

### متن پیاده سازی شده جلسه صدم سال پنجم درس خارج فقه القضا 23 خرداد ماه 1402

بسم الله الرحمن الرحيم

مسأله هجدهم: شفافیت، قاطعیت، رسمیت و اقناع در فرآیند و برآیند احکام قضایی

در بحث گذشته به اینجا رسیدیم که بعضاً از نصوص دینی می شود این مطالب را استفاده کرد، به این نحو که مثلاً ما خیلی ساده از آیات مشورت عبور می کنیم و حال اینکه در محیط اسلامی نهاد مشورت یک نهاد پر کاربرد است و شاید بیانی قوی تر از این بیان نمی توانستیم بیاوریم که خود قرآن دارد ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ و همانطور که می دانید طبیعتاً مشورت باعث شفافیت و اقناع می شود، مثلاً اگر مقام قضایی (به تعبیر ما) نهاد ناظر قضاء داشته باشد که در واقع این نهاد رأی قضایی ندارد و بلکه این قاضی است که از آن ها مشورت می گیرد و در نهایت او رأی صادر می کند. یا بحث پرونده شخصیت، که این ها به شفافیت کمک می کند.

در اینجا دوتا مقاله از برخی نویسندگان دیدم که در آن در مورد شفافیت در حکومت و اداره امنیت آمده است که عنوان آن «جایگاه فقهی شفافیت اطلاعات حکومت اسلامی» است. علی آئی حال بعضی آثار خوب هم نوشته شده است منتهی مهم این است که ما از یک تعین خاص آن را در جای دیگر قرار بدهیم، مثلاً شفافیت در اطلاعات خصوصیت ندارد و بدون تردید شفافیت در حکومت و قضاء هم است.

نکته دیگر (به عنوان یک نکته روشی) این است که اینطور مباحث مثل لزوم شفافیت، صراحت و اقناع مردم لازم نیست که حتماً آیه و روایتی در مورد آن آمده باشد، بلکه خیلی اوقات این مسائل عقلی، وجدانی و فطری است که می توان از آن برای این موارد استفاده کرد و حتی به سبب آن حکم شرعی صادر کرد.

در یک کلیپ از یکی از اساتید معروف دیدم که گفته بود ما قبلاً بیان کردیم ادله نهی از منکر تنها منکر شرعی را شامل می شود اما اخیراً تأمل کردیم و از این نظر برگشتیم و قائل شدیم که این ادله منکر عقلی را هم شامل می شود.

ببینید این حرف ها اگر پنجاه سال پیش گفته می شد اشکال نداشت چرا که این مباحث آن موقع مطرح می شد، اما بعد از گذشت مدت پنجاه سال، این همه تحقیق بر روی این موضوعات باز هم همان حرف گذشته بیان شود این باعث تأسف است و این همان حجاب معاصرت مشتمل کننده ای است که وجود دارد تا آثار جدید را مطالعه نکنیم.

ما در آثار خود و همچنین بعضی از بزرگان گفتند عقل و شرع قسیم هم نیستند، بلکه چنین است که شرع به نقلی و عقلی تقسیم می شود و اگر چنین نشود سبب می شود که اگر شرعی نیست و عقلی است آن وقت چه دلیلی در دست داریم که ادله نهی از منکر آن را شامل شود، چرا که بالاخره ادله نهی از منکر که در قرآن آمده ناظر به منکرات شرعی است و اگر عقلی قسیم شرعی باشد آن وقت ادله منکرات عرفی و عقلی را شامل نمی شود و حال اینکه عقلی قسیم شرعی نیست.

بنابراین دقت کنید این بحث مهمی است که ما برای مسائلی که از عقل پشتیبانی می شود و مستظهر به عقل است از خود عقل کمک گرفته شود؛ لذا این دو مقاله ای که به آن اشاره شد، در عبارت متن به بعضی از عبارات آن اشاره شده (اگر چه ما مدافع آن نیستیم)، مثلاً در مقاله «قاعده عدالت» ذکر شده است و حال اینکه ما عدالت را مطلقاً قاعده نمی دانیم بلکه گاهی قاعده، ابزار و چارچوب می دانیم.

علی آئی حال، ما برای مسأله شفافیت، قاطعیت، رسمیت و سرعت می توانیم از عقل کمک بگیریم و اگر احیاناً روایت و آیه ای در دست داشته باشیم (که داریم) این ها مؤید مطلب می شوند.

## مسأله بیستم: الحاکم ولی الممتنع

اگر کسی از ادای وظیفه اش امتناع می کند، مثلاً پول مردم را پس نمی دهد یا قاضی حکم کرده است و این شخص امتناع می کند. در اینجا این شخص که تمکین از اجرای حکم قضائی نمی کند، حاکم شرع باید ولی بر او باشد. در اینجا به نظر ما می توان چنین تعبیر کرد و گفت: «الحاکم ولی علی الممتنع»، یعنی حاکم ولی برای ذی حق است بر علیه ممتنع، ولی با این حال تعبیر «الحاکم ولی الممتنع» معروف شده است. این مسأله با مسأله قبلی مربوط است که از شفافیت و قاطعیت بحث شد، و در واقع این مسأله از نمادهای قاطعیت و رسمیت است، یعنی خود ذی حق مال ممتنع را بر ندارد بلکه ولی ممتنع که حاکم باشد رسماً وارد شود. با این حال ما این قانون را چون در فقه سیاسی بحث می کنیم، آن را به آنجا حواله می دهیم که در آن بحث مطلب را پیگیری کنید.

## مسأله نوزدهم: دادرسی غیابی

آیا چیزی به نام دادرسی غیابی در شریعت داریم به اینکه بتوان غیابی دادرسی کرد؟

به عنوان مثال شخص در کشور حاضر نیست یا انگیزه دارد که در دادگاه حاضر نشود، مثلاً حضور در دادگاه را در شأن خودش نمی بیند.

آیا حضور اصحاب پرونده در دادگاه لازم است؟

مثلاً تعبیر به شفافیت و رسمیت کنیم که اگر شخص در دادگاه حاضر نشود رسمی نیست، یا تعبیر به اقناع کنیم به اینکه اگر خودش در دادگاه حاضر باشد آن وقت فرآیند دادرسی را می بیند ولی اگر حاضر نباشد و بعد محکوم هم بشود آن را قبول نمی کند.

این مسأله مانند مسأله قبلی تعبدی شرعی نیست بلکه مسائل دنیوی است که دنیا با آن درگیر است. حالا وقتی بعضی قوانین کشورها را مثل آلمان، انگلستان و فرانسه مطالعه می کردم این ها دادرسی غیابی هم دارند و لذا این یک بحث جهانی است.

آیا می توان اصل دادرسی غیابی را انکار کرد؟

خیر، البته این اصل به شرط مهار شدن نمی توان آن را انکار کرد، چون بعضی موارد است که اصل آن ضرورت است منتهی به شرط مهار شدن، لذا اینکه حاکمیت اختیارات داشته باشد یک ضرورت است اما این به نحو مهار شده باید باشد. در مورد دادرسی غیابی هم بیان می کنیم همه دنیا این را به نحو مهار شده پذیرفتند، مثلاً اگر زوج سال ها زوجه را رها کرده و نفقه او را پرداخت نکرده است، اینجا او را محاکمه می کنند و از مالش بر می دارند و پرداخت می کنند.

حالا همین مطلبی را که عقلاء و فقهاء بیان کردند روایات ما هم بر آن دلالت می کند و لذا اصل مشروعیت دادرسی غیابی از نظر موقعیت فقهی که دلایلش اجماع باشد ثابت است، هر چند در اینجا بعضی ها قائل شدند این اجماع مدرکی است، ولی با این حال اجماع در اینجا از آنجا که مستظهر از عقل است اجماع هم محکم می شود و لذا فقهاء کسی با آن مخالفت نکرده است. البته باید توجه داشت که اصل مطلب دادرسی غیابی خیلی منبع ندارد، یعنی مثل قاعده «لا ضرر» نیست که مطالب زیادی در مورد آن نوشته شده باشد، ولی با این حال هم بدون بحث نیست. در اینجا سید مصطفی محقق داماد در بخش جزائی کتاب «قواعد فقه» مطالبی در این مورد بیان کردند اگر چه ما با خیلی از مطالب ایشان موافق هستیم و با برخی مطالب ایشان هم مخالف هستیم.

سؤال: آیا اصل اولی بر دادرسی معمولی و متعارف است؟

بله، وقتی شخص حاضر است، مقام قضائی باید او را احضار کند که در دادگاه حاضر شود.

آیا در همه دعاوی، دادرسی غیابی مشروع است یا بعضی موارد باید حضوری باشد، مثلاً در حدود آیا دادرسی غیابی وارد است؟ علماء بیان می کنند که در حدود دادرسی غیابی نداریم.

حالا بحث دیگری که امکان داشت مطرح شود، بحث دادرسی غیابی در مجرای های دولتی است، مثلاً کسی در رانندگی تخلف کرده است و فرار کرده است، مثلاً از چراغ قرمز رد شده است. یا مثلاً در مسأله حجاب آیا محاکمه غیابی در آن ممکن است یا اینکه این هم مانند حدود مطرح است؟

اما بحث موقعیت شرعی دادرسی غیابی به چه نحو است، آیا در آیات و روایات آمده است؟

در اینجا چند روایت بر وفاق این قضیه وارد شده است و چند روایت هم بر خلاف آن وارد شده است.  
روایت اول: ابْنُ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْهُمَا عَقَالَا: الْغَائِبُ يُقْضَى عَلَيْهِ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَ يُبَاعُ مَالُهُ وَ يُقْضَى عَنْهُ دَيْنُهُ وَ هُوَ غَائِبٌ وَ يَكُونُ الْغَائِبُ عَلَى حُجَّتِهِ إِذَا قَدِمَ قَالَ وَ لَا يُدْفَعُ الْمَالُ إِلَى الَّذِي أَقَامَ الْبَيِّنَةَ إِلَّا بِكُفْلَاءٍ.  
هرگاه علیه شخص غایب بینه اقامه گردد قضاوت علیه او (و به نفع مدعی) انجام خواهد شد و مال او فروخته می‌شود و بدهی او پرداخت می‌گردد، ولی برای شخص غایب پس از حضور، حق اقامه دلیل باقی است. ضمناً پرداخت بدهی به طلبکاران منوط به اخذ چند کفیل است.

اخذ کفیل برای این است که اگر حکم به نفع مدعی نشد آن‌ها مسئول باشند که مال را برگردانند.  
حالا یک روایت دیگر هم داریم که اگر شخص پولدار است احتیاجی به آوردن کفیل نیست، اما اگر دارای نداشته باشد آن وقت باید کفیل بیاورد؛ دلیل این هم بخاطر این است که اگر بعداً حکم به نفع او نشد خود حاکم داری او را مصادره کند اما اگر داری نداشته باشد باید کفیلی بیاورد که دارا باشد.  
البته در بعضی از روایات عبارت «إِذَا لَمْ يَكُنْ مَلِيًّا» آمده است به اینکه کفیل در جایی است که آن شخص متمول نباشد و الا اگر مَلِيًّا باشد دیگر احتیاج به اخذ کفیل نیست.

**الحمد لله رب العالمين**