

متن پیاده سازی شده جلسه پنجاه و چهارم خارج فقه القضا 21 دی 1399

بسم الله الرحمن الرحيم

ورود مقام قضایی به فحص و جستجو

دیروز سه پرسش مطرح شد، پرسش اول این بود که آیا تفتیش از وضعیت امارات حاضر در صحنه ی قضا و پیرا قضا لازم است؟ یعنی اگر جایی مشکلی دارد بگوییم مقام قضایی باید جستجو کند، حال یا مشکل حل می شود اثباتا و یا حل می شود نفیا. مثلا قاضی نسبت به شاهدان شک دارد، تکلیفی دارد یا قاضی نباید ورود کند به این صحنه ها، اگر ورود کند چه بسا منافات داشته باشد با بی طرفی مقام قضایی؟

پاسخ: چرا فرض را ببریم بر روی سیستم های قدیم که کار با نظام اداره نمی شد و قضا امر شخصی بود، بگذارید الان که همه چیز سیستمی شده است بحث را روی این فرض بیاوریم؛ از نظر تقنین شکی نیست که باید حاکمیت قانون این مسائل را روشن کند. البته نه قوانین غیر ضرور به تصویب برساند اما به مقداری که لازم است ما باید قانون داشته باشیم؛ تعریف شهود، ادله ی اثبات یا حتی همین بحث، ورود مقام قضایی و ... باید از نظر تقنین پیش بینی بشود. چنانکه در اجرا باید تدابیر لازم برای انجام صحیح کار پیش بینی شود. استدلال می آورند، وقتی که در فرمانی خالد و ابدی خدای متعال می فرماید: «و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل» دادرسی عادلانه می شود مأمور به البته فصل خصومت را هم اضافه کنید. در واقع مخاطبان این فرمان باید مقدمات کار را آماده کنند. اولاً مخاطبان این فرمان چه کسانی هستند؟ شما بگو مخاطب این فرمان قاضی است، ما می گوییم مخاطب سیستم قضایی است و جلوتر می گوییم حاکمیت است، مجموعه ای از مجریه، مقننه، قضائیه، کارگزاران نظام، کسانی که نظام را می چرخانند. این طور اوامر مخاطبش عموم مردم نیستند اما گروه خاصی هم مثل اقیموا الصلاة هم نیست؛ واجب کفایی است اما مخاطبش کسانی است که عهده دار مفاد آن فرمان هستند می باشد. ما در فقه سیاسی گفتیم وقتی قرآن فرمان به اجرای حد می دهد نمی شود گفت عموم مسلمانان مأمور به اجرای حد هستند؛ این معنا ندارد، همه توانش را ندارند و فساد می آورد؛ باید بگوییم اجرای حد در سیستم حاکمیت کار وزارت دارایی که نیست، وزارت صنایع و معادن هم نیست، در قوه ی قضائیه هم ممکن است کار بخشی از قوه باشد البته همه ی این ها باید زیر نظر امام جامعه باشد لذا می گفتیم واجب کفایی است و مخاطبش حصه ی خاصی از حاکمیت است که عهده دار اجرای آن هستند. اما اگر به جای «فاجلدوهم ...» آمد: «و اعدوا لهم ما استطعتم من قوه» یک بخش دیگری از حاکمیت مخاطب می شوند. حال در این جا، در بحث قضا وقتی گفته می شود: «اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل» باید کسانی که عهده دار فصل خصومت هستند، دادرسی عادلانه هستند برای مردم، این ها باید زمینه ی کار را از باب مقدمه ی واجب آماده کنند. نگویید مقدمه ی واجب واجب نیست، مقدمه ی واجب واجب شرعی نباشد ولی واجب عقلی که هست. لذا واجب که می گوییم بگویید لزوم عقلی.

پس از باب وجوب مقدمه ی واجب یا لزوم عقلی مقدمه ی واجب باید تفتیش لازم اگر جایی لازم است صورت بگیرد. این شخص رفته دو شاهد آورده است، از خودش هم که ادعای عدالت پذیرفته نمی شود پس قوه ی قضائیه، حاکمیت (کسانی که مخاطب ان تحکموا بالعدل هستند) باید جستجو کنند تا شواهد را جمع کنند. پس تفتیش از وضعیت شاهدان و امارات قانونی که پرونده قضایی بر اساس آن ها تشکیل شده است نه تنها جائز است بلکه واجب است با همین توضیحی که دادیم.

آیا این بحث ها در کتب گذشته هم وجود دارد؟

پاسخ: بله، صفحه 294، آن جایی که محقق حلی و فقیه نجفی در یک متن ممزوج به هم گفتند الحاکم ان عرف عدالة الشاهدین حکم و ان عرف فسقهما اطرح و ان جهل الامرین بحث عنهما (حاکم که این ها می گویند یعنی قاضی) قاضی جستجو می کند. اگر جهل عدالتها باز فرمود: توقف عن الحكم حتى یبحث عن ذلك یعنی طبق این بیان در این جا حاکم مکلف است به بحث و فحص و جستجو می شود. این ها پشتش این است که آقای حاکم، برای فصل خصومت، برای داوری عادلانه، اگر جای ابزار کار ناقص است، ابزار را درست کن، و درست کردن به این است که جستجو کند البته اگر جستجو کرد و نهایتا به جایی نرسید تکلیفی ندارد.

در این جا نکته ای که هست این است که جناب جواهر، جناب شرایع گفته اند بحث حاکم، بیحس حاکم البته اگر بحث و بیحس را معلوم بخوانیم که ظاهرا هم باید معلوم خواند چون قبل از این دو همه فعل معلوم است، عرف اسلامها و این عرف معلوم است چون در ادامه می گوید و ان جهل الامرین و نمی گوید و ان جهل الامران، وقتی این طور شد بگویم آقای قاضی شما برو فحص کن، ممکن است بگویند این که در گذشته قضات اینقدر در دسترس بوده اند و کارشان کم بوده و نه در حال حاضر؛ لذا باید بگویم منظور این فقها بمباشرت یا به تسبیب و نیابت است چون گاهی قاضی خودش می رود و گاهی کسی می فرستد و بر هر دو هم بحث صادق است می گویند قاضی جستجو کرد، پرونده را روشن کرد. منتهی من یک چیز دیگری می خواهم بگویم: ما در این جا می خواهیم پای حاکمیت را به وسط بکشیم، اگر بحث های ما را سال های گذشته دنبال کرده اید می دانید علمای ما بحث قضا را از بحث امارت و قضاوت جدا می کنند. در واقع یک لایینی را به قضا می دهند، البته با کارهایی که باید در اطراف قضاوت انجام شود (پیرا قضا) مثل بازپرسی و ... و یک بخشی را می دهند به حکومت یعنی نظام، ولایت. گاهی اجرای حکم را می گویند این کار وظیفه ی حاکمیت است نه قوه ی قضائیه. لذا یک بحث بحث حاکم و قاضی دارند و یک بحث بحث والی. خیلی هم بحث مهمی است. آیا هر شرطی ما در مورد قاضی گفتیم در مورد والی هم می گویم. یا هر شرطی برای والی گفتیم باید برای قاضی هم بگویم یا تفاوت می کند؟ ممکن است شروط قضاوت را سنگین تر بگیریم. در طول تاریخ اسلام هم معمولا قضات جدا بودند ولو حکومت ها آن ها را مشخص می کردند ولی قضاوت لاینس جدا بوده است. اداره ی جامعه جزو کار نبوده است. والی اداره ی جامعه را داشت، سیاست مدن می کرد، تدبیر می کرد و قاضی قضاوت می کرد. به همین خاطر برخی ولایت فقیه را قبول ندارند اما هیچ کس نگفته فقیه بخواهد قاضی بشود من قبول ندارم و این از اموری است که همه ی فقها پذیرفته اند. برخی اوقات هست که لازم نیست این ها را به عنوان وظیفه ی قاضی تعریف کنیم و بگویم الحاکم لو عرف یا ان جهل توقف بلکه بگویم این ها بخشی از حوزه ی اختیارات حاکمیت است که البته قاضی و پیرا قضایان می شوند بخشی از حاکمیت. اگر این طور شد ما مقسم را حاکم قرار نمی دهیم و بگویم به نیابت یا به مباشرت بلکه مقسم را حکومت قرار می دهیم.

ثمره ی بحث: جستجو باید صورت بگیرد، حال یک قاضی خودش عهده دارد شود، واگذار کند یا برود و در بخشی از حاکمیت قرار بگیرد مثل این که حاکمیت (والی) عهده دار کار شود، پرونده ها را روشن کنند و بعد در اختیار قوه ی قضائیه بگذارند. جالب این است که اگر از من سؤال کنید نظر اسلام چی هست؟ اسلام در این زمینه تشریح خاصی ندارد. اسلام تشریحش این است که «اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل»، اسلام تشریحش این است که برای قاضی شرائطی مشخص کند، برای شاهدان شرائطی، برای حاکم و والی شرائطی اما این که در شیوه های اجرایی چطور اجرا شود، شارع دخالت نمی کند، هر چه که در راستای تأمین این شرائط باشد می شود شرعی و می توانیم بگویم شارع به این راضی است. الان در شیوه های اجرایی که اسلام نظر خاصی ندارد، مثلا می خواهیم تعیین کنیم مقداری را که بینایی از بین رفته است، در این جا اسلام دستور خاصی ندارد البته در روایت آمده است که چه کاری انجام دهیم ولی قطعاً آن روایت شیوه ی اجرایی است، اتفاقاً برای آن زمان خوب جواب می داده است ولی ممکن است تکنولوژی پیشرفت کند و راه های دیگری برای تعیین این مقدار ارائه شود که الان هم همین است. جالب این است که چه راهی که در روایات آمده است چه راهی که امروز بشر به آن رسیده است چه راهی که ممکن است پنجاه سال آینده بشر به آن برسد هیچ کدام از این ها شارع قانون ندارد بلکه قانون دارد و آن این که حق مردم را بدهید و بیشتر از این ندارد به همین خاطر اگر بگویند شارع مقدس چه گزینه ی راجع به تعیین بینایی می دهد نمی توانیم بگویم این راه خاص را ارائه می دهد. این ها را به خصوص نمی توان به شارع نسبت داد ولی خلاف هم نیست. به خصوص نمی شود گفت شارع این را گفته است ولی می شود گفت این راه شرعی است، درست است، شارع مخالف نیست، این تعابیر درست

است. راه هایی که شیوه های اجرایی است بخصوصه هیچ کدام به شارع منسوب نیست اما هیچ کدام هم خلاف شرع نیست، موافق شرع است. اگر تعیین بینایی از پنجاه راه امکان دارد همه ی این ها شرعی است. در این جا این که متکفل جستجو کدام نهاد باشد، اقتضائات زمان، مکان، توانایی ها، مقدورات مشخص می کند.

یک بحثی از دوران مشروطه به این طرف مطرح است راجع به این مسأله که ما یک جاه هایی هست که خلاف شرع نیست اما نمی توانیم هم بگوییم که دستور شارع این است. حال اگر گفتند می خواهیم در فلان کوچه مسجد بسازیم، شرعی است؛ بله. سؤال: حکم شرعی ساختن مسجد در فلان کوچه چیست؟ نمی توان گفت ساختن مسجد در فلان کوچه حکمش این است بله ساختن مسجد مثلا مستحب است و ساختن مسجد در فلان کوچه هم یک مصداق از آن است. این بحث از همان دوران مشروطه مطرح شد و این ها گفتند در این گونه موارد نگوییم موافق شرع است بگوییم مخالف شرع نیست. اصل بحث خیلی مهم است و آن این که شروطی که می گذاریم باید موافق شرع باشد یا همین که مخالف شرع نبود کافی است و بعد بگوییم ثمره اش در وقت شک ظاهر می شود؛ اما بحث آن ها این نبود بلکه این بود که ما چون در این جا نمی توانیم بخصوصه به شارع نسبت بدهیم ولی از آن طرف خلاف شرع نیست این طور بگوییم. الان در شورای نگهبان هم همین کار صورت می گیرد و می گویند خلاف شرع و خلاف قانون اساسی دیده نشد. که البته ما در آن جا گفته ایم این فایده ندارد، بگویید موافق شرع است، اگر مخالف شرع نیست پس موافق است، اگر موافق نیست پس مخالف است و واسطه ندارد. ثبوتاً فرقی ندارد ولی اثباتاً فرق دارد. همیشه ثبوتاً ما دو صورت داریم ولی اثباتاً سه صورت دارد. شخص ثبوتاً یا عادل است و یا فاسق است ولی اثباتاً یا می دانیم عادل است یا می دانیم فاسق است یا شک داریم. این دو تعبیر اثباتاً متفاوت است و به کار می آید اما ثبوتاً که شما دارید می گویند فرقی ندارد و به کار نمی آید.

حاصل تحقیق: جستجو از وضعیت شهود و سایر امارات در راستای فصل خصومت و دادرسی عادلانه لازم است. و نهاد عهده دار این کار بخش های مربوطه ی حاکمیت است. و قضات می توانند حصه ای از این بخش باشند.

**الحمد لله رب العالمین**