

### متن پیاده سازی شده جلسه چهل و نهم خارج فقه القضا 2 دی 1399

#### بسم الله الرحمن الرحيم

گفته شد در فرضی که قاضی در عدالت شهود شك دارد باید تحقیق کند و حق این که اصدار رأی قضایی کند ندارد. دیروز گفته شد شیخ طوسی، شیخ مفید و اسکافی که گفته اند اگر شك هم دارید، اگر مسلمان بود، اگر مؤمن بود کافی است روی این مبنا است که الاسلام هی العدالة منتهی من قید همراه با عدم ظهور فسق را نیاوردم ولی منظور همین است یعنی این ها می گویند اسلام به اضافه ی عدم ظهور فسق کافی است ولو شما با او معاشرت نداشته اید و نه او را می شناسید. البته برخی همین قید را هم نمی آورند و می گویند اصل بر عدالت است و همین که مسلمان است، همین که مؤمن شد در زمره ی عدول می آید.

به نظر ما در این که رأی قضایی در فرض جهل درست نیست شکی نیست به همان ادله ای که دیروز گفتیم اما يك نکته هست و آن این که سبک کردن یا سنگین کردن فرآیند استنباط در بحث ما خیلی اثر دارد به عبارت دیگر بین علما در فرآیند اثبات جرم یا نفي جرم (تشکیل پرونده) که چه شرائطی است و اگر يك شرطی معتبر است معنایش چیست اختلاف است. مثلا اگر کسی گفت در شهود باید تعدد (دو یا چهار نفر بودن)، جنسیت خاص (مرد بودن) و عدالت (به معنای ترك کبیره، انجام واجبات و عدم اصرار بر صغیره) باشد از آن طرف هم بگوئیم عدالت هم به نفس مسلمان بودن، به نفس حسن ظاهر فایده ندارد، حسن ظاهری که کاشف از ملکه ی باطن باشد این را بگوئیم (راجع به راه احراز عدالت و حکم به عدالت بحث است، برخی به نحوی می گفتند گویا تعبدی است مثل همین نفس اسلام و عدم ظهور فسق حکم به عدالت می کنیم و عدالت هم به همین معنای ترك گناه و انجام واجب می گیریم، این بیشتر به تعبد می آید)

پس اگر کسی از يك طرف شرائط شاهد را سنگین کند و از طرف دیگر عدالت را مضیق معنا کند، از طرف دیگر راه اثبات را هم سخت بگیرد، در این جا خیلی کار برای قاضی سخت می شود که به اطمینان برسد. خیلی از اوقات کارشناس (کارشناس حکم شاهد را دارد) نه عدد دارد، نه جنسیت در آن مراعات شده است و نه عدالت، در این جا قضاوت برای قاضی خیلی سخت می شود و نمی تواند قضاوت کند. اما اگر آمدم يك افتتاح هایی را قائل شدیم مثلا اگر گفتیم نه جنسیت نه تعدد و نه عدالت به این معنا شرط است، عدالت عرصه ای شرط است یعنی عدالت در کار خودش، عدالت شاهد این است که دروغ نگوید، ساده و دیوانه وار نباشد، فریبش ندهند، اینقدر تعهد داشته باشد که اگر ندیده است و فقط شنیده است بگوید شنیده است و نگوید دیده ام، ولی این که حجابش را چطور مراعات می کند، نمازش را می خواند یا نمی خواند، روزه هایش را می گیرد یا نمی گیرد و ... بگوئیم این ها شرط شاهد برای پرونده نیست. اگر این افتتاح ها را قائل شدیم، البته نمی خواهیم بگوئیم باید رها کنیم بلکه می خواهیم بگوئیم باید پایه را وثوق به گفته ی شاهد قرار دهیم، اگر این حرف را زدیم خیلی از اوقات قاضی به اطمینان می رسد لذا در بحثی که صاحب جواهر داشت و صاحب شرایع به این بزرگان می گوئیم اصلا عدالت شرط نیست که بعد شما بگوئید اگر شك داشت چه باید بکند. البته نهایی کردن این بحث برای زمانی است که برویم در کتاب شهادت و آیین دادرسی، اگر این حرف را بزیم خیلی افتتاح حاصل می شود و قاضی به راحتی در بسیاری از موارد می تواند قضاوت کند. نمی شود سخت گیری کرد. ما نمی خواهیم غیر منضبط حرف بزیم ولی این سختگیری ها در فرآیند اثبات دعوا و جرم گناه به تعطیلی کشیده می شود، قوه

ي قضائيه فشل مي شود. آقايان كه اينقدر بر روي اين شرائط تأكيد مي كنند ولي در جمهوري اسلامي نمي توانند آن ها را پياده كنند. قانون مصوب سال 70 راجع به بخش كارشناس، تعددش، جنسيتش چون متأثر از تحرير بود و تحرير هم اين شرائط را دارد معرکه اي شده بود و تا سال 92 هم كشيده شد ولي ظاهراً در سال 92 بسياري از موارد اصلاح شده است.

فقيه بايد روي مرز اعتدال بيايستد، يعني طوري نباشد كه باب تسامح باز شود. در روايت آمده است: يا علقمه لو لم تقبل شهادة المقترفين للذنوب لما قبلت الا شهادة الانبياء و الاوصياء البته قدری مبالغه در این حدیث وجود دارد، امام می خواهند بفرمایند نباید سخت گرفت و البته از آن طرف می دانیم نباید آسان هم گرفت.

گفتیم در مسأله سخت گرفتن و آسان گرفتن اثر دارد.

امروزي ها يك بحثي است در اثبات دعوا در آيين دادرسي كه آیا ما بايد دو سياست داشته باشيم، يك سياست در امور كيفري، يك سياست در امور حقوقي، مدني چه از نظر اجرا و چه از نظر تقنين يا اين كه ادله ي اثبات دعوا فرق نمي كند، در مسائل مدني و حقوقي باشد يا كيفري باشد. در حقوق مردم باشد يا حق الله باشد، اين را مسلم نگرید كه فرقي ندارد و مثلاً اقرار اقرار است و فرقي نمي كند كه در امور حقوقي باشد يا در امور كيفري. گاهي اين بحث را به نحو ديگري مطرح مي كنند و مي گویند سياست افتراقي، مثلاً مي گویند نسبت به كارگزاران نظام يك طور بايد رفتار قضايي شود و نسبت به غير كارگزاران نظام يك طور ديگر. در كارگزار نظام ممكن است اصل صحت جاري نكنيم يا حتي جواز تفتيش داشته باشيم يعني قاضي حق داشته باشد ورود كند براي كشف جرم ولي در غير كارگزار نظام حق نداشته باشد ورود كند براي كشف جرم؛ اين ها بحث هايي است كه اگر كتاب شهادت را شروع كرديم و رفتيم سراغ بحث هاي آيين دادرسي اين ها را بايد دنبال كنيم.

### **نقد و بررسی پاسخ های گذشته**

سؤال کننده در سؤال اول پرسیده بود: عدالت شهود، فرماندهان، مأموران پاسگاه، كارشناسان همیشه قابلیت احراز ندارد ولي قانون مي گوید پرونده كه تشكيل شد از پاسگاه، از كلانتري يا ... كه پرونده درست شد و نزد تو آمد تو بايد قضاوت كني گویا قانون گفته كه اصل بر درست بودن این ها است. پاسخ این پرسش این بود كه معيار حسن ظاهر است فرمانده كلانتر، حسن ظاهر مأمور پاسگاه، حسن ظاهر كارشناس البته حسن ظاهري كه كاشف از ملكه ي باطن باشد، منظور از ملكه يعني عدالت ملكه ي ترك گناه و ... و همین اندازه كه افراد معاشر با او (مثلاً فرمانده كلانتر و ...) بگویند خلاف شرع ندیده ایم كافي است و بعد ایشان فرمود يك راه ديگر هم هست و آن اين كه گاهي يك اموري به هم دست مي دهد كه قاضي علم پيدا مي كند، در این جا مستندش علمش هست لذا اگر گفتیم علم قاضي معتبر است مستند به علم است نه مستند به شهود.

به نظر ما این پاسخ حداقل سه اشكال دارد چون برخي از اشكال ها مبنوي است كه من نمي آورم.

اولین اشكال این است كه شما مي گوید معيار حسن ظاهر است كه كاشف از ملكه ي باطن باشد. اگر حسن ظاهر بايد كاشف از ملكه ي باطن باشد پس معيار همان ملكه ي باطن است منتهي راه كشف حسن ظاهر است و نباید بگویند معيار حسن ظاهر است؛ بايد بگویند معيار این است كه این شخص ملكه ي عدالت را داشته باشد و راه كشف ملكه، حسن ظاهر است.

اشكال دوم این است كه همین مقدار كه افراد معاشر با شخص بگویند گناهي ندیده ایم كافي است، آیا خود این مطلب

موضوعیت دارد يا این هم بايد كاشفیت داشته باشد؟ اگر بگویند این هم بايد كاشف از ملكه باشد همان اشكال قبلي در این جا هم هست پس علي اي حال ملكه معيار است و يك راه كشف این ملكه حسن ظاهر است، راه ديگرش این است كه اطرافيان بگویند از او گناهي ندیده ایم. اگر هم مي خواهید بگویند در این جا همین حرف اطرافيان كفايت مي كند و خودش موضوعیت دارد این مطلب دليل ندارد و بر عكس دليل بر خلافتش داریم.

اشكال سوم این است كه سؤال کننده گفته بود مطلبي بفرمایید كه بتوانیم عملاً از آن استفاده كنیم؛ آیا در این جا قضات ما عملاً مي توانند از حرف شما استفاده كنند؟ قاضي در دادگاه نشسته است و از محله اي ديگر در كلانتر پي پرونده اي تشكيل مي شود و زیر دست قاضي مي آید و این قاضي نه كساني كه این پرونده را تشكيل داده اند را دیده است نه حسن ظاهرشان را دیده است نه افرادی كه معاشر با آن ها است را دیده است. آن كه اغلب است این است كه قاضي يك جايي نشسته است و ضابطین قضايي در جايي ديگر نشسته اند لذا این پاسخ نمي تواند كار سؤال کننده را درست كند. بله اگر مرجع بخواهد فارغ از این سؤال فتوا بدهد مي تواند در رساله البته دقيق بنويسد ولي فتوا با پاسخ به سؤالي كه مورد ابتلا است و سؤال کننده مي خواهد راه حل مشكلش را با این سؤال متوجه بشود متفاوت است.

الحمد لله رب العالمين