

مسالك الألفهام

الجزء: ١٤

الشهيد الثاني

الكتاب: مسالك الأفهام

المؤلف: الشهيد الثاني

الجزء: ١٤

الوفاء: ٩٦٦

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: مؤسسة المعارف الإسلامية

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤١٩

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٥	خاتمة
٧	(الفصل الأول: في كتاب قاض إلى قاض) أقسام إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر
١١ (ش)	حجة المانع من كتاب قاض إلى قاض والجواب عنه
١٤	ما ينهى إلى الحاكم أمران
١٥	حكم وقع بين متخصصين
١٦	إثبات دعوى مدع على غائب
١٨	صورة الانهاء
٢٠	مسائل ثلاث: الأولى: إذا أقر المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه
٢٣	الثانية: للمشهدود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض
٢٣	الثالثة: لا يجب على المدعي دفع الحجة مع الوفاء
٢٤	(الفصل الثاني: في لواحق من أحكام القسمة)
٢٥	(الأول: في القاسم) الشروط التي يجب توفرها في القاسم
٢٦	المنصوب من قبل الامام تمضي قسمته
٢٧	يجزي القاسم الواحد إذا لم يكن في القسمة رد
٢٨	أجرة القسام من بيت المال
٣٠	(الثاني: في المقسوم) المقسوم المتساوي الاجزاء
٣٣	المقسوم المتفاوت الاجزاء
٣٥	تنقسم القسمة إلى قسمة إجبار وقسمة تراض
٣٩	إذا سأل الحاكم القسمة ولهما بينة بالملك
٤٠	(الثالث: في كيفية القسمة) إن تساوت الحصص قدرا وقيمة
٤٢	إن تساوت قدرا لا قيمة
٤٣	كيفية كتابة الرقاع
٤٨	لو اختلفت السهام والقيمة
٤٨	قسمة الرد
٥١	مسائل ثلاث: الأولى: لو كان لدار علو وسفل فطلب أحد الشريكين قسمتها
٥٢	الثانية: لو كان بينهما أرض وزرع فطلب قسمة الأرض
٥٣	الثالثة: لو كان بينهما قرحان متعددة وطلب واحد قسمتها
٥٥	(الرابع: في اللواحق) وهي ثلاث: الأولى: إذا ادعى بعد القسمة الغلط عليه
٥٦	الثانية: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا
٥٧	الثالثة: لو قسم الورثة تركة ثم ظهر على الميت دين
٥٨	(النظر الرابع: في أحكام الدعوى)
٥٨	(الفصل الأول: في المدعي)
٥٩	تعريف المدعي

- ٦١ لا بد من كون الدعوى صحيحة لازمة
- ٦٢ لو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود
- ٦٤ لا تفتقر صحة الدعوى إلى الكشف في نكاح وغيره
- ٦٦ لو ادعى أن هذه بنت أمته
- ٦٨ (الفصل الثاني: في التوصل إلى الحكم)
- ٦٨(ش) متى يحتاج المستحق إلى المرافعة والدعوى؟
- ٧١ جواز الاقتصاص من الوديعة
- ٧٤ لو كان المال من غير جنس الموجود
- ٧٦ مسألتان: الأولى: من ادعى ما لا يد لأحد عليه
- ٧٦ الثانية: لو انكسرت سفينة في البحر
- ٧٨ (المقصد الأول: في الاختلاف في دعوى الأملاك) وفيه مسائل: الأولى: لو تنازعا عينا في يدهما ولا بينة
- ٨٠ الثانية: يتحقق التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد
- ٨٠ إن تحقق التعارض وكانت العين في يدهما
- ٨١ إن كانت العين في يد أحدهما
- ٨٧ إن كانت العين في يد ثالث
- ٨٩ يتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين
- ٩٢ الشهادة بقديم الملك أولى من الشهادة بالحادث
- ٩٦ الثالثة: إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه: هو لفلان
- ٩٩ الرابعة: إذا ادعى أنه أجره الدابة، وادعى آخر أنه أودعه إياها
- ١٠٠ الخامسة: لو ادعى دارا في يد إنسان وأقام بينة أنها كانت في يده أمس
- ١٠٣ (المقصد الثاني: في الاختلاف في العقود) إذا اتفقا على استئجار دار معينة شهرا معينة واختلفا في الأجرة
- ١٠٦ لو ادعى استئجار دار فقال المؤجر: بل أجرتك بيتا منها
- ١٠٧ لو ادعى كل منهما أنه اشترى دارا معينة وأقبض الثمن
- ١٠٩ لو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما هذا المبيع
- ١١١ لو ادعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن وادعى آخر شراؤه من عمرو وقبض الثمن
- ١١٣ لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر أن مولاه باعه منه
- ١١٦ مسائل: الأولى: لو شهد للمدعي أن الدابة ملكه منذ مدة، فدلّت سنّها على أقل من ذلك أو أكثر
- ١١٦ الثانية: إذا ادعى دابة في يد زيد وأقام بينة أنه اشتراها من عمرو
- ١١٧ الثالثة: الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد وادعى رقيقته
- ١١٨ الرابعة: لو ادعى كل واحد منهما أن الذبيحة له وفي يد كل واحد بعضها
- ١١٩ الخامسة: لو ادعى شاة في يد عمرو وأقام بينة فتسلمها ثم أقام ذو اليد بينة أنها له
- ١٢١ السادسة: لو ادعى دارا في يد زيد وادعى عمرو نصفها وأقاما البينة
- ١٢٢ لو كانت يدهما على الدار وادعى أحدهما الكل والآخر النصف
- ١٢٣ لو ادعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس

- ١٢٤ لو ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والثالث الثلث ولا بينة
- ١٢٨ لو كانت الدار في يد أربعة فادعى أحدهم الكل والآخر الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث
- ١٣٤ السابعة: إذا تداعى الزوجان متاع البيت
- ١٣٨ لو ادعى أبو الميتة أنه أعارها بعض ما في يدها
- ١٣٩ (المقصد الثالث: في دعوى المواريث) وفيه مسائل: الأولى: لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب
- ١٤١ الثانية: لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان والآخر غرة رمضان
- ١٤٢ الثالثة: دار في يد إنسان وادعى آخر أنها له ولأخيه الغائب إرثا عن أبيهما
- ١٤٥ الرابعة: إذا ماتت امرأة وابنها فقال أخوها: مات الولد أولا ثم المرأة فالميراث لي
- ١٤٦ الخامسة: لو قال: هذه الأمة ميراث من أبي، وقالت الزوجة: هذه أصدقني إياها أبوك
- ١٤٧ (المقصد الرابع: في الاختلاف في الولد) إذا وطئ اثنان امرأة
- ١٤٩ يلحق النسب بالفراش المنفرد
- ١٥١ كتاب الشهادات
- ١٥٣ (الطرف الأول: في صفات الشهود) الأول: البلوغ
- ١٥٤ (ش) شهادة الصبي في الجراح والقتل
- ١٥٨ الثاني: كمال العقل
- ١٥٩ الثالث: الايمان
- ١٦١ تقبل شهادة الذمي في الوصية
- ١٦٤ هل تقبل شهادة الذمي على الذمي؟
- ١٦٥ الرابع: العدالة
- ١٧١ لا يقدر في العدالة ترك المندوبات
- ١٧٢ وهنا مسائل: الأولى: ترد شهادة المخالف في شيء من أصول العقائد
- ١٧٣ الثانية: لا تقبل شهادة القاذف
- ١٧٦ لو أقام القاذف بينة بالقذف أو صدقه المقذوف
- ١٧٦ الثالثة: اللعب بآلات القمار كلها حرام
- ١٧٧ الرابعة: ترد شهادة شارب المسكر ويفسق
- ١٧٩ الخامسة: ترد شهادة المغني
- ١٨١ يحرم من الشعر ما تضمن كذبا أو هجاء مؤمن
- ١٨٣ السادسة: آلات اللهو حرام يفسق فاعله ومستمعه
- ١٨٤ السابعة: التظاهر بالحسد قاذح في العدالة
- ١٨٥ الثامنة: لبس الحرير للرجال محرم ترد به الشهادة
- ١٨٦ التاسعة: اتخاذ الحمام للانس وإنفاذ الكتب ليس بحرام
- ١٨٨ العاشرة: لا ترد شهادة أحد من أرباب الصنائع المكروهة
- ١٨٩ الخامسة: ارتفاع التهمة
- ١٨٩ وفيه مسائل: الأولى: لا تقبل شهادة من يجز بشهادته نفعاً
- ١٩١ الثانية: العداوة الدينية لا تمنع القبول

- ١٩٢ لو شهد بعض الرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق
- ١٩٣ لو شهد العدو لعدوه
- ١٩٤ الثالثة: النسب وإن قرب لا يمنع قبول الشهادة
- ١٩٤ شهادة الولد على والده
- ١٩٧ تقبل شهادة الزوج لزوجته والزوجة لزوجها
- ١٩٨ تقبل شهادة الصديق لصديقه
- ١٩٩ الرابعة: لا تقبل شهادة السائل في كفه
- ٢٠٠ الخامسة: تقبل شهادة الأجير والضيف
- ٢٠١ مسائل من لواحق ارتفاع التهمة: الأولى: الصغير والكافر والفسق المعلن إذا عرفوا شيئاً ثم زال المانع عنهم فأقاموا تلك الشهادة
- ٢٠٤ الثانية: قيل: لا تقبل شهادة المملوك أصلاً
- ٢١٢ شهادة المدبر والمكاتب المشروط والمطلق
- ٢١٣ الثالثة: إذا سمع الاقرار صار شاهداً وإن لم يستدعه المشهود عليه
- ٢١٤ الرابعة: التبرع بالشهادة قبل السؤال يطرق التهمة
- ٢١٦ الخامسة: إذا تاب المشهور بالفسق لتقبل شهادته
- ٢٢٠ السادسة: إذا حكم الحاكم ثم تبين في الشهود ما يمنع القبول
- ٢٢١ السادس: طهارة المولد
- ٢٢١ لا تقبل شهادة ولد الزنا أصلاً
- ٢٢٦ (الطرف الثاني: في ما به يصير شاهداً)
- ٢٢٦ ما يفتقر إلى المشاهدة
- ٢٢٨ ما يكفي فيه السماع
- ٢٣١ الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب
- ٢٣٢ إذا شهد بالملك مستنداً إلى الاستفاضة هل يفتقر إلى مشاهدة اليد والتصرف؟
- ٢٣٤ مسائل ثلاث: الأولى: الشهادة للمتصرف بالبناء والهدم والإجارة بغير منازع ولذي اليد في الدار
- ٢٣٨ الثانية: الوقف والنكاح يثبت بالاستفاضة
- ٢٤٠ الثالثة: الأخرس يصح منه تحمل الشهادة وأداؤها
- ٢٤١ ما يفتقر إلى السماع والمشاهدة
- ٢٤٢ شهادة الأعمى
- ٢٤٣ لو تحمل شهادة وهو مبصر ثم عمي
- ٢٤٤ تقبل شهادة الأعمى إذا ترجم للحاكم عبارة حاضر عنده
- ٢٤٥ (الطرف الثالث: في أقسام الحقوق) حق الله سبحانه: ما لا يثبت إلا بأربعة رجال
- ٢٤٧ يثبت الزنا بثلاثة رجال وامرأتين
- ٢٥٠ ما يثبت بشاهدين
- ٢٥٠ حقوق الأدمي ثلاثة
- ٢٥٠ ما لا يثبت إلا بشاهدين
- ٢٥٥ ما يثبت بشاهدين وشاهد وامرأتين وشاهد ويمين

- ٢٥٨ ما يثبت بالرجال والنساء منفردات ومنظمات
- ٢٥٩ تقبل شهادة المرأة الواحدة في ربع ميراث المستهل وفي ربع الوصية
- ٢٦١ مسائل: الأولى: الشهادة ليست شرطا في شئ من العقود إلا في الطلاق
- ٢٦٢ الثانية: حكم الحاكم تبع للشهادة
- ٢٦٣ الثالثة: إذا دعي من له أهلية التحمل وجب عليه
- ٢٦٩ (الطرف الرابع: في الشهادة على الشهادة) وهي مقبولة في حقوق الناس ولا تقبل في الحدود
- ٢٧١ لا بد أن يشهد اثنان على الواحد
- ٢٧٢ للتحمل مراتب
- ٢٧٧ لا تقبل شهادة الفرع إلا عند تعذر حضور شاهد الأصل
- ٢٧٩ لو شهد شاهد الفرع فأنكر شاهد الأصل
- ٢٨١ لو شهد الفرعان ثم حضر شاهد الأصل
- ٢٨٣ تقبل شهادة النساء على الشهادة فيما تقبل فيه شهادة النساء منفردات
- ٢٨٥ يجب على الفروع تسمية شهود الأصل وتعريفهم
- ٢٨٦ تقبل الشهادة على الشهادة فيما لو أقر باللواط أو الزنا بالمحرم وثبت ذلك بشهادة شاهدين
- ٢٨٨ (الطرف الخامس: في اللواحق) وفيه مسائل: الأولى: توارد الشاهدين على الشئ الواحد شرط في القبول
- ٢٨٩ الثانية: لو شهد أحدهما أنه سرق نصابا غدوة وشهد الآخر أنه سرق عشية
- ٢٨٩ الثالثة: لو قال أحدهما: سرق ديناراً، وقال الآخر: درهما
- ٢٩١ الرابعة: لو شهد أحدهما أنه باعه هذا الثوب بدينار، وشهد الآخر أنه باعه بدينارين
- ٢٩٣ مسائل من طوارئ الشهادة: الأولى: لو شهدا ولم يحكم بهما فماتا
- ٢٩٤ الثانية: لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم
- ٢٩٦ الثالثة: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به إليهما
- ٢٩٦ الرابعة: لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم
- ٢٩٩ الخامسة: إن كان المشهود به قتلاً أو جرحاً فاستوفي ثم رجعا
- ٣٠٠ لو قال أحد شهود الزنا بعد رجم المشهود عليه: تعمدت
- ٣٠٢ لو شهدا بالعتق فحكم ثم رجعا
- ٣٠٣ السادسة: إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور
- ٣٠٤ السابعة: إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا
- ٣٠٧ فروع: الأول: إذا رجعا معا ضمنا بالسوية
- ٣٠٩ الثاني: لو كان الشهود ثلاثة ضمن كل واحد منهم الثلث
- ٣١١ الثالث: لو حكم فقامت بينة بالجرح مطلقاً
- ٣١٢ إذا نقض الحكم وكان قتلاً أو جرحاً
- ٣١٤ مسائل: الأولى: إذا شهد اثنان أن الميت أعتق أحد مماليكه وقيمته الثلث، وشهد آخران أن العتق لغيره وقيمته الثلث
- ٣١٧ الثانية: إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد وشهد من ورثته عدلان أنه رجع عن ذلك

٣١٨	الثالثة: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية وشهد شاهد بالرجوع
٣١٩	الرابعة: لو أوصى بوصيتين منفردتين فشهد آخران أنه رجع عن إحداهما
٣٢٠	الخامسة: إذا ادعى العبد العتق وأقام بينة تفتقر إلى البحث وسأل التفريق حتى تثبت التزكية
٣٢٣	كتاب الحدود والتعزيرات
(٣٢٥)ش	تعريف الحد
٣٢٦	أسباب الحد
٣٢٧	أسباب التعزير
٣٢٨	(الباب الأول: في حد الزنا)
٣٢٨	(النظر الأول: في الموجب)
٣٢٨	شروط تعلق الحد
٣٢٩	العقد ليس شبهة في سقوط الحد
٣٣٠	يسقط الحد مع الاكراه
٣٣٢	شروط تحقق الاحصان
٣٣٧	يسقط الحد بادعاء الزوجية
٣٣٨	لا تخرج المطلقة رجعية عن الاحصان
٣٣٩	لو راجع المخالغ لم يتوجه عليه الرجم إلا بعد الوطي
٣٤٠	يجب الحد على الأعمى
٣٤١	ثبوت الزنا بالاقرار وشروطه
٣٤٤	لو قال: زنيت بفلانة
٣٤٥	لو أقر بحد ولم يبينه
٣٤٨	حكم التقييل والمضاجعة في إزار واحد
٣٥٠	لو أقر بما يوجب الرجم ثم أنكر
٣٥١	ثبوت الزنا بالبينة
٣٥٢	لا بد في الشهادة من ذكر المشاهدة للولوج
٣٥٣	لا بد من توارد الشهود على الفعل الواحد
٣٥٥	لو شهد بعض أنه أكرهها وبعض بالمطوعة
٣٥٦	لو أقام الشهادة بعض في وقت حدوا للقذف
٣٥٧	لا يقدر تقادم الزنا في الشهادة
٣٥٨	من تاب قبل قيام البينة سقط عنه الحد
٣٥٩	(النظر الثاني: في الحد) أقسام حد الزنا
٣٦٠	الزاني الذي يقتل
٣٦٢	الزاني الذي يرحم
٣٦٤	لو زنى البالغ المحصن بغير البالغة أو بالمجنونة
٣٦٧	الزاني الذي يجلد أو يغرب
٣٧٠	المملوك يجلد خمسين
٣٧١	لو تكرر من الحر الزنا فأقيم عليه الحد مرتين
٣٧٤	في الزنا المتكرر حد واحد

٣٧٥	لو زنى الذمي بدمية
٣٧٦	لا يقام الحد على الحامل حتى تضع
٣٧٧	يرجم المريض والمستحاضة
٣٨٠	لا يسقط الحد باعتراض الجنون والارتداد
٣٨٠	لا يقام الحد في شدة الحر والبرد
٣٨٢	كيفية إيقاع حد الزنا
٣٨٤	إذا فر المرجوم
٣٨٦	يبدأ الشهود بالرحم وجوبا
٣٨٧	يستحب أن يحضر إقامة الحد طائفة
٣٨٨	لا يرحم الزاني من لله قبله حد
٣٨٩	يجلد الزاني مجردا
٣٩٠	(النظر الثالث: في اللواحق) وهي مسائل: الأولى: إذا شهد أربعة على امرأة بالزنا قبلا فادعت أنها بكر
٣٩٢	الثانية: لا يشترط حضور الشهود عند إقامة الحد
٣٩٣	الثالثة: قال الشيخ: لا يجب على الشهود حضور موضع الرجم
٣٩٣	الرابعة: إذا كان الزوج أحد الشهود الأربعة
٣٩٥	الخامسة: يجب على الحاكم إقامة حدود الله بعلمه
٣٩٦	السادسة: إذا شهد بعض وردت شهادة الباقين
٣٩٧	السابعة: إذا وجد مع زوجته رجلا يزني بها
٣٩٩	الثامنة: من افتض بكرًا بإصبعه
٣٩٩	التاسعة: من تزوج أمة على حرة مسلمة فوطئها قبل الاذن
٤٠٠	العاشرة: من زنى في شهر رمضان
٤٠١	(الباب الثاني: في اللواط والسحق والقيادة) ثبوت اللواط بالاقرار وشروطه
٤٠٢	يقتل اللائط الموقب
٤٠٣	لو لاط البالغ بالصبي موقبا
٤٠٤	لو لاط مجنون بعاقل
٤٠٤	لو لاط الذمي بمسلم
٤٠٥	كيفية إقامة حد اللواط
٤٠٩	يستوي في حد اللواط الحر والعبد والمسلم والكافر
٤١٠	لو تكرر اللواط وتخلله الحد مرتين
٤١٠	المجتمعان تحت إزار واحد مجردين
٤١٢	من قبل غلاما ليس له بمحرم بشهوة
٤١٣	إذا تاب اللائط قبل قيام البينة
٤١٣	حد السحق
٤١٥	إذا تكررت المساحقة مع إقامة الحد ثلاثا
٤١٦	الأجنبيتان إذا وجدتا في إزار مجردتين
٤١٧	مسألتان: الأولى: لا كفالة في حد

- الثانية: لو وطئ زوجته فساحقت بكرًا فحملت
 ٤١٨ حد القيادة
 ٤٢٢ (الباب الثالث: في حد القذف) (النظر الأول: في الموجب) موجب حد القذف
 ٤٢٤ لو قال لولده الذي أقر به: لست بولدي
 ٤٢٥ لو قال: ولدت من الزنا
 ٤٢٦ لو قال: زنيت بفلانة أو لطت به
 ٤٢٩ لو قال لابن الملاعنة: يا ابن الزانية
 ٤٣٠ لو قال لامرأته: زنيت بك
 (٤٣١)ش) لو قال: يا ديوث أو يا كشيخان أو يا قرنان
 ٤٣٢ التعريض بما يكرهه المواجه
 ٤٣٣ (النظر الثاني: في القاذف) شروط القاذف
 ٤٣٥ لو ادعى المقذوف الحرية وأنكر القاذف
 ٤٣٧ (النظر الثالث: في المقذوف) شروط المقذوف
 ٤٣٨ لو قال لمسلم: يا ابن الزانية وكانت أمه كافرة
 ٤٤٠ لو قذف الأب ولده
 ٤٤٢ (النظر الرابع: في الاحكام) وفيه مسائل: الأولى: إذا قذف جماعة واحدا بعد واحد
 ٤٤٣ الثانية: حد القذف موروث
 ٤٤٥ الثالثة: لو قال: ابنك زان أو لائط
 ٤٤٦ الرابعة: إذا ورث الحد جماعة
 ٤٤٧ الخامسة: إذا تكرر الحد بتكرر القذف مرتين
 ٤٤٨ السادسة: لا يسقط الحد عن القاذف إلا بالبيينة المصدقة
 ٤٤٨ السابعة: الحد ثمانون جلدة
 ٤٤٩ الثامنة: إذا تقاذف اثنان
 ٤٥٠ التاسعة: قيل: لا يعزر الكفار مع التنازير بالألقاب
 ٤٥١ مسائل ملحقة بالقذف: الأولى: من سب النبي عليه السلام جاز لسامعه قتله
 ٤٥٢ الثانية: من ادعى النبوة وجب قتله
 ٤٥٣ الثالثة: من عمل بالسحر يقتل إن كان مسلما
 ٤٥٤ الرابعة: يكره أن يزداد في تأديب الصبي على عشرة أسواط
 ٤٥٤ الخامسة: كل ما فيه التعزير من حقوق الله يثبت بشاهدين أو الاقرار مرتين
 ٤٥٦ السادسة: كل من فعل محرما أو ترك واجبا فللامام تعزيره بما لا يبلغ الحد
 ٤٥٧ (الباب الرابع: في حد المسكر والفقاع) ومباحثه ثلاثة: (المبحث الأول: في الموجب)
 ٤٥٨ موجب حد المسكر والفقاع
 ٤٦٠ الفقاع كالنبيذ المسكر في التحريم
 ٤٦٢ كيفية ثبوت شرب الخمر
 ٤٦٢ (المبحث الثاني: في كيفية الحد) حد المسكر ثمانون جلدة
 ٤٦٢ يضرب الشارب عريانا
 ٤٦٣ إذا حد الشارب مرتين قتل في الثالثة

- ٤٦٧ (المبحث الثالث: في أحكامه) وفيه مسائل: الأولى: لو شهد واحد بشربها وآخر بقيئها
- ٤٦٨ الثانية: من شرب الخمر مستحلا
- ٤٦٩ الثالثة: من باع الخمر مستحلا
- ٤٧٠ الرابعة: إذا تاب قبل قيام البينة
- ٤٧١ مسائل من تنمة أحكام حد المسكر: الأولى: من استحل شيئا من المحرمات المجمع عليها
- ٤٧٢ الثانية: من قتله الحد أو التعزير فلا دية له
- ٤٧٤ الثالثة: لو أقام الحاكم الحد بالقتل فبان فسوق الشاهدين
- ٤٧٦ لو أمر الحاكم بضرب المحدود زيادة عن الحد فمات
- ٤٧٨ (الباب الخامس: في حد السرقة)
- ٤٧٨ (الأول: في السارق) شروط وجوب الحد على السارق: الأول: البلوغ
- ٤٧٩ الثاني: العقل
- ٤٨٠ الثالث: ارتفاع الشبهة
- ٤٨٢ الرابع: ارتفاع الشركة
- ٤٨٤ الخامس: أن يهتك الحرز
- ٤٨٦ السادس: أن يخرج المتاع بنفسه أو مشاركا
- ٤٨٧ السابع: أن لا يكون والده من ولده
- ٤٨٨ الثامن: أن يأخذه سرا
- ٤٨٨ مسائل: الأولى: لا يقطع الرهن إذا سرق الرهن
- ٤٨٨ الثانية: لا يقطع عبد الانسان بسرقة ماله
- ٤٨٩ الثالثة: يقطع الأجير إذا أحرز المال من دونه
- ٤٩٠ الرابعة: لو أخرج متاعا فقال صاحب المنزل: سرقته، وقال المخرج: وهبتيه
- ٤٩١ (الثاني: في المسروق) لا يقطع فيما نقص عن ربع دينار
- ٤٩٤ من شرط المسروق أن يكون محرزا
- ٤٩٨ هل يقطع سارق ستارة الكعبة؟
- ٤٩٩ لا يقطع من سرق من جيب إنسان أو كفه الظاهرين
- ٤٩٩ لا يقطع في ثمرة على شجرها
- ٥٠٠ لا يقطع على من سرق مأكولا في عام مجاعة
- ٥٠١ من سرق صغيرا
- ٥٠٣ لو أعار بيتا فنقبه المعير وسرق منه مالا للمستعير
- ٥٠٥ يقطع من سرق مالا موقوفا مع مطالبة الموقوف عليه
- ٥٠٥ لا تصير الجمال محرزة بمراعاة صاحبها
- ٥٠٨ لو سرق من باب الحرز أو من أبنتيه
- ٥٠٨ يقطع سارق الكفن
- ٥١٣ (الثالث: ما به يثبت) يثبت السرقة بشهادة عدلين أو الاقرار مرتين
- ٥١٤ لو أقر العبد لم يقطع
- ٥١٥ لا يقطع لو أقر مكرها

- ٥١٦ لو أقر مرتين ورجع
٥١٦ (الرابع: في الحد) تقطع الأصابع الأربع من اليد اليمنى
٥١٩ لا تقطع اليسار مع وجود اليمين
٥٢١ لو لم يكن له يسار
٥٢٢ لو كان له يمين حين القطع فذهبت
٥٢٢ لو سرق ولا يمين له
٥٢٢ لو سرق ولا يد له ولا رجل
٥٢٤ يسقط الحد بالتوبة قبل ثبوته
٥٢٤ لو قطع الحداد يساره مع العلم
٥٢٦ إذا قطع السارق يستحب حسمه بالزيت المغلي
٥٢٦ (الخامس: في اللواحق) وهي مسائل: الأولى: يجب على السارق إعادة العين المسروقة
٥٢٧ الثانية: إذا سرق اثنان نصاباً
٥٢٨ الثالثة: إذا سرق ولم يقدر عليه ثم سرق ثانية
٥٣٠ الرابعة: قطع السارق موقوف على مطالبة المسروق منه
٥٣١ الخامسة: لو أخرج المال وأعادته إلى الحرز
٥٣٢ لو هتك الحرز جماعة فأخرج المال أحدهم
٥٣٤ السادسة: لو أخرج قدر النصاب دفعة
٥٣٦ السابعة: لو نقب فأخذ النصاب وأحدث فيه حدثاً تنقص به قيمته عن النصاب
٥٣٦ الثامنة: لو ابتلع داخل الحرز ما قدره نصاب

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الاسلام

تأليف

زين الدين بن علي العاملي (قدس سره)

(الشهيد الثاني) (٩١١ - ٩٦٥ هـ)

الجزء الرابع عشر

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف الاسلامية

(١)

هوية الكتاب:

اسم الكتاب: مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام ج ١٤ .

تأليف: زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني).

تحقيق ونشر مؤسسة المعارف الاسلامية.

صف الحروف: مؤسسة المعارف الاسلامية.

الطبعة: الأولى ١٤١٦ هـ . ق.

المطبعة: پاسدار اسلام.

العدد: ٢٠٠٠ نسخة.

السعر: ١٢٠٠ تومان.

(٢)

جميع الحقوق الطبع والنشر محفوظة
لمؤسسة المعارف الاسلامية
إيران - قم المقدسة
ص.ب - ٧٦٨ / ٣٧١٨٥
تلفون ٧٣٢٠٠٩

(٣)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٤)

خاتمة

تشمل فصلين

الأول

في كتاب قاض إلى قاض

إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر: إما بالكتاب، أو القول، أو الشهادة.
أما الكتابة، فلا عبرة بها، لا مكان التشبيه.

وأما القول مشافهة، فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا، أو
أنفذت، أو أمضيت. ففي القضاء به تردد، نص الشيخ في الخلاف أنه لا
يقبل.

(١) في (أ، خ): الأصحاب.

(٢) في (ت): الحقيقة، وفي (م): بحقيقة.

(٧)

وأما الشهادة، فإن شهدت البيئة بالحكم، وباشهاده إياهما على حكمه، تعين القبول، لأن ذلك مما تمس الحاجة إليه، إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها في البلاد المتباعدة غالب، وتكليف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر، فلا بد من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء، ولا وسيلة إلا رفع الأحكام إلى الحكام، وأتم ذلك احتياطا ما صورناه.

بعض (١).

وللعامة (٢) في ذلك اختلاف أيضا، فمنهم من منعه مطلقا كما قلناه، ومنهم من أجازته مطلقا، ومنهم من أجازته مع الوثوق بالخط والختم. وأما إنهاء الحاكم إلى آخر بالقول، بأن يقول له: إني حكمت بكذا ونحوه، ففي جواز قضاء السامع به - بمعنى إنفاذه له - خلاف، فذهب الشيخ في الخلاف (٣) إلى عدم القبول. ووجهوه بأنه حكم من الثاني بغير علم، وقد نهى (٤) الله تعالى عنه، خرج منه ما دل عليه دليل من خارج فيبقى الباقي على الأصل. والأصح القبول، لما سيأتي (٥) إن شاء الله تعالى من جوازه مع الشهادة على حكمه، فمع مشافهته أولى. قوله: (وأما الشهادة... إلخ).

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٠٦.

(٢) الحاوي الكبير ١٦: ٢١٣، المغني لابن قدامة ١١: ٤٥٨، بدائع الصنائع ٧: ٧، روضة القضاة ١:

٣٢٩ - ٣٣١، الكافي للقرطبي ٢: ٩٥٦، الانصاف ١١: ٣٢١، روضة الطالبين ٨: ١٦٢.

(٣) الخلاف ٦: ٢٤٥ مسألة (٤٢).

(٤) الأسراء: ٣٦.

(٥) في الصفحة التالية.

(٨)

لا يقال: يتوصل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل.
لأننا نقول: قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل، والشهادة الثالثة
لا تسمع.

ولأنه لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد.
ولأن المنع من ذلك يؤدي إلى استمرار الخصومة في الواقعة
الواحدة، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى آخر، فإن لم ينفذ الثاني ما حكم
به الأول اتصلت المنازعة.

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

هذا هو القسم الثالث من إنهاء قاض إلى آخر مضمون حكمه بطريق
الاشهاد على الحكم. وقد اختلف الأصحاب في جواز إنفاذه للحاكم المنهي إليه
الحكم بشهادة الشهود، فذهب بعضهم (١) إلى عدم جواز ذلك، وآخرون إلى جوازه
ومنهم المصنف - رحمه الله - [وجماعة] (٢). وقد استدل على جوازه بوجوه أربعة:
الأول: أن ذلك مما تمس إليه الحاجة، فوجب في الحكمة (٣) نصب أمين (٤)
شرعي له. ووجه الحاجة: أن أرباب الحقوق قد يحتاجون إلى إثباتها في البلاد
المتباعدة، ولا يكون لهم فيها شهود بالحق، ويكون شهودهم في بلاد أخرى، ولا

-
- (١) لم نظفر على مصرح بذلك. نعم، يشعر كلام العلامة في المختلف (٧٠٦) بوجود قائل به. وراجع
مفتاح الكرامة ١٠: ١٧٤، جواهر الكلام ٤٠: ٣٠٦.
(٢) من (أ، ث، ل). وانظر الخلاف ٦: ٢٤٥ مسألة (٤٢)، الجامع للشرائع: ٥٣٠، المختلف: ٧٠٦،
إيضاح الفوائد ٤: ٣٦٤، الدروس الشرعية ٢: ٩٢، التنقيح الرائع ٤: ٢٦١.
(٣) في الحجريتين: الحكم.
(٤) في (خ، د، ط، م): أمر.

يتيسر نقلهم إلى بلد الحق، فمست الحاجة إلى إثباته في بلد الشهود، والانتفاع في بلد المدعى عليه أو الذي فيه الحق، ولا وسيلة إلى ذلك إلا برفع الأحكام من بلد الشهود إلى الحكام في بلد الحق، ليتوصل ذو الحق إلى حقه، وإلا لزم تعطيل الحقوق، وهو مناف للحكمة. والضرورة إلى إثبات الحق كما تندفع بذلك، تندفع بشهادة الشاهدين على شهود الأصل ثم شهادة الفرع عند الحاكم الذي يريد إنهاء الحكم عنده.

إلا أن في الشهادة على الشهادة قصورا عن الشهادة على الحكم، من حيث إنها مقصورة على المرتبة الثانية، فلا تسمع الشهادة الثالثة على الشهادة، والمرتبة الثالثة من الشهادة على الشهادة بمنزلة المرتبة الثانية من الشهادة على الشهادة على الحكم، فتكون مسموعة. فإذا تعذر وصول شهود الأصل في المرتبة الأولى من الشهادة على الحكم حصل الغرض من الشهادة عليهما (١)، دون ما لو كانت الشهادة على شهادة الأصل، لأنها تنقص عنها بمرتبة، فقد لا يحصل الغرض بدون المرتبة الثالثة التي هي ثانية في الشهادة على الحكم.

الثاني: أنه لو لم يشرع إنهاء الأحكام لبطلت الحجج مع تطاول المدة، لأن الحاكم يموت فيبطل حكمه، فتنتفي فائدة الحكم حينئذ، بخلاف ما إذا أشهد على حكمه ولو قبل موته بيسير، فإن الشهود تصير طبقة ثانية بعده، فإذا أنفذ حكمه بشهادتهم طال زمان نفوذ الحجة والانتفاع بها، وهلم جرا بالنسبة إلى الحاكم الثاني والثالث، فيستمر الانتفاع بالحجة.

(١) في (ت، ط): عليها.

لا يقال: فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض، ولا العمل به. ورواية طلحة بن زيد والسكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: أن عليا عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض، [لا] في حد ولا غيره، حتى وليت بنو أمية فأجازوا بالبينات.

الثالث: أن المنع من ذلك يؤول إلى استمرار الخصومة في الواقعة الواحدة، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى حاكم آخر، فإذا لم ينفذ حكم الأول يجب عليه سماع الدعوى. ثم قد يكون عالما بعدالة شهود الحق، فيحكم له كأول. ثم يحاكمه إلى آخر كذلك، إما [لو] (١) توصلا إلى حاكم يخلت معه بعض الشرائط المعتبرة في إثبات الحق فينتفي عنه، أو يحصل بتكرار الخصومة مشقة زائدة على المحكوم له، بخلاف ما إذا أنفذ حكم الأول، فإن الخصومة ترتفع حينئذ، ويمضى الحكم الأول على وجهه. وهذا هو الموافق لنصب الحكام من الشارع، فإنهم وضعوا لفصل الخصومات وقطع المنازعات، دون ما يوجب استمرار الخصومة.

الرابع: أن الغريم لو أقر عند الحاكم أن حاكما حكم عليه بالحق ألزمه الحاكم المقر (٢) عنده به بالحق، لأن إقراره بذلك إقرار بثبوت الحق عليه شرعا، وإذا كان الحاكم الثاني يلزم الغريم بإقراره بالحكم ويقطع الخصومة بذلك، فكذا إذا شهدت عنده البيينة بحكم الحاكم بذلك، لأن البيينة تثبت ما لو أقر به الغريم لزم، فإذا كان الإقرار بالحكم ملزما كانت البيينة عليه ملزمة. قوله: (لا يقال: فتوى الأصحاب... إلخ).

(١) من (ث) والحجريتين.

(٢) في إحدى الحجريتين: المقر به عنده.

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

ونحن (١) فلا عبرة عندنا بالكتاب، مختوما كان أو مفتوحا. وإلى جواز ما ذكرنا أوماً الشيخ أبو جعفر - رحمه الله - في الخلاف (٢). ونجيب عن الرواية بالطعن في سندها، فإن طلحة بتري، والسكوني عامي. ومع تسليمها نقول بموجبها، فإننا لا نعمل بالكتاب أصلا ولو شهد به، فكان الكتاب ملغى.

هذا إشارة إلى حجة المانع من إنفاذ القاضي حكم قاض آخر وإن شهدت البينة عنده بحكمه. ومرجع الحجة إلى أمرين:
أحدهما: إجماع الأصحاب على أنه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض، بمعنى أنه لا عبرة به ولا يترتب عليه حكم، وإجماع الأصحاب حجة، والمخالف لهم في ذلك منهم معلوم النسب، فلا يقدر فيه على ما تقرر في محله. والثاني: الرواية المشهورة عن طلحة بن زيد والسكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (أن عليا عليه السلام كان لا يعجز كتاب قاض إلى قاض، وإنما جوزه القضاة في زمن بني أمية) (٣). فكان باطلا.
وأجاب المصنف - رحمه الله - بمنع الاجماع على خلاف صورة النزاع، فإن الاجماع - على تقدير تسليمه - إنما وقع على منع العمل بكتاب قاض إلى قاض بمجرد الكتابة، من غير أن يحكم به باللفظ ويشهد على حكمه وينهي

(١) في الشرائع الحجرية (٣٢٤) و متن الجواهر (٤٠ : ٣١٠): ونحن نقول فلا...

(٢) الخلاف ٦ : ٢٤٥ مسألة (٤٢).

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

الشهود ذلك إلى حاكم آخر فينفذه، وهذا ليس منعا من العمل بحكمه مع ثبوته. ونحن نسلم أنه لا عبرة بالكتاب بمجردده، سواء كان مختوما أم لا، وإنما يجوز إنفاذ الحاكم الثاني حكم الأول على تقدير ثبوت حكمه عنده بالبينة، وهذا أمر خارج عما ادعي الاجماع عليه.

فحاصل الجواب يرجع إلى أن الاجماع المدعى واقع على خلاف موضع النزاع، فلا يكون مسموعا. مع أنا نمنع الاجماع على ما ذكروه أيضا، لأن ابن الجنيد قد جوزه على ما عرفت (١)، وهو من أجلة الأصحاب، ومعلومية نسبه وكونها غير قاذحة في الاجماع قد بينا ما فيه غير مرة. وعن الرواية بأمرين:

أحدهما: ضعف سندها، فإن طلحة بن زيد بتري، والبترية فرقة من الزيدية. وقال الشيخ في الفهرست (٢) والنجاشي (٣): إنه عامي. والسكوني عامي أيضا مشهور الحال. مع أنه لم ينص أحد من الأصحاب فيهما على توثيق ولا مدح، مضافا إلى فساد العقيدة، فلا يعتد بروايتهما.

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

(١) راجع ص: ٧.

(٢) الفهرست: ٨٦ رقم (٣٦٢).

(٣) رجال النجاشي: ٢٠٧ رقم (٥٥٠).

إذا عرفت هذا، فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس، دون الحدود وغيرها من حقوق الله. فما ينهى إلى الحاكم أمران: أحدهما: حكم وقع بين متخاصمين. والثاني: إثبات دعوى مدع على غائب.

وأجاب في المختلف (١) عن ضعف الروايتين بأن الرواية من المشاهير، فلا يضرها الطعن في الراوي. وهو يرجع إلى جبر الشهرة للضعف، وقد تكلمنا عليه غير مرة. واحتج على المنع أيضا بالاجماع على الحكم بالبينة واليمين من النبي صلى الله عليه وآله، وليس هذا أحدها. وجوابه: أن هذا ليس حكما، وإنما هو إقرار للحكم على حاله، وهو معنى إنفاذه. وعلى تقدير تسليمه فهو حكم بالبينة أيضا، فلا ينافي الاجماع المدعى. ولو سلم عدم كونه حكما بها منعنا الاجماع المذكور، فإن القول بجواز إنفاذ الحكم على هذا الوجه مذهب أكثر علماء الإسلام، ومنهم جملة (٢) الأصحاب، سيما المتأخرين. قوله: (فالعمل بذلك مقصور... الخ). لأن الحدود وحقوق الله مبنية على التخفيف، فيقتصر في إثباتها (٣) على موضع الوفاق ومحل اليقين.

(١) المختلف: ٧٠٦.

(٢) في (ت، ط): من الأصحاب.

(٣) في (ت، ط): إثباتهما.

أما الأول:

فإن حضر شاهدا الإنهاء خصومة الخصمين، وسمعا ما حكم به الحاكم، وأشهدهما على حكمه، ثم شهدا بالحكم عند الآخر، أثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم، وأنفذ ما ثبت عنده، لا أنه يحكم بصحة الحكم في نفس الأمر، إذ لا علم له به، بل الفائدة فيه قطع خصومة المختصمين لو عاودا المنازعة في تلك الواقعة. وإن لم يحضرا الخصومة، فحكى لهما الواقعة وصورة الحكم، وسمى المتحاكمين بأسمائهما وآبائهما وصفاتهما، وأشهدهما على الحكم، ففيه تردد، والقبول أولى، لأن حكمه كما كان ماضيا كان إخباره ماضيا.

قوله: (فإن حضر شاهدا الإنهاء... الخ).

حيث حكمنا (١) بجواز إنفاذ الحاكم ما حكم به غيره، فأتم صورته احتياطا حضور شاهدي (٢) الإنهاء الواقعة وشهادة الشاهدين بأصل الحق، بعد دعوى المدعي وإشهاد الحاكم إياهما على حكمه. وهذه الصورة جوز إنفاذ الحكم فيها كل من قال به.

فأما إذا انتفى حضورهما، ولكن حكى لهما الحاكم الأول صورة الواقعة وصورة الحكم، وعين لهما المتخاصمين، وأشهدهما على حكمه، ففي جواز إنفاذ الحكم حينئذ تردد، منشؤه من أن حكم الحاكم الثاني قول بما لا يعلم، وهو منهي عنه بقوله تعالى: (أتقولون على الله ما لا تعلمون) (٣)، وبغيره من

(١) في (م): قلنا.

(٢) في (أ، ث، خ، ط): شاهدين لانتهاء...

(٣) الأعراف: ٢٨.

وأما الثاني: وهو إثبات دعوى المدعي، فإن حضر الشاهدان الدعوى وإقامة الشهادة والحكم بما شهدا به، وأشهدهما على نفسه بالحكم، وشهدا بذلك عند الآخر، قبلها وأنفذ الحكم.

الآيات (١) والروايات (٢)، فيقتصر فيما خالفه على موضع الوفاق وما يوجب تمام الاحتياط، وهو الصورة الأولى، ومن أنه كلما كان حكم الحاكم ماضيا كان إخباره به ماضيا، لكن المقدم حق فالتالي مثله. وحقية المقدم واضحة، والملازمة ظاهرة، لأن غاية الحضور سماعهما (٣) الحكم، إذ لا اعتبار بما وقع في المجلس غيره من الدعوى وشهادة الشاهدين وتعديلهما ما لم يحصل الحكم، وهو عبارة عن الإخبار بثبوت الحق من أهله بلفظ (حكمت) ونحوه، وصورة النزاع إخبار بذلك، فلا ترجيح لأحدهما على الآخر. ولأن الأدلة السابقة الدالة على تسويغ أصل هذا الانفاذ آتية في هذه الصورة. فكان القول بالقبول أقوى، وهو الذي اختاره المصنف - رحمه الله - والأكثر.

واحترز المصنف بقوله: (وأشهدهما على الحكم) عما لو قال لهما: ثبت عندي ونحوه، فإنه لا يقبل قطعاً، وإنما الكلام على تقدير إخباره بالحكم. إذا تقرر ذلك، فالمراد بقضاء القاضي الثاني بما حكم به الأول إنفاذه لحكمه وإمضاؤه له، بحيث لا تسمع الدعوى ثانياً، وتنقطع المنازعة، ويبقى الحكم على حاله وإن لم يعلم حقيقة الأمر، لا أنه يحكم بصحته كما يحكم به الأول، لعدم علمه بما يوجب الحكم، ولجواز مخالفته لاجتهاده فلا يمكنه الحكم بصحته. قوله: (وأما الثاني وهو إثبات... الخ).

(١) الأسراء: ٣٦.

(٢) راجع الكافي ١: ٤٢ باب النهي عن القول بغير علم.

(٣) في (أ، ث، ط): سماعها.

ولو لم يحضرا الواقعة، وأشهدهما بما صورته: أن فلان بن فلان
الفلاني ادعى على فلان بن فلان الفلاني كذا، وشهد له بدعواه فلان
وفلان - ويذكر عدالتهما أو تزكيتهما - فحكمت وأمضيت، ففي الحكم
به تردد، مع أن القبول أرجح، خصوصا مع إحضار الكتاب المتضمن
للدعوى وشهادة الشهود.
أما لو أخبر حاكما آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثاني.
وليس كذلك لو قال: حكمت، فإن فيه ترددا.

البحث في هاتين الصورتين كالسابقتين قبولا وردا، وإنما تتميزان بأن
الحكم في الأولتين على حاضر وهنا على غائب، وهو لا يوجب اختلاف الحكم.
ولو اقتصر على أحدهما وأدرج الآخر فيه كان أخصر.
قوله: (أما لو أخبر حاكما... إلخ).

قد ظهر من الأدلة المجوزة لقبول إنفاذ الحكم أن موردها الضرورة إلى ذلك
في البلاد البعيدة عن الحاكم الأول. فذهب بعض الأصحاب (١) إلى اختصاص
الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطة، وهم الشهود على حكم الأول. فلو كان
الحايمان مجتمعين، وأشهد أحدهما الآخر على حكمه، لم يصح إنفاذه، لأن هذا
ليس من محل الضرورة المسوغة للإنفاذ المخالف للأصل.
والأقوى القبول، لأن قوله نافذ، وحكمه حجة، والضرورة إلى ذلك باقية،
فإنها غير منحصرة في الأماكن المتباعدة، لأن من جملتها قطع الخصومة، وهو لا
يتم إلا بقبول ذلك، بل هو في هذه الحالة أقوى من البينة، لأن غاية البينة إثبات
حكم الحاكم، وإخباره بالحكم أقوى.

(١) لم نجد تصريحا بهذا لأحد من الأصحاب. نعم، يشعر كلام الشيخ في الخلاف (٦: ٢٤٥
مسألة ٤٢) بذلك. وللاستزادة انظر جواهر الكلام ٤٠: ٣١٦.

وصورة الانتهاء: أن يقص الشاهدان ما شاهداه من الواقعة، وما سمعاه من لفظ الحاكم، ويقولوا: وأشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك وأمضاه.

ولو أحوالا على الكتاب بعد قرأته، فقالوا: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك، جاز.

ولا بد من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه. ولو اشتبه على الثاني وقف الحكم حتى يوضحه المدعي.

وهذه الصورة هي التي صدرها في أول الخاتمة (١)، وجعل فيها ترددا، ونقل عن الشيخ المنع منها. وإنما أعادها ليفرق بين قوله: (ثبت عندي كذا) و (حكمت بكذا)، فإن محل الانفاذ هو الثاني لا الأول، لأنه لم يحكم بل أثبت، والحاكم الثاني لا يحكم بإثبات غيره، بل ينفذ حكمه، ولم يحصل. قوله: (وصورة الانتهاء... إلخ).

المراد أن الشاهدين لا يكفي شهادتهما بما في الكتاب من الحكم مجملا، بل لا بد من تفصيل الواقعة على الوجه الذي ذكره (٢)، إما بلفظهما، أو بأن يقرأ الحاكم الثاني عليهما الكتاب المشتمل على الحكم، فيقول الشاهدان: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك، لأنها حينئذ شهادة على أمر مفصل معلوم بالقراءة عليهما.

قوله: (ولا بد من ضبط الشيء... إلخ).

(١) راجع ص: ٧.

(٢) في (خ): ذكرناه.

ولو تغيرت حال الأول بموت أو عزل لم يقدر ذلك في العمل بحكمه. وإن تغيرت بفسق لم يعمل بحكمه، ويقر ما سبق إنفاذه على زمان فسقه.

ولا أثر لتغير حال المكتوب إليه في الكتاب، بل كل من قامت عنده البينة بأن الأول حكم به وأشهدهم به عمل بها، إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام.

إذا اشتبه المشهود به على الحاكم الثاني، لعدم ضبط الشهود (١) له بما يرفع الجهالة، وجب عليه إيقاف الحكم إلى أن يتضح، إما بتذكر الشاهدين تفصيله أو بشهادة غيرهما. وينبغي أن يكون ذلك هو المراد بإيضاح المدعي له، بأن أراد إيضاحه على وجه يثبت شرعا، وإلا فمطلق إيضاح المدعي له غير كاف في إنفاذ الثاني للحكم، لأنه لا يجوز له التعويل على قول المدعي بمجرد. ولو قال: وقف الحكم حتى يتضح، كان أظهر.

قوله: (ولو تغيرت حال الأول... إلخ).

كما يجوز أن يكتب الحاكم الأول إلى قاض معين، يجوز أن يطلق فيكتب إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين. وعند بعض العامة (٢) أنه لا يجوز الاطلاق. وعلى تقدير التعيين لا يختص الحكم بمن كتب إليه، بل يجب إنفاذه على كل من شهد عنده الشاهدان بالحكم، وطلب منه المحكوم له إنفاذه. ومن اعتبر التعيين لم يجوز إنفاذه لغير المعين مطلقا. إذا تقرر ذلك، فلا يقدر موت الكاتب ولا المكتوب إليه إذا شهد الشاهدان

(١) في (ت، د): المشهود.

(٢) روضة القضاة ١: ٣٣٢ - ٣٣٣، المغني لابن قدامة ١١: ٤٦٧.

مسائل ثلاث:

الأولى: إذا أقر المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه ألزم. ولو أنكر وكانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق [عليه] غالبا، فالقول قوله مع يمينه، ما لم يقيم المدعي البينة. وإن كان الوصف مما يتعذر اتفاهه إلا نادرا لم يلتفت إلى إنكاره، لأنه خلاف للظاهر.
ولو ادعى أن في البلد مساويا له في الاسم والنسبة، كلف إبانته [في إثباته]. فإن كان المساوي حيا سئل، فإن اعترف أنه الغريم ألزم، وأطلق الأول. وإن أنكر وقف الحكم حتى يتبين.

عند من يقوم مقامه، بناء على عدم الانحصار ابتداء، لأن الحكم لا يبطل بموت الحاكم. وفي معنى موت الحاكم عزله وجنونه وعماه - حيث يعتبر البصر - وخرسه. أما لو كتب القاضي إلى خليفته، ثم مات القاضي أو عزل، تعذر على الخليفة القبول والامضاء إن قلنا إنه ينزل بانعزال الأصل.
ولو ارتد القاضي الكاتب أو فسق، ثم وصل الكتاب إلى المكتوب إليه، لم يجز إنفاذه. وفرقوا بينه وبين الموت: بأن ظهور الفسق يشعر بالخبط وقيام الفسق يوم [يرفع] (١) الحكم. وفيه نظر. وذهب العامة (٢) إلى جواز إنفاذه كالموت. وأما الانفاذ السابق على ظهور الفسق فيقر عليه كأصل الحكم.
وأما المكتوب إليه فلا أثر لتغيره بفسق ولا غيره، فيبقى الحكم ماضيا وينفذ على غيره من القضاة، لما تقدم (٣) من عدم انحصاره في المكتوب إليه. قوله: (إذا أقر المحكوم عليه... إلخ).

(١) من (ت، د، م).

(٢) الحاوي الكبير ١٦: ٢٣٢، روضة القضاة ١: ٣٤٠، روضة الطالبين ٨: ١٦٤.

(٣) في الصفحة السابقة.

وإن كان المساوي ميتا، وهناك دلالة تشهد بالبراءة، إما لأن الغريم لم يعاصره، وإما لأن تاريخ الحق متأخر عن موته، ألزم الأول. وإن احتمل وقف الحكم حتى يتبين.

ينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له والمحكوم عليه وكنيتهما (١)، واسم أبيهما وجدهما وحليتهما (٢) وصفتهما وقبيلتهما، ليسهل التمييز. نعم، لو كان الرجل مشهورا، وحصل الاعلام ببعض ما ذكرنا، اكتفي به. فإذا فعل كما ذكرنا، وحمل الكتاب إلى المكتوب إليه، وأحضر الحامل عنده من زعمه محكوما عليه، نظر إن شهد شهود الكتاب والحكم على عينه، وأن القاضي الكاتب حكم عليه، طوبى بالحق.

وإن لم يشهدوا على عينه، ولكن شهدوا على رجل موصوف بالصفات المذكورة في الكتاب، فإن أقر المحضر أنه هو المشهود عليه قبل وألزم، لعموم (إقرار العقلا على أنفسهم جائز) (٣). وإن أنكر، وكانت الشهادة بوصف يحتمل المشاركة غالبا، فالقول قوله مع يمينه، لأصالة البراءة، وعدم حصر الوصف. وإن نكل حلف المدعي وتوجه عليه الحكم.

وإن قال: لا أحلف [على] (٤) أنه ليس اسمي ونسبي، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه، ففي إجابته وجهان أصحهما عدمه، لقيام البينة

(١) كذا في (خ، ط)، وفي سائر النسخ: وكيفيتهما.

(٢) في (ط): وحلقتهما.

(٣) راجع الوسائل ١٦: ١١١ ب (٢) من كتاب الاقرار ح ٢، المستدرک ١٦: ٣١ ب (٢) من كتاب

الاقرار ح ١، عوالي اللقالي ٣: ٤٤٢ ح ٥. وراجع أيضا المختلف: ٤٤٣، التذكرة ٢: ٧٩، إيضاح

الفوائد ٢: ٤٢٨، جامع المقاصد ٥: ٢٣٣، فهناك بحث في كون هذه الجملة رواية.

(٤) من الحجريتين.

على المسمى بهذا الاسم، وذلك يوجه الحق عليه. وإن قامت البينة على أنه اسمه ونسبه، فقال: نعم لكنني لست المحكوم عليه، فإن لم يوجد هناك من يشاركه في الاسم والصفات المذكورة لزمه (١) الحكم، لأن الظاهر أنه المحكوم عليه. وإن وجد، إما بأن عرفه القاضي أو قامت عليه بينة، أحضر الذي يشاركه وسئل، فإن اعترف بالحق طوبى به، وتخلص الأول. وإن أنكر وقف حتى ينكشف. ولو أقام المحضر بينة على موصوف بتلك الصفات كان هناك وقد مات، فإن مات بعد الحكم وقع الاشكال. وإن مات قبله، فإن لم يعاصره المحكوم له فلا إشكال. وإن عاصره، فإن كان تاريخ الحق متأخرا عن موته فكذلك، فيلزم الأول، وإلا وقف الحكم. هذا كله إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه ونسبه وصفته كما قدمناه. أما إذا اقتصر على أنني حكمت على محمد بن أحمد مثلا، فقليل: يبطل الحكم، لأن المحكوم عليه مبهم لم يتعين بإشارة ولا وصف، حتى لو حضر رجل واعترف بأنه محمد بن أحمد وأنه المعني بالكتاب لم يلزم ذلك، لبطلان الحكم في نفسه، إلا أن يقر بالحق فيؤاخذ به، بخلاف ما لو استقصى الوصف ولم يقصر فظهر الاشتراك واتفق اشتباهه. ويظهر من إطلاق المصنف أنه (لو أقر بأنه المشهود عليه ألزم) لزوم الحق لصاحب الاسم المشترك غالبا، وإن كان لا يلزمه لو أنكر. وهو خيرة الدروس (٢)، واستبعد خلافه. وهذا هو الوجه.

(١) في (ت، م): نفذ، وفي (د): أنفذ.
(٢) الدروس الشرعية ٢: ٩٢.

الثانية: للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض.
ولو لم يكن عليه بالحق شاهد، قيل: لا يلزم الاشهاد. ولو قيل: يلزم
كان حسنا، حسما لمادة المنازعة، أو كراهية لتوجه اليمين.
الثالثة: لا يجب على المدعي دفع الحجة مع الوفاء، لأنها حجة له
لو خرج المقبوض مستحقا. وكذا القول في البائع إذا التمس المشتري
كتاب الأصل، لأنه حجة له على البائع الأول بالثمن لو خرج المبيع
مستحقا.

قوله: (للمشهود عليه... إلخ).
القول بعدم جواز الامتناع إلى أن يشهد حيث لا يكون بالحق شاهد
للشيخ (١)، لعدم الضرر بالدفع حينئذ، لأن غايته أن يدعي عليه به مرة أخرى ولا
بينة له، فينكر ويقبل قوله في البراءة منه بيمينه، واليمين الصادقة لا ضرر فيها.
ومثله ما لو كان له بالحق بينة ولكن كان الحق مما يقبل قول من هو بيده في رده
كالوديعة، لأن البينة لا تلزمه، وإنما غايته إلزامه باليمين كالسابق.
والذي اختاره المصنف - رحمه الله - وجماعة (٢) جواز الامتناع إلى أن
يشهد مطلقا، لأن المنازعة وتوجه اليمين مما ينبغي دفعه خصوصا عن ذوي
المروات، فيكون حسم مادته بالاشهاد عذرا في تأخير الحق إلى أن يحكمه. وقد
تقدم البحث في هذه المسألة في كتاب الوكالة (٣)، وكأنه أعادها لمناسبة المقام.
قوله: (لا يجب على المدعي... إلخ).

(١) المبسوط ٨: ١٣١.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٥٨، اللعة الدمشقية: ٩٨.

(٣) في ج ٥: ٢٩٢.

الفصل الثاني
في لواحق من أحكام القسمة
والنظر: في القاسم، والمقسوم، والكيفية، واللواحق

ما ذكره من تعليل عدم وجوب دفع الحجة حسن، لأن فائدة الحجة لا تنحصر في زمن ملكه، بل يحتاج إليها بعد البراءة وخروج الملك عنه ليكون حجة على الدرك. مع أنه يجوز التعليل أيضا بكونها ملكا لمن هي في يده، ولا يجب عليه دفع ملكه إلى غيره، وإن لم يكن له منفعة بها كغيرها من أمواله.

قوله: (في لواحق من أحكام القسمة... الخ).
إنما ذكر أحكام القسمة في كتاب القضاء لأن القاضي لا يستغني عن القسام، للحاجة إلى قسمة المشتركات، بل القسام كالحاكم، فحسن الكلام في القسمة في هذا الكتاب كما فعله جماعة (١) من الفقهاء، ومن (٢) أفردا كتابا برأسها نظر إلى استقلالها بالأحكام كغيرها من كتب الفقه.
واعلم أن الحاجة الداعية إلى تجويز القسمة بينة، وذلك لأنه قد يتبرم الشركاء أو بعضهم بالمشاركة أو يريدون الاستبداد بالتصرف، وفي كتاب الله: (وإذا حضر القسمة أولوا القربى) (٣) الآية. وكان رسول الله صلى الله عليه وآله يقسم الغنائم بين الغانمين (٤).

-
- (١) انظر المبسوط ٨: ١٣٣، الجامع للشرائع: ٥٣١، قواعد الأحكام ٢: ٢١٨، اللمعة الدمشقية: ٥٣.
(٢) كالقاضي في المهذب ٢: ٥٧٣، والشهيد في الدروس الشرعية ٢: ١١٧.
(٣) النساء: ٨.
(٤) المبسوط ٨: ١٣٣، وانظر مسند أحمد ١: ٤٢٧، صحيح البخاري ٥: ٢٠٠ - ٢٠١، صحيح مسلم ٢: ٧٣٨ ح ١٠٦١، سنن البيهقي ١٠: ١٣١ - ١٣٢.

أما الأول:

فيستحب للإمام أن ينصب قاسما، كما كان لعلي عليه السلام. ويشترط فيه: البلوغ، وكمال العقل، والايمان، والعدالة، والمعرفة بالحساب. ولا يشترط الحرية. ولو تراضى الخصمان بقاسم لم تشترط العدالة. وفي التراضي بقسمة الكافر نظر، أقرببه الجواز، كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم.

قوله: (فيستحب للإمام عليه السلام... الخ).

القسمة قد يتولاها الشركاء بأنفسهم، وقد يتولاها غيرهم. وهو إما منصوب الإمام، أو منصوبهم. ويستحب للإمام أن ينصب قاسما ويرزقه من بيت المال، لأن القسمة من جملة المصالح. وروي (١) أنه كان لعلي عليه السلام قاسم يقال له عبد الله بن يحيى، وكان يرزقه من بيت المال. ويشترط في منصوب الإمام: التكليف، والايمان، والعدالة، والمعرفة بالمساحة والحساب، لأن علمه بهما كالفقه في الحاكم. وقيل: يشترط أن يعرف التقويم، لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه. ولا يشترط عندنا الحرية، فلا يمتنع أن يكون العبد قاسما بإذن مولاه.

أما منصوب الشركاء فلا يشترط فيه العدالة، لأنه وكيل من جهتهم. وفي اشتراط إسلامه نظر، من حيث إنه ظالم منهي عن الركون إليه. والأصح الجواز، لجواز كونه وكيلا وهذه في معنى الوكالة، ولتراضيهما على قسمته، فكان كما لو تراضيا على القسمة بأنفسهما من غير قاسم.

(١) رواه الشيخ في المبسوط ٨: ١٣٣.

والمنصوب من قبل الإمام تمضي قسمته بنفس القرعة، ولا يشترط رضاها بعدها. وفي غيره يقف الزوم على الرضا بعد القرعة. وفي هذا إشكال، من حيث إن القرعة وسيلة إلى تعيين الحق، وقد قارنها الرضا.

قوله: (والمنصوب من قبل الإمام... إلخ).

قرعة قاسم الإمام بمنزلة حكمه، فمن ثم اشترط فيه العدالة والمعرفة، فلا يعتبر رضاها بعدها.

أما القاسم الذي نصباه، أو إذا اقتسما بأنفسهما من غير قاسم، قال الشيخ (١): يعتبر رضاها بعد القرعة، لأنها إنما تتعين (٢) بحكم الحاكم أو تراضيها بعدها، ولأصالة بقاء الشركة.

والمصنف - رحمه الله - استشكل ذلك، من حيث إن القرعة شرعت وسيلة إلى تعيين الحق، وقد قارنها الرضا فلا يعتبر بعدها، لأن التعيين على هذا الوجه أوجب تمييز أحد الحقين عن الآخر، فيتعين بالرضا المقارن. بل ينبغي أن يتعين بتراضيها على القسمة وتخصيص كل واحد من الشركاء بحصته (٣) وإن لم تحصل القرعة، كما تصح المعاطاة في البيع، إلا أن المعاطاة يتوقف لزومها على التصرف، من حيث إن ملك كل واحد من العوضين كان للآخر، فيستصحب ملكه إلى أن يتصرف أحدهما بإذن الآخر، فيكون رضا منه بكون ما في يده عوضاً عن الآخر. أما القسمة فإنها مجرد تمييز أحد النصيبين عن الآخر، وما يصل إلى كل منهما هو

(١) المبسوط ٨: ١٤٨.

(٢) في (أ، خ): تعتبر.

(٣) في (د، م): بحقه.

ويجزى القاسم الواحد إذا لم يكن في القسمة رد. ولا بد من اثنين في قسمة الرد، لأنها تتضمن تقويماً، فلا ينفرد به الواحد. ويسقط اعتبار الثاني مع رضا الشريك.

عين ملكه لا عوضاً عن ملك الآخر، فيكفي تراضيها عليها مطلقاً. ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو على بعض الوجوه يناسبه توقف اللزوم على التصرف، كالبيع معاطاة.

واشترط في الدروس (١) تراضيها بعد القرعة في غير قسمة منصوب الإمام عليه السلام مع اشتغالها على الرد خاصة. وهو حسن. وفي اللعة (٢) اكتفى بتراضيها عليها من غير قرعة مطلقاً. وهو أجود. واختاره العلامة في القواعد (٣) أيضاً.

قوله: (ويجزى القاسم الواحد... إلخ).

القسمة إن اشتملت على رد فلا إشكال في اعتبار التعدد في القاسم حيث لا يتراضى الشريكان بالواحد، لأن التعدد (٤) مشروط في التقويم (٥) مطلقاً من حيث إنها شهادة وإن لم تشتمل على رد.

فهل يجزى قاسم واحد، بمعنى أن الإمام يجتزي بنصب واحد، أم لا بد من اثنين كنصب الشاهد؟ مذهب الأصحاب هو الأول، إقامة له مقام الحاكم. ويؤيده ما سبق (٦) من نصب علي عليه السلام قاسماً واحداً.

(١) الدروس الشرعية ٢: ١١٧.

(٢) اللعة الدمشقية: ٥٣.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٢١٨.

(٤) في (ت، خ، د، م): العدد.

(٥) في (ث، ط): المقوم.

(٦) في ص: ٢٥.

وأجرة القسام من بيت المال، فإن لم يكن إمام، أو كان ولا سعة في بيت المال، كانت أجرته على المتقاسمين. فإن استأجره كل واحد بأجرة معينة فلا بحث. وإن استأجره في عقد واحد، ولم يعينوا نصيب كل واحد من الأجرة، لزمتهم الأجرة بالحصص. وكذا لو لم يقدرُوا أجرة، كان له أجرة المثل عليهم بالحصص لا بالسوية.

واعتبر بعض (١) العامة اثنين مطلقا، ترجيحا لجانب الشاهد، حيث إنه لا يشتمل على جميع أوصاف الحاكم. قوله: (وأجرة القسام من بيت المال... إلخ). قد ذكرنا (٢) أن أجرة القسام في (٣) بيت المال، لأنه من المصالح. فإن لم يتفق له الكفاية من بيت المال فأجرته على الشركاء، سواء طلب جميعهم القسمة أم بعضهم دون بعض. ثم ينظر إن استأجر الشركاء قاسما وسموا له أجرة وأطلقوا فتلك الأجرة تتوزع على قدر الحصص، لأنها من مؤونات الملك، فأشبهت النفقة، فتكون في مقابلة العمل، والعمل لمن يزداد نصيبه أكثر، كالكيل في المكيلات (٤) والوزن في الموزونات. وكذا القول فيما لو لم يقدرُوا أجرة، أو استأجره أجرة (٥) فاسدة، فوجبت أجرة المثل.

-
- (١) الحاوي الكبير ١٦: ٢٤٧، حلية العلماء ٨: ١٦٥ - ١٦٦، روضة الطالبين ٨: ١٨٢.
(٢) راجع ص: ٢٥.
(٣) في (خ): من.
(٤) في (ث): المكيل.
(٥) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، ولعل الصحيح: إجارة، أو: بأجرة.

وفيه وجه آخر أنه يقسم على عدد الرؤوس، لأن عمله (١) في الحساب والمساحة يقع لهم جميعاً، وقد يكون الحساب في الجز القليل أغمض. وأيضا فإن قلة النصيب توجب كثرة العمل، لأن القسمة تقع بحسب أقل الأجزاء، فإن لم يجب على من قل نصيبه زيادة فلا أقل من التساوي. والأصح الأول. وإن سمى كل واحد منهم أجرة التزمها فله على كل واحد ما التزم، وانقطع النظر عن الحصص والرؤوس جميعاً.

وهذا واضح إن فرض اجتماعهم على الاستيجار، بأن قالوا: استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان ودينارين على فلان، أو وكلوا وكيلا فعقد لهم كذلك.

وإن فرضت عقود مترتبة، فقد ذكروا فيه إشكالا، وهو أن الشركاء إذا كانوا اثنين فعقد واحد لافراز نصيبه، فعلى القسام إفران النصيبين وتمييز كل واحد منهما عن الآخر، لأن تمييز نصيب المستأجر لا يمكن إلا بتمييز نصيب الآخر، وما يتوقف عليه الواجب فهو واجب، فإذا استأجر بعد ذلك الآخر على تمييز نصيبه فقد استأجره على ما وجب عليه واستحق في ذمته لغيره، فلم يصح. وكذا لو كانوا ثلاثة فعقد واحد لافراز نصيبه، ثم الثاني كذلك، فعلى القسام إفران النصيبين، فإذا ميزهما تميز الثالث، فإذا عقد الثالث بعد العقدين كان قد عقد على عمل مستحق في ذمة الأجير لغيره، فلا يصح.

وأجيب بأن السؤال مبني على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستيجار القسام لافراز نصيبه ولا سبيل إليه، لأن إفران نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في

(١) كذا في (خ، ث)، وفي سائر النسخ: علمه.

الثاني: في المقسوم وهو إما متساوي الأجزاء، كذوات الأمثال مثل الحبوب والأدهان، أو متفاوتها، كالأشجار والعقار. فالأول يجبر الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة، لأن الانسان له ولاية الانتفاع بماله، والانفراد أكمل نفعا. ويقسم كيلا ووزنا، متساويا ومتفاضلا، ربويا كان أو غيره، لأن القسمة تميز حق لا بيع.

نصيب الآخرين ترددا وتقديرا، ولا سبيل إليه إلا برضاهم. نعم، يجوز أن ينفرد واحد منهم برضا الباقيين، فيكون أصلا ووكيلا، ولا حاجة إلى عقد الباقيين. وحينئذ إن فصل ما على كل واحد منهم بالتراضي فذاك، وإن أطلق عاد الكلام في كيفية التوزيع.

قوله: (في المقسوم... إلخ). اعلم أن العين المشتركة إما أن يعظم الضرر في قسمتها، أولا يعظم. والثاني: إما أن تكون مثلية، وهي المتساوية الأجزاء في القيمة والصفات، كالحبوب والأدهان، أو قيمة لكنها متشابهة الأجزاء، كالدار المتفقة الأبنية، والأرض المتشابهة الأجزاء، وما في معناها بحيث يمكن تعديلها بعدد الأنصبة من غير رد ولا ضرر، أو يتوقف التعديل على الرد من غير أن يحصل ضرر على أحد الشركاء، أو يحصل ضرر، إما على الجميع أو على البعض. فهذه أقسام المقسوم. فالقسمان الأولان يجبر الممتنع من القسمة إذا طلبها الآخر. وسيأتي حكم الباقي.

ونبه بقوله: (ويقسم كيلا ووزنا - إلى قوله - لأن القسمة تمييز حق لا بيع) على خلاف بعض العامة (١) حيث زعم أنها بيع مطلقا. ومنهم من جعل قسمة الرد بيعا دون غيرها. ومنهم من جعل قسمة التراضي بيعا دون غيرها. ووافقنا جماعة على أنها تمييز حق لا بيع مطلقا.

واستدل على أنها ليست بيعا مطلقا بأنها لا تفتقر إلى صيغة، ويدخلها الاجبار، وتعتمد القرعة، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر، والبيع ليس فيه شيء من ذلك، واختلاف اللوازم والخواص يدل على اختلاف الملزومات والمعروضات. ومعنى أنها تمييز وإفراز أنها تبين أن ما خرج لكل واحد منهما هو الذي ملكه.

واستدل من جعلها بيعا بأنه ما من جز من المال إلا وكان مشتركا بينهما، وإذا اقتسما فكأنه قد باع كل منهما ما كان له في حصة صاحبه بماله في حصته. واعتذروا عن الصيغة بأن البيع لا ينحصر في صيغة معينة. وعن الاجبار بالحاجة الداعية إليه، وذلك لا يخرجها عن كونها بيعا، فقد يدخل الاجبار البيع لمصلحة، كما يبيع الحاكم مال المديون قهرا، وغير ذلك من مواضع معدودة (٢) في بابه.

وأجيب بأن القول بكونها بيعا لا يتم في مادة مطلقا، لأن النصف الأيمن مثلا [عن] (٣) الذي يأخذه زيد كما أنه لم يكن كله لزيد حتى يقال إن القسمة إفراز

(١) المغني لابن قدامة ١١: ٤٩٢، الانصاف ١١: ٣٤٤ و ٣٤٧، روضة القضاة ٢: ٧٩٧، روضة

الطالبين ٨: ١٩٢ - ١٩٣.

(٢) في (ث، خ): متعددة.

(٣) من الحجريتين.

والثاني: إما أن يستضر الكل، أو البعض، أو لا يستضر أحدهم.
وفي الأول: لا يجبر الممتنع، كالجواهر والعضائد الضيقة.
وفي الثاني: إن التمس المستضر أجبر من لا يتضرر. وإن امتنع
المتضرر لم يجبر.
ويتحقق الضرر المانع من الاجبار بعدم الانتفاع بالنصيب بعد
القسمة. وقيل بنقصان القيمة. وهو أشبه. وللشيخ قولان.

قوله: (والثاني: إما أن يستضر... إلخ).

المشترك غير المثلي إما أن يحصل الضرر بقسمته على جميع الشركاء،
كالجوهرة النفيسة تكسر، والثوب الرفيع يقطع، أو يتضرر بعضهم دون بعض،
كدار بين اثنين لأحدهما عشرين وللآخر باقيها، ولو قسمت لم يصلح العشر
للمسكن وتصلح تسعة الأعشار، أو لا يتضرر أحد منهم.
فمع الضرر لا يجبر المتضرر إذا امتنع من القسمة، لظهور عذره، وعموم
قوله صلى الله عليه وآله: (لا ضرر ولا ضرار) (١).

وإن طلب أحدهم حيث لا ضرر، أو طلب المتضرر حيث يختص الضرر
بأحد (٢)، أجيب. أما الأول فلانتفاء الضرر رأساً، فله طلب تخليص ملكه من
الآخر، كما في المثلي. وأما الثاني فلأن الطالب هو الذي أدخل الضرر على نفسه
فيجاب إليه، وليس للآخر الامتناع، لانتفائه عنه. وكذا لو تضرر الجميع واتفقوا
على القسمة. لكن يجب تقييد الحكم في الموضوعين بما إذا لم تبطل منفعة

(١) الكافي ٥: ٢٩٢ ح ٢، الفقيه ٣: ١٤٧ ح ٦٤٨، التهذيب ٧: ١٤٦ ح ٦٥١، الوسائل ١٧: ٣٤١
ب (١٢) من أبواب إحياء الموات ح ٣.
(٢) في (ت): بأحد الشركاء، وفي (خ):... الضرر به.

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

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

أحدها: أنه عدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة. ووجه التضمر على هذا الوجه ظاهر، لأن بطلان منفعة الملك ضرر بين، وهو منفي بالرواية. والثاني - وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله هنا - أنه نقصان القيمة وإن بقيت المنفعة. وحقته أيضا الخبر، نظرا إلى فوات المالية في الجملة.

وهذان القولان للشيخ في المبسوط (٣)، والأول له في الخلاف (٤) أيضا. وللمصنف - رحمه الله - أيضا، أولهما في باب الشفعة (٥)، والآخر هنا. وهما للعلامة (٦) أيضا.

والثالث: أنه عدم الانتفاع به منفردا فيما كان ينتفع به مع الشركة، كالدار الصغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد موضع ضيق لا ينتفع به في السكنى على ذلك الوجه، وإن انتفع به في غيرها.

(١) في (ث، خ): من.

(٢) في (أ): اختلف.

(٣) المبسوط ٨: ١٣٥.

(٤) الخلاف ٦: ٢٢٩ مسألة (٢٧).

(٥) راجع ج ١٢: ٢٦٥.

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

ثم المقسوم إن لم يكن فيه رد ولا ضرر أجبر الممتنع. وتسمى
قسمة إجبار. وإن تضمنت أحدهما لم يجبر. وتسمى قسمة تراض.
ويقسم الثوب الذي لا تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض. وإن
كان ينقص [قيمه] بالقطع لم يقسم، لحصول الضرر بالقسمة. وتقسم
الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمة قسمة إجبار.

والرابع: أنه نقص القيمة نقصانا فاحشا بحيث يحصل به الضرر عرفا. وهذا
أقوى. وهو خيرة الشهيد - رحمه الله - في الدروس (١). ويمكن أن يريد به مطلق
القول بنقصان القيمة. ومرجع الأقوال كلها إلى خبر الضرر.
قوله: (ثم المقسوم إن لم يكن... إلخ).

قسم المصنف - رحمه الله - القسمة إلى أمرين: قسمة تراض، وقسمة
إجبار، وجعل الضابط أن المقسوم متى أمكن تعديله من غير رد ولا ضرر فقسمته
قسمة إجبار، ومتى اشتملت على أحدهما فهي قسمة تراض. والأول يشمل
قسمة المثلي والقيمي. وألحق قسمة التعديل في الأعيان المتعددة القيمة بقسمة
الإجبار.

ومنهم (٢) من قسمها ثلاثة أقسام: قسمة الافراز. وهي: أن يكون الشيء
قابلا للقسمة إلى أجزاء متساوية الصفات، كذوات الأمثال، وكالثوب الواحد
والعرصة الواحدة المتساوية. ولا إشكال في كون هذا القسم إجباريا مع بقاء
الحصص بعد القسمة منتفعا بها أو حافظة للقيمة كما مر.
والثاني: قسمة التعديل. وهي: ما تعدل سهامها بالقيمة. وهي تنقسم: إلى
ما يعد شيئا واحدا، وإلى ما يعد شيئين فصاعدا.

(١) الدروس الشرعية ٢: ١١٧.

(٢) روضة الطالبين ٨: ١٨٥ - ١٩٢.

وعند بعض العامة (١) أنهما يجبران عند التجاور، وعند آخرين (٢) مطلقاً. ولو كانت بينهما دكاكين متلاصقة لا يحتمل أحادها القسمة - وتسمى العضائد - فطلب أحدهما أن تقسم أعيانها، ففي إجبار الممتنع وجهان أظهرهما العدم. وسيأتي (٣).

وأما غير العقار، فإذا اشتركا في عبيد أو دواب أو أشجار أو ثياب، فإما أن تكون من نوع واحد أو من متعدد (٤). فإن كانت من نوع واحد، وأمكن التسوية بين الشريكين عدداً وقيمة، كعبيدين متساويي القيمة بين اثنين، وثلاث دواب متساوية القيمة بين ثلاثة، فالذي اختاره المصنف - رحمه الله - والأكثر أنه يجبر على قسمتها أعياناً، ويكتفى بالتساوي في القيمة، بخلاف الدور، لشدة اختلاف الأغراض فيها. ولأن النبي (٥) صلى الله عليه وآله جزاء العبيد الستة الذين أعتقهم الأنصاري في مرضه ثلاثة أجزاء. ولأنه ليس اختلاف الجنس الواحد في القيمة بأكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة، فإن أرض القرية تختلف، سيما إذا كانت ذات أشجار مختلفة وأرضين متنوعة، والدار ذات البيوت المختلفة المساحة، فكما لا يمنع اختلاف الدار والقرية من الاجبار، لا يمنع اختلاف الجنس الواحد من الاجبار.

(١) حلية العلماء ٨: ١٧٨ - ١٧٩، المغني لابن قدامة ١١: ٤٩٩، روضة القضاة ٢: ٨٠٠.

(٢) حلية العلماء ٨: ١٧٨ - ١٧٩، المغني لابن قدامة ١١: ٤٩٩، روضة القضاة ٢: ٨٠٠.

(٣) في ص: ٥٣.

(٤) في (خ): من أنواع متعددة.

(٥) مسند أحمد ٤: ٤٢٦، صحيح مسلم ٣: ١٢٨٨ ح ٥٦، سنن أبي داود ٤: ٢٨ ح ٣٩٥٨، سنن

الترمذي ٣: ٦٤٥ ح ١٣٦٤، سنن البيهقي ١٠: ٢٨٥.

وفي القواعد (١) استشكل الحكم في العبيد. ووجه الاشكال مما ذكرناه، ومن تفاوت الأغراض بتفاوت الأشخاص، كمختلفي الجنس. ونقل في المبسوط (٢) عن بعضهم عدم الاجبار هنا. والمذهب هو الأول. ولو لم يمكن التسوية في العدد، كثلاثة أعبد بين اثنين على السواء، أحدهما (٣) يساوي الآخرين في القيمة. فإن قلنا بالاجبار عند إمكان التسوية فهنا وجهان، ينظر أحدهما إلى تعادل القيمة، والثاني إلى اختلاف العدد وتفاوت الأغراض. ومثله القول في الأراضي المختلفة الأجزاء. ولو كانت الشركة لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان، كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمة ليختص من أخرجت له القرعة الخسيس به، ويربع النفيس، ففي إجبار الآخر وجهان مبنيان على المسألة السابقة، فإن قلنا لا إجبار هناك فهنا أولى، وإن قلنا بالاجبار هناك فهنا وجهان أصحهما المنع، لأن الشركة لا ترتفع بالكلية. ولو كانت الأعيان من أنواع مختلفة، كالعبد التركي مع الهندي، والثوب الإبريسم مع الكتان، مع تساويهما في القيمة، ففي إجبار الممتنع وجهان مرتبان. وأولى بالمنع هنا لو قيل به في السابق. وكذا القول لو اختلفت قيمتهما وأمكن التعديل. ويظهر من المصنف وجماعة عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القيمة. وأما الأجناس المختلفة، كالعبد والثوب والحنطة والشعير والدابة والدار،

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢١٩.

(٢) المبسوط ٨: ١٤٧.

(٣) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، ولعل الصحيح: أحدها، أو: أحدهم.

وإذا سألا الحاكم القسمة، ولهما بينة بالملك، قسم. وإن كانت يدهما عليه ولا منازع [لهما]، قال الشيخ في المبسوط (١): لا يقسم، وقال في الخلاف (٢): يقسم. وهو الأشبه، لأن التصرف دلالة الملك.

فلا إجبار في قسمة أعيانها بعضا (٣) في بعض وإن تساوت قيمتها. والثالث: قسمة الرد، بأن يكون بينهما عبدان قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستمائة، فإذا رد أخذ النفيس مائتين استويا. ولا خلاف في كون هذا القسم مشروطا بالتراضي. وسيأتي (٤) الكلام فيه. قوله: (وإذا سألا الحاكم... إلخ). إذا كان في يد اثنين ملكا يقبل القسمة، ولا منازع لهما في ملكه ظاهرا، فطلبا من الحاكم قسمته بينهما، فإن أقاما بينة أنه ملكهما أجابهما إلى القسمة. وإن لم يقيما بينة ففي إجابتهما قولان: أحدهما: العدم، لأنه قد يكون في يدهما بإجارة أو إعارة، فإذا قسمه بينهما لم يؤمن أن يدعيا ملكه محتجين بقسمة القاضي. والثاني: نعم، اكتفاء بدلالة اليد على الملك، لكن يكتب الحاكم ويشهد أنه إنما قسم بقولهما (٥) لئلا يتمسكا بقسمته. واعترض على تقدير إقامة البينة بأنها إنما تقام وتسمع على خصم، ولا خصم هاهنا.

(١) المبسوط ٨: ١٤٧ - ١٤٨.

(٢) الخلاف ٦: ٢٣٢ مسألة (٣٠).

(٣) في (ث): بعضها.

(٤) في ص: ٤٨.

(٥) في الحجريتين: بقولهما قولاً لئلا...

الثالث: في كيفية القسمة.

الحصص إن تساوت قدرا وقيمة فالقسمة بتعديلها على السهام، لأنه يتضمن القيمة، كالدار تكون بين اثنين وقيمتها متساوية. وعند التعديل: يكون القاسم مخيرا بين الاخراج على الأسماء، والايخراج على السهام.

أما الأول: فهو أن يكتب كل نصف في رقعة، ويصف كل واحد بما يميزه عن الآخر، ويجعل ذلك مصنونا في ساتر كالشمع أو الطين، ويأمر من لم يطلع على الصورة بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين، فما خرج فله.

وأما الثاني: فأن يكتب كل اسم في رقعة ويصونهما، ويخرج على سهم من السهمين، فمن خرج اسمه فله ذلك السهم.

وأجيب بأن القسمة تتضمن الحكم لهما بالملك، وقد يكون لهما خصم غائب فتسمع البينة عليه.

ولا فرق في ذلك كله بين كون المقسوم منقولاً وغيره. وفرق بعض العامة (١) وخص الخلاف بالعقار، وقطع في المنقول بالقسمة. وهو تحكم. قوله: (في كيفية القسمة... إلخ).

العين المقسومة (٢) بالتعديل إما أن تكون متساوية القيمة بالنسبة إلى أجزائها، بحيث تساوي قيمة نصفها قيمة النصف الآخر وقيمة ثلثها قيمة الثلث، حيث يحتاج إلى قسمتها كذلك، أو تختلف القيمة. وعلى التقديرين: إما أن تكون

(١) الحاوي الكبير ١٦ : ٢٧١، حلية العلماء ٨ : ١٨١.

(٢) في (ث) والحجريتين: المنسوبة.

الحصص متساوية، كما لو كان الاشتراك بين اثنين لكل واحد نصفها، أو بين ثلاثة ولكل واحد ثلثها، أو مختلفة بأن كان لواحد من الاثنين ثلثان وللآخر ثلث، أو لواحد من الثلاثة نصف وللآخر ثلث وللثالث سدس. فالصور أربع. وقد أشار المصنف - رحمه الله - إلى حكمها. والمعتبر فيها صورتان، لأن التعديل بالقيمة هو المعتبر، سواء اتفقت أجزاؤها فيها أم اختلفت.

الصورة الأولى: أن تكون الحصص متساوية، كصنفين [بين اثنين] (١) وثلاثة أثلاث بين ثلاثة ونحو ذلك، فتعدل السهام بالقيمة كذلك، بأن تقسم في الأول نصفين بالقيمة وإن كان مقدار أحد النصفين أزيد من الآخر، وتعديل أثلاثا في الثاني كذلك، ثم تخرج بالقرعة كما ذكره المصنف رحمه الله. وطريقه واضح. وما ذكره من كتابة الأسماء والسهام ووضعه في بندقة من طين ونحوه هو المشهور في استعمال الفقهاء، ولكن لا يتعين، فلو جعلها بالأقلام والحصص والورق وما جرى مجراها مع مراعاة الستر كفى. وقد أشرنا إليه في باب العتق (٢). وحيث تكون القسمة بين اثنين فخرج اسم أحدهما لأحد السهمين أو أحد السهمين له لا يحتاج إلى إخراج الآخر، بل تعين المتخلف له. ولو كان بين ثلاثة أثلاثا جعل ثلاثة أجزاء متساوية بالقيمة (٣)، وكتب ثلاث رقاع أو ما في معناها باسم السهام الثلاثة معينة أو باسم الشركاء. وينبغي وضع الرقاع في حجر من لم يحضر الكتابة، أو لا يعرفها، أو لا يعرف ما عنت (٤)

(١) من (ت، ط).

(٢) في ج ١٠: ٣١٢ و ٣١٥.

(٣) في (أ، خ): القيمة.

(٤) في (ث، د، م): عينت.

وإن تساوت قدرا لا قيمة عدلت السهام قيمة وألغي القدر، حتى لو كان الثلتان بقيمته مساويا للثلث جعل الثلث محاذيا للثلثين. وكيفية القرعة عليه كما صورناه.

وإن تساوت الحصص قيمة لا قدرا، مثل: أن يكون لواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، وقيمة أجزاء ذلك الملك متساوية، سويت السهام على أقلهم نصيبا فجعلت أسداسا. ثم كم تكتب رقعة؟ فيه تردد بين أن يكتب بعدد الشركاء أو بعدد السهام. والأقرب الاقتصار على عدد الشركاء، لحصول المراد به، فالزيادة كلفة.

له المجعلولة لذلك في معنى الرقاع. ثم يؤمر بإخراج واحدة على الجز الأول إن كانت الرقاع مجعلولة بالكتابة ونحوها بأسماء الشركاء، فمن خرج اسمه أخذ، ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجز الذي يلي الأول، فمن خرج اسمه من الآخرين أخذه، وتعين الثالث للثالث. وإن كانت مكتوبة باسم الأجزاء أخرجت رقعة باسم زيد، ثم أخرى باسم عمرو، وتعين الثالث للثالث. وتعين من يتدئ به من الشركاء والأجزاء منوط بنظر القسام. قوله: (وإن تساوت قدرا... إلخ).

قد عرفت أن الحكم في هذه الصورة كالسابقة، وأن المعتبر التعديل بالقيمة، سواء تساوت الأجزاء فيها أم لا، فالحكم لا يختلف. قوله: (وإن تساوت الحصص قيمة لا قدرا... إلخ).

إذا اختلفت مقادير الأنصباء، كما إذا كان لزيد نصف وبعمر وثلث وثلث سدس، جزئت الأقسام على أقل السهام وهو سدس، لأنه يتأدى به القليل والكثير، فيجعلها ستة أجزاء.

إذا عرفت هذا، فإنه يكتب ثلاث رقاع لكل اسم رقعة، ويجعل
للسهام أول وثنان، وهكذا إلى الأخير. والخيار في تعيين ذلك إلى
المتقاسمين. ولو تعاسرا عينه القاسم.

ثم يخرج رقعة، فإن تضمنت اسم صاحب النصف فله الثلاثة
الأول. ثم يخرج ثانية، فإن خرج صاحب الثلث فله السهمان الآخران.
ولا يحتاج إلى إخراج الثالثة، بل لصاحبها ما بقي.

ثم في مقدار ما يكتب من الرقاع للقرعة بينهم وجهان:
أحدهما - وهو الأشهر - أن يكتب ثلاث رقاع بعدد الشركاء، في كل
واحدة اسم واحد، ويخرج مرتين، ويكتفى بهما عن الثالثة، فلا وجه لتكلف
الزائد.

والثاني: أن يكتب ست رقاع، لصاحب السدس رقعة، ولصاحب الثلث
رقعتان، ولصاحب النصف ثلاث. وقواه في المبسوط (١)، محتجا بأن كل من
كان سهمه أكثر كان حظه أوفر، وله مزية على صاحب الأقل، فإذا كتب
لصاحب النصف ثلاث رقاع كان خروج رقعته أسرع وأقرب، وإذا كتب له
واحدة كان خروج رقعته ورقعة صاحب السدس سواء، فلهذا قيل: يكون له
أكثر من رقاع غيره.

والوجه: جواز الأمرين، وإنما الكلام في الأولوية، ولا ريب أن الأول
أولى، لحصول الفائدة، مع الاختصار، وترك تطويل الحساب [أرباح]. (٢)
قوله: (إذا عرفت هذا... إلخ).

(١) المبسوط ٨: ١٣٧ - ١٣٨.

(٢) من (أ، خ، ت، ث)، وفي الأخيرين: ربح.

وكذا لو خرج اسم صاحب الثلث أولا كان له السهمان الأولان. ثم يخرج أخرى، فإن خرج صاحب النصف فله الثلث والرابع والخامس. ولا يحتاج إلى إخراج أخرى، لأن السادس تعين لصاحبها. وهكذا لو خرج اسم صاحب السدس أولا كان له السهم الأول. ثم يخرج أخرى، فإن كان صاحب الثلث كان له الثاني والثالث، والباقي لصاحب النصف. ولو خرج في الثانية صاحب النصف كان له الثاني والثالث والرابع، وبقي الآخران لصاحب الثلث من غير احتياج إلى إخراج اسمه.

ما ذكره من الكيفية تفريع على ما اختاره من كتابة ثلاث رقاع بأسماء الشركاء. والحكم على ما ذكره واضح. وكذا يجري على القول بكتابة ست رقاع بأسمائهم، وليس فيه إلا أن اسم صاحب الكثير والأكثر يكون أسرع خروجاً. وعليه، فإذا أخرج واحدة من رقاع صاحب النصف أعطي الثلاثة الأول، فإذا أخرج ثانية فخرجت باسمه ألغيت وأخرج ثالثة، فإن خرجت باسمه ألغيت أيضاً، للاستغناء عنهما بالأولى. وإن خرجت واحدة من رقعتي صاحب الثلث أعطي الرابع والخامس، ولا يحتاج إلى إخراج ما بقي، وتعين السادس لصاحب السدس.

وإن خرجت الأولى لصاحب السدس أعطي الأول، ثم أخرج أخرى، فإن خرجت لصاحب النصف أعطي الثاني والثالث والرابع، ولا يحتاج إلى إخراج الأربع الباقية، لتعين الخامس والسادس لصاحب الثلث. وإن خرجت الأولى لصاحب الثلث أعطي الأول والثاني، ثم تخرج أخرى، فإن خرجت له أيضاً ألغيت وأخرجت أخرى، فإن خرج لصاحب

ولا يخرج في هذه على السهام، بل على الأسماء، إذ لا يؤمن من أن يؤدي إلى تفرق السهام، وهو ضرر.

السدس أعطي الثالث، وتعينت الثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، ولا يحتاج إلى إخراج باقي الرقاع. وهكذا.

قوله: (ولا يخرج في هذه على السهام... إلخ).

المراد أنه لا يكتب الرقاع بأسماء السهام الستة ويخرج على أسماء الشركاء، لأنه ربما يخرج لصاحب السدس الجز الثاني أو الخامس فيتفرق ملك من له النصف أو الثلث. وأيضا ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف ويقول: آخذه وسهمين قبله، فيقول الآخرون: بل خذه وسهمين بعده، فيفضي إلى التنازع. ويجوز مع رجوعهم في جميع الحصص إلى الرقاع أن يخرج لصاحب النصف ثلاثة متفرقة، وكذا لصاحب الثلث يخرج اثنتان متفرقتان، فيؤدي إلى الاضرار.

وقد عرفت مما سبق أنه مع كتابة الرقاع باسم الشركاء يخرج على السهام الأول والثاني إلى الآخر، وإن كتبت باسم السهام يخرج على الأسماء. وهذه الصورة التي بين كيفيتها قد كتب فيها أسماء الشركاء، وجعل للسهم أول وثنان إلى السادس، وأخرج عليها، بمعنى أن الخارج اسمه أولا يعطى الأول منها من الجهة التي اتفقوا عليها أو عينها القاسم، وما بعده إن احتيج إليه إلى الآخر. فكتابة الأسماء يخرج على السهام، وكتابة السهام يخرج على الأسماء. والمصنف - رحمه الله - جمع هنا بين الأمر بكتابة الأسماء المستلزمة للإخراج على السهام، بل المصرحة بذلك، ثم أمر بإخراجها على الأسماء ونفى إخراجها على السهام، مع أن حقه العكس. ووافقه على هذه العبارة

العلامة في الارشاد (١). وعكس في القواعد (٢)، وجماعة (٣) من الفضلاء وهو الصواب.

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

إذا تقرر ذلك، فاعلم أن محذور تفريق السهام على تقدير إخراجها على الأسماء يلزم على تقدير الإخراج أولاً على اسم صاحب السدس، بأن يخرج له السهم الثاني أو الخامس كما ذكرناه سابقاً. ويمكن الغنا عنه بأن يبدأ أولاً باسم صاحب النصف، فإن خرج الأول باسمه أعطي الأول والثاني والثالث، وإن خرج الثاني فكذلك يعطى معه ما قبله وما بعده، وإن خرج الثالث قال بعضهم: يوقف ويخرج لصاحب الثلث، فإن خرج فله الأول والثاني، ولصاحب النصف الثالث واللذان بعده، وتعين السادس لصاحب السدس. وكذا الحكم لو خرج لصاحب الثلث الثاني. وإن خرج له الخامس فله الخامس والسادس.

(١) إرشاد الأذهان ١: ٤٣٤.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٢٠.

(٣) انظر المغني لابن قدامة ١١: ٥٠٤ - ٥٠٥، روضة الطالبين ٨: ١٨٥.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٤.

(٥) الدروس الشرعية ٢: ١١٨.

ولو اختلفت السهام والقيمة عدلت السهام تقويما، وميزت على قدر سهم أقلهم نصيبا، وأقرع عليهما كما صورناه. أما لو كانت قسمة رد، وهي المفتقرة إلى رد في مقابلة بناء أو شجر أو بئر، فلا تصح القسمة ما لم يتراضيا جميعا، لما يتضمن من الضميمة التي لا تستقر إلا بالتراضي. وإذا اتفقا على الرد، وعدلت السهام، فهل يلزم بنفس القرعة؟ قيل: لا، لأنها تتضمن معاوضة، ولا يعلم كل واحد من يحصل له العوض، فيفتقر إلى الرضا بعد العلم بما ميزته القرعة.

هكذا قرر بعضهم (١). وهو إنما يتم مع اتفاقهم عليه أو مع رأي القاسم. ولا ريب في أن الاختصار على ما ذكره المصنف أولى وأقل كلفة. قوله: (ولو اختلفت السهام... إلخ).

هذا هو القسم الرابع. والحكم فيه كالثالث، لأن المعبر في جعل السهام على أقلها مراعاة القيمة لا المقدار، فإن اتفق المقدار (٢) لذلك (٣) فذاك، وإلا اعتبرت القيمة، فقد يجعل ثلث الأرض بسدس، ونصفها بسدس آخر، والسدس الآخر يقسم أرباعا، فتصير السهام ستة متساوية القيمة. وهكذا. والأمر في إخراجها بالقرعة كالسابق.

قوله: (أما لو كانت قسمة رد... إلخ). قسمة الرد هي التي لا يمكن فيها تعديل السهام بالقيمة، بل تفتقر إلى

(١) انظر روضة الطالبين ٨: ١٨٦ - ١٨٧.

(٢) في (د): المقداران.

(٣) سقطت من (خ، د).

ضميمة شئ خارج عن المشترك إلى بعض الأقسام ليحصل التعادل. كما لو كان في أحد جانبي الأرض بئرا وشجرا، وفي الدار بيت لا يمكن قسمته، فتقسم الجملة على أن يرد من يأخذ الجانب الذي فيه أحد تلك الأمور شيئا من المال، أو يكون المشترك عشرين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستة مائة، فلا يستويان إلا برد أخذ النفيس مائتين. ووجه عدم الاجبار في هذه القسمة: اشتمالها على دخول ما لا قسمة فيه، فكان معاوضة محضة تتوقف على التراضي. ثم على تقدير التراضي عليها إن اتفقا على أن يكون الرد من واحد معين، وأوقعا صيغة معاوضة تقتضي ذلك كالصلح، فلا بحث. وإن اتفقا عليه، ودفع الراد العوض من غير صيغة خاصة، كان الحكم هنا كالمعاطاة لا تلزم إلا بالتصرف عند من جعل ذلك حكم المعاطاة، وإن لم نقل بتوقف التراضي على القسمة مع عدم الرد على التصرف. والفرق ما أشرنا إليه من اشتمال قسمة الرد على المعاوضة المقتضية للصيغة الدالة على التراضي على ما وردت عليه من العوضين، والمقسوم الزائد على ما قابل المردود غير متعين، فلا يمكن تخصيصه باللزوم مع التراضي بدون التصرف. وإن اتفقا على إخراج السهم لأحدهما بالقرعة فهل يلزم بنفس القرعة، فيثبت العوض لمن أخرجته أو عليه؟ قال الشيخ - رحمه الله - في المبسوط (١): لا، لما ذكرناه من تضمنها المعاوضة التي لا مدخل للقرعة فيها، ولأنه لا يعلم كل واحد من يحصل له العوض المردود. واقتصار المصنف - رحمه الله - على نقله قولاً يؤذن برده أو التردد فيه.

(١) المبسوط ٨: ١٤٨.

وكذلك فعل العلامة في القواعد (١). وفي التحرير (٢) جزم بتوقف قسمة التراضي مطلقا على التراضي بعد القرعة باللفظ، مثل (رضيت) وما أدى معناه. وكذلك في الدروس (٣). وهو الأقوى.

ووجه العدم صدق اسم القسمة عليها. والقرعة موجبة لتمييز الحق مع اقترانها بالرضا بها كما سلف.

وظاهر المصنف وغيره (٤) أن مورد الخلاف فيما إذا لم يكن القاسم منصوبا من الإمام، وإلا لم يعتبر الرضا بعدها مطلقا. وقد تقدم (٥) في العبارة ما يدل عليه. مع احتمال جريان الخلاف فيهما، لأن المعاوضة لا تؤثر فيها نظر الحاكم، بل أمرها يرجع إلى المتعاضين.

وكلام الشيخ في المبسوط يدل على ذلك، لأنه جعل مورد المسألة الأولى التي ذكر فيها لزوم قسمة المنصوب دون غيره قسمة الاجبار، وجعل مورد هذه قسمة الرد. وفرق في الأولى بين كون القاسم منصوب الإمام وغيره، وأطلق في هذه.

وهذه عبارته: (القسمة ضربان: قسمة إجبار، وقسمة تراض، فإن كانت قسمة إجبار نظرت في القاسم، فإن كان قاسم الإمام لزم بالقرعة، لأن قرعة القاسم كحكم الحاكم، لأنه يجتهد في تعديل السهام كما يجتهد الحاكم في إطلاق

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٢٠.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٤.

(٣) الدروس الشرعية ٢: ١١٧.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٤.

(٥) في ص: ٤٨.

مسائل ثلاث:

الأولى: لو كان لدار علو وسفل، فطلب أحد الشريكين قسمتها، بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو والسفل بموجب التعديل، جاز، وأجبر الممتنع مع انتفاء الضرر. ولو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم يجبر الممتنع. وكذا لو طلب قسمة كل واحد منهما منفردا.

الحق، وإن كان القاسم رجلا ارتضوا به حكما وقاسما فالحكم فيه كالتراضي بحاكم يحكم بينهما) (١). ثم قوى اعتبار التراضي بعد القرعة فيه وفيما لو اقتسما بأنفسهما.

ثم قال: (هذا في قسمة الاجبار، أما قسمة التراضي، وهي التي فيها رد، فهل تلزم بالقرعة أم لا؟ قال قوم: تلزم كقسمة الاجبار، وقال آخرون: لا تلزم، لأن القرعة هاهنا ليعرف البائع الذي يأخذ الرد والمشتري الذي يدفع الرد، فإذا تميز هذا بالقرعة اعتبرنا التراضي بعد القرعة على البيع والشراء، وهذا هو الأقوى) (٢) انتهى.

والمصنف - رحمه الله - أطلق (٣) الحكم في لزومها بالقرعة في منصوب الإمام، من غير فرق بين قسمة الاجبار والتراضي. وأطلق القول هنا في قسمة الرد كما ذكر الشامل للأمرين. وفي الدروس (٤) أيضا صرح بكون قسمة المنصوب تلزم بالقرعة مطلقا، وغيره يعتبر تراضيها في قسمة الرد خاصة. قوله: (لو كان لدار علو وسفل... إلخ).

(١) المبسوط ٨: ١٤٨.

(٢) المبسوط ٨: ١٤٨.

(٣) راجع ص: ٢٦.

(٤) الدروس الشرعية ٢: ١١٧.

الثانية: لو كان بينهما أرض وزرع، فطلب قسمة الأرض حسب،
أجبر الممتنع، لأن الزرع كالممتع في الدار.
ولو طلب قسمة الزرع، قال الشيخ: لم يجبر الآخر، لأن تعديل
ذلك بالسهم غير ممكن.
وفيه إشكال، من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه
جهالة.

أما لو كان بذرا لم يظهر لم تصح القسمة، لتحقق الجهالة. ولو كان
سنبلا قال أيضا: لا يصح. وهو مشكل، لجواز بيع الزرع عندنا.

العلو والسفل بمنزلة بيتين (١) متجاورين، فإذا طلب أحدهما قسمة كل
واحد منهما على حدته، بحيث يكون لكل واحد منهما نصيبا من كل منهما، ولم
يكن في ذلك ضرر، أجبر الممتنع، كما يجبر على قسمة البيت الواحد كذلك.
ولا فرق بين أن يجعل نصيب كل منهما من العلو فوق نصيبه من السفلى
وعدمه. ويحتمل اشتراط الأول في الاجبار، لما في اختلاف النصيب من الضرر
بكل منهما.

وإن طلب قسمتهما (٢) بحيث يكون لأحدهما العلو وللآخر السفلى، لم يجبر
الآخر، كما لا يجبر على قسمة الدارين المتلاصقتين كذلك.
قوله: (لو كان بينهما أرض وزرع... الخ).

إذا كان بينهما أرض مزروعة فأراد قسمة الأرض وحدها فلا إشكال في
وجوب إجابة الآخر، لأن الأرض مما يقسم قسمة إجبار، والزرع فيها غير مانع

(١) في (أ، ت، ث، ط): شيعين.

(٢) في (أ، ت، م): قسمتها.

الثالثة: لو كان بينهما قرحان متعددة، وطلب واحد قسمتها بعضا في بعض، لم يجبر الممتنع. ولو طلب قسمة كل واحد بانفراده أجبر الآخر. وكذا لو كان بينهما حبوب مختلفة. ويقسم القراح الواحد وإن اختلفت أشجار أقطاعه، كالدار الواسعة إذا اختلفت أبنيتها. ولا تقسم الدكاكين المتجاورة بعضها في بعض قسمة إجبار، لأنها أملاك متعددة يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده، فهي كالأقربة المتباعدة.

من ذلك، لأنه في حكم المنقول. وإن أراد قسمة الزرع فمقتضى الأصول الشرعية كون الحكم كذلك حيث يمكن تعديله، بأن لا يكون بذرا مستورا، سواء كان سنبلا أم حشيشا أم قصيلا. والشيخ (١) - رحمه الله - أطلق المنع من قسمته قسمة إجبار، محتجا بأن تعديله غير ممكن. ولا يخفى منعه، إذ لا مانع منه، سواء كان سنبلا أم لا. ولو أراد قسمة قسمة معها مع الفالحكم كما لو أراد قسمة أحدهما عندنا. ومن جعل القسمة بيعة من العامة (٢) شرط في جوازه أن لا يكون قد اشتد الحب، لأنه لا يجوز عنده بيع المطعوم مع غيره [بمطعوم مع غيره] (٣) وهو الأرض. قوله: (لو كان بينهما... إلخ).

(١) المبسوط ٨: ١٤١.

(٢) الحاوي الكبير ١٦: ٢٦٠، روضة الطالبين ٨: ١٩٣.

(٣) من (ت، ث، خ، ط، م).

المشهور بين الأصحاب أن ما يعد شيئين فصاعدا من العقار، كالدور المتعددة، والأرض المتعددة الخالية من الشجر، وهي المعبر عنها بالأقرحة، والدكاكين المتعددة، سواء تجاوزت أم لا، والحبوب المختلفة كالحنطة والشعير، لا يقسم بعضها في بعض - بمعنى جعل بعضها في مقابلة بعض - قسمة إجبار. وإنما يقسم كل واحد منها على حدته قسمة الاجبار إذا أمكن ذلك من غير ضرر، لأنها أملاك متعددة ولكل [واحد] (١) منها خواص لا تحصل في الآخر، بخلاف الأرض الواحدة والدار الواحدة.

وقال ابن البراج (٢): إذا استوت الدور والأقرحة في الرغبات قسمت بعضها في بعض. قال: وكذا لو تضرر بعضهم بقسمة كل على حدته جمع حقه في ناحية.

وفي الإرشاد (٣) حكم بأن الدكاكين المتجاورة يقسم بعضها في بعض كذلك، دون الدور والأقرحة. وهو مذهب جماعة من العامة (٤)، تنزيلا لها منزلة الخان الواحد المشتمل على بيوت متعددة. وفرق بعضهم بين ما لو كانت مجتمعة ومتفرقة، فجوز قسمة المجتمعمة بعضها في بعض، كالدار الواحدة والقراح الواحد. والمختار [هو] (٥) المشهور.

(١) من (أ، ث، د، ط، م).

(٢) المهذب ٢: ٥٧٣ - ٥٧٤.

(٣) إرشاد الأذهان ١: ٤٣٤.

(٤) روضة الطالبين ٨: ١٩٠.

(٥) من (د).

الرابع: في اللواحق وهي ثلاث:

الأولى: إذا ادعى بعد القسم الغلط عليه [لم تسمع دعواه]، فإن أقام بينة سمعت وحكم ببطلان القسم، لأن فائدتها تمييز الحق ولم يحصل. ولو عدمها، فالتمس اليمين كان له، إن ادعى على شريكه العلم بالغلط.

قوله: (إذا ادعى بعد القسم... إلخ).

لا فرق في عدم سماع دعوى الغلط في القسم بمجرد ما بين كون القاسم منصوب الإمام ومن تراضيا به وأنفسهما، لأصالة صحة القسم إلى أن يثبت المزيل، ولأن منصوب الإمام كالقاضي لا تسمع الدعوى عليه بالظلم. لكن لو أقام بينة سمعت ونقضت القسم، كما لو أقام البينة على ظلم القاضي وكذب الشهود. وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا ويمسحا ويعرفا الحال ويشهدا.

ولو لم يقم بينة، وأراد تحليف الشريك مكن منه إن ادعى عليه العلم بالغلط، وإلا فلا، لأن معه الأصل، خصوصا إذا كان القاسم غيره، فإن التبعة عليه، لا عليه مع عدم علمه. وقيل: له إحلاف الشريك مطلقا. وهو الوجه، عملا بالعموم (١).

وفرق في المبسوط (٢) بين قسمة التراضي وغيرها، كاختصاص أحدهما بالعلو والآخر بالسفل، أو اشتمالها على رد، أو كون القاسم غير منصوب، فحكم

(١) راجع الوسائل ١٨: ١٧٠ ب (٣) من أبواب كيفية الحكم.
(٢) المبسوط ٨: ١٤١ - ١٤٢.

الثانية: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا، فإن كان معينا مع أحدهما بطلت القسمة، لبقاء الشركة في النصيب الآخر. ولو كان فيهما بالسوية لم تبطل، لأن فائدة القسمة باق، وهو أفراد كل واحد من الحقيين. ولو كان فيهما لا بالسوية بطلت، لتحقق الشركة. وإن كان المستحق مشاعا معهما فللشيخ (١) - رحمه الله - قولان: أحدهما: لا تبطل فيما زاد عن المستحق. والثاني: تبطل، لأنها وقعت من دون إذن الشريك. وهو الأشبه.

بعدم الالتفات إليه في الثانية مطلقا، لأنها مشروطة بالتراضي، فإن كان مبطلا في دعواه فعدم سماعها واضح، وإن كان محقا فقد رضي بترك هذه الفضلة. ويشكل بإمكان عدم علمه بها حال القسمة. فالوجه سماع الدعوى مع البيئة كالسابق. وأطلق ابن الجنيد (٢) عدم سماع دعواه إلا بالبيئة. والوجه توجه اليمين على الشريك مطلقا، فإن حلف أقرت، وإن نكل حلف المدعي، ونقضت إن لم نقض بالنكول، وإلا نقضت بمجرد. ولو تعدد الشركاء وحلف بعضهم دون بعض ففي نقضها مطلقا، أو في حق الناكل خاصة وجهان، من أنها قسمة واحدة فلا تتبع، ومن لزومها في حق الحالف فلا يساوي الناكل. والأول مختار الشهيد - رحمه الله - في بعض فوائده، والثاني مختار العلامة في التحرير (٣). وهو الوجه. قوله: (إذا اقتسما ثم ظهر البعض... إلخ).

(١) المبسوط ٨: ١٤٢.

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

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٤.

الثالثة: لو قسم الورثة تركة ثم ظهر على الميت دين، فإن قام الورثة بالدين لم تبطل القسمة. وإن امتنعوا نقضت، وقضي منها الدين.

إذا جرت قسمة ثم ظهر استحقاق بعض المقسوم، فإما أن يستحق في جزئ شائع، أو في شيء معين. فإن استحق في شائع - كالثالث - بطلت القسمة في المستحق قطعاً. وفي الباقي قولان: أحدهما: لا تبطل، لبقاء السهام بين الشركاء على التعديل، فلا وجه لابطالها.

والثاني - وهو الأصح -: البطلان، لأن المقصود من القسمة تمييز الحقوق، وإذا ظهر الاستحقاق كان المستحق شريك كل واحد منهم، فلا يحصل التمييز. وأيضاً فقد بان أن المستحق شريك، وانفراد بعض الشركاء بالقسمة ممتنع. وإن استحق شيء معين، نظر إن اختص (١) المستحق بنصيب أحدهما، أو كان من نصيب أحدهما أكثر، بطلت القسمة، لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون قدر حقه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، وتعود الإشاعة. وإن كان المستحقان متماثلين مضت (٢) القسمة في الباقي، لانتفاء المانع، إذ ليس إلا نقصان نصيب كل واحد، وهو غير قاذح، كما لو ظهر الاستحقاق في ماله المنفرد، وأما القسمة فالمقصود منها التعديل (٣) وتمييز نصيب أحد الشركاء عن الآخر، وقد حصل. ولبعض العامة (٤) قول بالبطلان، لتفريق الصفقة. قوله: (لو قسم الورثة... إلخ).

(١) في (ت): استحق.

(٢) في (أ، ث، ط): بقيت، وفي (د): تثبت.

(٣) في (د، م): التعديل بين نصيب أحد الشركاء وبين الآخر....

(٤) روضة الطالبين ٨: ١٨٨ - ١٨٩.

النظر الرابع
في أحكام الدعوى
وهو يستدعي بيان: مقدمة، ومقاصد
أما المقدمة فتشمل فصلين:
الأول
في المدعي

إذا قسمت التركة بين الورثة ثم ظهر دين، فإن قام الورثة بالدين لم تبطل
القسمة، بناء على أنها إفراز حق لا بيع. وإن لم يقوموا به بيعت الأنصبة في
الدين. ولو قام به البعض دون البعض، بيع نصيب الممتنع والقسمة بحالها. ومن
جعلها بيعا من العامة (١) فله في بطلانها بظهور الدين وجهان، كما لو باعوها ثم
ظهر الدين.

ولا فرق بين ظهور الدين مستوعبا للتركة وعدمه، لأن إفراز الحقوق لا
ينافي وفاء الدين منها على تقدير عدم وفائهم له من غيرها. مع احتمال بطلانها
مع الاستيعاب مطلقا إن قلنا بعدم انتقالها إليهم، لصدورها من غير المالك.
والمصنف - رحمه الله - مع قوله بعدم الانتقال حكم بصحة القسمة مراعاة
بوفاء الدين، نظرا إلى تعلق حق الوارث بها في الجملة وإن لم تنتقل إلى ملكه
محضا.

ولو ظهرت وصية بعد القسمة، فإن كانت مرسلة فهو كما لو ظهر دين. وإن
كانت بجز شائع أو معين فعلى ما ذكرناه في ظهور الاستحقاق.
ولا فرق في هذه الأحكام كلها بين قسمة الاجبار والتراضي.
قوله: (في المدعي... إلخ).

(١) راجع الحاوي الكبير ١٦: ٢٦٢، روضة الطالبين ٨: ١٨٨.

وهو الذي يترك لو ترك الخصومة. وقيل: هو الذي يدعي خلاف الأصل، أو أمرا خفيا. وكيف عرفناه فالمنكر في مقابلته. ويشترط: البلوغ، والعقل، وأن يدعي لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه، ما يصح منه تملكه. فهذه قيود أربعة. فلا تسمع دعوى الصغير، ولا المجنون، ولا دعواه مالا لغيره، إلا أن يكون وكيلًا أو وصيًا أو وليًا أو حاكمًا أو أمينًا لحاكم. ولا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا.

قد عرفت (١) بالخبر (٢) أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر. وقيل في سببه: إن جانب المنكر أقوى، لموافقته الظاهر، والبينة أقوى من اليمين، لبراءتها عن تهمة جلب النفع، فجعلت البينة على المدعي لتجبر قوة الحجة ضعف الخبر، وهو الكلام المدعى، وقنع من المنكر بالحجة الضعيفة، لقوة جنبه. وهذه القاعدة تحوج إلى معرفة المدعي والمدعى عليه ليطالب هذا بحجته وهذا بحجته إذا تخصصا. وقد اختلف الفقهاء في حد المدعي، فقيل: هو الذي يترك لو ترك الخصومة. ويعبر عنه بعبارة أخرى، وهو أنه الذي إذا سكت خلي ولم يطالب بشيء، والمدعى عليه لا يخلى ولا يقنع منه بالسكوت. والثاني: أنه الذي يدعي خلاف الأصل، والمدعى عليه هو الذي يدعي ما يوافق.

وقيل: إن المدعي من يذكر أمرا خفيا يخالف الظاهر، والمدعى عليه من يوافق الظاهر. فإذا ادعى زيد دينا في ذمة عمرو أو عينا في يده فأنكر، فزيد هو

(١) في (ت، ث، ط، م): عرفنا.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ١٧٠ ب (٣) من أبواب كيفية الحكم.

الذي لو ترك الخصومة ترك، وهو الذي يذكر خلاف الأصل، لأن الأصل براءة ذمة عمرو من الدين وفراغ يده من حق الغير، وهو الذي يذكر أمرا خفيا خلاف الظاهر، لأن الظاهر براءة ذمة عمرو وفراغ يده من حق الغير. وعمرو هو الذي لا يترك وسكوته، ويوافق قوله الأصل والظاهر. فزيد مدع على جميع التعريفات، وعمرو مدعى عليه.

ولا يختلف موجبها في الأغلب. وقد يختلف، كما إذا أسلم الزوجان قبل المسيس واختلفا، فقال الزوج: أسلمنا معا والنكاح باق بيننا، وقالت المرأة: بل على التعاقب ولا نكاح بيننا.

فإن قلنا: المدعي من لو ترك ترك، فالمرأة مدعية والزوج مدعى عليه، لأنه لا يترك لو ترك، فإنها تزعم انفساخ النكاح، فيحلف ويحكم باستمرار النكاح إذا حلف.

وإن قلنا: إن المدعي من يخالف قوله الظاهر، فالزوج هو المدعي، لأن التساوي (١) الذي يزعمه أمر خفي خلاف الظاهر، والمرأة مدعى عليها، لموافقها الظاهر، فتحلف، فإذا حلفت حكم بارتفاع النكاح.

وإن قلنا: إن المدعي هو الذي يذكر خلاف الأصل، فالمرأة مدعية أيضا، لأن الأصل عدم تقدم أحدهما على الآخر. هذا هو المشهور في الفرق بين التعريفات.

وقال بعضهم: إن الزوج هو الذي يترك وسكوته، لأن النكاح حقه، فإذا لم يطالبها ترك، وهي لا تترك لو سكتت، لأن بعد ثبوت الحق يصير مدعى زواله مدعىا.

(١) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، ولعل الصحيح: التساوي.

ولا بد من كون الدعوى صحيحة لازمة. فلو ادعى هبة لم تسمع

وإذا قال الزوج: أسلمت قبلي (١) فلا نكاح ولا مهر، وقالت: بل أسلمنا معا وهما بحالهما، فعلى الأول المدعى هو الزوجة، لأنها تترك لو تركت. وكذا على الثالث، لأن التقارن خلاف الظاهر، فإن وقوع لفظ الاسلام بحيث لا يتقدم أحدهما الآخر نادر جدا. وعلى الثاني الزوج هو المدعى، لأن الأصل عدم سبق إسلام أحدهما على الآخر.

وأما الأمناء الذين يصدقون في الرد بيمينهم فهم مدعون، لأنهم يزعمون الرد وهو خلاف الأصل والظاهر، ولا يتركون لو تركوا الدعوى، لأن المالك مطالب بحقه، لكن اكتفي منهم باليمين لأنهم أثبتوا أيديهم لغرض المالك، وقد ائتمنهم وأحسنوا إليه، فلا يحسن تكليفهم بينة على الرد.

وربما تكلف بعضهم (٢) بأنهم يدعون ما يوافق الظاهر، لأن المالك قد ساعدهم على الأمانة حيث ائتمنهم، فهم يستبقون الأمانة وهو يزعم ارتفاعها، فكان الظاهر معهم. وعلى هذا فيجوز كون الأمين المذكور مدعيا ومدعى عليه باعتبارين، كما يقع مثله في صورة التحالف.

قوله: (ولا بد من كون الدعوى... إلخ).

قد تقدم (٣) ما يعتبر في صحة الدعوى من كونها معلومة أو مظنونة على بعض الوجوه، وكونها مضبوطة بذكر الجنس والوصف والقدر وغيرها. والمراد بكونها لازمة أن تكون ملزمة للمدعى عليه، فلو قال: وهب مني كذا، لم تسمع حتى يقول: وأقبضني، أو هبة يلزمه التسليم إلي، ونحو ذلك، لأن

(١) في (ت، د، ط): قبل.

(٢) انظر روضة الطالبين ٨: ٢٨٧ - ٢٨٨.

(٣) في ج ١٣: ٤٣٦.

حتى يدعي الاقباض. وكذا لو ادعى رهنا.
ولو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود، ولا بينة، فادعى علم
المشهود له، ففي توجه اليمين على نفي العلم تردد أشبهه عدم التوجه،
لأنه ليس حقا لازما، ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردودة، ولأنه
يثير فسادا.

الهبة أعم من المقبوضة (١)، ولأنه قد يهب ويرجع.
قوله: (وكذا لو ادعى رهنا).

بناء على ما اختاره المصنف من اشتراط القبض في صحة الرهن. ومن لم
يعتبر في صحته القبض يسمع الدعوى مجردة عنه.
وقد يقال في الموضوعين: إن القبض إذا كان شرطا في صحة الهبة والرهن
فإطلاقهما محمول على الصحيح كغيرهما من العقود، وإنما يتوجه التفصيل حيث
يجعل القبض شرطا في اللزوم، ليجعل إطلاقهما صحيحين (٢) أعم من المقبوض
وغيره. وقد تقدم البحث في ذلك مستوفى في باب الهبة (٣).
قوله: (ولو ادعى المنكر... إلخ).

إذا ادعى المنكر جرح الحاكم أو الشهود كلف البينة، فإن فقدتها وادعى
علم المدعي بذلك، ففي توجه اليمين على المدعي وجهان:
أحدهما: نعم، لأنه ينتفع به في حق لازم، كما لو قذف الميت وطلب
الوارث الحد، فادعى على الوارث العلم بالزنا فأنكر، فله تحليفه على نفي العلم.

(١) في (ط): اللازمة.

(٢) في (أ، ث): صحيحا.

(٣) في ج ٦: ١٧ - ١٩.

وكذا لو التمس المنكر يمين المدعي منضمة إلى الشهادة، لم تجب إجابته، لنهوض البينة بثبوت الحق.
وفي الالتزام بالجواب عن دعوى الاقرار تردد، منشؤه أن الاقرار لا يثبت حقا في نفس الأمر، بل إذا ثبت قضي به ظاهرا.

والثاني: لا، لأنه لا يدعي حقا لازما، ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردودة. ولأنه يثير فسادا. ولأنه كالدعوى على القاضي والشهود بالكذب، وهي غير مسموعة بدون البينة قطعا، وإن كان ينتفع بتكذيبهما أنفسهما، لأنه يثير فسادا عاما. وهذا هو الوجه.
قوله: (وكذا لو التمس المنكر... إلخ).
فلا تجب الزيادة عليها، لأنه تكليف حجة بعد قيام حجته (١)، ولأنه كالطعن في الشهود. نعم، لو ادعى إبراء أو أداء توجهت اليمين. وقد تقدم (٢) البحث في ذلك.

قوله: (وفي الالتزام بالجواب... إلخ).
المراد أنه إن ادعى عليه الاقرار له بالحق، فهل تسمع الدعوى، بمعنى توجه اليمين على المدعى عليه لو أنكر؟ فيه وجهان: نعم، لأنه ينتفع به مع التصديق، ولا، لأن الحق لا يستحق بالاقرار في نفس الأمر، وإن كان ثبوته يوجب الحق ظاهرا.
والأظهر هنا السماع، لأن المعبر بثبوت الحق ظاهرا، واعترافه ينفعه، ونكوله يثبت عليه الحق، أو مع يمين المدعي. والمدعي يجوز له الحلف على أنه

(١) في (ث، خ، م): حجة.

(٢) في ج ١٣: ٤٨٩.

ولا تفتقر صحة الدعوى إلى الكشف، في نكاح ولا غيره. وربما افتقرت إلى ذلك في دعوى القتل، لأن فائته لا يستدرك. ولو اقتصر على قولها: هذا زوجي، كفى في دعوى النكاح، ولا يفتقر ذلك إلى دعوى شئ من حقوق الزوجية، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجية. ولو أنكر النكاح لزمه اليمين. ولو نكل قضي عليه على القول بالنكول، وعلى القول الآخر ترد اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجية. وكذا السياقة لو كان هو المدعي.

أقر له بذلك، ويثبت به الحق، إذ لا يشترط في استحقاق المقر له علمه بالسبب المقتضي للاقرار، بل يجوز له أخذه تعويلا على إقراره ما لم يعلم فساد السبب، فجاز استناد الاقرار إلى سبب لا يعلمه المقر له، كالنذر والجناية والاتلاف، وعموم: (إقرار العقلا على أنفسهم جائز) يشمل. قوله: (ولا تفتقر صحة الدعوى... إلخ).
الدعوى (١) أنواع:

منها: دعوى الدم. والمشهور أنه لا بد فيها من التفصيل، على ما هو مبين في محله، للخلاف في الأسباب الموجبة منه للقود والدية، ولأن فائت القتل لا يستدرك. ومنها: دعوى نفس المال مجردا عن ذكر السبب من بيع وقرض وغيرهما. ولا خلاف في عدم اشتراط التفصيل فيه، لأن الأسباب التي يستحق بها المال

(١) في (م): للدعوى.

تكثر وتتكسر، وفي ضبط الأقدار الحاصلة بتلك الأسباب حرج شديد، فأغنى عنه.

ومنها: النكاح والبيع وسائر العقود. وعند [بعض] (١) الأصحاب (٢) أنه لا يشترط فيها الكشف والتفصيل، بل يكفي إطلاق الدعوى بها، كما يكفي في دعوى استحقاق المال، وكما أنه لا يجب في دعوى النكاح التعرض لعدم الموانع، كالردة والعدة والرضاع.

وخالف فيه بعض العامة (٣)، فأوجب التفصيل في الجميع، للخلاف في الأسباب كالدم. وبعضهم (٤) خص إيجاب التفصيل بالنكاح، لأن أمر الفروج مبني على الاحتياط كالدماء، والوطء المستوفى لا يتدارك، كالدم المهرق. وعليه، فيعتبر في النكاح أن يقول: إنه وقع بالأوصاف المعتبرة عند موجب التفصيل، فيقول: إنه تزوجها بولي وشاهدين، ويصفهما بالعدالة ونحو ذلك. وعلى مذهب الأصحاب يكفي قولها: هذا زوجي، وإن لم تضم إليه شيئاً من حقوق الزوجية، كالمهر والنفقة.

واعتبر بعض العامة (٥) أن يقترن بها حق من حقوق النكاح، كصداق ونفقة وقسم وميراث بعد موته، وإلا لم تسمع، محتجاً بأن بقاء النكاح حق الزوج عليها، فكأنها تدعي كونها رقيقة، وهذه دعوى غير ملزمة.

(١) من (ت، ط).

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

(٣) انظر الحاوي الكبير ١٧: ٣١٠ و ٣١٣، حلية العلماء ٨: ١٨٥ - ١٨٦، المغني لابن قدامة ١٢:

١٦٥ و ١٦٧، روضة الطالبين ٨: ٢٩٣.

(٤) انظر الحاوي الكبير ١٧: ٣١٠ و ٣١٣، حلية العلماء ٨: ١٨٥ - ١٨٦، المغني لابن قدامة ١٢:

١٦٥ و ١٦٧، روضة الطالبين ٨: ٢٩٣.

(٥) روضة الطالبين ٨: ٢٩٥.

ولو ادعى أن هذه بنت أمته، لم تسمع دعواه، لاحتمال أن تلد في ملك غيره ثم تصير له. وكذا لو قال: ولدتها في ملكي، لاحتمال أن تكون حرة أو ملكا لغيره. وكذا لا تسمع البينة بذلك ما لم يصرح بأن البنت ملكه. وكذا البينة.

ومثله لو قال: هذه ثمرة نخلتي. وكذا لو أقر له من الثمرة في يده أو بنت المملوكة، لم يحكم عليه بالاقرار لو فسره بما ينافي الملك. ولا كذا لو قال: هذا الغزل من قطن فلان، أو هذا الدقيق من حنطته.

ومن لم يعتبر التفصيل قال: إن النكاح وإن كان حقا له فهو مقصود لها من تعلق حقوق مثبتة، وتتوسل به إلى تلك الحقوق. وحينئذ فتسمع الدعوى، وتترتب عليها أحكامها من اليمين والنكول وغيرهما. وكذا القول في دعواه الزوجية.

قوله: (ولو ادعى أن هذه... إلخ).

عدم سماع الدعوى لبنت الأمة بقوله: (إنها بنت أمته) واضح، لأن ذلك أعم من كونها ملكا له، إذ يجوز كونها بنتا لأمته ولا تكون ملكا له، بأن تلدها قبل أن يملك الأم في ملك غيره، أو يكون قد زوجها من حر أو عبد وشرط لمولاه رقية الولد، أو غير ذلك. ومنه يعلم أنه لا فرق بين إضافة (ولدتها في ملكي) وعدمه، لبقاء الاحتمال على التقديرين.

وأما قول المقر: هذه ثمرة شجرة فلان أو بنت أمته، فإن أضاف إلى ذلك ما ينافي التبعية كقوله: وهي ملكي، فلا إشكال في عدم ثبوت الاقرار، لما ذكرناه من الاشتراك، مضافا إلى تصريحه بما ينافي الاقرار.

وأما مع الاطلاق فظاهر كلام المصنف أنه يكون إقرارا بالولد والثمرة، عملا بالظاهر من كونهما تابعين للأصل حيث لا معارض، ولو كان هناك شيء لذكره، فإطلاقه كونهما من الأصل الذي هو مملوك للمقر له ظاهر في تبعيتهما له، بخلاف الدعوى، فإن شرطها التصريح بالملك ولو بالاستلزام ولم يحصل.

وتبع المصنف على هذا الحكم العلامة في القواعد (١) والتحرير (٢). والفرق بين الدعوى والاقرار لا يخلو من إشكال، لأن الاحتمال قائم على تقدير الاقرار والدعوى. والعمل بالظاهر في الاقرار دون الدعوى لا دليل عليه. والفرق باشتراط التصريح فيها دونه رجوع إلى نفس الدعوى. وفي الارشاد (٣) أطلق عدم سماع الدعوى والاقرار معا، ولم يعتبر التقييد في الاقرار بتفسيره بما ينافي الملك. وهذا هو الظاهر. وأما الفرق بين قوله: (إنها ثمرة شجرته، وبنت أمته) وبين قوله: (إن الغزل من قطنه، والدقيق من حنطته) فواضح، لأن الغزل والدقيق من نفس حقيقة القطن والحنطة، وإنما تغيرت الأوصاف، فملك الأصل يقتضي ملك الفرع، بخلاف الثمرة والولد، فإنهما منفصلان عن أصلهما حسا وشرعا، فالاقرار بالفرعية لا يقتضي الاقرار بالملك.

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٠٨.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ١٨٩.

(٣) إرشاد الأذهان ٢: ١٤٣.

الفصل الثاني

في التوصل إلى الحق

من كانت دعواه عينا في يد إنسان، فله انتزاعها ولو قهرا ما لم يشر فتنة، ولا يقف ذلك على إذن الحاكم.

ولو كان الحق دينا، وكان الغريم مقرا باذلا [له]، لم يستقل المدعي بانتزاعه من دون الحاكم، لأن للغريم تخيرا في جهات القضاء، فلا يتعين الحق في شيء من دون تعيينه، أو تعيين الحاكم مع امتناعه.

ولو كان المدين جاحدا، وللغريم بينة تثبت عند الحاكم، والوصول إليه ممكن، ففي جواز الأخذ تردد أشبهه الجواز. وهو الذي ذكره الشيخ في الخلاف (١) والمبسوط (٢). وعليه دل عموم الإذن في الاقتصاص.

ولو لم تكن له بينة، أو تعذر الوصول إلى الحاكم، ووجد الغريم من جنس ماله، اقتص مستقلا بالاستيفاء.

قوله: (في التوصل... إلخ).

الغرض من الباب أن المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى؟ وتفصيله: أن الحق إما عقوبة أو مال. فإن كان عقوبة، كالقصاص وحد القذف، فلا بد من الرفع إلى الحاكم، لعظم خطره، والاحتياط في إثباته، ولأن استيفاءه وظيفة الحاكم، على ما تقتضيه السياسة وزجر الناس.

(١) الخلاف ٦: ٣٥٥ مسألة (٢٨).

(٢) راجع المبسوط ٨: ٣١١، ولكن ذكر ذلك فيما إذا لم يقدر على إثباته عند الحاكم.

وإن كان مالا، فهو إما عين أو دين. فإن كان عينا، فإن قدر على استردادها من غير تحريك فتنة استقل به، لأنه عين ماله فلا حاجة إلى الرجوع في تحصيله إلى غيره. ولو أدى إلى الفتنة فلا بد من الرفع إلى الحاكم دفعا لها. وأما الدين، فإن كان من عليه مقرا غير ممتنع من الأداء طالبه ليؤدي. وليس له الاستقلال بالأخذ، لأن حقه أمر كلي في ذمة المديون، وله التخير في تعيينه من ماله، فلا يتعين في شيء منه بدون تعيينه. ولا مدخل للحاكم في ذلك أيضا، لأن الغرض كونه باذلا، والحاكم إنما يلي على الممتنع ومن في معناه. وقول المصنف في هذا القسم: (أو تعيين الحاكم مع امتناعه) لا وجه له، لأنه خلاف الغرض.

ولو كان جاحدا أو مماطلا، فإن لم يكن لصاحب الحق بينة يثبت بها الحق عند الحاكم، أو كان ولم يمكن الوصول إليه، أو أمكن ولم تكن يده مبسوطة بحيث يمكنه تولي القضاء عنه، جاز له الاقتصاص منه، لقوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١). وقوله تعالى: (فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) (٢). ولما روي عن النبي صلى الله عليه وآله لما قالت له هند: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سرا وهو لا يعلم، فهل علي في ذلك شيء؟ فقال صلى الله عليه وآله: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) (٣).

(١) البقرة: ١٩٤.

(٢) النحل: ١٢٦.

(٣) مسند أحمد ٦: ٥٠، صحيح البخاري ٧: ٨٥، صحيح مسلم ٣: ١٣٣٨ ح ٧، سنن

الدارمي ٢: ١٥٩.

وروى جميل بن دراج قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل دين فيجحد، فيظفر من ماله بقدر الذي جحده، يأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم) (١).

وعن داود بن زربي قال: (قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فأخذونها والدابة الفارهة فأخذونها، ثم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه؟ فقال: خذ مثل ذلك، ولا تزد عليه) (٢). وغير ذلك (٣).

ولو كان هناك بينة يثبت بها الحق عند الحاكم لو أقامها، والوصول إليه ممكن، ففي جواز أخذه قصاصا من دون إذن الحاكم قولان: أحدهما - وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله هنا والأكثر - : الجواز، لعموم أدلة الاقتصاص، وقوله صلى الله عليه وآله: (لي الواحد يحل عقوبته وعرضه) (٤).

والثاني: لا، لأن التسلط على مال الغير على خلاف الأصل، فيقتصر منه على موضع الضرورة، وهي هنا منتفية. ولأن الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عنه الحاكم، ويعين من ماله ما يشاء، ولا ولاية لغيره. وهو خيرة المصنف في

-
- (١) التهذيب ٦: ٣٤٩ ح ٩٨٦، الاستبصار ٣: ٥١ ح ١٦٧، الوسائل ١٢: ٢٠٥ ب (٨٣) من أبواب ما يكتسب به ح ١٠.
- (٢) التهذيب ٦: ٣٤٧ ح ٩٧٨، الوسائل ١٢: ٢٠١ الباب المتقدم ح ١.
- (٣) راجع الوسائل ١٢: ٢٠١ ب (٨٣) من أبواب ما يكتسب به.
- (٤) أمالي الطوسي ٢: ١٣٤، الوسائل ١٣: ٩٠ ب (٨) من أبواب الدين ح ٤، وانظر مسند أحمد ٤: ٢٢٢، صحيح البخاري ٣: ١٥٥، سنن أبي داود ٣: ٣١٣ ح ٣٦٢٨، سنن النسائي ٧: ٣١٦، سنن البيهقي ٦: ٥١.

نعم، لو كان المال وديعة عنده، ففي جواز الاقتصاص تردد،
أشبهه الكراهية.

النافع (١).
والأقوى الأول. وكون التسلط على مال الغير بغير إذنه خلاف الأصل
مسلم، لكن العدول عن الأصل لدليل جائز، وهو هنا موجود.
قوله: (نعم لو كان المال وديعة... إلخ).
اختلف الأصحاب في جواز الاقتصاص من الوديعة، فذهب المصنف وقبله
الشيخ في الاستبصار (٢) وأكثر المتأخرين (٣) إلى الجواز على كراهية. وذهب
الشيخ في النهاية (٤) وجماعة (٥) إلى التحريم.
ومنشأ الخلاف اختلاف الروايات ظاهراً. والأظهر الأول، لعموم الأدلة
السابقة، وخصوص صحيحة أبي العباس البقباق: (أن شهاباً ماراه في رجل ذهب
له ألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها
مكان الألف الذي أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله
عليه السلام فذكر له ذلك، فقال: أما أنا فأحب إلي أن تأخذ وتحلف) (٦).

(١) المختصر النافع ٢: ٢٨٤.

(٢) الاستبصار ٣: ٥٣ ذيل ح ١٧٢.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٢١٣، إيضاح الفوائد ٤: ٣٤٧، الدروس الشرعية ٢: ٨٥ - ٨٦، التنقيح

الرائع ٤: ٢٦٩ - ٢٧٠.

(٤) النهاية: ٣٠٧.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٣١، المؤلف من المختلف ٢: ٥٧٨، غنية النزوع: ٢٤٠، إصباح الشيعة:

٢٨٤.

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

وهذا الخبر يدل على الجواز من غير كراهة، لأنه عليه السلام لا يحب المكروه. وقوله عليه السلام: (وتحلف) أراد به أنه إذا طلب منه المودعة جاز له الإنكار، فإن أحلفه حلف له على عدم الاستحقاق، أو على عدم الاستيداع مع التورية. ثم الكراهة تستفاد من ظاهر الأدلة الآتية جمعا. حجة القائل بالتحريم عموم قوله تعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) (١). والأمر بأدائها إليهم ينافي جواز الأخذ. وخصوص رواية ابن أبي عمير عن ابن أخي الفضيل بن يسار، قال: (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم إليها، فقالت لي: أسأله، فقلت: عماذا؟ فقالت: إن ابني مات وترك مالا كان في يد أخي فأتلفه ثم أفاد مالا فأودعنيه، فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء؟ فأخبرته بذلك فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك) (٢). وفي هذا الحديث دلالة من ثلاثة مواضع:

أحدها: من قوله: (لا) في جواب قولها: (فلي أن آخذ منه).
وثانيها: من قوله عليه السلام: (أد الأمانة إلى من ائتمنك) فإن الأمر بأدائها إليه ينافي جواز الأخذ، ولأنه ذكره في جواب سؤال الأخذ. وثالثها: من قوله عليه السلام: (ولا تخن من خانك). وهو ظاهر. ورواية سليمان بن خالد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال فكابرنى عليه ثم حلف، ثم وقع له عندي مال، آخذه مكان

(١) النساء: ٥٨.

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

مالي الذي أخذه وجحده وأحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيما عبته عليه) (١).

والجواب بحمل ذلك على الكراهة جمعا. ويمكن أن يكون وجه الأمر بردها إليه أنه أقر للإمام بالحق، وادعى أن له عند صاحبه مالا، واللازم من ذلك قبول إقراره دون دعواه، فأمره بردها لأجل ذلك، وهو لا ينافي جواز أخذها فيما بينه وبين الله تعالى، أو على تقدير ثبوت الحق عند الإمام. ولأنه إن كان الأمر الذي ادعاه حقا فأخذه للوديعة مقاصة في قوة أداء الأمانة إلى من ائتمنه، لأنه وفي منها دينه بإذن الشارع العام (٢) كما سبق، فكان بمنزلة أدائها إلى وكيله، وأداء الأمانة إلى الوكيل قائم مقام أدائها إلى المالك.

ولا نسلم تحقق الخيانة بذلك، لأن استيفاء الحق ليس بخيانة، وإنما يقتضي الخيانة أكل الوديعة بغير حق. وكذا الكلام في قوله: (إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيما عبته عليه) فإن الأول خانته بإنكار حقه بالباطل، وعتب (٣) عليه بذلك، وهو لا يقتضي خيانتته بأخذها مكان دينه، وعتبه (٤) عليه في الحق.

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

(٢) في الحجريتين: العالم.

(٣) في (ث، ط): وعيب، وفي (خ): وعيبه.

(٤) في (ث، خ، ط): وعيبه.

ولو كان المال من غير جنس الموجود جاز أخذه بالقيمة العدل،
ويسقط اعتبار رضا المالك بإلطاطه، كما يسقط اعتبار رضاه في
الجنس.
ويجوز أن يتولى بيعها وقبض دينه من ثمنها، دفعا لمشقة التربص
بها.

قوله: (ولو كان المال... إلخ).

حيث جاز له الأخذ مقاصة يقتصر على الأخذ من الجنس الموافق لحقه
مع الامكان، اقتصارا في التصرف في مال الغير المخالف للأصل على أقل ما
تندفع به الضرورة. فإن تعذر وصوله إلى جنس حقه جاز له الأخذ من غيره،
لعموم الأدلة السابقة، وقوله صلى الله عليه وآله: (خذي ما يكفيك وولدك
بالمعروف) (١) حيث لم يفرق بين الجنس وغيره، بل ظاهر الحال أنها لا تجد عين
المحتاج إليه في النفقة والكسوة، وإنما تجد مالا تصرفه في ذلك.
وذهب جماعة من العامة (٢) إلى وجوب الاقتصار على الجنس. وعلى ما
اخترناه يتخير بين أخذه بالقيمة، وبين بيعه وصرفه في جنس الحق. ويستقل
بالمعاوضة كما يستقل بالتعيين.
ولو أمكن إثبات الحق عند الحاكم فالأولى الرجوع إليه هنا، ليستأذنه في
هذا التصرف.

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

(٢) الحاوي الكبير ١٧: ٤١٣، المغني لابن قدامة ١٢: ٢٣٠، حلية العلماء ٨: ٢١٥، روضة
الطالبين ٨: ٢٨٢ - ٢٨٤.

ولو تلفت قبل البيع قال الشيخ: الأليق بمذهبنا أنه لا يضمنها.
والوجه الضمان، لأنه قبض لم يأذن فيه المالك. ويتقاصان بقيمتها
مع التلف.

قوله: (ولو تلفت قبل البيع... إلخ).

إذا أخذ المستحق من غير جنس حقه، فإن نوى أخذه لنفسه بالقيمة ملكه،
وكان تلفه بعد ذلك منه. وإن قصد بيعه وصرفه في حقه، فهل يكون مضمونا عليه،
أم يكون أمانة؟ فيه قولان:

أحدهما - وهو الذي ذهب إليه المصنف رحمه الله - : الضمان، لأنه قبضه
بغير إذن المالك لمصلحة نفسه، فكان كقبض المرتهن الرهن بغير إذن الراهن.
هكذا علله المصنف رحمه الله. وفيه: أن إذن الشارع أعظم من إذن المالك.
وبه يفرق بينه وبين الرهن.

والثاني: عدم الضمان. وهو مختار الشيخ في المبسوط (١)، لأنه مقبوض
بحق، فجرى مجرى الرهن. وهذا هو الأقوى.

هذا إذا كان المقبوض بقدر حقه. أما لو كان زائدا عنه حيث لم يمكن
الاقتصار على المقدار، ففي كون الزائد مضمونا أم أمانة الوجهان. ولا فرق حينئذ
بين أن يتلف قبل البيع وبعده، حيث لم يمكن الاقتصار على بيع ما يقابل حقه.
وحيث يجوز البيع يجب المبادرة إليه بحسب الامكان. فإن قصر فنقصت
قيمتها فكالغاصب.

وحيث يضمن مع التلف، فإن كان بتقصير فكضمان الغاصب، وبغيره

(١) المبسوط ٨: ٣١١.

مسألتان:

الأولى: من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضي له. ومن بابه: أن يكون كيس بين جماعة فيسألون: هل هو لكم؟ فيقولون: لا، ويقول واحد منهم: هو لي، فإنه يقضى به لمن ادعاه.
الثانية: لو انكسرت سفينة في البحر، فما أخرج البحر فهو لأهله، وما أخرج بالغوص فهو لمخرجه. وبه رواية في سندها ضعف.

فقيمة (١) يوم التلف مطلقا. وكذا تجب المبادرة إلى رد الزائد إلى المالك على تقدير اشتماله عليه، ولو بهبة (٢) ونحوها، إذا خاف من الاعتراف بالواقع.
قوله: (من ادعى ما لا يد لأحد عليه... إلخ).

الأصل في مسألة الكيس رواية يونس بن عبد الرحمن، عن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: (قلت: عشرة كانوا جلوسا ووسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضا ألكم هذا الكيس؟ فقال كلهم: لا، فقال واحد منهم: هو لي، قال: هو للذي ادعاه). (٣) ولأنه مع عدم المنازع لا وجه لمنع المدعي منه، ولا لطلب البينة منه، ولا لاحلافه، إذ لا خصم له حتى يترتب عليه ذلك.

قوله: (لو انكسرت سفينة... إلخ).
الرواية المذكورة رواها الحسن بن علي بن يقطين، عن أمية بن عمرو، عن

(١) في (ط، م): فقيمته.

(٢) في (ت، ط): بهبته.

(٣) الكافي ٧: ٤٢٢ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٩٢ ح ٨١٠، الوسائل ١٨: ٢٠٠ ب (١٧) من أبواب كيفية الحكم، وفيما عدا التهذيب: عن إبراهيم بن هاشم القمي، عن بعض أصحابه، عن منصور...

الشعيري، قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر، فأخرج بعضه بالغوص، وأخرج البحر بعض ما غرق فيها، فقال: أما ما أخرج البحر فهو لأهله، الله أخرجهم لهم، وأما ما خرج بالغوص فهو لهم، وهم أحق به) (١).

وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية (٢). والمصنف - رحمه الله - ذكر أنها ضعيفة السند، ولم يذكر ما ينافي حكمها.

ووجه ضعف سندها أن أمية المذكور واقفي. والظاهر أن المراد بالشعيري إسماعيل بن زياد (٣) السكوني المشهور، وهو عامي. ولكن لا يلزم من حكم المصنف بضعف سندها رد حكمها، لأنه كثيرا ما يجبر الضعف بالشهرة وغيرها، والأمر في هذه كذلك.

وابن إدريس (٤) رد الرواية [خاصة] (٥) على أصله، وحكم بأن ما أخرج البحر فهو لأصحابه، وما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجده وغاص عليه، لأنه بمنزلة المباح، كالبعير يترك من جهد في غير كالأ ولا ماء، فإنه يكون لواجده، وادعى الاجماع على ذلك.

والأصح أن جواز أخذ ما يتخلف مشروط بإعراض مالكة عنه مطلقا، ومعه يكون إباحة لآخذه، ولا يحل أخذه بدون الاعراض مطلقا، عملا بالأصل.

(١) التهذيب ٦: ٢٩٥ ح ٨٢٢، الوسائل ١٧: ٣٦٢ ب (١١) من أبواب اللقطة ح ٢.

(٢) النهاية: ٣٥١.

(٣) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، والصحيح: بن أبي زياد.

(٤) السرائر ٢: ١٩٥.

(٥) من (أ، ث).

المقصد الأول

في الاختلاف في دعوى الأملاك

وفيه مسائل:

الأولى: لو تنازعا عينا في يدهما ولا بينة، قضي بها بينهما

نصفين. وقيل: يحلف كل منهما لصاحبه.

ولو كانت يد أحدهما عليها، قضي بها للمتثبت مع يمينه، إن

التمسها الخصم.

ولو كانت يدهما خارجة، فإن صدق من هي في يده أحدهما

أحلف وقضي له. وإن قال: هي لهما، قضي بها بينهما نصفين، وأحلف

كل منهما لصاحبه. ولو دفعهما أقرت في يده.

قوله: (لو تنازعا عينا... إلخ).

إذا تداعيا عينا وادعى كل منهما أن مجموعها له، ولا بينة لأحدهما (١)، فلا

يخلو: إما أن تكون في يدهما، أو في يد أحدهما، أو في يد ثالث. فهنا أحوال:

أحدها: أن تكون في يدهما، فكل واحد مدع في النصف ومدعى عليه في

النصف، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر، ولا يتعرض واحد

منهما في يمينه لإثبات ما في يده، بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه فيما في

يده. ونقله الحلف قولاً يشعر برده. والمذهب بثبوتها، عملاً بالعموم (٢)، بل لم ينقل

الأكثر فيه خلافاً. فإذا حلفا أو نكلا ترك المدعى في يدهما كما كان. وإن حلف

أحدهما دون الآخر قضي للحالف بالكل.

(١) في (أ، ث): لأحد منهما.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ١٧٠ ب (٣) من أبواب كيفية الحكم.

الثانية: يتحقق التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد، مثل: أن يشهد شاهدان بحق لزيد، ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا أنه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوة، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت. ومهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق. فإن تحقق التعارض، فإما أن تكون العين في يدهما، أو يد أحدهما، أو [في] يد ثالث. ففي الأول يقضى بها بينهما نصفين، لأن يد كل واحد على النصف، وقد أقام الآخر بينة، فيقضى له بما في يد غريمه.

ولو أنكرهما حلف لهما، سواء ادعاها لنفسه أم لا. ولا يجب عليه نسبة الملك إلى نفسه أو إلى أحد معين. ولو قال: هي لأحدكما ولا أعرفه، احتمل قويا القرعة، فيحلف من خرجت له، فإن نكل حلف الآخر، وإن نكلا قسمت بينهما. قوله: (يتحقق التعارض... إلخ).

إذا أقام المتداعيان بينتين، فإن أمكن التوفيق بينهما وفق، وعمل بما دلت على ملكه الآن، كما لو شهدت إحداهما بملك المدعي أمس، والأخرى أنها ملك الآخر بسبب انتقالها عن ذلك المدعي اليوم، فيعمل بالثانية، لا مكان صدقهما. وكذا لو أطلقت إحداهما، وفصلت الأخرى كما ذكرناه. وإن تحقق التعارض بحيث استلزم العمل بإحداهما تكذيب الأخرى، كأن تشهد إحداهما بهذه العين لزيد، وتشهد الأخرى بها للآخر، فإنه لا يمكن أن يكون كلها ملكا لكل واحد منهما، فيفتقر الحكم بتقديم إحداهما على الأخرى إلى المرجح، على التفصيل الذي يأتي. قوله: (فإن تحقق التعارض... إلخ).

وفي الثاني يقضى بها للخارج دون المتشبه، إن شهدتا لهما بالملك المطلق. وفيه قول آخر - ذكره في الخلاف - بعيد.

إذا تعارضت البيئتان، وكانت العين في يدهما، فلا إشكال في الحكم بها بينهما نصفين. لكن اختلف في سببه، فقيل: لتساقت البيئتين بسبب التساوي، وبقي الحكم كما لو لم يكن هناك بينة. وقيل: لأن مع كل منهما مرجحا (١) باليد على نصفها، فقدمت بينته على ما في يده.

والذي اختاره المصنف - رحمه الله - أن العلة تقديم بينة الخارج، فيقضى لكل واحد منهما بما في يد صاحبه. وهذا هو الأشهر. وتظهر الفائدة في اليمين على من قضى له، فعلى الأول يلزم كلا منهما اليمين لصاحبه، لأن تساقط البيئتين أوجب الرجوع إلى اليمين كالمسألة السابقة. وعلى الثاني لا يمين على أحدهما، لأن ترجيح البينة على الأخرى بسبب اليد أوجب العمل بالراجح وترك الآخر، كما لو تعارض الخبران. وعلى الثالث - وهو الأظهر - لا يمين، لأن القضاء له مستند إلى بينته، وهي ناهضة بثبوت الحق، فيستغنى عن اليمين.

وفي التحرير (٢) قوى ثبوت اليمين على كل منهما، مع حكمه بتقديم بينة الخارج، وأن القضاء هنا لكل منهما بما في يد الآخر، واحتمل عدم اليمين.

قوله: (وفي الثاني يقضى... إلخ).

(١) فيما لدينا من النسخ الخطية: مرجح، والصحيح ما أثبتناه.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ١٩٥.

ولو شهدتا بالسبب، قيل: يقضى لصاحب اليد، لقضاء علي عليه السلام في الدابة.

وقيل: يقضى للخارج، لأنه لا بينة على ذي اليد، كما لا يمين على المدعي، عملاً بقوله [صلى الله عليه وآله]: (واليمين على من أنكر (١))، والتفصيل قاطع للشركة. وهو أولى.

أما لو شهدت للمتثبت بالسبب وللخارج بالملك المطلق، فإنه يقضى لصاحب اليد، سواء كان السبب مما لا يتكرر، كالنتاج ونساجة الثوب الكتان، أو يتكرر كالبيع والصياغة.

وقيل: بل يقضى للخارج وإن شهدت بينته بالملك المطلق، عملاً بالخبر. والأول أشبه.

إذا كانت العين المتنازع فيها في يد أحدهما، وأقام كل منهما بينة، ففي ترجيح أيهما أقوال:

أحدها: ترجيح الخارج مطلقاً، أي: سواء شهدتا بالملك المطلق أم المقيّد بالسبب أم تفرقتا، بأن شهدت إحداهما بالملك المطلق والأخرى بالمقيّد. ذهب إلى ذلك الصدوقان (٢)، وسالار (٣)، وابن (٤) زهرة، وابن إدريس (٥)، والشيخ في موضع من الخلاف (٦). لكن الصدوق (٧) قدم أعدل البيئتين، ومع التساوي الخارج.

-
- (١) مستدرک الوسائل ١٧: ٣٩٧ ب (١٨) من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١.
 - (٢) المقنع: ٣٩٩، الفقيه ٣: ٣٩ ذيل ح ١٣٠.
 - (٣) المراسم: ٢٣٤.
 - (٤) غنية النزوع: ٤٤٣.
 - (٥) السرائر ٢: ١٦٨.
 - (٦) الخلاف ٣: ١٣٠ مسألة (٢١٧).
 - (٧) المقنع: ٣٩٩، الفقيه ٣: ٣٩ ذيل ح ١٣٠.

والحجة: قوله صلى الله عليه وآله: (البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه).

ووجه الدلالة: أنه صلى الله عليه وآله جعل لكل واحد منهما حجة، فكما لا يمين على المدعي لا بينة على المدعى عليه، والتفصيل يقطع الاشتراك. ولرواية محمد بن حفص، عن منصور، عن الصادق عليه السلام قال: (قلت له: رجل في يده شاة فجاء رجل فادعاها وأقام البينة العدول أنها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع، وجاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده ولم يبع ولم يهب، قال عليه السلام: حقها للمدعي، ولا أقبل من الذي في يده بينة، إن الله عز وجل إنما أمر أن تطلب البينة من المدعي، فإن كانت له بينة وإلا فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عز وجل) (١).

وطريق الرواية إلى منصور حسن، أما هو فإنه مشترك بين الثقة وغيره. والثاني: ترجيح ذي اليد مطلقاً. وهو قول الشيخ في كتاب الدعوى من الخلاف (٢). وهو الذي نسبه المصنف - رحمه الله - إلى البعد.

وحجته رواية (٣) جابر أن رجلين اختصما عند رسول الله صلى الله عليه وآله في دابة أو بعير، فأقام كل واحد منهما البينة أنه أنتجها، ففضى بها رسول الله صلى الله عليه وآله للذي هي في يده.

- (١) التهذيب ٦: ٢٤٠ ح ٥٩٤، الاستبصار ٣: ٤٣ ح ١٤٣، الوسائل ١٨: ١٨٦ ب (١٢) من أبواب كيفية الحكم ح ١٤.
- (٢) الخلاف ٦: ٣٤٢ مسألة (١٥).
- (٣) عوالي اللئالي ٣: ٥٢٦ ح ٣١، وانظر سنن الدارقطني ٤: ٢٠٩ ح ٢١، سنن البيهقي ١٠: ٢٥٦، تلخيص الحبير ٤: ٢١٠ ح ٢١٤١.

ورواية غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام: (أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابة، وكلاهما أقام البينة أنه أنتجها، ففضى بها للذي هي في يده). وقال: (لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين) (١). وهذان الحديثان - مع ضعف سندهما بكون الأول عامياً، والثاني بغياث - أخص من المدعى، لأنهما دلا على تقديم ذي اليد مع السبب لهما، لامع الملك المطلق.

والثالث: ترجيح الداخل إن شهدت بينته بالسبب، سواء انفردت به أم شهدت بينة الخارج به أيضاً، وتقديم الخارج إن شهدتا بالملك المطلق أو انفردت بينته بالسبب.

وهذا هو الذي اختاره المصنف - رحمه الله -، وقبله الشيخ في النهاية (٢) وكتابي (٣) الأخبار، وتلميذه القاضي (٤) وجماعة. وقد وهم الشيخ في المبسوط (٥) حيث نقل عن النهاية خلاف ذلك، فقال فيه: (ما يدل عليه أخبارنا هو ما ذكرناه في النهاية، وهو أنه إذا شهدتا بالملك المطلق ويد أحدهما عليها حكم لذي اليد، وكذلك إن شهدتا بالملك المقيد لكل واحد ويد أحدهما عليها حكم لذي اليد). قال: (وقد روي أنه يحكم لليد الخارجة). ووجه التنافي بين المنقول والمنقول عنه ظاهر.

-
- (١) الكافي ٧: ٤١٩ ح ٦، التهذيب ٦: ٢٣٤ ح ٥٧٣، الاستبصار ٣: ٣٩ ح ١٣٣، الوسائل ١٨: ١٨٢
ب (١٢) من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ٣.
(٢) النهاية: ٣٤٤.
(٣) التهذيب ٦: ٢٣٧ ذيل ح ٥٨٣، الاستبصار ٣: ٤٢ ذيل ح ١٤٢.
(٤) المهذب ٢: ٥٧٨.
(٥) المبسوط ٨: ٢٥٨.

وحجة هذا التفصيل الجمع بين الأخبار التي دل بعضها على تقديم الداخل مع بيان السبب، وقد سمعته، وبعضها على تقديم الخارج، وهو محمول على ما إذا أطلقنا أو اختصت بيعة الخارج بالسبب بطريق أولى، كما أن تقديم بيعة الداخل مع انفرادها بالسبب ثابت بطريق أولى، لورود النص (١) على تقديمها مع اشتراكهما في السبب.

والرابع: ترجيح الأعدل من البيتين، أو الأكثر عددا مع تساويهما في العدالة، مع اليمين، ومع التساوي يقضى للخارج. وهو قول المفيد (٢) رحمه الله. وقريب منه قول الصدوق (٣)، فإنه قدم أعدل البيتين، ومع التساوي الخارج. وقد تقدم.

والترجيح بهاتين الصفتين عمل به المتأخرون (٤) على تقدير كون العين في يد ثالث، لورودها (٥) في بعض (٦) الأخبار كذلك. مع أن في بعضها ما يدل على هذا القول، ففي صحيحة أبي (٧) بصير قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي القوم فيدعي دارا في أيديهم، ويقيم الذي في يده الدار أنه ورثها عن أبيه، لا ندري كيف أمرها؟ فقال: أكثرهم بيعة يستحلف وتدفع إليه).

(١) راجع ص: ٨٣ - ٨٤.

(٢) المقنعة: ٧٣٠ - ٧٣١.

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

(٤) اللعة الدمشقية: ٥٢، المقتصر: ٣٨٣.

(٥) في (د): لورودهما.

(٦) الكافي ٧: ٤١٨ ح ١ و ٣، الفقيه ٣: ٣٨ ح ١٢٩ و ١٣٠، التهذيب ٦: ٢٣٤ ح ٥٧٥ و ٥٧٦، الاستبصار ٣: ٤٠ ح ١٣٥، الوسائل ١٨: ١٨١ ب (١٢) من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١، ٥.

(٧) الكافي ٧: ٤١٨ ح ١ و ٣، الفقيه ٣: ٣٨ ح ١٢٩ و ١٣٠، التهذيب ٦: ٢٣٤ ح ٥٧٥ و ٥٧٦، الاستبصار ٣: ٤٠ ح ١٣٥، الوسائل ١٨: ١٨١ ب (١٢) من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١، ٥.

وذكر: (أن عليا عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغلة، فقامت لهؤلاء البينة أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا، وقامت لهؤلاء البينة بمثل ذلك، فقضى بها لأكثرهم بينة واستحلفهم).

قال: (فسألته حينئذ فقلت: رأيت إن كان الذي ادعى الدار قال: إن أبا هذا الذي هو فيها أخذها بغير ثمن، ولم يقم الذي هو فيها بينة إلا أنه ورثها عن أبيه، قال: إذا كان أمرها هكذا فهي للذي ادعاهما وأقام البينة عليها).

فقد دلت هذه الرواية على الترجيح بالعدد مع تشبث أحدهما وخروج الآخر، وعلى ما لو ذكرا جميعا السبب. وهي أوضح سندا من الروايات السابقة. وروى عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (كان علي عليه السلام إذا أتاه رجلان بيينة شهود، عدلهم سواء وعددهم سواء، يقرع بينهم على أيهم يصير اليمين، قال: وكان يقول: اللهم رب السماوات السبع أيهم كان الحق له فأده إليه، ثم يجعل الحق للذي يصير إليه اليمين عليه إذا حلف) (١). وهذه متناولة بإطلاقها لهذا القسم.

وبقي في المسألة أقوال آخر نادرة ليس عليها دليل واضح. ونبه المصنف - رحمه الله - بقوله: (سواء كان السبب مما لا يتكرر، كالنتاج ونساجة الثوب، أو يتكرر، كالبيع والصياغة) على خلاف ابن حمزة (٢) حيث فرق بين السبب المتكرر وغيره، وحكم بتقديم ذي اليد مع كون السبب مما يتكرر.

(١) الكافي ٧: ٤١٩ ح ٣، الفقيه ٣: ٥٣ ح ١٨١، التهذيب ٦: ٢٣٣ ح ٥٧١، الاستبصار ٣: ٣٩ ح ١٣١، الوسائل ١٨: ١٨٣ ب (١٢) من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ٥.
(٢) الوسيلة: ٢١٩.

ولو كانت في يد ثالث، قضي بأرجح البينتين عدالة، فإن تساويا قضي لأكثرهما شهودا. ومع التساوي عددا وعدالة يقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف، وقضي له. ولو امتنع، أحلف الآخر وقضي له. وإن نكلا، قضي به بينهما بالسوية.

وقال في المبسوط: يقضى بالقرعة إن شهدتا بالملك المطلق، ويقسم بينهما إن شهدتا بالملك المقيّد. ولو اختصت إحداهما بالتقيّد، قضي بها دون الأخرى. والأول أنسب بالمنقول.

قوله: (ولو كانت في يد ثالث... إلخ).

اختصاص هذا القسم بالترجيح بهذين المرجحين - وهما العدالة والعدد - دون باقي أقسام التعارض هو المشهور بين الأصحاب، خصوصا المتأخرين (١) منهم، تبعا للشيخ (٢) - رحمه الله -، فإنه جعل ذلك جامعا بين الأخبار التي دل بعضها على الترجيح بهما، وبعضها على الترجيح بالسبب، وبعضها على ترجيح الخارج، وبعضها على ترجيح ذي اليد. ففصلوا الأحكام كما سبق، حتى إن الشيخ في التهذيب (٣) صرح بكون خبر أبي بصير الذي حكيناه سابقا (٤) - المقتضي للترجيح بالعدد - محمولا على حكم ما إذا كانت العين في يد ثالث. وهو عجيب، فإنها صريحة في كون أحدهما متشبثا، حيث قال: (يأتي القوم فيدعي دارا في أيديهم) (٥). ومن ثم خالف جماعة (٦) من المتقدمين واعتبروا الترجيح بهما في جميع

(١) إرشاد الأذهان ٢: ١٥٠، اللعة الدمشقية: ٥٢، المقتصر: ٣٨٣ - ٣٨٤.

(٢) التهذيب ٦: ٢٣٧ ذيل ح ٥٨٣.

(٣) التهذيب ٦: ٢٣٧ ذيل ح ٥٨٣.

(٤) راجع ص: ٨٥.

(٥) راجع ص: ٨٥.

(٦) المقنع: ٣٩٩ - ٤٠٠، المقنعة: ٧٣٠ - ٧٣١.

الأقسام، وهو أنسب بحال الروايات التي بعضها مطلق في الترجيح بهما أو بأحدهما، وبعضها مصرح بخلاف ما ادعاه المفسلون.

وأما ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط (١) من الحكم بالقرعة مع شهادتهما لهما بالملك المطلق، فتدل عليه صحيحة الحلبي، قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمر، وجاء آخران فشهدا على غير ذلك، فاختلفوا، قال: يقرع بينهم فأيهم قرع فعليه اليمين، وهو أولى بالحق) (٢). فحملها على ما إذا أطلقا، لدلالة ظاهر الشهادة عليه.

ويدل على ما ذكره من أنه مع شهادتهما بالملك المقيد يقسم بينهما، رواية غياث بن إبراهيم السابقة (٣)، وقول علي عليه السلام: (لو لم يكن في يده جعلتها بينهما نصفين) (٤) والحال أنهما شهدتا بالسبب وهو النتائج.

ويدل على ترجيح ذات السبب مع الاختلاف قوتها، مضافا إلى ما سبق من الأخبار الدالة على تقديم ذات السبب.

وبالجملة، فالحكم في هذين القسمين لا يخلو من إشكال، لاختلاف الأخبار على وجه يعسر الجمع بينها، وضعف ما ذكره من طريق الجمع، وضعف سند أكثرها، وعدم عمل الأصحاب بما اعتبر أسناده مقتصرين عليه. ولأجل ما ذكرناه اقتصر الشهيد في الدروس (٥) على مجرد نقل الأقوال من غير ترجيح لأحدها.

-
- (١) المبسوط ٨: ٢٥٨.
- (٢) التهذيب ٦: ٢٣٥ ح ٥٧٧، الاستبصار ٣: ٤٠ ح ١٣٧، الوسائل ١٨: ١٨٥ ب (١٢) من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١١.
- (٣) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٨٤ هامش (١).
- (٤) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٨٤ هامش (١).
- (٥) الدروس الشرعية ٢: ١٠١.

ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين. ولا يتحقق بين شاهدين وشاهد ويمين. وربما قال الشيخ نادرا يتعارضان ويقرر بينهما. ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين، دون الشاهد واليمين.

قوله: (ويتحقق التعارض... إلخ).
أما تحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين، فلأن كلا منهما حجة مستقلة يثبت بها المال.
وأما عدم معارضة الشاهد واليمين لهما، فلأن الشاهد لا يستقل بالحجة (١)، واليمين معه وإن أوجبت ثبوت المال إلا أنه حجة ضعيفة، ومن ثم اختلف في ثبوته بها. وأيضا فالذي يحلف مع شاهده يصدق نفسه، والذي يقيم شاهدين يصدقه غيره، فهو أقوى جانبا وأبعد عن التهمة. وبهذا صرح الشيخ في المبسوط (٢) في فصل الدعاوي والبيئات، وفي الخلاف (٣) أيضا.
والقول النادر الذي نسبه المصنف - رحمه الله - إليه بالتعارض بينهما والقرعة ذكره في المبسوط (٤) في فصل الرجوع عن الشهادة.
ووجهه: أن الشاهد واليمين حجة مستقلة في إثبات المال كالشاهدين، فيعارضانهما كما يعارضهما الشاهد والمرأتان.
وإنما قال المصنف - رحمه الله - : (وربما قال الشيخ... إلخ) لأن كلامه

(١) في (د، م): بالحجية.

(٢) المبسوط ٨: ٢٥٩.

(٣) الخلاف ٦: ٣٣٤ مسألة (٥).

(٤) المبسوط ٨: ٢٥٣ - ٢٥٤.

ليس صريحا، وقد اختلف العلماء في فهم عبارته، فالشيخ فخر الدين (١) - رحمه الله - ذكر أنه تردد في ذلك، ولم يرجح أحد القولين. والشهيد في الدروس (٢) قال: إنه صرح بالتعارض والقرعة. ولننقل عبارة الشيخ في ذلك وننظر فيها، فإن كلا الفهمين محتمل منها، والأظهر منها هو التردد الذي فهمه الشيخ فخر الدين. وهذه عبارة الشيخ: (شهد شاهدان أنه أوصى لزيد بثلث ماله، وشهد شاهد واحد أنه أوصى بثلث ماله لعمرو، وقال عمرو: أحلف مع شاهدي ليكون الثلث بيننا، فهل يزاحم الشاهدين شاهد ويمين أم لا؟ قال قوم: يحلف ويزاحم ويساويه، لأن الشاهد واليمين في الأموال بمنزلة الشاهدين، وقال آخرون: لا يساويه، لأن الشاهد واليمين أضعف من شاهدين، لأن الشاهد وحده لا يقوم بنفسه حتى يضم إليه غيره، والشاهدان قائمان بأنفسهما، فلا يعارضهما. فمن قال لا يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حلف عمرو مع شاهده، وكان الثلث بينهما نصفين. وعلى مذهبا يقرع بينهما) (٣).

هذه عبارته. فالشهاد - رحمه الله - فهم التصريح بالتعارض من قوله: (وعلى مذهبا يقرع بينهما). والذي يظهر أن هذا ليس حكما بالتعارض، لأن القولين اللذين حكاهما عن المخالفين، كما هي عادته، ومذهبهم (٤) أن الوصية المعينة - كالثلث مثلا - لاثنين متعارضين يوجب قسمته بينهما على سبيل العول، ومذهبنا أن الثاني يكون رجوعا عن الأول إن علم الترتيب، وإن اشتبه أقرع،

(١) إيضاح الفوائد ٤: ٤٠٩.

(٢) الدروس الشرعية ٢: ١٠٢.

(٣) المبسوط ٨: ٢٥٣ - ٢٥٤.

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

وكل موضع قضينا فيه بالقسمة، فإنما هو في موضع يمكن فرضها كالأموال، دون ما يمتنع، كما إذا تداعى رجلان زوجة.

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

وقول المصنف - رحمه الله -: (وربما قال الشيخ... إلخ) يدل على احتمال له للأمرين. وكذلك فعل العلامة في القواعد (١) نقلا عن الشيخ. قوله: (وكل موضع قضينا فيه... إلخ).

إذا تداعيا زوجة ولم تترجح بينة أحدهما، لكونهما خارجين ونكلا عن اليمين، فإنه لا يتصور القسمة هنا، كما يقسم بينهما المال لو كانت الدعوى مالا، بل الطريق هنا الحكم لمن أخرجته القرعة، إذ لا سبيل إلى غيره. ويؤيده رسالة داود بن أبي يزيد العطار عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل كانت له امرأة، فجاء رجل بشهود شهدوا أن هذه المرأة امرأة فلان، وجاء آخرون فشهدوا أنها امرأة فلان، فاعتدل الشهود وعدلوا، قال: يقرع بين الشهود، فمن خرج اسمه فهو المحق، وهو أولى بها) (٢).

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٣.

(٢) الكافي ٧: ٤٢٠ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٣٥ ح ٥٧٩، الاستبصار ٣: ٤١ ح ١٣٩، الوسائل ١٨: ١٨٤ ب (١٢٢) من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ٨.

والشهادة بتقديم الملك أولى من الشهادة بالحادث، مثل أن تشهد إحداهما بالملك في الحال، والأخرى بقديمه، أو إحداهما بالقديم، والأخرى بالأقدم، فالترجيح لجانب الأقدم. وكذا الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد، لأنها محتملة. وكذا الشهادة بسبب الملك أولى من الشهادة بالتصرف.

وعلى هذا فلا فائدة في الاحلاف بعد القرعة، لأن فائدته القضاء للآخر مع نكوله، وهو منفي هنا. وفي الرواية دلالة على نفي اليمين هنا. ولا فرق في ثبوت الشركة في المال على تقديره بين كونه قابلاً للقسمة وعدمه كالجوهرة، وإن كانت العبارة توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمة، لكنه تجوز بها في إمكان الشركة، ولو عبر بها كان أولى. قوله: (والشهادة بتقديم الملك... إلخ). هنا مسائل:

الأولى: إذا تعارضت البيئتان في الملك ولكن اختصت إحداهما بزيادة التأريخ، فالمشهور أنه مرجح، كما لو شهدت بيئة أحدهما أنه ملكه في الحال، والأخرى أنه ملكه منذ سنة، أو شهدت بيئة الأول أنه ملكه منذ سنة، وبيئة الآخر أنه ملكه منذ سنتين.

ووجه تقديم متقدمة التأريخ: أنها تثبت الملك في وقت لا تعارضها البيئة الأخرى فيه، وفي وقت تعارضها الأخرى، فتتساقطان في محل التعارض، ويثبت موجبها (١) فيما قبل محل التعارض، والأصل في الثابت دوامه. وفي المسألة وجه آخر بعدم الترجيح بذلك، لأن مناط الشهادة الملك في الحال، وقد استويا فيه، فأشبه ما إذا كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتأريخ واحد.

(١) في (أ، ث، د، ط): موجبهما.

والمسألة مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث، فأما إذا كان في يد أحدهما وقامت بينتان مختلفتا التاريخ، فإن كانت بينة الداخل أسبق تاريخا فهو المقدم لا محالة. وإن كانت بينة الآخر أسبق تاريخا، فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحا فكذلك يقدم الداخل. وإن جعلناه مرجحا ففي ترجيح أيهما وعدمه أوجه.

أحدها: ترجيح اليد، لأن البينتين متساويتان في إثبات الملك في الحال، فتساقتان فيه، ويبقى من أحد الطرفين اليد، ومن الآخر إثبات الملك السابق، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق، ولهذا لا تزال بها.

والثاني: ترجيح السابق، لأن مع إحداهما ترجيحا من جهة البينة، ومع الأخرى ترجيحا من جهة اليد، والبينة تتقدم على اليد، فكذلك الترجيح من جهتها يتقدم على الترجيح من جهة اليد.

والثالث: أنهما يتساويان، لتعارض البينتين (١).

واعلم أن إطلاق عبارة المصنف يقتضي عدم اشتراط إضافة البينة بالملك القديم التعرض للملك (٢) في الحال. وهو أحد الوجهين في المسألة، لأن الملك إذا ثبت سابقا فالأصل فيه الدوام والاستمرار، فلا يفتقر إلى التصريح باستمراره. والثاني - وهو المشهور - أن الشهادة بالملك القديم لا تسمع حتى يقول: وهو ملكه في الحال، أو لا أعلم له مزيلا، حتى لو قال: لا أدري زال أم لا، لم يقبل، لأن ثبوت الملك سابقا إن اقتضى بقاءه فيد المدعي عليه وتصرفه يدل على

(١) كذا في (خ، م)، وفي سائر النسخ: المعنيين.

(٢) كذا في (ت، د)، وفي سائر النسخ: لذلك.

الانتقال إليه، فلا يحصل ظن الملك في الحال. ولأن دعوى الملك السابق لا تسمع، فكذلك البينة عليه.

وعلّلوا عدم قبول الشهادة مع قوله: (لا أدري زال أم لا)، مع أن مؤداها قريب من قوله: (لا أعلم له مزيلا)، بأن الأولى تقتضي ترددا أو ريبية، فهي بعيدة عن أداء الشهادة.

وفيه نظر، لأن الجزم الواقع في الشهادة بالصيغتين الأولتين إنما استند إلى استصحاب الملك وظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافي، وإلا فاليقين بالاستمرار لا يتفق، لأن الأسباب الموجبة لانتقال الملك عن المشهود له لا يمكن القطع بعدمها وإن صحبه الشاهد ليلا ونهارا، فإن منها ما يمكن وقوعه سرا بنفسه مع (١) نفسه.

والاستناد إلى الاستصحاب وظن الاستمرار يتأدى بقوله: (لا أدري زال أم لا) كما يتأدى بقوله: (وهو ملكه في الحال) لأنه إذا لم يدر هل زال أم لا؟ جاز له استصحاب البقاء والحكم به في الحال.

وكون الصيغة بعيدة عن أداء الشهادة في حيز المنع، ومن ثم ذهب بعضهم إلى عدم اشتراط الضميمة، مع أن الشهادة بالملك السابق لا تنافي العلم بتجدد انتقاله عنه، فمع إضافة ما ينافي العلم بالانتقال أولى.

والحق أن إطلاق الشهادة بالملك القديم لا تسمع، لعدم التنافي بين كونه ملكا له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم، وإن كان الشاهد يعلم بذلك، بل لا بد من إضافة ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال، وذلك يتحقق بهذه الصيغ، وإن كان

(١) في (ت، ط): في.

الاقتصار على ما لا يشمل على التردد أولى.
الثانية: لو تعارضت بينة بالملك المطلق والبينة باليد فالترجيح لبينة الملك، لأن اليد وإن كانت ظاهرة في الملك إلا أنها محتملة لغيره، لجواز استنادها إلى العارية والإجارة وغيرهما، بخلاف الملك، فإنه صريح في المطلوب، فكانت الشهادة به مرجحة.

ولا فرق على هذا التقدير بين تقدم تاريخ شهادة اليد - بأن شهدت أن يده على العين منذ سنة، وشهدت بينة الملك بتاريخ متأخر، أو بأنه ملكه في الحال - وتأخره، لاشتراك الجميع في المقتضي وهو احتمال اليد، بخلاف الملك. وفي هذه المسألة قول بتقديم اليد على الملك القديم. وسيأتي (١) الكلام فيه.

الثالثة: لو تعارضت بينة بسبب الملك والبينة بالتصرف، بأن شهدت الأولى أن العين لفلان اشتراها من فلان، وشهدت بينة الآخر أنها وجدته يتصرف في العين تصرف الملاك، من البناء والهدم والبيع والرهن ونحو ذلك، قدمت بينة الملك المتسبب (٢)، لأن التصرف أعم من الملك المطلق، لجواز وقوعه من الوكيل وغيره، بخلاف الملك المتبين (٣) سببه، فإنه صريح في المطلوب. ومقتضى هذا التعليل تقديم بينة الملك وإن لم يذكر سببه على بينة التصرف، كما رجحت على بينة اليد، وإن كان التصرف أقوى من مطلق اليد، لاشتراكهما في قيام الاحتمال دون الملك.

(١) في ص: ١٠٠.

(٢) في (ت، ط): المتشبه، وفي (د): المسبب.

(٣) في (أ، د): المبين.

الثالثة: إذا ادعى شيئاً، فقال المدعى عليه: هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمة، حاضراً كان المقر له أو غائباً. فإن قال المدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لي، توجهت اليمين، لأن فائدتها الغرم لو امتنع، لا القضاء بالعين لو نكل أو رد.

وقال الشيخ رحمه الله: لا يحلف ولا يغرم لو نكل. والأقرب أنه يغرم، لأنه حال بين المالك و [بين] ماله بإقراره لغيره.

ولو أنكر المقر له حفظها الحاكم، لأنها خرجت عن [ملك] المقر، ولم تدخل في ملك المقر له. ولو أقام المدعي بينة قضي له. أما لو أقر المدعى عليه بها لمجهول لم تندفع الخصومة، وألزم البيان.

قوله: (إذا ادعى شيئاً... إلخ).

إذا ادعى شيئاً على إنسان فقال المدعى عليه: إنه ليس لي، فإما أن يقتصر عليه، أو يضيفه إلى مجهول، أو إلى معلوم.

فإن اقتصر عليه، أو أضافه إلى مجهول، بأن قال: هو لرجل لا أعرفه أو لا اسميه، ففي انصراف الخصومة عنه وانتزاع المال من يده وجهان، أحدهما - وهو الذي لم يذكر المصنف غيره - أنها لا تنصرف ولا ينتزع المال من يده، لأن الظاهر أن ما في يده ملكه، وما صدر عنه ليس بمزيل، ولم يظهر لغيره استحقاقاً. وعلى هذا، فإن أقر بعد ذلك لمعين قبل، وانصرفت الخصومة إلى ذلك المعين، وإلا فيقيم المدعي البينة عليه أو يحلفه.

والوجه الثاني: أنها تنصرف عنه بذلك، لأنه (١) يبرأ من المدعي، وينتزع الحاكم المال من يده. فإن أقام المدعي بينة على الاستحقاق فذاك، وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكة.

وإن أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان:

أحدهما: أن يمتنع من خصمته وتحليفه، كما إذا قال: هو وقف على الفقراء، أو على مسجد كذا، أو على ابني الطفل، أو هو ملك له، فتصرف الخصومة عنه، ولا سبيل إلى تحليف الولي ولا طفله، ولا تغني إلا البينة. وإذا قضى له الحاكم بالبينة، وكان الاقرار لطفل، كتب الحاكم صورة الحال في السجل، ليكون الطفل على حجته إذا بلغ.

والثاني: من لا يمتنع من خصمته ولا تحليفه، كما إذا أضافه إلى شخص معين، فهو إما حاضر، وإما غائب.

فإن كان حاضراً روجع، فإن صدق المدعي عليه انصرفت الخصومة إليه. وإن كذبه ففيه أوجه:

أحدها - وهو الذي قطع به المصنف رحمه الله هنا - أنه ينتزع منه، ويحفظه الحاكم إلى أن يظهر مالكة، لخروجه عن ملك المقر بالاقرار، وعدم ظهور مالكة بإنكار المقر له.

والثاني: أنه يترك في يد المدعي عليه، إذ لا منازع له، ولعله يرجع ويدعيه.

والثالث: أنه يسلم للمدعي، لخروجه عن ملك المقر، ولا منازع فيه للمدعي.

(١) في (ث، خ، م): لأنها تبرئ.

وإن أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومة أيضا، لأن المال بظاهر
الاقرار قد صار لغيره، ولهذا لو حضر الغائب وصدقه أخذه، وإذا كان لغيره
وجب انصراف الخصومة عنه. ولا فرق بين أن يطلق ذلك، وبين أن يقول:
وهو في يدي بإجارة أو إعارة أو ودیعة أو غيرها.
ثم إن كان للمدعي بينة أقامها، وقضي على الغائب بشرطه. وإن لم يكن له
بينة أقر في يد المدعي عليه.

وحيث تنصرف الخصومة عنه، وطلب المدعي إحلافه أنه لا يعلم أن العين
له، ففي إجابته قولان مبنيان على أنه لو أقر له بعد ما أقر لغيره هل يغرم القيمة؟
فيه قولان مذكوران في محله (١).

فإن قلنا: نعم - وهو الأظهر - فله إحلافه، فلعله يقر فيغرمه القيمة.
وإن قلنا: لا، وهو أحد قولي الشيخ (٢) - رحمه الله -، فإن قلنا النكول ورد
اليمين كالأقرار لم يحلفه، لأنه وإن أقر أو (٣) نكل وحلف المدعي لا يستفيد شيئا.
وإن قلنا كالبينة فله التحليف، لأنه قد ينكل فيحلف المدعي، فإذا حلف وكانت
العين تالفة أخذ القيمة.

وحيث قلنا بوجوب القيمة، فأخذها بإقرار المدعي عليه ثانيا أو بيمين
المدعي بعد نكوله، ثم سلمت له العين بالبينة أو بيمينه بعد نكول المقر له، فعليه
رد القيمة، لأنه إنما أخذ القيمة للحيلولة وقد زالت.

(١) في ج ١١: ١٠٩ - ١١٠.

(٢) المبسوط ٨: ٢٦٦.

(٣) في (ث، خ): ونكل.

الرابعة: إذا ادعى أنه أجره الدابة، وادعى آخر أنه أودعه إياها، تحقق التعارض مع قيام البينتين بالدعويين، وعمل بالقرعة مع تساوي البينتين في عدم الترجيح.

فروع:

الأول: لو رجع الغائب وكذب المدعى عليه فالحكم كما ذكرناه فيما إذا أضاف إلى حاضر وكذبه.

الثاني: لو أقام المقر له الحاضر أو الغائب بعد رجوعه البينة على الملك، لم يكن للمدعي تحليف المقر ليغرمه وإن قلنا به في الأول، لأن الملك استقر بالبينة، وخرج الاقرار عن أن تكون الحيلولة به.

الثالث: لو قال المدعي: هذه الدار وقف علي، وقال من هي في يده: هي ملك لفلان، وصدقه فلان وانتقلت الخصومة إليه، فإن قلنا بعدم إحلاف المقر ليغرمه القيمة فهنا أولى. وإن قلنا به ففي إحلافه هنا وجهان، من حيث إن المدعي قد اعترف [هنا] (١) بالوقف والوقف لا يعتاض عنه، ومن أنه مضمون بالقيمة عند الاتلاف، والحيلولة في الحال كالاتلاف. وهذا أقوى.

قوله: (إذا ادعى أنه أجره الدابة... إلخ).

المراد أن الدابة في يد المدعى عليه والمدعيان خارجان، فادعى أحدهما أنه أجرها من صاحب اليد، وادعى الآخر أنه أودعه إياها. فإن لم يقيما بيعة يحكم بها لمن يصدقه المتشبهت. وإن أقام كل منهما بيعة بدعواه تحقق التعارض مع الاطلاق أو اتحاد التاريخين. وحينئذ فيرجع إلى الترجيح في إحدى البينتين بالعدالة أو العدد، فإن انتفى فالقرعة. ولو تقدم تاريخ إحداهما بني على الترجيح

(١) من (أ).

الخامسة: لو ادعى دارا في يد إنسان، وأقام بينة أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر، قيل: لا تسمع هذه البينة. وكذا لو شهدت له بالملك أمس، لأن ظاهر اليد الآن الملك، فلا يدفع بالمحتمل. وفيه إشكال، ولعل الأقرب القبول. أما لو شهدت بينة المدعي أن صاحب اليد غصبه أو استأجرها منه، حكم بها، لأنها شهدت بالملك وسبب يد الثاني.

به وعدمه.

وقد تقدم نظيره في الملك، وسيأتي مثله في اليد. وقد كان ذكر هذه المسألة في المقصد الثاني أولى، لأن الاختلاف فيها اختلاف في العقود. قوله: (لو ادعى دارا... إلخ).

إذا كان في يد أحد دار وادعاه غير، وأقام بينة على أنها كانت في يده وملكه بالأمس أو منذ شهر مثلا، فقد تعارض هنا اليد الحالية والقديمة أو الملك القديم. وفي تقديم أيهما قولان للشيخ في كل واحد من المبسوط (١) والخلاف (٢). أحدهما: أن القديمة منهما لا تسمع أصلا، ويقضى باليد الحالية، لأن اليد ظاهرها الآن الملك فلا يدفعها أمر محتمل، إذ يحتمل أن يكون مع الأول بعارية ونحوها في صورة دعوى اليد، وثبوت مطلق اليد لا يستلزم ثبوت اليد الخاصة المفيدة للملك، ويحتمل في صورة دعوى الملك أن ينتقل بعد أمس إلى غيره، فكل واحد من الأمرين غير متحقق الملكية (٣) الآن.

(١) المبسوط ٨: ٢٦٩ و ٢٩٩.

(٢) الخلاف ٦: ٣٣٩ مسألة (١١)، وص: ٣٤٥ مسألة (١٩).

(٣) في (أ، ث، خ): الملك.

واحتج في المبسوط (١) أيضا بعدم المطابقة بين الدعوى والشهادة، إذ الدعوى بالملك الحالي والشهادة بالملك القديم. ولو قيل: إن ثبوته في الماضي يوجب استصحابه إلى الآن، منع بأن اليد الحاضرة الظاهرة في الملك معارضة له فلم يتم استدامته، خصوصا اليد الماضية، لانقطاعها رأسا.

والثاني - وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله - : القبول، لأن اليد الحاضرة إن كانت دليل الملك فالسابقة المستصحة أو الملك الفعلي المستصحب أولى، لمشاركتها لها في الدلالة على الملك الآن وانفردهما بالزمن السابق، فيكونان أرجح. والحكم باستصحابها أوجب المطابقة بين الدعوى والشهادة. وقد تقدم (٢) البحث فيه.

والفرق بين هذه والسابقة الموجب لإعادة البحث: أن المعارضة في هذه بين اليد المتحققة واليد السابقة الثابتة بالبينه أو الملك السابق كذلك، والسابقة وقع فيها التعارض بين البينتين الدالة إحداهما على اليد في الحال مع عدم ظهورها، والأخرى على الملك السابق، ولا (٣) تعرض فيها للمعارضة بين اليد السابقة والحالية.

وقد تأكد من إطلاقه الحكم هنا وفي السابقة بتقديم الملك القديم، بغير تقييد له بكونه إلى الآن أو عدم علم المزيل، أن إضافة ذلك غير شرط. والأصح

(١) لم نجد هذا الاحتجاج في المبسوط، بل ذكره في الخلاف ذيل المسألة (١١) راجع الهامش (٢) في الصفحة السابقة.

(٢) في ص: ٩٢.

(٣) في (أ، ث، د): فلا.

ولو قال: غضبني إياها، وقال آخر: بل أقر لي بها، وأقاما البينة
قضي للمغصوب [منه]، ولم يضمن المقر، لأن الحيلولة لم تحصل
بإقراره، بل بالبينة.

اشترط إضافة ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدد عنده علم الانتقال، لما بيناه
من عدم المنافاة بين علمه بالملك (١) السابق وشهادته به مع انتقاله عن
المالك الآن.

واعلم أن موضع الخلاف في تقديم بينة الملك واليد السابقين على اليد
الحالية ما إذا لم تشهد بينة السابق بفساد اليد الحالية، بأن (٢) قالت: إنه غضبها من
ذي الملك أو اليد القديمين، أو بعدم (٣) استحقاقها للملك، بأن شهدت أنها في يد
الثاني بالإجارة من الأول أو العارية، وإلا قدمت السابقة بغير إشكال، لعدم
التعارض على هذا الوجه.

قوله: (ولو قال: غضبني... إلخ).

إنما قدمت بينة المغصوب [منه] (٤) لأنها تشهد له بالملك وبسبب يد
المتشبه، وأنها عادية في مجموع وقتها، فيكون إقراره للغير بها في زمن اليد
إقرارا بعين مغصوبة، فلا ينفذ إقراره. ولا يغرم المدعى عليه للمقر له، لأنه لم
يحل بينه وبين ملكه، إنما الحائل البينة.

(١) في (ث، خ): علمه بالسابق.

(٢) كذا في (خ)، وفي سائر النسخ: فإن.

(٣) في (ث، خ): عدم.

(٤) من إحدى الحجريتين.

المقصد الثاني

في الاختلاف في العقود

إذا اتفقا على استئجار دار معينة شهرا معينا، واختلفا في الأجرة، وأقام كل منهما بينة بما قدره، فإن تقدم تاريخ أحدهما عمل به، لأن الثاني يكون باطلا.

وإن كان التاريخ واحدا، تحقق التعارض، إذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدتين متنافيين. وحينئذ يقرع بينهما، ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه. هذا اختيار شيخنا في المبسوط.

وقال آخر: يقضى بينة المؤجر، لأن القول قول المستأجر لو لم تكن بينة، إذ هو يخالف على ما في ذمة المستأجر، فيكون القول قوله، ومن كان القول قوله مع عدم البينة، كانت البينة في طرف المدعي. وحينئذ نقول: هو مدع زيادة، وقد أقام البينة بها، فيجب أن تثبت. وفي القولين تردد.

قوله: (إذا اتفقا على استئجار... إلخ).

إذا اتفق المؤجر والمستأجر على استئجار الدار المعينة مثلا، وعلى مدة الإجارة، واختلفا في قدر الأجرة، فادعى المؤجر أنها عشرة دنانير مثلا، وادعى المستأجر أنها خمسة، فلا يخلو إما أن لا يقيم كل واحد بينة على مدعاه، أو يقيماها، أو يقيمها أحدهما خاصة. والمصنف - رحمه الله - اقتصر على حكم الوسطى، وهو مترتب على حكم الأولى كما ستعرفه، فاحتجج إلى البحث عنهما (١)

(١) في (د، ط): عنها.

هنا. وأما الأخيرة فحكمها واضح، لأن من أقام البينة حكم له دون الآخر.
فهنا مسألتان:

الأولى: أن يعد ما البينة. والمشهور بين الأصحاب تقديم قول المستأجر مع يمينه، لأنه منكر للزائد الذي يدعيه المؤجر، مع اتفاقهما على ثبوت ما يدعيه المستأجر (١)، فيكون الأمر بمنزلة ما لو ادعى عليه عشرة دنانير مطلقاً فأقر له منها بخمسة، فإن القول قوله في نفي الزائد بغير إشكال، لأنه منكر له والمؤجر مدع، فيدخلان في عموم الخبر (٢).

وللشيخ - رحمه الله - في المبسوط (٣) قول بالتحالف وثبوت أجره المثل. ووافقه بعض (٤) المتأخرين، نظراً إلى أن كلا منهما مدع ومدعى عليه، لأن العقد المتشخص بالعشرة غير العقد المشتمل على الخمسة خاصة، فيكون كل واحد منهما مدعياً لعقد غير العقد الذي يدعيه الآخر، وهذا يوجب التحالف حيث لم يتفقا على شئ ويختلفان (٥) فيما زاد عنه.

ويضعف بأن العقد لا نزاع بينهما فيه، ولا في استحقاق العين المؤجرة للمستأجر، ولا في استحقاق المقدار الذي يعترف به المستأجر، وإنما النزاع في القدر الزائد، فيرجع فيه إلى عموم الخبر (٦). ولو كان ما ذكرناه من التوجيه موجبا

(١) كذا في (ط) ونسخة بدل (ت)، وهو الصحيح، وفي سائر النسخ والحجريتين: المؤجر.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ١٧٠ ب (٣) من أبواب كيفية الحكم.

(٣) المبسوط ٣: ٢٦٥ - ٢٦٦.

(٤) المختلف: ٤٦٢.

(٥) كذا في (د، ط)، وفي سائر النسخ: ويختلفا.

(٦) راجع الوسائل ١٨: ١٧٠ ب (٣) من أبواب كيفية الحكم.

للتحالف لورد في كل نزاع على حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضتك عشرة، فقال: [لا] (١) بل خمسة، فإن عقد القرض المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر. وكما لو قال: أبرأتني من عشرة من جملة الدين الذي علي، فقال: بل من خمسة، فإن الصيغة المشتملة على إسقاط أحدهما غير الأخرى. وهكذا القول في غيره. وهذا مما لا يقول به أحد.

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

وللشيخ في موضع من الخلاف (٢) قول آخر بالقرعة، لأنه أمر مشكل، وكل أمر مشكل فيه القرعة. والمقدمة الثانية مسلمة دون الأولى، لأنه لا إشكال مع دخوله في عموم: (اليمين على من أنكر).

ولا فرق بين وقوع النزاع قبل مضي المدة المشترطة وبعدها، لاشتراك الجميع في المقتضي. وفرق في موضع من المبسوط (٣) بين وقوع النزاع قبل انقضاء المدة وبعده، وحكم بالتحالف في الأول، وتردد في الثاني بين القرعة وبين تقديم قول المستأجر، لجريانه مجرى الاختلاف في ثمن المبيع إذا كان بعد تلفه.

الثانية: أن يقيما معا البينة. فإن تقدم تاريخ إحداهما على الأخرى عمل بالمتقدم وبطل المتأخر، لأنه يكون عقدا على معقود عليه من المتعاقدين كما

(١) من الحجريتين.

(٢) الخلاف ٣: ٥٢١ مسألة (١٠).

(٣) المبسوط ٣: ٢٦٦.

ولو ادعى استئجار دار، فقال المؤجر: بل آجرتك بيتا منها، قال الشيخ: يقرع بينهما. وقيل: القول قول المؤجر. والأول أشبه، لأن كلا منهما مدع.

ولو أقام كل منهما بينة تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ. ومع التفاوت يحكم للأقدم. لكن إن كان الأقدم بينة البيت حكم بإجارة البيت بأجرته، وإجارة بقية الدار بالنسبة من الأجرة.

كان، وهو باطل.

وإن اتحد التاريخان، أو كانتا مطلقتين، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة، فإن قلنا بتقديم قول المستأجر مع عدم البينة فالبينة بينة المؤجر هنا، لأن البينة من طرف من لم يكن القول قوله، كما قد علم مرارا. وهذا هو الذي اختاره ابن إدريس (١) وأكثر المتأخرين (٢).

وإن قلنا بالتحالف في الأول أو بالقرعة اتجه القول بالقرعة هنا. وهو الذي اختاره الشيخ - رحمه الله - في المبسوط (٣)، لأنها لكل أمر مشكل، ولأنهما دعويان فلا ترجيح لإحداهما على الأخرى. وحينئذ فيحلف من أخرجته القرعة ويثبت مدعاه.

والمصنف - رحمه الله - تردد في القولين. وقد ظهر من توجيه القولين منشأ التردد. والأصح هو الأول. قوله: (ولو ادعى استئجار... إلخ).

(١) راجع السرائر ٢: ٤٦٤، فقد أطلق القول بأن على المؤجر البينة فيما إذا اختلفا في قدر الأجرة، سواء كان لهما بينة أم لا.
(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٠.
(٣) المبسوط ٨: ٢٦٤.

ولو ادعى كل منهما أنه اشترى دارا معينة وأقبض الثمن، وهي في يد البائع، قضي بالقرعة مع تساوي البينتين عدالة وعددا وتاريخا،

البحث في هذه الصورة قريب من السابقة، لأن الاتفاق هنا واقع على أصل الإجارة وعلى المدة ومقدار الأجرة، وإنما الاختلاف في مقدار العين المؤجرة، مع اتفاقهما أيضا على إيجار البيت واختلافهما في الزائد، فقول المؤجر، لأنه ينكر الزائد، كما أن القول في السابقة قول المستأجر لذلك. وقال الشيخ (١): يقرع بينهما، لما ذكر في السابقة. هذا إذا لم يقيما بينة. فلو أقامها واتفق التاريخ، أو أطلقتا، أو إحداهما، تحقق التعارض، ورجع إلى القرعة مع انتفاء المرجح. والمصنف - رحمه الله - هنا رجح القرعة، وتردد في السابقة. والفرق بينهما بعيد. ولو اختلف تاريخ البينتين، فإن كان المتقدم تاريخ الدار بأسرها بطلت إجارة البيت، لسبق إيجاره للمستأجر. وإن كان المتقدم تاريخ بينة البيت حكم به بالأجرة المسماة، وبطل من إجارة الدار ما قبله، وصح في الباقي. فلو كان البيت يساوي نصف أجرة الدار صح في باقيها بنصف الأجرة، فيجتمع على المستأجر مجموع الأجرة للبيت ونصفها لبقية الدار. فلو كان الاتفاق على أن الأجرة عشرة، لكن ادعى المستأجر أنها أجرة الجميع، وادعى المؤجر أنها أجرة البيت، وكان المتقدم تاريخ بينة البيت، ثبت على المستأجر خمسة عشر في مقابلة المجموع، عشرة أجرة البيت بينة المؤجر، وخمسة في مقابلة باقي الدار بينته. قوله: (ولو ادعى كل منهما... إلخ).

(١) المبسوط ٨: ٢٦٤.

وحكم لمن يخرج اسمه مع يمينه. ولا يقبل قول البائع لأحدهما، ويلزمه إعادة الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن، فتزدهم البيتان فيه.

ولو نكلا عن اليمين قسمت بينهما، ويرجع كل منهما بنصف الثمن.

وهل لهما أن يفسخا؟ الأقرب نعم، لتبعض المبيع قبل قبضه. ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع، لعدم المزاحم. وفي لزوم ذلك له تردد، أقربه اللزوم.

إذا ادعى كل منهما شراء العين من ذي اليد وإيفاء الثمن، فإن انتفت البينة رجع إلى المالك، فإن كذبهما حلف لهما واندفعا عنه. وإن صدق أحدهما دفع إليه المبيع، وحلف للآخر. وله إحلاف الأول أيضا. وإن صدق كل واحد منهما في النصف حكم لكل منهما بما أقر به، وبقي النزاع في الباقي لكل منهما، فيحلف لهما كالسابق.

وإن أقاما بينة - فهي مسألة الكتاب - فإن تقدم تاريخ إحداهما حكم له، وكان البيع الثاني باطلا، لأن البائع باع ما لا يملكه، ويرد الثمن، إذ لا تعارض هنا. وإن اتفقتا، أو كانتا مطلقتين، أو إحداهما مطلقة، رجع إلى الترجيح بالعدالة أو العدد. فإن انتفى أقرع بينهما، وحكم لمن أخرجته القرعة بعد يمينه للآخر. فإن نكل الخارج بالقرعة أحلف للآخر. فإن نكلا قسمت العين بينهما، ورجع كل منهما بنصف الثمن. وهل لهما الفسخ لتبعض الصفقة؟ وجهان أصحهما ذلك، لوجود المقتضي للفسخ.

ولو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما هذا المبيع، وأقام كل منهما بيّنة، فإن اعترف لأحدهما قضي له عليه بالثمن. وكذا إن اعترف لهما قضي عليه بالثمنين.

ولو أنكر، وكان التاريخ مختلفا أو مطلقا، قضي بالثمنين جميعا، لمكان الاحتمال.

ولو كان التاريخ واحدا تحقق التعارض، إذ لا يكون الملك الواحد في الوقت الواحد لاثنين، ولا يمكن إيقاع عقدين في الزمان الواحد. ويقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف وقضي له. ولو امتنعا من اليمين قسم الثمن بينهما.

ووجه العدم: أن التبعض جاء من قبلهما، فإن الخارج بالقرعة لو حلف لأخذ الجميع، فكأن التبعض جاء من قبله، كما لو أن الآخر لو حلف بعد نكول الأول لأخذ الجميع، فلا خيار لهما.

ولو فسخ أحدهما أخذ الآخر الجميع، لعدم المزاحم. وهل يلزمه أخذ الجميع؟ وجهان أصحهما ذلك، لوجود المقتضي، وهو قيام بينته بشرائه، وانتفاء المانع، إذ ليس هناك مانع من أخذه الجميع إلا دعوى الغريم الآخر، وقد انتفت بتركه الأخذ. ولأن المقتضي للخيار تبعض الصفقة، وقد انتفى.

ووجه عدم اللزوم: أنه قد ثبت له الفسخ ابتداء، والأصل البقاء. ويضعف بأنه كان مانعا، وقد زال موجب.

هذا كله إذا كانت العين في يد البائع. ولو كانت في يد أحدهما بني على تقديم بيّنة الداخل أو الخارج مع تسبب البيّنتين. وقد تقدم (١). قوله: (ولو ادعى اثنان... إلخ).

(١) في ص: ٨٤.

ولو ادعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن، وادعى آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن أيضا، وأقاما بينتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ، فالتعارض متحقق، فحينئذ يقضى بالقرعة، ويحلف من خرج اسمه ويقضى له.

ولو نکلا عن اليمين قسم المبيع بينهما، ورجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن. ولهما الفسخ والرجوع بالثمنين. ولو فسخ أحدهما جاز، ولم يكن للآخر أخذ الجميع، لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه.

قوله (ولو ادعى شراء المبيع... إلخ).

هذه المسألة مركبة من السابقتين، فإن كلا من البائع والمشتري هنا مغاير للآخر. والمراد أن العين خارجة عن يد المتداعيين، فيحكم (١) بترجيح إحدى البينتين ثم بالقرعة. فلو كانت في يد أحدهما بني على تقديم بينة الداخل أو الخارج. ولو كانت في يدهما قسمت بينهما بعد التحالف أو النكول كما سبق. والتفريع في هذه [المسألة] (٢) كما سبق، إلا أنه على تقدير القسمة بنكولهما لو اختار أحدهما فسخ العقد والآخر إجازته، لم يكن للمجيز أخذ النصف الآخر، سواء تقدم الفسخ أم تقدمت الإجازة، لأن دعوى الشراء من شخصين، فالمردود يعود إلى غير من يدعي المجيز الشراء منه فكيف يأخذ؟! وحيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذلك إذا لم يتعرض البينة لقبض المبيع ولا اعترف به المدعي، وإلا فإذا جرى القبض استقر العقد، وما

(١) في (ت): ليحكم.

(٢) من الحجريتين.

يحدث بعده فليس على البائع عهده.

واشترط بعضهم (١) زيادة على ما ذكره المصنف أن يقول كل واحد من المتداعيين في المسألة المفروضة: إني اشتريته من فلان وهو يملكه، لأن من ادعى مالا في يد إنسان وقال: اشتريته من فلان، لم تسمع دعواه حتى يقول: وهو يملكه، ويقوم مقامه أن يقول: وتسلمته منه أو سلمه إلي، لأن الظاهر أنه إنما يتصرف بالتسليم فيما يملك. وفي دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول: وأنت تملكه، ويكتفى بأن اليد تدل على الملكية. وكذلك يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة: اشتراه من فلان وهو يملكه، أو اشتراه وتسلمه منه أو سلمه هو إليه.

وهذا القيد (٢) حسن. وسيأتي (٣) اختيار المصنف - رحمه الله - إياه، وكأنه تركه هنا اتكالا عليه.

وفرعوا عليه أنه يجوز أن يقيم شاهدين على أنه اشترى من فلان، وآخرين على أن فلانا كان يملكه إلى أن باع منه، لحصول المطلوب من جملة الشهود. ولكن الأخيرين إن شهدا هكذا فقد شهدا على البيع والملك أيضا. وكأن المراد ما إذا أقام شهودا على أنه اشترى منه وقت كذا، وآخرين على أنه كان يملك ذلك إلى وقت كذا.

ولو أقام أحد المدعين بينة أنه اشترى الدار من فلان وكان يملكها، وأقام الآخر البينة على أنه اشتراها من مقيم البينة الأولى، حكم ببينة الثاني وإن لم يقل

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٢٨.

(٢) في (خ، ط): التوجيه.

(٣) في ص: ١١٦ - ١١٧.

ولو ادعى عبد أن مولاه أعتقه، وادعى آخر أن مولاه باعه منه، وأقاما البينة، قضي لأسبق البينتين تاريخاً، فإن اتفقتا قضي بالقرعة مع اليمين.

ولو امتنع من اليمين قيل: يكون نصفه حراً، ونصفه رقاً لمدعي الابتياح، ويرجع بنصف الثمن. ولو فسخ عتق كله. وهل يقوم على بائعه؟ الأقرب نعم، لشهادة البينة بمباشرة عتقه.

لمقيم (١) البينة: وأنت تملكها، كما لا يحتاج أن يقوله لصاحب اليد، لأن البينة تدل على الملك كما أن اليد تدل عليه. قوله: (ولو ادعى عبد... إلخ).

إذا ادعى عبد أن مولاه أعتقه، وادعى آخر أنه باعه منه بكذا، وأنكر صاحب اليد ما ادعى به، فإما أن يكون هناك بينة أو لا. فإن لم تكن، فإما أن يكون العبد في يد المالك المدعى عليه البيع والعتق، أولاً. فإن كان في يده ولا بينة، وأنكر دعواهما، حلف لهما يمينين. وإن أقر بالعتق ثبت، ولم يكن للمشتري تحليفه إن قلنا إن إتلاف البائع كآفة السماوية، لأنه بالاقرار بالعتق متلف قبل القبض، فينفسخ البيع. نعم، لو ادعى تسليم الثمن حلف له. وإن أقر بالبيع قضي به، ولم يكن للعبد تحليفه، لأنه لو أقر بعد ذلك بالعتق لم يقبل، ولم يلزمه غرم، فلا وجه للاحلاف. قيل: وليس معنا موضع يقر لأحد

(١) في (ت، د) مقيم.

المدعيين (١) ولا يحلف للآخر قولاً واحداً إلا هذا. وإن كان في يد المشتري قدم قوله. ولو كان هناك بينة، فإن اختصت بأحدهما عمل بها. وإن كانت لهما، فإن تقدم تاريخ إحداهما عمل بها، لأن الثاني يكون باطلاً. وإن اتحد التاريخان، أو كانتا مطلقتين، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة، قال الشيخ (٢): قدمت بينة المشتري إن كان في يده، لاجتماع البينة واليد. وهو مبني على أصله من تقديم بينة ذي اليد عند التعارض. وإن كان في يد المالك الأول، أو لم يكن في يد أحدهما، تعارضتا، فيطلب الترجيح، ومع انتفائه يقضى بالقرعة مع يمين الخارج بها. والشيخ (٣) - رحمه الله - حكم باليمين احتياطاً. والأقوى لزوم كغيره. فإن امتنع من اليمين حلف الآخر. فإن امتنع قسم بينهما على القاعدة السابقة، وحكم برق نصفه وحرية نصفه. هكذا أطلقه الشيخ (٤) والجماعة (٥) من غير تردد. ولكن المصنف - رحمه الله - نسبه إلى القليل، مؤذناً برده (٦). والمختار المشهور. قال الشيخ (٧) - رحمه الله - : وللمشتري حينئذ الخيار، لتبعض الصفقة. ورد بأن التبعض جاء من قبله حيث توجهت عليه اليمين فلم يحلف.

(١) في (أ): المتداعيين.

(٢) المبسوط ٨: ٢٨٦.

(٣) المبسوط ٨: ٢٨٧.

(٤) المبسوط ٨: ٢٨٧.

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

(٦) في (خ): بترده.

(٧) المبسوط ٨: ٢٨٧.

وعلى ما اختاره الشيخ لو فسخ عتق النصف الآخر، لأن البينة قامت على أنه أعتق الجميع، وإنما لم يحكم بموجبها لمزاحمة مدعي الشراء، فإذا انقطعت زحمته حكم به. وفيه وجه آخر أنه لا يعتق، لأن قضية القسمة اقتصر العتق على النصف. وإن أجاز مدعي الشراء استقر ملكه على النصف، وعليه نصف الثمن. ثم إن كان المدعى عليه معسرا لم يسر العتق إليه. وإن كان موسرا فوجهان: أحدهما: أن الأمر كذلك، لأنه عتق محكوم به قهرا، كما إذا ورث بعض قريبه، فإنه يعتق عليه ولا يسري.

والثاني: أنه يسري، لقيام البينة على أنه أعتق باختياره. وهذا هو الذي اختاره المصنف وجماعة (١).

واعترض الشهيد (٢) - رحمه الله - على ذلك بأن: (الواقع في نفس الأمر إما العتق أو الشراء أو ليس أحدهما، وأيما كان امتنع معه التقويم على المالك والسرارية. أما على تقدير العتق فلأنه يكون للمجموع، ومع عتق المجموع لا بعض موجود حتى يقوم. وأما على تقدير الشراء فلأنه أيضا للجميع، فلا سبب للتقويم، إذ السبب عتق البعض وهو منتف. ومنهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما). وهذا إيراد موجه، إلا أنه يمكن أن يقال على تقدير عتقه للجميع الذي قد قامت به البينة: يجب أن لا يؤخذ من المشتري عوض النصف الذي ثبت له، وقد حكم عليه بنصف الثمن، وهو قيمة النصف غالبا، فيجب تقويمه على المالك الأول، لأن الحكم بعتق شيء منه يقتضيه، لانحصار دلالة البينتين في أنه لم يعتق

(١) تحرير الأحكام ٢: ١٩٩.

(٢) غاية المراد: ٣١٦.

مسائل:

الأولى: لو شهد للمدعي أن الدابة ملكه منذ مدة، فدلّت سنّها على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر، سقطت البينة، لتحقق كذبها. الثانية: إذا ادعى دابة في يد زيد، وأقام بينة أنه اشتراها من عمرو، فإن شهدت البينة بالملكية مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم قضي للمدعي. وإن شهدت بالشراء لا غير، قيل: لا يحكم، لأن ذلك قد يفعل

بعضه ويملك بعضه على وجه مانعة الجمع، بل الواقع عتق الجميع أو ملك الجميع. وبهذا يثبت التقويم وإن كان في اعتبار قيمة النصف مغايرة لثمنه على بعض الوجوه، إلا أنه أقرب إلى الواقع من بقاء الرقية على النصف. وأيضا فإن الموجب للتقويم ينظر إلى الثابت شرعا من العتق، ولا ينظر إلى الواقع في نفس الأمر، لأن الأحكام الشرعية مرتبة على الظاهر، والثابت شرعا هو كون المالك قد أعتق نصفه باختياره، فيقوم عليه مع يساره. قوله: (لو شهد للمدعي... إلخ).

أما على تقدير كون الدلالة قطعية فواضح، لأن الكذب حينئذ قطعي. وأما على تقدير الأكثرية فالدلالة ظنية. ويشكل معارضتها للحكم الظاهر من عدالة الشاهد (١). وفي التحرير (٢) اقتصر في الحكم بسقوط البينة على الدلالة القطعية. وهو أولى. قوله: (إذا ادعى دابة... إلخ).

(١) في (د): الشاهدين.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ١٩٦.

فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومة بالمظنون. وهو قوي.
وقيل: يقضى له، لأن الشراء دلالة على التصرف السابق الدال
على الملكية.

الثالثة: الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد، وادعى
رقيته، قضى [له] بذلك ظاهرا. وكذا لو كان في يد اثنين.
أما لو كان كبيرا وأنكر فالقول قوله، لأن الأصل الحرية.

القولان للشيخ - رحمه الله - أولهما في المبسوط (١). واختاره المصنف
والأكثر. والثاني في الخلاف (٢). ووافقه في المختلف (٣) وتعليهما واضح مما ذكره
المصنف. وأصحهما الأول. ويمنع من كون التصرف مطلقا دالا على الملكية.
واعترض العلامة على الشيخ في اكتفائه في ثبوت الملك بالتسليم، بحكمه
أنه لو شهدت البيعة للخارج بأن الدار كانت في يده منذ أمس أنه لا تزال اليد
المتصرفة، فكيف يمكن الجمع بين ذلك وبين ترجيحه هنا بتسليم البائع إلى
المشتري؟!!

وجوابه: أن ذلك مبني على قوله بترجيح اليد السابقة، فإن له في المسألة
قولين، فلا يعترض عليه بالقول الآخر، [كما] (٤) أن له في هذه المسألة قولين
أيضا، فلا ينضبط الاعتراض عليه في ذلك. وقد حققناه سابقا (٥).
قوله: (الصغير المجهول النسب... إلخ).

-
- (١) راجع المبسوط ٨: ٢٩٥، وفرض المسألة فيما إذا ادعى دارا في يد زيد.
(٢) الخلاف ٦: ٣٤٥ مسألة (١٩).
(٣) المختلف: ٧١١.
(٤) من (خ، د)، وفي (ط): مع أن له...
(٥) راجع ص: ١٠٠.

ولو ادعى اثنان رقيته، فاعترف لهما، قضى عليه. وإن اعترف لأحدهما كان مملوكا له دون الآخر.

الرابعة: لو ادعى كل واحد منهما أن الذبيحة له، وفي يد كل واحد بعضهما، وأقام كل [واحد] منهما بينة، قيل: قضى لكل واحد بما في يد الآخر. وهو الأليق بمذهبنا.

وكذا لو كان في يد كل واحد شاة، وادعى كل منهما الجميع، وأقاما بينة، قضى لكل منهما بما في يد الآخر.

احتراز بمجهول النسب عن معلومه بالحرية، فإن دعوى رقيته لا تسمع، لظهور كذبها، بخلاف المجهول، فإنه وإن كان الأصل فيه الحرية إلا أن رقيته أمر ممكن، وقد ادعاه ذو اليد ولا منازع له فيحكم به. وحيث تثبت الرقية لا يلتفت إلى إنكار الصغير بعد بلوغه، لسبق الحكم برقيته. وفي حكم الصغير المجنون. أما البالغ فيعتبر تصديقه، لاستقلاله بنفسه، واعتبار قوله. ولا فرق بين تصديقه للواحد والأكثر، لاشتراك الجميع في المقتضى. وقد تقدم (١) البحث في ذلك كله في الاقرار بالنسب. قوله: (لو ادعى كل واحد... إلخ).

إنما يقضى لكل واحد بما في يد الآخر على تقدير كون البعض الذي في يد كل منهما منفصلا عن الآخر، لتحقيق اختصاص اليد به. أما لو كان متصلا كانت بينهما نصفين على الإشاعة، كما لو أقام المدعيان بينتين والعين في يدهما. والقضاء لكل بما في يد الآخر مبني على تقديم بينة الخارج، وهو الذي

(١) راجع مسالك الأفهام ١١: ١٢٥، ويلاحظ أنه لم يبحث هناك عن ادعاء رقية الصغير، بل عن الاقرار بنسبه.

الخامسة: لو ادعى شاة في يد عمرو وأقام بينة فتسلمها، ثم أقام الذي كانت في يده بينة أنها له، قال الشيخ: ينقض الحكم وتعاد. وهو بناء على القضاء لصاحب اليد مع التعارض. والأولى أنه لا ينقض.

أشار إليه بكونه أليق بمذهبنا. وعلى القول بتقديم بينة ذي اليد، كما هو أحد قولي الشيخ (١)، يقضى لكل منهما بما في يده. ولو تعددت الشياة واختص كل واحد بواحدة، فالحكم كما لو اختص بجز منها منفصلا. وهذا واضح. ومما يتفرع على ذلك أنه لو كان أحدهما كافرا والآخر مسلما، حكم بكون ما يقضى به للكافر ميتة وللمسلم مذكى، وإن كان كل واحد من الجزأين قد انتزعه من الآخر، عملا بظاهر اليد المعتمدة شرعا. ولا يقدر في ذلك اليد السابقة، لظهور بطلانها شرعا. قوله: (لو ادعى شاة... إلخ).

إذا ادعى زيد على عمرو شاة في يد عمرو، وأقام زيد فقط بينة حكم له قطعا، لنهوض البينة بالحق ولا معارض لها. فإذا صارت في يد زيد فأقام عمرو بينة أنها له، فإما أن يطلق دعوى الملك، وهو الذي فرضه المصنف - رحمه الله -، أو يدعي ملكا سابقا على إزالة يده، أو لاحقا عليها. فالصور ثلاث، وحكم المطلقة متفرع على الأخيرتين. فلنبداً بالبحث عنهما. فالأولى: أن يدعي ملكا سابقا على إزالة يده، فبينته على هذا الوجه معارضة للبينه الأولى، فيبنى على تقديم الخارج أو الداخل. ويزيد هنا أن المراد بالداخل والخارج عند التعارض أو عند الملك المدعى. فعلى المشهور والظاهر

(١) المبسوط ٨: ٣٠٠.

من تقديم الخارج وكون المراد به حال إقامة البيعة يحكم بها لعمره، لأنه الآن خارج. وكذا على القول باعتبار الدخول حال الملك وقدمنا الداخل. وهو الذي علل به المصنف - رحمه الله - حكم الشيخ (١) - رحمه الله - بتقديم عمرو. ولو قدمنا الخارج على هذا التقدير لم ترفع يد زيد عنها، لأنه خارج حينئذ. وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله.

والثانية: أن يدعي ملكا لاحقا بعد زوال يده، ويقوم عليه البيعة، سواء ذكر تلقيه من زيد أم لا.

والوجه القبول هنا، لعدم التعارض مع تصريحه بتلقي الملك عن زيد أو إطلاقه، توفيقا بين البينتين. ومع تصريحه بتلقيه من غيره يبنى على ترجيح الداخل أو الخارج. فعلى الأشهر من تقديم الخارج يقدم هنا أيضا، عملا بالعموم (٢).

والثالثة: أن يطلق الدعوى ويقوم البيعة. وهو الموافق لعبارة الكتاب، وإن كان تعليقه يناسب الأولى. فإن قدمنا عمرا في الصورتين السابقتين فهنا أولى، لانحصار أمره فيهما. وإن قدمنا زيدا في إحداهما احتمل تقديم عمرو هنا، لما تقدم من أنه مهما أمكن التوفيق بين البينتين وفق، وهو هنا ممكن مع (٣) الاطلاق، بجعل ملك عمرو متلقى من زيد بعد انتقاله عنه حيث يمكن. وهذا أقوى (٤). ويحتمل العدم، لامكان استناده إلى الملك السابق على وجه لا تقدم فيه بيئته، إما

(١) المبسوط ٨: ٣٠١ - ٣٠٢.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ١٧٠ ب (٣) من أبواب كيفية الحكم.

(٣) في (أ، ث): فمع.

(٤) في (د): قوي.

السادسة: لو ادعى دارا في يد زيد، وادعى عمرو نصفها، وأقاما
البينة، قضى لمدعي الكل بالنصف، لعدم المزاحم، وتعارضت البينتان
في النصف الآخر، فيقرع بينهما، ويقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه.
ولو امتنعا من اليمين قضى بها بينهما بالسوية، فيكون لمدعي
الكل ثلاثة الأرباع، ولمدعي النصف الربع.

بجعله على هذه الحالة داخلا، أو لعدم ترجيح الخارج. والوجه تقديم عمرو في
جميع الصور.

قوله: (لو ادعى دارا... إلخ).

هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب، وهو مبني على قاعدة تعارض
البينتين مع خروج يد المدعيين، فتقع القسمة مع امتناعهما من الحلف على
النصف الذي فيه النزاع، لأن النصف الآخر لا نزاع بينهما فيه، ونسبتهما إلى
النصف واحدة، وبيئتهما متساوية، وكل منهما مدع لكله، فيقسم بينهما نصفين،
فتخلص لمدعي الكل ثلاثة أرباع.

وذهب ابن الجنيدي (١) - رحمه الله - إلى اقتسامهما ما يتنازعان فيه على
طريق العول، فيجعل هنا لمدعي الكل الثلثان، ولمدعي النصف الثلث، لأن
المنازعة وقعت في أجزاء غير معينة ولا مشار إليها، بل كل واحد من أجزائها لا
يخلو من دعوى كل منهما باعتبار الإشاعة، فلا يتم ما ذكروه من خلوص النصف
لمدعي الكل بغير منازع، بل كل جز يدعي مدعي النصف نصفه ومدعي الكل
جميعه (٢)، ونسبة إحدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثا، واحد

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٠١.

(٢) في (أ، ث): كله.

ولو كانت يدهما على الدار، وادعى أحدهما الكل والآخر النصف، وأقام كل منهما بينة، كانت لمدعي الكل، ولم يكن لمدعي النصف شيء، لأن بينة ذي اليد بما في يده غير مقبولة.

لمدعي النصف، واثنان لمدعي الكل، فيكون كضرب الديان في مال المفلس والميت.

وفي المختلف (١) وافق ابن الجنيدي على ذلك مع زيادة المدعي على اثنين، إلا أن ابن الجنيدي فرض الحكم على تقدير كون العين بيدهما، والعلة تقتضي التسوية بين الداخلين والخارجين حيث يقتسمان.

وفي القواعد (٢) جعل قول ابن الجنيدي احتمالا على تقدير خروجهما، كما هو محتمل على تقدير الدخول.

والأصح المشهور. والجواب عن حجة العول أن مدعي الكل يسلم له نصف مشاع بغير نزاع، وهو كاف في المطلوب، وإن كان النزاع واقعا في كل جز باعتبار التعيين.

قوله: (ولو كانت يدهما... إلخ).

إذا كانت يدهما على الدار فالنصف لمدعي الكل بغير معارض، وتعارضت البيتان في النصف الذي في يد مدعي النصف، فعلى المشهور من تقديم بينة الخارج فهو لمدعي الكل أيضا، ولا شيء لمدعي النصف. وعلى القول بتقديم ذي اليد فهو لمدعي النصف. ولو لم يكن لهما بينة فهي بينهما بالسوية، لأن مدعي النصف يده عليه، فيقدم قوله فيه بيمينه، ولا يمين على الآخر.

(١) المختلف: ٧٠١.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٢٣ - ٢٢٤.

ولو ادعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس، و [كانت] يدهم عليها، فيد كل واحد منهم على الثلث. لكن صاحب الثلث لا يدعي زيادة على ما في يده، وصاحب السدس يفضل في يده ما لا يدعيه هو ولا مدعي الثلث، فيكون لمدعي النصف، فيكمل له النصف. وكذا لو قامت لكل منهم بينة بدعواه.

وقال ابن الجنيدي (١): تقسم بينهما أثلاثا، سواء أقاما بينة أم لم يقيماها، نظرا إلى العول.

قوله: (ولو ادعى أحدهم... إلخ).

هذه الصورة لا يقع فيها نزاع في الحقيقة، لأن سهام المدعين (٢) لا تزيد عن أجزاء العين، فلا يفرق فيها بين أن يقيما (٣) بينة وعدمه، ولا يمين لأحد منهم على الآخر، لعدم المعارضة.

ونبه بذكر حكمها كذلك على خلاف بعض (٤) العامة، حيث جعل لمدعي النصف ثلثا ونصف سدس، بناء على أن السدس الزائد على ما في يده لا يدعيه على مدعي السدس خاصة، إنما يدعيه شائعا في بقية الدار، وهي في يد الآخرين جميعا، فيستحلفهما. وإن كان السدس مدعى على الشيوع فنصفه على مدعي الثلث، وعارضت فيه بينته، وترجحت باليد على تقدير إقامتهما البينة، وقدم قول ذي اليد على تقدير عدمها. ونصفه على مدعي السدس فيحكم به لمدعي النصف بينته، لأن بينة مدعي السدس لا تعارضها. فيجعل لمدعي النصف

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٠١.

(٢) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، ولعل الصحيح - سيما بملاحظة فرض المسألة في المتن، وتعبير الشارح (قدس سره) بعيد هذا: لأحد منهم - المدعين... أن يقيموا...

(٣) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، ولعل الصحيح - سيما بملاحظة فرض المسألة في المتن، وتعبير الشارح (قدس سره) بعيد هذا: لأحد منهم - المدعين... أن يقيموا...

(٤) روضة الطالبين ٨: ٣٣٣ - ٣٣٤.

ولو ادعى أحدهم الكل، والآخر النصف، والثالث الثلث، ولا بينة،
قضي لكل واحد [منهم] بالثلث، لأن يده عليه. وعلى الثاني والثالث
اليمين لمدعي الكل، وعليه وعلى مدعي الثلث اليمين لمدعي النصف.
وإن أقام كل منهم بينة، فإن قضينا مع التعارض ببينة الداخل،
فالحكم كما لو لم تكن بينة، لأن لكل واحد بينة ويبدأ على الثلث.
وإن قضينا ببينة الخارج، وهو الأصح، كان لمدعي الكل مما في
يده، ثلاثة من اثني عشر بغير منازع، والأربعة التي في يد مدعي
النصف، لقيام البينة لصاحب الكل بها، وسقوط بينة صاحب النصف
بالنظر إليها، إذ لا تقبل بينة ذي اليد، وثلاثة مما في يد مدعي الثلث.
ويبقى واحد مما في يد مدعي الكل لمدعي النصف. وواحد مما
في يد مدعي الثلث، يدعيه كل واحد من مدعي النصف ومدعي الكل،
يقرع بينهما، ويحلف من يخرج اسمه ويقضى له. فإن امتنعا، قسم بينهما

ثلث ونصف سدس، وللآخرين مدعاهما، ويبقى بيد (١) مدعي السدس نصف
سدس لا يدعيه أحد.

ولا يخفى عليك ضعف هذا القول على تقدير الإشاعة كما هو المفروض.
وأيضاً فما ذكره مبني على تقديم الداخل مع تعارض البينتين. وعلى القول
بتقديم الخارج يقدم مدعي النصف في نصف السدس الذي يدعيه على مدعي
الثلث، ويبقى نصف السدس الذي بيد مدعي السدس يدعيه مدعي الثلث ليتم له
سهمه، إذ التقدير الإشاعة. فما اختاره الأصحاب أوضح.
قوله: (ولو ادعى أحدهم الكل... إلخ).

(١) في (أ، خ): بعد لمدعي، وفي (ط): مع مدعي.

نصفين، فيحصل لصاحب الكل عشرة ونصف، ولصاحب النصف واحد ونصف، وتسقط دعوى مدعي الثلث.

إذا ادعى أحدهم جميع الدار، والآخر نصفها، والثالث ثلثها، فلا يخلو: إما أن تكون أيديهم عليها، أو يكونوا خارجين عنها. ثم إما أن يكون لكل واحد بينة، أو لا يكون لأحدهم، أو يكون لبعضهم دون بعض. فإن كانت أيديهم عليها ولا بينة لأحدهم ففي يد كل واحد ثلث. فمدعي الثلث لا يدعي زائدا على ما في يده، ومدعي النصف يدعي سدسا عليهما، ومدعي الكل يدعي جميع ما بأيديهما، فيقدم قول كل واحد فيما بيده. ويحلف مدعي الثلث لكل واحد منهما، لأنهما معا يدعيان عليه. ويحلف مدعي النصف لمدعي الجميع خاصة، وبالعكس. وإن أقام المستوعب بينة أخذ الجميع، لأن قوله مقدم في الثلث الذي بيده بغير بينة، ويأخذ الباقي بها. وإن أقامها مدعي النصف خاصة أخذ ثلثا مما في يده، والسدس منهما بالبينة، والنصف الباقي بين الآخرين نصفان، للمستوعب السدس بغير منازع، ولمدعي الثلث ربع مما في يده، وهو الباقي بعد نصف السدس الذي أخذه ذو البينة، ويحلف عليه للمستوعب، ويبقى للمستوعب من النصف نصف سدس يأخذه باليمين لمدعي الثلث. وإن أقامها مدعي الثلث أخذه، والباقي بين الآخرين، للمستوعب السدس الزائد عن مدعي النصف بغير يمين، ويحلف على باقي ما في يده وهو السدس، ويحلف مدعي النصف على جميع ما يأخذه للمستوعب. وإن أقام كل بينة، فإن رجحنا بينة الداخل قسمت أثلاثا، لأن لكل واحد بينة ويذا على الثلث.

وإن رجحنا الخارج فللمستوعب جميع ما بيد مدعي النصف، لسقوط بينته بالنظر إليه، وعدم المنازع له فيه من خارج. وتعارض بينته وبينه [الخارج فهو] (١) مدعي النصف في نصف سدس مما في يد مدعي الثلث، فيقرع بينهما فيه، ويحلف الخارج بالقرعة. فإن امتنعا من اليمين قسم بينهما، وخلص للمستوعب ما في يد مدعي الثلث - وهو الربع - بغير منازع. ويسلم له أيضا ثلاثة أرباع ما في يده بغير منازع، لأن مدعي النصف يدعي مما في يده نصف سدس، فيأخذه ببينته.

فأصل المسألة من ستة، لأن فيها نصفًا وثلثًا، ثم ترتقي إلى اثني عشر، للاحتياج فيها إلى نصف سدس، ثم ترتقي إلى أربعة وعشرين، حيث يقسم نصف السدس بين اثنين إذا امتنعا من اليمين، في يد كل واحد منهم ثمانية. فمدعي الثلث لا يدعي زيادة عما في يده، وهو داخل، فلا بينة له. ومدعي النصف يدعي على كل واحد اثنين تنمة النصف، فيأخذهما من المستوعب ببينته، لعدم المعارض، ويبقى للمستوعب ستة مما في يده. ويأخذ جميع ما في يد مدعي النصف، وينازع مدعي النصف في الاثنين اللذين يدعيهما على مدعي الثلث، فمع عدم اليمين يقتسمانها لكل واحد واحد. ويأخذ من مدعي الثلث ستة هي الزائد عما يدعيه مدعي النصف، وتعارض بينتهما في اثنين، فيقتسمان بينهما مع امتناعهما من اليمين. فيجتمع للمستوعب أحد وعشرون، ولمدعي النصف ثلاثة. ولك أن تردها إلى ثمانية، للمستوعب سبعة أثمان، ولمدعي النصف ثمن.

(١) من الحجريتين.

هذا هو الذي تقتضيه قاعدة البينة الخارجة، وهو الذي حكم به الأكثر، ومنهم العلامة في التحرير (١). وأما في القواعد (٢) فجعله احتمالا، واختار أن لمدعي النصف سدسا، لأن بينته خارجة فيه، وللمستوعب خمسة أسداس، لأن له السدس بغير بينة، إذ لا منازع له فيه، والثلاثين، لكون بينته خارجة فيهما. والأصح الأول.

ولو كانت أيديهم خارجة، واعترف ذو اليد أنه لا يملكها، ولا بينة، فللمستوعب النصف بغير منازع. ويقرع بينهم في النصف الباقي، فإن خرجت لصاحب الكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه. وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث. ثم يقرع بين الآخرين في السدس الباقي، فمن خرجت له القرعة حلف وأخذه.

ولو أقام أحدهم خاصة بينة، فإن كانت للمستوعب أخذ الجميع. وإن أقامها مدعي النصف أخذه، ويبقى للمستوعب السدس بغير منازع، والثلث يتنازع فيه مدعيه والمستوعب، فيكون الحكم فيه كما لو لم يكن بينة. ولو أقامها مدعي الثلث أخذه، وللمستوعب السدس أيضا بغير منازع، والنصف يقرع فيه بين مدعيه والمستوعب، ويكمل العمل.

ولو أقام كل واحد بينة، فالنصف لمدعي الكل، لعدم المنازع، والسدس الزائد عن الثلث يتنازعه المستوعب ومدعي النصف، والثلث يدعيه الثلاثة، وقد تعارضت البينات فيه، فيقرع بينهم مع عدم المرجح، ويحلف من خرجت له

(١) تحرير الأحكام ٢: ١٩٧.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٢٤ - ٢٢٥.

ولو كانت في يد أربعة، فادعى أحدهم الكل، والآخر الثلثين،
والثالث النصف، والرابع الثلث، ففي يد كل واحد ربعها. فإن لم تكن بينة
قضينا لكل واحد بما في يده، وأحلفنا كلا منهم لصاحبه.
ولو كانت يدهم خارجة، ولكل بينة، خلص لصاحب الكل الثلث،
إذ لا مزاحم له، ويبقى التعارض بين بينة مدعي الكل ومدعي الثلثين
في السدس، فيقرع بينهما فيه. ثم يقع التعارض بين بينة مدعي الكل،
ومدعي الثلثين، ومدعي النصف، في السدس أيضا، فيقرع بينهم فيه. ثم

القرعة، ومع نكوله يحلف الخصم الآخر، ومع امتناع الجميع يرجع إلى القسمة،
فيقسم السدس نصفين، والثلث أثلاثا، ويصح من ستة وثلثين، لأن فيها نصف
سدس وتسعا (١)، وهو ثلث الثلث، ومخرج الأول اثنا عشر والثاني تسعة، وبينهما
توافق بالثلث، ومضروب ثلث أحدهما في الآخر ستة وثلثون.
ولك أن تجعل أصل القسمة ستة، ثم تحتاج إلى قسمة السدس نصفين،
فتضرب اثنين في ستة، وإلى قسمة الثلث أثلاثا، فتضرب ثلاثة في المرتفع وهو
اثنا عشر. للمستوعب النصف ونصف السدس وثلث الثلث، وذلك خمسة
وعشرون. ولمدعي النصف نصف السدس وثلث الثلث، وذلك سبعة. ولمدعي
الثلث ثلثه أربعة.

وعلى القول بالعول يصح من أحد عشر سهما، للمستوعب ستة، ولمدعي
النصف ثلاثة، ولمدعي الثلث سهمان، لأن فريضتهم من ستة، ويعال عليها نصفها
وثلثها.

قوله: (ولو كانت في يد أربعة... إلخ).

(١) فيما لدينا من النسخ الخطية: وتسع، والصحيح ما أثبتناه.

يقع التعارض بين الأربعة في الثلث، فيقرع بينهم، ويخص به من تقع القرعة له. ولا يقضى لمن يخرج اسمه إلا مع اليمين. ولا يستعظم أن يحصل بالقرعة الكل لمدعي الكل، فإن ما حكم الله تعالى به غير مخطئ. ولو نكل الجميع عن الأيمان قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين، في كل مرتبة بالسوية. فتصح القسمة من ستة وثلاثين سهما، لمدعي الكل عشرون، ولمدعي الثلثين ثمانية، ولمدعي النصف خمسة، ولمدعي الثلث ثلاثة.

إذا كان المتداعون في الدار أربعة على الوجه المذكور، فأقسامها (١) كالسابقة، لأنه لا يخلو: إما أن يكون في يدهم، أو خارجة عنهم (٢). ثم إما أن يكون لكل واحد بينة، أو لا يكون لأحدهم، أو يكون لبعضهم دون بعض. فإن كانت يدهم عليها ولا بينة لأحدهم، قضى لكل واحد بما في يده مع يمينه لكل واحد منهم، فإنه لم يخلص لأحد منهم ما يدعيه. ولو كان لهم بينة مع دخولهم فسيأتي حكمه.

ولو كانت يدهم خارجة وهي في يد من لا يدعيها، وأقام كل واحد بينة، فلا تعارض في الثلث، فيختص به مدعي الكل، ويقع التعارض في الباقي. ففي السدس الزائد على النصف تتعارض بينة مدعي الكل ومدعي الثلثين. وفي السدس الزائد على الثلث تتعارض بينتهما وبينة مدعي النصف. وفي الثلث الباقي تتعارض بينات الأربع. فمع عدم المرجح يقرع بين المتعارضين،

(١) في (أ): فاقسامها.
(٢) في إحدى الحجريتين: عنها.

ولو كان المدعى في يد الأربعة، ففي يد كل واحد [منهم] ربعها.
فإذا أقام كل واحد منهم بينة بدعواه، قال الشيخ (١): يقضى
لكل واحد [منهم] بالربع، لأن له بينة ويدا.
والوجه: القضاء بينة الخارج على ما قررناه، فيسقط اعتبار بينة
كل واحد بالنظر إلى ما في يده، ويكون ثمرتها [في دعوى التكملة] فيما
يدعيه مما في يد غيره. فيجمع بين كل ثلاثة على ما في يد الرابع،
وينتزع لهم، ويقضى فيه بالقرعة واليمين، ومع الامتناع بالقسمة.
فيجمع بين مدعي الكل والنصف والثلث، على ما في يد مدعي
الثلثين، وذلك ربع اثنين وسبعين، وهو ثمانية عشر. فمدعي الكل
يدعيها أجمع، ومدعي النصف يدعي منها ستة، ومدعي الثلث يدعي
اثنين. فتكون عشرة منها لمدعي الكل، لقيام البينة بالجميع الذي تدخل
فيه العشرة. ويبقى ما يدعيه صاحب النصف - وهو ستة - يقرع بينه
وبين مدعي الكل فيها ويحلف، ومع الامتناع يقسم بينهما. وما يدعيه
صاحب الثلث - وهو اثنان - يقرع عليه بين مدعي الكل وبينه، فمن
خرج اسمه أحلف وأعطى، ولو امتنعا قسم بينهما.
ثم تجمع دعوى الثلاثة، على ما في يد مدعي النصف. فصاحب
الثلثين يدعي عليه عشرة، ومدعي الثلث يدعي اثنين، ويبقى في يده
سنة لا يدعيها إلا مدعي الجميع، فتكون له، ويقارع الآخرين، ثم
يحلف، وإن امتنعوا أخذ نصف ما ادعياه.
ثم يجتمع الثلاثة على ما في يد مدعي الثلث، وهو ثمانية عشر.

قوله: (ولو كان المدعى في يد الأربعة... إلخ).

(١) المبسوط ٨: ٢٩٢ - ٢٩٣.

فمدعي الثلثين يدعي منه عشرة، ومدعي النصف يدعي ستة، يبقى
اثنان لمدعي الكل، ويقارع على ما أفرد للآخرين، فإن امتنعوا عن
الأيمان، قسم ذلك بين مدعي الكل، وبين كل واحد منهما بما ادعاه.
ثم يجتمع الثلاثة على ما في يد مدعي الكل. فمدعي الثلثين
يدعي عشرة، ومدعي النصف يدعي ستة، ومدعي الثلث يدعي اثنين،
فتخلص يده عما كان فيها. فيكمل لمدعي الكل ستة وثلاثون من أصل
اثنين وسبعين، ولمدعي الثلثين عشرون، ولمدعي النصف اثنا عشر،
ولمدعي الثلث أربعة. هذا إن امتنع صاحب القرعة من اليمين ومقارعه.

إذا كانت الدار المذكورة في يد المتداعيين الأربعة، وأقام كل منهم بينة
بمدعاه، فإن قدمنا بينة الداخل كان الحكم كما لو لم يكن هناك بينة، فيقسم بينهم
أرباعاً. وإن رجحنا بينة الخارج - كما هو المشهور - سقط اعتبار بينة كل واحد
منهم بالنظر إلى ما في يده، وتكون فائدتها فيما في يد غيره. فيجمع بين كل ثلاثة
على ما في يد الرابع، ويكون الفاضل عن الدعاوي للمستوعب، ويقارع في
المدعى به ويحلف، فإن نكل حلف الآخر، فإن نكلوا قسم.
ويصح حينئذ من اثنين وسبعين، لأن أصلها أربعة بعددهم، ثم مدعي
الثلثين يدعي على الثلاثة سهماً وثلثين زيادة على ما في يده، ومخرجه
تسعة، ومدعي النصف يدعي سهماً عليهم، ومخرجه ثلاثة، ومدعي الثلث
يدعي ثلث سهماً عليهم، ومخرجه أيضاً تسعة، والثلاثة تداخلها، والعددان
متماثلان فيقتصر على أحدهما، وتضربه في أربعة، ثم [يضرب] (١) المرتفع في
اثنين، لأن السهم المتنازع يقسم على تقدير النكول عن اليمين، فيبلغ ذلك
اثنين وسبعين.

(١) من الحجريتين.

أو نقول: إن مدعي الثلث يدعي تسع ما في يد المستوعب وهو الربع، وبعد النكول يقسم، فيحتاج إلى نصف تسع الربع، وذلك يتم بضرب ثمانية عشر في أربعة، في يد كل واحد ثمانية عشر.

فيجمع بين المستوعب والثالث والرابع على ما في يد الثاني وهو مدعي الثلثين، فالمستوعب يدعيه أجمع، ومدعي النصف - وهو الثالث - يدعي ثلثه (١)، لأن الفئات عن مدعاه مما في يده ثمانية عشر يدعيها على الثلاثة، ومدعي الثلث - وهو الرابع - يدعي منها اثنين، لأن الباقي عما في يده من مدعاه ستة يدعيها على الثلاثة بالسوية. فيبقى مما في يد الثاني عشرة للمستوعب بغير معارض. ثم يتقارع المستوعب والآخرين في الستة والاثنين، ويقسم بينهما مع عدم اليمين، فيكمل له ثلاثة من الثالث وواحد من الرابع، فيجتمع له أربعة عشر من الثاني.

ثم تجتمع دعوى الثلاثة على ما في يد مدعي النصف، فالثاني يدعي منه عشرة، لأن الزائد عما في يده من مدعاه ثلاثون يدعيها على الثلاثة بالسوية، وقد عرفت أن الرابع يدعي على كل واحد اثنين، يفضل للمستوعب ستة بغير منازع. ويقارع الثاني في العشرة والرابع في الاثنين، ويقسم بينهما على تقدير النكول عن اليمين، فيجتمع له من الثالث اثنا عشر.

ثم تجتمع دعوى الثلاثة على ما في يد الرابع، فالثاني يدعي منه عشرة، والثالث ستة، يبقى للمستوعب اثنان بغير معارض. ويقاسم الآخرين في الستة والعشرة بعد النكول، فيجتمع له عشرة. ثم يجتمع الثلاثة الأخيرة على ما في يد الأول، فالثاني يدعي منه عشرة،

(١) في (أ) ونسخة بدل (ت): ستة.

السابعة: إذا تداعى الزوجان متاع البيت، قضى لمن قامت له
البينة. ولو لم تكن بينة، فيد كل واحد منهما على نصفه.
قال في المبسوط: يحلف [كل واحد منهما] لصاحبه، ويكون
بينهما بالسوية، سواء كان مما يختص الرجال أو النساء أو يصلح لهما،
وسواء كانت الدار لهما أو لأحدهما، وسواء كانت الزوجية باقية بينهما
أو زائلة. ويستوي في ذلك تنازع الزوجين والوراث.
وقال في الخلاف: ما يصلح للرجال للرجل، وما يصلح للنساء
للمرأة، وما يصلح لهما يقسم بينهما. وفي رواية أنه للمرأة، لأنها تأتي

والثالث ستة، والرابع اثنين، فيأخذ كل منهم ما يدعيه، لعدم المعارض.
فيجتمع للمستوعب نصف الدار، وهو أربعة عشر سهما من الثاني، واثنان
عشر من الثالث، وعشرة من الرابع، وذلك ستة وثلاثون.
وللثاني ربعها وربع تسعها، وهو عشرون سهما، خمسة من الثالث،
 وخمسة من الرابع، وعشرة من الأول.
وللثالث سدسها اثنا عشر سهما، ستة من الأول، ومن كل واحد من
الآخرين ثلاثة.

وللرابع نصف التسع، وهو أربعة أسهم، اثنان من الأول، ومن كل واحد من
الآخرين واحد. وذلك مجموع الدار، لأن السدس تسع ونصف تسع، إذا ضما إلى
نصف التسع نصيب الرابع، ثم إلى ربع التسع بلغت ربعا، يضاف إلى ثلاثة الأرباع
التي بيد الأول والثاني يبلغ ذلك المجموع.
هذا إذا امتنع الخارج بالقرعة عن اليمين وخصومه، وإلا أخذ الحالف
مجموع ما وقع فيه التنازع. ولا يخفى حينئذ الحساب لو وقع ذلك من المجموع
أو من البعض.
قوله: (إذا تداعى الزوجان... إلخ).

بالممتاع من أهلها.
وما ذكره في الخلاف أشهر في الروايات، وأظهر بين الأصحاب.

اختلف الأصحاب في حكم متاع البيت عند تنازع الزوجين فيه على أقوال، منشؤها الاعتبار أو اختلاف الأخبار، ثلاثة منها للشيخ - رحمه الله -، وثلاثة للعلامة متداخلة.

الأول: أنهما فيه سواء، فيقسم بينهما بعد حلف كل لصاحبه، سواء كان المتنازع فيه مما يصلح للرجال، كالعمائم والدروع والسلاح، أم يصلح للنساء، كالحلي والمقانع وقمص النساء، أم يصلح لهما، كالفرش والأواني. وسواء كانت الدار لهما، أم لأحدهما، أم لثالث. وسواء كانت الزوجية باقية، أم زائلة. وسواء كانت يدهما عليه تحقيقا، أم تقديرا. وسواء كان التنازع بينهما، أم بين ورثتهما، أم بين أحدهما وورثة الآخر.

وحجة هذا القول إلحاقه بسائر الدعاوي، لدخوله في العموم. ولا ريب أنه الذي يقتضيه الأصل، إلا أن فيه اطراحا للأخبار المعتبرة. وإلى هذا القول ذهب الشيخ في المبسوط (١)، وتبعه العلامة في القواعد (٢)، وولده الفخر في الشرح (٣). ونبه بهذه التسويات على خلاف جماعة من العامة (٤)، حيث ذهب بعضهم إلى التفصيل بالصلاحية. وهو أحد أقوالنا. وبعض إلى أنه إن كان في يدهما تحقيقا كالمشاهدة فهو بينهما، وإن كان تقديرا رجع إلى الصلاحية، ومع كونها

(١) المبسوط ٨: ٣١٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٢٣.

(٣) إيضاح الفوائد ٤: ٣٨٠ - ٣٨١.

(٤) الحاوي الكبير ١٧: ٤٠٩، حلية العلماء ٨: ٢١٣ - ٢١٤، المقنع في شرح مختصر الخرقى ٤:

١٣٢٥، الكافي في فقه أحمد ٤: ٣٢٦.

[صالحه] (١) لهما يحكم به للرجل. وبعض إن [كان] (٢) الاختلاف بين أحدهما وورثة الآخر يقدم فيه قول الباقي من الزوجين.

الثاني: أن ما يصلح للرجال [خاصة] (٣) يحكم به للزوج، وما يصلح للنساء خاصة يحكم به للمرأة، وما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف أو النكول. ذهب إلى ذلك الشيخ في الخلاف (٤)، وقبله ابن الجنيد (٥)، وتبعهما ابن إدريس (٦) والمصنف - رحمه الله - والعلامة في التحرير (٧) والأكثر.

والمستند - مع قضاء العادة بذلك - صحيحة رفاعة النخاس عن الصادق عليه السلام قال: (إذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، وما يكون للرجال والنساء يقسم بينهما، وإذا طلق المرأة فادعت أن المتاع لها، وادعى الرجل أن المتاع له، كان له ما للرجال ولها ما للنساء) (٨).

وليست هذه الرواية صريحة في جميع مدعى القائلين، إذ ليس فيها أن ما يصلح لهما يقسم بينهما على تقدير التنازع، وذكره في صدر الرواية كان قبل النزاع. لكنه ظاهر في ذلك، على تهافت في لفظ الرواية. لكنها مؤيدة بجريان

(١) من إحدى الحجريتين.

(٢) من (خ).

(٣) من (ت، م).

(٤) الخلاف ٦: ٣٥٢ مسألة (٢٧).

(٥) حكاه عنه الشهيد في غاية المراد: ٣١٣.

(٦) السرائر ٢: ١٩٣ - ١٩٤.

(٧) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٠.

(٨) الفقيه ٣: ٦٥ ح ٢١٥، التهذيب ٦: ٢٩٤ ح ٨١٨، الاستبصار ٣: ٤٦ ح ١٥٣، الوسائل ١٧: ٥٢٥ ب

(٨٨) من أبواب ميراث الأزواج ح ٤.

العادة بذلك، ورجوع الشرع في باب الدعاوي إلى العادات، كتقديم قول المنكر والمتشبه.

والشيخ في الاستبصار (١) حمل هذه الرواية على التقية أو على الصلح، دون مر الحكم.

الثالث: أن القول قول المرأة مطلقا. ذهب إلى ذلك الشيخ في الاستبصار (٢)، لصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألني كيف قضى ابن أبي ليلى؟ قال: قلت: قد قضى في مسألة واحدة بأربعة وجوه في التي يتوفى عنها زوجها، فيجئ أهله وأهلها في متاع البيت، فقضى فيه بقول إبراهيم النخعي ما كان من متاع الرجل فللرجل، وما كان من متاع النساء فللمرأة، وما كان من متاع يكون للرجل والمرأة قسمه بينهما نصفين. ثم ترك هذا القول، فقال: المرأة بمنزلة الضيف في منزل الرجل، لو أن رجلا أضاف رجلا فادعى متاع بيته كلفه البينة، وكذلك المرأة تكلف البينة، وإلا فالمتاع للرجل.

ورجع إلى قول آخر، فقال: إن القضاء أن المتاع للمرأة، إلا أن يقيم الرجل البينة على ما أحدث في بيته.

ثم ترك هذا القول، فرجع إلى قول إبراهيم الأول. فقال أبو عبد الله عليه السلام: القضاء الأخير وإن كان رجع عنه، المتاع متاع المرأة، إلا أن يقيم الرجل البينة، قد علم من بين لابتيتها - يعني بين جبلي

(١) الاستبصار ٣: ٤٧ ذيل ح ١٥٣.

(٢) راجع الاستبصار ٣: ٤٧، فقد ذكر ذيل الرواية الأخيرة في الباب أن الروايات الدالة على أن متاع البيت للمرأة لا يوافق عليها أحد من العامة، وحمل غيرها على التقية.

ولو ادعى أبو الميثة أنه أعارها بعض ما في يدها من متاع أو غيره، كلف البينة، كغيره من الأنساب. وفيه رواية بالفرق بين الأب وغيره ضعيفة.

منى - أن المرأة تزف إلى بيت زوجها بمتاع، ونحن يومئذ بمنى (١). وفي خبر آخر صحيح رواه عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام، وفي آخره: (قلت له: يكون المتاع للمرأة، فقال: لو سألت من بينهما - يعني الجبلين، ونحن يومئذ بمكة - لأخبروك أن الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت الرجل، فتعطي التي جاءت به، وهو المدعي، فإن زعم أنه أحدث فيه شيئاً فليأت البينة) (٢).

الرابع: الرجوع في ذلك إلى العرف العام أو الخاص، فإن وجد عمل به، وإن انتفى أو اضطرب كان بينهما، لتصادم الدعويين، وعدم الترجيح. ذهب إلى ذلك العلامة في المختلف (٣)، والشهيد في الشرح (٤)، وجماعة (٥) من المتأخرين. وهو المعتمد، لما فيه من الرجوع إلى العرف، والجمع بين الأخبار، مع مراعاة الأصول المقررة.

قوله: (ولو ادعى أبو الميثة... إلخ). القول بالتسوية بين الأب وغيره في الدعوى هو مذهب الأصحاب، عملاً بالأصل، مع عدم ثبوت ما يوجب الخروج عنه.

-
- (١) التهذيب ٦: ٢٩٧ ح ٨٢٩، الاستبصار ٣: ٤٤ ح ١٤٩.
(٢) الكافي ٧: ١٣٠ ح ١، الوسائل ١٧: ٥٢٣ ب (٨) من أبواب ميراث الأزواج ح ١.
(٣) المختلف: ٦٩٨.
(٤) غاية المراد: ٣١٣.
(٥) المهذب البارع ٤: ٤٩١.

المقصد الثالث

في دعوى المواريث

وفيه مسائل:

الأولى: لو مات المسلم عن ابنين، فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب، وادعى الآخر مثله، فأنكر أخوه، فالقول قول المتفق على تقدم إسلامه، مع يمينه أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه.

والرواية المشار إليها هي رواية محمد بن إسماعيل، عن جعفر بن عيسى، قال: (كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المرأة تموت فيدعي أبوها أنه أعارها بعض ما كان عندها من متاع وخدم، أتقبل دعواه بلا بينة أم لا تقبل إلا بينة؟ فكتب إليه: يجوز بلا بينة).

قال: (وكتبت إليه: إن ادعى زوج المرأة الميتة أو أبو زوجها أو أم زوجها في متاعها أو خدمها، مثل الذي ادعى أبوها من عارية بعض المتاع أو الخدم، أيكون بمنزلة الأب في الدعوى؟ فكتب: لا) (١).

والأصح التسوية بين الجميع، لعموم: (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر) (٢).

قوله: (لو مات المسلم... إلخ).

(١) الكافي ٧: ٤٣١ ح ١٨، الفقيه ٣: ٦٤ ح ٢١٤، التهذيب ٦: ٢٨٩ ح ٨٠٠، الوسائل ١٨: ٢١٣ ب (٢٣) من أبواب كيفية الحكم ح ١. وفي الفقيه: عن محمد بن عيسى بن عبيد، عن جعفر بن عيسى.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ١٧٠ ب (٣) من أبواب كيفية الحكم.

وكذا لو كانا مملوكين فأعتقا، واتفقا على تقدم حرية أحدهما،
واختلفا في الآخر.

إذا مات مسلم وله ابنان أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق، وقال
الآخر: أسلمت أيضا قبله، وقال المتفق على إسلامه: بل أسلمت بعد موته، فله
أحوال:

أحدها: أن يقتصر على هذا القدر، ولا يتعرض لتاريخ موت الأب، ولا
لتاريخ الاسلام.

والثانية: أن يتفقا على موت الأب في رمضان، فقال المسلم: أسلمت في
شعبان، وادعى أخوه المعلوم الاسلام أن إسلامه في شوال، أو أنه لا يعلم تقدم
إسلامه، فالقول قول المتفق على إسلامه [مع يمينه] (١) أنه لا يعلم أن أخاه أسلم
قبل موت أبيه في الحالين، لأن الأصل استمراره على دينه إلى أن يثبت المزيل.
وإنما كفاه الحلف على نفي العلم لأنه حلف على نفي فعل الغير. وكذا القول في
نظائرها، كما لو مات الأب حرا وأحد الابنين حر بالاتفاق، واختلفا في أن الآخر
عتق قبل موته أو بعده.

ولو أنهما اتفقا في حق أحدهما أنه لم يزل مسلما، وقال الآخر: لم أزل
مسلما أيضا، ونازعه الأول وقال: كنت نصرانيا، وإنما أسلمت بعد موت الأب،
احتمل المساواة، لأصالة عدم الاسلام، وتقديم قوله: إني لم أزل مسلما، لأن
ظاهر الدار يشهد له، وليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا، بخلاف السابق.
ولو قال كل منهما: إني لم أزل مسلما، و [كان] (٢) صاحبي أسلم بعد موت

(١) من (خ، د).

(٢) من (أ، ث).

الثانية: لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان، والآخر في غرة رمضان، ثم قال المتقدم: مات الأب قبل شهر رمضان، وقال المتأخر: مات بعد دخول [شهر] رمضان، كان الأصل بقاء الحياة، والتركة بينهما نصفين.

الأب، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصرف إلى واحد منهما شيء، لأن الأصل عدم الاستحقاق.

وأصحهما: أنه يحلف كل واحد منهما ويجعل المال بينهما، لأن ظاهر الدار يشهد لكل واحد منهما فيما يقول في حق نفسه.

ولو أقام أحدهما بينة في هذه المسائل قضي بها. ولو أقام كل واحد بينة في الصورة الأخيرة تعارضتا، فيرجع إلى القرعة مع عدم المرجح. وفي الأولى يحتمل ذلك أيضا، للتعارض وتقديم بينة مدعي تقدم الاسلام، لاشتمالها على زيادة، وهي نقله إلى الاسلام في الوقت السابق، والأول يستصحب دينه، فمع الأول زيادة علم.

ورد بأن بينة المتأخر تشهد بالحياة في زمان بينة المتقدم، فيتحقق التناقض.

وربما احتمل ضعيفا تقديم بينة المتأخر، بناء على أنه قد يغمى عليه في التاريخ المتقدم فيظن الشاهدان موته. وهو ضعيف، لأنه قدح في الشاهد. قوله: (لو اتفقا أن أحدهما... إلخ).

هذه هي الحالة الثالثة للمسألة الأولى، وكان إدراجها فيها أولى. وإنما قدم هنا قول مدعي تقدم الاسلام لاتفاقهما على إسلامه في وقت مخصوص لا يقبل

الثالثة: دار في يد إنسان، ادعى آخر أنها له ولأخيه الغائب إرثا عن أبيهما، وأقام بيعة. فإن كانت كاملة، وشهدت أنه لا وارث سواهما، سلم إليه النصف، وكان الباقي في يد من كانت الدار في يده. و [قال] في الخلاف: يجعل في يد أمين حتى يعود. ولا يلزم القابض للنصف إقامة ضميين بما قبض.

ونعني بالكاملة: ذات المعرفة المتقدمة والخبرة الباطنة. ولو لم تكن البيعة كاملة، وشهدت أنها لا تعلم وارثا غيرهما، أرجى التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصيا، بحيث لو كان وارث لظهر، وحينئذ يسلم إلى الحاضر نصيبه، ويضمنه استظهارا.

التقدم والتأخر، واختلافهما في وقت موت الأب على وجه يحتمل التقدم والتأخر، فيكون الأصل استمرار حياة الأب إلى بعد الوقت الذي اتفقا على إسلام المسلم فيه.

والمراد بغرة رمضان أوله حقيقة، ليلائم قوله: (وقال المتأخر: مات بعد دخول رمضان). وقد تطلق الغرة على ثلاثة أيام من أول الشهر، وهي بهذا المعنى لا تطابق الفرض، لا مكان إسلامه فيها وموت الأب بعد دخوله وقبل إسلامه. قوله: (دار في يد إنسان... إلخ).

إذا شهد عدلان وهما من أهل الخبرة بباطن حال الميت أن هذا ابنه مع أخ آخر غائب، ليس له وارث غيرهما فيما يعلمان، ولا يجب القطع بل لا يصح، ولا تبطل به شهادتهم، دفع إلى الحاضر نصف التركة، سواء في ذلك الدار المذكورة وغيرها، من غير أن يطالب بضميين، لأن المطالبة به حينئذ طعن في الشهود. وإن لم يكونا من أهل الخبرة، أو كانا ولم يقولوا: لا نعلم وارثا سواه، لم

يعط في الحال، بل يتفحص الحاكم عن حال الميت في البلاد التي سكنها أو طرقها، فيكتب إليها للاستكشاف، أو يرسل من يستعلم الحال، فإذا تفحص مدة يغلب على الظن في مثلها أنه لو كان له وارث لظهر ولم يظهر، فحينئذ يدفع إلى الحاضر نصيبه، ويكون البحث والتفحص قائما مقام خبرة الشهود. وفي هذه الحالة لا يدفع إليه المال إلا بضمين احتياطا واستيثاقا، بناء على جواز ضمان الأعيان، ولا يكتفى بالكفيل.

وهل تنتزع حصة الغائب على تقدير كمال البينة من ذي اليد؟ قال الشيخ في الخلاف (١): نعم، وتجعل في يد أمين حتى يعود الغائب، لأن العين قد ثبتت لغير من هي في يده، وأنها لغائب والحاكم ولي الغائب، فيضعها في يد أمين. وقال في المبسوط (٢): يقر الباقي في يد من هو في يده، لأن الدعوى للميت، والبينة بالحق له، بدليل أنه إذا حكم بالدار تقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه، ومتى كانت الدعوى له لم تتم إلى أن يحضر الغائب، فيبقى في يد المتشبه. والأصح الأول.

واعلم أنه قد اختلفت عبارات الأصحاب في معنى البينة الكاملة هاهنا، فمقتضى عبارة المصنف والأكثر أن المراد بها ذات الخبرة والمعرفة بأحوال الميت، سواء شهدت بأنها لا تعلم وارثا غيرهما أم لا، وأنها حينئذ تنقسم إلى ما يثبت بها حق المدعي، بأن تشهد بنفي وارث غيره، وإلى غيره، وهي التي لا تشهد بذلك.

(١) الخلاف ٦: ٣٤٠ مسألة (١٢).

(٢) المبسوط ٨: ٢٧٤.

ولو كان ذو فرض أعطي مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاما.
وعلى التقدير الثاني يعطيه اليقين أن لو كان وارث، فيعطي الزوج الربع،
والزوجة ربع الثمن، معجلا من غير تضمين، وبعد البحث يتمم الحصة مع
التضمين.

ولو كان الوارث ممن يحجبه غيره، كالأخ، فإن أقام البينة الكاملة
أعطي المال، وإن أقام بينة غير كاملة، أعطي بعد البحث والاستظهار
بالتضمين.

ويوجد في كلام بعضهم - وبه صرح في الدروس (١) - أن المراد بالكاملة
ذات الخبرة كذلك مع شهادتها بنفي وارث ولو بعدم العلم بغيره، فانتفاء الكمال
يحصل بانتفاء الخبرة والشهادة بنفي العلم أو أحدهما.
ولكل وجه، لأن الكمال أمر إضافي فيصدق بهما، وإن كان الثاني أقعد،
حملا للكمال على ما يثبت به الحق، وهو لا يثبت بدون الأمرين.
وهل يعتبر في الشهادة بالقرب - كالابن - إضافة كونه وارثا؟ وجهان، من
كونه أعم من الوارث فلا يدل على الخاص، ومن أصالة عدم المانع.
قوله: (ولو كان ذو فرض... إلخ).

إذا ادعى كونه وارثا مع الغائب وأقام البينة المذكورة، فلا يخلو: إما أن
يكون ذا فرض، أو وارثا بالقرابة. وعلى تقدير كونه ذا فرض: إما أن يكون بحيث
لا ينقص عنه، أو ينقص باختلاف الوارث.
فإن كان ذا فرض، وأقام البينة الكاملة الشاهدة بانتفاء وارث ينقصه عن
مدعاه، أعطي نصيبه تاما.

(١) الدروس الشرعية ٢: ١٠٨.

الرابعة: إذا ماتت امرأة وابنها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم المرأة، فالميراث لي، وللزوج نصفان، وقال الزوج: بل ماتت المرأة ثم الولد، فالمال لي، قضي لمن تشهد له البينة. ومع عدمها لا يقضى بإحدى الدعويين، لأنه لا ميراث إلا مع تحقق حياة الوارث. فلا ترث الأم من الولد، ولا الابن من أمه. وتكون تركة الابن لأبيه، وتركة الزوجة بين الأخ والزوج.

وإن لم تكن البينة كذلك، فإن كان محجوباً على بعض التقادير أرجى إلى أن يبحث ثم دفع إليه بضمين. ولو اختلف فرضه أعطي الأقل، إلا مع الكمال أو البحث والضمين.

ولو صدق المتشبه المدعي على عدم وارث غيره فلا عبرة به إن كان المدعى به عينا، لأنه إقرار في حق الغير. وإن كان ديناً أمر بالتسليم، لأنه إقرار في حق نفسه، إذ لا يتعين للغائب على تقدير ظهوره إلا بقبضه أو قبض وكيله. وقد تقدم (١) البحث في نظيره من دعوى وكالة الغائب في الأمرين. قوله: (إذا ماتت امرأة... إلخ).

إذا كان الرجل له زوجة وابن فماتا، واختلف الرجل وأخو الزوجة، فقال الرجل: ماتت الزوجة أولاً فورثتها أنا وابني، ثم مات الابن فورثته أنا، وقال الأخ: بل مات الابن أولاً فورثته مع أختي، ثم ماتت الأخت فورثناها. فإن كان لأحدهما بينة قضي بها. وإن أقاما بينة متكافئة تعارضتا وأقرع. وإن لم تكن لهما معا بينة فالقول قول الرجل في مال ابنه وقول الأخ في

(١) راجع ج ٥ : ٢٨٥.

الخامسة: لو قال: هذه الأمة ميراث من أبي، وقالت الزوجة: هذه أصدقني إياها أبوك، ثم أقام كل منهما بينة، قضي بينة المرأة، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على الأخرى.

مال أخته مع اليمين. فإن حلفا أو نكلا فهي من صور استبهاام (١) الموت، فلا يورث أحد الميتين من الآخر، بل مال الابن لأبيه، ومال الزوجة للزوج والأخ. هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما. فإن اتفقا عليه واختلفا في موت الآخر قبله أو بعده فالمصدق مدعي التأخر، لأن الأصل دوام الحياة. قوله: (لو قال: هذه الأمة... إلخ).

إذا ادعت الزوجة إصداق عين من التركة، أو ادعى أجنبي شراء عين منها، وأنكره الوارث وادعى الإرث، فالقول قوله، لأصالة عدم انتقالها إلى غيره. فإن أقام المدعي بينة قضي بها.

وإن أقاما معا بينة فالمدعي للاصداق والشراء خارج، فيبنى على تقديم الخارج مع التعارض. فإن قلنا به مطلقا فهنا أولى. وإن قلنا بتقديم الداخل فالأقوى هنا تقديم الخارج أيضا، لشهادة بينته بأمر زائد يخفى على الأخرى. ولو كانت العين في يد أجنبي لا يدعيها فكذلك، لعدم التعارض. نعم، لو تناقضتا (٢) قطعا، بأن يدعي الاصداق أو الشراء في وقت بعينه، فتشهد البينة بموته قبل ذلك، أو بكونه غائبا عن موضع الدعوى بحيث لا يمكن حضوره في ذلك الوقت، تحقق التعارض، ورجع إلى القرعة مع عدم المرجح.

(١) في (د): اشتباه.

(٢) في (أ، خ): تعارض.

المقصد الرابع

في الاختلاف في الولد

إذا وطئ اثنان امرأة وطيا يلحق به النسب، إما بأن تكون زوجة لأحدهما ومشتبهة على الآخر، أو مشتبهة عليهما، أو يعقد كل واحد منهما عليها عقدا فاسدا، ثم تأتي بولد لستة أشهر فصاعدا، ما لم يتجاوز أقصى الحمل، فحينئذ يقرع بينهما، ويلحق بمن تصيبه القرعة، سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو عبيدين أو حرين، أو مختلفين في الاسلام والكفر والحرية والرق، أو أبا وابنه. هذا إذا لم يكن لأحدهم بيعة.

قوله: (إذا وطئ اثنان امرأة... إلخ).

الولد لا يلحق بأبوين فصاعدا مطلقا عندنا. ولا عبرة بخبر القائف. وخبر (١) المدلجي الذي سر النبي صلى الله عليه وآله بإخباره أن أقدام زيد وأسامة بعضها من بعض لا يدل على الاعتماد عليه، لأنه صلى الله عليه وآله لم يكن في شك من ذلك، وإنما سر بذلك لظعن المنافقين فيهما إغاظه له صلى الله عليه وآله، واعتمادهم على قول القائف. وقد روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: (لا يأخذ بقول عراف ولا قائف) (٢). وأنه لم يكن يقبل شهادة أحد من هؤلاء. وعن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: (من سمع قول قائف أو كاهن أو

(١) مسند أحمد ٦: ٢٢٦، صحيح البخاري ٨: ١٩٥، صحيح مسلم ٢: ١٠٨٢ ح ٣٩، سنن أبي داود ٢: ٢٨٠ ح ٢٢٦٧، سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٧ ح ٢٣٤٩، سنن البيهقي ١٠: ٢٦٢، تلخيص الحبير ٤: ٢١١ ح ٢١٤٤.
(٢) الفقيه ٣: ٣٠ ح ٩١، الوسائل ١٨: ٢٧٨، ب (٣٢) من أبواب الشهادات ح ٤.

ساحر فصدقه، أكبه الله على منخريه في النار (١).
فإذا اشتبه نسب الولد، بأن وطئها اثنان وطيا يلحق به الولد، بأن اشتبهت
عليهما، أو على أحدهما وكانت زوجة للآخر، وجاءت به في مدة يمكن إلحاقه
بهما، أقرع بينهما وألحق بمن أخرجته القرعة.

وقد روي عن زيد بن أرقم أنهم أتوا أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة
أتوها في طهر واحد كلهم يدعي الولد، فأقرع بينهم وألحق الولد بمن أقرع،
وغرمه ثلثي قيمة الأم. وأنهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك فقال:
ما أعلم إلا ما قال علي، وكان علي عاملا على اليمن. وفي بعض الحديث أن
رسول الله صلى الله عليه وآله لما خبر بذلك ضحك حتى بدت نواجذه (٢).
وعن الباقر عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله لما سأل
أمير المؤمنين عليه السلام عن أعجب ما ورد عليه، فخره بذلك، قال رسول الله
صلى الله عليه وآله: ليس من قوم يتنازعون ثم فوضوا أمرهم إلى الله إلا خرج
سهم المحق (٣).

والعامة (٤) رجعوا في أمر الولد المتنازع فيه إلى القائف، استنادا إلى الخبر

(١) لم نجده في الجوامع الحديثية.

(٢) مسند أحمد ٤: ٣٧٣، سنن أبي داود ٢: ٢٨١ ح ٢٢٦٩ - ٢٢٧١، سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٦

ح ٢٣٤٨، سنن النسائي ٦: ١٨٢، سنن البيهقي ١٠: ٢٦٧.

(٣) الكافي ٥: ٤٩١ ح ٢، التهذيب ٨: ١٧٠ ح ٥٩٢، الاستبصار ٣: ٣٦٩ ح ١٣٢٠، الوسائل ١٤:

٥٦٧ ب (٥٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤.

(٤) الأم للشافعي ٦: ٢٤٦ - ٢٤٧، الحاوي الكبير ١٧: ٣٨٠، بداية المجتهد ٢: ٣٥٩، المغني لابن

قدامة ٦: ٤٢٥، بدائع الصنائع ٦: ٢٤٤.

ويلحق النسب بالفراش المنفرد والدعوى المنفردة، وبالفراش المشترك والدعوى المشتركة، ويقضى فيه بالبينة، ومع عدمها بالقرعة.

الذي أشرنا إليه. وقد تقدم (١) البحث في اللاحق وشرائطه في باب أحكام الأولاد.

ونبه المصنف - رحمه الله - بالتسوية بين المدعين المذكورين على خلاف بعض (٢) العامة، حيث فرق فألحق الولد بالمسلم منهما والحر مع الاختلاف، نظرا إلى الأصل أو الظاهر.

قوله: (ويلحق النسب... إلخ).

يتحقق اشتراك الفراش بما ذكره سابقا من الأمثلة، من كونها زوجة لأحدهما ومشتبهة على الآخر، أو مشتبهة عليهما.

هذا إذا وطئها في طهر واحد. أما لو تخلل بين وطئهما حيض، قيل: انقطع الامكان عن الأول، إلا أن يكون الأول زوجا في نكاح صحيح، نظرا إلى جعل الشارع الحيض أمانة على براءة الرحم من الحمل، ومن ثم اعتبر به الاستبراء والعدة. وهذا يتم مع القول بأن الحمل والحيض لا يجتمعان مطلقا، وإلا أشكل الأمر، لتحقق الامكان، إلا أن ينزل الغالب منزلة المتعين (٣)، وي طرح النادر. ولا بأس به.

وكما يقرع بينهما مع عدم البينة، فكذا مع قيامها من الطرفين. والله ولي التوفيق.

(١) في ج ٨: ٣٧٣.

(٢) الحاوي الكبير ١٧: ٣٩٥، بدائع الصنائع ٦: ٢٥٢ - ٢٥٣.

(٣) في (خ): المتيقن، وفي (أ): اليقين.

كتاب الشهادات
والنظر في أطراف خمسة
الأول

في صفات الشهود
ويشترط [فيه] ستة أوصاف:
الأول: البلوغ

فلا تقبل شهادة الصبي، ما لم يصر مكلفا. وقيل: تقبل مطلقا إذا
بلغ عشرا. وهو متروك.

الشهادة لغة: الاخبار عن اليقين. وشرعا: إخبار جازم عن حق لازم لغيره،
واقع من غير حاكم. وبالقييد الأخير يخرج إخبار الله ورسوله والأئمة عليهم
السلام، وإخبار الحاكم حاكما آخر، فإن ذلك لا يسمى شهادة.
وتعرض الكتاب والسنة (١) للشهادة وأحكامها مستفيض، كقوله تعالى:
(واستشهدوا شهيدين من رجالكم) (٢). وقال تعالى: (ولا تكتموا
الشهادة) (٣). وروي عنه صلى الله عليه وآله أنه سئل عن الشهادة، فقال للسائل:
(هل ترى الشمس؟ قال: نعم، فقال: على مثلها فاشهد أو د ع) (٤).
قوله: (فلا تقبل شهادة الصبي ... إلخ).

(١) الوسائل ١٨: ٢٢٥، ب (١) وغيره من كتاب الشهادات.

(٢) البقرة: ٢٨٢ - ٢٨٣.

(٣) البقرة: ٢٨٢ - ٢٨٣.

(٤) عوالي اللئالي ٢: ٣٤٥ ح ١٢، وأخرجه بلفظ آخر الحاكم في المستدرک ٤: ٩٨، والبيهقي في
السنن ١٠: ١٥٦.

واختلفت عبارة الأصحاب في قبول شهادتهم في الجراح والقتل، فروى جميل، عن أبي عبد الله عليه السلام: (تقبل شهادتهم في القتل، ويؤخذ بأول كلامهم). ومثله روى محمد بن حمران، عن أبي عبد الله عليه السلام.

وقال الشيخ في النهاية: تقبل شهادتهم في الجراح والقصاص. وقال في الخلاف: تقبل شهادتهم في الجراح ما لم يتفرقوا، إذا اجتمعوا على مباح.

والتهجم على الدماء بخبر الواحد خطر. فالأولى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، وبقاء الاجتماع، إذا كان على مباح، تمسكا بموضع الوفاق.

قد اختلف الأصحاب في شهادة الصبي، بعد الاتفاق على عدم قبول شهادة غير المميز. ونقل جماعة (١) منهم الشيخ (٢) فخر الدين الاتفاق على عدم قبول شهادة من دون العشر، والخلاف فيمن زاد عن ذلك. فالمشهور بينهم عدم قبول شهادته مطلقا إلا في الجراح والقتل. أما عدم القبول في غيرهما فلعنوم قوله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم)، ولفظ الرجال لا يقع على الصبيان. ولأن الصبي لا يقبل قوله على نفسه، فأولى أن لا يقبل [قوله] (٣) على غيره بالشهادة.

(١) كشف الرموز ٢: ٥١٤، المهذب البارع ٤: ٥٠٧.
(٢) إيضاح الفوائد ٤: ٤١٧، ولكنه نقل الاجماع على عدم القبول في غير القصاص والقتل والجراح.
(٣) من الحجريتين.

وأما استثناء الجراح والقتل فلحسنة جميل قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تجوز شهادة الصبيان، قال: نعم، في القتل يؤخذ بأول كلامه، ولا يؤخذ بالثاني منه) (١). ورواية محمد بن حمران عنه عليه السلام وقد سأله عن شهادة الصبي، قال: (فقال: لا، إلا في القتل يؤخذ بأول كلامه، ولا يؤخذ بالثاني) (٢). ولفظ الروایتين تضمن القتل، فيمكن أن يدخل فيه الجراح بطريق أولى، ومن ثم ذكر الأكثر الجراح. ومنهم من اقتصر على الجراح، كالشيخ في الخلاف (٣)، والمصنف في المختصر (٤) النافع. ولعله أراد بها ما يشمل البالغة القتل، لأن القتل هو المنصوص (٥) فيما هو مستند الاستثناء. وفي الدروس (٦) صرح باشتراط أن لا يبلغ الجراح النفس. واشتراط ذلك لا يخلو من إشكال، إلا أن يجعل مجرد الاحتياط في النفوس، وإلا فمراعاة النصوص تقتضي إدخالها، وإطراحها نظرا إلى عدم صحتها ومخالفتها للأصل يقتضي إخراج الجراح أيضا. ثم اختلف القائلون بقبول شهادتهم في هذا النوع في الجملة في شرائطه، فالمستفاد من النصوص اشتراط أمر واحد، وهو أن يؤخذ بأول كلامهم مع الاختلاف دون باقيه.

-
- (١) الكافي ٧: ٣٨٩ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٥١ ح ٦٤٥، الوسائل ١٨: ٢٥٢ ب (٢٢) من أبواب الشهادات ح ١.
(٢) الكافي ٧: ٣٨٩ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٥١ ح ٦٤٦، الوسائل ١٨: ٢٥٢ الباب المتقدم ح ٢.
(٣) الخلاف ٦: ٢٧٠ مسألة (٢٠).
(٤) المختصر النافع: ٢٨٦.
(٥) الوسائل ١٨: ٢٥٢ ب (٢٢) من كتاب الشهادات.
(٦) الدروس الشرعية ٢: ١٢٣.

وزاد المصنف وجماعة (١) اشتراط بلوغ سنهم العشر، وأن لا يتفرقوا قبل أداء الشهادة.

وزاد المصنف - رحمه الله - في المختصر النافع (٢) تبعا للشيخ كونه في الجراح. فيمكن أن لا يدخل فيها القتل. وعلى تقدير دخوله فسببه (٣) أعم من كونه بالجراح، مع أنه مورد النص.

وفي المختصر النافع (٤) نسب اشتراط عدم التفرق إلى الشيخ في الخلاف (٥)، مؤذنا بعدم ترجيحه. وعذره واضح، لعدم الدليل المقتضي لاشتراطه. ولكن يرد مثله في اشتراط اجتماعهم على المباح، فإنه لا دليل عليه، ولا تكليف في حقهم. ولو أريد المباح بالنسبة إلى غيرهم من المكلفين لم يكن لتخصيصه وجه، بل ينبغي اشتراط باقي شرائط قبول الشهادة، من ترك المحرمات على المكلف، والقيام بالواجبات عليه، وملازمة المروءة. وبالجملة، شرائط الشاهد عدا التكليف. وهذا بعيد في حق الصبي، لعدم وجوب شيء في حقه وتحريمه، فلا يعد تركه وفعله قادحا.

وأما اشتراط بلوغ العشر فليس عليه دليل صالح إلا رواية موقوفة تأتي (٦). ولو أبدل هذا الشرط بالتمييز لكان أولى، حيث إن غير المميز لا يصلح للشهادة،

-
- (١) الجامع للشرائع: ٥٤٠، إرشاد الأذهان ٢: ١٥٦، الدروس الشرعية ٢: ١٢٣.
 - (٢) المختصر النافع: ٢٨٦.
 - (٣) في (أ، ث) والحجريتين: بسببه.
 - (٤) المختصر النافع: ٢٨٦.
 - (٥) الخلاف ٦: ٢٧٠ مسألة (٢٠).
 - (٦) في ص: ١٥٨.

ولا يميز ما يشهد به، سواء بلغ العشر أم لا، كما أن التمييز قد يحصل قبل العشر، إلا أن يثبت الاجماع على اشتراط بلوغ العشر على وجه يكون حجة، فيكون هو الحجة، لكن إثبات ذلك بعيد.

وبقي في المسألة قولان آخران متقابلان على الطرفين:

أحدهما: عدم قبول شهادة الصبي مطلقا، لما تقدم (١) من الدليل، وقصور هذه الروايات عن إثبات الحكم المخالف للأصل، خصوصا مع عدم وقوف القائلين بقبول شهادته فيما ذكره على مورد النص، فما دل عليه لا يقولون به، وما يقولون به لا دليل عليه. مع أنه يمكن أن يريد بقبول شهادة الصبيان فيما ذكر ثبوت الفعل بطريق الاستفاضة، بناء على الغالب من وقوع الجراح بينهم في الملعب حال اجتماعهم بكثرة يمكن أن يثبت بها الاستفاضة، إذ لا يشترط فيها بلوغ المخبر، بل ولا إسلامه.

وهذا القول اختاره الشيخ فخر الدين في شرحه (٢). وله وجه وجيه، إلا أن رواية (٣) جميل [بن دراج] (٤) حسنة مع اعتضاها بغيرها، فردها على أصل القائل لا يخلو من نظر.

والقول الآخر قبول شهادة الصبي إذا بلغ عشرة مطلقا. نقل ذلك المصنف وجماعة (٥)، ولم يظهر قائله. وقال صاحب كشف (٦) الرموز: إنه الشيخ في النهاية.

(١) في ص: ١٥٤.

(٢) إيضاح الفوائد ٤: ٤١٧.

(٣) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١٥٥ هامش (١).

(٤) من (خ، ط، م).

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٥، الدروس الشرعية ٢: ١٢٣.

(٦) كشف الرموز ٢: ٥١٤.

الثاني: كمال العقل
فلا تقبل شهادة المجنون إجماعاً. أما من يناله الجنون أدواراً، فلا بأس بشهادته في حال إفاقته، لكن بعد استظهار الحاكم بما يتيقن معه حضور ذهنه واستكمال فطنته.
وكذا من يعرض له السهو غالباً، فربما سمع الشيء وأنسى بعضه، فيكون ذلك مغيراً لفائدة اللفظ وناقلاً لمعناه، فحينئذ يجب الاستظهار عليه، حتى يستثبت ما يشهد به.
وكذا المغفل الذي في جبلته البله، فربما استغلط، لعدم تفتنه

وهو وهم، وإنما ذكر الشيخ في النهاية (١) قبول شهادته في الجراح والقصاص خاصة. نعم، له بعد ذلك عبارة موهمة لذلك، إلا أن مرادها غيره.
ومستند هذا القول رواية أبي أيوب الخزاز قال: (سألت إسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قال: قلت: ويجوز أمره؟ قال: فقال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله دخل بعائشة وهي بنت عشر سنين، وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره، وجازت شهادته) (٢).
وفي طريق هذه الرواية - مع وقوفها على إسماعيل - محمد بن عيسى عن يونس، فالاستدلال بها على هذا الحكم المخالف للاجماع في غاية البعد. قوله: (كمال العقل... إلخ).

(١) النهاية: ٣٣١ - ٣٣٢.
(٢) الكافي ٧: ٣٨٨ ح ١، التهذيب ٦: ٢٥١ ح ٦٤٤، الوسائل ١٨: ٢٥٢ ب (٢٢) من أبواب الشهادات ح ٣.

لمزايا الأمور. فالأولى الاعراض عن شهادته، ما لم يكن الأمر الجلي،
الذي يتحقق الحاكم استثبات الشاهد له، وأنه لا يسهو في مثله.
الثالث: الايمان

فلا تقبل شهادة غير المؤمن وإن اتصف بالاسلام، لا على مؤمن
ولا [على] غيره، لاتصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهادة.

لما كان الشاهد من شرطه أن يميز المشهود به وعليه وله، ويكون متصفا
بالعدالة مرضيا، لم تجز شهادة المجنون، سواء كان جنونه مطبقا أم يقع أدوارا،
وقد قال تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم) (١). وقال: (ممن ترضون من
الشهداء) (٢). والمجنون بنوعيه غير مرضي. وهذا محل وفاق بين المسلمين.
لكن غير المطبق إذا كمل عقله في غير دوره واستحكمت فطنته قبلت شهادته،
لزوال المانع. وفي معناه المغفل الذي لا يحفظ ولا يضبط، ويدخل عليه التزوير
والغلط من حيث لا يشعر، كما هو مشاهد (٣)، لأنه لا يوثق بقوله.
وكذا من يكثر غلظه ونسيانه، ومن لا يتنبه لمزايا الأمور وتفصيلها، إلا أن
يعلم الحاكم عدم غفلته فيما يشهد به، لكون المشهود به مما لا يسهو فيه غالبا.
ومن هذه حاله فعلى الحاكم أن يستظهر في أمره، ويفتش عن حاله إلى أن
يغلب على ظنه علمه وتيقظه.
وأما الغلط القليل فلا يقدح في الشهادة، لبعده السلامة منه أو عدمها.
قوله: (الايمان فلا تقبل... إلخ).

(١) الطلاق: ٢.

(٢) البقرة: ٢٨٢.

(٣) في (أ) والحجريتين: ... مشاهد فلا يوثق...

ظاهر الأصحاب الاتفاق على اشتراط الايمان في الشاهد، وينبغي أن يكون هو الحجة.

واستدل المصنف - رحمه الله - عليه بأن غيره فاسق وظالم، من حيث اعتقاده الفاسد الذي هو من أكبر الكبائر، وقد قال تعالى: (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) (١). وقال: (ولا تركزوا إلى الذين ظلموا) (٢). وفيه نظر، لأن الفسق إنما يتحقق بفعل المعصية المخصوصة مع العلم بكونها معصية، أما مع عدمه بل مع اعتقاد أنها طاعة بل من أمهات الطاعات فلا، والأمر في المخالف للحق في الاعتقاد كذلك، لأنه لا يعتقد المعصية، بل يزعم أن اعتقاده من أهم الطاعات، سواء كان اعتقاده صادرا عن نظر أم تقليد. ومع ذلك لا يتحقق الظلم أيضا، وإنما يتفق ذلك ممن يعاند الحق مع علمه به، وهذا لا يكاد يتفق وإن توهمه من لا علم له بالحال.

والعامة مع اشتراطهم العدالة في الشاهد يقبلون شهادة المخالف لهم في الأصول ما لم يبلغ خلافه حد الكفر، أو يخالف اعتقاده دليلا قطعيا، بحيث يكون اعتقاده ناشئا عن محض التقصير.

والحق أن العدالة تتحقق في جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضاها بحسب اعتقادهم، ويحتاج في إخراج بعض الأفراد إلى الدليل. وسيأتي (٣) في شهادة أهل الذمة في الوصية ما يدل عليه.

(١) الحجرات: ٦.

(٢) هود: ١١٣.

(٣) في الصفحة التالية.

نعم، تقبل شهادة الذمي خاصة في الوصية، إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها. ولا يشترط كون الموصي في غربة. وباشتراطه رواية مطرحة.

وعلى ما ذكره المصنف من فسق المخالف فاشتراط الايمان بخصوصه مع ما سيأتي (١) من اشتراط العدالة لا حاجة إليه، لدخوله فيه. قوله: (نعم، تقبل شهادة... إلخ).

من شرط قبول الشهادة إسلام الشاهد، وهو بالنسبة إلى غير الذمي موضع وفاق، وكذلك فيه في غير الوصية.

أما الأول فلما مر من الدليل على اشتراط الايمان، ولقوله صلى الله عليه وآله: (لا يقبل شهادة أهل دين على غير أهل دينهم إلا المسلمون، فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم) (٢). وقول الصادق عليه السلام: (تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل، ولا تجوز شهادة أهل الذمة على المسلمين) (٣). وأما قبول شهادة الذمي في الوصية مع عدم [حضور] (٤) عدول المسلمين فلقوله تعالى: (أو آخران من غيركم... (٥) الآية. ويشترط فيه العدالة في دينه، لظاهر العطف على قوله: (منكم) الداخلة في حيز العدالة، وكأن التقدير: ذوي عدل منكم أو ذوي عدل من غيركم... إلخ، ولعموم أدلة العدالة.

(١) في ص: ١٦٥.

(٢) رواه الشيخ في الخلاف ٦: ٢٧٣ - ٢٧٤ ذيل المسألة (٢٢)، والماوردي في الحاوي الكبير ١٧:

٦٢، وانظر عوالي اللثالي ١: ٤٥٤ ح ١٩٢، تلخيص الحبير ٤: ١٩٨ ح ٢١٠٨.

(٣) الكافي ٧: ٣٩٨ ح ١، التهذيب ٦: ٢٥٢ ح ٦٥١، الوسائل ١٨: ٢٨٤ ب (٣٨) من كتاب

الشهادات ح ١.

(٤) من (ط).

(٥) المائة: ١٠٦.

وظاهر الآية كون الموصي مسافرا، وبظاهرها أخذ الشيخ في المبسوط (١) وابن الجنيد (٢) وأبو الصلاح (٣). ولخصوص حسنة هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: (أو آخرا من غيركم)، قال: (إذا كان الرجل في أرض غربة لا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم على الوصية) (٤).

ورواية حمزة بن حمران عنه عليه السلام قال: (سألته عن قول الله عز وجل: (ذوي عدل منكم أو آخرا من غيركم) فقال: اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، قال: فإنما ذلك إذا مات الرجل المسلم في أرض غربة، فطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين، فيشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما) (٥). والأشهر عدم الاشتراط. وجعل المصنف - رحمه الله - الرواية به مطرحة. ويدل على عدم الاشتراط عموم حسنة ضريس الكناسي أو صحيحته قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية، لأنه لا يصلح إذهاب حق أمر مسلم، ولا تبطل

(١) المبسوط ٨: ١٨٧.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٢٢.

(٣) الكافي في الفقه: ٤٣٦.

(٤) الكافي ٧: ٣٩٨ ح ٦، التهذيب ٦: ٢٥٢ ح ٦٥٣، الوسائل ١٨: ٢٨٧ ب (٤٠) من كتاب الشهادات ح ٣.

(٥) الكافي ٧: ٣٩٩ ح ٨، التهذيب ٩: ١٧٩ ح ٧١٨، الوسائل ١٣: ٣٩٢ ب (٢٠) من أبواب الوصايا ح ٧.

وصيته) (١). مع أنه يمكن تخصيص هذا العام بالآية (٢) والرواية (٣) جمعا. والحكم مختص بوصية المال، فلا تثبت الوصية بالولاية المعبر عنها بالوصاية، وقوفا فيما خالف الأصل على مورده. ولو تعارض شهادة عدول أهل الذمة وفساق المسلمين فهم أولى، عملا بظاهر النص. وقدم في التذكرة (٤) عليهم فساق المسلمين إذا كان فسقهم بغير الكذب والخيانة. وهو بعيد.

أما المستور من المسلمين، فإن اكتفينا في العدالة بظاهر الإسلام مع عدم ظهور المعارض، فلا ريب في ترجيحه على الذمي وإن كان ظاهر العدالة. وإن منعنا من ذلك، احتمال تقديم عدول [أهل] (٥) الذمة للآية (٦)، وتقديم المستور، وبه قطع في التذكرة (٧). وهو أولى.

وظاهر الآية إحلاف الذمي بعد العصر بالصورة المذكورة في الآية، وهو: أنهما ما خانا ولا كتما شهادة الله تعالى، ولا اشتريا به ثمنا ولو كان ذا قربي. واعتبره العلامة أيضا في التحرير (٨). ولا ريب في أولويته، إذ لا معارض له، وعمومات النصوص غير منافية له.

-
- (١) الكافي ٧: ٣٩٩ ح ٧، التهذيب ٦: ٢٥٣ ح ٦٥٤، الوسائل ١٣: ٣٩٠ الباب المتقدم ح ١.
(٢) المائدة: ١٠٦.
(٣) المذكورة في الصفحة السابقة.
(٤) التذكرة ٢: ٥٢١ - ٥٢٢.
(٥) من (خ).
(٦) المائدة: ١٠٦.
(٧) التذكرة ٢: ٥٢١ - ٥٢٢.
(٨) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٨.

ويثبت الايمان بمعرفة الحاكم، أو قيام البينة أو الاقرار.
وهل تقبل شهادة الذمي على الذمي؟ قيل: لا. وكذا لا تقبل على
غير الذمي.

وقيل: تقبل شهادة كل ملة على ملتهم. وهو استناد إلى رواية
سماعة. والمنع أشبه.

قوله: (ويثبت الايمان... إلخ).

ومرجع الثلاثة إلى الاقرار، لأن الايمان أمر قلبي لا يمكن معرفته إلا من
معتقده بالاقرار، ولكن المصنف - رحمه الله - اعتبر الوسائط بينه وبين المقر.

قوله: (وهل تقبل شهادة الذمي... إلخ).

ما تقدم حكم شهادة الكافر على المسلم، أما على مثله فالمشهور بين
الأصحاب أن الحكم كذلك، عملاً بعموم الأدلة.

وذهب الشيخ في النهاية (١) إلى قبول شهادة كل ملة على ملتهم وعليهم (٢)،
لا على غيرهم ولا لهم.

وذهب ابن الجنيد (٣) إلى قبول شهادة أهل العدالة منهم في دينه على ملته
وعلى غير ملته.

ومستند الشيخ رواية سماعة عن الصادق عليه السلام قال: (سألته عن
شهادة أهل الملة، قال: فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم) (٤).

(١) النهاية: ٣٣٤، وفي الحجريتين بدل النهاية: المبسوط، ولكن صرح فيه بعدم القبول، راجع
المبسوط ٨: ١٨٧.

(٢) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، والصحيح: ولهم.

(٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٢٢.

(٤) الكافي ٧: ٣٩٨ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٥٢ ح ٦٥٢، الوسائل ١٨: ٢٨٤ ب (٣٨) من كتاب
الشهادات ح ٢.

الرابع: العدالة
إذ لا طمأنينة مع التظاهر بالفسق، ولا ريب في زوالها بمواقعة
الكبائر، كالقتل والزنا واللواط وغصب الأموال المعصومة. وكذا بمواقعة
الصغائر مع الاصرار أو في الأغلب.
أما لو كان في الندرة، فقد قيل: لا يقدح، لعدم الانفكاك منها، إلا
فيما يقل، فاشتراطه التزام للأشق. وقيل: يقدح، لامكان التدارك
بالاستغفار. والأول أشبه.

ولا يخفى ضعف [هذا] (١) المستند. وأولى بالمنع مذهب من عمم.
قوله: (العدالة... إلخ).

العدالة شرط في قبول الشهادة، فلا تقبل شهادة الفاسق إجماعاً، قال
تعالى: (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) (٢)، والشهادة نبأ، فيجب التبين عندها. وقال
تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم) (٣). وقال: (ممن ترضون من الشهداء) (٤)
والفاسق ليس بمرضي الحال. وروي أنه صلى الله عليه وآله قال: (لا تقبل شهادة
خائن ولا خائنة، ولا زان ولا زانية) (٥).
والكلام في العدالة يتوقف على أمرين: أحدهما: ما به يثبت. والثاني: ما
به يزول.

(١) من (ث).

(٢) الحجرات: ٦.

(٣) الطلاق: ٢.

(٤) البقرة: ٢٨٢.

(٥) عوالي اللئالي ١: ٢٤٢ ح ١٦٣، سنن أبي داود ٣: ٣٠٦ ح ٣٦٠١، سنن البيهقي ١٠: ٢٠١.

فالأول: قد تقدم (١) البحث فيه في القضاء، وأنه هل يحكم بها للمسلم من دون أن يعلم منه الاتصاف بملكيتها، أم لا بد من اختباره وتزكيته؟ وأما الثاني فلا خلاف في زوالها بمواقعة الكبائر من الذنوب، كالقتل والزنا وعقوق الوالدين، وأشباه ذلك.

وإنما الكلام في أن الذنوب هل هي كلها كبائر، أم تنقسم إلى كبائر وصغائر؟ وقد اختلف الأصحاب وغيرهم في ذلك، فذهب جماعة منهم المفيد (٢) وابن البراج (٣) وأبو الصلاح (٤) وابن إدريس (٥) والطبرسي (٦) - بل نسبه في التفسير إلى أصحابنا مطلقا - إلى الأول، نظرا إلى اشتراكها في مخالفة أمره تعالى ونهيه. وجعلوا الوصف بالكبر والصغر إضافيا، فالقبلة المحرمة صغيرة بالنسبة إلى الزنا وكبيرة بالنسبة إلى النظر، وكذلك غصب الدرهم كبيرة بالنسبة إلى غصب اللقمة وصغيرة بالإضافة إلى غصب الدينار، وهكذا.

وذهب المصنف - رحمه الله - وأكثر المتأخرين (٧) إلى الثاني، عملا بظاهر قوله تعالى: (إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم) (٨)، دل بمفهومه على أن اجتناب بعض الذنوب - وهي الكبائر - يكفر السيئات، وهو يقتضي كونها

(١) في ج ١٣: ٣٩٧.

(٢) مصنفات الشيخ المفيد ٤: ٨٣ - ٨٤.

(٣) المهذب ٢: ٥٥٦.

(٤) الكافي في الفقه: ٤٣٥.

(٥) السرائر ٢: ١١٧ - ١١٨.

(٦) مجمع البيان ٣: ٧٠.

(٧) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٨، إيضاح الفوائد ٤: ٤٢١، الدروس الشرعية ٢: ١٢٥.

(٨) النساء: ٣١.

غير كبائر. وقال تعالى: (الذين يجتنبون كبائر الإثم والفواحش) (١)، مدحهم على اجتناب الكبائر من غير أن يضايقهم في الصغائر. وفي الحديث: (أن الأعمال الصالحة تكفر الصغائر) (٢).

ثم على القول بالفرق بين الكبائر والصغائر فللعلماء في تفسير الكبيرة وجوه:

أحدها: أنها المعصية الموجبة للحد.

والثاني: أنها التي يلحق صاحبها الوعيد الشديد في الكتاب أو السنة.

والثالث: أنها الذنب الذي توعد الله عليه بالنار.

وعلى هذا القول دل خبر ابن أبي يعفور السابق عن الصادق عليه السلام،

حيث سأله بما تعرف عدالة الرجل بين المسلمين؟ إلى قوله (٣): (وتعرف باجتناب

الكبائر التي أوعدها الله عليها النار) (٤). وروى أنها سبع (٥). وروى أنها إلى السبعين (٦) أقرب.

إذا تقرر ذلك، فعلى القول الأول يقدر في العدالة موقعة أي معصية كانت.

ولا يخفى ما في هذا من الحرج والضيق، لأن غير المعصوم لا ينفك عن ذلك،

وقد قال تعالى: (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (٧).

(١) النجم: ٣٢.

(٢) لم نعثر عليهما.

(٣) في (خ، م): إلى أن قال.

(٤) الفقيه ٣: ٢٤ ح ٦٥، التهذيب ٦: ٢٤١ ح ٥٩٦، الاستبصار ٣: ١٢ ح ٣٣، الوسائل ١٨: ٢٨٨

ب (٤١) من أبواب الشهادات ح ١.

(٥) راجع الوسائل ١١: ٢٥٢ ب (٤٦) من أبواب جهاد النفس.

(٦) لم نعثر عليهما.

(٧) الحج: ٧٨.

وأجاب ابن إدريس (١) بأن الحرج ينتفي بالتوبة. وأجيب (٢) بأن التوبة تسقط الكبائر والصغائر، ولا يكفي في الحكم بالتوبة مطلق الاستغفار وإظهار الندم حتى يعلم من حاله ذلك، وهذا قد يؤدي إلى زمان طويل يفوت معه الغرض من الشهادة ونحوها، فيبقى الحرج. وعلى الثاني يعتبر اجتناب الكبائر كلها وعدم الاصرار على الصغائر، فإن الاصرار عليها يلحقها بالكبيرة، ومن ثم ورد: (لا صغيرة مع الاصرار، ولا كبيرة مع الاستغفار) (٣).

والمراد بالاصرار الاكثار منها، سواء كان من نوع واحد أم من أنواع مختلفة. وقيل: المداومة على نوع واحد منها. ولعل الاصرار يتحقق بكل منهما. وفي حكمه العزم على فعلها ثانيا وإن لم يفعل. [و] (٤) أما من فعل الصغيرة ولم يخطر بباله بعدها العزم على فعلها ولا التوبة منها، فهذا هو الذي لا يقدر في العدالة، وإلا لأدى إلى أن لا تقبل شهادة أحد. ولعل هذا مما تكفره الأعمال الصالحة من الصلاة والصيام وغيرهما، كما جاء في الخبر. واعلم أن المصنف - رحمه الله - لم يتعرض للمروءة في قادح العدالة، وكأنه لم يجعل تركها قادحا أو يتوقف في ذلك. وهو قول لبعض العلماء (٥)، من حيث إنه يخالف العادة لا الشرع.

(١) السرائر ٢: ١١٨.

(٢) المختلف: ٧١٨.

(٣) الكافي ٢: ٢٨٨ ح ١، الوسائل ١١: ٢٦٨ ب (٤٨) من أبواب جهاد النفس ح ٣.

(٤) من (أ).

(٥) انظر الحاوي الكبير ١٧: ١٥١.

والأشهر اعتبارها في الشهادة، سواء جعلناها شطرا من العدالة، كما هو المشهور من أن العدل هو الذي تعدل أحواله دينا ومروءة وحكما، أم جعلناها خارجة عنها وصفة برأسها، كما جرى عليه جماعة (١). وقد أغرب في القواعد (٢) حيث جعلها جزءا من العدالة، وعرفها بأنها كيفية نفسانية راسخة تبث على ملازمة التقوى والمروءة، ثم جعلها قسيما للعدالة وشرطا آخر لقبول الشهادة، فجمع بين القولين. وكيف كان، فالوجه أنه لا تقبل شهادة من لا مروءة له، لأن اطراح المروءة إما أن يكون بخبل ونقصان، أو قلة مبالاة وحياء، وعلى التقديرين يبطل الثقة والاعتماد على قوله. أما المخبل فظاهر. وأما قليل الحياء فلأن من لا حياء له يصنع ما شاء، كما ورد في الخبر (٣). وفي ضبط المروءة عبارات متقاربة، منها: أن صاحب المروءة هو الذي يصون نفسه عن الأدناس ولا يشينها عند الناس، أو الذي يتحرز عما يسخر منه ويضحك به، أو الذي يسير بسيرة أمثاله في زمانه ومكانه. فمن ترك المروءة لبس ما لا يليق بأمثاله، كما إذا لبس الفقيه لباس الجندي، وتردد به في البلاد التي لم تجر عادة الفقهاء فيها بلبس هذا النوع من الثياب. وكما إذا لبس التاجر ثوب الحمالين ونحوهم بحيث يصير ضحكة. ومنه: المشي في الأسواق والمجامع مكشوف الرأس والبدن، إذا لم يكن

(١) الدروس الشرعية ٢: ١٢٥.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٦ - ٢٣٧.

(٣) مسند أحمد ٤: ١٢١، صحيح البخاري ٨: ٣٥، سنن أبي داود ٤: ٢٥٢ ح ٤٧٩٧، سنن ابن ماجه ٢: ١٤٠٠ ح ٤١٨٣.

وربما توهم وأهم: أن الصغائر لا تطلق على الذنب إلا مع الاحباط. وهذا بالاعراض عنه حقيق، فإن إطلاقها بالنسبة، ولكل فريق اصطلاح.

الشخص ممن يليق به مثله. وكذا مد الرجلين في مجالس الناس. ومنه: الأكل في السوق، إلا أن يكون الشخص سوقيا أو غريبا لا يكثرث بفعله.

ومنه: أن يقبل الرجل زوجته أو أمته بين يدي الناس، أو يحكي لهم ما يجري [لهم] (١) في الخلوة، أو يكثر من الحكايات المضحكة. ومنه: أن يخرج من حسن العشرة مع الأهل والجيران والمعاملين، ويضايق في اليسير الذي لا يستقصى (٢) فيه.

ومنه: أن يتنذل الرجل المعتر بنقل الماء والأطعمة إلى بيته، إذا كان ذلك عن شح وضنة. ولو كان عن استكانة أو اقتداء بالسلف التاركين للتكلف لم يقدح ذلك في المروة. وكذا لو كان يلبس ما يجد ويأكل حيث يجد، لتقلله (٣) وبرأته من التكاليف العادية، ويعرف ذلك بتناسب حال الشخص في الأعمال والأخلاق، وظهور مخايل (٤) الصدق عليه.

قوله: (وربما توهم وأهم... إلخ).

هذا الوهم ذهب إليه بعض الأصحاب، حيث قال: إن الصغائر لا تطلق على الذنب إلا على مذهب القائلين بالاحباط، على تقدير الموازنة بين الأعمال

(١) من (ث).

(٢) في (ت، د، ل): يستقصى.

(٣) في (ط): لتبتله.

(٤) في (أ، د، ط): محامل.

ولا يقدر في العدالة ترك المندوبات. ولو أصر مضرباً عن الجميع، ما لم يبلغ حداً يؤذن بالتهاون بالسنن.

الصالحة والمعاصي، كما نبه عليه تعالى بقوله: (إن الحسنات يذهبن السيئات) (١)، وقال تعالى: (وحبط ما صنعوا) (٢)، فجعل الذنب الذي يحبط بالطاعة صغيرة، والذنب الذي يحبط بالطاعة كبيرة. وتحقيق القول في الكلام. وهذا بناء ضعيف، لأن الكبائر قد اعتبرها من قال بالاحباط ومن أبطله، وهم المحققون والجمهور، والصغائر تطلق بالنسبة إلى الكبائر، ولا ضرورة إلى بنائها على القول الضعيف، لا مكان جعلها إضافية بالنسبة إلى ذنب آخر أو مخصوصة بذنوب معينة، وهو ما عدا الكبائر المحصورة في الكتاب والسنة، كما هو مذهب الأكثر. على أن القائل بالاحباط يعتبر الأكثر من الطاعة والمعصية، فيثبته أجمع، أو يثبت منه ما زاد عن مقابله من أي نوع كان من أنواع المعاصي، فربما كانت المعصية المخصوصة على هذا مما يحبط عن شخص، ويبقى على آخر بالنظر إلى ما يقابلها من الطاعة، فلا يتحقق الصغيرة في نوع من أنواع المعاصي، ومن ثم أطلق على هذا الفهم الوهم، وجعله حقيقاً بالأعراض عنه. ثم على تقدير تسمية القائلين بالاحباط ما يكفر من السيئات صغيرة فهو اصطلاح لهم لا يلزم الفقيه مثله، فلكل فريق اصطلاح يرجعون إليه، وأسماء يطلقونها لا يلزم مثلها لغيرهم. قوله: (ولا يقدر في العدالة... إلخ). ترك المندوبات لا يقدر في التقوى، ولا يؤثر في العدالة، إلا أن يتركها

(١) هود: ١١٤.

(٢) هود: ١٦.

وهنا مسائل:

الأولى: كل مخالف في شيء من أصول العقائد ترد شهادته، سواء استند في ذلك إلى التقليد أو إلى الاجتهاد.

ولا ترد شهادة المخالف في الفروع من معتقدي الحق، إذا لم يخالف الاجماع. ولا يفسق وإن كان مخطئاً في اجتهاده.

أجمع فيقدح فيها، لدلالته على قلة المبالاة بالدين والاهتمام بكاملات الشرع. ولو اعتاد ترك صنف منها، كالجماعة والنوافل ونحو ذلك، فكترك الجميع، لاشتراكهما في العلة المقتضية لذلك. نعم، لو تركها أحياناً لم يضر. قوله: (كل مخالف... إلخ).

المراد بالأصول التي ترد شهادة المخالف فيها أصول مسائل التوحيد والعدل والنبوة والإمامة والمعاد. أما فروعها من المعاني والأحوال وغيرهما من فروع علم الكلام فلا يقدح الاختلاف فيها، لأنها مباحث ظنية، والاختلاف فيها بين علماء الفرقة الواحدة كثير شهير. وقد عد بعض العلماء (١) جملة مما وقع الخلاف فيه منها بين المرتضى وشيخه المفيد، فبلغ نحو من مائة مسألة، فضلاً عن غيرهما.

والمراد بالفروع التي لا تقدح فيها المخالفة المسائل الشرعية الفرعية، لأنها مسائل اجتهادية، والأصول التي تبنى عليها من الكتاب والسنة كلها ظنية. وينبغي أن يراد بالاجماع الذي تقدح مخالفته فيها إجماع المسلمين قاطبة، أو إجماع الإمامية مع العلم بدخول قول المعصوم في جملة قولهم، لأن

(١) وهو قطب الدين سعيد بن هبة الله الراوندي (قدس سره)، انظر كشف المحجة للسيد ابن طاووس (قدس سره): ٢٠.

الثانية: لا تقبل شهادة القاذف. ولو تاب قبلت. وحد التوبة أن يكذب نفسه، وإن كان صادقا، ويوري باطنا. وقيل: يكذبها إن كان كاذبا، ويخطئها في الملاء إن كان صادقا. والأول مروى.

حجية الاجماع في قوله (١) على أصولهم، لا مطلق إجماعهم، إذ لا عبرة بقول غير المعصوم منهم مطلقا، وما لم يعلم دخول قوله في قولهم فلا عبرة بقولهم وإن كثر القائل. وقد تمادى بعضهم فسمى مثل ذلك إجماعا، بل سمي المشهور. ومخالفة مثل ذلك غير قادح بوجه من الوجوه، كما تقتضيه قواعدهم الدالة على حجية الاجماع. فتنبه لذلك لئلا تقع في الغلط، اغترارا بظاهر الاصطلاح، واعتمادا على الدعوى.

قوله: (لا تقبل شهادة القاذف... إلخ).

لا خلاف في عدم قبول شهادة القاذف قبل توبته، ولقوله تعالى: (ولا

تقبلوا لهم شهادة أبدا) (٢). فإذا تاب قبلت شهادته.

واختلفوا في حد توبته، فقيل: أن يكذب نفسه فيما كان قذف به، سواء كان صادقا في قذفه أم كاذبا.

ثم إن كان كاذبا فتكذبه نفسه مطابق للواقع. وإن كان صادقا ورى باطنا

بما يخرج عن الكذب في تكذبه نفسه، مع كونه غير كاذب في نفس الأمر.

وإنما لزمه التكذيب مطلقا لأن الله تعالى سمي القاذف كاذبا متى لم يأت

بالشهداء على ما قذف به، بقوله: (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة

شهداء) (٣) إلى قوله: (فأولئك عند الله هم الكاذبون) (٤).

(١) كذا في الحجريتين: ولعله الصحيح، وفيما لدينا من النسخ الخطية: قولهم.

(٢) النور: ٤ - ١٣.

(٣) النور: ٤ - ١٣.

(٤) النور: ٤ - ١٣.

ولما روي عنه صلى الله عليه وآله أنه قال: (توبة القاذف إكذابه نفسه) (١).
ولرواية أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: (سألته عن
القاذف بعد ما يقام عليه الحد ما توبته؟ قال: يكذب نفسه، قلت: أرأيت إن أكذب
نفسه وتاب تقبل شهادته؟ قال: نعم) (٢).
ومرسلة يونس عن أحدهما عليهما السلام قال: (سألته عن الذي يقذف
المحصنات تقبل شهادته بعد الحد إذا تاب؟ قال: نعم، قلت: وما توبته؟ قال:
يجي فيكذب نفسه عند الإمام، ويقول: قد افترت على فلانة، ويتوب مما
قال) (٣). ومثله رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام (٤).
وإلى هذا ذهب الشيخ في النهاية (٥)، وجماعة (٦).
وقال في المبسوط (٧) وابن إدريس (٨) والعلامة (٩): حدها أن يكذب نفسه إن

- (١) تلخيص الحبير ٤: ٢٠٤ ذيل ح ٢١٣١، الدر المشور ٦: ١٣١.
(٢) الكافي ٧: ٣٩٧ ح ١، التهذيب ٦: ٢٤٥ ح ٦١٥، الاستبصار ٣: ٣٦ ح ١٢٠، الوسائل ١٨: ٢٨٢ ب
(٣٦٦) من أبواب الشهادات ح ١.
(٣) الكافي ٧: ٣٩٧ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٤٥ ح ٦١٧، الاستبصار ٣: ٣٦ ح ١٢٢، الوسائل ١٨: ٢٨٣
الباب المتقدم ح ٤.
(٤) الكافي ٧: ٣٩٧ ح ٦، التهذيب ٦: ٢٤٥ ح ٦١٦، الاستبصار ٣: ٣٦ ح ١٢١، الوسائل ١٨: ٢٨٣ ب
(٣٧٧) من أبواب الشهادات ح ١.
(٥) النهاية: ٣٢٦.
(٦) غنية النزوع: ٤٤٠، إصباح الشيعة: ٥٢٩، الدروس الشرعية ٢: ١٢٦، وحكاية العلامة عن
الصدوقين وابن أبي عقيل في المختلف: ٧١٧ - ٧١٨.
(٧) المبسوط ٨: ١٧٩.
(٨) السرائر ٢: ١١٦.
(٩) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٦، تحرير الأحكام ٢: ٢٠٨، إرشاد الأذهان ٢: ١٥٧.

وفي اشتراط إصلاح العمل، زيادة عن التوبة تردد. والأقرب
الاكتفاء بالاستمرار، لأن بقاءه على التوبة إصلاح ولو ساعة.

كان كاذبا، ويعترف بالخطأ إن كان صادقا، لأن تكذيبه نفسه مع (١) عدم كونه كاذبا
في نفس الأمر قبيح، فيكفيه الاعتراف بالخطأ.
وفيه: [مع] (٢) أن إثبات الفرق بين الحاليين يفهم من قوله بأنه منخطئ دون
كاذب أن ما قذف به واقع، فهو قذف آخر تعريضي، وهو غير جائز. فما اختاره
المصنف - رحمه الله - أنسب بالحكمة المطلوبة للشارع من الستر، وجبر الفرية
بالحد مؤيد بظاهر الآية وصريح الرواية.
قوله: (وفي اشتراط... إلخ).

ذهب بعض الأصحاب (٣) إلى اشتراط إصلاح العمل زيادة على التوبة في
قبول شهادة القاذف، لقوله تعالى في حق القاذف: (فلا تقبلوا لهم شهادة أبدا
وأولئك عند الله هم الكاذبون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور
رحيم) (٤) فاستثنى ممن لا تقبل لهم شهادة منهم الذين تابوا وأصلحوا، فلا يكفي
التوبة وحدها، لأن المستثنى فاعل الأمرين معا.
والأظهر - وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله - الاكتفاء بالاستمرار على
التوبة، لتحقيق الإصلاح بذلك. والأمر المطلق (٥) يكفي في امثاله المسمى.
والأصل عدم اشتراط أمر آخر. وفي الروايات السابقة ما يدل عليه.

(١) في (د): مع كونه صادقا في نفس...

(٢) من إحدى الحجريتين.

(٣) الوسيلة: ٢٣١.

(٤) النور: ٤ و ٥، ونص الآية في المصحف الشريف: ... شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين...

(٥) في الحجريتين: بالمطلق.

ولو أقام بينة بالقذف، أو صدقه المقذوف، فلا حد عليه ولا رد.
الثالثة: اللعب بآلات القمار كلها حرام، كالشطرنج والنرد والأربعة
عشر، وغير ذلك، سواء قصد الحدق أو اللهو أو القمار.

قوله: (ولو أقام بينة... إلخ).

لأن الله تعالى شرط في رد شهادته (١) عدم الاتيان بالشهداء بقوله:
(والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا
تقبلوا لهم شهادة أبدا) (٢). وإقرار المقذوف أقوى من البينة، فيسقطان به بطريق
أولى.

قوله: (اللعب بآلات القمار... إلخ).

مذهب الأصحاب تحريم اللعب بآلات القمار كلها، من الشطرنج والنرد
والأربعة عشر وغيرها. ووافقهم على ذلك جماعة من العامة، منهم أبو حنيفة (٣)
ومالك (٤) وبعض الشافعية (٥). ورووا عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: (من
لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله) (٦). وفي رواية أخرى أنه (من لعب بالنردشير
فكأنما غمس يده في لحم الخنزير) (٧).

(١) في (أ): شهادتهم.

(٢) النور: ٤.

(٣) اللباب في شرح الكتاب ٤: ٦٢، بدائع الصنائع ٦: ٢٦٩، روضة القضاة ١: ٢٣٦ رقم (١٠٩٠)،
رؤوس المسائل: ٥٣١ مسألة (٣٩١)، حلية العلماء ٨: ٢٥١.

(٤) المدونة الكبرى ٥: ١٥٣، الكافي للقرطبي ٢: ٨٩٥، وراجع أيضا الحاوي الكبير ١٧: ١٧٩.
(٥) روضة الطالبين ٨: ٢٠٣.

(٦) عوالي اللثالي ١: ٢٤٣ ح ١٦٧، مسند أحمد ٤: ٣٩٤، سنن أبي داود ٤: ٢٨٥ ح ٤٩٣٨، سنن ابن
ماجة ٢: ١٢٣٧ ح ٣٧٦٢، مستدرک الحاكم ١: ٥٠، سنن البيهقي ١٠: ٢١٤.

(٧) عوالي اللثالي ١: ٢٤٣ ح ١٦٨، مسند أحمد ٥: ٣٥٢، سنن أبي داود ٤: ٢٨٥ ح ٤٩٣٩.

الرابعة: شارب المسكر ترد شهادته ويفسق، خمرا كان أو نبیذا أو بتعا أو منصفأ أو فضیخا، ولو شرب منه قطرة. وكذا الفقاع. وكذا العصیر إذا غلی من نفسه أو بالنار، ولو لم یسکر، إلا أن یغلی حتی یذهب ثلثاه. أما غیر العصیر من التمر أو البسر، فالأصل أنه حلال ما لم یسکر.

وروی الأصحاب عن الصادق علیه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: الشطرنج والنرد هما الميسر) (١). وعن الصادق علیه السلام قال: (إن لله عز وجل في كل ليلة من شهر رمضان عتقاء من النار، إلا من أفطر على مسكر، أو مشاحن، أو صاحب شاهين، قلت: وأي شيء صاحب شاهين؟ قال: الشطرنج) (٢).

وروی معمر بن خلاد في الصحيح عن أبي الحسن عليه السلام قال: (النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزلة واحدة، وكل ما قומר عليه فهو ميسر) (٣). وفي معناها أخبار كثيرة (٤).

وظاهر النهي أنها من الصغائر، فلا يقدر في العدالة إلا مع الاصرار عليها. ثم النرد والشطرنج مشهوران. وأما الأربعة عشر ففسروها (٥) بأنها قطعة من خشب فيها حفر في ثلاثة أسطر، ويجعل في الحفر حصي صغار يلعب بها. قوله: (شارب المسكر... إلخ).

-
- (١) الكافي ٦: ٤٣٥ ح ٣، الوسائل ١٢: ٢٤٢ ب (١٠٤) من أبواب ما يكتسب به ح ٢.
(٢) الكافي ٦: ٤٣٥ ح ٥، الوسائل ١٢: ٢٣٧ ب (١٠٢) من أبواب ما يكتسب به ح ٤.
(٣) الكافي ٦: ٤٣٥ ح ١، الوسائل ١٢: ٢٤٢ ب (١٠٤) من أبواب ما يكتسب به ح ١.
(٤) راجع الوسائل ١٢: ٢٣٧ ب (١٠٢ - ١٠٤) من أبواب ما يكتسب به.
(٥) راجع المبسوط ٨: ٢٢٢.

لا فرق في تحريم المسكر بين اتخاذه من العنب وغيره عند الأصحاب وأكثر العامة (١)، لقوله صلى الله عليه وآله: (كل مسكر حرام) (٢). وقول الصادق عليه السلام: (إنما حرم الخمر لفعالها وفسادها) (٣). وروى علي بن يقطين في الصحيح عن الكاظم عليه السلام قال: (إن الله تبارك وتعالى لم يحرم الخمر لاسمها، ولكن حرمها لعاقبتها، فما كان عاقبته عاقبة الخمر فهو خمر) (٤). وفي حديث له عنه عليه السلام: (فما فعل فعل الخمر فهو خمر) (٥). ولا فرق في المسكر بين ما يسكر منه وغيره، لتعليق التحريم على الاسم. وفي معناه الفقاع عندنا. وكذا العصير العنبي إذا غلى وإن لم يشتد. وقد تقدم البحث فيهما في باب الأطعمة (٦). و [أما] (٧) ما لا يسكر من الأشربة غير ما ورد النص بتحريمه فالأصل فيه الحل، ومنه عصير الزبيب والتمر وغيرهما. وفي الدروس (٨) قيد العصير العنبي مع غليانه بالاشتداد. وليس كذلك، فإن تحريمه معلق على مجرد الغليان، وإنما نجاسته عند من قال بها من الأصحاب (٩) معلقة على الاشتداد، والبحث هنا في التحريم لا في النجاسة. نعم، ذهب في

- (١) الحاوي الكبير ١٧: ١٨٤، بدائع الصنائع ٥: ١١٥.
(٢) الكافي ٦: ٤١٠ ح ١٢، الوسائل ١٧: ٢٧٠ ب (١٧) من أبواب الأشربة المحرمة ح ٨.
(٣) الكافي ٦: ٤١٢ ح ٤، الوسائل ١٧: ٢٧٣ ب (١٩) من أبواب الأشربة المحرمة ح ٣.
(٤) الكافي ٦: ٤١٢ ح ٢، التهذيب ٩: ١١٢ ح ٤٨٦، الوسائل ١٧: ٢٧٣ الباب المتقدم ح ١.
(٥) الكافي ٦: ٤١٢ ح ١، الوسائل ١٧: ٢٧٣ الباب المتقدم ح ٢.
(٦) في ج ١٢: ٧٢ - ٧٣.
(٧) من (ث، خ).
(٨) الدروس الشرعية ٢: ١٢٦.
(٩) قواعد الأحكام ١: ٧.

ولا بأس باتخاذ الخمر للتخليل.
الخامسة: مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب، يفسق
فاعله، وترد شهادته، وكذا مستمعه، سواء استعمل في شعر أو قرآن.
ولا بأس بالحداء [به].

الذكرى (١) إلى تلازم الوصفين. وهو ممنوع. وقد حققناه فيما سبق (٢).
قوله: (ولا بأس باتخاذ... إلخ).
روى زرارة في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن الخمر
العتيقة تجعل خلا، قال: لا بأس) (٣). وروى عبيد بن زرارة في الموثق أو الصحيح
عنه عليه السلام: (في الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خلا، قال: لا بأس) (٤).
ولا فرق بين اتخاذها بشئ يجعل فيها وعدمه عند الأصحاب، وإن كان
ترك العلاج بشئ أفضل. وقد تقدم (٥) البحث فيه.
قوله: (مد الصوت المشتمل... إلخ).
الغناء عند الأصحاب محرم، سواء وقع بمجرد الصوت أم انضم إليه آلة من
آلاته. فقد ورد في تفسير قوله تعالى: (ومن الناس من يشتري لهو الحديث
ليضل عن سبيل الله) (٦) أنه الغناء (٧). وروي أنه صلى الله عليه وآله قال: (الغناء

-
- (١) الذكرى: ١٢.
(٢) راجع ج ١٢: ٧٢ - ٧٣.
(٣) الكافي ٦: ٤٢٨ ح ٢، التهذيب ٩: ١١٧ ح ٥٠٤، الاستبصار ٤: ٩٣ ح ٣٥٥، الوسائل ١٧:
٢٩٦ ب (٣١) من أبواب الأشربة المحرمة ح ١.
(٤) الكافي ٦: ٤٢٨ ح ٣، التهذيب ٩: ١١٧ ح ٥٠٥، الاستبصار ٤: ٩٣ ح ٣٥٦، الوسائل ١٧: ٢٩٦
الباب المتقدم ح ٣.
(٥) في ج ١٢: ١٠١ - ١٠٢.
(٦) لقمان: ٦.
(٧) التبيان ٨: ٢٤٤، مجمع البيان ٨: ٧٦، النكت والعيون ٤: ٣٢٨، تفسير القرطبي ١٤: ٥١، الدر

يثبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل (١).
ومن طريق الخاصة ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام،
قال سمعته يقول: (الغناء مما وعد الله عليه النار، وتلا هذه الآية: (ومن الناس
من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله بغير علم ويتخذها هزوا أولئك لهم
عذاب مهين) (٢).

وروى أبو بصير قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل:
(فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور) قال: الغناء) (٣). وفي معناها
أخبار كثيرة (٤).

والمراد بالغناء الصوت المشتمل على الترجيع المطرب. كذا فسره به
المصنف - رحمه الله - وجماعة (٥). والأولى الرجوع فيه إلى العرف، فما يسمى فيه
غناء يحرم، لعدم ورود الشرع بما يضبطه، فيكون مرجعه إلى العرف. ولا فرق
فيه بين وقوعه بشعر وقرآن وغيرهما.

وكما يحرم فعل الغناء يحرم استماعه، كما يحرم استماع غيره من
الملاهي.

أما الحداء بالمد - وهو الشعر الذي يحث به الإبل على الإسراع في السير -

(١) سنن البيهقي ١٠: ٢٢٣، تلخيص الحبير ٤: ١٩٩ ح ٢١١٣، الدر المنثور ٦: ٥٠٥، الدرر المنتشرة:
١٠٠ ح ٣٠٨.

(٢) الكافي ٦: ٤٣١ ح ٤، الوسائل ١٢: ٢٢٦ ب (٩٩) من أبواب ما يكتسب به ح ٦.

(٣) الكافي ٦: ٤٣١ ح ١، الوسائل ١٢: ٢٢٧ الباب المتقدم ح ٩.

(٤) راجع الوسائل: ١٢، ٢٢٥ ب (٩٩) من أبواب ما يكتسب به.

(٥) إرشاد الأذهان ٢: ١٥٦، الدروس الشرعية ٢: ١٢٦.

ويحرم من الشعر ما تضمن كذباً، أو هجاء مؤمن، أو تشبيهاً بامرأة معروفة غير محللة له. وما عداه مباح. والاكثر منه مكروه.

وسمعه فمباحان، لما فيه من إيقاظ النوام وتنشيط الإبل للسير. وقد روي أنه صلى الله عليه وآله قال لعبد الله بن رواحة: (حرك بالقوم، فاندفع يرتجز) (١). وكان عبد الله جيد الحداء، وكان مع الرجال، وكان أنجشة مع النساء، فلما سمعه أنجشة تبعه، فقال النبي صلى الله عليه وآله لأنجشة: (رويدك رفقا بالقوارير) (٢) يعني: النساء.

قوله: (ويحرم من الشعر... إلخ).

إنشاء الشعر وإنشاده والاستماع إليه جائز، وكيف لا وكان للنبي صلى الله عليه وآله شعراء يصغي إليهم، منهم حسان بن ثابت، وعبد الله بن رواحة رضي الله عنهما (٣). واستنشد الشريد شعر أمية بن أبي الصلت واستمع إليه (٤). وفي حفظ دواوين العرب أبلغ معونة على درك أحكام الكتاب والسنة ومعانيهما. وقد قال بعض العلماء: (الشعر كلام، فحسنه كحسنه، وقبيحه كقبيحه، وفضله على الكلام أنه سائر) (٥).

ويحرم منه الهجاء لمؤمن، صدقا كان أم كذباً. ولا فرق فيه بين التعريض والتصريح.

(١) تلخيص الحبير ٤: ٢٠٠ ح ٢١١٧.

(٢) النهاية لابن الأثير ٤: ٣٩.

(٣) أنظر السيرة الحلبية ٣: ٤٢٥.

(٤) مسند أحمد ٤: ٣٩٠، الأدب المفرد: ٢٦٩ ح ٨٠١، صحيح مسلم ٤: ١٧٦٧ ح ١، المعجم الكبير

للطبراني ٧: ٣٧٧ ح ٧٢٣٨، سنن البيهقي ١٠: ٢٢٦ - ٢٢٧.

(٥) الأم للشافعي ٩: ٣١١، الحاوي الكبير ١٧: ٢٠٢.

وكذا يحرم منه ما اشتمل على الفحش أو التشبيب بامرأة بعينها، لما فيه من الايذاء والاشهار وإن كان صادقا.

واحترز بغير المحللة له عن زوجته وأمه غير المزوجة، ومقتضاه جواز التشبيب بهما. وربما قيل بأن ذلك يرد الشهادة وإن لم يكن محرما، لما فيه من سقوط المروءة. وهو حسن.

وكذا التشبيب بالغلام محرم مطلقا، لتحريم متعلقه.

وأما الشعر المشتمل على المدح والاطراء، فما أمكن حمله على ضرب من المبالغة فهو جائز، ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لفاطمة بنت قيس: (أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه) (١). ومعلوم أنه كان يضعها كثيرا.

وإن لم يمكن حمله على المبالغة وكان كذبا محضا، فهو كسائر أنواع الكذب.

وربما قيل بعدم التحاقه بالكذب مطلقا، لأن الكاذب يرى الكذب صدقا ويروجه، وليس غرض الشاعر أن يصدق في شعره، وإنما هو صناعة، كما أن التشبيب بغير المعين فن للشاعر، وغرضه به إظهار الصنعة في هذا الفن لا تحقيق (٢) المذكور، فلا يخل بالعدالة. وعلى تقدير حله فالأكثر منه مكروه، على ما وردت به الروايات (٣).

(١) عوالي اللثالي ١: ٤٣٨ ح ١٥٥، مسند الشافعي: ١٨٧، سنن الدارمي ٢: ١٣٥، مسند أحمد ٦: ٤١٢.

(٢) في (ص): تحقق.

(٣) راجع الوسائل ٥: ٨٣ ب (٥١) من أبواب صلاة الجمعة.

السادسة: الزمر والعود والصنج، وغير ذلك من آلات اللهو حرام،
يفسق فاعله ومستمعه. ويكره الدف في الأملاك، والختان خاصة.

قوله: (الزمر والعود... إلخ).

آلات اللهو من الأوتار - كالعود - وغيره، كاليراع والزمر والطناير والرباب
والصنج، وهو الدف المشتمل على الجلاجل، حرام بغير خلاف. وقد روي عن
النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: (إن الله تعالى حرم على أمتي الخمر والميسر
والمزر والكوبة) (١). والكوبة هي الطبل. ويقال: طبل مخصوص. وقصر بعض
العامّة (٢) التحريم عليه لذلك.

وروى محمد بن الحنفية عن أبيه عليه السلام أن النبي صلى الله عليه وآله
قال: (إذا كان في أمتي خمسة عشر خصلة حصل بها البلا: إذا اتخذوا الغنيمة
دولة، والأمانة مغنما، والزكاة مغرما، وأطاع الرجل زوجته، وجفا أبيه، وعق
أمه، ولبسوا الحرير، وشربوا الخمر، واشتروا المغنيات والمعازف، وكان زعيم
القوم أرذلهم، وأكرم الرجل السوء خوفا منه، وارتفعت الأصوات في المساجد،
وسب آخر هذه الأمة أولها، فعند ذلك يرقبون ثلاثا: حجرا وخسفا ومسحا) (٣).
واستثنى من ذلك الدف غير المشتمل على الصنج عند النكاح والختان،
لقوله صلى الله عليه وآله: (أعلنوا النكاح [والختان] (٤)، واضربوا عليها
بالغربال) (٥) يعني: الدف. وروي أنه صلى الله عليه وآله قال: (فصل ما بين

(١) مسند أحمد ٢: ١٦٥، سنن أبي داود ٣: ٣٣١ ح ٣٦٩٦، تلخيص الحبير ٤: ٢٠٢ ح ٢١٢٤.

(٢) روضة الطالبين ٨: ٢٠٦.

(٣) الخصال: ٥٠٠ ح ١ و ٢، إرشاد القلوب: ٧١، الوسائل ١٢: ٢٣١ ب (٩٩) من أبواب ما يكتسب
به ح ٣١. وفي المصادر: فارتقبوا عند ذلك: ريحا حمراء وخسفا...

(٤) من (خ) فقط.

(٥) سنن ابن ماجه ١: ٦١١ ح ١٨٩٥، نصب الراية ٣: ١٦٧ - ١٦٨، تلخيص الحبير ٤: ٢٠١ ح ٢١٢٢،
سنن البيهقي ٧: ٢٩٠، ولم ترد في المصادر: والختان.

السابعة: الحسد معصية، وكذا بغضة المؤمن. والتظاهر بذلك قاذح في العدالة.

الحلال والحرام الضرب بالدف عند النكاح (١).
ومنع منه ابن إدريس (٢) مطلقا. ورجحه في التذكرة (٣)، محتجا بأن الله تعالى ذم (٤) اللهو واللعب، وهذا منه.
قوله: (الحسد معصية... إلخ).
لا خلاف في تحريم هذين الأمرين. والتهديد عليهما في الأخبار مستفيض (٥). وهما من الكبائر، فيقدحان في العدالة مطلقا. وإنما جعل التظاهر بهما قاذحا لأنهما من الأعمال القلبية، فلا يتحقق تأثيرهما في الشهادة إلا مع إظهارهما، وإن كانا محرمين بدون الاظهار.
والمراد بالحسد: كراهة النعمة على المحسود وتمني زوالها عنه، سواء وصلت إلى الحاسد أم لا. وبيغضه: كراهته واستثقاله لا لسبب ديني - كفسق - فيبيغضه لأجله، سواء قاطعه مع ذلك أم لا. فإن هجره فهما (٦) معصيتان. وقد يحصل كل منهما بدون الأخرى.

- (١) مسند أحمد ٣: ٤١٨، سنن النسائي ٦: ١٢٧، سنن الترمذي ٣: ٣٩٨ ح ١٠٨٨، سنن ابن ماجه ١: ٦١١ ح ١٨٩٦، مستدرک الحاکم ٢: ١٨٤، سنن البيهقي ٧: ٢٨٩.
(٢) السرائر ٢: ٢١٥.
(٣) التذكرة ٢: ٥٨١.
(٤) في (د، م): حرم.
(٥) راجع الوسائل ٨: ٥٦٩ ب (١٣٦)، وص: ٥٨٤ ب (١٤٤) من أبواب أحكام العشرة، و ج ١١: ٢٩٢ ب (٥٥) من أبواب جهاد النفس.
(٦) في (ث، خ، ط): فيهما.

الثامنة: لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختياراً محرم، ترد به الشهادة. وفي التكاأة عليه والافتراش له تردد، والجواز مروى. وكذا يحرم التختم بالذهب. والتحلي به للرجال.

قوله: (لبس الحرير للرجال... إلخ).

تحريم لبس الحرير والذهب على الرجال موضع وفاق. وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله قال: (أحل الذهب والحرير للإناث من أمتي، وحرم على ذكورها) (١). وقال صلى الله عليه وآله: (لا تلبسوا الحرير، فإنه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الآخرة) (٢).

واستثني من الحرير أمور:

أحدها: حالة الحرب. فروى سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

(سألته عن لباس الحرير والديباج، فقال: أما في الحرب فلا بأس به، وإن كان

فيه تماثيل) (٣). وروى إسماعيل بن الفضل عنه عليه السلام قال: (لا يصلح

للرجل أن يلبس الحرير إلا في الحرب) (٤).

وثانيها: الضرورة إلى لبسه، لمرض ونحوه. فقد روي أن النبي صلى الله

عليه وآله رخص لعبد الرحمن بن عوف والزبير في لبس الحرير، لحكمة كانت

بهما (٥). وفي رواية أخرى (أنهما شكيا إليه القمل، فرخص لهما في قمص الحرير

في غزاة) (٦).

(١) مسند أحمد ٤: ٣٩٢، سنن النسائي ٨: ١٦١، سنن البيهقي ٣: ٢٧٥.

(٢) صحيح مسلم ٣: ١٦٤١ ح ١١، شرح السنة ١٢: ٣٠.

(٣) الكافي ٦: ٤٥٣ ح ٣، التهذيب ٢: ٢٠٨ ح ٨١٦، الاستبصار ١: ٣٨٦ ح ١٤٦٦، الوسائل ٣: ٢٧٠

ب (١٢) من أبواب لباس المصلي ح ٣.

(٤) الكافي ٦: ٤٥٣ ح ٤، الوسائل ٣: ٢٦٩ الباب المتقدم ح ١.

(٥) مسند أحمد ٣: ٢٧٣ صحيح البخاري ٤: ٥٠، صحيح مسلم ٣: ١٦٤٦ ح ٢٤، سنن أبي داود ٤:

٥٠ ح ٤٠٥٦، سنن البيهقي ٣: ٢٦٨.

(٦) مسند أحمد ٣: ١٩٢، صحيح البخاري ٤: ٥٠، صحيح مسلم ٣: ١٦٤٧ ح ٢٦.

التاسعة: اتخاذ الحمام للأنس وإنفاذ الكتب ليس بحرام. وإن اتخذها للفرجة والتطير فهو مكروه. والرهان عليها قمار.

وثالثها: اليسير منه، كالعلم والرقعة وطرف الثوب. ففي رواية عنه صلى الله عليه وآله أنه (نهى عن لبس الحرير إلا في موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة) (١). وفي تعدي التحريم إلى غير اللبس من التكاأة عليه في الوسائد والافتراش له قولان، منشؤهما اختلاف الأخبار، فروى العامة عن حذيفة - رحمه الله - قال: (نهانا رسول الله صلى الله عليه وآله أن نشرب في آنية الذهب والفضة، وأن نأكل فيها، وعن لبس الحرير والديباج، وأن نجلس عليه) (٢). ويؤيده إطلاق النهي عنه في الخبر السابق.

والأصح الجواز، لصحيفة علي بن جعفر، عن أخيه موسى عليهما السلام، قال: (سألته عن فراش حرير ومثله من الديباج، ومصلى من حرير ومثله من الديباج، يصلح للرجل النوم عليه والتكاأة والصلاة عليه؟ قال: يفرشه ويقوم عليه، ولا يسجد عليه) (٣). ولأن النهي عنه في النصوص المعتبرة (٤) معلق على اللبس، فيبقى غيره على الأصل.

وأما الذهب فيحرم لبسه للرجال مطلقا، سواء في ذلك التختم والتحلي وغيرهما.

قوله: (اتخاذ الحمام ... إلخ).

-
- (١) مسند أحمد ١: ٥١، صحيح مسلم ٣: ١٦٤٣ ح ١٥، سنن البيهقي ٣: ٢٦٩.
(٢) مسند أحمد ٥: ٤٠٤، سنن الدارقطني ٤: ٢٩٣ ح ٨٧، سنن البيهقي ٣: ٢٦٦.
(٣) الكافي ٦: ٤٧٧ ح ٨، التهذيب ٢: ٣٧٣ ح ١٥٥٣، الوسائل ٣: ٢٧٤ ب (١٥) من أبواب لباس المصلي ح ١.
(٤) راجع الوسائل ٣: ٢٦٦ ب (١١) من أبواب لباس المصلي ح ٥، ٦، ١١.

اتخاذ الحمام للبيض والفرخ والأنس بها وحمل الكتب جائز بلا كراهة، بل في الأخبار (١) ما يدل على الترغيب فيه، روي (أن رجلا شكأ إلى النبي صلى الله عليه وآله الوحدة، فقال: اتخذ زوجا من حمام) (٢).

وعن أبي عبد الله عليه السلام قال: (ليس من بيت فيه حمام إلا لم يصب أهل ذلك البيت آفة من الجن، إن سفهاء الجن يعبثون في البيت فيعبثون بالحمام، ويدعون الانسان) (٣).

وروى عبد الكريم بن صالح قال: (دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فرأيت على فراشه ثلاث حمامات خضر فقلت: جعلت فداك هذا الحمام يقدر الفراش، فقال: لا إنه يستحب أن يسكن في البيت) (٤).

وأما اقتناؤها للعب بها، وهو أن يطيرها تنقلب في السماء ونحو ذلك، فإنه مكروه، لما فيه من العبث وتضييع العمر فيما لا يجدي. ولكن لا ترد به الشهادة، إلا أن يكثر بحيث يؤذن بقلة المروءة، خلافا لابن إدريس (٥) حيث جعل اللعب بها قادحا، لقبح اللعب. وهو ممنوع. ورواية العلا بن سيابة عن الصادق عليه السلام قال: (سألته عن شهادة من يلعب بالحمام، قال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق) (٦) تدفع قبحه، وتدلل على أن اللعب به ليس فسقا، وإلا لاستحال التقييد

-
- (١) راجع الوسائل ٨: ٣٧٦ ب (٣١) من أبواب أحكام الدواب.
(٢) الكافي ٦: ٥٤٦ ح ٦، الفقيه ٣: ٢٢٠ ح ١٠٢٢، الوسائل ٨: ٣٧٨ الباب المتقدم ح ١٥.
(٣) الكافي ٦: ٥٤٦ ح ٥، الوسائل ٨: ٣٧٧ الباب المتقدم ح ٨.
(٤) الكافي ٦: ٥٤٨ ح ١٥، الوسائل ٨: ٣٨٠ ب (٣٤) من أبواب أحكام الدواب ح ١.
(٥) السرائر ٢: ١٢٤.
(٦) الفقيه ٣: ٣٠ ح ٨٨، التهذيب ٦: ٢٨٤ ح ٧٨٤، الوسائل ١٨: ٣٠٥ ب (٥٤) من أبواب الشهادات ح ١.

العاشرة: لا ترد شهادة أحد من أرباب الصنائع المكروهة، كالصياغة وبيع الرقيق، ولا من أرباب الصنائع الدنية، كالحياكة والحجامة، ولو بلغت في الدناءة كالزبال والوقاد، لأن الوثوق بشهادته مستند إلى تقواه.

به. وفي خبر آخر بالاسناد قال: (سمعتَه يقول: لا بأس بشهادة الذي يلعب بالحمام) (١).

وأما الرهان عليها فمحرم، لما تقدم في كتاب السبق (٢) من اختصاص جوازه بالخف والحافر من الحيوان. وقيل: إن حفص بن غياث وضع للمهدي العباسي في حديث: (لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر) (٣) قوله: (أو ريش) ليدخل فيه الحمام، تقربا إلى قلب الخليفة حيث رآه يحب الحمام، فلما خرج من عنده قال: (أشهد أن قفاه قفا كذاب، ما قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أو ريش، ولكنه أراد التقرب إلينا بذلك) (٤) ثم أمر بذبح الحمام. قوله: (لا ترد شهادة أحد... إلخ).

أهل الحرف الدنية والمكروهة لا ترد شهادتهم عندنا مطلقا، لأنها حرف مباحة والناس محتاجون إليها، ولو ردت شهادتهم لم يؤمن أن يتركوها فيعم الضرر.

(١) التهذيب ٦: ٢٨٤ ح ٧٨٥، الوسائل ١٨: ٣٠٥ الباب المتقدم ح ٢.

(٢) في ج ٦: ٨٤.

(٣) الكافي ٥: ٥٠ ح ١٤، الوسائل ١٣: ٣٤٨ ب (٣) من كتاب السبق والرماية ح ١. وانظر مسند أحمد ٢: ٤٧٤، سنن ابن ماجه ٢: ٩٦٠ ح ٢٨٧٨، سنن أبي داود ٣: ٢٩ ح ٢٥٧٤، سنن النسائي ٦: ٢٢٦.

(٤) تاريخ الخلفاء للسيوطي: ٢٧٥، وفيه: غياث بن إبراهيم، بدل: حفص بن غياث.

الخامس: ارتفاع التهمة
ويتحقق المقصود ببيان مسائل:
الأولى: لا تقبل شهادة من يجر بشهادته نفعاً، كالشريك فيما هو
شريك فيه، وصاحب الدين إذا شهد للمحجور عليه، والسيد لعبد
المأذون، والوصي فيما هو وصي فيه.
وكذا لا تقبل شهادة من يستدفع بشهادته ضرراً، كشهادة أحد

وخالف في ذلك بعض العامة (١)، محتجاً بأن اشتغالهم بهذه الحرف
ورضاهم بها يشعر بالخسة وقلة المروءة، خصوصاً الحياكة، لازراء الناس بهم،
وعدهم النسبة إلى الحياكة سباً وإيذاء.
وألحق بعضهم الصباغين والصياغين بهم. وفرق آخرون بين من يليق به
هذه الحرف وكانت صنعة آبائه وغيره، فترد شهادة الثاني دون الأول. نعم، من
يكثر منهم ومن سائر المحترفة الكذب والخلف في الوعد ترد شهادته لذلك عند
الجميع.
قوله: (ارتفاع التهمة... إلخ).

نبه بقوله: (ويتحقق المقصود) على أن مطلق التهمة غير قادح في الشهادة،
بل التهمة في مواضع مخصوصة، وهي التي يذكرها، فإن شهادة الصديق لصديقه
والوارث لمورثه مقبولة وإن كان مشرفاً على التلف عندنا. وكذا شهادة رفقاء
القافلة على اللصوص إذا لم يكونوا مأخوذين، مع ظهور التهمة في جميع ذلك.
وسياتي (٢) البحث فيه.
قوله: (لا تقبل شهادة... إلخ).

(١) حلية العلماء ٨: ٢٤٩ - ٢٥٠، المغني لابن قدامة ١٢: ٣٥، روضة الطالبين ٨: ٢١٠.
(٢) في ص: ١٩٢.

العاقلة بجرح شهود الجناية. وكذا شهادة الوكيل والوصي بجرح شهود المدعي على الموصي أو الموكل.

شهادة المتهم مردودة إجماعاً، لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: (لا تقبل شهادة ظنين ولا خصم) (١). والظنين: المتهم. وصحيحة أبي بصير قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يرد من الشهود، قال: الظنين، والمتهم، والخصم) (٢).

وللتهمة المانعة أسباب:

منها: أن يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً ولو بالولاية، أو يدفع ضرراً، فلا تقبل شهادة السيد لعبد المأذون، والغريم للميت والمفلس المحجور عليه، والوارث بجرح مورثه، لأن الدية تجب له عند الموت بسبب الجرح، فيلزم أن يكون شاهداً لنفسه، والشريك لشريكه فيما هو شريك فيه، والوكيل للموكل فيما هو وكيل فيه، والوصي والقيم في محل تصرفهما، خلافاً لابن الجنيد (٣) حيث قبل شهادة الوصي لليتيم بمال. ومال إليه في الدروس (٤). والمشهور العدم. ولا ترد شهادتهم في غير ذلك.

وكذا لا تقبل شهادة الشريك لشريكه في بيع الشقص ولا للمشتري، لأن شهادته تتضمن إثبات الشفعة لنفسه. فإن لم يكن فيه شفعة أو عفا عنها قبل الشهادة قبلت.

-
- (١) رواه الشيخ في الخلاف ٦: ٢٩٦ ذيل مسألة (٤٣)، وانظر سنن البيهقي ١٠: ٢٠٢، تلخيص الحبير ٤: ٢٠٣ ح ٢١٢٨.
(٢) الكافي ٧: ٣٩٥ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٤٢ ح ٥٩٨، الوسائل ١٨: ٢٧٥ ب (٣٠) من أبواب الشهادات ح ٣.
(٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٢٧.
(٤) الدروس الشرعية ٢: ١٢٨.

الثانية: العداوة الدينية لا تمنع القبول، فإن المسلم تقبل شهادته على الكافر. أما الدنيوية فإنها تمنع، سواء تضمنت فسقا أو لم تتضمن. وتحقق العداوة، بأن يعلم من حال أحدهما السرور بمساءة الآخر، والمساءة بسروره، أو يقع بينهما تقاذف.

وكذا تقبل شهادة الغريم لمديونه الموسر مطلقا، والمعسر قبل الحجر، لأن الحق متعلق بذمته حينئذ لا بعين أمواله. ويحتمل العدم، لأن المعسر لا مطالبة عليه، فإذا أثبت له شيئا أثبت المطالبة لنفسه. وفي المنع من شهادة السيد للمكاتب مطلقا قولان، من انتفاء سلطنته عنه، وظهور التهمة بعجزه، خصوصا المشروط. وبالأول قطع العلامة في القواعد (١)، وبالثاني في التحرير (٢). ولعله أقوى. ولا فرق في التهمة المانعة بين كون الشهادة جالبة لنفع كما ذكر، أو دافعة لضرر عن الشاهد، كجرح بعض العاقلة شهود الجناية خطأ، لأنها تدفع عنه الغرم، وكشهادة الوصي والوكيل بجرح الشاهد على الموصي والموكل، لأنهما يدفعان بها الغرم المأخوذ من أيديهما وإن لم يكن من مالهما. ومثله شهادة الزوج بزنا زوجته التي قذفها على الأظهر. قوله: (العداوة الدينية... إلخ). من أسباب التهمة العداوة الدنيوية، فلا تقبل شهادة العدو على عدوه عندنا، وعند أكثر العامة (٣).

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٧

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٩.

(٣) الحاوي الكبير ١٧: ١٦١، الكافي للقرطبي ٢: ٨٩٤، حلية العلماء ٨: ٢٦٢، المغني لابن قدامة ١٢: ٥٦، روضة الطالبين ٨: ٢١٣.

وكذا لو شهد بعض الرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق،
لتحقق التهمة.

لنا: قوله صلى الله عليه وآله في الخبر السابق (١): (لا تقبل شهادة ظنين ولا خصم). وقوله صلى الله عليه وآله: (لا تقبل شهادة حائن، ولا خائنة، ولا ذي غمز على أخيه) (٢). قيل: المراد من الخصم العدو.
والعداوة التي ترد بها الشهادة هي التي تبلغ حدا يتمنى هذا زوال نعمة ذلك، ويفرح بمصيباته ويحزن بمسرته. وذلك قد يكون من الجانبين، وقد يكون من أحدهما، فيختص برد شهادته على الآخر. فإن أفضت العداوة إلى ارتكاب ما يوجب الفسق فهو مردود الشهادة على الإطلاق. وإن عاداه من يريد أن يشهد عليه وبالغ في خصومته، فلم يجب وسكت ثم شهد عليه قبلت شهادته، وإلا اتخذ الخصماء ذلك ذريعة إلى إسقاط الشهادات.
والعداوة الدينية لا توجب رد الشهادة، بل تقبل شهادة المسلم على الكافر، والمحق على المبتدع. وكذا من أبغض الفاسق لفسقه لم ترد شهادته عليه.
قوله: (وكذا لو شهد بعض الرفقاء... إلخ).
إذا شهد بعض الرفقاء لبعض على اللصوص، فإن لم يكن الشاهد مأخوذاً قبلت شهادته، لعدم التهمة.
وإن كان مأخوذاً، فإن تعرض لما أخذ منه لم تقبل في حق نفسه قطعاً.
وفي قبولها في حق غيره، وكذا لو لم يتعرض لما أخذ منه، وجهان، من ظهور التهمة فترد. وهو الذي قطع به المصنف - رحمه الله - وجماعة (٣). ويدل

(١) راجع ص: ١٩٠.

(٢) معاني الأخبار: ٢٠٨ ح ٣، الوسائل ١٨: ٢٧٩ ب (٣٢) من أبواب الشهادات ح ٨.

(٣) راجع النهاية: ٣٢٦، السرائر ٢: ١٢٢، الجامع للشرائع: ٥٤١ فقد أطلقوا الحكم بعدم القبول.

أما لو شهد العدو لعدوه قبلت، لانتفاء التهمة.

عليه إطلاق رواية محمد بن الصلت قال: (سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رفقة كانوا في طريق فقطع عليهم الطريق، فأخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: لا تقبل شهادتهم إلا بإقرار اللصوص، أو بشهادة من غيرهم عليهم) (١). ومن وجود العدالة المانعة من التهجم على غير الواقع. ومنع التهمة المانعة، بل هو كشهادة بعض غرماء المديون لبعض، وكما لو شهدا لاثنين بوصية من تركة، وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية منها أيضا.

واختار في الدروس (٢) القبول فيهما. أما في هذه الصورة فلما ذكر. وأما في صورة (٣) التبعض فلتحقق المقتضي في أحد الطرفين، والمانع في الآخر. وكذا القول في كل شهادة مبعضة. قوله: (أما لو شهد العدو... إلخ). هذا إذا لم تتضمن العداوة فسقا. وإلا لم تقبل لذلك لا للعداوة نفسها.

ولا يخفى أن الفرح بمساءة المؤمن والحزن بمسرتة معصية، فإن كانت العداوة من هذه الجهة وأصر على ذلك فهو فسق. وظهور الفسق مع التقاذف أوضح. فالجمع بين العداوة وقبول الشهادة لا يخلو من إشكال، إلا أن يفسر الاصرار بالاكثر من الصغائر، لا بالاستمرار على واحدة مخصوصة.

(١) الكافي ٧: ٣٩٤ ح ٢، الفقيه ٣: ٢٥ ح ٦٨، التهذيب ٦: ٢٤٦ ح ٦٢٥، الوسائل ١٨: ٢٧٢ ب (٢٧) من أبواب الشهادات ح ٢.
(٢) الدروس الشرعية ٢: ١٢٧ - ١٢٨.
(٣) في بعض النسخ الخطية: ... صورة ما مع التبعض....

الثالثة: النسب وإن قرب لا يمنع قبول الشهادة، كالأب لولده وعليه، والولد لوالده، والأخ لأخيه وعليه. وفي قبول شهادة الولد على والده خلاف، والمنع أظهر، سواء شهد بمال، أو بحق متعلق ببدنه، كالقصاص والحد.

قوله: (النسب وإن قرب... إلخ).

ليس من أسباب التهمة عندنا البعضية، فتقبل شهادة جميع الأقرباء لأقربائهم، حتى الابن والأب، للأصل، وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (تجوز شهادة الولد لوالده، والوالد لولده، والأخ لأخيه) (١). وسأل أبو بصير أبا عبد الله عليه السلام: (عن شهادة الولد لوالده، والوالد لولده، والأخ لأخيه، فقال: تجوز) (٢).

ولا تشترط الضميمة في شهادة كل من الولد والوالد والأخ والزوجين للآخر، خلافاً للشيخ في النهاية (٣)، للأصل وعموم الأخبار. واستثنى أكثر الأصحاب من شهادة القريب [على القريب] (٤) شهادة الولد على والده، فحكموا بعدم قبولها، حتى نقل الشيخ في الخلاف (٥) عليه الاجماع. واحتجوا عليه مع ذلك بقوله تعالى: (وصاحبهما في الدنيا معروفًا) (٦)، وليس من المعروف الشهادة عليه والرد لقوله وإظهار تكذيبه، فيكون ارتكاب ذلك عقوقاً مانعاً من قبول الشهادة.

- (١) الكافي ٧: ٣٩٣ ح ٣، الوسائل ١٨: ٢٧٠ ب (٢٦) من أبواب الشهادات ح ١.
(٢) الكافي ٧: ٣٩٣ ح ١، التهذيب ٦: ٢٤٨ ح ٦٣٢، الوسائل ١٨: ٢٧١ الباب المتقدم ذيل ح ٣.
(٣) النهاية: ٣٣٠.
(٤) من (د).
(٥) الخلاف ٦: ٢٩٧ مسألة (٤٥).
(٦) لقمان: ١٥.

ولا يخفى عليك ضعف هذه الحجة، فإن قول الحق ورده عن الباطل وتخليص ذمته من الحق عين المعروف، كما ينبه عليه قوله صلى الله عليه وآله: (أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، فقيل: يا رسول الله كيف أنصره ظالماً؟ قال: ترده عن ظلمه، فذلك نصرك إياه) (١). ولأن إطلاق النهي عن عصيان الوالد يستلزم وجوب طاعته عند أمره له بارتكاب الفواحش وترك الواجبات، وهو معلوم البطلان.

وأما دعوى الإجماع على وجه يتحقق بها الحجة فممنوعة، وقد خالف في ذلك المرتضى (٢) - رضي الله عنه -، وكثير من المتقدمين كابن الجنيد وابن أبي عقيل لم يتعرضوا للحكم بنفي ولا إثبات.

ويدل على القبول مع الأصل عموم قوله تعالى: (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) (٣). وقوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم) (٤).

ورواية داود بن الحصين أنه سمع الصادق عليه السلام يقول: (أقيموا الشهادة على الوالدين والولد) (٥).

ورواية علي بن سويد الشامي عن أبي الحسن عليه السلام قال: (كتب أبي

-
- (١) صحيح البخاري ٩: ٢٨ - ٢٩، مسند أحمد ٣: ٩٩، سنن البيهقي ٦: ٩٤.
(٢) راجع الإنتصار: ٢٤٤، ولكن ظاهره ذلك، حيث نسب عدم القبول إلى بعض الأصحاب.
(٣) النساء: ١٣٥.
(٤) الطلاق: ٢.
(٥) الفقيه ٣: ٣٠ ح ٨٩، التهذيب ٦: ٢٥٧ ح ٦٧٥، الوسائل ١٨: ٢٥٠ ب (١٩) من أبواب الشهادات ح ٣.

في رسالته إلي وسألته عن الشهادات لهم: فأقم الشهادة لله ولو على نفسك أو الوالدين والأقربين) (١). وروى إسماعيل بن مهران (٢) مثله. وإلى هذا القول ذهب الشهيد في الدروس (٣)، مع أنه في الشرح (٤) اختار المشهور، معولا على الاجماع المنقول بخبر الواحد. واعترض في المختلف (٥) على الاحتجاج بالآية بأن الأمر بالإقامة لا يستلزم القبول. وأجيب (٦) بأنه لولاه لزم العبث في إقامتها، وبأنه معطوف على القبول وهو الشهادة على نفسه، ومعطوف عليه بالقبول وهو الشهادة على الأقربين، فلو كان غير مقبول لزم عدم انتظام الكلام، وأنه محال. وعلى القولين ففي تعدي الحكم إلى من علا من الآباء وسفل من الأولاد وجهان، من الشك في صدق الأبوة والبنوة على الجد وولد الولد بطريق الحقيقة. وأولى بالقبول هنا لو قيل به في القريب. ولا يتعدى إلى الأب والولد من الرضاعة، لعدم كونه ولدا حقيقة، ومن ثم لم يتبادر إليه عند الاطلاق، وصح سلبه عنه. مع احتمال دخوله. ونبه المصنف - رحمه الله - بقوله: (سواء شهد بمال أو بحق متعلق ببدنه،

-
- (١) الكافي ٧: ٣٨١ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٧٦ ح ٧٥٧، الوسائل ١٨: ٢٢٩ ب (٣) من أبواب الشهادات ح ١.
(٢) الكافي ٧: ٣٨١ ذيل ح ٣.
(٣) الدروس الشرعية ٢: ١٣٢.
(٤) غاية المراد: ٣٢١.
(٥) المختلف: ٧٢٠.
(٦) غاية المراد: ٣٢١.

وكذا تقبل شهادة الزوج لزوجته، والزوجة لزوجها، مع غيرها من أهل العدالة.

ومنهم من شرط في الزوج الضميمة كالزوجة. ولا وجه له. ولعل الفرق إنما هو لاختصاص الزوج بمزيد القوة في المزاج، [من] أن تجذبه دواعي الرغبة.

والفائدة تظهر، لو شهد فيما تقبل فيه شهادة الواحد مع اليمين. وتظهر الفائدة في الزوجة، لو شهدت لزوجها في الوصية.

كالقصاص والحد) على خلاف بعض العامة (١)، حيث حكم بقبول شهادة الولد على والده بالمال دون القصاص والحد، محتجا بأنه لا يجوز أن يكون سببا لعقوبة الأب، كما لا يقتص منه (٢) ولا يحد بقذفه. قوله: (وكذا تقبل... إلخ).

لا خلاف عندنا في قبول شهادة كل من الزوجين للآخر، لوجود المقتضي، وانتفاء المانع، وضعف التهمة مع وصف العدالة.

لكن شرط الشيخ - رحمه الله - في النهاية (٣) انضمام عدل آخر إلى كل منهما، استنادا إلى صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (تجوز شهادة الرجل لامرأته، والمرأة لزوجها، إذا كان معها غيرها) (٤). وموقوف (٥)

(١) الحاوي الكبير ١٧: ١٦٥، روضة الطالبين ٨: ٢١٣.

(٢) في (ت، ط): به.

(٣) النهاية: ٣٣٠.

(٤) الكافي ٧: ٣٩٢ - ٣٩٣ ح ١، التهذيب ٦: ٢٤٧ ح ٦٢٧، الوسائل ١٨: ٢٦٩ ب (٢٥) من أبواب الشهادات ح ١.

(٥) في (د): وموثق.

وتقبل شهادة الصديق لصديقه، وإن تأكدت بينهما الصحبة
والملاطفة، لأن العدالة تمنع التسامح.

سماعة قال: (سألته عن شهادة الرجل لامرأته؟ قال: نعم، والمرأة لزوجها؟ قال:
لا، إلا أن يكون معها غيرها) (١).
وجوابه: منع الدلالة، لأنه أطلق القبول في الزوج وقيده في الزوجة،
فإلحاقه بها قياس مع وجود الفارق. وأبعد منه إلحاق باقي الأقارب كما مر (٢).
ووجه التقييد في الرواية أن المرأة لا يثبت بها الحق منفردة ولا منضمة إلى
اليمين، بل يشترط أن يكون معها غيرها، إلا ما استثني نادرا وهو الوصية،
بخلاف الزوج، فإنه يثبت بشهادته الحق مع اليمين، والرواية باشتراط الضميمة
معها مبنية على الغالب في الحقوق، وهي ما عدا الوصية.
والمصنف - رحمه الله - وافق الشيخ في الزوجة دون الزوج، عملا بإطلاق
الرواية الصحيحة. وجعل الفائدة في شهادتها له بالوصية، فلا تقبل في الربع،
بخلاف ما لو شهدت لغيره. وفرق بينها وبين الزوج بقوة مزاجه وسداد عقله،
بخلافها، ومن ثم كانت شهادة امرأتين بشهادة رجل، فلا يوثق بعدالتها أن تميل
إلى مطلوبه بدواعي الطبع، بخلاف الرجل.
والأظهر عدم اشتراط الضميمة مطلقا. وعلى القول بها يكفي انضمام امرأة
أخرى فيما يكفي فيه بشهادة المرأتين، كنصف الوصية والمال الذي يكفي فيه
بهما مع اليمين.
قوله: (وتقبل شهادة الصديق... إلخ).

(١) التهذيب ٦: ٢٤٧ ح ٦٢٩، الوسائل ١٨: ٢٧٠ الباب المتقدم ح ٣.
(٢) في ص: ١٩٤.

الرابعة: لا تقبل شهادة السائل في كفه، لأنه يسخط إذا منع، ولأن ذلك يؤذن بمهانة النفس، فلا يؤمن على المال. ولو كان ذلك مع الضرورة نادرا، لم يقدر في شهادته.

نبه بالغاية على خلاف بعض الشافعية (١)، حيث ذهب إلى أنه إذا كان بينهما ملاطفة وهدية لا تقبل شهادته له. وعموم الأدلة يمنعه. والتهمة تندفع بالعدالة. قوله: (لا تقبل شهادة السائل... إلخ).

المشهور بين الأصحاب عدم قبول شهادة السائل في كفه مطلقا، لصحيفة علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام قال: (سألته عن السائل الذي يسأل في كفه هل تقبل شهادته؟ فقال: كان أبي لا يقبل شهادته إذا سأل في كفه) (٢). وموثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (رد رسول الله صلى الله عليه وآله شهادة السائل الذي يسأل في كفه، قال أبو جعفر عليه السلام: لأنه لا يؤمن على الشهادة، وذلك لأنه إن أعطي رضي، وإن منع سخط) (٣). وفي التعليل إيماء إلى تهمته.

واستثنى ابن إدريس (٤) من دعت الضرورة إلى ذلك. ووافق المصنف وجماعة (٥) من المتأخرين. وهو حسن.

وفي حكم السائل بكفه الطفيلي. والمراد بالسائل في كفه من يباشر السؤال والأخذ بنفسه، والسؤال في الكف كناية عنه.

-
- (١) هذا الخلاف من مالك، انظر الكافي للقرطبي ٢: ٨٩٤، ولم ينقل عن الشافعية، راجع الحاوي الكبير ١٧: ١٦٢ - ١٦٣، حلية العلماء ٨: ٢٦٠ - ٢٦١، المغني لابن قدامة ١٢: ٧١.
- (٢) الكافي ٧: ٣٩٧ ح ١٤، التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦٠٩، الوسائل ١٨: ٢٨١ ب (٣٥) من أبواب الشهادات ح ١.
- (٣) الكافي ٧: ٣٩٦ ح ١٣، التهذيب ٦: ٢٤٣ ح ٦٠٨، الوسائل ١٨: ٢٨١ الباب المتقدم ح ٢.
- (٤) السرائر ٢: ١٢٢.
- (٥) تحرير الأحكام ٢: ٢١٠، الدروس الشرعية ٢: ١٣١ - ١٣٢، التنقيح الرائع ٤: ٢٩٩.

الخامسة: تقبل شهادة الأجير والضيف، وإن كان لهما ميل إلى المشهود له، لكن يرفع التهمة تمسكهما بالأمانة.

قوله: (تقبل شهادة الأجير... إلخ).

لا خلاف في قبول شهادة الضيف من حيث هو ضيف، لعموم الأدلة المتناولة له، وارتفاع ريبة التهمة بواسطة التقوى. وفي رواية أبي بصير قال: (لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً) (١).

وأما الأجير فاختلف الأصحاب في شأنه، فجزم المصنف - رحمه الله - وقبله ابن إدريس (٢) بقبول شهادته، وعليه المتأخرون (٣)، للأصل، وعموم قوله تعالى: (واشهدوا شهيدين من رجالكم) (٤) (وأشهدوا ذوي عدل منكم) (٥). وذهب الشيخ في النهاية (٦) والصدوقان (٧) وأبو الصلاح (٨) وجماعة (٩) إلى عدم قبول شهادته ما دام أجيراً، لرواية العلاء بن سبابة عن الصادق عليه السلام قال: (كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يجيز شهادة الأجير) (١٠). ورواية زرعة

(١) الفقيه ٣: ٢٧ ح ٧٧، التهذيب ٦: ٢٥٨ ح ٦٧٦، الاستبصار ٣: ٢١ ح ٦٤، الوسائل ١٨: ٢٧٤ ب (٢٩٩) من أبواب الشهادات ح ٣.

(٢) السرائر ٢: ١٢١.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٢١٠، كشف الرموز ٢: ٥٢٠، التنقيح الرائع ٤: ٢٩٧ - ٢٩٨.

(٤) البقرة: ٢٨٢.

(٥) الطلاق: ٢.

(٦) النهاية: ٣٢٥.

(٧) الهداية: ٧٥، وحكاها عنهما العلامة في المختلف: ٧١٨.

(٨) الكافي في الفقه: ٤٣٦.

(٩) الوسيلة: ٢٣٠، غنية النزوع: ٤٤٠، إصباح الشيعة: ٥٢٩.

(١٠) الكافي ٧: ٣٩٤ ح ٤، التهذيب ٦: ٢٤٦ ح ٦٢٤، الاستبصار ٣: ٢١ ح ٦٢، الوسائل ١٨: ٢٧٤ ب (٢٩٩) من أبواب الشهادات ح ٢.

(٢٠٠)

لواحق
هذا الباب

وهي ست:

الأولى: الصغير والكافر والفاسق المعلن، إذا عرفوا شيئاً، ثم زال
المانع عنهم، فأقاموا تلك الشهادة قبلت، لاستكمال شرائط القبول.
ولو أقامها أحدهم في حال المانع فردت، ثم أعادها بعد زوال
المانع، قبلت.

قال: (سألته عما يرد من الشهود، فقال: المريب، والخصم، والشريك، ودافع
مغرم، والأجير) (١).

وفي طريق الرواية الأولى أحمد بن فضال عن أبيه. والثانية ضعيفة
موقوفة. فكان القول بالقبول أجود.

ويمكن حملهما على الكراهة، جمعا بينهما وبين رواية أبي بصير عن أبي
عبد الله عليه السلام، قال: (تكره شهادة الأجير لصاحبه، ولا بأس بشهادته لغيره،
ولا بأس به له بعد مفارقتة) (٢). أو على ما إذا كان هناك تهمة بجلب نفع أو دفع
ضرر، كما لو شهد لمن استأجره على قصارة الثوب أو خياطته به (٣) ونحو ذلك،
فإنها لا تقبل قطعا.

قوله: (الصغير والكافر والفاسق... إلخ).

-
- (١) التهذيب ٦: ٢٤٢ ح ٥٩٩، الاستبصار ٣: ١٤ ح ٣٨، الوسائل ١٨: ٢٧٨ ب (٣٢) من أبواب
الشهادات ح ٣. وفي المصادر: عن زرعة، عن سماعة، قال...
(٢) تقدم ذكر مصادرها في الصفحة السابقة هامش (١).
(٣) في (ث، ط): له.

وكذا العبد لو ردت شهادته على مولاه، ثم أعادها بعد عتقه، أو
الولد على أبيه فردت، ثم مات الأب وأعادها.
أما الفاسق المستتر، إذا أقام فردت، ثم تاب وأعادها، فهنا تهمة
الحرص على دفع الشبهة عنه، لاهتمامه بإصلاح الظاهر. لكن الأشبه
القبول.

عد بعضهم (١) من أسباب التهمة أن يدفع عار الكذب عن نفسه، فإذا شهد
فاسق مستتر بفسقه فرد الحاكم شهادته ثم تاب فشهادته مقبولة بعد ذلك، لكن لو
أعاد تلك الشهادة قيل: لا تقبل.

وهذا بخلاف ما لو ردت شهادة الفاسق المعلن فسقه أو العبد أو الصبي أو
الكافر، ثم تاب الفاسق وأعتق العبد وبلغ الصبي وأسلم الكافر، فأعادوا
شهادتهم، فإنها تقبل.

والفرق من وجهين:

أحدهما: أن العدالة والفسق يدركان بالنظر والاجتهاد، فإذا أدى نظر
الحاكم واجتهاده إلى فسق الشاهد حكم بردها، وما حكم برده فقد أبطله، فليس
له أن يصححه من تلك الجهة التي أبطله بها. والعبد والصبي والكافر والفاسق
المعلن ليس لهم أهلية الشهادة، وما أتوا به ليس بشهادة معتد بها حتى تقبل أو
ترد، ولو علم الحاكم حالهم لم يصنع إلى كلامهم، فليس في أمرهم نظر ولا
اجتهاد.

والثاني: أن المذكورين لا يتعيرون برد الشهادة. أما العبد والصبي فليس
إليهما نقصانها. وأما الكافر فلا يعتقد كفره نقصانا، بل يفتخر به، ولا يبالي برد

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٧، الدروس الشرعية ٢: ١٢٩.

الثانية: قيل: لا تقبل شهادة المملوك أصلاً. وقيل: تقبل مطلقاً.
وقيل: تقبل إلا على مولاة. ومنهم من عكس. والأشهر القبول إلا على
المولى.

قوله: (قيل: لا تقبل شهادة المملوك... إلخ).
اختلف الأصحاب في شهادة المملوك بسبب اختلاف الروايات، والنظر في
الجمع بينها، على أقوال.
الأول: قبول شهادته مطلقاً. نقله المصنف - رحمه الله - هنا عن بعض
الأصحاب، وهو اختيار ابن عمه نجيب الدين يحيى بن سعيد في جامعه (١).
وحجته: عموم قوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم) (٢) (واستشهدوا
شهيدين من رجالكم) (٣) وغيرهما (٤) من آيات العموم، فإنها تتناول المملوك كما
تتناول الحر في أصح القولين للأصوليين (٥).
وخصوص صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: (تجوز
شهادة العبد المسلم على الحر) (٦). وهي تدل على جوازها على مثله بطريق
أولى، لما سيأتي (٧) من الروايات الدالة على جوازها على مثله زيادة على هذه.
ورواية محمد بن مسلم أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام: (في شهادة

(١) الجامع للشرائع: ٥٤٠.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) البقرة: ٢٨٢.

(٤) النساء: ٦.

(٥) البحر المحيط ٣: ١٨١.

(٦) الفقيه ٣: ٢٦ ح ٦٩، التهذيب ٦: ٢٤٩ ح ٦٣٦. الاستبصار ٣: ١٦ ح ٤٤، الوسائل ١٨: ٢٥٤ ب

(٢٣٣) من أبواب الشهادات ح ٥. وفي المصادر: الحر المسلم.

(٧) في ص: ٢١٠.

المملوك إذا كان عدلا فهو جائز الشهادة، إن أول من رد شهادة المملوك عمر، وذلك أنه تقدم إليه مملوك في الشهادة فقال: إن أقمت الشهادة تخوفت على نفسي، وإن كتمتها أثمت بربي، فقال: هات شهادتك، أما إنا لا نجيز شهادة مملوك بعدك (١).

وحسنة بريد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن المملوك تجوز شهادته؟ قال: نعم، إن أول من رد شهادة المملوك لفلان) (٢).
وحسنة عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام: (إن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلا) (٣).
وهذه الأخبار كلها تدل على القبول مطلقا، وتخصيصها على خلاف الأصل.

الثاني: عدم قبولها مطلقا. ذهب إلى ذلك الحسن بن أبي عقيل (٤) من أصحابنا. وهو قول أكثر العامة (٥).
ومستنده من الأخبار صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام

-
- (١) الكافي ٧: ٣٨٩ - ٣٩٠ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٤٨ ح ٦٣٣، الاستبصار ٣: ١٥ ح ٤١، الوسائل ١٨: ٢٥٤ ب (٢٣) من أبواب الشهادات ح ٣.
(٢) الكافي ٧: ٣٩٠ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٤٨ ح ٦٣٥، الاستبصار ٣: ١٦ ح ٤٣، الوسائل ١٨: ٢٥٤ الباب المتقدم ح ٢.
(٣) الكافي ٧: ٣٨٩ ح ١، التهذيب ٦: ٢٤٨ ح ٦٣٤، الاستبصار ٣: ١٥ ح ٤٢، الوسائل ١٨: ٢٥٣ الباب المتقدم ح ١.
(٤) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٢٠.
(٥) حلية العلماء ٨: ٢٤٦، اللباب في شرح الكتاب ٤: ٦٠، الكافي للقرطبي ٢: ٨٩٤، روضة الطالبين ٨: ١٩٩.

في حديث، وفي آخره: (العبد المملوك لا تجوز شهادته) (١). والمراد بنفي الجواز نفي القبول، إذ هو الظاهر.
 وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن شهادة ولد الزنا، قال: لا ولا عبد) (٢).
 ورواية سماعة قال: (سألته عما يرد من الشهود، فقال: المريب، والخصم، والشريك، ودافع مغرم، والأجير، والعبد، والتابع، والمتهم، كل هؤلاء ترد شهادتهم) (٣).
 ومن الاعتبار أن الشهادة من المناصب الجليلة، فلا تليق بحال العبد كالقضاء. ولا استغراق وقته (٤) بحقوق سيده، فلا يتفرغ لتحمل الشهادة ولا لأدائها. ولأن نفوذ القول على الغير نوع ولاية، فيعتبر فيها الحرية كما في سائر الولايات. وفيه نظر، لأن الجواز المنفي مغاير للقبول في المفهوم، فحمله عليه - خصوصا مع معارضة تلك (٥) الأدلة الكثيرة - ليس بجيد. ومن الجائز حمله على معناه بإرادة عدم جواز شهادته بدون إذن مولاه، لما في ذلك من تعطيل حق سيده، والانتفاع به بغير إذنه. ولو كان هذا خلاف الظاهر لكان المصير إليه أولى، مراعاة للجمع.

- (١) التهذيب ٦: ٢٤٩ ح ٦٣٨، الاستبصار ٣: ١٦ ح ٤٦، الوسائل ١٨: ٢٥٦ ب (٢٣) من أبواب الشهادات ح ١٠.
 (٢) التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦١٢، الوسائل ١٨: ٢٧٧ ب (٣١) من أبواب الشهادات ح ٦.
 (٣) التهذيب ٦: ٢٤٢ ح ٥٩٩، الاستبصار ٣: ١٤ ح ٣٨، الوسائل ١٨: ٢٧٨ ب (٣٢) من أبواب الشهادات ح ٣.
 (٤) في (أ): رقبته.
 (٥) في (خ): معارضته لتلك.

هذا مع أن صدر الرواية تضمن قبول شهادة المملوك على أهل الكتاب، وهو ينافي عدم قبول شهادته مطلقا.

وأیضا فإن محمد بن (١) مسلم روى أيضا قبول شهادة المملوك على الحر المسلم، وروى (٢) قبول شهادته مطلقا، فلا وجه لترجيح المنع.

وأما صحيحة الحلبي فليست صريحة في عدم القبول، وقابلة للتأويل جمعا. واقترانه بولد الزنا في الشهادة يطرق الاحتمال أيضا، لما سيأتي (٣) من الخلاف فيه.

وأما رواية سماعة فوقوفها يوقف حالها، مضافا إلى ضعف سندها، فلا عبرة بها.

وأما كون الشهادة من المناصب المرتفعة عن مقام المملوكية فظاهر المنع، بل عين المتنازع، وفيما يسوغ للعبد من المناصب - كالإمامة - ما هو أشرف منها.

واستغراق وقته في خدمة سيده لا ينافي قبول شهادته، لامكان وقوع ما لا ينافي ذلك ولو بإذنه.

فهذان القولان طرفا الأقوال، وبقي بينهما وسائط.

الثالث: قبولها مطلقا إلا على مولاها. وهذا مذهب الأكثر، ومنهم

-
- (١) تقدم ذكر مصادره في ص: ٢٠٤ هامش (٦).
- (٢) تقدم ذكر مصادره في ص: ٢٠٥ هامش (١).
- (٣) في ص: ٢٢١.

الشيخان (١)، والمرتضى (٢)، وسلار (٣)، والقاضي (٤)، وابن إدريس (٥)، والمصنف، وأكثر المتأخرين (٦).

والمستند التوفيق بين الأدلة. ويناسب حمل أدلة المنع على شهادته على مولاه مشابهته للولد في عدم قبول شهادته على والده، لاشتراكهما في وجوب الطاعة وتحريم العصيان والعقوق.

وفيه نظر، لأن حمل أخبار المنع على ذلك غير متعين، لما ذكرناه سابقا، ولما سيأتي (٧) من الأخبار الدالة على المنع من شهادته على غيره من الأحرار، فيمكن حملها عليه. وتشبيهه بالولد ممنوع. ولو سلم فالأصل ممنوع أيضا. وقد تقدم (٨).

واستدل في المختلف (٩) لعدم قبول شهادته على مولاه بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام: (في رجل مات وترك جارية ومملوكين فورثهما أخ له، فأعتق العبدین، وولدت الجارية غلاما، فشهدا بعد العتق أن مولاها كان أشهدهما أنه كان يقع على الجارية وأن الحمل منه، قال: تجوز شهادتهما، ويردا

(١) النهاية: ٣٣١، المقنعة: ٧٢٦.

(٢) الإنتصار: ٢٤٦.

(٣) المراسم: ٢٣٢.

(٤) المهذب ٢: ٥٥٧.

(٥) السرائر ٢: ١٣٥.

(٦) المختلف: ٧٢١، غاية المراد: ٣٢٢، التنقيح الرائع ٤: ٣٠١.

(٧) في ص: ٢١٠.

(٨) في ص: ١٩٥.

(٩) المختلف: ٧٢١.

عبدین كما كانا) (١). قال: (وهي دالة على قبول شهادته لسيدته، والمنع من قبولها على سيده، وإلا لم يكن للعتق فائدة) (٢).

وفي كل منهما نظر:

أما الأول فلأنهما حين الشهادة لم يكونا شاهدين لسيدتهما ظاهرا، لأن مولوية الولد إنما تحققت بعد شهادتهما وحكم الحاكم بها. نعم، شهادتهما مع الحكم كشفا عن كون الشهادة في نفس الأمر للمولى، ولا يلزم منه قبولها مع ظهور الأمر [له] (٣).

وأما الثاني فلأن لفظ العتق لم يقيد به الإمام ليكون دليلا على اعتباره في القبول، بل هو في (٤) لفظ الراوي بيانا للواقع. سلمنا لكن مفهوم الصفة ليس بحجة عنده.

والشيخ في الاستبصار (٥) حملها على أنها شهادة في الوصية، فتقبل فيها لا غير، كما تقبل شهادة عدول الذمة عند عدم المسلمين. الرابع: عكسه. وهو عدم قبولها مطلقا إلا على مولاة. وهذا القول نقله المصنف - رحمه الله - هنا أيضا، وكذلك العلامة في القواعد (٦)، ولم نعلم قائله.

(١) التهذيب ٦: ٢٥٠ ح ٦٤٢، الاستبصار ٣: ١٧ ح ٥٠، الوسائل ١٨: ٢٥٥ ب (٢٣) من أبواب الشهادات ح ٧.

(٢) المختلف: ٧٢١.

(٣) من (ت).

(٤) في الحجريتين: من.

(٥) الاستبصار ٣: ١٧ ذيل ح ٥٠.

(٦) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٨.

ووجهه: الجمع بين الأخبار أيضا، بحمل أخبار القبول [بكونها] (١) على مولاة، والمانعة على غيره.

ولا يخفى عدم الموجب لهذا التخصيص. مضافا إلى ما ذكرناه سابقا من وجوه ترجيح غيره.

الخامس: قبولها على مثله وعلى الكافر، وردها على الحر المسلم. وهو مذهب أبي علي بن الجنيد (٢). وحجته - مع الجمع بين تلك الأخبار - قول الباقر عليه السلام في رواية محمد بن مسلم: (لا تجوز شهادة العبد المسلم على الحر المسلم) (٣). والتقييد بالصفة يدل على نفي الحكم عما عدا الموصوف. وعلى تقدير عدم حجية مفهوم الوصف فيستدل على قبول شهادته على الذمي بصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه قال: (تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب) (٤). وعلى العبد بما روي عن علي عليه السلام أنه كان يقبل شهادة بعضهم على بعض، ولا يقبل شهادتهم على الأحرار. ذكر ذلك الشيخ في الخلاف (٥).

وفيه نظر، لأن رواية محمد بن مسلم المذكورة معارضة بروايته أيضا الصحيحة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (تجوز شهادة العبد المسلم على الحر

(١) من (خ، د، م).

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٢٠.

(٣) التهذيب ٦: ٢٤٩ ح ٦٣٧، الاستبصار ٣: ١٦ ح ٤٥، الوسائل ١٨: ٢٥٦ ب (٢٣) من أبواب الشهادات ح ١٢.

(٤) الفقيه ٣: ٢٨ ح ٨١، التهذيب ٦: ٢٤٩ ح ٦٣٨، الاستبصار ٣: ١٦ ح ٤٦، الوسائل ١٨: ٢٥٤ الباب المتقدم ح ٤، وفي الفقيه: عن أبي جعفر عليه السلام.

(٥) الخلاف ٦: ٢٦٩ مسألة (١٩).

المسلم) (١). والرواية الثانية لا تدل على نفي قبولها على غير أهل الكتاب إلا بالمفهوم الضعيف. والرواية الثالثة ليس لها استناد (٢) يعتمد، وقد عارضها رواية عبد الرحمن بن الحجاج أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يقول: (لا بأس بشهادة المملوك) (٣) من غير تقييد بكون شهادته على مثله.

السادس: قبولها لغير مولاه وعليه، ورد لها له وعليه. ذهب إلى ذلك أبو الصلاح (٤) رحمه الله. وحاول به أيضا الجمع بين الأخبار، وأن في شهادته لمولاه تهمة بجره النفع إليه، وعليه عقوق ومعصية. وقد تقدم (٥) ما فيه.

السابع: قال ابنا بابويه: (لا بأس بشهادة العبد إذا كان عدلا لغير سيده) (٦). وهو يعطي المنع مما عدا ذلك من حيث المفهوم لا المنطوق. وإطلاق شهادته لغير سيده يشمل شهادته له على سيده، ويخرج بمفهومها شهادته لسيده على غيره. وفي رواية ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن الرجل المملوك المسلم تجوز شهادته لغير مواليه؟ فقال: تجوز في الدين والشئ اليسير) (٧).

(١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٢٠٤ هامش (٦).

(٢) في (خ، ط): اسناد.

(٣) الكافي ٧: ٣٨٩ ح ١، التهذيب ٦: ٢٤٨ ح ٦٣٤، الاستبصار ٣: ١٥ ح ٤٢، الوسائل ١٨:

٢٥٣ ب (٢٣) من أبواب الشهادات ح ١.

(٤) الكافي في الفقه: ٤٣٥.

(٥) في ص: ٢٠٨.

(٦) المقنع: ١٣٣، وحكاها عنهما العلامة في المختلف: ٧٢٠.

(٧) التهذيب ٦: ٢٥٠ ح ٦٤٠، الاستبصار ٣: ١٧ ح ٤٨، الوسائل ١٨: ٢٥٥ ب (٢٣) من أبواب

الشهادات ح ٨.

ولو أعتق، قبلت شهادته وعلى مولاه.
وكذا حكم المدبر والمكاتب المشروط. أما المطلق، إذا أدى من
مكاتبته [شيئاً]، قال في النهاية: تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه.
وفيه تردد، أقربه المنع.

قوله: (ولو أعتق... إلخ).

لوجود المقتضي للقبول وهو الحرية مع باقي الشرائط، وانتفاء المانع، إذ
ليس إلا الرقية وقد زالت. لكن لو كان قد أداها حال الرقية فردت افتقر إلى
إعادتها بعده، لأن السابقة مردودة فلا يبنى عليها. وكذا لو شهد الولد على والده
ثم مات الأب فأقامها بعده.

قوله: (وكذا حكم المدبر... إلخ).

المدبر قبل موت مولاه بحكم القن. وكذا المكاتب المشروط، سواء أدى
شيئاً من مال الكتابة أم لا، لبقائه على الرقية ما بقي عليه شيء وإن قل، وعوده
إليها لعجزه عنه كذلك.

أما المطلق، فإن لم يؤد شيئاً فكذلك، لأن المقتضي للقبول هو الحرية ولم
تحصل.

وإن أدى شيئاً، قال الشيخ في النهاية (١) وابن الجنيد (٢) والقاضي (٣)
وجماعة (٤): تقبل شهادته بنسبة ما أدى إلى جملة المال، وترد حيث ترد شهادة
القن بنسبة المتخلف، لانتفاء المانع عن ذلك البعض، ولرواية أبي بصير قال:

(١) النهاية: ٣٣١، ولكن ذكر ذلك فيما إذا شهد على سيده.

(٢) حكاه عنه فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٤: ٤٣٠.

(٣) المهذب ٢: ٥٥٧، ولكن ذكر ذلك فيما إذا شهد لسيده.

(٤) الوسيلة: ٢٣٠ - ٢٣١، الجامع للشرائع: ٥٤٠.

الثالثة: إذا سمع الاقرار صار شاهداً، وإن لم يستدعه المشهود عليه. وكذا لو سمع اثنين يوقعان عقداً، كالبيع والإجارة والنكاح وغيره. وكذا لو شاهد الغصب أو الجنابة. وكذا لو قال له الغريمان: لا تشهد علينا، فسمع منهما أو من أحدهما ما يوجب حكماً. وكذا لو خباء (١)، فنطق المشهود عليه مسترسلاً.

(سألته عن شهادة المكاتب - إلى قوله - فإن كان أدى النصف أو الثلث فشهد لك بألف على رجل، أعطيت من حقه بحساب ما أعتق) (٢).
والرواية موقوفة، فمن ثم قرب المصنف - رحمه الله - المنع وإلحاقه بالقن إلى أن تكمل حريته.

ووجه القرب: أن المانع من قبول شهادته هو الرقية، والمانع لم يزل بالكلية، فيستصحب الحكم إلى أن يزول. وهذا هو الأقوى.

قوله: (إذا سمع الاقرار... إلخ).

المعتبر في قبول شهادة الشاهد مع استجماعه للصفات المعتبرة فيه علمه بما يشهد به، سواء كان سبب العلم استدعاء المشهود له وعليه أم اتفاق علمه بالواقعة، لاشتراك الجميع في المقتضي وهو العلم، حتى لو فرض سماعه العقد ونحوه منهما أو تحاسبهما أو تصادقهما [معا] (٣) فقالا له: لا تشهد علينا، فهذا القول لاغ، وله (٤) بل عليه أن يشهد بما علم، لشمول الأدلة لذلك كله.

(١) خباء الشيء: ستره. لسان العرب ١: ٦٢.

(٢) التهذيب ٦: ٢٧٩ ح ٧٦٧، الوسائل ١٨: ٢٥٧ ب (٢٣) من أبواب الشهادات ح ١٤، مع اختلاف في بعض اللفظ.

(٣) من (ت).

(٤) سقط من (خ، ط).

الرابعة: التبرع بالشهادة قبل السؤال يطرق التهمة، فيمنع القبول.
أما في حقوق الله، أو الشهادة للمصالح العامة، فلا يمنع، إذ لا مدعي لها. وفيه تردد.

وكذا تقبل شهادة من خباء وجلس في زاوية مستخفيا لتحمل الشهادة. ولا يحمل ذلك على الحرص، إذ الحاجة قد تدعوا إليه، بأن يقر من عليه الحق إذا خلا به المستحق ويجحد إذا حضر غيره. ولأن الحرص على التحمل لا على الأداء.

ويظهر من كلام ابن الجنيد (١) عدم قبول شهادته. وهو مذهب بعض العامة (٢). وفرق آخرون (٣) بين كون المشهود عليه ممن يتخذع (٤) وغيره، فقبل الشهادة على الثاني دون الأول. وعموم الأدلة - ومنها قوله تعالى: (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) (٥) - يشمل.

قوله: (التبرع بالشهادة... إلخ).

من أسباب التهمة الحرص على الشهادة بالمبادرة إليها قبل استنطاق الحاكم، سواء كان بعد دعوى المدعي أم قبله.

واعلم أن الحقوق على ضربين: ضرب يمنع المبادرة إلى الشهادة بها من قبولها، وهو حقوق الأدميين المحضنة. وضرب مختلف فيه، وهو حقوق الله تعالى المحضنة، كالزنا وشرب الخمر والوقف على المصالح العامة كالمساجد، أو لله

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٢٧، والشهيد في الدروس الشرعية ٢: ١٣١.

(٢) المغني لابن قدامة ١٢: ١٠٢، روضة الطالبين ٨: ٢١٧.

(٣) الكافي للقرطبي ٢: ٨٩٨ - ٨٩٩.

(٤) في (م): يخدع.

(٥) الزخرف: ٨٦.

تعالى فيه حق وإن كان مشتركا، كحد القذف، والوقف على منتشرين، والعتق، والوقف على معين إن قلنا بانتقال الملك إلى الله تعالى. وتسمى الشهادة على هذا القسم على وجه المبادرة شهادة الحسبة.

فالمبادر في القسم الأول لا تقبل شهادته. وفي الخبر أنه صلى الله عليه وآله قال في معرض الذم: (ثم يحيي قوم يعطون الشهادة قبل أن يسألوها) (١). وفي لفظ آخر: (ثم يفضوا الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد) (٢). وروي أنه صلى الله عليه وآله قال: (خير الشهداء الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها) (٣). فجمع بين الحديتين بحمل الأول على الأول، والثاني على الثاني.

والمصنف - رحمه الله - تردد في عدم المنع في القسم الثاني. ووجه التردد من عموم الأدلة الدالة على الرد، وتطرق التهمة، ومن ثبوت الفرق الموجب لاختصاص الحكم بالأول، لأن هذه الحقوق لا مدعي لها، فلو لم يشرع فيها التبرع لتعطلت، وهو غير جائز. ولأنه نوع من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو واجب، وأداء الواجب لا يعد تبرعا. وهذا هو الأقوى.

إذا تقرر ذلك، فالتبرع بالشهادة في موضع المنع ليس جرحا (٤) عندنا حتى لا تقبل شهادته في غير تلك الواقعة، لأن الحرص المذكور ليس بمعصية، فتسمع شهادته في غيرها وإن لم يتب عما وقع ولا استبرئ من ذلك مدة، وإنما الرد

-
- (١) مسند أحمد ٤: ٤٢٦، تلخيص الحبير ٤: ٢٠٤ ح ٢١٣٠.
- (٢) سنن ابن ماجه ٢: ٧٩١ ح ٢٣٦٣، تلخيص الحبير ٤: ٢٠٤ ذيل ح ٢١٣٠.
- (٣) مسند أحمد ٥: ١٩٣، صحيح مسلم ٣: ١٣٤٤ ح ١٩، سنن أبي داود ٣: ٣٠٤ ح ٣٩٥٦، سنن الترمذي ٤: ٤٧٢ ح ٢٢٩٥ و ٢٢٩٧، سنن البيهقي ١٠: ١٥٩.
- (٤) في (ت، ط): حرجا، وفي (خ): حرصا.

الخامسة: المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادته، الوجه أنها لا تقبل حتى يستبان استمراره على الصلاح. وقال الشيخ: يجوز أن يقول: تب أقبل شهادتك.

لمعنى حاصل في نفس الواقعة، ولا يلزم منه حصوله في غيرها. ولو أعاد تلك الشهادة في مجلس آخر على وجهها ففي قبولها وجهان، من بقاء التهمة في الواقعة، واجتماع الشرائط في الشهادة الثانية. وهذا أجود. وذهب بعض العامة (١) إلى أنه يصير بذلك مجروحا، وأن المبادرة غير جائزة. واختلفوا في كونها من الصغائر أو الكبائر. وفرعوا عدم قبولها إذا أعادها - كالشهادة المردودة بعلّة الفسق - على الثاني، وتقبل على الأول. قوله: (المشهور بالفسق... إلخ).

التوبة المعتبرة تنقسم إلى ما هي بين العبد وبين الله تعالى، وهي التي يندفع بها إثم الذنب، وإلى توبة في الظاهر، وهي التي يتعلق بها عود (٢) الشهادات والولايات.

فأما التوبة الأولى فهي أن يندم على ما مضى، ويترك فعله (٣) في الحال، ويعزم على أن لا يعود إليه، ويكون الباعث على ترك القبيح قبحه. ثم إن كانت المعصية لا يتعلق بها حق لله تعالى ولا للعباد، كالاستمتاع بما دون الوطاء، فلا شيء عليه سوى ذلك.

وإن تعلق بها حق مالي، كمنع الزكاة وكالغصب والجنايات في أموال الناس، فيجب مع ذلك تبرئة الذمة منه، بأن يؤدي الزكاة، ويرد أموال الناس إن

(١) انظر روضة الطالبين ٨: ٢١٧.

(٢) في (ت): قبول.

(٣) في (أ، ت، ث، ط): مثله.

بقية، ويغرم بدلها إن لم تبق، أو يستحل من المستحق فيبرؤه منها. ولو كان معسرا نوى الغرامة له إذا قدر.

وإن تعلق بالمعصية حق ليس بمالي، كما لو زنى أو شرب، فإن لم يظهر، فيجوز أن يظهره ويقر به ليقام عليه الحد، ويجوز أن يستره. وهو الأولى. فإن ظهر فقد فات الستر، فيأتي الحاكم ليقيم عليه الحد، إلا أن يكون ظهوره قبل قيام البيئة عليه عند الحاكم، كما سيأتي (١) من سقوط الحد بالتوبة قبل قيام البيئة مطلقا.

وإن كان حقا للعباد، كالقصاص والقذف، فيأتي المستحق ويمكنه من الاستيفاء. فإن لم يعلم المستحق وجب في القصاص أن يخبره ويقول: أنا الذي قتلت أباك مثلا، ولزمني القصاص، فإن شئت فاقتص، وإن شئت فاعف. وفي القذف والغيبة إن بلغه فالأمر كذلك، وإن لم يبلغه فوجهان، من أنه حق آدمي فلا يزول إلا من جهته، وإليه ذهب الأكثر، ومن استلزامه زيادة الأذى ووغر (٢) القلوب.

وعلى الأول فلو تعذر الاستحلال منه بموته أو امتناعه فليكثر من الاستغفار والأعمال الصالحة، عسى أن يكون عوضا عما يأخذه يوم القيامة من حسناته إن لم يعوضه الله تعالى عنه. ولا اعتبار فيه بتحليل الورثة وإن ورثوا حد القذف.

(١) في ص: ٣٥٨.

(٢) الوغر: الحقد والضغن والعداوة.

أما الحق المالي إذا مات مستحقه، فإنه ينتقل إلى وارثه، ويبرأ بدفعه إليهم وبإبرائهم منه. وهكذا ينتقل من وارث إلى آخر. ومتى دفع هو أو أحد من ورثته أو بعض المتبرعين إلى الوارث في بعض الطبقات برئ منه. وإن بقي إلى يوم القيامة ففي مستحقه حينئذ أوجه:

أحدها: رجوعه إلى صاحب الحق الأول. وهو المروي في الصحيح عن عمر بن يزيد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات، ثم صالح ورثته على شيء، فالذي أخذ الورثة لهم، وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة، وإن هو لم يصلحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو للميت يأخذه به) (١).

والمراد بالصلح على شيء في الأول إما على بعض الحق مع إبقاء البعض في ذمته، أو الصلح على وجه غير لازم، إما لاستلزامه الربا، أو لعدم علم المستحق بمقدار الحق مع علم من عليه الحق به، أو نحو ذلك، وإلا فلو وقع على الجميع برئ منه وإن كان بأقل، وهو صلح الحطيطة، كما تقدم في بابه (٢). والوجه الثاني: أنه يكتب الأجر لكل وارث مدة عمره، أو عوض المظلمة، ثم يكون لآخر وارث ولو بالعموم كالإمام، لأن ذلك هو قضية التوارث لما يترك الميت بعموم الكتاب (٣) والسنة (٤).

(١) الكافي ٥: ٢٥٩ ح ٨، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨٠، الوسائل ١٣: ١٦٦ ب (٥) من أبواب أحكام الصلح ح ٤.

(٢) راجع ج ٤: ٢٦١ - ٢٦٢.

(٣) النساء: ١١ - ١٢.

(٤) الوسائل ١٧: ٤١٤ أبواب موجبات الإرث.

والثالث: أنه ينتقل بعد موت الكل إلى الله تعالى، لأنه الباقي بعد فناء كل شيء، وهو يرث الأرض ومن عليها، وهو خير الوارثين. وأصحها الأول. وأما التوبة الظاهرة، فالمعاصي تنقسم إلى فعلية وقولية. أما القولية - كالكذب - فقد تقدم (١) الكلام في توبته. وأما الفعلية - كالزنا والسرقه والشرب - فإظهار التوبة عنها لا يكفي في قبول الشهادة وعود الولاية، لأنه لا يؤمن أن يكون له في الاظهار غاية وغرض فاسد، فيختبر مدة يغلب على الظن فيها أنه قد أصلح عمله وسريته وأنه صادق في توبته. ولا يتقدر ذلك بمدة معينة، لاختلاف الأمر فيه باختلاف الأشخاص وأمارات الصدق. وعند بعض العامة (٢) يتقدر بمضي الفصول الأربعة، لأن لها أثرا بينا في تهيج النفوس وانبعاثها لمشتبهاتها، فإذا مضت على السلامة أشعر ذلك بحسن السريرة. واكتفى بعضهم (٣) بستة أشهر، لظهور عوده إن كانت فيها غالبا. ولو كانت المعصية مما يترتب عليها حق مالي فلا بد من التخلص منه كالأولى. هذا هو المشهور بين الأصحاب. وذهب الشيخ في موضع من المبسوط (٤) إلى الاكتفاء بإظهار التوبة عقيب قول الحاكم له: تب أقبل شهادتك، لصدق التوبة المقتضي لعود العدالة، مع انتفاء المانع، فيدخل تحت عموم قبول شهادة العدل. وأجيب (٥) بمنع اعتبار توبته حينئذ، لأن التوبة المعتبرة هو أن يتوب عن

(١) في ص: ١٧٣.

(٢) الحاوي الكبير ١٧: ٣١، المغني لابن قدامة ١٢: ٨١ - ٨٢، روضة الطالبين ٨: ٢٢١ - ٢٢٢.

(٣) الحاوي الكبير ١٧: ٣١، المغني لابن قدامة ١٢: ٨١ - ٨٢، روضة الطالبين ٨: ٢٢١ - ٢٢٢.

(٤) المبسوط ٨: ١٧٩.

(٥) غاية المراد: ٣١٩ - ٣٢٠.

السادسة: إذا حكم الحاكم، ثم تبين في الشهود ما يمنع القبول، فإن كان متجددا بعد الحكم لم يقدح، وإن كان حاصلًا قبل الإقامة، وخفي عن الحاكم، نقض الحكم [إذا علم].

القبیح لقبحه، وهاهنا ظاهرها أنها لا لقبحه بل لقبول الشهادة. وفيه نظر، لأنه لا يلزم من قوله: (تب أقبل شهادتك) كون التوبة لأجل ذلك، بل غايته أن تكون التوبة علة في القبول، أما أنه غاية لها فلا. وأيضا فالمأمور به التوبة المعتبرة شرعا لا مطلق التوبة، والمغياة بقبول شهادته ليست كذلك.

نعم، مرجع كلام الشيخ إلى أن مضي الزمان المتطاوّل ليس بشرط في ظهور التوبة. والأمر كذلك إن فرض غلبة ظن الحاكم بصدقه في توبته في الحال، وإلا فالمعتبر ذلك.

قوله: (إذا حكم الحاكم... إلخ).

إذا حكم الحاكم بشهادة اثنين ثم بان له ما يمنع قبول الشهادة، فإن كان المانع متجددا بعد الحكم - كالكفر والفسق - لم ينقض الحكم مطلقا، لوقوعه بشهادة عدلين. وإن كان حدوثه بعد الشهادة وقبل الحكم فسيأتي (١) البحث فيه. وإن كان حاصلًا قبل الإقامة وخفي على الحاكم، كما لو تبين له أنهما كانا كافرين أو صبيين أو عبيدين على وجه لا تقبل فيه شهادتهما، أو امرأتين، أو عدوين للمشهود عليه، أو أحدهما عدوا أو ولدا له على القول به، نقض حكمه، لأنه تيقن الخطأ فيه، كما لو حكم باجتهاده ثم ظهر النص بخلافه.

(١) في ص: ٢٩٤.

الوصف السادس: طهارة المولد
فلا تقبل شهادة ولد الزنا أصلا. وقيل: تقبل في اليسير مع تمسكه
بالصلاح، وبه رواية نادرة. ولو جهلت حاله، قبلت شهادته، وإن نالته
بعض الألسن.

ولو تبين لقاض آخر أنه حكم بشهادتهما كذلك نقض حكمه أيضا، إلا في
صورة الحكم بالعبدین والولد مع اختلافهما في الاجتهاد وذهاب الحاكم إلى قبول
شهادتهما، فليس للثاني نقضه حينئذ. ولو كان موافقا له في الاجتهاد بعدم قبول
شهادتهما فاتفق غلطه نقضه أيضا. وطريق ثبوت فسقهما سابقا يحصل بحضور
جارحين لهما بأمر سابق على الشهادة.

فرع: لو قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين: قد بان لي أنهما كانا
فاسقين، ولم يظهر بينة تشهد بفسقهما، ففي تمكينه من نقضه وجهان أظهرهما
ذلك، بناء على جواز قضائه بعلمه.

ولو قال: أكرهت على الحكم بقولهما، وكنت أعرف فسقهما، قبل قوله من
غير بينة على الاكراه، مع ظهور أمارته، كما لو كان قاضيا من قبل سلطان جائر
يظهر في حقه ذلك، وإلا فوجهان، ولعل القبول أقوى مطلقا.
قوله: (طهارة المولد... إلخ).

المشهور بين الأصحاب - ومنهم الشيخ في الخلاف (١) والمرضى (٢) مدعى
عليه الاجماع - عدم قبول شهادة ولد الزنا مطلقا. واختلفوا في تعليقه، فالجمهور
عللوه بورود الأخبار الصحيحة بذلك، كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله

(١) الخلاف ٦: ٣٠٩ مسألة (٥٧).

(٢) الإلتصار: ٢٤٧.

عليه السلام قال: (سألته عن شهادة ولد الزنا فقال: لا ولا عبد) (١).
وصحيحة محمد بن مسلم قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تجوز
شهادة ولد الزنا) (٢).
ورواية أبي بصير قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن ولد الزنا أتجوز
شهادته؟ قال: لا، قلت: إن الحكم يزعم أنها تجوز، فقال: اللهم لا تغفر ذنبه) (٣).
ورواية عبيد بن زرارة عن أبيه قال: (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:
لو أن أربعة شهدوا عندي على رجل بالزنا وفيهم ولد زنا لحددتهم جميعا، لأنه لا
تجوز شهادته، ولا يؤم الناس) (٤).
وأجودها سندا الخبر الأول، لكن دلالاته لا تخلو من قصور. وأما الثاني
فصحته ممنوعة، وإن شهد له بها العلامة في المختلف (٥) وولده في الشرح (٦)، لأن
في طريقه محمد بن عيسى عن يونس، وهو مقدوح إما مطلقا، أو على هذا
الوجه. وفي طريق الثالث أبان وأبو بصير، وهما مشتركان بين الثقة وغيره. وفي
طريق الرابع ابن فضال، وحاله مشهور.
وعلله ابن إدريس (٧) بأن ولد الزنا كافر، محتجا بالاجماع، فمن ثم لا تقبل
شهادته كغيره من الكفار. والدعوى للحكم والاجماع ممنوعان.

- (١) التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦١٢، الوسائل ١٨: ٢٧٧ ب (٣١) من أبواب الشهادات ح ٦.
(٢) الكافي ٧: ٣٩٥ ح ٦، التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦١٣، الوسائل ١٨: ٢٧٦ الباب المتقدم ح ٣.
(٣) الكافي ٧: ٣٩٥ ح ٤، التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦١٠، الوسائل ١٨: ٢٧٥ - ٢٧٦ الباب المتقدم ح ١.
(٤) الكافي ٧: ٣٩٦ ح ٨، التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦١٤، الوسائل ١٨: ٢٧٦ الباب المتقدم ح ٤.
(٥) المختلف: ٧١٨ - ٧١٩.
(٦) إيضاح الفوائد ٤: ٤٢٥.
(٧) السرائر ٢: ١٢٢.

واحتج له المرتضى (١) بالاجماع، وبالخبير الذي ورد أن ولد الزنا لا ينجب. وأجاب عن ظواهر الآيات التي تقتضي قبول شهادة ولد الزنا إذا كان عدلا، وأنه (ولا تزر وازرة وزر أخرى) (٢)، فلا يتعدى إليه ذنب من خلق من نطفته: بأن الله تعالى قد علم ممن خلق من نطفة زنا أن لا يختار هو الخير والصلاح، فإذا علمنا بدليل قاطع أنه لا ينجب لم يلتفت إلى ما يظهره من الايمان والعدالة، لأنه يفيد ظن صدقه، ونحن قاطعون بخبث باطنه وقبح سريره، فلا تقبل شهادته. وهذا كله مبني على ثبوت الخبر الوارد بذلك، بل تواتره، لأن غير المتواتر لا يوجب الحجة عنده، ونحن ومن قبلنا لم يمكننا إثباته بسند معتمد، فضلا عن كونه متواترا.

واعتذر له في المختلف (٣) بجواز كونه متواترا في زمانه ثم انقطع. ولا يخفى ما فيه من التكلف وظهور المنع. وعلله ابن الجنيد - رحمه الله - بورود الخبر أنه شر الثلاثة (٤)، وعنى به هو والزانيين. قال: (فإذا كنا لا نقبل شهادة الزاني والزانية، كان رد شهادة من هو شر منهما أولى) (٥).

-
- (١) راجع الانتصار: ٢٤٧ - ٢٤٨، ولكن حكى إجماع طائفتنا على أن ولد الزنا لا يكون نجيبا، لا أنه خبر وارد. نعم، احتج بالخبير الذي يروى بأن ولد الزنا لا يدخل الجنة. ورواه الماوردي في الحاوي الكبير ١٧: ٢١٠، والبيهقي في سننه ١٠: ٥٨، والهيثمي في مجمع الزوائد ٦: ٢٥٧.
- (٢) الأنعام: ١٦٤.
- (٣) المختلف: ٧١٩.
- (٤) علل الشرائع: ٥٦٤ ب (٣٦٣) ح ٢، سنن أبي داود ٤: ٢٩ ح ٣٩٦٣، المعجم الكبير للطبراني ١٠: ٣٤٦ رقم ١٠٦٧٤، سنن البيهقي ١٠: ٥٧.
- (٥) الانتصار: ٢٤٨.

واعترضه المرتضى - رضي الله عنه - : (بأنه خبر واحد لا يوجب علما ولا عملا، ولا يرجع بمثله عن ظواهر الآيات الموجبة للعلم) (١). وبانتقاضه بما لو تاب الزانيان، فإن شهادتهما تقبل إجماعا، فلا يلزم عدم قبول شهادته أبدا. وإيراده الثاني متوجه. أما الأول فهو مشترك بين خبريهما، فلا وجه للتخصيص.

ووراء هذا القول قولان آخران:

أحدهما: للشيخ في المبسوط (٢) أنه تقبل شهادته مع عدالته في الزنا وغيره، نقل ذلك عن قوم. قال: (وهو قوي، لكن أخبار أصحابنا تدل على أنه لا تقبل شهادته). ومجرد معارضة أخبار أصحابنا (٣) لا يقتضي الرجوع عما قواه، لجواز العدول عن الأخبار لوجه يقتضيه، فقد وقع له كثيرا. ووجه العدول واضح، فإن عموم الأدلة من الكتاب (٤) والسنة (٥) على قبول شهادة العدل ظاهرا يتناول ولد الزنا، ومن ثم ذهب إليه أكثر من خالفنا (٦).

والثاني: قوله في النهاية (٧) أنه تقبل شهادته في الشيء اليسير دون الكثير، استنادا إلى رواية عيسى بن عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: (سألته عن

(١) الإنتصار: ٢٤٨.

(٢) المبسوط ٨: ٢٢٨.

(٣) كذا في (أ)، وفي سائر النسخ: أصحابه.

(٤) الطلاق: ٢.

(٥) الوسائل ١٨: ٢٨٨ ب (٤١) من أبواب الشهادات.

(٦) اللباب في شرح الكتاب ٤: ٦٤، الحاوي الكبير ١٧: ٢١٠، حلية العلماء ٨: ٢٥٣، المغني لابن

قدامة ١٢: ٧٤، روضة الطالبين ٨: ٢١٩.

(٧) النهاية: ٣٢٦.

شهادة ولد الزنا، فقال: لا تجوز إلا في الشيء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً (١). وإطلاق المنع من قبولها محمول على الكثير جمعا. وقد ورد أيضا في العبد المقترن (٢) به رواية بقبول شهادته في اليسير، رواها ابن أبي يعفور في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن الرجل المملوك المسلم تجوز شهادته لغير مواليه، فقال: تجوز في الدين والشيء اليسير) (٣).

وأجاب في المختلف (٤): (بالقول بالموجب، فإن قبول شهادته في الشيء اليسير يعطي المنع من قبول اليسير من حيث المفهوم، إذ لا يسير إلا وهو كثير بالنسبة إلى ما دونه، فإذا لا تقبل شهادته إلا في أقل الأشياء الذي ليس بكثير بالنسبة إلى ما دونه، إذ لا دون له، ومثله لا يملك).

ولا يخفى ما في هذا الجواب من التكلف، فإن اليسير منزل على العرف حيث لا معين له شرعا، واليسير الإضافي داخل في العرف. نعم، يمكن القدح في الرواية باشتراك عيسى بن عبد الله بين الثقة وغيره، فلا تعارض روايته تلك الأخبار الكثيرة أو عموم الكتاب والسنة الدالين على القبول مطلقا.

-
- (١) التهذيب ٦: ٢٤٤ ح ٦١١، الوسائل ١٨: ٢٧٦ ب (٣١) من أبواب الشهادات ح ٥.
(٢) في (ت): القن وبه رواية....
(٣) التهذيب ٦: ٢٥٠ ح ٦٤٠، الاستبصار ٣: ١٧ ح ٤٨، الوسائل ١٨: ٢٥٥ ب (٢٣) من أبواب الشهادات ح ٨.
(٤) المختلف: ٧١٩.

الطرف الثاني

في ما به يصير شاهدا

والضابط: العلم، لقوله تعالى: (ولا تقف ما ليس لك به علم)، ولقوله عليه السلام وقد سئل عن الشهادة: (هل ترى الشمس؟ على مثلها فاشهد أو دع).

ومستندها: إما المشاهدة، أو السماع، أو هما.

فما يفتقر إلى المشاهدة الأفعال، لأن آلة السمع لا تدركها، كالغصب، والسرقة، والقتل، والرضاع، والولادة، والزنا، واللواط. فلا يصير شاهدا بشئ من ذلك، إلا مع المشاهدة. ويقبل فيه شهادة الأصم. وفي رواية: يؤخذ بأول قوله لا بثانيه. وهي نادرة.

قوله: (في ما به يصير شاهدا... إلخ).

الأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين، قال الله تعالى: (ولا تقف ما ليس لك به علم) (١)، أي: لا تتبعه فتقول فيه بغير علم. يقال: قفوته أقفوه وقفيته إذا اتبعت أثره. وقال تعالى: (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) (٢). وقال صلى الله عليه وآله لمن سأله عن الشهادة: (تري الشمس؟ فقال: نعم، فقال: على مثلها فاشهد أو دع) (٣).

إلا أن من الحقوق ما لا يحصل اليقين فيه، ولا يستغنى عن إقامة البينة عليه، فأقيم الظن المؤكد فيه مقام اليقين، وجوزت الشهادة بناء على ذلك الظن،

(١) الأسراء: ٣٦.

(٢) الزخرف: ٨٦.

(٣) عوالي اللثالي ٣: ٥٢٨ ح ١، الدر المنثور ٨: ١٩٥.

كما سيأتي (١) عند بعض. وبعضهم طرد الباب.
وقد قسم المصنف - رحمه الله - وغيره (٢) من الفقهاء المشهود به على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يكفي فيه الابصار، وهو الأفعال، كالزنا والشرب، والغصب والاتلاف والسرقه، والقتل، والولادة والرضاع، والاصطياد والاحياء، وكون المال في يد الشخص، فيشترط فيها الرؤية المتعلقة بها وبفاعلها، ولا يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير.

وتقبل فيها شهادة الأصم، إذ لا مدخل للسمع فيها، ولعموم الأدلة المتناولة له.

وذهب الشيخ في النهاية (٣) وتلميذه القاضي (٤) إلى أنه يؤخذ بأول قوله، ولا يؤخذ بثانيه، استنادا إلى رواية جميل قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الأصم في القتل، قال: يؤخذ بأول قوله، ولا يؤخذ بثانيه) (٥).
وأجيب بضعف سند الرواية، فإن في طريقها سهل بن زياد. وبالقول بالموجب، فإن قوله الثاني إن كان منافيا للأول ردت شهادته، لأنه رجوع عما شهد به أولا، فلا يقبل، وإن لم يكن منافيا لم يكن ثانيا، بل شهادة أخرى مستأنفة.

(١) في الصفحة التالية.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٩، الدروس الشرعية ٢: ١٣٤.

(٣) النهاية: ٣٢٧.

(٤) المهذب: ٢: ٥٥٦.

(٥) الكافي ٧: ٤٠٠ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٥٥ ح ٦٦٤، الوسائل ١٨: ٢٩٦ ب (٤٢) من أبواب الشهادات ح ٣.

وما يكفي فيه السماع: فالنسب، والموت، والملك المطلق، لتعذر الوقوف عليه مشاهدة في الأغلب. ويتحقق كل واحد من هذه، بتوالي الأخبار من جماعة، لا يضمهم قيد المواعدة، أو يستفيض ذلك حتى يتأخم العلم. وفي هذا عندي تردد.

وقال الشيخ رحمه الله: لو شهد عدلان فصاعدا، صار السامع متحملا وشاهد أصل، لا شاهدا على شهادتهما، لأن ثمرة الاستفاضة الظن، وهو حاصل بهما. وهو ضعيف، لأن الظن يحصل بالواحد.

وفي هذا القسم الأخير نظر. وكيف كان، فالوجه القبول مطلقا. قوله: (وما يكفي فيه السماع... إلخ).

هذا هو القسم الثاني، وهو ما يكفي فيه السماع، فمنه النسب، فيجوز أن يشهد بالتسامع أن هذا الرجل ابن فلان، وأن هذه المرأة إذا عرفها بعينها بنت فلان، أو أنهما من قبيلة كذا، لأنه أمر لا مدخل للرؤية فيه، وغاية الممكن رؤية الولادة على فراش الانسان، لكن النسب إلى الأجداد المتوفين والقبائل القديمة لا يتحقق فيه الرؤية ومعرفة الفراش، فدعت الحاجة إلى اعتماد التسامع. ومقتضى إطلاق النسب عدم الفرق بين كونه من الأب والأم. وفي نسب الأم وجه أنه لا تجوز الشهادة عليه بالسماع، لامكان رؤية الولادة. والأشهر الجواز كالرجل.

وصفة التسامع في ذلك أن يسمع الشاهد الناس ينسبون المشهود بنسبه إلى ذلك الرجل أو القبيلة. ولا يعتبر التكرر والامتداد (١) مدة السماع، وإن كان الحكم

(١) في (ت، م): ولا امتداد.

به أكد، بل لو حضر جماعة لا يرتاب في صدقهم، فأخبروه بنسبه دفعة واحدة على وجه إفادة الغرض، جاز له الشهادة.

ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبة الناس أن لا يعارضهم ما يورث التهمة والريبة، فلو كان المنسوب إليه حيا وأنكر لم تجز الشهادة. ولو كان مجنونا جازت، كما لو كان ميتا. وفيه وجه بالمنع، لاحتمال أن يفيق فينكر. وهل يقدر في ذلك طعن من يطعن في النسب؟ وجهان أظهرهما مراعاة الشرط، وهو الظن المتأخم (١) أو العلم.

ومنه الموت، والمشهور جواز الشهادة عليه بالاستفاضة كالنسب، لأن أسباب الموت مما يكثر، ومنها ما يخفى ومنها ما يظهر، وقد يعسر الاطلاع عليها، فجاز أن يعتمد على الاستفاضة، ولأنه يقع في الأفواه وينتشر كالنسب. وفيه وجه بالمنع، لأنه يمكن فيه المعاينة، بخلاف النسب.

ومنه الملك المطلق، لأن أسباب الملك يخفى على تطاول الأزمان، ويبقى [الملك] (٢) المطلق المجرد عن السبب، فلو لم يثبت بها أدى إلى بطلان الحق وتعذر إثبات الملك بموت الشهود. وكذا القول في الوقف والعتق وولاية القاضي. وقد تقدم (٣) في القضاء.

إذا تقرر ذلك، فقد اختلف فيما به يصير الشاهد شاهدا بالاستفاضة، ف قيل: أن يكثر السماع من جماعة حتى يبلغ حد العلم بالمخبر عنه. وعلى هذا، فلا تكون هذه الأشياء خارجة عن أصل الشهادة. وقيل: يكفي بلوغه حدا يوجب

(١) في (خ): المتأخم للعلم.

(٢) من (ث) والحجريتين.

(٣) في ج ١٣: ٣٥١.

الظن الغالب المقارب للعلم.

والمصنف - رحمه الله - تردد في ذلك، من حيث إن ذلك على خلاف الأصل، فإثباته يحتاج إلى دليل صالح يخرج عنه، ومجرد ما ذكره غير كاف في إثباته، ولا مكان العلم بكثير من هذه الأشياء كما أشرنا إليه. والحق أنا إن اعتبرنا العلم لم ينحصر الحكم في المذكورات، وإن اكتفينا بالظن الغالب فالتوقف [فيه] (١) مجال، إلا أن يفرض زيادة الظن على ما يحصل منه بقول الشاهدين، بحيث يمكن استفادته من مفهوم الموافقة بالنسبة إلى الشاهدين الذي هو حجة منصوصة، فيمكن إلحاقه حينئذ به. وبالغ الشيخ في المبسوط (٢) فقال: يكفي أن يسمع من عدلين فصاعداً، فيصير بسماعه منهما شاهد أصل ومتحملاً للشهادة، لأن ثمرة الاستفاضة هو الظن وهو حاصل بهما.

واستضعفه المصنف - رحمه الله - بأن الظن يحصل بالواحد، والشيخ لا يقول بالاكتفاء به، بل ربما حصل الظن بالواحد إذا كان أنثى، وهو باطل قطعاً. وأجيب (٣): بأن الشيخ لم يعتبر الظن مطلقاً، بل الظن الذي ثبت اعتباره شرعاً وهو شهادة العدلين، والظن يقبل الشدة والضعف، فلا يلزم من الاكتفاء بفرد قوي منه الاكتفاء بالضعيف.

وفيه: أن الظن المستند إلى جماعة غير عدول مما لم يثبت اعتباره شرعاً، فإنه عين المتنازع، فاكتفاؤه به وتعديته الحكم إلى العدلين يدل على عدم تقييده بالظن المعترف شرعاً، فالنقض بحاله.

(١) من الحجريتين.

(٢) المبسوط ٨: ١٨٠ - ١٨١.

(٣) غاية المراد: ٣٢٦ - ٣٢٧.

فرع
لو سمعه يقول للكبير: هذا ابني وهو ساكت، أو قال: هذا أبي
وهو ساكت، قال في المبسوط: صار متحملا، لأن سكوته في معرض
ذلك رضا بقوله عرفا. وهو بعيد، لاحتماله غير الرضا.

تفريع
على القول بالاستفاضة
الأول: الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب، مثل: البيع، والهبة،
والاستغنام، لأن ذلك لا يثبت بالاستفاضة، فلا يعزى الملك إليه مع
إثباته بالشهادة المستندة إلى الاستفاضة.

قوله: (لو سمعه يقول للكبير... إلخ).
هذا متفرع على ما اختاره الشيخ - رحمه الله - من الاكتفاء في الشهادة
على الاستفاضة بالظن، وهو حاصل في هذه الصورة وإن لم يكن بطريق التسامع
من الجماعة، لأن سكوت الكبير عند دعوى الآخر للنسب مع عدم المانع من
الانكار يفيد الظن الغالب بموافقه له عليه، فيكون ذلك بمنزلة إخبار الجماعة،
إذ الاعتبار بالظن الغالب لا بالسماع من الجماعة من حيث هو سماع، وهو
متحقق هنا.
ويضعف بأن السكوت أعم من موافقه على الدعوى. ويمنع من حصول
الظن الغالب بذلك مطلقا. وبتقدير تسليمه لا نسلم تعدي الحكم إليه، للنهي عن
العمل بالظن إلا ما دل عليه دليل صالح، وهو منفي هنا.
قوله: (الشاهد بالاستفاضة... إلخ).

أما لو عزاه إلى الميراث صح، لأنه يكون عن الموت الذي يثبت بالاستفاضة.
والفرق تكلف، لأن الملك إذا ثبت بالاستفاضة لم تقدر الضميمة، مع حصول ما يقتضي جواز الشهادة.
الثاني: إذا شهد بالملك مستندا إلى الاستفاضة، هل يفتقر إلى مشاهدة اليد والتصرف؟ الوجه: لا. أما لو كان لواحد يد، ولآخر سماع

لما كانت الاستفاضة مخصوصة بأمر خاصة منها الملك المطلق دون البيع والهبة والاستغنام وما شاكلها، كان السبب الموجب للملك منه ما يثبت بالاستفاضة، كالموت بالنسبة إلى الملك بالإرث، ومنه ما لا يثبت بها كالعقود. فإذا سمع الشاهد بالاستفاضة أن هذا ملك زيد ورثه عن أبيه الميت، فله أن يشهد بالملك وسببه، لأنهما يثبتان بالاستفاضة. وإذا سمع مستفيضا أن هذا الملك لزيد اشتراه من عمرو شهد بالملك المطلق لا بالبيع، لأن البيع لا يثبت بالاستفاضة. فلو فعل ذلك احتمل عدم قبول الشهادة، لاشتمالها على أمرين: أحدهما تقبل الشهادة عليه، والآخر لا تقبل، والشهادة لا تتبع. والوجه أنها تسمع في الملك وتلغو الضميمة، وهي السبب الذي لا يثبت بالاستفاضة، لوجود المقتضي للقبول في أحدهما دون الآخر. وتظهر الفائدة فيما لو كان هناك مدع آخر وله شهود بالملك وسببه من غير استفاضة، فإن بينته ترجح على بينة هذا الذي لم يسمع إلا في المطلق المجرد عن السبب، وفي القسم الأول يتكافئان. ولو كانت بينة الآخر شاهدة له بالملك المطلق رجحت بينة هذا في الأول عليه، وكافأت بينة الآخر في الثاني. وهكذا. قوله: (إذا شهد بالملك... إلخ).

مستفيض، فالوجه ترجيح اليد، لأن السماع قد يحتمل إضافة الاختصاص المطلق المحتمل للملك وغيره، فلا تزال اليد بالمحتمل.

إذا اجتمع في ملك يد وتصرف واستفاضة بالملك، فلا إشكال في جواز الشهادة له بالملك، بل هو غاية ما بينى عليه الشهادة. وإنما يحصل الاشتباه فيما لو انفرد واحد من الثلاثة أو اجتمع اثنان. والمصنف - رحمه الله - فرق [في] (١) حكم المسألة في موضعين: هنا، وفي المسألة الآتية، ولو جمعتهما في مسألة واحدة كان أضيظ. والمقصود في هذه المسألة أن الشهادة المستندة إلى الاستفاضة بالملك هل يتوقف سماعها على رؤية الشاهد من استفاض الملك له - زائداً على الملك - يتصرف فيه بالبناء والهدم والإجارة ونحوها، أم تسمع من دون الأمرين؟ الوجه عند المصنف - رحمه الله - الثاني، لما تقدم من أن الملك المطلق يثبت بالاستفاضة، لتعدد أسبابه وخفاء بعضها، فلا يفتقر إلى انضمام أمر آخر معه. ووجه العدم إمكان الاطلاع على أسبابه، فلا بد من ضميمة ما يفيد القوة ويقوم مقام السبب من اليد أو التصرف. ولا يخفى ضعفه، لأن اليد والتصرف وإن كانا ظاهرين في الملك إلا أنهما ليسا من أسبابه، فاشتراط الاطلاع على السبب لامكانه لا يقتضي الاكتفاء باليد والتصرف المجردين عن علم السبب. والأجود الاكتفاء في الشهادة بالملك المطلق بالتسامع على الوجه المتقدم. وعلى هذا، فلو تعارض السماع واليد ففي ترجيح أيهما وجهان:

(١) من الحجريتين.

مسائل ثلاث:

الأولى: لا ريب أن المتصرف بالبناء والهدم والإجارة بغير منازع يشهد له بالملك المطلق. أما من في يده دار، فلا شبهة في جواز الشهادة له باليد. وهل يشهد له بالملك المطلق؟ قيل: نعم، وهو المروي. وفيه إشكال من حيث إن اليد لو أوجبت الملك [له]، لم تسمع دعوى من يقول: الدار التي في يد هذا لي، كما لا تسمع لو قال: ملك هذا لي.

أحدهما: ترجيح السماع، لأنه يفيد الملك الحالي، وقد تقدم (١) في القضاء أن البيئة بالملك مقدمة على اليد، لأن اليد تحتل غير الملك من العارية والإجارة بل الغصب، بخلاف الملك، فإنه صريح في معناه. والثاني - وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله - : تقديم اليد، لأنها ظاهرة في الملك وإن كانت محتملة لغيره، والسماع مشترك بين الملك والاختصاص المطلق المحتمل للملك وغيره. وهذا التوجيه إنما يتم إذا كان محصل السماع أن هذه الدار مثلاً لفلان، فإن اللام تحتل الملك والاختصاص الذي هو أعم منه. أما إذا كان محصله أن الدار ملك فلان فلم يتم، لأنه صريح في المقصود، بخلاف اليد. ولا بد من فرض المسألة على الوجه الأول ليتم التعليل، ويناسب الحكم المتقدم من ترجيح الملك على اليد، وإن كان إطلاق البيئة المستندة إلى الاستفاضة أعم من ذلك. قوله: (لا ريب أن المتصرف بالبناء... إلخ). هذه تنمة أقسام المسألة السابقة، وهي ما إذا انفرد التصرف أو اليد عن

(١) في ص: ٩٥.

التسامع، فهل تجوز الشهادة بالملك أم لا؟ فالمصنف - رحمه الله - قطع بالجواز مع التصرف المتكرر بالبناء والهدم والإجارة وغيرها بغير منازع. وهذا اختيار الأكثر، بل ادعى عليه في الخلاف (١) الاجماع، لقضاء العادة بأن ذلك لا يكون إلا في الملك، ولجواز شرائه منه، ومتى حصل عند المشتري يدعي ملكيته، وهو فرع على ملكية البائع. ويترتب على ذلك ما لو ادعى على المشتري فأنكر فله أن يحلف على القطع قطعاً، وذلك يساوي الشهادة، وإن كان أصل الشراء بناء على الظاهر لا يساويها.

ويعتبر في التصرف التكرار، لجواز صدور غيره من غير المالك كثيراً. وكذلك عدم المنازع، إذ لو وجد لم يحصل الظن الغالب بملك المتصرف. ولا حد للمدة التي يتصرف فيها ويضع يده على الملك، بل ضابطها ما أفادت الأمر المطلوب من الاستفاضة. وفي الخلاف (٢) صرح بعدم الفرق بين الطويلة والقصيرة. أما في المبسوط (٣) فجعل القصيرة نحو الشهر والشهرين غير كاف، وأطلق [في] (٤) كون الطويلة كالسنين مجوزة. وقيل: لا تجوز الشهادة بالملك بذلك كله، لوقوع ذلك من غير المالك، كالوكيل والمستأجر والغاصب، فإنهم أصحاب يد وتصرف، خصوصاً الإجارة، لأنها وإن تكررت فقد تصدر من المستأجر مدة طويلة، ومن الموصى له بالمنفعة، وكذلك الرهن قد يصدر من المستعير متكرراً.

(١) الخلاف ٦: ٢٦٤ مسألة (١٤).

(٢) الخلاف ٦: ٢٦٤ مسألة (١٤).

(٣) المبسوط ٨: ١٨٢.

(٤) من (د) والحجريتين.

والشيخ في المبسوط (١) اقتصر على نقل القولين، ولم يرجح أحدهما. وأما إذا انفردت اليد عن التصرف فالحكم فيه أضعف. فإن لم نجوز الشهادة بالملك في الأول فهنا أولى. وإن جوزناها فهنا وجهان: أحدهما - وهو الذي اختاره العلامة (٢) وأكثر المتأخرين (٣) - الجواز، لدلائلها ظاهرا على الملك، كدلالة التصرف، وإن كان التصرف أقوى، إلا أن الاشتراك في أصل الدلالة عليه ظاهرا حاصل. ولما تقدم من جواز شرائه منه، والحلف عليه. ولرواية حفص بن غياث أنه: (سأل الصادق عليه السلام عن رجل رأى في يد رجل شيئا أيجوز أن يشهد أنه له؟ قال: نعم، قلت: فلعله لغيره، قال: ومن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكا لك، ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه إليك قبله؟! ثم قال الصادق عليه السلام: لو لم يجز هذا ما قامت للمسلمين سوق) (٤). وهذه الرواية ضعيفة الاسناد، إلا أن مضمونها موافق للقواعد الشرعية، كما نبهنا عليه سابقا.

والثاني: عدم جواز الشهادة بالملك بمجرد اليد، لأن اليد لو دلت على الملك لكان قوله: (الدار التي في يده لي) بمنزلة قوله: (الدار التي هي ملكه لي)،

(١) المبسوط ٨: ١٨١ - ١٨٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٤٠.

(٣) الدروس الشرعية ٢: ١٣٤، المقتصر: ٣٩٣.

(٤) الكافي ٧: ٣٨٧ ح ١، الفقيه ٣: ٣١ ح ٩٢، التهذيب ٦: ٢٦١ ح ٦٩٥، الوسائل ١٨: ٢١٥ ب (٢٥) من أبواب كيفية الحكم ح ٢.

لكن التالي باطل فالمقدم مثله، والملازمة ظاهرة. وهذا هو الذي جعله المصنف - رحمه الله - منشأ الاشكال. وقد ذكره الشيخ في المبسوط (١) كذلك دليلاً لهذا القول. وأجيب عن ذلك بأنه إنما جاز ذلك في الاقرار لأن دلالة اليد ظاهرة، والاقرار بالملك قاطع، والصرف عن الظاهر بقريضة جائز، بخلاف القاطع، والقريضة هنا موجودة، وهي ادعاؤه بها. وبأنه معارض بالتصرف، فإنه لو قال: الدار التي في تصرف هذا لي، سمعت مع حكمهم بجواز الشهادة فيه بالملك المطلق.

وأجاب الشهيد - رحمه الله - في شرح الارشاد عن ذلك: (بأن الدلالة الظاهرة إما أن تثمر للشاهد العلم أو لا، فإن كان الأول فلا تفاوت بينها وبين الاقرار بالملك، وإلا لم تصح الشهادة. فحينئذ نقول: إذا كانت اليد ظاهرة لا تصح الشهادة بالملك المطلق بسببها، وهو المطلوب. وعن المعارضة بالتزام عدم السماع في التصرف) (٢).

وفيهما نظر، لأن الشهادة في هذه المواضع لم يعتبروا فيها العلم، بل اكتفوا فيها بالظن الغالب، لاتفاقهم على أنه مع اجتماع الثلاثة - أعني: اليد والتصرف والتسامع - تجوز الشهادة بالملك، وجعلوه غاية الامكان، مع أن ذلك لا يبلغ حد العلم غالباً، لجواز تخلف الملك معها، لأن كل واحد منها أعم من الملك، ولهذا اختلفوا فيها منفردة، ومع انضمامها تأكد الظن، لا أنه بلغ حد العلم مطلقاً أو في

(١) المبسوط ٨: ١٨٢.

(٢) غاية المراد: ٣٢٧.

الثانية: الوقف والنكاح يثبت بالاستفاضة. أما على ما قلناه، فلا ريب فيه. وأما على الاستفاضة المفيدة لغالب الظن، فلأن الوقف للتأيد، فلو لم تسمع فيه الاستفاضة لبطلت الوقوف، مع امتداد الأوقات وفناء الشهود.

وأما النكاح فلأننا نقضي: بأن خديجة عليها السلام زوجة النبي عليه السلام، كما نقضي بأنها أم فاطمة عليها السلام. ولو قيل: إن الزوجية تثبت بالتواتر، كان لنا أن نقول: التواتر لا يثمر إلا إذا استند السماع إلى محسوس. ومن المعلوم أن المخبرين لم يخبروا عن مشاهدة العقد، ولا عن إقرار النبي عليه السلام، بل نقل الطبقات متصل إلى الاستفاضة التي هي الطبقة الأولى. ولعل هذا أشبه بالصواب.

بعض الفروض، ولو اعتبر العلم لما احتيج إلى جعله غاية الامكان، بل كان التعليل بإفادته العلم أولى وأظهر.

وأما التزامه في التصرف بعدم السماع كاليد المجردة فغير قادح في المعارضة، لأن المعارض أوردها على الشيخ والجماعة القائلين بسماعها مع التصرف دون اليد، فلا يضره التزام غيرهم بعدم السماع، مع ما فيه من البعد. قوله: (الوقف والنكاح... إلخ).

هذا الحكم ذكره الشيخ - رحمه الله - في الخلاف (١) كذلك، واستدل عليه بما لخصه المصنف - رحمه الله - من أن الوقف مبني على التأيد، فلو لم تجز

(١) الخلاف ٦: ٢٦٥ مسألة (١٥).

الشهادة فيه بالاستفاضة لأدى إلى بطلان الوقف، لأن شهود الوقف لا يبقون أبداً، والشهادة الثالثة لا تسمع. وأنه يجوز لنا الشهادة على أزواج النبي صلى الله عليه وآله، ولم يثبت ذلك إلا بالاستفاضة، لأننا ما شاهدناهم.

واعترض على الأول بأن الشهادة بدون العلم منهي عنها، فتخصيص ذلك بالوقف تحصيلاً لمصلحة ثبوته ليس بأولى من تخصيص النهي عن سماع الشهادة الثالثة بالوقف لهذه المصلحة، بل هذا التخصيص أولى، لأنه لا مانع منه عقلاً، بخلاف الشهادة بمجرد الظن.

وبأن الشهادة على أزواج النبي صلى الله عليه وآله ليست مستندة إلى الاستفاضة، بل إلى التواتر، لأخبار جماعة كثيرة يفيد قولهم العلم بذلك في كل طبقة.

وأجاب المصنف - رحمه الله - عن الأول بأن المانع من سماع الشهادة الثالثة النقل والاجماع، فلم يمكن معارضتهما (١) بالتخصيص، بخلاف الشهادة ب [مجرد] (٢) الظن، فإنه لا إجماع على منعها، بل الأكثر على تجويزها. ويمنع من كون العقل دالاً على النهي عن ذلك، لأن أكثر الأحكام الشرعية مبناها على الظن. وعن الثاني بأن من شرط التواتر استناد المخبرين إلى محسوس، وهو منتف هنا، للعلم بأن الطبقة الأولى لم يخبروا عن مشاهدة العاقدين وسماع العقد، وإنما شاهده بعضهم ونقله إلى الباقيين واستمر الأمر، فلم يحصل شرط التواتر، إذ من شرطه استواء جميع الطبقات فيه.

(١) في (أ): معارضتها.

(٢) من (أ) والحجريتين.

الثالثة: الأخرس يصح منه تحمل الشهادة وأداؤها. ويبنى على ما يتحققه الحاكم من إشارته. فإن جهلها اعتمد فيها على ترجمة العارف بإشارته.

نعم يفتقر إلى مترجمين. ولا يكون المترجمان شاهدين على شهادته، بل يثبت الحكم بشهادته أصلاً، لا بشهادة المترجمين فرعاً.

وفيه نظر، لأن الطبقة الأولى السامعين للعقد المشاهدين للمتعاقدين بالغون حد التواتر وزيادة، لأن النبي صلى الله عليه وآله كان ذلك الوقت من أعلى قریش، وعمه أبو طالب المتولي لتزويجه كان حينئذ رئيس بني هاشم وشيخهم ومن إليه مرجع قریش، وخديجة عليها السلام أيضاً كانت من أجلا (١) بيوتات قریش، والقصة في تزويجها مشهورة، وخطبة أبي طالب - رحمه الله - في المسجد الحرام بمجمع [من] (٢) قریش ممن يزيد عن العدد المعتبر في التواتر، فدعوى معلومية عدم استناد الطبقة الأولى إلى مشاهدة العقد وسماعه ظاهرة المنع، وإنما الظاهر كون ذلك معلوماً بالتواتر، لاجتماع شرائطه، فلا يتم الاستدلال به على هذا المطلوب.

واعلم أن قول المصنف: - رحمه الله -: (أما على ما قلناه فلا ريب فيه) يدل على أن مختاره اشتراط العلم في الشهادة بالاستفاضة، ولم يصرح به فيما سبق، وإنما تردد (٣) فيه، والتردد يقتضي تساوي الطرفين لا رجحان أحدهما. وعلى كل حال فالوجه ثبوت الأمرين بالاستفاضة. قوله: (الأخرس يصح منه... إلخ).

(١) في (م): أعلى.

(٢) من (أ).

(٣) راجع ص: ٢٢٨.

الثالث: ما يفتقر إلى السماع والمشاهدة، كالنكاح والبيع والشراء والصلح والإجارة، فإن حاسة السمع تكفي في فهم اللفظ، ويحتاج إلى البصر لمعرفة الالفاظ. ولا لبس في شهادة من اجتمع له الحاستان. أما الأعمى فتقبل شهادته في العقد قطعا، لتحقق الآلة الكافية في فهمه. فإن انضم إلى شهادته معرفان، جاز له الشهادة على العاقد، مستندا إلى تعريفهما، كما يشهد المبصر على تعريف غيره. ولو لم يحصل ذلك، وعرف هو صوت العاقد معرفة يزول معها الاشتباه، قيل: لا يقبل، لأن الأصوات تتماثل. والوجه أنها تقبل، فإن الاحتمال يندفع باليقين، لأننا نتكلم على تقديره.

كما أن إشارة الأخرس المفهومة معتبرة في العبادات (١) اللفظية، وفي العقود والايقاعات من النكاح والطلاق وغيرهما، فكذا في أداء الشهادة، لاشتراك الجميع في المقتضي، ولحصول الافهام المعبر، لأنه الفرض. ثم إن عرف القاضي إشارته عمل بما يعلمه، وإلا افتقر إلى مترجمين يعرفان إشارته، كما يفتقر إليهما لو كان الشاهد أعجميا والحاكم لا يعرف لغته. وحيث يفتقر إلى مترجمين يكونان مخبرين بمعنى إشارته لا شاهدين على شهادته، فلا يشترط غيبته عن مجلس الحكم حال ترجمتهما، ولا تعد شهادتهما مرتبة أولى حتى تمتنع الثانية، إلى غير ذلك من الأحكام المترتبة على الشهادة الفرعية.

قوله: (الثالث: ما يفتقر إلى السماع... إلخ).

(١) في (أ، ت، خ): العبارات.

وبالجملة: فإن الأعمى تصح شهادته، متحملاً ومؤدياً، عن علمه وعن الاستفاضة فيما يشهد به بالاستفاضة.

هذا هو القسم الثالث، وهو ما يفتقر في الشهادة به إلى السمع والبصر معاً، وهو الأقوال، فلا بد من سماعها ومن مشاهدة قائلها، وذلك كالنكاح والطلاق والبيع وجميع العقود والفسوخ والاقرار بها، فلا تقبل فيها شهادة الأصم الذي لا يسمع شيئاً.

وأما الأعمى ففي جواز شهادته اعتماداً على ما يعرفه من الصوت وجهان: أحدهما: المنع، لأن الأصوات تتشابه، ويتطرق إليها التحييل (١) والتلبيس. والثاني - وهو الأشهر - : القبول، لأن الفرض علمه القطعي بالقائل ومعرفته إياه، ووقوع ذلك أكثر من مشاهد في كثير من العميان، يعلمون القائل بأدنى صوت يظهر منه، ويميزون بينه وبين غيره ممن يشبه صوته صوته، بل ربما يترقون (٢) إلى المعرفة بدون ذلك. وللإجماع على أن للأعمى أن يطأ حليلته اعتماداً على ما يعرفه من صوتها.

وفرق المانع من شهادته بأن الشهادة مبنية على العلم ما أمكن، كما تقدم (٣)، والوطء يجوز بالظن. وأيضاً فالضرورة تدعو إلى تجويز الوطاء، ولا تدعو إلى الشهادة، فإن في البصراء غنية عنه. وفي هذين الجوابين تكلف. وللعمامة في ذلك اختلاف، فمالك (٤) وأحمد (٥) على قبول شهادته كما هو

-
- (١) في (م): التحييل، وفي (ت): التحيل.
(٢) في الحجريتين: يترقون.
(٣) في ص: ٢٢٦.
(٤) الكافي للقرطبي ٢: ٨٩٨.
(٥) المغني لابن قدامة ١٢: ٦٢، الانصاف ١٢: ٦١.

ولو تحمل شهادة وهو مبصر ثم عمي، فإن عرف نسب المشهود أقام الشهادة. وإن شهد على العين، وعرف الصوت يقينا، جاز أيضا. أما شهادته على المقبوض فماضية قطعاً.

المشهور عندنا، والباقون (١) على المنع.

وقد حكى أن جماعة من الفقهاء القائلين بالمنع من قبول شهادته سألوا رجلاً قائلاً بقبولها عن ذلك، قصداً للتشنيع عليه، فقال: ما قولكم في أعمى يطمأ زوجته وأقرت تحته بدرهم فشهد عليها، أتصدقونه في أنه عرفها حتى استباح بضعها، وتقولون إنه لم يعرفها للاقرار بدرهم؟! فانعكس التشنيع. قوله: (ولو تحمل شهادة... إلخ).

إذا تحمل شهادة يحتاج إلى البصر وهو بصير ثم عمي، نظر إن تحملها على رجل معروف النسب والاسم لرجل بهذه الصفة فله أن يشهد بعد ما عمي، لحصول العلم بالمشهود له والمشهود عليه. وكذا لو عمي ويد المقر في يده، فشهد عليه لمعروف الاسم والنسب.

وإن لم يكن كذلك بني على القولين، فإن منعنا من شهادته على الصوت امتنع هنا، لأنه لا يمكنه تعيين المشهود عليه، ولا الإشارة إلى المشهود له. وإن قبلناها مع العلم فكذا هنا.

قوله: (أما شهادته على المقبوض... إلخ).

هذه الصورة مما استثنأها القائلون بالمنع من قبول شهادته، وسموها الضبطة، وهي أن يضع رجل فمه على أذن الأعمى ويد الأعمى على رأسه، بحيث يتيقن أنه يسمع منه، فيقر بطلاق أو عتق أو حق لرجل معروف الاسم

(١) اللباب في شرح الكتاب ٤: ٦٠، الحاوي الكبير ١٧: ٤١، روضة الطالبين ٨: ٢٣٢.

وتقبل شهادته إذا ترجم للحاكم عبارة حاضر عنده.

والنسب، ويقبضه الأعمى، ولا يزال يضبطه حتى يشهد بما سمع منه عند الحاكم، فتقبل شهادته على القولين، لحصول العلم بالمشهود له وعليه. وربما قيل باطراد المنع هنا، لأن التصوير المذكور فيه عسر وتدقيق، واللائق حسم الباب، كما أنا لا نقبل شهادة الفاسق على الإطلاق، وإن كان قد يغلب على ظننا صدقه في بعض الموارد. ويضعف بانتفاء المانع في هذه الصورة قطعاً، مع وجود المقتضي للقبول. ودقة الفرض لا تدفع الحكم. وتشبيهه بالفاسق الذي يغلب على الظن صدقه فاسد، لوجود الفارق، وهو أن الفاسق منهى عن الركون إلى قوله مطلقاً، لا باعتبار ظن صدقه وعدمه، بل من حيث كونه فاسقاً، بخلاف الأعمى، فإن المانع من قبول شهادته عدم علمه بالمشهود عليه وله، لا من حيث هو أعمى، فإذا فرض العلم قبل.

قوله: (وتقبل شهادته... إلخ).

هذه الصورة أيضاً مستثناة من شهادة الأعمى على الأقوال على القول بعدم قبولها، فإنه لو شهد عند الحاكم أعجمي لا يفهم كلامه، أو أقر عنده مقر والأعمى يعرف لغته، فترجمها للحاكم قبلت، لانتفاء المانع حينئذ، إذ الحاكم يعرف المشهود عليه وله، وإنما يشتهه عليه معنى اللفظ الواقع، فشهادة الأعمى بترجمته (١) لا تتوقف على البصر.

(١) في (ت، ط): وترجمته.

الطرف الثالث
في أقسام الحقوق
وهي قسمان: حق لله سبحانه، وحق للآدمي
والأول منه:

ما لا يثبت إلا بأربعة رجال: كالزنا واللواط والسحق. وفي إتيان
البهائم قولان، أصحهما ثبوته بشاهدين.

قوله: (في أقسام الحقوق... إلخ).

جعل العنوان في أقسام الحقوق ثم جعلها قسمين قد يوهم التنافي، من
حيث جعل الجمع الذي أقله ثلاثة شيئين.

والوجه فيه: أن الأقسام أزيد من ثلاثة كما ستقف عليها، ولكن جعل
أصلها قسمين، وقسم كل واحد منهما إلى أقسام. والكلام في قوة: أن أقسام
الحقوق المتكثرة ترجع إلى أمرين، ثم كل منهما ينقسم إلى أقسام.
قوله: (منه ما لا يثبت إلا بأربعة... إلخ).

الغرض من هذا الباب بيان العدد المعتمد في الشهادات، و [بيان] (١) مواضع
اعتبار الذكورة وعدم اعتبارها.

واعلم أن قول الشاهد الواحد لا يكفي للحكم به مطلقا، إلا ما قيل به في
هلال رمضان. ومسألة الشاهد واليمين ليست مستثناة، لأن القضاء ليس بالشاهد
وحده، بل اليمين إما جز أو شرط فيه.

ثم للفقهاء في هذا التقسيم اعتبارات، فالمصنف - رحمه الله - قسم الحقوق
قسمين: حق لله تعالى، وحق للآدمي، ثم قسم كل واحد منهما على حدة.

(١) من الحجريتين.

ومنهم (١) من قسمها ابتداء إلى الأقسام. وكثيرا ما تتداخل الأقسام في كلامهم، والأمر سهل.

فمن حقوق الله تعالى الزنا. وفي معناه اللواط والسحق عندنا. وإنما يثبت بشهادة أربعة رجال، قال الله تعالى: (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) (٢). وقال تعالى: (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء) (٣). وقال تعالى: (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) (٤). وقال سعد: (يا رسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ قال: نعم) (٥). قيل: والحكمة في اختصاصه بذلك أن الشهادة فيه على اثنين، فاعتبر لكل واحد رجلان. وهذا التعليل مروى (٦) أيضا عن أبي حنيفة رواية عن أبي عبد الله عليه السلام.

وفيه: أن شهادة الاثنين مقبولة على الجماعة إذا شهدا على كل واحد منهم. ولأنه قد لا يعرفون (٧) أحد الزانين فلا يمكنهم (٨) الشهادة عليه. وفي أخبار (٩) كثيرة أن ذلك تعبد محض، وأن فيه دليلا على بطلان القياس، وإلا لكان القتل

(١) كالشهاد في الدروس الشرعية ٢: ١٣٦.

(٢) النور: ٤ و ١٣.

(٣) النور: ٤ و ١٣.

(٤) النساء: ١٥.

(٥) مسند أحمد ٢: ٤٦٥، صحيح مسلم ٢: ١١٣٥ ح ١٥، سنن أبي داود ٤: ١٨١ ح ٤٥٣٣، سنن

البيهقي ١٠: ١٤٧.

(٦) الكافي ٧: ٤٠٤ ح ٧، التهذيب ٦: ٢٧٧ ح ٧٦٠، الوسائل ١٨: ٣٠٢ ب (٤٩) من أبواب الشهادات

ح ١.

(٧) كذا في (أ، د) وفي سائر النسخ: يعرف.

(٨) في (ت، ط): يمكنه.

(٩) راجع الوسائل ١٨: ٣٧١ ب (١٢) من أبواب حد الزنا.

ويثبت الزنا خاصة: بثلاثة رجال وامرأتين، وبرجلين وأربع نساء، غير أن الأخير لا يثبت به الرجم، ويثبت به الجلد، ولا يثبت بغير ذلك.

أولى باعتبار الأربعة، لأنه أفحش. واختلّفوا في إتيان البهائم هل يتوقف على أربعة رجال أم يكتفى فيه بشاهدين؟ فقليل بالأول، عملاً بالأصل، وكونه وطياً محرماً في معنى الزنا، ومشملاً على الهتك. والأصح ما اختاره المصنف والأكثر من ثبوته بشاهدين، لأن الشارع جعل ثبوت الأحكام في غير الزنا بشاهدين، لقوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم) (١) وقوله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) (٢). وإتيان البهائم ليس بزناً، ولا يوجب الحد، وإنما يوجب التعزير. وبهذا فارق اللواط والسحق، فإنهما يوجبان الحد عندنا. ومن أوجب بهما التعزير من العامة (٣) أثبتهما بشاهدين.

قوله: (ويثبت الزنا... إلخ). هاتان الصورتان خارجتان عن ظاهر الآية باشتراط أربعة رجال بنص خاص، وغير منافيتين لما دلت عليه الآيات (٤)، إذ ليس فيها ما يدل على الحصر، فإذا ثبت بدليل آخر عمل به. ومستند الحكم في الأولى روايات كثيرة، منها صحيحة عبد الله بن سنان

(١) الطلاق: ٢.

(٢) البقرة: ٢٨٢.

(٣) حلية العلماء ٨: ٢٧١، الكافي في فقه أحمد ٤: ٣٤٩ - ٣٥٠.

(٤) النور: ٤ و ١٣، النساء: ١٥.

قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال، ولا تجوز في الرجم شهادة رجلين وأربع نسوة، ويجوز في ذلك ثلاثة رجال وامرأتان) (١).

وحسنة الحلبي عنه عليه السلام قال: (سألته عن شهادة النساء في الرجم، فقال: إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان، فإذا كان رجلان وأربع نسوة لم يجز في الرجم) (٢).

وصحيحة محمد بن مسلم عنه عليه السلام قال: (إذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان لم تجز في الرجم) (٣). وغيرها من الأخبار (٤) الكثيرة. وهي مع كثرتها ليس فيها تصريح بثبوت الجلد برجلين وأربع نسوة. لكن الشيخ (٥) وجماعة (٦) استندوا في ثبوته إلى رواية أبان، عن عبد الرحمن، عن الصادق عليه السلام قال: (تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال) (٧). وحيث انتفى الرجم بالأخبار الكثيرة ثبت الجلد.

-
- (١) الكافي ٧: ٣٩١ ح ٨، التهذيب ٦: ٢٦٤ ح ٧٠٢، الاستبصار ٣: ٢٣ ح ٧٠، الوسائل ١٨: ٢٦٠ ب (٢٤٤) من أبواب الشهادات ح ١٠.
- (٢) الكافي ٧: ٣٩٠ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٦٤ ح ٧٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣ ح ٧١، الوسائل ١٨: ٢٥٨ الباب المتقدم ح ٣.
- (٣) التهذيب ٦: ٢٦٥ ح ٧٠٨، الاستبصار ٣: ٢٤ ح ٧٦، الوسائل ١٨: ٢٦٤ الباب المتقدم ح ٢٨.
- (٤) راجع الوسائل ١٨: ٢٥٨ الباب المتقدم ح ٤، ٥، ٧.
- (٥) النهاية: ٣٣٢.
- (٦) السرائر ٢: ١٣٧، إصباح الشيعة: ٥٢٨.
- (٧) التهذيب ٦: ٢٧٠ ح ٧٢٨، الاستبصار ٣: ٣٠ ح ١٠٠، الوسائل ١٨: ٢٦٢ ب (٢٤) من أبواب الشهادات ح ٢١.

وفيه نظر، لضعف الطريق عن إثبات مثل ذلك، مع ورود روايات كثيرة (١) بأنه لا تقبل شهادتهن في حد، ومن ثم ذهب جماعة - منهم الصدوقان (٢)، وأبو الصلاح (٣)، والعلامة في المختلف (٤) - إلى عدم ثبوت الحد بذلك، عملاً بالأصل، وبأنه لو ثبت الزنا بشهادتهم لثبت الرجم، والتالي باطل، للأخبار (٥) الكثيرة الدالة على عدم سماع رجلين وأربع نسوة في الرجم، فالمقدم مثله. وبيان الملازمة دلالة الاجماع على وجوب الرجم على المحصن الزاني، فإن ثبت هذا الوصف ثبت الحكم، وإلا فلا. وهذا [الحكم] (٦) متجه.

ونبه المصنف - رحمه الله - بقوله: في الزنا خاصة، على خلاف جماعة من الأصحاب - منهم الصدوق (٧) وابن الجنيد (٨) - بتعدي الحكم إلى اللواط والسحق. وهو ضعيف، لعدم مقتضي لاحاقهما بالزنا، مع عموم الأخبار بعدم قبول شهادتهن في الحد.

وبقوله: (ولا يثبت بغير ذلك) على خلاف الشيخ في الخلاف (٩)، حيث ذهب إلى ثبوت الحد دون الرجم بشهادة رجل واحد وست نساء. ولعله استند إلى عموم رواية عبد الرحمن السابقة. وهو شاذ.

-
- (١) راجع الوسائل: ١٨: ٢٦٤ الباب المتقدم ح ٢٩، ٣٠، ٤٢.
(٢) المقنع: ٤٠٢، وحكاها العلامة عنهما في المختلف: ٧١٥.
(٣) الكافي في الفقه: ٤٣٦، ٤٣٨.
(٤) المختلف: ٧١٥.
(٥) راجع الصفحة السابقة.
(٦) من الحجريتين.
(٧) المقنع: ٤٠٢.
(٨) حكاها عنه العلامة في المختلف: ٧١٥، والشهيد في الدروس الشرعية ٢: ١٣٦.
(٩) الخلاف ٦: ٢٥١ مسألة (٢).

ومنه ما يثبت بشاهدين، وهو ما عدا ذلك، من الجنايات الموجبة للحدود، كالسرقة وشرب الخمر والردة.
ولا يثبت شيء من حقوق الله [تعالى] بشاهد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين، ولا بشهادة النساء منفردات ولو كثرن.
وأما حقوق الآدمي فثلاثة:
منها، ما لا يثبت إلا بشاهدين.
وهو: الطلاق، والخلع، والوكالة، والوصية إليه، والنسب، ورؤية الأهله.
وفي العتق، والقصاص، والنكاح، تردد، أظهره ثبوته بالشاهد والمرأتين.

قوله: (ومنه ما يثبت بشاهدين... إلخ).
لا فرق في حقوق الله تعالى بين كونها مالية كالزكاة والخمس والكفارة، وغيرها كالحدود. وقد دل على عدم قبول شهادتهن في الحدود روايات، واستثني منها ما تقدم.
وأما حقوق الله المالية فليس عليها نص بخصوصها، لكن لما كان الأصل في الشهادة شهادة رجلين، وكان مورد الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين الديون ونحوها من حقوق الآدميين، قصر على مورد، وبقي غيره على الأصل.
قوله: (وأما حقوق الآدمي... إلخ).
مورد الشاهدين من حقوق الآدمي كل ما ليس بمال ولا المقصود منه المال، فمن ثم توقفت الستة الأول على الشاهدين، إذ لا تعلق لها بالمال أصلاً.
ولكن اختلف كلام الشيخ في ثبوت الطلاق بشهادة النساء منضماً، ففي

الخلاف (١) والنهاية (٢) نص على المنع، عملاً بالقاعدة، ولورود الروايات (٣) الكثيرة به. وقوى في المبسوط (٤) قبول شهادتهن فيه مع الرجال. وإليه ذهب جماعة (٥). وهو ضعيف.

وأما الخلع، فإن كان مدعيه المرأة فكالطلاق. وإن كان هو الرجل فهو متضمن لدعوى المال، ومع ذلك فالمشهور عدم ثبوته بذلك مطلقاً، من حيث تضمنه البيونة، والحجة لا تتبعض. وقيل: يثبت من جهة تضمنه المال، وهو مستلزم للبيونة، فيثبت أيضاً لذلك. ولو تضمن الطلاق عوضاً فكالخلع.

وأما العتق والقصاص والنكاح ففي توقفها على الشاهدين، أو ثبوتها بالشاهد واليمين والشاهد والمرأتين، خلاف منشؤه اختلاف الروايات في الأخيرين، والاعتبار في الأول، فإن العتق ليس بمال، وإنما هو فك ملك، فلا تقبل فيه شهادتهن ولا اليمين، ولأنه حق لله تعالى، ومن رجوعه إلى إزالة المالية وإثباتها للمملوك. فلذلك اختلف فيه كلام الشيخ وغيره، ففي الخلاف (٦): لا يثبت بشهادة رجل وامرأتين. وقوى في المبسوط (٧) القبول. واختاره المصنف رحمه الله. والوجه الأول.

(١) الخلاف ٦: ٢٥٢ مسألة (٤).

(٢) النهاية: ٣٣٢.

(٣) راجع الوسائل ٨: ١ ٢٥٨ ب (٢٤) من أبواب الشهادات ح ٢، ٤، ٥، ٧، ٨.

(٤) المبسوط ٨: ١٧٢.

(٥) حكاة العلامة في المختلف: ٧١٤ عن ظاهر كلام ابن أبي عقيل وابن الجنيد.

(٦) الخلاف ٦: ٢٥٢ مسألة (٤).

(٧) المبسوط ٨: ١٧٢.

وأما النكاح فالمقصود الذاتي منه ليس هو المال، ولكنه مشتمل عليه من النفقة والمهر وغيرهما، خصوصا من طرف الزوجة، ومن ثم اختلف فيه. واختلف فيه الرواية أيضا، فروى محمد بن الفضيل قال: (سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام فقلت: تجوز شهادة النساء في نكاح أو طلاق أو في رجم؟ قال: تجوز شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه وليس معهن رجل، وتجوز شهادتهن في النكاح إذا كان معهن رجل) (١). وروى زرارة عن الباقر عليه السلام قال: (سألت عن شهادة النساء تجوز في النكاح؟ قال: نعم، ولا تجوز في الطلاق) (٢). ومثله روى الكنانى (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام. وروى إبراهيم (٤) الحارثي (٥) عنه عليه السلام. وهذه الروايات مؤيدة للقبول، وإن كان في طريقها ضعف أو جهالة، فإن محمد بن الفضيل الذي يروي عن الرضا عليه السلام لم ينص علماء الرجال عليه بما يقتضي قبول روايته، بل اقتصروا على مجرد ذكره، والطريق إليه صحيح. وهو أيضا في طريق رواية الكنانى. وفي طريق رواية زرارة سهل بن زياد. وراوي الأخيرة مجهول. وعلى كل حال، فهي شاهد قوي لهذا القول.

-
- (١) الكافي ٧: ٣٩١ ح ٥، الفقيه ٣: ٣١ ح ٩٤، التهذيب ٦: ٢٦٤ ح ٧٠٥، الاستبصار ٣: ٢٣ ح ٧٣، الوسائل ١٨: ٢٥٩ ب (٢٤) من أبواب الشهادات ح ٧.
(٢) الكافي ٧: ٣٩١ ح ٩، التهذيب ٦: ٢٦٥ ح ٧٠٦، الاستبصار ٣: ٢٤ ح ٧٤، الوسائل ١٨: ٢٦٠ الباب المتقدم ح ١١.
(٣) التهذيب ٦: ٢٦٧ ح ٧١٣، الاستبصار ٣: ٢٧ ح ٨٤، الوسائل ١٨: ٢٦٣ الباب المتقدم ح ٢٥.
(٤) الكافي ٧: ٣٩٢ ح ١١، التهذيب ٦: ٢٦٥ ح ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٤ ح ٧٥، الوسائل ١٨: ٢٥٩ الباب المتقدم ح ٥. وفي التهذيبيين: إبراهيم الخارقي.
(٥) في (د، ط): الخارقي.

وأما جانب المنع فيؤيده رواية السكوني عن الصادق عليه السلام، عن أبيه، عن علي عليهما السلام أنه كان يقول: (شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود، إلا في الديون، وما لا يستطيع الرجال النظر إليه) (١). وفيها مع ضعف السند إمكان حملها على المنع من قبول شهادتهن فيه منفردات، فقد روي (٢) ذلك أيضا.

وبالجملة، فالأخبار مختلفة، وليس فيها خبر نقي (٣)، والأكثر (٤) دل على القبول. ويمكن الجمع بينها بحمل أخبار المنع على ما إذا كان المدعي الزوج، لأنه لا يدعي مالا، وأخبار القبول على ما إذا كان المدعي المرأة، لأن دعواها تتضمن المال من المهر والنفقة. وهذا متجه.

وأما القصاص - أعني الجناية الموجبة له - فاختلف كلام الشيخ في حكمه أيضا، ففي الخلاف (٥) منع من قبول شهادتهن مع الرجال فيه. وقوى في المبسوط (٦) والنهاية (٧) القبول. وعليه الأكثر.

والأخبار مختلفة أيضا، إلا أن أصحابها وأكثرها دال على القبول. فروى

-
- (١) التهذيب ٦: ٢٨١ ح ٧٧٣، الاستبصار ٣: ٢٥ ح ٨٠، الوسائل ١٨: ٢٦٧ الباب المتقدم ح ٤٢.
- (٢) التهذيب ٦: ٢٨٠ ح ٧٦٩، الاستبصار ٣: ٢٥ ح ٧٩، الوسائل ١٨: ٢٦٦ الباب المتقدم ح ٣٩.
- (٣) كذا في (خ)، وفي سائر النسخ: نفي.
- (٤) في الحجريتين: والأكثر على القبول.
- (٥) الخلاف ٦: ٢٥٢ مسألة (٤).
- (٦) راجع المبسوط ٨: ١٧٢، ولكن قوى القبول في الجناية الموجبة للقود، واستثنى منه القصاص، أي: ثبوت الدية بها دون القود. وفي ج ٧: ٢٤٨ صرح بعدم القبول مطلقا. ونسب إليه القبول مطلقا العلامة في المختلف: ٧١٤.
- (٧) النهاية: ٣٣٣.

جميل بن دراج وابن حمران في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: (قلنا: أتجوز شهادة النساء في الحدود؟ قال: في القتل وحده، إن عليا عليه السلام كان يقول: لا يبطل دم رجل مسلم) (١).

وروى الكنانى عن الصادق عليه السلام قال: (تجوز شهادة النساء في الدم مع الرجال) (٢).

وعن زيد الشحام قال: (سألته عن شهادة النساء - إلى أن قال - قلت: أفَتجوز شهادة النساء مع الرجال في الدم؟ فقال: نعم) (٣).

واستند المانع إلى القاعدة المشهورة بأنه (٤) ليس بمال ولا متضمنا له. وإلى رواية ربيعي عن الصادق عليه السلام قال: (لا تجوز شهادة النساء في القتل) (٥). ورواية محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام قال: (لا تجوز شهادتهن في الطلاق ولا في الدم) (٦).

وأجيب بحملها على شهادتهن منفردات جمعا، أو أنه لا يثبت القود بشهادتهن، بل تجب الدية.

واعلم: أن محل الاشكال شهادتهن منضمت إلى الرجال، أما على الانفراد

-
- (١) الكافي ٧: ٣٩٠ ح ١، التهذيب ٦: ٢٦٦ ح ٧١١، الاستبصار ٣: ٢٦ ح ٨٢، الوسائل ١٨: ٢٥٨ ب (٢٤٤) من أبواب الشهادات ح ١.
- (٢) التهذيب ٦: ٢٦٧ ح ٧١٣، الاستبصار ٣: ٢٧ ح ٨٤، الوسائل ١٨: ٢٦٣ الباب المتقدم ح ٢٥.
- (٣) التهذيب ٦: ٢٦٦ ح ٧١٢، الاستبصار ٣: ٢٧ ح ٨٣، الوسائل ١٨: ٢٦٤ الباب المتقدم ح ٣٢.
- (٤) في (خ، د): فإنه.
- (٥) التهذيب ٦: ٢٦٧ ح ٧١٦، الاستبصار ٣: ٢٧ ح ٨٧، الوسائل ١٨: ٢٦٣ الباب المتقدم ح ٢٧.
- (٦) الكافي ٧: ٣٩١ ح ٥، الفقيه ٣: ٣١ ح ٩٤، التهذيب ٦: ٢٦٤ ح ٧٠٥، الاستبصار ٣: ٢٣ ح ٧٣، الوسائل ١٨: ٢٥٩ - ٢٦٠ الباب المتقدم ح ٧.

ومنها: ما يثبت بشاهدين، وشاهد وامرأتين، وشاهد ويمين.
وهو: الديون، والأموال، كالقرض والقراض والغصب، وعقود
المعاوضات: كالبيع، والصرف، والسلم، والصلح، والإجازات،
والمساقاة، والرهن، والوصية له، والجناية التي توجب الدية. وفي

فلا تقبل شهادتهن قطعاً. وشد قول أبي الصلاح (١) بقبول شهادة امرأتين في نصف
دية النفس والعضو والجراح، والمرأة الواحدة في الربع.
وأن إطلاق (٢) الخلاف في القصاص وحكمه بثبوتيه بشاهد وامرأتين يقتضي
ثبوت القود بذلك، لأن ذلك هو مقتضاه. وبهذا المعنى صرح كثير (٣) من الأصحاب
ممن حكينا عنه سابقاً القول به وغيره. وكذلك مقتضى الروايات الدالة عليه.
وذهب جماعة (٤) - منهم الشيخ في النهاية (٥) - إلى أنه يثبت بشهادة
المرأتين مع الرجل الدية دون القود. وكأنه جمع [به] (٦) بين الأخبار، بحمل ما دل
على عدم ثبوتيه على القود، وما دل عليه على الدية.
والمصنف - رحمه الله - مع حكمه هنا بثبوتيه بذلك أنكر الأمرين في كتاب
القصاص (٧)، وجزم بعدم ثبوتيه بشاهد وامرأتين، ونسب القول بثبوت الدية إلى
الشدوذ، مع أنه قول كثير من الأصحاب.
قوله: (ومنها ما يثبت بشاهدين... إلخ).

(١) الكافي في الفقه: ٤٣٩.

(٢) في الحجريتين: إطلاقه.

(٣) لم نظفر على من صرح بذلك من الأصحاب، راجع المختلف: ٧١٤.

(٤) الكافي في الفقه: ٤٣٦، المهذب ٢: ٥٥٨، المختلف: ٧١٤.

(٥) النهاية: ٣٣٣.

(٦) من (ت) والحجريتين.

(٧) شرائع الإسلام ٤: ٢٢٤.

الوقف تردد، أظهره أنه يثبت بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين.

ضابط هذا القسم ما كان متعلق الشهادة مالا أو كان المقصود منه المال، كالأعيان والديون والعقود المالية، فيثبت بشاهد وامرأتين كما يثبت برجلين. قال الله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) (١). وقد تقدم (٢) أن مثل ذلك يثبت بشاهد ويمين بالرواية، ولا يثبت بشهادة النساء وحدهن.

فمن هذا القسم: البيع، والإقالة، والرد بالعيب، والرهن، والحوالة، والضمان، والصلح، والقرض، والقراض، والشفعة، والإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والهبة، والابراء، والمسابقة، والوصية بالمال، والصداق في النكاح، والوطء بالشبهة، والغصب، والاتلاف.

والجنايات التي لا توجب إلا المال، كالقتل الخطأ، وقتل الصبي والمجنون، وقتل الحر العبد، والمسلم الذمي، والوالد الولد، والسرقه التي لا قطع فيها، والمال خاصة فيما فيه القطع.

وكذلك حقوق الأموال والعقود، كالخيار، وشرط الرهن، والأجل. وفي الأجل احتمال، من حيث إنه ضرب سلطنة فكان كالوكالة. ومنها قبض الأموال، ومن جملتها نجوم الكتابة.

نعم، في النجم الأخير وجهان:

أحدهما: أنه لا يثبت إلا برجلين، بناء على أن العتق لا يثبت إلا بهما، لتعلق العتق به. وبه جزم في التحرير (٣).

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) في ص: ٥١٠.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٢١٢.

وأصحهما: أنه كسائر النجوم، لأن العتق يحصل بالكتابة، وإذا جمع النجوم فالأخير منها تمام السبب لا السبب التام للعتق، فلا فرق بينه وبين غيره. وهذا هو الذي اختاره الشيخ (١) وجماعة (٢). وتوقف في القواعد (٣).
ومنه طاعة المرأة لاستحقاق النفقة، وقتل الكافر لاستحقاق السلب، وإزمان الصيد لتملكه، وعجز المكاتب عن النجوم. ومتعلق الشهادة في هذه الأربعة ليس مالا ولكن المقصود منه المال.
واختلف في الوقف، بناء على أنه هل ينتقل إلى الله تعالى، أو إلى الموقوف عليه، أو يبقى على ملك المالك؟ فعلى الثاني يثبت بالشاهد والمرأتين [مطلقاً] (٤) وبالشاهد واليمين، لا على الأول، لأنه ليس بمال للموقوف عليه، بل له الانتفاع به فقط.
والأقوى ثبوته بالشاهد والمرأتين مطلقاً، وبالشاهد واليمين إن كان على محصور، لتمكن حلفه. وقد تقدم (٥) البحث فيه في باب الشاهد واليمين.
ومن هذا القسم ما لو مات سيد المدبر، فادعى الوارث أنه كان قد رجع عن التدبير حيث يجوز الرجوع، فإنه يثبت دعواه برجل وامرأتين وبشاهد ويمين، لأنه يدعي مالا.

(١) المبسوط ٨: ١٧٢.

(٢) الدروس الشرعية ٢: ١٣٨.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٩.

(٤) من (أ، د).

(٥) في ج ١٣: ٥١٤.

الثالث: ما يثبت بالرجال والنساء، منفردات ومنضمات.
وهو: الولادة والاستهلال، وعيوب النساء الباطنة. وفي قبول
شهادة النساء منفردات في الرضاع خلاف، أقرببه الجواز.
وتقبل (١) شهادة امرأتين مع رجل، في الديون والأموال، وشهادة
امرأتين مع اليمين. ولا تقبل فيه شهادة النساء منفردات ولو كثرن.

ولو توافق الزوجان على الطلاق، وقال الزوج: طلقتك على كذا، وقالت:
بل مجاناً، ثبت دعوى الزوج (٢) أيضاً بهما. وكذا لو قال لعبدته: أعتقتك على كذا،
فقال: بل مجاناً.

قوله: (الثالث: ما يثبت... إلخ).

ضابط هذا القسم: ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالباً. وذلك: كالولادة،
والبكارة، والثيوبه، وعيوب النساء الباطنة، كالرتق والقرن والحيض، واستهلال
المولود، وأصله الصوت عند ولادته، والمراد منه ولادته حياً ليرث.
واحترز بالباطنة عن مثل العرج والجذام في الوجه وإن كانت حرة، لأنه
ليس من العورة.

واختلف في الرضاع، والأظهر أنه كذلك، لأنه أمر لا يطلع عليه الرجال
غالباً، فمست الحاجة إلى قبول شهادتهن فيه، كغيره من الأمور الخفية على
الرجال من عيوب النساء وغيرها، وللأخبار الكثيرة عن الصادق عليه السلام أن

(١) لم ترد العبارة: (وتقبل شهادة امرأتين - إلى - ولو كثرن) في متن نسخ المسالك الخطية، ووردت
في النسخة الخطية المعتمدة من الشرائع، وكذا في الشرائع الحجرية، وفي الجواهر (٤١: ١٧٣): أن
الشارح الشهيد (قدس سره) لم يشرحها في المسالك، ولعله لسقوطها من نسخته.
(٢) في (أ): الزوجة، وفي (ث): الزوجية.

وتقبل شهادة المرأة الواحدة: في ربع ميراث المستهل، وفي ربع الوصية. وكل موضع تقبل فيه شهادة النساء لا يثبت بأقل من أربع.

شهادة النساء تقبل فيما لا يجوز للرجال النظر إليه (١).
ويؤيده ظاهر رواية ابن بكير، عن بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السلام: (في امرأة أرضعت غلاما وجارية، قال: يعلم ذلك غيرها؟ قلت: لا، قال: لا تصدق إن لم يكن غيرها) (٢). ومفهوم الشرط أنها تصدق حيث يعلم بذلك غيرها، لأن عدم الشرط يقتضي عدم المشروط وهو عدم التصديق، فيثبت نقيضه وهو التصديق.

وقال الشيخ في الخلاف (٣) وموضع من المبسوط (٤)، وابن إدريس (٥)، ونجيب الدين يحيى بن سعيد (٦)، والأكثر: إنه لا تقبل فيه شهادة النساء، لأصالة الإباحة. ولا يخفى ضعف الأصالة مع معارضة الشهادة.

قوله: (وتقبل شهادة المرأة.... إلخ).

حيث تقبل شهادة النساء منفردات يعتبر كونهن أربعاً، لما عهد من عادة الشارع في باب الشهادات من اعتبار المرأتين برجل، والأمر بإشهاد رجلين أو رجل وامرأتين.

واستثنى من ذلك أمران بنص خاص، وهما: الوصية بالمال، وميراث

-
- (١) راجع الوسائل ١٨: ٢٥٨ ب (٢٤) من أبواب الشهادات ح ٤، ٥، ٧، ٩ وغيرها.
 - (٢) التهذيب ٧: ٣٢٣ ح ١٣٣٠، الوسائل ١٤: ٣٠٤ ب (١٢) من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ٣.
 - (٣) الخلاف ٦: ٢٥٧ مسألة (٩).
 - (٤) المبسوط ٥: ٣١١.
 - (٥) السرائر ٢: ١٣٧.
 - (٦) الجامع الشرائع: ٥٤٣.

المستهل. فيثبت جميع المشهود به بشهادة أربع، وثلاثة أرباعه بشهادة ثلاث، ونصفه باثنتين، وربعه بواحدة.

والمستند صحيحة ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام في شهادة امرأة حضرت رجلا يوصي، فقال: (يجوز ربع ما أوصى بحساب شهادتها) (١). وصحيحة عمر بن يزيد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات وترك امرأته وهي حامل، فوضعت بعد موته غلاما، ثم مات الغلام بعد ما وقع إلى الأرض، فشهدت المرأة التي قبلتها أنه استهل وصاح حين وقع إلى الأرض ثم مات، قال: على الإمام أن يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام) (٢). وفي رواية ابن سنان عنه عليه السلام: (قلت: فإن كانتا امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث) (٣). وغيرها من الأخبار (٤). وفي ثبوت النصف بشهادة الرجل، لكونه بمنزلة امرأتين، أو الربع لعدم النص عليه، وكونه المتيقن، إذ لا يقصر عن امرأة، أولا يثبت به شيء أصلا، وقوفا فيما خالف الأصل على مورد، أو جه أجودها الوسط.

وليس للمرأة تضعيف الحق ليصير ما يثبت بشهادتها مقدار الحق. فلو فعلت ذلك جاز للمشهود له أخذه إن علم بأصل الحق، وإلا فلا. والخنثى هنا كالمرأة.

-
- (١) الكافي ٧: ٤ ح ٤، التهذيب ٩: ١٨٠ ح ٧١٩، الوسائل ١٣: ٣٩٥ ب (٢٢) من أبواب أحكام الوصايا ح ١.
- (٢) الكافي ٧: ٣٩٢ ح ١٢، التهذيب ٦: ٢٦٨ ح ٧٢٠، الاستبصار ٣: ٢٩ ح ٩٢، الوسائل ١٨: ٢٥٩ ب (٢٤٤) من أبواب الشهادات ح ٦.
- (٣) الكافي ٧: ١٥٦ ح ٤، التهذيب ٦: ٢٧١ ح ٧٣٦، الاستبصار ٣: ٣١ ح ١٠٤، الوسائل ١٨: ٢٦٧ الباب المتقدم ح ٤٥.
- (٤) راجع الوسائل ١٣: ٣٩٥ ب (٢٢) من أبواب أحكام الوصايا.

مسائل:

الأولى: الشهادة ليست شرطا في شئ من العقود إلا في الطلاق.
ويستحب في النكاح، والرجعة. وكذا في البيع.

وقال المفيد: (يقبل: في عيوب النساء، والاستهلال، والنفاس، والحيض، والولادة، والرضاع، شهادة امرأتين مسلمتين، وإذا لم يوجد إلا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها فيه) (١). وتبعه سلار (٢).
والمستند صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام: (أنه سأله عن شهادة القابلة في الولادة، فقال: تجوز شهادة الواحدة) (٣).
وأجاب في المختلف (٤) بالقول بالموجب، فإنه يثبت بشهادة الواحدة الربع، مع أنه لا يدل على حكم غير الولادة. وابن أبي عقيل (٥) خص القبول بالواحدة بالاستهلال، عملا بظاهر الخبر.
قوله: (الشهادة ليست شرطا... إلخ).

الاشهاد مستحب في البيع، لقوله تعالى: (وأشهدوا إذا تباعتم) (٦)، وفي النكاح والرجعة، للأخبار (٧) الواردة بذلك، وقد تقدمت (٨) في بابها. ولا يجب في

(١) المقنعة: ٧٢٧.

(٢) المراسم: ٢٣٣.

(٣) الكافي ٧: ٣٩٠ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٦٩ ح ٧٢٣، الاستبصار ٣: ٢٩ ح ٩٥، الوسائل ١٨: ٢٥٨ ب (٢٤٤) من أبواب الشهادات ح ٢.

(٤) المختلف: ٧١٦.

(٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧١٦، ولكن عمم الحكم في الولادة وفي الصبي صاح أو لم يصح.

(٦) البقرة: ٢٨٢.

(٧) الوسائل ١٤: ٦٧ ب (٤٣) من أبواب مقدمات النكاح، و ج ١٥: ٣٧١ ب (١٣) من أبواب أقسام الطلاق.

(٨) في ج ٧: ١٨، و ج ٩: ١٨٨.

الثانية: حكم الحاكم تبع للشهادة، فإن كانت محقة نفذ الحكم باطنا وظاهرا، وإلا نفذ ظاهرا. وبالجملة الحكم ينفذ عندنا ظاهرا لا باطنا. ولا يستبيح المشهود له ما حكم له، إلا مع العلم بصحة الشهادة أو الجهل بحالها.

شئ من العقود وغيرها، عملا بالأصل، وضعف الدليل الموجب. وقد تقدم البحث في ذلك مرارا.

قوله: (حكم الحاكم... إلخ).

أطبق علماؤنا وأكثر الجمهور على أن الحكم لا ينفذ إلا ظاهرا، وأما باطنا فيتبع الحق، فلا يستبيح المحكوم له أخذ المحكوم به مع علمه بعدم الاستحقاق، لأصالة بقاء الحق على أصله، والحل والحرمة كذلك. وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: (إنما أنا بشر مثلكم، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأقضي له نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار) (١). أخرجه أصحاب السنن السبعة.

وخالف في ذلك أبو حنيفة (٢)، فحكم باستباحة المحكوم له وإن علم بطلانه، سواء في ذلك المال أو البضع.

وقول المصنف: (أو الجهل بحالها) يندرج فيه ما إذا شهد لشخص شاهدان بحق، إما لكونه متروكا له من مورثه، أو له مع احتمال نسيانه، فإنه يستبيح أخذه

(١) صحيح البخاري ٣: ٢٣٥ - ٢٣٦، سنن ابن ماجه ٢: ٧٧٧ ح ٢٣١٧، سنن أبي داود: ٣: ٣٠١ ح ٣٥٨٣، سنن الترمذي ٣: ٦٢٤ ح ١٣٣٩. سنن النسائي ٨: ٢٣٣، سنن الدارقطني ٤: ٢٣٩ ح ١٢٧، سنن البيهقي ١٠: ١٤٩.
(٢) المبسوط للسرخسي ١٦: ١٨٠.

الثالثة: إذا دعي من له أهلية التحمل وجب عليه. وقيل: لا يجب.
والأول مروى. والوجوب على الكفاية. ولا يتعين إلا مع عدم غيره ممن
يقوم بالتحمل.
أما الأداء فلا خلاف في وجوبه على الكفاية، فإن قام غيره سقط
عنه. وإن امتنعوا لحقهم الذم والعقاب.
ولو عدم الشهود إلا اثنان، تعين عليهما. ولا يجوز لهما التخلف،
إلا أن تكون الشهادة مضرّة بهما ضرراً غير مستحق.

مع (١) الحكم بشهادتهما، ما لم يعلم فساد ذلك، بأن يتجدد براءة المشهود عليه من
غير أن يعلم به الشهود، ونحو ذلك، فلا يستبيح الأخذ، لعلمه بفساد الحكم.
ولو توقف الحكم على يمينه، لكون الشهادة على ميت أو ما ألحق به، أو
كون الشاهد واحداً، لم يجز له الحلف إلا مع العلم بالحال، لأن استباحة الأخذ
مترتبة على حكم الحاكم، وحكمه مترتب على يمينه، وليس له الحلف بدون
العلم بالحال.

قوله: (إذا دعي... إلخ).

الكلام هنا في أداء الشهادة آخراً وتحملها أولاً. أما الأول فلا خلاف في
وجوبه وتحريم الامتناع منه، قال تعالى: (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه
آثم قلبه) (٢).

وروي عن الباقر عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من
كتم شهادة، أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم، أو ليزوي مال أمر مسلم، أتى

(١) في (أ، ث، خ): من الحاكم.
(٢) البقرة: ٢٨٣.

يوم القيامة ولوجهه ظلمة مد البصر، وفي وجهه كدوح، تعرفه الخلائق باسمه ونسبه، ومن شهد شهادة حق ليحيي بها حق امرئ مسلم أتى يوم القيامة ولوجهه نور مد البصر، تعرفه الخلائق باسمه ونسبه، ثم قال أبو جعفر عليه السلام: ألا ترى أن الله تعالى يقول: (وأقيموا الشهادة لله) (١). ووجوبه على الكفاية إن زاد الشهود عن العدد المعتبر في ثبوت الحق، وإلا فهو عيني، وإن كان الجميع في الأصل كفائياً، لأن الواجب الكفائي إذا انحصر في فرد كان كالعيني.

والمشهور عدم الفرق في الوجوب بين من استدعي وغيره، لعموم الأدلة، وأنها أمانة حصلت عنده فوجب عليه الخروج منها، كما أن الأمانات المالية تارة تحصل عنده بقبولها كالوديعة، وتارة بغيره كتطير الرياح. وذهب جماعة (٢) - منهم الشيخ (٣) وابن الجنيد (٤) وأبو الصلاح (٥) - إلى عدم الوجوب إلا مع الاستدعاء، لصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها إن شاء شهد، وإن شاء سكت (٦). وسأله أيضاً عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهادة على ما

-
- (١) الكافي ٧: ٣٨٠ ح ١، الفقه ٣: ٣٥ ح ١١٤، التهذيب ٦: ٢٧٦ ح ٧٥٦، الوسائل ١٨: ٢٢٧ ب (٢) من أبواب الشهادات ح ٢. والآية في سورة الطلاق: ٢.
(٢) المهذب ٢: ٥٦٠.
(٣) النهاية: ٣٣٠.
(٤) حكاة عنه فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٤: ٤٤١.
(٥) الكافي في الفقيه: ٤٣٦.
(٦) الكافي ٧: ٣٨٢ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٥٨ ح ٦٧٨، الوسائل ١٨: ٢٣١ ب (٥) من أبواب الشهادات ح ١.

يسمع منهما، قال: ذاك إليه إن شاء شهد وإن شاء لم يشهد، فإن شهد شهد بحق قد سمعه، وإن لم يشهد فلا شيء عليه، لأنهما لم يشهداه (١).
وحسنة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها، فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت، وإذا أشهد لم يكن له إلا أن يشهد) (٢). وغيرها من الأخبار (٣). ولأنه لم يؤخذ منه التزام، بخلاف ما إذا تحمل قصدا، فإنه يكون ملتزما كضمان الأموال.
وفي المختلف (٤) جعل النزاع لفظيا لا معنويا، نظرا إلى أنه فرض كفاية، فيجوز تركه إذا قام غيره مقامه، ولو لم يقم غيره مقامه وخاف لحوق ضرر بإبطال الحق وجب عليه إقامة الشهادة، ولا يبقى فرق بين أن يشهد من غير استدعاء وبين أن يشهد معه.

وفيه نظر، لأن الأخبار المذكورة مفصلة ومصرحة بالفرق بين من يستدعي وبين من لا يستدعي، وأنه يتعين على المستدعي الشهادة، مع أن الوجوب حينئذ كفائي اتفاقا وإن عرض له التعيين. وعلى ما ذكره في المختلف من المعنى لا يبقى فرق بين الحالين، ولا يبقى للتفصيل في الأخبار فائدة أصلا. ولا وجه لهذا التكلف الذي لا يساعد عليه الكلام. والحق أن النزاع معنوي صرف.
ولو لم يعلم صاحب الحق بشهادة الشهود، إما لكونه قد نسي الاستدعاء، أو لكون المستدعي مورثه، أو مطلقا على المشهور، وجب عليهم تعريفه مع

-
- (١) الكافي ٧: ٣٨٢ ح ٦، التهذيب ٦: ٢٥٨ ح ٦٧٧، الوسائل ١٨: ٢٣٢ الباب المتقدم ح ٥.
(٢) الكافي ٧: ٣٨١ ح ١، التهذيب ٦: ٢٥٨ ح ٦٧٩، الوسائل ١٨: ٢٣١ الباب المتقدم ح ٢.
(٣) راجع الوسائل ١٨: ٢٣١ الباب المتقدم.
(٤) المختلف: ٧٢٥.

خوفهم من بطلان الحق. ويجب كفاية مع زيادتهم عن العدد إعلام العدد الذي يثبت به الحق.

ولو لم يكونوا عدولا، فإن أمكن ثبوت الحق بشهادتهم ولو عند حاكم الجور وجب أيضا، وإلا ففي الوجوب وجهان، من عدم الفائدة، وتوقع العدالة. وقرب في الدروس (١) الوجوب.

ولو كان أحدهما عدلا وجب عليه قطعا، رجاء أن يحلف معه إن أمكن، بأن يكون عالما بالحق، وإلا ففي الوجوب نظر، لعدم الفائدة. ويمكن الوجوب مطلقا، رجاء أن يكون له شاهد آخر لا يعلم به فيثبت الحق بهما.

وأما الثاني، وهو تحمل الشهادة ابتداء، فالمشهور والمروي وجوبه أيضا على الكفاية كالأداء، لقوله تعالى: (ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) (٢)، الشامل

بعمومه الأمرين، أو لاختصاصه بهذه الحالة، فقد روى هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام: (في قول الله عز وجل: (ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا)،

قال: قبل الشهادة، وقوله تعالى: (ومن يَكْتُمها فإنه آثم قلبه) (٣)، قال: بعد الشهادة) (٤). وهو نص في الباب، وتصريح بحمل الآية على حالة التحمل.

ولصحيحة أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام: (في قوله تعالى: (ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) قال: لا ينبغي لأحد إذا دعي إلى شهادة ليشهد

(١) الدروس الشرعية ٢: ١٣٥.

(٢) البقرة: ٢٨٢ - ٢٨٣.

(٣) البقرة: ٢٨٢ - ٢٨٣.

(٤) الكافي ٧: ٣٨١ ح ٢، الفقيه ٣: ٣٤ ح ١١٢، التهذيب ٦: ٢٧٥ ح ٧٥٠، الوسائل ١٨: ٢٢٥ ب (١) من أبواب الشهادات ح ١.

عليها أن يقول: لا أشهد لكم عليها (١). و (لا ينبغي) وإن كان ظاهره الكراهة إلا أنه فسر به النهي في الآية، والأصل فيه التحريم، فيحمل التفسير عليه.

ورواية جراح المدائني عنه عليه السلام قال: (إذا دعيت إلى الشهادة فأجب) (٢).

وصحيحة محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام: (في قول الله تعالى: (ولا يَأبُ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) فقال: إذا دعاك الرجل لتشهد على دين أو حق لم يسع لك أن تقاعس عنه) (٣).

وغيرها من الأخبار (٤) الكثيرة الدالة بعمومها أو إطلاقها على المطلوب. ولأنه من الأمور الضرورية التي لا ينفك الإنسان عنها، لوقوع الحاجة إلى المعاملات والمناكحات، فوجب في الحكمة إيجاب ذلك لتحسم مادة النزاع المترتب على تركه غالباً.

وذهب ابن إدريس (٥) - رحمه الله - إلى عدم الوجوب، عملاً بالأصل، وطعنا في الأخبار ودلالة الآية، لأن إطلاق الشهداء حقيقة بعد تحمل الشهادة، فتكون مخصوصة بالأداء، وإلا لزم المجاز أو الاشتراك.

-
- (١) الكافي ٧: ٣٧٩ - ٣٨٠ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٧٥ ح ٧٥١، الوسائل ١٨: ٢٢٥ الباب المتقدم ح ٢.
(٢) الكافي ٧: ٣٨٠ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٧٥ ح ٧٥٢، الوسائل ١٨: ٢٢٥ الباب المتقدم ح ٣.
(٣) الكافي ٧: ٣٨٠ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٧٦ ح ٧٥٤، الوسائل ١٨: ٢٢٦ الباب المتقدم ح ٧.
(٤) راجع الوسائل ١٨: ٢٢٥ ب (١) من أبواب الشهادات.
(٥) السرائر ٢: ١٢٥ - ١٢٦.

وأجيب (١): (بأنها وردت في معرض الارشاد بالاشهاد، لأنه تعالى أمر (٢) بالكتابة حال المدائنة، ونهى الكاتب عن الإباء، ثم أمر بالاشهاد، ونهى الشاهد عن الآباء). فكان سياق الآية يقتضي إرادة هذا المعنى، مضافاً إلى تفسيره به في الرواية المعتمدة. ولأنه لا يشترط ثبوت المعنى المشتق منه في صحة الاشتقاق. وفيه نظر.

واعلم أن إطلاق الأصحاب والأخبار يقتضي عدم الفرق في التحمل والأداء بين كونه في بلد الشاهد وغيره مما [لا] (٣) يحتاج إلى سفر، ولا بين السفر الطويل والقصير مع الامكان. هذا من حيث السعي. أما المؤونة المحتاج إليها في السفر من الركوب وغيره فلا يجب على الشاهد تحملها، بل إن قام بها المشهود له وإلا سقط الوجوب، فإن الوجوب في الأمرين مشروط بعدم توجه ضرر على الشاهد غير مستحق، وإلا سقط الوجوب.

واحترز بالمستحق عما لو كان للمشهود عليه حق على الشاهد يناقشه عليه على تقدير الشهادة، ويمهله به أو يسامحه بدونها، فلا يعد ذلك عذراً، لأنه مستحق مع قدرته على الوفاء لا بدونه.

(١) المختلف: ٧٢٢.

(٢) البقرة: ٢٨٢.

(٣) من (ط) والحجريتين.

الطرف الرابع
في الشهادة على الشهادة
وهي مقبولة: في حقوق الناس، عقوبة كانت كالقصاص، أو غير
عقوبة، كالطلاق والنسب والعتق، أو مالا كالقراض والقرض وعقود
المعاوضات، أو مالا يطلع عليه الرجال غالباً، كعيوب النساء والولادة
والاستهلال.
ولا تقبل في الحدود، سواء كانت لله محضاً، كحد الزنا واللواط
والسحق، أو مشتركة، كحد السرقة والقذف على خلاف فيهما.

قوله: (في الشهادة على الشهادة... إلخ).
الشهادة على الشهادة مقبولة مرة واحدة في الجملة إجماعاً، لعموم:
(واستشهدوا شهيدين من رجالكم) (١). وخصوص قول أبي جعفر عليه السلام
في رواية محمد بن مسلم حيث سأل عن: (الشهادة على شهادة الرجل وهو
بالحاضرة في البلد، قال: نعم، ولو كان خلف سارية، إذا كان لا يمكنه أن يقيمها
هو لعله تمنعه من أن يحضر ويقيمها) (٢). ولدعاء الحاجة إليها، فإن شهود الواقعة
قد يغيبون أو يموتون. ولأن الشهادة حق لازم الأداء، فتجوز الشهادة عليه كسائر
الحقوق.

ومحلها ما عدا الحدود إجماعاً، سواء في ذلك الأموال والأنكحة والعقود
والإيقاعات والفسوخ وغيرها، وسواء كانت حق الآدميين أم حق الله تعالى،
كالزكوات وأوقاف المساجد والجهات العامة والأهلة، كهلال رمضان وغيره.

(١) البقرة: ٢٨٢.
(٢) الفقيه ٣: ٤٢ ح ١٤١، التهذيب ٦: ٢٥٦ ح ٦٧٢، الاستبصار ٣: ٢٠ ح ٥٩، الوسائل ١٨: ٢٩٧ ب (٤٤٤) من أبواب الشهادات ح ١.

ولا بد أن يشهد اثنان على الواحد، لأن المراد إثبات شهادة الأصل، وهو لا يتحقق بشهادة الواحد.

وأما الحدود، فإن كانت مختصة بالله - كحد الزنا - لم تسمع إجماعاً. وإن كانت مشتركة - كحد السرقة والقذف - فالمشهور بين الأصحاب أن الحكم فيها كغيرها من الحدود، لاطلاق النصوص بعدم قبولها في الحد، كرواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام، عن أبيه، عن علي عليه السلام: (أنه كان لا يجيز شهادة على شهادة في حد) (١). ومثله روى غياث بن (٢) إبراهيم [عنه] (٣) عن علي عليه السلام.

والطريق فيهما ضعيف، لكنهما مؤيدتان - مع الشهرة - بأن الحدود تدرأ بالشبهات. وقيام البدل مقام المبدل لا يخلو من شبهة. وقال الشيخ في موضع من المبسوط (٤) وابن حمزة (٥) بجوازها فيهما (٦)، ترجيحاً لحق الأدمي، وأخذاً بالعموم. وهذا أجود، لعدم دليل صالح للتخصيص فيهما. وهو اختيار الشهيد في الشرح (٧). قوله: (ولا بد أن يشهد اثنان... إلخ).

- (١) التهذيب ٦: ٢٥٥ ح ٦٦٧، الوسائل ١٨: ٢٩٩ ب (٤٥) من أبواب الشهادات ح ١.
- (٢) الفقيه ٣: ٤١ ح ١٤٠، التهذيب ٦: ٢٥٦ ح ٦٧١، الوسائل ١٨: ٢٩٩ الباب المتقدم ح ٢.
- (٣) من (ت، ط).
- (٤) المبسوط ٨: ٢٣١، لكن حكم بجوازها في القذف دون السرقة.
- (٥) الوسيلة: ٢٣٣.
- (٦) في (ت، ث): فيها.
- (٧) غاية المراد: ٣٣٢.

فلو شهد على كل واحد اثنان صح. وكذا لو شهد اثنان، على شهادة كل واحد من شاهدي الأصل. وكذا لو شهد شاهد أصل، وهو مع آخر على شهادة أصل آخر.

وكذا لو شهد اثنان على جماعة، كفى شهادة الاثنین على كل واحد منهم. وكذا لو كان شهود الأصل شاهدا وامرأتین، فشهد على شهادتهم اثنان، أو كان الأصل نساء مما تقبل فيه شهادتهن منفردات، كفى شهادة اثنین عليهن.

ونبه المصنف بقوله: (عقوبة كالتقصاص... إلخ) على خلاف بعض العامة (١)، حيث نفاها في العقوبات كالتقصاص وإن كانت حقا للآدميين. وأكثرهم على اختصاص المنع بحدود الله تعالى. ومنهم من أثبتها في الحدود أيضا.

واعلم أن إطلاق المصنف كون محلها حقوق الآدميين قد يوهم خروج ما كان حقا لله تعالى وليس حقا للآدمي وإن لم يكن حدا. وهذا ليس بمراد، بل الضابط ما ذكرناه من أن محلها ما عدا الحدود، أو ما عدا حدود الله تعالى، كما تقتضيه الأدلة والفتاوى.

المقصود من الشهادة على الشهادة إثبات شهادة شاهد الأصل عند الحاكم، فكانت الشهادة كغيرها من الحقوق غير المالية، فيفتقر إثباتها إلى شاهدين ذكرين.

(١) اللباب في شرح الكتاب ٤: ٦٨، الحاوي الكبير ١٧: ٢٢١، حلية العلماء ٨: ٢٩٥، المغني لابن قدامة ١٢: ٨٧، روضة الطالبين ٨: ٢٦١.

وللتحمل مراتب، أتمها أن يقول شاهد الأصل: أشهد على
شهادتي، أنني أشهد على فلان بن فلان، لفلان بن فلان بكذا. وهو
الاسترعاء.

ثم إن شهد شاهدان على أحدهما وآخران على شهادة الآخر تم النصاب
بلا كلام. وإن شهد كل منهما على كل منهما، أو أحدهما مع شاهد الأصل على
الأصل الآخر، فعندنا أن الحكم كذلك، لتحقق إثبات شهادة الشاهد باثنين، وهو
المعتبر في الإثبات.

وخالف في ذلك بعض العامة (١)، فمنع من جميع هذه الصور التي ذكرها
المصنف، واعتبر المغايرة في شهود كل فرع. فشرط شهادة أربعة على
الشاهدين، وعلى رجل وامرأتين ستة. ولو شهدوا على أربع من النساء في مثل
الولادة افتقر إلى ثمانية، يشهد على كل واحدة اثنان. وهكذا.
والأكثر على ما اخترناه من الاجتزاء باثنين مطلقاً، لأنهما شهدا على
الجميع، كما لو شهدا على إقرار رجلين أو أربعة.

ومبنى الخلاف في جواز كون الأصل فرعاً مع آخر على أن الإشهاد على
الشهادة هل هو لإثبات الشهادة، أو [هو] (٢) بحكم النيابة عنها؟ فعلى الأول - وهو
مذهب الأصحاب - يجوز أن يكون الأصل فرعاً، لا على الثاني، لأنه لا يصح
كونه نائباً عن نفسه وغيره، لأن قيامه بنفسه يستدعي استغناءه عن الغير، ونياسته
يقتضي افتقاره، فلا يجتمعان.
قوله: (وللتحمل مراتب... إلخ).

(١) حلية العلماء ٨: ٢٩٨ - ٢٩٩، المغني لابن قدامة ١٢: ٩٥ - ٩٦، روضة الطالبين ٨: ٢٦٥.
(٢) من (أ) والحجريتين.

وأخفض منه أن يسمعه، يشهد عند الحاكم، إذ لا ريب في
تصريحه هناك بالشهادة.

ويليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان
بكذا، ويذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب أو عقار، إذ هي
صورة جزم. وفيه تردد.

أما لو لم يذكر سبب الحق، بل اقتصر على قوله: أنا أشهد لفلان
على فلان بكذا، لم يصر متحملاً، لاعتیاد التسامح بمثله. وفي الفرق
بين هذه وبين ذكر السبب إشكال.

إنما يجوز التحمل إذا عرف أن عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت.
ولمعرفة أسباب ذكرها المصنف - رحمه الله - في ثلاث مراتب.
أحدها: الاسترعاء. وهو: التماس شاهد الأصل رعاية شهادته. والشهادة
بها والشهادة معه جائزة إجماعاً. ولكن اختلفوا في كفيته، فذكر المصنف
- رحمه الله - والأكثر أن يقول شاهد الأصل للفرع: أشهد على شهادتي أنني أشهد
على فلان... إلخ. وفي معناها أن يسمعه يسترعي شاهداً آخر. وكذا لو قال:
أشهدك على شهادتي، أو يقول: إذا استشهدت على شهادتي فقد أذنت لك في أن
تشهد. ولا يقول: أشهدك عن شهادتي... إلخ.
والفرق بين (على) و (عن) أن قوله: (أشهدك على شهادتي) تحمیل،
وقوله: (عن شهادتي) إذن في الأداء، فكأنه يقول: أدها عني، إذ لإذنه أثر
في الطريق، ألا تراه لو قال له بعد التحمیل: لا تؤد عني تلك الشهادة، امتنع
عليه الأداء.

وربما رجح بعضهم (عن)، بل ناقش في (على)، من حيث إنها تقتضي كون الشهادة مشهودا عليها، وإنما هي مشهود بها، والمشهود عليه هو الشاهد، ولا بد من التمييز بين المشهود به وله وعليه.

لكن رعاية التحمل في (على) سهل أمرها، وأخرجها عن كون الشهادة مشهودا عليها صرفا. مضافا إلى كونه هو المشهور في الاستعمال.

وثانيها: أن يسمعه يشهد عند الحاكم أن لفلان على فلان كذا، فله أن يشهد على شهادته وإن لم يسترعه، لأنه لا يتصدى لإقامة الشهادة عند الحاكم إلا بعد تحقق الوجوب. وللحاكم أيضا أن يشهد على شهادته عند حاكم آخر. والشهادة عند المحكم (١) كالشهادة عند الحاكم المنسوب من الإمام، لأنه لا يشهد عند المحكم (٢) أيضا إلا وهو جازم بثبوت المشهود به.

وألحق بهذه المرتبة قوله: عندي شهادة مجزومة أو مثبتة بأن على فلان لفلان كذا. وكذا لو قال: شهادة لا أرتاب فيها، أو لا أشك.

ويظهر من كلام ابن الجنيد منع هذه المرتبة، لأنه قال: (ليس للشهود أن يشهدوا إذا أخبرهم المشهود على شهادته، دون أن يسترعيهم إياها ويقول لهم بعد وصفه حال شهادته: فاشهدوا على شهادتي على فلان لفلان بكذا) (٣).

وثالثها: أن يبين سبب الوجوب، فيقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع أو قرض أو أرش جناية. فيجوز الشهادة على شهادته وإن لم يشهد عند الحاكم، ولا وجد منه استرعاء، لأن الاستناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد

(١) في (د، ط): الحكم.

(٢) في (أ، ط): الحكم، وفي (د): الحاكم.

(٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٢٩.

والتساهل.

والمصنف - رحمه الله - تردد في قبول هذه الصورة، وكذلك العلامة (١). ومنشأ التردد مما ذكر، ومن اعتياد التسامح بمثل ذلك في غير مجالس الحكام. والوجه القبول، لأن العدالة تمنع المسامحة إلى هذه الغاية. ولو قال: أشهد أن عليه كذا... إلخ، ولم يذكر السبب، ولا كان ذلك في مجلس الحاكم، فهذه الصورة قطع المصنف - رحمه الله - وغيره (٢) بعدم جواز الشهادة عليها، لاعتياد التسامح بذلك من غير تحقيق لغرض صحيح أو فاسد، ولو آل الأمر إلى أن إقامة الشهادة لا تخلو عنها، ولاحتمال إرادة الوعد، بمعنى أن المشهود عليه كان قد وعد المشهود له بذلك فجعلها عليه، لأن الوفاء بالوعد من مكارم الأخلاق، فنزله منزلة الدين. وليس كذلك لو سمعه يقول: لفلان علي كذا، فإنه يجوز الشهادة عليه بالاقرار، ولا يحمل على الوعد ولا على التساهل. وفرقوا بين الاقرار وتحمل الشهادة بوجهين: أحدهما: أن الشهادة يعتبر فيها ما لا يعتبر في الاقرار، ألا ترى أنه لا تقبل شهادة الفاسق والمغفل والشهادة بالمجهول، والاقرار يخالفه، فجاز أن يعتبر في تحمل الشهادة ما لا يعتبر في تحمل الاقرار. والثاني: أن المقر مخبر عن نفسه، والشاهد مخبر عن غيره، [والمخبر عن غيره] (٣) قد يتساهل، فيحتاج فيه إلى الاحتياط، بخلاف المخبر عن نفسه. واعلم: أن المصنف - رحمه الله - استشكل الفرق بين هذه الصورة التي سمعه يشهد من غير أن يذكر السبب، وبين ما لو ذكر السبب.

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٤١.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٤١.

(٣) من (ت، ث، خ).

ففي صورة الاسترعاء، يقول: أشهدني [فلان] على شهادته.
وفي صورة سماعه عند الحاكم، يقول: أشهد أن فلانا شهد عند
الحاكم بكذا.
وفي صورة السماع لا عنده، يقول: أشهد أن فلانا شهد على فلان
لفلان بكذا، بسبب كذا.

ووجه الاشكال: من حيث اشتمال الصيغتين على الجزم الذي لا يناسب
العدل أن يتسامح فيه.

واستشكاله في الفرق يحتمل معنيين:

أحدهما - وهو الأظهر - : إلحاق الأولى بالثانية في عدم القبول، لقيام
الاحتمال بالتسامح والوعد، فيكون الاشكال موافقا لتردده السابق في حكم ما لو
ذكر السبب، ويقتضي عدم قبول الشهادة في الموضوعين، بخلاف ما ذكره الشيخ (١)
وغيره (٢) من الفرق وقبول الأولى دون الثانية.

والثاني: إلحاق الثانية بالأولى في القبول، لاشتراكهما في الشهادة بصيغة
الجزم الذي لا يصح للعدل أن يتلفظ به من غير علم بالحال، ولا يجوز في سماعه
ذلك ممن لا يوثق به أو وعد ونحوه. إلا أن هذا الحكم بعيد، بل لم يقل به أحد
وإن كان محتملا.

والمحصل من الاشكال هو أن الحكم في إحداهما بالقبول دون الأخرى
ترجيح من غير مرجح، ردا على الشيخ (٣) حيث فرق.
قوله: (ففي صورة الاسترعاء... إلخ).

(١) المبسوط ٨: ٢٣١ - ٢٣٢.

(٢) الدروس الشرعية ٢: ١٤٢.

(٣) المبسوط ٨: ٢٣١ - ٢٣٢.

ولا تقبل شهادة الفرع، إلا عند تعذر حضور شاهد الأصل.
ويتحقق العذر: بالمرض، وما ماثله، وبالغيبية. ولا تقدير لها.
وضابطه: مراعاة المشقة على شاهد الأصل في حضوره.

يجب على الفرع عند أداء الشهادة أن يبين جهة التحمل، لأن الغالب على الناس الجهل بطريق التحمل، فربما استند إلى سبب لا يجوز التحمل به، فإذا ذكر السبب زال الريب، وللاختلاف (١) في المراتب كما عرفت، فربما أطلق الشهادة وكانت مستندة إلى وجه يجوز عنده لا عند الحاكم.

فإن استرعاها الأصل قال: أشهد أن فلانا شهد أن لفلان علي فلان كذا وأشهدني علي شهادته، أو يقول ابتداء: أشهدني فلان علي شهادته أن لفلان... إلخ. وإن لم يسترعه بين أنه شهد عند الحاكم، أو أنه أسند المشهود به إلى سببه. وفي الاكتفاء بقوله: أشهد علي شهادة فلان بكذا، مع الوثوق بمعرفة المراتب، وموافقة رأيه لرأي الحاكم، فيها وجهان، من ظهور الاستناد إلى سبب صحيح نظرا إلى الثقة به، ومن تطرق الاحتمال. قوله: (ولا تقبل شهادة الفرع... إلخ).

المشهور بين الأصحاب اشتراط تعذر حضور شاهد الأصل في قبول شهادة الفرع. وفي خبر محمد بن مسلم السابق (٢) دليل عليه، لأنه شرط أن يكون به علة تمنعه من أن يحضر وقيمتها. ونقل الشيخ في الخلاف (٣) عن بعض أصحابنا عدم اشتراط ذلك، ومال

(١) في (ث، د، خ، م): والاختلاف.

(٢) راجع ص: ٢٦٩.

(٣) الخلاف ٦: ٣١٥ ذيل مسألة (٦٥).

إليه. واستدل عليه بأن الأصل قبول الشهادة على الشهادة، وتخصيصها بوقت دون وقت أو على وجه دون وجه يحتاج إلى دليل.

قال: (وأیضا روى (١) أصحابنا أنه إذا اجتمع شاهد الأصل وشاهد الفرع واختلفا، فإنه تقبل شهادة أعدلهما، حتى إن في أصحابنا من قال: تقبل شهادة الفرع وتسقط شهادة الأصل) (٢).

والمذهب هو المشهور. وعليه، فالمعتبر تعذر حضور الأصل لموت، أو زمانة، أو مانع يمنعه من حضور مجلس الحكم وإن كان حاضرا، أو يوجب له تحمل مشقة لا تتحمل غالبا. ولا فرق بين أن يكون فوق مسافة العدوي، وهي التي لو خرج بكرة لأداء الشهادة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلا، ودونها عندنا، عملا بالأصل.

واشترط بعض العامة (٣) كونه فوق مسافة القصر، وآخرون مسافة العدوي. وإلى خلافهما أشار المصنف - رحمه الله - بقوله: (ولا تقدير لها) لأنه رجوع إلى ما لا دليل عليه. وفي خبر محمد بن مسلم السابق (٤): (ولو كان خلف سارية إذا كان لا يمكنه أن يقيمها).

-
- (١) الكافي ٧: ٣٩٩ ح ١ و ٢، الفقيه ٣: ٤١ ح ١٣٧، التهذيب ٦: ٢٥٦ ح ٦٦٩ و ٦٧٠، الوسائل ١٨: ٢٩٩ ب (٤٦) من أبواب الشهادات.
(٢) الخلاف ٦: ٣١٥ - ٣١٦.
(٣) الحاوي الكبير ١٧: ٢٢٥، حلية العلماء ٨: ٢٩٧ - ٢٩٨، المغني لابن قدامة ١٢: ٩٠ - ٩١، روضة الطالبين ٨: ٢٦٧.
(٤) راجع ص: ٢٦٩.

ولو شهد شاهد الفرع، فأنكر [شاهد] الأصل، فالمروي العمل بشهادة أعدلهما. فإن تساويا اطرحت الفرع. وهو يشكل بما أن الشرط في قبول الفرع عدم الأصل. وربما أمكن، لو قال الأصل: لا أعلم.

قوله: (ولو شهد شاهد الفرع... إلخ).
الحكم في هذه المسألة مبني على السابقة، فإن قلنا بعدم اشتراط تعذر حضور شاهد الأصل في صحة شهادة الفرع تمشي هذا البحث هنا، لجواز إحضار الفرع وإن كان شاهد الأصل موجودا.
وأما على المشهور من اشتراط تعذره، فشهد الفرع ثم حضر الأصل، فإن كان بعد الحكم لم يعتد بإنكاره، وأمضي الحكم على وفق شهادة الفرع. وهذا لا إشكال فيه أيضا.
وإن كان حضوره قبل الحكم بشهادة الفرع فأنكر، فالمشهور سقوط شهادة الفرع، لأن الشرط في سماعها تعذر الأصل وقد زال. ولأن مستند شهادة الفرع شهادة الأصل وهي مفقودة، فيفقد ما استند إليها. وهذا هو الذي اختاره المصنف رحمه الله، وقبله الشيخ في المبسوط (١) وابن إدريس (٢) وجماعة [من] (٣) المتأخرين (٤).
وذهب جماعة - منهم الصدوقان (٥)، والشيخ في النهاية (٦)، وتلميذه

(١) المبسوط ٨: ٢٣٣.

(٢) السرائر ٢: ١٢٧.

(٣) من (ل).

(٤) المختلف: ٧٢٣، غاية المراد: ٣٣٣ - ٣٣٤، التنقيح الرائع ٤: ٣٢١.

(٥) المقنع: ٣٩٩، وحكاه عنهما العلامة في المختلف: ٧٢٣.

(٦) النهاية: ٣٢٩.

القاضي (١) - إلى الحكم بشهادة أعدلهما، لصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: (في رجل شهد على شهادة رجل، فجاء الرجل فقال: لم أشهده، فقال: تجوز شهادة أعدلهما، ولو كانت عدالتهما واحدة لم يجز الشهادة) (٢). وهذه الرواية وإن كان ظاهرها متروكا، من حيث اشتماله على شهادة الرجل الواحد على الواحد، إلا أن المطلوب يتم منها. على أن ذكر الواحد لا ينفي غيره، فيمكن حملها على وجه يصح. ولكن يشكل تمشيها على القول المشهور من اشتراط تعذر حضور شاهد الأصل.

والمصنف - رحمه الله - قال: يمكن ذلك على تقدير أن يقول الأصل: لا أعلم.

واعترضه السيد عميد الدين (٣) - رحمه الله - بأنه لا يمكن حينئذ العمل بقول الأعدل إذا كان الأصل، لأنه غير شاهد. وأورد عليه الشهيد - رحمه الله - أيضا بأن ذلك غير منطوق الرواية، لتضمنها قوله: (لم أشهده).

ثم وجهها بأنه: (لا يلزم من أنه يشترط في إحضار شاهد الفرع تعذر الأصل أن يكون ذلك في السماع. سلمنا لكن المراد إذا كان الأصل والفرع متفقين، فإنه حينئذ لا يحتاج إلى شهادة الفرع، للاستغناء بالأصل، وزيادة الكلفة

(١) المهذب ٢: ٥٦١.

(٢) الكافي ٧: ٣٩٩ ح ١، التهذيب ٦: ٢٥٦ ح ٦٧٠، الوسائل ١٨: ٣٠٠ ب (٤٦) من أبواب الشهادات ح ٣.

(٣) حكاه عنه الشهيد الأول في غاية المراد: ٣٣٤.

ولو شهد الفرعان ثم حضر شاهد الأصل، فإن كان بعد الحكم لم يقدح في الحكم وافقا أو خالفا. وإن كان قبله، سقط اعتبار الفرع. وبقي الحكم لشاهد الأصل.

ولو تغيرت حال الأصل بفسق أو كفر، لم يحكم بالفرع، لأن الحكم مستند إلى شهادة الأصل.

بالبحث عن الجرح والتعديل، أما مع التناكر فيمتنع تناول العبارة له. وبالجملة، فهم لم يصرحوا بأن ذلك مناف لشهادة الفرع، بل ظاهر كلامهم أن سماع شهادة الفرع مشروط بتعذر شاهد الأصل إذا كان يشهد، والمنكر لم يشهد (١).

وفي المختلف حمل الرواية: (على ما إذا أنكر بعد الحكم، فإنه لا يقدح في الحكم بشهادة أعدلهما، اعتبارا بقوة الظن، أما قبل الحكم فإن شهادة الفرع تبطل قطعا) (٢).

والأقوى أن إنكاره بعد الحكم أيضا لا يلتفت إليه. وقيل: يطرح الفرع. فالرواية تخالف الأصول على التقديرين. قوله: (ولو شهد الفرعان... إلخ).

إذا طراء بعد التحمل ما يمنع شهادة الفرع، بأن حضر الأصل بناء على اعتبار غيبته، أو كفر أو فسق، أو طراء له عداوة للمشهود عليه، فإن كان بعد الحكم بشهادة الفرع لم ينقض، كما لو شهد الأصل بنفسه ثم تجدد فسقه أو غيره من موانع الشهادة.

(١) غاية المراد: ٣٣٣.

(٢) المختلف: ٧٢٣.

ولم يخالف في ذلك إلا ابن حمزة (١)، فإنه حكم بتقديم أعدلهما. ومال إليه في المختلف (٢)، مؤولا به الرواية السابقة. وقد تقدم. وإن كان قبل الحكم وقبل أداء الشهادة، فلا إشكال في بطلانها أيضا، لأنها شهادة على فاسق أو غيره ممن لا تقبل شهادته، ولسقوط اعتبار الفرع بحضور الأصل.

وإن كان بعد الشهادة وقبل الحكم، فالمشهور بين الأصحاب أن الحكم كذلك. أما مع الحضور فلسقوط اعتبار الفرع، فلو حكم به اقتضى (٣) الحكم بشهادة الفرع مع حضور الأصل، وهو ممنوع. وأما مع عروض قوادح الشهادة فلصدق القضاء بشهادة الفاسق ونحوه، لأن الفرع إنما يؤدي شهادة الأصل، والحكم إنما هو بها، وكما لو فسق الأصل بعد شهادته وقبل الحكم. ووجهه أيضا بأن هذه الحالات لا تهجم دفعة واحدة، بل الفسق يورث الريبة فيما تقدم، والردة تشعر بخبث في العقيدة سابق، والعداوة لضغائن كانت مستكنة، وليس لمدة الريبة من قبل ضبط، فينعطف إلى حالة التحمل. ولو فرض زوالها قبل الشهادة عليه فهل للفرع أن يشهد بالتحمل الأول، أم يحتاج إلى تحمل جديد، بناء على انعطاف الريبة إلى حالة التحمل؟ فيه وجهان ناشئان من كونه عدلا عند الشهادة عليه وعند أدائها، ومن الريبة المذكورة. ولا يقدح طرو جنون الأصل والاعتماد عليه، والعمى فيما لا تقبل شهادة الأعمى فيه، كما لو مات، لأن ذلك لا يوقع ريبة فيما مضى، ولأن العمى لا يبطل أهلية الشهادة بالكلية.

(١) الوسيلة: ٢٣٣ - ٢٣٤.

(٢) المختلف: ٧٢٣.

(٣) في الحجريتين: اختص.

وتقبل شهادة النساء على الشهادة، فيما تقبل فيه شهادة النساء منفردات، كالعيوب الباطنة والاستهلال والوصية. وفيه تردد، أشبهه المنع.

قوله: (وتقبل شهادة النساء... إلخ).

اختلف الأصحاب في جواز شهادة النساء فرعا في موضع تجوز شهادتهن فيه أصلا على قولين:

أحدهما: الجواز. ذهب إليه الشيخ في الخلاف (١)، محتجا بالاجماع والأخبار، وقواه في المبسوط (٢)، لكنه جعل الآخر أحوط، وابن الجنيد (٣) والعلامة في المختلف (٤)، للأصل، وعموم قوله تعالى: (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) (٥). وعموم رواية السكوني عن الصادق عليه السلام أن عليا عليه السلام قال: (شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا حدود، إلا في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه) (٦). وذلك شامل للشهادة الأصلية والفرعية. ولأن شهادتهن أصلا ثابتة فالفرع أولى، لاستناده إلى شهادة الأصل أو مساو.

والثاني: المنع. ذهب إليه الشيخ في موضع من المبسوط (٧)، وابن

(١) الخلاف ٦: ٣١٦ مسألة (٦٦).

(٢) المبسوط ٨: ٢٣٣ - ٢٣٤.

(٣) حكاه فخر المحققين عنه في إيضاح الفوائد ٤: ٤٤٧.

(٤) المختلف: ٧٢٤.

(٥) البقرة: ٢٨٢.

(٦) التهذيب ٦: ٢٨١ ح ٧٧٣، الاستبصار ٣: ٢٥ ح ٨٠، الوسائل ١٨: ٢٦٧ ب (٢٤) من أبواب الشهادات ح ٤٢.

(٧) لم نجده فيه، ولعله أراد ما حكاه عنه قبل أسطر من الحكم بالأحوطية. ونسب إليه المنع الشهيد في غاية المراد: ٣٣٣.

إدريس (١)، والعلامة في غير المختلف (٢)، والمصنف - رحمه الله - هنا، وتردد في النافع (٣)، وكذا العلامة في الإرشاد (٤).
ووجه المنع: أن المجوز له إنما هو الضرورة، إما لضرورة الانفراد أو لفقد الرجال، كما في حالة الوصية، ولا ضرورة هنا. ولا اختصاص النساء ببعض (٥) الأحكام غالباً.

والجواب عن الأول: أن الأصل عدل عنه للدليل. والآية محلها الأموال، والشهادة ليست مالا. ورواية السكوني مع ضعفها لا تدل على المطلوب، مع أنها عمدة الشيخ والعلامة في المختلف، لأنه صدر بها الاستدلال.

ووجه عدم الدلالة: أنه جعل مورد شهادتهن الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه، وشهادتهن فرعا إنما هي على الشهادة، ونفس الشهادة ليست من الديون ولا الأموال، ويطلع عليها الرجال، فلا يدخل في الخبر، ولا في قاعدة ما تدخل فيه شهادة النساء. وهذا أقوى.

إذا تقرر ذلك، فاعلم أن قول المصنف: (تقبل شهادة النساء على النساء... إلخ) يدل على أن مورد الخلاف شهادتهن عليهن في موضع ينفردن بالشهادة، فيخرج من ذلك ما لو كان في موضعهن رجال حيث يجوز انفرادهن، فإن الشهادة في هذا المحل لا تختص بهن، بل يجوز بالرجال أيضا بطريق أولى. ويخرج من ذلك أيضا ما لو كان المحل مما تقبل فيه شهادتهن منضمات،

(١) السرائر ٢: ١٢٨ - ١٢٩.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٤٢، تحرير الأحكام ٢: ٢١٦.

(٣) المختصر النافع ٢: ٢٩٠.

(٤) إرشاد الأذهان ٢: ١٦٥.

(٥) في (أ، ث، د، ط): بنقض.

ثم الفرعان إن سميا الأصل وعدلاه، قبل. وإن سمياه ولم يعدلاه
سمعها الحاكم، وبحث عن الأصل، وحكم مع ثبوت ما يقتضي القبول،
وطرح مع ثبوت ما يمنع القبول لو حضر وشهد. أما لو عدلاه ولم
يسمياه، لم تقبل.

سواء شهدن فرعا على النساء أم على الرجال.
وفي النافع (١) جعل مورد الخلاف شهادتهن على الشهادة في الموضع الذي
تقبل فيه شهادتهن، وهو شامل لجميع هذه الموارد. وبهذا صرح جماعة منهم
الشهيد في الشرح (٢) والعلامة في المختلف (٣). وهو الحق.
وعلى هذا، فموضع القول بالجواز شهادتهن على الشهادة فيما لهن فيه
مدخل، سواء شهدن على مثلهن أم على الرجال. وحينئذ فتشهد على شاهد أربع
نساء، سواء كان المشهود عليه رجلا أم امرأة. فلو كن أربع نساء شهدت عليهن
ست عشرة امرأة، إن لم يشتركن في الشهادة على أزيد من واحدة، وإلا أمكن
الاجتزاء بالأربع، كما مر (٤) في شهادة الرجلين.
قوله: (ثم الفرعان... إلخ).

يجب على الفروع تسمية شهود الأصل وتعريفهم، لا اشتراط معرفة
عدالتهم، وما لم يعرفوا لا تعرف عدالتهم. ولو وصفوا الأصول بالعدالة ولم
يسموهم، بأن قالوا: نشهد على شهادة عدلين أو عدول، لم يجز، لأن الحاكم قد
يعرفهم بالجرح لو سموا. ولأنهم قد يكونون عدولا عند قوم وفساقا عند آخرين،

(١) المختصر النافع ٢: ٢٩٠.

(٢) غاية المراد: ٣٣٢.

(٣) المختلف: ٧٢٤.

(٤) في ص: ٢٧١.

ولو أقر باللواط، أو بالزنا بالعمة أو الخالة، أو بوطي البهيمة، ثبت بشهادة شاهدين. وتقبل في ذلك الشهادة على الشهادة. ولا يثبت بها حد، ويثبت انتشار حرمة النكاح. وكذا لا يثبت التعزير في وطى البهيمة، ويثبت تحريم الأكل في المأكولة. وفي الأخرى، وجوب بيعها في بلد آخر.

لأن العدالة مبنية على الظاهر. ولأن ذلك يسد باب الجرح على الخصم. ولا يشترط في شهادة الفرع تزكية شهود الأصل، بل له إطلاق الشهادة، ثم الحاكم يبحث عن عدالتهم، خلافا لبعض العامة (١). وعلى تقدير تزكيتهم وهم بصفات المزكين تثبت عدالتهم، لوجود المقتضي وانتفاء المانع. قوله: (ولو أقر باللواط... إلخ).

قد عرفت أن الشهادة على الشهادة إنما ترد في الحدود، فلو اشتمل سبب الحد على أمرين أو أمور منها الحد، كاللواط المترتب عليه نشر الحرمة بأمر المفعول وأخته وبنته، والزنا بالعمة والخالة المترتب عليه تحريم بنتهما، أو الزنا مطلقا على ما تقدم (٢) من الخلاف، وكان الزنا مكرها للمرأة بالنسبة إلى ثبوت المهر، وكوطي البهيمة المترتب عليه التعزير وتحريم الأكل أو البيع، لم تقبل في الحد. وهل ترد في غيره؟ وجهان، من تلازم الأمرين أو الأمور، وكونها معلول علة واحدة، فلو ثبت بعضها لزم ثبوت البعض الآخر، لترتب الجميع على ثبوت أصل الفعل وهو الوطي، ومن وجود المانع في بعضها وهو الحد بالنص أو الاجماع، فيبقى الباقي، لأنه حق آدمي لا مانع من إثباته بشهادة الفرع.

(١) روضة الطالبين ٨: ٢٦٧.

(٢) راجع ص: ٢٦٩.

وتتلازم معلولات الأحكام المستندة إلى علة واحدة ممنوع، ومن ثم ثبت
بالشهادة على الشهادة بالسرقة المال دون الحد، وكذا مع الشاهد والمرأتين
وبالعكس لو كان المقر سفيها، إلى غير ذلك من الأحكام التي ينفك بعض
معلولاتها عن بعض مع استنادها إلى علة واحدة، فإن هذه العلل معرفات، وجاز
أن تكون العلة في بعضها ذلك الأمر مع شيء آخر مما يقتضيه الحكم. وهذا هو
الأقوى.

فعلى هذا يثبت بشهادة الفرع حق الأدمي دون الحد، سواء كانت الشهادة
على نفس السبب وهو الزنا واللواط [والوطي] (١)، أم على الاقرار بذلك.
وإنما فرض المصنف الحكم في الاقرار حذرا من تبويض حكم السبب
الواحد على تقدير الشهادة بنفس الزنا مثلا، فإنه سبب في الحد وفي نشر الحرمة،
فيشكل تبعض الشهادة في أحدهما دون الآخر، بخلاف الاقرار بالفعل، فإنه ليس
سببا للحد، وإنما السبب هو الفعل المقر به.
والأصح عدم الفرق. وحينئذ فإن كانت الشهادة على الاقرار كفي اثنان في
الأصل و [في] (٢) الفرع على كل منهما، لأن الاقرار مما يثبت بشاهدين. وقيل:
يتوقف الاقرار بالزنا على أربعة كأصله. واختاره العلامة (٣).
وإن كانت شهادة الأصل على نفس الزنا اعتبر كونهم أربعة. وهل يشترط
ذلك العدد في شاهد الفرع، أم يكفي على كل واحد اثنان؟ فيه وجهان منشؤهما

(١) من (ت، ث، ط، م).

(٢) من (ت، خ، ط، م).

(٣) لم نعثر عليه. ونسبه فخر المحققين إلى مختلفه في إيضاح الفوائد ٤: ٤٣٢.

الطرف الخامس

في اللواحق

وهي قسمان:

الأول

في اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد
وتترتب عليه مسائل:

الأولى: توارد الشاهدين على الشئ الواحد شرط في القبول،
فإن اتفقا معنى حكم بهما وإن اختلفا لفظا، إذ لا فرق بين أن يقولوا:
غصب، وبين أن يقول أحدهما: غصب، والآخر: انتزع.
ولا يحكم لو اختلفا معنى، مثل: أن يشهد أحدهما بالبيع، والآخر
بالاقرار بالبيع، لأنهما شيان مختلفان. نعم، لو حلف مع أحدهما ثبت.

من أنها (١) شهادة على الزنا وتلك الأحكام تابعة له، وأنه لو اكتفي باثنين لكان
شهود الأصل أسوء حالا من شهود الفرع، مع أن الظاهر العكس أو التساوي،
ومن أن المقصود هو حق الأدمي من المال وغيره، وهو مما يكفي فيه اثنان،
ويمنع اشتراط مساواة شهود الفرع للأصل مطلقا، إذ لا دليل عليه.
قوله: (توارد الشاهدين... إلخ).

لا بد في قبول الشهادة من موافقتها للدعوى، وتوافق الشاهدين معنى لا
لفظا، لأن المشهود به لا يثبت إلا بتمام العدد. فلو قال أحدهما: غصب، والآخر:
انتزع قهرا أو ظلما، فالمعنى واحد وإن اختلف اللفظ، فقد حصل بالفعل الواحد

(١) في (ت، ث، ط): أنهما.

الثانية: لو شهد أحدهما أنه سرق نصابا غدوة، وشهد الآخر أنه سرق عشية، لم يحكم بها، لأنها شهادة على فعليين. وكذا لو شهد الآخر أنه سرق ذلك بعينه عشية، لتحقق التعارض، أو لتغاير الفعليين.

الثالثة: لو قال أحدهما: سرق دينارا، وقال الآخر: درهما، أو قال أحدهما: سرق ثوبا أبيض، وقال الآخر: أسود، وفي كل واحد يجوز أن يحكم مع أحدهما ومع يمين المدعي، لكن يثبت له الغرم، ولا يثبت

شاهدان، بخلاف ما لو شهد أحدهما بالبيع والآخر بالاقرار به، فإن البيع لم يقيم به إلا شاهد واحد، وكذلك الاقرار، لتعددتهما، فيحلف المدعي مع أحدهما. وكذا لو كانت الشهادة على أمر واحد واختلفا في زمانه أو مكانه أو وصفه، بأن قال أحدهما: إنه غصبه الثوب يوم الجمعة، وقال الآخر: يوم السبت، أو في البيت، وقال الآخر: في المسجد، أو ثوب كتان، وقال الآخر: قطن، لاقتضاء ذلك تغاير الفعليين. وحينئذ فيحلف مع أحدهما، سواء تكاذبا أم لا (١)، لأن التعارض إنما يكون بين البيئتين الكاملتين. قوله: (لو شهد أحدهما... إلخ).

في التعليل لف ونشر غير مرتب، فإن تحقق التعارض الذي علل به أولا يحصل في الفرض الثاني، وتغاير الفعليين يحصل في الأول، لأن النصاب المشهود به في الأول غير معين، فكانت الشهادة على فعليين. وفي المسألتين لا يثبت الفعل، لأن به شاهدا واحدا. قوله: (لو قال أحدهما: سرق دينارا... إلخ).

(١) في (ط): أم تصادقا.

القطع.
ولو تعارض في ذلك بينتان على عين واحدة، سقط القطع للشبهة،
ولم يسقط الغرم.
ولو كان تعارض البينتين لا على عين واحدة، ثبت الثوبان
والدرهمان.

كما يجوز للمدعي أن يحلف مع أحدهما يجوز له أن يحلف معهما، لعدم
المنافاة، فيثبت الدينار والدرهم والثوب الأبيض والأسود، إذا لم يعيننا الزمان
بحيث يحصل التنافي، فيقتصر على الحلف مع أحدهما خاصة. ولا يثبت القطع
هنا، لأن الحد لا يثبت باليمين.
ولو شهد بالفعلين شاهدان، فإن تعارضا، بأن شهد شاهدان أنه سرق منه
دينارا يوم الجمعة عند الزوال، وشهد آخران أنه سرق منه ذلك الدينار بعينه في
وقت آخر، بحيث لا يمكن الجمع بين الفعلين، سقط القطع، للشبهة والحد يدرأ
بها، ولا يسقط الغرم، لثبوت سرقة الدينار المعين على التقديرين.
وإن لم يتعارضا، بأن شهدت إحداهما بسرقة غدوة، والأخرى عشية،
بحيث يمكن أن يسترده المالك ثم يسرقه مرة أخرى، ثبت القطع والغرم.
وكذا لو اختلفت العين، بأن شهدت إحداهما بسرقة الثوب الأبيض،
والأخرى بسرقة الأسود ولو في وقت واحد، أو شهدت إحداهما بسرقة الدينار،
والأخرى بسرقة الدرهم كذلك، يثبت الأمران، لامكان الجمع حتى مع اتحاد
الزمان، لجواز أن يسرق فيه الأمران.
وفي قول المصنف - رحمه الله - : (ولو كان تعارض البينتين لا على عين
واحدة) تجوز، لأنه لا تعارض حينئذ. وكذا في قوله: (تعارض في ذلك)، لأن

الرابعة: لو شهد أحدهما أنه باعه هذا الثوب [غدوة] بدينار،
وشهد [له] الآخر أنه باعه [ذلك الثوب] بعينه في ذلك الوقت بدينارين،
لم يثبتا، لتحقق التعارض، وكان له المطالبة بأيهما شاء مع اليمين. ولو
شهد له مع كل واحد شاهد آخر، ثبت الديناران.
ولا كذلك لو شهد واحد بالاقرار بألف، والآخر بألفين، فإنه يثبت
الألف بهما، والآخر بانضمام اليمين.
ولو شهد بكل واحد شاهدان، ثبت ألف بشهادة الجميع، والألف
الآخر بشهادة اثنين.

الإشارة تعود إلى الأمرين المختلفين، والفرض هنا اتحاد العين. وأما قوله: (ثبت
الدرهمان) فالمراد به الدينار والدرهم، وثناهما باسم أحدهما أو باسم أخفهما،
كالقمرين والعمريين.

قوله: (لو شهد أحدهما أنه باعه... إلخ).

إثبات التعارض بين الشاهدين باعتبار صورته، وإلا فالتعارض لا يتحقق
إلا بين البيئتين الكاملتين كما مر (١). ولو اقتصر على قوله: (لم يثبتا، وكان له
المطالبة... إلخ) كما فعل غيره كان أثبت، لأنه لم يقم بكل واحد من البيئتين إلا
شاهد واحد، فلذلك لم يثبتا.

والفرق بين الاقرار والبيع - حيث يثبت القدر الأقل بهما، ويتوقف الزائد
على اليمين في الاقرار دون البيع - أن الاقرار ليس سببا في ثبوت الحق في
ذمته، بل كاشف عن سبقه، فجاز تعدده، ولم يناف أحد الاقرارين الآخر، بخلاف
البيع، فإنه سبب لثبوت الحق، ولم يقم بكل واحد من السببين بينة كاملة.

(١) راجع ص: ٨٠ و ٨٩.

وكذا لو شهد أنه سرق ثوبا قيمته درهم، وشهد الآخر أنه سرقه
وقيمته درهماً، ثبت الدرهم بشهادتهما، والآخر بالشاهد واليمين.
ولو شهد بكل صورة شاهدان، ثبت الدرهم بشهادة الجميع،
والآخر بشهادة الشاهدين بهما.
ولو شهد أحدهما بالقذف غدوة، والآخر عشية، أو بالقتل كذلك،
لم يحكم بشهادتهما، لأنه شهادة على فعيلين.
أما لو شهد أحدهما بإقراره بالعربية، والآخر بالعجمية، قبل، لأنه
إخبار عن شيء واحد.

وعليه يترتب ما لو شهد بكل واحد من الاقرارين شاهدان، فإنه يثبت
الأقل بشهادة الجميع والزائد بشهادة الاثنین، بخلاف البيع، فإنه لا يثبت المجموع
إلا بشاهدين، لعدم إمكان تعدد السبب فيه.

قوله: (وكذا لو شهد... إلخ).

الكلام في سببية السرقة بالنسبة إلى القيمة كالاقرار، فإن السرقة نفسها
ليست سببا في كون قيمة الثوب درهماً أو درهمن، وإنما القيمة أمر لازم للعين،
سواء سرق أم لم يسرق، فكان ذلك بمنزلة ما لو شهد أحدهما أن له في ذمته
درهماً، والآخر أن له في ذمته درهمن، فيثبت الدرهم بشهادتهما والآخر مع
اليمين.

ولو شهد بكل [واحد] (١) من الفرضين شاهدان ثبت الزائد بشهادة الاثنین،
والأقل بشهادة الجميع، لعدم التنافي.
قوله: (ولو شهد أحدهما بالقذف... إلخ).

(١) من (ث، ط).

القسم الثاني

في الطوارئ

وهي مسائل:

الأولى: لو شهدا ولم يحكم [بهما]، فماتا، حكم بهما. وكذا لو شهدا ثم زكيا بعد الموت.

لأن القذف الواقع غدوة غير الواقع عشية، ولم يقيم بكل واحد إلا شاهد واحد، فلا يثبت أحدهما وإن أمكن تعدده، ولا محل لليمين مع أحدهما في الحد.

وأما القتل فكذلك، ويزيد أنه لا يقبل التكرار، فالتكاذب متحقق. وأما شهادة أحدهما بالاقرار بالعربية والآخر بالعجمية، فإن أطلقا وقته أو ذكراه مختلفا ثبت مدلولهما، لما ذكرناه من أنه ليس بسبب حتى يحصل بتعدد فعله اختلاف، وإنما مدلوله أمر خارج يمكن التعبير عنه في أوقات كثيرة وبلغات متعددة، والمدلول شيء واحد.

ولو اتحد الوقت بحيث لا يمكن الاجتماع، بأن شهد أحدهما أنه أقر عند الزوال بلا فصل بالعربية، والآخر أنه أقر في ذلك الوقت بعينه بالعجمية، لم يثبت، للتكاذب.

قوله: (لو شهدا ولم يحكم... إلخ).

لأن الحكم مستند إلى أدائهما وقد حصل. والموت ليس قادحا في الشهادة، وإنما هو عذر طار غير منقص (١) ولا يوجب تهمة، كما لو ناما أو جنا أو أغمي عليهما أو على أحدهما.

(١) في (ت، د): منقض.

الثانية: لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم، حكم بهما، لأن المعتبر بالعدالة عند الإقامة.
ولو كان حقا لله كحد الزنا، لم يحكم، لأنه مبني على التخفيف، ولأنه نوع شبهة.
وفي الحكم بحد القذف والقصاص تردد أشبهه الحكم، لتعلق حق الأدمي به.

وكذا الحكم لو شهدا وعدلتهما مجهولة عند الحاكم، وماتا قبل التزكية، ثم زكيا بعد الموت، لأن الحكم بشهادتهما المؤداة لا بالتزكية، وإنما التزكية كاشفة عن صحة الاعتماد على شهادتهما، فلم يقدح فيه موتهما قبلها (١).
قوله: (لو شهدا ثم فسقا... إلخ).

اختلف الأصحاب في جواز الحكم بشهادة العدلين لو طراء فسقهما أو أحدهما بعد أداء الشهادة وقبل الحكم، فذهب الشيخ في الخلاف (٢) والمبسوط (٣) وابن إدريس (٤) والمصنف - رحمه الله - والعلامة (٥) في أحد القولين إلى الجواز، محتجين بأن الاعتبار بالعدالة عند الإقامة لا عند الحكم وقد حصل، ولأن الحكم بشهادتهما مع استمرار العدالة ثابت فكذا مع زوالها، عملا بالاستصحاب. مع أن المصنف - رحمه الله - قد حكم فيما سبق (٦) بأنه لو طراء فسق شاهد الأصل قبل

-
- (١) في (أ، د): قبل الحكم.
(٢) الخلاف ٦: ٣٢٠ مسألة (٧٣).
(٣) المبسوط ٨: ٢٤٤.
(٤) السرائر ٢: ١٧٩.
(٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٤٧.
(٦) في ص: ٢٨١.

الحكم بشهادة الفرع لم يحكم، محتجا بأن الحكم مستند إلى شهادة الأصل. وهكذا فعل الشيخ في المبسوط (١)، والعلامة في التحرير (٢). ولا فرق بين الأمرين، بل الحكم هنا بعدم الحكم أولى، لأنه مستند إلى شهادة من قد فسق خاصة. وذهب العلامة في المختلف (٣) والشهيد (٤) وجماعة (٥) إلى عدم جواز الحكم، لأنهما فاسقان حال الحكم فلا يجوز الحكم بشهادتهما، إذ يصدق أنه حكم بشهادة فاسقين، كما لو رجعا قبله، وكما لو كانا وارثين ومات المشهود له قبل الحكم [بشهادتهما] (٦). ولأن طرو الفسق يضعف ظن العدالة السابقة، لبعد طروها دفعة واحدة.

وأجابوا عن الاستدلال الأول بأنه مصادرة، لأن كون الاعتبار بالعدالة حالة الأداء لا حال الحكم عين المتنازع. وهذا هو الأولى. وطرو العدالة كطرو الفسق.

واتفق القائلان (٧) على أن المشهود به إذا كان حقا لله تعالى، كحد الزنا واللواط وشرب المسكر، لم يحكم به، لوقوع الشبهة الدارئة للحد. ولو اشترك الحد كالقذف والقصاص، ففي جواز الحكم عند القائل به في غيره وجهان، من بنائه على التخفيف ودرئه بالشبهة، ومن تعلق حق الأدمي به.

-
- (١) المبسوط ٨: ٢٣٣.
 - (٢) تحرير الأحكام ٢: ٢١٥.
 - (٣) المختلف: ٧٢٨.
 - (٤) الدروس الشرعية ٢: ١٣٣.
 - (٥) الجامع للشرائع: ٥٤٦.
 - (٦) من (خ).
 - (٧) في (ث): القائلون.

الثالثة: لو شهدا لمن يرثانه، فمات قبل الحكم، فانتقل المشهود به إليهما، لم يحكم لهما بشهادتهما.
الرابعة: لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم، لم يحكم. ولو رجعا بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به، لم ينقض الحكم، وكان الضمان على الشهود.
ولو رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، فإن كان حدا لله نقض

ورجح المصنف - رحمه الله - حق الآدمي.
وعلى هذا، لو كان المشهود به السرقة حكم بالمال خاصة. وعدمه فيها (١) أقوى.

قوله: (لو شهدا لمن يرثانه... إلخ).
نبه بقوله: (لم يحكم لهما بشهادتهما) على وجه الحكم، فإنه لو حكم بشهادتهما لزم أن يكون قد حكم للمدعي بشهادته، وهو باطل قطعاً.
ولو كان لهما في الميراث شريك ففي ثبوت حصته بشهادتهما وجهان، من انتفاء المانع من جهته، ومن أنها شهادة واحدة فلا تبعض، كما لو شهد بعض رفقاء القافلة المأخوذين لبعض. وهذا أقوى. وبه قطع في القواعد (٢).
ويجئ على القول بعدم قدح طرو الفسق احتمال عدمه هنا اعتباراً بحالة الأداء، كما علل به السابق، وعند الأداء لم يكن الشهادة لهما، إلا أن الجميع اتفقوا على امتناع الحكم هنا.
قوله: (لو رجعا عن الشهادة... إلخ).

(١) في (خ، ط): فيهما.
(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٤٧.

الحكم، للشبهة الموجبة للسقوط. وكذا لو كان للآدمي، كحد القذف، أو مشتركا كحد السرقة. وفي نقض الحكم لما عدا ذلك من الحقوق تردد. أما لو حكم وسلم، فرجعوا والعين قائمة، فالأصح أنه لا ينقض ولا تستعاد العين. وفي النهاية: ترد على صاحبها. والأول أظهر.

رجوع الشهود عن الشهادة إما أن يفرض قبل القضاء بشهادتهم، أو بعده. فإن كان قبله امتنع القضاء مطلقا، لأننا لا ندري أنهم صدقوا في الأول أو في الآخر، فلا يبقى ظن الصدق، ولم يحصل حكم يمتنع نقضه. ثم إن اعترفوا بأنهم تعمدوا الكذب فهم فسقة يستبرؤون. وإن قالوا: غلطنا، لم يفسقوا، لكن لا تقبل تلك الشهادة لو أعادوها. ولو كانوا قد شهدوا بالزنا، فرجعوا واعترفوا بالتعمد، حدوا للقذف. وإن قالوا: غلطنا، ففي حد القذف وجهان: أحدهما: المنع، لأن الغلط معذور.

وأظهرهما الوجوب، لما فيه من التعبير، وكان من حقهم التثبت والاحتياط. وعلى هذا ترد شهادتهم. ولو قلنا لا حد فلا رد. ولو رجعوا بعد القضاء، فرجعهم إما أن يكون قبل الاستيفاء أو بعده. فإن رجعوا قبل الاستيفاء، نظر إن كانت الشهادة في مال استوفى، لأن القضاء قد نفذ فيه، وليس هو مما يسقط بالشبهة حتى يتأثر بالرجوع. وفيه وجه آخر أنه لا يستوفى، لأن الحكم لم يستقر بعد، والظن قد اختل بالرجوع. وإن كانت في حد (١) لله تعالى [قيل] (٢) لم يستوف، لأنه مبني على

(١) في (ص): حق.

(٢) من (أ، د).

التخفيف، ويدراً بالشبهة، وهي متحققة بالرجوع.
وإن كان حق آدمي أو مشتركا فوجهان، من تغليب حق الآدمي، ووجود
الشبهة الدائرة له في الجملة. وهذا أولى.
والمصنف - رحمه الله - جزم بالحكم في القسمين استضعافا للفرق. وتردد
في نقض الحكم لما عدا الحد من الحقوق، سواء في ذلك المالية وغيرها. ومنشأ
التردد مما ذكرناه في المال.
وينبغي إلحاق العقوبات كالقتل والجرح بالحدود، والعقود والايقاعات
بالمال، لسهولة خطرها، وترجيحا لحق الآدمي. ويحتمل إلحاق النكاح بالحدود،
لعظم خطره، وعدم استدراك فائت البضع.
وحيث قلنا بالاستيفاء بعد الرجوع فاستوفي فالحكم [كذلك] (١) كما لو
رجعوا بعد الاستيفاء. ولم يتعرض الأكثر لحكم الرجوع في غير المال قبل
الاستيفاء، ولم يحرروا الحكم فيه.
وإن رجعوا بعد الاستيفاء لم ينقض الحكم مطلقا، لنفوذ الحكم بالاجتهاد
[به] (٢) فلا ينقض بالاحتمال. ولأن شهادتهم إقرار، ورجوعهم إنكار، والانكار
بعد الاقرار غير مسموع. ولأن الشهادة أثبتت الحق فلا يزول بالطارئ كالفسق
والموت، خلافا للشيخ في النهاية (٣)، حيث حكم برد العين على صاحبها مع
قيامها، وتبعه القاضي (٤) وجماعة (٥)، محتجين بأن الحق ثبت بشهادتهما فإذا رجعا

(١) من (ث، خ، م).

(٢) من (ت).

(٣) النهاية: ٣٣٦.

(٤) المهذب ٢: ٥٦٤.

(٥) الوسيلة: ٢٣٤.

الخامسة: المشهود به إن كان قتلا أو جرحا فاستوفي ثم رجعوا، فإن قالوا تعمدنا اقتص منهم. وإن قالوا: أخطأنا كان عليهم الدية. وإن قال بعض تعمدنا، وبعض أخطأنا، فعلى المقر بالعمد القصاص، وعلى المقر بالخطأ نصيبه من الدية. ولولي الدم قتل المقرين بالعمد أجمع، ورد الفاضل عن دية صاحبه. وله قتل البعض، ويرد الباقي قدر جنائيتهم.

جرى مجرى عدم الشهادة. ولا يخفى ضعفه. وحيث لا ينقض يغرم الشهود للمحكوم عليه، لحصول الحيلولة بشهادتهم، وما يضمن بالتفويت بغير الشهادة يضمن بها كالنفس. ويؤيده حسنة جميل عمن أخبره عن أحدهما عليهما السلام: (في الشهود إذا شهدوا على رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقد قضي على الرجل، ضمنوا ما شهدوا به وغرموا، وإن لم يكن قضي طرحت شهادتهم، ولم يغرم الشهود شيئا) (١). ولبعض العامة (٢) قول إنهم لا يغرمون، لأنهم لم يثبتوا اليد على المال ولم يتلفوه، فلا يضمنون، وإن أثموا بما يفضي إلى الفوات، كمن حبس المالك عن ماشيته حتى ضاعت.

قوله: (المشهود به إن كان قتلا... إلخ). إذا رجعوا بعد الاستيفاء وكان المشهود به مما يتعذر تداركه كالقتل والجرح، فإن قالوا تعمدنا فعليهم القصاص أو الدية في موضع لا يقتص فيه من

(١) الكافي ٧: ٣٨٣ ح ١، الفقيه ٣: ٣٧ ح ١٢٤، التهذيب ٦: ٢٥٩ ح ٦٨٥، الوسائل ١٨: ٢٣٨ ب (١٠٠) من أبواب الشهادات.
(٢) الحاوي الكبير ١٧: ٢٦٧.

ولو قال أحد شهود الزنا بعد رجم المشهود عليه: تعمدت، فإن صدقه الباقون، كان لأولياء الدم قتل الجميع، ويردوا ما فضل عن دية المرحوم.

وإن شأوا قتلوا واحداً، ويرد الباقون تكملة ديته بالحصص بعد وضع نصيب المقتول.

وإن شأوا قتلوا أكثر من واحد، ورد الأولياء ما فضل عن دية صاحبهم، وأكمل الباقون من الشهود ما يعوز بعد وضع نصيب المقتولين.

المتعمد موزعة، على ما هو مذكور في الجنائيات. وكذا لو شهدوا بالردة فقتل، أو على المحصن فرجم، أو على غير المحصن فجلد ومات منه. لكن هنا يلزمهم الدية، لأنه عمد شبيه الخطأ، لقصدتهم إلى الفعل المؤدي إلى القتل. وإن قالوا أخطأنا فعليهم الدية، على ما يفصل في قتل الخطأ. وإن تفرقوا في الوصف اختص كل بحكمه، على ما سيأتي (١) في المشتركين في القتل والجرح.

قوله: (ولو قال أحد شهود الزنا... إلخ).

الضابط: أن الشهادة متى أوجبت القتل، سواء كان ذلك بسبب الزنا أو بسبب القصاص أو الردة، فالحكم ما ذكر من جواز قتل المتعمد وأخذ الدية من الخاطئ. وحكم الرد مع زيادة المقتول على ما يفصل في بابه، فلا حاجة إلى تفصيل كل واحد من حكم الشهادة بالرجم وبالقتل على حدة.

(١) انظر شرائع الاسلام ٤: ٢٠٥ - ٢٠٦.

أما لو لم يصدقه الباقون، لم يمض إقراره إلا على نفسه فحسب. وقال في النهاية: يقتل ويرد عليه الباقون ثلاثة أرباع الدية. ولا وجه له.

قوله: (أما لو لم يصدقه... إلخ).

إذا رجع أحد شهود الزنا عن الشهادة وقال: كذبنا، ولم يصدقه الباقون، لم يقبل قوله عليهم، لاختصاص حكم الاقرار بالمقر. فإن اختار الولي قتله رد عليه ثلاثة أرباع ديته. وإن اختار أخذ الدية كان عليه الربع خاصة، لأنه إنما أقر بالشركة في القتل. وكذا لو قال: أخطأت.

وقال الشيخ في النهاية (١): إن قال: تعمدت، قتل، وأدى الثلاثة إليه ثلاثة أرباع الدية. وإن رجع اثنان وقالوا: أوهمنا، ألزما نصف الدية. وإن قالوا: تعمدنا، كان للولي قتلهم، ويؤدي إلى ورثتهما دية كاملة بالسوية بينهما، ويؤدي الشاهدان الآخران إلى ورثتهما نصف الدية. وإن اختار الولي قتل واحد قتله، وأدى الآخر مع الباقيين من الشهود على ورثة المقتول الثاني ثلاثة أرباع الدية. ووافقه ابن الجنيدي (٢).

ومستندهما حسنة إبراهيم بن نعيم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فلما قتل رجع أحدهم عن شهادته، قال: فقال: يقتل الراجع، ويؤدي الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية) (٣). ووجه العدول عنها: مخالفتها للأصل، فإن أحدا لا يلزم بإقرار غيره. وربما حملت على ما إذا رجعوا بأجمعهم، لكن قال أحدهم: تعمدت، وقال الباقون: أخطأنا.

(١) النهاية: ٣٣٥.

(٢) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٢٦.

(٣) الكافي ٧: ٣٨٤ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٦٠ ح ٦٩٠، الوسائل ١٨: ٢٤٠ ب (١٢) من أبواب الشهادات ح ٢.

ولو شهدا بالعتق فحكم، ثم رجعا، ضمنا القيمة، تعمدا أو أخطأ،
لأنهما أتلغاه بشهادتهما.

وفي المختلف (١) جعل ذلك محملا لقول الشيخين. وليس بجيد. وإنما
يصلح حملا للرواية التي هي مستند الحكم، وأما حكمهما فعلى ظاهر ما فهمناه
من الرواية.
قوله: (ولو شهدا بالعتق... إلخ).

إنما ضمناه مطلقا لأن إتلاف المال لا يفرق فيه بين العامد والخاطيء، وقد
فوتنا ماليته على المالك بشهادتهما وهو لا يريد (٢)، لبنائه على التغليب، مع نفوذ
الحكم فيه. ولا فرق بين أن يكون المشهود بعته قنا أو مدبرا أو مكاتبا أو أم ولد
أو معلق العتق بصفة، خلافا لبعض العامة (٣) في أم الولد، حيث قال: لا غرم.
ولو كانت الشهادة على تدبير عبد ثم رجعا بعد القضاء لم يغرم في الحال،
لأن الملك لم يزل، فإذا مات غرما بالرجوع السابق، لأن عتقه بسبب الشهادة وإن
كان قادرا على نقضه، إذ لا يجب عليه إنشاء الرجوع لنفع الوارث. ويحتمل عدم
الرجوع، لقدرته على نقضه إن لم يكن لازما بنذر وشبهه. نعم، لو كان رجوعهما
بعد موته أغرما للورثة. وكذا لو شهدا على العتق (٤) بصفة على وجه يصح.
ولو شهدا بكتابته ورجعا وأدى العبد النجوم وعتق ظاهرا، ففيما يغرم
وجهان:
أحدهما: ما بين قيمته وبين النجوم.

(١) المختلف: ٧٢٦.

(٢) في الحجرتين: لا يزيد.

(٣) الكافي للقرطبي ٢: ٩١٩.

(٤) في (د) والحجرتين: المعتق نصفه.

السادسة: إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور، نقض الحكم واستعيد المال. فإن تعذر، غرم الشهود. ولو كان قتلا ثبت عليهم القصاص، وكان حكمهم حكم الشهود إذا أقروا بالعمد.

وأصحهما: جميع القيمة، لأن المؤدى من كسبه وكسبه للسيد. ولو عجز فرد في الرق لم يغرم سوى ما فات من منفعتة زمن الكتابة. ولو شهدا أنه أعتقه على مال هو دون القيمة فكالكتابة، لأنه يؤدي من كسبه.

ولو شهدا أنه وقفه على مسجد أو جهة عامة فكالعتق، ولا يرد الوقف بالرجوع. وكذا لو شهد أنه جعل الشاة أضحية. قوله: (إذا ثبت أنهم شهدوا... الخ).

وجه نقض الحكم مع ثبوت التزوير تبين اختلال شرط الشهادة، كما لو تبين فسقهما قبل الحكم، وأولى بالبطلان هنا. ويدل عليه أيضا صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور قال: (إن كان الشئ قائما بعينه رد على صاحبه، وإن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل) (١).

وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال في شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف أو الثلث، إن كان شهد هذا وآخر معه) (٢).

(١) الكافي ٧: ٣٨٤ ح ٣، الفقيه ٣: ٣٥ ح ١١٦، التهذيب ٦: ٢٥٩ ح ٦٨٦، الوسائل ١٨: ٢٣٩ ب (١١١) من أبواب الشهادات ح ٢.
(٢) الكافي ٧: ٣٨٣ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٦٠ ح ٦٨٧، الوسائل ١٨: ٢٣٨ الباب المتقدم ح ١.

ولو باشر الولي القصاص، واعترف بالتزوير، لم يضمن الشهود،
وكان القصاص على الولي.
السابعة: إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا، فإن كان بعد الدخول لم

واعلم أن الزور إنما يتحقق بتعمد الكذب لا بمطلق كون الشهادة باطلة،
ولذلك (١) كان حكمهم حكم من أقر بالعمد. وإنما يثبت شهادتهم بالزور بأمر
مقطوع به، كعلم الحاكم أو الخبر المفيد للعلم، لا بالبينة لأنه تعارض، ولا
بالاقرار لأنه رجوع.
قوله: (ولو باشر الولي القصاص... الخ).
إذا رجع ولي الدم وحده واعترف بالتزوير فعليه القصاص، أو كمال الدية
على تقدير اعترافه بالخطأ.
ولو رجع مع الشهود فوجهان:
أجودهما (٢): أن القصاص أو الدية بكمالها عليه، لأنه المباشر، وهم معه
كالممسك مع القاتل.
والثاني: أنه معهم كالشريك، لتعاونهم على القتل، وليسوا كالممسك مع
القاتل، فإنهم (٣) صوروه بصورة المحقين.
وعلى هذا، فعليهم جميعا القصاص أو الدية منصفة أو بالحساب. وينبغي
على هذا الوجه أن لا يجب كمال الدية على الولي إذا رجع وحده.
قوله: (إذا شهدا بالطلاق... الخ).

(١) في (ت، ث): وكذلك.

(٢) في (ت، د): أحدهما، وفي نسخة بدل (د): أجودهما.

(٣) في (ث): كأنهم.

يضمننا. وإن كان قبل الدخول، ضمنا نصف المهر المسمى، لأنهما لا يضمنان إلا ما دفعه المشهود عليه بسبب الشهادة.

إذا شهدا على طلاق بائن كالطلاق بعوض والطلقة الثالثة، أو على رضاع محرم أو لعان أو فسخ بعيب أو غيرها من جهات الفراق، وحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا لم يرد الفراق، لأن قولهما في الرجوع محتمل، فلا يرد القضاء المبرم بقول محتمل.

وهل يجب الغرم على الشاهدين مطلقا، أم يتقيد بعدم الدخول؟ يبنى على أن البضع هل يضمن بالتفويت أم لا؟ وفيه وجهان تقدم (١) الكلام فيهما مرارا. والمشهور أنه لا يضمن، ومن ثم لو قتلها أو قتلت نفسها لم يضمن. وكذا لو غصب أمة وماتت في يده، فإنه يضمن بذلك قيمتها وقيمة منافعتها وإن لم يستوفها، دون بضعها مع عدم استيفائه.

ووجه الضمان: أنه متقوم بالمال، ومن ثم لو استوفاه مستوف ضمنه بقيمته، وهي مهر المثل. فعلى هذا يغرم الشاهدان مهر المثل، سواء كان قبل الدخول أم بعده، لأنهما فوتا عليه ما يتقوم فيغرمان قيمته، كما لو شهدا بعق عبد ثم رجعا.

وعلى المشهور إن كانت شهادتهما بالطلاق بعد الدخول لم يضمننا شيئا، لأنهما لم يتلفا المهر، لاستقراره بالدخول، وما أتلفاه من البضع غير مضمون. وإن كانت قبل الدخول ضمننا نصف المسمى، لأنهما ألزماه به، وقد كان بمعرض السقوط بالردة والفسخ من قبلها. وهذا هو الذي اختاره المصنف رحمه الله، وعليه العمل.

(١) في ج ٧: ١١١.

وفي المسألة أقوال أخر نادرة:

منها: ما اختاره (١) الشيخ في موضع من المبسوط (٢) من أن المهر إن كان مقبوضا بيدها غرم الشاهدان جميع مهر المثل، لأن الزوج لا يتمكن من استرداد شيء، لزعمه أنها زوجته وأنها تستحق جميع الصداق. وإن كان قبل التسليم غرم النصف خاصة، لأنها لا تطالبه إلا بالنصف.

ومنها: ما اختاره في النهاية (٣)، وهو أنها لو تزوجت بعد الحكم بالطلاق ثم رجعا ردت إلى الأول بعد العدة، وغرم الشاهدان المهر للثاني.

واستند الشيخ في ذلك إلى موثقة إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام: (في شاهدين شهدا على امرأة بأن زوجها طلقها، فتزوجت ثم جاء زوجها فأنكر الطلاق، قال: يضربان الحد، ويضمنان الصداق للزوج، ثم تعتد ثم ترجع إلى زوجها الأول) (٤).

والرواية ضعيفة بإبراهيم، فإنه واقفي وإن كان ثقة. وقد عرفت أن الحكم لا ينقض بعد وقوعه في مثل ذلك. وربما حملت الرواية على ما لو تزوجت بمجرد الشهادة من غير حكم الحاكم. وفي المختلف (٥) جعل ذلك محملا لقول الشيخ. وليس بجيد، فإن الشيخ استند إلى الرواية وعمل بظاهرها، فلا تأويل في كلامه.

(١) في الحجرتين: منها قول الشيخ.

(٢) المبسوط ٨: ٢٤٧ - ٢٤٨.

(٣) النهاية: ٣٣٦.

(٤) الكافي ٧: ٣٨٤ ح ٧، التهذيب ٦: ٢٦٠ ح ٦٨٩، الوسائل ١٨: ٢٤١ ب (١٣) من أبواب

الشهادات ح ١.

(٥) المختلف: ٧٢٦.

فروع
الأول: إذا رجعا معا، ضمنا بالسوية. فإن رجع أحدهما، ضمن
النصف.

ولو ثبت بشاهد وامرأتين فرجعوا. ضمن الرجل النصف، وضمنت
كل واحدة الربع.
ولو كان عشر نسوة مع شاهد، فرجع الرجل، ضمن السدس.
وفيه تردد.

ومنها: ضمان مهر المثل مع الدخول ونصفه مع عدمه. حكاة في
المبسوط (١)، ومال إليه في التحرير (٢)، ثم أفتى بالمشهور.
ووجهه: أن الرجوع على الشاهد إنما يكون بما يتلفه بشهادته،
وبشهادتهما بالطلاق قبل الدخول لم يتلغا نصف المهر، لأنه واجب عليه بالعقد
طلق أم لم يطلق، وبعد الدخول لم يتلغا المهر أيضا، لاستقراره في ذمته به، وإنما
أتلغا بشهادتهما البضع عليه، فيجب عليهما قيمته، وهو مهر المثل مع الدخول
ونصفه قبل الدخول، لأنه إنما ملك نصف البضع، ولهذا إنما يجب عليه نصف
المهر. وهذا القول مبني على ضمان البضع، والأصح عدمه.
قوله: (إذا رجعا معا ضمنا... إلخ).
إذا رجع الشهود أو بعضهم [به] (٣) على وجه يثبت به الغرم، فلا يخلو: إما
أن يفرض والمحكوم (٤) بشهادتهم على الحد المعبر، أو يفرض وهم أكثر عددا
منه.

(١) المبسوط ٨: ٢٤٧.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢١٦ - ٢١٧.

(٣) من (ث، م).

(٤) في (خ): المحكوم.

الثاني: لو كان الشهود ثلاثة، ضمن كل واحد منهم الثلث، ولو رجع [واحد] منفردا. وربما خطر أنه لا يضمن، لأن في الباقي ثبوت الحق، ولا يضمن الشاهد ما يحكم به بشهادة غيره للمشهود له. والأول اختيار الشيخ رحمه الله.

وكذا لو شهد رجل وعشر نسوة، فرجع ثمان منهن، قيل: [كان] على كل واحدة نصف السدس، لاشتراكهم في نقل المال. والاشكال فيه كما في الأول.

فإذا قلنا بالثاني، فإن رجع النساء فعليهن نصف الغرم. ولو رجعت امرأتان فلا شئ عليهما على أحد الوجهين، لبقاء الحجة. ولو رجع الرجل دونهن، فعلى الرجل الثلث على الأول، والنصف على الثاني. ولو رجع النساء دونه فعليهن ثلثاه أو نصفه. وهكذا.

قوله: (لو كان الشهود ثلاثة... إلخ).

هذا هو القسم الثاني، وهو ما إذا زاد الشهود على الحد المعتبر، كما لو شهد بالمال أو القتل أو العتق ثلاثة، أو بالزنا خمسة، فإن رجع الكل فالغرم موزع عليهم بالسوية.

وإن رجع البعض، فإما أن يثبت العدد المعتبر على الشهادة، أو لا يثبت إلا بعضهم. فإن ثبت العدد المعتبر، كما لو رجع من الثلاثة في العتق أو من الخمسة في الزنا واحد، فوجهان:

أحدهما - وهو الذي اختاره الشيخ (١) رحمه الله - أن على الراجع حصته من الغرم إذا وزع عليهم جميعا، لأن الحكم وقع بشهادة الجميع، وكل منهم قد

(١) المبسوط ٨: ٢٤٨.

فوت قسطاً، فيغرم ما فوت.

والثاني - وهو الذي أشار (١) المصنف بخطوره - : أنه لا غرم على الراجع، لأنه يبقى من يقوم به الحجّة، ولو لم يشهد في الابتداء سوى من بقي لاكتفينا بشهادته، وكان الراجع كأن لم يشهد.

وعلى هذا لو شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان منهن، فعلى الأول يجب على كل واحدة نصف السدس، لاشتراكهم جميعاً في نقل المال، فيقابل شهادة الرجل السدس وشهادتهن خمسة أسداس، فإذا رجع ثمان فعليهن أربعة أسداس على كل واحدة نصف سدس. وعلى الثاني لا شيء عليهن، لبقاء من يقوم به الحجّة. وإليه أشار المصنف - رحمه الله - بالاشكال الأول.

ولو رجع الرجل دونهن، فإن كان الحق مما يثبت بشهادتهن منفردات فالوجهان. وإن كان مما لا يثبت بهن لم يبق من الشهود ما يثبت به الحكم، فيكون عليه النصف أو السدس على الخلاف.

ولو لم يثبت العدد المعتبر على الشهادة، كما إذا رجع من الثلاثة أو الخمسة اثنان، بني على الوجهين في الحالة السابقة.

فإن قلنا لا غرم على الراجعين هناك الزائدين على العدد المعتبر وزع الغرم هنا على العدد المعتبر، وحصّة من نقص عن العدد توزع على من رجع بالسوية. ففي صورة الثلاثة يكون نصف الغرم على الراجعين، لبقاء نصف الحجّة. وفي صورة الخمسة عليهما ربع الغرم، لبقاء ثلاثة أرباع الحجّة.

وإن أوجبنا الغرم على من رجع هناك فعلى الراجعين من الثلاثة ثلثا الغرم، ومن الخمسة خمساه.

(١) في (أ، ت، د): اختاره.

الثالث: لو حكم فقامت بينة بالجرح مطلقا، لم ينقض الحكم، لاحتمال التجدد بعد الحكم. ولو تعين الوقت، وهو متقدم على الشهادة، نقض. ولو كان بعد الشهادة، وقبل الحكم، لم ينقض.

والأظهر هنا الثاني، لأن البينة إذا نقص عددها زال حكمها، وصار الضمان متعلقا بالاتلاف، وقد استووا فيه.

قوله: (لو حكم فقامت... إلخ).

إذا حكم الحاكم بشهادة عدلين ثم ثبت جرحهما بعد الحكم، فإن كانت الشهادة بالجرح مطلقة - أي: غير معينة (١) بوقت الجرح - لم ينقض الحكم، لاحتمال أن يكون الجرح متجددا عليه، فيستصحب حكم العدالة إلى أن يثبت المزيل.

وإن عين الجرح وقته وكان متقدما على الشهادة نقض، لظهور وقوع الحكم بشهادة فاسقين.

ولو كان وقت الجرح بين الشهادة والحكم لم ينقض، لأداء الشهادة حالة العدالة. وهذا يناسب ما ذكره سابقا (٢) من أن الفسق المتجدد بعد أداء الشهادة وقبل الحكم لا يمنع من الحكم. وعلى ما اختاره المتأخرون من عدم جواز الحكم يتجه نقضه هنا، لوقوعه في حالة لم يكن الشاهدان عدلين. ويحتمل عدم نقضه هنا مطلقا، لوقوعه حالة الحكم بعد التهما ظاهرا، فوقع جامعا لشرائطه، فلا ينقض. وبهذا قطع العلامة في القواعد (٣)، مع اختياره عدم

(١) في (أ، ت، ط): مبينة لوقت.

(٢) راجع ص: ٢٩٤.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٢٤٧.

وإذا نقض الحكم، فإن كان قتلا أو جرحا فلا قود، والدية في بيت المال.

ولو كان المباشر للقصاص هو الولي، ففي ضمانه تردد، والأشبه أنه لا يضمن، مع حكم الحاكم وإذنه. ولو قتل بعد الحكم وقبل الإذن ضمن الدية.

أما لو كان مالا، فإنه يستعاد إن كانت العين باقية. وإن كانت تالفة، فعلى المشهود له، لأنه ضمن بالقبض، بخلاف القصاص.

جواز الحكم بتحدد الفسق بعد الأداء وقبل الحكم. ويضعف بأن الاكتفاء في صحة الحكم بظهور العدالة وقته (١) يستلزم صحته وإن ثبت الجرح متقدما على الشهادة، لاشتراكهما في المقتضي. والوجه نقض الحكم على هذا القول، لثبوت فسقهما حالة الحكم المانع منه، كما يمنع منه مع سبقه على الشهادة.

قوله: (وإذا نقض الحكم... إلخ).

إذا نقض الحكم بظهور مانع في الشهادة سابق على الأداء أو على الحكم على الخلاف، فإن كان المشهود به طلاقا أو عتقا أو عقدا من العقود تبين أنه لا طلاق ولا عتاق ولا عقد. فإن كانت المرأة قد ماتت فقد ماتت وهي زوجة، وإن مات العبد مات وهو رقيق، ويجب ضمانه على ما ذكره في ضمان المال. وإن كان المشهود به قتلا أو قطعاً أو حدا واستوفي وتعذر التدارك، فضمنه في بيت المال، لأنه من خطأ الحكام، وحكم خطئهم كذلك. ولا فرق بين أن يكون المباشر للفعل هو الولي أو غيره ممن يأمره الحاكم،

(١) كذا في (ت، د)، وفي سائر النسخ: وفيه يستلزم.

ولو كان معسرا، قال الشيخ: ضمن الإمام، ويرجع به على المحكوم له إذا أيسر. وفيه إشكال من حيث استقرار الضمان على المحكوم له بتلف المال في يده، فلا وجه لضمان الحاكم.

لاستناد الفعل إلى الحكم (١) على التقديرين. وفيه وجه آخر يفرق بين ما إذا كان المستوفي هو الولي وغيره، لأن استيفاء الولي مستند إلى أخذ حقه الذي تبين عدمه، فيكون كفعله خطأ. والأظهر الأول، لاستناده إلى حكم الحاكم على التقديرين. نعم، لو باشر القتل بعد الحكم وقبل إذن الحاكم له في الاستيفاء تعلق به الضمان، لتوقف جواز استيفائه على إذن الحاكم، وإن كان أصل الحق في ذلك له. ويحتمل عدم الضمان هنا أيضا وإن أثم، لأن حكم الحاكم بثبوت الحق اقتضى كونه المستحق، وإن أثم بالمبادرة بدون إذن الحاكم. ولو كان المحكوم به مالا، فإن كان باقيا عند المحكوم له انتزع منه ورد إلى المأخوذ منه. وإن كان تالفا أخذ منه ضمانه، سواء أتلفه بنفسه أم تلف بآفة سماوية. وفرقوا بينه وبين الاتلافات السابقة حيث قلنا لا غرم عليه: بأن الاتلافات إنما تضمنت إذا وقعت على وجه التعدي، وحكم الحاكم أخرجته عن أن يكون متعديا، وأما المال فإذا حصل في يد الانسان بغير حق كان مضمونا وإن لم يوجد منه تعد.

قوله: (ولو كان معسرا... إلخ). حيث قلنا بأن المال مضمون على المحكوم له مطلقا، فإن كان موسرا غرم

(١) في الحجريتين: الحاكم.

مسائل:

الأولى: إذا شهد اثنان أن الميت أعتق أحد مماليكه وقيمته الثلث، وشهد آخرا ن أو الورثة أن العتق لغيره وقيمته الثلث، فإن قلنا: المنجزات من الأصل عتقا. وإن قلنا: تخرج من الثلث، فقد انعتق أحدهما. فإن عرفنا السابق، صح عتقه، وبطل الآخر. وإن جهل استخرج بالقرعة. ولو اتفق عتقهما في حالة [واحدة]، قال الشيخ: يقرع بينهما ويعتق المقروع.

ولو اختلفت قيمتهما، أعتق المقروع. فإن كان بقدر الثلث صح، وبطل الآخر. وإن كان أزيد صح العتق منه في القدر الذي يحتمله الثلث. وإن نقص، أكملنا الثلث من الآخر.

الحق. وإن كان معسرا قال الشيخ في المبسوط (١): ضمن الإمام حتى يوسر المعسر فيرجع عليه. وعلى هذا فيتخير المضمون له بين رجوعه على الحاكم أو على المحكوم له المعسر، بأن ينظره إلى يساره. ومثله ما لو كان المحكوم له غائبا، ولا مال له حاضرا يتسلط عليه الحاكم. والمصنف - رحمه الله - استشكل ذلك، من حيث الحكم بضمان المحكوم له، والحال أنه لا تقصير من الحاكم، فلا وجه لضمانه. والأقوى استقرار الضمان على المشهود له، وينظر إلى يساره أو التمكن من الاستيفاء منه. قوله: (إذا شهد اثنان... إلخ).

(١) المبسوط ٨: ٢٥٠.

من الأصول الممهدة أن المريض مرض الموت إذا أعتق عبدين كل واحد منهما ثلث ماله على الترتيب، ولم يجز الورثة، ينحصر العتق في الأول. وإذا أعتقهما معا يقرع بينهما، كما فعل النبي (١) صلى الله عليه وآله بالعبيد الذين أعتقهم الأنصاري ولا يملك سواهم.

ولو علم سبق أحدهما ولم يعلم عين السابق فوجهان: أحدهما: أنه يقرع كما لو أعتقهما معا، لأن معرفة السابق من غير معرفة السابق لا تنفع شيئا.

والثاني: أنه يعتق من كل واحد نصفه، لأننا لو أقرعنا لم نأمن خروج الرق على السابق وللسبق حق الحرية، فيلزم منه إرقاق حر وتحرير رقيق. إذا تقرر ذلك، فلو قامت بينة على أن المريض أعتق سالما، وأخرى على أنه أعتق غانما، من غير أن تتعرض إحداهما لنفي عتق الآخر، وكل واحد منهما ثلث ماله، فإن أرختا بتاريخين مختلفين عتق من أعتقه أولا. وإن أرختا بتاريخ واحد أقرع بينهما. وإن أطلقت إحداهما أو أطلقتا احتمال السابق والمعية، فيجئ فيه الوجهان السابقان. والشيخ (٢) - رحمه الله - اختار القرعة. وهو حسن، لأنها لكل أمر مشتبه.

والمصنف - رحمه الله - نسب القول إليه مؤذنا برده. ووجهه: أنها لاستخراج السابق، ومن المحتمل اقترانهما، فلا يكون أحدهما أولى من الآخر، فيعتق من كل واحد نصفه.

(١) مسند أحمد ٤: ٤٢٦، صحيح مسلم ٣: ١٢٨٨ ح ٥٦، سنن أبي داود ٤: ٢٨ ح ٣٩٥٨، سنن البيهقي ١٠: ٢٨٥.
(٢) المبسوط ٨: ٢٥٣.

وفيه: أن القرعة قد وردت في العتق مع الاقتران كما ذكرناه، وهي وجه الأولوية.

ويتفرع على القولين ما لو قامت البيئتان كذلك، لكن أحد العبدین سدس المال، فإن قلنا بالقرعة وخرجت للعبد الخسيس عتق، وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث. وإن خرجت للنفيس انحصر العتق فيه. فإن قلنا هناك يعتق من كل واحد نصفه فهنا وجهان:

أحدهما: أنه يعتق من كل واحد ثلثاه، لأن ما زاد على الثلث من التبرع ينسب إلى جميع التبرع، وينقص بتلك النسبة من كل واحد منهم، وإذا نسبنا الزائد على الثلث - وهو السدس هنا - إلى جميع التبرع - وهو النصف - كان ثلثه، فيرد العتق في ثلث كل واحد منهما، وينفذ في ثلثيه.

والثاني: أنه يعتق من النفيس ثلاثة أرباعه، ومن الخسيس نصفه، لأنه إن سبق إعتاق النفيس فجميعه حر، وإن سبق إعتاق الآخر فنصفه حر، فنصفه على التقديرين حر، وإنما النزاع والازدحام في النصف الثاني وهو قدر سدس المال، فيقسم بينهما، فيعتق من النفيس رבעه، ومن الخسيس نصفه. ونبه المصنف - رحمه الله - بقوله: (وشهد آخران أو الورثة أن العتق لغيره) على أنه لا فرق هنا بين شهادة الوارث وغيره، إذ لا تهمة للوارث تمنع شهادته هنا، وإن كانت واردة في غير هذه الصورة، كما سيأتي (١) فيما لو شهدوا بالرجوع عن الأول.

(١) في الصفحة التالية.

الثانية: إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد، وشهد من ورثته عدلان أنه رجع عن ذلك وأوصى لخالد، قال الشيخ: تقبل شهادة الرجوع، لأنهما لا يحران نفعاً. وفيه إشكال، من حيث إن المال يؤخذ من يدهما، فهما غريما المدعي.

ويزيد الورثة عن الأجانب أنه لا يشترط هنا كونهم عدولا، لأن شهادتهم بعق الثاني مع عدم تعرضهم للأول بمنزلة الاقرار بعقته، مضافا إلى ما ثبت بالبينة.

نعم، يشترط كون الشاهد جميع الورثة، كما يرشد إليه قول المصنف - رحمه الله -: (أو الورثة). وقال في المسألة الثانية: (وشهد من ورثته عدلان). ولو كانوا عدولا كفى منهم اثنان كالأجانب. قوله: (إذا شهد شاهدان... إلخ).

لا فرق في شهود العتق والوصية بين أن يكونوا أجانب أو وارثين في اعتبار عدم التهمة، فكما أن الأجنبي قد يجر نفعاً إلى نفسه بشهادته كما في الصور المتقدمة في محلها، فكذلك الوارث، فلا تقبل شهادته. ويزيد الوارث أن شهادته على تقدير ردها قد تتضمن إقراراً للمشهود له فيؤاخذ بها. فلو شهد أجنبيان أنه أوصى بوصية لزيد، ولنفرضها كالأولى عتق سالم، وهو ثلث ماله، وشهد وارثان عدلان أنه رجع عن تلك الوصية وأوصى بعق غانم، وهو ثلث ماله أيضاً، قبلت شهادتهما على الرجوع عن الوصية الأولى، وتثبت بهما الوصية الثانية، لأنهما أثبتا للرجوع عنه بدلا يساويه، فارتفعت التهمة. ولا نظر إلى تبادل المال وخواصه، فقد يكون الثاني أصلح من الأول. ومجرد هذا الاحتمال لو أثر لما قبلت شهادة قريب لقريب يرثه.

الثالثة: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية، وشهد شاهد بالرجوع، وأنه أوصى لعمر، كان لعمر أن يحلف مع شاهده، لأن شهادته منفردة لا تعارض الأولى.

هذا هو الذي اختاره الشيخ - رحمه الله - في المبسوط (١) في فصل الرجوع. والمصنف - رحمه الله - استشكل ذلك. والعلامة (٢) - رحمه الله - رجح عدم القبول، لما أشار إليه المصنف - رحمه الله - من التعليل، وهو أنه ينتزع المال من يده، فهو غريم للموصى له الأول، فهو كما لو شهد ذو اليد بما في يده لغيره بعد إقامة آخر البينة أنه له، فإنها لا تسمع، وإن كان بين المثالين فرق قليل، وهو أن الدعوى في المتنازع ليست متمحضة على الوارث، بخلاف المال. وإنما اعتبر كون الورثة عدلين ليثبت بهما الرجوع على تقديره، فإنهما لو كانا فاسقين لم يثبت بقولهما الرجوع، ويحكم بالأولى بشهادة الأجنبيين (٣)، لأن الثلث يحتملها كما هو المفروض، ويصح من الثانية قدر ما يحتمله ثلث الباقي (٤) من المال بعد الأول. وبهذا افترق حكم العدالة وعدمها في هذه المسألة والسابقة، لأن الوارث لو لم يتعرض للسابقة كان الحكم كالمسألة الأولى. قوله: (إذا شهد شاهدان لزيد... إلخ).

لما تقدم في باب القضاء (٥) أن الشاهد مع اليمين لا يعارض الشاهدين، بل يقدم الشاهدان مع التعارض، نبه هنا على دفع توهم أنه مع شهادة شاهدين

(١) المبسوط ٨: ٢٥١ - ٢٥٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٣٠.

(٣) في (ث، خ، ط): الأجنبي.

(٤) كذا في (خ، ص، م)، وفي سائر النسخ: الثاني.

(٥) في ص: ٨٩.

الرابعة: لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران أنه رجع عن إحداهما، قال الشيخ: لا يقبل، لعدم التعيين، فهي كما لو شهدت بدار لزيد أو عمرو.

بالوصية لزيد بعين، وشهادة واحد بالرجوع عنها وأنه أوصى بها لعمرو، من ذلك القبيل وأنه يقدم الشاهدان، فنبه على ما به يندفع الوهم، وأنه يحكم هنا بالشاهد واليمين، لأنه لا تعارض بين الشاهدين وبينه، لأن الشاهد يشهد بأمر آخر غير ما شهد به الشاهدان، ويصدق الشاهدين على ما شهدا به، ولكن يدعي الرجوع عما شهدا به وأنه أوصى لغيره فيقدم، لعدم التعارض، ويعمل بكل منهما في مورده، ويحكم ببطلان الوصية الأولى بالرجوع عنها.
قوله: (لو أوصى بوصيتين... إلخ).

وجه ما اختاره الشيخ (١) من البطلان أن الابهام يمنع [من] (٢) قبول الشهادة، كما لو شهدا بأنه أوصى لأحد هذين، أو شهدا بدار لزيد أو عمرو. ونسب الحكم إلى الشيخ مؤذنا بعدم ترجيحه.

ووراء قول الشيخ وجهان آخران:
أحدهما: القرعة، لأنه أمر مشكل، والمستحق في نفس الأمر أحدهما، ونسبتهما إليه على السواء، وقد تعذر علمه بموت الموصي، وكل أمر مشكل فيه القرعة.

والثاني: القسمة بينهما، لأنه مال قد انحصر فيهما، ونسبتهما إليه على السواء، فيقسم بينهما، ويجعل كأنه رد وصية كل واحد إلى نصفها. والقرعة لا تخلو من قوة.

(١) المبسوط ٨: ٢٥٣.

(٢) من (خ).

الخامسة: إذا ادعى العبد العتق، وأقام بينة تفتقر إلى البحث، وسأل التفريق حتى تثبت التزكية، قال في المبسوط: يفرق. وكذا قال: لو أقام مدعي المال شاهدا واحدا، وادعى أن له آخر، وسأل حبس الغريم، لأنه متمكن من إثبات حقه باليمين. وفي الكل إشكال، لأنه تعجيل العقوبة قبل ثبوت الدعوى.

قوله: (إذا ادعى العبد العتق... إلخ).

وجه ما ذهب إليه الشيخ (١) أن العبد قد فعل الواجب عليه حيث [قد] (٢) أتى ببينة كاملة، وليس عليه البحث عن حالها، لأن الظاهر العدالة حتى يثبت الجرح، وإنما البحث وظيفه الحاكم. ولأن المدعي ربما كان أمة، فلولا التفرقة لم يؤمن أن يواقعها، وهو ضرر عظيم. وأما مقيم شاهد واحد بالمال، فلأنه يتمكن من إثبات حقه باليمين، إذ هما حجة في الأموال، فكان الشاهد الواحد في معنى الحجة الكاملة. والمصنف - رحمه الله - استشكل الحكم في الموضعين، من حيث إن التفرقة بين المالك ظاهرا وماله قبل أن يثبت خروجه عن ملكه، وتعجيل الحبس عقوبة لم يثبت موجبها.

ودعوى أنه أتى ببينة كاملة في الأول مبني على مذهب الشيخ من أن الأصل في المسلم العدالة، وبحث الحاكم عن التزكية للاستظهار. وعلى المشهور من اشتراط ظهور العدالة لا يسلم كمال البينة قبل التزكية، بل يمنع من كماليتها على مذهبه أيضا، فإن ظاهر هذا المذهب أن للحاكم أن يبحث عن التزكية

(١) المبسوط ٨: ٢٥٤.

(٢) من (ط، م).

ويرجى الحكم إلى أن يظهر، وحينئذ فلا تكون كاملة على هذا التقدير. وقد تقدم (١) البحث فيه.

وحينئذ فلا مانع من تمكين المولى من وطى الأمة قبل الثبوت، لأنها ملكه ظاهرا، والناس مسلطون على أموالهم إلى أن يثبت خلافه.

وأما مع إقامة الشاهد الواحد قبل اليمين فعدم الكمال أوضح، لأنه متمكن من إثبات حقه بالحلف ولم يفعل، فلا وجه للحبس قبل ثبوت الحق.

وإنما قيد المصنف الشاهد بالمال ليتمكن إثباته معجلا باليمين، فيكون في قوة البينة الكاملة. فلو كان الحق مما لا يثبت إلا بشاهدين - كالطلاق - لم يحبس، لعدم كمال البينة حينئذ. كذا نص عليه الشيخ (٢)، وذكر فيه احتمالا بالحبس أيضا.

وربما قيل بجواز الحبس إن رآه الحاكم صلاحا. ولا بأس به، لأنها مسألة اجتهادية، فتناط برأي (٣) الحاكم.

(١) في ج ١٣: ٣٨٦.

(٢) المبسوط ٨: ٢٥٥.

(٣) في (أ، ث): بنظر.

قوله: (كتاب الحدود والتعزيرات)
الحدود جمع حد. وهو لغة: المنع. ومنه أخذ الحد الشرعي، لكونه ذريعة إلى منع الناس عن فعل موجب خشية من وقوعه.
وشرعا: عقوبة خاصة تتعلق بإيلاام البدن، بواسطة تلبس المكلف بمعصية خاصة، عين الشارع كميتهما في جميع أفراده.
والتعزير لغة: التأديب. وشرعا: عقوبة أو إهانة لا تقدير لها بأصل الشرع غالبا.

والأصل فيهما الكتاب والسنة والاجماع، وتفصيله في الآيات والأخبار كثيرة، لكثرة أفراده.

واعلم أن الزنا من المحرمات الكبائر، قال الله تعالى: (ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة) (١). وقال تعالى: (والذين لا يدعون مع الله إلها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا) (٢).

وأجمع أهل الملل على تحريمه حفظا للنسب. وقد كان الواجب به في صدر الاسلام الحبس والإيذاء، على ما قال تعالى: (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم) إلى قوله تعالى: (واللذان يأتيانها منكم فآذوهما) (٣). وظاهر الآيات أن الحبس كان في حق النساء، والإيذاء في حق الرجال، ثم استقر الأمر على الحدود المفصلة فيما سيأتي.

(١) الأسراء: ٣٢.

(٢) الفرقان: ٦٨ - ٦٩.

(٣) النساء: ١٥ - ١٦.

كل ما له عقوبة مقدرة يسمى: حدا.
وما ليس كذلك يسمى: تعزيرا.
وأسباب الأول ستة: الزنا، وما يتبعه، والقذف، والسرقه، وشرب
الخمر، وقطع الطريق.

قوله: (كل ما له عقوبة... إلخ).
تقدير الحد شرعا واقع في جميع أفراده، كما أشرنا إليه سابقا. وأما التعزير
فالأصل فيه عدم التقدير، والأغلب في أفراده كذلك، لكن قد وردت الروايات
بتقدير بعض أفراده، وذلك في خمسة مواضع:
الأول: تعزير المجامع زوجته في نهار رمضان، مقدر بخمسة وعشرين
سوطا.
الثاني: من تزوج أمة على حرة ودخل بها قبل الإذن، ضرب اثنا عشر
سوطا ونصفا، ثمن حد الزاني.
الثالث: المجتمعان تحت إزار واحد مجردين، مقدر بثلاثين إلى تسعة
وتسعين على قول.
الرابع: من افتض بكرة بإصبعه قال الشيخ (١): يجلد من ثلاثين إلى سبعة
وسبعين. وقال المفيد (٢): من ثلاثين إلى ثمانين. وقال ابن إدريس (٣): من ثلاثين
إلى تسعة وتسعين.
الخامس: الرجل والمرأة يوجدان في لحاف واحد أو إزار مجردين،

(١) النهاية: ٦٩٩، وفيه: تسعة وتسعين، ولم نجده في سائر كتبه. وفي الجواهر (٤١: ٣٧١) نقلا عن
الشيخ: سبعة وتسعين.
(٢) المقنعة: ٧٨٥.
(٣) السرائر ٣: ٤٤٩.

والثاني أربعة: البغي، والردة، وإتيان البهيمة، وارتكاب ما سوى ذلك من المحارم. فلنفرد لكل قسم بابا، عدا ما يتداخل أو سبق.

يعزران من عشرة إلى تسعة وتسعين. قاله المفيد (١). وأطلق الشيخ (٢) التعزير. وقال في الخلاف (٣): روى أصحابنا فيه الحد. ولقائل أن يقول ليس من هذه مقدر سوى الأول (٤)، والباقي يرجع فيما بين الطرفين إلى رأي الحاكم، كما يرجع إليه في تقدير غيره، وإن لم يتحدد في طرفيه بما ذكر.

قوله: (والثاني أربعة... إلخ).

جعل عقوبة الباغي - وهو المحارب ومن في معناه - والمرتد تعزيرا غير معهود (٥)، والمعروف بين الفقهاء تسميته حدا. ولا ينافي كون الحد مقدرًا، لأن القتل أيضا مقدر بإزهاق الروح، إما مطلقا أو على وجه مخصوص. وجعل ارتكاب المحارم قسيما للثلاثة، نظرا إلى أن الثلاثة الأول منصوصة بخصوصها من الشارع، والرابع داخل من حيث العموم. والأولى جعل سبب التعزير أمرا واحدا، وهو ارتكاب المحرم الذي لم ينصب الشارع له حدا مخصوصا.

(١) المقنعة: ٧٧٤.

(٢) النهاية: ٦٨٩ - ٦٩٠.

(٣) الخلاف ٥: ٣٧٣ مسألة (٩).

(٤) في (ث): الأولين.

(٥) في الحجريتين: معروف.

الباب الأول
في حد الزنا
والنظر في: الموجب، والحد، واللواحق
أما الموجب:

فهو إيلاج الانسان ذكره، في فرج امرأة محرمة، من غير عقد ولا ملك ولا شبهة. ويتحقق ذلك بغيوبة الحشفة، قبلا أو دبرا. ويشترط في تعلق الحد: العلم بالتحريم، والاختيار، والبلوغ. وفي تعلق الرجم - مضافا إلى ذلك - الاحصان. ولو تزوج محرمة: كالأم، والمرضعة، والمحصنة، وزوجة الولد، و [زوجة] الأب، فوطئ مع الجهل بالتحريم فلا حد.

قوله: (أما الموجب... إلخ).

هذا تعريف لمطلق الزنا الموجب للحد في الجملة. ويدخل في الانسان الكبير والصغير والعاقل والمجنون، فلو زاد فيه: المكلف، كان أجود. ويمكن تكلف إخراجها بقوله: (في فرج امرأة محرمة) فإنه لا تحريم في حقهما. وكذا يدخل فيه المختار والمكره. ويجب إخراج المكره، إلا أن يخرج بما خرج به الأولان.

وكذا يدخل الذكر والخنثى. لكن يمكن إخراج الخنثى بقوله: (ذكره) فإن ذكر الخنثى ليس بحقيقي، لعدم مبادرة المعنى عند إطلاقه إليه، وجواز سلبه عنه. ومن جعله ذكرا حقيقيا زاد بعد قوله (ذكره): الأصلي يقينا، لاخراج ما للخنثى المشكل. وكذا القول في إخراج الخنثى من قوله: (في فرج امرأة) فإن الخنثى خرجت بقوله: (امرأة). ومنهم من لم يخرجها بها، وزاد قوله: أصلي يقينا.

ولا ينهض العقد بانفراده شبهة في سقوط الحد. ولو استأجرها للوط، لم يسقط بمجرد. ولو توهم الحل به سقط. وكذا يسقط في كل موضع يتوهم الحل، كمن وجد على فراشه امرأة، فظنها زوجته فوطئها.

وكما يتحقق ذلك بغيوبة الحشفة، يتحقق بغيوبة قدرها من مقطوعها. ولو قال: بغيوبة قدر الحشفة، لشمل الأمرين. والمراد بالمحرمة تحريماً أصلياً لتخرج المحرمة بالعرض، كزوجته الحائض والمحرمة والصائمة، فلا حد بوطئها، وإن استحق التعزير لفعل المحرم. قوله: (ولا ينهض العقد... إلخ). ضابط الشبهة المسقط للحد توهم الفاعل أو المفعول أن ذلك الفعل سائغ له، لعموم: (ادرؤا الحدود بالشبهات) (١) لا مجرد وقوع الخلاف فيه مع اعتقاده تحريمه.

فإذا عقد على امرأة لا تحل له بالعقد ووطئها بذلك العقد لم يكف ذلك في سقوط الحد، لأنه عقد فاسد فلا يورث شبهة، كما لو اشترى حرة فوطئها أو خمراً فشربها. ولأنه لو كان شبهة لثبت به النسب، ولا يثبت باتفاق الخصم. وكذا لو استأجرها للوطي، خلافاً لأبي حنيفة (٢) في الموضعين، حيث أسقط الحد عنه بمجرد العقد وإن كان عالماً بتحريمه، وإن كان العقد على الأم. نعم، لو توهم الحل بذلك كان شبهة من حيث الوهم تسقط الحد، كما يسقط بغيرها من أنواع الشبهة وإن لم يكن هناك عقد.

(١) الفقيه ٤: ٥٣ ح ١٩٠، الوسائل ١٨: ٣٣٦ ب (٢٤) من أبواب مقدمات الحدود ح ٤.
(٢) اللباب في شرح الكتاب ٣: ١٩١، الحاوي الكبير ١٣: ٢١٧ - ٢١٨، روضة القضاة ٤: ١٣٠١ رقم (٧٩٢١١)، حلية العلماء ٨: ١٥، بدائع الصنائع ٧: ٣٥، تبين الحقائق ٣: ١٧٩ - ١٨٠، المبسوط للسرخسي ٩: ٥٨ و ٨٥.

ولو تشبهت له [فوطئها]، فعليها الحد دونه. وفي رواية يقام عليها الحد جهرا، وعليه سرا. وهي متروكة. وكذا يسقط لو أباحته نفسها، فتوهم الحل.

ويسقط الحد مع الاكراه. وهو يتحقق في طرف المرأة قطعاً. وفي تحققه في طرف الرجل تردد، والأشبه إمكانه، لما يعرض من ميل الطبع المزجور بالشرع.

قوله: (ولو تشبهت له فعليها الحد... إلخ).

أما وجوب الحد عليها دونه فلاختصاصها بالزنا، فتختص بالحد. والرواية التي أشار إليها رويت بطريق ضعيف يشتمل على مجاهيل: (إن امرأة تشبهت بأمة رجل فواقعها على أنها أمتها، فرفع إلى عمر فأرسل إلى علي عليه السلام فقال: حدها جهرا، وحده سرا) (١). وعمل بمضمونها القاضي (٢)، واقتصر الشيخان (٣) على ذكرها بطريق الرواية. والأصح عدم الحد عليه مطلقاً، للشبهة، وأصالة البراءة، وضعف مستند الثبوت.

قوله: (ويسقط الحد مع الاكراه... إلخ).

الاكراه يسقط [به] (٤) أثر التحريم عن المكروه إجماعاً، حذراً من تكليف ما لا يطاق، وعموم قوله صلى الله عليه وآله: (رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما

(١) الكافي ٧: ٢٦٢ ح ١٣، التهذيب ١٠: ٤٧ ح ١٦٩، الوسائل ١٨: ٤٠٩ ب (٣٨) من أبواب حد الزنا.

(٢) المهذب ٢: ٥٢٤.

(٣) المقنعة: ٧٨٤، النهاية: ٦٩٩.

(٤) من (أ، م).

ويثبت للمكرهه على الواطئ مثل مهر نساءها، على الأظهر.

استكرهوا عليه (١). والمراد رفع حكمها أو المؤاخذه عليها. والاكراه على الزنا يتحقق في طرف المرأة إجماعاً. وأما في طرف الرجل فقيل: لا يتحقق، لأن الاكراه يمنع من انتشار العضو وانبعث القوى، لتوقفهما على الميل النفساني المنافي لانصراف النفس عن الفعل. والأظهر إمكانه، لأن الانتشار يحدث عن الشهوة، وهو أمر طبيعي لا ينافيها تحريم الشرع. وعلى كل حال لا حد، لأنه شبهة والحد يدرأ بالشبهة. قوله: (ويثبت للمكرهه... إلخ).

هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل لم يذكر كثير منهم فيه خلافاً، لأن مهر المثل عوض البضع إذا كان محترماً عارياً عن المهر، كقيمة المتلف (٢) من المال، والبضع وإن لم يضمن بالفوات لكنه يضمن بالتفويت والاستيفاء، لأنها (٣) ليست بغيا، والنهي عن مهر البغي يدل على ثبوته لغيرها. والقول بعدم ثبوت المهر للشيخ في موضع من الخلاف (٤)، محتجاً عليه بنهي النبي صلى الله عليه وآله عن مهر البغي (٥). قال: (والبغي: الزانية). وهو - كما قال ابن إدريس (٦) - استدلال عجيب. وأوجه في موضع آخر من

- (١) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٧٤ ح ١٥٩، الوسائل ١٦: ١٤٤ ب (١٦) من أبواب كتاب الأيمان ح ٥.
(٢) في (خ، د، ط): المتلف المالي.
(٣) في (ت، ط، م): ولأنها.
(٤) الخلاف ٣: ٤٠٤ مسألة (١٦)، و ج ٥: ٣٩٣ مسألة (٣٦).
(٥) الخصال: ٤١٧ ح ١٠، الوسائل ١٢: ٦٤ ب (٥) من أبواب ما يكتسب به ح ١٣. وانظر مسند أحمد ١: ٣٥٦، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٠ ح ٢١٥٩، سنن أبي داود ٣: ٢٦٧ ح ٣٤٢٨، سنن الترمذي ٣: ٤٣٩ ح ١١٣٣ سنن النسائي ٧: ١٨٩، سنن البيهقي ٦: ٦.
(٦) السرائر ٣: ٤٣٦.

ولا يثبت الاحصان الذي يجب معه الرجم، حتى يكون الواطئ بالغاً حراً، ويطأ في فرج مملوك بالعقد الدائم أو الرق، متمكن منه يغدو عليه ويروح. وفي رواية مهجورة: دون مسافة التقصير. وفي اعتبار كمال العقل خلاف، فلو وطئ المجنون عاقلة، وجب عليه الحد رجماً أو جلداً. هذا اختيار الشيخين رحمهما الله. وفيه تردد.

الخلاف (١)، وكذلك في المبسوط (٢)، فلذلك لم يعدها كثير من مسائل الخلاف. قوله: (ولا يثبت الاحصان.. إلخ). الاحصان والتحصين في اللغة المنع، قال تعالى: (لتحصنكم من بأسكم) (٣). وقال تعالى: (في قرى محصنة) (٤). وورد في الشرع بمعنى الاسلام، وبمعنى البلوغ والعقل. وكل منهما قد قيل في تفسير قوله تعالى: (فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة) (٥). وبمعنى الحرية، ومنه قوله تعالى: (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) (٦) يعني: الحرائر. وبمعنى التزويج، ومنه قوله تعالى: (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) (٧). يعني: المنكوحات. وبمعنى العفة عن الزنا، ومنه قوله تعالى: (والذين يرمون المحصنات) (٨). وبمعنى الإصابة في النكاح، ومنه قوله تعالى: (محصنين غير مسافحين) (٩).

-
- (١) الخلاف ٥: ٢٥٧ مسألة (٦٧).
 - (٢) المبسوط ٣: ٧٣.
 - (٣) الأنبياء: ٨٠.
 - (٤) الحشر: ١٤.
 - (٥) النساء: ٢٥ و ٢٤.
 - (٦) النساء: ٢٥ و ٢٤.
 - (٧) النساء: ٢٥ و ٢٤.
 - (٨) النور: ٤.
 - (٩) المائدة: ٥.

ويقال: أحصنت المرأة عفت، وأحصنها زوجها فهي محصنة، وأحصن الرجل تزوج.

ويعتبر في الاحصان المعتبر لوجوب الرجم بالزنا أمور: أحدها: البلوغ. فالصبي ليس بمحصن، ولا حد عليه، لأن فعله ليس بجناية حتى يناط به عقوبة. والأظهر أن المجنون كذلك، لاشتراكهما في العلة. فيشترط البلوغ والعقل، ويجمعهما التكليف. فلو وطئ المجنون فلا حد عليه رجما ولا جلدا، لعدم التكليف الذي هو مناط الحدود على المعاصي. وذهب الشيخان (١) وجماعة (٢) إلى وجوب الحد على المجنون، وتحقق الاحصان منه، فيثبت عليه الرجم معه والجلد بدونه، استنادا إلى رواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام قال: (إذا زنى المجنون أو المعتوه جلد الحد، وإن كان محصنا رجم، قلت: وما الفرق بين المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة؟ فقال: المرأة إنما تؤتى، والرجل إنما يأتي، وإنما يأتي إذا عقل كيف يأتي اللذة، وإن المرأة إنما تستكره ويفعل بها، وهي لا تعقل ما يفعل بها) (٣). وهذه الرواية ظاهرة في كون الفاعل غير مجنون، وإن كان صدرها قد تضمن حكم المجنون، فتحمل على مجنون يعتوره الجنون إذا زنى بعد تحصينه (٤)، لتناسب العلة التي ذكرها في الرواية.

(١) المقنعة: ٧٧٩، النهاية: ٦٩٦.

(٢) المقنع: ٤٣٦.

(٣) الكافي ٧: ١٩٢ ح ٣، التهذيب ١٠: ١٩ ح ٥٦، الوسائل ١٨: ٣٨٨ ب (٢١) من أبواب حد الزنا ح ٢.

(٤) في (ت، د، ط، م): تحصيله.

بها الاحصان بين الحرّة والأمة عندنا، لاشتراكهما في المقتضي (١) المذكور للانسان.

واحترز بالعقد الدائم عن المنقطع، فإنه لا يحصن. و [قد] (٢) يدل على الأمرين معا موثقة إسحاق بن عمار قال: (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل إذا هو زنى وعنده السرية والأمة يطؤها، تحصنه الأمة وتكون عنده؟ فقال: نعم، إنما ذلك لأن عنده ما يغنيه عن الزنا، قلت: فإن كانت عنده أمة زعم أنه يطؤها، فقال: لا يصدق، قلت: فإن كانت عنده امرأة متعة أتحصنه؟ قال: لا إنما هو على الشيء الدائم عنده) (٣). وغيرها من الأخبار (٤) الكثيرة. وذهب جماعة من أصحابنا - منهم ابن الجنيد (٥) وابن أبي عقيل (٦) وسالار (٧) - إلى أن ملك اليمين لا يحصن، لصحيفة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: (وكما لا تحصن الأمة والنصرانية واليهودية إذا زنى بحرّة، فكذلك لا يكون عليه حد المحصن إن زنى بيهودية أو نصرانية أو أمة وتحتة حرّة) (٨).

(١) في (ث): الاقتضاء.

(٢) من الحجريتين.

(٣) الكافي ٧: ١٧٨ ح ١، التهذيب ١٠: ١١ ح ٢٦، الاستبصار ٤: ٢٠٤ ح ٧٦٣، الوسائل ١٨: ٣٥٢ ب (٢٢) من أبواب حد الزنا ح ٢.

(٤) راجع الوسائل ١٨: ٣٥١ ب (٢) من أبواب حد الزنا.

(٥) حكاه عنهما العلامة في المختلف: ٧٥٧.

(٦) حكاه عنهما العلامة في المختلف: ٧٥٧.

(٧) انظر المراسم: ٢٥٢، فقد نسب حصول الاحصان به إلى الرواية.

(٨) الفقيه ٤: ٢٥ ح ٥٩، التهذيب ١٠: ١٣ ح ٣١، الاستبصار ٤: ٢٠٥ ح ٧٦٨، الوسائل ١٨: ٣٥٤ الباب المتقدم ح ٩.

ورواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: (لا يحصن الحر المملوكة، ولا المملوك الحرة) (١).
ولأن ملك اليمين لا يقصد به اكتساب الحل، ولذلك يصح شراء من لا تحل له، فلا تكون الإصابة فيه كالإصابة في النكاح.
وأجاب الشيخ (٢) عن الرواية الأولى بحملها على ما إذا كانوا عنده على سبيل المتعة، فهذا حكم بأنهن لا يحصنهن. وعن الثانية بأنها لا دلالة فيها، لأن مقتضاها أن الحر لا يحصن الأمة، حتى إذا زنت وجب عليها الرجم كما لو كانت تحت حرة، لأن حد المملوك والمملوكة خمسون جلدة، ولا رجم عليهما.
ورابعها: أن يكون متمكنا من الفرج يغدو عليه ويروح، بمعنى القدرة عليه في أي وقت أراده مما يصلح لذلك، والغدو والرواح كناية عنه. وإلى هذا المعنى أشار الشيخ في النهاية (٣)، فقال: (أن يكون له فرج يتمكن من وطئه). ويحتمل اعتبار حقيقته، بمعنى التمكّن منه أول النهار وآخره، فلو كان بعيدا عنه لا يتمكن من الغدو عليه والرواح، أو محبوسا لا يتمكن من الوصول إليه، خرج عن الاحصان.
ويدل على اعتبار ذلك صحيحة ابن سنان، عن إسماعيل بن جابر، عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قلت له: ما المحصن رحمك الله؟ قال: من كان له فرج يغدو عليه ويروح فهو محصن) (٤).

- (١) التهذيب ١٠: ١٢ ح ٣٠، الاستبصار ٤: ٢٠٥ ح ٧٦٧، - الوسائل ١٨: ٢٥٣ الباب المتقدم ح ٧.
(٢) التهذيب ١٠: ١٢ و ١٣، ذيل ح ٣٠ و ٣١، الاستبصار ٤: ٢٠٥ ذيل ح ٧٦٧ و ٧٦٨.
(٣) النهاية: ٦٩٣.
(٤) الكافي ٧: ١٧٩ ح ١٠، التهذيب ١٠: ١٢ ح ٢٨، الاستبصار ٤: ٢٠٤ ح ٧٦٥، الوسائل ١٨: ٣٥١ ب (٢) من أبواب حد الزنا ح ١.

ويسقط الحد بادعاء الزوجية، ولا يكلف المدعي بينة ولا يمينا.
وكذا بدعوى ما يصلح شبهة بالنظر إلى المدعي.

وفي حسنة أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قضى
أمير المؤمنين عليه السلام في رجل محبوب في السجن وله امرأة حرة في بيته
في المصر وهو لا يصل إليها، فزنى في السجن، فقال: عليه الجلد، ويدراً عنه
الرجم) (١).

والرواية المهجورة التي أشار إليها المصنف - رحمه الله - الدالة على اعتبار
قصور المسافة عن مسافة التقصير رواها عمر بن يزيد قال: (قلت لأبي عبد الله
عليه السلام: أخبرني عن الغائب عن أهله يزني، هل يرحم إذا كان له زوجة وهو
غائب عنها؟ قال: لا يرحم الغائب، ولا المملك الذي لم يين بأهله، ولا صاحب
المتعة، قلت: ففي أي حد سفره لا يكون محصناً؟ قال: إذا قصر وأفطر فليس
بمحصن) (٢).

وفي مرفوعة أخرى عن محمد بن الحسين قال: (الحد في السفر الذي إن
زنى لم يرحم إذا كان محصناً إذا قصر وأفطر) (٣).
وفي طريق الرواية الأولى جهالة. والثانية موقوفة (٤)، فلذلك كانت مهجورة
في العمل بمضمونها.
قوله: (ويسقط الحد... إلخ).

(١) الكافي ٧: ١٧٩ ح ١٢، التهذيب ١٠: ١٥ ح ٣٩، الوسائل ١٨: ٣٥٥ ب (٣) من أبواب حد
الزنا ح ٢.

(٢) الكافي ٧: ١٧٩ ح ١٣، التهذيب ١٠: ١٣ ح ٣٢، الاستبصار ٤: ٢٠٥ ح ٧٦٩، الوسائل ١٨: ٣٥٦
ب (٤) من أبواب حد الزنا ح ١.

(٣) الكافي ٧: ١٧٩ ح ١١، الفقيه ٤: ٢٩ ح ٧٤، الوسائل ١٨: ٣٥٦ الباب المتقدم ح ٢.
(٤) في (خ): مرفوعة.

والاحصان في المرأة كالأحصان في الرجل، لكن يراعى فيها
كمال العقل إجماعاً.
فلا رجم ولا حد على مجنونة في حال الزنا، ولو كانت محصنة،
وإن زنى بها العاقل.
ولا تخرج المطلقة رجعية عن الاحصان. ولو تزوجت عالمة،
كان عليها الحد تاماً. وكذا الزوج إن علم التحريم والعدة. ولو جهل فلا
حد. ولو كان أحدهما عالماً، حد حداً تاماً، دون الجاهل. ولو ادعى
أحدهما الجهالة قبل، إذا كان ممكناً في حقه.
وتخرج بالطلاق البائن عن الاحصان.

إنما يسقط الحد عنه بمجرد الدعوى وإن لم يثبت الزوجية، لأن دعواه
شبهة في الحل، والحد يدرأ بالشبهة. ومثله ما لو ادعى شراء الأمة من مالِكها وإن
لم يثبت ذلك. ولا يسقط فيه من أحكام الوطي سوى الحد. فلو كانت أمة فعليه
لمولاها العقر، أو حرة مكرهة فمهر المثل إن لم يثبت استحقاق الوطي.
قوله: (والاحصان في المرأة... إلخ).
بمعنى اشتراط كونها مكلفة حرة، موطوءة بالعقد الدائم، متمكنة من الزوج
بحيث يغدو عليها ويروح.
ويشكل الحكم في القيد الأخير، من حيث إن المرأة لا تتمكن من الوطي
متى شاءت، لأن الأمر بيد غيرها، والحق له في ذلك غالباً، بخلاف العكس.
قوله: (ولا تخرج المطلقة رجعية... إلخ).
لأن المطلقة رجعية في حكم الزوجة، والمطلق متمكن منها في كل وقت
بالمراجعة. وتزويجها في العدة بالنسبة إلى الحد كتزويج الزوجة، فيحْدان مع

ولو راجع المخالغ، لم يتوجه عليه الرجم، إلا بعد الوطي. وكذا المملوك لو أعتق، والمكاتب إذا تحرر.

العلم بالتحريم، ويسقط الحد مع الشبهة. ويقبل قولهما فيها إن كانت ممكنة في حقهما، بأن كانا مقيمين في بادية بعيدة عن معالم الشرع، أو قريبي العهد بالاسلام، ونحو ذلك.

وكذا لو تزوجت المطلقة بائنا، وإن فارقتها في الخروج عن الاحصان، فتجلد كغير المعتدة ممن لم تحصن.

ولو تزوجت الزوجة بغير الزوج فكتزويج المطلقة رجعيا، وأولى بالحكم.

ويدل على حكم المطلقة صحيحة يزيد الكناسي قال: (سألت أبا جعفر

عليه السلام عن امرأة تزوجت في عدتها، قال: إن كانت تزوجت في عدة طلاق

لزوجها عليه الرجعة فإن عليها الرجم، وإن كانت تزوجت في عدة ليس لزوجها

عليها الرجعة فإن عليها حد الزاني غير المحصن) (١).

ويدل على حكم المزوجة صحيحة أبي عبيدة عن أبي عبد الله عليه السلام

قال: (سألته عن امرأة تزوجت رجلا ولها زوج، فقال: إن كان زوجها الأول مقيما

معها في المصر الذي هي فيه تصل إليه ويصل إليها، فإن عليها ما على الزاني

المحصن الرجم، وإن كان زوجها الأول غائبا عنها أو كان مقيما معها في المصر لا

يصل إليها ولا تصل إليه، فإن عليها ما على الزانية غير المحصنة) (٢).

قوله: (ولو راجع المخالغ... إلخ).

أما المخالغ فلأنه بالخلع الموجب للبينونة خرج عن الاحصان حيث لا

(١) الكافي ٧: ١٩٢ ح ٢، التهذيب ١٠: ٢٠ ح ٦١، الوسائل ١٨: ٣٩٦ ب (٢٧) من أبواب حد الزنا ح ٣.

(٢) الكافي ٧: ١٩٢ ح ١، التهذيب ١٠: ٢٠ ح ٦٠، الوسائل ١٨: ٣٩٥، الباب المتقدم ح ١.

ويجب الحد على الأعمى، فإن ادعى الشبهة، قيل: لا تقبل.
والأشبه القبول مع الاحتمال.

يملك فرجا آخر غيرها، فيشترط في عوده إلى الزوجة - وإن كان برجوعه في
البذل بعد رجوعها - تجدد الوطي ليتحقق إحسان جديد، لبطلان الأول بالفرقة
البائنة (١).

وأما المملوك والمكاتب فوطيهما في حال الرقية والكتابة لا يحصن، لعدم
الوطي حالة الشرط وهو الحرية، كما لا يكتفى في إحسان البالغ العاقل بوطيه
صغيراً أو مجنوناً.

ويدل عليه صحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (في العبد
يتزوج الحرة ثم يعتق فيصيب فاحشة، قال: فقال: لا رجم عليه حتى يواقع الحرة
بعد ما يعتق) (٢).

قوله: (ويجب الحد على الأعمى... إلخ).

القول بعدم القبول للشيخين (٣)، وتبعهما ابن البراج (٤) وسالار (٥)، ولم يذكروا
عليه دليلاً مقنعاً. والأظهر - وهو مذهب الأكثر (٦) - قبول دعواه كالمبصر، لأن
ذلك شبهة يدرأ بها الحد، ولأنه مسلم والأصل في إخباره المطابقة.
وقيد ابن إدريس (٧) قبول دعواه بشهادة الحال بما ادعاه، بأن يكون قد

(١) كذا في (خ، م)، وفي سائر النسخ: الثانية.

(٢) الكافي ٧: ١٧٩ ح ٩، الفقيه ٤: ٢٧ ح ٦٥، التهذيب ١٠: ١٦ ح ٤٠، الوسائل ١٨: ٣٥٨ ب (٧) من
أبواب حد الزنا ح ٥.

(٣) المقنعة: ٧٨٣ - ٧٨٤، النهاية: ٦٩٨ - ٦٩٩.

(٤) المهذب ٢: ٥٢٤.

(٥) المراسم: ٢٥٤.

(٦) إرشاد الأذهان ٢: ١٧٠، المقتصر: ٣٩٩.

(٧) السرائر ٣: ٤٤٧ - ٤٤٨.

ويثبت الزنا بالاقرار أو البينة
أما الاقرار:

فيشترط فيه: بلوغ المقر، وكماله، والاختيار، والحرية، وتكرار
الاقرار أربعا في أربعة مجالس.
ولو أقر دون الأربع لم يجب الحد، ووجب التعزير.
ولو أقر أربعا في مجلس واحد، قال في الخلاف والمبسوط: لا
يثبت. وفيه تردد.
ويستوي في ذلك الرجل والمرأة. وتقوم الإشارة المفيدة للاقرار
في الأخرس مقام النطق.

وجدها على فراشه فظنها زوجته أو أمته، ولو شهدت الحال بخلاف ذلك لم
يصدق.

وربما قيد بعضهم (١) قبول قوله بكونه عدلا. والوجه القبول مطلقا.
قوله: (وتكرار الاقرار أربعا... إلخ).

اتفق الأصحاب - إلا من شذ - على أن الزنا لا يثبت على المقر به على
وجه يثبت به الحد إلا أن يقر به أربع مرات. ويظهر من ابن أبي (٢) عقيل الاكتفاء
بمرة. وهو قول أكثر العامة (٣). ومنهم (٤) من اعتبر الأربع كالمشهور عندنا.

(١) التنقيح الرائع ٤: ٣٣٢.

(٢) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٦٣.

(٣) مختصر المزني: ٢٦١، الحاوي الكبير ١٣: ٢٠٦، الوجيز ٢: ١٦٩، رحمة الأمة: ٢٨٦، بداية
المجتهد ٢: ٤٣٨، الكافي للقرطبي ٢: ١٠٧٠.

(٤) اللباب في شرح الكتاب ٣: ١٨٢، المبسوط للسرخسي ٩: ٩١، تبين الحقائق ٣: ١٦٦، بدائع
الصنائع ٧: ٥٠، المغني لابن قدامة ١٠: ١٦٠.

لنا: ما روي أن ماعز بن مالك جاء إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: (يا رسول الله إني قد زنيت، فأعرض عنه، ثم جاء من شقه الأيمن فقال: يا رسول الله إني قد زنيت، فأعرض عنه، ثم جاء فقال: إني قد زنيت، إلى أن قال ذلك أربع مرات، قال: أبك جنون؟ قال: لا يا رسول الله، قال: فهل أحصنت؟ قال: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: اذهبوا به فارجموه) (١).
وروي أنه صلى الله عليه وآله قال له: (لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت، قال: لا يا رسول الله، قال: أنكته لا يكتفي؟ قال: كما يغيب المروود في المكحلة والرشاء في البئر؟ قال: نعم، قال فهل تدري ما الزنا؟ قال: نعم أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا، قال: ما تريد بهذا القول؟ قال: أريد أن تطهرني، فأمر به فرجم) (٢).
فلولا اعتبار الاقرار أربع مرات لاكتفى منه بأول مرة وأمر برجمه.
قالوا: ارتاب في أمره، فاستثبت ليعرف أبه جنون أم شرب خمرا أم لا؟
قلنا: الاستثبات لا يتقيد بهذا العدد. وكان يمكن البحث عنه من أول مرة.
وفي بعض ألفاظ الحديث: (شهدت على نفسك أربع شهادات، اذهبوا به فارجموه) (٣). وفي رواية أخرى أنه لما اعترف ثلاث مرات قال له: (إن اعترفت

- (١) الكافي ٧: ١٨٥ ح ٥، عوالي اللثالي ٣: ٥٥١ ح ٢٤، الوسائل ١٨: ٣٧٦ ب (١٥) من أبواب حد الزنا ح ١. وانظر مسند أحمد ٢: ٤٥٣ و ٣: ٣٢٣، صحيح البخاري ٧: ٥٩ و ٨: ٢٠٥ - ٢٠٦، صحيح مسلم ٣: ١٣١٨ - ١٣٢٣، سنن أبي داود ٤: ١٤٥ - ١٤٨، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٤ ح ٢٥٥٤، سنن الترمذي ٤: ٢٧ - ٢٨، المستدرک للحاكم ٤: ٣٦١ - ٣٦٣، سنن البيهقي ٨: ٢٢٥ - ٢٢٧، تلخيص الحبير ٤: ٥٦ - ٥٨.
(٢) الكافي ٧: ١٨٥ ح ٥، عوالي اللثالي ٣: ٥٥١ ح ٢٤، الوسائل ١٨: ٣٧٦ ب (١٥) من أبواب حد الزنا ح ١. وانظر مسند أحمد ٢: ٤٥٣ و ٣: ٣٢٣، صحيح البخاري ٧: ٥٩ و ٨: ٢٠٥ - ٢٠٦، صحيح مسلم ٣: ١٣١٨ - ١٣٢٣، سنن أبي داود ٤: ١٤٥ - ١٤٨، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٤ ح ٢٥٥٤، سنن الترمذي ٤: ٢٧ - ٢٨، المستدرک للحاكم ٤: ٣٦١ - ٣٦٣، سنن البيهقي ٨: ٢٢٥ - ٢٢٧، تلخيص الحبير ٤: ٥٦ - ٥٨.
(٣) سنن أبي داود ٤: ١٤٧ ح ٤٤٢٦.

الرابعة رجمتك، فاعترف الرابعة) (١).
ومن طريق الخاصة قول أحدهما عليهما السلام: (لا يرحم الزاني حتى
يقر أربع مرات بالزنا إذا لم يكن شهود، فإن رجع ترك ولم يرحم) (٢).
احتج ابن أبي (٣) عقيل بصحيفة الفضيل عن الصادق عليه السلام قال: (من
أقر على نفسه عند الإمام بحق حد من حدود الله تعالى مرة واحدة، حرا كان أو
عبدا، أو حرة كانت أو أمة، فعلى الإمام أن يقيم الحد عليه للذي أقر به على
نفسه، كائنا من كان، إلا الزاني المحصن، فإنه لا يرحم حتى يشهد عليه أربعة
شهود) (٤).

وأجيب بحمله على غير حد الزنا جمعا بين الأخبار.
إذا تقرر ذلك، فاختلف القائلون باشتراط تكراره أربعاً في اشتراط تعدد
مجالسه، بأن يقع كل إقرار في مجلس، أم يكفي وقوع الأربعة في مجلس واحد.
فذهب جماعة - منهم الشيخ في الخلاف (٥) والمبسوط (٦) وابن حمزة (٧) -
إلى الأول، لأن ماعز بن مالك أقر في أربعة مواضع، والأصل براءة الذمة من هذه

-
- (١) مسند أحمد ١: ٨.
(٢) الكافي ٧: ٢١٩ ح ٢، التهذيب ١٠: ١٢٢ ح ٤٩١، الاستبصار ٤: ٢٥٠ ح ٩٤٨، الوسائل ١٨:
٣٢٠ ب (١٢) من أبواب مقدمات الحدود ح ٥.
(٣) انظر المختلف: ٧٦٣.
(٤) التهذيب ١٠: ٧ ح ٢٠، الاستبصار ٤: ٢٠٣ ح ٧٦١، الوسائل ١٨: ٣٤٣ ب (٣٢) من أبواب
مقدمات الحدود ح ١.
(٥) الخلاف ٥: ٣٧٧ مسألة (١٦).
(٦) المبسوط ٨: ٤.
(٧) الوسيلة: ٤١٠.

ولو قال: زنيت بفلانة، لم يثبت الزنا في طرفه، حتى يكرره أربعاً. وهل يثبت القذف للمرأة؟ فيه تردد.

العقوبة بدون ما وقع الاتفاق عليه. ولأن هذا الاختلاف مع ورود الواقعة كذلك شبهة يدرأ بها الحد.

وأطلق الأكثر - ومنهم الشيخ في النهاية (١) والمفيد (٢) وأتباعهما (٣) وابن إدريس (٤) - ثبوته بالاقرار أربعاً، لأصالة عدم اشتراط التعدد. وقضية معز بن مالك وقعت اتفاقاً، مع أنها ليست صريحة في اختلاف المجالس. ورواية الخاصة السابقة (٥) مطلقة أيضاً. والأقوى عدم الاشتراط، لعدم دليل يقتضيه. قوله: (ولو قال: زنيت بفلانة... إلخ).

إذا أقر بالزنا ونسبه إلى امرأة معينة، كقوله: زنيت بفلانة، فلا إشكال في احتياج ثبوت الزنا في حقه إلى إقراره أربع مرات. أما ثبوت قذف المرأة ففيه تردد، منشؤه من أن ظاهره القذف، لأنه رمى المحصنة، أي: غير المشهورة بالزنا، فيكون قاذفاً بأول مرة كما لو رماها بغيره، ومن أنه إنما نسب الزنا إلى نفسه، وزناه ليس مستلزماً لزناها، لجواز الاشتباه عليها أو الاكراه، والعام لا يستلزم الخاص. ولأن إقراره على نفسه بالزنا بها ليس إقراراً على المرأة بالزنا، إذ ليس موضوعاً له، ولا جزءاً من مسماه، ولا لازماً له،

(١) النهاية: ٦٨٩.

(٢) المقنعة: ٧٧٥.

(٣) المهذب ٢: ٥٢٤، المراسم: ٢٥٢، إصباح الشيعة: ٥١٧.

(٤) راجع السرائر ٣: ٤٢٩، ولكنه اشترط وقوعه في أربعة أوقات. نعم، نسب إليه الاطلاق العلامة في المختلف: ٧٦١.

(٥) راجع الصفحة السابقة.

ولو أقر بحد ولم يبينه، لم يكلف البيان، وضرب حتى ينهي عن نفسه.

وقيل: لا يتجاوز به المائة، ولا ينقص عن ثمانين. وربما كان صوابا في طرف الكثرة، ولكن ليس بصواب في طرف النقصان، لجواز أن يريد بالحد التعزير.

فانتفت الدلالات الثلاث عنه، فلا قذف. وعلى هذا فيثبت التعزير للايذاء. والوجه ثبوت القذف بالمرأة مع الاطلاق، لأنه ظاهر فيه، والأصل عدم الشبهة والاكراه. ولو فسره بأحدهما قبل، واندفع عنه الحد، ووجب التعزير. قوله: (ولو أقر بحد ولم يبينه... إلخ).
الأصل في هذه المسألة رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام: (أن أمير المؤمنين عليه السلام أمر في رجل أقر على نفسه بحد ولم يسم أن يضرب حتى ينهي عن نفسه) (١). وبمضمونها عمل الشيخ (٢) والقاضي (٣). وزاد ابن إدريس (٤) أنه لا ينقص عن ثمانين ولا يزداد على مائة، نظرا إلى أن أقل الحدود حد الشرب، وأكثرها حد الزنا. وكلاهما ممنوع. أما في جانب القلة فلأن حد القواد خمسة وسبعون، وحد الزنا قد يتجاوز المائة، كما لو زنى في مكان شريف أو وقت شريف، فإنه يزداد على المائة بما يراه الحاكم.

-
- (١) الكافي ٧: ٢١٩ ح ١، التهذيب ١٠: ٤٥ ح ١٦٠، الوسائل ١٨: ٣١٨ ب (١١) من أبواب مقدمات الحدود ح ١.
(٢) النهاية: ٧٠٢ - ٧٠٣.
(٣) المهذب ٢: ٥٢٩.
(٤) السرائر ٣: ٤٥٥ - ٤٥٦.

واعترض المصنف - رحمه الله - أيضا على جانب النقصان، لجواز أن يريد بالحد التعزير، فإنه يطلق عليه لغة، فلا يتحقق ثبوت الحد المعهود عليه، إذ لا يثبت عليه إلا ما علم أنه مراد من اللفظ. وفيه نظر، لأن الحد حقيقة شرعية في المقدرات المذكورة، وإطلاقها على التعزير مجاز لا يصار إليه عند الاطلاق بدون القرينة. ثم على تقدير حمله على التعزير فأمره منوط بنظر الحاكم غالبا، ونظر الحاكم يتوقف على معرفة المعصية ليرتب عليها ما يناسبها، لا بمجرد التشهي، ومن التعزير ما هو مقدر، فجاز أن يكون أحدها، فيشكل تجاوزها أو نقصها (١) بدون العلم بالحال. ويشكل الخبر أيضا باستلزامه أنه لو أنهى عن نفسه فيما دون الحدود المعلومة قبل منه، وليس هذا حكم الحد ولا التعزير. وأيضا، فإن من الحدود ما يتوقف على الاقرار أربع مرات، ومنها ما يتوقف على الاقرار مرتين، ومنها ما يثبت بمرة، فلا يتم إطلاق القول بجواز بلوغ المائة مع الاقرار دون الأربع، وبلوغ الثمانين بدون الاقرار مرتين، واشتراط ذلك كله خروج عن مورد الرواية رأسا. والحق أن الرواية مطرحة، لضعف سندها باشتراك محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام بين الثقة وغيره، فلا تصلح لاثبات هذا الحكم المخالف للأصل. مع أنه قد روي بطريق يشاركه في الضعف - إن لم يكن أقرب منه - عن أنس بن مالك قال: (كنت عند النبي صلى الله عليه وآله فجاءه رجل فقال: يا رسول الله إنني أصبت حدا فأقمه علي، ولم يسمه، قال: وحضرت الصلاة فصلى مع النبي صلى الله عليه وآله، فلما قضى النبي الصلاة قام إليه الرجل فقال:

(١) في (أ، ث، د): بعضها.

يا رسول الله إني أصبت حدا فأقم في كتاب الله، فقال: أليس قد صليت معنا؟ قال: نعم، قال: فإن الله قد غفر لك ذنبك أو حدك (١). ولو كان الحد يثبت بالاقرار مطلقا لما أخره النبي صلى الله عليه وآله، ولا حكم بأن الصلاة تسقط الحد. وإنما أجابه بذلك من حيث عدم ثبوته مع إطلاقه كذلك، وإن تكرر الاقرار.

وأیضا، فإن الحد - كما قد علم - يطلق على الرجم، وعلى القتل بالسيف، والاحراق بالنار، ورمي الجدار عليه، وغير ذلك مما ستقف عليه، وعلى الجلد. ثم الجلد يختلف كمية وكيفية، فحمل مطلقه على الجلد غير مناسب للواقع، ولا يتم معه إطلاق أن الاقرار أربع مرات يجوز جلد المائة. فالقول بعدم ثبوت شيء بمجرد الاقرار المجمل قوي.

وعلى هذا، فيمكن القول بعدم وجوب استفساره، بل ولا استحبابه، تأسيا بالنبي صلى الله عليه وآله في هذا الخبر وغيره من ترديد عزم المقر، فكيف بالساکت؟! وقوله صلى الله عليه وآله: (من أتى من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله، فإن من أبدى صفحته أقمنا عليه الحد) (٢). وأقل مراتب الأمر الاستحباب.

وفي حديث المزني الذي أقر عند أمير المؤمنين عليه السلام بالزنا أربع مرات، وفي كل مرة يأمره بالانصراف، ثم قال له في الرابعة: (ما أقبح بالرجل منكم أن يأتي بعض هذه الفواحش فيفضح نفسه على رؤوس الملاء! أفلا تاب في

(١) صحيح البخاري ٨: ٢٠٧، صحيح مسلم ٤: ٢١١٧ ح ٤٤.
(٢) الموطأ ٢: ٨٢٥ ح ١٢، سنن البيهقي ٨: ٣٢٩ - ٣٣٠، تلخيص الحبير ٤: ٥٧ ذيل ح ١٧٥٦.

وفي التقييل، والمضاجعة في إزار واحد، والمعانقة، روايتان: إحداهما: مائة جلدة. والأخرى: دون الحد. وهي أشهر.

بيته؟! فوالله لتوبته فيما بينه وبين الله أفضل من إقامتي عليه الحد (١).
قوله: (وفي التقييل... إلخ).

اختلف الأصحاب والروايات في حكم المجتمعين في إزار واحد وما أشبهه، والاستمتاع بما دون الفرج.

فقال الشيخ في النهاية (٢): يجب به التعزير، وأطلق. وقال في الخلاف: (روى أصحابنا في الرجل إذا وجد مع امرأة أجنبية يقبلها ويعانقها في فراش واحد أن عليهما مائة جلدة، وروي ذلك عن علي عليه السلام، وقد روي أن عليهما أقل من الحد) (٣). وقريب منه قوله في المبسوط (٤).

وقال المفيد: (فإن شهدوا عليه بما عاينوه من اجتماع في إزار واحد والتصاق جسم بجسم وما أشبه ذلك، ولم يشهدوا عليه بالزنا قبلت شهادتهم، ووجب على المرأة والرجل التعزير حسب ما يراه الإمام من عشر جلدات إلى تسع وتسعين، ولا يبلغ التعزير في هذا الباب حد الزنا المختص به في شريعة الاسلام) (٥).

وهذا القول وإن كان محصله التعزير إلا أنه حده في جانب القلة بعشر، فهو مخالف لقول من أطلق الحكم بالتعزير، فإنه يجوز نقصانه عن العشر إذا رآه

(١) الكافي ٧: ١٨٨ ح ٣، الوسائل ١٨: ٣٢٧ ب (١٦) من أبواب مقدمات الحدود ح ٢.

(٢) راجع النهاية: ٧٠٥ و ٧٠٧، ولكن صرح بأن التعزير من ثلاثين سوطا إلى تسعة وتسعين.

(٣) الخلاف ٥: ٣٧٣ مسألة (٩).

(٤) المبسوط ٨: ٧.

(٥) المقنعة: ٧٧٤.

الحاكم صلاحاً.

والمعتمد ثبوت التعزير مطلقاً. وهو اختيار المصنف والمتأخرين (١)، لأنه فعل محرم لم يبلغ حد الزنا، فيكون عقوبته منوطة برأي (٢) الحاكم في مقدار التعزير.

ويدل على أنه لا يبلغ به حد الزاني - مضافاً إلى ذلك - صحيحة حريز عن الصادق عليه السلام: (أن علياً عليه السلام وجد رجلاً وامرأة في لحاف، فجلد كل واحد منهما مائة سوط إلا سوطاً) (٣). وعن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام: (في الرجل والمرأة يوجدان في لحاف واحد، فقال: يجلدان مائة غير سوط) (٤).

واستند القائل بوجود الحد كملاً إلى صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام: (حد الجلد أن يوجد في لحاف واحد) (٥). ورواية عبد الرحمن الحذاء عن الصادق عليه السلام، قال: سمعته يقول: (إذا وجد الرجل والمرأة في لحاف واحد جلداً مائة) (٦). وغيرهما من الأخبار.

(١) التنقيح الرائع ٤: ٣٣٢، اللعة الدمشقية: ١٦٦.

(٢) في (أ، د): بنظر.

(٣) الفقيه ٤: ١٥ ح ٢٢، التهذيب ١٠: ٤١ ح ١٤٥، الاستبصار ٤: ٢١٣ ح ٧٩٦، الوسائل ١٨: ٣٦٧ ب (١٠٠) من أبواب حد الزنا ح ٢٠.

(٤) الكافي ٧: ١٨١ ح ٢، التهذيب ١٠: ٤٠ ح ١٤١، الاستبصار ٤: ٢١٣ ح ٧٩٢، الوسائل ١٨: ٣٦٤ ب (١٠) من أبواب حد الزنا ح ٣.

(٥) الكافي ٧: ١٨١ ح ١، التهذيب ١٠: ٤٢ ح ١٤٨، الاستبصار ٤: ٢١٤ ح ٧٩٩، الوسائل ١٨: ٣٦٣ الباب المتقدم ح ١.

(٦) الكافي ٧: ١٨١ ح ٥، التهذيب ١٠: ٤٣ ح ١٥٣، الاستبصار ٤: ٢١٥ ح ٨٠٤، الوسائل ١٨: ٣٦٤ ب (١٠) من أبواب حد الزنا ح ٥.

ولو أقر بما يوجب الرجم ثم أنكر، سقط الرجم. ولو أقر بحد غير الرجم، لم يسقط بالإنكار.
ولو أقر بحد ثم تاب، كان الإمام منخيرا في إقامته، رجما كان أو جلدا.

وحملها الشيخ (١) على وقوع الزنا مع علم الإمام بذلك، أو على تكرار الفعل منهما وقد عزرهما مرتين أو ثلاثا، جمعا بين الأخبار. مع أن الرواية الصحيحة ليست صريحة في المطلوب، لأن إطلاق الجلد لا يتعين حمله على المائة. ويسهل الخطب في الباقي، لضعف السند. ومع ذلك فليس فيها حكم الاستمتاع بغير الجماع، وغير الاجتماع في الثوب الواحد.
قوله: (ولو أقر بما يوجب الرجم... إلخ).

مستند سقوط الرجم بالإنكار دون غيره روايات، منها حسنة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (من أقر على نفسه بحد أقمت عليه الحد، إلا الرجم، فإنه إذا أقر على نفسه ثم جحد لم يرجم) (٢).
وتخير الإمام بعد توبة المقر بين حده والعفو عنه مطلقا هو المشهور بين الأصحاب. وقيده ابن إدريس (٣) بكون الحد رجما. والمعتمد المشهور، لاشتراك الجميع في المقتضي.
ولأن التوبة إذا أسقطت تحتم أشد العقوبتين، فإسقاطها لتحتم الأضعف أولى.

(١) تهذيب الأحكام ١٠: ٤٤ ذيل ح ١٥٦ و ١٥٨، الاستبصار ٤: ٢١٦ و ٢١٧ ذيل ح ٨٠٨ و ٨١٠.
(٢) الكافي ٧: ٢٢٠ ح ٥، التهذيب ١٠: ٤٥ ح ١٦١، الوسائل ١٨: ٣١٩ ب (١٢) من أبواب مقدمات الحدود ح ٣.
(٣) السرائر ٣: ٤٤٤.

ولو حملت ولا بعل، لم تحد، إلا أن تقر بالزنا أربعا.
وأما البينة:

فلا يكفي أقل من أربعة رجال، أو ثلاثة وامرأتين. ولا تقبل
شهادة النساء منفردات، ولا شهادة رجل وست نساء. وتقبل شهادة
رجلين وأربع نساء، ويثبت به الجلد لا الرجم.

وأما سقوط الرجم بالانكار فيدل عليه قصة معز وتعريض النبي صلى الله
عليه وآله [له] (١) بالانكار بعد الاقرار، ولولا قبوله منه لم يكن لترديده فائدة،
ولقوله صلى الله عليه وآله لأصحابه لما فر من الحفيرة فأدركوه وقتلوه: (هلا
تركتموه وجئتموني به) (٢) ليستتبه. وفي بعض ألفاظها: (هلا رددتموه إلي لعله
يتوب) (٣).

قوله: (ولو حملت ولا بعل... إلخ).
لأن الحمل لا يستلزم الزنا، والأصل في تصرف المسلم حمله على
الصحة. ولأصالة براءة الذمة من وجوب الحد. ولاحتمال أن يكون من شبهة أو
من إكراه، والحد يدرأ بالشبهة، ولا يجب البحث عنه ولا الاستفسار.
وقال الشيخ في المبسوط: (إنها تسأل عن ذلك، فإن قالت: من زنا، فعليها
الحد، وإن قالت: من غير زنا، فلا حد) (٤). ونقل عن بعضهم أن عليها الحد، ثم
قوى الأول.
قوله: (وأما البينة... إلخ).

(١) من (د، ط).

(٢) سنن أبي داود ٤: ١٤٥ ح ٤٤٢٠.

(٣) تلخيص الحبير ٤: ٥٨ ذيل ح ١٧٥٨.

(٤) المبسوط ٨: ٧ - ٨.

ولو شهد ما دون الأربع، لم يجب. وخذ كل منهم للفريية.
ولا بد في شهادتهم، من ذكر المشاهدة للولوج، كالميل في
المكحلة، من غير عقد ولا ملك ولا شبهة. ويكفي أن يقولوا: لا نعلم
بينهما سبب التحليل.
ولو لم يشهدوا بالمعاينة، لم يحد المشهود [عليه]، وخذ الشهود.

قد تقدم البحث في ذلك في كتاب الشهادات (١)، وأنه ليس على ثبوت
الجلد بشهادة رجلين وأربع نساء دليل صالح، وأن جماعة (٢) من الأصحاب ذهبوا
إلى عدم وجوب شئ بهذه البيينة لذلك. وهو الوجه.
قوله: (ولو شهد ما دون... إلخ).

أي: لافترائهم عليه. سماه فرية مع إمكان صدقهم لأن الله تعالى وصف من
لم يأت عليه بأربعة شهداء كاذبا بقوله تعالى: (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ
لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) (٣). ومتى حكم بكذبه وجب حده
للقذف.

قوله: (ولا بد في شهادتهم... إلخ).
لما كان الزنا قد يطلق على ما دون الجماع، فيقال: زنت العين وزنت الإذن
وزنى الفرج، والجماع يطلق على غير الوطي لغة، وكان الأمر في الحدود - سيما
الرجم - مبنيا على الاحتياط التام ويدراً بالشبهة، فلا بد في قبول الشهادة به من
التصريح بالمشاهدة لوقوع الفعل على وجه لا ريبه فيه، بأن يشهدوا بمعاينة
الايلاج.

(١) راجع ص: ٢٤٧ - ٢٤٨.

(٢) المقنع: ٤٠٢، المهذب ٢: ٥٥٨، المختلف: ٧١٥.

(٣) النور: ١٣.

ولا بد من تواردهم على الفعل الواحد، والزمان الواحد، والمكان الواحد.

فلو شهد بعض بالمعاينة وبعض لا بها، أو شهد بعض بالزنا في زاوية من بيت، وبعض في زاوية أخرى، أو شهد بعض في يوم الجمعة، وبعض في يوم السبت، فلا حد. ويحد الشهود للقذف.

ويدل عليه صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (حد الرجم أن يشهد أربعة أنهم رأوه يدخل ويخرج) (١). وفي رواية أبي بصير عنه عليه السلام قال: (لا يرحم الرجل والمرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهداء على الجماع والايلاج والادخال، كالميل في المكحلة) (٢). وقد تقدم في قصة ما عزر أن النبي صلى الله عليه وآله ما قبل منه الاقرار حتى صرح بكونه قد أدخل مثل الميل في المكحلة والدلو في البئر (٣)، فكذا البيئنة، بل هنا أولى. وإنما يحد الشهود إذا لم يشهدوا بالايلاج على ذلك الوجه بتقدير أن يكون شهادتهم بالزنا، أما لو شهدوا بالفعل ولم يتعرضوا للزنا سمعت شهادتهم، ووجب على المشهود عليه التعزير.

قوله: (ولا بد من تواردهم... إلخ).

لا ريب في عدم قبول شهادتهم على تقدير الاختلاف في الفعل بالزمان أو المكان أو الصفة، لأن كل واحد من الفعل الواقع على أحد الوجوه غير الفعل الآخر، ولم يقم على الفعل الواحد أربعة شهداء.

- (١) الكافي ٧: ١٨٣ ح ١، التهذيب ١٠: ٢ ح ٤، الاستبصار ٤: ٢١٧ ح ٨١٥، الوسائل ١٨: ٣٧١ ب (١٢) من أبواب حد الزنا ح ١.
(٢) الكافي ٧: ١٨٤ ح ٤، التهذيب ١٠: ٢ ح ١، الاستبصار ٤: ٢١٧ ح ٨١٢، الوسائل ١٨: ٣٧١ الباب المتقدم ح ٤.
(٣) عوالي اللثالي ٣: ٥٥١ ح ٢٤، سنن أبي داود ٤: ١٤٨ ح ٤٤٢٨، سنن البيهقي ٨: ٢٢٧.

وإنما الكلام في اشتراط تعرضهم لهذه القيود، وظاهر المصنف والعلامة (١) اشتراط ذلك، فلا يكفي إطلاقهم الشهادة على الزنا على الوجه السابق، إلا مع تصريحهم باتحاد الزمان والمكان، حتى لو أطلق بعضهم وقيد آخرون حدوداً. والنصوص (٢) خالية من اشتراط ذلك، ودالة على الاكتفاء بالاطلاق. وهذا هو الظاهر من كلام المتقدمين. فقال الشيخ في النهاية في البينة بالزنا: (وهو أن يشهد أربعة نفر عدول على رجل بأنه وطئ امرأة، وليس بينه وبينها عقد ولا شبهة عقد، وشاهدوه وطئها في الفرج، فإذا شهدوا كذلك قبلت شهادتهم، وحكم عليه بالزنا، وكان عليه ما على فاعله مما نبينه) (٣). وهذا صريح في عدم اعتبار التقييد بالزمان والمكان.

وقال ابن الجنيد (٤): ليس تصح الشهادة بالزنا حتى يكونوا أربعة عدول، وليس فيهم خصم لأحد المشهود عليهما، ويقولوا: إنا رأينا يولج ذلك منه في ذلك منها ويخرجه كالمروود في المكحلة، ويكون الشهادة في مجلس واحد، فإذا شهدوا بذلك ولم يدع أحد المشهود عليهما شبهة وجب الحد. وهذا أيضاً صريح في ذلك. وكلام غيرهما من المتقدمين (٥) قريب من ذلك. وهذا هو المعتمد. ويمكن تنزيل كلام المصنف وما أشبهه على ذلك، بحمل عدم القبول على تقدير التعرض لذلك والاختلاف فيه.

(١) إرشاد الأذهان ٢: ١٧٢، قواعد الأحكام ٢: ٢٥١، تحرير الأحكام ٢: ٢٢٠.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ٣٧١ ب (١٢) من أبواب حد الزنا.

(٣) النهاية: ٦٨٩.

(٤) لم نعثر عليه.

(٥) الكافي في الفقه: ٤٠٤، فقه القرآن للراوندي ٢: ٣٧١، إصباح الشيعة: ٥١٧.

ولو شهد بعض أنه أكرهها، وبعض بالمطauعة، ففي ثبوت الحد على الزاني وجهان: أحدهما: يثبت، للاتفاق على الزنا، الموجب للحد على كلا التقديرين. والآخر: لا يثبت، لأن الزنا بقيد الاكراه غيره بقيد المطauعة، فكأنه شهادة على فعيلين.

قوله: (ولو شهد بعض أنه أكرهها... إلخ). إذا شهد بعض الأربعة على رجل بأنه زنى بفلانة مكرها لها في ذلك الزنا، وشهد الباقيون بأنه زنى بها مطauعة له فيه، فلا حد على المرأة قطعاً، لعدم ثبوت المقتضي لحدّها، وهو الزنا مطauعة. واختلف قول الشيخ في الرجل، فقال في الخلاف (١): لا حد عليه، ويحد الشهود، لأنها شهادة على فعيلين، فإن الزنا بقيد الاكراه غيره بقيد المطauعة، فهي كشهادة الزوايا (٢). وقال في المبسوط (٣): يحد الرجل، لثبوت الزنا على كل واحد من التقديرين المشهود بهما، ولأن الاختلاف إنما هو في قول الشهود لا في فعله. وهذا مختار ابن الجنيد (٤) وابن إدريس (٥).

(١) الخلاف ٥: ٣٨٣ مسألة (٢٤).

(٢) في (ت): الزاوية، وفي (د): كشهادة الزنا في الزوايا.

(٣) المبسوط ٨: ٨.

(٤) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٥٥.

(٥) السرائر ٣: ٤٣٢ - ٤٣٣.

ولو أقام الشهادة بعض في وقت، حدوا للكدف، ولم يرتقب إتمام
البينة، لأنه لا تأخير في حد.

وتردد المصنف مقتصرًا على نقل القولين. وكذلك العلامة في الإرشاد (١)
والتحرير (٢). ورجح في القواعد (٣) والمختلف (٤) الأول. وكذلك الشهيد في شرح
الإرشاد (٥). ولعله أوجه. ويمنع ثبوت الزنا على كل واحد من التقديرين، لأنه لم
يشهد به على كل تقدير العدد المعتمد، فهو جار مجرى تغاير الوقتين والمكانين
المتفق على أنه لا يثبت على تقديره.
قوله: (ولو أقام الشهادة... إلخ).

مذهب الأصحاب اشتراط إيقاع الشهادة في مجلس واحد. فلو حضر
بعض الشهود قبل بعض وشهد حد للكدف، ولم ينتظر حضور الباقيين، لأن السابق
قد صار قاذفًا، ولم يثبت الزنا، ولا تأخير في حد.
وبالغ في القواعد (٦) فاشتراط حضورهم أيضًا قبل الشهادة للإقامة، فلو
تفرقوا في الحضور حدوا وإن اجتمعوا في الإقامة. ولا دليل على اعتبار مثل
ذلك.

ويظهر من كلام الشيخ في الخلاف عدم اشتراط اتحاد المجلس، لأنه قال:
(إذا تكاملت شهود الزنا فقد ثبت الحكم بشهادتهم، سواء شهدوا في مجلس

(١) إرشاد الأذهان ٢: ١٧٢.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٢٠ - ٢٢١.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٢٥١.

(٤) المختلف: ٧٥٥.

(٥) غاية المراد: ٣٣٨ - ٣٣٩.

(٦) قواعد الأحكام ٢: ٢٥١.

ولا يقدح تقادم الزنا في الشهادة. وفي بعض الأخبار: (إن زاد عن ستة أشهر لم تسمع). وهو مطرح. وتقبل شهادة الأربع على الاثنين فما زاد.

واحد أو مجالس متعددة، وشهادتهم متفرقين أحوط (١). وفي المختلف (٢) حمل كلامه على تفرقهم بعد اجتماعهم لإقامة الشهادة دفعة، نظرا إلى أن ذلك هو المذهب عندنا. ووافقنا بعض (٣) العامة على اشتراط اتحاد مجلس الإقامة. وخالفنا آخرون (٤)، فاكتفوا بشهادتهم متفرقين كما في سائر الوقائع، ولأنهم إذا جاؤوا متفرقين كانوا أبعد عن التهمة. واعتبر بعضهم (٥) وقوع الشهادات في مجلس واحد للحاكم، طال أم قصر، تفرقوا في الأداء أم اجتمعوا. والكل رجوع إلى ما لا يصلح دليلا.

قوله: (ولا يقدح تقادم الزنا... إلخ).

إذا ثبت موجب الحد لم يسقط بتقادم عهده، لأصالة البقاء. والرواية (٦) بخلاف ذلك مطرحة. وهي موافقة لقول بعض (٧) العامة. ويمكن حملها على ما لو ظهر منه التوبة، كما تدل عليه رواية ابن أبي عمير، عن جميل مرسلا، عن

-
- (١) الخلاف ٥: ٣٨٨ مسألة (٣١).
(٢) المختلف: ٧٦٤، ولكنه حمل كلام ابن حمزة على ذلك لا كلام الشيخ.
(٣) الحاوي الكبير ١٣: ٢٢٨، حلية العلماء ٨: ٣٠، المغني لابن قدامة ١٠: ١٧٣، بدائع الصنائع ٧: ٤٨، روضة الطالبين ٧: ٣١٥.
(٤) الحاوي الكبير ١٣: ٢٢٨، حلية العلماء ٨: ٣٠، المغني لابن قدامة ١٠: ١٧٣، بدائع الصنائع ٧: ٤٨، روضة الطالبين ٧: ٣١٥.
(٥) الحاوي الكبير ١٣: ٢٢٨، حلية العلماء ٨: ٣٠، المغني لابن قدامة ١٠: ١٧٣، بدائع الصنائع ٧: ٤٨، روضة الطالبين ٧: ٣١٥.
(٦) لم نجد لها في الجوامع الحديثية للخاصة والعامة.
(٧) بدائع الصنائع ٧: ٤٦، اللباب في شرح الكتاب ٣: ١٨٩، حلية العلماء ٨: ٣٠، المبسوط للسرخسي ٩: ٦٩، الاشراف على مذاهب أهل العلم ٢: ١٨، تبين الحقائق ٣: ١٨٧، المغني لابن قدامة ١٠: ١٨٢.

ومن الاحتياط تفريق الشهود في الإقامة بعد الاجتماع، وليس
بلازم. ولا تسقط الشهادة بتصديق المشهود عليه، ولا بتكذيبه.
ومن تاب قبل قيام البينة، سقط عنه الحد. ولو تاب بعد قيامها، لم
يسقط، حدا كان أو رجما.

أحدهما عليهما السلام، وفيها: (قلت: وإن كان أمرا قريبا لم يقيم عليه، قال: لو
كان خمسة أشهر أو أقل وقد ظهر منه أمر جميل لم يقيم عليه الحد) (١).
قوله: (ومن الاحتياط... إلخ).

قد تقدم (٢) في القضاء استحباب تفريق الشهود عند الريبة، والأمر هنا
كذلك، إلا أنه يكون هنا بعد اجتماعهم جميعا في المجلس، جمعا بين وظيفتي
التفريق واتحاد مجلس الشهود حضورا وإقامة. فإذا حضروا جملة فرقوا، ثم
استنطق واحد منهم بعد واحد في مجلس واحد.

قوله: (ومن تاب قبل قيام البينة... إلخ).
أما سقوطه بتوبته قبل قيام البينة، فلأن التوبة تسقط الذنب وعقوبة الآخرة
فعقوبة الدنيا أولى. ويدل عليه رواية جميل السابقة عن أحدهما عليهما السلام:
(في رجل سرق أو شرب الخمر أو زنى فلم يعلم بذلك منه ولم يؤخذ حتى تاب
وصلح، فقال: إذا صلح وعرف منه أمر جميل لم يقيم عليه الحد).
وأما عدم سقوطه بتوبته بعد إقامة البينة فثبوتها في ذمته فيستصحب.
ويؤيده رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل أقيمت عليه البينة

(١) الكافي ٧: ٢٥٠ ح ١، التهذيب ١٠: ١٢٢ ح ٤٩٠، الوسائل ١٨: ٣٢٧ ب (١٦) من أبواب
مقدمات الحدود ح ٣.
(٢) في ج ١٣: ٤١١.

النظر الثاني
في الحد
وفيه مقامان:
الأول: في أقسامه
وهو: قتل، أو رجم، أو جلد وجز وتغريب.

بأنه زنى ثم هرب قبل أن يضرب، قال: إن تاب فما عليه شيء، وإن وقع في يد الإمام أقام عليه الحد، وإن علم مكانه بعث إليه (١).
والحكم بتحتم الحد عليه على هذا التقدير هو المشهور بين الأصحاب. وذهب جماعة منهم المفيد (٢) وأبو الصلاح (٣) إلى تخير الإمام بين إقامته عليه والعفو عنه، كما لو تاب بعد الاقرار. ولم نقف على المستند.

قوله: (في أقسامه... إلخ).
عطف الثلاثة أولاً ب (أو) الدال على وقوعها على وجه البدل، وجمع الثلاثة الأخيرة بالواو الدال على اجتماعها، لا يطابق المقصود من الحصر، فإن من أقسامه الجلد بغير جز ولا تغريب حداً للمرأة غير المحصنة، وجلد خمسين في حد المملوك بدونهما أيضاً. ولو قلنا بالجمع على المحصن بين الجلد والرجم لكان قسماً آخر.

(١) الكافي ٧: ٢٥١ ح ٢، الفقيه ٤: ٢٦ ح ٦١، التهذيب ١٠: ٤٦ ح ١٦٧، الوسائل ١٨: ٣٢٨ ب (١٦) من أبواب مقدمات الحدود ح ٤.
(٢) المقنعة: ٧٧٧.
(٣) الكافي في الفقه: ٤٠٧.

أما القتل:

فيجب على: من زنى بذات محرم، كالأم وال بنت وشبههما، والذمي إذا زنى بمسلمة. وكذا من زنى بامرأة مكرها لها. ولا يعتبر في هذه المواضع الاحصان، بل يقتل على كل حال، شيخا كان أو شابا. ويتساوى فيه الحر والعبد والمسلم والكافر. وكذا قيل: في الزاني بامرأة أبيه [أو ابنه] (١). وهل يقتصر على قتله بالسيف؟ قيل: نعم. وقيل: بل يجلد ثم يقتل، إن لم يكن محصنا، ويجلد ثم يرحم إن كان محصنا، عملا بمقتضى الدليلين. والأول أظهر.

قوله: (أما القتل... إلخ).

لا خلاف في ثبوت القتل بالزنا بمن ذكر من ذوات المحرم النسبيات، وزنا الذمي بمسلمة، والمكره، والنصوص (٢) واردة بها. وإنما الخلاف في إلحاق المحرمة بالسبب، كامرأة الأب. والمصنف (٣) - رحمه الله - خصها بالذكر، لكثرة القائل بالحقاها، وإلا فالخلاف أيضا في الزنا بزوجة الابن وأمة أحدهما الموطوءة. والمصنف - رحمه الله - لم يرجح إلحاقها، بل اقتصر على نقل القول بالتحريم، لأصالة العدم، مع عدم متمسك صالح. ولكن النص ورد على الزنا

- (١) كلام الشارح (قدس سره) مبين على نسخته من الشرائع، كما أن النسخة الخطية المعتمدة منها كذلك، وإلا فقد ورد في الشرائع الحجرية: أو ابنه، كما تراه بين المعقوفتين في المتن، ولم ترد الزيادة في متن الجواهر ٤١: ٣١٦.
- (٢) الوسائل ١٨: ٣٨٥ باب (١٩) من أبواب حد الزنا.
- (٣) كلام الشارح (قدس سره) مبين على نسخته من الشرائع، كما أن النسخة الخطية المعتمدة منها كذلك، وإلا فقد ورد في الشرائع الحجرية: أو ابنه، كما تراه بين المعقوفتين في المتن، ولم ترد الزيادة في متن الجواهر ٤١: ٣١٦.

بذات محرم، ففي حسنة بكير بن أعين عن أحدهما عليهما السلام قال: (من زنى بذات محرم حتى يواقعها ضرب ضربة بالسيف أخذت منه ما أخذت، وإن كانت تابعته ضربت ضربة بالسيف أخذت منها ما أخذت) (١). ومثلها كثير (٢). والمتبادر من ذات المحرم النسبية. ويمكن شمولها للسببية. وقد تقدم أن المحرم من يحرم نكاحه مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهرة. وحينئذ فلا يقتصر على امرأة الأب، بل يتعدى إلى غيرها من المحرمات السببية والرضاعية.

وظاهر النصوص الدالة على قتل المذكورين الاقتصار على ضرب أعناقهم، سواء في ذلك المحصن وغيره، والحر والعبد، والمسلم والكافر. وقد سمعت منها ما يدل على حكم المحرم. وفي صحيحة بريد العجلي قال: (سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل اغتصب امرأة فرجها، قال: يقتل محصنا كان أو غير محصن) (٣). وروى زرارة عنه عليه السلام قال: (يضرب ضربة بالسيف بلغت منه ما بلغت) (٤). وروى حنان بن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن يهودي فجر بمسلمة، قال: يقتل) (٥).

- (١) الكافي ٧: ١٩٠ ح ١، الفقيه ٤: ٣٠ ح ٨١ وفيه: ابن بكير، التهذيب ١٠: ٢٣ ح ٦٨، الاستبصار ٤: ٢٠٨ ح ٧٧٧، الوسائل ١٨: ٣٨٥ ب (١٩) من أبواب حد الزنا ح ١.
(٢) راجع الوسائل ١٨: ٣٨٥ ب (١٩) من أبواب حد الزنا.
(٣) الكافي ٧: ١٨٩ ح ١، الفقيه ٤: ٣٠ ح ٨٠، التهذيب ١٠: ١٧ ح ٤٧، الوسائل ١٨: ٣٨١ ب (١٧) من أبواب حد الزنا ح ١.
(٤) الكافي ٧: ١٨٩ ح ٢، التهذيب ١٠: ١٨ ح ٥٠، الوسائل ١٨: ٣٨٢ الباب المتقدم ح ٣.
(٥) الكافي ٧: ٢٣٩ ح ٣، التهذيب ١٠: ٣٨ ح ١٣٤، الوسائل ١٨: ٤٠٧ ب (٣٦) من أبواب حد الزنا ح ١.

وأما الرجم: فيجب على المحصن إذا زنى ببالغة عاقلة. فإن كان شيخا أو شيخخة، جلد ثم رجم.

وذهب ابن إدريس (١) إلى وجوب الجمع بين قتله وما وجب عليه لو لم يكن موصوفاً بذلك، فإن كان غير محصن جلد ثم قتل، وإن كان محصنا جلد ثم رجم، لدلالة الأدلة على جلد غير المحصن وقتل من فعل ما ذكرناه، وعلى جلد المحصن ورجمه لو كان قد زنى بغير من ذكر، فمن ذكر أولى، فلا يقتصر له على الأخف وذبّه أعظم.

ويؤيده رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: (إذا زنى الرجل بذات محرم حد حد الزاني، إلا أنه أعظم ذنبا) (٢).

قال الشيخ - رحمه الله - عقيب هذا الخبر: (وليس هذا منافيا لما تقدم من ضربه بالسيف، لأن القصد قتله، وفيما يجب على الزاني الرجم، وهو يأتي على النفس، فالإمام مخير بين أن يضربه ضربة بالسيف أو يرحمه) (٣).

وهذا قول ثالث غير قول ابن إدريس. ونفى عنه في المختلف (٤) البأس. وقول ابن إدريس أوجه منه. قوله: (وأما الرجم... إلخ).

(١) السرائر ٣: ٤٣٧ - ٤٣٨.

(٢) التهذيب ١٠: ٢٣ ح ٧١، الاستبصار ٤: ٢٠٨ ح ٧٨٠، الوسائل ١٨: ٣٨٦ ب (١٩) من أبواب حد الزنا ح ٨.

(٣) التهذيب ١٠: ٢٤ ذيل ح ٧١.

(٤) المختلف: ٧٥٦.

وإن كان شابا، ففيه روايتان:
إحدهما: يرجم لا غير. والأخرى: يجمع له بين الحدين. وهو
أشبه.

ما اختاره المصنف - رحمه الله - من الجمع للشباب بين الحدين مذهب
الشيخين (١) والمرتضى (٢) وابن إدريس (٣) وجماعة (٤).
ووجهه: الجمع بين الآية (٥) الدالة على الجلد والرواية (٦)، مع الاجماع
الدالين على رجم المحسن. ومنه صحيحة محمد (٧) بن مسلم وزرارة (٨) عن أبي
جعفر عليه السلام أنه قال: (المحسن يجلد مائة ويرجم). والمفرد المحلى باللام
يفيد العموم عند بعض (٩) الأصوليين. ولما روي أن عليا عليه السلام جلد سراقا
يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة، ف قيل له: أتحد حدين؟ فقال: (حددتها بكتاب
الله عز وجل، ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وآله) (١٠). فإن كانت شابة

-
- (١) راجع المقنعة: ٧٧٥ فقد أطلق القول بوجوبهما على المحسن، التبيان للطوسي ٧: ٣٥٩.
(٢) راجع الإنتصار: ٢٥٤ حيث أطلق القول بوجوبهما على المحسن.
(٣) السرائر ٣: ٤٣٨ - ٤٣٩.
(٤) المقنع: ٤٢٨، المراسم: ٢٥٢، المختلف: ٧٥٦ - ٧٥٧، وكذا حكاه الأخير عن ابن الجنيد، فقد
أطلق هؤلاء القول بوجوبهما على المحسن.
(٥) النور: ٢.
(٦) انظر الوسائل ١٨: ٣٤٦ ب (١) من أبواب حد الزنا.
(٧) التهذيب ١٠: ٤ ح ١٣، الاستبصار ٤: ٢٠١ ح ٧٥٣، الوسائل ١٨: ٣٤٨ ب (١) من أبواب حد
الزنا ح ٨.
(٨) التهذيب ١٠: ٥ ح ١٦، الاستبصار ٤: ٢٠١ ح ٧٥٦، الوسائل ١٨: ٣٤٩ الباب المتقدم ح ١٤.
(٩) الاحكام للآمدي ١: ٤٢١ - ٤٢٢، البحر المحيط للزركشي ٣: ٩٧ - ٩٨.
(١٠) المستدرک للحاكم ٤: ٣٦٥، سنن البيهقي ٨: ٢٢٠، تلخيص الحبير ٤: ٥٢ ح ١٧٤٧، وفي
المصادر: جلد شراحة.

ولو زنى البالغ المحصن، بغير البالغة أو بالمجنونة، فعليه الحد لا الرجم.

وكذا المرأة لو زنى بها طفل. ولو زنى بها المجنون فعليها الحد تاما. وفي ثبوته في طرف المجنون تردد، المروي أنه يثبت.

فالمطلوب، وإن كانت شيخة فالتعليل يقتضي دخول الشاب، لعموم الكتاب. والقول بالتفصيل للشيخ أيضا في النهاية (١) وكتابي الحديث (٢) وأتباعه (٣) وجماعة (٤)، لرواية عبد الله بن طلحة وابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا زنى الشيخ والعجوز جلدا ثم رجما عقوبة لهما، وإذا زنى النصف (٥) من الرجال رجم ولم يجلد إذا كان قد أحصن، وإذا زنى الشاب الحدث السن جلد، ونفي سنة من مصره) (٦).

والرواية مع ضعف سندها لا تدل على حكم الشاب إذا كان محصنا، فلا تنافي غيرها مما دل على العموم (٧).

قوله: (ولو زنى البالغ... إلخ).

هذا مذهب الشيخ (٨) وجماعة (٩) من المتأخرين. ومستندهم صحيحة أبي

(١) النهاية: ٦٩٣.

(٢) التهذيب ١٠: ٦ ذيل ح ١٨، الاستبصار ٤: ٢٠٢ ذيل ح ٧٥٨.

(٣) الوسيلة: ٤١١، غنية النزوع: ٤٢٢، إصباح الشيعة: ٥١٣.

(٤) الكافي في الفقه: ٤٠٥، الجامع للشرائع: ٥٥٠، تحرير الأحكام ٢: ٢٢٢.

(٥) النصف: الكهل كأنه بلغ نصف عمره. لسان العرب ٩: ٣٣١.

(٦) الفقيه ٤: ٢٧ ح ٦٨، التهذيب ١٠: ٤ ح ١٠ وص: ٥ ح ١٧، الاستبصار ٤: ٢٠٠ ح ٧٥٠ وص: ٢٠١ ح ٧٥٧، الوسائل ١٨: ٣٤٩ ب (١) من أبواب حد الزنا ح ١١.

(٧) الوسائل ١٨: ٣٤٨ ب (١) من أبواب حد الزنا ح ٨، ١٣، ١٤.

(٨) النهاية: ٦٩٥ - ٦٩٦.

(٩) الجامع للشرائع: ٥٥٢، إرشاد الأذهان ٢: ١٧١، قواعد الأحكام ٢: ٢٥٢، المختلف: ٧٥٨،

اللمعة الدمشقية: ١٦٥.

بصير عن الصادق عليه السلام: (في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأة، قال: يجلد الغلام دون الحد، وتجلد المرأة الحد كاملاً، قيل له: فإن كانت محصنة؟ قال: لا ترجم، لأن الذي نكحها ليس بمدرك، فلو كان مدركاً رجمت) (١). ولنقص اللذة فيه، فلا يجب فيه من العقوبة ما يجب في الكامل. ولأصالة البراءة، ووجود الشبهة الدارئة للحد الزائد عن المتفق عليه.

وذهب جماعة - منهم ابن الجنيد (٢) وأبو الصلاح (٣) وابن إدريس (٤)، وهو ظاهر المفيد (٥) - إلى وجوب الحد على الكامل منهما كاملاً، لتحقيق الاحصان والزنا المقتضي لكامل الحد بالرجم. ولا عبرة بكامل اللذة ونقصانها، مع أنه لا يتم في المجنونة.

ويؤيده وجوب الحد كاملاً لو زنى بالكاملة مجنون. ومع ذلك لا نص على حكم المجنونة، بخلاف الصبية، فالحاقها بها قياس مع وجود الفارق. مع أنه وردت روايات بإطلاق حد البالغ منهما، وهو محمول على الحد المعهود عليه بحسب حاله من الاحصان وغيره. فروى ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام في غلام لم يبلغ الحلم وقع على امرأة أو فجر بامرأة، أي شئ يصنع بهما؟ قال: يضرب الغلام دون الحد، ويقام على المرأة الحد، قلت: جارية لم تبلغ

-
- (١) الكافي ٧: ١٨٠ ح ١، الفقيه ٤: ١٨ ح ٣٩، التهذيب ١٠: ١٦ ح ٤٤، الوسائل ١٨: ٣٦٢ ب (٩) من أبواب حد الزنا ح ١.
(٢) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٥٨.
(٣) الكافي في الفقه: ٤٠٥.
(٤) السرائر ٣: ٤٤٣ - ٤٤٤.
(٥) المقنعة: ٧٧٩.

وجدت مع رجل يفجر بها، قال: تضرب الجارية دون الحد، ويقام على الرجل الحد (١).

وقد عرفت (٢) مرارا حال أبي بصير واشتراكه، وأن صحة روايته إضافية. وأما زنا المجنون بالكامل فلا إشكال في وجوب الحد كملا على الكاملة. وأما المجنون فاختلف في حكمه، فذهب الشيخان (٣) وجماعة (٤) إلى ثبوت الحد عليه كملا، حتى لو كان محصنا رجم، استنادا إلى رواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام قال: (إذا زنى المجنون أو المعتوه جلد الحد، فإن كان محصنا رجم، قلت: وما الفرق بين المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة؟ فقال: المرأة إنما تؤتى والرجل يأتي، وإنما يأتي إذا عقل كيف يأتي اللذة، وإن المرأة تستكره ويفعل بها، وهي لا تعقل ما يفعل بها) (٥). وذهب الشيخ في كتابي الفروع (٦) وابن إدريس (٧) وأكثر (٨) المتأخرين إلى

- (١) الكافي ٧: ١٨٠ ح ٢، الفقيه ٤: ١٨ ح ٤٠، التهذيب ١٠: ١٧ ح ٤٥، الوسائل ١٨: ٣٦٢ ب (٩) من أبواب حد الزنا ح ٢.
(٢) راجع ج ٨: ٥٠.
(٣) المقنعة: ٧٧٩، النهاية: ٦٩٦.
(٤) المقنع: ٤٣٦، الجامع للشرائع: ٥٥٢.
(٥) الكافي ٧: ١٩٢ ح ٣، التهذيب ١٠: ١٩ ح ٥٦، الوسائل ١٨: ٣٨٨ ب (٢١) من أبواب حد الزنا ح ٢.
(٦) يظهر ذلك من عده كمال العقل من شرائط الاحصان، راجع المبسوط ٨: ٣، الخلاف ٥: ٤٠٢ مسألة (٤٦)، ولكن صرح في موضع آخر بوجوب الحد على المجنون الزاني بالعاقلة، انظر المبسوط ٨: ٤، الخلاف (طبعة جماعة المدرسين) ٥: ٣٧٢ مسألة (٦)، ولكن في طبعة كوشانپور (٢: ٤٤٠ مسألة ٦): لزمها الحد، بدل: لزمهما، وهو صريح في عدم وجوب الحد على المجنون.
(٧) السرائر ٣: ٤٤٤.
(٨) قواعد الأحكام ٢: ٢٥٠، المختلف: ٧٥٩، إيضاح الفوائد ٤: ٤٧١، اللمعة الدمشقية: ١٦٥.

وأما الجلد والتغريب:
فيجبان على الذكر الحر غير المحصن، يجلد مائة، ويجز رأسه،
ويغرب عن مصره إلى آخر عام، مملكا كان أو غير مملك.
وقيل: يختص التغريب بمن أملك ولم يدخل. وهو مبني على أن
البكر ما هو؟ والأشبه أنه عبارة عن غير المحصن، وإن لم يكن مملكا.
أما المرأة فعليها الجلد مائة، ولا تغريب عليها ولا جز.

عدم وجوب الحد على المجنون، لعدم تكليفه، والحد عقوبة يتوقف على ثبوت
التحريم في فاعل موجبها، وهو منتف هنا.
وأجابوا عن الرواية - مع ضعف الطريق - بحملها على من يعتوره الجنون
أدوارا بعد تحصيله، لأن العلة التي ذكرها الإمام عليه السلام تدل عليه. وهذا هو
الأصح.

قوله: (وأما الجلد... إلخ).
هذه الثلاثة تجب على البكر اتفاقا. والأصل فيه ما روي عن النبي صلى
الله عليه وآله أنه قال: (البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والشيب بالثيب جلد
مائة والرجم) (١). وقول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي: (الشيخ
والشيخة جلد مائة والرجم، والبكر والبكرة جلد مائة ونفي سنة) (٢).
وقد اختلف في تفسير البكر، فقيل: من أملك، أي: عقد على امرأة دواما

(١) سنن الدارمي ٢: ١٨١، مسند أحمد ٥: ٣٢٧، صحيح مسلم ٣: ١٣١٦ ح ١٢، سنن أبي
داود ٤: ١٤٤ ح ٤٤١٥، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٢ ح ٢٥٥٠، سنن الترمذي ٤: ٣٢ ح ١٤٣٤،
سنن البيهقي ٨: ٢١٠ و ٢٢٢، تلخيص الحبير ٤: ٥١ ح ١٧٤٤.
(٢) الفقيه ٤: ١٧ ح ٣٠، التهذيب ١٠: ٤ ح ١٤، الاستبصار ٤: ٢٠١ ح ٧٥٤، الوسائل ١٨: ٣٤٨ ب
(١١) من أبواب حد الزنا ح ٩.

ولم يدخل. ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية (١) وأتباعه (٢) وجماعة (٣). واختاره العلامة في المختلف (٤) والتحرير (٥).
ويدل عليه روايات كثيرة، منها رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (الذي لم يحصن يجلد مائة ولا ينفى، والذي قد أملك ولم يدخل بها يجلد مائة وينفى) (٦).
وروايته أيضا عنه عليه السلام قال: (المحصن يرحم، والذي قد أملك ولم يدخل بها يجلد مائة ونفي سنة) (٧).
ورواية محمد بن قيس عنه عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الشيخ والشيخة أن يجلدا مائة، وقضى للمحصن الرجم، وقضى في البكر والبكرة إذا زنيا جلد مائة، ونفي سنة في غير مصرهما، وهما اللذان قد أملكا ولم يدخل بها) (٨).
وفي طريق الرواية الأولى موسى بن بكر، وحاله في الثقة غير معلوم. والثانية مرسلة. ومحمد بن قيس في الثالثة مشترك.

-
- (١) النهاية: ٦٩٤، ولم يذكر فيه قيد الدوام، وكذا في المصادر التالية.
(٢) المهذب ٢: ٥١٩، الغنية: ٤٢٤، إصباح الشيعة: ٥١٤.
(٣) إيضاح الفوائد ٤: ٤٧٩.
(٤) المختلف: ٧٥٧.
(٥) تحرير الأحكام ٢: ٢٢٢.
(٦) الكافي ٧: ١٧٧ ح ٦، التهذيب ١٠: ٤ ح ١٢، الاستبصار ٤: ٢٠٠ ح ٧٥٢، الوسائل ١٨: ٣٤٨ ب (١١) من أبواب حد الزنا ح ٧.
(٧) الكافي ٧: ١٧٧ ح ٤، التهذيب ١٠: ٣ ح ٨، الوسائل ١٨: ٣٤٨ الباب المتقدم ح ٦.
(٨) الكافي ٧: ١٧٧ ح ٧، التهذيب ١٠: ٣ ح ٩، الاستبصار ٤: ٢٠٢ ح ٧٥٩، الوسائل ١٨: ٣٤٧ الباب المتقدم ح ٢.

وذهب الشيخ في كتابي (١) الفروع وابن إدريس (٢) والمصنف وأكثر المتأخرين (٣) إلى أن المراد بالبكر غير المحصن، لرواية عبد الله بن طلحة عن الصادق عليه السلام قال: (وإذا زنى الشاب الحدث السن جلد، وحلق رأسه، ونفي عن مصره) (٤). وهو شامل للمملك وغيره، فلا يتقيد، وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الخطاب.

وأجاب في المختلف (٥) بأن المعتمد رواية زرارة السابقة، مع منع امتناع تأخير البيان عن وقت الخطاب.

وعلى الأول فالقسمة ثلاثية، وعلى الثاني فهي ثنائية. وطريق الروايات من الجانبين غير نقي.

واعلم أن الروايتين السابقتين تضمنتا تغريب الرجل والمرأة، ولكن المشهور بين الأصحاب - بل ادعى عليه الشيخ في الخلاف (٦) الاجماع - اختصاص التغريب بالرجل، فإن تم الاجماع فهو الحجة، وإلا فمقتضى النص (٧) ثبوته عليها (٨). وهو مختار ابن أبي عقيل (٩) - رحمه الله - وابن الجنيد (١٠).

(١) الخلاف ٥ : ٣٦٨ مسألة (٣)، المبسوط ٨ : ٢.

(٢) السرائر ٣ : ٤٣٩.

(٣) كشف الرموز ٢ : ٥٤٧.

(٤) التهذيب ١٠ : ٤ ح ١٠، الاستبصار ٤ : ٢٠٠ ح ٧٥٠، الوسائل ١٨ : ٣٤٩ ب (١) من أبواب حد الزنا ح ١١، ولم ترد في المصادر: وحلق رأسه.

(٥) المختلف: ٧٥٧.

(٦) الخلاف ٥ : ٣٦٨ مسألة (٣).

(٧) الوسائل ١٨ : ٣٤٧ ب (١) من أبواب حد الزنا ح ٢، ٩، ١٢.

(٨) في الحجريتين: عليهما.

(٩) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٥٧.

(١٠) لم نعر عليه.

والمملوك يجلد خمسين، محصنا كان أو غير محصن، ذكرا كان أو أنثى. ولا جز على أحدهما ولا تغريب.

وعللوا عدم تغريبها بأنها عورة يقصد بها الصيانة ومنعها عن الاتيان بمثل ما فعلت، ولا يؤمن عليها ذلك في الغربية. وهذا التعليل لا يقابل النص، وإنما يتجه مؤيدا للحكم وحكمة له. ثم عد إلى العبارة. واعلم أنه حكم في صدرها بعقوبتين، وفي عجزها بثلاث، بإضافة الجز. ولعله لضعف عقوبة الجز الذي يكتفى فيه بحلق الناصية، مع أنه مختص برواياتنا (١). والمروي (٢) عن النبي صلى الله عليه وآله في البكر هو الجلد والتغريب.

قوله: (والمملوك يجلد... إلخ).

قد عرفت أن من شروط الاحصان الموجب للرجم الحرية، فالمملوك ليس بمحصن مطلقا، فلا يرحم، ويجلد خمسين جلدة على ما قال تعالى: (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) (٣). والقن وغيره في ذلك سواء. ومذهب الأصحاب أنه لا يغرب، لما فيه من الأضرار بالسيد وتفويت المنفعة عليه. ولأن التغريب للتشديد، والعبد جليب اعتاد الانتقال من بلد إلى آخر، فليس في تغريبه تشديد.

وعند بعض (٤) العامة أنه يغرب أيضا، عملا بعموم النص. ولا ينظر إلى ضرر السيد في عقوبات الجرائم، كما أنه يقتل إذا ارتد، ويحد إذا قذف، وإن

(١) راجع الوسائل ١٨: ٣٥٩ ب (٧) من أبواب حد الزنا ح ٧ و ٨.

(٢) راجع ص: ٣٦٧.

(٣) النساء: ٢٥.

(٤) روضة الطالبين ٧: ٣٠٧، الحاوي الكبير ١٣: ٢٠٥ - ٢٠٦، حلية العلماء ٨: ١٢، الوجيز ٢: ١٦٧ -

١٦٨، كفاية الأختيار ٢: ١١١.

ولو تكرر من الحر الزنا، فأقيم عليه الحد مرتين، قتل في الثالثة.
وقيل: في الرابعة. وهو أولى.
أما المملوك، فإذا أقيم عليه الحد سبعا، قتل في الثامنة. وقيل: في
التاسعة. وهو أولى.

تضرر السيد. مع أنه يمكنه إجارتة واشتغاله (١) هناك. والتشديد قد يحصل عليه
بذلك، فإن الطبع إذا ألف موضعا شق عليه الانتقال عنه.
قوله: (ولو تكرر من الحر... إلخ).

المراد بالحر ما يشمل الحرة. والمراد به غير المحصن، سواء كان مملكا أم
لا. وشذ قول الشيخ في النهاية (٢) بتخصيصه بغير المملك.
واحترز بكونه قد أقيم عليه الحد عما لو لم يقم عليه الحد مرتين، فإنه لا
يقتل إجماعا.

وقد اختلف في حكم الحر على أقوال: أظهرها - وهو الذي اختاره
المصنف - قتله في الثالثة. وهو قول الصدوقين (٣) وابن إدريس (٤)، لصحيفة
يونس عن الكاظم عليه السلام أن: (أصحاب الكبائر يقتلون في الثالثة) (٥).
وأشهرها أنه يقتل في الرابعة. اختاره الشيخ في النهاية (٦) والمبسوط (٧)،

(١) في (ت، د): واستعماله.

(٢) النهاية: ٦٩٤.

(٣) المقنع: ٤٢٧ - ٤٢٨، وحكاها عنهما العلامة في المختلف: ٧٥٨.

(٤) السرائر ٣: ٤٤٢.

(٥) الكافي ٧: ١٩١ ح ٢، الفقيه ٤: ٥١ ح ١٨٢، التهذيب ١٠: ٣٧ ح ١٣٠، الاستبصار ٤: ٢١٢

ح ٧٩١، الوسائل ١٨: ٣٨٨ ب (٢٠) من أبواب حد الزنا ح ٣.

(٦) النهاية: ٦٩٤.

(٧) المبسوط ٨: ١١.

والمفيد (١) والمرتضى (٢) والأتباع (٣) والعلامة (٤). وجعله المصنف أولى من حيث الاحتياط في الدماء لا من حيث الفتوى، فإن مختاره في الكتابين (٥) الأول.

ومستند هذا القول رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (الزاني إذا زنى جلد ثلاثاً، ويقتل في الرابعة) (٦). وفي طريقها محمد بن عيسى، عن يونس، وإسحاق بن عمار، وهو فطحي وإن كان ثقة، وأبو بصير قد عرفت (٧) حاله مراراً، فلا تعارض الصحيح. والقائلون بمضمونها جعلوها مخصصة للرواية السابقة، فحملوها على ما عدا الزنا من الكبائر، لأن الخاص مقدم، ولما فيه من الاحتياط في الدماء.

وأغربها أنه يقتل في الخامسة. ذكره الشيخ في الخلاف (٨). هذا حكم الحر. وأما المملوك ففيه قولان: أحدهما - وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله، وقبله المفيد (٩)

-
- (١) المقنعة: ٧٧٦.
 - (٢) الإنتصار: ٢٥٦.
 - (٣) الكافي في الفقه: ٤٠٧، المراسم: ٢٥١، المهذب ٢: ٥٢٠، الوسيلة: ٤١١، الغنية: ٤٢١.
 - (٤) المختلف: ٧٥٨.
 - (٥) المختصر النافع: ٢١٥.
 - (٦) الكافي ٧: ١٩١ ح ١، التهذيب ١٠: ٣٧ ح ١٢٩، الاستبصار ٤: ٢١٢ ح ٧٩٠، الوسائل ١٨: ٣٨٧ ب (٢٠) من أبواب حد الزنا ح ١.
 - (٧) راجع ج ٨: ٥٠.
 - (٨) الخلاف ٥: ٤٠٨ مسألة (٥٥).
 - (٩) المقنعة: ٧٧٩.

والمرتضى (١) وابنا بابويه (٢) وابن إدريس (٣) وجماعة (٤) - أنه يقتل في الثامنة، لحسنة بريد عن الصادق عليه السلام قال: (إذا زنى العبد ضرب خمسين إلى ثمانين مرات، فإن زنى ثمانين مرات قتل) (٥). والثاني: أنه يقتل في التاسعة. ذهب إليه الشيخ في النهاية (٦)، والقاضي (٧) وجماعة (٨). وجعله المصنف أولى. واختاره العلامة (٩)، لقول الصادق عليه السلام في رواية عبيد بن زرارة أو بريد العجلي - شك محمد بن مسلم فيه - (إذا زنت الأمة ثمانين مرات رجمت في التاسعة) (١٠). والمراد به مع تخلل الجلد. وهي نص في التاسعة، بخلاف الأولى، فإنها مجملة، فيحتمل أن يكون المراد بها: قتل في التاسعة، بل يتعين جمعا بينهما. ورد بأنه جعله جزاء الشرط وهو زناه ثمانين مرات، فلا تعلق (١١) بغيره.

- (١) الإنتصار: ٢٥٦.
- (٢) المقنع: ٤٣٩، وحكاها عنهما العلامة في المختلف: ٧٥٨.
- (٣) السرائر ٣: ٤٤٢.
- (٤) الكافي في الفقه: ٤٠٧، المراسم: ٢٥٣، الوسيلة: ٤١١.
- (٥) التهذيب ١٠: ٢٨ ح ٨٧، الوسائل ١٨: ٤٠٣ ب (٣٢) من أبواب حد الزنا ح ٢.
- (٦) النهاية: ٦٩٥.
- (٧) المهذب ٢: ٥٢٠.
- (٨) الجامع للشرائع: ٥٥١، إيضاح الفوائد ٤: ٤٨٨، المقتصر: ٤٠١.
- (٩) المختلف: ٧٥٨.
- (١٠) الفقيه ٤: ٣١ ح ٩٠، التهذيب ١٠: ٢٧ ح ٨٦، الوسائل ١٨: ٤٠٢ ب (٣٢) من أبواب حد الزنا ح ١. وفي المصادر: أن الشك من محمد بن سليمان المصري، إذ لم يذكر في سند الرواية محمد بن مسلم.
- (١١) في (ت): يعلق.

وفي الزنا المتكرر حد واحد وإن كثر.
وفي رواية أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام: (إن زنى بامرأة
مرارا فعليه حد، وإن زنى بنسوة فعليه في كل امرأة حد). وهي
مطرحة.

وجمع الراوندي (١) بين الروايتين، بحمل الثامنة على ما إذا قامت البينة
فيها (٢)، والتاسعة على حالة الاقرار، فجعل القول بذلك ثالثا. وهو تحكم.
هذا مع أن في طريق الرواية الثانية ضعفا أو جهالة، بخلاف الأولى،
فالعمل بها أرجح. ولمناسبتها لكون المملوك على النصف من أحكام الحر، وغاية
احتياظه أن يكون التنصيف هنا باعتبار قتل الحر في الرابعة.
واعلم أن هاتين الروايتين تضمنتا أن الإمام يدفع ثمن المملوك بعد قتله إلى
مواليه من بيت المال. واختاره بعض الأصحاب، ونفى عنه الشهيد في الشرح (٣)
البعد.

قوله: (وفي الزنا المتكرر... إلخ).
المشهور بين الأصحاب أن الزنا المتكرر قبل إقامة الحد يوجب حدا واحدا
مطلقا، لأصالة البراءة، وصدق الامتثال، وابتناء الحدود على التخفيف، وللشك
في وجوب الزائد فيدراً بالشبهة.
وقال ابن الجنيد (٤) والصدوق في المقنع (٥): إن زنى بامرأة واحدة كفى حد

-
- (١) حكاه عنه الشهيد في غاية المراد: ٣٤٢.
(٢) في (أ): بها.
(٣) غاية المراد: ٣٤٢.
(٤) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٦٢.
(٥) المقنع: ٤٣٨.

ولو زنى الذمي بدمية، دفعه الإمام إلى أهل نحلته، ليقيموا [عليه] الحد على معتقدهم. وإن شاء أقام الحد بموجب شرع الاسلام.

واحد، وإن زنى بجماعة نساء في ساعة واحدة حد لكل امرأة حداً، استناداً إلى رواية أبي بصير عن الباقر عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يزني في اليوم الواحد مرات كثيرة، فقال: إن كان زنى بامرأة واحدة كذا وكذا مرة فإنما عليه حد واحد، وإن هو زنى بنسوة شتى في يوم واحد في ساعة واحدة فإن عليه في كل امرأة فجر بها حداً) (١).

وفي طريق الرواية ضعف، مع أنها غير حاصرة لأقسام المسألة. والمعتمد المشهور.

قوله: (ولو زنى الذمي... إلخ).

أما إقامته بموجب شرع الاسلام فواضح، لأنه الحق، وقد قال تعالى لنبيه صلى الله عليه وآله: (وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله) (٢). وقد روي (٣) أن اليهود أتوا النبي صلى الله عليه وآله برجل وامرأة منهم قد زنيا فرجمهما، في قصة طويلة. وأما تخييره بين ذلك وبين رده إلى أهل ملته فلقوله تعالى: (فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) (٤). قال ابن عباس - رضي الله عنه -: (خير الله

(١) الكافي ٧: ١٩٦ ح ١، الفقيه ٤: ٢٠ ح ٤٩، التهذيب ١٠: ٣٧ ح ١٣١، الوسائل ١٨: ٣٩٢ ب (٢٣) من أبواب حد الزنا.

(٢) المائدة: ٤٨.

(٣) مسند أحمد ٢: ٥، صحيح البخاري ٩: ١٢٩، صحيح مسلم ٣: ١٣٢٦ ح ٢٦، سنن أبي داود ٤: ١٥٣ ح ٤٤٤٦، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٤ ح ٢٥٥٦، مستدرک الحاکم ٤: ٣٦٥، سنن البيهقي ٨:

٢١٥، تلخيص الحبير ٤: ٥٤ ح ١٧٥٠.

(٤) المائدة: ٤٢.

ولا يقام الحد على الحامل حتى تضع، وتخرج من نفاسها، وترضع الولد إن لم يتفق له مرضع. ولو وجد له كافل، جاز إقامة الحد.

تعالى نبيه بقوله: (فإن جاءوك... (١) الآية. وهذا التخيير ثابت للأئمة والحكام بدليل التأسى. ودعوى أن آية التخيير منسوخة (٢) لم تثبت.

قوله: (ولا يقام الحد على الحامل... إلخ). لا فرق في المنع من إقامة الحد على الحامل بين أن يكون جلدا أو رجما، مراعاة لحق الولد، فإنه لا سبيل عليه.

وأما اعتبار خروجها من نفاسها فمخصوص بمن تجلد، لأنها حينئذ مريضة. أما من ترجم فلا يعتبر خروجها من المرض، كما سيأتي (٣)، ومنه النفاس.

ثم إن كان للولد من يرضعه ويكفله أقيم عليها الحد ولو رجما بعد شربه اللبأ (٤)، بناء على المشهور من أنه لا يعيش غالبا بدونه، وإلا انتظر بها استغناء الولد عنها. وهو مروى من فعل النبي صلى الله عليه وآله وعليه السلام مع المرأة التي أقرت عندهما بالزنا، فلم يرجمها حتى ولدت وأرضعته حولين فأقاما عليها الحد (٥).

(١) تنوير المقباس من تفسير ابن عباس: ٩٤، التبيان ٣: ٥٢٤، مجمع البيان ٣: ٣٣٩.

(٢) التبيان ٣: ٥٢٤، مجمع البيان ٣: ٣٣٩، تفسير القرطبي ٦: ١٨٤ - ١٨٥.

(٣) في الصفحة التالية.

(٤) اللبأ، على فعل، بكسر الفاء وفتح العين: أول اللبن في النتاج أو عند الولادة. لسان العرب ١: ١٥٠.

(٥) الكافي ٧: ١٨٥ ح ١، الفقيه ٤: ٢٢ ح ٥٢، التهذيب ١٠: ٩ ح ٢٣، الوسائل ١٨: ٣٧٧ ب (١٦) من أبواب حد الزنا ح ١. وانظر سنن الدارمي ٢: ١٧٩ و ١٨٠، مسند أحمد ٥: ٣٤٨، صحيح مسلم ٣: ١٣٢٣ ح ٢٣، سنن أبي داود ٤: ١٥٢ ح ٤٤٤٢.

ويرجم المريض والمستحاضة. ولا يجلد أحدهما إذا لم يجب قتله ولا رجمه، توكياً من السراية، ويتوقع بهما البر. وإن اقتضت المصلحة التعجيل، ضرب بالضغث المشتمل على العدد. ولا يشترط وصول كل شمراخ إلى جسده. ولا تؤخر الحائض، لأنه ليس بمرض.

والمراد بالجواز في قوله: (جاز إقامة الحد) مع وجود الكافل معناه الأعم. والمراد منه الوجوب، إذ لا يجوز تأخير الحد مع عدم العذر، والفرض انتفاؤه هنا. وإطلاق المصنف - رحمه الله - المنع من إقامة الحد عليها بعد الوضع إلى أن ترضع الولد يشمل الرجم والجلد. وهو يتم في الأول دون الثاني، إلا بتقدير الخوف عليها من الجلد من الموت، أو ما يحصل معه الأذى على الولد. وفي التحرير (١) صرح بعدم الفرق بين الجلد والرجم في انتظارها إلى أن ترضع الولد، إذا لم يحصل له من يكفله. ولا فرق في الولد بين كونه من زنا وغيره.

قوله: (ويرجم المريض والمستحاضة... إلخ). المشهور أن الرجم لا يؤخر بالمرض مطلقاً، لأن نفسه مستوفاة، فلا فرق بين المريض والصحيح. ويحتمل جواز تأخيره إن ثبت زناه بالاقرار إلى أن يبرأ، لأنه بسبيل من الرجوع، وربما رجع بعد ما رمي، فيعين ما وجد من الرمي على قتله. ومثله يأتي في رجمه في شدة الحر والبرد. وإن كان الواجب الجلد، فإن كان المرض مما يرجح زواله أحر إلى أن يبرأ، كيلا يهلك باجتماع الجلد والمرض. ومثله المحدود والمقطوع في حد

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٢٣.

ونحوه. ولو رأى الحاكم صلاحاً في تعجيله في المرض ضرب بحسب ما يحتمله من الضرب بالضغث وغيره، كما يؤدي المريض الصلاة الواجبة عليه قائماً في حالة القعود، ولا ينتظر التمكن من القيام.

وإن كان المرض [الذي] (١) لا يرجى زواله، كالسل (٢) والزمانة وضعف الخلق بحيث لا يحتمل السياط، لم يؤخر، إذ لا غاية ينتظر. ولا يضرب بالسياط لئلا يهلك، بل يضرب بالضغث، وهو قبضة من قضبان، أو العثكال (٣) من النخل المشتتل على الشماريخ، ونحوه. ولو جمع له سياتا وضرب بها جملة فهو أولى مع احتمالته.

وقد روي أن رجلاً مقعداً زنى بامرأة فأمر النبي صلى الله عليه وآله فحد بعثكال النخل. والاثكال والعثكال واحد (٤).

وروي (٥) أنه صلى الله عليه وآله أمر أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة.

وروى حنان بن سدير عن يحيى بن عباد المكي قال: (قال لي سفيان الثوري: أرى لك من أبي عبد الله عليه السلام منزلة، فاسأله عن رجل زنى وهو مريض إن أقيم عليه الحد مات، ما تقول فيه؟ فسألته فقال عليه السلام: إن رسول

(١) من (خ، د، م).

(٢) في (ث، خ): كالشل.

(٣) العثكال: هو في النخل بمنزلة العنقود من الكرم. وشماريخ العثكال: أغصانه، واحدها شمراخ. لسان العرب ١١: ٤٢٥.

(٤) مسند أحمد ٥: ٢٢٢، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٩ ح ٢٥٧٤، سنن أبي داود ٤: ١٦١ ح ٤٤٧٢،

سنن الدارقطني ٣: ٩٩ ح ٦٤ - ٦٧، سنن البيهقي ٨: ٢٣٠، تلخيص الحبير ٤: ٥٨ ح ١٧٦٢.

(٥) مسند أحمد ٥: ٢٢٢، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٩ ح ٢٥٧٤، سنن أبي داود ٤: ١٦١ ح ٤٤٧٢،

سنن الدارقطني ٣: ٩٩ ح ٦٤ - ٦٧، سنن البيهقي ٨: ٢٣٠، تلخيص الحبير ٤: ٥٨ ح ١٧٦٢.

الله صلى الله عليه وآله أتى برجل مستسقى البطن قد بدت عروق فخذيته، وقد زنى بامرأة مريضة، فأمر رسول الله صلى الله عليه وآله بعذق فيه مائة شمراخ فضرب به الرجل ضربة، وضربت به المرأة ضربة، ثم خلى سبيلهما (١)، ثم قرأ هذه الآية: (وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث) (٢).

وروى مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام: (أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى برجل أصاب حداً وبه قروح ومرض وأشباه ذلك، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: أخروه حتى يبرأ لا تنكأ (٣) قروحه عليه فيموت، ولكن إذا برئ حددناه) (٤).

إذا تقرر ذلك، فإن جمع الغصن ونحوه مائة ضرب به دفعة واحدة، وإن كان عليه خمسون ضرب به مرتين، وعلى هذا القياس. ويعتبر ما يسمى ضرباً، فلا يكفي وضعها عليه. وينبغي أن تمسه الشماريخ، أو ينكبس بعضها على بعض ليثقل الغصن ويناله الألم، فإن انتفى الأمران أو شك فيه لم يسقط الحد. ولا يجب تفريق السياط على الأيام وإن احتمل التفريق، بل يقام عليه الممكن ويخلى سبيله. ولو برئ قبل أن يضرب بالشماريخ أقيم عليه حد الأصحاء. ولو برئ بعده لم يعد عليه.

-
- (١) الكافي ٧: ٢٤٣ ح ١، الفقيه ٤: ١٩ ح ٤١، التهذيب ١٠: ٣٢ ح ١٠٨، الوسائل ١٨: ٣٢٠ ب (١٣) من أبواب مقدمات الحدود ح ١.
(٢) ص: ٤٤.
(٣) نكأ القرحة ينكؤها نكأ: قشرها قبل أن تبرأ فنديت. لسان العرب ١: ١٧٣.
(٤) الكافي ٧: ٢٤٤ ح ٥، التهذيب ١٠: ٣٣ ح ١١١، الاستبصار ٤: ٢١٢ ح ٧٨٩، الوسائل ١٨: ٣٢٢ الباب المتقدم ح ٦.

ولا يسقط الحد باعتراض الجنون ولا الارتداد.
ولا يقام الحد: في شدة الحر، ولا شدة البرد، ويتوخى به في
الشتاء وسط النهار، وفي الصيف طرفاه، ولا في أرض العدو مخافة
الالتحاق، ولا في الحرم على من التجأ إليه، بل يضيق عليه في المطعم
والمشرب ليخرج. ويقام على من أحدث موجب الحد فيه.

والمستحاضة في معنى المريض، لأنها علة. ويؤيده رواية السكوني عن
أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يقام الحد على المستحاضة حتى ينقطع الدم
عنها) (١). أما الحائض فهي صحيحة من حيث الحيض، لدلالته على اعتدال
المزاج.

قوله: (ولا يسقط الحد... إلخ).

لا فرق في الحد هنا بين القتل وغيره، وإن اجتمع على المرتد للقتل
سببان.

ثم إن كان قتلا لم ينتظر بالمجنون الإفاقة. وإن كان جلدا ففي انتظار إفاقته
إن كان له حالة إفاقة وجهان، من أنه أقوى في الردع، ومن إطلاق الأمر بإقامته
عليه في صحيحة أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام: (في رجل وجب عليه حد
فلم يضرب حتى خولط، فقال: إن كان أوجب على نفسه الحد وهو صحيح لا
علة به من ذهاب عقله، أقيم عليه الحد، كائنا ما كان) (٢). وهذا أجود.
قوله: (ولا يقام الحد في شدة... إلخ).

(١) الكافي ٧: ٢٦٢ ح ١٤، التهذيب ١٠: ٤٧ ح ١٧٠، الوسائل ١٨: ٣٢١ ب (١٣) من أبواب
مقدمات الحدود ح ٣.
(٢) الفقيه ٤: ٣٠ ح ٨٤، التهذيب ١٠: ١٩ ح ٥٨، الوسائل ١٨: ٣١٧ ب (٩) من أبواب مقدمات
الحدود.

هنا مسائل:

الأولى: كما لا يقام الحد في المرض خشية الهلاك بتعاون الجلد والمرض، كذا لا يقام في الحر والبرد المفرطين خشية الهلاك بتعاون الجلد والهواء، ولكن يؤخر إلى اعتدال الهواء، وذلك في وسط نهار الشتاء وطرفي نهار الصيف، ونحو ذلك مما يراعى فيه السلامة. والكلام في الحد الموجب للرجم كما مر في إقامته على المريض. وظاهر النص (١) والفتوى (٢) أن الحكم على وجه الوجوب لا الاستحباب، فلو أقامه لا كذلك ضمن، لتفريطه.

الثانية: يكره إقامة الحد في أرض العدو وهم الكفار، مخافة أن تحمل المحدود الحمية فيلتحق بهم. روى ذلك إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: (أن عليا عليه السلام كان يقول: لا تقام الحدود بأرض العدو، مخافة أن تحمله الحمية فيلتحق بأرض العدو) (٣). والعلة منصوصة بحد لا يوجب القتل. الثالثة: من أحدث ما يوجب حدا ثم التجأ إلى الحرم لم يقيم عليه فيه، مراعاة لحرمه الحرم، ولقوله تعالى: (ومن دخله كان آمنا) (٤). ولكن يضيق عليه في المطعم والمشرب، بأن يمنع مما زاد عما يمسك رمقه، ويمكن مما لا يصبر عليه مثله عادة، إلى أن يخرج فيقام عليه [فيه] (٥). ولو فعل ما يوجب الحد فيه أقيم عليه فيه، لانتهاكه لحرمه الحرم فتنتهك حرمة.

-
- (١) راجع الوسائل ١٨: ٣١٥ ب (٧) من أبواب مقدمات الحدود.
(٢) النهاية: ٧٠١، المهذب ٢: ٥٢٩، الوسيلة: ٤١٢، إصباح الشيعة: ٥١٦.
(٣) التهذيب ١٠: ١٤٧ ح ٥٨٦، الوسائل ١٨: ٣١٨ ب (١٠) من أبواب مقدمات الحدود ذيل ح ٢.
(٤) آل عمران: ٩٧.
(٥) من (ث، ط، م).

الثاني: في كيفية إيقاعه
إذا اجتمع الجلد والرجم، جلد أولاً. وكذا إذا اجتمعت حدود،
بدئ بما لا يفوت معه الآخر.
وهل يتوقع بر جلده؟ قيل: نعم، تأكيداً في الزجر. وقيل: لا،
لأن القصد الاتلاف.

والمراد منه الحرم المعهود بمكة المشرفة. وألحق به بعضهم حرم النبي
صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام، وهي مشاهدتهم المشرفة. ولم نقف له
على مأخذ صالح.
قوله: (إذا اجتمع الجلد والرجم... إلخ).
إذا اجتمع على المكلف حدان فصاعداً، فإن أمكن الجمع بينهما من غير
منافاة، كما لو زنى غير محصن وقذف، تخير المستوفي في البدأة. وكذا لو سرق
معهما (١).

وإن تنافت، بأن كان فيها قتل أو نفي، وجب البدأة بما لا يفوت، جمعاً بين
الحقوق الواجب تحصيلها، فيبدأ بالجلد قبل الرجم والقتل، وبالقطع قبل القتل،
وهكذا.

وقد دل على وجوب مراعاة ذلك روايات كثيرة، منها رواية (٢) محمد بن
مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الرجل يؤخذ وعليه حدود أحدها القتل،
فقال: كان علي عليه السلام يقيم الحدود ثم يقتله، ولا تخالف علياً عليه

(١) في (أ، ث، د، م): معها.
(٢) الكافي ٧: ٢٥٠ ح ١، التهذيب ١٠: ٤٥ ح ١٦٢، الوسائل ١٨: ٣٢٦ ب (١٥) من أبواب مقدمات
الحدود ح ٤.

ويدفن المرجوم إلى حقويه، والمرأة إلى صدرها.

السلام). ومثلها حسنة حماد بن عثمان (١) وعبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام.

إذا تقرر ذلك، فالواجب من ذلك ما يحصل معه الجمع، ولا يجب التأخير زيادة عليه، للأصل، ولأنه لا تأخير في حد. ولما روي (٣) أن عليا عليه السلام جلد المرأة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة. ولأن القصد الاتلاف، فلا وجه للتأخير.

وذهب الشيخان (٤) والأتباع (٥) إلى وجوب تأخيره إلى أن يبرأ جلده، تأكيداً في الزجر. ومنعوا (٦) من كون الواجب الاتلاف مطلقاً، بل جاز أن يكون بعض الغرض والبعض الآخر قصد التعذيب.

ولا يخفى أن إثبات هذا الحكم المخالف للأصل يتوقف على مستند صالح، ومجرد ما ذكر غير كاف فيه.

قوله: (ويدفن المرجوم... إلخ).

ظاهره أن ذلك على وجه الوجوب. ووجهه: التأسى (٧) بالنبي صلى الله عليه وآله وأمير المؤمنين عليه السلام، فقد فعلاً ذلك. لكن في كثير من

(١) الكافي ٧: ٢٥٠ ح ٢ و ٤، التهذيب ١٠: ٤٥ ح ١٦٣ و ١٦٤، الوسائل ١٨: ٣٢٦ الباب المتقدم ح ٥ و ٦.

(٢) الكافي ٧: ٢٥٠ ح ٢ و ٤، التهذيب ١٠: ٤٥ ح ١٦٣ و ١٦٤، الوسائل ١٨: ٣٢٦ الباب المتقدم ح ٥ و ٦.

(٣) تقدم ذكر مصادره في ص: ٣٦٣ هامش (١٠).

(٤) المقنعة: ٧٧٥، النهاية: ٦٩٩.

(٥) الكافي في الفقه: ٤٠٥، المهذب ٢: ٥٢٧، غنية النزوع: ٤٢٤، إصباح الشيعة: ٥١٥.

(٦) راجع المختلف: ٧٦٠، إيضاح الفوائد ٤: ٤٨٣.

(٧) الفقيه ٤: ٢٢ ح ٥٢، الوسائل ١٨: ٣٨٠ ب (١٦) من أبواب حد الزنا ح ٥. وانظر سنن الدارمي ٢:

١٧٨، صحيح مسلم ٣: ١٣٢٣ ح ٢٣، سنن البيهقي ٨: ٢٢١، تلخيص الحبير ٤: ٥٨ ح ١٧٦١.

فإن فر، أعيد [وجوباً] إن ثبت زناه بالبينة. ولو ثبت بالاقرار لم يعد. وقيل: إن فر قبل إصابته بالحجارة أعيد.

الروايات (١) أن المرأة تدفن إلى وسطها من غير تقييد بالصدر. ويحتمل الاستحباب، بل إيكال الأمر إلى الإمام، لما روي (٢) أن النبي صلى الله عليه وآله حفر بئراً للغامدية ولم يحفر للجهنية. وعن أبي سعيد الخدري في قصة ماعز قال: (أمرنا رسول الله صلى الله عليه وآله برجمه، فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد، فما أوثقناه ولا حفرنا له، ورمىناه بالعظام والمدر والخزف، ثم اشتد واشتدنا له حتى أتى الحرة فانتصب لنا، فرميناها بجلاميد الحرة حتى سكت) (٣). وروى الحسين بن خالد عن أبي الحسن عليه السلام أن ماعزا إنما فر من الحفيرة (٤). وطرق الروايات الدالة على الحفر والتحديد غير نقية، ولكنها كافية في إقامة السنة. قوله: (فإن فر أعيد إن ثبت زناه بالبينة... إلخ).

- (١) الكافي ٧: ١٨٤ ح ١ و ٢ و ٤، التهذيب ١٠: ٣٤ ح ١١٣ و ١١٦، الوسائل ١٨: ٣٧٤ ب (١٤) من أبواب حد الزنا ح ١ و ٣.
- (٢) سنن الدارمي ٢: ١٧٩ - ١٨٠، مسند أحمد ٤: ٤٣٧، صحيح مسلم ٣: ١٣٢٤ ح ٢٤، سنن أبي داود ٤: ١٥١ ح ٤٤٤٠ و ٤٤٤٢، سنن الترمذي ٤: ٣٣ ح ١٤٣٥، سنن البيهقي ٨: ٢١٧ - ٢١٨، تلخيص الحبير ٤: ٥٨ ح ١٧٦١.
- (٣) سنن الدارمي ٢: ١٧٨، مسند أحمد ٣: ٦٢، صحيح مسلم ٣: ١٣٢٠ ح ٢٠، سنن أبي داود ٤: ١٤٩ ح ٤٤٣١، تلخيص الحبير ٤: ٥٨ ح ١٧٦٠.
- (٤) الكافي ٧: ١٨٥ ح ٥، المحاسن: ٣٠٦ ح ١٩، الوسائل ١٨: ٣٧٦ ب (١٥) من أبواب حد الزنا ح ١.

إذا فر المرجوم وكان الموجب ثابتا بالبينة وجب إعادته، لأنه محكوم
بوجوب إتلافه بالرجم، ولا يتم إلا بالإعادة، فتجب من باب المقدمة.
وإن ثبت بالاقرار وفر، قيل: لم يعد مطلقا، لأنه يتضمن الرجوع عن
الاقرار أو كالرجوع، والرجوع عن الاقرار مسقط للرجم، لأن فائت النفس لا
يستدرك، سواء أصابته الحجارة أم لا. هكذا أطلق المفيد (١) وأبو الصلاح (٢)
وسلار (٣) وجماعة (٤).

وقال الشيخ في النهاية (٥): إن فر قبل إصابة الحجارة أعيد، وإلا فلا، لرواية
الحسين بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (إذا كان هو المقر على
نفسه، ثم هرب من الحفيرة بعد ما يصيبه شيء من الحجارة، لم يرد) (٦). وهي تدل
بمفهومها على رده إذا لم يصبه شيء. ولأنه قد وجب عليه الرجم بإقراره، فلا بد
من حصول مسماه.

ولا يخفى ضعف الدليلين. أما الرواية فمن حيث السند ودلالة المفهوم.
وأما الاعتبار فلمنع اشتراط حصول مسماه، ومن ثم لو رجع أو جحد قبله
قبل.

والأصح الأول. ويؤيده ما تقدم من قصة ماعز وفراره. وقول النبي صلى

(١) المقنعة: ٧٧٥.

(٢) الكافي في الفقه: ٤٠٧.

(٣) المراسم: ٢٥٢.

(٤) المقنع: ٤٢٩، غنية النزوع: ٤٢٤، إصباح الشيعة: ٥١٥.

(٥) النهاية: ٧٠٠.

(٦) تقدم ذكر مصادرها في الصفحة السابقة هامش (٤).

ويبدأ الشهود برجمه وجوبا. ولو كان مقرا بدأ الإمام.
وينبغي أن يعلم الناس ليتوفروا على حضوره.

الله عليه وآله: (هلا تركتموه) (١) وإن كان مفروضا بعد إصابة الحجارة، إلا أنه لم يقع ذلك شرطا، وجاز خروجه في هذه الرواية مخرج الأغلب، لأنه مظنته. قوله: (ويبدأ الشهود... إلخ).

مستند التفصيل رواية صفوان المرسله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا أقر الزاني المحصن كان أول من يرحمه الإمام ثم الناس، فإذا قامت عليه البينة كان أول من يرحمه البينة ثم الإمام ثم الناس) (٢). وفي كثير من الأخبار إطلاق بدأة الإمام (٣). ويحتمل حمل ذلك على الاستحباب، لضعف المستند عن إثبات الوجوب. وللأخبار (٤) المستفيضة بقصة معز، وأن النبي صلى الله عليه وآله لم يحضر رجمه فضلا عن بدأته به. ويظهر من كلام الشيخ (٥) - رحمه الله - عدم وجوب بدأة الشهود، لأنه لم يوجب عليهم حضور موضع الرجم. وسيأتي (٦). قوله: (وينبغي أن يعلم الناس... إلخ).

- (١) الكافي ٧: ١٨٥ ح ٥، التهذيب ١٠: ٨ ح ٢٢، الوسائل ١٨: ٣٧٦ ب (١٥) من أبواب حد الزنا ح ١، ٢.
(٢) الكافي ٧: ١٨٤ ح ٣، الفقيه ٤: ٢٦ ح ٦٢، التهذيب ١٠: ٣٤ ح ١١٤، الوسائل ١٨: ٣٧٤ ب (١٤) من أبواب حد الزنا ح ٢.
(٣) راجع الوسائل ١٨: ٣٧٤ ب (١٤) من أبواب حد الزنا ح ١، ٣.
(٤) انظر الهامش (١) هنا.
(٥) الخلاف ٥: ٣٧٦ مسألة (١٤).
(٦) في ص: ٣٩٣.

ويستحب أن يحضر إقامة الحد طائفة. وقيل: يجب، تمسكا
بالآية. وأقلها واحد، وقيل: عشرة، وخرج متأخر: ثلاثة. والأول
حسن. وينبغي أن تكون الحجاره صغارا، لئلا يسرع التلف.

لقوله تعالى: (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) (١). ولما روي (٢) من
فعل أمير المؤمنين عليه السلام لما رجم المرأة المقررة، ومناداته في الناس حتى
اجتمعوا وعزم عليهم لما خرجوا معه، إلى آخر القصة. ولما فيه من الاعتبار
والانزجار من فعل القبيح، كما تقتضيه حكمة الحدود.
قوله: (ويستحب أن يحضر... إلخ).

قد ورد الأمر بحضور طائفة عند استيفاء الحد بقوله تعالى: (وليشهد
عذابهما طائفة من المؤمنين).

واختلف في موضعين:

أحدهما: هل الأمر للوجوب أم الاستحباب؟ فقيل بالأول. واختاره ابن
إدريس (٣) والمصنف في النافع (٤) وجماعة (٥)، عملا بظاهر الأمر، فإن الأصل فيه
الوجوب.

وقيل بالثاني. وهو الذي اختاره المصنف - رحمه الله - هنا، وقبله الشيخ
في كتب (٦) الفروع، لأصالة عدم الوجوب، وحمل الأمر على الاستحباب، لأنه

(١) النور: ٢.

(٢) الكافي ٧: ١٨٨ ح ٣، تفسير القمي ٢: ٩٧، الوسائل ١٨: ٣٤٢ ب (٣١) من أبواب مقدمات
الحدود ح ٣.

(٣) السرائر ٣: ٤٥٣.

(٤) المختصر النافع: ٢١٧.

(٥) المقنعة: ٧٨٠ - ٧٨١، الكافي في الفقه: ٤٠٦، الوسيلة: ٤١٢.

(٦) النهاية: ٧٠١، المبسوط ٨: ٨، الخلاف ٥: ٣٧٤ مسألة (١١).

وقيل: لا يرحمه من لله [تعالى] قبله حد. وهو على الكراهية.

بعض ما ورد بمعناه. ولا يخفى قوة الأول.
وثانيهما: في أقل عدد يتحقق به الطائفة. فقيل: أقلها واحد. وهو الذي اختاره المصنف والعلامة (١)، وقبلهما الشيخ في النهاية (٢)، لأنه المنقول عن بعض (٣) أئمة اللغة. ولأن الطائفة قطعة من الشيء، وهي تصدق بالواحد. ولأصالة براءة الذمة من الزائد. ويؤيده رواية غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام، عن أبيه، عن أمير المؤمنين عليه السلام: (في قوله تعالى: (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) قال: الطائفة واحد) (٤).
وقال الشيخ في الخلاف (٥): أقلها عشرة، محتجا بالاحتياط.
وقال ابن إدريس (٦): أقلها ثلاثة، محتجا بدلالة العرف، وشاهد الحال، مع أصالة براءة الذمة من الزائد.

قوله: (وقيل لا يرحمه من لله... إلخ).
وجه الأول: ما روي عن علي عليه السلام لما رجم المرأة أنه نادى بأعلى صوته: (يا أيها الناس إن الله تبارك وتعالى عهد إلى نبيه صلى الله عليه وآله عهدا، وعهده محمد صلى الله عليه وآله إلي، بأنه لا يقيم الحد من لله عليه حد، فمن كان لله عليه حد مثل ماله عليها فلا يقيم عليها الحد) (٧). والأصل في النهي التحريم.

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٥٤.

(٢) النهاية: ٧٠١.

(٣) لسان العرب ٩: ٢٢٦، القاموس المحيط ٣: ١٧٠.

(٤) التهذيب ١٠: ١٥٠ ح ٦٠٢، الوسائل ١٨: ٣٧٠ ب (١١) من أبواب حد الزنا ح ٥.

(٥) الخلاف ٥: ٣٧٤ مسألة (١١).

(٦) السرائر ٣: ٤٥٤.

(٧) الكافي ٧: ١٨٧ ذيل ح ١، الفقيه ٤: ٢٤ ذيل ح ٥٢، التهذيب ١٠: ١١ ذيل ح ٢٣، الوسائل ١٨:

٣٤١ ب (٣١) من أبواب مقدمات الحدود ح ١.

ويدفن إذا فرغ من رجمه. ولا يجوز إهماله.
ويجلد الزاني مجردا، وقيل: على الحال التي وجد عليها، قائما،
أشد الضرب. وروي: متوسطا. ويفرق على جسده، ويتقى وجهه
ورأسه وفرجه.
والمرأة تضرب جالسة، وتربط [عليها] ثيابها.

والأولى حمله على الكراهة، لقصوره سندا عن إفادة التحريم، مضافا إلى
أصالة الإباحة.

قوله: (ويدفن إذا فرغ... إلخ).
وكذا تجب الصلاة عليه وغسله قبلها إن لم يكن اغتسل قبل أن يرحم، فإن
السنة أمره بالاغتسال قبله. وإنما وجب فعل ذلك لأنه مسلم، وذنبه السابق غير
مانع.

وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله لما أمر برجم الجهنمية فرجمت صلى
عليها فقال له عمر: (تصلي عليها يا رسول الله وقد زنت؟ فقال صلى الله عليه
وآله: لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لو سعتهم، وهل
وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله؟! (١).
وفي حديث الغامدية لما رجموها فأقبل خالد بحجر فرمى رأسها، فنضح
الدم على وجه خالد فسبها، فسمع النبي صلى الله عليه وآله سبه إياها فقال:
(مهلا يا خالد! فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له،
ثم أمر بها فصلي عليها ودفنت) (٢).
قوله: (ويجلد الزاني... إلخ).

(١) صحيح مسلم ٣: ١٣٢٤ ح ٢٤، تلخيص الحبير ٤: ٥٩ ح ١٧٦٦.

(٢) صحيح مسلم ٣: ١٣٢٣ - ١٣٢٤ ح ٢٣.

النظر الثالث

في اللواحق

وهي مسائل عشر:

الأولى: إذا شهد أربعة على امرأة بالزنا قبلا، فادعت أنها بكر،
فشهد لها أربع نساء [بذلك]، فلا حد.

القول بجلده على الحالة التي وجد عليها - عاريا كان أم كاسيا - هو
للشيخ (١) والأكثر (٢). هذا إذا كان رجلا. وإن كان امرأة ربطت عليها ثيابها على
التقديرين.

وقال الصدوق في المقنع (٣): يجلدان معا على الحالة التي وجدا عليها، فإن
وجدا مجردين ضربا مجردين.

والأظهر الأول، لأن بدن المرأة عورة، فلا يجوز تجريدها. وكذا يجب
ستر عورة الرجل.

وضربهما أشد الضرب هو المشهور رواية (٤) وفتوى. والرواية بكونه
متوسطا رواها حريز مرسلا عن الباقر عليه السلام، قال: (يضرب بين
الضربين) (٥). وعمل بها بعض (٦) الأصحاب. والأشهر (٧) الأول.
قوله: (إذا شهد أربعة على امرأة... إلخ).

(١) النهاية: ٧٠٠.

(٢) الكافي في الفقه: ٤٠٧، المراسم: ٢٥٣، المهذب: ٢: ٥٢٧، غنية النزوع: ٤٢٥، الوسيلة: ٤١٢،
إصباح الشيعة: ٥١٦.

(٣) انظر المقنع: ٤٢٨، وحكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٦٢.

(٤) راجع الوسائل ١٨: ٣٦٩ ب (١١) من أبواب حد الزنا.

(٥) التهذيب ١٠: ٣١ ح ١٠٥، الوسائل ١٨: ٣٧٠ ب (١١) من أبواب حد الزنا ح ٦.

(٦) لم نعثر عليه، ونسبه ابن فهد إلى بعض الأصحاب في المهذب البارع ٥: ٤١.

(٧) في (أ): والأظهر.

وهل يحد الشهود للفرية؟ قال في النهاية: نعم. وقال في المبسوط: لا حد، لاحتمال الشبهة في المشاهدة. والأول أشبه.

إذا شهد أربعة رجال على امرأة بالزنا، فشهد أربع نسوة على أنها عذراء، فإن لم يعين شهود الزنا محله فلا منافاة، لامكان كونه دبرا إن لم نوجب التفصيل، فيثبت الزنا، ولا يقدر فيه البكارة. وأولى بالحكم إذا صرحوا بكونه دبرا. ويحتمل مع الاطلاق سقوط الحد عنها، لقيام الشبهة الدارئة للحد، حيث يحتمل كون المشهود به قبلا.

وإن صرحوا بكون الزنا قبلا، فهذا موضع الخلاف، فقيل: لا حد على المشهود عليه، ولا على الشهود. ذهب إلى ذلك الشيخ في المبسوط (١) وابن إدريس (٢) والعلامة (٣) وجماعة (٤)، لتعارض البينتين، فلا يكون تصديق النساء أولى من تصديق الرجال، وذلك شبهة دارئة للحد، وقد قال صلى الله عليه وآله: (ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا) (٥). وفي حديث آخر: (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة) (٦). ومن الوجوه الدافعة عن المرأة [شبهة] (٧) بقاء العذرة، و [جهته] (٨) احتمال عودها لترك المبالغة في الافتراض.

(١) المبسوط ٨: ١٠.

(٢) السرائر ٣: ٤٢٩ - ٤٣٠.

(٣) المختلف: ٧٥٤.

(٤) الوسيلة: ٤١٠، الجامع للشرائع: ٥٤٩، إيضاح الفوائد ٤: ٤٨٩.

(٥) سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٠ ح ٢٥٤٥.

(٦) تلخيص الحبير ٤: ٥٦ ح ١٧٥٥، سنن الترمذي ٤: ٢٥ ح ١٤٢٤، سنن البيهقي ٨: ٢٣٨،

المستدرک للحاکم ٤: ٣٨٤.

(٧) من (خ، ص، م).

(٨) من الحجرين، وفي (ث، خ، م): وجهة، وفي (أ، ل): وخفة، وسقطت من (ت، د، ص، ط).

الثانية: لا يشترط حضور الشهود عند إقامة الحد، بل، يقام وإن ماتوا أو غابوا - لا فرارا - لثبوت السبب الموجب.

وهذا ليس ببعيد على وجه لا يقبل. وذهب المصنف - رحمه الله - والشيخ في النهاية (١) وابن الجنيد (٢) إلى حد الشهود، للحكم برد شهادتهم مع تحقق القذف بالزنا. أما رد شهادتهم فلرواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام: (في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا فادعت البكارة، فنظر إليها النساء فوجدوها بكرا، فقال: تقبل شهادة النساء) (٣). وهو يستلزم رد شهادة الرجال. ومثله رواية السكوني (٤) عن الصادق عليه السلام. وأما تحقق القذف فظاهر.

وفيه نظر، لمنع كون قبول شهادة النساء يستلزم رد شهادة الرجال، لجواز قبول الجانبيين والحكم بالتعارض، خصوصا مع احتمال ما ذكرناه من الزنا دبرا، فيمكن الحكم بقبولهما مع ثبوت الزنا. هذا مع قطع النظر عن سند الروايتين. والوجه الأول، إلا أن يصرح الشهود بكون الزنا دبرا، فتحد المرأة. هذا كله إذا لم يعينوا الزاني، ومع تعيينه فالحكم فيه كالمرأة، لاشتراكهما في المقتضي. قوله: (لا يشترط حضور الشهود... إلخ). المراد بالحد هنا ما عدا الرجم، لما سيأتي من الخلاف فيه. ويمكن أن

(١) النهاية: ٣٣٢ - ٣٣٣.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٥٤.

(٣) الفقيه ٣: ٣٢ ح ٩٧، التهذيب ٦: ٢٧١ ح ٧٣٥، الوسائل ١٨: ٢٦٧ ب (٢٤) من أبواب كتاب الشهادات ح ٤٤.

(٤) الكافي ٧: ٤٠٤ ح ١٠، التهذيب ٦: ٢٧٨ ح ٧٦١، الوسائل ١٨: ٢٦١ ب (٢٤) من كتاب الشهادات ح ١٣.

الثالثة: قال الشيخ (١) رحمه الله: لا يجب على الشهود حضور موضع الرجم. ولعل الأشبه الوجوب، لوجوب بدأتهم بالرجم. الرابعة: إذا كان الزوج أحد الأربعة، فيه روايتان. ووجه الجمع: سقوط الحد إن اختل بعض شروط الشهادة، مثل: أن يسبق الزوج بالقذف، فيحد الزوج، أو يدرؤه باللعان، ويحد الباقون. وثبوت الحد، إن لم يسبق بالقذف، ولم يخل بعض الشرائط.

يريد ما يعمه حيث يتعذر حضورهم. ووجه عدم الوجوب حينئذ ظاهر، لأن إقامة الحد ليس من وظيفة الشاهد، والأصل عدم اشتراط أمر زائد على شهادتهم، فيقام وإن ماتوا أو غابوا، خلافاً لأبي (٢) حنيفة، حيث نفى الحد بذلك. هذا [كله] (٣) إذا لم تكن الغيبة فراراً، وإلا تربص بالحد إلى حضورهم، لحصول الشبهة حينئذ. ولا حد عليهم، لأنه ليس برجوع. قوله: (قال الشيخ رحمه الله: لا يجب... إلخ). وجوب حضور الشهود موضع الرجم مبني على وجوب بدأتهم به، وقد تقدم (٤) ضعف مستند الوجوب، وأن الاستحباب أقوى، فيكون الحكم في حضورهم كذلك، لأنه مقدمة الفعل الواجب أو المستحب. قوله: (إذا كان الزوج... إلخ).

(١) الخلاف ٥: ٣٧٦ مسألة (١٤).

(٢) بدائع الصنائع ٧: ٥٨، حلية العلماء ٨: ٣١.

(٣) من الحجريتين.

(٤) في ص: ٣٨٦.

قد عرفت فيما سلف (١) أن شهادة الزوج لزوجته وعليها مقبولة، ومقتضى ذلك أنه لو شهد عليها أربعة بالزنا أحدهم الزوج قبل وثبت عليها الحد، لوجود المقتضى له وانتفاء المانع.

ويؤيده رواية إبراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام: (أنه سأله عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم) (٢). والمراد بالجواز هنا الصحة. وهذا مذهب الأكثر (٣).

ولكن ورد هنا رواية بالمنع من قبول شهادتهم، والحكم بجلد الشهود عدا الزوج، فله درؤه (٤) باللعان. وهي رواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام: (في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: يلاعن، ويجلد الآخرون) (٥). وعمل بمضمونها جماعة (٦) منهم الصدوق (٧) والقاضي (٨).

وقد عرفت أن الرواية مخالفة لأصول المذهب. وهي مع ذلك ضعيفة السند، لأن في طريقها محمد بن عيسى اليقطيني، وحاله مشهور، وإسماعيل بن خراش، وهو مجهول. ولو اضطررنا إلى الجمع بينهما فالأمر كما ذكره المصنف

-
- (١) في ص: ١٩٧.
- (٢) التهذيب ٦: ٢٨٢ ح ٧٧٦، الاستبصار ٣: ٣٥ ح ١١٨، الوسائل ١٥: ٦٠٦ ب (١٢) من أبواب كتاب اللعان ح ١.
- (٣) النهاية: ٦٩٠، الوسيلة: ٤١٠، السرائر ٣: ٤٣٠، قواعد الأحكام ٢: ٢٥٦.
- (٤) في (أ، ت، ث، خ): رده.
- (٥) التهذيب ٨: ١٨٤ ح ٦٤٣، الاستبصار ٣: ٣٦ ح ١١٩، الوسائل ١٥: ٦٠٦ ب (١٢) من أبواب اللعان ح ٢.
- (٦) الكافي في الفقه: ٤١٥، إيضاح الفوائد ٣: ٤٥٧ - ٤٥٨.
- (٧) المقنع: ٤٤٠.
- (٨) المهذب ٢: ٥٢٥.

الخامسة: يجب على الحاكم إقامة حدود الله تعالى بعلمه، كحد الزنا. أما حقوق الناس، فتقف إقامتها على المطالبة، حداً كان أو تعزيراً.

رحمه الله، بحمل الثانية على ما لو اختل بعض شروط الشهادة، ومنه سبق الزوج بالقذف، وثبوت الحد عليها مع اجتماع الشروط. وقد تقدم البحث في هذه المسألة مستوفى في كتاب اللعان (١).

قوله: (يجب على الحاكم... إلخ).

قد تقدم (٢) البحث والمختار في أن الحاكم يحكم بعلمه مطلقاً، لأنه أقوى من البينة، ومن جملته الحدود.

ثم إن كانت لله تعالى فهو المطالب بها والمستوفي لها. وإن كانت من حقوق الناس كحد القذف توقف إقامتها على مطالبة المستحق، فإذا طالب بها حكم بعلمه فيها، لأن الحكم بحق الآدمي مطلقاً يتوقف على التماسه، كما تقدم. ويؤيد هذا التفصيل هنا رواية الحسين بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سمعتَه يقول: الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحد، ولا يحتاج إلى بينة مع نظره، لأنه أمين الله في خلقه، وإذا نظر إلى رجل يسرق فالواجب عليه أن يزبره وينهاه ويمضيه ويدعه، قلت: كيف ذلك؟ قال: لأن الحق إذا كان لله تعالى فالواجب على الإمام إقامته، وإذا كان للناس فهو للناس) (٣).

(١) في ج ١٠: ٢٥٨.

(٢) في ج ١٣: ٣٨٣.

(٣) الكافي ٧: ٢٦٢ ح ١٥، التهذيب ١٠: ٤٤ ح ١٥٧، الاستبصار ٤: ٢١٦ ح ٨٠٩، الوسائل ١٨: ٣٤٤ ب (٣٢) من أبواب مقدمات الحدود ح ٣.

السادسة: إذا شهد بعض، وردت شهادة الباقيين، قال في الخلاف والمبسوط: إن ردت بأمر ظاهر، حد الجميع، وإن ردت بأمر خفي، فعلى المردود الحد دون الباقيين. وفيه إشكال، من حيث تحقق القذف العاري عن بينة. ولو رجع واحد بعد شهادة الأربع، حد الراجع دون غيره.

قوله: (إذا شهد بعض... إلخ).

إذا شهد بعض الأربعة بالزنا فقبلت شهادته، وشهد الباقي فردت شهادته، سواء كان واحدا أم أكثر، ففي حد الشهود قولان: أحدهما - وهو ظاهر المصنف رحمه الله حيث استشكل التفصيل، وصريح العلامة (١) - أنه يحد الجميع، لتحقيق القذف العاري عن البينة التي يثبت بها الزنا. والثاني: التفصيل، فإن ردت الشهادة بأمر ظاهر حد الجميع كما ذكر، للاقدام على القذف مع تحقق عدم السماع. وإن ردت بأمر خفي على باقي الشهود فلا حد على غير المردود، لعدم تفریطه، إذ لا اطلاع له على الباطن، وإنما شهد اعتمادا على ظاهر الحال من عدم المانع من قبول شهادتهم، وثبوت الزنا الموجب لنفي الحد عنهم. ولأنه لولا ذلك لم يأمن كل شاهد بالزنا رد شهادته أو شهادة أصحابه أو بعضهم، فيكون خوف الحد ذريعة إلى ترك الشهادة وتعطيل الحدود. وفي هذا التفصيل قوة، وإليه ذهب الشيخ في كتابي الفروع (٢) وابن إدريس (٣).

(١) إرشاد الأذهان ٢: ١٧٢.

(٢) المبسوط ٨: ٩، الخلاف ٥: ٣٩١ مسألة (٣٣).

(٣) السرائر ٣: ٤٣٥.

السابعة: إذا وجد مع زوجته رجلا يزني بها، فله قتلها، ولا إثم عليه. وفي الظاهر عليه القود، إلا أن يأتي على دعواه بينة، أو يصدقه الولي.

وأما المردود، فإن كان رده بظاهر (١) فلا إشكال في حده. وإن كان بخفي ففي حده قولان للشيخ في المبسوط (٢) والخلاف (٣)، من أنه لا يعلم رد شهادته، فهو كغيره من الشهود، ومن علمه بكونه على حالة ترد شهادته لو علم به، بخلاف الشهود. وهذا أقوى. ولا إشكال في اختصاص الحد بالراجع عن الشهادة بعد أداء الجميع، سواء استوفي الحد من المشهود عليه أم لا، لكمال البينة. قوله: (إذا وجد مع زوجته... إلخ).

إذا اطلع الانسان على الزانيين ولم يكن من أهل الحدود فمقتضى الأصل عدم جواز استيفائه منهما بنفسه، لكن وردت الرخصة في جواز قتل الزوجة والزاني بها إذا علم الزوج بهما، سواء كان الفعل يوجب الرجم أو الجلد، كما لو كان الزاني غير محصن أو كانا غير محصنين، وسواء كان الزوجان حرين أم عبيدين أم بالتفريق، وسواء كان الزوج قد دخل أم لا، وسواء كان دائما أم متعة، عملا بالعموم.

وهذه الرخصة منوطة بنفس الأمر، أما في الظاهر، فإن ادعى ذلك عليهما لم يقبل، وحد للكذب بدون البينة. ولو قتلها أو أحدهما قيد بالمقتول إن لم يتم بينة على ما يبيح القتل، ولم يصدقه الولي. وإنما وسيلته مع الفعل باطنا الانكار ظاهرا، ويحلف إن ادعى عليه، ويوري بما يخرج عن الكذب إن أحسن، لأنه محقق في نفس الأمر مؤاخذ في ظاهر الحال.

(١) في (د): بأمر ظاهر.

(٢) انظر الهامش (٢) في الصفحة السابقة.

(٣) انظر الهامش (٢) في الصفحة السابقة.

وقد روى داود بن فرقد في الصحيح قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن أصحاب النبي صلى الله عليه وآله قالوا لسعد بن عباد: أرأيت لو وجدت على بطن امرأتك رجلا ما كنت صانعا به؟ قال: كنت أضربه بالسيف، قال: فخرج رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: ماذا يا سعد؟ فذكر له ما قالوه وما أجاب به، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: يا سعد وكيف بالأربعة الشهود؟ فقال: يا رسول الله بعد رأي عيني وعلم الله أن قد فعل! قال: إي والله بعد رأي عينك وعلم الله أن قد فعل، لأن الله عز وجل قد جعل لكل شئ حدا، وجعل لمن تعدى ذلك الحد حدا) (١).

واعلم أن مقتضى قوله: (إلا أن يأتي ببينة أو يصدقه الولي) أنه لو أتى ببينة على الزنا فلا قود عليه، وهو يشمل أيضا ما لو كان الزنا يوجب القتل أو الجلد وحده.

ويشكل الحكم في الثاني، لعدم ثبوت مقتضى القتل، والرخصة منوطة بحكمه في نفس الأمر لا في الظاهر. إلا أن يقال: إنها أباحت له قتلها مطلقا، وإنما يتوقف جريان هذا الحكم ظاهرا على ثبوت أصل الفعل، ويختص تفصيل الحد بالرجم والجلد وغيرهما بالإمام دون الزوج. وهذا أمر يتوقف على تحقيق النص في ذلك.

والرخصة مقصورة على وجدان الزوج ذلك بالمشاهدة، أما البينة فسماعها من وظيفة الحاكم. وفي إلحاق الاقرار بالمشاهدة أو بالبينة إشكال. ويظهر من

(١) الكافي ٧: ١٧٦ ح ١٢، الفقيه ٤: ١٦ ح ٢٥، التهذيب ١٠: ٣ ح ٥، الوسائل ١٨: ٣٠٩ ب (٢) من أبواب مقدمات الحدود ح ١.

الثامنة: من افتض بkra بإصبغه، لزمه مهر نساها. ولو كانت أمة، لزمه عشر قيمتها. وقيل: يلزمه الأرش. والأول مروى.
التاسعة: من تزوج أمة على حرة مسلمة، فوطئها قبل الإذن، كان

الأصحاب جواز إقامة الزوج الحد على الزوجة على القول بجواز توليه (١) الحد، لكن لا يختص بالقتل كما هو مورد هذه الرخصة، بل هو بحسب ما يوجبه من جلد وغيره.

قوله: (من افتض بkra... إلخ).

القول بلزوم عشر القيمة للشيخ (٢) والأكثر (٣)، استنادا إلى الرواية (٤) الدالة على ذلك. وقد تقدمت (٥) مرارا.

والقول بالأرش لابن إدريس (٦)، اطراحا للرواية، ورجوعا إلى حكم الأصل من الجناية على الأمة، فيضمن ما نقصت الجناية من قيمتها.

والأشهر الأول، وإن كان المستند لا يخلو من ضعف. ولو قيل بوجوب أكثر الأمرين من الأرش والعشر كان حسنا، لأن الأرش على تقدير زيادته بسبب نقص حدث في المال بجنائته، فيكون مضمونا.

ولو كانت المفتضة زوجة فعل حراما، وعزر، واستقر المسمى.
قوله: (من تزوج أمة... إلخ).

(١) في (د، ص): تولية.

(٢) النهاية: ٦٩٩.

(٣) الوسيلة: ٤١١، إصباح الشيعة: ٥١٦، قواعد الأحكام ٢: ٢٥٦، اللعة الدمشقية: ١٦٦.

(٤) التهذيب ١٠: ٤٩ ح ١٨٣، الوسائل ١٨: ٤١٠ ب (٣٩) من أبواب حد الزنا ح ٥.

(٥) راجع ج ٨: ١٦، ١٣٩.

(٦) السرائر ٣: ٤٤٩.

عليه ثمن حد الزاني.
العاشرة: من زنى في شهر رمضان، نهارا كان أو ليلا، عوقب
زيادة على الحد، لانتهاكه الحرمة. وكذا لو كان في مكان شريف أو
زمان شريف.

هو اثنا عشر سوطا ونصف. وكيفية التنصيف أن يقبض على نصف السوط
ويضرب به. وقيل: ضربا بين ضربين.
قوله: (من زنى في شهر رمضان... إلخ).
المرجع في الزيادة إلى نظر الحاكم. وفي حكم رمضان غيره من الأزمنة
الشريفة، كالأعياد والجمعة ويوم عرفة، كما أن المكان الشريف مطلق (١).

(١) في (ت، ط): مطلقا، ولعل في العبارة سقطا، تقديره: ... مطلقا كذلك.

الباب الثاني
في اللواط، والسحق، والقيادة
أما اللواط:

فهو وطء الذكران، بإيقاب وغيره. وكلاهما لا يثبتان إلا بالاقرار
أربع مرات، أو شهادة أربعة رجال بالمعينة.
ويشترط في المقر: البلوغ، وكمال العقل، والحرية، والاختيار،
فاعلا كان أو مفعولا.
ولو أقر دون أربع، لم يحد وعزر. ولو شهد بذلك دون الأربعة لم
يثبت، وكان عليهم الحد للفرية.

قوله: (أما اللواط... إلخ).

أراد بالايقاب إدخال الذكر ولو ببعض الحشفة، لأن الايقاب لغة الإدخال،
فيتحقق الحكم وإن لم يجب الغسل. واعتبر في القواعد (١) في الايقاب غيبوبة
الحشفة. ومطلق الايقاب لا يدل عليه.
وبغيره نحو التفخيذ وبين الألتين. وكلاهما يطلق عليه اسم اللواط، وإن
كان حكمه مختلفا.

وإطلاق الوطي على هذا القسم في هذا الباب متجاوز. ولو أطلق الوطي (٢)
على الايقاب، وخص غيره باسم آخر وإن أوجب الحد المخصوص، كان أوفق
بالاصطلاح. ولكنه تبع في إطلاقه على ذلك الروايات، فإن في بعضها دلالة عليه،
ففي رواية حذيفة بن منصور عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن اللواط فقال:

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٥٦.

(٢) في الحجرتين: اللواط.

ويحكم الحاكم فيه بعلمه، إماما كان أو غيره، على الأصح. وموجب الايقاب: القتل، على الفاعل والمفعول، إذا كان كل منهما عاقلا.

ويستوي في ذلك: الحر، والعبد، والمسلم، والكافر، والمحصن، وغيره.

(بين الفخذين، وسأله عن الموقب، فقال: ذاك الكفر بما أنزل الله على نبيه صلى الله عليه وآله) (١).

وعلى التقديرين، فطريق ثبوته طريق الزنا في الاقرار والبينة، وفي ترتب الأحكام السابقة على ما دون ذلك في الاقرار والبينة. قوله: (ويحكم الحاكم فيه بعلمه... إلخ).

هذا الحد من حقوق الله تعالى، وقد تقدم الخلاف في باب القضاء (٢) في حكم الحاكم بعلمه فيه، وأن الأصح ثبوته [فيه] (٣) كغيره. قوله: (وموجب الايقاب... إلخ).

لا خلاف في وجوب قتل اللائط الموقب إذا كان مكلفا، والأخبار (٤) به متظافرة. والعبد هنا كالحر بالاجماع، وإن كان الحد بغير القتل. وليس في الباب مستند ظاهر غيره. وأما استواء الباقيين في ذلك فمستنده النصوص (٥)، وهي كثيرة.

(١) التهذيب ١٠: ٥٣ ح ١٩٧، الوسائل ١٤: ٢٥٧ ب (٢٠) من أبواب النكاح المحرم ح ٣.

(٢) في ج ١٣: ٣٨٣.

(٣) من (أ).

(٤) الوسائل ١٨: ٤١٦ ب (١ - ٣) من أبواب حد اللواط.

(٥) ليس في النصوص تصريح باستواء المذكورين في القتل. نعم، إطلاق بعض الأخبار يشملهم،

راجع الوسائل ١٨: ٤١٦ ب (١) من أبواب حد اللواط ح ٢، و ب (٣) ح ٢، ٥، ٦ وفي ح (٨) من ب (١١) تصريح باستواء المحصن وغيره فقط.

ولو لاط البالغ بالصبي موقبا، قتل البالغ، وأدب الصبي. وكذا لو لاط بمجنون.
ولو لاط بعبده، حدا قتلا أو جلدا. ولو ادعى العبد الاكراه سقط عنه دون المولى.

قوله: (ولو لاط البالغ... إلخ).
أما قتل المكلف فلأنه حده. وأما الصبي والمجنون فيؤدبان بما يراه الحاكم صلاحا، لعدم التكليف في حقهما الذي هو مناط الحدود. وقد روى أبو بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (أتي أمير المؤمنين عليه السلام برجل وامرأة وقد لاط زوجها بابنها من غيره وثقبه، وشهد عليه بذلك الشهود، فأمر به أمير المؤمنين عليه السلام فضرب بالسيف حتى قتل، وضرب الغلام دون الحد، وقال: لو كنت مدركا لقتلتك، لامكانك إياه من نفسك) (١).
قوله: (ولو لاط بعبده... إلخ).
أي: قتلا مع الايقاب وجلدا بدونه، لتحقق اللواط المحرم، فيثبت موجبه. ونبه بذلك على خلاف بعض (٢) العامة حيث نفى الحد بوطي المملوك، لشبهة عموم تحليل ملك اليمين.
قوله: (ولو ادعى العبد الاكراه... إلخ).
لقيام القرينة بكون العبد محل الاكراه، فلذلك قبل قوله فيه، بخلاف غيره. وينبغي قبول دعوى الاكراه ممن يمكن في حقه ذلك، لقيام الشبهة الدارئة للحد.

(١) الكافي ٧: ١٩٩ ح ٤، التهذيب ١٠: ٥١ ح ١٩٢، الاستبصار ٤: ٢١٩ ح ٨١٨، الوسائل ١٨: ٤١٨ ب (٢) من أبواب حد اللواط ح ١.
(٢) تبين الحقائق ٣: ١٨١.

ولو لاط مجنون بعاقل، حد العاقل. وفي ثبوته على المجنون قولان، أشبههما السقوط.
ولو لاط الذمي بمسلم، قتل وإن لم يوقب. ولو لاط بمثله، كان الإمام مخيرا بين إقامة الحد عليه، وبين دفعه إلى أهله، ليقيموا عليه حدهم.

قوله: (ولو لاط مجنون بعاقل... إلخ).
القول بوجوب الحد على المجنون للشيخين (١) وأتباعهما (٢)، استنادا إلى وجوبه عليه مع الزنا. والأصل عندنا ممنوع. والأصح ما اختاره المصنف - رحمه الله - من عدم وجوبه عليه كالزنا، لعدم التكليف الذي هو مناط الحدود على المعاصي.
قوله: (ولو لاط الذمي بمسلم... إلخ).
إذا لاط الذمي بمسلم، فإن كان بموجب القتل فلا كلام في قتله. وإن كان بما دون ذلك قتل، كما لو زنى على وجه يوجب الجلد على المسلم، لما روي من أن حد اللوطي مثل حد الزاني، ولمناسبة عقوبة الزنا.
وإن كان فعله مع مثله تخير الإمام بين الحكم عليه بحكم شرع الاسلام، لعموم الآية (٣)، وبين رده إلى أهل دينه ليقيموا عليه بمقتضى دينهم. وقد تقدم (٤) توجيه ذلك في الزنا. ولا نص [عليه] (٥) هنا في هذا الباب بخصوصه.

(١) المقنعة: ٧٨٦، النهاية: ٧٠٥.

(٢) الوسيلة: ٤١٣، المهذب ٢: ٥٣١.

(٣) المائدة: ٤٢.

(٤) في ص: ٣٧٥.

(٥) من الحجريتين.

وكيفية إقامة هذا الحد: القتل، إن كان اللواط إيقابا. وفي رواية: إن كان محصنا رجم، وإن كان غير محصن جلد. والأول أشهر.

قوله: (وكيفية إقامة هذا الحد... إلخ).

مذهب الأصحاب أن حد اللائط الموقب القتل ليس إلا. ويتخير الإمام في جهة قتله، فإن شاء قتله بالسيف، وإن شاء ألقاه من شاهق، وإن شاء أحرقه بالنار، وإن شاء رجمه.

وهو في عدة روايات، منها رواية مالك بن عطية الحسنة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (بيننا أمير المؤمنين عليه السلام في ملأ من أصحابه إذ أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إنني قد أوقبت على غلام فطهرني. فقال له: يا هذا امض إلى منزلك لعل مرارا هاج بك. فلما كان من غد عاد إليه فقال له مثل ذلك، فأجابه كذلك، إلى أن فعل ذلك أربع مرات.

فلما كان الرابعة قال له: يا هذا إن رسول الله صلى الله عليه وآله حكم في مثلك بثلاثة أحكام فاختر أيهن شئت: ضربة بالسيف في عنقك بالغة ما بلغت، أو دهباه من جبل مشدود اليدين والرجلين، أو إحراق بالنار. فقال: يا أمير المؤمنين أيهن أشد علي؟

قال: الإحراق بالنار.

قال: فإني قد اخترتها يا أمير المؤمنين (١). الحديث.

ولم ينقل الأصحاب خلافا في ذلك، لكن وردت روايات بالتفصيل كما

(١) الكافي ٧: ٢٠١ ح ١، التهذيب ١٠: ٥٣ ح ١٩٨، الوسائل ١٨: ٤٢٢ ب (٥) من أبواب حد اللواط ح ١.

ذكره المصنف - رحمه الله -، منها رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (الملوط حده حد الزاني) (١). والتفصيل واقع في حد الزاني. ورواية العلا بن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (حد اللوطي مثل حد الزاني) (٢). وقال: (إن كان قد أحصن رجم وإلا جلد) (٣). ورواية حماد بن عثمان قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل أتى رجلا، قال: إن كان محصنا فعليه القتل، وإن لم يكن محصنا فعليه الجلد، قال: قلت: فما على المؤتى؟ قال: عليه القتل على كل حال، محصنا كان أو غير محصن) (٤).

ورواية أبي بصير قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: في كتاب علي عليه السلام إذا ثقب وكان محصنا الرجم) (٥). وهذه الأخبار مع كثرتها مشتركة في ضعف السند. ففي طريق الأولى أبان، وهو مشترك بين الثقة وغيره. وفي طريق الثانية محمد بن سنان، وضعفه مشهور. وفي طريق الثالثة معلى بن محمد وغيره. وفي الرابعة اشترك أبي بصير. مع أنها لا تنافي المطلوب، لأن إثبات الرجم على المحصن لا ينافي الحكم بقتل غيره

-
- (١) الكافي ٧: ٢٠٠ ح ٨، التهذيب ١٠: ٥٥ ح ٢٠٢، الاستبصار ٤: ٢٢١ ح ٨٢٦، الوسائل ١٨: ٤١٦ ب (١) من أبواب حد اللواط ح ١.
(٢) الكافي ٧: ١٩٨ ح ١، التهذيب ١٠: ٥٤ ح ٢٠٠، الاستبصار ٤: ٢٢٠ ح ٨٢٤، الوسائل ١٨: ٤١٧ الباب المتقدم ح ٣.
(٣) الكافي ٧: ١٩٨ ح ١، التهذيب ١٠: ٥٤ ح ٢٠٠، الاستبصار ٤: ٢٢٠ ح ٨٢٤، الوسائل ١٨: ٤١٧ الباب المتقدم ح ٣.
(٤) الكافي ٧: ١٩٨ ح ٢، الفقيه ٤: ٣٠ ح ٨٥، التهذيب ١٠: ٥٥ ح ٢٠١، الاستبصار ٤: ٢٢٠ ح ٨٢٥، الوسائل ١٨: ٤١٧ ب (١) من أبواب حد اللواط ح ٤.
(٥) الكافي ٧: ٢٠٠ ح ١٢، التهذيب ١٠: ٥٥ ح ٢٠٣، الاستبصار ٤: ٢٢١ ح ٨٢٧، الوسائل ١٨: ٤٢١ ب (٣) من أبواب حد اللواط ح ٧.

ثم الإمام مخير في قتله، بين ضربه بالسيف، أو تحريقه، أو رجمه، أو إلقائه من شاهق، أو إلقاء جدار عليه. ويجوز أن يجمع، بين أحد هذه وبين تحريقه.
وإن لم يكن إيقاباً، كالتفخيز أو بين الأليتين، فحده مائة جلدة.
وقال في النهاية: يرمم إن كان محصناً، ويجلد إن لم يكن. والأول أشبه.

لغير ذلك. وقد تقدم (١) أن الإمام عليه السلام يتخير في جهة القتل، فإذا رأى رجم المحصن أو تخصيصه (٢) بالرمم فله ذلك.
والشيخ (٣) - رحمه الله - حمل الروايات غير الرابعة على ما إذا كان الفعل دون الإيقاب، لما سيأتي (٤) من حكمه فيه.
قوله: (ثم الإمام مخير... إلخ).
قد تقدم (٥) في الرواية السابقة ما يدل على التخيير. ويدل على الجمع بين تحريقه وقتله ما روي (٦) من أمر علي عليه السلام بذلك في زمن عمر في رجل شهد عليه بذلك.
قوله: (وإن لم يكن إيقاباً... إلخ).
هذا هو القسم الثاني من اللواط الذي سماه المصنف - رحمه الله - وطاء بغير

-
- (١) في ص: ٤٠٥.
(٢) في (خ، ص، م): أو المحصنة بالرمم.
(٣) التهذيب ١٠: ٥٥ ذيل ح ٢٠٣، الاستبصار ٤: ٢٢١ ذيل ح ٨٢٧.
(٤) في الصفحة التالية.
(٥) في ص: ٤٠٥.
(٦) الكافي ٧: ١٩٩ ح ٥، التهذيب ١٠: ٥٢ ح ١٩٥، الاستبصار ٤: ٢١٩ ح ٨١٩، الوسائل ١٨: ٤٢٠ ب (٣) من أبواب حد اللواط ح ٣.

الايقاب، وهو ما إذا فعل بين الأليتين أو بين الفخذين.
وقد اختلف الأصحاب في حكمه، فالمشهور الجلد مائة لكل منهما. ذهب
إلى ذلك المفيد (١) والمرضى (٢) وابن أبي عقيل (٣) وسالار (٤) وأبو الصلاح (٥)
وابن

إدريس (٦) والمصنف - رحمه الله - وسائر المتأخرين، للأصل، والشك في وجوب
الزائد، فيكون شبهة يدرأ بها، ولرواية سليمان بن هلال عن الصادق عليه السلام:
(في الرجل يفعل بالرجل، فقال: إن كان دون الثقب فالحد، وإن كان ثقب أقيم
قائماً ثم ضرب بالسيف) (٧). وظاهره أن المراد بالحد الجلد.
وقال الشيخ - رحمه الله - في النهاية (٨) وكتابي (٩) الأخبار، وتبعه
القاضي (١٠) وجماعة (١١): يرحم إن كان محصناً، وإلا جلد مائة، جمعاً بين
الروايات السابقة وبين ما روي (١٢) من قتل اللائط مطلقاً، بحمل الأولى على غير

-
- (١) المقنعة: ٧٨٥.
 - (٢) الإنتصار: ٢٥١.
 - (٣) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٦٤.
 - (٤) المراسم: ٢٥٣.
 - (٥) الكافي في الفقه: ٤٠٨.
 - (٦) السرائر: ٣: ٤٥٨.
 - (٧) الكافي ٧: ٢٠٠ ح ٧، التهذيب ١٠: ٥٢ ح ١٩٤، الاستبصار ٤: ٢١٩ ح ٨٢٠، الوسائل ١٨:
 - ٤١٦ ب (١) من أبواب حد اللواط ح ٢.
 - (٨) النهاية: ٧٠٤.
 - (٩) التهذيب ١٠: ٥٥ ذيل ح ٢٠٣، الاستبصار ٤: ٢٢١ ذيل ح ٨٢٧.
 - (١٠) المهذب ٢: ٥٣٠.
 - (١١) الوسيلة: ٤١٣.
 - (١٢) انظر الوسائل ١٨: ٤١٩ ب (٢) من أبواب حد اللواط ح ٢ و ب (٣) ح ٢.

ويستوي فيه: الحر، والعبد، والمسلم، والكافر، والمحسن، وغيره.

الموقب، والثانية عليه. ونفى في المختلف (١) عنه البأس. ويظهر من الصدوقين (٢) وابن الجنيد (٣) وجوب القتل مطلقا، لأنهم فرضوه في غير الموقب، وجعلوا الايقاب هو الكفر بالله تعالى، أخذوا من رواية حذيفة بن منصور عن الصادق عليه السلام: (أنه سأله عن اللواط، فقال: بين الفخذين، وسأله عن الموقب، فقال: ذاك الكفر بما أنزل الله على نبيه صلى الله عليه وآله) (٤). وحمل على المبالغة في الذنب، أو على المستحل. مع أن حذيفة بن منصور ضعيف، وسليمان بن هلال مجهول، فالروايتان تصلحان شاهدا لا دليلا. قوله: (ويستوي فيه الحر والعبد... إلخ). استواء الحر والعبد يظهر في صورة وجوب الجلد، بمعنى أنه لا ينتصف هنا على العبد، بخلاف الزنا. وجعل في شرح الارشاد (٥) مستند ذلك إجماع الأصحاب. وأما مع إيجابه القتل فالاستواء واضح. وأما استواء المسلم والكافر فيتم مع عدم كون الفاعل كافرا والمفعول مسلما، وإلا قتل الكافر مطلقا كما مر (٦)، فلا يتم التسوية بينهما في القسمين.

(١) المختلف: ٧٦٤ - ٧٦٥.

(٢) المقنع: ٤٣٠، وحكاها عنهما العلامة في المختلف: ٧٦٤.

(٣) حكاها عنه العلامة في المختلف: ٧٦٤.

(٤) التهذيب ١٠: ٥٣ ح ١٩٧، الوسائل ١٤: ٢٥٧ ب (٢٠) من أبواب النكاح المحرم ح ٣.

(٥) غاية المراد: ٣٤٢.

(٦) في ص: ٤٠٤.

ولو تكرر منه الفعل، وتخلله الحد مرتين، قتل في الثالثة. وقيل:
في الرابعة. وهو أشبه.
والمجتمعان تحت إزار واحد مجردين، وليس بينهما رحم،
يعزران من ثلاثين سوطا إلى تسعة وتسعين سوطا. ولو تكرر ذلك
منهما وتخلله التعزير، حدا في الثالثة.

قوله: (ولو تكرر منه الفعل... إلخ).

هذا متفرع على القول بوجوب الجلد على غير الموقب. والقول بقتله في
الثالثة لابن إدريس (١). وقد تقدم (٢) في حد الزنا أنه أصح رواية، وإن كان القول
بقتله في الرابعة أحوط في الدماء، وإليه ذهب الأكثر. والتقريب هنا كما تقدم،
لأن المستند صحيحة يونس العامة في أصحاب الكبائر.
قوله: (والمجتمعان تحت إزار... إلخ).

قد اختلفت الأقوال والروايات في حد المجتمعين تحت إزار واحد ونحوه،
فذهب الشيخ (٣) وابن إدريس (٤) والمصنف وأكثر المتأخرين (٥) إلى أنهما يعزران
من ثلاثين سوطا إلى تسعة وتسعين. أما عدم بلوغ المائة فلعدم بلوغهم الفعل
الموجب للحد الكامل.

وأما عدم نقصان التعزير عن ثلاثين فلرواية سليمان بن هلال قال: (سأل
بعض أصحابنا أبا عبد الله عليه السلام فقال: جعلت فداك الرجل ينام مع الرجل

(١) السرائر ٣: ٤٦١ - ٤٦٢.

(٢) في ص: ٣٧١.

(٣) النهاية: ٧٠٥.

(٤) السرائر ٣: ٤٦٠.

(٥) إرشاد الأذهان ٢: ١٧٥، اللمعة دمشقية: ١٦٧، التنقيح الرائع ٤: ٣٥٢.

في لحاف واحد، فقال: أذو رحم؟ فقال: لا، فقال: أمن ضرورة؟ قال: لا، قال: يضربان ثلاثين سوطاً) (١) الحديث. وفي رواية ابن سنان عنه عليه السلام: (يجلدان حداً غير سوط) (٢). فيكون الحكم في الغائتين وما بينهما منوطاً بنظر الإمام. والمستند في الطرفين ضعيف.

وقال الصدوق (٣) وابن الجنيد (٤): إنهما يجلدان مائة جلدة تمام الحد. وبه أخبار كثيرة، منها حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (حد الجلد أن يوجدا في لحاف واحد، والرجلان يجلدان إذا وجدا في لحاف واحد الحد، والمرأتان تجلدان إذا وجدتا في لحاف واحد الحد) (٥).

وحسنة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (كان علي عليه السلام إذا أخذ الرجلين في لحاف واحد ضربهما الحد، وإذا أخذ المرأتين في لحاف واحد ضربهما الحد) (٦). ومثلها حسنة أبي عبيدة (٧) عن أبي

- (١) الفقيه ٤: ١٤ ح ٢١، التهذيب ١٠: ٤١ ح ١٤٦، الاستبصار ٤: ٢١٣ ح ٧٩٧، الوسائل ١٨: ٣٦٧ ب (١٠٠) من أبواب حد الزنا ح ٢١.
- (٢) التهذيب ١٠: ٤٠ ح ٤٣، الاستبصار ٤: ٢١٣ ح ٧٩٤، الوسائل ١٨: ٣٦٧ الباب المتقدم ح ١٨.
- (٣) المقنع: ٤٣٣.
- (٤) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٦٥.
- (٥) الكافي ٧: ١٨١ ح ١، التهذيب ١٠: ٤٢ ح ١٤٨، الاستبصار ٤: ٢١٤ ح ٧٩٩، الوسائل ١٨: ٣٦٣ الباب المتقدم ح ١.
- (٦) الكافي ٧: ١٨١ ح ٧، التهذيب ١٠: ٤٢ ح ١٥١، الاستبصار ٤: ٢١٤ ح ٨٠٢، الوسائل ١٨: ٣٦٥ ب (١٠) من أبواب حد الزنا ح ٦.
- (٧) الكافي ٧: ١٨٢ ح ١٠، الوسائل ١٨: ٣٦٦ ب (١٠) من أبواب حد الزنا ح ١٥.

وكذا يعزر من قبل غلاما ليس له بمحرم بشهوة.

جعفر عليه السلام، وغيرها من الأخبار (١) المعتبرة الاسناد. وأجاب في المختلف (٢) بحمل الحد على أقصى نهايات التعزير، وهي مائة سوط غير سوط، جمعا بين الأدلة. وفيه نظر، لأن هذه أكثر وأجود سندا. وليس فيها التقييد بعدم المحرمية بينهما. وعدم القيد أجود، لأن المحرمية لا تجوز الاجتماع المذكور إن لم تؤكد التحريم. والمراد بالرحم حيث يطلق مطلق القرابة، وهو أعم من المحرمية التي هي عبارة عن تحريم النكاح مؤبدا. وهو يؤيد عدم فائدة هذا القيد، لأن القرابة لا دخل لها في تحقيق (٣) هذا الحكم. قوله: (وكذا يعزر من قبل غلاما...).

لأنه فعل محرم فيستحق فاعله التعزير مطلقا كغيره من المحرمات، بل الأمر فيه أكد، فقد روي أن: (من قبل غلاما بشهوة لعنته ملائكة السماء وملائكة الأرضين، وملائكة الرحمة وملائكة الغضب، وأعد له جهنم وساءت مصيرا) (٤). وفي حديث آخر: (من قبل غلاما بشهوة ألجمه الله بلجام من نار) (٥). ولا وجه للتقييد بعدم المحرمية مع كون التقبيل بشهوة، لتحريمه حينئذ مطلقا، ولذلك أطلق في الأخبار (٦). وروى إسحاق بن عمار قال: (قلت لأبي

(١) الوسائل ١٨: ٣٦٤ ب (١٠) من أبواب حد الزنا ح ٤، ٥، ٧، ٩، ١٠، ٢٢، ٢٤.

(٢) المختلف: ٧٦٥.

(٣) في (د): تحقق، وفي (م): تخفيف.

(٤) فقه الرضا عليه السلام: ٢٧٨.

(٥) الكافي ٥: ٥٤٨ ح ١٠، الوسائل ١٤: ٢٥٧ ب (٢١) من أبواب النكاح المحرم ح ١.

(٦) الوسائل ١٤: ٢٥٧ ب (٢١) من أبواب النكاح المحرم.

وإذا تاب اللائط قبل قيام البينة، سقط [عنه] الحد. ولو تاب بعده لم يسقط. ولو كان مقرا، كان الإمام مخيرا في العفو أو الاستيفاء. والحد في السحق: مائة جلدة، حرة كانت أو أمة، مسلمة أو كافرة، محصنة [كانت] أو غير محصنة، للفاعلة والمفعولة. وقال في النهاية: ترجم مع الاحصان، وتحد مع عدمه. والأول أولى.

عبد الله عليه السلام: محرم قبل غلاما من شهوة، قال: يضرب مائة سوط (١).
قوله: (وإذا تاب اللائط... إلخ).
الكلام هنا كالكلام في الزاني، وقد تقدم (٢).
قوله: (والحد في السحق... إلخ).

ما اختاره المصنف - رحمه الله - من وجوب الجلد مطلقا هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه المفيد (٣) والمرتضى (٤) وأبو الصلاح (٥) وابن إدريس (٦) والمتأخرون (٧)، لرواية زرارة (٨) عن الباقر عليه السلام أنه قال: (المساحقة

-
- (١) الكافي ٧: ٢٠٠ ح ٩، التهذيب ١٠: ٥٧ ح ٢٠٦، الوسائل ١٨: ٤٢٢ ب (٤) من أبواب حد اللواط.
(٢) في ص: ٣٥٨.
(٣) المقنعة: ٧٨٧ - ٧٨٨.
(٤) الإنتصار: ٢٥٣.
(٥) الكافي في الفقه: ٤٠٩.
(٦) السرائر ٣: ٤٦٣.
(٧) الجامع للشرائع: ٥٥٥، قواعد الأحكام ٢: ٢٥٧، اللعة الدمشقية: ١٦٧، المقتصر: ٤٠٨.
(٨) في هامش (خ): (في طريقها أبان بن عثمان، وهو فاسد المذهب، لكن قال الكشي: إن العصابة أجمعت على تصحيح ما يصح عنه. وفي هذا القول نظر. والمصنف - رحمه الله - حكم بضعفه في بعض المواضع. وفيه أيضا علي بن الحكم، وهو مشترك بين الثقة وغيره. منه قدس سره). انظر رجال الكشي: ٣٧٥ رقم (٧٠٥)، شرائع الاسلام ٤: ٢٤٠.

تجلد) (١).

والمراد بالجلد الحد المغاير للرجم، وهو مائة، لأن ذلك هو الظاهر منه، ولأصالة البراءة من الزائد عن ذلك. وفيه نظر، لأن المفرد المعرف لا يعم، والحكم بالجلد على المساحقة في الجملة لا إشكال فيه، وإنما يتم المطلوب مع عمومته. مع أن في سند الرواية كلاماً.

وقال الشيخ في النهاية (٢)، وتبعه القاضي (٣) وابن حمزة (٤): ترجم المحصنة وتجلد غيرها، لحسنة ابن أبي حمزة وهشام وحفص عن الصادق عليه السلام أنه: (دخل عليه نسوة فسألته امرأة منهن عن السحق، فقال: حدها حد الزاني، فقالت المرأة: ما ذكر الله ذلك في القرآن!! قال: بلى، فقالت: وأين؟ قال: هن أصحاب الرس) (٥). وحد الزاني مشترك بين الجلد والرجم، فيكون ذلك الحد مشتركاً.

وأجيب بأن المشترك لا يحمل على معنيه إلا مجازاً، والأصل عدمه، بل

(١) الكافي ٧: ٢٠٢ ح ٣، التهذيب ١٠: ٥٨ ح ٢٠٩، الوسائل ١٨: ٤٢٥ ب (١) من أبواب حد السحق ح ٢.

(٢) النهاية: ٧٠٦.

(٣) المهذب ٢: ٥٣١ - ٥٣٢.

(٤) الوسيلة: ٤١٤.

(٥) الكافي ٧: ٢٠٢ ح ١، الفقيه ٤: ٣١ ح ٨٦، التهذيب ١٠: ٥٨ ح ٢١٠، الوسائل ١٨: ٤٢٤ ب (١) من أبواب حد السحق ح ١.

وإذا تكررت المساحقة مع إقامة الحد ثلاثا، قتلت في الرابعة.
ويسقط الحد بالتوبة قبل البينة، ولا يسقط بعدها. ومع الاقرار والتوبة،
يكون الإمام مخيرا.

على أحدهما بقرينة، وهو هنا الجلد، جمعا بين الأخبار.
وفيه نظر، لجواز إرادة القدر المشترك، وهو العقوبة الشاملة للأمرين، فلا
يكون على خلاف الأصل. مع أنه سيأتي (١) خبر صحيح يدل على رجم
المحصنة، وآخر دال عليه أيضا، فترجيح رواية (٢) زرارة - مع ما فيها - على
جميع هذه الأخبار مشكل.
واعلم أن المراد بقول المرأة في الخبر السابق: (ما ذكر الله ذلك في
القرآن) إشارة إلى السحق نفسه، لا إلى حده وإن كان السؤال عقيبه (٣)،
لأنه عليه السلام أجابها بأنهن أصحاب الرس، ورضيت بالجواب، ومعلوم
أنه ليس في القرآن بيان حدهن، فدل على أن المقصود مجرد ذكرهن.
وقد روي أن ذلك الفعل كان في أصحاب الرس، كما كان اللواط في قوم (٤)
لوط.

قوله: (وإذا تكررت المساحقة... إلخ).

بناء على أنها لا توجب القتل ابتداء، فتقتل في الثالثة أو الرابعة مع تحلل
الحد، كما تقدم في نظائره من الكبائر. ولم يذكر هنا الخلاف في الثالثة مع أن

(١) في ص: ٤١٩.

(٢) راجع ص: ٤١٣.

(٣) في (ت، ط): عنه.

(٤) في (ث، ط، م): أصحاب.

والأجنبيتان إذا وجدتا في إزار مجردتين، عزرت كل واحدة دون الحد. وإن تكرر الفعل منهما والتعزير مرتين، أقيم عليهما الحد في الثالثة. فإن عادتا، قال في النهاية: قتلنا. والأولى الاقتصار على التعزير، احتياطاً في التهجم على الدم.

رواية يونس (١) شاملة لها، لأن ما أوجب الحد من المعاصي فهو كبيرة، والحديث ورد في فاعل الكبيرة أنه يقتل في الثالثة إذا أقيم عليه الحد مرتين، ولكن المصنف اتكل على ما تكرر منه الكلام فيه، واعتمد هنا على ما يذهب إليه. قوله: (والأجنبيتان إذا وجدتا... إلخ).
الكلام في تحريم نوم المرأتين مجردتين تحت إزار واحد كالكلام في الرجلين، وقد تقدم (٢) ذكرهما معهما في الأخبار.
ثم إن أوجبا في هذا الفعل الحد كاملاً، فلا إشكال في قتلتهما مع تخلل الحد مرتين أو ثلاثاً في الثالثة أو الرابعة. وإنما الكلام مع (٣) الحكم فيه بالتعزير، فإن مقتضاه عدم الحكم بالقتل مطلقاً، وإليه ذهب أكثر المتأخرين (٤).
وذهب الشيخ في النهاية (٥) وابن البراج (٦) والعلامة في المختلف (٧) - وهم من جملة القائلين بالتعزير - إلى قتلتهما في الرابعة مع تخلل الحد، لرواية أبي

- (١) الكافي ٧: ١٩١ ح ٢، الفقيه ٤: ٥١ ح ١٨٢، التهذيب ١٠: ٩٥ ح ٣٦٩، الاستبصار ٤: ٢١٢ ح ٧٩١، الوسائل ١٨: ٣١٣ ب (٥) من أبواب مقدمات الحدود ح ١.
(٢) في ص: ٤١١.
(٣) في (ت، خ، ط): في.
(٤) تحرير الأحكام ٢: ٢٢٥، قواعد الأحكام ٢: ٢٥٧، اللعة الدمشقية: ١٦٧.
(٥) النهاية: ٧٠٧.
(٦) المهذب ٢: ٥٣٣.
(٧) المختلف: ٧٦٦.

مسألتان:

الأولى: لا كفالة في حد، ولا تأخير فيه مع الامكان، والأمن من توجه ضرر، ولا شفاعاة في إسقاطه.

خديجة عن الصادق عليه السلام: (قال: لا ينبغي لامرأتين تنامان في لحاف واحد إلا وبينهما حاجز، فإن فعلتا نهيتا عن ذلك، فإن وجدتهما بعد النهي في لحاف واحد جلدتا، كل واحدة منهما حدا حدا، وإن وجدتا الثالثة حدثا، فإن وجدتا في الرابعة قتلتا) (١). ولأنه كبيرة، وكل كبيرة يقتل بها في الرابعة. وفيه: أن الرواية مع ضعف سندها معدولة الظاهر، لأنهم لا يقولون بوجوب الحد بهذا الفعل.

وقوله ثانيا: إن كل كبيرة يقتل بها في الرابعة، إن أراد به مع إيجابها الحد فمسلم، لكن لا يقولون به هنا، وإن أراد مطلقا فظاهر منعه، ومن ثم اختار المصنف الاقتصار على التعزير مطلقا. وهو الأوجه إن لم نقل بالحد كما اختاره الصدوق (٢)، وإلا كان القول بقتلهما في الثالثة أو الرابعة أوجه. قوله: (لا كفالة في حد... إلخ).

وجوب الحد حيث يثبت موجه فوري، ومن ثم لم تجز فيه الكفالة، لأدائها إلى تأخيرها، وهو غير جائز مع إمكان تعجيله. واحترز بالامكان والأمن عن حد المريض والحبلى ونحوهما، فإنه يؤخر إلى أن يبرأ حيث لا تقتضي المصلحة تعجيله محققا كما سبق. واستيفاءه حق واجب على الإمام، ومن ثم لم تجز فيه الشفاعاة، لأنه لا

(١) التهذيب ١٠: ٤٤ ح ١٥٩، الاستبصار ٤: ٢١٧ ح ٨١١، الوسائل ١٨: ٣٦٨ ب (١٠) من أبواب حد الزنا ح ٢٥.
(٢) المقنع: ٤٣٣.

الثانية: لو وطئ زوجته، فساحت بكرًا، فحملت، قال في النهاية: على المرأة الرجم، وعلى الصبية جلد مائة بعد الوضع. ويلحق الولد بالرجل. ويلزم المرأة المهر. أما الرجم: فعلى ما مضى من التردد. وأشبهه الاقتصار على الجلد.

وأما جلد الصبية فموجبه ثابت، وهي المساحقة. وأما لحوق الولد، فلأنه ماء غير زان، وقد انخلق منه الولد فيلحق به.

وأما المهر، فلأنها سبب في إذهاب العذرة، وديتها مهر نسائها. وليست كالزانية في سقوط دية العذرة، لأن الزانية أذنت في الافتضاض، وليست هذه كذا.

يشفع إلا فيما هو حقه. وقد ورد بذلك روايات كثيرة، منها ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: (لا كفالة في حد) (١). وقال لأسامة وقد كان يشفع عنده كثيرا: (يا أسامة لا تشفع في حد) (٢). وقال: (من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فهو مضاد لله في أمره) (٣). وعن أمير المؤمنين عليه السلام قال: (لا يشفعن أحد في حد) (٤). وقال: (ليس في الحدود نظرة ساعة) (٥). قوله: (لو وطئ زوجته... إلخ).

(١) الكافي ٧: ٢٥٥ ح ١، التهذيب ١٠: ١٢٥ ح ٤٩٩، الوسائل ١٨: ٣٣٣ ب (٢١) من أبواب مقدمات الحدود.

(٢) الكافي ٧: ٢٥٤ ح ١، الوسائل ١٨: ٣٣٣ ب (٢٠) من أبواب مقدمات الحدود ح ٣.
(٣) عوالي اللئالي ١: ١٦٥ ح ١٧٢.

(٤) الفقيه ٣: ١٩ ح ٤٥، الكافي ٧: ٢٥٤ ح ٣، التهذيب ١٠: ١٢٤ ح ٤٩٨، الوسائل ١٨: ٣٣٣ ب (٢٠٠) من أبواب مقدمات الحدود ح ٤.

(٥) الكافي ٧: ٢١٠ ح ٤، الفقيه ٤: ٢٤ ح ٥٦، الوسائل ١٨: ٤٤٦ ب (١٢) من أبواب حد القذف ح ٣.

وأنكر بعض المتأخرين ذلك، وظن أن المساحقة كالزانية، في سقوط دية العذرة وسقوط النسب.

الأصل في هذه المسألة ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح قال: سمعت أبا جعفر وأبا عبد الله عليهما السلام يقولان: (بيننا الحسن بن علي عليهما السلام في مجلس أمير المؤمنين عليه السلام إذ أقبل قوم، فقالوا: يا أبا محمد أردنا أمير المؤمنين عليه السلام.

قال: وما حاجتكم؟

قالوا: أردنا أن نسأله عن مسألة.

قال: وما هي تخبرونا بها؟

فقالوا: امرأة جامعها زوجها، فلما قام عنها قامت بحموتها (١) فوقع علي

جارية بكر فساحقتها، فألقت النطفة فيها فحملت، فما تقول في هذا؟

فقال الحسن عليه السلام: معضلة وأبو الحسن لها. وأقول: فإن أصبت

فمن الله ثم من أمير المؤمنين عليه السلام، وإن أخطأت فمن نفسي، فأرجو أن لا

أخطئ إن شاء الله تعالى. يعمد إلى المرأة فيؤخذ منها مهر الجارية البكر في أول

وهلة، لأن الولد لا يخرج منها حتى تشق وتذهب عذرتها، ثم ترجم المرأة، لأنها

محصنة، وينتظر بالجارية حتى تضع ما في بطنها، ويرد إلى أبيه صاحب النطفة،

ثم تجلد الجارية الحد.

قال: فانصرف القوم من عند الحسن عليه السلام، فلقوا أمير المؤمنين عليه

السلام، فقال: ما قلتم لأبي محمد، وما قال لكم؟ فأخبروه.

(١) أي: بشهوتها، وحمو كل شيء: حرها. لسان العرب ١٤: ١٩٨.

فقال: لو أني المسؤول ما كان عندي فيها أكثر مما قال ابني (١).
وروى إسحاق (٢) بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قريبا من ذلك.
وعمل بمضمونها الشيخ (٣) وأتباعه (٤).
والمصنف - رحمه الله - وافق على الأحكام الثلاثة غير الرجم، بناء على
أصله السابق في حد المساحقة.
وابن إدريس (٥) رد الأحكام كلها عدا إثبات الجلد على البكر، نظرا إلى
وجود مقتضاه وهو المساحقة.
واعترض على الرجم بما أثبتته سابقا من كون الحد الجلد مطلقا.
وعلى إلحاق الولد بالرجل بأنه غير مولود على فراشه، وقد قال صلى الله
عليه وآله: (الولد للفراش) (٦)، والبكر ليست فراشا له، لأن الفراش عبارة عن
المعقود عليها مع إمكان الوطي، ولا هو من شبهة.
وعلى إلزام المرأة بالمهر، فإن البكر مختارة غير مكرهة، والزنا بالمختارة
لا يوجب المهر، فهنا أولى. ولأنها بغي، وقد نهى (٧) رسول الله صلى الله عليه وآله
عن مهر البغي.

- (١) الكافي ٧: ٢٠٢ ح ١، الوسائل ١٨: ٤٢٦ ب (٣) من أبواب حد السحق ح ١.
(٢) الكافي ٧: ٢٠٣ ح ٢، الفقيه ٤: ٣١ ح ٨٩، التهذيب ١٠: ٥٨ ح ٢١٢، الوسائل ١٨: ٤٢٧ ب (٣)
من أبواب حد السحق ح ٢.
(٣) النهاية: ٧٠٧.
(٤) المهذب ٢: ٥٣٢.
(٥) السرائر ٣: ٤٦٥.
(٦) الكافي ٧: ١٦٣ ح ٣، التهذيب ٩: ٣٤٣ ح ١٢٣٢، الاستبصار ٤: ١٨٣ ح ٦٨٧، الوسائل ١٧:
٥٦٧ ب (٨) من أبواب ميراث ولد الملائنة ح ٤.
(٧) الخصال: ٤١٧ ح ١٠، الوسائل ١٢: ٦٤ ب (٥) من أبواب ما يكتسب به ح ١٣، ١٤.

والمصنف - رحمه الله - قد أشار هنا إلى جوابه عن جميع ذلك. أما عن إلحاق الولد فلأنه مخلوق من مائه (١)، وهو غير زان، بل عن وطى صحيح، غايته أن التفريط من المرأة، وذلك لا يسقط حق الرجل، وإنما يوجب عدم إلحاقه بها من حيث بغيها، ونحن نقول به.

وأما المهر فلأن المساحقة سبب في إذهاب عذرتها، فلزمها عوضها وهو مهر نساءها. وفرق بينها وبين الزانية، لأن الزانية أذنت في الافتضاض وإذهاب العذرة فلا عوض لها، وهذه لم تأذن في ذلك، وإنما تعدت بالملاصقة المحرمة.

وبالجملة، فغير الشيخ وأتباعه من الموجبين للرجم على المساحقة يردون هذا الحديث وإن عملوا ببعض موجبه، وهو ما وافق القواعد الشرعية لذلك، لا لوروده فيه، وإلا لأوجبوا الرجم على المحصنة. ولقد كان القول به أولى، لصحة الرواية واعتبار حكمها، فكانت أرجح مما استدلوا به على عدمه.

وبقي من أحكام المسألة لحوق الولد بالمرأة. أما الكبيرة فلا يلحق بها قطعاً، لأنه لم يتولد منها، وإنما كانت سبباً في تولده. وأما الصبية ففي إلحاقه بها وجهان، من حيث إنها ولدته من غير زنا فيلحق بها، ومن انتفاء سبب الإلحاق، وهو العقد الصحيح أو الشبهة. ولأنه بحكم الزنا، ولهذا يجب عليها الحد. وهذا أقوى.

(١) في (أ، ت، خ): نطفته.

وأما القيادة:
فهي الجمع بين الرجال والنساء للزنا، أو بين الرجال والرجال
للواط.
ويثبت بالاقرار مرتين، مع بلوغ المقر وكماله وحرите واختياره،
أو شهادة شاهدين.
ومع ثبوته، يجب على القواد خمسة وسبعون جلدة. وقيل: يحلق
رأسه ويشهر.
ويستوي فيه: الحر، والعبد، والمسلم، والكافر. وهل ينفي بأول
مرة؟ قال في النهاية: نعم. وقال المفيد - رحمه الله -: ينفي في الثانية.
والأول مروى.
وأما المرأة فتجلد. وليس عليها: جز، ولا شهرة، ولا نفي.

قوله: (وأما القيادة... إلخ).
اتفق الجميع على أن حد القيادة (١) مطلقا خمس وسبعون جلدة. واختلفوا
في ثبوت شيء آخر معها، فأثبت الشيخ في النهاية (٢) معها على الرجل حلق
رأسه، وشهرته في البلد، والنفي من بلده الذي فعل فيه الفعل إلى غيره.
وقال المفيد (٣): يجلد في المرة الأولى، ويحلق رأسه ويشهر، فإن عاد ثانية
جلد ونفي. وتبعه أبو الصلاح (٤) وسالار (٥).

-
- (١) في (أ): القواد.
(٢) النهاية: ٧١٠.
(٣) المقنعة: ٧٩١.
(٤) الكافي في الفقه: ٤١٠.
(٥) المراسم: ٢٥٧.

وزاد أبو الصلاح (١): فإن عاد ثلاثة جلد، فإن عاد رابعة استتيب، فإن تاب قبلت توبته وجلد، فإن أبى التوبة قتل، فإن تاب ثم أحدث بعد التوبة خامسة قتل على كل حال.

وليس في الباب من الأخبار سوى رواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام، وقد سأله عن حد القواد، فقال: (يضرب ثلاثة أرباع حد الزاني خمسة وسبعين سوطاً، وينفى من المصر الذي هو فيه) (٢). وهي تدل على نفيه بأول مرة كما ذكره الشيخ، لكن ليس فيه الحلق والشهرة. مع أن في طريقه محمد بن سليمان، وهو مشترك بين جماعة منهم الثقة وغيره، ومن ثم جعل المصنف حلق رأسه وشهرته قولاً مؤذناً بضعفه، لعدم وقوفه على مستنده. وقد أحسن ابن الجنيد (٣) - رحمه الله - حيث اقتصر من حكم القيادة على ذكر الرواية.

(١) الكافي في الفقه: ٤١٠.

(٢) الكافي ٧: ٢٦١ ح ١٠، الفقيه ٤: ٣٤ ح ١٠٠، التهذيب ١٠: ٦٤ ح ٢٣٥، الوسائل ١٨: ٤٢٩ ب

(٥٥) من أبواب حد السحق والقيادة ح ١.

(٣) لم نعثر عليه.

الباب الثالث
في حد القذف
والنظر في أمور أربعة:
الأول

في الموجب

وهو الرمي بالزنا أو اللواط، كقوله: زנית أو لطت أو ليط بك، أو أنت زان أو لائط أو منكوح في دبره، وما يؤدي هذا المعنى صريحا، مع معرفة القائل بموضوع اللفظ، بأي لغة اتفق.

قوله: (وهو الرمي بالزنا أو اللواط... إلخ).

القذف من الذنوب الكبائر، روي أنه صلى الله عليه وآله قال: (اجتنبوا السبع الموبقات، قيل: وما هن يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات) (١).

ويتعلق بالقذف الحد بالاجماع، قال تعالى: (والذين يرمون المحصنات) إلى قوله: (فاجلدوهم ثمانين جلدة) (٢). وروى عبد الله بن سنان في الحسن قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن الفرية ثلاث - يعني: ثلاث وجوه - رمي الرجل بالزنا، وإذا قال: إن أمه زانية، وإذا دعي لغير أبيه، فذلك فيه حد ثمانون) (٣).

(١) الخصال: ٣٦٤ ح ٥٧، الوسائل ١١: ٢٦١ ب (٤٦) من أبواب جهاد النفس ح ٣٤.

(٢) النور: ٤.

(٣) الكافي ٧: ٢٠٥ ح ١، التهذيب ١٠: ٦٥ ح ٢٣٦، الوسائل ١٨: ٤٣٢ ب (٢) من أبواب حد القذف ح ٢.

ولو قال لولده الذي أقر به: لست بولدي، وجب عليه الحد. وكذا لو قال لغيره: لست لأبيك.
ولو قال: زنت بك أمك، أو يا ابن الزانية، فهو قذف للأم. وكذا لو قال: زنى بك أبوك، أو يا ابن الزاني، فهو قذف لأبيه.
ولو قال: يا ابن الزانيين، فهو قذف لهما، ويثبت به الحد، ولو كان المواجه كافرا، لأن المقذوف ممن يجب له الحد.

وأصل القذف الرمي، يقال: قذف بالحجارة أي: رماها (١)، فكأن الساب يرمي المسبوب بالكلمة المؤذية.
قوله: (ولو قال لولده... إلخ).
هذه الصيغة عندنا من ألفاظ القذف الصريح لغة وعرفا، فيثبت بها الحد للأمه.

ونبه بالتسوية بين الصيغتين على خلاف بعض (٢) العامة، حيث فرق بينهما وجعل الثانية قذفا دون الأولى، استنادا إلى أن الأب يحتاج في تأديب الولد إلى مثل ذلك، زجرا له عما لا يليق بنسبه وقومه، فيحمل ذلك منه على التأديب، والأجنبي بخلافه. هذا إذا لم يقصد به القذف، وإلا كان قذفا إجماعا.
قوله: (ولو قال: زنت بك أمك... إلخ).
فائدة تعيين المقذوف من الأبوين والمواجه يظهر فيما لو اختلف حكمهم في إيجاب الحد وعدمه، كما لو كان المحكوم بقذفه مسلما والمنفي عنه كافرا، وبالعكس، وفي توقف ثبوته على مرافعة المستحق.

(١) القاموس المحيط ٣: ١٨٣.

(٢) روضة الطالبين ٦: ٢٩٢.

ولو قال: ولدت من الزنا، ففي وجوب الحد لأمه تردد، لاحتمال انفراد الأب بالزنا، ولا يثبت الحد مع الاحتمال. أما لو قال: ولدتك أمك من الزنا، فهو قذف للأم. وهنا الاحتمال أضعف. ولعل الأشبه عندي التوقف، لتطرق الاحتمال وإن ضعف. ولو قال: يا زوج الزانية، فالحد للزوجة. وكذا لو قال: يا أبا الزانية، أو يا أبا الزانية، فالحد لمن نسب إليها الزنا دون المواجه.

ثم على تقدير كون القذف للأبوين أو لأحدهما دون المواجه يعزر للمواجه زيادة على الحد، لا يذاته المحرم بمواجهته بالقذف وإن كان متعلقه غيره. قوله: (ولو قال: ولدت من الزنا... إلخ). هنا مسألتان:

الأولى: إذا قال لغيره: ولدت من الزنا، ففي وجوب الحد بذلك وجهان: أحدهما - وهو الأشهر - : ثبوته، لتصريحه بتولده من الزنا، فيكون قذفا صريحا يثبت به الحد. لكن يقع الاشتباه في متعلقه وهو مستحق الحد، فذهب الشيخان (١) والقاضي (٢) والمصنف في النكت (٣) وجماعة (٤) إلى أنه الأم، لاختصاصها بالولادة ظاهرا، وقد عدى الولادة إلى الزنا بحرف الجر، ومقتضاه نسبة الأم إلى الزنا، لأنه على هذا التقدير يكون ولادتها له عن زنا. ولأنه الظاهر عرفا، والحقيقة العرفية أولى من اللغوية.

-
- (١) راجع المقنعة: ٧٩٣ - ٧٩٤ ولكن حكم بالتسوية بين قوله: (يا ولد زنا) وقوله: (زنت بك أمك)، وصرح في الثاني بأن الحق له لا للأم، ولم نجد له كلاما غير هذا، النهاية: ٧٢٣.
(٢) المهذب ٢: ٥٤٧.
(٣) النهاية ونكتها ٣: ٣٣٩.
(٤) المختلف: ٧٨٠.

وقيل: متعلقه الأبوان معا، لأن نسبه إليهما واحدة، فلا اختصاص لأحدهما دون الآخر. ولأن الولادة إنما يتم بهما، فهما والدان لغة وعرفا، وقد نسبت الولادة إلى الزنا، وهي قائمة بهما، فيكون القذف لهما. وهو أحد قولي العلامة (١) والشهيد في الشرح (٢).

والثاني: أنه لا يثبت لأحدهما ولا للمواجه. أما المواجه فظاهر، لأنه لم ينسب الفعل إليه.

وأما الأبوان فلأن هذا اللفظ يحتمل كون الزنا مختصا بالأم، لأن الولادة مختصة بها كما ذكر، ويكون الأب مشبها (٣) عليه أو مكرها، فلا يتحقق نسبه إليه بمجرد ذلك، وكونه من الأب، لأن النسب يقوم بكل واحد منهما، ويحتمل كون الأم مكرهة أو مشبها (٤) عليها، ومع ذلك يصدق كونه مولودا من الزنا حيث يكون الأب زانيا، وكونه منهما، وإذا تعدد الاحتمال في اللفظ بالنسبة إلى كل منهما لم يعلم كونه قذفا لأحدهما بخصوصه ولا المستحق، فتحصل الشبهة الدارئة للحد. وهذا هو الظاهر من كلام المصنف هنا، لأن قوله: (لا احتمال انفراد الأب) لا يريد به أن الأب داخل في القذف على التقديرين، بل يريد أنه كما يحتمل كون النسبة إلى الأم يحتمل كونها إلى الأب، بأن يكون منفردا بالزنا، ومع الاحتمال يسقط الحد للشبهة.

وصراحة اللفظ في القذف مع اشتباه المقذوف لا يوجب الحد، لتوقفه على مطالبة المستحق، وهو غير معلوم، كما لو سمع واحد يقذف أحدا بلفظ صريح

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٠.

(٢) غاية المراد: ٣٤٣.

(٣) في (خ، م): مشبها.

(٤) في (خ، م): مشبها.

ولم يعلم المقذوف، فإننا لا نحده بذلك. ويمكن الفرق بانحصار [ذلك] (١) الحق في المتنازع في الأبوين، فإذا اجتمعا على المطالبة تحتم الحد، لمطالبة المستحق قطعا وإن لم يعلم عينه.

ولعل هذا أجود. نعم، لو انفرد أحدهما بالمطالبة تحقق الاشتباه، واتجه عدم ثبوت الحد حينئذ، لعدم العلم بمطالبة المستحق [به] (٢).

الثانية: لو صرح بذكر الأم فقال: ولدتك أمك من الزنا، فإن قلنا بثبوت الحق في السابقة للأم خاصة أولهما فلا إشكال في ثبوته هنا لها. وبهذا صرح ابن إدريس (٣) مع مخالفته في الأولى. وإن قلنا بعدم ثبوته لها في السابقة احتمال ثبوته هنا، لأنه ظاهر في نسبه إليها.

ويحتمل العدم، لأن ولادتها إياه من الزنا أعم من كونها زانية، لجواز كون الزاني هو الأب، وهي مكرهة أو مشبهه (٤) عليها. ولأن المتعدي ب (من) إنما هو الولادة على التقديرين، وتوسط الأم في الولادة لازم عليهما (٥)، فلا فرق بين المسألتين، وإن كان الإشكال في هذه أقوى.

والمصنف - رحمه الله - رجح هنا التوقف أيضا، لقيام الاحتمال الدافع للحد بالشبهة وإن ضعف. وله وجه، إلا أن يجتمع الأبوان على المطالبة بالحد كما سبق، فيتجه القول بثبوته. مع احتمال العدم أيضا، لأن مطالبة كل واحد منهما غير معلومة التأثير في جواز الاستيفاء مع الانفرد، فكذا مع الاجتماع.

(١) من (أ).

(٢) من (أ، ث).

(٣) السرائر ٣: ٥١٧.

(٤) في (خ): مشتبّه.

(٥) في (أ، د، م): عليها.

ولو قال: زنت بفلانة، أو لظت به، فالقذف للمواجه ثابت. وفي ثبوتة للمنسوب إليه تردد. قال في النهاية وفي المبسوط: يثبت حدان، لأنه فعل واحد، متى كذب في أحدهما كذب في الآخر. ونحن لا نسلم أنه فعل واحد، لأن موجب الحد في الفاعل غير الموجب في المفعول. وحينئذ يمكن أن يكون أحدهما مختارا دون صاحبه.

قوله: (ولو قال: زنت بفلانة... إلخ).
إذا أضاف زنا المواجه أو لواطه إلى معين، فلا خلاف في كونه قذفا للمواجه، لدلالة لفظه على وقوعه منه اختيارا.
وأما المنسوب إليه ففي كونه قذفا له قولان:
أحدهما - وهو مذهب المفيد (١)، والشيخ في النهاية (٢) والمبسوط (٣)، وأتباعه (٤) - : الثبوت، لأن الزنا فعل واحد يقع بين اثنين، ونسبة أحدهما إليه بالفاعلية والآخر بالمفعولية، فيكون قذفا لهما. ولأن كذبه في أحدهما يستلزم كذبه في الآخر، لاتحاد الفعل.
واعترض المصنف - رحمه الله - بمنع اتحادهما، لأن الموجب في الفاعل التأثير وفي المفعول التأثير، وهما متغايران، وجاز أن يكون أحدهما مكرها والآخر مختارا.

(١) المقنعة: ٧٩٣.

(٢) النهاية: ٧٢٥ - ٧٢٦.

(٣) المبسوط ٨: ١٦.

(٤) المهذب ٢: ٥٤٨، فقه القرآن للراوندي ٢: ٣٨٩، غنية النزوع: ٤٢٨، إصباح الشيعة: ٥٢٠.

ولو قال لابن الملاعنة: يا ابن الزانية، فعليه الحد. ولو قال لابن المحدودة قبل التوبة، لم يجب به الحد، وبعد التوبة يثبت الحد.

والحق أنهما فعل واحد. واختلاف النسبة يجوز اختلاف الحكم كما ذكر، لا اختلاف الفعل.

والثاني: عدم ثبوته للمنسوب إليه، لأن مجرد نسبة الفعل إليه أعم من كونه زانياً، لجواز الاكراه، وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلا أنه ممكن، فيكون شبهة يدرأ بها الحد. وهو اختيار المصنف في النكت (١) صريحاً، وهنا ظاهراً. وأجيب بالمعارضة بقوله: إنه منكوح في دبره، فإنه يوجب الحد إجماعاً مع احتمال الاكراه، فدل على عدم قبح مجرد الاحتمال. وقوله: زنت بفلانة، في معنى: فلانة مزني بها، الذي هو في معنى قوله: منكوح في دبره. والأقوى ثبوته لهما، إلا مع تصريحه بالاكراه، فينتفي بالنسبة إلى المكره. وحيث يحكم بثبوته لهما يجب لهما حدان وإن اجتمعا في المطالبة، لأن اللفظ هنا متعدد، بدليل أنه لو اقتصر على قوله: زنت، من دون أن يذكر الآخر، تحقق القذف للمواجه، فيكون قذف الآخر حاصلًا بضميمة لفظه. كذا ذكره المصنف في النكت (٢).

قوله: (ولو قال لابن الملاعنة... إلخ).

الفرق بين الملاعنة والمحدودة قبل التوبة - وإن اشتركا في إقامة البينة على الزنا، من حيث إن شهادات الزوج عليها بمنزلة الشهود الأربعة، ومن ثم وجب عليها الحد بذلك - أن شهادات الزوج [بذلك] (٣) ليست كالبينة الموجبة لثبوت الزنا

(١) النهاية ونكتها ٣: ٣٤٥ - ٣٤٦.

(٢) من الحجريتين.

(٣) النهاية ونكتها ٣: ٣٤٥ - ٣٤٦.

في حقها مطلقا، ومن ثم كان لها دفعه باللعان، ولو كان ثبوته بالبيينة المحضنة لم يكن لها دفعه. فثبوته في حقها مطلقا بشهاداته إنما هو بالنسبة إلى الزوج خاصة، فيحد قاذفها، بخلاف من ثبت عليها الزنا بالبيينة أو الاقرار قبل التوبة، فإنها خرجت بذلك عن الاحصان الذي هو شرط ثبوت الحد على القاذف. ولو تابت سقط حكم ذلك الفعل، وثبت على قاذفها الحد.

ويدل عليه حسنة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبيه قال: (سألت أبا عبد الله وأبا الحسن عليهما السلام عن امرأة زنت فأتت بولد، وأقرت عند إمام المسلمين بأنها زنت وأن ولدها ذلك من الزنا، فأقيم عليها الحد، وأن ذلك الولد نشاء حتى صار رجلا، فافترى عليه رجل، هل يجلد من افترى عليه؟ قال: يجلد ولا يجلد، قلت: كيف يجلد ولا يجلد؟ فقال: من قال له: يا ولد الزنا، لا يجلد إنما يعزر وهو دون الجلد، وإذا قال: يا بن الزانية، جلد الحد [تاما، فقلت: كيف صار هذا هكذا؟ فقال: إنه إذا قال: يا ولد الزنا، كان قد صدق فيه، وعزر على تعبيره أمه ثانية، وقد أقيم عليها الحد، وإذا قال: يا بن الزانية، جلد الحد تاما] (١)، لفريته عليها بعد إظهارها التوبة وإقامة الإمام عليها الحد) (٢).

ويدل على ثبوت الحد بقذف الملاعنة حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل قذف ملاءنة، قال: عليه الحد) (٣). ولو قال لامرأته: زنيت بك، فلها حد على التردد المذكور. ولا يثبت في طرفه حد الزنا حتى يقر أربعاً.

(١) من (د). ووردت في مصادر الحديث.
(٢) الكافي ٧: ٢٠٦ ح ٧، التهذيب ١٠: ٦٧ ح ٢٥٠، الوسائل ١٨: ٤٤١ ب (٧) من أبواب حد القذف ح ١. وفي المصادر: عن الفضل بن إسماعيل الهاشمي عن أبيه.
(٣) الكافي ٧: ٢٠٦ ح ٨، الوسائل ١٨: ٤٤٢ ب (٨) من أبواب حد القذف ح ٣.

ولو قال: يا ديوث أو يا كشيخان أو يا قرنان، أو غير ذلك من الألفاظ، فإن أفادت القذف في عرف القائل، لزمه الحد. وإن لم يعرف فائدتها، أو كانت مفيدة لغيره، فلا حد. ويعزر إن أفادت فائدة يكرهها المواجه.

قوله: (ولو قال لامرأته... إلخ).

هو المذكور في المسألة السابقة في قوله: زنيته بفلانة، من حيث احتمال كونها مكرهة، فلا يكون قذفا لها. والأقوى ثبوته ما لم يدع الاكراه، بتقريب ما سبق. وأما رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (في رجل قال لامرأته: يا زانية أنا زنيته بك، قال: عليه حد واحد، لقذفه إياها، وأما قوله: أنا زنيته بك، فلا حد فيه، إلا أن يشهد على نفسه أربع شهادات بالزنا عند الإمام) (١). فلا يدل على ثبوت الحد بقوله: أنا زنيته بك، ولا نفيه، لأن حد القذف ثابت على المذكور في الرواية بالكلمة الأولى، وهي قوله: يا زانية، ويبقى حكم الأخرى على الاشتباه. ولا يلزم من تعليق الحكم على اللفظين ثبوته مع أحدهما، إلا أنه ثابت بالأول من دليل خارج.

قوله: (ولو قال: يا ديوث... إلخ).

هذه الألفاظ ليست موضوعة لغة لمعنى يوجب القذف، وإنما هي ألفاظ عرفية يرجع فيها إلى عرف القائل، فإن أفادت القذف لزمه الحد، وإلا فلا.

(١) الكافي ٧: ٢١١ ح ١، الفقيه ٤: ٣٧ ح ١١٦، التهذيب ١٠: ٧٦ ح ٢٩١، الوسائل ١٨: ٤٤٦ ب (١٣٣) من أبواب حد القذف ح ١.

وكل تعريض بما يكرهه المواجه، ولم يوضع للقذف لغة ولا عرفاً، يثبت به التعزير لا الحد، كقوله: أنت ولد حرام، أو حملت بك أمك في حيضها، أو يقول لزوجته: لم أجذك عذراء، أو يقول: يا فاسق، أو يا شارب الخمر، وهو متظاهر بالستر، أو يا خنزير أو يا حقير أو يا وضيع.

ولو كان المقول له مستحقاً للاستخفاف، فلا حد ولا تعزير. وكذا كل ما يوجب أذى، كقوله: يا أجذم، أو يا أبرص.

قال ثعلب (١): القرنان والكشخان لم أرهما في كلام العرب، ومعناهما عند العامة مثل معنى الديوث أو قريب منه. وقد قيل: إن الديوث هو الذي يدخل الرجال على امرأته. وقيل: القرنان من يدخلهم على بناته، والكشخان على أخواته.

وعلى هذا، فإن كان ذلك متعارفاً عند القاذف ثبت عليه الحد، ترجيحاً لجانب العرف على اللغة، وإلا فإن أفادت فائدة يكرهها المواجه دون ذلك فعليه التعزير، وإن انتفى الأمران فلا شيء.

قوله: (وكل تعريض بما يكرهه... إلخ).

لما كان أذى المسلم غير المستحق للاستخفاف محرماً، فكل كلمة يقال له ويحصل له بها الأذى، ولم تكن موضوعة للقذف بالزنا وما في حكمه لغة ولا عرفاً، يجب بها التعزير، لفعل المحرم كغيره من المحرمات، ومنه التعبير بالأمراض. ففي صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل سب رجلاً بغير قذف يعرض به هل يجلد؟ قال: عليه

(١) انظر المغني لابن قدامة ١٠: ٢٠٦.

التعزير) (١).

والمراد بكون المقول له مستحقاً للاستخفاف أن يكون فاسقاً متظاهراً بفسقه، فإنه لا حرمة له حينئذ، لما روي عن الصادق عليه السلام: (إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له ولا غيبة) (٢). وفي بعض الأخبار: (من تمام العبادة الوقية في أهل الريب) (٣).

وروى داود بن سرحان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا رأيتم أهل الريب والبدع من بعدي فأظهروا البراءة منهم، وأكثروا من سبهم والقول فيهم والوقية، وباهتوهم لئلا يطمعوا في الفساد في الإسلام، ويحذرهم الناس، ولا يتعلمون من بدعهم، يكتب الله لكم بذلك الحسنات، ويرفع لكم به الدرجات في الآخرة) (٤).

ويظهر من قوله: (فلا حد ولا تعزير) أن بعض المذكورات يوجب الحد وإلا لما كان لنفيه فائدة. وليس كذلك، لأن جميعها يوجب التعزير، إلا أن يريد بنفي الحد في حقه على تقدير قذفه بالزنا مع تظاهره به، فإن ذلك مما يوجب الحد في غيره. ولكن سيأتي (٥) أنه يوجب التعزير. والأولى ترك لفظ الحد،

-
- (١) الكافي ٧: ٢٤٠ ح ٣، التهذيب ١٠: ٨١ ح ٣١٧، الوسائل ١٨: ٤٥٢ ب (١٩) من أبواب حد القذف ح ١.
(٢) أمالي الصدوق (طبعة بيروت): ٤٢ ح ٧، الوسائل ٨: ٦٠٤ ب (١٥٤) من أبواب أحكام العشرة ح ٤.
(٣) لم نجده في الجوامع الحديثية.
(٤) الكافي ٢: ٣٧٥ ح ٤، الوسائل ١١: ٥٠٨ ب (٣٩) من أبواب الأمر والنهي ح ١.
(٥) في ص: ٤٣٨.

الثاني
في القاذف

ويعتبر فيه: البلوغ، وكمال العقل.
فلو قذف الصبي، لم يحد وعزر، وإن قذف مسلما بالغاً حراً. وكذا
المجنون.

وهل يشترط في وجوب الحد الكامل الحرية؟ قيل: نعم، وقيل:
لا يشترط. فعلى الأول يثبت نصف الحد، وعلى الثاني يثبت الحد
كاملاً، وهو ثمانون.

والاقتصار على نفي التعزير، كما صنع في القواعد (١).
واعلم أن إلحاق قوله: (أنت ولد حرام) بالألفاظ التي لا تدل على القذف
هو المشهور بين الأصحاب، صرح به الشيخان (٢) والأكثر (٣).
وخالف في ذلك ابن إدريس فقال: (إذا قال له: أنت ولد حرام، فهو كقوله:
أنت ولد زنا) (٤)، لعدم الفرق بينهما في العرف وعادة الناس وما يريدونه بذلك.
وأجيب: بمنع دلالة العرف على ذلك، بل كثيراً ما يطلق على كونه ردي
الفعال خبيث النفس، ونحو ذلك. ولو فرض احتمال الأمرين فليس بصريح في
القذف، لقيام احتمال الدافع للحد.
قوله: (وهل يشترط في وجوب... إلخ).

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٠.

(٢) المقنعة: ٧٩٥، النهاية: ٧٢٨.

(٣) المهذب ٢: ٥٥٠، إرشاد الأذهان ٢: ١٧٨.

(٤) السرائر ٣: ٥٢٩.

أكثر الأصحاب - ومنهم الشيخ في النهاية (١) والخلاف (٢)، والمصنف في النافع (٣) وإن توقف هنا - على أنه لا يشترط الحرية في ثبوت الحد الكامل على القاذف، بل ادعى عليه جماعة (٤) الاجماع، لعموم قوله تعالى: (والذين يرمون المحصنات) (٥) الآية. و (الذين) جمع معرف، فيفيد العموم. ولقول الصادق عليه السلام في حسنة الحلبي: (إذا قذف العبد الحر جلد ثمانين، هذا من حقوق الناس) (٦). وفيها إشارة إلى التعليل بأن ما كان من حقوق الناس من الحدود لا ينتصف على المملوك. وغيرها من الروايات (٧).

وقال الشيخ في المبسوط (٨) وابن بابويه (٩): يجلد العبد أربعين، لقوله تعالى: (فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) (١٠). ورواية القاسم بن سليمان عن الصادق عليه السلام أنه: (سأله عن العبد يفترى على الحر كم يجلد؟ قال: أربعين، وقال: إذا أتى بفاحشة فعليه نصف العذاب) (١١).

-
- (١) النهاية: ٧٢٢ - ٧٢٣.
(٢) الخلاف ٥: ٤٠٣ مسألة (٤٧).
(٣) المختصر النافع: ٢٢٠.
(٤) الخلاف ٥: ٤٠٤ ذيل مسألة (٤٧)، الغنية: ٤٢٧.
(٥) النور: ٤.
(٦) الكافي ٧: ٢٣٤ ح ١، التهذيب ١٠: ٧٢ ح ٢٧٠، الاستبصار ٤: ٢٢٨ ح ٨٥٣، الوسائل ١٨: ٤٣٥ ب (٤) من أبواب حد القذف ح ٤.
(٧) راجع الوسائل ١٨: ٤٣٤ ب (٤) من أبواب حد القذف.
(٨) المبسوط ٨: ١٦.
(٩) الهداية: ٧٦.
(١٠) النساء: ٢٥.
(١١) التهذيب ١٠: ٧٣ ح ٢٧٨، الاستبصار ٤: ٢٣٠ ح ٨٦٥، الوسائل ١٨: ٤٣٧ ب (٤) من أبواب حد القذف ح ١٥.

ولو ادعى المقذوف الحرية، وأنكر القاذف، فإن ثبت أحدهما عمل عليه، وإن جهل، ففيه تردد، أظهره أن القول قول القاذف، لتطرق الاحتمال.

وأجيب بأن المراد بالفاحشة الزنا، على ما ذكره المفسرون (١). ولأنها نكرة مثبتة فلا تعم. والرواية معارضة بالاجماع أو بما هو أجود سنداً. وحملت على التقية.

وقد تعجب الشهيد - رحمه الله - في الشرح (٢) من المصنف حيث نقل في المسألة قولين ولم يرجح أحدهما مع ظهور المرجح، فإن القول بالتنصيف نادر جداً. ثم وقع فيما تعجب منه في اللمعة (٣)، فاقنصر فيها على نقل القولين في المسألة.

قوله: (ولو ادعى المقذوف الحرية... إلخ).

إذا ادعى المقذوف حرية قاذفه ليقوم عليه الحد كاملاً، وأنكر القاذف وادعى الرقية، بناء على القول بتنصيف الحد على المملوك، فإن ثبت أحد الأمرين من الحرية أو الرقية بالبينّة أو غيرها فلا كلام.

وإن جهل الأمران ففي تقديم قول أيهما قولان للشيخ في الخلاف (٤) والمبسوط (٥). ففي الأول اختار تقديم قول القاذف، عملاً بأصالة البراءة من ثبوت الزائد. وفي المبسوط نقل القولين، وعلل تقديم قول القاذف بما ذكر في الخلاف،

(١) النكت والعيون للماوردي ١: ٤٧٣، مجمع البيان ٣: ٦٤، الدر المنثور ٢: ٤٨٩.

(٢) غاية المراد: ٣٤٥.

(٣) اللمعة الدمشقية: ١٦٨.

(٤) الخلاف ٥: ٤٠٧ مسألة (٥٢).

(٥) المبسوط ٨: ١٧.

الثالث

في المقذوف

ويشترط فيه، الاحصان. وهو هنا عبارة عن: البلوغ، وكمال العقل، والحرية، والاسلام، والعفة. فمن استكملها، وجب بقذفه الحد. ومن فقدتها أو بعضها فلا حد، وفيه التعزير، كمن قذف: صبيا، أو مملوكا، أو كافرا، أو متظاهرا بالزنا، سواء كان القاذف مسلما أو كافرا، حرا أو عبدا.

وتقديم قول المقذوف بأصالة الحرية. قال: وهما جميعا قويان. والأقوى ما اختاره المصنف من تقديم قول القاذف، لتعارض الأصلين المقتضي لقيام الشبهة في الزائد، فيسقط. قوله: (المقذوف ويشترط فيه... إلخ).

إحصان المقذوف شرط في وجوب الحد على قاذفه، قال تعالى: (والذين يرمون المحصنات) (١) الآية. والمراد به هنا الجمع لأمر أربعة: التكليف، وهو يعتمد البلوغ والعقل، والحرية، والاسلام، والعفة عن الزنا. والمراد به الوطي الموجب للحد. وقد تقدم (٢) إطلاق الاحصان على معان أخر غير هذا. فمن استكمل هذه الأوصاف وجب بقذفه الحد، وإلا فالتعزير في غير الأخير. فلا يحد قاذف الصبي والمجنون والمملوك والكافر، بل يعزر للأيذاء. وأما قذف غير العفيف فمقتضى العبارة إيجابه التعزير أيضا، وبه صرح في

(١) النور: ٤.

(٢) في ص: ٣٣٢.

القواعد (١) والتحرير (٢). وتنظر فيه شيخنا الشهيد (٣) - رحمه الله - من حيث دلالة الخبرين السابقين (٤) على سقوط حرمة. ولعل القذف بالزنا مستثنى، لفحشه وإطلاق النهي عنه.

وقد دل على نفي الحد بقذف الصبي والمجنون صحيحة الفضيل بن يسار قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا حد لمن لا حد له، يعني: لو أن مجنوناً قذف رجلاً لم يكن عليه حد، ولو قذفه رجل لم يكن عليه الحد) (٥). ورواية أبي مريم الأنصاري عن الباقر عليه السلام وقد سأله: (عن الغلام يقذف هل يجلد؟ قال: لا، وذلك لو أن رجلاً قذف الغلام لم يجلد) (٦). وعلى نفيه بقذف الكافر رواية إسماعيل بن الفضيل قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الافتراء على أهل الذمة وأهل الكتاب، هل يجلد المسلم الحد في الافتراء عليهم؟ قال: لا ولكن يعزر) (٧). وعلى نفيه بقذف المملوك رواية عبيد بن زرارة قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لو أتيت برجل قد قذف عبداً مسلماً بالزنا، لا نعلم منه إلا

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٦١.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٣٨.

(٣) لم نعثر عليه.

(٤) راجع ص: ٤٣٤.

(٥) الكافي ٧: ٢٥٣ ح ٢، الفقيه ٤: ٣٨ ح ١٢٥، التهذيب ١٠: ٨٣ ح ٣٢٥، الوسائل ١٨: ٣٣٢ ب

(١٩٩) من أبواب مقدمات الحدود. وفي المصادر: لمن لا حد عليه....

(٦) الكافي ٧: ٢٠٥ ح ٥، التهذيب ١٠: ٦٨ ح ٢٥١، الاستبصار ٤: ٢٣٣ ح ٨٧٩، الوسائل ١٨: ٤٣٩

ب (٥) من أبواب حد القذف ح ١.

(٧) الكافي ٧: ٢٤٣ ح ١٨، التهذيب ١٠: ٧٥ ح ٢٨٩، الوسائل ١٨: ٤٥٠ ب (١٧) من أبواب حد

القذف ح ٤.

ولو قال لمسلم: يا ابن الزانية، أو أمك زانية، وكانت أمه كافرة أو أمة، قال في النهاية (١): عليه الحد تاما، لحرمة ولدها. والأشبه التعزير.

خيرا، لضربته الحد حد الحر إلا سوطا (٢). وهو دال على نفي الحد وإثبات التعزير.

وليس على انتفائه بقذف غير العفيف دليل صريح. والروايتان السابقتان (٣) غير صريحتين في ذلك، فينبغي حملهما على الاستخفاف به بغير القذف. قوله: (ولو قال لمسلم: يا ابن الزانية... إلخ).

وجه وجوب التعزير خاصة أن المنسوب إليه كافر فلا يجب بقذفه سوى التعزير، كما لو واجهه به. ولأصالة براءة الذمة من الزائد. وحرمة الولد غير كافية في تحصين الأم، لما تقدم من أن [من] (٤) شرطه الاسلام، وهو منتف. والشيخ - رحمه الله - استند في قوله بثبوت الحد إلى رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام أنه: (سئل عن اليهودية والنصرانية تحت المسلم فيقذف ابنها، قال: يضرب القاذف، لأن المسلم قد حصنها) (٥). وفيها قصور في السند والدلالة. أما الأول فلأن في طريقها بنان بن محمد وحاله مجهول، وأبان وهو مشترك بين الثقة وغيره. وأما الثاني فمن وجهين:

(١) النهاية: ٧٢٥.

(٢) الكافي ٧: ٢٠٨ ح ١٧، الفقيه ٤: ٣٧ ح ١١٩، التهذيب ١٠: ٧١ ح ٢٦٦، الوسائل ١٨: ٤٣٤ ب

(٤٤) من أبواب حد القذف ح ٢.

(٣) راجع ص: ٤٣٤.

(٤) من (ث، د، م).

(٥) الكافي ٧: ٢٠٩ ح ٢١، التهذيب ١٠: ٧٥ ح ٢٩٠، الوسائل ١٨: ٤٥٠ ب (١٧) من أبواب حد

القذف ح ٦.

أحدهما: قوله: (فيقذف ابنها) فإنه أعم من كونه بنسبة الزنا إليها، وإن كان ظاهر قوله: (إن المسلم قد حصنها) يشعر به. ولأن القذف بذلك ليس قذفا لابنها، بل لها، ومن ثم كان المطالب بالحد هو الأم.
والثاني: من قوله: (يضرب القاذف) فإنه أعم من كونه حداً أو تعزيراً، لاشتراكهما في مطلق الضرب، ونحن نقول بأنه يثبت بذلك التعزير. هذا على الرواية التي رواها الشيخ في التهذيب. وأما الكليني فإنه رواها بطريق آخر، وليس فيه بنان. وذكر في متنها بدل قوله: ويضرب القاذف: (ويضرب حداً... إلخ). وعليه ينتفي الايراد الأخير. ويؤيده التعليل بالتحصين.

ووافق الشيخ على ذلك جماعة (١)، وقبله ابن الجنيد (٢). وذكر أنه مروى (٣) عن الباقر عليه السلام. قال (٤): وروى الطبري أن الأمر لم يزل على ذلك إلى أن أشار عبد الله بن عمر على عمر بن عبد العزيز بأن لا يحد مسلم في كافر، فترك ذلك. والأقوى الأول.

(١) المهذب ٢: ٥٤٨.

(٢) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٨٠.

(٣) لعل المراد رواية أبي بكر الحضرمي عن الباقر عليه السلام، انظر الفقيه ٤: ٣٥ ح ١٠٧،

التهذيب ١٠: ٨٧ ح ٣٣٩، الوسائل ١٨: ٤٥١ ب (١٧) من أبواب حد القذف ح ٧.

(٤) حكاة عنه الشهيد في غاية المراد: ٣٤٥. ولم نجده في تاريخ الطبري وتفسيره. وهو خطأ

واضح، لأن عمر بن عبد العزيز مات سنة ١٠١ عن تسع وثلاثين سنة، واستخلف سنة

تسع وتسعين، ومات عبد الله بن عمر سنة ٧٣ أو ٧٤، أي: قبل استخلاف عمر بن عبد العزيز

بخمسة وعشرين سنة، فكيف يصح أن يشير عليه، وعمره حين موت ابن عمر إحدى عشرة

سنة؟! راجع أسد الغابة ٣: ٢٣٠، تاريخ الطبري ٦: ٥٦٥.

ولو قذف الأب ولده، لم يحد وعزر. وكذا لو قذف زوجته الميتة، ولا وارث إلا ولده. نعم، لو كان لها ولد من غيره، كان لهم الحد تاما. ويحد الولد لو قذف أباه، والأم لو قذفت ولدها. وكذا الأقارب.

قوله: (ولو قذف الأب ولده... إلخ).

إذا قذف الأب ولده قذفاً يوجب الحد لو كان من غيره لم يحد لأجله، لأنه لا يثبت على الأب عقوبة لأجل ولده من قتل ولا حد. وللإمام أن يعزره من حيث فعله المحرم، لا لأجل حق ولده.

ويدل على جملة هذه الأحكام حسنة محمد بن مسلم قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قذف ابنه بالزنا؟ قال: لو قتله ما قتل به، وإن قذفه لم يجلد له. قلت: فإن قذف أبوه أمه؟

قال: إن قذفها وانتفى من ولدها تلاعنا، ولم يلزم ذلك الولد الذي انتفى منه، وفرق بينهما، ولم تحل له أبداً.

قال: وإن كان قال لابنه وأمه حية: يا بن الزانية، ولم ينتف من ولدها، جلد الحد لها، ولم يفرق بينهما.

قال: وإن كان قال لابنه: يا بن الزانية وأمه ميتة، ولم يكن لها من يأخذ بحقها منه إلا ولدها منه، فإنه لا يقام عليه الحد، لأن حق الحد قد صار لولده منها. وإن كان لها ولد من غيره فهو وليها يجلد له. وإن لم يكن لها ولد من غيره، وكان لها قرابة يقومون بأخذ الحد، جلد لهم) (١).

(١) الكافي ٧: ٢١٢ ح ١٣، التهذيب ١٠: ٧٧ ح ٢٩٨، الوسائل ١٨: ٤٤٧ ب (١٤) من أبواب حد القذف.

الرابع
في الأحكام
وفيه مسائل:

الأولى: إذا قذف جماعة، واحدا بعد واحد، فلكل واحد حد. ولو قذفهم بلفظ واحد، وجاءوا به مجتمعين، فلكل حد واحد. ولو افترقوا في المطالبة، فلكل واحد حد.

قوله: (إذا قذف جماعة... إلخ).

هذا التفصيل هو المشهور بين الأصحاب. ومستنده صحيحة جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل افتري على قوم جماعة، فقال: إن أتوا به مجتمعين ضرب حدا واحدا، وإن أتوا به متفرقين ضرب لكل واحد حدا) (١).

وإنما حملناه على ما لو كان القذف بلفظ واحد مع أنه أعم، جمعا بينه وبين رواية الحسن العطار عنه عليه السلام: (في رجل قذف قوما جميعا، قال: بكلمة واحدة؟ قلت: نعم، قال: يضرب حدا واحدا، وإن فرق بينهم في القذف ضرب لكل واحد منهم حدا) (٢). بحمل الأولى على ما لو كان القذف بلفظ واحد، والثانية على ما لو جاءوا به مجتمعين. وابن الجنيد (٣) عكس الأمر، فجعل القذف بلفظ واحد موجبا لاتحاد الحد

(١) الكافي ٧: ٢٠٩ ح ١، التهذيب ١٠: ٦٨ ح ٢٥٤، الاستبصار ٤: ٢٢٧ ح ٨٤٨، الوسائل ١٨: ٤٤٤ ب (١١) من أبواب حد القذف ح ١.
(٢) الكافي ٧: ٢٠٩ ح ٢، التهذيب ١٠: ٦٩ ح ٢٥٦، الاستبصار ٤: ٢٢٧ ح ٨٥١، الوسائل ١٨: ٤٤٤ الباب المتقدم ح ٢.
(٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٨١.

وهل الحكم في التعزير كذلك؟ قال جماعة: نعم. ولا معنى للاختلاف هنا.

وكذا لو قال: يا بن الزانيين، فالحد لهما، ويحد حدا واحدا مع الاجتماع على المطالبة، وحدين مع التعاقب.

مطلقا، ولفظ متعدد موجبا للاتحاد إن جاءوا به مجتمعين، والتعدد إن جاءوا به متفرقين. ونفى عنه في المختلف (١) البأس، محتجا بدلالة الخبر الأول عليه. وهو أوضح طريقا، لأن في طريق الثاني أبان مطلقا، وهو مشترك بين الثقة وغيره، والحسن العطار [وهو] (٢) ممدوح خاصة. وإنما يتم دلالة الخبر الأول عليه إذا جعلنا (جماعة) صفة للقذف المدلول عليه بالفعل وهو (افترى)، وأريد بالجماعة القذف المتعدد. ولو جعلناه صفة مؤكدة للقوم شمل القذف المتحد والمتعدد، فالعمل به يقتضي التفصيل فيهما، ولا يقولون به. وفي الباب أخبار (٣) أخر مختلفة غير معتبرة الاسناد. قوله: (وهل الحكم في التعزير كذلك؟... إلخ).

المشهور بين الأصحاب أن حكم التعزير حكم الحد في التفصيل السابق، فيتعدد على فاعله إذا تعدد سببه بألفاظ متعددة لجماعة، بأن قال لكل منهم: إنه فاسق مثلا. وكذا مع اتحاد اللفظ ومجيئهم به متفرقين، ويتحد مع مجيئهم به مجتمعين. ولا نص على حكم التعزير بخصوصه، لكن تداخل الحد يقتضي تداخل التعزير الأضعف بطريق أولى. وأما التعدد فهو باق على حكم الأصل.

(١) المختلف: ٧٨١.

(٢) من الحجريتين.

(٣) راجع الوسائل ١٨: ٤٤٤ ب (١١) من أبواب حد القذف.

الثانية: حد القذف موروث، يرثه من يرث المال من الذكور والإناث، عدا الزوج والزوجة.

وأنكر ذلك ابن إدريس (١)، وأوجب التعزير لكل واحد مطلقا، محتجا بتعدد السبب المقتضي لتعدد المسبب، وإحاقه بالحد قياس لا نقول به. ونحن نقول بموجبه إلا أنه قياس مقبول.

والمصنف - رحمه الله - حقق هنا أنه لا معنى للاختلاف في التعزير، لأن المرجع في كميته إلى نظر الحاكم. وحينئذ فلا يفرق فيه بين المتحد والمتعدد، لأنه إذا رأى صلاحا في زيادته على المعزر (٢) زاده بما يصلح أن يكون صالحا للتعدد على تقدير نقصانه عن ذلك، وبالعكس.

ويمكن أن يظهر للاختلاف معنى [يدل] (٣) على تقدير زيادة عدد المقذوفين عن عدد أسواط الحد، فإنه مع الحكم بتعدد التعزير يجب ضربه أزيد من الحد ليخص كل واحد منهم سوطا فصاعدا، وعلى القول باتحاده لا يجوز له بلوغ الحد بالتعزير مطلقا. وقد تظهر الفائدة في صورة النقصان أيضا. قوله: (حد القذف موروث... إلخ).

المراد بكون حد القذف موروثا لمن ذكر أن لأقارب المقذوف الذين يرثون ماله أن يطالبوا به. وكذا لكل واحد منهم مع عفو الباقيين. وليس ذلك على حد إرث المال، فيرث كل واحد حصته منه، بل هو مجرد ولاية على استيفائه، فللواحد من الجماعة المطالبة بتمام الحد. وبهذا يجمع بين الحكم بكونه موروثا وما ورد من الأخبار بكونه غير موروث، بمعنى أنه لا يورث على حد ما يورث

(١) السرائر ٣: ٥٣٥.

(٢) في (د، ط): المقرر.

(٣) من (خ، ط).

الثالثة: لو قال: ابنك زان أو لائط، أو بنتك زانية، فالحد لهما لا للمواجه. فإن سبقا بالاستيفاء أو العفو فلا بحث. وإن سبق الأب، قال في النهاية: له المطالبة والعفو. وفيه إشكال، لأن المستحق موجود، وله ولاية المطالبة، فلا يتسلط الأب، كما في غيره من الحقوق.

المال، وإلا لورثه الزوجان، ولم يكن للواحد المطالبة بأزيد من حصته منه. وفي رواية عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سمعتة يقول: إن الحد لا يورث كما يورث الدية والمال والعقار، ولكن من قام به من الورثة وطلبه فهو وليه، ومن تركه فلم يطلبه فلا حق له، وذلك مثل رجل قذف رجلا وللمقذوف أخوان، فإن عفا عنه أحدهما كان للآخر أن يطالبه بحقه، لأنها أمهما جميعا، والعفو إليهما جميعا) (١). قوله: (لو قال: ابنك زان أو لائط... إلخ). قد تقدم (٢) أن قوله: (ابنك كذا) ونحوه قذف للمنسوب إليه لا للمواجه، لأنه لم ينسب إليه فعلا قبيحا. ولازم ذلك أن حق المطالبة والعفو فيه للمقذوف لا للمواجه، كما في غيره من الحقوق. وإلى هذا ذهب الأكثر. وقال الشيخ في النهاية (٣): إن للأب العفو والاستيفاء. واحتج له في المختلف (٤) بأن العار لاحق به، فله المطالبة بالحد والعفو. والكبرى ممنوعة.

(١) الكافي ٧: ٢٥٥ ح ١، التهذيب ١٠: ٨٣ ح ٣٢٧، الاستبصار ٤: ٢٣٥ ح ٨٨٣، الوسائل ١٨: ٣٣٤ ب (٢٣) من أبواب مقدمات الحدود ح ١.
(٢) تقدم البحث في نظائره في ص: ٤٢٥ - ٤٢٦.
(٣) النهاية: ٧٢٤.
(٤) المختلف: ٧٨٠.

الرابعة: إذا ورث الحد جماعة، لم يسقط بعضه بعفو البعض،
وللباقين المطالبة بالحد تاما ولو بقي واحد.
أما لو عفا الجماعة، أو كان المستحق واحدا فعفا، فقد سقط الحد.
ولمستحق الحد أن يعفو قبل ثبوت حقه وبعده. وليس للحاكم
الاعتراض عليه. ولا يقام إلا بعد مطالبة المستحق.

قوله: (إذا ورث الحد جماعة... إلخ).

قد تقدم (١) أن إرث الحد ليس على حد ميراث غيره، وإنما هو مجرد ولاية،
فلا يسقط جميعه ولا بعضه بعفو بعض الورثة، وإنما يسقط بعفو الجميع، لأنه حق
آدمي فيقبل العفو كغيره من حقوقه. ولا فرق في ذلك بين الزوجة وغيرها، ولا
بين وقوع العفو بعد المرافعة إلى الحاكم وقبله.
وللشيخ (٢) - رحمه الله - قول بأن المقذوفة لو رافعته إلى الحاكم لم يكن لها
بعد ذلك العفو، لصحيفة محمد بن مسلم قال: (سألته عن الرجل يقذف امرأته،
قال: يجلد، قلت: أرأيت إن عفت عنه، قال: لا ولا كرامة) (٣). وحملها الشيخ (٤)
على أن عفوها وقع بعد رفعه إلى الحاكم وعلمه، جمعا بينها وبين ما دل على
جواز العفو.
والصدوق في المقنع (٥) استثنى من ذلك الزوجة، فليس لها العفو مطلقا،

(١) في ص: ٤٤٥.

(٢) التهذيب ١٠: ٨٠ ذيل ح ٣١٢، الاستبصار ٤: ٢٣٢ ذيل ح ٨٧٤.

(٣) الفقيه ٤: ٣٤ ح ١٠٢، التهذيب ١٠: ٨٠ ح ٣١٢، الاستبصار ٤: ٢٣٢ ح ٨٧٤، الوسائل ١٨: ٤٥٥

ب (٢٠) من أبواب حد القذف ح ٤.

(٤) التهذيب ١٠: ٨٠ ذيل ح ٣١٢، الاستبصار ٤: ٢٣٢ ذيل ح ٨٧٤.

(٥) المقنع: ٤٤٢.

الخامسة: إذا تكرر الحد، بتكرر القذف مرتين، قتل في الثالثة.
وقيل: في الرابعة. وهو أولى.
ولو قذف فحد، فقال: الذي قلت كان صحيحا، وجب بالثاني
التعزير، لأنه ليس بصريح. والقذف المتكرر يوجب حدا واحدا لا أكثر.
السادسة: لا يسقط الحد عن القاذف، إلا بالبينة المصدقة، أو

عملا بهذه الرواية، مع أنها موقوفة كما رأيت، فلا تصلح مستندا للقولين،
خصوصا لقول الشيخ، فإنه تخصيص بغير دليل. والأصح جواز العفو مطلقا.
قوله: (إذا تكرر الحد... إلخ).

قد عرفت أن القذف من الكبائر، والرواية (١) الصحيحة أن أصحاب الكبائر
يقتلون في الثالثة. وقيل: في الرابعة. وهو أحوط في مراعاة حق الدماء. وقد
تقدم (٢) البحث في ذلك مرارا.

قوله: (ولو قذف فحد... إلخ).

يدل على جميع هذه الأحكام صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه
السلام: (في الرجل يقذف الرجل فيرد عليه القذف، قال: إن قال له: إن الذي
قلت لك حق لم يجلد، وإن قذفه بالزنا بعد ما جلد فعليه الحد، وإن قذفه قبل أن
يجلد بعشر قذفات، لم يكن عليه إلا حد واحد) (٣).
قوله: (لا يسقط الحد عن القاذف... إلخ).

(١) الكافي ٧: ١٩١ ح ٢، الفقيه ٤: ٥١ ح ١٨٢، التهذيب ١٠: ٩٥ ح ٣٦٩، الاستبصار ٤: ٢١٢
ح ٧٩١، الوسائل ١٨: ٣١٣ ب (٥) من أبواب مقدمات الحدود ح ١.
(٢) في ص: ٣٧١ و ٤١٠ و ٤١٥.
(٣) الكافي ٧: ٢٠٨ ح ١٥، التهذيب ١٠: ٦٦ ح ٢٤٤، الوسائل ١٨: ٤٤٣ ب (١٠) من أبواب حد
القذف.

تصديق مستحق الحد، أو العفو. ولو قذف زوجته، سقط الحد بذلك وباللعان.

السابعة: الحد ثمانون جلدة، حرا كان أو عبدا. ويجلد بثيابه، ولا

قد عرفت أن من شرط ثبوت الحد على القاذف إحصان المقذوف الذي من جملته العفة، فمن (١) قذف من ظاهره العفة حكم عليه بالحد، لوجود المقتضي. وإنما يسقط ما حكم به ظاهرا بثبوت كون المقذوف غير عفيف عن زنا يوجب الحد، كما أشرنا إليه سابقا، وذلك لا يحصل إلا بالبينة المصدقة للقاذف في فعل ما قذفه به، أو بتصديق المقذوف على ذلك، فيظهر بأحدهما عدم وجوب الحد عليه في نفس الأمر، وأنه إنما ثبت ظاهرا. وعلى تقدير انتفاء الأمرين يثبت الحد في ذمته، ويسقط عنه بعفو المقذوف عنه، لما مر.

وهذه الأمور الثلاثة يشترك فيها جميع أفراد المقذوفين. وتزيد الزوجة أمرا رابعا، وهو أن قذف الزوج لها يسقطه أيضا لعانه لها، كما تقرر (٢) في بابه. قوله: (الحد ثمانون جلدة... إلخ).

هذا في الحر موضع وفاق. وقد علم ذلك من قوله تعالى: (والذين يرمون المحصنات) إلى قوله: (فاجلدوهم ثمانين جلدة) (٣). ولا فرق بين قذف الذكر والأنثى. وأما إلحاق العبد به في ذلك فمستنده عموم الآية وصريح الرواية (٤). وقد تقدم (٥) البحث في ذلك. قوله: (ويجلد بثيابه... إلخ).

(١) في (أ، ت، ط، م): فمتى.

(٢) راجع ج ١٠: ٢٤١.

(٣) النور: ٤.

(٤) راجع الوسائل ١٨: ٤٣٤ ب (٤) من أبواب حد القذف.

(٥) في ص: ٤٣٥ - ٤٣٦.

يجرد. ويقتصر على الضرب المتوسط، ولا يبلغ به الضرب في الزنا. ويشهر القاذف لتجنب شهادته. ويثبت القذف بشهادة عدلين، أو الاقرار مرتين. ويشترط في المقر: التكليف، والحرية، والاختيار. الثامنة: إذا تقاذف اثنان، سقط الحد وعزرا.

يدل على ذلك موثقة إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال: (المفتري يضرب بين الضربين، يضرب جسده كله فوق ثيابه) (١). وفي رواية أخرى عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: (أمر رسول الله صلى الله عليه وآله أن لا ينزع شئ من ثياب القاذف إلا الرداء) (٢). وفي رواية مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الزاني أشد ضربا من شارب الخمر، وشارب الخمر أشد ضربا من القاذف، والقاذف أشد ضربا من التعزير) (٣). قوله: (إذا تقاذف اثنان... إلخ).

يدل على ذلك صحيحة أبي ولا د قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجلين قذف كل واحد منهما صاحبه بالزنا في بدنه، قال: فدرأ عنهما الحد وعزهما) (٤).

(١) الكافي ٧: ٢١٣ ح ٤، التهذيب ١٠: ٧٠ ح ٢٦٤، الوسائل ١٨: ٤٤٨ ب (١٥) من أبواب حد القذف ح ٣.

(٢) الكافي ٧: ٢١٣ ح ٢، التهذيب ١٠: ٧٠ ح ٢٦٥، الوسائل ١٨: ٤٤٨ الباب المتقدم ح ٤.

(٣) الكافي ٧: ٢١٤ ح ٥، الوسائل ١٨: ٤٤٩ الباب المتقدم ح ٥.

(٤) الكافي ٧: ٢٤٢ ح ١٤، الفقيه ٤: ٣٩ ح ١٢٨، التهذيب ١٠: ٧٩ ح ٣٠٧، الوسائل ١٨: ٤٥١ ب (١٨٨) من أبواب حد القذف ح ٢.

التاسعة: قيل: لا يعزر الكفار مع التناز بالألقاب، والتعبير بالأعراض، إلا أن يخشى حدوث فتنة، فيحسمها الإمام بما يراه.

ومثلها صحيحة عبد الله بن سنان قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين افتري كل واحد منهما على صاحبه، فقال: يدرأ عنهما الحد ويعزران) (١).

قوله: (قيل: لا يعزر الكفار... إلخ).

التناز بالألقاب التداعي بها إذا كانت مشتملة على ذم. والقول بعدم تعزيرهم على ذلك، مع أن المسلم يستحق التعزير به، هو المشهور بين الأصحاب، بل لم يذكر كثير (٢) منهم فيه خلافا. وكأن وجهه: تكافؤ السب والهجاء من الجانبين، كما يسقط الحد عن المسلمين بالتقاذف لذلك. ولجواز الأعراض عنهم في الحدود والأحكام، فهنا أولى. نعم، لو خشي وقوع فتنة بينهم بسبب ذلك فله حسمها بما يراه من ضربهم أو بعضهم، دفعا للفتنة ولفعالهم المحرم.

ونسب الحكم هنا إلى القيل مؤذنا بعدم قبوله. ووجهه: أن ذلك فعل محرم يستحق فاعله التعزير، والأصل عدم سقوطه بمقالة الآخر بمثله، بل يجب على كل منهما ما اقتضاه فعله، فسقوطه يحتاج إلى دليل، كما يسقط الحد عن المتقاذفين بالنص.

(١) الكافي ٧: ٢٤٠ ح ٢، التهذيب ١٠: ٨١ ح ٣١٦، الوسائل ١٨: ٤٥١ الباب المتقدم ح ١.
(٢) المقنعة: ٧٩٨، السرائر ٣: ٥٣٠ - ٥٣١، اللعة الدمشقية: ١٦٩.

ويلحق بذلك

مسائل آخر

الأولى: من سب النبي عليه السلام جاز لسامعه قتله، ما لم يخف الضرر على نفسه أو ماله، أو غيره من أهل الايمان. وكذا من سب أحد الأئمة عليهم السلام.

قوله: (من سب النبي... إلخ).

هذا الحكم موضع وفاق، وبه نصوص، منها رواية علي بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام، عن أبيه في حديث طويل من جملة: (أخبرني أبي أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: الناس في أسوة سواء، من سمع أحدا يذكرني فالواجب عليه أن يقتل من شتمني، ولا يرفع إلى السلطان، والواجب على السلطان إذا رفع إليه أن يقتل من نال مني) (١).

وسئل عليه السلام عن من سمع يشتم علياً ويبرأ منه، فقال: (هو والله حلال الدم، وما ألفت رجل منهم برجل منكم، دعه) (٢). وهو إشارة إلى خوف الضرر بقتله على بعض المؤمنين.

وعن هشام بن سالم قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل سبابة لعلي عليه السلام؟ فقال لي: حلال الدم والله، لولا أن تعم به بريئاً) (٣).

(١) الكافي ٧: ٢٦٦ ح ٣٢، التهذيب ١٠: ٨٤ ح ٣٣١، الوسائل ١٨: ٤٥٩ ب (٢٥) من أبواب حد القذف ح ٢. والمسؤول عنه هو الصادق عليه السلام.

(٢) الكافي ٧: ٢٦٩ ح ٤٣، التهذيب ١٠: ٨٦ ح ٣٣٥، الوسائل ١٨: ٤٦٢ ب (٢٧) من أبواب حد القذف ح ٢.

(٣) الكافي ٧: ٢٦٩ ح ٤٤، علل الشرائع: ٦٠١ ح ٥٩، التهذيب ١٠: ٨٦ ح ٣٣٦، الوسائل ١٨: ٤٦١ ب (٢٧) من أبواب حد القذف ح ١.

الثانية: من ادعى النبوة، وجب قتله. وكذا من قال: لا أدري محمد بن عبد الله عليه السلام صادق أو لا، وكان على ظاهر الإسلام.

وفي إلحاق باقي الأنبياء عليهم السلام بذلك قوة، لأن كمالهم وتعظيمهم علم من دين الإسلام ضرورة، فسبهم ارتداد [ظاهر] (١).
وألحق في التحرير (٢) بالنبي صلى الله عليه وآله أمه وبنته من غير تخصيص بفاطمة عليها السلام، مراعاة لقدره صلى الله عليه وآله.
ولا فرق في الساب بين المسلم والكافر والذمي، لعموم النص. وقد روي عن علي عليه السلام: (أن يهودية كانت تشتم النبي صلى الله عليه وآله وتقع فيه، فخنقها رجل حتى ماتت، فأبطل رسول الله صلى الله عليه وآله دمها) (٣).
قوله: (من ادعى النبوة... إلخ).
أما وجوب قتل مدعي النبوة فللعلم بانتفاء دعواه من دين الإسلام ضرورة، فيكون ذلك ارتداداً من المسلم، وخروجاً من الملل التي يقر [عليها] (٤) أهلها من الكافر، فيقتل لذلك.
وأما الشك في صدق النبي صلى الله عليه وآله، فإن وقع من المسلم فهو ارتداد.
واحترز بكونه على ظاهر الإسلام عما لو وقع ذلك من الكافر الذمي، كاليهودي والنصراني، فإنه لا يقتل به، إقراراً لهم على معتقدهم. وكذا يخرج به غير الذمي من الكفار، وإن كان قتله جائزاً بأمر آخر.

(١) من الحجريتين.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٣٩.

(٣) سنن أبي داود ٤: ١٢٩ ح ٤٣٦٢.

(٤) من (خ).

الثالثة: من عمل بالسحر، يقتل إن كان مسلماً، ويؤدب إن كان كافراً.
الرابعة: يكره أن يزداد في تأديب الصبي على عشرة أسواط. وكذا المملوك.

قوله: (من عمل بالسحر... إلخ).

مستند الفرق ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: (ساحر المسلمين يقتل، وساحر الكفار لا يقتل، قيل: يا رسول الله ولم لا يقتل ساحر الكفار؟ فقال: لأن الكفر أعظم من السحر، ولأن السحر والكفر مقرونان) (١). وروى إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: (أن علياً عليه السلام كان يقول: من تعلم من السحر شيئاً كان آخر عهده بربه، وحده القتل إلا أن يتوب) (٢). وقد تقدم (٣) في كتاب البيع تحقيق معنى السحر وما يحرم منه. قوله: (يكره أن يزداد... إلخ).

هذا النهي على وجه الكراهة، لأن المرجع في تقدير التأديب والتعزير إلى نظر الحاكم. ولا فرق بين كون سببه القذف وغيره من الأسباب المقتضية له. وفي رواية حماد بن عثمان قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام في أدب الصبي والمملوك، قال: خمسة أو ستة فارق) (٤). وبمضمونها عبر (٥) الشيخ في

- (١) الكافي ٧: ٢٦٠ ح ١، الفقيه ٣: ٣٧١ ح ١٧٥٢، التهذيب ١٠: ١٤٧ ح ٥٨٣، الوسائل ١٨: ٥٧٦ ب (١١) من أبواب بقية الحدود ح ١.
(٢) التهذيب ١٠: ١٤٧ ح ٥٨٦، الوسائل ١٨: ٥٧٧ ب (٣) من أبواب بقية الحدود ح ٢.
(٣) في ج ٣: ١٢٨.
(٤) الكافي ٧: ٢٦٨ ح ٣٥، التهذيب ١٠: ١٤٩ ح ٥٩٧، الوسائل ١٨: ٥٨١ ب (٨) من أبواب بقية الحدود ح ١.
(٥) في (د): عمل.

وقيل: إن ضرب عبده في غير حد حدا، لزمه إعتاقه. وهو على الاستحباب.

النهاية (١)، ولم يذكر بلوغ العشرة.
وعن أمير المؤمنين عليه السلام: (أن صبيان الكتاب ألقوا ألواحهم بين يديه ليخير بينهم، فقال: إنها حكومة، والجور فيها كالجور في الحكم، أبلغوا معلمكم إن ضربكم فوق ثلاث ضربات في الأدب اقتص منه) (٢).
قوله: (وقيل: إن ضرب عبده... إلخ).
القول للشيخ (٣) رحمه الله. وظاهره أنه على وجه الوجوب، لأنه قال: (ومن ضرب عبده فوق الحد كانت كفارته أن يعتقه).
والمستند صحيحة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: (من ضرب مملوكا حدا من الحدود، من غير حد أوجه المملوك على نفسه، لم يكن لضاربه كفارة إلا عتقه) (٤).
والمصنف - رحمه الله - حمل ذلك على الاستحباب، ومقتضاه حمل القول. وينبغي أن يكون الحمل للرواية. والأقوى الاستحباب.
والقول الذي ذكره المصنف موافق للرواية في كون الضرب حدا في غير موجب الحد. وأما الشيخ ففرض المسألة فيما لو ضربه فوق الحد. ومقتضاه الزيادة عليه في الحد الذي استوجبه شرعا، وهذا لا دليل عليه من النص.

-
- (١) النهاية: ٧٣٢.
(٢) الكافي ٧: ٢٦٨ ح ٣٨، التهذيب ١٠: ١٤٩ ح ٥٩٩، الوسائل ١٨: ٥٨٢ الباب المتقدم ح ٢.
(٣) النهاية: ٥٧٣.
(٤) الكافي ٧: ٢٦٣ ح ١٧، التهذيب ١٠: ٢٧ ح ٨٥، الوسائل ١٨: ٣٣٧ ب (٢٧) من أبواب مقدمات الحدود ح ١.

الخامسة: كل ما فيه التعزير من حقوق الله سبحانه، يثبت بشاهدين أو الاقرار مرتين على قول. ومن قذف أمته أو عبده، عزر كالأجنبي.

قوله: (كل ما فيه التعزير... إلخ).
أما ثبوته بشاهدين فلا إشكال فيه، لأن ذلك حق ليس بمال، فلا يثبت بدونهما، ولا زنا، فلا يتوقف على الزائد، فيدخل في عموم (١) ما دل على اعتبار الشاهدين.
وأما توقفه على الاقرار مرتين فهو المشهور، ولم يذكر العلامة (٢) فيه خلافا. ونسبة المصنف - رحمه الله - الحكم إلى قول يؤذن برده. ووجهه: عموم : (إقرار العقلا على أنفسهم جائز) (٣) الصادق بالمرة، مع عدم وجود المخصص هنا، فيثبت بالاقرار مرة.
قوله: (ومن قذف أمته... إلخ).
لعموم أدلة القذف الشاملة للمولى وغيره. وقد روي عن الصادق عليه السلام: (أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله إني قلت لأمتي: يا زانية، فقال: هل رأيت عليها زنا؟ فقالت: لا، فقال: إنها تستقاد منك يوم القيامة، فرجعت إلى أمتها فأعطتها سوطا ثم قالت: اجلديني، فأبت الأمة، فأعتقتها، ثم أتت النبي صلى الله عليه وآله فأخبرته، فقال: عسى أن

(١) انظر الوسائل ١٨ : ١٧٣ ب (٥) من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.
(٢) قواعد الأحكام ٢ : ٢٦٢، تحرير الأحكام ٢ : ٢٣٧.
(٣) راجع الوسائل ١٦ : ١١١ ب (٢) من كتاب الاقرار ح ٢، المستدرک ١٦ : ٣١ ب (٢) من كتاب الاقرار ح ١، عوالي اللئالي ٣ : ٤٤٢ ح ٥. وراجع أيضا المختلف: ٤٤٣، التذكرة ٢ : ٧٩، إيضاح الفوائد ٢ : ٤٢٨، جامع المقاصد ٥ : ٢٣٣، فهناك بحث في كون هذه الجملة رواية.

السادسة: كل من فعل محرما، أو ترك واجبا فلالإمام عليه السلام تعزيره بما لا يبلغ الحد. وتقديره إلى الإمام. ولا يبلغ به حد الحر في الحر، ولا حد العبد في العبد.

يكون به) (١).

قوله: (كل من فعل محرما... إلخ).

هذا هو الضابط الكلي في موجب التعزير. ويدخل فيه كل ما لم يوجب الحد فيما (٢) سبق من أنواع القذف والسب وغيرهما، حتى قذف الوالد ولده، والاستمتاع بغير الجماع من الأجنبية، والنظرة المحرمة، وغير ذلك. وكون تقديره إلى الإمام مطلقا مبني على الغالب، وإلا فقد عرفت أن منه ما هو مقدر، وكون غايته أن لا يبلغ به الحد. والأجود أن المراد به الحد لصنف (٣) تلك المعصية بحسب حال فاعلها، فإن كان الموجب كلاما دون القذف لم يبلغ تعزيره حد القذف، وإن كان فعلا دون الزنا لم يبلغ حد الزنا. وإلى ذلك أشار الشيخ (٤) - رحمه الله - والعلامة في المختلف (٥).

(١) التهذيب ١٠: ٨٠ ح ٣١١، الوسائل ١٨: ٤٣١ ب (١) من أبواب حد القذف ح ٤.

(٢) في هامش إحدى الحجريتين: مما.

(٣) في (ت، خ، م) والحجريتين: لضعف.

(٤) المبسوط ٨: ٦٩ - ٧٠.

(٥) المختلف: ٧٨٣.

الباب الرابع
في حد المسكر والفقاع
ومباحته ثلاثة:

الأول

في الموجب

وهو: تناول المسكر، أو الفقاع، اختياراً، مع العلم بالتحريم، إذا كان المتناول كاملاً. فهذه قيود أربعة.

شرطنا التناول، ليعم الشرب والاصطباغ، وأخذه ممزوجاً بالأغذية والأدوية.

ونعني بالمسكر: ما [هو] من شأنه أن يسكر، فإن الحكم يتعلق بتناول القطرة منه.

ويستوي في ذلك الخمر وجميع المسكرات، التمرية والزبيبية والعسلية، والمزر المعمول من الشعير أو الحنطة أو الذرة. وكذا لو عمل من شيئين أو ما زاد.

قوله: (في الموجب وهو تناول المسكر... إلخ).

أراد بالتناول إدخاله إلى البطن بالأكل أو الشرب خالصاً وممتزجاً بغيره، سواء بقي مع مزجه متميزاً أم لا. ويخرج من ذلك استعماله بالاحتقان والسعوط حيث لا يدخل الحلق، لأنه لا يعد تناولاً، فلا يحد به وإن حرم. مع احتمال حده على تقدير إفساده الصوم.

وعلى هذا فيحد الشارب من كوز ماء وقعت فيه قطرة من خمر، وإن بقي الماء على صفته. وكذا تناول الترياق المشتمل عليه، مع عدم الاضطرار إليه.

ويتعلق الحكم بالعصير إذا غلى [واشتد]، وإن لم يقذف الزبد، إلا أن يذهب بالغليان ثلثاه، أو ينقلب خلا، وبما عداه إذا حصلت فيه الشدة المسكرة.

أما التمر إذا غلى، ولم يبلغ حد الاسكار، ففي تحريمه تردد، والأشبه بقاؤه على التحليل حتى يبلغ. وكذا البحث في الزبيب، إذا نقع بالماء فغلى من نفسه أو بالنار، فالأشبه أنه لا يحرم ما لم يبلغ الشدة المسكرة.

ومعه على الخلاف السابق في باب الأطعمة (١).

قوله: (ويتعلق الحكم بالعصير... إلخ).

مذهب الأصحاب أن العصير العنبي إذا غلى بأن صار أسفله أعلاه يحرم، ويصير بمنزلة الخمر في الأحكام. ويستمر حكمه كذلك إلى أن يذهب ثلثاه، أو ينقلب إلى حقيقة أخرى، بأن يصير خلا أو دبسا على قول وإن بعد الفرض، لأن صيرورته دبسا لا يحصل غالبا إلا بعد ذهاب أزيد من ثلثيه.

ونبه بقوله: (وإن لم يقذف بالزبد) على خلاف بعض (٢) العامة حيث وافقنا

على تحريمه، بل صرح بنجاسته، لكن شرط فيه قذفه بالزبد.

ولو طبخ العنب نفسه ففي إلحاقه بعصيره وجهان، من عدم صدق اسم

العصير عليه، ومن كونه في معناه.

قوله: (أما التمر إذا غلى... إلخ).

(١) راجع ج ١٢: ١٢٧ - ١٣٠.

(٢) الحاوي الكبير ١٣: ٣٧٦، المغني لابن قدامة ١٠: ٣٣٦، حلية العلماء ٨: ٩٣، شرح فتح

القدر ٩: ٢٢، روضة الطالبين ٧: ٣٧٤ - ٣٧٥، رحمة الأمة: ٢٩٩.

والفقاع كالنبيد المسكر في التحريم، وإن لم يكن مسكرا، وفي
وجوب الامتناع من التداوي به والاصطباغ.

وجه التردد في عصير التمر أو هو نفسه إذا غلى: من دعوى إطلاق اسم
النبيد عليه حينئذ، ومشابهته لعصير العنب، ومن أصالة الإباحة، ومنع إطلاق اسم
النبيد المحرم عليه [حينئذ] (١) حقيقة، ومنع مساواته لعصير العنب (٢) في الحكم،
لخروج ذلك بنص خاص، فيبقى غيره على أصل الإباحة. وهذا هو الأصح.
وأما نقيع الزبيب أو هو إذا غلى ولم يذهب ثلثاه، فقليل بتحريمه كعصير
العنب، لاشتراكهما في أصل الحقيقة، ولفحوى رواية علي بن جعفر (٣) عن أخيه
موسى عليه السلام.

والأصح حله، للأصل، واستصحاب الحل، وخروجه عن اسم العنب الذي
عصيره متعلق بالتحريم، ولذهاب ثلثيه بالشمس. ودلالة الرواية على التحريم
ممنوعة. وقد تقدم (٤) البحث في ذلك في الأطعمة.
قوله: (والفقاع كالنبيد المسكر... إلخ).

هذا مذهب الأصحاب (٥)، ورواياتهم به كثيرة، ومنها: (أنه خمر
مجهول) (٦) و: (خمر استصغره الناس) (٧). وفي صحيحة ابن بزيع عن أبي الحسن

(١) من الحجريتين.

(٢) في الحجريتين: العنب لاشتراكهما في الحكم...

(٣) الكافي ٦: ٤٢١ ح ١٠، التهذيب ٩: ١٢١ ح ٥٢٢، الوسائل ١٧: ٢٣٦ ب (٨) من أبواب الأشربة
المحرمة ح ٢.

(٤) في ج ١٢: ٧٦.

(٥) المقنعة: ٨٠٠، النهاية: ٧١٣، الكافي في الفقه: ٤١٣، المراسم: ٢٥٧، الوسيلة: ٤١٧، إصباح
الشيعة: ٥٢٢، غنية النزوع: ٤٢٩، قواعد الأحكام ٢: ٢٦٢، اللمعة الدمشقية: ١٦٩.

(٦) الكافي ٦: ٤٢٢ ح ١، التهذيب ٩: ١٢٤ ح ٥٣٩، الاستبصار ٤: ٩٥ ح ٣٦٨، الوسائل ١٧: ٢٩٢ ب
(٢٨٨) من أبواب الأشربة المحرمة ح ٢.

(٧) الكافي ٦: ٤٢٣ ح ٩، التهذيب ٩: ١٢٥ ح ٥٤٠، الاستبصار ٤: ٩٥ ح ٣٦٩، الوسائل ١٧: ٢٩٢
الباب المتقدم ح ١.

واشترطنا الاختيار تفصيا من المكروه، فإنه لا حد عليه. ولا يتعلق الحكم بالشارب [المتناول]، ما لم يكن بالغاً عاقلاً. وكما يسقط الحد عن المكروه، يسقط عن جهل التحريم، أو جهل المشروب.

عليه السلام قال: (سألته عن الفقاع، قال: خمر، وفيه حد شارب الخمر) (١). وقد تقدم الكلام فيه وفي حقيقته في باب الأطعمة (٢) وما قبلها. قوله: (واشترطنا الاختيار... إلخ). لا فرق في جوازه مع الاكراه بين من وجر في فمه قهراً، ومن ضرب أو خوف بما لا يحتمله عادة حتى شرب. ويفهم من إخراج المكروه منه خاصة أن المضطر لا يخرج منه. والأصح خروج ما أوجب حفظ النفس من التلف، كإساعة اللقمة، بل يجب ذلك، لوجوب حفظ النفس، وإن حرم التداوي به لذهاب المرض أو حفظ الصحة. قوله: (وكما يسقط الحد... إلخ). يتصور قبول دعوى جهل التحريم من قريب العهد بالاسلام، وممن نشاء في بلاد بعيدة عن معالمه، بحيث يمكن في حقه ذلك. ولو قال: علمت التحريم ولم أعلم أن فيه حداً، لم يعذر (٣)، وأقيم عليه الحد، لأنه إذا علم التحريم فحقه أن يمتنع. وكذا يعذر جاهل عينه، بأن ظنه ماء أو شراباً محللاً.

(١) التهذيب ١٠: ٩٨ ح ٣٧٩، الوسائل ١٨: ٤٧٩ ب (١٣) من أبواب حد المسكر ح ١.
(٢) راجع ج ١٢: ٧٢ - ٧٣.
(٣) في (أ، ث): يعزر.

ويثبت بشهادة عدلين مسلمين. ولا تقبل فيه شهادة النساء منفردات، ولا منظمات. وبالإقرار دفعتين. ولا تكفي المرة. ويشترط في المقر: البلوغ، وكمال العقل، والحرية. والاختيار.

الثاني

في كيفية الحد

وهو ثمانون جلدة، رجلا كان الشارب أو امرأة، حرا كان أو عبدا. وفي رواية: يحد العبد أربعين. وهي متروكة. أما الكافر: فإن تظاهر به حد، وإن استتر لم يحد.

ولو علم أنه من جنس المسكر، ولكن ظن أن ذلك القدر لا يسكر، فليس بعذر، لوجوب اجتنابه مطلقا. لكن يمكن هنا الجهل بالحكم، واختصاص التحريم بالقدر الذي يسكر بالفعل، فيدرأ عنه الحد بذلك للشبهة. قوله: (ويثبت بشهادة عدلين... إلخ).
أما ثبوته بشهادة العدلين فلا كلام فيه، كما مر في نظائره (١).
وأما عدم قبول شهادة النساء به مطلقا فلما تقدم (٢) من اختصاص شهادتهن بالمال، أو بما لا يطلع عليه الرجال غالبا.
وأما توقفه على الإقرار مرتين فهو المشهور. وقد تقدم (٣) البحث في نظيره.
قوله: (في كيفية الحد... إلخ).

(١) راجع ص: ٤٤٩ أو ٤٥٠.

(٢) راجع ص: ٢٥٨.

(٣) في ص: ٤٥٦.

ويضرب الشارب عريانا على ظهره وكتفيه، ويتقى وجهه وفرجه.
ولا يقام عليه الحد حتى يفيق.

تحديد حد الشرب بثمانين متفق عليه بين الأصحاب. ومستندهم
الأخبار (١). وسيأتي بعضها. وروى العامة والخاصة (٢) أن النبي صلى الله عليه وآله
كان يضرب الشارب بالأيدي والنعال، ولم يقدره بعدد، فلما كان في زمن عمر
استشار أمير المؤمنين عليه السلام في حده، فأشار عليه بأن يضربه ثمانين.
وعلله بأنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، فجلده عمر
ثمانين (٣). وعمل به أكثر العامة (٤). وذهب بعضهم (٥) إلى أربعين مطلقا، لما روي
(٦)

أن الصحابة قدروا ما فعل في زمانه صلى الله عليه وآله بأربعين.
إذا تقرر ذلك، فالمشهور بين الأصحاب أن الحر والعبد متساويان في حد
الشرب. ذهب إلى ذلك الشيخان (٧) وأتباعهما (٨) وابن إدريس (٩) والمصنف

- (١) سنن أبي داود ٤: ١٦٦ ح ٤٤٨٨ - ٤٤٨٩، مستدرک الحاكم ٤: ٣٧٥، سنن البيهقي ٨: ٣٢١،
تلخيص الحبير ٤: ٧٥ ح ١٧٩٤.
(٢) الوسائل ١٨: ٤٦٦ ب (٣) من أبواب حد المسكر ح ١، ٣.
(٣) المصنف لعبد الرزاق ٧: ٣٧٨ ح ١٣٥٤٢، تلخيص الحبير ٤: ٧٥ ح ١٧٩٥، الموطأ ٢: ٨٤٢ ح ٢،
مستدرک الحاكم ٤: ٣٧٥ - ٣٧٦، سنن البيهقي ٨: ٣٢٠ - ٣٢١.
(٤) اللباب في شرح الكتاب ٣: ١٩٤، الحاوي الكبير ١٣: ٤١٢، رحمة الأمة: ٣٠٠، الكافي
للقرطبي ٢: ١٠٧٩، بدائع الصنائع ٥: ١١٣.
(٥) الحاوي الكبير ١٣: ٤١٢، المغني لابن قدامة ١٠: ٣٢٥، كفاية الأختيار ٢: ١١٥،
روضة الطالبين ٧: ٣٧٩، رحمة الأمة: ٣٠٠.
(٦) سنن أبي داود ٤: ١٦٣ ح ٤٤٧٩ - ٤٤٨٠، سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٨ ح ٢٥٧١، صحيح مسلم ٣:
١٣٣٢ ح ٣٨، سنن الدارمي ٢: ١٧٥، سنن البيهقي ٨: ٣١٨، تلخيص الحبير ٤: ٧٦ ح
١٧٩٦ - ١٧٩٧.
(٧) المقنعة: ٨٠٠، النهاية: ٧١٠.
(٨) المهذب ٢: ٥٣٤ - ٥٣٥، غنية النزوع: ٤٢٩، الوسيلة: ٤١٦، إصباح الشيعة: ٥٢٢.
(٩) السرائر ٣: ٤٧٥.

والعلامة (١) وأكثر المتأخرين (٢)، لروايات كثيرة (٣) دلت على التسوية بينهما، منها رواية أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام قال: (كان علي عليه السلام يجلد الحر والعبد واليهودي والنصراني في الخمر والنبذ ثمانين، فقلت: ما بال اليهودي والنصراني؟ فقال: إذا أظهروا ذلك في مصر من الأمصار، لأنه ليس لهم أن يتظاهروا بشربها) (٤).

ورواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قال علي عليه السلام: إن الرجل إذا شرب الخمر سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، فاجلدوه جلد المفترى) (٥). وهو مطلق شامل للحر والعبد.

وذهب الصدوق (٦) إلى تنصيفه على العبد، لرواية أبي بكر الحضرمي قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عبد مملوك قذف حراً، قال: يجلد ثمانين، هذا من حقوق المسلمين، فأما ما كان من حقوق الله فإنه يضرب نصف الحد، قلت: الذي من حقوق الله ما هو؟ قال: إذا زنى أو شرب الخمر فهذا من الحدود التي يضرب فيها نصف الحد) (٧). وهذا الخبر معلل، وهو مقدم على غيره عند

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٢٦، المختلف: ٧٦٨.

(٢) الجامع للشرائع: ٥٥٧، إيضاح الفوائد ٤: ٥١٣.

(٣) راجع الوسائل ١٨: ٤٧١ ب (٦) من أبواب حد المسكر.

(٤) الكافي ٧: ٢١٥ ح ٩، التهذيب ١٠: ٩١ ح ٣٥٤، الاستبصار ٤: ٢٣٧ ح ٨٩١، الوسائل ١٨: ٤٧١

ب (٦) من أبواب حد المسكر ح ٢. وفي المصادر: عن أبي بصير قال: كان علي عليه السلام..

(٥) الكافي ٧: ٢١٥ ح ٧، التهذيب ١٠: ٩٠ ح ٣٤٦، الوسائل ١٨: ٤٦٧ ب (٣) من أبواب حد المسكر

ح ٤.

(٦) الفقيه ٤: ٤٠.

(٧) التهذيب ١٠: ٩٢ ح ٣٥٧، الاستبصار ٤: ٢٣٧ ح ٨٩٤، الوسائل ١٨: ٤٧٢ ب (٦) من أبواب حد

المسكر ح ٧.

وإذا حد مرتين، قتل في الثالثة. وهو المروي. وقال في الخلاف:
يقتل في الرابعة. ولو شرب مرارا، كفى حد واحد.

التعارض، كما حقق في الأصول.
ويؤيده رواية حماد بن عثمان قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام:
التعزير كم هو؟ قال: دون الحد، قلت: دون ثمانين، فقال: لا ولكنها دون
الأربعين، فإنها حد المملوك، قلت: وكم ذاك؟ قال: على قدر ما يرى الوالي من
ذنب الرجل وقوة بدنه) (١). وهو شامل بإطلاقه أو عمومته لأنواع الحدود.
والشيخ (٢) - رحمه الله - حمله على حد الزنا جمعا. وحمله أيضا على التقية.
والحق أن الطريق من الجانبين غير نقي، وأن رواية الحضرمي أوضح
طريقا، وتزيد التعليل. وينبغي أن يكون العمل بها أولى، لوقوع الشبهة في الزائد،
فيدرأ بها، إلا أن المشهور الأول.
قوله: (وإذا حد مرتين... إلخ).

قد تقدم (٣) الكلام في قتل المحدود في الثالثة أو الرابعة مرارا. ويزيد هنا
أن الروايات (٤) بقتله في الثالثة كثيرة، فمن ثم اختاره المصنف رحمه الله، ولم
يجعل قتله في الرابعة أولى كما صنع في السابق (٥).
ومن المختص هنا من الروايات صحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه
السلام قال: (من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه) (٦).

-
- (١) الكافي ٧: ٢٤١ ح ٥، التهذيب ١٠: ٩٢ ح ٣٥٦، الاستبصار ٤: ٢٣٧ ح ٨٩٣، الوسائل ١٨: ٤٧٢
ب (٦) من أبواب حد المسكر ح ٦.
(٢) التهذيب ١٠: ٩٢ ذيل ح ٣٥٧، الاستبصار ٤: ٢٣٧ ذيل ح ٨٩٤.
(٣) راجع ص: ٣٧١ و ٤١٠ و ٤١٥.
(٤) راجع الوسائل ١٨: ٤٧٦ ب (١١) من أبواب حد المسكر.
(٥) راجع ص: ٣٧١ و ٤١٠ و ٤١٥.
(٦) الكافي ٧: ٢١٨ ح ٢، التهذيب ١٠: ٩٥ ح ٣٦٧، الوسائل ١٨: ٤٧٦ ب (١١) من أبواب حد
المسكر ح ٣.

وصحيحة جميل بن دراج عنه عليه السلام أنه قال: (إذا شرب ضرب، فإن عاد ضرب، فإن عاد قتل) (١).
وصحيحة سليمان بن خالد قال: (كان أمير المؤمنين عليه السلام يضرب في النبيذ المسكر ثمانين كما يضرب في الخمر، ويقتل في الثالثة كما يقتل في الخمر) (٢). وغيرها من الأخبار الكثيرة.
والقول بقتله في الرابعة للشيخ في المبسوط (٣) والخلاف (٤)، وقبله الصدوق في المقنع (٥). ورجحه الشيخ فخر الدين، محتجا: (بأن الزنا أكبر منه ذنبا، ويقتل في الرابعة كما مضى، فهنا أولى) (٦).
وفي معارضة هذا للأخبار الكثيرة الصحيحة منع ظاهر. والأصل ممنوع، بل هذا يدل على قوة قتل الزاني وغيره من أصحاب الكبائر في الثالثة، لأن عقوبة هذا أخف من غيره. والروايات الكثيرة بقتله في الثالثة مؤيدة للرواية (٧) الصحيحة السابقة بقتل أصحاب الكبائر في الثالثة.

-
- (١) الكافي ٧: ٢١٨ ح ٤، التهذيب ١٠: ٩٥ ح ٣٦٨، الوسائل ١٨: ٤٧٧ الباب المتقدم ح ٦.
(٢) التهذيب ١٠: ٩٧ ح ٣٧٤، الاستبصار ٤: ٢٣٥ ح ٨٨٥، الوسائل ١٨: ٤٧٨ الباب المتقدم ح ١٣.
(٣) المبسوط ٨: ٥٩.
(٤) الخلاف ٥: ٤٧٣ مسألة (١).
(٥) حكاه عن مقنعه العلامة في المختلف: ٧٦٧، وفي المقنع (٤٥٥) حكم بقتل العبد الشارب الخمر في الثامنة، وهو يعطي قتل الحر في الرابعة.
(٦) إيضاح الفوائد ٤: ٥١٥.
(٧) الكافي ٧: ٢١٩ ح ٦، الفقيه ٤: ٥١ ح ١٨٢، التهذيب ١٠: ٩٥ ح ٣٦٩، الاستبصار ٤: ٢١٢ ح ٧٩١، الوسائل ١٨: ٤٧٦ الباب المتقدم ح ٢.

الثالث

في أحكامه

وفيه مسائل:

الأولى: لو شهد واحد بشربها، وآخر بقيئها، وجب الحد. ويلزم على ذلك وجوب الحد، لو شهدا بقيئها، نظرا إلى التعليل المروي. وفيه تردد، لاحتمال الاكراه على بعد. ولعل هذا الاحتمال يندفع، بأنه لو كان واقعا، لدفع به عن نفسه. أما لو ادعاه، فلا حد.

قوله: (لو شهد واحد بشربها... إلخ).

الأصل في هذه المسألة رواية الحسين بن زيد، عن أبي عبد الله عليه السلام، عن آبائه عليهم السلام: (أن عليا عليه السلام جلد الوليد بن عقبة لما شهد عليه واحد بشربها وآخر بقيئها، وقال عليه السلام: ما قاءها إلا وقد شربها) (١).

وعليها فتوى الأصحاب ليس فيهم مخالف صريحا. إلا أن طريق الرواية ضعيف، لأن فيه موسى بن جعفر البغدادي، وهو مجهول الحال، وجعفر بن يحيى، وهو مجهول العين، وعبد الله بن عبد الرحمن، وهو مشترك بين الثقة والضعيف. فلذلك قال السيد جمال الدين بن طاووس قدس سره في الملاذ (٢): (لا أضمن درك طريقه). وهو مشعر بتردده.

(١) الكافي ٧: ٤٠١ ح ٢، الفقيه ٣: ٢٦ ح ٧٢، التهذيب ٦: ٢٨٠ ح ٧٧٢، الوسائل ١٨: ٤٨٠ ب (١٤) من أبواب حد المسكر ح ١. وفي المصادر: أن المجلود قدامة بن مظعون.
(٢) حكاه عنه الشهيد في غاية المراد: ٣٤٦.

الثانية: من شرب الخمر مستحلا استتيب، فإن تاب أقيم عليه الحد، وإن امتنع قتل. وقيل: يكون حكمه حكم المرتد. وهو قوي.

أما سائر المسكرات، فلا يقتل مستحلا، لتحقق الخلاف بين المسلمين فيها. ويقام الحد مع شربها، مستحلا ومحراما.

والمصنف - رحمه الله - هنا صرح بالتردد، من حيث إن القي وإن استلزم الشرب إلا أن مطلق الشرب لا يكفي في إثبات الحد، بل لا بد له من وقوعه على وجه الاختيار، ومطلقه أعم منه ومن الاكراه. ويضعف بأن الأصل عدم الاكراه، ولأنه لو وقع لادعاه. فإن اتفق دعواه سمع منه، ودرى عنه الحد.

ويشترط مع ذلك إمكان مجامعة القي للشرب المشهود به، لتكون الشهادة على فعل واحد. فلو شهد أحدهما أنه شربها يوم الجمعة، والآخر أنه قاءها قبله بيوم أو بعده كذلك، لم يحد.

ويتفرع عليه ما لو شهدا معا بقيئها. فعلى القول بقبول شهادة الواحد به يقبل الاثنان، نظرا إلى التعليل المذكور. وربما قصره بعضهم على موضع النص، نظرا إلى قيام الاحتمال المذكور، وكونها شهادة على فعلين. والأشهر القبول. قوله: (من شرب الخمر مستحلا... إلخ).

القول باستتابته للشيخين (١) وأتباعهما (٢)، من غير نظر إلى الفطري وغيره، استنادا إلى إمكان عروض شبهة في الشرب فاستحله، والحدود تدرأ بالشبهات.

(١) المقنعة: ٧٩٩، النهاية: ٧١١ - ٧١٢.

(٢) المهذب ٢: ٥٣٥، فقه القرآن للراوندي ٢: ٣٧٩، الوسيلة: ٤١٦.

الثالثة: من باع الخمر مستحلا يستتاب، فإن تاب وإلا قتل. وإن لم يكن مستحلا عزر. وما سواه لا يقتل وإن لم يتب، بل يؤدب.

والأصح ما اختاره المصنف رحمه الله والمتأخرون (١) - ومنهم ابن إدريس (٢) - من كونه مرتدا، فينقسم إلى الفطري والملي كغيره من المرتدين، لأن تحريم الخمر مما قد علم ضرورة من دين الاسلام، وكل ما كان كذلك فمستحله كافر، وهو يستلزم المدعى.

هذا إذا لم يمكن الشبهة في حقه، لقرب عهده بالاسلام ونحوه، وإلا اتجه قول الشيخين. وعليه تحمل استتابة (٣) قدامة بن مظعون وغيره ممن استحلها في صدر الاسلام بالتأويل.

هذا حكم الخمر. وأما غيره من المسكرات والأشربة - كالفقاع - فلا يقتل مستحلا مطلقا، وإن وجب حده، لوقوع الخلاف فيها بين المسلمين، وتحليل بعضهم إياها، فيكون ذلك كافيا في انتفاء الكفر باستحلالها.

ولا فرق بين كون الشارب لها ممن يعتقد إباحتها - كالحنفي - وغيره، فيحد عليها ولا يكفر، لأن الكفر مختص بما وقع عليه الاجماع وثبت حكمه ضرورة من دين الاسلام، وهو منتف في غير الخمر. قوله: (من باع الخمر مستحلا... إلخ).

بيع الخمر ليس حكمه كشربه، فإن الشرب هو المعلوم تحريمه من دين الاسلام كما ذكر، وأما مجرد البيع فليس تحريمه معلوما ضرورة، وقد تقع فيه

-
- (١) كشف الرموز ٢: ٥٧٠، إرشاد الأذهان ٢: ١٨١، اللمعة الدمشقية: ١٦٩، التنقيح الرائع ٤: ٣٧١، المقتصر: ٤١٠ - ٤١١.
(٢) السرائر ٣: ٤٧٦.
(٣) انظر الارشاد للمفيد: ١٠٨ - ١٠٩.

الرابعة: إذا تاب قبل قيام البينة، سقط الحد. وإن تاب بعدها، لم يسقط. ولو كان ثبوت الحد بإقراره، كان الإمام مخيراً. ومنهم من منع [من] التخيير، وحتم الاستيفاء هنا. وهو أظهر.

الشبهة، من حيث إنه يسوغ تناوله على بعض وجوه الضرورات كما سلف (١). فيعزر فاعله ويستتاب إن فعله مستحلاً، فإن تاب قبل منه، وإن أصر على استحلاله قتل حداً. وكأنه موضع وفاق. وما وقفت على نص يقتضيه.

وأما بيع غيره من الأشربة فلا إشكال في عدم استحقاقه القتل مطلقاً، لقيام الشبهة. نعم، يعزر لفعل المحرم، كغيره من المحرمات. قوله: (إذا تاب قبل قيام البينة... إلخ).

التوبة قبل ثبوت موجب العقوبة عند الحاكم مسقط للحد مطلقاً. وأما بعده، فإن كان الثبوت بالبينة لم يسقط إذا كان حداً، خلافاً لأبي الصلاح (٢) حيث جوز للإمام العفو.

وأما بعد الإقرار، فالمشهور أنه يسقط تحتم الحد، ويتخير الإمام بين العفو والاستيفاء، لاسقاط التوبة تحتم أقوى العقوبتين وهو الرجم، فلأن يسقط تحتم أضعفهما أولى. ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية (٣) وأتباعه (٤)، والعلامة في المختلف (٥).

(١) راجع ج ١٢: ١٢٧.

(٢) الكافي في الفقه: ٤١٣.

(٣) النهاية: ٧١٤.

(٤) المهذب ٢: ٥٣٦.

(٥) المختلف: ٧٦٨.

تتمة

تشمل مسائل

الأولى: من استحل شيئا من المحرمات المجمع عليها، كالميتة والدم والربا ولحم الخنزير، ممن ولد على الفطرة، يقتل. ولو ارتكب ذلك لا مستحلا، عزر.

وقال الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢) وابن إدريس (٣) والمصنف: لا يسقط، بل يتحتم الحد، لثبوته بالاقرار فيستصحب، ولأن التوبة موضع التهمة. وهذا أقوى.

وأجيب عن حجة الأولين بوجود الفارق بين الرجم وغيره، من حيث تضمنه تلف النفس المأمور بحفظها شرعا، بخلاف صورة الفرض. والحق الرجوع في الحكم إلى الأصل، وهو إثبات الحد إلى أن يثبت دليل صالح للاسقاط، ولم يحصل.

قوله: (من استحل شيئا من المحرمات... إلخ).

مستحل المحرم إن كان ثبوته معلوما من الشرع ضرورة فلا شبهة في كفره، لأنه حينئذ راد للشرع الذي لا يتحقق الاسلام بدون قبوله ولو بالاعتقاد.

وإن كان مجمعا عليه بين المسلمين، ولكن لم يكن ثبوته ضروريا،

فمقتضى عبارة المصنف - رحمه الله - وكثير من الأصحاب (٤) الحكم بكفره أيضا، لأن إجماع جميع فرق المسلمين عليه يوجب ظهور حكمه، فيكون أمره

(١) المبسوط ٨: ٤.

(٢) لم نجده فيه، وحكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٦٨.

(٣) السرائر ٣: ٤٧٨.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٤، اللمعة الدمشقية: ١٦٩.

الثانية: من قتله الحد أو التعزير فلا دية له. وقيل: تجب على بيت المال. والأول مروى.

كالمعلوم.

ويشكل بأن حجية الاجماع ظنية لا قطعية، ومن ثم اختلف فيها وفي جهتها. ونحن لا نكفر من رد أصل الاجماع، فكيف نكفر من رد مدلوله؟! فالأصح اعتبار القيد الأخير.

وأما مخالف ما أجمع عليه الأصحاب خاصة فلا يكفر قطعاً وإن كان ذلك عندهم حجة، فما كل من خالف حجة يكفر، خصوصاً الحجة الاجتهادية الخفية جداً كهذه. وقد أغرب الشيخ (١) - رحمه الله - حيث حكم في بعض المسائل بكفر مستحل ما أجمع عليه الأصحاب. وقد تقدم بعضه في باب الأطعمة والأشربة (٢). ولا شبهة في فساده.

هذا كله إذا لم يدع شبهة محتملة في حقه، وإلا قبل منه. ولو ارتكب ذلك غير مستحل عزر إن لم يكن الفعل موجبا للحد، وإلا دخل التعزير في ضمنه. قوله: (من قتله الحد أو التعزير... إلخ).

عدم ثبوت الدية على التقديرين هو الأظهر، لأنه فعل سائغ أو واجب فلا يتعقبه الضمان. ولأن الإمام محسن في امتثال أوامر الله تعالى وإقامة حدوده، و (ما على المحسنين من سبيل) (٣). ولحسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه قال: (أيما رجل قتله الحد أو القصاص فلا دية له) (٤). و (أي) من صيغ العموم.

(١) انظر النهاية: ٧١٣.

(٢) في ج ١٢: ١٤.

(٣) التوبة: ٩١.

(٤) التهذيب ١٠: ٢٠٦ ح ٨١٣، الوسائل ١٩: ٤٧ ب (٢٤) من أبواب قصاص النفس ح ٩.

وكذا الحد عند من جعل المفرد المعرف للعموم من الأصوليين (١).
والقول بضمائه في بيت المال للمفيد (٢) - رحمه الله - لكنه شرط كون الحد للناس، فلو كان لله لم يضمن، لما روي أن علياً عليه السلام كان يقول: (من ضربناه حداً من حدود الله فمات فلا دية له علينا، ومن ضربناه حداً في شيء من حقوق الناس فمات فإن ديته علينا) (٣).

ومقتضى هذا القول تخصيص الحد، وأن المراد ببيت المال بيت مال الإمام لا بيت مال المسلمين.

وفي الاستبصار (٤) أن الدية في بيت المال، جمعاً بين الأخبار، مع أن الرواية المروية عن علي عليه السلام ضعيفة السند. ويظهر من المبسوط (٥) والخلاف (٦) أن الخلاف في التعزير لا في الحد، لأنه مقدر، فلا خطأ فيه، بخلاف التعزير، فإن تقديره مبني على الاجتهاد الذي يجوز فيه الخطأ.

وهذا يتم مع كون الحاكم الذي يقيم عليه الحد غير معصوم، وإلا لم يفرق الحال بين الحد والتعزير، والمسألة مفروضة فيما هو أعم من ذلك.

-
- (١) انظر المعارج للمحقق الحلي: ٨٦، البحر المحيط ٣: ٩٨، العدة للفراء ٢: ٥١٩ - ٥٢٠، التمهيد للكلوذاني ٢: ٥٣.
(٢) المقنعة: ٧٤٣.
(٣) الفقيه ٤: ٥١ ح ١٨٣، الوسائل ١٨: ٣١٢ ب (٣) من أبواب مقدمات الحدود ح ٤، وفي المصادر: قال الصادق عليه السلام: من ضربناه...
(٤) الاستبصار ٤: ٢٧٩ ذيل ح ١٠٥٦.
(٥) المبسوط ٨: ٦٣.
(٦) الخلاف ٥: ٤٩٣ مسألة (١٠).

الثالثة: لو أقام الحاكم الحد بالقتل، فبان فسوق الشاهدين، كانت الدية في بيت المال، ولا يضمنها الحاكم ولا عاقلته. ولو أنفذ إلى حامل لإقامة حد، فأجهضت خوفاً، قال الشيخ: دية الجنين في بيت المال. وهو قوي، لأنه خطأ، وخطأ الحاكم في بيت المال. وقيل: يكون على عاقلة الإمام. وهي قضية عمر مع علي عليه السلام.

وقد ظهر أن الخلاف في حد (١) الآدمي والتعزير، والروايات (٢) دالة على الحد أو الأعم، من حيث إن التعزير حد. والأقوى عدم الضمان مطلقاً. قوله: (لو أقام الحاكم - إلى قوله - ولا عاقلته). لأن ذلك من خطأ الحكام، وخطؤهم في بيت المال، لأنه معد للمصالح. وكذا القول في الكفارة هنا وفي المسألة السابقة. وقيل: تجب في ماله، لأنه قتل خطأ. وتردد الشيخ في المبسوط (٣) في الكفارة. وكذلك في المختلف (٤). قوله: (ولو أنفذ إلى حامل... إلخ). القول بكون دية الجنين في بيت المال هو الموافق لقواعد الأصحاب، وهو قول الأكثر، لأن خطأ الحكام محله بيت المال.

-
- (١) في (م): حق.
(٢) راجع الوسائل ١٩: ٤٦ ب (٢٤) من أبواب قصاص النفس.
(٣) المبسوط ٨: ٦٤.
(٤) المختلف: ٧٢٧ - ٧٢٨.

والقول بكونه على عاقلة الإمام لابن إدريس (١)، محتجا بأنه خطأ محض، لأنه غير عامد في فعله، ولا قصده، لأنه لم يقصد الجنين مطلقا، وإنما قصد أمه، فتكون الدية على عاقلته، والكفارة في ماله.

وهو موافق للرواية المشهورة من قضاء أمير المؤمنين عليه السلام، حيث أرسل عمر خلف حامل ليقوم عليها الحد فأجهضت، فسأل عمر الصحابة عن ذلك فلم يوجبوا عليه شيئا، فقال: (ما عندك في هذا يا أبا الحسن؟ فتنصل من الجواب، فعزم عليه، فقال: إن كان القوم قد قاربوك فقد غشوك، وإن كانوا قد ارتأوا فقد قصرُوا، الدية على عاقلتك، لأن قتل الصبي خطأ تعلق بك، فقال: أنت والله نصحتني من بينهم، فقال: والله لا تبرح حتى تجري الدية على بني عدي، ففعل ذلك عليه السلام) (٢).

وأجيب عن الرواية بأنه لم يرسل إليها بعد ثبوت ذلك عنها (٣). ولأنه لم يكن حاكما عند علي عليه السلام.

وفيه نظر، لأن جواز الارسال خلف الغريم لا يتوقف على ثبوت الحق عليه، فإن مجرد الدعوى عليه حق. إلا أن يقال: إن هنا لم يكن عليها مدع حسبة ولا شاهد. وهو بعيد.

وأما الجواب الثاني فلا يليق بذلك المقام، ولا كان أمير المؤمنين عليه

(١) السرائر ٣: ٤٨٠.

(٢) الارشاد للشيخ المفيد: ١٠٩ - ١١٠، الوسائل ١٩: ٢٠٠ ب (٣٠) من أبواب موجبات الضمان

ح ٢.

(٣) في (أ): عليها.

ولو أمر الحاكم بضرب المحدود زيادة عن الحد فمات، فعليه نصف الدية في ماله إن لم يعلم الحداد، لأنه شبيه العمدة. ولو كان سهواً، فالنصف على بيت المال. ولو أمر بالاقتصار على الحد، فزاد الحداد عمداً، فالنصف على الحداد في ماله. ولو زاد سهواً فالدية على عاقلته. وفيه احتمال آخر.

السلام يتجاهر بحكمه، ولا كان يسمع منه. والأولى في ذلك أن الرواية لم ترد (١) بطريق معتمد عليه، فالرجوع إلى الأصول المقررة متعين. قوله: (ولو أمر الحاكم بضرب المحدود... إلخ). إذا أمر الحاكم - والمراد به غير المعصوم - بضرب المحدود زيادة عن القدر الواجب، فمات المحدود بسبب الضرب، فعلى الحاكم نصف الدية، لأنه مات بسببين: أحدهما سائغ، والآخر مضمون على الحاكم في ماله، لأنه شبيه عمد من حيث قصده للفعل دون القتل. ولو كان أمره بالزيادة سهواً، لغلظه في الحساب، فنصف الدية على بيت المال، لأنه من خطأ الحكام. هذا إذا لم يعلم الحداد بالحال، وإلا كان متعمداً، فيكون عليه القصاص، لأنه باشر الاتلاف. هكذا أطلق في التحرير (٢). وينبغي تقييده بقصده القتل، أو كون ذلك مما يقتل غالباً، وإلا لم يتجه القصاص. ولو كان الحاكم قد أمر بالاقتصار على الحد فزاد الحداد عمداً، فالحكم

(١) في (م): ترو.
(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٢٧.

كما سبق في تعمده مع (١) الأمر وأولى.
وإن زاد سهوا، قال المصنف - رحمه الله - : إن الدية على عاقلته.
وهو يحتمل إرادة مجموع الدية، نظرا إلى أنه قتل عدوان [وإن] (٢) حصل من فعله [تعالى] (٣) وعدوان الضارب، فيحال (٤) الضمان كله على العادي، كما لو ضرب مريضا مشرفا على التلف، أو ألقى حجرا في سفينة موقرة فغرقها، واستناد موته إلى الزيادة، ولا يسقط بسبب الضرب السائق شيء. لكن لا يوافق السابق.

وأن يريد به الدية اللازمة عن الزيادة، وهي النصف، لموته بالسببين. وهذا هو المطابق لما سلف. وبه صرح في التحرير.
والاحتمال الآخر الذي أشار إليه المصنف - رحمه الله - يحتمل أن يريد به توزيع الدية على الأسواط الزائدة والواقعة في الحد، فيسقط منها بحساب الحد، لأن السبب مركب من المجموع.
وأن يريد به ثبوت نصف الدية في ماله على تقدير السهو، لأنه قاصد للفاعل، وإنما أخطأ في قصد القتل.
وأن يريد ذلك مع ثبوت القصاص عليه مع التعمد مطلقا، مع رد نصف الدية عليه، أو بحساب الأسواط.

(١) في (خ): فمع الأمر أولى.

(٢) من الحجريتين.

(٣) من (د، م).

(٤) في (أ، ط): فيجب.

الباب الخامس

في حد السرقة

والكلام في: السارق، والمسروق، والحجة، والحد، واللواحق.

الأول: في السارق.

ويشترط في وجوب الحد عليه شروط:

الأول: البلوغ

فلو سرق الطفل، لم يحد، ويؤدب، ولو تكررت سرقاته.

وفي النهاية: يعفا عنه أولا، فإن عاد أدب، فإن عاد حكمت أنامله

حتى تدمى، فإن عاد قطعت أنامله، فإن عاد قطع كما يقطع الرجل.

وبهذا روايات.

قوله: (في السارق... إلخ).

ما اختاره المصنف - رحمه الله - من عدم ثبوت القطع على الصبي مطلقا

هو المشهور بين المتأخرين. وهو الموافق للأصل من ارتفاع القلم عن

الصبي حتى يبلغ، وأنه غير مؤاخذ شرعا على أقواله ولا [على] (١) أفعاله، لأنه

لا يحرم عليه شئ ولا يجب عليه شئ. نعم، يؤدب بما يراه الحاكم حسما

للمادة.

والقول الذي نقله عن الشيخ في النهاية (٢) وافقه عليه القاضي (٣) والعلامة

(١) من (ط).

(٢) النهاية: ٧١٦.

(٣) لم نجده في مهذب القاضي وجواهره، ونسبه إليه فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٤: ٥١٩، ولعله في كتابه الكامل، وهو مفقود.

الثاني: العقل
فلا يقطع المجنون، ويؤدب، وإن تكرر منه.

في المختلف (١)، لكثرة الأخبار (٢) الواردة به، فمنها صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: (سألته عن الصبي يسرق، قال: يعفا عنه مرة ومرتين، ويعزر في الثالثة، فإن عاد قطعت أطراف أصابعه، فإن عاد قطع أسفل من ذلك) (٣).

وصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: (سألته عن الصبي يسرق، قال: إذا سرق وهو صغير يعفا عنه، فإن عاد قطع بنانه، فإن عاد قطع أسفل من بنانه، فإن عاد قطع أسفل من ذلك) (٤).
وحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: (إذا سرق الصبي عفي عنه، فإن عاد عزر، فإن عاد قطع أطراف الأصابع، فإن عاد قطع أسفل من ذلك) (٥).
وقال: (أتي علي عليه السلام بغلام يشك في احتلامه، فقطع أطراف الأصابع) (٦).
وهذه الروايات مع وضوح سندها وكثرتها مختلفة الدلالة، وينبغي حملها على كون الواقع تأديبا منوطا بنظر الإمام، لا حدا.
قوله: (العقل فلا يقطع المجنون... إلخ).
هذا إذا سرق في حال جنونه. أما لو سرق عاقلا ولو في حال إفاقته - كذي

(١) المختلف: ٧٧٠.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ٥٢٢ ب (٢٨) من أبواب حد السرقة.

(٣) الكافي ٧: ٢٣٢ ح ١، التهذيب ١٠: ١١٩ ح ٤٧٣، الوسائل ١٨: ٥٢٢ الباب المتقدم ح ١.

(٤) الكافي ٧: ٢٣٢ ح ٢، التهذيب ١٠: ١١٩ ح ٤٧٤، الوسائل ١٨: ٥٢٣ الباب المتقدم ح ٤.

(٥) الكافي ٧: ٢٣٢ ح ٤، التهذيب ١٠: ١١٨ ح ٤٧٢، الاستبصار ٤: ٢٤٨ ح ٩٤٣، الوسائل ١٨: ٥٢٣ الباب المتقدم ح ٢، ٣.

(٦) الكافي ٧: ٢٣٢ ح ٤، التهذيب ١٠: ١١٨ ح ٤٧٢، الاستبصار ٤: ٢٤٨ ح ٩٤٣، الوسائل ١٨: ٥٢٣ الباب المتقدم ح ٢، ٣.

الثالث: ارتفاع الشبهة
فلو توهم الملك، فبان غير مالك، لم يقطع. وكذا لو كان المال
مشتركا. فأخذ ما يظن أنه قدر نصيبه.

الأدوار - قطع، ولا يمنعه اعتراض الجنون، استصحابا لما ثبت قبله.
ونبه بقوله: (وإن تكرر منه) على مخالفة حكمه للصبى، حيث قيل فيه مع
التكرار بالقطع في الجملة. والفارق النص. ولكن يؤدب بما يراه الحاكم، حسما
لجرأته.

وفي التحرير (١) نسب تأديبه إلى القيل. ولعله لعدم تمييزه الموجب
لارتداعه بالتأديب عن المعاودة. ولكن هذا يختلف باختلاف أحوال المجانين،
فإن منهم من يردعه التأديب وهم الأكثر، ومنهم من لا يشعر بذلك، والجنون
فنون، وإناطة التأديب برأي الحاكم يحصل المطلوب.

قوله: (ارتفاع الشبهة... إلخ).

أما انتفاء القطع مع توهم الملك فواضح، لأنه شبهة والحد يدرأ بالشبهة،
والقطع من أفراد الحدود.

وأما انتفاؤه مع أخذه من المال المشترك ما يظنه قدر نصيبه، فلأنه مع
مطابقة الواقع لظنه أو نقصانه عن النصيب يمكن أن يقع جميع المأخوذ في نصيبه
عند القسمة، فلا يكون قد أخذ من مال غيره شيئا، ومع ظهور خطأ ظنه وزيادة
المأخوذ عن نصيبه بقدر النصاب يكون ذلك شبهة يدرأ بها الحد. ويشترك الجميع
في أن القسمة وإن كانت فاسدة فإنها تصير شبهة دائرة.

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٢٧.

كذا أطلقه جماعة (١). وقيده بعضهم (٢) بما إذا كان المال المشترك مما يجري فيه الاجبار على القسمة، كالحبوب وسائر الأموال المثلية، ليتمكن فرض تعاطيه القسمة بنفسه، وجعلها شبهة دائرة [للحد] (٣) وإن كانت فاسدة. فلو كان مما لا يجري فيه الاجبار كالثياب، وسرق منه نصف دينار يشتركان فيه على السوية، أو ثلاثة أرباع مما ثلثاه للشارق قطع، لأنه لا يجري (٤) فيه الأخذ بدون إذن الشريك.

وفي كل واحد من القسمين نظر، لأن قسمة الاجبار لا يجوز للشريك الاستبداد بها مطلقا، بل مع امتناع الشريك من القسمة، وهي مفروضة فيما هو أعم من ذلك.

والحق أن أخذ المال المشترك مطلقا حيث لا يجوز الاستبداد بقسمته للشريك، إن كان يتوهم الأخذ جواز استبداده بالأخذ بنفسه فهو كتوهم الملك في السابق، فيعذر للشبهة، بل هنا أولى، لتحقق ملكه في الجملة. وإن كان يعلم عدم جواز الاستبداد بالقسمة أو بالأخذ بدون إذن الشريك، احتتمل أن يقطع مع أخذه من نصيب الشريك قدر النصاب، لوجود المقتضي للقطع، وهو سرقة مال الغير بشرطه، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه شريكا، وهو لا يكفي في المانعية. والتفصيل بزيادة المأخوذ عن قدر نصيبه بقدر النصاب، للروايات (٥) الآتية

(١) إرشاد الأذهان ٢: ١٨١، اللعة الدمشقية: ١٧٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٦، وانظر روضة الطالبين ٧: ٣٣٣.

(٣) من (د).

(٤) في (أ): لا يجزي.

(٥) راجع الوسائل ١٨: ٥١٨ ب (٢٤) من أبواب حد السرقة.

الرابع: ارتفاع الشركة
فلو سرق من مال الغنيمة، فيه روايتان:
إحدهما: لا يقطع.
والأخرى: إن زاد ما سرقه عن نصيبه بقدر النصاب، قطع.
والتفصيل حسن.

الدالة على عدم قطع الغانم بسرقة من الغنيمة قدر نصيبه فما دون. ولا فرق على
التقديرين بين قبوله للقسمة وعدمه.
قوله: (ارتفاع الشركة... إلخ).

الرواية الأولى رواها محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال:
(قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أخذ بيضة من المغنم، وقالوا: قد سرق
أقطعه، فقال: إني لم أقطع أحدا له فيما أخذ شرك) (١).
وقريب منها رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال
أمير المؤمنين عليه السلام: أربعة لا قطع عليهم: المختلس، والغلول، ومن سرق
من المغنم، وسرقة الأجير، لأنها خيانة) (٢). وعمل بمضمونها المفيد (٣) وسلار (٤)
من المتقدمين وفخر الدين (٥) من المتأخرين.

-
- (١) الكافي ٧: ٢٢٣ ح ٧، التهذيب ١٠: ١٠٤ ح ٤٠٦، الاستبصار ٤: ٢٤١ ح ٩١٠، الوسائل ١٨:
٥١٨ ب (٢٤) من أبواب حد السرقة ح ١.
(٢) الكافي ٧: ٢٢٦ ح ٦، التهذيب ١٠: ١١٤ ح ٤٤٩، الاستبصار ٤: ٢٤١ ح ٩١٢، الوسائل ١٨:
٥٠٣ ب (١٢) من أبواب حد السرقة ح ٣.
(٣) المقنعة: ٨٠٣.
(٤) المراسم: ٢٥٨.
(٥) إيضاح الفوائد ٤: ٥٢٥.

وفي طريق الرواية الأولى سهل بن زياد، مع كون محمد بن قيس مشتركا [بين الثقة وغيره] (١). وحال الثانية واضح بالسكوني.

وأما الرواية الأخرى فرواها عبد الله بن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت: رجل سرق من المغنم، أي شئ يجب عليه أن يقطع؟ قال: ينظر كم الذي يصيبه، فإن كان الذي أخذ أقل من نصيبه عزر، ودفع إليه تمام ماله، وإن كان أخذ مثل الذي له فلا شئ عليه، وإن كان أخذ فضلا بقدر ثمن مجن - وهو ربع دينار - قطع) (٢).

والعمل على هذه الرواية أولى، لصحتها وموافقتها للقواعد الشرعية. وعمل أكثر (٣) الأصحاب بمضمونها. وفيها دلالة على أن الغانم يملك نصيبه من الغنيمة بالحيازة، أو على أن القسمة كاشفة عن سبق ملكه بها.

وفي المسألة رواية أخرى بقطعه مطلقا، رواها عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: (سألته عن البيضة التي قطع فيها أمير المؤمنين عليه السلام، قال: كانت بيضة حديد سرقها رجل من المغنم فقطعه) (٤).

وهذه الرواية أجود أسنادا من الأولى، وهي دالة على خلاف ما دلت عليه. وحملت على ما إذا زادت عن نصيب السارق بمقدار النصاب فصاعدا جمعا، أو

- (١) من (د).
- (٢) الفقيه ٤: ٤٥ ح ١٥١، التهذيب ١٠: ١٠٦ ح ٤١٠، الاستبصار ٤: ٢٤٢ ح ٩١٤، الوسائل ١٨: ٥١٩ ب (٢٤) من أبواب حد السرقة ح ٤.
- (٣) النهاية: ٧١٥، المهذب ٢: ٥٤٢، تحرير الأحكام ٢: ٢٢٨.
- (٤) التهذيب ١٠: ١٠٥ ح ٤٠٨، الاستبصار ٤: ٢٤١ ح ٩١٣، الوسائل ١٨: ٥١٨ ب (٢٤) من أبواب حد السرقة ح ٣.

ولو سرق من المال المشترك قدر نصيبه، لم يقطع. ولو زاد بقدر النصاب قطع.

الخامس: أن يهتك الحرز منفردا كان أو مشاركا. فلو هتك غيره، وأخرج هو، لم يقطع.

على كون السارق ليس من الغانمين، إذ لا دلالة فيها على كونه منهم. وكلاهما حسن.

قوله: (ولو سرق من المال المشترك... إلخ).

قد تقدم (١) الكلام في هذه المسألة، وإنما ذكرها مرتين لمناسبة الأولى لشرط ارتفاع الشبهة بتقدير عروضها للشريك وإن زاد عن نصيبه، ومناسبة هذه لشرط انتفاء الشركة على تقدير انتفاء الشبهة، ومن ثم فرضها على تقدير أخذ الشريك بقدر نصيبه جزما، وأخذه الزائد بقدر النصاب جزما. ووجهه: عدم القطع مع أخذه بقدر حقه، وثبوته مع الزيادة بقدر النصاب يظهر من الروايات (٢) المذكورة في السرقة من الغنيمة، لأن شركة الغانم أضعف من شركة المالك الحقيقي، للخلاف في ملكه، فإذا قيل بعدم قطع الغانم فالشريك أولى.

قوله: (أن يهتك الحرز... إلخ).

هذا يتضمن شرطين:

أحدهما: كون المال محرزا، فلا قطع في سرقة ما ليس بمحرز، لما روي أن النبي صلى الله عليه وآله قال: (لا قطع في ثمر معلق، ولا في حريسة جبل،

(١) في ص: ٤٨٠.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ٥١٨ ب (٢٤) من أبواب حد السرقة.

فإذا آواها المراح (١) أو الجرين (٢) فالقطع فيما بلغ ثمن المجن (٣) (٤). وحريسة الجبل ما سرق من الجبل من المواشي. ويقال: إن سارقها يسمى حارسا. واشترط صلى الله عليه وآله للقطع إيواء المراح أو الجرين، فدل على أنه لا قطع فيما لم يحرز.

وعن علي عليه السلام قال: (لا يقطع إلا من نقب نقبا أو كسر قفلا) (٥). والثاني: أن يكون الأخذ هو مهتك الحرز، إما بالنقب أو فتح الباب أو كسر القفل، ونحو ذلك. فلو هتك الحرز واحد وأخذ آخر فلا قطع على أحدهما. أما الأول فلا لأنه لم يسرق. وأما الثاني فلا لأنه لم يأخذ من حرز. ويجب على الأول ضمان ما أفسد من الجدار وغيره، وعلى الثاني ضمان المال.

ولبعض (٦) العامة قول بثبوت القطع على الثاني، لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى إسقاط الحد. وأثبت آخرون (٧) القطع على الأول، بعلّة أنه رد وعون للسارق. وظاهر عدم صلاحية الأمرين لاثبات الحكم.

ولو تعاونوا على النقب ونحوه مما يحصل به إزالة الحرز، وانفرد أحدهما بالاخراج، فالقطع على المخرج خاصة.

- (١) المراح: مأوى الإبل والبقر والغنم. لسان العرب ٢: ٤٦٤ - ٤٦٥.
- (٢) الجرين: موضع تجفيف التمر، وجمعه: جرن. النهاية لابن الأثير ١: ٢٦٣.
- (٣) المجن: الترس، وجمعه: مجان. لسان العرب ١٣: ٩٤.
- (٤) مستدرک الحاكم ٤: ٣٨١، سنن البيهقي ٨: ٢٦٦.
- (٥) التهذيب ١٠: ١٠٩ ح ٤٢٣، الاستبصار ٤: ٢٤٣ ح ٩١٨، الوسائل ١٨: ٥٠٩ ب (١٨) من أبواب حد السرقة ح ٣.
- (٦) انظر روضة الطالبين ٧: ٣٤٦.
- (٧) لم نعثر عليه.

السادس: أن يخرج المتاع بنفسه أو مشاركا
ويتحقق الإخراج: بالمباشرة، وبالتسبيب، مثل: أن يشده بحبل
ثم يجذبه من خارج، أو يضعه على دابة، أو على جناح طائر من شأنه
العود إليه.
ولو أمر صبيا غير مميز بإخراجه، تعلق بالأمر القطع، لأن الصبي
كآلة.

ولو انعكس فانفرد أحدهما بالهتك، وشارك غيره في إخراج النصاب، فلا
قطع على أحدهما، لأن كلا منهما لم يسرق نصابا. نعم، لو أخرجنا نصابين
بالاشتراك، أو بانفراد كل منهما بنصاب، قطعاً.
قوله: (أن يخرج المتاع بنفسه... إلخ).
ظاهر اكتفائه بإخراجه بالمشاركة بالحكم بالقطع على تقدير إخراج الاثنين
فصاعدا نصابا واحدا. ويشكل بعدم صدق سرقة النصاب على كل واحد
بخصوصه. وقيل: يشترط بلوغ نصيب من يحكم بقطعه نصابا، فلا يقطع من قصر
نصيبه عنه. ولعل هذا أظهر.
ويعتبر في الإخراج بالتسبيب أن لا يكون المباشر مما يصلح لاسناد الفعل
إليه حقيقة، كما يقتضيه الأمثلة. فلو كان المخرج بعد تسببيه مميزا فلا قطع على
المسبب.
ويعتبر في المباشر اجتماع الشروط في الحكم بقطعه، بأن يكون مشاركا
في هتك الحرز، ومكلفا، ومخرجا للنصاب، إلى غير ذلك.

السابع: أن لا يكون والدا من ولده ويقطع الولد لو سرق من الوالد. وكذا يقطع الأقارب. وكذا الأم لو سرقت من الولد.

قوله: (أن لا يكون والدا من ولده... إلخ).
عموم آية (١) السرقة وغيرها من الأدلة متناول لسرقة الأقارب والأجانب، لكن خرج من ذلك سرقة الأب وإن علا من الولد بالاجتماع، فيبقى الباقي على العموم.
وألحق أبو الصلاح (٢) الأم بالأب. ونفى عنه في المختلف (٣) البأس، لأنها أحد الأبوين، ولاشتراكهما في وجوب الاعظام.
وألحق بعض (٤) العامة بهما كل من تجب نفقته على الآخر، لما بين الفروع والأصول من الاتحاد، وكون مال كل واحد من النوعين مرصدا لحاجة الآخر، ومن حاجاته أن لا يقطع يده بسرقة ذلك المال.
وعمم آخرون (٥) الحكم في كل قريب. وتخصيص العموم بمثل هذه الأدلة لا يخفى ما فيه.

-
- (١) المائدة: ٣٨.
(٢) الكافي في الفقه: ٤١١.
(٣) المختلف: ٧٧٦.
(٤) روضة الطالبين ٧: ٣٣٥.
(٥) بدائع الصنائع ٧: ٧٠، تبين الحقائق ٣: ٢٢٠، حلية العلماء ٨: ٦٤، بداية المجتهد ٢: ٤٥١، رحمة الأمة: ٢٩٤ - ٢٩٥.

الثامن: أن يأخذه سرا
فلو هتك قهرا ظاهرا وأخذ لم يقطع. وكذا المستأمن لو خان.
ويقطع الذمي كالمسلم، والمملوك، مع قيام البينة. وحكم الأثنى في ذلك
كله حكم الذكر.

مسائل:

الأولى: لا يقطع الرهن إذا سرق الرهن، وإن استحق المرتهن
الامسك، ولا المؤجر العين المستأجرة، وإن كان ممنوعا من الاستعادة،
مع القول بملك المنفعة، لأنه لم يتحقق إخراج النصاب من مال المسروق
منه حالة الإخراج.

الثانية: لا يقطع عبد الانسان بسرقة ماله، ولا عبد الغنيمة بالسرقة
منها، لأن فيه زيادة إضرار. نعم، يؤدب بما يحسم الجرأة.

قوله: (أن يأخذه سرا... إلخ).

لأن الأول لا يسمى سارقا بل غاصبا، والثاني لم يحرز من دونه.

قوله: (لا يقطع عبد الانسان بسرقة... إلخ).

مستند هذا الحكم المخالف للأصل روايات، منها رواية محمد بن قيس عن
أبي جعفر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في عبد سرق
وأختان من مال مولاه، قال: ليس عليه قطع) (١).

وفي حديث آخر عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: عبدي إذا سرقني لم

(١) الكافي ٧: ٢٣٤ ح ٥، التهذيب ١٠: ١١١ ح ٤٣٦، الوسائل ١٨: ٥٢٦ ب (٢٩) من أبواب حد
السرقة ح ١.

الثالثة: يقطع الأجير إذا أحرز المال من دونه. وفي رواية: لا يقطع. وهي محمولة على حالة الاستئمان. وكذا الزوج إذا سرق من زوجته، أو الزوجة [من زوجها].

أقطعه، وعبدي إذا سرق غيري قطعته، وعبد الإمارة إذا سرق لم أقطعه، لأنه (في) (١). وفي طريق الروايات ضعف، ولكن لا راد لها. والمصنف - رحمه الله - علل الحكم بأن في القطع زيادة إضرار، والحد شرع لحسم الجرأة ودفع الضرر، فلا يدفع الضرر بالضرر. وهو تعليل للنص بعد ثبوته، أما كونه علة برأسه فموضع نظر. قوله: (يقطع الأجير إذا أحرز المال... إلخ). كون الأجير كغيره من السارقين في قطعه إذا سرق من مال المستأجر بشرطه هو المشهور بين الأصحاب، لعموم الآية (٢) وغيرها من الأدلة. وقال الشيخ في النهاية (٣): لا قطع عليه، استنادا إلى رواية سليمان قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل استأجر أجيرا فسرق من بيته، هل تقطع يده؟ قال: هذا مؤتمن ليس بسارق، وهذا خائن) (٤). وحسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (في رجل استأجر أجيرا فأقعدته على متاعه فسرقه، فقال: هو مؤتمن) (٥).

-
- (١) الكافي ٧: ٢٣٧ ح ٢٠، التهذيب ١٠: ١١١ ح ٤٣٧، الوسائل ١٨: ٥٢٧ الباب المتقدم ح ٢.
(٢) المائدة: ٣٨.
(٣) النهاية: ٧١٧.
(٤) الكافي ٧: ٢٢٧ ح ٣، التهذيب ١٠: ١٠٩ ح ٤٢٤، الوسائل ١٨: ٥٠٦ ب (١٤) من أبواب حد السرقة ح ٣.
(٥) الكافي ٧: ٢٢٧ ح ١، التهذيب ١٠: ١٠٩ ح ٤٢٦، الوسائل ١٨: ٥٠٥ الباب المتقدم ح ١.

وفي الضيف قولان، أحدهما: لا يقطع مطلقا. وهو المروي.
والآخر: يقطع إذا أحرز من دونه. وهو أشبه.
الرابعة: لو أخرج متاعا، فقال صاحب المنزل: سرقت، وقال
المخرج: وهبتيه أو أذنت في إخراجه، سقط الحد للشبهة، وكان القول
قول صاحب المنزل مع يمينه في المال.
وكذا لو قال: المال لي، وأنكر صاحب المنزل، فالقول قوله مع
يمينه، ويغرم المخرج، ولا قطع لمكان الشبهة.

ورواية سماعة قال: (سألته عن استأجر أجييرا فأخذ الأجير متاعه
فسرقه، قال هو مؤتمن، ثم قال: الأجير والضيف أمينان، ليس يقع عليهما حد
السرقه) (١).

والمصنف - رحمه الله - وغيره من الأصحاب (٢) حملوا الروايات على ما لو
كان المستأجر قد استأمنه على المال ولم يحرزه عنه. وفي الروايات إيماء إليه،
بل في رواية الحلبي تصريح به. هذا مع ضعف الأولى باشتراك سليمان الراوي
بين جماعة منهم المقبول وغيره، والأخيرة بالوقف والاسناد.
قوله: (وفي الضيف قولان... إلخ).

القول بعدم قطع الضيف للشيخ في النهاية (٣) وجماعة، منهم ابن الجنيد (٤)
والصدوق (٥) وابن إدريس (٦)، محتجا عليه بالاجماع.

-
- (١) الكافي ٧: ٢٢٨ ح ٥، التهذيب ١٠: ١٠٩ ح ٤٢٥، الوسائل ١٨: ٥٠٦ الباب المتقدم ح ٤.
 - (٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٢٨.
 - (٣) النهاية: ٧١٧.
 - (٤) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٧٠.
 - (٥) المقنع: ٤٤٧.
 - (٦) السرائر ٣: ٤٨٨.

الثاني: في المسروق
لا قطع فيما نقص عن ربع دينار.
ويقطع فيما بلغه: ذهباً، خالصاً، مضروباً عليه السكة، أو ما قيمته
ربع دينار، ثوباً كان أو طعاماً أو فاكهة أو غيره، [سواء] كان أصله
الإباحة أو لم يكن.
وضابطه: ما يملكه المسلم.
وفي الطير وحجارة الرخام، رواية بسقوط الحد ضعيفة.

ومستند غيره على الحكم الرواية السابقة، ورواية محمد بن قيس عن
الباقر عليه السلام قال: (الضيف إذا سرق لم يقطع، وإذا أضاف الضيف ضيفاً
فسرق قطع ضيف الضيف) (١).
والأصح القطع، للعموم (٢)، وعليه المصنف وجميع المتأخرين (٣). وتحمل
الروايات - مع اشتراكها في ضعف السند - على ما لو لم يحرز المال عنه. وبينه
عليه الحكم بقطع ضيف الضيف، لأن المالك لم يأت منه.
قوله: (لا قطع فيما نقص... إلخ).
يعتبر في ثبوت القطع على السارق بلوغ سرقة قدر النصاب بإجماع
علمائنا. ولكن اختلفوا في مقداره، فالمشهور بينهم أنه ربع دينار من الذهب
الخالص المضروب بسكة المعاملة، أو ما قيمته ربع دينار، فلا قطع فيما دون

(١) الكافي ٧: ٢٢٨ ح ٤، التهذيب ١٠: ١١٠ ح ٤٢٨، الوسائل ١٨: ٥٠٨ ب (١٧) من أبواب حد
السرقه ح ١.
(٢) المائدة: ٣٨.
(٣) المختلف: ٧٧١، إيضاح الفوائد ٤: ٥٢٦ - ٥٢٧، اللعة الدمشقية: ١٧٠، التنقيح الرائع ٤: ٣٧٦،
المقتصر: ٤١٣.

ذلك، لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: (تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا) (١). وفي رواية أخرى: (لا قطع إلا في ربع دينار) (٢).
وصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: (قلت له: في كم يقطع السارق؟
فقال: في ربع دينار.
قال: قلت له: في درهمين؟
فقال: في ربع دينار، بلغ الدينار ما بلغ.
قال: فقلت له: رأيت من سرق أقل من ربع دينار هل يقع عليه حين سرق اسم السارق؟ وهل هو عند الله سارق في تلك الحال؟
فقال: كل من سرق من مسلم شيئا قد حواه وأحزره فهو يقع عليه اسم السارق، وهو عند الله السارق، ولكن لا يقطع إلا في ربع دينار أو أكثر. ولو قطعت يد السارق فيما هو أقل من ربع دينار لألفيت عامة الناس مقطعين) (٣).
وغيرها من الأخبار الكثيرة (٤).
واعتبر ابن أبي عقيل (٥) دينارا فصاعدا. وقال ابن (٦) بابويه: يقطع في

(١) مسند أحمد ٦: ٣٦، سنن الدارمي ٢: ١٧٢، صحيح البخاري ٨: ١٩٩، سنن أبي داود ٤: ١٣٦ ح ٤٣٨٣ - ٤٣٨٤، صحيح مسلم ٣: ١٣١٢، سنن الترمذي ٤: ٤٠ ح ١٤٤٥، سنن البيهقي ٨: ٢٥٤.

(٢) صحيح مسلم ٣: ١٣١٢ ح ٣، سنن ابن ماجه ٢: ٨٦٢ ح ٢٥٨٥، سنن البيهقي ٨: ٢٥٤.
(٣) الكافي ٧: ٢٢١ ح ٦، التهذيب ١٠: ٩٩ ح ٣٨٤، الاستبصار ٤: ٢٣٨ ح ٨٩٦، الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب (٢) من أبواب حد السرقة ح ١.
(٤) راجع الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب (٢) من أبواب حد السرقة.
(٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٧٢.
(٦) راجع المقنع: ٤٤٤، ولكن نقل فيه روايات أخر أيضا.

خمس دينار، أو في قيمة ذلك. ويظهر من ابن الجنيد (١) الميل إليه. والمذهب هو الأول.

ونبه بقوله: (ثوبا كان أو طعاما أو فاكهة، كان أصله الإباحة أو لم يكن) على خلاف أبي حنيفة (٢)، حيث ذهب إلى أنه لا قطع فيما كان مباح الأصل إلا في خشب الساج. والحق بعضهم (٣) به الأبنوس والصندل والعود. وزاد آخرون (٤) الخشب المعمول كالسرر والأبواب. ولا فيما (٥) كان رطبا أو متعرضا للفساد، كالرطب والتين والتفاح، والبقول والرياحين، والشواء والهريسة والفالودج، والحمد (٦) والشمع المشتعل.

لنا: عموم الآية (٧)، وما رووه عنه صلى الله عليه وآله وقد سئل عن التمر المعلق فقال: (من سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين، فبلغ ثمن المجن، فعليه القطع) (٨). وكان ثمن المجن عندهم ربع دينار.

والرواية التي أشار إليها المصنف - رحمه الله - بسقوط الحد عن سارق الرخام ونحوه رواها السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا قطع على من سرق الحجارة، يعني: الرخام وأشباهه

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٧٢.

(٢) اللباب في شرح الكتاب ٣: ٢٠٣ - ٢٠٤، شرح فتح القدير ٥: ١٢٨ و ١٣٠ و ١٣٥، بدائع الصنائع ٧: ٦٨ - ٦٩، تبيين الحقائق ٣: ٢١٤ - ٢١٥ و ٢١٩، وانظر الحاوي الكبير ١٣: ٢٧٤ و ٢٧٦، بداية المجتهد ٢: ٤٥٠، حلية العلماء ٨: ٥٢، المغني لابن قدامة ١٠: ٢٤٣ - ٢٤٤، رحمة الأمة: ٢٩٦.

(٣) اللباب في شرح الكتاب ٣: ٢٠٣ - ٢٠٤، شرح فتح القدير ٥: ١٢٨ و ١٣٠ و ١٣٥، بدائع الصنائع ٧: ٦٨ - ٦٩، تبيين الحقائق ٣: ٢١٤ - ٢١٥ و ٢١٩، وانظر الحاوي الكبير ١٣: ٢٧٤ و ٢٧٦، بداية المجتهد ٢: ٤٥٠، حلية العلماء ٨: ٥٢، المغني لابن قدامة ١٠: ٢٤٣ - ٢٤٤، رحمة الأمة: ٢٩٦.

(٤) اللباب في شرح الكتاب ٣: ٢٠٣ - ٢٠٤، شرح فتح القدير ٥: ١٢٨ و ١٣٠ و ١٣٥، بدائع الصنائع ٧: ٦٨ - ٦٩، تبيين الحقائق ٣: ٢١٤ - ٢١٥ و ٢١٩، وانظر الحاوي الكبير ١٣: ٢٧٤ و ٢٧٦، بداية المجتهد ٢: ٤٥٠، حلية العلماء ٨: ٥٢، المغني لابن قدامة ١٠: ٢٤٣ - ٢٤٤، رحمة الأمة: ٢٩٦.

(٥) اللباب في شرح الكتاب ٣: ٢٠٣ - ٢٠٤، شرح فتح القدير ٥: ١٢٨ و ١٣٠ و ١٣٥، بدائع الصنائع ٧: ٦٨ - ٦٩، تبيين الحقائق ٣: ٢١٤ - ٢١٥ و ٢١٩، وانظر الحاوي الكبير ١٣: ٢٧٤ و ٢٧٦، بداية المجتهد ٢: ٤٥٠، حلية العلماء ٨: ٥٢، المغني لابن قدامة ١٠: ٢٤٣ - ٢٤٤، رحمة الأمة: ٢٩٦.

(٦) في (أ، ث): والحزر، وفي (ط): والحل.

(٧) المائدة: ٣٨.

(٨) سنن أبي داود ٤: ١٣٧ ح ٤٣٩٠، تلخيص الحبير ٤: ٦٤ ح ١٧٧٢.

ومن شرطه أن يكون محرزا بقفل أو غلق أو دفن. وقيل: كل موضع ليس لغير مالكة الدخول إليه إلا بإذنه.

ذلك (١). ولا يخفى حال (٢) السند.

قوله: (ومن شرطه أن يكون محرزا... إلخ).

لا شبهة في اعتبار كون السرقة من الحرز في ثبوت القطع، وإنما الكلام في حقيقته، فإن الشرع اعتبر الحرز ولم يبين له حدا بطريق يعتمد عليه، وما هذا شأنه يجب الرجوع فيه إلى العرف، كالتقبض والتفرق عن مكان البيع وإحياء الموات، ونحو ذلك.

وقد دل العرف على أن القفل على الظرف الذي لا ينقل عادة - كالبيت، والصندوق الكبير، والغلق على الدار، والدفن للمال - حرز في الجملة، وإن كان المرجع في تفاصيله إلى العرف، وذلك يختلف باختلاف المال المحرز. فحرز الثياب الصندوق المقفل. وحرز الدواب الإصطبل والمراح الموثق بالغلق. وحرز الأمتعة التي من شأنها أن توضع في الدكاكين هي مع ما يعتبر معها مما يناسبها من وضعها وغلقها وغيرهما. وإلى نحو ذلك ذهب الشيخ في المبسوط (٣). وقال في الخلاف (٤): كل موضع حرز لشيء من الأشياء فهو حرز لجميع الأشياء. ولا يخفى ما فيه.

والقول بتحديدده بكل موضع ليس لغير مالكة الدخول إليه إلا بإذنه، للشيخ

(١) الكافي ٧: ٢٣٠ ح ٢، التهذيب ١٠: ١١١ ح ٤٣٣، الوسائل ١٨: ٥١٦ ب (٢٣) من أبواب حد السرقة ح ١.

(٢) في (أ): ضعف.

(٣) راجع المبسوط ٨: ٢٢، ولكن قوى بعد ذلك ما اختاره في الخلاف.

(٤) الخلاف ٥: ٤١٩ مسألة (٦).

فما ليس بمحرز لا يقطع سارقه، كالمأخوذ من الأرحية،
والحمامات، والمواضع المأذون في غشيانها كالمساجد.
وقيل: إذا كان المالك مراعيًا له، كان محرزًا، كما قطع النبي عليه
السلام سارق مئزر صفوان في المسجد. وفيه تردد.

في النهاية (١) أيضا.

ورده ابن إدريس (٢) بأن الدار المفتوحة أو التي لا باب لها ليس لغيره
الدخول إليها بدون إذنه، ولا يجب القطع بالسرقة منها. وهذا الايراد في محله.
واعتذر له في المختلف (٣) بجواز أن يكون مراده بقوله: (ليس لغير
المتصرف الدخول فيه) سلب القدرة لا الجواز الشرعي.
وهو حمل بعيد، ومخالف لمفهوم الروايات (٤) التي استند إليها في ذلك.
قوله: (فما ليس بمحرز... إلخ).

لا شبهة في أن المواضع المطروقة من غير مراعاة المالك - كالمذكورة -
ليست حرزا. وأما مع مراعاة المالك فذهب الشيخ في المبسوط (٥) ومن تبعه إلى
كونه محرزا بذلك، ولهذا قطع النبي صلى الله عليه وآله سارق رداء صفوان بن
أمية من المسجد، مع كونه غير محرز إلا بمراعاته.
والرواية وردت بطرق كثيرة، منها حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه
السلام قال: (سألته عن الرجل يأخذ اللص يرفعه أو يتركه؟

(١) النهاية: ٧١٤.

(٢) السرائر ٣: ٤٨٣ - ٤٨٤.

(٣) المختلف: ٧٦٩.

(٤) الوسائل ١٨: ٥٠٨ ب (١٨) من أبواب حد السرقة.

(٥) المبسوط ٨: ٢٤ و ٣٦.

قال: إن صفوان بن أمية كان مضطجعا في المسجد الحرام، فوضع رداءه وخرج يهريق الماء، فوجد رداءه قد سرق حين رجع إليه، فقال: من ذهب بردائي، فذهب يطلبه فأخذ صاحبه، فرفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله. فقال صلى الله عليه وآله: اقطعوا يده.

فقال صفوان: تقطع يده من أجل ردائي يا رسول الله؟

قال: نعم.

قال: فأنا أهبه له.

فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: فهلا كان هذا قبل أن ترفعه إلي!

قلت: فالإمام بمنزلته إذا رفع إليه؟

قال: نعم (١).

وفي الاستدلال بهذا الحديث للقول بأن المراعاة حرز نظر بين، لأن المفهوم منها - وبه صرح (٢) كثير - أن المراد بها النظر إلى المال، فإنه لو نام (٣) أو غفل عنه أو غاب زال الحرز، فكيف يجتمع الحكم بالمراعاة مع فرض كون المالك غائبا عنه؟!

وفي بعض الروايات (٤): أن صفوان نام فأخذ من تحته. والكلام فيها كما سبق، وإن كان النوم عليه أقرب إلى المراعاة مع الغيبة عنه.

(١) الكافي ٧: ٢٥١ ح ٢، التهذيب ١٠: ١٢٣ ح ٤٩٤، الاستبصار ٤: ٢٥١ ح ٩٥٢، الوسائل ١٨:

٣٢٩ ب (١٧) من أبواب مقدمات الحدود ح ٢.

(٢) المبسوط ٨: ٣٦.

(٣) في (ت، خ، ط، م): قام.

(٤) سنن ابن ماجه ٢: ٨٦٥ ح ٢٥٩٥، الموطأ ٢: ٨٣٤ ح ٢٨، مسند أحمد ٦: ٤٦٥، سنن البيهقي ٨:

٢٦٥، تلخيص الحبير ٤: ٦٤ ح ١٧٧١.

وفي المبسوط (١) فرض المسألة على هذا التقدير، واكتفى في حرز الثوب بالنوم عليه أو الاتكاء عليه أو توسده. واحتج عليه بحديث صفوان، وأنه سرقه من تحت رأسه من المسجد، وأنه كان متوسدا له.

وهذا أوجه. مع أن في جعل المراعاة حرزا إشكالا (٢) من وجه آخر، لأن السارق إن أخذ المال مع نظر المالك إليه لتتحقق المراعاة لم يحصل الشرط، وهو أخذه سرا، وإنما يكون مستلبا غاصبا، وهو لا يقطع، وإن كان مع الغفلة عنه لم يكن محرزا بالمراعاة. فظهر أن السرقة لا تتحقق مع المراعاة وإن جعلناها حرزا. وهذا هو الوجه.

نعم، رواية صفوان على الوجه المروي أولا تصلح دليلا على مذهب ابن أبي (٣) عقيل من أن السارق يقطع من أي موضع سرقة، من بيت أو سوق أو مسجد أو غير ذلك. واحتج عليه بهذه الرواية.

وبعض (٤) العلماء فسر الحرز بما على سارقه خطر، لكونه ملحوظا غير مضيع، إما بلحاظ دائم أو بلحاظ معتاد. وعلى هذا يتوجه الحكم في الرواية بقطع سارق الرداء، لأن سارقه في المسجد على خطر من أن يطلع عليه.

وهذا التفسير متوجه ومناسب لما يقتضيه النظر من كون المراعاة بالعين حرزا في مجامعته لا مكان سرقة بمغافلة المالك، إذ لم يشترط فيه دوام النظر، بل المعتاد منه المجامع للغفلة على وجه يمكن سرقة منه. وإلى هذا ذهب الشيخ في

(١) المبسوط ٨: ٢٤.

(٢) فيما لدينا من النسخ الخطية: إشكال، والصحيح ما أثبتناه.

(٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٧٦.

(٤) الوجيز ٢: ١٧٣.

وهل يقطع سارق ستارة الكعبة؟ قال في المبسوط (١) والخلاف (٢):
نعم. وفيه إشكال، لأن الناس في غشيانها شرع.

موضع (٣) من المبسوط، وإن اختار الأول في مواضع (٤).
قوله: (وهل يقطع سارق ستارة الكعبة... إلخ).
وجه ما اختاره الشيخ: ما رواه (٥) أصحابنا من أن الإمام عليه السلام إذا قام
قطع أيدي بني شيبية، وعلقها على البيت، ونادى عليهم: هؤلاء سراق بيت الله.
مضافاً إلى عموم الآية (٦) والروايات (٧) الدالة على القطع.
وذهب ابن إدريس (٨) - رحمه الله - إلى عدم قطعه، لما أشار إليه المصنف -
رحمه الله - من أن ذلك المحل ليس بحرر عرفا. والرواية مع قطع النظر عن
سندها محمولة على قطع أيديهم لفسادهم، أو على سرقة ما أحرز. والأول أقعد،
لأن إحرار مال البيت من مبدأ الإسلام إلى يومنا هذا بأيديهم، وشرط الحرز أن
يكون بغير يد السارق. وعدم القطع للسرقة هو (٩) الأصح.

-
- (١) المبسوط ٨: ٣٣.
(٢) الخلاف ٥: ٤٢٩ مسألة (٢٢).
(٣) المبسوط ٨: ٢٣ - ٢٥.
(٤) المبسوط ٨: ٢٣ - ٢٥.
(٥) الكافي ٤: ٢٤٢ ح ٤، علل الشرائع: ٢٢٩ ح ١، عيون أخبار الرضا ١: ٢٧٣ ح ٥، التهذيب ٩: ٢١٣
ح ٨٤٢، الوسائل ٩: ٣٥٦ ب (٢٢) من أبواب مقدمات الطواف ح ١٣.
(٦) المائدة: ٣٨.
(٧) راجع الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب (٢) وص: ٥٠٠ ب (١٠) من أبواب حد السرقة.
(٨) السرائر ٣: ٤٩٩.
(٩) في (أ): وهو.

ولا يقطع من سرق من جيب إنسان أو كمه الظاهرين، ويقطع لو كانا باطنين.
ولا قطع في ثمرة على شجرها. ويقطع لو سرق بعد إحرازها.

قوله: (ولا يقطع من سرق من جيب إنسان... إلخ).
هذا التفصيل هو المشهور بين الأصحاب، ذكره الشيخ (١) وغيره (٢).
ومستنده رواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال: (أتي أمير المؤمنين عليه السلام بطرار قد طر دراهم من كم رجل، فقال: إن كان طر من قميصه الأعلى لم أقطعه، وإن كان طر من قميصه الداخل قطعته) (٣).
ورواية مسمع بن أبي سيار عن الصادق عليه السلام: (أن أمير المؤمنين عليه السلام أتي بطرار قد طر من رجل دراهم، فقال: إن كان طر من قميصه الأعلى لم أقطعه، وإن كان طر من قميصه الأسفل قطعناه) (٤).
وفي الروايتين ضعف. ومقتضاهما أن المراد بالظاهر ما في الثوب الخارج، سواء كان بابه في ظاهره أم باطنه، وسواء كان الشد على تقديره من داخله أم من خارجه.

قوله: (ولا قطع في ثمرة... إلخ).
هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب، ووردت به الأخبار الكثيرة (٥). وقد

-
- (١) النهاية: ٧١٨، المبسوط ٨: ٤٥، الخلاف ٥: ٤٥١ مسألة (٥١).
(٢) المقنعة: ٨٠٣، المهذب ٢: ٥٤٥، السرائر ٣: ٤٩٢.
(٣) الكافي ٧: ٢٢٦ ح ٥، التهذيب ١٠: ١١٥ ح ٤٥٥، الاستبصار ٤: ٢٤٤ ح ٩٢٢، الوسائل ١٨: ٥٠٤ ب (١٣) من أبواب حد السرقة ح ٢.
(٤) الكافي ٧: ٢٢٦ ح ٨، التهذيب ١٠: ١١٥ ح ٤٥٦، الاستبصار ٤: ٢٤٤ ح ٩٢٣، الوسائل ١٨: ٥٠٤ الباب المتقدم ذيل ح ٢.
(٥) الوسائل ١٨: ٥١٦ ب (٢٣) من أبواب حد السرقة.

ولا على من سرق مأكولا في عام مجاعة.

تقدم (١) بعضها. وظهرها عدم الفرق مع كون الثمرة على الشجرة بين المحرزة بغلق ونحوه وغيرها. وهي على إطلاقها مخالفة للأصول المقررة في الباب. ومع كثرة الروايات فهي مشتركة في ضعف السند، ومن ثم ذهب العلامة (٢) وولده فخر الدين (٣) إلى التفصيل في الشجرة كالثمرة، بالقطع مع احرازهما (٤)، وعدمه مع عدمه. وهو الأجود.

قوله: (ولا على من سرق... إلخ).

المراد بالمأكول الصالح للأكل فعلا أو قوة، كالخبز واللحم والحبوب. ومقتضى إطلاقه كغيره (٥) عدم الفرق بين المضطر وغيره، فلا يقطع السارق في ذلك العام مطلقا، عملا بإطلاق النصوص. وهي رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يقطع السارق في عام سنة، يعني: عام مجاعة) (٦). وقوله عليه السلام: (كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يقطع السارق في أيام المجاعة) (٧). وفي رواية ثالثة عن الصادق عليه السلام قال: (لا يقطع السارق في سنة المحل في شيء يؤكل، مثل الخبز واللحم وأشباه ذلك) (٨).

(١) في ص: ٤٨٤ - ٤٨٥.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٨.

(٣) إيضاح الفوائد ٤: ٥٣١.

(٤) في (ت، خ): إحرازها.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٨.

(٦) الكافي ٧: ٢٣١ ح ٢، التهذيب ١٠: ١١٢ ح ٤٤٢، الوسائل ١٨: ٥٢٠ ب (٢٥) من أبواب حد السرقة ح ٢.

(٧) الكافي ٧: ٢٣١ ح ٣، التهذيب ١٠: ١١٢ ح ٤٤٤، الوسائل ١٨: ٥٢٠ الباب المتقدم ح ٣.

(٨) الكافي ٧: ٢٣١ ح ١، الفقيه ٤: ٥٢ ح ١٨٨، التهذيب ١٠: ١١٢ ح ٤٤٣، الوسائل ١٨: ٥٢٠، الباب المتقدم ح ١.

ومن سرق صغيرا، فإن كان مملوكا قطع. ولو كان حرا فباعه، لم يقطع حدا. وقيل: يقطع، دفعا لفساده.

وحملوا ما أطلق في الروايتين السابقتين من المسروق على المقيد في هذه، وهو المأكول. وفي الروايتين الأخيرتين إرسال، مع اشتراك الجميع في الضعف، لكن العمل بمضمونها مشهور بين الأصحاب لا راد له. قوله: (ومن سرق صغيرا... إلخ). ثبوت القطع بسرقة المملوك الصغير واضح، لأنه مال فيلحقه حكمه. ويشترط فيه شروطه التي من جملتها كونه محرزا، وكون قيمته بقدر النصاب. وإنما لم يذكر ذلك لأن البحث عن سرقة من حيث إنه مملوك، أما من جهة باقي الشرائط فيعلم من بابها. ولو كان المملوك كبيرا مميزا فلا قطع بسرقة، لأنه متحفظ بنفسه، إلا أن يكون نائما أو في حكمه، أو لا يعرف سيده من غيره، فإنه حينئذ كالصغير. ولا فرق بين القن والمدبر وأم الولد دون المكاتب، لأن ملكه غير تام، إلا أن يكون مشروطا فيلحق بالقن. وأما الحر فاختلف في حكم سرقة، فقيل: لا يقطع، لأنه ليس بمال، وهو شرط في هذا الحد، إذ لا يتحقق بلوغ النصاب بدونه. وذهب الشيخ (١) وجماعة (٢) إلى أنه يقطع، لا من حيث سرقة للمال، بل من جهة كونه مفسدا في الأرض. ويؤيده رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (أن أمير المؤمنين

(١) النهاية: ٧٢٢.

(٢) إصباح الشيعة: ٥٢٥، فقه القرآن للراوندي ٢: ٣٨٨.

عليه السلام أتى برجل قد باع حرا، فقطع يده (١).
ورواية عبد الله بن طلحة قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع الرجل وهما حران، يبيع هذا هذا وهذا هذا، ويفران من بلد إلى بلد، فيبيعان أنفسهما ويفران بأموال الناس، قال: تقطع أيديهما، لأنهما سارقا أنفسهما وأموال الناس) (٢).

وظاهر الروايتين بل صريح الثانية عدم اشتراط صغر الحر المبيع. وكذلك أطلقه الشيخ في النهاية (٣) وجماعة (٤). وقيده في المبسوط (٥) بالصغر، وتبعه الأكثر (٦)، نظرا إلى أن الكبير متحفظ بنفسه، فلا يتحقق سرقة. وحيث جعلنا القطع للفساد لم يعتبر تحقق السرقة. ويشكل الحكم مطلقا بأن حد المفسد لا يختص بالقطع، بل يتخير الإمام عليه السلام فيه - كما سيأتي (٧) - بين قطعه وقتله وغيرهما.

وفي المختلف (٨) علل الحكم بالقطع بأن حراسة النفس أولى من حراسة المال الذي جاء القطع في سرقة لحراسته.

-
- (١) الكافي ٧: ٢٢٩ ح ٢، التهذيب ١٠: ١١٣ ح ٤٤٥، الوسائل ١٨: ٥١٤ ب (٢٠) من أبواب حد السرقة ح ٢.
(٢) الكافي ٧: ٢٢٩ ح ٣، التهذيب ١٠: ١١٣ ح ٤٤٦، الوسائل ١٨: ٥١٥ الباب المتقدم ح ٣.
(٣) النهاية: ٧٢٢.
(٤) فقه القرآن للراوندي ٢: ٣٨٨، إصباح الشيعة: ٥٢٥.
(٥) المبسوط ٨: ٣١.
(٦) المؤلف من المختلف ٢: ٤٠٨ مسألة (١٩)، السرائر ٣: ٤٩٩، قواعد الأحكام ٢: ٢٦٥.
(٧) في حد المحارب، الباب السادس من كتاب الحدود.
(٨) المختلف: ٧٧٧.

ولو أعار بيتا، فنقبه المعير وسرق [منه] مالا للمستعير، قطع.
وكذا لو آجر بيتا، وسرق [منه] مالا للمستأجر.

ويشكل بأن الحكم معلق على مال مخصوص، ومطلق صيانته غير معلوم
الإرادة من إطلاق النصوص (١)، ومن ثم كان له شرائط خاصة زيادة على
المطلوب من صيانته، فلا يتم حمل النفس مطلقا عليه بطريق الأولوية، خصوصا
على الوجه المخصوص من بيعه دون غيره من أسباب تفويته وتفويت أجزائه
البالغة ديته ربع (٢) النصاب.

ولو كان عليه ثياب أو معه مال يبلغ النصاب، فإن كان كبيرا لم يتحقق
سرقته أيضا، لأن يده عليها. ولو كان صغيرا على وجه لا يثبت له يد اتجه القطع
بالمال. ومثله سرقة الكبير بماله نائما، وما في حكمه من السكر والاعماء.
قوله: (ولو أعار بيتا... إلخ).

إذا كان الحرز ملكا للشارق، نظر إن كان في يد المسروق منه بإجارة
فسرق منه المؤجر فعليه القطع بغير إشكال، لأن المنافع بعقد الإجارة مستحقة
للمستأجر، والاحراز من المنافع. وعند أبي حنيفة (٣) أنه لا يجب القطع على
المؤجر. ووافق (٤) على أنه لو آجر عبده لحفظ متاع، ثم سرق المؤجر من المتاع
الذي كان يحفظه العبد، يجب القطع.

(١) الوسائل ١٨: ٥١٤ ب (٢٠) من أبواب حد السرقة.

(٢) سقطت من (د، م).

(٣) ولكنه ذهب إلى وجوب القطع، وإنما قال بعدمه صاحبه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني،

انظر المبسوط للسرخسي ٩: ١٧٩ - ١٨٠، بدائع الصنائع ٧: ٧٥، الحاوي الكبير ١٣: ٣٠٩، حلية

العلماء ٨: ٦٦، المغني لابن قدامة ١: ٢٥٣.

(٤) لم نعثر عليه.

وإن كان الحرز في يده بإعارة فوجهان:
أحدهما: أنه لا يجب القطع، لأن الإعارة لا تلزم، وله الرجوع متى شاء،
فلا يحصل الاحراز عنه.

وأصحهما - وهو الذي قطع به المصنف رحمه الله، والعلامة (١) وجماعة (٢)،
ورجحه الشيخ في المبسوط (٣)، بعد أن نقل الأول عن قوم - أنه يجب القطع،
لأنه سرق النصاب من الحرز. وإنما يجوز له الدخول إذا رجع، وعليه أن يمهل
المعير بقدر ما ينقل فيه الأمتعة، لا مطلقاً.

ولو أعار عبده لحفظ مال أو رعي غنم، ثم سرق مما كان يحفظه، فالحكم
كما لو كان الحرز مستعاراً. ولكن هنا يضعف احتمال عدم القطع، لأن الاحراز
ها هنا بملاحظة العبد، لا بنفس العبد المملوك للسارق، فنفس الحرز ليس
بمملوك له.

ولو أعاره قميصاً فلبسه المستعير، فطر المعير جيبه وأخذ منه النصاب،
وجب عليه القطع أيضاً. ويضعف هنا الاحتمال أيضاً.
ولو كان الحرز في يده بغصب، وسرق مالك الحرز منه متاعه، فلا قطع،
لأن له الدخول والهجوم عليه، فلا يكون محرزاً عنه.

وإن سرق منه أجنبي فوجهان:
أحدهما: أنه يلزمه القطع، لأنه لا حق له فيه، وليس له الدخول.
وأصحهما: المنع، لأن الاحراز من المنافع والغاصب لا يستحقها.

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٩.

(٢) المهذب ٢: ٥٤٢، المؤلف من المختلف ٢: ٤٠٩ مسألة (٢٣)، السرائر ٣: ٥٠٠.

(٣) المبسوط ٨: ٣٣.

ويقطع من سرق مالا موقوفا مع مطالبة الموقوف عليه، لأنه مملوك له.

ولا تصير الجمال محرزة بمراعاة صاحبها، ولا الغنم بإشراف الراعي عليها. وفيه قول آخر للشيخ رحمه الله.

قوله: (ويقطع من سرق... إلخ).

هذا التعليل يتم على القول بانتقال ملك الموقوف مطلقا إلى الموقوف عليه. أما على القول الأشهر من اختصاصه بما لو كان الموقوف عليه منحصرًا، قطع سارقه، دون سارق الوقف على المصالح العامة وعلى غير المنحصر، لأن الملك فيه لله تعالى، ولا يتم ما ذكره المصنف من التعليل. ولو طالب به الحاكم احتمل جواز قطعه، وإن كان غير مالك. والأظهر العدم. ولو كانت السرقة من غلة الوقف فلا إشكال في القطع، لأنها مملوكة للموقوف عليه مطلقا.

ولو كان السارق بعض الموقوف عليهم بني على حكم سارق المال المشترك، وقد تقدم (١).

هذا إذا كان منحصرًا. أما لو كان السارق فقيرا في الموقوف على الفقراء فلا قطع مطلقا.

قوله: (ولا تصير الجمال محرزة... إلخ).

قد تقدم (٢) الكلام على أن المراعاة بالعين هل هي حرز أم لا؟ وأن الوجه عدم كونها حرزا، وإليه ذهب المصنف - رحمه الله - هنا صريحا، وإن كان قد تردد

(١) في ص: ٤٨٠.

(٢) في ص: ٤٩٥.

فيما سبق (١). وهو مختار ابن إدريس - رحمه الله - (٢) والعلامة (٣). واحتج عليه في المختلف برواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال: (إن عليا عليه السلام قال: لا يقطع إلا من نعب نقبا أو كسر قفلا) (٤). وهو استدلال عجيب من مثله، مع ضعف السند، والاتفاق على عدم الانحصار فيما ذكر في الرواية. والقول الآخر للشيخ - رحمه الله - الذي أشار إليه المصنف ذكره في المبسوط والخلاف (٥).

فقال في المبسوط: (الإبل إن كانت راعية فحرزها أن ينظر الراعي إليها مراعيها لها. وإن كان ينظر إلى جميعها، مثل أن كان على نشز أو مستو من الأرض، فهي في حرز، لأن الناس هكذا يحرزون أموالهم عند الراعي. وإن كان لا ينظر إليها، أو كان ينظر إليها فنام عنها فليست في حرز. وإن كان ينظر إلى بعضها دون بعض فالتى ينظر إليها في حرز، والتي لا ينظر إليها في غير حرز. وإن كانت باركة ينظر إليها فهي في حرز. وإن كان لا ينظر إليها فهي في حرز بشرطين: أن تكون معقولة، وأن يكون معها نائما أو غير نائم، لأن الإبل الباركة هكذا حرزها.

(١) راجع ص: ٤٩٥.

(٢) السرائر ٣: ٤٨٣.

(٣) المختلف: ٧٦٩.

(٤) التهذيب ١٠: ١٠٩ ح ٤٢٣، الاستبصار ٤: ٢٤٣ ح ٩١٨، الوسائل ١٨: ٥٠٩ ب (١٨) من أبواب حد السرقة ح ٣.

(٥) الخلاف ٥: ٤٢٠ مسألة (٧).

وإن كانت مقطرة، فإن كان سائقا ينظر إليها فهي في حرز. وإن كان قائدا فإنما يكون في حرز بشرطين: أن يكون بحيث إذا التفت إليها شاهدها كلها، وأن يكثر الالتفات إليها، مراعيها لها. وكذا البغال والخيل والحمير والغنم والبقر. فإذا أوت إلى حظيرة كالمراح والاصطبل، فإن كان في البر دون البلد، فما لم يكن صاحبها معها في المكان فليس بحرز، وإن كان معها فيه فهو حرز. وإن كان الباب مفتوحا فليس بحرز، إلا أن يكون معها مراعيها لها غير نائم. وإن كان الباب مغلقا فهو حرز، نائما كان أو غير نائم. وإن كان في جوف البلد فالحرز أن يغلق الباب، سواء كان صاحبها معها أم لا (١).

وهذا التفصيل قد صرح [به] (٢) في مواضع منه بأن المراعاة تكفي في الحرز. وهو حسن مع حصولها بالفعل، لكن معه لا تتحقق السرقة كما أشرنا إليه سابقا (٣)، وإنما تتحقق مع غفلة ليكون الأخذ سرا. فالحق أن القطع لا يتحقق بذلك على التقديرين.

نعم، حرزيتها على هذا الوجه يتم فيما لو كانت أمانة بيد المراعي كالمراعي، فإن مراعاتها بالنظر تكفي في الحكم بكونها في حرز، فلا يضمن حينئذ بالفوات، وبدونه يضمن.

ويظهر من كلام الشيخ في قسم الراتعة أن عدم النظر إليها يخرجها عن الحرز، وإن كان النظر إليها ممكنا. وفي قسم السائرة جعل دوام النظر غير شرط، واكتفى بإمكان مشاهدتها مع كثرة الالتفات إليها.

(١) المبسوط ٨: ٢٣ - ٢٤.

(٢) من (أ، خ، م).

(٣) راجع ص: ٤٩٧.

ولو سرق باب الحرز أو من أبنيته، قال في المبسوط: يقطع، لأنه محرز بالعادة. وكذا إن كان الانسان في داره، وأبوابها مفتحة. ولو نام زال الحرز. وفيه تردد.
ويقطع سارق الكفن، لأن القبر حرز له. وهل يشترط بلوغ قيمته نصابا؟ قيل: نعم. وقيل: يشترط في المرة الأولى، دون الثانية والثالثة. وقيل: لا يشترط. والأول أشبه.
ولو نبش ولم يأخذ، عزر. ولو تكرر منه الفعل، وفات السلطان، كان له قتله للردع.

قوله: (ولو سرق باب الحرز... إلخ).
الحكم في باب الحرز ونحوه مبني على تفسير الحرز، فإن فسرناه بما ليس لغير المالك دخوله، أو بما كان سارقه على خطر وخوف من الاطلاع عليه، أو رددناه إلى العادة وجعلناها قاضية بكون ذلك محرزا على هذا الوجه، كما ادعاه الشيخ (١)، قطع هنا، لتحقق الحرز على هذه التقديرات.
وإن فسرناه بما كان مغلقا عليه، أو مقفلا، أو مدفونا، فلا قطع هنا، لانتفاء المقتضي. وإن جعلنا منه المراعاة بني على ما إذا كان مراعى له وعدمه.
والمراد بباب الحرز هنا الباب الخارج، كباب الدار. أما باب البيت الداخل في الدار أو باب الخزانة، فإن كان خارجه بابا آخر موثقا بالقفل أو الغلق، فالباب المذكور في حرز، وإلا فلا.
قوله: (ويقطع سارق الكفن... إلخ).
للأصحاب في حكم سارق الكفن من القبر أقوال:

(١) المبسوط ٨: ٢٥.

أحدها: أنه يقطع مطلقا، بناء على أن القبر حرز للكفن، والكفن لا يعتبر بلوغه نصابا.

أما الأول فهو المشهور بين الأصحاب، بل ادعى عليه الشيخ فخر الدين (١) الاجماع. وليس كذلك، فإن ظاهر الصدوق (٢) أنه ليس حرزا. وأما الثاني فلدلالة الأخبار بإطلاقها عليه، كصحيحة حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام أنه قال: (حد النباش حد السارق) (٣). وهو أعم من أخذ النصاب وعدمه.

وإلى هذا القول ذهب الشيخ (٤) - رحمه الله -، والقاضي (٥)، وابن إدريس (٦) في آخر كلامه، وإن كان قد اضطرب في خلاله، والعلامة في الإرشاد (٧). وثانيها: اشتراط بلوغ قيمته النصاب، كغيره من السرقات. وهو الذي اختاره المصنف - رحمه الله -، وقبله المفيد (٨) وسالار (٩) وأبو الصلاح (١٠)

(١) إيضاح الفوائد ٤: ٥٣٣.

(٢) المقنع: ٤٤٧.

(٣) الكافي ٧: ٢٢٨ ح ١، التهذيب ١٠: ١١٥ ح ٤٥٧، الاستبصار ٤: ٢٤٥ ح ٩٢٦، الوسائل ١٨:

٥١٠ ب (١٩) من أبواب حد السرقة ح ١.

(٤) النهاية: ٧٢٢.

(٥) المهذب ٢: ٥٤٢.

(٦) السرائر ٣: ٥١٤ - ٥١٥.

(٧) إرشاد الأذهان ٢: ١٨٣.

(٨) المقنعة: ٨٠٤.

(٩) المراسم: ٢٥٨.

(١٠) الكافي في الفقه: ٤١٢.

وجماعة (١)، ومنهم العلامة في المختلف (٢) والتحرير (٣)، والشهيد في الشرح (٤)، لعموم الأخبار (٥) الدالة على اشتراط النصاب، مع عدم المخصص. وأجابوا عن الخبر الأول بأن ظاهره دال على القطع بمجرد النبش في المرة الأولى، وهم لا يقولون به، بل يعتبرون الأخذ، وإذا جازت مخالفة ظاهره باشتراط الأخذ، فلم لا يجوز مخالفته باشتراط النصاب، توفيقا بين الأدلة؟! وأيضا فإنه جعله حد السارق، فيشترط فيه ما يشترط في السارق. ويؤيده قول علي عليه السلام: (يقطع سارق الموتى كما يقطع سارق الأحياء) (٦). ورواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: (أن عليا عليه السلام قطع نباش القبر، ف قيل له: أتقطع في الموتى؟ فقال: إنا لنقطع لأمواتنا كما نقطع لأحيائنا) (٧). وظاهر التشبيه يقتضي المساواة في الشرائط. وثالثها: أنه يشترط بلوغ النصاب في المرة الأولى خاصة. أما الأول فلعموم الأدلة (٨). وأما الثاني فلأنه مع اعتياده مفسد فيقطع لافساده، وإن لم يكن مستحقا بسرقة. وهذا القول اختاره ابن إدريس (٩) في أول كلامه، ثم رجع (١٠) عنه

(١) غنية النزوع: ٤٣٤، الوسيلة: ٤٢٣، إصباح الشيعة: ٥٢٤.

(٢) المختلف: ٧٧٥.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٢٣٠.

(٤) غاية المراد: ٣٤٩.

(٥) راجع الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب (٢) من أبواب حد السرقة.

(٦) الكافي ٧: ٢٢٩ ح ٤، التهذيب ١٠: ١١٥ ح ٤٥٨، الاستبصار ٤: ٢٤٥ ح ٩٢٧، الوسائل ١٨:

٥١١ ب (١٩) من أبواب حد السرقة ح ٤.

(٧) التهذيب ١٠: ١١٦ ح ٤٦٤، الاستبصار ٤: ٢٤٦ ح ٩٣٣، الوسائل ١٨: ٥١٣ الباب المتقدم ح ١٢.

(٨) راجع الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب (٢) من أبواب حد السرقة.

(٩) السرائر ٣: ٥١٢ و ٥١٤ - ٥١٥.

(١٠) السرائر ٣: ٥١٢ و ٥١٤ - ٥١٥.

إلى الأول.
ورابعها: أنه يقطع مع إخراج الكفن مطلقا، أو اعتياده النبش وإن لم يأخذ الكفن. وهذا قول الشيخ في الاستبصار (١)، جامعا به بين الاخبار التي دل بعضها على الأول، وبعضها على الثاني.
قال المصنف - رحمه الله - في النكت (٢): وهو جيد، إلا أن الأحوط اعتبار النصاب في كل مرة، لما روي عنهم عليهم السلام أنهم قالوا: (لا يقطع السارق حتى تبلغ سرقة ربع دينار) (٣).
وخامسها: عدم قطعه مطلقا إلا مع النبش مرارا. أما الأول فلأن القبر ليس حرزا من حيث هو قبر. وأما الثاني فلإفساده.
وهو قول الصدوق (٤). ومقتضى كلامه عدم الفرق بين بلوغه النصاب وعدمه. وفي كثير من الأخبار دلالة عليه، كرواية علي بن سعيد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن النبش، قال: إذا لم يكن النبش له بعادة لم يقطع، ويعزر) (٥).
ورواية الفضيل عنه عليه السلام قال: (النبش إذا كان معروفا بذلك

-
- (١) الاستبصار ٤: ٢٤٧ ذيل ح ٩٣٦.
(٢) النهاية ونكتها ٣: ٣٣٦ - ٣٣٧.
(٣) الكافي ٧: ٢٢١ ح ٣، التهذيب ١٠: ٩٩ ح ٣٨٥، الاستبصار ٤: ٢٣٨ ح ٨٩٧، الوسائل ١٨: ٤٨٤ ب (٢) من أبواب حد السرقة ح ٥.
(٤) المقنع: ٤٤٧.
(٥) التهذيب ١٠: ١١٧ ح ٤٦٥، الاستبصار ٤: ٢٤٦ ح ٩٣٤، الوسائل ١٨: ٥١٣ ب (١٩) من أبواب حد السرقة ح ١٣.

قطع (١).
ورواية ابن بكير، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام: (في
النباش إذا أخذ أول مرة عزز، فإن عاد قطع) (٢).
ويمكن حمل هذه الأخبار - مع قطع النظر عن سندها - على ما لو نبش
ولم يأخذ، جمعا بين الأدلة.
والوجه اعتبار بلوغ النصاب والاعتقاد، لتناول الأول عموم أدلة (٣) السرقة،
والثاني الإفساد.
واعلم:

أن موضع النزاع في كون القبر حرزا ما إذا لم يكن في داخل حرز آخر،
كدار عليها غلق ونحوها، وإليه أشرنا بالحيثية سابقا.
وأنه لا فرق في الكفن على تقدير جعله حرزا له بين الواجب والمندوب،
ومنه العمامة، خلافا للعلامة (٤)، نظرا منه إلى ورود بعض الأخبار (٥) بأنها ليست
من الكفن. وظاهره أن المراد منه أنها ليست من الكفن الواجب لا مطلقا، بقريضة
أنه ذكر الخرقعة الخامسة معها في الخبر (٦)، مع الاجماع على أنها منه.

-
- (١) التهذيب ١٠: ١١٧ ح ٤٦٦، الاستبصار ٤: ٢٤٦ ح ٩٣٥، الوسائل ١٨: ٥١٣ الباب المتقدم ح ١٥.
(٢) التهذيب ١٠: ١١٧ ح ٤٦٨، الاستبصار ٤: ٢٤٦ ح ٩٣٦، الوسائل ١٨: ٥١٤ الباب المتقدم ح ١٦.
(٣) راجع الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب (٢) من أبواب حد السرقة.
(٤) تحرير الأحكام ٢: ٢٣٠.
(٥) الكافي ٣: ١٤٤ ح ٥ - ٧، التهذيب ١: ٢٩٢ ح ٨٥٤ و ٨٥٦ و ٨٥٧، الوسائل ٢: ٧٢٦ ب (٢) من
أبواب التكفين ح ١، ١٠، ١٢.
(٦) الكافي ٣: ١٤٤ ح ٦، التهذيب ١: ٢٩٣ ح ٨٥٦، الوسائل ٢: ٧٢٧ الباب المتقدم ح ١٢.

الثالث: ما به يثبت
ويثبت: بشهادة عدلين، أو الاقرار مرتين، ولا تكفي المرة.
ويشترط في المقر: البلوغ، وكمال العقل، والحرية، والاختيار.

وأن حرزيتة مختصة بالكفن، فلو كان فيه غيره من الأموال، ولو بقصد
مصاحبة الميت، لم يقطع سارقه مطلقاً من هذه الحيثية.
قوله: (ويثبت بشهادة عدلين... إلخ).

هذا هو المشهور بين الأصحاب. ومستندهم عليه رواية جميل بن دراج،
عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليهما السلام قال: (لا يقطع السارق حتى يقر
بالسرقة مرتين، فإن رجع ضمن السرقة، ولم يقطع إذا لم يكن شهود) (١). ولأنه
حد فلا يستوفى بالاقرار مرة، كغيره من الحدود. ولبناء الحدود على التخفيف.
ولا يخفى ضعف الأخيرين، فإن توقف إثبات الحدود مطلقاً على المرتين
يحتاج إلى دليل، وإلا فعموم (٢) الأدلة يقتضي الاكتفاء بالاقرار مرة مطلقاً إلا ما
أخرجه الدليل. وبناء الحدود على التخفيف لا يدل بمجرد على اشتراط تعدد
الاقرار.

والرواية ضعيفة السند بعلي بن حديد، وبالارسال، ومن ثم ذهب
الصدوق (٣) إلى الاكتفاء بالاقرار مرة، لصحيفة الفضيل عن أبي عبد الله عليه

-
- (١) الكافي ٧: ٢١٩ ح ٢، التهذيب ١٠: ١٢٩ ح ٥١٥، الاستبصار ٤: ٢٥٠ ح ٩٤٨، الوسائل ١٨: ٤٨٧ ب (٣) من أبواب حد السرقة ح ١.
(٢) أي: عموم (إقرار العقلا على أنفسهم جائز) الوسائل ١٦: ١١١ ب (٣) من أبواب كتاب الاقرار
ح ٢، وانظر التهذيب ١٠: ٧ ح ٢٠، الاستبصار ٤: ٢٠٣ ح ٧٦١، الوسائل ١٨: ٣٤٣ ب (٣٢) من
أبواب مقدمات الحدود ح ١.
(٣) حكاه عن مقننه العلامة في المختلف: ٧٧١، وفي المقنع (٤٤٨): أن الحر إذا أقر على نفسه لم
يقطع.

فلو أقر العبد لم يقطع، لما يتضمن من إتلاف مال الغير.

السلام قال: (إذا أقر الحر على نفسه بالسرقة مرة واحدة عند الإمام قطع) (١). وفي صحيحة أخرى للفضيل قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من أقر على نفسه عند الإمام بحق حد من حدود الله تعالى مرة واحدة، حرا كان أو عبدا، حرة أو أمة، فعلى الإمام أن يقيم عليه الحد الذي أقر به على نفسه، كائنا من كان، إلا الزاني المحصن) (٢) الحديث. وإطلاق (٣) كثير من الروايات بقطعه مع إقراره بالسرقة، من غير تفصيل، وهو يتحقق بالمرة.

وأجيب بحمل الرواية على التقية، لموافقته لمذهب (٤) العامة. وفيه نظر، لضعف المعارض الحامل على حملها على خلاف الظاهر. قوله: (فلو أقر العبد... إلخ).

أشار بالتعليل إلى وجه عدم قبول إقراره، من حيث إنه إقرار في حق الغير وهو المولى، لا من حيث الغرامة للمال على تقدير إتلافه، لأنه متعلق بذمته، بل من حيث إنه يتضمن القطع وهو مال للغير، فيكون إقراره به إقرارا بوجه يتضمن إتلاف مال الغير، فلا يسمع. ولو قامت البيئة عليه بها قطع، لعدم المانع.

(١) التهذيب ١٠: ١٢٦ ح ٥٠٤، الاستبصار ٤: ٢٥٠ ح ٩٤٩، الوسائل ١٨: ٤٨٨ ب (٣) من أبواب حد السرقة ح ٣.

(٢) التهذيب ١٠: ٧ ح ٢٠، الاستبصار ٤: ٢٠٣ ح ٧٦١، الوسائل ١٨: ٣٤٣ ب (٣٢) من أبواب مقدمات الحدود ح ١.

(٣) لم نجد إطلاقا في الروايات، انظر الوسائل ١٨: ٤٨٧ ب (٣) من أبواب حد السرقة.

(٤) ولكنها موافقة لمذهب بعضهم لا جميعهم، انظر الباب في شرح الكتاب ٣: ٢٠٢، الحاوي الكبير ١٣: ٣٣٢، بداية المجتهد ٢: ٤٥٤، المبسوط للسرخسي ٩: ١٨٢، حلية العلماء ٨: ٧٧، المغني لابن قدامة ١٠: ٢٨٦، روضة الطالبين ٧: ٣٥٥، رحمة الأمة: ٢٩٤.

وكذا لو أقر مكرها. ولا يثبت به حد ولا غرم. فلو رد السرقة بعينها، بعد الاقرار بالضرب، قال في النهاية: يقطع. وقال بعض الأصحاب: لا يقطع، لتطرق الاحتمال إلى الاقرار، إذ من الممكن أن يكون المال في يده، من غير جهة السرقة. وهذا حسن.

ويدل على الأمرين معا صحيحة الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا أقر العبد على نفسه بالسرقة لم يقطع، وإذا شهد عليه شاهدان قطع) (١). ولكن روى ضريس الكناسي في الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال: (العبد إذا أقر على نفسه عند الإمام مرة أنه سرق قطعه، وإذا أقرت الأمة على نفسها عند الإمام بالسرقة قطعها) (٢).

والشيخ (٣) - رحمه الله - حملها على أنه إذا انضاف إلى الاقرار الشهادة عليه بالسرقة. ويمكن حملها على ما إذا صادقه المولى عليها، فإنه يقطع حينئذ، لانتفاء المانع من نفوذ إقراره حينئذ، كما في كل إقرار على الغير إذا صادقه [على] (٤) ذلك الغير.

قوله: (وكذا لو أقر مكرها... إلخ).

ما ذهب إليه الشيخ في النهاية (٥) وافقه عليه جماعة، منهم الشيخ نجيب

(١) الفقيه ٤: ٥٠ ح ١٧٤، التهذيب ١٠: ١١٢ ح ٤٤٠، الوسائل ١٨: ٥٣٢ ب (٣٥) من أبواب حد السرقة.

(٢) الكافي ٧: ٢٢٠ ح ٧، الفقيه ٤: ٤٩ ح ١٧٣، التهذيب ١٠: ١١٢ ح ٤٤١، الاستبصار ٤: ٢٤٤ ح ٩٢١، الوسائل ١٨: ٤٨٧ ب (٣) من أبواب حد السرقة ح ٢.

(٣) التهذيب ١٠: ١١٢ ذيل ح ٤٤١، الاستبصار ٤: ٢٤٤ ذيل ح ٩٢١.

(٤) من الحجريتين.

(٥) النهاية: ٧١٨.

ولو أقر مرتين ورجع، لم يسقط الحد، وتحتمت الإقامة، ولزمه الغرم. ولو أقر مرة، لم يجب الحد، ووجب الغرم.

الرابع: في الحد

وهو قطع الأصابع الأربع من اليد اليمنى، ويترك له الراحة والابهام. ولو سرق ثانية، قطعت رجله اليسرى من مفصل القدم، ويترك

الدين يحيى بن سعيد (١)، والعلامة في المختلف (٢).
والمستند حسنة سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام: (في مضروب على السرقة فجاء بها بعينها أيقطع؟ قال: نعم، وإذا اعترف ولم يأت بها فلا قطع بها، لأنه اعترف على العذاب) (٣). ولأنه قد تثبت سرقة بوجود المال عنده، فيجب الحد، كوجوبه على متقايئ الخمر، لوجود سببه وهو الشرب.
والذاهب من الأصحاب إلى عدم القطع ابن إدريس (٤) والعلامة في أكثر كتبه (٥)، واستحسنه المصنف - رحمه الله -، لأن الاقرار وقع كرها فلا عبرة به. ووجود المال عنده أعم من كونه سارقا، فلا يدل عليه. ولأن وجود المال مسبب عن السرقة، ولا يلزم من وجود المسبب وجود السبب، بل العكس. وبهذا يفرق بينه وبين القبي، لاستحالة القبي بدون الشرب. وهذا أقوى (٦).
قوله: (ولو أقر مرتين... إلخ).

(١) الجامع للشرائع: ٥٦١.

(٢) المختلف: ٧٧١.

(٣) الكافي ٧: ٢٢٣ ح ٩، التهذيب ١٠: ١٠٦ ح ٤١١، الوسائل ١٨: ٤٩٧ ب (٧) من أبواب حد السرقة ح ١، مع اختلاف يسير.

(٤) السرائر ٣: ٤٩٠.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٧٠، تحرير الأحكام ٢: ٢٣٠، إرشاد الأذهان ٢: ١٨٤.

(٦) في (ث، ط): قوي.

له العقب يعتمد عليها. فإن سرق ثلاثة، حبس دائما. ولو سرق بعد ذلك، قتل. ولو تكررت السرقة، فالحد الواحد كاف.

أما وجوب الغرم بالاقرار مرة فظاهر، لأنه إقرار بمال وشأنه ذلك، لعموم: (إقرار العقلا على أنفسهم جائز) (١).
وأما عدم ثبوت القطع بالمرة فمبني على ما تقدم (٢) من توقف هذا الحد على الاقرار مرتين. وقد عرفت ما فيه.
وأما رجوعه عنه حيث ثبت فلا أثر له، كما في كل إنكار بعد الاقرار، إلا ما أخرجه الدليل من حد الزنا. وقد تقدم (٣) في حديث سارق رداء صفوان ما يدل عليه، وأن النبي صلى الله عليه وآله لما عفا عنه صفوان ووهبه الرداء قال له: (هلا كان هذا قبل أن ترفعه إلي).
وروى سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (من أخذ سارقا فعفا عنه فذاك له، فإذا رفع إلى الإمام قطعه، فإن قال الذي سرق منه: أنا أهبه له، لم يدعه الإمام حتى يقطعه إذا رفعه إليه، وإنما الهبة قبل أن يرفع إلى الإمام، وذلك قول الله عز وجل: (والحافظون لحدود الله)، فإذا انتهى إلى الإمام فليس لأحد أن يتركه) (٤).
وأظهر من ذلك كله صحيحة الحلبي ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: (إذا أقر الرجل على نفسه أنه سرق ثم جحد فاقطعه وإن رغم

(١) راجع ج ٧: ٢٧٤ هامش (١).

(٢) في ص: ٥١٣.

(٣) راجع ص: ٤٩٥ - ٤٩٦.

(٤) الكافي ٧: ٢٥١ ح ١، التهذيب ١٠: ١٢٣ ح ٤٩٣، الاستبصار ٤: ٢٥١ ح ٩٥١، الوسائل ١٨: ٣٣٠ ب (١٧) من أبواب مقدمات الحدود ح ٣.

أنفه) (١).

وذهب الشيخ في النهاية (٢) وكتابي (٣) الحديث إلى سقوط القطع عنه مع الرجوع بعد الاقرار، وإن ثبت الغرم. وفي موضع (٤) آخر منها: يتخير الإمام بين العفو عنه وإقامة الحد عليه، حسب ما يراه أردع في الحال.

ووافقه عليه أبو الصلاح (٥) والعلامة في المختلف (٦)، محتجا بأن التوبة تسقط تحتم أعظم الذنوب، فتسقط تحتم أضعفهما. وبما رواه طلحة بن زيد عن الصادق عليه السلام قال: (حد ثني بعض أهلي أن شابا أتى أمير المؤمنين عليه السلام فأقر عنده بالسرقة، فقال له عليه السلام: إني أراك شابا لا بأس بهيئتك، فهل تقرأ شيئا من القرآن؟ قال: نعم، سورة البقرة، فقال: قد وهبت يدك لسورة البقرة، قال: وإنما منعه أن يقطعه لأنه لم تقم عليه بينة) (٧).

ورواية أبي عبد الله البرقي، عن بعض أصحابه، عن بعض الصادقين عليهم السلام قال: (جاء رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام فأقر عنده بالسرقة، فقال: أتقرأ شيئا من القرآن؟ قال: نعم، سورة البقرة، قال: قد وهبت يدك لسورة البقرة، فقال الأشعث: أتعطل حدا من حدود الله تعالى؟ قال: وما يدريك ما هذا؟! إذا

(١) الكافي ٧: ٢٢٠ ح ٤، التهذيب ١٠: ١٢٦ ح ٥٠٣، الوسائل ١٨: ٣١٨ ب (١٢) من أبواب مقدمات الحدود ح ١. وفيما عدا التهذيب: عن الحلبي فقط.

(٢) النهاية: ٧١٨.

(٣) التهذيب ١٠: ١٢٦ ذيل ح ٥٠٤، الاستبصار ٤: ٢٥٠ ذيل ح ٩٤٩.

(٤) النهاية: ٧١٨.

(٥) الكافي في الفقه: ٤١٢.

(٦) المختلف: ٧٧١ - ٧٧٢.

(٧) التهذيب ١٠: ١٢٧ ح ٥٠٦، الاستبصار ٤: ٢٥٢: ٩٥٤، الوسائل ١٨: ٤٨٨ ب (٣) من أبواب حد السرقة ح ٥.

ولا تقطع اليسار مع وجود اليمين، بل تقطع اليمين ولو كانت شلا. وكذا لو كانت اليسار شلا، أو كانتا شلا ين، قطعت اليمين على التقديرين.

قامت البيعة فليس للإمام أن يعفو، وإذا أقر الرجل على نفسه فذاك إلى الإمام، إن شاء عفا، وإن شاء قطع (١).
ولا يخفى ضعف سند الحديثين، ومن ثم لم يذكر المصنف في المسألة خلافا. وما اختاره هو الأصح.
قوله: (ولا تقطع اليسار مع وجود اليمين... إلخ).
ما ذكره المصنف - رحمه الله - من قطع اليمين ولو كانت شلا مذهب الشيخ في النهاية (٢) وجماعة (٣)، أخذنا بعموم (٤) الأدلة، وخصوص صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: (في رجل أشل اليد اليمنى أو أشل الشمال سرق، قال: تقطع يده اليمنى على كل حال) (٥).
وقال في المبسوط: (إن قال أهل العلم بالطب: إن الشلا متى قطعت بقيت أفواه العروق مفتحة، كانت كالمعدومة، وإن قالوا: تندمل، قطعت الشلا) (٦).

- (١) التهذيب ١٠: ١٢٩ ح ٥١٦، الاستبصار ٤: ٢٥٢ ح ٩٥٥، الوسائل ١٨: ٣٣١ ب (١٨) من أبواب مقدمات الحدود ح ٣.
(٢) النهاية: ٧١٧.
(٣) غنية النزوع: ٤٣٢، السرائر ٣: ٤٨٩، إصباح الشيعة: ٥٢٣، قواعد الأحكام ٢: ٢٧١.
(٤) المائدة: ٣٨.
(٥) الكافي ٧: ٢٢٥ ح ١٦، التهذيب ١٠: ١٠٨ ح ٤١٩، الاستبصار ٤: ٢٤٢ ح ٩١٥، الوسائل ١٨: ٥٠١ ب (١١) من أبواب حد السرقة ح ١.
(٦) المبسوط ٨: ٣٨.

ووافقه على ذلك القاضي (١) والعلامة في المختلف (٢)، مراعاة للاحتياط في الحدود حيث لا يراد منها القتل، والتقدير حصول الحذر من القتل هنا. وهذا حسن.

وأما إذا كانت اليسار شلا واليمين صحيحة فقطع اليمين هو مقتضى الأدلة، لوجود المقتضى لقطعها، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا شلل اليسرى، ولم يثبت كونه مانعا شرعا.

وقال ابن الجنيدي: (إن كانت يساره شلا لم تقطع يمينه ولا رجله، وكذلك لو كانت يده اليسرى مقطوعة في قصاص فسرق لم تقطع يمينه، وحبس في هذه الأحوال، وأنفق عليه من بيت مال المسلمين إن كان لا مال له، لأن الشلا كالمعدومة) (٣) فيبقى بلا يدين، وقد عهد من حكمة الشارع إبقاء يده الواحدة، ومن ثم انتقل في السرقة الثانية إلى قطع رجله ولم تقطع يده الأخرى. ولرواية المفضل بن صالح، عن بعض أصحابه، عن الصادق عليه السلام قال: (إذا سرق الرجل ويده اليسرى شلا لم تقطع يمينه ولا رجله) (٤).
ومنه يظهر عدم القطع لو كانتا شلا ين بطريق أولى. فقول المصنف: (قطعت يمينه على التقديرين) تنبيه على خلافه.

(١) المهذب ٢: ٥٤٤.

(٢) المختلف: ٧٧٥.

(٣) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٧٥.

(٤) التهذيب ١٠: ١٠٨ ح ٤٢٠، الاستبصار ٤: ٢٤٢ ح ٩١٦، الوسائل ١٨: ٥٠٢ ب (١١) من أبواب حد السرقة ح ٢.

ولو لم يكن له يسار، قال في المبسوط: قطعت يمينه. وفي رواية
عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبي عبد الله عليه السلام: لا تقطع. والأول
أشبه.

قوله: (ولو لم يكن له يسار... إلخ).
الكلام في قطع اليمين إذا كانت اليسار معدومة كما تقدم فيما لو كانت
شلا، فإن عموم (١) الأدلة الدالة على قطع يمين السارق يتناول ما إذا كان له يسار
وما إذا لم يكن. وإليه ذهب الشيخ في المبسوط (٢) والأكثر (٣).
وقال ابن الجنيد (٤): لا تقطع اليمين إلا مع سلامة اليسار من القطع والشلل،
لما تقدم من العلة، وخصوص صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله
عليه السلام قال: (قلت له: لو أن رجلا قطعت يده اليسرى في قصاص فسرق ما
يصنع به؟ قال: فقال: لا يقطع) (٥). وهي مع صحتها نص في المطلوب.
وحملها في المختلف (٦) على إظهاره التوبة، جمعا بين الأدلة. ولا يخفى ما
فيه من البعد.
ولو قيل بمضمونها، وخص الحكم بقطعها في القصاص كما دلت
عليه، ليخرج ما لو قطعت في السرقة، فإنه لا يمنع حينئذ من قطع اليمين، كان
وجها.

-
- (١) انظر الوسائل ١٨: ٤٩٢ ب (٥) من أبواب حد السرقة.
(٢) المبسوط ٨: ٣٩.
(٣) قواعد الأحكام ٢: ٢٧١، المقتصر: ٤١٤.
(٤) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٧٥ و ٧٧٧.
(٥) التهذيب ١٠: ١٠٨ ح ٤٢١، الاستبصار ٤: ٢٤٢ ح ٩١٧، الوسائل ١٨: ٥٠٢ ب (١١) من أبواب
حد السرقة ح ٣.
(٦) المختلف: ٧٧٧.

أما لو كان له يمين حين القطع فذهبت، لم تقطع اليسار، لتعلق القطع بالذاهبة.

ولو سرق ولا يمين له، قال في النهاية: قطعت يساره. وفي المبسوط: ينتقل إلى رجله. ولو لم يكن [له] يسار، قطعت رجله اليسرى.

ولو سرق ولا يد له ولا رجل حبس. وفي الكل إشكال، من حيث إنه تخط عن موضع القطع، فيقف على إذن الشرع، وهو مفقود.

قوله: (أما لو كان له يمين حين القطع... إلخ).

هذه الصورة مستثناة مما دل عليه الحكم السابق بمفهومه، فإنه دل على أن فقد اليد الواحدة هل يمنع من قطع الأخرى في الجملة؟ فيه قولان مبناهما على اعتناء (١) الشارع بإبقاء اليد الواحدة للانسان أم لا، فاستثني من محل الخلاف ما إذا كانت اليد اليمنى موجودة حين السرقة ثم ذهبت قبل إقامة الحد عليه، فإن اليسار لا تقطع قولاً واحداً، لأن الحكم كان متعلقاً باليمين وقد فاتت. وقد كان ينبغي تأخير هذه المسألة عن المسألة الآتية الدالة على أن فوات اليمين هل يوجب الانتقال إلى اليسار أم لا؟ أو (٢) يحذف قوله: (أما...). وأما ذكرها هنا كذلك فلا يخفى ما فيه من التكلف.

قوله: (ولو سرق ولا يمين... إلخ).

الأصل في قطع السارق أن تقطع يده اليمنى في السرقة الأولى، ثم رجله اليسرى في الثانية، ثم يخلد الحبس في الثالثة. ولم يرد قطع غير ذلك، فلذلك وقع الاشكال في هذه المواضع.

(١) في (أ، ث، ط): اعتبار.

(٢) في (أ، خ): ويحذف.

فمنها: ما إذا لم يكن له يمين حال السرقة الأولى، فقال الشيخ في النهاية (١): يقطع يساره، لعموم: (فاقطعوا أيديهما) (٢) الصادق باليسار، غايته تقديم اليمين عليها بالسنة، فإذا لم توجد قطعت اليسار، لوجوب امتثال ما دلت عليه الآية بحسب الامكان.

وقال في المبسوط (٣): ينتقل إلى رجله اليسرى، لأنها محل القطع حدا للسرقة في الجملة، بل بعد قطع اليمين، وقد حصل. والمصنف - رحمه الله - استشكل في القولين معا، لأنه خروج عن موضع الإذن الشرعي في القطع، ومحل الخلاف ما إذا قطعت يمينه بغير السرقة، وكان قطعها قبل السرقة، كما أشرنا إليه. فلو كان قطعها بها فلا إشكال في الانتقال إلى الرجل، كما أن قطعها لو وقع بعد السرقة فلا إشكال في عدم الانتقال إلى غيرها، بل يسقط القطع، لفوات محله، كما أشرنا إليه في المسألة السابقة التي كان محلها هنا.

ومنها: ما لو سرق ولا يد له يمين ولا يسارا. قال الشيخ (٤): قطعت رجله اليسرى. وهو أولى بالحكم في السابق على قول المبسوط، لأن الرجل اليسرى محل القطع حيث ينتقل الحكم عن اليد. وفيه الاشكال السابق. ومنها: ما لو سرق ولا يده ولا رجل، إما مطلقا، أو المنفي اليد اليمنى والرجل اليسرى اللتين هما محل القطع شرعا. قال الشيخ (٥) - رحمه الله - حبس

(١) النهاية: ٧١٧.

(٢) المائدة: ٣٨.

(٣) المبسوط ٨: ٣٩.

(٤) النهاية: ٧١٧.

(٥) النهاية: ٧١٧.

ويسقط الحد بالتوبة قبل ثبوته، ويتحتم لو تاب بعد البيعة.
ولو تاب بعد الاقرار، قيل: يتحتم القطع. وقيل: يتخير الإمام في
الإقامة والعفو، على رواية فيها ضعف.
ولو قطع الحداد يساره مع العلم، فعليه القصاص، ولا يسقط قطع
اليمين بالسرقة. ولو ظنها اليمين، فعلى الحداد الدية.
وهل يسقط قطع اليمين؟ قال في المبسوط: لا، لتعلق القطع بها
قبل ذهابها.
وفي رواية محمد بن قيس، عن أبي جعفر [عليه السلام]: أن

كما يحبس في المرة الثالثة بعد قطع يده ورجله، لأن هذا بمعناه.
وفيه الاشكال، لأن النص إنما ورد بكون الحبس عقوبة في المرة الثالثة
بعد القطعين، ولم يتحقق هنا، فإثباته عقوبة عن المرة الأولى تخط عن موضع
الإذن من الشارع، وقياس مع وجود الفارق.
قوله: (ويسقط الحد بالتوبة... إلخ).
أما سقوط الحد بالتوبة قبل ثبوت سببه فموضع وفاق، كنظائره من
الحدود.

وأما تحتمه بعد إقامة البيعة فموافق للأصل والنص (١).
وأما التخيير فيه بعد الاقرار فقد تقدم (٢) البحث فيه، وأن بالسقوط أو بتخير
الإمام رواية مرسلة وأخرى ضعيفة السند، وأن الأصح تحتم الحد كالبيعة.
قوله: (ولو قطع الحداد يساره... إلخ).

(١) راجع الوسائل ١٨: ٣٣١ ب (١٨) من أبواب مقدمات الحدود ح ٣.
(٢) راجع ص: ٥١٦ - ٥١٨.

عليه السلام قال: لا تقطع يمينه وقد قطعت شماله.

لا خلاف في بقاء حق القطع على السارق مع تعمد الحداد قطع يساره، ولأصالة بقاء الحق. والجنابة على يسراه لا تقوم مقامها، لأنها خلاف الحق. وأما إذا أخطأ فظننا اليمنى فعليه الدية للخطأ. وفي سقوط قطع اليمين قولان:

أحدهما - وهو الموافق للأصل - عدمه، لتعلق حق القطع باليمين، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل. وجنابة الحداد على اليسار كجنابته عليها عمدا. وهذا هو الذي اختاره الشيخ في المبسوط (١).
وقيل: يسقط قطع اليمين، لمساواة ما فعل للحق فيسقط، لاستيفاء (٢) مساوي الحق. ولئلا يبقى بغير يدين، وقد تقدم عناية الشارع ببقاء الواحدة. ولرواية محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أمر به أن تقطع يمينه، فقدمت شماله فقطعوها وحسبوها يمينه، فقالوا: إنما قطعنا شماله، أتقطع يمينه؟ فقال: لا تقطع وقد قطعت شماله) (٣). وهذا هو الذي اختاره في المختلف (٤).
ويضعف بمنع مساواة ما فعل للحق. وضعف سند الرواية. مع أن الحكم بثبوت الدية على الحداد لا يجمع سقوط القطع معللا بما ذكر.
نعم، لو قيل بأنه حينئذ يصير كفاقد اليد اليسرى، وقد تقدم (٥) أنه يمنع من

(١) المبسوط ٨: ٣٩.

(٢) في (أ، ت، ث، خ): الاستيفاء تساوي....

(٣) الكافي ٧: ٢٢٣ ح ٧، التهذيب ١٠: ١٠٤ ح ٤٠٦، الوسائل ١٨: ٤٩٦ ب (٦) من أبواب حد السرقة ح ١.

(٤) المختلف: ٧٧٨.

(٥) في ص: ٥٢١.

وإذا قطع السارق، يستحب حسمه بالزيت المغلي نظرا له، وليس
بلازم. وسراية الحد ليست مضمونة، وإن أقيم في حر أو برد، لأنه
استيفاء سائغ.

الخامس: في اللواحق
وهي مسائل:

الأولى: يجب على السارق إعادة العين المسروقة. وإن تلفت
أغرم مثلها، أو قيمتها إن لم يكن [لها] مثل. وإن نقصت، فعليه أرش
النقصان. ولو مات صاحبها، دفعت إلى ورثته. فإن لم يكن [له] وارث،
فإلى الإمام.

قطع اليمنى، لا من حيث مساواة المقطوعة للمستحق قطعها، كان حسنا، والرواية
لا تنافي ذلك. واقتصار المصنف - رحمه الله - على نقل القول والرواية يقتضي
تردده في الحكم. وله وجه.
قوله: (يستحب حسمه... إلخ).

مستند الاستحباب ما روي من فعل النبي (١) صلى الله عليه وآله والولاية بعد
ذلك. وحكمته انسداد أفواه العروق فينقطع الدم. ونبه بقوله: (نظرا له) إلى أن
ذلك حق للمقطوع ونظر له، لاحق لله تعالى وتتمة الحد، لأن الغرض منه المعالجة
ودفع الهلاك عنه بنزف الدم.
وذهب بعض (٢) العامة إلى أنه حق لله تعالى ومن تتمه الحد، لأن فيه مزيد

(١) الوسائل ١٨: ٥٢٨ ب (٣٠) من أبواب حد السرقة، وانظر سنن الدارقطني ٣: ١٠٢ ح ٧١ و ٧٢،
المستدرک للحاکم ٤: ٣٨١، سنن البيهقي ٨: ٢٧١.
(٢) الحاوي الكبير ١٣: ٣٢٤، روضة الطالبين ٧: ٣٦٠.

الثانية: إذا سرق اثنان نصابا، ففي وجوب القطع قولان. قال في النهاية: يجب القطع. وقال في الخلاف: إذا نقب ثلاثة، فبلغ نصيب كل واحد نصابا، قطعوا، وإن كان دون ذلك فلا قطع. والتوقف أحوط.

إيلام، وما زال الولاة يفعلون ذلك على كراهة من المقطوعين. وتظهر الفائدة في مؤونة الدهن والحسم. فعلى المختار هي على المقطوع. ويتوقف (١) فعله على إذنه. ولو تركه الحاكم فلا شيء عليه. ولكن يستحب للسارق أن يحسمه من غير وجوب، لأن في الحسم ألما شديدا، وقد يهلك الضعيف، والمداواة بمثل ذلك لا تجب. وعلى الثاني فمؤونة الحسم كمؤونة الحداد على بيت المال.

والسنة أن تعلق اليد المقطوعة في رقبتة، لما روي: (أن النبي صلى الله عليه وآله أتى بسارق، فأمر به فقطعت يده ثم علقت في رقبتة) (٢). وفيه تنكيل وزجر له ولغيره. وتقدير المدة راجع إلى رأي الإمام (٣). قوله: (إذا سرق اثنان نصابا... إلخ).

موضع الخلاف ما إذا هتكنا معا الحرز وأخرجنا النصاب معا، بأن وضعنا أيديهما عليه وأخرجاه. أما لو أخرج كل واحد منهما نصف نصاب على حدته، فلا خلاف في عدم القطع.

ووجه ثبوت القطع على كل منهما مع اجتماعهما على إخراجهما: صدق إخراجهما للنصاب الذي هو شرط قطع المخرج، وهو مستند إليهما. فترك قطعهما

(١) في (أ) والحجريتين: نعم، يتوقف.

(٢) مسند أحمد ٦: ١٩، سنن أبي داود ٤: ١٤٣ ح ٤٤١١، سنن الترمذي ٤: ٤١ ح ١٤٤٧، سنن البيهقي ٨: ٢٧٥.

(٣) في (د): الحاكم.

الثالثة: لو سرق ولم يقدر عليه، ثم سرق ثانية، قطع بالأخيرة، وأغرم المالكين.

ولو قامت الحجة بالسرقة، ثم أمسكت حتى قطع، ثم شهدت عليه بأخرى، قال في النهاية (١): قطعت [يده بالأولى و] رجله بالثانية، استنادا إلى الرواية. وتوقف بعض الأصحاب فيه. وهو أولى.

يستلزم سقوط الحد مع وجود شرطه، وقطع أحدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح، فلم يبق إلا قطعهما. وإلى هذا ذهب الشيخ (٢) في أحد قولي، والمفيد (٣) والمرتضى (٤)، وأتباع (٥) الشيخ أجمعون.

وذهب الشيخ في المبسوط (٦) والخلاف (٧) وابن الجنيد (٨) وابن إدريس (٩) والعلامة في المختلف (١٠) إلى أنه لا قطع على أحدهما، للأصل، ولأن موجب القطع هو إخراج النصاب، ولم يحصل من كل منهما، ولا يصح استناد المعلول الشخصي إلى علل متعددة، والبعض الصادر عن كل منهما ليس موجبا للقطع. وهذا هو الأقوى.

قوله: (لو سرق ولم يقدر عليه... إلخ).

-
- (١) النهاية: ٧١٩.
 - (٢) النهاية: ٧١٨ - ٧١٩.
 - (٣) المقنعة: ٨٠٤.
 - (٤) الانتصار: ٢٦٤.
 - (٥) المهذب ٢: ٥٤٠، الوسيلة: ٤١٩، غنية النزوع: ٤٣٣، إصباح الشيعة: ٥٢٤.
 - (٦) المبسوط ٨: ٢٨.
 - (٧) الخلاف ٥: ٤٢٠ مسألة (٨).
 - (٨) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٧٢.
 - (٩) السرائر ٣: ٤٩٢.
 - (١٠) المختلف: ٧٧٢.

إذا تكررت السرقة ولم يرفع بينهما (١) فعليه قطع واحد، لأنه حد فتتداخل أسبابه لو اجتمعت، كغيره من الحدود.

وهل القطع بالأولى أو بالأخيرة؟ قولان، جزم المصنف - رحمه الله - بالثاني، والعلامة (٢) بالأول. وتظهر فائدة القولين لو عفا من حكم بالقطع لأجله. والحق أنه يقطع على كل حال، حتى لو عفا أحدهما قطع بالأخرى، لأن كل واحدة سبب تام في استحقاق القطع مع المرافعة. وتداخل الأسباب على تقدير الاستيفاء لا يقتضي تداخلها مطلقا، لأنه على خلاف الأصل.

هذا إذا أقر بها (٣) دفعة، أو قامت البينة بها كذلك. أما لو شهدت البينة عليه بواحدة ثم أمسكت، ثم شهدت أو غيرها عليه بأخرى قبل القطع، ففي التداخل قولان، أقربهما عدم تعدد القطع كالسابق، لما ذكر من العلة.

ولو أمسكت الثانية حتى قطع بالأولى ثم شهدت، ففي ثبوت قطع رجله بالثانية قولان أيضا، وأولى بالثبوت لو قيل به ثم.

ويؤيده رواية بكير بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام: (في رجل سرق فلم يقدر عليه، ثم سرق مرة أخرى فأخذ، فجاءت البينة فشهدوا عليه بالسرقة الأولى والسرقة الأخيرة، فقال: تقطع يده بالسرقة الأولى، ولا تقطع رجله بالسرقة الأخيرة، فقيل: كيف ذاك؟ فقال: لأن الشهود شهدوا جميعا في مقام واحد بالسرقة الأولى والأخيرة قبل أن يقطع بالسرقة الأولى، ولو أن الشهود شهدوا عليه بالسرقة الأولى ثم أمسكوا حتى تقطع يده، ثم شهدوا عليه بالسرقة

(١) في (ت، ث): بينها.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٧١، تحرير الأحكام ٢: ٢٣٢.

(٣) في (خ): بهما.

الرابعة: قطع السارق موقوف على مطالبة المسروق [منه]، فلو لم يرافعه لم يرفعه الإمام، وإن قامت البينة. ولو وهبه المسروق [منه]، سقط الحد. وكذا لو عفا عن القطع. فأما بعد المرافعة، فإنه لا يسقط بهبة ولا عفو.

الأخيرة، قطعت رجله اليسرى) (١).

والرواية نص، إلا أن في طريقها ضعفا. وتوقف ابن إدريس (٢) في ذلك، وكذلك المصنف. وله وجه، مراعاة للاحتياط في حقوق الله تعالى، ودرا للحد بالشبهة العارضة من الاختلاف.

قوله: (قطع السارق... إلخ).

الشهادة على السرقة إن ترتبت على دعوى المسروق منه أو وكيله فذاك. وإن شهد الشهود على دعوى الحسبة فعند الأصحاب أنه لا يقطع، تغليباً لحق الأدمي، وإن كان لله تعالى فيه حق. فلو كان المسروق منه غائباً أخر إلى أن يحضر ويرافع.

وهذا بخلاف ما إذا شهد الأربعة على الزنا بجارية الغائب، فإنه يقام الحد على المشهود عليه، ولا ينتظر حضور الغائب.

والفرق بينهما - مع اشتراكهما في تعلق حق الأدمي فيهما - أن حد الزنا لا يسقط بإباحة الوطاء ولا بعفوه، بخلاف القطع، فإنه يسقط بإباحة الأخذ قبل المرافعة، وربما أباح الغائب الأخذ إذا حضر. ولأن السقوط إلى (٣) القطع أسرع

(١) الكافي ٧: ٢٢٤ ح ١٢، التهذيب ١٠: ١٠٧ ح ٤١٨، الوسائل ١٨: ٤٩٩ ب (٩) من أبواب حد السرقة ح ١.
(٢) السرائر ٣: ٤٩٤.
(٣) في (خ): في.

فرع
لو سرق مالا، فملكه قبل المرافعة، سقط الحد. ولو ملكه بعد
المرافعة، لم يسقط.
الخامسة: لو أخرج المال وأعادته إلى الحرز، لم يسقط الحد،
لحصول السبب التام.
وفيه تردد، من حيث إن القطع موقوف على المرافعة، فإذا دفعه
إلى صاحبه، لم تبق له مطالبة.

منه إلى حد الزنا، ألا ترى أنه إذا سرق مال ابنه لا يقطع، ولو زنى بجاريته يحد.
ولأن القطع متعلق حق الآدمي، من حيث إنه سبب لعصمة ماله، فاشتراط لذلك
طلبه وحضوره، بخلاف الزنا.

وخالف في ذلك بعض (١) العامة، فجوز القطع ببينة الحسبة، وآخرون
فأوقفوا حد الزنا المذكور على حضور المالك، نظرا في الأول إلى أن القطع حق
لله تعالى والغرم حق الآدمي، وفي الثاني إلى اشتراك الحق بينهما، مع ترجيح حق
الآدمي كمنظائره.

واعلم أنه قد سبق (٢) في رواية سارق رداء صفوان ما يدل على أن العفو أو
هبة المال قبل المرافعة يسقط الحد، ولا يؤثر بعدها، لقوله صلى الله عليه وآله
وقد أمر بقطع يده: (أفلا كان ذلك قبل أن تنتهي به إلي؟!).

قوله: (لو أخرج المال... إلخ).
القول بثبوت القطع وإن رده إلى الحرز للشيخ في المبسوط (٣)

(١) انظر الحاوي الكبير ١٣: ٣٣٦ - ٣٣٧، حلية العلماء ٨: ٧١ - ٧٢، روضة الطالبين ٧: ٣٥٨.
(٢) راجع ص: ٤٩٥ - ٤٩٦.
(٣) المبسوط ٨: ٢٩.

ولو هتك الحرز جماعة، فأخرج المال أحدهم، فالقطع عليه خاصة، لانفراده بالموجب.
ولو قربه أحدهم، وأخرجه الآخر، فالقطع على المنخرج. وكذا لو وضعها الداخلة في وسط النقب، وأخرجها الخارج.
وقال في المبسوط: لا قطع على أحدهما، لأن كل واحد لم يخرج عن كمال الحرز.

والخلاف (١). ووجهه: ما أشار إليه المصنف من حصول السبب التام للقطع، وهو إخراج النصاب من الحرز على وجه السرقة، فيثبت به القطع، ويستصحب حكم الوجوب.

والمصنف - رحمه الله - تردد في ذلك، من حيث إن القطع موقوف على مرافعة المالك، ومع رده إلى محله ليس له المرافعة، لوصول حقه إليه. وهذا يرجع إلى منع كون السرقة على الوجه المذكور سببا تاما في ثبوت القطع، لتوقفه على المرافعة، ولم يحصل.

وفيه نظر، لأن مجرد رده إلى الحرز لا يكفي في براءة السارق من الضمان من دون أن يصل إلى يد المالك، ومن ثم لو تلف قبل وصوله إليه ضمنه، فله المرافعة حينئذ، ويترتب عليها ثبوت القطع. نعم، لو وصل إلى يد المالك ضعف القول بالقطع جدا. وبهذا يصير النزاع في قوة اللفظي، لأنه مع وصوله إلى المالك لا يتجه القطع أصلا، وبدونه لا يتجه عدمه. والتعليان مبنيان على هذا التفصيل.

قوله: (ولو هتك الحرز... إلخ).

(١) الخلاف ٥: ٤٢٢ مسألة (١١).

قد تقدم (١) أن هتك الحرز شرط في وجوب القطع، وأنه يحصل باشتراكهما فيه كما يحصل بالانفراد. وأما الإخراج ففي تحقيقه بالاشتراك إذا كان نصاباً واحداً بخلاف تقدم (٢) البحث فيه.

فإن نقباه (٣)، وكان المخرج إلى وسط النقب (٤) نصاباً واحداً، فلا قطع على أحدهما، لأن النصاب الواحد لم يستند إخراجاً إلى واحد. وإن كان نصيب كل [واحد] (٥) منهما بقدر النصاب، أو لم يشترط في قطعهما كون نصيب كل [واحد] (٦) منهما نصاباً، فأخرجه أحدهما إلى وسط النقب، وأخرجه الآخر، ففي ثبوت القطع عليهما أو على أحدهما أوجه: أحدها - وهو الذي نقله المصنف عن المبسوط (٧)، وتبعه القاضي (٨) - : انتفاؤه عنهما، لأن كل واحد منهما لم يخرج عن كمال الحرز، فإن الأول أخرجه إلى نصفه مثلاً، والثاني أكمل إخراجاً، فهو كما لو وضعه الأول في ذلك الموضع، فأخذه غيره ممن لم يشارك في النقب. ورد بالفرق، فإن من لم يشارك في النقب لم يحصل فيه شرط القطع الذي من جملة هتك الحرز، بخلاف المشارك.

(١) في ص: ٤٨٤.

(٢) في ص: ٥٢٧.

(٣) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: نفيها.

(٤) في (ث، م): البيت.

(٥) من (خ، د، م).

(٦) من الحجريتين.

(٧) المبسوط ٨: ٢٦ - ٢٧.

(٨) المهذب ٢: ٥٣٩.

السادسة: لو أخرج قدر النصاب دفعة، وجب القطع. ولو أخرج مرارا، ففي وجوبه تردد، أصححه وجوب الحد، لأنه أخرج نصابا،

وثانيها: وجوب القطع عليهما معا، لأنه تم الإخراج بتعاونهما، فهو كما لو أخرجاه دفعة. ولأنه يصير ذريعة إلى إسقاط الحد. وفيه نظر، للفرق أيضا بين الأمرين، فإنه مع إخراجهما إياه دفعة يتحقق الإخراج للنصاب من كل منهما في مجموع المسافة، بخلاف المتنازع. والذريعة إلى إسقاط الحد لا يقدر في تغيير الحكم، كما يحتال لإسقاطه بغيره من الحيل. وثالثها: وجوب القطع على المخرج أخيرا، لأنه لم يتحقق الإخراج إلا بفعله، ولهذا لو بقي في النقب لم يجب القطع قطعا. وهو مختار ابن إدريس (١). وفيه نظر، لأن الإخراج إنما تحقق بفعله لكونه تمام السبب لا السبب التام، وفرق بين الأمرين. وفي المختلف (٢) بنى الحكم على أن وقوع المقدور من القادرين هل هو ممكن أو ممتنع؟ فعلى الأول يثبت القطع على الأخير، وعلى الثاني عليهما، لعدم الفرق بين قطع كمال المسافة دفعة أو على التعاقب، لمغايرة الصادر من كل منهما للآخر والمجموع منهما. ولا يخفى ضعف هذا البناء في الأمرين معا، فإن المعتبر في الإخراج المتعارف، لا الواقع في اصطلاح بعض المتكلمين، الذي يرجع مدركه إلى مجرد الظن. قوله: (لو أخرج قدر النصاب دفعة... إلخ).

(١) السرائر ٣: ٤٩٧ - ٤٩٨.

(٢) المختلف: ٧٧٣.

واشترط المرة في الاخراج غير معلوم.

اختلف الفقهاء في اشتراط اتحاد إخراج النصاب وعدمه، فذهب أبو الصلاح (١) إلى اشتراطه مطلقا، لأنه لما هتك الحرز وأخرج دون النصاب لم يجب عليه القطع، لفقد الشرط، فلما عاد ثانيا لم يخرج من حرز فلا قطع، وإن بلغ الثاني نصابا، فضلا عن كونه مكملا له.

وذهب القاضي (٢) إلى عدم اشتراط الاتحاد مطلقا. ورجحه المصنف - رحمه الله -، لصدق إخراج النصاب، وأصالة عدم اشتراط الاتحاد مطلقا، فيتناوله عموم الأدلة (٣) الدالة على قطع سارق النصاب الشامل بإطلاقه للأمرين. وتردد الشيخ (٤) في القولين، وكذلك ابن إدريس (٥)، لذلك.

واختلف كلام العلامة، ففي القواعد (٦) فرق بين قصر زمان العود وعدمه، فجعل الأول بمنزلة المتحد دون الثاني.

وفي المختلف (٧) فصل بأمر آخر، فحكم بالقطع مع التعدد إن لم يشتهر بين الناس هتك الحرز، وعدمه إن علم هتكه، لخروجه عن كونه حرزا. وقواه ولده الفخر (٨) رحمه الله.

-
- (١) لم نجده في الكافي في الفقه، ونسبه إليه فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٤: ٥٢٢، ولعله اشتبهه بابن حمزة، فقد صرح بذلك في الوسيلة: ٤١٧، والعلامة أيضا حكى اشتراط الاتحاد عن ابن حمزة فقط، راجع المختلف: ٧٧٣.
- (٢) المهذب ٢: ٥٤١.
- (٣) راجع الوسائل ١٨: ٤٨٢ ب (٢) من أبواب حد السرقة.
- (٤) الخلاف ٥: ٤٢٣ مسألة (١٣).
- (٥) السرائر ٣: ٤٩٨.
- (٦) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٥.
- (٧) المختلف: ٧٧٣.
- (٨) إيضاح الفوائد ٤: ٥٢٢.

السابعة: لو نقب فأخذ النصاب، وأحدث فيه حدثاً تنقص به قيمته عن النصاب، ثم أخرجه، مثل أن حرق الثوب أو ذبح الشاة، فلا قطع.

ولو أخرج نصاباً، فنقصت قيمته قبل المرافعة ثبت القطع. الثامنة: لو ابتلع داخل الحرز ما قدره نصاب، كاللؤلؤة، فإن كان يتعذر إخراجه، فهو كالتالف، فلا حد. ولو اتفق خروجها بعد خروجه، فهو ضامن.

وإن كان خروجها مما لا يتعذر، بالنظر إلى عادته، قطع، لأنه يجري مجرى إيداعها في الوعاء.

وفصل في التحرير (١) ثالثاً، فأوجب الحد إن لم يتخلل اطلاع المالك، ولم يطل الزمان بحيث لا يسمى سرقة واحدة عرفاً. وهذا أقوى، لدلالة العرف على اتحاد السرقة مع فقد الأمرين وإن تعدد الإخراج، وتعددها بأحدهما.

قوله: (لو نقب فأخذ النصاب... إلخ). أما الأول فلأنه لم يصدق عليه إخراج النصاب من الحرز، وإن كان مضموناً عليه.

وأما الثاني فلتحقق الإخراج الذي هو سبب القطع، فلا يزيله نقص القيمة بعده، كما لا يزيله إتلافه جملة.

قوله: (لو ابتلع داخل الحرز... إلخ). إذا ابتلع داخل الحرز قدر النصاب، فإن استهلكه الابتلاع - كالطعام - لم يقطع، لأنه لم يخرج النصاب.

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٣٢.