

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.

دلایل اشتراط اسلام در قاضی:

۱- آیات که بیان شد

۲- روایات که بیان شد

۳- اجماع

از جمله بزرگانی که نقل اجماع کرده اند به این که اسلام در قاضی شرط است: شهید ثانی در مسالک جلد ۲ صفحه ۳۲۷، مرحوم محقق سبزواری در کفایه الاحکام صفحه ۲۶۱ و مرحوم طباطبائی در ریاض المسائل جلد ۲ صفحه ۳۸۵ می باشند. طبعاً بعد از آن که ما دلالت آیات را پذیرفتم اجماع در مسئله حیثیت مؤیده دارد نه این که دلیل مستقلى محسوب شود اما در هر صورت اصل اسلام قاضی فی الجملة مورد اجماع امت اسلامى است و در بعضی از صور خصوصیات و اقوالی هست که بیان می شود و طبعاً بین امامیه هم اصل شرط اسلام در قاضی، مورد اجماع است.

۴- سیره عقلائی:

با این بیان که تمام عقلای عالم تصدیق دارند که اگر یک حکومت مذهبی بخواهد آن مذهب را در جامعه پیاده کند ملازمه دارد با اینکه ارکان حکومت معتقد به آن مذهب باشند.

باید توجه داشت که ما کاری با این نداریم که چه مذهبی باشد، چون لازمه سیره عقلائی (که متأخرین به آن بنای عقلاء می گویند) این است که مربوط به جمیع اعصار و جمیع الأمصار و جمیع ملل و جمیع نحل باشد. یعنی اگر گفته شود عقلای مسلمان یا عقلای یهود یا عقلای مسیحیت فلان نظر را دارند سیره عقلائی نیست بلکه هر عاقلی و از هر مشربی که باشد باید این را بگوید.

و از طرف دیگر شأن و سلطه قضاء در هر حکومتی یکی از سلطه های سه گانه است یعنی سلطه تقنینیه و سلطه اجرائیه و سلطه قضائیه (سلطه در عربی مترادف قوه در فارسی است) و اگر دست اندرکاران امر قضا خودشان معتقد به آن مذهب نباشند نمی توان آن مذهب را توسعه داد در آن حکومت و کشور، چه این کار در سلطه قضائیه غیر از این که رفع خصومات می شود به حیث نظارتی که این قوه بر سایر قوا دارد اگر کسی خودش معتقد نباشد چگونه می تواند بقیه قوا را ملزم به آن مذهب کند؟

اشکال بر سیره عقلائیه:

به نظر می رسد که سیره عقلائیه هم از نظر صغری و هم از نظر کبری محل مناقشه باشد اما از نظر صغری، چون لازمه تحقق سیره عقلائیه این است که جمیع ملل و جمیع نحل ملتزم باشند به نقش مذهب در سلطه قضا به نحوی که لزوماً قاضی باید پیرو یک مذهب خاص باشد که این خیلی معلوم نیست.

اما از نظر کبری هم می توان گفت که سیره عقلائیه لو خلی و طبعه حجت نیست و باید برگشت آن به احراز موافقت شارع باشد یا علی الأقل ردعی از ناحیه شارع نرسیده باشد تا حجت باشد و پس از آن که ادله آیات و روایات در مسئله وجود دارد نوبت به بحث اثبات به سیره نمی رسد چون ما می خواهیم از سیره نظر شارع را احراز کنیم در حالی که از نصوص قرآنی نظر شارع محرز است.

اما از مجموع ادله می توانیم استنتاج کنیم که در حکومت اسلامی واگذاری منصب قضاء به غیر مسلمان جایز نیست.

مسائل مستحدثه اشتراط الاسلام:

امروزه قلمرو کشورهای گوناگون مختلف است و مسلمانان هم در سرتاسر دنیا منتشر هستند و بعضی از مسلمین در بلاد کفر زندگی می کنند و اگر مسلمانی در بلاد کفر نیاز به مرافعه قضایی پیدا کرده است، رفع الامر مسلمان به دادگاه عرفی در کشورهای آمریکایی و اروپایی و سایر بلاد چه حکمی دارد؟ این یک امر مستحدث است، این مباحث در کتاب القضاء سنتی در حوزه مطرح نشده است مگر مباحث بعضی از معاصرین که در کتاب فقه القضاء خودشان بیان کرده اند اما این تشقیقی که ما در مسئله مطرح می کنیم قبل از ما این صور را نگفته است.

صورت اول:

اگر مسلمان در کشور غیر مسلمان بخواهد به دادگاه عرفی مراجعه کند که چند فرع قابل تصویر است.

فرع اول:

تکرام : @javad_habibitabar

هر دو طرف دعوا مسلمان باشند که این فرع به ۲ قسمت تقسیم می شود؛

قسمت اول:

حضور این دو مسلمان در کشور غیر مسلمان موقتی است مثلاً عده ای مسلمان به عنوان توریست وارد کشور دیگر شده اند و در آن کشور بین آنها منازعه شده است آیا می توانند در آن کشور غیر مسلمان به دادگاه عرفی مرافعه کنند؟ یا باید صبر کنند وقتی که از کشور غیر اسلامی برگشتند مرافعه کنند؟ قطعاً حکم اولیه مرافعه الی الطاغوت به حسب اطلاقی که دارد اولاً فرقی نمی کند که شما در کشور اسلامی باشید یا غیر اسلامی، یریدون آن یتحاكمو الی الطاغوت و قد أمروا أن یکفروا به پس تحاکم الی الطاغوت به حسب اطلاقی که وجود دارد هر جا که باشد حرام است. پس این دو مسلم که موقتاً در کشور غیر مسلمان هستند باید صبر کنند هر وقت که به کشور اسلامی برگشتند مرافعه خودشان را در کشور اسلامی مطرح کنند.

قسمت دوم:

این دو مسلمان در کشور غیر اسلامی ساکن هستند؛

فرض اول:

به شکل قاضی تحکیم امکان فصل خصومت باشد مثلاً نماینده ولی فقیه در آن کشور وجود دارد و طرفین دعوا می توانند به او مراجعه کنند و فصل خصومت کنند که در این صورت جواز شرعی برای مراجعه به دادگاه عرفی در مملکت غیر اسلامی وجود ندارد.

فرض دوم: امکان تعیین قاضی تحکیم نیست،

اگر موضوع به نحوی است که به وسیله داوری مسلمان امکان صلح وجود دارد به حسب اطلاقی که دلیل حرمت دارد رفع الامر به چنین محاکمی جایز نیست.

اما اگر امکان صلح به وسیله داوری وجود نداشته باشد یعنی دو نفر در کشور غیر مسلمان ساکن هستند که بین آنها مرافعه ای است و باید به دادگاه مراجعه کنند و قاضی تحکیم هم نمی توان تعیین کرد، داوری و صلح هم امکان ندارد چه باید کرد؟

در اینجا ضابطه کلی است و آن این است که اگر صدق عنوان ثانوی می شود رفع الامر به آن محکمه عرفیه به عنوان حکم ثانوی جایز است (عنوان ثانوی و حکم ثانوی با هم تفاوت دارند: عنوان ثانوی مثل خود اضطرار، حرج

و ضرر که مسلماً عنوان ثانوی هستند ولی بعضی از عناوین هستند که در عنوان ثانوی بودن آنها تردید است مثل مقدمیت، شرطیت و مصلحت. اما حکم ثانوی، حکم شرعی جدیدی است که به دلیل ایجاد این عناوین جایگزین حکم اولی موضوع می شود).

اگر برای مسلمانی که در خارج از کشور است برایش عنوان ثانوی درست شود یعنی مثلاً عدم المرافعه الی المحکمه العرفیه یساوی الضرر که در این صورت حکم ثانوی می آید یعنی يجوز المرافعه حينئذٍ الی المحکمه العرفیه هناك من باب جواز أكل الميتة.

(چه زمانی ملاک تحقق عناوین ثانویه شخصی است و چه زمانی نوعی است؟)

عناوین ثانوی یک مقام جعل دارند و یک مقام امثال، اگر عناوین ثانوی ناظر به مقام جعل باشند یعنی خود شارع برای وضعیت حرجی حکم بدیل آورده است مثلاً خدای سبحان می فرماید فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً در اینجا ملاک ضرر نوعی است.

اما اگر عناوین ثانوی ناظر به مقام امثال باشد یعنی کبرای کلی از قرآن استنتاج شود که ما جعل علیکم فی الدین من حرج حال می خواهید بگویید یک امری که منصوص قرآن نیست حرجی است و حکم بدیل هم در شریعت ندارد و وابسته به تشخیص مکلف است در اینجا ملاک شخصی است چون اگر در اینجا ملاک شخصی نباشد امتنانی بودن این ادله زیر سؤال می رود چون اینکه خداوند تبارک و تعالی می فرماید ما جعل علیکم فی الدین من حرج یعنی حکم حرجی از فرد فرد مکلفین برداشته شده است و اگر گفته شود که چون عموم مردم، در حرج نیستند پس شخصی که در حرج است باید در حرج بماند، این با امتنانی بودن ادله نفی حرج سازگار نیست.)

در ما نحن فیه مقام امثال است پس ملاک شخصی است نه نوعی.

در این فرع، یعنی مراجعه غیر مسلمان به دادگاه عرفی در کشورهای غیر اسلامی به حکم اولیه ممنوعیت است و اگر بخواهیم از این حکم اولیه فاصله بگیریم باید به قدر ضرورت باشد (الضرورات تُقَدَّرُ بقدرها) یعنی اگر بازگشت به کشور اسلامی ممکن نباشد، مراجعه به قاضی تحکیم هم امکان نداشته باشد، دآوری و صلح هم امکان نداشته باشد و یک عنوان ثانوی ایجاد شود نتیجتاً براساس عنوان ثانوی حکم به جواز می شود.

والحمد لله رب العالمین

مقرر: سید حسن استاد