

تأملاتی فقهی در قاعده‌انگاری «عدل و انصاف»

صالح منتظری^۱، محمدمهدی زارعی^۲، محمد محسنی دهکلانی^{۳*}

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

۳. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

(تاریخ دریافت: ۹۵/۱۰/۱۸؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۲/۷)

چکیده

در تقسیم اموال یا حقوق میان فقیهان از قاعده‌ای فقهی با نام «قاعده عدل و انصاف» نام برده شده است. به استناد این قاعده فقها می‌گویند: هرگاه مال یا حقی میان دو شخص یا بیشتر مردد بوده و هیچ‌یک از طرفین بینه‌ای نداشته باشند یا آنکه بینه‌ها با هم معارض باشند و اماره‌ای بر اختصاص مال یا حق به شخص خاصی در میان نباشد، بر اساس قاعده عدل و انصاف حکم به تقسیم بالسویه اموال یا حقوق بین اشخاص می‌شود. صاحبان این قلم پس از بررسی مستندات قاعده و با تأمل در مدلول و مفاد آن، معتقدند: «عدل و انصاف» ذیل قاعده‌ای فقهی و به‌عنوان مستند فتاوی شرعی، فاقد وجهت است و ادله را یارای تأمین آن نیست. این مقاله در راستای مختار موصوف و با هدف دفاع از موضع نگارندگان سامان یافته است.

واژگان کلیدی

انصاف، عدل، قاعده‌انگاری، قواعد فقهی، نقد و بررسی.

طرح مسئله

عدل و انصاف به‌عنوان قاعده‌ای فقهی با موضوع تقسیم اموال یا حقوق از سوی برخی فقیهان مطرح شده است. بیشتر فقیهان این قاعده را غالباً ذیل تعارض بین آورده و آن را در شمار قواعد قضایی - مالی دانسته‌اند. لذا فقه‌پژوهان در ثغور قاعده عدل و انصاف آورده‌اند: «قاعده عدل و انصاف قاعده‌ای فقهی است و مورد آن جایی است که اولاً نزاع مالی در کار باشد؛ ثانیاً مدعی و منکر از حیث ادله اثباتی کاملاً مشابه باشند مانند نزاعی که هر دو اقامه بینه می‌کنند و هر دو قسم می‌خورند. در چنین فرضی، مال محل نزاع میان آنان تنصیف می‌شود» (علی اکبریان، ۱۳۸۶: ۳۸).

بنابراین مراد از قاعده عدل و انصاف، توزیع بالسویه است. پس در جایی که حقوق و اموال بین دو نفر مردد است، تنصیف صورت می‌گیرد و در جایی که بین سه نفر مردد باشد، تثلیث صورت می‌گیرد. با این همه در حجیت این قاعده بین فقها اختلاف است (ایروانی، ۱۴۲۷: ۳۶).

ما در این نوشتار در پی پاسخگویی به این سؤال هستیم که عدل و انصاف به‌مثابه یک قاعده فقهی مستظهر به ادله است و ادله را یارای تأمین مفاد آن خواهد بود یا خیر؟

پیشینه قاعده‌انگاری عدل و انصاف

موضع فقها در رابطه با قاعده مذکور به سه دسته تقسیم می‌شود:

۱. بسیاری از ایشان متعرض قاعده عدل و انصاف نشدند و وفق یا خلاف آن سخنی به میان نیاورده‌اند. اگرچه بعضاً حتی به مفاد و مدلول آن فتوا داده‌اند.^۱

۱. شیخ طوسی، (۱۴۰۷: ج ۵: ۱۲۶ و ۱۲۶؛ ج ۶: ۳۲۹)؛ ابن‌ادریس حلی (۱۴۱۰: ۶۵۷)؛ محقق، (حلی، ۱۴۱۸: ۱۵۸ و ۱۶۴)؛ فاضل آبی (۱۴۱۷: ۵۳ و ۷۶)؛ علامه (حلی، ۱۴۱۲: ۲۰۲؛ بی‌تا: ۱۴؛ ۱۴۱۳: ۳۰۸ و ۳۸۴) شهید ثانی (۱۴۱۳: ج ۴: ۲۹۷؛ ج ۵: ۳۵۲؛ ج ۶: ۲۳۱) و سید محمدکاظم یزدی (۱۴۰۹: ۳۸۱ و ۳۸۲) از جمله فقیهانی هستند که ذیل دسته نخست قرار می‌گیرند.

۲. فقهای که در لابه‌لای کتب خود متعرض عدل و انصاف شده و بعضاً وفق آن فتوا داده‌اند، لکن در مدارک خود تعبیر به قاعده عدل و انصاف نکردند و به قاعده‌انگاری آن نپرداختند. مطابق تتبع نگارندگان اولین کسی که به عدل و انصاف اشاره کرده، سید محمد عاملی در کتاب نه‌ایه المرام است (عاملی، ۱۴۱۱: ۴۲۰) بعد از وی شیخ یوسف بحرانی نیز دلیل استحباب مساوات را بین همسران در انفاق، حسن معاشرت، روابط زناشویی و طلاق، رعایت عدل و انصاف می‌داند (۱۴۰۵: ۶۰۹) علاوه بر این دو فقیه، می‌توان به چند تن دیگر همچون حاج آقا رضا همدانی در مصباح الفقیه (۱۴۱۶: ۳۱۱) مرحوم بحرالعلوم در بلغة الفقیه (۱۴۰۳: ۱۱۲) و آیت‌الله بروجردی در تقریرات ثلاث (۱۴۱۳: ۲۱۷) اشاره کرد.

۳. دسته سوم فقیهانی هستند که از عدل و انصاف به «قاعده عدل و انصاف» تعبیر کردند. این دسته خود به سه گروه منقسم می‌شوند.

۳. ۱. عده‌ای همچون صاحب جواهر (بی‌تا: ج ۲۶: ۲۲۴، ۲۲۵، ۲۲۶؛ ج ۴۱: ۱۱۵)^۱ آن را به‌عنوان قاعده‌ای فقهی پذیرفته و به استناد آن فتوا داده‌اند.

۳. ۲. برخی با وجود قاعده‌انگاری عدل و انصاف با خدشه در حجیت آن، از قبول قاعده اعراض کردند.^۲

۳. ۳. از عده‌ای همچون آیت‌الله خوئی و سید عبد‌الاعلی سبزواری نیز نظرات متفاوت و بعضاً متناقضی در مورد قاعده عدل و انصاف نقل و مشاهده می‌شود.^۳

۱. سید عبدالحسین لاری (۱۴۱۸: ۱۳۳)؛ محقق عراقی (بی‌تا: ۱۴۴ و ۱۴۶)؛ مرحوم کاشف‌الغطاء (۱۳۵۹: ۱۰۵ و ۱۰۶)؛ مرحوم سید علی بهبهانی (بی‌تا: ۴۵ و ۵۰ و ۵۱)؛ میرزا حسن بجنوردی (۱۴۱۹، ج ۲: ۷۳؛ ج ۳: ۹۴ و ۲۰۳؛ ج ۵: ۳۳ و ۳۵ و ۳۷)؛ سید محمد روحانی (۱۴۲۲: ۱۳۶، ۱۳۷، ۲۲۶)؛ سید محمد صدر (۱۴۲۰: ۴۱۰)؛ سید محمد شیرازی (۱۴۱۹: ۲۷، ۱۸۵، ۱۸۶، ۳۱۸)؛ آیت‌الله منتظری (۱۴۰۹: ۴۶۳)؛ آیت‌الله سیستانی (بی‌تا: ۳۲۵)؛ آیت‌الله سبحانی (۱۴۱۸: ۸۲ و ۸۵ و ۸۶) و آیت‌الله موسوی اردبیلی (۱۴۲۱: ۳۴۶؛ همان، ۱۴۲۳: ۵۳۲ و ۵۳۳) از دیگر فقیهانی هستند که در این زمره قرار می‌گیرند.

۲. آیات عظام آشتیانی (۱۳۶۹: ۳۵۸)؛ حکیم (۱۴۱۶: ۴۹۷)؛ میرزا جواد تبریزی (بی‌تا: ۶۱۴)؛ فاضل لنکرانی در بحث خمس (۱۴۲۳: ۲۳۲) و قاعده قرعه (کریمی، بی‌تا: ۷۷، ۷۹، ۱۱۶) و آیت‌الله خامنه‌ای (درس خارج فقه، ۱۳۹۲) از جمله مدافعان این نظریه‌اند.

۳. مثلاً آیت‌الله خوئی در کتاب الخمس (بی‌تا: ۱۴۶، ۱۴۷، ۱۵۱، ۲۵۴، ۲۵۵) کتاب الزکاه (۱۴۱۸: ۳۰۹ و ۳۱۰) و مبانی

دلایل قاعده

آیات

نقل آیات

آیاتی که در آن به رعایت قسط امر شده است (حجرات: ۹؛ مائده: ۴۲؛ حدید: ۲۵؛ اعراف: ۲۹) مرحوم طبرسی در مجمع‌البیان تصریح کرده که معنای قسط همان عدل است (طبرسی، ۱۳۷۲: ج ۹؛ ۱۹۸ و ۲۰۰؛ ج ۳: ۳۰۴). راغب نیز در معنای قسط چنین می‌گوید: «الْقِسْطُ هُوَ النَّصِيبُ بِالْعَدْلِ، كَالنَّصْفِ وَ النِّصْفَةُ... وَ الْإِقْسَاطُ: أَنْ يُعْطَى قِسْطُ غَيْرِهِ، وَ ذَلِكَ إِنْصَافٌ» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۶۷۰) ضمن آنکه آیاتی که در آن به رعایت عدل امر شده است نیز در همین زمره قرار دارند (نحل: ۹۰؛ نساء: ۵۸؛ شوری: ۱۵؛ مائده: ۸). برخی از فقها به آیات عدل استدلال کرده‌اند. (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۵۵؛ سیستانی، بی‌تا: ۳۲۵؛ ابروانی، ۱۴۲۷: ۳۶ و ۳۷؛ سیفی مازندرانی، بی‌تا: ۲۱۵ و ۲۱۶) تا جایی که برخی از ایشان (سیستانی، بی‌تا: ۳۲۵) اصل قاعده را به استناد آیات، امری پذیرفتنی می‌دانند.

نقد و بررسی

به نظر نگارندگان تمسک به آیات تمام نیست، زیرا؛

اولاً، آیات مورد ادعا در مقام بیان آن نیست که در مال مشتبه میان افراد، بر اساس عدل و انصاف بین آنها به تساوی تقسیم شود. این آیات صرفاً مبین اصل و قانون کلی اسلام یعنی رعایت عدالت و دستور اکید به آن است.

ثانیاً، با شک در اینکه آیا تقسیم مساوی مال یا حقوقی که مشتبه است از مصادیق

تکمله المنهاج (۱۳۹۱: ۳۶۶) متعرض این قاعده شده و آن را قاعده‌ای ناتمام و بی‌اساس می‌داند. حال آنکه ایشان در مصباح‌الأصول (۱۴۱۷: ۵۶۳ و ۵۶۴) و مصباح‌الفقاهه (بی‌تا: ۲۹۰ و ۲۹۱) آن را قاعده‌ای مقبول می‌دانند. آیت‌الله سید عبدالاعلی سبزواری نیز در موارد متعدد به قاعده عدل و انصاف استدلال کرده است (۱۴۱۳: ج ۴: ۱۱۰؛ ج ۷: ۳۶۷؛ ج ۱۱: ۱۵، ۱۶، ۲۲، ۷۵، ۸۲، ۱۲۲، ۱۲۹، ۱۴۱، ۳۸۰، ۴۱۴، ۴۴۶؛ ج ۱۳: ۲۴۷؛ ج ۱۴: ۳۰۵؛ ج ۱۷: ۱۵۸، ۱۶۰؛ ج ۱۸: ۱۸۳، ۱۸۴؛ ج ۲۰: ۳۹، ۲۶۴؛ ج ۲۱: ۱۱۱، ۳۴۴، ۳۴۶؛ ج ۲۷: ۲۲۰، ۲۲۱؛ ج ۲۸: ۲۶۲؛ ج ۲۹: ۱۴، ۱۶، ۳۲۵؛ ج ۳۰: ۲۱۶، ۲۵۵، ۲۵۹، ۳۲۲، ۲۶۲) لکن در جایی به این قاعده اشکال کرده است و می‌نویسد: «قاعده عدل و انصاف به نحو کلی ثابت نشده است» (همان: ۲۰، ۲۶۴).

عدالت است یا خیر، اثبات عدل بودن آن با استفاده از عموم آیات مذکور، مصداق تمسک به عام در شبهات مصداقیه است که در جای خود عدم جواز آن ثابت خواهد بود.

ثالثاً، بنا بر فرض اگر دلیل آیات صحیح باشد، نمی‌توان آیات را دلیل مستقلی از حکم عقل به‌شمار آورد و باید امر در آیات را ارشاد به حکم عقل دانست. زیرا عقل حکم می‌کند که تقسیم بنا بر تساوی، از مصادیق عدل و انصاف به‌شمار می‌آید.

روایات

روایاتی که می‌توان برای قاعده به آنها استدلال جست، دو دسته کلی هستند.

گروه اول

روایات متواتر یا مستفیضی که در آن، به عدالت و انصاف تشویق شده است و محاسن و فضایل رعایت عدل و انصاف را بیان می‌کنند.^۱ اما به‌نظر می‌رسد این روایات بیش از آنکه بیانگر یک قاعده مستقل فقهی باشند، مبین امری اخلاقی و دارای فضیلت به نام عدالت هستند.

گروه دوم

روایات خاصی که در باب‌های مختلف فقهی بیان شده‌اند که از مجموع آنها مفاد قاعده عدل و انصاف به‌دست می‌آید.

روایت اول: روایتی است^۲ که سکونی از امام صادق(ع) از پدرش نقل کرده است که

۱. تعداد این اخبار بسیار است و نقل تنها بعضی از آن خارج از حوصله مختصر پیش‌رو است، لذا خواننده محترم را برای مطالعه آن اخبار به مجامع حدیثی ذیل ارجاع می‌دهیم: کتاب‌های حدیثی همچون کافی (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱: ۵۴۲؛ ج ۲: ۱۴۴، ۱۴۶، ۱۴۷) عیون أخبار الرضا(ع) (ابن بابویه، ۱۳۷۸: ۲۴)؛ علل الشرائع (ابن بابویه، ۱۳۸۵: ۲۴۸)؛ تحف العقول (ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴: ۳۶۵)؛ بحار الأنوار (مجلسی، ۱۴۰۳: ۳۵۱)؛ مشکاة الأنوار فی غرر الأخبار (طبرسی، ۱۳۸۵: ۳۱۶)؛ نهج البلاغه (شریف الرضی، ۱۴۱۴: ۵۰۹ و ۵۵۳) و تصنیف غرر الحکم و درر الکلم (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶: ۹۹، ۱۱۰، ۳۳۹، ۳۴۰، ۳۴۱، ۴۴۶).

۲. محمد بن علی بن الحسین یاسناده عن السکونی عن الصادق(ع) عن أبيه(ع): «فی رجل استودع رجلاً دینارین و استودعه آخر دیناراً فضاغ دیناراً منهما فقال یعطی صاحب الدینارین دیناراً و یقتسمان الدینار الباقي بینهما یصفین».

شخصی دو دینار نزد کسی و دیعه نهاد و شخص دیگری یک دینار نزد همان کس به امانت گذاشت و از قضا یکی از این دینارها تلف شد. در این رابطه حضرت فرمودند: یک دینار را به شخص اول بدهند و دینار دیگر را نیز بین آن دو نفر به نصف تقسیم کنند (ابن بابویه، ۱۴۱۳: ۳۷؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۰۸). این روایت با کمی اختلاف عبارت در وسائل الشیعه نیز نقل شده است (عاملی، ۱۴۰۹: ۴۵۲). فقهای بسیاری این روایت را ذکر کرده‌اند و قاعده عدل و انصاف را به آن مستند می‌کنند (نجفی، ۱۳۵۹: ۱۰۵؛ بهبهانی، بی تا: ۴۵؛ خوبی، بی تا: ۱۴۶؛ همان، ۱۴۱۸: ۳۰۹؛ همان، ۱۴۱۷: ۵۶۴؛ حائری یزدی، ۱۴۱۸: ۳۰۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۱۸: ۱۸۳ و ۱۸۴ و ج ۳۰: ۳۲۲؛ تبریزی، بی تا: ۶۱۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۳: ۱۷۶؛ صافی گلپایگانی، بی تا: ۴۳ و ۴۴ و ۵۸؛ سیستانی، بی تا: ۳۲۱؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۳۰۱۴؛ سبحانی، ۱۴۱۸: ۸۱؛ حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۶۳۳؛ سیفی مازندرانی، بی تا: ۲۱۸؛ همان، ۱۴۱۷: ۳۰۷؛ کریمی، بی تا: ۷۸؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۵۹). برخی از فقیهان یادشده در بیان استناد قاعده عدل و انصاف به روایت سکونی، با الغای خصوصیت مذکور در روایت و تعمیم مورد روایت به امثال آن می‌گویند در هر مالی که بین دو نفر یا بیشتر مردد باشد و هیچ راهی برای تعیین صاحب آن وجود ندارد، می‌توان به حکم مذکور در روایت تمسک کرد. ایشان معتقدند عقل از اختصاص حکم مذکور در روایت به مورد آن ابا داشته و لذا از روایت مذکور قاعده کلی برداشت می‌شود (نجفی، ۱۳۵۹: ۱۰۵؛ حائری یزدی، ۱۴۱۸: ۳۰۶؛ صافی گلپایگانی، بی تا: ۵۸ و ۵۹).

نقد و بررسی: این روایت بر قاعده عدل و انصاف دلالت ندارد، زیرا:

اولاً، سند روایت پذیرفتنی نیست (کریمی، بی تا: ۷۸) چون در سند روایت، حسین بن یزید نوفلی وجود دارد که ابن داوود وی را مهمل می‌داند (حلی، بی تا: ۱۲۸) همچنین به دلیل اینکه برخی از قمیین وی را در آخر عمرش از غلات دانسته‌اند، علامه حلی نیز با عبارت «و الله أعلم» در مورد او توقف کرده است (حلی، بی تا: ۲۱۷) البته نجاشی در این زمینه می‌نویسد: «من روایتی را که بر غالی بودن وی دلالت کند، ندیده‌ام» (نجاشی، بی تا: ۳۸). آیات عظام سیستانی (سیستانی، بی تا: ۳۲۲ و ۳۲۳)، شهید سید محمدباقر صدر، سید کاظم حائری (حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۶۳۳) و علامه شیخ محمدتقی شوشتری (شوشتری، ۱۴۱۰: ۵۵۷) این راوی را ضعیف می‌دانند.

به‌علاوه برخی از فقها در رابطه با روایت اول، اشکال‌سندی دیگری را وارد کرده‌اند و می‌گویند: به این روایت نمی‌توان اعتماد کرد، زیرا سند روایت به دلیل وجود سکونی، ضعیف است. (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۱۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۱۰). علت ضعف روایت این است که علامه حلی، إسماعیل ابن ابی‌زید السکونی را از اهل سنت می‌داند (حلی، بی‌تا: ۶۹۹). لکن رهبر معظم انقلاب آیت‌الله خامنه‌ای در رابطه با سکونی می‌گوید: اگرچه وی عامی است، ولی ثقه است. (حسینی خامنه‌ای، درس خارج فقه، جلسه ۱۳۹۴/۱۱/۲۶). اما با فرض پذیرش این سخن، باز هم به دلیل وجود حسین بن یزید نوفلی، این روایت خالی از اشکال‌سندی نیست.

ثانیاً، با فرض صحت سند حدیث، در دلالت آن اشکال شده است که باید نسبت به مورد حدیث اکتفا کرد و آن در جایی است که برای دو طرف نزاع، امکان قسم به سبب جهلشان وجود ندارد. بنابراین نمی‌توان نسبت به فرض نکول و رد قسم آن دو، از مورد حدیث پا را فراتر نهاد (حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۶۳۳).

ثالثاً، برخی دیگر نیز دست برداشتن از مورد خاص روایت را جایز نمی‌شمارند. زیرا روایت دربارهٔ ید و دعوی وارد شده است و بر ودعی، ضمانی نیست. در نتیجه با توجه به روایت، فقط هنگامی که فرد ضامن نباشد، می‌توان به تنصیف حکم کرد (خویی، بی‌تا: ۱۴۷ و ۱۵۱؛ طاهری خرم‌آبادی، ۱۳۸۶: ۱۲۸).

رابعاً، برخی از فقیهان بعد از قبول عدل و انصاف به عنوان یک قاعده، نسبت به جریان آن در این روایت اشکال کرده‌اند و معتقدند حکم مذکور در روایت (تنصیف) تعبدی و مخالف قاعده است (حائری یزدی، ۱۴۱۸: ۳۰۹؛ سیستانی، بی‌تا: ۳۲۲ و ۳۲۳؛ صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۴۴، ۴۵، ۵۹، ۶۰). علاوه بر فقهای معاصر، در کتاب الخمس شیخ انصاری آمده، علامه حلی نیز به این اشکال اشاره کرده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۴۷).

خامساً، آیت‌الله فاضل با بیان رأی ابوحنیفه مبنی بر نصف کردن در ودعی روایت را حمل بر تقیه می‌کند و می‌گوید اعتماد به آن در مورد خودش مشکل است، چه برسد به سایر موارد (کریمی، بی‌تا: ۷۸ و ۷۹).

سادساً، برخی فقها بر این باورند که دو احتمال در روایت وجود دارد که استدلال را دچار خدشه می‌کند: اول آنکه امکان دارد امیرالمؤمنین علی(ع) بر اساس صلح و ارشاد آن دو به

رضایت، قضاوت کرده باشند و احتمال دیگر، آنکه حکم مذکور در روایت، به ولایت عامه امام معصوم اختصاص داشته باشد و شامل قضاوت فقیه نشود (حائری یزدی، ۱۴۱۸: ۳۰۸).

از طرفی فقهای بسیاری بر این باورند که روایت سکونی «قَضِيَّةٌ فِي واقِعَةٍ» است. این عده از فقیهان معتقدند از آنجا که دلیلی بر الغای خصوصیت مذکور در روایت نداریم، نمی‌توان از مورد آن تعدی و قاعده‌ای کلی برداشت کرد (خویی، ۱۴۱۸: ۳۱۰؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴: ۱۹۱ و ۱۹۲؛ کریمی، بی‌تا: ۷۸؛ اردبیلی، ۱۴۲۳: ۵۳۳؛ سیفی مازندرانی، بی‌تا: ۲۰۶). علاوه بر اشکال‌های ذکر شده، اگر ما موضوع روایت را حکمی تعبدی ندانیم، اشکال شهیدین نیز اضافه خواهد شد و آن اینکه تنصیف خلاف مقطوع^۱ است. زیرا کُل آن دیناری که قرار است تقسیم شود یا متعلق به صاحب دو دینار است یا به صاحب دینار واحد تعلق دارد. لذا این دو فقیه در مورد موضوع روایت نیز تنصیف را نپذیرفته‌اند و قرعه را تقویت کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۷: ۳۳۳ و ۳۳۴؛ عاملی، ۱۴۱۰: ۱۸۳ و ۱۸۴؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۴۷).

روایت دوم: خبری است^۱ که اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) نقل می‌کند که دو نفر در مورد مالکیت حیوانی که هر دو بر آن ید داشته و همچنین هر دو بینه‌ای را قائم کرده که آن حیوان در طویله آنها به دنیا آمده است، نزاع داشتند. در نتیجه به امیرالمؤمنین علی (ع) مراجعه می‌کنند و حکم را جویا می‌شوند. در این صورت به دلیل تعارض دو بینه با یکدیگر و تساقط آنها، نوبت به قسم رسیده و لذا حضرت علی (ع) هر دو را قسم می‌دهند. اما از آنجا که یکی از قسم خوردن ابا می‌کند، ایشان به نفع آن کسی که قسم خورده است، حکم می‌کنند. اما اگر هیچ‌یک بر آن حیوان ید نداشتند و هر دو بینه‌ای را قائم کردند، حضرت می‌فرماید هر دو باید قسم یاد کنند. زیرا در این صورت نیز بینه‌ها با هم تعارض و تساقط

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنِ الْخَشَابِ عَنِ غِيَاثِ بْنِ كُلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى امِيرِ الْمُؤْمِنِينَ (ع) فِي دَابَّةٍ فِي أَيْدِيهِمَا وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَبَتْ عِنْدَهُ فَأَخْلَفَهُمَا عَلِيٌّ (ع) فَحَلَفَ أَحَدُهُمَا وَأَبَى الْآخَرُ أَنْ يَخْلِفَ فَضَمَّ بَهَا لِلْحَالِفِ فَقِيلَ لَهُ فَلَوْ لَمْ تَكُنْ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ قَالَ أَخْلَفَهُمَا فَأَيُّهُمَا حَلَفَ وَنَكَلَ الْآخَرُ جَعَلْتُهَا لِلْحَالِفِ فَإِنْ حَلَفَا جَمِيعاً جَعَلْتُهَا بَيْنَهُمَا بَصْفَيْنِ قِيلَ فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا وَأَقَامَا جَمِيعاً الْبَيِّنَةَ قَالَ أَقْضِي بَهَا لِلْحَالِفِ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ.

می‌کنند. در نتیجه اگر یکی از قسم خوردن ابا کند، به نفع آن کسی که قسم خورده است، حکم می‌شود. اما در صورتی که هر دو قسم بخورند، آن حیوان تنصیف می‌شود. اما اگر آن حیوان در ید یکی از طرفین باشد، ولی هر دو بی‌نه اقامه کنند، ذوالید مقدم می‌شود (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۱۹؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳۳؛ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵۰).

نقد و بررسی

اولاً، عبارت «أُقْضَىٰ بِهَا لِلْحَالِفِ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ» بر تحلیف دلالت می‌کند. بنابراین نفس تقسیم (بدون آنکه قسمی داده شود) شیوه‌ای برای حکم کردن در باب قضا به‌شمار نمی‌آید و به این ترتیب از قاعده «إِنَّمَا أُقْضَىٰ بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيْمَانِ» خارج نمی‌شود. در نتیجه حدیث اطلاقی ندارد تا شامل فرض عدم تحلیف شود. پس روشن می‌شود که روایت در فرض نکول دارای اطلاق نیست. بنابراین، حدیث مذکور بر قاعده عدل و انصاف دلالت نمی‌کند. زیرا این احتمال وجود دارد که تقسیم بنا بر نکته اعمال قَسَم باشد. از این‌رو معلوم می‌شود که روایت در مورد خاصی وارد شده و به اصطلاح «قَضِيَّةٌ فِي وَاقِعَةٍ» است، زیرا انصراف به قسم صاحب ید دارد و نکول را شامل نمی‌شود. در نتیجه تعدی از مورد روایت (حلف) به مواردی غیر از آن صحیح نیست (حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۶۳۱).

ثانیاً، روایت مذکور، با روایات صحیح و موثقی که در همان باب و حتی در مورد دابه، حکم را قرعه می‌داند، معارض است (رک طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳۴، ۲۳۵، ۲۳۶، ۲۳۷، ح ۷ و ۱۳؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۴۰، ۴۱، ۴۲، ح ۷ و ۱۲؛ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵۴ و ۲۵۵، ح ۱۲ و ۱۵؛ ابن‌بابویه، ۱۴۱۳: ۹۳).

بنابراین از آنجا که روایات دال بر قرعه، افزون بر اصحیت و قوت سند، از نظر تعداد هم بیشتر هستند، مقدم می‌شوند؛ کما اینکه مقرر مباحث آیت‌الله فاضل از قول ایشان می‌نویسد: مستفاد از مکتوبات ما (منظور تقریرات آیت‌الله فاضل از مباحث آیت‌الله حاج شیخ مرتضی حائری است) در مبحث خمس، این است که مختار استاد ما، تقدیم قاعده قرعه به دلیل عادلانه‌تر بودن، بر قاعده عدل و انصاف است (کریمی، بی‌تا: ۲۸).

ثالثاً، اگر هنگام تعارض بی‌نه‌ها، به روایات تقسیم گردن نهیم، شاید به این احتمال باشد

که تقسیم در روایات، نوعی عمل به بینه‌های متعارض است، نه آنکه به قاعده عدل و انصاف همچون قاعده مستقلی تمسک شود تا بتوان به فرض عدم بینه تعدی کرد (حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۶۳۲؛ طاهری خرم‌آبادی، ۱۳۸۶: ۱۱۲).

روایات سوم و چهارم: مشتمل بر اخباری^۱ است که در آنها حکم به تنصیف مربوط به مسائل مالی مترتب بر فوت یکی از زوجین یا طلاق زوجه شده است (عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱۶؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۶؛ ج ۲۹۴ و ج ۹: ۳۰۲؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۴۶ و ۴۷).

نقد و بررسی

اولاً، می‌توان گفت این روایات در خصوص طلاق و ارث بیان شده است. لذا از حکم تبعیدی تقسیم در این روایات، نمی‌توان یک قاعده فراگیر مستقل فقهی استظهار کرد. ثانیاً، احتمال دارد که روایت دوم حمل بر تقیه شده، زیرا حکم در آن موافق نظر اهل سنت است. همچنین احتمال دارد که حکم امام(ع)، بنا بر مصالحه دادن و کسب رضایت آن دو باشد (طوسی، ۱۳۹۰: ۴۷؛ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱۶).

روایت پنجم و ششم: دو خبری است که دلالت دارد از جمله بر اینکه حقوق مردم بر امام و حاکم این است که با مساوات و عدالت با آنان رفتار کند^۲ (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۰۵؛

۱. مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْوَلِيدِ عَنْ يُونُسَ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي امْرَأَةٍ تَمُوتُ قَبْلَ الرَّجُلِ أَوْ رَجُلٍ قَبْلَ امْرَأَةٍ قَالَ مَا كَانَ مِنْ مَتَاعِ النِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ وَمَا كَانَ مِنْ مَتَاعِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءُ فَهُوَ بَيْنَهُمَا...
و ايضاً عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مِسْكِينٍ عَنْ رِفَاعَةَ النَّخَّاسِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ وَ فِي بَيْنِهِمَا مَتَاعٌ فَادَّعَتْ أَنَّ الْمَتَاعَ لَهَا وَ ادَّعَى الرَّجُلُ أَنَّ الْمَتَاعَ لَهُ، كَانَ لَهُ مَا لِلرِّجَالِ وَ لَهَا مَا لِلنِّسَاءِ وَ مَا يَكُونُ لِلرِّجَالِ وَ النِّسَاءِ قُسِمَ بَيْنَهُمَا.

۲. الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ جُمُهورٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي حَمْرَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (ع) مَا حَقُّ الْإِمَامِ عَلَى النَّاسِ؟ قَالَ حَقُّهُ عَلَيْهِمْ أَنْ يَسْمَعُوا لَهُ وَيَطِيعُوا قَوْلَهُ فَمَا حَقُّهُمْ عَلَيْهِمْ؟ قَالَ يَقْسِمُ بَيْنَهُمْ بِالسُّوِيَّةِ وَيَعْدِلُ فِي الرَّعِيَّةِ فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي النَّاسِ فَلَا يُبَالِي مَنْ أَخَذَ هَاهُنَا وَ هَاهُنَا.
و ايضاً مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي الْعِلَلِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ الْكُوفِيِّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغْبِرَةِ عَنْ سُفْيَانَ بْنِ عَبْدِ الْمُؤْمِنِ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ عَمْرِو بْنِ شَمْرِ عَنْ جَابِرِ قَالَ: أَقْبَلَ رَجُلٌ إِلَيَّ أَسَى

این بابویه، ۱۳۸۵: ۱۶۱؛ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸۲).

نقد و بررسی

اولاً، روایات مورد استناد ضعیف‌السند هستند. زیرا در سند روایت نخست، معلى بن محمد قرار دارد که بنا بر نظر تعدادی از بزرگان علم رجال، مضطرب الحدیث^۱ و مضطرب المذهب است (ابن‌الغضائری، بی‌تا: ۹۶؛ حلی، بی‌تا: ۲۵۹؛ نجاشی، بی‌تا: ۴۱۸). علاوه بر این، ابن‌غضائری معتقد است: وی از راویان ضعیف نقل روایت می‌کند (ابن‌الغضائری، بی‌تا: ۹۶) لکن آیت‌الله خامنه‌ای وی را ثقه می‌داند، زیرا حسین بن محمد بن عامر که امامی و از ثقات عالی‌مقام است، از وی روایات زیادی را نقل می‌کند (حسینی خامنه‌ای، درس خارج فقه، جلسه ۱۳۹۴/۱۱/۲۵ و ۱۳۹۴/۱۲/۱۸).

به‌علاوه محمد بن جمهور نیز از غلات بوده و فاسد المذهب است. در نتیجه احادیث وی ضعیف هستند و نمی‌توان به آنها اعتماد کرد (ابن‌الغضائری، بی‌تا: ۹۲؛ طوسی، بی‌تا: ۳۶۴؛ طوسی، بی‌تا: ۴۱۳؛ حلی، بی‌تا: ۲۵۱؛ نجاشی، بی‌تا: ۳۳۷).

در سند خبر اخیر نیز سفیان بن عبدالمؤمن قرار دارد که مجهول بوده و نام وی در هیچ‌یک از کتب رجالی ذکر نشده است. عمرو بن شمر جعفی نیز بنا بر نظر بزرگان علم رجال، ضعیف است (نجاشی، بی‌تا: ۱۲۹ و ۲۸۷؛ حلی، بی‌تا: ۲۴۲؛ ابن‌الغضائری، بی‌تا: ۷۴). همچنین آیت‌الله خویی وثاقت وی را ثابت نمی‌داند. زیرا ایشان توثیق ابن‌قولویه را به تضعیف نجاشی معارض و در نتیجه راوی مذکور را مجهول الحال می‌داند (خویی، بی‌تا: ۱۰۷). به‌علاوه در مستدرکات علم‌الرجال نیز گزارش شده است که کتب رجالی، نام این راوی را ذکر نکرده‌اند (نمازی شاهرودی، ۱۴۱۴: ۹۲).

جَعْفَرُ (ع) أَنَا حَاضِرٌ فَقَالَ رَحِمَكَ اللَّهُ أَقْبِضْ مِنِّي هَذِهِ الْخُمْسِمَاتَةَ دَرَاهِمَ فَضَعْنَهَا فِي مَوَاضِعِهَا فَإِنَّهَا زَكَاةُ مَالِي فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ (ع) بَلْ خُذْهَا أَنْتَ فَضَعْنَهَا فِي جِيبَانِكَ وَالْأَيْتَامِ وَالْمَسَاكِينِ وَفِي إِخْوَانِكَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ إِنَّمَا يَكُونُ هَذَا إِذَا قَامَ قَائِمُنَا - فَإِنَّهُ يَسْتَمُّ بِالسُّوِيَّةِ وَيَعْدِلُ فِي خَلْقِ الرَّحْمَنِ الْبَرِّ مِنْهُمْ وَالْفَاجِرِ الْحَدِيثِ.

۱. در معنای مضطرب الحدیث گفته شده است: «قدیروی ما يعرف، و قدیروی ما ینکر». به این معنا که چنین فردی، مدلول برخی از روایاتش مقبول بوده و مدلول برخی از روایاتش مطرود است.

ثانیاً، این دو روایت بیانگر رفتار عادلانه حاکم با آحاد جامعه است نه اینکه در مقام جعل قاعده فقهی باشد.

روایت هفتم: روایتی است^۱ که اسحاق بن عمار از حضرت صادق (ع) روایت کرده است که دو مرد، یکی سی درهم و دیگری بیست درهم نزد شخصی فرستادند که برای هر یک لباسی بخرد. آن مرد دو دست لباس خریداری کرد و فرستاد، اما آن دو تن نشناختند که کدام یک از لباس‌ها برای فردی است که سی درهم داده و کدام یک مال فردی است که بیست درهم داده است. لذا حضرت فرمودند: هر دو لباس را بفروشند و سه پنجم مبلغ را به سی درهمی و دو پنجم را به بیست درهمی بدهند. اسحاق بن عمار از حضرت پرسید: اگر آن که بیست درهم فرستاده به صاحب سی درهم بگوید: هر کدام از لباس‌ها را که تو می‌خواهی اختیار کن و آن لباس دیگر برای من بماند، چطور است؟ حضرت فرمودند: در این صورت انصاف به خرج داده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۲۱ و ۴۲۲؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۰۸، ۳۰۳، ۳۰۴؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳: ۳۶ و ۳۷؛ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۵۱ و ۴۵۲). تعدادی از فقها این روایت را ذکر و قاعده عدل و انصاف را به آن مستند می‌کنند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۴۶؛ بهبهانی، بی‌تا: ۵۰ و ۵۱؛ حائری یزدی، ۱۴۱۸: ۳۰۸ و ۳۰۹؛ صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۶۰ و ۶۱؛ سیفی مازندرانی، بی‌تا: ۲۲۰).

نقد و بررسی

اولاً، روایت از نظر سند ضعیف است، زیرا در سند آن موسی بن سعدان وجود دارد که بنا بر گفته نجاشی احادیث وی ضعیف هستند (نجاشی، بی‌تا: ۴۰۴). به‌علاوه علامه حلی و ابن غضائری نیز وی را از غلات و ضعیف می‌دانند. (حلی، بی‌تا: ۲۵۷؛ ابن غضائری، بی‌تا: ۹۰). آیت‌الله خوئی نیز توثیق علی بن ابراهیم و ابن قولویه را به تضعیف نجاشی که به‌واسطه

۱. مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُوسَى بْنِ سَعْدَانَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ أَبِي الْعَلَاءِ عَنِ إِسْحَاقَ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: فِي الرَّجُلِ يُبْضَعُهُ الرَّجُلُ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا فِي تَوْبٍ وَ آخَرَ عَشْرِينَ دِرْهَمًا فِي تَوْبٍ فَبَعَثَ بِالتَّوْبَيْنِ فَلَمْ يَعْرِفْ هَذَا تَوْبَهُ وَ لَا هَذَا تَوْبَهُ قَالَ يُبَاعُ التَّوْبَانِ فَيُعْطَى صَاحِبُ الثَّلَاثِينَ ثَلَاثَةَ أَمْسَاسِ الثَّمَنِ وَ الْآخَرَ خُمْسِي الثَّمَنِ قُلْتُ فَإِنَّ صَاحِبَ الْعَشْرِينَ قَالَ لِصَاحِبِ الثَّلَاثِينَ اخْتَرْتُ أَيُّهُمَا شِئْتَ قَالَ قَدْ أَنْصَفَهُ.

ابن‌غضائری نیز تأیید شده است، معارض می‌داند. در نتیجه به نظر ایشان راوی مذکور مجهول‌الحال است و نمی‌توان به روایاتش تمسک جست (خویی، بی‌تا: ۴۷).

ثانیاً، این روایت هیچ ظهوری در اطلاق ندارد که هر مال و حقی که مشتبّه بین دو فرد بود (خواه پس از قسم باشد و خواه پس از نکول) باید بنا بر حقتشان تقسیم شود. لذا شاید بتوان حکم داده‌شده در روایت را از باب صلح دانست.

ثالثاً، روایت مذکور با روایات باب قرعه معارض است. به همین دلیل ابن‌ادریس برخلاف اکثر علما، در مورد موضوع روایت نیز قرعه را پذیرفته است، زیرا به نظر وی مورد روایت از موارد مشکل و مشتبّه محسوب می‌شود و در نتیجه روایات باب قرعه این مورد را نیز شامل می‌شود (بهبهانی، بی‌تا: ۵۱).

روایت هشتم: خبری است^۱ که ابی‌بصیر از امام صادق (ع) می‌پرسد: فردی یکی از چهار زن خود را در حالی که معلوم نیست کدام یک اسأ، طلاق داده و بعد از تمام شدن

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ ابْنِ رَبَّابٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ يَعْنِي الْمُرَادِيَّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (ع) عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ فِي عَقْدَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ قَالَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ وَ مَهْرُهُنَّ مُخْتَلِفَةً قَالَ جَائِزٌ لَهُ وَ لَهِنَّ قُلْتُ إِنْ رَأَيْتَ إِنْ هُوَ خَرَجَ إِلَى بَعْضِ الْبُلْدَانِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً مِنَ الْأَرْبَعِ وَ أَشْهَدَ عَلَى طَلَاقِهَا قَوْمًا مِنْ أَهْلِ تِلْكَ الْبِلَادِ وَ هُمْ لَا يَعْرِفُونَ الْمَرْأَةَ ثُمَّ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ أَهْلِ تِلْكَ الْبِلَادِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْمُطَلَّقةِ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ مَا دَخَلَ بِهَا كَيْفَ يُقْسَمُ مِيرَاثُهُ قَالَ إِنْ كَانَ لَهُ وَ لَدَ فَإِنَّ لِلْمَرْأَةِ الَّتِي تَزَوَّجَهَا آخِرًا مِنْ أَهْلِ تِلْكَ الْبِلَادِ رُبْعَ ثَمَنِ مَا تَرَكَ وَ إِنْ عَرَفْتَ الَّتِي طَلَّقْتَ مِنَ الْأَرْبَعِ بَعْضَهَا وَ نَسَبَهَا فَلَا شَيْءَ لَهَا مِنَ الْمِيرَاثِ وَ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ «*» قَالَ وَ يَقْتَسِمَنَّ الثَّلَاثَةُ النَّسْوَةَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ ثَمَنِ مَا تَرَكَ وَ عَلَيْهِنَّ الْعِدَّةُ وَ إِنْ لَمْ تُعْرِفِ الَّتِي طَلَّقْتَ مِنَ الْأَرْبَعِ قَسَمَنَّ النَّسْوَةَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ ثَمَنِ مَا تَرَكَ بَيْنَهُنَّ جَمِيعًا وَ عَلَيْهِنَّ جَمِيعًا الْعِدَّةُ.

نکته: در نسخه تهذیب الاحکام چنین آمده است: «وَلَيْسَ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ» و حق هم همین است، زیرا روایت می‌گوید بعد از تمام شدن عده مطلقه، آن فرد زن پنجمی را اختیار می‌کند. در نتیجه آن زن مطلقه عده طلاق ندارد، چون طبق روایت عده‌اش را نگه داشته است. همچنین به دلیل اینکه دیگر زن آن فرد محسوب نمی‌شود نیز، عده وفات ندارد.

عده مطلقه، زن پنجمی را اختیار می‌کند. اما بعد از ازدواج با زن پنجم، از دنیا می‌رود، حال میراث آن فرد به چه شکل باید تقسیم شود؟ امام در جواب می‌فرماید: $\frac{1}{4}$ حق الارث ($\frac{1}{8}$ = ثمن) برای زن پنجم است. پس اگر زوجه مطلقه مشخص باشد، وی ارثی نمی‌برد. در نتیجه $\frac{3}{4}$ نیز بین آن سه زن بالسویه تقسیم می‌شود و واجب است که ایشان عده وفات را نگه دارند. اما اگر مشخص نباشد که زوجه مطلقه کدام یک است، $\frac{3}{4}$ حق الارث بین آن چهار زن بالسویه تقسیم می‌شود و باید تمام آن چهار زن عده نگه دارند (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۳۱؛ عاملی، ۱۴۰۹: ۵۱ و ۵۲؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۹۳ و ۹۴).

نقد و بررسی: این روایت نیز بر قاعده عدل و انصاف دلالت ندارد؛ زیرا روایت مذکور، با روایات باب قرعه معارض است. لذا ابن‌ادریس، در مورد موضوع روایت نیز به قرعه رجوع و مطلقه را به واسطه آن خارج کرده است (بهبهانی، بی‌تا: ۴۶؛ صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۴۳ و ۶۳).

شهرت

مقصود از شهرت در اینجا شهرت فتواییه است. یعنی قولی که فائلان و فتوادهندگان آن زیاد باشند، بدون آنکه مستند فتوا معلوم باشد (مظفر، بی‌تا: ۱۶۴). البته باید گفت نقطه ثقلی که شهرت بر آن بار شده است، اصل قاعده عدل و انصاف نیست، بلکه تقسیم مساوی اموال هنگام تعارض بی‌نه‌هاست. در نتیجه شاید بهتر باشد شهرت بر تصیف را اصلی برای شهرت در قاعده عدل و انصاف دانست. به نظر می‌رسد اولین فقیه‌ی که در مسئله ادعای شهرت کرده، شهید ثانی در مسالک است (عاملی، ۱۴۱۳: ۸۰ و ۸۱) اگر چه بعد وی بعضی از ایشان همین معنا را البته با عبارات متفاوتی اراده کردند (رک سبزواری، بی‌تا: ۷۲۶؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۲۷۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۲۱۳؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۳۹۹).

نقد و بررسی

اشکال صغروی: آن‌طور که از کلام اصولیان معتقد به شهرت فتوایی مسموع و در عبارات ایشان مشهود است، مهم در تحقق چنین شهرتی، ثبوت آن «عند القدماء» بوده و شهرت متأخران که شهید ثانی از آن نقل کرده‌اند، بدون شک هیچ اعتباری ندارد. علاوه بر آن بزرگانی مانند ابن‌ابی‌عقیل (حلی، ۱۴۱۳: ۳۸۷) در همه موارد تعارض و بی‌نه و نیز شیخ

طوسی در خلاف در مطلق موارد تعارض، بدون ترجیح، حکم به قرعه داده‌اند و شیخ در این رابطه می‌گوید: «هذا هو المعول علیه عند اصحابنا» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۳۷). شیخ‌الطائفه در جای دیگری نیز در مورد چیزی که دو نفر پیدا کرده‌اند و با آوردن بینه ادعای ملکیت آن را می‌کنند، حکم به قرعه کرده است (طوسی، ۱۴۰۷: ۵۹۵). همچنین ابن‌حمزه (طوسی، ۱۴۰۸: ۲۲۳) و ابن‌سعید حلی (حلی، ۱۴۰۵: ۵۳۵) در همه موارد تعارض، به قرعه حکم کرده‌اند.

اشکال کبروی: علاوه بر اشکال فوق عدم اتمام کبرای استدلال، ایراد دیگر دلیل فوق است.

اولاً، شهرت فتواییه در نزد مثبتین آن وقتی حجت بوده و کاشف از دلیل معتبر است که دلیل دیگری در عرض شهرت وجود نداشته باشد. چرا که با وجود دلیل دیگر بالأخص اگر مستند مشهور معلوم باشد، چنین شهرتی، جدا از اعتبار مستند و مدرک خود اعتباری ندارد. این مسئله حتی اگر مستند مشهور مظنون باشد نیز صادق است، چرا که با وجود احتمال مدرک برای شهرت فتواییه، حدس قطعی از دلیل معتبر حاصل نمی‌شود و شهرت فتواییه دچار خدشه می‌شود.

ثانیاً، عدم حجیت اصل شهرت فتواییه در نزد مشهور اصولیان موجب آن است که با فرض مماشات از اشکال نخست، جواز تمسک به شهرت و استناد به آن در قاعده عدل و انصاف، محل تأمل باشد (خویی، ۱۴۲۲: ۱۷۰).

سیره عقلا

عمده دلیل این قاعده نزد متمسکین به آن، سیره و بنای عقلا است. بر وجود سیره عقلا در مورد قاعده عدل و انصاف اختلاف شده، لکن از سوی برخی فقیهان برای اثبات قاعده عدل و انصاف به آن تمسک شده است. از استدلال به سیره عقلا این‌گونه برمی‌آید که قاعده عدل و انصاف ریشه در ارتکاز عقلا دارد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۸: ۱۸۲، ۱۸۳، ۱۸۴) و روایاتی که گذشت، امضای معصوم را ثابت می‌کند. در نتیجه عدل و انصاف، قاعده‌ای عقلایی به‌شمار می‌رود.

صاحب کتاب «مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیه الأساسیه» در این رابطه می‌نویسد: سیره عقلا بر این نکته استقرا دارد که مال مردد بین دو شخص یا بیشتر (با نبود بینه و حاجتی برای هر کدام) به گونه مساوی تقسیم می‌شود. به طور مثال در تردید بین دو نفر، مال نصف و در تردید بین سه نفر، مال به سه قسمت تقسیم می‌شود. نکته ارتکازی عقلا این‌گونه تصویر شده که آنان تقسیم مال به گونه مساوی را مقتضای عدل و انصاف می‌دانند و در ارتکاز عقلا، برخلاف این مطلب رفتار کردن، انکار عدل و انصاف قلمداد می‌شود. زیرا در نظر عقلا اختصاص یافتن مال مردد به یکی از افراد یا تقسیم آن بدون رعایت مساوات، به ترجیح بلامرجح برمی‌گردد که به حکم عقل قبیح است. همچنین عقلا می‌گویند، وقتی که نمی‌توان همه حق را که احتمالاً متعلق به یکی از افراد است، به او برگرداند؛ بهتر است که حداقل نصف حقتش را به وی برگردانیم. به علاوه از سوی شارع نیز منعی برای این سیره به ما نرسیده است؛ بلکه روایاتی وجود دارد که امضای این سیره را اثبات می‌کند (سیفی مازندرانی، بی‌تا: ۲۱۳). البته ایشان در کتاب «دلیل تحریر الوسیله» در دو باب وصیت و خمس، جریان سیره عقلا را بر این قاعده قبول ندارد (همو، بی‌تا: ۲۰۶؛ همو، ۱۴۱۷: ۲۹۰).

آیت‌الله مکارم شیرازی نیز عدل و انصاف را یک قاعده عقلایی در باب اموال می‌داند و دلیل سیره عقلا را این‌گونه بیان می‌کند: عقلا قدیماً و حدیثاً وقتی اموالی مشکوک می‌شود و مصلحان نمی‌توانند آن را حل کنند، می‌گویند حد وسط آن را بگیرند، هم در گرفتن و هم در دادن، مثلاً اگر تیراندازی شد و کسی کشته شد و نمی‌دانیم که کدام تیر اصابت کرده است، در اینجا قرعه نمی‌زنند بلکه دیه را بین آن چند نفر تیرانداز تقسیم می‌کنند. یا مثلاً در مواقعی که می‌خواهند پولی را تقسیم کنند، اگر مردد بین فردین یا بیشتر شود، بین آنها عادلانه تقسیم می‌کنند (مکارم شیرازی، درس خارج فقه، جلسه ۸۱/۷/۲۸).

آیت‌الله شبیری زنجانی نیز از مدافعان عقلایی بودن قاعده موصوف است. ایشان در این رابطه می‌گوید: در برخی موارد هم تصور می‌کنم که تصنیف طبق حکم عرف و عقلا مسلم باشد و آن در جایی است که زید و عمرو هر یک صد دینار در نزد دیگری به امانت

گذاشته‌اند، غاصبی صد دینار به زور از آن شخص مطالبه می‌کند، در اینجا شخص امین که وظیفه اولیه او این است که مال مردم را حفظ کند و آنها را به صاحبانش بازگرداند، عمل کامل به این وظیفه برای وی مقدور نیست، ولی به‌طور ناقص می‌تواند به این تکلیف عمل کند، دو راه در پیش روی او وجود دارد، راه نخست صد دینار یکی از آن دو را با قرعه یا بدون قرعه به غاصب بدهد و در نتیجه دیگری کاملاً محروم شود، راه دیگر اینکه از هر یک پنجاه دینار به غاصب بدهد، به‌نظر می‌رسد که قانون عدالت بدون اشکال این راه دوم را متعین می‌داند، در واقع برای حفظ و ایصال نصف مال هر یک، نصف دیگر به غاصب داده می‌شود (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۳۰۱۵).

شگفت آنکه آیت‌الله خوئی در کتاب اصولی خویش قاعده عدل و انصاف را قاعده‌ای ثابت‌شده نزد عقلا دانسته (خوئی، ۱۴۱۷: ۵۶۴) و در مصباح‌الفاواه نیز به‌دلیل وجود سیره عقلا و اخبار، این قاعده را بی‌اشکال و صحیح می‌داند. (همان، بی‌تا: ۲۹۰ و ۲۹۱). اما در کتاب «المستند فی شرح العروة الوثقی» در باب خمس، به‌شدت عقلایی بودن قاعده را انکار می‌کند! (همان: ۱۴۷).

همچنین آیات عظام میرزا حسن بجنوردی، منتظری، موسوی اردبیلی و مصطفوی این قاعده را عقلایی و نزد عقلاً معتبر می‌دانند (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۹۴؛ منتظری، ۱۴۰۹: ۴۶۳؛ اردبیلی، ۱۴۲۱: ۳۴۶؛ اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۵۳۲ و ج ۴: ۴۶۳؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۵۹).

نقد سیره عقلا

استدلال به سیره عقلا بر قاعده عدل و انصاف خالی از اشکال نیست، زیرا:

اولاً، چنین سیره‌ای ثابت‌شده نیست، زیرا سیره خلاف وجدان است. چرا که همیشه مالی که بین دو نفر مردد است، به‌طور یکسان و مساوی، مردد نیست تا قائل به تنصیف بشویم. بنابراین در این موارد که مال به یک اندازه نیست، تنصیف نه‌تنها عدل نبوده، بلکه ظلم و خلاف وجدان است. لذا برخی فقها معتقدند: جریان سیره عقلا بر تنصیف مال مردد اثبات‌شدنی نیست. زیرا هیچ دلیلی بر استقرار سیره عقلا وجود ندارد (سیفی مازندرانی، ۱۴۱۷: ۳۰۷؛ خوئی، بی‌تا: ۱۴۷ و ۱۵۱). اگر اشکال شود که عدل و انصاف و تقسیم بالسویه، در ارتکاز عقلا و حکم عقل جای دارد (سیفی مازندرانی، بی‌تا: ۲۱۴) در پاسخ

باید گفت روشن نیست که تقسیم و نصف کردن در همه موارد، مساعد با ارتکاز عقلا باشد. شاید عقلا در برخی موارد، قرعه را جاری بدانند. لذا با پذیرش وجود سیره، در فرض بدون تحالف و نکول افراد، شک می‌کنیم آیا چنین سیره‌ای جریان دارد یا خیر؟ با وجود شک، قدر متیقن را اخذ می‌کنیم که تنها جریان سیره در فرض تحالف ثابت می‌شود. به‌علاوه روایاتی که گذشت نیز همین قدر متیقن از سیره عقلا را امضا کرده‌اند. اما اساساً این احتمال نیز وجود دارد که ارتکاز عقلا بر نکته عدل و انصاف نباشد، بلکه نفس تحالف هر دو سبب می‌شود عقلا در این موارد دست به تقسیم زنند (الهی خراسانی، ۱۳۹۲: ۱۱۴).

ثانیاً، بر فرض قبول سیره، شیوع و اطراد آن ثابت نیست، یعنی نمی‌توانیم بگوییم که چنین سیره‌ای در همه موارد ثابت است. به‌عبارت دیگر تنها در بعضی از موارد، عقلا حکم به تنصیف را جاری می‌کنند و آن هم در جایی است که هیچ راهی جز تنصیف وجود ندارد؛ لکن چنین حکمی نمی‌تواند یک قاعده کلیه با آن عمومیت و کلیتی که قائلان به آن معتقد هستند را ثابت کند.

حکم عقل

فقه‌ها برای ثبوت قاعده عدل و انصاف به حکم عقل نیز استدلال کرده‌اند. تا جایی که آیت‌الله حکیم تنها دلیل قاعده عدل و انصاف را عقل می‌داند (حکیم، ۱۴۱۶: ۲۴۹). برای همین برخی فقیهان روایات را نیز ارشاد به همین حکم عقل می‌دانند (اردبیلی، ۱۴۲۳: ۵۳۲ و ۵۳۳: سیفی مازندرانی، بی تا: ۲۲۲). در نتیجه اگر قاعده مذکور، به‌وسیله حکم عقل ثابت شود، می‌توانیم بگوییم که قاعده عدل و انصاف یک قاعده کلیه است. زیرا حکم عقل، کلی است و قابلیت تخصیص و استثنا ندارد (حسینی خامنه‌ای، درس خارج فقه، جلسه ۱۳۹۲/۱۲/۱۲).

برای دلیل حکم عقل بر قاعده دو گونه استدلال شده است:

بیان اول

هنگامی که شیئی بین دو فرد قرار گیرد و معلوم نباشد در ملکیت چه کسی است، اگر با نبود مرجحات شرعیه مثل بیینه، ید و حلف تمام آن شیء به یکی از آن دو داده شود، ترجیح بلامرّح لازم می‌آید. به‌علاوه اگر به هیچ‌یک از آن دو نیز داده نشود، با علم

اجمالی به مالک بودن یکی از آن دو مخالفت کرده‌ایم. به این ترتیب چون طریق دیگری به واقع نیست و هر دو نفر به‌طور یکسان استحقاق دارند، عقل بنا بر عدل و انصاف، به تقسیم مساوی حکم می‌کند (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۵۹؛ سیفی مازندرانی، بی‌تا: ۲۱۰ و ۲۱۱؛ بهبهانی، بی‌تا: ۵۷). به این بیان سه اشکال وارد است:

اشکال اول: آیت‌الله حکیم به این استدلال، چنین اشکال کرده است: عدم مرجح اگر مقتضی اثبات تنصیف باشد، تخییر را هم به‌دنبال دارد. مانند مسئله دوران بین وجوب و حرمت. تخییر در اینجا استمراری است و در نظر عقل، بین احتمال موافقت همراه با احتمال مخالفت، و بین قطع به مخالفت مقرون با قطع به موافقت، تفاوتی وجود ندارد. در مسئله مورد نظر اگر تمام مال تنها به یک نفر اختصاص پیدا کند، موجب موافقت احتمالی همراه با مخالفت احتمالی می‌شود. اگر بین هر دو توزیع شود، موافقت قطعی همراه با مخالفت قطعی لازم می‌آید. بنابراین باید گفت در نظر عقل، بین این دو صورت تفاوتی نیست و یکی بر دیگری ترجیحی ندارد (حکیم، ۱۴۱۶: ج ۹: ۴۹۷ و ۴۹۸؛ ج ۱۴: ۲۴۹ و ۲۵۰؛ سیفی مازندرانی، بی‌تا: ۲۱۱ و ۲۱۲). آیت‌الله شبیری زنجانی کلام مرحوم آقای حکیم را توضیح داده‌اند و می‌گویند: مرحوم آقای حکیم می‌فرمایند: اگر بگویید این قاعده به حکم عقل است، چنانچه تعبیر «عدل و انصاف» به آن اشاره دارد، با این بیان که چون دو طرف احتمال، هیچ‌یک بر دیگری ترجیحی ندارد، لذا باید مال را نصف کرد.

در پاسخ می‌گوییم؛ مرجح نداشتن سبب نمی‌شود که تنصیف متعین باشد، بلکه شاید ما قائل به تخییر باشیم، نظیر کلامی که فقها در مسئله دوران امر بین وجوب و حرمت گفته‌اند که تخییر مکلف استمراری است، چون هر چند اگر کسی در زمان اول وجوب را انتخاب کرد و در زمان دوم، حرمت را، در نتیجه قطعاً مخالفت حکم شرع از وی سر زده، ولی در مقابل، قطعاً موافقت حکم شرع را هم کرده است، ولی اگر همان را که اول اختیار کرده است، تا آخر بر همان باقی باشد، همیشه موافقت و مخالفت احتمالی کرده است، معنای تجویز تخییر استمراری این است که مخالفت قطعی که با موافقت قطعی همراه باشد، به حکم عقل با مخالفت احتمالی که با موافقت احتمالی همراه باشد، یکسان است. در بحث ما نیز اگر تمام مال را به یکی از دو نفر بدهیم، موافقت احتمالی همراه با مخالفت احتمالی

کرده‌ایم، ولی اگر مال را نصف کنیم، نصف مال قطعاً به مالک واقعی رسیده (موافقت قطعی) ولی نصف مال هم قطعاً به غیر مالک رسیده است (مخالفت قطعی) بنابراین حکم به تنصیف با حکم به تخییر استمراری منافات دارد. ما در اینجا می‌افزاییم که در دوران امر بین محذورین (و نیز در دو اماره متعارض که قائل به تخییر باشیم، همچون فتوای دو مجتهد مساوی) بحثی نیست که اگر کسی همان احتمالی را که در ابتدا اختیار کرده است تا آخر بر طبق آن عمل کند، مانعی ندارد و بحث در جواز عدول و عدم جواز عدول است، وگرنه بحثی نیست که عدول از احتمالی که در ابتدا اختیار کرده، قطعاً واجب نیست، مسئله تعیین تنصیف در بحث ما یعنی ما در موارد تخییر، عدول را لازم بدانیم که بسیار عجیب به نظر می‌رسد (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۳۰۱۷ و ۳۰۱۸).

اشکال دوم: باید توجه داشت که استدلال عقلی باید شامل همه موارد شود. بنابراین ما هم قبول داریم که ترجیح بلامرجح صحیح نیست؛ ولی باید توجه داشت که مرجحات فقط منحصر در مرجحات شرعیه مثل بینه، ید و حلف نیستند، بلکه مرجحات عقلیه^۱ نیز در رسیدن به مقصود مفید واقع می‌شوند. لذا در جایی که ۷۰ درصد احتمال می‌دهیم که فلان مال برای زید است و ۳۰ درصد احتمال دارد برای بکر باشد، عقل حکم می‌کند که آن مال را باید به زید داد و اینجا مجرای تنصیف نیست. زیرا تنصیف در جایی است که تسویه در کار باشد. در نتیجه کثرت احتمال و قلت احتمال نیز شاید به‌عنوان مرجحی در نظر گرفته شود (حسینی خامنه‌ای، درس خارج فقه، جلسه ۱۳/۱۲/۱۳۹۲).

اشکال سوم: به‌علاوه فرض قائل، این است که دادن مال به احدالطرفین ترجیح بلامرجح است، و حال آنکه اگر عمومات قرعه را شامل همه موارد بدانیم، می‌توانیم بگوییم که در همین مورد نیز، مرجح شرعی وجود دارد و آن قرعه است؛ لذا دلیل قرعه وارد بر تنصیف بوده و موضوع تنصیف را که تردد و تردید است، از بین می‌برد. (حسینی خامنه‌ای، درس خارج فقه، جلسه ۱۳/۱۲/۱۳۹۲).

۱. مراد از مرجح عقلی، همان احتمال عقلایی یا ظن معتبر است.

بیان دوم

تصیف، راهی برای تحصیل علم به رسیدن نصف مال به صاحبش به‌شمار می‌آید. برخلاف تخییر که موجب علم به رسیدن چیزی از مال به مالکش نمی‌شود. بلکه غایت تخییر، احتمال به‌دست آوردن تمام مال توسط مالک آن است. لذا شکی نیست که تحصیل علم در رسیدن مقداری از مال به مالک واقعی، راجح بلکه متعین در نظر عقل است (سیفی مازندرانی، بی‌تا: ۲۱۲؛ بهبهانی، بی‌تا: ۵۷).

به‌عبارت دیگر عقل حکم می‌کند که موافقت قطعی در بعضی مأموریه، وقتی که مقرون به مخالفت قطعی در بعضی مأموریه است، بر موافقت احتمالی در همه مأموریه وقتی که مقرون به مخالفت احتمالی در همه مأموریه است، مقدم خواهد بود. برای مثال در مورد مالی که بین دو نفر مردد است، اگر به‌وسیله قرعه کل مال را به یکی از آن دو بدهیم، این احتمال وجود دارد که کل مال به مالکش تعلق پیدا کرده، لکن به این احتمال نیز مقرون است که هیچ مقداری از مال به مالک آن نرسیده باشد و این برخلاف تصیف است که با دادن نصف آن به یکی از آن دو یقین پیدا می‌کنیم که نصف مال را به مالک آن داده‌ایم و این مقرون است به اینکه یقین داریم نصف مال به مالک آن تعلق پیدا نکرده است و لذا از این جهت در بعضی مأموریه مخالفت قطعی صورت می‌گیرد. در نتیجه عقل می‌گوید صورت دوم مقدم است. زیرا با اعطای نصف مال به یکی از دو نفر، یقین پیدا می‌کنیم که نصف مال به مالک آن تعلق پیدا کرده است (سیستانی، بی‌تا: ۳۲۳؛ بحرانی، ۱۴۲۹: ۳۹۰؛ حسینی خامنه‌ای، درس خارج فقه، جلسه ۱۳/۱۲/۱۳۹۲). لذا با توجه به آنچه گفته شد، آیت‌الله شیخ سند بحرانی می‌گوید: قاعده عدل و انصاف بر قاعده قرعه مقدم است و موافقت قطعی به نحو مزبور مقدم بر موافقت احتمالی خواهد بود، زیرا اکثر نصوص قرعه مربوط به جایی است که توزیع حق بین طرفین ممکن نیست (بحرانی، ۱۴۲۹: ۳۸۹).

بر این بیان نیز سه اشکال وارد است:

اشکال اول: با حکم به تقسیم و رسیدن نصف مال به مالکش، یقین پیدا می‌کنیم مقداری از مال به غیر مالک آن تعلق گرفته است. لذا این پرسش پیش می‌آید که چگونه عقل ترجیح می‌دهد، مقداری از مال یقیناً به مالک نرسد و احتمال رسیدن همه مال به مالک

واقعی کنار گذاشته شود؟ به عبارت دیگر به چه ملاکی در عقل، اولی متعین است؟ در نتیجه به نظر می‌رسد عقل، حالت یکسانی برای هر دو صورت در نظر می‌گیرد و بین مخالفت قطعی و مخالفت احتمالی، ترجیحی وجود نداشته باشد.

اشکال دوم: به علاوه گاهی امر بر عکس بوده و موافقت احتمالی در همه مأموریه، بر موافقت قطعی در بعض مأموریه، مقدم است، زیرا در جایی که تمام مال، برای مالک واقعی اش وافی به غرض است، عقل حکم به تنصیف نمی‌کند. به عنوان مثال عقل در جایی که فرد بدهی زیادی دارد و با نصف آن مال بدهی او رفع نمی‌شود، به تنصیف حکم نمی‌کند؛ زیرا در چنین حالتی مال بماهو مجموع برای مالک دارای غرض است، چرا که با نصف پول مشکل وی حل نمی‌شود. همچنین عقل در جایی که نفس و عین مال برای فرد ارزش دارد، حکم به تنصیف نمی‌کند. مثلاً در جایی که مال مورد بحث سنگ قیمتی یا انگشتری است که از پدر فرد به او ارث رسیده است و دیگری نیز ادعا می‌کند که آن مال به او تعلق دارد، عقل به تقسیم پول حاصل از فروش آن مال حکم نمی‌کند، زیرا پول آن برای فرد هیچ ارزشی ندارد. بنابراین در چنین مواردی حکم عقل بر تقدیم موافقت قطعی در بعض مأموریه، بر موافقت احتمالی در همه مأموریه، جاری نیست و چه بسا امر برعکس باشد و قاعده قرعه بر قاعده عدل و انصاف مقدم شود.

اشکال سوم: همچنین می‌توان گفت راضی شدن نسبت به دست برداشتن مقصداری از حقوق خود و مصالحه بر تقسیم مال، به حکم عقل ارتباطی ندارد و این روش عقلایی و عرفی از برهان و حکم عقل بر نمی‌خیزد.

نتیجه گیری

در رابطه با قاعده عدل و انصاف، فقها معتقدند: به هنگام مردد بودن حقوق و اموال بین دو شخص یا بیشتر، اگر دلیل خاصی برای مشخص کردن حق یا مال نبود، بر اساس قاعده مذکور حکم به تقسیم بالسویه بین اشخاص می‌شود. البته مشروط بر آنکه هیچ یک از اشخاص مدعی، بینه نداشته باشند و هیچ اماره‌ای بر اختصاص مال یا حق به شخصی خاص در میان نباشد یا آنکه بینه‌ها با هم تعارض کنند. مستند کلام فقیهان «آیات، روایات،

شهرت، سیره عقلا و حکم عقل» است. نگارندگان با طرح سه اشکال در دلالت آیات قرآن، استدلال به این دلیل را تام نمی‌دانند. روایات مورد استناد فقها هم که متن آنان در ضمن مقاله بیان شد؛ بعضاً دارای اشکال‌های سندی و برخی واجد ایراد دلالتی و گاهی مشتمل بر هر دو ایراد هستند. همچنین با طرح اشکال‌های «صغروی و کبروی» استناد به شهرت نیز تمام نیست. نویسندگان همچنین استدلال به دلیل چهارم را این‌گونه پاسخ گفته‌اند که اولاً، چنین سیره‌ای، ثابت شده نیست؛ ثانیاً، بر فرض قبول سیره، شیوع و اطراد آن ثابت نیست. استدلال به حکم عقل نیز مجموعاً با طرح اشکال‌هایی چند مواجه شد. لذا نگارندگان در مقابل معتقدند که عدل و انصاف به‌عنوان یک قاعده فقهی فاقد وجاهت است.

منابع

قرآن کریم.

۱. آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی (۱۴۱۷ ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۸۵ ش / ۱۹۶۶ م). علل الشرائع، ج ۱، قم: کتابفروشی داوری.
۳. _____ (۱۳۷۸ ق). عیون أخبار الرضا(ع)، ج ۱، تهران: نشر جهان.
۴. _____ (۱۴۱۳ ق). من لا یحضره الفقیه، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. ابن شعبه حرانی، حسن بن علی (۱۴۰۴/۱۳۶۳ ق). تحف العقول عن آل الرسول (ص)، قم: جامعه مدرسین.
۶. ابن غضائری، احمد بن حسین (بی تا). رجال ابن الغضائری، قم، راهیاب: نرم افزار درایة النور، مؤسسه افزاری علوم اسلامی نور.
۷. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی (۱۴۲۳ ق). فقه القضاء، ج ۲ و ۴، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید(ره).
۸. _____ (۱۴۲۱ ق). فقه المضاربه، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید(ره).
۹. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر (۱۳۶۹ ق). کتاب القضاء، تهران: چاپخانه رنگین.
۱۰. الهی خراسانی، علی (۱۳۹۲ ش). قاعدة فقهی عدالت، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی.
۱۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین دزفولی (۱۴۱۵ ق). کتاب الخمس، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۲. ایروانی، باقر (۱۴۲۷ ق). دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، ج ۳،

۱۳. قم، راهیاب: نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع). مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
۱۴. بجنوردی، سید حسن بن آقابرگ موسوی (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهیه*، ج ۲ و ۳ و ۵، قم: نشر الهادی.
۱۵. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ق). *بلغة الفقیه*، ج ۳، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۱۶. بحرانی، آل‌عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، ج ۲۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. بحرانی، محمد سند (۱۴۲۹ق). *سند العروة الوثقی کتاب النکاح*، ج ۱، قم: مکتبه فدک.
۱۸. بروجردی، آقا حسین طباطبایی (۱۴۱۳ق). *تقریرات ثلاث*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۹. بهبهانی، سید علی (بی‌تا). *الفوائد العلیه*، ج ۱، قم: راهیاب: نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع)، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
۲۰. تبریزی، جواد بن علی (بی‌تا). *أسس القضاء و الشهاده*، قم: دفتر مؤلف.
۲۱. تمیمی آمدی، عبدالواحد بن محمد (۱۳۶۶ش). *تصنیف غرر الحکم و درر الکلم*، قم: دفتر تبلیغات قم.
۲۲. حائری یزدی، مرتضی بن عبدالکریم (۱۴۱۸ق). *کتاب الخمس*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۳. حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۱۵ق). *القضاء فی الفقه الإسلامی*، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۲۴. حسینی خامنه‌ای، سید علی (۱۳۹۲، ۱۳۹۳، ۱۳۹۴). *درس خارج فقه (اواخر مکاسب محرمه و صلاه مسافر)*، دفتر اول و سوم، تقریرات مخطوط صالح منتظری.
۲۵. حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶ق). *مستمسک العروة الوثقی*، ج ۹ و ۱۴، قم: مؤسسه دارالتفسیر.

۲۵. حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى*، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۶. حلی، تقی‌الدین ابو محمد حسن بن علی بن داود (بی‌تا). *رجال ابن داود*، قم: راهیاب: نرم افزار درایة النور، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
۲۷. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (بی‌تا). *تذکره الفقهاء*، ج ۱۷، قم: مؤسسه آل‌البيت(ع).
۲۸. _____ (بی‌تا). *خلاصه الأقوال فی معرفه احوال الرجال*، قم: راهیاب نرم‌افزار درایة النور، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
۲۹. _____ (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه*، ج ۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. _____ (۱۴۱۲ق). *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، ج ۸، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.
۳۱. حلی، محقق، نجم‌الدین، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق). *المختصر النافع فی فقه الإمامیه*، ج ۱، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه.
۳۲. حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق). *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
۳۳. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (بی‌تا). *المستند فی شرح العروه الوثقی*، قم، راهیاب: نرم افزار جامع فقه اهل بیت(ع)، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
۳۴. _____ (۱۳۹۱ش). *مبانی تکمله المنهاج*، ج ۲، تهران، انتشارات خرسندی.
۳۵. _____ (۱۴۱۷ق). *مصباح الأصول*، ج ۱، قم: راهیاب: نرم‌افزار جامع اصول فقه، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
۳۶. _____ (۱۴۲۲ق). *مصباح الأصول*، ج ۱، قم، راهیاب: نرم‌افزار جامع اصول فقه، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.

۳۷. _____ (بی‌تا). مصباح الفقاهه، ج ۷، قم، راهیاب: نرم افزار جامع فقه اهل بیت(ع)، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
۳۸. _____ (بی‌تا). معجم رجال الحديث، ج ۱۳ و ۱۹، قم، راهیاب: نرم افزار درایه النور، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
۳۹. _____ (۱۴۱۸ق). موسوعه الإمام الخوئی، ج ۲۴، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۴۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲). المفردات فی غریب القرآن، تحقیق: صفوان عدنان داوودی، بیروت، دارالعلم للدار الشامیه.
۴۱. روحانی، سید محمد (۱۴۲۲ق). المرتقی إلى الفقه الأرقی، کتاب الخمس، قم، مؤسسه مولود الکعبه.
۴۲. سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق). نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الإسلامیه الغراء، ج ۲، قم، مؤسسه امام صادق(ع).
۴۳. سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام، ج ۴ و ۷ و ۱۱ و ۱۳ و ۱۴ و ۱۷ و ۱۸ و ۲۰ و ۲۱ و ۲۷ و ۲۸ و ۲۹ و ۳۰، قم، مؤسسه المنار، دفتر حضرت آیه الله.
۴۴. سبزواری، محقق، محمد باقرین محمد مؤمن (بی‌تا). کفایة الأحكام، ج ۲، اصفهان: انتشارات مهدوی.
۴۵. سیستانی، سید علی حسینی (بی‌تا). قاعدة لا ضرر ولا ضرار، قم، راهیاب: نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت(ع)، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
۴۶. سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۱۷ق). دلیل تحریر الوسیلة (الخمسن)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۴۷. _____ (بی‌تا). دلیل تحریر الوسیلة (الوصیه)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۴۸. _____ (بی‌تا). مبانی الفقه‌الفعال فی القواعد الفقهیه الأساسیه، ج ۱، قم، راهیاب: نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت(ع). مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.

۴۹. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح، ج ۹، قم، مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.
۵۰. شریف الرضی، محمد بن حسین (۱۴۱۴ق). نهج البلاغه (للصباحی صالح)، قم، هجرت.
۵۱. شوشتری، محمد تقی (۱۴۱۰ق). قاموس الرجال، ج ۳، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۵۲. شیرازی، سید محمد حسینی (۱۴۱۹ق). الفقه القانون، بیروت، مرکز الرسول الأعظم للتحقیق و النشر.
۵۳. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (بی‌تا). ثلاث رسائل فقهیه، قم، راهیاب: نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت (ع)، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
۵۴. صدر، شهید سید محمد (۱۴۲۰ق). ماوراء الفقه، ج ۲، بیروت، دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع.
۵۵. طاهری خرم‌آبادی، حسن (۱۳۸۶ش). قاعده العدل و الانصاف، پژوهش‌های اصولی، شماره ۷.
۵۶. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل، ج ۱۵، قم، مؤسسه آل‌البیوت (ع).
۵۷. طبرسی، علی بن حسن (۱۳۸۵ق/۱۹۶۵م/۱۳۴۴ش). مشکاه الأنوار فی غرر الأخبار، نجف، المكتبه الحیدریه.
۵۸. طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲ش). مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۹۳، با مقدمه محمد جواد بلاغی، انتشارات ناصر خسرو.
۵۹. طوسی، محمد بن الحسن (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، تهران، دارالکتب الإسلامیه.
۶۰. _____ (۱۴۰۷ق). الخلاف، ج ۳ و ۵ و ۶، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۱. _____ (بی‌تا). الرجال، قم، راهیاب: نرم‌افزار درایة النور، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.

۶۲. _____ (بی تا). *الفهرست*، قم، راهیاب: نرم‌افزار درایه‌النور، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
۶۳. _____ (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحکام*، ج ۶ و ۸ و ۹، تحقیق: خراسان، تهران، دارالکتب الإسلامیه.
۶۴. طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ق). *الوسيله إلى نیل الفضيله*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی (ره).
۶۵. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). *الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه*، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۶. عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*، ج ۴ و ۱۰، قم، کتابفروشی داورى.
۶۷. _____ (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، ج ۴ و ۵ و ۶ و ۱۴، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۶۸. عاملی، شیخ حر، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، ج ۹ و ۱۸ و ۲۲ و ۲۶ و ۲۷، قم، مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۶۹. عاملی، محمد بن علی موسوی (۱۴۱۱ق). *نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام*، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۷۰. عراقی، آقا ضیاء‌الدین، علی کزازی (بی تا). *کتاب القضاء*، قم.
۷۱. علی اکبریان، حسنعلی (۱۳۸۶). *قاعده عدالت در فقه امامیه (گفت‌وگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه)*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۷۲. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۳ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله (الخمس و الأنفال)*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۷۳. _____ (۱۴۲۴ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله (الوقف، الوصیه، الأیمان و النذور، الکفارات، الصید)*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

۷۴. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی (بی تا). *مفاتیح الشرائع*، ج ۳، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۷۵. کریمی قمی، حسین (بی تا). *قاعده القرعه*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۷۶. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۴۰۷ق). *الکافی*، ج ۱ و ۷، تهران، دارالکتب الإسلامیه.
۷۷. لاری، سید عبدالحسین (۱۴۱۸ق). *التعلیقه علی المکاسب*، ج ۲، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۷۸. مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی (۱۴۰۳ق). *بحار الأنوار الجامعه لدرر أخبار الأئمه الأطهار (ع)*، ج ۷۲، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۷۹. مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق). *مائة قاعده فقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸۰. مظفر، محمدرضا (بی تا). *اصول الفقه*، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۸۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲). *بحوث فقهیه هامه*، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبیطالب (ع).
۸۲. _____ (جلسه ۸۱/۷/۲۸). *درس خارج فقه (نکاح)*.
۸۳. منتظری نجف آبادی، حسین علی (۱۴۰۹ق). *کتاب الزکاه*، ج ۴، قم، مرکز جهانی مطالعات اسلامی.
۸۴. نجاشی، احمد بن علی (بی تا). *رجال النجاشی*، قم، راهیاب: نرم افزار درایه النور، مؤسسه نرم افزاری علوم اسلامی نور.
۸۵. نجفی، صاحب الجواهر، محمدحسن (بی تا). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ج ۲۶ و ۴۱، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۸۶. نجفی، کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمد رضا (۱۳۵۹ق). *تحریر المجله*، ج ۱، نجف اشرف: المکتبه المرتضویه.

۸۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعه فی أحكام الشریعه*، ج ۱۷، قم: مؤسسه آل‌البیت(ع).
۸۸. نمازی شاهرودی، علی (۱۴۱۴ق). *مستدرکات علم الرجال*، ج ۴، قم: ابن مؤلف.
۸۹. همدانی، آقا رضا بن محمد هادی (۱۴۱۶ق). *مصباح الفقیه*، ج ۱۳، قم: مؤسسه الجعفریه لإحياء التراث و مؤسسة النشر الإسلامی.
۹۰. یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی (۱۴۰۹ق). *العروه الوثقی*، ج ۲، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.