

## بسم الله الرحمن الرحيم

### جلسه دوم درس خارج فقه - کتاب القضا

مستحضرید دیروز وارد مباحثی شدیم که عرض کردم در ادامه از دل روایات یا متون باید بکشیم بیرون. این لیستی که من به شما دادم گرچه کل مسائل نیست ولی مسائلی است که هم اکنون در متون معنون نیست. و به آن تعدادی هم که در متون معنون است ان شاء الله می رسیم. و شما هم اگر عناوینی به ذهنتان رسید می توانید بیاورید و ما هم در موقعیتی برای آن محملی برای تبیین باز می کنیم. پس تاکید می کنم این ها مسائلی نیست که ما بخواهیم به نوبت مطرح کنیم.

بحث نهم را که دیروز اشاره کردم ولی اصلا به توضیحش راضی نیستم بحث وحدت رویه است. میدانید مطابق متون علمای ما هر مجتهد عادل می تواند قضاوت کند. این که قوه قضائیه داشته باشیم و وزارت دادگستری و دادگاه و یا این که کسی قاضی را نصب کند این موارد براساس نظام فقهی ما نیست. همان که گذشته ها بود که مجتهد جامع الشرایط قضاوت می کرد. مشکلی که در این سیستم بود عدم وحدت رویه بود. برای این که برخی مواقع دو مجتهد می خواستند قضاوت کنند اختلاف فتوا داشتند مثلا در امور مدنی ممکن بود که یک فقیهی به زوجه از عقال ارث بدهد و یک فقیهی به زوجه متوفی از عقال غیر منقول ارث

ندهد. یا در حدود درست است که مقدارش معین است. اما در جزئیات اختلاف است مثلا اگر کسی عمل منافی عفت لواط را انجام دهد، و حدود لواط بخواهد اجرا شود آیا شرط این هست که طرف مُحَصَّن باشد؟ (زوجه داشته باشد یا شرط نیست؟) حال اگر قاضی معتقد باشد که هر کس که این عمل را انجام داد باید اعدام شود یا کسی معتد باشد که باید اعدام شود حتی اگر همسر نداشته باشد. ببینید این ها مصادیقی است که نشان میدهد در حدود هم بحث وحدت رویه مطرح است. این مسئله در تعزیرات خیلی خودش را نشان میدهد. چون تعزیرات هیچ حدمعین شرعی ندارد. اوائل انقلاب یک قاضی مثلا برای یک احتکار 5 ضربه شلاق می نوشت و یک قاضی دیگر 50 ضربه. این مسئله به

حدی حاد شد که به مرحوم امام کشیده شد و امام هم به رئیس وقت قوه قضائیه نامه ای نوشت و ایشان هم واگذار کرد به برخی از شاگردانش که تاملی داشته باشند. بعد این بحث مطرح شد که التعزیر بید الحاکم یک شکلش این است که خود مقام رسیدگی کننده به پرونده یعنی خود قاضی کار را به نتیجه برساند و نظر دهد و یک شکلی از آن این است که بدهیم به شورای نگهبان و این نهاد هم برای موارد مختلف تعزیرات مشخص بنویسد. مثلاً بگوید احتکار از 5 تا 10 نه از 5 تا 50 که اختلاف زیاد شود. یعنی حاکم را چه کسی قرار دادند نه مقام رسیدگی کننده به پرونده بلکه مقامی که سمتی در حکومت دارد. بعد گفتند که این قاضی اجرا کند یعنی خواستند التعزیر بید الحاکم را زخمی نکنند و از آن طرف هم یک وحدت رویه در محاکم برقرار شود. به هر حال باید دید این رفو کاریها لازم است یا نه؟ برخی معتقدند که در تعزیرات این مشکل هست حتی در امور مدنی یا در حدود هم چنین مسائلی هست.

بحث دهم یک بحثی هست و آن این که اگر در راس محاکم فقیه نباشد حکومت، حکومت طاغوت است. و قهراً دادگاه ها هم دادگاه های ظالم خواهد بود. بحثی که هست این که آیا این حکم که از مقام قضایی صالح صادر شود آیا موضوعیت دارد؟ به طوری که همین حکم از مقام قضایی غیر صالح صادر شد فایده ندارد. مثلاً اگر به حکم دادگاه عربستان آمدند و دست دزد را قطع کردند آیا در این جا این حکم نافذ نیست؟ یا کسی که زنا کرده بود و حکم صد ضربه شلاق هم در قرآن آمده جاری کردند آیا باز باید در دادگاه صالحه محاکمه شود یا نه؟ این عدم اعتبار قضاوت محاکم غیر صالح تا چه حدی است؟ و بگوییم اگر موافق بود چرا ما قبول نکنیم؟ اگر حکم قضایی آنها مطابق با حکم ما بود آیا باز هم ادعا کنیم چون آن ها این حکم را دادند و دادگاه طاغوتی است آیا باز قبول نکنیم؟

بحث یازدهم بحث استیناف و دو مرحله ای بودن بحث قضاوت است میدانید امروزه وقتی دادگاه پرونده ای را حکم می کند تا ظرف بیست روز محکوم حق اعتراض دارد. اصطلاحاً هم می گویند دادگاه بدوی و دادگاه تجدید نظر بعد اگر اعتراض نکند حکم تنفیذ می شود و می رود برای اجرا...

و اگر تایید نکند می رود دادگاه تجدید نظر بسیاری مواقع این دادگاه همین رای دادگاه اول را تایید می کند و الی ما شاء الله گاهی مواقع هم نقض می کند این قضیه با توجه به این که می گویند حکم قاضی نافذ است، این دو مرحله ای بودن چه وجه شرعی دارد؟

بحث بعدی مجازات های فرا قضایی است. آیا ما در اسلام مجازات های فرا قضایی داریم؟ به این معنا

که عده ای اقدام به مجازات می کنند بدون این که از مجرای دادگاه حکم صادر شده باشد. مثلا کسی که صاب النبی را می کشد یا فرض کنید برخی مواقع اشتباه می کند فکر می کند اگر کسی فلان کار را کرد باید او را کشت. پرونده هایی بوده از این قبیل. البته قانون هم داریم که اگر کسی فکر کند کسی مهدور الدم است و اقدام کرد به کشتن او و معلوم شد که مهدور الدم هم نبوده است.

بحث این است که در اسلام آیا همه مجازات ها باید از طریق قضاوت برود؟ یا داریم مجازات هایی که تشکیل دادگاه و شهادت شهود نیاز نیست. معمولا این بحث در صاب النبی یا صاب الائمة مطرح می شود. باز این بحث دو فرض دارد فرضی که حکومت اسلامی مستقر است و فرضی که فرضی که حکومت اسلامی مستقر نیست. بحثی که زیبایی است.

بحث بعدی اصطلاحا گفته می شود مجازات های تبعی و تکمیلی.

بحث از این قرار است که آیا مجازات هایی که در شرع مقدس مقرر است آیا قضات همان ها را باید قضاوت کنند یا میتوانند یک سری مجازات های تبعی و تکمیلی داشته باشند. مثلا قاضی برای کسی که العیاذ بالله زنا کرده میتواند صد ضربه شلاق بنویسد و بگوید با توجه به این که ماه رمضان بوده یا داخل مسجد بوده و بیاید بگوید من هم بیست ضربه اضافه تر می نویسم. این را می گویند مجازات های تکمیلی و تعزیری آیا چنین چیزی داریم؟ یا نه شارع وقتی گفت صد ضربه شلاق باید همان صد ضربه را بزند و... یا زمان زمان خاصی بود یا شخصیت شخصیت خاصی بود آیا این مجازات ها مشروعیت دارد یا نه؟

بحث مجازات های بازدارنده هست ببینید طرف هنوز مرتکب جرم نشده ولی در آستانه ارتکاب جرم است مثل کسی که کلاسی را راه انداخته پسر و دختر و اسمش را هم ممکن است بگذارد آموزش موسیقی ولی بعدا معلوم می شود که بنا نیست که این کلاس آموزش باشد و قرائن و شواهد این را بیان کند سوال این است که در این فرض آیا می شود شخص را مجازات کرد؟ البته مجازات اقسامی دارد پرونده کسبش را باطل کند یا این که مغازه او را ببندد و این کار را حکومت بر چه اساسی انجام دهد؟ به هر حال هر انسانی حقی دارد شما بر چه اساسی مغازه او را می بندی؟ اصطلاحا می گویند مجازات های بازدارنده. مشروعیت مجازات های بازدارنده مخصوصا در بحث های اطلاعاتی و امنیتی که نمی شود اجازه داد طرف جرم را مرتکب شود ترورش را انجام دهد و بعد ما او را محاکمه کنیم. به هر حال سوال این است که این مجازات ها مشروع است یا نه؟ بحث دفع منکر یا رفع منکر این جا مطرح می شود که ان شاء الله باید به آن برسیم.

بحث چهاردهم بحث وضعیت سرزمین و تبعیت میدانید بحث های سرزمینی در امور قضایی یک مطلب و تبعیت یک مطلب دیگری است. گاهی اوقات طرف جرمی را در سرزمینی انجام میدهد که جرم نیست. ولی به هر حال از نظر شرعی جرم است و از نظر باور این شخص هم جرم است، آیا بحث سرزمین در قضاوت تاثیر دارد؟ اگر مثلا آمریکایی در ترکیه کاری علیه ایران انجام داد آیا ایران می تواند اقدامی انجام دهد یا نه؟ به هر حال باید دید این مباحث چه میزان در فقه ما جایگاه دارد.

بحث پانزدهم تفکیک دادرسی مدنی از کیفری است. ما وقتی که کتاب القضا را می خوانیم معمولا این مباحث را می برند در امور مدنی و امور مدنی یعنی غیر کیفری است مثل جایی که بحثهای مالی مطرح است اما بحث های کیفری جایی است که مجازات می خواهد بیاید. طرف یک نفر را زده و فحش داده آیا سیستم قضایی اسلام در این دو فاز یک قانون دارد یا متفاوت است؟ عجیب هم این است که برخی از فقهای ما این مباحث را می برند زیر مجموعه امور مدنی و متعرض امور کیفری نمی شوند. یا نه متفاوت است. و قاضی می تواند با اتکای به استصحاب حکم کند. آیا در امور کیفری هم می تواند با اتکای به استصحاب حکم کند؟ یا این که استصحاب بحثی مرتبط با امور مدنی است نه کیفری.

یک قانونی دارند که تدرء الامور بالشبهات ما که این قانون را قبول نداریم البته به این معنی که در یک فرایند دیگری این قضیه دیده شده است. به هر صورت بحث مهمی است که امروز در دنیا ادبیات دارد اما در فقه ما ندارد که باید بررسییم و مطرح کنیم.

شانزدهم مطلبی است تحت عنوان سیاست کیفری افتراقی . (این بحث بیشتر در تعزیرات جا پیدا می کند) انسانهایی که به نوعی مرتکب جرم کیفری می شوند و بعد باید کیفر شوند این ها یک جور نیستند به قول امروزی ها برخی یقه سفیدند که گاه جنایات بزرگ را این ها مرتکب می شوند. کسانی که رده بالا هستند در حاکمیت یعنی کسانی که در هرمنند اما یک سری جنایات را یقه آبی ها کارگران کشاورزان و کارمندان جزء انجام میدهند. و یک سری که به آن ها یقه قرمز می گویند که دست به قتل و جرم می زنند. مثل این کانگسترها یا کسانی که باند دارند آیا ما می توانیم بگوییم که سیاست کیفری راجع به این ها فرق دارد؟ مثلا در مورد یقه آبی ها بیاییم بگوییم که مقام قضایی نباید تفتیش کند حتی باید اصل برائت جاری کند مگر این که جرم ثابت شود. و نباید برود در پی اثبات جرم. ولی در مورد یقه سفیدها ممکن است که بگوییم باید تفتیش انجام شود. یا جاسوس گمارده شود هیچ جا ما نداریم که پیامبر یا ائمه فرموده باشند که شما برای افراد جاسوس بگمارید. و میدانید که مورد نهی است ورود به حیطة خصوصی افراد است. اما حضرت در بحث کارگزاران که می

آید، این دستور را می دهد. مثلا شما یک نفر را می گذاری مسئول خراج درکشور پهناور مصر بعد نباید این کارگزار را رها کرد که برو! به گفته امام علی باید یک جاسوسی گمارده شود که کار این را کنترل کند. به هر حال این را می گوئیم سیاست افتراقی. که سیاست حکومت و نظام متفاوت باشد. اسلام اصلا این قضیه را متفاوت می داند. یا در بحث توقف حدود یا اجرای حدود چه بخش تعقیب جنایت یا در توقف دادرسی؛ مثلا نسبت به یقه آبی ها مصلحت باشد که حکم متوقف شود یا حتی بعد از دادرسی، اجرا. در فقه و مصلحت من سه مرحله آوردیم: دنبال کردن پرونده قضایی دوم توقف در دادرسی ولو پرونده تمام است سوم توقف در اجرا. ممکن است که یک جاهایی دستور توقف هست و یک جاهایی هم دستور توقف نیست. سیاست کیفری افتراقی یک بحث جهانی است فکر نکنید که این ها باید فقط در فقه ما رسیدگی شود. در دنیا بسیار روی این مباحث کار شده ولی در فقه ما کمتر یا اصلا مطرح نشده است. من هفده را گذاشتم تا صد و هفتاد. منتها این ها بحث هایی است که در متون نیست.

طبق قرار اولین کاری که ما می کنیم نوعی مفهوم شناسی است. منظور از کتاب القضا چیست؟ اصلا قضا یعنی چه؟ ما لغت را وارد نمی شویم این جا را آقایان خیلی بحث کردند. ما مستقیم وارد فقه می شویم. همکاری کنید به این دلیل که می خواهیم مطالبی را از گذشته و حال بیان کنیم و ببینید مثلا قضا چند معنا دارد آیا این ها به هم ارتباط دارد یا نه. آیا معنای فقهی با معنای لغوی یکی است یا متفاوت است؟ از متن مبانی تکمله آقای خویی شروع کنیم هر جا لازم شد میرویم بیرون و هر جا هم لازم شد نمی رویم. متن تکمله را صفحه سه ببینید که می گوید: القضا هو فصل الخصومه. و اصطلاحی که من آوردیم مفهوم شناسی و گستره شناسی و حدود نفوذ آن. یک بحث این است که مفهوم آن چیست و یک بحث این است که در چه حوزه هایی می آید. آیا در امر به معروف یا نهی ازمکر در مدیریت مدرسه و حدود نفوذ آن... و این بحث مطرح است که آیا چون این آقا با قاضی هم نظر است حکم این قاضی نافذ است؟ یا حکم قاضی نافذ است حتی برای کسی که نظر خودش یا مجتهدش غیر از این است باز هم نافذ است؟ مخصوصا اگر مجتهد حکم قاضی را قبول نداشته باشد. آقای خویی در متنی که من برای شما انتخاب کردم چهار مطلب مهم دارد. ایشان در این هفت هشت خط اول قضا را معنا می کند و بعد اشاره می کند به فتوا که اصولا فتوا چیست مرحله بعد یکی از خواص فتوا را بیان می کند و مرحله چهارم برمی گردد به بحث قضا و خواص قضا را مطرح می کند. اولین چیزی که ایشان بیان می کند این که قضا فصل خصومت یا به تعبیر دیگر حکم بین متخاصمین است در قضایای شخصی که مورد نزاع واقع شده است. به این که مدعی حق دارد یا نه.

ایشان فرض کرده که دو نفر باهم دعوای مالی دارند یکی مدعی است یکی هم مدعی علیه است. می روند خانه مجتهد و او هم حکم می کند به ثبوت دلیل مدعی یا عدم ثبوت آن. البته منظور از متخاصمین یعنی غیر یکی چون پرونده را ممکن است دو نفر درگیرش باشند یا بیش از دو نفر مثلا یک پرونده مربوط به ورثه ای است که بیست نفر درگیرند.

بعد سوال می شود که فرق حکم که کار قاضی است با فتوا که کار مجتهد است چه فرقی دارد؟ این سوال را اگر امروز کسی مطرح کند ما به او می خندیم چون نوعا قضات مجتهد نیستند. اما به هر حال ذهنیت آقای خوئی را باید دید. که یک ذهنیت فقهی است یعنی ایشان قاضی را مجتهد فرض کرده یعنی کسی که اهلیت فتوا دارد لذا سوال پیش می آید چه فرقی است بین جایی که قاضی فتوا میدهد با جایی که قاضی حکم صادر می کند؟ آن جایی که سوال می کنند اگر مریضی در مرضش منجزاتی داشته باشد، آیا از ثلث مالش خارج می شود؟ یا از اصل مال؟ ولی اگر همین یک پرونده قضایی شود حالا کسی مرده و در مرض مرگش یک سری معاملاتی انجام داده حالا فرض کنید معاملاتی که به سود ورثه هم نبوده است. این گونه کارها را میگویند منجزات مریض. تا ثلث مال که نافذ است سوال این است که بیشتر از ثلث چه میشود؟ ممکن است بگوییم این از اصل مال خارج می شود یا نمی شود به هر حال یک مسئله اختلافی است فرض کنید دو نفر اختلاف دارند آنطرف می گوید این از منجزات بوده و زمان مرض بوده و نباید بدهیم به آن کسی که این خانه را ارزان خریده. و این طرف هم می گوید پدر شما نمی بایست می فروخت و حالا که فروخته امکان استرداد نیست. این ها می آیند دادگاه. دادگاه تصمیم می گیرد که از اصل خارج شود و این معامله فسخ نشود یا از ثلث برود که اگر نبود معامله به هم بخورد... یا یک مقداری از آن به هم بخورد.

آقای خوئی معتقد است فرق بین فتوا با حکم این است که فتوا هیچ زمانی ناظر بر خرد نیست و همیشه کلی است. ولی قضاوت چون می خواهد که بین متخاصمین باشد حتما در یک واقعه جزئی است. یک دفعه فقیهی می گوید هر قاتلی باید قصاص شود این فتواست اما اگر گفت فلانی قاتل است و باید قصاص شود این حکم است.

از این مطلب یک مطلب سومی به وجود می آید. و آن این که در فتوا عملیات تطبیق کار مفتی نیست. در حالی که در حکم قضایی عملیات تطبیق کار قاضی است. قاضی است که می گوید این باید کشته شود قاضی است که می گوید این خانه باید به فلانی برسد. و الا در فتوا عملیات تطبیق کار مجتهد نیست. کسی نیست که اعتراض کند جناب علما که این مطلب را بیان می کنید شصت هفتاد درصد مطالبی که در تحریر و منهاج و.... مطرح می شود همان تطبیق است. و چرا تطبیق است؟ من این

بحث را به صورت مفصل در فقه و عرف دارم باید آن جا دید.