

ترجمة كتاب صلح

از: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقيه

الشهيد الثاني؛ زين الدين الجبعي العاملي

ترجمة: ب.ر.



پښتونخواه علوم انساني ومطالعات فرينجی
پرتال جامع علوم انساني



شپوهنځي ښوونځي ښوونځي
پرتال جامع علوم انساني

(صلح با انکار و اقرار جایز است) چه، نزد فقهای شیعه، با وجود سابقه خصومت و بدون وجود چنان سابقه‌ای مجاز است. حال اگر آنچه که منکر به عنوان صلح، به مدعی می‌دهد، در واقع حَقّ وی بُوَد، بر وی مباح می‌گردد. در غیر این صورت، خواه عین باشد یا دین، باطناً بر وی حرام خواهد بود. حتی آن مقداری هم که در قبال عوض تقدیمی وی محاسبه می‌شود، از حکم این حرمت مستثنی نخواهد بود. زیرا معاوضه‌ای که انجام شده است، در نفس الامر باطل است.

بلی، هرگاه دعوی به قرینه‌ای مستند بُوَد که مثلاً هرگاه نوشته‌ای به خط مؤثر یافته شود، بر این مبنی که وی را بر دیگری حقی است، و مدعی علیه انکار کند و با یکدیگر برای اسقاط آن حق صلح کنند، چنان صلحی، صحتش موجه است. نیز اگر تهمت متوجه شخص بود، همان گونه، صلحش درست است. چه یمین حق است و می‌توان بهر اسقاطش صلح کرد.

(مگر آن که [صلح] بر چیزی باشد که حرامی را حلال کند یا حلالی را حرام نماید) همین گونه در حدیث نبوی (ص) آمده است و صلح حلال ساز حرام، همانند صلح به شرط برده شدن آزاده‌ای یا مباح نمودن تمتع از بانویی که سبب شرعی برای مباح کردن تمتع وی موجود نیست، یا صلح بر این که شرب خمر شود و مانند آن‌ها.

تحریم حلال نیز همانند این که بر این صلح شود که شخص با حلال خویش نزدیکی نکند یا از مالش منتفع نشود که این گونه صلح‌ها، ظاهراً و باطناً باطل هستند.

فقها، صلح شخص منکر بر بعضی مورد اختلاف یا منکر نسبت به منفعت عین یا بدش را با علم یکی از متصالحان به بطلان آن، چنین تفسیر کرده‌اند که حکمش دوگانه است؛ یعنی از سوی دروغگو، صلح، حلال کننده حرام و از سوی صاحب حق، حرام ساز حلال محسوب

است. حال نظر به این که عقد مورد نظر، انعقادش اصولاً مجاز است، (با ایجاب و قبولی از سوی دو طرفی که دارای کمال باشند) از حیث بلوغ و رشد و نیز (جایز التصرف) باشند یعنی محجور نباشند، واقع می‌گردد. و نتیجه ایجاب و قبول، با الفاظی چون صالحت و قبلت، حصول می‌یابد.

اما فرع قرار دادن لزوم این عقد، بر آنچه بگذشت یعنی اقرار و انکار، درست نمی‌نماید زیرا آنچه که ذکرش گذشت، اعم از صلح است و لو آن که عطفش با او به معطوف واضح‌تر بود. بدیهی است می‌توان بدین نکته التفات نمود که صلح، عقد است و اصل در عقود، لزوم است مگر آن که دلیلی آن را از شمول عموم آیه *أوفوا بالعقود* که لزوم مقتضی آن است، خارج سازد. (صلح خود به نفس خویش عقدی اصلی است) بر مبنای صحیح‌تر و مشهورتر اقوال. زیرا اصل، عدم فرعیت عقد است و از این رو آن عقد، نه فرع بیع است نه اجاره، نه هبه و نه عاریه و ابرای چنان که شیخ بر آن بوده و فرموده است که هرگاه افاده نقل و انتقال عین در قبال عوض معلومی را داشته باشد، فرع بیع است. و هرگاه منفعت معلومی را در قبال عوض معلوم، موضوع خود داشته باشد، فرع اجاره است و هرگاه مفید اباحه منفعت بدون عوض باشد، فرع عاریه است و هرگاه متضمن تملیک عین بدون عوض باشد، فرع هبه است. و سرانجام در صورتی که مفید اسقاط دینی بود، فرع بر ابراست و در هر مورد، محکوم به احکام عقد ملحق به است.

اما بر این نظر، این اشکال وارد است که این امر که عقدی فایده عقدی دیگر را برساند، دلیل اتحادشان نیست. چنان که هبه در مقابل عین معین، مفید یگانگی هبه و بیع نیست.

(درخواست صلح و سازش، از خصم، اقرار محسوب نیست) زیرا صلح با اقرار و انکار حق خصم، هر دو مجاز است. این تذکر را مؤلف از آن رو مطرح نموده که برخی از عاظمه صلح همراه با انکار را صحیح نمی‌دانند و فرع بر آن طلب اقرار دانسته‌اندش. چرا که اطلاق عقد منصرف به صحیح آن است و آن خود به شرط اقرار صحیح است و صلح مستلزم اقرار به حق است. (هرگاه دو شریک هنگام انقضای شرکتشان چنین صلح کنند که سرمایه از آن یکی باشد، و باقی دست آورد از آن دیگری، صحیح است) نیز چنین صلحی هنگام فسخ شرکت

هم صحیح است زیرا در غیر این صورت مقدار فزونی، به دست هرکس که باشد، به منزله هبه است و زیان بر هر کسی که بایستی بپردازد، گویی ابراشده است.

(حال، اگر با چنان شروطی بقای شرکت را هم شرط کنند) آن گونه که سود و زیانی که حاصل خواهد شد، از آن یکی باشد فقط، (در آن تأملی است) زیرا از طرفی چنان شرطی با وضع شرکت مخالف است که مقتضایش آن است که تقسیم سود و زیان متناسب با سرمایه شرکا باشد. ولی از طرف دیگر از اطلاق روایت^۱ ظاهر است که چنین صلحی پس از ظهور ربح صحیح است، بی آن که قید اراده قسمت در بین باشد و از این رو با ظهور ربح یا خسارت، صلح، مطلقاً مجاز است.

ممکن است نظر مصنف این باشد که چنین شرطی مطلقاً درست است و لو از آغاز شرکت نهاده باشندش. چنان که شیخ و گویندگانی دیگر بر آنند که اطلاق روایت بر صحت این شرط دلالت دارد و همین گونه عموم اصل (المؤمنون عند شروطهم) و قول اقوی، منع نهادن چنین شرطی است و مؤلف در دروس نیز همین قول را انتخاب کرده است.

(صلح دو عین در عوض یکدیگر، یا صلح منفعتی در قبال منفعتی دیگر صحیح است. نیز به همان جنس یا غیر جنسش. چرا که در صورتی که نتیجه صلح همانند نتیجه بیع بود، بر عین صحیح است و در صورتی که نتیجه اش، همانند نتیجه اجاره بود، بر منفعت صحیح است. و حکم بر عوضین شبیه یا غیر همانند، فرع است و اصل و عموم، هر دو مقتضی صحت آن دو هستند و بالاتر از آن دو مقتضی صحت صلح بر حق شفعه و خیار و اولویت تحجیر هم و اولویت در امور کسب (سرقلمی) و یا جای انتخاب و خیازت شده در مسجد در عوض عین یا منفعت یا حقی دیگر. (حال اگر چنین پدید شود که) یکی از دو طرف (استحقاق یکی از عوضین را دارد، صلح باطل است) همان گونه که در بیع است. و اگر صلح بر مالی غیر معین باشد، در صورت فوق، شخصی که امر موصوف به زیان او است، بایستی به بدل آن رجوع کند ولی اگر در عوض معین، عیبی پدیدار شود، شخصی که عیب به زیان او است حق فسخ

۱. روایت از ابی عبدالله (ع) با این نص: (عن ابی عبدالله علیه السلام) فی رجلین اشتراکاً فی مالٍ فریحا فیه وکان من المال دین، وعلیهما دین.

دارد. نیز مخیر ساختن وی در فسخ یا اخذ تفاوت قیمت خالی از قوتی نیست. و اگر غبن فاحش و غیر قابل صرف نظرش پدیدار شود، همان گونه که در بیع مورد مشابه آن، اثبات خیار می نمود، وجود خیار ثابت است. چه با این کار ضرر و زیان وارده نفی می شود.

(در صلحی که مبتنی بر تعویض دو نقد باشد، قبض در مجلس عقد، ضروری نیست) زیرا قبض مختص بیع صرف است و صلح خود عقدی مستقل و اصیل است و اعتبار قبض در مجلس، مستندش، قول شیخ است. از جهت ربا اما، همانند موردی که هر دو نقد از یک جنس باشند، قول اقوی ثبوت ربا در صلح است و نیز در هر نوع معاوضه زیرا تحریم در آیه «احل الله...» و روایت مذکور اطلاق دارد.

(حال اگر پارچه‌ای را شخص تلف کند که دو درهم بیارزد، و طرفین بر بیش یا کم از آن ارزش، صلح کنند، قول مشهور نزد فقها، صحت آن عقد است.) چرا که مورد صلح پارچه است نه دو درهم. این معنی با این گفته که ضمانت از کالای قیمی، ضمانت به مثل آن است، متمیم می یابد، که آنچه که در ذمه شخص ثابت می شود، پارچه بود و آن متعلق صلح واقع گردد. اما اگر قول اصح را بر گزینیم که ضمانت از کالای قیمی را ضمانت به قیمت می داند، آنچه که بر ذمه شخص متلف تعلق می یابد، دو درهم است نه پارچه و در این صورت صلح آن به درهم کمتر یا بیشتر، صحیح نیست. و اگر گفته شود که حرمت ربا ویژه بیع است و لذا چنان صلحی مجاز است، گوئیم که از مجوزهای منظور، چنین اجازهای مستفاد نیست.

(اگر شخصی که منکر حق دیگری بر خانه است، با مدعی آن خانه، بدین گونه صلح کند که مدعی یک سال در آن خانه مسکن کند، صحیح است) بنا به این که اصل، صحت عقد است و در این جا، صلح، مفید فایده عقد عاریه است. (و اگر شخص به وجود حق مدعی اقرار کند، و سپس بر سکناى مقرر در آن خانه، صلح شود، صحیح است) همچنین و در هر دو صورت (رجوعی در بین نیست) زیرا همان گونه که گذشت، صلح عقدی لازم است. و فرع عقود دیگر به حساب نمی آید.

(ولی در صورتی که صلح مذکور را فرع عاریه بدانیم، وی را حق رجوع هست) در هر دو صورت مذکور. زیرا در هر دوی آن ها، متعلق، منفعت بدون عوض است. و عین خارجی که

در دست مقرر است، عوض از منفعتی که به وی راجع شده، نیست، زیرا پیش از وقوع صلح، به سبب اقرار، حقانیت مقرّله بر آن عین، ثابت شده است. از این رو در مقابل منفعت، عوضی قرار ندارد. و بر این مبنی، عاریه محسوب است و احکام عاریه از جمله جواز رجوع در آن، (نزد کسانی به رجوع در آن عقد قائل هستند) بر آن بار می‌گردد.

(حال باید گفت از آن جا که صلح، برای قطع اختلافات تشریح گردیده است) بر حسب اصل، (هر چند که بعدها اصالت و استقلال یافته و متوقف بر خصومت قبلی نیست) (از آن رو احکام خصومات) بر حسب عادت مصنفان در آن ذکر شده و در این مختصر، به برخی از آن مسائل بایستی اشاره کرد

* * *

(مسأله اول - در صورتی که دو درهم نزد دو تن باشد و یکی از آن دو نفر، هر دو درهم را ادعا کند و دیگری یک درهم را، دومی نصف درهم را می‌برد) زیرا اعتراف کرده است که خصم وی، یکی از آن دو را مالک است و مورد نزاع و اختلاف فقط یک درهم است، که با توجه به تساوی ایشان بر مال، (پس از سوگند هر یک از آن دو به استحقاقش بر نیم آن یک درهم)، به هر کدام نیم درهم می‌دهند. و اگر یکی از آن دو نکول کند، به سود دیگری حکم می‌دهند و هرگاه هر دو نکول کنند، یا هر دو سوگند خورند، آن یک درهم را بین هر دو نصف می‌کنند (و آن دیگری، باقی را می‌برد).

مصنف در کتاب «دروس» گفته است: «اشکال زمانی است که شخص دوم ادعای نصف مشاعی را بکند و در این صورت، قسمت بر مبنای نصف از هر کدام پذیرفته می‌شود. و دومی به سود اولی سوگند می‌خورد. در مورد مشاع دیگر نیز همین طور عمل می‌شود. لکن در کتاب «دروس» مذکور افتاده که: «اصحابنا در این مورد نفرموده‌اند که سوگند خوردن ضروری است. و مسأله در باب صلح مذکور شده و جایز است که در مورد مشاعی، صلح فهری باشند و نیز جایز است که اختیاری بود.» حال اگر طرفین امتناع کردند [و خصوصاً متشان باقی بود] آن هنگام سوگند خواهند خورد. آنچه که ما، در زمینه سوگند یاد کردیم، همان است که علامه نیز در کتاب «تذکره» بدان اشاره کرده است و شاید مقصود مصنف آن باشد که بسیاری به مسأله

سوگند، اشاره نفر موده‌اند.

(همین گونه است هرگاه شخصی نزد دیگری دو درهم و دیعه بگذارد و دیگری یک درهم و سپس آن سه درهم بدون تفریط ممزوج شود و یکی از آن‌ها تلف گردد) که در این صورت هم صاحب دو درهم مالک کامل یک درهم می‌شود و دومی را بین آن دو تقسیم می‌کنند. این امر، مشهور بین اصحاب است و سکونی هم آن را از حضرت صادق (ع) نقل کرده است. اشکالی که در این زمینه می‌گیرند، علاوه بر ضعف سند روایت، آن است که تلف شدن، احتمال این که مال باقی مانده به هر دو متعلق باشد، نمی‌دهد. بلکه مال، از یکی از آن دو است به سبب امتناع اشاعه در آن‌ها زیرا که دراهم معین بوده‌اند. چه، نمی‌توان درهمی را با وجود این که قطع داریم به یکی از آن دو نفر متعلق است، بین ایشان تقسیم کنیم. بر عکس، آنچه که مقتضی نظر است و اصول شرعی نیز بر آن دلالت دارد، قول به قرعه کشیدن نسبت به یکی از دو درهم است. مصنف محترم هم در «دروس» به همین معنی مایل گردیده است. اما جسارت مخالفت با اصحاب را نفر موده است. و نظریه سوگند خوردن، همان گونه که گذشت، به سبب عدم تعرض اصحاب بدان، مورد نظر است. و گرنه بسا شود که به سبب این که سوگند خورنده ممکن است، عین حق خود را نداند، ممتنع باشد.

مصنف، با آوردن عبارت «تلف بدون تفریط» از آمدن تلف ناشی از تفریط در این حکم مانع شده است، زیرا در صورت تفریط، ودعی، ضامن چیزی است که تلف شده و بدلی که وی می‌پردازد، به درهم‌های باقیمانده علاوه شده و سپس بین مالکان تقسیم می‌شوند. بدون هیچ نقصانی.

با این وصف، در این موقع هم ممکن است در تقسیم توافق نشود و اشکال پیش آید که طبعاً قرعه کشی موجه می‌گردد. حال اگر به جای درهم، مالی باشد که اجزایش چنان ممزوج شوند که تشخیص آن‌ها از یکدیگر ممکن نباشد، و مال ممزوج مساوی جمع هر دو مال باشد، مانند گندم و جو، و یکی از مالکان دو قفیز داشته باشد و دیگری یک قفیز و از سه قفیز، پس از مخلوط شدنشان یک قفیز تلف شود، مقدار تلف شده به نسبت دو مال اصلی بین آن‌ها تقسیم می‌شود و از این رو، باقی هم به همان نسبت بین دو مالک تقسیم می‌شود و مالک دو

قفیز، یک قفیز و ثلث خواهد برد و دیگری دو ثلث قفیز. و فرق دو قضیه این که، آنچه در این مثال از دست رفته است، از کیسه هر دو و توأم رفته است، به خلاف قضیه دراهم که آنچه که تلف شده بود، در واقع مال یکی همی بود.

(دوم اینکه می شود مثلاً آبیاری زرع و بوستان را عوض و مال الصلح قرار داد) به این شکل که مورد صلح، چیز دیگر از قبیل عین یا منفعت باشد. همان گونه که می توان آبیاری مذکور را موضوع صلح قرار داد و عوضش را عین یا منفعتی نهاد. و همین گونه است اگر آبیاری کشت و زرعی را در عوض آب دادن کشت و زرع دیگر صلح کنیم و یکی از آن ها مورد صلح باشد و دیگری عوض. بدیهی است هر یک از صلح ها، مشروط بدین شرط است که مدت آن آب دادن معلوم باشد و لو این که مثلاً آبیاری چیزی باشد که مدتش همیشه معلوم است یا آبیاری چیزی، با جمع و کل آب معینی [که مثلاً در استخر است] و لو آن که مقدار آبیاری در این وجه مجهول بود، چنین صلحی دور از صحت نیست. اما شیخ (ره) در این که آبیاری موضوع صلح یا عوض آن قرار گیرد، مخالفت فرموده و استدلال کرده است که در این صور، مقدار آب مجهول است. اما با توجه بدان که آب معین، و آب چاه، و جزء معین مشاع از آبی را می توان در معرض خرید و فروش نهاد، نیز با آن که می توان آن ها را عوض در صلح گذارد، ممکن است مخالفت و منع شیخ را در قضیه مخصوص موردی دانست که آبیاری بدون معلوم بودن وقت منظور باشد. چنان که آبیاری را بسیاری، مطلقاً، ممنوع دانسته اند، [خواه مضبوط باشد و خواه نباشد.]

(و همین گونه) صلح صحیح خواهد بود (بر این که آب را در سطح زمینی یا پشت بامی به جریان بیندازد. و این که آب را در صلح، مال الصلح و مورد یا عوض قرار دهند. طبعاً پس از علم به موضعی که آب از آن جریان می یابد) بدان گونه که مثلاً آن مجری را طولاً و عرضاً ارزیابی و اندازه گیری کنند که بدین ترتیب امکان جهالت بر محل مصالح علیه از میان برود. در این صورت تعیین عمق آب لازم نیست. زیرا هر کس مالک چیزی باشد، مالک زیر و بن آن نیز هست. اما شایسته است که آب مورد نظر، خود دیده شود یا وصفش از دیگری شنیده شود، زیرا که با کم یا بیش بودن آن، وضعیت فرق خواهد کرد. حتی اگر آب مورد نظر، آب

باران هم باشد، با توجه به وسعت جایی که در آن جا جمع خواهد شد، فرق خواهد کرد و دانستن مقدار آن با علم بر محل تجمعش ممکن است. حال اگر پشت بام منظور، پس از عقد صلح فرو ریزد، یا جویبار منظور، محتاج اصلاح شود، انجام تعمیر آن‌ها، بر عهده مالکانشان خواهد بود به سبب این که حَقّ ایشان متوقف بر مرمت آن‌ها است و مُصالیح، تکلیف یاری ایشان را هم ندارد.

(سوم - هرگاه مالک طبقه زیر و بالا، در مورد دیوار طبقه پایین، اختلاف نظر پیدا کنند، صاحب طبقه پایین سوگند داده می‌شود، زیرا دیوارهای یک خانه، جزء آن خانه به حساب می‌آید و به سود صاحب کل در مورد دیوار حکم می‌شود.

نظر دیگری نیز هست که گفته شده دیوار طبقه پایین، ملک مشترک مالکان طبقه اول و دوم است، زیرا هر دو یکسان بدان محتاج هستند. اما قول مشهورتر همان نظر اول است. حال اگر آن دو مالک در مورد مالکیت دیوار اتاقی اختلاف کنند، مالک اتاق سوگند داده می‌شود به سبب همان جزئیتی که گفتیم. زیرا صاحب خانه را هیچ رابطه‌ای با دیوار نیست، مگر آن که بر ملک او ساخته شده باشد. و این امر هم با وجود معارضه ید صاحب طبقه بالا، بر آن، مقتضی مالکیت وی نیست. همین گونه، در صورتی که در سقف اتاقی اختلاف نظر حاصل شود، قول صاحب اتاق مقدم بر دیگری است. زیرا او است که از آن انتفاع می‌برد و لذا بدان اولویت دارد.

حال اگر در مورد سقف خانه‌ای اختلاف حاصل شود که بین آن خانه و اتاقی واسطه و حایل است، بین آن دو قرعه می‌کشند، به سبب این که هر دوی ایشان در نیاز بدان و انتفاع از آن یکسان و شبیه‌اند و قرعه برای هر مورد مشتبهی است.

اشکالی که در این زمینه می‌گیرند، آن که قرعه در جایی به کار می‌آید که احتمال اشتراک بین دو طرف ادعا در میان نباشد، بلکه حق از آن یکی باشد، اما معلوم نباشد از کی و در حالت موصوف چنین نیست زیرا همان گونه که ممکن است سقف منظور متعلق به یکی باشد، ممکن نیز هست که به هر دو متعلق باشد. به سبب یکسانی آن دو نسبت بدان سقف. چرا که سقف منظور، برای خانه، سقف محسوب می‌شود و برای اتاق، کف به حساب می‌آید و در

واقع جزء ملک هر دوی آنها به شمار می آید.

اما در کتاب «دروس» اشتراک ایشان را با سوگند خوردنشان یا نکول هر دو اقوی پنداشته است و در غیر آن دو صورت، ملک کسی است که سوگند می خورد به سبب وجهی که گفتیم [یعنی یکسانی هر دو در استفاده و ید] نیز گفته شده است که در چنین موردی به نفع صاحب اتاق حکم داده می شود. زیرا اتاق فوقانی جز با وجود آن کف، تحقق نمی یابد. در صورتی که خانه بدون سقف تحقق می یابد. و هر دو در این امر متفق خواهند بود که بنا بر آن که اتاقی وجود دارد، ناگزیر تحقق یافته [و طبعاً کفی دارد] و نظر به این که تصرفات وی در آن کف بیش از تصرفات مالک طبقه زیرین در سقف است، و این قول نیز بعید از نظر صحیح به شمار نمی آید. اما مسأله اختلاف در مورد سقف هایی است که پس از بنای خانه، می شود احداثش کرد، زیرا سقفی که احداث آن پس از اتمام دیوار طبقه پایین عقلی نیست و تصورش نمی رود، همانند طاق ضربی، با سوگند مالک طبقه اول از آن اوسبت. زیرا برای ساختن طاق ضربی، ضروری است که در دیوار طبقه اول پیش از پایان یافتن، برآمدگی هایی تعبیه گردد تا با تکیه بر آن بشود سقف را بر دیوار چید.

(چهارم - هرگاه مالکان اتاق های بالا و پایین کاروانسرای در مورد راهروها، اختلاف نظر حاصل کنند) که مراد از راهرو در این جا کل حیاط است، (صاحب اتاق های بالایی، در مقداری که از آن تردد می کند، سوگند داده می شود و دیگری در مورد زاید بر آن سوگند می خورد، زیرا اختلاف نظر در صورتی که در راهرو فی الجمله واقع شده است، یا در قدر معینی، به هر حال از مقداری که از آن ره می سپرد، که بیشتر نیست. و چون دیگری در زاید حرف و ادعائی ندارد، در آن مورد نیایستی سوگند خورد.

وجه حکم به سود طبقه بالا به میزان راهرو، ناشی از ضرورت آن جهت انتفاع از اتاق های بالاست، طبقه بالا را در جمله حیاط تصرف و دست هست. اما نسبت به مقدار زاید بر راهروی ضروری طبقه بالا، اختصاص آن به مالک خانه، اقوی است، زیرا که آن صحن، حیاط آن خانه محسوب است و لذا قول هر یک که اختصاص بخشی از حیاط به او ظاهر است، مقدم است.

در «دوم» ترجیح داده است که راهرو، مشترک هر دو مالک باشد و باقی، خاص قسمت پایین باشد. و جماعتی از فقها نیز بر همین قولند، زیرا مالک طبقه پایین در تصرف در راهرو با وی شریک است و خود متصرف منفرد باقی است و به همین سبب ممکن است مقدار راهرو بین آن دو مشترک باشد و احتمال شرکت آن دو در کل عرصه هم می‌رود، زیرا صاحب طبقه بالا را نمی‌توان مکلف نمود که فقط روی یک خط راه برود. و نیز نمی‌توان وی را از نهادن چیزی بر زمین صحن منع نمود. و نه از نشستن مدتی کوتاه در آن، پس در واقع او هم مانند مالک طبقه پایین دارای ید و تصرف بر جمیع عرصه است.

حال اگر پلکان طبقه بالا، در بالای حیاط باشد، مالکان، در ممر منتهی شده به آن شریک هستند. و یا این که این راهرو و ممر ویژه طبقه بالا است. اما در صورتی که پلکان در راهروی خارج از حیاط قرار داشته باشد، مالک طبقه بالا در هیچ مقداری از حیاط با مالک طبقه پایین شریک نمی‌شود، زیرا در هیچ بخش آن ید تصرفی ندارد. حال اگر پلکان طبقه بالا در پشت حیاط باشد، مالک طبقه پایین اختصاصاً مالک حیاط و دالان است.

حال اگر اختلاف نظر در زمینه خود پلکان باشد، مالک طبقه بالا سوگند می‌خورد. زیرا وی اختصاصاً از آن استفاده می‌کند. و از آن رد می‌شود هر چند که بر روی زمین مالک طبقه پایین استوار است و همان گونه که خود آن را به سود طبقه بالا مورد حکم قرار می‌دهند، محل استواری آن راهم به سود همان طبقه مورد حکم واقع می‌شود. اما در مورد انباری زیر پلکان قرعه کشیده می‌شود. زیرا از طرفی آن انباری متصل به ملک طبقه پایین است بلکه از زمره اتاق‌ها یا اتاقک‌های آن به حساب می‌آید. اما در هوا و فضای طبقه بالا قرار دارد که در حکم قرارگاه است لذا بین آن دو قرعه می‌کشند.

اشکالی که در این قضیه می‌گیرند، همان است که در بحث از سقف بگذشت و بحث تشابه و اشتراک دو مالک را در خزانه تقویت می‌بخشد، به شرطی که هر دو سوگند خورند. همین معنی را در «دوم» انتخاب فرموده است و این که مالک طبقه پایین خرده ریزی هم در آن انباری نهاده باشد، اعتباری نخواهد داشت. همین گونه، هرگاه در مورد انباری زیر پله، اختلاف بود، حکم کردن نسبت به خود پلکان هم خالی از اشکال نیست، زیرا هرگاه حکم

شود که انباری به هر دو مالک می‌رسد، یا آن را به سود مالک طبقه پایین بنا به وجود قرینه یا اماره‌ای، موضوع حکم قرار دهیم، پلکان در واقع سقف مشترک و بین بالا و پایین مشترک است. چنانکه در مسأله سقف گفتیم. به ویژه که هرگاه انباری را تنها ویژه طبقه اول بدانیم، شایسته است که مورد اختلافی که قبلاً در زمینه سقف بدان پرداختیم، پیش آید و ترجیحاتی که در آن ذکر شد. اما هرگاه سقف انباری را ملک طبقه بالا بدانیم، اشکال از میان می‌رود و اما؛ به عنوان منظور نظر مصنف نخواهد بود. چه در این کتاب و چه در کتاب «دروس» که به هیچ وجه با اختصاص آن به طبقه بالا موافقت ندارد.

(پنجم - هرگاه کسی که بر مرکب سوار است، با دیگری که لگامش را در دست دارد، در مورد مالکیت آن مرکب اختلاف کنند، (سوار، سوگند داده می‌شود) به سبب قدرت ید و تصرف او و درجه شدت تصرف او نسبت به دارنده لگام.

پاره‌ای از فقها اما گفته‌اند که: «آن دو در دعوایشان یکسان هستند، زیرا از حیث تصرف شبیه به هم هستند و قوت و شدت تصرف آن که سوار است، اهمیتی ندارد. و به همین جهت هم همان گونه که ذکر خواهیم کرد، در اختلاف دو نفر بر سر پارچه‌ای، این که چه مقدار از آن در دست یکی باشد، اهمیتی ندارد. و با وجود این که سوار، تصرف زایدی نسبت به آن یکی دارد، شرعاً آن زیاد ترجیح چیزی نیست و تعریف مدعی و منکر بر آن دو نفر صدق می‌کند. و این تساوی اقوی است و لذا در صورتی که هیچ یک از آن دو نفر را شاهدی نباشد، هر یک از آن دو سوگند خواهند خورد، اما در هر صورت، خود لگام مال شخصی است که آن را در دست دارد و زین از آن سوار است.

(هرگاه، دو نفر، در زمینه مالکیت پارچه‌ای اختلاف کنند که قسمت بیشترش در دست یکی از آن‌هاست، آن دو نسبت بدان پارچه یکسان هستند به سبب اشتراک شان) در دست و تصرف و هیچ گونه ترجیحی نیز برای شدت و قوت آن منظور نمی‌شود. چون تصرف در این مورد، هر چند که از حیث کم و بیشی مختلف باشند، یک دست و یک گونه است، بر خلاف قضیه سواری و گرفتن لگام. بلی در صورتی که یکی از مدعیان پارچه را در دست داشته باشد و دیگری آن را پوشیده باشد، مانند سوار و گیرنده لگام فرض می‌شوند، زیرا آن که لباس را

پوشیده است، تصرفش قوی تر از کسی است که بر آن دست دارد.

(و همین گونه) هرگاه در (مورد برده‌ای که با لباسی که مملوک دیگری است) اختلاف کنند، و هر دوی آنان متصرف وی باشند، صاحب لباس را مانند سوار کار، ترجیح نمی‌دهند و وی را متصرف قوی تر نمی‌دانند، زیرا لباس، دخلی به ملکیت برده ندارد، بر خلاف سواری، زیرا ممکن است که برده، لباس را بدون اذن مالک خود پوشیده باشد، یا با اذن وی، یا به عنوان عاریه و همانند سوار کاری هم مورد ایراد قرار نخواهد گرفت، زیرا سوار کار دارای ید مالکانه است. بر خلاف برده که در این صورت موضوع تصرف مدعی است، نه تصرف مالک لباس. و فرع همین مسأله خواهد بود هر آنچه که موضوع تصرف یکی بود و لباس دیگری بر وی. و در همه موارد تصرف معتبر است.

(ادعای صاحب بار و محمول در مالکیت حیوان بارکش) بر دیگری راجح است. هر چند که دیگری با در دست داشتن افسارش، بر آن متصرف بود و اموری از این دست، زیرا که وجود محمول شخص بر حیوان باری، کمال استیلا و تصرف مالک بر آن است و لذا راجح به حساب می‌آید.

در «دروس»، مؤلف، بین راکب و پوشنده لباس و مالک حیوان باربر، از حیث حکم، مساوات قایل شده است که نظریه‌ای درست است. (و همین گونه (صاحب خانه در دعوی اتاق) احدائی، بر آن راجح است هر چند که (در آن اتاق به سوی خانه مدعی) باز شود چرا که اتاق مورد بحث بر هوای [فضای] ملک صاحب خانه مذکور احداث شده است و نفس باز شدن در اتاق بر ملک غیر، مفید تصرف آن غیر نیست.

حکم مذکور، البته در صورتی است که شخصی که در اتاق به خانه او باز می‌شود، به عنوان سکنی و غیر آن، متصرف در آن اتاق نباشد. و در غیر این صورت وی راجح است به سبب اقتضای تصرف او و این که تصرف مالک هوائی، امری تبعی است و امر ذاتی بر امر تبعی رجحان دارد. بدان شرط که به سبب ثبوت تصرف، از هر دو طرف، ایشان را از این حیث متساوی بدانیم.

(ششم - هرگاه دو طرف، بر دیواری که بر خانه‌های ایشان متصل نیست، یا بر خانه هر دو

متصل است، ادعایی کنند) در صورتی که به شکل ترصیف به خانه هر دو متصل باشد، یعنی سنگ و آجر درون دیوار و خانه‌ها آن گونه تداخل داشته باشد که بعید بود که پس از ساختمان خانه‌ها، آن دیوار را احداث کرده باشند، (هرگاه هر دو سوگند خورند یا هر دو نکول کنند، دیوار مشترک آن دو است و در غیر آن صورت) یعنی اگر یکی سوگند خورد و دیگری نکول کند، ملک سوگند خورنده است. (اما اگر دیوار متصل به یک خانه باشند) آن مالک (سوگند می خورد) و به سودش حکم می دهند. همین گونه نیز هست هرگاه یکی از دو مدعی را بر آن دیوار خیمه‌ای یا اتاقی یا پوششی باشد که با وجود هر یک از این‌ها متصرف محسوب است و در نتیجه او بایستی در صورت نداشتن بینه، سوگند خورد.

(همین گونه در صورتی که) یکی از دو مدعی را بر آن دیوار تکیه سر تیری باشد که در این صورت با سوگندش به سود او حکم می شود. و اگر بهر هر دو چنین چیزی باشد، به سود هر دوی ایشان حکم می شود. حال اگر دیوار به خانه یکی متصل باشد و دیگری بر آن تکیه گاه تیری داشته باشد، هر دو در مقابل آن متساوی به شمار می آیند و همین گونه است اگر هر یک از آن دو را بر آن، قرینه یا اماره رجحانی بود و دیگری را یکی دیگر از مُرَجِّحات زیرا همان گونه که گذشت، تصرف و ید را اثری بیش از اندازه نیست. اما بخش هایی که از بنا بیرون است از دو جانب، یا بر آن قسمت نقش و نگاری باشد و یا تندی یا رفی و مانند آن‌ها و پنجره هایی موجب ترجیح نیست، زیرا متصرف آن سمت می تواند بدون آگاهی دیگری آن‌ها را ایجاد کند. مگر آن که محل بر بستن و تکیه گاه (میخ) طناب خانه نشین بود.

(قمط) که آن واژه به کسر، طنابی است که خانه نشین را با آن محکم می بندند و اما قمط به ضم جمع قماط است یعنی طناب سخت و استوار خانه نشین و غیر آن که راجح است و در صورت اختلاف، موجب رجحان مالک تکیه گاه قمط در مورد خانه نشین می گردد. (اما، خصص) خود مضموماً خانه‌ای است که از نی و مشابه آن ساخته می شود. بنابر قول مشهور بین اصحاب و پاره‌ای از ایشان، خصص را در حکم دیوار مشترک بین دو خانه گیرند که آن موافق اصل است.



شپوهنځي ګاونډي علوم او مطالعات فرېنجي
پر تال جامع علوم انساني