

بسم الله الرحمن الرحيم

برای دانلود متن درس [کلیک کنید](#)

«بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ؛ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَ صَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَ آلِهِ الطَّاهِرِينَ وَ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى أَعْدَائِهِمْ أَجْمَعِينَ. اللَّهُمَّ كُنْ لَوْلِيكَ الْحُجَّةَ بْنِ الْحَسَنِ صَلَواتُكَ عَلَيْهِ وَ عَلَى آبائِهِ فِي هَذِهِ السَّاعَةِ وَ فِي كُلِّ سَاعَةٍ وَلِيًّا وَ حَافِظًا وَ قَائِدًا وَ نَاصِرًا وَ دَلِيلًا وَ عَيْنًا حَتَّى تُسَكِّنَهُ أَرْضَكَ طَوْعًا وَ تُمَتِّعَهُ فِيهَا طَوِيلًا. اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَ آلِ مُحَمَّدٍ وَ اهْدِنَا لِمَا اخْتَلَفَ فِيهِ مِنَ الْحَقِّ بِإِذْنِكَ، إِنَّكَ تَهْدِي مَنْ تَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ».

تعلیقات بر مسئله ۵۶

بحث در مسئله ۵۶ صورت گرفت. پس از طرح مسئله و ارائه توضیحات، به مبحث تعلیقات پرداخته شد. بیان گردید که حضرت آیت الله سید یزدی (قدس سره) در این مقام دارای سه ادعا هستند که هر یک نیازمند بررسی جداگانه تعلیقات است. تعلیقات ادعای اول:

این ادعا که حق انتخاب قاضی از حقوق مدعی است، امری مسلم تلقی می شود. جای شگفتی است که برخی چنین حقی را برای مدعی قائل نیستند. در نظام حقوقی غیرمتمرکز، مدعی کسی است که طرح دعوا را آغاز می کند؛ بنابراین، تصمیم گیری، از جمله انتخاب قاضی برای استنفاد حق، به او واگذار می شود. تعیین زمان و مکان دعوا نیز از حقوق مدعی محسوب می شود و این امری غیرقابل خدشه است.

با این حال، نکته ای وجود دارد که لازم است به آن اشاره شود. زیرا باید آنرا در اقتراح بیاوریم. اگرچه انتخاب قاضی با مدعی است، اما این انتخاب مطلق نبوده و مدعی نمی تواند به طور دلخواه عمل کند. پس لازم است حاشیه مرحوم سید مهدی شیرازی با اندکی تغییر در این قسمت برجسته شود. بنابراین، باید یادآوری کرد که «انتخاب مدعی نباید موجب اذیت، حرج یا ضرر برای مدعی علیه شود.» زمان، مکان و سایر موارد به انتخاب مدعی است، اما نباید منجر به ضرر مدعی علیه گردد. البته ضرر مورد نظر، ضرر معتدبه (قابل توجه) است. به عنوان مثال، اگر مدعی در شهری دورافتاده اقامه دعوا کند و از مدعی علیه بخواهد برای رسیدگی به آنجا سفر کند، و مدعی علیه به فرد اعلم دسترسی نداشته باشد تا به این بهانه از سفر به آن شهر دور از دسترس معاف شود، این امر مصداق ضرر است. یا مثالی که پیشتر بیان شد: مدعی، فرد اعلم را در نجف انتخاب می کند. مدعی در انتخاب آزاد است، اما نباید از حدود متعارف خارج شود. اگر پرونده مربوط به ایران است، دعوا باید در همان کشور اقامه شود، یعنی در شهری که طرفین سکونت دارند. بله، اگر در قم مجتهد اعلمی وجود نداشته باشد و مدعی بخواهد اعلم را انتخاب کند و قائل باشیم که باید مجتهد اعلم را انتخاب کند، در این صورت حتی اگر مدعی علیه ضرر کند، اشکالی ندارد. اما اگر منتخب مدعی متعارف نباشد، وجهی ندارد که مدعی علیه به آن تمکین کند.

شیخ انصاری در کتاب «مکاسب» بیان کرده اند که اگر فردی حقی بر دیگری دارد، می تواند حق خود را در هر مکانی که مایل است از طرف مقابل مطالبه کند. فرض کنید شخصی یک کیلوگرم سوهان از دیگری در قم قرض گرفته است و طلبکار آن را در آمریکا مطالبه کند. بنا بر این فرض که سوهان از اموال مثلی باشد، اگر هزینه تهیه یک کیلوگرم سوهان در آمریکا ده برابر ارزش آن در قم باشد، طلبکار نمی تواند یک کیلوگرم سوهان را به قیمت قم تهیه کند. درست است که طلبکار می تواند مطالبه طلب خود را به هر نحو که تمایل دارد انجام دهد؛ اما نباید این امر خارج از عرف و متعارف باشد. طلبکار در فرض فوق می تواند بگوید: «صبر کن برویم قم، من یک کیلو سوهان می گیرم و تقدیم شما می کنم.» این مسئله نیز شبیه آن فرع است و لذا نباید خارج از متعارف باشد. در نتیجه، اصل ادعای اول اجماعی است، اما نباید خارج از حدود متعارف باشد.

اشکال:

مرحوم سید و کسانی که به طور مطلق فتوا داده‌اند، منظورشان فرض متعارف بوده است. اگر این انتخاب باعث حرج یا ضرر شود، از احکام ثانویه محسوب می‌شود و در حال حاضر بحث بر اساس حکم اولی بیان شده است.

پاسخ:

اگر این قید مد نظر سید بوده است باید ذکر می‌شد. ما در این خصوص نظریه‌ای داریم که اگر منظور شما آن باشد، بیان می‌کنیم. پیشتر گفتیم که وقتی فقیه مسئله‌ای را بیان می‌کند، بحث را ثبوتاً (از حیث ماهیت و امکان) مطرح می‌کند، نه اثباتاً (از حیث وقوع و تحقق). این بحث، ثبوتی است. لذا خود صاحب عروه در مسئله ۶۸ بیان می‌دارند: «رجوع به اعلم تا زمانی شرط است که رجوع به اعلم حرجی نباشد.» خوب، اشکال شما در آنجا نیز وارد می‌شود. پس باید بگویید مسئله را باید طبق حکم اولی مطرح کرد. به نظر ما، اگر مسئله دارای فروضی است، مثلاً گاهی موجب حرج می‌شود و گاهی موجب حرج نیست، این موارد باید در متن مسئله ذکر شوند.

تعلیقات ادعای دوم:

این ادعا که منتخب مدعی علیه مقدم است، در صورتی صحیح است که او اعلم باشد. اما این امر مشروط به آن است که علمیت منتخب مدعی علیه برای مدعی ثابت باشد. مثلاً، مدعی علیه اعلم علما را انتخاب کرده است، ولی مدعی به سراغ یک طلبه فاضل رفته است. در این صورت، واضح است که منتخب مدعی علیه اعلم است و این بر کسی پوشیده نیست. در چنین وضعیتی، انتخاب مدعی علیه (منکر) مقدم است. ولی در این بخش حواشی متعددی وجود دارد. برخی بیان داشته‌اند: «فیه اشکال بل منع»؛ یعنی: «در این مسئله اشکال، بلکه منع وجود دارد.» این بدان معناست که حتی بر فرض که منتخب مدعی علیه اعلم باشد، باز دلیل نمی‌شود که انتخاب مدعی کنار گذاشته شود. در واقع، نظر این حاشیه‌نویسان این است که علمیت در قاضی شرط نیست. اگر کسی علمیت را شرط می‌دانست، نباید در این قسمت بر کلام سید حاشیه می‌زد.

حاشیه آقا ضیاء عراقی

مرحوم آقا ضیاء می‌فرماید: مستند ما در انتخاب قاضی مقبوله عمر بن حنظله است. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع - عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَهُمَا مَنَازَعَةٌ فِي دِينٍ أَوْ مِيرَاثٍ فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ وَ إِلَى الْقَضَاةِ أَيْحِلُ ذَلِكَ قَالَ مَنْ تَحَاكَمَ إِلَيْهِمْ فِي حَقٍّ أَوْ بَاطِلٍ فَإِنَّمَا تَحَاكَمُ إِلَى الطَّاعُوتِ وَ مَا يَحْكُمُ لَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُ سَحْتًا وَ إِن كَانَ حَقًّا ثَابِتًا لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِحُكْمِ الطَّاعُوتِ وَ قَدْ أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُكْفَرَ بِهِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاعُوتِ وَ قَدْ أَمَرُوا أَنْ يُكْفَرُوا بِهِ قُلْتُ فَكَيْفَ يَصْنَعَانِ قَالَ يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرْضَوْا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» (الحدیث) (کلینی، الکافی، ج 1، ص 67، ح 10).

در این روایت آمده است اختلاف اگر کردید رجوع به «رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا». آقا ضیاء می‌گویند در مقبوله این حنظله ندارد که رجوع به اعلم کنید. آنچه در حدیث وارد شده است این است که عارف به احکام ما باشد. بله مراد از عارف، عارف به نحو تفصیلی و اجتهادی است. در هر صورت اگر دلیل بر این مسئله اجماع است که مرحوم نراقی ادعا کرده است. پس این استثناء جایی ندارد.

حاشیه آقای میلانی

آقای میلانی در اینجا گفته‌اند: اگر مدعی و مدعی علیه دعوی‌شان به اختلاف در حکم برمی‌گردد، مثل اینکه بعد از فوت متوفی، فرزندان متوفی به همسر قانونی او بگویند که از عقار ارث نمی‌برد. خانم می‌گوید من از عقار ارث می‌برم. این مسئله اختلافی است. سیستم هم متمرکز نیست می‌خواهند قاضی انتخاب کنند. حق انتخاب با چه کسی است؟ اینجا در واقع دعوا بر سر حکم شرعی است. در اینجا خانم مدعی است که من ارث می‌برم. فرزندان متوفی مدعی هستند که شما ارث نمی‌برید. مدعی خانم است و مدعی علیه هم فرزندان متوفی هستند. در این مورد اختلاف در قضاوت نیست بلکه اختلاف آنها در حکم است. در این صورت هر کس که اعلم را انتخاب کند منتخب او مقدم است.

اگر اختلاف در حکم نیست بلکه اختلاف در موضوع است. مثل اینکه شوهر به خانمش می‌گوید من مهریه تو را دادم. خانم می‌گوید شما مهریه مرا ندادید. فرض کنید آقا می‌گوید من آن طلایی را که به شما دادم به عنوان مهریه بود. ولی خانم می‌گوید آن صرفاً هدیه بود. اینجا دعوا سر موضوع است. اینجا اعلم بودن در فقه کارایی ندارد. اینجا مدعی هر کسی را انتخاب کرد، کافی است.

آقای میلانی در ذیل کلام سید در ادعای دوم دارند: "بل حتی اذا كان كذلك" بلکه اگرمنتخب مدعی علیه اعلم است باز هم منتخب مدعی مقدم است. "ما لم يكن الترافع لاجل تنازعهما في ما هو كان الحكم شرعا". مادامی که دعوای طرفین به خاطر حکم شرعی نباشد. مانند مثالی که در فرض عقار زدیم که دعوا بر سر حکم شرعی است. در این صورت قاضی اعلم مقدم است. اما اگر دعوا بر سر حکم شرعی نیست مانند فرض اعطاء مهریه، در چنین فرضی منتخب مدعی مقدم است. این نکته را باید تذکر داد که این فرض که یک طرف می‌گوید من مقلد فلان مرجع هستم و دیگری می‌گوید من مقلد مرجع دیگری هستم، و طرفین به دنبال حکم شرعی هستند از فرض صاحب عروه خارج است. زیرا مفروض صاحب عروه آن است که دعوای طرفین صرفاً بر سر اختلاف فتوا نیست. در هر صورت باید اینها در متن بیان شود تا دقیقاً محل نزاع مشخص شود. نکته قابل اهمیت در ادعای دوم این است که بنیان ادعای دوم، ادعای سوم است. پس باید برویم سراغ ادعای سوم. تعلیقات ادعای سوم: ادعای سوم این بود که بنا بر احتیاط واجب قاضی باید اعلم باشد، البته در صورتیکه امکان دسترسی اعلم وجود دارد. مثلاً اعلم در شهر طرفین دعوا نیست یا عاداتاً و عرفاً امکان دسترسی به او وجود ندارد. این امکان دسترسی مفهوم لغزنده‌ای دارد. مثلاً مدعی می‌گوید اعلم پر مشغله است و وقت دادرسی ندارد. مدعی علیه می‌گوید: اشکال ندارد یک ماه صبر می‌کنیم. امکان را باید امکان عادی و متعارف در نظر بگیرد.

صاحب عروه این مطلب را دارد. اگر امکان رجوع به اعلم وجود دارد باید به اعلم مراجعه شود. این قسمت مسئله در مسئله 68 جناب سید تکرار می‌شود، منتهی در آنجا قید "مادامی که حرج نباشد" را اضافه کرده است. حرج غیر از امکان است. حرج یعنی امکان وجود دارد ولی برای یک یا دو طرف دعوا زحمت بیش از حد و مشقت دارد. آنجا بعد از قید امکان، قید حرج نیز لحاظ شده است.

ایشان در مسئله 68 می‌گویند: «مراد اعلم در بلد و طراف بلد است». اینجا این قید را ندارد. پس باید این دو مسئله در کنار یکدیگر لحاظ شود تا نظر سید نهایی سید استخراج شود. در نتیجه بعد از قرار دادن این دو مسئله در کنار هم نظر سید این است که اعلم در بلد و حوالی بلد باشد و امکان مراجعه به او عاداتاً باشد و مراجعه به او حرجی نباشد.

اگر رجوع به اعلم ضرری باشد را سید مطرح نکرده است. در فروضی که مراجعه به اعلم ضرر دارد. ضررهای یسیر، به حساب نمی‌آید. اگر ضرر معتد به باشد برای مدعی یا مدعی علیه یا ضرری که نزدیک به خود حق است، در این فرض چه باید گفت؟ اینجا رجوع به اعلم لازم نیست چون در اسلام حکم ضرری نداریم. البته طبق مبنای این طور نباید گفت. چون ما معتقدیم: اینکه در اسلام حکم ضرری نداشته باشیم افتخار نیست. بلکه باید بگوییم در اسلام حکم مفسده دار نداریم. در هر صورت در اینجا اگر ضرر معتد به وجود داشته باشد خودش مصداق فساد است. این حکم فاسد و در اسلام حکم مفسده دار نداریم.

در اینجا حواشی زیاد وجود دارد. برخی ها قبول کرده اند که قاضی باید اعلم باشد حال یا فتوا داده‌اند یا احتیاط کرده‌اند. البته در صورتیکه دسترسی به اعلم ممکن باشد. برخی هم گفته‌اند به شرطیکه حرجی نباشد. به نظر ما به شرطی که رجوع به اعلم ضرر معتد به نداشته باشد.

برخی ها گفته‌اند: حتی در مواقعی که ضرر و حرج نیست و امکان رجوع به اعلم در بلد یا حوالی بلد وجود دارد. باز هم لازم نیست به اعلم رجوع کرد. زیرا اعلم در اینجا می‌خواهد قضاوت کند. فرض بفرمایید پرونده روشن است. قاضی نمی‌خواهد استنباط کند. لذا گفته اند اعلمیت اصلاً شرط نیست.

به نظر ما اصلاً اجتهاد در قضاوت شرط نیست. در جلد دوم کتاب القضاء، این مسئله را بحث کرده‌ایم. نظر ما به تبع صاحب جواهر آن است که قاضی می‌تواند مجتهد یا مأدون از مجتهد باشد. با اینکه صاحب جواهر این فتوا را مطرح کردند ولی فتوای ایشان زیاد مورد اعتنا قرار نگرفت. لذا اگر تحریر الوسیله امام خمینی و منهاج الصالحین آقای خویی و... را ملاحظه کنید می‌گویند قاضی باید مجتهد باشد. مرادشان از اجتهاد همین اجتهاد مرسوم است.

آنهایی که اجتهاد را لازم می دانند. دو دسته هستند می گوید قاضی مطلقا باید اعلم باشد. برخی هم می گویند رفع خصومت در قضاوت غیر از باب افتاء است. در باب افتاء، مفتی باید اعلم باشد. حاشیه آقای میلانی ریشه اش همین است. ایشان گفتند اگر طرفین دعوا می روند نزد قاضی که برایشان فتوا بدهد و حکم شرعی را روشن کند؛ در واقع پیش مفتی می روند. در این صورت باید به اعلم رجوع کنند. اگر بحث در فصل خصومت است، در این فرض اعلمیت شرط نیست. ممکن است بگویید در فرض اول رجوع به قاضی برای روشن شدن حکم شرعی است از فرض سید خارج است. ولی بالاخره باید این فرض ها را تذکر داد تا مسئله جایگاهش روشن شود.

یکی از آقایان محشیین گفته است: گفته باید قاضی اعلم باشد و فتوا هم داده است.

پس در ادعای سوم سه نظر وجود دارد: 1- اعلم لازم نیست. 2- احتیاط واجب رجوع به اعلم است. 3- اعلم لازم است. بعضی مواقع طرفین دعوا می روند پیش قاضی می گویند ما مقلد شما هستیم و می خواهیم اخذ فتوا بکنند. اما بعد از اخذ فتوا می خواهند همین آقا فصل خصومت کند. اما اگر بصرفا رای گرفتن فتوا می روند و سوال می کنند این از محل صاحب عروه خارج است. بالاخره باید یک دعوایی تصور شود. اما منشاء دعوا گاهی روشن نبودن حکم است و گاهی روشن نبودن موضوع است.

سید عبد الهادی شیرازی نظر دیگری دارند: ایشان گفته اند: در شبهات موضوعیه رجوع به اعلم لازم نیست اما اگر شبهه حکمیه است باید رجوع به اعلم شود.

پیرامون صحبت هایی که در چند روز گذشته گفته شد، تامل کنید تا متن پیشنهادی به جای متن عروه در مسئله 56 را تنظیم کنید. تا بعد در کلاس در مورد متن اقتراح گفتگو کنیم. شما هم اقتراح را بنویسید تا با اقتراح که ما خواهیم گفت مقایسه کنید. این باعث رشد علمی شما خواهد شد.