

### متن پیاده سازی شده جلسه چهل و هشتم خارج فقه القضا 1 دی 1399

#### بسم الله الرحمن الرحيم

عرض شد که اگر قاضی نسبت به پرونده قضایی، قدیمی ها مطرح می کردند که اگر قاضی نسبت به عدالت شاهدین شبهه دارد، چهل دارد گفتیم این مسأله به این شکل از قدیم مطرح بوده است ولی قدیم سیستم ها غیر متمرکز بود، قاضی آزاد بود، کسی او را مجبور به قضاوت نمی کرد، فقط تکلیف شرعی بود که او را وادار به قضاوت می کرد. گذشتگان ما گفته اند که اگر عرف عدالت شاهدین حکم و آن عرف فسقهما یا فسق یکی از شاهدین را اطرح یعنی قضاوت نمی کند و آن چهل الامرین اگر نه به عدالت رسیده است و نه به فسق بحث عنهما باید برود فحص و تحقیق کند. بحث عدالت بود، حتی اگر اسلامشان را می داند، ایمانشان را می داند ولی چهل عدالتها باز هم حکم نمی کند. به هر حال قاضی باید به این نتیجه برسد که این ها عادل هستند یا عادل نیستند. ولی در مسأله اختلاف هم وجود دارد؛ جناب شیخ در خلاف و از جناب اسکافی و از شیخ مفید نقل شده است که اگر قاضی به اسلام شاهدین اطمینان داشت کفایت می کند. حال این مطلب دو نحوه تفسیر می شود یکی این که این ها می گفتند العدالة هی الاسلام، هی الایمان یعنی تشیع امامی و عادل یعنی شیعه. یا این که می گفتند العدالة شیء و الاسلام شیء منتهی به مجرد اسلام طرف به عدالت حکم می کنیم یعنی عدالت حکمی، یعنی اسلام نشانه ی عدالت است یا ایمان نشانه ی عدالت است. ولی این مسأله را اکثریت قبول ندارند اولاً عدالت را غیر از اسلام و ایمان می دانند و محض اسلام و ایمان را نشانه بر عدالت حساب نمی کنند.

پس علمای ما فرموده اند اگر قاضی در عدالت شك دارد باید فحص کند. در واقع دو مطلب گفته اند یکی گفته اند به هیچ وجه بدون استجماع شرائط قضاوت نکنند و دوم این که برود به دنبال بحث و فحش که آیا این ها عادل هستند یا نه. برای مطلب اول استدلال مقداری راحت است چون وقتی يك پدیده ای مشروط به يك شرطی است و آن شرط بودنش مشکوک است نمی شود آن پدیده موجود شود. اما دومی که قاضی باید دنبال کار برود را باید اینطور مطرح کنیم که قضاوت واجب کفایی است که برخی اوقات هم واجب عینی می شود. واجب هم واجب مشروط نیست بلکه واجب مطلق است یعنی به قاضی نمی گویند اگر شرائط فراهم شد باید قضاوت کنی بلکه باید از باب تحصیل مقدمه ی واجب و امتثال واجب باید قاضی فحش کند. البته این سنگینی بحث روی عدالت شهود و فسق شهود شما را منصرف از ساحت های دیگر مسأله نکند مثلاً اگر بر روی اقرار شك دارد و احتمال موجه می دهد که اقرار از روی اکراه از روی وعده صورت گرفته است، قاضی نمی تواند حکم کند پس نباید بحث را منحصر به عدالت شهود کنیم ولو علما بحث را در آن جا مطرح کرده اند.

يك نکته ی مهم این است که اگر مثل جناب اسکافی و شیخ مفید به اسلام شاهد اکتفا کرده اند فریب نخوریم که آن ها از شرط قضاوت تنزل کرده اند و به قاضی گفته اند شرطش عدالت است اما اگر ندانستی به اسلام اکتفا کن، شرائط خط قرمز است و نمی شود آن ها را نادیده گرفت منتهی ممکن است يك کسی يك انفتاح هایی ایجاد کند مثلاً بگوید درست است که عدالت در شاهد شرط است اما عدالت به معنای اسلام شاهد است. یا بگوید اگر به این معنا را هم نبود ما مأموریم در جامعه ی اسلامی همه ی مسلمانان را عادل بدانیم مگر این که خلافتش ثابت شود. پس تنزل از شرائط معنی ندارد. اگر هم اختلافی شده است در این انفتاحی که برخی از علما ایجاد کرده اند و انسدادی که برخی دیگر ایجاد کرده اند است.

در این جا دو مطلب ادعی شد یکی این که قاضی باید قضاوت نکند و دوم این که باید فحش کند.

راجع به قسمت اول که قاضی نمی تواند تنزل کند و حق ندارد حکم کند. این استدلالش این است که قاضی موظف است بما انزل الله حکم کند البته ما انزل الله را گاهی ما خبر نداریم اما همین اجتهادهایی که خودمان کردیم یا مجتهدمان کرده است ما انزل الله می شود همین اجتهادهای منضبط. به عبارت دیگر قاضی باید حجت داشته باشد و وقتی حجت دارد که مطمئن باشد یا یقین داشته باشد که شرائط معتبر در اقرار (چون اقرار شرائطی دارد عاقل باشد، بالغ باشد، معنای حرف را بفهمد، از روی اکراه نباشد) بینه شرائطی دارد، باید این شرائط باشد تا بگوییم قاضی بما انزل الله حکم کرد یا با حجت حکم کرد. نسبت به وجوب فحش يك مرتبه بر او واجب نیست و من به الكفايه هست یا يك طوري است که واجب نیست ولي اگر در يك جایی واجب است ولو به صورت واجب کفایي و این شخص متکفل آن است باید برود مقدمات کار را تهیه کند، البته به نحو معقول، معمول و مقدر، گاهی اوقات مقدر قاضی نیست یا مقدر است اما به نحو غیر معمول (عسر و حرج). جواهر می فرماید: عدالت شرط حکم است و فرض این است که این شرط الان متوقف بر فحش و بحث است البته بعد اضافه می کند و می گوید: بل ممکن دعوا استفاده نك ممکن است کسی ادعا کند که این وجوب فحش استفاده می شود از اطلاق امر به حکم بالبينه العادلة، این که ائمه فرمودند، پیامبر فرمودند: قاضی اگر بینه ي عادل بود حکم کن، این اطلاق دارد، جایی که عدالتشان محرز شده یا امکان احراز دارد. در جایی دیگر می گوید اطلاق ادله ي امر به معروف (منظور اقامه ي معروف است) قضاوت اقامه ي معروف است و اقامه ي معروف شرطش این نیست که اگر مقدماتش حاصل شد، گاهی انسان خودش باید مقدمات را حاصل کند.

يك روايتي است از اميرالمؤمنين که اگر در نزد پیامبر شهادت می دادند که حضرت آن ها را نمی شناختند افرادی را می فرستادند که راجع به این ها تحقیق کنند. مرحوم شيخ حر عاملی در جلد 27 باب 6 يك حديث نقل کرده است. این حديث اولاً حديثش از تفسير امام عسکري است که ما در جای خود گفته ایم که این تفسير مشکل دارد و نیاز به سند دارد علاوه بر این که آن روايت می گوید پیامبر آن کار را می کردند؛ تمسك به سیره ي معصوم تمسك به يك نهاد ساکت است و نمی شود از آن چیزی در آورد، اگر مکرر بوده باشد می توانیم استحباب را استفاده کرد و اگر مکرر نباشد همان استحباب را هم شاید نتوان استفاده کرد. فرض بر این است که قاضی وظیفه دارد به نحو معقول، معمول، مقدر از طرفین فحش کند.

گاهی اوقات قاضی ناچار می شود که بررسی عدالت شهود را به خود طرفین دعوا بسپارد. ولذا قدیمی ها گفته اند اگر طرف مقابل تزکیه کرد شاهد را تمام است. برخی گفته اند همین مقدار کافی است ولو برای قاضی اطمینان هم نیاورد. صاحب جواهر می گوید: انما الكلام في الحكم بشهادتهما (شهادت این دو عادل) مع التزكية الخصم لهما يعني این شهود می خواهد علیه او شهادت دهند ولي او آن ها را تزکیه می کند منتهی می گوید مثلاً این ها اشتباه می کنند، گاهی با این ها کار دارد و یا قبلاً برای خودش شهادت داده بودند و اگر آن ها را تأیید نکند شهادت های آن ها به نفع خودش هم زیر سؤال می رود؛ و ان قال انهما اخطئا في هذه الشهادة صاحب جواهر می گوید: من ان المراد بالتزكية الاستظهار في ثبوت حقه فيكفي اقراره، شما تزکیه را برای روشن شدن می خواهید، این شخص خودش اقرار می کند که این ها انسان های خوبی هستند، جالب این است که انسان های خوبی هستند را از او می پذیریم اما این که خطا می کنند را از او نمی پذیریم، اما از آن طرف و من اشتراط الحكم بعدالتهما قاضی باید به اطمینان برسد، لم تثبت باقرار الخصم با اقرار یا رضایت خصم به حکم این تزکیه نشد، اثبات عدالت نشد لایجدي في صحة الحكم و جریان احکامه علیه.

پس قاضی باید به عدالت شهود برسد تا بتواند قضاوت کند فقط يك بحثي است که آیا با تزکیه ي خصم قبول کنیم (حال بگوییم همین تزکیه عدالت را ثابت می کند یا بگوییم تزکیه کافی است)؟ ما نباید از آن خط قرمز عدول کنیم. خط قرمز این است که اگر عدالت لازم است باید احراز شود. حال مبانی مختلف در معنای عدالت و در راه های کشف عدالت می آید. نتیجه: به هر حال در اصل حکم (عدم جواز اصدار رأي قضائي در فرض جهل) بحثي نیست و اگر بحثي است در مطلبي است که فردا باید بررسی کنیم.

الحمد لله رب العالمين