

حاشى الفقه

فى شرح شرائع الاسلام

المجلد الخمسون

من كتاب القضاء

تصنيف

حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشير بالمحقق الطهرانى دام ظلته

ربيع الاول - ١٤٠٩



المطبعة العلمية - قم

Princeton University Library



32101 047105869

Princeton University Library

This book is due on the latest date
stamped below. Please return or re-
new by this date.

--	--

حائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

المجلد الخمسون

من كتاب القضاء

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظلته

ربيع الاول - ١٤٠٩



المطبعة العلمية - قم

2271
.3553
.827
mujallad 50

هوية الكتاب

- ١- اسم الكتاب : حقائق الفقه (المجلد الخمسون)
- ٢- مؤلف الكتاب : حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظله
- ٣- الناشر : المؤلف
- ٤- العدد : ٥٠٠
- ٥- نوبة الطبع : الاولى
- ٦- التاريخ : ربيع الاول سنة ١٤٠٩- آبان ماه ١٣٦٧
- ٧- المطبعة : المطبعة العلمية - قم المقدسة
- ٨- السعر : مجان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى اكرمنا بنور العلم من طرق اوليائه ولم يجعلنا الاعمى فى اخذ مدارك احكامه وشد عمود ديننا بولائه اهل بيت نبيه محمد ﷺ وآله الذين جعلهم الله وسيلة وذريعة لقبول ما نتمثل من اوامره واحكامه كما ورد ولم يناد احد كما نودى بالولاية فالسلام والصلاة عليه وعليهم الى بقاء سلطانه سيما على الاول والآخر من اوصيائه الذى كان ذخيرة لاصلاح الدين ونقاء الدهر من لوث المعاندين والملحدين حتى يملأ الارض عدلا بعد ما ملأت ظلما وجورا فيجعلنا الله تعالى من انصاره واعوانه والجهاد معه مع الكافرين .

﴿ مسائل ثمان الاولى لايتوجه اليمين ﴾ فى الدعوى ﴿ على الوارث ﴾ بالدين أو العين ﴿ ما لم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق وأنه ترك فى يده ﴾ أى الوارث ﴿ مالا ﴾ يفى بالكل أو البعض أن كانت الدعوى ديناً ، فى الجواهر بلاخلاف أجده بين من تعرض لذلك من المصنف ومن تأخر عنه وان كان فيه ما ستعرف انتهى .

يعنى ان توجه اليمين على الوارث يتوقف على دعوى المدعى اموراً ثلاثة على الوارث احدها ادعائه على علم الوارث بموت المورث الثانى ادعائه على علمه بدين المورث لى الثالث ادعائه بان مال الميت فى يدك .

وفى كشف الرموز بعد قوله ولا يتوجه اليمين الخ قال ما لفظه اقول اذا كانت الدعوى على المورث فلا يتوجه اليمين بتلك الدعوى على الوارث الا ان يدعى موت المورث والوارث ينكره او اثبت بالموت ولكن الوارث ينكر ان له عليه حقا او يسلم لكن يمنع ان له تر كة ففى هذه المواضع يتوجه اليمين على نفى العلم بالموت او بثبوت الحق او عدم التركة انتهى .

وفى المسالك بعد قوله لا يتوجه اليمين قال هذا الحكم مبنى على مقدمات . منها ان الوارث لا يجب عليه اداء دين المورث من ماله بل ان ترك المورث ما لافى يده يفى بالدين وبعضه وجب عليه الاداء والا فلا سواء كان عالما بالدين ام لا . ومنها انه على تقدير ان يحلف ان بيده مالا لا يجب عليه ادائه الا ان يعلم به لو ثبت شرعاً .

ومنها ان الحلف على نفى فعل الغير على العلم لاعلى البت فاذا تقررت هذه المقدمات فادعى مدح على الوارث بدين على الميت فان وافقه على انه لا يعلم بالدين او لا يعلم بموت المورث او لم يتر كه مورثه مالا لم يتوجه عليه الدعوى اصلا ولم يترتب عليه اليمين وفى بعض هذه الاشياء متعلق بفعل غيره وبعضها متعلق بنفسه فان انكر الوارث الدين حلف على نفى العلم به لانه متعلق بفعل مورثه فان نكل حلف المدعى على البت وان انكر حصول التركة عنده حلف على البت لتعلقه بفعله ولا اشكال فى هذين وان انكر موت من عليه الدين فمقتضى القاعدة انه يحلف على نفى العلم به لانه شىء يتعلق بفعل غيره كالدين وللشافعية فيه اوجه هذا احدها والثانى انه يحلف على البت لان الظاهر اطلاعه عليه ويضعف بانه قد يكون موته فى الغيبة فلا يطلع الوارث عليه والثالث ما يفرق بين من عهد حاضراً وغائباً انتهى .

وفى الجواهر ﴿و﴾ على كل حال فلا اشكال فى أن الوارث لا يجب عليه أداء دين المورث الا مما تر كه بعد تحقق كونه وارثاً وتحقق الدين فمتمى انتفى احد هذه

الثلاثة في نفس الأمر لم تتوجه عليه دعوى أصلاً ، ومن هنا ﴿ لو ساعد المدعى ﴾ اى صدقه ﴿ على عدم أحد هذه الأمور ﴾ الثلاثة في الواقع ﴿ لم يتوجه ﴾ له عليه دعوى فضلاً عن اليمين ، بل ظاهر المتن سقوط الدعوى ايضاً بالتصادق على انتفاء العلم في أحد الأولين بل وبالاطلاق .

هذا ﴿ و ﴾ قد عرفت فيما مضى انه ﴿ لو ادعى عليه العلم بموته او بالحق كفاه الحلف انه لا يعلم ﴾ لتعلقهما في النفي عن الغير الذي هو الضابط في ذلك عندهم .

﴿ نعم لو اثبت الحق والوفاء وادعى فى يده ما لا حلف الوارث على القطع ﴾ لانفى العلم ، لتعلق الدعوى حينئذ بأمر راجع اليه ، فلزم كون الحلف على البت .

وفي مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [ولا يتوجه اليمين على الوارث] قال ما لفظه ذكر هذا فيما مضى وبين ان حكمه الحلف على نفي العلم وهنا اعاده لبيان احكام آخر وهو ان الدعوى ح لا يتحرر الا بامور احدها ان يدعى عليه العلم بموت مورثه وهذا لم يذكره سابقا والثانى العلم بحقه وهذا سلف . والثالث انه ترك ما لا فى يده هذا كله بعد تعيين المدعى به وتميزه على القول بعدم سماع الدعوى بالمجهول ثم فرع على ذلك قوله فلو سلم المدعى جهل الوارث باحدها لم يتوجه عليه حق واراد بالحق امرين اليمين والمدعى به وذلك لعدم توجه الدعوى عليه .

قوله [ويكفى فى العلم بالموت او الحق نفي العلم وفى ادعاء المال فى يده البت] هذا فرع آخر والمراد انه اذا حرر الدعوى بان ادعى الامور الثلاثة فيكفى فى جواب العلم بالموت او الحق الحلف . على نفي العلم اما فى الحق فظاهر واما فى الموت فكذلك لانه شىء تعلق بفعل الغير ولوقيل بالتفصيل بين من كان حاضرا وبين من كان غايبا كان وجيها فتأمل ولا بد فى ادعاء ترك

المال في يده البت كما في (الدروس) و(الارشاد) وقد تقدم له انه يكفى الحلف على نفى العلم بالحق وانما اعاده لمناسبة ما قبله وما بعده .

وفي المجمع قال يمكن الاكتفاء بنفى العلم في ثبوت المال تحت يده في نفس الامر اذ يحتمل ان يكون في نفس الامر تحت يده شيء من ماله وهو لا يعلمه قلت هذا منه بناء على ما سلف له من انه ادعى مدع على آخر بمال فقال لا اعلم يكفيه الحلف على نفى العلم وقد اتضح لديك فساد ما قومه به الاستناد جعلني الله تعالى فداه فيه تأمل كما يدل عليه خبر امرء القيس مع الحضرمي حيث وجه النبي ﷺ اليمين على امرء القيس فقال الحضرمي يا رسول الله انه رجل فاجر لا يبالي ولا يتأثم فقال ليس لك عليه الا اليمين وخبر حماد في فعل ابي (ابن-خ) هياج في بغلة الكاظم عليه السلام حيث انه لما ادعى البغلة اثنى رجله عنها وساق اليه البغل . ويبقى الكلام في شيء وهو انه اذا حرر الدعوى وادعى الامور الثلاثة وانكر الوارث جميع ذلك هل يكفيه يمين واحد على الجميع او لابد لكل واحد من يمين او يكفى يمين واحدة على نفى امر واحد احتمالات : اقواها الاخير اذا نوافى احدها كفى في ذلك كما علمت من عدم توجه الدعوى بدون الامور الثلاثة فليتأمل انتهى .

المسألة ❁ الثانية اذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه ، ويستوى في ذلك دعوى المال والجناية ❁ كما في القواعد والارشاد والدروس وغيرها ، والتفصيل في محل الحاجة .

المسألة ❁ الثالثة لا تسمع الدعوى في الحدود بمجردة عن البيعة ❁ وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به غير واحد لأن من شرط سماع الدعوى ان يكون المدعى مستحقاً لموجب الدعوى فلا تسمع ، في الحدود ، لأنها حق الله تعالى ، والمستحق لم يأذن في الدعوى ولم يطلب الاثبات ، بل أمر بدرء الحدود بالشبهات وبالتمتعة عن موجبها من غير أن يظهره للحاكم انتهى .

وفى مفتاح الكرامة بعد عبارة القواعد [ولا يحلف فى حدود الله تعالى] قال ما لفظه لا خلاف بين الاصحاب فى انه لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البينة فلا تتوجه اليمين الى المدعى عليه اذا كانت حقا لله تعالى فقط اجماعا كحد الزنا وشرب الخمر فان المستحق وهو الله جل شأنه لم يأذن بالدعوى بل ظاهره الامر بالستر والاختفاء والكف عن تتبع معائب الناس وكشفها وقد امر بحد المدعى مع عدم الشهود والامر بدرء الحدود بالشبهات .

وقد قال رسول الله ﷺ لمن حمل رجلا على الاقرار عنده بالزنا هلا سترته بثوبك ونحو ذلك من تعليم الانكار حيث قال له لعلك قبلتها ونحو ذلك (وانما الكلام) والخلاف فيما اذا اشترك الحق بين الله تعالى وبين آدمى كحد القذف فالشيخ فى (ط) على انها تسمع واستحسنه الشهيد فى (س) ومال اليه فى (المسالك) وفى (المجمع) لعموم قوله اليمين على من انكر وترجيح جانب حق الناس و (يدفعه) الاخبار الى ان قال بعد سوق الاخبار وتصحيحها ما لفظه ايضا .

فلا مجال للكلام فى السند واما حمل النفى فى الحد على ما اذا لم يتعلق بحق آدمى كما صنع الشهيد ففيه ان الاستدلال لم نقصره على ذلك فقط بل به وبدعم سماع الامام (الامير عليه السلام) ذلك من المدعى وعدم اجابته الى مطلوبه حيث لم يأمر المدعى عليه بذلك ولو كان ذلك حقا له لوجب اجابته ولانقول كما قال فى (المسالك) (رادا على الشهيدان التخصيص مشكل من حيث وقوعه نكرة فى سياق النفى فيعم الجميع لان وقوع ذلك من مثل الشهيد الثانى غريب اذ كل عموم لغوى يعم جميع الافراد مع انه يخص نعم العموم فى المفرد المحلى لا يعم الافراد الخفية كما حققه الاستاد ادام الله حراسته لان كان غير لغوى اللهم الا ان يكون اراد ما ذكرنا من الاستدلال بالامر بين معا فتأمل وبعد هذا كله فدلالتها مؤيدة بدلالة الرواية الاخرى (هذا و) قد فرغ الشيخ على قوله انه لو ادعى عليه أنه زنا لزمه الجواب عن دعواه فان انكر ولم يكن بينة يحلف

المقذوف ليثبت الحد على القاذف فان نكل ورد اليمين على القاذف فاذا حلف ثبت الزنا في حقه بالنسبة الى سقوط حد القذف ولا يجب عليه حد الزنا لان ذلك حق لله محض واستحسنه الشهيد في (س) وهذا وان كان قويا بحسب الاعتبار وعموم الاخبار من ان اليمين على المنكر الا ان ظاهر قوله تعالى «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة» عدم اليمين على منكر الزنا بل يثبت الحد على القاذف بمجرد القذف وعدم البيينة ولا يحتاج الى يمين المقذوف فانه رتب الحد على مجرد القذف وعدم الشهود وسيتعرض المصنف لذكره وانما ذكرناه لمناسبة المقام .

وقال ايضاً بعد اوراق كثيرة بعد قوله [قدس الله تعالى روحه ولا يسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البيينة الخ] ما لفظه هذا قد تقدم وانما اعاده لما بعده وقد تقدم ذكر الخلاف فيما اشترك بين الله تعالى وبين الآدمي .

ثم قال قوله [قدس الله تعالى روحه : ولو قذفه ولا بيينة فادعاه قيل له احلافه ليثبت الحد على القاذف] هذا نحن قد قدمنا ذكره استطراداً وقلناه ان القائل هو الشيخ في المبسوط واستحسنه الشهيد وان قوله قوي من حيث الاعتبار وعموم اليمين على من انكر وقد تقدم نقل عبارته عند قول المصنف ولا يحلف في حدود الله تعالى والضمير في قوله فادعاه يرجع الى ما دل عليه القذف من الفاحشة فيصير المعنى فادعى القاذف على المقذوف فعل الفاحشة وان شئت قلت ادعى المقذوف به ولا يصح ان يرجع الى القذف لأمور ثلاثة اولها ان الشيخ صرح بانه ادعى القاذف على المقذوف فعل الزنا .

ثم قال بعد قوله [قدس الله تعالى روحه وفيه نظر] قد سبق منا بيان وجه النظر من ان ظاهر الآية الشريفة ثبوت الحد على القاذف بمجرد القذف وقد جعل المصنف وجه النظر اطلاق النص والفتوى من انه لا يمين في حد ويدل عليه بالطريق الاولى خصوص مرسل البزنطي المتقدم من انه اتى رجل الى امير المؤمنين عليه السلام فقال هذا

قذفنى ولم يكن له بينة فقال يا امير المؤمنين استحلّفه فقال **عَلَيْهِ** لايمين فى حدلهم المسئلة بطريق اولى انتهى .

قال السيد الجليل فى عروته ما لفظه ثبت اليمين فى جميع الدعاوى مالية كانت او غيرها كالنكاح والطلاق الى ان قال :

والظاهر عدم الخلاف فى ذلك بل ادعى بعضهم الاجماع عليه فيما اذا كان من حق الله المحض ، واذا كانت الدعوى مركبة من حق الله وحق الناس كالسرقة فبالنسبة الى حق الناس ثبت ولا تثبت بالنسبة الى حق الله كاقطع ، واما اذا كان الحق مشتركاً كالقذف فالأكثر على تغليب حق الله فلا تثبت فيه اليمين ، وعن المبسوط والدروس تغليب حق الناس ، فاذا ادعى عليه انه قذفه بالزنا فأنكر يجوز له ان يستحلّفه فان حلف برىء وان رد اليمين على المدعى فحلف حد حد القذف وكذا اذا قذفه بالزنا جازان يطلب منه اليمين على عدمه فان حلف ثبت عليه حد القذف ، وان رد عليه الحلف فحلف سقط ، والظاهر ما ذكره الاكثر من عدم جريان الحلف خصوصاً فى الفرض الاول بل لا ينبغى الاشكال فيه .

واما الفرض الثانى فيمكن ان يقال : ان الحد لم يثبت بالحلف على عدم الزنا بل ثبت بالقذف والحلف كان على عدم المانع منه وهو ثبوت الزنا ، لكن الاظهر عدمه فيه ايضا لعموم الاخبار انتهى قد عرفت ان المسألة محل اتفاق ويدل على عدم الحلف فى الحدود روايات مثل ما رواه اسحق بن عمار عن الباقر **عَلَيْهِ** ان رجلاً استعدى علياً **عَلَيْهِ** على رجل فقال انه اقترى على **عَلَيْهِ** افعلت فقال لائم قال للمستعدى الك بينة فقال مالى بينة فاحلفه لى فقال على **عَلَيْهِ** ما عليه يمين وكان نبوى «لايمين فى حد» ومرسلة الصدوق : «ادروا الحدود بالشبهات ولا شفاعة ولا كفالة ولايمين فى حد» ورواية غياث بن ابراهيم «لا يستحلّف صاحب الحد» ومرسلة البرزنى اتى رجل امير المؤمنين **عَلَيْهِ** برجل فقال : هذا قذفنى ولم يكن له بينة فقال : يا امير المؤمنين استحلّفه . فقال **عَلَيْهِ** لايمين فى حد ولا قصاص فى عظم ، الى غير ذلك

ولازم هذه الاخبار عدم حلف في الحدود وان كان الحد مشتركاً بين الله وبين الناس وعلى السماع حينئذ ذهب الشيخ في حقوق الناس في المحكى عن مبسوطه وكذا في الدروس .

قال المحقق الرشتي ما لفظه : لا اشكال ولا خلاف في عدم سماع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة ، لانه كلما يتوجه الدعوى على الحلف وعكسه النقيض كلما لا يتوجه الحلف لا يتوجه الدعوى ، ولم يتقرر الحلف طريقاً شرعياً الى ثبوت الحد اجمالاً ، مضافاً الى النص والاعتبار الجلي المستنبط من الاخبار .

ولان حلف المنكر هنا لا طائل تحتمه ، لان فائدة الحلف كما اشرنا اليه هو التشفى للمحلول له وهو المدعى مثلاً ، والمحلول له هنا هو الله تعالى هذا في حق الله المحض ، واما مورد تعلق الحقيين فان كان حق الآدمي حق مالى كالسرقة فيعمل في كل حق بمقتضاه ، وان كان حقاً غير مالى كالقذف ففي سماع الدعوى بلا بيينة وجهان أقولان ، واطلاق أدلة القضاء يقتضى السماع انتهى .

بل اطلاق الآية ايضاً يقتضى السماع والاشكال في البين اطلاق الآية والافلا خلاف في عدم السماع للروايات المصرحة بذلك والاشكال معارضتها مع الآية المصرحة بثمانين جلدة وليس الزنا كالسرقة التي يتصور فيها الوجهان جهة حق الله وجهة حق الناس بحيث يصح الامتياز ويقال ان ثبتت السرقة بدليل قطعي فيترتب عليه المعلولان القطع والغرم وان ثبتت بالقضاء المحتملة للكذب فيترتب عليه الغرم فموضوع ترتب المعلولين اثباتها الواقعي وترتب الغرم فقط اثباتها بالقضاء لعدم ملازمته للسرقة واقعا فهي شئ واحد يجتمع فيها الحقان القابلان للانفكاك بخلاف الزنا فانه امر واحد له اثر واحد وهو ترتب الحد وعدمه وهذا الواحد مشترك فيه جهة الناس وجهة الله فلا جرم اما ان يلتزم بتقديم حق الناس بمقتضى الاخبار .

واما بتقديم حق الله بمقتضى الآية ولا مناص الا بالتعارض مع معلومية عدم تعارض الاخبار مع الآية لقولهم عَلَيْهَا ما خالف قول ربنا لم نقله او فاضربه على

الجدار ومخالفة الاخبار مع الاية واضحة فما ذكر فى المقام من الاعلام لا ينفع بحال رفع الاشكال فالمسألة عند الاصحاب فى غاية الصعوبة فقال المصنف .

﴿ ولا يتوجه ﴾ فيها ﴿ اليمين على المنكر ﴾ من حيث جهة الله ﴿ نعم ﴾ لو كان الحق مشتركاً بين الله وبين آدمى ، كما ﴿ لو قذفه بالزنا ولا بينة فادعاه ﴾ المقذوف بالزنا مثلاً ﴿ عليه ﴾ ففى توجه اليمين على المقذوف به وعدمه قولان :
 ﴿ قال ﴾ الشيخ ﴿ فى المبسوط : جاز أن يحلف ليثبت الحد على القاذف ﴾ .

وفى الجواهر ترجيحاً لحق آدمى ، ويحتمل بل يمكن القطع به أن يكون المراد قذفه بالزنا بأن قال له : يا زانى ثم لما اريد قيام حد القذف عليه ادعى الزنا على المقذوف ولكن لا بينة له على ذلك جاز أن يحلف المقذوف على عدم الزنا ليثبت الحد على القاذف .

ولعل هذا الصق بالمحكى عن المبسوط فى الدروس ، بل لعله الظاهر من المتن أيضاً ، بل فى كشف اللثام عن المبسوط أنه قال : « فان ادعى عليه مثلاً أنه زنى لزمه الاجابة عن دعواه ، ويستحلف على ذلك ، فان حلف سقطت الدعوى ، ويلزم القاذف الحد ، وان لم يحلف ردت اليمين وثبت الزنا فى حقه ويسقط عنه حد القذف ، ولا يحكم على المدعى بحد الزنا ، لأن ذلك حق لله تعالى محض وحقوق الله المحضة لا تسمع فيها الدعوى ، ولا يحكم فيها بالنكول و رد اليمين » ولعله لذا حكى عنه فى الدروس أنه لو طلب القاذف يمين المقذوف على عدم الزنا اجيب فيثبت الحد ان حلف والا فلا - قال - : وهو حسن ، لتعلقه بحق آدمى ونفى اليمين فى الحد اذا لم يتعلق به حق آدمى ، لكن فى المسالك بعد أن حكى عن الشيخ القول بسماع الدعوى فى القذف وجريان حكم اليمين فيها قال : « وفرع الشيخ على ذلك » ثم ذكر حكم القذف الصريح .

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ فيه اشكال ﴾ واضح ﴿ ان ﴾ قد عرفت بمقتضى الروايات انه ﴿ لا يمين فى حد ﴾ وفى الجواهر ايضاً ما لفظه قد يقال : ان أكثر هذه النصوص

او جميعها لانفاى المحكى عن الشيخ على ما سمعته من الدروس بل ومن كلامه ضرورة عدم ثبوت الحد فيه باليمين ، وانما هو بالقذف المحقق منه الا أن له حق اليمين على المقذوف بأنه ما زنى الى ان قال :

اللهم الا أن يقال باندرج ذلك فى عموم نفي اليمين فى الحد بل لعله المراد من قوله (عليه السلام) : «لا يستحلف صاحب الحد على معنى ان لا يمين على من له الحد ، او يقال : يكفى فى رده اطلاق ما دل على وجوب الحد بذلك فى الكتاب والسنة نحو قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات » الى آخرها ، وغيره ولا دليل على اشتراطه بحلف المقذوف بعد ظهور قوله (صلى الله عليه وآله) « واليمين على المدعى عليه » و « من أنكر » فى غير ذلك ممن يكون له حق فى الدعوى المنساق منها ذلك لأن المراد منها مجرد الادعاء وان لم يكن له حق فيها . وعلى كل حال فالمحكى عن الشيخ ضعيف وان سمعت استحسانه فى الدروس بل فى كشف اللثام أنه قوى من حيث الاعتبار وقاعدة الانكار ، وقد عرفت التحقيق انتهى .

وفى المسالك بعد قوله لا تسمع الدعوى قال من شرط سماع الدعوى ان يكون المدعى مستحقا لموجب الدعوى فلا تسمع فى الحدود فانها حق لله تعالى والمستحق لم يأذن فى الدعوى ولم يطلب الاثبات بل ظاهر الامر بخلاف ذلك لآمره بدرء الحدود بالشبهات وبالتوبة عن موجبها من غير ان يظهره للحاكم وقد قال عليه السلام لمن حمل رجلا على الاقرار عنده بالزنا هلاسترتنه بثوبك هذا اذا كانت الحدود حقا محضاً لله كحد الزنا وشرب الخمر واواشتركت بينه وبين الادمى كحد القذف ففى سماع الدعوى بها من المقذوف قولان احدهما وهو الذى اختاره الشيخ فى ظانها تسمع ترجيحاً لجانب حق الادمى وهو المقذوف وفرع الشيخ على قوله بانه زنا لزمه الاجابة عن دعواه ويستحلف على ذلك فان حلف سقطت الدعوى ولزم القاذف الحد وان لم يحلف ردت اليمين على القاذف فيحلف ويثبت الزنا فى حقه .

بالنسبة الى سقوط حد القذف ولا يحكم عليه بحد الزنا لان ذلك حق لله تعالى محض واستشكل المصنف ذلك لعموم قوله **إِلَّا لَا يَمِينُ فِي حَدِّ وَفِي مَرْسَلَةٍ** البزنطى الى ان ساقها ثم قال وفى الدروس استحسن قول الشيخ من حيث تعلقه بحق الادمى وحمل نفى اليمين فى الحديث على ما اذا لم يتعلق بحق الادمى وهو جيدان لم يعمل بالخبر والاشكل التخصيص من حيث وقوعه نكرة فى سياق النفى فيعم الجميع انتهى .

هذا على ما مشى عليه الاعلام فى عويصة الآية ولكنه اظن عدم المنافات اصلا والتحقيق ان يقال ان اخبار عدم حلف المنكر فى الحدود بحاله والحد فى الآية راجع الى القاذف وعدم الحد راجع الى المقذوف قال عز من قائل «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون» ومحصل الاية الذين يرمون المحصنات بدون اربعة شهداء لزم عليهم حد القذف وهو ثمانون جلدة وكان القاذفون بحيث لا يقبل لهم الشهادة اصلا وانهم هو الفاسقون فيترتب على القاذفين ثلاثة احكام الجلد وعدم قبول الشهادة وكونهم فاسقين والكل اجنبى عن حكم المقذوف وان عدم حلفه على القاعدة بمقتضى عموم الاخبار لوقوع ادعاء الزنا عليه سواء كان بنحو الشتم والسب او بنحو وقوع النسبة حقيقة وعلى كليهما كان عليهم اقامة اربعة شهود عدول وبدون الشهود تصل التوبة الى الحلف لو كان فى غير الحدود وحيث نفى الحد فى الحدود فلا يحلف المقذوف .

ولا يترتب عليه شىء اصلا فمفاد الآية لا يدخل فى عموم اخبار عدم الحلف فلا حلف فى الحدود اصلا وفى مورد الاية نفى الحكم بالنسبة الى المدعى عليه والمنسوب اليه فلا اشكال فى البين على الظاهر وبالجملة المسألة نفى اليمين فى الحدود محل اتفاق للقوم والمخالف هو الشيخ وصاحب الدروس وتوجيهه كلام الشيخ ان مدعى الزنا على المنكر حيث لا بيعة له فكان على المنكر اليمين لتقدم

جهة الناس على جهة الله لعموم اليمين على من انكر فان حلف على عدم لزوم الحد على مدعى الزنا بالرمي .

وان لم يحلف كان الحد على المقذوف وفيه اولا على خلاف جميع الروايات الدالة على عدم الحلف في الحد وثانياً على فرض حلفه لزوم عليه الحد بدون اقامة اربعة الشهود وثالثاً الآية دلت على لزوم الحد على القاذف لا المقذوف ورابعاً لوقلنا بتقدم جهة الناس فيما يشترك بينهما لجرى في اكثر الحدود ولا اختصاص بالزنا لتصور جهة الناس وحق الله مثلاً لو شرب الخمر كان فيه جهة الله وهو العصيان الموجب لغضب الله وجهة الناس وهو التلذذ الوهمي للشارب وهكذا اكل لحم الخنزير والربا ونحو ذلك فاذا ادعى عليه انه شارب الخمر ولم يكن له بينة لزوم على الشارب المنكر هو الحلف وح ان حلف على عدم حد المدعى وان حلف على الثبوت حد المنكر له وهو موجب لالقاء جميع ماورد في عدم الحلف في الحدود فان قلت قد ادعى على المنكر الزنا ولم يكن للمدعى اربعة شهداء فلو قدم جهة الآدمي لزوم على المنكر اليمين نفيًا او اثباتًا قلت اليمين ان كان لاجل عدم الحد على المدعى بل على المنكر لو كان الحلف على الثبوت فهو خلاف الآية وان كان لاجل كون الحد عليهما المنكر لاجل ثبوت الزنا بالحلف والمدعى لاجل عدم اربعة شهداء فهو كما ترى وهذا الاشكال ناش من ايجاب الحلف في الحدود فالحلف على المنكر المقذوف بل على القاذف لاجل عدم الشهداء فالمقذوف خارج عن الحد لدلالة الروايات .

وبالجمله مع عموم الروايات على عدم الحلف في الحدود ما معنى لجعل اليمين على المقذوف بل يكفي ذلك لمجرد الشك في الحدود لان الحد يدفع بمجرد الشك ولصراحة قوله عَلَيْهِ لا يستحلف صاحب الحد ففي الحدود لا طريق لورود اليمين اصلاً فضلاً عن تقدم جانب الناس وقد عرفت ان تصور الاشتراك جار في اكثر موارد الحد فان المراد بالاشتراك ان كان اجتماع غضب الرب وحب الناس

فجميع موارد الحد كذلك فاكل الربا، مبيعض ومحب، مبيعض للرب ومحب لنفسه. و هكذا اكل لحم الخنزير و شارب الخمر واللواط مع الغلمان فلو قدم جهة الناس لما وقع مورد للحد خال عن جهة الناس ولازمه عدم العمل باخبار عدم اليمين في الحد وان كان المقصود من الادمى هو الضرر عليهم فليس الامثل السرقة او دعوى الزنا مع متعلقيه والاول لاشكال فيه لما تقدم والثاني داخل في المقام فاذا ادعى الزنا مع زوجته او بنته واخته مع اربعة شهداء يحد الزانى حد الزنا والا لزم الحد على القاذف حد القذف دون الزنا لعدم الثبوت .

والحاصل ما المقصود باشتراك الحق بين الخالق والمخلوق مع ان جميع المعاصى الموجب للحد كان مختصاً به تعالى لذهاب حق الله فالحق الذى بين الادمى ان اريد به لذته من المعصية فكل المعاصى كذلك وان اريد به ضرر الادمى كما فى السرقة وقتل النفس والزنا مع زوجته او بنته او اخته فان فيها حق الله وحق الادمى فمضافا الى ان اطلاق عدم اليمين في الحدود تدفعه بدهاة ان لازم الاعتناء بذلك تقييد الاخبار بعدم الاشتراك مع حق الادمى بل لازمه تخصيص الاكثر المستهجن انه يرد عليه عدم اختصاص الاشكال بالقذف بالزنا فلم صار الاشكال على القوم في القذف .

وان كان ذكره من باب المثال فلا بأس به وان كان النصوص الاية وهى واردة في هذه المورد والمورد لا يكون مخصصا بل المناط جار في جميع موارد اشتراك الحق بين الله وبين الادمى ولازمه القاء اخبار لا يمين في الحد فما افاد في المبسوط غير تام بل لا يجرى قاعدة اليمين في الحدود للاخبار ودرء الشبهة في الحدود ثم اعلم ان القذف كما يتحقق بما اذا رأى ولم يكن له اربعة شهداء فكذلك يتحقق بالشتم والسب كما هو معروف بين اناس فسقه وشر خلق الله في حال النزاع بينهما فلا يبالى احدهما على الاخر بما قال ويقول لخصمه يا منكوحا في الدبر او يا زانى او يا ابن الزانية او ولد الزنا فانه مضافا الى ما ورد من انه لا يدخل الجنة

كل فحاش بذى يلزم عليه الاثبات والاوجب عليه الحد .
 وفي الصافي عن الصادق عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام ان الغرية ثلث
 يعنى ثلث وجوه اذارمى الرجل بالزنى واذا قال امه زانية واذا دعى لغير
 ابيه فذلك فيه حد ثمانون وفيه ايضا عنه عليه السلام فى رجل قال لرجل يا بن الفاعلة
 يعنى الزنا فقال انك انت امه حية شاهدة ثم جاءت تطلب حقها ضرب ثمانين جلدة
 وان كانت غائبة انتظر بها تقدم فتطلب حقها .

وان كانت قد ماتت ولم يعلم منها الاخير اضرب المقتري عليها الحد ثمانين
 جلدة وفيه عنه عليه السلام قال اذا قذف الرجل الرجل فقال انك لتعمل عمل قوم لوط
 تنسكح الرجال قال يعجل حد القاذف وفيه عنه عليه السلام قال كان على عليه السلام يقول اذا قال
 الرجل للرجل يا معفوج ويا منكوحا فى دبره فان عليه الحد حد القاذف والمراد
 بالمعفوج هو الجماع .

وفيه عن الباقر عليه السلام فى الرجل يقذف القوم جميعا بكلمة واحدة قال اذا
 لم يسمهم فانما عليه حد واحد وان يسمى فعليه لكل رجل حد هذا و نستجير
 بالله من شر اللسان ويحكم اما تفكرون فى عاقبة امركم ورجوعكم الى الله الواحد
 القهار ويوم تقولون يا ربلى ما لهذا الكتاب لا يغادر صغيرة ولا كبيرة الا احصاها
 فكل ما خرج عن لسان الانسان ومن افعاله مكتوب فى السجين كما قال وما ادراك
 ما سجين كتاب مر قوم .

وقال ايضا ما يلفظ من قول الالديه رقيب عتيد فما ذا تصنعون اذا رجعتم
 الى الخالق العادل فى حق عباده مع قوله ان الابرار لفى نعيم وان الفجار لفى
 جهيم وقال وليضحكوا قليلا وليبكوا كثيرا افلا ترون الى ما اوحى الله تعالى
 الى عيسى يا عيسى هب لى من عينيك الدموع ومن قلبك الخشوع واكحل عينيك
 بميل الحزن اذا ضحك البطالون وقم على قبور الاموات فنادهم بالصوت الرفيع
 لعلك تأخذ موعظتك منهم وقل انى لاحق بهم فى اللاحقين .

المسألة ﴿الرابعة﴾ ما عرفت فيما تقدم من ان ﴿منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لاسقاط الغرم﴾ وفى الجواهر لانها توجب امرين : حق الآدمى وهو المال والثانى القطع وهو حق الله ولا ملازمة بينهما ، فيجربى حكم الدعوى فى الاول بالنسبة الى اليمين وردة والنكول دون الثانى الذى قد عرفت عدم جعل الشارع اليمين حجة فيه ، بل لادعوى من مدع حقيقة فيه انتهى .

وقد عرفت بعض الكلام فيه فى السابق وفيما تقدم آنفاً وتصور الحقين فيه متصور كحق الآدمى وحق الله كما عرفت وفى المسالك بعد قوله منكر السرقة قال موجب السرقة امران احدهما حق الآدمى وهو المال والثانى القطع بشرطه وهو حق الله ولا ملازمة بينهما كما اشرنا اليه سابقا فى مواضع فاذا ادعاها مدع على آخر سمعت الدعوى بالنسبة الى الحق الآدمى ويترتب عليه وجبه من اليمين والقضا بالنكول او مع رده على المدعى على الخلاف ولا يسمع فيما يتعلق بالحد الامع البينة كغيره من الحدود لان حدود الله لا تثبت باليمين انتهى . فاليمين المنفى فى الحدود هو اليمين من حيث حق الله لا اليمين من حيث حق الناس .

﴿ وكيف كان ف﴾ لو نكل ﴿ عن الحلف ولم يردها الى المدعى ﴾ لزمه المال دون القطع بناء على القضاء بالنكول ﴿ اى بمجرد نكول المنكر عن الحلف والرد حكم الحاكم بانه نا كل من دون ان يكون للحاكم رد اليمين الى المدعى ﴾ عرفت فى السابق ان ذلك ﴿ هو الاظهر ﴾ عندنا وعند المصنف وان كان ضعيفاً عند صاحب الجواهر وانه عنده بمجرد النكول رد الحاكم الحلف الى المدعى . وقد مر فى ص ١٩٩ الى ص ٢٢٠ ﴿ والا ﴾ يكن القضاء بالنكول بل رد الحاكم الحلف على المدعى ﴿ حلف المدعى ﴾ لزم المنكر بالمال وان لم يحلف المدعى فلا غرامة للمال ﴿ وعلى كل حال ﴾ لا يثبت الحد على القولين ﴿ .

وفى الجواهر لعدم ثبوت كونه سارقاً على وجه يلحقه الحكم المعلق عليه فى الكتاب والسنة فان اليمين لا تثبت الموضوع واقعاً فضلاً عن ثبوته به بالنسبة

الى الحد الذي اعتبر الشارع في بينته غير بينة المال انتهى .

و كيف كان فقد مر ما يتعلق بالمقام واقسام العلة فراجع في الكتاب .

❖ وكذا ❖ لا يثبت الحد الذي هو القطع ❖ لو اقام ❖ المدعى ❖ شاهدا ❖ واحدا ❖ وحلف ❖ مكان الشاهد الاخر فانه لا يثبت الحد اى القطع بالشاهد الواحد مع ضم يمينه بل لابد من اقامة عدلين حتى يثبت .

المسألة ❖ الخامسة لو كان له بينة فأعرض عنها والتمس يمين المنكر أو قال : أسقطت البينة وقنعت باليمين فهل له الرجوع ❖ اليها بعد ذلك قبل الحلف ؟ ❖ قيل ❖ والقائل الشيخ في محكي المبسوط وتبعه ابن ادريس فيما حكى عنه : ❖ لا ❖ يجوز له ❖ وفيه تردد ، ولعل الاقرب الجواز ❖ .

وفى الجواهر بل هو الظاهر ، بل يمكن القطع به ، لاطلاق ما دل على حجيتها السالم عما يقتضى كون ذلك من الحقوق التى تسقط بالاسقاط لو فرض تصريحه بذلك فضلا عن غيره ، بل ظاهر الادلة كونها من الاسباب المقتضية ثبوت الحق ، فلا يتصور فيها معنى الاسقاط الذى يتعلق بنحو حق الخيار وشبهه انتهى . وفى المسالك بعد قوله لو كان له بينة قال القول بعدم جواز الرجوع للشيخ محتجا بان اقامة البينة واليمين حق له وقد اسقطه فيسقط بالاسقاط وعوده يحتاج الى دليل ووجه ما اختاره المصنف من جواز الرجوع اصالة البقاء ومنع كون ذلك اسقاطا على وجه يقتضى الابطال وانما غايته الاعراض وهو لا يسقط الحق ولان العدول الى يمين المنكر لا يوجب براءة ذمته من الحق ولاملكه للغير وهو دليل على بقاء الحق فله اقامة البينة واليمين على ثبوت حقه والاستيفاء وهذا هو الاقوى انتهى ولا يخفى ان الظاهر هو الاسقاط فعوده يحتاج الى دليل .

❖ وكذا البحث لو اقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر ❖ ثم عاد اليه قبل الحلف أو رد المنكر اليمين على المدعى ثم عاد الى اختيار الحلف الذى قد عرفت الكلام فيه سابقاً ، وأنه لا يخرج بشيء من ذلك عن صدق المدعى والمنكر .

ويمكن ان يقال لعل الاقرب لعدم الجواز لانه الاعراض عن البينة او اسقاطها وبعد السقوط الاختياري لاوجه لعودها فان الزائل لايعود واطلاق حجيتها مسلم مادام باقية على حالها لا بعد اسقاطها فبالسقوط قد خرجت عن هذا الحق ويخرج عن تحت اختياره ويمكن ان يقال ان كان رفع اليد عن البينة من قبيل الاعراض عنها فالظاهر هو الجواز لصحة الرجوع عن اعراضه وان كان اسقاطا فلايعود لأن العود يحتاج الى دليل والله العالم .

المسألة ﴿ السادسة لو ادعى صاحب النصاب ابداله في أثناء الحول ﴾ لينفى عنه الزكاة ﴿ قبل قوله بلا يمين ﴾

وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه بل حكى الاتفاق عليه غير واحد ، وكذا لو قال المسلم : لازكاة أو لخمسة على أو دفعتهما مثلا حيث يجوز له ذلك انتهى وذلك لان قوله بالعدم لايعلم الا من قبله .

﴿ وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان ﴾ في الثمرة المنخرصة أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ما قدر عليه من الزكاة بلاخلاف أجده فيه ، بل الاتفاق محكي عليه ايضاً كما في الجواهر وعرفت وجهه .

﴿ وكذا لو ادعى الذمي الاسلام قبل الحول ﴾ ليمتخلص عن الجزية بناء على وجوبها عليه مع الاسلام بعده لاخلاف فيه والاتفاق محكي عليه مع أن الحق بين العبد وربيه ولا يعلم الا من قبله .

﴿ أمالو ادعى الصغير الحر بي ﴾ بعد سميته ﴿ الانبات بعلاج لا ﴾ بالطنن ﴿ بالسن ﴾ الذي تدفعه الطبيعة غالباً الذي جعله الشارع أمانة البلوغ ﴿ ليمتخلص ﴾ بذلك ﴿ من القتل ﴾ الذي هو حد من حدود الله تعالى التي تدرأ بالشبهة من دون يمين ، خصوصاً في المقام الذي يقتضى الأصل عدم بلوغه الذي هو شرط قبول اليمين فيه ﴿ فيه تردد ﴾ وفي الجواهر من ذلك ومن ظهور ما دل على كون علامة للبلوغ في الحكم به حتى يعلم خلافه ، والالم يقتل محتمله وان لم يدعه ، وهو مخالف للاجماع المحكي

فى المسالك وغاية المراد ولغير ذلك انتهى .

ومما ذكره قده ظهر ما قال المصنف : ﴿ ولعل الأقرب أنه لا يقبل الا مع البيئنة ﴾ ولا يخفى ما فيه مع اصاله عدم البلوغ هذا وقد اشكل فى هذه الفروع السيد الجليل فى عروته وقال بعد نقل عبارة الشرايع وما لا يمكن ان يكون وجهاً له ما هو لفظه ولكن كل ذلك مشكل اذ فصل الدعوى المسموعة لا بد أن يكون اما بالبيئنة او اليمين وعموم قوله عليه السلام : « البيئنة للمدعى النخ » شامل فلا وجه لدعوى عدم اليمين مع كون الدعوى مالية ، بل اذا كان المدعى فقيراً يكون هو صاحب الحق لانه شريك مع المالك من حيث انه فرد للنوع غاية الأمر ان المالك ليس ملزوماً بالدفع اذله أن يدفع الى فرد آخر من النوع فمع فرض سماع الدعوى لا وجه لعدم اليمين ودعوى عدم سماعها - كما ترى - خصوصاً فى عامل الصدقات المنصوب من قبل الامام عليه السلام أو الحاكم ، واما ما فى بعض الأخبار من أمر الامام عليه السلام بتصديق المالك اذا ادعى عدم الزكاة عليه فانما هو فى صورة عدم علمه بوجودها عليه ، فالأقوى بعد سماع الدعوى ثبوت اليمين مع عدم البيئنة ويمكن ان يقال : ان مرادهم أو مراد بعضهم وجوب تصديقه فى صورة عدم العلم وهو كذلك اذ لا يعلم الأمن قبله وللنص ، والأفصح الدعوى على سبيل الجزم لا وجه لعدم اليمين - مع ان من القواعد عندهم ان كل من يقبل قوله فعليه اليمين ، انتهى .

وفيه ما لا يخفى اذ اولاد دعوى المال اذا كان مال المدعى بالخصوص لامال المالك بل لعل مطالبة البيئنة من المالك المطلع على ماله بل مطلقاً تعد فى العرف قبيحاً جداً وموجب لوهن الدين ووهن صاحب المال وعدم رغبته عن الدفع بل هو من قبيل التجسس فى امور الناس الممنوع فى الشرع . بل ورد فى الحسنة العجلى المتضمنة - لما أمر أمير المؤمنين عليه السلام : مصدقه وفيها - « قل لهم يا ابا عبد الله أرسلنى اليكم ولى الله لاخذ منكم حق الله فى أموالكم فهل لله فى أموالكم من حق فتؤدوه النخ وصرىحه الرفق مع مالك ومراعات حاله والسؤال عن وجود

الحق وعدمه وكيف كان فلا يرد الاشكال عليه والاشكال فيما قديقال بان المعيار بقاء النصاب في الحول بحاله ولو قد تبدل بعض افراده بالبعض وقدمر في كتاب الزكاة . وفي المسالك بعد قوله لو ادعى صاحب النصاب قال قد ذكروا الاصحاب مواضع يقبل فيها قول المدعى بغير يمين و اشار المصنف الى ثلث منها وتردد في رابع ثم نفى الحاقه بها .

فالاول دعوى المالك ابدال النصاب في اثناء الحول لينتفى عنه الزكوة وفي معناه دعوى دفع الزكوة الى المستحق .

والثاني دعواهما نقص المحرث للثمرة والزرع لينقص عنه ما قرر عليه من مقدار الزكوة .

والثالث دعوى الذمى الاسلام قبل الحول ليتخذ من الجزية او جبتها على المسلم بعد الحول وهذه المواضع لا يثبت فيها عليه يمين بالاختلاف والوجه في قبول قوله في هذه المواضع ان الحق بين العبد وبين الله ولا يعلم الا من قبله غالباً .

الرابع دعوى الصبي الحربى الانبات بعلاج ليلحق بالزرارى فليلحق بلحق بهذه المواضع ويقبل قوله بغير يمين لمشار كتمه لها في كونه حقا لله تعالى ويرجع اليه فيه ولان مجرد الدعوى شبهة دائرة للقتل فتكون كافية ولان اليمين هنا متعذرة لانها يمين من صبي لاصالة عدم البلوغ وعدم استحقاقه القتل .

وقيل يقبل قوله مع اليمين لانها اقل مراتب اثبات الدعوى ولانه محكومة ببلوغه ظاهراً ومستحق للقتل كك فلا يجوز بمجرد دعواه ولانه احوط واثق في الحكم وح فيحتمل حلفه الان للحكم ببلوغه ظاهراً والتأخير الى ان يبلغ فيحبس الى البلوغ اليقيني ثم يحلف فان قلنا بالاول فحلف تخلص وان نكل قيل يقتل بمجردة ويكون هذا من المواضع التي يقضى فيها بالنكول عند من لم يحكم به مطلقاً . وقيل يقتل بالنكول بل لتوجه القتل بالكفر مع الانبات واليمين كانت مانعة ولم يوجد وان اوقفناه الى ان يتحقق البلوغ لزمه مع الحلف والنكول

حكهما بغير اشكال والذي اختاره المصنف عدم قبول قوله مطلقا الا بالبينة
 لوضع الشارع الاينات علامة البلوغ وقد وجدت ودعواه المعالجة خلاف الظاهر
 فيفتقر الى البينة ولانه لو كان عدم المعالجة شرطا لما حل قبل محتمل المعالجة
 وان لم يدعها الا بعد علم انتفائها وهو باطل اجماعا والاقوى قبول قوله بغير يمين
 عملا بالشبهة واحتياطا في الدماء التي لا يستدرك فايتها وفي تعدى الحكم الى غيرها
 كما لو اوقع منبت عقداً وادعى الاستنابات ليفسده وجهان اجودهما عدم لمخالفة
 الظاهر ووجود الفارق بمراعاة الشبهة الدائرة للقتل في الاول دون الثاني فيتموقف
 في هذا على البينة ووراء هذه المواضع الخمسة مما يقبل قول المدعى فيه مواضع .
 احدها دعوى البلوغ وقد تقدم وقيد به بعضهم بدعوى الاحتلام اما السن
 فيكلف البينة لامكان اقامتها عليه وبالانبات يعتبر ومحلله ليس من العورة على
 الاشهر وبتقدير هه من مواضع الضرورة وحيث يقبل قوله فيه لا يمين والالزم الدوران
 اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره .

وثانيها مدعى انه من اهل الكتاب لتؤخذ منه الجزية .

وثالثها تقديم مدعى تقدم الاسلام على الزنا بالمسلمة حذرا من القتل .

ورابعها مدعى فعل الصلوة والصيام خوفا من التعزير .

وخامسها مدعى ايقاع العمل المستاجر عليه اذا كان من الاعمال المشروطة

بالنية كالاستيجار على الحج والصلوة .

وسادسها دعوى الولى اخراج ما كلف به من نفقة او غيرها او الوكيل فعل

ما وكل فيه وفي هذين نظر

وسابعها دعوى المعير ومالك الدار لو نازعه المستعير والمستأجر في ملكية

الكنز على قول مشهور .

وثامنها دعوى ذى الطعام انه لم يبقه الا لقوته وان زاد عليه في نفى الاحتكار .

وتاسعها قول المدعى مع نكول خصمه بناء على القضاء بالنكول .

وعاشرها مدعى الغلط في اعطاء الزائد على الحق لا التبرع .

وحادي عشرها دعوى المحللة للإصابة .
 وثاني عشرها دعوى المرة فيما يتعلق بالحيفض والطهر كالعدة .
 وثالث عشرها دعوى الظئر انه الولد .
 ورابع عشرها منكر السرقة بعد اقراره مرة لافى المال .
 وخامس عشرها مدعى هبة المالك ليسلم من القطع وان ضمن المال .
 وسادس عشرها منكر موجب الرجم الثابت باقراره .
 وسابع عشرها مدعى الاكراه فى الاقوال المذكورة .
 وثامن عشرها مدعى الجهالة مع امكانها فى حقه .
 وتساع عشرها مدعى الاضرار فى الكون مع الاجنبى مجردين .
 والعشرون منكر القذف بناء على عدم سماع دعوى مدعيه .
 والحادى والعشرون مدعى رد الوديعه على القول المشهور .
 والثانى والعشرون مدعى تقدم العيب مع شهادة الحال وضبطها بعضهم بان
 كل ما كان بين العبد وبين الله او لا يعلم الامنه ولا ضرر فيه على الغير او ماتعلق بالحد
 او التعزير انتهى والتحقيق فى كل واحد هو كقول الى محله .
 المسألة ﴿ السابعة لومات ﴾ رجل ﴿ ولا وارث له وظهر له شاهد بدين ﴾
 على زيد للميت فأنكر من عليه دين ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه
 ﴿ يحبس حتى يحلف او يقر لتعذر ﴾ رد ﴿ اليمين فى طرف المشهود له ﴾ بموته
 واستحالة تحليف المسلمين والامام (عليه السلام) .
 ﴿ وكذا ﴾ قال فيه ايضاً : ﴿ لو ادعى الوصى ﴾ على الوارث ﴿ ان الميت اوصى
 للفقراء ﴾ وليس فى كلامه ﴿ وشهد واحد ﴾ بذلك ﴿ وانكر الوارث ﴾ ذلك .
 وفى الجواهر فالقول قوله بيمينه ، ولو نكل لم يمكن رد اليمين ، لان الوصى
 لا يجوز له ان يحلف عن غيره ، والفقراء والمساكين لا يتعينون ، ولا يتأنى منهم
 الحلف ، فقال قوم : يحكم بالنكول ويلزم الحق ، لأنه موضع ضرورة . وقال آخرون

يحبس الوارث حتى يحلف أو يعترف انتهى .

اما المسألة الاولى فحاصلها ان ميت لاوارث له اصلا فوجد له دين فى روزنامه له أى الذى يقاله بالفارسية بروز نامه ودفتر محاسبات على زيد فادعى عنه مع شاهد واحد فانكر المدعى عليه فلو كان للمدعى شاهدين اى البينة فلا كلام فيه مع يمينه ايضا لان دعواه على الميت فلا يصل النوبة الى يمين المنكر بل يمينه حينئذ على عهدة المدعى كما عرفت سابقا سواء كانت الدعوى لنفسه او للغير بمقتضى مكاتبة الصفار كما ان ظاهرها صحة كون الحلف عن مال الغير ايضا فلا يتم ما قيل من بطلانه كما سيأتى ايضا فيجب على المنكر هو الدفع و هذه المسألة قد مرت فى ج ٤٩ ص ٢٢٨ .

والكلام هنا فى عدم الشاهدين فلزم ضم اليمين والفرض عدم الامكان فى المقام لاستلزامه لاثبات مال الغير على المشهور فلزم على المنكر اليمين لان اليمين على من انكر فيتعين عليه اليمين دون ردها الى المدعى لعدم صحة اليمين على مال الغير وحينئذ ان حلف على نفى الدين فتمت الدعوى ولاشئ عليه والادفع الدين واخذ ورد الى نائب الامام فان الوارث حينئذ هو الامام ومع فقده الفقيه الجامع للشرائط وان لم يحلف حبس حتى يعترف او يحلف على العدم .

و توهم كون الحبس عقوبة بلا دليل فى غير محله فان الدليل كما فى الجواهر ادلة كون اليمين على من انكر فاذا لم يحلف ازم الحبس حتى يحلف او يدفع الدين الى نائب الامام .

واما المسألة الثانية وهى ادعاء الوصى وهى ايضا يصح فيما يكون للوصى البينة فيشهد الشاهدان ويحلف نفس المدعى ايضا كما تقدم الكلام فيه والكلام الآن فيما لم يكن له البينة بل شاهد واحد وحيث كان الدعوى على الميت فلا يصح الشاهد واحد مع يمينه فتصل النوبة الى يمين المنكر وهو الورثة فان حلفوا على النفى

فلا يكون عليهم شيئا وان حلفوا على الاثبات دفعوا ما ادعاه الى الفقراء وان لم يحلفوا يدور الامر بين ان يرد الحلف الى الوصي او حبسهم حتى يقرؤا بذلك اما رد الحلف فلا يصح لعدم جواز الحلف على مال الغير فيعين الحبس حتى يحلف كما عرفت .

ومنه يظهر عدم تمامية قول المصنف حيث قال ﴿ وفي الموضوعين اشكال ﴾ وكذا عند الفاضل ﴿ لان السجن عقوبة لم يثبت موجبها ﴾ .

وفي الجواهر : وفيه ان موجبها اقتضاء الدعوى المسموعة من المنكر اليمين او الاداء بعد تعذر الرد الى ان قال ضرورة اطلاق الادلة استحقاق اليمين على المنكر والمدعى عليه انتهى .

ثم ان الشهيد اضاف اليهما ثلاثة ايضا فقال .

في المسالك بعد قوله لومات ولا وارث له ما لفظه القول المذكور للشيخ في المبسوط فانه قال فيه ثلث مسائل لا يمكن رد اليمين فيها احدها : ان يموت رجل ولا يخلف وارثا مناسباً فوجد في روزنامته دين على رجل وشهد شاهد واحد بذلك فانكر من عليه الدين فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف سقط الحق وان لم يحلف لم يكن رد اليمين لاستحالة تحليف المسلمين والامام فيحبس المدين حتى يعترف فيؤدى او يحلف فينصرف .

والثانية : اذا ادعى الوصي على الورثة ان اباهم اوصى للفقراء والمساكين وانكروا ذلك فالقول قولهم فان حلفوا سقطت الدعوى ولو نكلوا لم يمكن رد اليمين لان الوصي لا يجوز ان يحلف عن غيره والفقراء والمساكين لا يتعينون ولا يتأتى منهم الحلف فقال قوم يحكم بالنكول ويلزم الحق لانه موضع ضرورة . وقال آخرون يحبس الورثة حتى يحلفوا له او يعترفوا له .

الثالثة : اذا مات رجل وخلف طفلا ووصى الى رجل بالنظر الى امره وادعى

الوصى دينا على رجل فانكر فان حلف سقطت الدعوى وان لم يحلف فلا يمكن رد اليمين على الوصى لانه لا يجوز ان يحلف عن غيره فيتوقف الى ان يبلغ الطفل ويحلف ويحكم له وهو الذي يقتضيه مذهبنا والمصنفه ذكر الاولين واستشكل الحكم فيهما نظرا الى ان السجن عقوبة ولم يثبت موجبها لان الحق لا يثبت بالشاهد الواحد فينزل هذه الدعوى منزلتها لا بينة فيه له فان حلف المنكر او حكمنا بالنكول والوقوف الحق لعدم تيسر القسم الاخير وهو حلف المدعى ولوقيل هنا بالقضا بالنكول وان لم يقبل به في غيره كان وجهها انتهى .

قوله لان الوصى لا يجوز ان يحلف عن غيره قد عرفت ان المتيقن عن الصحة مورد كون البينة له مع اليمين لما عرفت في صحيحة الصفار واليمين على مال الغير قد خرجت عن هذا الموضع للصحيحة نعم في غير صورة تحقق البينة واليمين لا يصح اليمين على مال الغير ان قيل به والافياتى عدم الدليل عليه .

المسألة ﴿ الثامنة لومات وعليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل الى الوارث ﴾
 عندي وعند المصنف وجماعة ﴿ وكانت في حكم مال الميت ﴾ وحينئذ يتبعه النماء ويكون ايضا بحكم مال الميت ﴿ وان لم يحط انتقل اليه ما فضل عن الدين ﴾
 وفي الجواهر ولكن قد ذكرنا في كتاب الحجر وغيره ان الاقوى انتقالها اليه مطلقا وقد اشبعنا الكلام فيه انتهى والاقوى عدم الانتقال قال في الخلاف ما لفظه اذ امانت وخلف تركة وعليه دين فان كان الدين يحيط بالتركة لم ينتقل التركة الى وارثه وكانت مبقاة على حكم ملك الميت فان قضى الدين من غيرها ملكها الوارث الان وان كان الدين محيطا ببعض التركة لم ينتقل قدرها احاط الدين به منها الى ورثته وانتقل اليهم ما عداه وبه قال الاصطخري من اصحاب الشافعي وقال ابو حنيفة ان كان الدين محيطا بالتركة لم ينتقل الى الورثة كما قلناه وان لم يكن محيطا بها انتقلت كلها الى الورثة وقال الشافعي واصحابه

الا الاصطخرى ان التركة ينتقل كلها الى الورثة سواء كانت وفق الدين او اكثر والدين باق فى ذمة الميت وتعلق حق الغرماء بها كالرهن ولهم ان يقضوا الدين من عين التركة ومن غيرها .

[دليلنا] قوله تعالى «ولكم نصف ما ترك ازواجكم الى قوله من بعد وصية يوصى بها اودين» فاخبر ان ذلك لهم بعد الدين و كذلك فى قوله «يوصيكم الله فى اولادكم» الاية ولان التركة لو انتقلت الى الوارث لوجب اذا كان فى تركته من يعتمق على وارثه ان يعتمق عليه مثل ان ورث الرجل اباه او (امه) ابنه بيانه كان له اخ مملوك وابن مملوك حر فمات الرجل وخلف اخاه مملوكا فورثه ابن المملوك فانه لا يعتمق عليه اذا كان على الميت دين بلا خلاف دل على ان التركة ما انتقلت اليه و كذلك لو كان ابوه او ابنه مملوكا لابن عمه فمات السيد فورثه عن ابن عمه كان يجب ان يعتمق ويبطل (فيبطل) حق الغرماء وقد اجمعنا على خلافه. وقال ايضا اذا مات وخلف تركة وعليه دين فان كان الدين يحيط بالتركة

لم ينتقل التركة الى وارثه ، وكانت مبقاة على حكم ملك الميت فان قضى الدين من غيرها ملكها الوارث الان ، وان كان الدين محيطاً ببعض التركة لم ينتقل قدر ما أحاط الدين به منها الى ورثته وانتقل اليهم ما عداه ، وبه قال الاصطخرى من اصحاب الشافعى ، وقال أبو حنيفة ان كانت وفق الدين او أكثر ، والدين باق فى ذمة الميت ، وتعلق حق الغرماء بها كالرهن ، ولهم أن يقضوا الدين من عين التركة ومن غيرها - دليلنا - قوله تعالى «ولكم نصف ما ترك ازواجكم» الى قوله «من بعد وصية يوصى بها اودين» فأخبر أن ذلك لهم بعد الدين ، و كذلك فى قوله يوصيكم الله فى اولادكم» الاية ، ولان التركة لو انتقلت الى الوارث لوجب اذا كان فى تركته من يعتمق على وارثه أن يعتمق عليه مثل أن ورث الرجل أباه أو ابنه (امه - خ ل) بيانه كان له اخ مملوك وابن مملوك حر فمات الرجل وخلف أخاه مملوكا فورثه ابن المملوك فانه لا يعتمق عليه اذا كان على الميت دين بلا خلاف

دل على أن التركة ما انتقلت اليه ، وكذلك لو كان أبوه أو ابنه مملوكا لابن عمه فمات السيد فورثه عن ابن عمه كان يجب أن ينعتق ويبطل (فيبطل خل) حق الغرماء وقد أجمعنا على خلافه انتهى .

ولقد اجاد ولايكاد ينقضى تعجبي من القول بالانتقال مع انه فرع كون المال مال الوارث مع انه لامال لهم اصلا اما الدين فللغرماء واما الوصية فالشارع اخرجه من مال الورثة وانما يكون لهم ما زاد عن الثلث لو لم يكن دين فمرتبة الدين والوصية مقدمة على مرتبة مال الوارث ومنه يعلم ان لفظ البعد في كلامه تعالى هو البعدية الرتبية لا الزمانية .

قال ضياء الدين العراقي ما لفظه انهم اختلفوا في المقام على قولين معروفين من الانتقال مطلقا ، وعدم الانتقال بمقدار الدين والوصية وانما ينتقل الزائد عنهما ، نعم حكى عن العلامة قول ثالث وهو عدم الانتقال في الغير المستوعب والانتقال في المستوعب ، وفي الجواهر انه لا يعلم وجهه بل لم يعرف ذلك من غيره بل اظن كونه سهوا من قلم الناسخ .

وبالجملة العمدة في الباب القولان الاولان المعروفان وعمدة مبنى الخلاف بين الاعلام هو الخلاف في المراد من البعدية «في الاية الشريفة» وفيما ورد من الترتيب المستفاد من تقديم الكفن ، ثم الدين ، ثم الوصية ، ثم الارث في جملة من الاخبار بل في بعضها نفى الأثر قبل الدين ، بعد الجزم بتحكيم مثل هذه المقيدات على الاطلاق دليل الارث أو السهام في الجملة .

وملخص ما قيل فيها هو انه بعد الجزم بعدم كون المراد من البعدية البعدية الزمانية في اصل الانتقال للجزم بانتقال ما زاد عن الثلث الموصى به بل ما زاد عن الدين لدى المشهور اليهم حين الموت فيدور الامر بين أن يكون المراد البعدية الزمانية بالنسبة الى استقرار الملك كى بها ترفع اليد عن اطلاق ما دل على انتقال المال اليهم مستقرا ، أو المراد البعدية الرتبية بالنسبة الى تسهيم السهام كما افاده في

الجواهر من دون نظر فيها الى كيفية الانتقال أو المراد البعدية الربية فى أصل الانتقال .

اقول مقتضى التحقيق أن يقال أن مثل الوصية والارث بعد ما كان بينهما المصادمة من حيث التأثير فلا جرم تقدم الوصية والدين فى التأثير يوجب منع الارث عن تأثيره وحينئذ فيقع الارث فى تأثيره فى رتبة لاحقة ولازمه حينئذ عدم تأثير الارث الا فى رتبة فارغة عن المزاحم اما لزيادته عن مقدارهما اولوفائهما من الخارج انتهى كلامه زيد مقامه .

والظاهر لاشكال فى عدم الانتقال واشكال القوم فى انه لولم ينتقل للزم كون الملك بلامالك لعدم انتقاله الى الغرماء والمال صفة وجودية قد خرجت عن ملك الميت بالموت لعدم اتصافه بالمالكية بعد موته فاذا كان الميت غير قابل للمالكية ولم ينتقل الى الورثة لزم كون الملك بلامالك .

وفيه اولا لادليل على بطلان كون الملك بلامالك وموارد ذلك كثير جداً منها المال الذى اعرض عنه صاحبه اما لقلته او لعدم امكان حمله كثقله وعدم وسائل حمله او لعدم القدرة عليه كوقوعه فى قعر البحر او لكون حفظه موجبا لعدم حفظ نفسه فاعرض وانصرف عنه فلا يدخل فى ملك احد ما دام لم يصل الى يد متصرف اصلا فبقى الملك بلا مالك فى مدة وقوعه فى الصحارى والبرارى والفلوات وتحت البحر ومنها ما اذا نفتح فى الصور فلا يبقى مالك ح ولا مملوك فيقع جميع الاموال والاملاك بلا مالك فلو كان محالا للزم كون الاستحالة فى جميع الاحوال .

ومنها ما لورفع اليد عن امواله او عن بعضها عمدا بلا جهة واعرض عنها بلا جهة توجبه مع امكان حمله وعدم خطر فى حملها فرجح له جهة موهمة فتر كها فى فلاة لم يوجد من ملكه فما دام لم يقع فى يد غيره كان بلامالك من دون خروج مورد اصلا .

فان قلت المالك الحقيقي هو الله فيكون ح ملكاله تعالى قلت ملكه حقيقة لا ينافي لكونه ملكا للغير بحسب الظاهر وبحسب جعله اموالا للناس فيكون حقيقة ملكالهم ولو كان في الحقيقة ملكاله تعالى لكنه جعله للناس فالمالك كونه الاموال ملكا للناس مع انه يستحيل ح لعدم وجود مالك اصلا وغير ذلك واما عدم الانتقال الى الديان فلا دليل له اصلا بل الدليل على خلافه كما في قوله من بعد وصية اودين بل المال هو مال الديان فكون المال بلا مالك او لا ليس محالا وثانيا ليس المال بلا مالك بل المال للديان بمجرد الموت ويدل عليه الايات والروايات .

ومنها صحيحة سليمان بن خالد عن ابي عبدالله عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في دية المقتول انه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم اذا لم يكن على المقتول دين فهي صريحة في انه مع الدين لا يرث الورثة .

ومنها ما عن زرارة قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل مات وترك عليه ديناً وترك عبدآله مال في التجارة وولداً وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه العبد في حياة سيده في تجارته وان الورثة وغرماء الميت اختصموا فيما في يد العبد من المال والمتاع وفي رقبة العبد . فقال : ارى ان ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ولا على ما في يده من المتاع والمال الا أن يضموا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد وما في يده من المال للورثة ، فان أبوا كان العبد وما في يده للغرماء ، يقوم العبد وما في يديه من المال ، ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص ، فان عجز قيمة العبد وما في يديه عن اموال الغرماء ، رجعوا على الورثة فيما بقى لهم ان كان الميت ترك شيئاً قال : وان فضل قيمة العبد وما كان في يديه عن دين الغرماء رده على الورثة .

وقوله عليه السلام ليس للورثة سبيل صريح في عدم انتقال المال اليهم بدهة انه على الانتقال كان الامر بالعكس ان للديان حينئذ سبيل على رقبة العبد وانما

يعلق عليه حق اداء الديون واما نفسه فللورثة وكذا قوله فان ابوا كان العبد الخ فانه على الانتقال كان الاعيان للورثة ويؤخذ عنهم حق الغرماء لان الاعيان للغرماء فليس ذلك الا للانتقال الى الورثة والفرض خلافه افاد الامام .

فمحصل الكلام الامر يدور بعد امتناع الانتقال الى الورثة بين الانتقال الى الديان غاية الامر كان الامر بيد الحاكم في البيع والقسمة كل بحسب ماله كما في الفلس من حيث القسمة والاجماع على عدم الانتقال الى الديان غير تام وبين البقاء على حكم مال الميت كما هو المشهور عند القائلين بعدم الانتقال الى الورثة واشكالهم امتناع الملك بلامالك فاذا لم ينتقل بقى على حكم مال الميت . وقد عرفت عدم الاستحالة وعدم لزوم الملك بلامالك بعد الانتقال الى الديان وان كان البقاء على حكم اموال الميت ايضا غير مضر بعد كون مرادهم من ذلك هو آثار الملكية والمالكية لا المالكية الحقيقية كما لافرق حينئذ بينهما من حيث النماء فسواء قلنا بدخولها في اموال الغرماء حتى يستوفى حقهم او بقى بحكم مال الميت ايضا حتى يصل الى الغرماء ثم انه للخاقاني كلام لا بأس بنقله قال ماهو لفظه اذا مات الشخص وكان له دين ثابت فهل تنتقل التركة الى الوارث ابتداء أو يتوقف الانتقال الى وفاء الدين ؟ ففي المسألة اقوال .

الاول : ان جميع التركة ينتقل الى الوارث ، ولا يكون الميت ، مالكاً لشيء منها ، بل تكون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث .

الثاني : انه لا ينتقل المال الى الورثة ، ولا يبقى على ملكية الميت ، بل يكون ملكاً للغريم اذا كان غريم .

الثالث : انه ليس ملكاً للورثة ولا للغريم كما انه ليس ملكاً للميت ايضاً بالحمل الشايخ الصناعي اى بحيث يكون الميت مالكاً له حقيقة ، ولكن المال يبقى على ملكية الميت حكماً - اى ترتب عليه آثار ملكية الميت .

الرابع : انه ينتقل المال الى الورثة ولكنه يكون محقوقاً بحق الغريم

بحيث لا يجوز للورثة التصرف فيه ، نظير حق الرهانة المتعلقة بالمال المرهون .
الخامس : انه وان كان محقوقاً بحق الغريم ، لكن ليس هذا الحق كتعلق
حق الرهانة بالمال الذي يمنع عن التصرف فيه ، بل تعلق به حق الغريم في
الجملة ، على وجه يجوز معه التصرف فيه .

السادس : أن المال يملكه الوارث بالملك المتزلزل وتستقر الملكية بعد
اداء الدين ثم تكلم بعض الكلام في الاصول العملية الراجعة الى المقام فقال ان
مقتضى الاصل بالنسبة الى الوارث هو عدم الملكية ان الاصل عدم انتقال الملكية
الى الوارث ، ويراد بالاصل هنا عدم الازلي . وقد اثبتنا في كتابنا (انوار
الوسائل) ان مقصودهم من عدم الازلي في هذا المقام وفي كل مورد يرد هذا
اللفظ هو الوجود المسبوق بالعدم والا فالعدم الازلي بما هو المتبادر منه ليس له
تحقق ولا ثبوت الى ان قال :

واما الاصل في الغريم فمن المعلوم انه يقتضى عدم كونه مالاً كالأصلالة العدم
وعدم ما يوجب الملكية .

واما بالنسبة الى الميت فر بما يقال باصالة عدم كونه مالاً كما ان
بعض .

ولكن الانصاف عدم جريان الاصل العدمي فيه لوجود استصحاب الملكية
ولا اقل من استصحاب حكمها ان لم نقل بوجود نفس موضوع الملكية بضرر
قاطع كما عن الاستاذ المحقق العراقي رحمه الله . حيث ذهب الى ان الميت
يملك حقيقة ، وان العلقة الملكية لا تنتفي بمجرد الموت ولا يخفى ان استصحاب
الملكية للميت من العجائب بعد تغيير الموضوع وانه بمجرد خروج الروح لم
يكن انساناً بل جماداً فالحق عدم الاحتياج الى الاستصحاب وانه لو تم وصح ولو
باعتبار احكام الملكية وآثارها انما يكون فيما كان له مال وفي الدين المستوعب
ليس له مال بل كان المال للديان في يده وفي ذمته .

نعم ما افاد فى عدم جريانه بالنسبة الى الورثة فى محله كما ان المراد بالعدم الازلى هو الوجود المسبوق بالعدم ايضا فى محله لانتقاضه بالوجود فلا يتم ما استدلووا فى كثير من المقامات لاثبات عدم كرية الماء بانه فى الازل لم يكن كراً فالاصل عدم الكرية غير تام بعد تحقق الوف من الكرية ثم تكلم فى الادلة الاجتهادية فقال واما الادلة الاجتهادية فقد يظهر من جماعة ان المال ينتقل الى الوارث واستدلوا له باطلاقات ادلة الارث الدالة على أن المال ينتقل الى الوارث بموت المورث من دون التقييد باداء الدين ونحوه كقوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وقوله ﷺ (ما ترك الميت فهو لوارثه) وبهذا المضمون روايات كثيرة قد ذكرها فى الوسائل فى ابواب الموارث ولا يخفى فساد ذلك ايضا بحيث لا يحتاج الى البيان بعد قوله تعالى «من بعد وصية اودين» فى كثير من الايات كقوله تعالى «فان كان له اخوة فلامه السدس من بعد وصية يوصى بها اودين» .

وقوله تعالى «ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكنم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها اودين» الى ان قال: ومن المعلوم انه يحمل الاطلاق على التقييد وبالنتيجة يثبت القول الثانى وهو عدم الانتقال الابدع وفاء الدين الى ان قال والتحقيق فى المقام : انه لامانع من كون الميت مال الكافى عالم الثبوت ، فلو فرض ان العقلاء بنوا على ملكية الميت واعتبروه مال الكافى لم يكن ذلك بعيداً ما لم يدل دليل عقلى على امتناعه . الا ترى ان العرف يعتبرون القبر ملكاً له . بل وليس من البعيد اعتبار الملكية فى المقدسات الشريفة فلا تستغرب استغراباً بعيداً لو قال احد ان المال الفلانى ملك لامير المؤمنين عليه السلام الى ان قال :

وبالجمله لامانع فى مقام الثبوت عن ملكية الميت ، ولادليل على الامتناع هذا كله فى مقام الثبوت .

واما مقام الاثبات فالظاهر من الادلة بل صريحها هو انتقال المال الى الوارث بمجرد موت المورث ، وليس هناك دليل واضح يفيد ملكية الميت ، بل ظاهر الايات المتقدمة وقوله ﷺ « كل ما ترك الميت من حق او مال فهو لوارثه » ان الميت لا يكون مالكا .

فنستنتج من جميع ما تقدم : ان المال للمورث ، الا انه يكون محقوقاً بحق الديان ، وبهذا ايضاً يجمع بين الادلة المتقدمة انتهى وفساده غير خفى بعد ظهور الروايات والايات فى عدم الانتقال الا فيما لم يكن للديان شىء فى البين فالامر يدور بين القولين مرجعهما الى الواحد وهو الانتقال الى الغرماء اذ بقى بحكم مال الميت حتى يصل المال الى صاحبيه هذا مضافا الى ان القول بانتقال الى الورثة مستلزم للنزاع بين الغرماء والورثة وذهاب اموال الناس خصوصا فى مثل زماننا الغالب على الناس الفسق والفجور ولم يوجد من بين الفواحش متصف بصفات المتقين بجميع الجهات فمجرد انتقال المال اليهم ينقسمون بينهم ويؤخذ كل منهم حصته من غير الاعتناء بالديون ريتفرون فى الارض والبلدان للتعيش والمعاصى بخلاف ما اذا كان الحكم بحسب الاموال للديان تامل فيما ذكره هذا مضافا الى لازم انتقال المال الى الورثة عدمه وهو محال اذا الكلام فى الدين المستوعب فمعنى الانتقال عدمه اذا المال كان للديان فما الفرق بين القول بالانتقال وعدم جواز التصرف وبين القول بان المال للغرماء فمعنى الانتقال عدمه فان قلت الثمرة حاصله فى النماء وعلى الانتقال للورثة قلت هذه الثمرة مسلم لكن فيما كان الامر مشكوكا لنا لافى مثل دلالة الايات والاخبار على كون المال للغرماء فالنماء لهم ولو كان بحكم مال الميت فقد مر تمام الكلام ايضا فى ج ٢٨ ص ١٩ الى ٢٩ .

﴿ وفى الحالين ﴾ اى حال احاطة التركة وعدم الاحاطة كان ﴿ للوارث المحاكمة على ما يدعيه لمورثه ، لأنه قائم مقامه ﴾ فى الحلف دون الغريم وان تعلق به حقه ، وحينئذ فلو أقام الغريم الشاهدان اى البينة على حقه وماله على

الميت فلا كلام والافان كان شاهد واحد فلا كلام ايضا مع ضم يمينه عليه والا كان على الوارث اليمين على نفى الدين او دفع ما يدعى وسيأتى أيضا لذلك بعض الكلام فانظره .

﴿ البحث الثالث فى اليمين مع الشاهد ﴾ يعنى ان المدعى لو لم يكن له بينة اى الشاهدان عادلان لكن كان له شاهد واحد فيكفى مع ضم يمينه فاذا شهد بما ادعاه شاهد واحد وحلف نفسه عليه ثبت ما ادعاه وتمت الدعوى كما اشار اليه المصنف بقوله ﴿ يقضى بالشاهد واليمين فى الجملة ﴾ ولو بالنسبة الى الاموال فان المتيقن منه ان يكون بالنسبة الى المالدون مطلق الحقوق مع كونه فى حقوق الناس دون حقوق الله ﴿ استناداً الى ﴾ روايات كثيرة دالة على ﴿ قضاء رسول الله ﷺ وقضاء على النبي بعده ﴾ على ما رواه العامة والخاصة لكن وليعلم ان ذلك فيما كان الدعوى على الحى لا الميت والا فلا يكفى الشاهد الواحد بل الشاهدان اللذان هما البينة مع يمين المدعى كما تقدم فاليمين مع الشاهد الواحد فى كون الدعوى مع الحى وعلى اى حال ان المسألة مشككة فى الجملة ومهمة فى الغاية ومن الاشكالات تمسك على النبي على الدرع الغلول وهو عين لادين وفى بعض الروايات هو الدين حتى عبر فى بعضها بلفظ ولا تعدوا عن المال ومن الاشكالات اختصاص ذلك بالمال وما ينجر الى المال دون مطلق الحقوق مع تصريح الروايات كثيراً بالحقوق مالا كان اولا كالتكاح والطلاق والوقف ونحوها وكيف كان فالمسألة اجماعية فى الجملة. قال فى الخلاف ما لفظه :

يقضى بالشاهد الواحد مع يمين المدعى فى الاموال وبه قال فى الصحابة على عليه الصلوة والسلام وابوبكر وعمر وعثمان وابى ابن كعب وفى التابعين الفقهاء السبعة وعمر بن عبدالعزيز وشريح والحسن البصرى وابوسلمة بن عبدالرحمن وربيعة بن ابي عبدالرحمن وفى الفقهاء مالك والشافى وابن ابي ليلى واحمد ابن حنبل وذهب قوم الى انه لا يقضى بالشاهد الواحد مع اليمين ذهب اليه الزهرى والنخعى

وفى الفقهاء الاوزاعى وابن شبرمة والثورى وابو حنيفة واصحابه قال محمد بن الحسن ان قضي بالشاهد مع اليمين نقضت حكمه .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وروى عمر بن دينار عن ابن عباس ان النبى ﷺ قضي باليمين مع الشاهد وفى رواية مسلم (موسى) بن خالد الزنجى (الذبحى) عن عمر بن دينار عن طاووس عن ابن عباس عن النبى ﷺ مثله وروى عبدالعزيز محمد الزراوردى (الداورى) (الداوردى) عن ربيعة عن سهل (سهيل) بن ابى صالح عن ابيه عن ابى هريرة ان النبى ﷺ قضي باليمين مع الشاهد وفى غيره قضي بيمين وشاهد وقيل ان سهيلا (سهيلا) نسي هذا الحديث فذكره ربيعة انه سمعه منه وكان يقول حدثنى ربيعة عنى عن ابى هريرة .

وروى جعفر بن محمد عن ابيه عن جابر ان النبى ﷺ قال اتانى جبرئيل وامر (فامر) نى ان اقضى باليمين مع الشاهد وروى جعفر بن محمد عن ابيه عن جده عن على بن ابى طالب عليه السلام ان النبى ﷺ قضي بالشاهد الواحد مع يمين من له الحق قال جعفر بن محمد ورأيت الحكم بن عيينة يسأل ابى وقد وضع يده على جدار القبر ليقوم قال اقضى النبى ﷺ باليمين مع الشاهد .

قال نعم وقضى بها على بين اظهر كم ورواه عبدالعزيز ابن ابى سلمة ويحيى بن ابى (سلمة) سليم عن جعفر بن محمد عن ابيه عن جده عن على بن ابى طالب عليه السلام ان النبى ﷺ قضي بالشاهد الواحد مع يمين صاحب الحق وقد روى هذا الخبر عن النبى ﷺ ثمانية اربعة ذكرناهم وهم على عليه الصلوة والسلام وابن عباس وابو هريرة وجابر واربعة اخر زيد بن ثابت وسعد بن عباد ومسروق وعبدالله بن عمر ومسلم بن الحجاج قد خرج هذا الحديث فى الصحيح من طريق عمرو بن دينار عن ابن عباس وعلى المسئلة اجماع الصحابة روى جعفر بن محمد عن ابيه عن على بن ابى طالب عليه الصلوة والسلام .

قال كان رسول الله ﷺ وابوبكر وعمر وعثمان يقضون بالشاهد الواحد مع يمين المدعى فثبت بهذاسنة رسول الله ﷺ وفيه اخبار عن دوام حكمه بذلك فلا يمكن حمله على قضية واحدة .

وروى ابو(زياد) الزناد عن عبدالله بن عباس قال شهدت النبي ﷺ وابابكر وعمر وعثمان يقضون بالشاهد مع اليمين وروى جعفر بن محمد عن ابيه قال قضى بها عليه الصلوة والسلام بين اظهر كم وفى رواية اخرى قضى بها عليه بالعراق وروى داود بن الحصين عن ابى جعفر محمد بن على ان ابى بن كعب قضى باليمين مع الشاهد فهؤلاء الخمسة قالوا به ولا يخالف لهم بحال انتهى .

وفى المسالك بعد قوله فى اليمين مع الشاهد قال اجمع اصحابنا على القضاء فى الجملة بالشاهد واليمين واليه ذهب اكثر العامة وخالف فيه بعضهم لنا ما روى عن ابن عباس وجابر ان النبي ﷺ قضى بالشاهد مع اليمين وروى انه ﷺ قضى بالشاهد الواحد مع يمين الطالب وروا عن جعفر بن محمد عن ابيه عن على عليه السلام ان النبي ﷺ قضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق وقضى به على عليه السلام بالعراق رواه احمد والدارقطنى والترمذى وعن ربيعة عن سهل بن صالح عن ابيه عن ابى هريرة قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد رواه الترمذى وابو داود وزاد وقال عبدالعزيز الدراوردى فذكرت ذلك لسهيل فقال اخبرني وهو عندى ثقة انى حدثته اياه ولا حفظه قال عبدالعزيز وقد كان اصاب سهيلا علة اذهب بعض عقله انتهى .

قال فى القواعد الخامسة فى اليمين مع الشاهد كل ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين الأعيوب النساء وهو كل ما كان مالا او المقصود منه المال كالدين والقرض والغصب وعقود المعاوضات كالبيع والصلح والاجارة والقراض والهبة والوصية والجنابة الموجبة للدية كالخطاء وعمد الخطاء وقتل الوالد ولده والحر العبد وكسر العظام والجائفة والمأمومة ولا يثبت الخلع والطلاق والرجعة انتهى وفى مفتاح الكرامة بعد هذه العبارة قال ما لفظه كما فى (المقنعة)

و(المبسوط) و(الخلاف) و(السرائر) و(الوسيلة) و(الشرايع) و(النافع) و(التحجير) و(الارشاد) و(المختلف) و(الايضاح) فى باب الشهادة و(غاية المراد) و(غاية المرام) و(الدروس) و(اللمعة) و(الروضة) و(المهذب) و(المجمع) و(الكفاية) و(المفاتيح) وهو المنقول عن (الكاتب) و(القاضى) وهو المجمع عليه كما فى (الخلاف) و(السراير) وظاهر (المجمع) فى باب الشهادات و(الكفاية).

وفى (غاية المراد) نسبه الى سلالر والموجود فى (المراسم) وتقبل شهادة الواحد فى الديون مع يمين المدعى وخالف الشيخ فى (النهاية) والاستبصار والتهذيب والغنية والمراسم والكافى وهو المنقول عن الاصباح حيث خصوا ذلك بالدين قال فى المختلف ولا منافاة بين القولين لان المقصود من الدين المال ومثله قال الشهيد فى (غاية المراد) قلت عبارة (الاستبصار) و(يب) و(الاصباح) تأبى عن ذلك جداً.

قال فى (الاستبصار) بعد ان اورد اولا الاخبار الدالة على الدين وحده ثم اردفها بالاخبار الاخر المطلقة مانصه ولا تنافى بين هذه الاخبار والاخبار الاولة لان هذه الاخبار وان كانت عامة فينبغى ان تحملها على المفصلة بان ذلك فى الدين فتأمل (لنا) على المختار بعد الاجماع المتردد صحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال الى ان ساق الروايات الدالة عليه وظاهره اختيار مطاق الحقوق ماليا اولا ديناً اولا وذلك لان الصحيحة راجعة فى حقوق الناس كما يأتى وكيف كان فالمسألة اجماعية فى الجملة.

وفى الجواهر بل وافقنا عليه اكثر العامة . خلافاً لابي حنيفة وأتباعه ، وقد قال للمصادق عليه السلام « كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد ؟ فقال المصادق عليه السلام : قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وقضى به على عليه السلام عندكم ، فضحك أبو حنيفة ، فقال المصادق عليه السلام : أنتم تقضون بشهادة واحد شهادة مائة ، فقال : ما نفعل ، قال : بلى تشهد مائة فترسلون واحداً يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله . محصله انكم تشهدون

مائة على شئى ولم تقبلوه فارسلتم واحدا حتى يختبر عنهم وعلم صحة ما قالوا ثم اذا اخبر بصحة ما قالوا تقبلون شهادتهم على هذا الشىء بشهادة الواحد الذى ارسلتمه فيقدمون شهادة الواحد على المائة فكيف تقولون ما تفعل .

ثم لا يخفى ما فى ضحك ابي حنيفة نعم لا يبعد فى ذلك لمن كان امامه مثل ابي بكر وعمر ولا يعتنى بامام يتحقق منه مذهب النبي صلى الله عليه وسلم الواصل به من جانب الله من البدو الى الختم فهم يقدمون شاهداً واحداً على المائة فان صريح ما اجاب به الصادق عليه السلام انهم تشهد مائة فى شىء ولم يكن بمقبول عندهم حتى ارسل شاهداً واحداً يسال عنهم فبعد السؤال الواحد يقبلون عن المائة فيقدمون شهادة الواحد على شهادة مائة ومع ذلك قال ما نفعل ذلك بتدبير فى ذلك حتى لا يكون فى عمى لا يخرج عنه لانه من كان فى هذه الدنيا اعمى يكون فى الآخرة اعمى كما قال عز من قائل ونحشره يوم القيامة اعمى قال يارب لم حشرتنى اعمى وقد كنت بصيراً الخ ويدل عليه روايات منها ما شتمل على قضية درع الغلول وقد دخل الحكم بن عتبة وسلمة بن كهيل على ابي جعفر عليه السلام يوماً فسألاه عن شاهد ويمين فقال قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضى به على عليه السلام عندكم بالكوفة ، فقالا : هذا خلاف القرآن ، قال : واين وجدتموه خلاف القرآن ؟ فقالا : ان الله عز وجل يقول : واشهدوا ذوى عدل فقال لهما : فقلوه : واشهدوا ذوى عدل هو ان لا تقبلوا شهادة واحد ويمينا ! ثم قال : ان علياً عليه السلام كان قاعداً فى مسجد الكوفة فمر به عبدالله التميمي ومعه درع طلحة ، فقال له على عليه السلام : هذه درع طلحة اخذت غلولا يوم البصرة ، فقال له عبدالله : فاجعل بينى وبينك قاضيك الذى رضيته للمسلمين فاجعل بينه وبينه شريحاً فقال على عليه السلام : هذه درع طلحة اخذت غلولا يوم البصرة ، فقال له شريح : هات على ما تقول بينة .

فأتاه بالحسن عليه السلام فشهد انها درع طلحة اخذت غلولا يوم البصرة ، فقال هذا شاهد ولا اقضى بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر ، قال : فدعا قنبر فشهد

انهادرع طلحة اخذت غلولا يوم البصرة ، فقال شريح : هذا مملوك ولا اقضى بشهادة مملوك .

قال : فغضب على عليه السلام وقال : خذوها فان هذا قضى بجور ثلاث مرات ، قال : فتحول شريح عن مجلسه وقال : لا اقضى بين اثنين حتى تخبرني من اين قضيت بجور ثلاث مرات ؟ فقال له : ويلك او ويحك اني لما اخبرتك انها درع طلحة اخذت غلولا يوم البصرة قلت : هات علي ماتقول بينة ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث ما وجد غلول اخذ بغير بينة ، فقلت : رجل لم يسمع الحديث ، فهذه واحدة ثم اتيتك بالحسن فشهد ، قلت : هذا واحد ولا اقضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر ، وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بشهادة واحد ويمين ، فهذه ثنتان ، ثم اتيتك بقنبر فشهد انهادرع طلحة اخذت غلولا يوم البصرة ، فقلت : هذا مملوك ولا اقضى بشهادة مملوك ولا بأس بشهادة المملوك اذا كان عدلا ، ثم قال : ويلك او ويحك امام المسلمين يؤتمن من امورهم على ما هو اعظم من هذا قوله شهادة واحد ويمين هو محل الاستشهاد .

قوله عليه السلام هو ان لا يقبلوا شهادة واحد ويمينا في جوابهما مفاده مفاد استفهام الانكارى اى ليس معنى الاية خصوص ذوى عدل بل يصح ايضا شهادة واحد مع يمينه بل شهادة واحد مع شهادة امرأتين فالاية مشتملة على خصوص ذوى عدل والباقي يظهر من تصريح النبي صلى الله عليه وسلم واهل بيته عليهم السلام الذين نزل الكتاب في بيوتهم ثم ان قول شريح هات علي ماتقول بينة فيه ما لا يخفى على جهل شريح الاول جهله بانه لا يصح مطالبة البينة عن مؤسس الشرع ومبين الاحكام والثاني عدم علمه بان البينة فيما لم يكن الشاهد واليمين ولم يردعه عليه السلام لغاية جهله حتى اتاه بالبينة وهو شهادة الحسن عليه السلام وقنبر . الثالث قوله حتى يكون معه آخر فقوله لا اقضى حتى الخ ظاهر فى انه جاهل بصحة الحكم مع الواحد و اليمين فاللازم عليه قوله لا اقضى حتى يضم الى شهادته يمينه .

ومع ذلك كان ابو الحسن عليه السلام مما شاة عليه قد امر بشهادة قنبر حتى يتم البيعة مع ان المقام ليس مقام البيعة لقول النبي صلى الله عليه وآله اذا اخذ الغلول اخذ بغير البيعة والمراد حيث ما وجد في غير مجلس القضاء .

ومعناه ان صاحب المال اذا وجد ماله يأخذ من غير احتياج الى البيعة وهذا هو المقصود من قول النبي صلى الله عليه وآله وعلى عليه السلام في اثبات ان الدرع لطلحة فلا يحتاج الى موازين القضاء جداً .

وهذا مضافا الى ان مطالبة البيعة من الحجة مشكل جداً ورد الشاهد بالوحدة مشكل آخر وكان عليه ان يقول هذا واحد ويحتاج الى يمينه ايضا لانه لا يقبل الشاهد الواحد على ان يقول ليس له القضاة مع وجود علي عليه السلام فضلا عن النقص عليه بالبيعة وكون الشاهد واحداً ونحو ذلك بل كان وظيفته السكوت في مقابل من قال صلى الله عليه وآله في حقه انا مدينة العلم وعلي بابها فقضاؤه وايراداته وضحك ابي حنيفة كلها دليل على كثرة جهل المخالفين وعدم معرفتهم في حق امامهم الذي هو الحجة البالغة على جميع الخلائق الى يوم القيامة وهو الامام المبين الذي قال الله تعالى في كتابه « و كل شئى احصيناه فى امام مبين » .

فالرأى والفتوى في مقابل رأيه وفتواه كفر وضلالة ناشئة عن ضلالة اول من اسس اساس الظلم والجور فلولا مطالبة ابو بكر البيعة من فاطمة عليها السلام في قضية فدك لم يطالب شريح البيعة من علي بن ابي طالب عليه السلام فان الاحتياج الى البيعة للثبوت لا بعد ثبوته فان قول الحجة بانه غلول حجة يثبت ذلك بلا كلام فلا يحتاج بعد ذلك الى اثباته بالبيعة فلا يكون لشريح معرفة ان قول النبي وعلي بن ابي طالب حجة قطعاً والا لزم تكذيب قوله تعالى «انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت ويطهركم تطهيراً» فهل يصح مطالبة البيعة لاثبات شىء عن جعله الله مطهراً من الذنوب او ليس ذلك انكاراً لقوله تعالى . فمطالبة البيعة من علي عليه السلام ورد شهادة الحسن عليه السلام من عدم الايمان بالكتاب .

فلو ادعى مدع بفسق احد هؤلاء للزم رد المدعى والحكم بكذبه لامطالبة البينة منه بحيث لو اتى بالبينة للزم الحد عليهم فانه حينئذ تقدم قول المخلوق على قول الخالق بمقتضى آية التطهير المتقدمة آنفا كيف فهم ارواح العالمين لهم الفداء مؤسس الشريعة ومقنن القوانين واساس الدين ولولاهم لم يكن دين لنا اذ مداركه لا بد وان يكون من محل قطعي يصح الاعتماد عليه ولذا لا اعتبار بكتب العامة واحاديثهم لانهم لم يؤخذوا معالم دينهم من اهلهم ولذا قد وقعوا في ضلال مبين .

وقد ورد في الكتاب «يا ايها الرسول بلغ ما انزل اليك من ربك في علي» وقد اسقطه الخصم وقال المراد بيان الاحكام وقد ملاء كتب الفريقين من قضية الغدير وقول الاول والثاني بنج بنج لك يا امير المؤمنين اصبحت مولاي ومولا كل مؤمن ومؤمنة وقد اعترف بذلك الغزالي وقال قال عمر بنج لك يا امير المؤمنين اصبحت مولاي النج .

ولما فارق النبي ﷺ الدنيا غلب على نفس عمر هواه وانكر ما اعترف به واقرب عليه ومن تأمل لا يبقى عليه ريب في كون علي بن ابي طالب عليه السلام هو الوصي لما كثر الدليل عليه في كتب العامة والخاصة وحمويني من اعيان علماء العامة في كتابه فرائد السمطين روى مسندا عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ اناسيد النبيين وعلي بن ابي طالب سيد الوصيين وان اوصيائي بعدى اثنا عشر اولهم علي بن ابي طالب عليه السلام وآخرهم القائم عليه السلام وكيف كان فلاشكال في الخبر مع التأمل التام. فان قلت الشهادة مع اليمين وان كانتا حجة ايضا كالبينة لكنه ليس في الخبر كلام لليمين قلت لم يطالب شريح اليمين حتى حلف الحسن عليه السلام ايضا مع شهادته وطالب البينة جهلا بصحة شهادة الحسن عليه السلام مع يمينه فاجاب علي عليه السلام على طبق سؤاله فاتاه بالبينة بالحسن وقنبر ويؤيده ان شريح اذا سئل البينة امر عليه السلام الحسن بالشهادة مع انه واحد ومراده شهادته مع يمينه حيث لم يقبل منه

شريح لجهله بالصحة مع يمينه فدعا عليه السلام القنبر ايضا بالشهادة .
فان قلت ان شريح لم ينف شهادة الواحد مع اليمين الذي قضى عليهما
رسول الله بل الشريح نفى شهادة الواحد قلت كيف ذلك مع انه قال لا قضى بشهادة
واحد حتى يكون معه آخر فانه ظاهر في عدم قبوله الواحد مع اليمين والالزم
عليه ان يقول انا لا احكم بشهادة واحد حتى يضم معه اليمين او آخر وكيف كان
فمادل عليه كثيرة جدا لكن ظاهر الاكثر هو كون القبول في المال او المنجر
اليه ولكن الروايات بين المطلق في حقوق الناس وبين المقيد بالمال فالاولى نقل
الروايات اولا ثم النظر في مفادها .

ومما يدل على الاطلاق خبر ابي مريم عن ابي عبدالله عليه السلام اُجاز رسول الله
صلى الله عليه وآله شهادة شاهد مع يمين طالب الحق اذا حلف أنه لحق واطلاقه بعم المال .
ونحوه وخبر منصور بن حازم عنه عليه السلام أيضاً « كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضى بشاهد
واحد مع يمين صاحب الحق » ومثله خبر البصرى .

وفي الفقيه « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بشهادة شاهد ويمين المدعى ، وقال نزل على
جبرئيل بشهادة شاهد ويمين صاحب الحق ، وحكم به في العراق أمير المؤمنين
عليه السلام » واطلاقها آب عن التقييد كيف وصحيح ابن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام « لو كان
الامر اليينا لأجزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم في
حقوق الناس اقوى شاهد في ذلك العموم ولا يستفاد الاطلاق من الاخبار مثل خبر حماد .
« سمعت الصادق عليه السلام يقول : كان على عليه السلام يميز في الدين شهادة رجل ويمين
المدعى » . وخبر ابي بصير سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل
الحق وله شاهد واحد ، فقال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضى بشاهد واحد ويمين صاحب
الحق ، وذلك في الدين » .

وخبر القاسم بن سليمان « سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله
بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده » .

وخبر محمد عن أبي عبد الله عليه السلام «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ، ولم يكن يجيز في الهلال الا شاهدي عدل .
والاظهر بل الاقوى هو العموم عمل بقوله عليه السلام في حقوق الناس فان الحقوق يعم الدين وغيره وقد عرفت ان التصريح بالمال من باب المثل او في مقابل حقوق الله تعالى فعلى ذلك لو ادعى المدعى في كل شيء راجعاً اليه كان مالا او ما يقصد به المال او نحو المال مما يكون متضرراً بفقده كان صحيحاً كدعوى الزوج كون الطلاق واحدة والزوجة تدعى ثلاثة فلو كان للمدعى بينة فلا كلام والافان كان له شاهد واحد فلا كلام ايضا مع يمينه وتمت الدعوى وحكم بكون الطلاق مرة وانه لا تحرم عليه بالاطلاقات حقوق الناس خصوصا قوله عليه السلام «لو كان الامر اليسلا جزنا شهادة الرجل الواحد الخ محكمة من هذه الجهات مع ان مناط حمل المطلق على المقيد هو احراز عدم كون المطلق بمحبوب للمولى وكم فرق بين مثل اعتق رقبة ولا تعتق رقبة كافرة وبين المقام حيث لا يظن بمطلوبية مطلق الرقبة مع هذا القيد بخلاف مثل حقوق الناس والاموال فانه لو كان المراد هو الاموال فلا معنى للتصريح بالحقوق المطلقة فالدقيق المتأمل يعلم ان مطلق الحقوق احد افراد المطلق والاموال احد فرده آخر فالتكليف واحد وافراده متعدد .

وفي الجواهر بعد الاخبار المطلقة قال خلافاً لما عن النهاية والاستبصار والغنية والمراسم والاصباح والكافي من التخصيص بالديون بل في الغنية الاجماع عليه ، انتهى .

ثم نقل الاخبار المقيدة بالدين ثم قال بما هو لفظه بل عن الشيخ في الاستبصار حمل اطلاق النصوص السابقة على التقييد في هذه النصوص ، وخبر درع طلحة انما انكر امير المؤمنين عليه السلام على اطلاق قول شريح : «ما افضى الابشاهد آخر معه» ضرورة عدم كون خصوص المقام مما يكتفى فيه بالشاهد واليمين من الوالى

نعم قد يقال ان حمل المطلق على المقيد انما يصح بعد فرض التقييد وعدم قوة المطلق من حيث كونه مطلقا وهما معاً ممنوعان ، لامكان عدم ارادة التقييد في النصوص السابقة ، ضرورة ان القضاء بهما ، في الدين او جوازه لا يقتضى عدم القضاء ولا عدم جوازه بغيره الى ان قال و بالجملة كل ما تشرع فيه رد يمين الانكار على المدعى يشرع فيه الشاهد واليمين ، لان الظاهر كون هذه اليمين يمين المنكر صارت للمدعى الذى له شاهد ، وحينئذ فالاجتهاد في النصوص يقتضى الاختصاص بالدين او التعميم لكل حق انتهى .

وبالجملة ظهور الاخبار في الدين غير خفى لكن يمكن ان يقال ان الاختصاص بالدين فى مقابل حقوق الله واخراجها فمع احتمال ذلك لا يمكن استفادة الاختصاص ويؤيده بل ويدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : « لو كان الامر الينا لاجزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس ، فأما ما كان من حقوق الله تعالى او رؤية الهلال فلا » فانه نص فى حقوق الناس فيدور الامر بين تقييد اطلاق الحقوق بالدين حملا للمطلق على المقيد وبين كون المقيدات بالدين من باب المثال .

وبيان اظهر افراد الحقوق والثاني اولى عملا بجميع الاخبار فيقضى بالاخبار بجميع الحقوق .

وقال السيد في عر و ته وانما الكلام فى انه هل يقضى بهما فى حقوق الناس كلها حتى مثل الطلاق والخلع والرجعة والعتق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصاية و عيوب النساء وغير ذلك مما ليس ما لا يختص بخصوص الاموال او بخصوص الدين خاصة فالمشهور على الاختصاص بالاموال وجعلوا ضابطها المال كالدين والقرض والغصب والاحتطاب والالتقاط ونحوها او ما يقصد منه المال كعقود المعاوضات من البيع والصلح والاجارة والقرض والهبة ونحوها كالأوصية بالمال والجنايات الموجبة للدية وغيرها ، بل عن الشيخ والحلى الاجماع عليه ، وعن المختلف نفى الخلاف فيه ، لكن

عن الكفاية والاستبصار والمراسم والغنية والاصباح والكافي أختصاص القضاء بهما بالدين ، وعن الغنية الاجماع عليه انتهى .

وفى الجواهر ان الاصحاب على خلاف ذلك بل جعلوا ضابطه المال أو المقصود منه المال ، ولعلمهم فهموا من نصوص الدين ذلك وحملوا عليها نصوص الحقوق انتهى .

وعلى ذلك يكون حاصل جميع الاخبار هو المال فعلا او ما يرجع الى المال لخصوص الدين فالتصريح بالدين من حيث انه اظهر الافراد لامن خصوصية له فالحق هو العمل بنصوص الحقوق كان مجرد الحق او المال او ما يرجع الى المال او الدين .

فان قلت أنهم عملوا بالمرسل عن ابن عباس «ان رسول الله ﷺ قال : استشرت جبرئيل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار على بذلك في الأموال ، وقال : لاتعدوا ذلك» اى لاتجاوزوا عن المال فلا يشمل مطلق الحق .

قلت فمضافا الى انه من غير طريقتنا مع ما عن الفقيه ايضا مشتملا على قضية جبرئيل ونزوله بشهادة شاهد ويمين صاحب الحق .

وفى الجواهر بعد نقل الاول قال ولكن ليس هو من طريقنا ولا معروف النقل فى كتب فروعا ، وانما رواه فى المسالك ، بل لعل مضمونه لا يوافق أصول الشيعة ، ويمكن أن يكون من محرفات العامة ، لانه قد سمعت ما نزل به جبرئيل عليه ﷺ فى الخبر السابق انتهى ثم انه قد ظهر كفاية الشاهد الواحد العادل فلولم يكن شاهد واحد يقوم مقامه المرأتان فيكفى يمينه مع شهادة المرئتين .

ويدل عليه خبر منصور بن حازم قال : «حدثنى الثقة عن أبى الحسن عليه السلام أنه قال اذا شهدت لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز» وحسنة الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام «ان رسول الله ﷺ أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب فى الدين يحلف بالله أن حقه حق» واطلاقها يشمل الكفاية ولومع وجود الشاهد الواحد وح يكفى

الشاهد الواحد او المرأتين .

وفي الجواهر عن ابن ادريس - من المنع لعدم الاجماع والتواتر - مبنى على أصله من انحصار الدليل بذلك ونحوه . نعم ما عن التحريير من الجزم بالعدم في هذا الكتاب واضح الضعف ، خصوصاً بعد مخالفته ذلك في المحكى عنه في كتاب الشهادة من الجزم بالقبول من غير نقل خلاف انتهى .

وكيف كان فلا اشكال في ثبوت الحكم بشهادة الواحد مع يمين صاحبه والثابت بمقتضى العمل لجميع الروايات هو مطلق حقوق الناس مالا او ديناً او ما يرجع اليه او كان حقا محضاً ثم لا اشارة في الروايات الى الفرق بين المدعين رجلا ونساءً وعبارة القواعد مطلقة ايضاً حيث قال ولا فرق بين ان يكون المدعى مسلماً او كافراً عدلاً او فاسقاً رجلاً او امرأة وفي مفتاح الكرامة في شرح العبارة قال لعموم النصوص والفتاوى انتهى ولم يتعرض له ابنه في الايضاح وهو على الظاهر مشكل من حيث الكفر والفسق فان الفاسق لا يبالي باليمين كذبا وكذا الكافر لكن اطلاق النص والفتوى محكم.

وكيف كان فقدر وقع الاختلاف الشديد في المقام من حيث الاختصاص بالاموال او العموم وقد اشار المصنف اليها في امور سيأتى ثم لا اشكال في كون الشاهد عادلاً والا فلا ثمره في شهادته ولا كلام ايضاً فيما وقع اليمين بعد الشهادة وانما الكلام فيما وقعت اليمين قبلها فهل تبطل ووقعت لغواً ويجب تكرارها بعد الشهادة أولاً بل يكتفى بها وقد اشار المصنف اليه بقوله :

﴿ويشترط شهادة الشاهد أولاً وثبوت عدالته ثم اليمين﴾ وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه ، بل في كشف اللثام نسبتها الى قطع الاصحاب ، ﴿و﴾ حينئذ ﴿لو بدأ باليمين﴾ قبل الشهادة أو بعدها قبل التزكية ﴿وقعت لاغية وافتقر الى أعادتها بعد الاقامة﴾ .

ولا يخفى ان المتيقن هو ما في المتن من وقوع الشاهد او لائمه بعده وقعت

اليمين خلافا للجواهر والظاهر لوجه له والاقبل من الشك في تحقق الدعوى لو وقعت اليمين قبلا .

ولذا عن المسالك تعليله بأن « المدعى وظيفته البينة لا اليمين بالاصالة فانما أقام شاهداً صارت البينة التي هي وظيفته ناقصة ويتممها اليمين بالنص بخلاف ما لو قدم اليمين ، فانه ابتداء بما ليس له وظيفة ، ولم يتقدمه ما يكون متمماً له وأما ثبوت عدالته فلا يترتب على شهادته بل المعتبر العلم بها قبل .

وعن كشف اللثام أنه « استدله بان جانبه حينئذ يقوى وانما يحلف من يقوى جانبه ، كما أنه يحلف اذا نكل المدعى عليه ، لان النكول قوى جانبه » ❀❀ وكيف كان فالنزاع العظيم في جريان النزاع في مطلق الحقوق أو لا بل ❀ يثبت الحكم بذلك في الأموال كالدين والقرض والغصب ❀ والالتقاط والاحتطاب والاسر ❀❀ وما يقصد به المال كما ❀ في المعاضات ، كالبيع والصرف والصلح والاجارة والقراض والهبة والوصية له والجنابة الموجبة للدية ❀ أصلاً ❀ كالخطأ ❀ المحض ❀ وعمد الخطأ وقتل الوالد ولده والحر العبد وكسر العظام والجائفة والمامومة وضابطه ما كان مالا أو المقصود منه مالا ❀ بخلاف القصاص ونحوه .

وفي الجواهر وفاقاً للمشهور ، بل عن الخلاف والسرائر الاجماع عليه انتهى فان القصاص ليس من الاموال ولا ما انجر اليه وكيف كان فظاهر الاكثر هو الاختصاص بالمال وفيه تأمل واضح بعد كون اكثر الاخبار هو المصلحة بالحقوق فلا يستفاد من الجموع الا مطلق التكليف فلا يحمل المطلقات على المقييدات بل التصريح بالمال من حيث انه احد افراد المطلق وان كان ذلك قد اشكل على الاصحاب .

قال في المختلف ما لفظه : قال الشيخ في «النهاية» اذا شهد لصاحب الدين شاهد واحد قبلت شهادته وحلف مع ذلك وقضى له به وذلك في الدين خاصة ولا يجوز قبول شهادة واحد والحكم بها في الطلاق ، والحدود ، والقصاص ، وغير ذلك من الاحكام وظاهر هذا الكلام يقتضى تخصيص القبول بالدين خاصة .

وقال الشيخ في «الخلاف»: يقضى بالشاهد الواحد ويمين المدعى في الاموال فلو ادعى جارية وولدها: بأنهم أمّ ولده وولدها منه، استولدها منه في ملكه وأقام شاهداً واحداً وحلف، حكم له بالجارية، وسلمت اليه، وكانت أمّ ولده باعترافه، ولا يحكم له بالولد أصلاً، ويبقى في يد من هو في يده على ما كان. ولو ادعى: أن العبد الذي في يد زيد غصبه منه، وأنه كان قد أعتقه، لم يحكم بالشاهد واليمين

وقال في «المبسوط»: يجوز القضاء بالشاهد الواحد مع يمين المدعى فيما كان مالا: كالقرض، والغصب، والدين، وقضائه، وأداء مال الكتابة، أو المقصود منه المال: كعمود المعاوضات: كالبيع، والصرف، والسلم، والصلح، والاجارة، والقراض، والمساقاة، والهبة، والوصية له، والجناية التي توجب المال: كالخطأ، وعمد الخطأ، وعمد يوجب المال، كما لو قتل ولده، أو عبد غيره، أو أجافه، أو قطع يده من وسط الساعد، [كل هذا يثبت باليمين مع الشاهد]، فأما ما لا يكون مالا ولا المقصود منه المال فإنه لا يثبت بالشاهد واليمين: كالنكاح. والخلع، والطلاق، والرجعة، والقذف، والقصاص، والقتل الموجب للقود والنسب، والعق، والولاء، والتدبير، والكتابة، والتوكيل والوصية اليه، والوديعة عنده كل هذا لا يثبت بالشاهد واليمين، وكذا الرضاع والولادة والاستهلال والعيوب تحت الثياب.

وقال سلالر: و تقبل شهادة رجل واحد في هلال رمضان و في الديون مع يمين المدعى .

وقال المفيد: ويجب الحكم بشهادة الواحد مع يمين المدعى في الاموال بذلك قضى رسول الله ﷺ.

وقال ابن الجنيد: و قد روى أن النبي ﷺ قضى بشاهد واحد و يمين المدعى وألزم لحق المدعى عليه، وذلك في الاموال وما جرى مجراها دون الحدود

و قال ابو الصلاح : و يقوم شهادة الواحد و يمين المدعى فى الديون
خاصة مقام الشهادة الكاملة

و قال ابن ادريس : تقبل شهادة الشاهد الواحد مع يمين المدعى فى كل
ما كان مالا أو المقصود منه المال ، [وقال شيخنا فى نهايته . . .] و رجع عن
هذا القول فى « الاستبصار » و مسائل خلافه ، و مبسوطه ، و هو الصحيح الحق
اليقين ، لانه مذهب جميع أصحابنا .

و اعلم انه لامنافاة بين كلام شيخنا فى النهاية و غيرها لان مقصوده من
الدين المال و اذا قبل فى المال قبل فيما كان المقصود منه المال و كان ذريعة
الى تحصيله انتهى .

و كيف كان فقد وقع الخلاف فى امور كثيرة من حيث عدم كونها
مالا * و منها قوله * فى النكاح * بالشاهد واليمين * تردد * و خلاف .
و فى الجواهر فعن المشهور عدم ثبوته بالشاهد واليمين مطلقا لأن المقصود
منه بالذات التناسل والمهر، والنفقة من التوابع ، وفى القواعد « الأقرب الثبوت
ان كان المدعى الزوجة ، و وافقه عليه فى المسالك ، ولعله لأنها ثبتت مهراً
و نفقة بخلاف الزوج ، و عن بعضهم تقييده بما اذا كان دعواها بعد الدخول او
التسمية ، لأنها يثبتان المال ، وضعفه فى المسالك بأن النفقة لا تتوقف على الأمرين
ومفوضة المهر تدعى مهراً فى الجملة مطلقاً . ولا يخفى عليك ما فيه انتهى .

وقد اختار العلامة فى القواعد الثبوت فقال قدس الله تعالى روحه اما فى
النكاح فاشكال اقربه الثبوت ان كان المدعى الزوجة وفى مفتاح الكرامة بعده
قال ما لفظه المشهور بين الاصحاب كما فى (الايضاح) و(غاية المرام) وغيرهما
عدم ثبوته بالشاهد و اليمين كما فى (ط) و(ف) و(يه) و(المراسم) و(الكافى) و
(السرائر) و(تعليق الارشاد) و(الايضاح) وغيرها لان المقصود بالذات منه الاحصان
والتناسل واقامة السنة و كف النفس عن الحرام والمهر والنفقة تابعان وتوقف فى

(الشرايع) و (الدروس) وغيرها لما ذكر من انه يستلزم المهر والنفقة ويستلزم الارث اذا كان المدعى الرجل فتأمل وما قرب به المصنف هنا تبعه عليه الشهيد في (غاية المراد) قال لان دعوى المرأة النكاح تستلزم مالاً وهو مناط الشاهد واليمين اما الزوج فلأمال يدعيه بدعواه الزوجية والتوارث بعيد جداً ويقرب اذا كان التداعي بعد موت المرأة ومثله قال الشهيد الثاني .

(قلت) المقصود من النكاح غالباً من الطرفين ليس هو المال ثم ان ادعاء الزوج الزوجية بعد موتها ليس من دعوى النكاح فلم يريدوا بها ما يعمه و اما ثبوته بهما مطلقاً فلم اجد احداً قال صريحاً به الا ان الشهيدين جعلاه احتمالاً كالمصنف والمحقق وربما ظهر من (المسالك) اختياره فتأمل وقيد في (الايضاح) و (كنز الفوائد) قول المصنف هنا بما اذا كان دعواها بعد الدخول او التسمية لانهما يشبتان وضعفه في (غاية المراد) و (المسالك) بان النفقة لا تتوقف على الامرين ومفوضة المهر تدعى مهراً في الجملة ومفوضة البضع تدعى نفقة اذا بذلت التمكين انتهى قد عرفت ان اكثر الاخبار نص في حقوق الناس وعليه لا اختصاص بالمال او يرجع اليه ولو سلم الاختصاص فالنكاح متضمن للمال سواء كانت الدعوى من الزوجة بان تقول هذا زوجي ولها شاهد مع يمينها في مقام انكر الزوج الزوجية لاجل الفرار عن المهر والنفقة او من الزوج بان يقول هذه زوجتي في مقام انكار المرأة والفرار عن الارث ونصف اموالها اليه فكيف لا يكون متضمناً للمال من الزوج او الزوجة وهذه يتصور من كل منهما اذا كانا في مقام الفرار عن الاخر لاجل اثبات المال او دفعه بل ربما يتصور من احدهما الشك في ذلك وكان المدعى على يقين من ذلك ولكن لا طريق له عند الحاكم فيمكن بشهادة واحد مع يمينه طريق الى الوصول الى المقصود بخلاف ما اذا لم يسمع ذلك .

وكيف كان فيصح ارجاع الجميع الى حقوق الناس لا خصوص المال في الجميع فضلاً عن خصوص الدين لتصريح كثير من الروايات بالحقوق من الناس

وحمل المطلق على المقيد فيما يعلم المراد هو المقيد لا فيما لم يحرز ذلك ويحتمل كون المطلوب هو المطلق وزيادة مطلوبة المقيد والمقام مما لا يحرز مطلوبة خصوص المقيد وليس المقام من قبيل اعتق رقبة ولا تعتق رقبة كافرة لعدم احراز وحدة الملاك بداهة ان الكافر غير مطلوب للمولى ولا يمكن حينئذ احراز مطلوبة المولى بعق مطلق الرقبة لقوة الظن بامكان مطلوبة الايمان لا الكفر ولا غير الامامى بخلاف المقام فانه بعد التصريح بمطلق حقوق الناس كان ما يكون راجعا الى المال او الدين اولى من مطلق الحقوق الغير الراجعة الى المال لابان الحقوق غير مطلوب ضرورة ان حمل الروايات على خصوص المال او الدين موجب لالقاء اخبار الحقوق .

وتوهم انه جمع بين الاخبار كما ترى بل تبعض بينها والقاء للبعض وعمل بالمعنى وهو غير صحيح جدا فاللازم على المتأمل فى الروايات هو العمل بالجميع مهما امكن فالحمل على المقيد ليس جمعا بين الخبرين بخلاف حمل المقيد على الاستحباب فانه عمل بالاستحباب او جعل الجميع من افراد المطلق من غير خصوصية فاذا اعتبر قول المدعى بشىء مع شاهد ويمينه كان معتبرا فى كل ما ادعاه مما لا يخرج عن الحقوق ويثبت مفاده بالشهادة واليمين كان خصوص المال او راجعا الى المال او كان غير المال اذ المناط بحجية قول الشاهد مع يمين المدعى وليس النظر الى ان مدلول الشهادة ما هو فكما يثبت به الدين فيثبت غير الدين . فلو ادعى بزوجة امرأة وشهد عادل به وحلف المدعى عليه فما الفرق بين اثبات الزوجية وبين اثبات المال سواء كانت المرثة غير عالمية بذلك او عالمية وتريد الفرار عن قيد الزوجية بذلك لعدم امكان الطلاق لها وعدم كونها مقيدة بالشرع وكم من نساء تقعن تحت الرجال الاجنبيين فى قضية بلوى مسكة مع كونها من ذوات الأزواج ولا يفرق الرجال الغاصبون الفاسقون فى ذلك بل وكثير من النسوة اللاتى وقعن فى ايديهم ثم بمرور الايام صرن راضيات بذلك وعاملن معهم معاملة

ازواجهن مع كونهن ذوات الازواج والاولاد بل ذوات الاحمال وليس ذلك الامن
عدم الاعتناء بالشرع والدين ولا يفرق الرجال والنساء بين ازواجهم وازواجهن
بل يرضون ويرضين بما كان احسن من ازواجهم وزوجاتهم .

ومن العجيب اني في حال التدوين بهذا المطلب قدسئلتني سائل من احبائي
مسألة وهو رجل ذهب الى معركة القتال المسمى في هذا اليوم بالجبهة وصبرت
زوجته الى سنة ثم زوجت باخ زوجها وولدت طفلا من اخ زوجها ثم جاء زوجها
فمع بطلان تزوجها وصيررة اخ الزوج عليها حراما موبداً قالت لاحب اخيه اي
زوجها الاصلى واحب كون الثاني زوجتي مع وجوب الرجوع الى زوجها الاصلى
وح لو بنت مثل هذه المرثة على عدم البقاء على زوجها بل انكرت الاول وخالفت
في ذلك ولم يعلم الحال الحاكم ثم يشهد الزوج بشاهد عادل مع يمين الزوج
على كون هذه المرثة هي زوجته فهل لا يقبل ذلك الحاكم ولم يردها الى زوجها
بزعم ان الاخبار لاتعم مثل ذلك عهدته على مدعيه مع ان صحيحة محمد بن مسلم
المتقدمة صرحت بحقوق الناس .

فان قلت بعض ما صرح بالمال صرح بان لاتعدوا عنه اي لاتجاوزوا
عن المال .

قلت هذا معارض مع ما دل على مطلق الحقوق كما مر ومما يؤيد عدم صحة
حمل المطلقات على المقيدات هو كون الاخبار الواردة في مقام سؤالات السائلين
ظاهرة في كون ورودها مورد الحاجة للسائل فليست في مقام الاهمال والاجمال
حتى لا يصح الاخذ باطلاقها .

فاذا كانت في مقام الحاجة لو كان لها قيد لازم على الامام بيان القيد
متصلا ببيان المطلق فكيف يصح للامام نقل مطلق يكون مقيدا ومشروطا بقيد
وشرط واعتمد على بيان قيده وشرطه ببيان امام بعده بعد سنين كثيرة ولازمه
عدم عمل السائلين السابقين العاملين بالمطلق هو العمل بما هو مطلوب في الشرع

لانه على الفرض لم يعمل بالحكم مع قيده فهذا مطلب مستقل لعدم جواز حمل المطلق على المقيد الواردة بعد سنين كثيرة تدبر .

وليس الاخبار كالقرآن الكريم في صحة بيان المجمل والمهمل والاعتماد على بيانه ببيان من ارسله به لان كل من نظر في الكتاب يعلم ان هذه المطلقات ليست واردة لعمل الفعلى بدون البيان بداهة انه لم يصرح في اكثرها الا بالمجمل كقوله لله على الناس حج البيت او اقيموا الصلاة واذا لم يعلم الناس شرائطهما وقيودهما كيف يمكن العمل عليهما بل يسئلون عن الذى ارسل به الكتاب عن شروط الحكم وقيوده وهذا بخلاف ما اذا سئل السائل عن الامام للعمل فعلا فاجاب بمطلق له شرط وذهب السائل وعمل بالمطلق ثم بين قيده الامام الذى بعده للسائلين عنه .

ولو لم يصل الحكم مع قيده الى السائلين الاولين وهذا بخلاف الحمل على الاستحباب على ان النكاح مطلقا ينجر الى المال .

﴿أما الخلع والطلاق والرجعة والعتق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصية اليه وعيوب النساء فلا﴾ يثبت شىء منها بهما وفي الجواهر لخروجهما عن الضابط المزبور ، بل لعله من الواضح فى الطلاق والنسب والوكالة والوصية اليه والعيوب ، بل فى كشف اللثام فى شرح عبارة الفاضل «عدم ثبوت الطلاق بهما» زيادة «وأن استلزم تنصيف المهر أو سقوط النفقة ، والرجعة وان استلزم النفقة ، والعتق وان كان الرقيق مالا والكتابة وأن استدعت مالا ، والتدبير والنسب وان استلزم ارباً أو نفقة ، والوكالة وأن كانت فى مال ويجعل والوصية اليه وان كانت كذلك ، وعيوب النساء وان استتبعت براءة عن المهر أو رداً للثمن وغرامة انتهى .

وفى جميع هذه الامورات كلام من حيث كون اكثرها منجر الى المال اذ اللازم فى المال ليس لرجوعه الى نفس المدعى بل الى كل من له حق قد

ذهب كما في الوصية فانا قال الوصي ان الميت وصى ثلث ماله لفلان او للعلماء وشهد به شاهد وحلف به نفس المدعى فهل لا يوجب ذلك وصول المال الى صاحبيه او يكون قولهم ^{عليه} في الاخبار بمثل ان ذلك في الاموال مقيد بقيد كون الاموال للمدعى كلا فكل هذه المذكورات في المتن او لا لانجر الى المال وثانيا لا يضر عدم الانجرار بعد كون الجميع من حقوق الناس تدبر .

ومن جميع ما ذكرنا ظهر ما في الخلاف قال فيه ما لفظه لا يثبت النكاح الخلع والطلاق والرجعة والقذف والقتل الموجب للقود والوكالة والوصية اليه والوديعة عنده والعتق والنسب والكفالة ونحو ذلك ما لم يكن مالا ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال الا بشهادة رجلين وقلنا لا يقع الطلاق الا بشهادة رجلين ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين وبه قال الشافعي وزاد الشافعي انه لا ينعقد النكاح الا بشهادة رجلين وقلنا لا يقع الطلاق الا بشهادة رجلين ولا مدخل للنساء في هذه الاشياء التي ذكرناها وبه قال مالك والشافعي والاوزاعي والنخعي وقال الثوري وابو حنيفة واصحابه يثبت كل هذا بشاهد وامرأتين الا القصاص فانه لا خلاف فيه [دليلنا] ان ما اعتبرناه مجمع على ثبوت هذه الاحكام به وما ادعوه ليس عليه دليل وقياس ذلك على المدائنة لا يصح لانا لا نقول بالقياس انتهى .

والحق هو الثبوت في الجميع لان الكل من حقوق الناس مضافا الى ان الكل غير خال عن المال لانها لانجر الى المال في الجميع وهو الدليل الموجود من الشرع .

﴿ وكيف كان ف ﴿ في الوقف ﴾ ايضا ﴾ اشكال ﴾ عظيم بل وخلاف فعن الشيخ في الخلاف تارة الجواز واخرى المنع وعنه في المبسوط والمحكي في السرائر والحلبى والفاضل وغيرهم ثبوته مطلقا وقد ذكر غير واحد أن ﴿ منشأ ﴾ وفي الجواهر أى الاشكال والخلاف ﴿ النظر الى من ينتقل اليه ﴾ فهل هو الى الموقوف عليهم ام الى الله تعالى أم الاول مع الانحصار والثاني مع عدمه أو يبقى على ملك

الواقف؟ وقد عزفت تحقيق الحال في ذلك في كتاب الوقف انتهى .
وما افاده في الجواهر في وجه منشأ الاشكال ظاهر في ان الاشكال في قبول
الوقف بالشهادة هو كون القبول في المال والمالي وليس ذلك في الوقف وقد عرفت
مما مر آنفا ان ما دل على قبول الشهادة مطلق حقوق الناس ومن هذه الحيثية يصح
شهادة الواحد مع يمينه في الوقوف وكذا من حيث اثبات الانتفاع للموقوف
عليهم فصح الاستدلال للثبوت بالشاهد واليمين بل لولاها كفى الحقوق الاخر .
قال في الخلاف ما لفظه لا يثبت الوقف بشهادة واحد مع يمين المدعى ، وللشافعي
فيه قولان : بناء على ان الوقف الى من ينتقل فاذا قال : ينتقل الى الله تعالى فلا يثبت
الابشاهدين ، و اذا قال ينتقل الى الموقوف عليه فيثبت بشاهد و يمين ، وقال
ابو العباس يثبت بشاهد و يمين قولاً واحداً - دليلنا - أن ما اعتبرناه مجمع على
ثبوت الوقف به ، وما قالوه ليس عليه دليل ، والاخبار التي رويناها (اوردنا خ ل)
في القضاء بالشاهد مع اليمين مختصة بالاموال ، والوقف ليس بمال للموقوف عليه
بل له الانتفاع به فقط دون رقبته انتهى .

قوله مختصة بالاموال النح صغرى و كبرى ممنوع لعدم الاختصاص الاخبار
بالاموال لعمومها بالنسبة الى حقوق الناس والوقف من الحقوق و كان غير مربوط
بالمال ولقد صححنا عدم الملكية للموقوف عليهم بل لهم حق الانتفاع به .
قال العلامة في القواعد والوقف يقبل فيه لانه عندنا ينتقل الى الموقوف
عليه وفي مفتاح الكرامة بعده قال ما لفظه ظاهره دعوى الاجماع على ان الوقف
ينتقل الى الموقوف عليه وهو خيرة (المبسوط) و(السراير) والاكثر وقد ادعى
عليه الاجماع وظاهر (ابى الصلاح) انه يبقى على ملك الواقف وفي (الخلاف)
انه ينتقل الى الله تعالى لكنه في كتاب الوقف من هذا الكتاب قال ان الاقرب
في الوقف على المعين انه يملكه وان كان على جهة عامة فالاقرب ان الملك
لله تعالى فينبغى ان تنزل عبارة هنا على ما اذا انحصر الموقوف عليه او يبقى على

اطلاقه كما هو ظاهر الاكثر بل ادعى عليه الاجماع جماعة فيقبل فيه حينئذ الشاهد واليمين لانتقال المال الى الموقوف عليه كما في (المبسوط) و(السرائر) و(الشرايع) و(التحرير) و(الدروس) و(المسالك) و(غاية المراد) و(مجمع الفوائد) للمحقق و(المجمع) للاردبيلي في كتاب الشهادات و (المختلف) في موضعين كما يأتي والمخالف انما هو الشيخ في (الخلاف) وقد علمت انه وافق في (المبسوط) و(التحرير) بل قال انه الذي يقتضيه مذهبنا ووافقه على ذلك (بياض في الاصل).

و(الحجة) عليه وجود فائدة الملك فيه وهي العلة الغائية فيوجد المعلول والمنع من نقله عن ملكه لا ينافي الملك كام الولد وقد يجوز بيعه على وجه فلم ينتف لازم الملك رأساً مع تسليم كونه لازماً وفي (المختلف) انه قد يجوز بيعه عند علمائنا في بعض الاحوال وهذا فيه اشارة الى ان بيع الوقف في الجملة مجمع عليه وهو خلاف ما قاله الاستاد الشريف من انه لم تثبت في ذلك شهرة وقال في (مجمع الفوائد) جميع خصوصيات الملك موجودة بالنسبة سوى نقله الى مالك آخر يريد انه يضمن باليد والقيمة ونحو ذلك واما لم ينحصر فلا يقبل فيه عند المصنف انتهى .

(والحاصل) انا ان قلنا بالانتقال مطلقا او البقاء على ملك الواقف قبل فيه ذلك مطلقا ان امكن الحلف وكذا ان قلنا بانفكاك الملكية عنه مطلقا بان ينتقل الى الله تعالى يقبل فيه ايضاً .

(فان قلت) كيف يحلف اذا قلنا ببقائه على حكم مال الواقف لانه حينئذ حلف على مال الغير وهو ممنوع اجماعاً .

(قلت) منفعتة عابدة اليه وهي مال رسيحيء عن قريب ماله دخل في المقام وكذا يحلف عليه وان قلنا انه ينتقل الى الله تعالى كما تقدم لمانا كرنا وقد صرح بذلك في (المختلف) في الوقف والشهادات قال في (المختلف) ويحتمل عندي ثبوته بشاهد ويمين وان لم ينتقل اليه لانه يحلف لتحصيل غلته ومنفعتة فكان

المقصود المال واعترضه في (المسالك) بان المنفعة تابعة لثبوت اصل الوقف الذي يتعذر اثباته بذلك وانت تعلم ان المصنف يريد اثبات اصل الوقف لكون منفعته مالا فالاعتراض عليه لا وجه له اصلا قطعاً .

(فقد تحصل انه يقبل فيه مطلقا الا اذا كان الموقوف عليهم غير محصورين لكونه حينئذ لا يمكن الحلف وعليه الاكثر-خ) انتهى ولا يخفى انا في سعة من كيفية انتقال الوقف من رجوعه الى الله او الموقوف عليهم ونحوهما حيث ان ظاهر روايات القبول باليمين والشهادة هو مطلق حقوق الناس فعليه لا اشكال في الثبوت واما تحقيق كيفية الانتقال ففي محله انشاء الله .

والحاصل ان الظاهر من جميع هذه الكلمات خروج الوقف عن الملكية الا في بعض افرادها النادرة كالوقف على خصوص زيد مثلا وتمام الكلام من جميع الجهات هو كتاب الوقف انشاء الله .

وكيف كان اظن ان ما يقال في المقام من عدم خروج الملك عن ملك الواقف وامكان عوده او انتقال الملك الى الموقوف عليهم وترتب الجواز على ذلك كلها كلام شعري والوقف بمجرد الوقف قد خرج عن ملك المالك خروجا لا يعود ابداً ولا يدخل في ملك الموقوف عليهم اصلا بل لهم حق الانتفاع فقط فجميع الفروعات المترتبة عليه من صاحبي المسالك والجواهر بل من المصنف في الجملة في غير محله .

وبالجملة الغرض الاصل في المقام ان الملك بمجرد وقوع صيغة العقد عليه قد خرج عن كونه ملكا فالعبارات الظاهرة في المال و عدمه وصحة الشهادة بالوقف وعدمه والقول بان الموقوف عليهم مالكا فالجميع كما ترى ضرورة انه اذا سئل عن ارباب هذا القول بان الموقوف عليهم يصح لهم البيع في حال سلامة الوقف ولا يظن ان يجاب احد بالصحة فهو دليل على انهم مالكون للانتفاع فتعليق منع القبول بانه مال اوليس بمال وترتب القبول على الاول دون الثاني غير تام في

المقام فانه وان كان الحق عدم المال لكنه حيث كان الوقف من اهم حقوق .
الناس صح وان لم يكن مالا فالمسألة من هذه الجهة غير مشكلة وان اختلفوا في
كون الوقف مقيدا للملك وعدمه .

قال العلامة في المختلف ما لفظه : قال الشيخ في «الخلافة» : لا يثبت الوقف
بشهادة واحد مع يمين المدعى ، لان الوقف ليس بمال للموقوف عليه ، بل له
الانتفاع به فقط دون رقبته .

وقال في «المبسوط» فأما الوقف ، فقال قوم : يثبت بالشاهد واليمين ، وقال
آخرون : لا يثبت ، بناءً على من ينتقل الوقف اليه ، فمن قال : ينتقل الى الله
تعالى ، قال : لا يثبت الا بشاهدين كالعق ، ومن قال : ينتقل الى الموقوف عليه
قال : هذا يثبت بشاهدين وشاهد وامرأتين ، وشاهد ويمين المدعى ، وهو الذي
يقتضيه مذهبنا وقد رجع هنا القبول .

وقال ابن براج الوقف يصح بشاهد ويمين ، لانه عندنا ينتقل الى الموقوف
عليه . وبه قال ابن ادريس وهو المعتمد . لنا : انه مال لا بدله من مالك ، واختصاص
الموقوف عليه بالانتفاع به دون غيره دليل على انه المالك وكذا جميع احكام
الملك والامتناع من نقله لا يخرج عن الملكية كام الولد انتهى .

ولا يخفى ما في قوله واختصاص الموقوف عليه الخ بداهة ان الانتفاع غير
دليل على الملكية كالانتفاع عن المسجد والمدرسة ومع ذلك لا يجوز لهم البيع
او تبديل انفسهم بغير من وقف له فاذا وقف على العلماء لا يجوز لغير العالم
الاستفادة عنه لانه ليس من اهل الوقف ولذا لا يجوز التوضاً عن المدارس التي
علم باختصاص الوقف على الطلاب ولو باجازة من وقف عليه الا اذا صدق عليه
ضيف لمن وقف عليه مادام يصدق عليه الضيف .

وكيف كان فقد ذهب المصنف وكثير الى القبول فقال ﴿والاشبه القبول ،
لانتقاله الى الموقوف عليهم﴾ وفي الجواهر لكن قد يشكل في مثل العام بعدم

صحة اليمين من أحد الموقوف عليهم و ان قلنا بالانتقال فيه الى الموقوف عليهم ، ضرورة كونهم حينئذ كمستحقى الزكاة والخمس والوصية على الوجه العام ، كما انه قد يشكل اصل المنشأ المزبور بإمكان القول بالاكْتفاء بملك المنفعة الذى لا اشكال فى كونها ملكا للموقوف عليهم و ان لم نقل بكونه ملكاً لهم ، وفى القواعد فى كتاب الشهادات « الاقرب جريانها فى حقوق الاموال كالاجل والخيار والشفعة وفسخ العقد وقبض نجوم الكتابة وفى النجم الاخر اشكال الى غير ذلك من كلماتهم المبتنية على اندراج مثل هذه الافراد فى الضابط المزبور وعدمه وفى الرياض «لا بد من تحقيق معنى تعلق الدعوى بالمال الموجب لقبول القضاء بهما هل هو التعلق المقصود بالذات من الدعوى او مطلق التعلق ولو بالاستتباع والذى يقتضيه النظر فى كلماتهم ان المراد به هو الاول ، ولذا لم يثبتوا بهما النسب والرجعة بلا خلاف اجده ، بل عليه الوفاق فى المسالك مع انها يستبعان المال من النفقة ونحوها بلا شبهة ، وحينئذ فالاقوى فى النكاح عدم الثبوت مطلقاً وفى الخلع على التفصيل ولى فى الثالث توقف ، ولكن الاصل يقتضى العدم مع كونه اشهر .

ولا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة عدم ثبوت كون العنوان للحكم التعلق بالمال فى شىء من النصوص المرورية من طرفنا كى يرجع فى المراد منه الى العرف ، وكلامهم غير منقح ، بل فيه من التشويش ما لا يخفى ، بل لم يعلم كون المراد بالتعلق المزبور ذاتاً او حال الدعوى كما اذا ادعى انه ابن الرجل المزبور ايجوز ارثه ، نحو دعوى الرجل ان المرأة زوجته بعد موتها ليحصل الارث الذى جعلوه خارجاً عن مسألة النكاح بل قد سمعت ما فى الروضة فى الخلع من ثبوت المال بهما دون السبب نحو السرقة ، مع ان ذلك جار فى جميع الاسباب التى لا اشكال عندهم فى ثبوتها بهما ، كما هو ظاهر ضابطهم المزبور .

ومن الغريب اتفاقهم على خروج الوكالة عن المال وان كانت بجعل ، وكذا

الوصية ، واختلافهم في العتق .
وبالجملة كل من أعطى النظر حقه في كلماتهم وخلع ربة التقليد يعلم أنها في غاية التشويش ، والسبب فيه هو الضابط المزبور الذي لم نجده في شيء من النصوص ، وإنما الموجود فيها عنواناً للحكم « حقوق الناس » بعد عدم تقييدها بنصوص الدين ، ولولم تجوز فيه بارادة ذلك منه ، خصوصاً بقرينة المقابلة بذكر ما لا يثبت به من الهلال وحقوق الله تعالى مؤيداً ذلك بما سمعته فيها من ذكر يمين المدعى ويمين صاحب الحق ، بل ربما تقدم سابقاً من الخبر المشتمل على أن استخراج الحقوق بأربعة ، وعد منها الشاهد واليمين الظاهر في كونه مثلها في ذلك .

بل قد عرفت سابقاً أنه بالتأمل في نصوص المقام يستفاد منها ان اليمين الذي مع الشاهد هو يمين المنكر الذي لو شاء ردها على المدعى ، وحينئذ يكون الميزان ما يثبت بها ، ولكن حيث ان جملة من أوباش الناس لا تحمّل عقولهم هذا الخلاف كان المتجه القول بأن عنوان الحكم هو ما ذكرنا ، ولكن كل ما ثبت اجماع محقق على عدم ثبوته بالشاهد واليمين وان كان هو حقاً للناس قلنا به والافلا وحينئذ كل افراد الخلاف داخله فيما ذكرناه من الضابط وان خرجت عما ذكره من الضابط ، انتهى .

وقد نقلتها بطولها حتى تعلم في اخيرها الميل الى ما ذكرنا من تقوية مطلق الحقوق وسيأتي في مسألة القتل خطأً هو الميل ايضا في قبول شهادة الواحد مع يمينه في القتل العمدى ايضا لانه راجع الى حقوق الناس وهو الحق فانتظره فالاقوى صحة الشهادة في حقوق الناس ولولم يكن مالياً ولا ثبت دعوى الجماعة *
مالا بينهم مثلاً * مع الشاهد الامع حلف كل واحد منهم * .

وفي الجواهر لانها تنحل الى دعاوى متعددة وان كانت هي واحدة بالظاهر على انك ستعرف الاجماع ظاهر أعلى عدم ثبوت اليمين على ظاهر مال آخر فلوا اجتزى

هنا يمين أحدهم كما استظهره المقدس البغدادي ان لم يكن اجماعاً ثبت به حينئذ مال الغير ، فلا وجه لاحتماله كما لا وجه لاحتمال توقف ثبوت الدعوى على الحلف من الجميع بحيث لو حلف أحدهم لم يثبت ما يخصه ايضاً ، ضرورة مخالفته لاطلاق الادلة اجمع ، فتعين حينئذ ماسمعه او لا من الاصحاب بلا خلاف نجده فيه بينهم ، بل ولا اشكال بعد ما عرفت انتهى .

وما افاده قده في محله وفساد الوجهين واضح خصوصاً احتمال الثاني بحيث لا يؤثر حلف واحد في سهم نفسه فلا بد وان يحلف كل واحد في اثبات الحكم وبالجملة الحكم القطعي هو شهادة واحد مع يمينه وحينئذ ان كان المدعى واحداً فواضح وان كان متعدداً فيتعدد اليمين بتعدد الحالفين ولا يكفي مجرد توافقهم على حلف واحد معتمداً لدينهم لعدم صدق الحلف من غير الحالف .

﴿ولو امتنع البعض﴾ من الحلف ﴿ثبت نصيب من حلف﴾ لاندرابه في جميع الادلة السابقة ﴿دون الممتنع﴾ وكذا لو قال بعضهم لا يكون الشاهد عادلاً عندي او قال لا اعرفه فالثبوت فيما وقع الحلف والقبول للكل والا لمن يثبت كذلك وبالجملة لا بد للحالف والشاهد هو العلم بحال الشاهد وبحال ما يحلف عليه ولا يصح الحلف على ما لا يعرف وقد اشار اليه بقوله :

﴿ولا﴾ يجوز أن يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً ﴿وفي الجواهر وان كان هو مقتضى الاصول العقلية ، وقد تقدم جملة من الكلام فيه ، لما سمعته من النصوص المصرحة بذلك ، الا ان من المقطوع به جواز الحلف على ما تقتضيه اليد من الملك ، كما سمعت التصريح به في الخبر السابق ، وانما المراد هنا عدم جواز حلف الوارث مثلاً بما يجده مكتوباً بخط والده او بما يشهد له به شاهد ، خلافاً لبعض العامة ، انتهى .

وبالجملة لا بد للحالف ان يعلم بكيفية حلفه وانه عالم بها والا وانها واقع على مال نفسه لامال الغير ويؤيده بل يدل عليه صحة حلف الديان على اموالهم

عن الميت بناء على عدم انتقال المال الى الورثة كما هو الحق فان الحلف حينئذ على اموالهم والايلزم الحلف على مال الورثة .

وبالجمله القائلين بعدم انتقال المال الى الورثة لابدلهم اما من الالتزام بعدم صحة حلف الديان على اموالهم عن الميت مع ان الحجة لهم اما البيئنة مع اليمين حيث كانت الدعوى مع الميت واما شاهد واحد مع اليمين فاليمين لازم عليهم على كل حال والحلف على الانتقال واقع على مال الغير اى مال الورثة واما من الالتزام بعدم صحة المطالبة لحقوقهم عن الميت و كلاهما باطلان فلا بد لهم اما من الانتقال واما بجواز الحلف على مال الغير .

فلو انتقل المال الى الورثة كان يمينهم على اثبات مال الغير و هو غير صحيح وان كان حقهم يتعلق بالمال فصحة اليمين انما يكون ويصح في اموال انفسهم لا للمال الغير الا في مورد الحلف على القتل فيكون الحلف على مال الغير على الانتقال الى الورثة ولذا قال المصنف ﴿ولا يثبت مالا لغيره﴾ في الجواهر بعده ما لفظه : وان تعلق له به حق بلا خلاف ، بل قد يظهر من المسالك وغيرها الاجماع عليه ولا اشكال للاصل السالم عن معارضة ما دل على الثبوت بها بعد ظهوره في المدعى لنفسه انتهى .

وحاصله انه باليمين لا يثبت ما لغيره بل انما يثبت ويؤثر الحلف في اثبات ماله الذي عند الغير فالمدعى اذا ادعى لمال نفسه يكون حجة لاما اذا ادعى مالا لغيره وعلى هذا الامر ﴿فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد﴾ ويمين له لا يصح ولا يسمع لان حلفه لا يثبت مال مدين الميت للميت ﴿فان حلف الوارث ثبت﴾ عند من ذهب الى كون الورثة مالكا ولو في الدين المستوعب كما في الجواهر حيث قال بعد قول المصنف ما لفظه لأنه المالك للتركة عندنا وان كان الدين مستوعباً وان تعلق به حق الديان .

نعم قد يستشكل فيما لو كان الدين مستوعباً مثلاً وقلنا ببقاء التركة على

حكم مال الميت ، فان يمين الوارث حينئذ لا يثبت مال الغير ، الا ان ظاهرهم الاتفاق على جواز حلفه على كل حال ، لان له تعلقاً به على وجه يكون له ببراء الديان مثلاً انتهى .

قوله لانه المالك للتركة ولا يخفى ان كونه مالكا للتركة غير ملازم لكون اليمين عليه مطلقاً فان له الاختيار ان كان هو المدعى عليه في الدعوى والفرض ان المدعى عليه من ادعى الغريم منه الدين فكون الوارث مالكا لا يوجب كون الحلف عليه مطلقاً فضلاً عما اذا لم يكن مالكا كما عن المشهور من عدم انتقال المال اليه لكن وبالجملة ظاهر المتوقفين في حلف الوارث هو عدم كونه مالكا من حيث عدم انتقال المال اليه بحيث لو قطعوا بالانتقال لما توقفوا في جواز حلف الوارث وقد عرفت انه مع فرض الانتقال ايضاً ليس لهم الحلف وقد يقال بالانتقال من حيث كونه مستلزماً للمحذورات .

وقد اشار اليه المحقق الخونساري في جامعه في هذا المقام بالفظه وما يقال من ان ما يقابل الدين اما ان يكون باقياً على ملكه او يكون منتقلاً الى الوارث او يكون بلا مالك ، والاول غير معقول لان البدن بلا روح غير قابل لكونه مالكا والروح مادام له التعلق بالبدن يعتبر له الملكية ، ولا يمكن بقاء الملك بلا مالك فيتعين كون المال منتقلاً الى الوارث مع تعلق حق الديان اليه واما انتقاله الى الديان فهو مجمع على خلافه ، فيه نظر فان الملكية من الامور الاعتبارية ولذا تعتبر للجهة ايضاً كما لو وقف ارض للمسجد ، فمنافع الارض الموقوفة ملك للجهة المسجد يصرف لمؤذنه وسراجه وسائر ما يلزم للمسجد ، فلا مانع من اعتبار الملكية للميت لا للجسد الخالي عن الروح بل للذي يشغل نمته بالدين ويصرف له الخيرات .

والشاهد على هذا انه لو اوصى بالثلث لنفسه بان يصرف نفس الثلث او منافعه في الخيرات فقبل نقل الثلث او منافعه لا يتعلق المال بالجهة الميت ، بل لوجوب

عليه بعد الموت يستحق الدية وتصرف في مصرفها انتهى .

قوله واما الانتقال الى الديان النح ففيه ان الاجماع كما ترى بل على خلاف العقل من حيث ان التركة كلها للديان فلا وجه للانتقال واما كون الملك بلا مالك فقد عرفت عدم صحته وهذا توضيح لما يقال ثم شرع في رده بقوله فيه نظر وحاصله صحة بقاء الملك على ملك الميت لا للجسد الخالي من الروح بل للذي يشتغل ذمة الميت له بالدين ولا يخفى ان هذا يرجع الى كون المال لمن يشتغل ذمة الميت به وليس الانغيصراً للعبارة بداهة ان الملك امر وجودى ولا يصح ان يتعلق بالجهة فان الروح اذا خرج عن الجسد صار الانسان معدوما فالملكية امر وجودى لا الاعتبارى كى يتعلق بالامر الاعتبارى كالجهة ولا يعقل كون الجهة مالكا ومالكية المسجد ونحوه من حيث جعل الواقف في زمان حياته ملكا له فهو العلة لبقاء الملك او منفعه للمسجد فالملكية ناشئة من العلة الحى ويبقى الى الابد فالمسجد لا يكون مالكا فالمنافع للمسجد من طريق جعلها وهو علة ومعلول وهو الملكية باقية الى الابد فى سبيل الله فانه معنى صدقة باقية او صدقة لاتباع .

والحاصل الموقوفات فى الوقف الخاص وان افادت الملك لكن فى الوقف العام تكون الملك لما لكه الاصلى وليست للجهة حيث جعلها المالك صدقة جارية لنفسه وكما صح ذلك فى المال الموجود فكذلك فى المنافع الحاصلة تدريجا لنفس الواقف كان مصرفها العلماء او الفقراء او المساجد والعتبات المشرفة فاذا جعل الواقف وقفا للمسجد لم يكن المسجد مالكا للمال بل المالك من جعل امواله للصرف فى المساجد ونحوه قبل الوقف ، بعده هو الله بحيث يصرف جميع منافع امواله للمسجد او المشاهد المشرفة لله واطلاق كون المنافع للمسجد او للرضا عليه السلام وانها ملك لهما مجاز كما ان نسبتته الى الواقف ايضا مجاز وانه بعد الوقف صارت المنافع كلها لله ويصرف له تعالى وفى سبيله وهنا بنحو الاجمال .

فقوله **عليه السلام** الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها معناه ان نفس العين او المنفعة يجعلهما الواقف بنحو الابد للملك فالملك بعد الوقف هو الله و امضى المنافع للمسجد ونحوه على حسب ما وقف الواقف فالجهة ليست قابلة للملكية بل الواقف او الوصى جعل الملك او منافعه لشيء معين كالمسجد والمشاهد المشرفة فيقال مجازا هذا ملك للحسين **عليه السلام** مثلا او المسجد ومعناه الحقيقي هو جعل الواقف هذه المنافع مؤبدا للحسين او المسجد او المدرسة والشارع امضاه على نحو ما وقف وقصد فصار المنافع كلها لواعينه باقية مادام حيا او ميتا وسيأتي الجميع انشاء الله في كتاب الوقوف والصدقات .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿ان امتنع﴾ الوارث ﴿لم يحلف الغريم﴾ على انه ملك الميت وفي الجواهر ولا يجبر الوارث على الحلف ، للأصل وغيره ولكن للغريم احلاف المدعى عليه ، لأن له تعلقاً بذلك ، فان أحلفه برأ من الغريم ولم يبرأ من الوارث ، فان حلف الوارث كان للغريم أخذه من حيث ثبوت كونه تركه ، بل يقوى جواز مطالبته به قبل قبض الوارث له ، وان استشكل فيه الفاضل من احلافه ، لكن فيه أن سقوط استحقاقه عليه من جهة لا ينافي الاستحقاق من جهة أخرى ، كما أسلفنا الكلام فيه انتهى .

قوله ولا يجبر الوارث على الحلف والظاهر ليس للوارث الحلف فضلا عن اجباره لخروجه عن طرفي الدعوى فلا يكون داخلا لافى المدعى ولا فى المدعى عليه فالمعتمد قوله ولكن للغريم احلاف المدعى عليه وذلك لان غريم الميت ادعى عنه فوظيفة المدعى عليه اما رد الدين واما الحلف على العدم فان احلف برأ من الغريم وقوله ولم يبرأ من الوارث ان اريد به فى الواقع فهو كذلك ان كذب فى احلافه وان اريد فى الظاهر بحسب الدعوى فلا يربط له بالوارث اصلا لامكان عدم دين للميت عليه فلاحق للوارث عليه ولا يصح حلفه فالمسألة فى غاية الاشكال ولنا فى كلا المسألتين كلام اما كون مفاد الحلف لا يثبت مال نفس المدعى

فهو على خلاف مكاتبة الصغار الدالة على قبول قول الوصى لو ادعى ان الموصى وصى ماله للفقراء وخمسه للسادات مع ان الدعوى على الميت فعليه البينة واليمين ويمينه لاثبات مال المورث للفقراء او السادات وتخصيص كون الحلف لاثبات مال نفسه بهذا المورد لوجه له لعدم دليل صالح على التخصيص وليس دليل نص فى اثبات مال نفسه كى يكون المكاتبة مخصصا له بل نفس المكاتبة دليل على ثبوت الحلف لمال غيره بنحو العموم فاطلاقات الامر بالحلف والروايات الدالة عليه هو الاعم من كونها على مال نفس الحالف او الاعم .

فان قلت مضافا الى الاجماع والاتفاق ان الدليل على التقييد قد يكون هو العقل فان الحلف شرع لاثبات مال الناس ووصول حقهم اليهم ولم يشرع لاثبات كل مال لاي شخص كان . قلت ليس ذلك دليلا عقلا فضلا عن الشرع بل شرع الحلف لتمامية دعوى الناس عند الحاكم مع تشديدها باليمين التى صعبت اجرائها ولو كانت لاثبات مال الغير لاحتمال عدم جرئة لاحد كذباً فلا بد من اليمين بالله حتى لا يقدم احد على كذبه فيقع الدعوى على مقصود الحاكم وان كانت الدعوى على مال الغير فالوصية من احدى فردها وقد صحح الامام عليه السلام حلف الوصى فى الوصية وكون ثلث الاموال للفقراء والخمس للسادات بل لعلة قوى فالحلف لاثبات مال المورث للفقراء والسادات .

و كيف كان فمفاد المتن خلاف صحيحة الصغار الى ابى محمد الحسن بن على عليه السلام «هل تقبل شهادة الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل فوقع عليه السلام اذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى اليمين» وغيرها مما مر فى ج ٤٩ وهذا مضافا الى صدق اليمين على المنكر عرفا ولو كان مفادها لاثبات مال الغير هذا . وقد تردد فى مفتاح الكرامة فى الاختصاص فقال بعد قول العلامة [قدس الله تعالى روحه ولا يحلف ليثبت مالا لغيره] ما هو لفظه ذكر ذلك الاصحاب قاطعين به ولم اجد فيه نصاً وليس فى العقل ما يمنع منه والالما وقع مثله فى القرآن

الكريم فى قضية بدى وبديل كما سلف ولعلمهم شكوا فى شمول اخبار الحلف لاثبات مال الغير وفيه نظر ولللكلام مجال لولا الاجماع ان كان والشهيد رحمه الله تعالى احتمل فيما ادعى غريم الميت مالا للميت على غيره تحليف الغريم اذا امتنع الوارث من الحلف كما يأتى وقد قالوا فى القسامة ان الاقارب يحلفون فى الخطاء لاثبات مال الولى المدعى انتهى .

و هو الظاهر من شيخنا الانصارى ره على ما فى تقريرات بحث الاشتيائى قال فى هذا المقام ما هو لفظه الا انه قد يشكل فى حلف الوارث مع الشاهد او بعد الرد بملاحظة ماقرر فى محله من انه لايجوز يمين الغير للغير ولاينفع له اصلا وان كان له حق بالنسبة الى ما يحلف عليه وقد مرت الاشارة منا الى ذلك فى طى كلماتنا السابقة اشكالا ودفعاً .

لكن نقول هنا ايضاً انه يمكن دفع هذا الاشكال بوجهين :

احدهما ما اشرنا اليه سابقا من انه ليس لنا دليل يدل بعمومه على عدم جواز حلف الغير للغير بحيث يشمل المقام و مثله من المقامات مما يعود نفع المحلوف عليه الى الحالف و يكون مستحقا له ومختارا فى التصرف فيه فى الجملة انتهى موضع الحاجة .

و بالجملة اطلاق اليمين على من انكر يدفع قيد كونه لادخال مال نفسه فان الظاهر حجبية يمين المنكر مطلقا فاحلاف الغريم لامانع منه وتوهم كونها لعدم مال الغير فى غير محله ولذا فى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [لم يحلف الغريم] قال احتمل الشهيد احلافه لانه اذا ثبت صار اليه كالوارث وهو احد قولى الشافعى انتهى .

ولكن الانصاف ان ذلك مشكل جدا بل القدر المسلم من جواز الحلف على مال الغير هو كون الحالف وصيا او وليا او كيلا وصحيحة الصفار ايضا موده الوصى ويمكن ان يقال ان المخصص لجواز الحلف على مال الغير هو الصحيحة

ونحوها والاقوى عدم الجواز الا فى موارد الثلاثة وفى دعوى المدعى للقتل خطأ كما سيأتى .

واما مسألة حلف الوارث فى دعوى غريم للميت ديننا له على آخر فظاهر الاصحاب ان الوارث هو المالك لانتقال التركة اليه وتوقفهم من حيث القول بعدم الانتقال وبقايا بحكم مال الميت ونحن نقول على فرض الانتقال الى الوارث قطعا وانه هو المالك لا الديان نقول لما ذا يكون الحلف للوارث فى مثل هذه الدعوى فان الغريم يدعى طلبا للميت عن فلان وهو منكروه فالدعوى بين المتخاصمين غريم الميت المدعى للمال ومدعى عليه الذى كان هذا المال عليه فان ثبت دعوى المدعى بالحجة قسمت الدعوى والا كان على المدعى عليه اليمين كغير هذا المقام ولا ربط من حيث الدعوى بالوارث الا من حيث انه اذا ثبت قول المدعى كان دين المدين داخل فى امواله وقبل الدعوى لا يرتبط باموال الميت اصلا كما لو لم يدع المدعى فالوارث قبل الدعوى اجنبى خلافا للاصحاب كما صرح المصنف بقوله فان حلف الوارث ثبت وهو كما ترى ولاحق له للاحلاف اللهم الا ان يكون المراد ان الوارث من قول الغريم يحصل له العلم فادعى هو بنفسه المال فيكون مدعىا وهو كما ترى .

وكيف كان فمحل الكلام دعوى مستقل غير من بوط بالوارث الا فى انه لو ثبت دعوى المدعى كان المال للميت لا للمدعى وان كان هو من الديان ايضا لكنه لا ترجيح له على غيره فاختيار جميع اموال الميت بيد الحاكم يقسم بينهم على سهم الذى اختاره اما على عدم الانتقال فواضح واما على الانتقال فحق الديان قد تعلق على اموال الورثة فلائمة لهم فى القولين الا فى النماء .

وكيف كان فان انكر المدعى عليه الدين فلا كلام فحلف على العدم وان اعترف ودفع الحق فليس يجوز التصرف فيه للغريم وللوارث .

وكيف كان فالحلف على المدعى عليه لا غير والوارث حينئذ ليس له الحلف

وان كان له انتساب بالنسبة الى الدعوى لكنها لاينفع بحاله فلا يكون له لا الاحلاف ولا الحلف .

وبالجمله النزاع لاربط له بالوارث وان شئت ان تعلم ذلك فاجعل الدعوى فى صورة غياب الوارث بحيث لا يطلع اصلا لاعن الدعوى ولا عن المدعى ولا عن المدعى عليه فجاى مدعى عند الحاكم بهذه الدعوى مع شاهد ويمين والمدعى عليه منكر وتفرض عدم صحة يمين المدعى لاثبات مال الغير فهل يصل التوبة الى يمين الوارث اولا والاى كما ترى .

فان قلت الكلام فى عدم جريان يمين المدعى لكونه على مال الغير قلت سلمنا فهل يصل التوبة الى يمين الوارث ايضا ولو بتوقف الدعوى حتى جاى اولا وعلى الاى نسل بان الوارث هل هو مدعى عليه فى الدعوى اولا لاسبيل الى الاى وعلى الثانى كيف منه الحلف فانه على المدعى عليه .
فان قلت انت فرضت الانتقال الى الورثة فعلى هذا الفرض كان الوارث مالكا والامر بيد المالك .

قلت نعم لكن الحلف وظيفه المنكر لما ادعى عليه بداهة ان الوارث الذى هو مالك للدين لامدعى ولا مدعى عليه فان قلت فما حال هذه الدعوى قلت على القول بصحة حلف المدعى فلا كلام وعلى القول بعدم يحلف المدعى عليه بعدم وتمت الدعوى .

فان قلت اليس ان يصر حوا بان للوارث المحاكمة مع غرماء الميت فكيف يكون اجنبيا عن طرفى الدعوى . قلت المحاكمة فيما يدعى الغرماء اموالهم من الوارث وذلك غير محل النزاع اذ ذلك فيما يدعون الاموال من الورثة وما فرضنا فيما يدعى الغريم عن غير الوارث وكم من فرق بينهما مضافا بان ذلك على فرض الانتقال والا فلا لعدم كون الورثة مالكا ولا يمين لهم على ذلك لان يمينهم على مال الغير .

فان قلت انه لامعنى لقياس الغريم بالوارث اصلا فان الوارث بعد الحلف له ان يفك المحلوف عليه بخلاف الغريم فانه ليس له ذلك قطعاً فلا يقاس احدهما على الاخر صرح بذلك محقق الاشتيائى .

قلت الكلام فى انه ليس للوارث فى نزاع الغريم للميت حلف فان قلت لزوم حلف الوارث وتقدم حلفه على غريم الميت مقتضى قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض كما فى تقريرات بحث المحقق الانصارى، قال مالفظه :

ثانيهما ما اشار اليه الاستاد العلامة من قوله واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض الاية فان مقتضى كون الوارث اولى بالميت من غيره جواز حلفه له لانه ربما ينفعه فى استخلاصه من الدين وغيره من الحقوق وبالجملة مقتضى دليل الولاية كون الوارث قائماً مقام الميت فكما انه جاز له الحلف كذلك يجوز للوارث الحلف ايضاً بعد تنزيله منزلة المولى عليه فيخرج به عمادل بعمومه لو فرض له عموم على انه لا ينفع حلف الغير للغير بل ليس خروجاً حقيقة بالبيان الاخير هذا مخلص ما ذكره الاستاد العلامة دام ظله انتهى .

قلت ليس المراد فى اولوية الورثة حتى يتمسك لها بالآية فانه يصح فى مقام الدوران بينه وبين غيره وليس الكلام فى ذلك بل الكلام فى ان الورثة فى فرض دعوى غريم الميت لا يكون لامن المدعى ولامن المدعى عليه فليس لهم الحلف بوجه ولو على انتقال الاموال اليهم فيمكن كون اقرب الناس الى شخص اجنبيا عنه بالنسبة الى شىء آخر .

و الحاصل ليست الورثة فى المقام مما لهم دخل فى الحلف مضافا الى ان صحة حلفهم ايضاً مبني على انتقال المال اليهم والا كان يمينهم على اثبات مال الغير والفرض عدم الالتزام من الاصحاب بذلك وانما كلامهم على فرض انتقال المال اليهم ومنه يظهر بطلان ما فى الجواهر فانه على فرض انتقال المال الى الورثة لم يكن اختيار المال بايديهم لاجل تعلق حق الدين فالمال للديان فضلا

عما اذا لم ينتقل اليهم بداهة انه اذا لم يكن لهم يمين على فرض المالكية لم يكن لهم على فرض عدمها .

قال فى مقام دفع الاشكال بما هو لفظه : أَللهم الا أن يكون مثل هـ-ذا التعلق كافياً . ومنشأ ظهور الأدلة ، بل قد يدعى معلومية قيام الوارث مقام مورثه فى مثل ذلك ، فله الحلف حينئذ على ماله ، ثم يتبعه التعلق بالدين ، وربما يخرج على جواز حلفه كذلك تبعية الوصية ، بل صريح بعضهم أنه بعد الحلف يتعلق بالمال الوصايا والديون ، وهو كذلك فى الوصايا التى تكون كالديون ، وهى السكينة المتعلقة بالتركة تعلق الدين انتهى غير خفى ان قيام الوارث مقام مورثه فيما يصح كونه قائماً لافى مثل المقام كذا قوله بل قد يدعى معلومية قيام الوارث الخ اذ كون قيامه مقام المورث فيما كان اختياره بيده لافى ما كان مورد النزاع و كان خارجا عن اختياره لامكان حلف المدعى عليه على العدم .

ومما ذكرنا يعلم مافى كلمات الاصحاب وفى المسالك بعد قوله ولا يثبت مالا لغيره قال اذا كان على الميت دين وله على الاخر دين وله شاهد واحد فوظيفته الحلف معه على الوارث لانه المالك انتهى .

وفيه اولا كان ذلك على مذهب القائلين بانتقال المال الى الورثة ولا يتم على قول القائلين بكون المال بحكم مال الميت فان الورثة ح لا يكون مالكا ونائبا على فرض صحة ذلك فهل الورثة يعلم بكون مال للميت على ذمة فلان اولا يعلم والاى كما ترى والثانى فلا يطلع عليه الا دائن الميت ولا يخبر بذلك الا هو فهو المدعى لذلك ولا بد للمدعى من المدعى عليه وهو ان كان الورثة فهو كما ترى وان كان غيرها فميزان القضاء يحكم بان الحلف عليه لا الورثة ولو كان هى المالك وحينئذ ان انكره الورثة فلا كلام وان اعترفت فهى خارجة عن طرفى الدعوى فان اقام المدعى شاهده و يمينه اخذ دينه ويجعله عن عرض ماله على الميت باذن الورثة او الحاكم لكن يمينه على مال الغير فلا يصح فلا بد

من غريم الميث من اقامة البينة والا فينكر المدين الثاني فيحلف على عدم الدين وكيف كان فلا يرتبط النزاع بحلف الورثة فلا معنى لقول المصنف و الشارح فان حلف الوارث ثبت سواء قلنا بانتقال المال اليهم ام لا بدها انه على الثاني لامال لهم حتى يكون لهم الحلف وعلى الاول وان كان لهم المال الا انه مجرد صورة بعد تعلق حق الديان به فكأنه في الحقيقة ان المال للديان فلا فرق بين ان نقول بانه ليس لهم التركة وبين ان نقول انتقل اليهم التركة لكن ليس لهم التصرف فيها بوجه حتى ادت ديون الميث فالحلف انما على الذين يكون اختيار المال بايديهم نعم على الانتقال يكون النماآت للورثة وعلى عدمه داخل في اموال الميث فيكون بحكم مال الميث فالغريم للميث ان صح حلفه على مال الغير فلا كلام ان مع شاهده ويمينه يأخذ المال عن المدعى عليه ومع عدمه لكونه على مال الغير يحلف المنكر على العدم وليس للوارث حق اصلا وفي جامع المدارك الخونساري مالفظه واما عدم اثبات مال غيره بالحلف فالظاهر عدم الخلاف فيه ، بل قيل : انه مجمع عليه ، ومع قطع النظر عما ذكر هو مقتضى الاصل فتأمل .

فلو ادعى غريم الميث مالا له مع شاهد لا يثبت المال بشهادة الشاهد ويمين الغريم ، وقيل : يثبت بشهادة الشاهد وحلف الوارث ، وهو المعروف كما سبق وان كان لا يخلو عن الاشكال ان لم يكن اجماع ، للاشكال في انتقال ما يقابل دين الميث الى الوارث فيما لو براء ذمة الميث بالابراء والتأدية من مال آخر انتهى ظاهره عدم جواز حلف الوارث من حيث عدم الانتقال وقد عرفت ان مع فرض الانتقال ايضا ليس لها الحلف لانه ليست من طرفي الدعوى .

فكلامنا مع الاصحاب في ان الورثة في المقام ليسوا من المدعى او المدعى عليه فمن هذه الجهة ليس لهم الحلف وكلام الاصحاب ان عدم الحلف لاجل عدم كونهم مالكا ولذا القائلون بالانتقال قائلون بجواز حلفهم والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فكما لم يحلف الغريم لكون حلفه على مال الغير
 ﴿كذا﴾ لم يحلف ﴿لو ادعى رهنا واقام شاهدا انه﴾ ملك ﴿للاهن لم يحلف﴾
 لان حلفه على مال الغير فقال المدعى هذا العين التي عندك دفعت اليك بعنوان
 الرهن فلا يكون ملكالك فاذا حلف فلا يصح ﴿لان يمينه لاثبات مال الغير﴾
 وهو غير صحيح .

نعم ان ادعى كون هذا الشيء الذى عندك ملك لى ورهن لديك يسمع
 قوله مع شهادة واحد ويمينه فان اليمين حينئذ لمال نفسه نعم لولم يكن اليمين
 مورداً للتهمة ولكن يدفعه اقامة الشاهد العادل فانه معه لا يتوهم التهمة والكذب
 ابدأ نعم لوقلنا بصحة اليمين ولو لاثبات مال الغير ولم يكن مختصة لاثبات مال
 نفسه ثبت الدعوى لكنه غير تام كما عرفت فان اليمين تشريعبها لاثبات مال نفسه
 ﴿ولو ادعى الجماعة مالا لمورثهم وحلفوا﴾ أجمع ﴿مع شاهدهم ثبتت
 الدعوى﴾ بلاخلاف ولاشكال لان الحلف حينئذ لاثبات مال المورث الذى كان
 منتقلا اليهم لكنه فيما لم يكن دين مستغرق فى البين فانه حينئذ لوقلنا بعدم
 انتقال المال الى الورثة بل كان باقيا بحكم مال الميت كان حلفهم لاثبات مال
 الغير للديان لا لانفسهم حيث قد عرفت انه فى الدين المستغرق لم ينتقل الى
 الورثة سواء قلنا ببقائه على حكم مال الميت او الانتقال الى الديان لعدم الفرق
 فى الحقيقة فان معنى بحكم مال الميت انه يدفع المال الى الديان وبعده ان بقى
 للورثة كما فى غير المستغرق نعم فيما لم يكن دين اصلا صح دعوى الجماعة مع
 حلف كل واحد منهم لان الحلف لادخال مال انفسهم اليهم وحينئذ يكون هذا
 المال الذى للمورث بينهم فيقسم على حسب فرضهم كسائر الاموال بالشرح الواقع
 فى الفرائض .

وفى المسالك بعد قوله ولو ادعى الجماعة قال لا كلام فى استحقاقهم مع
 الحلف على حسب الوصية او الفريضة لانه مال يثبت بالشاهد واليمين وقد انتقل

اليهم بزعمهم عن مورثهم لباليمين وانما اليمين رفعت الحجر الثابت بينهم وبينه شرعا فيستحقونه على حسب الارث وفي الوصية بالسوية لان اطلاق العطية يقتضيها اذا لم ينص على خلافها هذا اذا حلف الكل اما اذا حلف بعضهم بان كانوا اخوين فحلف احدهما فانه يستحق ما حلف عليه وينفرد به ومن لم يحلف سقط حقه ولا يشرك الحالف فيما حلف عليه لانه تركه لليمين قد ابطال حجته واسقط حقه فصار بمنزلة غير الوارث انتهى وقد اشار اليه المصنف بقوله ﴿ وقسم بينهم على الفريضة ، ولو كان وصية قسموه بالسوية ﴾ لظهورها فى ذلك ﴿ الا أن يثبت التفضيل ﴾ من الموصى ﴿ ولو امتنعوا لم يحكم لهم ﴾ لعدم تمام الحججة ﴿ ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركة ﴾ لانحلال دعوى لمن لم يحلف فلا معنى للشركة مع من حلف ﴿ ولو كان فى الجملة مولى عليه ﴾ لصغر ونحوه ، فانه لم يحلف وليه لكون المال لغيره ، ولكن ﴿ يوقف نصيبه ، فان كمل ورشد حلف واستحق وان امتنع لم يحكم له وان مات ﴾ المولى عليه مثلا ﴿ قبل ذلك كان لوارثه الحلف ﴾ انه لمورث مورثه ﴿ واستيفاء نصيبه ﴾ كما سمعته فى غيره .

وفى الجواهر قال والاقوى عدم احتياح اعادة الشهادة حتى فى الوصية ، الى ان قال هذا كله بالاثبات بالشاهد واليمين ، واما اذا كان بالبينة فلا خلاف عندهم فى انتزاع حصة الغائب أو المولى عليه من العين والدين ولو من الحاكم الذى هو ولى الغائب فى نحو ذلك ، كما لو علم بالاستحقاق ، نعم فى الدروس احتمال بقاء حصة الغائب فى الدين واستبعده .

وقد يشكل أصل الأخذ بأن البينة وان كانت حجة شرعية الا أنها لمن ادعى بها بنفسه او وكيله أو وليه لامطلقا ويدفع باطلاق ما دل على حجيتها ما لم يعلم فسادها ، على أن الولى هنا ولو الحاكم الذى يتوقف استقلال الحاضر على نصيبه على مقاسمته له ، فتأمل جيدا انتهى غير خفى ان البينة كالحلف فى ان اجرائهما لاثبات حق نفسه لا لغير وقد مر نظيره .

﴿ مسائل خمس الاولى لو قال : هذه الجارية ﴾ التي فى يد زيد مثلا ﴿ مملوكتى وأم ولدى ﴾ وأنكر زيد وأقام شاهداً على ذلك ﴿ حلف مع شاهده ونبث ﴾ بذلك ﴿ رقيتها ﴾ بلاخلاف ولااشكال ، لانها مسال وان كانت أم ولد ، ولكن يختص الثبوت بها ﴿ دون الولد ، لانه ليس مالا ﴾ حتى يثبت بالشاهد واليمين ﴿ و ﴾ ان كان ﴿ يثبت لها حكم أم الولد ﴾ من عدم جواز بيعها وغيره ﴿ باقراره ﴾ .

قال فى الخلاف اذا ادعى رجل جارية وولدها بانها ام ولده وولدها منه استولدها فى ملكه واقام شاهداً واحداً وحلف حكم (يحكم) له بالجارية وسلمت اليه وكانت ام ولده باعترافه بلا خلاف بيننا وبين الشافعى الا انه يقول تنعق بوفاته واما الولد فانه لا يحكم به (له) اصلاً فيبقى (ويبقى) فى يد من هو فى يده على ما كان وللشافعى فيه قولان احدهما وهو الاصح مثل ما قلناه والثانى يحكم له بالولد ويلحق به .

[دليلنا] ان القضاء بالشاهد واليمين خاص فى الاموال على ماضى القول فيه انتهى ولا يخفى عدم اختصاص الاخبار بالمال اولا بل لو سلم الاختصاص كان فى غير مثله اذا الولد مما يلصق بالام بحيث لا يمكن الافتراق بينهما فيكون ملحقا بالمال من حيث ان الافتراق قد يوجب تلف الام لشدة محبتها له واثانيا قد عرفت ان الملاك هو العمل بمطلق حقوق الناس وكون الولد للمدعى من اقوى الحقوق الموجبة للقبول وكذا بالنسبة الى الام بل قد ينجر المفارقة بينهما الى الفرق الموجبة لا يذاء الام والولد وهو ظلم وبعيد من الشرع رضايته بذلك فالحق الحاق الولد بالام .

المسألة ﴿ الثانية لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً ﴾ مثلا ﴿ و ﴾ بعدهم ﴿ على نسلهم فان حلف المدعون ﴾ أجمع ﴿ مع شاهدهم ﴾ الواحد بناء على القضاء بذلك فى مثله ﴿ قضى لهم ﴾ بالوقفية ولم يؤد منه دين ولا ميراث

ولا وصية ، فإن انقضض المدعون معاً أو على التعاقب فهل يأخذ البطن الثاني الدار من غير يمين أم يتوقف قبضهم على اليمين .

ففي المسالك «فيه وجهان مبنيان على أن البطن الثاني يتلقون الوقف من البطن الأول دون الواقف ، فعلى الأول كما هو الأشهر فلا حاجة إلى اليمين ، إلى أن قال وهو كما ترى لا محصل له ، ضرورة عدم تعقل تلقيهم من البطن الأول على وجه يقتضى التلازم بينهما أو اندراج حقهم في حق الأولين حتى يكون اليمين من الأولين مثبتاً لحقهم لاحق الغير والقياس على إثبات الملك مع حرمة عندنا هو مع الفارق الخ .

ومحصل ما في المسالك هو التفصيل بين تلقي الوقف من البطن الأول أو من الواقف وعلى الأول لا يحتاج إلى اليمين وعلى الثاني يحتاج .

ولا يخفى أن المسألة في غاية الأشكال نصاً وفتوى لأنه ليس في خصوص المسألة نص وإنما ورد ثبوت شيء بالشاهد واليمين من المدعى ورواياته بين مطلق في الحقوق وبين مقيد بالمال والمشهور على الثاني ومنهم المصنف كما علل في غالب مصاديق المسألة بأنه ليس بمال وقد عرفت آنفاً وسيأتي بعداً منه عدم جريان دعوى المدعى بالشاهد واليمين معللاً بأنه ليس بمال وهذا المذهب يتوقف على كون الوقف مفيداً للملك وبدونه لا يجري هذه الفروعات من المصنف فالكبرى قبول المدعى مع الشاهد واليمين في الأموال والصغرى وهي كون الوقف مفيداً للملك أول الكلام بل على خلاف روايات باب الوقف كقولهم ^{عليه السلام} صدقة لا يباع سلمنا بما منه كبرى وصغرى لكن لزوم الحلف من أين ثبت مع وضوح أن الحلف لا يشترط في حال وقف الواقف في الابتداء وإنما يلزم لحال لشهادة أن هذا الشيء وقف وبعد ثبوته يثبت استدامة الوقف كحال وقف الواقف فكانه لم يقع فيه شك ونزاع وهو كما وقفه الواقف ميراثاً ووصية وحينئذ إذا ادعى بعض الورثة أو غيرها بأن هذه الدار وقفها الواقف لنا وحلف المدعون مع شاهد

واحد معناه اثبت الواقف هذه الدار لنا .

ومن المعلوم انه ليس يقف الواقف يمينين ولا يشترط بها اصلا فيرجع الدعوى والشاهد واليمين بثبوت شيء لهم بلا يمين ومعنى دعواهم ان الواقف جعل لنا هذه الدار ولنسلنا بعدنا فكما لو وقف نفس الواقف كذلك لا يحتاج الى اليمين فكذلك في صورة ثبوته بالشاهد واليمين، واليمين من الشاهد قد اثبت شيئا بلا يمين الى الابد نسلا بعد نسل .

فالنص الوارد في الوقف ان كان من الواقف فمفادها حبس المؤبد وكذا ما ورد في جواز البيع وعدمه ايضا فانه كمفاد الصيغة وعلى اى حال ليس فيها يمين في ادلة اصل الوقف واما ادلة الشاهد واليمين بناء على عمومها كما هو المختار فلا يكون اليمين الاعلى المدعى في اول اثبات دعواه وبعد الدعوى كانه قال الواقف وقفت فكما لا يحتاج وقف الواقف الى يمين فكذلك دعوى المدعى بعد يمينه سواء قلنا بكون مفاد الوقف هو الملكية ام لا فكل منها بمنزلة قول المالك جعلت هذا الشيء ملكا لكم او منافعهم ملكا لكم فانه لا اشكال في حصول الملك او المنفعة لهم ولا ولادهم نظير الارث فالوجودون يدخلون في عموم ضمير الخطاب والمعدومون داخلون في ارث الاموال او المنافع فسبب اقامة الملك او المنافع او الانتفاع هو وقف الواقف او دعوى المدعى بعده وبعد موت الواقف بكثير وكل يستغنى الباقيون من الحلف غاية الامر صيغة الواقف سبب الابتداء الملك او المنفعة منها .

ودعوى المدعى سبب للاستدامة ذلك فكما ان الجميع يتلقون الملك او المنفعة عن الواقف فكذلك جميع البطون اللاحقة ودعوى المدعى ايضا مثبت لهذا المعنى فالكل يتلقون الوقف من الواقف و يكفيهم في المدعى يمينه فقط من غير احتياج الى يمين لعدم دليل عليه اصلا نعم لو زال البطون مطلقا ولم يبق من الموقوف عليهم اصلا وصار الوقف مشكوكا ووجد مدعى لاثباته مع شاهد وح يحتاج الى يمين للمدعى كما في المدعى الاول فلا دليل على هذه الفروع

الموجبة لعسراحكام الشرع والحرج على المكلفين فالحلف لا يشترط في الابتداء ولا في الاستدامة وانما يلزم لحصول الوقف بادعائه وان هذا الذي ادعى وقفيته صحيح بحيث لو حصل العلم بنفس ادعائه الوقف مع شاهده لكفاه في الثبوت لكن حيث نشك فيه بعدا بدون الحلف فالشارع الزمه بالحلف ايضا حتى لانشك الوقف في حال استدামته وبعد الحلف من المدعى كانه في حال وقف الواقف واثباته بالصيغة بحيث لا يباع ولا يزول وبقي بحاله الى ان يعرض عليه الشك والنزاع بعد مرور الايام ثانيا لو تحقق شك و نزاع ولا بد ايضا من كون ادعائه بنحو ما وقف لا الوقفية المطلقة والا فلا يسمع ويقبل وعبارة المسالك هذه لفظها :

ثم اذا انقرض المدعون معا او على التعاقب فهل يأخذ البطن الثاني الدار بغير يمين ام يتوقف حقهم على اليمين. فيه وجهان مبنيان على ان البطن الثاني يتلقون الوقف من البطن الاول او من الواقف فان قلنا بالاول وهو الاشهر فلاحاجة الى اليمين كما اذا ثبت الوارث ملكا بالشاهد واليمين ثم مات فان وارثه يأخذه بغير يمين لانه قد ثبت كونه وقفا بحجة يثبت بها الوقف فيدأ كما لو ثبت بشاهدين ولانه حق يثبت لمستحق فلا يفتقر المستحق بعده الى اليمين كما لو كان للمدعى ملكا ولان البطن الثاني وان كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء عن المستحقين اولا فلا يحتاجون الى اليمين كما اذا اثبت الوارث ملكا للميت بشاهدين وللميت غريم فان له ان يأخذه بغير يمين فاذا انتهى الاستحقاق الى البطن الثالث والرابع عاد هذا الخلاف وان قلنا بالثاني لم يأخذ الا باليمين كالبطن الاول وعليه فلو كان الاستحقاق بعد الورثة كالأولاد مثلا للفقراء وكانوا محصورين كفقراء قريته ومحلته فالحكم كالاول وان لم يكونوا محصورين بطل الوقف لعدم امكان اثباته باليمين وعادت الدار ارثا وهل يصرف اليهم بغير يمين وجهان ويحتمل عودها الى اقرب

الناس الى الواقف بناء على انه وقف تعدد مصرفه كالوقف المنقطع فيجرى فيه الخلاف الذى تقدم فى الوقف ولو مات احد الواقفين الحالفين صرف نصيبه الى الاخرين فان لم يبق الا واحد صرف الكل اليه لان استحقاق البطن الثانى مشروط بانقراض الاولين انتهى .

قوله وان قلنا بالثانى لم يأخذ الا باليمين ففيه انه سلمنا اخذهم الوقف من الواقف فنقول هل على الواقف يمين و هل يشترط فى صيغة الوقف يمين اولا و الاول كما ترى فان وظيفة الواقف هو حبس العين و تسميل المنفعة بالصيغة فلا عين ولا اثر من اليمين فمن اين يقولون لوتلقى الوقف من الواقف لزم اليمين واثبات الشئ للشئ فرع ثبوت المثبت له فالبطن الاول والثانى كلاهما يأخذون الوقف من الواقف بمعنى ان الواقف يثبت لهم الانتفاع من العين الموقوفة ما بقى الدهر من دون حلف ابدأ فكل ما افاد قده فى الاول فى وجه ثبوت الوقف وبقائه من دون الاحتياج الى الحلف جار فى الثانى فلا اول ولا الثانى بالنسبة الى حال الموقوف عليهم فكما لو لم يقع فيه شك و نزاع ولم يدع مدع لا يحتاج اليمين من احد فكذلك بعد الادعاء و انما يلزم فى حال الادعاء ليثبت الادعاء و استدامة الوقف فبعد حصول اليقين ببقاء الوقف كحال عدم الشك و النزاع فلا يباع ولا يزول وبقى لكل من صدق عليه الموقوف عليه من دون حلف منه .

والانصاف صحة ما افاد لعدم اليمين على فرض الاول لجميع فرض الاول والثانى وان كليهما غير محتاج الى اليمين مطلقا بنفس تلك الادلة فكل من بقى قبل الادعاء او بعده سواء حالهم فى عدم الحلف غاية الامر الواقعون بعد الادعاء قد يشكون فى بقاء الوقف و يزولون شكهم بيمين المدعى وبنى كون العين الموقوفة بحالها بصيغة الواقف .

والحاصل فرض الكلام فيما شك فى اصل الوقف و النزاع فى اصل ثبوته ولولا المدعى بشاهد و يمين لا يثبت وقفا اصلا فهو السبب لاثباته واليمين عليه

فقط فاذا صدر عنه اليمين مع شاهده ثبت الوقف للجميع على حسب ما ادعاه منقطعاً او مؤبداً ترتيباً او تشرىكاً وبعد الثبوت وقع الوقف في ايدي الموقوف عليهم .

ولو مات وفنى المدعى فكما لا يمين على الواقف لا يكون للطبقة الاولى والثانية فمعنى تلقى الوقف من الواقف ثبوتاً او من المدعى استدامة هو جعلهما سبباً لحبس المنفعة على اشخاص معين او المؤبد فلا معنى للتلقى بمعنى الاخذ لامن الواقف ولا من الموقوف عليهم وانما يكونان موجبا للثبوت ابتداءً او استدامة وهو يتحقق بنفس الصيغة او الشاهد واليمين والتلقى معناه اخذ شيء من المعطى ولا يأخذ احد من المعطى شيئاً بل المعطى اى الواقف اعطاهم بالصيغة من دون سؤال من احد نظير من بنى داراً حيث بقت الدار الى ان يخرب بقى من بناها او لا او نظير من ملك داراً فانها باقية بعد التملك لمن ملكها ولو مات تكون للباقي اولاده ارثاً فالاولاد او البطن الثانى يستحقون بموجب الاول .

وبالجملة ان البطن الثانى وان تلقى الوقف عن الواقف لكن المراد بالواقف ان كان هو المدعى فكما ترى وان كان من وقف وحبس العين بالصيغة فلا يكون وقفه باليمين ولا يشترط اليمين فى الصيغة او لا ولم يكن الكلام فيه .

وانما الكلام فى المدعى بعد الشك والنزاع فى الاول وعدم يمين ولا اثر من اليمين لامن الواقف ولا من الموقوف عليهم بنحو العلم واليقين فاليمين وان كان على المدعى لكن يمينه غير مربوط بالبطن الاول والثانى وهكذا وانما يحتاج الوقف لاثباته للبطن الاول والثانى الى يمين المدعى بحيث لولا يمينه لم يتحقق العين الموقوفة لهم اصلاً فالمدعى يمينه سبب لثبوت الوقف للموقوف عليهم وان كان نفسه منهم فالبطن الاول والثانى والثالث كلهم مشتركون فيما حبس لهم الواقف بنحو واحد من غير فرق اصلاً فالقول بانهم يتلقى من الواقف او الموقوف

قيل من أنه اظهر فى المراد من التسبيل الذى هو اباحتها للجهة الموقوف عليها بحيث يتصرف كيف شاء كغيره من الأملاك ، لكن فى الصحاح سبيل فلان ضيعته اى جعلها فى سبيل الله تعالى .

ومن هنا كان التعبير بالتسبيل أولى ، بناء على ارادة ذلك من الاطلاق القابل للتجسس كما هو مقتضى ابداله بذلك فى المتن وغيره لاشعاره باعتبار القرية حينئذ وأنه من الصدقات ، كما فى النهاية ومحكى المراسم ان الوقف والصدقة شىء واحد ولعله لذا عرفه فى الدروس بأنه الصدقة الجارية ، بل فى المسالك ومحكى التذكرة والمهذب البارع والتنقيح « قال العلماء : المراد بالصدقة الجارية الوقف » انتهى .

فالمسلم خروج الوقف عن الملك .

وان الوقف عبارة عن حبس الموقوف مطابقا لمعناه اللغوى فالاصل فى الوقف خروجه عن الملكية والزائل لا يعود وقياسه على ام الولد مع الفارق مع بطلانه فلا يكون الا صيرورته صدقة جارية الى الابد .

ففى رواية على بن سليمان فلى ان آكل منها ايام حيوتى ام لا فكتب عليه السلام فهمت كتابك فى امرضياك فليس لك ان تأكل منها من الصدقة الحديث فسمى الوقف صدقة (ولاستعمال) ابي عبدالله عليه السلام لفظ الصدقة فى الوقف فى رواية ابن ابي صالح وكذا استعمل على عليه السلام لفظ الصدقة فى الوقف فى رواية ربعى بن عبدالله عن ابي عبدالله عليه السلام والصدقة لا ينتقل الى احد سوى الله ولذا نقل عن ابن ادريس انتقاله الى الله تعالى وحكى عن المبسوط عن قوم لان كل وقف صدقة وكل صدقة فهى لله تعالى فلا يكون الوقف بمال اصلا فنقول معنى الوقف هو تجسس الاصل وتسبيل الثمرة موافقا لمعناه اللغوى بل الاصطلاحى فان الوقف معناه الوقوف عن الحر كة سيرا او علما او كسبا فاذا قيل انه يقف فلان معناه يقف عن شغله وحبس نفسه عما كان يشتغل به سابقا فالوقف موافقا للاخبار عبارة عن تجسس الاصل وتسبيل الثمرة هذا فى اصل ثبوته من الواقف فيحبس الواقف .

في مقام الوقف الملك عن النقل والانتقال وسائر التصرفات بحيث لا يكون قابلا للملكية بعد الوقف اصلا فبمجرد الوقف يخرج عن الملكية الى الدوام فلا يكون للمالك ولا الموقوف عليهم سوى حق الانتفاع عنه ومن المعلوم .

بداهة ان الشيء اذا زال عن حقيقته وحاله لا يعود اليه كما ان المعروف ان الزائل لا يعود فلو فرض انقراض البطن الاول او الثاني وهكذا فلا يعود الملك لالي الواقف ولا الى الموقوف عليهم ولا الى الارث اما الاول لرفع يده عن ملكه واما الثاني لعدم انتقال الملك اليهم من اول الامر حتى يرجع اليهم فلو انجر امر الوقف الى زوال ملكيته بالخراب او عدم الاستفادة منه لعدم موقوف عليهم وامثال ذلك كان الملك راجعا الى مالكة الاصلى الذى ينتهى اليه جميع الاملاك كما عن ابن ادريس فلا مناص الا لصرفه فى سبيل الله .

وحيث ظهر ذلك لك فيعلم منه ان الواقف بمجرد جعل ماله وقفا قد خرج الملك عن تحت اختياره فلاسلطنة له على ما وقف فيكون نفسه بمنزلة غيره فى ان له حق الانتفاع منه من دون جواز حق تصرف على خلاف الوقف الا اذا كان بنحو احسن فلا مال له بعده كى يكون بعروض العوارض ميراثا ولا لاحد حق تقدم على الاخر ولا لاحد سلطنة مع احد من الموقوف عليهم ولا حق يمين للاحقين هذا من حيث ابتداء الوقف واما من حيث الاستدامة واثبات ان هذه الدار كانت وقفا كما فى المقام . فمن المعلوم ان المدعى يدعى كونه وقفا بنحو ابتداءه فمع الشاهد واليمين يدعى ان الواقف وقف هذه الدار لبعض الورثة الموجودين واللاحقين بنحو واحد وحيث ان اثبات كون الشيء وقفا مع شاهد واحد لا يقبل منه فالشارع الزمه بيمين ايضا فاكد الشارح الشاهد باليمين حتى يقطع الناس بذلك وان الكل يعلمون عظمة الحلف وعدم جرئة لاحد فى الاقدام عليه كذبا ولولا ذلك لما احتاج اليها اصلا فهذه اليمين انما يلزم فى الاستدامة لافى الابتداء .

ومعناه ان الموقوف قد وقع وقفا من الواقف بدون يمين فى اول الامر

وانه ليس فى البين يمين كى يحتاج الباكون الى اليمين فالمقصود اثبات الاستدامة فى وقفه كما فى المقام وهو مقام ادعاء شخص و فية شىء كالدائر فى محتاج المدعى الى شاهد ويمين حتى يثبت بذلك طريق ثبوته اولا بدون الحلف بمعنى يشهد الشاهد بان الواقف وقف ذلك للبطن الاول والثانى : وغيرهما بدون يمين ايضا . فيثبت هذا الامر للفقراء الفعلى الموجودين او اللاحقين الموجودين بل لامعنى للحلف فانه وظيفة المدعى ولا يلحق اللاحقون بالمدعى .

والحاصل فى اصل ابتداء الوقف لا يحتاج الى اليمين والمدعى فى مقام النزاع يثبت بالحلف ما لا يحتاج الى الحلف ابدا ثم انه على تسليم لزوم الحلف ما معناها فهل المراد بها مجرد لقلقة اللسان او قصد معنى ثبوت الوقف كما يقصد المدعى فى اول امرائاته بعد الشاهد والاول كما ترى والثانى كيف يمكن من البطن الثانى او الثالث بعد مضى سنوات كثيرة فكيف يعلمون بالوقفية حتى يحلفوا عليه وانما حلف المدعى الاول لعلمه بحال الوقف فكيف يسرى علمه على الاخرين حتى يصح منهم الحلف على الوقف .

والانصاف ان ذلك وقع من قائله على عدم التامل على اصل المقصود فالواقف جعل الكل بالوقف سواء فلامعنى لتلقى البطن الثانى من البطن الاول شيئا بعد كون الكل سواء فى حق الانتفاع كما لا يحلف البطن الثانى او الثالث بل الكل يستحقون الانتفاع من الواقف من غير تخصيص بطبقة فمن بقى من البطن الاول لا يكون مالكا لشيء حتى يتلقى بعده منه ولا معنى لحلف غير المدعى فى اول ادعائه الوقف فما معنى لهذه الكلمات والاشكالات .

ثم ما معنى تلقى البطن الثانى الوقف من البطن الاول دون الواقف ان قلنا به حينئذ فهل المقصود ان البطن الاول وقف على البطن الثانى فهو كما ترى ان الكل يأخذون الوقف من الواقف بمجرد قوله جعلته وفقا وحسباً لكم الى يوم القيامة مثلا كما هو معنى وفقا وصدقة لا يباع بالبطن الاول والثانى سواء فى

استحقاق المنافع من غير ان يكون مالكا فضلا من ان يكون مملكا للبطن الثانى او الثالث .

ولذا قال فى الجواهر فى رد هذا القول بقوله ضرورة عدم تعقل تلقيهم من البطن الاول انتهى . او كان المراد من التلقى تفويض استحقاق التصرف والاستفادة اليهم وبطلانه ايضا واضح اذ ليس الامر الى البطن الاول فقط والتفويض فرع عدم استحقاق البطن الثانى والفرض ان كلهم فى مرتبة واحدة و كلهم يأخذون من الواقف بمعنى ان الواقف جعله لهم ففى مورد النزاع واثبات الوقف يشهد الشاهد للمدعى بان الواقف وقف هذا العين على العلماء او الفقراء مثلا وعليه اليمين بهذا المضمون فيثبت الوقف للباقيين ابدأ بنحو سواء فالبطن الاول اذا انقرضا بعدمدة مائة سنة وعلى قول القوم وتلقى الثانى من الاول الوقف لزم عليهم الحلف فما افاد هذا الحلف عليهم مع ان الحالف لزم عليه العلم على المحلوف عليه حتى يصح منه الحلف .

بداية بطلان الحلف على شىء لا يعلمه ومن اى شىء يعلمون البطن الثانى ان الذى كان بيد السابقين وقفا ويمكن كون الساكنين قد سكنوا فيه على نحو الغصب او اباحة شخص لهم من دون وقف او كان من المباحات الاصلية التى صار المتصرفون مالكا لها فبقى فى ايديهم بعدا فبعد بنحو الوقف مع ان اللازم فى الحلف على الوقفية هو العلم بالوقف ولا يحصل من كون يد السابقين عليه الوقفية ثم الحلف لا بد وان يكون من المدعى مع شهادة شاهده فما المراد بالمدعى حينئذ وما المراد بمنكره .

ومنه يعلم ان البطن الثانى لو تلقى الوقف من الواقف فانه لا معنى لليمين ايضا فانها فى حال وقفه لا يحتاج الى اليمين فكذلك بعده فالمسألة بناء على هذه الكلمات عجيبة وقد اثبتت الوقفية الواقف الى الابد من دون يمين وبعده مات وبنى من دون علمه بحال ما بعده .

وبالجملة ما يفهم معنى تلقى الوقف من البطن الاول او الواقف مع ان امر الوقف والتلقى كلاهما خارجان عن تحت اختيار كليهما ولا نمل من تكرار العبارات فان التكرار لازم في مثل المقام وفي مقابل تلك العبارات المكررة .
ان قلت لو وجد في البطن اللاحقة منكر للوقفية فاراد من في يده اثباته فلزم عليهم مع الشاهد الحلف من كل منهم .

قلت مع ان هذا الفرض خارج عن محل الكلام انه اجنبى عن تلقى الوقف من البطن الاول او الثانى بل غير مربوط بالتلقى وقد عرفت ان الحلف هو عبارة عن قوله بالله ان هذا الملك وقف فمن كان في يده كان يتبع آبائه ولا يعلم شيئا من اول تولده وانما كان فيه نشوئها فكيف يعلم بالوقف من اول امره حتى يجوز الحلف .

وانما يدعى شخص بالوقفية في سنين ما ضية وحلف عليه فان امكن حجية قوله وقلنا بثبوت الوقف بذلك فأى ربط لعلمه بعلم المتأخرين فلا معنى للحلف ولالتلقى الوقف من الموقوف عليهم او الواقف ان كان المراد من التلقى هو الاخذ والاعطاء وان كان المراد به هو الوصول من ايدى السابقين الى اللاحقين كالارث الذى يصل من مال المورث الى ايدى الورثة فلا اشكال في ان منشأ الوصول هو فعل الواقف لاعطائه مرة بعد مرة وسنة بعد سنة بل صدر عنه امر باق منافعه مادامت العين باقية من غير اختياره في الاعطاء والتبديل وغير ذلك ولكن الامر عند الاصحاب كانه من المسلمات .

قال العلامة في القواعد (ولو انقرض الممتنع من اليمين كان للبطن الثانى الحلف مع الشاهد ولا يبطل حقهم بامتناعه الاول) .

وفي مفتاح الكرامة بعده ما لفظه يريد انه اذا انقرض الممتنعون والحالفون معا كان لاولاد الممتنعين الحلف بناء على انهم انما يطلقون الوقف من الواقف وهو خلاف الاشهر كما في (المسالك) وعليه فلا بد لهم من اليمين وان قلنا انهم

يتلقونه من آبائهم بطل حقهم لانهم اسقطوا حقهم بالامتناع .

(قلت) الظاهر ان ما اخذه آبائهم ارثا حين امتناعهم يكون وقفا في حق اولادهم كما كان في حقهم اخذا باقرارهم واما اذا انقض الممتنعون والحالفون احياء فنصيبهم للحالفين على ما شرط الواقف باقرارهم وهل يتوجه عليه يمين وجهان مبنيان على اولاد الحالفين هل يحلفون ام لا كما ياتي بيانه فان قلنا بعدم افتقارهم الى الحلف فهنا اولى فتأمل وان قلنا بافتقارهم اليه جاء هنا وجهان من انتقال الحق الى الثاني عن غيره فيفتقر الى الحلف ومن كونه قد حلف مرة وصار من اهل الوقف فيستحق على حسب ما شرط الواقف تارة اقل وتارة اكثر فلا بد من تقييد اطلاق عبادة المصنف بما ذكرنا الا ان تقول ان المصنف يذهب هنا الى انه لا ينصرف الى الحالفين بل الى البطن الثاني وهم اولاد الممتنعين ولذا اطلق العبارة وهو بعيد انتهى .

قوله بناءً على انهم انما يتلقون الوقف من الواقف قد عرفت انه ليس للواقف يمين كي يتلق الممتنعون الحلف من الواقف ويعلم مما ذكرنا فساد ما افاد القوم والله العالم .

وقد يؤيد ما افدناه بعض التأييد ما افاده الخاقاني قال ولما كانت الفروع المترتبة هنا كما سيأتي بيانها مبتنية على اختلاف المباني في حقيقة الوقف وانحائه واقسامه ، فلا بد من تقديم تمهيد في بيان حقيقة الوقف وشؤنه ، ليمتضح للطالب الفروع الآتية فنقول : قد اختلفوا في ان الوقف والتجسس ، هل هما امران متباينان بالذات ، أو يجمعهما مطلق التجسس ؟ غاية الامر التجسس المطلق يسمى بالوقف ومطلق التجسس يسمى بالتجسس المصطلح .

والذي يظهر من غالب كلمات الفقهاء انها غير متباينين الا من حيث الاطلاق والتقييد ، نظير مفهوم اللابشرط شيء .

وهذا المعنى هو الحق الذي يساعده العرف واللغة ، وهو الظاهر مما ورد

في تعريف الوقف من اهل البيت عليهم السلام من كون الوقف عبارة عن تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة ، هذا من ناحية .

ومن ناحية اخرى : ان الوقف سواء كان هوالتحبيس المطلق او مطلق التحبيس هل فيه فك الملكية عن المالك بحيث تنقطع علاقة الملكية بين المال الموقوف وبين الواقف ام لا ؟

والمشهور عدم الانقطاع ، واختاره الاستاذ المحقق العراقي رحمه الله ، ولذا قالوا : انه لو انقض الموقوف عليهم ينتقل المال الموقوف الى الواقف او ورثته لوجود العلة الملكية من الاول وعدم ارتفاعه .

ولكن الحق ان الوقف وان كان من سنخ التحبيس ولكنه تحبيس مطلق وتنقطع علاقة الملكية بمجرد الوقف ، ولا تبقى بين الموقوف والواقف اية علاقة حتى علاقة الاختصاص .

وعليه يتحقق في الوقف دائماً عقد ايجابي وهو التحبيس المطلق على الموقوف عليه وعقد سلبي وهو فك الملكية وانقطاع علاقة المالك عن الموقوف . ومن هنا قد يشكل على القائل ببقاء العلاقة بالواقف العامة ، كالمساجد والحسينيات والمدارس والخانات العامة ونحوها اذا عرض عليها الهدم والتلف . فمقتضى مبنى القائلين بعوده الى الواقف او ذريته الالتزام به في هذه الموارد ولا أظن ان احداً من الفقهاء يلتزم بذلك بل ولا أظن ان يلتزموا ببقاء العلاقة في الوقف على العلماء وعلى اهل البلد ونحوهما ايضاً .

وكيف كان فالمختار عندنا هو ان التحبيس المطلق موجب لرفع الملكية بل ويرفع الاختصاص ايضاً فيكون المال الموقوف قد خرج بالوقف عن الملكية رأساً ، فهو ليس ملكاً للواقف ولذا للموقف عليه .

وبالجملة فان حقيقة الوقف مما تأبى عن التمليك على الموقوف عليهم وعن بقاء الملكية للواقف .

اذا عرفت ذلك فاعلم انه لو ادعى بعض الورثة ان الميت قد أوقف عليهم وعلى نسلهم داره ، وأقاموا شاهداً واحداً مع اليمين تثبت الوقفية سواء قلنا بملكية الموقوف عليهم ام لا ، فان كون الموقوف ملكاً للموقوف عليه او اللواقف لائثر له في المقام انتهى .

ولقد اجاد في خروج الوقف عن الملكية كما عن ابن ادريس وعدم عوده ميراثاً ومن جميع ما ذكرنا يظهر فساد ما عن الاصحاب .

و بالجمله فمن خلع ربة التقليد عن عنقه ولم يغتر بالاجماع والاتفاق والشهرة في كلمات الاعلام يقطع بعدم دخل لليمين في الوقف الا لصورة اثبات المدعى مع شاهد واحد فلا يكون في غير تلك الصورة لافي اصل الوقف ولا في بطون اللاحقة وكذا لا يرجع الى الميراث بعد ثبوت كونه وفقاً نعم لو كرر قضية المدعى والشاهد كالاول بان انقضى جميع البطون اللاحقة فلم يبق من الموقوف عليهم احد ووقع النزاع بين الوقفية وعدمه وتصور وجود عالم بالوقف وشهد وحلف يثبت كما في المدعى الاول والشاهد واليمين ثم يبقى الوقف بينهم كالاول الى ان ينتهي بمالك المملوك وانت اذا تأملت في ما ذكرنا تعلم فساد هذه الكلمات ثم انه لامنافاة بين قول المصنف ميراثاً وبين قولنا لا يعود ميراثاً فان الكلام في المقام في الاثبات وانه اذا لم يثبت الوقف كان ميراثاً بخلاف ما يثبت الوقفية فانه لا يعود الى الميراث هذا .

﴿ وكيف كان ﴾ ﴿ ما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وفقاً ﴾ للاقرار واما قوله (ولو انقرض الممتنع كان للبطن التي تأخذ بعده الحلف مع الشاهد ولا يبطل حقهم بامتناع الأول) قد عرفت ما فيه .

وكيف كان فلا ظن بعد ثبوت الوقف بصحة جريان هذه الاقوال والاحتمالات لما عرفت من ان الوقف بعد انقراض اهله وعدم استفادة الوقفية منه يعود الى ملك مالك المملوك دون اللواقف او وارثه .

وبالجمللة لا يكون عندى وجه لصحة ما يقولون واقول توضيحا ايضا انه فى اصل الوقف لا يكون يمينا اصلا وقد عرفت وانما اللازم فى اثباته عند النزاع فى ثبوته وعدمه وطريق ثبوته لمدعى الوقفية اما البينة للمدعى او شاهد عادل مع يمينه .

ومنه يعلم فساد لزوم اليمين لو تلقى البطن الثانى الوقف من الواقف وذلك لان الواقف يقف بالصيغة فقط ولا يمين حتى يتلقى منه اليمين مع انه لا وجود له حتى يصح التلقى منه واشد فسادا لو تلقى من البطن الاول لان الحلف على مدعى ثبوته فما لم يحلف المدعى لم يثبت و بعد ثبوته بالحلف يقع فى تحت يد الموقوف عليهم بلا يمين منهم فضلا عن البطن الثانى او الثالث وهكذا .

وكيف كان فلم اعرف معنى حلف الورثة وتوضيحه بعد التكرار كثيرا ان للوقف سببين سبب لا بدائيه وهو قول الواقف وقفت وجعلته حسبما مثلا ولا يشترط فيه اليمين اصلا وسبب لاستدامته بعد اصل ثبوته وهو صورة الشك فيه والنزاع فاقام مدعى عارف بالوقف لاثباته بشاهد عادل مع يمين فيثبت الوقف والاستدامة الى الابد كالواقف من دون الاحتياج الى يمين بعد ذلك من احد فيصير الوقف كالأول فاليمين يحتاج اليها للاستدامة وبعد ثبوته ثبت سببا لا يحتاج الى اليمين فالبطن الثانى او الثالث ان كان العين فى ايديهم من اول الامر الى مدة انقضاهم لا معنى لحلفهم ولا علم لهم بصدق ذلك فان علمهم على الوقف على الاعتماد بيقين المدعى السابق من دون علم لهم .

والحاصل فى اصل الصيغة لا يشترط الحلف وحلف المدعى للاستدامة لا ينفع بحال الصيغة فانه بحلف المدعى والشاهد يثبت استدامة ما كان اى بالحلف يثبت عدم الحلف فان يمين المدعى يثبت ما ثبت بالصيغة فكما ان بالصيغة ثبت حسبما لا يحتاج الى الحلف فكذلك بحلف المدعى ثبت وقفا لا يحتاج الى الحلف فحلف المدعى يثمر اصل الثبوت الذى هو الحبس ابدأ من دون حلف لاحد لانه اذا

انقرض البطن الاول يحتاج البطن الثانى الى اليمين لعدم علمهم بعمل الواقف حتى حلفوا على علم وانما كان العين بايديهم من سببين سابقين ومدرك كل واحد هو قول غيره وعمله .

وقد عرفت فى صدر المسألة تردد المصنف فى ثبوت دعوى الشاهد واليمين فى الوقف من حيث ان الروايات ظاهرة فى المال فلا بد من ان يكون صغرى هذه الكبرى الكلية هى مالا وحيث اختار كون الوقف سببا لمملكية موقوف عليهم قد فرغ هذه الفروع الكثيرة فى هذه المسائل .

فهذه الفروع انما يصح على مذهب القائل بالملك فى الوقف والا فلا يصح ابداً ومن ذلك لا بد وان يتفرع تلك الفروع على تقدير حصول الملك لابنحو يكون ثابتا عند الكل .

ثم على قول المصنف وتسليم افادة الملك للموقوف عليهم نقول ما الدليل على لزوم الحلف على غير المدعى الاول بعد مالم يشترط هو فى صيغة الوقف .
واما على المدعى فبعد ادعائه وشاهده وحلفه اثبت ما صدر من المالك اى وقف غير مشروط بالحلف فان قلت لولم يكن الوقف ملكا للموقوف عليهم وكان العين بالوقف حبساً الى سلطنة مالك الارض كلها فلازمه عدم صحة بيع الوقف مع انه اتفاقى فى الجملة .

قلت كونه حبساً ولا ير جمع الى الواقف غير مناف لجواز بيع الوقف فانه يجوز لو خرج عن الانتفاع لكن يصرف ثمنه فى سبيل الله مع تقدم الهم فالاهم ولو باشتراء مكان انفع للوقف او المسجد او غيرها واما الميراث فان كان الوقف موقفاً فلا يجعله الواقف حبساً ابدياً من اول الامر بل الى زمان انتفاع موقت عليه الخاص لا بعده فلامحالة بعده يرجع الى المالك او الوارث وحيث انجر الكلام الى ذلك فاللازم هو الشرع فى بيان جواز البيع وعدمه .

قال العلامة فى القواعد يشترط فى الملك التمامية فلا يصح بيع الوقف الا

ان يؤدى بقاؤه الى خرابه لخلف اربابه ويكون البيع اعود وفى مفتاح الكرامة بعد عبارته قال ما لفظه عبارات الاصحاب هنا مشكلة كما فى (غاية المراد) وفى (المسالك) قد اضطربت فتوى الاصحاب فى هذه المسئلة اضطراباً عظيماً حتى من الرجل الواحد فى الكتاب الواحد ونحن ننقل كلامهم ونسبه على مواضع توافقت فيها كلماتهم (فنقول) قد جوز بيع الوقف اذا خرب فى (المقنعة والانتصار والخلاف) على الظاهر منه (والمراسم والكتاب والتذكرة والتحرير والمختلف والارشاد ومجمع البرهان وتعليق الارشاد) .

(وقال فى جامع المقاصد) انه قوى متين جداً (وفى الانتصار) الاجماع عليه وهذه عبارة المراسم التى فهمنا منها ما نسبناه اليها فان تغير الحال فى الوقف حتى لا ينتفع به على اى وجه كان او يلحق الموقوف عليهم حاجة شديدة جازييعه و صرف ثمنه فيما هو انفع له وقد قيد الخراب فى المقنعة بما اذا لم يوجد له عامر وفى الانتصار بما اذا لم يجد نفعاً .

(وهذا) ينطبق عليه اجماع الغنية كما استسمعه وفى الخلاف بما اذا لم يبرج عوده وفى الكتاب بما اذا خرج عن الانتفاع به وفى المختلف والتذكرة بعدم التمكن من عمارته وجمع بين الامرين الاخيرين فى التحرير ولعل الجميع يرجع الى معنى واحد ولعل مراد من قيده بما اذا خرج عن الانتفاع به كما فى الكتاب ونحوه كما فى الانتصار ما اذا لم يكن الانتفاع به فى الجهة المقصودة مطلقاً كحصير يبلى وجذع ينكسر وجوز ذلك فى الايضاح فى حصر المسجد وجذوعه .

(ولعل) هذا مما لا ريب فى جواز بيعه (فتأمل) جيداً والمبسوط اذا انقطعت نخلة من ارض الوقف او انكسرت جازييعها لأرباب الوقف لانه تعذر الانتفاع بها على الوجه الذى شرطه وهو اخذ ثمرتها .

(وقيل) لا يجوز والاول اقوى (انتهى) وهذا الذى فرضه لعله عندهم هو المعنى بالخراب فيكون موافقاً فيما نحن فيه (فتأمل) وقد جوز بيعه عند خوف

الخراب في (المبسوط والنهابة وفقه الراوندى والمهذب والغنية والوسيلة) والواسطة على ما نقل عنها (والجامع) على ما نقل عنه (وكشف الرموز والدروس والمقتصر) ونقله في كشف الرموز عن المحقق .

(وفي) الغنية الاجماع عليه وقيد بما اذا صار لا يجدى نفعاً وظاهر المبسوط وفقه الراوندى ايضاً في باب الوقف الاجماع حيث قالاً معاً وانما يملك بيعه على وجه عندنا وهو اذا خيف على الوقف الخراب او كان بأربابه حاجة شديدة او لا يقدر على القيام به فحينئذ يجوز لهم بيعه (ومع) عدم ذلك لا يجوز وعند المخالفين لا يجوز بيعه على وجه وزيد في فقه القرآن أو يخاف وقوع خلاف بينهم يؤدي الى فساد وعبر في النهاية والمهذب بخوف هلاكه وفساده والظاهر انه بمعنى خوف خرابه (ولهذا) نظمناه في هذا السلك .

(وفي) المقتصر زيادة اذا تعطل قال اذا خشى خرابه وتعطل (وانت خير) بأن من جوزه عنده خوف الخراب جوزه بالاولى عند تحققه فكان هؤلاء موافقين للاولين ويتوافق اجماع الانتصار واجماع الغنية وجوزييعه عند خوف خرابه لخلف بين أربابه في موضع من الشرائع والكتاب والتحريم في باب الوقف وكذا الارشاد (قال) لا يجوز بيع الوقف الا ان يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى به الخراب (وهذه) الكتب توافق الكتب المتقدمة في قدر مشترك وهو خوف الخراب وجوز بيعه اذا ادعى بقاءه الى خرابه في التحرير .

وقيد في التخليص كالكتاب بكونه لحلف بين اربابه وفي اللمعة اذا ادعى بقاءه الى خرابه لخلف بين اربابه فالمشهور الجواز وهذا يرجع الى ما سبقه ان لم يكن عينه لان المراد انه يجوز بيعه اذا خيف ان يؤدي بقاءه الى خرابه لخلف بين اربابه وزيد في التهذيب والاستبصار وفي الشرائع والكتاب كما سمعت عبارة الكتاب كون البيع أعود ونحو ذلك ما في موضع من المفاتيح وفي التنقيح اذا آل الى الخراب لاجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به اصلاً جازييعه وقضية ما في

الشرائع والكتاب حيث استشكلنا فيما اذا لم يقع خلف ولاخشي خراب بل كان البيع أعود ثم اختار المنع انه يجوز بيعه عند احدهما ايأ ما كان أى الخلف وخوف الخراب وهو صريح المبسوط حيث جوزه اذا وقع خلف بين اربابه .
وفي الارشاد انه لايجوز بيعه الا ان يخرب او يؤدي الى الخلف بين اربابه وظاهر الاردبيلي الموافقة عليه وقد تردد في النافع فيما اذا وقع خلف مؤد الى فساده وفي المسالك والروضة والمفاتيح والكفاية اذا وقع خلف شديد جازييعه .
(قال) في الروضة وقد علله ^{بالتل}بانه وربما جاء فيه تلف الاموال والنفوس وظاهره ان خوف الاداء اليهما او الى احدهما ليس بشرط كما فهمه المشهور بل هو مظنة لذلك وفي النهاية وفقه الراوندى كما سمعت والمهذب والتحريير والمختلف والتذكرة وجامع المقاصد والدروس وغاية المراد تجوزيه مع خوف فتنة وخلف بين اربابه يحصل باعتبارها فساد .

(ونحوه) ما في ابضاح النافع حيث جوزييعه اذا اختلف اربابه اختلافاً يخاف معه القتال ونهب الاموال ولم يندفع الا بالبيع قال فلوامكن زواله ولو بحاكم الجور لم يجوز ولا اعتبار بخشية الخراب وعدمه ومثله كلامه في تعليقه على الشرائع وهذا قديوافق بعض ما قبله ايضاً وفي جامع الشرائع كما نقل عنه وتعليق الارشاد يجوزييعه اذا كان فساد تجتاح فيه الا نفس (والحاصل) ان الجمع بين كثير من كلامهم ممكن هين (ويرشد) الى ذلك ما في اللمعة حيث نسب جواز بيعه اذا أدى بقاءه الى خرابه لخلف بين اربابه الى المشهور (وانت) قد علمت ان المصرح بذلك قبله اثنتان او ثلاثة فلولم يكن فهم من كلامهم ما نبهنا عليه لما صح له القول بانه المشهور وينبه عليه ايضاً ما قاله في كشف الرموز .

(قال) قال الثلاثة وسلازل يجوزييعه اذا كان ذلك أنفع للموقوف عليهم وأصلح «فتأمل» (وأوضح) منه ما في التنقيح حيث قال قال الثلاثة يجوزييعه اذا آل الى الخراب وزاد المفيد والمرضى وسلازوا بن حمزة اذا كان لهم حاجة ضرورية

وينبه على ذلك ما قاله في المختلف وهو قوله سوغ الشيخان بيع الوقف اذا خيف وقوع فتنه بين اربابه او خراب او تعذرت عمارته فقد نسب ذلك الى الشيخين وقد علمت ما في المقنعة والمبسوط والنهاية والخلاف فالحظ العبارات الاربع ومما يشبه على ذلك ايضا ما قاله في التذكرة فانه بعد ان نقل عبارة المبسوط والخلاف والمقنعة والانتصار ونسب مثل ذلك الى سلا رواين حمزة .

(ثم نقل) كلام القاضى والتمقى وتفصيلهما قال فقد اتفق هؤلاء العلماء على جواز بيعه فى الجملة (وفى غاية المراد) بعد ان نقل العبارات قال هذه عبارات معظم المجوزين (وفى) حواشى الشهيد نسب جواز بيع غير المؤبد الى معظم كما ستمعه انتهى . هذه كلماتهم فى جوار البيع وعدمه .

وتمام الكلام فى ذلك وفى مصرف ثمن بيع الوقف وما يتعلق بذلك كلها خارجة عن المقام وقد أدانى الى ذلك فروع اليمين الواقعة من البطون اللاحقة وعمدة المقصود ان الاخبار لا تدل على فروعات المتن بل متوقف على مسلمية كون الموقوف عليهم مالكا للعين الموقوفة كى يتم صغرى للكبرى المستفادة من اخباره ثم على تسليمه لم يكن دليل على الحلف لافى اصل الوقف ولا فى غير المدعى المثبت لمشكوك الوقفية ولا على الملكية للموقوف عليهم لان الوقف لا يفيد للموقوف عليهم الا الانتفاع لا المنافع فضلا عن الملك .

ففى وقف العام لا يشم رائحة الملك لاحد حتى المالك بعد نهاب الوقفية فلا يصح الاستدلال بالاخبار الا بعد استفادة الملكية وحينئذ يرد اشكال آخر وهو كون يمين المدعى لاثبات مال الغير اى العين الموقوفة للموقوف عليهم فيدور الامر بين المحذورين اما الملكية للموقوف عليهم فيكون يمين المدعى على اثبات مال الغير واما عدم الملك فلا يمكن التمسك بها للمال فان قلت كفى التمسك بها لمطلق الحقوق وهو حاصل للموقوف عليهم فانبات الحقوق ولو كان هو حق الانتفاع كاف لتحقق الصغرى حينئذ لهم قلت النزاع بين القائلين كلهم على صورة

كون الوقف موجباً للملك لهم والافيدون الملك لانجرى تلك الفروع والمشكلة.
قال المحقق الخونسارى فى جامعہ ما لفظه : وقد يقع الاشكال من جهة
اخرى كما فى الوقف العام ان قيل بان العين الموقوفة تكون ملكاً للموقوف
عليهم ، فيقع الاشكال فى كفاية يمين بعضهم فى اثبات الوقفية ، مع ان المالك
على القول بالملكية كلهم لا البعض انتهى .

واذا لم يكن العين الموقوفة مفيدة للمال بل المنفعة ايضا وانما يكون لهم
حق الانتفاع يسقط تلك الفروع لا محالة فان الكل مبنية على الملك فيكون
الجميع مستحقون للانتفاع فقط من الاولاد ونحوه ولذا لا يجوز اخذ المال من
طلاب مدرسة عند الاعراض عن حجرته المختصة به وتسليمه الى غيره نعم يجوز
الهبة لمن اراد السكنونة مكان الاول ولو بعنوان رفع يده عما يجوز له الانتفاع
فيكون هبة معوضة وكيف كان فنحن نطالبهم بدليل ذلك على فرض عدم افادة
الوقف الملك بل على الحلف ايضا كما عرفت .

﴿ وكيف كان فعلى مذهب القوم فى ابتداء الدعوى ﴾ ان امتنعوا ﴿ أجمع
من اليمين ﴾ حكم بها ميراثاً ﴿ للجميع لان الفرض ان المدعين لم يخلفوا وتعلق
بها الوصايا والديون ﴾ ﴿ ولكن ﴾ كان نصيب المدعين وقفاً ﴿ لأن اقرار العقلاء
على أنفسهم جائز ، دون نصيب غيرهم .

﴿ وعلى اى حال ﴾ ان حلف بعض ﴿ وكانوا ثلاثة مثلاً فحلف واحد منهم ﴾ ثبت
نصيب الحالف ﴿ على تقدير الوقفية وهو الثلث ﴾ وقفاً وكان الباقي طلقاً بالنسبة
الى غير المدعى ﴿ يقضى منه الديون ويخرج الوصايا ، وما فضل ﴾ عن ذلك يكون
﴿ ميراثاً ﴾ للجميع .

﴿ وما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفاً ولو انقرض الممتنع كان
للبطن التى تأخذ بعده الحلف مع الشاهد ولا يبطل حقهم بالامتناع الاول ﴾ وتأمل
فيما ذكرنا لعله ينفعك .

المسألة ﴿ الثالثة اذا ادعى الوقفية عليه وعلى اولاده بعده وحلف مع شاهده ثبتت الدعوى ، ولا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة ﴾ عند المصنف وجماعة ﴿ لأن الثبوت الاول أغنى عن تجديده ﴾

وفى الجواهر وهم يتلقون الوقف منه ، بمعنى الاكتفاء بثبوته فى حق الاولين عن اثباته فى حق البطن الثانى انتهى ان اريد بالوقفية عليه وقف الخاص يمكن صحته من حيث الملكية فقط لامن حيث الحلف لما عرفت من عدم دخالة الحلف فى الوقف بشىء اصلا ولو سلم دخالة الحلف فى صحة اصل الوقف صح ما افاد من حيث ان ثبوت الحلف الاول اغنى اللاحقين عن تجديده لان حلف المدعى عن صحة دعواه الوقفية فيثبت الى الابد .

بل ﴿ وكذا ﴾ صح حلفه لما بعده حتى ﴿ اذا انقضت البطون وصار الى الفقراء أو المصالح ﴾ الاخر بلا كلام ولكن فى الجواهر قال فانه بناء على ما ذكرناه يتجسسه حينئذ انقطاع الوقف لعدم صحة اليمين من احدثهم انتهى الا ترى ظهور كلامه قده فى بطلان الوقف لاجل عدم صحة اليمين بحيث لو صح اليمين لما كان الوقف باطلا فالظاهر من العبارة ان الوقف مشروط بالحلف بحيث بانقضاء الحلف انتفى المشروط وقد عرفت ان الحلف من حيث الواقف ليس بشرط ومن حيث المدعى ليس بواقف فليس فى الروايات الآن الحلف لاثبات دعوى المدعى وبعدا لاثبات لا يثمر بشىء اصلا .

ومنه قد ظهر الاشكال فى قوله وقول المصنف ايضا ﴿ أما لو ادعى التشريك بينه وبين اولاده افتقر البطن الثانى الى اليمين لأن البطن الثانى بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى ﴾ وذلك لان جميع عباراته ظاهرة فى ان الحلف هو العمدة فى صحة الوقف تعمل فيما ذكرنا لملك يظهر مورد اشكالنا عليه بعد هذه التكرار .

وبالجملة ان المراد من الواقف ان كان واقف الاصلى لابتداء الوقف فلا يشترط في وقفه الحلف وان اراد به المدعى فليس بواقف اصلا ومن ذلك يظهر ما في بقية عبارات صاحب الجواهر بل والمصنف ايضا حيث انه بعد قول المصنف كالموجودة وقت الدعوى قال ما لفظه ضرورة تلقى الجميع من الواقف ، ولا يثبت حق أحد منهم بيمين غيره الخ فيه انه لو كان تلقى الجميع من الواقف لما يلزم على احد يمين لعدم لزومها على الواقف وانما يلزم اليمين لو كان الوقف مشروطا بها وان تلقى من المدعى فهو ليس من الواقف كى يصح التلقى منه .

وبالجملة الاشكال وارد على المصنف والشارح وغيرهما ولا بد اولا من توضيح كلام المصنف وحاصله ان الوقف اما وقف ترتيب واما وقف تشريك والاول عبارة عن ادعاء ان الواقف وقف لنفسه فقط مادام حياتي بحيث لا يكون لاحد من اولادى فى ايام حياتي وبعد فوتي يكون لاولادى .

والمراد من الثانى هو الشركة فى الوقف بينه وبين اولاده بان يقول ان الواقف وقف على وعلى اولادى معنى فالوقف على الثانى يكون له ولاولاده الموجودين او المعدومين الحاصلين بعد ذلك تدريجا بخلاف الاول فانه لا يكون لاولاده الا بعد فوته هذا هو الظاهر من الفرق بين القسمين .

والحاصل ان المراد من الثانى هو التشريك بين نفس المدعى واولاده فيكون الوقف لجميع الموجودين فعلا والموجودين بعداً ويرد على الاول انه بعد انقضاء الاولاد يكون الوقف باطلا كما فى الجواهر الا اذا ادعى وقفه لاولاده وبعد انقضائهم للفقراء ونحوه .

وايضاً يرد عليه انه لو تحقق مع بقائه اولاد كثيرة فلو كان معناه عدم دخولهم فى الوقف ما دام حياته فبعده كيف حال الاولاد المجتمعين وان الكل داخلون فى الوقف آنأ اولاً بل حكمه فى الوقف كالأول فلا يصل النوبة مادام اولاده

الاول الى الذى يتولد اولاباقيا ثم بعده يدخل فى الوقف اولاده الثانى فلا يصل الى الثالث مادام الثانى حياً وهكذا ان ادعى ان الواقف وقف لنفسى فقط وبعدى لاولاد الاول لى وبعده الثانى وهكذا وعلى الاول بان ادعى وقف لنفسى فقط وبعدى لجميع اولادى كان نتيجه الترتيب بين نفسه فقط بمعنى عدم اجتماعه مع اولاده واما بعده كان للجميع على نحو التشريك غايته بعد ايهم وانما يفرق مع الثانى فى اول الوقف واما بعده فتشريك .

والحاصل يمكن ان يتحقق بعده اولاد كثيرة بل اولاد الاولاد لوعمم الاولاد للاولاد و لازم الوقف على نفسه فقط وبعده لاولاده الاول فقط وهكذا تعطيل الجميع حتى مات الاول ثم المتولد بعده حتى مات ثم المتولد ثالثا حتى مات وهو بعيد عن مقصود الواقف جداً .

ويرد على التشريك حصول قسمة الوقف الى الاولوف كما هو ظاهر قوله صالالوقف ارباعا او اخماسا وهكذا ثم ان التشريك اظهر واسهل لكن لا بمثل تلك العبارة الموجبة لزيادة اجزاء الوقف وذلك لانه لو ادعى الوقف له ولاولاده تشريكا معناه كل من زاد فى الاولاد دخل فى الوقف ولو صار اللاحقون اولوفاً بعد ما كان قليلا واما من حيث الحلف على فرض لزومه فكل ما زاد يحلف مع قطع النظر عن سائر اشكال الحلف .

قال السيد فى عروته : اذا ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم و على نسلهم داره - مثلاً - وأقام شاهداً واحداً بناءً على جواز القضاء فى مثل ذلك بالشاهد واليمين فللمسألة صورتان .

الاولى : أن يكون الوقف تريبياً بان يكون على الطبقة الاولى ، فان انقرضوا جميعاً فعلى الثانية ، وهكذا ، وأما أن يكون وقف تشريك ، ففي الصورة الاولى اما أن يحلفوا جميعاً او يمتنعوا جميعاً أو يحلفوا بعضهم دون بعض الى ان قال :

وأما الصورة الثانية : فهي كالاولى فيمأمر . نعم في هذه الصورة اذا تجدد واحد يكون شريكاً مع الموجودين من الحالفين ، مثلاً اذا كانوا ثلاثة فتولد لأحدهم ولد يشترك معهم فتكون القسمة رباعية بعد ما كانت ثلاثية ، وهكذا اذا تولد ولد آخر ، واذا مات واحد يكون نصيبه للبقية فتكون القسمة بعد ما كانت رباعية مثلاً ثلاثية وهكذا ، والظاهر عدم الحاجة الى الحلف في اشتراك المتجدد كما اخترنا في الصورة الاولى بالنسبة الى الطبقات المتأخرة ، لكن المحقق مع قوله - بعدم الحاجة اليه فيها - ذكر الحاجة اليه في هذه الصورة ، قال : « لانّ البطن الثاني بعد وجوده يعود كالوجود وقت الدعوى » وفي الجواهر : « بلا خلاف اجده فيه » وأنت خبير بعدم الفرق بين الصورتين في التلقى من الواقف وفي الاخذ من يد السابقين ، وفي كون الوقف أمراً واحداً مستمراً ، وعلى ما ذكرنا فالمتجدد من حين تولده يصير شريكاً من غير حاجة الى اليمين بعد البلوغ وعلى ما ذكره لا يعطى الا بعد بلوغه وحلقه ، وحينئذ فهل يعزله حين تولد أولاً؟ وعلى الاول هل يدفع الى وليه أو الى أمين حتى يبلغ؟ وجوه : احوطها الاخير انتهى .

ولقد اجاد من حيث عدم لزوم الحلف بل من حيث الفرق بين القسمين نعم قديكون الدعوى من جماعة على الاشتراك وحينئذ لزم على الجميع هو الحلف في اثبات الدعوى مع شاهد يكون عدالته محرزا عند الجميع ولكن بعد الشهادة والحلف من الجميع قد تمت الدعوى وثبتت فلا يحتاج بعده الى حلف من احد ايضاً اذا صل الدعوى بمنزلة قول الواقف وقف مشتركاً فكما لا يحتاج قوله في الوقف بالحلف فكذلك قول المدعين بعد الحلف فحلف المدعين مثبت لما لا يحتاج الى الحلف نعم قديكون الدعوى كذلك في مقابل دعوى وقف الانفراد الترتيبي وهو خارج عن محل النزاع فالان في مقام انه بعد الحلف المثبت للدعوى لا يحتاج الى الحلف بعده .

واجمال الكلام ان في كتاب الوقف لاعين ولا اثر من الحلف وفي باب الشاهد الواحد واليمين كانت اليمين للمعلم بصدق دعواه لالزومه على الطبقات بداهة ان المدعى يحكى عن عمل الواقف ووقفه الذى لا يشترط بالحلف فهذه العبارات مع فسادها من جهات كالنزاع في حصول الملك للموقوف عليهم والنزاع في صحة الحلف لمال الغير والنزاع في اصل لزوم الحلف في المقام على قولنا حيث لم ار من غيرى هذا النزاع بل كل العبارات متفقة في لزوم الحلف انه يرد عليه عس او حراً وتحريراً للموقوف عليهم وكلما وجد ولد من احد صارت القسمة مضافة على ما قبلها واذا مات يرجع الى قبلها .

ومن المعلوم ان من يتولد لا يمكن له الحلف بل يصبر حتى بلغ ويتفرع عليه بالخصوص فروعاً من انكاره الحلف بعد البلوغ او قبوله او كون وليه حلف او كان له ولي يولى اولاً ومع عدمه كان الحاكم يحلف عنه تأمل وتدبر فيما قلنا . قال في القواعد ما لفظه : الثانى لو ادعى الوقف عليه وعلى اولاده وقف ترتيب خلف مع شاهده ولا يلزم الاولاد بعده يمين اخرى وكذا لو آل الى الفقراء او المصالح لانقرض البطون وان كان وقف تشريك افتقر البطن الثانى الى اليمين لانها بعد وجودها تصير كالموجودة وقت الدعوى ويحتمل فى الاول ذلك لان البطن الثانى يأخذ من الواقف لامن البطن الاول الثالث لو ادعى ثلثة بنين تشريك الوقف بينهم وبين البطون فحلفوا ثم صار لاحدهم ولد وقف له الربع من حين يولد فان حلف بعد بلوغه اخذ وان امتنع قيل يرجع الربع الى الثلاثة لانهم اثبتوه بحلفهم ولا مزاحم اذ بامتناعه جرى مجرى المعدوم ويشكل باعتراف الاولاد بعدم استحقاقهم له فيصرف الى الناكل ولا يصرّف الى المدعى عليه او لا الى ورثته الخ وتأمل في هذه وقال ابنه فى الايضاح بعد قوله : لو ادعى الوقف عليه (الى قوله) الاول ما لفظه :

اقول : (وجه الاول) ان الوقف ثبت بيمين الاول لانه المستحق الذى صح به الوقف ومن بعده تابع له فصار كالمشترى اذا ثبت الشراء بيمينه فان وارثه

لايحتمح الى يمين اخرى (ووجه الثانى) ان حق الثانى ينتقل اليه من الواقف لامن البطن الاول ولا يمكن اثبات حق واحد بيمين غيره والاصح عندى الثانى انتهى .

وفى مفتاح الكرامة بعد قوله [قدس الله تعالى روحه لوادعى الوقف عليه وعلى اولاده وقف ترتيب حلف مع شاهده] قال مالفظه هذا علم حكمه مما سبق وانما اعاده توطئة لما بعده وقديمكن الاستغناء فى هذه المسئلة بذكر قسم التشريك وبجعله قسما للسابقة وتبين الفرق.

ثم بعد قوله : [ولا يلزم الاولاد بعده يمين اخرى] قال كما فى (الشرايع) و(التحريير) فى اول كلامه و(الارشاد) فى باب الشهادة و(الدروس) و(المسالك) وهو اشهر القولين كما فى (المسالك) لان هذا القول مبنى على تلقيهم له من مورثهم استنادا الى ما تقدمت الاشارة اليه من انه قد ثبت كونه وفقا بحجة فيستدام كما لو ثبت بشاهدين ولانه حق ثبت لمستحق فلا يفتقر المستحق بعده الى اليمين كما لو كان اثبت الوارث للمدعى ملكا الى آخر ما ذكرنا بل احتملنا عدم الحلف وان كانوا يأخذون عن الواقف لان كانوا خلفاء عن المستحقين اولا فلا يحتاجون الى اليمين كما اذا اثبت الوارث ملكا للميت بشاهد ويمين وللميت غريم فان له ان يأخذه بغير يمين ثم بعد قوله:

(وكذا لو آل الى الفقراء والمصالح العامة لانقراض البطون) قال عطف المصالح العامة على الفقراء يدل على ارادة غير المحصورين و(ح) لاتوجه اليمين جزما لعدم الانحصار وقد علمت فيما مضى انه قيل ح ببطلان الوقف لانه لا يثبت من دون يمين وهى هنا متعذرة فيرجع ارثا او تعود الى الواقف الى آخر ما ذكرناه ويحتمل ثبوت الوقف وان تلقاء من الواقف لمكان الضرورة الناشئة من تعذر اليمين .

ثم بعد قوله (قدس الله تعالى روحه وان كان وقف تشريك افتقر البطن

الثانى الى اليمين) قال قطع به الاصحاب من غير نقل خلاف لان البطن الثانى على تقدير التشريك بمنزلة البطن الاول فى انه يتلقى الوقف من الواقف بلا واسطة فلم يكن له شىء منه بغير يمين بخلاف الاول فانه يتلقى الوقف بواسطة البطن الاول فكان كالتابع فلذا وقع فيه الخلاف وقال بعض الناس انما يفتقر البطن الثانى الى اليمين فى التشريك ما لم يحكم الحاكم بثبوت الوقف وفيه تأمل لان البطن الثانى كالبطن الاول اذا حلف بعض ونكل آخر الا ان نقول هنا قد حكم الحاكم على المال جميعه بانه وقف وقد يقال انه انما ثبت فى حق البطن الاول ثبوتاً متمزلاً لا فتأمل جيداً ويأتى ما يشير الى ذلك .

قوله (قدس الله تعالى روحه ويحتمل فى الاول ذلك) هذا الاحتمال خيرة الايضاح لما ذكر المصنف من الاخذ من الواقف لامن البطن الاول فلا تثبت لهم يمين غيرهم وقد عرفت الحال فى المقام ويبقى الكلام فيما اذا نكلوا فيحتمل انه يختص بهم ميراثاً و يكون حكمه حكم الوقف من الحجر عن التصرفات ولم يشار كهم غيرهم من ورثة الواقف الاقربين لاثبات مورثهم اختصاصهم به وقفاً كما اذا ثبت اختصاصهم بملكية شىء وفيه تأمل فتأمل .

ثم بعد قوله (قدس الله تعالى روحه وقف له الربع من حين يولد) قال اى يعزل له نساء الربع الى حين بلوغه ورشده ولا يعطى ولا يسلم الى وليه على اصح الاحتمالين لعدم ثبوت الحق له بالفعل بمجرد اقرار الموقوف عليهم الموجودين المتصرفين كما اذا كان اقرارهم بغير الموقوف قال فى (المسالك) والفرق بينه وبين الاقرار انه منحصر فى انفسهم ولهذا لم يلزم فيه يمين بخلاف الوقف فان اعترافهم به اعتراف فى حق البطون اللاحقة وفى حق انفسهم ومن ثم احتيج مع اعترافهم الى اليمين مع الشاهد وفيه نظر فان البطون اللاحقة انما لهم حق فى العين لافى النماء بالفعل فانه منحصر فى الموجودين فبناء على

ذلك يلزمهم ان يعطوا نماء الربع الى وليه ليصرفه فيه كغيره من الاموال اذا اقرا به للطفل لان النماء الموجود بالفعل الذى لا ياحتمل ان يوجد آخر فيشار كهم فيه ملك لهم منحصر فيهم لولا هذا الطفل نعم للبطون الاخر نصيب فى العين كما عرفت ومن هنا يظهر قوة الاحتمال الثانى فيما اذا بلغ و نكل وهو انه يصرف اليه كما يأتى لولا ما فيه من انه يستلزم اسقاط اليمين عنه رأسا وقد قالوا انه لا بد من اليمين كما يأتى الكلام فيه .

ثم بعد قوله (قدس الله تعالى روحه فان حلف بعد بلوغه كاملا اخذه) قال ولا استبعاد فى الحلف كما تقدمت الاشارة اليه لامكان تحصيل العلم بسماعه ذلك من جماعة يحصل بقولهم العلم ومن جعلتهم الشاهد والشركاء .

قوله (قدس الله تعالى روحه وان امتنع قيل يرجع الربع الى الثلثة) القائل هو الشيخ رحمه الله تعالى فى (المبسوط) وفى (الارشاد) نسبه اليه ولم يتعقبه بشيء والوجه فيه ما ذكره المصنف من انهم اثبتوه لانفسهم قبل وجوده بحجة شرعية وهو بنكوله صار بمنزلة العدم فكانه لم يوجد فيكون الكل لهم كما كان وقد اورد الشيخ على نفسه ما اوردته عليه المحقق والمصنف هنا وفى (التحرير) من اعتراف الاولاد بعدم استحقاقهم له واجاب فى (ط) بان الاقرار اذا استند الى سبب فلم يثبت عاد المقر به الى المقر وورده فى (غايه المراد) و (المسالك) بما حاصله ان السبب ثابت فى حق المقر بحلفه مع الشاهد وان لم يثبت فى حق المقر له ولازم ذلك انتقال المقر به عن ثبت السبب فى حقه وان لم يثبت فى حق الاخر قلت ولا يمكن الجواب عن هذا بما اجبنا به هناك فيما اذا ادعى جماعة مال المورثهم ويدفعه ايضا ان النكول قد يكون استعظاما لليمين اول عدم معرفته لصغره وعدم سماعه فهو يدعيه ويقول انه له لكنه لم يحلف فكيف يحل لهم الاخذ بمجرد نكوله انتهى .

وكيف كان فمحصل ما يستفاد من كلمات القوم ان البطن اللاحق ان تلقى

الوقف من الموقوف عليهم فلا حلف عليهم وان تلقى الوقف من الواقف فعليهم حلف ومحصل الرد عليهم بعد التكرار انه على فرض التلقى من الواقف ايضاً لايمين عليهم اذ لايمين في صيغة الوقف ولا يشترط وقفه باليمين حتى يلزم التلقى باليمين منه .

والعجب عن انه كيف لا يتوجه اليه احد مع ان المسألة من مصاديق سماع قول الشاهد الواحد مع يمين المدعى ومن المعلوم ان يمينه لاثبات ادعائه وبعد الثبوت اثبت ما يصد عن الواقف وفعله فكانه صدر عنه ولا يشترط باليمين كي يجب على من يتلقى منه الوقف اليمين .

ثم ان هذا كله على فرض حصول الملكية والأفلاح لاحد في المؤبد سوى الانتفاع وهو لا يوجب الحلف وقد عرفت انه لا دليل لاحد من حيث الاخبار على حصول الملكية للموقوف عليهم بل لا يمكن الحلف اصلاً من جميع الافراد في وقف العام فلولا لزم الحلف على كل من الموقوف عليهم لزم الحلف على المصاديق من الموقوف عليهم الى يوم بقاء الوقف وكيف يمكن الحلف من اشخاص الغير المحصورين الى يوم القيامة قال في الجواهر بعد قول المصنف وفي الوقف اشكال ما لفظه بل وخلاف فعن الشيخ في الخلاف المنع مطلقاً الى ان قال وفي الدروس والمسالك وغيرهما الثبوت بهما اذا كان خاصاً الى ان قال:

بعد قول المصنف والاشبه القبول لانتقاله الى الموقوف عليهم ما لفظه لكن قد يشكل في مثل العام بعدم صحة اليمين من أحد الموقوف عليهم وان قلنا بالانتقال فيه الى الموقوف عليهم ، ضرورة كونهم حينئذ كمستحقى الزكاة والخمس والوصية على الوجه العام ، كما أنه قد يشكل أصل المنشأ المزبور بامكان القول بالاكْتفاء بملك المنفعة الذي لا اشكال في كونها ملكاً للموقوف عليهم وان لم نقل بكونه ملكاً لهم ، وفي القواعد في كتاب الشهادات «الأقرب جريانها في حقوق الأموال كالأجل والخيار والشفعة وفسخ العقد وقبض نجوم الكتابة وفي

النجم الآخر اشكال « الى غير ذلك من كلماتهم المبتنية على اندراج مثل هذه الافراد فى الضابط المزبور وعدمه .

وفى الرياض « لابد من تحقيق معنى تعلق الدعوى بالمال الموجب لقبول القضاء بهما هل هو التعلق المقصود بالذات من الدعوى أو مطلق التعلق ولو بالاستتباع ؟ والذى يقتضيه النظر فى كلماتهم أن المراد به هو الاول ، ولذا لم يثبتوا بهما النسب والرجعة بلا خلاف أجده ، بل عليه الوفاق فى المسالك مع انهما يستتبعان المال من النفقة ونحوها بلا شبهة ، وحينئذ فالأقوى فى النكاح عدم الثبوت مطلقا وفى الخلع على التفصيل انتهى .

وقوله اذا كان خاصا لان الخاص يوجب الملك وهذه الكلمات كلها ظاهرة فى عدم جريان بحث الشاهد واليمين فى غير المال فالنزاع العظيم فى اخبارهما واقع فى المال وعدم جريانهما فى مطلق الحقوق كما مر وانما ينتج بحال من ذهب الى ان اخبار الشاهد واليمين نعم مطلق الحقوق مع قوله بعدم الملك فى الوقف بل قوله فى مثل العام ظاهر فى انه على فرض الملكية ايضا لا يصح الحلف من جهة عدم محدودية المالك وعلى هذا الفرض يجب على كل من تولد عن الموقوف عليهم الحلف عند البلوغ وقال ايضا قبيل ذلك ما لفظه : نعم قديتوقف فى الخلع اذا ادعاه الزوج وان أطلق جماعة المنع منه ، بل فى الروضة نسبتها الى الأكثر لتضمنه حينئذ دعوى المال وان انضم اليه أمر آخر ، بل فى الروضة « ينبغى القطع بثبوت المال كما لو اشتملت الدعوى على الامرين فى غيره كالسرقة فانهم قطعوا بثبوت المال » وقواه فى الرياض ، وحكى عن الدروس الجزم به ، وفى المسالك الوجه قبوله بهما ناقلا عن العلامة فى أحد قوليه .

وأما العتق فالمشهور عدم ثبوته بهما ، لمعلومية عدم مالية الحرية ، ولكن عن بعضهم ثبوته بهما ، لتضمنه المال من حيث ان العبد مال للمولى ، فهو يدعى زوال المالية ، وظاهر اللمعة عدم الخلاف فى المنع من القبول فى التدبير والكتابة

والاستيلاء ، لكن في الروضة ظاهره عدم الخلاف ، مع ان البحث آت فيها ، وفي الدروس ما يدل على أنه بحكم العتق لكن لم يصرحوا بالخلاف ، فلذا أفردتها ، وفي المسالك اختلف كلام الفاضل في القواعد والتحريم ، ففي كتاب العتق والتدبير قطع بثبوتهما بهما من غير نقل خلاف ، وفي هذا الباب قطع بعدم ثبوتهما بهما كذلك ، انتهى فالنزاع العظيم في المال فالمسألة التي محل كلام عند الاعلام كيف تجرى فيها هذه الفروع المشككة على المكلفين وغير صحيحة عند الاكثر بمجرد صحتها عند المصنف من غير تذكرة بانها لا يصح عند من لا يوجب الملكية في الوقف والحال ان صحة ما في المتن يحتاج الى طي مراحل حتى تصل الى الصحة. الاولى اثبات الدليل على الملكية للموقوف عليهم . الثانية صحة الحلف على مال الغير. الثالثة صحة شرطية الحلف في الوقف .

فان قلت الدليل على الملكية لزوم كون الملك بلا مالك لانه بالوقف خرج عن ملك الواقف فلو لم يكن ملكا للموقوف عليهم لزم كون الملك بلا مالك قلت قد عرفت مكررا عدم الاشكال فيه .

وقد عرفت في وجه عدم انتقال التركة الى الوارث وان دليلهم على الانتقال عدم لزوم الملك بلا مالك وتفصيله قد مر كما في موارد الاعراض عن المال ووقوع المال في قعر البحر .

وقد ورد في ذلك خبر الشعيري « سألت الصادق عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر فاخرج بعضها بالغوص واخرج البحر بعض ما غرق منها ، فقال : أما ما أخرجه البحر فهو لأهله ، الله تعالى أخرجه لهم ، وأما ما أخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به » وجه التفصيل معلوم فان ما أخرجه البحر لم يكن له اعراض بخلاف ما أخرجه الغوص فهو حينئذ بلا مالك بعد اعراض المالك عنه والا لم يكن مالا لمخرجه هذا مضافا الى عدم بطلان كون المال بلا مالك وعدم لزومه في المقام اذ بالوقف صار المال لملكه الاصلى وهو الله تعالى .

فان قلت المال الواقع فى البحر ليس من مصاديق الاعراض فان الاعراض ما اذا رفع المالك المال عن نفسه بيده واختياره من دون ميل اليه اصلا بخلاف ما اذا رفع عنه اليد بلا اختيار بحيث يأس عن وصوله فانه ليس باعراض ولذا ذهب عنه بالتاسف ورجاء وصوله اليه فالفرق بينهما واضح قلت ان المقصود ان موارد الاعراض كان الملك بلا معارض .

ومنها وقوع المال فى البحر فانه بمجرد وقوعه فيه عد بمنزلة التالف الخارج عن ملكية مالكة بحيث لا يبقى له من علقه المال اصلا حتى حق الاختصاص كالخمر الخارج عن الملكية مع بقاء حق الاختصاص لامكان انقلابه الى الحل فلا يجوز تملك احد خمر الاخر مع بقاء حق الاختصاص بخلاف المال الواقع فى البحر فان خروجه مساوق لخروجه عن ملكه فانه من التالف الذى لا يبقى له حق الاختصاص اصلا فلا اشكال فى كونه حينئذ بلا مالك فلو بقى حق الاختصاص لما يجوز اخذه للغوص ولا يدخل فى ملكه .

وقد افاد بعض الكلام فى المقام المحقق الضياء الدين العراقى فى شرح التبصرة فقال ما لفظه :

الاولية ، وأما لو ملكه غيره بالغوص فهو بنفسه أيضاً مانع عن الرجوع الى صاحب المال ، ولا يبعد مساعدة الاعتبار ايضا على ذلك بل يرمى اليه ايضا التعبير فى الخبر فى الفقرة الاولى (الله اخرجهم لهم) حيث ان الظاهر منه كون الامتنان فى اخراجه لهم لافى تملكهم اياه جديداً ، كما ان الفقرة الاخيرة عبر (بانه احق) ان مثله يشعر بكونه من صفريات من سبق الى شىء فهو احق الوارد فى المباحات التى كان الناس فيه شرع سواء ، ولازمه كون المال بمنزلة التالف الخارج عن ملكية المالك على وجه لا يبقى لهم حتى حق اختصاص قابل لترقيه الى مرتبة الملكية . كيف ومعه لامجال لتملك الغير بالغوص ، نظير عدم سلطنة أحد على ائبات اليد على ما هو متعلق حق اختصاص الغير كما هو ظاهر .

فظهر مما ذكرنا ان وجه أحقية المالك له ليس من جهة بقاء حق اختصاصه بالمال الموجب للملكية له بعد خروجه نظير بقاء حق الاختصاص في الخمر القابل لصيرورته خلا للموجب لصيرورته ملكا بعد ما يصير خلا : كما انه ليس وجه التفصيل بين المخرج بنفسه او بالغوص كون المورد من صغريات خروج المال عن الملكية بالاعراض ودخوله فيه بالرجوع عن أعراضه قبل تملك الغير .

وذلك لأن الظاهر من الرواية ان بنفس الخروج يدخل في ملكه بلا احتياج الى رجوعه عن أعراضه السابق ، مع ان مجرد انقطاع يد المالك عن المال قهراً لا يقتضى تحقق الأعراض المخرج ان الملكية بل الأعراض امر قصدى لا بد من قصده المعلوم عدم خطوره ببال المالك في المقام أصلاً ، وأضعف من ذلك ادخال التفصيل المزبور في صغريات الاباحة لما يأخذ نظير نثار العرس ، اذ مثل ذلك المعنى ايضا فرغ قصده اليه المعلوم عدم تحققه من المالك عند عبوره عن محل غرق فيه ماله . وبالجملة لا مجال لتطبيق مضمون الرواية على القاعدة الاعلى ما ذكرنا ولقد اشرنا الى ان اعتبار العرف ايضا مساعد لذلك بل ويمكن استفادته من الرواية ايضا كما لا يخفى والله العالم هذا انتهى .

وكيف كان فلا اشكال فيما افدناه على فهمي القاصر وعلى الله الاستعانة وقد الجئتمنى الى التكرار كثرة الفروع الغير الثابتة اصلها فقال المصنف ﴿ فلو ادعى اخوة ثلاثة ﴾ مثلاً ﴿ ان الوقف عليهم وعلى اولادهم مشتر كأفحلّفوا مع الشاهد ﴾ ثبت ذلك بالنسبة اليهم ولم يتعلق فيه حق وصية ولا دين ولا حق ارث لغيرهم ، فاذا كان كذلك ﴿ ثم صار لاحدهم ولد ﴾ مثلاً ﴿ فقد صار الوقف ارباعاً ﴾ بعد ان كان أثلاثاً وان صار لآخر ولد ايضا صار الوقف اخماساً .

وكيف كان فان كان المراد من المتن ادعاء ان الواقف وقف عليه وعلى اولاده كذلك وان الواقف شرك بينه وبين اولاده بحيث كان دعواه جعل الواقف كذلك كما هو الظاهر من دعوى الوقفية عليه وعلى اولاده فله وجه من حيث ان

الدعوى كون الوقف كذلك .

وقد عرفت مكر را ان الدعوى او الشهادة والحلف كلها كان راجعا الى الواقف وكيفية الوقف وانه خاص او عام وعلى نحو الانفراد او التثريبك بلا دخل للمدعى اصلاً أفلاترى قول المصنف قبلاً حيث قال ولا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً اى لا يجوز حلف من لا يعرف بما يحلف .

ومثل هذا الحلف كيف يتحقق لمن لاعلم له باصل الوقف فضلاً عن كفيته لان المدعى الذى يقبل قوله هو العالم بالوقف من الواقف وان الواقف وقف كذا وشهد له شاهد بذلك وفي الشاهد يشترط العدالة ولازمه علمه بان وقفية الواقف يثبت استدامة الوقف كما ابتدائه فالباطن اللاحق الحاصل بعد سنين كثيرة وفناء الواقف واهله كيف يعلمون بالوقف وكيفيته من الواقف حتى يشهد له الشاهد وكيف يحلفون على الوقف وانما يعلمون بان العين الموقوفة فى ايديهم بادعاء السابق والسابقين وليس ذلك داخلاً فى الاخبار فان الظاهر منها دعوى شخص وقفية شىء عن علمه بذلك مع شاهده ويمينه لادعوى المستند الى علم السابق فالسابق ، فاللازم هو حلف واحد من المدعى الاول لاثبات استدامة الوقف . وحيث ان مجرد دعواه غير مسموع ضم الشارع اليه اليمين فيثبت بدعواه وفقاً ادعائية لنفسه او بعده بنحو ما ادعاه تشرىكا او انفرادا بيمين واحد ❀ ولا تثبت حصة هذا الولد مالم يحلف ، لانه يتلقى الوقف عن الواقف ، فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى ، و❀ حينئذ ❀ يوقف له الربع ❀ .

والحاصل بعد ما عرفت من مفاد الصيغة وان المدعى بشاهده ويمينه اثبت مفاد الصيغة يمكن استظهار ان التثريبك وعدمه ليس بيده بل وظيفته دعوى ما علم من الوقف والواقف من تخصيصه بالعلماء او الفقراء او المؤبد او المنقطع ولا يكفى منه مجرد الشهادة على الوقفية ولا يثبت بنحو الاطلاق لبداهة انه يمكن كونه وقفا على الطلاب لا غير .

والمدعى لو ادعى وقفا مطلقا وعلى السادات او الفقراء غير كاف فجميع القيود والتعينات بيد الواقف وفي صورة النزاع لا بد من المدعى للوقفية ان يدعى على طبق علمه بالكيفية والا فلا يصح منه الشهادة اذا كان على خلاف رأى الواقف فيكون الشهادة واليمين مجهولا وليس الامر بيد المدعين اصلا فاذا وقف الواقف لنفسه ولاولاده لا بد من ادعاء المدعى بهذا النحو وحينئذ يكون وقفا الى آخر اولاده طبقا عن طبق ولو بلغ البطون الى الالف من غير الاحتياج الى حلف اصلا بل بحلف الاول للمدعى يثبت صيغة الوقف كما وقف فلا يصير الوقف ارباعا وهكذا.

وكيف كان فبناء على صحة تلك الفروع * فان كمل * بالبلوغ والرشد * وحلف * لحصول القطع له بالتسامح أو غيره * أخذ * الربع وغلته المتجددة بعد ولادته كما فى المسالك * وان امتنع * ففى المسالك فى مصرف الربع وجوه : أحدها ما * قال * -هـ * الشيخ * فى مبسوطه من أنه * يرجع ربه على الاخوة لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم ، و * الولد * بامتناعه جرى مجرى المعدوم * .

وفى الجواهر ولأن الواقف جعل الثلاثة أصلا فى الاستحقاق ثم أدخل من يتجدد على سبيل العول، فاذا سقط الداخل فالقسمة بحالها على الأصول كما كانت، فهو حينئذ مثل ما اذامات انسان وخلف الفأفجاء ثلاثة وادعى كل واحد الفأ على الميت وأقام شاهداً ، فان حلفوا معه فالألف بينهم ، وأن حلف أثنان فهى لهما ، وان حلف واحد فهى له انتهى .

وقوله لان الواقف جعل الثلاثة اصلا فى الاستحقاق كما ترى لان المراد بالواقف ان كان هو المدعى فهو اجنبى عن الواقف وان كان من وقف فهو وقف على خلاف ذلك تامل فى جميع ما ذكرنا وقد اشار المصنف الى بعض الاشكالات بقوله * وفيه أشكال ينشأ من اعتراف الاخوة بعدم استحقاق الربع * فلا يجوز لهم اخذه وحيث لا يتم ما ذكره عندنا فنكتفى بما افاد المصنف فقال * ولومات

أحد الأخوة قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاة الميت لان الوقف صار اثلاثاً وقد كان * وقف * له الربع الى حين الوفاة * فيضاف اليه نصف سدس ويوقف له * فان بلغ وحلف اخذ الجميع ، وأن رد * فعلى قول الشيخ * كان الربع الى حين الوفاة لورثة الميت والأخوين ، والثلث من حين الوفاة للأخوين ، وفيه أيضاً اشكال كالاول * وعلى غيره يرجع الى الناكل ،

وبالجملة روح جميع هذه الفروع تحقق الملك للموقوف عليهم وهو خلاف وعلى تسليم صحة الملك يكون يمين المدعى لاثبات مال الغير وهو على خلاف الاجماع فان قلت سلمنا عدم الملك فى وقف العام ولكن لزوم الملك فى وقف الخاص مسلم قلت اولاً تلك الفروع فى الوقف العام وثانياً لم يصح الشهادة فيما كان ملكاً لكون اليمين على مال الغير والله العالم .

المسألة الرابعة لو ادعى عبداً * فى يد آخر * وذكر أنه كان له وأعتقه فأنكر المتشبه * به * قال الشيخ : يحلف مع شاهده ويستنقذه * وفى الجواهر لانه يدعى ملكاً متقدماً ، وحبته تصلح لاثباته وأن ترتب عليه العتق بعد ذلك باقراره كمسألة الاستيلاء السابقة .

* * * * * لكن قال المصنف وتبعه غيره : * هو بعيد ، لأنه لا يدعى مالاً * بل يدعى حرية العبد ، وهي ليست مالاً ، بل ولا من حقوقه ، فلا تثبت بشاهد و يمين ، بل لو سلم ثبوت العتق بهما فهو فيما اذا ادعاه العبد لالمولى الذى يدعيه لغيره . وفيه أنه لافرق بينهما فى عدم كون الحرية مالاً فى كونها متعلقة بمال انتهى . ولا يخفى ان معنى الحلف ان هذا العبد ليس من اموال المتشبه بل هو حر والحلف اذا اخرج المال عن اموال الشخص غير مسموع وعلى كون المعيار على الحقوق ايضاً معناه حقوق نفس المدعى لا الغير وهذا المورد من حقوق الغير وهو العبد فقول المصنف اظهر واقرى الا ان يقال اخراج العبد عن قيد الرقية من افضل العبادات وثوابه لمن انجاه عن الرقية فيكون من حقوق الراجعة

الى الحالف بل لادلة ترجيح الحرية على الرقية ويضعف بان الثواب فى الامور الراجحة لافى امر غير جائز او غير مؤثر فالاصل والظاهر للمتثبت ، الا ان يقيم المدعى البيينة على ذلك .

المسألة * الخامسة لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً فان كان * ذلك موجباً لمال كما لو كان * خطأ أو عمد الخطأ حلف * معه * وحكم له ، وان كان عمداً موجباً للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد * لعدم تعلقه بالمال حينئذ * و * لكن ان * كانت شهادة الشاهد لوئاً * و قرينة لصدق المدعى كما اذا وجد رجلا مع السكين المتلطح بدم عند القتيل فتكون الشهادة بكونه قاتلاً مقرونة بالصحة .

* و * ح * جازله اثبات دعواه بالقسامة * التى يثبت بها القصاص فى سائر افراد اللوث والمراد بالقسامة يمين خمسين رجلا او خمسين يميناً من واحد لو لم يكن رجلا

ولا يخفى منافات روايات باب القتل مع روايات الشاهد واليمين بل صريح تلك الروايات ينا فى المدعى مع الشاهد واليمين اذ تلك الروايات صريحة فى ان البيينة والشاهد والقسامة كلها على المدعى عليه المنكر للقتل بل اطلاقها يعم الخطاء وشبه العمد .

وتفصيل المصنف هنا بين القتل الخطاء وشبه العمد وقبول الدعوى للاولين من حيث كونه مالا على خلاف التفصيل فى محله حيث فصل هناك بين قتل العمد وغيره من حيث ان غير العمد له خمسة وعشرين حلفاً والعمد خمسين حلفاً والروايات ايضا جعل البيينة على المنكر واليمين على المدعى على خلاف موازين القضاء غاية الامر يمين المدعى بخمسين رجلا .

مثل موثقة ابى بصير عن ابى عبد الله عليه السلام قال ان الله تعالى حكم فى اموالكم ان البيينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه وحكم فى دماءكم ان البيينة

على من ادعى عليه واليمين على من ادعى لثلاً يبطل دم امرء مسلم ومنها مارواه في العلل وفي عيون اخبار الرضا عليه السلام باسانيده عن محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام في ما كتب اليه من جواب مسائله في العلل والعلة في ان البينة في جميع الحقوق على المدعى واليمين على المدعى عليه ما خلا الدم لان المدعى عليه جاحد ولا يمكنه اقامة البينة على الجحود لانه مجهول وصارت البينة في الدم على المدعى عليه واليمين على المدعى لانه يحتاط به المسلمون لثلاً يبطل دم امرء مسلم وليكون ذلك زاجراً او ناهياً للقاتل لشدة اقامة البينة على المجحود عليه لان من يشهد على انه لم يفعل قليل واما علة القسامة ان جعلت خمسين رجلاً فلما في ذلك من التغليظ والتشديد والاحتياط لثلاً يهدر دم امرء مسلم الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة الآتية في محلها انشاء الله .

وظاهرها الاطلاق في مطلق القتل وان خمسين قسامة بهذا التفصيل لمطلق القتل كما ان ظاهرها عدم السماع بشاهد واحد مع يمين واحد في غير العمد . وكيف كان فما افادها مناف لما افاد هناك فان تلك الروايات لا ارتباط لها بباب الشاهد واليمين .

ومن ذلك يظهر ما في كلام ابن حمزة بل في الجواهر من تصديقه في الجملة قال ما لفظه : خلافاً لما عن ابن حمزة ، فجعل الشاهد الواحد في القتل عمداً بمنزلة خمس وعشرين يميناً ومرجه الى قبوله في مثل ذلك ، وربما كان موافقاً لما ذكرناه سابقاً من كون المستفاد من النصوص ان العنوان حقوق الناس التي تثبت بالايمان بخلاف حقوق الله وحقوق الناس العامة ، مثل رؤية الهلال ، فتذكر وتأمل انتهى وظاهره قبول الشاهد الواحد اذا ضم الى يمينه خمسة والعشرين يميناً فهو على خلاف صراحة لزوم خمسين يميناً في القتل عمداً بحيث لا يقبل النيابة الا ما صرح به الشرع كما لو لم يكن خمسون رجلاً فانه ينوب عنه خمسون يميناً من الواحد .

واما جعل الشاهد الواحد فمردود في باب القتل فلا ينوب لاعن الاكثر ولاعن الواحد بعنوان الشاهد فضلا عما اذا كان بمنزلة خمسة وعشرين يمينا كى يضم اليه خمسة وعشرين اخرى فاللازم في الثبوت خمسون رجلا حالقين او واحد يحلف مكررا بقدر الخمسين وكون الشاهد الواحد بمنزلة خمسة وعشرين لا ينطبق على احدهما ولا يدخل في اخبار الباب .

واما قول الجواهر من باب ادخال ذلك في عموم اخبار مطلق الحقوق فهو غير تام ايضا لامن حيث تعميم الروايات لمطلق الحقوق لما عرفت من انه حق بل من باب ان الشاهد الواحد حجة في اثبات المال او مطلق الحقوق في غير القتل الذي مورد الكلام فالشاهد الواحد في باب القتل مطلقا خارج عن محل الكلام ولو في غير العمد الذي مالى فلا يسمع الدعوى في الخطأ وشبه العمد ايضا بالشاهد الواحد ولا في العمد مع ضم خمسة وعشرين يمينا الى الشاهد الواحد بل الظاهر ان امر القتل مطلقا قد خرج عن الشاهد الواحد واليمين فانه صريح قوله **عَلَيْهِ مَا خَلَى الدَّم** .

وقوله وحكم في دماءكم الخ وكيف كان فظاهر المتن هو القبول بشاهد واحد مع يمين واحد من المدعى وتحقيقه اكثر من ذلك في محله فالمسلم انه في القتل العمدى مع اللوث والقرينة القطعية كمن دخل داره فيرى قتيلا مع رجل بالسكين ونحو ذلك يثبت القتل بيمين خمسين رجلا من صاحب السدم او خمسين يمينا من المدعى الواحد لولم يكن احد حاضرا عند القتل .

وكيفية الحلف من القوم او خصوص المدعى انه بالله انك قد قتل هذا الشخص وحينئذ يحكم بالدية كما عن المفيد والشيخ والقود كما عن ابن ادريس وهو الحق فان خمسين يمينا في القتل العمدى قطعا دون غيره وكيف كان فالمسلم ان القسامة اى خمسين يمينا من خمسين رجلا او من الواحد في القتل العمدى موجب للقود الا اذا اختار صاحب الدم بالدية .

وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف فى القواعد ويحلف المدعى مع اللوث فى دعوى الدم ما هو لفظه سيأتى انشاء الله بمنه وكرمه ان اللوث امارة يظن بها صدق المدعى فيما ادعاه من القتل كوجود ذى سلاح ملطخ بالدم عند قتيل فى دمه او فى دار قوم او قريتهم ونحو ذلك فاذا كان كذلك حلف المدعى خمسين يمينا كما يأتى فى محله وهذا الحكم ثابت بالاجماع والنصوص انتهى .

وكيف كان فحاصل المتن فى دعوى القتل هو التفصيل بين كون القتل خطأ محضا وشبه عمد كما اذا اراد ضربه تأديباً ونحوه فقتل ومات وبين كونه عمدا محضا وفى الاولين حيث كان موجبا للدية يقبل الشهادة مع يمين المدعى كغير موارد القتل مما يوجب المال ان موارد المال يعم القتل ونحوه فلا يحتاج الى القسامة .

واما فى القتل العمدى المحض لا يكفى شاهد الواحد مع يمين المدعى بل مع القرينة القطعية عليه يحتاج الى القسامة وهى يمين خمسين رجلا من صاحبى المقتول ومع كونه اقل ضم اليه من يمين المدعى وتكر رحتى يتم الخمسين وان لم يكن رجل اصلا يحلف المدعى خمسين حلفا .

وهذا بخلاف عبارته فى كتاب القصاص فانه فصل بنحو آخر اقرب الى اطلاق الرايات وهو خمسون يمينا فى القتل العمدى وخمسة وعشرين فى الخطأ وشبه العمد قال هناك :

الثانى فى كميتها وهى فى العمد خمسون يمينا فان كان له قوم حلف كل واحد يمينا ان كانوا عدد القسامة وان نقصوا عنه كررت عليهم الايمان حتى يكملوا القسامة وفى الخطاء المحض والشبيه بالعمد خمس وعشرون يمينا ومن الاصحاب من سوى بينهما وهوا وثق فى الحكم والتفصيل اظهر فى المذهب ولو كان المدعون جماعة قسمت عليهم الخمسون بالسوية فى العمد والخمس والعشرون فى الخطاء انتهى .

ولا يخفى ان التسوية بينهما هي المطابق لاطلاق الاخبار فلزم في القتل مطلقا خمسون يمينا من خمسين رجلا او من رجل واحد ولو كان المدعون متعدداً قسم الخمسون عليهم واذا كانوا خمسة مثلاً كان على كل واحد عشرة يمينا .
ثم ان المراد باللوث كما في عبارة المصنف في القصاص امانة يغلب معها الظن بصدق المدعى وفي الجواهر في باب القسامة قال اللوث وهو في اللغة القوة او من التلوث وهو التلطيخ وعلى كل حال فهو مناصب لما تسمعه من المراد به هنا في لسان الفقهاء وان لم نجد في شيء مما وصل اليها من النصوص الا انه لا يرب في اعتباره عندنا فيها الخ .

وكيف كان فالمراد باللوث قرينة قوية على اليقين بالقاتل كقرينة رجل معه السلاح المتلطيخ بالدم وقد فرغ من المقتول في حال الاضطراب والوحشة فانه لوث اي قرينة على تعيين القاتل ويشهد عدل بانه قاتل فهو لوث وقرينة على الثبوت مع القسامة ولم يثبت بشهادة واحد مع يمين المدعى .

وبالجملة اذا كانت قرينة على الثبوت تثبت الدعوى بالقسامة وهي خمسون رجلا حلف من صاحبي الدم وان كانوا اقل من الخمسين اكمله باليمين مثلاً ان كان صاحبا الدم خمسة وعشرين رجلاً قسم خمسين يمينا عليهم فعلى كل واحد حلفان ثم ان ثبوت القتل العمدي موجب للقصاص لا التخيير بينه وبين الدية الا ان يختار صاحب الدم بالدية خلافا لما يظهر من محكى النهاية من القول بالدية قال في المختلف ما لفظه :

مسألة قال الشيخ في «النهاية» [وصفة القسامه أنه] اذا لم يوجد في الدم رجلان عدلان يشهدان بالقتل ، فأحضر ولي المقتول خمسين رجلاً من قومه يقسمون بالله تعالى على أنه قتل صاحبهم ، فاذا حلفوا قضى لهم بالدية ، فان حضر دون الخمسين ، حلف ولي الدم بالله من الايمان ما يتم بها الخمسين وكان له الدية ، فان لم يكن له احد يشهد له حلف هو خمسين يمينا ، ووجبت له الدية

وهو قول المفيد رحمه الله .

وقال ابن ادريس : الصحيح ان له القود ، وقد رجح شيخنا عن هذا القول الى ما اخترناه في الجزء الثاني من كتاب «النهاية» وقال بما قلناه ، وكذا في مسائل خلافه ، ومبسوطه .

واقول : لامنافاة بين كلامى الشيخ ، لانه قصد هنا اثبات ما يوجب الدعوى وهو : اما الدية - ان كان القتل خطأ ، او عمد الخطأ - أو القصاص فى العمد ولما كان الاصل عدم العمدية اقتصر على ذكر الدية ، لاعلى معنى انه الواجب فى الجميع لا غير انتهى .

اقول ظاهر العبارة ان خمسين رجلا مبنى على عدم شهادة رجلين عادلين اى البينة واما معها فيثبت القتل ثم ان الكلام ان كان فى القتل خطأ او شبه العمد فثبوته موجب للدية وان كان فى القتل العمد فهو موجب للقصاص كما عليه ابن ادريس فالمنافاة بين قولى الشيخ بين فلا يتم الاصلاح الذى ذكره قده والله العالم .

وتفصيل الجميع هو كقول الى محله وان كان ليس فيها كثير اشكال اما كونها خلاف قاعدة المدعى والمنكر فهو مضافا الى النص المعلل ، سره كان على القاعدة فانه لو كان اليمين على القاتل المنكر للقتل لسهل الامر عليه ولذا شد الامر عليه لئلا يقدم الناس على القتل فان قلت تعدد اليمين اشد قلت ليس الامر كذلك فان اليمين على الشخص واقعة على السهولة ولو متعدداً بخلاف اثبات البينة وتمام الكلام فى محله انشاء الله .

﴿ خاتمة تشتمل على فصلين الاول فى كتاب قاض الى قاض ﴾ واعلم انك قد عرفت فى مسألة عدم تعرض حاكم لحاكم آخر ان حكمهم حجة لنفسهم ولا يجوز لحاكم التعرض لحكم حاكم آخر لان كل حاكم ان بلغ مرتبة الاجتهاد ويكون مصداقا لقوله ﷺ من عرف احكامنا الخ فقولته حجة لنفسه ومقلديه والا

فلا يكون حاكماً والكلام هنا في الحاكم وهذا الفصل مع انه ليس محل حاجة الا نادراً يرجع في اكثرها الى ما مر في تلك المسألة فمع ضيق الوقت ودنو الاجل لا ينبغي تطويل امثالها وتكرارها وردّها .

وكيف كان فهذا الفصل يرجع في اكثرها اليها وقد مر ذلك فلانكررها راجع ج ٤٩ ص ٨٥ واما الفصل الثاني فهو اولي بعدم ذكره في الكتاب وذكرها هنا بمناسبة استحباب القاسم للحاكم فقال المصنف :

(الفصل الثاني في لواحق من احكام القسمة) ولا ريب في عدم لزومها في باب القضاء بل المناسب لها باب الشراكة او الفلوس او الارث او غيرهما مما يحتاج الى القسمة في كل مقام لقسمة الاموال وتميزها عن مال الغير مدخل ولا مناسبة لباب القضاء بوجه والعجب من المصنف من ذكرها في باب القضاء مع انه كالحجر في جنب الانسان وفي مفتاح الكرامة بعد قول المصنف .

﴿ المقصد السادس في القسمة ﴾ قال ما لفظه القسمة مشروعة بالنصوص والكتاب والاجماع .

اما النصوص فما روى ان امير المؤمنين عليه السلام كان عبد الله بن يحيى قساماً له وما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم خيبر على ثمانية عشر سهماً وقال الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة واما الكتاب فقوله تعالى ونبتهم ان الماء قسمة بينهم واذ حضر القسمة واما الاجماع فمعلوم ومنقول في عدة مواضع بل مشروعة القسمة ضرورية وقد ذكرنا في المواضع قوله تعالى واذ حضر القسمة وبيننا انها غير منسوخة وانها محمولة على استحباب الطعمة كما هو المشهور وبعضهم يذكرونها في الشراكة كما في (الشرايع) و(الارشاد) وفي (التذكرة) ذكرها في مواضع متفرقة .

وفي (الدروس) افردها كتاباً بعد القضاء والاكثر ان يذكرونها في القضاء لانها تنشأ من نزاع المتشركين ولانه لا بد للقاضي من قسام وقد عقد المصنف لها فصلاً خمسة انتهى .

قد عرفت عدم المناسبة لها لهذا الباب وحيث كان لها فروع كثيرة و
كلها خارجة عن محل الكلام والوقت لمصنف هذا الشرح في غاية القلة وكثرة
خوفى لعدم البلوغ الى تمام شرح الكتاب و لذا اعرضنا فعلا عن بيانها مع
فروعها كالا ونؤخر بيانها الى مورد الحاجة كاحد المذكورين انشاء الله ولو بالتكلم
فيها بعين عبارات المصنف وشرحها في كتاب مستقل في مورد الحاجة او بعد تمام
الكتاب انشاء الله فقال المصنف بعد تمام اقسامها وفروعها مع كثرتها .

﴿ النظر الرابع في احكام الدعوى ﴾ قيل الدعوى لغة الطلب كما فى
قوله تعالى و لهم ما يدعون اى يطلبون وعدم ارتباطه للمقام غير خفى ﴿ وهى
تستدعى بيان مقدمة ومقاصد ، أما المقدمة فتشتمل على فصلين : الاول فى المدعى
وهو الذى يترك لو ترك الخصومة ﴾ والمسألة من حيث تميز المدعى فى غاية الاشكال
والمشهور ما ذكره المصنف وهو منقوض فى كثير من الموارد اذ المراد بانه ترك
عند تركه الدعوى عدم التعرض له من الخصم وليس كذلك ضرورة انه لو كان
دعواه رفع الدين اورد الوديعة ما ترك ان ترك وسكت بل يطلبون منه الدين
وما اودع عنده واذا ادعى عدم الوطاء فى الخلوة والزوجة ادعت الوطاء ما ترك ان
ترك بل تطلب منه الزوجة تمام المهر لانصفه .

و كيف كان فقد اشكل عليهم معنى المدعى مع كثرة ماورد من ان البينة
على المدعى .

وفى الجواهر ما لفظه قد استفاض فى النصوص أن البينة عليه ، كما استفاض
كون اليمين على المدعى عليه ، ومن أنكر كما فى بعض النصوص . وعلى كل
حال فالمرجع فيهما العرف على حسب غيرهما من الألفاظ التى لم تثبت لها حقيقة
شرعية ولا قرينة على ارادة معنى مجازى خاص ، وما عن بعض الناس من ثبوتها
فى المدعى واضح الفساد ، نعم ربما ثبت حكم المنكر للمدعى كما فى دعوى
الرد للودعى وغيره ، لأنه يكون بذلك مدعى عليه ، فالمرجع حينئذ الاالعرف

الذى لاشتباه فيه فى كثير من أفرادہ بل جميعها ، ولعلہ لذا اقتصر فى الصحاح على قوله : « ادعى على فلان كذا ، والاسم الدعوى » ومع فرض الاشتباه ينحصر الالبات بالمينة التى هى حجة شرعية ، ومع فرض تعارضها تلتمس المرجحات والافالقرعة كما ستعرف انتهى وظاهره فيما لم يثبت حقيقة شرعية هو معنى العرفى وهو فى غاية البعد ومن العجيب انه قال ومع فرض اشتباهه ينحصر رفع الاشكال بالمينة مع ان اثبات المينة فرع احراز الموضوع لانها للموضوع المحرز .

والعجب قوله مع فرض التعارض التماس المرجحات وبدونها القرعة وفساده واضح اخر وجهها عن باب القضاء ثم قال فالواقع من المصنف وغيره بل قيل انه المشهور من تفسيره بانه ﴿ هو الذى يترك لو ترك الخصومة ﴾ أى سكت عنه لو سكت عنها لا يراد منه الا الاشارة الى تميز معناه العرفى فى الجملة ، نحو التعاريف اللفظية ، فلا يناقش بعدم الانعكاس أو عدم الاطراد ، ضرورة عدم كون ذلك معنى للمدعى المراد به هنا من قام به انشاء الدعوى التى هى الاخبار الجازم المقضى لترتب الحق على الغير أو الخروج من الحق الذى له عليه ، وانما هو من لوازم الدعوى الأولى ، بخلاف الثانية التى هى نحو دعوى الاعسار والوفاء ورد المغصوب والوديعة ونحوهما مما لا يترك عن المطالبة بالحق لو ترك الدعوى بذلك . وقد اعترف به فى المسالك فى دعوى الرد من الأمين وان اشتبه بذلك فى وجه كونه مدعياً انتهى .

حاصل ما افاده قده انه ليس المقصود بهذا التفسير انه هو معنى المدعى بل المقصود بهذا التفسير بيان معناه العرفى فالجملة ولذا لا يضر به عدم الاطراد والانعكاس فهو اعتراف منه بان يترك لو ترك ليس معنى للمدعى وليته قد اعترف بانه ليس معناه العرفى ايضا لعدم دخل العرف فى التصرف فى موضوعات الاحكام وكيف كان فهذا التفسير من لوازم الغالبية للمدعى ولولم يكن مطرداً فى جميع الاوقات و انما يصدق هذا التفسير فى صورة الاولى التى دعواه الحق على الغير

بخلاف الثانية التى دعواه الخروج عن حق الغير كدعواه برد الوديعة فانه حينئذ لا يترك لو ترك .

و من العجيب جعل هذا التفسير للمدعى بمعنى الطلب كما عن جماعة مع انه غير صحيح جداً وهذا التفسير صريح القواعد حيث جعل المدعى هو الذى يترك لو ترك ولكنه قد بعد جعل تفسير المدعى بل ظاهر القوم من ترك لو ترك وان هذا المعنى مشهور عند الاصحاب اورد عليهم بعد كونه جامعاً .

وكيف كان فقال فى القواعد المقصد الثالث فى الدعوى والجواب وفيه فصول: الاول المدعى هو الذى يترك لو ترك الخصومة او الذى يدعى خلاف الظاهر او خلاف الاصل والمنكر فى مقابلته فلو اسلم قبل الوطى فادعى الزوج التقارن فالنكاح دائم وادعت التعاقب فالزوج هو الذى لا يترك وسكوته والمرأة تدعى الظاهر وهو التعاقب لبعث التقارن ففى تقديم احدهما احتمال .

وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف (المدعى هو الذى يترك الخ) قال ما لفظه لما كان الفقيه لا بد له من معرفة المدعى والمنكر ليعرف المطالب بالبينة والمطالب باليمين وليعرف الداخل من الخارج عند التعارض اذا قيل بتقديم بيينة احدهما تعرض المصنف لبيانهما ولما ذكر لهما من التعاريف وجعل ذلك من كيفية الحكم كما صنع فى اللمعة يحتاج الى تكلف وقد ذكر المصنف ثلثة حدود وربما عبر عن الاول بانه الذى يخلى وسكوته وعن الاخيرين معاً بانه الذى يذ كر امراً خفياً لان مخالف الاصل خفى كما ان مخالف الظاهر كذلك وربما خص هذا التفسير بالثانى ولا يختلف موجبها غالباً كما اذا طالب زيد عمروا بدين فى ذمته او عين فى يده فان زيدا مدع بالمعانى الثلثة وقد يختلف و ذلك فى مواضع عديدة اشار المصنف الى بعضها بقوله فلو اسلم الخ وكان الاولى للمصنف ان يقول هو الذى يذ كر خلاف الظاهر دون يدعى والا للزم الدور الا ان تقول انه تعريف لفظى انتهى .

قوله وعن الاخيرين اى خلاف الظاهر او خلاف الاصل وقوله وربما خص
 النخ اى خصوا التفسير بانه هو الذى يترك لوترك بالثانى اى بالقول المخالف
 للظاهر فانه يترك لوترك وفساده ظاهر كما يفسد تفسيره لنفس المدعى لما عرفت
 من عدم كونه جامعاً ومانعاً وقوله وقد يختلف النخ ولا يخفى ضرر الاختلاف .

ثم قال فادعى الزوج التقارن المراد التقارن بين اسلام الزوج والزوجة و
 قيده بقبل الوطء لاجل انه قبل الوطء اسلام احدهما ينفسخ العقد واما بعد الوطء
 فالانفساخ متوقف على انقضاء زمان العدة انتهى ومحل الحاجة هو قبل الدخول
 وحاصله ان غير الكتابى من الكفار ان اسلم احد الزوجين منهم قبل
 الدخول انفسخ العقد سواء كان من اسلم هو الزوج او الزوجة وحينئذ ان وقع
 الاسلام منهما واختلفا فى تقدم اسلام احدهما على الاخر فان ادعى الزوج التقارن
 فى الاسلام فكان عقدهما بحاله وان ادعت الزوجة التعاقب اى عدم كون اسلامهما
 معا فالعقد ليس باقياً بحاله سواء كان مرادها تقدم اسلامهما او تقدم اسلام زوجها
 ضرور انه اذا كان احدهما اسلم فقد انفسخ العقد وانما يبقى لو اسلما معاً بدون
 التعاقب هذا حال المسألة راجع الى ج ٣٤ ص ١٤٢ فالاختلاف فى تقارن اسلامهما
 وتعاقب اسلامهما .

وعلى الاول كان العقد بحاله .

وعلى الثانى انفسخ وحينئذ ان ادعى الزوج التقارن والزوجة التعاقب و
 عدم بقاء العقد فهما بحسب الصورة مدعيان فلا بد وان يتميز المدعى عن المنكر
 فى صورة دعوى الزوج التقارن والزوجة التعاقب كما هو صريح عبارة القواعد
 وظاهره فانه جعل الزوجة فى هذا الفرض مدعية والزوجة منكرات من حيث ان
 الزوج لوترك وسكت لم يترك ولا يرفع الزوجة يدها عنه واما لو سكتت الزوجة
 تتركها الزوج ولذا شارحه قال ايضا مالفظه :

قوله (فالزوج هو الذى لا يترك وسكوته) يريد ان الزوج منكر على الاول
 قلت وعلى الثالث ايضاً منكر لانه موافق للاصل من وجهين اذ الاصل بقاء النكاح

والاصل عدم التعاقب لاستدعائه تقدم احد الحادئين على الاخر و الاصل عدمه ولا يمكن التعلق باصل عدم التساوق والاقتران حتى يكون الزوج مخالفاً لان اسلامهما واقع كما هو المفروض ونقل فسى (الايضاح) انه قيل ان الزوج مدع على الاول لانه ترك وسكوته وهو وهم لان البضع في يده وهي تريد استنقاذه منه قوله لاستدعائه الخ وحاصله ان الشك فسى بقاء العقد الاول و عدمه ناش عن تحقق مزيله او لا والمزيل حدوث الحادئين اى الاسلامين فلو كانا متقاربين فالاصل بقاء العقد والا فلا فاذا شك في تقدم احد الاسلامين على الاخر فالاصل عدم التقدم فكانا متقاربين فالعقد باق بحاله فقول الزوجة بعدم بقائه مخالف للاصل اللهم الا ان يقال ان الاصل مثبت قوله وهو وهم اى لانه ترك وهم وقوله لان البضع الخ علة عدم تركها لو ترك وذلك لان الزوجة ارادت انفساخ العقد و خلاصها من الزوج فكيف تترك الزوج لو ترك .

ثم قال بعد قوله (والمرأة تدعى الظاهر الخ) يريد ان المرأة منكورة على الثانى وربما توهم انه مدعيه عليه لانه تدعى ارتفاع النكاح والظاهر دوامه ويندفع بان الظاهر عدم هذا الظاهر ولو قال هذا الزوج اسلمت قبل فلانكاح ولا مهر وقالت بل معافى تترك وسكوته وتدعى خلاف الظاهر وهو يدعى خلاف الاصل وينبغى التامل في عبارة الايضاح فان عبارة النسخة التى عندى مضطربة انتهى وفي التنقيح ما لفظه وقد ذكر المصنف له تعريفين :

الاول : انه الذى يترك لو ترك الخصومة ، اى يترك وسكوته اى اذا لم يدع لا يدعى عليه .

الثانى : انه الذى يذكر ما يخالف الاصل اذ الظاهر اؤيد كراماً خفياً ،

الى ان قال :

نعم قد تظهر فائدة التعريفين في مسائل نذكر منها مسألة والبواقي نذكر في

المطولات وتقريرها أنه إذا أسلم الزوجان قبل الدخول واختلفا فقال الزوج أسلمنا معاً فالنكاح باق وقالت المرأة بل على التعاقب فلانكاح بيننا فان قلنا المدعى هو الذى لوسكت ترك فالمرأة مدعية والزوج مدعى عليه لانه لا يترك لوسكت فان الزوجة تزعم انفساخ النكاح فيحلف ويحكم باستمرار النكاح . وان قلنا المدعى من يخالف الظاهر فالزوج هو المدعى ، لان التقارن الذى يزعمه خلاف الظاهر ، والمرأة المدعى عليها لموافقتهما الظاهر فتحلف ، فاذا حلفت حكم بارتفاع النكاح وان قلنا ان المدعى هو الذى يذكر خلاف الاصل فالمرأة مدعية لان الاصل عدم تقدم أحدهما على الاخر ، وقيل الزوج هو الذى يترك وسكوته لان النكاح حقه فاذا لم يطالبها ترك ، وهى لا تترك لوسكتت ، لانه بعد ثبوت الحق يصير مدعى زواله مدعياً انتهى .

قول المصنف ما هو لفظه: وهذه القاعدة تخرج الى معرفة المدعى والمدعى عليه ليطلب هذا بحجته وهذا بحجته اذا تخصصا وقد اختلف الفقهاء فى حد المدعى فقيل هو الذى يترك لو ترك الخصومة ويعبر عنه بعبارة اخرى وهو انه الذى اذا سكت خلى ولم يطالب بشيء والمدعى عليه لا يخلى ولا يقنع منه بالسكوت والثانى انه الذى يدعى خلاف الاصل والمدعى عليه هو الذى يدعى ما يوافق وقيل ان المدعى من يذكر امرأ خفياً يخالف الظاهر والمدعى عليه من يوافق الظاهر فاذا ادعى زيد ديناً فى ذمة عمر او عيناً فى يده وانكر فزيد هو الذى لو ترك الخصومة يترك وهو الذى يذكر خلاف الاصل لان الاصل براءة ذمة عمر ومن الدين وفراغ يده من حق الغير وهو الذى يذكر امرأ خفياً خلاف الظاهر لان الظاهر براءة ذمة عمر وفراغ يده من حق الغير وعمر هو الذى لا يترك وسكوته ويوافق قوله الاصل والظاهر فزيد مدعى على جميع التعريفات وعمر مدعى عليه ولا يختلف موجبها فى الاغلب وقد يختلف كما اذا أسلم الزوجان قبل الميسيس واختلفا فقال

الزوج اسلمنا معا والنكاح باق بيننا وقالت المرأة بل على التعاقب ولا نكاح بيننا فان قلنا المدعى من لوترك ترك فالمرأة مدعية والزوج مدعى عليه لانه لا يترك لو ترك فانها تزعم انفساخ النكاح فيحلف ويحكم باستمرار النكاح اذا حلف وان قلنا ان المدعى من يخالف قوله الظاهر فالزوج هو المدعى لان التساوى الذى يزعمه امر خفى خلاف الظاهر والمرأة مدعى عليها لموافقها الظاهر فتحلف فاذا حلفت حكم بارتفاع النكاح وان قلنا ان المدعى هو الذى يذكر خلاف الاصل فالمرأة مدعية ايضا لان الاصل عدم تقدم احدهما على الاخر هذا هو المشهور فى الفرق بين التعريفات انتهى محل الحاجة .

قوله لان التساوى الذى يزعمه امر خفى ولا يخفى ان عدم التساوى ايضا امر خفى فان تقدم احد الاسلامين على آخر او تقارنهما كلاهما امر خفى .
وفى الكفاية ما هو لفظه اختلف الفقهاء فى حد المدعى فقيل هو الذى يترك لو ترك الخصومة وبعبارة اخرى هو الذى اذا سكنت خلى ولم يطالب بشيء والمدعى عليه لا يخلى ولا يفتنع بالسكوت وقيل انه هو الذى يدعى ما يخالف الاصل والمدعى عليه هو الذى يدعى ما يوافق وقيل ان المدعى من يذكر امرأ خفيا بخلاف الظاهر وفى الاغلب لا يختلف موجب هذه المعانى ومثل موضع الاختلاف بما اذا اسلم زوجان قبل الدخول فقال الزوج اسلمنا معا فالنكاح مستمر وقالت بل مرتبا فالنكاح منفسخ فهى على الاولين مدعية لانها لو تركت الخصومة لترك واستمر النكاح المعلوم وقوعه والزوج لا يترك لزعمها انفساخ النكاح والاصل عدم التعاقب لاستدعائه تقدم احد الحادثين على الاخر والاصل عدمه وعلى الثالث الزوج مدع لان التوافق فى الاسلام خلاف الظاهر فعلى الاولين يحلف الزوج ويستمر النكاح وعلى الثالث تحلف المرأة ويبطل النكاح وفيه تأمل ولو ادعى الزوج الانفاق مع اجتماعهما ويساره واشتهاره بالديانة والسخاء افترق الظاهر والاصل ههنا انتهى .

وقال المحقق الخوانساري اذا لم يثبت لللفظ معنى شرعى يحمل على المعنى العرفى ، والمدعى والمدعى عليه أو المنكر لم يثبت لهما معنى شرعى فيحمل المدعى على المعنى العرفى ، ف قيل المدعى من اذا ترك الخصومة ترك ، وبعبارة اخرى اذا سكت عنه والمدعى عليه او المنكر بخلافه ، وبأنه من يدعى خلاف الاصل ، والظاهر أن المراد من الاصل الاعم من الامارة المعتبرة والاصل العملى ، وبأنه من يدعى خلاف الظاهر وعلى المعنى الثالث لو اختلف الزوج والزوجة فى تقارن اسلامهما مع عدم الدخول فيدعى الزوج التقارن وبقاء الزوجية والزوجة عدم التقارن وانفساخ الزوجية فمدعى التقارن يدعى خلاف الظاهر ، لبعده التقارن .

ويختلف بالبال انه كيف يتم ما ذكر من حمل المدعى والمدعى عليه أو المنكر على المعنى العرفى ، مع أن الامارات أو الاصول الشرعية لا تدخل لنظر العرف فيها فاذا كان قول أحد المتنازعين موافقاً لاصل الصحة ، ولم تكن أصالة الصحة معتبرة عند العرف مع قطع النظر عن حكم الشرع ، وكذا قول الامين فى التلف السماوى فقوله مسموع بحكم الشرع ، وغير مسموع بنظر العرف انتهى ولقد اجاد فيما يختلف بباله وحاصله منع كون الموضوعات بيد العرف وما فهم منها فلولم يثبت فيها حقيقة شرعية كيف يمكن النظر فى ان هذا موضوع لهذا الحكم فالقول بان موضوعات الشرعية ملقاة الى العرف وليس للشارع جعل خاص للموضوعات المختصة به فى غاية الفساد مع ان التحير فى حقيقة كثيرة فى الاشياء وليس الالتهير العرف وليس جميع الموضوعات عندهم .

فقوله كيف يتم ما ذكر الخ مع انه متين ويزيد عليه اشكالا ان لازمه كون الموضوع على ما فهم منه العرف فيرد عليه انه كيف يطلع العرف على موضوع الاحكام واذا جعل الشارع موضوع عدم انفعال القليل من الماء هو الكبر كيف يعلم العرف معنى الكبر الذى يختلف الحكم زيادة ونقصا ولو بقدر مثقال ولو

يبين كماً وكيفاً يظهر انه ليس بموضوع حقيقة فالقول بانه لولم يبين الموضوع شرعاً يكفى ما فهم منه العرف وانه موضوع عندهم فاسد جداً حيث لا طريق للعرف الى فهم الموضوعات ما لم يثبت فيها حقيقة شرعية فالصلاة عرفاً ولغة بمعنى الدعاء فلولم يبيّنهُ الشارع بانها ما اولها التكبير وآخرها التسليم مع سائر الشرائط كيف يعرفه العرف .

قال السيد الجليل فى عروته . عرف المدعى بتعاريف «أحدها» : انه من لو ترك ترك .

وبعبارة اخرى من لو سكت يسكت عنه ، والظاهر أن المراد تركه فى تلك الدعوى لامطلقاً فلو كان مديوناً وادعى الوفاء أو كان عنده مال من غيره فادعى الرد يكون مدعياً ، لانه لو ترك هذه الدعوى ترك فيها فيكون الدين باقياً فى ذمته أو المال باقياً عنده ولا ينافى عدم تركه من هذه الحيثية .

الثانى : أنه من يدعى خلاف الاصل ، والظاهر أن المراد منه أعم من الاصل العملى والامارات المعتبرة كالميدون حوها وهذا بحسب المصاديق مساوق للأول انتهى قوله فله فلو كان مديوناً وادعى الوفاء الخ افلا تعجبون من مثاله لما لو ترك ترك بالدين والوفاء مع انه لو ترك النزاع عن الدين ورد المال وسكت لما سكتوا عنه وبأخذون منه الدين والمال وكان عليه ان يقول لو ادعى ديناً او مالا فانه ح لو ترك وسكت لما تركوه بل يأخذون منه و كذا قوله وهذا بحسب المصاديق مساوق للأول فان ادعاء الوفاء على خلاف اصالة عدم ومع ذلك اذا سكت لم يسكتوا عنه فلم يكن مساوقاً للأول .

وكيف كان فهذه حال عبارات القوم فلامعنى لجعل احد هما مدعياً على بعض التعاريف ومنكراً على بعضها الاخر بل لامناس الاعن تعيين احد هما بحيث لا يتصور تغييره فان اللازم فى تعريف المدعى صدقه عليه فى جميع الحالات من دون تغيير والالزم عدم اجراء احكام المدعى عليه فالتعاريف الثلاثة ان صدفت

عليه في جميع الحالات والافلزم جعل التعريف بحيث يصدق عليه في جميع الحالات ولو بجعل التعريف واحدا لئلا يلزم في مثل مسألة الاسلام التي كانت هي محل كلام اكثرهم اختلاف في كون الزوج مدعيا تازة والزوجة اخرى فلو سئل سائل في حكم بقاء الزوجية وعدمه فهل يكون جوابه لو قلنا بكذا فكذا ولو قلنا بكذا فكذا فيرجع الى عدم العلم بهذه المسألة واشد فساداً لو بقيا على النكاح بفتوى عالم الوقت ثم مات وافتى بعده عالم بفساد العقد مع مضي سنين كثيرة من ذلك .

والحاصل القوي جعل التعريف للمدعى من كان قوله مخالفا للاصل فالتفسير المشهور علامة للمدعى لاهو معناه واما موافقة القول للمظاهر لادليل عليه كى يكون احد تعاريف المدعى ومثله المعنى العرفى فان الموضوعات العرفية غير الموضوعات الشرعية وكون خطابات الشرعية راجعة الى العرف وانهم المخاطب بها لايدل على تصرفاتهم فى الموضوع فاظن ان التعريف للمدعى واحد وهو من كان قوله على خلاف الاصل .

والحاصل ان الشارع الحكيم اذا حكم على شىء وجعله موضوعا للحكم فلا بد له من ان يعين معناه وحقيقته كما حكم بالصلوة وعينها اجزاء وشرائطاً وعدداً وان لم يبين من حيث عدم احتياج الى التعيين فلا جرم ارجعه الى مفهومه اللغوى اى ما فهم العرف لغة من هذا اللفظ كما فى قوله الكلب نجس فكل ما اطلق العرف عليه الكلب يحكم عليه بالنجاسة اذا ظهر ذلك فاذا قال البيئنة على المدعى فلا بد وان يكون المدعى معلوما اما بالبيان واما بالعرف وما فهم منه لغة وحيث لم يظهر بيانه للموضوع .

والفرض انه غير معلوم عرفاً فلا جرم لا يكون الموضوع عرفياً فان ما فهم منه العرف لا يكون موضوعاً وما هو موضوع لا يفهمه العرف بداهة ان المدعى معناه فى اللغة طلب الشىء وهو عام يشمل جميع افراد الطلب كان بنحو اللين والخشونة

وغيرهما وفى المقام هو طلب ما يستحق من الخصم ما لاوداراً وزوجة وديننا وعينا وغير ذلك فلا بد وان يكون المعنى معلوما مع انه لافى اللغة معلوما بحيث ينفع للمقام ولافى العرف فالموضوع من كان قوله مخالفاً مع الاصل وانه قوى بل ذلك موافق للعرف فان الذى ادعى شيئاً لوشك فيه كان الاصل عدمه فالمدعى كان قوله مخالفاً للاصل اى لاصالة العدم واما قوله مخالفاً للظاهر فهو ليس بشيء ينطبق وبالجملة المعنى الثالث ليس بشيء والاوّل علامة والثانى هو الحق هذا ما هوادى ظنى القاصر لكن كلمات الاصحاب على خلافه حيث جعلوا الاوّل مشهوراً فالمدعى حيث طلب امرأ خفياً غير معلوم فمعيار كون قوله على خلاف الواقع هو كون قوله على خلاف اصل من اصول الشرع فيحتاج الى البيينة فى اثبات قوله والحاصل المدعى فى جميع الحالات مدعى بلا تغيير لنفسه او لحكمه .

﴿و﴾ بالحملة ان التعريف الصحيح ما ﴿قيل﴾ من ان المدعى ﴿هو الذى يدعى خلاف الاصل ، او امرأ خفياً﴾ منافياً للظاهر الشرعى ، وفى الجواهر ما لفظه : فانه حينئذ أشمل من الاوّل ، لاندرج دعوى الحق له والخروج عما عليه فيه ، لكونهما معاً مخالفين للأصل ، واندرج دعوى ما يخالف الظاهر شرعاً فيه أيضاً ، انتهى ظاهره الميل الى المعنى الثانى فانه يعم جميع الصور فانه على المعنى الثانى كان قوله فى مقام رد الوديعه ايضا على خلاف الاصل فيعم ما اذا كان دعواه الحق والمطالبة عن الغير او دعواه الخرج عن الحق ودفع الدين وذلك لان كليهما مخالف للاصل لاصالة عدم الخرج عما على ذمته فالقول مخالف للاصل يعم صورتين .

وكيف كان فما قيل هو الحق فى المقام والمسألة من كثرة صعوبتها صارت القوم حيارى واكثر تحيراً صاحب الجواهر وقال ايضا بعد قول المصنف : ﴿ وكيف عرفناه فالمنكر فى مقابلته ﴾ ما لفظه : وعلى كل حال لا يخفى عليك ايضا انه ليس شيء منها منطبقاً على معنى المدعى الذى قد عرفت ، وانما المراد بتعريفه بذلك التمييز بذكر شيء من خواصه اللازمة أو الغالبة وان خرجت

عن مفهومه .

مع انه قد يناقش ايضاً بأن فيه اجمالاً ، لأنه ان كان المراد مخالفة مقتضى كل أصل بالنسبة الى تلك الدعوى فلاريب فى بطلانه ، ضرورة أهمية المدعى من المخالفة للأصل ، فان كثيراً من افراده موافقة لأصل العدم وغيره ، ولكنها مخالفتها لأصل الصحة ونحوه ، وان اريد مخالفة اصل فى الجملة فلا تميز فيه عن المنكر الذى قد يخالف اصلاً من الاصول الى ان قال :

وبذلك ظهر لك انه ليس مدار المدعى والمدعى عليه عرفاً من يقدم قوله يمينه ومن يطلب منه البيينة ، فانه قد يكون مدعياً عرفاً ويقبل قوله يمينه . كما أنه ظهر لك صدق المدعى عرفاً مع موافقته الأصل والظاهر ، بل ولا يترك اذا ترك . كل ذلك مع شدة الخفاء فى تفسير المدعى بأنه الذى يدعى أمر أخفياً ضرورة عدم تفاوت الخفى والظاهر فى صدق المدعى والمدعى عليه . وأعظم من ذلك كله أنهم جعلوا هذه التعاريف المتعددة اختلافاً من ذويها فى معنى المدعى حتى أنهم رتبوا الاحكام عليها عند اختلاف مقتضاها الذى ذكره ومثاله اختلاف الزوجين قبل الدخول اذا أسلما فى معية الاسلام وتعاقبه ونحو ذلك .

ثم نقل قول القواعد متقدم ثم نقل عن الدروس « المدعى هو الذى يخلى وسكوته او يخالف الأصل أو الظاهر ، والمنكر بازائه ، والفائدة فى مثل دعوى الزوج تقارن الاسلام قبل الميسس و المرأة تعاقبه ، فعلى الظاهر الزوج مدع ، وعلى التخيلية هى ، لأنها لو سكتت لم يتعرض الزوج واستمر النكاح ، والزوج لا يخلى وكذا على مخالفة الأصل وفى دعوى الزوج الانفاق مع اجتماعهما وانكارها . ثم قال وعلى هذا المنوال جرى ثانى الشهيدى فى المسالك والروضة والأردبىلى فى مجمع البرهان والاصبهانى فى كشفه والسيد فى رياضه وغيرهم ثم قال والأصل فى ذلك الشافعى ، قال الروضة للرافعى : « فى معرفة المدعى والمدعى عليه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعى فى مسألة اسلام الزوجين ، أظهرهما

عند الجمهور أن المدعى من يدعى أمراً خفياً يخالف الظاهر ، و الثاني من لو سكت خلى وسكوته ولم يطالب بشيء ، فاذا ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو أو عيناً في يده فأنكر فزيد هو الذي لو سكت ترك ، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر - الى أن قال - : فزيد مدع بمقتضى القولين ، وعمرو مدعى عليه ، ولا يختلف موجبهما غالباً ، وقد يختلف ، كما اذا أسلم زوجان قبل الدخول ، فقال الزوج : أسلمنا معاً فالنكاح باق ، وقالت : بل على التعاقب ولا نكاح ، فان قلنا : ان المدعى من لو سكت ترك فالمرأة مدعية ، فيحلف ويستمر النكاح ، وان قلنا بالأظهر فالزوج مدع ، لأن ما يزعمه خلاف الظاهر ، وهي مدعى عليها ، فتحلف ويرتفع النكاح ، الى آخر ما ذكر مما هو مسطور في كلمات الاصحاب ، خصوصاً المسالك منها :

والذي يظهر ان المدعى والمدعى عليه معنى واحد ، وليس هذا اختلافاً في معناهما على وجه يوجب اختلاف الاحكام ، وانما ذكرنا تعريفه ببعض الخواص لارادة التمييز في الجملة « والا فمن المقطوع أنه ليس بشيء منها معنى المدعي ، الى ان قال :

وحينئذ فالمراد به الذي قام به انشاء الخصومة في حق له أو خروج من حق عليه ، سواء وافق الظاهر والاصل بذلك أو خالفهما ، وسواء ترك مع سكوته أو لم يترك ، فان المدعى عرفاً لا يختلف باختلاف ذلك .

وحينئذ ففي مسألة الاسلام كل من الزوج والزوجة مدعى لو كان مصب دعواهما ذلك ، والزوجة خاصة مدعية لو كان دعواها انفساخ النكاح والزوج بقاؤه وبالعكس .

وكيف كان فالرجوع الى العرف في مصداقهما أولى من ذلك كله ، ولعله لاشتباه فيه بعد امتياز خصوص الدعوى بين المتخاصمين ، انتهى محل الحاجة وانما ذكرناه بطوله لانه الاصل في مقامنا بل في كل المقامات فانه اجتهد في

ذلك غاية الجهد وبعده لم يأت بشيء زائد عليه الا قليلا فللمه سعيه وقد عرفت عبارات الاصحاب وكلها متفقة في ان المدعى من لو ترك او من كان قوله مخالفا للاصل او الظاهر وكلهم مثلوا بمسألة الاسلامين معاً وعدمه .

واشكاله قد تقدم فاللازم هو استنباط مفهوم المدعى والجد في ان احد الخصمين قوله مطابق للواقع اولا والثاني هو مدع والاول منكر ولو كان بحسب الظاهر كلاهما مدع فالمختار كون المدعى من كان قوله على خلاف الاصل وهو لا ينافي كون قوله موافقا للاصل آخر لفظي اقوى منه فانه حينئذ يلحظ بلحاظ ذلك فيعلم به ليس مدعيا وان كان بمثله يلحظ بترجيح احد الاصلين ويحكم بلحاظ اقواهما وليس ينتملك ذلك الأمر الكلى فمن كان قوله خلاف الاصل يحكم عليه بالمدعى ولو كان قد ينطبق عليه موافقة الظاهر احيانا .

فعلى ذلك كانت مسألة اسلام الكافرين التي قد تحير الاعلام في جعل الزوج مدعيا تارة والزوجة مدعية اخرى غير مشكلة لانه كانت الزوجة مدعية بلا كلام لانه ادعت ذهاب العقد بزعم تعاقب الاسلامين والزوج منكر له لاصالة عدم تقدم احدهما على الاخر فيكون قوله موافقا لاصالة البقاء بخلاف قول الزوجة لان تعاقب الاسلامين على خلاف الاصل فان الاصل عدم تقدم احدهما على الاخر ومثبته مندفة بخفاء الواسطة فالزوج منكر لذهاب العقد ولو كان بحسب الصورة ادعى بقاء العقد لكنه في الحقيقة منكر ذهابه .

ومنه يعلم ان الظاهر ان صاحب الوديعة مدع وطلب من الودعي رد الوديعة وهو منكر لقوله براد الوديعة وبجميع ما ذكرنا يندفع الاشكال عن مسألة النزاع في الدخول في الخلوة اذا كانت الزوجة مدعية للدخول والرجل منكر له لان قول الزوجة على خلاف الاصل لان الاصل عدم الدخول .

فان قلت قولها موافق للظاهر اذا الظاهر هو الدخول في المكان الخلوة . قلت قد عرفت انه لاعتبار في الظاهر مع انه بنحو الاطلاق في غير محله لان المواعع للدخول كثيرة كالمرض والكسالة والهزم فالقول قول الرجل باليمين

مضافا الى ان قولها مظنة للتهمة من حيث اخذها تمام المهر ومنه يظهر عدم تمامية قول الجواهر حيث قال ، فان الزوجة تطالبه بتمام المهر بدعوى دخوله بها ، والفرض أن القول قولها معها انتهى بل القول قول الزوج مع اليمين والزوجة مدعية لكون قولها على خلاف الاصل ولانه لو تركت الدعوى تركها الزوج فعليها الاثبات .

فان قلت انك تمنع من ان يكون هذا التفسير معنى للمدعى .

قلت نقول بانها علامة غالبية فيجربى فى الغالب مضافا الى ما عرفت من مفتاح الكرامة من انه يمكن كونه تفسير اللثانى .

وكيف كان فالمدعى من كان قوله على خلاف الاصل ولا فرق بين كونه رجلا وامرأة لان خلاف الظاهر ليس بنحو تعارض خلاف الاصل حيث انه ليس كل ظاهر معتبراً نعم ان عارضه قاعدة قوية فلا جرم عدل عن مخالفة قولها الاصل وليس فى المقام شىء منه .

فالمراد بالاصل هو القواعد الشرعية ولا يعارضه شىء غير معتبر ولذا لو كان الزوج مدعيا للدخول كان القول قول الزوجة المنكرة له لان قول الرجل على خلاف اصالة العدم ولو كان موافقا للظاهر ولذا لو كان مدعيا للطلاق والزوجة منكرة له كان القول للزوجة ايضا ولا يعارض اصالة العدم كونه مالكا للطلاق وامره بيده ولقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ولا كونه أميناً من قبل الله وغيره كما حكاه السيد فى عروته عن المحقق القمى فى تقدم قول الرجل فى طلاق زوجته ، قال فى قضائه ما لفظه :

اذا ادعت ان زوجها طلقها وأنكر ، فمع عدم البينة لها ، قدم قول الزوج مع اليمين ، وان انعكس بأن ادعى الزوج انه طلقها وأنكرت الزوجة ، فقد يقال بتقديم قوله ايضا كما نقله المحقق القمى (قده) - عن جماعة من معاصريه - لأن الطلاق من فعله وأمره بيده ، ولقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، ولأنه أمين

من قبل الله تعالى فيكون كسائر الامناء من الوكيل والولى فى تقديم قوله فحينئذ مع عدم البينة يحلف على ذلك ويحكم له بوقوع الطلاق ، بل ربما يحتمل عدم الحاجة الى الحلف ايضا .

وقد يقال : بتقديم قولها وانه لا يسمع منه الا بالبينة لانه مدع فيشمله عموم قوله صلى الله عليه وسلم : « البينة للمدعى واليمين على من أنكر » . وهو الذى اختاره المحقق القمى فى رسالته الطويلة فى هذه المسألة وكون الامر بيده لا يوجب تقديم قوله والقدر المعلوم من قاعدة من ملك صورة عدم النزاع ، وتقديم قول الوكيل على الموكل مع النزاع انما هو من جهة كونه بمنزلة الموكل حيث انه جعل الامر بيده وكون فعله بمنزلة فعله لامن هذه القاعدة - مع انه لا دليل عليها كلية . ومن هذا يظهر الجواب عن دعوى كونه أمينا من قبل الله فيكون كسائر الامناء للفرق البين بينه وبينهم انتهى وما ذكره هو المعتمد ولا يؤثر موافقة هذه الامور لتقدم قوله مع مخالفة الاصل فالمقدم قول الزوجة .

فان قلت وقد لا تتمكن الزوجة من البينة فى مثل دعوى الدخول .

قلت هو غير تام بنحو الاطلاق فر بما تتمكن منها اما فى البكر فواضح وجوداً وعدمًا واما فى غير البكر فقد تتمكن من البينة ولو لم يتمكن بكفى الزوج الحلف على عدمه وبقاء العقد .

فان قلت اليس الدخول وعدمه مما لا يعلم الا من قبلها فقولها معتبر بالدخول قلت ليس ذلك دليلاً لتقدم قولها فان تقدم قول المرثة فيما لم يكن مقام القضاة والدعوى فاذا ادعت بشئ لا يعرف الا من قبلها كالحيض او الخروج عنه او الحمل فقولها متبع فى مثلها لافى جميع المقامات فلا يجوز وطئها وطلاقها لو اقرت بالحيض ويجوز كلاهما عند الاقرار بالخروج منهما وذلك اجنبى عن مثل المقام التى جعل للمقبول والرد للخصمين موازين القضاء فالقول قول من وافق قوله دليل شرعى بخلاف الاخر حتى يشبته ولو كان قوله موافقا لشيء آخر .

وقال أيضاً في عروة السيد ما لفظه: ثم انه لا يخفى: انه ليس المراد من هذه التعريفات بيان معنى لفظ المدعى والمفهوم العرفي منه، بل المراد بيان مصاديقه فلا وجه للايراد عليها بانه لم يثبت حقيقة شرعية في لفظ المدعى ولا مجاز شرعي، والا فمن المعلوم ان مفهومه غير المذكورات ان هو مشتق من الدعاء أو الدعوة بمعنى الطلب وهي تختلف بحسب المتعلق فيقال: دعى زيد اى طلبه، ودعى له اى طلب امر أخيراً له. ودعى عليه اى طلب سوءاً عليه. ودعى منه اى طلب منه: ودعى اى أخبر بمطلب كما اذا قال: السماء فوقنا. ودعى عليه اى طلب منه شيئاً على ضرره.

قوله ليس المراد الخ فهو مسلم كما عرفت من انه ليس المراد معنى المدعى عرفاً لكن قوله فلا وجه للايراد عليها الخ غير تام وذلك لان بيان المصداق الخارجى فرع العلم بمفهومه حتى ينطبق عليه المصداق فلولم يثبت فى مفهوم المدعى حقيقة شرعية كيف يعلم بان الدعوى الخارجى مصداق لهذا المفهوم فحمل الحكم على المصداق يتوقف على كونه فرداً للمدعى.

واما قوله والافمن المعلوم ان الخ فيه ان المفهوم غير المذكورات من جهة ان محل الكلام ليس مفهوم المدعى عرفاً والافمن المعلوم ان مفهوم اللغوى لا يرتبط بمحل البحث فانه كما ذكره مشتق من الدعاء بمعنى الطلب كما مر ولا ربط له بمحل النزاع فالمصدايق المعبرة عبارة عن مصاديق قد ثبت فى كليها الحقيقة الشرعية والا فلا يكون المصدايق مصاديق للكلى خصوصاً فى مفهوم المشترك المعنوى الذى له افراد كثيرة كما مثل بها مثلاً الصلاة لها معنى لغوى وهو مطلق الدعاء ومعنى شرعى وهو ما اوله التكبير وآخره التسليم مع الاجزاء والشرائط وقد وقع فى الخارج صورة الصلاة بدون لحاظ اجزائها وشرائطها فهل يجعل شرعاً مثل ذلك من مصاديق الصلاة الصحيح الشرعى وينطبق الصلاة الكلى الصحيح بما هو فى الخارج صورة الصلاة فقط بحيث يعم تلك الصلوات الباطلة والا ومن المعلوم عدمه.

وكيف كان فلا تعدد فى مفهوم المدعى الذى محل البحث بل مفهوم واحد

يصدق في جميع موارد التي كان قوله على خلاف قواعد الشرع فيكون جامعاً ومانعاً وبدونه لا يتم الدعوى وليس المفهوم معنى اجمالياً يسكت عنه عند السماع كقوله سعدانة نبت .

﴿ وكيف كان فلا خلاف في انه ﴾ يشترط ﴾ فيه اى المدعى ﴾ البلوغ والعقل ، وان يدعى لنفسه او لمن له ولاية الدعوى عنه وما يصح منه تملكه ، فهذه قيود اربعة ، فلا تسمع دعوى الصغير ولا المجنون ﴾ بلا خلاف كما في الجواهر لان الصبي مسلوب العبارة فلا يثمر ادعائه حيث انه كالعدم فلا اعتماد عليه اصلاً وكذا المجنون لقوله رفع القلم عن ثلاثة الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق ولكن قديقال ان المتيقن من عدم الجواز فيما كان عدم السماع في التصرف المالى ونحوه والا فربما ظلم عليه بمثل دعوى السرقة والجنائية والغصب فمقتضى عموم وجوب العدل والسقط جريانها في الصبي والمجنون ايضا ولان رفع القلم عنهم من حيث الامتنان واللطف وسهولة الامر لهم فلا يعم ما كان ضرراً عليهم وعسراً وحرماً فلا يدخل مثلها في ادلة رفع القلم جداً وفي عروة السيد ما لفظه : يشترط في سماع دعوى المدعى أمور .

أحدها : الكمال بالبلوغ والعقل فلا تسمع من المجنون وغير البالغ وان كان مميزاً مراهقاً بلا خلاف ، بل ادعى بعضهم الاجماع عليه لاصالة عدم ترتب آثار الدعوى من وجوب السماع وقبول البيئنة والاقرار وسقوطها بالحلف ونحو ذلك ولان المتبادر من الادلة هو البالغ العاقل .

ولما دل من الاخبار على انه لا يجوز امر الصبي حتى يبلغ « قيل » ولكونهما مسلوبى العبارة . هذا ولكن القدر المتيقن من الاجماع وغيره عدم سماع دعوى الصبي فيما يوجب تصرفاً في مال او غيره مما هو ممنوع منه والا فمقتضى عمومات وجوب الحكم بالعدل والقسط ونحوها سماعها في غير التصرفات الممنوعة كما اذا ادعى على شخص انه جنى عليه او سلبه ثوبه او اخذ منه ما فى يده ، بل لو ادعى انه

غضب دابته او نحو ذلك وأتى بشهود على مدعاه فلا دليل على عدم سماع دعواه خصوصا اذا كان الخصم ممن يخاف منه الفرار او كان من المسافرين لكن لا يجوز له التحليف ولا الحلف ولا يسمع اقراره انتهى .

قال المحقق الخوانساري واما اشتراط التكاليف في سماع دعوى وعدم سماع الدعوى غير البالغ والمجنون فالمعروف عدم الخلاف فيه ، مع ان غير المكلف عبارته مسلوقة عنه لاتفاق النص والفتوى على انه لا يجوز امر الصبي حتى يبلغ .

ويمكن ان يقال القدر المعلوم عدم استقلال الصبي في الامور ، واما مع اذن الولى فغير مسلم ، مع ان ظاهر بعض الاخبار صحة الوصية اذا بلغ عشرين وفي تظليقه كلام مذكور في كتاب الطلاق ، الا ان يدعى عدم اطلاق في الادلة بحيث يشمل دعوى غير المكلف ، لكن لو بنى على عدم اطلاق يشكل الامر في كثير من الموارد للزوم قصر السماع على مورد دل الدليل بالخصوص على سماع الدعوى فيه انتهى .

وقد عرفت انه مضافا الى ادلة صحة الوصية ونحوه لو قيل بعدم سماع دعواه فيما ادعى سرقة ماله او جنابة عليه او غضب داره ونحوه وكان مميزا ذاعقل وفهم لزم ذهاب حقه لولم يكن له ولى يقدم على احقاق حقه ووصوله فالقوى سماع دعواه ان كان بحيث يفهم ذلك والمطالبة بذلك وهذا مضافا الى ان المدعى لزم عليه البينة وهى شاهدان عدلان وشهادتهما تقبل بالاجماع ولو كان ذو الشهادة صبيا * ولا دعواه مالا لغيره الا ان يكون وكيلا او وصيا او وليا * كالأب والجد * او حاكما او امينا لحاكم * .

وفي الجواهر بلا خلاف اجده في حكم المستثنى منه ، لاصالة عدم وجوب الجواب لغيرهم ممن لاحق له انتهى .

بداهة ان اصل تشريع البينة للمدعى للوصول الى حقه واخراج ماله من يد المنكر له فلا جرم يتوقف على كون الدعوى لنفسه ووصوله الى حق نفسه لا لغيره فلا يصح اقامة البينة لمال الغير ولا سماع قوله في اثبات مال الغير فلا يشرع

البينة لوصول كل حق الى صاحبه لولم يكن لنفس المدعى فانه يصح الدعوى لمال هؤلاء كماصح اليمين كذلك كما مر .

لكن قد يشكل في العموم لجواز السماع في موارد اشار اليها في الجواهر فقال لكن قد يشكل بالمرتهن والودعي والمستعير والملتقط ونحوهم ، فان التزام عدم سماع دعواهم على وجه لا تقبل منهم البينة على من غصب منهم ذلك مثلا كما ترى ، ولا يندرج احد منهم في احد هؤلاء اللهم الا ان يدعى اندراجهم في الولي في المتن بدعوى عموم الولاية لمثل ذلك انتهى .

ولعله في محله بل يمكن ان يقال ان في مثل هذه الموارد يرجع الى كون الحق له لا للغير مثلا اذا علم المرتهن بان العين المرهونة التي في يده غصب سواء كان الغاصب نفس الراهن او الغير فاذا سمع دعواه اخلص عن التصرف في الغصب ويصل الى مادفع الى الراهن بعنوان الرهن وان لم يسمع اضع عليه الجميع ولا يجوز له التصرف في العين المغصوبة فر بما يأخذ العين صاحبها بحيث لا يتمكن المرتهن من الرجوع الى الراهن في مال الرهن الذي دفع اليه .

وكذا حال غير المرتهن فاذا اودع عند الودعي شئ غصبى بعنوان الوديعة وعلم بعداً انه غصبى لا يجوز رده الى من اودعه بل لا بد من ادعائه غصبية ان لم يكن ضرر وعسر ويلزم سماع قوله وان كان دعواه لمال الغير لكنه يلزم سماعه حينئذ لحظ مال الغير وعدم ضياع مال محترم ويمكن ان يكون في مثل هذه الموارد غير خارج عن مال نفسه فان المقصود من مال نفسه ان يكون نفعه راجعا اليه سواء كان بعين المال او بنحو من منافعه اودفع ضرره وهو موجود في مثل هذه الموارد فلا يكون خروجا من عدم الجواز من باب التخصيص بل له نوع ارتباط بمال نفسه قال المحقق الخوانساري وأما اشتراط كون الادعاء لنفسه أو لمن له الولاية عليه ، فمع عدم الارتباط لاخلاف ظاهراً في عدم السماع ، وأمام الارتباط بأن يكون مورد الدعوى لنفسه أو لمن له الولاية عليه ، فالمعروف عدم الاشكال فيه ، ويكون الدعوى مسموعة .

ويقع الاشكال في مثل العين المرهونه اذا ادعى المرتهن أنها منصوبة في يد المدعى [الراهن-ظ] عليه ، حيث ان العين متعلق حق المرتهن ولا ولاية له والمسألة مبنية على وجود الاطلاق ، فمع الاطلاق يسمع الدعوى ومع عدم الاطلاق يشكل سماع الدعوى حتى في صورة الولاية انتهى .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا تسمع دعوى المسلم خمرأً أو خنزيراً ﴾ وفي الجواهر و نحوهما مما لا يصح تملكه له ، نعم لا باس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الاسلام انتهى فلا يصح دعواهما من المسلم اصلا ويصح استحقاق ثمنهما ان غضبهما في حال عدم اسلامه فاسلم بعدا .

﴿ ولا بد ﴾ في السماع أيضاً ﴿ من كون الدعوى صحيحة ﴾ قابلة للقبول عند العرف في حد نفسها ، فلا تسمع دعوى المحال عقلاً أو عادة شرعاً كما في الجواهر كما اذا ادعى ان داراً لملك لى فانها محال عرفاً لا عقلاً لا يمكن ان غضبها الملك وكيف كان فنفس الدعوى لا بد وان يكون قابلة للسماع والقبول بحيث صح للمدعى عليه ايضاً انكاره وايضاً لا بد وان يكون الدعوى بحيث بمجرد ادعائها ﴿ لازمة ﴾ وملزمة للمدعى عليه ﴿ فلو ادعى هبة لم تسمع حتى يدعى الاقباض ﴾ اي يقول المدعى للمدعى عليه انت وهبتي وتقبضني الموهوب والمدعى عليه ينكر القبض حتى يلزم عليه الدفع فهذه الدعوى صحيحة ملزمة على القول باشتراط القبض في الصحة .

واما لو قال المدعى انت وهبتي فقال المدعى عليه نعم لكن لم اقبض عليك حتى صحت الهبة فعلى الاول كان على المدعى البينة على القبض والافيهلغ المنكر على عدم القبض وتمت الدعوى بخلاف الثاني .

﴿ وكذا لو ادعى رهناً ﴾ بناءً على القول بلزوم القبض فاذا ادعى ان هذا الشيء قد رهني لا يسمع الا اذا قال وقبضني .

وفي المسالك بعد قول المصنف ولا بد من كون الدعوى قال قد تقدم ما يعتبر في صحة الدعوى من كونها معلومة او مظنونة على بعض الوجوه و كونها

مضبوطة بذكر الجنس والوصف والقدر وغيرها والمراد بكونها لازمة ان تكون ملزمة للمدعى عليه فلو قال وهب منى كذا لم يسمع حتى يقول واقبضنى او هبة يلزمه التسليم الى^١ ونحو ذلك لان الهبة اعم من المقبوضة ولانه قديهب ويرجع قوله و كذا لو ادعى رهنا بناء على ما اختاره المصنف من اشتراط القبض فى صحة الرهن ومن لم يعتبر فى صحته القبض تسمع الدعوى مجردة عنه وقديقال فى الموضوعين ان القبض اذا كان شرطاً فى صحة الهبة والرهن فاطلاقهما محمول على الصحيح كغيرهما من العقود وانما يتوجه التفصيل حيث يجعل القبض شرطاً فى اللزوم ليجعل اطلاقهما صحيحين اعم من المقبوض وغيره وقد تقدم البحث فى ذلك مستوفى فى باب الهبة انتهى .

ولا يخفى ان اشتراط الصحة بالقبض فى الهبة وان كان اجماعية لكنه قد مر منا الكلام فى ذلك فى سابق الايام بما حاصله ان الايجاب والقبول علة تامة لحصول الملك فحينئذ ان كان القبض شرطاً للصحة وحصول الملك بحيث لو لاه لما حصل الملك فلازمه كون الايجاب والقبول غير مفيد للصحة بل تمام السبب هو القبض وهو خلاف جميع العقود التى سبب تام للصحة وان كانا جزء سبب للصحة ومعه يتم الايجاب والقبول فلا دليل عليه وان كان شرطاً للزوم وبدونه ليس بالزوم فهو الحق فى الجملة وكان القبض حينئذ شرطاً لاستقرار الملك وبدونه كان متزلاً فالملك حاصل بنفس الايجاب والقبول غاية الامر كان عقداً جائزاً يجوز للواهب الرجوع فيه بدليل آخر كما دل والدليل على جواز الرجوع فيها ان كانت الهبة بغير ذى رحم او قبل تصرف المتهب فهو امر خارج عن القبض وعن الدروس التعبير عن ذلك بقوله : « و كل دعوى ملزمة معلومة فهى مسموعة ، فلان تسمع دعوى الهبة من دون الاقباض ، و كذا الرهن عند مشروطه فيهما ، ولا البيع من دون قوله : ويلزمك تسليمه الى^٢ ، لجواز الفسخ بخيار المجلس ، وفى الجواهر بعده قال و كيف كان فلا أجد خلافاً بينهم فى الحكم المزبور

بل ولا اشكالا .

ومن العجيب قوله قده بل ولا اشكالا اى لا اشكال فى عدم الصحة بدون القبض مع ان الاشكال كل الاشكال فيه بل لا وجه لعدم الصحة بعد الايجاب والقبول مع ان القبول قبول لامر صحيح والألکان للقابل بعد قول الموجب وهبتك انما وهبتمنى امرا باطلا فلما معنى لقبولى فلا بد للاصحاب من الالتزام بالصحة بدون القبض او الالتزام بعدمها وكون الايجاب والقبول لغوا وبلاثر والثانى كما ترى فهما فى جميع العقود علة تامة لوقوع العقد صحيحا .

ثم حكى قده عن المحقق الاردبيلى بما مال الى ما قلناه وهذه هى عبارته التى حكاه عنه « ما المانع من ان يدعى الصحة اولا فيثبتها ويدعى اللزوم انتهى وان اردت ان تنظر الى عين عبارته فانظر الى شرح ارشاده قال عند قول المصنف لازما يسمع دعوى الهبة مجردة عن دعوى القبض ما لفظه اشارة الى اشتراط آخر اى يشترط كون ما يدعى به ملكا لازما للمدعى او لمن يدعى له على المدعى عليه لاملكا متمزلا لا لايجوز للمدعى عليه الرجوع عنه مثل دعوى الهبة والقبض بالاذن فان الهبة بدونه لا تلزم فلوادعى هبة مال معين مجردا عن القبض لا يسمع واذا ضم اليها أقبضتني ونحوه مثل هبة يلزمك التسليم الى يقبل .

دليله ان الهبة اعم من المقبوضة وغيرها ولا يلزمه الا المقبوضة الى ان قال وبالجمله اصل الملك امر ولزومه آخر ولكل فائدة فيمكن دعوى احدهما بدون الاخر واذا ثبت احدهما يبقى الاخر الى آخر العبارة وقد صرح بان الهبة بدون القبض صحيحة الا انه غير لازم وبالقبض يلزم فلا وجه لكون القبض دليلا للصحة بل بدونه يوجب الملك المتمزلا لعدم لزومه كالملكية فى زمن الخيار والملكية لتمام المهر بعد العقد وقبل الدخول فان قرار الملك بتمامه بعد انقضاء زمان الخيار والدخول ولا يعقل وقوع الايجاب والقبول الباطل وبلاثر حتى جاء الاثر من قبل القبض فدعوى الهبة دعوى صحيحة غير لازمة وحينئذ ان ادعى بالقبض

والمدعى عليه منكره وحلف فيكفيه اخذه منه لجواز الرجوع فيه وكذا الادعاء بذى رحم او بعد التصرف فلزم عليه الاثبات والا فعلى الخصم اليمين بعدم كون المتهم بذى رحم او بعدم التصرف فيه .

والحاصل ليس الفرق بين قوله وهبتك مع قبولها وبين قوله ملكتك مع قبوله وكل منهما علة تامة لحصول الملك ومقتضى ادقوا بالعقود وغيره من العقود هو حصول الاثر الحاصل من العقد لازما الا ما خرج بالدليل من اللزوم كما فى المقام ونحوه كالصلح والوكالة وغير ذلك فالصحة جاءت من قبل الايجاب والقبول والقبض من لوازم الايجاب والقبول وجوبا او جوازا بمعنى وجوب القبض على المملوك والواهب بعد التمليك .

قال الفيض فى المفاتيح لابد من كون الدعوى صحيحة ملزمة للمدعى عليه فلو ادعى هبة لم يسمع حتى يدعى الاقباض ، الا ان يقال : ان الاطلاق محمول على الصحيح انتهى اى على الادعاء الهبة .

وقال الوحيد قدده فى شرح العبارة ما لفظه : اقول من شرط الدعوى ان تكون صحيحة ملزمة للخصم ويكون المدعى مستحقا لموجبها ان اقر الخصم ادائها المدعى لانتفاء فائدها بدون ذلك فلو ادعى عليه انه وهب منه كذا لم تسمع دعواه حتى يقول وهب واقبضنى لان الهبة اعم من المقبوضة وغيرها ولا يصح الا مع القبض فدعوى الهبة مجردة عن القبض بما لم يوجب اقرار الخصم بذلك وتسليم الموهوب اليه ولا استحقاقه لآخذه لجواز كونها غير مقبوضة الا ان يقال اطلاق ادعائه محمول على الصحيح الذى مع القبض فتسمع ولا سيما اذا كان المدعى فقيها وكذا لو ادعى الوقف او الرهن على القول باشتراط القبض فيه انتهى موضع الحاجة .

وقد صرح بعدم صحة غير المقبوضة فى موضعين وهو كما ترى ومعناه كون الايجاب والقبول كالحجر فى جنب الانسان من حيث الهبة والذى يتصور كون

القبض من شرط اللزوم وانه قبل القبض ليس بلازم بل للواهب عدم الاعطاء فلا يؤثر دعواه الهبة لجواز قول المدعى عليه بعدم لزومه على لائى لم يقبضه فمقتضى عموماً الكتاب والسنة هو لزوم كل عقد الا ما خرج فكون القبض شرطاً للصحة غلط جداً .

ودعوى الاجماع كما ترى فانه مضاف الى ما عرفت من ان عدم حجية الاجماع وغايته افادة الاتفاق في المسألة انه يرد عليه عدم كون المسألة اجماعية لوقوع الخلاف فيها من الاكابر قال في الحدائق ما لفظه :

الثاني: لاختلاف بين الاصحاب في اشتراط القبض في الهبة في الجملة ، وانما الخلاف في كونه شرطاً في الصحة أو اللزوم ؟ فالمشهور بين المتأخرين الاول ونقله في المختلف عن أبي الصلاح ونقله ابن ادریس عن أكثر علمائنا ، وذهب الشيخان وابن البراج وابن حمزة وابن ادریس والعلامة في المختلف الى الثاني انتهى موضع الحاجة .

ويؤيدهم ما تكرر من ان مقتضى الايجاب والقبول هو الملك بل كل عقد لا ينفك عن الاثر فيما افاد وعلته تامة لحصول الملك وبدونه لا يؤثر شيئاً فلا يشترط القبض في اصل الملك .

ويدل عليه ما رواه في التهذيب في الصحيح عن ابي بصير قال قال ابو عبد الله عليه السلام الهبة جائزة قبضت اولم تقبض الخ فانه صريح في حصول الملك بدون القبض لاثبات جوازها ولو بدون القبض ومن المعلوم ان الجائز مساوق للملك فاذا كان ملكاً كان جائزاً فالجواز لا ينفك عن الملكية كما ان صريح الخبر كون الهبة جائزة وبه خرج عقدها عن اللزوم اذ مقتضى ارفوا بالعقود عموم كل عقد الا ما خرج بالدليل فالقبض شرطاً للزوم للصحة بل يرد اشكال عظيم على كون القبض شرطاً للزوم ايضاً قد صرح به في الحدائق وهو ان كان القبض شرطاً للزوم لزم عدم جواز الرجوع للواهب بعد القبض فقبل القبض لا يعطى شيئاً يرجع اليه وبعده يلزم

فلا يجوز الرجوع فانقلب من الجواز الى اللزوم وهو كما ترى وقد اتى بالاشكال من غير تعرض لجوابه و الجواب عدم دخالة القبض فى شىء لافى الصحة و لا فى اللزوم بل هو اللازم على الواهب بعد هبته فيكون من مقتضيات العقد كما هو كذلك فى كل عقد فاذا قال ملكت زيدا يجب عليه القبض وهو لازم تمليكك والقبول قبول لما لزم قبضه واقباضه فاذا وهبه غلاما مثلا كان عليه اقباضه وجوبا كما فى العقود الواجبة وفاء بما التزم على نفسه غاية الامر حيث ان الشارع قد حكم بالجواز فى بعض العقود كالهبة يجوز له الرجوع فالقبض مما هو وظيفة كل موجب بعد ايجاب القابل .

فان قلت بناءً على ذلك يمكن ان يرجع الى ما اتفق الاصحاب عليه من كون القبض شرطاً للصحة اذ حاصل ذلك يرجع الى اشتراط الايجاب بالقبض وان وظيفة الموجب هو القبض وبدونه لما تحقق المشروط اى الصحة والملك . قلت الفرق بينهما يبين فان المشهور القائلون بعدم صحة بدون القبض ونحن قائل بالصحة بالايجاب وبعد الصحة كان وظيفة الواهب او البايع دفع ما التزم بدفعه فالقبض من وظائف الواهب من دون دخل فى الصحة او اللزوم . فان قلت على هذا الوالم يقبضه الواهب فما حاله .

قلت فى الهبة الواجبة كما اذا كانت بذى رحم فقد عصى بالتأخير وكان تصرف الواهب فيه تصرفاً فى مال الغير لانه بالهبة قد خرجت العين الموهوبة عن ملكه وفى الجائزة قد تخلف عما التزم بهبته وليس بحد العصيان تدبر واغتمم وتمام الكلام فى كتاب الهديات .

﴿ولو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ولا يئنة﴾ للمنكر على ما ادعاه ﴿فادعى﴾ المنكر ﴿علم المشهود له﴾ وهو المدعى بذلك اى ادعى للمنكر علم المدعى بعدم عدالة الشهود بان قال المدعى عليه للمدعى مثلاً: انت تعلم بعدم عدالة شهودك ومن اين تعلم عدالتهما و ح ﴿ففى تـوجه اليمين على نفي العلم﴾ من

المدعى بان يحلف المدعى بعدم العلم بفسق الشهود او عدم توجه الحلف عليه
 ﴿تردد﴾ .

والحاصل ادعى المنكر فسق الحاكم والشهود وان المدعى ايضا يعلم فسقهما
 فهل يحلف المدعى على عدم العلم بالفسق او لا ﴿أشبهه عدم التوجه﴾ كما فى
 الدروس والمسالك ومحكى الايضاح وغيره ﴿لأنه﴾ أى المدعى به اى فسق
 الحاكم والشهود ﴿ليس حقاً لازماً﴾ المدعى عليه لان الحلف انما يلزم على
 الدعوى اللزوم والازوم فى دعوى الفسق كى يجب عليه الحلف بعدم العلم .

﴿ولا تثبت﴾ هذه الدعوى ﴿بالنكول﴾ من المدعى بمعنى ان المدعى
 ان نكل عن اليمين لا يثبت بالنكول دعوى المنكر ايضا فانه بالنكول يثبت الدعوى
 الحق ﴿ولا باليمين المردودة﴾ على القول الاخر وهو رد الحاكم اليمين الى
 المنكر كما ان هناك يرد يمين المنكر الى المدعى ﴿ولأنه﴾ أى القول
 بتوجه اليمين ﴿يثير فساداً﴾ وفى الجواهر ما لفظه وهو اجترأ الناس على
 تحليف كل من حكم له أو شهد له ، بل هو كالدعوى على الشهود بالكذب بل
 والحاكم بالفسق الذى هو مناف لمنصب الحكومة الذى قد عرفت سابقاً عدم سماع
 الدعوى عليه بفسق أو جور الا بالبينة انتهى .

والمسألة غير خال عن الاشكال ان قد يتفق كون الشهود فاسقا كما قد
 يتفق كون الحاكم فاسقا والمدعى عليه لو علم ذلك او ظن فلا دليل على عدم
 توجه اليمين على عدم العلم المدعى بالفسق ولا ملازمة بين توجه اليمين ووقوعها
 فر بما لم يحلف المدعى او الشهود او الحاكم بل لو شك الحاكم بدعوى المنكر
 فى عدالة الشهود لما جازله الاشهاد بهما .

بداهة ان قبول الحاكم شهادة الشاهدين فرع علمه بعد التهما والا فر بما
 يشهدان كذبا لما وعد المدعى لهما وكيف كان فمع علم المنكر او ظنه بكذب
 الشهود لا يتم له الدعوى .

وقد اشكل على عدم توجه اليمين في الجواهر بقوله ولكن قد يناقش بمنعه
أولا بعد فرض توجه اليمين له ، وبعدم التلازم بين توجه اليمين واستحقاق رده
كما في كثير من المواضع بل قد يناقش في أصل عدم توجه اليمين ، لاطلاق
«البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» وبأن له حقاً يترتب عليه اذا أقر
بذلك ، ويكفي ذلك في كونه حقاً لازماً .

ومن هنا مال الاردبيلي (قدس سره) الى توجه اليمين في غير دعوى
العلم بفسق الحاكم لما فيه من الفساد ، كدعوى كذب الشهود وجوره .
وفيه أن الفساد بالدعوى على الحاكم ، أما الدعوى على غيره فلا فساد فيه ،
على أن دعوى الجرح لافساد فيها ، بل عن العلامة توجه اليمين في الدعوى على
الشهود بالكذب - وأن كان هو كما ترى - مناف لمذاق الشرع انتهى .

والحاصل لو ادعى المنكر عدم عدالة الحاكم والشهود وان المدعى يعلم
ذلك فهل على المدعى اليمين على عدم علمه بالفسق او لا الظاهر الاول حيث ان
الدعوى ح وقعت على التهمة لامكان صحة دعوى المنكر فيجب على المدعى
اليمين بعدم علمه بفسق الشهود فلا يتم الدعوى ح بدون حلف المدعى على نفى
العلم ولا يقال ليس على المدعى يمين فانه يقال ليس من جانب الشرع عليه لعدم
توجهها عليه بالعرض ولا يصح رده اليمين الى المنكر فان الذي يصح رد المنكر
الي اليمين الى المدعى لا العكس فضلا عما اذا اراد الحاكم رد يمين المدعى الى
المنكر فانه على فرض صحة رد الحاكم انما هو يمين المنكر الى المدعى لا العكس .
* وكذا لو التمس المنكر يمين المدعى منضمه الى الشهادة لم تجب اجابته
لنهوض البينة بثبوت الحق * .

وفي الجواهر فلا دعوى له عليه بحق لازم بلا خلاف فيه بيننا ، بل الاجماع
بقسميه عليه ، مضافاً الى النص انتهى وذلك على المدعى انما هو البينة وقد تحققت
فلا شيء بعدها عليه خصوصاً فيما كان التماس المنكر غير لازم وفي المسالك بعد

قوله وكذا لو التمس المنكر قال فلا يجب الزيادة عليها لانه تكليف حجة بعد قيام حجة ولانه كاطعن فى الشهود نعم لو ادعى ابراء او اداء توجهت اليمين وقد تقدم وهو واضح .

﴿ وفى الالزام بالجواب عن دعوى الاقرار ﴾ بان ادعى زيد مثلاً على عمر ووقال له بانك اقرت لى بثبوت دين لى عليك او اقرت بان هذا الشىء لى لالك وح هل يلزم على الحاكم اخذ الجواب من هذا الاقرار من عمر و واخراجه عن السكوت ومطالبة اليمين منه فان المراد بالجواب هو سماع الدعوى ومطالبة اليمين من المنكر او لا يلزم الجواب ولا يسمع الدعوى بمعنى عدم توجه اليمين على المنكر .

فالمراد بالالزام من الجواب هو سماع الدعوى وتوجه اليمين على المقر وبعدها عدم توجه اليمين عليه فيه ﴿ تردد ﴾ من المصنف ﴿ منشاء ﴾ الذى يوجب السماع هو ينتفع به المدعى مع تصديق المنكر اقراره لانه اذا صدق اقراره تمت الدعوى والا فيحلف اولم يحلف ورد الحلف الى المدعى فيحلف ويأخذ حقه فى صورة السماع ومطالبة اليمين من المنكر كان فيه رجاء وصول المدعى الى حقه فحيث كان فى السماع نفع له توجه اليه اليمين .

وتوجه عدم سماع الدعوى وعدم مطالبة اليمين عن المقر ﴿ أن الاقرار لا يثبت حقاً فى نفس الأمر ﴾ بل امر ظاهرى فلا يسمع دعواه ولم يذكر المصنف الوجه الاخر .

وفى المسالك بعد قوله وفى الالزام بالجواب قال: المراد انه ادعى عليه الاقرار له بالحق فهل تسمع الدعوى بمعنى توجه اليمين على المدعى عليه لو انكر فيه وجهان نعم لانه ينتفع به مع التصديق ولا لان الحق لا يستحق بالاقرار فى نفس الامر وان كان ثبوته يوجب احق ظاهراً او الاظهر هنا السماع لان المعتبر ثبوت الحق ظاهراً واعترافه ينفعه ونكوله يثبت عليه الحق او مع يمين المدعى والمدعى يجوز له الحلف على انه اقر له بذلك ويثبت به الحق اذا لا يشترط فى استحقاق

المقر له علمه بالسبب المقتضى للاقرار بل يجوز له اخذه تعويلاً على اقراره ما لم يعلم فساد السبب فجاز استناد الاقرار الى سبب لا يعلمه المقر له كالنذر والجناية والاتلاف وعموم اقرار العقلاء على انفسهم جاز يشمله انتهى .

ظاهره وقوع المدعى عند المحاكم وحكايته اقرار المدعى عليه للمحاكم والصميرى في غاية مرآه على حواشى الشرايع بعد قول المصنف قال ما لفظه منشأه من انه ينتفع به مع التصديق لانه لو صدقه بسانه قد اقر له الزم بذلك الاقرار ومما قاله المصنف وبيانه ان الاقرار لا يوجب حقا في نفس الامر لانه لو علم المقر له كذب المقر بما اقر به لم يحل له اخذ المقر به فلهذا قال المصنف الاقرار لا يثبت حقا في نفس الامر والمعتمد وجوب الجواب وهو اختيار العلامة انتهى .

وكيف كان فلا يتم قوله ﴿بل اذا ثبت﴾ بالبينة ﴿قضى به ظاهراً﴾ لان الفرض عدم البينة للمدعى والا فلا يحتاج الى مثل ذلك فلولم يسمع دعواه ولم يطالب المنكر باليمين لصاع حق المدعى مع عدم تمامية قوله لا يثبت حقا في نفس الامر بل لسنا الامورين بالظاهر .

وفى الجواهر ما لفظه لكن فى القواعد والمسالك ومحكى الايضاح وغاية المرام أن الأقرب الثانى ، ولعله كذلك لأن المدار على ثبوت الحق ظاهراً فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق ، أو مع يمين المدعى الذى يجوز له الحلف عليه والأخذ به وان لم يعلم استحقاؤه من غير جهة اقراره الذى له الأخذ به ما لم يعلم كذبه ، لجواز استناده الى سبب لا يعلم به ، ولأنه اذا سمعت دعواه بالبينة توجه له اليمين على عدمها ، لعموم قوله ﷺ «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» انتهى وهو فى محله .

﴿ولا تفتقر صحة الدعوى الى الكشف﴾ عن الأسباب فى الأملاك المطلقة عيناً كانت أو ديناً بلا خلاف كما عن المبسوط ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل قيل لامخالف فيه من العامة بل ولا ﴿فى النكاح والاغيره﴾ .

وفي الجواهر من العقود ونحوها عندنا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، خلافاً للمحكي عن الشافعي في وجه له من احتياج النكاح الى الكشف مطلقا ، وفي آخر ايضاً ذلك ان ادعى النكاح لالزوجية ، فيقول : تزوجتها بولي وشاهدين عدلين ورضاها ، وعن بعض أصحابه حملة على الندب ، وعن آخر تخصيصه بما اذا ادعى ابتداءه لاستدامته وله (وللشافعية - خ ل) ايضاً في غير من العقود من الاحتياج الى الكشف مطلقا في وجه ، وفي خصوص ما لو تعلقت بجارية في آخر للاحتياط في الفروج والكل كما ترى انتهى وهو محل منع .

وفي المسالك بعد قوله ولا يفتر صحة الدعوى قال الدعوى انواع : منها دعوى الدم والمشهور انه لا بد فيها من التفصيل على ما هو مبين في محله للخلاف في الاسباب الموجبة منه للعقود والدية ولان فايت القتل لا يستدرك ومنها دعوى نفس المال مجردا عن ذكر السبب من بيع وقرض وغيرهما ولا خلاف في عدم اشتراط التفصيل فيه لان الاسباب التي يستحق بها المال تكثر وتكرر وفي ضبط الاقدار الحاصلة بتلك الاسباب حرج شديد فاغنى عنه ومنها النكاح والبيع وسائر العقود وعند بعض الاصحاب انه لا يشترط فيها الكشف والتفصيل بل يكفي اطلاق الدعوى بها كما يكفي في دعوى استحقاق المال انتهى موضع الحاجة . غير خفي ان ذلك باطلاقه غير تام بل اللازم في بعض الموارد هو بيان الحاكم لخصوصيات المدعى به لضرورة الفرق بين الموارد واختلاف الحكم باختلاف موضوعاته فعدم الافتقار بنحو الاطلاق في غير محله خصوصا في النكاح في بعض الجهات .

﴿ وربما افتقر ﴾ صحة الدعوى ﴿ الى ذلك في دعوى القتل لأن ﴾ أمره شديد ﴿ فائمه لا يستدرك ﴾ وللخلاف في أسبابه قيل : فلا بد من الوصف بالعمد أو خلافه ، وبأنه قتله وحده أو مع غيره بالمباشرة أو التسيب ، ولعله لذا حكى عن المبسوط الاتفاق عليه .

وفي الجواهر لكن الانصاف عدم خلوه عن الاشكال ان لم تتم الاجماع

المزبور باقتضائه بطلان دم المسلم ، خصوصاً مع العذر من نسيان أو اشتباه ونحوهما ، بل قيل : انه يمكن بحكم الاصل تشخيص أنه خطأ ، ومن هنا قال في الدروس بل والكتاب في القصاص : « الاقرب الاكتفاء في القتل بعدم التفصيل » بل هو ظاهر الاردبيلي ، بل قد يلوح من قول المصنف هنا : « وربما » الى آخره نوع تأمل في اطلاق الحكم المزبور ، بل ينبغي الجزم بالعدم فيما كان لكليه حكم يترتب عليه ، فلا مانع حينئذ من الدعوى به واثباته لان يترتب عليه ذلك مع فرض عجزه عن اثبات الخصوصية ، بل ربما ظهر من الاردبيلي سماع دعوى الكلى وان لم يترتب عليه حكم ، ولكنه مقدمة لاثبات الخصوصية فيما بعد .

وبالجملة فرق بين القتل وغيره في ذلك ، فانه مع فرض عدم ترتب حكم على الكلى في غيره لم تسمع الدعوى به أيضاً ، والا سمعت ان لم يثبت الاجماع المزبور انتهى .

﴿ و ﴾ حيث افاد عدم لزوم الدعوى الى الكشف فقال ﴿ لواقصرت ﴾ المرأة ﴿ على قولها : هذا زوجي كفى في ﴾ صحة ﴿ دعوى النكاح ، ولا يفتقر ذلك الى دعوى شيء من حقوق الزوجية ، لان ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجية ﴿ وفي الجواهر وللعمامة قول بالاشتراط بناء على أن ذكرها لمجرد الزوجية أقرار لدعوى ، وهو واضح الضعف .

﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ لو أنكر ﴾ الزوج ﴿ النكاح لزمه اليمين ولو نكل قضي عليه على القول بالنكول وعلى القول الآخر ﴾ الذي قدم ضعفه ﴿ يرد اليمين عليها فاذا حلفت ثبتت الزوجية ﴾ وعن التحرير « وفي تمكين الزوج منها اشكال » من اقراره على نفسه بتحريمها ، ومن حكم الحاكم بالزوجية « والاول قوى لقول الزوج على وفق الاصل بخلاف قول الزوجة كما هو المفروض ﴾ وكذا السياق ﴿ وسوق الدعوى وكونها مثل دعوى الزوجة ﴾ لو كان هو المدعى ﴿ وفي الجواهر وان كان لاختلاف هنا في قبول دعواه من دون ضم شيء من لوازم الزوجية ، وقد تقدم في كتاب النكاح .

﴿ولو ادعى أن هذه بنت أمته لم تسمع دعواه﴾ كما فى القواعد والدروس والارشاد والمسالك والكشف وغيرها ﴿لاحتمال أن تلد فى ملك غيره ثم تصير له﴾ فلا تقتضى حينئذ الدعوى حقاً لازماً للمدعى عليه والمراد وقوع النزاع فى جارية ادعى المدعى انها بنت أمته وانكر المدعى عليه انها ملكه فهل يسمع دعواه كى يثبت قوله مع شهادة البيينة ظاهر المصنف عدم السماع لاحتمال كون الام ملكا للغير قبل الولادة ثم بعد التولد صارت ملكا للمدعى فالبنت وان كانت بنت أمته فعلا لكنه لا يكون مع هذا الاحتمال ملكه بل ملك من كان قبلا مالكا منها فالدعوى اعمت من الملكية .

لكن يبقى حينئذ سؤال انه لو تولدت فى ملك الغير فكيف يكون عند المدعى الان فرت من عند مالكا الاول وبقت عند امها بعد صيرورة الام ملكا للثانى فالصحيح تصويره فيما كان المالك السابق زوج هذه الامة بعبده ثم باعها بالمدعى حاملا مع عدم علمه فى حال البيع بالحمل وعلم به حين الدعوى او قبلها وح فالبنت وان تولدت فى ملك المدعى لكن انعقاد النطفة فى ملك مولها الاول والتولد فى ملك الثانى .

﴿وكذا لو قال : ولدتها فى ملكى ، لاحتمال ان تكون﴾ البنت ﴿حرة﴾ كما اذا حملت امها من مولها فباعها بالمدعى مع عدم علمه بالحمل حين البيع ثم علم به بعداً وحينئذ لا يصح دعوى المدعى لكون البنت حرة واما لو علم مولها السابق بالحمل فلا يجوز له بيعها الا فى موارد التى جوز بيع ام الولد فلا يجوز حينئذ بيع بنتها لانها الحرة ومع ذلك كيف يدعيها المدعى مع كون البنت حرة وبنت ابيها وان باعها مع الشرط على المشتري يرد البنت بعد التولد كيف يدعى المشتري ملكها فالمدعى يعلم اذا تولدت فى ملكه بانها اما حرة او ملكا للبايع كما قال ﴿او﴾ كانت البنت ﴿ملكاً لغيره﴾ كما اذا حملت الام من عبد مولها ثم صارت الام ملكا للمدعى مع جهله بالحمل وحينئذ كانت البنت

ملكها لمولها الاول .

وحيث يحتمل دفع ذلك الاحتمال بشهادة البينة دفع المصنف عن نفسه بقوله
 ﴿ وكذا لا تسمع البينة بذلك ﴾ اى لا يسمع قول المدعى ولومع قول البينة بذلك
 ﴿ ما لم يصرح بأن البنت ملكه ﴾ .

وحاصله لو شهدت له بينته بذلك لا تسمع شهادة البينة الا اذا صرحت بملكية
 البنت له وقوله ايضا ﴿ وكذا البينة ﴾ اى كما لا تسمع دعوى المدعى ما لم يصرح
 بالملك فكذلك لا تسمع الدعوى اذا صرح نفس البينة بذلك ما لم يصرح بالملك
 فالتصريح بالملك لازم سواء كان من المدعى مع البينة او من نفس البينة .

وكيف كان فهذا الفروع مجملة صحة ومراداً فهل يكون المراد كون بنت
 الامة فى يد زيد المدعى او العمر والمدعى عليه او كون الدعوى من باب التداعى
 او من باب المدعى والمنكر .

والفرق بين هذه الفروع واضحة ولم يبين فى المقام فبنت امة المدعى اما
 عنده او عند المدعى عليه وتصور كليهما مشكل وقد عرفت ان الذى يتصور ولو
 بعيداً بيع المالك الاول الامة حاملاً من دون علمه بالحمل سواء كان نفسه وطئها
 فكانت البنت حرة والام ام ولد له ولا يعلم بحملها حين البيع كى لا يجوز له البيع
 او زوجها بعده فكانت البنت امة وباعها بدون العلم بالحمل ثم تولدت عند المشتري
 وعلم المالك الاول بذلك بعد البيع فادعى كون البنت له وادعى من عنده كونها
 بنت أمته وزعم انها تولدت من نطفته .

نعم تصوره يمكن بنحو خارج عن مورد النزاع وهو كون الخصمين ساكنين
 فى مكان واحد فوقع بيع الامة من مولها الاول من مولها الثانى ووقع النزاع
 بين تقدم الحمل على البيع وتأخره وقال المدعى كان الحمل بعد البيع فكانت
 بنت أمتى وقال المنكر وقع الحمل قبل البيع وبعث الام حاملاً لعدم علمى
 بحملها من عبدى او من نفسى وحينئذ فعلى الاول كانت ملكه وعلى الثانى كانت

بنتمه الحرة فهو نزاع عقلائى فيقع البحث فى مقتضى الاصول الشرعية .
 فالمسلم وقوع بيع ووطء فـاذا سقطا باصالة عدم تقدم البيع على الوطء
 وبالعكس يرجع الى اصالة عدم تحقق الحمل فى حال البيع فان المسلم كون
 الوطء فى حال البيع وهو غير ملازم لانعقاد النطفة بهذا الوطء .
 ضرورة عدم الملازمة بين الوطء وبين الحمل ولذا كثيرا لا تحمل الا بعد
 تكرار الوطء بكثير فلا يضر البيع حتى مع العلم بالوطء وانها بيعت موطوءة فان
 المضر هو البيع فى حال الحمل بل يمكن التمسك باصالة عدم جواز الوطء فى
 ملك الغير فيكون الوطء بعد البيع فلا يلزم منه ايضا كون الحمل فى حال البيع .
 وبالجملة اصالة عدم تحقق الحمل بالامعارض فان قلت هو مثبت قلت يرد
 خفاء الوساطة ولا اشكال فيه وهذا لو قلنا بكون الاستصحاب حجة تعبدا والا كان
 الظاهر كونه من الامارات الموجبة لوجوبه مثبتاته مطلقا ثم انه سيأتى انشاء الله
 فى آخر كتاب القضاء مقدار من التكلم فيه .
 وكيف كان فالمسألة قوية الاشكال .

وفى الجواهر بعد قول المصنف مالم يصرح بان البنت ملكه قال 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 يدتقضى بالملكية لها والا انقطع بها الاصل المزبور
 كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك وكلام الاصحاب هنا فى الدعوى على آخر .
 ولا يخفى ما فى الاستدلال بالنماء فان الكلام فى مثل هذه الدعاوى اعم
 من الملك فلا يفيد ملكا حتى يترتب عليه النماء فلا يصح فى جوابه باصالة تبعية
 النماء للملك فان الكلام فى ثبوت الشىء والجواب فى ثبوت الشىء للشىء بداهة
 ان النماء فرع الملك المسلم المتيقن وجوده لالملك المشكوك تحققه مع ان
 ثبوت شىء لشىء فرع ثبوت المثبت له والعجب قول الجواهر وهو كذلك حيث

لا يكون لآخر يد النخ حيث ان الجواب هو نفس هذا القول لاتبعية النماء للاصل.
 بدهاة ان عدم يد للغير كى ينسب الملكية اليه ايضا كاف فى بطلان عدم
 السماع بزعم اعمية الدعوى فان مثل تلك الدعاوى بضميمة صحة حمل قول المسلم
 على الصحة كاف فى عدم الاحتمال المذكور لو كان اصل الدعوى مع قطع النظر
 عن ذلك صحيحا لكن عدم الصحة فى المقام من حيث عدم يد آخر حتى يصح
 الدعوى اليه و كيف كان فعلى قول المصنف :

﴿ومثله﴾ اى مثل قوله لو ادعى ان هذه بنت امته ﴿لو قال : هذه ثمرة
 نخلى﴾ مثلا فكما يحتتمل ان البنت بنت امته قبل مالكية امها فتكون البنت
 ملكا للغير فكذلك يمكن النخل نخلة قبلا ثم باعه فالثمرة وان صحت كونه من
 نخل المدعى لكن فى السابق لافعلا فانها ملك مشتري النخل للبايع القبل .
 ﴿وكذا لو أقر له من الثمرة فى يده او بنت المملوكة﴾ فى يده بأنها ثمرة
 نخلتك و بنت مملوكتك التى ولدتها فى ملكك ﴿لم يحكم عليه بالاقرار لو فسره
 بما ينافى الملك﴾ كما فى القواعد ، بأن قال : ومع ذلك هى ملكى ، لما عرفت
 من عدم دلالة ذلك على الانصراف بكونهما ملكاً له ، ان هو أعم انتهى .

وحاصله لو قال ذى اليد ان هذه الثمرة لشجرة كانت ملكا لزيد فانه لا يفيد
 ملكيتها لامكان ان تكون الثمرة لشجرة كانت قبلا ملكا لزيد لافعلا مع ان الشجرة
 فعلا لعمر ولا لزيد حتى يدل على ملك زيد فاقرار المقر لا يدل على ملكيتها
 للمقر له او اقر الذى بنت المملوكة فى يده بان هذه بنت مملوكتك فلا يدل
 اقراره للمقر له كونها ملكه لامكان كونها بنت مملوته قبلا لافعلا فلا يكون ملكه
 لكن قوله التى ولدتها فى ملكك قديتوهم منه الاقرار بالملك لكنه فاسد
 ايضا لامكان انعقاد النطفة فى ملك المالك الاول و باعها بدون العلم بالحمل ثم
 وقع الوطاء من المالك الثانى وتولد عندها فالتولد فى ملك الثانى وانعقاد النطفة
 فى ملك الاول فلا يكون ملكا للاول ومن ذلك يعلم النزاع فى ملكيتها البنت

لذلك فالوطء وقع منهما والنطفة للاول فزعم كلاهما له كما عرفت وتام الكلام فى محله ❀ ولا كذلك لو قال : هذا الغزل من قطن فلان ❀ حال كونه ملكاً له ❀ أو هذا الدقيق من حنطته ❀ كذلك .

وفى بعض نسخ الشرايع زيادة لفظة لا والظاهر هو غلط بل يحتاج اليها ومقصود المصنف ليس قوله هذا الغزل من قطن فلان مع التصريح بملكية القطن لفلان مثل ما مر فان ما تقدم تغيير حقيقى كالثمرة والشجرة بخلاف الغزل والقطن فان الغزل عين القطن والتغيير تغيير الاوصاف لافى الحقيقة و الجنسية فالاقرار بالغزل من قطن زيد عين الاقرار بملكية الغزل للزيد ففرق واضح بين تغيير الجنس مع افراده فى الاوصاف وبين ما يختلف احدهما مع الاخر ولو كان منشأ وجوده هو الاخر .

ولا يخفى عدم الفرق بينه وبين الامثلة المتقدمة فى عدم دلالاته على الملكية ويجرى نفس الاحتمال المتقدم فيه ايضا فلادلالة لهذا القول على ملكية الغزل ولو كان زيد مثلاً مالكا للقطن فانه وان كان معنى هذا الغزل من قطن زيد انه ملك زيد لكن يحتمل ان زيداً باع مقداراً من قطنه بعمر و حصل الغزل بيد عمر و فيصدق هذا الغزل من قطن زيد مع انه ليس ملكاً لزيد بل لعمر و ففى عدم الدلالة على الملك لافرق بين ما تغير اوصافه وبين ما انفصل عن اصله كالثمرة عن الشجرة فقوله هذا الغزل من قطن زيد مع القطع بكون القطن ملكاً له بمثل ما اذا قال هذه ثمرة نخلى فانه لو قطع النظر عن فصله عن اصله ايضاً كقوله هذا الغزل من قطن زيد . وذلك لان معنى ثمرة نخلى ان اصله من نخلى ولا يدل على الملك من حيث ان معناه ان اصلها نخلى ولا منافاة بين بيع الثمرة للناس فالثمرة التى للناس كان اصلها نخل فلان فمع قطع النظر عن عدم التغيير ذاتا لا يدل على الملك . والحاصل ان قوله هذا الغزل من قطن زيد مثل قوله ان هذه الحنطة من زراعة عمر ومعناه ان اصلها من زراعة عمر ولان فعلاً كانت ملكاً لعمر و .

﴿الفصل الثانى فى التوصل الى الحق﴾ الذى له على غيره ووصوله اليه تقاصاً كمن كان له عند الغير وجهد ولم يكن اراد دفعه كان لصاحبه اخذه باى نحو كان فاخذه من ما له بقدر ما له من غير زيادة ولو قهراً او بمساعدة ظالم او حاكم جوراً وسرقة بحسب الظاهر او حيلة ونحو ذلك من كل طريق يمكن وصوله الى حقه حيث ان الشارع لا يرضى بتضييع مال مسلم محترم اصلاً فاذن يأخذ ماله ولو يوجب ضرراً وضرباً على الجاحد مالم يصل الى تلف النفوس والفتنة .
 وعليه ﴿من كانت دعواه عيباً فى يد انسان﴾ معترف بها أو معلوم حالها ﴿فله انتزاعها﴾ منه ﴿ولو قهراً﴾ وفى الجواهر قال بمساعدة ظالم او بنفسه وان استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك ﴿ما لم تثر فتنة﴾ بل وان تارت مالم تصل الى حد وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الأنافس والأموال وغيره من الفساد الذى يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك انتهى .

وفى المسالك بعد قوله فى التوصل قال الغرض من الباب ان المستحق متى يحتاج الى المرافعة والدعوى وتفصيله ان الحق اما عقوبة او مال فان كان عقوبة كالقصاص وحد القذف فلا بد من الرفع الى الحاكم لعظم خطره والاحتياط فى اثباته ولان استيفائه وظيفة الحاكم على ما يقتضيه السياسة وزجر الناس وان كان مالا فهو اما عين او دين فان كان عينا فان قدر على استردادها من غير تحريك فتنة استقل به لانه عين ماله فلا حاجة الى الرجوع فسى تحصيله الى غيره ولو ادى الى الفتنة فلا بد من الرفع الى الحاكم دفعا لها واما الدين فان كان من عليه مقرا غير ممتنع من الاداء طالبه ليؤدى وليس له الاستقلال بالاخذ لان حقه امر كلى فى ذمة المديون وله التخيير فى تعيينه من ماله فلا يتعين فى شىء منه بدون تعيينه ولا مدخل للحاكم فى ذلك ايضا لان الفرض كونه باذلا والحاكم انما يلبى على الممتنع ومن فى معناه وقول المصنف فى هذا القسم او تعيين الحاكم

مع امتناعه لوجه له لانه خلاف الفرض انتهى .

وكيف كان فيجوز الاخذ مقاصة ويدل عليه روايات كثيرة مضافا الى الاتفاق في ذلك ويدل عليه كتاباً بقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا » بمثل ما اعتدى عليكم وقوله تعالى ايضا « والحرمان قصاص » وقوله « فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » واما السنة كقوله عليه السلام « لى الواجد يحل عقوبته وعرضه » .
 وخبر جميل بن دراج « سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده اياً أخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك قال : نعم » .

وصحىحتى داود بن زرير وابن زربى قال فى احدهما : « قلت لابي الحسن موسى عليه السلام : انى أخالط السلطان فتكون عندى الجارية فيأخذونها ، والدابة الفارهة يبعثون فيأخذونها ، ثم يقع لهم عندى المال فلى ان آخذه ؟ فقال : خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه » .

وقال فى الاخرى : قلت لأبى الحسن عليه السلام : انى اعامل قوماً فر بما أرسلوا الى فأخذوا منى الجارية والدابة فذهبوا بهما منى ثم يدورلهم المال عندى فأخدمته بقدر ما اخذوا منى ؟ فقال : خدمتهم بقدر ما أخذوا منك ، ولا تزدد عليه ، ان لم يكن ذلك اذنأ منه عليه السلام كما هو الظاهر :

وصحيح أبى بكر « قلت له : رجل لى عليه دراهم فجحدنى وحلف عليها أيجوز لى ان وقع له قبلى دراهم أن آخذ منه بقدر حقى ؟ قال : فقال : نعم ، ولكن لهذا كلام ، قلت : وما هو ؟ قال ، تقول أللهم انى لا آخذه ظلماً ولا خيانة وانما أخذته مكان مالى الذى أخذ منى لم أزد عليه شيئاً » وفى خبر آخر له « أللهم انى لم آخذ ما أخذت منه خيانة ولا ظلماً ، لكن أخذته مكان حقى » الى غير ذلك من النصوص .

وفى الجواهر بعد نقلها ما لفظه وما فى الأخير من جواز الأخذ بعد الحلف منزل على الحلف من دون استحلاف أو عند غير الحاكم أو نحو ذلك حتى لا ينافى غيره من النصوص ، ولا ريب فى استحباب القول المزبور وان أطنب بعض الناس بدعوى الوجوب الذى يمكن تحصيل الاجماع على خلافها .

كل ذلك مع أنه لم نر للقائل بالمنع من شىء يعتد به - وان ذهب اليه المصنف فى النافع ، بل حكى عن تلميذ الآبى فى كشفه والفخر فى ايضاحه عدا الأصل المقطوع بما عرفت ، بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع الى الحاكم ، وعدا دعوى قيام الحاكم مقام المالك ، فمع التمكن لا يجوز بغير اذنه ، وهو كالاتجاه فى مقابلة النص ، ونحو ذلك انتهى .

وكما ان ذلك فى مقابلة النص فكذلك بطلان و وقوع الحلف واجبا او مستحبا باذن الحاكم وعدمه لعدم دلالة الاخير على الحلف وانما ظاهره وقوع الحلف من الرجل الجاحد للمال والدين ومعناه ان الرجل جحدنى وحلف كذبا على عدم مالى عليه فهل يجوز لى ان آخذ من ماله بقدر مالى بعد انكاره والحلف عليه كذبا او لا قال الطبراني نعم وليس فى الرواية حلف الرجل الاخذ مقاصة فمدبر فيجوز الاخذ بدون الحلف وبدون اذن الحاكم ولذا قال ﴿ ولا يفتقر ﴾ انتزاعها فى الظاهر والواقع ﴿ على اذن الحاكم ﴾ اذا كانت على الوجه المزبور .

﴿ نعم لو كان الحق ديناً وكان الغريم مقرراً باذلا له لم يستقل المدعى بانتزاعه من دون الحاكم لأن الغريم ﴾ نفسه ﴿ تخيراً فى جهات القضاء ﴾ لأنه المخاطب ﴿ فلا يتعين الحق فى شىء من دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه ﴾ أى امتناع تعيينه لحبس أمرض أو نحوهما ، لان له الولاية العامة فى ذلك ولو كان الغريم مقرراً ممتنعاً ففى القواعد «استقل الحاكم بالاخذ دونه» ويمكن دعوى استفادته من المثمن أيضاً .

وقد يشكل باطلاق ما تسمعه من الادلة وغيرها خصوصاً مع القول به فى

الجاحد الذي ساوى فى المسالك بينه وبين الممـاطل فى الحكم ، واعترف
الفاضل فى القواعد بأن حكمه ما أشار اليه المصنف بقوله : ﴿ولو كان المدين
جاحداً وللغريم بينة تثبت حقه﴾ عند الحاكم والوصول اليه ممكن ففي جواز
الاخذ تردد ﴿وخلاف﴾ أشبهه ﴿وفاقاً للاكثر كما فى كشف اللثام وغيره
﴿الجواز ، وهو الذى ذكره الشيخ فى الخلاف والمبسوط﴾ ومحكى التهذيب
والنهاية ﴿وعليه دل عموم الاذن فى الاقتصاص﴾ كما عرفت .

﴿ولو لم تكن له بينة أو تعذر الوصول الى الحاكم﴾ وفى الجواهر بل فى
المسالك «أو امكن ولم تكن يده مبسوطة بحيث يمكنه تولى القضاء عنه» وان
كان فيه أن الفائدة الاستئذان منه وعلى كل حال فمتى تعذر ﴿ووجد الغريم
من جنس ماله اقتص مستقلاً بالاستيفاء﴾ وفى الجواهر بلا خلاف فيه عندنا ، بل
الاجماع بقسميه عليه ، لاطلاق الادلة المزبورة وغيرها انتهى .

وكيف كان فيجوز الاخذ مقاصة وما هو من امواله عند الغريم امانة
كان من اموال المديون ايضاً من غير فرق كما يدل عليه روايات كثيرة ايضاً
مثل صحيح البقباق «ان شهاباً مارآه فى رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد
ذلك ألف درهم ، قال أبو العباس : فقلت له : خذها مكان الالف التى أخذ منك
فأبى شهاب ، قال : فدخل شهاب على أبى عبد الله عليه السلام فذكر ذلك له فقال : أما أنا
فأحب أن تأخذ وتحلف» .

وخبر على بن سلمان قال : «كتب اليه عليه السلام رجل غصب رجلاً مالا أو
جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانه او غصبه أو يحل له حبسه
عليه أم لا ؟ فكتب عليه السلام نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه ، وان كان أكثر فياً أخذ
منه ما كان عليه ويسلم الباقي اليه ان شاء الله» وظاهرهما عدم الفرق بين مال
الامانة وغيرها فى جواز الاخذ منها بل هو واضح فى سياق الشرع .

نعم قد ورد ايضاً روايات ظاهرها فى بدو الامر عدم الجواز وقد اشار اليها المصنف

بقوله: ﴿ نعم لو كان المال ﴾ الذى من المديون ﴿ ودبعة ﴾ وامانة ﴿ عنده ﴾ اى عند الغريم والدائن مثلاً كان لزيد على عمرو مائة دينار وعمرو جعل فرساً عند زيد امانة فرأى زيد عدم وصول ماله من عمرو واخذ فرسه الذى جعل عمرو عند امانة عوض ماله فاذا اخذ الفرس الذى مال المديون كان مثل اخذ سائر امواله اذا الفرس او الفرس او الكتاب كلها للمديون على الفرض وللدائن هو الاخذ من امواله بقدر ماله لكن خصوص الفرس فى المثال حيث انصف من سائر امواله بوصف الامانة . ﴿ ففى جواز الاقتصاص تردد ﴾ بل خلاف ولكن حيث لم يفرق بين المال الذى امانة عند المدين وسائر الاموال فى جواز الاخذ منه فلا يحرم بل كان ﴿ اشبهه الكراهية ﴾ وفى الجواهر وفاقالاكثر المتأخرين ووجهه ظاهر اذ ظاهر الروايات جواز الاخذ من مال المديون .

نعم ظاهر بعضها المنع بحيث صار موجبا للاختلاف والقول بعدم الجواز . مثل خبر ابن أخ الفضيل بن يسار قال : « كنت عند أبى عبدالله عليه السلام ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم اليها ، فقالت : أسأله ، فقلت : عماذا ؟ فقالت : ان ابني مات وترك مالا فى يد أخى فأتلفه ثم أفاد مالا فأودعنيه فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شىء ؟ فأخبرته بذلك ، فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أد الأمانة الى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك » .

وخبر سلمان بن خالد « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال فكابر نى عليه وحلف ثم وقع له عندى مال فأخذه لمكان مالى الذى أخذه وأجده وأحلف عليه كما صنع قال : ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عبته عليه » وصحيح معاوية بن عمار عن أبى عبدالله عليه السلام « قلت له : الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا الى أن آخذ مالى عنده؟ قال : هذه الخيانة » فى خبر عبدالله بن اسماعيل : « أد الأمانة لمن ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو أنه قاتل الحسين عليه السلام » وقال عليه السلام أيضاً فى خبر عمار : « اعلم أن ضارب على عليه السلام

بالسيف وقاتله لو ائتمنتنى على سيف واستشارنى ثم قبلت ذلك منه لاديت اليه الامانة « مضافاً الى تأكد الامر بأداء الامانة الى أهلها .

وقد عرفت ان لسانها لسان الكراهة فلا تكون منافية لمادل على الجواز جداً ولذا فى الجواهر فى مقام عدم الحرمة قال بل لعل فى قوله **الْبَيْلَى** : « ولا تدخل فيما عبته عليه » اشعار بذلك ، خصوصاً بعد معلومية عدم كون المقاصة خيانة بل هى فى قوة أداء الامانة الى من ائتمنه بعد أن جعله الشارع ولياً له فى استيفاء دينه منها ، وليس هو أخذاً بغير حق الذى قد عابه عليه ، كما يومىء اليه الادعية السابقة ، فمراد الامام **الْبَيْلَى** ببيان نوع مرجوحية بسبب كونها صورة الخيانة التى قد تأكد النهى عنها انتهى .

ولقد اجاد فى فهم الروايات وان الظاهر منها المرجوحية وليس كل مادل على النهى ظاهراً فى الحرمة ومع القرينة الظاهرة فى الجواز وعدم الفرق فى اموال المديون بين ما جعله للامانة عند من يجوز له المقاصة والعجب ملاحظة التعارض بين الاخبار وبعدها التساقط هو الرجوع الى حرمة التصرف فى مال الغير مع بدهاة انه ليس من مال الغير بل مال نفسه مثلاً وعضوا عنه .

فقال فى الجواهر ايضا ما لفظه فما عن النهاية والغنية والكيدرى والقاضى من القول بعدم الجواز ، بل عن الغنية الاجماع عليه - واضح الضعف وان توقف فيه فى ظاهر الدروس والروضة ، بل مال اليه الأردبيلى الى ان قال مضافاً الى اعتضاد عموم المقاصة بأدلة نفي الضرر والضرار والخرج وغير ذلك ، بل قد عرفت أن المقاصة ليست من الخيانة المندرجة فى هذه العمومات .

بل لولا شهرة الكراهة لا يمكن المناقشة فيها بظهور قوله **الْبَيْلَى** : « أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف » فى عدمها انتهى الجار والمجرور متعلق بقوله المناقشة اى لولا الشهرة كان مجال للمناقشة فى الكراهة اى لولا الشهرة لم يكن ظاهراً فى الكراهة وهو واضح لظهور هذه الكثيرة فى جواز اخذ ماله بقدر ما كان عنده

بلا كراهة حينئذ اصلا فضلا عن الحرمة مع التصريح في الجواز .
 والظاهر من بعض الاخبار ان المنع من الاخذ والمقاصة من حيث الحلف
 وان المنكر للمال حلف على عدم الدين كذبا وان احترام الحلف اوجب عدم
 المقاصة لما عن الحسن بن علي بن أبي حمزة ، عن عبدالله بن وضاح قال : كانت
 بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخا نني بألف درهم ، فقد مته الى الوالى فأحلفته
 فحلف ، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجرة ، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح ودراهم
 كثيرة ، فأردت أن أقتص الألف درهم التي كانت لي عنده وأحلف عليها : فكتبت الى
 أبي الحسن عليه السلام فأخبرته أنى قد أحلفته فحلف ، وقد وقع له عندى مال فان أمرتنى
 أن آخذ منه الألف درهم التي حلف عليها فعلت ، فكتب : لا تأخذ منه شيئاً ان
 كان ظلمك فلا تظلمه ، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من
 تحت يدك ، ولكنك رضيت بيمينه ، وقد ذهب اليمين بما فيها ، فلم آخذ منه شيئاً
 وانتهيت الى كتاب أبي الحسن عليه السلام وظهوره فيما ذكرنا واضح فلو لاحلف اليهودى
 لامر عليه السلام بالاخذ والمقاصة فيكون ظاهره فى عدم الكراهة مطلقا وان النهى للحلف
 ولو كذباً كى يكون عظمتة ثابتة وايضاً لا يختلج فى قلب عدم اهتمام المسلم بامر
 الحلف كذباً فتدبر .

ويدل عليه ايضا ما عن خضر النخعي ، عن أبي عبدالله عليه السلام فى الرجل يكون
 له على الرجل المال فيجحده قال : ان استحلفه فليس له ان يأخذ شيئاً ، وان تركه
 ولم يستحلفه فهو على حقه ويمكن ان يفصل فى الروايات بذلك وان الكراهة فى
 صورة الاستحلاف والحلف فيكون بعد حلف المدين بكره الاخذ والمقاصة ولو
 كان الحلف كذباً وقد مر فى مسألة الاستحلاف انه لو حلف المنكر كذباً لما
 يجوز للمدعى المقاصة من ماله ولو مع علمه بالكذب وانما يؤخر العقاب فى الآخرة .
 ويؤيد الجواز واخذ امواله ولو كان من غير جنس امواله قوله * ولو كان
 المال * الذى له فى ذمته * من غير جنس الموجود * عنده * جاز أخذه

بالقيمة العدل ، ويسقط اعتبار رضا المالك بالطا طه كما يسقط اعتبار رضاه *
 واستئذانه * في * متحد * الجنس * بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا .
 * و * مقتضى الاطلاق المزبور أنه * يجوز أن يتولى * بنفسه * بيعها * أى
 الوديعة مثلاً * وقبض دينه من ثمنها * سواء كان من جنس حقه أم لا * دفعاً
 لمشفة التربص بها * وفي الجواهر بل يجوز له بيع ثمنها الى أن ينتهى الى ما
 يساوى حقه فى الجنس ثم يأخذه مقاصة ، لان له على المالك ذلك ، وقد أقامه
 الشارع مقامه فى الاستيفاء ، فلا يلزم بالمقاصة من غير الجنس كما عساه يتوهم فى
 بادىء النظر من النصوص ، نعم حيث كان هو الولى فى ذلك وجب عليه الجمع
 بين حقه وحق المالك .

ومن الغريب ما عن الكفاية « ويتخير عند الاصحاب بين اخذه بالقيمة وبين بيعه
 و صرفه فى جنس الحق ، ولا يجوز ان يتولى بيعه ويقبض ثمنه من دينه » مع أن
 الذى عثرنا عليه من كلمات الاصحاب والمحكى منها كالمبسوط والقواعد والدروس
 والايضاح وغيرها جواز ذلك له بنفسه ، بل عن الاول أنه الاقوى عندنا كما استسمع ،
 وهو كذلك بناء على عدم الرجوع الى الحاكم فى الاصل .

نعم عن المبسوط « ومن الذى يبيع ؟ فقال بعضهم : الحاكم ، لان له الولاية
 عليه ، وقال آخرون يحضر عند الحاكم ومعه رجل قد واطأه على الاعتراف بالدين
 والامتناع من الاداء - ثم قال - : والاقوى عندنا ان له البيع بنفسه ، لانه قد يتعذر
 اثباته عند الحاكم ، والذى قال الآخرون كذب يتنزه عنه » و ظاهره ان الاولين
 من العامة أو من القائلين بالرجوع الى الحاكم فى أصل المسألة فضلاً عن هذه
 الخصوصية ، ولكن الاقوى ما عرفت فى الاصل انتهى .

* و * كيف كان فـ * لـ لو تلفت * العين التى قبضت لارادة المقاصة بثمنها
 بلا تعد ولا تفریط ولو بالتكاسل فى بيعها * قبل البيع قال الشيخ : الأليق بمذهبنا
 أنه لا يضمنها * .

وفي الجواهر للاصل ولانهافي يده أمانة شرعية أو بحكمها ، وتبعه الشهيدان في المسالك وظاهر غاية المراد والاردبيلي في مجتمعه انتهى ولا يخفى قوة عدم الضمان فانه مضافا الى ان الاخذ باذن الشارع كان مقتضى التقاص هو الاخذ لوصوله الى ماله فاذا تلف من غير تفريط و تعد لا يوجب الضمان كما لا يضمن فيما كان امانة ونحوها والتقصير من المديون الذي اراد عدم دفعه مال الغير المأمور بالدفع بمقتضى على اليد ما اخذت حتى تؤدي وحيث لم يكن اراد الدفع يجب بحكم الشارع هو التوصل الى ماله باى نحو كان بعد بداهة انه لو لم يأخذ الغريم لما كان وصل السى ماعليه فهذا الضرر متوجه على المديون بسوء اختياره وعدم رد مال الناس .

ولكن المصنف قال ﴿ والوجه ﴾ كما في القواعد ومحكى الايضاح ﴿ الضمان . لانه قبض لم يأذن فيه المالك ﴾ فيه اذن الشارع اعظم واعلامن اذن المالك بل في تعليقه ما لا يخفى فان اذن الشارع قد حصل بالعمومات الكثيرة فمعنى الامر بالاخذ جواز جعله فى يده وكونه مأذونا فيه فالاذن حاصل جداً وتلفه من دون تعد وتفريط غير موجب للضمان .

وفي المسالك بعد قوله ولو تلفت قبل البيع قال اذا اخذ المستحق من غير جنس حقه فان نوى اخذه لنفسه بالقيمة ملكه وكان تلفه بعد ذلك منه وان قصد بيعه وصرفه فى حقه فهل يكون مضمونا عليه ام يكون امانة فيه قولان احدهما وهو الذى ذهب اليه المصنف الضمان لانه قبضه بغير اذن المالك لمصلحة نفسه فكان كقبض المرتهن الرهن بغير اذن الراهن هكذا علمه المصنف وفيه ان اذن الشارع اعظم من اذن المالك وبه يفرق بينه وبين الرهن . والثاني عدم الضمان وهو مختار الشيخ فى المبسوط لانه مقبوض بحق فجرى مجرى الرهن وهذا هو الاقوى انتهى . والظاهر لاشكال بل الاذن فى الاخذ مستلزم لعدم الضمان قبل استقراره لدينه نعم لو تلف بعد جعله الدائن من دينه تقاصا ورضاه بذلك وكان بقدر ما على

المدين ثم تلف بعد ذلك كان ضامنا بمعنى كفايته عن دين المدين خصوصا فيما كان قيمته اقل مما عليه فانه بعد القبول لوتلف كانه تلف مال نفسه و كذالو كان اكثر مع التزامه بدفع ما زاد عليه كما اشار اليه في المسالك ايضا بعد العبارة المتقدمة غايته جعل الزيادة محل ترديد في ضمانه او كانت امانة عنده ولكن الظاهر كانت الزيادة مضمونة عليه .

وكيف كان فما في الجواهر من قوله ولكن لامنافاة بينه وبين الضمان بعد أن لم يكن في شيء من النصوص الحكم بكونه قبض امانة فيندرج في ما دل على عدم ضمانها ، كما أنه ليس في شيء من الأدلة الشرعية عنوان للامانة الشرعية على وجه يكون المقام منها موضوعاً وحكماً إذ ليس الا الاذن في القبض لاستيفاء حقه ، وهو أعم من الائتمان الذي لا يستعقب الضمان كالاتقاط ونحوه وليس كل ما أذن الشارع في قبضه يكون امانة خصوصا القبض لمصلحة القابض التي هي استيفاء حقه منها ، بل ذلك من المالك لا يقتضى الائتمان المزبور، انتهى غير تام . وفيه ان المنافات اظهر لكل من نظر اليه مع ان الامر بالقبض في النصوص مستلزم لجميع المضار المنافية مع القبض فكانه بالامر بالقبض التزم لجميع ما وقع ويترتب على القبض ومنه التلف فلا ضمان على القابض اذا قبض بقصد كونه عن عوض ماله

والحاصل القبض لاستيفاء القابض ومصالحته وهو يتوقف على عدم ضمانه و الا ليس القبض لمصالحته بل لضرره بعدا ما كان موته فالموت من لوازم الغير المنفكة عن ذي الحياة فلو كان الاخذ موجبا لضمانه لزم جوازا الاخذ مقيدا بال ضمان لوتلف والاطلاقات في مقام البيان ينفي القيود اى يجوز الاخذ مات الحيوان او لم يمت وحينئذ كان كالتلف قبل القبض في المعاملة فيصح له الاخذ ثانيا من شيء آخر حتى يحصل التفاس .

ومن جميع ذلك ظهر ما في كلام المصنف وشارح كلامه في الجواهر قال

﴿و﴾ حينئذ فتبقى قاعدة ضمان مال المسلم المستفادة من عموم «على اليد» وغيره بحالها ف ﴿يتقاصان﴾ حينئذ ﴿بقيمتها مع التلف﴾ ولو بغير تفریط وفيه ان المراد بقوله على اليد عدوان لايد الوصول بماله .

وفى الجواهر قال مضافاً الى أن القبض للمقاصة هو قبض ضمان لا قبض مجان، بل هو أولى من قبض السوم، وكونه ولياً بمعنى أن له المقاصة بنفسه لا يقتضى عدم ضمانه نحو باقى الأولياء الذين ليس هو منهم بالمعنى الذي يترتب عليه ذلك . وبذلك ظهر لك النظر فى جملة من الكلمات المبينة على الأصل والاكتفاء بالاذن الشرعية فى استيفاء الحق من مال الغير فى تحقق الأمانة التى حكمها عدم الضمان، وقد عرفت ما فيها .

كما أن منه ظهر لك الحال فى الزيادة على الحق وأنها على الضمان أيضاً، فما عن الفاضل فى التحريير والقواعد من الحكم بعدم ضمانها مع قوله فى الثانى بضمان ما قابل الحق لا يخلو من نظر انتهى وفيه ما لا يخفى وبالجملة ليس القبض الابعنوان المقاصة وهو مناف المضمن ويلزم من وجوده عدمه .

﴿مسألتان الاولى من ادعى ما لا يد لاحد عليه قضى له﴾ وفى الجواهر به من دون بينة ويمين بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه لاصالة صحة قول المسلم وفعله بل كل مدع ولا معارض له . ﴿ومن بابه أن يكون كيس﴾ مثلاً ﴿بين جماعة فيسألون هل هولكم فيقولون : لا يقول واحد: هولى، فانه يقضى به لمن ادعاء﴾

والمسألة وان كانت محل اتفاق لكن للاشكال فيه مجال بداهة انه لا يلزم من قول احد انه لى كان له مع امكان كذبه فاللازم هو السؤال عن خصوصيات ما فيه فر بما لوسئل وتفحص كان على خلاف ما ادعاه ضرورة انه لو كان له ليعلم بما فيه ويكون حينئذ نظير اللقطة فلزم عليه بيان خصوصيات ما فى الكيس

لكن العمدة هو مارواه منصور بن حازم في الصحيح «قلت للمصادق عليه السلام: عشرة كانوا جلوساً ووسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، فقال واحد منهم: هولي، قال: هو للذي ادعاه» ويمكن ان يقال ان في مورد النص حصول العلم بكونه له وهو خارج عن البحث وقوله للذي ادعاه لا ينافي السؤال عنه بل الظاهر لافرق في ذلك بين يد عليه اولا وعلى الاول لزم السؤال وعلى الثاني كان لقطعة يحتاج الى التعريف وسيأتي في محله

قال في الجواهر هذا كله مع عدم اليد أما معها ولو يد غير ملك باعتراف صاحبها فقد يشكل الزامه بدفعه اليه بمجرد دعواه، ضرورة تحقق الخطاب معها بايصاله الى مالكه الواقعي، ومجرد الدعوى ليس طريقاً للفراغ من الشغل انتهى والمسألة مشكلة جدا لواخذ باطلاق الخبر

وفي عروة السيد بعد التمسك لذلك بخبر منصور بن حازم: قال و «عن الرجل يصيد الطير الذي يساوي دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه أيحل امساكه . قال : اذا عرف صاحبه رده عليه وان لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو له وان جاء طالب لا يتهمه رده عليه» ولكن القدر المعلوم هو عدم جواز مزاحمته ومنعه ومعارضته، وأما الحكم بكونه له بمجرد دعواه خصوصاً قبل اثبات اليد عليه فمشكل ولا يستفاد من الادلة المذكورة اما الاولان فواضح، واما الاجماع فالقدر المتيقن منه ذلك .

واما الموثقة فيمكن ان يقال ان الحكم فيها من حيث حصول العلم بان الكيس لذلك الذي ادعاه فان الظاهر انه لم يكن خارجاً عنهم ومع نفي غيره ينحصر فيه - مع ان في موردها كان الكيس في يد الجماعة ، واذا نفى الجميع كونه لهم تبقى يد ذلك الواحد ومقتضاها كوناً له فيخرج عن موضوع مسئلتنا وهو صورة عدم اليد .

واما الصحيحة فقد يقال : ان الامر فيها بالرد المقيد بعدم الاتهام وحقيقة

ذلك عدم تجويز كذبه اذ معه يصدق الاتهام ومع عدم تجويز كذبه يعلم ملكيته - مع ان في مثل موردها لاتجرى قاعدة الدعوى بالامعارضة لاختصاصها كما يأتى بما لم يكن في يد شخص مكلف بالدفع الى صاحبه والافلاتجرى فيه كما في اللقطة ونحوها ، بل لابد من البينة فلا وجه للاستدلال بها ولا بد من حملها على صورة حصول العلم بانه للمدعى وكون المراد من عدم الاتهام العلم بصدقه انتهى .

ثم انه في الجواهر قد تمسك بخبر لاجنبى عن المقام ولا كثير مناسبة له بل لا يخلو ذكره عن الفائدة قال بعد نقل رواية المنصور ما لفظه بل قد يظهر من الراوى المزبور المفروغية من هذا الاصل عند العقلاء أجمع قال (٢) : «قلت له أيضاً : ان الله أجل وأكرم من أن يعرف بخلقه ، بل الخلق يعرفون بالله ، قال : صدقت ، قلت : ان من عرف له رباً فقد ينبغى له أن يعرف ان لذلك الرب رضاً وسخطاً وأنه لا يعرف رضاه وسخطه الا بوحي أو رسول ، فمن لم يأت به الوحي فقد ينبغى أن يطلب الرسل ، فاذا قيهم عرف أنهم الحجة - الى ان قال - : فقلت لهم من قيّم القرآن ؟ فقالوا : ابن مسعود قد كان يعلم ، وعمر يعلم وحنيفة يعلم قلت : كله ، قالوا : لا ، فلم أجد أحداً يقول انه يعرف ذلك كله الا علياً عليه السلام واذا كان الشئ بين القوم فقال هذا : لا ادري ، وقال هذا : لا أدري ، وقال هذا أنا ادري فاشهد ان علياً عليه السلام كان قيّم القرآن» .

بل قد يقال بظهور الصحيح المزبور في قبول دعوى المدعى ولو بعد قوله «ليس لى» بناء على ارادة الحقيقة من قوله : «كلهم» ويمكن ان يكون على القواعد ايضاً ، لاصالة صحة قوليه معاً باحتمال التذكر وغيره لعدم المعارض .
وعليه حينئذ يتفرع جواز تمكينه من الزوجة التى أنكر زوجيتها ثم أقر بها ولا يمنعه الحاكم عن ذلك ، كما مر في كتاب النكاح انتهى .

المسألة ﴿الثانية﴾ لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرج البحر فهو لاهله وما أخرج بالغوص فهو لمخرجه ﴿على الاشهر عند الاصحاب ، كما فى الكفاية

وان كذا لم يتحققه حتى من المصنف ، فانه قال بعد ذلك ﴿وبه رواية في سندها ضعف﴾ .

وفي الجواهر وظاهره التردد فيه ، نعم قد عمل بهافي الارشاد وظاهر المحكي عن النهاية والتذكرة والتحرير انتهى .

ولا يخفى ان العمل جابر للضعف خصوصا كونه موافقا للعرف بل العقل اذا ما اخرج البحر فهو لملكه بخلاف ما اخرج الغواص فانه بمنزلة التلف الموجب لياس المالك عنه فصار بمنزلة كون الملك بلا مالك فعلا فانما اخرج عن البحر يملكه من اخرج ويدل عليه خبر الشعيري «سألت الصادق عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر فاخرج بعضها بالغوص واخرج البحر بعض ما غرق منها فقال : أما ما اخرج البحر فهو لاهله ، الله تعالى اخرج له لهم ، وأما ما اخرج بالغوص فهو لهم ، وهم أحق به »

والظاهر لاشكال في تملك ما اخذ الغواص وانما الكلام في انه بعد يأس المالك عن الوصول به او بمجرد الوقوع في البحر والظاهر هو الاول وهو المحكي عن السرائر قال : «وجه فقه هذا الحديث أن ما اخرج البحر فهو لاصحابه ، وما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجده وغاص عليه ، لانه صار بمنزلة المباح ومثله من ترك بيعه من جهد في غير كلاء ولاماء ، فهو لمن أخذه ، لانه خلاه آيساً منه ورفع يده ، فصار مباحاً ، وليس هذا قياساً ، وانما هذا على جهة المثال ، والمرجع فيه الى الاجماع وتواتر النصوص دون القياس والاجتهاد » .

قلت : لعل ذلك هو العمدة في تملك المعرض عنه ، مضافاً الى السيرة في حطب المسافرين ونحوه ، والا فمن المعلوم توقف زوال الملك على سبب شرعي كتوقف حصوله ، ولا دليل على ارتفاع الملك عن صاحبه بالاعراض على وجه يتملكه من أخذه كالمباح .

ومن هنا احتمل جماعة اباحة التصرف في المال المعرض عنه دون الملك بل عن ثانی الشهيدین والمقداد الجزم بذلك ، وعن بعض أنه لا يزول الملك بالاعراض الا في الشيء اليسير كاللقمة وفي التالف كمتاع البحر وفي الذي يملك بغاية قد حصلت كحطب المسافر انتهى .

ولا يخفى انه لو لم يكن المال المعرض عنه مفيد للملك لما جاز اباحته وليس كالمأخوذ بالمعاطات المفيدة للإباحة دون الملك اولا ولما عرفت من كثرة الاشكالات الواردة عليه بدون الملك واما القول بان اللازم في المال المعرض عنه حصول اليأس منه فهو صحيح جداً لكن المال الواقع تحت البحر من مصاديق حصول اليأس في تلك الازمنة فان المال بمجرد وقوعه تحت البحر قد حصل اليأس منه ويتفرع عليه الاعراض مضافاً الى انه بمنزلة التالف الذي قد اعرض عنه صاحبه وقد مر بعض الكلام قبل ذلك وفي المسالك ما لفظه واما ما خرج بالغوص فهو لهم وهم احق به وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية والمصنف ذكر انها ضعيفة السند ولم يذكر ما ينافي حكمها ووجه ضعف سندها ان امية المذكور واقفي والظاهر ان المراد بالشعيرى اسمعيل بن زياد السكوني المشهور وهو عامي ولكن لا يلزم من حكم المصنف بضعف سندها رد حكمها لانه كثير اما يجبر الضعف بالشهرة و غيرها والامر في هذه كذلك وابن ادريس رد الرواية خاصة على اصله وحكم بان ما اخرج البحر فهو لاصحابه وما تركه اصحابه آيسين منه فهو لمن وجده وغاص عليه لانه بمنزلة المباح كالبعير يترك من جهد في غير كلاء ولا ماء فانه يكون لو اجدته وادعى الاجماع على ذلك والاصح ان جواز اخذ ما يتخلف مشروط باعراض مالكه عنه مطلقا ومعه يكون اباحة لاخذه ولا يحل اخذه بدون الاعراض مطلقا عملاً بالاصلي انتهى

قد عرفت انه بين جواز التصرف والملك ملازمة غالباً ولو قد يتفق الانفكاك وكيف كان فلا اشكال في حصول الاعراض ولكن العلم بذلك قد يحصل

برمى المال في الصحارى والبرارى كحطب المسافرين والفحم ونحو ذلك وقد يحصل من صيرورته بحكم التلف فما في البحر قد يلزم العلم باعراضه وقد لا يعلم ذلك وفي الثاني لا يجوز التصرف فيه فالمعيار هو حصول اليأس منه كما عن ابن ادريس ففي مثل عصرنا الذي كان الوسائل للدخول في قعر البحر واخراج المال ممكن لا يحصل اليأس لمن كان له وسيلة للخروج بخلاف ما اذا لم تكن ثم اعلم ان باب اليأس امر وباب اباحة المالك كالنثار للعرس امر آخر وفي الثاني قد حصل الاعراض باختياره وفي الاول باليأس عنه ولذا في النثار للعرس يجوز الاخذ مطلقا اكله وحفظه ويصير مالكا بمجرد الاخذ بخلاف الاعراض فانه مشروط باليأس عنه والحاصل في النثار قد حصل الاعراض من اول الامر وفي مال المتروك بعد اليأس عنه تدبير .

وفي الجواهر في هذا المقام ما لفظه فالأولى أن يقال : ما علم انشاء اباحة من المالك لكل من يريد ان يملكه كنثار العرس ونحوه يملكه الآخذ بالقبض او بالتصرف الناقل أو المتلف أو مطلق التصرف على الوجوه أو الاقوال المذكورة في المعاطاة بناء على انها اباحة ، وكذا ما جرت السيرة والطريقة على تملكه مما قام شاهد الحال بالاعراض عنه ، كحطب المسافرين ونحوه ، او ما كان كالمباحات الاصلية باندراس المالك كاحجار القرى الدارسة .

واما المال الذي امتنع على صاحبه تحصيله بسبب من الاسباب كغرق او حرق ونحوهما فيشكل تملكه بالاستيلاء عليه ، خصوصا مع العلم بعدم اعراض صاحبه عنه على وجه يقتضى انشاء اباحة منه لمن اراد تملكه او رفع يد عن ملكيته وانما هو للعجز عن تحصيله نحو المال الذي يأخذه قطاع الطريق والظلمة ونحوهم واما تملك بعض المال بالالتقاط على التفصيل المذكور في كتاب اللقطة فهو قسم آخر خارج عما نحن فيه ، أى التملك مع العلم بصاحبه ووجوده واردة ماله ، لصيرورة الشيء بالامتناع في نفسه كسائر المباحات الاصلية ، انتهى .

وسياتى تمام الكلام انشاء الله فى محله فى كتاب اللقطة ونحوها .
 ﴿المقصد الاول فى الاختلاف فى دعوى الاملاك وفيه مسائل الاولى لو
 تنازعا عينا فى يدهما ولايينة﴾ لهما اولا حدهما ﴿قضى بها﴾ اى بالعين ﴿بينهما
 نصفين﴾ وكذا لو كان لهما البينة المتساويتين من جميع الجهات فانه حينئذ
 بعد تساوقهما كان المال بينهما نصفين بداهة ان ظاهر نزاعهما فى الجميع هو كون
 العين باجمعها لاحدهما .

ولا يكون مقتضى ذلك كون العين حينئذ من اول الامر نصفين بينهما كما
 توهمه المحقق العراقي حيث قال لما اسلفنا من ان يد الشخصين على تمام المال بمنزلة
 يد كل واحد على النصف كما هو المشهور المعروف انتهى لان ذلك فيما كان
 بينهما تسالم وشركة ونحوهما لافى صورة النزاع بينهما وقال كل منهما لى الكل
 لان البداهة تقتضى انها لاحدهما فقط وحيث انه غير معلوم فمقتضى القاعدة
 حينئذ هو النصف لكل واحد .

وكيف كان فالعين بينهما نصفين بعد القضاء لهما بحكم موازين القضاء لامن
 اول الامر يكون بينهما كذلك كما هو الظاهر من عبارة المحقق العراقي فانه زعم
 ان يد كل منهما على نصف العين فح يكون من باب المدعى والمنكر ان كل منهما
 بالنسبة الى نصف العين مدع وبالنسبة الى نصف الاخر مدعى عليه اذ يقول للاخر
 ان النصف ليس لك فالنسبة ذات قولين ومن حيث الاول لا يجب الحلف ومن
 حيث الثانى يجب التحالف والثانى هو المشهور مع انه ليس بصحيح وفى القواعد
 ولو تداعيا عيناً فى يدهما ولا بينة لاحد منهما قضى لهما بها نصفين وحلف كل
 لصاحبه .

وفى مفتاح الكرامة بعده قال ما لفظه كما فى (المسبوط) و(الوسيلة)
 و(السرائر) و(الارشاد) و(التحرير) و(الدروس) و(اللمعة) و(التنقيح) و(المسالك)
 و(الروضة) و(غاية المرام) و(المجمع) و(الكفاية) و(المفاتيح) وهو المشهور

كما في (غاية المرام) والاكثر لم ينقل فيه خلافا كما في (المسالك) والكفاية ولم يذكر الحلف في (الخلافا) و(الغينة) و(الكافي) و(الاصباح) و(الشرايع) ونسبه في (الخلافا) الى الشافعي ،

وفي (الشرايع) الى القيل وقال في (النافع) بعد الحكم بكونها بينهما ولكل منهما احلاف صاحبه (قلت) ما ذكره في (النافع) في وجه الجمع بين القولين بان يكون مراد التارك للحلف انهما ان لم يحلف احد منهما صاحبه كان الحكم ايضاً كذلك ويكون القائل بالحلف مراده انه ان يحلف كل منهما صاحبه ان اراداه (حجة القول) الاول ان كلا منهما مدع ومنكر فيشمله العموم. وح فيحلف كل منهما على نفسى ما يدعيه الاخر ولا يتعرض واحد منهما في يمينه لاثبات ما في يده بل يقتصر على انه لاحق لصاحبه فيما يدعيه كذا قالوا ولعل الوجه فيه انه لم يتوجه عليه اليمين للاثبات وانه لو نكل الاخر فان كان الاول حلف على النفسى كفاه يمين اخرى على الاثبات وان لم يكن حلف كفاه اليمين الجامعة بين النفسى والاثبات او يحلف يمينين لتعدد السبب على قول ولو تقدمت منه يمين جامعة على النكول فالاولى انها لا تكفى لعدم توجه يمين الاثبات بعد فلما كانت غير كافية كانت عبثاً ولغواً (حجة الاخرين) اجماعاً (الخلافا) .

و(الغنية) وماروى ان رجلين تنازعا دابة ليس لاحدهما بينة فجعلها النبى ﷺ بينهما وحمله الشيخ فى (المبسوط) على انه حلف كل منهما لصاحبه وقد علمت وجه الجمع ان جمعت والافالتر جيح للمشهور لاطباق المتأخرين عليه ولا يقدح مخالفة (المحقق) ان كان مخالفاً مضافاً الى ما ذكرناه من القواعد والضوابط (انتهى) .

ولا يخفى سخافة هذا الجمع حيث قال ومراد التارك للحلف انه لو لم يحلف كان الحكم كذلك ومعناه لا يحتاج الى الحلف حيث يرجع الى ان

الحلف و عدمه سواء و مراد القائل بالحلف انه يحلف كل منهما ان اراداه اى ان شاء كل منهما يحلف صاحبه وان لم يشأ لا يحلف و كيف كان فوجه جمعه صريح فى عدم لزوم الحلف و ليس الالعدم كونهما مدع و مدعى عليه بل كلاهما مدع لتمام العين .

و بالجمله مسألتنا من باب التداعى و لا يحتاج الى الحلف و ليس من باب المدعى والمدعى عليه .

و بالجمله كون الحكم بالتنصيف لكل واحد مضافاً الى كونه اتفاقياً كان هو مفاد المرسل «أن رجلين تنازعا دابة ليس لاحدهما بينة فجعلها النبي ﷺ بينهما» ولم يذكر فيه يمين و فى الجواهر انما الكلام فى احتياج ذلك الى اليمين من كل منهما و عدمه، فظاهر المصنف و محكى الخلاف و الغنية و الكافي و الاصباح الثانى بل عن الاولين الاجماع عليه، وهو الحجة بعد اشعار المرسل المزبور بذلك أو ظهوره انتهى .

و المسألة مع قطع النظر عن قواعد المدعى والمنكر واضح بل يؤيده العرف بل العقل فيما لا يكون لنا دليل على كونه لا يتبهما فالحكم بالنصف حينئذ للجمع بين الحقيين و لا يصح ادخاله فى باب المدعى والمنكر ان لا يصدق على احدهما مدعى و مدعى عليه يزعم انهما بالنسبة الى النصف كذلك بداهة ان نزاعهما ليس فى النصف بل فى الجميع فيكون كل منهما مدعى فى التمام .

و اما قوله قد انما الكلام فى احتياج الخ فمن الواضح ان اليمين للمدعى عليه و الفرض عدمه للمقام و كل من الخصمين مدع قطعاً و لذا كانت المسألة داخلية فى باب المتداعيين لا المتحالفين و لذا كان المحكى عن هؤلاء المذكورين عدم الاحتياج و على فرض القول بها ليس لباب موازين القضاء بل لما اشار اليه بقوله اللهم الا أن يقال : ان اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لأحدى البينتين و ان ترتب عليه كون العين للحالف منهما بخلاف ما لو حلفا معاً

أولم يحلفا كذلك ، وليس هو يمين انكار ويمين رد حتى يأتي فيه البحث الذي تسمعه من الاكتفاء بيمين واحدة جامعة بين الاثبات والنفي أو يمينين .
ثم قال قده أو يقال : ان لكل منهما احلاف صاحبه ، بمعنى أن التحالف أمر راجع اليهما لا يجبر الحاكم عليه ، ولا يتوقف عليه القضاء بالنصف ، بل كل منها ميزان للقضاء وحاصله ان هذه التحالف لا يكون بجبر الحاكم حتى يكون من باب ميزان القضاء اللازم حينئذ بل كأنه حقهما فلا يكون القضاء خالياً عنهما وعمدة وقوع الاصحاب في توهم لزوم ما هو عبارة النافع ولكل منهما احلاف صاحبه ولذا صرح ايضاً بان ما ذكره من انه ليس بجبر الحاكم هو الذي فهمه كشف اللثام فقال :

وكان هذا هو الذي فهمه الاصبهائي في كشفه من المصنف في النافع ، فانه بعد أن ذكر القول الأول قال : «ولم يذكر الحلف في الغنية والاصباح ونسبه في الشرائع الى القيل ، ولعل الوجه فيه أنهما ان لم يحلف أحدهما صاحبه كان الحكم أيضاً كذلك ، ولذا قال في النافع بعد الحكم بكونها بينهما ولكل منهما احلاف صاحبه .

ثم اراد قده قطعية هذا الذي افاد وانه ليس من باب موازين القضاء فقال ولكن غيره قد جعله من القائلين بالقول الأول ، ولعله المنساق من مثل هذه العبارة التي عبر بنحوها القائل باعتبار ذلك في القضاء خصوصاً بعد معلومية توقف القضاء عليه أو على البينة ، لقوله عليه السلام : «انما ألقى عليكم بالبينة أو اليمين» .
فحمل كلامه حينئذ خاصة على ارادة عدم توقف القضاء بالنصف على التحالف بل هو كقول الى اختيارهما ان اراداه تحالفا وجرى حكم التحالف والنكول عليه والاقضى بينهما بالنصف بدونه لا يخلو من نظر اللهم الا ان يكون ذلك مراد الجميع بقريئة تقديم القضاء بالنصف على الحلف انتهى .

﴿و﴾ منه يعلم عدم تمامية قوله ﴿قيل﴾ وفي الجواهر كما عن الاكثر

بل المشهور على ما اعترف به في غاية المرام ، بل في المسالك والكفاية لم ينقل الاكثر فيه خلافاً ﴿يحلف كل منهما لصاحبه﴾ لقاعدة البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه فان كلا منهما مدع ومدعى عليه باعتبار قضاء يد كل منهما بالنصف فهو بالنسبة الى ما قضت به يده مدعى عليه والى الآخر مدع ، ولفحوى ما تسمعه من النصوص المشتملة على تحليفهما مع البينة فمع عدمها بطريق أولى انتهى .

وفي الكفاية ما لفظه لو تنازعا عينا في يدهما فان كان لواحد منهما بينة حكم بها له وان لم يكن لواحد منهما بينة قضى بينهما نصفين على قول ويحلف كل منهما لصاحبه على قول آخر وهو الاقوى بل قيل انه لم ينقل الاكثر فيه خلافاً ووجهه ان كلا منهما مدع في نصفها ومدعى عليه في النصف الاخر فان حلفا جميعا او نكلا حكم بهالهما بالتنصيف وحلفهما على النفي وان حلف الذي امر الحاكم بتحليفه ونكل الاخر بعده وقضينا بمجر النكول حكم بالكل للحالف والارد عليه اليمين وحكم بمقتضاه وان نكل الاول ورجب الاخر في اليمين حلف يميناً واحدة جامعة بين النفي والاثبات اعنى النفي للنصف الذى ادعاه صاحبه والاثبات للنصف الذى ادعاه هو ويحتمل وجوب يمينين نافية ومثبتة انتهى .

وبمثل ذلك افاد الاردبيلي في مجمعه والصيمرى في غاية مرامه وادعى عليه انه مشهور ولكن غير خفى الفرق بين القول الاول وبين ما اشار اليه بقوله وقيل النخ حيث ان القول الاول من باب التداعى بين اثنين والثانى من باب المدعى والمنكر ومن ذلك قد اشكل على القوم من حيث الحلف .

وفدعرت انه لا وجه له اصلا بل القاعدة العقلية هي التنصيف بين شخصين الذين لا ترجيح لاحدهما على الاخر والحلف انما يحتاج اليه فيما كانا مختلفين في الاستحقاق لا فيما كانا متساويين بحكم القاعدة العقلية وكلاهما مدعى قطعاً بلا مدعى عليها وتوهم العكس فاسد جدا .

وعلى ذلك لاتصح التحالف وعدم جريانه تحت قاعدة البينة على المدعى

واليمين على من انكر اذ ذلك فيما كان احدهما مدعى والاخر مدعى عليه لا كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه وليس المقام بمثل الموجب والقابل كى يكون الواحد قابلاً وموجباً فى العقود باعتبارين بل فى المقام كون كل واحد منهما كان مدعياً فقط فى تمام العين ولا يحكم احدهما بحكم كان للاخر وتحليفهما مع البينة فيما كان التحليف لاحدهما والبينة للاخر لانهما مع بينتهما بل لا يصل النوبة الى الحلف مع البينة وقد اشار الى فساد ذلك فى الجواهر والخوانسارى فى جامعهم والسيد فى عروته وفى الجواهر ما هذه نصه .

وقد يناقش بعدم اندراجهما فى القاعدة المزبورة ، اذ الفرض ان يد كل منهما على العين لانصفها ، ضرورة عدم تعقل كونها على النصف المشاع الا بكونها على العين اجمع فسى كل منهما ، وحينئذ فلا مدعى ولا مدعى عليه منهما ضرورة تساويهما فى ذلك الا ان الشارع قد جعل القضاء فى ذلك بأن العين بينهما كما سمعته من النبوى المرسل فالنصف هو القضاء بينهما فى الدعوى المزبورة التى كان مقتضى يد كل منهما الكل .

ومنه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعياً لنصف الاخر ومدعى عليه فى نصفه كى يتوجه التحالف ، بل المتجه الغناء حكم يد كل منهما بالنسبة الى تحقق كونه مدعى عليه ويكون كما لو تداعيا عيناً لا يد ل احد عليهما ولا بينة لكل منهما ، فان القضاء حينئذ بالحكم بكونها بينهما ، لكون الدعوى كاليد فى السبب المزبور المحمول على التنصيف بعد تعذراعماله فى الجميع للمعارض الذى هو استحالة اجتماع السببين على مسبب واحد ، ان لا وجه لاستحقاق كل منهما اليمين على الاخر ، ضرورة عدم كونه مدعى عليه بعدم يذله على العين يراد رفعها عنه ، فقول كل منهما : هى لى دعوى بلا مدعى عليه ، فلا يمين فيها ، فتأمل جيداً فانه دقيق نافع انتهى .

قوله قد عدم تعقل كونهما على النصف المشاع الخ ان دعوى كل واحد هى

تماميته لا بنحو الاشاعة قطعا كما في الشريكين مشاعا لكنه خارج عن الفرض
 ان دعوى كل واحد هو التمام لا النصف فمن هذا الجهة لا يمكن دعوى الاشاعة
 وانما يتم دعوى الاشاعة او ادعى احدهما الكل والاخر النصف اشاعة فيرجع
 النزاع في الكل الى عدم الشركة والاشاعة والنزاع في النصف الى الشركة والاشاعة
 فالنزاع لكل واحد هو كل الشيء فكلاهما مدع في المقام بلامدع عليه بل يمكن
 ان يرد على التحالف ايضا بان الحلف للمدعى عليه وهما ليسا بمدع عليه كى يتوجه
 عليه الحلف الا ان يرجع النزاع الى انكار كل منهما كونه لصاحبه ان معنى
 الدعوى لنفسه هو عدم كونه للاخر بل لازم صدق المدعى والمدعى عليه على كل
 منهما هو كون كل واحد منهما ائمين احدهما المدعى والاخر مدعى عليه فهما
 امران متباينان كيف يجتمع في واحد فلا يصح كون واحد مدعى ومدعى عليه .
 وغاية ما يقال في الاندراج الى باب المدعى والمنكر كون كل منهما مدعى
 للنصف ومنكر لكون النصف الاخر لصاحبه وهو مجرد فرض وتغيير عبارة واضحة
 بالصعب الغير الصحيح فان من ادعى ان جميع الدار او الكتاب او الفرس له وهكذا
 لا يصح دعواه هو النصف بل لا يمكن توجيهه صحيحا بان كل منهما مدع في نصف
 صاحبه ومنكر لما ادعاه له .

ومنه يعلم ما في كلام الاردبيلي قال في مجتمعه ما نصه في هذا المقام فان
 لم يكن لاحد هما بينة حكم لهما بهما مع حلف كل واحد للاخر فان كل واحد
 منها مدع لما في يد الاخر ومنكر لما في يده للاخر الخ وواضح ان ذلك عبارة
 اخرى عن ان الجميع لي ويتعارض بادعاء الاخر فيحكم بالنصف من دون حلف اصلا .
 وقال المحقق الخوانساري في جامعه ما هذا نصه ونوقش بعدم اندراجهما
 في القاعدة المزبورة ان الفرض ان يد كل منهما على العين لانصفها ، ضرورة عدم
 تعقل كونها على النصف المشاع الا بكونها على العين اجمع في كل منهما ،
 وحينئذ فلا مدعى ولا مدعى عليه منهما ، ضرورة تساويهما في ذلك ، الا ان الشارع

قد جعل القضاء في ذلك بأن العين بينهما .

كما سمعته من النبوي المرسل ، فالنصف هو القضاء بينهما في الدعوى المزبورة التي كان مقتضى يد كل منهما الكل ، ومنه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعياً لنصف الآخر ومدعى عليه في نصفه كي يتوجه التحالف بل المتجه الغاء حكم يد كل منهما بالنسبة الى تحقق كونه مدعى عليه ، ويكون كما لو تداعيا عيناً لا يد لاحدهما عليها ولا يئنة لكل منهما ، فان القضاء حينئذ بالحكم بكونها بينهما ، لكون الدعوى كاليد في السبب المزبور المحمول على التنصيف بعد تعذر اعماله في الجميع للمعارض الذي هو استحالة اجتماع السببين على مسبب واحد . اذلاوجه لاستحقاق كل منهما اليمين على الاخر ، ضرورة عدم كونه مدعى عليه بعدم يد له على العين يراد دفعها عنه ، فقول كل منهما هي لي دعوى بلا مدعى عليه فلا يمين فيها انتهى .

قوله قد على العين لانصفها صريح في ان ظاهر النزاع ان كل واحد مدع لجميع العين وكلهما لا النصف ولذا عجيب هذا الوهم من المحقق العراقي فان ما توهمه مقتضى بعد الحكم بموازين القضاء لامقتضى اصل نزاعهما فالنصف بينهما من ناحية الحكم بالتداعي لامن كونهما مدع ومدعى عليه . وقال السيد في عروته في هذا المقام فقال والتحقيق : التفصيل بين ما اذا كانت يد كل منهما على النصف وبين ما اذا كانت على الكل مستقلا ، ان قد عرفت اختلاف الموارد في ذلك ، ففي الصورة الاولى تجرى قاعدة المدعى والمنكر ان يصدق على كل منهما انه مدعى في النصف ومنكر في النصف الاخر ، ولا ينفع كون كل جزء يفرض يد كل منهما عليه لانها ليست يداً مستقلة ، وفي صورة الثانية التنصيف لما ذكر من كونه من التداعي لا المدعى والمنكر كيف والا لزم حصول الفصل بحلف من حلف منهما اولا ، لان المفروض ان الكل بيده وقد حلف على نفي ما يدعيه المدعى فيما بيده فلا يبقى محل لحلف الاخر ولا للدعوى عليه .

وهذا بخلاف الصورة الاولى فان فيها يحلف كل على نفى ما يدعيه الاخر من النصف الذى فى يده ، ثم فى الصورة الاولى لو حلفا تقسم بينهما بالمناصفة ولو حلف احدهما او لاولم يحلف الاخر ورد اليمين على الاول لا يكفيه الحلف الاول لانه على النفى والمردود على الاثبات ، واما لو رد الحلف على الثانى فهل يكفيه حلف واحد ويجب التعدد قولان مبنيان على مسألة تداخل الاسباب وعدمه انتهى . قوله اذا كانت يد كل منهما على النصف فيه ان معناه ان كل واحد يدعى حينئذ كل العين فلا تدخل فى باب المدعى والمنكر الا ان يجعل الواحد اثنين والا فالادعاء فى النصف والانكار للنصف الاخر لصاحبه عين العبارة عن ادعاء كله له وكذا الاخر فالكل يدعى تمامها فلا معنى للحلف اصلا فهذا الفرض غير فرض ادعاء الكل مستقلا .

هذا كله فيما كانت العين بايديهما .

﴿ و ﴾ اما ﴿ لو كانت يدا احدهما ﴾ خاصة ﴿ عليها قضى بها للمتثبت ﴾ اى الذى كان العين فى يده دون الذى يدعى من الخارج وذلك لانه المدعى ومن كانت العين فى يده هو المنكر والفرض عدم البينة لهما حتى يقدم بينة الخارج كما فى المسألة الآتية وحيث لم يكن فالقول قول المتثبت ﴿ مع يمينه ان التمسه الخصم ﴾ لانه منكر فالقول قوله مع يمينه نعم ان كان للخارج بينة كان قوله مقدم مع بينة كما يأتى مثله وفى المقام لا بينة للخارج .

وفى الجواهر بعد العبارة ما هو لفظه بالاخلاف ولا اشكال ، ان هو اظهر افراد قاعدة «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» التى لا يخفى عليك ذكر احكامها من القضاء بالنكول او رد اليمين وغيره انتهى وهو واضح ان من كانت العين فى يده منكر لكون العين للغير والغير هو المدعى فلو لم يكن له البينة يقضى للمتثبت .

﴿ ولو كانت ﴾ العين فى يد ثالث و ﴿ يدهما ﴾ معا ﴿ خارجة ﴾ عن العين

﴿فان صدق من هى﴾ اى العين ﴿فى يده احدهما﴾ مفعول صدق اى احد الخصمين والحاصل من كانت العين فى يده مثل الدار التى كان ساكناً فيها لو صدق واقر بكون الدار لزيد مثلاً للعمر و صار زيد مالكا للدار بمقتضى اقرار من فيها فصار عمر و مدعياً و زيد مدعى عليه اى قال عمر و الدار لى وان المصدق علم بانها لى و زيد منكر لكونها للعمر و فلوم يكن للعمر و المدعى بيئته ﴿احلف﴾ عمر و زيداً ﴿وقضى له﴾ .

والحاصل ان بكاراً مثلاً ساكن فى الدار و زيد و عمر و يدعيان لها و صدق بكر كون الدار لزيد و عمر و يدعى بعدم كونها لزيد فلو كان لعمر و بيئته و الا احلف زيداً و تمت الدعوى و ان نكل زيد عن الحلف و رد اليمين الى عمر و فحلف تمت الدعوى و قضى للعمر و و ان قال : هى لهما قضى بها بينهما نصفين و أحلف كل منهما لصاحبه .

وفى الجواهر بناء على استحقاق اليمين و كذا ان نكلا . و ان نكل أحدهما كان الكل للاخر انتهى والظاهر ان اشكال المسألة اشكال دعواهما او لافى العين فان المقام يرجع اليها فانه اذا قال هى لهما مثل قول كل واحد للاخر هى لى قبل الرجوع الى الثالث فان قلنا بعدم لزوم الحلف هناك فلا يلزم فى المقام ايضا و ان قلنا بلزومها فيلزم فى المقام و ان قلنا بالحلف فى كلا المسألتين فان حلفاً فلا كلام فى تنصيف العين و ان نكل و رد اليمين الى الاخر و حلف كان العين للحالف لليمين المرودة اليه .

﴿ولو دفعهما﴾ بأن قال : ليست لكما ﴿أقرت فى يده﴾ اى يكون لمن كان يده عليه .

ولا يخفى ما فى استقرار العين فى يد الثالث بمجرد نفيه عنهما بدون يمينه لهما فانه بالنفى عنهما صار منكر و هما مدعيان فلزم عليه الحلف ولذا فسر فى الجواهر بقوله بعد اليمين لهما فان نكل فكما لا يد ل احد عليه، فان قلنا بالتحالف

فيه فان حلفاً أو نكلاً اقتسماه ، وان حلف أحدهما خاصة كان له انتهى .
 اى فان نكل عن اليمين من كانت العين فى يده بعد دفعهما عن نفسه و
 صيرورة نفسه بمنزلة مالك صار بعد النكول بمنزلة غير المالك فيكون حال العين
 بمنزلة عدم مالك لها فعلا وعدم يد عليها الان فالثلاثة سواء فان الاولين مدعيان
 بلا بينة ومن كانت العين فى يده منكر بلا يمين و يصح له رد اليمين اليهما
 فحلفا وتمت الدعوى وقضى لهما فصارا كالأول ايضا فى دعواهما العين فتتصرف
 العين بينهما وان حلف احدهما ونكل الاخر صارت العين للمحالف فقط .

المسألة الثانية يتحقق التعارض فى الشهادة مع تحقق التضاد مثل أن يشهد
 شاهدان بحق لزيد ، ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمر أو يشهدا أنه باع
 ثوباً مخصوصاً لعمر و غدوة ، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت *
 بخلاف ما اذا لم يكن كذلك ، كما اذا شهدت احدى البينتين بملك أحدهما
 أمس والاخرى بملك الاخر اليوم عمل بالثانية ، لا يمكن صدقهما معاً لعدم التعارض
 بعد امكان ذلك جداً وبيع الاخر فى الامس فصار اليوم ملك الاخر .

* و * من المعلوم أنه * مهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق * بينهما
 قطعاً * فان * لم يمكن بأن * تحقق التعارض * بينهما على وجه يقتضى صدق كل
 منهما تكذيب الاخر ، كما لو شهدت احدهما أن هذه العين ملك زيد الان
 والاخر تشهد أنها ملك عمرو الان * فـ * لا يخلو الحال عن أحد أمور ثلاثة
 أو أربعة ، لانه * اما أن تكون العين فى يدهما أو * فى * يد أحدهما أو فى يد
 ثالث * أو لا يد ل احد عليها * وفى الاول * الذى كانت العين بايديهما * يقضى بها *
 اى بالعين * بينهما نصفين * فانه حينئذ يكون كل منهما مدعيان ولكل منهما بينة
 فيمكن كونها لكلاهما مطلقتين او مقيدتين متساويتين او مختلفتين .

وفى الاولين لا ترجيح وفى الثالث يمكن القول بالترجيح وعدمه فهو محل
 خلاف بين الاعلام بل فى الاولين ايضا بناءً على تقدم الاعدية على الاكثرية او
 العكس .

وفى الجواهر بعد قول المصنف بينهما نصفين ما لفظه من دون اقرار ولا ملاحظة ترجيح بأعدلية أو أكثرية بلا خلاف أجده بين من تأخر عن القديمين الحسن وأبى على ، بل صرح غير واحد منهم بعدم الالتفات الى المرجحات الآتية فى غير هذه الصورة انتهى ظاهر قوله بلاخلاف ان هذا الحكم مسلم عندهم لكنه فيه كلام .

بداهة عدم الفرق بين المقام وسائر المقامات فى لزوم الترجيح بالمينات والادلة وكل ما يتعارض مع الاخر فاذا كان الشاهد لاحدهما فى نهاية القوة بالاعدلية وغير ذلك وللآخر ليس بهذه القوة بل يكون له الميل الى الضعف فكيف يكونان بالاترجيح وتفاوت وهو فى غاية الاشكال بل المقام اولى بلزوم الترجيح لانه فى اموال الناس ونحوه .

ولازم عدم الترجيح هو الحكم بالخلاف فالمينات ان تساوت فليحظ الدعوى بلاينة وشاهد مثل ما مر من دعوى بلاينة وكون العين بينهما نصفين والا كان الحكم على طبق ما قوى بينته وان العين كلا لصاحب الدعوى القوية خلافا للمقوم حيث لم يلاحظوا المرجحات .

والمسألة عندى فى غاية الاشكال اذ يحكم العقل ان زيادة المرجح لاحد القولين يخرج الآخر عن الاعتبار رأساً ويسقط قوله جداً فالمسألة حينئذ على القاعدة العقلية فضلاً عن الشرعية ويسقط دعوى عدم المرجح للآخر او كونه اقل من المرجح الاخر ولازمه كون العين بتمامها لمن كان له مرجح زائد على الاخر . ولذا فى الجواهر نقل قول المخالفين بما هو لفظه هذا وفى الرياض بعد أن نسب المختار - الذى هو التنصيف تساوت البينتان عدداً وعدالة واطلاقاً وتقييداً أو اختلفت - الى الاشهر ، بل عامة من تأخر الا نادراً ، قال : «خلافاً للمهذب ، وبه قال جماعة من القدماء ، فخصوا ذلك بما اذا تساوى فى الامور المتقدمة كلها ، وحكموا مع الاختلاف فيها لارجحها ، واختلفوا فى بيان المرجحاتها ، فعن المفيد

اعتبار الاعدلية خاصة هنا وان اعتبر الاكثرية في غيرها ، وعن الاسكافي اعتبار الاكثرية خاصة ، وفي المذهب اعتبارهما مرتباً بينهما الاعدلية فالاكثريه وعن ابن حمزة في اعتبار التقييد أيضاً مردداً بين الثلاثة غير مرتب بينها ، وعن الديلمي اعتبار المرجح مطلقاً غير مبين له أصلاً .

ومن العجيب مع ذكره كلام الاكابر في المخالفة قال قده ولم أعرف نقل هذه الاقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره ، والذي عثرت عليه في المقنعة في المسألة أجمع «واذا تنازع نفسان في شيء واقام كل واحد منهما بينة على دعواه بشاهدين عدلين ولا ترجيح لبعضهم على بعض بالعدالة حكم لكل واحد من النصفين بنصف الشيء ، وكان بينهما جميعاً نصفين ، وان رجح بعضهم على بعض في العدالة حكم لاعدلها شهوداً وان كان الشيء في يدا أحدهما واستوى شهودهما في العدالة حكم للخارج اليد منه ونزعت يدا المتشبهت به منه وان كان لاحدهما شهود اكثر عدداً من شهود صاحبه مع تساويهم في العدالة حكم لاكثرهما شهوداً . مع يمينه بالله عز وجل على دعواه » وليس فيها ما نحن فيه بالخصوص .

والذي عثرت عليه في النهاية أيضاً في المسألة «ومن شهد عنده شاهدان عدلان على أن هذا لزيد وجاء آخران يشهدان أن ذلك الحق لعمر و فان كانت أيديهما خارجة منه فينبغي أن يحكم لاعدلها شهوداً ، فان تساويا في العدالة كان الحكم لاكثرهما شهوداً مع يمينه بأن له الحق ، فان تساويا في العدد أقرع بينهم ، فمن خرج عليه حلف وكان الحكم له ، فان امتنع من خرج اسمه في القرعة عن اليمين حلف الاخر ، وكان الحكم له ، فان امتنعا جميعاً من اليمين كان الحق بينهما نصفين ، ومتى كان مع واحد منها يدمتصرفه فان كانت البينة تشهد أن الحق ملك له فقط وتشهد الاخرى بالملك أيضاً انتزع الحق من اليد المتصرفه وأعطى اليد الخارجة ، وان شهدت البينة لليد المتصرفه بسبب الملك من بيع أو هبة أو معاوضة كانت أولى من اليد الخارجة» ولم يتعرض أيضاً فيها

لخصوص ما نحن فيه ثم قال :

واما ابن حمزة فقد ذكر فى خصوص ما نحن فيه أنه ان تساوى البيئتان كان المدعى به بينهما نصفين ، وان اختلفا لم يخل من ثلاثة أوجه : اما ان تكون احداهما مطلقة والاخرى مقيدة ، والحكم للمقيدة ، او تكون احداهما عادلة والاخرى غير عادلة ، والحكم للعادلة ، او تكون احداهما أكثر مع التساوى فى العدالة ، والحكم لاكثرهما عدداً .

ومن العجيب انه قد مر هذه الكلمات من الاءظم قال وعلى كل حال لاعرف دليلاً يعتمد به على شىء منها على وجه يصلح لمعارضة ما عرفت .

ولا يخفى فيما زعم انه تخيل وقد اشار اليه بقوله وما عساه يتخيل - من الدليل عليها فى الجملة من كون الشهادة كالاخبار المتعارضة التى يرجع فيها الى الترجيح بغير المنصوص فضلاً عنه - واضح الفساد ، ضرورة وضوح الفرق بينهما بأن مبنى حجية الخبر خصوصاً فى مقام الترجيح على قوة الظن بخلاف الشهادة المعالوم عدم اعتبار ذلك فيها ، بل الترجيح فيها مقصور على مقام خاص منها بمرجح خاص للدليل الخاص ، بل لو رجح احدى البيئتين على الاخرى بشهادة جملة من الفساق على مضمون احداهما لكان من منكرات الفقه انتهى . ولا يخفى انه ليس الكلام فى شهادة كل شاهد من اى فاسق بل المراد من اكثرية الشهود ايضاً شهود عادلة فمن شهد عليه شهود كثيرة من العدول كانت شهادتهم مقدمة على من شهد عليه اثنان منهم .

وكيف كان فهو فالمقدم بديهى فى باب الفقه فضلاً عن ان يكون من منكراته ففى موارد الترجيح كما اذا كانت العين بايديهما ومع ذلك لم يكن بينهما متساويتين بل احدهما افضل وارجح من الاخر لزم الاخذ به وترك ما لم يكن بمثل الاخر فان بينتهما حينئذ كلتاهما داخلتان فمن هذه الجهة كتاهما مسموعتان لو تساويتان ولا بد من ترجيح احدهما على الاخر مع مرجح

بالاعدلية او الاكثرية وغير ذلك .

نعم كانت العين المتنازع فيها بيد واحد منهما كان المقدم بينة الخارج حتى مع كون الاخرى ذى مرجح عليها فان بينة الداخل مع وجودها غير حجة حينئذ كما سيأتى انشاء الله بيانه .

واما الكلام من حيث الاحلاف فقد عرفت فى نظير المسألة التى كان الفرق بينهما عدم وجود المرجمات ان عدم الاحتياج بالحلف هو المشهور بل لاهمى للتحالف فانه فيما كان احدهما مدعيًا والاخر منكرًا وهو غير المقام ولا فرق بينها وبين ما تقدم الا فى ذلك وحينئذ فان تساوا فى المرجمات فهو عين المسألة الاولى والافالتر جيح لما كان ارحح فردت العين الى من كان قوله اكثر ترجيحًا من دون لزوم احلاف .

وبالجملة ظاهر جميع ما نقل عنهم هو عدم التساوى من حيث المرجمات ولو قلنا بتقدم بينة الخارج لكننه فيما لم يكن جهة يضعفها بل من كان شهادته اقوى من غيره كان قوله مقدم والاختلاف كلها فى المتقدم والمتأخر وان ايها مقدم وايها مؤخر وذلك لا يضر نافي القول بتقدم قول من اشهادته مرجح دون الاخر فعدم الاعتناء بالمرجح رأساً فى غاية الفساد .

والعجيب هو الفرق بين المقام وبين الاخبار مع ان حصول الظن بالمرجح فى كليهما لازم بالقطع فماعن الرياض فى غاية القوة ولقد اجاد القائلون بذلك حيث افادوا اصل الترجيح وانه لازم على كل حال كما ظهر مما حكاه قده واما اختلافهم فى ان الاعدلية مقدمة على الاكثرية او العكس او كلاهما او مع غيرها فهو مطلب آخر غير ما نحن بصدده من لزوم التقدم بالمرجمات

وكيف كان فانما يكون العين بينهما نصفين * لان يد كل واحد على النصف ، وقد أفام لآخر بينة * عليه * فيقضى له بما فى يد غيره *

وفى الجواهر ما هو لفظه بناء على تقديم بينة الخارج ، فكل منهما قد اعتبرت

فيمالا تعتبر فيه الاخرى ، ولذا لم يلحظ تر جيح بالعدد العدالة، وهذا هو الأشهر، انتهى ولا يخفى انه بعد كون المراد من بينة الخارج بينة من لم تكن العين فى يده كما ان بينة الداخل بينة من كانت العين فى يده ان كليهما بينتهما هى الداخل فقوله بناء على تقديم بينة الخارج ان اريد بينة الخارج احدهما الذى ليست العين بيده ففيه ان الكلام فيما كانت العين بيدهما معا فبينتهما بينة الداخل اذا الفرض يد كليهما على العين كما اذا كان كلاهما فى الدار الواحد والبينة الداخل والخارج انما بتصور فيما كانت العين فى يد احدهما فيكون بينته داخله ومن لم يكن فى يده كان خارجا .

ففى مسألتنا لا يتصور كون البينة للخارج بل لهما بينتان و كلتاهما للداخل فانه ان كان باعتبار ان يد كل واحد على نصف العين فبينة كلاهما للداخل وان كان باعتبار النصف الاخر الذى يدعى الاخر له فكانت كلتاهما خارجة لان يدهما على النصف وبالنسبة الى نصف الاخر خارجا فكان كلاهما سواء وان البينة لهما بهذا الفرض بينة الخارج فبهذا الاعتبار كلا البيئتين خارجية وباعتبار كون يدهما على تمام العين كلتاهما داخلية فوجه كون النصف فيهما هو سقوط البيئتين كما لو لم يكن فى البين كما سألته السابقة .

وبالجملة مسألتنا عبارة عن تداعى الاثنان فى عين بمعنى ان كلا منهما يدعى كون العين بتمامها له ولكل منهما لذلك الكل دليل لاعلى النصف وحيث سقطا دليلهما وعدم طريق بغير النصف كان لهما النصف وهذا المعنى لا يلائم المتن ويد كل منهما على النصف بل يد كل منهما على الجميع بل لا يلائم قول الشارح بناء على تقديم بينة الخارج كما عرفت .

وفى المسالك بعد قول المصنف ما هو لفظه اذا تعارضت البيئتان وكانت العين فى يدهما فلا اشكال فى الحكم بهما بينهما نصفين لكن اختلف فى سببه فقيل بتساقط البيئتين بسبب التساوى وبقي الحكم كما لو لم يكن هناك بينة وقيل لان

مع كل منهما مرجح باليد على نصفهما فقدمت بينته على ما في يده والذي اختاره المصنف ان العلة تقديم بينة الخارج فقضى لكل واحد بما في يد صاحبه وهذا هو الاشهر ويظهر الفائدة في اليمين على من قضى له فعلى الاول يلزم كل منهما اليمين لصاحبه لان تساقط البينتين اوجب الرجوع الى اليمين كالمسئلة السابقة و على الثانى لا يمين على احدهما لان تر جيح البينة على الاخرى بسبب اليد اوجب العمل بالراجح وترك الاخر كما لو تعارض الخبران وعلى الثالث وهو الاظهر لا يمين لان القضاء له مستندا الى بينته وهى ناهضة بثبوت الحق فيستغنى عن اليمين وفى التحرير قوى ثبوت اليمين مع كل منهما مع حكمه بتقديم بينة الخارج وان كان القضاء هنا لكل منهما بما فى يد الاخر واحتمل عدم اليمين انتهى .

فقوله بتساقط النخ هو وجه متين وحاصله ان لكل منهما بينة على تمام العين حيث ان كل منهما يدعى كون العين بتمامها فالبينتان تسقط بالتساوى فيكون كمسئلة تداعى الاثمين بدون البينة حيث لافرق بين عدمها او وجودها وسقوطها وحاصل هذا الوجه سقوط دليلهما على تملك الكل فبقيت العين بينهما نصفين . واما قوله كالمسئلة السابقة فقد عرفت هناك ايضا لامعنى للحلف ولا يكون المقام من باب المدعى والمنكر حتى يصل التوبة الى الحلف بل باب التداعى وان كل منهما يدعى الكل وهنا ايضا كذلك .

وفى الجواهر بعد ثمرة قولين فى لزوم الحلف وعدمه كما اشار اليه فى المسالك قال ما لفظه قلت : لكن فى التحرير بعد ان ذكر تحليل التنصيف 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 ان ذكر التنصيف وجعل منشأه دائر آيين الاخيرين ، وأنه على اولهما يقضى لكل منهما بما فى يده ، وعلى ثانيهما يقضى له بما فى يد غيره

قال : يكون لكل منهما اليمين على صاحبه ، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بها للحالف .

وعن مهذب ابي العباس التصريح باليمين بناء على كون المنشأ دخولهما ، ولعل ذلك منه خلافاً في أصل المسألة ، وهو أن تقديم بيعة الداخل بمعنى اسقاطها بيعة الخارج ، لأنها حجة ، فيرجع الحاصل - كما لو لم تكن بيعة - على المنكر منهما اليمين ، وهو الذي قواه في المختلف بعد أن حكى قولين في ذلك ، بل هو قوي في نفسه لاشتمال دليل تقديم بيعة الداخل على اليمين كما ستعرف انتهى . اقول قد عرفت في مسألة السابقة ان الحلف للمنكر وهو فيما كان احدهما منكرًا والاخر مدعيًا فيحلف المنكر مع عدم البيعة للمدعي ويقضى الكل للمنكر لافيما كان كلاهما مدعيًا والمدعي وظيفته البيعة فقط ولا يدخل وظيفة كل منهما في وظيفة الآخر وهناك والمقام كلاهما باب التداعي يعني ان كل واحد منهما يدعى تمام العين لا النصف فعلى كل واحد منهما هو البيعة فقط ان كانت فيعطى على كل واحد نصف العين بل النصف لاجل ان وظيفته ليس اليمين والا فمعها كان له التمام .

فالمسألة السابقة باقسامها ومسألتنا باقسامها كلاهما من باب التداعي ولا يمين على المدعي لكن منشأ القول بلزوم اليمين بعض الاخبار .

مثل خبر اسحاق بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام «ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السلام في دابة في ايديهما واقام كل واحد منهما البيعة انها نتجت عنده ، فأحلفهما على عليه السلام فحلف احدهما وابي الآخر ان يحلف فقضى بها للحالف فقيل له : فلولم تكن في يد واحد منهما وأقاما البيعة ، فقال : احلفهما ، فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف ، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين ، قيل : فان كانت في يد احدهما واقاماً جميعاً البيعة ، قال : اقضى بها للحالف الذي هو في يده» وهي قاصرة سنداً ودلالة والاول واضح .

والثاني جعل الحلف للمدعى وفي خبر المنصور عن الصادق عليه السلام لان الله عز وجل امر ان تطلب البينة من المدعى .

وفي هذا الخبر تطلب الحلف من المدعى مضافا الى جعله عليه السلام الحلف لجميع الاقسام على انه لو لم يكن في يد واحد منهما فلامحالة اما في يد ثالث او لا يد لاحد عليه .

والاول حكمه غير ذلك والثاني كانت لقطعة لا بد من الوصول الى مالكة بالتعريف او الى الحاكم صدقة عن صاحبها واسوء حالا قول السائل فان كانت في يدا احدهما فانه عليه السلام جعل لمن حلف مع انه في خبر المنصور جعل الخارج مدعيًا والبينة له ومع عدمها لمن كان في يده هو الحلف كما سياتي لالمن حلف من ايهما وفي الجواهر رده بقوله انه خبر واحد وفي سنده ما فيه ، والمشهور نقلا وتحصيلا على خلافه ، فلا يصلح مقيدا لما دل مما تسمعه من النصوص وغيره على التنصيف بدونه ، وكان ذلك هو العمدة في القول به ، الى ان قال .

ويؤيده ايضا ما قدمناه سابقاً من أن يد كل منهما على الكل لا النصف ، بل الظاهر عدم اندراج بينة كل منهما تحت ما دل على تقسيم بينة المدعى ، لما تقدم من ان في كل منهما عنوان المدعى عليه باعتبار اليد ، على ان العمل بنصف ما يشهد به بينة كل منهما ليس عملاً بينية خارج ، ضرورة كون المشهود به بالجميع فتأمل ، فليس هذا منهم الا تأييداً لما قلناه سابقاً من استفادة القضاء في ذلك بالنصف فيكون حينئذ ذلك ميزاناً من موازين القضاء من غير حاجة الى تحالف انتهى .

ويدل على عدم الحلف اطلاق خبر تميم بن طرفة «ان رجلين ادعيا بعيراً فأقام كل واحد منهما بينة ، فجعله امير المؤمنين عليه السلام ، بينهما» .

واطلاق قوله عليه السلام في الخبر الاثني لو لم تكن في يد احدهما جعلتها بينهما نصفين» مضافاً الى اطلاق النبوي السابق وغيره .

بل هو كاد يكون صريح المرسل عن امير المؤمنين عليه السلام ايضا «في البينتين

الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه اذا عدلت بينة كل واحد منهما وليس في ايديهما «فأما ان كان في ايديهما فهو فيما بينهما نصفان ، وان كان في يد احدهما فالبينة فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه» انتهى .

والحاصل وظيفة المدعى البينة بمقتضى الاخبار فلا يمين على المدعى الا فيما استثناه كما تقدم كما لا بينة للمدعى عليه فلا يصح دخول احدهما في الاخر قال في الخلاف اذا شهد شاهدان بما يدعيه المدعى فقال المشهود عليه احلفوه لى مع شاهديه ولم يحلف وبه قال الزهرى وابو حنيفة واصحابه ومالك والشافعى وقال شريح والشعبي والنخعي وابن ابى ليلى يستحلفه مع البينة .

دلينا ان ايجاب اليمين عليه يحتاج الى دليل شرعى والاصل براءة الذمة وايضاً روى ابى عباس ان النبى ﷺ قال البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه فمن جعلها في جانب واحد فقد ترك الخبر وروى جابر ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في فرس اوبعير فاقام كل واحد منهما بينة انه له نتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذى هي في يده انتهى .

والعبارة صريحة في ان مع البينة لا معنى للحلف فسقط دعوى الحلف بعد تحقق البينة وان الحلف وظيفة المنكر .

﴿ و ﴾ اما الكلام ﴿ فى الثانى ﴾ الذى هو ان تكون العين في يد احدهما فالمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة انه ﴿ يقضى بها للخارج دون المتشبه ان شهدتا لهما بالملك المطلق ﴾ قد عرفت ان حكم المصنف فى مثله للمتشبه فى السابق من حيث انه ليس له بينة بخلاف المقام حيث ان لكل منهما بينة فالبينة للخارج مقدمة على ما للداخل ان شهدتا كلاهما بالملك المطلق والمسألة محل خلاف .

ومن مزال الاقدام حتى مثل الشيخ فى كتبه تارة يقدم بينة الداخل واخرى بينة الخارج مع ان الشهور والاجتماعات فى تقدم بينة الخارج فان كانت

العين فى يده لاعمى له للبينة فانها تأكيد للملك بخلاف الخارج الذى يدعى الملك فهو يحتاج الى البينة ويقدم جداً ولذا يقدم قول القائلين بتقديم بيينة الخارج مطلقا ولومع ذكر سبب لبيينة الداخل وظاهر القواعد تقديم بيينة الخارج ايضا قال فيه [ولو كانت العين فى يد احدهما قضى له بها ان لم يكن بيينة وعليه اليمين لصاحبه ولو اقام كل منهما بيينة فهى للخارج وقيل للداخل .

وفى مفتاح الكرامة بعده قال ما لفظه اختلف الاصحاب رضى الله تعالى عنهم فى المسئلة على اقوال الاول انها للخارج وهو مذهب جماعة (لكنهم) افترقوا ثلاث فرق .

(الاولى) انها له ان شهدت البينتان بالملك المطلق مطلقا سواء تساويتا عددا او عدالة ام لا كما فى (النهاية) و (التهذيب) و (الاستبصار) و (الخلاف) و (المبسوط) فى آخر كلامه و (الغنية) و (السرائر) و (المراسم) و (الشرايع) و (النافع) و (كشف الرموز) و (الارشاد) و (التبصرة) .

و (هذا الكتاب) فيما يأتى و (المختلف) على ما يفهم منه بالطريق الاولى لانه قدم بيينة الخارج اذا شهدنا بالسبب و (غاية المراد) و (تعليق النافع) و (الارشاد) وهو المنقول عن (القاضى) و (الصهرشتى) و (الاصباح) بل هو مذهب (الكيدرى) على ما يأتى بيان مذهبه بل ومذهب (الصدوقين) و (المفيد) عند التساوى عدالة وعددا .

والحاصل ان الصدوقين موافقان فى بعض الموارد كما يأتى واليه مال فى (الروضة) وربما لاح من (المسالك) و (التنقيح) وهو مذهب جماعة كثيرة كما فى (المجمع) و (توقف فى) (التحريين) و (الايضاح) و (الدروس) و (اللمعة) و (غاية المرام) و (المسالك) و (الكفاية) وغيرها (لنا على المختار) الاجماع المنقولة فى (الخلاف) و (الغنية) و (السرائر) وظاهر (المبسوط) و (الشيخ فى) (الخلاف) و (المبسوط) حيث نسب ذلك الى اخبار الاصحاب وان لم يذكر المتن .

ثم اشار الى بعض الاخبار ثم تكلم كثيراً الى ان قال :
 (هذا كله) مضافا الى ان بينة الداخل مؤكدة والخارج مؤسسة والتأسيس
 خير من التأكيذ الا ان نقول ان ذلك مخصوص بالخطب ومقام الوعظ وقد تقدم بعض
 الاصوليين دليل الاباحة على الحظر والوجوب وعكسه بعض آخر (واحتج) لهذا
 القول في (المسالك) وغيرها بان فيه جمعا بين الاخبار التي دل بعضها على تقديم
 الداخل مع بيان السبب يريد بذلك خبر غياث وخبر جابر كما يأتي وبعضها على
 تقديم الخارج قال وهو محمول على ما اذا اطلقت الى ان قال :

و (قد اضطرت) عبارات كثير من الاصحاب في المقام ففي (الخلاف) في
 البيوع في مسألة العبد الذي يد احدهما عليه ان البينة بينة الخارج وان شهدتا
 بالسبب وفي الدعاوى قال اذا ادعى ملكا مطلقا ويد احدهما عليه كانت بينته اولى
 وكذلك ان اضافاه الى سبب الى ان قال :

وقال (ح) واصحابه ان كان المتداعي ملكا مطلقا او ما يتكرر سببه لم
 تسمع بينة المدعى عليه وهو صاحب اليد وان كان ملكا لا يتكرر سببه سمعنا
 بينة الداخل وهذا هو الذي يقتضيه مذهبنا وهو المذكور في (النهاية) وكتب الفقه.
 وقال (د) لا تسمع بينة صاحب اليد بحال في اي مكان كان وروى ذلك
 اصحابنا ايضا الى ان قال يدل على مذهبنا اجماع الفرقة واخبارهم.

والخبر المشهور عن النبي عليه السلام (صلى الله عليه وآله -خ) انه قال
 البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه .

ويدل على الأول ما رواه جابر وما رواه غياث وهما دا لان على تقديم ذي
 اليد اذا شهدت البينتان ان كلامهما نتجها ولما كانت هذه العبارة متنافرة الظاهر
 اضطرب النقل عنه .

(قال) الآبي قال الشيخ في (الخلاف) اذا ادعى ملكا مطلقا ويد احدهما على
 العين كانت بينته اولى واطنه زيفا وقع في القلم فكأنه اراد اذا كانت بينته بالسبب

واستدلالة بخبر النبي صلى الله عليه وآله وقضاء على عليه السلام يشهد بما قلت
 لانهما واردان فى السبب وايضا استدلاله بقوله عليه السلام البينة على المدعى
 الخ يقتضى خلاف مدعاه فيه وهو موافق لما ذكره فى (الاستبصار) انتهى .
 قلت الآبى وغيره لم يعط العبارة حق النظر والافقد علمت ان الشيخ فى
 كتاب البيوع قدم بيينة الخارج وفى الدعاوى قال اذا ادعى ملكا مطلقا الخ على
 سبيل الاحتمال ثم انه ابان عن مذهبه بانه اذا كان المتدعى ملكا مطلقا لم تسمع
 بيينة المدعى عليه واستدل عليه باجماع الفرقة واخبارهم وبالخبر المشهور ولم
 يستدل به على تقديم بيينة ذى اليد كما توهمه الآبى ثم انه قال يدل على الاحتمال
 الاول خبرا جابر وغيث واستدل بهما على قوله اولا وكذا اذا اضافاه الى سبب
 ولم يستدل بهما على ما اذا ادعى ملكا مطلقا كما توهمه الآبى ايضا .

(نعم) قال فى (المبسوط) المذهب الذى تدل عليه اخبارنا ما ذكرناه فى
 (النهاية) وهوانه اذا شهدنا بالملك المطلق ويداحدهما عليه حكم لليد وهنا قدزاع
 قلمه الشريف لانه صرح فى (النهاية) انه اذا كان مع واحد منهما يد متصرفه
 وشهدت البينتان بالملك المطلق انتزع الحق من اليد المتصرفه واعطى باليد
 الخارجة و(قدنبه) على هذا السهو الشهيد ان فى (غاية المراد) و(المسالك) الى
 ان قال .

(الفرقة الثانية) ان البينة للخارج ان شهدنا بالسبب وهو ايضا خيرة (السراير)
 و(الشرايع) و(النافع) و(الخلاف) فى البيوع واطلاق (الغنية) و (الاصباح) و
 (المراسم) وهو مذهب (اليوسفى) و(المصنف) و(ولده) و(الصيمرى) و(المقداد)
 وغيرهم بل كل من قال بتقديم بيينة الخارج مطلقا موافق (كالكيدرى) وغيره
 و(دليله) ما تقدم من الاجماع و(الاخبار) ولاسيما الى ان قال :

(الفرقة الثالثة) ترجيح (الخارج مطلقا سواء شهدنا بالملك المطلق او
 المقيد أعنى السبب او تفرقتا بان شهدت احديهما بالمطلق واخرى بالمقيد) و(هو)

مذهب (العجلي) و(الشيخ) في كتاب البيوع و(ابى المكارم) و(ابى يعلى) كما يظهر من اطلاقهم واستدلالهم ونقله في (غاية المراد) عن (الكيدري) قال وهو ظاهر الصدوقين حيث اطلقا وابن حمزة وان كان الصدوق قال بتر جيح اعدل البيئتين ومع التساوى يقدم الخارج واستدل لهم بالخبر المشهور وخبر منصور .

(قلت) ينبغي ان ينسب الى المفيد ايضا لان الصدوق والمفيد حكموا بتر جيح بينة الخارج بعد التساوى عدالة و(زاد المفيد) او عدد الخبر ابى بصير سأل الصادق عليه السلام عن رجل يأتي القوم فيدعى دارا في ايديهم ويقيم الذي في يده الدار انه ورثها عن ابيه لا يدري كيف كان امرها فقال اكثرهم بينة يستحلف ويدفع اليه .

(قال الصدوق) لو قال الذي في يده الدار انها لى وهى ملكى واقام على ذلك بينة واقام المدعى على دعواه بينة كان الحق ان يحكم به للمدعى لان الله عز وجل انما اوجب البينة على المدعى ولم يوجبها على المدعى عليه ولكن هذا المدعى عليه ذكر انه ورثها عن ابيه ولا يدري كيف امرها فلماذا وجب الحكم باستخلاف اكثرهم بينة ودفع الدار اليه انتهى الى ان قال :

(وهذا القول) اعنى تقديم الخارج مطلقا قوى جداً والترجيح بكثرة العدالة لضعف دليله لم نقل به و(اما الترجيح) بكثرة العدد فلا ارى بأساً بالقول به لمكان صحيح ابى بصير وقد عمل به المفيد وتبعه على ذلك الاردبيلي والخراساني والكاشاني ولكن ينبغي ان يقولوا بالحلف ايضا كما تضمنه الخبر و(فى الدروس) ان الترجيح بكثرة العدد والعدالة والا فالخارج مذهب اكثر القدماء وقد تقدمت الاشارة الى ذلك انتهى .

ونقلت العبارة بطولها لاشتمالها على الاقوال الكثيرة الواقعة فى المسألة حتى يكون عوناً للناظر فى الكلمات والمستنبطة للاحكام فانه خير عون على هؤلاء كما هو خير عون من جامعها .

وقد اختار مقدمة بينة الخارج مطلقا لانه الذى وظيفته البينة دون ذى اليد ولانه اساس الاستدلال على الفدك وعدم اخذ البينة ممن يده على العين كفاطمة عليها السلام بل على المدعين هو اقامة البينة .

وحاصل جميع هذه العبارات مفصلة ان المتقدم بينة الخارج والاختلافات بين الفرق الثلاث من حيث التفصيل بين كون بينة الخارج مع الملك فقط او الملك مع السبب او مطلقا ذكر السبب او لا واكثرها مشتملة على ان البينة ليست لذى اليد وهو الذى داخل والملك فى يده وانه هو المدعى عليه دون الذى خارج عن العين فان البينة مخصوصة به لانه المدعى والبينة متعلقة به كما صرح به فى خبر المنصور والكل ذاهبون الى تقدم بينة الخارج سوى الشيخ على بعض العبائر .

وقد عرفت انه نسب الى السهو منه قده ويؤيده الى ذهابه فى البيع الى المشهور ولقد اجاد قده واتى بما فوق المراد ولا يحتاج مع تلك العبارات الى الفحص عن الكلمات وتكرار العبارات بل ما اختاره خير الاختيار ومع ذلك لا بد للفقهاء من التأمل التام خصوصا فى مثل المقام الذى قد تحرت الرجال وكان صاحب الاقوال والاراء المختلفة من شخص واحد فضلا عن الكثير فنقول قبل المراجعة الى الاخبار الواردة فى خصوص المقام ان باب القضاء وموارده عمدته الاخبار المتواترة الواردة فى الامتياز بين المدعى والمدعى عليه بقوله البينة للمدعى واليمين على من انكر والتفصيل قاطع الشركة وابطلها وقد تعين وظيفة كل واحد منهما فلا يرد البينة الى المدعى عليه ولا اليمين الى المدعى .

وبذلك يظهر النظر الى ما افاد فى الجواهر بما حاصله قبول شهادة البينة مطلقا ولو فى حق المدعى عليه اذ من جعل الشهادة حجة بلا كلام جعلها فى موارد الخصومات لخصوص المدعى كما جعل اليمين على المدعى عليه كما حكاه قده عن الرياض وهو فى غاية القوة وعدم التعدى .

وبذلك يرد قول تابعى الجواهر كالسيد فى عروته حيث مال الى ما افاد

وشهادة البينة وقبولها بالاتفاق في موارد غير المزاحمة والمخاصمة كالموضوعات الخاصة مثل رؤية الهلال ونحوها مما يحتاج الناس الى دليل يرفع عذرهم من دون نزاع وخصوصة .

بداهة ان فيها يختص شهادة العدلين بمن ادعى بشيء كما في المقام فان الخارج ادعى بكون العين التي في يد زيد له فهو المدعى والداخل منكر لما ادعاه فلا يقبل بينته لكونه منكر الكون العين لغيره فالبرهان لباب القضاء اختص بالخارج والعقل ايضا قديؤيده اذ الظاهر ان الاموال غالبا بغصب او سرقة ويجعل في ايديهم فيقع النزاع من صاحبيه .

ومن ذلك يعلم ان بينتهم ايضا كانوا سبب الملك من ارضهم او ارضاتهم او اتبهاهم ونحو ذلك فاذا بين الشهود سبب الملك فلا مضايقة عن تقديم الداخل لو لم يكن مثله الخارج في القوة .

ولذا قال قده في بيان كلام الشيخ في الخلاف الظاهر في تقدم بينة الداخل بقوله كانت بينة اى بينة الداخل اولى اراد بقوله انه اشتباه وغلط من النساخ فكانه اراد ان يقول اذا كانت بينته بالسبب يعنى حينئذ صح تقدم بينة الداخل يعنى اذا كان بينة الداخل بيان للسبب بان يقول الشاهدان كان لزيد بالبيع او ارث او الهبة ونحو ذلك ولم يكن بينة الخارج كذلك بل مطلقة في بيان الملك وحينئذ يقدم بينة الداخل دون الخارج لا مطلقا .

ولا يخفى انه متين ثم استشهد لقوته لما افاد بقوله بان استدلاله بخبر النبي ﷺ وقضاء على النبي ﷺ يشهد بما قلت الى آخر عبارته وبالجملة حيث كان ظاهر الخلاف تقديم بينة الداخل مطلقا وهو خلاف مع انه مدعى عليه ليس وظيفته البينة اراد توجيهه بان التقدم في صورة بيان السبب دون بينة الخارج وبذلك جمع بين الاخبار وان المراد من تقدم بينة الداخل هو اشتمال بينة على السبب ومن تقدم بينة الخارج هو مطلق البينة .

كما استدل بذلك الشهيد في المسالك بل ظاهر بعض الروايات هو تقدم بينة الخارج ولو كانت مطلقة وغير هامبينة للسبب بلا فرق معلل بان الخارج مدعى وكانت البينة له دون الداخل الذي هو منكر فليس وظيفته البينة حتى يقبل مع السبب . وهو صريح رواية المنصور عن الصادق عليه السلام «قلت له : رجل في يده شاة فجاء رجل فادعاها واقام البينة العدول أنها ولدت وعنده لم يبع ولم يهب وجاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول انها ولدت عنده لم يبع ولم يهب ، قال ابو عبدالله عليه السلام : حقها للمدعى ، ولا اقبل من الذي هي في يده بينة ، لان الله عز وجل امر ان تطلب البينة من المدعى ، فان كانت له بينة والا فيمين الذي هو في يده ، هكذا امر الله عز وجل .

وهو صريح في البينة على المدعى لا غير واليمين على من انكر لا غير فالبينة لا تقبل من المنكر مع عدم اشكال في حجية شهادة العدلين وذلك لان شهادتهما حجة لمن جعل الشارع حجة له لا مطلقا فمن جعل البينة حجة جعلها كذلك للمدعى فلا يقبل للمنكر ولو شهد له العدلين بل له اليمين .
وفي الجواهر بعد رواية المنصور قال ما لفظه :

ومنه يظهر وجه الاستدلال ايضا بالخبر المشهور وهو «البينة على المدعى واليمين على من انكر» بناء على ان المراد منه عدم قبول بينة للمنكر ، وان ذلك مختص بالمدعى انتهى .

فان قلت هذا خلاف الروايات . قلت عمدتها روايات التفصيل بين المدعى والمدعى عليه وتعيين وظيفة كل منهما بالبينة واليمين وهي كثيرة مقدمة على سائر الاخبار ان هي بين انفسها متحالفة ولم يكن مورد للاجتماع بل بعضها شاملة على القرعة وبعضها على الحلف ونحو ذلك مع ان المتخصصين لا يخرج عن المدعى او المنكر او كليهما مدعين .

وقد عرفت من ان وظيفة المنكر اليمين وعلى المدعى البينة من غير

خلاف ومن غير فرق فكلمنا صدق الانكار لزم اليمين و كلما صدق الادعاء لزمت البيعة .

وقد عرفت مراراً بل صرح بذلك على عليه السلام مع ابي بكر وفي الوسائل عن علي بن ابراهيم في تفسيره عن ابيه ، عن ابن ابي عمير ، عن عثمان ابن عيسى ، وحماد بن عثمان ، جميعا عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث فدك ان امير المؤمنين عليه السلام قال لابي بكر : اتحكم فيما بخلاف حكم الله في المسلمين ؟ قال : لا ، قال : فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادعيت انا فيه من تسأل البيعة ؟ قال اياك كنت اسأل البيعة على ما تدعيه على المسلمين ، قال : فاذا كان في يدي شيء فادعي فيه المسلمون تسألني البيعة على ما في يدي ، وقد ملكته في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعده ولم تسأل المؤمنين البيعة على ما ادعوا على كما سألتنى البيعة على ما ادعيت عليهم الى ان قال : وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : البيعة على من ادعى ، واليمين على من انكر . ورواه الصدوق في (العلل) عن ابيه ، عن علي ابن ابراهيم ، عن ابيه عن ابن

ابي عمير عن ذكره ، عن ابي عبدالله عليه السلام نحوه ورواه الطبرسي في الاحتجاج و فيه عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن القسامة ، فقال : الحقوق كلها البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا في الدم خاصة الحديث وقد مر الحديث منافي ج / ٤٩ .

وفيه عن ابي بصير ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ان الله حكم في دماءكم بغير ما حكم به فسي اموالكم ، حكم في اموالكم ان البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وحكم في دماءكم ان البيعة على من ادعى عليه ، واليمين على من ادعى ، ثم لا يبطل دم امرئ مسلم .

وليت شعري ما لصاحب الجواهر من عدم الانحصار وامكان كون البيعة للمنكر ايضا وكذا امكان كون اليمين للمدعى بتوهم اليمين المردودة مع ان الامر به في خصوص هذا المورد وانه اذا لم يحلف المنكر ورد يمينه الى المدعى كان له

اليمين لافى كل مورد كيف وقد قطع الشارع الخصومات بذلك التفصيل .
 وفيه ايضا ما عن منصور ، عن ابى عبدالله عليه السلام فى حديث تعارض البيئتين
 فى شاة فى يدرجل قال : قال ابو عبدالله عليه السلام حقها للمدعى ولا اقبل من الذى
 فى يده بيئة لان الله عزوجل انما امر ان تطلب البيئة من المدعى ، فان كانت له
 بيئة ، والا فيمين الذى هو فى يده ، هكذا امر الله عزوجل .
 وفيه عن محمد بن على بن الحسين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : البيئة على
 المدعى ، واليمين على المدعى عليه .

وفيه وفى (العلل) وفى (عيون الاخبار) باسانيده عن محمد بن سنان، عن
 الرضا عليه السلام فيما كتب اليه من جواب مسائله فى العلل : والعلة فى ان البيئة فى جميع
 الحقوق على المدعى واليمين على المدعى عليه ما خلا الدم لان المدعى عليه
 جاحد ولا يمكنه اقامة البيئة على الجحود ، لانه مجهول وصارت البيئة فى الدم
 على المدعى عليه واليمين على المدعى لانه حوط يحتاط به المسلمون لئلا يبطل
 دم امرىء مسلم ، وليكون ذلك زاجراً وناهياً للقابل ، لشدة اقامة البيئة على
 الجحود عليه ، لان من يشهد على انه لم يفعل قليل ، واما علة القسامة ان جعلت
 خمسين رجلا فلما فى ذلك من التعليل والتشديد والاحتياط لئلا يهدر دم امرىء
 مسلم .

وفيه عن عدى بن عدى عن ابيه قال : اختصم امرؤ القيس ورجل من حضر موت
 الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ارض ، فقال : الك بيئة ؟ قال : لا قال : فيمينه قال اذن
 والله يذهب بارضى ، قال : ان ذهب بارضك بيمينه كان ممن لا ينظر الله اليه يوم
 القيامة ولا يزكيه وله عذاب اليم قال ففزع الرجل وردها اليه .

الاترى كيف ختم صلى الله عليه وسلم النزاع بالتخويف بعدم اليمين وان من لم يرض بيمين
 الخصم لاجل ذهاب ماله باليمين حيث تمت الدعوى ويعطى الارض او غيرها
 بالحالف كان ذلك موجبا لعدم نظر رحمت من الله فى يوم القيامة فعلى الذى كان

منكراً لما في يديه كان هو الحلف فقط وانه لو لم يحلف لكان موجبا للعذاب يوم القيامة .

بل صرح في حديث منصور بان الذي في يده شاة هو المنكر وعليه اليمين تأمل في تلك الروايات حتى يدفع عنك اكثر الشبهات و الاختلافات و راجع لاكثرها الى ج/٣ من مستدرك الوسائل بل يمكن ان يقال القرعة لكل امر مشكل ومادام يمكن اخراج الحكم لما يصل النوبة الى القرعة ولو برد روايات المقام بعضها الى البعض .

وايضا ظاهر بعض الاخبار تقديم بينة ذي اليد على بينة الخارج وهو غير معمول بها فان ذا اليد منكر ووظيفته الحلف ومعنى تقديم بينة انقلاب حكمه من الحلف الى البينة وهو على خلاف جميع الروايات الواردة في امتياز بين المنكر والمدعى والتفصيل قاطع للشركة ومن ذلك يعلم تقدم بينة الخارج مطلقا على الداخل فيما كانت العين بيد احد هما كما عرفت الاتفاق والشهرة من العبارات المحكمة .

وبذلك يعلم ان اخبار تعيين وظيفة المدعى والمنكر مع كثرتها مقدمة على غيرها بمعنى ان الموارد التي يكون مدعى ومنكر مع بينة للمدعى لا يلحظ ترجيح مزاي البينات اذا فرض انه مع وجود المدعى وبينته لامجال لبينة المنكر فضلا عن لزوم ترجيحها على بينة الخارج فليس كل خبر معمول به ويلزم العمل به بل اظن ان روايات الفصل بين المدعى والمنكر وتقديم بينة المدعى يوجب طرح روايات تقدم بينة المنكر اي ذي اليد فان ذا اليد منكر لما ادعاه المدعى . ولذا انكر على عليه السلام والصديقة من الايمان بالبينة وقال انها وظيفة الخارج لا الذي هو ذو اليد على شيء .

وانت اذا تأملت في اخبارهما المفصل بينهما في الحكم وان ذا اليد لا بينة له فلا رجحان لبينته من حيث ان السالبة بانتفاء الموضوع والترجيح فرع الثبوت

ولا يثبت للمنكر بينة كما في كل مورد كانت العين في يده بخلاف المورد التي يكون يد الجميع على العين فانه من باب الدعاوى لا المدعى والمنكر .
وانت اذا ما ملت فيما ذكرنا لعله يحل لك كثير من الاشكالات الحاصلة للقوم فاختيار ترجيح البينات في مورد كون العين في يد ذى اليد خارجة عن الاعتبار فينحصر اعتبارها في صورة الدعاوى حيث ان لكل من الخصمين حينئذ بينة فلا بد من لحاظ الاطلاق والتقييد والمزايا لاحدهما وعدمه ومسألتناهي كون العين في يد الاخر .

وقد عرفت انه مدع بل لو فرض فيما كانت العين بيد الواحد وكلاهما مدعيان للعين لكن البينة تقبل من الذى لم يكن العين في يده فسواء كان احدهما مدع والاخر منكر او كلاهما مدعين كانت البينة تقبل من الذى ليست العين في يده وبعد هذه الاتفاقيات والشهرة والاجماع والاخبار في تقدم بينة الخارج لا معنى لتقدم بينة الداخل .

وكيف كان فان ما ذكر مبني على تقدم بينة الخارج فانه مدع وكان عليه البينة فمعها قوله مقدم على قول المنكر والداخل منكر والظاهر من كان في الخارج يدعى على من كان في الداخل واما لو قلنا بتقدم بينة الداخل كان المقدم بينة الداخل كما عليه في الخلاف كما اشار اليه المصنف بقوله ﴿ وفيه قول آخر ذكره في الخلاف ﴾ وهو تقديم بينة الداخل ، لكنه ﴿ بعيد ﴾ .

وفي الجواهر لما عرفت ، بل لم تتحققه قولاً له ، وذلك لأن المحكى عنه في البيع في مسألة العبد الذى يد أحدهما عليه « أن البينة بينة الخارج وان شهدت بالسبب » وفي كتاب الدعاوى ثم نقل عبارة الخلاف بادنى تفاوت الى آخره فقال « اذا ادعى املكاً مطلقاً ويد أحدهما عليه كانت بينته أولى وكذلك ان اضافه الى سبب ، وان ادعى الملك مطلقاً والخارج أضافه الى سبب كانت بينة الخارج أولى ، وبه قال الشافعى ،

وقال أصحاب الشافعي : اذا تنازعا عيناً يد أحدهما عليها وأقام كل واحد منهما بينة سمعنا بينة كل واحد منهما ، وقضينا لصاحب اليد ، سواء تنازعا ملكاً مطلقاً أو ما يتكرر ، فالمطلق كل ملك لم يذكر أحدهما سببه ، وما يتكرر كآنية الذهب والصفير والحديد . يقول كل واحد : صيغ في ملكي ، وهذا يمكن أن يصاغ في ملك كل واحد منهما ، وكذلك ما يمكن نسجه كالصوف والخز ، وما لا يتكرر سببه مثل ثوب قطن وابر يس ، فانه لا يمكن أن ينسج دفعتين ، وكذلك النتاج لا يمكن أن تولد الدابة دفعتين و كل واحد منهما يقول : ملكي ، نتج في ملكي وبه قال شريح والنخعي و مالك والشافعي ، وهل يحلف مع البينة : على قولين - الى ان قال - :

وقال أبو حنيفة وأصحابه : ان كان التداعي ملكاً مطلقاً أو ما يتكرر سببه لم تسمع البينة من المدعى عليه ، وهو صاحب اليد وان كان ملكاً لا يتكرر سببه سمعنا بينة الداخل ، وهذا هو الذي يقتضيه مذهبنا ، وقد ذكرناه في النهاية والمبسوط و كتابي الأخبار ، وقال : أحمد لا تسمع بينة صاحب اليد بحال في أي مكان كان ، وروى ذلك أصحابنا - الى ان قال - :

ويدل على مذهبنا أجماع الفرقة واخبارهم ، والخبر المشهور (١) عن النبي ﷺ «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» ويدل على الأول مارواه جابر ومارواه غياث (٣) اي المشتملان على تقديم بينة ذي اليد مع ذكر السبب وهو النتاج في كل منهما» ثم قال :

والظاهر ان ما ذكره أولاً ليس مذهباً له ، بل مذهبه الأخير الذي استدل عليه بما عرفت ، انتهى .

وحيث كان قول الشيخ قده مخالفاً للمشهور اراد ان يجعله موافقاً لهم ايضاً ببيان ان مذهبه الاخير هو المشهور وشرع بيانه من قول ابي حنيفة حيث قال بعده وهذا هو الذي يقتضى مذهبنا وحاصله ان كان البينة بالملك المطلق لم يسمع

من المدعى عليه الذى هو ذواليد مع ان بينته بينة الداخل وهذا هو الذى مقصوده وهو عدم تقدم بينة الداخل .

ثم ذكر ان ذلك فى النهاية والمبسوط وكتبى اخباره ثم نقل قول احمد ثم قال روى ذلك اصحابنا وان عليه اجماع الفرقة واخبارهم ثم استدرك ذلك بقوله نعم فى كشف اللثام نسبة الخلاف فى المقام الى المبسوط والوسيلة فقدا بينة الداخل لتأييد البينة باليد ، ولما سياتى من أدلة التقديم مع شهادتهما بالسبب بناء على مساواة الاطلاق له أو أولويته منه انتهى .

وكيف كان فالكلام فى ان البينة بينة الخارج لا الداخل فانه منكر ولا بينة له وكون يده على العين بمنزلة البينة فلا يحتاج الى قبول البينة منه والمدعى هو الذى لا يد له على العين وهو المحتاج الى قبول بينته وهو الاساس لبطلان مطالبة فذك من على والصديقة عليها السلام فهما ذواليد والبينة على الداخل الخارج عن العين وليس بيده شىء لامن الذى كانت العين بيده خصوصا لمن قال الفدك لرسول الله اعطانى باذن ربه فلم يكن امر الفدك مشكوكا حتى يحتاج الى الدعوى والبينة اذ هى لموارد المشكوكة لا فيما لمثل على عليها السلام ادعى الملكية والصديقة المعصومة محتجة عليه وكيف كان فقد قدم بينة الخارج وان زادت بينة الداخل عليها .

ويدل عليه رواية المنصور وذييل رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام فقال الى ان قال فسألته حينئذ فقلت رأيت ان كان الذى ادعى الدار قال : ان ابى هذا الذى هو فيها اخذها بغير ثمن ، ولم يقم الذى هو فيها بينة الا انه ورثها عن أبيه ، قال : اذا كان أمرها هكذا فهى للذى ادعاها واقام البينة عليها ، وما عن الصدوق قال «لوقال الذى فى يده الدار : انها لى وهى ملكى واقام على ذلك بينة واقام المدعى على دعواه بينة كان الحق ان يحكم بها للمدعى ، لان الله تعالى انما اوجب البينة على المدعى ولم يوجبها على المدعى عليه ولكن هذا المدعى عليه ذكر انه ورثها من ابيه ، ولا يدري كيف امرها ، ولهذا اوجب الحكم باستحلاف أكثرهم بينة ودفع الدار اليه

وفي الجواهر بعده قال ولعل التأمل في كلامه هذا يقتضى موافقته على تقديم بينة الخارج في المقام ، نعم يستحلف اكثرهم بينة مع تقييد بينة الداخل ، وحينئذ فنقل خلاف ذلك عنه لا يخلو من اشكال انتهى .

بل الظاهر من المحكى عن الصدوقين والمفيد تقدمهم بينة الخارج مع التساوى عدالة بل عن المفيد وعدداً لصدر رواية ابي بصير المتقدمة ذيلها آنفاً سأل الصادق عليه السلام عن رجل يأتي القوم فيدعى داراً في ايديهم ويقيم الذي في يديه الدار البينة انه ورثها عن ابيه ولا يدري كيف كان امرها ، فقال : اكثرهم بينة يستحلف وتُدفع اليه وذكرا ان علياً عليه السلام اناه قوم يختصمون في بغلة فقامت البينة لهؤلاء أنهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا وأقام هؤلاء البينة أنهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا ففضى بها لاكثرهم بينة واستحلفهم ، ولا بأس به بهذا المقدار .

وكيف كان فلو كان المعيار قبول بينة المدعى فلازمه تقديمها على بينة الداخل الذي هو المنكر بل معنى التقدم لعله مسامحة والافلامورد بينة المنكر كما هو ظاهر المتواترات فالبينة للمدعى دون المنكر ولو كانت لجهات مقدمة على بينة المدعى اللهم الا ان يرد ظاهره عن البينة وجعله مما يقرب الحلف .
وكيف كان فالمتداعيان كلاهما مدعى ولكل منهما البينة لكن فيما كانت العين في يد كليهما كما عرفت واما لو كان يد احدهما خارجاً كما في المقام فلا بينة للداخل من حيث انه منكر بل البينة للخارج فالمرجح ان حينئذ لا مورد لها ان اريد بها للمنكر .

وعلى هذا يبتنى استدلال علي عليه السلام على ابي بكر في امر الفدك وهو لا ينافي ما قلناه من لزوم الترجيح فانه فيما صح مورد هما كما كانت العين في ايديهما فح يكون لهما البينة ولا بد من الرجوع الى ماله المرجح فيحكم بكون العين له خاصة ومع التساوى يكون بينهما تنصيفاً .

وبالجملة لوصح جعل الحجة بينة الداخل كما اليه الشيخ فلا يصح اختصاص البينة بالمدعى بل يجرى في المنكر وهو خلاف اخبار اختصاص البينة بالمدعى واليمين على من انكر فلا بد^١ اما من طرح هذه الاخبار وتقديم بينة الداخل او قبولها واختصاص البينة بالخارج فانه مدعى دون الداخل والله العالم .

ومما ذكرنا وعرفت وفهمت يعلم ما فى قوله ﴿ ولو شهدنا بالسبب قيل ﴾ والقائل الشيخ فى ظاهر النهاية والمحكى عن كتابى الاخبار : ﴿ يقضى لصاحب اليد ﴾ وجه الفساد تقدم بينة الخارج ولو كانت بينة الداخل مرجحا بالسبب ولا يتم الاستدلال به بقوله ﴿ لقضاء على ^{عليه} في الدابة ﴾ فانه مناف لكون البينة للخارج مطلقا لان المفروض ان صاحب اليد هو الداخل والحكم له خلاف المشهور من جعلهم البينة للخارج ومناف لاستدلاله ^{عليه} على ابي بكر فى خبر فذك ولذا يمكن كون جميع ما ورد منه ^{عليه} بهذا المضمون من العامة .

﴿ و ﴾ لذا ﴿ قيل ﴾ والقائل المشهور على ما حكى بل عن الغنية الاجماع عليه : ﴿ يقضى للخارج ل ﴾ لادلة التى سمعتها سابقا التى منها خبر منصور السابق المشتمل مع ذلك على ﴿ انه لا بينة على نى اليد كما لا يمين على المدعى ، عملا بقوله ^{عليه} « واليمين على من انكر » والتفصيل قاطع للشركة وهو اولى ﴿ لم اعرفت . فان قلت هو مناف لما دل على حجية شهادة العدلين ولو من المنكر حتى نصوص المقام ، و مقتضاها حينئذ دفع حجة المدعى الذى لم يعلم تقدمها عليها فيبقى حق اليمين على المنكر بحاله الذى مقتضى دليله استحقاقه ولو كان مع المنكر بينة .

قلت قد عرفت فى طى كلماتنا ان شهادة العدلين قد خصت بالمنكر الذى وظيفته الحلف فقط .

فان قلت المحكى عن الشيخ خلاف ذلك فانه اسقط اليمين عنه ترجيحا لبينته باليد على بينة الخارج ، فكما لا يحلف الخارج لا يحلف الداخل .

قلت قد عرفت مفصلا ان ذلك خلاف المشهور لتقدم بيعة الخارج وخلاف ما جعل للمنكر اليمين دون البيعة كما فى المقام فان من كان العين فى يده منكراً لكونها للمدعى والشهادة للمدعى الا ان يطرح اكثر ما قيل الى هنا .
فان قلت ما ذكرت خلاف ما رواه اسحاق عن أبى عبدالله عليه السلام «ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السلام فى دابة فى أيديهما وأقام كل واحد منهما البيعة أنها نتجت عنده ، فأحلفهما على عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف ، فقضى بها للمحالف ، فقيل : فلولم يكن فى يد واحد منهما وأقاما البيعة ، قال : أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للمحالف ، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين قيل : فان كانت فى يد أحدهما وأقاما جميعاً بيعة ، قال : أفضى بها للمحالف الذى هى فى يده . » .

قلت فيه ان لازمه عدم حجية البيعة اولا واحلاف كليهما ثانيا فان الحلف للمنكر بمقتضى جميع روايات باب القضاء وهما كلاهما مدع واذا سقطت بينهما كانت الدابة بينهما نصفين قيمة من دون لزوم الحلف وثالثا قول السائل فلولم يكن النخ فان بينهما تسقط ايضا بالمعارضة وكانت الدابة بينهما بدون الحلف ورابعا قول السائل فان كانت فى يد احدهما النخ فان المقدم حينئذ بيعة الخارج بمقتضى الاجماع ولازمه كون الدابة لمن ليست فى يده من دون الحلف فالرواية مضافا الى ضعف سنده مخالف لجميع اخبار باب القضاء .

بل ينافيه خبر غياث عن أبى عبدالله عليه السلام «ان أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان فى دابة كلاهما أقاما البيعة أنه أنتجها فقضى بها للذى هى فى يده وقال : لولم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين . » . حيث حكم عليه السلام بها للذى هى فى يده بدون الحلف قضاء لتقدم بيعة الخارج وايضا قوله لولم تكن النخ فانه لولم يكن فى يدهما كانت سهمها نصفين بعد سقوط بينهما من دون الحلف .

واما ما رواه العامة عن جابر بن عبدالله الانصارى «ان رجلين تداعيا دابة و

أقام كل منهما بيعة أنها دابته أنتجها ففضى رسول الله ﷺ للذى فى يده» فهو ايضا مناف لجميع ماورد من تقدم بيعة الخارج ومناف لخبر الفدك فهو من العامة لحفظ مطالبة ابى بكر البيعة من على وفاطمة عليهما السلام ورده إلى بقوله من تسئل البيعة قال اياك الخ راجع الخبر فالبيعة للخارج لا الداخل والداخل هو ذواليد فيده على الملك كافية فلا يحتاج السى دليل آخر ومرجح آخر بخلاف المدعى حيث لا دليل له سوى بينته .

وقد عرفت عبارة مفتاح الكرامة و كثرة نقله قول القائلين بترجيح بيعة الخارج والعامة حيث رووا انه ينافى مطالبة رؤسائهم ذهبوا الى تقديم بيعة الداخل وصحة اخذ البيعة مع انه لو قلنا بها حيانا كان فيما كانت العين بايديهما فما وجد فى اخبارنا ذلك ايضا موافقا لهم محمول على التقية .

ولذا عن المجلسى حمل ماورد منا مما ظاهره تقديم بيعة الداخل على التقية فلاحجية لهما من هذه الجهة وصاحب الجواهر حيث توهم امكان البيعة من المنكر ايضا والحلف من المدعى وهو موافق لتقديم بيعة الداخل رد على المجلسى فى هذا الحمل وهو فاسد جداً للمتواترة الدالة على ان البيعة لخصوص المدعى .

فقال فى الجواهر فما عن المجلسى من حمله النصوص المزبورة على التقية لشهرته بين العامة فتوى ورواية يدفعه ماسمعت من موافقة خبر بيعة الخارج لاحمد بن حنبل أيضاً ، بل ملاحظة كلام العامة يقضى باضطراب أقوالهم فى ذلك على وجه لا تقية فى اظهار الحق فيما بينها انتهى وجه الفساد عدم منافاة خصوص احمد بن حنبل للقبول مع مخالفة الباقيين .

وقد عرفت ان قبول بيعة الداخل لاجل صحة مطالبة البيعة عن على وفاطمة عليهما السلام تدبر .

فظهر ان الاخبار الظاهرة فى تقديم بيعة الداخل موافقة للعامة ووجه الظهور ان الخارج مدعى وله البيعة لا الداخل الذى هو ذواليد وقد عرفت مكررا

اختلاف الشديد في ذلك وعبارات مفتاح الكرامة في تقديم بينة الخارج ومع ذلك كانت المسألة بحيث يوجب من شخص واحد مثل الشيخ في كتبه تارة اختياره واخرى عدمه وان البينتين ايتهما مقدم على الاخرى وان المرجحات هل يؤثر في تقدم ايتهما الخالية عن المرجح اولا .

فنقول الظاهر ان بينة الخارج يطعن مرجحات الداخل فلا يلحظ معه المرجحات لان الداخل اى ذاليد ليس وظيفته البينة فانها وظيفة الخارج الا اذا لم يكن له بينة فيكون وظيفه الداخل هي الحلف .

وبالجملة لحاظ المرجحات يصح بالنسبة الى بينة الداخل فيما كانت العين بيدهما فانه حينئذ ان كانت البينتان متساويتين من حيث المرجحات فعند الشيخ هو القرعة وعند المصنف هو التنصيف وهو الحق كما سيأتي .

وكيف كان فمحل الترجيح في صورة كون البينة لهما كما اذا كانت العين في يد كليهما اولا يد لهما فان البينة حينئذ لهما فلا بد من لحاظ المرجح وكونهما متساويتين فلا جرم يتعارضتان فهل يسقط كليهما فيكون بمنزلة عدمهما فلا بينة لاحدهما اولا .

قال في المختلف ما لفظه قال الشيخ في «المبسوط» : فاذا ثبت أن بينة الداخل تسمع في الجملة ، فكل موضع سمعنا بينة الداخل قضينا للداخل بلا خلاف ، وقال قوم : يستحلف مع ذلك ، وقال آخرون : لا يستحلف ، وهو الاقوى . قال : وأصل ذلك تعارض البينتين فان منهم من قال : يسقطان ، ومنهم من قال : يستعملان ، فمن قال : يسقطان ، لم يحكم له الا باليمين ، لانهما اذا تعارضتا سقطتا ، فيكونان كأنه لا بينة لواحد منهما ، ولأحدهما اليد ، فكان القول قوله مع يمينه ، ومن قال : يستعملان ، فلا شيء عليه ، لانا نقضى له بالبينة ، وذلك لانهما تعارضتا وانفرد أحدهما باليد ، فقدمناها على بينة الخارج باليد ، فقضينا له بها ، فلهذا قلنا : لا شيء عليه والمعتمد وجوب اليمين انتهى .

وحيث انجر الكلام ثانياً اليه فلا بأس بالإشارة اليه حتى ظهر في أي مورد لا يعنى باليمين وفي أي مورد يعنى بها وانه موارد التي كانت ايديهما على العين وقد اطال الكلام في المختلف وانا ننقل عين العبارة لانها كافية في نقل كلمات الاعلام المتقدمين واتكلم فيها بقدر الحاجة فقال ماهو لفظه .

مسألة - ١ - قال الشيخ في « النهاية » : ومن شهد عنده شاهدان عدلان على أن حقاً ما لزيد ، وجاء آخران فشهدا : أن ذلك الحق لعمر و ، فان كانت أيديهما خارجتين منه ، فينبغي للمحاكم أن يحكم لاعدلها شهوداً ، فان تساويا في العدالة ، كان الحكم لاكثرهما شهوداً مع يمينه بالله تعالى : أن الحق له ، فان تساويا في العدد أقرع بينهم ، فمن خرج عليه حلف ، وكان الحكم له ، فان امتنع من خرج اسمه في القرعة من اليمين ، حلف الاخر و كان الحكم له فان امتنعا جميعاً من اليمين ، كان الحق بينهما نصفين .

ومتى كان مع واحد منهما يد متصرفه : فان كانت البيعة تشهد : بأن الحق ملك له فقط ، ونشهد للاخر بالملك أيضاً ، انتزع الحق من اليد المتصرفه واعطى اليد الخارجة ، وان شهدت البيعة لليد المتصرفه بسبب الملك - من بيع ، أو هبة أو معاوضة - كانت اولى من اليد الخارجة ظاهرة تقدم بيعة الداخل مع الترجيح ومع التساوى تقدم بيعة الخارج وهو قريب مما في الخلاف .
وقد عرفت انه خلاف المشهور بل اللازم تقدم الخارج ان كانت ولو مع الداخل بيعة ايضاً اذ بينتهم غير معتبرة .

ونحوه قال في « التهذيب » و « الاستبصار » ، وقال فيهما : انهما لو شهدتا بالسبب لهما ، كانت البيعة بيعة الداخل .

وقال في « الخلاف » : اذا ادعى ملكاً مطلقاً ويد أحدهما عليه ، كانت بينته اولى ، وكذلك اذا أضافه الى سبب . فان ادعى صاحب اليد الملك مطلقاً والخارج أضافه الى سببه ، كانت بيعة الخارج اولى ، وبه قال الشافعي ولا يخفى ظهور هذه

العبارة في تقدم بينة الخارج من الخلاف ايضاً ثم نقل عن أبي حنيفة وأصحابه : ان كان التداعى ملكاً مطلقاً أو ما يتكرر سببه ، لم تسمع بينة المدعى عليه - وهو صاحب اليد - وان كان ملكاً لا يتكرر سببه ، سمعنا بينة الداخل . قال : وهو الذي يقتضيه مذهبنا ، وقد ذكرناه في « النهاية » و « المبسوط » والكتابين في الاخبار . وقال أحمد بن حنبل لأسمع بينة صاحب اليد بحال في أى مكان كان وقد روى ذلك أصحابنا .

قال : وتحقيق الخلاف مع أبي حنيفة : هل يسمع بينة الداخل أم لا ؟ عند الشافعى تسمع ، وعنده لا تسمع .

ثم قال : اذا شهدت البيئنة للداخل مضافاً ، قبلناها بلا خلاف بيننا وبين الشافعى ، وقد حكيناه ، وان كانت بالملك المطلق : فاننا لانقبلها ، وللشافعى فيه قولان : أحدهما : قاله فى القديم ، مثل ما قلناه ، وقال فى الجديد : مسموعة واذا تنازعا عيناً لا يد لواحد منهما عليه ، فأقام أحدهما شاهدين والاخر أربعة شهود ، فالظاهر من مذهب أصحابنا : أنه يرجح بكثرة الشهود ، ويحلف ويحكم له بالحق ، وهكذا لو تساوى فى العدد وتفاضلا فى العدالة ، يرجح بالعدالة وهو اذا كانت احدهما أقوى عدالة وحيث كان يدهما خارجه و كانت بينتهما حينئذ داخلية بنى على ترجيح البيئتين .

« وقال فى موضع آخر : اذا تعارضت البيئتان على وجه لا ترجح لاحدهما على الاخرى ، أقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف وأعطى الحق هذا هو المعول عليه عند أصحابنا ، وقد روى : أنه يقسم بينهما نصفين واستدل على قوله : باجماع الفرقة على استعمال القرعة فى كل أمر مجهول مشتبه ، وهذا داخل فيه » وظاهره سقوط البيئتين بالتعارض والافزع الثبوت لا يصل النوبة بالقرعة .

وقال فى « المبسوط » : مذهبنا - الذى تدل عليه أخبارنا - ما ذكرناه فى « النهاية » وهو أنه اذا شهدا بالملك المطلق ويد أحدهما عليها ، حكم لمن هو فى

يده ، و كذلك ان شهدا بالملك المقيد لكل واحد منهما ، ويد أحدهما عليها ، حكم لمن هو في يده ، وقد روى : أنه يحكم لليد الخارجة ظاهره مطابق لما في خلافه كما تقدم من تقدم بينة الداخل خلافا للمشهور ولا يخفى ما فيه لما قد عرفت مراراً ان الداخل لا يعنى بيمينته بل يده كافية في الملك والبينة على من كان يده منقطعة عن الملك كما صرح به امير المؤمنين عليه السلام في امر الفدك وان كانت أيديهما عليها فهو بينهما نصفان ، وان كانت أيديهما خارجتين أقرع بينهما فمن خرج اسمه حكم له به مع يمينه ، ان كانت الشهادة بالملك المطلق ، وان كان مقيداً قسم بينهما نصفين ، وان كانت لاحدهما بالملك المطلق و للآخر بالملك المقيد حكم للذي شهدا له بالمقيد .

و اذا ثبت أن بينة الداخل تسمع في الجملة ، فالكلام فيه كيف تسمع ؟ أما بينة الخارج : فاذا شهدت بالملك المطلق سمعت ، وان شهدت بالملك المضاف الى سببه فأولى أن يقبل ، وأما بينة الداخل : فان كانت بالملك مضافا الى سببه قبلناها ، وان كانت بالملك المطلق : قال قوم : لا يسمعها ، وقال آخرون : مسموعة ، والاول مذهبنا ، لانه يجوز أن تكون شهدت بالملك لاجل اليد ، واليد قد زالت بيمينه المدعى .

وقال المقيد : واذا تنازع نفسان في شيء ، وأقام كل واحد منهما بينة على دعواه بشاهدين عدلين لا يرجح بعضهم على بعض في العدالة ، حكم لكل واحد من النفسين بنصف الشيء ، و كان بينهما جميعاً نصفين ، و ان رجح بعضهم على بعض في العدالة ، حكم لاعدلها شهوداً . وان كان الشيء في يد أحدهما واستوى شهودهما في العدالة ، حكم للخارج اليد منه ، و نزع يد المتشبه به منه ، وان كان لاحدهما شهود أكثر عدداً من شهود صاحبه - مع تساويهم في العدالة - حكم لاكثرهما شهوداً مع يمينه بالله عز وجل على دعواه .

وقال الشيخ على بن بابويه : اذا ادعى رجل على رجل عقاراً أو حيواناً أو غيره وأقام

شاهدين ، وأقام الذي فى يده شاهدين [واستوى الشهود فى العدالة] فالحكم فيه أن يخرج الشيء من يدي مالكة الى المدعى ، لان البينة عليه ، وان لم يكن الشيء فى يدي أحد وادعى فيه الخصمان جميعاً ، فكل من اقام البينة فهو أحق به ، وان أقام كل واحد منهما البينة ، فان أحق المدعين من عدل شاهدها ، فان استوى الشهود فى العدالة ، فاكثرهما شهوداً يحلف بالله ويدفع اليه الشيء .
وقال الصدوق فى «المقنع» مثل ذلك ، ثم قال فى آخر كلامه : كذا ذكره والدى رحمه الله فى رسالته الى .

وقال فى كتاب «من لا يحضره الفقيه» عقيب رواية أبى بصير ، عن الصادق عليه السلام : انه ذكر أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون فى بغلة ، فقامت البينة لهؤلاء أنهم انتجوها على مذودهم (١) لم يبيعوا ولم يهبوا وقامت البينة لهؤلاء أنهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا ، فقضى عليه السلام بها لاكثرهم بينة واستحلفهم .

قال ابو بصير : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتى القوم فيدعى داراً فى ايديهم ، ويقيم البينة ويقيم الذى فى يده الدار البينة أنها ورثها عن أبيه ، ولا يدري كيف أمرها ، فقال : أكثرهم بينة يستحلف وتدفع اليه .

قال الصدوق : لو قال الذى فى يده الدار : انها لى وهى ملكى ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام المدعى على دعواه بينة ، كان الحق أن يحكم بها للمدعى لان الله عز وجل أنما أوجب البينة على المدعى ، ولم يوجبها على المدعى عليه ولكن هذا المدعى عليه ذكر أنه ورثها عن أبيه ، ولا يدري كيف أمرها فلهذا اوجب الحكم باستحلاف أكثرهم بينة ، ودفع الدار اليه يعنى ان ذا اليد اذا ادعى ان الملك لى ارثنا ونحوه ففى ذلك يلحظ قوة احد البينتين ولا بأس به فيما اذا لم يمكن لذى اليد اثبات حقه كما ان فاطمة ادعت كون فدك ارثنا فقالت يابن

(١) مذود - كمنبر - : معتلف الدابة القاموس المحيط .

أبى قحافة أفى كتاب الله تراث أباك ولا ارث أبى .

ولو أن رجلا ادعى على رجل عقاراً أو حيواناً أو غيره وأقام شاهدين، وأقام الذى فى يده شاهدين ، واستوى الشهود فى العدالة ، لكان الحكم أن يخرج الشىء من يدى مالكة الى المدعى لان البينة عليه ، فان لم يكن الشىء فى يدى احد وادعى فيه الخصمان جمعياً، فمن أقام البينة فهو أحق به ، فان أقام كل واحد منها البينة فان احق المدعين من عدل شاهدها فان استوى الشهود فى العدل فاكثرها شهودا يحلف بالله ويدفع الشىء هكذا ذكره أبى رضى الله عنه فى رسالته الى^١ الى ان قال بعد نقل بعض العبارة المتقدمين ايضا ثم قال .

قال [محمد بن ادريس]: والذى يقوى فى نفسى واعمل عليه وافتى به ان اليد الخارجة فى المسألتين معاً يسلم الشىء اليها ، وهى أحق من اليد المتصرفة والبينة بينتها كيفما دارت القضية ، هذا الذى يقتضيه أصول مذهب أصحابنا بغير خلاف بين المحصلين المحققين منهم، لقوله ^٢البيلا: البينة على المدعى وعلى الجاحد اليمين ، وهذا مذهب شيخنا أبى جعفر فى كتاب البيوع من مسائل خلافه .

وعقد الباب أن نقول: اذا تنازعا عينا وهى فى يد أحدهما وأقام كل واحد منهما بينة بما يدعيه من الملكية، انتزعت العين من يد الداخل ، وأعطيت الخارج وكانت بينة الخارج أولى ، وهى المسموعة ، سواء شهدت بينة الداخل بالملك بالاطلاق أو بالاسباب ، أو بقديمه أو بحدثه ، فان بينة الخارج أولى على الصحيح من المذهب وأقوال أصحابنا .

وان كانت العين خارجة منهما [وهى فى يد ثالث غيرهما] وأقاما بينة، رجح أصحابنا بكثرة الشهود، فان تساوى فى الكثرة رجح بالتفاضل فى العدالة فان استويا [فى جميع الوجوه] فالحكم عند أصحابنا المحصلين القرعة على أيهما خرجت أعطى ، وحلف أنه يستحقه [يستحقه وهو له] .

فان لم يكن ترجيح وهو فى يد ثالث وأقام احدهما بينة بقديم الملك والاخر

بحدِيثه ، و كل منهما يدعى أنه ملكى الان ، و بينة كل واحد منهما تشهد بأنه ملكه الان ، غير أن احدى البينتين تشهد بالملكية الان و بقديم الملك ، و الاخرى تشهد بالملكية الان و بحدِيث الملك ، سمعت بينة القديم السى ان قال بعد نقل اقوال هذه الاعلام و المعتمد أن نقول : ١- ان كانت هناك يد متصرفه و اخرى خارجه ، و شهدت بينة المشبث بالسبب و أطلقت الاخرى ، فان البينة بينة الداخلى مع يمينه .

لنا : مارواه الجمهور عن جابر : ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ الى ان ساقه و ساق خبر الغياث و اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام من الخاصة فقال «ولان جانب الداخلى أقوى، ولهذا قدمت يمينه على يمين المدعى، فيكون بينته أقوى، ولان له يداً و سبباً بخلاف الاخرى، ولانهما تعارضتا فتسلم اليد مع السبب انتهى محل الحاجة .

و لا يخفى ما فى استدلاله على بينة الداخلى مع هذه المكدرات من انه مدعى عليه ليس وظيفته البينة و انما يتصور التقدم على ما اذا كانت العين فى ايديهما و من العجيب انه قد بعد نقله تلك الكلمات للاكابر العظيمة قال فان البينة بينة الداخلى و انها قوية و ان لصاحبه يداً و سبباً مع ان اليد ليست دليلاً على الملك و الغاصبون و السارقون كلهم ذويد على اموال الناس .

و قد عرفت ان ذلك هو قول العامة الامن شذمهم و كفى فى رد ذلك رواية المنصور فى جميع الحالات و ان صح ان يتكلم لزم التكلم فيما كانت العين بايديهم معاً لا فيما كان يد واحد عليها ففيما كانت يد متصرفه لا بينة لها الا فضلاً عن ان يكون قوية و ليس للمدعى مطالبة البينة من ذى اليد له البينة عليه . و عبارة الخلاف قد عرفت على خلافه الكلى بالنسبة من لم يكن العين بيده بل نفسه ايضا خالف ذلك و كان موافقاً للمشهور كما عرفت نقل الجواهر عنه فى البيع و راجع عبارات القوم و انما كررتها من حيث نقل المختلف حتى يظهر لك

الامر وان ما يظهر منه تقديم بينة الداخل موافقة للعامة ولم يذهب الى بينة الخارج سوى احمد بن حنبل فالأخبار بهذا الاعتبار لم يصح بها الاعتماد فلا وجه لتقدم البينة الامن لم يكن يده متصرفا .

وقد حمل المجلسي تلك الاخبار على التقية والغرض منها صحة مؤاخذه البينة عن علي بن ابي طالب وفاطمة عليهما السلام والانصاف ان مطالبة البينة اللازم منها كذب المعصوم ومن نزل آية التطهير في شأنه في نهاية العداوة وعدم الاقرار بقول النبي صلى الله عليه وآله مع كثرة ما قال صلى الله عليه وآله في حقهم بل مع صراحة القرآن بقوله عز من: «قائل قدا اسئلكم عليه اجرا الا المودة في القربى» مع ان المعلوم بالقطع واليقين دخول فاطمة وعلي بن ابي طالب عليهما السلام في القربى .

ومن العجيب دخول الخلفاء في العشرة المبشرة بالجنة مع مخالفتهم لصريح القرآن الآمرة بالمودة بهم والحاصل ان لكل خبر كان ظاهرة في قبول البينة من ذي اليد فهو محمول على التقية الا اذا كان مشتملا على بيان يقطع معه بصدق ذي اليد بحيث لو لم يأت بالبينة لضاع حقه وان اردت ان تعلم .

فانظر الى مارواه صاحب الاحتجاج والشيخ الاجل علي بن ابراهيم القمي عن حماد بن عثمان عن «ابيعبدالله عليه السلام قال لما بويح ابو بكر واستقام له الامر على جميع المهاجرين والانصار بعث الي فدك من اخرج وكييل فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وآله فجاءت فاطمة عليها السلام الى ابي بكر فقالت يا ابا بكر لم تمنعني ميراثي من ابي رسول الله صلى الله عليه وآله واخرجت وكييلي من فدك وقد جعلها لي رسول الله صلى الله عليه وآله بامر الله تعالى فقال هاتي علي ذلك بشهود فجاءت بام ايمن فقالت لاشهد يا ابا بكر حتى احتج عليك بما قال رسول الله صلى الله عليه وآله انشدك بالله الست تعلم ان رسول الله قال ان ام ايمن امرأة من اهل الجنة فقال بلي قالت فاشهدان الله عز وجل اوحى الى رسول الله صلى الله عليه وآله فات ذا القربى حقه فجعل فدك لفاطمة بامر الله وجاء علي عليه السلام فشهد بمثل ذلك فكتب لها كتابا ودفعه اليها فدخل عمر فقال ما هذا الكتاب فقال ان فاطمة

عليه السلام ادعت في فدك وشهدت لها ام ايمن وعلى فكتبته واخذ عمر الكتاب من فاطمة فمزقه وقال هذا فيء المسلمين .

وقال اوس بن الحدثان وعائشة وحفصة يشهدون على رسول الله ﷺ بانه قال انا معاشر الانبياء لانورث مائر كناه صدقة وان عليا عليه السلام زوجها يجر الى نفسه وام ايمن فهي امرأة سالحة لو كان معها غيرها لنظرنا فيه فخرجت فاطمة صلوات الله عليها من عندهما باكية حزينة فلما كان بعد ذلك جاء على عليه السلام الى ابي بكر وهو في المسجد وحوله المهاجرون والانصار فقال يا ابا بكر لم منعت فاطمة ميراثها من رسول الله ﷺ وقد ملكته في حيوة رسول الله ﷺ فقال ابو بكر هذا فيء للمسلمين فان اقامت شهودا ان رسول الله ﷺ جعله لها والا فلاحق لها فيه .

فقال امير المؤمنين عليه السلام يا ابا بكر تحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين قال لا قال فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ثم ادعت انا فيه من تسئل البيعة قال اياك كنت اسئل البيعة قال فما بال فاطمة عليه السلام سئلتها البيعة على ما في يدها وقد ملكته في حيوة رسول الله ﷺ وبعده ولم تسئل المسلمين البيعة على ما ادعوها شهوداً كما سئلتني على ما ادعت عليهم فسكت ابو بكر .

فقال عمر يا على دعنا من كلامك فانا لانقوى على حجتك فان اتيت بشهود عدول والا فهو فيء للمسلمين لاحق لك ولا لفاطمة فيه .

فقال على عليه السلام يا ابا بكر تقرأ كتاب الله قال نعم قال اخبرني عن قول الله عز وجل انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت ويطهركم تطهيراً فينا نزلت اوفى غيرنا قال بل فيكم .

قال فلو ان شهودا شهدوا على فاطمة بنت رسول الله ﷺ بغاشة ما كنت صانعا بها قال كنت اقيم عليها الحد كما اقيم على سائر نساء العالمين .

قال كنت اذا عند الله من الكافرين قال ولم قال لانك رددت شهادة الله لها بالطهارة وقبلت شهادة الناس عليها كما رددت حكم الله وحكم رسوله اذ جعل

لها فذك وقبضته في حيوته ثم قبلت شهادة اعرابي بائل على عقبيه عليها واخذت منها فذك وزعمت انه فيء للمسلمين وقد قال رسول الله ﷺ البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه فرددت قول رسول الله ﷺ البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه .

قال فد مدم الناس وانكر بعضهم وقالوا صدق والله على ورجع على ﷺ الى منزله قال ودخلت فاطمة ﷺ المسجد فطافت على قبر ابيها وهي تقول .
قد كان بعدك انبياء وهنبة لو كنت شاهدا لم تكثر الخطب

الايات

قال فرجع ابوبكر وعمر الى منزلهما وبعث ابوبكر الى عمر ثم دعاه فقال اما رأيت مجلس على منافي هذا اليوم لئن قعد مقعدا مثله ليفسدن امرنا فما الرأي قال عمر الرأى ان تأمر بقتله قال فمن يقتله قال خالد بن الوليد فبعثنا الى خالد فاتاهم فقالا له نريد ان نحملك على امر عظيم .

فقال احملوني على ماشئتم ولو على قتل على بن ابيطالب قالا فهو ذاك قال خالد متى اقتله قال ابوبكر احضر المسجد وقم بجنبه في الصلوة فاذا سلمت قم اليه واضرب عنقه قال نعم .

فسمعت اسماء بنت عميس وكانت تحت ابي بكر فقالت لجاريتها اذهبي الى منزل على وفاطمة ﷺ واقراهما السلام وقولي لعلى ﷺ ان الملاء يأترون بك ليقتلوك فاخرج اني لك من الناصحين فجاءت الجارية اليهم فقالت لعلى ﷺ ان اسماء بنت عميس تقرأ عليك السلام وتقول ان الملاء يأترون الاية .

فقال امير المؤمنين ﷺ قولي لها ان الله يحول بينهم وبين ما يريدون ثم قام وتهايا للصلوة وحضر المسجد وصلى لنفسه خلف ابي بكر وخالد بن الوليد بجنبه ومعه السيف فلما جلس ابوبكر للشهد ندم على ما قال وخاف الفتنة وعرف

شدة على عليه السلام وباسه فلم يزل متفكرا لا يجسر ان يسلم حتى ظن الناس انه سهى
ثم التفت الى خالد وقال يا خالد لا تفعلن ما امرتك السلم عليكم ورحمة الله وبركاته
فقال امير المؤمنين عليه السلام يا خالد ما الذى امرك به قال امرنى بضرب عنقك
قال او كنت فاعلا قال اى والله لولا انه قال لى لا تفعله قبل التسليم لقتلتك قال
فاخذه على عليه السلام فجلد به الارض فاجتمع الناس عليه فقال عمر يقتله ورب الكعبة
فقال الناس يا ابا الحسن الله الله بحق صاحب القبر فخلى عنه .

ورواية ابى ذر رحمه الله ان امير المؤمنين عليه السلام اخذ خالدا باصبعيه
السبابة والوسطى فى ذلك الوقت فعصره عصر افصاح خالد صيحة منكرة ففرع
الناس وهمتهم انفسهم واحداث خالد فى ثيابه وجعل يضرب برجليه ولا يتكلم
فقال ابوبكر لعمر هذه مشورتك المنكوسة كانى كنت انظر الى هذا واحمد الله
على سلامتنا وكلمنا دنا احد ليخلصه من يده عليه السلام لحظة لحظة تنحى عنه راجعا
فبعث ابوبكر عمر الى العباس فجاء فشفع اليه واقسم عليه فقال بحق القبر ومن
فيه وبحق ولديه وامهما الاثر كتمه ففعل ذلك وقبل العباس بين عينيه .

وفى رواية اخرى ثم ان عليا عليه السلام قام الى عمر و اخذ بتلابيبه وقال يا ابن
صحاك الحبشية لولا كتاب من الله سبق وعهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلمت اينما ضعف
ناصرنا و اقل عددا و حال الحاضرون بينه عليه السلام و بين القوم وخلصوا عمر من يد
امير المؤمنين عليه السلام فعندها قام و تقدم العباس الى ابى بكر وقال اما والله لو قتلتموه
ماثر كنا تيميا يمشى على وجه الارض .

فى الاحتجاج روى عبدالله بن الحسن باسناده عن آبائه عليهم السلام انه لما
اجمع عمر و ابوبكر على منع فاطمة فدكا وبلغها ذلك لانت خمارها على رأسها
واشتملت بجلبابها واقبلت فى لمة من حفدتها و نساء قومها تطأ (١) ذيولها ما تخرم

(١) اى ان اثوابها كانت طويلة تستر قدميها فكانت تطأها عند المشى.

مشيتها مشية رسول الله ﷺ حتى دخلت على ابي بكر الى ان قالت سلام الله عليها ايها الناس اعلّموا اني فاطمة وابي محمد ﷺ اقول عودا وبدء ولا اقول ما اقول غلطا ولا افعل ما افعل شططا لقد جائكم رسول من انفسكم عزيز عليه ما عنتم حريص عليكم بالمؤمنين رؤف رحيم فان تعزوه وتعرفوه تجدوه ابي دون نساءكم واخا ابن عمي دون رجالكم ولنعم المعزى اليه ﷺ فبلغ الرسالة صادعا بالندارة مائلا عن مدرجة المشركين ضاربا بئبجهم اخذاً با كظامهم داعيا الى سبيل ربه بالحكمة والموعظة الحسنة يكسر الاصنام وينكث الهام حتى انهزم الجمع وولوا الدبر حتى تفرى الليل عن صبحه واسفر الحق عن محضه ونطق زعيم الدين وخرست شفاشق الشياطين وطاح وшипظ النفاق وانحلت عقد الكفر والشقاق ورفهتهم بكلمة اخلاص في نفر من البيض الخماص وكنتم على شفا حفرة من النار مذقة الشارب ونهزة الطامع وقبسته العجلان وموطئى الاقدام تشربون الطرق وتقتاتون الورق اذلة خاسئين تخافون ان يتخطفكم الناس من حولكم فانقذكم الله تبارك وتعالى بمحمد ﷺ .

بعد اللتيا والتي وبعد ان متى بيهم الرجال وذؤبان العرب ومردة اهل الكتاب كلما اوقدوا نارا للحرب اطفاه الله او نجم قرن للشيطان وفغرت فاعرة من المشركين قذف اخاه فى لهواتها فلا ينكفئى حتى يبطأ صماخها باخمصه و يخمد لهبها بسيفه مكدودا فى ذات الله مجتهدا فى امر الله قريبا من رسول الله سيدا ولياء الله مشمرا ناصحا مجدا كادحا وانتم فى رفاهية من العيش وادعون فا كهون آمنون تتربصون بنا الدوائر و تموكفون الاخبار وتنكصون عند النزال وتفرون عند القتال .

فلما اختار الله لنبيه دارا نبياؤه وماوى اصفياؤه ظهر فيكم حسيكة النفاق وسمل جلباب الدين ونطق كاظم الغاوين ونبغ خامل الافلين وهدر نفيق المبطلين فخطر فى عرصاتكم واطلع الشيطان رأسه من مغرزه هاتفا بكم فالفاكم لدعوته

مستجيبين وللعزة فيه ملاحظين ثم استنهضكم فوجدكم خفافا واحمشكم فالفاكم غضابا فوسمتم غير ابلكم واوردتهم غير شربكم هذا والعبد قريب والكلم رحيب والجرح لما يندمل والرسول لما يقبر ابتدارا زعمتم خوف الفتنة الا في الفتنة سقطوا وان جهنم لمحيطه بالكافرين .

فهيئات منكم وكيف بكم واني تؤفكون وكتاب الله بين اظهركم اموره ظاهرة واحكامه زاهرة واعلامه باهرة وزواجره لايحة واوامره واضحة قد خلفتموه وراء ظهوركم ارغبة عنه تريدون ام بغيره تحكمون بس للظالمين بدلا ومن يبتغ غير الاسلام ديننا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين ثم لم تلبثوا الا ريث ان تسكن نفرتها ويسلس قيادها ثم اخذتم تورون وقدتها وتهيجون جمرتها وتستجيبيون لهتاف الشيطان الغوى واطفاء انوار الدين الجلى واهماد سنن النبي الصفى تسرون حسوا في ارتغاء وتمشون لاهله وولده في الخمر والضراء افحكم الجاهلية تبغون ومن احسن من الله حكما لقوم يوقنون افلا تعلمون بلى تجلى لكم كالشمس الضاحية .

اني ابنته ايها المسلمون ءاغلب على ارثية يابن ابى قحافة افى كتاب الله ان تراث اباك ولا ارث ابى لقد جئت شيئا فريا افعللى عمد تر كتم كتاب الله ونبذتموه وراء ظهوركم ان يقول وورث سليمان داود وقال فيما اقتص من خبر يحيى بن زكريا اذ قال رب هب لى من لدنك وليا يرثنى ويرث من آل يعقوب وقال واولوالارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله وقال يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وقال ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين وزعمتم ان لاختوة لى ولا ارث من ابى ولا رحم بيننا افحضكم الله بآية اخرج منها ابى ﷺ ام هل تقولون اهل ملتين لا يتوارثان ولست انا وابى من اهل ملة واحدة ام انتم اعلم بخصوص القرآن وعمومه من ابى وابن عمى

فدونكها مخطومة من حولة تلقاك يوم حشرك .

فنعلم الحكم الله والزعيم محمد والموعود القيمة وعند الساعة ما تخسرون ولا ينفعكم ان تندمون ولكل نبا مستقر وسوف تعلمون من يأتيه عذاب يخزيه ويحل عليه عذاب مقيم ثم رمت سلام الله عليها بطرفها نحو الانصار فقالت يا معاشر الفتية واعضاد الملة وانصار الاسلام ما هذه الغميمة في حقي والسنة عن ظلامتي اما كان رسول الله ﷺ ابي يقول المرء يحفظ في ولده سرعان ما احذثتم وعجلان ذا اهالة ولكم طاقة بما احاول وقوة على ما اطلب وازاول وسأقت سلام الله عليها الخطة الشريفة الى قولها الا وقد قلت ما قلت على معرفة منى بالخذلة التي خامر تكم والغدرة التي استشرتها قلوبكم ولكنها فيضة النفس ونفثة الغيظ وخور الغنا وثبة الصدر وتقدمة الحجة فدونكموها فا حثقبوها دبرة الظهر نقبة الخف باقية العار موسومة بغضب الله وشناراً لابد موصولة بنا لله الموقدة التي تطلع على الافئدة فبعين الله ما تفعلون وسيعلم الذين ظلموا اى منقلب ينقلبون .

وانا ابنة نذير لكم بين يدي عذاب شديد فاعلموا انما عاملون وانتظروا انا منتظرون .

فاجابها ابو بكر عبدالله بن عثمان فقال يا بنت رسول الله لقد كان ابوك بالمؤمنين عطوفا كريما رؤفا رحيماً وعلى الكافرين عذاباً اليماً وعقاباً عظيماً فان عزناه وجدناه اباك دون النساء واخا بملكك دون الاخلاء (الاخاء خد) ائره على كل حميم وساعده في كل امر جسيم لا يحبكم الا كل سعيد ولا يبغضكم الا كل شقي فانتم عترة رسول الله ﷺ الطيبون والخيرة المنتجبون على الخير ادلتنا و الى الجنة مسالكنا وانت يا خيرة النساء وابنة خير الانبياء صادقة في قولك سابقة في وفور عقلك غير مردودة عن حقاك ولا مصدودة عن صدقك و والله ما عدوت رأى رسول الله ﷺ ولا عملت الا باذنه وان الزائد لا يكذب اهله وانى اشهد الله وكفى به شهيداً .

انى سمعت رسول الله ﷺ يقول نحن معاشر الانبياء لانورث ذهبا ولافضة ولاداراً ولاعقاراً وانما نورث الكتب (والكتاب-خ ل) والحكمة والعلم والنبوة وما كان لنا من طعمة فلولى الامر بعدنا ان يحكم فيه بحكمه وقد جعلنا ما حاولته فى الكراع والسلاح يقاتل به المسلمون ويجاهدون الكفار ويجالدون المردة الفجار وذلك باجماع من المسلمين لم انفرد به وحدى ولم استبد بما كان الرأى فيه عندى وهذه حالى ومالى هى لك وبين يديك لانزوى عنك ولاندخر دونك وائت سيدة امة ابيك والشجرة الطيبة لبنيك لايدفع مالك من فضلك ولا يوضع من فرعك واصلك حكمك نافذ فيما ملكت يداى فهل ترين ان(انى خ ل) اخالف فى ذلك اباك ﷺ فقالت ﷺ سبحان الله ما كان رسول الله ﷺ عن كتاب الله صادقا ولااحكامه مخالفا بل كان يتبع اثره ويقفوسوره افتجمعون الى الغدر اعتللا عليه بالزور وهذا بعد وفاته شبيه بما بغى له من الغوائل فى حياته هذا كتاب الله حكما وعدلا وناظقا فصلا يقول يرثنى ويرث من آل يعقوب وورث سليمان داود فبين عز وجل فيماوزع عليه من الاقساط وشرع من الفرائض والميراث وابع من حظ الذكران والاناث ماازاح علة المبطلين واذال التظنن والشبهات فى الغابرين كلا بل سولت لكم انفسكم فصبر جميل والله المستعان على ماتصفون فقال ابو بكر صدق الله وصدق رسوله وصدقت ابنته انت معدن الحكمة وموطن الهدى والرحمة وركن الدين وعين الحجة (الحكمة خ ل) لا ابعصوابك ولاانكر خطابك هؤلاء المسلمين بينى وبينك قلدونى ماتقلدت وباتفاق منهم اخذت ما اخذت غير مكابر ولا مستبد ولا مستأثر وهم بذلك شهود .

فالتفتت فاطمة صلوات الله عليها وقالت معاشر الناس المسرعة الى قيل الباطل المغضية على الفعل القبيح الخاسر افلا تتدبرون القرآن ام على قلوب افقالها كلا بل ران على قلوبكم ما اسأتتم من اعمالكم فاخذ بسمعكم وابصاركم ولبس ما تأولتم وساء ما به اشرتم وشر ما منه اعتصتم لتجدن والله محمله ثقيلاً وغبه ويلا

اذا كشف لكم الغطاء وبان ما وراء (نه خ) الضراء وبدالكم من ربكم ما لم تكونوا
تحتسبون وخسر هنا لك المبطلون ثم عطفت على قبر النبي ﷺ وقالت الى ان قالت
تجهمتنا رجال واستخف بنا لما فقدت وكل الارض مغتصب
ثم ان من خطبها ﷺ وجوابها عن قولهم نحن معاشر الانبياء لانورث النخ
بقولها ﷺ سبحان الله ما كان رسول الله ﷺ عن كتاب الله صادفا ولا لاحكامه
مخالفا النخ يفهم كذب الخبر المجعول وانه ﷺ صرحت بكونه مخالفا لكتاب الله
الصريحة فى الارث .

وقد صرح الائمة الطاهرين بان كل خبر خالف كتاب الله فاضربه على
الجدار وكذا مثل قولهم ما خالف قول ربنا لم نقله ومنه يعلم ان ما كان من هذا
المضمون فى روايتنا محمول على التقية فان آيات الكتاب صريحة فى ارث
سليمان من داود فى قوله ورث سليمان داود وغير ذلك فكيف لانورث الانبياء
وهذا مضافا الى ان لازم صدق الخبر جهل فاطمة وعلى بالخبر وكون الجاعلين
اعلم منهما مع انه من المحالات وقوله ﷺ انا مدينة العلم وعلى بابها يدل على
ان جميع علوم النبي ﷺ عند على بن ابي طالب ﷺ فكيف يمكن مثل هذا
الحكم غير معلوم له ﷺ ولم يقله ﷺ لعلى وفاطمة سلام الله عليهما ومن جميع
ذلك ظهر كون ما ظاهرها تقدم بيينة الداخل نقيه الا فيما صح له ذلك .

فان قلت تقدم بيينة الخارج مؤيد لكون الحق مع الخارجين فى باب
الفدك قلت معناه ان عليهم البيينة والدليل لا المطالبة للبيينة عمّن كان متصرفا
باليد وانى لهم الدليل ولذا تمسكوا بجعل خبر يظهر منه جهل ذى القربى النبى
ﷺ ومخالفته مع صريح القرآن فى الارث وفى قوله تعالى ايضا وآت ذا القربى
حقه اى وآت الفدك بفاطمة ﷺ ومنه ظهر عدم الاعتماد بما ظاهره تقدم بيينة
الداخل وهو روايات .

منها رواية ابي بصير : سئل الصادق ﷺ عن رجل يأتى القوم فيدعى داراً

فى ايديهم ويقوم الذى فى يده الدار البينة ، انه ورثها من ابيه ولا يدري كيف كان امرها .

فقال عليه السلام : اكثرهم بينة يستحلف ويدفع اليه ، وذكر ان عليا عليه السلام : اتاه قوم يختصمون فى بغلة فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا واقام هؤلاء البينة انهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا ففضى عليه السلام لاكثرهم بينة واستحلفهم قال : فسألته فقلت أ رأيت ان كان الذى ادعى الدار، قال: ان ابى هذا الذى هو فيها اخذها بغير ثمن ولم يقم الذى هو فيها بينة الا انه ورثها عن ابيه قال : اذا كان امرها هكذا فهى للذى ادعاها واقام البينة .

منها رواية اسحاق بن عمار عن ابى عبدالله عليه السلام : ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السلام : فى دابة فى ايديهما واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فاحلفهما على عليه السلام فحلف احدهما وابى الاخر ان يحلف ففضى بها للحالف فقيل له : فلولم تكن فى يد واحد منهما واقاما البينة فقال : احلفهما فايهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين قيل : فان كانت فى يد احدهما واقاما جميعاً بينة قال : اقضى بها للحالف الذى هى فى يده وفيه ان الحلف وظيفه المنكر لا المدعى . منها رواية غياث عن ابى عبدالله عليه السلام : ان امير المؤمنين عليه السلام : اختصم اليه رجلان فى دابة وكلاهما اقاما البينة انه انتجها ففضى بها للذى فى يده وقال : لولم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين والرواية خلاف للقاعدة .

منها رواية جابر ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى دابة وبعير ، كل واحد منهما البينة انه انتجها ففضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بمن هى فى يده وهى مثل رواية غياث .

ورواية البصرى : كان على عليه السلام اذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم

سواء وعددهم اقرع بينهم على ايهما تصير اليمين اذا كان كلاهما متساويين في الشهود كان الحكم التنصيف .

منها موثقة سماعة : ان رجلين اختصما الى على عليه السلام في دابة فزعم كل واحد منهما انها نتجت على مذوده واقام كل واحد منهما بيعة سواء في العدد فاقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامة ثم قال : اللهم رب السموات السبع ورب الارضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، هي كسابقتها ايهما كان صاحب الدابة وهو اولي بها فاسئلك ان يقرع و يخرج سهمه فخرج سهم احدهما ففضى له بها .

منها رواية عبدالله بن سنان قال : سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : ان رجلين اختصما في دابة الى على عليه السلام فزعم الى آخرهما في الموثقة بتفاوت يسير ثم قال : وكان ايضاً اذا اختصم اليه الخصمان في جارية فزعم احدهما انه اشترها وزعم الاخر انه انتجها فكان اذا اقاما البيعة جميعاً ففضى به للذي انتجت عنده .

منها رواية داود بن سرحان وصحيحة الحلبي : في شاهدين شهدا على امر واحد وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا واختلفوا قال عليه السلام : يقرع بينهما فأيهما قرع فعليه اليمين .

منها الرضوي فان لم يكن الملك في يد احد وادعى فيه الخصمان جميعاً فكل من اقام عليه شاهدين فهو احق به فان اقام كل واحد منهما شاهدين فان احق المدعين من عدل شاهديه ، فان استوى الشهود في العدالة فاكثرهم شهودا يحلف بالله ويدفع اليه الشيء .

منها رواية زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال قلت له : رجل شهد له رجلان بان له عند رجل خمسين درهما وجاء آخران فشهدا بأن له عنده مائة درهم وكلهم شهدوا في موقف قال عليه السلام : اقرع بينهم ثم استحلف الذين اصابهم القرع بالله انهم يحلفون بالحق .

منها رواية العطار عن بعض رجاله عن ابى عبدالله عليه السلام : فى رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود ان هذا المرأة امرأة فلان وجاء آخران فشهدا انها امرأة فلان فاعتدل الشهود ، وعدلوا فقال عليه السلام يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق وهو اولى بها .

منها : خبر السكونى عن الصادق عليه السلام : قال قضى امير المؤمنين عليه السلام : فى رجلين ادعىا بغلة فاقام احدهما شاهدين والاخر خمسة فقضى عليه السلام : لصاحب الخمسة خمسة اسهم ولصاحب الشاهدين سهمين .

منها : رواية الثقفى عن ابى عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : فى رجل ادعى على امرأة انه تزوجها بولى وشهود وانكرت المرأة ذلك فاقامت اخت هذه المرأة على رجل آخر البينة انه تزوجها بولى وشهود ولم يوقتا وقتا ان البينة بينة الزوج ولا تقبل بينة المرأة لان الزوج قد استحق بضع هذه المرأة وتريد اختها فساد النكاح فلا تصدق ولا تقبل بنيتها الا بوقت قبل وقتها ادخول بها وهذه الروايات مضافاً الى مخالفة بعضها مع بعض وفى بعضها يحكم بالقرعة وبعضها خلافها كانت على تقدم بينة الداخل وهى معارضة مع الكثيرة الدالة على كون البينة للمدعى وهو الخارج لا الداخل بل يكفى فى ردها رواية المنصور .

وقال المحقق الخوانسارى فى جامعه مالفظه : وفى المتن ولوتساويا ، أى البينتان فى ذكر السبب ، وفى القضاء للخارج او الداخل روايتان اشبههما ماتضمن القضاء للخارج ، وهو اختيار جماعة ، وقد عرفت أن الظاهر عدم المدخلية لذكر السبب فى اعتبار البينة القائمة لخارج اليد وتقديمها على بينة ذى اليد ، ولعل ما مر من اعتبار بينة الداخل محمول على التقيمة لشهرته بين العامة فتوى ورواية ، فانهم روى عن جابر بن عبدالله الانصارى «ان رجلين ادعىا دابة فأقام كل واحد منهما البينة أنها دابته أنتجها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى فى يديه» وعمل عليه اكثرهم .

نعم قيل بموافقة خبر بيعة الخارج لاحمد بن حنبل ، لكن مجرد هذا مع شهرة تقديم بيعة الداخل بين العامة لا يوجب التوقف في الترجيح المذكور انتهى صريحه فده ان تقدم بيعة الداخل على وفق العامة فالحق هو تقدم بيعة الخارج ففي كل ما كان العين على يد واحد منهما كان هو ذى اليد والبيعة لمن كان يده خارجا عن العين فليس له البيعة حتى لاحظ المرجمات فيقدم الخارج ولو كانت على الملك مطلقة وبيعة الداخل مقيدة ومبينة لسبب الملك .

واقوى ما يدل عليه رواية منصور قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل فى يده شاة فجاء رجل فادعاها فاقام البيعة العدول انها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع فقال عليه السلام حقها للمدعى ولاقبل من الذى فى يده بيعة لان الله عز وجل امر أن تطلب البيعة من المدعى فان كانت له بيعة والاييمين الذى هو فى يده هكذا امر الله عز وجل وذيل المرسل عن امير المؤمنين عليه السلام : انه قضى فى البيعتين تختلفان فى الشىء الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه اذا عدلت بيعة كل واحد منهما وليس فى ايديهما فاما ان كان فى ايديهما فهو فيما بينهما نصفان وان كان فى يد احدهما فانما البيعة فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه .

والرضوى عليه السلام فاذا ادعى رجل على رجل عقاراً او حيواناً او غيره واقام بذلك بيعة واقام الذى فى يده شاهدين فان الحكم فيه ان يخرج الشىء من يد مالكه الى المدعى لان البيعة عليه» وهو صريح فى ذلك وضعفه منجبر بالقوى و لقد اجاد الخاقاني فقال بعد نقل رواية المنصور والمرسل ما لفظه :

وبالجملة فان تم المرسل ورواية منصور فى الاستدلال على المطلوب فذاك والا فنحن فى غنى عنهما لما ورد عن النبى صلى الله عليه وآله (ان البيعة على المدعى واليمين على من انكر) فان هذا العموم قاطع للشركة وان ظاهر هذه الرواية وقوله عليه السلام «انما اضى بينكم بالبينات وبالايمان» هو ان الوظيفة فى الدعاوى هى كون البيعة من المدعى واليمين على من انكر وان لا تشريع اصلا فى حكم

المدعى والمدعى عليه الا يكون البينة على المدعى واليمين على من انكر فان الظاهر من عموم النبوى هو جعل الوظيفة وحصرها في اقامة البينة من المدعى واليمين من المنكر ولذا اختار جدنا قدس سره اعتبار بينة الخارج وسقوط بينة الداخل رأساً .

وان العموم من قوله البينة على المدعى واليمين على من انكر وقوله انما اقضى بينكم بالبينات والايمان قد جاء على طبق المرتكز في كل ملة ودين من ان البينة تطلب من المدعى لامن المدعى عليه فلم تكن هذه الروايات مجرد تعبد صرف بل جاءت على طبق ما هو مرتكز العقلاء كما يدل عليه طريقة النبى في باب القضاء من ان عادته ﷺ هو طلب البينة من المدعى واليمين من المدعى عليه .

فهذه السيرة من النبى وروايات العموم والحصر قد جاءت على طبق مرتكز الاذهان في باب الدعاوى والمشاجرات .

وقد اطنب المحقق الاشتياني رحمه الله في اعتبار بينة الداخل واكثر من الرد على ما ذكره شيخ الاساطين من اعتبار بينة الخارج ، وان الوظيفة الواقعية في المرتبة الاولى هي اقامة البينة من المدعى ثم تأتى الوظيفة ثانياً باقامة اليمين من المدعى عليه فالحلف لم يقع في عرض البينة .

وعليه : فان اقامة البينة من المدعى عليه المتشبهت بالمال تقع في رتبة اليمين ، ولا تقع في رتبة بينة الخارج فالحاكم الشرعى عند امتناع المدعى عليه من اليمين يطلب منه البينة ، وليست اليمين وظيفية للمدعى عليه بحيث لم يكن له حق اقامة البينة بل حكم الشارع بالقسم عليه ليس الامن باب تسهيل الامر في المنازعة والا فله ان يقيم البينة من غير قسم .

والنتيجة ان الحلف ليس وظيفية للمدعى عليه على وجه الانحصار ، فيجوز للمدعى عليه ترك الحلف واقامة البينة من طرفه .

وعليه : فليست اليمين في عرض بينة الخارج ، وانما اليمين مع بينة الخارج

على وجه الترتب والطولية فالأصل بينة من الخارج فان تمت حكم على طبقها والآن وجهت اليمين على المدعى عليه وحينئذ فالمدعى عليه اما ان يحلف او يقيم البينة وفقاً لموازين القضاء .

فان : لاتكون اعتبار اليد من قبيل الموازين القضائية وان كانت اليد موجبة لترتب الحكم على موضوعه ، على طبق الموازين الواقعية .

هذا كله ان اعتبرنا بينة الداخل ، والافعل على حسب ما اخترناه واختاره المحققون فلانصل النوبة الى بينة الداخل ، وانما الحكم على وفق بينة الخارج . ولعل كون بينة الداخل في مرتبة اليمين مما يقتضى عدم بقاء موضوع لبينة الداخل عند قيام بينة الخارج من جهة ان بينة الداخل في عرض اليمين الذي هو في طول بينة الخارج لافى عرضها .

فتلخص من جميع ما تقدم : ان الاخبار المستدل بها لاعتبار بينة الداخل هي ما بين قضايا في وقائع خاصة كالقضايا التي وردت عن امير المؤمنين عليه السلام ، فلا يمكن الاستشهاد بها على حجية بينة الداخل ، وبين ما هو ظاهر في باب التداعى الذي هو من قبيل بينة الخارج ، لامن بيته الداخل ، ان ليس باب التداعى من قبيل المدعى والمنكر فان التداعى يستدعى اقامة البينة من الطرفين لامن طرف واحد . وقد اوضح مما تقدم ان اعتبار حجية بينة الداخل ليس لها مدرك واضح ، فالأظهر من الأدلة هو اعتبار بينة الخارج انتهى والانصاف انه فى محله وظاهر المصنف التفصيل وتقدم الداخل اذا كانت شهادته بالسبب دون الاخرى وقد عرفت ضعفه وانه فيما كان يد كليهما عليه لافيهما كان العين بيد الواحد فقال :

﴿أما لو شهدت للمتثبت بالسبب وللخارج بالملك المطلق فانه يقضى لصاحب اليد سواء كان السبب مما لا يتكرر كالمتاع ونساجة الثوب الكتان أو يتكرر كالبيع والصياغة﴾ .

وفى الجواهر كما عن الشيخ فى النهاية وكتايب الاخبار والمبسوط والقاضى

والطبرسى والفاضلىن والشهيدىن : بل عن الاول الاشعار بالاجماع حيث قال : « قبلناها » بل عنه أيضاً أنه قال : « بلا خلاف بيننا لقوة البينة حينئذ » انتهى .

وحاصله التفصيل بين كون بينة المتشبه الذى كان العين فى يده مع السبب وبيانه وبينة الخارج بالملك المطلق فيقدم فيه من كانت العين فى يده اذ بينته مشتملة على سببه بالملكية من جهة البيع او النتاج او الهبة بخلاف بينة الخارج فانها لا بيان لها وقد عمل بهذا التفصيل الشيخ فى كتبه وغيره مما ذكره .

وفيه ما لا يخفى بعد كون المتشبه لا بينة له اصلاً كى يعمل بها مع المرجح اذا الفرض فيها يد احدهما خارجة عن العين فحينئذ يكون مدعىا على من كانت العين فى يده وهو ذواليد فالحجة حجة المدعى مع وجودها والبينه بينته حيث كان خارجاً فلا وجه للتفصيل حينئذ اصلاً .

﴿ و ﴾ ﴿ لذا ﴾ قيل ﴿ وفى الجواهر والقائل ابن ادرىس فيما حكى عنه : ﴿ بل يقضى للخارج وان شهدت بينته بالملك المطلق ﴾ بل فى الرياض عن الصدوقين والمفيد والحلبى وابن زهرة اطلاق تقديم بينة الخارج ، بل عن الأخير الاجماع عليه ﴿ عملاً بالخبر ﴾ مثل خبر منصور ونحوه .

وقد عرفت رواية منصور وهو متين فى الغاية لما عرفت مكرراً من ان البينة للخارج لا للداخل فانه منكر ولحاظ المرححات والقيودات فيما كان اصل المقيد معتبر حتى تعتبر قيوده فقول المصنف ﴿ والاول اشبه ﴾ غير تام جداً .

واما ما فى الجواهر بعد قوله بأصول المذهب وقواعده المقتضية حجية البينة من المدعى والمنكر ، فاما أن يفزع الى ترجيح بينة المنكر بالثقيد واليد أو يقال : لادليل على الترجيح بهما ، ومقتضاه تكافؤهما وبقاء الدعوى ، كما اذا لم تكن بينة ، فيتوجه اليمين على صاحب اليد الذى هو المدعى عليه لغة وشرعاً وعرفاً ، انتهى .

ففيه انه قد ذكر رضىة حجية البينة للمدعى والمنكر كليهما وقد عرفت

فساده مكررا ايضا وان التفصيل بينهما فى الاخبار قاطع للمشركة فلا يجرى فى حق الداخل المنكرو ليت شعرى ما اراد باصول المذهب اما ترى تصريح الامام عليه السلام بان الله جعل البينة للمدعى واليمين على من انكر ومعناه واضح لكل احد وان البينة منحصرة فى المدعى كما ان اليمين منحصرة بالمنكر وقدر كثير من الاخبار .

ومن جملتها ما فى مستدرك الوسائل قال القطب الراوندى فى قصص الانبياء باسناده الى الصدوق عن ابيه عن سعد بن عبدالله عن احمد بن محمد بن عيسى عن على بن الحكم عن هشام بن سالم عن ابي عبدالله عليه السلام قال كان على عهد داود عليه السلام سلسلة يتحاكم الناس اليها الى ان قال فاوحى الله تعالى الى داود ان احكم بينهم بالبينات واطفهم الى اسمى يحلفون بى ورفعت السلسلة الى ان قال . وعنه عليه السلام انه قال انما افضى بينكم بالبينات والايمان وبعضكم الحن بحجية من بعض فايما رجل قطعت له من مال اخيه شيئا يعلم انه ليس له فانما اقطع له قطعة من النار الى ان قال :

دعائم الاسلام عن ابي عبدالله عن ابيه عن آبائه عن امير المؤمنين عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال البينة فى الاموال على المدعى واليمين على المدعى عليه قال امير المؤمنين عليه السلام والبينة فى الدماء على من انكر برائة مما ادعى عليه واليمين على من ادعى .

فقه الرضا عليه السلام واعلم ان الحكم فى الدعاوى كلها ان البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الى ان قال الا فى الحدود فلا يمين فيها وفى الدم فلان البينة على المدعى عليه واليمين على المدعى لئلا يبطل دم امرى مسلم . الصدوق فى المقنع مثله .

وكيف كان فالروايات تعيينت وظيفة اقسام المتداعيين والمحصل ان العين ان كان فى ايديهما فان لم يكن لهما البينة او كانت بنحو التساوى فى المرحلات

كانت العين بينهما نصفين وان كان المرجح لواحد منهما يقضى له بوحدته فان كانت العين فى يد واحد منهما كانت البينة للخارج عن العين كما عرفت ولا مجال لكونها لهما ولو كانت بينة الداخلى ذا مزىة على الخارجة لما عرفت من ان المتصرف فى العين لابينة له كى يلحظ رجحاتها فلحاظ المرجحات انما يكون فيما كانت العين بايديهما معا فحينئذ مع التساوى ينتصف بينهما و مع الترجيح لصاحب المزىة .

وبذلك يظهر النظر فى جميع كلمات الاصحاب وعدم مناص لتقدم بينة الخارج وليست الا فيما كانت العين بيد الواحد منهما لا فيما كانت بيد كل منهما اولا يكون بيد كل منهما فالبينة للخارج مقدمة على الداخلى خصوصا فيما كان بينة الخارج مقيداً بقيد وراجحاً على بينة الداخلى فلا كلام فى تقديم بينة الخارج حينئذ حتى من صاحب الجواهر قال :

وبذلك كله ظهر لك أن الاقوى تقديم بينة الداخلى الا فى المطلقين ان تم الاجماع عليها ، وأولى منها ما اذا كانت بينة الخارج مقيدة والداخلى مطلقة وان أمكن ترجيح ما ذكره المصنف بالشهرة على فرض تحققها ، انتهى وانت اذا تأملت فيما حكاه فى مفتاح الكرامة فى تقدم بينة الخارج تعلم ضعف ما افاد المصنف وتابعيه .

فان قلت هذا مناف لما فى خبر عبدالله بن سنان « أن أمير المؤمنين عليه السلام كان اذا اختصم الخصمان فى جارية فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه انتجها فكان اذا أقاما البينة جميعاً قضى بها للذى انتجت عنده » بناءً على أن مبنى ذلك قوة النتاج على الشراء .

قلت هذا الخبر خارج عن المقام فان الكلام فيما كانت العين فى يد واحد منهما وهنا فى يد كليهما وانهما المدعيان فلا يتصور بينة الداخلى والخارج لكليهما كى يقدم احدهما بل بينة كليهما داخلية حينئذ فلا محالة خارجه عن

يد كليهما كما اذا اتفق وجدانها اياها فى الطريق او عند ثالث وحينئذ فعليهما
البينة .

وقد عرفت ان الحكم فيهما هو التنصيف قيمة ولكن حيث كانت البينة
لهما مقيدة قدم البينة المتاج على الشراء ولا بأس به كما عرفت منا لزوم الترجيح
بمزايا الواقعة لاحدهما وحيث كان للمتاج قوة على الشراء حكم بكونها عند
الذى انتجت عنده .

وتلخص انه فيما كان العين فى يد واحد كان الاخر مدعيا وبينته مقدمة
من دون لحاظ ترجيح للاخر والبينة الخارجية لو وجدت مقدمة على الداخلية ولو
كان مع الداخلية مرجح دون الخارجية فالخارجية بوحدها كانه مع المرجح
ولو كانت العين بايديهما فلا توجد بينة خارجية فلا بد من كون مرجح لبينتهما
حينئذ كى يقضى له فعلى هذا يثبت غصب الفدك وان البينة وظيفة المدعين لا من
كان بيده الفدك ارثا او هبة من رسول الله الى فاطمة عليها السلام فالاقوى هو العمل ببينة
الخارج دون الداخل والتفصيل فى غير محله .

وقال الخاقانى فى قضائه ايضا ما لفظه وقد اوضح مما بيناه : ان بينة الخارج
تقدم مطلقا سواء شهدت البينتان بالملك المطلق او بالملكية المقيدة بالسبب
اوشهدت احدهما بالسبب دون الاخرى .

فما ذهب اليه فى الجواهر من تقديم بينة الداخل اذا شهدت بالسبب ولم
تشهد بينة الخارج الاعلى الملك المطلق لوجه له ، اذ ليس هناك دليل واضح
على هذا التفصيل الذى ذكره المحقق وصاحب الجواهر رحمهما الله .
حتى لو قلنا بتقديم بينة الداخل ، فانه على هذا التقدير ايضا تقدم بينة
الداخل مطلقا من غير تفصيل .

وبالجملة فان الامر يدور بحسب الادلة بين امرين : اما تقديم بينة الداخل
مطلقا ، واما تقديم بينة الخارج مطلقا ، وليس فى الادلة من الطرفين دلالة على

هذا التفصيل وغيره من التفصيلات المذكورة فى الكتب المبسوطة .
قد ظهر مما تقدم ، ان المال ينتزع من يد الداخلى ، اذا أقام الخارج عن
المال بينة على ان المال له ، ولم يكن للمستولى على المال بينة ، اذ لا ريب ان
الحاكم انما يحكم على طبق البينة ولا اعتبار بعدئذ بيمين المدعى عليه لو اراد
الحلف ، الا ان يتمنزل المدعى عن البينة ويقبل يمين المدعى عليه .

وحينئذ فلا يكون المورد من باب حكم الحاكم وقضائه ، بل يكون من
باب الرضا بسقوط الحق باليمين وهذا أمر وراء الحكم والقضاء ، وليس هو من
موازين القضاء المصطلح كما اشرنا اليه سابقاً ، فيكون المقام من قبيل موازين
الواقع ، وترتيب اثر الواقع على موضوعه .

كما ان ترتيب اثر الشهادة عند من قامت الشهادة عنده غصبية دارمثلاً من
غير حكم الحاكم انما يكون من قبيل الموازين الواقعية ، وترتب الحكم على
موضوعه الواقعى ، لا بد من باب موازين القضاء اذا المفروض عدم تعدى هذا الحكم
الى غير من قامت عنده البينة من سائر افراد الناس انتهى .

ثم انه قال السيد فى عروته ما لا يرجع الى شىء سوى اختلاف العلماء فى
ذلك فقال ما لفظه:

واما الفقهاء : فحيث انهم لسم يلاحظوا مجموع الاخبار باجراء قاعدة
الجمع بينها ، وبنوعا على الترتيب بذكر السبب فرقوا بين الصور الاربع واختلفت
أقوالهم فيها ، خصوصاً فى الصورة الاولى وهى ما اذا كانت العين بيد أحدهما ،
فعن جماعة تقديم بينة الخارج مطلقاً من غير رجوع الى المرجحات ومن غير فرق
بين ذكر السبب فى البيئتين أو فى احديهما أو عدم ذكره ، وعن الغنية الاجماع
عليه ، وعن الشيخ فى كتاب الدعوى من الخلاف تقديم الداخلى مطلقاً .

وعن المشهور تقديم الخارج اذا شهدتا لهما بالملك المطلق مع التساوى
فى العدد والعدالة وعدمه ، وعن الخلاف والسراير ، وظاهر المبسوط ، والغنية ،

الاجماع عليه ، وعن جماعة ترجيح الخارج الامع انفراد بينة الداخل بذكر السبب وعن المذهب نسبة خلافه الى الندرة ، وذهب بعضهم الى تقديم بينة الداخل مطلقا الامع انفراد الخارج بذكر السبب ، وعن بعضهم تقديم الاكثر شهوداً ومع التساوى فللحالف منهما ، وعن ابن حمزة الفرق بين السبب المتكرر وغير المتكرر الى غير ذلك من الاقوال التي أنهاها في المستند الى تسعة ، ثم قال: وربما يوجد في المسألة أقوال اخر وتردد جماعة في المسألة أيضاً كما في الدروس واللمعة والمسالك والكفاية ، وقد اختلف بعضهم من بعض في نسبة الاقوال أيضاً انتهى .

واستدلوا . لتقديم بينة الخارج بقوله **عليه السلام**: «البينة للمدعى واليمين على المدعى عليه» بالتقريب المتقدم ، وبخبر منصور ، ولتقديم بينة الداخل بالمعاضدة باليد ولبعض الاقوال ببعض الاخبار السبب ، واختلفوا في المرجح انه الاكثرية فقط أو الاعدية أو كليهما : وعن بعضهم الحاجة الى الحلف أيضاً ، واستدل بعضهم على التنصيف بانه مقتضى تساوق البينتين وبعضهم بانه مقتضى تقديم بينة الخارج أو الداخل لان كلامهما داخل بالنسبة الى النصف وخارج بالنسبة الى النصف الاخر وقد يتمسك بمرسلة ابن المغيرة «في رجلين كان معهما درهمان . . . الخ» ورواية السكوني «في رجل استودع رجلا دينارين واستودعه آخر ديناراً حيث قال **عليه السلام**: في الاولى يقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين وفي الثانية لصاحب الدينارين دينار ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين لترك الاستفصال عن اقامة البينة و عدمها» ولا يخفى ما فيه ، كما انه لا يخفى ما في التمسك بخبر غياث حيث قال **عليه السلام** « ولولم يكن في يده جعلتها بينهما نصفين » بدعوى انه اعم من أن يكون في يديهما وكان الاولى لهم أن يقولوا انه مقتضى العمل بكل من الحجتين بقدر الامكان .

وفي الصورة الثالثة : ويلحق بها الرابعة ، المشهور بينهم خصوصاً المتأخرين

بل عليه عامتهم كما في الرياض انه يقضى بارجح البينتين عدالة ومع التساوى

باكثرهما عدداً ومع التساوى يقرع فمن خرج اسمه يحلف وان امتنع يحلف الاخر وان نكلا قسم بينهما ، وعن الغنية الاجماع عليه ، وعن بعضهم تقديم الاكثرية على الاعدليه ، وعن بعضهم الاقتصار على الاولى ، وعن بعضهم على الثانية ، وعن بعضهم الرجوع اليهما من غير ذكر الترتيب ، وعن العماني الاقتصار على القرعة ، وعن المبسوط القرعة ان شهدنا بالملك المطلق من الجانبين وبالقسمة نصفين ان كانتا مقيدتين بذكر السبب والقضاء بالمقيد ان كانتا مختلفتين .

ثم انهم أطالوا الكلام فى النقض والابرام فى حكم كل واحدة من الصور وقد عرفت ما عندنا وحيث ان المسألة فى غاية الاختلاف والتشويش فلا عبرة فيها بالشهرة والشذوذ ، ولا بالاجماع المنقولة ، خصوصاً مع اختلافها ومخالفة جماعة بالنسبة الى كل واحد منها بل مخالفة مدعيها فى مقام آخر اذ كتاب آخر ، فلا بأس بمخالفتها لهم فى المسألة والله الهادى انتهى .

وقال المحقق الخوانسارى ماهو لفظه وقد يقال فى المقام بعد الفراغ عن حجية البينة حتى مع التعارض ، وعدم القول بالتساقط وسقوط البينة عن الحجية عند التعارض لماورد فى الاخبار المذكورة من القرعة وترجيح بينة خارج اليد وملاحظة الاكثرية وغيرها : انه لاوجه لملاحظة كل خبر والعمل به فى مورده عاماً أو خاصاً ، بل اللازم ملاحظة مجموع الاخبار ، والجمع بينها بتقييد اطلاق بعضها بالقييد الذى فى بعضها الاخر من حيث ذكر الترجيح وعدمه ، ومن حيث اعتبار الحلف وعدمه ، ومن حيث الحاجة الى القرعة وعدمها .

ويمكن أن يقال الاخبار المذكورة بعضها لم يعمل المشهور به ، مثل الترجيح لبينة ذى اليد ، وبعض الاخبار المتعرضة لترجيح بينة ذى اليد على بينة خارج اليد غير معمول به ، بل قيل بموافقته للعمامة ، فالتمسك بها لسماع بينة المنكر فى الدعاوى مشكل ، هذا .

مضافاً الى انه يشكل الاخذ بكل ما ذكر فى الاخبار المذكورة ، فلاحظ

موثقة سماعاً المذكورة ، حيثما كتفى بالقرعة من دون ذكر الاكثرية ، والاعدلية والاستحلاف ، ولا مجال للقول باطلاقها فلا مانع من التقييد لان الحكم مستمد الى فعل أمير المؤمنين صلوات الله عليه ولم يذكر في فعله غير ما ذكر ، لان الفعل لأطلاق فيه انتهى

وعلى هذا يخرج اخبار القرعة فان الامر بها في المقام فيما يتساوى البيعتان واللازم حينئذ هو التنصيف لا القرعة كما يخرج اخبار الترجيح في موارد كون العين بيد احدهما وبهذا الملاك يخرج اكثر الاخبار التي كانت العين بايديهما ويزيد على اشكال الباب ما في قوله بل اللازم ملاحظة مجموع الاخبار وذلك لان صدور المجموع من بعد زمان الرسول ﷺ الى زمان آخر الائمة وروحي فداه فكيف يصح صدور خبر عن أمير المؤمنين عليه السلام مطلقاً او الصادق عليه السلام مثلاً وذكر قيده وبيانه بعد مائة سنة مثلاً وانما صح ذلك لو صدر الجميع من شخص واحد في مجلس واحد فالحكم الى السابقين مطلق وبالنسبة الى اللاحقين مقيد ولازمه بطلان اعمال السابقين ولا يرتفع الاشكال الا بحمل القيود على النذب او الالتزام بنسخ الاحكام السابقين للغائبين وهو كما ترى

نعم صح ذلك في بعض القيود الصادرة عن قريب ولا يرد عليه ان عمومات الكتاب وقيوداته كلها بعد صدوره لانه كتاب نزل على رسول الله بنحو الاجمال والاهمال ووكل بيانه الى رسوله واهل بيته وكل ما يحتاج اليه قد نزل وكان عند الرسول والائمة عليه السلام كلهم انما يتكلمون ويقولون بما ورد عن رسول الله فلا اشكال في زمانه ﷺ في عمل الناس ولا في الكتاب لان مبينه ومفسره هو جوده فلا يقبح تأخير اليد ان عن وقت الخطاب وانما يقبح عن وقت الحاجة بخلاف زمان الصادق والرضا عليه السلام مع الفصل الطويل بينهما .

وكيف كان فهذا اشكال مستقل خارج عن المقام وانما يرد على كلامه المذكور واما الراجع الى المقام فقد عرفت ان الاخبار لا ينتهي الى امر معلوم

لجميع الاقسام واشد اشكالا هو القرعة لجميع الاقسام .
وكيف كان فالاشكالات جارية في جميع الاقسام والامر بالقرعة واقع
في كثير مما ليس في محله لوقوع المرحجات للطرفين ونحوه فحكم في موضع
التنصيف بالقرعة .

والحاصل لو عمل بر وايات القرعة بنحو الاطلاق ففي كثيرها يحتمل امر المدعى
والمنكر وفي بعضها يختمل قواعد التنصيف بداهة ان الشهادة بالملك المطلق من
البينتين المتعارضتين يوجب التنصيف لالقرعة الموجبة لجميع المال لاحدهما
والظاهر ان الاشكال ينحل بالر وايات والدقة فيها وقد ظهر منها موارد
الحكم ويظهر منها الطرق الاستقامة وفي موارد التي كانت العين بيد واحد يعلم
انه منكر لمن ادعى عليه فعلى المدعى هو البينة والافعلى المنكر هو الحلف و كل
رواية خالف ذلك خالف اساس قضية فدك فهو مردودة بالتقية وفي مثل هذا الفرض
ان كان لدى اليد ايضا بينة فانه تقدم عليها بينة المدعى فانه خارج وفيما كانت
العين بيدهما او لا يكون بيدهما لم يكن بينة الخارج موجودة فانه في الاول كلتاهما
داخليتان ووسى الثاني كلتاهما خارجيتان فلا مزية لاحدهما كى يقدم احدهما
فاللازم مراعات حجية احدهما بالاعدلية او الاكثرية وايهما له المرحج كان
الحكم له فالامورد اشكال حتى يقع فيه هذه التمحيص العظيم ونصوص القرعة مخصوص
بموارد التي لا يظهر الحكم من الادلة الشرعية لفظية او عملية فانه في ذلك يشكل الامر
بخلاف موارد التي يرتفع الاشكال من النصوص و لو بارجاع بعضها الى بعض
فموارد الحكم قدعين في عبارة المصنف وان المتخاصمين فيما كانت العين بايديهما
او لم يكن بايديهما تنصيف بينهما من دون لحاظ بما قيل او يقال وان كان بيد
احدهما يقضى للاخر فلا يصل النوبة الى القرعة الموجبة لتضييع حق احدهما
بالمرة والامر بعمومها قد خص بما يظهر الحكم بالدليل والافالا كتفاء بها قد زاد
في الاشكال فضلا عن ان يرتفع به الاشكال اذ ليس هو من الادلة القطعية التي

يوجب الاصابة وليس يلتزم الشارع بخروج اسم فلان بل يمكن ان لا يقع اسم صاحب الحق كسائر الادلة كما لا يلتزم الاصابة في سائر القواعد الشرعية وليس مفاد القرعة باعظم من مفاد الاصول اللفظية والعملية اللتين دائما في الاصابة والخطاء ولذا جعلنا نفوسنا من المخطئة لا المصوبة لا يمكن الخطاء والاصابة في جميع الادلة الظاهرة فضلا عن المتشابهات الغير الظاهرة وغرض الشارع بالامر بالقرعة ليس الا كونها كاحد الطريق الغير المنفكة عن الخطاء والاصابة لاجل ان يختم بها الدعوى ونهاية الامر بالعمل بها كما امر بالعمل بسائر الادلة والطرق الموجبة للاصابة في موارد المشكلة وعدم الاصابة الى الواقع والالزم العلم بالاصابة في جميع الموارد الجارية فيها القرعة وهو اشتباه .

والعلم بخصوص مفادها مستلزم للعلم بالالتزام الشارع باصابتها ودون اثباتها خراط القتاد ولا يلتزم الشارع في احكامه اصابة المستنبطين بل غرضه رفع التحير عنهم بالعمل بالظواهر ومن ذلك قد يمكن عدم الالتزام بذلك لو تمكن المكلف من الوصول الى التشرف الى حضور المعصوم ولم يلزم عليه ان يعين لهم الطرق الواقعية .

ولذا في ذهنى من سابق الايام هو السؤال عن الواقع عن بعض من تشرف بحضرت المهدي ارواح العالمين له الفداء واجاب عنه بما حاصله ان عليكم العمل بالطرق المعدة لكم للوصول الى الواقع وكيف كان فليس كون مفادها الواقع وليس فيها الالتزام من الشارع باصابة الواقعة بل غرضه هو رفع تحير المكلفين فعلا والمشهورة من الله ومن اوصيائه ليس فيه الالتزام بالاصابة بل يمكن التعمد في عدم الاصابة كما اذا كان من لم يخرج اسمه ظالما في حق صاحبه وليس للناس طريق العلم فيجعل الشارع لاثبات حق المظلوم عدم خروج اسمه لان ينحصر به ظلمه على المظلوم كما يظهر من حكم داود .

ففي المستدرک عن زرارة عن ابي عبدالله عليه السلام قال ان داود عليه السلام كان يدعوا الله

ان يعلمه القضاء بين الناس بما هو عنده تعالى الحق فاوحى الله اليه يا داود ان الناس لا يهتمون ذلك و انى سأفعل فارتفع اليه رجلان فاستعداه احدهما على الاخر فامر المستعدى عليه ان يقوم الى المستعدى فيضرب عنقه ففعل فاستعظمت بنو اسرائيل ذلك وقالت رجل جاء يتظلم من رجل فامر الظالم ان يضرب عنقه فقال عليه السلام رب انقذنى من هذه الورطة .

قال فاوحى الله اليه يا داود سئلتنى ان الهمك القضاء بين عبادى بما هو عندى الحق ان هذا المستعدى قتل با هذا المستعدى عليه فامرت فضربت عنقه قوداً بابيه وهو مدفون فى حائط كذا وكذا تحت شجرة فآته فناده باسمه فانه سيحببك فسله قال فخرج داود وقد فرح فرحاً شديداً لم يفرح مثله وقال لبنى اسرائيل قد فرج الله فمضى ومشوا معه فانتهى الى الشجرة .

فنادى يا فلان فقال لبيك يا بنى الله قال من قتلك قال فلان فقالت بنو اسرائيل لسمعناه يقول يا بنى الله فنحن نقول كما قال فاوحى الله تعالى اليه يا داود ان العباد لا يطيقون الحكم بما هو عندى الحكم فسل المدعى البينة واضف المدعى عليه الى اسمى .

فقد ظهر بذلك ان الامر بالقرعة حكم ظاهرى لرفع تحير الناس فعلا وليس المقصود منها هو الوصول الى الواقع حتى لزم القطع الى الوصول بالمقصود وان الواقع ليس مطلوباً الا فى زمن المهدي ارواح العالمين له الفداء وفى زمانه وعصره عليه السلام لا يسئل الناس المدعين الاشياء عن البينة ولا امره بالحلف على المنكر بل هو عليه السلام مأمور بالواقع فاذا رأى دارا ليس لاهله يخرج الاهل عنها ويدفعها الى صاحبها الاصلى لو كان فاحكام القضاء انما يكون فى زمن الحرمان عن التشرف الى حضوره عليه السلام .

وفى المستدرک عن محمد بن الحسن الصفار فى البصائر عن عبد الله بن جعفر عن محمد بن عيسى عن يونس عن حزين قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول ان تذهب

الدنيا حتى يخرج رجل منا اهل البيت يحكم بحكم آل داود لا يسئل الناس بيينة
وعن احمد بن محمد عن ابن سنان عن ابان قال سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول لا تذهب الدنيا
حتى يخرج رجل مني يحكم بحكم آل داود لا يسئل عن بيينة يعطى كل نفس حكمها
وعن محمد بن عيسى عن محمد بن اسمعيل عن منصور بن يونس عن فضيل
الاعور عن ابى عميدة عنه عليه السلام قال اذا قام قائم آل محمد عليه السلام حكم بحكم داود
وسليمان لا يسئل الناس بيينة .

القطب الراوندى فى دعواته عن الحسن بن طريف قال كتبت الى ابى محمد
المسكرى عليه السلام عن القائم عليه السلام اذا قام بم يقضى بين الناس و اردت ان اسئله عن
شى لى لى الربيع فاغفلت ذ كر الحمى (و-خ) سئلت عن الامام (قال - ظ) فاذا قام
بين الناس بعلمه كقضاء داود لا يسئل البينة الخبر .

الشيخ المفيد فى الارشاد روى عبدالله بن عجلان عن ابى عبدالله عليه السلام قال
اذا قام قائم آل محمد عليه السلام حكم بين الناس بحكم داود لا يحتاج الى بيينة يلهمه
الله تعالى فيحكم بعلمه ويخير كل قوم بما استبطنوه الخبر .
الفضل بن شاذان فى كتاب اثبات الرجعة عن عبدالله بن جبلة عن علا عن
محمد بن مسلم عنه مثله .

محمد بن ابراهيم النعمانى فى كتاب الغيبة عن احمد بن هوذة الباهلى عن
ابراهيم بن اسحق النهاوندى عن عبدالله بن حماد الانصارى عن عبدالله بن بكير
عن ابان بن تغلب عن ابي جعفر عليه السلام انه قال فى حديث ثم يأمر يعنى القائم عليه السلام
منادياً فينادى هذا المهدي يقضى بقضاء داود وسليمان لا يسئل عن ذلك بيينة .

باى نواحى الارض أبغى وصالكم و انتم ملوك لالمقصد كم نحو
فظهر ان القرعة كسائر ماورد فى احكام القضاء ليس ملازمة لاصابة المطلوب
فاللازم حتى الامكان رفع المشكل بغيرها .

و كيف كان ثم اعلموا ايها القضاة ان امره فى نهاية الاشكال فويل لمن

زلّ قلمه في الظلم والجور بحيث يوجب اخذ ماله او حبسه او قتله اعاذنا الله من جميع ذلك .

وفي المستدرك عنه عليه السلام انه قال القضاة ثلثة واحد في الجنة واثنان في النار رجل جار متعمدا فذلك في النار امين الاسلام الطبرسي في مجمع البيان عن البراء بن عازب قال كان معاذ بن جبل جالسا قريبا من رسول الله صلى الله عليه وسلم في منزل ابي ايوب الانصاري فقال معاذ يا رسول الله ارأيت قول الله تعالى يوم ينفخ في الصور فتأنون افواجا الايات فقال يا معاذ سئلت من عظيم الامر ثم ارسل عيني ثم قال تحشر عشرة اصناف من امتي اشتاتا قد ميزهم الله تعالى من المسلمين وبدل صورهم الى ان قال وبعضهم عمى يتردد دون الى أن قال والعمى الجائرون في الحكم الخبر .

وكيف كان ففي الجواهر ما لفظه انما الكلام في استنباط الأحكام المذكور وغيرها منها فالتحقيق ان يقال : انه يمكن استفادة ترجيح الحكم المزبور في خصوص هذه الصورة بتخصيص نصوص القرعة بما اذا تساوت البيئتان عددا وعدالة ولم تكن العين في ايديهما ، اما الاول فواضح ، واما الثاني فلما سمعته من النص الدال على التنصيف في ما اذا كان بايديهما ، وعلى ان القول قوله اذا كان في يد واحد منهما .

واصرح من ذلك المرسل عن امير المؤمنين عليه السلام ايضا « في البيئتين يختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه اذا اعتدلت بيئته كل واحد منهما وليس في ايديهما ، فان كان في ايديهما فهو فيما بينهما نصفان ، وان كان في يد احدهما فالبيئته فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه » .

ومحصل ما افاد الى هنا ان القرعة لا تأتي في موارد تساوي البيئتين لان القاعدة حينئذ يقضى بالتنصيف لا القرعة الموجبة لاختصاص العين باحدهما وكذا لا تأتي فيما كان العين بايديهما فانه ايضا يقتضى التنصيف وكذا فيما كانت العين

بيد واحد منهما فان القول قول من كان خارجاً فلامعنى للقرعة .
وهذا التحقيق متين فلا يبقى مورد للقرعة الا نادراً وهو صورة كون العين
فى يد ثالث ولا ترجيح لبينة احدهما على الاخر بوجه اما لاطلاقها واما لتساوى
قيودهما ومع هذا تمام الكلام فيما كانت العين بيد احدهما .
﴿ و ﴾ أما ﴿ لو كانت فى يد ثالث ﴾ وهى الصورة الثالثة فى المتن وغيره
﴿ قضى بأرجح البينتين عدالة ، فان تساوى قضى لأكثرهما شهوداً ﴾ ولا يخفى ان
الترجيح فى البينتين المتعارضتين فى هذا القسم يصح لعدم وجود البينة الخارجية
والداخلية حينئذ ومن الاخبار الواردة يظهر عدم سقوط البينتين المتعارضتين بل
يعمل على ارجحهما .

ولا يخفى ان ذلك فيما كان الرجحان بحيث يجعل الاخرى كالعدم فى قبال
الراجح بحيث كأنه لم تكن والاف مجرد رجحان ما لا يقضى لصاحبه حتى يوجب
حرمان الاخر ﴿ ومع التساوى عدداً وعدالة يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه
احلف وقضى له ، ولو امتنع احلف الآخر وقضى له ، وان نكلا قضى به بينهما
بالسوية ﴾ ولا يخفى عدم دليل خال عن المزاحمة دل على القرعة بالتساوى وقد
عرفت ما تقدم فيها لانها الكلال امر مشكل ومع ارتفاع الاشكال بالر وايات لامشكلة حينئذ
وبالجملة مع التساوى كان المرسل المتقدم وبعض الاخبار صرح بالتنصيف
فالقرعة مخالفة مع نصوص التنصيف قطعاً ذلك فففيه كلام قد مر آنفاً ويدل على التنصيف
ايضاً لاطلاق قوله ^{عليه السلام} « فى خبر اسحاق » واذ لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين .
﴿ و ﴾ منه يظهر ما فى المبسوط حيث حكى عنه وقال ﴿ قال فى المبسوط ﴾
من انه مع التساوى ﴿ يقضى ﴾ بينهما ﴿ بالقرعة ان شهدتا ﴾ اى البينتان ﴿ بالملك
المطلق ، ويقسم بينهما ﴾ بالسوية ﴿ ان شهدتا بالملك المقيد وان اختصت احدهما
بالتقييد قضى بهادون الاخرى ﴾ وكلاهما متفقان بالقرعة فى صورة تساوى البينتين
مطلقاً او مقيداً بنحو التساوى .

والفرق ان المصنف فى صورة المزية حكم بالقضاء لصاحبها والشيخ حكم بالتنصيف ويرد عليهما ان فى التساوى كان الحكم هو التنصيف لا القرعة الموجبة لحرمان احدهما مع تساوى بينهما وهو على الظاهر واضح فالشهادة من البيئتين بالملك المطلق كما عن المبسوط ومن المصنف مع التساوى عددا وعدالة بالقرعة بينهما كان على خلاف العقل السليم فضلا عن الشرع لان مع الاعتراف بتساوى الشاهدين كان الحكم هو التنصيف فانه جمع بين الحقين ووصول اليه فى النصف فكيف يرجع الى القرعة المحتملة لعدم الوصول الى حقه ابدا فانه فى صورة عدم الاصابة قد ضاع حق الاخر كلا .

﴿و﴾ من جميع ذلك ظهر ما فى قوله ﴿الاول انسب بالمنقول﴾ فان القول الاول الذى اختاره المصنف وان كان من حيث انه مع الترجيح كان لصاحب الترجيح ولكن من حيث القرعة ففى كلا القولين ضعف بالقولان مشتركان فى الضعف من حيث القرعة مع التساوى ويفترقان من حيث الترجيح فانه على قول المصنف يقضى لصاحبه المزية وعلى قول المبسوط هو التنصيف بينهما .

ومن المعلوم ان الاول انسب الى الروايات راجع اليها فى ما تقدم . وفى الجواهر بعد قوله الاول أنسب بالمنقول قال ما لفظه لعل التأمل الجيد يقتضى عدم ظهور شىء من النصوص فى كون التقييد مرجحاً على وجه يقتضى اختصاص من كانت بينته كذلك بالمال ، وخبر غياث وغيره مما ذكره المقيدتان ظاهر فى ترجيح اليد .

ومنه يعلم حينئذ النظر فى ترجيح بينة الداخل به على بينة الخارج اذا كانت مطلقة والا لاقتضى ذلك التوقف مع فرض تقييدهما معاً والرجوع الى القرعة لانه ترجيح بينة الخارج أو الداخل ، فالتحقيق حينئذ الرجوع الى النص فى ذلك لا التقييد والاطلاق الذى لم نجد للترجيح به أثراً فى نصوصنا ، وانما هو شىء ذكره العامة ، نعم فى بعض النصوص الترجيح بالاسباب كما سمعته فى خبر

النتاج والشراء المروى عن امير المؤمنين عليه السلام المقدم لبينة الاول على الثانى بناءً على ان الوجه فيه ذلك ، وهو مع عدم القائل به خروج عما نحن فيه انتهى .
 قد عرفت ان الترجيح لازم فى جميع الامورات لكن لا كل ترجيح بل
 ترجيح صح الاعتماد اليه بحيث صح له الحكم بالتنصيف مثلاً اذا لم يصح العمل
 ببينة الداخل فى مقابل بينة الخارج فكل مرجح كان البينة الداخل بلائز وغير
 معتمد اذلا حجية لها مع بينة الخارج فان العمل بالداخل مطابق للعامة والرشد
 فى خلافهم وهذا ضابط كللى صادر عن الائمة الاطهار خصوصاً فى مثل ذلك الذى
 هو اساس اثبات غصب الفدك وصحة مطالبة البينة من ذى اليد .
 ففى كل خبر ذكر البينتان كما فيما كان العين بيد كليهما كان العمل ببينة
 الارجح مطلقاً .

واما قوله والرجوع الى القرعة فقد عرفت فيه مفصلاً واخبارها الواردة
 فى المقام لوبنى على هذا الذى ذكرنا كلها ساقطة عن الاعتبار لانها لكل امر
 مشكل ولا مشكل مع استفادة الحكم من الاخبار وما امر بها فى المقام كلها
 معارضة مع قواعد القضاء .

ثم انه على المصنف بيان الشقوق التى مرت فى مثله من كون الثالث
 قد صدق كون العين لهما او لاحدهما او نفى عنهما او العلم عنه بمعنى ان يقول
 لا علم لمن هى وذلك لعدم الفرق بينه وبين ما تقدم الا فى ان ما تقدم ليس لهما
 او لاحدهما البينة وفى المقام لهما هذه كما صرح به فى القواعد قال ولو كانت
 فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما ولو كذبهما معا اقرت فى يده بعد
 ان يحلف لهما ولو صدقهما كانت بينهما بالسوية واحلف لهما واحلف كل لصاحبه
 ولو قال ليست لى او اعرف صاحبها وهى لاحد كما ولا اعرف عينه اقرع بينهما
 لتساويهما فى الدعوى وعدم البينة انتهى .

وكيف كان فالمسألة فى باب تعارض البينات فى جميع الاقسام فى غاية

الاختلاف فتوى ورواية بحيث قل أن يرجع الى ما يطمئن به النفس وفي مفتاح الكرامة بعد العبارة ما لفظه لوقال بعد يمينهما لكان اخصر ومراده بعد اليمين من الثالث ومن صدقه وهذا الحكم ذكره من دون خلاف فيه لان التصديق بمنزلة اليد الاماسيأتي من احتمال العدم لان المصدق له هو المتصرف وذو اليد والمنكر والاخر هو الخارج والمدعى فهو مثل ما اذا كان بيد احدهما خاصة فالقول قوله مع يمينه كما في غيره ولر جحان الظاهر وصدق المتصرف والمصدق يحلف للاخر ان ادعى علمه بملكه لفايدة دفع الغرم عن نفسه لانه ان امتنع حلف الاخر واغرم لالفايدة القضاء بالعين لكنه ان اسلمه احدهما ثم اقر به لاخر غرمه له للاتلاف والظاهر انه ليس في ذلك خلاف .

قوله قدس الله تعالى روحه ولو اكد بهما معاً اغرت في يده بعد ان يحلف لهما ان ادعى عليه العلم ولا يجب عليه نسبة التملك الى نفسه او الى غيره كما في (التحجير) وانما يحلف لهما لانهما مدعيان عليه فان نكل فكما اذا كانت لايد لاحد عليهما فان حلفا اقتسماها وكذا اذا نكلا وان حلف احدهما خاصة كان له قوله (ولو صدقهما كانت بينهما بالسوية واحلف لهما واحلف كل لصاحبه) الظاهر عدم تفاوت الحال في التصديق بين ان يقول الكل لكل منهما وبين ان يقول لكل واحد نصفها فتأمل ولو قال لو صدقهما فهي لهما بعد حلفهما او نكوا لهما ولهما ولا حدهما احلافه ان ادعى او احدهما علمه لكان اخصر واشمل و ليعلم انه اذا نكل المصدق حلف المدعى وغرم له النصف وان نكل احد المدعين كان الكل للاخر وغرم الثالث النصف ان كان سلمه الى الناكل الذي ادعى عليه الحالف العلم فاراد تحليفه فنكل انتهى .

والمقصود مجرد نقل عبارتهما قدس سرهما .

وكيف كان فغايتته هو الامر باجرائها في موارد المشكلة ولم يلتزم باصابتها الشارع كما امر باجراء الاصول في موارد الشك ولم يلتزم بالاصابة فهي كسائر

القواعد المحتملة للإصابة وعدمها والمشكل انه يعلم موارد الاشكال ولم يكتف بمجرد الامر بل يلحظ سائر القواعد فان انحصر الطريق اليها فاجراها ومنه يعلم ان كثرة الموارد التي يجرون القرعة مع وجود سائر القواعد كان في غير محله. وكيف كان ففي المتساويين عدالتا وكثرة او غير ذلك لا معنى للقرعة فكلام المصنف والشيخ في غير محله بل اللازم وصول كليهما بحقه ولو في الجملة اي النصف كما انه لو كانت لاحدهما زيادة على الاخرى زيادة معتدا به للزم القضاء لصاحب زيادة البينة بخلاف كون البينتين متساويتين من جميع الجهات فان الحكم بالتنصيف جمعاً بين الحقيين .

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا ضعف كثير من الكلمات في اجراء القرعة وفي الجواهر بعد قول المصنف قضي به بينهما بالسوية قال مالفظه :
بل في المسالك وغيرها نسبته الى الشهرة ، بل في الغنية الاجماع عليه ، بل في الرياض نسبته الى الأشهر ، بل عاهة متأخرى أصحابنا والنهية وكتابي الحديث وموضع من الخلاف والحلي والقاضي والحلي و ابن حمزة ويحيى بن سعيد وابن زهرة ، مع أنه هو بعد ذلك قد اعترف باختلاف كثير من فتاوى القدماء في الترجيح بالأعدلية والأكثرية والرجوع بعد التساوي فيهما الى القرعة .
قال : «بين من اقتصر على اعتبار الأعدلية خاصة كالمفيد [وبين ظ] ، من اقتصر على اعتبار الأكثرية كذلك كالاسكافي والصدوقين ، نعم ذكرنا قبل اعتبارها أن أحق المدعيين من عدل شاهداه ، فان استوى الشهود في العدالة فأكثرهما شهوداً ، وهو ليس نصاً في اعتبار الأعدلية .

وبين من اقتصر على اعتبارهما خاصة ولم يذكر الترتيب بينهما ولا القرعة بعدهما كالشيخ في موضع من الخلاف قائل انه الظاهر من مذهب الأصحاب .
وبين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقاً من دون بيان له ولا ذكر قرعة كالديلمى والشيخ في موضع من الخلاف، لكنه ذكر القرعة بعد العجز عن الترجيح

مدعياً عليه الاجماع من الامامية .

وبين من فصل بعين مافى العبادة لكنه مقدماً للاكثرية على الأعدلية كالحلبي في السرائر وعزه الى ظاهر الأصحاب مشعراً بدعوى الاجماع عليه ، وبين من اقتصر على القرعة خاصة كالعماني .

ومن الغريب الركون بعد ذلك الى دعوى شهرة محققة فصلا عن اجماع ابن زهرة، وأغرب من ذلك اعتماده في الرياض عليه، وجعله هو الجامع بين النصوص والفتاوى المختلفة قال : «خصوصاً بعد اعتضاده بالشهرة المحكية ، وما سمعته من اجماع الشيخ صريحاً وظاهراً واجماع السرائر في الجملة » اذ هو كما ترى لا يفيد الفقيه طمأنينة ، على أنه ليس على جميع الأحكام المزبورة ، قال : « وان كان مع كل منهما بينة ولا يد لأحدهما حكم لأحدهما شهوداً ، فان استويا في ذلك حكم لأكثرهما شهوداً مع يمينه ، فان استويا أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه حلف وحكم له ، وان كان لكل واحد منهما يد ولا بينة لأحدهما كان الشيء بينهما نصفين ، كل ذلك بدليل اجماع الطائفة » وهو خال عن حلف الاخر وعن القضاء بالنصف مع نكواهما انتهى .

و كيف كان ففيما كانت العين بيد الثالث امسا ان يصدق الثالث لاحدهما او كليهما او انكرهما او نفى علمه عنه فهذه اربع مسائل والاخير معلوم والاولى ان يصدقهما ومعناه كون العين لهما فيكونان بمثل من لم يكن العين بيد الثالث بل من اول الامر بيدهما فمع البينة المتساوية نصف العين بينهما ومع التفاوت باعدلية البينة واكثريتها يقدم ماله المزينة والثانية ما صدق الثالث احدهما فيكون المصدق بالفتح مالك ومدعيا والاخر منكر فمع البينة يقدم قوله والايحلف الاخر ويكون العين له والثالثة ما ينفي عنهما فيكون منكرا والخصمان مدعيان فمع البينة يؤخذ ان العين عن المنكر ومع عدمها حلف المنكر ويقضى له واذا اخذا العين مع بينتهما ان تساوت كانت بينهما نصفين وان تفاوت بالاعدلية او

الاكثرية فلمن كان لبيئته ترجيح .

واما الاخير الذى نفى الثالث العلم عنهما فكنا كاول النزاع بينهما فلم يخرج حكمه عن احد الاقسام الثلاثة فمع قطع النظر عن الاقوال كان هذا مقتضى التحقيق واما الروايات المختلفة فقد عرفت ان الاجماع متحقق على بيئته الخارج وهو موافق لاحتجاج على امير المؤمنين وفاطمة سلام الله عليهما فرده رد لذلك ويمكن حمل ما خالف ذلك او الحكم بالقرعة كلها على التقيية لكونها على وفق العامة فان اشكال المقام يرتفع بنفس الاخبار المعينة بوظيفة المدعى والمنكر . وكيف كان ففيما كانت العين فى يد ثالث ليس للقرعة مجال فى صورة تساوى البيئتين فضلا عن ان يكون بها جمع بين الروايات بل اظن انه لا مورد لها فى مورد تحقق الروايات فانه المشكلة .

ولا بد من ان تحل من حيث الاخبار لا بالقرعة حتى يكون لازمها طرح الاخبار فالمشكل الذى يتحقق به موضوع القرعة هى فى صورة عدم دليل او قاعده شرعية فى البين كما فى موت المتوارثين دفعة غرقا او قتلا او هدماً ونحو ذلك لا فيما ورد فيه اخبار كثيرة ففيما كانت العين بيد ثالث كان معيار تقدم بينتيهما هو كون ايتيها ارجح من الاخر فتكون العين له ومع التساوى تنصف العين بينهما فمضافا الى ان النصف جمع بين الحقين لوجه للقرعة الموجبة لاجمیع المال لمن خرج اسمه فلا وجه للقرعة كما عليه المصنف والمبسوط فى صورة التساوى لان القاعدة فى صورة التساوى هى سقوط البيئتين فيكون اللازم هو النصف كما اذا كانت الدعوى من اول الامر بينهما بدون البيئته .

وقد تقدم مراراً من المصنف وغيره التنصيف ولا ادرى من اى شىء يحكمان بالقرعة مع تعارض الاخبار فان البيئتين المتساويتين بمنزلة العدم كما لم يكن لهما اصلا واخبار القرعة الواردة فى هذه المقامات اكثرها معارضة بغيرها مما ذكر الترجيح والتنصيف ومحل القرعة فيما لا ينحل بالروايات كتولد مولود لم يعلم

ممن كان مثلاً وامثال ذلك كما عرفت وكما قتل او غرق الوارث والموروث ولم يعلم ايهما مات اولاً ﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف بل ولا اشكال في أنه ﴿يتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين﴾ مثلاً .

وفي الجواهر لصدق اسم البيينة على كل منهما . فتشمله الأدلة السابقة وان كان قد ينساق الى الذهن في بادىء النظر قوة الأولى على الثانية أو بالعكس للاكثرية لكن لا عبرة به لأنه كالاتحسان انتهى وهو في محله ﴿ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين﴾ .

وفي الجواهر لما ذكر من بعض الأمور الاعتبارية ، بل لعدم صدق اسم البيينة ، فلا يندرج حينئذ في النصوص السابقة انتهى وهو كذلك لقوة الشاهدين دون الشاهد واليمين قال في الخلاف اذا كان مع احدهما شاهدان ومع الآخر شاهد وامرأتان تقابلتا بلا خلاف بيننا وبين الشافعي فاما ان كان مع احدهما شاهدان ومع الآخر شاهد واحد وقال احلف مع شاهدي فانهما لا يتقابلان وللشافعي في كل واحد منهما قولان احدهما مثل ما قلناه والثاني انهما يتقابلان .

[دليلنا] ان ما اعتبرناه مجمع على تقابلهما وليس على ما قالوه دليل وايضاً فان الشاهدين يشهدان فلا تلحقها التهمة والحالف يحلف في حق نفسه فيلحقه التهمة انتهى ﴿و﴾ وربما قال الشيخ ﴿ في فصل الرجوع عن الشهادة من المبسوط : ﴿ نادراً يتعارضان ويقرع بينهما﴾ .

وفي الجواهر كالبينتين ناسباً له الى مذهبنا ، لكن لم نتحققه وان حكاه الشهيد عنه صريحاً ، الا أن المحكي عن الفخر نسبة التردد اليه ، لاقتصاره على نقل قولى العامة في ذلك ﴿و﴾ على تقديره فلا ريب في ضعفه .

وفي المسالك بعد قوله ويتحقق التعارض اما تحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين فلان كلامهما حجة مستقلة يثبت بها المال واما عدم معارضة الشاهد واليمين لهما فلان الشاهد لا يستقل بالحجية واليمين معه وان اوجبت

ثبوت المال الا انه حجة ضعيفة ومن ثم اختلف في ثبوته بها وايضا فالذى يحلف مع شاهد يصدق نفسه والذي يقيم شاهدين يصدقه غيره فهو اقوى جانباً وابعد عن التهمة وبهذا صرح الشيخ في المبسوط في فصل الدعاوى واليمينات وفي الخلاف ايضاً والقول النادر الذي نسبته اليه المصنف بالتعارض بينهما والقرعة ذكره في المبسوط في فصل الرجوع عن الشهادة ووجهه ان الشاهد واليمين حجة مستقلة في اثبات المال كالشاهدين فتعارضاً بهما كما تعارضهما الشاهد والمرأتان انتهى. بل ﴿لا﴾ تعارض ﴿بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين﴾ متحقة ﴿بل يقضى بالشاهدين بالشاهد والمرأتين دون الشاهد واليمين﴾ وحاصله لو ادعى الاثنان في عين كانت في ايديهما ولا حدما شاهد وامرأتين والاخر شاهد ويمين فتقدم الاول فانه حجة ويكون بينة ايضاً كالشاهدين فان المرأتين بمنزلة رجل فالبينة تامة بخلاف شاهد ويمين حيث لا يعد اليمين بمنزلة شاهد حيث كان من نفس المدعى ففي الحقيقة كان في البين شاهد واحد والمدعى نفسه لا يعد شاهداً فالترجيح للاول .

﴿و﴾ كذا لاخلاف ولا اشكال في أن ﴿كل موضع قضينا فيه بالقسمة فانما هو في موضع يمكن فرضها كالا موال﴾ وفي الجواهر بامكان الاشتراك فيه وان لم يقسم فعلا كالعبد والامة والياقوت والفيروزج ﴿دون ما يمتنع﴾ لامتناع الشر كة فيه ﴿كما اذا ادعى رجلان زوجة﴾ وفي الجواهر فيحكم حينئذ بالقرعة فيه قطعاً. وفي المسالك بعد قوله و كل موضع قضينا فيه قال اذا تداعيا زوجة ولم يترجح بينة احدهما لكونهما خارجين ونكلا عن اليمين فانه لا يتصور القسمة هنا كما يقسم بينهما المال لو كانت الدعوى مالا بل الطريق هنا الحكم لمن اخرجته القرعة اذ لا سبيل الى غيره ويؤيده مرسله داود انتهى ولا يخفى اشكال هذا الامر فانه كيف يصح جعل امرأة ذات بعل تحت الآخر بمجرد القرعة مع انه كما عرفت يحتمله للاصابة والخطاء وليس الامر بحيث يجعل للزوج والزوجة بداهة انه بذلك لا يرتفع الاشكال بل الاشكال في نفس الامر اشكل بل الامر

مشكل حتى مع القرعة اذ ليست دليلاً قطعياً يمكن حصول القطع على الاصابة غايته مثل سائر الادلة الشرعية التي قد يصاب وقد يخطأ وليس كسائر الاشياء التي يمكن جبرانها لو اخطأ حيث يحصل الزنا مادام العمر مع زوجة الغير وعدم طيب الاولاد .

مع انه مثل ذلك معلوم للزوجة بل يستحيل ادعاء جهلها الا كذباً وكيف يمكن جهل من نامت تحت رجل مدة ولم يعلم من هو بل الرجل ايضا يعلم انها زوجته ومع ذلك لا يمكن خفاء ذلك ولو بالسؤال عن اسم الرجل والمرأة ببلدهما ودارهما وسائر الصفات فالمسألة فرضها لا يتحقق الا كذباً وانكاراً من الرجل او المرأة وكونهما مجهولاً لهما ولا قربائهما غير واقع جداً .

وقد وقع امثاله كثيراً في قضية قتال مكة في عصرنا سنة ١٤٠٧ وكم وقع نساء ذوات البعل في تحت رجال الاعراب ظلما وجورا ويبقين في تحتهم حراما مع حصول الرضا بذلك لهن بعداً بمرور الايام بل لا يرضين بالرجوع الى ازواجهن مع الامكان بمجرد كون ذلك احسن في نظرهن من ازواجهن مع ان الواجب على الزوجة هو الرجوع الى زوجها .

وكذا لا يجوز لمن زنا بزوجة الغير في حال حياة بعلها عقدها بوجه ولو بعد طلاق الزوج او موته كان عالماً بالحكم في حال الزنا أدلاً فمجرد الدخول بها ولو من دبرها تحرم عليه دائماً للاجماع على الحرمة ولو لم يكن لها نص صريح لكن المسألة بعد الاجماع والشهرة وعدم الخلاف فيه قطعية .

نعم قد تأمل فيه المصنف في محله المتقدم في النكاح حيث قال على المشهور المشعر بانه متأمل فيه لعدم وجود نص مع ان المسألة عامة البلوى لكنه يضعف بامكان دلالة النص فيما ورد في الحرمة الابدية لو عقد عليها في العدة الرجعية فان الحرمة كانت لاجل ان في العدة حكم الزوجية باقية فالحرمة الابدية مع القطع ببقاء الزوجية بطريق اولي هذا .

لكن يمكن ان يقال بان الحرمة الابدية في العدة ليست بملاك بقاء الزوجية بل بملاك عدم تمكن الزوج من الرجوع فلو لم يكن محكوماً بالحرمة الابدية بل يجوز عقدها لما تمكن الزوج من الرجوع اليها فيلزم من وجود الجواز عدم جواز الرجوع في العدة وهو خلف .

فقياس الزنا مع حياة الزوج بالزنا بعد موته قياس مع الفارق فهو بملاك آخر فلا يعم حال حياة الزوج فلا دليل على الحرمة الابدية الا الاجماع هذا مضافا الى ان الحرمة الابدية في العدة الرجعية انما يكون بالعقد والكلام في الزنا فيها لا في العقد ولادليل في العدة ايضا على الحرمة الابدية بالزنا المجرد و فرق واضح بين الزنا وبين العقد .

فان الزنا المجرد في حال العدة لا يقطع رجاء الزوج بالرجوع اليها بخلاف العقد فانه خرج عن قدرته فالزنا المجرد كما لا دليل على الحرمة الابدية في حياة الزوج فكذلك لا دليل عليها في الزنا في حال العدة الرجعية ففي كلا الحالين كان الزنا معصية كبيرة فقط واما الحرمة الابدية كانت بلا دليل . مضافا الى ادعاء صاحب الكفاية ايضا بعدم الدليل ولكن مسألة الحرمة الابدية في الزنا مع ذات البعل اجماعية فلا يجوز عقدها للزاني بعد طلاق الزوج او موته اصلا بل لا يبعد عموم الاجماع للزنا في العدة لانها بحكم الزوجة .

والحاصل كان الاجماع على الحرمة الابدية في الزنا مع ذات البعل يعم الزنا في العدة الرجعية لانها زوجة بعد ولذا يجوز النظر لهما الى الآخر ولا يجوز بعد الطلاق اخراجها عن البيت مادامت العدة باقية فكأنها زوجة ايضا كما كانت قبل الطلاق فالزنا في حال الحياة والمماتة موجب للحرمة الابدية بالاجماع وان الاجماع وان كان في الزنا في حال الحياة لكنه حيث كان بملاك كونه مع ذات البعل يعم حال العدة .

وكيف كان فلو تصور ذلك للمدعيين ولكل واحد منهما شاهدان بحيث

لم يظهر الامر لاحدهم فاقام شاهدان على انها زوجة فلان والاخر على انه زوجة فلان للزم استفادة الحكم من الروايات والمسألة اجنبية عن القرعة لامكان العلم بحال الزوجة او الزوج واستدل في الجواهر على القرعة بمرسل داود بن ابي زيد العطار عن الصادق عليه السلام «في رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود فشهدوا ان هذه المرأة امرأة فلان وجاء آخرون فشهدوا أنها امرأة فلان فاعتدل الشهود وعدلوا، قال: يقرع بين الشهود، فمن خرج اسمه فهو المحق، وهو أولى بها» فهو قاصرة سنداً او دلالة.

والاول لارساله والثاني لان شهادة الشهود على الزوجية لا تنفي عدمها لامكان زوجها لفلان وفلان ثم طلقها وصارت زوجة للزوج الفعلي نعم ان كانت شهادة كليهما على انهازوجة فلان فعلا قد تحقق المنافاة والا فالمسألة بعدم السماع اولى من فروعات المتقدمة في بنت امته وحنطة زراعته فراجع.

ثم ان ظاهر الخبر كون المرأة امرأة شخص ثالث فالمسألة نظير كون العين بيد ثالث بل هي عينها والفرق ان ما تقدم كون العين قابلة للقسمة بخلاف المقام وامكان ان يصدق الثالث لاحدهما اوهما وهنا غير ممكن فانه على فرض التصديق يلزم ان المصدق جعل امرأة الغير تحته فالذى يتصور هجوم المدعين مع الشاهدين على من كانت المرأة تحته وحينئذ اما لهما البينة اولا وعلى الأول يخرج المرأة عن تحت الثالث وعلى الثاني يحلف الثالث ويتردهما على الاول اى صورة اخراج المرأة عن تحته فان كانت بينة احدهما ارجح عدالة وكثرة بحيث يمكن الاعتماد به كانت الزوجة له وان تساوت بينهما تسقطان ويرجع الى اصالة عدم جواز الدخول مالم يتحرز كون المدخولة زوجته فالمناص هو طلاق الحاكم عن كل منهما ثم بعد العدة جازلها التزويج بما سوى من وطئها في حال حياة البعل.

هذا كله لو لم يمكن لها او الحاكم التفحص عن حال زوجها والاير سلمها اليه والرواية ساكتة عن هذه التفاصيل مع انه لازم اذا كانت الدعويان على من كانت المرأة تحته فكيف لم يتعرض عن حاله مع انه كان ذى اليد بالنسبة الى

المرأة بل الظاهر يقتضى كونها زوجته حملا لفعل المسلم على الصحة والالزام كون الاجنبية تحت المسلم وهو الاصل اللازم فى بيان الرواية وقد ترك وامر بالقرعة. وليت شعرى كيف ترك الفحص مع لزومه للزوج المفقود والصبر على الزوجة الى اربع سنة فلامناس الامن طلاق العا كم عنهما وزوجها وبعدها نقطاع العدة خلئى سبيلها الكل من اراد الامن زنى بها فى حال الزوجية فان الاحتياط فى الدماء والاموال والفروج قد وجب وان كان فى غيرها ليس بمثل ذلك .

الان ترى كيف يحتاط فى عصرنا ثم انه قد ذكر فى الجواهر ما عن الفاضل وقال ومما ذكرنا يظهر النظر فى كلام الفاضل وانا انقل عين بعض العبارة التى حكاه عنه مع بيان ان نظره وارد عليه اولا فقال فى مقام انه اى شىء يوجب قوة الترجيح حتى يقدم على بينة الاخر ما لفظه « فصل فى اسباب الترجيح لحجة على أخرى وهى ثلاثة : الاول قوة الحجة كالشاهدين والشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين ، ولو اقترنت اليد بالحجة الضعيفة احتمل تقديمها والتعادل » .

وفيه ان الشاهد واليمين ليس حجة تعتبر كى تعارض مع الحجة والشاهدان او الشاهد والمرأتان حجة قطعاً فيقع غير الحجة فى مقابل الحجة فلا يشم (ح) بحال ولا يكون قرينة على تقوية اليد حتى يقدم على غيرها وانما يعتبر الشاهد واليمين فى موارد عدم امكان تحقق الشاهدين فجعل الشارع يمينه بمنزلة شاهد آخر كما مر مفصلاً فحججته منحصرة فى موارد عدم تحقق حجة معتبرة كالشاهدين او شاهد واحد وامرأتين واما مع وجود احدهما فلا يعتبر قول الشاهد الواحد ويمينه. وفى الجواهر ايضا رداً عليه قال نعم لو قلنا ان مدرك تقديم الشاهدين على الشاهد واليمين قوة الاول وضعف الثانى توجه حينئذ احتمال قوته لواقترن بمرجح آخر ولو ضعيف ، فان الضعيفين يغلبان القوى ، الا أنه كما ترى يناسب مذاق العامة ، ولذا كثر نحو ذلك فى كلامهم ، أما على أصولنا التى لا قياس فيها ولا استحسان ولا مثل هذه الاعتبارات فلا يتوجه ذلك ، ان قد عرفت أن الموجود

في نصوصنا تعارض البيئات لا كل مثبت للمحق من الشاهد واليمين، واليمين المردودة ونحوهما، فتأمل جيداً « وهو في محله .

ثم قال : «الثاني اليد فيقدم الداخل على الخارج على رأى والاقوى العكس الا أن يقيمها بعد بيئته الخارج على اشكال ، فلو ادعى عيناً في يد غيره فأقام البيئته فأخذها منه ثم أقام الذي كانت في يده أنهاله نقض الحكم وأعيدت عليه على اشكال» ولا يخفى ما فيه كما عرفت لان تقدم بيئته الخارج على الداخل لا كلام فيه والالزم الجهل في علي وفاطمة عليهما السلام حيث انكرا علي ابي بكر ذلك وبعد التقدم والحكم عليه لامعنى لاثبات البيئته من ذى اليد والالقبيل منه قبلا .

ونعم ما افاد في رده في الجواهر حيث قال وفيه أيضاً ما لا يخفى ، ضرورة اقتضاء ذلك التسلسل المنافي لحكمة القضاء الذي هو الفصل بين المتخاصمين ، والفرض أنها دعوى واحدة ، فالمتجه عدم سماعها مطلقا .

ثم قال أيضاً : «ولو أراد ذواليد اقامة البيئته قبل ادعاء من ينازعه فالأقرب الجواز ، ولو أقام بعد الدعوى أى ممن لا بيئته له لاسقاط اليمين جاز » غير خفى ان الكلام في انه ليس لذى اليد بيئته في مقابل الخارج واقامة البيئته فرع ثبوتها له ورده في الجواهر بقوله :

وفيه أن مبنى تقديم بيئته الخارج على أنه لا بيئته للداخل فلا يسجل لها حينئذ ، ولا تسقط يميناً كما هو واضح ، على ان فائدة هذا التسجيل ان كان لقطع ما يأتى من الدعاوى ، فهو واضح البطلان ، وان كان لارادة الحكم له فيما يأتى لو توجهت عليه دعوى بناء على تقديم بيئته الداخل ففيه أن المدار على التعارض حال الدعوى . على أنه ليس في كلامه اشعار ببناء المسألة على تقديم بيئته الداخل الى آخر كلامهما .

﴿ والشهادة يقدم الملك أولى من الشهادة بالحادث ﴾ في العين الخارجة عن أيديهما ﴿ مثل أن تشهد احدهما بالملك فى الحال والأخرى بقديمه ، أو

احدهما بالقديم والاخرى بالأقدم ، فالترجيح لجانب الأقدم .
 وفي الجواهر كما عن الشيخ وابنى ادريس وحمزة ، بل فى المسالك نسبته
 الى المشهور ، وعلوه بأن الزائدة تثبت الملك فى وقت لاتعارضها الأخرى ، وانما
 يتساقطان فى محل التعارض دون السابق الذى لامعارض له فيها ، والأصل فى
 الثابت دوامه ، ولهذا له المطالبة بالنماء فى ذلك الزمان ممن تصرف فيه ، لأنه
 ملك لامعارض له فيه ، فيجب استدامته وان لا يثبت لغيره ملك الا من جهته انتهى
 وفى المسالك بعد قوله والشهادة بقديم الملك اولى قال هنا مسائل الاولى
 اذا تعارضت البيئتان فى الملك ولكن اختصت احديهما بزيادة التاريخ فالمشهور
 انه مرجح كما لو شهدت بيئته احدهما انه ملك فى الحال والاخرى انه ملكه منذ سنة
 او شهدت بيئته الاولى انه ملكه منذ سنة وبيئته الاخرى انه ملكه منذ سنتين ووجه
 تقديم متقدمة التاريخ انها تثبت الملك فى وقت لا يعارضها البيئته الاخرى فيه
 وفى وقت تعارضها الاخرى فمتساقطان فى محل التعارض ويثبت موجبها فيما
 قبل محل التعارض والاصل فى الثابت دوامه وفى المسئلة وجه آخر بعدم الترجيح
 بذلك لان مناط الشهادة الملك فى الحال وقد استويا فيه فاشبه ما اذا كانتا
 مطلقتين او مورختين بتاريخ واحد انتهى .

ولا بد لنا من بيان امر وهوان البيئتين اذا تعارضتا فان كان لاحدهما مرجح
 فلا كلام فى تقدمها على الاخرى واما ان لم يكن مرجح لاحدهما فهل تسقطان
 ولزم الرجوع الى دليل آخر اولا تسقطان والظاهر هو الاول وهو ظاهر من جميع
 اخبار الباب حيث امر الامام عليه السلام فى صورة تساويهما بالتنصيف او الرجوع الى القرعة
 وليس وجهه الاسقوط بينهما واما مع المرجح جانب المرجح وهو واضح .
 اذا عرفت ذلك فاذا كان احدى البيئتين اسبق فهل هى مقدم بان يكون
 السبق مرجحاً ويكون السابق مقديماً على اللاحق اولا .

فقال قوم بالترجيح فان بيئته السبق لاتعارض بيئته المتأخر الا فى مقدار من

الزمان مثلا اذا قال احدهما كانت ملكا ازيد من اول ذى الحجة وقالت اخرى ملكا لعمر ومن اول رمضان فمن اول رمضان الى اول ذى الحجة لامعارضة لبينة المتقدمة اى كان الملك ثابتا لعمر وفى هذه المدة والاصل فى الملك الدوام الى اول ذى الحجة وما بعدها استصحابا لبقاء ما كان فلامورد لبينة زيد لان المعارضة ليس فى جميع الزمان ففى زمن عدم المعارضة يستصحب الثبوت .

ولا يخفى ما فى الاستدلال لان الحادث والقديم اذا سقطا بالمعارضة سقطا فى جميع الزمان فلامورد لدوام الثابت القديم لان المفروض ان القديم مع الحادث كلاهما قد سقطا بالمعارضة فالقديم بعد سقوطه سقط بتمامه فلامر ثابت حكم باستمراره بدهاه ان هذا الامر قد ثبت ثبوته بالبينة والفرض سقوطها فلا يصح ان يقال بان السقوط فى بعض الزمان لاحال عدم المعارضة .

والحاصل التعارض بين البينتين غاية الامر احدهما اقل مدة من الاخرى فاذا وقعت بينهما المعارضة تساقطتا فى جميع مفادهما فاذا كان مفاد احدهما من اول رمضان الى زمن مفاد الآخر قلنا بسقوطها سقطت بتمام مفادها ومضمونها لافى بعضها كى يقال المعارضة لا يكون فى جميع الزمان فالمعيار سقوط البينة بما هو مفادها ومضمونها ولو كان عدم المعارضة حاصلة من قلة زمان الاخرى فملاك الزيادة قد سقط بالمعارضة فلا دليل للاستمرار بعد السقوط فالثابت قد زالت بتمامه .

فان كان مراد القائلين بثبوت السابق استمرارها ثبت بالبينة فهو قد زال وان كان هو الاستصحاب فلا يكون فى المقام مع انه على تسليم وجود امر ثابت غير مفاد البينة كان مفاد بينة زيد موجبا للشك فى التاريخ الزيادة واسبقية الملك فدعوى الملكية فى الحال يوجب الشك فى الملكية السابقة فيسرى الشك فى اصل ثبوت الملك القديم فالشك السارى انقطع الحالة السابقة مع احتمال كون السابق على فرض بقاءه قد زال عنه بالبيع والهبة ونحوهما فلا يسمع الدعوى السابق .

وبالجمله المعارضة صادقة ولو فى آن من زمن التنافى وصدقه كاف
ولو فى زمن ما فتسقطان فى تمام المدة لا خصوص زمن المنافات فح لا بينة لهما
اصلا ولادليل مثبت للتاريخ السابق حتى يستصحب اذمادل على ثبوته بينة متقدم
التاريخ فاذا سقطت لاشىء بعده ومنه يعلم صحة تقرير التساوى وانه بهذا البيان
اولى من اثبانه بما فى الجواهر قال مالفظه :

ولكن مع ذلك كله قد احتمل غير واحد التساوى ، لأن المتأخرة لو
شهدت أنه اشتراه من الاول قدمت على الأخرى قطعاً ، لأنها لما صرحت بالشراء
علم أنها اطلعت على مال تطلع عليه الأخرى ، فانها وان شهدت بأنها ملكه من
ابتداء سنتين مثلاً الى الان لكن غايته انه علم انه ملكه ولم يعلم بمزيله فى
المدة انتهى وجه الاولوية انها على فرض وقوع القول بالشراء وهو اعم من الفعل
ومجرد انه لو قال كذا تقدمت على الأخرى غير كاف .

بداهة انه لم يقل فعلاً بل لامعارضة حينئذ لو قال بينة الاقل اشترى زيد
من عمرو بعد رمضان فانه يعلم بذلك ان بينة الاكثر لم يطلع على الانتقال وكان
اطلاعها على نفس ملك عمرو لاعلى بيعه وبينه صرحت بالشراء ونحوه فلا كلام
فى تقديمها حينئذ ومحل النزاع عدم تصريح بذلك فهذا التصريح ليس محل
النزاع وبدونه لا يدل على تقدم السابق فالبيعتان ساقطتان فى جميع الزمان الى
حين الدعوى وبعده لادليل يثبت الملك للتاريخ المتقدم فالقول بتقدم السابق على
اللاحق ساقط .

ثم انه قد استدل على تقدم السابق او الاسبق بما رواه ابن سنان عن
الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام انه كان اذا اختصم الخصمان فى جارية فزعم أحدهما
انه اشتراها وزعم الاخر انه انتجها وكافا اذا اقاما بينة جميعا قضى بها للذى
انتجت عنده بتقريب ان النتاج فى الملك اقدم من الشراء لانه كانت عند من
ادعى حتى يباع ويشترى وفيه ما لا يخفى من ان النظر فى ذلك ليس فى تقدم

التناج بل من حيث انه اولى من دعوى الاشتراء فى اثبات الملكية لمدعيه .
وفى الجواهر ايضا ولم اجد فى شىء من النصوص اشارة اليه الا ما فى صحيح
ابن سنان وقد عرفت عدم دلالة على المقصود .

وقال السيد فى عروته : اذا شهدت احدى البينتين بالملك فى الحال واخرى
بالملك منذسنة او احديهما بالملك منذسنة واخرى منذسنتين ، فالمشهور تر جيح
السابق والاسبق فالسبق عندهم من المرجحات ، وعللوه بانهما يتساقطان فى الزمان
المشترك وتبقى الاخرى فى الزيادة بلا معارض ومقتضى الاستصحاب بقاؤه وربما
يتمسك بصحيح عبدالله بن سنان السابق الى ان ساقها .

ثم قال ويمكن ان يقال ان السابق رجحان فى نظر العرف فيرجح به بينة
الاسبق فلا يكون من باب التساقط والرجوع الى الاستصحاب كما ذكر المشهور
وقد يقال : بتساويهما لان المناط فى الشهادة الملك فى الحال وهما متساويان
فيه فلا فرق بينه وبين المطلقين او المؤرختين بتاريخ واحد ، ويظهر من بعضهم
الفرق بين شهادة احديهما بالسبق والاخرى بزمان متأخر من غير ذكر الشراء
من الاول ، وبين مالو شهدت بانه اشتراها منه ففى هذه الصورة تقدم المتأخرة
لانها لما صرحت بالشراء علم انها اطلعت على مال تطلع عليها الاخرى ، لانها وان
شهدت بانها ملكه منذسنة الى الحال الا انها لعلها لم تعلم بمزيد فى المدة .

ثم انهم قالوا : هذا اذا لم يكن المدعى به فى يد احدهما واما اذا كان فى
يد احدهما فان قلنا بعدم سماع بينة الداخل فالعمل على بينة الخارج مطلقا سواء
كانت اسبق تاريخاً اولاً ، وان قلنا بسماعها أيضاً ففيه وجوه ، تقديم الاسبق منهما
تر جيحاً للسبق ، وتقديم الداخل لمعاضدتها باليد ، وتساويهما للسبق فى احدهما
واليد فى الاخرى انتهى .

وكيف كان فقد ظهر ان سبق التاريخ او تقدم ملك الاخر ليس مرجحاً
بل كلاهما سواء لاحتمال صدق كليهما بان اشترى المالك المتأخر من المتقدم

من دون اطلاع الشاهدين بذلك دون الاخرين وليس استصحاب كى يدل على الاستمرار .

وقال فى الجواهر مالفظه وفى المسالك «الحق أن اطلاق الشهادة بالملك القديم لا تسمع ، لعدم التنافى بين كونه ملكاً له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم وان كان الشاهد يعلم بذلك ، بل لا بد من إضافة ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال ، وذلك يتحقق بهذه الصيغ وأن كان الاقتصار على ما لا يشتمل على التردد أولى» انتهى .

وذلك الانتقال فى الامس الى الغير بمكان من الامكان فكثيرا ما يقع الانتقال من شخص وصار الملك للاخر فى الصبح بعدما كان لصاحبه فى الامس بل يقع ذلك فى ساعة مع عدم اطلاع كثير عليه .

وبالجمللة لا اشكال فى حجية قول البينة لكن الشهادة على كون الملك لزيد فى السنة الماضى انما تثبت ذلك المضمون وان زيدا مالك للملك فى السنة الماضى واما بقائه الى زمان ملك المتأخر حتى يلزم التنافى فغير معلوم لانتقال الملك عنه الى المتأخر عن السابق بلا واسطة او معها بامور خفية قد خفيت على الشاهدين ايضا فمجرد الاسبقية ليس مرجحا للتقدم مع شهادة البينة ايضا بانه للمتأخر فعلا فلان تقدم للاسبقية اصلا بل ان كان لاحدى الشهادتين ترجيح آخر يؤخذ به والا فلا .

وكيف كان فان قلنا بتقدم السابق كان بينته من حيث سبق مقدمه و بينة الآخر من حيث الخارج فلكل من البينتين مرجح لاحدهما الاسبقية وللآخر الخارجية لما عرفت من ان البينة تطالب عن الخارج لاعن الداخل وحينئذ ان لم نقل بان السابق ارجح فبينة الداخل كالعدم فليس الأينة الخارج وهو مقدم .

والقول بتقدم بينة الداخل على خلاف الاجماع كما عرفت ان لم يكن العين

بيده واخرى كان السبق للخارج كما اذا كان احدهما فى الدار من اول ذى الحجة فادعى عليه مدعى بانها له من اول رمضان فبينته مقدمة على بينة الداخل قطعاً فان قلنا بان السبق مرجح فكانت بينته مقدمة من وجهين للاسبقية وللخارجية والافبالخارجية وهو كاف وحيث قد عرفت عدم كون الاسبقية مرجحاً فكان المعيار بالداخل والخارج فان كان المدعى خارجاً عن العين كانت بينته مقدمة . وقد عرفت عدم تقدم الاسبق تاريخياً او ملكاً فان التقدم مبنى على كون التعارض من زمان ملك المالك المتأخر لافى زمان ملك المتقدم حتى يستصحب الثبوت قبله بعد التساقط وقد عرفت خلافه .

واما فى الخلاف فقد عرفت ان تقدم بينة الداخل خلاف المشهور بل على خلاف نفسه فلا تقدم للداخل لالسبق والالبينته فضلاً عن ان يكون له مرجحان . وامام عموم دليله فان اراد به صحيح عبدالله بن سنان فقد عرفت عدم دلالة عليه . واما ما عن القواعد فاذا بطل رجحان التقدم يبقى تقديم الخارج مضافاً الى عموم دليله وهو ان البينة على المدعى كما عرفت وهو الحق فالبينة لا تسمع الا من المدعى وهو الخارج فلا تسمع من الداخل الا اذا كانت قطعية كما اذا علم بكون العين ارضاً او شراً من المالك المعين ونحو ذلك فيسمع اذا ثبت بالمدارك الصحيحة .

وقد عرفت ما فى كلمات القوم فراجع فيما ذكرنا وتأمل فيه ثم انه فى الجواهر قال مالفظه وفى المسالك « وان كانت بينة الاخرى الخارج أسبق تاريخياً فان لم يجعل سبق التاريخ مرجحاً فكذلك يقدم الداخل وان جعلناه مرجحاً ففى ترجيح أيهما وعدمه وجه : أحدها ترجيح اليد ، لأن البينتين متساويتان فى اثبات الملك فى الحال ، فيتساقطان فيه ، ويبقى من أحد الطرفين اليد ، ومن الاخر اثبات الملك السابق ، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق ، ولهذا لا يزال بها ، والثانى ترجيح السبق : لأن مع أحدهما ترجيحاً من جهة البينة ، ومع الأخرى ترجيحاً

من جهة اليد ، والبينة تتقدم على اليد : فكذلك الترجيح من جهتها يتقدم على الترجيح من جهة اليد ، والثالث أنهما متساويان ، لتعارض المعنيين .
قلت : لا يخفى عليك التحقيق في المسألة ، وهو بناء على أن للداخل بينة فلا ريب في تقديم قوله سواء كانت بينته الأسبق تاريخاً أو بينة الخارج لبقاء مقتضى اليد الصالح لقطع الاستحباب ، وإن قلنا لا بينة له فلا ريب في تقديم بينة الخارج التي لا تصلح اليد لمعارضتها . والفرض عدم البينة له ، سواء اشتملت على تاريخ سابق أو لا انتهى وما في المسالك من تقدم بينة الداخل ما لا يخفى على احد وكفى في رده قوله قده والفرض عدم البينة له وفساده واضح وكيف وعليه فعل على ابن ابي طالب وفاطمة سلام الله عليهما حيث اعترض على ابي بكر بان البينة تطالب عن المدعى لا المدعى عليه .

فان قلت فعلى ما ذكرت ليس للداخل بينة فهي - حق للمدعى قلت البينة حق لهم لاطلب البينة من الداخل فلهم الاثيان بالبينة الصحيحة لاطلب البنية ولا البينة المجعولة .

ففي المقام مضافا الى انه ليس لهم حق المطالبة ان اصل دعواهم مبنية على جعل نحر معاشر الانبياء لانورث بفتح الراء وكسرها كما في مجمع البحرين .
فان قلت فمن اين علمت جعل الخبر .

قلت اما ان يكون ورود هذا الخبر في زمن حياة النبي او مماته عليه السلام والثاني كما ترى والاول كيف لم يتذكر عليه السلام الناس بذلك ولم يبين لهم حتى يعلم على ابن ابي طالب وفاطمة لان عليا عليه السلام باب علمه ومن المحال ان يرد عنه خبر ولم يعلمه عليا وفاطمة عليهما السلام ويعلم الناس بذلك بعد وفاته عليه السلام وهو من المحالات اذ الاصل في صدور الاخبار هو النبي عليه السلام وليس ذلك الا منه في زمن حياته فاذا لم يتكلم به ولم يعلم عليا وفاطمة ولا احدا من الصحابة في زمن الحياة والا لما وقع الخلاف فيه بل يعلمه الكل فلا جرم كان كذبا .

وكيف كان فتقديم بينة الداخل مطلقا مستلزما لمسفدة لا ينجبر بحال الا فيما

كانت قوية قطعية لامتثل خبر مجعول .

واما قوله وان جعلناه مرجحا النخ محصله ان بينة الخارج اسبق فان قلنا بعدم كون السبق مرجحا فالبينة بينة الداخل واما ان قلنا بكون الاسبق مرجحا فلكل منهما مرجح للخارج الاسبقية وللداخل اليد فهما يتعارضان من هذه الجهة ففى تقدم احدهما وجوه الاول تقدم بينة الداخل لان البينتين متساويتان فتسقطان ويبقى من طرف الداخل اليد ومن طرف الخارج الشهادة بالملك السابق واليد اقوى من الشهادة به هذا .

وفيه ان اليد من الطرفين ومدرك كليهما ايضا الشهادة .

بداهة ان يد كليهما اما عدواني او شرعى والاول كما ترى والثانى لا طريق لثبوتها الا الشهادة فلولا الشهادة لايد للسابق ولللاحق فان المسألة فى ادعاء المدعين على ملك المتقدم والمتأخر فشهد شاهد بكونه لزيد وآخر بكونه لعمر و فلولا الشهادة لم يعلم بكون اليد عدوانا او شرعا فبالشهادة يثبت اليد للاول والاخر فهما فى كونهما يداً سواء وبعد تعارض البينتين يسقط اليدين ان لم يترجح احدهما على الاخر من حيث الاعدية والاكثرية .

ويدل على سقوط اليدين ايضا كثرة كلماتهم فى القرعة ايضا وهى تخرب بناء اليد رأسا فلو كان يدل الداخل باقية دون يد الخارج لما حكم بالقرعة المحتملة لاصابة اسم الخارج مع ان اليد للداخل فاليد التى يثبت بها الملك هى اليد الثابتة بالادلة الغير الشهادة المتعارضة والحاصل قد تعارض اليدين والبينتان فيما كان ثبوتهما فى عرض واحد لافى الطول بان تجرى البينة فببركة ثبوت مؤداهما يثبت اليد بداهة انه لولا الشهادة لم تثبت اليد الشرعية والا لما تعارض مع غيرها .

ومنه ظهر فيما تقدم آنفا فى اثبات مرجحية السابقة من ان بينته تعارض بينة المتأخرة لافى جميع الازمان بل الى اول زمان بينة المتأخرة فمفاد البينة قبل هذا الزمان بلا معارض فيكون مستمرا الى آخر زمان المتأخر بالاستصحاب .

وجه الظهور عدم دليل على الاستصحاب كى يستمر^١ وانما هو مفساد البينة واستمرارها الى آخر زمن المتأخرة فيسقطان كليهما فلا وجه لتقدم الاسبق بل هما سواء كما تقدم ومن جميع ذكرنا ظهر بطلان تقدم بيينة الداخل بتوهم انه ذواليد كما اذا كانت العين فى يد احدهما .

وفى الجواهر قال هذا كله مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما ، أما اذا كان فان كانت بيينة الداخل الأسبق تاريخاً ففى المسالك هو المقدم لامحالة ، بل عن الخلاف نفى الخلاف فيه ، لاجتماع مرجحين فيه ، ولعموم دليله ، ولكن فى القواعد تعارض رجحان القدم وكون الاخر خارجاً ، فيحتمل التساوى وتقديم الخارج لعموم دليله انتهى .

قوله هو المقدم لامحالة الخ ظاهر كلامه كون تقدم بيينة الداخل مسلم عنده والكلام فى كون السبق ايضا راجحاً كى يكون للداخل مرجحين الاسبقية والداخلية وانت قد عرفت انه خلاف الاجماع حيث ان المتقدم بيينة الخارج فان قلنا بارجحية السبق لكان بينته متقدمة من حيث الارجحية والخارجية والا فمن حيث الاخير .

والحاصل تارة يكون السبق للداخل واخرى للخارج وعلى قول الشيخ كان الداخل ذا اليد دون الخارج وتقدم اليد على بيينة الخارج لعدم تعارض لليد حينئذ بخلاف ما اذا كان الملك فى ايديهما قال فى الخلاف ما لفظه .

اذا تدا عيادارا وهى فى يد احدهما واقام احدهما البينة بتقديم الملك والاخر بحديثه فان كانت الدار فى يد من شهدت له بتقديم الملك فهى له بلا خلاف لان معه حجتين (ترجحين) بيينة قديمة ويدوان كانت فى يد حديث الملك فصاحب اليد اولى وبه قال ابو حنيفة نص عليه فقضى بيينة الداخل هيهنا لانه يقول لا اقضى بيينة (لاقبل بيينة) الداخل اذا لم تفد الاما تفيده يد وهذه افادت اكثر مما تفيده يد وهوا ثبات الملك منذ شهر واليد لا تفيده ذلك وقال ابو يوسف ومحمد البيينة بيينة

الخارج وقال الشافعى هى لصاحب اليد كما قلناه واختلف اصحابه على وجهين فقال ابواسحق على القولين ولا انظر الى اليد فاذا قلنا سواء كانت اليد اولى واذا قلنا قديم الملك اولى كان قديم الملك اولى من اليد ومن اصحابنا (بنا) به من قال صاحب اليد اولى بالبينة وهو ظاهر المذهب على القولين معاً .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وخبر جابر عن النبى ﷺ وخبر غياث بن ابراهيم عن ابى عبدالله عليه السلام المقدم ذكرهما يدلان عليه ايضاً انتهى قد عرفت سابقاً بما لامزيد عليه ان تقدم بيعة الخارج اجماعى حتى من الشيخ كما حكى عنه فى الجواهر انه فى البيع قدم بيعة الخارج فخلافه لا يضر بالاجماع .

وفى كشف الميثاق «ويقوى تقديم الخارج كما فى المبسوط ، لأن بينته فى الزمان المختص بها غير معارضة واذا انفرد الخارج بالبينة فلا اشكال فى تقديم قوله» ومن جميع ذلك يظهر فساد معارضة اليد مع الاستصحاب فانه فيما كان لكل واحد دليل مستقل وفى عروة السيد الجليل ما لفظه اذا تعارضت اليد الحالية مع اليد أو الملكية السابقتين ، ففي تقديم الاولى أو الثانية قولان ؟ الاكثر على الاول ، واختار فى الشرايع الثانى ، وعن الارشاد ايضاً الميل اليه ، وعن التحرير احتمال التساوى ، والأقوى الأول لظهور اليد فى الملكية و كونها امانة عليها ولا يعارضها استصحاب حكم اليد أو الملكية السابقة لانه أصل واليد امانة ، ولا وجه لما فى المستند من كون اليد ايضاً من الاصول .

«ودعوى» ان اعتبارها مشروط بعدم كون الاستصحاب على خلافها ممنوعة لعموم ادلتها - مع انها فى غالب الموارد مخالفة للاصل واما ما يمكن أن يقال: من انه اذا ثبتت الملكية السابقة للسابق فلا بد لذى اليد الحالية من اثبات الانتقال اليه والأصل عدمه «مدفوع» بان حال هذا الأصل ايضاً حال الاستصحاب فى عدم

صلاحيته للمعارضة مع اليد ودعوى انه يعد حينئذ مدعياً وصاحب اليد السابقة منكرأ كما ترى .

قوله لا يعارضها استصحاب الخ .

اولا قوله كيف لا يعارضها حكم اليد مع عدم الفرق بين يد الحالية والسابقة في كون كليهما يدا مع ان الكلام لو كان فسى ان السابق ارجح ولا اقل من تساويهما فتعارضان .

وثانيا قوله لانه الاصل واليد اماره ظاهر عبارة انه لاحكم اليد تعارض مع حكم يد الحالية ولا الاستصحاب يعارض اليد الحالية .
وجه الاول قد ظهر .

واما وجه الثانى اى الاستصحاب لا يعارض اليد الحالية .

وفيه انه ان اراد ثبوت الحكم السابق بالاستصحاب والحكم الحالية باليد فصح عدم معارضة الاصل مع الامارة لان للامارة ورود مع حكم الاصل فلا مورد ولا موضوع للاصل مع الامارة لكن لا استصحاب يدل على الحكم السابق والملكية المتقدمة سوى اليد فبعد ثبوت الملكية السابقة يثبت الحكم ويجب استمراره لوشك فيه فلا يكون اصل فى مقابل الامارة الحالية بل اماره فى مقابل الامارة ويد فى مقابل اليد فكلاهما اماره ولا ترجيح لاحدهما بل لو تم دليلهم على ارجحية السابق لا يصل النوبة الى تقديم الاول فيرد عليه وعلى الزاعمين ثبوت استمرار الحكم بعد تعارض البينتين ان الاستصحاب لا وجود له مستقلا بل لو لم تقم البيئة على الملكية السابقة لمادل يده على الملك لا يمكن كون التصرف غصبا .

ومن ذلك يعلم فساد الباقي وكذا ﴿ الشهادة بالملك ﴾ .

وفى الجواهر فلا ريب أنها ﴿ أولى من الشهادة باليد لانها محتملة ﴾ للملك

وغيره وان كانت ظاهرة فيه لكن مع عدم معارضة الصريح فيه ، ان من المعلوم عقلا ونقلا عدم معارضة الظاهر للنص ، ولذا لم تعارض اليد الفعلية الحسية البيئة

على الملك فعلا ، كما هو المعلوم من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : « البينة على المدعى » وعيره فضلا عن اليد الثابتة بالبينة وهو فى محله * وكذا الشهادة بسبب الملك * من شراء ونحوه * أولى من الشهادة بالتصرف * .

وفى الجواهر الذى يكون عن ملك وعن وكالة وعن غيرها وان كان هو ظاهراً فى الاول ، لكن مع عدم معارضة الصريح فيه ، نحو ما سمعته فى اليد الذى ما نحن فيه قسم منها فى الحقيقة ، ومن هنا تقدم البينة المزبورة على التصرف المحسوس فعلا فضلا عن الثابت بالبينة ، بل الظاهر كون الحكم كذلك وان لم تشمل بينة الملك على السبب ، اذ العلة جارية فيهما ، كما هو واضح انتهى لامكان كون التصرف غصبا .

وفى الجواهر وبذلك ظهر لك أن مقصود المصنف وغيره عدم التعارض بين بينة الملك أو اليد والتصرف حيث يتعلقان بمورد واحد ، كما لا تعارض بينة القديم للاقدم والحادث للقديم .

هذا ولكن فى المسالك بعد ما ذكر نحو ما ذكرنا « ولا فرق على هذا التقدير بين تقديم تاريخ شهادة اليد - بأن شهدت أن يده على العين منذ سنة ، وشهدت بينة الملك بتاريخ متأخر أو بأنه يملكه فى الحال - وتأخره لاشتراك الجميع فى المقتضى ، وهو احتمال اليد بخلاف الملك ، وفى هذه المسألة قول بتقديم اليد على الملك القديم ، وسيأتى الكلام فيه » .

وهو كما ترى ، ضرورة أجنبية ذلك عما نحن فيه ، وهو ما عرفت من ارادة بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلقهما بمورد واحد ، لأن المراد عدم معارضة اليد الفعلية للملكية السابقة المختلف متعلق كل منهما ، نعم فى معارضة اليد لاستصحاب الملك السابق بحيث تسمع الكلام فيه انشاء الله فى المسألة الخامسة ، وهو غير ذلك .

المسألة * الثالثة اذا ادعى شيئاً * فى يد آخر * فقال المدعى عليه : هو

لفلان اندفعت عنه المخاصم ﴿﴾ فعلا ﴿﴾ حاضر كان المقر له أو غائبا ﴿﴾ وسواء قال هو ودیعة عندي أو عارية أو لم يقل ، لعدم يمين له عليه ، اذ لا يحلف على مال لغيره .
﴿﴾ و ﴿﴾ لكن ﴿﴾ أن قال المدعى : أحلفوه أنه لا يعلم أنها لي توجهت اليمين ﴿﴾
عليه كما في القواعد وغيرها ، بل هو أحد قولي الشيخ على ما قيل ﴿﴾ لأن فائدها الغرم لو امتنع ﴿﴾ عنها وأحلف المدعى ، لحيلولته حينئذ بين المالك وماله باقراره ﴿﴾ لا القضاء بالعين لو نكل أو رد ﴿﴾ لصيرورتها مال الغير بالاقرار السابق الذي لا يبطله الاقرار اللاحق فضلا عما كان بحكمه .

﴿﴾ وقال الشيخ : لا يحلف و ﴿﴾ ذلك لأنه ﴿﴾ لا يغرم لو نكل ﴿﴾ ولعله الحق اما الحلف فلا يجب عليه فانه انما يجب على المنكر لمال المدعى لا لما نفى المال عنه بمقتضى حمل قوله على الصحة واقاراه لعدم كونه له فيمكن كون العين عنده امانة او ودیعة او عدم علمه بصاحبها كما لو دفعها عنده جماعة لا يعلم خصوص المالك لها نعم يجوز له تبرعا واحسانا لاجل ان يقطع المدعى بانه لا يعلم صاحبه فحلف بانه لا يعلم بانه لا علم لي بانه للمدعى من دون لزوم غرم عليه لو امتنع كما افاد في المبسوط .

﴿﴾ والاقرب ﴿﴾ عند المصنف وغيره ﴿﴾ انه يغرم ، لأنه حال بين المالك وبين ماله باقرار لغيره ﴿﴾ وفي الجواهر فهو كالمتلف نحو ما تسمعه في ضمان شاهد الزور انتهى .

وفي كلام الماتن والشارح ما لا يخفى ومن الغريب قوله حالت بين المالك وماله اما المدعى فلم يحرز كونه مالكا لا مكان الكذب ولذا لزم عليه البينة بل لو كان صادقا ايضا كان وظيفة المدعى عليه الاقرار بانه ليس له لعدم علمه بانه له بل لفلان وعلى فرض صدق المدعى وعلم المقر بانه له لولم يقر كان متلفا وكان مال الغير في معرض التلف ولزم الحيلولة بين المالك وماله وهو غير معلوم جدا وكيف لزم الحيلولة بين المالك وماله وانما يلزم لو قطع يد المالك

عن ملكه المعلوم له .

﴿ولو أنكر المقر له حفظها الحاكم﴾ بعد أن ينتزعا منها ، ﴿لأنها خرجت عن ملك﴾ له أى ﴿المقر ولم تدخل فى ملك المقر له﴾ حينئذ فى ﴿لو أقام المدعى بينة﴾ ولو شاهداً ويميناً على انها له ﴿قضى﴾ بها ﴿له﴾ .

وفى الجواهر أما اذا لم تكن له بينة فلا يقضى بهاله واحتمل فى القواعد دفعها اليه بلا بينة ولا يمين ، لعدم المنازع له فيه ، وهو بعيد ، لكونها فى يد انتهى وفيه ان اليد التى تنفى عنه بمنزلة عدم اليد عليه فيكون بمثل مال المفقود ووقع عند الغير فيكون بمنزلة اللقطة اما المدعى فلا بينة له على الفرض واما المقر فانكر كونه له فيكون لقطعة ادعى صاحبها لها وعن التحريير احتمال تركها فى يد المقر الى قيام حجة ، لانه اقر للمثالث ، وبطل اقراره ، فكأنه لم يقر .

وفى الجواهر وفيه أن بطلانه بالنسبة الى تملك المقر له لا بالنسبة الى نفيها عنه ، كما هو واضح انتهى فتأمل .

ثم قال وان رجع المقر له عن انكاره وصدق المقر فى كونه له فعن التذكرة ان له الاخذ عملاً باقرار المقر السالم عن انكاره ، اذ زال حكمه بالتصديق الطارىء فتعارضاً وبقي الاقرار سالماً عن المعارض ، وتردد فيه فى محكى التحرير ، وفيه منع زوال حكمه بذلك بالنسبة الى نفيه عنه ، و من هنا لورجع ذواليد فقال : غلطت بل هولى لم يقبل منه ، كما عن الكتابين المزبورين الاعتراف به بناء على انتزاع الحاكم ، لخروجه عن يده واخذه باقراره الاول انتهى .

﴿اما لو أقر المدعى عليه بها لمجهول﴾ فقال : هى ليست لى ولكن لمن لا اسميه فى القواعد وغيرها ﴿لم تندفع الخصومة﴾ عنه ﴿والزم البيان﴾ وهو واضح حتى يعترف بانه مال المدعى او غيره وقد يعلم المدعى عليه لمن يكون المال لكن يكون على تعيينه ضرر عظيم عليه فيدفع عنه الخصومة بمعنى كون العين عند الحاكم حتى يظهر امرها ولو اقر بانه للمدعى يجب دفعها اليه ولا ينافى

اقراره بعدم كونها له اذا علله بوجه صحيح

المسألة *الرابعة اذا ادعى *مدعى *انه *مثلاً قد *آجره الدابة *
المعينة لمن هي في يده مدة معينة *وادعى آخر أنه اودعه *أو أعاره *اياها *
في المدة المزبورة *تحقق التعارض مع *فرض *قيام البيئتين بالدعويين *
وعدم تصديق من هي في يده لاحدهما لموته او عدم حضوره او غير ذلك *وعمل
بالقرعة مع *فرض *تساوي البيئتين في عدم الترجيح *.

والمسألة مشكلة من جهات الاولى من حيث ان فرض المسألة هل يكون في ان
العين بيد ثالث وهجم عليه المدعيان كما هو صريح الشارحين الجواهر والمسالك
اولا بل الكلام في ان مدعى يدعى على المالك .

ولعل الظاهر من المتن هو الثاني وعليه كان تفسير المتن اذا ادعى مدعى
انه قد آجره الدابة وادعى آخر هو المالك انه اودعه فالمالك مدعى للايداع
والاخر للاجارة في زمن معين فاراد المالك اخذها من حيث انه اودعها فله
ارجاعها والمدعى يدعى كونها اجارة الى مدة معينة فليس لك الارجاع فقله
اذا ادعى اى المدعى الاجارة .

وقوله وادعى الاخر نفس المالك فلا ذكر لثالث حتى يقول في المسالك
حكم بها لمن يصدقه المتشبهت ويكون ذلك سبباً لا يراد الجواهر عليه بانه عدم
العبرة بتصديق المتشبهت وتفسير نفسه بقوله وعدم تصديق من هي في يده وكيف
تصور كون الدابة في يد ثالث حتى يدعى على الثالث مدعيان وهو بعيد عن العبارة
وسوق مصب الدعوى .

و كيف كان فلا اظن كون العين بيد ثالث فضلاً عن تصديقه لاحدهما
اذما يمكن تفسير المتن هو ان المالك مدعى للاجارة والاخر مدعى للايداع
او العكس وعلى الاول كان غرض المالك اخذ مال الاجارة والاخر عدمها وعلى

الثاني كان غرض المالك اخذ العين والاخر بقائها عنده الى آخر المدة للاستيفاء عن الدابة .

الجهة الثانية من حيث ان المسألة من اختلاف العقود حتى يلزم ذكرها فيها او من اختلاف الاملاك حتى يصح ذكر المصنف في المقام والاختلاف في العقود ما اذا لم يختلف في المالك .

والخلاف بينهما في العقد مثل ان يقول المالك بعثك ويقول الاخر وهبته فمع الاتفاق في المالك كان الاختلاف في البيع او الهبة وفي المسالك جعلها من باب الاختلاف في العقود .

وكلام المصنف في الاختلاف في الاملاك والشارح الجواهر جعلها من باب الاختلاف في الاملاك و ان ذكرها المصنف في هذا الباب في محله والشارح المسالك في العقود وهما متعاكسان والاول تعدد المالكين والثاني تعدد العقد . وحيث ان صاحب الجواهر جعله من باب الاختلاف في الاملاك شرح العبارة بما ينطبق فيها وحاصله بناء على شرح الجواهر كان المقصود من المتن انه ادعى المالك باجارة دابته و آخر بالايديع و ظهور المتن في الاختلاف في العقود غير خفي مع اتحاد المالك فالمالك يقول ان الدابة عندك بالاجارة والاخر يقول عندي بالاعارة او الوديعة منك فالكلام في ان العقد اجارة او عارية مع مالك واحد فلا العقود متحداً ولا المالك متعدداً و ح الاشكال في ذكره في باب الاختلاف الاملاك في محله .

و في المسالك في شرح العبارة قال « المراد ان الدابة في يد المدعى عليه ، والمدعيان خارجان فادعى أحدهما انه آجرها من صاحب اليد و ادعى الاخر انه اودعه اياها، فان لم يقيما بينة حكم بها لمن يصدقه المشتبث، وان اقام كل منهما بينة بدعواه تحقق التعارض بين البينتين مع الاطلاق واتحاد التاريخين وحينئذ فيرجع الى ترجيح احدي البينتين بالعدالة او العدد ، فان انتفى فالقرعة

ولو تقدم تاريخ احدهما بنى على الترجيح به وعدمه، وقد تقدم نظيره في الملك وسيأتي مثله، وقد كان ذكر هذه المسألة في المقصد الثاني أولى، لان الاختلاف فيها اختلاف في العقود « انتهى » .

ومما يرد على المسالك ان ظاهر المصنف هجوم دعوى مدعى واحد على المالك بعد كون دابة المالك في يد المدعى فقال المالك الدابة التي في يدك او دعمتك وقال المدعى آجرتنى اياها واما كون الدابة في يد المدعى عليه والمدعيان خارجان الخ فلم يكن في المتن ولا ظاهرا فيه ولا كون المتمشيت احدهما مع امكان البيان من المالك في امرها حينئذ.

ولذا في الجواهر بعد نقل عبارة المسالك قال على ان قوله اولا : « في يد المدعى عليه » يقتضى كون الدعوى منهما عليه ، مع ان المسألة في الدعوى بينهما مع قطع النظر عن من في يده ، فتأمل انتهى يعنى ان الدعوى بين المدعى والمالك لالمدعيان عليه بلائاث في البين ونتيجة الدعوى مطالبة المالك اجرة الاجارة والاخر ينكرها .

ولكن الانصاف ان ظهور المتن في كون الدابة بيد ثالث اظهر وعليه قال احد المدعيين انها اجارة الى سنة فلاحق لك فيها وقال الاخر هي عارية لي وليس لك حق فيها وذلك لان النزاع بين الاجارة والايداع من المدعيين ظاهر في خروج المالك مضافا الى انه لو كان بين المالك و المدعى كان المناسب ان يدعى المالك الاستئجار والمدعى عليه الايداع كى يكون ثمرة النزاع عدم دفع المدعى عليه مال الاجارة .

وكيف كان فالمسألة من باب الاختلاف في العقود ولذا في الجواهر حكاه عن القواعد مفروضة في اختلاف العقود ، قال : « ولو ادعى استئجار العين وادعى المالك الايداع تعارضت البيمتان وحكم بالقرعة مع تساويهما وذلك لان المالك متحد و نزاع المالك مع المدعى في مال الاجارة من المالك الواحد و اختلاف

العقود مع المالك الواحد مسلم فلا يكون من باب اختلاف المالكين .
وكيف كان فالظاهر عدم استقامة العبارة فلو حمل على الاختلاف العقود
ببعض ما فرضه في المسالك لكان احسن .

فان قلت لم لا يكون ظاهر المتن بحاله من اختلاف المالكين دون عقدين
قلت لا يصح العبارة الا بالحمل على اختلاف العقود اذ هو صريح في ان النزاع
بين عقد الاجارة من المدعى عليه والايدياع من المدعى والفرض ان المالك ايضا
متحد وهو المدعى عليه والكلام في استحقاق مال الاجارة وعدمه فلا وجه لجعل
المسألة في اختلاف المالكين بل الكلام في ان المالك له اصل الاستحقاق وعدمه
او ان العقد اجارة حتى لا يستحق المالك اخذ الدابة من يد المدعى في مدة الاجارة
او اعارة ويستحق النزاع .

قال في الجواهر ما لفظه وكيف كان فما ذكره المصنف بناء على ما عرفت
غير مفروض القواعد وان ابيت عن تفسير المتن بما سمعت ، لعدم مدخلية اختلافهما
في الاجارة والايدياع في ذلك ضرورة مساواته لما اذا ادعى كل منهما الاجارة
او الوديعة ، اذ المراد ببيان كونها له بذلك فالمتجه حينئذ تفسيرها بارادة بيان
التداعي بين المدعين الخارجين مع قطع النظر عن المالك لغيبة مثلا او غيرها
فقال احدهما : ان المالك قد آجرها لى سنة مثلا وقال الآخر : ان المالك او
دعنيها او اعارنيها السنة المزبورة واقام كل منهما بينة واتحدتاريخهما وعددهما
وعدالتهما يقرع بينهما انتهى ظاهر تصديقه بانها من اختلاف العقود فالاختلاف
في ان العقد اجارة او ايدياع او عقد بيع او هبة فالمالك واحد والكلام في العقد .
و يمكن ان من ذلك ما قد روى عن امير المؤمنين عليه السلام «في الثوب يدعيه
الرجل في يدرجل فيقول الذي هو في يديه : هولك عندي رهن ، ويقول الاخر
هولى عندك وديعة ، قال : القول قوله ، وعلى الذى فى يديه البينة انه رهن عنده»
المسألة ﴿الخامسة لو ادعى ﴿زيد﴾ دارا ﴿ونحوها﴾ فى يد انسان ﴿مثل

عمر و ﴿واقام﴾ هذا المدعى ﴿بينته انها﴾ اى الدار ﴿كانت فى يده﴾ اى فى يد المدعى ﴿امس او منذ شهر﴾ توضيحه انه ادعى مدعى بان هذه الدار التى فعلا بيد عمر و كانت لى وشهد بينته بانه فى الامس او منذ شهر او سنة بيده
 ﴿قيل﴾ كما عن الاسكافى والشيخ فى الخلاف والمبسوط بانه ﴿لا تسمع هذه البينة﴾ لوجهين الاولى ان اليد الحالية الفعلية ظاهر فى الملكية لعمر و والثانية ان المدعى يدعى بالملكية الفعلية وبينته تشهد بانه فى الامس او فى اول الشهر كانت له فالادعاء غير شهادة البينة لامكان كونه فى اول الشهر للمدعى وصارت بعده ملكا لعمر و.

﴿وكذا﴾ لا يسمع ﴿اوشهدت له﴾ اى للمدعى ﴿بالمملك امس﴾ اى بان كان فى امس مالكا والفرق بينهما ان فى الاولى تشهد بانه فى الامس بيده وفى الثانية بانه فى الامس ملكه فانهما مشتر كان فى الضعف لان ادعاء المملك قبلا لا يدل على بقاءه فى حال كونه بيد الحاضرة ﴿لان ظاهر اليد﴾ الفعلى ﴿الان المملك﴾ لعمر و ﴿فلا تدفع﴾ هذا المملك الفعلى الى زيد ﴿بالمحتمل﴾ .

وفى الجواهر وهو اليد والمملك السابقان الخ وفى الكفاية ما لفظه اذا كان فى يد احد دار وادعاها غيره واقام بينة على انها كانت امس فى يده او كانت امس ملكا له ففى تقديم اى الامرين قولان كلاهما للشيخ فى المبسوط والخلاف على ما نقل احدهما ان القديمة منهما لا تسمع اصلا و يقضى باليد الحالية لان ظاهر اليد الان المملك فلا يدفعها اليد السابقة لاحتمال ان يكون بعارية ونحوها وكذا المملك السابق لاحتمال الانتقال واحتج فى (ط) بعدم المطابقة بين الدعوى والشهادة لان الدعوى متعلقة بالحال و الشهادة بالسابق فلا توافق بينهما والقول الثانى القبول لمشار كتتهما فى الدلالة على المملك الحالى وانفراد السابقة بالزمن السابق وفيه تأمل .

والتحقيق ان البينة ان قامت على اليد السابقة فالاعتراض بينهما وبين السيد

اللاحقة فلا ينطبق على الدعوى كما مر ودعوى الاستصحاب ضعيفة وكذا ان كانت البينة على التصرف السابق وكذا ان كانت على الملك المطلق وكذا ان كانت على الاشتراء لان الاشتراء من غير ذي اليد غير نافع ومن ذي اليد او ذي التصرف يرجع الى احدهما ونحوه لوقال الشاهد انتجه في ملكه ولو قال اصطاده كان فيه ايضا احتمال الانتقال فلا تعارض اليد اللاحقة والتصرف اللاحق انتهى .

والمسألة ذات قولين وكلاهما للشيخ في كتابيه وحاصله لو ادعى زيد مثلاً ان الدار التي بيد عمر وفعلاً كانت بيدي في الامس او في منذ شهر وعمر ومنكر لذلك فهل يسمع قول زيد او قول عمر والمسألة في غاية الخلاف بين الاعلام واستدلوا للثاني بان اليد الحالية ظاهرة في الملك وللأول باستصحاب بقاء الملك لزيد الى حال كونه في يد عمر و فروح النزاع هو المعارضة بين اليد والاستصحاب فهل يقدم الأول او الثاني ويرد على الأول بالمنع من ظهور اليد في الملك بنحو الإطلاق لبداية انه كثيراً ما يكون المال في الأيدي عارية او امانة او رهناً او غصباً .

وعلى الثاني بانه اولاً كانت المعارضة بين اليدين السابقة واللاحقة لابين اليد والاستصحاب وثانياً بان اليد واردة على الاصل فيما كانت المعارضة بينهما وثالثاً ان ذلك يصح فيما كان الاصل باقياً بحاله من حيث الشك في البقاء والمقام من قبيل الشك في اصل الثبوت الناشئ من اليد الحالية لان الفرض ان الأول يدعى كونه له والثاني يكذبه وانه ليس لك ومعه كيف يقطع بكون الدار في زمان ملكاً لزيد كي يستصحب بقائه .

وقد مألأ كلام الاعلام من الاستصحاب وتمسك المصنف لتقدم السابق ايضا بالاستصحاب وقد اطالوا الكلام بذكره مع انه مع انكاريد السابق يشك قطعاً في اصل الثبوت لالبقاء .

هذا مضافاً الى فساد الاستصحاب ولو مع قطع النظر عن الشك السارى فان معنى الحكم بالبقاء هو استمراره حتى في زمان ملكية اليد الحالية ولا يصح

الحكم بان قبل زمان اللاحق لامعارضة فلامانع لاستمرار الحالة السابقة وفساده ظاهر فان المعارضة في جميع الحالات فاذن لا يصح الحكم ببقاء شيء واستمراره الى بعد زمان اللاحق .

ومنه يعلم عدم صحة معارضة اليد مع الاستصحاب فانه مضافا الى بطلانه لورود اليد على الاستصحاب لاستصحاب في البين كى تكون اليد واردة عليه بل المعارضة بين اليدين يد الحاضرة والسابقة ولاعلم بتحقق اليد السابقة حينئذ فلاشكال ليس منحصراً في عدم القبول كما قال .

❦ وفيه ❦ اى في عدم القبول ❦ اشكال ❦ بل في القبول ايضا اشكال فالمسألة لا يرتبط بتعارض الاصل مع اليد اذ لا اصل في البين .

قال في المفاتيح ما هذا لفظه اليد ظاهرة في الملك مالم يعارضها البيئنة فان كان في يدهما او يد من اقر لهما ، قضى بينهما نصفين ويحلف كل منهما لصاحبه . وان كان في يد احدهما أو من اقر لاحدهما ، قضى له مع يمينه .

فان أقام كل منهما مع اليد بيئنة بالكل ، ولم يمكن التوفيق بين البيئتين قضى بينهما نصفين ، لالتساقط البيئتين وبقاء الحكم ، كما لو لم يكن هناك بيئنة كما قيل ، ولزم عليه احلاف كل منهما لصاحبه ، ولا لان مع كل منهما مرجح باليد على نصفه ، فقدمت بيئنة على ما في يده كما قاله آخرون ، بل لتقدم بيئنة الخارج لكونه مدعيا ، فيقضى لكل بما في يد الاخر .

وان اختص أحدهما باليد ، قضى به لاكثرهما بيئنة مع يمينه للصحيح ، ومع التساوى للخارج لتقدم بيئته وللنص المؤكد المعلن انتهى .

❦ ولعل الاقرب القبول ❦ وفي الجواهر عند المصنف كما هو احد قولى الشيخ ايضاً ، لان اليد الحاضرة وان كانت داييل الملك لكن السابقة المستصحة والملك السابق كذلك أولى ، لمشاركتها لها في الدلالة على الملك الان وانفردهما بالزمن السابق فيكونان أرجح ، والحكم باستصحابها أو جب المطابقة بين الدعوى

والشهادة ، ولأن الثابت من اقتضاء اليد الملكية فعلا حال عدم ما يعارضها ولو استصحاب يدعيه الخصم ، ولذا صرح غير واحد بانتزاع العين من يد من أقربائها ملك المدعى أمس انتهى فاللازم اخذ الدارمن يد المتأخر وتدفع الى المتقدم .

وفي الخلاف ما لفظه اذا ادعى داراً في يدرجل فقال هذه الدار التي هي في يدك لي وملكى فانكر المدعى عليه فاقام المدعى البينة انها كانت في يده أمس او منذ سنة لم تسمع هذه البينة وللشافعي فيها (فيه) قولان احدهما مثل ما قلناه وهو ما نقله المزني والربيع ونقل البويطي انها تسمع واختلف اصحابه على طريقين فقال ابو العباس المسئلة على قولين وقال ابو اسحق المسئلة على قول واحد وهوانها لا تسمع كما قلناه وهو اختيار ابي حامد الاسفرايني وهو المذهب عندهم .

[دليلنا] ان المدعى يدعى الملك في حال والبينة تشهد له بالامس فقد شهدت له بغير ما يدعيه فلا تقبل فان قالوا انها شهدت له بالملك أمس والملك يستدام الى ان يعلم زواله قلنا لانسلم ان الملك ثبت بها حتى يكون مستداماً على ان زوال الاول موجود فلا يزال الثابت بامر محتمل انتهى .

وفي المسالك بعد قوله لو ادعى داراً ما هذا لفظه اذا كان في يد احد دار وادعاه غير و اقام بينة على انها كانت في يده وملكه بالامس او منذ شهر مثلاً فقد تعارض هنا اليد الحالية والقديمة او الملك القديم وفي تقديم ايهما قولان للشيخ في كل واحد من المبسوط والخلاف

احدهما ان القديمة منهما لا يسمع اصلاً ويقضى باليد الحالية لان اليد ظاهرها الان الملك فلا يدفعها امر محتمل اذ يحتمل ان يكون مع الاول بعارية ونحوها في صورة دعوى اليد وثبوت مطلق اليد لا يستلزم ثبوت اليد الخاصة المفيدة للملك ويحتمل في صورة دعوى الملك ان ينتقل بعد الامس الى غيره فكل واحد من الامرين غير متحقق الملك الان واحتج في المبسوط ايضا بعدم المطابقة بين

الدعوى والشهادة اذ الدعوى بالملك الحالي والشهادة بالملك القديم ولوقيل ان ثبوته في الماضي يوجب استصحابه الى الان منع بان اليد الحاضرة الظاهرة في الملك معارضة له فلم يتم استدامته خصوصاً اليد الماضية لانقطاعها رأساً .

والثاني وهو الذي اختاره المصنف القبول لان اليد الحاضرة ان كانت دليل الملك فالسابقة المستصحة او الملك الفعلي المستصحب اولى لمشاركتها لهافي الدلالة على الملك الان وانفرادهما بالزمن السابق فيكونان ارجح والحكم باستصحابها اوجب المطابقة بين الدعوى والشهادة وقد تقدم البحث فيه والفرق بين هذه والسابقة الموجبة لاعادة البحث ان المعارضة في هذه بين اليد المتحققة واليد السابقة الثابتة بالبينه او الملك السابق كذلك والسابقة وقع فيها التعارض بين البينتين الدالة احديهما على اليد في الحال مع عدم ظهورها والاخرى على الملك السابق فلا تعرض فيها للمعارضة بين اليد السابقة والحالية وقد تأكد من اطلاقه الحكم هنا وفي السابقة بتقديم الملك القديم بغير تقييد له بكونه الان او عدم العلم بالمزبل ان اضافة ذلك غير شرط والاصح اشتراط اضافة ما يعلم منه ان الشاهد لم يتجدد عنده علم الانتقال لما بيناه من عدم المنافاة بين علمه بالسابق وشهادته به مع انتقاله عن المالك الان .

واعلم ان موضع الخلاف في تقديم بينة المالك واليد السابقتين على اليد الحالية ما اذا لم يشهد بينة السابق بفساد اليد الحالية فان قالت انه غصبها من ذي الملك او اليد القديمين او بعدم استحقاقها للملك بان شهدت انها في يد الثاني بالاجارة من الاول او العادية والاقدمت السابقة بغير اشكال لعدم التعارض على هذا الوجه ، انتهى .

وقد تردد في اختيار احد القولين المصنف حتى قال .

وحاصله انه يدعى الملك فعلاً والشاهد يدعى قبلاً في امس او منذ شهر فهما لا ينطبقان على شيء واحد ولا يصح ان يقال لو كانت الشهادة بالملك في امس

لكان باقيا الى حين يد عمرو عليه فيصح اخذها من عمرو والدفع الى زيدلانه
يقال لانسلم بقاء الملك واستدامته مضافا الى ان زواله موجود لانه فعلاييد عمرو
فهذا الامر الموجود لايزول بالمحتمل وهو كونه ملكا للاول .

قال في المختلف ما لفظه قال الشيخ في « المبسوط » اذا ادعى داراً في
يد رجل ، فقال : هذه الدار التي في يدك لي وملكى ، فأنكر المدعى عليه ، فأقام
المدعى بينة أنها كانت في يده أمس أو منذ سنة سواء فهل تسمع هذه البينة أم لا
قال قوم : هي غير مسموعة ، وقال آخرون : مسموعة ، ويقضى بها للمدعى ،
ولافصل بين أن تشهد البينة له بالملك امس ، وبين ان تشهد له باليد امس ،
والصحيح عندنا ان هذه الدعوى غير مسموعة . فمن قال : هي مسموعة ، حكم بالدار
للمدعى ، ومن قال : غير مسموعة ، فلا بينة مع المدعى ، فيكون القول قول المدعى
عليه مع يمينه .

وكذا قال في « الخلاف » الى ان ساق العبارة المتقدمة عن الخلاف والى
آخر كلامه المفصلة مع كثرة تحيره في الحكم حتى عبر عنه في الجواهر بانه
لا يخلو عن تدافع .

وقد تحير الاصحاب في اختيار قول صاحب اليد الحالية دون المحتملة
السابقة وقدمر عبارة صاحب العروة واختياره هذا فرجع واختار المصنف الثاني على
ترديد واشكال بزعم ان الثاني معاضد بالاستصحاب واستمرار حكم الملكية في
زمان دعوى الاول فهو اولى بالقبول ونقل استدلال القائلين بالثاني السيد في عروته
ايضا فقال في مقام اختيار قول صاحب اليد الحالية .

والاقوى الأول لظهور اليد في الملكية وكونها اماره عليها ولا يعارضها
استصحاب حكم اليد أو الملكية السابق لانه اصل واليد اماره .

ثم قال في مقام رد المحقق ما هذا لفظه واما : ما استدله للقول الثاني : من
انه اذا كانت اليد الحالية دليلا على الملكية فالسابقة بالاولى لمشاركتها في

الدلالة على الملك الحالى وانفراد السابقة بملك السابق «ففيه ان دلالة السابقة على الملك الحالى انما هى بضميمة الاستصحاب بل هو الدليل وان سقط فى قبالة اليد فلا يبقى وجه للترجيح، هذا مع ان المدعى يدعى الملكية الحالية وبينته تشهد بالملكية السابقة فلا تكون بينته مطابقة لدعواه الا باعمال الاستصحاب المفروض سقوطه باليد هذا .

ثم قال ولصاحب المستند فى المقام كلام لا بأس بنقله وبيان ما فيه فانه بعد اختياره القول الاول والخدشة فى دليله بدعوى ان اليد كالاستصحاب من الاصول فيتعارضان ويتساقطان ، قال : ما حصله انهما وان سقطا بالمعارضة ولم يبق لشيء منهما حكم الا ان اليد المشاهدة الموجودة بالعيان باقية بلا معارض ، والاصل عدم التسلط على انتزاع العين من يد ذبيها و عدم جواز منه من التصرفات حتى مثل البيع والاجارة الى ان قال .

وفيه اولا : 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 انتهى بطوله قوله فى رد الملكية السابقة انما هى بضميمة الاستصحاب بل هو الدليل الخ فيرد عليه وعلى من كان وجه تقدم الثانى عنده هذا ان المعارضة بين اليدين اللاحقة والسابقة فان سقطا بالمعارضة لادليل لاعلى السابقة ولا اللاحقة فبعد السقوط لا دليل على احدهما بعد كثرة كون اللاحقة صارت غصبا و ظلماً بخلاف الاولى لقلته من انتقله الى الغير .

ثم ادعى بقاء ملكه عنده ومن ذلك يمكن ترجيح ما افاد فى المتن فلا مورد للقول بان استصحاب اصل واليد امانة فانه وان كان كذلك بل لها ورود على الاصول لكنه يصح فيما كان دليل الاصل غير دليل اليد و نحوه كما اذا علمنا بحياة زيد والبينة قائمة بموته فمقتضى الاستصحاب عدم جواز تزويج زوجته ومقتضى

مدلول البينة هو الجواز فهما متعارضان وتقدم البينة ح عليه لورودها على الاصل بخلاف المقام لان ثبوت السابق لاجل البينة .

فلو لم يكن لما علم بالثبوت في الماضي والفرض سقوطهما بالمعارضة فلا اصل في البين ولا حالة سابقة مع قطع النظر عن البينة فاذا سقطت فلا شيء في البين .

واما قوله ولصاحب المستند كلام الخ اما في مقام كلام المستند فبعد الاغماض عن كون اليد ايضا اصل ان المعارضة ليس بين اليد والاصلا كي يكون بعد سقوطهما يد المشاهدة محكمة بل المعارضة بين اليدين يد اللاحقة والسابقة فاليدان تساقطان بالمعارضة فلا يبقى يد المشاهدة ولا غير المشاهدة ومن العجيب من المستند من ذلك الكلام المحكى عنه ولكن ليس ذلك اول قارورة كسرت في الاسلام .

و كيف كان فلم يحصل الاعتماد من الاقوال المختلفة بساى الطرفين من المسألة ولم يعط بما يشفى العليل قال السيد الاجل في عروته في مقام تقديم يد الحالية ما هذا لفظه .

و كيف كان : فلا ينبغى الاشكال في ان الأقوى هو ما عن الأكثرين من تقديم اليد اللاحقه . نعم لو أقام المدعى بينة على ان العين المدعى بها كانت له أو بيده سابقاً وان ذا اليد أخذها منه غصباً أو عارية أو أمانة أو بعنوان الاجارة أو نحوها ، قدم قولاً لان مقتضى الاستصحاب بقاء اليد السابقة على حالها وهذا استصحاب موضوعي مبين لحال اليد و كفيئتها فهو مقدم عليها ، انتهى .

ولا يخفى وضوح المسألة حينئذ اذ بعد اقامة بينة معتبرة على الغصب يظهر منه بقاء ملكه ولا ينسلم الاستصحاب حينئذ فان البينة في قوة اثبات بقاء الحالة السابقة وعمدة الكلام في التعارض بين اليد الحاضرة واستصحاب السابقة فان مقتضى الملكية السابقة هو بقائها الى زمن ادعاء اللاحق وقد اطال الكلام في الاستصحاب المحقق الرشتي فراجع .

وليت شعري ما وجه تكثر العبارات فى الاستصحاب فى المقام فهل يكون مرادهم بوجود حالة سابقة فى اليد السابقة سوى البيينة او لا والاول كما ترى اذ ليس فى البين الاتحقق نزاع اللاحق والسابق فى ملك معين كان لزيد او عمر وبقبل المعارضة لاشك فى السابق اصلا بل يعلم بكون ملك لزيد وبعده المعارضة يقع الشك فى ان الملك السابق هل يكون لزيد او لافيقع الريب فى ادلة كليهما لان بثوت كليهما بالبيينة فاذا حصل من السابقة المتقدمة الحالة السابقة زالت بسقوط البينتين ولو فرض بقاء الحالة السابقة كانت بيينة المتأخرة مما لموجب الشك فى ملكية السابقة فيشك فى ان من اول الامر كان المتقدم مالكا او لافا لاصل لا يبقى بالشك السارى كما تقدم والمسألة فى غاية الاشكال .

ومما ذكرنا يعلم حال الاستصحاب فى كلام الاصحاب وان اللازم فى اجزاء الاصل هو الشك فى البقاء لا الثبوت من اول الامر .

فان قلت اليس قد قطع بمملك زيد فى السابق .

فان قلت نعم فهو الحالة السابقة التى يوجب الحكم ببقاء المستصحب عند حصول الشك وان قلت لافهو المكابرة مع الوجدان قلت الحالة السابقة لدار زيد ان كان بلا دليل يدل على الملكية فهى غير حاصلة الا بأن يقال ان الدار فى الازل ملكاً لزيد فالاصل بقائها وهو كما ترى فلا بد من ثبوته من دليل يدل عليه فبعد الدليل يحصل العلم بان الدار لزيد فتحقق الحالة السابقة للدار فرع قيام الدليل على الثبوت وبعده يصح الشهادة ويحصل العلم بانها لزيد فالشهادة بدون دليل على الملك شهادة كاذبة ولا يحصل العلم بالملكية فحصول العلم وصحة الشهادة كلاهما متوقفان على قيام الدليل على الملكية .

فبالشهادة يعلم كونها لزيد فاذا زالت الشهادة بالمعارضة زالت العلم بالحالة السابقة فالاستصحاب والبيينة فى المقام كلاهما توأمان متلازمان وليس بحيث يصح بذهاب الشهادة وسقوطها بقى الاستصحاب فانه بالسقوط لا دليل على الثبوت فلا

اصل في البين وقد عرفت انه مع غرض عن ذلك كانت المعارضة موجبة لسراية الشك في اصل ثبوته فان قلت لم كررت ذلك مع كفاية بيان واحد قلت تكرراره من قبيل تكرار القرآن ذكر الجنة والنار ولولا اهمية المقام لم يتكرر مع وحدة المقام ومع ذلك اخاف ان لا يفهم مرادى ومحصله ان دعوى المتأخر يوجب الشك في اصل الثبوت وقد حكي في الجواهر بعض الاقوال وانا انقل عبارته بطوله لاشتمالها على بعض كلمات الافاضل من غير احتياج الى نقل علاحدة فقال ما هو لفظه :

وكان عبارة الفاضل في القواعد لا يخلو من تدافع في الجملة ، حيث قال في المسألة : «ولو شهد أنه كان في يد المدعى بالامس قبل ، وجعل المدعى صاحب يد ، وقيل : لا يقبل لان ظاهر اليد الآن الملك ، فلا يدفع بالمحتمل ، نعم لو شهدت بينة المدعى ان صاحب اليد غصبه او استأجرها منه حكم له ، لانها شهدت بالملك وسبب يد الثاني» .

وقد قال سابقاً : «ولو شهدت البينة بأن الملك له بالامس ولم تتعرض للحال لم تسمع الا ان تقول : وهو ملكه في الحال او لا تعلم له مزبلا ، ولو قال : اعتقد أنه ملكه بالاستصحاب ففي قبوله اشكال أما لو شهد بأنه أقر له بالامس ثبت الاقرار واستصحاب موجب وان لم يتعرض للشاهد للملك الحالي ، 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 اشتراه من المدعى عليه ، أو أقر له المدعى عليه بالامس لانه استند الى تحقيق» .

ثم نقل عبارة الارشاد قال : «ولو شهدت بملكه في الامس لم تسمع حتى تقول وهو ملكه في الحال او لا أعلم زواله ، ولو قال : لا أدري زال أم لا يقبل ، اما لو قال هو ملكه بالامس اشتراه من المدعى عليه أو أقر له به او غصبه من المدعى او استأجره منه قبل ، ولو شهد بالاقرار الماضي ثبت وان لم يتعرض للملك في الحال ، ولو قال المدعى عليه : كان ملكك بالامس انتزع من يده ، ولو شهد أنه كان في يده أمس

ثبتت اليد وانتزعت من يد الخصم على اشكال» ثم قال :
 وفي غاية المراد التصريح باختيار المصنف وكذا الفاضل في المختلف واقتصر
 في الدروس على نقل القولين من دون ترجيح ، ولعل الوجه في ذلك منهم ما اشرنا
 اليه سابقاً من عدم الحكم بالشهادة حتى يضيف اليها ما يقتضى الشهادة بالحال ،
 أما مع عدم ذلك فليس الا الاستصحاب ، وهي المسألة التي اختلف فيها كلام الشيخ
 وعلى كل حال فقد احتج في المختلف على مختاره بما حاصله أنه قدينا
 تقديم البينة التي تشهد بالملك القديم على البينة التي تشهد بالملك الحادث ،
 وهو مما لا يجتمع مع القول بعدم الحكم بسبق اليد التي هي دليل ظاهر على
 الملكية ، فاذا ثبت بالبينة أو بالاقرار سبقها فقد ثبت دليل الملك ، وثبوت دليل
 الملك يقتضى ثبوت مدلوله ، والا لم يكن دليلاً ، وقد عرفت تقديم بينة قدم
 الملك ، ثم حكى عن الشيخ الاحتجاج بأعمية اليد السابقة من الملكية ، وأجاب
 بمنع ذلك فان اليد مع عدم دليل ينافى الملكية دليل عليها ، والا لجا ذلك في
 اليد المتأخرة ايضاً انتهى .

ولا يخفى انه بعد اللتا والتي لا يعلم ان المقدم هو البينة التي تشهد بالملك القديم
 او بينة التي تشهد بالملك المتأخر فان جعلت اليد دليلاً على الملك فلا فرق بين اليد
 القديم او الجديد مع ان اليد لا تدل على الملك بل هي اعم لامكان كون الملك بيد عارية
 او ودیعة او غصبا فكيف تكون دليلاً على الملكية مع ان اكثر الايدى المتصرفه
 كان غصبا وسرقة خصوصاً في عصرنا الحاضر وقد سلط الناس بعضهم على بعض في
 اخذ اموالهم وديارهم وعقارهم وحدائقهم ومزارعهم وضياعهم .

وكم من املاك المتقدمين وقع على ايدي المتأخرين ظلماً ولم يتكلم
 صاحبيه خوفاً فكيف يمكن الاعتماد على شهادة الشاهد بالملك للمتأخر .

وفي ترددات الشرايع وبعد قول المصنف قيل : لا يسمع هذه البينة الى

قوله ، وفيه اشكال ولعل الاقرب القبول قال : القائل هو الشيخ رحمه الله في

الخلاف ، محتجاً بأن المدعى يدعى الملك في الحال والبينة يشهد له بالامس فقد شهدت له بغير ما يدعيه فلم يقبل . ثم قال : فان قالوا : انها شهدت له بالملك أمس والملك مستدام الى أن يعلم زواله قلنا : لانسلم ان الملك يثبت بها حتى يكون مستداماً ، على أن زوال الاول موجود فلا يزال الثابت بامر محتمل . وهو أحد قولى الشافعى .

واعلم أن هذا البحث يبنى على مسألة يجب تحقيقها وبها يتضح وجه الاشكال وهى أن الشهادة بقديم الملك هل هى أولى من الشهادة لحدثه أم لا ؟ فنقول : اختلف قول الشيخ رحمه الله فى هذه المسألة ، فذهب فى الخلاف الى أن الملك المتنازع فيه ان كان فى يد من شهدت له البينة بقديم الملك قضى له به ، لان معه حجتين : بينة قديمة ويد . وان كان فى يد من شهدت بحديث الملك فصاحب اليد أولى ، وهو مذهب أبى حنيفة .

وذهب فى المبسوط الى أن الشهادة بقديم الملك أولى مطلقاً ، سواء حصل معها يد أو لم يحصل ، قال : وهو الذى يدل عليه أخبارنا ، لان البينة أقوى من اليد ، وكذلك مارجح بالبينة أقوى مارجح باليد ، ولان صاحب اليد مدعى عليه والمدعى من له البينة بقديم الملك ، فكان أولى للخبر .

وما ذكره فى المبسوط أقوى ، فعلى هذا يسمع البينة فى المسألة التى ذكرها المصنف ، لان البينة يشهد له بقديم الملك وبينة الاخرى بحدثه انتهى وفى قضاء المحقق الاشتيائى بعد عباراته المفصلة ما لفظه :

ثم انه ذكر بعد ما عرفته ان حاصل ما ذكرنا من اول المسئلة الى هنا ان فى المسئلة وجوها بل اقوالا ثلثة احدها ماذهب اليه الاكثرون من تقديم اقدم والتقديم ثانيها ما ذهب اليه ابن ادريس ناسباله الى الاصحاب فى ظاهر كلامه وان لم نحققه بل المحقق خلافه وتبعه بعض من تاخر عنه من الحكم بالتساوى والتساقط

عن رأس ثالثها ما جنح اليه الفاضل الاصفهاني في الكشف وجزم به المحقق جمال الدين قدس سره في تعليقاته على الروضة على ما حكى عنه من الحكم بتقديم المتأخرة .

والدليل على ما ذهب اليه الاكثرون امران احدهما ما ذكره في كلماتهم من تعارض البيئتين في مورده وتساقطهما فيه فتبقى البيئته المتقدمة سليمة عن المعارض بالنسبة الى الزمان الزايد فيقضى بها بضميمة الاستصحاب ثم الوجه في الحكم بتساقط البيئتين اما حمل كلامهما على الواقع او عدم تسليم قاعدة الجمع هنا على ماسياتي وجهه وان حمل على الظاهر .

ثانيهما دلالة بعض الاخبار عليه وهو صحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام انه كان اذا اختصم الخصمان في جارية فزعم احدهما انه اشترى بها وزعم الاخر انه انتجها و كانا اذا اقاما البيئته جميعا قضى بها للذي انتجت عنده وجه الدلالة انه عليه السلام كان يقضى بالبيئته التي تشهد بالانتاج مع كونه مقدما على الاشتراء الذي تشهد به البيئته الاخرى فيكشف هذا عن كون البيئته المتقدمة مقدمة على المتأخرة والقول بعدم دلالة على ذلك لاحتمال كون الشراء مقدما على الانتاج بان يشتري الجارية في بطن امها بالبيع فاسد جداً لمخالفته لظاهر الرواية كما لا يخفى .

واما الدليل على ما ذهب اليه ابن ادريس ومن تبعه من الحكم بالتساوي وعدم القول بالترجيح بالقدم والحدوث اصلا فهو ما ذكره العلامة ره في القواعد من عدم الدليل على القضاء بالبيئته المنضمة الى الاستصحاب في جميع التقادير .

واما الدليل على ما مال اليه في كشف اللثام وجزم به المحقق المتقدم ذكره من الحكم بتقديم المتأخرة فهو قاعدة الجمع بين البيئتين مهما يمكن بحمل

المتقدمة على كون مستندها في الشهادة على البقاء هو الاستصحاب والمتأخرة على كون مستندها في الشهادة على حدوث مايزيل الاستصحاب ويرفعه والدليل على الجمع المذكور امران .

احدهما نفس مادل على تصديق البينتين والعمل بهما بقدر الامكان فان مقتضاء الجمع بينهما ولو بحمل احديهما او كليتهما على ما لا تكون ظاهرة فيه حسبما عرفت تفصيل القول فيه غير مرة .

فانيهما مقتضى تعليله عليه السلام سماع الشاهد في بعض اخبار الشاهد واليمين بقوله عليه السلام لتلا يرد شهادة مؤمن فان مقتضاه التحرى لعدم الرد بقدر الامكان انتهى موضع الحاجة قال في المختلف ما لفظه:

قال الشيخ في «المبسوط»: اذا كانت الدار في يدا احد المتداعيين ، واقام بيعة بأنها ملكه منذسنة ، واقام الاخر بيعة بانها له منذسنتين قال قوم : لصاحب اليد ، ولا ينظر الى قديم الملك وحديثه ، وقال آخرون : قديم الملك أولى من اليد - وهو الذي يدل عليه أخبارنا - لان البيعة اقول من اليد ، وكذلك ما رجح بالبيعة أقوى مما رجح باليد ، ولان صاحب اليد مدعى عليه ، والمدعى من له البيعة بقديم الملك ، فكان أولى ، للخبر ، وهذا يعطى تر جيح بيعة الخارج ، لشهادته بالقديم ، وكونه خارجاً وقال في «الخلاص»: اذا كانت في يد حديث الملك فصاحب اليد أولى .

واستدل عليه : باجماع الفرقة ، وأخبارهم ، وخبر جابر عن رسول الله صلى الله عليه وآله ، ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وآله في دابة او بعير ، فأقام كل واحد منهما البيعة أنها له ، أنتجها ، ففضى بها رسول الله صلى الله عليه وآله لمن هي في يده . وروى غياث بن ابراهيم ، عن الصادق عليه السلام ، أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان في دابة ، وكلاهما أقام البيعة انه أنتجها ، ففضى للذي هي في يده

وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين .

والوجه ما قاله في «المبسوط» لان قديم الملك اولى من حديثه ، و بينة الخارج أيضاً أولى ، فاذا اجتمع وجهها رجحان ، قضى لمانسبا اليه ، لاستقلال كل منهما بالقضاء ، فاجتماعهما أولى ، ولا دلالة في الحديثين على خلاف ما قلناه ، لان احدهما لم تشهد بالسبق انتهى .

افلاترى الى عبارتين من المبسوط والخلاف و كل على خلاف الاخر وقال ايضا فيه ما لفظه .

قال الشيخ في «المبسوط» : اذا ادعى داراً في يد رجل ، فقال : هذه الدار التي في يدك لى وملكى ، فأنكر المدعى عليه ، فأقام المدعى بينة أنها كانت في يده أمس ، أو منذ سنة ، سواء ، فهل تسمع هذه البينة أم لا ؟ قال قوم : هي غير مسموعة ، وقال آخرون : مسموعة ، ويقضى بها للمدعى ، ولا فصل بين أن تشهد البينة له بالملك أمس ، و بين أن تشهد له باليد أمس ، والصحيح عندنا أن هذه الدعوى غير مسموعة انتهى .

وبالجمله بعد ما ظهر ان مسألة تقدم التاريخ وتقدم المالك مع مسألتنا واحد وعرفت انه من حيث التقدم والتاخر كلاهما سواء لكن من حيث البينة بينة الخارج مقدم ظهر تقدم ذى بينة خارجية بل قد ظهر ايضا فى طى كلماتنا ان المتقدم مقدم وان الغالب وقع الملك من يد المتقدم الى المتأخر بلاوجه شرعى قال فى مختصر الخلاف ما لفظه :

قال الشيخ : اذا تداعيا عيناً وادعى أحدهما انهاله منذ سنتين وادعى الاخر أنها له منذ شهر .

وأقام كل واحد بينة بما يدعيه ، و ادعى أحدهما أنها له منذ سنتين وادعى الاخر أنها ملكى الان ، واقاما البينة بذلك ، والعين المتنازع فيها فى

يد ثالث ، كانت البينة المتقدمة اولى و به قال أبو حنيفة وأصح قولى الشافعى وله قول آخر أنهما سواء .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه قد ثبت له الملك فى المدة السابقة لعدم المنازع فيها ، و اذا ثبت فى المدة السابقة ، فالاصل البقاء حتى يعلم المزيل انتهى .

فالحق ان المالك الاول مقدم خصوصا اذا كان خارجا لمن ملكه حين المنازعة فان بينته حينئذ تقدم على بينة الاخر وقال ايضا فيه .

قال الشيخ : اذا تداعيا داراً وهى فى يد أحدهما واقام أحدهما البينة بقديم الملك والاخر بحديثه ، فان كانت الدار فى يد من شهدت له بقديم الملك فهى له بلاخلاف ، لان معه ترجيحين اليد وقديم الملك ، وان كانت فى يد حديث الملك فصاحب اليد أولى ، و به قال أبو حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد : البينة بينة الخارج ، وهذا هو المعتمد ، وهو مذهب الشيخ فى المبسوط ، واختيار العلامة فى المختلف ، لان قديم الملك أولى من حديثه ، وبينة الخارج اولى من بينة الداخل . واحتج الشيخ هنا بالاجماع ، و هو غير مسلم ، لان قوله فى المبسوط خلاف ذلك انتهى .

قد عرفت عدم المناط بمن كانت العين فى يده بل المناط كل المناط ببينة الخارج .

واما الداخل فيده كافية فى اثبات الملكية ولذا لا يحتاج امر الفدك الى اثبات من على وفاطمة سلام الله عليهما .

هذا حال المسألة و كلمات الاصحاب فيه ومن جميع ما تقدم وما تأخر منى يعلم حالها وحال ما استدل عليها لكن الانصاف حسب ما يقع فى الخارج كثيراً خصوصاً فى مثل زماننا هو ان الاكثر فى موارد النزاع كون الحق مع المتقدم ووقوع الملك فى يد المتأخر غصبا وظلماً الا اذا ثبت بالدليل القطعى شرائه من السابق وهو بعيد فى الغاية لوضوح انه ان باع ملكه من المسلمين لم

يدع من المشتري بان الملك لى فعلا فليس يصح بنحو الاطلاق القول بان اليد الحالية ظاهر فى الملك ولا يدفع بالمحتمل بل اذا قلنا بتقدم بيعة الخارج لا يصل النوبة الى دعوى المتأخر فالمتأخر الذى كان يده على الملك لا برهان له على الثبوت بخلاف المتقدم الذى خلت يده عن ملكه .

والانصاف ان توهم كون يد الحالية دليلا على الملك فى غير محله وجعل ذلك لا يدفع بالامر المحتمل بتوهم ان دعوى المتقدم احتمالى غير تام جدا ولذا قال المصنف والاقرب القبول هذا مضافا الى ماتقدم مفصلا من ان من كانت العين فى يده بينته بيعة الداخل ولا اعتماد بها مع بيعة الخارج وهو المتقدم فان الفرض ان الدار فى يد المتأخر فللمتقدم اقامة البيعة وهى المسموعة لامن كان متصرفا فى الدار وليس الفرق بين المقام وبين ما تقدم .

فمع كثرة الاجماع المحكية فى عبارة مفتاح الكرامة المتقدمة الصريحة فى تقدم بيعة الخارج كيف يقال فى المقام ذلك وما تقدم منى مراراً من سقوط الاستصحاب الحالة السابقة على فرض سقوط البينتين والافبهذا اللحاظ لا يكون للمتأخر بيعة متقدمة معتمدة بل البيعة الخارج فاستصحابه ايضا باق .

و كيف كان فان كان المناط ببيعة الخارج فهى متقدمة سواء كان هو السابق المتقدم او اللاحق المتأخر والا لم يكن كذلك بان كلاهما خارجين فان كان لاحدهما رجحان قدم والانصفت العين بينهما وقد تقدمت نظيره بل عينه لعدم الفرق بين خصوصيات كل واحد وان لم يمكن التنصيف نصف قسمته .
وبالجمله قول المتقدم فى الملكية مقدم وبينته هى البيعة اذ بعد ما خلت يده عن ملكه كان خارجاً عنه .

فالقول قوله الا اذا ادعت بينته الداخل المتأخر بمثل غصب الاول وكان فى يده غصبا فيؤخذ من المتقدم كما لاشكال فيما ادعى المتقدم ذلك وان المتأخر غصبه كما اشار اليه المصنف بقوله .

و ﴿ اما لو شهدت البينة للمدعى ﴾ بما كان مشتملا على السبب مثل ان يقول
 ﴿ ان صاحب اليد ﴾ الحالية قد ﴿ غصبها ﴾ هذا الملك و كونه فى الدار غصبا
 ﴿ او استأجرها منه ﴾ الملك منى ﴿ حكم بها ﴾ للسابق المدعى للملك .
 و فى الجواهر بلا خلاف ولا اشكال ﴿ لانها شهدت بالملك ﴾ للمدعى
 ﴿ و سبب يد الثانى ﴾ وان الملك الذى عند الثانى غصب من الاول او اجارة عنه
 و حينئذ كان الملك للاول ان لم يعارضه شهادة بينة الثانى بان انكر السبب
 فيعود الاشكال .

و كيف كان فان شهد المدعى بملك السابق وان اللاحقة غصبه كان الحكم
 هو القضاء للسابق وهو واضح ﴿ و ﴾ اما ﴿ لو قال ﴾ السابق للمحاكم ﴿ غصبنى اياها ﴾
 اى الدار .

﴿ و قال آخر ﴾ اى ذو اليد له ﴿ بل اقر ﴾ المدعى ﴿ لى بها ﴾ اى بالدار
 والحاصل قال ذو اليد عند المحاكم فى مقام جواب الغصب ان المدعى اقر بان الدار لى
 ﴿ واقاما البينة قضى للمغضوب منه ﴾ .

وفى الجواهر قال بعده الذى شهدت بينته له بالملك و سبب يد المتشبهت وانها
 عادية فى مجموع وقتها و حينئذ يكون اقراره للغير بها فى زمن اليد اقرارا بعين
 مغضوبة فلا ينفذ انتهى ﴿ ولم يضمن المقر ﴾ للمقر له شيئا ﴿ لان الحيلولة لم
 تحصل باقراره بل بالبينة ﴾ .

وفى المسالك بعد قول المصنف و لو قال غصبتنى او انما قدمت بينة المغضوب منه
 منها لانها تشهد له بالملك و سبب يد المتشبهت وانها عارية فى مجموع وقتها اقراره
 للغير بها فى زمن اليد اقرارا بعين مغضوبة فلا ينفذ اقراره ولا يغرم المدعى عليه
 للمقر له لانه لم يحل بينه وبين ملكه انما الحايل البينة انتهى .

ثم ان ظاهر المصنف هو ان ذا اليد يدعى ان المدعى السابق اقر بكون
 الدار له و ظاهر القوم هو ان ذا اليد قد اقر بكون الملك للمالك السابق و دعواه

فى الانتقال منه اليه والمالك السابق منكروه ولذا صار المنكر وهو ذو اليد مدعيا والمدعى وهو المالك السابق منكرا قال السيد فى عروته ما هذا لفظه . هذا كله اذا لم يكن صاحب اليد مقراً بان العين كانت للمدعى او بيده سابقاً بل شهدت البينة بذلك .

واما لو أقر بهما فالمشورا نقلاً به مدعياً والمدعى منكراً لرجوعه حينئذ الى دعوى الانتقال منه اليه ، وكذا اذا شهدت البينة بانه أقر فى السابق انه له ، فعن الكفاية انه قال : « وفى كلامهم القطع بان صاحب اليد لو أقر أمس بان الملك له اى للمدعى او شهدت البينة باقراره امس له او أقر بان هذا له أمس قضى به له انتهى .

والمقصود اقرار ذى اليد بالملك للمدعى والكلام فى الانتقال اليه ونظيره عبارة صاحب الكفاية فى هذا المقام .

قال نعم لو شهدت البينة بان صاحب اليد الحالية غضبها من السابق او استأجرها منه او استعارها ترجحت وفى كلامهم القطع بان صاحب اليد لو اقر امس بان الملك له او شهدت البينة باقراره له امس او اقر بان هذا له امس قضى به له وفى اطلاق الحكم بذلك اشكال نعم لو اقر بانه غضبه امس من زيد او قامت البينة على ذلك او اقر بذلك امس لم ينفع اليد الحالية اذ قد ثبت بالاقرار او البينة انه اثبت عليه يد عدوان فيستصحب ذلك حتى يثبت خلافه وفى حكم الغصب فيما ذكرناه الاستيجار والاستعارة انتهى .

قال المحقق النائينى على ما فى تقرير مقرر هذا ما لفظه والاقوى عدم انتزاع المال عن ذى اليد مطلقاً فان البينة لايزيد حكمها عن علم الحاكم ولا اثر لضم عدم العلم بالمزيل كما لا اثر لاستصحاب الشاهدين بقاء المال على ملك المدعى .

فان استصحب الشاهد لايزيد على استصحاب الحاكم بل لو شهدا بالملكية

الفعلية بمقتضى الاستصحاب كان ذلك من التديس في الشهادة فانهما قد اعتملا الاستصحاب في مورد لا يجوز اعماله فيه لكونه محكوما باليد فلا يجوز للشاهد الشهادة بالاستصحاب الا في مورد لم يكن المال في يد احد المتداعيين كما اذا كان المال في يد ثالث لا يدعيه وتداعيا عليه شخصان و كان المال ملكا لاحدهما سابقا ففي ذلك يجوز الشهادة بالاستصحاب .

واما اذا كان المال في يد من يدعيه فلا يجوز الشهادة عليه بالاستصحاب فالتحقيق ان حكم البينة حكم علم الحاكم لا يجوز انتزاع المال عن اليد وتسليمه الى المدعى .

واما على الاول وهو ما اذا اقر ذواليد بان المال كان في السابق ملكا للمدعى اولمورثه فالاقوى وفاقا للمحكى عن المشهور انتزاع المال عن ذى اليد وتسليمه الى المدعى لان باقراره ينقلب الدعوى ويصير المدعى منكراً و المنكر مدعياً فانه عند الاقرار بان المال كان للمدعى اما ان يضم الى اقراره دعوى الانتقال اليه واما ان لا يضم الى اقراره ذلك بل يدعى الملكية الفعلية مع اقراره بان المال كان للمدعى فان لم يضم الى اقراره دعوى الانتقال يكون اقراره مكذبا لدعواه الملكية الفعلية فانه لا يمكن خروج المال عن ملك من كان المال ملكا له ودخوله في ملك ذى اليد بلاسبب فدعواه الملكية الفعلية يكون مناقضة لاقراره ومقتضى الاخذ باقراره بطلان يده وعدم سماع دعواه وان ضم الى اقراره دعوى الانتقال اليه ينقلب الدعوى ويصير ذواليد مدعياً للانتقال اليه انتهى موضع الحاجة .

فان قلت فعلى هذا دعوى الصديقة عليها السلام كون الفدك لرسول الله نحلة اها اقرار بكون الفدك لرسول الله صلى الله عليه وآله فتدعى الانتقال فكانت مدعية فعلية البينة .

قلت هذا التوهم نشأ من جاهل خلى من تحصيل العلم فان الصديقة عليها السلام لها دعويان الاولى الارث واثبات كذب الخبر المجعول والثانية ان المدعى لزم

عليه البينة حتى يعلم انه صادق في دعواه ولا يطلب ولا يصح عمن يشهد الله بطهارتها وعصمتها فلا يطلب البينة عمن يكون قوائين الاسلامية بيده مع عصمته كما يشهد بذلك آية التطهير .

ثم ان المراد في المقام هو ذلك اى اقرار ذى اليد بكون الملك للمتقدم ودعواه الانتقال اليه وان كان ذلك غير ظاهر من المتن اما مسامحة او كون النسخة غير النقيية عن الغلط او في الحقيقة مقصود العبارة دعوى ذا اليد اعتراف السابق بكون الملك له والامر سهل بعد وضوح المراد .

و كيف كان فقد عرفت بعد عدم الفرق بين المقام وبين ما تقدم من المتقدم التاريخ والتأخر والسابق في ملكية والمتأخر سواء كان النزاع بين البيئتين او اليدين كما عن المسالك ان البينة للخارج لا الداخل فان كان فهو المقدم والا فمن رجع بينته على بينة الاخر والا كان هو التنصيف بينهما عينا او قيمة فالبينة الخارج مقدمة على كل حال .

و كيف كان فالمسألة مهمة في الغاية من ظهور اليد في الملك ومن شهادة البينة على خلافه بل وتعارضها مع اليد المتقدمة فالبينة وظيفه الخارج كما عرفت من عبارات الكثيرة بل لا كلام في ذلك ان لم يقم على خلافه دليل بل لا دليل بعد احتمال الانتقال من السابق الى اللاحق .

وقد عرفت مما تقدم ان المتأخر والمتقدم سواء ولا تر جيح للمتقدم والتمسك باستصحاب البقاء تعارض في المتأخر من اول زمانه الى آخره لا الى اول زمان المتأخر كى يستمر بقائه في زمان عدم المعارضة فاذا كانا متساويين من حيث التقدم والتأخر كان المنط بتر جيح احد البيئتين كالداخل، والخارج والخارج مقدم لولا المعارضة فتدبر في جميع ما تقدم فان المسألة من مزال الاقدام .

وقد وقع الفراغ من تسويد هذه الاوراق بيد الحقيقير الذليل محمدرضا بن

الحسين المشتهر بالمحقق الطهراني غفر الله له ولوالديه في شهر الجمادى الثانية
في ١٤٠٩ المطابق ١٣٦٧ .

وسيليه المجلد الواحد والخمسون انشاء الله - الحمد لله اولاً وآخراً وصلى الله
على محمد وآله الطاهرين .

ثم اعلم انى اقتصرت فى شرح المتن ونقل الاقوال ونقل الروايات
فى الغالب بما شرح ونقل وروى فى الجواهر الا فى موارد دعت
الحاجة الى شرح ازيد ونقل الاقوال والروايات ازيد

فتعديت عن بنائه فده بقدر الحاجة .

ثم اعلم ان طبع هذا المجلد حيث

صادف مع عدم وجود القرطاس

وعلو سعره

لذا طبع منه خمسمائة نسخة وهو قليل . فاسئل الله

المؤمنين ان يحفظوها من الحوادث الموجبة ازوالها .

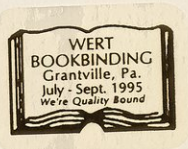
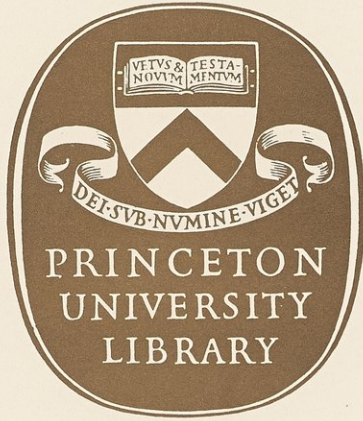
فهرس المجلد الخمسون من كتاب حقائق الفقه

الصفحة	العنوان
٥	في صورة توجه اليمين على الوارث
٧	في عدم سماع الدعوى في الحدود
١٧	في اثبات اليمين على منكر السرقة
١٩	في قبول قول المالك النصاب
٢٣	فيما لو مات الرجل ولا وارث له و . . .
٢٥	فيما اذا مات رجل وخلف طفلا و . . .
٢٧	في انتقال المال الى الورثة في الدين المستوعب
٣٣	في عدم سماع الدعوى في الحدود
٣٥	الحكم بالشاهد مع اليمين
٣٩	فيما وقع بين شريح مع على بن ابي طالب <small>عليه السلام</small>
٤٣	في الاخبار الدالة على مطلق الحقوق
٤٧	كفاية المرأتين مع اليمين في ثبوت الحكم

الصفحة	العنوان
٤٩	الشاهد الواحد واليمين
٥١	فيما وقع تردد في قبول الشهادة في النكاح
٥٥	في التردد في الخلع وغيره
٥٧	في قبول الشهادة في الوقف
٦١	بيان الميزان في الثبوت بالشاهد واليمين
٦٣	حكم ما لو وقع النزاع بين الغريم والوارث
٦٧	في عدم صحة حلف الغريم
٦٩	في الاشكال على كون اليمين على مال نفسه
٧٧	فيما لو ادعى بعض الورثة وقف دارلهم
٨٣	في معنى الوقف
٨٥	في تعريف الوقف
٨٧	فيما يفهم معنى تلقى الوقف
٨٩	في حقيقة الوقف
٩١	في عدم لزوم الحلف للورثة
٩٧	عدم لزوم اليمين على البطون المتأخرة و...
١٠٧	هل يثبت العتق والوقف بالشاهد واليمين
١١٩	في كتاب قاض الى قاض
١٢٣	في احكام الدعاوى
١٢٥	في تقارن الزوج
١٢٧	في حد المدعى
١٣١	في تعريف المنكر

الصفحة	العنوان
١٣٣	كلمات الفقهاء في المدعى والمنكر
١٣٩	ما يعتبر من الشرائط في سماع الدعوى
١٤١	في ان القبض شرط في صحة الهبة اولا
١٤٧	في حكم ما ادعى المنكر فسق الحاكم او الشهود
١٤٩	في فروعات المقام
١٥٣	في لزوم كون الدعوى صريحة في الملك
١٥٩	جواز انتزاع الانسان ماله من يد غيره قهراً تقاصاً
١٦٣	بكرهه الاقتصاص من المدين بالوديعة
١٦٧	التقصاص بالقيمة لو تلف مال المدين الجاحد عن الدائن
١٦٩	في ما وجد كيس لا يد عليه
١٧١	ما يعتبر في تملك الآخذ المال العرض عنه
١٧٥	حكم مالوتنازعا عيناً في يدهما ولاينة لهما
١٨٣	حكم مالووقع التعارض بين البيئتين
١٨٥	في لزوم العمل بالمرجحات
١٩١	في لزوم الحلف مع البيئنة اولا
١٩٣	فيما لو كان في يداحدهما
٢١١	في تقدم بيئنة الخارج على الداخل
٢٤١	فيما يتعلق بالقرعة
٢٤٧	فيما لو كانت العين في يد ثالث
٢٥٥	فيما اذا ادعى المدعيان زوجة رجل
٢٥٩	فيما يدوجب الترجيح

الصفحة	العنوان
٢٦١	الشهادة بقدف الملك من الشهادة بالحادث
٢٦٧	فى ان اليد من الطرفين ومدرك كليهما
٢٦٩	فى نقل قول صاحب العروة
٢٧١	حكم مالو اقر المدعى عليه بان ما فى يده لفلان
٢٧٥	حكم النزاع فى ان الغاية كانت مستأجرة او مستعارة
٢٧٩	فيما اذا اختلف السابق فى دار بيد اللاحق
٢٩٩	خاتمة
٢٩٩	فهرست



Princeton University Library



32101 047105869

2271

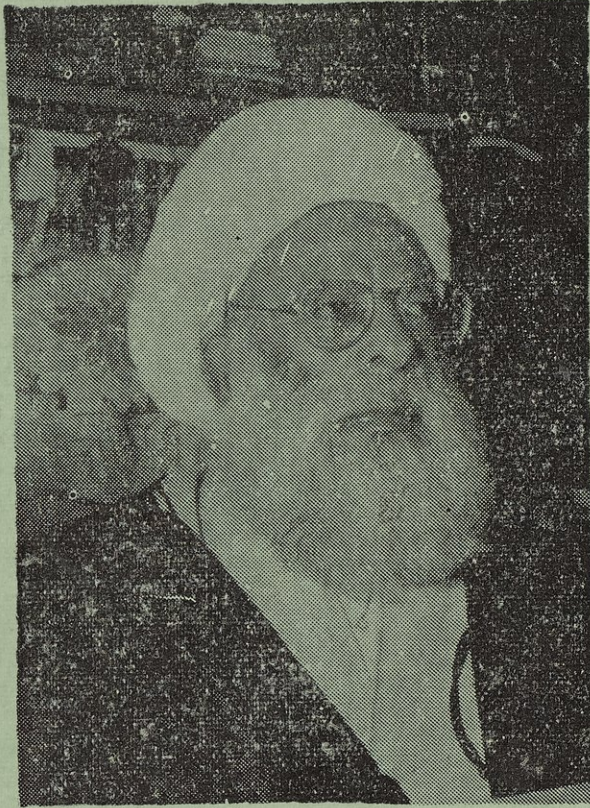
.3553

.827

mujallad

50

RECAP



تمثال مبارک حضرت آیة الہ العظمیٰ جناب آقای حاج شیخ محمد رضا محقق تهرانی
مؤلف کتاب حقائق الفقه

— — — — —

السعر: مجان