



للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

مركز
الغامبية



الرئيس
عليه السلام

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

ثلاث رسائل فقہیہ

للصافی

مطبع دارالحدیث حنفی گلی ایگانی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ثلاث رسائل فقهية

كاتب:

آيت الله العظمي لطف الله

ه صافي گلپايگاني^و

نشرت في الطباعة:

مجلة حوزه

رقمي الناشر:

مركز القائمة باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
7	ثلاث رسائل فقهية (للمصافي)
7	اشارة
7	مقدمة المؤلف:
10	الرسالة الأولى في حكم نكول المدعي عليه عن اليمين و الرد
10	اشارة
11	المقدمة
17	مسألة: اختلف الفقهاء في أن المدعي عليه إذا نكل عن اليمين هل يحكم عليه بمجرد النكول أو يرد الحاكم اليمين علي المدعي
17	اشارة
21	تحرير المسألة بحسب الأصل
24	أدلة عدم جواز الحكم بالنكول
24	اشارة
24	الأول بالأصل
24	ثاني بقوله تعالى ذَلِكَ أَذْنِي أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَيَّ وَجْهَهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ
25	الثالث ما دل علي حصر ميزان القضاء بما ليس النكول منه
28	الرابع من الوجوه التي استدلت بها لعدم جواز القضاء بمجرد النكول خبر عبيد بن زرارة
28	الخامس خبر ابن أبي عمير عن هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ترد اليمين علي المدعي
29	السادس ما أخرجه في الخلاف عنه صلي الله عليه وآله: المطلوب أولي باليمين من الطالب
29	السابع ما روي عن النبي أيضا صلي الله عليه وآله وسلم: إنه رد اليمين علي طالب الحق
30	الثامن: من الوجوه التي استدلت بها لجواز رد الحاكم اليمين إلي المدعي ولايته الشرعية
30	التاسع: ما استدلت به بعض العامة
31	العاشر: الشهرة المنقولة بل والإجماع المنقول
39	الرسالة الثانية التداعي في مال من دون بينة ولا يد

مسألة: إذا تداعي شخصان أو أشخاص في مال لم تكن لواحد منهم ولا لغيرهم يد عليه 40

اشارة 40

أما الاحتمال الأول: وهو الرجوع إلى القرعة ابتداء 41

اشارة 41

تذنيب: 49

و أما الاحتمال الثاني وهو الحكم بتقسيم المال وتوزيعه بين المتخاصمين 51

و أما الاحتمال الثالث: وهو البناء علي حلف أحدهما وتعيين الحالف بالقرعة 52

و أما الاحتمال الرابع، وهو البناء علي التحالف فإن حلفا جميعا يقسم المال بينهما بالسوية 55

و أما الاحتمال الخامس: وهو الحكم بالتحالف و القرعة إن حلفا جميعا فلا أري مستندا له 56

و أما الاحتمال السادس: وهو التفصيل بينما إذا لم تكن لأحدهما بيئة شرعية و بين صورة معارضة بيئة كل واحد منهما بيئة الآخر 56

اشارة 56

تنبيه: 57

الرسالة الثالثة في المال المعلوم معين بين شخصين أو أشخاص معلومين محصورين 59

اشارة 59

مسألة: إذا علم بكون مال معلوم العين و المقدار لواحد من اثنين معلومين 60

تعريف مركز 72

ثلاث رسائل فقهية (للساقي)

اشارة

نام كتاب: ثلاث رسائل فقهية

موضوع: فقه استدلالی

نویسنده: گلپایگانی، لطف الله صاقي

تاریخ وفات مؤلف: ه ق

زبان: عربي

قطع: وزیری

تعداد جلد: 1

تاریخ نشر: ه ق

ص: 1

مقدمة المؤلف:

الحمد لله الذي أمرنا بالعدل والإنصاف، ونهانا عن الظلم والاعتساف، والصلاة والسلام على النبي الذي شريعته عدل في كل باب، أبي القاسم محمد سيد أولي الألباب، وعلي آله الطاهرين أعدال الكتاب، وهداة الخلق إلي طريق الصواب، سيما برهان الله الساطع، ونوره اللامع، كلمته التامة وآيته المحكمة، الحصن الحصين، والإمام المبين، قانع المستكبرين الجبارين، ومفزع المستضعفين، مولانا الإمام الهادي المهدي صلي الله عليه وآله الطاهرين، واللعن علي أعدائهم أجمعين. وبعد، فهذه ثلاث رسائل وجيزة فيما يتعلق بباب القضاء كتبها تذكرة لنفسي، ورجاء أن تنفعني يوم شدة فقري وفاقتي وبؤسي ومسكنتي، يوم يقضي الله بين عباده بالحق. وإليك عناوينها:

الرسالة الأولى:

في حكم القضاء علي المدعي عليه إذا نكل عن اليمين والرد.

الرسالة الثانية:

في حكم تداعي شخصين أو أشخاص في مال لم تكن لواحد منهم أو لغيرهم يد عليه، و كان دعواهما متقارنين، ولم تكن لواحد من المتداعيين بينة شرعية، أو كانت بينة كل واحد منهما معارضة بينة الآخر.

الرسالة الثالثة:

فيما إذا كان مال معلوم معين بين شخصين أو أشخاص معلومين محصورين الذين يعلم كل واحد منهما أن المال إما يكون له أو لصاحبه، بحيث لم يكن لواحد منهم إلا العلم بأنه ليس لغيرهما، واحتمال كونه لنفسه دون صاحبه.

الرسالة الأولى في حكم نكول المدعي عليه عن اليمين و الرد

اشارة

ص: 4

المقدمة

وبعد لا ريب في أن العدل في القضاء والحكومة بين الناس من أكبر الدعائم التي تقوم عليها التمدن الصحيح، والمجتمع الصالح فلا تحفظ بدونه الحقوق العامة، ولا مصلحة الجامعة. به يستقيم نظام المعاملات، و المناكحات، و تصان حرمة النواميس، و الأعراض، و تؤمن السبل، و تعمّر البلاد، و فيه حياة الدين، و إصلاح أمور المسلمين، و نصرة المظلومين، و إجراء الحدود، و إعطاء الحقوق، و إثارة حق الله عز و جل و طلب الزلفة لديه، و القربة إليه. كما لا شك في أن انحطاط الآداب، و استبداد الأقوياء بالأَـمور، و فشل الحركات الإصلاحية، و غلبة الجهل و الهمجية و الرجعية، و وقوع التكالب و الحيف و الظلم بين الأمة ترجع إلي فساد نظام القضاء، أو ضعف القضاة في تنفيذ الأحكام، أو خيانتهم و جورهم و جهلهم بموازين القضاء. و من أعظم الجنايات، و الجرائم التي اتفق العقل و الشرع علي تقييده، و تشنيعه، تولية القضاء من ليس له أهلية ذلك، و الجور فيه، و الحكم بغير ما

أَنْزَلَ اللَّهُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (2) وقال سبحانه وتعالى وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ (1) وقال عز من قائل وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (2) وقال سبحانه وتعالى وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ (1)

وقد اعتنى الإسلام بإصلاح نظام القضاء عناية تامة، فأقام سياسة الحكم علي أساس العدل من الحكام، و مساواة الجميع أمام القوانين و الأحكام. وقد كان القضاء في ظل هذه التشريعات الإلهية يقضون للفقير الضعيف علي الغني القوي، وللمأمور علي الأمير، و الأسود علي الأبيض، و المرأة علي الرجل، و السوق علي السلطان و الخليفة، و يقتضون من الملوك و الأمراء. فيا من يريد التلمس بروح العدل الإسلامي راجع تشريعات الإسلام و أحكامه في ما يتعلق بالقضاء و فصل الخصومات و موازين الحكم، و آدابه و شرائط القاضي و الشاهد حتي تعرف كيف وطد الإسلام قواعد العدل، و وصل إلي منتهي الكمال في ذلك. و إليك نموذج من هذه التعاليم المقدسة حتي تعلم خطورة أمر القضاء و علو شأن هذا المنصب الرفيع الذي لا يجوز تولية إلا بجعل من الله أو بجعل من رسوله أو خلفائه عليهم السلام.7.

ص: 6

1- س 5 يه 44 قال في كنز العرفان: الحاكم بغير ما أنزل الله إن كان مع اعتقاده لذلك الحكم فهو كافر، و- إن كان لا- مع اعتقاده فهو ظالم أو فاسق.

2- س 5 يه 45.

3- س 5 يه 47.

قال الله تعالى يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ، وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ. (1)

وقال فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ (2) واستفادوا من الآيتين الكريمتين وجوب الحكم بالحق، والنهي عن اتباع الهوى و الاجتناب عما فيه حظ نفساني، فيجب عليه التسوية بين الخصمين بنظره واستفهامه، و لطفه ولحظه، و استماعه وإنصاته و السلام، وأنواع الإكرام، وقال: فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ، وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا (3) فكما أوجب علي الحاكم الحكم بالحق أوجب علي المحكوم عليه التسليم و الانقياد. و أكد ذلك بالقسم المتبوع بعدم أيمانهم إن لم يحكموا و ينقادوا ظاهرا و باطنا للحق.

وقال عز شأنه إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا، وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ (4) وقال سبحانه إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ (5).

وقال تعالى شأنه أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ، وَمَا أَتَىٰ مِنَ الْقَبْلِ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَيَّ الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ. (6)0.

ص: 7

1- س 38 يه 26.

2- س 5 يه 48.

3- س 4 يه 65.

4- س 4 يه 58.

5- س 4 يه 105.

6- س 4 يه 60.

فنهى عن التحاكم إلي الطاغوت، و هو كما في التفسير المأثور حاكم الجور، و من يحكم بغير ما أنزل الله، و بغير ما صدر عن أهل البيت، و يدين بما أمرنا أن نكفر به و هو كل حاكم يقضي بغير حكم الله.

و يكفي في تعظيم أمر القضاء، و خطورته قول أمير المؤمنين لشريح

قد جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقي

(1) وقال الصادق عليه السلام

من حكم في درهمين بغير ما أنزل الله فهو كافر بالله العظيم

(2) وقال عليه السلام

أي قاض قضي بين اثنين فأخطأ سقط أبعد من السماء

(3). وقال النبي صلي الله عليه وآله

لسان القاضي بين جمرتين من نار حتي يقضي بين الناس فإما إلي الجنة وإما إلي النار

(4). وقال أمير المؤمنين عليه السلام: واس بين المسلمين بوجهك و منطقك، و مجلسك حتي لا يطمع قريبك في حيفك، و لا يئس عدوك من عدلك (5) وقال عليه السلام: من ابتلي بالقضاء فليواس (فليساوخ ل) بينهم في الإشارة و النظر و المجلس. (6)

و قال النبي صلي الله عليه وآله: من ابتلي بالقضاء فلا يقضي و هو غضبان (7).6.

ص: 8

1- الوافي ج 9 ص 132.

2- الوافي ج 9 ص 132.

3- الوافي ج 9 ص 133.

4- الوافي ج 9 ص 133.

5- الوافي ج 9 ص 135.

6- الوافي ج 9 ص 136.

7- الوافي ج 9 ص 136.

و الأخبار في هذه المعاني كثيرة، وإنما ذكرت ذلك تنبيها علي خطورة أمر القضاء، وعظم شأنه، وتخويفا لمن يتصدي ذلك وليس له بأهل، ويحكم بغير حكم الله تعالى. فإذا سقط القاضي أبعد من السماء إذا أخطأ فما ظنك بمن يقضي بغير حكم الله مع العلم بأنه ليس من حكم الله.

و الحاصل أن الإسلام قد جعل القضاء علي الدعائم القويمة، و الموازين الصحيحة المستقيمة.

و من هذه الموازين المحكمة ما شرع بقول رسول الله صلي الله عليه وآله

البينة علي من ادعي، و اليمين علي من ادعي عليه.

فانظر إلي إتقانه، و ما فيه من الحكم، و رعاية مصلحة المدعي و المدعي عليه، و فصل الخصومة بينهما فلا يتصور في هذا المقام قانون أصوب و أتقن منه، و انظر إلي ما يترتب علي الحكم من المفساد لو كان علي عكس ذلك، أي كان المجعول البينة علي المدعي عليه، و اليمين علي المدعي (1) و قد استنبط الفقهاء من هذه القاعدة فروعا كثيرة مهمة ذكروها في كتب القضاء.هـ.

ص: 9

1- من أكبر الواجبات علي المسلمين أن يأخذوا بهذه القواعد المحكمة في تحاكمهم و ترافعهم، و أن يتركوا القوانين المستحدثة التي اختلقها المستعمرون، و الفسقة و الكفرة ليذهبوا بكيان المسلمين و شوكتهم و مجدهم و قد ألغت قوانين المحاكمات في بعض الممالك الإسلامية مطلقا أو في الجملة ميزانية اليمين في فصل الخصومات مع أن العامة و الخاصة اتفقوا علي ميزانية الحلف. و روي عن النبي صلي الله عليه وآله و سلم إنه قال إنما أقضي بينكم بالبينات و الأيمان. و قال في الحديث المشهور البينة علي من ادعي إلخ، و كثيرا ما يتوصل بها صاحب الحق إلي حقه، و يفصل بين الخصمين مضافا إلي أن حلف المدعي عليه يمنع من الكبت، و يذهب بغيظ المدعي. فما يصنع طالب الحق المسكين العاجز عن إقامة البينة المطالب بمال كثير في عهدة المدعي عليه إن جعلناه محروما عن حق استحلاف خصمه فليس ظلم هذا القانون عليه بأقل من ظلم خصمه.

و من المسائل المترتبة علي هذه القاعدة مسألة نكول المدعي عليه عن اليمين و ردها إلي المدعي فاختلف فيها كلمات الفقهاء قد ذكرت أقوالهم و موارد اختلافهم و ما استدلو بها أو يمكن أن يستدل عليها في هذه الرسالة و الرجاء ممن يراجعه إن عثر علي سهو أو خطأ، إن يسامحني فيه و يصلحه فإن الله يحب المصلحين.

ص: 10

مسألة: اختلف الفقهاء في أن المدعي عليه إذا نكل عن اليمين هل يحكم عليه بمجرد النكول أو يرد الحاكم اليمين علي المدعي

إشارة

فإن حلف يقضي له وإلا فيسقط دعواه؟

فقال مالك، والشافعي، وفقهاء أهل الحجاز، وطائفة من العراقيين: إذا نكل المدعي عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول إلا أن يحلف المدعي أو يكون له شاهد واحد، وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين: يقضي للمدعي علي المدعي عليه بنفس النكول، وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثاً، وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين، وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين، وقال ابن أبي ليلى: أردّها في غير تهمة: ولا أردّها في التهمة، وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا؟ قولان، فعمدة من رأي أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وآله رد في القسامة اليمين علي اليهود بعد أن بدأ بالأنصار، ومن حجة مالك أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين إما بيمين وشاهد، وإما بنكول وشاهد، وإما بنكول

ويمين، أصل ذلك عنده اشتراط الاثنية في الشهادة، وليس يقضي عند الشافعي بشاهد و نكول، وعمدة من قضي بالنكول: إن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوي، و اليمين لإبطالها وجب إن نكل عن اليمين أن تحقق عليه الدعوي قالوا: و أما نقلها من المدعي عليه إلي المدعي فهو خلاف للنص لأن اليمين قد نص علي أنها دلالة المدعي عليه (1).

و قال الشيخ في الخلاف (2): مسألة 58: إذا ادعي رجل علي رجل حقا، ولا بينة له فعرض اليمين علي المدعي عليه فلم يحلف و نكل ردت اليمين علي المدعي فيحلف، و يحكم له، ولا يجوز الحكم علي المدعي عليه بنكوله، و به قال الشعبي، و مالك، و الشافعي، و قال أبو حنيفة و أصحابه: لا ترد اليمين علي المدعي بحال فإن كان التداعي في مال كرر الحاكم اليمين علي المدعي عليه ثلاثا فإن حلف، و إلا قضي عليه بالحق بنكوله، و إن كان في قصاص قال أبو حنيفة: يحبس المدعي عليه أبدا حتي يقر بالحق أو يحلف علي نفيه، و قال أبو يوسف، و محمد: يكرر عليه اليمين ثلاثا، و يقضي عليه بالدية، و أما إذا كانت الدعوي في طلاق أو نكاح فإن اليمين لا تثبت في هذه الأشياء في جنبه المدعي عليه فلا يتصور فيهما نكول، و نحن نفرّد هذا القول بالكلام، و قال ابن أبي ليلى: يحبس المدعي عليه في جميع المواضع حتي يحلف أو يقر، فالخلاف مع أبي حنيفة في فصلين أحدهما في الحكم بالنكول، و الثاني في رد اليمين.

هذه موارد اختلاف الجمهور علي ما في بداية المجتهد و الخلاف. 1.

ص: 12

1- بداية المجتهد ص 457 ج 2.

2- ج 2 ص 621.

أقوال فقهاء الإمامية و أما فقهاؤنا رضوان الله عليهم فقد اختلفوا أيضا، قال العلامة في المختلف: قال الشيخ في النهاية: وإن نكل عن اليمين لزمه الخروج إلي خصمه مما ادعاه عليه و هو يعطي القضاء بالنكول من غير إحلاف المدعي و هو قول شيخه المفيد رحمه الله، و سلا، و أبي الصلاح، و به قال في القدماء من علمائنا ابنا بابويه.

و قال ابن الجنيّد: يرد اليمين علي المدعي، و يحلف، و يقضي له، و هو اختيار ابن حمزة، و ابن إدريس، و نقله ابن إدريس عن الشيخ في المبسوط و الخلاف، و قال: إنه قد رجع عن قوله في النهاية، و لابن البراج قولان في الكامل كقول النهاية، و في المذهب كالمبسوط و الخلاف، و المعتمد أنه لا يحكم بالنكول بل يمين المدعي (انتهى) و إن شئت زيادة علي ذلك فراجع المستند، و مفتاح الكرامة و إليك بعض عبار فقهاءنا القدماء في المسألة:

قال الصدوق في المقنع: و اعلم أن الحكم في الدعاوي كلها أن البينة علي المدعي، و اليمين علي المدعي عليه فإن نكل عن اليمين لزمه الحق، فإن رد المدعي عليه اليمين علي المدعي إذا لم يكن للمدعي شاهدان فلم يحلف فلا حق له إلا. إلخ.

و قال في الفقيه: قال أبي رضي الله عنه في رسالته: اعلم يا بني أن الحكم في الدعاوي كلها أن البينة علي المدعي، و اليمين علي المدعي عليه فإن نكل عن اليمين لزمه الحق.

وقال المفيد في المقنعة: وإن نكل (يعني المدعي عليه) عن اليمين ألزمه الخروج إلي خصمه مما ادعاه عليه.

وقال الشيخ في النهاية: فإن نكل ألزمه الخروج إلي خصمه مما ادعاه عليه.

وقال السيد ابن زهرة في الغنية: وإن نكل المدعي عليه عن اليمين ألزمه الخروج إلي خصمه مما ادعاه.

وقال سلالر في المراسم: وإن نكل عن اليمين ألزمه المدعي عليه.

وقال الشيخ في المبسوط: فإن لم يحلف، ونكل عن اليمين قال له الحاكم إن حلفت، وإلا جعلتك ناكلا، ورددت اليمين علي خصمك فيحلف، ويستحق عليك ويقول هذا له ثلاثا فإن حلف فقد مضى، وإن لم يحلف رددنا اليمين علي المدعي فيحلف ويثبت له الحق. وقد مر كلامه في الخلاف.

وقال ابن إدريس في السرائر: فإذا عرض اليمين عليه لم يخل من أحد أمرين إما أن يحلف أو ينكل، فإن حلف أسقط الدعوي وليس للمدعي أن يستحلفه مرة أخرى في هذا المجلس أو في غيره، فإن لم يحلف ونكل عن اليمين قال له الحاكم إن حلفت وإلا جعلتك ناكلا، ورددت اليمين علي خصمك فيحلف ويستحق عليك، ولا يجوز أن يحكم عليه بالحق بمجرد النكول بل لا بد من يمين المدعي ليقوم النكول واليمين مقام البينة.

وقال ابن حمزة في الوسيلة: وإن نكل له قال ثلاثا إن حلفت وإلا جعلتك ناكلا فإن حلف فذاك، وإن رد فقد ذكرنا حكمه، وإن أصر رد علي خصمه فإذا حلف ثبت حقه.

فهذه جملة من فتاواهم في المسألة وقد عرفت منها أن المشهور بينهم إلى عصر الشيخ هو القول بالقضاء علي المدعي عليه بنفس النكول.

تحرير المسألة بحسب الأصل

و أما تحريرها بحسب الأصل كما استقر عليه دأب القوم ليكون هو المعول عليه عند عدم تمامية ما أقاموا من الدليل فنقول:

مقتضي الأصل عدم جواز القضاء تكليفا علي المنكر بمجرد النكول وعدم ترتب الأثر عليه، ولا يعارض ذلك بعدم جواز القضاء وعدم ترتب أثر عليه بعد رد الحاكم اليمين علي المدعي و حلفه، فإن جواز القضاء بكلا معنييه من التكليف والوضع في صورة نكول المنكر، و حلف المدعي بعد رد اليمين عليه يقيني، وإن لم نعلم أنه جاء من قبل النكول أو الرد أو الحلف.

و لا ينافي ذلك أصالة عدم مشروعية رد اليمين من الحاكم فإن ذلك لا يثبت عدم جواز القضاء إلا بعدم القول بالفصل.

مضافا إلي أن المراد من عدم المشروعية إن كان عدم تشريع رد اليمين من الحاكم من قبل الشارع فالأصل عدم تشريعه بالخصوص، وإن كان المراد عدم جواز رد اليمين من الحاكم إلي المدعي مطلقا حتي احتياطا واستظهارا، وإذا توقف فصل الخصومة عليه فهو ممنوع، فإن الأقوي جواز ذلك، لأن فصل الخصومات أمر مطلوب مرغوب فيه شرعا لا يجوز إهماله، كما أن عدم ترتب الأثر علي رد الحاكم، و حلف المدعي أيضا، وإن كان مقتضي الأصل لكن لا

ينافي ذلك توقف فصل الخصومة، و جزم الحاكم في حكمه عليه فإذا حكم بعد ذلك يحصل القطع بنفوذ حكمه، وإن لم نعلم وجهه.

و مثل ذلك نقول في أصالة عدم توجه اليمين علي غير المنكر فإن ذلك إنما يكون بحسب الوظيفة الأولية لا إذا انحصر طريق فصل الخصومة، و جزم الحاكم في حكمه بيمين المدعي هذا.

وقد قيل في تأسيس الأصل وجوه لا تخلو من الضعف.

منها: أصالة براءة ذمة المدعي عليه من الحق بمجرد النكول فلا يحكم عليه. وفيه إنه كان المراد براءة ذمته واقعا فمجرد النكول لا يؤثر في براءة ذمة المدعي عليه فهي علي حالها الواقعي من الاشتغال أو البراءة و لا تنقلب عما هي عليه بمجرد النكول أو الحلف. وإن كان المراد براءة ذمته ظاهرا بحيث يسقط بالنكول دعوي المدعي فهو موقوف علي حكم الحاكم، و لا- معني لتأثير نكول المنكر في سقوط دعوي المدعي، و هذا الأصل لم يتولد من نكول المنكر بل كان معه قبل النكول أيضا، و لم يؤثر في سقوط دعوي المدعي فكيف أثر بعد النكول.

و منها: أصالة براءة ذمة الحاكم من التكليف بالرد. وفيه أن هذا الأصل لا يثبت وجوب القضاء علي المدعي عليه للمدعي فلا فائدة للتمسك بها مع أننا نقول إذا توقف فصل الخصومة، و الجزم في الحكم علي الرد يجب ذلك علي الحاكم لعدم جواز توقيف الدعوي.

و منها: أصالة براءة ذمة المدعي من التكليف باليمين، وهذا الأصل أيضا لا ينفع، لإثبات وجوب القضاء للمدعي علي المدعي عليه، مضافا إلي أن يمين المدعي لم تجب عليه بالوجوب النفسي التكليفي الذي يصح للمولي مؤاخذه العبد في مخالفته، حتي يجري فيه أصالة البراءة بل إنما وجبت عليه بالوجوب الشرطي الإرشادي من غير أن يترتب علي مخالفته عقوبة و لا مؤاخذه، فلا معني للتمسك في نفيه بالبراءة.

إن قلت: إذا كان مقتضي الأصل عدم جواز القضاء بمجرد النكول، و عدم مشروعية رد اليمين من الحاكم، و عدم ترتب الأثر علي رده، و حلف المدعي، و عدم توجه اليمين علي غير المنكر، و لم يتم ما أقاموا من الأدلة علي جواز القضاء بمجرد النكول، و علي وجوب رد الحاكم اليمين إلي المدعي فكيف يفصل الخصومة بين المتخاصمين؟.

قلت: قد مر أنه لا بد للحاكم في مقام فصل الخصومة رد اليمين إلي المدعي، و القضاء علي المدعي عليه بحلفه، و هذا الحكم نافذ يقينا و إن لم نعلم أن وجه جوازه و نفوذه مجرد النكول أو رد اليمين و حلف المدعي.

إن قلت: إن هذا الاحتياط، و تحصيل الجزم بالحكم و فصل الخصومة إنما يمكن إذا كان المدعي باذلا لليمين و أما إذا كان ناكلا فلا يمكن الاحتياط لأن الأمر يدور بين القضاء علي المدعي عليه الناكل بمجرد نكوله، و علي المدعي الناكل بمجرد نكوله و لا ترجيح للطرفين.

قلت: نعم ما قلنا إنما يجري فيما إذا كان المدعي باذلا لليمين و أما إذا لم يكن باذلا فلا وجه لرد اليمين إليه و حينئذ لا بد إلا عن القول بحبس المدعي

عليه، حتي يختار اليمين أو الرد، بدعوي العلم بعدم رضا الشارع بتوقيف الدعوي أو القول بتوقيف الدعوي حتي يبذل المدعي اليمين أو يقيم البينة.

هذا تحرير المسألة بحسب ما يقتضيه الأصل.

أدلة عدم جواز الحكم بالنكول

إشارة

و أما بحسب الأدلة فاستدل لعدم جواز الحكم بالنكول، و وجوب رد اليمين إلي المدعي بوجه:

الأول بالأصل

الذي ذكرناه.

وفيه أنه المعول عليه إذا لم يقم دليل علي جواز الحكم بالنكول، و مع قيام الدليل فلا معارضة بينه و بين الدليل.

الثاني بقوله تعالى ذ	لَكَ أَذْنِي	أَنْ يَأْتُوا
بِالشَّه	أَذْنِي عَلِي	أَفُوا أَنْ تُرَدَّ
وَجْهَهُ	أَوْ يَخ	أَنْهُمْ
أَيْهِ	أَنْ بَعْدَ أَيْهِ	

(1) فاستدل الشيخ بها في الخلاف قال: فأثبت الله يميناً مردودة بعد يمين فاقترض ذلك أن اليمين ترد في بعض المواضع بعد يمين أخرى.

فإن قيل: الآية تقتضي رد اليمين بعد اليمين و الإجماع أن المدعي عليه إذا حلف لم ترد اليمين بعد ذلك علي المدعي قيل: لما أجمعوا علي أنه لا يجوز رد اليمين بعد اليمين عدل بالظاهر عن هذه، و علم أن المراد به أن ترد أيمان بعد وجوب أيمان (انتهى) وفيه أن رد الأيمان كما أفاد في كنز العرفان هنا مجاز فإن رد اليمين عن شخص إلي شخص آخر يكون حقيقة إذا توجه اليمين علي شخص من الأول

ص: 18

ثم ردها إلي غيره أو ردها الحاكم إليه، وفي المقام لم يتوجه اليمين إلي الوصيين بل إنما توجهت إلي ورثة الميت لأنهم وجدوا إناء الميت عندهما فطالبوهما به فادعيا شراءه من الميت فأنكر الورثة فتوجه اليمين إليهم لإنكارهم ذلك (فراجع ما ورد في سبب نزول الآية) ولو أغمضنا عن ذلك، وقلنا إن اليمين لو لم تكن هذه الآية تتوجه إلي الوصيين المنكرين لا بآخرين يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان نقول: إن المستفاد من ظاهر الآية أن العدول عن يمين ذي اليد المنكر إلي من يقوم مقامه إنما كانت لأجل خصوصية في المورد، و هي إلزام الوصيين بحسب اليمين الأولي عرفا باليمين الثانية أيضا لأنهما لو امتنعا عنها و رداها إلي الورثة يظهر كذب يمينهما الأولي فيفتضحان، و مثل هذه اليمين لا ينبغي أن يكون من موازين فصل الخصومة، و مستند القاضي في قضائه فوجه الله تعالى اليمين إلي الورثة لأن ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة علي وجهها، و أبعد من الكذب، و أن يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم فيظهر كذبهم، و يفتضحوا بين الناس فلا يجوز التعدي عن موارده إلي غيره.

الثالث ما دل علي حصر ميزان القضاء بهما ليس النكول منه

كقوله صلي الله عليه و آله

إنما أقضي بينكم بالبينات و الأيمان،

(1) و خبر يونس عمن رواه قال

استخرج الحقوق بأربعة وجوه: شهادة رجلين عدل فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعي فإن لم يكن شاهد فاليمين علي المدعي عليه فإن لم

ص: 19

يحلف رد اليمين علي المدعي، وهي واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقه فإن أبي أن تحلف فلا شيء له.

(1) وما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام قال

أحكام المسلمين علي ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنة ماضية من أئمة الهدى

(2) وقول النبي صلي الله عليه وآله

البينة علي من ادعي، واليمين علي من ادعي عليه

(3) وفي خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام

إن البينة علي المدعي، واليمين علي من ادعي عليه

(4). فإن التفصيل قاطع للشركة، ولازم ذلك عدم كون اليمين وظيفة المدعي إلا في صورة رد المنكر فإن ميزانية نكول المدعي في هذه الصورة قد ثبت بالدليل المخصص للعمومات فبناء علي هذا إذا حكم القاضي بمجرد نكول المدعي عليه ليس لحكمه مستند غير نكوله، مع أن ميزان القضاء انحصر بما يكون نكول المدعي عليه خارجا عنه.

و الجواب عن ذلك كله إن هذه العمومات يخصص بما ذكره القائل بالحكم مضافا إلي أنه يمكن أن يقال إن هذه العمومات إنما وردت لبيان الوظيفة في الحكم في أول الأمر، وعدم تعرضها لصورة النكول.4.

ص: 20

1- التهذيب ج 6 ب 89 562 و 13 الكافي ج 2 ص 360.

2- التهذيب ج 6 ب 92 ح 796 و 3 الكافي ج 2 ص 366.

3- التهذيب ج 6 ب 89 ح 4 / 553 الكافي ج 2 ص 360 خرج هذا الحديث علماء الجمهور في كتبهم أيضا و لفظ الحديث عندهم البينة علي المدعي. و اليمين علي المدعي عليه فراجع مصابيح السنة ج 2 ص 73 و 74 و الجامع الصغير ص 128 ج 1 وغيرهما.

4- التهذيب ج 6 ب 89 ح 554.

ولو أغمضنا عن ذلك يمكن أن يقال بدلالة قوله

البينة علي المدعي

إلخ علي جواز الحكم بالنكول، لأن رد اليمين علي المدعي مخالف لعكس القضية الأولى فإن مقتضي كل من القضيتين حصر مبتدئها في خبرها وبالعكس فمعني قوله

البينة علي المدعي

إلخ إنه لا بينة إلا علي المدعي، ولا مدعي إلا من عليه البينة، وهكذا الكلام في القضية الثانية فرد اليمين مخالف لعكس قوله

البينة علي المدعي،

و مخالف لأصل القضية الثانية،

و اليمين علي من أنكر.

لا يقال: القضاء بالنكول أيضا مخالف لحصر المستفاد من الخبر.

فإنه يقال: القضاء بالنكول موجب لرفع اليد عن قوله: البينة علي المدعي الذي يستفاد منه من جهة كون الرواية في مقام حصر ما يلزم به المدعي في إثبات حقه، و ما يلزم به المنكر في التخلص عن دعوي المدعي أن حق المدعي لا يثبت إلا بالبينة، و هذا بخلاف رد اليمين إلي المدعي فإنه مستلزم لرفع اليد عن عكس القضية الأولى، وأصل القضية الثانية.

و لا يخفي أنه إذا دار الأمر بين رفع اليد عن ظهور قضية واحدة أو ظهور قضيتين يكون الأول أولى، و هذا إنما يتم علي عدم القول بالفصل و الإجماع المركب و إلا فلو لم يكن هنا إجماع، و احتملنا توقيف الدعوي لا مجال لرفع اليد عن ظهور أصل القضيتين و عكسهما.

هذا مضافا إلي أنه علي تقدير رد اليمين إلي المدعي، و نكوله عن اليمين، و القضاء عليه يلزم رفع اليد عن الحصر المستفاد من عكس قضية اليمين علي من أنكر فإن المستفاد من عكسها و هو لا منكر إلا من عليه اليمين حصر رفع الخصومة عن المنكر باليمين مع أن في صورة نكول المدعي عن اليمين المردودة رفع الخصومة عنه بغير اليمين.

لا يقال: إن عموم حصر رفع الخصومة عن المنكر باليمين قد خصص بما دل علي جواز الحكم بنكول المدعي.

فإنه يقال: قد خصص هذا العموم بما دل علي جواز الحكم بنكوله إذا رد المدعي عليه إليه اليمين فنكل عنها، و أما إذا رد الحاكم إليه اليمين، و نكل فلم يعلم تخصيصه به.

الرابع من الوجوه التي استدل بها لعدم جواز القضاء بمجرد النكول خبر عبيد بن زرارة

عن أبي عبد الله عليه السلام

في الرجل يدعي عليه الحق، و لا بينة للمدعي؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين علي صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له

(1). بناء علي قراءة يرد بالبناء بصيغة المجهول.

وفيه: أن الظاهر كونه مبنيًا للفاعل، و بصيغة المعلوم فهذا الخبر أجنبى عما نحن فيه.

الخامس خبر ابن أبي عمير عن هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ترد اليمين علي المدعي

الخامس خبر ابن أبي عمير عن هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ترد اليمين علي المدعي (2).

وفيه أن الظاهر كون هذه الجملة صدرت جواباً عن مسألة سألها عنه عليه السلام أو كان لها صدر أو ذيل، و لم ينقله الراوي لا تكالاه علي قرينة حالية أو مقالية فيحتمل قويا أن يكون المراد اليمين المردودة من المنكر إلي المدعي، و لو

ص: 22

1- التهذيب ح 556 و 7 ب 89 ج 6 الكافي ج 2 ص 360.

2- (2) التهذيب ح 560 و 11 ب 89 ج 6 الكافي ج 2 ص 360.

أغمضنا عن ذلك، وقلنا بأنه عام فعمومه يخص بما دل علي جواز القضاء بالنكول.

السادس ما أخرجه في الخلاف عنه صلي الله عليه وآله: المطلوب أولي باليمين من الطالب

السادس ما أخرجه في الخلاف عنه صلي الله عليه وآله: المطلوب أولي باليمين من الطالب. (1)

وما روي عنه أيضا صلي الله عليه وآله

المدعي عليه أولي باليمين إلا أن تقوم عليه البينة

(2). فاقترضني النويان أن الطالب و المطلوب، و المدعي عليه و المدعي يشتركان في اليمين لكن للمطلوب المدعي عليه مزيد مزية علي الطالب بالتقديم.

وفيه: أنه لم يثبت اعتبار الخبرين مضافا إلي أنه يستفاد من قوله

المدعي عليه أولي باليمين إلا أن تقوم عليه البينة

أولوية المدعي عليه باليمين، وإن اليمين علي من أنكره و يتخلص بها المنكر عن دفع دعوي المدعي إذا لم تكن مع المدعي البينة، و أما إذا كان معه البينة فهو أولي بها فيقيمها، و لا يبعد أن يكون المراد من قوله

المطلوب أولي باليمين من الطالب

أيضا أولويته باليمين إذا لم تكن البينة مع الطالب فليتدبر.

السابع ما روي عن النبي أيضا صلي الله عليه وآله وسلم: إنه رد اليمين علي طالب الحق

السابع ما روي عن النبي أيضا صلي الله عليه وآله وسلم: إنه رد اليمين علي طالب الحق. (3)

وفيه أنه ضعيف لم يخرج في جوامعنا في الحديث.

ص: 23

1- ج 2 ص 621 م 38.

2- الجامع الصغير ج 2 ص 185 عن البيهقي في السنن.

3- مختلف الشيعة ص 143 ج 2.

الثامن: من الوجوه التي استدل بها لجواز رد الحاكم اليمين إلى المدعي ولايته الشرعية

وإنه ولي الممتنع بتقريب أن الواجب علي المنكر الحلف أورده إلي المدعي للأخبار الدالة علي أنه مخير بينهما فإذا امتنع عنهما يرد الحاكم اليمين إلي المدعي لولايته علي ذلك.

وفيه: أن ولاية الحاكم علي مثله غير معلوم خصوصا إذا كان اليمين أوردها حقا للمدعي عليه لا حقا عليه فيجوز أن يكون اليمين أوردها علي المدعي لتخلصه عما ادعي عليه فإن تخلص بواحد منهما فهو، وإلا فيلزم علي أداء ما ادعي عليه.

التاسع: ما استدل به بعض العامة

كما سمعت من ابن رشد في بداية المجتهد، وهو ما رواه مالك من أن رسول الله صلي الله عليه وآله وسلم: رد في القسامة اليمين علي اليهود بعد أن بدأ بالأنصار.

وفيه: مضافا إلي أن أصل توجه اليمين علي المدعي في القسامة يدل علي أن حكمها ليس كأحكام سائر الدعاوي فلا يتعدي عنها إلي غيرها إن بعد التأمل في الروايات المأثورة عن طرق الخاصة والعامة في القسامة يظهر أن النبي صلي الله عليه وآله وسلم لم يرد اليمين في القسامة علي اليهود بل خير الأنصار بين اليمين، وردها إلي اليهود، ولو كان رسول الله صلي الله عليه وآله رد اليمين إلي اليهود لم يكن لهم أن يقولوا: من يصدق اليهود؟ أو: وكيف يرضي باليهود. فيظهر من ذلك أنهم كانوا بالخيار في اليمين والرد بل يظهر منه إن من توجه إليه اليمين إذا نكل عنها وعن الرد إلي صاحبه، وكان له عذر في الامتناع عن اليمين لا يجوز الحكم عليه بل يؤدي الوالي ما ادعاه من الحق من بيت المال، وعلي كل حال لا يصح التمسك بمسألة القسامة علي حكم

مسألتنا هذه لأنهما لم ترتضعا من لبن واحد حتي يحكم بإلغاء الخصوصية، ويتمسك بمفهوم الموافقة، والله أعلم.

العاشر: الشهرة المنقولة بل و الإجماع المنقول

وفيه أن المشهور بينهم إلي عصر الشيخ كما قد عرفت هو القضاء بمجرد النكول مضافا إلي أن في الاحتجاج بالشهرة المحققة بل و الإجماع المحصل في مثل هذه المسألة نظر فإن الشهرة و كذا الإجماع لا تكشف عن وجود نص في المسألة غير ما عثرنا عليه في ما بأيدينا من جوامع الحديث فإن من المحتمل بل المظنون أن المشهور أو المجمعين اعتمدوا في ما ذهبوا إليه بهذه الروايات، والأحاديث المخرجة في كتب الحديث الباقية إلي عصرنا: حجج القول بجواز الحكم بمجرد النكول وقد استدلل لهذا القول أيضا بوجوه:

الأول: رواية حماد عن محمد بن مسلم قال

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف؟

(فأجابه في حديث طويل)

أن أمير المؤمنين عليه السلام كتب له اليمين، وغسلها، وأمره بشربها فامتنع فألزمه بالدين

(1). وقد أورد علي الاستدلال بها بوجوه:

أحدها: إنها قضية في واقعة، وفيه أنه يتم إذا لم تكن نقل القضية مسبوقة بالسؤال عن الإمام عليه السلام.

ص: 25

1- راجع متن الحديث في التهذيب ج 6 ح 779/86 ب 92 وفي الفقيه ج 3 ص 65.

ثانيها: أن السؤال إنما وقع عن حكم الحلف دون الامتناع عنه فليس الخبر واردا في مقام بيان هذا الحكم حتي يتم الإطلاق.

و أجب عنه بأن من تأمل في الرواية يجد أن مراد السائل السؤال عن حكم حلف الأخرس مطلقا، وفيه: إنا تأملنا فيه فلم نجده إلا في مقام السؤال عن كيفية حلفه اللهم إلا أن يقال: إن ظاهر قوله: فامتنع فألزمه الدين دال علي تعقيب الإلزام للامتناع بغير مهلة لمكان الفاء، وهو ينافي تخلل اليمين بينهما.

ثالثها: أن القضاء للمدعي بمجرد امتناع المدعي عليه عن اليمين خلاف الإجماع لأن القائل بجواز القضاء يقيده بصورة عدم رد المنكر اليمين علي المدعي، والقائل بعدمه يقيده بصورة حلف المدعي فلا بد من تقدير عدم الرد أو حلف المدعي، ولا ترجيح لأحدهما علي الآخر.

و أجب عنه: بأن مقتضي ظاهر الرواية كون مجرد امتناعه عن الشرب علة تامة لإلزامه بالدين، والقدر المتيقن تقييده بصورة عدم الرد، و تقييده بصورة حلف المدعي غير معلوم فيبقى الإطلاق بالنسبة إليه علي حاله، وسيجيء توضيح ذلك عند الكلام عن رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله.

رابعها: إعراض المشهور عن العمل بالرواية في موردها، وهو يمين الأخرس بل قيل: إن الإجماع قائم علي خلافه، ونقل عن الجمهور أنهم نقلوا عنه عليه السلام خلاف ذلك. (1) ف.

ص: 26

1- نقل العلامة في المختلف عن الجمهور أنهم نقلوا القول بعدم جواز الحكم بالنكول عن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام، ولم أجد ذلك فيما عندي من كتبهم، وعلي كل حال فما نقل عن الجمهور ليس موضوعه بين الأخرس والاشتباه إنما نشأ من عدم التأمل في كلام العلامة في المختلف.

الثاني: ما في خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام

لو أن رجلا ادعى علي رجل عشرة آلاف درهم أو أقل أو أكثر لم يكن اليمين علي المدعي، وكانت اليمين علي المدعي عليه.

(1) وفيه: أن ظاهر الخبر كون هذا حكم اليمين في أول الأمر، وإنها لا تتوجه إلا علي المدعي عليه فلا ينافي توجهها علي المدعي إذا نكل المدعي عليه عن اليمين.

الثالث: الأصل المقرر بوجوه كأصالة عدم مشروعية رد اليمين من الحاكم، وأصالة عدم ثبوت الحلف علي المدعي، وأصالة براءة ذمة الحاكم من التكليف بالرد وغير ذلك.

وفيه: إن شيئا من هذه لا يثبت جواز الحكم علي المدعي عليه الناكل، ولا يفيد إثبات كفاية النكول في الحكم بثبوت حق المدعي مع أن الأصل عدمه فإن أمكن الأخذ بالقدر المتيقن كما إذا كان المدعي باذلا لليمين يستحلف، ويقضي له، وإلا يتوقف الدعوي.

الرابع: الإجماع أو الشهرة، وقد عرفت ما في الاستدلال بمحصلهما في مثل مسألتنا فضلا عن منقولهما.

الخامس: رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله المخرجة في التهذيب في باب كيفية الحكم والقضاء (2) قال:

8.

ص: 27

1- التهذيب ج 10 ب 12 ح 3/663 والكافي ج 2 ص 342 والفقيه ج 4 ص 73

2- التهذيب ج 6 ب 89 ح 6/555 والكافي ج 2 ص 360 والفقيه ج 3 ص 38.

أحمد بن محمد بن عيسى (1) بن عبيد عن ياسين الضرير قال: حدثني عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: قلت للشيخ (2)

أخبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلا يكون له البينة بماله؟ قال: فيمين المدعي عليه فإن حلف فلا حق له، وإن لم يحلف فعليه، وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلي المدعي اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان، وإن حقه لعليه فإن حلف وإلا فلا حق له لأننا لا ندري لعله قد وفاه ببينة لا نعلم موضعها أو بغير بينة قبل الموت فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة فإن ادعي، ولا بينة له فلا حق له لأن المدعي عليه ليس بحي، ولو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت عليه حق.

و الاستدلال بها من وجهين:

أحدهما: بصدرها علي ما في الكافي والتهذيب، وهو قوله

فإن حلف فلا حق له، وإن لم يحلف فعليه.

فإن المستفاد منه إلزام المنكر بالحق في صورة عدم الحلف.

و ثانيهما: قوله عليه السلام في ذيلها

و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت عليه حق.

فإن المستفاد منه أنه يرتب علي عدم البينة للمدعي مع حياة المدعي عليه أحد أمور ثلاثة:

إلزام المدعي عليه باليمين أو الحق أو رده اليمين إلي المدعي، و مع انتفاء اليمين و الرد يلزم بالحق، و ليس هذا إلا معني القضاء بمجرد النكول.هـ.

ص: 28

1- الظاهر أنه سقط من هنا جملة (عن محمد بن عيسى) فراجع جامع الرواة ص 169 ج 2.

2- الظاهر أنه هو الإمام موسى الكاظم عليه الصلاة والسلام كما ذكره الصدوق قده.

وقد أورد علي الاستدلال بصدرها و ذيلها بعد تضعيف سندها بمحمد بن عيسى بوجهين:

أما بصدرها: فأورد عليه أولا بمعارضتها مع ما في الفقيه فإنه أخرج الحديث بسنده عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: قلت للشيخ يعني موسى بن جعفر عليهما السلام

أخبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلا يكون له بينة بما له قال: فيمين المدعي عليه فإن حلف فلا حق له وإن رد اليمين علي المدعي فلم يحلف فلا حق له.

و ثانيا: بمخالفة ظاهره للإجماع فإن القضاء علي المدعي عليه في صورة عدم الحلف مقيد إما بعدم رده اليمين إلي المدعي أو برد الحاكم اليمين إلي المدعي و حلفه فلا بد من تقدير أحدهما، و حيث لا معين في البين لأحدهما يسقط الاستدلال به علي كل من الطرفين.

و الجواب: أما عن ضعف السند بمحمد بن عيسى فالأقوي كونه موثوقا به، و ما ذكروا في تضعيفه مخدوش بما في جامع الرواة وغيره مضافا إلي جبره بعمل المشهور به.

و أما الإيراد عليه بمعارضة صدره مع نسخة الفقيه فأجيب عنه بترجيح ما خرجه الشيخ و الكليني علي ما في الفقيه مع أن المعارضة بينهما ممنوعة فإنه لا مانع من العمل بكلتا النسختين، و لا منافاة بينهما.

و أما الإيراد الثاني ففيه أن تقدير عدم الرد لازم علي كل حال أما بناء علي القول بالحكم بمجرد النكول فمعلوم و أما بناء علي القول بالقضاء بحلف المدعي فلا يرد الحاكم إليه الحلف إلا في صورة عدم رد المنكر اليمين إليه فيبقي تقدير الحلف بلا وجه.

إن قلت: نعم تقدير عدم الرد يقيني لكن إذا كان تقدير شيء في الكلام معلوما بالإجمال فما هو المعين لكون القدر المتيقن عدم الرد مجردا عن حلف المدعي فلعله كان عدم الرد والحلف معا.

قلت: المقطوع تفصيلا تقديره هو عدم الرد، وأما رد الحاكم وحلف المدعي فتقديره غير معلوم لا يعتني باحتماله كما جرت به سيرة العرف في الأخذ بظواهر الألفاظ مع احتمال التقدير.

هذا وربما قيل في مقام الجواب عن هذا الإشكال: إن الأمر دائر بين الأقل والأكثر، وهو عدم رد المدعي عليه اليمين إلى المدعي، وعدم رده مع رد الحاكم وحلف المدعي فالأخذ بالأقل يقيني، والأصل عدم الأكثر.

وفيه: إن هذا لا يثبت وجوب القضاء على الحاكم، وجواز حكمه تكليفا ووضعاً، ومجري البراءة في الأقل، والأكثر إنما يكون إذا كان التكليف بالأقل معلوماً، وشككنا في التكليف بالأكثر، والمقام ليس من هذا القبيل فإن الحاكم شاك في تحقق موضوع جواز القضاء فلا يحصل له العلم بوجوب الحكم عليه، ونفوذ قضائه إلا في صورة عدم رد المنكر اليمين إلى المدعي، ورد الحاكم، وحلف المدعي، وأصل عدم وجوب الحلف لا يثبت وجوب الحكم عليه.

ثم إنه قد أورد بعضهم علي الاستدلال بصدر الحديث إيراداً ثالثاً وهو كون المبتدأ المقدر لقوله: (فعليه) الحلف. والضمير المجرور للمدعي أي فالحلف على المدعي، وفيه: أن هذا الاحتمال خلاف الظاهر، وفتح باب هذه الاحتمالات يسد باب الاستظهار، والاستدلال بظواهر الألفاظ.

و أما الإيراد علي ذيل الرواية فأورد عليه أولا: بأن الاستدلال به علي جواز القضاء بمجرد النكول يتم إذا كان يرد مبنيا للفاعل، و أما إذا كان مبنيا للمفعول فلا دلالة للحديث علي المدعي.

و ثانيا: بما حكي عن بعض الأجلة من أن التمسك به إنما يستقيم إذا كان المراد من إلزام المدعي بالحق إلزامه و القضاء عليه بسبب النكول مع أن من الممكن أن يكون المراد إلزامه بسبب إقراره، و اعترافه و إذا تردد الأمر بينهما يسقط الاستدلال به.

و لا يخفي ما في الوجهين:

أما الأول: فإن ظاهر الرواية كون مورد الإلزام بالحق غير مورد الإلزام باليمين و الرد، و إذا كان يرد مبنيا للمفعول يصير مورد الإلزام بالحق مع مورد الرد المذكور في قوله: "أو يرد اليمين عليه" واحد إذ علي هذا يكون المراد من إلزامه بالحق إلزامه به بعد رده اليمين إلي المدعي و حلفه، و هو خلاف الظاهر.

هذا مضافا إلي كونه في مقام بيان ما يتوجه علي المنكر لو كان حيا لا بيان وظيفة الحاكم.

و أما الثاني: ففيه أن الظاهر من الإلزام بالحق إلزامه بما أنه منكر للحق و ناكل، و من أقر علي نفسه بالحق ليس منكرا و لا خصومة بينه، و بين المقر له حتي يلزم بالحق، و يؤيد ذلك قوله: "فمن ثم لم يثبت عليه حق". فإن إثبات الحق فرع الإنكار، و أيضا يؤيد ذلك قوله: "لألزم باليمين أو الحق". فإنه لو كان المراد من الإلزام بالحق إلزامه بإقراره كان الأولي ذكره أولا، و أن يقول: لألزم الحق أو اليمين أو يرد اليمين.

فالإنصاف: إن هذه الرواية كافية لإثبات الحكم وهو جواز الحكم بمجرد النكول، ولو قيل برفع اليد عن صدرها بسبب اختلاف النسخ فلا وجه لرفع اليد عن ذيلها.

وقد تم كتابة هذا البحث مختصراً بيد مؤلفه أقل أهل العلم علماً وعملاً وأكثرهم خطأ وزللاً لطف الله الصافي الكلبايكاني غفر الله له ولوالديه، ولجميع أساتذته في 16 من ذي القعدة الحرام من شهور سنة 1374.

ثم أجلت النظر فيه حتي انتهت نهاية البحث، وفرغت منه في اليوم السابع من شهر ربيع الآخر من سنة 1385 راجياً من الله تعالى أن يجعله في صحيفة حسناتي، وأن يتقبل مني بأحسن القبول إنه ولي الحسنات وغافر السيئات، والصلاة علي سيدنا أبي القاسم محمد وآله الطاهرين سيما مولانا الإمام المنتظر بقية الله في الأرضين أرواح العالمين له الفداء، وكحل الله أبصارنا بتراب مقدم أصحابه وأعوانه.

ص: 32

الرسالة الثانية التداعي في مال من دون بينة و لا يد

اشارة

ص: 33

مسألة: إذا تداعي شخصان أو أشخاص في مال لم تكن لواحد منهم و لا لغيرهم يد عليه

إشارة

فادعي كل واحد منهم أن المال له ورفع الأمر إلي الحاكم وكانت الدعويان متقارنتين، و لم تكن لأحد من المتخاصمين بينة شرعية، أو كانت بينة كل واحد معارضة بينة الآخر، حيث لا يكون لإحدى البينتين أو البيئات ترجيح علي غيرها من حيث العدالة و العدد، فهل يحكم بالقرعة حتي يكون المال لمن خرجت القرعة باسمه. أو يحكم بتقسيم المال و توزيعه بين المتداعيين بالسوية. أو يني علي حلف أحدهما و تعيين الحالف بالقرعة. أو علي التحالف، فإن حلف أحدهما دون الآخر يقضي للذي حلف، و إن حلف الجميع يقسم المال بينهما بالسوية. أو علي التحالف، و بعد حلف كل واحد منهما يرجع إلي القرعة. أو يفصل بينما إذا لم تكن لأحدهما بينة شرعية، و بين صورة معارضة بينة كل واحد منهما بينة الآخر.

ففي الصورة الأولى قضي به بينهما نصفين، و في الصورة الثانية يني إما علي الحلف و تعيين الحالف بالقرعة أو علي التحالف علي ما يأتي تفصيله إنشاء الله تعالى.

في المسألة احتمالات و وجوه و لا-ريب أنه ليس هنا أصل و لا ظاهر يعول عليه في مقام الترافع و الحكم و فصل الخصومة، اللهم إلا قاعدة "البينة علي المدعي و اليمين علي المدعي عليه" وقاعدة "القضاء بالبيئات و الأيمان"، و أن أحكام المسلمين علي ثلاثة:

"شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنة ماضية من أئمة الهدى". فلا بد من النظر في الاحتمالات و الوجوه المذكورة و الأخذ بأقواها بحسب الدليل.

فنقول مستعينا بالله تعالى:

إشارة

فوجهه كونها "لكل أمر مجهول"، وأنه "ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلي الله إلا خرج بينهم المحق". ولا ريب أن ما نحن فيه من الأمور المجهولة التي تشملها قاعدة القرعة، ورواياتها الكثيرة المتواترة معني بل وإجمالاً أيضاً، لأن القدر المتيقن من الموارد التي تشملها أدلة القرعة هو الشبهة الموضوعية المحصورة المقرونة بالعلم الإجمالي التي وقع فيها التنازع والتخاصم، وادعي كل واحد من المدعين أن موردها حق له من غير أن يكون لواحد منهما ولا لغيرهما يد عليه ولا بيينة لإثبات مدعاه عند الحاكم أو صارت بينته معارضة بيينة الآخر، ولو كان القدر المتيقن من أدلتها أوسع من ذلك فلا ريب أنها تشمل المورد.

هذا وقبل الكلام في رد هذا الاحتمال ينبغي التنبيه علي نكتة وهي أن أدلة القرعة أعم مورداً مما ذكر فتشمل الشبهة الموضوعية التي وقع فيه التنازع، وما لم يقع فيه ذلك، كما تشمل المبهمات الواقعية والموضوعات الغير المعينة في الواقع، لا بمعنى أن القرعة تصيب الواقع لأن إصابتها الواقع فرع وجود أمر في الواقع، بل بمعنى أن ما خرج به السهم عند كون الموضوع مبهماً وغير معين في الواقع يجب الأخذ به تبعداً، فليس مفادها علي ذلك مفاد الأمانة، بل يكون أوسع وأوثق منها لإمكان كشف الخلاف في الأمانة، وعدم إمكانه في القرعة إذا كان مجراها ما لا تعين له في الواقع كما إذا كان لمورثه ستون مملوكاً وعتق ثلثهم، أو كان له مثل ذلك فأوصي بعتقهم ولم يكن له من المال غيرهم فلم يجز الورثة الوصية فإنه يعتق عشرون منهم بالقرعة، وهكذا إذا أوصي بعتق ثلث مماليكه، فإنه يستخرج ذلك بالقرعة.

ثم إنه بعد التنبيه علي ذلك نقول إنه يرد علي ما وجه به احتمال الرجوع إلي القرعة في المسألة:

إنه إنما يجوز الرجوع إلي القرعة إذا لم يندرج المورد في قاعدة من القواعد الشرعية مما يرفع به الإعضال و الحيرة، وأما الموضوع المتنازع فيه المذكور في عنوان المسألة لا إعضال فيه عند العرف بحيث لا يمكن للحاكم فصل الخصومة فيه إلا بالقرعة.

وذلك أولاً- لحكم العرف و العقل بالنصف و العدل، و الجمع بين ما يقتضيه الدعاوي الواردة علي مال واحد في الجملة إذا لم يكن لأحدهما البيئة فيشملة قوله تعالى وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ بعد حكم العرف بما يقتضيه العدل و النصف، و شمول مثل الآية له.

و ثانياً: لا موضوع للقرعة و لا إعضال حتي يرجع إليها لدفعه لأنه إذا أقام كل منهما البيئة يندرج تحت قاعدة: " القضاء بالبينات و الأيمان " فيرجع إليها و يحكم بحلف أحدهما أو كليهما، نعم يرجع إلي القرعة في تعيين الحالف إذا قلنا بأن الوجه حلف أحدهما أو القرعة إذا حلف كلاهما، و أين هذا من الرجوع إلي القرعة ابتداء.

أقول: أما ارتفاع الإعضال و الإشكال بالحكم بالنصف ففيه أن ذلك فرع كون موضوع القرعة مجرد الإعضال و الإشكال كما توهمه بعض المعاصرين، و لذلك مع ذهابه إلي أمارية القرعة اختار تقدم الأصول عليها إذا كان موردها مجري لأصل من الأصول لارتفاع موضوع الحكم بالقرعة، و هو الحيرة و الإعضال من البين، و هذا توهم فاسد، لأنه مع البناء علي كون القرعة في الموارد المتنازع فيها و الشبهات الموضوعية مطلقاً أماراً و طريقاً إلي الواقع كما

دلت عليها أدلتها (1) لا مجال للرجوع إلي مثل قاعدة العدل و الإنصاف و تقديمها عليها، و لا يصح أن يقال إنها أمانة و طريق إذ لم يكن أصل لرجوع ذلك إلي التهافت و تأخر ما رتبته التقدم، و تقدم ما رتبته التأخر.

هذا مضافا إلي أنه إن قلنا بأن موضوعها كما يستفاد من الأحاديث، الجهل بالواقع مثل موضوع سائر الأمارات، لا مجرد الإعضال و الإشكال فالجهل بالواقع باق لا يرتفع بالجمع بين الدعويين و العمل بالنصف و العدل.

و الحاصل: أن الحكم بالنصف و العدل بالجمع بين الدعويين رتبة الأصل لا نظر له إلي الواقع بخلاف القرعة، فإن لها مرتبة الأمانة و الطريقية، و النظر إلي الواقع فالقرعة أمرها أوسع و أشمل من سائر الأمارات لأنها طريق إلي الواقع، و ترشد إليه، و القرعة ترشد إلي الواقع في موارد و إلي ما ينبغي أن يكون العمل به و يختاره الله تعالى فيما ليس معينا في الواقع فكما لا يقدم الأصل علي سائر الأمارات لا يقدم عليها أيضا.

فإن قلت: قد روي ثقة الإسلام الكليني قدس سره عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن محمد بن يحيى، عن غياث بن إبراهيم، عن أبي عبد الله عليه السلام

أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابة، و كلاهما ع.

ص: 37

1- هذا إذا كان لمورد الشبهة نفس الأمرية الواقعية اشتبه لأمر خارجية، و أما فيما ليس له ذلك فالظاهر أن الحكم بها فيه تعبدي صرف، و إن شئت قلت: علي حسب قاعدة العدل و الإنصاف و طلب تعيين ما ليس في الواقع من الله تعالى و من باب التسليم لاختياره و قضائه، فموضوع القرعة الحيرة في أمر من الأمور من جهة التكليف الشرعي، سواء كان سببها الشك و الاشتباه في موضوع معين في الواقع، أو كان سببها عدم تعيينه في الواقع.

أقاما البينة أنه أنتجها فقضي بها للذي في يده وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين.

وروي أيضا عنه عن أحمد عن ابن فضال، عن أبي جميلة، عن سماك بن حرب، عن تميم بن طرفة

أن رجلين عرفا بعيرا وأقام كل واحد منهما بينة فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما نصفين

، و موردهما وإن كان صورة تعارض البينتين إلا أن جعل المال بينهما نصفين مع إمكان الرجوع إلي القرعة يدل علي أنه لا تصل النوبة إلي القرعة، ولا اعتبار لها شرعا إلا عند فقد جميع ما يرتفع به الإشكال الذي منه قاعدة العدل و الإنصاف فلا بد من الرجوع إليها.

قلت: إن الخبرين يردان الرجوع إلي القرعة يحكمان بالتنصيف عند تعارض البينتين لا مطلقا وإن لم تكن لواحد منهما البينة فيمكن أن يكون الحكم بالتنصيف لخصوصية إقامة كل واحد منهما البينة و عدم إمكان الحكم باليمين إذا لم يكن المال تحت يدهما لعدم المدعي عليه الذي عليه اليمين، فلا يرد بهما الرجوع إلي القرعة إذا لم يكن لواحد منهما البينة.

إن قلت: فما تقول في رواية الصدوق و الشيخ قدس سرهما في الفقيه و التهذيب 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: بيني وبينك، قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: أما الذي قال: هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء و إنه لصاحبه يقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين.

فليس تنصيف الدرهم بينهما نصفين إلا بقاعدة العدل و الإنصاف.

قلت: إن الحكم بالتنصيف للعمل بمقتضي اليد في صورة عدم البينة، أو تعارض البينتين أو تحالفهما أو نكولهما عن اليمين حسب ما يقتضيه الجمع بينهما و بين سائر الأخبار فيحكم بكون المال لهما لكونه تحت يدهما وفيما نحن فيه ليس لأحدهما يد علي المال.

لا يقال: إن الحكم علي طبق قاعدة اليد إنما يتم إذا كان يد كل منهما علي النصف لا علي كل المال لعدم تعقل كون اليد علي النصف المشاع إلا بكونها علي كله فالظاهر أن الحكم بالتنصيف مبني علي سقوط أمارية يد كل واحد منهما علي المال بمعارضتها بيد الآخر، فالحكم بكون المال بينهما نصفين حكم بالعدل و الإنصاف.

فإنه يقال: هذا إذا كان المراد من اليد، الجارحة، و أما إذا كان المراد التسلط علي المال يكون تسلط كل منهما عليه بالنصف اعتبارا لضعف سلطنتها خارجا عليه لا عدها رأسا فتدبر.

ثم إنه يمكن أن يقال في رد القاعدة الموسومة بالعدل و الإنصاف: إن الحكم بالعدل ليس إلا الحكم بالحق المأمور به في قوله تعالي فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ و الحكم بما زعم أنه حكم بالنصف و العدل ليس حكما بالحق، للعلم بعدم وصول صاحب الحق إلي حقه و إبطال حقه في نصفه بهذا الحكم.

بل يمكن أن يقال: إن الحكم بالعدل مورده الأحكام الحكومية و النظامية التي يحكم بها الحاكم حسب ما يقتضيه مصالح النظام و الإدارة، لطرو بعض العوارض و حدوث بعض الحوادث التي لا استمرار لها، بل بقاؤه يدور مدار بقاء المصلحة التي اقتضته، أو دفع مفسدة لا يرضي الشارع بوقوعها، و أما ما

يتعلق بحقوق الناس والماليات مما يقع فيه بينهم التنازع والتخاصم فالحكم فيه يجب أن يكون حكما بالحق أو يقال: بأن الحكم بالعدل أعم مما ذكر والحكم بالحق، فكل حكم بالحق حكم بالعدل دون العكس، لا لأن الحكم بالعدل في بعض الموارد حكم بغير الحق حتي يكون الحكم بالعدل والإنصاف منه، بل لعدم كون الأحكام النظامية أحكاما حقوقية فالحكم بها حكم بالعدل وليس حكما بالجور ولا بالباطل كما أنه ليس حكما بالحق بخلاف الأمور الحقوقية والمالية مما يقع فيه بين الناس التنازع، فالحكم فيها يجب أن يكون بالحق حسب ما يقتضيه قواعد القضاء من البيئة واليمين والإقرار وعلم الحاكم وهو حكم بالعدل أيضا، نعم حكم الحاكم في الأمور النظامية حكم حق وليس حكما بالحق فتدبر.

ولكن يمكن أن يقال: إن ما هو الواجب في مقام القضاء هو الحكم بالعدل لا الحكم بالواقع الذي يعبر عنه بالحكم بالحق، كما يصح أن يعبر عن الحكم بالعدل أيضا بالحكم بالحق لا بما أنه حكم بالواقع، لأنه يحتاج إلي العلم بالغيب وإعماله ممن كان عنده بإذن الله تعالى، بل لأنه حكم بالقانون والقواعد القضائية، وبأحكام الله الحقة، فالحكم بالواقع حكم بالحق بكلا معنييه، وإن كان الحاكم غير عالم بكونه حكما بالواقع، ويجوز أن يكون المراد من قوله تعالى خطابا لداود إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ الحكم بالواقع كما خص الله بذلك أيضا علي حسب ما يستفاد من الأخبار مولانا المهدي عليه السلام، فإنه مأذون بالحكم بالواقع كما كان داود مأذونا به.

و لعل قوله صلى الله عليه وآله

إنما أقضي بينكم بالبينات و الأيمان

إشارة و توطئة لبيان أنه لا يقضي بعلمه بالواقعات بل يقضي كغيره بالبينات و الأيمان.

فعلي هذا يمكن تصحيح القول بقاعدة العدل و الإنصاف في الجملة في الموارد التي لا يمكن الحكم فيها بالبينة و اليمين و اليد، كما إذا كان مال بين شخصين كل واحد منهما يعلم أنه إما له أو لصاحبه، و لا يد لأحدهما عليه، فالحكم في ذلك، التنصيف دون القرعة عملاً بقاعدة العدل و الإنصاف.

و كذا إذا كان المال بيد المتنازعين و لا بينة، و قلنا بعدم كون كل منهما مدعياً للنصف الآخر و مدعياً عليه في نصفه، فعلي هذا تنحصر موارد القرعة بما إذا لم يمكن في المورد الحكم بالبينة أو اليمين أو اليد، حيث لا علم للقاضي بالواقع و لا يمكن العمل بقاعدة العدل و الإنصاف.

هذا، و قد ظهر من ذلك كله بطلان احتمال الرجوع إلى القرعة إذا لم تكن لواحد منهما البينة و أن الحكم هو القضاء بينهما نصفين، و إذا كانت بينة كل واحد منهما معارضة ببينة الآخر فالقضاء بالحلف و تعيين الحالف بالقرعة أو بالتحالف علي تفصيل يأتي إنما يتم إذا كان لهما أو لواحد منهما يد علي المال، و مع عدم ذلك فلا بد من القضاء بكون المال بينهما.

فإن قلت: إذا آل أمر القرعة إلي هذا الضيق مع كونها طريقاً إلي الواقع، فكيف يرتفع التهافت بين كونها كذلك و حصر جواز الرجوع إليها في موارد لم تكن مجري لقاعدة من القواعد أو أصلاً من الأصول.

قلت: إن القرعة ليست بنفسها و من غير إذن الشارع و تضمينه طريقتيها طريقاً إلي الواقع، و ليس فيها مطلقاً و بالذات جهة كشف ناقص يتمها الشارع

ويعتبرها كالكشف التام، بل هي كاستخارة، استعلام الرشد و الصلاح من الله تعالى، لأنه أذن بها وضمن هدايتها إلى الرشد و الصلاح، إلا أن هذا الإذن و التضمن من الله تعالى لم يثبت إلا في موارد خاصة مما لم يكن لرفع الجهل و الشك و الحيرة طريق أو أصل عملي في البين، فلذا يصح إن قلنا إنها في موارد دائمة الموافقة للرشد و الصلاح كما لا يخفى، فإنها ليست من الأمارات التي كان اعتبارها و جعلها حجة بغلبة إصابتها الواقع، و كانت حجيتها بمنزلة تتميم جهة كشفها و تنزيلها منزلة القطع الذي حجته ذاتية، بل جعلها الشارع سببا للهداية إلى الرشد و كشف الواقع بعنايته و رعايته الخاصة، كجعل الشكر سببا لزيادة النعمة أو الدعاء سببا للإجابة، أو الصدقة سببا لدفع البلاء.

وبعبارة أخرى قد أخبر الله تعالى عباده و وعدهم و شرط لهم أنهم إن عملوا بالقرعة في الموارد التي عينها و عرفها لهم يهديهم إلى ما فيه السداد، فإذا كان موردها الشك في أمر له نفس الأمرية الواقعية يهديهم إلى الواقع و إلا فيهديهم إلى الرشد و السداد.

فشأن القرعة ليس شأن الأصول و لا الأمارات العرفية التي أمضاها الشارع، فلا يقع التعارض بينها و بين القواعد و الأصول و الأمارات أصلا.

هذا تمام الكلام في الاحتمال الأول في المسألة، وقد ظهر مما ذكرناه بطوله عدم جواز الرجوع إلى القرعة ابتداء دون ما يأتي في بيان سائر الاحتمالات، كما ظهر لك مورد الرجوع إلى القرعة و إلى قاعدة النصف و الله تعالى هو العالم.

مما يدل في الجملة علي عدم جواز الرجوع إلي القرعة إذا أمكن العمل بالنصف و العدل هو صحيح أبي بصير

سأل الباقر عليه السلام عن رجل تزوج أربع نسوة في عقد واحد، [أوقال في مجلس واحد]، و مهورهن مختلفة قال: جائز له و لهن، قال: أ رأيت إن هو خرج إلي بعض البلدان، فطلق واحدة من الأربع، و أشهد علي طلاقها قوما من أهل تلك البلاد، و هم لا يعرفون المرأة، ثم تزوج امرأة من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عدة التي طلق، ثم مات بعد ما دخل بها كيف يقسم ميراثه؟ قال: إن كان له ولد فإن للمرأة التي تزوجها أخيرا من أهل تلك البلاد ربع ثمن ما ترك، و إن عرفت التي طلق من الأربع نفسها و نسبها فلا شيء لها من الميراث و عليها العدة، و إن لم تعرف التي طلق من الأربع نسوة اقتسمن الأربع نسوة ثلاثة أرباع ثمن ما ترك بينهن جميعا و عليهن العدة جميعا.

فإن مورده و إن كان اشتباه الأمر علي الأربع نسوة أنفسهن و ليس من باب التنازع و ادعاء كل واحد منهن زوجية المطلق حين موته، إلا أنه يدل في الجملة علي الرجوع إلي قاعدة العدل و الإنصاف حيث أمكن الرجوع إلي القرعة.

نعم اختار ابن إدريس الرجوع إلي القرعة و استخراج المطلقة بها لأنه لا يعمل بخبر الواحد.

وربما يستشهد لذلك أيضا برواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عن علي عليهم السلام

في رجل استودع رجلا دينارين و استودعه آخر

دينارا فضاع دينار منها فقضي لصاحب الدينارين ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين.

وفي دلالته علي قاعدة العدل و النصف إشكال، لأن الأمر لا يخلو من صورتين:

الأولي: أن يكون ضياع دينار منها بعد ما خلط الدينانير و حصل الاشتراك القهري في الجميع لمالك الدينارين و لمالك دينار واحد، ففي هذه الصورة الحكم ضياع ثلث الضائع من مال مالك دينار واحد و ثلثيه من مال مالك دينارين فيبقي لمالك دينار واحد ثلث كل من الدينارين الباقيين.

و الثانية: أن يحصل الضياع حال كون الدينار الواحد ممتازا من الدينارين ثم اشتبه الأمر بين كون الضائع دينار مالك الواحد أو دينارا من ديناري مالك الدينارين، فالحكم بالعدل و الإنصاف يقتضي أن يكون لصاحب الدينار الواحد ثلثي دينار من الدينارين الباقيين، و لصاحب الدينارين ثلثه الآخر، و ذلك لأن احتمال كون الضائع من مال صاحب الدينارين اثنان، و احتمال كونه من صاحب الدينار الواحد واحد، و هكذا يقل احتمال كون الضائع ممن له دينار واحد كلما زيد في دنائير الآخر فإذا كان له مثلا تسعمائة و تسع و تسعون، و للآخر واحد فمقتضي العدل و الإنصاف أن يكون لمالك الدينار الواحد تسعمائة و تسع و تسعون منه و لمالك الدنانير واحد من الألف منه، فمقتضي العدل و الإنصاف أن يكون لصاحب الدينار الواحد ثلثان و لصاحب الدينارين الثلث.

فالرواية من هذه الجهة بعد الحكم باعتبار سندها لا تدل علي القاعدة المذكورة، فلا بد أن يحمل علي التعبد وإلا لو أخذ بها يجب أن نحكم به إذا كان لأحدهما ثلاثة أو أربعة أو أزيد، وللآخر دينار واحد.

ولا ريب أن الحكم به لا يوافق العدل والنصف، أما علي ما قلنا إنه يوافق العدل والنصف إذا كان لأحدهما ثلاثة أو أربعة وللآخر دينار واحد يحكم بكون ثلاثة أرباع، أو أربعة أخماس من دينار واحد من الدينير الباقية لمالك الدينار الواحد والباقي لمالك الدينير.

وأما الاحتمال الثاني وهو الحكم بتقسيم المال وتوزيعه بين المتخاصمين

فوجهه كون نسبة كل واحد من المتداعيين إلي المال متساوية لا ترجيح لأحدهما علي الآخر، فالعدل والإنصاف يقتضيان القضاء بالتصيف وكون المال بينهما إذا لم يكن لأحد منهما يد علي المال ولا بينة.

ويظهر من الجواهر إنه المتسالم عليه بين الأصحاب وتدل عليه روايتا غياث و تميم بل ورواية ابن المغيرة.

لا يقال: لم لا يقضي بينهما باليمين؟

فإنه يقال: إن اليمين علي المدعي عليه ومع عدم كون يد واحد منهما علي المال لا وجه لاستحقاق كل منهما اليمين علي الآخر، ضرورة عدم كون من لا يد له علي المال مدعي عليه يراد رفع يده عنه، فقول كل منهما: المال لي دعوي بلا مدعي عليه.

هذا ولا فرق في ذلك بين ما إذا لم يكن لأحدهما البينة أو كان لكل منهما البينة وسقطتا بالتعارض.

لا يقال: فرق بين عدم إمكان العمل بالبينتين و تساقطهما و انتفاء ميزانية البينة، ففي المقام وإن لم يمكن العمل بالبينتين إلا أن إعطاء كل منهما نصف المال مستند إلي بينته، فإنها شهدت له بالكل وإنما منعه عن نصفه معارضة بينته بينة صاحبه، فصار كل واحد من عقدي الإيجاب و السبب و الإعطاء و المنع مستندا إلي البينة، و هذا معني الأخذ بميزانية البينة و الحكم بالتنصيف بالبينة.

فإنه يقال: عدم الحكم لكل منهما بالنصف الآخر مستند إلي تعارض البينتين و سقوط دعوي كل منهما بالنسبة إليه و ليس هذا إلا تعذر القضاء بالميزان و تساقط البينتين فالحكم بالتنصيف لا يكون إلا بميزانية قاعدة العدل و الإنصاف.

اللهم إلا أن يقال: إن العرف لا يري سقوط البينتين بالنسبة إلي كل المال، و لذا لو ادعي ثالث كون المال له و لا بينة له لا يقضي بالتشليث علي كل حال، و لا فرق بين الصورتين لو لا النص الذي سيأتي عند ذكر الاحتمال الثالث و الرابع.

و أما الاحتمال الثالث: و هو البناء علي حلف أحدهما و تعيين الحالف بالقرعة

ففيما إذا لم يكن لأحد من المتخاصمين بينة شرعية لا محل للرجوع إلي اليمين علي ما ظهر وجهه مكررا فيما أسلفناه، و يكون القضاء علي التنصيف لميزانية القضاء بالنصف في مثله.

و أما إذا كان لكل واحد منهما البينة و لا يد لأحدهما علي المال علي الفرض فلو لا النص و إن كان الحكم هو القضاء بالنصف أيضا، لكن يستدل للبناء علي يمين أحدهما و تعيين الحالف بالقرعة بمثل صحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام

في شاهدين شهدا علي أمر واحد، و جاء آخران فشهدا

علي غير الذي شهدا عليه و اختلفوا قال: يقرع بينهم فأيهم قرع عليه اليمين و هو أولي بالقضاء.

لا- يقال: إن اليمين المذكور فيه ظاهر في اليمين الذي علي المدعي عليه، و عليه يلزم أن يكون التنازع بينهما علي نحو يكون كل منهما مدعيا و مدعي عليه بأن يكون المال تحت يدهما، حتي يكون توجيه اليمين إلي كل واحد منهما علي القاعدة، نعم يقتصر بمقتضي الحديث علي يمين أحدهما و تعيين الحالف بالقرعة.

فإنه يقال: إن ذلك خلاف الظاهر، فإنه يوجب حرمان الآخر من حقه، و إسقاط دعواه علي صاحبه بدون يمينه و بقاء حقه في يده، و الظاهر أنه ميزان آخر للقضاء في موارد لا يشملها ميزان "البينة علي المدعي و اليمين علي المدعي عليه" و هو ما إذا أقام كل منهما البينة و لم يكن لأحدهما يد علي المال، و هذا الميزان هو حلف أحدهما و تعيين الحالف بالقرعة، و لو فرض كون مورد هذا الميزان أوسع و أشمل من ذلك فلا ريب لشموله له فالحكم القضاء بيمين من جاءت القرعة به، فإن نكل ترد اليمين إلي الآخر.

و يمكن أن يوجه ذلك بأن ميزانية اليمين لفصل الخصومات و القضاء يقتضي الحكم باليمين بعد سقوط البينتين عن الميزانية بالتعارض، و هذه تحصل بيمين أحدهما، و حيث لا مرجح لأحدهما علي الآخر يقرع بينهما ليعلم أيهما يكون الحالف و بعد حلف من جاءت القرعة به يحكم له باليمين عملا بميزانية اليمين.

فإن قلت: لم لا يحلفان جميعا، فإن حلفا يجعل المال بينهما نصفين أو يعمل بالقرعة.

قلت: لازم ذلك رفع اليد عن ميزانية اليمين و الأخذ بما ميزانيته بعد ميزانية اليمين و هو القرعة، أو قاعدة العدل و الإنصاف، و أما البناء علي تعيين الحالف بالقرعة الذي معناه جعل من يجي ء القرعة به منكرا فالحكم بيمينه يكون من الحكم بالإيمان، وبالجمله يكفي في الحكم باليمين يمين واحد منهما، و يعين ذلك بالقرعة، بخلاف ما إذا حلفا جميعا و حكمنا بالقرعة أو بقاعدة النصف، فإنه ليس حكما باليمين، بل حكم بالقرعة.

و علي كل حال فالنصوص المعتمدة تدل علي البناء علي الحلف و تعيين الحالف بالقرعة، فالعمل يجب أن يكون علي تلك النصوص، و لا يعارضها خبر إسحاق بن عمار الذي سنذكره في وجه الاحتمال الرابع لصحة تلك النصوص و أقوائيتها بحسب السند و الشهرة الروائية.

إن قلت: فقولوا مثل ذلك في الصورة الأولى التي ليس لأحدهما البيئة أيضا لإمكان القضاء بينهما باليمين و تعيين الحالف بالقرعة، فلا يجوز الخروج عن قوله صلي الله عليه و آله

إنما أقضي بينكم بالبينات و الإيمان

و عما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام

أحكام المسلمين علي ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنة ماضية من أئمة الهدى.

قلت: لا بأس بذلك لو لم يثبت تسالم الأصحاب فيه علي الحكم بالتنصيف، فنقول به و نقيد بمثل رواية داود إطلاق روايات غياث و تميم و ابن المغيرة.

فعلي هذا يستقر النظر في مسألتنا هذه بصورتها علي الحكم بحلف أحدهما و تعيين الحالف بالقرعة، سواء كانت لهما البيئة المتعارضة ببيئة الآخر أو لم يكن لأحدهما البيئة. و علي ذلك ينحصر مورد العمل بقاعدة العدل و الإنصاف

بمثل مورد صحيح أبي بصير مما لا يمكن فيه الحكم بالبينات و الأيمان، و يعمل بالقرعة في غير ذلك مما لا يمكن فيه إجراء قاعدة العدل و الإنصاف، أو ورد النص فيه بالخصوص بالعمل بالقرعة.

و أما الاحتمال الرابع، و هو البناء علي التحالف فإن حلفا جميعا يقسم المال بينهما بالسوية

سواء كان التداعي بين اثنين أو أكثر، و إن حلف أحدهما و نكل الآخر يقضي للذي حلف فمستنده خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام

إن رجلين اختصما إلي أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما و أقام كل واحد منهما البينة أنها نتجت عنده فأحلفهما علي عليه السلام فحلف أحدهما و أبي الآخر أن يحلف فقضي بها للحالف ف قيل له: و لو لم تكن في يد واحد منهما و أقاما البينة، فقال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين، قيل: فإن كانت في يد أحدهما و أقاما جميعا البينة؟ قال: أقضي بها للحالف الذي هي في يده.

و الظاهر في الصورة الأولى أيضا أن الحكم بحسب هذا الخبر جعل المال بينهما نصفين اعتناء بحلفهما كما في الصورة الثانية، بل يمكن أن يكون قوله: " فإن حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين " حكم الصورتين، كما أن الظاهر عدم الفرق بين صورة وجود البينة لهما و عدمها لإلغاء تلك الخصوصية عرفا أولا، و ثانيا لإمكان فصل الخصومة بالحلف فيجب أن يقضي به.

و هذا الاحتمال أيضا و إن كان يساعده الاعتبار و يقتضيه القضاء بالبينات و الأيمان إلا أنه معارض لاحتمال الثالث الذي دل عليه الروايات الصحيحة التي هي أقوى من خبر إسحاق بن عمار سنداً و شهرة، فالعمل يكون عليها،

ويمكن استفادة تخير القاضي بين الحكم بهما حملا- للظاهر علي الأ-ظهر لظهور كل منهما لفظا علي جواز الحكم به دون نفي جواز الحكم بالآخر، فإن دلالة علي ذلك إنما يكون بالسكوت في مقام البيان فتأمل.

و أما الاحتمال الخامس: وهو الحكم بالتحالف و القرعة إن حلفا جميعا فلا أري مستندا له

مضافا إلي أن الحكم بالتحالف إنما يكون للحكم لهما بكون النصف لكل واحد منهما، و الرجوع إلي القرعة بعد حلف الجميع رد للحلف، و يلزم منه لغوية الحكم به، و إن قيل بأن الحكم ليس التحالف بل حلف واحد منهما، فالرجوع إلي القرعة يجب أن يكون لتعيين الحالف بعد حضور كل واحد منهما للحلف فلا محل للرجوع إلي القرعة بعد حلفهما أصلا.

و أما الاحتمال السادس: وهو التفصيل بينما إذا لم تكن لأحدهما بينة شرعية و بين صورة معارضة بينة كل واحد منهما بينة الآخر

إشارة

ففي الصورة الأولي يقضي به بينهما نصفين و في الصورة الثانية يبني إما علي الحلف و تعيين الحالف بالقرعة أو علي التحالف، فقد ظهر أيضا بما ذكرناه في وجه الاحتمال الثالث ضعفه، و إن حكم الصورتين واحد.

هذا ما تيسر لنا من الكلام حول هذه المسألة و الاحتمالات الستة المذكورة مع عدم المجال و تشتت البال و الله هو المستعان. و قد ظهر منه أن أقوى الاحتمالات فيها هو الاحتمال الثالث، و يليه الرابع بحمل ما يدل عليهما علي تخيير القاضي في القضاء بأيهما شاء، و حيث إن الروايات الواردة في الاحتمال الثالث أكثر و أشهر فالعمل بها أولي و أحوط، لا ينبغي العدول عنها.

قد ظهر لك من مطاوي ما ذكرناه أنه لا فرق في القضاء بما ذكر بين ما إذا كان المال بيد المتداعيين أو لم يكن بيد واحد منهما، ولا بين أن تكون لهما البينة وبين أن لا تكون لواحد منهما البينة، فمقتضى الأحاديث المذكورة والجمع بينها وكون فصل الخصومات بالبينات والأيمان وعدم اختصاص ذلك بكون أحد طرفي الخصام مدعيا والآخر مدعي عليه هو القضاء في جميع هذه الصور بالحلف، وتعيين الحالف بالقرعة.

نعم يمكن أن يقال فيما إذا كان المال بيدهما جميعا أن العرف حاكم بكون المال تحت يدهما بالمناصفة، وأن لكل منهما نصفه لكونه تحت يده، فكل منهما مدع للآخر ما تحت يده، ومحكوم بملكيته بحسب اليد وهو منكر له، فدعوي كل منهما وإن كانت دعوي ملكية كل المال إلا أنه بالنسبة إلي النصف الذي تحت يده ومحكوم بملكيته ليس مدعيا للآخر، ولا يطالبه منه فيرجع دعواه إلي النصف الآخر الذي هو تحت يد الآخر، فكل منهما منكر دعوي الآخر، وإذا حلفا جميعا لقاعدة "البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه" تسقط دعواهما علي الآخر ويبقى المال بينهما بالتصيف، وليس هذا من باب تعارض اليمينين، والحكم بتساقطهما بل حكم بسقوط دعوي المدعي بيمين المنكر فتأمل.

وكيف كان نحن لا نري اختصاص الحكم بالبينات والأيمان علي مورد كان المال بيد أحد وطلب الآخر منه تسليمه ورفع يده عنه حتي يكون الثاني الطالب هو المدعي والمطلوب منه مدعي عليه، بل يعم ما نحن فيه والله هو العالم.

كما قد ظهر لك عدم جواز الحكم في مسألتنا بما سمي بقاعدة العدل و الإنصاف، وبقاعدة القرعة إلا لأجل تعيين الحالف، وهي في هذه الصورة ليست طريقاً إلي المعين الواقعي المجهول في الظاهر، بل مؤداها تعيين الحلف المجعول علي واحد منهما مبهما بالقرعة. و صلي الله علي محمد و آله الطاهرين و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

ص: 52

الرسالة الثالثة في المال المعلوم معين بين شخصين أو أشخاص معلومين محصورين

إشارة

ص: 53

مسألة: إذا علم بكون مال معلوم العين و المقدار لواحد من اثنين معلومين

أو لأشخاص معلومين محصورين، و كان نسبة كلهم إلي هذا المال سواء، بحيث لا يعرف أحد منهم من له الحق بشخصه، فلا يدري غير أن المال إما له أو لصاحبه فتارة يكون بينهما الاختلاف في حكم القضية فيرفعان الأمر إلي الحاكم ليحكم بينهما، و أخرى يكون المهم لهما أن يعلما حكم الشارع المقدس في المسألة، فلا تخاصم بينهما لا في الموضوع فإنه مبين عندهما و لا في الحكم لجهلهما به فليس عند كل منهما إلا احتمال كون المال له و إنه ليس لغيرهما.

و لا ريب أنه لا تأثير للعلم الإجمالي هنا حتي يجب بمقتضاه علي كل واحد منهما الاحتياط بالاجتناب عن التصرف فيه مثلا: إذا علم أن أحد الإناءين نجس، أو أحد المالين مغصوب يجب عليه الاجتناب من كليهما لأن النجس أو المغصوب لو كان في أي الطرفين يجب الاجتناب عنه، و بعبارة أخرى يجب الاجتناب عما هو النجس أو المغصوب في البين.

و هذا بخلاف ما لو علم إجمالا أن هذا المال ملك له أو لغيره، فإنه لا يحرم التصرف فيه مطلقا، أي سواء كان له أو لغيره فلا يمكن أن يتعلق الأمر بالاجتناب عما هو الحرام في البين.

و علي هذا يمكن أن يقال بعدم حرمة التصرف فيه تكليفا لقوله عليه السلام

كل شيء لك حلال حتي تعرف الحرام بعينه

، فلو أكله أو تصرف فيه بأمر آخر لم يرتكب حراما، كما لا يحكم بضمانه، لأن الحكم به في الظاهر يدور مدار إثبات وضع اليد علي مال الغير أو إتلافه.

اللهم إلا إذا بنينا علي أصالة الحظر في الأموال، و معها لا يجوز التصرف فيه تكليفاً، و أما ضمانه فهو تابع لحصول أسبابه واقعا و الحكم به يدور مدار إحرازها و إثباتها ظاهرا.

نعم لا يجوز بعض التصرفات مثل البيع و الإجارة وضعا لأنه مقتضي القول بأصالة الفساد في المعاملات باستصحاب بقاء المال في ملك مالكه و عدم نقله إلي المشتري.

و أما بحسب الأدلة فيمكن أن يستدل بتوزيع المال بين الأفراد الذين هم أطراف الشبهة، أولا بأن ذلك حكم بالعدل المأمور به في قوله تعالى
وَ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ فالعدل توزيع المال بينهم.

لا يقال: إن الواجب هو الحكم بالحق و هذا ليس منه بل حكم بغير الحق.

فإنه يقال: الواجب علي الحاكم هو الحكم علي طبق الموازين الشرعية و هو الحكم بالعدل، و أما الحكم بالواقع و بما هو الحق في الواقع، فلا يتأتى إلا ممن كان عالما بالواقعيات بإذن الله تعالى.

و الظاهر أن الله تعالى لم يأذن لهم بالقضاء بعلومهم الدنية الموهوبة إليهم منه إلا لداود علي نبينا و آله و عليه السلام، فقال الله تعالى يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ و إلا لمولانا و مولى الكونين الإمام المهدي أرواح العالمين له الفداء حسبما جاء في بعض الروايات، هذا مضافا إلي أنه يستفاد من الأخبار أن الحكم علي طبق الموازين، سواء أصاب الواقع أم لم يصب حكم بالحق.

لا- يقال: إن الحاكم علي طبق الموازين معتمدا عليها له العلم العادي أو الظن المعتبر بالواقع، و أين ذلك مما نحن فيه، فإن الذي يحكم بالتنصيف عالم بعدم إصابة حكمه إلي الواقع لا محالة.

فإنه يقال: نعم ولكن العدل والنصف يقتضي ذلك والحكم به مأمور به.

فإن قلت: لما ذا لا يحكم بالقرعة التي بالحكم بها يحصل الظن بإصابة الواقع.

قلت: إن القدر المتيقن من الحكم بالقرعة هو الموارد المشككة التي ليس عند العرف طريق لرفع الإشكال، والحكم بالتنصيف رافع للإشكال يحصل به رضا الطرفين لا يعترض عليه أحد، بخلاف القرعة فإنها مع إمكان الحكم بالتنصيف لا يرجع إليها العرف، وقد مضى بعض الكلام في ذلك في المسألة السابقة.

وثانيا بروايات أسدها وأتمها سنداً ودلالة هي رواية أبي بصير التي رواها الكليني والشيخ، رضوان الله عليهما بإسنادهما عن الحسن بن محبوب، عن ابن رثاب، عن أبي بصير قال

سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج أربع نسوة في عقد واحد [أو قال: في مجلس واحد] ومهرهن مختلفة قال: جائز له ولهن، قلت: أرايت إن هو خرج إلي بعض البلدان فطلق واحدة من الأربع، وأشهد علي طلاقها قوماً من أهل تلك البلاد، وهم لا يعرفون المرأة، ثم تزوج امرأة من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عدة تلك المطلقة ثم مات بعد، فأدخل بها كيف يقسم ميراثه؟ فقال: إن كان له ولد فإن للمرأة التي تزوجها أخيراً من أهل تلك البلاد ربع ثمن ما ترك، وإن عرفت التي طلقت من الأربع بعينها ونسبها فلا شيء لها من الميراث و (ليس) عليها العدة قال: ويقتسمن الثلاثة النسوة ثلاثة أرباع ثمن ما ترك

وعليهن العدة، وإن لم تعرف التي طلقت من الأربع (قسمن النسوة) ثلاثة أرباع ثمن ما ترك بينهن جميعاً وعليهن جميعاً العدة.

وجه الاستدلال بها تساوي نسبة الأربع نسوة إلي ثلاثة أرباع ثمن ما ترك، فيقسم بينهن أرباعاً عملاً بالرواية والعدل والإنصاف، ولذا يتعدي عن مورده كما في الجواهر إلي ما لو اشتبهت المطلقة في اثنتين أو ثلاثة خاصة أو في

جملة الخمس، أو كان للمطلق دون الأربع، فطلق واحدة و تزوج بأخري، و حصل الاشتباه بواحدة أو أكثر أو لم يتزوج فاشتبهت المطلقات بالباقيات أو بعضهن، أو طلق أزيد من واحدة و تزوج كذلك حتي لو طلق الأربع و تزوج الأربع اشتباها أو فسخ نكاح واحدة لعيب أو غيره، و تزوج غيرها أو لم يتزوج. فالأقتصار علي مورد النص، و الإشكال في التعدية المذكورة كما حكي عن القواعد جمود بظاهر اللفظ لا يقبله العرف، لعدم احتمال وجود خصوصية للمورد غير ما ذكر أصلا.

و لعله كان من ذلك حصول الشركة بامتزاج أحد المالين بالآخر حيث لا تميز لأحدهما من الآخر، فإن الامتزاج الرافع للتميز صار سببا لتساوي نسبة الشركاء إلي كل واحد من حبات الحنطة أو الشعير مثلا، وقد اتفقت كلماتهم علي حصول الشركة، و ادعي دلالة الروايات عليه، و ذلك ليس إلا لتساوي النسبة و اقتضاء العدل و الإنصاف ذلك.

إلا أنه يمكن أن يقال: إن بين المثالين فرقا ظاهرا، ففي المثال الأول يعلم إجمالا أن واحدة من النسوة الأربع ليس لها من ثلاثة أرباع الثمن شيء، و مع ذلك يؤخذ مما لهن و يعطي التي ليست لها من الثمن شيء، و في المثال الثاني ما يعطي من أحدهما الآخر يعطي عوضه منه، فلا ينقص من حق أحدهم شيء، فالحكم بالشركة إعطاء كل ذي حق حقه بخلاف المثال الأول، فإن الحكم بالتوزيع بين النسوة يكون بقاعدة العدل و الإنصاف.

و لكن يجاب عن ذلك بأن مثل هذا الفرق ليس بفارق بين هذه الأمثلة في حكم العرف في كل مورد بالعدل و الإنصاف ففي كل هذه الأمثلة عندما

يعرض علي العرف حكمه من سنخ واحد، ليس عند أحد حكم أعدل منه، كما أن الحكم في موارد القرعة أيضا بالقرعة الذي قرره الشارع هو الحكم بالعدل عند العرف.

وعلي كل حال فرواية أبي بصير هي الحجة للحكم بالتوزيع في مسألتنا، فكما أنه يحكم بتوزيع ثلاثة أرباع ثمن ما ترك الزوج في المثال المذكور في الرواية بين النسوة الأربع يحكم بتوزيع المال المعلوم كونه من واحد من الاثنين أو الثلاث أو الأربع بين الاثنين أو الثلاث أو الأربع. هذا وربما يستدل للحكم بالتوزيع المذكور برواية السكوني عن مولانا أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عن علي عليهم السلام

في رجل استودع رجلا دينارين واستودعه آخر دينارا فضاع دينار منها فقضي لصاحب الدينارين دينارا و يقتسمان الدينار الثاني بينهما نصفين.

وقد ادعي عمل الأصحاب بها و جبر ضعف سندها بالسكوني إن قيل بضعفه به (1) إلا أن الكلام في أنه هل يستفاد منها قاعدة كلية يعمل بها في سائر الموارد التي ترددت ملكية المال بين أشخاص كانت نسبهم إلي المال سواء بإلغاء الخصوصية و تنقيح المناط القطعي بدعوي أن العدل و الإنصاف يقتضي هذا الحكم، و العقل يأبي اختصاص مثل هذا الحكم بخصوص مورد، فمفهومه مع.

ص: 58

1- قال السيد الداماد ص 57 ذلك (أي ضعف السكوني) غلط من مشهورات الأغاليط، و الصحيح أن الرجل ثقة، و قال في ص 58: لم يبلغني من أئمة التوثيق و التوهين في الرجال رمي السكوني بالضعف و قد نقلوا إجماع الإمامية علي تصديق ثقة العمل بروايته، فإذن مروياته ليست ضعفا، بل هي من الموثقات المعمول بها و الطعن فيها بالضعف من ضعف التميز و قصور التبع.

بالموافقة بل في بعض الموارد بالأولية هو القاعدة الكلية، وليست هي إلا قاعدة العدل والإنصاف.

ولكن في دلالة هذه الرواية علي القاعدة وعدم اختصاص الحكم بمضمونه بمورده تأمل، وذلك لأن الحديث إن كان واردا لحكم مورد كان دينار صاحب دينار واحد مشخصا مميزا من ديناري الآخر، والاشتباه حصل بعد ضياع دينار من الدينارين الثلاثة، فالحكم بالعدل والإنصاف يقتضي أن يكون لصاحب دينار واحد ثلثي دينار من الدينارين الباقيين، ولصاحب الدينارين ثلثه، وذلك لكون احتمال الضائع من مال صاحب الدينارين ضعف احتمال كونه من صاحب الواحد، ويوضح هذا إن فرض أن يكون لصاحب الدينارين ثلاثة دنانير وأكثر إلي ألف وأزيد، وكان للآخر دينار واحد، وضاع دينار من الجميع، فهل العدل والإنصاف يقتضي أن يكون لصاحب الألف تسعمائة وتسع وتسعون ثم ينصف الدينار الباقي بينه وبين صاحب الدينار الواحد مع كون نسبة احتمال أن الضائع من صاحب الواحد بالنسبة إلي كونه من صاحب الألف نسبة الواحد إلي الألف، فكلما زادت دنانير صاحب الأكثر يقوي احتمال كون التالف منه بنسبة دنانيره، ويضعف احتمال كونه من صاحب الواحد، فالعدل والإنصاف يقتضي أن يكون لصاحب الواحد من دينار واحد بنسبة احتمال كون الضائع من مال الآخر.

وإن كان الحديث واردا لمورد اشتباه الدنانير قبل ضياع الدينار الضائع، فالحكم فيه بالعدل والإنصاف حصول الشركة القهرية في الدنانير الثلاثة بين صاحب الدينارين وصاحب الواحد، فيكون لصاحب الدينارين من كل واحد من الدنانير الثلاثة ثلثاه ولصاحب الواحد ثلثه، وبعد ضياع دينار من الدنانير

يبقي لصاحب الدينارين من كل واحد من الدينارين الباقيين ثلثاه و لصاحب الواحد الثلث من كل واحد منهما، فإذا تلف مائتان من ألف كان مثلاً ثمانمائة منه لشخص و مائتان منه لشخص آخر بالإشاعة فالعدل و الإنصاف يقتضي أن يكون من الباقي بالإشاعة لصاحب المائتين مائة و ستون، و لصاحب الثمانمائة ستمائة و أربعون، و القول بأن لصاحب الثمانمائة ستمائة، ثم يقسم المائتان بينهما بالتصنيف خلاف العدل و الإنصاف.

فالإنصاف أن هذه الرواية لا تصلح لأن تكون دليلاً لهذه القاعدة، بل قد ظهر لك أن نسبة الرجلين ليست إلي المال سواء حتي يحكم بينهما بالتصنيف، فالحكم فيها بالتصنيف إما أن يحمل علي التعبد أو بعض محامل صحيحة أخرى، أو يرد علمه إلي أهله.

ويمكن أن يقال في توجيه الحكم بالتصنيف: إن احتمال أن يكون الضائع لصاحب الدينارين و إن كان ضعف احتمال أن يكون لصاحب الواحد، إلا أن مقتضي العلم الإجمالي بكون الضائع إما كان من مال صاحب الدينارين أو من الآخر، أو العلم الإجمالي بكون الدينارين الباقيين إما يكونان لصاحب الدينارين أو يكون أحدهما لصاحب الدينار، كون الدينارين بينهما نصفين.

فالعمل يكون علي مقتضي العلم الإجمالي لا علي مقتضي الاحتمالات، و كيف كان فلا يتعدي إلي غيره.

و مما استند عليه لإثبات القاعدة المسماة بقاعدة العدل و الإنصاف ثم الحكم بها في مسألتنا بتوزيع المال بين الشخصين أو الأشخاص المعلوم كون المال لواحد منهم: خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام الذي رواه المشايخ الثلاثة، و حكي عن الشيخ رحمه الله تعالى العمل به

في الرجل

ص: 60

يبضعه الرجل بثلاثين درهما في ثوب، و آخر عشرين درهما في ثوب فبعث بالثوبين فلم يعرف هذا ثوبه و هذا ثوبه؟ قال عليه السلام: يباع الثوبان فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن و الآخر خمسي الثمن، قلت: فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيهما شئت قال: قد أنصفه.

و الظاهر أن الحكم المذكور في الرواية إنما يستقيم و يكون علي طبق العدل و الإنصاف إذا بنينا علي كون نسبة قيمة كل من الثوبين إلي الآخر في حال كونهما متميزين عين نسبة ثمن كل منهما إلي الآخر، ثم بقاء هذه القيمة لهما في حال صيرورتهما مشتبهين أيضا بحيث كان شراؤهما بأي ثمن بملاحظة كون قيمة أحدهما ثلاثة أخماس قيمتهما و الآخر خمسي قيمتهما.

فلا فرق بين الحالتين في القيمة، و ما يقع من الثمن عوضا من كل من الثوبين إلا أنهما في الحال الأول متميزان عن الآخر، و في الحال الثاني صارا مشتبهين، فالحكم بالعدل بشركة كل منهما في الثوبين بهذه النسبة، و حيث لا يمكن إفراز الثوبين بهذه النسبة إلا ببعض الصور التي لا يرغب فيها فالحكم هو بيع الثوبين و تقسيم الثمن بينهما بالنسبة المذكورة. و هذا الحكم موافق للعدل و الإنصاف، و إنما حكم بذلك لأن الظاهر إن تفاوت ثمنيهما إنما كان بملاحظة تفاوت قيمتهما.

و الحاصل أنه لا ريب أن الحكم علي هذا موافق للعدل و الإنصاف فلا يشمل الخبر غير هذه الصورة، كما إذا نقص قيمة الثوب الذي كان أغلي و صارت قيمتهما بسبب الاشتباه متساويتين و تغيرت النسبة بغير ذلك، فالحكم بالعدل و الإنصاف يكون علي نحو آخر.

وبالجملة فيجب بدلالة هذا الحديث في غير هذه الصورة أيضا الحكم بالعدل والإنصاف، لأنه لا خصوصية لهذا المورد في الحكم به، نعم يختلف الحكم بحسب الموارد كما لا يخفي.

لا- يقال: إن هذا ليس من قاعدة العدل والإنصاف، وإنما هو إعطاء كل ذي حق حقه، والحكم بالعدل والإنصاف إنما يكون في مورد اشتباه المالك في الشخصين مثل مورد رواية أبي بصير والسكوني، أو اشتباه المالكين علي نحو لا يمكن تشخيص أن أيا منهما لأي المالكين.

فإنه يقال: لا فرق في ذلك بعد ما يري العرف الحكم في الكل موافقا للعدل والإنصاف، فالعدل والإنصاف يقتضي في اشتباه المالكين باستخراج ما لكل منهما بالمحاسبات الدقيقة كما يقتضي توزيع المال في مورد اشتباه المالك بشخصين أو أشخاص والحكم بالشركة في اشتباه المالكين.

ولكن الإنصاف أن الفرض خارج عن قاعدة العدل والإنصاف، فلو كان الخبر ناظرا إلي الفرض يكون صادرا علي طبق القواعد الأصلية القاضية بإعطاء كل ذي حق حقه، ولا ارتباط له بمسألتنا.

نعم لو فرض كون الخبر ناظرا إلي صورة الجهل بقيمة الثوبين وعدم إمكان بيع كل منهما منفردين، فالحكم هو بيعهما وإعطاء كل منهما من ثمنيهما بنسبة ما أديا ثمننا لكل منهما، ولكن هذا فرض نادر جدا، وأما إذا كانت قيمتهما معلومة وكانت نسبتها إلي الأخرى متساوية فالحكم شركتهما في الثوبين بالنسبة، أو كون أحدهما لواحد منهما والآخر للآخر، وإذا اختلف نسبة قيمتهما فالثوب الذي قيمته الأكثر لمن أدي الثمن الأكثر، والآخر للآخر، وهذا موافق للعدل والإنصاف.

وعلي كل، تعيين المراد من الخبر في غاية الإشكال، والاستناد به لقاعدة العدل والإنصاف أشكل، فنبقى نحن ورواية أبي بصير بإلغاء الخصوصية بين الموارد كما نبه عليه في الجواهر وعدم الفرق بين اشتباه المالكين وهو منطوق الرواية وبين اشتباه المالكين.

فإن قلت: مثل رواية أبي بصير معارض بأخبار القرعة المتواترة الدالة على أن منزلتها منزلة الأمانة وإنها الطريق لمعرفة الواقع والوصول إليه تصيب ولا تخطئ، و معها كيف يوجه العمل بما ليس له شأنية الطريق ولا نظر له إلى رفع الشك والوصول إلى الواقع بل العمل به موجب للقطع بمخالفة الواقع في الجملة.

قلت: قد عرفت أنه ليس طريقية القرعة كطريقية سائر الطرق العرفية الظنية، مثل خبر العادل والبيئة وظواهر الألفاظ التي نزلها الشارع منزلة القطع بالواقع بل هي كما يستفاد من الأخبار تصيب ولا تخطئ بعناية الله تعالى ورعايته في موارد خاصة عينها الشارع، وليس منها ما ارتفع إعضاله وإشكاله، بل وجهالته بحكم الشارع، وإن كان ذلك تعبدا وبحسب الظاهر، فمثله خارج عن تحت أدلة القرعة تخصيصا أو تخصصا.

والذي يظهر من أخبار القرعة أنه يعمل بها في كل مورد لا يرتفع الشجر الناشي من الإعضال والإشكال والجهالة عملا إلا به، وفي غير ذلك لا يعمل بها إلا بالدليل الخاص.

ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان الأمر الذي صار موردا للإعضال والإشكال غير معين في الواقع أو كان معينا في الواقع مجهولا في الظاهر، ومن ذلك ما إذا سقط بيت علي قوم وبقي منهم صبيان أحدهما حر والآخر مملوك، فإنه يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر فيعتق الثاني ويجعل مولي له، وأما إذا سقط بيت علي أهل بيتين وبقي منهما صبيان حران كل واحد منهما من أهل بيت ولا

يعرف أي منهما من أي أهل بيت، فالعمل فيه علي قاعدة العدل و الإنصاف سواء كان الوارث منحصرًا بهما أم غير منحصر. وكذا إذا سقط بيت علي أهل بيتين وبقي صبي منهما لا يعرف أنه من أي البيتين فالعمل أيضا علي طبق القاعدة، فإذا لم يكن معه أحد من الطبقة الأولى من أي البيتين كان فتركة كل من البيتين تنصف بين الصبي و من يكون في الطبقة الثانية.

و من الموارد التي يعمل فيها بالقرعة، الوصية بعق ثلث ممالিকে.

ومنها: ما إذا قال شخص: أول مملوك أملكه فهو حر، و منها غير ذلك. و لا يخفي عليك أن القرعة تارة يعمل بها لفصل الخصومات فهي لا تقع إلا بحكم القاضي الشرعي، و لعل قوله عليه السلام

القرعة لا تكون إلا للإمام

راجع إلي هذا القسم، فالإمام عليه السلام و المنصوب من قبله خاصا أو عاما يعمل بها لقطع الدعاوي و المرافعات.

و تارة تكون لرفع الشبهة التي حصلت لشخص واحد أو للاثنين أو الأكثر، مثل بعض الأمثلة في الروايات التي اشتبهت الأمر عليهم، سواء كان الأمر معينا في الواقع مشتبهًا في الظاهر، أو كان مبهما غير معين في الواقع، فلا ريب في جواز العمل بها إذا تراضيا عليها، و إن لم تقع عند الحاكم، و لكن هل يجب العمل بها و لا يجوز العدول عنها، ثم هل للحاكم أن يحكم بها إذا ثبتت عنده أو وقعت بحضوره أو بأمره؟ ظاهر الأخبار وجوب العمل بها مطلقا و وجوب حكم الحاكم بها إذا طلبها واحد من الذين اشتبه عليهم الأمر و الله هو العالم.

هذا و لا يخفي عليك أن الحكم بالرجوع إلي القرعة في الأخبار في بعض مواردنا أيضا ينطبق علي قاعدة العدل و الإنصاف، كما في بعض الوصايا المبهمة كالوصية بعق عشرين من ستين عبده.

وبما ذكرنا ظهر لك مورد القاعدة المسماة بقاعدة العدل والإنصاف ومورد قاعدة القرعة، وأنهما لا تتعارضان، كما قد ظهر لك وجه كون الأول مع أنه بمنزلة الأصل مقدما علي الثاني الذي هو بمنزلة الأمانة بل أقوي منها.

و ظهر لك حكم مسألتنا التي عنونا بها البحث وأنها من صغريات قاعدة العدل والإنصاف. والله العالم.

و الصلاة والسلام علي سيدنا أبي القاسم محمد وآله الطاهرين واللعن علي أعدائهم أجمعين.

و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

جددنا النظر في المسألتين في المشهد المقدس الرضوي علي صاحبه سلام الله وأزكي تحياته في رجب الحرام 1400.

ثم جددنا النظر فيهما في محرم الحرام 1416 وأنا أقل من أناخ مطيته بفناء شيعة أهل البيت عليهم السلام لطف الله الصافي حشره الله مع أوليائه المعصومين صلوات الله عليهم أجمعين.

ص: 65

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: 9

عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباه اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزي 03134490125
هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722
قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصحان
الغمامي



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايضاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

