

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابى القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين.

گفته شد لا ینعقد القضاء لصبی اوالصغیر لأنه 1- مسلوب العبارة 2- و لأنه مرفوع القلم 3- و لمشهوره ابی خدیجه 4- بنای عقلاء:

سیره عقلانیه استوار است بر اشتراط بلوغ در امر قضاء.

قوام سیره عقلانیه بر این است که در جمیع ملل و نحل مطرح باشد نه برای ملتی دون ملت دیگر یا اهل مذهبی دون اهل مذهب دیگر.

شما در قانون هیچ کشوری حتی به نحو استثناء مشاهده نمی کنید که غیر بالغی بتواند قضاوت کند.

این سیره عقلانیه است که متأخرین از آن به بنای عقلاء تعبیر می کنند؛ و اینکه در جمیع ملل و جمیع نحل اجازه قضاوت به صبی داده نمی شود. کاشف از این است که قضاوت غیر بالغ عند العقلاء قبح عقلی دارد.

حتی در بعضی از کشور ها نسبت به این موضوع سختگیرانه تر هم عمل می کنند؛

در بعضی از بلاد برای اشتغال شخص به امر قضاء، علاوه بر تأهل و علاوه بر سن چهل سالگی (سن کمال عقل)، 10 سال سابقه وکالت را هم دخیل می کنند. یعنی در حقیقت فوت و فن کار قضاء را در کسوت وکالت به نحو عملی دیده باشد تا بعد بتواند وارد کسوت قضاء شود که متأسفانه در کشور ما عکس این قضیه صادق است. یعنی اگر کسی 5 سال سابقه قضاء داشت بدون اختبار می تواند وکیل شود.

5- إجماع:

مرحوم محقق نجفی (رضوان الله علیه) می فرماید: "و يدل عليه الإجماع نقلاً وتحصيلاً وعليه اتفاق المسلمين."

از جهت میزان التزام به یک قول، اگر قول یک شخصی است که معتنا به هم نیست از آن تعبیر به شردمه می شود. مثلاً شردمه قلیله.

اگر چنانچه عده ای قائلند که نساب آن به حد غیر مشهور نمی رسد می گویند قول ضعیف، اگر معتنا به هست ولی به حد شهرت نمی رسد می گویند غیر مشهور، اگر در حد شهرت است به آن مشهور می گویند، اگر از شهرت گذشته ولی در مقابل آن یک مشهوری قائم است به آن اشهر می گویند.

* (اگر پرسیده شود اذا دار الأمر بین مشهور و غیر مشهور یا اشهر و مشهور، کدام به حیث مقایسه قدرت تقابل آن بیشتر است؟

جواب این است که: مشهور که در مقابل آن غیر مشهور است قوی تر است، چون غیر مشهور معتنا به نیست اما در مقابل اشهر مشهور است).

اگر فقهای که متعرض این مسئله شده اند نظر خلافی ابراز نشده است و دیگران هم نظر نداده اند از آن تعبیر به نفی الخلاف می شود.

اگر فقها اولاً متعرض مسئله شده باشند و ثانیاً قول موافق در مسئله هم داشته باشند به آن اجماع می گویند.

اگر این اجماع بین فقهای شیعه باشد به آن اجماع فرقه می گویند، و اگر این اجماع بین همه مشارب و مناهج اسلامی باشد به آن اجماع امت گفته می شود. و اگر فقیه خودش به دنبال اجماع رفته و تحقیق کرده اجماع محصل است و اگر از قول فقیه دیگری که تتبع کرده بگوید، اجماع منقول است.

در این مسئله مرحوم نجفی در جواهر می فرماید: "یدل علیه الإجماع نقلاً (مثل سید عاملی در مفتاح الکرمة و شهید در مسالک) و تحصیلاً.

ونه تنها اجماع فرقه است بلکه اجماع امت است، یعنی چه مذاهب اربعه اهل تسنن و چه حتی مذاهب بائده (یعنی مذاهب متروکه که ظهور کردند و افول هم کردند) این امر متفق علیه است که چنین اجماعی به تعبیر بعضی از اعلام معاصر شاید در چند مسئله انگشت شمار پیدا شود. (مثلاً در بحث استحباب نکاح در مرتبه اول)

اگر ادله اشتراط بلوغ در قاضی (لأنه مسلوب العبارة ولأنه مرفوع القلم و لمشهوره ابی خدیجه و لبناء العقلاء) برای شما ثابت بود، شما باید تعبیر به این کنید که و یدل علیه قبل الإجماع الآیات و الأخبار (الأدلة الإجتهدیة)، که در مکاسب هم این تعبیر بیان شده است.

تفاوت این دو تعبیر زیر در چیست؟

1- و يدل عليه بعد الإجماع عدة من الأخبار

2- و يدل عليه قبل الإجماع الأخبار المستفيضة

اگر بگوئید يدل عليه قبل الإجماع الأخبار، اشعار به این دارد که دلیل ما خود اخبار است و می گوئید اخبار سنداً و دلالتاً تمام است و اجماع مؤید است و اجماع مدرکی است نه اجماع تعبدی.

به خلاف جایی که بفرماید و يدل عليه بعد الإجماع عدة من الأخبار یعنی دلیل ما در مسئله اجماع است و اخبار حیثیت مؤیده دارند و اشعار به تمریض اخبار دارد یعنی یا سنداً و یا دلالتاً دچار اشکال هستند و در اینجا اجماع تعبدی است.

در ما نحن فيه استناد به اجماع به حیث مؤید است و اجماع مدرکی است و نه تعبدی، و آنچه که صرفاً به عنوان دلیل به آن تمسک شود اجماع تعبدی است نه اجماعی که مستند به روایات باشد و اگر ما بدانیم که فقه اجماعی که بیان می کند به دلیل فلان حدیث است، شما باید خود حدیث را ببینی و سنداً و دلالتاً بررسی کنی که آیا سنداً و دلالتاً می تواند مؤدی به فتوا شود یا نه و نمی توانید استناد به استنباط سایر فقها از آن حدیث کنید. پس در نتیجه استناد به اجماع حیثیت مؤیده دارد چون ما بنای عقلا را پذیرفتیم در صورتی که دلالت آیات و اخبار را تمام ندانیم، و همچنین به حیث مؤیده خواهد بود اگر ما دلالت آیات و اخبار را تمام بدانیم. و نسبت به دلیل اول بیان شد که ما مسلوب العبارة را نپذیرفتیم و همانطور که عرض شد معنا ندارد که بگوییم کسی مسلوب العبارة است و بعد بگوییم يجوز تدبیره و اذنه فی الدخول و ایصال الهدیه

یا اینکه در عبادات بگوییم احرام و صوم و صلاة او واقع می شود که این ها با مسلوب العبارة بودن جور در نمی آید.

و در باب مرفوع القلم ما پذیرفتیم که صغیر مرفوع القلم است حتی اگر ممیز باشد و تعبیر فقها این است که می فرمایند: لا تنفذ تصرفات الصغیر و لو کان فی غایة الغبطه و الصلاح که در مشهوره ابی خدیجه لفظ رجل را به جهت مقابله با روایات دیگر که غلام قسیم رجل واقع شد و به جهت استظهار عرفی از لفظ رجل گفتیم بلوغ در آن مدخلیت دارد و الغاء خصوصیت هم از آن ممکن نیست بنابراین به حیث این ادله در مجموع قید بلوغ و اشتراط آن معلوم است.

و بنأ عقلاء صرف نظر از بحث کبروی که آیا بناء عقلاء حجت است یا نه و کشف از دلیل عقل می کند یا نه فی الجملة در مسئله جریان دارد.

پس با توجه به این جهات اجماع در مسئله از قبیل مواردی است که باید گفت و یدل علیه قبل الإجماع الأدلة الإجتهدیة.

اما با مبنایی که ما داریم که عرض شد ما در مسئله برای عدم ولایت تأسیس اصل داریم و قضاء هم شعبه ای از ولایت است (که در محل خودش باید گفتگو شود) وقتی که اصل در مسئله بود کسی که خلاف اصل می خواهد ادعایی داشته باشد نیازمند دلیل است و این جهاتی که اقامه شد حتی اگر نبود کسی که می خواهد بگوید ینعقد القضاء لصغیر چون خلاف اصل است باید دلیل بیاورد.

کلامی در باب مسئله از جواهر جلد 40 صفحه 9

و لعل المراد بذكرهم الولاية بعد العلم بعدم كون القضاء عبارة عنها بيان أن القضاء الصحيح من المراتب و المناصب كالإمارة و هو حصن من شجرة الرئاسة العامة لنبي (صلى الله عليه وآله وسلم) و خلفائه و هو المراد من قوله تعالى يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم.

کلام در این است که وقتی گفته می شود اصل عدم قضاء است چه ربطی دارد به اینکه اصل عدم ولایت است و قضاء که ولایت نیست گفته شد قضاء فعل قاضی است و این غیر ولایت است و اینکه فقها از این تعبیر به ولایت کرده اند به عبارت صاحب جواهر این است که می خواهند بگویند منصب قضاء منصبی است که شعبه ای از ولایت است یعنی در حقیقت به خودی خود نیست و باید به حاکم مبسوط الید شرعی اتصال پیدا کند. از این جهت ولایت که مرتبط به قضاء است یعنی منصب قضاء شاخه ای از ولایت نبی اکرم (صلى الله عليه وآله وسلم) و ولایت خلفاء برحق ایشان (عليهم صلواة الله و الملائكة اجمعين) است و باید بین این دو اتصال باشد.

و روایتی که امیر المؤمنین به شریح قاضی:

یا شریح قد جلست مجلساً لا یجلسه (در نقلی ما جلسه) الا نبی او وصی نبی او شقی که نفر سوم چون از ولاء قضاء خارج است، شقی است و کل من تصدى القضاء بلا انتساب بأمر الولاية، شقی است.

البته کل در اینجا منصرف از قاضی تحکیم است و این بحث مفصلاً خواهد آمد که در قضاوت

حکم قضاوت غیر شیعیان چیست و شیعیان در کشورهای غیر اسلامی چه باید انجام دهند و... باید بیان شود، و ما باید ادله اصل قضاء را بیان کنیم و رسیدگی کنیم و وقتی که این اصل تثبیت شد کسی که می گوید برای قضاوت بلوغ نیاز نیست باید دلیل بیاورد.

والحمد لله رب العالمین

مقرر: سید حسن استاد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابى القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين.

کلام در ارتباط با اشتراط بلوغ در امر قضا بود که بیان شد به ادله ای استناد شده است:

(1) لا ینعقد القضاء لصغير لأنه مسلوب العبارة

(2) لا ینعقد القضاء لصغير لأنه مرفوع القلم که ملاحظه شد.

(3) استناد به مشهوره ابی خدیجه که از روایات مهم در باب قضاء است و به جهات گوناگونی از حیث دلالتی به آن استناد می شود که یکی از آن ها اشتراط بلوغ است و جهات دیگرهم بیان خواهد شد.

متن حدیث: قال ابو عبدالله جعفر بن محمد الصادق (عليه السلام) " اياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً الى اهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فإنني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه " (من لا يحضره الفقيه جلد 3 صفحه 2 حدیث 1)

سلسله سند حدیث را شیخ صدوق (رضوان الله علیه) نقل می کند باسناده عن احمد بن عائد ابن حبيب الأحمس البجلي الثقة عن ابی خدیجه سالم بن مكرم الجمال قال، قال ابو عبدالله (عليه السلام).

البته از ابی خدیجه دو روایت نقل شده و با یک اختلاف مضمونی و ما نقل من لایحضر را اینجا مطرح کردیم.

به تعبیری که فقها دارند: گاهی می گویند حدیث ابی خدیجه، گاهی می گویند خبر ابی خدیجه، گاهی می گویند روایت ابی خدیجه، گاهی می گویند مقبوله ابی خدیجه و گاهی می گویند مشهوره ابی خدیجه.

از جهت مباحث درایه اگر خواسته باشیم حدیث را تقسیم کنیم بین صحیح، موثق و حسن. و اگر خبری از این سه حالت خارج باشد از آن به خبر اطلاق می شود، یعنی لفظ خبر مشعر به ضعف سند آن است لذا گاهی از مشهوره

ابی خدیجه در کتب ما به خبر هم تعبیر شده، یعنی بعضی از فقها سنداً حدیث را مشکل دار می دانند ولی اشکالات سندی که گاهی به حدیث هست ناظر به این نقلی که من لایحضر دارد نیست چون طریق شیخ صدوق (رضوان الله علیه) به احمد بن عائذ صحیح است و دو راوی دیگر هم ثقه هستند.

نتیجتاً این طریق که شیخ صدوق می فرمایند به حیث سند دچار اشکال نیست.

از نظر دلالت:

مدعی این است که اشتراط البلوغ فی القضاء و عدم جواز قضاوت الصغیر الممیز ولو جامع سایر شرایط قضا باشد که این مدعا را مدعی از لفظ رجل در حدیث استفاده می کند و می گوید امام فرموده اند ولکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایانا لفظ رجل یعنی بالغ باشد نه اینکه صغیر باشد و بعد امام می فرمایند: "إنی جعلته" یعنی این رجل را نه غیر رجل را، پس برای غیر بالغ جعلی نیامده است.

البته در زبان فارسی هم گاهی این محل نقاش هست که لفظ رجل یعنی چه که حتی نسبت به اطلاق لفظ رجل به جنسیت هم شبهه مطرح می شود که در قانون اساسی هم که بیان شده رئیس جمهور باید از رجال سیاسی باشد که بعضی می گویند منظور شخصیت ها است که اگر معنای آن شخصیت ها باشد حتی ناظر به جنسیت هم نیست که لزوماً مردان باشند.

اشکال به وجه دلالت:

1) رجال موضوع برای اسم است یعنی جنسیت مذکر را بیان می کند و نسبت به این که در جنس مذکر بالغ باشد یا غیر بالغ نظارتی ندارد یعنی اگر احترازی در بین باشد می گوید حکم نباید از بین بانوان باشد.

جواب:

اگر ما بخواهیم از لفظ رجل الغاء خصوصیت کنیم و بگوییم که منظور از لفظ رجل بالغ بودن نیست و خصوصیت بلوغ را از آن الغاء کنیم، در الغاء خصوصیت کردن باید یقین حاصل شود که آن چیز خصوصیتی ندارد. حال کلام این است که در مسند قضا امام می فرمایند: "انظروا الی رجل منکم" آیا ما یقین به این داریم که بلوغ و عدم بلوغ در قضاوت خصوصیتی ندارد؟

یا حتی خلاف آن اصل یعنی خصوصیت برای بلوغ یک شیئی محرز است. در امر خطیری مثل امر قضاء که حتی یکی از جهاتی که در دنیا برای قاضی قید می گذارند علاوه بر بلوغ شرط سنی است، مثلاً در بعضی کشورها می

گویند قاضی باید چهل سال به بالا داشته باشد، یعنی یک پختگی و یک تجربه و یک کمال که بر اثر سن حاصل میشود لازم دانسته شده حال چگونه میتوان از بلوغ که از لفظ رجل استظهار میشود الغاء خصوصیت کرد.

جواب دوم:

اگر لفظ رجل استعمال شود قطعاً شنونده از آن بلوغ را می فهمد چون به قرینه مقابله، در مقابل رجل برای جنسیت مذکر غلام استفاده می شود که در لسان روایت هم همینطور است به عنوان نمونه در وسائل الشیعه جلد 18 ابواب مقدمات الحدود باب 9 حدیث 1 صحیح یزید کناسی لابی عبدالله علیه السلام الغلام اذا زوجه ابوه و دخل باهله وهو غیر مدرک اُتقام علیه الحدود علی تلک الحال. سول راوی این است که میگوید یک پدر پسر دارد مثلاً 10 ساله و برای او زوجه ای اختیار کرده و این پسر باهمسر خود خلوت کرده است (همانطور که مستحضر هستید بین قدرت بر نعوظ و دخول و بلوغ ملازمه نیست و طفل قبل از بلوغ قدرت بر نعوظ و دخول برای او حاصل میشود) حال سوال راوی این است که اگر قبل از بلوغ با حلیله خودش مواجهه کرده باشد و سپس با یک اجنبی هم زنا کرده آیا حد بر او جاری می شود؟

امام (علیه السلام) فرمودند: أما الحدود الکامله التي يؤخذ بها الرجال فلا. پس در حدیث تقابل بین دو لفظ رجل و غلام است و هر دو برای یک جنسیت است ولی دو اصطلاح است. غلام برای جنسیت مذکر است اما غیر مدرک و رجل برای جنسیت مذکر است إذا کان مدرکاً. پس خود لفظ رجل دلالت بر بلوغ می کند نه اینکه صرفاً حکایت از جنسیت بکند. حال ذیل حدیث هم می فرماید: یجلد فی الحدود کلها علی مبلغ سنه. که این برای بحث جواز تعزیر کودک است که امروزه مورد گفت و گو است که آیا کودک شرعاً قابلیت برای تعزیر دارد یا نه؟ که به موجب ذیل حدیث حداقل در جاهایی که رجال حد دارند یجوز التعزیر نسبت به کودک دون الحد و توزیع آن به این کیفیت است که می فرماید علی مبلغ سنه. یعنی اگر قبل از تمیز باشد معاف است و اگر به سن تمیز رسیده کمتر و اگر یازده ساله باشد بیشتر و دوازده ساله بیشتر و سیزده ساله بیشتر و اگر مرأق باشد کمال مجازات دون الحد به میزان سن او مجازات می شود.

پس لفظ رجل علاوه بر جنسیت دلالت بر بالغ بودن هم می کند. البته در جاهایی هست که گاهی لفظ غلام در روایات و مصطلحات و لسان فقها استفاده می شود و بین مدرک و غیر مدرک ناچار به حمل می شویم. مثلاً در روایتی نقل شده است که مردی و غلامی را خدمت حضرت امیر (علیه السلام) آوردند که مشترکاً با هم شخصی را کشته بودند و بعد از اثبات حضرت امر فرمودند که هر دو کشته شوند یا نسبت به لواط در روایتی دارد که مردی با غلامی که نزد او بود لواط ایقابی کرده بود و حضرت امر فرمودند که هر دو با شمشیر کشته شوند که فقها می

فرمایند لفظ غلام در اینجا محمول علی المدرک یعنی حمل به این می شود که شخص به قوه ادراک رسیده باشد. به این جهت که مؤدی آن خلاف اجماع و اصول قطعیة فقهیه است که ان الصغیر هو المسلوب العبارة و ان الصغیر هو مرفوع القلم و اصل کلی مانع می شود که ما اخذ به دلالت این روایت کنیم و ناچار به حمل می شویم و مرحوم شیخ محدث هم در ذیل حدیث می فرمایند: هذا محمول علی البالغ ویا مثل مرحوم سید طباطبایی می فرماید: هذا محمول علی المدرک

یعنی لفظ غلام ممکن است بر مدرک حمل شود. لذا در استعمالات متعارف هم این هست که می گویند غلام بر دو قسم است: امرد ویا غیر امرد

یعنی ممکن است غلام به مدرک هم اطلاق بشود که باید این جهت در مقام حمل بعضی از الفاظ غلام در روایات مورد توجه باشد که ممکن است ما در بعضی جاها غلام را حمل بر مدرک بکنیم اما محتاج قرینه است. واصل آن است که اگر گفتیم غلام منظور غیر مدرک و اگر خواسته باشیم بگوییم مدرک است این یک وجهی میخواید. امام فرموده اند: انظروا الی رجل و نفرموده اند انظروا الی غلام ویا انظروا الی مذکر.

جواب سوم:

اصولاً متفاهم عرفی از فرمایش امام چیست؟

شخصی خدمت امام معصوم (علیه السلام) رفته است و می گوید ما در کارهای قضایی به قضات حکومتی مراجعه می کنیم. امام می فرمایند: به آن ها مراجعه نکنید و بعد می فرمایند: انظروا الی رجل منکم. حال از امام که می فرمایند یک مردی بین خودتان را ملاحظه کنید که این خصوصیات را داشته باشد، مخاطب چه می فهمد؟

علی القاعده فهم عرفی این است که یک انسان کامل و متشخص که شأنش این باشد که در مراعات فصل خصومت کند نه یک بچه صغیر و نابالغ.

پس بنابراین این اشکال که بگوییم مراد از لفظ رجل جنسیت است و ربطی به بلوغ و غیربلوغ ندارد این اشکال درستی نیست.

اما اشکال خود ما بر استدلال که در واقع ما بر من علیہ الدلیل ونه خود دلیل طبق آنچه که قبلاً هم گفتیم این است که همیشه در یک فرع فقهی اولاً باید توجه داشته باشید که چه کسی باید دلیل اقامه کند.

خدا رحمت کند مرحوم آیت الله مدنی کاشانی صاحب کتب قیمه فقهیه از جمله براهین الحج للفقها والحجج که ایشان در زمره مراجع زمان خودشان بودند ایشان یک فتوایی داشتند که ریش تراشی را جایز می دانسته اند. ما

خدمت ایشان رسیدیم ومن عرض کردم شما که می فرمایید ریش تراشی حلال است دلیل شما چیست؟ ایشان فرمودند ما باید دلیل بیاوریم؟ یعنی کسی که می خواهد بگوید یک فعل حرام است باید اقامه دلیل کند، چون اصل اباحه است ودر ما نحن فیه اگر ما اثبات کنیم اصل عدم ولایت است (که خواهیم رسید) وقضاوت هم شعبه ای از ولایت است و اصل این است که این ولایت برای هیچکس جعل نشده و شما اگر بخواهید ولایت را برای صغیر اثبات کنید شما باید دلیل اقامه کنید و همین طور اگر کسی مدعی شود که طن می تواند قاضی شود یا کسی مدعی شود وصف ملکه نفسانی عدالت برای قاضی واجب نیست و عدالت اجرایی کفایت می کند باید دلیل بیاورند و اثبات کنند.

والحمد لله رب العالمین

مقرر: سید حسن استاد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابى القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين.

لفظ قضاء که هم به مد وهم به قصر تلفظ میشود این یعنی چه؟ در لغت تا یازده معنا برای لفظ قضا مطرح شده که نوع این معانی هم غالبا استعمالات قرآنی دارد.

من به عنوان نمونه، مواردی از استعمالات قرآن را عرض میکنم:

1- در سوره مبارکه غافر آیه 20 میفرماید: و الله يقضى بالحق. اینجا در معنای حکم به کار رفته، والله يقضى بالحق ای و الله يحكم بالحق. 2- در سوره سبا آیه 14؛ فلما قضينا عليه بالموت، اینجا در معنی حتم استعمال شده، این که خدای سبحان میفرماید وقتی که ما بر او قضای به موت کردیم یعنی مردنش را حتمیت بخشیدیم. 3- در معنای اعلام که در سوره مبارکه یوسف آیه 68 آمده، شما مستحضر هستید حضرت یعقوب (ع) وقتی که فرزندان را فرستاد بروند فرمود همه از یک دروازه وارد نشوید. بعد قرآن نقل میکند که اینها وقتی آمدند از دروازه های متعدد وارد شدند. بعد میفرماید اینکه از یک دروازه وارد نشدند جلوی قضای الهی را نمیگیرد، اما الا این که جناب یعقوب از اینها چنین درخواستی کرد و آنها عمل کردند، عبارت قرآنی این است: الا حاجتا فى نفس يعقوب قضاها، قضاها ای اعلمها یعنی یک درخواستی و یک خواسته درونی داشت از آنها و اعلام کرد، یعنی به فرزندان اعلام کرد که چنین عملی داشته باشید. 4- استعمال در معنای امر است، در سوره مبارکه اسراء آیه 23، و قضی ربك ان لا تعبدوا الا اياه و بالوالدين احسانا، و قضی ربك ای امر ربك پس قضا، به معنای امر در این آیه شریفه استعمال شده است. 5- در معنای خلق، در سوره مبارکه فصلت آیه 12 می فرماید فقضاهن سبع سماوات خدای سبحان که عالم را و کائنات را آفرید فقضاهن سبع سماوات ای خلقهن سبع سماوات آسمان هفتگانه خلق فرموده است. 6- در معنای فعل در سوره مبارکه طه آیه 72 فاقض ما انت قاض آمده در داستان سحره که بعد از آنکه جناب موسی (ع) با اینها مبارزه کرد و سحر ساحران را باطل کرد، آنها ایمان آوردند بعد فرعون متعرض آنها شد، که چطور شما

ایمان آوردید بدون اینکه من به شما اجازه داده باشم، تهدیدشان کرد، در جواب گفتند فاقض ما انت قاض یعنی افعَل ماذا تشاء هرچه و هر کاری که میخواهی بکن پس به معنای افعَل آمده است 7- در معنای اتمام و فراغت پیدا کردن، در سوره مبارکه قصص آیه 28 آمده که میفرماید ایما الاجل قضیت فلا عدوان علی، آن هم در قضیه جناب موسی(ع) و جناب شعیب(ع) است، آنجا که فرمود انی ارید ان انکحک احدی ابنتی هاتین علی ان تاجرنی ثمانی حجج فان اتممت عشرا فمن عندک، یعنی مهریه را چه قرار داد؟ گفت 8 سال برای من کار بکنی، اما اینکه گفت این که اگر خواستی ده سال باشد، این اجل دوم است، آنوقت در پاسخی که جناب موسی(ع) به جناب شعیب(ع) داده است میفرماید ایما الاجلین قضیت از این دو اجل هر کدام را که قضیت یعنی هر کدام را که اتممت، تمام کردم و به پایان رساندم، فراغت از آن پیدا کردم فلا عدوان علی. یعنی بعد اعتراض نکنی که گفته بودی دو سال اضافه میمانی چرا هشت سال ماندی یا بنا بود هشت سال بمانی ولی ده سال ماندی و به اختیار من باشد که اگر خواستم هشت یا ده سال بمانم. علی ای حال استعمال لفظ قضیت به معنای اتممت در قرآن مجید در این آیه شریفه آمده است و در جاهای دیگر استعمال مشابه دارد.

بیانی دارد شیخ اعظم رضوان الله و آن این است که این معانی ده یا یازده گانه ای که در لغت مطرح شده برای لفظ قضاء بازگشت همه به اتمام الشیء والفراغ منه است یعنی، یک کاری بالاخره به سرانجام برسد چه در معنای علم چه در معنای حکم، چه در معنای حتم، چه در معنای امر، چه در معنای اعلام باشد، بازگشت همه به اتمام الشیء و الفراغ منه است.

اما به نظر میرسد این که لفظ قضاء مشتمل بر معنای امر هست، ما قدر جامع امر را فراغ من الشیء تلقی کنیم قدری در آن تکلف است ولی به ملاحظه عرفی، عرف از معنای قضاء مثل لفظ عین مفهوم تعدد نمیفهمد. شما مستحضرید لفظ قضاء نه حقیقت شرعیه دارد و نه حقیقت متشرعه، آن وقت عرف هم از لفظ قضاء مثل عین تعدد معانی نمیفهمد، و اینطور هم نیست که از آن اجمال بفهمد مثلاً بگوید که در این استعمال نمیدانیم قضا یعنی چه؟ مثل لفظ قرء در ثلاثه قروء در قرآن نیست که ندانیم مراد حیض است یا طهر؟ یعنی فی الجمله ما باشیم و فهم عرفی قضا عبارت است از حکومت کردن در مراعات بین مردم.

منتها در اصطلاح فقهی ما دو دسته معنا برای لفظ قضا داریم دسته اول آن است که قضا را به ولایه الحکم برگردانده اند یعنی شخص ولایت داشته باشد در اصدار حکم. دسته دیگر از فقها قضا را برده اند روی خود فعل نه روی منصب، یک وقت است که ما میگوییم قضا یعنی منصب القضا و یکوقت میگوییم قضا یعنی نفس فعلی که قاضی انجام میدهد. برای هر دو تصور از قضاء فقهای ما تعریف دارند. دسته اول مرحوم شهید اول در دروس جلد 2 صفحه 65 میفرماید القضاء ولایه شرعیه علی الحکم و المصالح العامه من قبل الامام علیه السلام، این معنی معنایی

است که جناب ابن فهد حلی در مذهب جلد 4 صفحه 451 اختیار کرده همچنین جناب فاضل سیوری در التنقیح الرائع همین مطلب را افاضه کرده اند و جناب فاضل اصفهانی که گاهی از ایشان تعبیر میشود به فاضل هندی، ایشان هم در کشف اللسان همین معنا را فرموده اند، (البته خود مرحوم فاضل اصفهانی ظاهراً فرموده راضی نیستم از من تعبیر به هندی بشود به جهت این که ایشان یک عهد مختصری در کنار والدشان به هند سفری داشته اند والا ارتباطی به هند ندارند و ایشان اصفهانی هستند)، و همچنین شهید در مسالکشان هم همین معنی را اختیار کرده اند که قضاوت ماهیتاً ولایت حکم است. منتهای مراتب خود این حضراتی که میفرمایند ماهیت قضا ولایت حکم است بین خودشان یک مختصر تفاوتی در مفهوم قضا مطرح است، شهید ثانی و جناب ابن فهد حلی و فاضل سیوری و فاضل اصفهانی تعبیرشان این است: ولایه الحكم شرعاً لمن له اهلیه الفتوا جزئیات القوانين الشرعیه علی اشخاص باثبات الحقوق و استیفاءها للمستحق یعنی در حقیقت میفرمایند این ولایت حکمی که شرعاً هست، اولاً برای کسی است که اهلیت فتوا داشته باشد و استحضار داشته باشد به جزئیات قوانین شرعی و این ولایت بر اشخاص است به اثبات حقوق و استیفاء آن برای ذوالحق. اما شهید اول و مرحوم سید عاملی در مفتاح الکرامه، ایشان هم نظر با شهید اول و همچنین محقق نجفی در جواهر میفرمایند قضا عبارت است از ولایه شرعیه علی الحكم و المصالح العامه من قبل الامام. این دو مبنا در تعریف یک فرق اساسی با هم دارند و ان این است که در تعریف اول ولایت العامه هست ولی در باب الحکومه فی المرافعات، ولی در تعریف دوم ولایه الحكم آمده اما نه خصوص الحکومه فی المرافعات بلکه در الحکومه فی المرافعات والمصالح العامه یعنی شمول ولایت القضا در تعریف دوم اعم است از شمول آن در تعریف اول. در قضیه ای مثل استهلال و رؤیت هلال و حکم به حلول ماه مثلاً شوال، این که الحکومه فی المرافعات نیست. این حکم در مصالح عامه است.

بنابر این از حیث شمول تعریف دوم شمولش بیشتر است و اینجور نیست که فقط اگر دو نفر دعوا داشتند و در دادگاه قاضی بین آنها فصل خصومت کند، این عبارت باشد از قضا ولی حوزه های دیگر که باشد اسمش قضا نیست لذا در تعریف دوم که افاضه فرمودند این جهت دیگر هم در آن اضافه میشود. و به علاوه یک اموری هست که اینها لزوماً در آن مرافعه نیست ولی اسمش قضا است، که امروزه در حقوق مدون اسمش جرائم عمومی است یعنی جرائم را که تقسیم میکنند میگویند جرم یا به حیثی است که متضرر از جرم شخصی از اشخاص است یا نه، متضرر از جرم جامعه است. جرم ارتكابی گاهی تعدی به حقوق اشخاص است یا تعدی به حقوق شخص معینی نیست. اشخاص هم که گفته میشود، اعم است از شخص طبیعی و شخص حقوقی، مثلاً فرض کنید اگر کسی دیگری را کتک زد و او را مورد صدمه عمدی قرار داد، این تعدی به حقوق شخص است و این شخص طبیعی یا شخص حقیقی است. و ممکن است گاهی متضرر شخص حقوقی باشد، مثلاً شخص فرش مسجد را سرقت کرده و مسجد

موقوفه است و موقوفه شخص حقیقی نیست و شخص حقوقی است. یا شرکتهای تجاری که شخص حقوقی در حقوق خصوصی هستند و اینها به حیث مجموع متضرر واقع شده اند. و اگر شخص طبیعی است خودش می آید پیش قاضی و ترافع میکند و اگر شخص حقوقی باشد، متولی موقوفه در دادگاه علیه شخص ضار ادعا مطرح میکند. اما همه مسائل از این قبیل نیست و ممکن است مسئله عمومی باشد، مثلاً مردی با زنی رابطه نا مشروع داشته و هر دو هم متطوع بوده اند یعنی هر دو داوطلب و راضی به این امر بوده اند و شکایتی از کسی ندارند و مأمورین دیده اند و پیش قاضی آورده اند. اگر ما باشیم و این جهت که قضا عبارت است از ولایت در حکومت در مقام فصل خصومت مترافعین، این مصداق را شامل نمیشود. یعنی مصادیقی که حق الله محض است مصداق حکومت بین مترافعین نیست، لذا به این ملاحظه این دسته از فقها فرموده اند ولایه فی الحکم علی الاشخاص از یکسو و المصالح العامه از سوی دیگر که مثل اقامه الحدود الشرعیه از مصالح عامه تلقی میشود. و همچنین اگر ما باشیم و ولایه الحکم فی خصوص المرافعات شامل دخالت قاضی در امور حسبه نمیشود. حسبه ماهیتش چیست؟ ما لایرضی الشارع بترکه انجاهایی که شارع مقدس راضی به ترک چیزی نیست و کاری که بر زمین مانده است و باید متصدی داشته باشد که اولاً وظیفه حاکم شرع است که مداخله کند یعنی داخل در ولایه القضا است. مثلاً نصب امین بر غیب تکلیف قاضی است، نصب قیم بر مولی علیه که لا ولی له باشد کار قاضی است. یعنی حوزه های من لا ولی له، من لا حضور له، ما لا مالک له، ما لا مالک معلوم له، یعنی اموال بلا صاحب اموال مجهول المالک که دخالت در اینها در حوزه امور حسبه است. در تعریف اول اگر باشد این حوزه ها را شامل نمیشود. روی این جهت فقهایی دیگر فرموده اند ولایه الحکم هست اما این ولایت در مرافعات و نیز در مصالح العامه جریان دارد. وجه جامع آن این بود که گفتند ولایه الحکم است.

اما یک تعریف دومی در فقه مطرح است که ناظر به ولایه الحکم نیست، که مرحوم سید طباطبایی در تکمله در تعریف القضا می فرماید قضاوت عبارت است از حکم بین مردم در زمان مشاجره و نزاع، الحکم بین الناس عند مرافعاتهم و تنازعهم، که این با تعریف اول یک فرق اساسی دارد. مرحوم سید طباطبایی فرمایششان این است که، فقهایی که فرموده اند قضا عبارت است از ولایه الحکم تعریفشان مبتنی بر مسامحه است چون ولایه الحکم چه چیزی را تعریف میکند و قضا را به عنوان فعل قاضی تعریف میکند یا قضا را به عنوان منصب قاضی مطرح میکند. اگر شما گفتید که قضا عبارت است از ولایت بر حکم، شما دارید منصب القضا را تعریف میکنید، بله منصب قاضی ولایه الحکم است و شعبه ای از ولایت و سلطنت است، این حرف درستی است. اما اگر قضا را ملاحظه کنید نه به عنوان منصب قاضی، بلکه کاری که از قاضی سر میزند و یک مصدر جعلی از آن بین مردم رایج شده که ما مبنایی برایش پیدا نکردیم، میگویند قضاوت، کار قاضی قضاوت است حال اگر شما میخواهید قضا را معنا کنید مرادتان

قضاوت کردن است، فعل القاضی باشد، این که تعریفش به ولایت الحکم درست نیست. ولایت الحکم مال منصب القضا است و مال فعل القاضی نیست. الذی یحکم بین الناس عند تنازعهم وعند ترفعهم الیه. فعل القاضی لیس بمنصب القضا. لذا گفته اند قضا از نظر ما خود فعل قاضی است. حال فعل قاضی چیست؟ اینجا به ملاحظه این که فعل قاضی قضا است، و نه منصب القاضی اینگونه تعریف شده، فرموده اند الحکم نه ولایت الحکم بلکه نفس الحکم بین الناس عند تنازعهم و ترفعهم الیه. قضا همان حکمی است که قاضی صادر میکند. خود حکمی که قاضی صادر میکند قضا است نه منصبی که قاضی دارد. منصب القضا اگر بخواهد تعریف شود میشود ولایه الحکم. نفس خود فعل قاضی اگر بخواهد تعریف شود میشود الحکم بین الناس عند تنازعهم و ترفعهم. این تعریف دومی است که در فقه آمده است.

بعضی از اعلام معاصر (فقه القضا - موسوی اردبیلی جلد 1 - صفحه 5) در مقام جمع بر آمده اند و فرموده اند ما این دو تعریف را یک جوری باهم آشتی میدهم و اینگونه تعبیر کرده اند و فرموده اند: ان القضا منصب من مناصب الحکومه و ولایه مجعوله من قبل من له الولایه علی الناس و من کان له هذا المنصب و الولایه فله ان یتصدی بالحکم بین الناس لاستیفاء حقوقهم و الحکم فی الموضوعات کرویة الحلال و الحکم فی الحدود و التعزیرات. این تعریفی که فرموده اند به نظر میرسد آشتی دادن بین دو تعریف نبود، بلکه تعریف کردن هر دو بود، هم تعریف سببی بود و هم مسببی. یعنی هم فرمودند منصب القضا یعنی چه؟ و هم فرمودند قضایی که فعل حاکم است یعنی چه؟ و خواست بگوید اگر منظورتان منصب القضا است در تعریف آمد و اگر منظورتان فعل القاضی باشد تعریفش آمد، و این مرکب از هر دو تعریفی که مرحوم شهید اول و شهید ثانی در برابر هم قرار دادند نیست.

لکن به هر جهت در مقام تعریف اگر فعل قاضی را هم بخواهیم معنا کنیم، قضا عبارت است از حکم بین مردم در مرافعاتشان و همچنین حکم او در موضوعات و همچنین حکم او در مصالح عامه نه این که خصوص حکمش باشد و در مرافعات اگر شما بگویید چنانچه شاکی خصوصی نداشته باشد مرافعه مفهوم نیست. نه این است که در خصوص موضوعات به تنهایی باشد چون ممکن است مصالح عامه حکم بخواهد مثل نصب و ضم امین و نصب قیم. بنابر این الحکم فی المرافعات و الموضوعات و المصالح العامه. هذا ما اخترناه من تعریف القضا.

و الحمد لله رب العالمین

مقرر: سید حسن استاد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابى القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين.

عرض شاد باش و تبریک داریم به مناسبت نهم ربیع الاول و سالروز شروع امامت ولی نعمتمان بقیه الله الاعظم (عج)

در تعریف قضا عرض شد یک تعریف ولایه الحکم است، که این ولایه الحکم را علمای ما به دو نحو فرموده اند یکی ولایت الحکم فی المرافعات و دیگری ولایه الحکم فی المرافعات و الموضوعات و المصالح العامه. مرحوم سید اشکال فرمود این تعریف منصب قضا است نه خود قضا و خود قضا آن فعل صادره از قاضی را که حکم است میگویند و بر این مبنا فرمود قضا هو الحکم فی المرافعات. بعضی از معاصرین فرمودند که اینها را میتوان جمع کرد و در مقام جمع فرمودند که ان القضا منصب من مناصب الحکومه و بعد فرمودند من کان له هذا المنصب فله ان يتصدى للحکم بین الناس. عرض کردیم که این تعریف، تعریف مرکبی است که هم منصب القضا تعریف شد و هم قضا تعریف شد نه یک تعریف جامعی که مشتمل بر هر دو عنوان باشد. به نظر میرسد که تعریف قضا همان فعل قاضی است نه منصب القضا. لذا تعریف مختار ما در قضا این است که ان القضا هو حکم بین الناس فی مرافعاتهم و خصوماتهم و فی الموضوعات و المصالح العامه.

بنابر این بیان سه رکن در تعریف قضا مطرح است؛ بخش اول آن کاری است که قاضی در فصل خصومات انجام میدهد، یعنی در حقیقت حل و فصل دعاوی. وقتی گفته میشود دعوا، ملازمه دارد یک مدعی موجود باشد و یک مدعی علیه. که آن مدعی رفع الامر کند به سوی حاکم، لذا اسمش را مرافعه میگویند. بنابراین اگر جایی دعوایی مطرح باشد که خود این دعوا در مصطلحات حقوقی تقسیم میشود به دعوی کیفری و دعوی مدنی. چون مرافعاتی که به قاضی میشود احقاق حقوق است. مبانی حق چند چیز است؟ یکوقت یک کسی کاری را انجام میدهد و دیگری میشود ذوالحق، که این مبنای فعل است. یکوقت بدون این که کسی کاری را انجام بدهد، شخص بر دیگری

ذو الحق میشود که آن مبنای شریعت یا حکم مقنن است. مثلاً یک کودکی به دنیا آمده و در بانک برایش حسابی باز کرده اند که حسابش برنده شده و پول کلانی به حسابش واریز شده و بابای بچه فقیر است که به حکم شارع این پدر میتواند به اندازه نیاز به عنوان نفقه برای خودش بردارد، یعنی پدر شده ذوالحق که میتواند از آن مال استفاده کند. ولی گاهی که مبنا فعل است مبنای تولید حق یک فعل ممنوعی است که شخص نباید انجام میداد و انجام داده است و دیگری حق پیدا کرده است. و اگر فعل ممنوع بوده و برای مرتکب آن در این جهان عقاب مطرح شده به آن جرم میگویند. اما اگر فعلی باشد که ممنوع است ولی برای مرتکب مجازات دنیوی مطرح نشده است در مصطلحات به آن شبه جرم میگویند.

اما منشا حق گاهی غیر ارادی است انجایی که اراده در بین است گاهی برای تحقق آن دو اراده متوافق لازم است، و در اصطلاح به آن عقد گویند، فعل مجاز ارادی که متکی به اراده دو طرف است. گاهی هم منشا حق متکی به یک اراده است که به آن شبه عقد یا ایقاع گفته میشود. یعنی فعل ارادی که یبتنی علی اراده واحده. پس گاهی موجد حق جرم و گاهی شبه جرم و گاهی عقد و گاهی شبه عقد یا ایقاع است.

ایقاعات علی ثلاثه اضرب: گاهی حق را ساقط میکنند فقط، گاهی حق را تولید میکنند فقط مثل حیات مباحات و مثل اذن عقیب فضولی و مثل اذن عقیب اکراه و مثل رجوع در طلاق رجعی، گاهی هم موجد حق و هم مزیل حق باهم هستند. پس گاهی موجد حق فعل مجاز ارادی و گاهی هم موجد حق فعل مجاز هست ولی اراده در تحقق حق و ناشی از آن، نقش ندارد، شیخ اعظم علیه الرحمه (شیخ انصاری) برای این فرد دو مثال زده است: 1- القول فی الماخوذ بالسوم (سوم یعنی چه؟ در روایات باب خطبه، دارد که راوی می آید خدمت امام علیه السلام عرض میکند یا بن رسول الله من میخوایم با یک خانمی ازدواج کنم، هل لی ان انظر الی شعرها و عنقها و صدرها و صدیپها و ادامه روایت، که امام میفرمایند: لا بأس به لانک مستام تشتريها باغلی الثمن، لانک مستام ای لانک مشتر. پس سوم یعنی شراء و مستام در وزن اسم فاعلی میشود مشتری) 2- القول فی الماخوذ بالعقد الفاسد، مثلاً اگر طرف آمده در بیع ربوی جنسی به شما تحویل داده در حالی که مالک راضی است و تصرف شما غاصبانه هم نیست مع الوصف مال در دست شما تلف شود، شما ضامن هستید.

خوب توجه کنید، این حقی که تولید شود چه منشا آن فعل ممنوع باشد و کیفری و چه منشا آن فعل مجاز باشد و مدنی یعنی از این حق دعوا و منازعه تولید شود حال این دعوا خواه کیفری باشد یا مدنی، مثل حق مضروب بر ضارب که منشا آن فعل ممنوع مجرمانه است و راجع به این حق نزاع رخ دهد، پس اگر مضروب ضارب را بخشید دعوا نیست. به تعبیر حقوقدانان دعوا عبارت است از حقی که در حال جنگ است. اگر ادعای مدعی این است که کسی فعل مجرمانه علیه او انجام داده است میشود دعوای کیفری اما اگر یک منشا حق مدنی پدید آمده است

میشود دعوای مدنی. حال صرف نظر از این که دعوا مدنی باشد یا کیفری، این بخش اول از فعل قاضی است که فصل الخصومات فی المرافعات یعنی حکم کردن در مرافعات برای فصل خصومت. اما قسمت دوم تعریفی که عرض شد در آن اثبات موضوع مطرح است یعنی حکم در موضوعات یعنی گاهی برای این که قاضی قضاوت کند باید در موضوعات نظر بدهد، مثلاً دعوای سرقت مطرح شده است و قاضی می خواهد حکم بدهد باید معین شود که آیا این سرقت مصداق سرقت حدی است؟ آیا حرز محقق بوده؟ آیا نصاب محقق شده یا نه؟ که نیاز به ارزش گذاری مال مسروقه است (نصاب چقدر است؟ اشعار مرحوم سید: ید ب خمس مئین عسجد ودیت مابالها یقطع فی ربع دیناری، که اشکال مستشکل است که دیه دست انسان 500 دینار است و این چه حکمی گذاشته شریعت که اگر کسی ربع دینار سرقت کرد، دست 500 دیناری را چرا قطع میکنند؟ و مرحوم سید مرتضی علم الهدی جواب داده: غز الامانه اغلیها و ارضها ذل الخیانه فافهم حکمه الباری، آن دستی که 500 دینار ارزش دارد دستی است که خیانت نکرده و دستی که دزدی کرده هیچ ارزشی ندارد) حال چه کسی باید حکم کند که نصاب محقق شده یا نه؟ که اثبات موضوعات، (نه خود حکم) این هم شان قاضی است لذا در تعریف عرض کرده ایم: و هو حکم بین الناس فی المنازعات و المرافعات و الموضوعات.

یا مثلاً ادعا شود این زیدی که مرتکب قتل شده حین القتل مجنون بوده است، که تعیین جنون کردن برای ضارب، حین الضرب تعیین موضوع است. حکم به این که قصاص دارد یک حرف است و این که ضارب حین الضرب مجنون بوده است حرف دیگری است که شان موضوعی است. یا مثلاً شخصی که خانه اش را فروخته، حینی که فروخته سفیه بوده یا نه، که اگر سفیه بوده قاضی نمیتواند آن را تنفیذ کند.

بنابراین قاضی علاوه بر این که حکم در اصل مساله برای رفع خصومات میکند، در موضوع هم حکم میکند، و این هم یکی از شؤون اوست.

اما رکن سوم مصالح عامه است. مصالح عامه در حقیقت نه آن حکم است و نه آن موضوع است.

حکم نیست، چون حکم در بخش اول مال کجا بود؟ فصل الخصومه فی المرافعات اما مثلاً در اقامه حدود فصل الخصومه فی المرافعات که نیست مثلاً شخصی را در حالت مستی در خیابان دستگیر کرده اند و پیش قاضی آورده اند که در اینجا دعوای به معنای اخص کلمه مطرح نشده و مدعی و مدعی علیه موجود نیستند اگرچه امروزه دادستان به عنوان مدعی العموم معرفی شده است و این قبیل دعاوی را دعاوی عمومی میگویند و دادستان اقامه دعوا میکند ولی در هر حال دعوای در معنای خاص کلمه به معنای رفع الامر الی الحاکم و رفع خصومت نیست. خوب حال که قاضی باید مداخله کند و اقامه حدود از شؤون قاضی است از چه بابی مداخله میکند؟ اگر در تعریف

قضا مصالح عامه دخیل نباشد اقامه حدود معطل میماند چون اقامه حدود نه از باب تعیین موضوع است و نه از باب اصدار حکم در مقام الحکومه فی المرافعه. بنابراین مصالح عامه مقتضی میشود برای ورود یکسری از عناوین مثل اقامه حدود شرعی و اقامه تعزیرات شرعی، علاوه بر اینها شامل میشود اقامه تعزیرات را در تعزیرات سلطانی. همانطور که مستحضر هستید در تعزیرات دو اصطلاح وجود دارد: 1- تعزیرات شرعی 2- تعزیرات سلطانی. تعزیرات شرعیه مال جایی است که شخص از یک افعَل یا لا تفعل در لسان شریعت تخلف کند (کل من ارتکب حراما او ترک واجبا فلامام او نائبه تعزیره) لواحق حد قذف را ببینید که فقها آورده اند و بعضی در لواحق حد مسکر آورده اند، علی ای حال متعرض این بحث شده اند. مثلاً شارع فرمود صل و این شخص تارک الصلاه است و یستحق التعزیر، که این تعزیر شرعی است. یا یک لا تفعلی را مرتکب شده است مثلاً شارع مقدس فرموده ربا نخورید منتها از مواردی نیست که در لسان شریعت عقوبت مقدره دارد (که اگر داشت حد بود) پس این هم تعزیر شرعی است. اما تعزیر سلطانی یعنی این که شارع اجازه داده به حکومت اسلامی برای رعایت نظم عمومی مقرراتی را وضع کند. که یک افعَلها یا لا تفعلها را ولی امر بیان میکند و حکم به آن میکند و بعد بگوید اگر کسی مرتکب شود عقاب میکنم این مصداق تعزیر هست ولی در اصطلاح به آن تعزیر شرعی نمیگویند. ما در مقام بحث از فقه التعزیرات این را گفته ایم که ادله تعزیرات سلطانی و شرعی با هم تفاوت دارد. در تعزیرات شرعی آن قواعد ثلاثه مطرح است: 1- التعزیر لکل عمل محرم 2- التعزیر دون الحد 3- التعزیر بما یراه الامام. اما مبانی تعزیر حکومتی ادله امر به معروف و نهی از منکر و مبانی حفظ نظام است، مبانی آن مبانی مصلحت حکومت اسلامی است. در اینجاها این تعزیر از نظر ما یک باب مستقلی است و به ید ولی امر است که جرم انگاری کند و مجازات آن هم لازم نیست دون الحد باشد لذا در اینجاها اگر تعزیرات بالاتر از حد باشد یا بالاتر از شلاق باشد منعی ندارد. (و جای بسی تعجب است که بعضی ادعای فقه خواندن میکنند میگویند چرا ولی امر نظرش این بوده که مثلاً زید خانه نشین شود، عمر خانه نشین بشود این حرف از کجا آمده؟ ولی امر اگر نتواند در راستای حفظ حکومت اسلامی امر و نهی بکند و برای امر و نهی ضمانت اجرایی بگذارد، حکومت قابل نگه داشتن نیست. این اصلش هم در اختیار ولی امر است. حال در فقه اگر کسی بخواهد اشکال کند و بگوید نه خیر باید دادگاه باشد، خوب دادگاه هم مشروعیت خود را از ولی امر میگیرد. شما یکوقت است حرف از قانون یا مقررات خاصی میزنید آن حرف دیگری است، اما این را به فقه نسبت میدهند خیلی عجیب است. نمیدانیم اینها کجا فقه خوانده اند که ما از آن خبر نداریم.)

در فقه اسلامی گاهی ولی امر میتواند مباحات را، چه در مباحات لا اقتضائیه و چه حتی در مباحات اقتضائیه ممنوع یا واجب کند. و بعضی حتی بالاتر از این گفته اند، به تعبیر مرحوم امام میتوان الزامات تکلیفیه را متعلق

حکم حکومتی دیگری قرار داد. مثلاً حرام است و بگوید انجام دهید یا واجب را بگوید انجام ندهید. مثلاً بگوید کسی حق ندارد حج برود و اگر کسی برود تعزیر میشود. علی ای حال غرض این است گاهی بخشی از کارهایی که قاضی باید انجام دهد دخالت در حوزه تعزیرات حکومتی است و این از باب مصالح عامه است و از دو باب اول نیست، باب اول الحکومه فی المرافعه و این حکومت فی المرافعه نیست، دوم این است که بخواهد تعیین موضوع شود و این تعیین موضوع هم نیست. بلکه مصداق مصالح عامه است: اقامه الحدود الشرعیه، اقامه التعزیرات الشرعیه، اقامه التعزیرات السلطانیه.

و بالاخره مصادیق حسبه هم داخل در تعریف است باز به اعتبار مصالح عامه. یعنی قاضی میتواند در امور حسبه حکم کند. مثلاً قاضی حکم کند به حجر یا رشد زید. کسی رانصب کند به عنوان وصی محجور یا امین غائب و... که این موارد نیز از شئون قاضی هست ولی از باب سوم یعنی قضاء الحاکم فی المصالح العامه.

در نتیجه قضا عبارت است از حکم در مرافعات و منازعات و موضوعات و مصالح العامه، و فعل قاضی قضا است. پس بنابر این اگر قاضی وارد میشود در امور: من لا ولی له، ما لاصحاب له، من لا حضور له و امثال ذالک از باب قضا است به اعتبار دخالت در مصالح عامه کما این که اقامه الحدود و تعزیرات هم همین است.

والحمد لله رب العالمین

مقرر: سید حسن استاد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابی القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين.

در جلسه قبل عرض کردیم که قضا عبارت است از حکومت در مرافعات و خصومات و حکم در موضوعات و حکم در مصالح عامه. ارکان این تعریف در حقوق موضوعه در تعریف قضا عنوان شده که شمول قضا بر این سه قسمت در قوانین موضوعه هم آمده است.

اصل 156 قانون اساسی همین معنا را عنوان میکند که قضا شامل تمام این حوزه ها میشود، هم حکومت در مرافعات و هم موضوعات و هم مصالح عامه. عنوان آن این است که وظایف قوه قضائیه عبارت است از 1- رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و حل و فصل خصومات (که مال بخش اول است). و در ادامه میفرماید اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبیه... (که ناظر به مصالح عامه است). در بند 2 احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی های مشروع (که ناظر به مصالح عامه است)، بند 3 نظارت بر حسن اجرای قوانین که این هم از مصالح عامه است. بند 4 کشف جرم، و تعقیب مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام (که از مصالح عامه است). و بالاخره بند 5 اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین (که از بند 2 تا 5 از مصالح عامه است).

پس بر اساس قانون اساسی ایران، اولاً قضا مشتمل بر رفع خصومات است که خود این مستلزم حکم در موضوعات است و ثانیاً مشتمل بر مصالح عامه می باشد که پیشگیری از جرم و برخورد با مجرمین و اجرای حدود و اجرای تعزیرات و قضاوت در امور حسبیه که قانون مطرح کرده، به حیث مجموع منطبق بر همین 3 رکنی که در تعریف قضا مطرح شده است میباشد.

نکته ای که اینجا عرض میکنیم این است که قاضی با مفتی فرق دارد کما این که قضا غیر از افتاء است و این دو نباید خلط شوند. درست است که فرض بر آن هست که هر دو (قاضی و مفتی) جامع شرایط افتاء هستند و قاضی هم مجتهد جامع شرایط است و مفتی هم مجتهد جامع شرایط است. اما شان افتاء و قضا از جهاتی باهم

متفاوتند. جهت اول این است که فتوا همیشه یک حکم کلی است در حالی که کار قاضی انطباق مصداق خارجی بر حکم کلی است، مجتهد بر اساس قران و سنت میگوید کسی که سرقت حدی کند حکمش قطع ید است مثلاً، اما قاضی میگوید هذا الرجل سارق فقطع یده واجب. این انطباق مصداق خارجی بر آن حکم کلی است نه صرف بیان آن حکم کلی. تفاوت دوم در این است که در مقام افتاء مجتهد الزام ندارد به خلاف قضا که الزام در بین است. در مقام فتوا میگویید فلان کار حرام، واجب یا مباح است. اما اگر کسی از فتوای مفتی تخطی کند، مفتی برای جریان دادن آن فتوا عملاً قدرت و اختیاری ندارد اما قاضی وقتی حکم کرد در قضیه خارجیه، محکوم علیه را به اجرای آن حکم الزام میکند. لذا قضا توأم با الزام است در حالی که فتوا توأم با الزام نیست. تفاوت سوم این است که قضا مستلزم حکم در موضوع میشود در حالی که فتوا نوعاً مستلزم حکم در موضوع نیست. وقتی که مثلاً بگوییم حکم سرقت قطع ید است، این مستلزم حکم در موضوع کردن نیست در حالی که وقتی که قاضی بخواهد حکم کند به قطع ید باید اثبات کند که در قضیه خارجیه حرز محقق بوده اولاً، در قضیه خارجیه مال مسروقه در حد نصاب بوده ثانیاً، و اضطرار نبوده رابعاً و.. یعنی باید حکم در موضوع داشته باشد تا نوبت به حکم قضایی برسد. ولی در مقام فتوا حکم به موضوع خارجی به نحو قضیه خارجیه دخیل نیست. تفاوت دیگر این است قضا یک منصب حکومتی است. اگر حکومت اسلامی تشکیل شد و حاکم کسی را به عنوان قضاء منصوب کرد، این مجتهد دیگر تابع حکم این قاضی خواهد بود ولو این که خودش شرایط افتاء را دارد ولی فرق آن با قاضی که فرضاً مجتهد است این است که این مجتهد از طرف حاکم منصوب است و حکمش نافذ است و آن یکی منصوب نیست و حکمش غیر نافذ است. جهتش این است که منصب قضا یک منصب حکومتی است. تفاوت دیگر از جهت قلمرو نفوذ است، قاضی نفوذ حکمش محدودیتی ندارد و به خلاف مقام افتاء است. در افتاء نفوذ فتوای مفتی نسبت به خود مفتی و نسبت به مقلدین خودش میباشد اما حکم قاضی نافذ است نسبت به کل مجتهدین و مقلدین. لذا ممکن است یک جایی قاضی قضاوت کند و مترافعینی که نزد او هستند احدهما یا کلیهما مجتهد باشند. بنابر این چنانچه یکی از مترافعین مرجع تقلید هم باشد حکم قاضی نافذ است و مرجع نمیتواند بگوید حکم من چیز دیگری است. و قاضی هم باید حکم خودش یا اگر ماذون است نظر مرجع تقلید خودش را دخیل کند، نه لزوماً نظر مرجع تقلیدی که یکی از مترافعین است. بنابر این، قلمرو نفوذ حکم قاضی حتی مجتهدین را هم شامل میشود ولو این که قضای قاضی بر خلاف حکم آن مجتهد باشد.

تفاوت بعدی از حیث شرایط است. در مجتهد گفته میشود که برای اجتهاد علم شرط است مثلاً باید به مرحله قدرت بر استنباط از ادله تفصیلیه برسد که این جهت در قاضی هم در متون فقهی شرط شده است اما اموری را به حسب روایات برای قاضی شرط شده ولی برای مفتی شرط نشده مثل قدرت بر کتابت که در مجتهد شرط نشده

و برای قاضی شرط شده. یا بصر و بینایی علی القول به شرط للقاضی ولی ولیس بشرط للمفتی. بنابر این یک اموری علاوه بر شرایطی که در اجتهاد مطرح است، چه این که قاضی باید یکسری توانمندی های خاصی را در رسیدگی بهتر به مرافعات و خصومات داشته باشد لذا مرحوم سید عاملی در مفتاح الکرامه یک بیانی دارند که حاکی از همین معنا است که فرمایش میکنند: که القاضی یغایر المجتهد و المفتی و الفقیه، بالحیثیات و ان کانت الاوصاف مجتمعتا فیه. فان القاضی یسمى قاضیا باعتبار حکمه و الزامه و باعتبار مجرد الاخبار والاعلام. همین که حکمت (به فتح حاء و کاف و ضم تاء) میگوید به این اعتبار قاضی است در حالی که به اعتبار مجرد اخبار و الاعلام یسمى مفتیا و به اعتبار مجرد الاستدلال یسمى مجتهدا. مفتی کارش خبر دادن از حکم الله است. این که حکمت بگوید و الزام و اجبار کند این امور برای او نیست.

ممکن است نسبت به تعریفی که عرض شد، (قضا مشتمل است بر حکومت در مرافعات اولاً و مشتمل است بر حکم در موضوعات ثانیاً و مشتمل است بر مصالح عامه ثالثاً) یک اشکال شود و آن این که یکی از مصادیق مصالح عامه امور حسبیه است ممکن است این سوال پیش بیاید که دخالت در امور حسبیه بخشی از شان محتسب است.

یک نهادی در اسلام مطرح است به عنوان نهاد حسبه. کسی که متصدی نهاد حسبه میشود و ماموریت او انجام امور حسبیه است محتسب است و محتسب یختلف عن القاضی، در زمان نبی اکرم (ص) شخصی به نام سعید ابن عاص از طرف حضرت نصب شده به عنوان محتسب و کار محتسب مصالح عامه است: یاخذ سوطه و یذهب فی السوق و شلاق به دست و قدم میزند و میگوید یا ایها المومنون لا تغلوا ولا تغادر، گران فروشی نکنید، تدلیس در معامله نکنید، غش در معامله نکنید. خوب این حیث نوعاً خاص مصالح عامه است و در اسلام کار محتسب است و چطور امروزه آن را کار قاضی فرض میکنید؟ یا این که در روایت این را دارد که پیامبر (ص) پس از نصب سعید بن العاص امره بالمنع من تلقی الركبان (تلقی رکبان این است که خارج شهر پیشواز قافله تجاری که خبر از قیمت شهر ندارند میرفتند و کالاها را با قیمت کمتر خریداری میکردند) حضرت فرمود وظیفه محتسب این است که جلو تلقی رکبان را بگیرد. این شؤون محتسبی، کار محتسب بوده که زمان خلفا هم ادامه پیدا کرده. در زمان خلیفه دوم عبد الله بن عتبه مامور شده و به نقل وسائل الشیعه جلد 12 کتاب التجاره ابواب و آداب التجاره باب دوم حدیث اول دارد که امیرالمومنین (ع) در زمان حکومت، خودشان در بازار کوفه حرکت میفرمودند و شخصاً کار محتسب را انجام میدادند. اگر بنا باشد که اینها یک چیز باشند پس چطور تعریف قضا شامل حسبه در این معنا و مفهوم بشود؟

در مقام پاسخ عرض میکنیم که بین حسبه در این مفهومی که عرض شد و بین قضا وجوه اختلافی وجود دارد که این دو را از هم ممتاز میکند، آن وجوه این است که اولاً محتسب وظیفه اش رسیدگی به منکر ظاهر است یعنی اذا استلزم الحکم الی البینه و الاستدلال فلیس للمحتسب، التدخل یعنی اگر کار به شهادت و جرح و توثیق شهود شود کار محسب نیست و همچنین اگر نوبت به استحلاف برسد باز هم کار محتسب نیست. زمانی کار محسب است که اولاً موضوع منکر ظاهر باشد و نیاز به اثبات نداشته باشد مثلاً خود شخص قبول دارد یا موضوع بین است، در حالی که قضا این طور نیست و قضا ناظر است به هر امری اعم از منکر ظاهر و غیر ظاهر، نیازمند به استحلاف باشد یا نباشد و نیازمند بینه باشد یا نباشد فرقی نمیکند. ثانیاً کار محتسب دخالت در بازار و تنظیم بازار است و مبارزه با گران فروشی و کم فروشی و امثال اینهاست یعنی موضوعش محدد است و این که هر موضوعی باشد کار محتسب نیست و در موضوعات به خصوصی دخالت میکند. پس اگر امر دائر شود بین این که عقدی، یا ایقاعی واقع شده و یا در غیر امور مربوط به تنظیم بازار جرمی اتفاق بیفتد کار محتسب نیست. بنابر این وقتی گفته میشود مصالح عامه شمول دارد بر حسبه، جواب این است که آن حسبه ای که محتسب در آن دخیل است یک بخش جزئی است در حالی که عمده امور حسبه بر عهده قاضی است چون عنوان حسبه شامل من لا ولی له، من لا حضور له، ما لا صاحب له، ما لا صاحب معلوم له، یعنی غیب و قصر و محجورین فاقد ولی خاص اعم از صغار و مجانبین و سفها، اموال بلا صاحب، اموال مجهول المالک و مانند آن می شود. که این امور از امور حسبیه و از وظایف قاضی است نه محتسب. که معادل محتسب صدر اسلام امروزه سازمان تعزیرات حکومتی است که مبارزه میکند با گران فروشی و کم فروشی، تنظیم اوضاع اقتصاد و امثال اینها که در حقیقت کار این نهاد است. که اینها تمام حسبه نیست به علاوه تمام مصالح عامه خصوص حسبه نیست. مصالح عامه شمولش فرا تر از کل حسبه است و حسبه بخشی از مصالح عامه است. مثلاً پیشگیری از وقوع جرم و اقامه حدود و تعزیرات شرعیه از مصالح عامه است ولی از امور حسبه مصطلح نیست.

نتیجتاً مصالح عامه تکلیف قاضی است و بخشی از امور حسبی که استثنا شده، تکلیف محتسب است و امروزه وظیفه دستگاه قضا است. منتهای مراتب در مقام تطبیق با حقوق این جمله را عرض کنم که اصطلاح امور حسبی که در قانون امور حسبی آمده به نحوی اعم از مصطلحی است که در فقه آمده. قانون امور حسبی امروزه مباحثی را جزو حسبه مطرح کرده و بخشی از آن از مشترکات هستند مثل نصب قیم بر محجور، نصب امین بر غایب و اموال غایب، یا اولاد غایب، ضم امین به ولی قهری عاجز که هم در حقوق و هم در فقه در زمره حسبه است اما بخشی از امور در قانون در عداد امور حسبی قرار گرفته اند مثل گواهی انحصار وراثت یا مثل مهر و موم ترکه متوفی (که متأسفانه هرچه روز به روز پیش میرود تقلب و کلاه برداری بیشتر میشود. متوفی جنازه اش روی زمین

است به جای تجهیز اولاً می آیند پیش قاضی می گویند باید ما ترک متوفی را مهر و موم کنید چون خوف این وجود دارد که کسانی که اموال در یدشان است آن را مخفی کنند و ما ترک را از دسترس خارج کنند)، تحریر ترکه، تصفیه ترکه، تقسیم ترکه. که اینها در قانون در عداد امور حسبی تلقی شده و در فقه یک عنوان کلی تحت عنوان این که امور حسبه چیست مطرح شده و آن این است که ما لا یرضی الشارع بترکه ولكن متصدی به خصوصی نداشته باشد. یعنی چیزهایی که مصلحت عمومی اقتضا میکند انجام شود ولی متصدی به خصوصی برای انجام آن نباشد. تفصیل تعریف را مرحوم محقق نراقی در عوائد الایام صفحه 536 مطرح کرده: کل فعل متعلق به امور العباد فی دینهم او دنیا هم و لابد من الاتیان به و لا مفر منه عقلاً او عادتاً من جهة توقف الامور العباد او المعاش لواحد او جماعه اگر متصدی خاص ندارد جزو امور حسبه است. اگر مفهوم حسبه به این توسعه ای باشد که محقق نراقی میفرماید اگر امور راجع به متوفی متصدی خاص نداشته باشد در زمره حسبه است اما اگر متصدی خاص داشته باشد جزو حسبه قرار نخواهد گرفت ولكن در فقه تعریف مضبوطی که مصادیق قانون امور حسبی را امروزه شامل شود که ما بخواهیم بگوییم حسبه ای که جزء قضا تلقی میشود حدود و شمولش چه اندازه است چنین تعریفی در حد تتبع ما مشاهده نشده است ولكن فی الجملة میتوان گفت ان امری که راجع به تنظیم بازار هست یعنی در حقیقت مبارزه با تقلب و عدم رعایت استاندارد در کالا، کم فروشی، گران فروشی، تدلیس در ارائه کالا و امثال اینها اگر به شکل منکر ظاهر باشد از محدوده حسبه در قضا خارج است و جزو کار محتسبی است که امروزه مشمول عنوان سازمان تعزیرات حکومتی است اما الباقی موضوعاتی که تحت عنوان حسبه مطرح است و امروزه در قانون امور حسبی مطرح است، بر اساس تعریف مرحوم نراقی میتوانیم اینها را حسبه ای تلقی کنیم که مداخله قاضی را لازم دارد و بخشی از آن که روشن است، دخالت در امور غیب (افراد غایبی که حضور ندارند و نمیتوانند از حقوق خودشان دفاع کنند) و دخالت در امور قصر (جمع قاصرین یعنی محجورین کسانی مثل صغار، سفهاء مجانین)، اینها حسبه در حوزه قضائیات است. و از طرف دیگر امور راجع به متوفی که در آنجا مطرح شده مثلاً کسی که متوفی شده است چند نفر وارث دارد؟ که این در قانون گواهی انحصار وراثت میگویند که الان در زمره امور حسبی مطرح شده آیا لزوماً باید دخالت قاضی را بر بتابد و مداخله کند یا این که نه میتواند ماهیت حسبه داشته باشد؟ امروزه در مقررات ما امثال انحصار وراثت یا مهر و موم ترکه یا تحریر ترکه را در اختیار شوراهای حل اختلاف گذاشته اند که شورای حل اختلاف یک نهاد شبه قضایی است و در نتیجه کان مقنن به این سمت و سو میل پیدا کرده که این امور هم از امور حسبه ای است که ملازمه با قضای مصطلح ندارد بلکه شان آن، شان محتسبی است و محتسب میتواند اینجور کارها را انجام دهد لذا در ارتباط با محتسب و قاضی، محتسب یک حیثیت استثنائیه است که کاری که او انجام میدهد گرچه شان قضایی دارد اما به جهت این که یک منکر

ظاهر است در حدود مداخله در تنظیم بازار استثنا شده لذا این حسب به منای محتسبی خاص ماهیت قضایی از ریشه دارد ولی شرایط و بایسته های قاضی در اصطلاح قضا در آن لازم نیست.

پس رابطه اختیارات اینها عموم و خصوص است: قاضی در هر جا و هر موضوعی حق مداخله دارد 2 استلزام استحلاف و استلزام اقامه بینه و عدم استلزام، قاضی را محدود نمیکند به خلاف محتسب که از این جهت تغایر کلی دارند و وجه اشتراکشان این است که ماهیت هر دو ماهیت قضایی است و مداخله محتسب از باب استثنا مطرح شده است

والحمد لله رب العالمین

مقرر: سید حسن استاد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابى القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين

قال الصادق (عليه السلام): الا ان فى ايام دهركم نفحات الا فتعرضوا لها

به موجب این حدیث شریف برای انسان در طول مدت عمر گهگاهی نسیم هایی از رحمت الهی می وزد که برای متنعم شدن باید خود را در معرض آن قرار دهد وزش نسیم های خاص رحمت الهی همیشگی نیست و انسان باید مترصد باشد که از زمان خودش استفاده کند سابقا کشاورزانی که گندم، برنج یا جو می کاشتند باید منتظر می شدند بادی بوزد که این گندم و کاه از هم جدا شوند و این حدیث شریف می فرماید این نسیم ها گاهی می وزد و قطعاً برای تحصیل علم و دانش ایام شباب، ایام وزش این نسیم است که باید از آن استفاده ی بهینه شود.

بحثی که در این جلسات پیگیری میشود مبحث کتاب القضاء است اما با این ویژگی که تطبیق با حقوق موضوعه نیز بشود ما بعد از این که سالها با داوطلبان امر قضا حشر و نشر داریم و طلاب می آیند امتحان بدهند که وارد امر قضا شوند از مجرای حوزه مقدسه می بینیم که دوستان کتاب القضاء میخوانند ولی مقارنه ای با حقوق قضایی صورت نمیگیرد لذا کمتر آشنا به جوانب حقوقی مسئله هستند و مباحث فقهی را در حد متون فقهی قدیمی مستحضر هستند و این یک نقص است که لازم است حضرات مباحث فقه القضاء را مقارن با مباحث حقوقی آن ملاحظه کنند.

چند مقدمه:

1- جایگاه فقه القضاء در دانش فقهی کجاست؟

فقه های ما از قدیم در مناهج فقهی شروع به تبویب فقه کرده اند. از سلار دیلمی گرفته تا اعصار بعدی، یکی از منظم ترین تقسیم ها، تقسیمی است که محقق حلی در شرایع مطرح کرده است که متاخرین از ایشان از مبنای این تقسیم استفاده کرده اند: و آن عبارت است از تقسیم فقه، به فقه عبادات و فقه معاملات و فقه معاملات را

تقسیم کرده اند به فقه عقود و فقه ایقاعات و فقه الاحکام. یعنی در حقیقت برای مباحث فقهی تقسیم ثلاثی آورده اند؛ فقه عبادات فقه معاملات و فقه احکام. و خود فقه معاملات را تقسیم کرده اند به فقه العقود و فقه ایقاعات. تقسیم مرحوم محقق، تقسیم بر نفوذی بوده است که تا همین اواخر همین تقسیم مبنای تقسیم مباحث فقهی در فقه امامیه قرار گرفته است. منشا تقسیم در فقه اهل سنت تقسیم غزالی است که در حقیقت تقسیم چهارگانه فقه، به فقه عبادات، فقه معاملات، مهملات و منجیات است.

این تقسیمی که تقسیم محقق حلی رضوان الله علیه است، امروزه معاصرین از فقها متأثر از دانش حقوقی این تقسیم را توسعه داده اند، در تقسیم ثنائی اولاً فقه، فقه عبادات و فقه معاملات بمعنی الاعم است.

فقه عبادات آن است که در آن قصد قربت شرط است و هر عملی که در آن قصد قربت شرط است در حوزه عبادات قرار میگیرد. اما فقه عبادات در معنای اعمی قسیم صورت اول است یعنی هر آن چیزی که در آن قصد قربت شرط تحقق نباشد جزء فقه معاملات است در معنای اعمی آن، در این معنای اعمی فقه الجزاء و فقه القضاء و فقه سیاسی، اینها هم در زمره فقه معاملات واقع میشوند در حقیقت اگر بپرسند که مثلاً تدرء الحدود بالشبهات جایش کجای فقه است؟ شما در این معنا باید بفرمایید در معاملات است، حال آن که حدود ناظر به معاملات در معنای خاص کلمه نیست ولی در آن معنای اعمی چنین است. جزائیات اسلام سیاسیات اسلام (مثل قاعده نفی سییل، قاعده ولایت فقیه، قاعده امان مسلم) اینها همه در این مفهوم جزء معاملات واقع میشوند، یعنی فقه معاملات بالمعنی الاعم.

اما در این راستا دو اصطلاح دیگر وجود دارد، یکی معاملات بالمعنی الخاص و یکی معاملات بالمعنی الاخص، معاملات بالمعنی الخاص شامل عقود و ایقاعات و ضمانات میشود، یعنی در حقیقت قواعد عمومی باب عقود، مثلاً العقود تابعه للقصد جایش در معاملات بالمعنی الخاص است، لا يقع الايقاع الا منجزا جایش در معاملات بالمعنی الخاص است، همچنین مباحث ناظر به ضمانات، قاعده اتلاف و قاعده تسبیب و قاعده استیفاء جایش در معاملات بالمعنی الخاص است. یعنی مجموع عقود و مجموع ایقاعات و مجموع ضمانات، همه اینها روی هم معاملات بالمعنی الخاص را تشکیل میدهند.

اما معاملات بالمعنی الاخص شامل عقود معاوضی است یعنی هر جا که اولاً منشا حق عقد باشد و ثانیاً عقد، عقد معاوضی باشد در این اصطلاح جزء فقه معاملات بالمعنی الاخص شمرده میشود.

بنا برآنچه که عرض شد فقه القضاء بخشی از فقه معاملات در معنای اعمی کلمه است یعنی فقه معاملی بالمعنی الخاص یا فقه معاملی بالمعنی الاخص نیست و چون قصد قربت در آن دخیل نیست، در زمره معاملات شمرده شده است نه این که در مفهوم معاملات در معنای خاص کلمه یا اخص کلمه قرار داشته باشد.

اینجا باید توجه داشته باشید که فقه القضاء با فقه الجزاء متباینین هستند، اینها یک چیز نیستند. گاهی برخی تصور میکنند وقتی گفته میشود فقه قضاء هذا يشمل الجزائيات، این چنین نیست. تفاوت این دو در این است که هر گاه سخن از فقه قضاء میشود این معادلش در دانش حقوقی آیین های دادرسی است یعنی مقررات شکلی، و هرگاه حرف از جزائیات میزنیم معادلش در حقوق جزاء مثل قانون مجازات اسلامی است. در فقه مثلاً میگوییم السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما این مال فقه الجزاء است، گاهی گفته میشود تدراء الحدود بالشبهات این مال فقه الجزاء است. الزانیه و الزانی فاجلدوا مربوط به فقه الجزاء است. اما اگر گفته شود قاضی که میخواهد محاکمه کند چه شرایطی باید داشته باشد؟ محاکمه چگونه باید باشد؟ محاکمه غیابی جایز است یا حرام است؟ اخذ تأمین چه صورتی دارد؟ جایز است یا جایز نیست؟ قسم دادن کسی که مرتکب امر کیفری شده درامر اثبات چه صورتی دارد؟ موقعیت بینه در اثبات و اقرار در اثبات چیست؟

پس بنابر این فقه القضاء متکفل مباحث آیین دادرسی است یعنی به تعبیر امروزی مقررات شکلی است نه این که سارق مجازاتش چیست؟ یا مثلاً زانی و شارب الخمر مجازاتشان چیست؟ که متکفل از این موارد فقه الجزاء است. و خود فقه الجزاء تقسیم میشود به: فقه الحدود، فقه التعزیرات، فقه القصاص و فقه الدیات که این موارد روی هم فقه الجزاء است که قوانین ماهوی جزایی در انجا مطرح میشود. یعنی در حقیقت فقیه وقتی که در مقام افتاء قرار میگیرد هرگاه بگوید مجازات فلان عمل فلان جزاء است دارد از فقه الجزاء حرف میزند، هر گاه بگوید اوصاف قاضی، نحوه دادرسی، چگونگی محاکمه، چگونگی تعقیب و تحقیق، چگونگی اصدار حکم، تجویز رسیدگی غیابی، نحوه اجرای حکم چگونه باید باشد؛ دارد از فقه القضاء صحبت میکند نه از مباحث ماهیتی جزایی، پس باید این موضوع در ذهنتان باشد که فقه القضاء قسیم است برای فقه الجزاء و قسیم است برای فقه عبادی، و قسیم است برای فقه سیاسی که مقوله اینها از هم مختلف و متفاوت است نه این که یک معنای اعمی داشته باشد و شامل جزائیات هم بشود.

اما به نسبت جایگاه مبحث فقه القضاء در دانش حقوقی، مباحث دانش حقوقی تقسیم میشود در تقسم اول به حقوق موضوعه و حقوق غیر موضوعه؛ مراد از حقوق موضوعه آن بخشی از دانش حقوق است که در یک مرجع تقنینی به تصویب رسیده باشد. یک مرجعی به عنوان مرجع مقننه اگر مصوباتی را تصویب کند خروجی آن مصطلحاً حقوق موضوعه یا مثبت است. و اگر چنانچه چیزی بخشی از دانش حقوقی هست ولی ارتباط با حقوق

وضعی ندارد به آن غیر موضوعه میگویند. فرض بفرمایید که مقررات و قوانین ناظر به قانون مجازات اسلامی، قانون مدنی، آیین دادرسی مدنی، آیین دادرسی کیفری که مصوب مجلس شورای اسلامی است. اینها در اصطلاح جزء حقوق موضوعه هستند. ولی چنانچه چیزی جزء دانش حقوق هست اما ربطی به دانش تقنین ندارد مثل این که شما در رساله سطح چهار یا دکتری یک بحثی را راجع به مباحث حقوقی مطرح میکنید، تحقیق میکنید و آخر هم استدلال میکنید که قانونگذار در این جهت که ساکت است باید مثلاً قانونی تصویب بشود که این دکترین حقوقی و دانش حقوقی است اما جزء حقوق موضوعه نیست. یا مثلاً شما حقوق ایران را با حقوق فرانسه تطبیق میدهید، مقایسه میکنید، به نحو مقارن، خروجی آن که حقوق تطبیقی است جزء علم حقوق هست ولی بخشی از حقوق موضوعه نیست.

خوب این تقسیم اول بود اما در تقسیم دوم خود حقوق موضوعه یا داخلی است یا بین المللی است به اعتبار این که مرجع تقنین یکی از این دو است، اگر یک مقرراتی را در حوزه بین الملل تصویب کردند (سازمان ملل مثلاً) نتیجتاً این حقوق بین الملل است، اما اگر نه مثلاً مجلس ما در ایران تصویب کرده باشد و نفوذ آن در خود ایران باشد داخلی است، پس حقوق موضوعه یا داخلی است یا بین المللی.

هر یک از حقوق بین الملل و داخلی هم یا عمومی هستند یا خصوصی، در حقوق بین الملل عمومی از روابط بین دولتها و سازمانهای دولتی گفت و گو میشود و حقوق بین الملل خصوصی ناظر به حقوق اتباع، تعارض دادگاهها، تعارض قوانین و امثال اینها است. اما در حقوق داخلی، حقوق داخلی عمومی موضوعاتی مثل حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق کار، حقوق جزاء، آیین دادرسی کیفری، در حقوق داخلی عمومی است. اما در حقوق داخلی خصوصی مثل حقوق مدنی، آیین دادرسی مدنی، قانون تجارت و امثال اینها در حقوق داخلی خصوصی است.

مباحثی که ناظر به قضاء است، بخشی از آن در آیین دادرسی مدنی مطرح است، و بخشی هم در آیین دادرسی کیفری مطرح است در حقیقت یک تشقیقی در دانش حقوقی هست که در فقه ما مسبوق به سابقه نیست، و آن تمیز و تفریق بین آیین دادرسی است. یکی آیین دادرسی کیفری و یکی آیین دادرسی مدنی، در آیین دادرسی کیفری گفته میشود دادگاهی که به امور جزایی مربوط است قاضی چه شرایطی باید داشته باشد؟ دادگاهش چه شرایطی باید داشته باشد؟ ادله اثباتش چه چیزهایی خواهد بود؟ انواع رسیدگی در آن کدامند؟ محاکماتش بر چه موازینی خواهد بود؟ چگونه حکم صادر شود؟ چگونه اجرا شود؟ اما در آیین دادرسی مدنی به مباحثی که میگویند ماهیت جزایی ندارد پرداخته میشود، مثل مطالبه دین و مباحث نسب و مباحث خانواده و نکاح و طلاق و واریث و امثال اینها در دادگاهی که به این امور رسیدگی می کند قاضی چه اوصافی داشته باشد؟ اصدار حکمش چه شرایطی دارد؟ اجرای حکمش به چه نحوی است؟. لیکن اما ما در اسلام تشقیقی بین آیین دادرسی مدنی و آیین

دادرسی کیفری نداریم بلکه مجموع من حیث المجموع ملاحظه شده تحت عنوان شرایط قاضی، اوصاف قاضی، آداب القضاء، احکام ناظر به دادرسی، احکام اصدار حکم و احکام ناظر به اجرای حکم. این تحقیق و تفریع در دو آیین دادرسی، ویژه دانش حقوقی است و در دانش فقه اسلامی مسبوق به سابقه نیست و بنابر این فقه القضاء امروزه معادل است با آیین دادرسی (بدون قید) شیوه رسیدگی در محاکم، مقررات شکلی حاکم بر دادگاه و قاضی، نحوه رسیدگی، ادله اثبات، اصدار حکم و اجرای حکم.

پس امروزه فقه القضاء شامل چه عناوینی است؟

معادل است با آیین دادرسی که شامل احکام ناظر به اوصاف قاضی، شرایط دادگاه، نحوه دادرسی، آداب القضاء و ادله اثبات دعوا و همچنین شامل آداب و احکام اصدار حکم و اجرای احکام باشد. مجموع اینها در مصطلحات جدید در آخرین تغییراتی که ما امروزه در مباحث آیین دادرسی داریم نامیده میشود به فقه القضاء.

این تغییرات در تقسیم بندیها فی الواقع از جهتی دسترسی ما را مباحث مورد نظر در متون فقهی راحت تر میکند. من اینجا چند آدرس ذکر میکنم چون مباحثاتی که اینجا میشود عمده اش این است که رفقا باید خودشان به منابع مراجعه کنند برای تحقیق. در باب تبویب فقه اسلامی آنچه که عرض کردیم، مراسم جناب سار ابن عبدالعزیز دیلمی در صفحه 28، همچنین مذهب قاضی عبد العزیز ابن براج صفحه 123، غزالی در احیای علوم دین جلد یک در صفحه 3، مرحوم محقق علیه الرحمه در شرایع جلد یک صفحه 19 و صفحه 163 و جلد 2 صفحه 52 و صفحه 135، علامه در تحریر جلد 1 صفحه 4 و 158، مرحوم نایینی در منیه الطالب جلد 1 صفحه 33، مرحوم امام در تحریر جلد 2 صفحه 52 و 123.

تقسیماتی که امروز در تبویب فقه مطرح شده که تطوراتی پیدا کرده تا به امروز اینها در این منابعی که عرض کردیم قابل برای جست و جوی محققین و متتبعین است که انشاءالله مراجعه داشته باشید.

نکته دیگری که مطرح است، بعضی از معاندین شبهه میکنند که اصولا اسلام چیزی به عنوان آیین دادرسی ندارد، آیا اصلا اسلام مباحث قضاء دارد تحت عنوان آیین دادرسی، که شما از آن تحت عنوان فقه القضاء بحث کنید؟ پاسخ روشن است از صدر اسلام تا الان در بین مسلمین قضاوت جریان داشته و آداب القضاء مطرح بوده است الان ما کتابهای فراوانی داریم تحت عنوان ادب القضاء، آداب القضاء، ادب الحکم، آداب الحکم که درحقیقت پیرامون آداب القضاء در اسلام به رشته تحریر در آمده و تطورات آیین دادرسی در بین مسلمان ها در کتابهای مختلفی آمده که من چند تا را بیان میکنم؛ کتاب التراتیب الاداریه نوشته عبد الحی کتانی (میتوانید به عنوان رساله سطح 4 تطورات دادرسی در اسلام را انتخاب کنید که چه تغییراتی از صدر اول تا به امروز در قضا امروزی شکل گرفته

است)، الطبقات الكبرى محمد ابن منيع ابن سعد همچنين انساب الاشراف و اخبار القضاة، تاريخ بغداد از خطيب بغدادی تاريخ عثمانی که از نويسندگان ترک عثمانی اسماعيل اوزن چارشی اوغلی و سياست و اقتصاد عصر صفوی از محمد ابراهيم باستانی و کتابهای ديگر که از صدر اول حکايت ميکند تا امروز که ما در اسلام چيزی به نام دادگاه و قاضی داشتيم شرايط دادرسی داشتيم. کسی که می آمد در دادگاه ملاک تمیز مدعی چه بوده، منکر چه کسی بوده، اول چه کسی حرف بزند، قاضی چگونه می شنيد، جای قاضی چگونه بود، قاضی بايد چه نحو تعامل با اصحاب دعوا ميکرد، چگونه صحبت ميکرد چگونه جواب آنها را می شنيد، و در اوضاع و احوال قضا و دادرسی و آداب آن مفصلا در تاريخ اسلام گزارشات مفصلي به ما رسيده است و در حقيقت اين امر قابل کتمانى نيست که کسی بگويد ما در اسلام آيين دادرسی نداريم. پس قطعاً اصول و قواعد کلی ناظر بر دو آيين دادرسی در فقه اسلامی موجود است. بله اگر منظورشان اين است که شکل فعلی و مدونی که در قوانين امروزه مطرح است نداريم خوب بله بشر در راستای پيشرفت زمان مقرراتی را بسط داده و ضروری دانسته که مطرح کند که اينها توسعه و گسترشی است که صورت گرفته و اين تفريعات رخ داده است که قابل اتخاذ از اصول کلی که در مباحث آيين دادرسی اسلامی مطرح است بوده و تفريع هم موافق با آن کلیات ممکن مورد دفاع در فقه اسلامی قرار بگيرد و بناءً علی هذا اصل اينکه 1- آيين دادرسی در اسلام هست 2- گسترش آن به وضع امروزی مورد ملاحظه در فقه هست در اين کلامی نيست و اصل مطلب امر مسلمی است.

يکی دو جمله در رابطه با یک مقدمه آخری عرض کنم و آن اهميت مسئله قضا میباشد.

خطير بودن امر قضا آنقدر زياد است که تعبير حضرت امام (ره) اين است که: يحرم القضا بين الناس ولو في الاشياء الحقيره اذا لم يكن من اهله اگر کسی اهليت برای تصدی قضا را نداشته باشد اين تصدی براو حرام است حتی اگر در اشياء حقيره باشد. اگر کسی قضاوت کند بدون اينکه اهليت داشته باشد تکليفا مرتکب فعل حرام شده است. فلو لم ير نفسه مجتهدا عادلا جامعاً لشرايط الفتوا والحكم حرم عليه تصديه، اگر آن شرايطی که برای قاضی مطرح است در شخص نيست و شخص خودش ابصر از ديگران نسبت به نفس خودش هست اگر آن شرايط را ندارد تصدی امر قضا بر او حرام است و ان اعتقد الناس اهليته حتى ا گر ديگران خیلی تعريف کنند. نتيجه اين ميشود طلبه فاضل و محترم اگر حتی در امتحانات هم شرکت کردی و نمره خوب هم گرفتی اما خودت ميدانی که برای قضا اهليت نداری، حال جهات نفاسانی است مثل وصف عدالت و ملکه نفاسانی يا جهات ديگر، قضا بر شما حرام است و اين نشان از خطير بودن امر قضا دارد. گرچه از آن طرف هم هست مثلاً اگر چنانچه من به الکفايه نباشد و اين شخص خود را صالح برای اين امر ميداند اگر متعين نباشد کار به وجوب کفايی هم خواهد رسيد. ولی فی

حد نفسه فقهای ما فرموده اند که اگر چنانچه من به الکفایه هست کراهت دارد که انسان امر قضا را انتخاب و اختیار کند.

و الحمد لله رب العلمین

مقرر: سید حسن استاد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابى القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين

در آستانه سالروز موالید مبارکه رسول گرامی اسلام صلی الله علیه وآله و امام صادق علیه السلام هستیم که این مناسبات را خدمت شما فضلاء تبریک و تهنیت عرض میکنم.

کلام در این بود که قضاوت صغیر ممیز چه حکمی دارد؟ و گفته شد ممکن است به برخی از اطلاقات ادله، برای اثبات جواز تمسک شود. و از جمله آنها مقبوله عمر بن حنظله بود که متن حدیث بیان شد و در سلسله سند آن عرض کردیم که جناب محمد بن یحیی و محمد بن الحسین هر دو ثقه هستند و نسبت به محمد بن عیسی تردید بود بین محمد بن عیسی الاشعری و محمد بن عیسی بن عبید یقطین. که اگر مراد محمد بن عیسی الاشعری باشد ثقه است اما اگر مراد محمد بن عیسی بن عبید یقطین باشد هم موثق و هم مضعف داشت که منشا تضعیف او مبنای ابن ولید بود که ما قبول نکردیم. بنابر این از جهت این راوی هم تردیدی نداریم. نسبت به داوود بن الحصین عرض شد که تضعیف او به جهت واقفی بودن بود که به حیث مبنا اخلاقی به وثاقت او نمیشود.

عمر بن حنظله:

در رجال نجاشی، علامه و شیخ طوسی توثیقی ندارد ولی مرحوم شهید ثانی در کتاب الرعایه ایشان را توثیق کرده است.

برای توثیق ایشان مؤیداتی را ذکر کرده اند و با توجه به این که این مقبوله از جهات زیادی به کار می آید و نباید از حیث اسناد ابهامی در آن وجود داشته باشد مؤیدات را بیان میکنیم:

مؤید 1: تأییدی که در روایت امام صادق علیه السلام نسبت به خود این شخص وارد شده است: کافی جلد 3 صفحه 275 که مضمونش این است: که ابن حنظله بر ما دروغ نمی بندد که حکایت از این دارد که این شخص نزد امام مورد اطمینان است اما برای این که این حدیث بتواند مؤید عمر بن حنظله باشد باید سنداً تمام باشد اما در سند این حدیث یزید بن خلیفه قرار دارد که باعث ضعیف این روایت می شود پس روایت ضعیف نمیتواند موجب اثبات وثاقت عمر بن حنظله باشد. اما در مباحث رجالی گاهی جهات دیگری به تأیید روات نقل میشود مثل اینکه کسی از اصحاب اجماع یا مشایخ از آنها روایت نقل کنند یا اکثر روایتی که اجلاء اصحاب داشته باشند. که نسبت به یزید بن خلیفه این حرف مطرح است یعنی اگر چه توثیق ندارد ولی صفوان که از اصحاب اجماع است از او نقل روایت کرده و ثانیاً اجلاء (شخصیتهای بزرگ روایی) از او روایت نقل کرده اند هرچند از اصحاب اجماع نبوده اند. پس حدیث نسبت به یزید بن خلیفه مقبوله تلقی میشود و بالنتیجه بر مبنای روایتی که عرض شد وثاقت عمر بن حنظله درست میشود.

مؤید 2: روایتی که در تهذیب جلد 3 صفحه 16 که امام صادق علیه السلام خطاب به عمر بن حنظله میفرمایند: انت رسولی الیهیم یعنی حضرت عمر بن حنظله را پیغام رسان به سوی دیگران قرار داده اند، و انسان تا شخصی را موثق نداند او را حامل پیام قرار نمیدهد پس حضرت او را موثق می دانسته اند. سند حدیث مورد خدشه قرار نگرفته است اما ممکن است به دلالت اشکال شود که صرف رسول امام بودن دلالت صریح بر وثاقت ندارد که در جواب میگوییم که لازم نیست صریحاً دلالت کند و دلالت فی الجمله کفایت میکند چون کلام در مؤید بودن است نه دلیل بودن.

موید 3: اجلاء از عمر بن حنظله روایت نقل کرده اند مثل زراره و محمد بن ابی عمیر، که این بزرگان از هر کسی روایت نقل نمیکنند.

موید 4: روایتی که در کافی جلد 8 صفحه 275 است که امام صادق علیه السلام خطاب به عمر بن حنظله فرمودند
یا عمر لا تحملوا علی شیعتنا و ارفقوا بهم فان الناس لا یحملون ما تحملون...

در توضیح این روایت مطالبی باید عرض شود: اولاً مناہج شیعه وقتی مورد مطالعه قرار میگیرد گاهی گفته میشود که ما باید مناہج شیعه را از زمان عصر حضور ائمه حساب کنیم (عصر غیبت صغری تا برسد به مدرسه شیخ اعظم و محقق وحید بهبهانی تا...) که بعضی استبعاد و استعجاب میکنند که بررسی کردن این مناہج اجتهادی در زمان حضور معصوم چه وجهی دارد؟

جواب؟ اولاً مجتهدین زمان معصوم علی ضربین: 1- مجتهدینی که مشرب کلامی داشتند که به غیر از حدیث مباحث عقلی و کلامی را دخیل می کردند 2- مجتهدینی که فقط بر اساس روایت حکم میکردند که این گروه مجتهدین بعضاً گروه اول را تکفیر میکردند. در حالی که هردو از پیروان ائمه علیهم السلام بودند.

ثانیاً اعتقاد خود اینها به ائمه علیهم السلام یکسان نبوده است. گاهی بعضی از اصحاب امام را به عنوان جانشین پیامبر صلی الله علیه وآله قبول داشته اما در مسائل شرعی از امام میخواستند که اجتهاد کند و جواب دهند یعنی امام بگوید لان الله تعالی قال فی محکم کتابه کذا و کذا و این که امام حجت من عند الله باشند را قبول نداشتند و حتی در عصمت و علم غیب هم مختلف فکر میکردند.

با توجه به این نکته امام که میفرمایند ای عمر به شیعیان سخت نگیرید یعنی اگر تو چیزی را فهمیدی این طور نیست که همه بفهمند، از این فهمیده میشود که ابن حنظله از نظر امام اهل فهم و تعمق و استدلال است که مردم دیگر اینها را نمی فهمند یعنی له رتبه من الرواتب و شان من الشئون و مثل بعضی از شیعیان لازم نبود که امام علیه السلام حدیث را به نحو معنعن برایش نقل کنند. روزی امام صادق علیه السلام در جلسه درس فرمودند

قال رسول الله صلى الله عليه وآله، که به امام اشکال گرفتند که چرا سند حدیث را نقل نمیکنید؟ و امام در جلسه بعد فرمودند قال الله تبارک و تعالی. یعنی ما خاندانی نیستیم که از ما سند بخواهید. این یعنی فرموده امام صادق علیه السلام بر ما حجت شرعی است. صرف نظر از اینکه از کجا فرموده باشند.

به عبارت دیگر دلیل عبارت است از:

- 1- دلیل اقتناعی: مثل این که امام صادق علیه السلام بفرمایند قال الله تبارک و تعالی که برای من شیعه که اعتقاد به عصمت دارم دلیل اقتناعی است ولی خصم را ساکت نمیکند چون برهان نیست.
- 2- دلیل برهانی: دلیلی که خصمین به آن ملتزم هستند، مثلاً آیات قرآن و روایات نبوی که هم شیعه و هم اهل تسنن به آن اعتقاد دارند
- 3- دلیل اسکاتی: دلیلی که خصم به آن ملتزم است ولی ما ملتزم نیستیم و برای ساکت کردن خصم بیان شده است.

حال توصیه امام صادق علیه السلام به ابن حنظله این است که با بعضی از شیعیان ما که حرف میزنید به نحو برهان حرف بزن نه به نحو اقتناعی و نه چیزهایی که تو پذیرفته ای و آنها نپذیرفته اند و چه بسا حرف حضرت بیان این باشد که در جامعه اسلامی و خصوصاً بین خود شیعیان اختلاف درست نشود. علی ای حال امام علیه السلام به ابن حنظله میفرمایند هر چیزی را که خودت بلدی که آن مراتب بالای کلامی و مطالب دقیق است که فهم عمومی طاقت آنها را ندارد را لازم نیست بیان کنی و آنها را بگذار برای اهلش باشد که معلوم میشود ایشان نزد امام انسان برجسته ای بوده است. که روی این مبنا، این هم یک مؤید برای عمر بن حنظله است.

باتوجه به این مؤیدات در مجموع وثاقت عمر بن حنظله ثابت میشود و بر همین اساس وقتی نظرات حضرات فقها مثلاً مرحوم امام را ملاحظه میکنیم، ایشان در کتاب بیعشان جلد (2 صفحه 638) میفرمایند: علی الأقل این هست که این حدیث به حیث سند حسنه است والا باید گفت که موثقه است، و همچنین مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب و میرزای نایینی در منیه الطالب و محقق اصفهانی در بحوث فی الأصول و حاشیه مکاسب و دیگر اعلام

از این حدیث به مقبوله تعبیر کرده اند و معنای مقبوله این است که با فن رجال و بحث و مباحثه اعتبارش حاصل میشود هرچند با نظر اول مشکل داشت. مرحوم سید خویی (رض) هم که ابتدائاً در مقبوله بودن این روایت تردید دارند متعاقباً در المستند که شرح عروه است در کتاب الصوم جلد 2 صفحه 88 از حدیث تعبیر به مقبوله عمر بن حنظله کرده اند لذا فقهای ما با حدیث تعامل حدیث صحیح کرده اند که به نظر میرسد در حقیقت اگر داوود بن الحصین در سند حدیث نبود حدیث صحیحه بود چون داوود بن الحصین واقفی است پس حدیث موثق است و علی المبنا که واقفی بودن محل نیست بنابراین اعتبار سندی حدیث تمام است.

دلالت حدیث:

ظاهراً دلالت حدیث بر مدعا ثابت نیست چون لفظ «من کان» که در حدیث آمده و میخوایسته اند از اطلاق آن استفاده کنند و بگویند اطلاق لفظ «من» برای اثبات قضاوت صغیر نیز استفاده میشود ولی این استدلال از جهاتی قابل قبول نیست چون أخذ به اطلاق اولاً منوط به فقدان منشأ انصراف است یعنی مثلاً اگر من به شما بگویم شخصی را بین خودتان حکم قرار دهید شما هیچگاه به ذهنتان خطور نمیکند که یک بچه 9 ساله را حکم قرار دهید لذا در مورد غیر صغیر انصراف در ذهن است. و ثانیاً در احادیث مشابه مثل مشهوره ابی خدیجه لفظ رجل آمده است، (ینظران الی رجل منکم) و رجل ظهور در مرد بالغ دارد.

بالاخره این که منصب قضاء که از مناصب خطیره است و ما در مورد صغیر گفتیم که در مسائل خودش حق مداخله ندارد در حالی که گفته میشود الناس مسلطون علی اموالهم ولی در مورد صغیر گفته میشود لایجوز ان یشتری لنفسه چگونه میتوان گفت یجوز أن یشتری من قبل الناس ولایتا عنهم. پس به طریق اولی کسی نمیتواند قائل به جواز قضاوت او شود

لذا اطلاق حدیث بر مدعایی که مدعی می خواست ثابت کند ثابت نیست چون أخذ به اطلاق ثابت نیست ضمن این که در معنا کردن روایات باید فهم عرفی مخاطب را هم در نظر بگیریم و مخاطب از کلام امام علیه السلام نمی فهمد که امام در مقام بیان این بوده که هر شخصی ولو صغیر و مجنون و فاسق میتواند قاضی باشد. و این که امام

عليه السلام در مقام بيان شرايط قاضی نيستند و امام ميخواهند بگويند كه قاضی كه شما انتخاب ميكنيد از حكومت طاغوتي بني اميه و بني عباس نباشد و از خودتان باشد.

والحمد لله رب العالمين

مقرر: سيد حسن استاد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابى القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين.

کلام در این بود که آیا صغیر ممیز می تواند قضاوت کند یا نه و ادله ای را برای اشتراط بلوغ مطرح فرمودند:

دلیل 1- لایجوز قضاء الصغیر ولو کان مراهقا لانه مسلوب العبارة. سلب عبارت یعنی قصد از او متمشی نمیشود و عرض کردیم که نمیتوان گفت به کلی مسلوب العبارة است چون اسلام و صوم و صلاه و احرام صغیر که در حوزه عبادات مطرح است جایز است و حتی بنابر بعضی مبانی علی الأقوی یجوز وصيته و تدبیره و عتقه إذا بلغ عشرة. که اینها با مسلوب العبارة بودن جمع نمیشود

دلیل 2- لایجوز قضاء الصغیر ولو کان مراهقا لانه مرفوع القلم. یعنی دخالت صغیر در کارهای خودش هم مسموع نیست چه رسد به کارهای دیگران. در زمینه اثبات رفع القلم ادله ای مورد استناد قرار گرفته است که در حقیقت چند دسته روایت است که عمدتا در باب جزائیات اسلام آمده اند:

دسته اول روایات: عمد الصبی و خطأه واحد

دسته دوم روایات: عمد الصبی و خطأه واحد تحمله العاقله

دسته سوم روایات: عمد الصبی و خطأه واحد تحمله العاقله و رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم.

که این روایات در باب دیات مطرح شده است و مضمون این حدیث در نبوی شریف هم آمده که در صحاح اهل تسنن این روایت در کتاب الحدود آنها مطرح شده: رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم و عن المجنون حتی یفیک و عن النائم حتی یتیقظ.

و روایتی از امیر المؤمنین علیه السلام که نقل امامی هست میفرمایند: رفع القلم عن الثلاثه عن الصبی حتی یحتلم و عن المجنون حتی یفیک و عن النائم حتی یتقیظ. روایاتی که به این مضمون است مستفیض است و روایات مستفیضه هم فی الجمله نیاز به بررسی سندی ندارند.

از حیث دلالت: که میگوید رفع القلم شده از صبی حتی یحتلم.

چند اصطلاح:

- 1- صغیر: یعنی کودک، صبی هم یعنی کودک و یتیم هم به معنای صغر است و یتیم هم به معنای صغیر است
- 2- صغیر ممیز: یعنی صغیری که به مرتبه ای از ادراک رسیده که خوب و بد را تشخیص میدهد که اماره سنی تمیز به حسب بعضی روایات 10 سالگی است البته برای پسر چون دختر قبل از 10 سالگی به بلوغ رسیده است
- 3- مراهق: اگر مشرف به بلوغ باشد.

حال اگر به روایت توجه کنید روایت میفرماید رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم که در آن بحث مرز تمیز و عدم تمیز و مراهق بودن یا نبودن در آن مطرح نیست و رفع القلم تا زمان احتلام است و تفاوتی در آنها نیست.

بله اگر چنانچه زود تر از پانزده سال قمری محتلم شد ملاک رفع یتیم و صغر، احتلام است در غیر این صورت زمانی حکم به رفع صغر از او میشود که اماره سنی که پانزده سال است برسد.

در مقابل قول مشهور (که تفاوتی بین تمیز و عدم تمیز و مراهق و عدم مراهق قائل نیست) قول شیخ طوسی علیه الرحمه است که در مباحث راجع به قصاص میفرمایند: إنّ الصغیر اذا بلغ عשרا او بلغ خمسة اشبار اقتص منه و اقیم علیه الحدود التامه، که مضمون این فتوا این است که اگر پسر بچه ده سالش شده باشد یا قد او به پنج وجب رسیده باشد قصاص میشود و همچنین حدود تام بر او جاری میشود.

در این کلام 2 اماره برای تمیز وجود دارد:

- 1- رسیدن به سن ده سالگی
- 2- بلوغ به خمسة اشبار

مستند ادعای دوم روایتی است که در مورد قضاوت های حضرت امیر علیه السلام نقل شده است که به موجب این حدیث یک مرد و یک زن را خدمت حضرت آوردند که زمانی که ازدواج کرده بودند زن از شوهر قبلی خودش

پسری داشت و مرد با نا پسری خود لواط ایقابی کرده بود که بعد از اقامه شهود اربعه حضرت امر فرمودند به این که مرد با ضربات شمشیر کشته شود و پسر بچه هم به خاطر تطوع (تمکین از این عمل) تعزیر شود و در ادامه روایت بیان میکند که حضرت فرمودند که پسر بچه هم اگر قدش به پنج وجب برسد حد تام بر او جاری میشود.

فقههای بزرگوار علاوه بر تضعیف سندی دو جهت را برای عدم پذیرش دلالتی مطرح فرموده اند: 1 دلالت عقل قطعی و مسلم خلاف این را میگوید و ملاک تمیز خوب از بد که میتواند ملاک توجه مجازات یا عدم مجازات باشد به خمسه اشبار چه ارتباطی دارد. 2 موضوع در قضایای قضاوت حضرت مطرح شده و آن چه در قضاوت ها آمده به تعبیر علما هذه قضیه فی واقعه است یعنی این یک مورد خاصی بوده که حضرت از تمامی جهات مسئله آگاهی پیدا کردند و چنین حکمی را داده اند و نسبت به جاهای دیگر این خصوصیات قابل احراز نیست تا ما بتوانیم در مسائل فقهیه مبنای فتوا قرار دهیم.

نسبت به ادعای اول هم فقها میفرمایند اینکه بخواهد حدود تامه بر شخص ده ساله جاری شود مبنا ندارد. بلکه از اسماعیل بن جعفر یک نقلی رسیده است که آن نقل هم تمام نیست چون به معصوم ختم نمیشود که همانطور که قبلا اشاره شد آن روایت استنباط جناب اسماعیل بن جعفر است که میفرماید چون نبی اکرم صلی الله علیه و آله در پایان نه سالگی با ام المومنین عایشه مواجهه داشته اند معلوم میشود که ده سالگی سن رفع صغر است و پسر را با دختر قیاس کرده و گفته که سن ده سالگی در پسر هم خصوصیت دارد و موجب ترتب آثار تمیزات.

علی ای حال کلام در این است که روایتی که از خود حضرت صلی الله علیه و آله نقل شد (رفع القلم عن الثلاثه: و عن الصبی حتی یحتلم) که میفرماید رفع القلم از صبی تا زمان احتلام است و ملاک ده سالگی یا سن تمیز نیست و یا اینکه به 15 سالگی برسد که اماره سنی بلوغ است و در نتیجه میگوییم شخصی که هنوز محتلم نشده مرفوع القلم است و در نتیجه که خودش نمیتواند مسئول اعمال خودش باشد چطور میتواند مسئول کارهای دیگران باشد.

اشکالاتی به این استدلال شده است:

1- گفته اند حدیث رفع القلم تکلیف را برداشته است مثل نماز و حج و روزه اما اگر قضاوت متعلق تکلیف شرعی باشد یعنی اینکه کلام در این باشد که آیا واجب است یا نه، حرام است یا نه میگوییم صغیر، چون از او رفع القلم شده حتی اگر من به الکفایه ای برای قضاء نباشد وجوب تکلیفیه متوجه او نیست. اما بین حکم تکلیفیه و اثر وضعی ملازمه ای نیست اینجور نیست که هر جا وجوب نبود نفوذ هم نباشد و ممکن است بگوییم قضاوت واجب نیست اما نافذ است. ممکن است چیزی تکلیفا حرام باشد ولی باطل نباشد مثل بیع وقت النداء: یا ایها الذین آمنوا

إذا نودی للصّلاه من یوم الجمعة فاسعوا الا ذکر الله و ذروا البیع. که خرید حرام است ولی اثر وضعی که انتقال مالکیت است بار میشود. یا بر عکس مثلاً صیغه بیع جاری شده ولی موالات بین ایجاب و قبول نیست یا تطابق بین ایجاب و قبول نیست که در این صورت بیع باطل است ولی حرمت تکلیفیه ندارد. و گاهی باهم جمع میشوند مثل بیع ربوی که هم حرمت تکلیفیه دارد و هم اثر وضعی آن بطلان است نتیجتاً بین حکم تکلیفی و اثر وضعی ملازمه نیست

پاسخ:

درست است که بین حکم تکلیفی و اثر وضعی ملازمه نیست و در جای خود حرف درستی است اما در مانحن فیه برای عدم نفوذ دلیل خاص وجود دارد یعنی علاوه بر حکم تکلیفی حکم وضعی برداشته شده است. با بیان این که در مورد بیع و شراء و وقف و... نافذ نیست لآنه مرفوع القلم یعنی این رفع القلم فقط قلم تکلیف را بر نمیدارد و اعم از تکلیفیه و وضعیه است اما این تعمیم به جهت وجود تلازم نیست که اشکال مطرح باشد بلکه به جهت نصوص است.

بنابر این وقتی نفوذی برای بیع و شراء کودک در اموال خودش نیست چگونه میتوان گفت مصادره تمام اموال یک شخص دیگر توسط او نافذ باشد.

2- اشکال دوم به مرفوعیت قلم نسبت به صغیر: گفته اند که این رفع القلم مربوط به ابواب جزائیات اسلام است که می فرماید عمد الصبی و خطاه واحد تحمله العاقله و رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم و شما چگونه می خواهید رفع القلم را که رافع مسئولیت کیفری کودکان است را تعمیم بدهید به ابواب دیگر و بگویید اهلیت استیفاء در مورد اطفال مورد اشکال واقع میشود در حالی که اهلیت استیفاء یک چیز است و مسئولیت کیفری (یعنی اگر شخص مرتکب جرم شد بشود او را مجازات کرد چیز دیگر (درفقه اهل بیت علیهم السلام از استیفاء و اهلیت تمتع به وصف کمال تعبیر میشود که اهلیت استیفاء یعنی صلاحیت اعمال حق که شامل بلوغ و عقل و اگر موضوع معاملات مال باشد وصف رشد میشود و اهلیت تمتعیه یعنی صلاحیت شخص که دارای حقی بشود که به حیث مقتضی زنده به دنیا آمدن است و موانع آن مواردی مانند ارتداد است).

جواب اشکال:

آنچه که مرحوم شیخ اعظم مفصلاً در مکاسب در بخش بطلان عقد الصبی فرموده و وجه تعمیم را هم بیان فرموده است اما به طور خلاصه اولاً این احادیث علی ضربین که بعض از آنها ربطی به حوزه جزائیات ندارد و ثانیاً خود روایت عمد الصبی و خطاه واحده تحمله العاقله و رُفِعَ القلم عن الصبی حتی یحتلم ذیل این حدیث به شکل قضیه

کلیه است نه موجه جزئی و در حقیقت میگوید بچه قصاص نمیشود و دیه کار او را هم باید عاقله بپردازد و ذیل حدیث به حیث تحلیل است چون کودک مرفوع القلم است یعنی مرفوع القلم بودن دلیل این مصادیق و ما شابه ذلک است نه این که صرفاً در جایی که موضوع جزاء مطرح باشد کودک مرفوع القلم است.

بنابر این با دفع این دو اشکال به نظر میرسد که ما به دلیل مرفوع القلم بودن اصل این که قلم تکلیف و وضع از کودک برداشته شده می پذیریم. ضمن این که ما علی المبنی قائلیم که چون در ما نحن فیه اصل عدم ولایت که اثبات خواهیم کرد جریان دارد نتیجتاً کسی که بخواهد ولایت صغیر ممیز را اثبات کند باید دلیل اقامه کند چون خلاف اصل ادعا میکند.

والحمد لله رب العالمین

مقرر: سید حسن استاد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابى القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين

کلام در این است که آیا صغیر ممیز چنانچه واجد شرایط باشد میتواند قضاوت کند؟

یک وجه برای این که بتوان قضاوت او راصحیح دانست بیان شد و آن این که بود به عمومات و اطلاقات در ادله جعل برای تسویغ قضای او تمسک کنیم.

از جمله این عمومات استناد به مقبوله عمر بن حنظله است:

متن:

عن عمر بن حنظله: قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاء أيحل ذلك؟

قال: مَنْ تَحَاكَمَ إِلَيْهِمْ، فِي حَقٍّ أَوْ بَاطِلٍ، فَإِنَّمَا تَحَاكَمَ إِلَى الطَّاعُوتِ وَ مَا يُحْكَمُ لَهُ، فَإِنَّمَا يَأْخُذُهُ سُحْتًا وَ إِن كَانَ حَقًّا ثَابِتًا لَهُ؛ لَأَنَّهُ أَخَذَهُ بِحُكْمِ الطَّاعُوتِ وَ قَدْ أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُكْفَرَ بِهِ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاعُوتِ وَ قَدْ أَمَرُوا أَنْ يُكْفَرُوا بِهِ، قُلْتُ: فَكَيْفَ يَصْنَعَان؟

قال: يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُم مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا... فَلْيَرْضَوْا بِهِ حَكْمًا. فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا. فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ فَإِنَّمَا اسْتَخَفَّ بِحُكْمِ اللَّهِ وَ عَلَيْنَا رَدُّ وَ الرَّدُّ عَلَيْنَا الرَّدُّ عَلَى اللَّهِ وَ هُوَ عَلَى حَدِّ الشَّرْكِ بِاللَّهِ

این حدیث مضمونا حاکی از این است که: عمر بن حنظله می‌گوید از امام صادق (ع) درباره دو نفر از اصحاب خودمان (یعنی شیعه) که در مورد قرض یا میراث نزاعی داشتند، و به قضات حکومت برای رسیدگی مراجعه کرده بودند، سؤال کردم که آیا این رواست؟

فرمودند: هر که در مورد دعوایی چه حق یا دعاوی ناحق به ایشان مراجعه کند، در حقیقت به طاغوت (یعنی قدرت حاکمه ناروا) مراجعه کرده است؛ و هر چه را که به حکم آنها بگیرد، در حقیقت به طور حرام می‌گیرد؛ گرچه آن را که دریافت می‌کند حق ثابت او باشد؛ زیرا که آن را به حکم و با رأی طاغوت و آن قدرتی گرفته که خدا دستور داده به آن کافر شود. خدای تعالی می‌فرماید: يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ .

راوی می‌گوید: پرسیدم چه باید بکنند؟

فرمود: باید نگاه کنند ببینند از شما چه کسی است که حدیث ما را روایت کرده، و در حلال و حرام ما نظر نموده، شده و احکام و قوانین ما را شناخته است ... بایستی او را به عنوان قاضی و داور بپذیرند، زیرا که من او را حاکم بر شما قرار داده‌ام. پس آنگاه که به حکم ما حکم نمود و آن را نپذیرفت بدرستی حکم خدا را سبک شمرده و ما را رد کرده و کسی ما را رد کند به خدا را رد کرده و این در حد شرک به خداوند است.

استناد به حدیث:

حدیث شریف را شیخ محدث (ره) در وسائل الشیعه جلد 7 صفحه 31 ابواب صفات قاضی باب 1 حدیث 4 نقل کرده است.

نکته: شیخ حر عاملی (ره) اصول روایی شیعه را تجمیع کرده و وسائل الشیعه خودش یک کتاب روایی مستقلی نیست، یعنی روایت‌های اصول اربعه (کافی، من لا یحضره الفقیه، تهذیب الاحکام، استبصار فیما اختلفت من الاخبار) را تجمیع کرده و بعد آنها را تبویب کرده است. لذا اگر روایتی را در وسائل الشیعه ملاحظه کردید برای استناد به آن روایت باید به مأخذ آن روایت در کتب اربعه نیز توجه کنید چون گاهی وسائل الشیعه تقطیع میکند یعنی بخشی از روایت را می‌آورد و دنباله آن را نمی‌آورد و شما به دنباله روایت توجه نمی‌کنید لذا مراجعه به وسائل الشیعه بعضاً کفایت از مراجعه به منابعی که اصل حدیث است (اصول اربعه) نمی‌کند.

این روایت در منابع زیر آمده است:

- 1- کافی جلد 7 صفحه 412
- 2- تهذيب جلد 6 صفحه 218 حديث 514
- 3- من لا يحضره الفقيه جلد 3 صفحه 5

سند روايت:

جناب محمد بن يعقوب (مرحوم كليني) عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داوود بن الحصين عن عمر بن حنظله عن ابي عبد الله عليه السلام.

سلسله سند حديث بايد از چند جهت مورد مذاقه قرار گيرد:

- 1- حديث بايد معنعن باشد: يعنى وسائط از حيث تاريخى و زمانى درست چيده شده باشند يعنى در آن سقط نباشد مثلاً اگر از زمان مرحوم كلينى تا زمان امام صادق عليه السلام 100 سال است كه اگر اين وسط ناقل ذكر نشده باشد، حديث مرسل است.

مرسل بر دو گونه است:

الف) مرسل به حذف واسطه: بعضى از رواه آن ذكر نشده باشد.

ب) مرسل به ابهام واسطه: مثلاً گفته عن رجلٍ و نام او را ذكر نكرده است.

- 2- رواه بايد شرايط راوى را داشته باشند: كه اگر نباشد اعتبار راوى ضعيف است
الف) بايد ثقه باشد

ب) امامى و غير واقفى باشد

ج) ذمى در كتب روايى عليه او نيامده باشد مثل: مدلس، كذاب، وضاع، جعّال و... با توجه به اين مقدمه

نسبت به اعتبار مقبوله عمر بن حنظله چند قول است:

- 1- بعضى آنرا ضعيف مى دانند
- 2- بعضى آنرا حسن كالموثق مى دانند
- 3- بعضى آنرا موثق ميدانند

4- بعضی آنرا صحیحه میدانند

البته از این حدیث نوعاً تعبیر به مقبوله میشود یعنی به جهات جابره ای که در بین است نتیجتاً به آن اعتبار داده اند نه این که صحیحه یا موثق باشد

بحث از سند حدیث و دلیل اختلاف نظر در اعتبار سند حدیث:

محمد بن یحیی و محمد بن الحسین:

در کتب رجالی ما هر دو ثقه هستند و هیچ اختلافی در آن نیست

محمد بن عیسی:

بعضی از احادیث مشتمل بر نام یک راوی است که در بین اصحاب آن امامی که راوی از او روایت نقل میکند تشابه اسمی وجود دارد. که از جمله آن محمد بن عیسی است که ما در عهد امام صادق علیه السلام دو محمد بن عیسی داشتیم حال اگر هر دو ثقه بودند دعوایی نبود اما اگر یکی از آنها ثقه و دیگری غیر ثقه یا مجهول باشد که اگر به قرائن توانستیم بفهمیم که کدام ثقه است مشکلی نیست اما اگر نتوانیم بفهمیم به دلیل وجود احتمال، روایت ضعیف است.

محمد بن عیسی مردد است بین:

1- محمد بن عیسی الاشعری: فهو ثقه (رجال نجاشی، علامه در خلاصه، شهید ثانی که نجاشی اشاره به وثاقت کرده اند و شهید تصریح به وثاقت وی کرده است).

2- محمد بن عیسی بن عبید یقطین: ابن ولید در این مورد ابن یقطین را تضعیف کرده و به تبع ابن ولید شیخ صدوق، شیخ طوسی و محقق حلی او را تضعیف کرده اند.

در مقابل مرحوم کشی، نجاشی، علامه حلی و علامه مجلسی وثاقت او را تایید کرده اند.

حال تکلیف چیست؟ باید علت تضعیف مشخص شود. گاهی راوی به دلایل زیر تضعیف میشود: جعّال، مدّلس (یعنی در متن حدیث کم یا زیاد میکند)، کذاب، لیس بضابط (یعنی آدم خوبی است اما چیزی را که میشوند نمیتواند همانطور که شنیده نقل کند، مثلاً رواه دیگر با خصوصیات ذکر کرده اند ولی نقل ایشان خصوصیات را بیان نکرده است)، روایات این راوی دارای اضطراب است (یعنی صدر و ذیل آن با هم هماهنگ نیست)، امامی

نبودن، واقفی بودن، غالی بودن، زیدی بودن. اما گاهی منشأ تضعیف هیچکدام از این موارد نیست و یک تضعیف مبنایی است.

در اعصار گذشته که مشایخ اجازه ای صاحب کتاب روایی بودند مثل جناب یونس که شاگردان آنها از ایشان اجازه نقل روایت می‌گرفتند و استاد به شاگردانی که بتوانند روایت را بخوانند و بفهمند اجازه نقل روایت میدادند. که در اینجا 2 شرط وجود دارد:

راوی که روایتی را از کتاب شیخ اجازه خودش روایت میکند باید اولاً اجازه داشته باشد و ثانیاً شیخ به کسی حق دارد اجازه دهد که تمام کتاب خود را بر او خوانده باشد و شاگرد هم آن را فهمیده باشد که در غیر این دو صورت شخص اجازه نقل روایت ندارد.

در مانحن فیه، ابن ولید، محمد بن عیسی را (در فرضی که محمد بن عیسی بن یقطين باشد) به این دلیل تضعیف کرده است که چون زمانی که یونس بن عبد الرحمان از دنیا رفته ایشان کودک بودند و امکان نداشته که جناب یونس تمام این کتاب را بر این شاگرد قرائت کرده باشد و این شاگرد هم تمام آن را فهمیده باشد.

اشکال: اولاً ما این مبنا را که اگر شاگردی در زمان شاگردی خودش معنی یک روایت را نفهمیده باشد آیا 20 سال دیگر هم نتواند روایت را بفهمد و نقل کند را قبول نداریم پس وقتی ملاحظه می کنیم می بینیم که جناب شیخ صدوق، شیخ طوسی، محقق حلی مبنای ابن ولید را قبول کرده اند و تضعیف کرده اند و این منافات با وثاقت ندارد. به عبارت دیگر اینجا اختلاف مبنایی است نه بنایی.

از طرف مقابل شخصیت هایی مثل مرحوم کشی، مرحوم نجاشی، علامه حلی و علامه مجلسی (ره) توثیق کرده اند و میگویند هذا الرجل ثقة یعنی از حیث جلال و کذاب و مدلس و مضطرب نبودن و ضابط بودن بر این راوی اشکال نگرفته اند

لذا به نظر میرسد که مبنای جناب ابن ولید بعدها مورد پذیرش قرار نگرفته است پس این موضوع نمیتواند دلیل تضعیف راوی باشد. و وقتی گفتیم این راوی ثقة است، مقبوله به دلیل محمد بن عیسی تضعیف نمیشود چون اگر محمد بن عیسی الاشعری باشد که بلا خلاف ثقة است و اگر محمد بن عیسی بن عبید یقطين هم باشد با بیاناتی که عرض شد ثقة است

داوود بن الحصین:

نجاشی ایشان را توثیق کرده است (رجال نجاشی صفحه 151 شماره 421)

شیخ طوسی در عداد اصحاب امام کاظم علیه السلام میفرمایند: داوود بن الحصین الاسدی واقفی (رجال صفحه 190)

واقفیه فرقه های مختلفی هستند از جمله: 1- کسانی که جناب اسماعیل بن جعفر را امام زمان و غائب میدانند (هفت امامی) 2- کسانی که بر امامت امام کاظم علیه السلام توقف کردند و امام رضا علیه السلام را به عنوان امام قبول ندارند. (خصوصیتی که امام هشتم علیه السلام را دارند این است که کسانی که امام رضا علیه السلام قبول دارند اثنی عشری هستند و ما بعد از ایشان واقفی نداریم).

علامه حلی هم در خلاصه میفرماید الاقوی عندی التوقف فی روایتی یعنی به روایت عمل نمیکنم و فی الجملة روایت را ضعیف میدانم و منشا نظر علامه کلام شیخ طوسی است که ایشان را واقفی دانسته است پس ما باید تقابل بین نظر شیخ طوسی و نجاشی را حل کنیم .

با توجه به این که واقفی بودن به معنای عدم وثاقت راوی نیست و واقفی غیر از جعال و کذاب و مدلس و ... است. ضمن این که روایاتی که نقل کرده و هنوز واقفی نبوده به چه دلیل از صحت و اعتبار خارج است. لذا به نظر میرسد صرف واقفی بودن منافاتی با ثقه بودن ندارد و داوود بن حصین را ثقه میدانیم.

وضعیت عمر بن حنظله را جلسه بعد بررسی میکنیم.

والحمد لله رب العالمین

مقرر: سید حسن استاد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابى القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين

در جلسه گذشته عرض شد که بین فتوا و قضا از یک سو (یعنی بین قاضی و مفتی) و همچنین بین قاضی و محتسب از سوی دیگر تفاوت هایی وجود دارد و ما تا اینجا چند مقدمه را بیان کردیم. از اینجا مرحوم محقق رضوان الله علیه در شرایع وارد اصل مباحث کتاب القضاء میشوند.

مساله اول: الاول فى الصفات که شروع میکنند در مساله که اگر کسی بخواهد قاضی باشد چه شرایطی باید داشته باشد؟ در مقام تبیین شرایط میفرماید الاول فى الصفات ویشترط فيه البلوغ. اولین قیدی که برای قاضی دخیل است میفرماید بلوغ است فلا ینعقد القضا لصبی ولا مراهق منصب قضا نه برای صغیر و نه برای مراهق (نوجوان مشرف به بلوغ) واقع نمیشود. که حتی برای مراهق که مثلاً چهارده سالش هست و در چهارده سال و نیم بالغ بشود و امروز و فرداست که بالغ شود باز هم منصب قضا منعقد نمیشود هر چند شرایط دیگر را داشته باشد.

لذا در احوالات مرحوم علامه حلی رضوان الله علیه فرموده اند که کان ینتظر الناس بلوغه حتى یقلدوه یعنی اوصاف مرجعیت را قبل از بالغ شدن داشت بلکه شاید اعلمیت هم در او بود منتها وصف بلوغ را نداشت و لذا به همین جهت که نابغه بود اول من لقب بآیت الله هو علامه الحلی. چرا؟ به همین جهت که نشانه خدا بود. کسی که قبل از این که بالغ شود اعلم علمای دهر و معاصرین باشد به حیثی که ینتظر الناس بلوغه حتى یقلدوه. حال در بحث ما اگر علامه حلی هم باشد ولی هنوز مراهق است فایده ندارد. زیرا بلوغ قید است برای جواز قضاء لذا اگر مراهق باشد کفایت نمیکند هرچند شرایط دیگر را داشته باشد.

دلیل اشتراط بلوغ در قاضی که حتی اگر تمام شرایط دیگر را از جمله علم، ورع و تخصص و بحث فنی داشته باشد هم فایده ندارد چیست؟

در مساله راجع به صغیر سه قول مطرح است:

1- الصغیر هو المسلوب العبارة مطلقا. صغیر مسلوب العبارة است یعنی اثر سخن از او سلب شده است یعنی کاری که اراده در آن نقش داشته باشد از او مسموع نیست. قولا باشد یا فعلا فرق نمیکند مسلوب العبارة مطلقا یعنی در عبادات باشد یا در معاملات باشد فرقی نمیکند و هیچ اثر حقوقی و وضعی بر کار او بار نمیشود.

2- صغیر در معامله مسلوب العبارة است نه در عبادات: کما این که فقها میفرمایند اگر چنانچه مثلا صغیر ممیزی که همراه پدر رفته در میقات، آنجا نیت احرام کند و تلبیه بگوید از او عمره یا حج قبول میشود یا چنانچه صغیری که نماز میخواند و تکبیره الاحرام میگوید از او نماز واقع میشود و این بدان معنا است که در واقع در حوزه عبادات قصد از صغیر متمشی میشود و اینطور نیست که مسلوب العبارة باشد و بگوییم نماز او اثر ندارد اما همین صغیر اگر بگوید بعت منک داری، وهبت لک فلان شی را این اثر نمیکند پس اگر در معاملات باشد مسلوب العبارة است ولی اگر در عبادات است اثر دارد.

3- اصل در صغیر مسلوب العبارة بودن هست مگر در موارد استثناء شده و در حوزه مستثنیات به جهت دلیل خاص است یعنی که اصل آن است که صغیر مسلوب العبارة است ولی نه این که مطلقا و در همه جا بلکه یک جاهایی ما ادله به خصوصی داریم که به حساب آن ادله به خصوص میگوییم که چون اینجا دلیل خاص داریم صغیر مسلوب العبارة نیست مثلا در حج و احرام یا در نماز یا اصلا در خود اسلام آوردن بچه پسر 10 ساله شهادتین میگوید و مسلمان میشود، پذیرفته هست یا نه؟ میگوییم پذیرفته هست، پس اسلامش، التحريم فی الصلاة التلبیه فی الحج از او پذیرفته است. چون اینها دلیل خاص دارد اگر نه صغیر مسلوب العبارة است بالاصل.

شیخ اعظم هم در بحث معاملات صبی این عبارت را آورده و فرموده که المشهور کما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبی بل عن الغنية والاجماع علیه و ان اجاز الولی. مشهور آن است که معاملات و عقدی که صبی واقع کند باطل است. و بعد دلیلش را با نقل از علامه در تذکره میفرماید: لان الصغیر محجور علیه بالنص والاجماع ولو كان ممیزا یعنی حتی اگر صغیر ممیز باشد محجور علیه است.

راجع به این سه قول به نظر می رسد که صدق مسلوب العبارة بودن با تخصیص سازگار نیست یعنی این که بگوییم اصل آن است که صغیر مسلوب العبارة است ولی مواردی استثنا شده بیان تمامی نیست چون اگر مسلوب العبارة باشد به این معناست که هیچ گونه اثری در لفظ او نیست چون امکان این که اراده از او صادر شود وجود ندارد حال اگر اراده از طفل ممکن نباشد معنا ندارد بگوییم استثنا دارد مثل این که بگوییم شخص مجنون است ولی در چند مورد عاقل است چون جنون یعنی فقدان قدرت مدرکه و شعور در شخص و اگر نیست، نیست و تخصیص

معنا ندارد لذا باید بگوییم صغیر نه این که مسلوب العبارة است بلکه همانطور که مرحوم شیخ از علامه نقل کرد محجور علیه است و محجور علیه غیر از مسلوب العبارة است. مسلوب العبارة یعنی کسی که قصد از او متمشی نمیشود. اما اگر شخص شرعاً محجور علیه باشد تخصیص مفهوم است. شارع گفت این شخصی که هست ولو اراده دارد ولی اراده اش منشا اثر نیست. خوب همان شارع میتواند بگوید الا در احرام الا در اسلام الا در تدبیر که تعبیر شیخ علیه الرحمه این است: کتدبیره واسلامه و احرامه و اذنه فی الدخول و ایصال الهدیه. و اینها که استثنا شده تخصیص نسبت به مسلوب العبارة بودن نیست بلکه تخصیص نسبت به محجور علیه است و اینها دو مقوله هستند. پس در حقیقت صغیر محجور علیه است.

الحجر هو المنع و المحجور هو الممنوع خوب این متعلق که باید داشته باشد چیست؟ در واقع یعنی المحجور هو الممنوع من التصرف، یعنی تصرفات نمیتواند داشته باشد. این محجور در مورد مجنون صادق است لان مجنون ممنوع من التصرف، راجع به سفیه هم صادق است چون المحجور هو ممنوع من التصرف، راجع به صغیر هم صادق است چون ادله و روایات زیادی دارد که از جمله ان روایت معروف نبوی شریف است که رفع القلم عن ثلاثه، عن الصبی حتی یحتلم و عن الجنون حتی یفیک و عن النائم حتی یتیقظ. این روایات و ماشابه ذالک من الروایات که از امیر المؤمنین سلام الله علیه نقل شده که رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم، اینها دلالتا قلم را از صغیر مرفوع میدانند.

رفع القلم در حقیقت مترتب بر این است که اگر اینها کاری کنند از نظر مسؤولیت تکلیفیه، قلم متوجه آنها نیست یعنی شما حرمت و وجوب را نمیتوانید متوجه آنها کنید. اما بالملازمه آیا اگر گفتیم قلم تکلیف مرفوع است آیا قلم وضعیه هم از آنها مرفوع است؟، آیا به همان جهت میتوان گفت که طفل اگر بیع و شراء انجام داد صحیح نیست؟ (اگر گفتیم کاری بر او واجب نیست یا حرام نیست این میشود اثر تکلیفیه). یعنی آیا قلم به حیث وضعی هم برداشته شده است؟ که در جواب فرموده اند بله در برداشته شدن اثر وضعی هم روایات باب داریم که میگوید که کودک از یتیم (یتیم در لغت به معنای صغر است و یتیم یعنی صغیر و بعدها مصطلح شده برای صغیری که پدر از دست داده است و آیه ای که میفرماید لا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن شامل خود اولیاء هم میشود یعنی پدر حق ندارد نسبت به مال فرزند خود نزدیک شود الا بالتی هی احسن، ولی نسبت به اموال مولی علیه در ولایت خاص به شرط شئی باشد) زمانی خارج میشود که اگر دختر باشد اذا بلغ تسع سنین و پسر اذا بلغ خمسہ عشر. پس بنابر این اثر وضعی هم دخیل است. پس هم اثر وضعیه و هم اثر تکلیفیه میتواند مطرح باشد.

اینجا یک اشکال مطرح است که بعضی از فقها برای پسر بچه ای که به سن 10 سالگی رسیده است این را اماره بر ترتب آثار وضعیه گرفته اند. در وسائل الشیعه ابوابی است مثل: باب جواز عتق من بلغ عשרا، باب جواز وصیه

من بلغ عشرا ، باب جواز طلاق من بلغ عشرا. لذا شیخ طوسی علیه الرحمه در نهاییه میفرماید که الطفل اذا بلغ عشر سنين او خمسہ اشبار اقتص منه و اقيم عليه الحدود التامه: اگر چنانچه پسر بچه ده سالش شد یا به پنج وجب رسید (حال خمسہ اشبار که باید مفصلا درباره آن گفت و گو شود، چون هم سندا به جهت سکونی ضعیف است و هم دلالتا با قواعد مسلم فقهی منافات دارد) حال اجمالا اگر چنانچه پسر ده سالش شده فرموده اند اقتص منه واقیم علیه الحدود التامه. مثلا اگر زنا کرده حد صد ضربه ای دارد، به جهت این که در روایت آمده که خمسہ اشبار و در بعضی از نصوص آمده که اگر چنانچه پسر بچه به ده سال برسد آثار وضعیه بر او بار میشود که اگر این جهت هم باشد چه بسا نظر شیخ محدث (شیخ حر عاملی) هم بر همین مبنا استوار باشد (خدا رحمت کند مرحوم آیت الله العظمی گلپایگانی در درسشان فرموده اند بابتی که مرحوم شیخ محدث (ره) منعقد می کند و اسمی که بر باب میگذارند فتوای ایشان است و صرف تسمیه الباب نیست مثلا وقتی که میفرماید باب من بلغ عشرا یعنی من نظرم این است که وصیت کودک ده ساله نافذ است یا مثلا عتق او و تدبیر او و تصرف در این موارد توسط ممیز اصالتا نافذ است. مثلا پسر بچه 10 ساله غلام دارد و بگوید انت حر دبر وفاتی که اینجا نوعی از عتق است و عقی هم ایقاع است و از معاملات و تصرف در مال است که اگر اینها جایز باشد آثار وضعیه بر این صغیر مترتب میشود).

حال چه اشکال دارد که بگوییم با وجود این آثار وضعیه پس اگر طفل ده ساله قضاوت هم کرد بگوییم نافذ است؟ و دلیل این که منع کنیم و بگوییم که قضاء او نافذ نیست چیست؟

پاسخ این است که اولاً خود تجویز تصرفات صغار در ده سالگی را مشهور نمی پذیرند. بله جناب شیخ طوسی در نهاییه فرموده است ولی خود ایشان در خلاف و مبسوط از این فتوا دست کشیده و از آن عدول کرده کما صرح به ابن ادریس فی السرائر که میفرماید این فتوای شیخ اولاً خلاف ظاهر کتاب است و ثانیاً خلاف سنت است و ثالثاً خلاف قواعد فقهیه است. بعد میفرماید اصف الی هذا بانه رحمه الله عدل عن هذا الفتوا فی کتابیه .

چرا شیخ در دو کتابش عدول کرده است؟

به جهت این که اگر بخواهیم بگوییم طفل در ده سالگی این کارها از او نافذ است اگر چنانچه دلیل ما نصوص خاصه باشد اشکال ندارد. یعنی یکوقت در حدیث میفرماید (کما این که مرحوم شیخ حر عاملی در وسائل الشیعه) که روایات باب تجویز وصیت من بلغ عشرا آورده است میگوییم نص است یا همینطور عتق من بلغ عشرا اما کجا روایت داریم فی باب جواز قضاء من بلغ عشرا ؟

اصل مسئله این است که افعال صغیر از جمله بیع و شراء و تصرفات، به جهت روایات باب در مورد خودش هم حتی نافذ نیست چه برسد به دیگران و اصل منع است و شما اگر بخواهید بگویید مجاز است نیاز به دلیل مخصص دارید و ما در مثل عتق، تدبیر و طلاق دلیل داریم (که بر فرض این که تمام باشند چون در همه اینها مناقشه است) ولی در قضا دلیل نداریم. یا این که شما بگویید چون ده سالش شده نتیجتاً پس بقیه کارها و مسئولیتها بر او بار میشود مثلاً چون گفتند عتق یا وصیت یا طلاق او یا این که جایز است حدود را بر او جاری کنیم پس قضای او هم صحیح است. که این قیاس است و ما نمی توانیم اینها را بر هم قیاس کنیم که اگر جایی نصی داشتیم مبتنی بر تجویزی در پذیرش یک کاری یا یک اثر حقوقی از یک طفل و مسموع واقع شد، دلیل نمیشود در ابواب دیگر هم دلیل باشد.

مرحوم محقق خویی (ره) احتمال داده مستند نظر شیخ طوسی که فرموده اقتص منه و اقیم علیه الحدود التامه صحیحه أبو ایوب خزاز که از جناب اسماعیل بن جعفر نقل شده که حدیث صحیحه است. به موجب این حدیث جناب اسماعیل بن جعفر میگوید که چون رسول مکرم اسلام (ص) با ام المومنین عایشه ازدواج که کرد وقتی که عایشه در سن ورود به ده سالگی رسید حضرت با او مواجهه کرده هذا یدل علی این که ورود به سن ده سالگی که بنت عشر سنین شود سن بلوغ دختر است و بعد روی همین مبنا پسر هم اگر ده ساله شد بر کارهای او اثر بار میشود (وسائل الشیعه، جلد 18، صفحه 252، باب 22 از ابواب شهادات حدیث 3).

ولی همانطور که ملاحظه میکنید الدلیل کما تری چون حدیث به جناب اسماعیل ابن جعفر میرسد و درست است که جناب اسماعیل شخصیت مهمی است و آنقدر فاضل و دارای ورع و متقی بود که شیعیان تصور میکردند بعد از امام صادق علیه السلام او امام خواهد بود ولی او در جوانی از دنیا رفت و در بقیع دفن است. ایشان با همه اینها امام نبود و نتیجتاً چیزی که اسماعیل بن جعفر استدلال میکند نمیتواند دلیل واقع شود برای مسئله ما نسبت به این که پسر در ده سالگی بالغ میشود و این قیاس است و قیاس عندنا مطرود. بنابراین نمیتوان این را مستند جواز قضاوت من بلغ عشرا دانست.

علاوه بر این که با قواعد فقهیه متعدد مخالفت دارد مثل: الحدود تدرء بالشبهات لا حد لمن لا حد له، رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم و ...

ممکن است کسی دلیل دیگری اقامه کند و بگوید ما قبول داریم که اصل در قضا عدم نفوذ است ولی تمسک ما به اطلاقات و عمومات جعل از جمله اینها که مورد استناد واقع شده حدیثی است که شهرت پیدا کرده به مقبوله عمر بن حنظله: که در آن حدیث کلام در این است که خدمت امام علیه السلام می رسند و می گویند شیعیان

شما وقتی مراغه دارند گاهی به حکام جور و قضات منصوب بنی امیه یا بنی العباس رجوع میکنند که امام علیه السلام میفرمایند ینظران الی من کان منکم .این دو نفر متخاصم شیعه باید ببینند یک نفری که از خود شما باشد به او توجه کنند ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا فلیرضوا به حکما. پس مستدل میگوید در ینظران الی من کان منکم، من موصوله، اطلاق دارد و امام میفرمایند کسی از شما شیعیان باشد چگونه آدمی باشد ؟ ممن قد روی حدیثنا. از کسانی باشد که حدیث ما را نقل کرده و نظر فی حلالنا و حرامنا و از حیث مبنایی، فقه اهل بیت را در قضاوتش مأخذ قرار دهد و عرف احکامنا مستدل میگوید این روایت در اینکه صغیر یا کبیر باشد اطلاق دارد و شامل صغیر هم میشود. این حدیث را در وسائل الشیعه جلد 7 صفحه 137 ملاحظه بفرمایید که ان شاءالله جلسه آینده بحث سندی و دلالتی روایت را بیان کنیم.

والحمد لله رب العالمین

مقرر: سید حسن استاد