

متن پیاده سازی شده جلسه سوم خارج فقه القضا 23 شهریور 1399

بسم الله الرحمن الرحيم

دو سؤال شده است از فضلی کلاس

اشکال اول: آقای خویی در قاضی تحکیم فرمود که اطلاق دارد و لذا اگر اصحاب پرونده بروند و یک فاضل حوزوی پیدا کنند که بتواند بینشان داوری کند کافی است. دلیلشان هم اطلاق آیات بود اما در قاضی منصوب فرمود حتما باید مجتهد باشد البته ما در مقام نقد نبودیم ولی عرض کردیم اگر اطلاق آیات است این اطلاق در قاضی منصوب هم می آید و اگر آیات اطلاق ندارد در مورد قاضی تحکیم هم ندارد؛ برخی از آقایان گفته اند حرف آقای خویی درست است چون در قاضی تحکیم اطلاق داریم، روایت ابوخیجه، در قاضی منصوب اطلاق نداریم

پاسخ: دوستانی که اشکال می فرستند توجه داشته باشند که بحث بر سر تمسک به آیات است، این آیات مخاطبش عموم مردم هستند و اگر اینطور است دیگر شرط اجتهاد نکنید، اگر ایشان آیات را نیاورده بود، فقط از روایت ابوخیجه استفاده کرده بود و گفته بود روایت ابوخیجه فقط قاضی تحکیم را می گیرد و قاضی منصوب را نمی گیرد و قاضی منصوب ذیل اصل می رود ما حرفی نمی زدیم اگر چه آن حرف هم اشکال داشت ولی حرفی نمی زدیم ولی ایشان سراغ آیات آمده است و ما می گوئیم اگر اطلاق دارد همه را می گیرد. به نظر من ایشان در این قضیه تنهای تنها است و دیگران بین منصوب و تحکیم تفاوتی قائل نشده اند مثل صاحب جواهر و دیگران.

اشکال دوم: ما هم قاضی منصوب را معتقدیم که باید از حکمش تبعیت کرد و هم قاضی تحکیم، هر دو لازم الطاعه هستند، بعد می گوئید اجتهاد لازم است در قاضی منصوب چون ولایت می خواهد و ولایت برای مجتهد است نه غیر مجتهد اگر اینطور باشد قاضی تحکیم هم ولایت می خواهد پس هر دو باید ولایت داشته باشند، ولایت هم از آن مجتهد است پس هر دو باید مجتهد باشند. پاسخ: اولاً این اشکال به آقای خویی وارد است نه به من و چون من تفصیل آقای خویی را قابل دفاع نمی دانم نمی توانم دفاع کنم، یعنی معتقد نیستم تا بخواهم دفاع کنم و وقت را بگیرم لذا اگر مراد مستشکل این است که در قاضی مطلقاً لزوم اطاعت است چه در قاضی تحکیم و چه در قاضی منصوب و لزوم اطاعت هم برای مجتهد است پس هر دو باید مجتهد باشند، این اشکال اشکال خوبی است و آقای خویی باید پاسخ دهند.

اشکال سوم: چرا شیخ طوسی یک مرتبه می گوید قاضی باید عالم باشد به جمیع آن چه که عهده دار می شود و یک مرتبه می گوید نباید چیزی از او غائب شود، آخر کار هم می گوید مجتهد باشد، همان اول باید می گفت مجتهد باشد تا همه را شامل شود. بالاخره وقتی صد را گفتی نود هم هست. از همان اول بگو مجتهد باشد تا همه را شامل شود.

پاسخ: لازم نیست که عالم باشد را بزنیم به احکام، می خواهد بگوید عالم باشد به فنون قضاوت، عالم باشد به فوت و فن قضاوت. قضاوت یک علم به احکام می خواهد، یک علم به پرونده می خواهد که واقعه چیست، سومی چیزی که لازم دارد و کار را سخت می کند این است که قضاوت خیلی خیلی فطانت و زیرکی و مدیریت می خواهد که این نه مربوط است به علم به پرونده و نه مربوط است به علم به احکام ای کاش این قدر که آقایان بر روی علم به احکام و مجتهد بودن قاضی تأکید داشتند بر روی این زیرکی و فطانت تأکید هم داشتند مخصوصاً در دوران امروز که انسان وکلایی را می بیند که چند سر و گردن از قاضی سن و سال و سواد و تجربه اشان بیشتر است. گذشتگان در همین باب قضا کتاب حیل می نوشتند یعنی قاضی بفهمد چگونه طرح دعوا شده است، مدعی می شود منکر، منکر می شود مدعی، خیلی فرق می کند، قاضی باید بتواند تشخیص دهد. یک درصدی از پرونده ها دو طرف دعوا همه فن حریف هستند و هر دو وارد هستند یک درصدی هم هر دو طرف ضعیف هستند

اما خیلی از موارد یک طرف کارکنسته و وارد است و طرف دیگر ساده و ناوارد است در این جا است که قاضی باید بتواند از عهده ی پرونده برآید.

شهید ثانی در مسالک الافهام می فرماید حتما باید مجتهد باشد بعد هم می گوید اجماع علمائنا وجود دارد. نکته ی جالب این است که می فرماید (همان طور که در کلام صاحب مفتاح الکرامه هم بود) نباید فرق بگذاریم بین حال اختیار و حال اضطرار بعد می گوید مجتهد هم که می گوئیم منظورمان مجتهد مطلق است نه مجتهد متجزی تا این جا در کلام مفتاح الکرامه هم بود اما تفاوتی که دارد این است که ایشان اجتهاد را معنا می کند، این را نداشتیم تا به حال. ایشان می گوید اجتهاد همان است که در جاه های دیگر می گوئیم یعنی کسی که بشود از او آن تقلید کرد و احکام را ادله ی تفصیلی اش استخراج کند. ممکن است در ذهن شما بیاید که در حالت اضطرار چرا؟ هر حکم شرعی ای با حالت اضطرار کنار می رود، ما من شیء مگر این که خدا حلالش کرده است به واسطه ی اضطرار پس چرا این جا این طور نیست؟

پاسخ: پشت این نظر این است که اضطرار احکام تکلیفیه را جابجا می کند نه احکام وضعیه را، اگر کسی ناچار شود از خوراک نجس استفاده کند جائز است ولی این خوراک با اضطرار پاک نمی شود و لذا غذا را که خورد باید دهانش را آب بکشد. اضطرار احکام تکلیفی را بر می دارد و در مانحن فیه بحث حکم تکلیفی نیست بلکه بحث ولایت داشتن غیر مجتهد برای قضاوت است و قضاوت هم تصرف در جان و مال و ناموس مردم است. جعل ولایت حکم وضعی است نه حکم تکلیفی اگر چه آخرش به حکم تکلیفی برمی گردد.

من یک بحثی دارم در فقه و مصلحت راجع به حوزه ی اختیارات فقیه در حکم وضعی، البته این بحث غیر از بحثی است که الان داریم بحث الان راجع به این است که آیا اضطرار می تواند حکم وضعی را جابجا کند یا نه؟ یک بحث دیگر این است که حاکم شرع چنانکه می تواند کاری را بر شخصی واجب کند می تواند حکم به بطلان یا صحت بدهد؟ ممکن است بگوئیم حاکم می تواند، منتهی این می تواند خیلی داخلش حرف است. مثل این که حاکم بگوید من اجازه نمی دهم دختران ایرانی با غیر ایرانی ازدواج کنند، این که بگوید من اجازه نمی دهم اگر مصلحت واقعی باشد می تواند اجازه ندهد حتی می تواند بگوید دفاتر ازدواج این ازدواج ها را ثبت نکنند، به فرزندانشان شناسنامه ندهید، از تسهیلات ازدواج بهره مند نشوند و ... اما اگر ازدواج کردند می تواند بگوید باطل است؟ می تواند حکم به بطلان کند؟ که اگر عالما عامدا ازدواج کردند زنا باشد؟ این می شود وضعی و این ها مقداری بحث دارد و نمی توانیم به راحتی حکم کنیم. در مورد طلاق این حرف را می زنیم و قبول داریم با این که طلاق هم یک حکم وضعی است اما آن طرفش را نمی شود به راحتی پذیرفت و ملتزم شد. ما به صورت کلی راه را نمی بندیم اما حدودش را باید بحث کرد.

شخص بعدی که انتخاب کرده ام امام خمینی است.

عبارت وی: *یشتراط فی القاضی البلوغ، عقل، ایمان، عدالت و اجتهاد مطلق*، اولاً ایشان اجتهاد را شرط می داند آن هم اجتهاد مطلق هیچ تفصیل و قیدی هم ندارد، متن تحریر هم هست که ایشان گفته است بر همه ی حرف های من مقدم است بعد دارد و العلمیة، عالم بودن را ندارد چون روشن است که باید عالم باشد ولی علمیت را دارد، می گوید اعلم در بلد نه اعلم در جهان تشیع، یا اطراف بلد مثل شهرهایی که نزدیک به هم است؛ یعنی اعلم باشد در منطقه البته علی الاحوط گویا اعلم بودن را شک دارد بر خلاف قبلی ها که برایش مسلم است.

صاحب عروه عالم را ندارد، مجتهد بودن را مسلم می گیرد ولی راجع به اعلم بودن احتیاط می کند (همین کاری که تحریر الوسیله کرد) منتهی تعبیر عروه را ببینید: « الاحوط (بنابر احتیاط واجب) در قاضی این است که اعلم در شهر یا در غیر شهر اما به شرطی که حرج در ترافع به او نباشد» یعنی ایشان شهر و منطقه را ملاک قرار نداده است بلکه حرج را ملاک قرار داده است. من در این جا می خواهم یک گلایه بکنم. ما تا به حال در مورد اعلم بودن سه تعبیر داشتیم: یکی از آقای خوبی بود، ایشان گفت اعلم در شهر نه اعلم مطلق چیز دیگری هم نداشت. تعبیر دوم از تحریر بود که گفت در شهر یا نزدیک شهر تعبیر سوم از عروه بود که گفت در شهر یا غیر شهر و معیار این است که حرج نباشد. این سه نظر با هم متفاوت است طبق نظر اول لازم نیست شخص از کاشان به قم بیاید ولو در قم اعلم العلما زندگی کند، طبق نظر دوم اگر قم و کاشان به هم نزدیک حساب کنیم باید بیاید و اگر نزدیک حساب نکنیم لازم نیست بیاید، طبق نظر سوم اصلاً این حرف ها نیست و معیار فقط حرجی بودن و نبودن است ولو در شهر خودت اعلم وجود داشته باشد ولی رفتن نزد او حرجی است در این جا لازم نیست نزد او رفت. ممکن است

تصور کنید این اختلاف در تعبیر به خاطر اختلاف در روایات مختلف باب یا آیات قرآن است در حالی که در این جا نه روایتی و نه آیه ی قرآنی وجود ندارد و این ها به خاطر برداشت از قواعد است، آن چه که من متوجه می شوم این است که متن عروه خیلی دقیق تر است، قانونی تر است، چرا شهر را ملاک قرار دهیم؟ مگر شهر چه خصوصیتی دارد؟ ما شهرهایی داریم با بیست و پنج، سی میلیون جمعیت. لذا باید به این نکات دقت کرد و فقه را عملیاتی تر بیان کرد. این در حالی است که متن عروه از نظر زمانی مقدم بر دو متن دیگر است و عروه هم کتابی نیست که در دسترس نباشد. آن دو متن که مخدوش است، متن عروه را هم ما نمی توانیم موافقت کلی کنیم و خالی از مناقشه نیست و ممکن است ما اصل علمیت را زیر سؤال ببریم یا علمیت را به نحو دیگری معنا کنیم. در این جا حرف زیاد است و حرف هایی که در این جا زده می شود در موارد دیگر مثل رهبری هم مطرح می شود.

نظر نزدیک به اتفاق بر اعتبار اجتهاد است، اجماع هم ادعا شده است، اجتهاد هم به همان معنای اصطلاحی خودش در حوزه است، تجزی را هم قبول ندارند، فرقی هم بین اضطرار و اختیار نمی گذارند.

اما علی رغم این ادعاهای اجماع و بلا خلاف و لا اشکال ها و ... یک صداهای مخالفی هم شنیده می شود.

الحمد لله رب العالمین