

جلسه: ۱۰

۱۳۹۶/۰۹/۲۰

درس خارج فقه کتاب القضاء

استاد: حضرت آیت الله حبیبی تبار

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.

گفته شد لا ینعقد القضاء لصبی اوالصغیر لأنه ۱- مسلوب العبارة ۲- و لأنه مرفوع القلم ۳- و لمشهوره ابی خدیجه

۴- 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 کشورها 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)، ۱۰ 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 ۵ سال سابقه قضاء داشت بدون اختبار می تواند وکیل شود.

۵- 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 شردمهٔ 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 تحصيلاً.

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 يدل عليه قبل الإجماع الآيات و الأخبار (الأدلة الإجتهدية)، که در مکاسب هم این تعبیر بیان شده است.

تفاوت این دو تعبیر زیر در چیست؟

۱- و يدل عليه بعد الإجماع عدة من الأخبار

۲- و يدل عليه قبل الإجماع الأخبار المستفیضة

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

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 تبعدی است.

در ما نحن فيه استناد به اجماع به حیث مؤید است و اجماع مدرکی است و نه تبعدی، و آنچه که صرفاً به عنوان دلیل به آن تمسک شود اجماع تبعدی 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 راببینی 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 كان فی غاية الغبطة والصلاح 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 تاسیس 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 ۴۰ صفحه ۹

و لعل المراد بذکرهم الولاية بعد العلم بعدم كون القضاء عبارة عنها بیان أن القضاء الصحيح من المراتب و المناصب كالإمارة و هو حصن من شجرة الرياسة العامة لنبی (صلی الله علیه وآله وسلم) و خلفائه و هو المراد من قوله تعالى یا داوود إنا جعلناک خلیفة فی الأرض فاحکم.

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 (صلی الله علیه وآله وسلم) و ولایت خلفاء برحق ایشان (علیهم صلوٰه الله و الملائکه اجمعین) 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 ولایت قضاء خارج است، شقی است و کل من تصدی 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