شنبه 5/7/99 جلسه 14

بیان شد که برای بررسی اعتبار اجتهاد در قاضی، ابتدا باید دید دلیل دال بر نفوذ قضاء قاضی منصوب و قاضی تحکیم چیست.

 عمده دلیلی که به عنوان مدرک نفوذ قضاء به ان استدلال شده یکی صحیحه حلبی بود که به دون اشکال دلالت بر نفوذ قضاء قاضی تحکیم می کرد . در کنار این روایت، دو روایت دیگر نیز معروف بود یکی مقبوله عمر بن حنظله و دیگری معتبره ابی خدیجه که بحث شد ایا مربوط به قاضی منصوب می باشند یا قاضی تحکیم .

معروف در کلمات این است که روایات مزبور، مربوط به قاضی منصوب است اما مرحوم اقای خویی فرمودند که مقبوله مربوط به قاضی منصوب است ولی معتبره ابی خدیجه ناظر به قاضی تحکیم می باشد. مرحوم اقای تبریزی هم هر دو روایت را مربوط به قاضی تحکیم دانستند .

**تقریب نظر مشهور:**

 مشهور می گویند که چون در هر دو روایت، امام علیه السلام امر به رجوع متخاصمین به عالم در مساله را تعلیل کرده اند به اینکه من اینها را به عنوان قاضی و حاکم قرار دادم نتیجه می گیریم که مورد به قضاوت تحکیم ارتباط ندارد . باید دید دلیل در مقابل این استدلال تمام است یا خیر .

 در کلام مرحوم اقای خویی امده که در مقبوله قبول داریم تعبیر "فانی قد جعلته علیکم حاکما" مربوط به قاضی منصوب است هرچند در سند مشکل دارد، اما نمی پذیریم که در معتبره هم مربوط به قاضی تحکیم باشد . زیرا امام علیه السلام که امر به رجوع به "من یعلم شیئا من قضایانا" فرموده اند وقتی در ادامه می فرمایند "فانی قد جلعته علیکم حاکما" در رواقع تفریع بر قبل کرده اند. وقتی ابتداء امر به انتخاب قاضی تحکیم می کنند و سپس می فرمایند که من او را حاکم بر شما قرار دادم یعنی در طول انتخاب شما و به خاطر انتخاب شما، شخص مورد انتخاب را که واجد شرایط نیز هست، من هم به عنوان حاکم قبول دارم و مورد امضاء من است . این فانی قد جعلته قاضیا تفریع بر قبل است . بنابراین ظهور صدر در قاضی تحکیم است زیرا برای تراضی طرفین در انتخاب قاضی موضوعیت قراد داده شده و موضوعیت تراضی با قاضی تحکیم می سازد نه قاضی منصوب . با این ظهوری که صدر دارد، ذیل روایت هم ظهور در تفریع بر ان پیدا می کند و نتیجه اش ارتباط روایت با قاضی تحکیم است .

**بررسی تقریب مرحوم اقای خویی:**

اشکالی که نسبت به این بیان وجود دارد و در کلمات هم امده، این است که هرچند ظاهر صدر، موضوعیت تراضی طرفین است اما ظاهر ذیل تعلیل است . در جمع بین دو ظهور متنافی با توجه به اقوائیت ظهور تعلیل، باید ظهور تعلیل ملاک قرار گیرد . در ما نحن فیه هم باید ملاک، ظهور ذیل در تعلیل ملاک قرار گیرد نه اینکه حمل بر تفریع بر صدر شود . لذا بعضی در مقام اشکال به مرحوم اقای خویی فرموده اند که با وجودی که در مقبوله و معتبره یکسان تعبیر شده است که فانی قد جعلته علیکم حاکما یا فانی قد جعلته قاضیا، فرق بین انها چیست که در مقبوله می پذیرید ناظر به قاضی منصوب است اما در معتبره اشکال می کنید؟

با این بیان روشن می شود که فرمایش مرحوم اقای تبریزی هم تمام نیست . ایشان در کتاب القضاء فرموده اند که وقتی خصمین امر می شوند که بر کسی که عالم به مساله است توافق کنند و راضی به حکم او شوند، نشان می دهد که روایت مربوط به قاضی تحکیم است نه قاضی منصوب . چون اگر مربوط به قاضی ابتدایی و منصوب بود، لزومی نداشت که توافق دو طرف شرط شود بلکه حق تعیین قاضی از آنِ مدعی بود و بعد از تعیین ان، مدعی علیه ملزم به پذیرش.

مناقشه این است که هرچند در هر دو روایت فرموده اند به قضات جور مراجعه نکنید بلکه به شخصی که عالم به احکام ماست رجوع کنید و خطاب به هر دو متخاصم است نه یک نفر، اما این مقدار موجب اختصاص به قاضی تحکیم نمی شود. اگر تعلیل در ذیل نبود به قاضی تحکیم ارتباط داشت اما در هر دو روایت بعد از بیان لزوم رجوع به عالم در مساله، تعلیل امده است که من او را به عنوان قاضی انتخاب کردم و چون منصوب از قبل ماست لازم است به او مراجعه کنید .

مشهور که می گویند این دو روایت مربوط به قاضی منصوب است با توجه به ذیل می گویند که علت لزوم رجوع است.

بنابراین انچه در مورد مقبوله و معتبره می شود گفت این است که ارتباطی به قاضی تحکیم ندارد . دلیل بر نفوذ قضاء در قاضی تحکیم همان روایت حلبی است . البته غیر از این روایت حلبی ادله دیگری هم هست که به انها برای نفوذ قضاوت قاضی تحکیم، استناد کرده اند که اگر در اطلاق صحیحه حلبی اشکال شد به اطلاق انها استناد شود .

مرحوم اقای خویی در تکمله فرموده اند ایاتی وجود دارد که شامل قاضی تحکیم می شود و اطلاق نیز دارد . خداوند در سوره نساء می فرماید : وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ [[1]](#footnote-1). این ایه قاضی تحکیم را هم می گیرد و اطلاق نیز دارد یعنی چه ان شخص مجتهد باشد یا فقط عالم به مساله باشد ولو عن تقلید.

استدلال به ایات را قبل از مرحوم اقای خویی، صاحب جواهر مطرح کرده است و به وی اشکال کرده اند که انچه از این ایه استفاده می شود این است که ان شخصی که بین مردم حکم می کند باید به عدل حکم کند اما چه کسی قضاوت کند که از این ایه استفاده نمی شود . عمده اشکال در استدلال به این ایه شریفه همین است. علاوه بر ان اشکال ، مرحوم امام اشکال کرده اند که این ایه اختصاص به من له الحکم دارد و خطاب به عامه الناس نیست تا از ان اطلاق گیری شود.

بعد از تعيين این امر که روايات مربوط به قاضی تحکيم است يا قاضی منصوب ، این نکته هم باید در این روايات (روایت حلبی و مقبوله عمر بن حنظله و معتبره ابی خدیجه ) معلوم شود که ایا نفوذ قضاء قاضی و حق قضاوت داشتن مشروط به اجتهاد هست یا اينکه مطلق علم به احکام شريعت کافی است هرچند از روی تقليد باشد ؟

نسبت به صحیحه حلبی بايد گفت فی حد نفسه اطلاق دارد . زیرا در ان نیامده که رجوع به مجتهد کنند بلکه فقط امده است اگر به "رجل منا" تراضی کنند و او میان متخاصمین حکم کند نافذ است . بنابراین چون در صحیحه حلبی اعتبار اجتهاد نشده یا تعبیری که ملازم به فقاهت باشد در ان نیامده است، فی حد نفسه اطلاق دارد اما ایا این اطلاق قابل اخذ است یا ولو قیدی نیامده است اما از این عدم التقیید نمی توان اطلاق گيری کرد .

به اطلاق روایت در صحیحه حلبی اشکال شده است که امام علیه السلام با نفی رجوع به غیر می فرمایند اگر می خواهید مشکل خود را حل کنید تراضی به "رجل منا" کنید. در مقام بیان ما یعتبر فی القاضی نیستند تا اطلاق گیری کنید . علاوه بر اینکه تعابیری در روایت مثل "لیس هو ذاک" نشان می دهد که این روایت مسبوق به مساله ای معهود بین حلبی و امام علیه السلام است و حضرت در این روایت به همان مساله اشاره دارند . اگر ان مساله معلوم نباشد اطلاق گیری هم از ان ممکن نیست .

این اشکال تمام نیست و می شود از صحیحه حلبی در مورد خودش که قاضی تحکیم است اطلاق گرفت. انچه در سوال سائل امده این است که اگر منازعه ای باشد و تراضی به "رجل منا" کنند امام علیه السلام فرمودند که جایز است . بدون اشکال "لیس هو ذاک" به بعد، دلالت بر صحت این تراضی می کند و از ان استفاده می شود که امام علیه اسلام تراضی به رجل منا را امضاء کرده اند و این امضاء هم هیچ قیدی ندارد که شخص قاضی و حاکم، اجتهاد داشته باشد . بله از این روایت استفاده می شود که امام علیه السلام رجوع به قضات جور را ردّ کرده اند اما انچه مطلب اصلی روایت است تصحیح رجوع به "رجل منا" است و در کنارش هم می گویند این چیزی که ما می گوییم غیر از رجوع به قاضی جور است .

اما روایت ابی خدیجه عنوانی که دارد این است که "رجل منکم یعلم شیئا من قضایانا" یعنی احکام قضایی ما را بداند . این تعبیر دلالت ندارد که شخص مجتهد باشد بلکه علم به شئ من قضایانا صادق است ولو عن تقلید این علم را به دست اورده باشد . همین که احکام معتنا به و کثیره را یاد گرفته باشد عنوان یعلم شیئا من قضایانا صادق است .

ولی در مقبوله تعبیری به کار رفته است که در غیر مجتهد صادق نیست . تعبیر این است که احکام ما را بداند و نظر فی حلالنا و حرامنا . مجموع این تعابیر نسبت به شخص عامی صادق نیست . اینکه بعد از اعمال نظر حکم را بشناسد بر علم عامی صادق نیست . لذا مقبوله دلالت بر اختصاص قضاء به مجتهد دارد .

با توجه به اینکه مقبوله دلالت بر اعتبار اجتهاد دارد اما معتبره ندارد و صحیحه حلبی هم که اساسا مربوط به قاضی تحکیم می باشد و عنوانی خاص به مجتهد هم در ان ذکر نشده، باید ببینیم که در دو قسم قاضی که یکی قاضی تحکیم است و دیگری منصوب، اجتهاد معتبر است یا خیر .

ابتدا باید مقتضای اصل معلوم شود تا در خروج از مقتضای اصل، دنبال دلیل بگردیم. لا اشکال که در سعه و ضیق موارد نفوذ قضاء، مقتضای اصل عدم نفوذ است . چون اصل اولی این است که قضاوت و حکمیت هیچ شخصی برای دیگری نافذ نمی باشد . زیرا غیر از خداوند، دیگری مالکیت برانسان ندارد تا نظرش برای شخص اخر نافذ باشد . حتی در قاضی تحکیم هم مقتضای اصل اولی عدم نفوذ است . چون مقصود از نفوذ قضاء در قاضی تحکیم هم این است که اگر دو نفر نسبت به یکی تراضی کردند حکمش نافذ است ولو بعدا تراجع کنند. این معنا حتی در قاضی تحکیم هم خلاف اصل است. بله اینکه مصالحه کنند که هر چه قاضی گفت عمل کنیم این بحث دیگری است و مقتضای عقد مصالحه انهاست اما نفوذ قضاء معنایش همین است که گفتیم و این معنا هم خلاف اصل است . اصل در اینجا همان عدم حجیت و عدم الزام است . در مواردی که در شرطیت یک شئ در احکام تکلیفیه شک داشته باشیم مقتضای اصل عدم شرطیت است اما اگر در اعتبار چیزی در احکام وضعیه شک کنیم چه در معاملات به معنای اخص(عقود وايقاعات ) وچه در غير آن ، مقتضای اصل شرطيت است يعنی باید ان را رعایت کنیم و در فاقد شرط مشکوک، حکم به عدم ثبوت اعتبار کرد ، شک درحجيت هم از اين قبيل است اگر درسعه وضيق حجيت شک شود در زائد بر مقدار متيقن ، اصل عدم حجیت ان است . با توجه به این اصل باید دید که در مورد قاضی تحکیم به چه مقدار دلیل، دلالت بر نفوذ کرده است و در مورد قاضی منصوب چه مقدار .

1. - نساء/58. [↑](#footnote-ref-1)