

## متن پیاده سازی شده جلسه سی و چهارم خارج فقه القضا 4 آذر 1399

بسم الله الرحمن الرحيم

گفته شد که نظر مشهور یا اشهر از فقها این است که قاضی باید اعلم در بلد یا اطراف بلد باشد در مقابل گفته شد که این اندیشه مخالف اطلاق معتبره ی ابو خدیجه است که امام می فرماید: *یعلم شیئا من قضایانا و قید نمی کنند اعلم باشد این تعبیر یصدق بر اعلم و بر غیر اعلم هر چند قبول داریم که بر غیر مجتهد صدق نمی کند، کلمه توانایی ندارد یا از خارج می دانیم که مراد نیست. این ها فرمایشان آقای خویی بود منتهی ایشان گفت این حرف ها را من در زمانی می زدم که دعوا مربوط به موضوع باشد ولی اگر مربوط به حکم باشد حرف دیگری می زدم. اما در مقابل قائلان به تقیید که در واقع اکثریت و مشهور هستند برای خودشان ادله ای دارند. اولین دلیل مقبوله ی ابن حنظله است. در مقبوله وقتی راوی فرض کرد که و گفت آقا ما می رویم نزد عالمان شیعه اما گاهی اختلاف می کنند امام فرمودند اختلاف کردند الحکم ما حکم به اعدلهما و افقههما این افقه همان اعلمی است که ما می گوئیم یعنی امام می فرمایند نظر افقه مرجع و معیار است و ما هم همین را می گوئیم. آقای خویی بر این استدلال سه تا اشکال دارند. اولاً می فرمایند روایت معتبر نیست. ایشان بر همان اساسی که باید راویان ثقه باشند، شهرت و موقعیت روایت بین اصحاب فائده ندارد می فرماید خود این عمرو بن حنظله وثاقتش ثابت نیست پس روایت ضعیف است. شما می خواهید این روایت را مقید معتبره ی ابو خدیجه قرار دهید و بگوئید درست است معتبره ی ابو خدیجه می گوید *یعلم شیئا من قضایانا* ولی آن روایت مقید می شود به این که حتما باید افقه باشد. یعنی رابطه ی این حدیث می شود رابطه ی مقید با مطلق و روایت مقید باید سند داشته باشد که این روایت ندارد. ثانیاً روایت ابن حنظله در شبهات حکمیه است چون راوی از امام سؤال می کند که ما می رویم نزد عالمان شیعه و این ها اختلاف می کنند در روایتشان از شما و اختلاف دو عالم وقتی در روایت از اهل بیت باشد حتما حکمیه و در حکم است و الا در موضوع و مصداق که کسی از ائمه نقل نمی کند. مفروض روایت ابن حنظله این است که پرونده ی مطرح در حکم مورد اختلاف است و ربطی به بحث شبهه موضوعیه ندارد. ثالثاً در مقبوله ی ابن حنظله این است که دو طرف پرونده رفته اند نزد دو شخص و این ها مختلف نقل کرده اند ممکن است بگوئیم اگر این کار را امروزه هم افراد انجام دادند یعنی رفتند نزد دو عالم، دو فقیه و این ها اختلاف کردند بگوئیم حتما باید اعلم نظر بدهد اما ندارد که از اول اگر می خواهید بروید باید ببینید چه کسی اعلم است در تهران و بروید پیش او. روایت فقط متعرض رجوع به دو نفر است به صورت همزمان یا رجوع بعد از رجوع ولی متعرض رجوع اول که الآن محل بحث ما هست نیست.*

پس این روایت مانع آن چه ما گفتیم نمی شود (آقای خویی این مطالب را می فرماید)

روایت دیگری که طرفداران اعلم بودن قاضی آورده اند روایت داود بن حصین است امام صادق ع.

فی رجلین اتفقا علی عدلین دو مردی که اختلاف دارند، توافق می کنند بر روی دو نفر عادل فقیه جعلاهما بینهما فی حکم دو عادل که قرار داده اند تا داوری کنند وقع بینهما فیه خلاف بین این ها اختلاف واقع می شود فرضیا بالعدلین راضی می شوند به دو عادل فاختلف العدلان بینهما علی قول ایهما یمضی الحکم؟

ما قبلا این روایت را این طور توضیح می دادیم که اتفاقا علی عدلین اتفاق می کنند بر روی دو عادل در حکمی که بینهما فیه خلاف یعنی بین خودشان (اصحاب پرونده) در مورد آن اختلاف است. بعد می گفتیم این جعلاهما بینهما فی حکم یعنی توافق می کنند که قرار بدهند ولی هنوز پیش آن ها نرفته اند تا با بعدش درست بشود یعنی صحبت می کنند که قرار بدهند این فعل گاهی به معنای قصد هم می آید گاهی به معنای اشراف هم می آید خلاصه تصمیم می گیرند، با هم صحبت می کنند در حکمی که بینشان

اختلاف هست برونند نزد دو عالم و راضی می شوند به همان دو عادل و راضی می شوند و می روند ولی اختلاف العدلان، اختلاف العدلان بینهما یعنی عدلانی که بین این دو هستند اختلاف می کنند. عن قول ایهما یمضی الحکم؟ قال ینظر الی افقههما و اعلمهما باحادیثنا و اورعهما آتی که افقه به حدیث است حدیث ها را خوب می شناسد اعلم است، اگر بخواهیم عطف تفسیری بگیریم یعنی هم حدیث شناسی اش خوب است، علم روایتش خوب است و اعلم است یعنی خارج از حدیث دانش بیشتری دارد و اورع است، هیچ شائبه ی دنیایی و جانب گرایانه ندارد فینفذ حکمه و لا یلتفت الی الآخر. وجه استدلال معلوم است. کسی که مدافع است می گوید اگر شما ده روایت مانند معتبره ی ابوخیجه هم بیاورید این روایت می گوید معیار اعلمیت است. آن شیئا من قضائنا را اینطور باید معنا کنیم.

آقای خویی در پاسخ به این روایت می گوید این روایت از نظر سند مشکلی ندارد ولی پاسخ دوم و سوم را اینجا هم می گویم. این شبهه شبیه ی حکمیه است، اختلاف می کنند امام هم می فرمایند ببین کدام افقه است در حدیث پس معلوم می شود پای حدیث در کار است. به علاوه چرا به عدلین راضی شده اند اگر به عدل واحد راضی شده بودند امام هم این مطالب را نمی فرمودند. به هر حال ایشان هفت صفحه به این بحث اختصاص داده است. ایشان روایات دیگری هم می آورد از جمله عبارت امیر مؤمنان در نامه ی معروف مالک اشتر که امام فرمودند افضل رعیت را برای داوری بین مردم انتخاب کن. کسی که مدافع شرط است می گوید افضل یعنی اعلم نه فقط اعلم یعنی در علمش هم اعلم باشد در جهات دیگر هم پیش باشد که ایشان می گوید سند ندارد. که اگر یادتان باشد ما در فقه سیاسی که دو سه هفته عهد نامه را بررسی کردیم از آقای خویی دو نظر را راجع به سند عهدنامه نقل کردیم. ایشان دو موضع داشته نسبت به عهدنامه و موضع اخیرش که به اواخر عمرش مربوط می شده موضع اثبات بوده. ایشان در مبانی تکمله که اولاً به قلم خودش بوده و ثانیاً بعد از التقیح فی شرح العروه نوشته است. التقیح اولاً تقریرات است (البته در این گونه موارد مقرر اشتباه نمی کند) ثانیاً تاریخا مبانی تکمله متأخر از التقیح است) ضمناً بین افضل و اعلم عام و خاص من وجه است گاهی اوقات غیر اعلم افضل است چون شرایط دیگر در او بیشتر است، گاهی اعلم افضل است، گاهی هم هر دو تطبیق می کند.

این تمام حرف ایشان در فرض شبهه ی موضوعیه (مصادقیه) ولی دعوای همیشه بر سر مصداق نیست برخی اوقات دعوا بر سر حکم است و شبهه ی حکمیه است. دعوا شده است یک طرف دعوا می گوید این خانه برای من است طرف دیگر می گوید این خانه برای من است شبهه ی حکمیه است. مثلاً یک نفر یک شاهد دارد طرف دیگر می گوید شاهد بیاور، بحث می شود یک شاهد کافی است یا نه؟ این شبهه شبیه حکمیه است. ولو سر این بحث است که این خانه برای زید است یا برای عمرو است. الان یک بحثی که داریم تعارض سند رسمی با شهادت شهود است. قانونش یک سیری دارد. ما هم یک مقاله داریم. در هر صورت اگر شبهه حکمیه بود آقای خویی می فرماید در این جا من یک جور پاسخ نمی دهم. می گویم سه صورت دارد: گاهی دو طرف پرونده مقلد مجتهد خاصی هستند. مثلاً شوهر مرده است، اختلاف است بین خانمش و بچه های میت. بچه های میت می گویند شما از زمین ارث نمی بری، خانم می گوید من ارث می برم. هم خانم و هم ورثه مقلد مرجع معینی هستند. در این جا شرط بودن اعلم معنا ندارد بلکه باید برونند ببینند مجتهدشان چه می گوید و اگر مراعات نظر مجتهدشان را نکنند خلاف کرده اند و قاعدتاً او را اعلم می دانستند که او را انتخاب کرده اند ولو معروف می گویند اعلم در بلد کسی دیگر است یا دیگران می گویند کسی دیگر اعلم است. البته این بر اساس سیستم قدیم است که خودشان می خواهند نزد قاضی بروند. مرجع در این جا نظر مقلدشان است هر کسی که باشد و فرض این است که او اعلم است.

اگر هر دو مجتهد هستند. دو مرجع بر سر مالی اختلاف دارند. مثلاً هم خانم مجتهده است و هم ورثه مجتهد هستند. و اختلاف نظر هم دارند. خانم می گوید نظر من این است که ارث می برم، آقایان می گویند نظر ما این است که تو ارث نمی بری ایشان می گوید در این جا لازم نیست به اعلم مراجعه کنند و در این جا مانند شبهه ی موضوعیه است طبق اطلاق معتبره ی ابوخیجه. صورت سوم صورتی است که یکی مجتهد و دیگری مقلد با هم اختلاف پیدا می کنند. حال گاهی آن که مجتهد است با مقلد طرف دیگر نظرشان یکی است، در این صورت دیگر نظرشان یکی است پس باید فرض را جایی ببریم که یک طرف پرونده تقلید نمی کند و طرف دیگر تقلید می کند ولی بین این طرف پرونده که تقلید نمی کند با آن مجتهد طرف دیگر اختلاف نظر است ایشان می گوید در این جا هم لازم نیست اعلم باشد، اطلاق روایت ابوخیجه است. پس ایشان موضوعیه و حکمیه را از هم جدا کرد ولی عملاً در هیچ کجا اعلم را نپذیرفت. شاید همین باعث بشود که بگویم کار قبلی ها بهتر است که دیگر جدا نکرده اند. فقط

یک صورت بود که هر دو تقلید می کنند از یک مجتهد (من اضافه می کنم که از دو نفر تقلید می کنند اما مجتهد ها نظرشان یکی است) این جا است که می گوییم باید بروید سراغ مجتهدتان اگر اعلم است که به اعلم مراجعه می کنند و اگر به هر دلیلی اعلم نیست به هر حال او را انتخاب کرده اند. ایشان می گوید در این جا شبهه حکمیه است و تقلید هم می کنند و یا یک مجتهد دارند و یا اگر دو مجتهد هم دارند یک نظر دارند، نظر مجتهد را وسط می آورند و ارث را تقسیم می کنند در این جا اگر قاضی هم به میان می آید کاری انجام نمی دهد بلکه فقط آن ها را راهنمایی می کند.

من در این جا ترجیح می دهم تتبع را ببندم و فقط از آقای نائینی یک اشاره ای بکنم. ایشان راجع به اعلم بعد از این که می گوید بگوییم لازم است مطلقا یا بگوییم لازم نیست مطلقا یا قائل به تفصیل بشویم بین موضوعیه و حکمیه، شاید آقای خوبی قدری از بحثش را از این جا گرفته باشد. باز در موضوعیه هم بین جایی که اختلاف به خاطر اختلاف در موازین قضا باشد یا اختلاف در امور خارجیه باشد. مثال برای موضوعیه ای که برمی گردد به موازین قضا: مثل این که یک کسی می گوید این آپارتمان برای من است و این هم مدرک (سند رسمی) دیگر می گوید برای من است و دو شاهد هم می آورد در این جا به موازین قضا برمی گردد که آیا باید سند رسمی را مقدم کرد یا بینه را. مثال آقای نائینی این است که بحث است در قضا که آیا اگر مدعی دلیل نداشت و قرار شد منکر قسم بخورد ولی منکر نکول کرد، به مجرد نکول کافی است یا باید مدعی قسم بخورد؟ آقای نائینی فرموده اگر حکمیه باشد یا موضوعیه باشد و دعوا در موازین قضا باشد در این جا بگوییم اعلم ولی اگر موضوعیه ی بهت باشد بگوییم غیر اعلم هم کفایت می کند.

جناب آقای نائینی اگر اختلاف در موازین قضا باشد می شود موضوعیه؟! یا این حکمیه است؟ دعوا بر سر این است که این خانه برای چه کسی است؟ خانه برای مالکش هست و از این جهت حکم خدا مشخص است و از این جهت موضوعیه است اما از این جهت که در آیین دادرسی این مقدم است یا آن مقدم است و منشأش هم ندانستن نظر خداست این می شود حکمیه. پشت فکر آقای نائینی این است که هر جایی که اجتهاد بخواید، هر جایی که ورود مجتهدانه بخواید اعلم اما برخی از مواضع کار مجتهدانه نمی خواهد و کار مجتهدانه روشن است ولی واقع خارجی باعث دعوا شده است؛ در این جا اعلم در فقه چه لزومی دارد؟

مرحله ی تحقیق انشاء الله جلسه ی آینده

الحمد لله رب العالمین