

دکتر محمد محسنی دهکالانی^۱

استادیار، گروه الهیات، دانشکده الهیات مازندران، مازندران، ایران.

اقای ابوالقاسم قاسم زاده

دانش آموخته کارشناسی ارشد، گروه الهیات، دانشکده الهیات مازندران، مازندران، ایران.

تأملاتی در آراء متفاوت مرحوم علامه حلی در مبحث قضاء

چکیده

بی شک یکی از درخشان‌ترین ستارگان آسمان فقهات شیعه مرحوم علامه حلی است. ایشان سرآمد دانشمندان خویش و در اکثر علوم متداول آن زمان متبحر و متخصص فن به‌شمار می‌رود. از وی کتب بسیاری در دانش فقه به یادگار مانده است که هر کدام به انگیزه خاص و برای افراد خاصی تدوین شده است. با مطالعه بسیاری از آثار فقهی ایشان تبدیل رأی و تغییر فتوا به چشم می‌خورد. از باب نمونه و به دلیل اهمیت موضوع، کتاب القضاء به عنوان موضوع مورد تأمل و بررسی انتخاب شده است. دلایل اختلاف آرای ایشان در مبحث قضاء در کتب متعدد همانند ارشاد الازهان، تحریر الاحکام، قواعد الاحکام، مختلف الشیعه، تذکره الفقهاء، نهایه الاحکام و تلخیص المرام می‌تواند تغییر مبنا، تأثیر از سایر فقهاء اعم از شیعه و سنی، دستیابی به دلیل معتبر جدید و ... باشد که نگارندگان در این مقاله پس از جمع‌آوری آرای متفاوت و بررسی دلایل اختلاف آراء به دنبال پاسخ به سؤالات مطروحه می‌باشند.

واژگان کلیدی: علامه حلی، کتاب القضاء، اختلاف فتوا، آرای مشهور، آرای شاذ.

^۱mmdehkalany@yahoo.com

مقدمه

به بنابر تصریح قرآن کریم «و ما کان المؤمنون لیَنفروا کافه فلولاً نفر من کل فرقه منهم طائفة، لیتفقوها فی الدین و لینذروا قومهم اذا رجعوا الیهم لعلهم یحذرون» تفقه در دین، تکلیف برخی افراد بوده که این مهم با آغاز غیبت کبری، به ذمه و عهده فقهاء گذاشته شده است. در عصر حضور ائمه اطهار علماء آن زمان تحت الشعاع وجود انسان کامل بودند و مردم هم حتی المقدور مشکلات خود را بی واسطه با ائمه اطهار در میان می گذاشتند اما پس از غیبت کبری تمامی مسئولیت دینی به عهده علماء و فقهاء شیعه افتاد. از این زمان فقهاء شیعه عهده دار تشریح و تبیین احکام اسلام و پاسخگوی پرسش‌های شیعیان بوده‌اند و از اینجا بود که مرجعیت شیعه تکوین یافت و پیوند مستحکمی میان شیعیان و مرجعیت برقرار گردید.

از جمله آن فقهاء نامدار جهان تشیع ابومنصور جمال‌الدین، حسن بن یوسف بن مطهر حلی معروف به علامه حلی بود.

ایشان در زمینه‌های مختلف علمی، برای مبتدیان، متوسطان و سطح عالی کتاب نوشته است و ابتکار او در این زمینه نگارش کتاب‌هایی در سطوح مختلف می‌باشد. معروف است ایشان دو کتاب «تبصره المتعلمین، ارشاد الاذهان» را برای مبتدیان دانش فقه، دو کتاب «قواعد الاحکام، تحریر الاحکام» را برای متوسطین این علم و سه کتاب «مختلف الشیعه، تذکره الفقهاء، منتهی المطلب» را به صورت استدلالی برای عالیان مشغول به این فن تدوین نموده است.

نگارندگان با مطالعه هشت کتاب تبصره المتعلمین، ارشاد الاذهان، قواعد الاحکام، تحریر الاحکام، مختلف الشیعه، تذکره الفقهاء، نهاییه الاحکام و تلخیص المرام در مبحث قضاء به ۲۳ مورد اختلاف فتوا برخورد نموده‌اند. از این میان و بعد صرف نظر از تعدادی از فروع کم اهمیت نظیر مسائل مشتمل بر عبد و امه و به دلیل رعایت اختصار در حجم مقاله به ۱۱ مورد از آن اشاره گردید. در ادامه و پس از ذکر اصل بحث، مستندات مسئله و جرح و

تعدیل آن، ویژگی‌های رأی مختار جناب علامه در هر یک کتب ذکر گردید و در پایان مقاله سعی در جمع بندی و نتیجه گیری از کلیت مقاله شده است.

۱- نحوه ارتزاق قاضی

افرادی که عهده دار منصب قضاء می‌شوند سه دسته‌اند:

الف) گروهی که قبول قضاوت بر آنان واجب تعیینی است و آنان افرادی هستند که عالم ثقه بوده و امام معصوم او را برای این کار تعیین کند و غیر او نیز فردی که صلاحیت قضاوت را دارد وجود نداشته باشد و یا در عصر غیبت اصلح افراد در این زمینه است و به غیر ایشان افرادی که چنین صلاحیتی را دارا باشند وجود ندارد.

در این حالت اگر امام و یا رهبر حکومت اسلامی در عصر غیبت او را نشانسد بر او لازم است خود را به معرفی کند زیرا قضاء از ابواب امر به معروف و واجب است.

(علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۲۰/۳)

ب) گروهی که قبول قضاوت بر آنان حرام است و آن افرادی هستند که جاهل ثقه، جاهل غیر ثقه و عالم فاسق باشند.

ج) گروهی که قبول قضاوت بر آنان جایز (بالمعنی الاعم) که شامل استحباب نیز می‌شود) است که شامل جماعتی می‌شود که همگی صلاحیت بر عهده گرفتن این منصب را دارند. در این حالت اگر امام و یا رهبر جامعه چنین فردی را برگزیند بر او قبول واجب نیست. (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۴/۸). ولی اکثر فقهاء معتقدند در همین فرض نیز قبول نظر امام واجب است. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۲۰/۳؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۴/۲۳۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ هـ ق: ج ۱۰، ص ۱۲).

قبل از بیان نحوه ارتزاق قاضی لازم است روایت این باب را مورد بررسی قرار دهیم تا معلوم گردد که مراد روایت در این زمینه چیست.

«عَبْدُ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ قَالَ سَيْلٌ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ قَاضٍ بَيْنَ قَرَيْبَتَيْنِ يَأْخُذُ مِنَ السُّلْطَانِ عَلَى الْقَضَاءِ الرَّزْقَ فَقَالَ ذَلِكَ السُّحْتُ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۷/۴۰۹؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۳/۶؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۶/۶)

یکی از قواعد فقهی‌های که بین فقها مشهور است، قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات است؛ یعنی هر آن چیزی که فعلش بر مکلف واجب است، اکتساب به آن نیز حرام است؛ چه واجب عینی باشد یا کفائی، یا تعبدی یا توصلی. پس کسب و درآمد به وسیله اعمال واجب، بنا بر نظر مشهور فقها، محکوم به حرمت است. (بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۶۵/۲) البته مراد از اخذ اجرت به معنای حق الزحمه قاضی از قضاوت است که به ازای کاری که انجام داده است مالی را دریافت کند و مراد از «رزق» (روزی) در فقه، مالی است که فرد مستحق از بیت المال می‌گیرد؛ خواه از کارگزاران حکومت باشد یا از غیر آنان (انصاری، ۱۴۱۵۸: ۱۵۳/۲) از این رو فقهاء در این خصوص اختلاف نظر دارند و هرکدام برداشت متفاوتی از روایت فوق دارند. استدلال ایشان به شرح ذیل می‌باشد:

(۱) مشهور فقهاء بر این باورند اگر قضاوت برای قاضی واجب تعیینی باشد بدین معنا که جز او فردی که جامع شرایط باشد وجود ندارد و یا او افضل افراد باشد و یا تمکن مالی داشته باشد^۱ که در این صورت اجرت از طرفین یا اهل شهر و رزق از بیت‌المال حرام است و در غیر این صورت کراهت دارد. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۷/۵؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۳۶/۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۲۲/۱۲)

(۲) علامه حلی در قواعد الاحکام و ارشاد الازدهان می‌فرماید: اگر قضاوت برای قاضی واجب تعیینی باشد و نیز تمکن مالی داشته باشد که این دو شرط باهم لازم است در این صورت اجرت جایز نیست. در غیر این صورت حتی در صورت نیاز اخذ اجرت کراهت دارد. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳/۴۲۲؛ همو، ۱۴۱۰: ۳۵۸/۱)

(۳) شیخ طوسی در النهایه اخذ اجرت را مطلقاً مکروه می‌داند. مراد وی از رزق که در روایت فوق بیان گردید همان اجرت است که در هر حالت کراهت دارد. (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۶۷)

(۴) وی در المبسوط آورده است که: اگر قضاوت بر قاضی متعین و لازم باشد در صورت ثروتمند بودن و عدم نیاز، اخذ اجرت حرام است زیرا عمل او انجام وظیفه است و در صورت نیاز، اخذ رزق حلال است زیرا جمع بین دو فریضه (نفقه خانواده و عمل قضاوت) منوط به اخذ رزق است و اگر قضاوت بر او متعین نباشد در صورت نیاز، می‌تواند از بیت المال ارتزاق

^۱شروط مذکور به صورت مانعه الخلو است و لازم است حداقل یکی از آنان موجود باشد

کند و در صورت عدم نیاز استحباب عدم اخذ رزق است. البته ایشان با آوردن عبارت «هذا عندنا و عندهم» این حکم را اجماع امت می‌داند. (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۴/۸)

۵) اخذ اجرت در هر صورت حرام است اعم از آن که قضاوت واجب تعیینی، کفایی و یا مستحب باشد و فرقی ندارد که به آن مبلغ نیاز داشته باشد یا خیر و یا اخذ اجرت از بیت المال، طرفین یا اهل شهر باشد ولی در صورت نیاز مالی و عدم تعیین می‌تواند از بیت المال ارتزاق کند. (شاهرودی، ۱۴۱۷: ۱/۴۸۳)

تفاوت این نظر با قول مشهور در این است که مشهور فقهاء حرمت اخذ اجرت برای قاضی را منوط به وجوب تعیینی قضاوت دانستند در حالی که طبق این نظر حرمت آن در همه اقسام واجب اعم از تعیینی و کفایی و حتی در قضاوت مستحب نیز جریان دارد.

۶) اخذ اجرت در هر حال جایز نیست ولی دریافت رزق از حاکم عادل کراهت دارد. (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲/۲۱۷)

همان‌طور که از کلمات فوق فهمیده می‌شود علامه حلی در کتب خود نظر واحدی را بیان نفرمودند. ایشان طبق یک نظر بر این باور است که اگر قضاوت برای قاضی واجب تعیینی نباشد و تمکن مالی نیز ندارد مستحب است که از بیت المال ارتزاق کند. (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵/۱۰۸) ولی در کتاب دیگرشان معتقد است در صورت تعیین قضاوت و یا تمکن مالی و یا افضل بودن نسبت به سایر قضات اخذ اجرت حرام و در غیر اینصورت کراهت دارد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵/۱۷) ولی در سایر کتب فقهی خود بر این باور است که اگر قضاوت واجب تعیینی باشد و متمکن نیز باشد اخذ اجرت حرام و در صورت عدم تعیین و نیاز مالی اخذ اجرت جائز است و کراهت ندارد. (همو، ۱۴۱۳: ۳/۴۲۲؛ همو، ۱۴۱۰: ۱/۳۵۸)

تفاوت دو نظر علامه حلی در کتاب مختلف الشیعه و قواعد الاحکام این است که در مختلف الشیعه شروط وجوب تعیینی، افضلیت داشتن و تمکن مالی به صورت مانعه الخلوّ لحاظ شده است و اگر یکی از آنان باشد اخذ اجرت حرام است ولی در قواعد الاحکام حرمت اخذ اجرت منوط به تعیین قضاوت و تمکن مالی به صورت اجتماع لازم است.

از این رو نظر علامه در کتاب شریف مختلف الشیعه مطابق قول مشهور است و به نظر صاحب این سطور قول علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام فاقد وجهت است زیرا صرف

تعیین قضاوت برای قاضی مستلزم حرمت اجرت برای قضاوت است زیرا همان گونه که پیش‌تر نیز بیان شد اخذ اجرت برای واجبات تعیینی حرام است اعم از آن که قاضی تمکن مالی داشته باشد یا خیر از این رو جمع بین تعیین قضاء و تمکن مالی بر حرمت اخذ اجرت ناصواب است.

۲- لزوم اجرای حکم قاضی تحکیم

ثبوت ولایت برای قاضی در عصر حضور منوط به اذن خاص از امام معصوم یا نائب خاص اوست و در عصر غیبت برای فقیه جامع شرایط است. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴، ۶۰/)

مستند جواز واگذاری امر قضاء در عصر غیبت به فقیه جامع الشرائط، روایت عمر بن حنظله است. «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا مُنَازَعَةٌ فِي دِينٍ أَوْ مِيرَاثٍ فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ أَوْ إِلَى الْقُضَاةِ أَوْ يَحِلُّ ذَلِكَ فَقَالَ مَنْ تَحَاكَمَ إِلَى الطَّاعُوتِ فَحَكَمَ لَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُ سُحْتًا وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ ثَابِتًا لِأَنَّهُ أَخَذَ بِحُكْمِ الطَّاعُوتِ وَقَدْ أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يَكْفَرَ بِهِ قُلْتُ كَيْفَ يَصْنَعَانِ قَالَ انظُرُوا إِلَيَّ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا فَارْضَوْا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ فَإِنَّمَا بِحُكْمِ اللَّهِ قَدْ اسْتَخَفَّ وَعَلَيْنَا رَدُّ وَالرَّادُّ عَلَيْنَا الرَّادُّ عَلَى اللَّهِ وَهُوَ عَلَى حَدِّ الشَّرْكِ بِاللَّهِ. (كَلْبِنِي، ۱۴۰۷: ۷، ۴۱۲؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۶، ۲۱۸) هر چند در سند روایت فوق و روایتی دیگر که مضمونی مترتب به آن دارد و مشهور به خبر ابی خدیجه است تشکیکاتی صورت گرفته است ۱ لکن مشهور فقهاء با پذیرش حجیت از روایت عمر بن حنظله تعبیر به مقبوله نمودند.

گاهی طرفین دعوا به فردی که جامع‌الشرایط فتوا است ولی از طرف حکومت به‌عنوان قاضی شناخته نمی‌شود و از آن به قاضی تحکیم نام برده می‌شود جهت حل اختلاف مراجعه نماید. آیا حکم چنین فردی نافذ است؟

۱ به دلیل وجود فردی به نام «معلی بن محمد» در سند روایت عمر بن حنظله که فردی ضعیف در علم رجال است و «الحسین بن محمد» که مشترک بین ثقه و ضعیف است و نیز وجود فردی به نام «داود بن الحصین» در روایت ابی خدیجه که فردی ضعیف است ولی مع الوصف شهرت روایت و عمل اصحاب جابر ضعف سندی روایت است. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۳ / ۳۳۴)

قول مشهور بین فقهاء این است که حکم چنین فردی نافذ است و تخلف طرفین دعوا از آن جایز نیست. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۶۰/۴؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۵۲۷/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۲۷۹/۲) و حتی برخی نیز معتقدند این حکم اجماعی است. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۳/۳۳۲)

ظاهراً مستند مشهور علاوه بر عموم روایت که به چنین فردی ولایت عامه می‌دهد، روایتی از پیامبر اسلام (ص) باشد که فرمودند: «من حکم بین اثنین تراضیا به فلم يعدل فعلیه لعنه الله» (نیآوردی، ۱۴۱۹: ۳۲۶/۶) و نیز عموم ادله امر به معروف و نهی از منکر و عموم ادله حجیت حکم قاضی تحکیم است [که مستلزم آن است در صورت عدم جواز استیفای مجازات، اجرای حکم را به کسی که اهلیت ندارد سپرده شود] (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۶/۱۰) و روایت حفص بن غیاث از امام صادق (ع) نیز در این خصوص صراحت دارد. «قُلْتُ مَنْ يُقِيمُ الحدودَ السلطانُ او القاضی؟ فقال اقامة الحدودِ الی من الیه الحکم». (صدوق، ۱۴۱۳: ۷۲/۴) هر چند اکثر اهل سنت حکم چنین فردی را نافذ ندانستند و بر این باورند که پذیرش حکم او مستلزم تفویض ولایت قاضی منصوب خواهد شد. (یحیی بن شرف، ۱۹۹۱: ۱۰۵/۸)

مرحوم علامه حلی در کتاب تحریر الاحکام بر این باور است که حکم چنین فردی نافذ نیست. (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۱۳/۵) در حالی که در یکی از نظرات خود طبق قول مشهور فتوا دادند و چنین حکمی را نافذ و لازم دانستند. (همو، ۱۴۱۰: ۱۳۸/۲)

ایشان طبق نظری دیگر بر این باورند که تمام احکام صادره قاضی تحکیم لازم و نافذ است جز احکامی که موجب حبس و استیفای مجازات باشد که چنین اعمالی منوط به ولایت شرعی است. (همو، ۱۴۱۳: ۴۲۱/۳) و از بین علمای اهل تسنن نیز شافعی همین نظر را دارد. (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷: ۳۲۸/۲)

ظاهراً استناد قول اخیر علامه حلی احتیاط در دماء باشد و یا این که مجازات و حبس جنبه حق الهی دارد در حالی که تحکیم صرفاً در حق الناس است.

(طوسی، ۱۴۰۰: ۱۶/۲)

نظر علامه حلی در کتاب تحریر الاحکام مبنی بر عدم حجیت قول قاضی تحکیم مربوط به عصر حضور است و ایشان در عصر غیبت حکم قاضی تحکیم را نافذ می‌دانند ولی در

سایر کتب فرقی بین عصر حضور و غیبت نگذاشته‌اند و در هر حال حکم وی را نافذ دانستند.

نگارندگان بر این باورند که نظر اخیر علامه حلی اصح اقوال باشد زیرا اسلام همیشه جنبه عمومی و اجتماعی را مقدم بر جنبه فردی می‌داند از این رو اجرای احکام اعم از حبس و قصاص توسط شخص حقیقی نظیر قاضی تحکیم مستلزم آن است که نظم در حکومت اسلامی از بین برود و دستگاه قضاء مطرود گردد و هرگز تحقیقاتی که توسط دادگاه از مدعی و متهم صورت می‌گیرد را قاضی تحکیم نخواهد توانست به آن اندازه انجام دهد. البته اگر جامعه غیر اسلامی بوده که در رأس آن فردی غیر عادل سگان‌دار جامعه است می‌توان قول مشهور را مبنی بر صحت استیفای قصاص و اجرای مجازات توسط قاضی تحکیم را پذیرفت زیرا ترافع دعاوی نزد حاکم جائز ظلمی است که ائمه اطهار (ع) از این کار نهی کردند.

۳- تقدم یا عدم تقدم قاضی مفضول بر فاضل

اگر افرادی باشند که شرایط برابری در پذیرش منصب قضاء نسبت به هم داشته باشند امام مخیر در انتخاب هر کدام از افراد است. (نجم الدین حلی، ۱۴۲۸: ۱۴۱/۲) و اگر فردی از حیث علم یا زهد افضل از دیگری باشد اختلاف نظر است که آیا بر امام جایز است که مفضول را بر فاضل مقدم کند؟

برخی از فقهاء معتقدند که نقصان مفضول با انتخاب امام جبران می‌گردد. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۶۱/۴؛ القطان حلی، ۱۴۲۴: ۳۴۱/۲) در حالی که برخی از آنان تقدم مذکور را عقلاً قبیح می‌دانند. (فیض کاشانی، بی تا: ۲۴۷/۳)

علامه حلی در برخی از کتب خود تقدم مفضول بر فاضل را عقلاً قبیح می‌داند. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۲۰/۳؛ همو، ۱۴۱۳: ۶۶/۳) در حالی که در تحریر الاحکام تقدم را صحیح می‌داند. (همو، ۱۴۲۰: ۱۱۶/۵)

به نظر می‌رسد که بحث از چنین تقدمی در زمان حضور امام معصوم مصادره به مطلوب است زیرا امام با علم خود مخیر در انتخاب هر کدام از آن دو است و این سخن در عصر امروز کارایی بیشتری دارد از این رو در زمان غیبت تقدم مفضول بر فاضل صحیح نیست

زیرا در عصر حضور ضعف تقدم را علم امام و اطلاع از باطن افراد جبران می‌کرد در حالی که در عصر غیبت چنین علمی وجود ندارد.

۴- استزکاء شهود

شاهد شرعی در زمان ادای شهادت باید پنج شرط ایجابی (بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد) را دارا باشد و فاقد چهار شرط (ذی نفع نبودن در موضوع، نداشتن خصومیت با طرفین، عدم اشتغال به تکدی گری، ولگرد نبودن) باشد که موارد مذکور در ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی بیان گردید.

هر گاه مدعی بینه اقامه کند مدعی علیه می‌تواند از دادگاه تقاضای تزکیه شهود کند. در صورت درخواست وی بر دادگاه لازم است که جرح (فقدان یکی از شروط شاهد شرعی) یا تعدیل شهود را مورد بررسی قرار دهد. این سخن در ماده ۱۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری نیز مورد تأیید قرار گرفت حداکثر تا ده روز دادگاه موظف است از شهود تحقیق به عمل آورد و تا این زمان رسیدگی متوقف خواهد شد. کاربرد طرح این بحث آن جا است اگر مدعی علیه اقرار به عدالت شهود کرد و یا از دادگاه درخواست تعدیل آنان را نداشت آیا بر دادگاه لازم است که مستقلاً چنین وظیفه ای را بر عهده بگیرد و یا صرف اقرار مدعی علیه بر تزکیه شهود کفایت؟

مشهور فقهاء بر این باورند که استزکاء جنبه حق الهی دارد و بر قاضی لازم است عدالت شاهدان را تأیید کند ولو این که مدعی علیه اقرار به عدالت شهود کند. (عمیدی، ۱۴۱۶: ۳/۴۶۳؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۳۱۵/۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۶۸/۱۰؛ نجفی، ۱۴۲۱: ۴۱/۲۵). استدلال مشهور فقهاء این است که رضایت مدعی علیه در این خصوص مداخلیتی ندارد زیرا تزکیه شهود حق الله است و تزکیه فی نفسه موضوعیت دارد از این رو اگر بعد از صدور حکم معلوم گردد که شاهد فاقد شروط لازم جهت شهادت بود حکم مجدد مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

برخی از فقهاء بر این باورند که هر گاه مدعی علیه اقرار به عدالت شهود کند نیاز به استزکاء و تحقیق از عدالت وی نیست و استدلال ایشان نیز به عموم «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» است. (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۶۶۷/۲)

و استدلال دیگر این گروه از فقهاء به روایتی از امام عسکری (ع) در تفسیرش است که حضرت از امام علی (ع) نقل می‌کند که به دلیل طویل بودن آن به متن مورد نظر اکتفاء می‌گردد. «فَإِنْ كَانَ الشُّهُودُ مِنْ أَخْلَاطِ النَّاسِ - غُرَبَاءَ لَا يَعْرِفُونَ - وَ لَا قَبِيلَةَ لَهُمَا وَ لَا سُوقَ وَ لَا دَارَ - أَقْبَلَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَقَالَ مَا تَقُولُ فِيهِمَا - فَإِنْ قَالَ (مَا عَرَفْنَا) إِلَّا خَيْرًا - غَيْرَ أَنَّهُمَا قَدْ غَلِطَا فِيمَا شَهِدَا عَلَى - أَنْفَذَ شَهَادَتَهُمَا - وَ إِنْ جَرَحَهُمَا وَ طَعَنَ عَلَيْهِمَا - أَصْلَحَ بَيْنَ الْخَصْمِ وَ خَصْمِهِ - وَ أَحْلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ - وَ قَطَعَ الْخُصُومَةَ بَيْنَهُمَا.» (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۴۰/۲۷)

طبق مضمون روایت هر گاه از احوال شهود اطلاعی نباشد به عنوان نمونه غریب باشند و از زندگی آنان اطلاع دقیقی در دست نباشد از مدعی علیه در مورد احوال آنان سؤال می‌گردد که هر گاه در پاسخ بگوید جزء خیر چیزی از آنان ندیدم شهادت آنان نافذ است. در رد بر استدلال این دسته از فقهاء لازم است بیان گردد که مضمون روایت در فرض عدم توانایی جرح و تعدیل شهود است که با عبارت «غرباء» در روایت بیان گردید که غیر قابل شناسایی‌اند در حالی که نظر مشهور در جایی است که امکان تزکیه و تحقیق وجود دارد.

مرحوم علامه حلی در قواعد الاحکام مطابق قول مشهور فتوا دادند و بر این باورند که استزکاء حق الله است و صرف اقرار مدعی علیه بر عدالت و عدم درخواست تزکیه شهود در اثبات عدالت کافی نیست و لازم است که دادگاه در این خصوص تحقیق به عمل آورد. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۳۱/۳) در حالی که در تحریر الاحکام معتقد است اگر مدعی علیه اقرار به عدالت شاهدان کند قاضی بدون نیاز به استزکاء علیه او حکم خواهد کرد. (همو، ۱۴۲۰: ۱۳۲/۵)

نگارندگان بر این باورند که جنبه حق الهی تزکیه شهود حاکم بر عموم اقرار عقلاء است زیرا هر چند با اقرار به عدالت شهود، مدعی علیه متضرر می‌شود و او راضی به ضرر است ولی از آن جا که او به دستگاه قضاء برای برقراری عدالت مرافعه نمود لازم است قوه قضائیه عدالت مدعی علیه را احراز کند. از این رو استناد برخی از فقهاء به عموم اقرار عقلاء در حق الناس جریان دارد.

۵- کفایت یا عدم کفایت تزکیه سابق شهود در موضوع دیگر

هر گاه شهود در موضوعی در دادگاه تعدیل شدند و شهادت ایشان مسموع واقع گردد و بعد از مدتی در قضیه دیگر لازم است که مجدد جهت شهادت به دادگاه بیایند. آیا تعدیل سابق ایشان موجب عدم نیاز به تحقیق مجدد از عدالت آنان در موضوع جدید است و یا لازم است همانند سابق نیز مورد جرح و تعدیل قرار گیرند؟

مشهور فقهاء بر این باورند تا زمانی که خلاف عدالت ثابت نشود حکم به استمرار عدالت شاهدان می‌کنیم. (نراقی، ۱۴۱۵: ۲۲۱/۱۸؛ نجفی، ۱۴۲۱: ۱۲۶/۴۰؛ آقا ضیاء عراقی، ۱۴۲۱: ۶۴) که امروزه بعد از تعدیل در دادگاه اولیه می‌توان با مراجعه به اداره آگاهی و عدم سوء پیشینه و عدم وجود معارض حکم به استمرار عدالت سابق نمود.

استدلال مشهور این است که هرگاه عدالت شهود در دادگاه اثبات گردید با اصل استصحاب که موید اصل عدم زوال است می‌توان حکم به استمرار عدالت شهود کرد تا زمانی که یقیناً خلاف آن مشاهده گردد.

در مقابل برخی از فقهاء بر این باورند که اگر مدتی از شهادت اولیه شاهد گذشت که امکان تغییر حال او وجود دارد مجدد تزکیه شود و مدت زمان تغییر حال بستگی به نظر حاکم دارد. (شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۱۶/۴؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱۲/۸)

مرحوم علامه حلی طبق یک نظر قول مشهور فقهاء را پذیرفتند و بر این باور است که تا زمان مشاهده عمل خلاف عدالت حکم به استمرار عدالت شهود می‌گردد. (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۳۳/۵) در حالی که در کتاب دیگر معتقدند که هرگاه از زمان اثبات عدالت شهود در دادگاه قبلی مدت زمانی بگذرد که امکان تغییر حال او باشد لازم است مجدد تعدیل گردد و مدت زمان آن بستگی به نظر دادگاه دارد. (همو، ۱۴۱۳: ۴۳۲/۳) و مدت زمان مشخصی وجود نخواهد داشت زیرا تغییر احوال صرفاً به زمان بستگی ندارد بلکه محیط زندگی و شغل او در تغییر حالات ایشان تأثیر به سزایی خواهد داشت از این رو نظر برخی از اهل سنت مبنی بر این که هرگاه شش ماه از تعدیل او در دادگاه قبلی گذشت لازم است در دادگاه بعدی عدالت وی اثبات گردد. (نیآوردی، ۱۴۱۹: ۱۹۷/۱۶) فاقد وجاحت است.

۶- صحت یا عدم صحت ادعای مجهول

شنیدن و پذیرش ادعای مدعی توسط قاضی منوط به تحقق شرایطی است که جزمی بودن، معلوم بودن مدعی به و دارای اثر بودن دعوا است. از جمله آن شروط است. (شاهرودی، ۱۴۲۶: ۶۲۹/۳)

حال اگر شخصی ادعای مجهول کند؛ بدین معنا که جنس، نوع، وصف و یا مقدار مدعی به معلوم نباشد آیا چنین ادعایی مسموع است؟
فقهاء در این خصوص اختلاف نظر دارند که هر دو قول طرفداران مختص به خود را دارد.

برخی از آنان بر این باورند که چنین ادعایی مسموع نیست زیرا شنیدن چنین ادعایی فائده ای ندارد و ذمه مدعی مشغول نخواهد شد. (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۵۶/۸؛ نجفی، ۱۴۲۱: ۱۵۰/۴۰) استدلال دیگر ایشان این است اگر چه در فقه اقرار مجهول مسموع است ولی تفاوت اقرار مجهول و ادعای مجهول در این است اگر در اقرار مجهول فرد مقرر را مجبور به توضیح کنیم از اقرارش دست بر می‌دارد ولی او در ادعای مجهول نمی‌تواند از ادعایش دست بردارد زیرا با ادعا ذمه خود را نسبت به طرف مقابل مشغول کرده است و هر اشتغال یقینی برائت یقینی لازم دارد.

نگارندگان استدلال دوم این گروه را نپذیرفته‌اند و بر این باورند چنین فردی نمی‌تواند از اقرارش دست بردارد زیرا اولاً انکار بعد از اقرار جز در مواردی که اقرار موجب رجم و قتل باشد مسموع نیست که ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی نیز بدان تصریح کرده است مسموع نیست و ثانیاً می‌توان حکم در اقرار مجهول مبنی بر حبس مقرر را تا روشن شدن سخنان در ادعای مجهول نیز تسری داد و او را حبس کرد.

گروه دیگری از فقهاء بر این باورند که ادعای مجهول مسموع است زیرا ادله وجوب حکم نظیر آیات «وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ» (مائده/۴۲) و «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (ص/۲۶) و نیز اصل صحت همانگونه که موید استماع موجب شنیدن اقرار و وصیت مجهول است در ادعای مجهول نیز جریان دارد.

مرحوم علامه حلی در برخی از کتب خود بر این باورند که ادعای مجهول بنا به عدم فائده مسموع نیست. (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۴۱/۵؛ همو، بی تا: ۲۹۵/۱۵) ولی در کتاب دیگر بر این

نظرند که ادعای مذکور مسموع است و حاکم او را مجبور به بیان جزئیاتی می‌کند و در صورتی که حاضر به جواب نشد از طرف مقابل (مقرّله) تفسیر سخن مدعی را درخواست می‌کند و اگر بیش از حد واقع بیان کرد مدعی با قسم، زائد را نفی می‌کند. (همو، ۱۴۱۰: ۱/۲) (۱۴۳)

۷- اثبات ادعای مالی با شهادت دو زن و قسم مدعی

بین فقهاء مشهور است که امور مالی اعم از دین مانند قرض و عین با شهادت یک مرد و دو زن، یک مرد و قسم و نیز دو زن و قسم مدعی اثبات می‌گردد. (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۸۴/۸؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۵۳۲/۲؛ خمینی، ۱۴۲۵: ۴۲۴/۲) و ماده ۲۰۹ قانون مجازات اسلامی نیز این نظر را پذیرفته است. مستند فتوای روایات متعدد است از این رو اجماع محکی شیخ مدرکی است که فاقد اعتبار است زیرا مستند و مدرک آن روایات است و با وجود آن نیازی به اجماع نیست. «عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام سئل عن شهادة النساء في النكاح - إلى أن قال - قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين؟ قال: نعم» (حراغلی، ۱۴۰۹: ۱۱۸) (۲۵۸)

«إذا شهد لطالب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز.» (همو، همان: ج ۲۷، ص ۲۷۱، طوسی، ۱۳۹۰:

۳۲/۳)

«ان رَسُولَ اللَّهِ أَجَازَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ فِي الدِّينِ يَحْلِفُ بِاللَّهِ ان حَقَّهُ لِحَقِّ.»

(کلینی، ۱۴۰۷: ۳۸۶/۷؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۷۲/۶)

برخی از فقهاء اثبات دعوی مالی را با شهادت دو زن و قسم مدعی نپذیرفتند و بر این باورند که شهادت دو زن را نازل منزله یک مرد قرار دادن نیاز به دلیل شرعی دارد در حالی که چنین مطلبی در شریعت وجود ندارد و اگر هم نصی موجود باشد اخبار شاذ است که فاقد ارزش است و اصل برائت ذمه افراد است. (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۱۶/۲)

نگارندگان بر این باورند که اولاً فتوای ابن ادریس مخالف نظر مشهور است که شیخ طوسی ادعای اجماع کردند ثانیاً روایات این باب اگر نگوییم که متواتر است لاقلاً خبر واحد ثقة است که دارای حجیت است و خدشه ای به آن وارد نیست.

مرحوم علامه حلی نیز در کتاب تحریر الاحکام طبق قول ابن ادریس فتوا دادند و بر این نظرند که دعاوی مالی با شهادت دو زن و قسم مدعی اثبات نمی‌گردد. (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۷۹/۵) در حالی که در سایر کتب خود قول مشهور را پذیرفته است. (همو، ۱۴۱۰: ۱۶۰/۲)

حال که سخن به اینجا کشیده شد سوالی مطرح است که آیا خلع نیز با شاهد واحد و قسم مدعی اثبات می‌گردد؟ در واقع برگشت این سؤال به این است که آیا خلع که در آن زوجه به زوج عوضی پرداخت می‌کند تا رضایت زوج را برای طلاق جلب کند از امور مالی محسوب می‌گردد؟

برخی از فقهاء بر این نظرند که هر یک از زوجین اگر ادعای خلع کنند با اقامه شاهد واحد و قسم نمی‌توانند آن را اثبات کنند. (قمی سبزواری، ۱۴۲۱: ۶۰۲) زیرا ماهیت خلع طلاق و جدائی است هرچند ثانی بالعرض پرداخت وجه توسط زوجه در آن وجود داشته باشد و برخی نیز معتقدند اگر زوج ادعای خلع کند این ادعاء با شاهد واحد و قسم زوج مسموع است زیرا او در واقع ادعای دریافت مبلغ را از زوجه می‌کند ولی اگر زوجه ادعای خلع کند در واقع ادعای جدایی و طلاق از زوج را دارد. (فیض کاشانی، بی تا: ۲۶۴/۳)

علامه حلی در یکی از نظرات خود معتقدند که ادعای خلع اعم از زوج و زوجه با شاهد واحد و قسم مدعی اثبات نمی‌گردد زیرا خلع از حقوق مالی نیست. (علامه حلی، بی تا: ج ۵، ص ۲۰۷) در فتوای ایشان در کتاب دیگر این است اگر ادعای خلع توسط زوجه باشد با قسم او و یک شاهد اثبات نمی‌گردد (همو، ۱۴۲۰: ۱۷۹/۵) زیرا هدف زوجه جدایی از زوج است و طلاق جنبه مالی نیست ولی اگر زوج چنین ادعایی کند جنبه مالی را مد نظر گرفته است.

۸- اختلاف زوجین در وسائل منزل

گاهی موارد جهیزیه خانم طبق عرف مشخص است و منازعی ندارد در این خصوص سخنی نیست و گاهی هم معلوم است که فلان کالا را شوهر تهیه کرده است. ولی سؤال این است که اگر زوجین در کالایی که در منزل است، تنازع کنند؛ اگر هر یک از طرفین بتوانند بر ادعایشان بینه ای اقامه کنند به نفع او حکم خواهد شد و آن کالا را تحویل او می‌دهند؛ ولی اگر طرفین دعوی قادر بر اقامه بینه نباشند، سه نظر مطرح ایست.

الف) برخی بر این باورند آن کالا را بین آنان بالسویه تقسیم می‌کنیم. البته طرفین قبل از تحویل باید قسم یاد کنند که مستحق آن کالا هستند. در این حکم فرقی نیست که آن کالا مختص مردان است یا مختص زنان و فرقی هم ندارد که زوجین قصد جدایی از هم را دارند و یا این قصد را ندارند. (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۰/۸) مستند این گروه از فقهاء این است که اگر در عینی که در اختیار دو نفر است و هیچکدام از آنان بر ادعای خود بینه نداشته باشند و هر دو بر ملکیت مطلق آن ادعاء کنند مال بعد از ادای قسم بالسویه بین آنان تقسیم خواهد شد ولی اگر هر دو بر ادعایشان بینه اقامه کنند طبق قول مشهور طبق بینه خارج حکم می‌گردد و آنچه در دست هر کدام است به دیگری منتقل خواهد شد.

ب) برخی از فقهاء بر این باورند که آن اجناسی که مختص مردان است برای مردان و آن اجناسی که مختص زنان است برای زنان خواهد شد و اجناسی که مشترک بین طرفین است بین آن دو تقسیم خواهد شد. (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۹۳/۲؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۵۳/۶) و مستند ایشان عادی عرفی است که معمولاً زنان آنچه را که مختص مردان است را به عنوان جهیزیه به خانه همسر نمی‌آورند و این قول برحسب تغییر عرف قابل تغییر است.

ج) گروهی نیز معتقدند در همه حالات قول زن با قسم مقدم است و زوج لازم است برای اثبات ادعای خود بینه اقامه کند. مستند این گروه از فقهاء روایت عبدالرحمان بن الحجاج است. «رواه عبد الرحمن بن الحجاج - فی الصحيح - عن الصادق علیه السلام، قال: سألتني «كيف قضى ابن أبي ليلى؟» قال، قلت: قد قضى في مسألة واحدة بأربعة وجوه في آلتی يتوفى عنها زوجها، فبحثوا أهله و أهلها في متاع البيت، فقضى فيه بقول إبراهيم النخعي: ما كان من متاع لا يكون للرجل للمرأة، و متاع الرجل الذي لا يكون للمرأة للرجل، و ما يكون للرجل و المرأة قسمه بينهما نصفين، ثم ترك هذا القول، فقال: المرأة بمنزلة الضيف في منزل الرجل، لو أن رجلاً أضاف رجلاً فادعى متاع بيته، كلفه البيته، و كذلك المرأة تكلف البيته، و إلا فالمتاع للرجل، و رجع إلى قول آخر، فقال: إن القضاء أن المتاع للمرأة، إلا أن يقيم الرجل البيته على ما أحدث في بيته» (طوسی، ۱۳۹۰: ۴۴/۳)

علامه حلی طبق یک نظر بر این باورند که آنچه را که صلاحیت مردان را دارد برای زوج و آن چه را که مختص زنان است برای زوجه و آنچه مشترک بین آنان است بالسویه تقسیم می‌گردد و ظاهراً مستند ایشان همان عرفی باشد که بدان اشاره گردید. (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۰۷/۵) ولی در کتاب دیگر بر این باور است که نصف هر کالا برای طرفین است که با قسم در اختیار می‌گیرند که این حکم از دیدگاه ایشان احوط است. (همو، ۱۴۱۳: ۴۰۸/۸)

۹- چگونگی الحاق فرزند متولد از دو واطی

طبق مضمون روایات «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۹۱/۵؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۵۱/۳؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۳۶۸/۳) فرزند ملحق به کسی می‌گردد که فراش و رابطه جنسی بین زن و مرد از راه شرعی باشد. حال اگر در طهر واقعه (زمان پاک‌ی زن از حیض) دو مرد با وی نزدیکی نمودند به طوری که نزدیکی آنان حرام نبوده باشد؛ بدین صورت که هر دو تصور می‌کردند که نکاح آنان صحیح است و یا واطی به شبهه شده بود و بعد از شش ماه تا حداکثر دوران بارداری که در فقه تا یکسال هم برآورد شده است فرزندی متولد شود و بین واطیان (آن دو مردی که با آن زن همبستر شده‌اند) اختلاف در الحاق فرزند بوجود آید، مشهور فقهاء بر این باورند که پدر فرزند را با قرعه مشخص خواهند کرد زیرا «القرعه لكل امر مشكل» و فرقی ندارد که واطی مسلمان باشد یا کافر. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۱۳/۴) و حتی برخی از فقهاء قرعه را اجماعی می‌دانند (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۱۴۷/۱۴) و طبق روایت امیر المومنین (ع) «لا یاخذ بقول عرّاف و لا قائف». (صدوق، ۱۴۱۳: ۳۰/۳) فرزند را طبق قیافه و تشابه ملحق به کسی نمی‌کنند.

برخی از فقهاء معتقدند که فرزند برای هر دو واطی است زیرا هر دو واطی به درستی واقع شده است و به عموم روایت فراش عمل می‌گردد. (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۹۱/۵)

مرحوم علامه حلی در یکی از دو نظر خود معتقد است که فرزند ملحق به هر دو واطی می‌گردد. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۹/۷) ولی در برخی از کتب بر این نظر است که فرزند با قرعه ملحق خواهد شد. (همو، ۱۴۲۱: ۲۱۷، همو، ۱۴۲۰: ۲۱۲/۵)

البته برخی از فقهاء نیز بر این باورند که اگر یکی از طرفین وطی صحیح و دیگری وطی بالشبهه کرده باشد فرزند به او ملحق نخواهد شد زیرا روایت منصرف به غیر شبهه است. (نجفی، ۱۴۲۱: ۲۶۶/۲۹)

نگارندگان بر این باورند که الحاق فرزند به هر دو واطی مشکلات متعددی از جمله نحوه تقسیم ارث، محرمیت، ولایت والدین بر او و ... پیش خواهد آورد و مطمئناً یکی از طرفین پدر فرزند محسوب می‌گردد. از این رو قرعه به عنوان حلال مشکلات می‌تواند در تعلق فرزند به یکی از دو واطی باشد و استناد این گروه از فقهاء به عموم روایت فراش فاقد وجاحت است زیرا قدر متیقن از دو وطی این است که یکی از دو نطفه موجب به وجود آمدن فرزند است که برای تعیین آن لازم است به عموم قرعه عمل گردد.

۱۰- مراد از ضرر منتفی در تقسیم اجبار

هر گاه شریکی از قسمت نمودن اموال مشترکی که به صورت مشاع در اختیار دارند امتناع ورزد فرد ممتنع مجبور به تقسیم اموال می‌کنیم که این نوع تقسیم اموال را قسمت اجباری گویند زیرا یکی از شرکاء را مجبور به تقسیم اموال کردند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۵/۱۴؛ خمینی، ۱۴۲۵: ۶۲۸/۱) شروط تقسیم اجبار عبارت است از اثبات ملکیت نزد حاکم، انتفاء ضرر، امکان تعدیل سهام (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۵۹/۳) و اگر خود شخص متضرر خواهان تقسیم شود ایرادی ندارد زیرا «الناس مسلطون علی اموالهم» و به این نوع تقسیم اموال، قسمت تراضی گویند. (نجفی، ۱۴۲۱: ۳۳۹/۴۰)

اگر اموال از نوع مثلی باشد (بدین معنا که مقداری از اجزای همان کالا با اجزای دیگر از همان کالا برابر باشد مانند حبوبات) و یکی از شرکاء خواهان تقسیم کالا باشد، بر شریک دیگر واجب است که قبول کند و فرد ممتنع اجبار بر قبول قسمت می‌شود و اگر کالا از نوع قیمی باشد (که اجزاء آن متفاوت الاجزاء در قیمت است مانند حیوانات که اجزای آن با هم متفاوت است) و قسمت نمودن مستلزم ضرر باشد ممتنع اجبار به قسمت نمی‌گردد.

سوالی که مطرح است آن است که مراد از ضرر مذکور چیست؟

چهار قول در این خصوص مطرح است. برخی بر این باورند که اگر کالا بعد از تقسیم

غیر قابل انتفاع باشد ضرر محقق می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲۹/۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۷۰/۱۰)

برخی دیگر معتقدند که ضرر مذکور با نقصان قیمت حاصل می‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۹۳/۴؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۳۵/۸) برخی از اهل سنت نیز این نظر را پذیرفتند. (ابن قدامه، بی تا: ۴۹۲/۱۱)

برخی نیز بر این نظرند که نقصان فاحش موجب تحقق ضرر است (شهید اول، ۱۴۱۷: ۱۱۷/۲، شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۵/۱۴)

برخی نیز بر این باورند که عدم انتفاع منفردا مستلزم تحقق ضرر است که ابوحنیفه و شافعی براین نظرند. (ابن قدامه، ۱۹۸۳: ۵۰۸/۱۱)

علامه حلی طبق یک قول بر این باور است که صرف نقصان قیمت موجب تحقق ضرر است. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۶۲/۳) و در کتاب «تذکره الفقهاء» معتقدند که عدم انتفاع موجب حصول ضرر است. (ر ک: مسالک الافهام: ۳۴/۱۴)

۱۱- معامله همزمان پدر و جد پدری با اموال طفل و مجنون

پدر، جد پدری، وصی، حاکم و امین حاکم بر طفل و مجنون ولایت دارند و در صورتی که جنون تا بعد از بلوغ نیز تداوم داشته باشد ولایت پدر و جد پدری نیز کمافی السابق ادامه خواهد داشت و هرگاه بعد از بلوغ افاقه حاصل گردد و مجدد جنون عارض شود ولایت برای حاکم شرع است و در این حکم اختلافی بین فقهاء نیست. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۸۷/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۶۲/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۹۷/۱) همان گونه که ولایت بر افراد سفیه و مفلس بر حاکم می‌باشد زیرا حکم سفاهت و افلاس را حاکم صادر می‌کند از این رو ولایت بر اموال آنان نیز به دست حاکم است. (حلی، ۱۴۰۵: ۳۵۹) ولی اگر سفاهت قبل از بلوغ باشد ولایت کماکان بر عهده پدر و جد پدری است و دلیل آن نیز استصحاب است. (علامه حلی، ۱۴۱۱: ۱۱۸)

پدر و جد پدری مشترکا بر طفل و مجنون ولایت دارند و در این حکم اختلاف نظری نیست. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۶۹/۷) ولی اگر ولایت تداخل کند ولایت جد بر پدر مقدم است که ثمره این قول در نکاح همزمان جد پدری و پدر متصور است که به اجماع فقهاء عقد جد مقدم است که اجماعی مذکور مدرکی است از این رو مستند نظر آنان روایت است. «محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز علي ابنه و لابنه

أیضا أن یزوّجها. [فقلنا]: فإن هوی أبوها رجلا و جدّها رجلا، فقال: الجدّ أولى بنکاحها» (کلینی، ۱۴۰۷: ۵/ ۳۹۵)

حال اگر پدر و جد پدری به طور همزمان با اموال طفل یا مجنون معامله ای انجام دهند کدام یک از دو عقد صحیح است؟ برخی از فقهاء بر این باورند که عقد جد مقدم است زیرا طبق نص و اجماع در تعارض عقد نکاح توسط پدر و جد پدری، عقد جد مقدم است از این رو به طریق اولی در معاملات نیز این گونه است زیرا نکاح که در آن بضع و احتیاط مطرح است قائل به تقدم عقد جد شدیم در این مورد نیز عقد جد پدری اولویت دارد. برخی نیز بر این باورند که هر دو عقد باطل است زیرا تقدم یکی بر دیگری ترجیح بلا مرجح است و گروهی نیز نظر حاکم را در انتخاب یکی از دو عقود پذیرفتند و عده ای نیز قائل به قرعه شدند.

شهید ثانی نقل می‌کند که علامه حلی در این خصوص از وحدت روی‌ای در یکی از کتب خود برخوردار نیست و معتقد است عقد جد پدری صحیح است (ر ک: شهید ثانی، ۴/ ۱۶۲) ولی در باب وصیت می‌گوید که عقد پدر مقدم بر جد پدری است. (علامه حلی، بی تا (القدیمه): ۵۱۰) ۱ ظاهراً علامه حلی در این مورد از شافعی، مالک و احمد حنبل متأثر باشد.

نتیجه‌گیری

در مقایسه فتاوی علامه حلی در کتاب القضاء از بین کتب تحریر الاحکام، قواعد الاحکام، تبصره المتعلمین، تلخیص المرام، تذکره الفقهاء، ارشاد الازدهان، مختلف الشیعه و تبصره

۱ «الجد بدل الاب اجماعاً (شراً) فلیس له نقل الولایه عنه کولایه التزویح و لان للجد ولایه و تعصیباً فکان له ولایه المال مع العداله کالاب و به قال الشافعی و قال مالک و احمد و لیس للجد ولایه فی المال لان الجد بدلی بالاب فلا یلی المال... ان ولایه الاب مقدمه علی ولایه الجد، و ولایه الجد مقدمه علی ولایه الوسی للاب و الوسی للاب و الجد اولی من الحاکم.»

المتعلمین اختلافاتی یافت شد. مبنای ایشان در چگونگی ارتزاق قاضی طبق یک نظر یکی از شروط وجوب تعیینی بودن، افضلیت او و تمکن مالی به صورت مانعه الخلو است که وجود هر یک از آن موجب حرمت اخذ اجرت است در حالی که طبق نظر دیگر تعیین قضاوت و تمکن مالی به صورت اجتماع را موجب حرمت اخذ اجرت می‌داند که ظاهراً نظر اخیر ایشان فاقد وجاحت است زیرا صرف تعیین قضاوت دال بر حرمت اخذ اجرت است زیرا اخذ بر واجبات صحیح نیست و نیازی به اجتماع دو شرط وجوب تعیین قضاوت و تمکن مالی نیست. ایشان عموم روایت عمر بن حنظله و روایت اهل تسنن از پیامبر را دلالت لزوم حجیت حکم قاضی تحکیم در عصر حضور و غیبت می‌دانند در حالی که طبق یک نظر بر این باور است که در عصر حضور امام حکم قاضی تحکیم مشروعیت ندارد زیرا روایت امام صادق صرفاً برای عصر غیبت است و روایت اهل سنت را فاقد حجیت می‌داند. مرحوم علامه با استناد به روایتی از امام صادق بر این باور است که دعاوی مالی با شهادت دو زن و قسم مدعی اثبات می‌گردد در حالی که طبق یک نظر روایت مذکور را خبر شاذ می‌داند و نازل منزله قراردادن شهادت دو زن به یک مرد را قبول ندارد. در چگونگی الحاق فرزند به دو واطی در طهر واقعه با استناد به اطلاق روایت فراش، فرزند را ملحق به هر دو واطی می‌داند در حالی که طبق نظر دیگر قرعه را تنها راه الحاق می‌داند که به نظر می‌آید الحاق فرزند به هر دو واطی مسائلی همانند بی‌هویت شدن فرزند در جامعه، تقسیم میراث، محرمیت، نحوه‌ی ولایت و ... بوجود خواهد آورد و مطمئناً یکی از دو رابطه موجب انعقاد نطفه خواهد بود که می‌توان به عموم روایت قرعه عمل نمود. مرحوم علامه در صحت یا بطلان همزمان معاملات پدر و جد پدري دو نظر متفاوت دارند. ایشان با استناد به قیاس اولویت بر این باور است که همانگونه که طبق روایت محمد بن مسلم از امام صادق عقد همزمان نکاح جد پدري بر عقد پدر تقدم دارد در همزمانی معاملات نیز عقد جد مقدم است زیرا عقد نکاح که در آن احتیاط در فروج و بضع مطرح است قول جد را مقدم دانستیم در معاملات بطریق اولی قول او مقدم است ولی طبق نظر دیگر قول پدر را مقدم بر جد در معاملات می‌داند و ضمن بیان این مطلب که شافعی، مالک و حنبل نیز همین نظر را دارند جد را بدل پدر می‌داند و قیاس نکاح به معاملات را صحیح نمی‌داند. با توجه به مطالب

مذکور ظاهراً تغییر مبنا، تأثیر پذیری از علمای اهل سنت و دستیابی به ادله جدید می‌تواند از اهم موارد تفاوت در فتاوای مرحوم علامه حلی باشد.

*قرآن مجید

۱. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
۲. آئین دادرسی کیفری
۳. ابن ادريس حلی، محمد (۱۴۱۰ ه ق)، السرائر، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول.
۴. ابن قدامه، عبدالله، الشرح الكبير، بيروت: تاريخ العربي، بی تا.
۵. ابن قدامه، عبد الله (۱۹۸۳ م)، المغنی، بيروت: دارالكتاب العربي.
۶. آقاضیاء عراقی، علی (۱۴۲۱ ه ق)، کتاب القضاء، قم: تقریرات نجم آبادی، انتشارات معارف اسلامی امام رضا، چاپ اول.
۷. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ه ق)، کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم، چاپ اول.
۸. بجنوردی، محمد (۱۴۰۱ ه ق)، قواعد فقهیه، تهران: موسسه عروج، چاپ سوم.
۹. حر عاملی، محمد (۱۴۰۹ ه ق)، وسائل الشیعه، قم: موسسه آل البيت، چاپ اول.
۱۰. حسینی عاملی، سیدجواد (۱۴۱۹ ه ق)، مفتاح الکرامه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول.
۱۱. حلی، یحیی (۱۴۰۵ ه ق)، الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، چاپ اول.
۱۲. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۵ ه ق)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول.
۱۳. رافعی قزوینی، عبدالکریم (۱۴۱۷ ه ق)، شرح الوجیز، بيروت: دارالکتب العلمیه.
۱۴. سیوری حلی، مقداد (۱۴۰۴ ه ق)، التنقیح الرائع، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، چاپ اول.
۱۵. شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۶ ه ق)، فرهنگ فقه، قم: دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول.
۱۶. شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۷ ه ق)، معجم فقه الجواهر، بيروت: الغدير، چاپ اول.
۱۷. شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۴ ه ق)، حاشیه الارشاد، قم: دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول.
۱۸. شهیداول، محمدبن مکی (۱۴۱۷ ه ق)، الدروس الشرعیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ دوم.
۱۹. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ ه ق)، مسالک الافهام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
۲۰. صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۳ ه ق)، الفقیه، قم: دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ دوم.

۲۱. طبرسی، امین الاسلام (۱۴۱۰ ه ق)، **المؤتلف من المختلف**، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول.
۲۲. طوسی، محمد (۱۳۹۰ ه ق)، **الاستبصار**، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول.
۲۳. طوسی، محمد (۱۴۰۷ ه ق)، **التهذیب**، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
۲۴. طوسی، محمد (۱۳۸۷ ه ق)، **المبسوط**، تهران: مؤسسه مرتضویه، چاپ سوم.
۲۵. طوسی، محمد (۱۴۰۰ ه ق)، **النهایه**، بیروت: دارالکتب العربی، چاپ دوم.
۲۶. طوسی، محمد (۱۴۰۷ ه ق)، **الخلاف**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول.
۲۷. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ه ق)، **تحریر الاحکام**، قم: موسسه امام صادق، چاپ اول.
۲۸. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ه ق)، **قواعد الاحکام**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول.
۲۹. علامه حلی، حسن بن یوسف، **تذکره الفقهاء**، قم: موسسه آل البيت، بی تا، چاپ اول.
۳۰. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۱ ه ق)، **تلخیص المرام**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول.
۳۱. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ه ق)، **مختلف الشیعه**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ دوم.
۳۲. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ ه ق)، **ارشاد الازهان**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول.
۳۳. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ ه ق)، **تبصره المتعلمین**، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ، چاپ اول.
۳۴. عمیدی، سید عمید الدین (۱۴۱۶ ه ق)، **کنز الفوائد**، قم: دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول.
۳۵. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ه ق)، **کشف اللثام و الابهام**، قم: دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول.
۳۶. فخر المحققین، محمد (۱۳۸۷ ه ق)، **ایضاح الفوائد**، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
۳۷. فیض کاشانی، محمد، **مفاتیح الشرائح**، قم: الوافی، کتابخانه آیت الله مرعشی، بی تا، چاپ اول.
۳۸. القطان حلی، شمس الدین، محمد (۱۴۲۴ ه ق)، **معالم الدین**، قم: مؤسسه امام صادق، چاپ اول.
۳۹. قمی سبزواری، علی مؤمن (۱۴۲۱ ه ق)، **جامع الخلاف و الوفاق**، قم: زمینه سازان ظهور امام عصر، چاپ اول.
۴۰. کلینی، محمد (۱۴۰۷ ه ق)، **الکافی**، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
۴۱. نیابوردی شافعی، علی (۱۴۱۹ ه ق)، **الحاوی الکبیر**، بیروت: دارالکتب العلمیه.

۴۲. محقق حلی، جعفر (۱۴۱۸ ه ق)، **المختصرالنافع**، قم: المطبوعات الدینیة، چاپ ششم.
۴۳. محقق حلی، جعفر (۱۴۰۸ ه ق)، **شرائع الاسلام**، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۴۴. محقق کرکی، علی (۱۴۱۴ ه ق)، **جامع المقاصد**، قم: مؤسسه آل البيت، چاپ دوم.
۴۵. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۲۷ ه ق)، **رسائل میرزای قمی**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، چاپ اول.
۴۶. نجفی، محمدحسن (۱۴۲۱ ه ق)، **جواهر الکلام**، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ اول.
۴۷. نجم الدین حلی، جعفر (۱۴۲۸ ه ق)، **ایضاح ترددات الشرائع**، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، چاپ دوم.
۴۸. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۵ ه ق)، **مستندالشیعة**، قم: مؤسسه آل البيت، چاپ اول.
۴۹. یحیی بن شرف (۱۹۹۱ م)، **روضه الطالبین**، بیروت: بی جا، چاپ سوم.