

## قاعده قرعه به عنوان رویه قضایی با رویکردی بر آرای امام خمینی (س)

فریبا حاجیعلی<sup>۱</sup>

زینب ثمنی<sup>۲</sup>

**چکیده:** نظر جامعی میان فقها پیرامون قاعده قرعه وجود ندارد. قرعه در لغت و اصطلاح، بیرون آوردن یک سهم یا نصیب از میان اطراف آن است و ملاک صحت آن عدم اطلاع بر سهم خارج شده است. دو آیه از قرآن، روایات، سیره عقلا و عقل دلالت بر حجیت قرعه در اسلام دارند؛ فقهای امامیه بر حجیت قاعده قرعه به نحو موجه جزئیة اجماع دارند.

موضوع قاعده قرعه مطلق جهل و عدم وجود راه حل است. اگر چه بعضی قاعده قرعه را در مواردی که مورد عمل اصحاب قرار گرفته، جاری می‌دانند؛ ولی در بسیاری از ابواب فقهی این قاعده جریان دارد.

قرعه در قانون اساسی، قوانین مدنی و قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران به کار گرفته شده است. با تبیین قاعده قرعه از دیدگاه امام خمینی، باید قاعده قرعه در رویه قضایی حقوق ایران مورد استناد قرار گرفته و جایگاه مشخص و تعریف شده‌ای داشته باشد. اما با بررسی مصادیق اجرای این قاعده، به خصوص در مقایسه با مصادیق اجرای آن در فقه، این نتیجه به دست می‌آید که این قاعده علی‌رغم اتفاقی بودنش، بسیار محجور واقع شده و جایگاه خود را آنچنان که باید، در رویه قضایی پیدا نکرده است.

**کلیدواژه‌ها:** قرعه، مجهول و مشتبه، رویه قضایی، قاعده فقهی، تنازع.

---

۱. استادیار و عضو هیأت علمی دانشگاه الزهراء (س)

e-mail: faribashaj@yahoo.com

۲. پژوهشگر و کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی.

e-mail: kuhesabalan@gmail.com

این مقاله در تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۷ دریافت گردید و در تاریخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۳ مورد تأیید قرار گرفت.

## طرح مسأله

برای اثبات حق، راه‌های فراوانی وجود دارد که از آنها با عنوان دلیل اثبات دعوا یاد می‌شود. حقوقدانان درباره مقررات شکلی و ماهوی این دلایل به تفصیل سخن گفته و ماهیت آنها را مشخص نموده‌اند، اما در خصوص قرعه چنین تفصیلی داده نشده است. در حالی که شناخته شدن این قاعده به عنوان یک دلیل مستقل به قاضی کمک می‌کند، تا موارد استناد به قرعه را پیدا نموده و از آن استفاده کند.

قرعه در فقه اسلامی به عنوان یک قاعده فقهیه مورد پذیرش اتفاقی فقها می‌باشد. اگر چه در میزان دلالت هر یک از ادله اختلاف دیدگاه وجود دارد. ولی بحث اصلی که به شدت مورد اختلاف نظر است، موضوع و مجرای این قاعده است. در میان اقوال موجود، تفاوت مشهودی میان فرمایش حضرت امام خمینی با نظرات دیگر می‌باشد. در این مقاله ضمن تبیین قاعده قرعه از دیدگاه ایشان، به جایگاه حقوقی این قاعده در نظام حقوقی ایران پرداخته خواهد شد؛ و در نتیجه فرمایش امام این سؤال مطرح می‌شود که: آیا جایگاه این قاعده در حقوق به مثابه یک رویه قضایی می‌باشد؟ یا اینکه تنها در موارد محدودی به آن عمل می‌شود؟ چنانچه موارد قانونی در حال حاضر این گونه است.

## مفهوم قاعده قرعه

قرعه از ماده «قرع» و در اصل به معنای «زدن و کوبیدن» است (ابن اثیر بی تا: ۴۳). هر تمایل و توقع و اختلافی توسط قرعه کوبیده می‌شود. قرعه مانند حکم، قاطع و نافذ است (مصطفوی ۱۴۰۲ ج ۹: ۲۴۲). وقتی گفته شود قرعه برای اوست یعنی در قرعه کشتی غالب شده است (حمیری ۱۴۲۰ ج ۸: ۵۴۲۶).

قاعده قرعه در عرف فقها و عرف عام، چاره‌جویی برای تعیین مطلوب هنگام شبهه و ابهام، به وسیله نوشتن و مانند آن است. این قاعده موضوع و محمولی دارد که موضوع آن چاره‌جویی، و محمول آن ترتیب اثر واقع شده از آن چاره‌جویی است؛ یا اینکه موضوع همان احتیال باشد ولی محمول، دادن طریقت به این احتیال باشد و اینکه آن را تعبدی و تنزیلی مانند علم قرار دهد (مشکینی ۱۴۱۶: ۲۰۱).

## مدارک و مستندات قاعده

## ۱) دلالت آیات قرآن

به دو آیه از قرآن کریم برای قرعه استدلال شده است.

**آیه اول:** داستان حضرت یونس که در سوره صافات بیان شده است. شاهد قرعه در قسمت «فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ» آمده است (صافات: ۱۴۱) «ساهم» به معنای قرعه زدن است (ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۱۲: ۳۰۸). وجه اینکه عنوان قرعه را مساهمه می‌گویند، این است که اغلب قرعه را به وسیله تیر مخصوصی انجام می‌دادند که روی آن چیزی که مقصود را هنگام خارج شدن معین کند، می‌نوشتند و سپس مساهمه بر مقارعه اطلاق شد اگرچه بدون تیر باشد (مکارم شیرازی ۱۴۱۱ ج ۱: ۳۲۱). جایی برای مناقشه در دلالت آیه بر قبول مقارعه توسط حضرت یونس نیست. اگرچه نقل نشده ولی ظاهر آیه بیان می‌کند حتی خود ایشان متصدی این امر بوده‌اند (فاضل موحدی ۱۴۱۶: ۴۲۲). زیرا، به یک بیان، فاعل «ساهم» حضرت یونس است. پس اگر در شریعت حضرت یونس، قرعه معتبر نبود، بر آن اقدام نمی‌کرد. اما نسبت به شریعت ما، نیاز به این است که استصحاب احکام شرایع گذشته را به این استدلال ضمیمه کنیم. برخی این استصحاب را قبول دارند و برخی هم می‌گویند چون شرایع گذشته کلاً نسخ شده‌اند، احکام آنها قابل استصحاب نیست (انصاری ۱۴۰۷ ج ۲: ۶۵۵). اگر منشأ آن (قرعه) یک امر عقلایی باشد - همان طور که ظاهر هم چنین است - و پیامبر خدا (ص) آن را تأیید کرده باشد پس لازم می‌شود در این شریعت هم به همین دلیل قرعه ثابت گردد (فاضل موحدی ۱۴۱۶: ۴۲۲). اگر فاعل «ساهم» حضرت یونس نباشد، همان طور که اکثر نقل‌هایی که در ذیل این آیه شریفه آورده‌اند «اقترعوا» را به حالت جمع ذکر کرده‌اند (حسینی بحرانی ۱۴۱۶ ج ۴: ۶۲۹) در این صورت، دیگران - غیر حضرت یونس - قرعه را انجام داده‌اند و خداوند تبارک و تعالی در مقام امضای یک عمل متعارف در بین مردم آن زمان است. نسبت به این آیه شریفه در رابطه با اثبات مشروعیت قرعه چند اشکال وجود دارد؛ اما برخی فقها، استدلال به آیه بر مشروعیت قرعه را با کمک روایات اثبات می‌کنند.

**آیه دوم:** آیه ۴۴ سوره مبارکه آل عمران<sup>۱</sup>

آیه مربوط به جریان سرپرستی دختر عمران، حضرت مریم، است که بین آل عمران در مورد

۱. «ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَ مَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَمَنَّمْهُمْ أَتَاهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَ مَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ».

او نزاع واقع شد. تمام مطالب آیه قبل عیناً در اینجا نیز می آید.

**نتیجه:** به خوبی می توان مشروعیت قرعه را از این دو آیه استفاده کرد، زیرا به نقل قرآن مجید دو پیامبر خود وارد کار قرعه شده اند (موسوی بجنوردی ۱۳۷۹ ج: ۱، ۲۲۲) و احتجاج و استدلال روایات به این آیه شریفه نیز مؤید همین مطلب است.

## ۲) روایات

مرحوم میرفتاح می فرماید: روایات قرعه به تواتر نزدیک است و بلکه به حدّ تواتر رسیده است. ایشان حدود ۳۷ روایت نقل می کند که با روایات مشابه به ۴۰ روایت می رسد (حسینی مراغی ۱۴۱۷ ج: ۱، ۳۴۱) در کتاب *عوائد الایام* آمده است: این روایات به حدّ تواتر معنوی رسیده است و ۴۶ روایت ذیل آن نقل می شود (نراقی ۱۴۱۷: ۶۳۹).

فقهها با این روایات سه برخورد داشته اند؛ قدمای از فقها اصلاً تقسیم بندی نکرده و تمام روایات عام و غیر عام را یک جا و مشترک با هم ذکر کرده اند (آشتیانی ۱۴۰۳ ج: ۳، ۲۱۹). اکثر فقها روایات را به دسته روایات عامه و خاصه تقسیم کرده اند. (موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج: ۱، ۶۰؛ حسینی یزدی فیروزآبادی ۱۴۰۰ ج: ۵، ۳۱۳). روش سوم، روشی است که مرحوم امام ابداع کرده و روایات را به سه دسته روایات عام، روایات عام فی الجمله و روایات خاصه تقسیم کرده است. به نظر می رسد این تقسیم بندی جامع تر از دیگر تقسیمات باشد و لذا بحث بر طبق آن تنظیم شده است.

### الف) روایات عامه به نحو کامل

تعداد روایاتی که به نحو کامل دلالت بر عموم قرعه دارند، یعنی در تمام ابواب فقهی قاعده قرعه را جاری می دانند، اختلافی است. ولی در این مجال به تنها روایتی که از منظر امام خمینی در این دسته قرار دارد، پرداخته می شود:

و باسناده عن محمد بن أحمد بن یحیی، عن موسی بن عمر، عن علی بن عثمان، عن محمد بن حکیم، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن شيء فقال لي: كل مجهول ففيه القرعة، قلت له: إن القرعة تخطئ وتصيب! قال: كل ما حكم الله به فليس بمخطئ. محمد بن علی بن الحسن باسناده عن محمد بن حکیم مثله (حر عاملی ۱۴۰۹ ج: ۲۷، ۲۵۹؛ ر.ک. به: امام خمینی ۱۳۷۵: ۳۸۴).

بحث سندی این روایت: «باسناد» منظور اسناد شیخ طوسی است به محمد بن احمد بن یحیی اشعری که فردی ثقه و معتبر است (نجاشی ۱۴۰۷: ۳۴۸). علی بن عثمان بین چند نفر مشترک است که همگی مهمل هستند (خویی ۱۴۱۰ ج ۱۳: ۹۸) و محمد بن حکیم، مورد رضایت است (مجلسی ۱۴۰۶ ج ۶: ۲۱۵). ولی در واقع این روایت به حدّ تواتر معنوی رسیده است (موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۱: ۵۷) پس نیازی به بررسی سندی ندارد. به طوری که *النهایه* ذیل باب سماع بینات و کیفیت حکم به آن و احکام قرعه، عین همین روایت را از امام موسی کاظم<sup>(ع)</sup> و پدران و پسران ایشان نقل می‌فرماید (شیخ طوسی ۱۴۰۰: ۳۴۶).

حضرت امام خمینی در مورد این فرمایش آورده‌اند: از این نقل معلوم می‌شود که، شیخ روایات دیگری در دست داشته که از دسترس ما خارج است. پس این روایات مورد وثوق است و تنها از این روایات می‌توان استفاده عموم برد (امام خمینی ۱۳۷۵: ۳۸۶).

البته منظور از این روایت آن نیست که قرعه هیچ‌گاه خطا نمی‌کند، بلکه می‌خواهد بگوید حکم خطا را ندارد؛ یعنی مکلف مؤمن دارد و اگر کسی بر طبق قرعه عمل کرد بر طبق دلیل عمل کرده است، همان طور که اگر مکلفی بر طبق یک روایت معتبر، عملی را انجام دهد و بعد معلوم شود که در واقع با حکم خدا مخالفت کرده است، عقاب نمی‌شود. اگر کسی هم بر طبق قرعه عمل کند و به خطا برود، معاقب نخواهد بود. بنابراین منظور امام<sup>(ع)</sup> این نیست که قرعه حتماً به واقع اصابت کند؛ بلکه غرض آن است که مکلف از طریق شرعی استفاده کرده است و اگر در مخالفت با واقع افتاد، معاقب نیست (موسوی بجنوردی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۲۵-۲۲۴).

#### ب) روایات عام فی الجملة

منظور از روایت عام فی الجملة روایاتی است که کلام به صورت عام بیان شده است، ولی با توجه به سیاق کلام مراد عمومیت به صورت کلی نیست، بلکه اختصاص به باب قضا دارد. امام خمینی در این قسم از روایات به هفت روایت استناد نموده‌اند. در اینجا به لحاظ رعایت اختصار به یک روایت بسنده می‌شود: امام باقر<sup>(ع)</sup> فرموده است که اگر موردی از قرآن و سنت برای آن راه حلی نبود، امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> قرعه می‌انداخت. سپس امام باقر<sup>(ع)</sup> فرمود: ای عبدالرحیم این از معضلات است (طباطبایی بروجردی ۱۴۲۹ ج ۳۰: ۲۰۸).

## ج) روایات خاص

در قسم سوم، یعنی روایاتی که به عناوین خاصی متعلق هستند، امام خمینی ۲۱ عنوان ذکر کرده‌اند که نیازی به ذکر همه روایات نیست. از جمله این عناوین: «تعارض بینتین در مورد خاص» مانند: زن (کلینی ۱۴۰۷ ج ۱۴: ۶۷۰)، ودیعه (شیخ طوسی ۱۳۹۰ ج ۳: ۳۸)، حیوان (شیخ صدوق ۱۴۱۳ ج ۳: ۸۹) وصیت به عتق بعضی از ممالیک (شیخ طوسی ۱۴۰۷ ج ۶: ۲۳۳) و اینکه اگر حرّ و مملوک اشتباه شوند، قرعه انداخته می‌شود (حر عاملی ۱۴۰۹ ج ۲۶: ۳۱۱).

**نتیجه:** در هر صورت از مجموع این روایات می‌توان این معنی را استفاده کرد که ائمه اطهار<sup>(ع)</sup> قرعه را امضا کرده و در موارد بسیار به قرعه ارجاع داده‌اند (موسوی بجنوردی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۲۱).

## ۳) دلالت اجماع

در بررسی کلام فقها در دلالت اجماع بر این قاعده، سه نکته قابل توجه است:

**الف) معقد اجماع:** ابتدا باید دانست بحث اجماع بر روی چه چیزی قرار دارد. دسته‌ای از فقها (شهید اول ۱۴۰۰ ج ۲: ۱۸۴؛ سیوری ۱۴۰۳: ۵۳۳) معقد اجماع را روایات قرعه می‌دانند. در حالی که اکثر فقها، اجماع بر اصل مشروعیت قرعه را پذیرفته‌اند (شیخ طوسی ۱۳۸۷ ج ۸: ۳۰۶) واضح است که اجماع بر صحت روایات نمی‌تواند دلیل مستقلی برای این قاعده باشد. بلکه باید اجماع، یعنی اتفاق فقها بر اصل مشروعیت قرعه باشد.

**ب) منقول یا محصل بودن اجماع:** بعضی فقها به اجماع منقول تمسک نموده‌اند (آشتیانی ۱۴۰۳ ج ۳: ۲۱۸). برخی دیگر (حسینی مراغی ۱۴۱۷ ج ۱: ۳۴۸) تفصیل داده‌اند: کتاب *العناوین*، دلیل سوم را اجماع منقول و دلیل چهارم را اجماع محصل قرار داده است.

مرحوم نراقی بعد از آوردن چند نمونه از فتاوا در ابواب مختلف فقه، می‌فرماید: ظاهرترین ظواهر برای فقها انعقاد اجماع بر مشروعیت قرعه است. در ادامه از اجماع ترقی کرده و می‌فرماید حتی می‌توان ادعای ضرورت مسأله قرعه را در مذهب ما نمود (نراقی ۱۴۱۷: ۶۵۲).

مرحوم محقق بجنوردی می‌فرماید: گمان نمی‌کنم که کسی از شیعه منکر اعتبار قرعه به صورت فی الجمله باشد (موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۱: ۶۵۱).

در مورد اجماع محصل، اگر کسی واقعاً در این مورد تتبع کند، می‌تواند تحصیل اجماع کند. در میان فقهای امامیه یک نفر در اصل مشروعیت اجماع تردید نکرده است. پس، اصل

مشروعیت قرعه اجماعی است و اجماع محصلی که مرحوم مراغی ادعا کرده است، مسأله محکمی است.

ج) **مدرکی یا غیر مدرکی بودن اجماع:** مسأله بعد در مورد اجماع بر مشروعیت قرعه، مربوط به مدرکی یا غیر مدرکی بودن اجماع است. اکثر اصولیین قائلند اجماع مدرکی یا اجماعی که محتمل المدرک است، به حسب اصطلاح، نمی تواند به عنوان یک دلیل مستقل باشد (امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۱: ۲۵۵). اجماعی می تواند دلیل مستقلی باشد که مستند به یک روایتی از معصوم<sup>(ع)</sup> نباشد. کسانی که مبنایشان این است که اجماع مدرکی از اعتبار ساقط است، در اینجا می گویند که این اجماع اعتبار ندارد: چنین اجماعی برای ما کارساز نیست فقط این اجماع می تواند ضعف روایات را جبران کند؛ یعنی برداشت ما از این اجماع آن است که علم اجمالی داریم. بعضی از این روایات از معصوم<sup>(ع)</sup> صادر شده است که قهراً این معنی محقق تواتر اجمالی است (موسوی بجنوردی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۲۱).

#### ۴) دلالت بنای عقلا

از بررسی کلمات فقها نتیجه گرفته می شود در مورد دلالت سیره عقلا بر مشروعیت قرعه سه وجه وجود دارد:

۱) بزرگانی از فقها مثل شهید اول، مرحوم مراغی، مرحوم نراقی، مرحوم حکیم (طباطبایی حکیم ۱۴۱۸: ۵۲۹) و... اشاره ای به بنای عقلا نداشته اند.

۲) بعضی از متأخرین بنای عقلا را به عنوان دلیل پذیرفته اند. امام خمینی فرموده اند: بنای عقلا این است که در موارد تراحم حقوق در صورت عدم ترجیح، قرعه زده شود. قرعه نزد عقلا به عنوان یکی از راه های حل درگیری است؛ در جایی که ترجیح یا طریقی برای احراز واقع نباشد (امام خمینی ۱۳۷۵: ۳۹۳).

در ادامه شاهد ادعای خویش را علاوه بر وضوح این مطلب، قضیه های مسأله یونس، تکفل حضرت مریم، مقارعه پسران یعقوب، مقارعه رسول الله<sup>(ص)</sup> میان قریش در ساختن کعبه و بین همسرانشان دانسته اند. از نظر ایشان این قضا یا دلالت دارند که عقلا به حسب ارتکاز عقلاییه خود هنگام اختصام و عدم ترجیح به قرعه تمسک نموده اند.

عمل به قرعه در صورت بسته شدن تمام راه ها یک حکم عقلایی است، با قطع نظر از عادات و

رسوم و انفعالات. بدین معنی عقلا بما هم عقلا به طور موجبه جزئیه، قرعه را یک طریق الی الواقع می‌دانند و به وسیله آن رفع مشکل و اشتباه می‌کنند. (موسوی بجنوردی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۲۲).

۳) بعضی نیز دلالت بنای عقلا بر مشروعیت قرعه را مشکل دانسته‌اند. جناب آقای علی اکبر سیفی مازندرانی، با ایراد اشکال در استدلال حضرت امام و ذکر دلیل، این قول را مطرح فرموده‌اند.

**اشکال بر استدلال حضرت امام:** این احتمال وجود دارد که سواران کشتی در داستان حضرت یونس، متشرع به بعضی از ادیان گذشته بوده‌اند. این احتمال در دیگر قضایای مطرح شده نیز وجود دارد. پس بر این اساس، استدلال مزبور از بین می‌رود (سیفی مازندرانی بی‌تا ج ۳: ۲۵۳).

**نتیجه:** بنای عقلا در مورد حجیت قرعه مورد امضا شارع قرار گرفته است، به خصوص، در این مورد، روایت داریم که وقتی امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> در قضیه یمن قرعه کشی کرده و با قرعه مشکل را حل کردند، پیامبر<sup>(ص)</sup> آن را امضا فرمودند (حر عاملی ۱۴۰۹ ج ۲۶: ۳۱۱). لذا بنای عقلا در زمان خود پیامبر اکرم<sup>(ص)</sup> بوده و مورد امضا نیز واقع شده است. پس بنای عقلا به عنوان دلیل بر قرعه می‌باشد؛ و در این صورت، قرعه یک امر تأسیسی نخواهد بود، بلکه یک طریق عقلایی است.

##### ۵) دلالت عقل بر حجیت قاعده قرعه

در مواردی که امر مشکلی وجود دارد، اگر با قرعه مشکل حل نشود، هرج و مرج، یا نزاع و منازعه به وجود می‌آید. و عقل می‌گوید برای دفع هرج و مرج، باید راهی انتخاب شود تا مشکل حل شود.

قرعه هنگام تساوی حقوق و مصالح و وقوع تنازع برای این است که کینه‌ها از بین برود. پس به خاطر مصلحت، بر حکیم اجمال و عدم توجه به آن جایز نیست (شهید اول ۱۴۰۰ ج ۲: ۱۸۳). با عدم تشریح قرعه، اختلال نظام هرج و مرج و برانگیختن فتنه لازم می‌آید و در ادامه می‌گوید قرار دادن این راه، لطف عظیمی است که اصل جدال و نزاع را از بین می‌برد (حسینی مراغی ۱۴۱۷ ج ۱: ۳۵۹). در هنگام مواجهه با امر مشتبه و مشکل، عقل ترجیح بلا مرجح را قبیح می‌داند. یکی از راه‌هایی که برای خروج از بن بست، عقل به آن حکم می‌کند، استفاده از قرعه است. پس دلیل عقلی به نظر موجه است.



### موضوع قاعده قرعه

طبق روایات، به دست آمد که قاعده قرعه برای عناوین خاصی وضع شده است: «مجهول، مشتبه، ملتبس و مشکل» لذا برای تبیین صحیح موضوع، ضمن بیان معنای لغوی و اصطلاحی، به تحلیل و بررسی این عبارات پرداخته می‌شود.

مجهول: معنای لغوی این کلمه از ریشه «جهل» و به معنای نقیض علم است (فراهیدی ۱۴۱۰ ج ۳: ۳۹۰) و در اصطلاح جهل عبارت است از عدم علم (ندانستن) خواه جاهل بداند که نمی‌داند (جهل بسیط) یا نداند که نمی‌داند (جهل مرکب).

مشتبه: اهل لغت این کلمه را معادل مشکل می‌دانند (جوهری ۱۴۱۰: ۲۲۳۶) و در اصطلاح اشتباه در مسأله، شک در صحت آن است (ابوحیب ۱۴۰۸: ۱۸۹). یا اینکه مسأله به نحوی ملتبس شود که تمیز داده نشود و ظاهر نگردد (فیومی بی‌تا ج ۲: ۳۰۳).

ملتبس: در لغت به معنای اشتباه و اشکال است و در اصطلاح شبیه شدن چیزی به دیگری است به نحوی که هیچ تفاوتی میان آن دو نباشد (عبدالرحمن بی‌تا ج ۱: ۲۷۸).

مشکل: در اصطلاح به چیزی گفته می‌شود که رسیدن به آن آسان نیست و در اصطلاح اصولی اگر بعد از توجه به مطلبی به مشکل برسد و منظور آن را نفهمد مگر اینکه در مورد آن تأمل نماید، به آن مشکل می‌گویند (عبدالرحمن بی‌تا ج ۳: ۲۹۳).

### نظرات فقها درباره موضوع قاعده

مرحوم عراقی (عراقی ۱۴۱۷ ج ۴: ۱۰۴) می‌فرماید: اگر کلمه مجهول و مشتبه را ملاک قرار دادیم، قرعه از قبیل واسطه در اثبات است. اما اگر مشکل را با این معنا که اصلاً تعینی ندارد ملاک قرار دادیم، قرعه واسطه در ثبوت می‌شود؛ یعنی خود قرعه قیدیت و جزئیت برای موضوع دارد؛ واسطه در ثبوت همان حیثیت تعلیلیه است؛ یعنی چون قرعه به نام این شخص افتاد، واقع معین می‌شود؛ تا قبل از اینکه قرعه کشیده شود اصلاً واقعی نبوده است.

اشکال: اول اینکه طبق آنچه در معانی لغوی و اصطلاحی عناوین موضوع قاعده گذشت تفاوتی که ایشان میان عناوین مشکل و مجهول قائل شده‌اند مبنای علمی ندارد. دوم اینکه عنوان مشکل در روایات نیامده و فقط در کلام فقها وارد شده است (مکارم شیرازی ۱۴۱۱ ج ۱: ۳۵۷). بنابراین بر فرض که تقسیم بندی ایشان پذیرفته شود، عمومیت قاعده قرعه مخدوش می‌شود. به این معنا که

چون روایات شامل این عنوان نیست پس جایی که مورد قرعه مربوط به موضوعی شود که واقعیتهای در اصل وجود نداشته باشد (مصادق مشکل از دیدگاه مرحوم عراقی) از عمومیت روایت خارج می‌شود. هر چند دلیل دیگری مثل اجماع بر آن دلالت نماید. ولی در هر صورت این تقسیم‌بندی سبب ایجاد اشکال در عمومیت این قاعده می‌گردد.

۲- مرحوم مراغی در تعریف مشکل و مشتبه و مجهول که موضوع قرعه است، می‌فرماید: این سه عنوان به یک معنا است و مقصود جایی است که راهی برای برطرف کردن جهل و اشتباه نباشد. مشکل یعنی چیزی که هیچ راهی برای تخلص از آن نداریم. اگر در موردی، در شریعت، هیچ طریق معتبری برای تخلص از آن نداشته باشیم، شارع از آن به مشکل تعبیر کرده است (حسینی مراغی ۱۴۱۷ ج ۱: ۳۵۲). به تعبیر دیگر، نتیجه این می‌شود قرعه آخرین راه است. بعد از اینکه همه طرق مسدود شد، همه طرق منسد شد و هیچ راه دیگری برای حل مشکل باقی نماند، نوبت به قرعه می‌رسد.

اشکال: در مواردی که فقها قرعه را جاری کرده‌اند، راه دیگری هم برای تخلص بوده است. چندین مورد به عنوان نقض موجود است که به یک مورد اشاره می‌گردد: در اینکه چند نفر هستند و صلاحیت برای گفتن اذان را دارند، اگر هیچ مرجحی ندارند و همه با هم مساوی‌اند، یک راه این است که بگوییم تخییر است. هر کدام خواستند بروند و اذان بگویند، اما مع ذلک فتوا این است که قرعه باید انداخته شود. تردیدی نیست در اینکه قرعه اولویت بر اصل تخییر دارد (نجفی ۱۹۸۱ ج ۹: ۱۳۱).

۳- مرحوم نراقی بدون در نظر گرفتن عناوین وارده در روایات، ابتدا موضوع و مورد قاعده قرعه را دو قسمت می‌نماید: اول آنکه حقیقت در واقع معین باشد ولی در ظاهر به دلیلی بر ما مشتبه گردد. دوم آنکه، مردد بین دو شیء یا بیش‌تر باشد، و در واقع هم معین نباشد، و تعیین آن توسط قرعه طلب شود. سپس فقط تحقق عنوان «جهل» را برای موضوعیت قاعده قرعه کافی می‌داند (نراقی ۱۴۱۷: ۶۵۸).

به نظر می‌رسد در موضوعیت قاعده قرعه این فرمایش صحیح باشد: عینیت پیدا کردن موضوع قرعه در کجاست؟ در جایی است که مشکل، مشتبه، مجهول و ملتبس وجود داشته باشد و اگر راهی باشد که از طریق آن بتوان رفع اشکال و اشتباه کرد قطعاً قرعه جریان پیدا نخواهد کرد. زمانی می‌گوییم که امری مشکل یا مشتبه است که هیچ راه دیگری باقی نمانده باشد، در این

صورت است که قرعه می‌تواند جریان پیدا کند (موسوی بجنوردی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۲۱).

### مجرای قاعده قرعه

در رابطه با مجرای قاعده قرعه آرای مختلفی وجود دارد: از جمله اینکه آیا مجرای آن در شبهات حکمیه است، یا در شبهات موضوعیه؟ در شبهات بدوی یا در شبهات مقرون به علم اجمالی؟ (۱) مرحوم نراقی مجرای قرعه را با این مقدمه بیان می‌فرماید: هر چه که برای خصوص آن حکم شرعی، یا وضعی، یا عرفی، یا عقلی یا لغوی ثابت باشد، در آنچه عرف یا عقل یا لغت در آن حجت است، پس آن مورد قرعه نیست. و هر مجهول یا مشکوک یا مشتبهی که به نوعی تحت عنوان مطلق مجهول که همان موضوع حکم قرعه است، قرار گیرد و حکم خاص برای آن ثابت باشد، پس آن هم مورد قرعه نیست. لذا هر مجهولی که حکم خاص نداشته باشد، مجرای این قاعده است (نراقی ۱۴۱۷: ۶۶۲).

ایشان چنین نتیجه می‌گیرند: در تعیین احکام شرعی و تعیین احکام وضعی برای موضوعات، احکام قرعه مطلقاً منتفی است، زیرا هر دو یا حکم مخصوصی دارند که تبعیت می‌شود یا حکمی ندارند و باید رجوع به اصل یا حالت سابقه یا تخییر نمود، به خاطر ادله‌ای که بر این امور دلالت دارند و این ادله نسبت به دلیل قرعه، خاص هستند، و لذا کسی هم در این موارد قائل به قرعه نیست. پس قرعه فقط در موضوعات احکام شرعی یا وضعی یا متعلقات یکی از آن دو، هنگامی که جهل یا شک باشد ولی حکم خاصی موجود نباشد و ترجیحی در بین باشد، جریان دارد. اشکال: مرحوم نراقی ادله قرعه را مختص به مجهول در ناحیه موضوعات دانسته و دلیلی برای آن ارائه ننموده‌اند، در حالی که طبق روایات عام، مجهول هم شامل موضوعات و هم احکام می‌شود.

(۲) مرحوم عراقی بیان می‌فرماید: اگر مشکل ملاک قرار گیرد، چه در شبهات حکمیه و چه شبهات موضوعیه، اصول عملیه جاری می‌شود، لذا دیگر مشکلی وجود ندارد و موضوع مشکل برطرف می‌شود. وی در مورد عنوان مجهول و مشتبه قائل به تفصیل در شبهات حکمیه و موضوعیه می‌باشد که مشروح آن در این مجال نمی‌گنجد و به طور خلاصه باید گفت: برای جریان قرعه چهار قید وجود دارد: (۱) شبهه موضوعیه باشد و حکمی نباشد؛ (۲) مقرون به علم اجمالی باشد و بدوی نباشد؛ (۳) حق الناس باشد و حق الله نباشد؛ و (۴) احتیاط هم امکان نداشته باشد (عراقی ۱۴۱۷ ج ۴:

۱۰۵-۱۰۴).

مرحوم عراقی بعد از این مقدار دقت و بیان فنی می‌فرمایند در همین شبهات موضوعیه مقرون به علم اجمالی در حق الناس نیز در جایی که بشود از راه قاعده عدل و انصاف وارد شد، قاعده عدل و انصاف را جاری می‌کنیم. چه سخن خوبی زده شده که در قرعه باید فقط به همان مواردی عمل کرد که اصحاب در آنها به قرعه عمل کردند (عراقی ۱۴۱۷ ج ۴: ۱۰۷).

اشکال: از کلام ایشان استفاده شد در مواردی که بتوان قاعده عدل و انصاف را جاری کرد، مجالی برای رجوع به ادله قرعه نیست. اشکال این است که بالاخره ایشان نتوانستند مسأله را حل کنند و در آخر فرمودند تمییز موارد قرعه از موارد اصول عملیه و موارد قاعده عدل و انصاف مشکل است و ملاک را عمل اصحاب به قرعه قرار دادند.

شبهات در کلام مرحوم عراقی به سه دسته تقسیم می‌شود: قسم اول شبهات حکمیّه است که در عنوان مشکل وارد نمی‌شوند، زیرا در احکام شرعی با وجود ادله و اصول معتبر در مقام شبهات جایی برای اشکال باقی نمی‌ماند. قسم دوم شبهات موضوعیه است، منتها موضوعیه مستنبطه؛ یعنی موضوعاتی که در ادله احکام وجود دارد و باید معنای آنها را استنباط کرد تا بتوان حکمش را به دست آورد. در موضوعات مستنبطه هم جایی برای قرعه نیست. برای اینکه عرف یک قواعد مقررّه خاص خودش را دارد و باید سراغ همان طرق مقررّه رفت. یعنی عرف در فهم معانی الفاظ هیچ وقت سراغ قرعه نمی‌رود قسم سوم شبهات موضوعیه محضه است. ایشان موضوعات محضه را به سه قسم تقسیم نموده‌اند: در دو قسم اول قرعه راه ندارد ولی قسم سوم، شبهات موضوعیه صرف است که دارای دو قید است: اولاً، مجرای هیچ اصلی از اصول عملیه نیست و ثانیاً، دلیلی بر اخذ یکی از دو طرف یا اطراف وجود ندارد.

در چنین موردی، اگر شارع قرعه را تجویز نکند، اختلال نظام و هرج و مرج لازم می‌آید. صاحب عناوین بعد از این تحقیق مفصل می‌فرماید: مورد قرعه فقط همین جاست (عراقی ۱۴۱۷ ج ۱: ۳۵۹).

اشکال: ایشان مدّعی هستند در هر چیزی که طریق معتبر شرعی برای حلّش نباشد، شارع ما را به قرعه ای‌کال کرده است. با تتبع موارد قرعه این اشکال پیش می‌آید که فقها قرعه را در مواردی جاری کرده‌اند، در حالی که راه دیگری برای تخلّص بوده است. به عنوان شاهد به یک مورد اشاره می‌گردد: اگر دو مرد، هر کدام با زنی ازدواج کنند، و بعد از عقد معلوم نشود که کدام یک

از آن دو، زن کدام مرد است؛ مرحوم صاحب *جوهر* می‌فرماید در اینجا باید قرعه انداخته شود (نجفی ۱۹۸۱ ج ۳۰: ۳۸۲).

۳) نظر امام خمینی به نوعی تخصیص فرمایش دیگران است. ایشان مجرای روایات عام و خاص قرعه را در مشتبهات و مجهولات مربوط به باب تنازع و تراحم حقوق می‌دانند (امام خمینی ۱۳۷۵: ۳۹۲). به عبارت دیگر، امام معتقدند که از روایات و کلمات فقها استفاده می‌شود که قرعه مربوط به باب قضا است، یعنی در فرضی که تنازع وجود داشته باشد، تراحم در حقوق باشد و هیچ مرجحی هم در بین نباشد از قرعه استفاده می‌شود.<sup>۱</sup>

امام خمینی برای اثبات نظریه خود به پنج دلیل اشاره نموده‌اند:

یک) قرعه یک امر عقلایی است و عقلاً قرعه را در جایی که حقوق تراحم پیدا می‌کند و مرجحی نیست، جاری می‌کنند. (دو) اگر به شرع مراجعه شود، شارع نیز دقیقاً همین روش عقلاً را طی کرده و امر جدیدی را تأسیس نکرده است. دلیل آن هم این است که تمام روایات در باب تنازع و تراحم در حقوق است. (سه) در خود روایات تعبیری هست که اشاره به همین نکته دارد. در مرسله فقیه آمده است «الا خرج سهم المحق» (شیخ طوسی ۱۳۹۰ ج ۳: ۳۶۹) محق یعنی جایی که بحث تراحم حقوق است. (چهار) در روایات گاهی به قرآن استناد شده است؛ یعنی روایات می‌خواهند بگویند در باب قرعه چیز اضافه‌ای نیست، همان است که در قرآن آمده است. قرعه‌ای که در قرآن آمده، غیر از قرعه عقلاییه نیست، یک امر تأسیسی شرعی نیست. پس ریشه اصلی قرعه، کتاب است و کتاب هم مبتنی بر یک امر عقلایی است. (پنج) در روایات قرعه داریم «لا یتخرجه الا الامام» (حر عاملی ۱۴۰۹ ج ۲۳: ۶۱). مراد از امام، شخص امام معصوم نیست، بلکه مراد

۱. مصادیق قرعه در کتاب *تحریر الوسیله*: دو مورد در باب خمس در مال حلالی که با حرام مخلوط شده (امام خمینی ۱۳۷۹: ۲۸۳) خیار عیب در اختلاف قیمت گذاران (امام خمینی ۱۳۷۹: ۴۱۴) باب صلح بر اعیان (امام خمینی ۱۳۷۹: ۴۴۲) اجاره به صورت مشاع (امام خمینی ۱۳۷۹: ۴۵۳) عاریه دادن یک چیز به عده‌ای (امام خمینی ۱۳۷۹: ۴۶۲) باب ودیعه (امام خمینی ۱۳۷۹: ۴۷۳) باب مضاربه (امام خمینی ۱۳۷۹: ۴۸۵). باب شرکت (امام خمینی ۱۳۷۹: ۴۹۳، ۴۸۷) باب اقرار (امام خمینی ۱۳۷۹: ۵۵۰). سه مورد در وقف (امام خمینی ۱۳۷۹: ۵۶۷-۵۶۹) باب وصیت (امام خمینی ۱۳۷۹: ۵۹۰) هشت مورد در باب نکاح، اولاد و نفقه (امام خمینی ۱۳۷۹: ۷۶۱، ۷۵۳، ۷۵۰، ۷۴۶، ۷۲۸، ۷۱۳). باب ارث خنثی و چند نفر که باهم مرده‌اند (امام خمینی ۱۳۷۹: ۸۲۰) شش مورد در قضا (امام خمینی ۱۳۷۹: ۸۴۵، ۸۴۴، ۸۲۹، ۸۲۵) باب قصاص (امام خمینی ۱۳۷۹: ۹۲۴، ۹۲۲، ۹۱۷، ۹۱۱) سه مورد در مسائل مستحدثه (امام خمینی ۱۳۷۹: ۹۸۸، ۹۸۷، ۹۸۴).

منصب امام علیه السلام است؛ لذا، در بعضی از روایات دارد «أقرع الوالی»؛ (شیخ صدوق ۱۴۱۳ ج ۳: ۹۲). دلیل این نیز آن است که یکی از مناصب و شئون امام قضا است و این قرینه روشنی می‌شود که قرعه مربوط به باب قضا و تنازع است.

استثناء: فقط در بحث غنم موطنه اگر گفته شود در اینجا تراحمی در بین نیست. دو جواب می‌دهند:

**اول)** این مورد خاص است و دلیل خاص تعبدی است و از آن به دیگر موارد نمی‌شود تجاوز کرد.

**دوم)** حقوق را فقط نباید در مورد انسان در نظر گرفت؛ در اینجا بحث تراحم حقوق اشیاء است.

۴) آیت الله مکارم شیرازی معتقدند: در اختصاص قاعده قرعه به شبهات موضوعیه و همچنین در عدم جریان قرعه در احکام کلی شرعی، شک و اشکالی نیست. و دلیل ایشان در این زمینه اختصاص این قاعده به شبهات موضوعیه، به دلیل بنای عقلا و عرف است (مکارم شیرازی ۱۴۱۱ ج ۱: ۳۵۸).

۵) آیت الله موسوی بجنوردی معتقدند: اینکه در شبهات حکمیه چه وجوبیه و چه تحریمیه و نیز در شبهات موضوعیه بدویه، قرعه جریان پیدا نمی‌کند به این جهت است که با عمل کردن به اصول و قواعد در این موارد مشکل و مشتهبی باقی نمی‌ماند و فقط قرعه در جایی جریان پیدا می‌کند که شبهه موضوعیه و مقرونه به علم اجمالی باشد که یا در آن احتیاط راه نداشته باشد یا ممکن نباشد (موسوی بجنوردی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۲۱).

بنابراین قرعه در شبهات موضوعیه مقرونه به علم اجمالی جریان پیدا می‌کند که یا احتیاط راه ندارد یا ممکن نیست، چه در منازعات و چه در غیر منازعات چه تعین واقعی وجود داشته باشد و چه نداشته باشد. همین که در مقام اثبات صدق کرد که هذا مشتهب، هذا مشکل یا هذا ملتبس قرعه جریان پیدا می‌کند.

۶) آیت الله موسوی بجنوردی در جواب به امام خمینی می‌فرماید: گروهی معتقدند که قرعه فقط در منازعات حجت است، ولی ما معتقدیم که ادله، نسبت به این امر ساکت است. پس قاعده قرعه اختصاص به منازعات ندارد؛ بلکه در احکام و تکالیف شخصی هم می‌توان به قرعه عمل کرد (موسوی بجنوردی ۱۳۷۹ ج ۱: ۲۲۱).

### عمومی بودن یا اختصاص قرعه به امام

**قول اول:** بنا بر ظاهر برخی روایات، قرعه وظیفه امام معصوم است (شیخ طوسی ۱۴۰۷ ج ۶: ۲۴۰). این قول مردود است، زیرا موجب تخصیص اکثر می‌شود و به قول مرحوم نائینی (نائینی ۱۴۱۷: ۶۳۹) آن هم چه اکثری! یعنی تمام مردم در مقابل امام.

**قول دوم:** بنا بر ظاهر برخی روایات دیگر و قول برخی فقها مثل مرحوم نراقی (نائینی ۱۴۱۷: ۶۳۹) و صاحب *العتاویین* (حسینی مراغی ۱۴۱۷ ج ۱: ۳۶۷) اجرای قرعه وظیفه امام و نائیش است، چه عام و چه خاص. بنا بر اینکه به هر دو روایت؛ یعنی، روایتی که اختصاص به امام دارد و روایتی که عنوان «والی» دارد عمل شده باشد (شیخ صدوق ۱۴۱۳ ج ۴: ۱۰۹) که منظور از والی نایب امام، یعنی حاکم شرع است.

اگرچه قرعه دعای مخصوص دارد، ولی این دعا را یک فرد عادی هم می‌تواند یاد بگیرد. از این رو فلسفه اینکه حتماً باید امام<sup>(ع)</sup> قرعه بیندازد این است که این مسأله مهم است و حتماً باید یک مقام رسمی قرعه بیندازد. از این رو این عبارت در روایت از باب حکمت است نه علت (سبحانی ۱۴۲۴ ج ۲: ۵۴۷).

**قول سوم:** اگر واقع معینی ندارد وظیفه امام<sup>(ع)</sup> نیست. ولی اگر واقع معینی دارد ولی ما از آن بی‌خبر هستیم در این صورت وظیفه امام<sup>(ع)</sup> یا نایب اوست (فیض کاشانی ۱۴۰۶ ج ۱۶: ۹۳۱).

اشکال: جمعی که فیض کاشانی میان اخبار نموده است، جمع بلا شاهد است، زیرا روایاتی (شیخ طوسی ۱۴۰۷ ج ۹: ۳۶۳) هم هست که واقع معینی وجود داشته ولی قرعه را مختص به امام ننموده است، بلکه صراحت به مباشرت غیر امام دارد.

**قول چهارم:** تفصیل میان امور قضایی و غیر آن، بعضی از متأخرین معتقدند: اختلاف روایات در اینکه قرعه باید به دست امام باشد یا عمومیت دارد، اختلاف در حکم نیست. بلکه وقتی در تنازعی به قضاوت شرعی احتیاج باشد، باید به امام یا منصوب خاص یا عام ایشان، یعنی والی یا قاضی رجوع نمود. اما به اقتضای اطلاق ادله، در موارد غیر قضایی امر قرعه به دست شخصی است که مسئول آن است (مکارم شیرازی ۱۴۱۱ ج ۱: ۳۶۸-۳۶۷).

به نظر می‌رسد در جایی که تفاهم است یا امر شخصی در کار است، لازم نیست به سراغ امام و نایب او بروند. ولی در امور قضایی حتماً باید امام یا نایب او قرعه بیندازند. زیرا این امر باید به

دست مقام رسمی انجام شود تا نتوان در آن خدشه کرد و حکم او برای طرفین الزام آور باشد (سبحانی ۱۴۲۴ ج ۲: ۵۴۷).

### کثرت تخصیصات وارد شده بر قرعه

برخی بزرگان (آشتیانی ۱۴۰۳ ج ۳: ۲۱۸؛ طباطبایی حکیم ۱۴۱۸: ۵۲۹) معتقدند: دلیل قرعه به حدی تخصیص خورده است که به حد استهجان رسیده است. لذا قرعه محفوف به قرائن و قیودی بوده که به ما نرسیده است. پس در غیر مواردی که اصحاب به آن عمل کرده‌اند نمی‌توان به این قاعده عمل نمود. یعنی عموماً قرعه از حجیت ساقط است، زیرا عام اگر زیاد تخصیص بخورد از اعتبار ساقط می‌شود. پس به طور کل قرعه از قاعده فقهی بودن ساقط می‌گردد.

در حالی که اکثر متقدمین مثل امام خمینی (امام خمینی ۱۳۷۵ ج ۱: ۳۹۱) این قول را به دلایلی رد می‌نمایند. امام خمینی جریان قاعده قرعه را فقط در مشتبهات و مجهولات در باب تنازع و تزاحم حقوق می‌دانند. لذا تخصیص کثیری بر این عموماً وارد نشده است، بلکه حتی می‌توان گفت تخصیص در مورد قاعده قرعه کمتر از تخصیصات وارد در قواعد دیگری چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد.

با توجه به اینکه این قول صحیح به نظر نمی‌آید، در جواب به قائلین تخصیص اکثر باید گفت: این افراد از ابتدا دایره قرعه را وسیع گرفته و معتقدند قرعه در شبهات موضوعیه و حکمی، جایی که نزاع باشد یا نزاع نباشد، علم اجمالی باشد یا نه و موارد دیگر جریان دارد. بعد ملاحظه نمودند که در این دایره وسیع کسی ادله قرعه را جاری نمی‌داند، لذا قول تخصیص اکثر ادله قرعه را مطرح نموده و گفتند باید به مواردی که اصحاب عمل کردند، اکتفا کرد.

پس این بحث سالبه به انتفای موضوع است (ایروانی ۱۴۲۶ ج ۲: ۲۸-۲۷) زیرا در واقع ادله قرعه از اول محدود بوده است و فقط مختص به جایی است که مجهولی وجود داشته باشد که امکان حل آن با هیچ یک از قواعد شرعی دیگر نباشد. خود این مورد بسیار قلیل و نادر است. از این رو تخصیصی به قرعه وارد نشده است تا در نتیجه، روایات قرعه موهون باشد.

### کاربرد قاعده قرعه در قوانین ایران

۱- اصل نود و دوم قانون اساسی: اعضای شورای نگهبان ... نیمی از اعضای هر گروه به قید قرعه



تغییر می‌یابند و اعضای تازه‌ای به جای آنها انتخاب می‌شوند.

۲- ماده ۱۵۷ قانون مدنی: هر گاه دو زمین در دو طرف نهر محاذی هم واقع شوند، و حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند و آب کافی برای هر دو نباشد باید برای تقدم و تأخر در بردن آب به نسبت حصه قرعه زد.

از مفاد این ماده این چنین برداشت می‌شود که با حصول شرایطی و جمع آنها باید به قرعه توسل جست. این شرایط عبارتند از: ۱) وجود دو حق به صورت مساوی؛ ۲) عدم احراز حق تقدم یکی بر دیگری؛ ۳) استفاده از حق در یک زمان؛ ۴) عدم کفایت حق. این قرعه جز قرعه اعلامی است و در واقع این نوع حق وجود داشته فقط در ظاهر مجهول بوده و با تعیین قرعه ظاهر امر اعلام می‌گردد (طاهری ۱۴۱۸ ج: ۱، ۳۲۰).

۳- ماده ۴۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی: انتخاب کارشناس در هر مورد که جلب نظر کارشناس لازم باشد، دادگاه رأساً به قید قرعه کارشناس تعیین می‌کند ...

۴- ماده ۳۱۹ قانون امور حسبی: در صورتی که پس از تعدیل سهام، ورثه به تعیین حصه تراضی ننمایند، سهام آنها به قرعه معین می‌شود.

قوانین کیفری: مقررات کیفری جنبه آمره دارند و تکلیفی هستند. بنابراین به اعتقاد کسانی که قرعه را تنها در حقوقی قابل اجرا می‌دانند که قابل مصالحه باشند، اجرای این قاعده در شبهات حکمی و تکلیفی حقوق جزا منتفی است. با وجود این اجرای قاعده در دادرسی کیفری که فقط جنبه شکلی داشته با حق موضوع دعوی عمومی ارتباط مستقیمی ندارد، فاقد اشکال است. مانند اینکه قاضی کیفری بخواهد یک یا چند کارشناس را از میان عده‌ای از کارشناسان برگزیند.

این امر اگرچه در قانون آیین دادرسی کیفری مسکوت مانده است اما ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه را مکلف کرده که کارشناس یا کارشناسان را در صورتی که متعدد باشند با قرعه مشخص نماید. بدیهی است که این موضوع اختصاصی به دادرسی‌های مدنی ندارد. لذا قاضی کیفری نیز باید با توجه به اصل مراجعه به مقررات دادرسی مدنی در موارد مسکوت کیفری به این ماده عمل نماید (زراعت ۱۳۸۲: ۲۳).

با وجود این قانونگذار کیفری به پیروی از منابع شرعی در مسأله قصاص، قاعده قرعه را مورد استناد قرار داده و این ماده را آورده است:

ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی: اگر دو نفر متهم به قتل باشند و هر کدام ادعا کنند که

دیگری کشته است و علم اجمالی بر وقوع قتل توسط یکی از آن دو نفر باشد و حجت شرعی بر قاتل بودن یکی اقامه نشود و نوبت به دیه برسد، با قید قرعه، دیه از یکی از آن دو نفر گرفته می‌شود.

در این مورد شبهه موضوعیه محصوره همراه با علم اجمالی وجود دارد اما نمی‌توان با قرعه، مجازات قصاص را به اثبات رسانید. زیرا قصاص نیاز به دلیل محکم دارد در حالی که قرعه دلیل به معنای خاص نیست که بتواند چنین مجازات مهمی را ثابت نماید، لذا نوبت به دیه می‌رسد. دیه هم اگرچه در قانون به عنوان مجازات است ولی در واقع، خسارت و حق است پس احکام مسئولیت مدنی بر آن بار می‌شود؛ لذا قرعه می‌تواند مسئول پرداخت دیه را مشخص کند (زراعت: ۱۳۸۱: ۲۴۴).

### جایگاه قاعده قرعه در حقوق موضوعه ایران

قاعده قرعه در قوانین مختلف از جمله قانون مدنی در بخش حقوقی و قانون مجازات اسلامی در بخش جزایی حتی دیگر قوانین به تاسی و پیروی از فقه متعالی شیعه آورده شده است و به تبع از قوانین رویه قضایی نیز در این زمینه آرای صادر نموده است. با توجه به موارد کاربرد این قاعده در قانون می‌توان گفت: اجرای قاعده قرعه در صورتی امکان دارد که هیچ قاعده حقوقی یا عقلی یا عرفی برای ترجیح یک طرف بر طرف دیگر موجود نباشد (کاتوزیان: ۱۳۷۷: ۱۴۰).

با مراجعه به موارد قانونی آشکار است که در موارد محدودی ارجاع به این امر داده شده است، گرچه طبق بررسی‌های فقهی دایره رجوع به این قاعده وسیع‌تر از این موارد اندک است. پس به نظر می‌رسد در استناد حقوقی به قاعده قرعه نیازی به حکم صریح قانون بیشتر در امور حقوقی نیست و اینکه حتی به ذکر مصادیق آن در قانون مدنی پرداخته شده دلیلی بر این امر نخواهد بود که نتوان به این قاعده استناد کرد بلکه با حصول شرایط ذکر شده در موارد گوناگون می‌توان به این قاعده عمل کرد و برای حل و فصل خصومت و نزاع و مشکل به وجود آمده به آن استناد جست. مخصوصاً بنا بر نظر امام خمینی که قرعه مختص به منازعات است و از مناصب حاکم، در نتیجه قرعه یک رویه قضایی است که در صورت نبود مرجع باید توسط مقام قضا اتخاذ گردد.

### نحوه اجرای قرعه در قانون

از نظر فقهی نمی‌توان گفت اجرای قرعه در روش یا روش‌های خاصی منحصر شده است. در حقوق نیز به همین نحوه است. یعنی روش قرعه‌کشی بستگی به نظر قاضی دارد که حسب مورد و با در نظر گرفتن عرف و عادت، آن را انجام دهد و باید به شکلی باشد که هدف قرعه‌کشی تأمین گردد (کاتوزیان ۱۳۶۸: ۸۱).

### نتیجه‌گیری

قرعه در لغت و اصطلاح، همان بیرون آوردن یک سهم یا نصیب از میان اطراف آن است. و ملاک صحت آن عدم اطلاع بر سهم خارج شده است. دو آیه شریفه از قرآن کریم دلالت بر حجیت قرعه در دین اسلام دارند؛ اگرچه برخی سعی در مناقشه بر دلالت آیات نموده‌اند، ولی با رد این اشکالات جایی برای مناقشه باقی نیست. روایاتی که در مورد قرعه از ائمه معصومین - علیهم السلام - صادر شده است، در سه دسته قابل بررسی می‌باشد: دسته اول روایاتی هستند که دلالت بر اجرای قرعه به طور عام و در همه ابواب فقهی دارند. در رابطه با این دسته از روایات ادعای تواتر شده است. دسته دوم روایات عام فی الجمله هستند که دلالت بر رجوع به قرعه به نحو عموم در باب قضاوت دارند. دسته سوم از روایات مربوط به موضوعات خاصی هستند که معصومین - علیهم السلام - دستور به قرعه در همان مورد خاص نموده‌اند. فقهای امامیه حجیت قاعده قرعه به نحو موجه جزئی بر اجماع دارند. سیره عقلا و عقل نیز از دلایل دیگر بر حجیت این قاعده است.

در مورد موضوع این قاعده شاید بتوان گفت هیچ دو نظر مشابهی وجود ندارد؛ ولی به نظر می‌رسد با توجه به روایات هر گاه مشکل یا مجهولی (بدون در نظر گرفتن تفاوت‌های لغوی این دو کلمه) در بین باشد و هیچ راه دیگری از اصول و امارات برای حل آن نباشد، باید به قرعه رجوع نمود. در مورد مجرای قرعه نیز همین مطلب تکرار می‌شود، ملاک وجود مشکلی است که هیچ راه شرعی دیگری نداشته باشد. این قاعده در فقه موارد کاربرد بسیار زیادی دارد، و شاید بتوان گفت که این قاعده در همه ابواب فقه جریان دارد. اجرای قرعه در مورد هر امری به دست متصدی آن است پس در مسائل قضایی اجرای آن با حاکم شرع است.

قرعه در قوانین ایران به کار گرفته شده ولی جایگاه آن به وضوح مشخص نشده است و تنها با

استناد به موارد کاربرد آن می‌توان به جایگاهش پی برد. برای نحوه اجرای آن در قانون نیز راه خاصی وجود ندارد. با تبیین قاعده قرعه از دیدگاه امام خمینی، باید قاعده قرعه در رویه قضایی حقوق ایران مورد استناد قرار گرفته و جایگاه مشخص و تعریف شده‌ای داشته باشد. اما با بررسی مصادیق اجرای این قاعده، به خصوص در مقایسه با مصادیق اجرای آن در فقه، این نتیجه به دست می‌آید که این قاعده علی‌رغم اتفاقی بودنش، بسیار محجور واقع شده و جایگاه خود را آنچنان که باید، در رویه قضایی پیدا نکرده است.

### منابع

- آشتیانی، میرزا محمد. (۱۴۰۳ق) *بحر الفوائد*، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد. (بی‌تا) *النهاية في غريب الحديث و الأثر*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق) *لسان العرب*، بیروت: دار صادر، چاپ سوم.
- ابوحیب، سعدی. (۱۴۰۸ق) *القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً*، دمشق: دارالفکر، چاپ دوم.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۲) *انوار الهدایه*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۷۵) *الاستصحاب*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۷۹) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۰۷ق) *فرائد الاصول*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول .
- ایروانی، باقر. (۱۴۲۶ق) *دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه*، قم: دار الفقه للطباعة و النشر، چاپ سوم.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق) *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه*، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ اول.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق) *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول.
- حسینی بحرانی، سید هاشم. (۱۴۱۶ق) *البرهان فی تفسیر القرآن*، تهران: بنیاد بعثت، چاپ اول.
- حسینی مراغی، سید میر عبد الفتاح. (۱۴۱۷ق) *العناوین*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- حسینی یزدی فیروزآبادی، سید مرتضی. (۱۴۰۰ق) *عناية الأصول فی شرح کفایه الاصول*، قم: کتابفروشی فیروزآبادی، چاپ چهارم.

- حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق) *شمس العلوم و دواء العرب من الکلوم*، مصحح: حسین بن عبدالله، مطهر بن علی الاریانی، یوسف محمد عبدالله، لبنان: بی‌نا، چاپ اول.
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۰ق) *معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرجال*، قم: مرکز نشر آثار شیعه، چاپ چهارم.
- زراعت، عباس. (۱۳۸۲) *اصول آیین دادرسی کیفری*، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۱) *شرح قانون مجازات اسلامی*، تهران: انتشارات ققنوس، چاپ سوم.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۲۴ق) *ارشاد العقول الی مباحث الاصول*، قم: مؤسسه امام صادق، چاپ اول.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر. (بی‌تا) *مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیه الأساسیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- سیوری حلّی، مقداد بن عبد الله. (۱۴۰۳ق) *نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه*، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
- شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی عاملی. (۱۴۰۰ق) *القواعد و الفوائد*، محقق سید عبدالهادی حکیم، قم: کتابفروشی مفید، چاپ اول.
- شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی. (۱۴۱۳) *من لایحضره الفقیه*، مترجم: علی اکبر غفاری، قم: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت، چاپ اول.
- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق) *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*، تهران: دار الکتب الإسلامیه، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۰۷ق) *تهذیب الأحکام*، تهران: دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۰۰ق) *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت: دارالکتب العربی، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۷ق) *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم.
- طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ق) *حقوق مدنی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- طباطبایی بروجردی، آقا حسین. (۱۴۲۹ق) *جامع احادیث الشیعه*، تهران: انتشارات فرهنگ سبز، چاپ اول.
- طباطبایی حکیم، سید محمد تقی. (۱۴۱۸ق) *الاصول العامه*، قم: مجمع جهانی اهل بیت (ع)، چاپ دوم.
- طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۰۸ق) *حقائق الاصول*، تهران: کتابفروشی بصیرتی، چاپ پنجم.
- عبدالرحمن، محمود. (بی‌تا) *معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیه*، بی‌جا.
- عراقی، آغا ضیاء الدین. (۱۴۱۷ق) *نهایه الافتکار*، محقق: محمد تقی نجفی بروجردی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۴۱۶ق) *القواعد الفقهیه*، قم: چاپخانه مهر، چاپ اول.
- فراهیدی، ابی عبدالرحمن خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق) *العین*، قم: نشر هجرت، چاپ دوم.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (۱۴۰۶ق) *الوافی*، اصفهان: کتابخانه امام امیر المؤمنین علی (ع)،

- چاپ اول.
- فیومی، احمد بن محمد. (بی تا) *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم: منشورات دارالرضی، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۸) *حقوق مدنی، مشارکت‌ها و صلح*، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۷۷) *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: نشر دادگستر، چاپ اول.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ ق) *الاصول من الکافی*، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی. (۱۴۰۶) *ملاذ الاخیار فی فهم تهدیب الاخیار*، قم: کتابخانه مرعشی نجفی، چاپ اول.
- مشکینی، میرزا علی. (۱۴۱۶ ق) *اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها*، قم: نشر الهادی، چاپ ششم.
- مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ ق) *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران: مرکز الکتب للترجمة و النشر، چاپ اول.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ ق) *القواعد الفقهیه*، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین، چاپ سوم.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۷۹) *قواعد فقهیه*، تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج، چاپ سوم.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۴۱۹ ق) *القواعد الفقهیه*، تحقیق مهدی المهریزی، قم: منشورات دلیل ما، چاپ سوم.
- نائینی، محمد حسین. (۱۴۱۷ ق) *فوائد الاصول*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ ششم.
- نجاشی، ابو الحسن احمد بن علی. (۱۴۰۷ ق) *رجال نجاشی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نجفی، محمد حسن. (۱۹۸۱ م) *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- نراقی، مولی احمد. (۱۴۱۷ ق) *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.