

خلاصه درس:

صفحه 123 و 124

نقد و بررسی ادله

نقد و بررسی دلیل اول

نسبت به حجر و رفع قلم از صبی (دلیل اول)، مشکل، وجود برخی استثنایا بر این کلیت مورد ادعا است اولاً، و امکان ادعای عدم ملازمه بین آن و عدم اعتبار به رفتارهای او در قضا است ثانیاً.

به عنوان مثال مشهور فقیهان وصیت طفل ده ساله را « اذا كان عاقلاً في وجوه المعروف للارحام او غيرهم» پذیرفته و مستند آن را طایفه‌ای از اخبار معتبر دانسته‌اند.¹ بلکه در معتبره جمیل بن دراج طلاق و صدقه او هم تنفیذ شده است.

توجه کنید: «...عن احدهما - عليهما السلام - قال: يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و ان لم يحتلم».² مطابق این روایت بلوغ به ده سال هم لازم نیست، مگر این که فقیه در مدیریت ادله به شرط ده سال برسد؛ لکن در دلالت بر این که این امور از غیر بالغ هم نافذ است قاصر نیست.

در متون فقهی شبیه وضعیتی که در وصیت حاکم است در طلاق هم حاکم است؛ از این جهت که چگونه با روایات متعارض آن باب رفتار کنند، هر چند قول به صحت طلاق طفل ده ساله ثابت نیست یا لا اقل مشهور نیست.³ البته یکی از فقیهان معاصر فرموده است: «مقتضى الصناعة التفصيل (بین ده سال و کمتر از آن) الا ان يقوم اجماع تعبدی علی الخلاف».⁴

برخی فقها وقف صبی را با اذن ولی و به شرطی که مطابق مصلحت باشد، پذیرفته‌اند.⁵

برخی از ایشان اجرای صیغه نکاح را از صبی برای دیگران پذیرفته‌اند. توجه کنید: «لیس فی المقام ما یدل علی سلب عبارة الصبی، فان النصوص المستدل بها كلها واردة فیما هو امر للصبی نفسه فلا تشمل ما اذا كان الامر للولی و البالغ، غاية الامر كان الصبی مجریاً للصیغة».⁶

در شرطیت بلوغ در امام جماعت⁷ حتی در وقتی که امام جماعت بالغان است، بحث و گفتگو است، از این جهت برخی فقیهان معاصر شرط بلوغ را مطابق احتیاط دانسته و به آن فتوا نداده‌اند.⁸

محقق خوبی هم شرطیت بلوغ را در امام جماعت مشهور می‌داند نه اجماعی و با توضیح بیشتر می‌فرماید: «و لم ینسب الخلاف الا الی الشیخ و بعض، حیث حکم بجواز امامة المراهق مدعیاً علیه الاجماع...».⁹

مطمئناً متتبع در نصوص و متون فقهی به تعیینات دیگری نیز برمی‌خورد.

از طرفی برخی از مستندات محجور بودن طفل قابل مناقشه جدی است؛ مستنداتی که با مناقشه در استدلال به آن‌ها کلیت قاعده مورد گفتگو در ضیق و شداد قرار می‌گیرد.

مثلاً در کلام بسیاری از فقیهان در راستای اثبات حجر و سلب عبارت و عدم اعتبار قول و فعل صبی به برخی روایات دال بر این که: «عمد الصبی و خطأه واحد»¹⁰، تمسک کرده‌اند؛ در حالی که به کلیت این قاعده نمی‌توان ملتزم شد، یا به دلیل این که این نصوص در باب جنایات وارد شده است، حتی در ادامه برخی از آن‌ها آمده است: «تحمله العاقلة»¹¹ یا به دلیل برخی نقض‌ها بر این کلیت؛ و الا لازم کلیت آن، این است که تکلم عامدانه در نماز صبی یا اکل و شرب عامدانه در صوم او مبطل نباشد، مطلبی که قطعاً قابل التزام نیست.

اشتراط بلوغ در قضا به گونه‌ای که حتی اذن ولی هم کار صبی را اصلاح نکند - مطابق برخی مبانی در تفسیر قضا چون مبنای محقق خوانساری - بیشتر در معرض شک و تردید قرار می‌گیرد؛ چرا که ایشان قضا را در احکام چیزی جز «بیان الحكم الالهی

الثابت له من طرف الشرع» ندانست و هر نوع انشاء، ولایت و وجوب متابعت را از وی سلب کرد!¹²

نکته آخر در این پیوند این که حدودی که در قوانین - از جمله در قوانین اسلام و شریعت - مطرح می‌شود، گاه جنبه کمی با حد ثابت دارد؛ مثلاً گفته می‌شود: سن هیجده سال سن بلوغ، برخورداری از مزایا یا از عهده برآمدن از برخی مسئولیت‌هاست؛ یا در شریعت گفته می‌شود رسیدن به فلان حد، نصاب زکات گندم است و ... در این جا حد مزبور جنبه تعبدی دارد (هر چند اصل آن را منطقی قابل فهم، تفسیر و توجیه می‌کند)

1. العروة الوثقی، ج2، کتاب الوصیة، ص887، مسأله 10، (شرایط موصی).
2. الوسائل، ج19، کتاب الوقوف والصدقات، باب 15، ص212، حدیث 2.
3. ر.ک: السید تقی الطباطبایی القمی، مبانی منهاج الصالحین، ج10، صص325-327.
4. همان، ص 327.
5. منهاج الصالحین، ج2، ص237، مسأله 1130.
6. المبانی فی شرح العروة الوثقی، (از موسوعه الامام الخویی)، ج33، ص152.
7. این مورد به نوعی برای بحث ما هادی است
8. العروة الوثقی، ج1، فی شرایط امام الجماعة، پاورقی ص797.
9. الشیخ مرتضی البروجردی (مقرر)، مستند العروة الوثقی، کتاب الصلاة، ج5 (قسم دوم)، ص389.
10. الوسائل، ج29، ابواب العاقله، باب 11، ص400، ج2.
11. همان، ص3.
12. جامع المدارک، ج6، ص3.

مشروح درس:

شروط قاضی/ بلوغ

بسم الله الرحمن الرحيم

روز گذشته برای این که ثابت کنیم بلوغ شرط است در قاضی به هفت دلیل تمسک شد. البته گفتیم ممکن است در جستجوها شما به دلیل دیگری هم برخورد کنید. این بحث در خیلی از موارد وجود دارد و از بحث هایی است که در خیلی از موارد کاربرد دارد. ما ادله را مورد به مورد بررسی می کنیم و بعد نهایتاً در یک نظام متعاضد ممکن است بگوییم از مجموعه اش یک دلیل استخراج می شود ولی فعلاً یکی یکی بررسی می کنیم.

اولین دلیل که همه آورده اند محجور بودن صبی (غیر بالغ) یا رفع قلم از صبی است. راجع به این مطلب خیلی حرف می شود زد. یک بحث بحث کلیت این قاعده است. یعنی فقها به کلیت این دلیل چقدر وفادار هستند و در فقه به آن عمل کرده اند؟ اگر کلیت آن زخمی شود و مواردی داشته باشیم که با رفع قلم از صبی و محجور بودنش ناهمسو باشد ممکن است کسی بگوید چه اشکالی دارد که قاضی هم بشود؟ اگر این قاعده زخمی شده باشد در مواردی مقداری کار مشکل می شود. نکته ی بعد این است که چه ملازمه ای است بین حجر یا رفع قلم و قضاوت (فرض این است که راجع به قضاوت دلیل خاص نداریم و می خواهیم فقط از کلیت محجور بودن استفاده کنیم). اگر کسی بررسی کند متوجه می شود که کلیت این قاعده در مواردی زخمی شده است. من برای شما پنج شش مورد می آورم.

موارد نقض بلوغ

علمای ما مشهور فقها وصیت طفل ده ساله را پذیرفته اند؛ طفل ده ساله می تواند وصیت کند میلیاردها تومن که دارد، البته یک قید زده اند و آن این که «اذا كان عاقلا في وجوه المعروف» بچه هایی که می فهمند و تنها مشکلشان این باشد که بالغ نیست این بچه می تواند وصیت کند چه برای ارحام و چه برای غیر ارحام. این را صاحب عروه دارد و این به این خاطر است که برخی گفته اند برای ارحام می تواند ولی برای غیر ارحام نمی تواند؛ صاحب عروه می گوید اگر ده سال داشته باشد و عاقل هم باشد می تواند وصیت کند البته این فتوای مشهور مستظهر است به روایات متعددی. یکی از آن ها روایت جمال بن دراج از امام باقر یا امام صادق روایت کرده است و روایت معتبره است و روایاتش یکی دوتا هم نیست.

روایت جمیل: امام فرموده اند: يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و ان لم يحتلم. جالب این است که در این جا سن ده سال را هم ندارد و فقط دارد که «اذا كان قد عقل» ولی برخی روایات دیگر داریم که ده سالش باشد. ما بحثمان این نیست اگر بحثمان بود باید روایاتش را می آوردیم و تعارض را برطرف می کردیم ولی الآن بحثمان این نیست و من هم نمی خواهم شما را به زیر ده سال ببرم و همین که بالای ده سال هم ثابت باشد برای ما کافی است. جالب این است که مشهور وصیت بچه ی ده ساله را قبول کرده اند ولی طلاقش مشهور نیست مثل وصیت البته برخی از علما را دیده ام که تمایل دارند بگویند طلاقش هم صحیح است؛ بچه ای بوده که ولی اش برای او زن گرفته است، حال که خودش ده ساله شده می خواهد اجرای صیغه ی طلاق کند در این جا برخی از فقها گفته اند اگر ما باشیم و روایات باید بگوئیم که طلاقش با مشکلی مواجه نیست ولو شبهه ی اجماع کرده اند که بر خلاف باشد. در صدقه هم من ندیده ام که خیلی بحث کنند.

پس در وصیت مشهور نزدیک به اجماع (من فقط ابن ادریس را سراغ دارم که مخالفت کرده است) گفته اند که وصیت بچه ی ده ساله درست است. طلاقش هم برخی که برخی تمایل دارند و صدقه اش هم که روایت دلالت می کند. حال اگر تحقیق کردیم و دیدیم که فقها نفرموده اند می توانیم به استناد این روایت و روایات دیگر فتوا دهیم. پس این حرفی که در جلسه ی قبل برخی در دلیل اول زدند که بچه به طور کلی فلان فلان این سه مورد نقض.

مورد دیگر بحث وقف است. برخی از فقها گفته اند که وقف صبی صحیح است البته قید کرده اند که با اذن فقیه و من ندیده ام کسی مطلق بگوید و کسانی که دیده ام همه مقید به اذن ولی کرده اند. کسانی که می گویند صبی مسلوب العبارت است و صبی نمی تواند قاضی شود یعنی چه با اذن و چه بدون اذن و اذن ولی هم درستش نمی کند در حالی که فقها وقف صبی را با اذن ولی درست دانسته اند.

مورد بعدی صیغه ی نکاح است. برخی می گویند صیغه ی نکاح را صبی هم می تواند اجرا کند البته نه برای خودش بلکه برای دیگران. آقای خویی گفته اند: «لیس فی المقام (نکاح برای غیر) ما یدل علی سلب عبارت الصبی فان النصوص (روایاتی که به آن ها استدلال شده است برای سلب عبارت صبی) کلهما وارده فی ما هو امر للصبی نفسه فلا تشمل ما اذا كان الامر (نکاح) للولی و البالغ غاية الامر كان الصبی مجریا للصیغه» این عبارت را کسی می گوید که در مقام ما (شرائط قاضی) گفت بلوغ بلا خلاف و اشکال شرط است چون صبی مسلوب العبارت است (به نظرم در کلامشان بود اگر هم نباشد در فکرشان هست و پشت ذهنشان همین است)

یک مورد دیگر هم هست که نمی گویم دقیقا به کارمان می آید ولی به عنوان شاهد می توان از آن استفاده کرد. مشهور نظرشان این است که عبادات صبی مشروع است اما سؤال این است که آیا بچه ی ممیز می تواند امام جماعت بشود یا نه؟ این هم دو فرض دارد یکی این که بخواهد برای بچه ها امامت کند و فرض دیگر این است که بخواهد برای بالغ ها امام جماعت شود. برخی اشکال دارند ولی برخی هم امامت صبی برای بالغین را قبول کرده اند لذا وقتی صاحب عروه فتوا به شرطیت بلوغ برای امام جماعت می دهد حاشیه می زند که علی الاحوط. علی الاحوط را فقیهی می گوید که به نتیجه نرسیده است. علاوه بر این که قبل از ایشان به شیخ طوسی نسبت داده اند که ایشان گفته است می تواند. مرحوم آقای خویی در شرح عروه به مسأله که می رسد می گوید علی المشهور. سؤال می شود پس غیر مشهور کی هست؟ می گوید شیخ طوسی. جالب این است که شیخ طوسی ادعای اجماع بر مسأله هم کرده است. البته اجماع که ایشان گفته از همان اجماع های علی القاعده است. ایشان دیده دلیلی بر منع نداریم، روایت و آیه ای هم نداریم که بگوید امام جماعت باید بالغ باشد لذا ایشان گفته هر جایی که دلیلی نداشتیم فتوا می دهیم به صحت و عدم شرطیت و چون این مطلب اجماعی است ادعای اجماع کرده است.

این پنج شش موردی که من آوردم بخشی از مطلب است و اگر کسی در روایات و متون فقهی بررسی کند به مواردی غیر از این

موارد خواهد رسید.

دلیل اول شرطیت بلوغ این بود که صبی مسلوب العبارت است که ما تا حالا چند مورد نقض آوردیم علاوه بر این که چند مطلب دیگر هم وجود دارد که آن ها هم باعث سست شدن این دلیل می شود.

رفع قلم و محجور بودن صبی برخی از مستنداتش قابل مناقشه است مثلا در قرآن دارد که «وابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا» بچه ها و یتیمانی که اموالشان دست شما هست را امتحان کنید تا این که به بلوغ برسند اگر بعد از بلوغ تازه احساس کردید که رشد در معامله دارند خودشان را مستقل در تصرف کنید که مفهومی این است که اگر به بلوغ نرسیده بودند که هیچ و اگر به بلوغ هم رسیده بودند تا زمانی که به رشد نرسیده اند آن ها را مستقل در تصرفات مالی نکنید. این آیه ی قرآن است و دلالتش روشن است اما برخی مستندات قابل مناقشه است این آیه در مورد تصرفات مالی بود و از این آیه استفاده نمی شود که بچه هیچ هیچ و حدش همین قدر است که بیان کردیم. اما برخی دیگر از مستندات مثل حدیث رفع قلم هم بحث های در مورد آن کرده اند و گفته اند که رفع قلم از تکلیف است نه از مزایا، برخی گفته اند رفع القلم قلم مؤاخذه است؛ حتی برخی مناقشات هم ما داریم در مورد عمومیت این دلیل، اگر امری باشد که درک عقل بدیهی است و بچه هم توجه داشته باشد یعنی به حدی رسیده باشد که بتواند توجه داشته باشد معلوم نیست که مؤاخذه نداشته باشد مثلا یک بچه ی چهارده ساله است که واقعا می داند جنایت بد است، قتل بد است و ... این ها را نمی توان قبول کرد بلکه نماز خواندن اشکالی ندارد ولو بدانند که نماز خیلی خوب است.

یک چیزی که خیلی از افراد به آن تمسک کرده اند این روایت است که «عمد الصبی و خطأه واحد». چند روایت معتبر داریم به این مضمون پس مناقشه در سندی وجود ندارد. اگر قرار شد عمد و و خطای صبی واحد باشد حال اگر یک قاضی خطأ قضاوت کند چیزی بر آن مترتب نمی شود، بی توجه هم قضاوت کند چیزی بر او نیست جالب این است که اگر با توجه هم قضاوت کند معتبر نیست چون مانند خطا است در حالی که قاضی باید با توجه قضاوت کند. اگر عمد صبی مانند خطای بالغ است همانطور که خطای بالغ قضاوت را از کار می اندازد عمد بچه هم قضاوت را از کار می اندازد. اگر کسی همین جمله را بردارد و گستره شناسی کند خودش می شود موضوع یک مقاله یا موضوع یک پایان نامه. برخی این جمله را گرفته اند و مانند آچار فرانسه ازش استفاده کرده اند، گفته اند عمد بچه حکم خطا را دارد تا آخر اگر گناه کند اشکالی ندارد، اگر در نماز عمدا کاری انجام دهد می شود مثل خطا و ... این را مثل مرحوم صاحب جواهر و دیگران دارند.

این روایات باید از چند مرحله عبور کنند تا به درد کار ما بخورند و الا مورد مناقشه قرار می گیرند. مرحله ی اول این است که این روایات در باب جنایات است یعنی اگر بچه جنایت کند حکم خطا دارد و خطا بر عاقله است لذا بعد از این روایات بر خا دارد «تحمله العاقله» پس اگر این باشد به درد بقیه ی ابواب نمی خورد. اگر کسی بگوید برخی از روایات این عبارت «تحمله العاقله» را ندارد و یک قانون در اسلام است که همه جا از این قانون استفاده کنیم. پاسخ این است که آیا واقعا می توانیم این روایات را قانون بدانیم و همه جا از آن ها استفاده کنیم؟ مثلا اگر صبی در نماز عمدا حرف بزند، ظاهرا هیچ فقیهی نگفته که نماز این بچه صحیح است و شرعیت عباداتش هم مشروط به این است که مراعات شرائط را بکند، اگر بچه روزه گرفت و عمدا شروع کرد به غذا خوردن کسی گفته است که روزه اش درست است؛ قاعده وقتی سوراخ شد و این استثنائات زیاد بود کار مشکل می شود. پس قاعده مستند به یک اسنادی است که موردی است مثل این که در قرآن آمده ولی مربوط به اموال است، برخی دیگر قابل توجه است به گونه ای که نمی شود از آن ها این قاعده را استخراج کرد.

مطلب دیگر این که: قبلا گفتیم که آقای خوانساری می فرمود قضاوت غیر از بیان حکم شرعی هیچ چیزی نیست. مثلا یک دفعه دو نفر دعوا می کنند زید می گوید این لیوان برای من است و عمرو می گوید برای من است. در این جا دعوا در مصداق حکم شرعی است. در این جا قاضی انشاء باید بکند و وجوب متابعت دارد و ... ولی گاهی دعوا بر سر حکم شرعی است مثل این که کسی می میرد همسر دارد بچه هم دارد بچه ها به زن پدرشان می گویند تو از زمین پدر ارث نمی بری فقط از منقولات و از ساختمان آن هم پولش ارث می بری و زن هم می گوید نه من از کسی تقلید می کنم که می گوید ارث می بری. در این جا می روند پیش یک قاضی و قاضی هم یا خودش مجتهد است یا مثل امروز به قانون نگاه می کند. در این جا کار قاضی هیچ چیزی جز بیان حکم شرعی نیست. لذا در آخر هم که می گوید خانم شما از زمین ارث ببر یا ارث نمی بری دارد حکم شرعی را بیان می کند. اگر کار قاضی را این قدر پایین آوردیم تا حد بیان حکم شرعی دیگر نیاز به بلوغ ندارد، مگر بیان حکم شرعی نیاز به

بلوغ دارد؟ بچه می تواند اجتهاد کند و نظرش را هم بدهد ولی این که تقلید دارد یا نه باید در اجتهاد و تقلید بحث کرد؛ البته ظاهراً ایشان هم بلوغ را شرط می داند و اگر شرط بدانند می توانیم این اشکال را به ایشان بکنیم که شما که قضاوت را بیان حکم شرعی می دانید دیگر نباید بلوغ را شرط بدانید و نکته اش هم این است که دیگر قاضی نمی خواهد انشاء کند، حتی لزوم متابعت هم ندارد انسان باید از خدا متابعت کند (البته ما این را نمی گوئیم) این ها حرف هایی بود که سال گذشته ایشان زد؛ نمی شود گفت بلوغ شرط است و دلیل اولش هم این است ولی به لوازمش ملتزم نشد.

هذا تمام الکلام نقد و بررسی دلیل اول. این بحث از بحث هایی است که در مواضع دیگر هم به کار می آید و کم تر بررسی شده است.