

متن پیاده سازی شده جلسه نود و ششم سال پنجم درس خارج فقه القضا 9 خرداد ماه 1402

بسم الله الرحمن الرحيم

پرسش

سؤال اول: در صورتی که «خیر الطرق المیسره» از اموری باشد که شارع مقدس در شرائط عادی برای آن ها جعل اعتبار ننموده یا نسبت به آن ها ردعی دارد آیا باز هم می توان به آن امور تمسک کرد؟

جواب: خیر الطرق المیسره در جایی وارد می شود که راه واضحی که برای شرائط عادی معتبر باشد در دست نداشته باشیم و الا اگر باشد آن وقت دیگر این مطلب را بیان نمی کنیم. اما در جایی که شارع آن راه را رد کرده باشد در آن بحثی نیست، مثلا بر فرض شارع فرموده باشد شهادت کافر مطلقا اعتبار ندارد ولو اطمینان آور باشد.

سؤال دوم: جایگاه مانند قیاس در موضوع و مصداق شناسی کجا قرار دارد؟

جواب: در اینجا باید توجه داشت آن قیاسی که مقام قضایی در مقارنه با موارد مشابه نسبت به آن داوری کند این قیاسی نیست که در احکام از آن نهی شده ایم. اما در زندگی روزمره گاهی اوقات انسان با قیاس به اطمینان می رسد که البته از آن تعبیر به تمثیل می کنند.

سؤال سوم: آیا پیش فرض اعتبار «خیر الطرق المیسره» انسداد باب علم و علمی است یا مطلقا معتبر است؟

جواب: این مورد اختلافی است و حتی بعضی ها با فرض انفتاح باب علم و علمی قائل هستند این طرق مفید است، ولی ما که این اصطلاح را ایجاد کردیم قائل نیستیم که با انفتاح این کار صحیح است، مثلا قاضی شهادت کارشناس را در دست دارد و چیز دیگری در دست ندارد منتهی اگر وقت بگذارد ممکن است با آن به راه های مطمئن تری برسد که در این صورت ما دیگر این راه را قبول نداریم، کما اینکه در مباحث گذشته بیان کردیم شرط «خیر الطرق المیسره» انسداد باب علم و علمی و (به تعبیر ما) انسداد راه بهتر و مطمئن تر است.

بیان مسأله

بحث به مسأله هفدهم از کتاب قضاء رسید و آن بحث اعتماد به داده های ابزارهای نوین بود. در مرحله تحقیق به نکته سوم رسیدیم که از آن نکاتی باقی ماند.

نکته سوم این بود که گاهی اوقات این داده های ابزارهای نوین محقق موضوع است، مثلا باعث تحقق لوث می شود. بله لوث به تنهایی چیزی را ثابت نمی کند ولی اگر در کنار قسامه قرار بگیرد آن وقت کفایت می کند کما اینکه در باب قصاص چنین است. چنانکه بیان شد گاهی اوقات جدای از داده های ابزارهای نوین ولو یقین آور نباشد راه بهتری از آن را در دست نداریم، مثلا در مورد بچه مجهول الهویه که بین چند نفر مشتبه است و نشانه های علمی مثل (DNA) اعلام می کند این بچه برای فلان شخص است، در اینجا نمی شود که این بچه بدون پدر و مادر و بی نام باقی بماند.

مطلب دیگر بحث حاکمیت بود که به گمان ما این نگاه لازمی است که انسان یکبار مسأله را با یک نگاه فردی و یکبار با نگاه حاکمیتی بررسی کند، لذا بررسی شود آیا مسأله از نظر حاکمیتی می تواند به سوی اعتبار یا عدم اعتبار برود، کما اینکه در مورد تعزیر داریم که در دست حاکم است، ولی الان در جمهوری اسلامی چنین نکردند به دلیل اینکه قائل هستند وحدت رویه از بین می رود، مثلا در مورد یک جرم مشابه ممکن است قاضی کاشان پنج ضربه شلاق حکم صادر کند و قاضی قم هفتاد و چهار ضربه شلاق حکم صادر کند؛ لذا بگوییم در اینطور مواقع باید اختیارات حاکم دیده شود، مثلا حاکمیت ببیند این ها قضاتی

نیستند که قابلیت استناد به داده های علمی را داشته باشند، لذا تنها بر اساس بیّنه و قسم و کذا حکم صادر کنند و اگر ممکن نبود آن را به دادگاه هم عرض ارجاع دهند، یا اینکه در مواقعی به آن ها اجازه حکم صادر کند.

### ظنّ در موضوعات

در اینجا یک بحثی مطرح است که آیا در موضوعات و مصادیق می توان به گمان عمل کرد؟

حالا اگر قائل باشیم که ظنّ در مصادیق کفایت می کند، کما اینکه موارد زیادی داریم که حکم بر روی موضوع آمده ولی در مصداق آن شک داریم، مثلاً کسی به مسافرت می رود و نمی داند آیا به بیست و دو کیلومتر و نیم رسیده است یا نمی داند آیا خفاء اذان و جدران شده است؟

حالا یک دفعه ممکن است بگوییم عدم خفاء را استصحاب کند یا یک دفعه بگوییم اگر گمان به خفاء دارد همین کفایت می کند. یا در مورد مسأله مناسب بحث مانحن فیه داشتیم که یک بچه ای پیدا شده است که از لحاظ آزمایشات متعلق به فلان شخص خاص است، اینجا بگوییم همین گمان کفایت می کند.

اگر دقت داشته باشید در رجال بیان می کنند همین که در مورد شخصی ظنّ به ثقه بودن و مسلمان بودن دارید کفایت می کند یا در مورد لغت یک دفعه نسبت به آن لغت گمان وجود دارد. به عنوان مثال در مسأله بعضی ها قائل شدند ظنّ در مصادیق اعتبار ندارد و بعضی ها قائل شدند اعتبار دارد و بعضی ها هم تفصیل قائل شدند، مثلاً در حجیت ظهور بیان کردند ظنّ نوعی کافی است منتهی این را در باب الفاظ قائل هستند و نه بیشتر یا مثلاً بین انفتاح و انسداد تفصیل قائل شدند.

بنابراین مباحثی که مطرح کردیم بنا بر فرض حجیت گمان در موضوعات و مصادیق، پذیرش آن راحت تر است، مثلاً چرا مقام قضائی به داده های ابزارهای قضائی اعتماد نکند، لذا دیگر لازم نیست بگوییم اگر علم یا اطمینان بیاورد بلکه اگر گمان بیاورد کفایت می کند و بر همین اساس در مباحث پزشکی و غیر آن بگوییم گمان مطلقاً کفایت می کند یا اینکه اگر راه بهتری در دست نباشد؛ البته نباید دلیل شرعی معتبر بر خلاف آن باشد و الا آن وقت دیگر نوبت به این ابزارها نمی رسد ولو اینکه قاضی از این ابزارها گمان داشته باشد ولی از آن ادله معتبر گمان به دست نیآورده باشد.

نکته: وقتی دلیل در دست باشد آن وقت قاضی دیگر درگیر علم نیست، لذا سیستم اسلام، سیستم حاکمیت ادله قانونی است و شرط آن علم نیست ولی علم به خلاف مانع است، مثلاً اگر شخص اقرار کند یا سند رسمی در دست باشد دیگر علم و اطمینان و گمان قاضی مهم نیست لذا باید حکم صادر کند؛ بلکه اگر قاضی علم به خلاف داشته باشد آن وقت این مانع می شود. اگر به یاد داشته باشید در دوره های گذشته بیان کردیم در سیستم قضائی اسلام، رگه هایی از حاکمیت ادله قانونی و حاکمیت ادله معنوی قرار دارد. از اینکه بیان می کند علم شرط نیست، این همان حاکمیت ادله قانونی است و از اینکه بیان می کند علم به خلاف مانع است، این همان حاکمیت امارات دلائل معنوی است.

تذکر: در مطلبی که از یکی از اساتید معروف دیدم خیلی متأثر شدم. عبارت این بود: ما قبلاً نهی از منکر را در مورد منکر شرعی می دانستیم، اما اگر چیزی منکر عقلی یا عرفی باشد چنین نیست و نهی از منکر آن را شامل نمی شود، مثلاً یک نفر مهمانش را شب از خانه بیرون می کند. لذا ایشان دارند که ما منکر شرعی می گفتیم اما اخیراً فهمیدیم اگر منکر عقلی هم باشد ادله نهی از منکر آن را شامل می شود.

ناراحتی ما از اینجاست که هنوز شرع را در مقابل عقل قرار می دهیم و حال اینکه عقل یکی از منابع است؛ لذا باید بیان کرد که اولاً کدام منکر عقلی است که شرعی نباشد و ثانیاً مگر عقل در مقابل شرع است، بلکه عقل در مقابل نقل است، لذا می گوییم شرع دو قسم است: نقل و عقل.

### مصلحت در اجرا

از این مطلب خواستیم عرض کنیم اینکه گاهی اوقات می گوییم از اختیارات حاکمیت است منظور حاکمیت سالم، صالح، عاقل و بالغ است که اهل فکر و تأمل در بدنه آن قرار دارد و نه هر حاکمیتی؛ لذا از باب این است که همچنان که مصلحت در استنباط حکم داریم مصلحت در اجرا هم داریم و خیلی اوقات ممکن است مثلاً بعضی از احکام در اجرا حاکمیتی شود، مثل اجرای حدود که صریح قرآن و روایات است، اما همین مسلّم شرعی در وقت اجرا ممکن است تغییراتی پیدا کند، کما اینکه امام فرمودند حدّ را در بلاد کفر اجرا نکنید؛ لذا به نظر ما این ها از اختیارات حاکمیت است و نه اشخاص.

یا مثلاً در حدّ طلاق که امروز تعبیر به طلاق قضائی می کنند همین بحث اختیارات حاکمیت است که حاکمیت می تواند در یک

مورد طلاق بدهد و یا اینکه طلاق ندهد. لذا این بحثی که مطرح کردیم در واقع پشتوانه آن مصلحت در اجراست، مثلاً یک زمانی حاکمیت بگوید قضات به داده های ابزارهای نوین اعتماد نکنند یا اینکه شایعه شود در (DNA) افراد تصرف شده است، لذا اعلام کنند تا این مسأله حلّ نشود (DNA) اعتبار ندارد.

بنابراین این بحث ما در مورد مصلحت و اقتضائات در اجراست که البته ما مصلحت را همیشه جزء عناوین ثانوی قرار نمی دهیم، چرا که گاهی منشأ حکم حکومتی است که اصلاً غیر از حکم اولی و ثانوی است.

### **ماهیت متفاوت کارشناسی**

خیلی اوقات در کارشناسی ماهیتش فرق می کند منتهی متأسفانه از هم جدا نمی شود، مثلاً قیمت ارز را از یک صرافی می پرسید. بعد می خواهید خانه را بفروشید قیمت آن را از یک کارشناس سؤال می کنید. در اینجا آیا ماهیتاً عمل این دو یکی است یا دوتا ماهیت است؟

در اینجا این دو قسم با هم یکی محسوب شده است، در حالی که اگر دقت کنید در اولی هیچ اعمال تخصصی نیست ولی در دومی مثل قیمت خانه و جنس دست دوم، آن شخص اعمال خبرویت می کند؛ به عبارتی اولی مخبر است ولی دومی منشأ است، لذا به اولی به عنوان متخصص مراجعه نشده است بلکه به عنوان اهل خبر به او مراجعه شده است، ولی در مورد دومی چنین است که اهل خبره است.

آثار این تفاوت هم این است که در اولی چون می خواهد خبر بدهد باید دو مرد عادل باشد، چون مصداق شهادت است و خبرش هم نباید از روی حدس باشد بلکه باید حساً باشد، در حالی که در دومی شرطی مثل تعدد ندارد.

حالا در اینجا بحث است که کارشناسی بر اساس داده های ابزارهای نوین از کدام قسم از این ماهیات است؟

**الحمد لله رب العالمین**