جلسه 1542

چهارشنبه 04/11/96

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 قاعده قرعه بود که به مناسبت ملاحظه نسبت بین قاعده قرعه و استصحاب این بحث مطرح شد. مرحوم صاحب کفایه بر خلاف آنچه که در قاعده فراغ و یا اصالة الصحة و یا قاعده ید مطرح شده که اینها اخص مطلق هستند از دلیل استصحاب و مقدم هستند بر استصحاب، در قرعه فرموده است که استصحاب اخص است از قرعه. موضوع قرعه مطلق مجهول است ولکن موضوع استصحاب مجهولی است که حالت سابقه آن معلوم است. ولذا موضوع استصحاب می شود اخص مطلق از موضوع قاعده قرعه.

علاوه بر اینکه خطاب قرعه بخاطر کثرت تخصیصات موهون هست و صلاحیت مقاومت در برابر دلیل استصحاب را ندارد.

و این نشان می دهد که صاحب کفایه مجهول را مجهول من جمیع الجهات نمی داند، که مجهول یعنی آن چیزی که نه حکم واقعی باشد معلوم باشد و نه حکم ظاهری اش. برخلاف برخی مثل مرحوم آقای خوئی که مجهول را و یا امر مشکل را یا امر مشتبه را (که در برخی از روایات هست که القرعة لکل امر مشکل یا لکل امر مشتبه یا همین روایت محمد بن حکیم بود که کل مجهول ففیه القرعة) گفته اند ظاهر است در چیزی که نه حکم واقعی او معلوم است و نه حکم ظاهری اش، صاحب کفایه این عناوین را ظاهر می داند در آن چیزی که حکم واقعی اش معلوم نیست. ولذا دلیل استصحاب را اخص مطلق می داند از دلیل قرعه و نه وارد بر آن. کسانی که موضوع قاعده قرعه مجهول می دانند به این معنا که ما لا یعلم حکمه الواقعی و لا الظاهری، طبیعی است که استصحاب سبب علم به حکم ظاهری می شود و موضوع قاعده قرعه را وجدانا بر می دارد. صاحب کفایه ظاهر کلامش این است که این را قبول ندارد و مجهول یا مشتبه را صادق می داند حتی در جائی که اصل داریم که حکم ظاهری این مورد را تبیین کند، اما همینکه حکم واقعی او مجهول است صادق است که هذا مجهول، هذا مشتبه.

ولذا فرموده است که دلیل استصحاب اخص مطلق است از دلیل قرعه، موضوعش مجهولی است که یعلم حالته السابقة، ولذا دلیل استحصاب مقدم می شود بر دلیل قرعه.

به هر حال بحث در این روایت محمد بن حکیم بود که کل مجهول ففیه القرعة.

اشکالی که مطرح شد این بود که مشهور گفته اند این عموم قابل التزام نیست بخاطر کثرت ورود مخصصات بر این عموم، نه در شبهات حکمیه می توان به این عموم عمل کرد و نه در اکثر شبهات موضوعیه بخاطر استصحاب یا اصل دیگر. ولذا مشهور شده در السنه فقهاء که می گویند عموم دلیل قرعه موهون است بخاطر کثرت تخصیصات. تنها در موردی ما به دلیل قرعه عمل می کنیم که مشهور عمل بکنند و ضعف این عموم منجبر بشود به عمل مشهور.

ولکن از این اشکال جوابهایی داده شده است.

جواب اول: از مرحوم آقای خوئی بود که برخی از بزرگان دیگر هم قبل از ایشان این را مطرح کرده اند که این صحیح نیست که ما بگوئیم بر این عموم کل مجهول ففیه القرعة یا القرعة لکل امر مشکل تخصیص های زیادی وارد شده است. نخیر، این شبهه بخاطر این است که معنای مجهول را ما دقت نمی کنیم. مرحوم آقای خوئی فرموده مجهول ظاهر است در آن چیزی که نه حکم واقعی آن را بدانیم و نه حکم ظاهری آن را. ولذا استصحاب ورود دارد بر قاعده قرعه. یا اصل طهارت ورود دارد بر قاعده قرعه. یا اصالة الحل ورود دارد بر قاعده قرعه. یا اصالة الاحتیاط در اطراف علم اجمالی که اصل عقلائی است ورود دارد بر قاعده قرعه.

بعد فرموده است که نفرمائید که پس مورد قاعده قرعه کجاست، کجا هست که نه حکم واقعی اش معلوم است و نه حکم ظاهری شرعی یا عقلی آن معلوم است؟

ایشان فرموده است که ما پیدا می کنیم همچنین موردی را. اگر تداعی کنند دو نفر در یک مالی که در یدشان نیست، حال یا در ید هیچ کس نیست یا در ید شخص ثالثی است که معترف است مالک این مال نیست. حالت سابقه این مال هم معلوم نیست که ملک چه کسی است. این مثال است برای قاعده قرعه. چون نه قاعده ید داریم و نه استصحاب داریم ونه اصل دیگری داریم، نوبت به قرعه می رسد. اما در مواردی که ما قاعده دیگری داریم اصل دیگری داریم مثل شبهات حکمیه که بالاخره حکم ظاهری اش مشخص است شرعا او عقلا، این اصلا مجهول به قول مطلق نیست.

ایشان فرموده اند مبادا فکر کنید که مثلا دوران الامر بین المحذورین این مصداق کل مجهول ففیه القرعة است، بعد بفرمائید پس چرا فقهاء ملتزم نشده اند به تطبیق قاعده قرعه بر آن.

 فرموده نخیر، حکم ظاهری معلوم است، اصل برائت از وجوب و حرمت جاری می شود. حکم ظاهری ما ترخیص در ارتکاب یا در ترک این فعلی است که مشکوک است که واجب است یا حرام. حکم ظاهری معلوم است. در شبهات حکمیه ما موردی نداریم که مجهول به قول مطلق باشد. در شبهات موضوعیه هم ما مواردی نادره ای داریم که اینطور باشد.

این فرمایشی است که آقای خوئی در اصول فرموده است.

جالب است که این مثالی که می زند که تداعی دو نفر بود بر یک مال که در یدشان نیست، در روایت متعدده حکم شده که یقسّم بینهما نصفین. پس حتی این مثال هم داخل قاعده قرعه نیست. چون در روایات متعدده ای که قبلا در بحث قاعده ید هم خواندیم فرموده است که امیرالمؤمنین علیه السلام تقسیم می کرد این مال را بین این دو مدعی. پس مجهول نیست این مورد، چون حکم ظاهری آن تنصیف است. چطور این را مثال می زنید برای مجهول؟

واگر قاعده عدل و انصاف که از روایات استفاده می شود که تنصیف کنید این مال را بین این دو نفر هم نبود چطور می گوئید ما حکم ظاهری مان معلوم نبود؟ نه، مقتضای اصل عملی این است که نه این مالک است و نه او. حکم ظاهری که به لحاظ خود این دو مکلف که هر کدام ادعا می کنند که این مال ماست، خود آنها که علم دارند، ما هم که شخص ثالثی هستیم استصحاب می کنیم نه مال این است و نه مال آن. اما اینکه قاضی وظیفه اش چیست، بله اگر بحث قضاء است قاضی باید به بینه مدعی یا یمین منکر حکم کند، و چون هر دو مدعی هستند اگر هر کدام بینه داشتند مال را به او می دهند و اگر هیچ کدام بینه نداشتند یا هر دو بینه داشتند روایت دارد که آنی که اکثرهم بینة هست ترجیح دارد برای احکام قضائی، که در بحث خودش مطرح شده است. بله اگر تساوی بود، راهی راه دیگری ندارد قاضی الا اینکه یا تنصیف کند و یا قرعه بزند، خب روایات هم که گفته است که گفته است که قاضی تنصیف می کند یقسّم بینهما نصفین، این هم دیگر مورد قاعده قرعه نشد، این هم مجهول به قول مطلق نشد.

در فقه در بحث خمس آقای خوئی بیان دیگری دارد. بیانشان این است که می گویند اگر شخصی ید داشت مثلا بر ده گوسفند، به طور اجمال می دانیم دو گوسفند را می دانیم که غصب کرده است از زید، هفت گوسفند هم مال خودش هست، گوسفند آخر مشکوک است که مال این شخص است یا مال زید. وفرض کنید که مشخص هم نیست که گوسفندی که مشکوک است که مال زید است یا مال او کدام یک از این گوسفند هاست. این فرع را مطرح می کند آقای خوئی، وبعد می گوید قاعده ید نسبت به این گوسفند مشتبه جاری می شود و می گوئیم مال این کسی است که این ده گوسفند در دستش هست. قاعده ید در عنوان گوسفند سوم از این ده گوسفند یعنی در این عنوان جامع جاری می شود، می گوئیم گوسفند سوم غیر از آن دو گوسفندی که مال زید است در ید این آقای عمرو است و قاعده ید جاری می کنیم. ولذا طبق قاعده ید می گوئیم این ذوالید مالک هشت گوسفند است.

نتیجه می گیریم دو گوسفند از این ده گوسفد مال زید است و هشت کوسفند مال عمرو که ذوالید است.

این فعل مربوط به بحث ما نیست.

اما حالا آن دو گوسفند را چه جوری تعیین کنیم که کدامیک مال زید است؟ ایشان فرموده است که اینجا جای قرعه است. چون مشکل است، ما چطور تعیین کنیم که این دو گوسفندی که مال زید است کدامیک از این دو گوسفندها است؟ راه دیگری جز قرعه نداریم.

فرع دیگری هم مطرح کرده اند: فرموده اند اگر این ده گوسفند خارج باشند از ید عمرو، دو گوسفند به طور غیر معین مال زید است و هفت تا مال این عمرو. اینجا دیگر قاعده ید نداریم که بگوید آن گوسفند غیر از این دو گوسفندی که قطعا مال زید است و آن هفت گوسفندی که قطعا مال این عمرو است، گوسفند دهمی که مشتبه است قاعده ید نداریم که بگوید مال این عمرو است. اینجا هم برای تشخصی مالک آن گوسفند دهم قرعه می زنیم. این هم جای قرعه است.

نفرمائید کما احتمل صاحب لعروه که اینجا جای قاعده عدل و انصاف است، آن گوسفند دهم را تنصیف می کنیم نصفش را می دهیم به زید و نصفش را می دهیم به عمرو.

آقای خوئی فرموده دلیل نداریم بر قاعده عدل و انصاف در بناء عقلاء. فرموده اگر روایات را می گوئیم، آنها در مورد تداعی است، و راجع به گوسفند دهم بین زید و عمرو فرض این است که تداعی نیست. یا در مورد ودعی است که دو نفر نزد او مالی را ودیعه گذاشته اند، یک مالی تلف شده که مشتبه است که مال آن نفر اول است یا مال نفر دوم، آنجا هم فرمودند که تقسیم می کنند بین آن دو نفر که مالشان را امانت گذاشتند نزد این ودعی. اما در مانحن فیه دلیل نداریم بر قاعده عدل و انصاف. پس قرعه می زنیم.

اینکه صاحب عروه در ذهنشان هست که ادله قرعه قابل تمسک نیست به طور مطلق، چون تأسیس فقه جدید لازم می آید و هر کجا مشهور عمل کرده اند ما عمل می کنیم و هر کجا مشهور عمل نکرده اند به ادله قرعه ما عمل نمی کنیم، نه این درست نیست. برای اینکه موضوع قاعده قرعه امر مجهول و مشکل هست، وامر مجهول یعنی ما لایعلم حکمه لاظاهرا و لا واقعا، لاشرعا ولا عقلا. اینکه القرعه لکل امر مشکل گفته اند این هم یعنی همین، یعنی آن چیزی که اشکل امره علی المکف، متحیر است که چه بکند، یعنی حکم ظاهری اش را هم نمی داند. کجا از التزام به عموم قاعده قرعه در مجهول مطلق تأسیس فقه جدید لازم می آید؟

ما که می گوئیم اگر اصل شرعی داری به آن عمل کن، و اگر اصل عقلی مثل وجوب احتیاط در اطراف علم اجمالی داری به او عمل کن. جائی که مثل مقام یک مالی است مردد بین دو نفر، اینجا می گوئیم بیا قاعده قرعه را تطبیق کن، چون با هیچ اصلی نمی توان تعیین کرد که این مال زید است یا مال عمرو است.

یک فرضی را آقای خوئی در بحث خمس مطرح کرد که از ادله قاعده عدل و انصاف خارج است. در اصول حالا یا خود ایشان تعبیر کرد یا مقرر ایشان اشتباه کرد و تعبیر کرد گفت تداعا رجلان، یعنی مورد روایات قاعده عدل و انصاف را مطرح کرد، ولی در فقه دقیق تر صحبت کرد از تداعی خارج کرد، گفت ما مثال می زنیم که تداعی نباشد که مورد روایات قاعده عدل و انصاف نباشد.

آقای سیستانی اشکال کرده اند به آقای خوئی، می فرماید: ما نفهمیدیم چه فرق است بین کل مجهول ففیه القرعة و بین رفع ما لایعلمون، یا ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم؟ شما در بحث برائت هم همین را می گوئید؟! یعنی آیا می گوئید موضوع برائت مجهول است به قول مطلق یعنی آنی که نه حکم ظاهری اش معلوم است و نه حکم واقعی اش؟! خب این را که نمی گوئید. می گوئید ما لایعلمون یعنی آنچه که حکم واقعی اش مجهول است. ولو عقل حکم به احتیاط کند بخاطر علم اجمالی، ولکن اگر در یک طرف از اطراف عم اجمالی اصل برائت جاری بود اصل بلامعارض جاری بود، رفع ما لایعلمون.

در رفع ما لایعلمون و ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم خود شما پذیرفتید که این عنوان صادق است ولو حکم ظاهری شرعی یا عقلی طبق سائر قواعد روشن باشد. منتهی حکم ظاهری عقلی چه بسا احتیاط است لولا ترخیص شرعی بر خلاف. حدیث رفع می آید ترخیص شرعی در خلاف احتیاط می دهد. خود شما فرموده اید که اینجا به حدیث رفع می توان تمسک کرد. چه فرق می کند باکل مجهول ففیه القرعة؟ کجای مجهول آمده است که مجهول من حیث الحکم الواقعی و الظاهری؟ آقا اصلا این تعریف شما مورد ندارد. در همان مثال تردد مال بین شخصین هم حکم ظاهری معلوم است که استصحاب عدم ملکیت ایّ منهما لهذا المال است.

واینکه فرمودید که مجهول یعنی مشکل. آیا می پذیرید هر جا که مرجع تقلید بگوید حکم این مسأله مشکل است بتواند عامی رجوع کند به قرعه؟ المسألة لاتخلو عن اشکال، خب مشکل است دیگر.

چرا دوران الامر بین المحذورین مصداق آن نباشد؟ خب مجهول است دیگر. من نمی دانم که این روزی که ماه شب قبلش در افریقا دیده شده ولی در ایران دیده نشده عید فطر است تا حرام باشد صوم، چون بنابر قول بعضی مثل مرحوم آقای صد رکه صوم یوم عید الفطر حرام ذاتی است و قابل احتیاط نیست، ویا باید در بلد مکلف هلال دیده بشود پس امروز روز سی ام ماه رمضان است باید روزه بگیریم، دوران الامر بین المحذورین است. این صدق نمی کند که وجوب صوم امروز مجهول است؟ چرا صدق نمی کند.

یا در اطراف علم اجمالی صدق نمی کند که إناء نجس مجهول است؟ بله وجوب عقلی احتیاط در انائیت مشتبهین مجهول نیست اناء نجس مجهول است، ما می گوئیم إناء نجس مجهول فیه القرعة، ما که نمی گوئیم وجوب احتیاط در اطراف علم اجمالی مجهول فیه القرعة. ما تطبیق می کنیم مجهول را بر آن اناء نجس معلوم بالاجمال. ما تطبیق می کنیم مجهول را بر آن حکم واقعی در دوران الامر بین المحذورین، می گوئیم او مجهول است، نه تخییر ظاهری در مورد آن.

اقول: این فرمایش آقای سیستانی انصافا فرمایش قابل توجهی است، که این عنوان کل مجهول ففیه القرعة با این تعریف آقای خوئی در خیلی از موارد که قرعه در نصوص در موردش مطرح شده تطبیق نمی کند. حالا بگذریم از اینکه در جمله ای از روایات قرعه برای تشخیص یک واقع مجهول نیست، بلکه برای تعیین است. مثلا شخصی وصیت کرد اولٌ مملوکٍ لی فهو حرّ بعد وفاتی. پدرش مرد و دو مملوک با هم به ارث رسید به این شخص و بعدش هم خود این فرزند که ورثَ مملوکین فی آنٍ واحد مرد. حالا وصی این شخص چه کار کند؟ روایت می فرماید اقرع بینهما، یعنی بین آن دو مملوک قرعه بزنند. خب واقع مجهولی در کار نیست، عنوان اول مملوک می تواند صادق باشد بر این مملوک و می تواند صادق باشد بر آن مملوک، در آن واحد تملک کرد این موصی هر دو را.

یا در برخی از روایات هست که کسی ازدواج کرد با دو خواهر همزمان، حالا برخی از روایات دارد هر کدام را اختیار کرد. در برخی از این موارد ازدواج و طلاق که تفصیلش را بعدا می گوئیم به قرعه متوصل شده اند. خب این واقع معینی که ندارد، با قرعه خواسته اند تعیین کنند. تعیین چیزی که واقع معین ندارد. شبیه تزاحم حقوق، در تزاحم حقوق واقع معینی که نیست، برای یک نوع مرجح به قرعه پناه می برند. خب روایاتی داریم در مورد تزاحم حقوق که برای ترجیح به قرعه رجوع شده است. آن اصلا مجهول نیست آنها را کار نداریم. اما روایاتی که راجع به تشخیص واقع مجهول هست ما چند مورد را می خوانیم ببنید می شود بگوئیم اینها حکم ظاهری اش معلوم نیست:

مورد اول: همان موردی که خود آقای خوئی اشاره کردند: یک شاتی بود دیدند که راعی وطی کرد آن را، ومشتبه شد بین یک گله. اینجا خود آقای خوئی هم فرمود حکم ظاهری اش معلوم است که وجوب احتیاط است، ولی در عین حال حضرت فرمود با قرعه تعیین کنید.

مورد دوم: صحیحه حلبی راجع به فرزندی که پدرش مشتبه است بین چند نفر. إذا وقع الحر و العبد و المشرک علی امرأة فی طهر واحد (وطء به شبهه بوده زنا نبوده) وادّعوا الولد اقرع بینهم وکان الولد للذی یقرع. خب حکم ظاهری اش معلوم است، استصحاب می گوید این ولد فرزند این نیست فرزند آن نیست و فرزند آن سومی هم نیست، یا استصحاب حکمی جاری می کنیم که می گوید نفقه اش بر این واجب نیست نفقه اش بر آن واجب نیست نفقه اش بر سومی هم واجب نیست، و تعارض هم نمی کنند چون مکلف واحد نیست.

سؤال وجواب: بالاخره اینکه با قرعه ولد را تعیین کنیم یعنی تمام احکام ولد را بار کنیم، در حالی که خیلی از موارد می شود احتیاط کرد، خیلی از موارد اصل برائت داریم مثل واجدی المنی فی ثوب مشترک، خب هر کدام اصل برائت دارند اسصحاب عدم جنابت دارند، هیچکدام غسل نمی کنند طبق استصحاب عدم جنابت. اینجا هم هیچکدام از این مشتبه الاب ها لازم نیست نفقه بدهند طبق استصحاب عدم وجوب نفقه. وهکذا.

سؤال وجواب: اینکه همه این موارد تخصیص باشد نسبت به کل مجهول ففیه القرعة این یک مبعّد دارد. یکی کل مجهول ففیه القرعة می گوئید که انسان دهنش آب می افتد بعد می گردید یک مورد پیدا می کنید.

در معتبره ابی بصیر دارد که حضرت علی علیه السلام که پیامبر او را به یمن فرستادند، بعد که برگشتند، حضرت فرمود علی جان، عجیب ترین چیزی که برایت پیش آمد به من بگو. فقال یا رسول الله أتانی قوم قد تبایعوا جاریة فوطئها جمیعهم فی طهر واحد. بالاخره وطئ به شبهه بود نمی دانستند که جائز نیست، یا خبر نداشتند که دیگری وطئ کرده است، فکر می کردند وطئ نکرده است، فولدت غلاما واحتجوا فیه کلهم یدعیه فاسهمت بینهم. قرعه زدم قرعه به نام یکی آمد گفتم این پسر تو. فقال رسول الله صلی الله علیه وآله: إنه ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله عز و جل إلا خرج سهم المحق. این قاعده را هم حضرت تطبیق کرد. خب اینجا که حکم ظاهری معلوم بود.

مورد سوم: روایت حسین بن مختار است، که خلاصه اش این است که ابوحنیفه مطلبی را به امام صادق علیه السلام عرض کرد، امام صادق علیه السلام به او فرمود: ما تقول فی بیت سقط علی قوم فبق منهم صبیان احدهما حر والآخر مملوک لصاحبه فلم یعرف الحر من العبد. یک خانه ای منهدم شد دو تا بچه ماندند، نمی دانیم کدام حر است و کدام عبد است. ابوحنیفه همینجوری دیمی گفت یعتق نصف هذا و نصف هذا. فقال ابوعبدالله علیه السلام لیس کذلک ولکنه یقرع بینهما فمن اصابته القرعة فهو حر، هر کدام که قرعه به نامش زده شد حر است. خب اینجا حکم ظاهری مشخص است دیگر، استصحاب می گوید ولو به نحو استصحاب در پدرانشان که این مملوک نیست او هم مملوک نیست، هیچکدام مملوک نیستند. یک زمانی این آقا مالک او نبود، یا مالک پدر او نبود که نتیجه اش این است که مالک خود او نیست.

حالا اینکه بگوئید اینها راجع به قاضی است‏12:58:30 م آن فرمایش امام قده است که قرعه در تنازع حقوق یا اشتباه حقوق است و قاضی متصدی قرعه می شود. او یک جواب دیگری است. ما فعلا می گوئیم جواب آقای خوئی تمام نیست.

مورد چهارم: تداعی در مورد مالی است که در روایت دارد که اقرع بینهما سهمین. همان تداعی که در روایات دیگر می گفت قاعده عدل و انصاف و می گفت یقسّم بینهما قسمین، ولی در موثقه سماعه که قبلا هم خواندیم دارد که قرعه بزنند، که ما حمل بر تخییر کردیم گفتیم قاضی مخیر است. حالا باز این را باید بیشتر باز کنیم. اینجا هم جای قرعه است، با اینکه حکم ظاهری اش معلوم است روایات دیگر گفت قاعده عدل و انصاف.

این موارد اصلا موردی نیست که ضابطه ای که آقای خوئی فرمود بر آن تطبیق کند.

ولذا به نظر این جواب قانع کننده نیست، انشاءالله بقیه جوابها روز شنبه.