

وجه فنی دو مطلبی که بیان گردید معلوم است؛ با این توضیح که وقتی قاضی موظف است «بما انزل الله» حکم کند، باید بر حکم خود، حجت داشته باشد و حجت وقتی هست که شرایط معتبر در تشکیل پرونده از جهت شهود، اقرار و ... رعایت شده باشد.

نسبت به وجوب فحص نیز باید گفت: چون فرض بر این است که فصل خصومت - هر چند به نحو واجب کفایی - وظیفه اوست، واجب هم مطلق است پس مقدمات را باید (البته به نحو معقول، معمول و مقدور) تحصیل کند. در این پیوند، صاحب جواهر متنی افزون بر گفته ما دارد. عبارت ایشان این است:

«و لعل ذلك لان بناء العدالة التي هي شرط الحكم على البحث عنها. بل يمكن دعوى استفادة ذلك من اطلاق الامر بالحكم بالبينة العادلة،¹ نحو البحث عن دخول الوقت للصلاة فيه و البحث عن الماء للطهارة به و غيرهما مما يستفاد وجوبه قبل تحقق وجوب المكلف به...»².

ایشان در موضعی دیگر اطلاق ادله امر به معروف و امثال آن را دلیل مطلب دوم قرار میدهد.³ برخی روایات دیگر نیز مورد اشاره واقع شده که به نظر ما دلالتی بر مطلب ندارد و صرفاً بیان کیفیت فحص پیامبر - صلی الله علیه و آله - است⁴ و دلالت بر مدعا ندارد. گفتنی است قاضی گاه ناچار است طرفین دعوا را مکلف به فحص نماید. در واقع کار را بر دوش آنها نهد، حتی در برخی تعابیر فحص از شاهدان به «تکلیف الخصم بتزکیتهما» تفسیر شده است. این مطلب را فقیه جواهری به گونه ذیل ادا می کند:

«... او ان المراد بحث عنهما بتكليف الخصم بتزكيتهما ... انما الكلام في الحكم بشهادتهما مع تزكية الخصم لهما و ان قال: انهما أخطا في هذه الشهادة من أن المراد بالتزكية الاستظهار في ثبوت حقه فيكفي إقراره و لما سمعته من المحكى عن النبي صلى الله عليه و آله و من اشتراط الحكم بعدالتهما التي لم تثبت باقرار الخصم و رضاه بالحكم بشهادتهما لا يجدى في صحة الحكم و جريان احكامه عليه كما لا يجدى رضاه بالحكم بشهادة فاسقين و لعله أقوى»⁵.

به هر حال در اصل حکم (عدم جواز اصدار رأی قضایی در فرض جهل) بحثی نیست

1. ر.ک: الوسائل، ج 27، ابواب کیفیت الحكم، باب 3، از ص 233. فتامل.
2. جواهر الكلام، ج 40، ص 110 و 111.
3. همان، ص 104.
4. الوسائل، ج 27، ابواب کیفیت الحكم، باب 6، ص 239 و 240، ح 1.
5. جواهر الكلام، ج 40، ص 111.

لکن بحث در سبک کردن یا سنگین کردن فرایند اثبات است. تصور کنید هر گاه تعدد، جنسیت خاص و عدالت (آن هم به معنای معروف آن) در شاهد معتبر باشد، راه اثبات عدالت را هم تعبدی ننگاریم (که وجهی برای تعبدانگاری آن نیست) در فرض شک نسبت به اجتماع شرایط، در اقرار هم اصل را بر عدم گرفتیم و... کار بر اثبات اجتماع شرایط در فرایند تشکیل پرونده به حسب اعتقاد قاضی، سخت می‌شود، لکن اگر انفتاح‌هایی نسبت به هر کدام از تعیناتی که اشاره شد، صورت گرفت، به همان اندازه موارد شک و جهل یا علم به عدم اجتماع شرایط کم می‌شود.

ما در گذشته⁶ اشاراتی نسبت به احتمال الغای تعدد، جنسیت خاص و عدالت داشتیم و پایه‌ای در حد «وثوق به گفته شاهد» را کافی دانستیم مگر در مواردی که دلیل ویژه، اقتضایی دیگر را هم رقم زند. به این همه باید افزود که سخت‌گیری‌ها در فرایند اثبات، گاه به تعطیلی یا فسخ شدن امر قضا می‌انجامد هر چند نباید مفرطانه باب تسامح را بیش از رفع این محذور گشود.⁷

شنیدنی این که تفریق سیاست قضایی نسبت به مسائل مدنی، حقوقی و کیفری، یا نسبت به حقوق مردم و حق الله (در حدود و تعزیرات) و انفتاح در اول و انسداد بیشتر در دوم قابل پیگیری است.⁸ این بحث را که می‌تواند از مصادیق گفتگو از مشروعیت یا عدم مشروعیت سیاست تقنینی و کیفری افتراقی باشد، در مباحث کتاب شهادت و آیین دادرسی باید به جدّ دنبال کرد.

وظیفه قاضی در مفروض شک و تردید با اجبار قانون به قضاوت و نقد پاسخ‌هایی که گذشت
گفته شد که نسبت به سیستم قضایی غیر متمرکز و آزاد (= سنتی) فقها وارد بحث شده‌اند و آن چه بیان گردید، با این پیش‌انگاره بود، لکن نسبت به سیستم قضایی متمرکز و غیر آزادی (سیستم‌های کنونی که قاضی باید طبق قانون داوری کند)⁹ چه باید گفت؟ ابتدا به سراغ بررسی و نقد پاسخ‌هایی که نقل شد،¹⁰ می‌رویم، با این توضیح:

6. ملاحظه شود مباحث مطرح در ص 176 و اطراف.

7. توجه کنید: «یا علقمة لو لم تقبل شهادة المقترفين للذنوب لما قبلت الا شهادة الانبياء و الاوصياء». الوسائل، ج 27، کتاب الشهادت، باب 41، ص 395، ح 13.

8. اخیراً تحقیقی در این باره از نویسنده محترم، حجت الله فتاحی با عنوان «ادله اثبات در دعاوی حقوقی و کیفری» نوشته شده است.

9. اصل 167 قانون اساسی هم مورد نظر قرار گیرد.

10. ص 293.