

متن پیاده سازی شده جلسه سی و سوم خارج فقه القضا 3 آذر 1399

بسم الله الرحمن الرحيم

یکی از آقایان پرسیده اند شما رابطه ی اصدار حکم قضایی را با امر به معروف قطع کردید در حالی که شیخ برگزار کرد. چطور اصدار رأی قضایی نمی تواند مصداق امر به معروف باشد؟ قاضی مثلا به زیدی که همسایه آزار است می گوید همسایه را اذیت نکن یا فلان کار را انجام بده پس اصدار رأی قضایی شد امر به معروف.

پاسخ: همسایه را اذیت نکن قضا نیست. سر و صدا نکن نصف شب قضا نیست. این ها امر به معروف است بله اگر این دستور را قاضی داد بعد هم گفت ایشان باید از این خانه اخراج شود، ایشان اگر سرو صدایی ایجاد کرد باید زندان برود، این می شود حکم قضایی و الا قاضی ممکن است منبر هم برود.

از بحث اعتبار اجتهاد کارمان تمام شد و ما نتوانستیم برسیم به این که اجتهاد مصطلح شرط باشد. مخصوصا در کشورهایی که سیستم قضایی وجود دارد و قاضی بر اساس قانون قضاوت می کند دیگر نباید از اجتهاد سخن گفت ولو خبر دارم هنوز هم بزرگوارانی هستند که بر همین اساس فارغ از این که چه می گذرد می گویند و به همین اجماعاات و اتفاقات و معاهد اجماعاات هم تمسک می کنند و مطلب خودشان را قطعی می دانند.

اعلمیت قاضی

قبلا ما گفتیم یک بحث بحث اجتهاد است، یک بحث بحث اعلمیت است. آقایان کوتاه نمی آیند. آقایان نسبت به اعتبار اجتهاد دو گروه شدند اکثریت گفتند اجتهاد مصطلح شرط است در قاضی و البته برخی از آقایان هم نپذیرفتند حال کسانی که نپذیرفتند یا به صورت مطلق نپذیرفتند یا در فرض اختیار نپذیرفتند. اما کسانی که می گفتند باید مجتهد باشد به دو گروه کلی تقسیم می شدند. کسانی که می گفتند باید اعلم باشد و کسانی که می گویند لازم نیست اعلم باشد. آن هایی هم که می گفتند باید اعلم باشد برخی می گفتند اعلم بلد، برخی هم گفتند بلد یا ما یقرب من الولد و برخی مثل صاحب عروه گفتند بلد یا غیر بلد به وجهی که حرج در مراجعه به او نباشد. ممکن است بلد نباشد قریب به بلد هم نباشد ولی مراجعه به او حرجی ندارد. البته نداشتیم کسی که بگوید اعلم دنیا، اعلم فی الارض که البته با وسائل امروز اگر کسی بگوید و فرض هم این باشد که حرجی نیست، ارتباط مجازی اگر قبول کنیم چنین قضاوتی را که ما قبول داریم و شکی نداریم امکان گفتنش هست.

من الآن دارم گزارش می دهم. البته برخی هم احتیاط می کردند به نظرم صاحب عروه در مورد اعلمیت احتیاط می کرد چنان که تفصیلاتی هم در طرح بحث حداقل امکان طرحش هست مثلا در شبهات موضوعیه بگویم اعلم لازم نیست در حکمیه لازم هست و ...

خلاصه در اعتبار اعلمیت در قاضی پس از اعتبار اجتهاد اختلاف است. راجع به گستره ی اعلمیت هم اختلاف است. حداقل در تعبیر اختلاف است ولی این که واقعا این ها با هم اختلاف دارند یا نه باید مورد بحث واقع شود. اگر اختلاف دارند کدام درست می گویند؟ این ها را قبلا مطرح کردیم ولی رفتیم بر روی بحث اجتهاد و راجع به اعلمیت بحث نکردیم و خیلی از علما هم از این بحث با سرعت عبور کرده اند و خیلی بحث نکرده اند در حالی که این بحث لاینش جدا است. این هم جای بحث و گفتگو دارد. ما کاری به قائلان نداریم و فقط می رویم سراغ ادله ی اعتبار اعلمیت و ادله ی عدم اعتبار اعلمیت و این ها را با هم مقایسه کنیم و قضاوت کنیم. پس الآن می خواهیم یک ترازو درست کنیم و ببینیم کدام کفه سنگین تر است. ضمنا این آقایان از هر کدامشان

که من دلیل بیاورم برایتان روی همان سیستم سنتی قدیم بحث می کنند. یک مرتبه یک فاضلی نگوید آآن دیگر اختیار دست ما نیست، قاضی را تعیین می کنند و اصلا اجتهاد را شرط نمی دانند، فعلا ما این بحث را کاری نداریم و بعد باید بحث کنیم و من بعدا بحث می کنم ولی فعلا باید بگویم اگر گفتیم اعلامیت شرط است جایی که حق مراجعه دارند مثل جایی که می خواهند خودشان انتخاب کنند. یا اگر اعلام وجود دارد می شود غیر اعلام نصب شود. حال اگر گفتیم اعلام نسبت به قانون آیا با وجود اعلام نسبت به قانون می شود غیر اعلام قضاوت کند؟ حتی دولت وقتی می خواهد استخدام کند در دادگاه ها از اعلام استفاده کند؟ اجمالا ما بر اساس سیستم قدیم مسأله را بررسی می کنیم که امروزه هم فی الجمله به کار می آید باز سیستم جدید را هم ما بحث می کنیم.

من دیدم یکی از بزرگواران (آقای خوبی) خیلی قشنگ، ادله ی دو طرف را آورده است نه در مبانی تکمله بلکه در جلد اول شرح عروه ی ایشان، به مناسبت ورود صاحب عروه محشینی که عروه را شرح کرده اند یا تعلیقه زده اند ورود کرده اند از جمله ایشان. من بخشی از کلام ایشان را امروز می گویم و بخشی را فردا. ایشان می فرماید که ما باید شبیه ی موضوعیه را از شبهات حکمیه جدا کنیم. دو طرف وقتی دعوا دارند گاهی دعوایشان در شبهات موضوعیه است مثل این که کسی می گوید من این ماشین را خریده ام این هم سند و طرف مقابل هم می گوید ایشان ماشین را خریده است و سند جعلی است. یکی می گوید من این آپارتمان را خریده ام و شاهد می آورد دیگری می گوید خریده است و این شاهدها را خریده است. یکی می گوید من این آپارتمان را خریده ام و هزینه اش را پرداخت کرده ام دیگری می گوید هزینه اش را نداده است، اگر داده است رسید بیاورد، او هم می گوید من رسیدش را گم کرده ام یا اصلا رسید نگرفته ام. این ها همه شبهات موضوعیه است اما گاهی پرونده در خود فقه اختلافی است و شبیه ی حکمیه است که ما مثال می زنیم به ارث. در منجزات مریض اختلاف است، در ارث زن اختلاف است در برخی از موارد اختلافاتی دیده می شود. مثال های زیادی هم در فقه هست و آقای خوبی هم برخی را آورده است که خودتان نگاه کنید. پس تارة مورد الکلام شبیه ی حکمیه و تارة شبه ی موضوعیه. مشهور علما یا اشهر المنسوب الی الا شهر او المشهور هو الاعتبار می گویند اعلام باید باشد. در مقابل مشهور شاذ وجود دارد پس مشهور یعنی غیر شاذ و در مقابل اشهر مشهور وجود دارد یعنی در مقابلش هم مشهور است ولی این مشهور تر است. اشهر چون مقابلش مشهور است و آن مشهوری که مقابل اشهر است ضعیف تر از اشهر است اما مشهور به تنهایی وقتی می گویند که در مقابلش شاذ باشد مثلا ده درصد و نود درصد مشهور مقابل شاذ چه بسا از اشهر هم قوی تر باشد اما اشهر ندارد ولی اشهر در مقابل مشهور قوی تر از مشهور است. اما نظر آقای خوبی این است که در جایی که اصحاب پرونده اختلاف دارند در مسأله و شبیه شبیه ی موضوعیه است (در مصداق است) لازم نیست اعلام باشد. لصحیحة ابی خدیجه. در آن جا امام صادق فرمودند شیعیان نوید نزد این طاغوتی ها، اهل جور، انظروا الی رجل یعلم شیئا من قضایانا فاجعلوه بینکم. شیئا من قضایانا اعلام را می گیرد غیر اعلام را هم می گیرد. نگوید این تعبیر غیر مجتهد را هم می گیرد ایشان پاسخ می دهد یعلم شیئا من قضایانا یعنی از طریق اجتهاد و الا کسی که مقلد است یعلم شیئا من نظرات مجتهدان نه یعلم شیئا من قضایانا، پس این روایت از فاض اجتهاد بیرون نمی رود بعد ایشان می گوید اگر کسی هم بگوید این روایت شامل غیر مجتهد هم می شود می گویم ما از خارج می دانیم که غیر مجتهد نمی تواند قاضی شود. معلوم است مقداری بلد باشد یعنی به اندازه ای که بتواند کار کند و آن چه مربوط است را بلد باشد.

مهم ترین دلیل آقای خوبی همین است. صحیحه ی ابو خدیجه. حال اگر یک کسی امور دیگر را هم اضافه کند مثلا بگوید اگر بخواهیم بگویم اعلام باشد حرج پیش می آید. البته ممکن است کسی بگوید اگر حرج پیش آمد ما تنزل می کنیم. اصل هم با این ها است.

اما اشهر که می گویند شرط است اعلامیت هم برای خودشان دلیل هایی دارند. اصل هم با این هاست در مورد غیر اعلام شک می کنیم اصل عدم ولایت جاری می کنیم.

الحمد لله رب العالمین