

## 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 صغير سه قول مطرح است:

1- الصغير هو المسلوب العباره مطلقا. صغير مسلوب العباره است يعنى اثر سخن از او سلب شده است يعنى كارى كه اراده در آن نقش داشته باشد از او مسموع نيست. قولا باشد يا فعلا فرق نميكند مسلوب العباره مطلقا يعنى در عبادات باشد يا در معاملات باشد فرقى نميكند و هيچ اثر حقوقى و وضعى بر كار او بار نميشود.

2- صغير در معامله مسلوب العباره است نه در عبادات: كما اين كه فقها ميفرمايند اگر چنانچه مثلا صغير ممیزی كه همراه پدر رفته در ميقات، آنجا نيت احرام كند و تلبیه بگويد از او عمره يا حج قبول ميشود يا چنانچه صغيری كه نماز ميخواند و تكبیره الاحرام ميگويد از او نماز واقع ميشود و اين بدان معنا است كه در واقع در حوزه عبادات قصد از صغير متمشى ميشود و اينطور نيست كه مسلوب العباره باشد و بگوئيم نماز او اثر ندارد اما همين صغير اگر بگويد بعت منك دارى ، وهبت لك فلان شى را اين اثر نميكند پس اگر در معاملات باشد مسلوب العباره است ولى اگر در عبادات است اثر دارد.

3- اصل در صغير مسلوب العباره بودن هست مگر در موارد استثناء شده و در حوزه مستثنیات به جهت دليل خاص است يعنى كه اصل آن است كه صغير مسلوب العباره است ولى نه اين كه مطلقا و در همه جا بلكه يك جاهایی ما ادله به خصوصى داريم كه به حساب ان ادله به خصوص ميگوئيم كه چون اينجا دليل خاص داريم صغير مسلوب العباره نيست مثلا در حج و احرام يا در نماز يا اصلا در خود اسلام آوردن بچه پسر 10 ساله شهادتين ميگويد و مسلمان ميشود، پذيرفته هست يانه ؟ ميگوئيم پذيرفته هست، پس اسلامش، التحريم فى الصلاه التلبیه فى الحج از او پذيرفته است. چون اينها دليل خاص دارد اگر نه صغير مسلوب العباره است بالاصل.

شيخ اعظم هم در بحث معاملات صبى اين عبارت را آورده و فرموده كه المشهور كما عن الدروس والكفايه بطلان عقد الصبى بل عن الغنيه الاجماع عليه و ان اجاز الولى. مشهور آن است كه معاملات و عقدى كه صبى واقع كند باطل است. و بعد دليلش را با نقل از علامه در تذكره ميفرمايد: لان الصغير محجور عليه بالنص والاجماع ولو كان مميزا يعنى حتى اگر صغير مميز باشد محجور عليه است .

راجع به اين سه قول به نظر مى رسد كه صدق مسلوب العباره بودن با تخصيص سازگار نيست يعنى اين كه بگوئيم اصل آن است كه صغير مسلوب العباره است ولى مواردى استثنا شده بيان تمامى نيست چون اگر مسلوب العباره باشد به اين معناست كه هيچ گونه اثرى در لفظ او نيست چون امكان اين كه اراده از او صادر شود وجود ندارد حال اگر اراده از طفل ممكن نباشد معنا ندارد بگوئيم استثنا دارد مثل اين كه بگوئيم شخص مجنون است ولى در چند مورد عاقل است چون جنون يعنى فقدان قدرت مدركه و شعور در شخص و اگر نيست، نيست و تخصيص

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 شیء 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 فقہی 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 عقیق 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 فقہیه 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 عشا 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 فرمایید که ان شاءالله جلسه آینده بحث سندی و دلالتی روایت را بیان کنیم.

## والحمد لله رب العالمین

مقرر: سید حسن استاد