

درس خارج فقه آیت الله جوادی

96/08/06

بسم الله الرحمن الرحيم

موضوع: نکاح

مسئله هشتم از مسائل ده‌گانه‌ای که مرحوم محقق در مقصد سوم ذکر کردند این است: «لو ماتت إحداهن بعد إسلامهن قبل الإختیار لم يبطل الإختیار» [1] فرع بعد: «و لو مات و

لهما فإن اختارها ورث نصيبه منها و كذا لو متن كلهن كان له الإختیار فإذا اختار أربعاً ورثهن لأن الإختیار ليس استئناف عقد و إنما هو تعيين لذات العقد الصحيح». [1] فرع بعد: «و لو مات و مُتن» هر دو است. محور اصلی این مسئله هشتم این است که اگر زوج و ثنی و زوج و ثنی، اینها در دوران و ثنی با هم زندگی می‌کردند، اگر یکی از اینها اسلام بیاورد و دیگری در زمان عده اسلام بیاورد، حکم آنها اختیار است؛ یعنی زوج می‌تواند اینها را اختیار کند و اگر در زمان عده، زن‌ها اسلام نیاوردند از یکدیگر جدا می‌شوند؛ زیرا اختلاف در دین انفساخ عقد است، نه طلاق و نه فسخ.

در این مسئله هشتم چندتا فرع را ذکر می‌کنند که مسبوق به آن موضوع قبلی است. پس موضوع قبلی آن است که زوج و ثنی بود و اسلام آورد، همسران او در زمان اسلام مرد، و ثنی بودند، ولی در زمان عده اسلام آوردند. اگر کمتر از چهار یا چهار نفر باشند که زوجیت سر جایش محفوظ است، اگر بیش از چهار نفر باشند، این مرد می‌تواند به عدد چهار انتخاب کند و بقیه را رها کند.

حالا در چنین فرضی اگر مرگی رخ داد: یعنی مرد، و ثنی بود اسلام آورد، یک؛ در زمان عده او، این زن‌ها که بیش از چهار نفر بودند، اسلام آوردند، دو؛ قبل از اینکه این مرد اختیار کند یکی از این زن‌ها را، بعضی از این زن‌ها یا همه این زن‌ها می‌میرند، اینجا تکلیف چیست؟ آیا این حق اختیار دارد یا حق اختیار ندارد؟ آیا اختیار، عقد مستأنف است تا ما بگوییم با مرگ جا برای عقد نیست؟ یا به تعبیر مرحوم محقق تعیین آن عقد صحیح است، نه احداث عقد مستأنف؛ پس آن عقود سر جایشان محفوظ است؛ منتها نسبت به چهار نفر صحیح است، بقیه نه.

پس فرع اول این است: مرد و ثنی دارای بیش از چهار زن و ثنی بود، این یک؛ این مرد و ثنی اسلام آورد، دو؛ در زمان عده این زن‌ها، همگی این زن‌ها مسلمان شدند، سه؛ قبل از اینکه این مرد تعیین کند و اختیار کند، بعضی از اینها می‌میرند، این چهار؛ تکلیف در اینجا چیست؟

سُزُ آن است که آن زنی که مُرده است مالی گذاشته، این مرد اگر او را به عنوان همسر انتخاب کند اگر قبلاً می‌کرد یا الآن انتخاب کند «سهم الأُثر» دارد، آیا این مرد حق دارد که این زن را به عنوان همسر انتخاب کند و از او ارث ببرد یا نه؟ ارثی که مرد از زن می‌برد، بین نصف و چهار؛ یک چهارم یا یک دوم است، متفرع است بر اینکه اگر فرزند داشته باشد یک چهارم، نداشته باشد یک دوم، آیا این جایز است یا جایز نیست؟

فرع بعدی آن است که اگر همه این زن‌ها بمیرند؛ بیش از چهار زن داشت، همه وثنی بودند، بعد مرد اسلام آورد، هم‌زمان با اسلام این مرد، زن‌ها اسلام نیاوردند، در زمان عده این زن‌ها اسلام آوردند، قبل از اینکه این مرد چهار نفرشان را اختیار کند، همه‌شان مُردند، تکلیف چیست؟

فرع بعدی که از اینها پیچیده‌تر است آن است که هم مرد بمیرد قبل از اختیار و هم زن‌ها بمیرند. تمام محور بحث در آن مسئله ارث و تراحم حقوقی است. پس این فروع فراوان، یکی پس از دیگری باید مطرح شود.

اولین فرعی که مرحوم محقق مطرح می‌کنند این است که این مرد وثنی اسلام آورد، در زمان اسلام او بیش از چهار همسر داشت که همه وثنیه بودند و در زمان عده اینها اسلام آوردند، این مرد حق دارد چهار نفر را انتخاب کند و بقیه را رها کند. قبل از اختیار، این زن‌ها «بعضاً أو کلاً» می‌میرند تکلیف چیست؟ آیا حق اختیار هم‌چنان باقی است تا او ارث ببرد یا نه؟

یک بحث در این است که حق اختیار ندارد، چرا؟ زیرا وقتی این مرد اسلام آورد، زن‌ها هم‌چنان وثنی بودند و اختلاف در دین باعث انفساخ عقد است و اگر بخواهد عقد مستأنف شود، باید که زن‌ها اسلام بیاورند و مرد آنها را دوباره عقد کند؛ چون عقد مستأنف در کار نبود، با مرگ این زن‌ها کلاً رابطه قطع شد. این یک اشکال!

جوابی که از اشکال داده شد و گوشه‌ای از این جواب را مرحوم محقق اشاره کرد، این است که اختیار نه مشروط به حیات زوج است و نه مشروط به حیات زوجه و نه کفر اینها در زمان عده باعث فسخ عقد است و نه اختیار، عقد مستأنف است؛ یعنی مرد وثنی وقتی اسلام آورد، زن‌ها اگر در زمان عده اسلام نیاورده باشند، این اختلاف در دین مایه انفساخ عقد است؛ ولی فرض در این است که این زن‌ها در زمان عده اسلام آوردند. پس عقد هم‌چنان باقی است، اختیار به دست این مرد است؛ اگر اختیار به دست مرد است، حیات شرط نیست، مرگ مانع نیست، مرگ باعث انفساخ نیست، کفر در زمان عده باعث انفساخ نیست. پس موضوع «بتمامه» باقی است، حکم هم «بتمامه» باقی است؛ پس مرد اختیار دارد، اگر هم شک کنیم استصحاب می‌کنیم.

اینکه مرحوم صاحب جواهر دارد: «لأصل» [2] استصحاب می‌کنیم، این بر فرض شک است، چرا؟ برای اینکه نه شرطی از بین رفت و نه مانعی پدید آمد؛ نه حیات شرط است، نه کفر در زمان عده فسخ است و نه مرگ فسخ است. کفر در زمان عده فسخ نیست؛ چون زمان هم‌چنان باقی است، در زمان عده اگر اسلام بیاورد مقبول است. مرگ فسخ نیست؛ برای اینکه زوج و زوجه می‌توانند یکدیگر را غسل بدهند، نگاه کنند، لمس کنند. پس مرگ فسخ نیست، کفر در زمان عده فسخ نیست، حیات هم شرط نیست. اگر این شد، خود ادله کافی است و اگر شک کردیم استصحاب می‌کنیم.

بخشی از اشکال را مرحوم محقق در متن ذکر می‌کنند؛ اما بقیه اشکالات را البته ذکر نمی‌کنند. عبارت را ملاحظه بفرمایید. «الثامنة لو ماتت إحداهن» [1].

[3] این را در مسئله ششم که فرمود: «إذا أسلم و عنده أربع وثنيات مدخول بهن» [4] بعد فرمود اگر بیش از چهارتا باشد حکم آن چیست؟ «له الإختیار»، براساس آن زمینه مسئله هشتم را طرح می‌کنند. پس مردی است وثنی، بیش از چهار همسر دارد وثنیه، خود این مرد اسلام آورد و این زن‌ها در زمان عده اسلام آوردند و او حق انتخاب چهار همسر را

دارد؛ ولی قبل از اینکه اینها را انتخاب کند بعضی از اینها می‌میرند. «لو ماتت إحداهن بعد إسلامهن قبل الإختیار لم یبطل اختیاره لهما»؛ حق اختیار ساقط نیست، چرا؟ مرحوم محقق معمولاً به دلیل مسئله اشاره نمی‌کنند؛ اما حالا اینجا به بعضی از فروع آن اشاره کردند. «فإن اختارها ورث نصيبه منها»؛ بهره‌ای که این زن داشت، اگر این مرد فرزند داشت، یک چهارم را بین این زن‌ها تقسیم می‌کنند و اگر فرزند نداشت یک هشتم را بین اینها تقسیم می‌کنند، آن وقت سهمی که این زن دارد به این مرد می‌رسد؛ البته اگر مرد بمیرد، و اگر مرد نمیرد، زن بمیرد، مرد یک دوم یا یک چهارم را از او ارث می‌برد. «و کذا لو مُتَّ کلَّهن»؛ اگر بیش از چهار زن داشت و همه اینها بمیرند «کان له الإختیار»، «فإذا اختار أربعا»؛ اگر چهار همسر را انتخاب کرد، «ورثهن»؛ از هر چهار نفر ارث می‌برد.

اینجاست که مرحوم محقق به دلیل اشاره می‌کند، می‌فرماید: «لأن الأختیار لیس استئناف عقد» تا بگویید اینجا جا برای اختیار نیست، برای اینکه زن مُرد. «و إنما هو تعیین لذات العقد الصحيح»؛ این عقود همه‌شان صحیح بود، حالا بیش از چهارتر را نمی‌تواند داشته باشد، «ما هو الصحيح» را دارد انتخاب می‌کند. پس اختیار، عقد صحیح نیست تا با مرگ زوجه اختیار رخت بر بسته شود و اگر هم شک کنیم استصحاب. این در صورتی است که مرد زنده باشد، همگی آن زن‌ها یا بعضی از آنها بمیرند.

اگر چنانچه مرد بمیرد یا مرد و زن هر دو بمیرند در اینجا تکلیف چیست؟ اگر مرد مُرد، این اختیار آیا نظیر «حق الفسخ» به ورثه ارث می‌رسد یا نه؟ مرد حق اختیار داشت؛ چون مسئله مالی مطرح است، زن‌ها ارثی دارند، مالی دارند باید به این مرد برسد و ورثه‌ی این مرد طلب می‌کنند، اگر این مرد اختیار می‌کرد، زوجیت برقرار بود و چون زوجیت برقرار می‌شد، ارث مترتب بود. آیا اختیار زوجه به منزله خیار فسخ است که به ورثه ارث می‌رسد؟ اگر کسی خیار مجلس داشت یا خیار عیب داشت یا خیار غبن داشت و قبل از اعمال خیار مُرد، ورثه‌ی این انسان مغبون، خیار غبن را ارث می‌برند. آیا اختیار از سنخ خیار است که به ورثه می‌رسد یا نه؟ این را مستحضرید که «حق» مثل «مال» قابل ارث است؛ اما حقی که شخص مستحق آن حق باشد، نه مقوم آن حق. بعضی از حقوق هستند که آن شخص مقوم است نه مستحق؛ مثل «حق القسم» برای زوجه، زوجه «حق القسم» دارد، اگر رخت بر بست، این‌طور نیست که این «حق القسم» او به دیگری ارث برسد؛ زیرا زن مورد این حق نیست، مستحق این حق نیست، بلکه مقوم این حق است، این حق به ورثه او به ارث نمی‌رسد. پس «حق القسم»، «حق المضاجعه» اینها حقوقی است که برای زن هست ولی زن مقوم این حق است نه مستحق این حق؛ لذا بعد از مرگ او به هیچ کسی به ارث نمی‌رسد.

اما مسئله «خیار غبن»، «خیار عیب»، «خیار مجلس» و این‌گونه از حقوق برای افراد است، برای بایع و مشتری است و اینها مستحق این حق‌اند، «حق» هم مثل «مال» قابل ارث است. اگر کسی چیزی را ترک کند، اعم از «حق» و یا «مال»، به ورثه ارث می‌رسد.

اختیار از سنخ حقی است که این زوج مقوم آن است؛ زیرا شهوت او سهم تعیین کننده دارد. تنها مسائل مالی نیست که ما بگوییم بعد از مرگ، این «سهم الارث» مطرح است و این «حق الخیار» به ورثه می‌رسد. پس اگر او بمیرد به ورثه نمی‌رسد. باید چکار کرد؟ این مشکل مالی را چگونه حل کرد؟ این مشکل مالی از کجا پیدا شد؟ از اینجا پیدا شد که زوجیت منقطع نشد؛ زیرا مرد وثنی بود اسلام آورد، زن‌ها وثنی بودند در زمان عده اسلام آوردند، پس هم‌چنان زوجیت باقی

است؛ منتها کدام عقد صحيح است، کدام عقد ناصحيح، اختيار آن به دست زوج است. در چنين فضايي هر دو مردند، اينجا چكار بايد كرد؟ پس اگر زن بميرد حكم همچنان باقي است، مرد حق اختيار دارد و هر کدام را كه اختيار كرد از او ارث مي‌برد و اگر شك كرديم استصحاب، چرا؟ زيرا نه مرگ باعث انفساخ زوجيت است؛ زيرا زن و شوهر بعد از مرگ هم محرم يكدیگرند و مي‌توانند غسل بدهند. حيات شرط نيست؛ زيرا مرگ انفساخ نمي‌آورد، به دليل محرميت و آثار زوجيت و جواز تغسيل. پس نه حيات شرط است و نه مرگ مانع، اختيار هم عقد مستأنف نيست، اينها زوجه‌اند. اسلام در صورتي سبب انفساخ عقد است كه زن در زمان عده اسلام نياورد. اگر مرد مسلمان شد و زن در زمان عده اسلام نياورد، اين اسلام است كه باعث انفساخ است. اما فرض در اين است كه مرد وثني مسلمان شد، در زمان عده زن‌هاي وثنيه اسلام آوردند، اگر چهار نفر يا كمتر از چهار نفر بودند كه اختيار لازم نبود، چون بيش از چهار نفر هستند فعلاً مسلمان هستند و حكم اسلام بايد جاري شود، مرد حق اختيار دارد كه تعيين كند، همين! و اگر شك كرديم كه با مرگ زن، اختيار از بين مي‌رود يا نه؟ جا براي استصحاب است؛ براي اينكه نه موضوع فرق كرد و نه حكم فرق كرد، اگر هم شك كرديم جا براي استصحاب است.

حالا فرض در اين است كه قبل از اختيار اين زن‌ها مُرده‌اند و مرد هم مُرد، آيا اين اختيار به ورثه مي‌رسد؟ آيا اين اختيار از سنخ «خير مجلس» و «خير غبن» و «خير حيوان» و مانند آن جزء حقوق مالي است كه شخص مستحق اين حق است تا به ورثه برسد؟ يا از سنخ «حق المضاجعه» و «حق المقاسمه» است كه شخص مقوم حق است نه مستحق؛ لذا زن وقتي بميرد «حق المضاجعه» او، «حق المقاسمه» او به كسي ارث نمي‌رسد. برخي از حقوق اين‌طور است، اگر «حق التوليه» براي اين شخص بود، نگفتند او و اولاد او! شخص معين بود، اگر اين رخت بربست، به كسي ارث نمي‌رسد؛ چون اين شخص مقوم اين حق است. يك وقت است مي‌گويند توليت اين مسجد يا توليت آن مدرسه براي اينهاست «نسلاً بعد نسل»، اين شخص مقوم نيست، مستحق است و بعد هم فرزند او، «لا بالأرث»؛ بلكه به تعيين واقف. يك وقت است كه نه، يك شخص معين، «إلا و لابد» اين شخص متولي اين مسجد يا مدرسه است، بعد از مرگ او ورثه سهمي ندارند؛ زيرا اين توليت قائم به او بود و او مقوم اين «حق التوليه» بود يا اين سَمَت بود، نه مستحق اين حق؛ لذا به ورثه نمي‌رسد. «حق المضاجعه» از اين قبيل است، «حق المقاسمه» از اين قبيل است، «حق التوليه تعييني» از اين قبيل است، «حق الأمامه تعييني» از اين قبيل است، «حق الرياسه تعييني» از اين قبيل است، «حق التوكيل تعييني» از اين قبيل است. آنجا كه شخص مقوم حق است كه به ورثه ارث نمي‌رسد. آيا «اختيار» از سنخ «حق المضاجعه» و «حق المقاسمه» است كه ارث نمي‌رسد «كما ذهب إليه بعض» كه اين به شهوت مرد وابسته است، به گرايش مرد وابسته است، تنها مسئله مالي نيست؛ يا نه، چون زوج و زوجه‌اند مثلاً به ورثه مي‌رسد؟ اگر براي بعضي‌ها ثابت شد يقيناً كه اين پدر مستحق اين حق است نه مقوم و مسئله مالي و ارث مطرح است، آنها ممكن است فتوا به ارث بدهند؛ يعني اين «حق الإختيار» به ورثه مي‌رسد؛ اما اگر نه، ثابت نشد كه اين حق به او مي‌رسد يا نه، اينجا بايد چه كرد؟

پس آن فرع اول روشن است؛ در فرع اول مرد زنده است، زن‌ها «بعضاً أو كلاً» مي‌ميرند، در حالي كه در زمان عده اسلام آورده بودند؛ منتها چون بيش از چهار نفر بودند او هنوز اختيار نكرده بود آن چهار نفر را، قبل از اختيار مي‌ميرند؛ بعد از مرگ، مرد اختيار دارد، چرا؟ چون نه شرطي فوت شد و نه مانعي پديد آمد و نه اختيار، عقد مستأنف است.

درست است که اختلاف در دین مایه فسخ است؛ اما در صورتی که زن در عده اسلام نیاورد. وقتی زن در زمان عده اسلام آورد که اختلاف در دینی نیست. پس فرع اول روشن است، گوشه‌ای از ادله را خود مرحوم محقق در متن اشاره کرد که این اختیار عقد مستأنف نیست تا ما بگوییم این زن که مُرده است! اختیار تعیین «ما هو العقد الصحيح» است، نه احداث عقد مستأنف. اگر احداث عقد نیست، بلکه تعیین عقد صحیح خارجی است؛ پس مرگ اثر ندارد. این فرع اول روشن است.

اما فرع دوم آن است که «و لو مات و مُتن»؛ هم مرد بمیرد، هم زن بمیرد، اینجا آیا به ارث می‌رسد؟ این مشکوک است، ما نمی‌دانیم حق اختیار از سنخ حقوقی است که شخص مستحق است یا شخص مقوم است؟! نمی‌دانیم. وقتی نمی‌دانیم به اطلاقات ارث تمسک کنیم، از باب تمسک به عام یا مطلق در شبهه مصداقیه خود آن است؛ برای اینکه ما نمی‌دانیم این جزء «ما ترک» است یا نیست! ارث برای «ما ترک» است؛ یعنی چیزی را که میت مالک بود، یک؛ و گذاشت روی زمین، دو؛ و رفت، سه؛ ورثه ارث می‌برند. اما اگر چیزی را روی زمین نگذاشت، بلکه به همراه خود بُرد، این جزء «ما ترک» نیست. «ما ترک» یعنی چیزی که شخص مستحق باشد نه مقوم؛ حالا که شخص رفت، این به زمین ماند، ورثه می‌گیرد. این «حق المقاسمه» را جزء «ما ترک» زن نمی‌شمارند، «حق المضاجعه» را جزء «ما ترک» زن نمی‌شمارند، چون آن را به زمین نگذاشت، آن را به همراه خود بُرد یا از بین رفت. بنابراین چون روشن نیست که اختیار از سنخ مقوم است یا مستحق، نمی‌شود به اطلاق «ما ترک» تمسک کرد. اگر شبهه مصداقیه خاص بود ممکن بود که بعضی‌ها فتوا بدهند، اما شبهه مصداقیه خود دلیل است؛ لذا جا برای تمسک نیست، این مسئله ارث؛ حالا این را چکار باید کرد؟ این یک مسئله مالی است؛ مردی است که مُرده، زنی است که مُرده است، چه کسی ارث می‌برد؟ این مال‌ها برای کیست؟ یک قول این است که با قرعه حل کنیم، یک قول این است که از سنخ قرعه نیست، از سنخ تصالح قهری است باید اینها رضایت بدهند و مال را «بالسویه» تقسیم کنند. قول سوم و وجه سوم که مرحوم صاحب جواهر به آن میل پیدا کرد این است که حاکم اسلامی مخیر است یا دستور به قرعه می‌دهد یا دستور به صلح و تقسیم «بالسویه». این مطلب سوم را به یک نکته چهارم ارجاع می‌دهد، می‌گوید این مطلب سوم که ما گفتیم حاکم مخیر است و تعیین به دست حاکم است، از فرمایشات خود مرحوم محقق در فرع آینده روشن می‌شود که ایشان می‌گوید امر مخیر است بین تقسیم و قرعه.

پس «ما هنا وجوه»؛ اول قرعه، دوم تقسیم «بالسویه» و مصالحه، سوم ارجاع به محکمه حاکم شرع و حاکم شرع مختار است، چهارم این است که خود مرحوم محقق این مطلب را در آینده بازگو می‌کنند.

اما مسئله «قرعه» مستحضرید که قرعه سند قرآنی دارد، یک؛ روایات فراوانی درباره قرعه است، دو؛ و محور قرعه «لکل امر مشکل و مشتبّه» است، این سه؛ اما تمام محورها و مدارهای این نصوص به یک امر برمی‌گردد و آن تراحم حقوقی است؛ لذا در شبهه حکمیه و مانند آن جا برای قرعه نیست. اگر گفته شد: «فِي كُلِّ أَمْرٍ مُشْكِلٍ الْقَرْعَةُ» [5] معنای آن این نیست که اگر یک جایی ما شک کردیم شبهه حکمیه داریم، با قرعه حل کنیم! قرعه برای تعیین حکم شرعی نیست، ولو مشکل است برای ما، مشتبّه است برای ما؛ اما تمام این نصوص باب «قرعه» در مدار تراحم حقوقی است. آنجا که حق است، یک؛ معلوم نیست که مستحق آن کیست و به چه کسی باید بدهیم، دو؛ آنجا جایی قرعه

است، سه. پس «فِي كُلِّ أَمْرٍ مُشْكِلٍ». یا «لکل امر مشتبّه» ناظر به مطلق نیست، چه اینکه ناظر به خصوص شبهه حکمیه نیست، «إلا و لابد» ناظر به امور مالی در تراحم حقوقی است. اینکه مرحوم صاحب جوهر و مانند صاحب جوهر می‌فرمایند «لإطلاق ادله قرعه» یعنی این؛ نه یعنی اطلاق ادله قرعه شامل مسائل شبهه حکمیه و مانند آن شود تا اگر فقیهی در جایی شک کرد قرعه بزند، این طور نیست! حتماً باید تراحم حقوقی باشد؛ چون در خود روایات هم به همین آیه مربوط به «ذالنون» استدلال کردند [\[6\]](#) [«فَسَاءَ مَا كَانَ مِنَ الْمُذْخَبِينَ»](#). پرسش: ...؟ پاسخ: برای اینکه این زوجه اوست، این مرد حق اختیار دارد و قبل از اعمال این حق مُرد؛ اگر این حق برای این شخص باشد که مقوم او باشد که از بین رفته، بله! اما این سهم برای کیست؟ ارث این زن برای این مرد است، این هنوز زوجه اوست؛ این طور نیست که اختیار عقد مستأنف باشد، این طور نیست که مرگ باعث انفساخ باشد. پس مرگ باعث انفساخ نیست، به دلیل جواز نظر، جواز لمس، جواز تغسیل. اختیار عقد نیست که بگوید «انکحت» یا «زوجت»، او بگوید «قبلت». پس اختیار عقد نیست، یک؛ یک یعنی یک! مرگ انفساخ نیست، دو یعنی دو! پس این زوجه اوست. اگر زوج و زوجه هر کدام مردند از دیگری ارث می‌برند. اختیار عقد جدید نیست تا ما بگویم قبل از اختیار این که زوجه نبود. نخیر! همچنان زوجه است. مرگ فسخ زوجیت نیست تا ما بگوییم حالا که مُرد، از زوجیت افتاد بیرون! همچنان زوجه است. رها کردن طلاق نیست، انتخاب کردن عقد جدید نیست. آن وقت این مسائل مالی برای کیست؟ این ارث برای کیست؟ لذا برخی‌ها به قرعه تمسک کردند که [«فِي كُلِّ أَمْرٍ مُشْكِلٍ الْفُرْعَةُ»](#) یا «مشتبه» روایات آن هم صحیح، به آیه هم استدلال کردند؛ اما تمام محور بحث قرعه که در «اصول» و در «قواعد فقهیه» ملاحظه فرمودید، این راجع به تراحم حقوقی است، اصلاً درباره شبهه حکمیه نیست تا یک کسی خیال کند به اینکه جایی که شک کرد برای تعیین حکم حالا قرعه بزند. اینجا مال برای کیست؟ برخی‌ها قائل به قرعه شدند. جریان [«فَسَاءَ مَا كَانَ مِنَ الْمُذْخَبِينَ»](#) درباره وجود مبارک یونس همین طور بود، چون این هم معلوم نبود.

برخی‌ها قائل به تساوی و صلح شدند که وجه دوم است. برخی‌ها به محکمه‌ی شرع ارجاع دادند که فرع سوم است. آن یک مشکل علمی جدی دارد؛ ما در مسئله فقهی نمی‌توانیم کار را به قضا ارجاع بدهیم. ما دو مرحله داریم: در مرحله اول فقیه باید حکم را پیدا کند و محور حکم فقهی روشن شود، در مرحله دوم قاضی در محکمه آنچه را که در فقه ثابت شده است، اجرا کند؛ وگرنه او در اقوال فقهی جایی ندارد. در تعیین اقوال که نمی‌شود یکی را به محکمه‌ی قضا ارجاع داد، او در رتبه بعدی است، او حق ندارد در اینجا نظر بدهد، اینجا کار فقیه است. در مقام فقه باید ثابت شود که چه است و چه نیست! آن وقت قاضی در محکمه برابر این «است و نیست» حکم می‌کند. پرسش: ...؟ پاسخ: آن در کیفیت فصل خصومت است، نه اینکه ببینیم قاضی چه فتوا می‌دهد. اگر قاضی مجتهد بود، در کتاب «قضا» این حرف را نمی‌زند، در کتاب «زکات» یا «صلات» یا «ارث» فتوا را می‌دهد، در کتاب «قضا» برابر فتوایی که داد عمل می‌کند، نه اینکه کتاب «قضا» جا برای فتوا باشد. او باید قبلاً فتوا را «اجتهاداً أو تقلیداً» در دست داشته باشد، بعد در مقام قضا عمل کند. حالا این نقدی است که بر مرحوم صاحب جوهر وارد شده است و وارد می‌شود که اینجا جای ذکر قول حاکم در ردیف اقوال فقها نیست. حالا آن را عرض می‌کنیم.

«علی‌ای حال» قول اول، قول قرعه است که روایات فراوانی دارد که خود ائمه (علیهم السلام) هم دستور دادند؛ هم درباره زندگی آنها قرعه راه پیدا کرده است و هم در مقام قضا وجود مبارک حضرت امیر (سلام الله علیه) در بخش‌هایی به قرعه حکم کرده است و هم در جریان آیه‌ی [«فَسَاءَ مَا كَانَ مِنَ الْمُذْخَبِينَ»](#) از سنخ قرعه است.

مهم‌ترین اشکالی که در قرعه هست، این است که «القرعة لكل امر مشتبّه»؛ یعنی چه؟ یعنی یک واقعیتهای ما داریم، یک؛ مشتبّه است به غیر واقعیتهای دو؛ ما راه برای تشخیص «ما هو الواقع» نداریم، سه؛ قرعه را تعبداً گفتند که جانشین آن تعیین کننده است، چهار؛ این جای قرعه است. اما جایی که اصلاً واقعیت ندارد، معلوم نیست که «ما هو الواقع» کیست؟! ما مشتبّه و غیر مشتبّه نداریم، همه‌شان یکسان‌اند. یک وقت است که ما علم اجمالی داریم نمی‌دانیم که این مال حرام در اینجا است یا در آنجا، مشتبّه داریم؛ یعنی یک مالی است مشتبّه حلال به حرام، این مال حلال مخلوط به حرام همین است؛ اما اینجا ما مشتبّه نداریم، چیزی به چیزی اشتباه نشده است. آیا قرعه این را هم شامل می‌شود یا نه؟ این را غالب بزرگان فرمودند اطلاق ادله شامل می‌شود، چرا؟ گرچه در بعضی از امور دارد که «لکل امر مشتبّه»؛ اما آنجا که دارد «ففي كل أمر مشكّل»؛ اینکه تقیید نمی‌شود آن به وسیله مشتبّه؛ یعنی هر جا که واقع برای شما روشن نیست.

«فها هنا امران»: امر اول این است که ما اینجا واقعیتهایی داریم مشتبّه است، بله اینجا جای قرعه است. امر دوم این است که واقع نداریم، می‌خواهیم واقع تعیین کنیم. اما در جریان امر اول، آن درهم ودعی [7] همین است؛ در آن قصه درهم ودعی که به امام عرض کردند اینها قصد سفر داشتند، برای هر کدام آن روز درهم یا دینار یک رقمی بود؛ این درهم را زید آمد نزد این شخص امین گذاشت، عمرو هم یک درهم را پیش این شخص امین گذاشت و سفر رفتند و این شخص امین بدون تقصیر، بدون سهل‌انگاری متوجه شد که «أحد الدرهمین» را سارق برده است، پس واقع دارد؛ درمی‌را که زید آورد واقع آن مشخص است که کدام است، درمی‌را که عمرو آورد واقع آن مشخص است که کدام است؛ منتها او تشخیص نمی‌دهد. آنچه را هم که دزد برد واقع مشخصی دارد. اینجا سؤال کردند چکار کنیم؟ فرمود قرعه بزید. قرعه بزید یعنی چه؟ یعنی آنکه واقع مشخص‌معین دارد آن را معین کنید، این می‌شود مشتبّه؛ یعنی یک واقع معینی دارد ولی ما نمی‌دانیم. اینجا در درهم ودعی واقع معینی دارد. برابر قانون اساسی ما هم همین‌طور است؛ برای دوره اول که شش نفر فقهای محترم هستند این دوره شش سالی که گذشت، سه نفر آنها به قید قرعه خارج می‌شوند تا چند نفر کارشناس بمانند، آنها چه کسانی هستند؟! واقع معینی که ندارد! در مجلس خبرگان قانون اساسی - نه خبرگان رهبری - آنجا وقتی نظر داده می‌شد اینجا واقع معینی ندارند؛ چون الآن در قانون اساسی هم همین است که سه نفر به قید قرعه خارج می‌شوند یا می‌مانند، اینجا واقع معینی ندارد. آنجا روشن شد که ادله‌ی قرعه مطلق است؛ خواه واقع مشخص داشت و مشتبّه شد؛ مثل درهم ودعی، خواه اصلاً واقع مشخص نشد؛ مثلاً الآن می‌خواهند برای مسجد، رئیس هیأت امانا تعیین کنند، پنج نفر هستند و همه هم صلاحیت دارند، به قید قرعه یک نفر را رئیس هیأت امانا می‌کنند، در موارد دیگر هم همین‌طور؛ این‌طور نیست که یک واقع معینی باید داشته باشد تا ما شک کنیم به جای قرعه آن باشد، تا شما بگویید اینجا واقع معینی ندارد؛ پس قرعه از این جهت مشکلی ندارد. اطلاقات ادله قرعه این را می‌گیرد و قرعه هم اختصاص ندارد به جایی که واقع معین دارد؛ هم برای تعیین واقع و هم برای احداث واقع، قرعه مشکل را حل می‌کند.

- [2] جواهر الكلام، الشيخ محمدحسن النجفي، ج30، ص83.
- [3] شرائع الاسلام في المسائل الحلال و الحرام (ط-اسماعيليان)، المحقق الحلّي، ج2، ص242.
- [4] شرائع الاسلام في المسائل الحلال و الحرام (ط-اسماعيليان)، المحقق الحلّي، ج2، ص242.
- [5] عوالي اللئالي، محمد بن علي بن ابراهيم ابن ابي جمهور الاحساني، ج2، ص285.
- [6] صافات/سوره37، آيه141.
- [7] من لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق، ج3، ص37.