

### متن پیاده سازی شده جلسه چهل و یکم خارج فقه القضا 17 آذر 1399

بسم الله الرحمن الرحيم

قضاوت بر خلاف حجت ولی بر وفاق قانون

متنی که دیروز خواندیم فرضش قاضی غیر مجتهد مأذون بود؛ حال شما برای این که فرض ما را هم بگیرد قاضی مجتهد صاحب نظر را هم اضافه کنید. از طرفی قاضی حق ندارد بر خلاف قانون حکم کند و اگر قانون وجود دارد باید بر طبق قانون حکم کند و از طرفی نظرش غیر از آن چیزی است که در قانون آمده است. در مسأله ی قانون ما خیلی حرف داریم، از جمله این که هویت شرعی قانون چیست؟ تعبیری که کردیم در نوشته: تحلیل هویت شرعی قانون است. این که می گوییم هویت شرعی برای این است نمی خواهیم هویت عرفی یا لغوی قانون را بیان کنیم. در تحلیل هویت عرفی و لغوی قانون می گویند قانون عرفی است که جنبه ی الزام پیدا کرده است. ممکن است جوامع عرف زیاد داشته باشند اما الزام پیدا نکرده است، دولت پشتش نیست اما اگر یک عرفی در مجاری قانون گزارى آمد و به يك عبارتی در آمد این می شود قانون، الزام آور هم می شود، مخالفتش هم می شود جرم. این معناي قانون است. ما این را نمی خواهیم بگوئیم. این برای کتاب های فلسفه ی حقوق و فلسفه ی فقه است. ما الآن می خواهیم قانون در مثل جمهوری اسلامی که يك حکومتی دارد، اسلامی، در رأس هرم هم فقهی وجود دارد، تصویب کنندگان هم سعی کرده اند بر اساس شریعت باشد و کاری به سعودی، مصر، مالزی و ... ندارم. آیا می توانیم بگوئیم: چون قانون تلاش شده است بر اساس شریعت باشد و تصویبش با شورای نگهبان بوده است، با کمیسیون تخصصی مجلس بوده یا بعضا در قوه ی قضائیه می رود و بگوئیم این ها دقت می کنند؛ از این هم که بگذریم در رأس حکومت حاکم شرع وجود دارد که نظارت می کند. او نظارت می کند که يك چیزی خلاف نباشد. حتی تصمیمات مجمع تشخیص مصلحت نظام می رود نزد ولی فقیه و ایشان می بیند. پس این فرایند و این نظارت فقیه مصوبه ی قانونی را، ماده ی قانونی را مصداق حکم حکومتی قرار می دهد یا بگوئیم کالحکم الحکومتی است یعنی چطور حکم حکومتی الزام دارد حتی مقدم بر فتاوا است یعنی حکمی که حاکم می کند بر فتوای خودش هم مقدم است اگر فتوای خودش غیر از آن حکم باشد. اگر این باشد بگوئیم قانون هم حکم حکومتی یا کالحکم الحکومتی است و ثمره اش این می شود که راه باز می شود برای این که قاضی غیر معتقد (اجتهادا یا تقلیدا به مقتضای قانون اعتقادی ندارد) بتواند بر طبق این قانون حکم کند و نقض نکند و خلافت حکم نکند و این نظر مشهور است که حکم حکومتی که داده شد مجتهد یا مقلد مجتهد مخالف حق مخالفت ندارد فقط برخی يك استثنا می زنند و آن هم جایی است که یقین به مخالفت داشته باشد (مراجعه شود به کتاب فقه و مصلحت). معمولا اگر قاضی خودش مجتهد باشد یا مقلد يك مجتهد باشد حجت علمی دارد بر خلاف قانون نه یقین برای این که فرض این است که قانون از مجاری معتبر گذشته است و قانون نمی آید يك امر خلاف بین تصویب کند.

ان قلت: اگر کسی به من بگوید شما دو مقام را به هم آمیختید و آمیخت این دو مقام درست نیست.

توضیح: جایی که می گویند حکم حکومتی نافذ است حتی برای کسی که معتقد نیست مگر یقین به خلاف داشته باشد، این ها بحث نقض حکم حاکم و متابعت از حکم حاکم است یعنی می گویند اگر حاکم حکم کرد دیگران باید متابعت کنند ولو نظر فقهی خودشان این نباشد مگر این که یقین به مخالفت داشته باشند، دوم نباید نقض کنند حکم حاکم را اما بحث ما الآن این نیست

بلکه بحث ما این است که قاضی می خواهد حکم صادر کند، اصدار حکم قضایی توسط قاضی ایی که اعتقاد به آن حکم ندارد، این مسأله ربطی به آن ندارد لذا اگر اصدار حکم نکرد می توانیم بگوییم تو نقض کردی قانون را؟ تو نقض کردی حکم حاکم را؟ می گوید من نقض نکردم ولی من رأی قضایی صادر نمی کنم. پس این جا با آن جا فرق می کند. این جا قاضی می خواهد رأی بدهد به چیزی که قبول ندارد و این غیر از آن است. بلکه اگر رأی قضایی صرفاً تطبیق قانون بود می گفتیم این قاضی می خواهد فقط تطبیق قانون بر مورد بدهد چه قبول داشته باشد و چه قبول نداشته باشد و ما این را قبول نکردیم و گفتیم قضات انشاء رأی می کنند. پس به چه مجوزی بر خلاف نظر خودش اصدار رأی کند؟

پاسخ: ممکن است کسی بگوید:

نکته ی اول این است که فرض این است که قانون از مجاری معتبر عبور کرده است.

نکته ی دوم این است که تعدد آراء قضایی در کشور ممکن است یک مورد دو مورد فساد ایجاد نکند ولی اگر وحدت رویه از بین برود فساد ایجاد می کند. در تعزیرات در اوائل انقلاب وقتی به عهده ی قضات گذاشته شد مشکل ایجاد کرد که بعد به فکر افتادند و چون تعزیر به ید حاکم است گفتند حاکم آن کسی است که تصویب می کند نه آن کسی که مابشرتا رأی صادر می کند لذا آن را در قانون بردند و برای یک سری از جرم ها مقدار مشخص کردند. پس تعدد آراء هم کار را حل نمی کند.

پس قانون که از مجاری معتبر عبور کرده است (یعنی معلوم نیست نظر قاضی مطابقتش با واقع بیشتر از مطابقت قانون با واقع باشد) فقط این قاضی می خواهد همین را اعمال کند، چه دلیلی داریم که قاضی نه برای خودش بلکه برای دیگری که شهروند کشور هستند باید طبق نظر خودش رأی بدهد به او می گوییم طبق قانون رأی بده؟ آیا اشکالی دارد؟ شما دلیلی بیاورید برای منع. بلکه اگر همین قاضی رفت داخل دادگاه و بر طبق قانون به نفع او حکم شد ولی طبق نظر خودش نباید به نفعش حکم می شد، در آن جا ممکن است بگوییم نباید بگیرد. اما برای دیگران دلیلی بر منع نداریم (البته ما گفتیم در صورتی که یقین به خلاف دارد قضاوت نکند ولی اگر صرفاً حجت علمی داشته باشد و یقین به مخالفت نداشته باشد اشکالی ندارد و دلیلی بر منع نداریم) از آن طرف اطلاعات قضا را هم داریم. و لذا اگر طرفین دعوا به قاضی گفتند تو مقلد زید هستی ولی ما مقلد عمرو هستیم. طبق نظر عمرو برای ما داوری کن. جالب این است که گاهی اوقات مترافعین دعوا از خود قاضی افضل هستند منتهی به هر حال دعوا کرده اند و آمده اند نزد قاضی، هیچ برهانی بر رد این نداریم و از آن طرف اطلاعات قضاوت قاضی را هم داریم.

اگر این طور بگوییم راه باز می شود برای اصدار حکم قضایی یعنی در پاسخ آن ان قلت ما قبول کردیم که این جا با آن جا فرق دارد، این جا اگر قضاوت نکند نقض حکم حاکم نیست، اگر قضاوت نکند مخالفت با قانون نیست اما راه درست کردیم.

الحمد لله رب العالمین