

صفحات 366 و 367 : [کلیک کنید](#)

متن پیاده سازی شده جلسه دوازدهم سال چهارم درس خارج فقه القضا 27 مهر ماه 1400

بسم الله الرحمن الرحيم

نکات

نکته اول

یک عبارتی بود در درس دیروز من از آن عبور کردم، شاید برای برخی ها ایجاد سوال کرده باشد. توضیح کوتاهی بدهم و ادامه بحث را داشته باشیم. آمده بود که با تکرار سوگند قتل ثابت نمی شود (در ماده 336 قانون مجازات اسلامی است که در برگه هم هست صفحه 365) منظور از اینکه با تکرار سوگند قتل ثابت نمی شود، این مسئله است که اگر اولیا دم که باید 50 نفر بیاورند قسم بخورند برای اینکه فلانی را کشته است، طرف نتوانست 50 نفر بیاورد مثلا 10 نفر آورد 20 نفر آورد؛ این ها می توانند سوگند را تکرار کنند که کار 50 نفر را بکند؛ قانونگذار جمهوری اسلامی نوشته نه خیر. در فقه ما اختلافی است برخی ها می گویند تکرار قسم کفایت می کند. قانون هم تا سال 1384 ه ش (ظاهرا سالش را می گویم) تکرار سوگند را قبول کرده بود؛ منتها در قانون جدید که دوستان ما تنظیم کردند بعدا هم از مجاری قانونی عبور کرد و مصوب شد و به شکلی که می بیند در آمده است.

نکته دوم

مطلب دیگر مربوط به درس دیروز ماده 317 قانون مجازات اسلامی است که بود شاکی باید قسامه بیاورد؛ اگر نه، می تواند از متهم در خواست قسامه نماید؛ بگوید تو قسم بخور برو به امان خدا یا از متهم در خواست قسامه نماید. من اینجا یک تردیدی داشتم که این قسامه همان قسامه مصطلح است یا سوگند است؛ یک سوگند چون منکر است، طرف می گوید من اصلا قسامه ندارم یا نمی خواهم استفاده کنم، شما قسم بخور بچه مرا نکشتی برو دنبال کارت؛ اینجا آیا برای متهم یک قسم کافی است؛ (که دیگر قسامه نمی گویند) قسم یا سوگند یا اینکه باید قسامه مصطلح را اقامه کند؛ این را تردید داشتم که من گفتم شاید دیروز منظور سوگند باشد ولی از نظر قانونگذار نه، منظور همان قسامه مصطلح است. لذا اگر بتواند متهم 50 نفر شاهد بیاورد که قسم بخورند ایشان قاتل نیست تمام می شود، دعوا فیصله می یابد پس اینکه می گوید یا از متهم در خواست قسامه نماید مقصود همان قسامه مصطلح (50 قسم در عمد و 25 قسم در غیر عمد) است. ولی یک نکته است قانونگذار ما طبق ماده 336 در طرف مدعی تکرار قسم را قبول نکرد ولی در ماده 338 در قسمت متهم تکرار قسم را قبول کرده است. در صورتی که شاکی از متهم درخواست اقامه قسامه کند، متهم باید برای برائت خود، اقامه قسامه نماید که در این صورت، باید حسب مورد به مقدار نصاب مقرر، اداءکننده سوگند داشته باشد. اگر تعداد آنان کمتر از نصاب باشد، سوگندها تا تحقق نصاب، توسط آنان یا خود او تکرار می شود و با نداشتن اداءکننده سوگند، خود متهم، خواه مرد باشد خواه زن، همه سوگندها را تکرار می نماید و تبرئه می شود (ماده ۳۳۸ - قانون مجازات اسلامی مصوب سال 1392 ه ش) مثلا می رود ده نفر می آورد که قسم بخورند ایشان نکشته است، شب پیش ما مهمان بوده، بقیه را خودش قسم می خورد، اگر هیچ کس هم ندارد خود متهم همه سوگندها را تکرار می نماید و رها می شود؛ پس قانونگذار تکرار قسم را در طرف اثبات قتل نپذیرفته ولی در طرف نفی قتل پذیرفته، این قسامه را اینجا

حواستان باشد.

نتیجه سیر در نصوص

و اما ادامه بحث ببینید، ما بعد از اینکه چندین جلسه در خدمت روایات بودیم گفتیم که از این سیر طولانی و به گمان ما ضرور، نکاتی به دست آمد، سه نکته اول را در جلسه قبل عرض کردیم. ولی نکته سوم را باز تکرار می‌کنم:

3) نکته ای که از این سیر طولانی استفاده می‌شود (و یقین داریم این سیر با برکت بود) این است که امارات قانونی که شارع جعل کرده اطلاق دارد، حتی در فرض گمان قاضی بر خلاف. البینه علی المدعی و الیمین علی من ادعی علیه، بینه لازم نیست برای قاضی گمان بیاورد، این که سهل است لازم نیست حتی قاضی گمان بر خلاف نداشته باشد و فکر نمی‌کنم احدی از فقها غیر از این گفته باشد. یعنی این را اگر ما قرص محکم به همه فقها نسبت بدهیم نباید ما را ملامت کرد لذا اگر برگه را نگاه کنید اطلاق ادله اعتبار امارات قانونی حتی فرض صورت گمان قاضی بر خلاف را می‌گیرد. چقدر فرق دارد با سیستم دلائل معنوی صرف که قاضی باید قرص و محکم نسبت به داوری اش باشد. اینجا ما فرض کردیم گمان به خلاف است ولی اماره قانونی آمده است.

فقط اگر یادتان باشد من عرض می‌کردم آیا این اطلاق در فرض علم قاضی به خلاف هم است؟ در فرض اطمینان (اطمینان را ما مرحله ای بین علم و گمان می‌گیریم، حتی نمی‌گوییم گمان قوی، منظور علم عرفی است. جوری که انسان قرار و طمأنینه و سکون نفس دارد. من بارها اینجا مثال زدم مثلا ما الان اینجا نشستیم ولی شاید برادر ما خدای ناکرده تصادف کرده باشد. ولی اینقدر این احتمال را ضعیف و غیر قابل توجه می‌دانیم قرص و راحت نشستیم و نگران نیستیم. انسان صبح که بیرون می‌آید نگران نیست خانه اش آتش گرفته، ویران شده، بچه اش مرده یا نمرده، اطمینان و علم عرفی اینگونه است. در مقابل علم قطعی و منطقی که به آن قطع می‌گویند مثل علم به حضور خورشید هم اکنون در آسمان خوب این غیر علم عرفی است) به هر صورت اطمینان یا علم آیا بازم اطلاق دارد؟ اگر اینطور باشد، امارات قانونی دیش می‌شود. خیلی شدید این را صبر کنید من ناچار شدم این را باز کنم و ان شاء الله بحث را در چند دقیقه دیگر شروع می‌کنیم. فلذا اگر در برگه نگاه کنید نوشتیم اطلاق ادله اعتبار امارات قانونی حتی فرض گمان قاضی بر خلاف را می‌گیرد و تنها فرض اطمینان و علم به خلاف است که باید مورد گفتگو واقع شود. همین را داشته باشید زیرا چند روز ما را معطل می‌کند.

4) ببینید ما با یک سری امارات قانونی در ادله برخورد کردیم، بینه، قسم، قسامه، اقرار و..... این ها محدوده اش چقدر است؟ ما می‌خواهیم بگوییم این امارات چه آن هایی که عقلایی است مانند اقرار، چه آن هایی که ممکن است عقلایی نباشد اما شارع آورده است مثلا بینه دوتا عادل (هرچند همان ها را می‌شود گفت عقلایی است) یا قسامه که قبل از اسلام بوده منتها میان اهل حجاز بوده می‌شود گفت عقلایی همه عالم نبوده مانند اقرار؛ این را می‌خواهیم بگوییم چه عقلایی و چه آنی که شارع آورده یا امضا فرموده، باید در محدوده فهم عقلا فهم شود. این خیلی مهم است توسعه و ضیقش را می‌گوییم باید با عقلا باشد. نگوید ما به اطلاق دلیل نگاه می‌کنیم، اگر اطلاق دارد حتی به صورتی که خلاف عقلا را بگیرد تمسک می‌کنیم. آیا ما با این سیر طولانی به اینجا رسیدیم یا باید بگوییم در محدوده فهم عقلا باید فهم بشود یا مثلا تفصیل بدهیم مانند اقرار را در محدوده فهم عقلا و مانند بینه محدود به عقلا نباشد؟

حالا من عبارت جزوه را بخوانم

د) اعتبار امارات قانونی در محیط عقلا صورت گرفته است (ببینید من نگفتم امارات قانونی همه اش عقلایی است. این را نمی‌خواهیم بگوییم، می‌خواهیم بگوییم در محیط عقلا صورت گرفته است. شارع هم اگر آورده برای عقلا آورده) بنابراین در محدودیت و توسع، ضیق و توسعه فهم عقلا حاکم بر اعتبار و ادله ی شرعی می‌بین آن است.

این مطلب را من اصرار دارم توجه کنید. می‌دانید چرا؟ برای اینکه ما در مثل اقرار بحث داریم (یادتان باشد من چند روز پیش یک مثالی زدم) اگر یک کسی در دادگاه اقرار کند، نمی‌تواند دروغ بگوید (آشیخ عبدالکریم می‌فرمود من اگر بخوام دروغ بگویم نمی‌توانم، همانطور که اگر برخی بخواهند راست بگویند نمی‌توانند، عادت کرده پناه بر خدا) اقرار می‌کند همین آدمی که اقرار می‌کند پشت سرش اقرار را می‌آورد. می‌گوید من از این آقا پول گرفتم نمی‌گویم نگرتم ولی به ایشان برگردانم، می‌خواهید قسم هم می‌خورم. آن آقا می‌گوید: نه خیر، پول گرفته خودش هم اقرار می‌کند ولی نداده. بگوییم همین نفس اقرار برای مدعی کافی است. اصلا اینگونه موارد عقلا اقرار را قبول می‌کنند یا می‌گویند این آدم اگر ریگی در کفشش بود چرا اقرار کرد؟!

معلوم است می خواهد راستش را بگوید پس این اقرار را هیچ حساب نکنیم؛ البته بعضی وقت ها طرف سند و چک دارد دست طلبکار؛ در دادگاه می گوید: من قبول دارم پول گرفتم قبول دارم چک هم دادم ولی مثلاً پولش را دادم و چک را پس نگرفتم. اینجا ممکن است عقلاً هم قبول نکنند، می-گویند می خواستی رسید بگیری. اما یک جایی که خودش می آید اقرار می کند و می تواند اقرار نکند. لذا پاورقی را نگاه کنید در مثل من از فلانی پول گرفتم و پرداخت کردم، اگر هیچ شاهد و مدرکی بر قرض جز اقرار نباشد و هردو اقرار در یک جلسه باشد (این را می گویم چون گاهی وقت ها طرف اقرار می کند می رود، وکیل می گوید چرا اقرار کردی؟ می گوید نمی توانستم دروغ بگویم. می-گوید خوب برو بگو: ولی به او پس دادم. این وکلا گاهی از این کارها می کنند می گویند خوب چرا همان موقع نگفتی آدم شک می-کند) در اینگونه موارد عقلاً اقرار را قبول دارند؛ ولی اگر نه طرف شکایت کرده شخص را دادگاه برده هیچ شاهد هم نبرده دادگاه سوال می کند آقای فلانی ایشان مدعی است، شما از ایشان پول گرفتی شاهد هم ندارد. شما چه می گویید؟ اگر درآمد گفت بله من پول گرفتم ولی پس دادم اگر من باید بگویم بله گرفتم ولی به او دادم. به نظر ما در این موارد دیگر نمی گویند اقرار العقلا علی انفسهم جائز.

یک ماده دارد قانون مدنی ماده 37 راجع به همین بحث اقرار می گوید: اگر متصرف فعلی یعنی کسی که خانه را الان در اختیار دارد اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است از طرفی ذوالید است و الان در حال تصرف است در این صورت مشارالیه یعنی همین متصرف نمی تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور یعنی مدعی به تصرف خود استناد کند مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است. (ماده 37 قانون مدنی مصوب 1307 ه ش) می گویند اقرار کردی این آپارتمان مال این آقا بوده اقرار که بکنی ولی می گوید الان خریدم و مال من است. من ذوالید هستم مگر نمی گویند ذوالید (خود در اختیار داشتن) اماره است. خوب من در اختیار دارم می گوید شما با آن اقرار خراب کردی که گفتی مال او بوده و من خریدم، باید ثابت کنی. یعنی این اقرار کار را خراب می کند. با اینکه ید دارد و با این که بلافاصله می گوید من خریدم ولی بله قبلاً مال این بوده، حالا همین جا مثلاً بگویم اگر هیچ شاهدی و مدعی ندارد، یک وقت مدعی و شاهد دارد این آقا که اقرار می کند از این آقا خریدم می ترسد اگر بگوید خریدم بعد دروغش لو برود و آبرویش برود و کارش به هم بخورد؛ ولی هیچ شاهدی این مدعی ندارد، فقط آمده می گوید این ماشین مال من است، شاهد هم ندارد. آقا را می برد دادگاه می گوید ماشین مال خودم است و ربطی به این آقا ندارد. اصلاً ایشان را ندیدم ولی اگر در همین موارد گفت راستش را بخواهید این آقا مالک بوده ولی من از ایشان خریدم، یک جایی را فرض کنید سند رد و بدل نمی شود یا یک جنسی است که سند ندارد، مثل یک پیراهن، یک کفش یا کلاه است که سندی ندارد. به نظر ما راحت نمی شود در این طور مثال ها نظر قانون مدنی را تایید کرد.

یک بار دیگر می خوانیم (خود این یک مسئله شد) اعتبار امارات قانونی در محیط عقلاً صورت گرفته بنابراین محدودیت و توسع فهم عقلاً بر اعتبار ادله شرعی مبین آن نیز حاکم است. البته اینجا یک تکه ماند که باید اضافه کنم چون این برگه ها در کانال گذاشته شده؛ اگر یک اماره قانونی باشد که فقط شارع اعتبار کرده، یک نوع تعبد است آنجا و عقلاً فهم خاصی نسبت به آن ندارند، آنجا می شود گفت که اطلاق دلیل اعتبار دارد (فرض این است که اطلاق دارد و عقلاً یک فهمی بر ضد اطلاق ندارند) این هم می شود اضافه کرد که اگر جایی باشد و شارع اعتبار کرده و عقلاً هم حرفی ندارند (مثل اقرار نیست که عقلاً خودشان صاحب حرف و مکتب اند، صاحب مدرسه اند) اینجا ممکن است بگویم هرچه اطلاق دارد. شاید البینه علی المدعی را اینطوری بگویم. بگویم شارع دونه عادل را آورده (اطمینان بیاورد یا نیاورد) گمان بر خلاف باشد یا نه؛ بگویم در حد عقلایی نیست. یا در قسم بگویم اطلاق حاکم است. اما اگر همین هم عقلاً یک فهمی دارند مثلاً عقلاً می گویند باید گمان هم بیاورد، رای عقلاً باید حاکم شود ولی وقتی عقلاً فهمی ندارند ما به اطلاق تمسک می کنیم.

5) از شما می پرسم چه شد سیستم قضای اسلام؟ حاکمیت امارات قانونی محض یا حاکمیت دلائل آزاد محض؟ هیچ کدام یک چیز بینابینی شد. از هر کدام نشانه هایی وجود دارد. اصل هم پیدا نکردیم چون ما می خواستیم یک اصلی پیدا کنیم که عند الشک به آن رجوع کنیم. من واقعه به اصل نرسیدم، اگر کسی می رسد بفرماید.

## علم و اطمینان قاضی

اطمینان و علم قاضی در اثبات دعوا یا نفی دعوا چه وضعیتی دارد؟

بحث مهمی است، اقرار خیلی بحث ندارد هرچند در جای خودش بحث هایی دارد و شده است. بینه قسامه سایر امارات قانونی

اما بحث اطمینان و علم قاضی به دنبال خودش خیلی امارات دیگر هم می آورد مثل بحث های نظرات کارشناس، پزشک قانونی آزمایشات ژنتیک، انگشت نگاری پیام هایی که از طریق فضای مجازی جابجا می شود، پیامک و... این ها می آید. در بحث به مناسبت متوجه می-شوید. خلاصه یک مسئله ای باز کنیم تحت عنوان علم و اطمینان مقام قضایی در داوری چه حکمی دارد؟ یا این را امتداد همین بحث سیستم قرار دهیم، چون اگر اطمینان و علم قاضی برای اثبات دعوا برای نفی دعوا موثر باشد حتی جایی که امارات قانونی بر خلاف علم و اطمینان است، سیستم قضایی اسلام نزدیک به سیستم دلائل آزاد می شود. اگر علم قاضی و اطمینان قاضی روی هوا باشد و حرف اول را امارات قانونی بزند سیستم اسلام می چرخد به این طرف (به طرف سیستم امارات قانونی) ولو ممحّض نیست حتی اصل هم نداشته باشیم ولی می چرخد به این طرف. برای بحث کردن ما هم تفاوت نمی کند فقط در ساختار کتاب تاثیر دارد من ترجیح می دهم همین کار را بکنم یعنی بحث اطمینان و علم قاضی را امتداد بحث سیستم ها بیاوریم.

### صورت مسئله علم و اطمینان قاضی

ببینید راجع به علم و اطمینان قاضی سه بحث داریم:

1) آیا علم و اطمینان قاضی می تواند اثبات جرم کند؟ یک جا خود قاضی یقین دارد خودش حادثه را دیده و هیچ کس دیگر ندیده، یا شنیده است. شنید که فلانی به فلانی فحش می داد و تهمت می زد؛ آیا علم قاضی یا اطمینان قاضی کفایت می کند برای اثبات جرم یا نه؟

2) آیا علم و اطمینان قاضی برای اثبات جرم در وقتی که سایر امارات بر خلاف است مثل اینکه قاضی یقین دارد این آدم پول دارد ولی مخفی کرده است؛ در جایی که اماره قانونی دال بر نفی است. فرقی با اول این است که در صورت نخست هیچ اماره ای نفی و اثبات نبود اما در صورت دوم اماره می گوید نه، علم قاضی می گوید آره.

3) عکس این، جایی که قاضی علم یا اطمینان به عدم دارد ولی اماره دال بر اثبات است.

علم قاضی به اثبات با وجود امارات به اثبات و علم قاضی به نفی با وجود امارت بر نفی را هم بحث نمی کنیم، لذا سه تا بحث داریم

1) اثبات مستقلا

2) اثبات با وجود دلیل نفی

3) نفی با وجود دلیل بر اثبات

فایل پیاده سازی شده: [کلیک کنید](#)