

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## احكام كيفرى اسلام

(قضاء، شهادات، حدود، تعزيرات، قصاص و ديات)



مترجمان

عبدالله مختارى بهمى - مجتبى بختيارى

انتشارات چتر دانش

سرشناسه :	مختاری، عبدالله، ۱۳۷۱ - گردآورنده، مترجم
عنوان و نام پدیدآور	: احکام کیفری اسلام (قضاء، شهادت، حدود، تعزیرات، قصاص و دیات) / مترجمان عبدالله مختاری بهمئی، مجتبی بختیاری.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۳۹۸.
مشخصات ظاهری	: ۲۷۵ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۳۶۸-۸
وضعیت فهرست‌نویسی : فیپا	
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۲۷۴.
موضوع	: حقوق جزا (فقه) -- راهنمای آموزشی (عالی)
موضوع	:
<b>Criminal law (Islamic law) -- Study and teaching (Higher)</b>	
موضوع	: حقوق جزا (فقه) -- ایران -- راهنمای آموزشی (عالی)
موضوع	:
<b>Crime law (Islamic law) -- Iran -- Study and teaching (Higher)</b>	
شناسه افزوده	: بختیاری، مجتبی، ۱۳۷۴ - گردآورنده، مترجم
رده بندی کنگره	: BP۱۹۵
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۷۵
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۹۱۳۹۱۹

<b>نام کتاب</b>	: احکام کیفری اسلام (قضاء، شهادت، حدود، تعزیرات، قصاص و دیات)
<b>ناشر</b>	: چتر دانش
<b>مترجمان</b>	: عبدالله مختاری بهمئی، مجتبی بختیاری
<b>نوبت و سال چاپ</b>	: اول - ۱۳۹۸
<b>شمارگان</b>	: ۱۰۰۰
<b>شابک</b>	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۳۶۸-۸
<b>قیمت</b>	: ۱۶۰۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ منبری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸

تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳

پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com

کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

## سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند. منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متممادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این‌ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آنها از یک سو و تناسب آنها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

**مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش**، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت‌گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی بیش از پیش به منصه‌ی ظهور برساند.

**فرزاد دانشور**

**مدیر مسئول انتشارات چتر دانش**

## مقدمه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حمد و ستایش خداوندی که صدورمان را به لوامع و لمعات شرایع اسلام گشود، و دل‌هایمان را با دروس احکام منور گرداند که در آن تذکره‌ای برای عامه و ذکری برای خاصه است. حمد و سپاس بی‌منت‌هی پروردگاری را که ارشاد نمود به نهایت و غایت مراد سید مجتبی، محمد مصطفی. سپاس خدای را که مبسوط قواعد دین را بر ما منفتح و مهذب کرد، و مدارک احکام و مسالک آن را بر ما کشف نمود. حمد بی‌حد خالقی را که ریاض و حدائق روضه را بر ما تحلیل نمود. همان که جواهر جان را به مکاسب مختصر، اما معتبر وسیله‌ای مستمسک و عروه‌ای کامل و جامع برای نیل به سرائر معالم‌الدین تهذیب و تنقیح نمود.<sup>۱</sup>

وجیزه حاضر شامل مباحث فقهی جزایی بوده که به نحو مختصر اما با استدلال‌های کتب معروفی چون لعمه و شرح لعمه شهیدین، تکملة‌المنهاج محقق خوئی، فقه القضاء مرحوم اردبیلی، مباحث جزایی جواهر الکلام صاحب جواهر، الدر المنضود آیت الله گلپایگانی و دیگر کتب فقهی نگاشته شده است. کتاب مخصوص برای طلاب، دانشجویان الهیات و دانشجویان فقه و حقوق جزا مفید خواهد بود. در پایان از قصور و تقصیری که در نگاشتن آن وجود داشته پوزش طلبیده و از قاریان و اعزه گرامی تقاضای تذکار خطایای این اثر را مسئلت دارم.

﴿حَتَامُهُ مِسْكٌ وَ فِي ذَلِكَ فَلَيْتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ﴾<sup>۲</sup>

عبدالله مختاری بهمئی ۹۸/۱/۱

عید غدیر ذی‌الحجة سنه ۱۴۳۹

۱- در این مقدمه مدحی قریب به چهل اثر از فقهای شیعه نام برده شده است فتأمل.

## فهرست

۴	..... مقدمه
۷	..... کتاب القضاء
۵۳	..... کتاب الشهادات
۸۷	..... کتاب الحدود والتعزیرات
۱۶۷	..... کتاب القصاص
۲۱۹	..... کتاب الديات
۲۷۱	..... منابع
۲۷۳	..... فهرست تفصیلى





**كتاب القضاء**





## کلیات

۱- قضاوت در اصطلاح فقهاء یعنی فصل خصومت بین دو طرف دعوی و حکم به ثبوت دعوی مدعی (خواهان) یا عدم استحقاق مدعی.

۲- فرق فتوی و قضاوت چیست؟

الف. فتوی بیانگر احکام کلی الهی است، بدون آنکه ناظر بر مصادیق باشد و تطبیق با خود مقلد است (قضایای حقیقی). در حالی که قضاوت حکم به احکام شخصی و جزئی است (قضایای خارجی).

ب. فتوی مجتهد تنها بر مقلدین آن مرجع نافذ است. در حالی که قضاوت در حق همه نافذ است؛ حتی اگر یکی اصحاب دعوی مجتهد باشند.

نکته: گاهی منشأ دعوی اختلاف در فتوی است.

۳- قضاوت، واجب کفایی است؛ زیرا حفظ نظام مادی و معنوی بر آن متوقف است، وگرنه نظام اجتماعی دچار هرج و مرج می‌شود. در این وجوب کفایی تفاوتی ندارد که قاضی منصوب باشد یا قاضی تحکیم باشد.

۴- آیا اخذ اجرت از طرفین دعوی یا غیر آن‌ها بر قاضی جایز است؟

الف. مشهور: اخذ اجرت بر قاضی جایز نیست؛ زیرا:

▪ در صحیحہ عمار، مزد قاضی از انواع سحت و حرام اعلام شده است.

- «السحت أنواع كثيرة، منها: ما أصيب من أعمال الولاة الظلمة، و منها: أجور القضاة و أجور الفواجر، و ثمن الخمر و النبيذ المسكر.»
- اجماع بر عدم جواز أخذ اجرت وجود دارد.
  - أخذ اجراب با قصد تقرب منافات دارد.
- ب. مصنف: أخذ اجرت بر قاضی جایز است؛ زیرا:
- وجوب (یک عمل) مانع اخذ اجرت در برابر واجبات نمی‌شود و همچنین قصد قربت اگر آن واجب تعبدی باشد.
  - اجماعی که بر عدم جواز أخذ اقامه شده ثابت نیست.
  - در صحیح عمار اجرتی بر قاضی حرام شده که از حکام جور اخذ شود. قرینه این مطلب آن است که «من» در جمله «منها اجور القضاة» به موصول «ما» در عبارت «ما أصیب من أعمال ولاة الظلمة» بر می‌گردد.
  - نکته ۱: ارتزاق قاضی از بیت‌المال جایز است؛ زیرا بیت‌المال برای همین امور آماده شده و قول امیرالمومنین (علیه السلام) در عهدنامه مالک اشتر بر آن دلالت دارد: «و أكثر تعاهد قضائه (القاضي)، و افسح له في البذل ما يزيح عنته و تقلّ معه حاجته إلى الناس». صحیح ابن سنان از محل بحث خارج است؛ چون مراد ارتزاق قاضی از سلطان جائز است.
  - نکته ۲: حال اگر اخذ اجر جایز نباشد، اخذ اجرت برای نوشتن حکم جایز است، زیرا کتابت یک عمل محترمی است و دلیلی بر منع وجود ندارد.
- ۵- رشوه دادن (رشاء) به قاضی و رشوه گرفتن (ارتشاء) قاضی حرام است؛ زیرا:
- آیه «و لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوْا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ»<sup>۱</sup> بر حرمت آن دلالت دارد.
  - تمام مسلمین بر حرمت آن اجماع دارند.
  - روایاتی چون معتبره سماعه «الرشاء في الحكم هو الكفر بالله» و

صحيحه عمار ... وأما الرشاء يا عمار في الأحكام فإن ذلك الكفر بالله العظيم و برسوله» بر حرمت آن دلالت دارد.

#### ۶- قاضی بر دو نوع است

الف. قاضی منصوب: هرگاه امام معصوم (علیه السلام) شخصی را به‌طور خاص برای تمام امور یا فقط برای قضاوت نصب کند، آن شخص قاضی منصوب است. قاضی منصوب باید مجتهد باشد؛ زیرا از یک طرف قضاوت واجب کفایی بوده و حفظ نظام بر آن متوقف است از طرف دیگر اصل عدم نفوذ حکم کسی بر دیگری است. بنابراین قدر متیقن تنها نفوذ حکم قاضی مجتهد است. باید توجه داشت دلیل لفظی که بر نصب ابتدایی قاضی وجود دلالت کند وجود ندارد، اما مشهور ادله لفظی زیر را اقامه کردند که خالی از اشکال نیست:

- روایت حوادث واقعه ضعف سندی دارد.
- مقبول عمر بن حنظله «ینظران من کان منکم ممّن قد روی حدیثنا... فلیرضوا به حکماً، فإني قد جعلته علیکم حاکماً»، این روایت نیز ضعف سندی دارد؛ زیرا وثابت عمر بن حنظله ثابت نیست و روایت دال بر و ثابت او نیز ضعیف است؛ چون در سند یزید بن خلیفه قرار داد.
- معتبره ابی خدیجه «انظروا إلی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایانا»، این روایت نیز دلالت بر نصب ابتدایی قاضی ندارد؛ زیرا از عبارت «فإني قد جعلته قضایاً» متفرع بر عبارت «فاجعلوه بینکم» معلوم می‌شود که طرفین ابتداء قاضی را انتخاب کرده سپس امام آن را تأیید کرده است. ثانیاً اینکه فرمود که مقداری از علوم ما را بدانند دلیل بر اعتبار اجتهاد نیست، چون علوم آنان هر چند قابل دستیابی نیست، اما احکام باب دعاوی قابل احاطه است.

ب. قاضی تحکیم: قاضی که با توافق و رضایت طرفین حکم قرار می‌گیرد و

- فقط در زمان حضور معصوم (علیه السلام) متصور است. در قاضی تحکیم اجتهاد شرط نیست. برخلاف مشهور؛ زیرا:
- اطلاق آیه ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾<sup>۱</sup> بر آن دلالت دارد.
  - اطلاق معتبره ابی خدیجه و صحیحہ حلبی بر آن دلالت دارد.

#### ۷- آیا علمیت در قاضی شرط است؟

خیر، چون أعلم در هر عصر و زمانی منحصر به یک نفر است در حالی که یک نفر نمی تواند متصدی امر قضاء برای همه مردم شود.

#### ۸- آیا در بلد نیز علمیت شرط نیست؟

در بلد علمیت شرط است، چون دلیلی برای شرطیت آن نداریم و تنها همان اصل (عدم نفوذ و عدم ولایت) وجود دارد که به مقتضای آن در بلد فقط حکم او نافذ است نه غیر او. و مؤند آن کلام امیرالمومنین (علیه السلام) به مالک اشتر است «إختر للحکم بین الناس أفضل رعیتک».

۹- تعیین قاضی به دست مدعی است. چه مدعی بدان راضی شود چه راضی نشود. باید توجه داشت:

- تعیین قاضی تحکیم به دست هر دو (مدعی و مدعی علیه) است، چون حکم او زمانی نافذ است که هر دو به داوری او راضی شوند.
- تعیین قاضی منصوب: ۱- اگر مدعی یک نفر باشد، تعیین به دست مدعی است. به دلیل شهرت، اجماع و اینکه مدعی ملزم به اثبات دعوی خود است به هر چیزی که راهی که بخواهد و مدعی علیه نمی تواند او را به طریق خاصی مجبور کند. ۲- اگر هر دو مدعی هستند، باید قرعه بزنند. چون هر دو مدعی هستند و هر کدام نمی توانند یک قاضی معین کنند. چون اختلاف صورت می گیرد.

- ۱۰- در قاضی امور زیر شرط است:
- بلوغ: به دلیل، ۱- اجماع؛ ۲- صحیحه اُبی خدیجه «ولکن اُنظروا الی رجل»، لفظ رجل بر فرد بالغ اطلاق می‌شود.
  - عقل: به دلیل، ۱- اجماع؛ ۲- ادله‌ای که بر نفوذ حکم قاضی دلالت دارد از شخص مجنون انصراف دارد.
  - ذکوریت: به دلیل، ۱- اجماع؛ ۲- صحیحه اُبی خدیجه «اُنظروا الی رجل» رجل بر ذکوریت حمل می‌شود؛ ۳- روایت صدوق: «یا علی لیس علی المرأة جمعة و لاجماعة و لاتولی القضا».
  - ایمان (شیعه بودن): به دلیل، ۱- صحیحه اُبی خدیجه جمال: «یاکم أن یتحاکم بعضکم بعضاً الی أهل جور». به اهل جور یعنی مخالفین ائمه علیهم السلام رجوع نشود؛ ۲- روایت: «انظروا الی رجل منکم» به افرادی از خودتان رجوع کنید که شیعه هستند.
  - طهارهٔ مولد (ولد زنا نبودن): به دلیل، ۱- اجماع؛ ۲- طریق اولویت: به این صورت که ولد زنا نمی‌تواند امام جماعت شود و نیز شهادت او قبول نمی‌شود. پس امر قضاء که از اهمیت بیشتری برخوردار است، ولد الزنا نمی‌تواند متصدی آن باشد؛ ۳- در صحیحه اُبی خدیجه: «ولکن اُنظروا الی رجل منکم...» به مردی از خودتان رجوع شود که حتماً از شخص ولدالزنا انصراف دارد؛ ۴- دلیل بر اینکه حکم ولدالزنا نفوذ داشته باشد، وجود ندارد.
  - عدالت: به دلیل، ۱- اجماع؛ ۲- طریق اولویت: به این شکل که شخص فاسق نمی‌تواند امام جماعت شود، و نیز شهادت او قبول نمی‌شود، پس به طریق اولی اجازه تصدی امر قضاء به او داده نمی‌شود؛ ۳- و نیز اعتماد به حکم او یعنی اعتماد به حکم ظالم در حالی که اعتماد به ظالم در آیات نهی شده است.
  - رشد: به دلیل، ۱- اجماع؛ ۲- ادله باب قضاء از شخص غیر رشید

(محجور) انصراف دارند.

- اجتهاد: در قاضی منصوب ابتدائاً شرط است.
- ضبط (اهل حافظه باشد) شرطیت آن وجهی دارد؛ چون أدله از شخص غیر ضابط انصراف دارند.

نکته: حریت، کتابت و بینایی در قاضی شرط نیست؛ چرا که مهم آگاهی و بصیرت است.

۱۱- قاضی بر طبق اقرار، بینه و قسم حکم می‌کند. همچنین می‌تواند بر طبق علم خود چه در حق‌الله و چه در حق‌الناس حکم کند؛ زیرا حکم بر اساس علم بر طبق آیات حکم ب عدل خواهد بود. البته در حقوق‌الناس بعد از مطالبه صاحب حق اقامه حد جایز بوده و قبل از آن جایز نیست. هر چند قاضی به موجب حد علم داشته باشد.

۱۲- در پذیرش دعوی شرط است که به نحو جزم باشد. بنابراین اگر به حسب احتمال باشد، پذیرفته نیست. چون قول مدعی (خواهان) مطابق اماره و اصلی از اصول عملیه است و مقتضی اطلاق دلیلی که حجیت دارد در دعوی آن است که باید بر مدعی ترتیب اثر داده شود. مگر در مواردی که شخص در معرض تهمت باشد، دعوی ظنی مدعی مسموع است، همچون (شخص زرگر، شخص رخت شو، شتربان). صحیحه حلبی، صحیحه ابوبصیر و صحیحه جعفر بن عثمان دلالت دارند که در صورتی که در معرض اتهام باشند، ضامن مال هستند.

۱۳- در دعوای مالی علیه شخصی با سه حالت از جانب این شخص مواجه خواهیم بود:

الف. یا این شخص به مال مورد دعوی اقرار و اعتراف خواهد کرد. در این صورت بر طبق اقرار او عمل خواهد شد؛ زیرا عقلاء اقرار شخص مقرر را نافذ می‌دانند. شارع نیز این سیره را در ابواب مختلف فقه نافذ دانسته است.

ب. یا این شخص مال مورد دعوی را انکار خواهد کرد، در این صورت از مدعی خواسته می‌شود که بینه اقامه کند. به دلیل صحیحه برید: «الحقوق کلُّها، البينة على المدعى و اليمينُ على المدعى عليه الا في الدم خاصة.»

- اگر مدعی بینه اقامه نکند منکر قسم یاد می‌کند و دعوی ساقط می‌شود. بر مدعی (بعد از حکم حاکم) جایز نیست که از مال حالف (منکر) تقاص کند. به دلیل معتبره ابن ابی یغفور و صحیحه سلیمان.<sup>۱</sup>
- در صورتی که حالف (منکر) خودش را تکذیب کند مدعی می‌تواند، از او مالش را مطالبه کند و اگر از دادن مال امتناع کند، مدعی می‌تواند آن را از اموال منکر تقاص کند؛ زیرا اخبار دال بر اینکه قسم حق مدعی را از بین می‌برد منصرف به موردی است که منکر (حالف) به صورت جزمی خودش را تکذیب کند. همچنین روایت صدوق بر آن دلالت دارد.<sup>۲</sup>
- اگر منکر قسم نخورد و قسم را به مدعی رد کند، مدعی قسم می‌خورد و دعوی ثابت است. در صورتی که مدعی قسم نخورد و نکول کند دعوی او ساقط می‌شود، به دلیل صحیحه محمد بن مسلم.

ج. در صورتی که این شخص سکوت کند از مدعی درخواست بینه می‌شود، اگر بینه اقامه کرد، طبق بینه حکم به نفع او می‌شود.

- اگر مدعی بینه اقامه نکند، قاضی مدعی علیه را ملزم به قسم می‌کند. به شرط اینکه مدعی ۱- به قسم راضی شود؛ ۲- مطالبه قسم کند و اگر قسم یاد کند، دعوی ساقط می‌شود؛ زیرا قسم وظیفه مدعی علیه است و قضاء جز به بینه و قسم ممکن نیست.

۱- این صحیحه با صحیحه ابی بکر تعارض دارد. اما تعارض این دو به این صورت حل می‌شود که صحیحه سلیمان بن خالد را (به مقتضی معتبره ابن ابی یغفور) بر موردی حمل کنیم که مدعی مطالبه قسم می‌کند و به قسم منکر نیز رضایت می‌دهد. و اما معتبره ابی بکر (روایت معارض) را بر موردی که مدعی مطالبه قسم نکرده و منکر تبرعاً قسم خورده؛ لذا تعارضی بینهما نیست. کشف الاحتجاج عن مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۵۷.

۲- این روایت صحیحه می‌باشد، هرچند در طریق آن قاسم بن محمد قرار دارد، که علی الاظهر ثقه است.

▪ اگر مدعی علیه قسم نخورد: در اینجا دو قول است، ۱- گروهی قائل هستند که قاضی منکر را ملزم به قسم یا رد قسم می‌کند، و گرنه او را ناکل محسوب می‌کنیم، علیه او حکم می‌شود. به دلیل صحیحه محمد بن مسلم. و صحیحه عبید بن زراره؛ ۲- نظر مشهور و آیت الله خوئی: قاضی رد قسم به مدعی می‌کند.<sup>۱</sup>

۱۴- در صورتی که مدعی علیه ادعا کند نسبت به قضیه اطلاعی ندارد، چند حالت دارد:

- اگر مدعی او را تکذیب کند: نمی‌تواند مدعی علیه را قسم بدهد. چون امکان ندارد او را بر واقع قسم بدهد؛ زیرا ادعای جهل می‌کند.
- اگر مدعی او را تکذیب نکند: او را قسم می‌دهد، به این صورت که قسم بر عدم علم و جهل بخورد. چون در صورت تصدیق او توسط مدعی امکان قسم دادن او وجود ندارد.
- اگر مدعی نه او را تکذیب کند و نه او را تصدیق کند، نمی‌تواند او را قسم بدهد. چون مدعی جزم به دعوی خود ندارد. قبلاً هم گفته شد که شرط پذیرش دعوی این است که جزمی باشد.
- اگر او را تکذیب کند و مدعی شود که مدعی علیه علم به آن دارد: می‌تواند او را قسم بدهد.

۱۵- بعد از اینکه منکر قسم خورد و حاکم طبق آن حکم کرد، بینه مدعی پذیرفته نمی‌شود. به دلیل صحیه ابی یعفر.

۱- به دلیل، ۱- اجماع؛ ۲- طبق دو صحیحه ظاهراً لزوم رد به مدعی توسط قاضی انجام می‌شود؛ زیرا صحیحه اولی (محمد بن مسلم درباره آخرس) یک مورد خاص است. (شاید امیرالمومنین او را قسم داده باشد) و صحیحه دوم (عبید بن زراره) اطلاق دارد و بر عدم لزوم رد دلالت ندارد؛ ۳- دو صحیحه با صحیحه هشام معارضه دارند. چون این صحیحه اقتضاء دارد که رد یمین بر مدعی بشود، هر چند ردکننده مدعی علیه نباشد (بلکه قاضی باشد). که در صورت تعارض، مرجع رفع تعارض روایاتی است که می‌فرمایند که قضاوت کردن با ایمان و بینات انجام می‌شود و اصل (در موارد شک) نیز اقتضاء دارد که به مجرد نکول حکم کردن جایز نیست. (رک: کشف الاحتجاج عن مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۷۷).



۱۶- اگر مدعی نکول کند، قاضی رد قسم به مدعی کرده و اگر قسم بخورد دعوی ثابت است.

۱۷- بعد از اینکه بینه اقامه شد، قاضی نمی‌تواند مدعی را قسم بدهد. به دلیل صحیحه محمد بن مسلم.

**نکته ۱-** در دعوی دینی علیه میت مدعی علاوه بر بینه باید قسم نیز یاد کند. به دلیل صحیحه اول صفار. این صحیحه با روایت دوم صفار تعارض دارد، اما تعارض رفع می‌شود به این صورت که صحیحه دوم صفار مطلق است. و با صحیحه اولی تقیید می‌خورد.

**نکته ۲-** اگر علیه میت دعوی عینی طرح شود بینه نیز اقامه کند از او قبول می‌شود بدون اینکه نیاز به ضم یمین باشد؛ زیرا ادله مطلق بوده و لزوم ضم یمین تنها در دین است. علاوه بر این صحیحه دوم صفار (طبق نسخه الفقیه) اشاره به «دین» شده و غیر دین را شامل نمی‌شود. روایت عبدالرحمن نیز ضعف سندی دارد.

**نکته ۳-** در خصوص دعوای بر میت تفاوتی نیست، که مدعی برای خود اقامه دعوی کرده یا دعوی برای موصی یا موکل یا شخص ثالث یا وراث باشد.

۱۸- در فرض بینه بیان شد که در دعوی بر میت نیاز به ضمیمه قسم است، اما در صورت اقرار ورثه، یا علم حاکم یا شیاع مفید علم، آیا ضمیمه قسم نیز لازم است؟

▪ برخی گفته‌اند: «نیاز به ضم یمین است؛ زیرا روایت عبدالرحمن اقتضاء دارد که همه این موارد را در بر بگیرد و استصحاب نیز با این روایت ساقط می‌شود.»

▪ مصنف: نیاز به ضم یمین نیست؛ زیرا مورد صحیحه صفار در مورد ثبوت دین با بینه است. و دلیلی بر تجاوز از مورد آن نیست. و طبق اصل استصحاب (در صورت شک) حکم به بقاء دین و ثبوت دین

می‌کنیم. روایت قول مخالف یعنی روایت عبدالرحمان ضعیف است.

۱۹- در صورتی که مدعی یک شاهد و قسم بر ادعای خود بر میت اقامه کند طبق قول مشهور دین ثابت است، اما آیا نیاز به قسم دیگر است؟ در ثبوت دین بر میت با این دو اشکال بلکه منع وجود دارد:

الف- اگر یمین معتبر در دعوی عیله میت یمین استظهاری باشد: قطعاً دین با شاهد واحد و سوگند ثابت می‌شود. به دلیل اطلاقات (حجیت بینه).

ب- حال که گفتیم طبق اطلاقات دین با شاهد واحد و قسم ثابت می‌شود، نزاع در ضمیمه کردن قسم است؟ در این صورت باید توجه داشت:

نیاز به ضمیمه قسم است. چون قسم اولی جهت اثبات اصل حق بوده و قسم دوم جهت بقاء آن حق است؛ لذا باید قسم یاد کند. همان طور که مقتضای روایت عبدالرحمن این مطلب است، اما این روایت ضعف سندی دارد. (چون یاسین ضریر در سند آن است. که نه توثیق شده و حتی مدحی در مورد او نرسیده.

▪ به دلیل ضعف سند روایت عبدالرحمن تنها دلیل در این مطلب صحیحه صفار است. طبق این صحیحه قسم اول جهت اثبات اصل حق و قسم دوم جهت اثبات بقاء حق است. این صحیحه اطلاقات (حجیت بینه) را تخصیص می‌زند.

▪ اگر قائل شویم که قسم نازل منزله شاهد واحد است، در این صورت شاید بتوان گفت که حق مدعی عیله میت با شاهد واحد و قسم ثابت می‌شود و اختلاف فقط در لزوم ضمیمه کردن قسم است. اما این نازل منزله ثابت نشده است.

▪ وقتی بیان شد که دعوی علیه میت با شاهد واحد و یمین ثابت می‌شود. در صورتی که شاهد یک مرد و دو زن باشند نیز دعوی با آن سه ثابت می‌شود. چون شهادت دو زن به منزله یک شاهد مرد است.

۲۰- در ثبوت دین علیه شبهه میت (صبی، مجنون، غائب) با بینه اختلاف است:

- برخی گفته‌اند: «به ضم یمین نیاز است. به دلیل صحیحه صفار و عمومیت مقتضی تعلیل عبدالرحمن که شامل صبی، غائب و مجنون می‌شود».
- مصنف: نیاز به ضم یمین نیست؛ زیرا صحیحه صفار در مورد میت است و تعدی از مورد آن خلاف قاعده است. تعلیل شامل غیر میت نمی‌شود چون غائب توان دفاع از خود را دارد و هرگاه بیاید خودش اقامه دلیل می‌کند. همان طور که صحیحه جمیل بدان تصریح شده. در مورد مجنون و صبی ولی‌شان از آنها دفاع می‌کند. وفاء به دین توسط آنها اثری ندارد. روایت عبدالرحمن ضعف سندی دارد؛ ۴- شهرت (قول اکثر) نمی‌تواند دلیل در مسئله باشد.

۲۱- آثار حکم قاضی نسبت به پرونده مختومه:

- ترافع به قاضی دیگر بعد از حکم قاضی اول جایز نیست.
- نقض حکم قاضی اول توسط قاضی دیگر جایز نیست؛ زیرا حکم او بر همه حتی قاضی دوم نافذ است، مگر اینکه: ۱- قاضی اول واجد شرایط نباشد؛ ۲- حکم قاضی اول مخالف حکم قطعی کتاب و سنت باشد.

۲۲- در دعوی علیه غائب اگر مدعی خواهان حقیش باشد و امکان احضار

غائب نباشد، تکلیف چیست؟

اگر مدعی بینه اقامه کند، قاضی طبق بینه حکم می‌کند و حقیش را از اموال مدعی علیه غائب برمی‌دارد، و از او کفیل گرفته می‌شود. مدعی علیه هرگاه پیدا شود، باید اقامه دلیل کند؛ و لذا اگر اقامه دلیل کند، قاضی مالی که مدعی از اموال او برداشته به مدعی علیه (غائب) باز می‌گرداند. به دلیل، ۱- اجماع؛ ۲- صحیحه جمیل. (این صحیحه با روایت ابوالبختری تعارض ندارد؛ زیرا روایت ضعف سندی دارد و یا اینکه روایت ابوالبختری مطلق است.

۲۳- هرگاه موکل غائب باشد و وکیل از غریم (بدهکار) مطالبه حق موکل بکند، در حالی که غریم ادعاء کند که مال را به موکل تسلیم کرده یا موکل آن را ابراء کرده:

- اگر حق موکل با بینه ثابت شده باشد: غریم باید اقامه بینه کند، و اگر بینه نیامد باید مال را به وکیل موکل دفع کند و نمی‌تواند وکیل را به عدم تسلیم یا عدم ابراء قسم بدهد، اما اگر غریم مدعی شود که وکیل علم به تسلیم و ابراء دارد، می‌تواند وکیل را قسم بدهند.
- اگر حق موکل با اقرار ثابت شده باشد: ۱- اگر ابراء و تسلیم منفصل (جدا) از اقرار باشد: مثل مورد بینه باید عمل بشود. (حق احلاف ندارد)؛ ۲- اگر ابراء و تسلیم متصل به اقرار باشد: غریم (بدهکار) مدعی شود که وکیل حق مطالبه حق موکل را ندارد، چون این دعوی (مطالبه مال موکل) دعوی مستقلی نیست، بلکه جزء دعوی قبلی است؛ لذا دعوی متوقف می‌شود. (آیت‌الله خوئی: بین اتصال و انفصال تفاوتی نیست).

۲۴- هرگاه قاضی شخصی را به ثبوت دین محکوم کند و محکوم‌علیه از وفاء به دین امتناع کند، تکلیف چیست؟

- اگر محکوم‌علیه متمکن (از پرداخت بدهی) باشد: قاضی می‌تواند او را حبس کند و او را مجبور به اداء دین بکند.
- اگر محکوم‌علیه معسر (از وفاء به دین) باشد: حبس او جایز نیست، بلکه به او مهلت داده می‌شود تا متمکن شود.

نکته: دلیل مطلب مذکور معتبره غیاث و معتبره سکونی است.

## فصل اول: احکام قسم

۱- صیغه قسم باید با لفظ جلاله الله (تبارک و تعالی) یا با أسماء خداوند متعال باشد، به دلیل صحیحه علی بن مهزیار و صحیحه محمد بن مسلم.

۲- لازم نیست صیغه قسم به عربی باشد، بلکه هر لفظی که ترجمه آن اسماء باشد کافی است. به دلیل اطلاق دو صحیحه پیشین.

۳- کیفیت قسم اهل کتاب چگونه است؟

الف- مصنف: جایز است که قاضی آنها را به آنچه اعتقاد دارند، قسم بدهد. به دلیل دو صحیحه محمد بن مسلم، صحیحه محمد بن قیس و معتبره سکونی.

ب- برخی گفته‌اند: «جایز نیست و باید به أسماء خاص حق تعالی قسم یاد کنند»، به دلیل صحیحه علی بن مهزیار، صحیحه محمد بن مسلم، صحیحه سلیمان بن خالد، صحیحه حلبی و دیگر روایات.

نکته: جهت رفع تعارض دو دسته روایات فوق راه‌حل‌های زیر ارائه می‌شود:

- تقیید: بین این دو دسته اطلاق و تقیید وجود دارد به این صورت که روایاتی که بر منع قسم به غیر خدا دلالت دارند (شامل مواردی که قسم به آنچه در دینشان و در غیر دینشان است) مطلق هستند، ولی روایاتی که بر جواز حلف دلالت دارند، مقید هستند؛ لذا رفع ید از مطلق و حمل مطلق بر مقید می‌شود. نتیجه جواز حلف (به غیر الله) به آنچه در دینشان است.
- تقدم نص بر ظاهر: یک دسته از روایات نص هستند که روایات‌های جواز باشد و دسته دیگر ظاهراند که روایات‌های عدم جوازاند.
- جمع عرفی: نهی در اخبار دال بر عدم جواز را حمل بر کراهت شود یعنی بر قاضی مکروه است که به غیر الله قسم بدهد.
- تساقط هر دو دسته روایات: با نبود هیچ مرجح و اولویتی نوبت تساقط

می‌رسد؛ لذا با تساقط دو روایت، مرجع رجوع به آن اطلاعاتی است که در آنها حکم به قضاوت با ایمان (قسم‌ها) کرده، چون در این روایت مطلق سخنی از عدم جواز حلف به غیر الله نیامد پس حکم به جواز می‌شود.

۴- ظاهراً قسم خوردن توکیل بردار نیست؛ لذا باید مباشرتاً باشد. به دلیل اینکه قسم وظیفه منکر (مدعی‌علیه) است و باید از خود او صادر شود. همچنین قسم صادر از غیر به او استناد داده نمی‌شود. وکالت نیز در امور اعتباری و حقوقی جریان دارد مثل عقود و ایقاعات (بیع، طلاق) و بعضی از امور تکوینی که سیره عقلاء بر آن جاری است، (مثل إحياء موات، و قبض) و در بقیه امور عمل باید از خود شخص صادر شود و اگر از دیگری صادر شود، جز به استناد مجازی به او مستند نیست. ظاهراً دله قضاء نشانگر آن است که قسم باید از خود مدعی‌علیه صادر شود. علاوه بر اینکه دلیلی بر جواز توکیل در دست نیست.

۵- اگر حالف در قسم خوردن توریه کند، ظاهراً این قسم کفایت نمی‌کند؛ زیرا قسم وظیفه مدعی‌علیه است و باید قسم حقیقی بخورد بر اینکه آنچه مدعی ادعاء می‌کند درست نیست، و هرگاه بدانیم قسم او از روی حقیقت نیست. حکم کردن طبق قسم او درست نیست. علاوه بر این صحیحه اشعری، روایت صدوق و صحیحه صفوان بر آن دلالت دارد.

نکته: روایت صدوق مجهول بوده و حجیت ندارد بنابراین در شمار ادله قرار نمی‌گیرد.

۶- کافر غیر کتابی که اموالش مورد احترام است، احکام قضاء در مورد آنها جاری نمی‌شود و قسم داده نمی‌شود؛ زیرا قضاوت برای تشخیص حق از ناحق است و اینکه حق به حق‌دار برسد، بنابراین کافر حربی چون حرمتی

ندارد، مال و جاننش نیز احترامی ندارد؛ لذا حق ترافع و مطالبه چیزی را ندارد. همچنین کافر، مهدورالدم و المال است؛ لذا کشتن او و گرفتن مالش جایز است بدون اینکه چیزی برعهده‌اش بیاید.

نکته ۱: مدعی می‌تواند آنچه را ادعا می‌کند از کافر مذکور بگیرد و حتی نیازی به شهود و قسم نیست.

نکته ۲: اگر احقاق حق جز با قسم محقق نشود می‌تواند مدعی علیه (کافر) را به هر چیزی که او از قسم به آن امتناع می‌کند، قسم بدهد. تا توصل به قسم مقدمه تحصیل آنچه ادعا می‌کند، باشد.

۷- برخلاف قول مشهور قسم‌دادن خارج از دادگاه جایز است؛ زیرا ادله مطلق هستند و دلیلی برای تقیید وجود ندارد.

۸- اگر شخصی قسم خورده باشد که هرگز قسم نخورد، اتفاقاً در موردی اثبات حقش متوقف بر قسم باشد، تکلیف چیست؟

- مصنف: قسم خوردن جایز است. به دلیل، قاعده نفی ضرر و اینکه ترک قسم در این حالت مرجوح است و انحلال می‌یابد. علاوه بر این حالف اقدام بر ضرر نکرده، بلکه ضرر از الزام شارع به عدم قسم ناشی شده که آن هم با قاعده نفی ضرر نفی شده است. ۱
- برخی گفته‌اند: قسم خوردن بر او جایز نیست؛ زیرا خود شخص اقدام علیه خودش کرده و قاعده نفی ضرر شامل موارد اقدام علیه خود نمی‌شود.

۹- هرگاه شخصی ادعا کند، مالی نزد میت دارد، دو حالت دارد:

- اگر مدعی شود که وراثت علم به آن دارند، ولی آن را انکار می‌کنند: مدعی می‌تواند آنها را به عدم علم قسم بدهد چون عموم أدله‌ای که

---

۱- شهادی بر این مطلب اینکه اگر شخصی قسم بخورد که حتی در جایی که ضرر متوجه او می‌شود، غسل بکند، این دلیل نمی‌شود که چون خودش اقدام بر ضرر کرده غسل در موارد ضرر بر او واجب می‌شود.

دلالت بر لزوم قسم بر منکر دارد اقتضاء چنین مطلبی را دارد.

- اگر مدعی علم وراثت نباشد: قسم متوجه وراثت نیست؛ چون مدعی چیزی علیه آنها ادعا نکرده تا قسم متوجه آنها باشد.

۱۰- اگر ثالثی بداند که زید حقی بر شخصی دارد، و ادعا کند که ورثه به موت آن شخص علم دارند، و میت مالی نزد ورثه به ارث گذاشته باشد، ترافع دعوی به چه صورت است؟

- اگر ورثه به آن اعتراف کنند: باید دین میت را پرداخت کنند.
- اگر ورثه انکار کنند: باید قسم بخورند به این صورت که ۱- قسم بر نفی علم خود بخورند. ۲- قسم بخورند که مالی از میت نزدشان نیست؛ زیرا اثبات حق مدعی متوقف بر دو چیز است: علم ورثه به موت و وجود مالی از میت نزد ورثه، پس اگر ورثه بر نفی هر دو قسم بخورند، دیگر حق مدعی ثابت نخواهد شد.

۱۱- دعوای در حدود فقط با بینه و اقرار ثابت می‌شود و یمین متوجه منکر نخواهد بود به دلیل معتبره غیاث و معتبره اسحاق بن عمار: «لا یستحلفُ صاحب الحد».

۱۲- حد سرقت از حدود مشترک است، بنابراین در اثبات آن باید توجه داشت:

(الف) در مورد استرداد مال غیر (حق الناس): ۱- با نبود بینه، منکر قسم می‌خورد و غرامت نیز از او ساقط می‌شود. ۲- مدعی اگر یک شاهد و یمین اقامه کند: منکر باید غرامت را پرداخت کند. چون حقوق مالی با یک شاهد و قسم ثابت می‌شود.

(ب) در مورد حد قطع (حق الله): حد با بینه و اقرار ثابت می‌شود. ولی با قسم ساقط نمی‌شود و اگر بعد از قسم بینه اقامه شود حد بر او جاری می‌شود



چون قسم فقط حق مدعی (نه حد) را از بین می‌برد و اثر آن سقوط غرامت از حالف (منکر) است.

۱۳- در صورتی که دائن میت مدعی شود که میت بر ذمه شخص دیگری دینی دارد، در این صورت باید توجه داشت:

الف- اگر دین مُسْتَعْرِق باشد: دائن به آن شخص (مدعی‌علیه) رجوع می‌کند. چون تمام ماترک میت به دلیل ثبوت دین در ملک میت باقی می‌ماند، و وارثی در کار نخواهد بود. اگر بینه اقامه کرد، دین ثابت است و آن را بابت دین خود برمی‌دارد. اگر بینه اقامه نکند، آن شخص (مدعی‌علیه) قسم می‌خورد و دعوی (دین) ساقط می‌شود.

ب- اگر دین مستغرق نباشد، در این صورت دو حالت دارد:

- اگر غیر از دین مذکور، میت مالی نزد ورثه دارد: دائن به آنها رجوع می‌کند و مطالبه دین می‌کند. چون ترکه به ورثه منتقل شده و میت به اندازه دینی که بر ذمه دارد مالک آن مقدار می‌شود و ورثه می‌توانند از هر مالی که دارند دین او را اداء کنند.
- اگر غیر از دین میت مالی نزد ورثه نداشته باشد: ۱- گاهی ورثه مدعی عدم علم به دین میت در ذمه دیگری هستند، در این صورت دائن به مدعی‌علیه (مدیون میت) رجوع می‌کند چون ورثه به مال میت اعتراف نکردند و چاره‌ای جز رجوع به مدیون نیست. در صورت رجوع و اقامه بینه توسط دائن دین ثابت می‌شود و اگر بینه اقامه نکند، مدعی‌علیه قسم می‌خورد؛ ۲- گاهی ورثه اعتراف به دین می‌کنند: در این فرض دائن به ورثه رجوع می‌کند و ورثه هم به مدیون میت رجوع می‌کند، بنابراین اگر ورثه بر دین میت بینه اقامه کنند: طبق بینه حکم می‌شود؛ ۳- اگر ورثه بینه نداشته باشند، مدعی‌علیه قسم می‌خورد.

## فصل دوم: احکام قسم به همراه یک شاهد

۱- دعاوی مالی علیه غیر میت با یک شاهد و قسم مدعی ثابت می‌شوند. به دلیل صحیحه منصور، صحیه عبدالرحمان، و صحیحه محمد بن مسلم: «کان رسول الله یقضی بشاهد واحد مع یمین صاحب الحق». حال آیا تقدیم شهادت بر قسم لازم است یا خیر؟ دو قول است:

- مشهور شرط کرده‌اند که شهادت باید مقدم بر قسم باشد. به دلیل ترتیب لفظی در روایات.
  - مصنف: تقدیم اشکال دارد؛ زیرا در روایات امری وجود ندارد که دلالت بر تقدیم کند. تقدیم لفظی نیز دلیل محسوب نمی‌شود علاوه بر اینکه در برخی روایات عکس آن آمده است مثل روایت ابن هلال، روایت عباد بن صهیب و مرسله ابن ادریس. اما تقدیم خالی از وجه نیست؛ زیرا این روایات اطلاق ندارند، بلکه قدر متیقن از روایات ثبوت حق با قسم و شهادت شاهد واحد با تقدیم شهادت است نه برعکس.
- ۲- در ثبوت حقوق مالی (عین و دین) و غیر مالی با شاهد و قسم اختلاف است:
- قدمای فقهاء و اجماع غنیه بر این است که فقط حقوقی مالی و آن هم دین ثابت می‌شود به دلیل، معتبرهٔ اُبی بصیر، معتبرهٔ محمد بن مسلم، معتبرهٔ حماد بن عثمان و معتبرهٔ قاسم بن سلیمان.
  - مشهور بلکه اجماع قائم شده که حقوق مالی اعم عین و دین ثابت می‌شود.
  - محقق سبزواری و صاحب جواهر قائل هستند، مطلق حقوق مالی و غیر مالی (مثل طلاق، عتق، خلع، تدبیر و غیره) ثابت می‌شود مگر مواردی که اجماع بر عدم ثبوت با آن دو (مثل رؤیه هلال) باشد. به دلیل صحیحه محمد بن مسلم.
  - مصنف: مطلق حقوق الناس (مالی و غیر مالی) ثابت می‌شود. روایات دو

دسته هستند، ۱- روایاتی مختص به دین هستند؛ ۲- روایاتی که مطلق حقوق الناس از آنها مستفاد می‌شود. بنابراین روایات قول مشهور را تأیید نمی‌کنند و اجماع بر قولشان نیز محقق نشده. پس قول اول و سوم می‌ماند، و قول اول به دلیل روایات قبل (مثل صحیحہ اُبی بصیر) موجه است اما صحیحہ محمد بن مسلم (دلیل قول سوم) صراحتاً بر ثبوت مطلق حقوق الناس دلالت دارد. به همین دلیل از ظهور روایات قول اول رفع ید می‌کنیم، و حمل می‌کنیم بر موردی که قضاء رسول خدا صلی اللہ علیہ و آلہ وسلم در دین بوده نه اینکه فقط (ثبوت با شاهد و یمین) مختص به دین باشد.

۳- هرگاه عده‌ای (از ورثه) مدعی مالی برای ورثه شوند و یک شاهد اقامه

کنند، حل دعوی چگونه است؟

▪ اگر همه ورثه قسم بخورند: مال مُدعی به بینشان به نسبت سهم الإراثت تقسیم می‌شود.

▪ اگر بعضی قسم بخورند و بعضی از قسم خوردن امتناع کنند: حق کسی که قسم خورده ثابت می‌شود. پس اگر مال ادعا شده، ۱- دین باشد: حالف سهم خودش را بر می‌دارد و بقیه در حصه او شریک نیستند. چون در این صورت مال مدعی به کلی فی الذمه است. و هر کدام از ورثه مستحق مقداری از آن است. و شخص حالف حقش را أخذ می‌کند و بقیه با او شریک نمی‌شوند. ۲- عین باشد: بقیه در حصه حالف شریک هستند. چون شخص حالف به مقتضی اقرارش مال مشترک (با بقیه) را أخذ می‌کند ولی مختص به او نیست. بلکه باید سهم بقیه ورثه را بپردازد.

۴- اگر در میان خواهان دعوی مالی، صغیری باشد، آیا ولی او می‌تواند از

جانب صغیر قسم یاد کند؟

▪ مشهور: ولی او نمی‌تواند برای اثبات حق صغیر قسم بخورد، بلکه تا زمان بلوغ او سهم او باقی می‌ماند. به دلیل اجماع و اینکه دلیلی بر

اینکه حلف ولی، قائم مقام حلف صغیر (یا صاحب دین) می شود نداریم. مصنف: أقرب آن است که ولی می تواند قسم بخورد و اگر ولی قسم نخورد و بچه قبل از بلوغ بمیرد، وارث او قائم مقام او می شوند. پس اگر وارث قسم خوردند حقیقتاً ثابت است و گرنه حقی ندارند. به دلیل اینکه روایات این باب مطلق هستند، و دلیلی بر تقیید وجود ندارد. چون از روایات این مفهوم برداشت نمی شود. اجماع هم اگر تمام باشد به آن عمل می شود و اگر ثابت نبود ظاهراً دعوی ولی با یک شاهد و یمین ثابت می شود. چگونه ممکن است که در این دو فرض قضاوت را تا بلوغ صبی به تأخیر انداخت با اینکه صبی معمولاً به آن موقعیت علم ندارد و تأخیر موجب تضییق حق او خواهد شد.

۵- اگر بعضی از ورثه ادعاء کنند که میت مالی را وقف کرده ولی بقیه ورثه منکر آن هستند، تکلیف چیست؟ در این خصوص باید توجه داشت:

- اگر مدعیان وقف بینه اقامه کنند: وقفیت ثابت است.
- اگر مدعیان یک شاهد اقامه کنند و همه قسم بخورند: وقفیت ثابت است.
- اگر مدعیان یک شاهد اقامه کنند، ولی همه قسم نخورند؛ وقفیت ثابت نمی شود. و بعد از اینکه دیون یا وصایای میت پرداخت شد، مال مدعی به بین ورثه تقسیم می شود. سپس حکم به وقفیت سهم کسی می شود که ادعای وقفیت داشته است؛ زیرا طبق اقرارش عمل می شود.
- اگر بعضی از ورثه قسم بخورند و بعضی قسم نخورند: وقف در سهم حالفین ثابت می شود و اگر میت وصیت یا دینی دارد از بقیه مال پرداخت می شود و بقیه بین وراثت تقسیم می شود.
- اگر بعضی از ورثه از قسم خوردن خوداری کنند، سپس قبل از حکم بمیرند: ورثه آنان قائم مقام آنها می شوند. بنابراین ورثه قائم مقام اگر قسم بخورند وقفیت در سهم خودشان ثابت می شود و اگر قسم نخورند وقفیت ثابت نمی شود.

## فصل سوم: تقسیم اموال مشترک

۱- کیفیت تقسیم در اعیان مشترک چگونه است؟

الف. در صورتی که متساوی الأجزاء باشد:

- اگر شخص امتناع کننده از تقسیم متضرر نشود، از شریک خود مطالبه تقسیم مال می‌کند. اگر شریک او از تقسیم امتناع کرد، می‌تواند شریک خود را به تقسیم مجبور کند. به دلیل سیره عقلائی، به این صورت که مالک حق داد که افراز مال خود را از مال شریک بخواهد و او نمی‌تواند امتناع کند. و اگر امتناع کرد حاکم یا وکیل او او را مجبور به افراز می‌کنند. و اگر امکان تقسیم نباشد، خود حاکم یا وکیل او امر تقسیم را انجام می‌دهند.
- اگر امتناع کننده از تقسیم متضرر شود: حکم موردی را دارد که أجزاء عین متساوی الأجزاء نبوده.

ب. در صورتی که غیرمتساوی الأجزاء باشد:

- اگر ضرر به همه برسد: در این فرض ۱- اجبار کردن به تقسیم جایز نیست. به دلیل قاعده نفی ضرر؛ ۲- در صورت تراضی جایز است.
- اگر ضرر به بعضی برسد: در صورتی که ۱- متضرر راضی باشد، تقسیم جایز است؛ ۲- در صورتی که متضرر راضی نباشد، تقسیم جایز نیست. به دلیل قاعده نفی ضرر.
- اگر به هیچ کس ضرری نرسد: اجبار ممتنع به تقسیم مال جایز است. به دلیل سیره عقلائی که بر جواز مطالبه تقسیم عین جریان دارد.

۲- در صورتی که احد شرکاء خواهان تقسیم مال الشرک شود، چند صورت دارد:

- الف. در صورتی که تقسیم امکان داشته باشد: در این صورت مال مشترک تقسیم می‌شود. به دلیل سیره عقلائی مذکور. تقسیم در اینجا به دو صورت است:
- یا تقسیم به افراز است: این تقسیم در صورتی است که مال مشترک

مثلی باشد (مثل حبوبات) یا متساوی الأجزاء باشد: مثل دانه‌ها، روغن‌ها، پول‌ها، و مثل این‌ها. در این صورت تقویم نیاز نیست و مال به نسبت سهام شرکاء تقسیم می‌شود.

▪ یا تقسیم به تعدیل است: اگر نتوان برای هریک از شرکا از اموال سهمی معین نمود ولی بتوان بدون دادن اضافه از خارج به بعضی از شرکاء مال مشترک را تقسیم کرد. (در قیمیات): مثل لباس‌ها، خانه‌ها، مغازه‌ها و باغ‌ها و حیوانات. اول مال را تقویم سپس به اعتبار ارزش آن بین شرکای به نحو تساوی تقسیم می‌شود. در این مورد اول باید سهم هر کدام از جهت قیمت تعدیل شود. سپس تقسیم سهام صورت گیرد.

ب. در صورتی که تقسیم جز با رد امکان نداشته باشد، باید طبق عملیات زیر عمل شود:

- اگر به رد راضی شود: مال تقسیم به رد می‌شود.
- اگر به رد راضی نشود (به این صورت که هر کدام مال بیشتر را طلب می‌کند): تقسیم به قرعه صورت می‌گیرد. چون قرعه برای هر امر مشکلی است.

نکته ۱: اینکه اشکال شود قرعه برای واقع مجهول است، اما در مواردی که واقع معلوم باشد به قرعه مراجعه نمی‌شود، وارد نیست؛ زیرا هر چند برخی روایات اختصاص به واقعه نامعلوم دارد، اما برخی دیگر عمومیت دارد. مثلاً در صحیحہ ابن عمر صغری (آزادی یکی از سه مملوک) در مورد واقع مجهول (نامعلوم) است و کبری (القرعة سنة) عام است که امام کبری را دلیل صغری قرار داده است. همچنین در صحیحہ منصور امام برای مشروعیت قرعه به آیه تمسک کرده چون مورد آیه واقعی که مجهول باشد نیست یعنی اصلاً واقعی ندارد تا نامعلوم باشد.

نکته ۲: قرعه در این آیه ﴿فَسَاهُمْ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾<sup>۱</sup> موردی را که واقع معین