

متن پیاده سازی شده جلسه دوم خارج فقه القضا 22 شهریور 1399

بسم الله الرحمن الرحيم

بحثی که مطرح کردیم این بود که فقها فرموده اند در قاضی شرط است علم، اجتهاد، اعلم بودن. بعد گفتیم این ها را باید دو چیز حساب کرد یا سه چیز؟ از آقای خویی شروع کردیم و نظر ایشان را گفتیم. امروز می خواهیم مقداری تتبع را بیشتر کنیم و ببینیم بزرگان دیگر چه گفته اند تا مقداری با نظرات بزرگان آشنا شویم تا بعد به مرحله ی تحقیق برسیم.

اولین متنی که امروز داریم از جناب محقق حلی در شرایع است. عبارت ایشان این است: « لا ینعقد لغیر العالم المستقل باهلیة الفتوی و لا یکفیه فتوی العلما » ایشان می فرماید برای غیر عالم، المستقل صفت عالم است یعنی عالم مستقل بفتوی اگر نباشد لا یکفیه فتوی العلما. در این عبارت ایشان هم از کلمه ی علم استفاده کرده است و هم مجتهد بودن اما این ها را از هم جدا نکرده است.

اما خواهر زاده ی ایشان علامه ی حلی می فرماید: « لا الجاهل بالاحکام (یعنی لا ینعقد، اعتبار ندارد کسی که جاهل به احکام است) و لا غیر المستقل بشرائط الفتوی، ایشان این دو را از هم جدا کرده است، می گوید اولاً جاهل نباشد، عالم باشد، ثانیاً اهل فتوی باشد. و یجب أن یکون عالماً بجمیع ما ولیه باید به جمیع جوانب آن چه که ولایت دارد، همه ی جوانب پرونده، همه ی جوانب دعوا عالم باشد.

شیخ طوسی خاصیت کارش این است که اگر از کتاب الخلافش استفاده کنیم بحثش می شود مقارن. این عبارتی که من انتخاب کرده ام در واقع یک فقه مقارن است.

عبارت شیخ: «لا یجوز أن یتولی القضاء الا من کان عالماً بجمیع ما ولیه جائز نیست عهده دار قضا شود مگر کسی که عالم باشد به جمیع جوانب آن چه که عهده دار شده است. (ما معمولاً تولیت را آن طور که در عربی است به کار نمی بریم. در فارسی می گوئیم تولیت این مکان با چه کسی است؟ می گویند تولیتش با فلانی است. این تولیت به معنای عهده دار بودن، سرپرست بودن است در حالی که تولیت دادن در عربی یعنی ولایت دادن که کار شارع است، دو مفعولی هم است عرب می گوید: ولی فلان زیداً کذا، ما این طور به کار نمی بریم، باید بگوئیم متولی این امام زاده چه کسی است یا ولایت این امام زاده با چه کسی است یا تولی آن با چه کسی است نه این که تولیتش با چه کسی است؟) و لا یجوز أن یشذ عنه شیء من ذلک جایز نیست غائب شود از او چیزی از آن یعنی حکم شرعی را درست بلد نباشد یا جوانب پرونده را، و لا یجوز أن یقلد غیره ثم یقضی به یعنی شیخ طوسی صریحاً می گوید در قاضی اجتهاد شرط است و نمی تواند تقلید کند. بعد وارد مقارنه می شود و می گوید شافعی برخلاف ما گفته است سزاوار است اهل اجتهاد باشد البته نمی گویم عامی باشد اما لازم هم نیست (چون گفته سزاوار است و ظاهر سزاوار این است که می تواند غیر مجتهد هم باشد) و لا یجب أن یکون عالماً بجمیع ما ولیه، ظاهراً می خواهد بگوید اموری که احیاناً دخالتی در قضاوت ندارد را لازم نیست بدانند و قال فی القديم مثل ما قلنا ولی شافعی در قدیم مثل ما گفته است. آقای شافعی متولد 150 است و متوفای 204 است، ابتدا در مکه و مدینه بوده است لذا با فقه مالک هم بزرگ می شود، فقه مالک هم فقه اهل حدیث است در سال 189 می آید عراق، چند سالی عراق بوده و با فقه ابوحنیفه آشنا می شود مجدداً برمی گردد مکه و چند صباحی مکه بوده است و در سال 195 به مصر می رود، دوره ی مصرش را می گویند جدید دوره ی قبل از مصرش را می

گویند قدیم و این دو دوره خیلی با هم متفاوت است. ابوحنیفه می گوید می تواند جاهل باشد به جمیع آن چه که عهده دار شده است. منظورش این است که مقلد باشد و این ها به مقلد می گویند جاهل ولی از فقها استفتاء می گیرد و حکم می کند. البته می گوید باید تقه هم باشد. اگر این طور معنا نکنید خیلی خراب می شود ولی قطعاً مرادش همین است. ایشان می گوید البته قضاوت را می گوید می تواند جاهل باشد اما مفتی دیگر نمی تواند جاهل باشد و وافقنا فی العامی آن لا يجوز أن یفتی. از این جا شیخ طوسی وارد ادله می شود. ایشان می گوید به ادله ی چهارگانه. اولاً اجماع داریم، همه ی علما گفته اند که قاضی باید مجتهد باشد و حتماً می دانید که شیخ طوسی وقتی ادعای اجماع می کند اصرار ندارد که کلمات همه را دیده باشد، ادعای شیخ اجماع علی القاعده است و چون ایشان قاعده را این می داند که قاضی باید مجتهد باشد می گوید: همه قبول دارند و به این می گویند اجماع علی القاعده. شیخ طوسی گاهی در یک مسأله که یک خبر هم وجود ندارد می گوید اخبار، کسانی که نمی دانند به ایشان اشکال می گیرند که یک خبر هم نداریم چطور شما می گوید اخبار؟ شیخ طوسی اخبار هم که ادعا می کند اخبار علی القاعده است یعنی به زعم خودش روایاتی داریم که می گوید باید عالم باشد (اصلاً کلمه ی اجتهاد ندارد) و چون مقلد جاهل است پس ذیل عالم قرار نمی گیرد پس این اخبار دلالت می کند بر اجتهاد پس منظور شیخ از اخبار اخباری نیست که مستقیم دلالت کند بر اجتهاد ولو اخباری باشد که دلالت کند بر لزوم مراجعه ی عالم به جاهل لذا در ادامه می گوید اجماع، اخبار و سوم عقل؛ ایشان می گوید عقل قبیح می شمارد که شارع ولایت دهد به غیر عالم و ایضاً تولیة الولاية لمن لا یحسنها (یعنی لایعرف به نحو حسن) قبیحة فی العقول و هر چه که عقلاً قبیح باشد شرعاً یا حرام است یا غیر نافذ است اگر وضعی باشد و در این جا هم می گوئیم غیر نافذ و بالاخره آیات قرآن، آیات قرآن می گوید اگر نزاع کردند فردوه الی الله و الی الرسول یک جای دیگر می گوید حکمه الی الله، البته می دانیم مجتهد هم جانشین رسول است (این اضافه از من است) اما غیر مجتهد دیگر حکمش نافذ نیست و آیات قرآن شاملشان نمی شود و ذیل حوزه ی ممنوعه می رود.

نکته ی جالبی که ایشان دارد این است که ایشان غیر مجتهد را جاهل می داند. لذا ایشان معتقد است که قاضی باید مجتهد باشد. ایشان علم و اجتهاد را با هم آورد و ایشان غیر اجتهاد را علم نمی داند.

کتاب بعدی مفتاح الکرامه است و خاصیت مفتاح الکرامه جمع اقوال است. ایشان اولاً علم و اجتهاد را جدا نمی کند تا سه چیز درست شود (علم، اجتهاد، علمیت) یاد هم نمی آید که از علمیت صحبتی کرده باشد لذا ایشان فقط یک شرط را مطرح کرده است علم هم ذیل اجتهاد می آورد بعد می گوید اعتبار اجتهاد اجماعی است منقولاً و معلوماً، معلوماً مفتاح الکرمه یعنی همان محصل، منقول یعنی نقل شده معلوم یعنی خودم رفتم دیدم و برایم معلوم شده است. اما یک سری نکات اضافه هم دارد. می گوید این که قاضی باید مجتهد باشد چه در حال اختیار و چه در حال اضطرار، اختیار معنایش روشن است یعنی زمانی که مجتهدی وجود دارد غیر مجتهد نمی تواند قضاوت کند اما اگر مجتهد نیست یا کم است باز هم می فرماید فایده ندارد. تجزی در اجتهاد را هم نمی پذیرد، اجتهاد در حوزه ی خاص مثل خانواده را هم قبول ندارد

عبارت مفتاح الکرامه: فان قلت: ان تجزت التولية كفي الاجتهاد في ما ولي ف فلا يشترط مطلقاً أن يكون مجتهداً مطلقاً اگر کسی بگوید جناب مفتاح الکرامه اگر تولیت را قبول کنیم که تجزیه بردار است یعنی کسی که قاضی را نصب می کند یک طلبه ی فاضل متجزی را بگذارد برای خانواده می گوید اگر قبول کنیم تولیت تجزیه بردار است چه اشکالی دارد کفایت کند اجتهاد در آن بخشی که این آقا سرپرستی می کند فقط پس شرط نباشد به طور صد در صد اجتهاد مطلق؟ می فرماید لا بد منه (منه یعنی اجتهاد مطلق) اجماعاً و روایتاً چه بسا خودش هم بدش نیاید قائل شود ولی می گوید چه کنیم که هم اجماع داریم و هم روایت. ما که اصلاً تجزی در اجتهاد را نفهمیدیم یعنی چه؟ اگر شخص متخصص است و توان اجتهاد را دارد همه جا دارد و نمی توان مرز بندی کرد و جدا کرد بله یک چیز می شود، مجتهد مطلق متمرکز بر روی یک بخش خاص، متمحص در یک بحث. پس متمرکز و غیر متمرکز معنا دارد ولی متجزی و غیر متجزی معنا ندارد.

الحمد لله رب العالمين