جلسه 1541

سه شنبه 03/11/96

أعوذ باللّه من الشیطان الرجیم بسم اللّه الرحمن الرحیم الحمد للّه ربّ العالمین و صلّی اللّه علی سیّدنا محمّد و آله الطاهرین سیّما بقیّة اللّه فی الأرضین و اللعن علی أعدائهم أجمعین.

بحث راجع به این بود که عرض کردیم اگر دو نفر ید داشته باشند بر یک مال، سه مبنا وجود دارد راجع به تفسیر ید این دو نفر: یکی اینکه هر کدام ید تام و مستقل دارند بر تمام مال، ولو ید منحصر نیست. مبنای دوم این است که هر کدام ید ناقص دارند بر تمام المال. مبنای سوم این است که هر کدام ید تام و مستقل دارند بر نصف مشاع مال.

ما عرض کردیم که ظاهر عرفی این است که مبنای دوم درست است، یعنی مجموع این دو نفر ید دارند بر تمام مال. هر کدام نصف الید دارند. اما اینکه مبنای اول را بگوئیم که آقای سیستانی وفاقا للمحقق النراقی قائل شد که هر کدام ید تامه و مستقله دارند بر تمام المال، این خلاف وجدان عرفی است. این دو نفر که از این فرش استفاده می کنند هر کدام ید تامه داشته باشند بر این فرش این چه ید تامه ای است که بالفعل مانع از تصرف آن دیگری نیست و دیگری هم در این تصرف می کند؟

بله ثمره دارد این مبنا. ثمره اش این است که اگر یکی از این دو نفر گفت من سهمی در این فرش ندارم، شخص ثالثی گفت من سهم دارم، نصف فرش مال من است. طبق این مبنای اول آن شریک دیگر که ید دارد بر این فرش، چون ید تامه دارد بر تمام فرش قولش مسموع است چون ذوالید است، وآن اجنبی مدعی است. اما طبق مبنای ما او ید تامه به تمام فرش ندارد، نسبت به مشاع این فرش عرفا ذوالید نیست و تنازعش با آن اجنبی می شود تداعی.

این راجع به بحث ید مشترکه.

اینکه آقای سیستانی در تقویت مبنای اول که کل منهما ید تامه دارند بر تمام مال، فرموده اند چه اشکالی دارد که هر دو ید تامه داشته باشند؟ اینکه شما می گوئید که نمی توانند هیچکدام منع کنند دیگری را از تصرف. خب شرط ید تامه که تمکن از منع دیگران از تصرف نیست. یک انسان ضعیفی ید دارد بر مال خودش، هیچ تمکن ندارد دفاع بکند از خودش، هر شخصی بیاید می تواند این مال را از او بگیرد. شرط ید تامه این نیست که قادر باشد بر منع دیگران از تصرف.

اقول: جواب این است که بله شرط ید تامه این نیست که قادر باشد بر منع دیگران از تصرف، اما شرط ید تامه این است که بالفعل دیگران تصرف نکنند و استیلاء نداشته باشند بر این مال. من چطور ید تامه دارم بر این فرش که شخص دیگر هم ید تامه دارد بر آن؟ این خلاف مرتکز عرف است. بالفعل من منع نمی کنم غیر را از استیلاء بر این مال. صرف اینکه اگر کسی بخواهد استیلاء پیدا کند من نمی توانم مزاحم او بشوم صرف این نیست، بلکه بالفعل شخص دیگری مستولی است بر این مال و من نمی توانم مزاحم او بشوم. این خلاف مرتکز است که بگوئید من ید مستقله و تامه دارم بر تمام این مال.

وعرض کردم شاهد بر اینکه ما معتقدیم هر دو نصف الید دارند یعین ید ناقصه دارند بر تمام مال، این است که اگر دو نفر غصب بکنند یک مالی را، هر دو بطور مستقل ضامن نیستند، بلکه ضمان بر مجموع این دو نفر است، که توزیع که می شود نصف آن بر یکی است و نصف دیگر بر شخص دوم.

واما ملکیت مشترکه:

در ملکیت مشترکه دو مبنا بود: یکی اینکه مشهور می گفتند هر کدام از این دو شریک مالک تام نصف مشاع است. مبنای دوم این بود که مجموع این دو شریک مالک تمام المالند وهر کدام از این دو نصف المالکند و مالک ناقصند. شبیه بحث متولی، گاهی شما می آیید دو نفر را متولی قرار می دهید بر یک مال به نحوی که هر کدام نصف متولی هستند و تصرف هیچ کدام بدون توافق با دیگری نافذ نیست. یا ارث حق الخیار، که صاحب حق الخیار این دو فرزند می شوند، نه اینکه نصف مشاع حق الخیار مال این پسر است و نصف دیگر مال پسر دوم. نخیر، حق خیار یک حق واحد است به ارث می رسد به این دو فرزند، این مجموع دو فرزند می شود صاحب حق واحد، وبرای اعمال آن باید توافق بکنند.

از اینکه ما می بینیم در ملک مشاع هر کدام از این دو شریک در تصرف در نصف مشاع نیاز به اذن دیگری ندارند. می فروشد نصف مشاع خودش را، نیاز به اذن شریک ندارد. یا وقف می کند اذن مشاع خودش را، نیاز به اذن شریک ندارد. می فهمیم پس هر کدام از این دو شریک نسبت به نصف مشاع مالک تام است و مبنای مشهور درست است. اینکه نمی توان تصرف کرد تکوینا در این مال مگر به اذن شریک دیگر، این بخاطر این است که چون تصرف تکوینی منحصر به نصف مشاع خود انسان نیست، تصرف تکوینی در مال تصرف در تمام المال است، ولذا نیاز به اذن شریک دارد. اما تصرف اعتباری در نصف مشاع ممکن است و انسان در تصرف اعتباری در نصف مشاع نیاز به اذن شریک دیگر ندارد.

این قرینه است بر اینکه نظریه مشهور درست است، نه نظریه کسانی مثل مرحوم محقق عراقی وآقای خوئی که فرموده اند که هر کدام از این دو شریک مالک ناقص تمام المالند یعنی نصف المالکند. خب نصف المالک که نمی تواند بفروشد مال را، مثل نصف المتولی، دو نفر مجموعا متولی هستند یعنی هر کدام نصف المتولی، با هم که جمع می شوند می شود متولی کامل، مگر می شد در جائی که مجموع دو نفر متولی هستند هر کدام بدون توافق با دیگری بفروشند مال را؟ اما در شریکین هر کدام نصف مشاع خودش را مستقلا می تواند بفروشد. این معلوم می شود که نظر مشهور درست است.

وخود این مبنای دوم هم که می گوید شرکت و ملکیت مشترکه ملکیت ناقصه تمام المال است قبول دارد که در هنگام تقسیم یا در هنگام فروش سهام می گویند این شریک مالک نصف است یا نصف مشاع را می فروشد. خود همین منبّه عرفی است بر تمامیت مبنای اول.

واین بحث، بحث عرفی است، وبحث هایی که اینجا مطرح شده است راجع به جزء لایتجزأ که بحث های عقلی است اهمیتی ندارد.

مرحوم صاحب عروه در تکمله عروه فرموده است: امکان دارد که دو نفر مالک تام تمام یک مال باشند، ولی در شرکت اینطور نیست، ایشان در شرکت این را ادعا نمی کند، می گویند ممکن هست این مطلب. مثال می زنند به وقف یک مال به زید و عمرو، خب زید برای تصرف تکوینی در این وقف نیاز به اذن عمرو ندارد. مثل شریک نیست که برای تصرف در مال باید از شریک دیگر اذن بگیرد. نخیر، این منزل وقف زید و عمرو است، این باغ وقف زید و عمرو است، زید مزاحم عمرو نمی تواند بشود اما برای تصرف در این منزل هیچ نیاز به اذن عمرو ندارد. این نشان می دهد که زید مالک تام تمام المال است مالک تام تمام البستان است. البته بستان وقف است، قابل فروش نیست. متولی می تواند این بستان را اجاره بدهد و اجاره اش را توزیع کند بر زید و عمرو. اما بحث این است که زید مالک تام تمام البستان است برای تصرف در این بستان هیچ نیاز به اذن عمرو ندارد.

این فرمایش صاحب عروه قابل توجه است. ولکن منحصر نیست که ما بگوئیم این از باب تعدد ملکیت تامه است بر تمام المال، که چه بسا خلاف مرتکز هست که دو مالک هر دو مالک تام تمام المال باشند. خصوصیت مالک تام بودن تمام المال این است که می تواند منع کند غیر را، در حالی که زید نمی تواند منع کند عمرو را. ولذا ممکن است که همانطور که امام فرموده اند توجیه کنیم بگوئیم مالک این بستان عنوان احدهما است که هم منطبق است بر زید و هم منطبق است بر عمرو.
سؤال: احدهمای معین یا احدهمای لابعینه؟ جواب: احدهمای لابعینه، مثل اینکه وقف می کنید شما این باغ را بر عالم، این منزل وقف عالم است، خب متولی این را در اختیار این عالم قرار می دهد، عالم در این مال تصرف می کند، وقف عنوان عالم است، اینجا هم وقف عنوان احدهما است که مصداقش یا زید است بتمامه یا عمرو است بتمامه. این قابل توجیه است.

هذا تمام الکلام فی قاعدة الید.

ادامه جلسه 1541

# قاعدة القرعة

آخرین قاعده ای که در اصول بحث شده است به بهانه اینکه این قاعده اخص مطلق است از استصحاب و بر استصحاب مقدم است قاعده قرعه است.

قبل از اینکه روایات قرعه را بررسی کنیم عرض می کنم: قرعه در لغت از اقتراع است، که در لسان العرب می گوید اقتراع یعنی الاختیار. اقترع الرجل أی اختیر.

منتهی نوعا قرعه را به کار برده اند در جائی که اختیار با یک ابزاری است. حالا گاهی اختیار می کنند که مالک که مشتبه است بین این دو نفر کدام یک از این دو نفر است، یا گاهی اختیار می کنند که این مال که تزاحم شده است بین دو نفر که به کدام یک بدهند، اختیار می کنند که به کدامیک بدهند. اولی اشتباه الحقوق است، دومی تزاحم الحقوق است.

گاهی مالک و یا به تعبیر وسیعتر ذوالحق مجهول است مردد است بین دو یا چند نفر، می خواهند پیدا کنند آن مالک و یا ذوالحق واقعی را، قرعه می زنند. مثل اینکه فرزندی است مشتبه شد بین دو پدر، که در روایات داریم اقرع بینهما که پدر حقیقی اش کدام یک از این دو نفر هستند.

گاهی تزاحم الحقوق است، دو وارث هستند دو فرش به ارث رسیده است به اینها که رنگش با هم ممکن است فرق کند. اگر توافق نکنند این دو پسر نمی شود وصی الزامی کند یکی را که باید این فرش قرمز را برداری و به دیگری بگوید باید این فرش آبی را برداری. اگر توافق نکنند می شود تزاحم الحقوق، و هیچکدام را نمی شود الزام کرد که باید تو این فرش را برداری نه آن فرش را. لذا قرعه می زنند.

که در قرآن کریم هم در دو مورد این بحث قرعه مطرح شده است: یکی قرعه در امور خیر: ایهم یکفل مریم. یکی در امر شرّ: فساهم فکان من المدحضین، قرعه زدند که کدامیک را به دام نهنگ بیاندازند که دیگر نهنگ به بقیه اهل کشتی متعرض نشود، در میان آنها حضرت یونس علی نبینا وآله و علیه السلام بود فساهم فکان من المدحضین قرعه به نام او افتاد، و لولا کان من المسبحین للبث فی بطنه الی یوم یبعثون.

روایات در مورد قرعه عمدتا در موارد خاصه وارد شده است، اما بعضی از روایات هم عام است. ابتدا روایات عام را ما بیان کنیم:

روایت اول: روایت محمد بن حکیم: قال‏ سألت أبا الحسن موسى بن جعفر علیه السلام عن شي‏ء، فقال لي كل‏ مجهول‏ ففيه‏ القرعة. فقلت إنّ القرعة تخطئ و تصيب؟ فقال كل ما حكم الله عز و جل به فليس بمخطئ.

گفته شده است که کل مجهول ففیه القرعة عام است. ولذا مرحوم سید بن طاوس در کتاب الامان من اخطار الاسفار و الازمان فرموده ما در اشتباه قبله هم ملتزم می شویم که با قرعه تعیین بشود.

ابتدا سند این حدیث را بحث کنیم بعد دلالت آن را:

سند حدیث تا محمد بن حکیم صحیح است، چون صدوق به إسنادش از محمد بن حکیم نقل می کند، و إسناد صدوق به محمد بن حکیم تام است، دو سند صحیح ذکر کرده است در مشیخه به محمد بن حکیم.

البته این را عرض کنم مرحوم مجلسی اول در روضة المتقین می گوید: در فقیه هست محمد بن حکم، محمد بن حکم اگر باشد صدوق به او سندی ندارد.

ولکن انسان وثوق پیدا می کند که این محمد بن حکیم است. واگر محمد بن حکم هم تعبیر شده است همین محمد بن حکیم است که گاهی از او تعبیر می کردند به محمد بن حکم. چون فرزند او جعفر گاهی از او تعبیر می شود به جعفر بن محمد بن حکم و گاهی تعبیر می شود به جعفر بن محمد بن حکیم. واصلا محمد بن حکم در این طبقه با این خصوصیات ما نداریم.

شیخ طوسی هم در تهذیب این روایت را نقل می کند از محمد بن حکیم. منتهی سند شیخ طوسی به این روایت محمد بن حکیم ضعیف است، چون نقل می کند در تهذیب از محمد بن احمد بن یحیی از موسی بن عمر، که مردد است بین ابن بزیع ثقه و ابن یزید مجهول، نقل می کند از علی بن عثمان، که او مجهول است، او نقل می کند از محمد بن حکیم.

پس مطمئنا در فقیه محمد بن حکیم است نه محمد بن حکم، و این سند مشیخه فقیه شاملش می شود.

البته در اینجا یک بحثی هست وآن این است که ر این حدیث دارد و روی عن محمد بن حکیم، بعضی ها اشکال کرده اند در شمول أسناد مشیخه فقیه نسبت به مواردی که صدوق در فقیه می گوید روی عن فلان. آقای زنجانی می فرمودند که انصافا انسان تردید می کند که آیا آن أسناد شامل این موارد می شود یا نه.

ولی به نظر ما وجهی ندارد این تردید، و ما کان فیه عن محمد بن حکیم چرا شامل نشود نسبت به این حدیثی که می گوید و روی عن محمد بن الحکیم؟!

علاوه بر آن همانطور که ما قبلا عرض کردیم آقای سیستانی هم اینجا دارند آقای زنجانی هم مطرح کرده اند که ترتیب ذکر أسناد در مشیخه فقیه بر اساس ترتیب احادیث خود فقیه است، والا هیچ نه ترتیب الفباء در آن مطرح است ونه ترتیب دیگر. تنها ترتیب نامرتب مشیخه فقیه ناشی است از ملاحظه متن کتاب، ودر متن کتاب به جائی می رسیم که اولین حدیث از یک شخص به لسان و روی عن فلان هست. که بر اساس همان ترتیب در مشیخه تهذیب گفته و ما کان فیه عن فلان. که ما این را در بحث قاعده فراغ مفصل بحث کردیم که طبق این ترتیب می فهمیم که صدوق متن فقیه را دید رسید به آنجایی که در متن فقیه دارد که و روی عن فلان و بر اساس همان متن فقیه سندش را در مشیخه ذکر کرد، گفت و ما کان فیه عن فلان.

سؤال: چرا بعضی وقتها می گوید روی وگاهی می گوید روی عن فلان؟ جواب: تفنن در تعبیر است.

سؤال: شاید صدوق طبق ترتیب به این شخصی که می گوید و روی عنه رسیده ولی دیده چون در جاهای دیگر روایت دارد به عنوان روی فلان لذا به این ترتیب آورده است، والا چه بسا اگر روایت دیگری به عنوان روی فلان نداشت دیگر اصلا اسم این شخص را در مشیخه ذکر نمی کرد؟ جواب: آخه به این ترتیب وقتی ذکر می کند آقای زنجانی هم همین قرینه را دیدند قانع شدند، ولذا قطعا کافی است وموجب وثوق می شود.

راجع به محمد بن حکیم مشکل عدم توثیق خود محمد بن حکیم است، راجع به محمد بن حکیم خثعمی هیچ توثیق خاصی پیدا نشده است.

ولکن به نظر ما قابل توثیق است، چون ابن ابی عمیر کتاب محمد بن حکیم را نقل کرده و از او حدیث نقل کرده است ولایروی ولایرسل الا عن ثقة.

علاوه بر اینکه کشی نقل می کند منتهی در سند خود محمد بن حکیم است، این را ما به عنوان مؤید نقل می کنیم، می گوید ابن ابی عمیر عن محمد بن حکیم قال ذکر لابی الحسن علیه السلام اصحاب الکلام، فقال اما ابن حکیم فدعوه. این یعنی متعرض او نشوید او آدم خوبی است. حالا این در سندش خود محمد بن حکیم است این اعتباری ندارد که از حدیث خودش بخواهیم توثیق خودش را بفهمیم.

ولی حدیث دیگری است که سندش تام است و او مشتمل بر خود محمد بن حکیم نیست، می گوید: روی حمدویه قال حدثنی محمد بن عیسی قال حدثنی یونس بن عبدالرحمن عن حماد قال: کان ابوالحسن علیه السلام یأمر محمد بن حکیم أن یجالس اهل المدینة فی مسجد رسول الله صلی الله علیه وآله وأن یکلّمهم و یخاصمهم حتی کلّمهم فی صاحب القبر، فکان إذا انصرف الیه قال له ما قلت لهم و ما قالوا لک ویرضی بذلک منه. امام امر کرده بود محمد بن حکیم را که در مسجد النبی با عامه مخاصمه کند، بعد حضرت می فرمود به آنها چه گفتی آنها چه گفتند، ویرضی بذلک منه، امام راضی می شد از سخنان محمد بن حکیم.

که از این روایت مدح استفاده می شود و از روایات حسنه می شود. کسانی که روایت حسنه را قبول دارند این مدح است. حالا برای توثیق واضحش تنها راه همان روایت ابن ابی عمیر است. ولی چون مرحوم استاد قبول نداشتند توثیقات عامه را در مشایخ ابن ابی عمیر در کتابشان فرموده اند که این حدیث ضعیف است، ولی به نظر ما این حدیث قابل تصحیح است.

مؤید تصحیح سند این حدیث این است که شیخ در خلاف در دو مورد گفته دلیلنا اجماع الفرقة علی أنّ کل مجهول یستعمل فیه القرعة. خب این هم می تواند مؤید باشد که مستندش همین حدیث است، چون این تعبیر در این حدیث آمده در حدیث دیگری نیامده است.

شهید اول هم در قواعد می گوید ثبت عندنا قولهم کل مجهول فیه قرعة.

منتهی بحث در این است که آیا عموم این کل شیء فیه القرعة قابل اخذ است؟ خب این عمومش اقتضاء می کند که در شبهات حکمیه که نوبت می رسد به اصل عملی، ما با قرعه حکم شرعی را تشخیص بدهیم چون کل مجهول ففیه القرعة. واین قابل التزام نست.

 یا در شبهات موضوعیه فقهاء ملتزم نشده اند به عموم قرعه. در انائین مشتبهه حدیث می گوید که یهریقهما و یتیمم، یا در ثوبین مشتبهین می گوید یصلی فیهما جمیعا، وهیچ فقیهی ملتزم نشده است که با قرعه تعیین کنیم اناء نجس را، بلکه در شبهات موضوعیه یا به استصحاب رجوع کرده اند یا به احتیاط رجوع کرده اند، پس چطور ما به این عموم ملتزم بشویم؟ چقدر تخصیص بزنیم این حدیث را؟ تخصیص مستهجن بزنیم؟

ولذا اشکال این است که این حدیث عمومش قابل اخذ نیست، تخصیص تخصیص مستهجن است، ولذا حدیث مجمل می شود نمی شود به اطلاقش عمل کرد. واما آن محدوده ای که در روایات دیگر آمده است که نیاز به این عموم نیست. بحث در این است که اگر ما موارد خاصه ای که در آن قرعه تصریح شده است نداشتیم در موارد دیگر خواستیم به عموم قرعه عمل کنیم یک عمومی پیدا کنیم، این حدیث دیگر قابل استدلال نیست.

این اشکالی است که در اینجا مطرح می شود و به این اشکال جواب های مختلفی ممکن است داده شود:

جواب اول: ما ذکره السید الخوئی: فرموده است که مجهول به قول مطلق یعنی ما لم یعلم حکمه الظاهری والواقعی. مجهول به قول مطلق این است. اگر حکم ظاهری یک موردی را بدانیم دیگر او مجهول نیست. ولذا هر دلیل حکم ظاهری ورود دارد بر موضوع قرعه، چون او را از مجهول بودن خارج می کند. بلکه در کتاب الخمس فرموده است اگر دلیل عقلی هم داشتیم دیگر این مورد مجهول نیست چون حکم ظاهری عقلی اش معلوم است.

ممکن است شما به آقای خوئی اشکال کنید که آقا پس آن حدیثی که در مورد قرعه هست که در غنم موطوء که یک گله گوسفندی است شخصی دید گه چوپان وطی کرد یکی از این گوسفند ها را، آنجا دارد که قرعه می زنند آن گوسفند موطوء را با قرعه تعیین می کنند، خب آنجا مگر حکم ظاهری معلوم نیست؟ حکم ظاهری وجوب احتیاط است.

ایشان می فرماید خب او نص خاص است، ما کار به نض خاص نداریم، ما می گوئیم مجهول چیزی است که حکم ظاهری اش معلوم نیست.

 اگر شما بگوئید که آقا یک مثال بزن که حکم واقعی و حکم ظاهری هر دو مجهول باشد، همچنین مثالی داریم؟

ایشان می گویند بله داریم، در تداعی به مال واحد، زید می گوید مال من است عمرو می گوید مال من است، خب مورد قرعه است، که شارع در اینجا هیچ اصلی را معتبر نکرده است. قاعده ید که جاری نیست چون اگر در ید هر دو بود که تعارض کردند یدین، اگر در ید هیچکدام نباشد که فرض ما هست که قاعده ید نداریم. استصحاب هم نداریم، هیچ قاعده ای نداریم که حکم ظاهری را مشخص کند. یعنی کل مجهول ففیه القرعة با این فرمایش آقای خوئی شد منحصر به یک مثال، وآن تداعی دو نفر است که ذوالید نیستند نسبت به مال واحد.

تأمل بفرمائید ببینیم این جواب و بقیه جوابها درست است انشاء الله فردا.