

الكلام فى :

الاختلاف فى دعوى الاملاك

وفيه مسائل :

(المسألة الاولى) :

وفيهما صور :

الصورة الاولى : لرتنازعا عيناً في يدهما ولا بينة

قال المحقق : « لوتنازعا عيناً في يدهما ولا بينة قضى بينهما نصفين وقيل :

يحلف كل منهما لصاحبه » .

أقول : لوتنازعا عيناً ولا بينة لاحدهما ، فتارة تكون العين في يدهما معاً ،

وأخرى تكون في يد أحدهما خاصة ، وثالثة تكون في يد ثالث .

ففي الصورة الاولى لاختلاف في أنه يقضى بينهما نصفين ، بأن تكون نصف

العين لهذا ونصفها الاخر لذاك ، الا أن الخلاف في توقف ذلك الحكم على أن

يحلف كل من المدعين لصاحبه وعدمه ، فظاهر المحقق قدس سره هنا وجماعة

الثاني ، واختار في النافع - كما قيل - الاول وعليه جماعة بل قيل انه المشهور ،

وتظهر الثمرة في صورة نكول أحدهما بنساء أ على التوقف ، فانه يحكم بكون

كلها للاخر .

واستدل للقول الاول بأن هذه الصورة من مصاديق قولهم عَلَيْهِ السَّلَامُ : « البينة

على المدعى واليمين على المدعى عليه » (١) وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : « انما أقضى بينكم

بالبينات والايمان » (٢) بتقريب أن كل واحد من المدعين قد وقعت يده في الحقيقة

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ١٧٠

(٢) وسائل لشريعة ١٨ / ١٦٩

على نصف العين المتنازع فيها ، لان يده على النصف الاخر معارضة بيد الاخر ، فيكون كل واحد منهما ذا يد على نصف العين ومالكاً له بمقتضى يده ومدعىاً لملكية النصف الاخر الذى هو فى يد صاحبه ، والاخر ينكر دعواه ، فكل منهما مدع ومدعى عليه ، وحيث انه لا بينة لاحد الطرفين وجب على كليهما اليمين باعتبار أنهما منكران ، فاذا حلفا حكم بالتنصيف .

واستدل للثانى بأن كل واحد منهما يدعى ملكية كل العين ولا ريب فى مخالفة دعوى أحدهما للواقع ، وحيث فلا كاشفية ليد أحدهما بالنسبة الى ملكية الكل لوجود المعارض ، بل يتساقتان فلامدعى ولا مدعى عليه ، ويكون الحكم هو التنصيف ، وقد ادعى عليه الاجماع ، وهو ظاهر المرسل المنجبر ضعفه بما ذكر ، حيث روى « ان رجلين تنازعا دابة ليس لاحدهما بيّنة ، فجعلها النبي ﷺ بينهما » (١) فيكون المورد نظير العين التى يدعيها اثنان ولا يد لاحدهما عليها ، فالحكم هو التنصيف لالقرعة ، للنص والاجماع ، وليس مورداً للحلف .

ويحتمل هنا الحكم بالتحالف بأن يحلف كل واحد على ما يدعيه ونفى ما يدعيه الاخر ، ثم يقع البحث فى كيفية الحلف .

ولوفرض أن كل واحد جاء ببيّنة على ما يدعيه ، فان البيّنتين تتعارضان ، فان حلف أحدهما طبق بيّنته حكم له ، وان لم يحلفا أو حلف كلاهما حكم بالتنصيف . وربما يجمع بين القولين الاولين فى المسألة بأن القول بالحلف هو فى صورة مطالبة الخصم ، والقول بعدم لزومه هو فى صورة عدمها . وهذا الجمع يخالف ظاهر كلمات القوم .

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

فتى الاول بسقوط اليد بالمعارضة فلامدعى عليه فيحكم بالتنصيف عملاً

بالنص أو من 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 طالبا بالبينه على مايدعبه، ثم قال : اللهم الا ان يقال ان اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لاحدى البينتين ... قلت : ولكن لادليل على كون اليمين مرجحة فيما نحن فيه .

قال : أو يقال: ان لكل منهما احلاف صاحبه ، بمعنى ان التحالف أمرراجع اليهما لايجبر الحاكم عليه ولايتوقف عليه القضاء بالنصف ، بل كل منهما ميزان القضاء . وكان هذا هو الذي فهمه الاصبهاني في كشفه عن المصنف في النافع . ثم ان صاحب الجواهر تنظر فيما ذكره كاشف اللثام .

وحاصل كلام الجواهر 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 » .

أما 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 ذهب اليمين بحقه ، وعلى هذا يمكن حمل القول الثاني ، أى انه مع رضا الخصم بيمين خصمه فلا تدعى بينهما حتى يحلف كلاهما ، بل ان حلف الخصم أخذ الكل فلانصيف ، فالقول بالحلف هو في صورة تحقق التداعي بينهما ، لكن يبقى الكلام في كفاية الرضا باليمين هنا مع أن المورد ليس مورداً حقيقياً لقاعدة المدعى والمنكر ، الا أن يقال بعموم نصوص « ذهب اليمين بحقه » لهذا المورد .

ولولم يكن بينهما تداع وقد ماتا والعين في أيديهما فهي على النصف بينهما لعدم التداعي ، وعلى تقديره من الورثة ، فان حلف أحدهما دون الاخر برضاه

أخذ العين كلها وان تداعيا فالقولان .

وان ادعى أحد الشريكين فى تركة على الاخر العلم باستحقاق جميع تلك العين بهبة المورث مثلاً فهنا يحلف الاخر على نفى العلم ، ولو ادعى الاخر هذه الدعوى كذلك وقع التداعى فيحلفان على نفى العلم .
وعلى القول الثانى فمن الذى يحلف أولاً ؟ المتجه وفاقماً للجواهر تقديم الاسبق منهما ، ومع الاقتران قال : يقدم من كان على يمين صاحبه . ويحتمل القرعة أو جعل الامر بيد الحاكم نفسه .

الصورة الثانية : لو كانت يد أحدهما عليها

قال المحقق قدس سره : « ولو كانت يد أحدهما عليها قضى بها للمتثبت مع يمينه ان التمسه الخصم » .
أقول : والصورة الثانية أن تكون يد أحد المتنازعين على العين ، وهذه الصورة هى المصداق المتيقن لادلة : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » فصاحب اليد هو المدعى عليه والاخر المدعى ، والمفروض 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 معاً 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 ملكاً لزيد مثلاً ، فيكون

زيد صاحب اليد على العين والمدعى عليه وعمرو الاخر المدعى ، وحيث أنه لا بيّنة 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 الامر ، فان صدق زيدا في دعواه كون العين له فان القدر المسلم به من تأثير هذا الاقرار خروج العين عن ملك الثالث لان «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز» وأما حجية هذا الاقرار فيما زاد عن ذلك وهو كون العين لزيد المقر له فانها مبنية على القول بحجية الاقرار بالنسبة الى الغير ، وهذا أمر مختلف فيه كما تقدم في محله ، فانه بناءً على القول بعدم ترتب 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 حينئذ أحكام تلك الصورة .

وبالجملة فقول الاكثر بكون زيد المقر 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 مباشرة كالوكيل والامين والمستودع والمستأجر والمستعير ، أو أقر بذلك...»

والثاني : الروايات حيث قال : « ويدل عليه أيضاً أنه أقر الثالث بكونه له ، ومن أقر شيئاً في يده لاحد فهو له . . . للمستفيضة الدالة على من أقر بعين لاحد فهو له : كمرسلة جميل : في رجل أقر انه غضب رجلاً على جارته وقد ولدت

الجارية من الغاصب ، قال : ترد الجارية وولدها على المغصوب اذا أقر بذلك أو كانت له بيعة ... وصحيحة سعد بن سعد : «عن رجل مسافر حضره الموت فدفن مالا الى رجل من التجار ، فقال : ان هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل ولا كثير ، فادفعه اليه بصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له مأمراً ولا يدري صاحبه ما الذي حملة على ذلك ، كيف يصنع ؟ قال : يضعه حيث شاء » ومثلها صحيحة اسماعيل الاحوص ...

وصحيحة أبي بصير «عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين ، فأوصى ان هذا الذي ترك لاهل المضاربة ، أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان مصداقاً ، أى لم يكن متهماً» . ويؤيده أيضاً رواية المهدي : «ان أخى مات فتزوجت امرأته ، فجاء عمى وادعى انه تزوجها سراً ، فسألته عن ذلك ، فأنكرت أشد الانكار وقالت : ما كان بينى وبينه شيء قط . فقال : يلزمك اقرارها ويلزمه 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 فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما» . نعم يتوجه عليه اليمين ان طالب عمرو بها ، وهل يحلف على نفى العلم بكونها له أو على البت ؟ قال جماعة بالاول ، وفى الجواهر : الظاهر توجه اليمين عليه على البت لانه مدعى عليه . قلت : ومنشأ الخلاف هو الاختلاف فيمن هو المدعى عليه فى هذه الصورة . وقد أشرنا الى ذلك .

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

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

بمجرده واما بعد اليمين المردودة ، والوجه فى صحة هذه الدعوى على الثالث كونه السبب فى تلف المال من عمرو - وان كان تملك زيد له بحكم الحاكم - لان السبب أقوى من المباشر، وقد يستدل لذلك بعموم التعليل الوارد فى خبر عمر بن حنظلة : « فى رجل قال لآخر : اخطب لى فلانة فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شىء فذلك رضى لى وهو لازم لى ولم يشهد على ذلك . فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه ، فلما رجع اليه أنكر له ذلك كله . قال : يغرّم لها نصف الصداق عنه ، وذلك انه هو الذى ضيّع حقها . الحديث » (١) .

و كيفما كان معنى الرواية ، فان محل الاستدلال قوله عَلَيْهَا : « وذلك انه هو الذى ضيّع حقها » فان هذا التعليل يشمل مانحن فيه ، وحيث ان دعوى عمرو على الثالث هى بعنوان كونه المضيّع لحقه ، فانه يلزم الثالث الغرم .

وهل الغرم بمقدار ثمن العين أو نصف ثمنه ؟ الظاهر هو الاول ، فيكون نظير ما اذا أقر بكون العين لزيد فدفعها اليه بحكم الحاكم ثم اقر بكونها لعمرو فانه يلزم بدفع ثمن العين كله .

ولو أراد الثالث أن يحلف فهل يحلف على البت أو على نفى العلم بكون العين ملكاً لعمرو المدعى ؟ قيل بالاول ، وأشكل عليه بأن الدعوى قد انصرفت عنه باقراره وحكم الحاكم ، فلو أراد الحلف على البت كان فى مال الغير ، بل عليه أن يحلف على نفى العلم بكونها له .

أقول : انه بناءً على ما ذكرنا فى كيفية طرح دعوى عمرو على الثالث يتعين اليمين على البت ، لان 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 متحقق حسب

دعوى المدعى .

هذا وفي القواعد : «ولو كانت في يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما»
ومرجع الضمير في «منهما» هو المصدق أى الثالث والمصدق المقر له ، وأشكل
عليه فى الجواهر بأنه لا أثر ليمين الثالث فى حكم الحاكم بكون العين للمصدق ،
قال : ويسكن تعلق « منهما » بقوله : يصدقه » ، فيكون المراد بعد اليمين من المقر
له ، وحينئذ تكون كعبارة المصنف ، لكنه خلاف الظاهر .

٢ - ان يصدق من هى بيده كليهما

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

أقول : فى هذه الصورة تخرج العين من يد الثالث ، وتكون كالصورة
التي هى فى يد المتنازعين ، فيحكم بالتنصيف مع التحالف أو بدونه على القولين .
وحينئذ يجوز لكل منهما الرجوع على الثالث فيدعى عليه تضييع نصف
المال عليه ، فان حلف - بتأ على نفى العلم على القولين - فهو والا وجب عليه
دفع ثمن النصف لكل واحد منهما .

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

٣ - أن يكذب من هى بيده كليهما

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

أقول : ان كذب الثالث كليهما كانا مدعين وهو المدعى عليه ، وحيث لا بينة
لهما يجب على الثالث اليمين على نفى كونه العين لهما ، وهل يشترط تعيين

المالك أويكفى انكار كونها لهما ؟ قالوا بالثانى ، فاذا حلف أقرت العين فى يده وارتفع النزاع .

وعن المحقق الاردبيلى انه يحلف على نفى العلم بكونها لهما لاعلى البت، ولعل الوجه فيما ذكره هو : أن اليمين على نفى كونها لهما يمين فى ملك غير الحالف ولافائدة لليمين فى ملك الغير سواء كان نفيًا أو اثباتًا ، ووجه ما ذكره القوم من كون اليمين على البت هو : انه يكفى لتوجه اليمين اليه كون مورد اليمين فى يده ، فيقولان له : ان الذى فى يدك لنا ، فيحلف على نفى كونه لهما .

وكيف كان فاذا 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 به من دون تحالف ، وان نكل عن اليمين لاحدهما دفعت العين للذى حلف له بناء على كفاية النكول ، وبعد الرد واليمين على القول الاخر ، ولا يغرم الثالث النصف الاخر ، لبطلان قوله «ليست لكما» بنكوله . ثم للاخر ان 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 التعيين . وفى هذه الصورة تكون العين كالعين التى هى تحت يدهما ، فيحكم بالتنصيف على ماتقدم فى تلك الصورة، لكن عن القواعد : « قرع بينهما ، لتساويهما فى الدعوى وعدم البينة» وعن التحرير : « فمن خرجت باسمه حلف وكانت له ، فان نكل حلف الاخر ، وان نكلا قسمت بينهما» وعن التذكرة التحالف ، فان حلفا أو نكلا كانت بينهما ، والا فللحالف .

وفى المستند : « قيل : يحتمل القرعة ، فيحلف من خرجت له ، فان نكل حلف الاخر ، وان نكلا قسمت بينهما . ويحتمل القضاء بينهما نصفين ابتداءً بعد

حلفهما أونكولهما كما لو كانت بيدهما .

أقول : بل الاوجه الثانى لرواية السكونى : قال أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أقر عند موته لفلان و فلان لاحدهما عندى ألف درهم ثم مات على تلك . فقال : أيهما أقام البينة فله المال ، فان لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان . لكن الظاهر من الرواية التنصيف بدون الاحلاف ، بل هو مقتضى اطلاقها فالقول به كما فيما اذا كان فى أيديهما معاً أوجه .

وحكم الفاضل فى القواعد بالقرعة بينهما من غير ذكر حلف . كان حسناً لولا الرواية المذكورة .

أقول : قد عرفت وجه القول بالتنصيف .

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

فقيل : يحلفان مع ذلك لانه بالقرعة يعيّن ذو اليد ، فيكون المدعى عليه ويكون الاخر المدعى ، فان لم يحلف المدعى عليه وردت اليمين على المدعى لزمته . وقيل بعدم لزوم اليمين مع القرعة ، لانها قد عينت صاحب المال فلا حاجة الى اليمين حينئذ .

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

٥- أن يقول من هى بيده ليست لى ولا أدرى لمن

والصورة الخامسة : أن يقول الثالث : ليست العين لى ولكن لأدرى لمن هى . أو يقول : لأدرى أنها لى أو لهما أو لغيرهما .

والحكم فى هذه الصورة هو الحكم فى العين التى لا يد لاحد عليها - وان كان بين القولين المذكورين فرق من جهة سند كره - وقد ادعاها اثنان ،

وقد ذكر في العروة فيها وجوهاً :

الاول : اجراء حكم المدعى والمنكر ، لكون كل منهما مدعياً ومنكراً ، فمع حلفهما أونكولهما تقسم بينهما ، ومع حلف أحدهما ونكول الاخر تكون للحالف لقوله عنه : البينة للمدعى ... الخ . ولرواية اسحاق بن عمار وفيها : « فلولم يكن في يد واحد منهما وأقاما البينة ؟ قال : أحلفهما فأيهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف » (١) .

قال السيد رحمه الله : « وفيه منع صدق المدعى والمنكر ، بل كل منهما مدع فيكون من التداعى . واما الرواية فمختصة بصورة البينة فلا تشمل المقام »
والثاني : التحالف للتداعي ، فاذا حلفا قضى بالتنصيف بينهما .
والثالث : القرعة من جهة أنه أمر مجهول والقرعة لكل أمر مجهول .
والمختار هو الوجه الثاني تبعاً للسيد في العروة ، وقد نسب الاول - تبعاً للمستند - الى المحقق الاردبيلي ، لكن كلامه يفيد اختياره للوجه الثاني لا الاول ، ويشهد بذلك عدم ظهور رواية اسحاق فيما نسب اليه . أما الثالث فقد اختاره المحقق النراقي فقال رداً على القول الاول : « الحلف أمر شرعي يتوقف على التوقيف ولارى دليلاً على حلفهما هنا والحكم بنكولهما أونكول الناكل . والرواية مخصوصة بصورة اقامتهما البينة ، والتعدى يحتاج الى الدليل .

والقرعة لكل أمر مجهول فالرجوع اليها أظهر ، كما حكم به علي عليه السلام في روايتي أبي بصير وابن عمار [الاولى] : بعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم علياً عليه السلام الى اليمن فقال له حين قدم : حدثني بأعجب ماورد عليك ، قال : يارسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطئوها جميعاً في طهر واحد ، فولدت غلاماً فاختلفوا فيه كلهم يدعيه ، فأسهمت بينهم وجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم . الحديث (٢) . [والاخرى] :

إذا وطىء رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت ، فادعوه جميعاً ، أقرع الوالى بينهم ، فمن قرع كان الولد له ، يرد قيمة الولد على صاحب الجارية - الحديث (١) .

وعمل بها الاصحاب طراً فى مورده من غير احلاف »

وأجاب السيد فى العروة عن الاستدلال المذكور بأنه : «لاواقع مجهول فى المقام حتى يعيّن بالقرعة ، لعدم كون العين فى يدهما واحتمال كونها لثالث غيرهما . والروايتان مخصوصتان بموردهما » .

قلت : كأن النراقي يريد الغاء خصوصية «الولد» المتنازع فيه الذى لايمكن القضاء بتنصيبه ، ولاطريق الى معرفة من هو له لابليمين ولابالبينة ، حتى يتمكن من التعدى منه الى المال. لكن الانصاف أن الغاء هذه الخصوصية فى الروايتين أصعب من الغاء الخصوصية فى رواية اسحاق .

وبما ذكرنا يظهر عدم قابلية الروايتين للمعارضة مع عمومات البينة على المدعى واليمين على المنكر، وجعل مدلول العمومات : ان كل بينة على المدعى وكل يمين على المنكر، لان كل مدع ومنكر عليه البينة واليمين يخالف ظاهر تلك الاخبار، ولوتم ذلك لسقطت عن الاستدلال حتى فى 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 فذك ، ورواية ابن أبى يعفور (٢) وغيرهما .

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٠

(٢) عن أبى عبدالله (ع) فى حديث فذك : ان أمير المؤمنين (ع) قال لابى بكر : أتحكم فيما بخلاف حكم الله فى المسلمين ؟ قال : لا . قال : فان كان فى يد المسلمين شئ يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البينة ؟ قال : اياك كنت أسأل البينة على ماتدعيه ←

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

فتلخص ان الصحيح هو الوجه الثانى .

ثم هل الرجوع الى القرعة يختص بمورد الاموال فقط أو يمكن تعيين الحجة الشرعية بها كذلك؟ لاريب فى ترجيح احدى الروايتين على الاخرى بالقرعة ، وفى بعض الاخبار يتعيّن ذو اليد فى بعض الموارد عند التردد بين شخصين ، فللقائل بالقرعة فى مسألتنا أن يقول بحلف ذى اليد للمدعى ، فلايرد اشكال الجواهر .

وأما الفرق بين قول الثالث : «ليست لى ولاأدرى انها لمن» وقوله : «لاأدرى انها لى أولهما أولغيرهما» فهو : أنه فى الاول ينفى كون العين له فيخرج باقراره عن أطراف الشبهة ، بخلاف الثانى ، ولذا احتمل فى الثانى القضاء بكون العين له لكون يده عليها وأن جهله لاينفى ملكيته للعين ، وحينئذ يمكن احلافه على نفى العلم ، فان حلف أبقيت العين فى يده ، وان نكل أخذت منه وسلمت الى المدعين ويقضى بينهما بأحد الوجوه المذكورة .

→ على المسلمين . قال : فاذا كان فى يدي شيء فادعى فيه المسلمون تسألنى البيئنة على ما فى يدي وقد ملكته فى حياة رسول الله (ص) وبعده ولم تسأل المؤمنين البيئنة على ما ادعوا على كما سألتنى البيئنة على ما ادعيت عليهم - الى أن قال - وقد قال رسول الله (ص) : «البيئنة على من ادعى واليمين على من أنكر» وسائل الشيعة ٢١٥/١٨

وعن ابن ابي يعفور عن أبى عبد الله (ع) قال : اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه ان لاحق له قبله ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له . قلت له : وان كانت عليه بيئنة عادلة ؟ قال : نعم وان أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له . وكانت اليمين

قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه « ١٧٨/١٨

المسألة الثانية

(في تعارض البيّنات)

قال المحقق قدس سره : « يتحقق التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد ، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد ، و يشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمر و أو يشهدا انه باع ثوباً مخصوصاً لعمر و غدوة ، و يشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت ، ومهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق » .

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

متى يحصل التعارض؟

وقد ذكر المحقق قبل بيان الصور وأحكامها كيفية تحقق التعارض في الشهادة والمراد منه ، بأن ذلك يتحقق «مع تحقق التضاد» بين البينتين بان لا يمكن التوفيق بينهما بنحو من الانحاء ، « مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد و يشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمر ، أو يشهدا انه باع ثوباً مخصوصاً لعمر و غدوة ، و يشهد

آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت » بخلاف ما اذا لم يكن كذلك . كما اذا شهد شاهدان بملك أحدهما للشوب أمس ويشهد آخران بملك الآخر له اليوم ، فانه حينئذ يعمل بالبيئة الثانية لامكان صدقهما معاً .

وقد يتحقق التكاذب بين البيئتين ، وهو تارة يكون بتكذيب احدى البيئتين للآخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقاً ، كأن تشهد هذه بأن زيداً أوصى قبل وفاته بكذا وانهما كانا حاضرين عنده حينذاك ، فيقول الآخران بأنهما لم يكونا عند زيد فى الزمان المذكور ، فهما يكذبانها من غير تعرض منهما لواقع القضية وانه هل أوصى زيد بكذا أولاً .

وأخرى يكون التكذيب بالنسبة الى الواقع فيقولان : لم يوص زيد بكذا وأنما شهدت به البيئة الاولى مخالف للواقع ، الا انهما قد لا يكذبان تلك البيئة لاحتمال اشتباههما وعدم تعمدهما للكذب .

هذا وقد وقع البحث بين الاصحاب فى الفرق بين التعارض و التكاذب موضوعاً و حكماً ، فعن العلامة فى محكى القواعد التصريح 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 اولى . صور تعارض البيئات .

وحيث يتحقق التعارض بين البيئتين على وجه يقتضى صدق كل منهما تكذيب الأخرى ففى المسألة صور :

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

الصورة الاولى : كون العين بيد المتداعيين :

« يقضى بينهما نصفين ، لان يد كل واحد على النصف ، وقد أقام الآخر بيئته

فيقضى له بما فى يدغريمه .

فالحكم فى هذه الصورة هو جعل العين بينهما نصفين (نظير صورة النزاع حول العين مع عدم البينة و اليد لأحدهما عليها) بلا اشكال كما فى المسالك ، وفى الجواهر بلاخلاف أجده بين من تأخر عن القديمين الحسن وأبى على .
اذن لا اختلاف فى الحكم بالتنصيف ، ولكن اختلف فى وجه هذا الحكم وسببه فقيل : لتساقط البينتين بسبب التساوى ، فيبقى الحكم كما لو لم تكن بينة ، وقيل : لان مع كل منهما مرجحاً باليد على نصفهما فقدمت بينته على ما فى يده ، وقيل كما فى المتن : لأن يد كل واحد على النصف . وقد أقام الآخر بينة عليه ، فيقضى له بما فى يدغريمه ، قال فى المسالك بناءً على تقديم بينة الخارج على الداخل قال : وهذا هو الأشهر .

فالوجه المذكورة فى سبب الحكم فى المسئلة ثلاثة ، و تظهر فائدة هذا الخلاف فى اليمين على من قضى له ، فعلى القول بالتساقط يلزم لكل من المتنازعين يمين ، وهذا هو مذهب المشهور فى المسئلة السابقة خلافاً للمحقق ، فان حلفا فالتنصيف والاقضى بها للحالف دون الناكل ، وان نكلا جميعاً فالحكم هو التنصيف ايضاً ، و على القولين الاخيرين - تقديم بينة الداخل ، و تقديم بينة الخارج - لا يمين ، لترجيح كل من البينتين باليد على القول الاول منهما فيعمل بالراجح ، ولأن البينة ناهضة باثبات الحق على القول الثانى منهما فلا يمين معها .

قال فى الجواهر : لكن فى التحرير بعد أن ذكر تعليل المصنف بما سمعت مصرحاً بكونه من تقديم بينة الخارج قال : وهل يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الاقوى عندى الاول مع احتمال الثانى .
وفى التنقيح بعد أن ذكر التنصيف وجعل منشأ دائراً بين الاخيرين ، وانه على أولهما يقضى لكل منهما بما فى يده ، وعلى ثانيهما يقضى له بما فى يد غريمه ، قال : يكون لكل منهما اليمين على صاحبه ، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم ،

وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بها للحالف .

وعن مهذب أبي العباس التصريح باليمين بناءً على كون المنشأ دخولهما .
أقول : هذه عبارة التنقيح في هذه المسألة : « هذا هو القسم الثاني وهو
أن يكون في يدهما ، فان قلنا يقضى للداخل قضى لكل بما في يده ، وان قلنا يقضى
للخارج قضى لكل بما في يد الآخر ، فيكون بينهما نصفين على التقديرين ، سواء
أقاما بينة أولم يقيما ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه ، فان حلفا أو نكلا فالحكم
كما تقدم وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بها للحالف » هذا نص عبارته ،
ومن المحتمل أن يكون قوله « ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه » مرتبطاً
بقوله « أو لم يقيما » وقد يقويه قوله قبل ذلك « قضى » في كلتا حالتى تقديم بينة
الداخل وتقديم بينة الخارج . فيكون الحاصل انه قد ذكر ثلاثة وجوه ، فالاول
القضاء له بما في يده بناءً على تقديم بينة الداخل ، والثاني القضاء له بما في يد
غيره بناءً على تقديم بينة الخارج ، والثالث التحالف فيما اذا لم يقيما بينة .

ثم ان صاحب الجواهر وجه كلام أبي العباس ابن فهد الحلبي الذي نقله عن
المهذب البارع بقوله : « ولعل ذلك منه خلافاً في أصل المسألة ، وهو أن تقديم
بينة الداخل بمعنى اسقاط بينة الخارج لانها حجة ، فيرجع الحاصل - كما لو لم
تكن بينة على المنكر منهما اليمين ، وهو الذي قواه في المختلف بعد أن حكى
القولين في ذلك ، بل هو قوى في نفسه لاشتمال دليل تقديم بينة الداخل على اليمين
كما ستعرف » .

ووجه كلام العلامة في التحرير والمقداد في التنقيح بقوله : كما أن القول
باليمين مع القول بكون المنشأ تقديم بينة الخارج لعله لخبر اسحاق بن عمار عن
أبي عبدالله عليه السلام « ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما
وأقام كل واحد منهما البينة أنها نتجت عنده ، فأحلفهما على عليه السلام ، فحلف أحدهما
وأبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف ، فقيل له : فلو لم تكن في يد واحد منهما

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

قال: بل ربما كان هودليل التحالف على القول الاول وان لم نقل به في غيره. الا انه خبرواحد وفي سنده ما فيه ، و المشهور نقلا وتحصيلا على خلافه فلا يصلح مقيداً لمادل 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، وحيثئذ 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 في الحقيقة عنداهل العرف على نصف العين ، فكل منهما يقيم البينة لانه يدعى النصف الاخر 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 ما عن أبي جعفر عليه السلام قال : «بعث رسول الله صلى الله عليه وآله علياً الى اليمن ، فقال له حين قدم: حدثني بأعجب ما ورد عليك فقال يارسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطأها جميعهم فسى طهر واحد فولدت غلاماً فاحتجوا فيه كلهم يدعيه ، فاسهمت بينهم فجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم الى الله الاخرج سهم المحق» (٢) لانها في غير ما نحن فيه، لان ذاليد فيها واحدمنهم وهو آخرهم، ولان الولد حرفليس مالا و كلامنا في دعوى الاملاك .

(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 بعيراً فأقام كل واحد منهما بينة فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما» (١) اذ لا ظهور فيها لكون يدهما عليه، بل جاءت في نسخة « عرفاً بعيراً » 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 يناقش في دلالتها وانما ضعفها سنداً وقد 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 حكماً بصورة عدم تحقق 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 اسحاق 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 ، لان يد كل منهما على الكل لا النصف ، ولان المشهود به كون الجميع له لانصفه ، ثم استدل على ذلك بخبر الدرهمين (٢) وبقاعدة توارد السببين الممكن اعمالهما معاً على مسبب واحد نحو المتسابقين على حياة مباح ، وباطلاق قوله عليه السلام : « لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين (٣) وباطلاق

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ١٨٣

(٢) وسائل الشريعة ١٢ / ١٤٩ الباب ٩ من ابواب احكام الصلح « عن ابي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما : الدرهمان لي ، وقال الاخر : هما بيني وبينك . فقال : اما الذي هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له وانه لصاحبه ، ويقسم الاخر بينهما » .

(٣) وسائل الشريعة ١٣ / ١٨٢

النبوى : « ان رجلين تنازعا دابة ليس لاحدهما بينة فجعلها النبي ﷺ بينهما » (١) ، وبالمرسل عن امير المؤمنين عليه السلام : « في البيئتين تختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه اذا عدلت بينة كل واحد منهما وليس في أيديهما فأما ان كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان ، و ان كان في يد أحدهما فالبينة فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه » (٢) .

هذا وعن ابن أبي عقيل اعتبار القرعة التي هي لكل أمر مشكل في خصوص مانحن فيه ، لان التنصيف تكذيب للبيئتين . وأشكل 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 قضي له والا احلف الاخر وقضى له بحلفه .

وعن ابن الجنيد : التحالف مع تساوي البيئتين ، فان حلف أحدهما استحق الجميع ، وان حلفا اقتسماها ، و مع اختلاف البيئتين يقرع ، فمن أخرجته القرعة حلف وأخذ العين . قال في الجواهر : لادليل عليه بل ظاهر الادلة السابقة خلافه .

ثم نقل في الجواهر عن الرياض أنه بعد أن نسب المختار - الذي هو التنصيف تساوت البيئتان عدداً وعدالة واطلاقاً وتقييداً أو اختلفت - الى الأشهر بل عامة من تأخر الاندرا . قال : « خلافاً للمذهب وبه قال جماعة من القدماء ، فخصوا ذلك بما اذا تساوى في الامور المتقدمة كلها وحكموا مع الاختلاف فيها لارجحها ، واختلفوا في بيان المرجح لها ، فعن المفيد اعتبار الاعدلية خاصة هنا و ان اعتبر الاكثرية في غيرها ، وعن الاسكافي اعتبار الاكثرية خاصة ، وفي المذهب اعتبارهما

(١) سنن البيهقي ١٠ / ٢٥٥

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

مرتباً بينهما الاعدية فالأكثرية، وعن ابن حمزة في اعتباره التقييد ايضاً مردداً بين الثلاثة غير مرتب بينها ، وعن الديلمي اعتبار المرجح مطلقاً غير مبين له أصلاً»
قال في الجواهر: ولم اعرف نقل هذه الأقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره ... وعلى كل حال لا اعرف دليلاً يعتد به على شيء منها على وجه يصلح لمعارضة ما عرفت .

هذا كله في الصورة الاولى .

الصورة الثانية : كون العين بيد احدهما فهل يقدم الداخل والخارج؟
والصورة الثانية : أن تكون العين في يد أحد المتنازعين، قال المحقق قدس سره : «يقضى بها للخارج دون المتشبه 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 نسبته الى أخبار الفرقة .

قلت : و الصريح منها في الدلالة المرسلة عن أمير المؤمنين عليه السلام : « في البيتين تختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه اذا عدلت بيته كل واحد منهما وليس في أيديهما ، فأما ان كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان ، وان كان في يد أحدهما فالبيته فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه» (١) وضعفها منجبر بما عرفت .

وقد استدلل له بالتعليل الوارد في خبر منصور قال : «قلت لابي عبدالله عليه السلام : رجل في يده شاة ، فجاء رجل فادعاها فأقام البيته العدول أنها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع ، وجاء الذي في يده بالبيته مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب . فقال ابو عبدالله عليه السلام : حقها للمدعى ولا أقبل من الذي في يده بيته ، لان الله عز وجل انما أمر أن تطلب البيته من المدعى ، فان كانت له بيته والا فيمين الذي هو في

يده . هكذا أمر الله عزوجل « (١) ، دلّ 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 قولهم عَلَيْهِ «البينة على المدعى واليمين على من ادعى عليه» فيكون ظاهره في عدم قبول بينة المنكر وأن الميزان في مقام المرافعة 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 ولو مع 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 : و يدل على ما ذكرنا بعد منع الاجماع مضافاً الى عموم ما دل على حجية البينة والى عموم مثل قوله عَلَيْهِ انما اقضى بينكم بالبينات والايان 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 الاولى 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 الجواهر حيث تنظر في دلالة على القول الاول مع قطع النظر عن خبر منصور قائل : « ضرورة عدم دلالة 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 أجد توثيقاً له . انظر: تنقيح المقال ٣ / ١٠٨ .

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

١ - عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « في كتاب علي عليه السلام أن نبياً من الانبياء شكوا الى ربه فقال : يا رب كيف أفضى فيما لم أر ولم أشهد ؟ قال : فأوحى الله اليه : أحكم بينهم بكتابي وأضفهم الى اسمي فحلفهم [تحلفهم] به وقال : هذا لمن لم تقم له بيعة » (١) .

٢ - عن أبان بن عثمان عن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « في كتاب علي عليه السلام أن نبياً من الانبياء ... » (٢) .

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

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

٥ - عن هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : انما أفضى بينكم بالبينات والايمان ، وبعضكم ألحن بحجته من بعض ... » (٥) .

٦ - عن جميل وهشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم :

(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 عبدالله عليه السلام : قال «سألته عن القسامة . فقال : الحقوق كلها البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا فسى الدم خاصة . الحديث» (٢) .

٨ - عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «ان الله حكم فى دمائكم بغير ما حكم به فى أموالكم . حكم فى أموالكم ان البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وحكم فى دمائكم ان البينة على من ادعى عليه واليمين على من ادعى ، لثلا يطل دم امرئ مسلم» (٣) .

أقول : والانصاف ظهور الاخبار الاربعة الثانية فى ان ميزان القضاء فى مقام المرافعة كون البينة على المدعى وكون اليمين على من أنكر وانه لم تجعل البينة على المدعى عليه فى الشرع فى مورد الا للحكمة 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 وخير دليل على القول الاول خبر عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال :

« قلت للشيخ عليه السلام : خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بما له . قال : فيمين المدعى عليه ، فان حلف فلاحق له ، وان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له [وان لم يحلف فعليه] وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا اله الا هو لقد مات فلان وأن حقه لعليه ، فان حلف والا فلا حق له ، لانا لاندرى لعله قد أوفاه بينة لانعلم موضعها أو غير بينة قبل الموت ، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة ، فان ادعى بلا بينة فلا حق له ، لان المدعى عليه ليس بحى ، ولو كان حياً لالزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه ، فمن ثم لم يثبت الحق» وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٣ . وهو خبر قد اعتمد عليه صاحب الجواهر نفسه فى المباحث السابقة .

شهادة العدلين كتابة وسنة .

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

لكن المرسله المنجبره وخبر منصور يخصصان العام ويصلحان للردع فى هذا المقام ...

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

قلت : أما بعض الاخبار الخاصة التى أشار اليها فيكفى فى وهنها اعراض المشهور عنها ، وأما دعواه اشعار خبر فدك بما ذهب اليه ففيها ان التمسك به لعدم حجية بينة المدعى عليه أولى لان دلالة على ذلك أوضح مما قاله : فقد ورد فى ذلك الخبر : «ان أمير المؤمنين عليه السلام قال لابى بكر: أتحكمم فينا بخلاف حكم الله فى المسلمين؟ قال : لا . قال فان كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البينة؟ قال : اياك كنت أسأل البينة على ماتدعيه على المسلمين . قال: اذا كان فى يدى شىء فادعى به المسلمون تسألنى البينة على ما فى يدى وقد ملكت فى حياة رسول الله صلى الله عليه وآله وبعده ولم تسأل المؤمنين البينة على ما ادعوا على كما سألتنى البينة على ما ادعيت عليهم ... وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» وهو ظاهر بل صريح فى انه لا يطلب البينة من ذى اليد ولا يحكم على طبقها اذا أقامها .

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

هل عنده بينة على الانكار أولا ... وأيضاً فقد تقدم في المباحث السابقة الخبر (١) الدال على أن رسول الله ﷺ كان يرسل من يسأل عن حال الشاهدين إذا لم يعرفهما ويوقف الحكم في القضية حتى يرجع رسوله فاذا رجع وظهر عدالة الشاهدين حكم. ولم يتضمن هذا الخبر سؤاله ﷺ من المدعى عليه في هذه الاثناء أو بعد رجوع الرسول عن وجود البينة عنده على جرح الشاهدين أو انكار دعوى المدعى . . . ومن هنا كان القضاء للمدعى بعد اقامة البينة الجامعة للشرائط أمر أمسلاً بين المسلمين. وكيف كان فقد قال المحقق في هذا القسم : « وفيه قول آخر ذكره في الخلاف بعيد » .

وهذا القول هو تقديم بينة الداخل على بينة الخارج . قال المحقق وهو بعيد وفي الجواهر : بل لم نتحققه قولاً له .

وفي المسألة أقوال أخرى : فقد فصل بعضهم فقال بعدم حجية بينة المنكر مع القول بصلاحيته للمعارضة مع بينة المدعى . و بعبارة أخرى المستفاد من أدلة القضاء هو عدم القضاء ببينة المدعى عليه ولكن لا تدل على عدم صلاحيته للمعارضة مع بينة المدعى واسقاطها عن الحجية ، فاذا سقطنا يقضى بالعين للحالف .

أقول : وحاصل هذا القول عدم القضاء ببينة المدعى مع وجود بينة المدعى عليه أو احتمال وجودها ، لكن يرد أنه إذا كان كذلك فلما كان 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 يقضى على طبق الخبر بعد الفصح والياس عما يعارضه .

وأما القول بتقديم البينة المشتملة على ذكر السبب منهما فلا دليل عليه في الاخبار ، كالتقول بالتقديم بالاعدلية ، وأما تقديم الاكثر عدداً منهما فقد يدل بعض الاخبار عليه .

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 ثلاث 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 بيّنة على ذى اليد كما لا يمين على المدعى ، عملاً بقوله عليه السلام : واليمين
على من انكر ، والتفصيل قاطع للشركة وهو أولى» .

١- شهادتهما معاً بالسبب :

أقول: ففي هذه الصورة قولان، نسب أولهما الى الشيخ والثانى الى المشهور،

وقد أشار المحقق قدس سره الى دليل كل منهما.

فدليل القول الاول :

ما رواه اسحق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام « ان رجلين اختصما الى

امير المؤمنين عليه السلام فى دابة فى أيديهما و أقام كل واحد منهما البينة انها نتجت

عنده ، فأحلفهما على عليه السلام ، فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف ، فقضى بها

للحالف ، فقيل : فلو لم يكن فى يد واحد منهما وأقاما البينة قال : أحلفهما فأيهما

حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف ، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين ، قيل :

فان كانت فى يد أحدهما وأقاما جميعاً بيّنة . قال أفضى بها للحالف الذى هى فى

يده» (١) .

ومحل الاستدلال : «فان كانت فى يد أحدهما واقاما جميعاً بيّنة ...»

وهل معنى ذلك أن بيّنة ذى اليد مقدمة على بيّنة الخارج أو انه حينئذ يكون

فى الحقيقة من تكاذب البيّنتين فيتساقطان ويقضى لصاحب اليد بعد حلفه لانه مدعى

عليه ولا يمين على المدعى ؟ وجهان مبنيان على شمول أدلة حجية البينة لصورة التكاليف وعدمه .

و الاظهر هو الوجه الثاني من جهة ايجاب الامام عليه السلام الحلف أيضاً ، فانه لو كانت بينة ذى اليد حجة متقدمة على بينة المدعى فلا حاجة الى الحلف ، فلزوم الحلف كاشف عن عدم حجية بينة المدعى عليه أو حجيتها بمقدار صلاحيتها للمعارضة مع بينة المدعى فيتساقتان ، فاذا تساقتا كانت مثل صورة عدم البينة، وعلى ذى اليد اليمين فاذا حلف قضى له .

وهذا كله بناءً على اعتبار الخبر كما تقدم .

و مثله ما رواه غياث بن ابراهيم عن ابي عبد الله عليه السلام قال : « ان أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان في دابة كلاهما أقاما البينة انه أنتجها ، فقضى بهما للذى هى فى يده ، وقال : لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين » (١) وهذا أيضاً ظاهر فى التساقت كسابقه .

و دليل القول الثانى : ما رواه منصور عن ابي عبد الله عليه السلام قال : « قلت له : رجل فى يده شاة ، فجاء رجل فادعاها وأقام البينة العدول انها ولدت عنده لم يبع ولم يهب ، و جاء الذى فى يده بالبينة مثلهم عدول انها ولدت عنده لم يبع ولم يهب ، قال أبو عبد الله عليه السلام : حقها للمدعى ولا أقبل من الذى هى فى يده بينة ، لان الله عزوجل أمر أن تطلب البينة من المدعى ، فان كانت له بينة و الايمين الذى هو فى يده ، هكذا امر الله عزوجل » (٢) .

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

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ١٨٢

(٢) وسائل الشريعة ١٨ / ١٨٢

«أنكر» فانه يدل على انه لا تسمع بينة ذى اليد، لاشتماله على التفصيل القاطع للشركة وهو يعم صورة ذكر السبب وعدمه مطلقاً .
 فاذن يحكم فى هذه الصورة بتقديم بينة الخارج، ومن هنا قال المحقق قده :
 «وهو اولى» وهو المختار .

٢- ان تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق:

الصورة الثانية : أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق، وهذه الصورة لم يذكرها المحقق قدس سره اعتماداً على ظهور حكمها بالاولوية القطعية بناءً على ما ذهب اليه فى الصورة الاولى ، لانه اذا دلت الادلة على تقديم بينة الخارج فى صورة شهادة كلتا البينتين بالسبب فانها تدل على تقديمها فى صورة عدم شهادة بينة الداخل بالسبب بالاولوية القطعية ، كما هو واضح .

قال فى الجواهر : «و على كل حال فما عن المجلسى من حمله النصوص المزبورة على التقية لشهرته بين العامة فتوى و رواية، يدفعه ماسمعت من موافقة خبر بينة الخارج لاحمد بن حنبل ايضاً ، بل ملاحظة كلام العامة يقضى باضطراب أقوالهم فى ذلك على وجه لا تقية فى اظهار الحق فيما بينها ، خصوصاً مع نسبته الى على عليه السلام .

على أن المحكى عن الشيخ نسبته الى مذهبنا وأنه الذى تدل عليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله على التقية».

٣- ان تشهد للداخل بالسبب وللخارج بالملك المطلق:

والصورة الثالثة : ان تشهد لذى اليد بالسبب وللخارج بالملك المطلق قال المحقق قدس سره : « اما لو شهدت للمتثبت بالسبب و للخارج بالملك المطلق فانه يقضى لصاحب اليد، سواء كان السبب مما لا يتكرر كالنتاج و نساجة الثوب الكتان أو يتكرر كالبيع والصياغة. وقيل: بل يقضى للخارج وان شهدت بئنته بالملك

المطلق عملاً بالخبر والاول أشبهه» .

اقول : ذكر في هذه الصورة قولين ، أحدهما : تقديم بينة الداخل و اليه ذهب الاكثر و هو الاشبه عند المحقق ، و الثانى : تقديم بينة الخارج ، و اليه ذهب جماعة .

وقد استدلل للقول الاول بخبر عبدالله بن سنان قال: «سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : ان رجلين اختصما فى دابة الى على عليه السلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده ، و أقام كل واحد منهما البينة سواء فى العدد ، فأقرع بينهما سهمين ، فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامة ... فخرج اسم أحدهما فقضى له بها .

وكان ايضاً اذا اختصم اليه الخصمان فى جارية فزعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الاخر انه أنتجها ، فكانا اذا أقاما البينة جميعاً قضى بها للذى أنتجت عنده» (١) .

قلت : لكن ليس فى الخبر - لافى السؤال و لافى الجواب - تعرض الى اليد ، و أنه بيد من كانت الجارية ، الا ان يقال بانه عليه السلام قضى للذى أنتجت عنده من جهة كونه زايد ، و الالقضى لمن ادعى اشترائها ، فان ذلك مقتضى التوفيق بين الشهادتين كما تقدم ، و لكنه مع ذلك لا يخلو من الاجمال ، الا ان المشهور أفتوا على طبقه و لعلمهم فهموا منه ما لم يتضح لنا .

و اما دليل القول الثانى فقد أشار اليه المحقق بقوله « عملاً بالخبر » و هو « البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر » اى انه لا اعتبار لبينة المدعى عليه اصلاً .

و استدلل للاول ايضاً بعمومات حجية الشهادة ، فتكون كلتا البينتين حجة ،

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

لكن القول الثانى يقول بتخصيص عمومات «البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر» لعمومات حجية شهادة العدلين ، أى انه فى مورد المرافعة لا - تسمع بينة المنكر .

فاذا كان مقتضى «البينة على من ادعى . . .» عدم سماع بينة المدعى عليه كما تقدم ، فانه 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 اليد . لكن يتوجه على المحقق حينئذ انه اذا كان هذا هو المبني فلما ذاقال فى غير هذه الصورة بتقدم بينة الخارج؟ (١)

الصورة الثالثة : كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع الى المرجحات

الصورة الثالثة: من صور تعارض البينتين أن تكون العين فى يد ثالث قال المحقق قده: «ولو كانت فى يد ثالث قضى بأرجح البينتين عدالة، فان تساوى قضى لاكثرهما شهوداً ، و مع التساوى عدداً و عدالة يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه احلف و قضى له ، و لو امتنع أحلف الاخر و قضى له ، و ان نكلا قضى به بينهما بالسوية» .

أقول : نسب هذا القول الى الا شهر بل المشهور بل ادعى الاجماع عليه، ولكن بالتبع لكلماتهم يظهر عدم امكان الوثوق بما ذكر ، فقد قال بعضهم : بالقرعة ،

(١) أقول : ولعله من هنا قال صاحب الجواهر : ولعل الاولى الاستدلال له باطلاق

قول امير المؤمنين المتقدم معنى : رواية اسحاق بن عمار التى جاء فيها : « فان كان فى يد احدهما وأقاما جميعا بينة ، قال ، اقضى بها للحالف الذى هى فى يده» وقد عرفت اعتبارها عند السيد الاستاذ بالانجبار .

وقيل بالترجيح بأحد الامرين ، وقيل بكليهما ، فمنهم قال بالترتيب ومنهم من قال بدونه ... فنقول :

اما ادلة « البينة على من ادعى واليمين على من انكر » فلا يمكن الرجوع اليها في هذه الصورة ، لان كليهما ذوبينة وليس لاحدهما يد على العين ، نعم اثر البينتين نفى الثالث ، لان العين هي في الواقع لاحدهما لكنه مجهول ، و لذا قيل هنا بالقرعة لانها اكل امر مشكل عملا ببعض الاخبار ، لكن اخبار القرعة هنا تشمل على اليمين ايضاً ... و كيف كان فالاولى ذكر نصوص المسألة مع التأمل في مداليلها :

(١) عن أبي بصير قال : « سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل ...

و ذكر أن علياً عليه السلام أنه قوم يختصمون في بغلة فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا « وقامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك » ففضى عليه السلام بها لاكثرهم بينة واستحلفهم ... » (١)

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

(٣) عن الحلبي قال : « سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجلين شهدا على امر ، و جاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا . قال : يقرع بينهم فايهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق » (٣) .

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

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨١

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٣

(٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٥

بينها سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامة ثم قال : اللهم رب السماوات السبع ورب الارضين 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 عليه السلام : «ان أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان في دابة وكلاهما أقاما البينة انه انتجها فقضى بها للذي في يده وقال : لولم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين» (٢) .

(٦) عن اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام : «ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في ايديهما و أقام كل واحد منهما البينة انها 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 فايهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف ، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين .
قيل : فان كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البينة ؟ قال : أفضى بها للحالف الذي هي في يده» (٣) .

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

(١) وسائل الشيعة ١٦ / ١٨٥

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٢

(٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٢

(٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٤

(٨) عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام قال : « كان على عليه السلام اذا اتاه رجلان « يختصمان » بشهود عدلهم سواء و عددهم . أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين و كان يقول : اللهم رب السماوات السبع « و رب الارضين السبع » ايهم كان له الحق فأده اليه . ثم يجعل الحق للذى يصير عليه اليمين اذا حلف « (١) » .

(٩) عن عبد الله بن سنان قال : « سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : ان رجلين اختصما في دابة الى على عليه السلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده و اقام كل واحد منهما البينة سواء في العدد ، فأقرع بينهما سهمين فعلم السهمين 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 الاصحاب فيها « فبين من اقتصر على اعتبار الاعدية خاصة كالمفيد ، ومن اقتصر على اعتبار الاكثرية كذلك كالاسكافي والصدوقين ، نعم ذكرنا قبل اعتبارها أن أحق المدعيين من عدل شاهده ، فان استوى الشهود في العدالة فاكثرهما شهوداً و هو ليس نصاً في اعتبار الاعدية .

وبين من اقتصر على اعتبارهما خاصة ولم يذكر الترتيب بينهما ولا القرعة بعدهما كالشيخ في موضع من الخلاف قائلاً انه الظاهر من مذهب الاصحاب ، وبين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقاً من دون بيان له ولا ذكر قرعة كالديلمي والشيخ في موضع من الخلاف ، لكنه ذكر القرعة بعد العجز عن الترجيح مدعياً عليه اجماع الامامية ، و بين من فصل بعين ما في العبارة لكن مقدماً للاكثرية على

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٣

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٦

الاعدلية كالحلى فى السرائر وعزاه الى ظاهر الاصحاب مشعراً بدعوى الاجماع عليه ، وبين من اقتصر على القرعة خاصة كالعماني .

النظر فى اخبار الترجيح وطريق الجمع بينها:

فنقول: ان هذه النصوص على طوائف :

الاولى : ما يدل على التنصيف ، كخبر غياث بن ابراهيم ، والحكم بالتنصيف قد يكون من جهة تساقط البيئتين ، فتكون مثل صورة دعوى المدعيين بلا بينة ، والدليل ، على التنصيف هو ما ذكر هناك .

لا يقال : التنصيف يوجب العلم بالخلاف .

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

و قد يكون من جهة العمل بكلتا البيئتين بعنوان فصل الخصومة ، فانه و ان شهدت كل واحدة بكل المال ، الا انه يؤخذ بنصف مدلول كل واحدة منهما ، ويجمع بينهما ويحكم بالتنصيف لفصل الخصومة ، نظير الجمع بين الروايات .

الطائفة الثانية :

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

الطائفة الثالثة :

ما يدل على القرعة فمن خرج اسمه كان الحق له .
كخبر داود بن أبى يزيد العطار ، فانه يدل على ان طريق الحكم هو القرعة بلا تحليف فيما اذا كانت المرأة بيد ثالث بالاولوية . و كخبر سماعة و خبر عبدالله بن سنان .

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

الطائفة الرابعة :

كخبر عبد الرحمن بن ابي عبد الله البصرى ، و خبر الحلبي ، فيكون طريق الجمع بين هاتين الطائفتين هو القرعة لتعيين من عليه الحلف، وحينئذ يكون الحكم باليمين عملاً بقوله ﷺ : « انما اقضى بينكم بالبينات والايمان » .
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 قابلاً له، والا فلا سبيل الا القرعة .

واما القول بالترجيح لاحدى البينتين على الاخرى بالاكثرية عدالة او عدداً مع الالتزام بالترتيب أو عدمه فلم نجد له دليلاً في الاخبار ، الا خبر ابي بصير الذي قضى فيه لاكثرهم بينة واستحفلهم ، و كيف كان فلا مناص من أن يحمل الترجيح على توجه اليمين على من كانت بينته راجحة على بينة الاخر لهذه الجهة او تلك ، فالفاصل للخصومة هو اليمين تحكيمياً للقاعدة الكلية في باب القضاء، لانا علمنا من خبر ابي بصير ان معنى مرجحية الاكثرية هو توجه اليمين على صاحب تلك البينة ، فكذلك الكلام في صاحب البينة الاكثر عدالة .

وقديستأنس لذلك بتقديم الامام عليه السلام الاكثر عدداً ، أى سواء كانت الاخرى اعدل أو لا .

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

هذا هو طريق الجمع بين هذه 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 احدهما بالتقيد قضى بها دون الاخرى والاول أنسب بالمنقول» .

وقد ضعف في الجواهر ما عن المبسوط قال: وان قيل في توجيهه: انه جمع بين ما دل على القرعة، وخبري تميم بن طرفة وغيث المتقدمين سابقاً بالتفصيل المزبور لكن فيه ان المفروض في خبري سماعة وابن سنان من أخبار القرعة المقيدتين كما أن فيها المطلق أيضاً ، وفي أخبار التنصيف المقيدتين كخبر غياث والمطلقتين كخبر تميم بن طرفة . فليس في ما ذكره جمع بين النصوص، بل في خبر اسحاق ما هو خارج عن الجميع وهو تحليفهما معاً فايهما حلف ونكل الاخر كانت للحالف فان حلفا جميعاً كانت بينهما نصفين ، ولم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبي علي .

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 البينتين او تأخر، لقيام المعنى القائم في اليد فيه ، وجزم به في المقصد السابع.

ويحتمل العدم بعد اقامة البينتين ، لكشفهما عن أن يد المقر مستحقة للازالة فاقراره كإقرار الاجنبي» و في الجواهر : «بل قد يشكل - ان لم يكن اجماع - اندراج ذلك قبل اقامة البينتين فضلا عما بعده فيما دل على حكم ذي اليد بالنسبة الى الدخول والخروج ، ولعله لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين اقرار الثالث وعدمه فتأمل جيداً» .

قلت : انما يتجه احتمال العدم فيما اذا لم يكن الثالث وكيلا للمقر له، لان البينة قامت على عدم كونه مالكا للعين ، و لم تنف وكالته و لم تسقط يده عن

الاعتبار، فلو أقر بكونها له وادعى وكالته عنه كانت يده يدالمقر له و ترتب الاثر على اقراره .

الصورة الرابعة : كون العين لافى يد احد

الصورة الرابعة: ان لانكون العين فى يد احد، والظاهر أن حكم هذه الصورة حكم ما اذا كانت فى يد ثالث، فما ذكرناه هناك آت هنا.

مورد تحقق التعارض

قال المحقق قدس سره: «ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين» أقول : لا خلاف ولا اشكال فى ذلك ، لان المرأتين تقومان مقام الرجل الواحد فى الشهادة فتصدق البينة على الشاهد والمرأتين كما تصدق على الشاهدين . قال: «ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين، وربما قال الشيخ نادراً يتعارضان ويقرع بينهما» .

أقول : علل فى الجواهر ما ذهب اليه المشهور بعدم صدق اسم البينة على الشاهد واليمين ، وفى المسالك بان الشاهد لا يستقل بالحجبة ، واليمين معه وان اوجبت ثبوت المال الا انه حجة ضعيفة ومن ثم اختلف فى ثبوته بها ، وبأن الذى يحلف مع شاهد يصدق نفسه و الذى يقيم شاهدين يصدقه غيره فهو اقوى جانباً وأبعد عن التهمة، وبهذا صرح الشيخ فى المبسوط فى فصل الدعاوى والبيئات، وفى الخلاف ايضاً .

وقد ذكر المحقق الاشتياني وجوها لكنها استحسانية .

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

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

نصوص كتاب القضاء هو اصطلاح خاص ، و مقتضى التقابل بين البينة و اليمين فى قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : «انما اقضى بينكم بالبينات والايمان» مغايرة البينة لليمين وان كانت مع شاهد ، فالحق عدم صدق اسم البينة وعدم تحقق التعارض بينهما .

فان قيل : التعارض هو بين الحجيتين لابين البينتين حتى يقال ليس الشاهد

واليمين بينة

قلنا : مقتضى النظر فى النصوص الواردة فى علاج تعارض البينتين هو ان

المراد البينة بما هى لابما هى حجة ، فلاوجه للتعدى عن موردها .

وبما ذكرنا يظهر الجواب عما استدل به الشيخ قدس سره فى فصل الرجوع عن الشهادة من المبسوط على ما نسب اليه المحقق من القول بالتعارض والقرعة ، وانما قال «وربما» لعدم صراحة كلام الشيخ ، ولذا اختلف العلماء فى فهم عبارته فعن الشهيد حكاية ذلك عنه فى الدروس صريحاً ، وعن فخر المحققين نسبة التردد اليه ، وقد رجح صاحب المسالك فهم الفخر بعد نقل عبارة الشيخ (١) .

(١) نص عبارة الشيخ : «اذا شهد شاهدان أنه اوصى لزيد بثلث ماله وشهد شاهد

واحد انه اوصى بثلث ماله لعمرو ، وقال عمرو : احلف مع شاهدى ليكون الثلث بيننا ،

فهل يزاحم الشاهدين بشاهد ويمين أم لا ؟ قال قوم : يحلف ويزاحم ويساويه ، لان الشاهد

واليمين فى الاموال بمنزلة الشاهدين .

وقال آخرون : لايساويه ، لان الشاهد واليمين اضعف من شاهدين ، لان الشاهد

وحده لايقوم بنفسه حتى يضم اليه غيره ، والشاهدان قائمان بأنفسهما فلا يعارضهما به . فمن

قال لايعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده ، ومن قال يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده ، ومن

قال يعارضهما حلف عمرو مع شاهده ، وكان الثلث بينهما نصفين ، وعلى مذهبنا يقرع

بينهما اذا عدم التاريخ ، فان خرج اسم صاحب الشاهدين أعطى الثلث ، وان خرج اسم

صاحب الشاهد الواحد حلف معه واخذ الثلث « المبسوط ٨ / ٢٥٣ - ٢٥٤ .

فالمحقق نسب اليه القول بالتعارض والقرعة لكن مع كلمة «ربما» لان كلامه

ليس صريحاً ، والشهيد نسب اليه القول بذلك صريحاً ، وقد فهم هذا من قوله «وعلى»

وكيف كان فلا ريب في ضعفه .

قال المحقق قدس سره : «ولابن شاهد وامرأتين وشاهد ويمين ، بل يقضى

بالشاهدين والشاهد والمرأتين دون الشاهد واليمين » .

أقول : فالحاصل عدم صدق «البينة» على الشاهد الواحد مع اليمين وحيث

لا يقع التعارض بينه وبين البينة مطلقاً ، بل يقضى بما قامت عليه البينة ولا يلتفت

الى الشاهد واليمين .

مذهبنا يقرع...» ، والمحكى عن فخر المحققين نسبة التردد اليه لاقتصاره على نقل قولى

العامه فى ذلك ، واستحسنه الشهيد الثانى فى المسالك قائلا : «والذى يظهر أن هذا ليس

حكماً بالتعارض ، لان القولين اللذين حكاهما عن المخالفين كما هى عادته ، ومذهبهم

ان الوصية المعينة كالثالث مثلاً لاثنين متعارضين يوجب قسمته بينهما على سبيل العول .

ومذهبنا ان الثانى يكون رجوعاً عن الاول ان علم الترتيب ، وان اشبهه 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 اشتراكهما فى الموصى به، وهذا ليس حكماً بترجيح القول بالتعارض

بل هو باق على ترده حيث اقتصر على مجرد نقلهما ، وانما فرع ما يناسب القول الثانى

من مذهبنا ، فنقل الشيخ فخر الدين عنه التردد أقعد .

وقول المصنف : وربما قال الشيخ ... يدل على احتمال له للامرين وكذلك فعل العلامة

فى القواعد نقلاً عن الشيخ .

قلت : ان الشيخ قدس سره قد وضع المبسوط للدلالة على كثرة الفروع فى فقها

وانه ما من فرع ذكره العامة الا هو موجود فى أخبارنا ومنصوص عليه تصريحاً او تلويحاً

من ائمتنا ، فالقول بان عادته الحكاية عن المخالفين كما فى المسالك، وانها اقتصر هنا

على نقل قولى العامة كما فى الجواهر عن الفخر يخالف الغرض الذى وضع لاجله المبسوط

الحكم بالقسمة يختص بمورد امكانه

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

أقول: قد ذكرنا سابقاً أن فصل الخصومة بالتنصيف 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 بالمتن: في موضع يمكن فرضها במקان 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 التنصيف - كما اذا كان مورد التداعى هو الزوجة - فالحكم هو القرعة، وبدل عليه مرسل داود بن ابي يزيد العطار عن الصادق عليه السلام: «في رجل كانت له امرأة، فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأة امرأة فلان وجاء آخرون فشهدوا انها امرأة فلان فاعتدل الشهود وعدلوا قال: يقرع بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولى بها» (١) وعمل الاصحاب به جابر لضعفه، ولم يذكر الامام عليه السلام فيه اليمين، فيقيد - كما تقدم - بما دل على ان من خرج اسمه بالقرعة فعليه اليمين، مثل خبر الحلبي الذي يعنى الاموال وغيرها، لكن في المسالك انه لافائدة في الاحلاف بعد القرعة، لان فائدته القضاء للاخر مع نكوله وهو منفي هنا، وأجاب في الجواهر بقوله: «وفيه: انه لا مانع منه، وانما المنفى بالتنصيف بينهما على تقدير النكول منهما، بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما، نعم لا تعرض في الخبر لليمين، ولا ينافى اطلاق ثبوتها في غيره، خصوصاً بعدما عرفت ان القرعة لاثبات الرجحان الذي يتبعه اليمين على حسب الترجيح بالاعدلية والاكثرية...»

قلت : وما ذكره تام الا قوله : « بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما » الظاهر فى أنه مع نكولهما عن اليمين يتجه نفى كونها زوجة لهما . فانا نقول بان مقتضى البيتين تحقق العلم الاجمالى بكونها لاحدهما و ان لم يحصل العلم الاجمالى بكونها بينهما فلا ريب فى افادتهما نفى كونها الثالث ، فلا يجوز تزويجها من ثالث ، فلانما ص حينئذ - اى فى صورة نكولهما - عن القرعة مرة ثانية ، فيكون من خرج اسمه أولى بها بلا يمين .

قال فى الجواهر : «ومما ذكرنا يظهر لك النظر فى كلام الفاضل حيث قال : «فصل فى اسباب الترجيح لحجة على اخرى ، وهى ثلاثة : الاول قوة الحجة كالشاهدين والشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين ، ولو اقترنت اليد بالحجة الضعيفة احتمل تقديمها والتعادل»

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

هل اليد من المرجحات ؟

ثم ذكر العلامة السبب الثانى من أسباب ترجيح احدى البيتين على الاخرى بقوله : «الثانى اليد ، فتقدم بينة الداخل على الخارج على رأى ، والاقوى العكس» أى : فتكون اليد سبباً لتقدم بينة الداخل على بينة الخارج على رأى بعض الاصحاب القائلين بحجية بينة ذى اليد ، واختار قده العكس وهو تقديم بينة الخارج فلا تكون اليد مرجحة ، لما تقدم من عدم حجية بينة ذى اليد لقوله عنه «البينة على المدعى واليمين على أنكر» فلا تسمع بينته حتى تكون يده مرجحة لها .

ثم ذكر قدس سره هنا فروعاً ، فقال :

«الآن يقيمها بعدبينة الخارج على اشكال ، فلو ادعى عيناً فى يد غيره فأقام بينة فأخذها منه ثم أقام الذى كانت فى يده أنها له 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 لانكشاف بينته لدى اليد . ومن اتحاد الدعوى فلا يختلف الحال بتأخير اقامة البينة وتقديمها ، واليد الطارية لاقامة البينة لادلالة لها على شيء وهو الاقوى «وتبعه صاحب الجواهر حيث قال : «وفيه أيضاً ما لا يخفى ، ضرورة اقتضاء ذلك التسلسل المنافى لحكمة القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، والفرض انها دعوى واحدة ، فالمتجه عدم سماعها مطلقاً» . لكن فى كشف اللثام» نعم لورافع الى حاكم لا يعلم بالحال فلا اشكال فى الاعادة اليه»

ثم قال العلامة : «ولو اراد ذواليد اقامة البينة قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل فالاقرب الجواز» .

وجه القول بالجواز هو: أن التسجيل أى اثبات ملكيته وثبته فى سجل الدعاوى لدى الحاكم غرض مقصود ، فربما احتاج الى الاثبات فى المستقبل ولا يمكنه لعدم حضور الشاهدين او موتها أو غير ذلك .

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

وقد اجابوا عن الوجهين بأن التسجيل فائدة عقلائية ، ولا مانع من اقامة البينة مع عدم الخصومة الفعلية حيث يحتمل تحققها فى المستقبل وعدم تمكنه من اثبات دعواه حينذاك بسبب من الاسباب .

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

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

أقول : وهذا أيضاً مبنى على حجية بينة ذى اليد كما ذكرنا .

ثم قال : « ولو أقام بعد ازالة يده بينة الخارج وادعى ملكاً سابقاً ففى التقديم

بسبب يده التي سبق القضاء بازالتها اشكال».

في كشف اللثام : «من سبق يده وأنه الداخل والبينة تشهد له بالملك المستند الى ذلك الزمان . ومن كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها ، أمالو أقام البينة بعد القضاء للخارج قبل ازالة اليد فهي بينة الداخل» .

وفيه كما في الجواهر ما لا يخفى من أنه ليس من الداخل على التقديرين ، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج . نعم اذا كانت بينة الداخل حجة وتقدم على بينة الخارج فالظاهر التقديم ، لان بيئته حينئذ تشهد بان العين قد أخذت منه وأزيلت يده عنها ظلماً .

ثم قال العلامة : «وإذا قدمنا بينة الداخل فالأقرب انه يحتاج الى اليمين» .

قال في الجواهر : كأنه مناف لما ذكره سابقاً من اسقاطها اليمين ، اللهم الا ان يفرق بين معارضة البينة وبين معارضة مجرد الدعوى ، فنسقط 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 فادعى الشراء من المدعى أو ثبت الدين عليه ببينة أو اقرار فادعى الإبراء ، فان كانت البينة بدعواه حاضرة سمعت قبل ازالة اليد وتوفية الدين . وان كانت غائبة طولب في الوقت بالتسليم ، لثبوت الاستحقاق شرعاً من غير ظهور معارض ، وليس له المطالبة بكفيل للاصل .

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

قال : «ولو طلب الاحلاف انه لم يبعه منه أو لم يبرء قدم على الاستيفاء لكونه

كحضور البينة» فان حلف ذلك استوفى العين وان نكل أبقيت في يد هذا .

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

بعد الاقرار، فان ادعى بعد ذلك شرائها مثلاً منه سمعت هذه الدعوى لعدم منافاتها لاقراره السابق ، فان أقام البينة حكم له والا حلف الطرف الاخر وأبقيت في يده . أما لو ثبت كون العين لغيره لا باعترا فله بل ببينة ذلك او حلفه سمعت دعواه كونها ملكاً له ، للفرق بين ثبوت الملك للاخر بالاقرار والثبوت بالحجة .

هل الشهادة بقديم الملك أولى ؟

قال المحقق قدس سره : «والشهادة بقديم الملك أولى من الشهادة بالحادث مثل أن تشهد احدهما بالملك في الحال و الاخرى بقديمه ، أو احدهما بالقديم و الاخرى بالاقدم ، فالترجيح لجانب الاقدم» .

أقول : اذا تعارضت البيتان في الملك ولكن اختصت احدهما بزيادة التاريخ، بأن قالت احدهما بأن هذه العين لزيد في الحال وقالت الاخرى هي لعمرو مندسنة ، أو قالت تلك هي لزيد مندسنة وقالت هذه هي لعمرو مندسنتين، فهل زيادة التاريخ والشهادة بقديم الملك يوجب الاولوية والترجيح لبينة عمرو وأولاً؟

ذهب المحقق الى الاول ، وجعل العلامة في القواعد اشتمال احدى البيتين على زيادة كزيادة التاريخ من أسباب ترجيح البينة ، وفي الجواهر نسبة هذا القول الى الشيخ وابنى ادريس وحمزة ، بل في المسالك نسبته الى المشهور .

و وجه تقديم متقدمة التاريخ هو أن تلك البينة تثبت الملك لعمرو في وقت لا تعارضها البينة الاخرى فيه وهو السنة الاولى في المثال وانما تعارضها فيما بعدها فتساقطان في محل التعارض ويثبت الملك لعمرو في السنة الاولى بلا معارض - ولهذا كان له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان - والاصل في الثابت دوامه .

قال في الجواهر : ولم أجد في شيء من النصوص اشارة اليه الا ما في صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام : «و كان اذا اختصم اليه الخصمان في جارية فزعم أحدهما انه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها فكانا اذا أقاما البينة

جميعاً قضى بها للذى أنتجت عنده « (١) .

أقول: « كان » ظاهر في الاستمرار ، لكن من البعيد تكرره هذه الواقعة بحيث يصح التعبير بهذا اللفظ الا ان يكون الحكم متكرراً و يقصد التمثيل بقضية الجارية . وقوله « قضى للذى أنتجت عنده » له ظهور في كونه زايد ، فتكون الصحيحة في غير ما نحن فيه ، لان المسألة مفروضة فيما اذا كان المدعى في يد ثالث . . . وكيف كان فالاستناد اليها في هذا المقام محل تأمل .

فهذا هو الذى ذهب اليه المشهور .

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

وأما اذا شهدت المتأخرة التاريخ بسبب الملك كما لو شهدت بأن عمراً اشتراها من زيد قدّمت على الاخرى قطعاً . خلافاً للعلامة فى التحرير ، لانها لما صرحت بالشراء علم أنها اطّعت على ما لم تطلع عليه الاخرى ، فان تلك وان شهدت بأنها ملك زيد من ابتداء سنتين مثلاً الى الآن لكن غايته انهما علما بكونها ملكه ولم يعلما بمزيد، فى المدة .

أقول : ومقتضى قاعدة تقدم الاثبات هو تقديم البينة المتأخرة التاريخ مطلقاً أى سواء أطلقت أو ذكرت السبب خلافاً للمشهور فى الاول وللتحرير فى الثانى .

وأما ما ذكره فى 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 و انها لغير الملك فلذا حكمنا بالتساوى » فخرج

عن فرض المسألة، لانها مفروضة فيما اذا كان المدعى فى يد ثالث ، و سىصرح بذلك صاحب الجواهر نفسه بقوله : «هذا كله مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما» .

وكيف كان فلا يمكن المساعدة على ما ذهب اليه المشهور ، فان لم تقدم المتأخرة التاريخ تعارضان وتتساقتان، ويكون المرجح هو الاصل، ومقتضاه كون العين لزيد .

ولو أطلقت احدهما وأرخت الاخرى قيل : تساوتا لاحتمال الاطلاق هذا التاريخ وغيره زائداً أو ناقصاً فلا زيادة فى احدهما على الاخرى الا بالتعرض للتاريخ، وهو مما لا يؤكده الملك لىتسبب الترجيح .

وفيه ان المتجه تقديم المطلقة مع العلم باستناد المؤرخة الى الاستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبينة التى تقتضى انقطاعه . أما اذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضاً، اقتصاراً فى تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه وهو الملك فى الحال فىبقى غيره مستصحباً .

و لو شهدت احدهما بسبب الملك كالشراء مثلاً فقيل : تقدم على المطلقة قال فى الجواهر : وقدم فى خبر أبى بصير ما يؤيده فى الجملة .

وفيه كما فى الجواهر أيضاً انه كما يحتمل أن يكون حكم الامام عليه السلام فيه من جهة تقديم البينة المقيدة على المطلقة، كذلك يحتمل أن تكون بيينة المدعى متقدمة تاريخياً فمن هذه الجهة حكم الامام بكونها للذى ادعى الدار و اقام البينة عليها . ولعله من هنا قال : يؤيده فى الجملة .

هذا كله فيما اذا لم تكن العين فى يد أحد المتداعيين .

واما اذا كانت فى يد أحدهما ، فان كانت بيينة الداخلى أسبق تاريخياً - قال فى

المسالك فهو المقدم لا محالة ، وعن الخلاف نفى الخلاف فيه ، وذلك لاجتماع مرجحين فيه وهما اليد وزيادة التاريخ .

لكن فى القواعد : ولو شهدت لذى اليد بالقدم تعارض رجحان التقدم ان قلنا به وكون الآخر خارجاً ، قال فى كشف اللثام : فيحتمل التساوى لاشتمال كل على مرجح، وتقديم الخارج لعموم دليله وهو الاقوى ، والعكس كما فى المبسوط والخلاف ونفى 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 بترجيح بينة الخارج لاعبرة بينة الداخل أصلاً ، لانها ليست من شأنه ، واذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمة وغيرها معنى . وفى الجواهر : الظاهر بناء الاول على القول بأن للداخل بينة مسموعة وحينئذ يتوجه ترجيحها بالامرين ، وتنزيل بينة الخارج منزلة العدم انما هو لمعارضة بينة الداخل ، فلا وجه للقول بأنه لاعبرة بينة الداخل اذا لم يكن للخارج بينة ...

أقول : انه فى صورة وجود البينة للخارج دون الداخل فلا ريب فى انه يحكم له كما هو واضح ، وان لم يكن له بينة حلف ذواليد ، وان كان لكليهما بينة - والمفروض حجية بينة ذى اليد اخذاً بعموم دليل حجية البينة - فلا وجه للقول بالتساقط ، بل تقدم بينة ذى اليد لوجود المرجحين المذكورين ، فما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر ، لكن المختار عندنا أن بينة الداخل غير مسموعة مطلقاً كما تقدم ويأتى .

وان كانت بينة الخارج أسبق تاريخاً ففى الجواهر عن الخلاف الجزم بتقديم بينة الداخل كذلك مدعياً عليه الاجماع و الاخبار ، ولعله لان البينة بقدم الملك لم تسقط بها اليد ، كرجل ادعى داراً فى يدرجل وأقام بينة بأنها كانت له امس لم تنزل بها فكذلك هنا، لكن فى كشف اللثام : يقوى تقديم الخارج كما فى المبسوط، لان بينته فى الزمان المختص بها غير معارضة .

وفى المسالك ذكر ثلاثة أوجه أحدها: ترجيح اليد، لان البينتين متساويتان فى اثبات الملك فى الحال فتساقطان فيه ويبقى من احد الطرفين اليد ومن الآخر اثبات

الملك السابق، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق ولهذا لا يزال بها .
والثاني: ترجيح سبق، لان مع احدهما ترجيحاً من جهة البينة ومع الاخرى
ترجيحاً من جهة اليد، والبينة تتقدم على اليد، فكذلك الترجيح من جهتها مقدم على
الترجيح من جهة اليد .

والثالث : انهما متساويان لتعارض البينتين .

أقول : ان كان للداخل بينة وهي مسموعة فعلى هذا المبنى تتقدم بيئته في
هذه الصورة كالصورة السابقة ، وأما على المختار من أنه لا بينة للداخل لتخصيص
قوله ﷺ : «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» لعموم أدلة الشهادة فلا
ريب في تقدم بيئته الخارج ، لان بيئته ذى اليد غير مسموعة ويده لا تصلح لمعارضة
بيئته الخارج .

هذا وفي المسالك : اعلم ان اطلاق عبارة المصنف يقتضى عدم اشتراط اضافة
البينة بالملك القديم والتعرض لذلك فى الحال ، وهو أحد الوجهين فى المسألة ،
لان الملك اذا ثبت سابقاً فالاصل فيه الدوام والاستمرار ، فلا يفتقر الى التصريح
باستمراره .

والثانى وهو المشهور : ان الشهادة بالملك القديم لا تسمع حتى يقول : وهو
فى ملكه فى الحال . ولا أعلم له مزيلا . حتى لو قال : لا ادرى زال ام لا . لم يقبل ،
لان ثبوت الملك سابقاً ان اقتضى بقاءه فيد المدعى عليه وتصرفه يدل على الانتقال
اليه ، فلا يحصل ظن الملك فى الحال ، ولان دعوى الملك السابق لا تسمع ، فكذلك
البيئته عليه . وعللوا عدم قبول الشهادة مع قوله لا ادرى زال ام لا مع أن مؤدأها
قريب من قوله لا أعلم له مزيلا : بأن الاولى تقتضى تردداً وريبة ، فهى بعيدة عن اداء
الشهادة . .

وفيه نظر : لان الجزم الواقع فى الشهادة بالصيغتين الاولى انما استند الى استصحاب
الملك وظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافى ، و الا فالتعبير بالاستمرار لا يتفق ،

لان الاسباب الموجبة لانتقال الملك عن المشهود له لا يمكن القطع بعدمها وان صحبه الشاهد ليلا ونهاراً ، فان منها ما يمكن وقوعه سرأ بنفسه مع نفسه ، والاستناد الى الاستصحاب وظن الاستمرار يتأدى بقوله : لا ادري زال ام لا كما يتأدى بقوله : وهو ملكه فى الحال ، لانه اذا لم يدرهل زال ام لا جازله استصحاب البقاء والحكم به فى الحال ، وكون الصيغة بعيدة عن أداء الشهادة فى حيز المنع .

ومن ثم ذهب بعضهم الى عدم اشتراط الضميمة ، مع أن الشهادة بـ الملك السابق لا ينافى العلم بتجدد انتقاله عنه ، فمع اضافته ما ينافى العلم بالانتقال أولى .
والحق : ان اطلاق الشهادة بالملك القديم لا يسمع لعدم التنافى بين كونه ملكاً له بالامس مع تجدد انتقاله عنه اليوم وان كان الشاهد يعلم بذلك ، بل لا بد من اضافة ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال وذلك يتحقق بهذه الصيغ وان كان الاقتصار على ما لا يشتمل على التردد أولى .

حكم الاستناد الى الاستصحاب فى الحكم والشهادة :

أقول : هنا فروع متعددة ، فمنها انه : هل للحاكم أن يحكم بالاستناد الى الاستصحاب ، كما اذا علم بكون العين لزيد سابقاً ثم لما ادعاها عمر يشك فيستصحب بقائها على ملك زيد ؟ ان قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصحابه ، لأن استصحابه يقوم مقام علمه .

ومنها : انه هل للشاهد أن يشهد مستنداً الى الاستصحاب ؟ واذا جاز ذلك فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لا مدرك لشهادته الا الاستصحاب ، أو مع تصريح الشاهد باستناده الى الاستصحاب ، أو تصريحه بالجهل بالأمر فى الحال ؟ وهل يعتبر ذلك شهادة ؟

ومنها : انه لو قال أشهد بكونها ملكاً لزيد أمس . ثم سكت بالنسبة الى

الحال فهل للحاكم ان يحكم بكونها لزيد فى الحال اخذاً بالاستصحاب ؟

قال فى الجواهر : لا مدرك للمسألة بحسب الظاهر الا صدق 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 مزيلاً فضلاً عن قول : لا ادري زال أم لا . وجواز الشهادة بالاستصحاب لا يقتضى تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه ، وانما المعلوم كونها شهادة عرفاً ، قوله هو ملكه في الحال ، ولعله لذا اقتصر عليه بعضهم كما عن آخر التصريح بارادة تحقق الملك الحال من قوله لا اعلم له مزيلاً نحو القول ان هذا الامر قطعى لا اعلم فيه مخالفاً . ففي الحقيقة هو شهادة على عدوان اليد المارضة .

قلت : قد يقال : صحيح ان الحاكم لا يحكم في هذه الحالة بالملكية الفعلية للمشهود له استناداً الى هذه الشهادة ، الا انه لما شهد الشاهد بالملكية السابقة فقد ثبت ملك امس عند الحاكم بالشهادة فاذا شك الحاكم نفسه في زوال تلك الملكية بادعاء عمر واستصحاب بقائها حتى الحال فيحكم بكون العين لزيد المشهود له ، لكن هذا في صورة عدم كونها في يد عمر ، لان 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 عرفي في الشهادة على الملكية الفعلية وان لم يضم اليه ضمنية ، والافما الداعي للشاهد على الشهادة على الملكية السابقة مع أن النزاع حول الملكية في الحال ؟ فاذا كان الملاك الصدق العرفي فالظاهر تحققه ، 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 الحال في الانتزاع بها ، بل مرجع الاخيرة الى الاولى عند التحليل ، ضرورة عدم الاحاطة بأسباب الانتقال التي منها ما يقع بين المالك وبين نفسه من دون اطلاع 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 .

فان تم كان هو الحجة والا فالمسألة محل نظر، والظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال في يد مسلم .

نعم ربما يقال بتماميته حيث لا تكون يد ، كما في خبر حمران (١) لمشتمل على دعوى ملكية جارية بنت سبع سنين فلاحظ .

هذا كله في الشهادة بالملك .

الشهادة بالاقرار

وأما لو شهد بانه أقر له بالامس ففي القواعد : « ثبت الاقرار واستصحاب موجب و ان لم يتعرض الشاهد للملك الحالي » . وفي كشف اللثام : « كما اذا سمعنا نحن منه الاقرار حكماً بالملك للمقر له الى ظهور المزيل، والفرق بين ثبوت الملك بالاقرار وثبوته بالبينة ظاهر » .

(١) قال : « سألت ابا جعفر عليه السلام عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة، ادعى الرجل انها مملوكة له وادعت المرأة انها ابنتها ، 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 فانه يدفع اليه 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 ابنتها حرة مثلها فلتدفع اليها وتخرج من يد الرجل . قلت فان لم يقيم الرجل شهوداً انها مملوكة له؟ قال : تخرج من يده فان أقامت المرأة البينة على انها ابنتها دفعت اليها ، فان لم يقيم الرجل البينة على ما ادعى ولم تقيم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت » وسائل الشريعة ١٨ / ١٨٤

وفيه نظر - كما فى الجواهر - فلو اخذت العين من زيد باقراره أمس ثم وجدت بيده اليوم أشكل رفع يده هذه بذلك الاقرار، لان اليد الفعلية تعارض اقرار الامس وان سقطت يده أمس بالاقرار اللاحق لها لكشفه عن كونها يد عدوان مثلا . كما ان اليد الفعلية هذه لاتسقط بالبينة السابقة عليها التى رفعت يده بها عن العين .

تقديم الشهادة بالملك على الشهادة باليد

قال المحقق قدس سره : « وكذا الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد لانها محتملة » .

أقول : اى ان الشهادة باليد محتملة للملك وغيره ، فتكون الشهادة بالملك نصاً فى الملك و الشهادة باليد ظاهرة فى الملك، والنص متقدم على الظاهر عقلاً ونقلاً، لا يقال: لا يوجد عندنا نص فى خصوص تقدم النص على الظاهر، اذ ليس من المراد ذلك ، بل المراد ان قوله بالتصريح «انما أفضى بينكم بالبينات والايمان» و«البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» صريحان فى أن البينة حجة على الملكية سواء وجدت يد أولاً .

تقديم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بالتصرف

قال المحقق : « وكذا الشهادة بسبب الملك أولى من الشهادة بالتصرف »
أقول: اى لان التصرف كما يكون عن ملك كذلك يكون عن وكالة ونحوها و حينئذ تكون الشهادة بسبب الملك كالشراء مثلا متقدمة على الشهادة بالتصرف من باب تقدم النص على الظاهر، فان ذلك قاعدة جارية فى كلام الشخص الواحد والشخصين اللذين هما بحكم الواحد .

هذا فيما اذا شهدتا بالنسبة الى زمان واحد . و اما لو قامت الشهادة على اليد الفعلية والشهادة على الملك السابق فسيأتى الكلام فيه .
هذا وفى المسالك : «ولافرق على هذا التقدير بين تقديم تاريخ شهادة اليد

بأن شهدت أن يده على العين منذ سنة، وشهدت بينة الملك بتاريخ متأخر، أو بانه يملكه في الحال - وتأخره ، لاشتراك الجميع في المقتضى و هو احتمال اليد بخلاف الملك . وفي هذه المسألة قول بتقديم اليد على الملك القديم ، و سيأتى 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)

(إذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه : هو لفلان)

قال المحقق قدس سره : « إذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه : هو لفلان ، اندفعت عنه المخاصمة حاضراً كان المقر له أو غائباً » .

أقول : إذا كان شيء بيد شخص فادعى احد كونه له ، فتارة يقول المدعى عليه : هو لى ، وتارة يقربه لمعين فيقول : هو لفلان ، وثالثة يقربه لمجهول فيقول : ليس لى ولكن لأسمى مالكة أو لأعرفه .

ولو أقر به لمعين فتارة هو ممن 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 الى المالك سواء كان حاضراً أو غائباً ، وليس له أن يحلف ذا اليد اذ لا يحلف أحد على مال لغيره .

وهل أن قوله : هو لفلان يدخل الشيء فى ملك فلان المقر له او يخرج عن ملك ذى اليد فقط؟ وجهان ، فعلى الثانى يكفى للمدعى اثبات كون المال له ، وعلى الاول يحكم الحاكم بكونه المقر له ، وعلى المدعى المرافعة معه فيكون المقر له هو المدعى عليه ، وهل للمدعى احلاف ذى اليد أنه لا يعلم أنها له أو لا ؟ فيه قولان كما سيأتى . ولكن اذا كانت فى يد الشخص المقر بعد فما المانع من أن يقيم المدعى

البينة لدى الحاكم على كونها له للمقر له ، فيأخذها الحاكم ويدفعها إليه ؟ لانه ان كان المقر له حاضراً أو يمكن حضوره فالبينة مؤثرة كما هو واضح ، وان كان غائباً حكم للمدعى ثم الغائب على حجته . نعم لا يمكن اقامة البينة 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 البينة على الملكية المستتبعة لوجوب تسليمها فيحلف ذواليد على عدم وجوبه .

وأما اذا سلم المدعى عليه العين الى المقر له فاما هي باقية بيد المقر له واما هي تالفة ، وهل للمدعى أن يدعى عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفى العلم فان لم يحلف غرم ؟ قال المحقق : نعم ، وهذه عبارته : «وان قال المدعى : أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين، لان فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لونكل أورد» وعليه العلامة في القواعد ، وقد نسب الى الشيخ في أحد قوليه، وفي المسالك : يجوز ان كانت تالفة، أى فان كانت العين باقية أمر باستردادها . . . وأما اذا لم يمتنع وحلف على نفى 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 للمدعى ، بل لا يضمن حتى مع الاقرار بذلك ، لانه لا يصدق عليه عنوان التلف حينئذ فلا وجه للضمان .

قلت : والتحقيق هو أن الحكم بالغرم بالامتناع عن اليمين على نفى العلم متوقف على توفر ثلاث مقدمات احداها : ان يكون الاقرار لغيره بمنزلة الاتلاف للمال. والثانية : أن يكون الامتناع عن هذه اليمين بمنزلة الاقرار للمدعى. والثالثة ان يكون العلم بكون العين للمدعى جزءاً لموضوع الضمان أو تمام الموضوع ، واما اذا لم يكن للعلم دخل في الضمان كما هو الصحيح لان اليد كافية في ثبوت الضمان فلا أثر لليمين على نفى العلم .

هذا وفي المسالك : « إذا ادعى شيئاً على إنسان فقال المدعى عليه : انه ليس لى فاما أن يقتصر عليه ارضيفه الى مجهول او الى معلوم . فان اقتصر عليه او اضافه الى مجهول بأن قال : هو لرجل لا اعرفه ، او لاسميه ففى انصراف الخصومة عنه وانتزاع المال من يده وجهان اصحهما وهو الذى لم يذكره المصنف انها لا تنصرف ولا ينتزع المال من يده ، لان الظاهر ان مافى يده ملكه وما صدر عنه ليس بمزيل ، ولم يظهر لغيره استحقاقاً ، وعلى هذا فان اقر بعد ذلك لمعيّن قبل وانصرفت الخصومة الى ذلك المعين والا فيقيم المدعى البينة عليه او يحلفه» .

قلت : ولا يخفى مافيه ، لان قوله : « ليس لى » يزيل ملكيته يقيناً لانه اقرار ، وهذا الاقرار يسقط يده عن كونها امانة للملكية ، نعم لاملازمة بين ازالة الملكية للمال وازالة الملكية لليد ، فتكون يده مثل يد الوكيل والأمين والمستعير والمستأجر ، لان اقراره يزيل الملكية للعين ولا يفيد كون يده عدوانية ، بل تبقى على حجيتها ، وعلى ما ذكرنا تنصرف الدعوى عنه ، اذ لو أراد الحلف حينئذ كان فى 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 اقر بعد ذلك لشخص معين .

قال : « والوجه الثانى انها تنصرف عنه بذلك ولانها تبرء من المدعى عليه ، وينتزع الحاكم المال من يده ، فان اقام المدعى بينة على الاستحقاق فذاك والا حفظه الى أن يظهر مالكة » .

قلت : وهذا صحيح فى صورة تمامية الملازمة المذكورة مع احتمال كون يده عليها مشروعة فيأخذها الحاكم بعنوان النهى عن المنكر ..

فظهر أن الصحيح هو ابقاء العين فى يد المدعى عليه ، فان قلنا بأن اقامة البينة لا تتوقف على تمكن المدعى عليه من اليمين فتسمع ويعطاها والابقيت فى يده .. وان قال : « هى لقطعة » فله أن يدفعها الى الحاكم لانه مال مجهول مالكة فيرجع اليه

وله أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحكام اللقطة .

ثم ذكر في المسالك : انه « ان أضافه الى معلوم فالمضاف اليه ضربان أحدهما ان يمتنع مخاصمته وتحليفه . . . والثانى من لا يمتنع مخاصمته ولا تحليفه كما اذا اضافه الى شخص معين ، فهو اما حاضر واما غائب ، فان كان حاضراً روجع فان صدق المدعى انصرفت الخصومة اليه وان كذبه ففيه أوجه ... وان اضاف الى غائب انصرفت عنه الخصومة ايضاً ... » و سيأتى التعرض لكل ذلك ... ثم قال : «وحيث ينصرف الخصومة عنه وطلب المدعى احلافه انه لا يعلم ان العين له ففي اجابته قولان مبنيان على أنه لو اقرله بعدما أقر لغيره هل يغرم القيمة ؟ فيه قولان مذكوران فى محله . فان قلنا : نعم وهو الاظهر فله احلافه ، فلعله يقر فيغرمه القيمة . وان قلنا : لا وهو احد قولى الشيخ ، فان قلنا : النكول ورد اليمين كالاقرار لم يحلفه ، لانه وان أقر ونكل وحلف المدعى لا يستفيد شيئاً ، وان قلنا كالبينة فله التحليف ، لانه قد ينكل فيحلف المدعى ، فاذا حلف وكانت العين تالفة اخذ القيمة » .

وأشكل عليه فى الجواهر بقوله : «وفيه بعد الاغماض عما فى 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 هويينة على كون المسالاه ، ضرورة كون الدعوى علمه بالحال فيه تكون كالبينة على ذلك ، ولا تزيد على الاقرار المفروض عدم الغرم به كما هو واضح . ولذا حكى عن الشيخ اطلاق عدم توجه اليمين على التقدير المزبور ، فتأمل »

وجه التأمل هو احتمال كون اطلاق الشيخ من جهته انه لا يرى كون النكول ورد اليمين كاقرار بل كالبينة . و كيف كان فعلى القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول ورد اليمين بمنزلة الاقرار و القول بكونهما بمنزلة البينة .

حكم مالوا نكر المقر له الملكية للشيء :

قال المحقق قدس سره : « ولو أنكر المقر له حفظها الحاكم ، لانها خرجت

عن ملك المقر ولم تدخل في ملك المقر له ، ولو أقام المدعى بينة قضى له .
 أقول : وحاصل ذلك سقوط يد المدعى عليه المقر مطلقاً ، أى فلا تكون أمانة
 على الملك و لا تكون كاليد الامانية مثلاً ، فكأنها يد عدوانية فينتزعها الحاكم منه
 و يحفظها . و هذا احد الوجوه الثلاثة التي ذكرها الشهيد الثاني في المسالك في
 هذه المسألة .

و الثاني : وهو المنقول عن التحرير : انها تترك في يد المدعى عليه المقر ،
 اذ لا منازع 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 .

و الثالث : وهو المنقول عن القواعد : انها تسلم الى المدعى ، لخروجها عن ملك
 المقر له بانكاره و لا منازع فيها للمدعى ، قلت : وهذا هو الاقرب ، و اما قول صاحب
 الجواهر : « وهو بعيد لكونها في يد » ففيه : انه أى يد يريد ، اما يد المقر فقد زالت
 باقراره ، و اما يد المقر له فمنتفية بانكاره ، و اما يد الحاكم فهي لاجل حفظها حتى
 يظهر صاحبها و قد ظهر ، فيدفعها الى المدعى و لا حاجة الى البيينة و لا اليمين كما في
 القواعد .

و ان رجع المقر له عن انكاره و صدق المقر في كون الشيء له فعن التذكرة أن له
 الاخذ عملاً باقرار المقر السالم عن انكاره ، لزوال حكمه بالتصديق الطارى
 فتعارض وبقى الاقرار سالماً عن المعارض ، لكن في الجواهر منع زوال حكم
 الانكار بالتصديق ، فلا أثر للتصديق الطارى ، و حينئذ يحكم بأحد الوجوه الثلاثة
 المذكورة و قد عرفت المختار منها ، قال : و من هنا لورجع ذو اليد فقال : غلطت
 بل هو لى لم يقبل منه .

لو كان المقر له غائباً

هذا كله فيما اذا كان المقر له حاضراً . قال في الجواهر ثم الحكم في المقر له

الغائب كالحكم في الحاضر بالنسبة الى تصديقه و تكذيبه ، وللمدعى اقامة البينة وأخذه قبل معرفة حاله ، ولكن هو من الحكم على الغائب، فينبغي مراعاة شروطه السابقة ، كما له ايضاً احلافه على عدم العلم ، نحو ماسمعته في الحاضر ، أى بناء على ان للمدعى حق التحليف عليه كما عليه المشهور وأحد قولى الشيخ .

فان نكل عن اليمين على نفي العلم ، فان لم يقر ولم يرد اليمين أحلف المدعى ، فان حلف فهل ينتزع العين و يغرم؟ قال فى القواعد : الاقرب الثانى . فيكون نظير ما اذا أقرب يكون العين ازيد و دفعت اليه ثم أقرب يكونها لعمر و فيغرم له بدل الحيلولة ، ولا يبعد أن يكون الحكم كذلك ان أثبت المدعى الحق بالبينة ، ولو استرجع العين من الغائب و دفعها الى المدعى و جب عليه اى على المدعى رد المال الذى أخذه بدل الحيلولة .

وحيث يدعى كونها لغائب فان ادعى استيجاره العين منه مثلا فالحكم قبول قوله ، نظير قول ذى اليد ، فان أثبت المدعى كون المال ملكه فقد ظهر بطلان الاجارة ، وان لم يتمكن من ذلك احلف المدعى عليه على الاجارة وأبقيت العين بيده . ولو أقام البينة على الاجارة فبناء على سماعها منه هل تقدم بينته على بينة المدعى باعتضادها باليد أولاً؟ فى القواعد : اشكال . قلت : لا اشكال فى أن بينة المدعى من بينة الخارج ، فيحتمل أن تكون بينة الاخر من بينة الخارج أيضاً لكونه مقراً بعدم كونها له فيتساقتان ، و يحتمل أن يكون نفسه ذايد لكونها بيده الآن فتكون من بينة الداخل ، فعلى القول بتقدم بينة الخارج فالامر واضح ، وعلى القول بتقدم بينة ذى اليد لحجيتها وتأيدها باليد قدمت ، وهذا وجه توقف العلامة ، لكن فى الجواهر الاقرب انهما معاً خارجان ، قلت : لكن جعل بينة من له الانتفاع بما فى يده بينة الخارج بعيد جداً .

وان لم يكن مدعياً للاجارة مثلا فهل له اقامة البينة كذلك أو لا لكونه أجنبياً؟ قال العلامة : يمكن أن يكون طرفاً للخصومة بدعوى المدعى عليه العلم بكونها له ،

فيحلفه على نفى العلم ، فله ان يقيم البينة حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين وان كانت البينة تشهد بكون ملك العين للمقر له . . . واختار في الجواهر عدم الجواز ، فانه اذا ثبت بالبينة كون العين للمقر له فلامجال لليمين على نفى العلم ، وأيضاً لما كان ملك المقر له ثابتاً بالبينة فلا أثر للاقرار في اثباته حتى يدعى عليه المدعى الاتلاف بالاقرار .

قلت : لكن الصحيح ما ذهب اليه العلامة ، -لانه بناء على حجية بينة الداخل- ان لم يكن عنده بينة كان عليه اليمين على نفى العلم ، وان كان له بينة جازله اقامتها على اثبات ملك المقر له لتؤثر 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 بينة على ملك غيره . نعم يبقى الاشكال في انه لا ملازمة بين ثبوت ملك الاخر وعدم علم المقر ، بل يجوز للمدعى دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البينة واعطاء العين للمقر له فيحلفه على نفى العلم ويكون أثره انه اذا امتنع عن اليمين غرم .

لو كان المقر له ممن يمتنع مخاصمته

ولو أقر المدعى عليه بكون العين لمن يمتنع مخاصمته وتحليفه ، كما اذا قال هي وقف على مسجد كذا ، أو هي ملك لطفل صغير ، فهل يكون طرف الخصومة ولي الصغير أو متولى الموقوفة ؟ ان كان للمدعى بينة أقامها وحكم له والا فلا يحلف الولي والمتولى اذ لا أثر ليمينهما ، اذن لا يغني في هذا الفرع الا البينة . وأما اليمين على نفى العلم فالحكم كما تقدم ، فان حلف فهو والا غرم ، وكيف كان فان الخصومة تندفع عن المدعى عليه ، وفي المسالك : واذا قضى له الحاكم بالبينة و كان الاقرار لطفل كتب الحاكم صورة الحال في السجل ليكون الطفل على حجته اذا بلغ ، لكن في الجواهر : «قلت قد يقال : بعدم الحججة له لوجود وليه القائم مقامه الذي هو أولى من الوكيل فتأمل» قلت : وجه التأمل : ان الوكيل عمله عمل الموكل ، أى ان الموكل يقيمه مقامه وينزل عمله منزلة عمل نفسه ، فاذا

قضى على وكيله قبل ، وليس عمل الولي عمل الصغير ، بل قيام الوالى بالامور المتعلقة بالصغير 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 كله اذا اقر بالعين لمعين بمختلف صوره .

لو كان المقر له مجهولا

قال المحقق : « اما لو اقر المدعى عليه بها لمجهول لم تندفع الخصومة والزم

البيان » .

اقول : لو اقر بها لمجهول أخذ الحاكم العين من المقر من باب الولاية ، فان كان للمدعى بينة أعطاها اياه والابقيت فى يد الحاكم ، وهل يلزم البيان ؟ قال به المحقق ، وفى الجواهر : لا لانه ينافى الاقرار الاول ، قلت : الا اذا عين المقر له فى المرة الثانية مدعى النسيان فى المرة الاولى .

ولو قال المدعى للعين : هى وقف على وأقر بها من هى فى يده لاخر وصدقه الاخر فقد عرفت انصراف الخصومة عن هى فى يده الى المقر له ، لكن هل للمدعى اخلاف من كانت بيده على نفى العلم ؟ فى المسالك وجهان . « من حيث ان المدعى قد اعترف بالوقف والوقف لا يعتاض عنه ، ومن انه مضمون بالقيمة عند الاتلاف ، والحيلولة 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 اياها تحقق التعارض مع قيام البينتين بالدعويين وعمل بالقرعة مع تساوى البينتين في عدم الترجيح».

أقول : انه وان كان النزاع بين الرجلين حول العقد في الظاهر فيدعى هذا بأنه قد آجره الدابة ويدعى ذلك بأنه أودعه مثلاً اياها، لكن النزاع في الحقيقة هو في الملك، للثمرة الواضح ترتبها من هذه الناحية على دعوى كل واحد منهما ، و بالنظر الى ذلك ذكر المحقق قدس سره هذه المسألة في مسائل الاختلاف في الاملاك (١) .

وما ذكره المحقق قدس سره هو أحد الصور الاربع المتصورة في هذه المسألة .

والصورة الثانية : أن تكون العين بيد شخص وهو يقر بأنها ليست ملكاً له، غير أنه ينازع المالك فيقول قد آجرني اياها ويقول المالك : قد أودعته اياها .. . أو يدعى المالك الاجارة وذواليد العارية ... فان كانت مستأجرة ملك الشخص منفعتها

(١) فيه اشارة الى جواب اعتراض صاحب المسالك قدس سره .

فى المدة المعينة دون ما اذا كانت وديعة ، لكن يترتب على كونها مستأجرة لزوم دفع بدل الايجار الى المالك . . . وهذه الصورة من الاختلاف فى العقود وان كان لهذا النزاع ثمرة مالية .

و الصورة الثالثة : ان يتنازع اثنان حول عين يقران بكونها لثالث فيقول أحدهما : قد أجرنى اياها ويقول الآخر : قد استودعنى اياها .
والصورة الرابعة : أن يتنازعا فيقول أحدهما : انها لزيد وقد أجرنى اياها ويقول الآخر : انها لعمرو وقد استودعنى اياها .

فالحكم فى الصورة الأولى التى ذكرها المحقق قدس سره هو ما ذكره من أنه ان كان لاحدهما بينة حكم له ، وان أفاماهما 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 هر التنصيف للعين ان كانت قابلة له ، والا فهما شريكان فيها على النصف.
وفى الصورة الثانية يتحقق التداعى بين المالك و المتصرف ، فان كان لاحدهما بينة حكم له ، وان كانت لكليهما ، فان ترجحت احدهما على الاخرى فهو والاتراضتا وتساقطتا ، وحينئذ تقسم منفعة العين بينهما نصفين ويقسم مال الاجارة بينهما كذلك .

وربما يجعل المالك فى هذه الصورة ذا اليد وبينه المتصرف خارجاً فيبتنى الامر على حجية بينة الداخل ، فعلى القول بها تقدم بينة ذى اليد - المالك - و على القول الآخر تقدم بينة المتصرف ، فلاتكون الصورة من قبيل التداعى حتى ينتهى الامر الى القرعة ، و قد يحتمل كون المتصرف ذا يد لكونها بيده الآن و يبتنى الامر على تقديم بينة الداخل والخارج كذلك .

وهكذا يكون طريق فصل الخصومة فى الصورتين الباقيتين لانهما من مصاديق

التداعى كذلك .

(المسألة الخامسة)

(حكم مالو كان شيء في يد انسان وادعى احد كونه له سابقاً وأقام بينة)

قال المحقق قدس سره : « لو ادعى داراً في يد انسان وأقام بينة أنها كانت في

يده أمس أو منذ شهر ، قيل : لا تسمع هذه البينة .

وكذا لو شهدت له بالملك أمس .

لان ظاهر اليد الآن الملك فلا تدفع بالمحتمل .

وفيه اشكال ، ولعل الاقرب القبول .»

أقول : لو ادعى داراً مثلاً في يد انسان وأقام المدعى بينة أنها كانت في يده

أمس أو منذ شهر ، او كانت في ملكه أمس مثلاً ، فهل تسمع البينة ؟ قولان ، وقد استدل

للعدم بوجهين .

الاول : ان اليد امانة على الملكية الفعلية لصاحبها ، وبينة المدعى تشهد

باليد والملك السابقين ، ولا ريب في تقدم الامارة الفعلية على الامارة القائمة على

الملكية السابقة ، و بعبارة أخرى : اليد الفعلية المشاهدة بالعيان حيث نرى العين

في هذه اليد ظاهرة في الملكية الفعلية لصاحبها ، ومقتضى اليد السابقة هو احتمال

الفعلية لصاحبها ، ولا يدفع الظهور المذكور بالمحتمل .

وأجيب بأن اليد الفعلية وان كانت دليل الملك الفعلي ، لكن اليد السابقة

المستصحبة والملك السابق المستصحب أولى ، لمشاركة تلك اليد لهذه في الدلالة على الملكية الفعلية، وانفرادهما بالزمن السابق بلا معارض، فيكونان أرجح من هذه اليد ، الا أن تقوم الحجة الشرعية على انتقال العين اليه بطريق شرعى ، نظير ما اذا أقرب كون الشيء الذى بيده ملكاً لزيد أمس وادعى كونه له اليوم ، فانه يجب عليه اقامة الحجة الشرعية على انتقاله اليه من زيد ، بطريق شرعى صحيح ، و كذا لو أقرب كونه مديناً لزيد بكذا من المال ثم ادعى أداء الدين مثلاً كان عليه اقامة الحجة على الاداء .

وفى المقام يكون حكم بينة المدعى حكم اقرار المدعى عليه ، فيجب على ذى اليد المدعى عليه اثبات شرعية يده على العين ، والا تقدمت بينة المدعى بضميمة الاستصحاب على يده ، فليس المورد من مقابلة المحتمل للمقطوع 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 ، لانها تشهد باليد والملك أمس ، والبيئة غير المطابقة للمدعى غير مسموعة .

وأجيب بأن الحكم باستصحاب اليد والملك السابقين الى اليوم يوجب المطابقة بين الدعوى والشهادة ، فان هذه الشهادة بضميمة عدم العلم بالناقل الشرعى شهادة بالملكية الفعلية وهى مسموعة .

و بالجملة : ان كانت الشهادة بملكية أمس شهادة بملكية اليوم فهو ، والا فان الاستصحاب الموجود يفيد بقاء مدلول الشهادة ، و حينئذ يقع البحث فى تقدم هذا الاستصحاب على اليد أو معارضته لها، لانه اصل وهى أمانة ، وقد يחדش فى اليقين السابق فيختل الاستصحاب ، بأن يقال - كما عن كشف اللثام - بأن البيئة ليست كاشفة عن الواقع كالاقرار ، فليس مفادها هنا الملكية الواقعية حق تستصحب الى اليوم، لكنه كما ترى ، لان البيئة حجة شرعية اذا ، اقيمت بشرائطها

الغنى احتمال الخلاف وأفادت ما يفيد اليقين ، فالحالة السابقة للاستصحاب متحققة ، كما لا يلتفت الى احتمال عدم كون اليد السابقة يد ملك لو شهدت البيئة بكون العين بيد المدعى أمس .

فظهر أن محط الكلام هو الخلاف فى تقدم الاستصحاب على اليد وعدمه ، والمختار هو الاول ، وبيان ذلك : أنه وان كانت اليد مقدمة على الاستصحاب فى موارد كثيرة ولكن لا يوجد بأيدينا اطلاق يقتضى تقدمها عليه على كل حال ، بل ان اليد الفعلية المسبوقه بالاخرى المستصحبه - او المسبوقه بالملك المستصحب- بدضعيفة عند العقلاء لاتصلح لمقاومة هذا الاستصحاب فضلا عن التقدم عليه ، و لذا يفرق العقلاء بين الدعوى على ذى اليد و بين الدعوى على يد مسبوقه بيد اخرى ، ففي الصورة الثانية يسقطون اليد عن الاعتبار ولأقل من انهم يطالبون صاحبها باقامة الحجة على انتقال العين اليه بطريق شرعى صحيح .

وبتقريب آخر: ان اللازم الشرعى للملكية السابقة التى أثبتتها البيئة بقاء تلك الملكية حتى يعلم المزيل الشرعى له والناقل الشرعى للعين، فاذا شهدت البيئة بملكية أمس كان لازمها الملكية الفعلية لولا الانتقال ، وقد عرفت ان الاستصحاب ينفى الناقل ، فتكون بيئة المدعى مسموعة ومتقدمة على يد المتصرف .

هذا وفى المستند : « لو تعارضت اليد الحالية مع الملكية السابقة أو اليد السابقة ففي تقدم الحالية أو السابقة قولان ، كل منهما عن الشيخ فى كل من المبسوط والخلاف ، وتبعه على الاول جماعة ولعلمهم الاكثرون ومنهم من المتأخرين الكفاية والمفاتيح وشرحه وبعض فضلائنا المعاصرين .

وعلى الثانى الشرائع ويظهر من الارشاد الميل اليه . ويظهر من التحرير ووجه ثالث وهو التساوى » ثم اورد أدلة الاقوال ثم قال : « و التحقيق ان اقتضاء اليد للملكية يعارض استصحاب الملكية ، فلا يبقى لشيء منهما 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 ، ادغاية الامر عدم دليل لنا على ملكيته ولكن لادليل على عدم ملكيته ايضاً ، واصالة عدم الملكية بالنسبة اليه والى غيره سواء مع ثبوت اصل الملكية ، فلايجرى فيه ذلك الاصل ايضاً ، مضافاً الى امكان حصول هذه التصرفات كلا او بعضاً 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 أو 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 الغصب أو العارية أو غيرها ، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك ، وليس هذا معنى الحكم بانه ملك انتهى كلامه رفع مقامه .

فان قيل : كما ان الملكية أو 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 بقيد ، و المعلوم من التسلط الاولى هو تسلطه ما دام يحكم له بالملكية ويعلم له الملكية ، فالمعلوم ثبوته أولاً ليس الاذلك المقيد ، فبعد انتفاء الحكم بالملكية والعلم بها ينتفى القيد ويتغير الموضوع .

ثم انه كما ان نفس اليد المشاهدة الحالية ومقتضياتها سوى الملكية لامعارض لها فكذلك ايضاً كون البينة على غير ذى اليد وكون من يدعيه مطالباً بالبينة وذى اليد باليمين اذا لم يخرج خارج اليد عن صدق المدعى عرفاً ولا صاحبها عن المنكر كذلك ، فيدل على كون وظيفة الاول البينة والثانى اليمين قولهم : البينة على المدعى واليمين على من انكر . ورواية فدك المتقدمة .

فيكون البينة على الملك السابق و اليمين على ذى اليد ولا يمنع ذو اليد

من شيء من التصرفات ، وليس المطلوب من ترجيح اليد الحالية غير ذلك ايضاً .
 مع انه يمكن جعل هذين الامرين دليلاً برأسه على الملكية ايضاً بالاجماع
 المركب يسقط به الاستصحاب بالمرّة لعدم صلاحيته لمعارضة الدليل مطلقاً .

وقد أورد السيد في العروة محصل هذا الكلام واعترض عليه بوجوده :
 الاول : انه فى 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 ذبيها وغيره سواء ،
 فلو اراد المدعى ان يتصرف فيها لا يجوز لذى اليد منعه ، لان الاصل عدم تسلطه
 على ذلك .

قلت : فيكون الحاصل انه ليس لكل منهما منع الآخر من التصرف ، فتكون
 العين كالمباحات التى من سبق الى شيء منها كان له . نعم ليس لثالث أخذها ، ولهما
 منعه من ذلك .

والثالث : بعد عدم الحكم لليد وعدم كونها دليلاً على الملكية كيف يجوز
 للغير ان يشتري منه أو يستأجر أو يقبل منه ونحو ذلك من التصرفات الموقوفة على
 الملك ؟ مع انه ليس وكيلا ولا ولياً ولا مأذوناً من قبل المالك ، لان المفروض انه يدعى
 الملكية لا الوكالة او الولاية أو نحوهما ، فلا ينفذ جواز هذه التصرفات من هذه
 الاشخاص فى جوازها له ولمن يشتري منه مثلاً .

والرابع ما ذكره من أن تسلط المالك السابق على منع الغير مقيد ببقاء اليد
 ممنوع ، بل هو كالملكية فى عدم التقييد باستمرار اليد .

والخامس : لانسلم صدق المنكر عليه بعد سقوط حكم يده ...

قلت : ليس الشرط فى صدق «المدعى» عدم المعارض عند العرف ، فالمدعى

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 .

وقيل : لا يقبل لان ظاهر اليد الآن الملك فلا يدفع بالمحتمل » أى : ان اليد لها ظهور فى الملك الفعلى ، لكن لا كل يد بل اليد غير المسبوقه بالعدوانية مثلا ، وذلك لان حجية اليد - كما ذكرنا - مستندة الى بناء العقلاء مع امضاء الشارع ، وتشهد بذلك رواية حفص بن غياث (١) ، والعقلاء لا يعاملون اليد التى هذه حالها معاملة المالك الفعلى ، بل يقدمون استصحاب الحالة السابقة و يحكمونها على هذه اليد الى أن يثبت الناقل الشرعى .

فهذه عبارة القواعد فى المسألة . وقد قال سابقا : « ولو شهدت البينة بان الملك له بالامس ولم تتعرض للحال لم تسمع ، الا ان تقول : وهو ملكه فى الحال أو لانعلم له مزيلا . ولو قال : أعتقد انه ملكه بالاستصحاب ففى قبوله اشكال ، اما لو شهد بأنه أقر له بالامس ثبت الاقرار واستصحاب موجهه ، وان لم يتعرض الشاهد للملك الحالى . ولو قال المدعى عليه : كان ملكك بالامس انتزع من يده فيستصحب بخلاف الشاهد فانه عن تخمين ، وكذا يسمع من الشاهد لو قال : هو ملكه بالامس

(١) عن ابى عبدالله (ع) « قال له رجل : اذا رأيت شيئا فى يدي رجل يجوز لى أن أشهد انه له ؟ قال : نعم . قال الرجل : اشهد انه فى يده ولا أشهد انه له فلعله لغيره . فقال ابو عبدالله (ع) : أفیحل الشراء منه ؟ قال نعم فقال ابو عبدالله (ع) : فلعله لغيره ، فمن أين جازلك ان تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك : هولى وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك ؟ ثم قال ابو عبدالله (ع) ، لو لم يجز

اشتراه من المدعى عليه ، أو أقر له المدعى عليه بالامس ، لانه استند الى تحقيق « قلت : الفرق المذكور بين البينة والاقرار لاريب فيه ، ولكن لأثرله بالنسبة الى الملكية الفعلية ، فانه لا بد من اجراء الاستصحاب لاثباتها سواء كان اليقين السابق حاصلًا بالبينة التي هي عن تخمين او بالاقرار الذي هو عن تحقيق ، واذا جرى الاستصحاب لتمامية أركانها تقدم على اليد من دون فرق بين البينة والاقرار .

وكذا الامر لو علم الحاكم بكونها للمدعى أمس ، فاليقين السابق متحقق فله اجراء الاستصحاب وأخذ العين من المدعى عليه حتى يثبت الناقل الشرعى . ولعل السرفى اختلاف كلمات الاصحاب فى هذا المقام هو اختلافهم فى الاستظهار العرفى ، لما تقدم من ان مبنى حجية اليد هو السيرة العقلائية وبناء اهل العرف ، والحق ان كاشفية اليد فى هذه الحالة التي قام الاستصحاب فى مقابلها ضعيفة عرفاً والاستصحاب هو المحكم فدعوى المدعى مسموعة .

وفى المسالك بعد أن ذكر القولين ومختار المحقق منهما ودليله قال : « وقد تقدم البحث فيه ، والفرق بين هذه والسابقة الموجب لاعادة البحث أن المعارضة فى هذه بين اليد المتحققة والسابقة الثابتة بالبينة والملك السابق كذلك ، والسابقة وقع فيها التعارض بين البينتين الدالة احدهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها فى غيره ، و الاخرى على الملك السابق ، فلا تعرض فيها للمعارضة بين اليد السابقة والحالية ، وقد تأكد من اطلاقه الحكم هنا وفى 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 بيناه من عدم المنافاة بين علمه بالملك وشهادته به مع انتقاله عن المالك الآن » .

قلت : ليس ما ذكره وجه الفرق بين المسألتين ، فهناك يتعرض كلتا البينتين للملكية الفعلية ويتعارضان فيتاقتان ويكون استصحاب الملكية السابقة جارياً بلا معارض ، وهنا اليد معارضة مع الاستصحاب . فحاصل الفرق عدم المعارض

للاستصحاب في تلك المسألة ، وتحقق التعارض بين اليد والاستصحاب في هذه .
 واما الاقرار فلو أقر ذو اليد بكون العين للمدعى أمس فانه يطالب باثبات
 شرعية يده الفعلية عليها ، وأما اذا اخذت العين منه باقراره ودفعت الى المدعى
 ثم وجدت في اليوم التالي مثلاً بيده فلا يؤخذ باقراره السابق، نعم لو شك في صحة
 يده الآن استصحب عدم الناقل الشرعي .

قال المحقق قدس سره : «أما لو شهدت بينة المدعى ان صاحب اليد غصب
 أو 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 في تبدل يده اليوم الى يد شرعية يستصحب كونها عدوانية فتسقط يده الفعلية
 عن الاعتبار ، لان اليد التي لم يثبت شرعيتها ليست أمانة للملكية .

قال : «و لو قال : غصبتني اياها وقال آخر بل أقرلي بها ، اقاما البينة قضى
 للمغضوب منه ولم يضمن المقر ، لان الحيلولة لم تحصل باقراره بل بالبينة» التي
 أقامها الاخرون كانت بزعم هذاظالمة، والحكم في هذه المسألة واضح، ولاخلاف
 فيه على ما في الجواهر .

الكلام في :

الاختلاف في العقود

مقدمه :

تارة يكون الاختلاف فى الاجرة ، وهو تارة فى اصل الاجرة كأن يقول المؤجر : آجرتك الدار بمأة دينار ، فيقول المستأجر : بل بمأة درهم ، و أخرى فى قدرها كأن يقول الموجر : آجرتك بمأة دينار فيقول المستأجر: بل بخمسين و على التقديرين : فاما أن يعدما البينة أو يجداها أو يجدها أحدهما خاصة ، فهذه ست صور، وعلى جميع التقادير فالاختلاف اما أن يكون بعد استيفاء المستأجر المدة أو فى اثنائها أو ابتدائها فتكون الصور حينئذ ثمان عشرة صورة .

و اخرى يكون الاختلاف فى العين المستأجرة، وهو تارة فى ذات العين كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار ، فيقول المستأجر: بل تلك الدار، و اخرى يكون فى العين من حيث الزيادة والنقصه ، كأن يقول الموجر : آجرتك هذه الدار الا هذا البيت منها ، فيقول المستأجر : بل الدار كلها ، وتنتهى الصور حينئذ الى العدد المذكور فى الاختلاف فى الاجرة .

وثالثة يكون الاختلاف فى المدة ، وهو تارة فى زمانها زيادة ونقصه، كأن يقول المؤجر : آجرتك الدار شهراً ، فيقول المستأجر : بل اربعين يوماً، و اخرى فى ابتدائها كأن يقول الموجر : آجرتك الدار من أول شهر شعبان فيقول المستأجر بل من أول شهر رمضان وتنتهى الصور هنا أيضاً الى العدد المذكور ... اذا عرفت هذا فنقول:

حكم الاختلاف في الاجرة ولائمة :

إذا اتفقا على استيجار دار معينة شهراً معيناً واختلفا في مقدار الاجرة و قد عدما البينة ، فالمشهور على أن القول قول المستأجر بيمينه سواء كان الاختلاف بعد الاستيفاء أو فسى اثناؤه أو فى ابتدائه ، بل عن التذكرة ، نسبة هذا القول الى علمائنا .

وعن الشيخ فى المبسوط القول بالتحالف ، وقد تبعه عليه بعض المتأخرين كما فى الجواهر والمسالك .

ووجه ما ذهب اليه المشهور هو : أن المستأجر منكر للزائد الذى يدعيه عليه الموجر مع اتفاقهما على ثبوت ما يدعى المستأجر ، واذا تحقق عنوان المدعى على الموجر و المنكر على المستأجر دخلا فى 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 .

و وجه ما ذهب اليه الشيخ فى المبسوط هو : ان المورد ليس من مصاديق المدعى و المنكر ، بل ان كلا منهما مدعى و مدعى عليه ، لان ذلك يدعى وقوع العقد على المائة وينكر وقوعه على الخمسين وهذا يدعى وقوعه على الخمسين ، وينكر وقوعه على المائة والعقد المتشخص بالمائة غير العقد المتشخص بالخمسين ، فقول كليهما موافق للاصل ، فتجب اليمين على كليهما ، فاذا تحالفا أو امتنعا عن اليمين انفسخ العقد ، و رجع الموجر بأجرة المثل (٢) للمنفعة المستوفاة

(١) يعنى 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 اكثر مما يدعيه الموجر ←

كلا - ان كان الاختلاف بعد استيفاء المدة - أو بعضاً ان كان فى اثنائها ،
والا كما اذا كان فى ابتدائها فلا شىء للموجر ، وقيل بل يحكم بتنصيف الزيادة ،
وان حلف أحدهما وامتنع الاخر ثبتت دعواه وسقطت دعوى الاخر .

و كيف كان فان مختار الشيخ فى المبسوط هو التحالف ، وقد ضعفه فى
المسالك «بان العقد لانزاع بينهما فيه ولا فى استحقاق العين الموجرة للمستأجر ولا فى
استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر ، وانما النزاع فى القدر الزائد فيرجع
فيه الى عموم الخبر .

ولو كان ما ذكره من التوجيه موجباً للتحالف لورد فى كل نزاع على
حق مختلف المقدار ، كما لو قال : أقرضتك عشرة فقال : لابل خمسة ، فان
عقد القرض المتضمن لاحد المقدارين غير العقد المتضمن للاخر ، وكما لو قال
أبرأتنى من عشرة من جملة الدين الذى على ، فقال : بل من خمسة ، فان الصيغة
المشتملة على اسقاط احدهما غير الاخرى ، وهكذا القول فى غيره ، وهذا مما
لا يقول به أحد .

و الحق ان التحالف انما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر و يختلفان
فى الزائد عنه ، كما لو قال الموجر : آجرتك : الدار شهراً بدينار ، فقال : بل
بثوب ، او قال : آجرتك هذه الدار بعشرة ، فقال : بل تلك الدار ، ونحو ذلك ، اما
فى المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الاصح .

قلت : ومثل البراء هو الاداء ، فلو اختلفا فى المقدار الذى اداه المدين الى
الدائن زيادة ونقيصة كان النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر كذلك ،
فملاك الدخول تحت عموم الخبر المشار اليه هو ان يكون بين المتخاصمين اتفاق

→ كان على المستأجر دفعه مع اقرار الموجر بالاقبل ، واذا كان اقل مما يدعيه المستأجر لم
يجب عليه دفع المقدار الذى يقوله مع أنه يقر بأكثر مما جعل اجرة المثل ، و الالتزام
بذلك مشكل .

على قدر ثم يختلفان في الزائد عن ذلك المقدار ، واما اذا لم يكن اتفاق منهما على قدر فهناك التحالف .

لكن المتجه عند صاحب الجواهر هو النظر الى مصب الدعوى ، فان كان النزاع في تشخص العقد الذى هو سبب اشتغال الذمة فهناك التحالف اذ لا فرق فى مشخصات العقد بين زيادة الثمن ونقصانه وبين غير هذين الامرين من المشخصات و ان كان النزاع بينهما فى طلب الزائد من أحدهما وانكاره من الاخر كان من قبيل المدعى والمنكر .

و بعبارة أخرى : تسارة يكون الاختلاف فى كيفية وقوع العقد الموجب لاشتغال الذمة ، و اخرى يكون فى المقدار الذى اشتغلت به الذمة ، ففي الاول - كما لو قال الموجر قد وقع العقد على المائة ، وقال المستأجر على الخمسين - التحالف ، وفى الثانى كما لو قال الموجر : اجرتك الدار بسأة فقال المستأجر بل بخمسين - يكون الموجر مدعياً والمستأجر منكرأ .

ثم انه فرق بين النزاع فى مال الاجارة وبين النزاع فى القرض و الابراء ونحوهما ، ففي القرض مثلاً : ان أقرض المائة فقد أقرض الخمسين التى فى ضمن المائة ، لان قوله : اقرضتك المائة ينحل الى الدنانير بعددها ، بخلاف الاجارة فلا انحلال لصيغتها بعدد الدنانير المفروضة بدلا للايجار ، نعم ينحل بنحو آخر فيكون معنى اجرتك الدار بمائة : آجرتك نصف الدار بخمسين وربعها بخمسة وعشرين ديناراً . . . وهكذا . . . كما ان التحالف يتصور فى القرض لو اختلفا فى كيفية وقوع صيغته ، كما اذا قال أحدهما : وقع العقد على المائة وقال الاخر على الخمسين لكن نتيجة الاختلاف هو الاختلاف فى المقدار .

فان كان مورد النظر فى الدعوى العقد فالتداعى والتحالف وان كان مورد النظر المقدار الذى اشتغلت به الذمة فالمدعى والمنكر ، وبذلك يمكن عود النزاع لفظياً كما اعترف به صاحب الجواهر .

قلت : والاولى ان نجعل العرف المرجع فى تشخيص الدعوى ، والظاهر كما ذكر فى الجواهر فى مسألة الاختلاف فى قدر الثمن بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك - ان نظر العرف فى مورد الاختلاف من حيث الزيادة والنقصان سواء فى مال الاجارة او العين المستأجرة الى الاثر المالى المترتب على النزاع فهم يجعلون من يريد اخذ شىء من طرفه مدعياً والاخر مدعى عليه، وليس نظرهم الى كيفية صدور العقد ووقوعه، فيكون من قبيل المدعى والمنكر .

وبعبارة اخرى : ان أهل العرف يرجعون الدعوى الى المال وما يتعلق به، فيجعلون من يريد جر المنفعة الى نفسه مدعياً ومن يريد دفع الضرر عن نفسه منكراً وأما النزاع فى كيفية وقوع العقد فهو نزاع علمى وليس للعرف فيه مجال .
ولعل ما ذكرنا هو وجه التأمل فى تأييده كون كل منهما مدعياً عند العرف الذى امر به صاحب الجواهر ، وقد ذكرنا انه رحمه الله قال بما ذكرنا فى مسألة الاختلاف فى الثمن لولا النص الخاص فيه .

وعن الشيخ فى المسألة قولان آخران :

احدهما ما عن موضع من الخلاف وهو القول بالقرعة مع اليمين ، قال فى الجواهر : ولعله لاشكال الحال عليه فى أنه من التداعى أو من المدعى والمنكر، لكن قد عرفت ان المرجع هو العرف والامر عند أهل العرف فيه واضح . قال : ولم يتعرض الشيخ لما اذا نكلا معاً بعدها، فهل تقسم الزيادة بينهما او يوقف الحكم ؟

وجه الاول هو أن ذلك مقتضى الحكم بالعدل كما ذكرنا سابقاً فى مسألة العين التى 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 فى ابتداء المدة فلا بأس وتكون النتيجة

انفساخ العقد ، و أما مع استيفاء المدة بعضاً أو كلا فلا يمكن القول به كما هو واضح .

قال في الجواهر : و قد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الامرين من أجره المثل المفروض كونها أقل مما يدعيه الموجر و من المسمى الذى يدعيه المستأجر على الثانى .

قلت هذا غير واضح ، لانه قد يكون المسمى الذى يدعيه المستأجر اكثر من أجره المثل ، فلا بد من أن يؤخذ بمقتضى اقراره .

قال : ويحتمل القرعة بلا يمين

أقول : وجهه ما عرفت من اشكال الحال واما عدم اشتراط اليمين فلخلو بعض أخبار القرعة عنه ، لكن قد عرفت انه لا اشكال فى المقام بعد الرجوع الى العرف .

والثانى : ما عن موضع من المبسوط ، حيث فرق بين وقوع النزاع قبل انقضاء المدة وبعده ، وحكم بالتحالف فى الاول وتردد فى الثانى بين القرعة وبين تقديم قول المستأجر .

قلت : ولعل منشأ التردد فى الصورة الثانية بين القرعة التى قال بهافى الخلاف التى عرفت وجهها و بين تقديم قول المستأجر هو ما ذكرناه من نظر العرف ، لكن قد عرفت انه مع ملاحظة نظر العرف لا يبقى اشكال فى تقديم قول المستأجر مطلقاً .

ومما ذكرنا يظهر الحكم فى كل اختلاف يرجع الى الزيادة والنقصية وتحقق فيه نظر أهل العرف ... هذا كله فيما اذا عدما البينة .

حكم الاختلاف فى الاجرة مع البينة

قال المحقق قدس سره : « اذا اتفقا على استيجار دار معينة شهراً معينة واختلفا فى الاجرة وأقام كل منهما بينة بما قدره ، فان تقدم تأريخ احدهما

عمل به لان الثانى يكون باطلا ، وان كان التاريخ واحداً تحقق التعارض ، اذلا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين ، وحينئذ يقرع بينهما ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه .

هذا اختيار شيخنا فى المبسوط .

وقال آخر : يقضى ببينة الموجر ، لان القول قول المستأجر لو لم تكن بينة ، اذ هو يخالف على ما فى ذمة المستأجر فيكون القول قوله ، ومن كان القول قوله (١) كانت البينة فى طرف المدعى ، وحينئذ نقول : هو مدع زيادة وقد اقام البينة عليها فيجب أن تثبت .
وفى القولين تردد .

أقول : اذا كان لكل واحد من الموجر والمستأجر بينة بما يدعيه فتارة يتقدم تاريخ احدى البينتين للعقد واخرى يكون التاريخ واحداً .

فان كان الاول كأن قالت احدهما : قد وقع العقد فى شهر رمضان وقالت الاخرى : قد وقع فى شهر شوال عمل بالمتقدم وبطل المتأخر لانه يكون عقداً على معقود عليه من المتعاقدين كما كان وهو باطل...

وان كان الثانى - وهو اتحاد تاريخهما - أو كانت البينتان مطلقتين أو كانت احدهما مطلقة والاخرى مؤرخة وليس فى احدهما مرجح من المرجحات المذكورة سابقاً تحقق التعارض بين القولين ، اذلا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين ، وفى هذه الصورة قولان .

فالاول : هو القول بالقرعة مع اليمين ، وهو للشيخ فى المبسوط ، فمن خرج اسمه يحكم له مع يمينه ، سواء كان الموجر أو المستأجر ، للنصوص الصريحة الدالة على ذلك (٢) ، فان نكل الذى خرج اسمه عن اليمين احلف الآخر فان حلف

(١) فى متن المسالك : «ومن كان القول قوله مع عدم البينة كانت ...»

(٢) عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله البصرى عن أبى عبد الله (ع) قال : كان على (ع) اذا

أتاه رجلان [يختصمان] بشهود عدل لهم سواء وعددهم ، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين. ←

حكم له ، وان نكل فالوجوه المتقدمة من التنصيف أو وجوب دفع أقل الامرين او توقيف الحكم مع ما عرفت من الكلام فيها .

والثانى : هو القضاء بينة المؤجر وهو لابن ادريس وأكثر المتأخرين لما تقدم من أن قول المستأجر يتقدم فى حال عدم البينة ، وحيث أن البينة موجودة فانها تسمع من الطرف الآخر وهو الموجر ، والموجر يدعى انه قد آجر الدار بمائة وقد أقام البينة بها ، فيجب أن تثبت الخمسين الزائدة ، بناءً على حجية بينة الخارج دون الداخل كما هو المختار .

واما بناءً على حجية بينة الداخل والخارج معاً فانهما تتعارضان وتتساقدان فتعود الصورة كما لو عدما ها .

→ ثم يجعل الحق للذى تصير عليه اليمين اذا حلف .

وعن داود بن سرحان عن أبى عبدالله (ع) فى 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 زارة عن ابى جعفر عليه السلام قال قلت له : رجل شهد له رجلان بأن له عند رجل خمسين درهماً ، وجاء آخران فشهدا بأن له عنده مائة درهم كلهم شهدوا فى موقف . قال : أقرع بينهم ثم استحلف الذين أصابهم القرع بالله انهم يحلفون بالحق»

وعن داود بن أبى يزيد الطار عن بعض رجاله عن ابى عبدالله (ع) فى رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود أن هذه المرأة امرأة فلان ، وجاء آخران فشهدوا انها امرأة فلان ، فاعتدل الشهود و عدلوا . فقال : يقرع بينهم فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولى بها «

وسائل الشيعة ١٨٢/١٨ - ١٨٤ الباب الثانى عشر من أبواب كيفية الحكم . هذا وللشيخ قدس سره هنا فرع آخر هذا نصه : « ويفارق الالف والالفين ، لان من شهد بألف لا يعارض من شهد بألفين لجواز الصدق فيهما ، فلماذا لم يقع التعارض ، فأثبتنا الالف بأربعة والالف الزائد بشاهدين ، وليس كذلك ههنا ، لان العقد على البيت مرتين شهراً واحداً محال ، فلماذا تعارضتا ...» المبسوط ٢٦٤/٨

حكم الاختلاف فى العين المستأجرة ولائبنة .

قال المحقق قدس سره : « ولو ادعى استئجار دار فقال الموجر : بل آجرتك بيتاً منها ، قال الشيخ : يقرع بينهما ، و قيل : القول قول الموجر ، والاول أشبه لان كل واحد منهما مدع .

أقول : هذه صورة الاختلاف فى العين المستأجرة ، فتارة يختلفان فى ذاتها كأن يقول الموجر : آجرتك هذه الدار فيقول المستأجر : بل تلك ، فلا اشكال فى أن كلا منهما مبدع والحكم فيه التحالف ، واخرى يختلفان فيها زيادة ، ونقيصة ، كأن يدعى المستأجر استئجار الدار كلها فيقول الموجر . بل آجرتك بيتاً منها ، ففي هذه الصورة قولان أو ثلاثة ، فعن الشيخ قدس سره : يقرع بينهما نحو ما تقدم فى المسألة السابقة أو يتحالفان على قوله الآخر ، لكن المختار هو أن الموجر هو المنكر لان قوله موافق للاصل فعليه اليمين ، فان حلف ثبت قوله و الاجاء فيه التفصيل المتقدم .

أما المحقق قدس سره فقد اختار هنا القول الاول وهو القرعة مع ترده فى المسألة السابقة قال « لان كل واحد منهما مدع » لكن تعليله يقتضى التحالف لا القرعة .

حكم الاختلاف فى العين المستأجرة مع البئبنة .

هذا كله مع عدم وجود البئبنة للمستأجر المدعى ، فان كان واجداً لها وأقامها حكم له .

قال المحقق قدس سره : « ولو أقام كل منهما بيبة تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ » أو اطلاقها أو اطلاقها أو اطلاق احدهما ، واذا تحقق التعارض بينهما بالتساوى عدداً وعدالة و التأريخ واحد تساقطا و كان المرجع القرعة ، هذا بناء على حجبة بيبة الداخل كالخارج ، وأما بناءً على المختار من عدم حجبة بيبة الداخل فان بيبة المستأجر هى المسموعة ويحكم له على طبقها كما لو عدم الموجر البيبة . وفى كشف اللثام : « و يحكم بالقرعة مع اليمين ، فان نكلا فالظاهر أن

البيت لما اتفقا على اجارته فهو في اجارته الى ان تمضى المدة ويقسمان 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 يدعي كون الباقي كله له ، لان المستأجر يدعي أنه قد أعطى المائة مثلاً في مقابل الدار كلها ، والموجر يدعي 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 يقابله ، فان اراد كاشف اللثام هذا المعنى لم يرد عليه ما أشكل عليه في الجواهر بقوله : « ان المتجه في الاول ثبوت الاجرة مع قسمة ما فيه النزاع بالنصف نعم يتجه أجرة المثل في الاخير ، لوقوع التصرف فيه بلا أجرة ويمكن القول هنا بالقرعة بلايمين ، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض كما سمعته في المسألة الثانية بل لعله هنا أولى » .

وفي الدروس : « فان اتحد التاريخ أعمالنا 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 كليتهما فقد « سقطنا » بالتعارض فتعود كمالو عدماها ، ويأتي فيها الوجوه المذكورة هناك ، ويحتمل وجه آخر وهو القرعة مع اليمين .
هذا كله مع اتحاد تاريخ البيتين . . .

قال المحقق : « ومع التفاوت يحكم للاقدم ، لكن ان كان الاقدم بينة البيت حكم باجارة البيت بأجرته وباجارة بقية الدار بالنسبة من الاجرة »
أقول : انه مع التفاوت في التاريخ فان كان المتقدم تاريخ بينة الدار كلها بطلت اجارة البيت لما تقدم سابقاً ، وان كان المتقدم تاريخ بينة البيت حكم باجارة البيت

بالاجرة المسماة و باجارة بقية الدار بالنسبة من الاجرة لبطلان ماقابل البيت المفروض تقدم اجارته من تلك الدار و صحة البقية ، فلو كان مال الاجارة المتفق عليه مائة دينار غير أن المستأجر يدعى ان المائة اجرة كل الدار والموَجَر يدعى انها اجرة البيت فقط المفروض كونه مساوياً لنصف اجرة الدار و كان المتقدم تاريخ بيئته البيت يثبت على المستأجر مائة وخمسون ديناراً ، المائة اجرة البيت بينة الموَجَر و الخمسون في مقابل بقية الدار بينة المستأجر .

قال في الجواهر : ولاينا في ذلك خروجه عن دعواها التي هي وقوع عقد واحد منهما ، و كون العوض فيه عشرة ، و انما الاختلاف فيما تضمنه في مقابلة العشرة الدار أو البيت ، لان الثابت في الشرع حجية بينتهما لادعواهما ، وقد اقتضتا ما عرفت ، فينبغي العمل به ، لاحتمال كونه الواقع و ان خرج عن دعواهما معاً ، كما سمعته في تنصيف العين التي ادعى كل منهما انها له وهي في أيديهما ، وتسمعه في غيره بل قد يقال بوجوب العمل بكل منهما وان علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد في اعمالهما عن الواقع فضلاً عن دعواهما مع احتمال الواقع .

حكم مالو ادعى اثنان شراء دار وهي في يد البائع

قال المحقق قده : «ولو ادعى كل منهما أنه اشترى داراً معينة وأقبض الثمن وهي في يد البائع فضى بالقرعة مع تساوي البيئتين عدالة وعدداً وتاريخاً وحكم لمن يخرج اسمه مع بمينه»

أقول : اذا ادعى كل منهما شراء دار معينة من مال كها وايفاء الثمن وهي بعد في يد البائع فان كانا واجدين للبيئتين فتارة يتقدم تأريخ احدى البيئتين ، و حينئذ يحكم لصاحبها ويدفع الثمن للآخر ، قال كاشف اللثام : «وان امكن أن يكون باعها من الاول ثم اشترىها ثم باعها من الثاني ، لحصول الجمع بين البيئتين ببيعها من الثاني وان لم يشترها لجواز بيع ملك الغير ، لكن اذا لم يجزه انفسخ واستقر عليه الثمن» وأخرى : يتفقان تاريخاً فان كان في احدهما شيء من المرجحات فهو ، وان تساوتا

عدالة وعدداً أقرع بينهما وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه ، فان نكل أحلف الاخر فان نكل كذلك قسمت الدار بينهما ورجع كل منهما بنصف الثمن .

وان عدما البينة فهناصور : الاولى : أن يكذب المدعى عليه - وهو صاحب الدار - كليهما ، و حينئذ يحلف لكل منهما و يندفعان عنه ، فان نكل فالقولان السابقان من الحكم بالنكول او الرد ثم الحلف والحكم . الثانية : ان يصدق أحدهما ويكذب الاخر ، فأما الذى صدقه فتسلم 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 الثانى أيضاً بعد تصديق الاول وتسليم الدار اليه وهل ان تصديق المدعى الاول المستتبع لدفع الدار اليه اتلاف لمال المدعى الثانى ؟ ان كان 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 بنفس العقد . لكن الاشكال فى كون ذلك مصداقاً للتلف ، من جهة أن البائع ينكر أصل البيع للثانى فكيف يكون اقراره للاول اتلافاً ؟

وأما فى الجواهر « وحلف للاخر (١) ان لم نقل ان الاقرار بها قبل القبض بمنزلة التلف لافة سماوية ... نعم لو قلنا ان الاقرار قبل القبض اتلاف كالافة السماوية لم يتوجه له اليمين حينئذ وان كان هو كما ترى » ففيه : ان كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع يشمل اتلاف البائع نفسه بل يكون حينئذ من مال البائع بالاولوية . وكيف كان فعلى القول بعدم انفساخ العقد الثانى توجهت اليمين واما على

القول بشمول « كل مبيع . . . » لاتلاف البائع فالانفساخ متحقق .

لكن الصحيح هو توجه اليمين على البائع فى محل الكلام لماذا كرنا من عدم صدق الاتلاف بالاقرار مع انكار أصل البيع .

(١) فى الجواهر المطبوع : وان لم نقل لكن الواو زائدة . كذا أفاد السيد الاستاذ

الثالثة : أن يصدق كليهما معاً ، فالحكم حينئذ هو تنصيب الدار مع يمينهما اذ تكون كالعين الخارجية التي وقع النزاع عليها وهي في يد المتنازعين ، لانه مع اقرار البائع لهما تكون يده بمنزلة يديهما ، ثم ان صدقهما في أخذ الثمن منهما استرجع لكل واحد نصف مادفع اليه .

الرابعة أن يصدق كل واحد في النصف ، فيحكم بالنصف لكل منهما مع حلفه له على انكار النصف الاخر - فان كان مقرأ بأخذ كل الثمن من كل واحد وجب ارجاع النصف والأحلف على انكار أخذ الكل ، فان نكل وحلف المدعى أخذ منه الخامسة أن يقول : لا اعلم لمن هي منكما ، فيكون اقراراً بأنها ليست له ، وحينئذ تكون كالعين التي تنازع عليها اثنان مثلاً وليس لاحدهما عليها يد ، وفيها أقوال : احدها : الحكم بالتنصيب ، والثاني القرعة مع اليمين ، والثالث : القرعة بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفا معاً .

وهل يقبل قول البائع لاحدهما ؟

قال المحقق قدس سره : «ولا يقبل قول البائع لاحدهما و يلزمه اعادة الثمن على الاخر ، لان قبض الثمنين ممكن ، فتزدحم البيئتان فيه»
أقول : وحيث تساوت البيئتان وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه فهل يقبل قول البائع لاحدهما لان كان بعد الحكم ، لانه حينئذ تزول يده وترتفع فلا اعتبار لاقاره لكن في كشف اللثام : «ويحتمل القبول ، فيكون المقر له ذا اليد فتقدم بينته أو بينة الاخر على الخلاف» وفيه - كما في الجواهر - أن جزم المحقق قده وغيره بعدم قبول قول البائع مبنى على ان ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعة وبعد انتزاع الدار من البائع بالبيئتين ، فانهما وان اختلفتا في تعيين المالك لكنهما متوافقتان على تحقق البيع لاحدهما و خروج الدار به عن ملك البائع ، فلا وجه للاحتمال المزبور .

وعلى كل حال يلزم البائع اعادة الثمن على المدعى الاخر الذي لم تكن له

الدار ، لان قبض البائع الثمنين من المدعيين ممكن فتزدهم - أى تجتمع - البيئتان فيه كما اجتمعنا فى خروج الدار عن ملك البائع بخلاف عقد البيع حيث قامت كل واحدة منهما على وقوعه مع كل واحد منهما دون الاخر ولونكل من خرج اسمه بالقرعة حلف الاخر كما تقدم قال المحقق : « ولونكلا عن اليمين قسمت بينهما ويرجع كل منهما بنصف الثمن » .

أى : ولو نكل من أخرجه القرعة والطرف الاخر عن اليمين قسمت الدار بينهما على النصف لما تقدم من انه الحكم بالعدل ، وعلى البائع ارجاع نصف كل من الثمنين الى كل من المدعيين ، وليس له انكار الاخذ لاثبات البيئتين ذلك و قال كاشف اللثام : « الا اذا اعترفا او اعترف أحدهما أو شهدت بنيتاهما أو احدهما بقبض المبيع ، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهادة بينة لم يكن له الرجوع عليه بشىء من الثمن ، لثبوت استحقاقه له بالاقرار أو بالبينة ، غاية الامر انه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك »

وقد سبقه الى ذلك الشهيد الثانى فى المسالك فانه قال فى المسألة الآتية : « وحيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذلك اذ لم تتعرض البينة لقبض المبيع ولا اعترف به المدعى ، والا فاجرى القبض استقر العقد وما يحدث بعده فليس على البائع عهده » .

وسبقهما اليه العلامة فى التحرير (١) .

واعترضه فى الجواهر بقوله : « وفيه ان الاعتراف بالقبض أو ثبوته بالبينة لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينة كما هو واضح

(١) حيث قال : « ولونكلا قسمت العين بينهما و ليس لاحدهما الرجوع على بايعه بشىء ان كانا قد اعترفا بقبض السلعة من البائع لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع » ٢ / ١٩٨ .

اللهم الا ان يقال : ان عدم الرجوع بعد القبض لتركهما اليمين باختيارهما . ولكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل ، بل لا يتم فيما سمعته من كشف اللثام اخيراً على ان ترك اليمين ان كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده .

أقول : و الاقرب هو الاول ، فلو اشترى مالا من بائع وقبضه واقبض الثمن ثم تركه أمانة عند البائع فأقام رجل البينة لدى الحاكم على أنه قد اشترى المال منه وحكم الحاكم بدفع المال اليه لم يكن للمشتري الاول مطالبة البائع بالمال ولا بالثمن لانه مال قد تلف بعد القبض فهو من مالكة لامن مال البائع . نعم لو كانت العين باقية عند البائع من دون اذن المشتري فهو لها ضامن لكن بدليل : « على اليد ما اخذت حتى تؤدى » وهنا بحث آخر .

و قول صاحب الجواهر : « ان الاعتراف ... لا ينافي الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينة » .

فيه انه خروج عن فرض القوم و هو الاعتماد على اقرار المشتري و لم ينكشف خلاف .

و قوله : « على أن ترك اليمين ان كان مقتضياً 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 مستنداً الى المشتري والا فيكون في ماله ... الا ان في صدق « الاتلاف » على النكول عن اليمين « تأملا .

وهل لهما الفسخ ؟

قال المحقق قده : وهل لهما أن يفسخا ؟ الاقرب : نعم لتبعض المبيع قبل قبضه » .

أقول : و كيف كان فهل لهما مع تقسيم الدارينهما أن يفسخا البيع الذى

ثبت لكل منهما بالبينة؟ قال المحقق: « نعم لتبعض المبيع قبل قبضه » .

ووجه العدم : ان التبعض جاء من قبلهما .

قلت: لكن ليس المورد من تبعض الصفقة لان ذلك يكون في العقد لا القبض فاذا وقع العقد على شيئين بصورة الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكاً للبائع ، فيبطل العقد بالنسبة اليه ، و يجوز للمشتري ان يفسخ المعاملة بالنسبة الى الآخر ، وهذا معنى تبعض الصفقة .

و أما اذا كان العقد صحيحاً بالنسبة الى كلا الجزئين ، فسلم أحدهما دون الآخر ، فلا خيار ، بل يلزم البائع بتسليم الآخر .

و هنا تكون احدى المعاملتين باطلة في الواقع ، لان الذي وقع له البيع يملك الكل ومن لم يقع له فلا شيء له . غير أنه لما كان الواقع مجهولاً وقد حكم الحاكم بالبينة بالتنصيف يكون لكل نصف ، فيكون نظير درهم الودعي . . . فالاصح هو العدم وبناء على الفسخ فلو فسخا كانت العين للبائع ورجع كل واحد منهما عليه بالثمن كله .

حكم ما لو فسخ أحدهما دون الآخر

قال المحقق: « و لو فسخ أحدهما كان الآخر أخذ الجميع لعدم المزاحم وفي لزوم ذلك عليه تردد أقربه للزوم » .

أقول: ولو فسخ أحدهما فهنا فرعان الاول انه لو فسخ أحدهما فهل للآخر أخذ جميع الدار أم لا؟ فيه قولان ، ذهب المحقق قدس سره الى الاول ، واستدل له بقوله « لعدم المزاحم » أى : لانه كان يدعى شراء جميع الدار من البائع و قد أقام البينة على ذلك ، لكن عارضه دعوى الآخر وبينته وحيث فسخ ذلك ما كان يدعيه من العقد فقد بقى هذا بلا مزاحم فكان له أخذ الجميع الذي كان يدعيه .

وقد حكى الثانى عن الشيخ قدس سره ، ووجهه هو : أن الحاكم قد قضى

له بنصف الدار دون النصف الآخر فلا يعود اليه .

وفيه : ان مقتضى البينة هو الجميع لكن منعه عن أخذه المدعى الآخر الذي ادعى شراء الجميع كذلك ، الامر الذي سبب حكم الحاكم بالتنصيف لكن مع فسخ الآخر يرتفع المانع فيؤثر المقتضى أثره .

وقد نسب الشهيد في الدروس الى الشيخ القول بالفرق بين كون الآخذ الاول أو الثاني حيث قال : « ولو فسخ أحدهما فلآخر الجميع وفيه أوجه ثالثها وهو مختار الشيخ في المبسوط : الفرق بين كون الآخذ الاول أو الثاني ، لان القضاء للاول بالنصف اذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه بأخذ الجميع ، ومعنى بالاول الذي فاتحه القاضي بتسليم النصف فرضي بخلاف ما اذا فسخ المفاتيح فان الثاني يأخذ الجميع قطعاً لايجاب بينة الجميع ما لم ينازع .

«والاقرب أن لكل منهما الآخذ»

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 جمعاً بين البينتين ، ومع فرض الفسخ استقلت بينة الآخر بكون الجميع له بلا معارض ، بل المتجه صيرورة ذلك له قهراً عليه لانه مقتضى دعواه وبينته» .

والثاني : انه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب ؟ وجهان من وجود المقتضى وعدم المانع كما عرفت مع انتفاء المقتضى للخيار وهو تبعض الصفة ، ومن استحباب الخيار الثابت له قبل الفسخ ، ومن هنا تردد المحقق قدس سره ، لكن قال : «أقربه اللزوم» واستدل له صاحب الجواهر بالاصل وهو اصاله اللزوم 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 ، لالما ذكره الشيخ قده بل لان النصف الثاني يصير بعد الفسخ الى ملك البائع - لانه يعود الى ملكه كما كان

حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينة الاخر بكون الجميع له بلا معارض - بل هو ملك جديد يصير الى البائع بالفسخ فليس للاخر أخذ هذا النصف - وما ذكرنا نظير ماذا باع أحد الشريكين نصفه الواقع اليه بحكم الحاكم الى البائع ، فانه ملك جديد للبائع بسبب جديد ، فلا يجوز للاخر ان يدعى عليه هذا النصف ايضا .

فان قيل : تحقق الملك الجديد للبائع بسبب البيع واضح وليس الفسخ كذلك ، بل اثره في محل الكلام كون المعاملة بالنسبة الى هذا النصف الذى وقع الفسخ فيه كالعدم ، فلاخر المطالبة به بمقتضى بينته .

قلت : لا اشكال - بل الظاهر أنه لا خلاف - فى أنه يتحقق الملك للبائع بالفسخ من حينه ولذا يكون النماء الحاصل بين العقد والفسخ للمشتري فيكون الشيء ملكه له مرة اخرى بعد بيعه اياه .

ومن هنا وقع الكلام فى تأثير اجازة المالك لبيع الفضولى ان كان مالكا للمال حين الاجازة لحين العقد ، والصحيح عدم كفاية هذا التملك فى انفاذ البيع بالاجازة . على ان الفسخ من آثار التعارض فكيف يكون نافياً للتعارض ؟

والحاصل انه ليس للاخر اخذ الجميع لان المزاحمة قد ارتفعت بالفسخ من حينه والتي كانت من حين العقد لم ترتفع بهذا الفسخ .

هذا كله اذا كانت العين فى يد البائع .

ولو كانت فى يدهما فتارة لابينة وحينئذ يقضى بها له وعليه اليمين للاخر .

وأخرى يقيمان البينة وحينئذ يحكم للخارج على رأى وللداخل على آخر وقد تقدم .

حكيم مالوادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما .

قال المحقق قدس سره : «ولو ادعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كل منهما هذا

المبيع وأقام كل منهما بينة ، فان اعترف لاحدهما قضى عليه بالثمن ، وكذا ان

اعترف لهما قضى عليه بالثمنين ، وان أنكر وكان التاريخ مختلفاً او مطلقاً قضى

بالثمنين جميعاً لمكان الاحتمال» .

أقول : هذه المسألة عكس المسألة السابقة ، فلو ادعى ائنان أن ثالثاً اشترى 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 ممكن ، كأن يكون قد اشترى العين من أحدهما ثم باعه من الآخر ثم اشترى ، أو باعه لرابع فباعه الرابع من المدعى الآخر فاشترى المشتري منه .

وإن لم يعترف مطلقاً وأقام كل واحد منهما بينة فانكرهما فتارة يختلف تاريخ البيئتين أو تكونان مطلقتين وأخرى يكون التاريخ واحداً ، فإن اختلف أو كانتا مطلقتين قضى عليه بالثمنين ، لما تقدم من إمكان شرائه العين من أحدهما ثم بيعه من الآخر - أو من رابع فباعه من الآخر - ثم شرائه منه ومهما أمكن الجمع بين البيئتين وجب بخلاف المسألة السابقة ، لما قبل من أن الشراء لا يجوز للملك نفسه والبيع يجوز للملك غيره ولو فضولاً .

وفيه كما في الجواهر إن الاحتمال في الشراء لمال نفسه فضولاً عن الغير ممكن أيضاً ، كأن يشتري العين من أحدهما ثم يوكل زبداً في بيعه من الغير ثم اشترى فضولاً من الغير .

هذا مع أنه لا أثر لهذا الشراء عن الغير لأن المفروض عدم أخذه شيئاً عن الغير .

فالاولى في وجه الفرق ما ذكره في الجواهر من أنه اتحاد المدعى به في المسألة السابقة وهو شراء المبيع من مالكه إلا أنه لم يعلم السابق منهما 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 أن تكون بجميعها لائنين ، هذا في

تلك المسألة ، أما فى المقام فالمدعى به هو الثمنان من جهة تعدد العقد وان كانت العين واحدة ، فاذا تكرر العقد تكرر الثمن لامكان الشراء ثم البيع والشراء كما عرفت أما المبيع فلا يتكرر بتكرر البيع . فظهر امكان الجمع بين البيئتين هنا وعدم امكانه هناك .

نعم لو كان الثمن شيئاً معيناً خاصاً وكل منهما قد ادعاه بسبب كونه البائع لثمنه وأقام كل واحد بينة تحقق التعارض ولومع اطلاق البيئتين هذا .
وفى المسالك : ويحتمل كونهما حينئذ كالمؤرختين بتاريخ واحد لانهما ربما شهدتا على البيع فى وقت واحد والاصل براءة ذمة المشتري فلا يؤخذ الا باليقين «قال فى الجواهر: ولعله لذا كان المحكى عن ظاهر الشيخ التردد» .
لكن فيه - كما فى الجواهر- أن البينة ظاهرة فى تعدد البيع والاصل تعدد المسبب بتعدد سببه .

قال المحقق : «ولو كان التاريخ واحداً تحقق التعارض اذ لا يكون الملك الواحد لاثنتين ، ولا يمكن ايقاع عقدين فى الزمان الواحد ، فيقرع بينهما ، فمن خرج اسمه أحلف وقضى له» .

أقول : ودليل القرعة ماتقدم ذكره سابقاً من النص والفتوى على أن القرعة حكم البيئتين المتعارضتين بعد فقد الترجيح بينهما بأحد المرجحات المذكورة هناك ، فمن خرج اسمه أحلف وقضى له بالثمن الذى شهدت به البينة فان امتنع أحلف الاخر وقضى له كذلك .

قال : «ولو امتنعنا من اليمين قسم الثمن بينهما» .

أى : لو امتنع من خرج اسمه بالقرعة ، فردت على الاخر فامتنع كذلك ، قسم الثمن بينهما ان كان قابلاً للتقسيم ، والا فلكل واحد من المدعيين نصف مادعاه من الثمن .

وقد تقدم فى نظير المسألة احتمالات أخرى .

حكم مالو ادعى 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 بينتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ فالتعارض متحقق» .

أقول : في هذه المسألة لو صدق البائعان المشتريين أو صدق أحدهما من يدعى الشراء منه وجب على المصدق تسليم العين أو ارجاع الثمن الذي أخذه .

ومع عدم التصديق فلو أقاما بينتين فان كانت احداهما ارجح أو كان تاريخها أقدم من الاخرى حكم لصاحبها دون الاخر، فان كانتا بينتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ فالتعارض متحقق .

«فحينئذ يقضى بالقرعة ويحلف من خرج اسمه ويقضى له» بالعين ويرجع المشتري الاخر على بائعه بالثمن .

فان نكل من خرج اسمه أحلف الاخر «ولونكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما» على السوية . وقد عرفت وجود احتمالين آخرين وهما القسمة بلاقرعة ، والتساقط للبينتين والتنصيف كذلك واذا قسم المبيع كذلك .

هذا اذا كانت العين في يد البائعين .

ولو كانت العين بيد المشتريين فلكل واحد منهما يدعى النصف فتكون بينة كل بالنسبة الى النصف الذي بيده بينة الداخل وبالنسبة الى النصف الاخر بينة الخارج ، وكيف كان فالحكم هو التنصيف .

ولو كانت بيد أحدهما بنى على تقديم بينة الداخل أو الخارج، وحيث يقضى لاحدهما يرجع الاخر بالثمن ، كما يبتنى الحكم على ما ذكر فيما لو صدق أحد البائعين مشتريه فانه يوجب كونه زايد ، ومع تصديق كليهما يكون كل واحد منهما زايد والحكم حينئذ هو التنصيف كما لو عدما معاً البينة .

وحيث يحكم بالتنصيف يرجع كل واحد بنصف الثمن كما قال المحقق قده

ورجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن» .

وهل لهما الفسخ ؟

ثم قال: «ولها الفسخ والرجوع بالثمنين»

أقول : وجه الفسخ هو دعوى تبعض الصفقة ، وقد عرفت ما فيها ، وبناءاً على ما ذكرنا سابقاً يكون النصف الآخر كالتالف وهو من مال بائعه وللمشتري المطالبة بنصف الثمن .

وقد جوز كاشف اللثام الفسخ بشرط عدم الاعتراف بكون التلف بعد القبض . وقد ذكرنا انه ان كان التلف بعد القبض موجباً للتبعض بأن تكون البينة كاشفة عن كون العين مستحقة الغير حين العقد كما يقول صاحب الجواهر كان له الفسخ والرجوع ، لكن قد عرفت ان ذلك غير تام .

والحاصل انه لا يجوز الفسخ ، وبناءاً على جوازه لم يجز للآخر أخذ الجميع كما نص عليه المحقق حيث قال : « ولو فسخ احدهما جاز ولم يكن للآخر أخذ الجميع ، لان النصف الآخر لم يرجع الى بائعه » لان المفروض كون النصف الآخر للبائع الثاني .

وحيث يعترف المشتري بكون التلف بعد القبض لم يكن له خيار الفسخ ، لأن المال له والتلف في ماله . نعم له الفسخ بناءً على كونه من تبعض الصفقة . هذا وفي الجواهر : انه قد يتوهم من اقتصار المصنف في التعارض على الصورة المزبورة عدمه في غيرها ، مع ان الظاهر تحقق ذلك أيضاً في صورة الاطلاق ، اذ هي كغيرها من صور الاطلاقات السابقة ، بل وكذا لو اطلقت احدهما وارخت الاخرى بناءً على عدم الحكم بتأخر مجهول التاريخ عن معلومه كما حرر في محله . نعم لو كانا مؤرخين بتاريخين مختلفين ففيه البحث السابق في تقديم الملك السابق وعدمه .

أقول : قد عرفت في المسألة السابقة قول المحقق قدس سره بالقضاء بالثمنين جميعاً

فى صورة اختلاف البيئتين فى التاريخ أو اطلاقهما قال : «لمكان الاحتمال وامكان الجمع بين البيئتين ، وقد وافقه صاحب الجواهر قدس سره واشكل على المسالك القائل بالتعارض والحكم بالتنصيف أخذاً بالقدر المتيقن وان الاصل براءة المشتري يعنى : انه ان كان الجمع ممكناً فهو أولى ، لكنه يكون فى صورة كون الشهادتين مبنيتين ، أما مع اجمالهما فلا (فيكون نظير ما اذا قامت البيئة على أن أحد هذين الشخصين هو المتلف لمال لزيد فانه يجرى فى حق كل منهما اصالة البراءة فلا يلزم احدهما بشئ*) وحيث يكون مجعلاً يؤخذ بالمتيقن ويجرى الاصل فى غيره.. فاشكل عليه فى الجواهر بان البيئة ظاهرة فى التعدد والاصل بتعدد المسبب بتعدد سببه . . . فقوله هنا بأن الظاهر تحقق ذلك أمضاً فى صورة الاطلاق ينافى ما ذكره هناك ، فما عبر عنه بالتوهم هو الصحيح .

ولو شهدت احدهما بوقوع البيع يوم الخميس والاخرى بوقوعه يوم الجمعة فالمتأخر باطل ان كان البيع واحداً ، والا فان أمكن الجمع فهو والا كان الثانى باطلا .

ثم انه يلزم ان تكون الشهادة على الملك ، ولذا لا تسمع دعوى الشراء من زيد حتى لو أقام البيئة ، بل يلزم ان تكون الدعوى والشهادة كلتاهما مشتملتين على شراء العين منه وأنها ملك له ، اذ يجوز - فى مفروض المسألة هنا - ان يكون قد اشترى احدهما العين للآخر وان يكون باعها أحد الباعين وكالة عن الآخر أو فضولاً ، وهذا ما ذكره العلامة فى القواعد والشهيد الثانى فى المسالك قال : وسيأتى اختيار المصنف اياه وكأنه تركه هنا تكالاف عليه . . . وبالجملة انه يشترط أن يكون المدعى و المشهود به هو الشراء من المالك ، سواء ثبتت ملكية البائع باليد أو بالبيئة (١) . . .

(١) هذا اشارة الى عبارة المسالك التى اوردها صاحب الجواهر وقال بأنها تطويل

حكيم ما لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر شراءه من المولى .
قال المحقق قدس سره : «ولو ادعى عبد أن مولاه اعتقه وادعى آخر أن
مولاه باعه منه وأقاما البينة قضى لاسبق البينتين تأريحاً، فان اتفقتا 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 يد... فان لم تكن لأحدهما بينة وكذبهما المولى
حلف لهما ييمينين لأنه المدعى عليه ، ان صدق أحدهما وكذب الآخر قضى لمن
صدقه وهل يحلف لمن كذبه أولاً؟ قولان ذهب العلامة الى الأول والشهيد الثاني وكاشف
اللثام الى الثاني تبعاً للمبسوط ، ومنشأ الاختلاف هو ترتب الأثر على هذه
اليمين وعدمه ، فهو نزاع صغرى ، لانهم متفقون على أن اليمين على الإنكار انما
تكون فيما إذا كان للاقرار أثر في ذلك المورد، قال كاشف اللثام : «والحق ما في
المبسوط من أنه ان صدق المشتري لم يحلف للعبد ، لانه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم
يقبل لكونه اقراراً في حق الغير ولم يلزمه غرم ، وكذا ان صدق العبد لم يحلف
للمشتري ، لانه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالاتلاف قبل القبض وهو كالألفه
السماوية في انفساخ البيع به، نعم ان ادعى عليه قبض الثمن حلف له ان أنكره» .
وقد وافق صاحب الجواهر العلامة وصور الثمرة في المسألة حيث قال :
«وفيه منع عدم توجه اليمين للمشتري ، مع اقراره المستخرج باليمين يكون من
الحيلولة لا التلف فيغرم له القيمة، ولذا جزموا في المسألة السابقة وهي دعوى الاثنين
شراء العين من شخص هي في يده 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

«البينة الخ». وفائدته ثبوت الحرية في حقه على وجه لو انتقل اليه بعد ذلك بارت وغيره يحكم بحريته ان لم نقل بوجوب شرائه فعلاً عليه كما عن بعضهم التصريح به ، والا كانت الثمرة واضحة .

هذا كله مع عدم البينة ومع وجود البينة يقضى لمن أقامها ، وان اقامها معاً فان كانت احدهما أرجح أو أقدم تاريخاً قضى لها ، وان اتفقتا في العدد والعدالة والتاريخ قضى بالقرعة فمن خرج اسمه حكم له بيمينه ، فان نكل حلف الآخر وقضى له .

«ولو امتنع من اليمين قيل يكون نصفه حراً ونصفه رقاً لمدعى الابتياح ، ويرجع بنصف الثمن» لادلة التنصيف المذكورة سابقاً (١) وقد تأمل صاحب الجواهر في شمول تلك الأدلة لمثل الفرض الذي أحد طرفيه المملك والآخر الحرية ، وحينئذ يكون الحكم لمن أخرجه القرعة، أى يقترع على الملكية لمدعى الشراء والحرية للعبد (٢) . وعلى الاول - وهو قول الشيخ وجماعة - يرجع المشتري بنصف الثمن الذى أقبضه المولى .

وهل للمولى خيار الفسخ

وهل يكون للمولى خيار الفسخ؟ قالوا : نعم لتبعض المصنفه ، وقد قلنا سابقاً بان التبعض الموجب للخيار غير صادق هنا ، لانه كالتلف 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 بمباشرة عتقه» فهنا فرعان ، أحدهما انه لو فسخ مدعى الشراء يرجع على المولى بكل الثمن ، وحينئذ يعتق العبد كله لزال المزاحم البينة القائمة على ان المولى اعتمقه والثاني : انه لو لم يفسخ المشتري

(١) راجع الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى .

(٢) لقد ذكرنا في محله أن التنصيف يكون في كل مورد يقبله .

فهل يقوم العبد على البائع ان كان موسراً أولاً؟ قال المحقق : الاقرب : نعم لشهادة البيعة بمباشرة عتقه» فيتم شرط السراية . وقد وافقه على ذلك المسالك والجواهر . وفي المسالك عن الشهيد الاعتراض على ذلك «بأن الواقع في نفس الامر اما العتق او الشراء أو ليس احدهما ، وأيما كان امتنع معه التقويم على المالك والسراية ، اما على تقدير العتق فلان يكون للمجموع ومع عتق المجموع لابعض موجود حتى يقوم . واما على تقدير الشراء فلانه ايضاً للجميع فلا سبب للتقويم ، اذ السبب عتق البعض وهو منتف ، ومنهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما » .

أقول : وفي الدروس اشكال آخر ايضاً حيث قال : «ولانه عتق قهري فلا يقوم عليه » اي أن شرط التقويم والسراية هو ان يكون عتقه للنصف بالاختيار بناء على أن الموجب القهري كالارث لا يوجب السراية وهنا الاختيار منتف لان بيعة العبد شهدت بعتق الكل ، وحرية بعضه كانت بحكم الحاكم لا باختيار المولى فلامورد للسراية .

لكن يمكن الجواب عنه بتحقيق الاختيار هنا ، لانه مع شهادة بيعة العبد بعتق الكل فقد اعتق النصف ، فان مبني تبعض الصفقة هو ان من باع الكل فقد باع البعض والالم بتحقيق التبعض في مورد ، فظهر انه قد باع النصف بالاختيار لكن التبعض تحقق بحكم الحاكم بمقتضى البيعتين لانه امر انتزاعي منشأه هنا الحكم المذكور . وأما اشكاله الاخر المبني على العلم الاجمالي في المقام فقد أجابوا عنه بأن مخالفة العلم الاجمالي مخالفة احتمالية لامانع منها ، ولو غسل يده المتنجسة بماء مشكوك الطهارة فانه يستصحب طهارة الماء ونجاسة اليد معاً ولا مخالفة قطعية للعلم الاجمالي ، وفيما نحن فيه وان علمنا بان العبد اما مملوك كله - للمولى او للمشتري واما حر كله والحكم بالتنصيف يخالف العلم المذكور ، لكن لا يلزم من ذلك مخالفة قطعية من المشتري والعبد . نعم الحاكم يعلم بأن حكمه مخالف للواقع ، الا انسا ملزمون بمتابعة حكمه رعاية لمصلحة رفع الخصومة وفصل النزاع .

هذا ولو حصل لنا العلم بعدم وجوب شراء النصف من المشتري - لانه اما كله ملك للمشتري واما كله حر فيحصل العلم التفصيلي بعدم وجوب شراء المولى النصف من المشتري ولا تقتضى ظواهر الادلة ذلك ، بل يتوقف القول به على قيام دليل آخر . وهذا الشكل آخر .

ولو كان العبد في يد المشتري فان قدمنا بينة الداخل حكم له وان قدمنا بينة الخارج حكم بالعتق لان العبد خارج قاله في الجواهر تبعاً للدروس لكن تقدمنا القول بان ذاليد هو المولى وان كان بيد المشتري .

لا يقال تقدم بينة العبد لان له يداً على نفسه ان قدمنا الداخل والا قدمت بينة الشراء لاننا نقول انما يصير له يد بالعتق وثبوت الحرية ، وقد نسب في الجواهر القول المذكور الى بعض العامة .

(مسائل)

(الاولى : لو شهد للمدعى بملكية الدابة مندمدة فكذبتها سنهها)

قال المحقق قدس سره : «لو شهد للمدعى بأن الدابة ملكه منذ مدة فدلّت سنهها على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر سقطت البينة لتحقق كذبها» .

أقول : لو شهدت البينة للمدعى ملكية الدابة بأنها ملكه منذ خمس سنوات مثلاً فدلّت سنهها على كون عمرها أقل من تلك المدة دلالة قطعية ، أو شهدت بأنها نتجت عند المدعى منذ خمس سنوات فدلّت سنهادلالة قطعية على ان عمرها أكثر من تلك المدة سقطت البينة عن الحجية لتحقق كذبها .

أما لو كانت الدلالة على الاقلية أو الاكثرية ظنية لا قطعية ففي الجواهر : لا ينبغي التأمل في عدم معارضة الظن للشهادة التعبدية . . . ولا اظنه قولا لاحد .

لكن عن بعض نسخ الشرائع «قطعاً أو أكثرياً» وهي التي شرحها في المسالك فقال : «أما على تقدير كون الدلالة قطعية فواضح لان الكذب حينئذ قطعي ، واما على تقدير الاكثرية فالدلالة ظنية ، ويشكل معارضتها للحاكم الظاهر من عدالة الشاهد . و في التحرير اقتصر في الحكم بسقوط البينة على الدلالة القطعية وهو أولى» وكيف كان فالصحيح ما ذكره في الجواهر ، انما الكلام في بطلان البينة مطلقاً أو في خصوص ما كذبت؟ قال : الظاهر الثاني . قلت : بل الاول ، اذ لاعرفية لبينة يسقط بعض مدلولها بتكذيب السن له ويبقى البعض الاخر .

(المسألة الثانية)

(لو شهدت بالشراء ولم تشهد بالملكية أو التسليم)

قال المحقق : « اذا ادعى دابة فى يد زيد وأقام بينة انه اشتراها من عمرو ، فان شهدت بالملكية مع ذلك للبائع او للمشتري أو بالتسليم قضى للمدعى وان شهدت بالشراء لاغير قيل : لا يحكم ، لان ذلك قد يفعل فيما ليس بملك ، فلا تدفع اليد المعلومة بالمظنون وهو قوى وقيل : يقضى له ، لان الشراء دلالة على التصرف السابق الدالة على الملكية » .

أقول : لا كلام فى ترتب 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 وهى الان ملك لزيد ، أو بالتسليم من عمرو لزيد بأن قالت : نشهد بشراء زيد هذه الدابة من عمرو وتسليم عمرو اياها لزيد .

انما الكلام فيما اذا تجردت الشهادة عن ذلك ، بأن شهدت بالشراء لاغير ، ففى المسألة قولان ، و كلاهما للشيخ قدس سره ، أولهما وهو العدم قوله فى المبسوط واختاره المحقق والاكثر كما فى المسالك والثانى وهو القبول قوله فى الخلاف ووافقته العلامة فى المختلف .

توضيح دليل الاول هو : ان هذه الشهادة لاتدل على الملكية لا بالمطابقة ولا

بالالتزام ، أما مع اضافة الملكية فالدلالة تامة بالالتزام ، ومع اضافة التسليم توجد دلالة التزامية على أمر هو أمانة على الملك ، لان التسليم أمانة على اليد التي هي امانة على الملكية .

وتوضيح دليل الثانى هو: ان الشراء يكشف عن التصرف السابق الدال على الملكية كما ان اليد السابقة امانة عليها ، اذ كما ان الظاهر من اليد كونها امانة لانيابة ولا عدواناً فكذا التصرف بالبيع والشراء وان لم يكن المال فى يده .

قلت : فرق بين «اليد» و«التصرف» فان الاول أمانة على الملك شرعاً وعقلاً بخلاف الثانى ، فقد يكون قوله «بعث» فى ملك غيره ، وهذا القول وان كان تصرفاً لو صدر من المالك لكنه بمجرد لا يترتب عليه أى أثر لا وضعى ولا تكليفى فهو لغو .

فظهر مما ذكرنا ان البحث هو فى دلالة هذه الشهادة على الملكية وعدم دلالتها ، وليس البحث مبنياً على ما ذكره صاحب الجواهر ، فلو قامت بينة على شراء زيد المال من عمرو فهى ليست بحجة فلا ربط للبحث بالترجيح ومسألة الداخل والخارج فتلك مسألة اخرى ولا وجه لبناء هذه المسألة على تلك .

(المسألة الثالثة)

(حكم دعوى رقيّة الصغير المجهول النسب)

قال المحقق قدس سره : « الصغير المجهول النسب اذا كان فى يد واحد وادعى رقيته قضى بذلك ظاهراً . وكذا لو كان فى يد اثنين » .
أقول : وجه الحكم برقية الصغير للمدعى هو : أن رقيّة هذا الصغير أمر ممكن والمدعى لامعارض له فى دعواه ، وهو ذويد عليه ، فيجب أن تسمع ويقضى له ، - قال فى الجواهر - « بلاخلاف أجده فيه » .

انما الكلام فيما اذا كبر هذا الصغير ونفى الرقيّة : فقد قيل : لا يسمع قوله لعدم جواز نقض حكم الحاكم . وقيل : يسمع ويحلف المدعى مع عدم البيّنة ، وقيل : بل يسمع قوله فى حال الصغر أيضاً - لولا الاجماع - . وان هذا المورد يستثنى من قاعدة حجّية قول المدعى الذى لا منازع له لنص خاص رواه الشيخ الكلينى قدس سره عن عدة من اصحابنا عن سهل بن زياد وعن على بن ابراهيم عن ابيه جميعاً عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن حمران بن اعين قال : سألت ابا جعفر عليه السلام عن جارّية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة ، ادعى الرجل انها مملوكة له وادعت المرأة انها ابنتها فقال : قد قضى فى هذا على عليه السلام .
قلت : وما قضى فى هذا ؟ قال : كان يقول : الناس كلهم أحرار الا من أقر على

نفسه بالرق وهو مدرك . ومن أقام بينة على من ادعى من عبد أو أمة فإنه 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 باغ ولا وهب دفعت الجارية اليه حتى تقيم المرأة من يشهد لها ان الجارية ابنتها حرة مثلها، فلتدفع اليها وتخرج من يد الرجل .

قلت : فان لم ينقسم الرجل شهوداً انها مملوكة له ؟ قال : تخرج من يده ، فان أقامت المرأة البينة على أنها ابنتها دفعت اليها ، فان لم يقم الرجل البينة على ما ادعى و لم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية تدعب حيث شاء « (١) .

اقول : لاريب فى ان اليد اماراة الملكية و أن الناس يعاملون صاحب اليد معاملة المالك لما فى يده ، كما لاريب فى قبول قول ذى اليد مع عدم المعارض والمنازع .

أما فى مورد دعوى الرقية فان الاصل هو حرية الانسان و عدم سلطنة أحد على أحد .

واليد انما تكون اماراة على الملكية لما فى اليد فيما اذا كان الشئ الذى فى اليد قابلاً للملكية ، و من هنا يشكل الحكم بكون المائع الموجود فى الاناء - المردد بين كونه مما يقبل الملكية ومما لا يقبلها كالخل و الخمر - خلا استناداً الى اليد .

وفى حجية قول ذى اليد بالنسبة الى الاعم من الملكية وغيرها من الخصوصيات بحث وان كان قول الاكثر ذلك ، لكن حجية قوله من آثار حجية اليد ، و مع الشك فى قابلية الشئ للملكية يشكل ترتيب الاثر على قول ذى اليد ، و لذا وقع الكلام فى ملكية الكبير الساكت والمجنون ، فقال بعضهم بعدم حجية قول ذى 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 .
فبقى الاجماع . لكن يحتمل كون مدركه 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 اشتملت على أنه اذا « لم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت » و الحال أنه حيث أقرت المرأة بكون الجارية ابنتها فقد وجب عليها نفقة الجارية و ان لم يثبت النسب من جهة عدم البينة، ولعل هذا وجه اعراض الاصحاب عن هذا الخبر .
و اما اذا كبر الصغير فانكر فالحق سماع دعواه فان اقام بينة على انه ابن فلان او لقيط فهو و الاحلف المدعى ، و انما تسمع دعواه لان كل دعوى يمكن ان تكون صحيحة تسمع .

لا يقال بانه يستلزم النقض ، لانا نقول بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبر على دعواه السابقة التي حكم فيها الحاكم، وأما اقامة دعوى جديدة فلامانع منها ولا تكون نقضاً .
هذا كله في الصغير .

حكم ما لو كان كبيراً .

قال المحقق : « اما لو كان كبيراً ، و انكر فالقول قوله ، لسان الاصل الحرية » .

أقول : انه اذا ادعى الرجل رقية كبير فان أنكر كان على الرجل المدعى اقامة البينة ، وحيث لا بينة فالقول قول الكبير ، لان الاصل الحرية .

و أما اذا اعترف بالرقية و ادعى تحرير الرجل اياه فلا تسمع هذه الدعوى الابينة، وهو غير دعوى الحرية من اول الامر، وعلى هذا يحمل الاخبار الدالة على

جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحرية ، فانه مع عدم البينة لاتسمع وبينى على رقيته فيشترى .

وان أقر ترتب الاثر على اقراره، ولا فرق بين الاقرار لواحد أو لاثنين فانه يكون ملكاً لكليهما على الاشاعة .

قال المحقق قده: «ولو ادعى اثنان رقيته فاعترف لهما قضى عليه، وان اعترف لاحدهما كان مملوكاً له دون الاخر» لعموم جواز اقرار العقلاء على أنفسهم، وربما يستدل له باعتبار قول ذى اليد بناء على كونه زايد على نفسه .

قال فى الجواهر بعد ان ذكر عدم وجدانه الخلاف فى هذا الحكم «وحكى عن الشيخ فى مسألة دعوى العبد العتق و الاخر الشراء فى انكار كون العبد زايد على نفسه انه قال : لانه لو كان ذا يد لقبول اقراره بالملكية لاحد المتنازعين فيه » ومقتضاه المفروغية من عدم قبول اقراره ، الا انه كما ترى لا دليل عليه بل ظاهر الادلة خلافه .

وفى كشف اللثام : «واذا اقاما بينتين متعارضتين فصدق احدهما خاصة لم ترجح به بينته ، لانه لا يدل على نفسه ، فانه ان كان حراً فلا يدل ، وان كان مملوكاً فلا يد عليه الا لملكه . وفيه : انه مناف لقبول اقراره بالرقية مع عدم البينة الذى اعترف به سابقاً ، بل ظاهره الاجماع عليه فتأمل» .

أقول : يمكن ان يكون الشيخ و كاشف اللثام منكرين لعنوان كونه ذا يد لانهما مخالفان فى قبول هذا الاقرار ، لانهما قالا بما قالا فى فرعين غير هذا الفرع الذى نحن فيه، فالشيخ لا يوافق فى تلك المسألة على تأثير ذلك الاقرار لكونه بعنوان ذى اليد ، و كاشف اللثام ينكر هناك ان يكون قول العبد مرجحاً لاحدى البينتين لانه ليس ذا يد، والاقرار المجرد ليس من المرجحات، فالظاهر عدم ورود اشكال الجواهر، وانهما غير مخالفين فى المقام .

(المسألة الرابعة)

(حكم ما لو ادعى اثنان كون الذبيحة له وفي يد كل بعضهما)

قال المحقق قدس سره : « لو ادعى كل منهما ان الذبيحة له وفي يد كل واحد بعضهما و أقام كل منهما بينة قيل : قضى لكل منهما بما في يد الآخر و هو الاليق بمذهبنا . »

أقول : ان كانت الذبيحة واحدة وقد وضع كل منهما يده على طرف منها و أقام بينة على انها جميعاً له فالحكم هو التنصيف . وان كان مافى يد كل منهما منفصلاً عما في يد الآخر فعلى القول بتقدم بينة الخارج - و هو الاليق بمذهبنا - يقضى لكل منهما بما في يد الآخر سواء كانا متساويين او مختلفين في المقدار... ولولم يكن لهما يد فالحكم هو التنصيف .

قال المحقق : « وكذا لو كان في يد كل واحد شاة وادعى كل منهما الجميع و أقام بينة قضى 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 المتخاصمان في بعض الذبيحة المنفصلين كافرأ 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 يقدح في ذلك اليد السابقة، بل لعل الحكم كذلك في الجزئين

المنفصلين ، ضرورة اتحاد الملاك فيهما كما 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 الاخر طاهراً وهو الذي كان في يد المسلم ؟ ان هذه الذبيحة اما ميتة نجسة كلها و اما طاهرة كلها ، فما ذكره رحمه الله مشكل لاسيما في المشاع.

نعم يمكن معاملة الطاهر مع ما يجيء من خارج بلاد المسلمين من الجلود فيما اذا احتملنا احراز البائع المسلم له بطهارته ، اما في مسألتنا هذه فان الذي بيد المسلم مقطوع بكونه مأخوذاً من الكافر وان أصبح ملكاً له الان بعد المرافعة بحكم الحاكم ، وعلى ما ذكرنا فلو علمنا بكون اللحم الموجود الان بيد الكافر مذبوحاً بيد المسلم حكمنا بطهارته .

فالحاصل : انه على أثر حكم الحاكم يكون مافى يد المسلم مختصاً له وهذا هو القدر المتيقن ، وأما ترتب 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 بينة فتسلمها ثم أقام الذي كانت في يده بينة أنها له قال الشيخ: ينقض الحكم وتعاد . وهو بناء على القضاء لصاحب اليد، والاولى انه لاينقض » .
اقول: تارة يقول عمرو: اشتريتها من زيد بعد حكم الحاكم في المرافعة السابقة فهذه دعوى مسموعة ، لانه يدعى ملكاً جديداً ، فان اقام بينة تقدمت على بينة زيد لان عمراً هو الخارج .
و اخرى يقول : انه في الوقت الذي اقام زيد بينة لم تكن بيتى حاضرة و هي الان حاضرة ، فبناء على سماع هذه الدعوى ان كان الميزان في الخارج والداخل حال اقامة عمرو البينة فزيد الداخل ، وان كان الميزان حال دعوى زيد فعمره الداخل .
و قد يدعى كون الشاة له ويقيم البينة من غير تعرض للدعوى السابقة فانه تسمع بيئته بناء على سماع البينة بعد فصل الخصومة بالحكم، وتحمل على دعوى انتقال العين من زيد الى عمرو فتقدم بينة عمرو بناء على تقديم بينة الخارج .
وكيف كان فان لزم من سماع الدعوى نقض الحكم فلا تسمع ، وفي اي صورة لم يلزم النقض فتسمع .

(المسألة السادسة)

(لو ادعى داراً وادعى آخر نصفها و اقاما البينة)

قال المحقق قدس سره : «لو ادعى داراً في يد زيد وادعى عمرو نصفها و اقاما البينة قضى لمدعى الكل بالنصف لعدم المزاحم و تعارضت البينتان في النصف الاخر، فيقرع بينهما ويقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه ، و لو امتنعا من اليمين قضى بينهما بالسوية فيكون لمدعى الكل ثلاثة ارباع و لمدعى النصف الربع» .

أقول : لو كانت دار في يد شخص فادعى زيد كل الدار وادعى عمرو نصفها ولم يصدق من بيده الدار أحدهما ، فمع وجود البينة بالتساوي عدداً وعدالة لكليهما يقضى لزيد بالنصف المشاع من الدار ، لان المفروض ان عمرأ لا يدعى الانصف الدار ، فزيد في نصفها مدع بلا معارض فيكون له كما هو الحال في كل دعوى بلا معارض، لكن البينتين تتعارضان في النصف الاخر والحكم في تعارض البينتين هو القرعة ، فمن خرج اسمه قضى له مع يمينه فان امتنع حلف الاخر وأخذ، ولو امتنعا معاً من اليمين قضى في النصف المتنازع فيه بالسوية ، فيكون نصفه لزيد و نصفه الاخر 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 مالو ادعيا ذلك ويدهما عليها مع البينة :

قال المحقق : «ولو كانت يدهما على الدار وادعى احدهما الكل والاخر النصف وأقام كل منهما بينة كانت لمدعى الكل ولم يكن لمدعى النصف شيء، لان بينة ذى اليد بما فى يده غير مقبولة»

أقول : وهذا هو الفرع الثالث فى المسألة، وذلك أن يدعى احدهما كل الدار والاخر النصف وهما واجدان للبينة وهى فى يدهما لافى يد ثالث ، فالمشهور على ان الدار كلها لمدعى الكل وانه ليس لمدعى النصف شيء منها ، وذلك لان المفروض خروج نصف الدار عن النزاع ، فيكون النصف الذى بيد مدعى الكل ملكاً له لانه مدع بلا معارض بالنسبة اليه ، و حيث انه يدعى النصف الاخر بيد خصمه فهو بالنسبة الى ذاك النصف خارج والخصم داخل ، ومذهب المشهور تقديم بينة الخارج و سقوط بينة الداخل ، فيكون النصف الثانى له كالاول ، فالدار كلها له ولم يكن لمدعى النصف شيء ..

نعم لو لم يكن لمدعى الكل بينة كان القول قول مدعى النصف مع يمينه ، فاذا حلف أبقى النصف فى يده ، فتكون الدار بينهما نصفين ... هذا هو المشهور .

وعن ابن الجنيد: انه يقتسمان الدار مع البينة وعدمها على طريق «العول» (١) فيجعل فى مفروض المسألة لمدعى الكل الثلثان ولمدعى النصف الثلث ، وقد فرض رحمه الله المسألة فى ما لو كانت العين فى أيدي المتداعيين ، لكن التأمل فى كلامه

(١) «العول» تقسيم النقصان بالقدر المساوى على الشركاء وهو ذكروا فى موارد منها تركة الميت ، ومنها المال الذى تعلق به حق الديان ، ومنها ما نحن فيه .

مثلاً: اذا كان لاحد الشريكين فى الـ / ٣٦ « ١٢ درهماً والاخر (٢٤) فتلف من المجموع / ١٢ / درهم ، فانه يقسم هذا العدد التالف بينهما بالعدل ، فيقال العدد يشكل ثلث المجموع فينقض من كل من الشريكين ثلث ما كان له ، فيعطى لصاحب الـ / ١٢ / ثمانية ، ولصاحب الـ / ٢٤ / ستة عشر درهماً .

المنقول في المختلف يفيد انه لا يفرق بين الصور فراجعه.
وفي المسالك لان المنازعة وقعت في اجزاء غير معينة ولا مشار اليها بل كل واحد من اجزائها لا يخلو من دعوى كل منهما باعتبار الاشاعة، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعى الكل بغير منازع ، بل كل جزء يدعى مدعى النصف نصفه ومدعى الكل كله ، ونسبة احدى الدعويين الى الاخرى بالثلث ، فتقسم العين اثلاثاً ، واحد لمدعى النصف واثان لمدعى الكل، فيكون كضرب الدين في مال المفلس والميت .

وفي المختلف وافق ابن الجنيدي على ذلك مع زيادة المدعيين على اثنين .
وقال في الجواهر : «يمكن ان يكون مبنى كلام ابن الجنيدي على دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الاقراع و عدم اليمين منهما في العول ، ضرورة ان بينة كل منهما تقتضى الكل وهما متعذران فيحصل النقصان عليهما ، ومن هنا اتجه التعدية 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 بنية الكل ، فنقول في النصف كما عالت في الاول، فيوزع عليهما اثلاثاً، لان نسبة الكل الى النصف كذلك، فالعول عنده نحو العول في الفرائض لولا نصوص اهل العصمة (ع) ، لقضاء كل بينة مثلاً بمقتضاها نحو قوله للزوج النصف وللأختين من الاب الثلثان و من الام الثلث ، لا مثل العول في تزاحم الديون على التركة الذي مرجعه عند التأمل ايضاً الى ذلك» .

أقول: ان الخلاف بين المشهور وابن الجنيدي يرجع الى ان المشهور يقولون بتقسيم مدلول البيتين ومورد النزاع بينهما، وابن الجنيدي يقول بتقسيم مورد دعوى المدعيين وهو الكل من أحدهما و النصف من الاخر و المفروض هو الاشاعة ، فيكون الحاصل عدم استثناء النصف بناء على الثاني و استثناءه بناء على الاول ، فالدليل الاول لما ذهب اليه ابن الجنيدي هو الاشاعة في الاجزاء ، والثاني ما ذكره

صاحب الجواهر من دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الاقراع 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 الخارجى لتوقفه في كل جزء على اذن الشريك ، والاخر جائز بلا اذن منه مثل أن يبيع نصفه المشاع ، ومانحن فيه - وهو اثبات الملكية بالبينة - كالبيع المذكور فانه ليس تصرفاً في مال الشريك .

وبعبارة اخرى: العوارض الخارجية التي تعرض العين المملوكة على الاشاعة يتوقف ايرادها على اذن الشريك ، و أما العوارض التي تعرض الملكية كالبيع فلا ، ومانحن فيه من قبيل الثانى لا الاول ، فيكون النصف المشاع الذى لامعارض لمدعى الكل بالنسبة اليه ملكاً له ، ويقع التعارض بين البينتين فى النصف الاخر فهو مورد النزاع ، وطريق رفع هذا النزاع فى صورة تساوى البينتين تقسيمه بينهما بالتنصيف ، كما اذا كان مورد النزاع عيناً منحازة يدعيها كل واحد من المدعين .

وأما الثانى ففيه - كما فى الجواهر - ان محل النصوص حيث لا يسلم جزء من العين لانزاع فيه ، اما فى المفروض فلا دلالة فيها عليه ، بل لعل ظاهر مرسل ابن المغيرة (١) عن الصادق عليه السلام : « فى رجلين كان بينهما درهمان ، فقال احدهما الدرهمان لى وقال الاخر : هما بينى و بينك ، فقال ابو عبد الله عليه السلام : اما الذى قال : هما بينى و بينك فقد أقرب أن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء وانه لصاحبه ، واما الاخر فبينهما» خلاف ذلك «و كذا مرسل ابن أبى حمزة (٢) عنه أيضاً» .

(١) وسائل الشريعة ١٣ / ١٦٩ الباب ٩ من كتاب الصلح .

(٢) « فى رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لى ، وقال الاخر :

هما بينى و بينك . فقال ابو عبد الله عليه السلام : قد أقر أن احد الدرهمين ليس له فيه شىء

وأنه لصاحبه ، وأما الاخر فبينهما» التهذيب ٦ / ٢٩٢ .

هذا وقد فصل المحقق العراقي في المقام فقال : «لو ادعى 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 ، ولازمه حينئذ تزاحم بينهما ، وفي مثله لامجال لتوهم الاخذ بالبينة بالنسبة الى النصف بلا معارض بل ولا مجال للاخذ بدعواه بملاك الدعوى بلا معارض ، لماعرفت من أن دعوى الملكية على النحو المزبور معارض بدعوى النصف من غيره . . . »

أى : ان قال أحدهما بأن هذه الدابة نتجت عندى ، أى كلها لى ، وقال الاخر : هى بيننا - أى على النصف - من جهة الارث ، فاذا أقاما البينة على دعواهما كانت البينتان متعارضتين وليس فى البين قدر متفق عليه بين الطرفين ، وحينئذ يحكم بينهما على طريق العول . نعم اذا قال هذا هى كلها لى ، فقال الاخر : قد بعثنى نصفها ، فهنا لانزاع بينهما فى احد النصفين .

هذا توضيح ما ذكره ، لكن نقول : ان كانت حجية البينة فى باب القضاء من باب الطريقة الى الواقع ، فان البينة القائمة على ملكية النصف بالارث تسقط عن الطريقة والكاشفية مع وجود المعارض ، وهو البينة القائمة على ملكية الكل بالنتاج ، لكن البينة هنا جعلت حجة لاجل فصل الخصومة ورفع النزاع ، فاذا اقامها أحدهما على ملكية الكل والاخر على ملكية النصف فقد جعل الشارع الحكم بالتنصيف لفصل الخصومة مع ان الحاكم يعلم علماً اجمالياً بكذب احدى البينتين .

وبما ذكرنا أجاب المحقق الاشباني 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 السببية فلا ، فان دليل حجية البينة فى باب القضاء يقتضى سببية البينة فيحكم بحسبها حكماً ظاهرياً ، وعلى هذا فالنصف الذى لا يدعيه أحدهما يخرج عن محل النزاع وتكون بينة الاخر سبباً 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
فى جميع الاجزاء لا يقتضى عدم سلامة جزء لمدعى الكل ، اذ كما يقال ان كل
جزء يفرض من العين يريد مدعى النصف نصفه، كذلك يقال ان كل جزء يريد مدعى
النصف من المجموع نصفه يبقى نصفه الاخر لمدعى الكل بلا منازع ، ومدعى
الكل وان كان مقصوده رفع يد مدعى النصف من كل جزء لكن بالنسبة الى نصفه،
فهو انما يقيم البينة على المجموع من حيث اشتماله على المدعى وهو النصف، لا
ان يكون المقصود هو اثبات الكل من البينة من حيث الكل كما قديتوهم، فالتزام
انما وقع حقيقة بالنسبة الى نصف الكل ، فلا بد من الحكم بتقسيم البينتين بالنسبة اليه
فتقسم العين ارباعاً، ثلاثة ارباع لمدعى الكل وواحد لمدعى النصف .

حكم ما لو ادعى أحدهم نصف الدار والاخر الثلث والثالث السدس

ويدهم عليها :

قال المحقق قدس سره : «ولو ادعى أحدهم النصف والاخر الثلث والثالث
السدس وكانت يدهم عليها فيد كل واحد منهم على الثلث ، لكن صاحب الثلث
لا يدعى زيادة على ما فى يده، وصاحب السدس يفضل فى يده ما لا يدعيه هو ولا مدعى
الثلث ، فيكون لمدعى النصف ، فيكمل له النصف» .

أقول : الحكم فى هذا الفرع واضح ، ولا فرق فى ذلك بين اقامتهم البينة
وعدمها ، ومن هنا قال المحقق : «و كذا لو قامت لكل منهم بينة بدعواه» .

قال فى الجواهر : «و كأن المصنف نبّه على حكمها لمكان خلاف بعض
العامة فيها ، حيث جعل مع اقامتهم البينة لمدعى النصف ثلثاً ونصف سدس ، بناء
على أن السدس الزائد على ما فى يده لا يدعيه على مدعى السدس خاصة ، بل انما
يدعيه شائعاً فى بقية الدار وهى فى يد الاخرين جميعاً ، فنصفه على مدعى الثلث
وعارضت فيه بينته وترجحت باليد على تقدير اقامتهما البينة ، وقدم قول ذى اليد

على تقدير عدمها ، ونصفه على مدعى السدس فيحكم به لمدعى النصف بينته ، لان بينة مدعى السدس لاتعارضها ، فيجعل لمدعى النصف ثلث ونصف سدس ، وللآخرين مدعاهما ، ويبقى بيد مدعى السدس نصف سدس لا يدعيه أحد» .
 وفيه أولاً : ان هذا القول مبنى على تقديم بينة الداخل وهو خلاف التحقيق .
 وثانياً : ان الدعوى ليست على الآخرين ، بل انه يدعى كون نصف الدار له ،
 وحينئذ تكون يد ذى اليد كالعدم ، فلا يبدحتى يقال بتقدم بينة ذى اليد .
 وثالثاً : ان صاحب السدس يقر بعدم ملكيته للقدر الزائد الذى فى يده ، فلماذا لا يؤخذ منه ذلك لمدعى النصف الذى يدعيه مع وجود البينة .

حكم ما لو ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والثالث الثلث :

قال المحقق قدس سره : «ولو ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والثالث الثلث ولا بينة ، قضى لكل واحد بالثلث ، لان يده عليه ، وعلى الثانى والثالث اليمين لمدعى الكل ، وعليه وعلى مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف» .
 أقول : فى هذا الفرع خمس صور ، ذكر المحقق قدس سره منها صورتين
 وصاحب الجواهر قدس سره ثلاث صور :

فالصورة الاولى من الصورتين : أن لاتكون لاحدهم بينة ، والحكم فيهما ذكره المحقق قدس سره من أنه يكون لكل واحد منهم ما فى يده وهو الثلث ، غير أن مدعى النصف ومدعى الثلث يحلفان لمدعى الكل ، لان الخارج له - مع عدم البينة - حق اليمين على الداخل ، كما أن لمدعى النصف حق اليمين على مدعى الثلث فى مقابل نصف السدس وعلى مدعى الكل فى مقابل النصف الآخر .

والصورة الثانية منهما : ان يكون لكل منهم بينة . قال المحقق : «وان أقام كل منهم بينة ، فان قضينا مع التعارض ببينة الداخل فالحكم كما لو لم تكن بينة ، لان لكل واحد بينة ويدأ على الثلث .

وان قضينا ببينة الخارج وهو الاصح كان لمدعى الكل مما فى يده ثلاثة من

اثنى عشر بغير منازع ، والاربعة التى فى يد مدعى النصف لقيام البينة لصاحب الكل بها وسقوط بينة صاحب النصف بالنظر اليها اذ لاتقبل بينة ذى اليد ، وثلاثة مما فى يد مدعى الثلث ، ويبقى واحد مما فى يد مدعى الكل لمدعى النصف ، و واحد مما فى يد مدعى الثلث يدعيه كل واحد من مدعى النصف ومدعى الكل ، يقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه و يقضى له ، فان امتنعا قسم بينهما نصفين .

فيحصل لصاحب الكل عشرة ونصف ، ولصاحب النصف واحد ونصف وتسقط دعوى مدعى الثلث» .

أى : انه حيث يكون لكل منهم بينة مع اليد يحكم الحاكم لكل بما فى يده ، لكن بينة كل واحد منهم بالنسبة الى ما يدعيه مما فى يد الاخر بينة الخارج ، فمدعى النصف تتقدم بينته فى نصف السدس فى يد مدعى الكل فياخذها ، ثم ان مدعى الكل يدعى على مدعى النصف فياخذ منه الاربعة ، ويدعى على مدعى الثلث كل ما فى يده ، لكن مدعى النصف يطالب بنصف السدس فيقع التعارض فيه بين مدعى الكل ومدعى النصف فيقترع ، فمن خرج اسمه وحلف أخذ ، فان امتنع فالآخر ، وحيث يمتنعان عن اليمين فالتنصيف . فيكون لمدعى الكل من الاثنى عشر ١٠/٥ ولمدعى النصف ١/٥ . ولاشئ لمدعى الثلث لسقوط دعواه من جهة كون بينته داخلية ، وقد ذكرنا انها لاتؤثر مع وجود الخارج .

وأما الصور الثلاث التى ذكرها صاحب الجواهر :

فالاولى : أن يكون لمدعى الكل فقط بينته ، وحينئذ فهو خارج بالنسبة الى مافى يد الاخرين ، فيحكم له ببينة ويكون الكل له .

والثانية : أن يكون لمدعى الثلث فقط بينة . وحينئذ يأخذ ما فى يده من غير يمين ان قلنا بكفاية البينة عنه . وفى كشف اللثام : «أخذه - أى الثلث - الذى بيده أو الذى بأيدي الباقيين» والباقي يكون بين الاخرين ، لمدعى الكل السدس من الباقي بغير يمين لعدم المنازع له فيه ، ويحلف على السدس الاخر الذى يدعيه الان

مدعى النصف عليه ، كما ان مدعى النصف يحلف على جميع ما يأخذه من السدسين لمدعى الكل الذى يدعيهما عليه .

والثالثة أن يكون لمدعى النصف فقط بينة ، فانه يأخذ من كل من الاخرين نصف سدس فيتم له مع ما فى يده النصف الذى يدعيه . ثم ان النصف الباقي يقسم بين الاخرين بالتساوى ، 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 ، ويبقى النزاع فى السدسين الباقيين وهى الاربعة التى بيد مدعى الثلث فان كلا من مدعى الكل ومدعى الثلث يدعيه وحيث لا بينة يقسم بينهما بالتصنيف ، 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 الجنييد .

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 اليد 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 الشئ المتنازع فيه مفروضاً 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 الا ما زاد عليه ، على أن البينة لاتزيد على اثبات المشاع الذى كانت تقتضيه اليد ، وكان الذى أحوجه الى ذلك ذكرهم البينة هنا .

وظاهرهم عدم الاحتياج معها الى يمين مع معرفة تقديم بينة الخارج عندهم ،

كمعروفة عدم الاكتفاء بها عن اليمين فى الداخل ، و مع هذه المقدمات يقتضى تنزيل مفاد البيئنة على الخارج بالتقرير الذى ذكره .

الا أن ذلك كله كما ترى ، بل كلام الاصحاب فيما لو أقام كل منهم البيئنة كالصريح فى خلافه ، فلامحيص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بيئنة الداخل أو على الاكتفاء بها عن اليمين ، أو التزام اليمين على ما فى اليد فتأمل .

أقول : لعل وجهه ان وجود الفرق بين الاجزاء المشاعة والاجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح ، لانه فى المشاع لما يضع الثلاثة أيديهم يكون بيد كل ثلث عرفاً، الا انه لا يملك كل واحد ما كان تحت يده بل تعتبر السلطنة لكل على الثلث المشاع، ويعرض كل ثلث ما يعرض المشاع كجواز بيع السهم المشاع فى كل الاجزاء . فمن قال بحجية بيئنة ذى اليد فدليله العمومات وهى هنا تتقدم بتأييدها باليد ومن قال بتقدم بيئنة الخارج فدليله التفصيل فى الحديث لكونه قاطعاً للشركة .

لكن الملاك الموجود فى الجزء المنحاز موجود فى هذا المقام ، فيكون جواب الجواهر عن كلام كاشف اللثام فيه تأمل ، أى يمكن ان يقول العلماء فى الثلث المشاع كقولهم فى المنحاز لوحدة الملاك .

ولو كانت يدهم جميعاً خارجة واعترف ذواليد بأنه لا يملكها ولا بيئنة فللمستوعب النصف، لعدم المنازع له فيه من كل من مدعى النصف والثلث ، ويقرع فى النصف الاخر ، فان خرجت لمدعى الكل أو للثانى حلف وأخذ ، وان خرجت للثالث حلف وأخذ الثلث ، ثم يقرع بين الاخرين فى السدس ، فمن خرج حلف وأخذ .

و لو أقام أحدهم خاصة بيئنة ، فان كانت لمدعى الكل أخذ الجميع ، وان أقامها مدعى النصف أخذه ، ويبقى لمدعى الكل السدس بغير منازع ، و الثلث يتنازع فيه مع مدعيه ، و الحكم فيه كما لو لم تكن بيئنة ، و لو أقامها مدعى الثلث أخذه و لمدعى الكل السدس أيضا بغير منازع ، و النصف يقرع فيه بين مدعيه و مدعى الكل .

و ان أقام كل منهم بينة و تساوت فالنصف لمدعى الكل لعدم المنازع له فيه ، والسدس الزائد على الثلث يتنازعه مدعى الكل ومدعى النصف، وقد تعارضت فيه بيناهما ، و الثلث يدعيه الثلاثة و قد تعارضت فيه البيئات الثلاث، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه ، فمن خرج اسه حلف وأخذ ، وان نكلوا اقتسموا المتنازع فيه، فيقسم مدعى الكل و مدعى النصف السدس بينهما نصفين ، لانهما يتنازعا فيه، دون مدعى الثلث، وأما الثلث فيقتسمونه أثلاثاً بينهم ، فيكون لمدعى الكل النصف بلامنازع ونصف السدس و ثلث الثلث و لمدعى النصف ثلث الثلث ونصف السدس ، ولمدعى الثلث ثلث الثلث خاصة وهو التسع .

وتصح في ستة وثلثين، للمستوعب خمسة وعشرون : ثمانية عشر بلامنازع، وثلثة نصف السدس الزائد ، وأربعة ثلث الثلث .

ولمدعى النصف سبعة : ثلاثة نصف السدس ، وأربعة ثلث الثلث .

ولمدعى الثلث أربعة ، ثلث الثلث .

وأما على العول الذي ذهب اليه ابن الجنيدي فتصح في أحد عشر : لمدعى الكل ستة ، ولمدعى النصف ثلاثة، ولمدعى الثلث ثلثان ، لان فريضتهم من ستة، ويعال عليها نصفها وثلثها .

حكيم ما لو كانت في يد أربعة ...

قال المحقق قدس سره: «ولو كانت في يد أربعة ، فادعى احدهم الكل والاخر الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث ففي يد كل واحد ربعها. فان لم تكن بينة قضينا لكل واحد بما في يده ، واحلفنا كلا منهم لصاحبه» .

أقول : اي انه في صورة عدم البينة لما كان لكل واحد منهم يد على ربع العين فان اليد مع اليمين حجة ، فحجة كل واحد منهم حينئذ معارضة بحجبة الاخر فلا شيء لاحدهم بلا منازع.

قال : «ولو كانت يدهم خارجة ولكل بينة خلص لصاحب الكل الثلث، اذ لامزاحم له» .

أقول : قال في الجواهر : مع تداخل الدعاوى بعضها في بعض و ارادة القضاء فيها أجمع ، لان له ذلك على كل حال، حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أو كانت الدعاوى مترتبة و كان القضاء بين كل واحدة مع الاخرى مستقلا ، الا مع اقرار المدعى بالثلث مثلا ان له ذلك في النصف المدعى به مثلا .

قال : «ويبقى التعارض بين بينة مدعى الكل ومدعى الثلثين في السدس فيقرع بينهما فيه» .

اقول : قد عرفت مراراً ان القرعة تكون مع تساوى البينتين عدداً وعدالة، وحينئذ فمن خرج اسمه حلف واخذ والاحلف الاخر، فان امتنعا قسم بينهما نصفين . قال : «ثم يقع التعارض بين بينة مدعى الكل ومدعى الثلثين ومدعى النصف في السدس أيضاً ، فيقرع بينهم فيه» .

أى : على ما تقدم من اشتراط التساوى ...

قال : «ثم يقع التعارض بين الاربعة في الثلث فيقرع بينهم ، ويختص به من تقع القرعة له ، ولا يقضى لمن يخرج اسمه الا مع اليمين» .

فان قيل : اذا كان المرجع هو القرعة ، فان من الممكن ان تخرج القرعة لمدعى الكل فى كل مرة .

فأجاب المحقق قده بقوله : «ولا يستعظم أن يحصل بالقرعة الكل لمدعى الكل، فان ما حكم الله تعالى به غير مخطيء» .

قال : «ولو نكل الجميع عن الايمان قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين فى كل مرتبة بالسوية» .

هذا هو الحكم فى كيفية القسمة .

قال : «فتصح القسمة من ستة وثلاثين سهماً :

«لمدعى الكل عشرون» اثنا عشر بلا نزاع ، وثلاثة نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الثلثين ، واثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضاً و مع مدعى النصف ، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع .

« و لمدعى الثلثين ثمانية » ثلاثة نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الكل ، واثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه ايضاً ومع مدعى النصف، و ثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع .

«ولمدعى النصف خمسة» اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه مع الجميع ومدعى الثلثين، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع .

«ولمدعى النصف خمسة» اثنان ثلث السدس تنازع فيه مع مدعى الجميع ومدعى الثلثين ، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع .

«ولمدعى الثلث ثلاثة» ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع .

هذا ان اقام كلهم بينة .

وأن أقام أحدهم فقط بينة حكم له .

هذا كله مع خروج المدعى به عن أيديهم .

قال المحقق : «ولو كان المدعى فى يد الاربعة، ففى يد كل واحد ربعها. فاذا

اقام كل واحد منهم بينة بدعواه قال الشيخ : يقضى لكل واحد بالربع ، لان له

بينة وبدأ » .

اى : بناء من الشيخ على تقديم بينة الداخل على الخارج .

«والوجه القضاء ببينة الخارج على ما قررناه» فيما سبق .

وعلى المختار: «فيسقط اعتبار بينة كل واحد بالنظر الى ما فى يده، ويكون

ثمرتها فيما يدعيه مما فى يد غيره، فيجمع بين كل ثلاثة على ما فى يد الرابع ويتزعه

لهم ، ويقضى فيه بالقرعة واليمين ، ومع الامتناع بالقسمة، فيجمع بين مدعى الكل

والنصف والثلث على ما فى يد مدعى الثلثين ، وذلك ربع اثنين وسبعين»

لانا نريد عددًا لربعه ثلث و تسع و لتسع ربعه نصف، والاثنان والسبعون كذلك
«وهو» أى الربع ثمانية عشر.

فمدعى الكل يدعيها أجمع ، ومدعى النصف يدعى منها ستة، ومدعى الثلث
يدعى اثنين .

وعلى هذا: « فتكون عشرة منها المدعى الكل لقيام البينة بالجميع الذى تدخل
فيه العشرة ، ويبقى ما يدعيه صاحب النصف وهو ستة يقرع بينه وبين مدعى الكل
فيها ويحلف» أى من خرج اسمه ويأخذ، وان امتنع حلف الآخر وأخذ « و مسح
الامتناع يقسم بينهما » نصفين كما عرفت .

«وما يدعيه صاحب الثلث و هو اثنان يقرع عليه بين مدعى الكل و بينه ،
فمن خرج اسمه أحلف وأعطى، ولو امتنعا قسم بينهما» نصفين كما عرفت .

« ثم يجمع دعوى الثلاثة على ما فى يد مدعى النصف ، فصاحب الثلثين
يدعى عليه عشرة » و ذلك لانه يدعى الثلثين و هو ثمانية و اربعون - من الاثنتين
والسبعين - ويده ثمانية عشر، فالباقي له ثلاثون، على كل من الثلاثة الاخرين عشرة.
« ومدعى الثلث يدعى اثنين . ويبقى فى يده» أى فى يد مدعى النصف و هو

الثمانية عشر « ستة لا يدعيها الا مدعى الجميع ، فتكون » أى الستة « له » أى لمدعى
الكل لقيام البينة على الجميع الذى تدخل فيه « ويقارع الاخيرين » أى فى العشرة
والاثنين « ثم يحلف » من يخرج اسمه ويأخذ والا فالآخر « وان امتنعوا اخذ نصف
ما ادعيها » من كل واحد منهما، فيأخذ من العشرة خمسة ومن الاثنين واحداً .

« ثم يجتمع الثلاثة على ما فى يد مدعى الثلث وهو ثمانية عشر، فمدعى
الثلثين يدعى منه عشرة ، ومدعى النصف يدعى ستة ، ويبقى اثنان لمدعى الكل .
ويقارع على ما افرد للاخرين ، فان امتنعوا عن الايمان قسم ذلك بين مدعى الكل
وبين كل واحد منهما بما ادعاه » .

« ثم تجتمع الثلاثة على ما فى يد مدعى الكل » و هو ثمانية عشر « فمدعى

الثلاثين يدعى عشرة ومدعى النصف يدعى ستة ومدعى الثلث يدعى اثنين، فتخلص
يده عما كان فيها» لان ذلك تمام ثمانية عشر .

«فيكمل لمدعى الكل ستة وثلاثون من اصل اثنين وسبعين» وذلك اربعة
عشر مما فى يد مدعى الثلثين واثنا عشر مما فى يد مدعى النصف وعشرة مما فى
يد مدعى الثلث .

«ولمدعى الثلثين عشرون» وذلك خمسة مما فى يد مدعى النصف و خمسة
اخرى مما فى يد مدعى الثلث ، وعشرة مما فى يد مدعى الكل .

«ولمدعى النصف اثنا عشر» وذلك ثلاثة مما فى يد مدعى الثلثين وثلاثة
اخرى مما فى يد مدعى الثلث، وستة مما فى يد مدعى الكل .

«ولمدعى الثلث اربعة» . وذلك اثنان مما فى يد مدعى الكل، و اثنان مما
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 بينة حكم له كما هو ظاهر .

(المسألة السابعة)

(حكم تداعى الزوجين متاع البيت)

قال المحقق قدس سره : « اذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البينة . و ان لم تكن بينة فيد كل واحد منهما على نصفه . قال فى المبسوط : يحلف كل منهما لصاحبه ... وقال فى الخلاف : ما يصلح للرجال للرجال وما يصلح للنساء للمرأة وما يصلح لهما يقسم بينهما وفى رواية انه للمرأة . . . وما ذكره فى الخلاف أشهر فى الروايات وأظهر فى الاصحاب » .

أقول : اذا تداعى الزوجان متاع البيت بأن ادعى كل منهما ملكية المتاع الموجود فى بيتهما ، فاما تكون بينة واما لا تكون ، فان كانت قضى بالمتاع لمن قامت له البينة سواء كان الرجل أو المرأة بخلاف كما فى الجواهر عن الرياض . وان لم تكن بينة فيد كل واحد من الزوجين تكون على نصف المتاع الذى فى يدهما ، لكن كلا منهما يدعى النصف الاخر فما هو الحكم ؟

فى المسألة ثلاثة أقوال أو أربعة ، ومنشأ تعدد الاقوال والخلاف بين الاصحاب هو اختلاف اخبار المسألة ، والاقوال ثلاثة منها للشيخ :

فالاول : انه يحلف كل منهما للاخر ، كغير المتاع من الاشياء حيث يتداعى فيه اثنان أو أكثر مع كون الشيء فى أيديهما « سواء كان مما يختص بالرجال

أو النساء أو يصلح لهما، و سواء كانت الدار لهما أو لاحدهما ، و سواء كانت الزوجية باقية او زائلة ، و يستوى فى ذلك تنازع الزوجين والوارث « وهذا ما قاله الشيخ فى المبسوط و تبعه العلامة فى القواعد، و فخر المحققين فى الايضاح كما فى الجواهر، و قد أشرنا الى دليله .

والثانى : ان ما يصلح للرجال للرجل و ما يصلح للنساء للمرأة و ما يصلح لهما يقسم بينهما . وهذا ما قاله الشيخ فى الخلاف و تبعه العلامة فى التحرير، و الشهيد فى الدروس، بل فى المسالك نسبتة الى الاكثر ، بل عن الخلاف و السرائر الاجماع عليه .

ويدل عليه - مع الاجماع المذكور - عدة اخبار عمدتها صحيح النخاس الاينى .

والثالث : ان المتاع كله للمرأة « لانها تأتى بالمتاع من أهلها » و هذا ما أفتى به الشيخ فى الاستبصار كما فى الجواهر ، و يدل عليه صحيح عبدالرحمن بن الحجاج الآتى .

فهذه ثلاثة أقوال ، و قد اختار المحقق هنا و فى النافع القول الثانى منها، و نسبه فى نكت النهاية الى المشهور، و عن العلامة فى المختلف الرجوع فى المسألة الى العرف و العادة حيث قال : « و المعتمد أن نقول انه ان كان هناك قضاء عرفى يرجع اليه و يحكم به بعد اليمين ، و الا كان الحكم فيه كما فى غيره من الدعاوى ... لنا : ان عادة الشرح فى باب الدعاوى بعد الاعتبار و النظر راجعة الى ما ذكرنا، و لهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الاصل ، و بان المتشبه اولى من الخارج، لقضاء العادة بملكية ما فى يد الانسان غالباً ، و حكم بايجاب البيئنة على من يدعى خلاف الظاهر و الرجوع الى من يدعى الظاهر، و اما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لاحدهما فتساويا فيها ..

واعلم ان مارواه الشيخ من الاحاديث يعطى ما فصلناه نحن أولاً . ويدل عليه حكمه عليه السلام بأن العادة قاضية بأن المرأة تأتي بالجهاز من بيتها فحكم لها به، و ان العادة قاضية بأن ما يصلح للرجال خاصة فانه يكون من مقتضياته دون مقتضيات المرأة ، وكذا ما يصلح للمرأة خاصة يكون من مقتضياتها دون مقتضيات الرجل ، والمشارك يكون للمرأة قضاءً لحق العادة الشائعة . و لو فرض خلاف هذه العادة في وقت من الاوقات او صقع من الاصقاع لم يحكم لها .

و هذا الذى ذكره العلامة جعله فى المسالك قولاً رابعاً فى المسألة ، لكن صاحب الجواهر أرجعه الى القول الثانى، فقال بعد ان اورد عبارة المختلف: «ان مبناه أولاً و آخراً الرجحان الناشئ من العادة ولو لكون الشيء لا يصلح الا لاحدهما فان العادة قاضية بذلك ، فمرجع كلام المشهور حينئذ الى ذلك، خصوصاً بعد تصريح ابن ادريس الذى قد عرفت دعواه الاجماع على ذلك فيما حكى عنه بذلك» و فى الجواهر عن التنقيح انه بعد ان اختار القول الاول قال: «لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح ، ولان الحكم بما يصلح له لو كان حقاً لزم الحكم بمال شخص معين لغيره لكونه صالحاً لذلك الغير و هو باطل . بيان اللزوم : انه جاز ان يموت للمرأة أب أو أخ فترث منه عمائم و طيالة و دروعاً و سلاحاً ، و تموت للرجل أم او اخت فيرث منها حلياً 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 النبى صلى الله عليه و آله و سلم : نحن نحكم بالظاهر والله أعلم بالسرائر . و ما ذكرنا هو الظاهر . لانا نقول : نمنع ان ذلك هو الظاهر ، لان الظاهر راجح غير مانع من النقيض، ومع ما ذكرنا من الاحتمال لارجحان .

و اما ما ذكره العلامة من العرف فممنوع ، لانه لو كان قاعدة شرعية لزم الحكم بذلك فى غير الزوجين لو حصل التداعى بين رجل و امرأة فى متاع هبتها شأنه ، وهو باطل» . و انما منع كون الظاهر ذلك فممنوع ، و كذا منعه ما ذكره العلامة ، أقول : اما منعه كون الظاهر ذلك فممنوع ، و كذا منعه ما ذكره العلامة ،

والالتزام بما ذكره من اللازم غير بعيد .
 واما اشكال الجواهر على قول العلامة بان « كلامه عند التأمل في غاية البعد،
 اذ حاصله استفادة الحكم الشرعى من الحكم العادى، وهو واضح الفساد ، ضرورة
 عدم مدخلية للعادة فى الاحكام الشرعية ... وبالجمله : 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 العلامة كون السيرة العقلائية على ذلك وانها حجة مع
 عدم الردع، فيجوز الرجوع اليها والتعويل عليها فالاشكال غير وارد، بل قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ
 «قد علم من بين لابتها...» يقتضى الامضاء ، فما المانع من أن يكون المتعارف
 هنا حجة ؟

وأما اخبار المسألة فقد عرفت أن عمدتها صحيح النخاس الدال على القول
 الثانى، وهو عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ انه قال « اذا طلق الرجل امرأته وفى 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 كان له، ما للرجال ولها ما
 للنساء » (١) .

وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج الدال على القول الثالث، قال : «سألنى
 ابو عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ كيف قضى ابن أبى ليلى ؟ قلت : قد قضى فى مسألة واحدة بأربعة
 وجوه ، فى التى يتوفى عنها زوجها فيجىء اهله وأهلها فى متاع البيت ، فقضى فيه

(١) وعن ابى عبد الله عليه السلام فى 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 شىء منه فهو له « وعن زرعة عن سماعة قال : «سألته عن رجل
 يموت ، ماله من متاع البيت؟ قال : السيف والسلاح والرجل وثياب جلده» وسائل الشيعة

بقول ابراهيم النخعي : 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 في 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 الا أن يقيم الرجل البينة على ما أحدث في بيته ، ثم ترك هذا القول ورجع الى قول ابراهيم الاول .

فقال ابو عبدالله عليه السلام : القضاء الاخير وان كان رجوع عنه ، المتاع متاع المرأة الا أن يقيم الرجل البينة ، قد علم من بين لابتيها - يعنى : 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 ، لان المتاع الذى تأتى المرأة به اما ملك لها واما باق على ملك أبيها ، فلو ادعى التمليك له بهبة أو نحوهما 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 اذا كانت المرأة قد جاءت به من بيت أهلها .

وأما قوله عليه السلام فى ذيل خبر النخاس : «ومن استولى على شىء 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 البيئية فهو له ، ثم يقضى فى الباقي بكون ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للمرأة فلها ، والمشتركات تقسم ، و الاقرب ظهوره فى هذا المعنى .

وهذا الذى ذكرناه فى الجمع بين الخبرين هو مقتضى العرف والعادة .

وهذا هو الحكم سواء كان النزاع بين الزوجين أو بين ورثة أحدهما مع الآخر .

حكم ما لو ادعى أبو الميثة أنه أعارها بعض المتاع :

قال المحقق : « ولو ادعى أبو الميثة أنه أعارها بعض ما في يدها من متاع أو غيره ، كلف البينة كغيره من الأسباب » .

أى : لعمومات البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه .

قال : « وفيه رواية بالفرق بين الأب وغيره ضعيفة » .

أقول : هي ضعيفة عند المحقق ، وذلك على احتمال في الكافي والتهذيب ، وهي في الفقيه صحيحة جزماً على ما قيل كما في الجواهر .

وهي رواية جعفر بن عيسى قال : « كتبت إلى أبي الحسن - يعني : علي بن محمد - المرأة تموت فيدعى أبوها أنه كان أعارها بعض ما كان عندها من متاع وخدم ، اتقبل دعواه بلا بيينة أم لا تقبل دعواه بلا بيينة ؟ فكتب إليه عليه السلام : يجوز بلا بيينة .

قال : وكتبت إليه أن ادعى زوج المرأة الميثة أو أبوزوجها أو أم زوجها في متاعها وخدمها مثل الذي ادعى أبوها من عارية بعض المتاع والخدم ، أيكون في ذلك بمنزلة الأب في الدعوى ؟ فكتب : لا » (١) .

(١) وسائل الشريعة ٢١٣/١٨ عن الكليني عن محمد بن جعفر الكوفي يعني الاسدي 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

أنه من جهة « محمد بن اسماعيل وهو البرمكي » بناء على اعتبار جرح ابن الفضائري

لكن عن النجاشي : « ثقة مستقيم » .

واما الجزم بصحة طريق الفقيه فلان اسناد الصدوق إلى محمد بن عيسى وهو ابن

وكون الرواية مطابقة للقاعدة الشرعية غير بعيد ، فاذا اعطى الاب شيئاً الى ابنته في تجهيزها وغيره ، فادعت تملكه ذلك ايها ، فانكر الاب ذلك ، كان القول قوله ، لان الاصل عدم انتقال الملك .

نعم لو انتقل ما كان بيدها الى ورثتها ، ووقع النزاع بينهم وبين الاب ، فقالوا : هذا لامتنا وهولنا الان بالارث ، فقال الاب : هو لى ولم أملكها المال ، كان الاب مدعياً وكان عليه اقامة البينة .

فعلى الوجه الاول تكون الرواية مطابقة للقاعدة ، وعلى الثانى مخالفة ، والظاهر هو الاول ، لانهم يقرون باعطاء الاب المال لامهم .

الكلام فى :

دعوى المواريث

وفيه مسائل :

(المسألة الاولى)

لومات المسلم عن ابنين فتصادقا على اسلام

احدهما قبل الموت واختلفا في الاخر

قال المحقق قدس سره : « لو مات المسلم عن ابنين ، فتصادقا على تقدم اسلام أحدهما على موت الاب ، وادعى الاخر مثله فانكر أخوه : فالقول قول المتفق على اسلامه مع يمينه أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه » .

أقول : لومات المسلم عن ابنين مثلا ، فتصادق الابنان على اسلام أحدهما في حال حياة الاب ، وادعى الاخر نفس الدعوى لكى يشترك معه فى 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 فى الجواهر .

وفى المسألة ثلاث صور : (١) الجهل بتاريخ موت الاب واسلام الابن المختلف فيه معاً . (٢) أن يكون تاريخ موت الاب معلوماً وتاريخ اسلام الابن المختلف فيه مجهولا (٣) أن يكون تاريخ اسلام الابن المختلف فيه معلوماً وتاريخ موت الاب مجهولا .

أما الصورة الأولى: فلا ريب في ارث المتفق عليه دون الآخر، لان اسلامه مسبوق بالكفر وتاريخه مجهول، فيستصحب عدمه حتى موت الاب، ويكون أثر هذا الاستصحاب شرعاً عدم استحقاق الولد الذي لم يثبت اسلامه عند موت الاب، والمفروض أن لاوارث غيره الا المتفق عليه فيستقل بالتركة بحسب أدلة الارث .

ولا يعارضه استصحاب عدم الموت حتى زمان الاسلام، لان هذا الاستصحاب ليس بحجة، لانه مثبت .

وأما في الصورة الثانية فكذلك، فانه يجرى الاستصحاب، ويترتب عليه الاثر الشرعي المذكور .

وأشكل في الجواهر في الحكم المذكور المبتنى على الاستصحاب من جهتين، احدهما: ان ظاهر الكون في دار الاسلام هو اسلام الابن، وهذا الظاهر مقدم على الاصل وهو الاستصحاب . والثانية: بأن الارث تقتضيه القرابة حسب الأدلة في كتاب الارث، والكفر مانع عن الاستحقاق، فاذا وجد المقتضى - وهو هنا الولدية - وشك في المانع - وهو الكفر - أثر المقتضى أثره، فيستحق المختلف فيه الارث كأخيه .

و في كلتا الجهتين نظر، أما الاولى: فان كون الاسلام ظاهر من في دار الاسلام صحيح، لكنه يقتضى الحكم باسلام من كان فيها مع الجهل بحاله، وأما من كان مسبوقاً بالكفر يقيناً - كما في مفروض المسألة - فلا يقتضى كونه في دار الاسلام اسلامه، فلا ظاهر في مقابل الاصل في هذا المقام .

وأما الثانية: فان قاعدة المقتضى و المانع - بناء على تماميتها - تجرى في صورة عدم جريان استصحاب المانع، مثلاً: اذا تم استصحاب الفسق لا يتحقق للاب ولاية عند الشك في ثبوتها، مع أن نفس الابوة مقتضية للولاية .

على أن أدلة ارث الولد مخصصة بعدم كفره - سواء كان الكفر مانعاً أو كان الاسلام شرطاً - ومع الشك في اسلام الولد في حال موت الاب يكون التمسك

بأدلة الارث من التمسك بالعام فى الشبهة المصدقية .

فالحق ما ذهب اليه المشهور ، وان الاستصحاب يفيد الحكم بعدم الارث ،
أى ان نفس عدم الاسلام كاف لعدمه .

قال المحقق : « و كذا لو كانا مملوكين فاعتقا و اتفقا على حرية أحدهما
و اختلفا فى الآخر » .

أى ان ذلك نظير الصورتين المذكورتين ، و الحكم نفس الحكم لجريان
الاستصحاب كذلك .

و أما الصورة الثالثة فلايجري فيها الاستصحاب المذكور فى الصورتين
السابقتين، وسيذكرها المحقق مستقلة فى المسألة الثانية .

حكم ما لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً و اختلفا فى الآخر :

و لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً و اختلفا فى الآخر ، فقد جزم فى
كشف اللثام بأن القول قول الآخر المختلف فيه، واحتمله الشهيد الثانى فى المسالك،
لان ظاهر الدار تشهد له ، و ليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا ، لعدم الحالة
السابقة، فالحكم هو اشتراكهما فى الارث ، لظاهر دار الاسلام .

وبما ذكرنا ظهر الفرق بين هذا الفرع، وبين الصورتين اللتين قلنا بجريان
الاستصحاب فيهما ، فقول صاحب الجواهر : « ومن هنا لو اتفقا » لم يظهر وجهه .
كما لا يجوز التمسك لاستحقاقه بأدلة الارث، لانه من التمسك بالعام فى
الشبهة المصدقية .

حكم مالو ادعى كل منهما انه لم يزل مسلماً و أنكر الآخر :

ولو ادعى كل من الابنين أنه لم يزل مسلماً و أنكر الآخر فقال : بل أسلمت بعد
موت الاب ، فالحكم هو اشتراكهما فى الميراث، لان ظاهر دار الاسلام يشهد لكل
واحد ، وفى الاستدلال بعمومات الارث هنا أيضاً ما عرفت .

و في كشف اللثام : « نعم ان كانت الدار دار كفر و كان اسلام المورث مسبوفاً بكفره ، احتمال ترجيح الظاهر على الاصل ، فلا يرث المختلف فيه ما لم يعلم انتفاء المانع من ارثه بالبينة ، و لو ادعى المختلف فيه علم الاخر بحاله كان له احلافه على نفسه » .

وقد أشكل فيه صاحب الجواهر مشيراً الى ما ذكره سابقاً من اقتضاء الولدية للارث، وقد عرفت الاشكال فيه .

كما أن ايراده على قول كاشف اللثام : « و لو اتفقا على كفر كل منهما أو رقيته زماناً ، و ادعى كل منهما سبق اسلامه أو حرثه على الموت وأنكر الاخر ، ولم تكن بينة ، ولا ادعى احدهما العلم على الاخر ، أو ادعاه فحلف على العدم ، لم يرث أحد منهما ، لانه لا ارث مالم يثبت انتفاء المانع ، ولا مجال هنا للحلف ، لان كلا منهما مدع لزوال المانع عن نفسه ، واما انكاره ففي الحقيقة انكار لعلمه بزوال المانع عن الاخر ، ولا يفيد الحلف عليه ، بل خصمه ما في الحقيقة هو الوارث المسلم ، فان كان غير الامام عليه السلام حلف على عدم العلم بزوال المانع » غير وارد .
هذا كله مع عدم البينة .

ولو أقام احد الابنين بينة في الفروع المذكورة قضى له بها .

و لو أقام كل واحد منهما بينة (في صورة اختلافهما بأنه لم يزل مسلماً وصاحبه أسلم بعد موت الاب) كانت بينة المتفق عليه خارجة وبينة الاخر داخلية ، فتقدم بينة المتفق عليه على القول بتقدم بينة الخارج وهو الاقوى كما عرفت سابقاً ، واما مع القول بحجية كلتا البينتين وتكافؤهما ، وعدم تقديم بينة مدعى تقدم الاسلام لاشتمالها على التقدم الزماني ، وهو نقله الى الاسلام في الوقت السابق من جهة تناقض البينتين ، فالبينتان متعارضتان ، والحكم هو القرعة كسائر موارد تعارض البيئات .

و في المسالك : ربما احتمال ضعيفاً تقديم بينة المتأخر ، بناء على انه قد يغمي عليه في التاريخ المتقدم فيظن الشاهدان . وهو ضعيف لانه قدح في الشاهد .

(المسألة الثانية)

(حكم ما لو اتفقا ان احدهما اسلم في شعبان والاخر في أول رمضان)

(واختلفا في تاريخ موت الاب)

قال المحقق : « لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان والاخر في غرة رمضان ثم قال المتقدم : مات الاب قبل شهر رمضان ، و قال المتأخر : مات بعد دخول رمضان . كان الاصل بقاء الحياة ، والتركة بينهما نصفين » .

أقول : هذه هي الصورة الثالثة من صور المسألة الاولى ، وهي صورة العلم بتاريخ الاسلام والجهل بتاريخ موت الاب ، فالذي أسلم في شعبان يقول : مات في شعبان ، و أنت أسلمت في أول شهر رمضان ، فلا تستحق للكفر ، أو عدم الاسلام حين الموت ، والذي اسلم في شهر رمضان يقول : مات بعد دخول شهر رمضان ، فانا شريكك في التركة لوجود الشرط و هو الاسلام أو عدم المانع عن استحقاق الارث و هو الكفر .

والحكم في هذه المسألة هو اشتراك الاخوين في التركة بالتنصيف ، قال في الجواهر : بلا خلاف ولا اشكال .

ودليل هذا الحكم عند المحقق هو الاستصحاب ، حيث قال : « الاصل بقاء

الحياة» ..

وقد عرفت ما فيه فانه، اصل مثبت .

وعند صاحب الجواهر هو عمومات الارث بعد عدم ثبوت المانع فالمقتضى حينئذ بحاله . وفيه ما عرفت من أنه من التمسك بالعام فى الشبهة المصدقية، لان موضوع العمومات هو الولد المسلم فى حال موت الاب .
فالدليل هو ظاهر دار الاسلام فتأمل (١) .

(١) وجه هذا التأمل هو ان هذا الاسلام مسبوق بالكفر، وقد ذكرنا سابقاً ان ظاهر دار الاسلام يكون فى حال عدم الكفر سابقاً وأما معه فلا ظاهر .
ويبقى أن يكون الدليل اتفاق الاصحاب فى هذه المسألة، لكن المحتمل - ان لم يكن المقطوع به - كونه مدر كياً .

(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 بيّنة . فان كانت كاملة وشهدت أنه لاوارث سواهما سلم اليه النصف ، وكان الباقي في يد من كانت الدار في يده . و في الخلاف : و تجعل في يد أمين حتى يعود، ولا يلزم القابض للنصف اقامة ضمين بما قبض» .

أقول : في هذه المسألة فروع :

الاول : ان هذه الدعوى تسمع من هذا الشخص ويقضى له بالبيّنة الكاملة

—أى الواجدة للشرائط على ما سيأتى — التي أقامها ويسلم اليه نصف الدار .

وهذا الحكم لا اشكال فيه ولا خلاف كما في الجواهر .

الثانى : وحيث أريد التنصيف للدار فمن يكون القاسم ؟

قال في الجواهر : والقاسم الحاكم أو أمينه أو من في يده الدار .

أقول : أما الحاكم فلا كلام في نفوذ تقسيمه لانه ولي الغائب ، و أما أمينه

فكذلك ، لانه يقوم مقام الحاكم بأمره ، و أما من في يده الدار فالمفروض انكاره

لحق المدعى، وبذلك يسقط عن الامانة في نظر المدعى في الاقل ، والقاسم يشترط أن

يكون عادلاً أميناً كما تقدم في محله ، فكيف يكون هذا الانسان قاسماً في هذا

المقام ؟ .

الثالث : واذا سلم نصف الدار الى المدعى فما هو حكم النصف الاخر الذى يدعى كونه للاخ الغائب ؟ فيه قولان :

أحدهما: أن يكون الباقي فى يد من كانت الدار فى يده حتى مجيء الغائب . وهو رأى الشيخ فى المبسوط وعليه الشهيد الثانى فى المسالك .

والاخر : أن ينتزع الباقي منه ويجعل فى يد أمين حتى حضور الغائب . وهو رأى الشيخ فى الخلاف وهو الاقوى عند صاحب الجواهر .

وجه الاول هو : ان البينة حجة بعد دعوى صاحب المال ، وحيث أن الغائب غير موجود حتى يدعى ، فبينة أخيه لا تثبت ملكية الغائب للنصف الاخر ، فيبقى بيده من كانت الدار فى يده كما كان .

ووجه الثانى هو : أن البينة حجة ، ولا يتوقف استيفاء الحق على حكم الحاكم المتوقف على حضور المدعى ودعواه ، وعليه فترفع يد ذلك الانسان عن الباقي . وقد قدمنا فى محله بيان هذين القولين وأن الاقوى هو الثانى .

وقد يجعل منشأ الاختلاف صلاحية قيام أحد الوراث مقام الميت فى اثبات الحق أو الملك ، وعدمها بل يكون حق الدعوى لمجموع الورثة ، فلو ادعى أحدهم وأقام البينة ثبت حقه دون غيره ؟ فالعلامة فى المختلف وكاشف اللثام على الاول ، والشهيد الثانى فى المسالك على الثانى .

والظاهر هو الاول ، لان هذا الاخ الحاضر يدعى الارث ويريد اثباته ، فاذا اقام بينة وأثبتته فقد ثبت حقه وحق الغائب ، والمفروض ان الغائب اذا حضر لا يطالب بأكثر من الارث الذى يستحقه .

الرابع : انه لو ابقى النصف بيده من كانت الدار فى يده فهل يضمن أولا ؟ قال المحقق : لا . للاصل وغيره بعد ثبوت الانحصار بالبينة ، ولا يخفى أن هذا مبنى على صحة التضمن بالنسبة الى الاعيان كالديون .

ما هو المراد من البينة الكاملة هنا ؟

قال المحقق : « ونعني بالكاملة ذات المعرفة المتقدمة والخبرة الباطنة » .

أقول : قد اختلفت عبارات الاصحاب في معنى البينة الكاملة ها هنا ، ففي المسالك « ان مقتضى عبارة المصنف و الاكثر أن المراد بها ذات الخبرة و المعرفة بأحوال الميت ، سواء شهدت بأنها لا تعلم وارثاً غيرهما أم لا ، وحينئذ تنقسم الى ما يثبت بها حق المدعى بأن تشهد بنفى وارث غيره ، و الى غيره و هي التي لا تشهد بذلك » و قد اختار صاحب المسالك هذا المعنى . و ذكر 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 بشهادتهما بذلك بعد ثبوت عدالتهما ، بل الظاهر كون المراد بكما لها أنها تشهد بالنفى ، وحينئذ فعدم شهادتها بذلك هو عدم كمالها ، فقول المصنف : [ولولم تكن البينة كاملة وشهدت انها لا تعلم وارثاً غيرهما] بمنزلة التفسير لها كقوله أولاً : [وشهدت] الى آخره .

و اعترض على الشهيد الثاني و كاشف اللثام قائلاً : « وما أدري ما الذي دعاهما الى ذلك ؟! مع أن حمل العبارة على ارادة التفسير أولى كما هو صريح الارشاد ، قال : ولو ادعى ما في يد الغير أنه له ولاخيه الغائب بالارث ، و أقام بينة كاملة ، بأن شهدت بنفى وارث غيرهما سلم اليه النصف » و لا ينافي ذلك قوله في المتن « ونعني » الى آخره المحمول على ارادة بيان أن الشهادة بالنفى على وجه القطع لا تكون غالباً الا من ذى الخبرة الباطنة .

ودعوى المفروغية من الاجتزاء بشهادة ذى الخبرة بنفى العلم محل منع وان جزم به في الدروس . كدعوى المفروغية من عدم قبول شهادة غير ذى الخبرة

بالنفي على وجه القطع ، بل هو في الحقيقة قدح في الشاهد العدل .
فالتحقيق حينئذ الاكتفاء بالشهادة بالنفي من العدل مطلقاً ، وعدم الاكتفاء بها
إذا كانت بنفي العلم كذلك ، إلا إذا 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 لا تكون
إلا من ذى الخبرة أو شبهه .

أقول : انه يعتبر في هذه الشهادة ثلاثة أمور أحدها : أن يشهدا بكون الدار
ملكاً للميت ، والثاني : أن يشهدا بكون الاخوين وارثين ، والثالث : أن يشهدا 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 «قده» هو ما ذكره ثاني الشهيدين ، و حملها على ما في الجواهر خلاف
ظاهرها .

نعم لا مانع من القول بالاكتفاء بالاستصحاب بالشهادة بالنفي ، لخبر معاوية
قال : «قلت لابي عبد الله عليه السلام : الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنة ويدع
فيها عياله ثم يأتيها هلاكه ، و نحن لاندرى ما أحدث في داره ، ولاندرى ما أحدث
له من الولد ، إلا انا لانعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولا حدث له ولد ولا تقسم هذه
الدار على ورثته الذين ترك في 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 لانعلم وارثاً غيرهما
أرجىء التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصباً بحيث لو كان وارثاً لظهر»

أقول : ان كانت البينة كاملة دفعت الدارالى ذى الحق ، ولولم تكن كاملة ارجىء تسليم الدار حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان لبان ، ولا يرجع الى اصالة عدم الوارث، لان هذا الاصل لا يفيد انحصار الوارث بالحاضر فى الظاهر ، قال فى الجواهر : «على أن قاعدة الضرر الحاصل بضمان من فى يده المال لو ظهر بعد ذلك معارضة له، فأصل البراءة من وجوب الدفع الى هذا الحاضر الذى لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله».

قال المحقق : «وحيث يسلم الى الحاضر نصيبه ويضمنه استظهاراً».

أقول : ان الغرض من تضمين الحاضر هو الاستظهار والاطمينان ببقاء حق الوارث المحتمل وامكان دفعه اليه لو ظهر ، وعلى هذا فلا موضوعية للتضمين ، فلو كان الوارث الحاضر موثقاً وكان مليئاً فلا حاجة الى التضمين . وليس المراد من ارجاء التسليم عدم جوازه، حتى يستشكل بأن الاصل عدم الوارث ، بل المراد عدم وجوبه لئلا يتضرر ذواليد لو ظهر الوارث ، وعلى هذا فلو شاء ان يسلم الى الحاضر كان له ذلك، نعم اذا كان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم يجزله الدفع الا مع التضمين أو الوثوق.

وقد يناقش بأن المفروض سقوط ذى اليد عن الامانة بانكاره دعوى الوارث الحاضر ، فلو لم تسلم الدار الى الحاضر بالبينة و الاصل وجب عليه تسليمها الى الحاكم ، فلا وجه لابقائها فى يده على كل حال.

على أن جواز تسليمه الدار الى الحاضر - كما فى الجواهر - يعنى قيام الحجة الشرعية على مالكيته، فسواء أريد من ابقائها دفع الضرر عن ذى اليد أو عن الوارث المحتمل يجب انتزاع الدار من يده ، واما اذا لم تتم الحجة للوارث الحاضر فلا يجوز تسليم شيء اليه حتى مع التضمين .

هذا كله اذا لم يكن الوارث الحاضر ذافرض . 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 نصيبه تماماً إليه .
قال المحقق : «ولو كان ذا فرض أعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تماماً،
وعلى التقدير الثاني يعطيه اليقين ان كان وارث، فيعطى الزوج الربع » أى: لاحتمال
وجود ولد منها «والزوجة ربع الثمن» أى: لاحتمال وجود زوجات له ثلاثة، ويكون
الاعطاء « معجلاً من غير تضمين و بعد البحث يتم الحصة مع الضمين » .

حكم مالهو كان الوارث ممن يحجبه غيره :

قال : «وان كان الوارث ممن يحجبه غيره كالاخ ، فان أقام البيينة الكاملة
أعطى المال . وان أقام بيينة غير كاملة أعطى بعد البحث والاستظهار بالضمين» .
أقول : ان كان الوارث ممن يحجبه غيره عن الارث كالاخ المحجوب
بالابوين و الاولاد فلا يعطى شيئاً ، لعدم العلم بكونه وارثاً ، فان ادعى ذلك فان
أقام البيينة الكاملة أعطى المال كله . وان أقام بيينة ناقصة أعطى بعد البحث عن الحاجب
مع الاستظهار بالضمين .

هذا وفي المسالك تبعاً للدروس : «ولو صدق المتشبه المدعى على عدم
وارث غيره فلا عبرة به ان كان المدعى به عيناً، لانه اقرار فى حق الغير، وان كان
دينياً امر بالتسليم ، لانه اقرار فى حق نفسه، لانه لا يتعين للغائب على تقدير ظهوره
الابقضه أو قبض وكيه . وقد تقدم البحث فى نظيره من دعوى وكالة الغائب فى
الامرین» .

وقد وافقهما على ذلك كاشف اللثام قال : «وحكم الدين حكم العين فى جميع
ذلك، الا فى وجوب انتزاع حصة الغائب فقديقال بالعدم . والفرق بان الاحوط هنا
العدم، لانه لا يتلف مالم ينتزع لتعلقه بالذمة، وبأن العين شىء واحد شهدت به البيينة،
والدين حقوق متفرقة بعدد مستحقه . ويفارقها ايضاً فى أنه لا يكفى فى العين تصديق
صاحب اليد فى الانحصار ويكفى فى الدين، فاذا صدقه أعطى نصيبه كاملاً من غير
بحث، اخذاً باقراره» .

قلت : قد ذكرنا سابقاً في مسألة مالو تنازع اثنان في عين بيد ثالث فصدق الثالث أحدهما : أن المصدق يكون حينئذ زايد على العين ويكون الاخر مدعيآله، و الامر فيما نحن فيه كذلك ، بل هو اولى لكون الوارث الاخر محتمل الوجود لامقطوعه ، فتسلم العين الى هذا المصدق، فان حضر الوارث المحتمل واقام البينة بحصته أخذ والا فلا .

وأما على ما ذكروا فان الفرق المذكور بين العين والدين صحيح، واشكال صاحب الجواهر غير وارد .

(المسألة الرابعة)

(حكيم ما اذا ماتت امرأة وابنها و تنازع زوجها وأخوها في تاريخ موتهما)

قال المحقق قدس سره :«اذا ماتت امرأة وابنها ، فقال أخوها : مات الولد أولاً ثم المرأة ، فالميراث لى وللزوج نصفان ، و قال الزوج: بل ماتت المرأة ثم الولد فالمال لى ، قضى لمن تشهد له البينة .»

أقول : اذا ماتت امرأة وابنها ولم يعلم سبق أحدهما ولا الاقتران، ووقع النزاع بين زوجها وأخيها ، فقال أخوها : مات الولد أولاً ثم ماتت المرأة ، فالميراث الحاصل من تركة المرأة بسا فيه ارثها من الولد لى وللزوج ، لكل نصف . وقال الزوج بل ماتت المرأة أولاً ، فارثها لى ولولدها ، مات الولد من بعدها فالمال كله لى ، ففي المسألة صور :

الاولى : ان يكون لاحدهما خاصة بينة على ما يدعيه ، ولا اشكال ولا خلاف كما فى الجواهر فى انه يقضى لصاحب البينة .

الثانية : ان يكون لكليهما بينة، وحينئذ اذا تكافئتا سقطتا بالتعارض ، والحكم هو الرجوع الى القرعة ، فمن خرج اسمه حلف وأخذ والا احلف الاخر ، وان امتنعا قسم المدعى به بينهما نصفين .

اى: انه ان كان الولد قدمات قبل امه فيستحق الاخ نصف تركة المرأة، وان كان قدمات بعدها فلا يستحق شيئاً ، فمورد النزاع نصف تركة المرأة ، فاذا وقعت

القرعة وامتناعن اليمين قسم النصف بينهما نصفين، فيكون للاخ الربع وللزوج ثلاثة ارباع .

والثالثة : ان لا يكون لاحدهما بيعة .

قال المحقق : «ومع عدمها لا يقضى باحدى الدعويين، لانه لاميراث الامع تحقق الحياة ، فلا تترث الام من الولد ولا الابن من أمه ، ويكون تركة الابن لاييه وتركة الزوجة بين الاخ والزوج» .

فظهر ان الحكم في هذه الصورة كون تركة الابن كلها لاييه بعد يمين الاب أنه ما مات قبل أمه ، و تكون تركة الزوجة بين الاخ والزوج-بعد يمين الاخ أنها ما ماتت قبل ولدها- لكل منهما نصف ، اذ ليس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما في الصورة الثانية حيث أقام كلاهما البيعة، لان اليمين تنفى وارثية الميت من قبل، وليس لازم هذا النفي- وهو الموت من بعد- أثراً شرعياً ، بخلاف البيعة 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 فترث الابن وتموت، فهما في تركتها شريكان بالتصنيف ، وان كان العكس يستصحب حياة الابن فيرث أمه ، فاذا مات كان جميع التركة للاب.

ولو علم اجمالاً بتقدم تاريخ موت احدهما على موت الاخر، فلا يخلقان حتى

ينفى التوارث ، بل يقرع لاجل تعيين الوارث .

(المسألة الخامسة)

(حكم ما لو تنازع وارث الميت وزوجته حول شيء من التركة)

قال المحقق : « لو قال : هذه الامة ميراث أبى ، وقالت الزوجة : هذه أصدقنى اياها أبوك ، ثم أقام كل منهما بينة قضى بينة المرأة لانها تشهد بما يمكن خفاؤها على الاخرى » .

أقول : لو وقع النزاع بين الوارث وزوجته فى شيء من التركة ، فقال الوارث هذا ميراث أبى فهولى ، وقالت الزوجة : هذا اصدقنى اياه أبوك فى المسألة صور .
الاولى : ان لا يكون للزوجة المدعية بينة ، فان القول قول الوارث يمينه لان الاصل عدم الاصداق .

والثانية : ان تقيم الزوجة بينة .. فلا كلام فى انه يقضى لها .

والثالثة : ان يقيم كل منهما بينة فهنا ايضاً يقضى للزوجة بتقديم بينتها ، لانها تشهد بما يمكن خفاؤه على بينة الوارث .

وكذا لو كانت العين فى يد أجنبى لا يدعيها .

ولو وقع التعارض بين البينتين كأن تدعى الزوجة الاصداق فى يوم الجمعة فتشهد بينتها بذلك ثم تشهد بينة الوارث بموت المورث فى يوم الخميس ، فقد يقال بترجيح بينة الوارث ، لكونه ذا اليد وكون مدعاه أسبق زماناً ، ومع عدم المرجح فالحكم هو القرعة أو التنصيف بدونها .

الكلام فى :

الاختلاف فى الولد

مقدمة :

لاريب فى عدم لحوق الولد بأبين فصاعداً عندنا وان كانا قد واقعا فى طهر واحد ، للاخبار والاجماع . خلافاً للمحكى عن أبى حنيفة من اللاحاق بهما مع الاشتباه ، بل عن بعضهم اللاحاق بثلاثة ، بل عن المتأخرين منهم جواز اللاحاق بألف أب على قول أبى حنيفة، بل عنه أيضاً اللاحاق بأميّن اذا تنازعتا واشتبه الامر، بل قد يأتى بناءً على ما تقدم ذكره عن متأخريهم جواز الحاق الولد بألف أم .
ولعل هؤلاء قالوا بذلك على أساس القياس عندهم ، فقاوسا هذا المورد بمسألة شركة الابوين فى الاولاد ، فان الولد يتكون من ماء الرجل والمرأة معاً حيث قال تعالى : «يخرج من بين الصلب والترائب» (١) ولذا يرث الولد أبويه، فكما يكونان شريكين فى الولد لتولده منهما كذلك يكون الولد ملحقاً بالابين فصاعداً لتولده منهما .

لكنه - مع ابتناؤه على القياس الباطل - فاسد من جهة أنه اذا انعقدت النطفة من الرجل والمرأة فقد تم الامر، وفى بعض الروايات دلالة على ذلك ، فلو واقع هذا الرجل أو غيره تلك المرأة لم يكن للماء الجديد أى علاقة بما كان من الماء الاول ولكل موضع غير موضع الاخر .

ثم ان الرجوع الى القائف واضح الفساد كذلك ، فانه لاعبرة بالقيافة عندنا، ولا تكون ملاكاً لللاحاق ، وان تحققت المشابهة بين الولد وأحد الرجلين غالباً ،

(١) سورة الطارق، ٧

فان الشارع قد اسقط هذه الغلبة عن الاعتبار، على أنه قد لا يشبه الابن أباه الحقيقي في الاوصاف .

وبعد هذا كله نقول : ان عمدة الادلة في الاختلاف في الولد هو قوله عليه السلام « الولد للفراش و للعاهر الحجر » (١) فقولنا : الولد لمالك الفراش ، وفي المصباح المنير : «وقوله عليه الصلاة والسلام : الولد للفراش أى للزوج ، فان كل واحد من الزوجين يسمى فراشاً للاخر كما سمي كل واحد منهما لباساً للاخر » . وكيف كان فان الحديث لا يعم النكاح الفاسد . وقال السيد في العروة بأن المراد هو الفراش الفعلى سواء امكن الحاقه بالفراش السابق أولاً . و عن القواعد : انه لو كان زوجاً في نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففى انقطاع امكانه نظر ، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقة .

صور الاختلاف في الولد

هذا وفي المسألة صور :

الصورة الاولى : اذا لم يكن فى البين فراش أصلا ، بل وطىء اثنان امرأة عن سفاح لم يلحق الولد بأحدهما . و أثر ذلك عدم التوارث فقط ، و أما الآثار الاخرى كالنظر والنكاح ان كان الولد بنتاً فانه يجوز لكل منهما نكاحها ، ويحرم عليه النظر اليها للاصل . أما هى فلا يجوز لها ذلك مع أحدهما لعلمها اجمالاً بكونها لاحدهما .

وبالجملة ان وطئها عن زنا لم يلحق الولد بأحدهما شرعاً ، نعم لا يبعد الرجوع الى القرعة لتعيين من هو له منهما لاجل ترتب الآثار من النفقة ونحوها ، اللهم الا أن يقال بعدم ترتب شيء من الآثار مطلقاً . لكن لا تعرض هنا ظاهراً فى الاخبار والفتاوى الى القرعة .

والصورة الثانية : ان تحقق الوطىء من الرجلين بشبهة وفى طهر واحد كان

المرجع القرعة ، لامكان كون الولد من كل منهما ، فمن خرج اسمه ألحق به .
والصورة الثالثة : أن يعقد كل منهما عقداً فاسداً . والمرجع هنا أيضاً القرعة .
والصورة الرابعة : أن يطأ اثنان امرأة و هي زوجة لاحدهما و مشبهة على
الآخر ، والحكم عند الاصحاب هو الرجوع الى القرعة .

وقد ذكر المحقق حكم الصور الثلاث الاخيرة بقوله :

« اذا وطئ اثنان امرأة وطءاً يلحق به النسب اما بأن تكون زوجة لاحدهما
ومشبهة على الآخر ، أو مشبهة عليهما ، أو يعقد كل منهما عليها عقداً فاسداً ثم تأتي بولد
لسته أشهر فصاعداً مالم يتجاوز أقصى الحمل فحينئذ يقرع بينهما » .

فان قيل: مقتضى الحديث الشريف : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » هو
الحاق الولد في الصورة الرابعة بالزوج ، لانه صاحب الفراش وان كان « للعاهر
الحجر » لا ينطبق على الوطئ هنا ، لعدم تحقق الموضوع وهو الزنا في هذه الصورة ،
وبالجمله يجرى هذا الحديث في صورة وجود فراش - زوجاً كان أو مولى - سواء
كان الوطئ الآخر عن زنا أو شبهة ، و لا يتحقق لاحد هذين فراش حتى يكون
وطؤه وطأً يلحق به النسب ، حتى يقع التعارض وبشكل الامر فيرجع الى القرعة .
بل لقد تمسك الامام عليه السلام بالحديث حيث لا يوجد فيه الزنا ولا شبهة ، ففي
خبر الصيقل : « عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها . قال :
بئس ما صنع يستغفر الله ولا يعود .

قلت : فان باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها ثم باع الثاني من رجل آخر
فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث . فقال ابو عبد الله عليه السلام
الولد للفراش وللعاهر الحجر » (١) .

اذن لا ينحصر مجرى الحديث بمورد وجود الزنا أو الوطئ بشبهة فالرجوع

(١) ومثله : خبر سعيد الاعرج : « عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن
يكون الحمل ؟ قال : للذي عنده الجارية لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم :
الولد للفراش » وسائل الشيعة ١٤ / ٥٦٨ .

الى القرعة لما ذا ؟

قلت : ان الواطىء بشبهة ليس بصاحب فراش - خلافاً لصاحب الجواهر -
 لكن دليل القول بالقرعة فى هذه الصورة هو الاجماع .
 قال المحقق : « سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين ، أو عبيدين أو حرين ،
 أو مختلفين فى الاسلام والكفر والحرية والرق ، أو أباً وابنه » .
 أقول : قال فى الجواهر : بلا خلاف معتمد به أجده بيننا فى ذلك بل الظاهر
 الاجماع عليه ، بل ادعاه بعض صريحاً .

و يدل عليه صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام : « اذا وقع المسلم واليهودى
 والنصرانى على المرأة فى طهر واحد اقرع بينهم ، فكان الولد للذى تصيبه القرعة » (١) .
 قال فى الجواهر : نعم عن لقطة المبسوط أن المسلم والحر أولى ، ولكن قد
 استقر الاجماع على خلافه .

هذا مع عدم العلم بسبق أحدهما .
 ولو علم سبق أحدهما على الآخر فى الوطىء ففى الحاقه بالآخر او القرعة
 كذلك بحث .

هذا كله اذا كان الوطىء منهما فى طهر واحد ، فان وطأ أحدهما فحاضت ، ثم
 وطىء الآخر ، فهل يكون اللاحق بالقرعة أيضاً؟ نعم ، لامكان كونه من الاول ، لان
 الحمل والحيض قديجتعلان .

لكن فى القواعد وكشف اللثام : « انه اذا كان ذلك انقطع الامكان عن الاول
 لان الحيض علامة براءة الرحم شرعاً ، الا ان يكون الاول زوجاً فى نكاح صحيح
 لكون الولد للفراش ، الا ان يعلم الانتفاء ، و تخلل الحيض لا يفيد العلم به هنا ،
 لقوة الفراش » .

واشكس عليه فى الجواهر بقوله : الا انه لا يخفى عليك ما فيه على كل

من تقديرى مجامعة الحيض للحمل وعدمه ، وقوة الفراش لو كانت تنفع لنفعت فى اجتماعهما فى طهر واحد أيضاً .

قالا : ولو كان زوجاً فى نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففى امكانه نظر ، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقة .

أقول : هذه صورة اخرى بالاضافة الى الصور السابقة ، وهو أن يكون الامر دائراً بين الوطىء بشبهة - بمعنى كونه زوجاً ظاهرياً - وبين الزنا أو الوطىء بشبهة ممن ليس بزواج ظاهرى ، وتفيد هذه العبارة التوقف فى امكان معارضة الوطىء بشبهة لصاحب الفراش ، من جهة التأمل فى صدق الفراش على الفراش الظاهرى ، وهذا يؤيد ما ذكرناه سابقاً كما لا يخفى ، والحكم فى هذه الصورة هو اللاحق بالفراش الظاهري للحديث الشريف بناءً على صدق الفراش ، والا فالقرعة .

قال المحقق : «هذا كله اذا لم يكن لاحدهم بينة» .

أقول : يعنى ان الرجوع الى القرعة هو فيما اذا لم يكن لاحد الواطئين بينة ، أو كان لكل واحد منهم وتعارضتا لعدم المرجح ، والا حكم بالبينة لمن كانت له أو كانت بينته أرجح .

لكن البينة تفيد فيما اذا علم بتحقيق وطىء واحد ، ثم اشتبهه الواطىء بين اثنين فتشهد البينة أنه هذا لا ذاك لكونه معهما فى سفر مثلاً ، وأما اذا وقع الوطىء من اثنين فلا يمكن للبينة تعيين من يلحق به الولد منهما .

قال المحقق : «ويلحق النسب بالفراش المنفرد ، والدعوى المنفردة ، وبالفراش المشترك ، والدعوى المشتركة ، ويقضى فيه بالبينة ومع عدمها بالقرعة» .

أقول : أما الفراش المنفرد فواضح ، وأما الدعوى المنفردة فتكون بالنسبة الى صبي مجهول النسب ، فلو ادعاه ولا معارض له فى هذه الدعوى ألحق به ، ولا يسمع انكاره بعد كبره ، نعم فى الكبير المجهول النسب خلاف سنشير اليه . ولو اشترك اثنان أو ازيد فى هذه الدعوى قضى بالبينة ، ومع عدمها أو تعارضها

بالقرعة . وأما الفراش المشترك فقد عرفت الكلام فيه .
ولافرق عندنا فى الدعوى بين الرجل والمرأة ، فلو استلحقت ولداً فان لم
ينازعها أحد لحق بها ، وان نازعها كان الولد لذات البينة، ومع عدمها أو تعارضها
فالمرجع القرعة .

فروع ذكرها فى الجواهر عن بعض الاصحاب :

وهنا فروع أوردها صاحب الجواهر عن بعض الاصحاب ، ونحن نوردها
تبعاً له :

«من انفرد بدعوى مولود صغير فى يده لحقه الا أن يضر بغيره ، كأن يكون
معتقاً ولاؤه لمولاه، فان بنوته تقتضى تقدمه على المولى فى الارث، فان بلغ وانتفى
عنه لم يقبل نفيه الا ببينة ، 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 بالبينة . وان سكت لسم يكن
تصديقاً» قلت: بل الاظهر كونه تصديقاً، فاذا سكت كانت دعوى المدعى بلامعارض.
«لو ادعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطئاً لشبهة لم يقبل وان
وافقه الزوجان ، بل لا بد من البينة 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 ذلك اقامة البينة ، 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 الحر ، وحينئذ فالملاك البينة والا
فالقرعة .

«لو استلحقه صاحب اليد ولو ملتقطاً وحكم له شرعاً لم يحكم للاخر الا ببينة» .

«لو استلحق ولداً وقال : انه من زوجتى هذه فأنكرت الزوجة ولادته ففى

لحوقه بها بمجرد اقرار الاب نظر» أى : لان هذه الدعوى ليست بلا معارض لانها عارضت ، فى الجواهر : بل منع لكونه اقراراً فى حق الغير . أقول : ولكن أثر وجوب النفقة ونحوه مترتب على هذا الاقرار .

«لو بلغ الصبى بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعة فانتسب الى أحدهما قبل ، وأشكله بعض بأنه اقرار فى 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 لاحد قبل لانه على نفسه ، كما لاسيرة على القبول .
«ولا عبرة بميل الطبع عندنا» أى : ان هذا لا يكون دليلاً شرعياً للانتساب وان كان وجود هذا الطبع حقيقة واقعية .

«وان لم ينتسب الى أحد منهما أقرع ان لم ينكرهما معاً ، والا لم تفد القرعة بناءً على قبول تصديقه ، ولا يقبل رجوعه بعد الانتساب ، ولا اعتبار بانتساب الصغير وان كان مميزاً ، ونفقته قبل الثبوت شرعاً عليهما ، ثم يرجع من لم تلحقه القرعة به على الآخر» .

وأشكل عليه فى الجواهر : «وفيه : ان دفعها قد كان لاقراره فلا وجه لرجوعه» الا ان يقال بان لسوازم البينة حجة فعلية مقيمها جميع النفقة ، لكن قلنا سابقاً بشأن الاقرار مقدم على جميع الأدلة . هذا ، وقد ذكرنا سابقاً احتمال قبول دعوى الصبى فراجع» .

«لو أقام كل من المدعين بينة بالنسب وتعارضتا ولا ترجيح . حكم بالقرعة عندنا» .
«لو أقام أحدهما بينة ان هذا ابنه وآخر بينة ان هذا بنته فظهر خنثى ، فان حكم بالدكورية بالبول وغيره فهو لمدعى الابن ، وان حكم بالانوثية فهو لمدعى الانثى ، لان كلا منهما لا يستحق الا من ادعاه ، وان ظهر خنثى مشكلاً أقرع» .

خاتمة الكتاب :

أقول : هذا آخر كتاب القضاء . وقد كان الفراغ منه في اليوم الثامن عشر من شهر ربيع الآخر من شهور السنة الثالثة بعد الأربعمائة بعد الألف من الهجرة النبوية . في الحوزة العلمية بمدينة قم المقدسة وسيتلوه ان شاء الله تعالى كتاب الشهادات . والحمد لله أولاً وآخراً ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين ، ولا سيما آخرهم بقية الله في الأرضين ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين .

على ابن حجة الاسلام والمسلمين السيد نور الدين نجل

آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني قدس

﴿الفهرس﴾

الكلام فى 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 |
| ١٩ | لايعتبر الاشهاد فى هذه الشهادة |
| ٢٠ | قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس |
| ٢٠ | ما ينهى الى الحاكم |
| ٢٣ | حكم انفاذ الثبوت لو أخبر الأول به |
| ٢٤ | حقيقة الانفاذ |
| ٢٥ | صورة الانهاء |
| ٢٦ | حكم مالو تغير حال الحاكم الاول |
| ٢٧ | لاأثر لتغير حال المكتوب اليه |

مسائل ثلاث

- | | |
|----|--------------------------------------|
| ٢٩ | الاولى - لو أقر المحكوم عليه أو أنكر |
|----|--------------------------------------|

- ٣١ الثانية - لو امتنع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض
 ٣٢ الثالثة - عدم وجوب دفع الحجة على المدعى

الكلام في بعض أحكام القسمة

٣٣ - ٧٤

- 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 لافرق بين قسمة الرد وغيره
 ٤٤ في اجزاء القاسم الواحد وعدمه
 ٤٥ في أجره القاسم
 ٤٩ النظر في المقسوم
 ٥٢ أقسام القسمة
 ٥٦ كيفية القسمة

مسائل ثلاث

- ٥٨ الاولى - في قسمة الدار التي لها علو وسفل
 ٥٩ الثانية - في قسمة الارض التي فيها زرع
 ٦١ الثالثة - في قسمة القرعان المتعددة

النظر في الواحق وهي ثلاث

- ٦٤ الأولى - لو ادعى بعد القسمة الغلط
 ٦٧ الثانية - اذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً
 ٧٠ الثالثة - لو قسم تركة الميت ثم ظهر عليه دين

الكلام في أحكام الدعاوى

٧٥ - ٩٤

- ٧٧ تعريف المدعى
 ٨٠ الشروط المعتبرة في المدعى - 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 السنكر فسق الحاكم أو الشهود
 ٨٥ هل يجب اجابة السنكر لو التمس اليمين من المدعى؟
 ٨٧ هل يلزم بالجواب عن دعوى الاقرار؟
 ٨٩ هل تفتقر صحة الدعوى الى الكشف؟
 ٩٢ هل تسمع دعواه ان هذه بنت أمته؟

الكلام في التوصل الى الحق

٩٥ - ١١٦

- ٩٧ ١ - ان كان الحق عقوبة
 ٩٨ ٢ - ان كان الحق مالا
 ١٠٠ صور كون الحق ديناً

- ١٠١ - الاولى - أن يكون مقراً به وباذلاً له
 ١٠١ - الثانية - أن يكون مقراً ممتنعاً من البذل
 ١٠٢ - الثالثة - أن يكون المدين جاحداً للحق
 ١٠٥ - حكم الاقتصاص من الوديعة
 ١٠٧ - لو كان من غير جنس الموجود
 ١٠٨ - جواز تولى بيع الوديعة
 ١٠٨ - لو تلفت الوديعة قبل البيع فهل يضمن؟

مسألتان

- ١١١ - الاولى - من ادعى مالاً لا يد لآحد عليه قضي له
 ١١٤ - الثانية - لو انكسرت سفينة في البحر فما هو حكم ماخرج منه؟

الكلام في دعوى الاملاك

وفيه مسائل

١١٧ - ١٩٠

- المسألة الاولى - و فيها صور
 ١١٩ - الاولى - لو تنازعا عيناً فسى يدهما ولا بينة
 ١٢٢ - 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 لى ولا ادرى لمن

- ١٣٢ المسألة الثانية - فى تعارض البيئات
- ١٣٢ متى يحصل التعارض ؟
صور تعارض البيئات :
- ١٣٣ الاولى - كون العين بيد المتداعيين
- 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 و للداخل بالملك المطلق
- ١٤٧ ٣ - أن تشهد للداخل بالسبب وللخارج بالملك المطلق
- ١٤٩ الثالثة - كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع الى المرجحات
- ١٥٣ النظر فى طوائف اخبار الترجيح وطريق الجمع بينها
- ١٥٥ حكم مالو أقر الثالث لاحدهما
- ١٥٦ الرابعة - كون العين لافى يد أحد
- ١٥٦ مورد تحقق التعارض
- ١٥٩ الحكم بالقسمة يختص بمورد امكانه
- ١٦٠ هل اليد من المرجحات ؟
- ١٦٣ هل الشهادة بقدم الملك أولى من الشهادة بالحادث ؟
- ١٦٨ حكم الاستناد الى الاستصحاب فى الحكم والشهادة
- ١٧٠ الشهادة بالاقرار
- ١٧١ تقدم الشهادة بالملك على الشهادة باليد
- ١٧١ تقدم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بالتصرف
- ١٧٣ المسألة الثالثة - اذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه : هو لفلان
- ١٧٦ لو أنكر المقر له الملكية للشيء

- ١٧٧ لو كان المقر له غائباً
 ١٧٩ لو كان المقر له ممن يمتنع مخاصمته
 ١٨٠ لو كان المقر له مجهولاً
 ١٨١ المسألة الرابعة - لو وقع الاختلاف في العقد الواقع
 المسألة الخامسة - حكم مالو كان شيء في يد انسيان وادعى أحد كونه له سابقاً
 ١٨٣ وأقام بينة

الكلام في الاختلاف في العتود

١٩١ - ٢٥٢

مقدمة

- ١٩٣
 ١٩٤ حكم الاختلاف في الاجرة ولائينة
 ١٩٨ حكم الاختلاف في الاجرة مع البينة
 ٢٠١ حكم الاختلاف في العين المستأجرة ولائينة
 ٢٠١ حكم الاختلاف في العين المستأجرة مع البينة
 ٢٠٣ حكم مالو ادعى اثنان شراء دار وهي في يد البائع
 ٢٠٥ وهل يقبل قول البائع لاحدهما ؟
 ٢٠٧ وهل لهما الفسخ ؟
 ٢٠٨ حكم مالو فسخ أحدهما دون الآخر
 ٢١٠ حكم مالو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما
 ٢١٣ حكم مالو ادعى احد شراء المبيع من زيد وادعى آخر شرائه اياه من عمرو
 ٢١٤ وهل لهما الفسخ ؟
 ٢١٦ حكم مالو ادعى عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر شرائه من المولى
 ٢١٧ وهل للمولى خيار الفسخ ؟

مسائل

- ٢٢٠ الاولى - لو شهد للمدعى بملكية الدابة مندمدة فكذبها سنهها

- 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 السادسة - لو ادعى داراً وادعى آخر نصفها وأقاما البينة
- ٢٣١ حكم مالو ادعى ذلك ويدهما عليها مع البينة
- ٢٣٥ حكم مالو ادعى أحدهم نصف الدار والآخر الثلث والثالث السدس ويدهم عليها
- ٢٣٦ حكم مالو ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والثالث الثلث
- حكم مالو كانت في يد أربعة فادعى أحدهم الكل والآخر الثلثين والثالث النصف
- ٢٤٠ والرابع الثلث
- ٢٤٥ السابعة - حكم تداعى الزوجين متاع البيت
- ٢٥٠ حكم مالو ادعى ابوالميتة أنه أعارها بعض المتاع

الكلام في دعوى المواريث

٢٥٣-٢٧٠

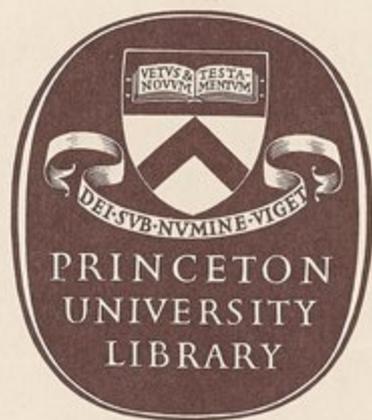
- المسألة الاولى - لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على اسلام احدهما قبل الموت
- ٢٥٥ واختلفا في الاخر
- ٢٥٧ حكم مالو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا في الاخر
- ٢٥٧ حكم مالو ادعى كل منهما انه لم يزل مسلماً وأنكر الاخر
- المسألة الثانية - حكم مالو اتفقا على أن احدهما أسلم في شعبان و الاخر في اول
- ٢٥٩ رمضان واختلفا في تاريخ موت الاب
- المسألة الثالثة - حكم مالو كانت دار في يد انسان وادعى آخر انهاله ولاخيه ارثاً
- ٢٦١ ما هو المراد من البينة الكاملة ؟
- ٢٦٣ حكم مالو لم تكن البينة كاملة
- ٢٦٤

- ٢٦٦ حكم مالو كان الوارث ممن يحجبه غيره
المسألة الرابعة - حكم ما اذا ماتت امرأة وابنها وتنازع زوجها وأخوها
٢٦٨ فى تاريخ موتهما
المسألة الخامسة - حكم مالو تنازع وارث الميت وزوجته حول شىء من التركة ٢٧٠

الكلام فى الاختلاف فى الولد

٢٧١ - ٢٨٠

- ٢٧٣ مقدمه - فى عدم اللحق بأبين وعدم الرجوع الى الفائف
٢٧٤ صور الاختلاف فى 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