

## قاعدة العدل والإنصاف

السيد حسن الطاهري الخزم آبادي\*

من القواعد الفقهية التي قيل بترتب آثار عليها، قاعدة العدل والإنصاف، قد استند إليها في موارد: منها: إذا كان مردداً بين شخصين أو أشخاص ويعلم كل واحد منهما أن المال إما له أو لصاحبه، ولا يد لواحد منهما عليه، ولا يتيسر الحكم فيه بالبينه واليمين. ومنها: إذا حصل ربح في كسب، وعنده مال آخر لا خمس فيه، فيوزع مؤونة السنة عليهما بالنسبة لمقتضى قاعدة العدل والإنصاف. ومنها: إذا امتزج أحد المالين بالآخر، بحيث لا يتمييزان، فإن الامتزاج الرافع للتمييز يصير سبباً لتساوي نسبة الشركاء إلى كل واحد واحد من حبات الحنطة أو الشعير أو الأرز و نحوها، وقد اتفقت كلمات الفقهاء هنا على حصول الشركة بينهم، وذلك ليس إلا لتساوي النسبة منهم إليها فقاعدة العدل والإنصاف تقتضى ذلك، إلى غير ذلك من الموارد المستندة إلى هذه القاعدة.

وقيل الورد في ذكر أدلة حجية هذه القاعدة، وبيان موارد الاستناد إليها، لا بد من تقديم أمور والتنبيه عليها؛ حتى يتضح البحث حول هذه القاعدة و يمهّد التحقيق في الأدلة التي استدل بها على حجيتها.

الأول: لاشكال في أن جواز التمسك بهذه القاعدة ورفع الحيرة والإعضال في مقام الحكم والقضاء بها متوقف على حجيتها هذه القاعدة شرعاً، بحيث يكون العمل بها وظيفة

المكلف في مقام القضاء و الحكم كسائر القواعد والأصول. الثاني: أن الحكم بالعدل مأخوذ من الآية الكريمة حيث قال عز وجل: «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (النساء، ٥٨) وأمر تعالى شأنه بالحكم بالعدل.

والإنصاف مأخوذ من الروايات الأمرة بالتنصيف مثل ماورد في رجل استودع رجلاً دينارين، فاستودعه آخر ديناراً، فضاع دينار منها، قال: «يعطى صاحب الدينارين ديناراً، و يقسم الآخر بينهما نصفين». (الحرر العاملي، ١٤١٤ ق: كتاب الصلح، الباب ١٢، ح ١)

والصحيح الوارد عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، فقال: «أما الذي قال: هما بيني وبينك، فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه، و يقسم الآخر بينهما». (همان، الباب ٩، ح ١) وفي رواية أخرى: «يقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين» (همان، ج ١٨، كتاب الصلح،

الباب ٩، ذيل الحديث ١)

والحاصل: أن هذه القاعدة - بعد تسليم ثبوتها - لم ترد بلفظ خاص كقاعدة «لا ضرر» و «لا حرج» و «لا تعاد» و غيرها، بل هي قاعدة مأخوذة من قوله تعالى: «وَإِذَا حَكَمْتُمْ» الآية، و هي من الروايات الواردة في الحكم بالتنصيف، و جاء في بعض الروايات لفظ (الإنصاف) و هي ما رواها الصدوق عليه السلام بإسناده عن الحسين بن أبي العلاء عن إسحاق بن عمار، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب، و آخر عشرين درهماً في ثوب، فبعث الثوبين و لم يعرف هذا ثوبه و لا هذا ثوبه، قال: «يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، و الآخر خمسي الثمن» قلت: فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيهما شئت قال: «قد أنصفه». (الحرر العاملي، ١٤١٤ ق: ج ١٨، كتاب الصلح، الباب ١١، الحديث ١)

الثالث: بعد تسليم اثبات هذه القاعدة بالسيرة أو بالروايات، فهل تُقدّم على قاعدة القرعة، أو هي مخصّصة لها؟ ففي مثل المال المرذّب بين شخصين أو أشخاص مع عدم مرجح

في البين، فهل يكون المقام مقام التمسك بتلك القاعدة أو بالقرعة؟ إذا عرفت ذلك فهل تكون هذه القاعدة قاعدة عقلائية جرت عليها السيرة العقلائية، و يكون ما ورد في الشرع من الأدلة والروايات امضاءً لما جرى عليه بناء العقلاء وسيرتهم؟ وهل يستفاد منها العموم - كما ذهب إليه جماعة - أولاً، بل تختص الروايات بمواردها؟ فنقول: قال جمع من الفقهاء المتأخرين إنها قاعدة عقلائية جرت السيرة على العمل بها، لأنها جمع بين ما تقتضيه الدعويان إذا لم يكن لأحدهما بيّنة، فيشمله قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (النساء، ٥٨) بعد حكم العرف بما يقتضيه العدل والإنصاف وشمول الآية له.

قال المحقق الخوئي رحمته الله في مصباح الأصول: هذه القاعدة مبنية على تقديم الموافقة القطعية - في الجملة مع المخالفة القطعية كذلك - على الموافقة الاحتمالية في تمام المال، فإنه لو أعطي تمام المال - في هذه الموارد - لأحدهما للقرعة مثلاً احتتمل وصول تمام المال إلى مالكة، ويحتتمل عدم وصول شيء منه إليه، بخلاف التنصيف، فإنه عليه يعلم وصول بعض المال إلى مالكة جزماً، ولا يصل إليه بعضه الآخر كذلك، فيكون التنصيف مقدّمة لوصول بعض المال إلى مالكة، ويكون من قبيل صرف مقدار من المال مقدّمة لا يصله إلى مالكة الغائب حسبةً، إلا أنه من باب المقدّمة الوجودية، والمقام من باب المقدّمة العلمية. (الخوئي، ١٤١٧ ق: ٢، ٦٢)

والحاصل: أن تنصيف المال بينهما موجب لوصول أحد النصفين إلى مالكة وفوات النصف الآخر عنه، فيكون نظير صرف الحاكم نصف المال حسبةً مقدّمة لا يصل النصف الآخر إلى صاحبه.

ويرد عليه: أنه لم يقم دليل على جواز إيصال مقدرا من المال إلى غير مالكة مقدّمة للعلم بوصول المقدار الآخر إلى المالك، نعم في المقدّمة الوجودية ثبت ذلك حسبةً، وأمّا العلمية فلا، فقياس إحدى المقدّمتين على الأخرى قياس مع الفارق.

وعلى أيّ تقدير، فتارة يفرض ويدعى قيام السيرة العقلائية على قاعدة العدل

والإنصاف في القضاء، أي في مقام فصل الخصومة. وذلك لأجل أن المطلوب في باب القضاء فصل الخصومة ورفعها، والتنصيف يكون صالحاً لذلك فقامت السيرة عليه. وأخرى دعوى قيام السيرة على القاعدة في نفسها مع قطع النظر عن باب القضاء وفصل الخصومة.

فلو أريد الأول فيورد عليه بمنع وجودها في باب القضاء وفصل الخصومات إلا إذا تصالحا على ذلك، وليس بناء العقلاء وسيرتهم في فصل الخصومة التبعّد بالتنصيف و إيصال مقدار من المال إلى غير مالكة مقدّمة للعلم بوصول المقدار الآخر إليه. خصوصاً إذا علم أنّه إمّا يزيد أو لعمره، ولم يحتمل أنّه لهما كما هو المفروض، وإن أريد الثاني، فيرد عليه: أنّه ليست سيرة العقلاء على التنصيف في غير باب القضاء وفصل الخصومة، بحيث إذا تردّد مال بينه وبين غيره يكون بناء العقلاء على التقسيم، خصوصاً إذا لم يحتمل أنّه لهما ومشترك بينهما، وبالجملة ثبوت السيرة وبناء العقلاء على القاعدة حتّى في باب القضاء غير واضح.

قال سماحة الحجّة آية الله السيد كاظم الحائري في كتابه: القضاء في الفقه الاسلامي: و قد أفاد أستاذنا الشهيد (الصدر) -رضوان الله عليه-: «أن الاستدلال بالسيرة العقلانية على قاعدة العدل والإنصاف غير صحيح، سواء أريد بذلك دعوى السيرة على القاعدة في نفسها بغضّ النظر عن باب الخصومة والقضاء، أو أريد به دعوى السيرة عليها في خصوص باب الخصومة والقضاء.

فلو أريد الأول ورد عليه منع وجود سيرة من هذا القبيل، فلو تمّت سيرة على قاعدة العدل والإنصاف فانما هي في باب الخصومة بنكته فصل الخصومة ورفعها والتنصيف يصلح لذلك وليست على الاطلاق.

ولو أريد الثاني ورد عليه: أنّه إن ثبتت السيرة في باب القضاء فهي مردوع عنها باطلاق الأخبار الدالّة على أنّ القضاء إنّما هو بالبيّنات والأيمان، اذن فلا يجوز فصل الخصومة بقاعدة العدل والإنصاف إلاّ بنصّ خاصّ وعلى أيّ حال فلا حاجة لنا في فصل الخصومة

إلى هذه السيرة لدلالة النصّ الخاصّ على قاعدة العدل والإنصاف فيه، حيث ورد - في فرض تعارض البيّتين و عدم مرجّح لإحدهما على الأخرى - الحكم بالتنصيف، و نتعدّى من فرض تعارض البيّتين المتساويتين إلى ما لم تكن هناك بيّنة أصلاً؛ لأنّ الظاهر عرفاً من الكلام أنّ الحكم بالتنصيف يكون بنكتة أنّ البيّتين بعد التعارض و عدم المرجّح كالعدم، فتتّجه هذه القاعدة في مقام فصل الخصومة حتّى مع عدم وجود البيّنة» انتهى ما أردنا نقله عن استاذنا الشهيد<sup>١</sup>.

و يرد على ما أفاده من أنّ الأخبار الدالّة على أنّ القضاء إنّما هو بالبيّنات و الأيمان مفهومها عدم جواز فصل الخصومة بهذه القاعدة، أولاً: أنّ لفظة «إنّما» لاتدلّ على الحصر كما قرّر في الأصول في بحث المفاهيم، فلا ينافي القضاء بهما لفصل الخصومة القضاء بشيءٍ آخر، مثل قاعدة العدل و الإنصاف أو الرجوع إلى القرعة.

و ثانياً: دعوى السيرة على قاعدة العدل و الإنصاف في باب القضاء ليست في قبيل القضاء بالبيّنات و الأيمان، و إنّما هي في صورة الإنقطاع عنهما، كما لو سقطت البيّنة بالتعارض، أو نكل المتخاصمان عن اليمين، أو لم يمكن تحليفهما لجهلها بالواقع.

و ثالثاً: دعوى دلالة لانصوص في باب تعارض البيّنات المتكافئة على تلك القاعدة غير صحيحة، فإنّ الجمع بين النصوص يقتضي تقييد ما ورد في التنصيف بالتحليف، فيكون التقسيم و التنصيف نتيجةً لحلفهما لا لقاعدة العدل و الإنصاف.

و على فرض تسليم وجود السيرة و بناء العقلاء كذلك، فلا بدّ من إثبات مشروعية ذلك و إمضاء الشارع لها، و إلّا فلا حجّية لها، فالعمدة إثبات المشروعية للقاعدة.

و التتبع لكلام الفقهاء حتّى المتأخّرين منهم يعطي عدم تمسكهم بالسيرة و بناء العقلاء حتّى في باب القضاء، فهذا صاحب الجواهر<sup>٢</sup> قد حكم بالتنصيف لفصل الخصومة في مال مردّد بين شخصين بمقتضى الروايات في مسائل عديدة، فقال في كتاب الصلح في مسألة (لو

١. في بحث القطع في فرع الودعي من الفروع التي ينقض بها على عدم إمكانية الترخيص في مخالفة القطع.

القضاء في الفقه الاسلامي: ص ٦٣٠.

كان معهما درهمان وادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما، كان لمدعي الدرهمين درهم ونصف، وللآخر ما بقي): والمتجه فيه قسمة المال بينهما نصفين قطعاً للدعوى، فهو كالصلح الفهري بينهما بذلك (النجفي، ١٣٦٧ ش: ٢٦، ٢٢٤) فليس النصف المحكوم به في النصّ و الفتوى إلا لقطع الخصومة بينهما بذلك بالعدل والإنصاف، وبالجملة الحكم بالتنصيف في أمثال المسائل كان مستنداً إلى الروايات لا السيرة وبناء العقلاء.

فأصل قاعدة العدل والإنصاف والقول بالتنصيف أمر مسلم عند بعض المتأخرين كصاحب الجواهر<sup>رحمته</sup> (همان، ٢٢٤) والشهيد<sup>رحمته</sup> في الدروس (محمد بن مكى عاملي، ١٤١٢ق: ٣، ٣٣٣) وغيره، (العاملي، ج ١، كتاب الصلح، ٤٣٠) إلا أن مستندهم فيها الروايات الواردة في المسألة لا بناء العقلاء، فلا بدّ من البحث في أدلة القاعدة والروايات المستند إليها.

فقول يستفاد من الروايات الخاصة الواردة في موارد عديدة ثبوت التنصيف في المال المرّد بين شخصين، ولا بدّ من البحث عنها حتى يتبين أنه هل يستفاد منها العموم والقاعدة أم لا؟

وتلك الروايات على طوائف: الطائفة الأولى: ما ورد في تعارض البيّنات المتكافئة. منها: ما رواه غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله<sup>عليه السلام</sup> «أن أمير المؤمنين<sup>عليه السلام</sup> اختصم إليه رجلان في دابّة وكلاهما أقاما البيّنة أنه أنتجها، ففضى بها للذي في يده، وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين.» (الحر العاملي، ١٤١٤ ق: كتاب القضاء ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى، الباب ١٢، الحديث ٣)

ورواه الشيخ<sup>رحمته</sup> في التهذيب بإسناده عن محمّد بن عليّ بن محبوب، عن محمّد بن الحسين، عن محمّد بن يحيى مثله. (الشيخ الطوسي، ١٣٩٠ ق: ٦، ٢٣٤، ح ٤) والسند صحيح في الكافي والتهذيب، كما في جامع الرواة والمعجم (محمد بن عليّ اردبيلي، ١٤٠٣ ق: ١، ٦٥٨) ولا اشكال من جهته، وأمّا استفادة العموم والقاعدة منها، ففيه أولاً: أن الرواية متعارضة مع ما رواه في الكافي والتهذيب عن غياث بن كلوب، عن إسحاق

بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام «أنّ رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابّة في أيديهما، وأقام كلّ واحد منهما البيّنة أنّها تنجّت عنده، فأحلفهما علي عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف ففضى بها للحالف، فقبل له: لو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما البيّنة؟ قال: أحلفهما فأيتهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين، قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيّنة؟ قال: أفضى بها للحالف الذي هي في يده.» (الكليني، بي تا: ٧، ٤١٩، ح ٢؛ الشيخ الطوسي، ١٣٩٠ق: ٦، ٢٣٣، ح ١)

فإنّ مقتضى إطلاق رواية غياث بن إبراهيم أنّه لو لم تكن في يده جعلت بينهما نصفين، فكون الدابّة في يد أحدهما مرجّح للحكم له و موجب لتقديم بيّنته. وأما لو لم تكن في يده، فلا مرجّح لبيّنته، و ظاهر إطلاقها أنّ الحكم في مثله هو التنصيف و هو مقتضى العدل و الإنصاف، فيتعدّى إلى كلّ مورد يكون المال مردّداً بين شخصين و لا مرجّح لأحدهما.

أمّا مقتضى رواية إسحاق بن عمّار - التي كانت معتبرة بحسب السند، لأنّ غياث بن كلوب و ان كان عامياً و لكنّه ثقة على ما في الحسن بن موسى الخشاب كان من أصحاب العسكري عليه السلام، قال في المعجم: قال النجاشي: الحسن بن موسى الخشاب من وجوه أصحابنا مشهور كثير العلم و الحديث، له مصنّفات (الخوئي، ١٤١٣ق: ٦، ١٥٧) و هذا يدلّ على حسنه و ان لم يكن دليلاً على و ثاقته، فالرواية حسنة، و لكن محمّد بن أحمد مشترك - أنّ التنصيف في صورة حلفهما جميعاً، فهو مقيد بحلفهما، ففي رواية غياث بن إبراهيم التنصيف في صورة عدم وجود اليد و عدم ترجيح إحدى البيّنتين باليد، و في هذه الرواية مقيد بالحلف و كونه بعد التحالف، و مقتضى الجمع بينهما تقييد رواية غياث برواية إسحاق بن عمّار، و عليه يكون التقسيم نتيجة لحلفهما لا للقاعدة، و على هذا فلا استفاد من رواية غياث بن إبراهيم التنصيف و قاعدة العدل و الإنصاف بعد التقييد.

هذا من ناحية، و من ناحية أخرى قوله في راية غياث بن إبراهيم: «فضى بها للذي في يده» بإطلاقه يقتضي أنّه يقضى لمن كان في يده، و هو المنكر، بملاك أنّ المألوف هو حلف

ذي اليد، و في الرواية لم يفرض تحليفه، فمقتضى إطلاقه عدم الحاجة إلى يمينه بل نفس اليد كاف لتقديم بيئته.

و أمّا مقتضى ذيل حديث إسحاق بن عمار وهو قوله: «أقضي بها للحالف الذي هي في يده» أن ذا اليد بعد تحليفه ترجح بيئته، و بذلك يقيد إطلاق رواية غياث بن إبراهيم، فالمقصود من قوله: «قضى بها للذي في يده» أنه قضى بها له بعد تحليفه.

و ثانياً: التنصيف هنا في فرض تعارض البيئتين المتعارضتين المتساويتين، فلا يصحّ التعدي إلى ما لم يكن هناك بيئته، إلا أن يقال بأن البيئتين بعد التعارض و عدم المرجح كالعدم، فكذا إذا لم تكن هناك بيئته أصلاً.

لكن هنا احتمال آخر، وهو كون التقسيم و التنصيف بمقتضى رواية غياث بن إبراهيم نوع عمل بالبيئات المتعارضة لا بقاعدة العدل و الإنصاف.

و ثالثاً: تعارض رواية غياث بن إبراهيم مع موثقة سماعة الدالة على القرعة في نفس الفرض و كذا سائر الروايات في هذا الباب الدالة على القرعة مع اليمين، مثل رواية عبد الرحمان بن أبي عبدالله و غيرها. (الحرّ العاملي، ١٤١٢ ق: ج ١٨؛ كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى، الباب ١٢، الحديث ٥-٨ و ١١ و ١٥)

و منها: ما رواه في الكافي عن محمد بن يحيى، عن أحمد، عن ابن فضال، عن أبي جميلة، عن سماك ابن حرب، عن تميم بن طرفة أن رجلين عرفا (ادعيا) بغيراً فأقام كل واحد منهما بيئته، فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما.

و رواه الصدوق عليه السلام بإسناده عن ابن فضال، و رواه الشيخ عليه السلام بإسناده عن أحمد بن محمد. (الحرّ العاملي، ١٤١٤ ق: ج ١٨، أبواب كيفية الحكم، ب ١٢، ح ٤.)

و دلالتها على التنصيف و التقسيم بين المدعين مع تعارض البيئتين واضحة، إلا أنه يورد عليه أولاً بضعف السند بواسطة عدم توثيق تميم بن طرفة و سماك بن حرب، و أبي جميلة، و هو المفضل بن صالح.

و ثانياً: هذه قضية خارجية نقلها الراوي، و لا يصحّ الإستناد إليها؛ إذ ليس النقل و



الحكاية عن المعصوم، فلا عموم ولا إطلاق لها، فيمكن أن يكون حكمه بالتقسيم بينهما بعد تحالفهما.

مضافاً إلى ما تقدّم من الإشكال في الروايات المتقدّمة في التعدي عن مورد تعارض البيّتين إلى غيره.

ومنها: ما رواه السكوني عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام في رجل أقرّ عند موته: لفلان و فلان لأحدهما عندي ألف درهم، ثمّ مات على تلك الحال، فقال عليّ عليه السلام: «أيّهما أقام البيّنة فله المال، وإن يقيم واحد منهما البيّنة فالمال بينهما نصفان». (الحرّ العاملي، ١٤١٤ ق: ج ١٣، باب ٢٥ من كتاب الوصايا، ص ٤٥٥)

ومنها: الحديث المرسل: «إنّ رجلين تنازعا في دابّةٍ ليس لأحدهما بيّنة فجعلها النبي صلى الله عليه وآله بينهما». (البيهقي، بي تا: ١٠، ٢٥٥)

هذا الحديث ساقط عن الإعتبار من جهة الارسال، ولو سلّمنا الاعتبار فيقيّد بما مضى من رواية إسحاق بن عمار، ويختصّ بصورة تحليفهما، فيكون التقسيم من جهة الحلف لا من أجل قاعدة العدل والإنصاف.

الطائفة الثانية: ما ورد في رجلين كان معهما درهمان واختلفا في ذلك، رواه الصدوق عليه السلام في الفقيه بإسناده عن عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد من أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، فقال: «أما الذي قال: هما بيني وبينك فقد أقرّ بأنّ أحد الدرهمين ليس له، وأنّه لصاحبه، ويقسم الآخر بينهما». (الشيخ الصدوق، ١٣٦٣: ٢، ١٣)

ورواه الشيخ عليه السلام بإسناده عن محمّد بن عليّ بن محبوب، عن عبد الله بن المغيرة عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام مثله، (الشيخ الطوسي، ١٣٩٥: ٢، ٦٥ و ٨٨) إلّا أنّ فيه: «و يقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين».

ورواه أيضاً بإسناده عن محمّد بن أحمد بن يحيى، عن أبي إسحاق، عن ابن أبي عمير، عن محمّد بن أبي حمزة، عن ذكره، عن أبي عبد الله عليه السلام نحوه. (الحرّ العاملي، ١٤١٤ ق: ج ١٣، باب ٩ من كتاب الصلح، ص ٦٩، ح ١)

و سند الصدوق إلى عبدالله بن المغيرة حسن بإبراهيم بن هاشم أو صحيح.  
و تعبير عبدالله بن المغيرة الذي كان من أصحاب الإجماع وكان ممن أجمعت العصابة  
على تصحيح ما يصح عنه، قرينة على أنه كان مطمئناً بالصدور، وأما ما نقله في التهذيب  
بسنده عن محمد بن علي بن محبوب وان كان سنده إليه صحيحاً إلا أنه مرسل؛ لأنَّ عبدالله  
بن المغيرة حكاه عن بعض أصحابنا، لكن في النسخة المطبوعة في طهران في دارالكتب  
الإسلامية وكذا المطبوعة جديداً في مكتبة الصدوق: «عن غير واحد من أصحابنا» لا «عن  
بعض أصحابنا» فالظاهر أن نسخة صاحب الوسائل رحمته كانت هكذا.

وأما ما رواه باسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن أبي إسحاق، عن ابن أبي عمير،  
عن محمد بن أبي حمزة، عن ذكره عن أبي عبدالله عليه السلام فسند الشيخ إلى محمد بن أحمد بن  
يحيى بن عمران الأشعري صحيح، ولكنه ساقط بالإرسال كما لا يخفى.

و على ما ذكر في التهذيب وكذا في جامع أحاديث الشيعة (البروجردى، ١٣٩٩: ٢٣،  
٤٦٧): «عبدالله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا» فليس فيها ارسال.

و أما الدلالة، فقول الرجل: «هما بيني وبينك» فيه وجوه: أحدها: أنه يدعي النصف  
المشاع من الدرهمين له، ويقرُّ لصاحبه بالنصف الآخر منهما مشاعاً، فمورد ادّعائه هو  
النصف المشاع من الدرهمين.

الثاني: أنه يدعي الواحد من الدرهمين من غير فرق بينهما فيما كان الدرهم مثلياً، فهو  
مقرَّب بأنَّ أحدهما ليس له وأنه لصاحبه، ويدعي الآخر منهما أنه له.

الثالث: أنه يدعي واحداً منهما مع فرض كون الدرهم قيمياً متفاوتاً أفراداً في القيمة، مثلاً  
تكون قيمة أحد الدرهمين مائة تومان، وهو لا يدعيه، وقيمة الآخر مأتين وهو يدعيه، ففي  
هذه الصورة يقع التقسيم في الآخر بينهما أي في الدرهم الذي تكون قيمته مأتين، فلكلِّ  
واحد منهما يكون مائة.

ولكنَّ الظاهر من الرواية في ما نقله الصدوق عدم الدعوى في النصف المشاع منهما،  
لأنَّ الظاهر من قوله عليه السلام: «فقد أقرَّ بأنَّ أحد الدرهمين ليس له، وأنه لصاحبه» هو الاقرار  
بتمام أحد الدرهمين لصاحبه لا النصف المشاع.

و ما نقله الشيخ في التهذيب في الموضوعين صريح في ذلك؛ لأنه قال في الموضوع الأول منه: أما أحد الدرهمين فليس له فيه شيء و أنه لصاحبه، و يقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين. (الشيخ الطوسي، ١٣٩٠ ق: ٦، ٢٠٨)

و في الموضوع الثاني منه: قال أبو عبد الله عليه السلام: «قد أقر أن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء و أنه لصاحبه، و أما الآخر فبينهما.» (الشيخ الطوسي، ١٣٩٠ ق: باب من الزيادات في القضايا و الأحكام، ٦، ٢٩٢)

فينحصر في الإحتمالين الآخرين، وهما: دعوى الرجل الآخر الذي قال: هما بيني و بينك، أحد الدرهمين من غير فرق منه بينهما، و هو فيما كان الدرهمان مثليين و لم يتعلّق غرضه بدرهم خاصّ منهما، و الآخر أن يكون دعواه الدرهم المعين منهما، إمّا من جهة القيمة إذا كان قيمياً أو لغيره من الأغراض العقلائية من غير تفاوت في القيمة.

و الظاهر من الجواب و الرواية هو الإحتمال الأول و إن لم يكن لنفي الثاني أيضاً دليل و موجب، لبعده، فهو أيضاً محتمل خصوصاً مع فرض كون الدرهم مثلياً.

و أمّا قوله عليه السلام في الجواب؛ و هو الحكم بتقسيم الدرهم الآخر، فهل يكون مطلقاً على جميع التقادير و الإحتمالات، أو مقيداً في بعض الموارد؟ فإن كان الأول تستفاد منه قاعدة العدل و الإنصاف و الحكم بالتنصيف في مال مردّد بين شخصين من دون ترجيح بينهما، فلا بدّ من بيان المحتملات في الرواية و موردها حتّى يتّضح الحال.

فنقول: لا إشكال في أنّ الدرهمين كانا تحت يدهما: لقوله: في رجلين كان معهما درهمان، فإنّ الظاهر من المعية لهما هو سلطة الرجلين عليهما، و المقصود من اليد ليس هو الجارحة بل هو السلطة على الشيء.

و عليه فلا فرق بينهما من جهة اليد، و لا إشكال أيضاً في أنّ الرجل الآخر الذي قال: هما بيني و بينك، مدّع بالنسبة إلى أحد الدرهمين مع إقراره بأنّ الدرهم الآخر ليس له و أنه لصاحبه، و منكر بالنسبة إلى دعوى الرجل الأول الذي قال: الدرهمان لي، و صاحبه - و هو المقرّ له - منكر بالنسبة إلى دعواه، لأنه قال: الدرهمان لي.

فهو حينما كان منكراً لدعوى الرجل الثاني مدّع لكون الدرهم الثاني له، فيكون كلّ

واحد منهما مدعياً ومنكراً فالأول مدع بالنسبة إلى الدرهمين ومنكر بالنسبة إلى الرجل الثاني الذي قال: هما بيني وبينك، ويدعي أحد الدرهمين، و الرجل الثاني أيضاً مدع بالنسبة إلى أحد الدرهمين ومنكره بالنسبة إلى دعوى الأول الذي يدعيهما معاً.

و على أيّ تقدير؛ قد يقيم الرجل الثاني بيّنة على دعواه، ولم يكن للأول بيّنة، وقد يقيمان بيّنتين، فيقيم الرجل الأول بيّنة على أنّ الدرهمين له، و يقيم الرجل الثاني بيّنة على أنّ الدرهم الثاني له، فتتعارضان في الدرهم الثاني، فيكون التعارض بن البيّنتين في الدرهم الثاني، وقد لا يكون لواحد منهما بيّنة، ففي فرض تعارض البيّنتين، قد يقال بوجود التحالف و التنصيف بينهما بعد حلفهما، كما تقدّم في رواية إسحاق بن عمار فإن حلفاً جميعاً جعل بينهما نصفين، وإن حلف أحدهما و نكل الآخر جعل المال كلّهُ للتحالف.

و الحاصل: هل يكون الحكم بالتنصيف في الدرهم الثاني مطلقاً و في جميع التقادير، أو مقيداً في بعض الصور و التقادير؟ مقتضى القاعدة في باب القضاء: الحكم لمن أقام البيّنة، و اليمين لمن أنكر، فإن أقام الرجل الأول الذي قال: الدرهمان لي، بيّنة، فالحكم له، و يعطى هو الدرهمين، و إن أقامها الثاني فيعطى هو درهماً، فإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة و تعارضتا، أو لم يكن لواحد منهما بيّنة - كما هو القدر المتيقّن من الرواية - فيحكم بالتنصيف بينهما مع اليمين أو بدونها على اختلاف في ذلك بين الفقهاء. و قد أفتى بمقتضى إطلاق الرواية جمع من القدماء كالشيخ عليه السلام في النهاية؛ قال: و إذا كان مع نفسين درهمان، فذكر أحدهما: أنّهما لي، و قال الآخر: هما بيني و بينك، أعطي المدعي لهما معاً درهماً؛ لإقرار صاحبه بذلك، و يقسّم بينهما الآخر نصفين. (الشيخ الطوسي، بي تا: باب الصلح، ٣١٣)

و قال الحلبي عليه السلام في الكافي: و إذا تنازع اثنان في شيئين في أيديهما، أو لا يد لأحدهما فيهما، فقال الواحد منهما: هما لي، و قال الآخر: هما شركة بيننا، فأحد الشئيين لمن قال: هما لي، و يقسّم الآخر بينهما صلحاً، و إن قال كلّ واحد منهما: هما لي، قسّما بينهما. (الحلبي، ١٤٠٣ ق: ٤٥٣)

و قال في السرائر: و إذا كان بيد نفسين درهمان فذكر أحدهما: أنّهما جميعاً ملكي ولي، و قال الآخر: بل هما بيني و بينك، كان الحكم أن يعطى المدعي لهما معاً درهماً، لإقرار

صاحبه بذلك ويقسّم الدرهم الباقي بينهما نصفين، لأنّ يدهما عليه. (الحلّي، ١٤١٠ ق: ٢، باب الصلح، ٦٨)

وبه قال في الشرائع (ج ٢، ص ١٢١) والنافع (ص ١٤٤) وكذا العلامة رحمته في القواعد (ج ٢، كتاب الصلح، ص ١٧٦) و التبصرة (ج ٢، كتاب الصلح، ص ١١٧) و التحرير. (ج ٣، كتاب الصلح، ص ١٧)

وقال عدّة من الفقهاء بالتقسيم مع فقد البيّنة والنكول عن اليمين. قال في إصباح الشيعة: اثنان معهما درهمان ادّعاهما أحدهما، وادّعى الآخر اشتراكهما فيهما، أُعطي من ادّعاهما درهماً؛ لإقرار صاحبه به، وقسّم الآخر بينهما إذا فقدت البيّنة و نكلا عن اليمين. (إصباح الشيعة: كتاب الصلح، ص ٣٠٢)

وقال في التذكرة: لو كان في يد شخصين درهمان فادّعاهما أحدهما وادّعى الآخر واحداً منهما، أُعطي مدّعيهما معاً درهماً وكان الدرهم الآخر بينهما نصفين؛ لأنّ مدّعي أحدهما غير منازع في الدرهم الآخر، فنحكّم به لمدّعيهما وقد تساويا في دعوى أحدهما يداً ودعوى، فيحكّم به لهما، هذا إذا لم توجد بيّنة، والأقرب أنّه لا بدّ من اليمين فيحلف كلّ واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه، فمن نكل منهما قضي به الآخر، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسّم بينهما نصفين، لما رواه عبد الله بن المغيرة. (الحلّي، ١٣٧٢: ٢، ١٩٥)

وقال في الدروس: الخامسة: لو كان معهما درهمان فادّعاهما وادّعى الآخر اشتراكهما، ففي الرواية المشهورة للثاني نصف درهم، وللأوّل الباقي، ويشكل إذا ادّعى الثاني النصف مشاعاً، فإنّه يقوى القسمة نصفين، ويحلف الثاني للأوّل، وكذا كلّ مشاع... إلى أن قال: ولم يذكر الأصحاب في هاتين المسألتين يميناً، وذكرهما في باب الصلح، فجائز أن يكون ذلك الصلح قهرياً، وجائز أن يكون اختياريّاً، فإن امتنعا فاليمين.

وقال الشهيد الثاني رحمته في المسالك بعد نقله ما في الدروس وكلام العلامة رحمته في التذكرة: وما قرّبه حسن، لعموم «و اليمين على من أنكر». (الشهيد الثاني، ١٤١٣ ق: ٤، ٢٦٦) وكذا قال في جامع المقاصد: وما قرّبه (العلامة في التذكرة) جيّد لعموم «واليمين على

من أنكر». (المحقق الكركي، ١٤٠٨ ق: ٥، ٤٣٥)

وقال الشهيد الثاني في شرح اللمعة: لو كان بيدهما درهمان، فادّعاهما أحدهما، وادّعى الآخر أحدهما خاصّة، فللثاني نصف درهم؛ لاعترافه باختصاص غريمه بأحدهما، ووقوع النزاع في الآخر مع تساويهما فيه يداً، فيقسّم بينهما بعد حلف كلّ منهما لصاحبه على استحقاق النصف، ومن نكل قضي به للآخر، ولو نكلا معاً أو حلقا، قسّم بينهما نصفين، وللأول الباقي. (العالمّي [ط. ق.]، ج ١، كتاب الصلح، ص ٤٣٠)

فالبحت هنا في موردین، الأول: أنه هل يكون للرواية إطلاق كما أفتى بمقتضاه جمع من الفقهاء، أم لا؟ الثاني: في أنه على فرض الإطلاق هل يوجد لما ذكره جمع من المتأخّرين - كالعلامة والشهيدین عليه السلام - دليل على التقييد؟ وما هو الدليل عليه؟

أمّا الأول - وهو إثبات الإطلاق في الرواية - فقد قال بالإطلاق واستفادة قاعدة العدل والإنصاف منها جملة من المتأخّرين كصاحب الحدائق وصاحب الجواهر - رحمهما الله - وقبل الورود في ذكر أقوال المتأخّرين وبيان قاعدة العدل والإنصاف، لا بدّ من تقديم مقدّمة ونكته، وهي: أنّ المقصود من إطلاق الرواية هو الحكم بالتنصيف والتقسيم بينهما من غير حلف ويمين في فرض عدم وجود البيّنة، لا لمن يدّعي الدرهمين ولا لمن يقول بأنّهما ببني وبنك، وأمّا إذا كان لأحدهما بيّنة، فلا شك ولا إشكال، لعدم إطلاقها وشمولها له؛ إذ لا يقول أحد بأنّه لو كان للرجل الأول الذي قال: هما لي، بيّنة يحكم بالتقسيم بينهما، وكذا لو كان للثاني بيّنة، فالرواية منصرفة عن فرض وجود البيّنة، وما ذكرنا من التقادير والفروض المتصوّرة ليس محطّ النظر إطلاقها بالنسبة إلى جميعها، وإلا يلزم نفي قاعدة البيّنة على المدّعي، والحكم بينهما بالتقسيم وإن أقام المدّعي لادّعائه بيّنة من غير تعارض، ولا إشكال في عدم شمول الرواية الفرض المذكور وانصرافها عنه.

فقول الراوي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان... الرواية - سواء كان هذا سؤالاً أم كان بياناً للموضوع من الراوي - لا يشمل ما إذا كان لأحدهما بيّنة ولم يفرضه في الموضوع، ولو كان لأخذه في بيان الموضوع وفرضه، ولا وجه لعدم التعرض له مع أنّه دخيل في الجواب والحكم، وخصوصاً مع التعرّض لمثل اليد ومعيّة الدرهم لهما، مع أنّ

وجود البيّنة كان أهمّ دخالةً بمراتب منها، و الظاهر أنّ مفروض السؤال أو بيان الموضوع هو فرض عدم وجود البيّنة، ولذا قال العلامة في التذكرة بعد بيان مورد الرواية وحكمهما: هذا إذالم توجد بيّنة، وعلى هذا فالمقصود ومحطّ النظر من إثبات إطلاق الرواية هو الإطلاق بالنسبة إلى اليمين، بمعنى: أنّ الحكم بالتقسيم بينهما غير مقيد بيمينهما، كما ذكره جمع من المتأخّرين كالعلامة في التذكرة، واستحسنه الشهيد في المسالك وغيرهما.

ولكن في كلام المحقّق الأردبيلي رحمته الله في المجمع التقييد بجميع القيود، قال في شرح قول العلامة في الارشاد: (و يعطى مدّعي الدرهمين... إلى آخره): ذلك أي أنّ لمدّعي الدرهمين الذين في يده ويد مدّعي أحدهما الدرهم والنصف، وللآخر النصف، إذالم يكن لأحدهما بيّنة أو تكون لهما بيّنة من غير رجحان، ولم يحلف أحدهما أو يحلف كلاهما، فإن كان لأحدهما بيّنة فقط، فكلّ المدّعي له، وكذا لمن حلف إن نكل الآخر عن اليمين على عدم استحقاق الحالف. (مجمع الفائدة والبرهان، ج ٩: أحكام الصلح، ص ٣٤٢)

و أمّا جماعة من المتأخّرين الذين تستفاد هذه القاعدة من كلامهم، فمنهم صاحب الحدائق، حيث قال بعد نقل الرواية في المسألة: و الوجه في أحد الدرهمين واضح، لأنّ مدّعي الدرهم قد اعترف لصاحبه بأنّه لا يستحقّ من الدرهم الثاني شيئاً، و أمّا يبقى النزاع بينهما في درهم، وكلّ منهما يدّعيه، وقد حكم عليه السلام بالقسمة بينهما أيضاً، و حينئذٍ فلمدّعي الدرهمين درهم و نصف، أمّا الدرهم فلاعتراف صاحبه له به، و أمّا النصف من الدرهم الثاني فمن حيث حكمه (رحمته الله) في الدعوى على هذه الكيفيّة بالقسمة إنصافاً.

و يستفاد منه كون الحكم كذلك في كلّ عين ادّعاها اثنان مع إثبات يديهما عليها ولا بيّنة، أو يكون لكلّ منهما بيّنة، إلّا أنّه لا رجحان لإحدهما على الأخرى، و ظاهر الرواية المذكورة وكذا كلام جملة من ذكر المسألة هو أنّ الدرهم يقسم بينهما إنصافاً من غير يمين. (الحدائق، ج ٢١: كتاب الصلح، ص ١٠١)

و منهم صاحب الجواهر قال ما حاصله: إنّ اليد بعد أن كانت على الدرهمين و كانا متساويين في اليد، لا يصير أحدهما منكراً حتّى يكون عليه اليمين، بل هما بعد أن تساوبا من هذه الجهة صارا بحكم من لا يد لواحد منهما، و المتّجه فيه قسمة المال بينهما نصفين

قطعاً للدعوى، فهو كالصلح القهري بينهما بذلك، لا أن النصف مقتضى يد أحدهما حتى يكون منكراً بالنسبة إلى دعوى الآخر عليه، وكذا العكس، فيكونان كالمدعي من وجه و المنكر من آخر، فيتحالفان، ضرورة ثبوت الحكم المزبور في ذوي الأيدي، كما تسمعه في الوديعة وفي التداعي في المال المطروح ونحوهما.

و حينئذٍ فليس النصف المحكوم به في النصّ والفتوى إلا لقطع الخصومة بينهما بذلك بالعدل والإنصاف؛ لعدم تحقق الدعوى من أحدهما والإنكار من آخر؛ لكون المفروض تساويهما من كلّ وجه، ففي الحقيقة ليس إلا دعوى واحدة، وهي ملكية الدرهم، إلا أن أحدهما يدعي أنّها له والآخر كذلك، ولا ترجيح لأحدهما بعد معارضة يد كلّ منهما للأخرى الموجبة للتساقط، نحو البيّنتين المتعارضتين من كلّ وجه، فيقسم المال بينهما قطعاً للخصومة بينهما بالعدل والإنصاف، فهو كالصلح القهري، ولعلّه لذا ذكر الأصحاب هذه المسألة في هذا الكتاب. (النجفي، ١٣٦٧: ٢٦، ٢٢٤)

وقد أورد على إطلاق الرواية بأنّ الظاهر أنّ الحديث وارد في مقام الردّ على شبهة حصلت في ذهن السائل، وهي احتمال أن يقال: إنّ ثبوت اليدين دليل على الشركة، فعن قال: «هما بيني وبينك» هو المنكر، لمطابقة قوله الأمانة وهي اليدين، ومن قال: «الدرهمان لي» هو المدعي، لمخالفة قوله الأمانة وهي اليدين، فقد وضّح الإمام عليه السلام: أن أمارية إحدى اليدين بالنسبة لأحد الدرهمين سقطت باعترافه، فهما بالنسبة للدرهم الثاني أنّه له، وأمّا الدرهم الثاني فهو الذي يقسم بينهما لا مجموع الدرهمين، أمّا أنّه متى يقسم، قبل التحليف أو بعده؟ فليست الرواية بصدد بيانه، فالرواية في مقام بيان أنّ التقسيم وارد على الدرهم الثاني لا الدرهمين، ومنه يظهر أنّه لا إطلاق لها لفرض نكولهما معاً، لأنّها وردت لبيان أمر آخر وهو كون التقسيم وارداً على درهم واحد من الدرهمين. (ر.ك: الحائري، ١٤١٥: ٦٣٤) فتأمل!

وأما المورد الثاني - من أنّه على فرض إطلاق الرواية هل يوجد دليل على تقييده؟ - فالبحث في التقييد باليمين، فنقول: إنّ تقييد التنصيف و تقسيم المال باليمين كان مقتضى القواعد العامّة في باب القضاء، قال صاحب الحقائق عليه السلام: والمفهوم من كلام جملة من



المتأخرين أنه لا بد من أن يحلف أولاً كل منهما للآخر على استحقاق النصف، ومن نكل من أحدهما قضي به للآخر، ولو نكلا معاً أو حلفا قسّم بينهما نصفين، بل صرح بذلك في التذكرة - إلى آخر كلام العلامة رحمته المتقدم، ثم قال: و ظاهره حمل إطلاق الخبر على هذا التفصيل الذي ذكره، حيث إنه مقتضى القواعد عندهم. (الحدائق، ج ٢١: كتاب الصلح، ص ١٠٢-١٠١)

توضيح ذلك: أنه إن كانت عين من الأعيان في يد أحد و ادّعاها الآخر الذي كانت يده خارجة منها، فلا إشكال في أن القول قول من بيده العين مع يمينه، وعلى من ادّعاها البيّنة، فلولم يكن له البيّنة يقضى لمن بيده العين مع يمينه، وهذا واضح.

ولو كان في يد شخصين، وكان لكلّ منهما اليد على النصف المعين منهما، وكانا مدّعين جميع المال، فإن كان لأحدهما بيّنة فيحكم له، وإن كان بكلّ واحد منهما بيّنة، فهذا من موارد تعارض البيّنتين، وإن لم يكن لهما بيّنة فلكل واحد منهما النصف الذي كان في يده مع اليمين؛ لأنه مدّعى عليه، فالقول قوله مع يمينه، فإن تحالفا يحكم لهما بالتصنيف بينهما، وإن نكل واحد منهما يحكم للآخر مع اليمين من باب ردّ القسم إلى المدّعي مع نكول المدّعي عليه، وإن نكلا جميعاً....

و إن كانت يد كلّ واحد منهما على جميع العين على السواء من دون ترجيح لأحدهما على الآخر، كما هو مورد الرواية، حيث يستفاد من قوله فيها: «كان معهما درهمان» كون الدرهمين في يديهما، بمعنى سلطة الرجلين عليهما على السواء، ففي هذه الصورة هل يكون كلّ واحد منهما مدّعيّاً ومدّعى عليه، و حيث لا يكون لهما بيّنة فمقتضى قاعدة «اليمين على من أنكر» حلفهما، فتتصّف العين بينهما مع حلفهما، وكذا مع نكولهما، ومع حلف أحدهما و نكول الآخر فهل يحكم بها للحالف ويقضى له أم لا؟

مقتضى القاعدة هو التقسيم بينهما مع يمين كلّ واحد منهما على استحقاق النصف الآخر، فإن كلاً منهما مدّع بالنسبة إلى النصف الآخر الذي كان في يد صاحبه، ومدّعى عليه باعتبار ثبوت يده على النصف، فهو بالنسبة إلى ما قضت به يده، مدّعى عليه، وبالنسبة إلى ما قضت يد الآخر، مدّع، نظير الصورة السابقة التي كان يد كلّ منهما على النصف المعين،

فالفرق بين هذه الصورة و سابقتها في أن اليد لكلّ منها على النصف المعين المفروض مع ادّعائه الكلّ في الصورة السابقة، و في هذه الصورة أن اليد لكلّ منهما على جميع العين لا على النصف منهما.

و قال صاحب الجواهر رحمته بعدم اندراجها في القاعدة المزبورة، اذ الفرض أن يد كلّ منهما على العين لا نصفها؛ ضرورة عدم تعقل كونها على النصف المشاع إلا بكونها على العين أجمع في كلّ منهما، و حينئذٍ فلامدعي و لا مدعى عليه منهما؛ ضرورة تساويهما في ذلك، إلا أن الشارع قد جعل القضاء في ذلك بأن العين بينهما كما سمعته من النبوي المرسل، فالنصف هو القضاء بينهما في الدعوى المزبورة التي كان مقتضى يد كلّ منهما الكلّ.

و منه يظهر لك عدم كون كلّ منهما مدعى لنصف الآخر و مدعى عليه في نصفه، كي يتوجّه التحالف، بل المتّجه إلغاء حكم يد كلّ منهما بالنسبة إلى تحقق كونه مدعى عليه، ويكون كما لو تداعيا عيناً لا يد لأحد عليها و لا بيّنة لكلّ منهما، فإنّ القضاء حينئذٍ بالحكم بكونها بينهما؛ لكون الدعوى كاليد في السبب المزبور المحمول على التنصيف بعد تعذر إعماله في الجميع للمعارض الذي هو استحالة اجتماع السببين على مسبّب واحد؛ إذ لا وجه لاستحقاق كلّ منهما اليمين على الآخر؛ ضرورة عدم كونه مدعى عليه بعدم يد له على العين يراد رفعها عنه، فقول كلّ منهما: هي لي، دعوى بلامدعى عليه، فلا يمين فيها. (النجفي، ١٣٦٧ ش: ٤٠، ٤٠٣)

و كذا قال في كتاب الصلح في مسألة الدرهمين، و قد تقدّم.

و حاصل كلامه في الموضوعين: أن اليد لكلّ منهما على تمام العين لا نصفها حتّى يكون كلّ واحد منهما مدعى عليه بالنسبة إلى نصفه الذي كان في يده، كي يتّجه التحالف، فالحكم بالتقسيم بينهما مبنيّ على سقوط أماريّة اليد لكلّ منهما، لأجل معارضتها بيد الآخر.

و يمكن أن يجاب عنه بأن المراد من اليد ليست الجارحة، بل المراد منه التسلّط على المال، و تسلّط كلّ واحد منهما على النصف المشاع قابل للتصوّر و ليس غير معقول، كالملكيّة المشاعة، فكلّ واحد منهما له السلطة على نصف كلّ جزء منها، فتكون السلطة على النصف مشاعة كالملكيّة كذلك، بل لو تصوّرت الملكيّة مشاعة، فلازمها السلطنة على

الشيء كذلك، وحينئذٍ يكون لازم كون الشيء تحت يد شخصين أمانة سلطنته ويده على نصفه أي نصف كل جزء منه.

وبالجملة: لو اشترى عينا كالأرض مثلاً مشاعاً فتكون مشتركة شخصين مشاعاً، فلازمه السلطنة لهما على العين بنحو الإشاعة، وتكون العين تحت يدهما، وكذا ما نحن فيه. وفي رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «إنَّ رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابةٍ في أيديهما وأقام كل واحد منهما البيّنة أنها نتجت عنده فأحلفهما علي عليه السلام، فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف» الرواية. (الحرّ العاملي، ١٤١٤ ق: ج ١٨، ص ١٨٢، الحديث ٢)

ولا شك ولا إشكال في أنّ يديهما كانتا على الدابة بنحو الإشاعة، فيد كل واحد منهما كانت على نصفها على نحو الإشاعة لا على النصف المعين منها، ولأجل اليد منهما على الدابة أحلفهما، لكون كل واحد منهما مدعى عليه ومنكراً لدعوى الآخر من جهة كونه ذا اليد، وحيث حلف أحدهما قضي له بحلفه، وهذه الرواية صريحة في خلاف مقالة صاحب الجواهر؛ إذ من الواضح أنّ يد كل واحد منهما ليست على النصف المعين من الدابة، بل على نصفها المشاع.

وعلى أي حال كان المورد من موارد حلف كل واحد منهما على أنّ النصف الآخر كان له، نظير ما نحن فيه من رواية الدرهمين بالنسبة إلى الدرهم الثاني الذي تنازع فيه الرجلان من غير فرق، وصریح كلامه عليه السلام في الموضوعين من الجواهر: عدم كون كل منهما مدعياً للنصف الآخر ومدعى عليه في نفسه كي يتوجّه التحالف، وصریح الرواية بخلافه.

وذلك لأنّ اليد أمانة الملكية، فلو كان التقسيم بينهما عند عدمها محتاجاً إلى حلفهما حتى أنه لو لم يحلفا جميعاً لم يقسم بينهما، فمع اليد منهما التي كانت أمانة على ملكهما أولى، فالجمع بين رواية إسحاق بن عمار ورواية الدرهمين يقتضي القول باعتبار الحلف واليمين في تقسيم الدرهم الثاني المتنازع فيه، وكذا كل مورد يحكم فيه بالتنصيف، فيقتد بالإطلاق في رواية في رواية الدرهمين برواية إسحاق بن عمار.

هذا مع أنّ مقتضى قاعدة الأيمان والبيّنات أيضاً كذلك، فالتنصيف عند التحالف هو

مقتضى القاعدة كما أوضحنا، وعلى هذا فلا يستفاد من رواية عبدالله بن المغيرة الواردة في الدرهمين قاعدة العدل والإنصاف وأن الشارع قد جعل في ذلك أن العين بينهما، فالتنصيف هو القضاء بينهما في الدعوى، لأن الحكم بالتنصيف بينهما كان بعد حلفهما لا مطلقاً. هذا مضافاً إلى أن مورد الرواية ما كان العين تحت أيديهما، والمقصود من القاعدة أعم من ذلك، ضرورة ثبوت الحكم المزبور في غير ذوي الأيدي، كما في الوديعة، وفي التداوي في المال المطروح، فهو كالصلح القهري بينهما، قطعاً للدعوى والخصومة بينهما.

الطائفة الثالثة: ما ورد في باب الوديعة، روى الصدوق في الفقيه بإسناده عن السكوني عن الصادق عن أبيه عليه السلام في رجل استودع رجلاً دينارين، فاستودعه آخر ديناراً، فضاع دينار منها، قال: «يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسم الآخر بينهما نصفين» (الحر العاملي، ١٤١٤ ق: ج ١٣، كتاب الصلح، الباب ١٢، الحديث ١) ورواه في المقنع مرسلأ. ورواه الشيخ بإسناده عن السكوني مثله، إلا أنه قال: «ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين». (الشيخ الطوسي، ١٣٩٥ ق: ٦، ٢٠٨، ح ١٤).

ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن إبراهيم بن هاشم، عن الحسين بن يزيد النوفلي، عن إسماعيل بن أبي زياد السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام مثله، إلا أنه قال: «فقضى أن لصاحب الدينارين ديناراً». الشيخ الطوسي، ١٣٩٥ ق: ٧، ١٨١، ح ١٥).

وفي سند الصدوق إلى السكوني الحسين بن يزيد بن محمد بن عبد الملك النوفلي، وهو من أصحاب الرضا عليه السلام ولم يوثقه أحدٌ كما في جامع الرواة، لكن في المعجم: قال النجاشي: و قال قوم من القميين: إنه غلا في آخر عرمة، والله أعلم، وماروينا له رواية تدل على هذا. وطريق الشيخ إليه أيضاً فيه النوفلي، وقال في المعجم: طريق الشيخ كطريق الصدوق إليه صحيح وإن كان فيه النوفلي، لأنه ثقة على الأظهر، لوقوعه في طريق محمد بن قولويه في كامل الزيارات.

هذا من جهة السند.

وأما الدلالة: فقد أفتى بمقتضاها الشيخ في النهاية (الطوسي، بی تا: ٣١٤) وفي السرائر:

وقد روي أنه إذا استودع رجل رجلاً دينارين، واستودعه آخر ديناراً، فضاع ديناراً منهما أُعطي صاحب الدينارين ممّا يبقى ديناراً، وقسّم الدينار الآخر بينهما نصفين، هذا إذا لم يفرط المستودع في خلط المال واختلط، فأما إذا لم تختلط الدنانير وعرف الضائع فالباقى كان من مال صاحبه، فأما إن فرط الأمين في الخلط فإنه ضامن لما ضاع من المال. (الحلي، ١٤١٠ ق: ٢، ٦٩)

وقال في الكافي: ومن كانت عنده ودعة ديناران لمودع ولآخر دينار، فهلك من حرزه دينار لم يتميّر، فالحكم لصاحب الدينار ديناراً خاصّاً ويقسّم الآخر بينهما. (الحلي، ١٤٠٣ ق: ٤٥٣)

وهكذا في اصباح الشيعة وفي الجامع للشرائع اكتفى بنقل الرواية (يحيى بن سعيد حلي، ١٤٠٥ ق: ٣٠٦) وفي الجامع للشرائع اكتفى بنقل الرواية (وبه قال في الشرائع وقيدته في النافع بعدم التفريط بقوله: فامتزجت لا عن تفريط، (محقق الحلي، ١٤١٠ ق: ١، ١٤٥) وهكذا قيده به في التبصرة، (علامة الحلي، ١٣٦٨: ١١٧) وفي القواعد: وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبهه، بخلاف ممتزج الأجزاء. (الحلي، ١٤١٣ ق: ٢، ١٧٦)

وفي التحرير نقل الرواية عن السكوني وقال: وفي السكوني ضعف؛ (الحلي، ١٤٢٠ ق: ٣، ١٧) ثم قال: والأولى عندي قسمة التالف على قدر رأس المالين، فيعطي صاحب الدينارين ديناراً وثلث دينار، وللآخر ثلثي دينار، ولو فرط المستودع في المزج لزمه الدينار.

وقال في التذكرة: مسألة: لو أودع رجل عند آخر دينارين، وأودعه آخر ديناراً، وامتزجا، ثم ضاع دينار منها، فإن كان بغير تفريط منه في الحفظ ولا في المزج، بأن أذنا له في المزج أو حصل المزج بغير فعله ولا اختياره، فلا ضمان عليه، لأصالة البراءة، ولو فرط ضمن التالف.

هذا بالنظر إلى المستودع، وأما المال الباقي فإنه يعطى صاحب الدينارين ديناراً، لأن خصمه يسلم له أنه لا يستحقّ منه شيئاً، ويبقى الدينار الآخر يتصادم دعواهما فيه، فيقسّم بينهما نصفين، لما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام - إلى آخر الرواية.

ولو كان ذلك في متساوي الأجزاء الممتزج مزجاً يرفع الإمتياز، كما لو استودعه أحدهما قفيزين من حنطة أو شعير أو دخن وشبهه، واستودعه الآخر قفيزاً مثلها، ثم امتزج المالان وتلف قفيز من الممتزج، فإن الأقوى هنا أن يقسم المال التالف بينهما على نسبة المالين، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث قفيز، ولصاحب القفيز ثلثا قفيز، والفرق ظاهر، لأن عين أحد الدينارين غير مستحق لصاحب الدينار. (الحلي، ١٣٧٢ ش: ٢، ١٩٥)

وقال في الحدائق: وجملة من المتأخرين قيّدوا الحكم المذكور بما إذا كان امتزاج الدينارين وكذا ضياع أحدها بغير اختيار ولا تفريط من الأمين، وإلا لكان ضامناً، فيخرج عن محلّ المسألة؛ لأنها بعد تضمينه يقتسمان بغير كسر وهو حسن. (الحدائق، ج ٢١: كتاب الصلح، ص ١٠٢)

وقال في الدروس: لو أودعه واحد دينارين وآخر ديناراً، فضاع ديناراً واشتبه، ففي رواية السكوني: لصاحب الدينار نصف دينار، وللآخر الباقي، والعمل بها مشهور.

وهنا الإشاعة ممتعة، ولو كان ذلك في أجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثاً، ولم يذكر الأصحاب في هاتين المسألتين يميناً، وذكر وهما في باب الصلح، فجائز أن يكون ذلك الصلح قهرياً، وجائز أن يكون اختيارياً، فإن امتنع فاليمين، والفاضل في أحد أقواله يحكم في مسألة الوديعة بأن الدينارين الباقيين بينهما أثلاثاً كمختلط الأجزاء، وفيه بعد، ولو قيل: بالقرعة أمكن. (العالمي، ١٤١٢ ق: ٣، ٣٣٣)

وقال في الحدائق في توضيح قوله: «ولو كان ذلك في أجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثاً»: فتوضيحه: أنه لو كان بدل الدينارين المفروضة في هذه المسألة ما يمتزج أجزاءه مع تساوي الأجزاء بحيث لا يتميز كالحنطة أو الشعير أو الأرز أو نحوها فأودعه أحد قفيزين من حنطة مثلاً واستودعه الآخر قفيزاً منها أيضاً فامتزج الجميع وتلف قفيز منها بعد الإمتزاج، فإنهم قالوا: إنه يقسم التالف على نسبة المالين، وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث قفيز، ولصاحب القفيز ثلثا قفيز، والفرق ظاهر، لأنّ الذهاب هنا عليهما معاً من حيث الإمتزاج وتساوي الأجزاء، بخلاف الدينارين، فإنّ الذهاب مختصّ بأحدهما، إمّا صاحب الدينارين أو صاحب الدينار. (الحدائق، ج ٢١: كتاب الصلح، ص ١٠٣)

قال في المسالك: وإلحاق هذه (المسألة) بالسابقة هو المشهور بين الأصحاب، ومستنده

رواية السكوني عن الصادق عليه السلام، وبشكل الحكم - مع ضعف المستند - بأنّ التالف لا يحتمل كونه منهما، بل من أحدهما خاصّة، لامتناع الإشاعة هنا، والموافق للقواعد الشرعيّة هنا القول بالقرعة، ومال إليه في الدروس، إلاّ أنّه تحاشى عن مخالفة الأصحاب... ومقتضى الرواية أنّه يقسّم كذلك وإن لم تتصادم دعواهما في الدينار، وأنّه لا يمين، وكذا لم يذكر الأصحاب هنا يميناً، بناءً على كون الحكم المذكور قهرياً، كما ذكر في الدروس في المسألة السابقة، وربما امتنعت اليمين هنا إذا لم يعلم كلّ منهما بعين حقّه. (الشهيد الثاني، ١٤١٣ ق: ٢٦٦، ٤)

ومثله قال في شرح اللمعة. (الشهيد الثاني، ١٤١٣ ق: ١، كتاب الصلح، ٤٣٠)

وقال في الجواهر في ذيل كلام الشرائع: (لو أودعه إنسان درهمن وآخر درهما وامتزج الجميع ثم تلف درهم): فإنّ لذي الدرهمين درهماً منهما لا احتمال فيه، وأمّا الآخر فهو محتمل لكلّ منهما ولا مرجّح، فالعدل بينهما قسمته نصفين بينهما للقاعدة التي عرفتها وأكّدها هنا خبر السكوني عن الصادق عليه السلام... إلى آخر الخبر.

بل ظاهره عدم اعتبار الإمتزاج في هذا الحكم، بل يكفي الإشتباه كما أنّ ظاهره ذلك وإن تتصادم دعواهما في الدينار، وأنّه لا يمين على أحد منهما خصوصاً مع عدم علم كلّ واحد منهما بعين حقّه. (النجفي، ١٣٦٧ ش: ٢٦، ٢٢٥)

هذا، ولا بد من البحث فيها من جهات:

الجهة الأولى: في أنّ الحكم المذكور في الرواية كان فيما إذا لم يكن المستودع مفترطاً في خلط المال واختلطت الدنانير بغير اختياره أو بغير فعله، وكذا في تلف أحدهما، فأما إذا كان امتزاج الدنانير أو ضياع أحدها بواسطة تفريط الأمين، كان هو ضامناً للتالف ويخرج عن محلّ البحث.

وقد قيّد بذلك في السرائر، والمحقّق في المختصر، والعلامة في القواعد والذكرة والتبصرة، وفي الحدائق نسبه إلى جملة من المتأخرين، ولكن قد عرفت كلام السرائر، فلا يختصّ ذلك بالمتأخرين.

الجهة الثانية: في أنّ التالف لو كان معلوماً أنّه من صاحب الدينارين، أو من الآخر، فليس من موضوع الرواية، ولا إشكال في أنّه لصاحبه: إذ مورد البحث وكذا موضوع الرواية ما إذا

كان التالف غير متميِّز ومردِّدًا بينهما، كما صرَّح بذلك في الكافي وإصباح الشيعة والقواعد. الجهة الثالثة: في أنَّه قد لا يكون بين المستودعين تصادم وتنازع في الدينار التالف، فلا يعلم كلُّ واحد منهما أنَّه تلف من صاحب الدينارين أو من صاحب الدينار، وقد يكون بينهما تصادم فيه.

لا إشكال في شمولها للصورة الأولى، بل هو الظاهر منها كما صرَّح بذلك في المسالك والجواهر، فإنَّ الظاهر منهما أنَّه يقسَّم بينهما كذلك وإن لم يكن بينهما تصادم وتنازع. ولكن ظاهر الشرائع والنافع وكلُّ من ألحق هذه المسألة بالمسألة السابقة: أنَّ هذه المسألة تكون مثل السابقة فيما كان بينهما تصادم في الدينار، إذ في المسألة السابقة كان بين من يدَّعي أنَّ الدرهمين كانا له، وبين من يدَّعي أنَّهما بينهما تصادمٌ في الدعوى، وظاهر الإلحاق والعطف ذلك، ولكن مقتضى إطلاق الرواية هو الأعم، فيكون التقسيم كذلك، وإن لم يكن تصادم في الدينار إن لم نقل بأنَّ ظاهرها في غير مورد النزاع والتصادم لعدم فرضه. لكن مقتضى نقل الشيخ الرواية عن عليٍّ عليه السلام بقوله: «فقتضى» التصادم والدعوى.

الجهة الرابعة: في أنَّ استفادة القاعدة - أي قاعدة العدل والإنصاف - من رواية السكوني مبنية على صحَّة إلغاء الخصوصية منها، وهي ممنوعة من وجوه:

أحدها: أنَّ الرواية وردت في اليد الودعيِّ وليس على الودعيِّ ضمانٌ، فالتعدِّي عن ذلك، ودعوى أنَّ كلَّ مال تردَّد بين شخصين يقسَّم بينهما نصفين مشكل.

ثانيها: أنَّ المفروض في مورد الرواية عدم وجود إعضال وإشكال لصاحب اليد، لأنَّه لم يكن مقصراً ومفترطاً حسب الفرض، والنزاع إن كان فهو بين صاحبي المالين، فكيف يسري إلى غير مورده.

ثالثها: أنَّ ظاهر الرواية أنَّ التالف مجهول لهما، وبالنتيجة يكون الباقي مردِّدًا بينهما، والتعدِّي من ذلك إلى كلِّ مال مردَّد بين شخصين، سواء كان في يديهما، أو يد ثالث، أو لم يكن عليه اليد كالمطروح في الأرض، وسواء كان مورداً للدعوى والتصادم، أو لم يكن بإلغاء الخصوصية مشكل جداً.

ورابعها: أنَّ في موردها لا يمكن لهما الحلف وإن كان بينهما تصادم وتنازع، لعدم علمهما بالتالف، فلا يمكن أن يحلف أنَّه من صاحب الدينارين، وكذا العكس.



ولذا قال في المسالك: ومقتضى الرواية... أنه لا يمين، وكذا لم يذكر الأصحاب هنا يميناً... وربما امتنعت اليمين هنا إذا لم يعلم كلّ منهما بعين حقّه، (الشهيد الثاني، ١٤١٣ ق: ٤، ٢٦٦) ومثله قال في شرح اللمعة وكذا صاحب الرياض.

و خامسها: ما أورده الشهيد رحمته في المسالك وشرح اللمعة من أن التقسيم مخالف للمقطوع به، وأنه لا يحتمل كونه بينهما، بل من أحدهما خاصة، والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة، ومال إليه في الدروس (همان) وحيث كان التقسيم مخالفاً للمقطوع به، فلو ثبتت صحة سند الرواية، فلا بد أن يقتصر على موردها، ولا يصحّ التعدي عن موردها واستفادة القاعدة منها.

الجهة الخامسة: لو كان بدل الدينارين والدراهم مال تمتزج أجزاؤه بحيث لا يتميز، وهو متساوي الأجزاء كالحنطة والشعير ونحوهما، وأودعه أحد الرجلين قفيزين، والآخر قفيزاً، وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط منه، فإنهم قالوا: يحسب التالف على نسبة المالين والباقي كذلك، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث قفيز، ولصاحب القفيز ثلثا قفيز، لأنّ الذهاب هنا عليهما من جهة الإمتزاج وتساوي الأجزاء بخلاف الدينار، لأنّه مختصّ بأحدهما إمّا صاحب الدينارين أو صاحب الدينار.

وقد ذكر ذلك عدّة من الفقهاء، كالعلامة في التذكرة، (الحلّي، ١٣٧٢ ش: ٢، ١٩٥) والشهيد في الدروس، والثاني في المسالك، (شاهد ثاني، ١٤١٣ ق: ٤، ٢٦٧) وشرح اللمعة، وصاحب الرياض في الرياض، (الرياض، ج ٩: كتاب الصلح، ص ٤٨) وصاحب الحدائق في الحدائق وكذا قال به المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان.

والظاهر أن الوجه في ذلك حصول الشركة بالإمتزاج، بحيث يعدّ في نظر العرف مالاً واحداً قد زادت كمّيته بحيث لا يقبل التفكيك؛ لعدم امتياز الأجزاء بعضها عن بعض، فبعد كلّ جزء من الأجزاء مشتركاً بينهما عرفاً، كاختلاط السمن أو الماء، وكذا الحبوب، ولو كان الامتزاج بغير اختياره، وهذا واضح.

وأما في الأجزاء والأموال الممتازة المنحاز بعضها من بعض خارجاً كالدينارين والدراهم، فلا دليل على أنّ مجرد الخلط وعدم تشخيص بعضها من بعض من جهة المالك يوجب

الشركة، ففرق واضح بين اختلاط المالين و عدم التميّز في البين، و بين حصول الشركة، و على هذا فليس في مسألة الدنانير و الدراهم شركة، ولذا قال الشهيد عليه السلام في الدروس في مسألة الدنانير: وهنا الإشاعة ممتنعة.

ولكن مع ذلك قال العلامة عليه السلام في التحرير بعد تضعيف المستند: والأولى عندي قسمة التالف على قدر رأس المالين، فيعطى صاحب الدينارين ديناراً وثلث دينار، و للآخر ثلثا دينار، (الحلّي، ١٤٢٥ ق: ٣، ١٧) وقال الشهيد في الدروس بعد نقل كلام العلامة: وفيه بعد. (العالمي، ١٤١٢ ق: ٣، ٣٣٤)

وقال في الجواهر: وأمّا ما حكاه عن الفاضل فهو - كما ذكر - في غاية البعد مع فرض الاشتباه بدون امتزاج؛ ضرورة عدم حصول الشركة بينهما بذلك، أمّا مع فرضه، فقد قال بأنّه كالممتزج من الحبوب حينئذٍ، اللهم إلا أن يدعى حصول الشركة بها قهراً شرعاً بخلاف غيره من الدراهم ونحوها، لكنّه كما ترى.

فالأولى فرض مسألة المتن بدون امتزاج كما في النصّ، أمّا معه وقلنا بحصول الشركة به مطلقاً، فالمتجّه فيه حينئذٍ حكم الأقفزة في كون التالف على النسبة.

واحتمال الفرق بالقطع في الحبوب بكون التالف منهما، بخلافه في مسألة الدرهم، يدفعه أولاً: أنّه لا قطع بكونه على النسبة في الحبوب؛ إذ يمكن التفاوت، وثانياً: عدم المدخلية لذلك بعد فرض الدليل شرعاً على حصول الشركة بالامتزاج في المثليات على وجه يرفع التمييز. (النجفي، ١٣٦٧ ش: ٢٦، ٢٢٦)

وفي كلامه مواقع للنظر؛ أمّا أولاً؛ فلما قلنا بأنّ صرف الإختلاط والمزج لا يوجب الشركة، إلّا أن يكون المال الممتزج بغيره مالاً واحداً عرفاً، لعدم امتياز الأجزاء بعضها عن بعض، ففي مثل الدراهم و الدنانير لا يعدّ واحداً غير متمائر كالسمن أو الماء و الحبوب. وثانياً؛ لا دليل على حصول الشركة شرعاً بالامتزاج في المثليات مالم يعد مالاً واحداً في نظر العرف، كالحبوب و السمن الممتزج.

ورابعاً؛ المستفاد من خبر السكوني عدم حصول الشركة في المختلط، إذ لو حصل الشركة بمجرد الإختلاط في مثل الدنانير، وورد الضياع و التلف أو السرقة و الغصب على المشاع، لكان اللازم أن يكون الباقي بينهما أثلاثاً، فيكون لصاحب الدينار الواحد ثلثنا

الدينار، ولصاحب الدينارين واحد وثلث الدينار، لا التنصيف بينهما في الباقي. وحيث لم يفصل بين الإختلاط والإمتزاج وعدمه، يستفاد منه عدم حصول الشركة، خصوصاً مع كون الغالب اختلاط الدينارين، وإلا لم يشتبه التالف؛ إذ لو كان الديناران في بيت أو صندوق والدينار الآخر في آخر، وسرق أو ضاع واحد منها، لم يشتبه التالف، بل الغالب امتزاج الدينارين، ولذا يشتبه التالف، فلو كان نفس الإمتزاج في مثله سبباً للشركة والإشاعة لزم تثليث الباقي.

الطائفة الرابعة: محمّد بن علي بن الحسين في الفقيه بإسناده عن الحسين بن أبي العلاء، عن إسحاق بن عمّار، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب، وآخر عشرين درهماً في ثوب، فبعث الثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه، قال: «بياع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، والآخر خمسي الثمن» قلت: فإنّ صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيّهما شئت، قال: «قد أنصفه». (الحر العاملي، ١٤١٤ق: ١٣، كتاب الصلح، الباب ١١، الحديث ١) ورواه في المقنع مرسلًا.

ورواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن أبي العلاء. وبإسناده عن محمّد بن يحيى، عن محمّد بن الحسين، عن موسى بن سعدان، عن الحسين بن أبي العلاء ورواه الكليني عن محمّد بن يحيى. (الكليني، بي تا: ٧، ٤٢١، الحديث ٢)

وسند الصدوق إلى الحسين بن أبي العلاء ضعيف بموسى بن سعدان، (الخويي، ١٤١٣ق: ١٩، الرقم ١٢٧٧٦) ولكن سند الشيخ إليه صحيح، وكذا سنده إلى محمّد بن يحيى العطار صحيح، إلا أنّه في السند موسى بن سعدان الحنّاط وهو ضعيف، ضعّفه النجاشي. وقد عمل بمضمون الرواية من غير تصرّف الشيخ في النهاية، (الشيخ الطوسي، كتاب الصلح، ص ٣١٤) وكذا في إصباح الشيعة (قطب الدين البيهقي، كتاب الصلح، ص ٣٠٢) وفي السرائر بعد نقل الرواية قال: بشرط أن لا يكون الإختلاط بتفريط من المستبضع، فإن كان

بتفريط منه وهلك الثوبان قبل البيع فهو ضامن، والقرعة في ذلك إن استعملت فهي أولى؛ لأن الإجماع منعقد على أن كل أمر ملتبس مشكل فيه القرعة، وهذا من ذلك. (ابن ادريس الحلبي، ١٤١٠ ق: ٢، ٦٩)

واكتفى في الجامع بنقل الرواية، (الحلي، ١٣٦٨ ش: كتاب الصلح، ص ٣٠٦) والظاهر أنه كان فتواه.

وفي الشرائع: لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً، ولآخر ثوب بثلاثين درهماً، ثم اشتبهها، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، وإن تعاسرا بيعا وقسم ثمنها بينهما، فأعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة، وللآخر ثلاثة. (الحلي، الشرائع، ج ٢، كتاب الصلح، ص ١٢١) ومثله في المختصر النافع وبه قال في التحرير، (الحلي، ١٤٢٠ ق: ٣، ١٧) والتبصرة. (الحلي، ١٣٦٨ ش: ١١٨)

وفي التذكرة بعد ذكر المسألة قال: إذ الظاهر عدم التغاين وأن كل واحد منهما اشترى بقيمته وباع بالنسبة، ولما رواه إسحاق بن عمار... الرواية، ولو بيعا منفردين، فإن تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه ليميز حق كل واحد منهما عن حق الآخر، وإن تفاوتتا كان أقل الثمنين لصاحب العشرين وأكثرهما لصاحب الثلاثين؛ قضاءً بالظاهر من عدم الغبن. (الحلي، ١٣٧٢ ش: ٢، ١٩٦)

وفي المسالك هذا الحكم كالسابق مشهور بين الأصحاب ومستنده رواية إسحاق بن عمار... الرواية، والمصنف عمل بمقتضى الرواية من غير تصرف، وقبله الشيخ وجماعة. (الشهيد الثاني، ١٤١٣ ق: ٤، ٢٦٧) وقال في المختلف بعد نقل كلام الشيخ في النهاية: وعول الشيخ في ذلك على ما رواه إسحاق بن عمار... إلى آخر الرواية.

وقال ابن إدريس: إن استعملت القرعة في ذلك كان أولى؛ للإجماع على أن كل أمر ملتبس فيه القرعة، وهذا من ذلك. (ابن ادريس الحلبي، ١٤١٠ ق: ٢، ٦٩)

وليس بجيد؛ إذ لا إشكال مع ورود النقل، وأيضاً هذا المجموع بضاعة لشخصين، لكل واحد منهما قدر معين، فبياع ويبسط الثمن على نسبة المالين كغيرهما من الأموال، وكما لو اشتراهما بالشركة مع الإذن، فإن الشركة قد تحصل ابتداءً وقد تحصل بالمزج الموجب

للإشتباه كما هي هنا، وإذا كانا شريكين كان لكلّ منهما بقدر رأس المال الذي له، كما لو امتزج طعامان، أو نقول: إن كان الثوبان متساويين فلكلّ واحد منهما ثوب، إذ قد اشترى بمال كلّ منهما ثوبا بانفراده، وإن تفاوتنا أعطي صاحب الثلاثين الأجود منهما؛ إذ الظاهر ذلك، فإن جاز خلافه، فهو نادر لا اعتبار في نظر الشرع له، فالقرعة لا وجه لها البتّة كما توهمه ابن إدريس. (مختلف الشيعية: ج ٦، كتاب الصلح، ص ٢١٥).

وقال في القواعد: ويبيع الثوبان مع الإشتباه معاً إن لم يمكن الإنفراد، ويقسّط الثمن على القيمتين مع الناسر، فإن بيعا منفردين، فإن تساويا في الثمن فلكلّ مثل صاحبه، وإن تفاوتا فالأقلّ لصاحبه. (الحلّي، ١٤١٣ ق: ٢، ١٧٦)

ويمكن أن يقال بأنّ ظاهر الرواية هو الإطلاق، فلا بدّ أن يباعا منضمّين لا منفردين، فالتفصيل المذكور خلاف الرواية.

والجواب عنه: أنّه قد لا يمكن بيعهما منفردين، كمصراعى الباب، وقد يمكن، لكن انفرادهما موجب لعدم الرغبة وترخيص القيمة، مثل بيع السروال منفرداً، وقد لا يختلف الإنفراد مع الإنضمام بحسب الرغبات نوعاً، ولا يوجب ذلك تنزّل السعر والقيمة.

لإشكال ظاهراً في شمول الحديث للصورة الأولى، بل يجب بيعهما منضمّين في تلك الصورة كمصراعى الباب، وكذا الصورة الثانية، وإنّما الإشكال في الصورة الثالثة وهي التي لا يختلف السعر والقيمة في صورتين، فهل يجب البيع منضمّين كما هو ظاهر الإطلاق أم لا؟

ويرد على الإستدلال بالرواية على القاعدة أولاً: ما ذكره بعض أعلام العصر في رسالته في هذه المسألة (ثلاث رسائل فقهية لآية الله الشيخ لطف الله الصافي: ص ٦١) بأنّ الظاهر أنّ الحكم المذكور في الرواية إنّما يستقيم ويكون طبق العدل والإنصاف إذا بنينا على كون نسبة قيمة كلّ من الثوبين إلى الآخر في حال كونهما متميّزين، عين نسبة ثمن كلّ منهما إلى الآخر، ثمّ بقاء هذه القيمة لهما إلى حال صيرورتهما مشتبهين، بحيث كان شراؤهما بأيّ ثمن بملاحظة كون قيمة أحدهما ثلاثة أخماس قيمتهما، والآخر خمسى قيمتهما، فلا فرق بين الحالتين في القيمة، وما يقع من الثمن عوضاً من كلّ من الثوبين، إلّا أنّهما في الحال الأوّل

متمیزان عن بعضهما، وفي الحال الثاني صارا مشتبهين، فالحكم بالعدل بشركة كلّ منهما في التوبين بهذه النسبة، وحيث لا يمكن إفراز التوبين بهذه النسبة إلا ببعض الصور التي لا يرغب فيها، فالحكم هو بيع التوبين و تقسيم الثمن بينهما بالنسبة المذكورة، وهذا الحكم موافق للعدل والإنصاف، وإنما حكم بذلك لأن الظاهر أن تفاوت ثمنهما إنما كان بملاحظة تفاوت قيمتهما.

فلا يشمل الخبر غير هذه الصورة، كما إذا نقصت قيمة الثوب الذي كان أعلى وصارت قيمتهما بسبب الاشتباه متساويتين، أو تغيرت النسبة بغير ذلك.

توضيح ذلك: لو كان قيمة أحد التوبين مثلاً في حال الأفراد ثلاثين درهماً من جهة كونه أجود من الآخر وأعلى، لكن لا يعرفه إلا من كان له الخبرة والدقة في جنس الأثواب، وعند الإشتباه والإختلاط بغيره مساوية قيمته للآخر، ففي الفرض المذكور تتغير النسبة أو كان الإشتباه سبباً لتساوي القيمتين من غير هذه الجهة.

فالرواية لا تشمل صورة تغيير النسبة عند الإشتباه وضرورة التوبين متساويين قيمةً، وذلك لأنه لو تغيرت النسبة في حال الإشتباه وتفاوتت مع حال امتيازهما.

وثانياً: ليس هذا من قاعدة العدل والإنصاف إنما يكون في موارد اشتباه المالك بين شخصين.

وثالثاً: إن بيع التوبين هل يكون بإذن الحاكم؟ فلازمه الرجوع إليه في مورد الرواية، ولم يتعرض لذلك، وإن لم يكن بإذنه يكون البيع باطلاً، إلا أن يفرض أن الرجل المستبضع وكيل مطلق لصاحب الثلاثين وصاحب العشرين، أو يقال: إن الإمام عليه السلام من باب ولايته قد أذن له في البيع المذكور، وهو أيضاً بعيد؛ لظاهر كون الرواية بياناً للحكم الشراعي الكلي لا الإذن من باب الولاية المطلقة.

وقد يستدل<sup>١</sup> على حجّية قاعدة العدل والإنصاف في فصل الخصومة بروايات أخرى فمنها:

١. أفادة سماحة الحجة آية الله السيد كاظم الحائري في القضاء في الفقه الإسلامي: ص ٦٣٥.

١. صحيحة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «بعث رسول الله صلى الله عليه وآله علياً عليه السلام إلى اليمن، فقال له حين قدم: حدّثني بأعجاب ما ورد عليك، فقال: «يا رسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جاريةً فوطأها جميعهم في طهر واحد، فولدت غلاماً، فاحتجّوا فيه كلهم يدّعيه، فأسهمت بينهم فجعلته للذي خرج سهمه وضمّنته نصيبهم، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: ليس من قوم تقارعوا، ثمّ فوّضوا أمرهم إلى الله إلاّ خرج سهم المحقّ» (الحرّ العاملي، ١٤١٤ق: ج ١٨: باب ١٣ من أبواب كيفيّة الحكم، الحديث ٦ و ج ١٤: باب ٥٧ من نكاح العبيد والإماء، الحديث ٤) ونحوه مرسله المفيد المذكورة في نفس الباب.

فقد يقال: إنّ هذا الحديث بقرينة قوله: «وضمّنته نصيبهم» دلّ على أنّ الأصل في تردّد الشيء بين شخصين هو قاعدة العدل والإنصاف حتّى في مثل الوليد فضلاً عن الأموال، و لكن بما أنّ تطبيق قاعدة العدل والإنصاف بشكل كامل على الولد لم يكن ممكناً تنزّل إلى تطبيقها بأن يأخذ أحدهم الولد ويضمّن للباقي نصيبهم، فوقع الكلام في أنّه من الذي يأخذ الولد ويضمّن للباقي نصيبهم؟ فعين ذلك بالقرعة على تعيين الأب.

إلاّ أنّه لو تمّ الاستدلال بهذا الحديث على حجّية قاعدة العدل والإنصاف، فلا بد من الإقتصار في الاستدلال به على ما يكون من قبيل مورده من الجهل من قبل الطرفين بالحال، فلا يتعدّى إلى فرض نكولهما عن القسم.

والصحيح: عدم تمامية الاستدلال بهذا الحديث على قاعدة العدل والإنصاف، وتوضيح ذلك: أنّ هذا الحديث دلّ على تعيين الولد لأحدهم بالقرعة، وأمّا تضمينه لنصيب الآخرين بالمال، فلم يعلم كونه بنكته أنّه كان الأصل هو تقسيم الولد بينهم، وبما أنّ هذا غير ممكن، انتقل الأمر إلى تضمينه حصّة الآخرين عملاً بقاعدة العدل والإنصاف بقدر الإمكان، بل الظاهر أنّ النكته في ذلك هي: أنّ من وطأ جارية غيره فأولدها، كان الولد أوقيمته لصاحب الجارية، كما دلّت على ذلك جملة من الروايات، (الحرّ العاملي، ١٤١٤ق: ج ١٤، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٥٧ و ٦١ و ٦٧ و ٨٨، و ج ١٧: باب ٦ من كتاب الغصب) فبعد أن ثبت بالقرعة أنّ هذا الولد ولد فلان انطبقت عليه هذه القاعدة، إذ أنّه وطأ جاريةً مملوكةً لهم بالشركة، فضمّن للآخرين حصصهم من قيمة الولد، فهذا الحديث حاله حال ما ورد بسند

تام - عن معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا وطأ رجلان أو ثلاثة جاريةً في طهر واحد فولدت، فادّعوه جميعاً أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد ولده، ويردّ قيمة الولد على صاحب الجارية». قال: «فإن اشترى رجل جاريةً، وجاء رجل فاستحقها وقد ولدت من المشتري، ردّ الجارية عليه، وكان له ولدها بقيمته». (الحرّ العاملى، ١٤١٤ ق: ج ١٤، باب ٥٧ من نكاح العبيد والإماء، ص ٥٦٦، الحديث ١)

٢. ما ورد - بسند تامّ - عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى على عليه السلام في ثلاثة وقعوا على امرأةٍ في طهر واحد، وذلك في الجاهلية قبل أن يظهر الإسلام، فأقرع بينهم، فجعل الولد للذي قرع، وجعل عليه ثلثي الدية للآخرين، فضحك رسول الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجذه. قال: وقال: ما أعلم فيها شيئاً إلا ما قضى على عليه السلام». (الحرّ العاملى، ١٤١٤ ق: ج ١٤، باب ٥٧ من نكاح العبيد والإماء، ص ٥٦٦ - ٥٦٧، الحديث ٢)

وهذا الحديث أقوى من سابقه في الدلالة، إذ لا يأتي فيه النقاش الذي بيناه في سابقه من كون المقصود ضمان قيمة الولد للموالي من قبل الواطئ، فإنّ المفروض في هذا الحديث هو حرّية المرأة، وضمنه ثلثي الدية للآخرين الذين وطئها، ولم يضمنه الدية للزوج، فهذا الضمان لا يتصور أن يكون إلا بنكته تطبيق قاعدة العدل والإنصاف على الولد بقدر الإمكان، فيأتي في هذا الحديث التقريب الذي ذكرناه للاستدلال بالحديث السابق، من دون أن يرد ما أوردناه عليه في الحديث السابق...

فإن قيل: إنّ تطبيق عليّ عليه السلام لقاعدة العدل والإنصاف في زمان الجاهلية لا يثبت صحته في الإسلام.

قلنا: إنّ نقل الإمام الصادق عليه السلام لهذه القصّة له ظهور عرفي في إمضاء هذا الحكم في الإسلام.

وبهذا تمّ الاستدلال بهذا الحديث على قاعدة العدل والإنصاف، إلاّ أنّه لا بد هنا أيضاً من الاختصار في الاستدلال على ما يكون من قبيل مورد الحديث من فرض الجهل بالحال من قبل الطرفين، فلا يتعدى إلى فرض دعوى كلّ منهما العلم مع نكولهما عن القسم مثلاً. (القضاء في الفقه الإسلامي: ص ٦٣٥)



وملخص الكلام: أن قاعدة العدل والإنصاف ليست من القواعد الفقهية المعتمدة، وإن قيل بأنها تستفاد من بعض الروايات في موارد خاصة، كما ذكرنا آنفاً، إلا أن استفادتها بنحو ضابطة كلية، كقاعدة «لا ضرر» و«لا حرج» و«لا تعاد» وغيرها من القواعد، ممنوع، وقد عرفت أنها ليست بقاعدة عقلائية بحيث تجري عليها سيرة العقلاء، فلا بد من التدقيق في هذه الروايات وسعة نطاقها والموارد التي يصحّ التعدي عنها إلى غيرها.

والحمد لله رب العالمين

### فهرس المصادر

١. الحر العاملي، الشيخ محمد بن الحسن، ١٤١٤ ق، وسائل الشيعة، قم، مؤسسة آل البيت.
٢. النجفي، محمد بن الحسن، ١٣٦٧ ش، جواهر الكلام، قم، دارالكتب الاسلامية.
٣. الطوسي، محمد بن الحسن، التهذيب، قم، دارالكتب الاسلامية.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی