

جایگاه قرعه به عنوان حاکم کور در قوانین موضوعه ایران

۱ ابوالفضل حشمتی (وکیل پایه یک دادگستری و مدرس دانشگاه)*

۲ سید رضا موسوی (سر دفتر اسناد رسمی تهران)*

چکیده

یکی از قواعد مهم و کاربردی در فقه و حقوق موضوعه قاعده قرعه است. این قاعده برای اثبات برخی دعاوی به کار می رود. اما در مورد این قاعده و موارد کاربرد و چگونگی استفاده از آن بین تمام فقها و محققین اتفاق نظر نیست. آیا قرعه قاعده ای تأسیسی است یا امضایی؟ آیا قرعه برای موارد مشکل به کار می رود (القرعه لکل امر مشکل) یا موارد مجهول؟ آیا قرعه اماره است یا از اصول عملی به شماره می شود؟ این سوالات و سوالاتی دیگر مواردی هستند که محل اختلاف و بحث می باشند و در مقاله حاضر سعی در پرداختن به آن ها شده است. کلید واژگان: قرعه، اماره، اصل عملی امر مشکل، امر مجهول، ترجیح بلا مرجح، مسأله.

* دانشجویان دوره ی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه عدالت



مرسوم است در مواردی که انتخاب بین دو یا چند گزینه در میان باشد دست به قرعه کشی می‌زنند. این امر از سالیان دور رایج بوده و تاکنون نیز در عرصه‌های مختلف به کار گرفته شده است. چه از آن دوران که برای کفالت حضرت مریم بین بزرگان قوم یهود دست به دامن این حاکم کور شدند چه اکنون که جهت تعیین برنده در مسابقات بزرگ و مختلف قرعه کشی می‌کنند. آیا قرعه کشی همیشه انتخاب صحیح را معین میکند؟ آیا به نتیجه قرعه می‌توان اعتماد کرد؟ آیا قرعه ریشه مذهبی و اسلامی نیز دارد؟ از همه مهم‌تر، چه زمان می‌توان از این راه حل استفاده کرد؟

گفته اند قرعه را تنها به عنوان آخرین راه حل به کار برید. جایی که هیچ اولویتی بین اصحاب مورد انتخاب نباشد. اما باز هم این سوال مطرح است آیا در هر جایی که به بن بست رسیده‌ایم می‌توانیم از قرعه کشی استفاده کنیم؟ به عبارتی محمل این قاعده در کجا جاری و ساری است؟

در مقاله حاضر تلاش بر آن بوده تا ضمن شناسایی و جایگاه قرعه به عنوان حاکمی کور به سوالات فوق و چندین سوال دیگر پیرامون قرعه و اهمیت آن پاسخ دهیم. امید است مطالب این گردآوری برای خوانندگان سودمند باشد.

تعریف و معنای قرعه

قرعه در لغت به معنی سهم و نصیب است و در اصطلاح تدبیری است که در هنگام شبهه و ابهام برای مطلوب به کار می‌رود. برخی قرعه را به انداختن تیر در اطراف مورد مشتبه برای استخراج مورد حق از بین آنها معنی کرده‌اند. گاهی این واژه را در معنای وسیله‌ای به کار می‌برند که قرعه کشی با آن انجام می‌شود. قرعه از عبارت «قارعه القلوب» به معنای ترساننده قلوب گرفته شده و در اینجا هم معنای ترساندن را در بردارد زیرا طرفین در ترس و اضطراب به سر می‌برند تا نتیجه قرعه معلوم شود.

واژه مترادف با قرعه «مساهمه» است که در داستان حضرت یونس در قرآن به کار رفته است. مساهمه از ریشه «سهم» است به معنی تیر. چرا که در قدیم یکی از روش های استفاده از قرعه کشی به کار بردن تیرهایی بوده که اسامی را بر روی آن ها می نوشتند و با در آوردن هریک از آن تیرها چاره جویی و مشکل گشایی می شد. «وان یونس لمن المرسلین اذ ابق الی الفلک المشحون فکان من المدحضین» (ایه ۱۳۹ سوره صافات). یعنی: «حضرت یونس یکی از پیامبران بود. هنگامی که از مردم خود گریخت و بر کشتی پر باری نشست و قرعه به نام او درآمد که به دریا افکنده شود». اما در فقه و حقوق قرعه عبارت است از قاعده ای که در مواردی که امر مشکل وجود دارد و نتوان واقعیت را از وسایل دیگری (دلایل، امارات، اصول عملی) به دست آورد به کار می برند. به عبارتی در هر جایی که ناگزیر به انتخاب باشیم و هیچ ترجیحی بین موضوعات وجود نداشته باشد جهت جلوگیری از جانب داری از قرعه استفاده می کنیم.

موارد کاربرد قرعه

به طور کلی هر جا در تصمیم گیری تردید باشد و برگزیدن یک طرف بر طرف دیگری بلا ترجیح باشد جایگاه استفاده از قرعه است. فقها گفته اند مورد قرعه «هر مجهولی است» و این تعبیر از روایات استفاده می شود. برخی گفته اند مورد آن هر مشکلی است ولی این تعبیر در روایات نیامده است. (سئلت ابوالحسن عن شی فقال: کل مجهول فیہ القرعه)

سوالی که پیش می آید آن است که کاربرد قرعه تنها در موارد متنازع در موضوع حقی است که باید بر سر ادعای حقی درگیری باشد یا آن که حتی اگر نزاع بر سر حقی هم نباشد می توان قرعه زد؟ چنان که در مورد سرپرستی حضرت مریم کسی مدعی حقی نبود بلکه همگان در پی کسب افتخار بودند. توضیح آن که هنگامی که حضرت عمران از انبیا بنی اسرائیل فوت می کند همسرش دختری به نام مریم به دنیا می آورد. جهت نگهداری و سرپرستی آن نوزاد از آن جا که بزرگان قوم این امر را افتخاری برای خود می دانستند با



یکدیگر نزاع می کردند. سرانجام کار به قرعه کشی رسید بدین نحو که قلم ها را در قدحی پر آب ریختند و قرار شد قلم هرکس بر روی آب قرار گیرد او برنده باشد نتیجه آن که حضرت ذکر با این افتخار را کسب کرد. «و ما کنت لدیهم اذ یلقون اقلامهم ایهم یکفل مریم و ما کنت لدیهم اذ یختصمون». (آیه ۴ سوره ال عمران). یکی از فقهای معاصر با استفاده از این آیه این طور بیان داشته اند: «ظاهر این است که قرعه مختص باب اختلاف در حقوق نیست هر چند بیشتر موارد قرعه مورد اختلاف در حقوق است. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۵ به نقل از دکتر ابوالحسن محمدی، ۱۳۸۵، ص ۹۳).

لازم به ذکر است قرعه در مورد شبهات جاری می شود و نه شبهات حکمیة. یعنی قرعه را در جایی به کار می برند که حکم قضیه خواه تکلیفی باشد خواه وضعی تردید باشد باید آن حکم را از راه های دیگر اثبات احکام مانند استفاده از ادامه امارات و اصول عملیه بدست آورد و نمی توان با قرعه حکمی را اثبات کرد.

ادله حجیت قرعه

مهمترین ادله و مستندات حجیت این قاعده را دلیل شرعی (آیات و روایات) و دلیل عقلی یا بنای عقلا می دانند که ذیلاً به آنها اشاره می کنیم.

اول: آیات

۱- آیه ۱۳۹ به بعد سوره صافات در مورد داستان حضرت یونس که در بالا بدان اشاره شد و از توضیح مجدد آن پرهیز می کنیم.

۲- آیه ۴۴ سوره آل عمران مربوط به داستان کفالت حضرت مریم این آیه نیز سابقاً اشاره شد.

دوم: روایات

نویسندگان در خصوص روایات مستند قاعده قرعه آن ها را به دو دسته روایات عام و روایات خاص تقسیم بندی کرده اند. روایات عام تنها در خصوص قاعده قرعه و صحت

آن بیان شده و روایات خاص آن دسته از روایاتی هستند که بسته به موضوع حادث آن در زمان معلوم در مورد قرعه ذکر شده است.

روایات عام و کلی

۱- محمد بن حکیم گوید از امام موسی بن جعفر (ع) در باره چیزی پرسیدم حضرت فرمود: هر مجهولی در آن قرعه است. گفتم قرعه هم خطا می کند و هم درست به واقع اصابت می کند. حضرت فرمود هر چیزی که خداوند به آن حکم کند خطا نمی رود. «کل مجهول ففیه القرعه. قلت له: ان القرعه تخطی و تصیب؟ قال حکم الله به فلیس بخطی».

۲- منصور بن حازم گوید: یکی از یاران ما از امام صادق (ع) در باره مسأله ای پرسیدند حضرت فرمود: آن در قرعه معلوم می گردد. سپس فرمود چه قضیه ای عادل تر از قرعه است؟ «فای قضیه اعدل بین القرعه» «البتة اگر کار به خداوند عزوجل واگذار گردد. آیا خداوند تبارک و تعالی نمی فرماید و با آن ها قرعه افکند و قرعه به نام او افتاد و او مغلوب شد».

روایات خاص:

آیت الله مکارم در کتاب الفقهیه این روایات خاص را به ۱۰ نوع دسته بندی کرده که در این جا جهت روشن شدن موارد قرعه و نیز جلوگیری از اطاله کلام تنها به بیان عنوان این آن می پردازیم.

- ۱- جایی که گواهان در تعدد و وصف عدالت یکسان باشند.
- ۲- روایاتی در باب آزاد کردن برده در جایی که مورد آن برده معلوم نباشند.
- ۳- آنچه در باب آزاد کردن وصیت به آزاد کرده برده رسیده.
- ۴- در باب اشتباه آزاد با برده.
- ۵- در باره ارث خنثای مشکل.
- ۶- در باب اشتباه الحاق فرزندی از یک کنیز به چند مرد.



۷- راجع به اشتباه گوسفند حرام شده با گوسفندان دیگر.

۸- چگونگی قرعه کشی.

۹- در مورد نذر عبدالمطلب مبنی بر قربانی کردن و نذر فرزند دهم.

۱۰- مواردی که پیامبر خود اقدام به قرعه کرده است.

سوم: عقل

گفته اند مهمترین دلیل و مستند قاعده قرعه دلیل عقلی است. این را از امضایی و ارشادی بودن آیات و روایات باب قاعده قرعه نیز می توان دریافت. قرعه قاعده ای عمومی است که در تمام ازمنه و امکانه حتی پیش از اسلام و در سایر ادیان رایج بوده است. رفتار خردمندان نیز چنین است که هر جا و هر زمان کاری یا حقی مورد مطالبه و درخواست و یا ادعای چند نفر قرار گیرد و دلیلی بر اختصاص یکی بر دیگری نباشد و به اصطلاح ترجیح بلا مرجحی در بین نباشد از قرعه کمک می گیرند تا نزاع را خاتمه دهند. دکتر محمدی مثال های متنوعی در کتاب خویش آورده که در اینجا به دو نمونه اشاره می کنیم:

۱- چنانچه قرار شود جمعی را به مأموریت خارج از مرکز و به منطق بدآب و هوا بفرستند و داوطلبانی برای این کار نباشد قرعه کشی می کنند تا حسن نیت و عدم تبعیض کارفرما بر کارمندان معلوم شود و تصمیم او در گسیل داشتن برخی از کارمندان خودسرانه شمرده نشود.

۲- اگر سازمانی بخواهد برخی از کارمندان خود را برای دوره مدیریت تربیت کند و شماره داوطلبان بیش از توان مالی سازمان باشد برای تربیت و تقدم آنان از قرعه کمک می گیرد تا انتخاب برخی شائبه اعمال نفوذ را از بین ببرد و محیط کار را با حسن تفاهم و صمیمیت سازد.

این رفتار و استفاده این وسیله برخاسته از شعور و درک و عقل هر شخص است و نه صرفا انجام تکلیف و یا رفتاری تعبدانه. چراکه هیچ گاه تازگی نداشته و روشی است که همیشه در زندگی انسان ها به کار رفته است. و آنهایی که در قرآن و روایات آمده تنها نمونه

هایی از استفاده از قرعه است. این مسأله نیز قابل اشاره است که قرعه رد شارع قرار نگیرد حجت است. پس قرعه قاعده‌ای عمومی، عقلی، عرفی، ارشادی و امضایی است که قبل از اسلام و در بقیه ادیان نیز مورد بوده و اختصاص به حقوق اسلامی ندارد.

ماهیت قرعه

قرعه برای اثبات و حل و فصل دعاوی بکار می‌رود. راه‌های اثبات دعاوی نیز سه بخش هستند: دلایل، امارات، اصول عملیه.

لذا قرعه باید در یکی از تقسیم‌بندی‌ها قرار گیرد. فقها و نویسندگان حقوقی معتقدند که قرعه جز دلایل به معنی اخص نیست. چرا که دلیل، کشف از حقیقت می‌کند و ما قرعه را در جایی به کار می‌بریم که پی بردن به حقیقت مجهول و مشکل است. پس امر مردد است بین امارات و اصول عملیه. برخی با توجه به روایات معتقدند که قرعه در جهت کشف از حقیقت است و صرفاً ما را از سردگمی و ابهام خارج نمی‌کند. این روایات حاکی از آنند که خداوند بنده‌ای را که امر خود را به او واگذار کند او را از خطا مصون می‌سازد. بنابراین قرعه پرده از حقیقت بر می‌دارد. مقتضای این روایات آن است که قرعه از امارات است. برخی نیز با توجه به ماده ۱۵۷ قانون مدنی که قرعه برای تعیین و تاخر در بردن آن جهت زمین‌هایی که در دو طرف نهر هستند پیش‌بینی کرده آن را فرض قانونی می‌دانند. (لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۷۵).

برخی فقها نیز قاعده قرعه را اصل عملی دانسته‌اند که مجاری آن شبهه موضوعیه است. استدلال این قاعده نیز آن است که با توجه به ماهیت غیر شرعی قرعه و مبنای حجیت آن که بنای عقلاست برای یافتن راهی جهت حل و فصل اختلاف و رعایت عدالت و جلوگیری از خودسری‌ها و خودرایی‌ها و استناد به روایات فای قضیه عدل من القرعه؟ قرعه از اصول عملیه است. دکتر زراعت نیز در مقاله خود معتقد است قرعه خود دلیل مستقلی است که هرگاه هیچ تلاشی برای پیدا کردن حکم امر مجهول به نتیجه نرسیده و عنوان مشتبه یا



مجهول یا مشکل کماکان بر آن اثر صدق کرد باید به سراغ آن رفت. ایشان معتقدند برای یافتن ماهیت قرعه باید از تلاش برای پیدا کردن جایگاهی در ذیل امارات یا اصول عملی پرهیز کرد و آن را دلیل مستقلی دانست. (زراعت، ۱۳۸۹، ص ۹۵). پس قرعه دارای ماهیتی غیر شرعی، عقلی و عرفی است که به عقیده مشهور در ذیل امارات قرار می گیرد.

انواع قرعه

خالی از فایده نیست به این امر اشاره کنیم که نتیجه قرعه گاهی اعلام وضعیت موجود است و این حکم را حکمی اعلامی می گویند. و این نوع از قرعه، قرعه تعیینی است که تنها کشف از وضعیت موجود می کند و گاهی وضعیت جدیدی را تاسیس می کند که این حکم در اصطلاح تاسیسی است و در این مورد قرعه را تاسیسی گویند. (مانند تعیین سهم هریک از شرکا به وسیله قرعه).

تعارض قرعه با سایر ادله

بسته به اینکه قرعه را اماره بدانیم یا اصول عملیه پاسخ به تعارض قرعه با سایر ادله متفاوت خواهد بود. اگر آن را اصل عملی بدانیم تابع معارضه با امارات را نخواهد داشت و اماره از باب حکومت با آن مقدم می باشد. اما اگر اماره باشد باید به مقررات باب تعارض مراجعه کرد و هریک که قوی تر است برگزید. اما نکته جالب توجه آن است که فقها معتقدند حتی اگر قرعه جزء امارات باشد هنگام تعارض میان استصحاب با قرعه این استصحاب است که مقدم می شود هر چند که استصحاب از اصول عملیه و دون امارات است. توضیح آن که قرعه در مواردی جاری می شود که نتوان راه به واقعیت یافت و نزاع هم چنان پا برجا باشد. اما وقتی با استصحاب می توان تکلیف را روشن کرد دیگر امر مشکل و متنازع و فیهی وجود ندارد که نوبت به قرعه برسد. استدلال دیگر آن که همان طور که در روایات آمده قرعه در امر مجهول جاری می شود پس تا زمانی که دلیلی برای برطرف کردن مشکل و مجهول وجود



ندارد نمی توان به قرعه مراجعه کرد هر چند حکم مسئله از طریق اصول عملیه به دست آید. در نتیجه عملاً تعارضی میان قاعده قرعه و بقیه ادله اعم از امارات و اصول عملیه وجود ندارد تا سخن از ترجیح یکی بر دیگری به میان آید. به عبارت دیگر این موارد از شمول عنوان مشکل یا مجهول خارج بوده و به اصطلاح خروج موضوعی دارند. سخنی دیگر آن که حتی عدل و انصاف نیز بر قرعه مقدم است و ممکن است عدل و انصاف از راه ذوق سلیم به دست آید یعنی اگر عقل آدمی تشخیص دهد که ترجیح یک طرف با عدالت سازگاری دارد نوبت به اجرای قرعه نمی رسد. (زراعت، ۱۳۸۹، ص ۹۷). پس توسل به قرعه به عنوان حاکمی کور همیشه آخرین راه حل و حتی بعد از اصول عملی است.

شرایط اجرای قرعه

شرط عدم امکان انتخاب صلح: قرعه را به عنوان حاکمی کور معرفی کرده اند که هیچ توجیه و دلیلی برای واقعی بودن نتیجه آن وجود ندارد و فقط گفته شده که موضوع به خدا واگذار می شود و خداوند حقیقت را به عنوان نتیجه قرار می دهد. در این صورت قرعه جنبه تعبدی می یابد. اما حقوق دانان عرفی چنین استدلال را بر نمی تابانند و به جای آن «ناگزیری» را توجیه و دلیل مستقل توسل به قاعده قرار داده اند که عقل هم از پذیرش آن ابایی ندارد. یعنی وقتی همه راه ها به سوی حقیقت بسته شود و انتخاب یک طرف هم الزامی باشد عقل و منطق حکم می کند یک طرف برگزیده شود، برگزیدن یک طرف که هیچ برتری بر طرف دیگر ندارد باید با اختیارات صورت گیرد یا موضوع به شانس واگذار شود. چنان که این انتخاب با اراده باشد شبهه جانبداری مطرح می شود. بنابراین راهی جز قرعه نمی ماند. (زراعت، ۱۳۸۹، ص ۹۸ و ۹۷).

قرعه در شبهات موضوعی جاری می شود: فقها معتقدند که قرعه فقط در شبهات موضوعیه اجرا می شود. زیرا برای شناخت احکام شرعی اعم از وضعی یا تکلیفی به سراغ دلایلی دیگر چون روایات اصول عملیه، امارات و... می روند. پس موردی نمی



ماند که نتوان حکم آن را از ادله یافت تا مجالی برای عرض اندام قرعه باشد. چنان که گذشت دانستیم که قرعه برای هر امر مشکلی است. حال آن که در شبهات حکمیه مشکلی وجود ندارد تا نیاز به قرعه باشد. پس شبهه های حکمیه از شمول ادله قاعده قرعه خروج موضوعی دارند. ذکر این حدیث در این مورد مفید است که: «ان علیا (ع) کان اذا ورد علیه امر لم یجی فیه کتاب و لم تجریه سنه». از این حدیث در می یابیم که قرعه کار ماست که به مسأله جاهل هستیم و امام که به مسأله آشناست معنا ندارد در احکام قرعه بکشد.

شرط اجرای قرعه توسط مقام رسمی: قاعده قرعه هر گاه به عنوان دلیل اثبات دعوا به کار رود مانند بقیه ادله باید توسط مقام رسمی صورت گیرد زیرا اولاً حق گزاری، جزو اعمال حکومتی است و فقها نیز آن را منصب پیامبر دانسته اند. ثانیاً اجرای قرعه، امری تخصصی و فنی می باشد که باید توسط مقام متخصص صورت گیرد. البته این بدان معنا نیست که مردم نمی توانند با توافق خود قرعه را جاری کرده و مشکلات خود را حل کنند بلکه این موضوع از محل بحث ما خارج است زیرا موضوع بحث ما جایی است که قرعه به صورت الزامی توسط دستگاه قضا اجرا می شود.

شرط معلوم بودن واقعی در موضوع قرعه: برخی گفته اند موضوع در قرعه باید واقعا معلوم بوده ولی در ظاهر مجهول باشد. بنابراین چنان که امری در مواقع هم مجهول باشد نمی توان قرعه را جاری ساخت. مثالی که شهید ثانی می زند موردی است که شخصی می گوید نخستین زمینی که مالک می شوم را وقف می کنم و از قضا به طور همزمان مالک دو زمین می شود. در اینجا در واقع هم معلوم نیست کدام زمین را وقف کرده است. لذا محملی برای اجرای قاعده تخییر است چون در واقع امر مجهول است پس نوبت به قرعه نمی رسد و هیچ مشکلی وجود ندارد. قرعه به اعتقاد فقها به واقع اصابت می کند اما وقتی واقعی وجود نداشته باشد پس اجرای قرعه نیز مفهومی ندارد.

قرعه در شبهات غیر محصوره جاری می شود: نباید اطراف شبهه محصور باشد زیرا در صورتی که شبهه میان دو یا چند طرف محصور شد می توان با دلایل دیگر مشکل را



حل کرد و اصلاً مشکلی باقی نمی ماند تا نیاز به حل آن از طریق قرعه باشد. مثلاً اگر یک گوسفندی در میان ۴ گوسفند حرام گوشت باشد طبق اصل احتیاز می توان عمل کرد و عسر و حرجی نیست. اما اگر یک گوسفند میان ۱۰۰۰ گوسفند حرام گوشت شود ذبح تمامی هزار گوسفند موجب عسر و حرج و مصداق واقعی مشکل است. لذا از طریق قرعه یک گوسفند ذبح می شود.

قرعه در حقوق موضوعه ایران

اول: حقوق عمومی

اصل ۹۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران:

«اعضای شورای نگهبان برای مدت شش سال انتخاب می شوند ولی در نخستین دوره پس از گذشتن نیمی از اعضای هر گروه به قید قرعه تغییر می یابند و اعضای تازه ای به جای آن ها انتخاب می شوند».

مستفاد از این اصل نیمی از اعضا شورای نگهبان پس از گذشتن سه سال به قید قرعه در مواردی که ترجیح بلا مرجحی در میان آید به کار می رود. لذا زمانی که اعضای شورای نگهبان آن چنان دارای خصوصیات و واجد اوصاف لازم جهت تغییر انتخاب کرد به قرعه متوسل گردیده و تکلیف و حکم این اصل از قانون اساسی مجرا می گردد.

دوم: حقوق کیفری

اجرای قاعده قرعه در جایی که امر فقط جنبه شکلی داشته باشد و با حق موضوع دعوی عمومی ارتباط مستقیمی نداشته باشد فاقد اشکال است. پس ما قرعه را در امور تشریفاتی چون تعیین کارشناسی می بینیم و نمی توانیم طبق قاعده قرعه وصف مجرمیت را بر شخصی اثبات کنیم. توضیح آن که اگر قاضی کیفری بخواهد یک یا چند کارشناس را از میان عده ای کارشناس برگزیند چون این امر در قانون آیین دادرسی کیفری مسکوت است طبق اصول حقوقی به آیین دادرسی مدنی (ماده ۲۵۸) رجوع می کنیم که دادگاه را مکلف



کرده کارشناس یا کارشناسان را در صورتی که متعدد باشند از طریق قرعه انتخاب کند. اما در حقوق کیفری ماهوی استفاده از قاعده قرعه را در یک مورد می بینیم و آن موضوع ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی:

«اگر دو نفر متهم به قتل باشند و هر کدام ادعا کند که دیگری کشته است و علم اجمالی بر وقوع قتل توسط یکی از آن دو نفر باشد و حجت شرعی بر قاتل بودن یکی از آن دو اقامه نشود و نوبت به دیه برسد با قید قرعه دیه از یکی از آن دو گرفته می شود».

در اینجا شبهه موضوعیت محصوره همراه با علم اجمالی وجود دارد اما نمی توان با دلیل قرعه مجازات قصاص را به اثبات رسانید بلکه قصاص نیاز به دلیل محکم دارد و قرعه دلیل به معنای خاص آن نیست تا بتوان چنین مجازاتی مهم را با آن ثابت کرد پس نوبت به دیه می رسد (زراعت ۱۳۸۹، ص ۱۰۱).

شاید این طور به ذهن برسد که اگر در این مورد حکم به تنصیف دیه عادلانه تر است. چراکه ممکن است آن شخصی که قرعه به نام او می افتد در واقع قاتل نباشد و ما مجازاتی غیر عادلانه را برگردن او می گذاریم. لیکن با اندکی دقت مشخص می شود قرعه اینجا هم به واقع نزدیک تر است. چراکه اگر حکم به تنصیف دیه مطمئناً یکی از دو نفر محکوم به مجازاتی شده که استحقاقش را نداشته نداشته و دیگری که قطعاً مجرم است تنها به نصف دیه و مجازات خود محکوم شده، اما با قرعه احتمال بین صفر و صد است و چه بسا آن شخص که قرعه به نامش در می آید واقعا مجرم بوده و دیگری نیز که بری از گناه است هیچ مجازاتی را تحمل نمی کند. لازم به ذکر است این ماده در قانون قصاص و دیات سابق وجود نداشته و وضع آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ یکی از ابتکارات قانون گذار محسوب می شود.

سوم: حقوق مدنی

الف) قانون مدنی

قرعه قاعده ای عمومی است و در هر مشکل قابل اعمال است و نظر به موضوع یا مصداق خاصی ندارد.



۱- 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 تاخر در بردن آب نسبت حصه قرعه زد و اگر آب کافی برای هر دو باشد به نسبت حصه تقسیم می کنیم». با توجه به سیاق متن و مواد پیشین این ماده به این استنباط می رسیم که قانون گذار مجاری قرعه را در جای نهاده که هیچ راهی برای ترجیح یک طرف بر دیگری نباشد زیرا قرعه حاکم کوری است که یک طرف را بی هیچ دلیلی بر دیگری ترجیح می دهد. مثلاً در ماده ۱۵۶ ترجیح بازمینی است که نزدیک تر است به آب. این ترجیح مانع از اجرای قرعه است. پس اجرای قرعه در صورتی است که با هیچ قاعده حقوقی، عقلی یا عرفی نتوان ترجیحی بر طرف دیگر یافت.

۲- ماده ۵۹۸: قانون مدنی: «ترتیب تقسیم آن است که مال مشترک، منلی باشد نسبت به سهام شرکا افزای می شود و اگر قیمتی باشد بر حسب قیمت تعدیل می شود و بعد از افزای یا تعدیل در صورت عدم تراضی بین شرکا حصص آن ها به قرعه معین می شود». مشابه این ماده در قانون امور حسبی ماده ۳۱۹ نیز دیده می شود. «در صورتی که پس از تعدیل سهام ورثه به تعیین حصه تراضی نمایند سهام آن ها به قرعه معین می شود.» از مجموع این دو ماده در میابیم که تعیین سهام از طریق قرعه زمانی صورت می گیرد که شرکا ضمن عدم توافق برای تقسیم هیچ ترجیحی نیز برای چگونگی آن نداشته باشند و راه دیگری نیز باقی نمانده باشد. اینجا نیز قرعه به عنوان آخرین راه حل حکمیت می کند.

۳- ماده ۱۲۷۱ قانون مدنی: «مقرله اگر بکلی مجهول باشد اقراری ندارد و اگر فی الجمله معلوم باشد مثل اقرار برای یکی از دو نفر معین، صحیح است». یکی از حقوقدانان در مورد این ماده معتقد است با وجود آن که در این ماده اشاره ای به قرعه کشی نشده اما مصادیق قرعه جنبه حصری ندارد پس در این جا نیز مقرلهما چنان که نتوانند محقق بودن خود را اثبات کنند باید از طریق قرعه آن را معین کرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۵۹۳). به نظر می رسد در این قول ایراد وارد است چرا که مجرای قرعه شبهات غیر محصوره است



و در مورد حاضر، اختلاف بین محق بودن یکی از دو مقررلهماست و انتخاب یکی از آن دو از باب اصل تخییر است و نه قاعده قرعه.

ب) قانون آیین دادرسی مدنی

ماده ۲۵۸: «دادگاه باید کارشناس مورد وثوق از بین کسانی که دارای صلاحیت در رشته مربوط به موضوع است، انتخاب کند و در صورت تعدد آن ها به قید قرعه انتخاب می شود». بر اساس ظاهر این ماده چنان که در محلی فقط سه کارشناس مختص وجود داشته باشد و دادگاه بخواهد سه کارشناس تعیین کند نیازی به قرعه کشی نخواهد بود. هم چنین انجام قرعه کشی در صلاحیت دادگاه است و حق واگذاری آن به مراجع دیگر مانند ضابطان دادگستری را ندارد. البته برخلاف ظاهر ماده چنانچه تعداد کارشناسان در محلی بسیار زیاد باشد، لازم نیست که اسامی همه آنان در قرعه کشی آورده شود بلکه معمولاً اسامی دو برابر کارشناسان مورد نیاز در کاغذها نوشته می شود.

ماده ۴۶۷ «در موردی که دادگاه به جای طرفین یا یکی از آنان داور تعیین می کنند باید حداقل دو برابر تعدادی که برای داوری لازم است و واجد شرایط هستند داور یا داوران لازم را به طریق قرعه معین کند». در مواردی هم که دادگاه خودش ارجاع به داوری می دهد باید از طریق قرعه کشی صورت گیرد و نیازی به دعوت طرفین برای حضور در جلسه قرعه کشی نیست بلکه دادگاه آن را در وقت فوق العاده انجام می دهد (شمس، ۱۳۸۴، ص ۵۴۸).

نحوه اجرای قرعه

نحوه قرعه کشی بستگی به نظر قاضی دارد که با در نظر گرفتن عرف و عادت انجام می شود قرعه کشی باید به شکلی انجام گیرد که هدف آن تامین شود. اگر قرعه کشی برای تعیین سهم شرکا یا وارث باشد نام شرکا روی کاغذ نوشته شده و در ظرفی ریخته می شود و شماره سهام نیز روی کاغذهای دیگر نوشته شده و در ظرف دیگری ریخته می شود و سپس یک کاغذ از طرف حاوی کاغذهای نام اشخاص و یک کاغذ از طرف حاوی



کاغذهای شماره سهام برداشته می شود و آن سهم در قبال آن شخص قرار می گیرد. ممکن است که یک سهم در یک سوی مزرعه و یک سهم در سمتی دیگر واقع شده باشد و زمین های او متصل به هم نباشد. در اینجا می توان گفت چنان که یک سهم به نام شریکی در آید که مالک چند سهم است سهم های مجاور هم به او داده می شود. (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۸۱). بزرگان فقه معتقدند هنگام قرعه کشی ذکر این عبارت جزو تشریفات و لازم الرعایه است:

«اللهم لا اله انت تحکم بین عبادتک فیما کانو فیہ یختلفون».

آیا قرعه قابل عدول است؟

آیا می توان بعد از قرعه کشی نتیجه آن را نپذیرفت؟ به عبارتی آیا قرعه قابل عدول است؟ اگر به ماهیت قرعه و مجرای آن نظری بیندازیم متوجه می شویم که قرعه جایی موضوعیت می یابد که آخرین راه حل و تنها چاره باشد پس به این نتیجه می رسیم که عدول از نتیجه آن غیر عقلانی است. از آن جا که مهمترین مبنا حجیت قرعه بنای عقلاست و اوامر شرع در این مورد ارشادی است عدول از آن غیر عقلی است. انعکاس این مطلب را در مواد ۵۹۸ و ۵۹۹ قانون مدنی نیز می بینیم که اشعار می دارد: «تقسیم بعد از آن که صحیحا واقع شد (به نحو قرعه) هیچ یک از شرکانمی تواند بدون رضای دیگری از آن رجوع کند».

نتیجه

قرعه از قواعد فقهی است که مشروعبیت آن جزو مسلمات فقهی است. قرعه قاعده عمومی عقلی، عرفی و امضایی است که دلایلی از آن که در شرع آمده نیز همگی جنبه ارشادی و مولوی دارند. مهمترین دلیل قرعه عقل و بنای عقلاست. این قاعده با عدل و انصاف همخوانی دارد زیرا زمانی که هیچ راهی به سوی واقع و رفع ابهام نباشد باید یک طرف برگزیده شود و اگر با اراده این انتخاب صورت گیرد شبهه جانبداری پیش می آید،



لذا قرعه وسیله خوبی برای ترجیح یکی از اطراف بدون هیچ جانبداری است. قرعه از امارات است، با این حال استصحاب بر آن مقدم است چراکه در این مورد موضوع قرعه یعنی امر مشکل و مجهول منتفی است و با استفاده از اصل عمل جهل و مشکل از موضوع زدوده می شود. قرعه در شبهات موضوعیه و غیر محصوره مجرا دارد. چراکه شبهات حکمیه را با استفاده از ادله اثبات (دلیل، امارات، اصول علمیه) می توان حل کرد و در شبهات محصوره نیز مشکل و حرجی پیش نمی آید تا محملی برای قرعه باشد. سخن آخر آن که قرعه تنها جایی اجرامی شود که امری مشکل باشد و اختلافات دیگر همگی بر سر تشخیص مصادیق امر مشکل است لذا زمانی که مشخص شد امری مشکل است تنها راه حل استفاده از این حاکم کور است.

منابع و مأخذ:

- ۱- محمدی، دکتر ابوالحسنی، (۱۳۸۵)، قواعد فقه، چاپ نهم، تهران، نشر میزان.
- ۲- زراعت، دکتر عباس، (بهار ۱۳۸۹) فصلنامه حقوق شماره ۱۰۱، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- ۳- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱) القواعد الفقهیه، جلد ۲، چاپ دوم، قم، انتشارات مدرسه الامام امیرالمومنین.
- ۴- خراسانی، محمد کاظم، (بی تا)، کفایه الاصول، قم، انتشارات امام المهدی.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۲) دانشنامه حقوقی، جلد ۵، چاپ سوم، تهران، موسسه انتشارات امیر کبیر.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، چاپ اول، تهران، موسسه انتشارات امیر کبیر.
- ۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، مشارکت ها و صلح، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
- ۸- شمس، عبدالله، (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، چاپ چهارم، تهران، نشر میزان.

