

### متن پیاده سازی شده جلسه شصت و چهارم سال پنجم درس خارج فقه القضا 23 بهمن ماه 1401

بسم الله الرحمن الرحيم

سوال: در جنگی در زمان امیرالمؤمنین علیه السلام و خلیفه دوم، دو دختر به نام‌های شهربانو و کیهان بانو از پادشاهان ساسانی اسیر شدند. این دو دختر را به مدینه آوردند. امیرالمؤمنین علیه السلام دستور دادند این دو با کسانی که خودشان می‌خواهند ازدواج کنند. با اینکه اسیران دارای حقوق و حقوق یکسان هستند قانونی برای این دو اسیر وضع کردند و آن‌ها را مصونیت دادند. آیا می‌توان این مورد را از موارد مصونیت بشماریم؟

پاسخ: مصونیت یک اصطلاح است و نمی‌شود آن طور که می‌خواهیم آن را توسعه بدهیم. این مورد را مصونیت قضایی نمی‌گویند. گاهی اسراء به دلیل برخی مصالح، یک امتیازاتی داشته‌اند؛ مثلاً وقتی پیامبر (ص) دختر حیی بن اخطب را در جنگ با یهود اسیر کردند، فرمودند: برای او چادر مستقل بزنید. اینها مصونیت گفته نمی‌شود.

سوال: اصل 86، قید «مقام ایفای وظایف نمایندگی» دارد. در دل حکومت اسلامی به نماینده و کارگزار مردم مصونیت داده می‌شود. آیا بر اساس روش فرایند و برابری که شما مطرح کردید می‌شود این مصونیت را در دل طاغوت هم تصور کرد. مثلاً علی بن یقطین از کارگزاران امام در حکومت عباسی بود، وقتی جانش در خطر بود، امام فرمودند مثل سنی‌ها نماز بخوان و وضو بگیر. آیا اینها از موارد مصونیت قضایی است؟

پاسخ: این موارد تدابیر در شرایط خاص است. تقیه یک تدبیر است. تقیه یعنی انسان خود را نگه دارد و مصون کند. اینها مصونیت قضایی نیست.

سوال: در مورد تضمین چه کتابی را توصیه می‌کنید؟

پاسخ: کتاب «شرح تصحیح علی التوضیح» اوایل جلد دوم به بحث تضمین پرداخته است.

بسم الله الرحمن الرحيم

### تحلیل رابطه اصل 86 قانون اساسی با اصل 19 و 20

اصل 86 و اصل 19 و 20 از قانون اساسی را مطرح کردیم. درس خارج قانون اساسی را مطرح نمی‌کنیم؛ اما بالاخره قانون اساسی را چندی از فقها و مراجع فعلی نوشته‌اند، اگرچه به آن نمره بیست نمی‌دهیم؛ اما نمره خوب می‌دهیم و لذا باید بررسی کنیم آنها چه دلیلی مدنظر داشته‌اند که این قانون را نوشته‌اند.

قانون اساسی می‌گوید نماینده تا زمانی که وظیفه نمایندگی را انجام می‌دهد مصونیت دارد؛ اما اگر در بیرون از این وظایف جرمی را مرتکب شود؛ مانند سایر مردم با او برخورد می‌شود. شورای نگهبان ظاهراً با این اصل کنار نمی‌آید. طبق نامه‌ای که در جواب رئیس قوه قضاییه وقت دادند با این اصل 86 قانون اساسی کنار نیامده‌اند و هنوز ناسخی نیامده است. البته اطلاعات بنده به‌روز نیست، اگر ناسخی آمده است دوستان اطلاع بدهند.

بر فرض این که اصل 19 و 20 از قانون اساسی، هیچ فردی را تحت مصونیت قرار ندهد، این دو قانون عام می‌شوند. اصل 86 قانون اساسی که نمایندگان را تحت مصونیت قرار می‌دهد دلیل خاص می‌شود. همیشه دلیل عام توسط دلیل خاص تخصیص می‌خورد. تخصیص عام به خاص مخصوص روایات و متون فقهی نیست؛ بلکه در کلام هر شخص حکیمی این قاعده پیاده می‌شود.

تحلیل شرعی اصل 86 قانون اساسی

شورای نگهبان در پاسخ به استفسار رئیس قوه قضاییه وقت بیان کردند: «مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در خصوص اصل 86 حاکی از این است که مصونیت، ریشه اسلامی ندارد و تمام مردم در برابر حق و قانون الهی یکسان و برابرند. هر فردی که در مظنه گناه یا جرم قرار گیرد قابل تعقیب است و اگر شکایتی علیه او انجام گیرد، دستگاه قضایی باید او را تعقیب کند.»

این پاسخ شورای نگهبان با اصل 86 قانون اساسی مخالفت پیدا می‌کند. این سوال پیش می‌آید که چرا در بررسی نهایی، این اصل حذف نشده و تغییر نکرده است. این از ابهام‌هایی است که باقی می‌ماند.

دلیل بیان این قانون از سوی بزرگان چه بوده است. قانون‌گذار در قانون اساسی به این دلیل که یکی از وظایف نمایندگان، نظارت است به سمت مصونیت نمایندگان رفته است. معمولاً وظیفه نماینده را قانون‌گذاری می‌دانیم؛ ولی اصل 76 قانون اساسی می‌گوید: نمایندگان حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را دارند؛ لذا کسانی که با وظایف و حقوق نمایندگان آشنا هستند، می‌گویند این حق نیست؛ بلکه یک وظیفه است. ما نیز این را وظیفه می‌دانیم؛ زیرا مجلس باید حافظ حقوق ملت باشد؛ لذا باید وظیفه نظارت را هم داشته باشد.

گاهی نظارت نماینده مستلزم ورود به حریم خصوصی اشخاص است. اگر نماینده بعد از تفحص، آزادی بیان نداشته باشد چه کاری می‌تواند انجام دهد؛ لذا طبیعت وظیفه نظارت که بر عهده نمایندگان است، مصونیت نمایندگان را می‌طلبد. اگر بگوییم نماینده وظیفه ندارد؛ بلکه حق نظارت دارد، باز هم این حق اقتضا می‌کند که در مسائل ورود کند و بعد آن را افشا کند، پس در صورت حق بودن هم اقتضای مصونیت دارد.

از سوی دیگر، سایر کارگزاران نظام، باید از ورود دیگران به حریم خصوصی آنها مصون باشند. اگر ایفای وظایف نمایندگی اقتضای مصونیت را دارد از این طرف نیز باید حریم خصوصی هر شهروندی حفظ شود. در اینجا یک تزامم رخ می‌دهد. شورای نگهبان با آن تفسیر گفته است که این مصونیت نمایندگان ریشه اسلامی ندارد. از نظر علمی این باب تزامم است. نماینده هم وظیفه تفحص دارد و هم وظیفه دارد که به حریم خصوصی دیگران وارد نشود؛ لذا تزامم رخ می‌دهد. از یک طرف لزوم ایفای وظایف نمایندگی است و از طرف دیگر اطلاق ادله حرمت غیبت، تهمت، سو ظن و تجسس داریم.

شورای نگهبان در این مورد این سازوکار را می‌دهد: «اختصاص موضوع اصل 86 مربوط به اظهارنظر و رأی نمایندگان در مجلس و در مقام ایفای وظایف نمایندگی و عدم ملازمه آن با ارتکاب اعمال و عناوین مجرمانه».

شورای نگهبان می‌گوید نماینده حق ندارد اعمال مجرمانه را مرتکب شود.

اگر قرار است نماینده اعمال مجرمانه انجام ندهد، غیبت نکند و تجسس نکند این سوال پیش می‌آید که نماینده در چه موردی مصونیت خواهد داشت. اگر مردم عادی هم این گونه رفتار کنند مورد تعقیب قرار نمی‌گیرند. پس مصونیت نمایندگان در چه موردی است. به نظر ما این سازوکار عملاً اصل 86 را از بین می‌برد و کاربردی دیگر ندارد.

این که نماینده در عین حال که وظیفه نظارت خود را انجام می‌دهد، به حریم خصوصی دیگران ورود نکند و اعمال مجرمانه مرتکب نشود، این در مقام حرف و کلام آسان است؛ اما این که در مقام اجرا تا چه اندازه قابل تحقق است، مهم است. این راهکاری که شورای نگهبان می‌دهد عملاً اصل 86 را از بین می‌برد و مصونیتی باقی نمی‌ماند.

اگر بگوییم نماینده امور و کارهای انجام شده را نقد کند و اگر تیم تفحص تشکیل می‌دهد برای تفحص در اعمال انجام شده باشد؛ اما برای نقد افراد نباشد، این یک راهکار است. این راهکار اختصاص به نماینده ندارد؛ بلکه سایر مردم هم می‌توانند امور را نقد کنند. پس این راهکار اختصاص به نماینده ندارد. پس راهکار و سازوکار باید چیز دیگری باشد تا نماینده نسبت به مردم از دست بازتری برخوردار باشد.

اصل 86 قانون اساسی از اصول مترقی قانون اساسی است؛ اما وقتی در بررسی شرعی قرار می‌گیرد مشکلاتی ایجاد می‌شود. از یک طرف اطلاقات و عموماتی مانند غیبت و تجسس و تهمت و سوءظن داریم. از سوی دیگر هم نظارت، نماینده را درگیر با این عمومات خواهد کرد. همچنین در جوامع امروزی نمی‌توانیم ضرورت نیاز به مجلس و نماینده و نظارت را کنار بگذاریم. باید این مسئله را به مصلحت ملزمه شرعی برسانیم. وقتی مصلحت ملزمه شرعی شد ضرورت این کارها را اثبات می‌کند و بر آن مطلقاً و عمومات مقدم می‌کند. مصلحت باید مصلحت ملزم باشد و الا اگر مصلحت راجح باشد نمی‌تواند بر حکم شرعی مقدم شود. مصلحت باید شرعی هم باشد؛ یعنی شارع آن مصلحت را پذیرفته است و اجازه کنار گذاشتن آن را نمی‌دهد.