

خارج فقه - استاد علیدوست - شرایط قاضی در شریعت - آدرس سایت a.alidoost.ir

برگه درس

صفحه 100 و 101

«و اما قاضی التحکیم فالصحيح انه لا يعتبر فيه الاجتهاد خلافاً للمشهور و ذلك لاطلاق عدة من الآيات: (منها) قوله تعالى: ( ان الله يأمرکم أن تؤدوا الامانات الى اهلها و إذا حکمتم بين الناس أن تحکموا بالعدل...) و لاطلاق الصحيحة المتقدمة و اطلاق صحیحة الحلبي قال: (قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ربما كان بين الرجلين من اصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منا. فقال(ع):«ليس هو ذاك إنما هو الذي يجبر الناس على حکمه بالسيف و السوط) و غیر ذلك من الروایات»<sup>1</sup>.  
فرمایش محقق خوئی در مقابل ادعای اتفاقی که شهید ثانی نمود، قرار می گیرد و جهت داوری باید تتبعی وسیع تر صورت پذیرد.

(جلسه ششم)

تتبع در مسأله شرایط قاضی

محقق عاملی در تعلیقه بر متن قواعد علامه که فرموده است:

«و يشترط فيه البلوغ و العقل و الذکورة و الايمان و العدالة و طهارة المولد و العلم» فرموده است:

«هذه الشروط السبعة معتبرة اجماعاً معلوماً و منقولاً...»<sup>2</sup> لكن نسبت به شرط ضبط (به معنای عدم غلبه نسیان بر وی) می فرماید:

«و قد خلا من هذا الشرط كثير من كتب الاصحاب كالتحریر و ظاهر غيره لكنه يفهم من مطاوی كلامهم و لا سيما عند التعرض للكتابة و قد اجمعوا على اعتباره في الراوی»<sup>3</sup>.

نسبت به سلامت از خرس و صمم نیز بحث و گفتگو شده است؛ هر چند جناب عاملی می فرماید: «ان امتنع سماعه لا يصح توليته اجماعاً؛ لامتناع سماع البيئات و الاقرارات و الايمان و اما اذا امکن سماعه بمسمع او قوة صوت و نحوه ففيه خلاف...»<sup>4</sup>.  
در شرایط به جای تعبیر «العقل»، «کمال العقل» آمده و شرایط هفت گانه فوق مورد اشاره واقع شده است. صاحب جواهر هم در تعلیقه بر آن فرموده است: «بالخلاف اجده في شيء منها. بل في المسالك: «هذه الشرائط عندنا موضع وفاق»، بل حکاه فی الرياض عن غيرها ايضاً»<sup>6</sup>.

مشابه وضعیتی که از جهت بیان موقعیت فقهی شرایط، بر متون گذشته حاکم است، بر متون پدید آمده در دهه های اخیر نیز حاکم است؛ هر چند گاه اعتبار شرطیت برخی شروط چون «مذکر بودن قاضی» از سوی جمعی مورد تردید قرار گرفته است؛ از این رو بررسی مسأله را از جهت تتبع عام به موارد خرد منتقل کرده و آن چه را مقتضای تحقیق است، بیان خواهیم کرد.

بررسی موردی شروط و اقتضای تحقیق

پیش فرض ها در تحقیق

### 1. اصل عدم اعمال تعبد در اعتبار شروط

بدون تردید رویکرد و گفتمان مستنبط در استنباط شروط قاضی از اسناد معتبر، تاثیر ملموس در فرایند و برآیند استنباط دارد. رویکرد تعبدمحور و رویکرد غیرتعبدی.

ما معتقدیم رویکرد اول در مثل مسأله مورد گفتگو دلیل قوی می خواهد و الا اصل بر عدم اعمال تعبد در فرایند اعتبار شروط از

سوی شارع اقدس است؛ آن چه میزان است این که قانون گذار شروطی را اعتبار کند که «فصل خصومت - حتی الامکان - عادلانه» با آن حاصل شود.

\* (ان الله يأمرکم ان تؤدوا الامانات الی اهلها و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل) \* (نساء: 58)؛ \* (و ان حکمت فاحکم بینهم بالقسط ان الله یحب المقسطین) \* (مائده: 42)؛ \* (و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الظالمون) \* (مائده: 45)؛ و...

البته معنای این سخن طریقت‌داشتن شروط ثابت‌شده در مسأله به حجت معتبر برای فقیه نیست؛ معنای سخن فوق طریقت‌داشتن شروط در نظر شارع است و الا پس از اثبات اعتبار از سوی شارع، شرایط برای فقیه موضوعیت دارد و باید به آن اصالت داد. (دقت شود).

(پایان جلسه)

1. مبانی تکملة المنهاج، ج 1، ص 9.

2. مفتاح الکرامه، ج 25، ص 22 و 23.

3. همان، ص 25.

4. همان، ص 30 و 31.

5. جواهر الکلام، ج 40، ص 12.

مشروح درس :

بسم الله الرحمن الرحيم

بحث ما راجع به شرائط قاضی در شریعت مطهر اسلام بود. بخشی از بحث‌ها مطرح شد. امروز تتبع می‌کنیم در مسأله. یکی از کتاب‌هایی که معمولاً تتبع کرده است و اقوال را دنبال کرده است مفتاح الکرامه است. محقق عاملی در مفتاح الکرامه، متنش قواعد علامه است ایشان هم ذیلش تعلیقه زده و اقوال را بیان کرده است. ایشان ذیل کلام علامه که می‌گوید: یشرط در قاضی هفت شرط: بلوغ، عقل، مذکر بودن، ایمان، عدالت، طهارت مولد و علم.

محقق عاملی به عنوان کسی که با اقوال کاملاً آشنا است می‌گوید: هذه الشروط السبعة مورد اجماع علمای امامیه است اجماعی که هم نقل شده است و هم برای من محقق عاملی معلوم است (ظاهراً در زمان محقق عاملی هنوز اصطلاح اجماع منقول و محصل وضع نشده بوده است). پس ایشان نگفت فقط من می‌گویم بلکه نسبت داد به همه ی فقها.

مفهوم شناسی شرط ضبط در قاضی

راجع به ضبط وضابط بودن قاضی اول ایشان معنا می‌کند و می‌گوید مراد از ضابط بودن قاضی عدم غلبه نسیان است یعنی اگر دُکر غلبه داشت یا پنجاه پنجاه بود کافی است. راجع به این شرط می‌فرماید: بسیاری از متون فقهی شیعه از ذکر این شرط برای قاضی خالی است. و در ادامه می‌گوید درست است که در بین شرائط بیان نکرده اند ولی در لابه لای کلماتشان برخی از آن‌ها بحث کرده اند مثلاً آن جایی که شرط اعتبار کتابت را بررسی می‌کنند قدرت ضبط را هم بررسی کرده اند. (شرط کتابت را علما در راوی بالاتفاق لازم می‌دانند، قدرت کتابت ادامه ی همان شرط ضبط است از این جهت قدرت کتابت را گفته اند و ممکن است در ادامه اش قدرت ضبط را هم اضافه کنیم).

پس نتیجه این می‌شود که شرط ضبط مثل شروط هفت گانه نیست که در همه ی کلمات آمده باشد ولی در برخی از کلمات صریحاً آمده است مانند آقای خوبی و در برخی از کلمات هم در لابه لای بحث‌ها آمده است و ممکن هم هست در برخی از کلمات نیامده باشد پس این شرط مانند شرائط هفت گانه نیست ولی بی‌موقعیت هم نیست.

شرط نهم و دهم سلامتی از خرس و صمم یعنی لال نباشد و کر نباشد. این دو را مرحوم آقای خوئی نداشت. ایشان می گوید این دو شرط اختلافی هستند و بعد ادامه می دهد اگر ناشنوای مطلق است (امتنع سماعه) نمی شنود و شنواندنش هم امکان ندارد ایشان می گوید ممنوع اجماعا و به اجماع نسبت می دهد. اما گاهی نمی شنود ولی از طریقی می شود به او شنواند در این مورد اختلافی است.

اما راجع به سلامتی از خرس هم مطمئنا اجماعی نیست.

یکی از کسانی که در تتبع نمی شود به سراغش نرفت صاحب جواهر است. ایشان وقتی از جناب محقق حلی (صاحب شرایع) که متن ایشان است هفت شرط را نقل می کند (البته صاحب شرایع به جای عقل می گوید کمال عقل. آیا کمال عقل با عقل فرق دارد؟ این کلمه در بحث های اجرای حدود خیلی مهم است. یک بحثی است در اجرای حدود در بچه هایی که بالغ هستند اما بچه هستند مثلا یک دختر هشت سال و نه ماه اگر گناهی مرتکب شد آیا می شود بر او حد جاری کرد؟ برخی می گویند رشد کیفری لازم است. رشد کیفری چقدر بنیان دارد در فقه ما؟ و برخی که نمی خواهند از فقه فاصله بگیرند می روند و از کلمات فقها پیدا می کنند مثلا میگویند از شرائط اجرای حد کمال عقل است و بچه ی هشت و سال و نه ماه کمال عقل ندارد البته الآن بحث ما اجرای حدود نیست ولی این سؤال مطرح است که آیا ایشان از سر اتفاق این تعبیر را تغییر داده است یا اینکه چیزی مد نظر او بوده است مثلا می خواسته سفیه را خارج کند) می فرماید: هیچ مخالفی من نیافتم. این تعبیر خیلی قوی نیست بعد صاحب جواهر ترقی می کند و میگوید در مسالک فرموده هذه الشرائط عندنا موضع وفاق. یعنی از بلا خلاف اجد آمد به موضع وفاق. محل اتفاق گاهی از اجماع بالاتر است چون خیلی ها می گویند در اجماع اتفاق کل لازم نیست اما موضع وفاق دیگر این ها را ندارد. صاحب ریاض هم به اجماع نسبت داده است.

بعد از جواهر مرحوم شیخ انصاری، آقای نائینی، آقای آخوند، آقای کنی، آقای رشتی، آقا ضیا عراقی همه کتاب القضا دارند و همه شرائط قاضی را بحث کرده اند. در چهل سال بعد از انقلاب هم علمایی مانند مرحوم آقای گلپایگانی، آقای اردبیلی هم کتاب نوشتند و در همه همین وضعیت مشاهده می شود البته برخی از این ها با انشاءالله ماشاءالله و نه به صورت صریح با برخی از شروط مخالفت کرده اند مثلا آقای اردبیلی در مذکر بودن را اشکال می کند یا شرط اجتهاد را برخی مورد خدشه قرار می دهند ولی در مجموع این شرائط در سه گروه قرار میگیرند:

شرایطی که همه قبول دارند مثل عقل بلوغ ایمان طهارت مولد

برخی از شروط موقعیت قوی دارد نزدیک به اجماع مثل اجتهاد و نکورت

برخی از شروط هم اختلافی هستند مثل حریت و کتابت و ضبط

### تحقیق

حدود بیست شرط است که ممکن است علما گفته باشند و ممکن است برخی از آن ها را نگفته باشند.

### پیش فرض ها در تحقیق

ما باید پیش فرض های بحثمان را مطرح کنیم که اگر این پیش فرض ها را دقت نکنیم بحث تا چند ماه درست پیش نمی رود.

### پیش فرض اول: اصل عدم اعمال تعبد در اعتبار شروط

یعنی آیا شارع مقدس در اعمال این شروط می خواهد اعمال تعبد کند یا نه؟ ما باید ببینیم گفتمان ما در این بحث، رویکردمان در این مسأله باید تعبد محور باشد یا آزاد از تعبد (عقلایی محور) باشد؟ اگر رویکرد تعبد محور باشد بحث فرق می کند و در فهم ادله تأثیر می گزارد مثلا می گوید: امام فرمودند راضی باشید به رجل منا اما اگر رویکردش رویکرد عدم تعبد باشد ممکن است

از رجل نفهمد مذکر بلکه بفهمد انسان یا یک عالم خلاصه رویکرد در فهم از ادله تأثیر گزار است.

آیا واقعا شارع میخواست یک لیستی از شرایط تعبدی بدهد؟ اصل اولی بر عدم اعمال تعبد است، تعبد دلیل می خواهد. در سیاست مثل معاملات اصل بر عدم اعمال تعبد است. اگر ما این رویکرد را داشتیم چه بسا برای شرایط موضوعیت قائل نباشیم بلکه قائل به طریقت باشیم. یعنی بگوییم اسلام در قضا فصل خصومت حتی الامکان عادلانه را می خواهد. یعنی آنچه موضوعیت دارد، آنچه اصالت دارد برای شارع فصل خصومت در قضاوت و حتی الامکان عادلانه است. برخی می گویند آنچه در قضا مد نظر است فصل خصومت است و برخی ناراحت می شوند و می گویند فصل خصومت به هر قیمتی؟! نخیر آنچه در قضاوت مد نظر است عدالت است. ما گفتیم این دو با هم منافات ندارند در قضا فصل خصومت هدف بزرگی است و حتما باید فصل خصومت البته فصل خصومت قضایی بشود و چون غیر معصوم می خواهد قضاوت کند بگوییم فصل خصومت حتی الامکان عادلانه. و احیای عدالت هم هدف است اما حتی الامکان. در قرآن به عدل و قسط (عدالت اجتماعی) اصالت داده شده است. پس اگر شارع مقدس یک سری شرایط را اعتبار می کند برای این است که یک قضاوت امینی را شکل دهد.

این که گفتم شرایط طریقت دارد نه موضوعیت منظورم این است که وقتی شارع می خواهد شرایط را قرار دهد یعنی می دانیم برای شارع که می خواهد شرایط را برای ما بیان کند برایش قضاوت عادلانه و فصل خصومت مهم و اصل است و اگر دست روی این شرایط می گذارد برای این است که یک سیستم امینی را اعتبار کند ولی وقتی شارع سیستم را بیان کرد دیگر شرایطی که ما برایش دلیل داریم برای ما موضوعیت دارد ولی برای شارع این شرایط طریقت دارد و می دانیم که برای شارع فصل خصومت حتی الامکان عادلانه اصل است. اگر این شرایط را هم فرموده برای این اصل بوده است. اگر بگویید پس ما باید به دنبال دلیل باشیم. پاسخ می دهیم بله درست است ولی وقتی ما باورمان این باشد که نگاه شارع این بوده است در استفاده از دلیل متفاوت برداشت می کنیم تا وقتی که نگاهمان این نباشد و بگوییم شارع یک سری شرایط تعبدی بیان کرده است.