

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 لَوْلَيْكَ الْحُجَّةُ بْنُ الْحَسَنِ صَلَوَاتُكَ عَلَيْهِ وَ عَلَى آبَائِهِ 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».

موضوع ۵۶: حق تعیین قاضی و شرط اعلیت در انتخاب

تحقیق در مسئله

در بخش توضیحات و تعلیقات، تحقیقاتی ارائه شده است. در این قسمت، به طور خاص، نظر شخصی خود را در رابطه با مسئله بیان خواهیم کرد. در تحقیق ابتدا لازم است محل نزاع به دقت تبیین شود و مفروضات متصور در این مسئله بیان گردد.

فرض اول: مراجعه به مفتی جهت رفع اختلاف

در این فرض، دو نفر که با یکدیگر اختلاف دارند، به یک مجتهد (مفتی) مراجعه می‌کنند تا با اخذ فتوا، اختلاف خود را حل کنند. به عنوان مثال، فردی با مدیر یک شرکت هرمی اختلاف دارد و برای حل آن به مجتهد مراجعه می‌کند. در این حالت، فرد مراجعه‌کننده، قاضی محسوب نمی‌شود، بلکه مفتی است. این فرض از محل بحث سید یزدی (ره) خارج است. در این نحوه مراجعه، باید به اعلم فقهی رجوع شود و اعلیت فقهی شرط است. هر کدام از طرفین، اعلم را انتخاب می‌کنند، مقدم خواهد بود. در صورت جهل به اعلم باید با جستجو به اعلم برسند.

برخی حاشیه‌ها، مانند حواشی آقای میلانی، آقای سید محمد تقی خوانساری و آقای اراکی، در واقع تعلیقه انتقادی نیستند بلکه در واقع توضیح متن محسوب می‌شوند.

فرض دوم: مراجعه به کارشناس جهت حل مسئله

در این فرض، دو نفر که با یک مسئله و مشکل روبرو هستند به نحوی که در تعیین و تشخیص موضوع اختلاف دارند. در واقع به یک کارشناس مراجعه می‌کنند. اگر هم به مجتهد مراجعه کنند، به عنوان اهل خبره است تا در موضوعات کارشناسی کند، نه برای حل خصومت. این فرض، که مردم برای حل مسائل غیر فقهی و موضوعی با دفاتر مراجع تماس می‌گیرند، از فروض واقعی این صورت است.

یکی از مراجع معتقد است که ۱۰ درصد عروه مربوط به موضوعات است که باید در آنها نیز به فقیه مراجعه کرد و این از شئون فقیه است. به نظر ما این سخن صحیح نیست؛ اولاً بیش از ۵۰ درصد عروه به کارشناسی موضوعات اختصاص دارد. ثانیاً با این حال، تشخیص موضوعات مختلف است و در همه موارد، نظر فقیه لازم نیست.

در هر صورت در این فرض اگر در موضوعات به فقیه مراجعه می‌کنند، منظور کارشناسی است و این فرض نیز از محل بحث خارج است. در این فرض، لازم نیست کارشناس اعلم باشد. مردم در موضوعات به کارشناس مراجعه می‌کنند. البته فقها در اعتبار نظر کارشناس، وجود نظر دو مرد عادل را شرط می‌دانند. ما هیچ‌کدام از این شروط را لازم نمی‌دانیم؛ بلکه اگر اهل خبره باشد و از نظر او اطمینان حاصل شود، کافی است. البته اگر کارشناس ماهر وجود دارد، فرد عاقل به کارشناس ماهر و اقوی مراجعه می‌کند، اما رجوع به اعلم لازم نیست.

فرض سوم: مراجعه طرفین دعوا به قاضی جهت فصل خصومت با منشأ اختلاف حکم شرعی

در این فرض، طرفین دعوا برای فصل خصومت به قاضی مراجعه می‌کنند، اما منشأ دعوایشان اختلاف در حکم شرعی است؛ مانند اختلاف در ارث بری زوجه متوفی از عکار. در این حالت، اختلاف در حکم کلی شارع وجود دارد. گاهی خود طرفین نمی‌دانند که منشأ دعوا حکم شرعی است. این قطعاً محل بحث سید است.

طبق مبنایی که ما داریم، در این فرض، اختیار انتخاب قاضی با مدعی است. مدعی آزاد است هر کسی را انتخاب کند، اما باید اعلم را در فصل خصومت انتخاب کند. در اظهار نظر، باید اعلم باشد و در فصل خصومت نیز باید اشد قوتاً باشد. اگر قاضی اعلم علماء باشد ولی در فصل خصومت قوت لازم را نداشته باشد، قاضی ماهر در رفع خصومت مقدم است. در سیستم متمرکز، این امر خود را نشان می‌دهد. مدعی باید اعلم را برای اخذ فتوا انتخاب کند، اما باید در فصل خصومت نیز قوی‌تر باشد، با قانون بیشتر آشنا باشد و وکلا نتوانند او را دور بزنند.

فرض چهارم: دعوی ترکیبی از اختلاف در حکم و موضوع

این فرض، که دعوی ترکیبی از اختلاف در حکم و موضوع است و مسئله پیچیده می‌باشد، این صورت قدر متیقن از محل بحث است. در این صورت، انتخاب قاضی از حقوق مدعی است. (توضیح: موضوع، چیزی است که تحت حکم رفته است و مصداق، فرد خارجی است).

طبق آنچه گذشت مدعی آزاد در انتخاب است اما نباید مدعی علیه را اذیت کرد. در این حالت، کسی که در این مجموعه اعلم است و قدرت رفع خصومت دارد، انتخاب شود. فرض کنید پرونده را نزد اعلم فقها ببرید، اما او نتواند شواهد و قرائن پرونده را بررسی کند. به نظر ما در قضاوت اعلییت به این نحو شرط نیست.

برای قاضی، ۱۲ تا ۱۳ شرط ذکر شده است؛ مانند عاقل بودن، شیعه بودن، حلال‌زاده بودن، حر بودن (البته حر و عبد بودن محل اختلاف است)، چشم داشتن (بصر)، اعلم بودن، مجتهد بودن، عادل بودن و غیره. بیشتر این شرایط، شکلی هستند. هنگامی که امیرالمؤمنین (ع) شرایط قاضی را در نامه ۵۳ نهج‌البلاغه به مالک اشتر بیان می‌کنند، ۱۳ شرط ذکر می‌کنند. تحف‌العقول حرانی مقدم بر نهج‌البلاغه سید رضی است. همین نامه در تحف‌العقول با ۱۷ شرط بیان شده است. برای انتخاب قاضی، حضرت می‌فرمایند: «افضل شهودان را انتخاب کن». «افضل» یک امر کیفی است و ممکن است هر کس «افضل» را به گونه‌ای تفسیر کند به همین جهت بعد از آن حضرت امیر (ع) آنرا با معیارهای کمی تفسیر می‌کنند.

متن نامه 53: «ثُمَّ اخْتَرِ لِلْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ أَفْضَلَ رَعِيَّتِكَ فِي نَفْسِكَ مِمَّنْ لَا تَضِيقُ بِهِ الْأُمُورُ وَلَا تَمَحِكُهُ الْخُصُومُ وَلَا يَتِمَادَى فِي الزَّلَّةِ وَلَا يَحْصُرُ مِنَ الْفِيءِ إِلَى الْحَقِّ إِذَا عَرَفَهُ وَلَا تَشْرَفُ نَفْسُهُ عَلَى طَمَعٍ وَلَا يَكْتَفِي بِأَدْنَى فَهْمٍ دُونَ أَقْصَاهُ وَأَوْقَفَهُمْ فِي الشُّبُهَاتِ وَآخِذَهُمْ بِالْحَجَجِ وَأَقْلَهُمْ تَبَرُّماً بِمَرَاغَةِ الْخَصْمِ وَأَصْبِرْهُمْ عَلَى تَكْشُفِ الْأُمُورِ وَأَصْرَمَهُمْ عِنْدَ اتِّضَاحِ الْحُكْمِ مِمَّنْ لَا يَزْدَهِيهِ إِطْرَاءٌ وَلَا يَسْتَمِيلُهُ إِغْرَاءٌ وَأُولَئِكَ قَلِيلٌ ثُمَّ أَكْثَرُ تَعَاهُدِ قَضَائِهِ وَ[أَفْسَحَ] أَفْسَحَ لَهُ فِي الْبَذْلِ مَا [يُزِيحُ] يُزِيلُ عِلَّتَهُ وَ تَقِلُّ مَعَهُ حَاجَتُهُ إِلَى النَّاسِ وَ أَعْطَاهُ مِنَ الْمَنْزِلَةِ لَدَيْكَ مَا لَا يَطْمَعُ فِيهِ غَيْرُهُ مِنْ خَاصَّتِكَ لِإِيْمَانٍ بِذَلِكَ اغْتِيَالِ الرِّجَالِ لَهُ عِنْدَكَ فَانْظُرْ فِي ذَلِكَ نَظْرًا بَلِيغًا فَإِنَّ هَذَا الدِّينَ قَدْ كَانَ أَسِيرًا فِي أَيْدِي الْأَشْرَارِ يُعْمَلُ فِيهِ بِالْهَوَى وَ تُطَلَّبُ بِهِ الدُّنْيَا» (نهج‌البلاغه، تصحيح صبحی صالح، نامه 53، ص453).

۱. اعلییت در فقه در مقابل اعلییت در قضا:

درست است که اعلییت در فقه را شرط نمی‌دانیم، اما رابطه بین اعلییت در فقه و اعلییت در قضا عموم و خصوص من وجه است. ممکن است فردی هم در فتوا و هم در قضا اعلم باشد. اما صفات مطرح در نامه 53 غیر از اعلییت در فقه است. یکی از شروط مهم برای قاضی، این است که «لَا يَكْتَفِي بِأَدْنَى فَهْمٍ دُونَ أَقْصَاهُ»، یعنی به فهم اولیه اکتفا نکند و پس از تحقیق و فهم کامل، حکم کند. این ویژگی لزوماً در اعلم فقهی وجود ندارد.

۲. قضاوت غیر مجتهد و نظر صاحب جواهر:

در سیستم‌های متمرکز و غیر متمرکز، قضاوت غیر مجتهد نزد برخی پذیرفته شده است، اما با این قید که بر اساس فتوای اعلم قضاوت کند. صاحب جواهر نیز همین فتوا را دارند. گاهی مقلد بهتر از فقیه مجتهد قضاوت می‌کند، زیرا ممکن است مجتهد اعلم نباشد، اما مقلد اعلم در قضاوت باشد. دیدگاه صاحب جواهر، قضاوت پیامدگرا یا غایت‌گرا است؛ یعنی مهمترین اصل، انتخاب بهترین راه برای حل خصومت و احقاق حق است.

شهید ثانی در مسالک، شرط قاضی را (حتی قاضی تحکیم)، مجتهد بودن می‌دانند و اگر مجتهد در دسترس نبود، توقف می‌کنند. آیت الله وحید خراسانی نیز این نظر را تأیید می‌کردند و می‌گفتند حق با شهید ثانی است. دلیل این فتوا این است که احکام وضعی را اضطرار بر نمی‌دارد. قضاوت در احکام وضعی است و حرمت تکلیفی مانند اکل مال غیر را اضطرار بر می‌دارد، اما نجاست که حکم وضعی است را خیر. قضاوت از باب ولایت است و غیر مجتهد ولایت ندارد و اضطرار، ولایت را برای غیر مجتهد ثابت نمی‌کند.

اگر ملاحظه بفرمایید در تاریخ، مردم در نقاط دورافتاده به غیر مجتهد مراجعه می‌کردند. و دسترسی به مجتهد در همه نقاط وجود نداشته است. این مثبت وجود سیره در مسئله عدم شرطیت مجتهد در قضاوت است.

تقدم انتخاب مدعی در تعیین قاضی:

سوال: چرا انتخاب مدعی در تعیین قاضی مقدم است، در حالی که دلیل صریحی بر این مطلب وجود ندارد؟

دلایل متعددی برای این امر وجود دارد:

● شأن استنفاذ حق: مدعی برای استنفاذ حق خود اقدام می‌کند و این حق شامل انتخاب زمان و مکان و انتخاب خود قاضی نیز می‌شود.

● نص قرآنی (به گفته آیت الله خویی): ایشان معتقدند برخی آیات دلالت بر این امر دارند.

● استفاده از عقل ابزاری: مدعی می‌خواهد حق خود را استنفاذ کند، همانطور که مکان و زمان رجوع به قاضی را تعیین می‌کند، باید قاضی را نیز انتخاب کند، البته با رعایت شرایط مذکور در شرایط قاضی.

● سیره عقلاء و امضای شارع: سیره عقلا بر این بوده که مدعی قاضی را انتخاب می‌کرده و این سیره مورد امضای شارع قرار گرفته است.

● روایت نبوی: روایت «البینه علی من ادعی و الیمین علی من ادعی علیه» (کافی، ج ۷، ص ۴۱۵) نیز می‌تواند مؤیدی بر این مطلب باشد.

● اجماع (به گفته نراقی): نراقی به وجود اجماع در این مسئله اشاره کرده است.

اشکال بر سیره و ارتکاز:

به جای سیره، بهتر است از «ارتکاز عقلا» استفاده شود، زیرا سیره نیاز به اتصال به زمان معصوم (ع) دارد، در حالی که ارتکاز این نیاز را ندارد.

پاسخ: اگر ارتکازی متصل به زمان معصومان (ع) باشد، اعتبار دارد. اما اگر ارتکاز پس از زمان معصوم شکل گرفته و عمر آن به صد سال قبل می‌رسد، این ارتکاز حجت نیست. هم سیره و هم ارتکاز نیاز به اتصال دارند. البته اگر ارتکازی با پیشینه و پسینه کاوی به دلیل عقلی برسد، دیگر نیاز به اتصال به زمان معصوم (ع) ندارد.

۷. الاقتراح (پیشنهاد):

متن پیشنهادی: «فی المرافعات و فصل الخصومات اختیار تعیین القاضی بید المدعی و علیه ملاحظه عدم استلزام اختیار حرجا او ضررا یعتد به علی المدعی علیه و هو قابل للدفع کما علیه اختیار من کان اعرف و اشد قوة علی القضاء فی الواقعة کان أعلم فی الفقه ام لا.

و لو کان بینهما تداع- بل کان کل واحد منهما مدعیا من وجه و منکرا من وجه- و کان الاعرف بالقضاء فی الواقعة غیر واحد فلا تستبعد تعین القول بالقرعة.

ثم ان کان هذا کله فی القضاء علی غیر وجهه المتمركز و اما فی القضاء متمركزا- کما هو الدارج الیوم- فالاختیار بید من له الامر علی القضاء و علی المجتمع و من الواضح ان القضاء کثیرا ما حیث یقع ممن له اطلاع علی موازین القضاء من دون ان یکون اشد قوة و اعرف من غیره».

در مرافعات و فصل خصومات، اختیار تعیین قاضی با مدعی است. اما مدعی باید ملاحظه کند که انتخابش موجب حرج یا ضرر معتدبه بر مدعی علیه نشود. مدعی باید کسی را انتخاب کند که در واقع، اعرف و اشد قوه بر قضاوت باشد، چه اعلم در فقه باشد یا نباشد. اگر بین طرفین تداعی (ادعا و ادعا متقابل) باشد و هر دو از یک جهت مدعی و از جهت دیگر منکر باشند، و اعرف بالقضاء در واقعه بیش از یک نفر باشد، قول به قرعه بعید نیست.

در قضاوت متمرکز (که امروزه رایج است)، اختیار با کسی است که امر قضاوت را بر عهده دارد. در این حالت، قضاوت اغلب توسط کسانی انجام می‌شود که اطلاع بر موازین قضاوت دارند، حتی اگر اعلی یا اشد قوه نباشند. توضیح قید «فی المرافعات و فصل الخصومات»: این قید توضیحی است و نشان می‌دهد که طرفین برای فصل خصومت به قاضی مراجعه می‌کنند، نه برای اخذ استفتاء و فتوا. توضیح قید «اختیار تعیین القاضی»: بهتر است به جای «حاکم»، از اصطلاح «قاضی» استفاده شود، زیرا «حاکم» در احکام حکومتی نیز به کار می‌رود. از این بکار گرفتن اصطلاح مختص بهتر است. توضیح «علیه ملاحظة عدم استلزام اختیاره حرجاً او ضرراً یعتد به علی المدعی علیه» مدعی باید ملاحظه حال مدعی علیه را بکند و انتخابش موجب حرج و مشقت بیش از اندازه برای او نشود. البته در هر صورت مدعی علیه مقداری زحمت را متحمل می‌شود. اما منظور مشقت غیرمعتاد است. مثلاً اگر مدعی علیه در بیمارستان بستری است و عمل جراحی کرده، این موجب حرج است و مدعی باید صبر کند. منظور، از ضرر غیر قابل دفع و معتدبه است. توضیح «علیه اختیار من کان اعرف و اشد قوة علی القضاء فی الواقعة کان أعلم فی الفقه ام لا»: مدعی باید کسی را انتخاب کند که اعرف و اقوی در واقعه مذکور باشد. مثلاً در دعوی کیفری، قوت بیشتری دارد، حتی اگر اعلی در فقه نباشد. هنگامی که مجتهد بودن را شرط نمی‌دانیم، به طریق اولی اعلییت در فقه را نیز لازم نمی‌دانیم.