

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 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 یراهق منصب قضا نه برای صغیر و نه برای یراهق (نوجوان مشرف به بلوغ) واقع نمیشود. که حتی برای یراهق که مثلا 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 اعلامیت هم در او بود منتها وصف بلوغ را نداشت و لذا به همین جهت که نابقه 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 یراهق است فایده ندارد. زیرا بلوغ قید است برای جواز قضاء لذا اگر یراهق باشد کفایت نمیکند هر چند 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:

۱- 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. قولاً باشد یا فعلاً فرق نمیکند مسلوب العبارة مطلقاً یعنی در عبادات باشد یا در معاملات باشد فرقی نمیکند و هیچ اثر حقوقی و وضعی بر کار او بار نمیشود.

۲- صغیر در معامله مسلوب العبارة است نه در عبادات: کما این که فقها میفرمایند اگر چنانچه مثلاً 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.

۳- 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 مطلقاً 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 مثلاً در حج و احرام یا در نماز یا اصلاً در خود اسلام آوردن بچه پسر ۱۰ ساله شهادتین میگوید و مسلمان میشود، پذیرفته هست یا نه؟ میگوییم پذیرفته هست، پس اسلامش، التحريم فی الصلاه 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 والكفایه بطلان عقد الصبی بل عن الغنیه الاجماع 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 ممیزاً 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 مسؤلیت 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 تقریبا 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 خمسة 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 ۱۰ سالگی رسیده است این را اماره بر ترتب آثار وضعیه گرفته اند. در وسائل الشیعه ابوابی است مثل: باب جواز عتق من بلغ عشرا، 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 سنین او خمسة اشبار اقتص منه و اقیم علیه الحدود التامه: اگر چنانچه پسر بچه ده سالش شد یا به پنج وجب رسید (حال خمسة 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 و اقیم علیه الحدود التامه. مثلا اگر زنا کرده حد صد ضربه ای دارد، به جهت این که در روایت آمده که خمسة 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 عسرا 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 ۱۰ ساله غلام دارد و بگوید انت حر دبر وفاتی که اینجا نوعی از عتق است و عتق 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. بلکه 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 عسرا آورده است میگوییم نص است یا همینطور عتق من بلغ عسرا اما کجا روایت داریم فی باب جواز قضاء من بلغ عسرا؟

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 خوئی (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 مکرّم 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 کار های او اثر بار میشود (وسائل الشیعه، جلد ۱۸، صفحه ۲۵۲، باب ۲۲ از ابواب شهادت حدیث ۳).

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 عسرا 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 مرافعه 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 فلیرّضوا 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 مآخذ 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 ۷ صفحه ۱۳۷ ملاحظه بفرمایید که ان شاء الله جلسه آینده بحث سندی و دلالتی روایت را بیان کنیم.

والحمد لله رب العالمین

مقرر: سید حسن استاد