

## متن پیاده سازی شده جلسه سی ام سال چهارم درس خارج فقه القضا 6 آذر ماه 1400

بسم الله الرحمن الرحيم

بررسی تفصیل آیت الله مکارم

یکی از تفصیلاتی که در بحث علم قاضی وجود دارد، تفصیل بین علم برخواسته از مقدمات حسّی یا قریب به حس و علم برخواسته از تجمیع ظنون و قرائن ظن آور است. در صورت اول قاضی می تواند به علمش عمل کند، ولی در صورت دوم قاضی نمی تواند به علمش عمل کند. در گذشته بر اعتبار علم قاضی مطلقاً تأکید می شده، ولی امروزه این تفصیل جای خود را در مجامع علمی پیدا کرده است، هر چند که ما ملاحظات متعددی بر این تفصیل داریم.

آیت الله مکارم در این تفصیل تفاوتی بین معصوم و غیر معصوم نگذاشته اند، لذا حتّی قضاوت های حضرت امیر را توجیه کرده اند و گفته اند آنها نیز از امور حسّی یا قریب به حس بوده است، منتها خیلی زیرکانه صورت گرفته است. اگر در قضاوت های حضرت امیر امور غیر حسّی وجود داشته باشد، ایشان می گویند این دسته از روایات سند ندارند، لذا ما به این بزرگوار می گوئیم مگر قرار نشد حساب معصوم جدا باشد.

صاحب جواهر می فرمایند: «لا خلاف یعتدّ به» معصوم می تواند مطلقاً به علمش عمل کند. بعد هم شاهد می آورد، نه اینکه فقط «لا خلاف» بگوید و بگذرد. البته نقل اجماع و دلیل هم می آورد. اگر شما این مطلب را قبول ندارید، لا اقل به عنوان یک جواب می توانستید بگویید که حساب معصوم جداست، اگر هم قبول ندارید، بگویید ما قبول نداریم، لذا اینگونه جواب می دهیم. آقایان در این بحث جواب اصلی را رها کرده اند و به جواب های دیگر پرداخته اند که جای خودش ممکن است جواب به حساب آید. در ادامه بحث ایشان به راحتی گفته اند که اگر علمی از مقدمات ظنیّه حدسی حاصل شود، دلیلی برای آن نداریم. این متوقّف بر این است که ادله قائلان بر اعتبار علم قاضی مطلقاً را جواب دهید. قطعاً تفصیل شما جواب مخالفان این قول را نداده و تحقیقی هم قاعدتاً روی این مسئله صورت نگرفته است. لا اقل یک منبعی معرفی می کردید، همین طور بگوییم دلیلی نداریم، در حالی که به اقتضائات اشاره نکرده اید، روش پژوهشی خوبی نیست.

ایشان گفته اند که اگر امر حسّی یا قریب به حسّی نباشد، حاکم در معرض تهمت واقع می شود، یعنی می فرمایید در این صورت قاضی نباید قضاوت کند؟! می توانید این را مترتب کنید یا می خواهید این را دلیل قرار دهید، مثل این جنید که گفته بود قاضی در معرض تهمت واقع می شود. اگر می خواهید این را دلیل قرار دهید، مطلب دیگری است، ولی در معرض تهمت بودن نمی تواند دلیل باشد.

اگر در معرض تهمت بودن دلیل عقلی باشد، باید یک لازمه ای وجود داشته باشد که انسان لازم و ملزوم را بفهمد. نهایتاً این

بتواند در ضمن مطلبی دیگر قرار گیرد تا امکان داشته باشد به عنوان دلیل استفاده گردد. لذا من در برگه ها اینطور اشکال

کرده ام: «در معرض تهمت واقع شدن شاید بتواند مقرب فتوا به عدم اعتبار در ذهن فقیه باشد، لکن به تنهایی صلاحیت دلیل شدن را ندارد.» این قید به تنهایی را بنده می گویم، ولی بعضی ها همین را هم نمی گویند، آنها می گویند این مطلب صلاحیت دلیل واقع شدن را ندارد. اما من می گویم شاید انسان این مطلب را در ضمن چند وجه دیگر بیاورد و از باب تجمیع ظنون یک وجهی درست کند، اما این مطلب به تنهایی دلیلی نیست که اینجا این چنین حالتی دارد.

این تفصیل ملاحظات بسیاری دارد، اما به هر صورت می بین خوبی برای تفصیلی است که در اهل سنت و شیعه در حال گسترش است، لذا این تفصیل را بیان کردیم.

## نظر فقهای عامه در مسئله

اینجا به نظرم رسید که نظر فقهای عامه در مسئله را بررسی کنیم و ببینیم اگر آنها نکاتی دارند بیان کنیم. در گذشته فقهای عامه قائل به جواز بوده‌اند، مثل همین فرآیندی که در فقه شیعه موجود است، در فقهای عامه نیز وجود دارد. کثیری از متأخرین قائل به عدم جواز مطلقاً هستند، اینها به نظر ابن جنید رسیده‌اند.

نظر فقهای عامه را از کتاب مرحوم آقای شاهرودی نقل می‌کنم. البته کسی بخواهد نظر عامه را بیاورد، خوب است مستقیم از کتاب آنها نقل کند. متأخرین از عامه گفته‌اند معیار این است که قاضی واقعه برایش روشن باشد، به اصطلاح قاضی به حادثه علم مکتسب پیدا کند به طوری که گویا شاهد واقعه بوده است. می‌دانید در فلسفه می‌گویند انسان عالم، علم خودش را نمی‌بیند، واقعه را می‌بیند با اینکه واقعه الآن کنارش نیست، اما گویا شاهد واقعه است.

أمارات قانونی یکی از طرقی است که برای قاضی علم می‌آورد، طریق دیگر این است که خود قاضی شخصاً حادثه را مشاهده کند، لذا علم مکتسب می‌خواهیم. علم مکتسب از دو طریق به دست می‌آید: 1. از طریق أمارات قانونی. 2. از طریق علم شخصی. علم شخصی قوی‌تر از أمارات قانونی است، لذا کثیری از فقهاء متقدم اهل سنت قائل شدند که قاضی می‌تواند به علم خودش قضاوت کند.

«أما خربت الذم ضعف الواضع الديني و فسد الضمير في كثير من الناس» اما تعهدات کم شد، خراب شد، واضع و عامل نگه‌دارنده دینی ضعیف شد، نهان افراد فاسد شد، هوا غالب شد. زمانی که اینگونه شد قضاوت‌ها هم اینگونه شدند. وقتی اینطور شد گفته شد که علم قاضی ریب برانگیز است، شک برانگیز است، فقها هم فتوا دادند که قاضی نمی‌تواند به عملش عمل کند. عبارتی از شافعی نقل می‌کنم که گفته است: «لولا قضاة السوء لقلت إن للحاكم أن يحكم بعلمه» اگر این قضاوت بی‌دین نبودند، ولی حالا که هستند دیگر نمی‌گویم. اینجا است که گفته‌اند فقهای متأخر اجماع بر عدم جواز علم قاضی دارند. این عبارت تفصیل نمی‌دهد و می‌گوید مطلقاً علم قاضی معتبر نیست، فرقی هم نمی‌کند که منشأ علم قاضی امر حسّی یا حدسی باشد. فقهای عامه الآن اجماع دارند بر اینکه قاضی به علم خودش عمل نکند.

علم شخصی که علمای اهل سنت تعبیر می‌کنند با اصطلاح علم شخصی که ما در اصول به کار بردیم، متفاوت است. علم شخصی گاهی در مقابل علم نوعی قرار می‌گیرد، مثلاً شخصی زود باور است، به او می‌گویند تو قطعاً شخصی است، چرا دیگران این قطع‌ها را پیدا نمی‌کنند، می‌گویند من با استخاره قاطع می‌شوم، با خواب قاطع می‌شوم، با رمل و اسطرلاب قاطع می‌شوم، با علوم غریبه قاطع می‌شوم، اینها قطعاً هستند، علم این افراد علم شخصی است و به درد نمی‌خورد. در این معنا، علم شخصی در مقابل علم نوعی قرار گرفت.

علم شخصی که فقهای عامه می‌گویند این نیست. علم شخصی یعنی کسی که در صحنه حاضر باشد و صحنه را دیده باشد و غیر از او دیگران صحنه را ندیده‌اند، در نتیجه کسی غیر از او نیست که شهادت دهد. مثلاً فرض کنید قاضی داخل اتوبوسی بوده و دید دو نفر دعوایشان شده است، اتفاقاً همین دعوا پرونده قضایی شد و به دست همین قاضی رسید. در این صورت قاضی دعوا را دیده و دیگران آن را ندیده‌اند، أمارات قانونی هم نیست، حالا ممکن است قاضی به مدعی بگوید بینه بیاور والا منکر قسم می‌خورد یا ممکن است بگویم قاضی به علم شخصی‌اش عمل کند. لذا من نوشته‌ام «مراد از علم شخصی در آن عبارت، علم مقابل علم نوعی نیست، بلکه علمی است که خاص به قاضی است به دلیل اینکه وی ناظر صحنه بوده است نه دیگران، به طوری که هر کس دیگری هم ناظر صحنه بود، عالم به واقعه می‌شد.»

در ادامه عبارت آمده است: «أصبح علم القاضي الشخصي، أصبح مكتنفاً بالظنون و الريب» علم قاضی که علم شخصی است، این علم شک برانگیز شده است. این شخصی که در این عبارت آمده به معنای غیر عادی است، یعنی علمی که شخص قاضی دارد و افراد دیگر این علم را ندارند، این منظور است.

محصل کلام اینکه سیری در رأی فقهای اهل سنت وجود داشته است، کثیری از آنها در گذشته به علم قاضی اعتبار داده‌اند، در ادامه علم قاضی را رد کرده‌اند و گفته‌اند اعتباری ندارد، الآن هم می‌گویند اجماع کرده‌اند که علم قاضی اعتباری ندارد، فرقی هم نمی‌کند مستند به حسّ باشد یا حدس. این نظر همان نظر ابن جنید است که علم قاضی اعتبار نداشت.

(بعضی‌ها می‌گویند ابن جنید سابقه سنّی بودن را دارد حتّی گاهی می‌گویند اینکه قیاس انجام می‌دهد، نشان می‌دهد که سنّی است. قیاس کردن ایشان شاید مربوط به زمان قبل از استبصارش باشد یا حتّی بعد از استبصار نیز قیاس انجام داده، ولی به هر

حال آن افکار با ایشان بوده است. در این حال اگر خواستید قضاوت قطعی کنید، باید روی این مسئله تحقیق انجام دهید، من شنیده‌هایم را عرض می‌کنم. بله در اینکه ایشان یک مشی نزدیک به اهل تسنن دارد، (حالا مربوط به دوران قبل از استبصار بوده یا بعد از آن)، نمی‌توان شک کرد. من یک زمانی می‌خواستم قیاس‌گرایی ایشان را توجیه کنم و در چهارچوب اصول فقه شیعه بیاورم که نتوانستم و نشد این کار را انجام دهم، لذا این گرایش را آدم حس می‌کند. اما سابقه تسنن داشته یا نداشته این را نمی‌توان گفت، به هر حال تحقیق لازم است. ممکن است بعضی از دوستان تحقیق کرده باشند و بگویند چرا استاد شک دارد، این مسئله خیلی روشن است. بسیار خوب شما تحقیق کرده‌اید.)

### قول سنهوری: حقیقت قضایی و حقیقت واقعی

(آقای عبد الرزاق احمد سنهوری یکی از فقهای است که جنبه حقوقدان بودنش غلبه دارد. ایشان در کتاب «الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید» شرح مفصّلی بر قانون مدنی مصر دارد. کتاب الوسیط کتاب خوبی است، ممکن است ما ملاحظات زیادی بر این کتاب داشته باشیم، ولی به هر حال کتاب مطرحی است. اتفاقاً من نگاه می‌کردم در جلد دوم الوسیط همین بحث‌هایی که ما داشتیم آمده بود، سیستم قضایی اسلام، سیستم امارات قانونی، سیستم ادله آزاد و سیستم مختلط اینها را آقای سنهوری هم دارد، حتی ممکن است کسی فکر کند که ما از بیانات ایشان این مطالب را گرفته‌ایم، ولی دأب ما این است که اگر گرفته بودیم حتماً آدرس می‌دادیم. بعداً من دیدم این متفکر جهان اسلام بحث‌های خوبی در این زمینه انجام داده است.) ایشان می‌گویند ما حقیقت قضایی و حقیقت واقعی داریم. منظورشان از حقیقت قضایی، یعنی آنچه که امارات قانونی بر آن دلالت می‌کند و این از طریق سیستم قضایی است که قانون ترسیم کرده است، مثلاً در یک حادثه امارات قانونی دلالتی دارد، شهود شهادت می‌دهند، اسم این را حقیقت قضایی می‌گذارند.

گاهی وقت‌ها قاضی به حقیقت واقعی یقین دارد که مخالف حقیقت قضایی است، در این صورت قاضی چه کار کند؟ قانون چه می‌گوید؟ ایشان نمی‌گویند قاضی چه کار کند، ولی ما در جلسات قبل در این باره بحث کردیم و گفتیم که اگر قاضی روی فرآیند پرونده قضایی شک دارد یا می‌داند مفاد قانون خلاف نظر خودش است، قاضی چه کاری باید انجام دهد.

ایشان از این بحث می‌کنند که قانون‌گذار چه کار باید کند. قانون‌گذار باید روی حقیقت قضایی تأکید کند نه حقیقت واقعی.

«جعل القانون فی تمسکه بالحقیقة القضائیة دون الواقعیة» قانون را قانون‌گذار بگوید. می‌دانید چرا حقیقت قضایی مقدم

می‌شود؟ این کار از روی هوا نیست، از روی هوس نیست، از روی شهوت نیست. برای اینکه در اینجا دو اعتبار وجود دارد، از یک طرف اقتضای عدالت را نگاه می‌کنند که عدالت اقتضا می‌کند دنبال حقیقت واقعی باشد و امارات قانونی هم حتی امکان جوری تنظیم شود که حقیقت را نشان دهد، اما از آن طرف باید در نظر بگیریم که باید جلوی تحکم و جور گرفته شود، چه بسا قاضی مراعات نکند، جلوی اختلاف سلیقه‌ها گرفته شود.

در بحث دوازدهم می‌گفتیم که یکی از مزایای حاکمیت امارات قانونی عدم اعمال سلیقه‌های مختلف است و از مشکلات ادله آزاد (با همه خوبی‌هایی که مخصوصاً برای قاضی دارد، چون طبق علمش قضاوت می‌کند، خیالش راحت است)، اختلاف سلیقه و امثال ذلک است. ممکن است یک قاضی فطن باشد، یک قاضی زودباور باشد، قاضی دیگر دیرباور باشد، این موارد هم وجود دارد و لذا این باعث می‌شود «الی تقييد القاضی فی الأدلة التي يأخذ بها» قاضی محدود شود و به او بگویند به علم خودت عمل نکن.

ایشان مطالب خوبی را بیان کردند، یعنی سهم واقع را بیان کرد، حقیقت قضایی درست کرد، حقیقت واقعی درست کرد، گفت گاهی اینها با هم همسو نیستند، اینجاست که قانون‌گذار باید مدیریت کند. گاهی ما تعبیر مدیریت متضاد نماها را استفاده می‌کنیم، یعنی از طرفی عدالت از بین نرود و از طرفی دیگر نیز، اعمال سلیقه نشود، لذا راهش این است که امارات قانونی جعل شود و علم قاضی منع شود.

یکی از آقایان به آقای سنهوری اشکال گرفته‌اند به اینکه مطلب شما اقتضاء نمی‌کند علم قاضی الغاء شود، نهایتاً اقتضاء می‌کند علم قاضی محدود شود. در پاسخ باید گفت ظاهراً اینطور نیست، ایشان می‌گویند واقعاً علم قاضی را الغاء کنید حتی اگر مستند به شواهد باشد. ممکن است کسی بگوید یک دفعه قاضی می‌گوید من خودم صحنه را دیدم، اما دفعه دیگر می‌گوید فلان جا هست بروید نگاه کنید، احتمال دارد بگوییم اینها با هم فرق دارند.

## چکیده

یکی از تفصیلات در بحث علم قاضی، تفصیل بین علم برخواسته از مقدمات حسّی یا قریب به حس و علم برخواسته از تجمیع ظنون است، این تفصیل ملاحظات بسیاری دارد. کثیری از فقهای اهل سنّت در گذشته به علم قاضی اعتبار داده‌اند، ولی الآن می‌گویند اجماع بر این است که علم قاضی اعتباری ندارد. آقای سنهوری می‌گوید ما حقیقت واقعی و حقیقت قضایی داریم، اگر قاضی یقین به حقیقت واقعی دارد که مخالف حقیقت قضایی است، در این صورت قانون‌گذار باید روی حقیقت قضایی تأکید کند.