

## بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابى القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته

الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين

عرض شاد باش و تبریک داریم به مناسبت نهم ربیع الاول و سالروز شروع امامت ولی نعمتمان بقیه الله الاعظم (عج)

در تعریف قضا عرض شد یک تعریف ولایه الحکم است، که این ولایه الحکم را علمای ما به دو نحو فرموده اند یکی ولایت الحکم فی المرافعات و دیگری ولایه الحکم فی المرافعات و الموضوعات و المصالح العامه. مرحوم سید اشکال فرمود این تعریف منصب قضا است نه خود قضا و خود قضا آن فعل صادره از قاضی را که حکم است میگویند و بر این مبنا فرمود قضا هو الحکم فی المرافعات. بعضی از معاصرین فرمودند که اینها را میتوان جمع کرد و در مقام جمع فرمودند که ان القضا منصب من مناصب الحکومه و بعد فرمودند من کان له هذا المنصب فله ان يتصدى للحکم بین الناس. عرض کردیم که این تعریف، تعریف مرکبی است که هم منصب القضا تعریف شد و هم قضا تعریف شد نه یک تعریف جامعی که مشتمل بر هر دو عنوان باشد. به نظر میرسد که تعریف قضا همان فعل قاضی است نه منصب القضا. لذا تعریف مختار ما در قضا این است که ان القضا هو حکم بین الناس فی مرافعاتهم و خصوماتهم و فی الموضوعات و المصالح العامه.

بنابر این بیان سه رکن در تعریف قضا مطرح است؛ بخش اول آن کاری است که قاضی در فصل خصومات انجام میدهد، یعنی در حقیقت حل و فصل دعاوی. وقتی گفته میشود دعوا، ملازمه دارد یک مدعی موجود باشد و یک مدعی علیه. که آن مدعی رفع الامر کند به سوی حاکم، لذا اسمش را مرافعه میگویند. بنابراین اگر جایی دعوایی مطرح باشد که خود این دعوا در مصطلحات حقوقی تقسیم میشود به دعوای کیفری و دعوای مدنی. چون مرافعاتی که به قاضی میشود احقاق حقوق است. مبانی حق چند چیز است؟ یکوقت یک کسی کاری را انجام میدهد و دیگری میشود ذوالحق، که این مبنای فعل است. یکوقت

بدون این که کسی کاری را انجام بدهد، شخص بر دیگری ذو الحق میشود که آن مبنای شریعت یا حکم مقنن است. مثلاً یک کودکی به دنیا آمده و در بانک برایش حسابی باز کرده اند که حسابش برنده شده و پول کلانی به حسابش واریز شده و بابای بچه فقیر است که به حکم شارع این پدر میتواند به اندازه نیاز به عنوان نفقه برای خودش بردارد، یعنی پدر شده ذوالحق که میتواند از آن مال استفاده کند. ولی گاهی که مبنا فعل است مبنای تولید حق یک فعل ممنوعی است که شخص نباید انجام میداد و انجام داده است و دیگری حق پیدا کرده است. و اگر فعل ممنوع بوده و برای مرتکب آن در این جهان عقاب مطرح شده به آن جرم میگویند. اما اگر فعلی باشد که ممنوع است ولی برای مرتکب مجازات دنیوی مطرح نشده است در مصطلحات به آن شبه جرم میگویند.

اما منشا حق گاهی غیر ارادی است انجایی که اراده در بین است گاهی برای تحقق آن دو اراده متوافق لازم است، و در اصطلاح به آن عقد گویند، فعل مجاز ارادی که متکی به اراده دو طرف است. گاهی هم منشا حق متکی به یک اراده است که به آن شبه عقد یا ایقاع گفته میشود. یعنی فعل ارادی که یبتنی علی اراده واحده. پس گاهی موجد حق جرم و گاهی شبه جرم و گاهی عقد و گاهی شبه عقد یا ایقاع است.

ایقاعات علی ثلاثه ضرب: گاهی حق را ساقط میکنند فقط، گاهی حق را تولید میکنند فقط مثل حیازت مباحات و مثل اذن عقیب فضولی و مثل اذن عقیب اکراه و مثل رجوع در طلاق رجعی، گاهی هم موجد حق و هم مزیل حق باهم هستند. پس گاهی موجد حق فعل مجاز ارادی و گاهی هم موجد حق فعل مجاز هست ولی اراده در تحقق حق و ناشی از آن، نقش ندارد، شیخ اعظم علیه الرحمه (شیخ انصاری) برای این فرد دو مثال زده است: ۱- القول فی الماخوذ بالسوم (سوم یعنی چه؟ در روایات باب خطبه، دارد که راوی می آید خدمت امام علیه السلام عرض میکند یابن رسول الله من میخوایم با یک خانمی ازدواج کنم، هل لی ان انظر الی شعرها و عنقها و صدرها و صدیها و ادامه روایت، که امام میفرمایند: لباس به لانک مستام تشتریه باغلی الثمن، لانک مستام ای لانک مشتر. پس سوم یعنی شراء و مستام در وزن اسم فاعلی میشود مشتری) ۲- القول فی الماخوذ بالعقد الفاسد، مثلاً اگر طرف آمده در بیع ربوی جنسی به شما تحویل داده در حالی که مالک راضی است و تصرف شما غاصبانه هم نیست مع الوصف مال در دست شما تلف شود، شما ضامن هستید.

خوب توجه کنید، این حقی که تولید شود چه منشا آن فعل ممنوع باشد و کیفری و چه منشا آن فعل مجاز باشد ومدنی یعنی از این حق دعوا و منازعه تولید شود حال این دعوا خواه کیفری باشد یا مدنی، مثل حق مضروب بر ضارب که منشا آن فعل ممنوع مجرمانه است و راجع به این حق نزاع رخ دهد، پس اگر مضروب ضارب را بخشید دعوا نیست. به تعبیر حقوقدانان دعوا عبارت است از حقی که در حال جنگ است. اگر ادعای مدعی این است که کسی فعل مجرمانه علیه او انجام داده است میشود دعوای کیفری اما اگر یک منشا حق مدنی پدید آمده است میشود دعوای مدنی. حال صرف نظر از این که دعوا مدنی باشد یا کیفری، این بخش اول از فعل قاضی است که فصل الخصومات فی المرافعات یعنی حکم کردن در مرافعات برای فصل خصومت. اما قسمت دوم تعریفی که عرض شد در آن اثبات موضوع مطرح است یعنی حکم در موضوعات یعنی گاهی برای این که قاضی قضاوت کند باید در موضوعات نظر بدهد، مثلاً دعوای سرقت مطرح شده است و قاضی می خواهد حکم بدهد باید معین شود که آیا این سرقت مصداق سرقت حدی است؟ آیا حرز محقق بوده؟ آیا نصاب محقق شده یا نه؟ که نیاز به ارزش گذاری مال مسروقه است (نصاب چقدر است؟ اشعار مرحوم سید : ید بخمس مئین عسجد ودیت مابالها یقطع فی ربع دیناری، که اشکال مستشکل است که دیه دست انسان ۵۰۰ دینار است و این چه حکمی گذاشته شریعت که اگر کسی ربع دینار سرقت کرد، دست ۵۰۰ دیناری را چرا قطع میکنند؟ و مرحوم سید مرتضی علم الهدی جواب داده: غز الامانه اغلیها و ارضها ذل الخیانه فافهم حکمه الباری، آن دستی که ۵۰۰ دینار ارزش دارد دستی است که خیانت نکرده و دستی که دزدی کرده هیچ ارزشی ندارد) حال چه کسی باید حکم کند که نصاب محقق شده یا نه؟ که اثبات موضوعات، (نه خود حکم) این هم شان قاضی است لذا در تعریف عرض کرده ایم : و هو حکم بین الناس فی المنازعات و المرافعات و الموضوعات.

یا مثلاً ادعا شود این زیدی که مرتکب قتل شده حین القتل مجنون بوده است، که تعیین جنون کردن برای ضارب، حین الضرب تعیین موضوع است. حکم به این که قصاص دارد یک حرف است و این که ضارب حین الضرب مجنون بوده است حرف دیگری است که شان موضوعی است. یا مثلاً شخصی که خانه اش را فروخته، حینی که فروخته سفیه بوده یا نه، که اگر سفیه بوده قاضی نمیتواند آن را تنفیذ کند.

بنابراین قاضی علاوه بر این که حکم در اصل مساله برای رفع خصومات میکند، در موضوع هم حکم میکند، و این هم

یکی از شؤون اوست.

اما رکن سوم مصالح عامه است. مصالح عامه در حقیقت نه آن حکم است و نه آن موضوع است.

حکم نیست، چون حکم در بخش اول مال کجا بود؟ فصل الخصومه فی المرافعات اما مثلاً در اقامه حدود فصل الخصومه فی المرافعه که نیست مثلاً شخصی را در حالت مستی در خیابان دستگیر کرده اند و پیش قاضی آورده اند که در اینجا دعوای به معنای اخص کلمه مطرح نشده و مدعی و مدعی علیه موجود نیستند اگرچه امروزه دادستان به عنوان مدعی العموم معرفی شده است و این قبیل دعوای را دعوای عمومی میگویند و دادستان اقامه دعوا میکند ولی در هر حال دعوای در معنای خاص کلمه به معنای رفع الامر الی الحاکم و رفع خصومت نیست. خوب حال که قاضی باید مداخله کند و اقامه حدود از شؤن قاضی است از چه بابی مداخله میکند؟ اگر در تعریف قضا مصالح عامه دخیل نباشد اقامه حدود معطل میماند چون اقامه حدود نه از باب تعیین موضوع است و نه از باب اصدار حکم در مقام الحکومه فی المرافعه. بنابراین مصالح عامه مقتضی میشود برای ورود یکسری از عناوین مثل اقامه حدود شرعی و اقامه تعزیرات شرعی، علاوه بر اینها شامل میشود اقامه تعزیرات را در تعزیرات سلطانی. همانطور که مستحضر هستید در تعزیرات دو اصطلاح وجود دارد: ۱- تعزیرات شرعی ۲- تعزیرات سلطانی. تعزیرات شرعیه مال جایی است که شخص از یک افعّل یا لا تفعل در لسان شریعت تخلف کند (کل من ارتکب حراماً او ترک واجباً فلامام او نائبه تعزیره) لواحق حد قذف را ببینید که فقها آورده اند و بعضی در لواحق حد مسکر آورده اند، علی ای حال متعرض این بحث شده اند. مثلاً شارع فرمود صل و این شخص تارک الصلاه است و یستحق التعزیر، که این تعزیر شرعی است. یا یک لا تفعلی را مرتکب شده است مثلاً شارع مقدس فرموده ربا نخورید منتها از مواردی نیست که در لسان شریعت عقوبت مقدره دارد (که اگر داشت حد بود) پس این هم تعزیر شرعی است. اما تعزیر سلطانی یعنی این که شارع اجازه داده به حکومت اسلامی برای رعایت نظم عمومی مقرراتی را وضع کند. که یک افعّلها یا لا تفعلها را ولی امر بیان میکند و حکم به آن میکند و بعد بگوید اگر کسی مرتکب شود عقاب میکنم این مصداق تعزیر هست ولی در اصطلاح به آن تعزیر شرعی نمیگویند. ما در مقام بحث از فقه التعزیرات این را گفته ایم که ادله تعزیرات سلطانی و شرعی با هم تفاوت دارد. در تعزیرات شرعی آن قواعد ثلاثه مطرح است: ۱- التعزیر لکل عمل محرم ۲- التعزیر دون الحد ۳- التعزیر بما یراه الامام. اما مبانی تعزیر حکومتی ادله امر به معروف و نهی از منکر و مبانی حفظ نظام است، مبانی آن مبانی مصلحت حکومت اسلامی است. در اینجا جابجا این تعزیر از نظر ما یک باب مستقلی است و به ید ولی امر است که جرم انگاری کند و مجازات آن هم لازم نیست دون الحد باشد لذا در

اینجاها اگر تعزیرات بالاتر از حد باشد یا بالاتر از شلاق باشد منعی ندارد. (و جای بسی تعجب است که بعضی ادعای فقه خواندن میکنند میگویند چرا ولی امر نظرش این بوده که مثلاً زید خانه نشین شود، عمر خانه نشین بشود این حرف از کجا آمده؟ ولی امر اگر نتواند در راستای حفظ حکومت اسلامی امر و نهی بکند و برای امر و نهی ضمانت اجرایی بگذارد، حکومت قابل نگره داشتن نیست. این اصلش هم در اختیار ولی امر است. حال در فقه اگر کسی بخواهد اشکال کند و بگوید نه خیر باید دادگاه باشد، خوب دادگاه هم مشروعیت خود را از ولی امر میگیرد. شما یکوقت است حرف از قانون یا مقررات خاصی میزنید آن حرف دیگری است، اما این را به فقه نسبت میدهند خیلی عجیب است. نمیدانیم اینها کجا فقه خوانده اند که ما از آن خبر نداریم.)

در فقه اسلامی گاهی ولی امر میتواند مباحات را، چه در مباحات لا اقتضائیه و چه حتی در مباحات اقتضائیه ممنوع یا واجب کند. و بعضی حتی بالاتر از این گفته اند، به تعبیر مرحوم امام میتوان الزامات تکلیفیه را متعلق حکم حکومتی دیگری قرار داد. مثلاً حرام است و بگوید انجام دهید یا واجب را بگوید انجام ندهید. مثلاً بگوید کسی حق ندارد حج برود و اگر کسی برود تعزیر میشود. علی ای حال غرض این است گاهی بخشی از کارهایی که قاضی باید انجام دهد دخالت در حوزه تعزیرات حکومتی است و این از باب مصالح عامه است و از دو باب اول نیست، باب اول الحکومه فی المرافعه و این حکومت فی المرافعه نیست، دوم این است که بخواهد تعیین موضوع شود و این تعیین موضوع هم نیست. بلکه مصداق مصالح عامه است: اقامه الحدود الشرعیه، اقامه التعزیرات الشرعیه، اقامه التعزیرات السلطانیه.

و بالاخره مصادیق حسبیه هم داخل در تعریف است باز به اعتبار مصالح عامه. یعنی قاضی میتواند در امور حسبیه حکم کند. مثلاً قاضی حکم کند به حجر یا رشد زید. کسی رانصب کند به عنوان وصی محجور یا امین غائب و... که این موارد نیز از شئون قاضی هست ولی از باب سوم یعنی قضاء الحاکم فی المصالح العامه.

در نتیجه قضا عبارت است از حکم در مرافعات و منازعات و موضوعات و مصالح العامه، و فعل قاضی قضا است. پس بنابر این اگر قاضی وارد میشود در امور: من لا ولی له، ما لاصحاب له، من لا حضور له و امثال ذالک از باب قضا است به اعتبار دخالت در مصالح عامه کما این که اقامه الحدود و تعزیرات هم همین است

## والحمد لله رب العالمين

مقرر: سید حسن استاد