

متن پیاده سازی شده جلسه بیست و پنجم سال چهارم درس خارج فقه القضا 24 آبان ماه 1400

بسم الله الرحمن الرحيم

علینا القاء الاصول و علیکم التفریع

یکی از آقایان سوال کردند که ما بارها از شما شنیده‌ایم که با اطمینان می‌شود فتوا داد. «خیر الطرق المیسره». چرا الآن رفتاری که در فقه دارید به اطمینان کمتر توجه می‌کنید؟! جواب این سوال، در جلسات قبل هم اشاره شده بود، باز چطور دوستان گفته‌اند، سوال پاسخ داده نشده! ما تا وقتی که راه حصول حالت اول و دوم باشد، نمی‌توانیم به اطمینان فتوا بدهیم. بله اگر امر دائر مدار اکتفا به اصول عملیه و نادیده گرفتن اطمینان باشد، در این صورت از باب خیر الطرق المیسره، می‌توانیم به اطمینان فتوا دهیم. مانند اینکه از برخی ادله غیر معتبر یا تجمیع ظنون، اطمینانی حاصل شود و ما بر اساس آن حکم کنیم. اما در صورتی که راهی مسیره است و می‌توان به علم رسید، نمی‌توانیم به اطمینان فتوا دهیم.

تجربه چند دهه حرف زدن و قلم زدن در این زمینه‌ها، این است که اگر فقیه واقعاً وقت بگذارد و بحث را جدی بگیرد، مثلاً نخواهد بحث دیات فقه را با دماء حل کند، می‌تواند از عموماً استفاده کند. فقیه باید به عموماً توجه کند. شما می‌دانید چقدر احکام از قرآن قابل استنباط است که گاهی در اثر همین نگاه‌های گذرا استفاده نمی‌شود. جالب این است که بعضی‌ها، زمانی که از احکام قرآنی استفاده می‌شود، می‌گویند این حکم اخلاقی است، اخلاق هم غیر فقه است، فقه هم غیر اخلاق است! بارها برای شما گفتیم که دو تا امام معصوم فرموده‌اند ما القاء اصول می‌کنیم، آیا اینها به قولشان عمل کردند یا نکردند؟ اگر امامان معصوم القاء اصول کرده‌اند، ما باید تفریع کنیم. «و علیکم التفریع أن تفرعوا». این را هم نگوییم که آن بزرگان القاء اصول کردند، ولی از دست ما رفته است. ما قبول نداریم که تراش اهل بیت از دست رفته باشد. حالا ممکن است یک کتابی از دست رفته باشد، مثلاً کتاب «الامامة» جناب صدوق از بین رفته باشد، الآن هم اثری از آن نیست، اما آیا مطالبش فقط در همان کتاب بوده و در جایی دیگر منعکس نشده است. بعلاوه ممکن است از دست هم رفته باشد، باز ما اصولی در اختیار داریم که جایگزین آنها می‌شود.

در هر صورت خیالتان راحت باشد که اگر به عموماً و اطلاعات توجه شود، به قواعد کلان توجه شود، به مرجعیت قرآن توجه شود، ما فقری نخواهیم داشت که با این سطح گسترده به سراغ اصول عملیه برویم. اصول عملیه را باید برای شبهات مصداقیه گذاشت.

نظر کارشناس: مصداق شهادت یا اعمال کارشناسی

در جلسه قبل گفته شد که نظر کارشناس گاهی وقت‌ها اخبار از یک پدیده در خارج است و گاهی هم به صورت اعمال کارشناسی است. کسی را ندیدم که این تفکیک را انجام دهد، گرچه در کتاب مکاسب شیخ اعظم در بحث تعیین آرش در باب خیار عیب، اشاراتی شیخ اعظم دارد. (از آن جاهایی است که خوب است در این بحث مطالعه کنید.) گفته شد که نظر کارشناس واقعاً گاهی وقت‌ها مصداق شهادت است، اما گاهی وقت‌ها مصداق شهادت نیست. بعد هم گفتیم در خارج ممکن است مواردی باشد که محل بحث و گفت‌وگو باشد. نکته‌ای که امروز می‌خواهیم بگوییم این است که اگر مبنایمان در بحث شهادت تعدد و عدالت و جنسیت خاص بود، زمانی هم که نظر کارشناس یکی از مصداق شهادت باشد، باید مبنایمان همان باشد، یعنی شروط بحث شهادت در اینجا هم مطرح گردد.

به عنوان مثال، آقای قاضی می‌خواهد حکم مهریه خانمی را در دادگاه صادر کند، گوشی را برمی‌دارد از یک پلافرشی سوال

می‌کند، آقای طلا فروش امروز سگه چند است؟ طلا فروش جواب او را می‌دهد. اگر مبنا در بحث شهادت این باشد که دو شاهد عادل مرد، شهادت بدهند، در این صورت باید از یک طلا فروش دیگر هم سوال کند. البته باید دو شاهد عادل هم باشند، یعنی بتوان پشت سرشان نماز خواند.

شخص قاضی نمی‌تواند بگوید من نظر یک کارشناس را قبول می‌کنم، در رجوع به کارشناس همه دنیا به یک نفر مراجعه می‌کنند. شما سرتان درد می‌گیرد، دلتان درد می‌گیرد، قلبتان درد می‌گیرد، پیش یک متخصص می‌روید، نه کار به ایمانش دارید، نه کار به تعدد دارید، نه کار به جنسیت دارید، می‌گویید نظر متخصص معتبر است، بنای عقلاء هم همین است. در این مورد ما می‌گوییم اینجا از باب شهادت است. اگر این تقسیم بندی را نمی‌گفتیم، گاهی مباحث خلط می‌شدند.

در جلسه قبل گفتیم، دادگاه‌ها از مراجع سوال کرده بودند که در مواردی در کتاب دیات ارجاع به کارشناس شده یا امتحان یا آزمایش، در خصوص موارد فوق آیا نظر کارشناس به عنوان شهادت تلقی می‌شود یا دلیل مستقلی است؟ اگر در مواردی واقعاً بحث شهادت باشد، مثل اینکه پزشک قانونی می‌خواهد ببیند دست این آقا قطع شده یا نه؟ قاضی زنگ می‌زند که آقای پزشک قانونی شما که حادثه را دیدی، گزارش بده یا به پلیس راه می‌گوید، کدام مقصّر هستند؟ حالا فرض کنید پلیس راه هم نرفته اعمال نظر کند. صحنه تصادف را دیده و گزارش پر کرده است، سرعت این آقا اینقدر بوده، سرعت آن آقا اینقدر بوده. در این صورت حکم شهادت را دارند.

اگر در مواردی واقعاً اعمال نظر کارشناس باید باشد، در این صورت مسئله از مصادیق شهادت نیست. مثل خیلی از کارشناسی‌هایی که پزشک قانونی انجام می‌دهد، خیلی از آزمایشاتی که صورت می‌گیرد، پلیس راه که کروکی را می‌کشد، خیلی وقت‌ها از تجربیات خودش استفاده می‌کند.

اگر مسئله اینطور باشد، باید ببینیم نظر ما در جایی دیگر راجع به کارشناس چیست؟ معمولاً آقایان اینجا که می‌رسند گویا تنزل می‌کنند. البته راحت هم تنزل نمی‌کنند، اما با انشاء الله ما شاء الله می‌گویند حرج پیش می‌آید. ببینید مخصوصاً آن مکاسبی را که گفتم، بعد ذیل مکاسب، بحث‌های علمای دیگر را ببینید. محصل کلام اینکه ماهیت نظر کارشناس باید معلوم گردد.

#### مقتضای تحقیق

نظر ما این است که نه در شهادت تعدد و جنسیت و عدالت (به معنای عدالت امام جماعت) لازم است و نه در نظر کارشناس. لذا اگر این دو مبحث خیلی از هم جدا نشوند، در نگاه ما مشکلی ایجاد نمی‌کند. مقتضای تحقیق این است که نظر کارشناس مطلقاً کفایت می‌کند. مطلقاً یعنی چه؟ یعنی بدون اعتبار عدالت و تعدد و جنسیت خاص در هر دو فرض، (هم فرضی که کارشناسی شهادت است و هم فرضی که اعمال خبرویت است)، نظر کارشناس کفایت می‌کند. البته وثوق و اطمینان شرط است، چون اگر کسی به ما خبری می‌دهد، مثل طلا فروش که خبر می‌دهد، باید به آن اطمینان داشته باشیم که دروغ نمی‌گوید، پول نگرفته است، رشوه نگرفته است.

در صورتی هم که کارشناس می‌خواهد اعمال حدس و گمان کند، نظر کارشناس کفایت می‌کند، لذا ما در این أماره اطمینان را شرط می‌دانیم، ولی تعدد و جنسیت و عدالت لازم نیست. ممکن است یک خانمی باشد که نماز نمی‌خواند، ولی دروغ نمی‌گوید، اگر می‌خواهد اعمال حدس و گمان کند، به کارش تخصص دارد. البته در این قسم دوم، شرط تخصص اضافه می‌شود. نکته اول: این نظر، مقتضای اصل است والا اگر در موردی امام علیه السلام فرمودند من اینجا تعدد را شرط می‌دانم، ما روی چشم می‌گذاریم. مثلاً در هلال شوال شاید از ادله اینگونه فهمیده شود که دو ثقه معتبر است، در این صورت ما حرفی نمی‌زنیم. ولی مقتضای اصل همان مطلبی است که گفتیم.

نکته دوم: در مهمّ امور آیا در جایی که پای حقوق دیگران در کار است و امکان تحصیل علم وجود دارد، می‌توانیم بگوییم نظر اهل خبره کافی است؟ (همین سوالی که دادگاه‌ها کرده بودند در خصوص تعیین دیه، حال مصدوم، نظر کارشناس.) در این صورت اگر راهی وجود دارد، باید راه اُسدی را پیدا کنیم. مثلاً وقتی دادگاه می‌خواهد شوهری را محکوم به مهریه کند، به یک طلا فروش اکتفا نکند. (ولو ما بگوییم در امور روزمره اعتماد به یک کارشناس کافی است، خود ما اکتفا می‌کنیم. شخصی وقتی یک طلا فروش را قبول دارد، توی مغازه‌اش می‌رود و طلاش را می‌فروشد، اصلاً از سایر طلا فروش‌ها سوال هم نمی‌کند.) زمانی که مسئله از مهمّ امور شد، مثل تعیین محکوم علیه، با امکان تحصیل علم، یعنی همان حالت یک و دو نمی‌توان به آنچه بیان کردید فتوا داد. واضح است که در فرض وجود أمارات قانونی باید به اقتضای آن أمارات پایبند شد. یک دفعه خود شارع

فرموده بینه کافی است، چه اطمینان بیاورد چه نیاورد. بحث ما نظر کارشناس است، ما امارات قانونی را بحث نمی‌کنیم. وقتی امارات قانونی مثل بینه، مثل اقرار، مثل ید، مثل سند رسمی (اگر سند رسمی را از امارات قانونی بدانیم) وجود داشته باشد، بر طبق امارات قانونی حکم می‌کنیم. خوب این حاصل تحقیق بود.

(برای شما فضلاء این بحث‌ها یک فرآیند باشد، نه یک برآیند، یعنی در مسیر قرار بدهید. پرونده باز کنید و این بحث در مسیر شدن قرار گیرد. حالا ممکن است برای ما مسیر بودن است. بحث‌هایی که برای استاد بود است، برای شاگرد باید فرآیند باشد، هر چند هم فاضل باشد، مگر اینکه خودش جداگانه کار کرده باشد.)

### آزمایشات تجربی

بحث بعدی در مورد آزمایشات است. وقتی آزمایش می‌کنیم و یک جوابی می‌گیریم، مثلاً خون طرف گرفته می‌شود و به دستگاه داده می‌شود، دستگاه تعیین می‌کند، ربات و هوش مصنوعی تعیین می‌کند. شخصی با یک نفر دیگر روی درصد شنوایی یا درصد بینایی اختلاف دارند، پیش دکتر می‌روند تا درصد شنوایی یا درصد بینایی را با دستگاه تعیین کنند. در این موارد چه باید بگوییم؟ به نظر ما، این موارد را نباید مستقل از کارشناسی کارشناس حساب کرد، یعنی این موارد ابزاری هستند که در اختیار کارشناس است. اگر ربات یا دستگاه هوشمندی باشد که آزمایشات را انجام می‌دهد، به اینها هم حکم کارشناس را باید بدهیم. همه‌ی حرف‌هایی که در مورد نظر کارشناس گفتیم، در اینجا هم مطرح است. البته اینجا جنسیت معنا ندارد که ما گفتیم نمی‌خواهد، تعدد نمی‌خواهد. این مسئله وثوق می‌خواهد، وثوق اگر باشد کفایت می‌کند و اگر وثوق نباشد، کفایت نمی‌کند.

### عدم اعتماد به اطمینان در باب حدود و نظایر آن

در صفحه 377 برگه‌ها یک تیتیری زده بودیم، تمرین فقهی، اطمینان، نظر کارشناس، مورد قصاص. در بحث قضاء در صورتی که راه بهتری ممکن باشد، نمی‌توان به صرف اطمینان اعتماد کرد، مخصوصاً در باب حدود و نظایر آن. مثلاً بخواهند به صرف اطمینان شخصی را شلاق بزنند، اعدام کنند، دستش را قطع کنند، حتی در بحث‌های مالی به اطمینان اعتماد نشد، چه برسد به اینکه در حدود قائل به اطمینان شویم. گفته بودیم اگر اطمینان باشد و علم حاصل نشود، پرونده متوقف خواهد شد. ممکن است شخصی بگوید در باب قصاص می‌توان از ادله استفاده کرد که شارع مقدس اطمینان را قبول کرده است. اطمینان که سهل است حتی به کمتر از اطمینان نیز می‌توان حکم داد. این مطلب از برخی روایات استفاده می‌شود. دو تا از روایات را در برگه آورده‌ام. خلاصه روایات این است که امام می‌فرماید: «إن الله قد حکم فی دمائکم بغیر ما حکم به فی أموالکم» در خون، اثبات قاتل بودن را به عهده مدعی نمی‌گذارند، بلکه اثبات من قاتل نیستم را به عهده‌ی مدعا علیه می‌گذارند. آئین دادرسی در مباحث کیفری خون متفاوت است با آیین دادرسی در موارد حقوقی.

«حکم فی أموالکم» در دعاوی حقوقی و مالی خدای متعال قرار داده که بینه بر مدعی باشد و قسم بر منکر یعنی مدعی علیه باشد. به مدعی می‌گویند اگر بینه‌ی داری بیاور، اگر هم نداری طرف مقابل قسم می‌خورد و دعوی تمام می‌شود. «أما حکم فی دمائکم انّ البیئة علی المدعی علیه» بینه باید بیاید بگوید فلانی قاتل نیست، اما حکم قسم علی من ادعی است. چرا امام فرمودند تا خون مسلمان از بین نرود.

در یک روایتی دیگر فرموده‌اند: اگر بخواهد غیر از این باشد، یک کسی مخفیانه، شب یک نفر را خفه می‌کند. عبارت این است: «أما جعلت القسامة» قسامه، همان قسمی است که مدعی می‌خورد 50 نفر را می‌آورد، بعضی‌ها می‌گویند، اگر 50 نفر نبود، خودش 50 قسم می‌خورد یا اگر ده نفر بودند، هر کدام برای قتل عمد 5 قسم می‌خورند و الا 25 قسم می‌خورند. «أما جعلت القسامة احتیاطاً للناس لکی ما إذا أراد الفاسق أن یقتل رجلاً أو یقتل رجلاً حیث لا یراه أحد خاف ذلک فامتنع من القتل» اینکه قسامه قرار دادند یعنی یک تدبیری برای حفظ خون مردم است. ممکن است شخصی بگوید از این روایات فهمیده می‌شود که اطمینان قاضی کافی است. در این حدیث بحث اطمینان نیست. یکی بگوید ما این مطلب را از بیان و لحن امام تشخیص دهیم، کافی است. لذا اگر قاضی به اطمینان رسید، دیگر معطل نکند.

بنده عرض می‌کنم کسی این حرف را نزند. در این صورت هم قاضی حق ندارد به اطمینان فتوا دهد. بله اگر از طرق امارات قانونی بخواهد حکم را بیان کند، می‌تواند به همان اماره قانونی حکم کند. اتفاقاً بعضی وقت‌ها قسامه یک ذره هم اطمینان نمی‌آورد، خوب نیاورد. البته می‌تواند تحقیق و جست‌وجو کند. قسامه بعضی وقت‌ها مخصوصاً در نظام‌های قبیله‌ای عشیره‌ای که تعصب زیادی روی خون دارند، اطمینان آور نیست. مثلاً در برخی قبیله‌ها اعتقاد اینگونه است که اول خون عشیره قبیله مهم

است بعد وطن مهم است و بعد از آن دین مهم است. لذا بعضی‌ها می‌گویند در قسامه راحت افراد قسم می‌خورند، حواستان باشد باید لوث هم باشد، اینطور نیست که هر فرد بی‌گناهی آمد و بر علیه‌اش فوری قسم خوردند قاضی بتواند حکم کند، باید لوث باشد، شبهه باشد، شبهه ارتکاب باشد.

نظر ما این است که اگر راه مطمئنی وجود دارد، قاضی نباید عجله کند. قاضی می‌تواند از طریق کارشناسان امین، یقین کند که اینها دروغ می‌گویند و اگر یقین به خلاف دارد، حکم نکند. پس قسامه هم از مورد بحث ما خارج نشد و نمی‌توان گفت که یک استثناء در حکم بوده است. این مطلب را اگر نمی‌گفتیم، شاید دوستان چند روایت را مطالعه می‌کردند و می‌گفتند قصاص یک وضع خاصی دارد، ولی ما این حرف را نمی‌زنیم.

### اطمینان به خلاف امارات قانونی

ما گفتیم که امارات قانونی، اعتبارش در گرو افاده علم برای قاضی نیست. همچنین در گرو افاده اطمینان هم نیست، حتی در گرو افاده گمان هم نیست، پس امارات قانونی در گرو هیچی نیست. فکر هم نکنید اینها محل بحث باشد، خوشبختانه فقه ما در این گزاره‌ها به قرار رسیده است. سوالی اینجا مطرح است که آیا در گرو این است که قاضی علم به خلاف نداشته باشد؟ مثلاً بینه یک اماره قانونی است، افاده اطمینان شرط نیست، افاده گمان شرط نیست، ولی نباید مقام قضایی یقین به خلاف داشته باشد. علم به وفاق امارات قانونی شرط نیست، اما علم به خلاف مانع است. علماء هم فرموده‌اند، می‌توانید به کتب علمی مراجعه کنید.

سوال اصلی ما در صورتی است که قاضی اطمینان به خلاف امارات قانونی دارد، آیا این اطمینان مانع است یا نه؟ اگر شخصی نزد قاضی اقرار کرد، ولی قاضی اطمینان دارد این اقرار ارزشی ندارد یا دو تا بینه پیش قاضی آمده‌اند، شرط ثقه یا عادل بودن را هم دارند، ولی قاضی می‌داند اینها اشتباه می‌کنند، آیا این اطمینان مانع نفوذ امارات قانونی می‌شود یا نه؟ آیا در این صورت قاضی می‌تواند امارات قانونی را نادیده بگیرد؟

آقایان بحث درستی درباره این مطلب ندارد، ممکن است کسی جایی بحث کرده باشد، ولی بنده بحثی که معتنا به باشد را ندیدم. راجع به این موضوع اگر بخواهیم نظر بدهیم باید مواضع مان را راجع به اطمینان ولو در بحث ایجاب ببینیم چه بوده است. بعضی‌ها می‌گفتند اطمینان یقوم مقام العلم، بزرگواری که می‌گوید اطمینان یقوم مقام العلم فقط اطمینان به وفاق را که نمی‌گوید، اطمینان به خلاف را هم می‌گوید، لذا اگر قاضی اطمینان دارد که این اقرار ارزشی ندارد، در این صورت اقرار، اعتبار نخواهد داشت.

هر موضعی که ما راجع به اطمینان در بخش ایجاب بگیریم، در بخش سلب هم باید همان موضع را بگیریم. ما شک و شبهه‌ای می‌کردیم و می‌گفتیم اگر راه بهتری وجود دارد، مخصوصاً در مهم امور، مقام قضایی نمی‌تواند به اطمینان عمل کند. این را باید بحث کنیم. نمی‌خواهیم بگویم اینجا قبول نمی‌کنیم، یعنی اقرار قبول است، بینه قبول است ولو اطمینان به خلاف داریم. این مطلب را در جلسه بعد مطرح خواهیم کرد.

چنانکه من این را تا حالا نگفتم، قانونی به عنوان قانون درع داریم، یعنی تدرع الحدود بالشبهات. حالا یک کسی مثل ما می‌گوید، قانون درع نداریم، ولی مشهور این را نمی‌گویند. مشهور قریب به اتفاق می‌گویند قانون درع داریم. در قواعد فقه سیاسات یکی از قواعد درع بود که ما بحث کردیم، اگر آن را قبول کنیم، ممکن است بگوییم اطمینان به خلاف شبهه اگر از باب حدود باشد، (حدود که می‌گوییم شامل قصاص هم می‌شود، شامل تعزیرات هم می‌شود)، قاعده تدرع الحدود بالشبهات جاری می‌شود. اما در بحث‌های مالی این قاعده جاری نمی‌شود. توضیح این مطلب در جلسه بعد گفته خواهد شد.

### چکیده

نظر کارشناس مطلقاً کفایت می‌کند، چه به عنوان مصداق شهادت باشد، چه اعمال کارشناسی باشد. در هر دو صورت عدالت و تعدد و جنسیت مطرح نخواهد بود، البته وثوق و اطمینان شرط است. در باب حدود و نظایر آن به اطمینان اعتماد نمی‌شود. امارات قانونی اعتبارش در گرو افاده علم یا اطمینان قاضی نیست.