التعالیق

فی متن المسالة دعاوی: الاولی: کون اختیار تعیین القاضی بید المدعی؛ الثانیة: کونه بید المدعی علیه اذا قصد اختیار الاعلم؛ الثالثة: الاحتیاط وجوبا مرجعیة الاعلم مطلقا عند امکان الترافع الیه قصده احدهما ام لا.

و علی کل دعوی تعلیقة او تعالیق ابراما او توضیحا او نقدا علیها نشیر الی بعضها.

فقیل بالنسبة الی الاولی :

- « لانه من شؤون استنقاذ الحق الذی امره راجع الیه و ان اثبات القضیة المدعاه انما هو علی المدعی و هو الذی یحتاج الی اقامة الدلیل و له ان یحتج علیها بما شاء و یستدل بایّ دلیل اراده فالاختیار فی ذلک الیه».

أقول: و فی امتداد ذلک قد یقال:

- ان لزوم توافقهما علی متکفل القضاء یحتاج الی بیان زائد دون کونه بید المدعی و کما ان زمن طرح الدعوی و مکانها بیده کذلک انتخاب متصدی القضاء الیه. و کأن المتفاهم عرفا من قول الحجة «البینة علی المدعی و الیمین علی من انکر» ذلک.
- نعم فصّل بعضهم بین قاضی المنصوب و قاضی التحکیم بکونه بیدهما فی الثانی و قیل فی وجهه: بان حکم قاضی التحکیم غیر نافذ الا بعد اختیار المتخاصمین ایاه و تراضیهما به خلافا للامر فی قاضی المنصوب و بعضهم جعل الامر مورد اشارة عدة من الآیات[؟!][1]

و لا تستبعد ان هذا التفصیل مورد نظر السائرین و ان لم یصرّحوا به.

- و مع وضوح الامر فی بدأه علّق علی المتن بعضهم بقوله: «ان لم یستلزم مختاره ضررا آخر و حرجا علی المدعی علیه»؛

۱ .لاحظ مبانی **تکملة المنهاج**، ج۱، ص ۱۰،المسالة السادسة و ذیلها.

- و قال آخر: «بل الاظهر عدم ثبوت هذا الحق و الاحتیاط المذکور استحبابی».

و فی المسالة موضع تأمّل و هو وجه الاکتفاء باختیار الحاکم الوالی (من له الامر) القاضی فی فصل الخصومات کما هو الدارج فی النُظُم القضائیة المتمرکزة فتتصدی الحاکمیة ذلک من دون ان أوکل الامر الیهما معاً او الی المدعی خاصّاً و هو السائر فی الجمهوریة الاسلامیة فی ایران و غیرها. و کأنّه لا مبرّر له الا بعد انتسابه الی اقتضاء المصالح الاجتماعیة و اصحاب الدعوی ذلک فیصیر من کونه من شؤون المجتمع وانتظامه ایضا مع الاحتفاظ بما ذکر.

- نعم – نعم – ان کون الامر بید المدعی فی انتخاب متکفل القضاء و زمن طرح الدعوی و مکانه و کیفیته لا یوجّه کونه علی وجه خرج عن التعارف و ما هو جار بینهم و ذلک کمن یختار حاکما لیس فی بلد المترافعین علی وجه یستلزم الترافع الیه ضررا و یکون حرجا علی المدعی علیه و ان کان مختاره اعلم بالنسبة الی غیره و کأنّ ما مرّ من التعلیق بقوله:«ان لم یستلزم مختاره ضررا آخر و حرجا علی المدعی علیه» یُدافع عنه بعد تقیید الضرر بکونه غیر متعارف و کونه یعتدّ به علی وجه لا دلیل علی لزوم تحمّل المدعی علیه ایاه.

و قیل بالنسبة الی ثانیة الدعاوی:

- «فیه اشکال بل منع» ؛
- «فی اعتبار الاعلمیة فی باب الترافع نظر لاطلاق المقبولة و حینئذ فالمدّعی باق علی اختیاره مطلقا علی ما یظهر من المستند من دعوی الاجماع علی کون اختیار التعیین بید المدعی»؛
- «بل حتی اذا کان کذلک ما لم یکن الترافع لاجل تنازعهما فی ما هو الحکم شرعا»؛
- ...

اقول: ان الترائی بالنسبة الی هذه الدعوی متوقف علی کیفیة الرأی بالنسبة الی ثالثة الدعاوی و ذلک ظاهر من ما ذکرناه من التعالیق هنا، فنقول:

قیل بالنسبة الی ثالثة الدعاوی:

- فقال الماتن نفسه فی المسالة الثامنة و الستین: «...الاحوط فی القاضی ان یکون اعلم من فی ذلک البلد او فی غیره مما لاحرج فی الترافع الیه»؛

اقول: سکوته بالنسبة الی الضرر مع انقسامه الی المعتد به و غیره من مواضع التامل و السؤال.