

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على سيدنا و نبينا ابى 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 ۱۵۶ 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 ۱- 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 ۲ احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی های مشروع (که ناظر به مصالح عامه است)، بند ۳ نظارت بر حسن اجرای قوانین که این هم از مصالح عامه است. بند ۴ کشف جرم، و تعقیب مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام (که از مصالح عامه است). و بالاخره بند ۵ اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین (که از بند ۲ تا ۵ 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 ۳ 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 قضاء 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 مثلا، 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 عملا قدرت و اختیاری ندارد اما قاضی وقتی حکم کرد در قضیه خارجی، محکوم علیه را به اجرای آن حکم الزام میکند. لذا قضا توام با الزام است در حالی که فتوا توام با الزام نیست. تفاوت سوم این است که قضا مستلزم حکم در موضوع میشود در حالی که فتوا نوعا مستلزم حکم در موضوع نیست. وقتی که مثلا 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 خارجی حرز محقق بوده اولاً، در قضیه خارجی 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 خارجی 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

مادون 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 شوون 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 ۱۲ کتاب التجاره ابواب و آداب التجاره باب دوم حدیث اول دارد که امیرالمومنین (ع) در زمان حکومت، خودشان در بازار کوفه حرکت می‌فرمودند و شخصا 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، التداخل 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 محدود 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 اولاد می‌آیند پیش قاضی می‌گویند 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 ولکن 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 ۵۳۶ مطرح کرده: کل فعل متعلق به امور العباد فی دینهم او دنیا هم و لابد من الاتیان به و لا مفر منه عقلاً او عادتا 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 ولکن 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 ولکن فی الجملة میتوان گفت آن امری که راجع به تنظیم بازار هست یعنی در حقیقت مبارزه با تقلب و عدم رعایت استاندارد در کالا، کم فروشی، گران فروش، 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 مثلا 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 لزوما 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 حسبه 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 ۲ استلزام استخلاف 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