

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين

فقه السياسات (والاحكام بالمعنى الاخص) / فقه القضاء

در برخی از تقسیمات مرتبط با مباحث فقه، مباحث آن را به چهار قسم تقسیم کرده اند؛ بدین قرار: عبادات، عقود، ایقاعات و سیاست (احکام بالمعنی الاخص).^۱

در بخش سیاسات عمدتاً از قضا، شهادت، حدود، قصاص، دیات و تعزیرات گفتگو کرده اند. واضح است که فقه سیاسات با این نگاه، غیر از فقه السیاسة (= فقه سیاسی) است؛ هر چند برخی از مسائل آن با فقه السیاسة مشترک است.

هدف ما از گفتگوی حاضر، بیان اجتهادی این بخش از فقه با شروع از کتاب القضاء با محوریت «تکملة المنهاج» فقیه محقق آیت الله خویی است؛ هر چند تلاش می شود از مسائل نسبتاً روشن و واضح عبور (یا سریع تر عبور) شود و در مقابل به مسائل دیگری مرتبط با کتاب القضاء و آیین دادرسی پرداخته شود.

برخی از این مسائل از این قبیل است:

بخشی از مسائل مورد نظر

۱. مفهوم شناسی و گستره شناسی «قضا» و حدود نفوذ آن

گستره و حدود قضا تا کجا است؟ آیا داوری در مصالح عامه مردم و در حدود، قصاص و تعزیرات داخل در گستره قضا است؟ آیا مدیر مدرسه، کارخانه، اداره، هیأت منصفه، اعضای شورای حل اختلاف، پلیس که جریمه می کند، کمیته انضباطی، فرماندهان ارتش در وقتی تنبیه یا فصل خصومت می کنند، ماهیت کار آنها، ماهیت قضایی است؟ آیا باید شرایط قضایی مقرر در متون دینی را دارا باشند؟

اگر نه، چرا؟ آیا نهی از منکر یا امر به معروف - حداقل در برخی مراحل آن - ماهیت قضایی دارد و مباشر یا سبب برای نهی و امر باید قاضی - با شرایط ویژه ای که بر خواهیم شمرد - باشد؟ نیروهای اطلاعاتی و ضابطین قضایی چطور؟^۲

۱. شهید اول، ذکری الشیعة، ص ۷۶.

۲. البته برخی از این فروع، در مسائل بعد مورد گفتگو واقع می شود.

۲. مشروعیت و اعتبار تجدید نظر در فرایند دادرسی (رای بدوی و تجدید نظر)؛
۳. تعدد قاضی، قضاوت جمعی و شورایی؟
۴. قضاوت غیر مشروع و بررسی احکام وضعی و تکلیفی مرتبط با آن؛
۵. فرایند اجرای احکام قضایی و اقدامات تامینی و تربیتی؛
۶. شرایط قاضی در شریعت مطهر؛
۷. حجت معیار برای قاضی در سیستم قضاوت متمرکز و مدرن؛ وظیفه قاضی در وقت مخالفت مفاد قانون با حجت معتبر نزد قاضی چیست؟ حجت معیار و فتوای معیار برای قاضی کدام است؟
۸. وظیفه قاضی در وقت اشکال یا شبهه نسبت به فرایند تشکیل پرونده قضایی؛
۹. ورود مقام قضایی به مرحله تحقیق و تفتیش؛
۱۰. هیأت منصفه و نهاد ناظر قضا؛
۱۱. گستره شناسی مشروعیت توکیل و تولیت با محوریت این دو در قضا؛ آیا قضا قابل واگذاری به غیر است در وقتی که غیر، شرط اجتهاد را ندارد؟
۱۲. آیا در نظام قضایی اسلام، سیستم خاصی چون سیستم حاکمیت ادله و امارات قانونی یا سیستم دلائل معنوی وجود دارد؟ آیا در این باره می توان به قراری رسید؟ علم و اطمینان قاضی در این پیوند چه وضعیتی دارد؟
۱۳. تکثر گرایی در نظام قضایی و کیفری اسلام و سیاست کیفری افتراقی / مجازات های تبعی و تکمیلی؛
۱۴. منابع مالی قضا و پیرا قضا / اخذ اجرت بر واجب و تبلیغ دین / رشوه؛
۱۵. مصونیت قضایی و کیفری دیپلماتیک و غیر آن؛
۱۶. استناد قضایی به معاهدات بین المللی در نظام قضایی اسلام؛
۱۷. استناد قضایی و کارشناسانه به ابزارهای نوین و گستره جواز؛
۱۸. شفافیت، قاطعیت، رسمیت، سرعت واقناع در فرایند و برآیند احکام قضایی؛
۱۹. دادرسی غیابی؛
۲۰. الحاکم ولی الممتنع.

واضح است که مسائل فوق به فروع زیادی تجزیه می شود. در گفتگو از هر کدام، به فروع آن ها - تا حد لازم - اشاره می شود. صبغه گفتگوها، فقهی متناسب با درس خارج است و از مباحث فلسفی (فلسفه مضاف) یا در قالب پژوهشی محض پرهیز می شود.

طبیعی است میتوان مسائل زیادی را به جمع حاضر افزود و در مجالات مناسب از آنها گفتگو کرد.

مفهوم شناسی و گستره شناسی «قضا» و حدود نفوذ آن
به متن ذیل از «مبانی تکملة المنهاج» توجه کنید:

«القضاء هو فصل الخصومة بين المتخاصمين، والحكم بثبوت دعوى المدعى أو بعدم حق له على المدعى عليه. الفرق بينه وبين الفتوى ان الفتوى عبارة عن بيان الاحكام الكلية من دون نظر إلى تطبيقها على مواردنا وهي - أى الفتوى - لا تكون حجة الا على من يجب عليه تقليد المفتى بها، والعبارة فى التطبيق إنما هى بنظره دون نظر المفتى. وأما القضاء فهو الحكم بالقضايا الشخصية التى هى مورد الترافع والتشاجر، فيحكم القاضى بان المال الفلانى لزيد أو أن المرأة الفلانية زوجة فلان وما شاكل ذلك، وهو نافذ على كل أحد حتى إذا كان أحد المتخاصمين أو كلاهما مجتهداً.

نعم قد يكون منشأ الترافع الاختلاف فى الفتوى، كما إذا تنازع الورثة فى الاراضى، فادعت الزوجة ذات الولد الارث منها، وادعى الباقي حرمانها فتحاکما لدى القاضى، فان حكمه يكون نافذا عليهما وإن كان مخالفاً لفتوى من يرجع إليه المحكوم عليه».

در متن فوق_ که ماتن محترم محتوای آن را مسلم انگاشته و از این رو، خود را بی نیاز اقامه دلیل و مبنا^۲ برای آن، دیده است چهار ادعا وجود دارد:

۱. قضا فصل خصومت و حکم بین متخاصمین است. و منظور از حکم همان فصل خصومت در قضایای شخصی است که مورد نزاع واقع شده است.
۲. فتوا، بیان حکم کلی، بدون نظر به تطبیق آن بر موارد است. و عملیات تطبیق، خارج از فرآیند افتا است.
۳. عملیات تطبیق در اختیار مقلد است نه مفتی.
۴. فتوا تنها در حق مقلد (و مقلد) اعتبار دارد، بر خلاف حکم (و قضا) که در حق همگان نافذ است، حتی متخاصمی که حجت شرعی اش اقتضای بر خلاف می گوید. تفاوت هم ندارد که منشأ اختلاف، اختلاف در موضوع و مصداق باشد (شبهه مصداقیه موضوعیه) یا اختلاف در حکم (شبهه حکمی).

بی

دارد

این مسائل برای هر کسی که در زمینه او است، لازم است.

ج. ۱، ص ۳ و ۴.

تعبیر «مبنا» به معنای «دلیل» فنی نیست لکن جناب ماتن چنین باوری دارد، از این رو کتاب خود را «مبانی تکملة...» نام نهاده و منظورش از مبانی چیزی جز اسناد و ادله نیست.
منظور از «متخاصمین» غیر یک نفر است، هر چند پیش از دو نفر در پرونده حضور داشته باشند.

ما در مجال حاضر با ادعای اول و قسمت دوم ادعای چهارم کار داریم و ادعای دوم، سوم و قسمت اول ادعای چهارم خارج از موضوع مورد گفتگوی ما است، هر چند اگر مرتبط با بحث ما بود، نکات و ملاحظاتی در بیوند با آنها، قابل طرح بود پس، از متن حاضر با دو ادعا مواجهیم.

مفهوم شناسی قضا گستره اعتبار آن \times

مفهوم شناسی \times

تفسیر قضا به آن چه گذشت مورد تصریح برخی فقیهان دیگر نیز است!

مطابق این تفسیر _ علی القاعدة _ قاضی شخصی است که منبسط به قضاوت حکم بین مردم شده است. لکن تفسیر معروف فقهی قضا، تفسیر دیگری است. تفسیر مشهور که از مسالک، کشف اللثام و غیر آن رسیده است این است.

«ولاية الحكم شرعا لمن له أهلية الفتوى بجزئیات القوانين الشرعية، علی أشخاص معینة من البریة، بإنبات الحقوق و استیفانها للمستحق».

اساس این تفسیر از قضا _ ظاهراً _ برداشتی است که فقیهان از برخی روایات معتبر کرده اند، نظیر مقبوله عمر بن حنظله از امام صادق _ علیه السلام _ که فرمودند:

«... ینظران من کان منکم ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا فلیرضوا به حکماً فانی قد جعلته علیکم حاکماً...». همچنین دیده شده معتبره سالم بن مکرم، ابوخدیجه از امام صادق (ع).^۱ محقق عراقی وجه دیگری نیز اضافه می کند، بدین قرار: «مضافاً الی کفایة هذا المقدار فی صدق القاضی و لو لم یتلبس بعد بالقضاء اصلاً».

تفسیر سوم از قضا از شهید اول در دروس است که آن را به «ولاية شرعية علی الحكم فی المصالح العامة من قبل الامام» تفسیر می کند.

۱. رک: تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۴۰۴، کتاب القضاء (تقریرات درس آیت الله گلپایگانی)، ص ۱۱ و ۱۲.

۲. القضاء (شیخ مرتضی انصاری)، ص ۳۵.

۳. الوسائل، ج ۲۷، ابواب صفات قاضی، الباب ۱۱، ص ۱۳۶، ص ۱۳۶ و ۱۳۷.

۴. همان، ص ۱۳۹، حدیث ۶.

۵. کتاب القضاء، ص ۲.

۶. ج ۲، ص ۶۵.

نظر چهارم در تفسیر قضا را باید از محقق خوانساری گرفت، ایشان پس از این که می فرماید:
 «المعروف ان القضاء منصب من المناصب الشرعية»^۱، بر آن خرده می گیرد بدین بیان:
 «يمكن أن يقال: الولاية بالنحو المذكور في الأحكام كيف يتصور، فلو تنازع الوارث مع الاجنبي
 في ما زاد على الثلث فيما لو نقل المورث المال في مرض موته إلى الاجنبي فحكم الحاكم
 بالخروج من الاصل أو الثلث ليس أزيد من بيان الحكم الالهي الثابت له من طرف الشرع، فبعد
 البيان من طرف الشرع يكون المراجع إلى الحاكم ملزماً من طرف الشرع فبعد هذا أي إلزام يكون
 باقياً حتى يُرجع إلى الحاكم فتأمل جيداً»^۲.

مطابق این بیان در تخاصم دو نفر_ در جایی که اختلاف به حکم بر می گردد و مورد از شبهات
 حکمیه است_ داوری قاضی که چیزی جز حکم او نیست؛ ماهیت انشایی و ولایی ندارد و
 قاضی هم به عنوان کسی که دارای شأنی است که دیگران ندارند، مطرح نیست؛ بلکه صرفاً چون
 مجتهدی است که نظر خویش را به عنوان حکم الاهی بیان می کند، از این رو، وجوب اطاعت
 از وی به عنوان حاکم و قاضی مطرح نیست. مطابق این بیان:

قضا در احکام چیزی جز بیان نظر قاضی_ به عنوان حکم الاهی_ نیست و این در حالی است
 که مطابق بیانات گذشته ماهیت قضا امری انشایی بود، یعنی مفروض کلام ایشان، این بود.
 ایشان ولایت انگاری قضا_ آن جا که به اختلاف در موضوعات (= مصادیق) مرتبط است_ را
 قابل تصور می داند، و البته هیچ توضیحی برای آن ندارد. کلام ایشان در این پیوند، بدین قرار
 است:

«نعم في الموضوعات يتصور الولاية، كما لو اختلف المتنازعان في مال ويكون احدهما مدّعياً و
 الآخر منكرأ أو تداعياً»^۳.

محقق خوانساری در ادامه، خرده دیگری بر ولایت انگاری قضا در قضای مرتبط با احکام و بر
 واجب انگاشتن فرمان قاضی به طور مطلق (آن گونه که در بسیاری از کلمات از جمله در متن
 تکملة المنهاج آمده است)، وارد می کند، بدین بیان:

۱. جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۶، ص ۳.

۲. همان.

۳. همان.

«مضافاً إلى أن الاختلاف في الحكم الشرعي كما لو اختلف في خروج المنجزات من الاصل أو التلث كما ذكر كيف يمكن المراجعة فيه إلى الحاكم مع اختلاف الحاكم والمحكوم عليه فإنه مع قيام الحجّة للمحكوم عليه على خلاف ما يحكم الحاكم كيف ينفذ حكم الحاكم مع أن المذكور فيما دلّ على لزوم التسليم والاختلاف بحكم الحاكم كون حكمه بحكمهم عليهم السلام، والظاهر المسلم في صورة القطع بالخلاف عدم لزوم القبول دون صورة عدم القطع بل الظن، ولم يظهر الفرق مع حجّة الظن لقيام الحجّة عند المحكوم عليه على عدم كون الحكم بحكمهم عليهم السلام. نعم في الموضوعات الظاهر لزوم التسليم والقبول مع القطع بالمخالفة قطعاً للنزاع إلا في مثل ما لو اختلف في الزوجية وحكم الحاكم بزوجية المرأة للاجنبي فكيف يمكن للمرأة مع قطعها بعدم الزوجية التمكين للاجنبي من جهة حكم الحاكم من جهة شهادة الشهود، مع كون الشهادة على خلاف الواقع. وغاية ما يمكن أن يقال: إن شأن الحاكم إنفاذ حكم الشرع، كأمر الأمر بالمعروف ونهي الناهي عن المنكر، وإن كان هذا خلاف ظاهر قوله عليه السلام على المحكى في المقبولة «فاذا حكم بحكمنا - الخ» أو يراد من جعل القاضي والحاكم إرجاع شأن من الشئون إلى بعض الاشخاص من دون جعل منصب كجعل الولاية للأب والجد وجعل التولية بالنسبة إلى الموقوفة فتأمل».

بر اساس بيان فوق ١. داوری در وقت اختلاف متخاصمین زمانی که به اختلاف در حکم بر می گردد، برای کسی که قطع به خلاف یا حجت معتبر بر خلاف دارد، واجب الاتباع نیست؛ ٢. شأن حاکم؛ شأنی اجرایی و حکومتی است؛ نظیر امر به معروف و نهی از منکر، همچون مکلفان دیگری که حکم الهی را اجرا می کنند؛ ٣. البته ایشان دغدغه ناهمسویی آن چه را فرموده با مفاد مقبولة ابن حنظله دارد، لکن آن را هم در ادامه چگونه ای تحلیلی و تمثیلی حل می کند.

٩٠

١. همان ص ٣ و ٤.

٢. شاید، جناب ایشان در این قسمت سخن از (ان شأن الحاكم...) نظر به داوری در اختلافات حکمی و مصداقی (هر دو) دارد نه فقط مصداقی آن. فتأمل.

نقد، بررسی و تحقیق

نقد

بیان هایی که در ارتباط با مفهوم قضا، گستره آن و حد نفوذ حکم قاضی بر محکوم علیه و محکوم له و بر دیگران، گذشت، عموماً خالی از نقض یا اشکال نیست. به عنوان نمونه بیان اخیر که شاید ادق و اوسع بیان ها در این پیوند است، با مناقشاتی درگیر است، از این قبیل:

أ. در وقت اختلاف در حکم، هرگاه طرفین اختلاف به مجتهد برای بیان نظر فقهی وی مراجعه کنند، بیان او «لپس ازید من بیان الحکم الالهی الثابت له»؛ لکن چنین مراجعه ای قطعاً مفروض فقها و مطرح در باب قضا نیست؛ آن چه در این فضاها مورد نظر است مراجعه ای است که برای فصل خصومت، اختلاف و حلّ یک واقع خارجی است.

ب. محقق خوانساری هیچ توضیحی جهت عدم امکان تصور ولایت در وقت اختلاف در حکم و امکان آن در وقت اختلاف در موضوع نداده است. آن چه مطمح نظر ایشان بوده شاید این بوده که در فرض اول، مطلوب طرفین دعوا، فهم حکم الهی _ هرچند به نظر قاضی _ است و آلا با فرض وضوح حکم، با هم کنار می آیند و بحثی ندارند، لکن در فرض دوم، مطلوب طرفین دعوا، فهم حکم نیست، مطلوب فصل خصومت است که با اعمال ولایت صورت می پذیرد و این در حالی است که اصولاً فرض اول _ با این توضیح و تقریر _ به مقام قضا ارتباط ندارد، بلکه چنین اختلاف و مراجعه ای نیز در میان متدینان کم نیست، به این معنا که دو طرف دعوا اختلافی دارند و جهت اخذ نظر فقهی فقیه به وی مراجعه و بعد خود، اختلاف را فیصله می دهند، لکن این را نباید به عنوان اشکال به تعریف مشهور از قضا به حساب آورد.

ج. این که گفته شد: « فی الموضوعات الظاهر لزوم التسليم و القبول مع القطع بالمخالفة قطعاً للنزاع آلا فی مثل ما لو اختلف فی الزوجية... »

آیا در وقت اختلاف در حکم _ هر گاه محکوم علیه قاطع به خلاف باشد _ نمی آید؟ آن جا هم تصور نزاع هست و قطعاً للنزاع نیز باید باشد! ضمن این که مورد مثل زوجیت چه خصوصیت دارد؟ معیار استثنا چیست تا بتوان آن را در قالب یک قاعده ریخت؟!

انصاف این است که بیان ایشان _ به ویژه در بخش مربوط به حوزه نفوذ نظر قاضی _ شفاف نیست و عقیم است.

شبهه این وضعیت بر بیان محقق خوبی نیز حاکم است! ایشان در متن پیش نقل شده از وی، حکم قاضی را نافذ در حق طرفین دعوا دانست و هیچ استثنایی بر آن وارد نکرد، چنان که هیچ توضیحی هم برای آن ارائه نداد، و این در حالی است که علاوه بر این که موافقت با این اطلاق به راحتی میسر نیست و دلیلی آن را پشتیبانی نمی کند، مخالف فرمایش خود ایشان در آینده است، آن جا که می فرماید:

«لا يجوز الترافع الی حاکم آخر بعد حکم الحاکم الاول و لا يجوز للآخر نقض حکم الاول الا اذا لم یکن الحاکم الاول واجداً للشرائط او كان حکمه مخالفاً لما ثبت قطعاً من الكتاب و السنة». فتدبر.

بر تعریف منسوب به مشهور و معروف نیز می توان خرده گرفت و گفت: این که قضا با ولایت بر حکم همراه است غیر از این است که در مفهوم قضا «یا قاضی» چنین عنصری اشراب شده باشد. واضح است که طرفداران این تفسیر از مفهوم قضا هیچ سندی که مدّعی آن ها را ثابت کند، نمی توانند ارائه دهند ضمن این که نباید خوشبین به صحت نسبت این تفسیر به مشهور و معروف بود، شاید منشأ این نسبت این بوده که نسبت دهنده دیده مشهور فقیهان پست قضاوت را شعبه ای از ولایت معصوم _ علیه السلام _ می دانند که به غیر داده شده است، و از این باور به این رسیده که ایشان در مفهوم قضا این عنصر را اخذ کرده اند، در حالی که از این دیدگاه به قضا و قاضی چنین اشرابی در نمی آید. دقت کنید.

به نظر ما نباید به سادگی از این عبارت جواهر الکلام گذشت که می فرماید: «و لعل المراد بذکرهم الولاية بعد العلم بعدم کون القضا عبارة عنها _ بیان ان القضاء الصحيح من المراتب و المناصب کالامارة...».

۱. مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۲۳، مسأله ۲۰.
۲. از قبیل شهید ثانی در مسالک الافهام، ج ۱۳، ص ۳۲۵.
۳. جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۹.

۱. مفهوم شناسی قضا (گستره آن) - در فقه شیعه و فقه و گستره آن

به نظر می رسد در مفهوم شناسی قضا (که به تبع، گستره آن نیز معلوم می شود) باید سه جهت را از یکدیگر گسست داد: این که «قضا» به عنوان مصدر و اسم مصدر در نصوص و متون دینی به چه معنا است؟ و این که قاضی به عنوان یک وصف اشتقاقی، در محیط شرع کیست و چه حوزه هایی، حوزه کاری او است؟ به این نکته باید توجه کرد که وحدت معنایی مصدر و اسم مصدر از یک ماده با وصف اشتقاقی آن (جز به جمود و اشتقاق) لازم نیست، به ویژه در وقت جعل اصطلاح و غیر محیط لغت!

بر این اساس ما معتقدیم واژه «قضا» به همان معنای لغوی و عرفی آن در محیط شرع و فقه، به کار رفته است و معنای لغوی و عرفی آن چیزی نیست جز «احکام امر و اتقان و انفاذ». و البته یک محدودیت بر آن وارد شده و آن احکام و اتقان و انفاذ «در وقت فصل خصومت» است از این رو گفته شده: یسمی القضاء قضاء لان القاضی یتم الامر بالفصل و یمضیه و یفرغ منه». این احکام، اتقان، انفاذ و فصل خصومت با حکمی است که حاکم صادر می کند و از این رو است که در مثل صحاح و قاموس اولین معنا از این واژه، تفسیر آن به «حکم» است. با این توضیح تفاوت جوهری قضا با بیان فتوا آشکار می گردد، چرا که در بیان فتوا اتقان، انفاذ و فرمان نیست لکن در قضا هست. البته گاه با فاصله گرفتن از این جهت، به بیان فتوایی که خصومتی را برچند قضا می گویند؛ گویا این واژه را از اصلش توسعه داده اند.

بنیان فوق هادی به ناصحیح بودن تفسیر «قضا» به مثل «ولایة الحکم...» خواهد بود و اصح تعاریف همان است که در مثل متن مبانی تکملة المنهاج گذشت. و کشاندن ولایة در تعریف قضا و آن را به شأنیت مبدأ و به یک منصب تعریف کردن ناصحیح است و اگر در جایی این رفتار صورت گرفته باشد، مجاز است نه حقیقت.

تفسیر قضا به بیانی که گذشت، هیچ الزامی را ایجاد نمی کند که ما در لفظ «قاضی» دقیقاً و بدون کم و کاست معنای قضا را اشراب کنیم و تنها حالت جامد را به وصف اشتقاقی تبدیل کنیم بلکه می توانیم «قاضی» را به «کسی که ولایة بر حکم و منصب داوری را شرعاً دارد» تفسیرش کنیم و این البته بر این پایه استوار است که قاضی برای فصل خصومت نیازمند جعل شرعی باشد.

نتیجه این تحقیق این خواهد بود که استعمال قاضی در صاحب منصب و ولایت صحیح خواهد بود، هر چند قضا به ولایت بر حکم تفسیر نشود!

مشروعیت قضا به نصب و تحقیقی در اطراف نصوص مرتبط به آن

شاید هیچ اختلافی بین فقیهان فقه اهل البیت_علیهم السلام_ نباشد که مشروعیت قضا به نصب قاضی (=حاکم) است؛ مگر این که فقیه صرفاً بیان فتوا_هرچند همراه با تطبیق_ نماید، چنان که حکومت و اعمال ولایت شخص نیز نیازمند نصب از طرف من له النصب است!

سند این ادعا یکی اصل «عدم ولایت أحد علی أحد» است؛ با این پیش فرض که قضا و فصل خصومت بدون اعمال ولایت و قبض و بسط نیست. و شاید بهترین تفسیر از ولایت، تفسیر آن به «الرئاسة علی الناس فی امور دینهم و دنیاهم و معاشهم و معادهم» باشد و این اعمال نیازمند جعل است. افزون بر این دلیل، این مدعا به دو روایت هم مستند گردیده است، بدین ترتیب:

روی الکلینی عن محمد بن یحیی، عن محمد بن الحسین، عن محمد بن عیسی، عن صفوان بن یحیی، عن داود بن الحصین، عن عمر بن حنظله، قال: «سئلت ابا عبد الله (ع) عن رجلین من اصحابنا بینهما منازعة فی دین أو میراث فتحاكما الی السلطان أو الی القضاة؛ أیحل ذلك؟ فقال: من تحاکم إلیهم فی حق أو باطل فإنما تحاکم الی الطاغوت، و ما یحکم له فإنما یأخذ سحتاً و ان کان حقاً ثابتاً له، لأنه اخذه بحکم الطاغوت و قد أمر الله أن یکفر به، قال الله - تعالی - «یریدون أن یتحاکموا الی الطاغوت و قد أمروا أن یکفروا به». قلت: فکیف یصنعان؟ قال: ینظران (الی) من کان منکم ممن قد روی حدیثنا و نظر...

۱. تحقیق فوق برخی گره های ذهنی فقیهان مورد توجه چون شیخ انصاری (رک: کتاب القضاء، ج ۲۲ از مجموعه آثار ایشان، ص ۲۵ و ۲۶ را در این پیوند حل می کند.
۲. البته این مطلب جای گفتگو دارد که در مباحث فقه سیاسی از آن صحبت خواهیم کرد.

لا ینبذ لکرمط
و لکن (المراد من لا ینبذ)

کلیه روایه اول ابره فدیبه را مورد بررسی قرار دادیم با این باور و
که این دو روایه، یک روایه است. کتب الان نگرش کنیم تکلیف
این ها از یکدیگر لازم باشد و فقط نامشع است. مثلاً شیخ انصاری
ناظر به روایه دوم ابره فدیبه است از روایه شیخ معصوم است با روایه اول او

*
① در این بحث -
به استصحاب بر مبنای فقه
ولایت العقیبه
مختصه
به دو روایت اشاره
کردیم: ۱. مقبوله
ابن فضله ۲. مقبوله
مقبوله ابره فدیبه
در حالی که از ابره فدیبه
به تنهایی - در روایه
مشابه داریم. تفسیر
نابین (منبر الطاهر)
(۲۳۵)
و معنی فدی (تفویض)
نیز در روایه است.
یک روایت از ابره
فدیبه این است که
روایه که روایت
دوم از ابره فدیبه
المراد من لا ینبذ است.
روایت اول را شیخ
طوسی در تهذیب
آورده (۳۴۷/۶)
و شیخ حررهم در
۲۷ / ۱۴۹ ص ۷
تالیف باب ۱۱ و
روایت دوم را
مدون در تهذیب (۲/۳)
از من بن علی و
ابو جریان و از ابره فدیبه
و شیخ طوسی در تهذیب
از من بن علی و از
ابره فدیبه (تهذیب)
۲۴۵ / ۶
کافی (۲/۱۲)
تعلیل کتب معتبره
باب ۵ ص ۲۳
با در بحث های آینه فقه

فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا، فلیرضوا به حکماً فانی قد جعلته علیکم حاکماً، فاذا حکم بحکمنا فلم یقبله منه فانما استخف بحکم الله، و علینا ردّ، و الرادّ علینا الرادّ علی الله، و هو علی حد الشکر»
 در سلسله سند این روایت سه راوی قابل بحث وجود دارد: محمد بن عیسی، داود بن حصین و ابن حنظله. در مورد ابن عیسی دو نظر وجود دارد و این احتمال که تضعیف او به دلیل غالی پنداشتن وی بوده است - چنان که برخی به آن تصریح کرده اند - وجود دارد. این وجه ضعف، قابل اعتنا نیست. ابن عیسی شخصیتی است که مثل جناب نجاشی در حق وی می گوید: « جلیل فی اصحابنا، ثقة، عین». و کشی با واسطه از فضل بن شاذان نقل می کند که وی در حق ابن عیسی گفته است: « لیس فی اقاربه مثله».

داود بن حصین اسدی از اصحاب امام صادق و امام کاظم - علیهما السلام - از واقفه به شمار رفته است و نجاشی در مورد وی فرموده است: « کوفی ثقة». واضح است که از واقفه بودن نافی ثقة بودن نیست. در مورد ابن حنظله بحث های زیادی صورت گرفته است. برخی او را غیر ثابت الوثاقه می دانند و در مورد وی گفته اند: « لم یثبت توثیقه؛ و ما ورد من الروایة فی توثیقه لم یثبت، فان راویها یزید بن خلیفة و لم تثبت وثاقته». این قائل به همین دلیل روایت را غیر قابل تمسک می داند.^۵

لکن نباید جهات دیگر را در مورد شخص ابن حنظله و در مورد روایت نادیده گرفت، جهاتی که باعث می شود روایت قابل استناد باشد. به عنوان مثال: کثرت روایات وی از ائمه - علیهم السلام -؛ قبول روایات وی از سوی اصحاب و عدم ردّ حتی یک روایت از او؛ روایت راویانی مورد توجه از وی از قبیل عبدالله بن مسکان، زراره، صفوان بن یحیی، ابویوب خزاز، علی بن حکم، منصور بن حازم، عبدالله بن بکیر و ...؟ حضور روایت در کافی و در دو موضع از تهذیب؛ از جهاتی است که روایت ابن حنظله را غیر قابل ردّ می نماید. وجوه مورد اشاره بر فرض که برخی مورد مناقشه باشد، یا تک تک آن ها نتواند روایت را بر مسند اعتبار بنشانند، از مجموع آن ها نمی توان گذشت.

به تعبیر دیگر: هر چند نتوان، مطابق روش مدرسه ای و بسند در فتوا به روایات نقل شده از موثقین رسماً و به صراحت توثیق شده، به مثل این روایت فتوا داد و اعتماد کرد، مطابق روش تجمیع ظنون در رجال و فرایند استنباط می توان به راحتی به این روایت اعتماد نمود. ضمن این که آن چه ما از این روایت به دنبالش

۱. الوسائل، ج ۲۷، ابواب صفات القاضی، باب ۱۱، ص ۱۳۶ و ۱۳۷، حدیث ۱.

۲. رک: تنقیح المقال فی علم الرجال

۳. همان.

۴. مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۷.

۵. همان.

۶. تنقیح المقال، ج ۲، ص ۳۴۲ و ۳۴۳.

۷. رک: کافی (اصول)، ج ۱، ص ۶۷، کافی (فروع)، ج ۷، ص ۴۱۲ و تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۲۱۸ و ۳۰۱ (= ۲۴۴ و ۳۴۵).

هستیم، از مسلمانی است که رد این روایت به آن لطمه نمی زند. لکن هدف ما افزون بر اثبات مطلب مورد نظر و گفتگو اعتبار این روایت نیز است.

نسبت به دلالت روایت، بر انتصابی بودن مسند قضا و حکومت، جای هیچ گفتگو نیست. در روایت هر چند از تعبیر «حکم» و «حاکم» استفاده شده است، لکن مفهوم این دو واژه به دلیل مورد روایت، قضا و داوری را نیز فرامی گیرد؛ اگر منحصر به آن نباشد. از این روایت - حداقل در نگاه اول - نفوذ حکم قاضی حتی بر کسی که حجّتی بر خلاف مفاد داوری قاضی دارد، قابل دریافت است.

روایت دوم روایت معروف به «مشهوره ابو خدیجه»^(۱) است با این سند و متن:

روی الشیخ باسناده عن محمد بن علی بن محبوب، عن احمد بن محمد، عن الحسين بن سعید، عن ابی الجهم، عن ابی خدیجه، قال: بعثنی ابو عبدالله - علیه السلام - الی اصحابنا فقال: قل لهم: «ایاکم اذا وقعت بینکم خصومة أو تدارئ بینکم فی شیء من الأخذ والعطاء ان تتحاكموا الی أحد من هؤلاء الفساق. اجعلوا بینکم رجلاً ممن قد عرف حلالنا و حرامنا، فانی قد جعلته قاضياً. و ایاکم ان یخاصم بعضکم بعضاً الی السلطان الجائر».

روایت را شیخ حرّ با اضافه «علیکم» بعد از «قد جعلته» نقل می کند؛ چنانکه شیخ صدوق نیز روایت را در «کتاب من لا یحضره الفقیه» آورده است. جناب کلینی نیز روایت را در کافی آورده است، لکن بجای «ممن قد عرف حلالنا و حرامنا»؛ «الی رجل منکم شیئاً من قضائنا» آمده است. البته برخی تفاوت های متنی غیر مؤثر دیگر در مفاد نیز وجود دارد.

در سند این روایت دو نفر قابل بحث اند: ابوالجهم و سالم بن مُکرم ابو خدیجه. ابوالجهم کنیه بکیر بن اعین و ثویلی بن ابی فاخّته است که اولی ثقه و دومی ممدوح و روایت او حسن به حساب می آید که در اعتبار آن اختلاف است. البته گاه گفته شده شخص واقع در سند هرون بن جهم ثویلی بن ابی فاخّته است که در مورد او نیز اختلاف است و برخی وی را علی التحقیق ثقه دانسته اند.

۱. تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۳۴۷ (۳۰۲).

۲. الوسایل، ج ۲۷، ابواب صفات القاضی، باب ۱۱، ص ۱۳۹، ح ۶.

۳. همان باب ۱ ص ۱۳ و ۱۴، ح ۵.

۴. کافی (فروع)، ج ۷، ص ۴۱۲، حدیث ۴.

(۱) روی در روایت دارد ۱۰ مراد از مشهوره هم مدام نیست که کدام است اموراً وقت لازم در دست این در روایت از یکدیگر است هر دو مورد می توان گفت: هر دو مورد روایت دوم

ابو فدیمه

آورده

روایت دوم را

هزوز سوز

یا رفع شبهه

کر در

در مورد ابو خدیجه نیز اختلاف است. از جناب شیخ طوسی در فهرست تضعیف وی نقل شده است و جناب نجاشی در مورد او تعبیر «ثقة ثقة» دارد.^۱ در بیان فقیهان نیز هر دو گروه را می بینیم؛ محقق نایینی بر آن است که:

«ان له حالة اعوجاج عن طريق الحق و هي زمان متابعتة للخطابية و حالتی استقامة و هما قبل الاعوجاج و بعده و لم يعلم أنه رواهما فی ای الحالات».

البته روایت
روم ابر فریم را
سکه از اهرین
عمانه است یا
حسن و شاد

در مقابل، سخت گیری در رجال و بر اسناد چون محقق خوبی روایت را صحیح می داند و به ثقه بودن ابو خدیجه تصریح می کند.^۲

البته چه ابو خدیجه ثقه باشد و چه نه، تضعیف ابو خدیجه و به تبع آن تضعیف روایت او از سوی محقق نایینی قدری عجیب می نماید؛ چون صرف حالت اعوجاجی که برای او نقل می کنند، موجب ضعف روایت او نمی شود؛ افزون بر این که روایت در کافی نیز نقل شده است و محقق نایینی مناقشه در روایات نقل شده در کافی را نمی پذیرد.

به اعتقاد ما و بر بنیان برخی اصول رجالی معتبر، روایت ابو خدیجه قابل استناد است؛ مگر این که فقره یا فقراتی از آن، دال بر مطلبی بر خلاف قواعد و ضوابط باشد، (فتأمل) که روایت مزبور برخوردار از چنین فقره یا فقراتی نیست.

مطابق معمول محقق مامقانی از این شخص گفتگو کرده، سخن مخالف و موافق را آورده و شک و توقف و تردید در وثاقت وی را «حرفة العاجز عن الاجتهاد» دانسته است.^۳ این تعبیر هر چند تند و غیر ضرور است لکن از اعتقاد این رجالی ایستاده بر قله رجال به وثاقت ابو خدیجه خبر می دهد. به هر روی:

روایت ابو خدیجه _ مثل روایت قبل _ غیر قابل مناقشه مستقر از نظر سند است.

۱. رک: تنقیح المقال، ج ۲، ص ۵ و ۶.

۲. منية الطالب، ج ۲، ص ۲۳۵.

۳. مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۸.

۴. تنقیح المقال، ج ۲، ص ۶.

ضمناً برخی گزارش ها از مرفوعه بودن روایت ابو خدیجه خبر می دهد که برای ما قابل فهم نیست^۱ نسبت به دلالت این دو روایت بر لزوم معمول بودن قضا و مشروعیت آن به نصب از سوی من له النصب نیز نباید تردید کرد. البته روایت اول بر سحت بودن آن چه قاضی غیر منصوب حکم می کند، هر چند حکم وی به حق باشد، نیز دلالت می کند که البته جای گفتگو دارد، لکن در مجال حاضر این مسأله محور گفتگوی ما نیست؛ چنان که در فرض تعدّر یا عدم اعتقاد به چنین فرآیندی (نظیر آن چه در کشورهای غیر اسلامی و یا اسلامی غیر معتقد به مبانی شیعه می گذرد) چه نظری باید داد؟ و آیا روایات دوم بر چنین فرض هایی نیز ناظر است یا نیست؟ مجال بحث دارد که در مجالات آینده _ ان شاء الله تعالی _ مورد گفتگو قرار می گیرد. لکن این تردید ها و شکوک در اصل مدعا _ که مشروعیت قضا در فضای طبیعی به نصب است _ زخمی وارد نمی کند.

ب. حد نفوذ قضا

در این باره با برخی کلمات _ از جمله کلام محقق خوبی و محقق خوانساری _ آشنا شدیم. کلام محقق خوانساری _ چنان که اشاره شد _ نتیجه مشخص نداشت و برخی ابهام ها در اطراف آن وجود داشت. محقق خوبی نیز چه در آغاز مبانی و چه در ذیل و تعلیقه بر مسأله، ۲۰ مسأله را «به اعتقاد ما» سطحی و ساده برگزار می کند. ایشان در موضع دوم می فرماید:

« لا يجوز الترافع الى حاكم آخر بعد حكم الحاكم الاول، و لا يجوز للأخر نقض حكم الاول » وی این ادعا را با این جمله مستدل می سازد: «بلا خلاف و لا اشكال، فان حكم الحاكم نافذ على الجميع سواء في ذلك الحاكم الآخر و غيره». سپس در متن ادامه می دهد:

«ألا اذا لم يكن الحاكم الاول واجداً للشرائط او كان حكمه مخالفاً لما ثبت قطعاً من الكتاب و السنة». و در استدلال بر آن می فرماید: « فان الحكم الاول _ عندئذ _ يحكم العدم، لانه غير نافذ شرعاً ».

۱. شیخ انصاری از روایت ابو خدیجه به «مرفوعه ابی خدیجه» تعبیر می کند (التضا و الشهادات، ص ۳۰) و البته آن را می پذیرد (و اما الکلام فی سند المرفوعة فحقیق الاعراض عنه بعد اطلاق «المشهوره» علیها و ركون المشهور اليها و لوفی غیر المقام بل فی المقام، همان، ص ۳۱)، و از آن جا که جمله ای که از روایت نقل می کند این جمله است: «و لكن انظروا الى رجل يعلم شيئاً من قضایانا فاجعلوه قاضياً» و این جمله با این تعبیر (البته با تعبیر «قضائنا فاجعلوه بینکم قاضیا» به جای آن چه در نقل شیخ انصاری آمده است) در نقل جناب صدوق (الفتاوی، ج ۳، ص ۲) است نه تهذیب الاحکام، معلوم است که نظر شیخ انصاری به سند جناب صدوق به ابو خدیجه است و در سند جناب صدوق به ابو خدیجه رومی و ارسالی رخ نداده است. سند این است: عن ابی عن سعد ابن عبدالله عن احمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن علی الوشاء عن احمد بن عائد عن ابی خدیجه (شرح مشیخة الفقیه، ج ۴، ص ۱۲۵ و ۱۲۶).

۲. مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، متن و تعلیقه ص ۲۲، مسأله ۲۰.

دو روایت از ابو خدیجه است. و شیخ انصاری در روایت نظر دارد به اصول. ۴ ارفاق است نوشته بر اساس نقد ابتکار در روایت ابو خدیجه بایر اصلاح شود.

مطابق متن فوق، بدون خلاف و بدون شبهه، نقض، اعتراض متخاصمین و درخواست تجدید نظر و استیناف مطلقاً پذیرفته نیست، مگر در دو صورت:

۱. لم یکن الحاکم واجداً للشرائط؛

۲. کان حکمه مخالفاً لما ثبت قطعاً من الكتاب والسنة.

مراد از ثبوت قطعی هم - ظاهراً - ثبوت نزد همگان است نه ثبوت قطعی نزد متخاصمین؛ از این رو فرض صورت دوم، نادر خواهد بود؛ زیرا علی القاعده قاضی واجد شرایط از ثابتات قطعی در کتاب و سنت با خبر است و بر خلاف آن حکم نمی‌کند؛ مگر این‌که در تشخیص موضوع، فهم پرونده و گزارشی که به وی رسیده است، اشتباه کرده باشد؛ لکن ظاهر عبارت مبانی تکمله، چنین فرضی نیست. محقق خوبی در ابتدای کتاب هم اشاره کرد، چه در وقتی که منشأ ترافع قضایای شخصی و امور خارجیه باشد و چه در وقتی که اختلاف در فتوا باشد، حکم قاضی در حق همگان نافذ است؛ حتی در وقتی که حجّت بر متخاصمین اقتضایی غیر از مفاد حکم قاضی داشته باشد. ایشان مطلب را مسلم پنداشته و هیچ تعلیقه‌ای بر آن نمی‌زند. البته مفاد مذکور در ابتدای کتاب را به کسی نسبت نمی‌دهد.

محقق خوبی تکلیف محکوم علیه را در دو متن پیش نقل شده تعیین کرده، لکن تکلیف محکوم له و ثالثی که خود طرف پرونده است یا درگیر با جریان واقع در خصومت می‌شود (مثل این‌که ملک مورد نزاع را از محکوم له می‌خرد)، مشخص نکرده است، از این رو گاه سؤال می‌شود که آیا محکوم له می‌تواند از مفاد حکم استفاده کند هر چند بر خلاف حجّت ظنی معتبر (و یا حتی بر خلاف حجّت قطعی) در حق وی باشد؟ استظهار شیخ انصاری از کلمات قوم این است که اعتبار نظر قاضی تنها در حق محکوم علیه نیست بلکه محکوم له (و به طریق اولی دیگران) را نیز شامل می‌گردد. سند این عدم تفاوت هم «اقتضای ادله نصب قاضی و اعتبار نظر وی در حق طرفین دعوا» است. لکن جناب ایشان به محتوای این نظر راضی نیست و آن را خالی از اشکال - بلکه منع - نمی‌بیند؛ به این دلیل:

«... لأن ظاهر أدلة حجیة الحاکم حرمة رده ممن حکم علیه، ولو کان مقتضی فتواه بطلان حکمه.

أما جواز عمل المحکوم له بحکمه مع مخالفته لفتواه، فهو محلّ کلام، بل لا يجوز له الترافع إليه، مثل ما إذا تنازعا فی بیع وقع علی بعض المسوخات فحکم بالصحة؛ بناءً علی طهارتها، فإذا فرض اعتقاد أحد المتداعیین نجاستها وفساد البیع، فكيف يجوز أكله الثمن بمجرد حکم الحاکم بالصحة؟! بل یحرم حیثیندر مطالبه المشتري

۱. نظیر سایر ورثه که همراه متخاصمین نیستند؛ لکن هر حکمی در حق متخاصمین بشود، آن افراد هم مشمول آن حکم می‌شوند

به صورت روشن

بالثمن والترافع به إلى من يرى طهارتها وصحة البيع، و سيأتي في كلام المصنف الجزم بالتحريم فيما إذا اعتقد المدعى حرمة الشفقة مع الكثرة و اما في غير مقام فصل الخصومة فالظاهر عدم نقض الفتوى به». مبنای مدعای فوق هم این است که نظر قاضی واقع را عوض نمی‌کند، و حجّت بر محکوم له را به هم نمی‌ریزد؛ تصویب هم که ناصحیح است.

صعوبت مسأله

علیرغم ساده‌انگاری مورد اشاره در مسأله و نسبت «عدم خلاف» در برخی فروع به فقیهان و «عدم اشکال»، مسأله پیچیده و دارای شقوق بسیار است، تا جایی که شهید ثانی می‌فرماید: «للاصحاب فی هذا الباب عبارات مختلفة و آراء متباينة».

ظاهراً ریشه ناهمسویی انگاری نظرات در مسأله از سوی شهید ثانی این بوده که فقها گاه جواز یا وجوب نقض را به مورد کشف قطعی خلاف، منحصر می‌کنند و گاه به فرض کشف ظن معتبر توسعه می‌دهند. و با این فرض است که مرحوم عاملی به گمان خود مشکل را حل کرده و تباین آرا را - که مورد ادعای شهید ثانی بود - نمی‌پذیرد. عبارت ایشان این است:

«انهم اتفقوا على الحكم بالنقض اذا بان البطلان واتضح الفساد، و ذلك إنما يكون بظهور دليل قطعي لم يكن ظهر عند الحاكم أو ظني يكون حجة عند من حكم بالأول من غير ما يصلح للمعارضة عنده وإن لم يكن حجة عند من يحكم بالثاني أو كان له عنده معارض، فحيث يطلقون ويساوون في النقض بين استناد الحكم إلى القطعي والظني فإنما يريدون حيث يتضح البطلان و حيث يفرقون و يفصلون بين القطعي والظني فإنما يريدون حيث يتضح البطلان و حيث لا يستبين الفساد في الظني كما هو الشأن في الاجتهاد الذي لا ينقض».

۱. القضاء والشهادات، ص ۱۵۲.

۲. مسالك الافهام، ج ۱۳، ص ۳۸۹.

۳. مفتاح الكرامة، ج ۲۵، ص ۱۳۷.

در پیوند با گستره نفوذ، صاحب جواهر بعد از بحثی نسبتاً طولانی، ضمن تجویز استیناف با تراضی دو طرف دعوا، حکم حاکم اول را در دو صورت قابل نقض می‌داند و نه بیشتر. تعبیر ایشان این است:

«وینقض اذا خالف دليلاً علمياً لا مجال للاجتهاد فيه او دليلاً اجتهادياً لا مجال للاجتهاد بخلافه ألاً غفلة ونحوها، ولا ينقض في غير ذلك؛ لأن الحكم بالاجتهاد الصحيح حكمهم فالرأى عليه رآه عليهم _ عليهم السلام... من غير فرق بين اقتضائه نقض فتوى و عدمه للاطلاق، ومن هنا جاز نقض الفتوى بالحكم دون العكس»^۱.

مطابق این بیان در مسائل اختلافی که قابلیت اجتهاد داشته باشد در صورتی که قاضی اول، با فرآیندی صحیح پیش رفته باشد، نظر او نافذ و شکستن آن ناصحیح است.

ایشان معیار «فاذا حكم بحكمننا» و «عرف احكامنا» و «عرف حلالنا و حرامنا» را که در دو روایت معهود بود: «اجتهاد صحیح قاضی» می‌داند که اعم از موارد قطعی است؛ به این متن توجه کنید: «ضرورة اندراج حكم الاول في الادلة المقتضية لنصبه؛ فان المدار في صحته على معرفة حكمهم عليهم السلام بالاجتهاد الصحيح الذي هو اعم من القطع النظري والظن...».

نکته دیگر در کلام صاحب جواهر_ قده_ تعریف نقض فتوا به حکم است به گونه‌ای که شامل محکوم علیه و محکوم له می‌شود و حکم قاضی را در حق هر دو نفوذ می‌دهد.

ایشان می‌فرماید:

«المراد بنقضها إبطال حكم الكلى في خصوص الجزئى الذى كان مورد الحكم بالنسبة إلى كل أحد، من غير فرق بين الحاكم و مقلدته و بين غيرهم من الحكام المخالفين له و مقلدتهم و يبطل حكم الاجتهاد و التقليد في خصوص ذلك الجزئى. كما أنه لا فرق في ذلك بين العقود و الايقاعات و الحل و الحرمة و الأحكام الوضعية حتى الطهارة و النجاسة، فلو ترفع شخصان على بيع شيء من المائعات و قد لاقى عرق الجنب من زنا مثلاً عند من يرى طهارته فحكم بذلك كان طاهراً مملوكاً للمحكوم عليه وإن كان مجتهداً يرى نجاسته أو مقلد مجتهد كذلك لاطلاق ما دل على وجوب قبول حكمه و أنه حكمهم _ عليهم السلام _ و الراد عليه راد عليهم، و يخرج حينئذ هذا الجزئى من كلى الفتوى بأن المانع الملقى عرق الجنب نجس في حق ذلك المجتهد و مقلدته. وكذا

۱. جواهر الكلام، ج ۴۰، ص ۹۶.

۲. همان، ص ۹۶ و ۹۷.

في البيوع والأنكحة والطلاق والوقوف وغيرها، وهذا معنى وجوب تنفيذ الحاكم الثاني ما حكم به الأول وإن خالف رأيه ما لم يعلم بطلانه».

مطابق بيان فوق گستره نفوذ رأی حاکم در حق محکوم علیه و محکوم له علی السویه است؛ زیرا وقتی «حکمه حکمهم _ عليهم السلام_» شد، تمام لوازم، ملزومات و ملازماتش معتبر خواهد بود. ایشان رأی حاکم اول را غیر قابل نقض حتی توسط خودش (در فرضی که وی از مبنایش عدول کرده باشد) می داند؛ چنان که عدول از فتوا را نیز نسبت به گذشته غیر مؤثر می شمارد. توجه کنید:

«وأما عدم نقض الحكم بالفتوى حتى من ذلك الحاكم او فرض تغير رأيه عن الفتوى بعد حكمه في جزئي خاص فلاصالة بقاء أثر الحكم و ظهور أدلته في عدم جواز نقضه مطلقا، وعدم اقتضاء دليل الفتوى أزيد من العمل بأفراد كليّ متعلقها من حيث إنها كذلك، فلا تنافي خروج بعض أفرادها بالحكم لدليلها، بل لعله ليس من متعلق كليها المراد به ما عدا المحكوم عليه من أفرادها. نعم هي إنما تنقض بالفتوى على معنى بطلان الفتوى برجوع صاحبها عنها فيما لم يعمل به من أفرادها، أما ما عمل به فيه منها فلا نقض فيما لا يتصور النقض فيه، كما إذا كان فعلاً قد فعله أو مالاً أكله أو شربه، بل لو كان من الأفعال التي لها قضاء أو إعادة كالصلاة ونحوها مما يندرج في قاعدة الاجزاء وغيرها فلا نقض فيه مع فرض كون الثانية ظنية أيضاً، بل لو عمل بالفتوى مما يقتضى الاستمرار والبقاء لم ينقض بالتغير، كما لو تزوج امرأة ارتضعت معه عشر رضعات بفتوى عدم نشرها الحرمة ثم رجع المفتى عن ذلك لم يبطل نكاحه وان كان لا يجوز له تزويج امرأة اخرى كذلك اذا كان مقلداً له في ذلك؛ لان العقد المقتضى دوام النكاح قد وقع بالفتوى الأولى التي لم يعلم بطلانها؛ فآثار حكم العقد باقية على حالها للاصل وغيره الا اذا تعقبه حكم بالفسخ... وهكذا كل ما كان من هذا القبيل من الاسباب المستقلة بدليل على لزومها بمجرد عدم العلم بفسادها فتبقى حينئذ على ذلك وان تغير رأى المجتهد؛ فانه لا دليل على الفسخ به بل حاصل الادلة خلافه، كما يبقى على قاعدة الاجزاء، مثل الصلاة والغسل والوضوء...».

١. همان، ص ٩٧ و ٩٨.

٢. همان، ص ٩٨ و ٩٩.

نقد کلام صاحب جواهر

گرچه ما در مجال حاضر به صدد تتبع و نقل اقوال هستیم و تحقیق را در ادامه خواهیم داشت، لکن نقد اجمالی کلام صاحب جواهر در این مقام مناسب می‌نماید، بدین قرار:

۱. گاه گفته می‌شود: چنانچه نظر صاحب جواهر به نفوذ و اعتبار حکم قضایی در حق همگان - حتی محکوم له و ثالث - باشد؛ می‌توان بر استدلال ایشان به روایت دال بر منع رد حکم قضایی خرده گرفت و مدلول روایت را مُجرا در حق محکوم علیه دانست و در پیش از آن تردید کرد. البته اثبات اعتبار حکم قضایی در حق محکوم له از غیر روایت قابل دفاع می‌نماید؛ لکن نقد ما متوجه کلام صاحب جواهر است که آن را با تمسک به روایت تمام می‌کند. به همین دلیل است که شیخ انصاری فرمود:

«ان ظاهر ادلة حجیة الحاكم حرمة رده ممن حکم علیه... اما جواز عمل المحکوم له بحکمه مع مخالفته لفتواه فهو محل کلام»^۱.

نقد نقد

در رد گفته فوق، شاید بتوان گفت:

همان‌گونه که قضاوت برای فصل خصومت و کار قاضی فصل خصومت است، شارع هم باید در تشریحش، قانون مربوط به قضا را به گونه‌ای جعل کند که قاطع خصومت و مفید در حق محکوم له باشد، مسأله ادامه پیدا نکند و به طور کامل پرونده مختومه شود و این در وقتی است که محکوم علیه مجبور به اطاعت از حکم قضایی باشد و محکوم له (و ثالث) هم حق بهره‌برداری از آن را داشته باشد. و چون در این فضا فرمایش مورد نظر از امام علیه السلام صادر شده است، توان اثبات آنچه را صاحب جواهر فرمود، دارد.

در واقع فضای مزبور قرینه حافه می‌شود تا مخاطبان دلیل چنین برداشتی از روایت ابن‌حنظله بنمایند. واضح است که این فضا چنانکه می‌تواند به عنوان درک مستقل عقل در مسأله مطرح گردد و فارغ از روایت، مطلب مورد ادعای صاحب جواهر را ثابت کند، می‌تواند ابزاری برای درک مخاطب دلیل قرار گیرد و مطلب مورد گفتگو را از نص مزبور برداشت کند. دقت کنید.

۲. موافقت با آنچه صاحب جواهر به طور مطلق در نفوذ حکم قضایی حتی نسبت به طهارت و نجاست فرمود (کان طاهراً مملوفاً للمحکوم علیه ...) نیز مشکل می‌نماید.

۱. القضاء والشهادات، ص ۱۵۲.

البته این احتمال وجود دارد که منظورش از این عبارت این است که محکوم علیه - چون محکوم علیه است - باید معامله طهارت با جنس فروخته شده نماید و (مثلاً) اگر جنس را فروخته است، حق فسخ ندارد، نه این که منظورش استفاده از این فتوا به سود محکوم علیه باشد. شاید متن ذیل را - که البته در مورد تبدل فتوا است و بلافاصله بعد از نقل متن پیش ذکر شده از ایشان آمده است - بتوان شاهد احتمال فوق دانست. توجه کنید:

«بل قد يقال: إن غَسَلَ النجاسة أيضاً كذلك وإن كان لا يخلو من نظر و بحث، ضرورة عدم مقتض للدوام فيه، بل هو تابع لظن المجتهد ما دام باقياً، فلو غسل مثلاً شيئاً بالماء القليل الملاقى للنجاسة بفتوى عدم تنجسه بذلك ثم تغير رأيه وجب تجديد الغسل، لأن طهارة المغسول به مقيدة بما دام ظن المجتهد كذلك، فهو حينئذ كالماء نفسه وهكذا. بل قد يقال في نحو الوضوء به بوجوب تطهير اليد وإن قلنا بصحة الوضوء به، اللهم إلا أن يمنع ذلك لقاعدة العسر والحرج، خصوصاً فيما لو بنى به مثلاً مسجداً ونحوه إلا أن ذلك كما ترى. أما الفتوى بطهارة شيء للأصل مثلاً ثم تغير رأيه إلى النجاسة فلا إشكال في وجوب اجتنابه عليه، لعدم استناد الطهارة المفتى بها أولاً إلى سبب يقتضى بقاءها».

۳. دقت جناب ایشان در تفصیلی که راجع به ادامه اثر فتوا مطرح می‌کند بین موردی که پدیده برآمده از فتوای سابق، نشأت گرفته از سبب مقتضی دوام باشد با پدیده‌ای که برآمده از فتوای سابق است لکن نشأت گرفته از سبب مقتضی دوام نیست، قابل تحسین می‌نماید، در صورتی که دلیلی بر آن اقامه و از صرف ادعا و استحسان خارج می‌گردید و این در حالی است که ما در کلام ایشان به دلیلی جز اصل بر نمی‌خوریم؛ در حالی که ممکن است مخالف، صحنه را به گونه‌ای ترسیم کند که نوبت به اصل نرسد و اقتضای قاعده را تمام شدن قضیه تا زمان تبدل فتوا (و نه حتی بعد از آن) بداند، مثلاً در ازدواج مورد مثال در کلام ایشان گفته شود:

با این ازدواج معامله ازدواج صحیح می‌شود، لکن از الآن به بعد نیازمند تجدید عقد است. واضح است که تمسک به مثل نفی عسر و حرج، فضای دیگری است که جناب ایشان به آن فضا وارد نشده است.

بررسی و تحقیق

در پیوند با «حدّ نفوذ قضا» مطالبی را از فقیهان بزرگ ارائه داده و نقدهایی را بر بخش هایی از آن وارد کردیم، در ادامه به قصد بررسی و تحقیق، گفتگوی ذیل صورت می گیرد:

۱. سطوح مختلف بحث

مسأله مورد گفتگو صورت های زیادی دارد که بعضاً بحث خاص^۱ به خود را می طلبد، چنان که در بحث، گاه از قاعده واصل اولی عام سخن به میان می آید و گاه از قاعده یا دلیل خاص (برگزاری گفتگو در دو سطح). صورت هایی که مورد اشاره قرار می گیرد گاه اصل اولی و اقتضا در آن عدم نفوذ است و مقتضی نفوذ نیاز به اثبات دارد و گاه اصل اولی در آن نفوذ است و جهت عدم نفوذ باید مانعی پیدا شود.

۲. حکم الحاكم لا یغیر الشیء عن صفته

به این نکته مهم نیز باید توجه کرد که مفروض سخن این است که «حکم الحاكم لا یغیر الشیء عن صفته». بر این مدعا ادعای اجماع و دلالت نص معتبر چون صحیح هاشم بن حکم از امام صادق شده است. روایت این است: محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابیه (و محمد بن یعقوب عن محمد بن اسماعیل عن الفضل بن شاذان) عن ابن ابی عمیر عن سعد بن ابی خلف^۱ و هشام بن حکم عن ابی عبدالله^۲ علیه السلام^۳ قال: قال رسول الله^۴ ص^۵ انما اقصی بینکم بالبینات و الأیمان و بعضکم الحن بحجته من بعض فایما رجل قطع له من مال اخیه شیئاً فانما قطع له به قطعة من النار^۶.

سند این روایت به نقل کافی و تهذیب معتبر و به نقل شیخ صدوق ضعیف است. چنان که دلالت آن بر مدعا روشن است. بر این مضمون برخی روایات دیگر نیز داریم.^۷ ظاهراً مطلب، مورد قبول سنیان نیز می باشد و تنها از او حنیفه نقل خلاف شده «فی ما اذا كانت الدعوی بسبب معین (مغیر خ.ل) کالبیع و النکاح فذهب فیہ الی تحریم الحلال و تحلیل الحرام باطناً»^۸. مانتن بحث ما نیز فرموده است:

«حکم الحاكم انما یؤثر فی رفع النزاع و لزوم ترتیب الآثار علیه ظاهراً و اما بالنسبة الی الواقع فلا اثر له اصلاً»^۹.

۱. در برخی نسخه های کافی آمده: عن سعد بن هشام بن حکم و در برخی متون مثل وسائل (ج ۲۷، ص ۲۳۲) آمده: عن سعد عن

هشام. آن چه ماثبت کرده ایم اصح به نظر می آید. رک: کافی (با تحقیق دار الحدیث)، ج ۱۴، پاورقی و متن ص ۶۵۶.

۲. کافی (همان و)، ج ۷، ص ۴۱۴.

۳. رک: الوسائل، ج ۲۷، ابواب کیفیت الحکم، ص ۲۳۲، باب ۲، ح ۱.

۴. همان، ص ۲۳۲ و ۲۳۳.

۵. مفتاح الکرامه، ج ۲۵، ص ۱۴۵.

۶. مبانی تلکمة المنهاج، ج ۱، ص ۷۶، مسأله ۸۵.

۳. صورت های گوناگون مسأله

در مسأله مورد نظر صورت ها و تقسیمات گوناگونی وجود دارد. این صورت ها و تقسیم ها، هر چند برخی، اثری در تنوع حکم یا وضوح و خفایی آن ندارد؛ لکن برخی از آن ها مؤثرند. مثلاً نفوذ قضا در حق محکوم علیه هر چند حجت بر وی اقتضایی دیگر داشته باشد، خیلی راحت تر قابل فهم است تا این نفوذ در حق محکوم له یا ثالث، در آن جا که حجت بر ایشان اقتضایی دیگر داشته باشد.

همچنین نحوه کشف خلاف، آن جا که به دلیل قطعی این خلاف مکشوف گردد تا آن جا که به حجت معتبر غیر قطعی این کشف صورت پذیرد.

حکم قضایی گاه در فرآیند مشکل دارد گاه در فرآیند مشکلی ندارد؛ مشکل از ناحیه بیرون (مثلاً حجت بر محکوم علیه یا محکوم له) است. داشتن اشکال در فرآیند گاه قطعی است و گاه غیر قطعی.

در سیستم های قضایی جدید که قضا معمولاً در چارچوب مدلول قوانین موضوعه صورت می پذیرد، و قضات، قضات غیر مجتهد بلکه مأذون از طرف حاکم شرع هستند، آیا همان وضعیتی حاکم است که در فرض نبود قانون مدون موضوعه و بودن قاضی مجتهد در منصب قضا است؟ یا وضعیت متفاوت است؟

صورت و تقسیم دیگر فرضی است که در برخی کلمات آمده با این توضیح که اگر مثل مرگ، فسق، یا جنون عارض بر قاضی پس از قضاوت شد، آیا قضای او نافذ است یا حالت عارض بر قضای سابق اثر می گذارد یا مثل برخی باید تفصیل داد بین عروض فسق و مرگ که در عروض فسق به دلیل اشعار به خبث [!؟] به نفوذ قضای او لطمه می زند!

واضح است که صورت ها و تقسیمات مختلف دیگری نیز قابل ترسیم است و برخی از آن ها در متون فقهی آمده است.

به نظر می رسد آن چه مهم است، بررسی ادله نفوذ حکم قاضی است و گرنه سیر در متون و تصور تقسیم ها، مدیریت صحیحی در بحث نیست.

ضمناً نباید اختلاف در برخی مسائل جانبی را بی تأثیر در رسیدن به یک قرار در مسأله دانست؛ مثلاً آیا قضاوت غیر اعلم در وقت حضور اعلم صحیح است؟ آیا حق تجدید نظر و استیناف مشروع است؟ و...

۱. ر.ک: جواهر الکلام، ج ۴۰، صص ۳۱۷-۳۲۱.

۲. العروة الوثقی، ج ۱، فی التقلید، ص ۲۰، مسأله ۵۶ و ص ۲۵، مسأله ۶۸ و متون پیرامون.

۳. ر.ک: جواهر الکلام، ج ۴۰، صص ۱۰۳-۱۰۵، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۲۲، مسأله ۲۰، و...

۴. ادله مرتبط و مدیریت آن

در مسأله مورد بحث آن چه تعیین کننده است، ادله مرتبط است. مطابق آن چه در رقم شماره یک بیان شد، بحث را در صورت لزوم در چند ساحت برگزار می کنیم و از آن جا که در مسأله، برخی از ادله که ممکن است از ادله خاصه به شمار آید وجود دارد، ابتدا به سراغ این گروه از ادله می رویم، بدین قرار:

۱. روایت ابن حنظله:

بدون تردید اصلی ترین دلیل مورد نظر، این روایت است که به نظر ما از اعتبار در سند برخوردار است. متن مرتبط این بود:

«... ینظران من کان منکم ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا فلیرضوا به حکماً فانی قد جعلته علیکم حاکماً، فاذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه فانما استخف بحکم الله و علینا ردّ و الراد علینا الراد علی الله و هو علی حد الشرک بالله...»!

قبلاً ملاحظه گردید که فقهی چون صاحب جواهر چگونه در حدّ وسیع از این دلیل استفاده کرد. البته در این حدیث، مفروض، «فاذا حکم بحکمنا» است؛ و حکم اهل بیت _علیهم السلام_ واحد است، اختلافی در آن نیست و هر چه باشد، عین واقع است. واضح است که چنین فرضی در مفروض و تقسیمات بحث ما داخل نیست؛ چنان که اعتراض نسبت به آن صحیح نیست.

لکن گاه گفته می شود: چنین فرضی در جامعه شیعی آن زمان، درصد زیادی از قضاوت ها را تشکیل نمی داد تا مفروض امام _علیه السلام_ منحصر در چنین فرضی باشد، قهراً باید مفروض را توسعه داد و فرضی که قاضی از دانش برخاسته از نصوص صادر از اهل بیت نبوت _علیهم السلام_ استفاده و بر آن پایه، قضاوت کند، نیز داخل است؛ هرچند، در فرآیند قضا، اشتباه کند یا به نتیجه ای برسد که مورد قبول همه اقران وی نیست. در این صورت، فرضی از مفروض کلام خارج است که آشکارا از عموم «حکم بحکمنا» خارج است. اگر چنین برداشتی را از حدیث، بپذیریم موارد اختلاف در فتوا و حجت بر خلاف برای طرفین دعوا یا ثالث، از مواردی است که حکم قضایی در آن موارد، اعتبار دارد؛ حتی برای غیر محکوم علیه؛ چرا که پذیرفتن حکم قضایی از سوی مثل محکوم له یا ثالث، هر چند این عدم پذیرش، مستند به حجت بر خلاف باشد، مصداق «فلم یقبل منه» و استخفاف به حکم قضایی است که در روایت، از آن منع شده است.

هرچند محکوم له می تواند در عمل از حق قضایی خود عبور کند و محکوم علیه را در تنگنای اعمال حکم قرار ندهد که هیچ منافاتی با نفوذ حکم قضایی ندارد.

البته شمول این حدیث نسبت به مواردی جای بحث و گفتگو دارد؛ مواردی از این قبیل:

۱. الوسائل، ج ۲۷، ابواب صفات القاضی باب ۱۱، ص ۱۳۶ و ۱۳۷، حدیث ۱.

توسعه در حکم بحکمنا

۱. آن جا که طرفین دعوا یا ثالث و حاکم دیگر قطع به خلاف دارند لکن این قطع مورد قبول همگان نیست؟ به نظر می رسد شمول این مورد در گستره دلالت روایت و قول به نفوذ قضا در این مورد، قابل دفاع نیست، چرا که تشخیص «فاذا حکم بحکمننا» را باید به عهده کسی که به نحوی درگیر با این حکم است، قرار داد و در فرض مزبور، طرف یقین دارد که این داوری مصداق «حکم بحکمننا» نیست بلکه مصداق حکم به غیر ما انزل الله است.

۲. آن جا که اطراف درگیر پرونده، در فرآیند تشکیل پرونده و تشخیص صحیح قاضی، اشکال موضوعی دارند؛ مثلاً محکوم علیه یا محکوم له (به قطع یا حجت معتبر) معتقد است، قاضی در فرآیند رسیدن به نظر ابراز شده اشتباه در موضوع کرده است، مثلاً اعتماد به شهادت شهود فاسق کرده است. یا از فرآیند صحیح، برداشت ناصحیح کرده است (که در نهایت به اشکال در فرآیند می رسد)، در این فرض نیز نمی توان داوری مزبور را مصداق «حکم بحکمننا» دانست و داخل در گستره حدیث برشمرد.

۳. آن جا که نه به انگیزه ردّ و استخفاف بلکه به قصد استحکام و رفع اشتباه احتمالی یکی از طرفین دعوا یا کسی که به نحوی مرتبط با پرونده است، تقاضای تجدید نظر دارد، و در این امر، موافقت کسی که شاید از این تجدید نظر متضرر شود، نیز براین امر وجود داشته باشد، نیز داخل در گستره حدیث نیست؛ چرا که چنین رفتاری با حکم قضایی، مصداق عدم قبول و استخفاف نیست.

آن چه بیان گردید، یک روی سگّه بود! رویی که در متون فقه غالب گردیده و روی دیگر را مغفول عنه قرار داده است.

توضیح این که فقیهان گفتگو کننده از مسأله مورد بحث روایت مزبور را تا این جا که ما نقل کردیم، نقل کرده و بحث خود را سامان داده اند؛ در حالی که این روایت، ادامه ای دارد که شاید در ما قبل اثر گذار باشد؛ از این رو باید ادامه روایت را نیز دید و بر آن پایه برداشت خود را از حدیث سامان داد، چه تفاوت بکند و چه نکند! ادامه حدیث این است:

«قلت: فان كان كل رجل اختار رجلاً من اصحابنا فرضيا ان يكونا الناظرين في حقهما، و اختلفا في ما حكما و كلاهما اختلفا في حديثكم؟ قال: الحكم ما حكم به اعدلها وأفقهها وأصدقهما في الحديث وأورعهما ولا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر، قال: قلت: فإنهما عدلان مرضيان عند أصحابنا لا يفضل واحد منهما على الآخر؟ قال: فقال: ينظر إلى ما كان من روايتهم عَنَّا في ذلك الذي حكما به المجمع عليه من أصحابك فيؤخذ به من حكمننا ويترك الشاذ الذي ليس بمشهور عند أصحابك فإن المجمع عليه لا ريب فيه؛ وإنما الأمور ثلاثة: أمرٌ بين رُشده فيتبع، وأمرٌ بين غيِّه فيجتنب، وأمرٌ مشكل يردُّ علمه إلى الله وإلى رسوله، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: حلال بين وحرام بين وشبهات بين ذلك، فمن ترك الشبهات نجا من المحرمات ومن أخذ بالشبهات ارتكب المحرمات وهلك من حيث لا يعلم. قلت: فإن كان الخبران عنكما مشهورين قد رواهما الثقات عنكم؟ قال: ينظر فما وافق حكمه حكم الكتاب والسنة وخالف العامة فيؤخذ به ويترك ما خالف حكمه حكم الكتاب والسنة ووافق العامة؛ قلت: جعلت فداك أرايت إن كان الفقيهان عرفا حكمه من الكتاب والسنة ووجدنا أحد الخبرين موافقا للعامة والآخر مخالفا لهم بأى الخبرين يؤخذ؟ قال: ما خالف العامة ففيه الرشاد. فقلت: جعلت فداك فإن وافقهما [واقفهما] الخبران جميعا. قال: ينظر إلى ما هم إليه أميل، حكاهم وقضاتهم فيترك ويؤخذ بالآخر. قلت: فإن وافق حكاهم الخبرين جميعا؟ قال: إذا كان ذلك فارجه حتى تلقى إمامك فإن الوقوف عند الشبهات خير من الاقتحام في الهلكات»!

وجود این ذیل، در ادامه روایت ابن حنظله (بدون فاصله) ما را در برداشتی که از روایت داشتیم به تردید می اندازد، با این توضیح که وقتی راوی فرض اختلاف قضات را بعد از فرمایش امام _ علیه السلام _ (فاذا حكم بحکمنا...) مطرح می کند و امام _ علیه السلام _ به اعتبار قضای اعدل، افقه، اصدق و اورع و عدم اعتبار قضای دیگری حکم می فرمایند، می رساند که فرض قبل، فرضی بود که مسأله اختلافی نبوده (یا اختلاف در آن آشکار نشده) و آن چه حاصل قضاوت است، «حکم ائمه علیهم السلام» است.

طبیعتاً فرض اختلاف قضات و اختلاف فقها داخل در مفروض کلام امام _ علیه السلام _ در فقره: « فاذا حكم بحکمنا... » نیست. و این که گفته شد: این فرمایش چون به عنوان یک راه حل عملی برای شیعیان ارائه شده است، باید ناظر به فرض قلیل الوقوع نباشد و فرضی که قضات به حکم اهل بیت

علیهم السلام داوری کنند و اختلافی نباشد، اندک است؛ بر فرض که قلت چنین فرضی، مورد قبول واقع شود، موجب این نمی شود که در «فاذا حکم بحکمنا...» تصرف کنیم و به گونه ای که توضیح داده شد، آن را معنا کنیم؛ زیرا فرض بر این است که راه حل امام علیه السلام (با پرسش های مناسبی که راوی از امام علیه السلام می پرسد و پاسخ هایی که امام علیه السلام دارند)، ادامه دارد و فرض های گوناگون را در بر می گیرد و مجموعه راه حل امام علیه السلام راه حل برای فرض نادری نیست. بر این بنیان این قسمت از روایت (فاذا حکم بحکمنا فلم یقبله منه...) به طور کلی خارج از مفروض مسأله مورد گفتگو است؛ چرا که چنین فرضی بدون هیچ گونه شک و تردید، داخل در حوزه نفوذ حکم قضایی است و ما مسأله را برای گفتگو از چنین فرضی مطرح نکردیم.

نکته ای که از ادامه حدیث به دست می آید و گستره اعتبار قضای قاضی را تنگ می کند و شامل مثل فرض اختلاف مفاد قضای قاضی با حجت محکوم علیه و محکوم له و غیر ایشان نمی شود، ادامه حدیث است که امام علیه السلام می فرمایند:

«وَأَمَّا الْأُمُورُ ثَلَاثَةٌ أَمْرٌ بَيْنَ رَشْدِهِ...» چرا که واضح است که مفاد قضای قاضی، جزو در وقتی که انسان می داند قاضی به حق حکم کرده است و اختلافی در این باره نباشد یا جزو «امر بین غیبه فیجتنب» است یا جزو «امر مشکل» و هر کدام باشد لزوم یا جواز متابعت ندارد.

گفته نشود که مفاد قضای قاضی با توجه به اعتبار آن جزو «امر بین رَشْدِهِ» است چرا که فرض بر این است که هنوز اعتبار نظر قاضی ثابت نشده و با مثل این حدیث می خواهد ثابت شود. مفروض سخن تحلیل مفاد این حدیث است نه چیز دیگر.

مطلب قابل توجه دیگر جمله آخر این حدیث است که دلالت می کند بر این که فرض امام علیه السلام فرض حضور امام معصوم علیه السلام و امکان رسیدن به حکم صحیح با مراجعه به وی است؛ بر این پایه چگونه می توان مفاد این حدیث را جریانی فرازمانی و فرامکانی دانست و از اطلاق نداشته آن سخن گفت؟!

واقع این است که در برخورد با مفاد این حدیث و استفاده از آن تسامحی شدید و عمومی از سوی فقها رخ داده و اطلاقی موهوم از آن برداشت شده است.

البته ممکن است گفته شود: روایت مورد بحث، نسبت به اعتبار داوری فرد افضل، اطلاق دارد و شامل فرض یقین یا اطمینان به صحت داوری وی و عدم فرض یقین می‌شود، هر چند شامل فرضی که دو طرف (یا یک طرف) دعوا، حجت بر خلاف دارند، نمی‌شود. مگر این که این اطلاق هم به دلیل ذیل حدیث مبنی بر تثلیث امور پذیرفته نشود.

۲. معتبره ابو خدیجه سالم بن مکرّم:

روی الشیخ باسناده عن محمد بن علی بن محبوب، عن احمد بن محمد، عن الحسين بن سعید، عن ابی الجهم، عن ابی خدیجه، قال: بعثنی ابو عبدالله (ع) الی اصحابنا فقال: قل لهم: «ایاکم اذا وقعت بینکم خصومة أو تدارى بینکم فی شیء من الأخذ والعطاء ان تتحاكموا الی أحد من هؤلاء الفساق. اجعلوا بینکم رجلاً ممن قد عرف حلالنا و حرامنا. فانی قد جعلته قاضياً. وایاکم ان یخاصم بعضکم بعضاً الی السلطان الجائر».

قبلاً درباره اعتبار سند این حدیث بحث شد و از آن دفاع گردید. آنچه از این روایت در ارتباط با مسأله محل بحث (گستره شناسی نفوذ حکم قضایی) است اطلاق فرمایش امام (ع) در فقره «جعلوا بینکم ... فانی قد جعلته [علیکم] قاضياً» است؛ مگر این که گفته شود: امام (ع) به صدد بیان، از این جهت نیستند و قدر متیقن از فرمایش امام (ع) به صدد بیان بودن از جهت نصب قاضی عدل و باطل دانستن مراجعه به قضاوت غیر عدل است.

و این گفته شود: با شک در مقام بیان بودن، اصل در مقام بیان بودن است، و این ادعا اصلی عقلایی انگاشته شود، ناصحیح است؛ زیرا مجرای این اصل در فرض مورد بحث نیست؛ مجرای این اصل برای خارج کردن کلام قائل، از اهمال و عدم اراده بیان است نه توسعه در گستره بیان (دقت شود).
به این نکته نیز باید توجه کرد که زمان صدور این حدیث، اختلاف فتاوا که عموماً نبوده و اختلاف روات هم به عنوان یک جریان ملموس نبوده، تا مجبور شویم (خروجاً لکلام المعصوم (ع) عن قلّة الفائدة) از آن اطلاق گیری کنیم.

البته آنچه بیان گردید، بیشتر بر اساس منهج فقهی و اصولی اعیان فقه و اصول است؛ و گرنه ممکن است، گفته

۱. تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۳۴۷.

۲. کلام محقق نایینی و برخی از شاگردان ایشان در این باره موهم خلاف است. ر.ک: فوائد الاصول، ج ۱، ص ۵۷۴؛ اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۸۵.

اصل سر هم
در مقام بیان
بود

شود؛ این روایت و امثال آن چیزی نه کمتر از آنچه مورد سیره عقلا و درک عقل است بیان می‌کنند و نه بیش از آن، از این رو، با این رویکرد باید به امثال این احادیث نگاه کرد؛ قهراً در حدود دلالت نیز تابع گستره درک عقل و سیره عقلا است و آنچه می‌تواند مهر تأییدی بر این مطلب باشد ذیل همین روایت است که وقتی فردی از امام(ع) از عرضه قباله بر بینه می‌پرسد تا دعوی فیصله یابد، امام(ع) می‌فرماید: «اذا كان في ذلك صلاحُ أمر القوم فلا بأس به ان شاء الله».

گویا امام(ع) در این راهکارها، نگاه اصلاحی و کارگشایی کار مردم را دارند؛ بالطبع تصدیق عدول این نگاه، در برداشت از حدیث اثر می‌گذارد (کارکرد تفسیری سیاق).

۳. روایت دوم ابو خدیجه

از ابو خدیجه روایت دیگری با تعبیر ذیل از امام صادق(ع) رسیده است: «قال لی ابو عبدالله(ع) ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضاً الی اهل الجور ولكن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئاً من قضائنا فاجعلوه بینکم فانی قد جعلته قاضياً فتحاكموا الیه».

این حدیث را شیخ کلینی در کافی^۱، شیخ طوسی در تهذیب^۲ و شیخ صدوق در کتاب من لایحضره الفقیه^۳ روایت کرده‌اند؛ تنها تفاوت در کلمه «قضائنا» است که در تهذیب «قضایانا» آمده است؛ لکن از آنجا که روایت را شیخ طوسی از جناب کلینی نقل می‌کند قهراً اصل، در پیوند با این کلمه متن کافی (و الفقیه) است. سند این روایت مطابق نقل کافی این است: "الحسین بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن علی عن ابی خدیجه" چنانکه سند شیخ طوسی نیز از کلینی از حسین بن محمد الخ. (به همین ترتیب) است. روایت از سند معتبر برخوردار است، هر چند در مورد معلى بن محمد بصری بحث است و حسب نقلی جناب نجاشی او را مضطرب^۴ فی الحدیث والمذهب دانسته است؛ لکن بر مبنای صحیح (و به ویژه با توجه به تأیید مضمون آن به ادله دیگر) قابل فتوا است.

پس

البته این احتمال وجود دارد که احمد بن عائد بین ابو خدیجه و حسن بن علی و شاء که باز هم لطمه‌ای به اعتبار سند وارد نمی‌شود.

سند جناب صدوق هم به ترتیب ذیل است:

۱. تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۳۴۷ و ۳۴۸.

۲. ج ۷، ص ۴۱۲.

۳. ج ۶، ص ۲۴۵.

۴. ج ۳، ص ۲.

«روی احمد بن عائذ عن ابی خدیجة . . .»^۱

سند جناب صدوق به احمد بن عائذ هم به قرار ذیل است: «عن ابی عن سعد بن عبدالله عن احمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن علی الوشاء عن احمد بن عائذ» این سند قابل دفاع فقهی و رجالی است. واضح است که وضعیت دلالی این حدیث همچون روایت سابق است. ضمناً آنچه به عنوان «مشهوره ابو خدیجه» معروف است، یکی از این دو روایت ابو خدیجه است و در کلمات نمی توان یکی از این دو روایت را مصداق انحصاری مشهوره دانست.

البته ما در سابق این دو روایت را از یکدیگر جدا نکردیم و با این اعتقاد که این دو، یک روایت است که با قدری تفاوت در متن و سند نقل شده، گسستی بین این دو قائل نشدیم، لکن به نظر می رسد (همچون برخی فقیهان دیگر) این دو را، به عنوان دو روایت مطرح و جداگانه از آن ها بحث کنیم. کاری که در مجال حاضر صورت پذیرفت.

۴. روایت اسحاق بن یعقوب

«فی کتاب (إكمال الدين وإتمام النعمة) عن محمد بن محمد بن عصام عن محمد بن يعقوب، عن إسحاق بن يعقوب قال: سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً قد سألت فيه عن مسائل أشكلت علي، فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان عليه السلام: أما ما سألت عنه أُرشدك الله وثبتك - إلى أن قال: وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا، فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله، وأما محمد بن عثمان العمري رضي الله عنه وعن أبيه من قبل، فإنه ثقتي وكتابه كتابي. ورواه الشيخ في كتاب (الغيبة) عن جماعة، عن جعفر بن محمد بن قولويه وأبي غالب الزراري وغيرهما، كلهم عن محمد بن يعقوب. ورواه الطبرسي في (الاحتجاج) مثله»^۲

روایت به دلیل جهل نسبت به محمد بن محمد بن عصام کلینی و اسحاق بن یعقوب سندا ضعیف است؛ هر چند جماعتی که شیخ طوسی در کتاب الغیبة از آن ها یاد می کند و جعفر بن محمد بن قولویه و احمد بن محمد ابو غالب زاری معتبر هستند. جناب طبرسی نیز در احتجاج از شیخ کلینی از اسحاق بن یعقوب نقل می کند و بالطبع ضعف در همه اسناد ذکر شده، وجود دارد. جالب این که جناب کلینی روایت را در کتاب کافی نقل نکرده است. البته برخی خواسته اند به نوعی با تعبیر ذیل از سند شیخ طوسی دفاع کنند:

^۱ الفقيه، ج ۳، ص ۲.

^۲ مشیخة الفقيه، ص ۱۲۵ و ۱۲۶.

^۳ رک: التنقيح، ج ۱، ص ۳۸۹؛ منية الطالب، ج ۲، ص ۲۳۵.

^۴ . وسائل الشيعة، ج ۲۷، ابواب صفات القاضي، باب ۱۱، ص ۱۴۰، حدیث ۹.

«وسند الشیخ لا بأس به. وابن عصام وإن لم يذكر فی کتب الرجال بمدح ولكن كونه من مشايخ الصدوق ونقله عنه مترضيا عليه لعله يكفي فی الاعتماد عليه. وإنما الاشكال فی إسحاق بن یعقوب، فإنه مجهول. والرواية كانت تدل علی جلالته، ولكن الراوی لها نفسه. اللهم إلا أن یقال إن نقل الكلینی عنه يدل علی اعتماده علیه»^۱ سخن فوق از جهاتی قابل مناقشه است، از این قبیل:

۱. به تصریح قائل^۱، اسحاق بن یعقوب، در سند جناب شیخ، نیز هست و با جهل به وضعیت وی، تفاوتی بین سند شیخ صدوق و شیخ طوسی و طبرسی نیست؛ بنابراین جمله «وسند الشیخ لا بأس به» نمی تواند صحیح باشد.

۲. صرف بودن شخصی از مشایخ صدوق و ترضی ایشان از وی، چه نشانی می تواند بر تحصیل اعتماد باشد؟! مگر بنایی از جناب شیخ صدوق ثابت شود که مشایخ ایشان همگی قابل اعتماد و ایشان جز بر نیکان صدوق ترضی نمی کند. و این امور از جناب ایشان ثابت نیست. و از این قبیل است نقل جناب کلینی از شخصی. از نظر دلالت در صورت وجود دلالت، باید به فقره «اما الحوادث الواقعة فارجعوا فیها الی رواة حدیثنا، فانهم حجتی علیکم» تمسک کرد و گفت:

مراد از روای احادیث ائمه علیهم السلام در این حدیث می تواند فقها باشند برای افتا و قاضیان باشند برای قضا و حکام شرع باشند برای اداره امور مردم.^۲

و چنان چه در این اطلاق مناقشه شود و احتمال رود که «الحوادث الواقعة» ناظر به همان مسائلی باشد که حل آن ها برای اسحاق بن یعقوب مشکل بوده است و معلوم نشود که مشکل در آن مسائل از چه نظر بوده است؟، می توان به تعلیل در ذیل که جمله «فانهم حجتی علیکم» تمسک جست. البته فارغ از ملاحظات سند (و دلالت)، اطلاقی برای این روایت نمی توان قائل شد تا با آن «گستره اعتبار حکم قضایی» معلوم گردد.

۱. دراسات فی ولایة الفقیه، ج ۱، ص ۴۷۸ و ۴۷۹.

۲. همان، ص ۴۷۸.

۳. مراجعه به متن مکاسب شیخ انصاری (ص ۱۵۴) در مواجهه با دلالت این حدیث نیز مناسب می نماید.

مراد از روایت

عزم تعدیل

ضمناً در باره عهدهی بودن یا استغراقی بودن «ال» در الحوادث الواقعة بحث‌های زیادی صورت گرفته است که به دلیل عدم تأثیر آن در بحث کنونی ما، از پرداختن به آن‌ها صرف نظر می‌شود؛ گرچه استغراق بودن آن اقرب است - به دو دلیل: ۱. اشاره امام (ع) به پاسخ پرسش‌های سائل - که در خود حدیث منعکس است -^۱ و تعبیر «الحوادث الواقعة» در حالی که اگر اشاره به حوادث خاص ذکر شده در روایت بود، امام (ع) می‌فرمودند: «واما الحوادث التي سألتنا عنها» یا «اما الحوادث الماضية» و ... نه این که تعبیر کند به عبارتی که ظهور در زمان خاصی ندارد و هر سه زمان را شامل است؛ ۲. اگر اشاره به حوادث مورد سؤال اسحاق بن یعقوب بود «فارجع» می‌فرمودند نه «فارجعوا».

بالاتر از همه این امور، این مقدار برداشت از حدیث (که در فتوا به فقیه آشنا، در قضا به قاضی آشنا، در سیاسات به حاکم شرع آشنا به روایات اهل بیت (ع) رجوع کنید)، ذره‌ای از تعبد به خود نگرفته است تا خواسته باشیم دنبال سند این روایت یا تعیین نوع «ال» در «الحوادث الواقعة» باشیم.

توضیحات فوق ما را به روشی در اجتهاد - غیر از آن چه قبلاً اشاره کردیم - می‌رساند و آن این که لازم است روایات چهارگانه گذشته را در نظامی حلقوی کنار هم قرار داد و همه را یک جا دید، حتی ابهام برخی را با وضوح دیگری - به شرط برخورداری واضح الدلالة از سند معتبر^۲ - برطرف کرد و در کل به یک جمع‌بندی رسید. و حاصل جمع‌بندی هم این است که ما در مراجعه به این اسناد به تعیین دقیق گستره اعتبار حکم قضایی نمی‌رسیم و در این راستا باید از سایر ادله کمک گرفت و بالطبع هر چه حاصل شود، مخالف این اسناد نیست.

به اعتقاد ما باید از روایات عبور کرد به سایر ادله رسید، لکن ممکن است برای برخی از باحثان، دلالت بعضی از روایات در راستای گستره‌شناسی اعتبار حکم قضایی، قابل تأمل باشد که باید اشارتی هم به آن‌ها داشت.

بخشی از این روایات، در باب «وجوه الجمع بین الاحادیث المختلفة وکیفیه العمل بها» از موسوعه محترم وسائل الشیعة است. از این روایات در راستای بحث ما، نکته خاصی استفاده نمی‌شود، هرچند برخی از آن‌ها، محدودیت مثل روایت ابن حنظله را که ناظر به باب افتتاح علم و حضور امام (ع) بود، ندارد. به عنوان نمونه به روایت ذیل توجه شود:

«محمد بن علی بن الحسین باسناه عن داود بن الحصین عن ابی عبدالله (ع) فی رجلین اتفقا علی عدلین، جعلهما بینهما فی حکم وقع بینهما فیہ خلاف، فرضیا بالعدلین فاختلف العدلان بینهما عن قول ایهما یمضی الحکم؟ قال: ینظر الی اقلهما واعلمها باحادیثنا واورعهما فینفذ حکمه ولا یلتفت الی الاخر».

۱. رک: کمال‌الدین و تمام النعمة، باب ۴۵، ص ۴۸۴.

۲. فتأمل.

۳. ج ۲۷، ابواب صفات القاضی، باب ۹، صص ۱۰۶ - ۱۲۴.

استغراق

نظام حلقوی

مهم‌ترین

ورواه الشيخ باسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن الحسن بن موسى الخشاب عن احمد بن محمد بن ابی نصر عن داود بن الحصين مثله».

روایت معتبره است و محدودیت روایت ابن حنظله بر آن حاکم نیست؛ هر چند اگر ابن الحصین پرسش خود را ادامه می داد، چه بسا به محدودیت مورد اشاره برمی خورد، لکن حال که پرسشی مطرح نکرده و امام (ع) هم بیان خود را ادامه ندادند، اطلاق این حدیث برای هر دو زمان قابل دریافت است؛ مگر زمان، زمان حضور باشد و تحصیل راهی امن تر از آن چه در حدیث آمده با سهولت مورد نظر شارع، میسر باشد؛ در این صورت است که راه مورد اشاره در حدیث شریف، غیر معتبر یا مشکوک الاعتبار می شود. ادامه بحث، این مدعا را بیشتر توضیح می دهد. ضمناً باید توجه داشت که رفتار ذکر شده با معتبره داود بن الحصین، منافی لزوم مطالعه نظام وار روایات باب، نیست.

روایات دیگری که ممکن است از آن ها دریافتی در راستای بحث ما داشت، روایاتی است که جناب شیخ حرّ در دو باب با عناوین «باب ان من رضی باليمين فحلف له فلا دعوى له بعد اليمين وان كانت له بينة» و «باب ان المدعى اذا استحلف المنكر فحلف، فليس له ان يأخذ من ماله شيئاً وكذا اذا احتسب حقه والّا فله الاقتصاص بقدر حقه»، مطرح کرده است.^۱

یکی از دو روایات باب اول این است:

«۱. روی عبدالله بن ابی یعفور عن ابی عبدالله (ع) قال: إذا رضی صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهب اليمين بحق المدعى ولا دعوى له، قلت: وإن كانت له بينة عادلة؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له حق فان اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه. ۲. قال رسول الله (ص): من حلف لكم بالله على حق فصدقوه ومن سألكم بالله فاعطوه ذهب اليمين بدعوى المدعى ولا دعوى له».

این روایت با سند صحیح از شیخ صدوق نقل گردیده است و قسمت اول آن با سند موثق از شیخ کلینی و شیخ طوسی.^۲

۱. همان، ص ۱۱۳، حدیث ۲۰.

۲. همان، ابواب کیفیت الحكم، باب ۹، ص ۲۴۴ و ۲۴۵ و باب ۱۰، ص ۲۴۶ و ۲۴۷.

۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۳۷؛ همچنین ر.ک: الوسائل، ابواب کیفیت الحكم، باب ۹، ص ۲۴۵، ح ۲.

۴. الوسائل، (به وصف سابق)، ص ۲۴۵ و ۲۴۶.

هر دو زمان
هر بیند
مگر زمان که ...

روایت دوم از باب دوم است با این سند و متن:

«محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابیه و عن محمد بن اسماعیل عن الفضل بن شاذان جمیعاً عن ابراهیم بن عبدالحمید عن خضر النخعی عن ابی عبدالله (ع) فی الرجل یكون له علی الرجل المال فیجحدہ؟ قال: ان استحلّفه فلیس له ان یأخذ شیئاً وان ترکہ ولم یستحلّفه فهو علی حقه.»

سند روایت به دلیل اشتغال بر خضر نخعی ضعیف است. البته سند مذکور که مطابق نقل وسائل است، مطابق نقل کافی نیست. در سند کافی قبل از ابراهیم بن عبدالحمید، ابن ابی عمیر ذکر شده است که مقتضای تحقیق می‌نماید. در این باره گفته شده کتاب ابراهیم توسط ابن ابی عمیر روایت شده است و نقل مستقیم ابراهیم بن هاشم یا فضل بن شاذان از ابراهیم ثابت نشده است.

دلالت این دو روایت واضح است؛ با این تفاوت که روایت اول، اقامه دعوا را پس از یمین منکر (البته پس از درخواست مدعی) بی مورد و روایت دوم تقاضای مالی را پس از یمین منکر (البته باز هم، پس از استحلاف مدعی) ناروا می‌داند. لکن این دو روایت و امثال آنها، نظارتی بر بیان گستره حکم قضایی در همه جهات ابهام آن، ندارند. تنها دلالتی که این احادیث دارند، این است که اگر مدعی (در محکمه یا غیر آن؟) به یمین منکر راضی شد، دیگر حقی در ارتباط با پرونده مورد دعوا ندارد و اگر این فرآیند در دادگاه طی شود، قضای قاضی قابل نقض نیست؛ که این قابل نقض نبودن نه به خاطر اعتبار حکم قضایی، بلکه به دلیل نقشی است که یمین منکر در اذهاب ظاهری حق مستحلف دارد.

البته از این روایات، می‌توان استشمام استحکام حکم قضایی پس از اصدار و فصل خصومت را نمود و این که فصل خصومت، تمام شدن پرونده و عدم اطاله دادرسی به دلیل تکرار اقامه دعوا از ملاحظات مورد نظر شارع است؛ لکن به دلیل خصوصیت مورد (مدعی از منکر درخواست قسم کرده و او قسم خورده است) نمی‌تواند هادی به یک قانون عام در همه دعاوی باشد. بر این اساس اگر مدعی نتوانست مدعای خود را ثابت کند و بینه فاجره یا قانونی که مورد باور مدعی نیست، قضیه را - بر خلاف واقع - بدون این که استحلافی از ناحیه مدعی صورت پذیرد، به نفع منکر فیصله داد، نمی‌توان از هدایت این روایت استفاده کرد و بر نفوذ حکم قضایی در آن موارد پای فشرده.

آنچه حاصل سیر طولانی ما در روایات گذشته است این است:

حکم قضایی در فرضی که حجتی بر خلاف نباشد و با فرآیند صحیح طی شود (هر چند یقین یا اطمینان یا ... بر صحت آن نباشد) نافذ است و بیش از این را نمی‌توان از روایات مورد نظر استفاده کرد، بلکه عدم اعتبار برخی فروض، هر چند فرآیند قضایی روند صحیح را طی کرده باشد، قابل دریافت است.

۱. الوسائل (به وصف سابق)، باب ۱۰، ص ۲۴۶، ح ۱.

۲. الکافی، ج ۷، ص ۴۱۸.

نه با اعتبار هم
مقتضای بیگانه
اعتبار

بررسی اقتضای سایر ادله و وجوه

در ارتباط با موضوع مورد گفتگو و دلالت قرآن آنچه می توان گفت، این است: آیاتی از قرآن به صراحت یا اشاره بر لزوم تبعیت از داوری های پیامبر (ص) و اولوالامر دلالت دارد. آیاتی چون: (فلا وربک لایؤمنون حتی یحکموک فی ما شجر بینهم ثم لایجدوا فی انفسهم حرجاً مما قضیت و یسلموا تسلیماً)؛ (انما کان قول المؤمنین اذا دُعوا الی الله و رسوله لیحکم بینهم ان یقولوا سمعنا و اطعنا و اولئک هم المفلحون)؛ (و ماکان لمؤمن و لامؤمنة اذا قضی الله و رسوله امر ان یکون لهم الخیرة من امرهم...)؛ (اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم)؛ و ... این آیات هادی به لزوم اطاعت از اهل بیت نبوت (۱۴ معصوم (ع)) است و بالطبع اطلاق آن ها شامل داوری قضایی هم می شود.

از طرفی دیگر: در برخی روایات معتبر آمده است که داوری های حتی پیامبر اسلام (ص) براساس فرآیند تعریف شده قضایی است؛ بدون این که اعمال حرکتی غیبی در رسیدگی حتی مثل پیامبر (ص) صورت گیرد. از سوی دیگر اشتراک احکام بین پیامبر (ص) و دیگران الا ماخرج و اطلاق یا عموم آیه اسوه، اقتضا می کند که داوری مشروع دیگران نیز از همین وضعیت و امتیاز برخوردار باشد که اگر در فرآیندی صحیح صورت گرفت معتبر باشد.

هر چند برآیند داوری، مطابق واقع نباشد. و این مقدار از نفوذ حکم قضایی در مورد قضات جامع شرایط مورد اختلاف نیست تا بتوان از آن در راستای مسأله مورد گفتگو بهره برد؛ زیرا برواضح است که هیچ گاه حجتی بر خلاف داوری معصومان (ع) به منصف ظهور نمی رسد تا در مسأله مورد بحث به کار آید.

لزوم است
شماره زده شود
به زبان آن چه
لزوم است
شروع شد
روایاتی هم در این
۳ ص ۱۸۰
بدون شماره
شماره
زده شود
باید در است
رقتی هست
گیر

النساء

۱. سورة النساء (۴): ۶۵.

۲. النور (۲۴): ۵۱.

۳. الاحزاب (۳۳): ۳۶.

۴. سورة النساء (۴): ۵۹.

۵. رک: ص ۲۱: «قال رسول الله (ص) انما اقتضى بينكم بالبينات والايامن وبعضكم الحن بحجته من بعض، فأیما رجل قطعتم له من مال اخيه شيئاً فانما قطعتم له به قطعة من النار».

۶. الاحزاب (۳۳): ۲۱، (لقد کان لکم فی رسول الله اسوة حسنة...).

۷. فتأمل تعرف.

تمسک به اجماع، سیره متشرعه پیش آمد هرج و مرج و اختلال نظام در برخی فروض عدم اعتبار، از جمله وجوهی است که در کلمات به آن ها تمسک شده است. به عنوان مثال گفته شده:

إذا شك في خطأ الحاكم فلا يجوز نقضه؛ للإطلاق و السيرة المتشرعة على تنفيذ جميع الاحكام ما لم يعلم خطوها؛ و لأن قليلاً من الاحكام مقطوع الاصابة و جواز نقض الحكم المشكوك في اصابته مستلزم لجواز نقض اكثر الاحكام فيلزم اختلال النظام؛ «... و اما مع الشك فكذلك (يعني لا اشكال در نفوذ و جواز) اما لاصالة الصحة و اما للسيرة و اما للزوم اللغوية».

در نقد تمسک به این وجوه، می توان گفت:

واضح است که تمسک به اجماع با وجود اختلافات متعدد و - بنا بر مبنای برخی - وجود اسناد دیگری در مسأله، قابل تمسک نیست. بدون تردید، آن چه از اجماع در این مسأله، می توان دریافت کرد، از دیگر مناشیء استناد نیز قابل استحصال است.

در ارتباط با مشکل هرج و مرج و اختلال نظام نیز باید توجه کرد که این امور، حکمت و مصلحت مبدأ، برای تشریح نیست، تا حکم، دائرمدار آن نباشد و غلبه آن (بر فرض غلبه) برای تشریح کافی باشد، حکمت و مصلحت مبدأ، مصالحی است که مبنای اعتبار و جعل حکم است و علیرغم نقشی که در آمدن حکم دارد قابل استناد فقهی نیست. امور مورد اشاره در عنوان بحث مشددات و مضیقاتی است که پس از اعتبار حکم می آید؛ از این رو فعلیت آن ها در تشدید و تحدید گستره حکم مجعول اثرگذار است. در نتیجه هر جا هرج و مرج یا اختلال نظام پیش آید، در همان جا و به همان مقدار حکم قضایی اعتبار می یابد و مجالی برای قائل شدن به عدم اعتبار آن نیست. با این توضیح به نظر می رسد آن چه در متون فوق الذکر مطرح گردید، قابل مناقشه بنماید. مثلاً هرگاه در فرض شک، گزینه استیناف (هر چند به طور محدود)؛ به انگیزه رفع شک یا قرار بیشتر مطرح گردد، نمی توان به این وجوه تمسک کرد، به ویژه وقتی پرونده های قضایی محدود باشد و محاکم صالح، وقت رسیدگی به پرونده ها را - حتی با فرض استیناف - داشته باشند.

۱. السیدرضا الصدر، الاجتهاد والتقليد، ص ۳۸۹؛ همچنین رک: الانصاری، القضاء والشهادات، ص ۱۵۱؛ مهذب الاحکام، ج ۱، ص ۱۰۱؛ و

...

۲. السيد تقي الطباطبائي التمي، الغابة القصوى فى التعليق على العروة الوثقى، الاجتهاد والتقليد، ص ۱۵۰.

۳. فتأمل.

در ارتباط با سیره متشرعه، با توجه به تغییر وضعیت ها، باید گفت: بدون شک، تمسک به سیره وقتی صحیح است که شرایط و ظرفیت های اثرگذار عصر تحقق سیره و جریان آن، با شرایط و ظرفیت های زمان شک یکسان باشد و الا کشاندن نهادی معتبر از یک جا به جای دیگر است که فاقد وجاهت و انضباط فنی است. در تطبیق بر مورد باید گفت: در طول تاریخ شیعیان در وقت اختلاف به عالمان مورد قبول در بلاد مراجعه و از او داوری می خواستند، غالباً داوری او را حکم شرعی می دانستند و توجه به اختلافات نداشتند، در این صورت بود که طوعاً یا کرهاً تسلیم مفاد حکم قضایی می شدند، البته بحسب ارتکازی که ما می فهمیم اگر شک داشتند و راهی برای رفع شک خود داشتند و موانع دیگری در مسیرشان نبود، مشخص نیست که سیره بر تسلیم داشتند. حال اگر فرض را در کشاکش نظر قاضی یا مفاد قانون با حجت معتبر و جاری در حق محکوم علیه یا محکوم له یا ثالث را مطرح کنیم - فرضی که عموماً مطرح نبوده است - به هیچ وجه نمی توان ادعای سیره بر تسلیم کرد.

علی ای حال تمسک به مثل سیره متشرعه، اجماع، اختلال نظام و هرج و مرج تعیین کننده اعتبار حکم قضایی در حدی که موارد مبتلا را حل کند، صحیح و تعیین کننده نیست.

اقتضای ماهیت و هویت قضا مبنی بر لزوم فصل خصومت با داوری و نظم قضایی و اجتماعی نیز از وجوهی است که در کلمات کم و بیش دیده می شود. به نظر ما این وجه به ویژه در دنیای پر ارتباط امروز و ضرورت وحدت رویه قضایی و حاکمیت قضاوت براساس قانون به جای قضاوت های انتخابی و فردی و بسیط در زمان های گذشته، قابل تأمل است که نه تنها مقتضی لزوم تسلیم محکوم علیه است بلکه به محکوم له نیز مجوز استفاده از فرصت به وجود آمده از سوی حکم قضایی می دهد. به عنوان مثال اگر محکوم له که حجتش اقتضایی بر خلاف حکم قضایی دارد - مجاز به استفاده نباشد لکن حجت جاری در حق وارث یا وارثان وی، اجازه استفاده دهد، کشاکشی در این ارتباط رخ می نماید و دعوا فیصله نمی یابد. و ...

حال اگر حکم قضایی مطابق حجت محکوم له باشد اما مطابق حجت وارثان وی نباشد یا تبدل رأی از سوی محکوم له یا مقلد وی رخ دهد، همچنین وقتی پای ثالث به میان می آید در صورت عدم قطع منازعه مشکلاتی پیش می آید. واضح است که مطلوبیت فصل خصومت در قضا و ضرورت نظم قضایی و وحدت رویه از مصالح واقع در سلسله علل جعل حکم است؛ از این رو غالبی بودن آن برای جعل حکم کافی است و به عنوان یک مرخص پس از جعل حکم حضور نمی یابد تا حرف های گذشته مطرح گردد.

البته این وجه نمی تواند مورد قبول صاحبان فقه صناعت محور و مدرسه ای باشد، چرا که این گروه معمولاً با نادیده گرفتن امثال این امور خواهند گفت:

وقتی محکوم له به حسب حجتی که در اختیار دارد (حجتی که در حکم علم و یقین است)، نتواند از آنچه در محکمه به نفع او تمام شده، بهره برد، به چه دلیل می توان به او اجازه استفاده از مفاد این دادرسی را داد؛ در حالی که به حسب حجت حاکم در حق او، این حکم، حکم به غیر ما انزل الله است؟! لکن فارغ از اینکه اقتضای این منهج اجتهادی در مساله چه باشد، به نظر می رسد، نتوان از وجه مورد اشاره گذشت. بنابراین باید متن ذیل را که شیخ انصاری آن را نقل کرده و با نگاه مدرسه ای آن را رد کرده است؛ زنده کرد، متن مزبور این است:

« و أولى منه: نقض الفتوی بالحکم، و الظاهر أنه اتفاقی إذا كان الحکم فی مقام فصل الخصومة، لأن مقتضى أدلة نصب الحاکم و كونه حجة کون حکمه نافذا علی المتحاکمین و إن كان حکمهما بحسب الفتوی خلافه و ظاهرهم عدم الفرق بین مخالفة المحکوم له للحاکم فی الفتوی، و بین مخالفة المحکوم علیه^۱ »

البته اسناد لزوم نقض فتوا به حکم به « مقتضی ادله نصب الحاکم و كونه حجة » - که ظاهراً ناظر به روایات گذشته است - ناتمام می نماید و ما در سابق چنین اقتضایی را مقتضای آن روایات ندانستیم^۲، لکن به وجوهی چون لزوم فصل خصومت و ضرورت نظم قضایی و پیش آمد مفاسد عدیده با عدم اعتبار آن می توان کلمات گذشتگان را پذیرفت.

گفتی است: اقتضای وجه مزبور باید مورد ارزیابی قرار گیرد و حدود آن مشخص گردد؛ مثلاً آیا فرض قطع شخصی محکوم له به خلاف را شامل می شود یا این فرض از شمول گستره این وجه خارج است؟

۱. القضاء و الشهادات، ص ۱۵۲.

۲. این مطلب از کلام شیخ انصاری نیز، قابل دریافت است. ر، ک: همان.

حاصل آن چه گذشت و نمودار آن

حاصل سیر طولانی ما در نصوص خاص و عام و در متون فقهی فقیهان و در نظر گرفتن اقتضائات عقل و بنای عقلا به ویژه در وقت وجود قانون و نهادهای قضایی در نمودار ذیل منعکس می گردد:

۱	فرآیند تشکیل پرونده قانونی و شرعی نیست؛ حکم قضایی اعتبار ندارد؛ هر چند در ظاهر محکوم علیه ناچار باشد تسلیم قانون گردد.
۲	حکم صادر شده، مطابق قانون یا آنچه قاضی باید از آن متابعت کند نیست، هر چند فرآیند تشکیل پرونده مشکل ندارد؛ حکم قضایی اعتبار ندارد، هر چند در ظاهر محکوم علیه ناچار به تسلیم باشد.
۳	محکوم علیه یا محکوم له یا ثالث (یا همگان) قطع شخصی به خلاف دارند؛ هر چند برای دیگران یا همگان چنین قطعی وجود ندارد و تشکیل پرونده و حکم صادر شده مشکل فرآیندی و برآیندی ندارد؛ حکم قضایی در حق محکوم علیه، نافذ است و حق مخالفت در ظاهر و واقع ندارد. محکوم له و دیگران نیز می توانند از این حکم بهره برند. ^۱
۴	طرفین پرونده یا ثالث حجتی (غیر قطع) برخلاف حکم قضایی دارند؛ حکم قضایی در حق همگان نافذ است.
۵	حکم قضایی در دادگاه تجدید نظر ^۲ در صورت مخالفت با حکم دادگاه بدوی حکم دادگاه تجدید معتبر است، البته باید مراعات سنجه اعتبار در مقبوله ابن حنظله توسط قانون با طرفین پرونده در فرآیند تشکیل دادگاه بشود.
۶	طرفین پرونده یا ثالث، علم، اطمینان یا گمان به صحت حکم قضایی ندارند ^۳ ؛ حکم قضایی نافذ است.
۷	حکم موارد دیگر را می توان از آنچه گذشت دریافت کرد.

۱. ممکن است، بر خلاف این رأی، ادعای اتفاق شود که البته به نظر ما صحت این ادعا جدا بعید است.

۲. این انگاره بر فرض پذیرش اعتبار دادگاه تجدید نظر است که فرض قابل قبولی است.

۳. حکم این فرض از موارد فوق الذکر قابل دریافت.

البته از فرض‌های استثنایی نیز مثل فرض استحلاف و یمین - که به حکم قضایی مطلقاً و علی‌ای حال اعتبار می‌دهد - نباید غافل شد.

واضح است که حوزه‌های اعتبار، از مصادیق «امر بین‌رشد» خواهد بود و مصداق بین‌الفی یا شبهات نیست. در سرانجام این بحث مبسوط، یادآوری نکاتی مناسب می‌نماید:

۱. اعتبار در محدوده حکم و نه بیشتر

اعتبار نظر قضایی در حد گسترده‌ای که بیان گردید، در محدوده مرتبط به حکم قضایی است؛ بنابراین، هر گاه قاضی رأی به صحت بیع محکوم علیه بدهد و او را ملزم به وفا نماید بر این اساس که آنچه وی به دیگری فروخته، طاهر بوده است؛ در حالی که محکوم علیه - اجتهاداً یا تقلیداً - چنین اعتقادی ندارد، در این صورت، محکوم علیه، هر چند ملزم به اطاعت از حکم قضایی (و مثلاً ملزم به تحویل مبیع به مشتری) است؛ لکن این کالا برای محکوم علیه حکم طاهر را در غیر جهت قضایی ندارد.

در اینجا به نظر می‌رسد باید از کلام مثل صاحب جواهر تعجب کرد که می‌فرماید:

«کان طاهراً مملوفاً للمحکوم علیه وان کان مجتهداً یری نجاسته او مقلد مجتهد کذلک لإطلاق ما دلّ علی وجوب قبول حکمه وانه حکمهم - علیهم السلام - والرأد علیه راد علیهم و یخرج حیثنذ هذا الجزئی من کلی الفتوی بان المائعی عرق الجنب نجس فی حق ذلک المجتهد ومقلدته».

به ایشان باید گفت: چنین اطلاقی - با این حد گسترده - از روایات گذشته قابل دریافت نیست.

به نظر می‌رسد رفتاری که ایشان در تبدیل فتوا از خود نشان داده، مناسب بود در اینجا هم نشان می‌داد.

البته آنچه بیان گردید، خالی از برخی موارد مشکوک نیست؛ مثلاً اعتبار نظر قضایی در حق محکوم علیه، آیا سالب حق وی از مقابله به مثل است؟

برخی صریحاً جواب به نفی داده و برای محکوم علیه این حق را محفوظ دانسته‌اند.

توجه کنید:

«... لو حکم الحاکم بمال علی المدعی علیه، فهو وان کان ملزماً بالدفع آلا انه یجوز له سرقة عین ماله بل یجوز له التقاض من آخر مع تمامیه شرائطه».

۱. جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۹۸.

۲. همان، ص ۹۹.

۳. البته ما در گذشته (ص ۲۰) توجیهی برای کلام ایشان آوردیم، لکن با توجه به استدلالی که در کلام ایشان هست (و انه حکمهم - علیهم السلام -) توجیه مزبور قابل قبول نمی‌نماید.

۴. السید تقی الطباطبائی، مبانی منهاج الصالحین، ج ۱، ص ۸۰ و ...

واضح است که بر پایه این اندیشه، محاسبه حق به ناحق گرفته شده از محکوم علیه، به عنوان ادای زکات یا بدهی مالی شرعی - در صورتی که فاقد شرط شرعی یا مبتلا به مانع نباشد -، نیز بی اشکال خواهد بود. به نظر می‌رسد، مطالب فوق‌الذکر قابل قبول است؛ هر چند نباید مقاصد (و به تعبیر نازیبای برخی: سرقت) را بی حساب و قانون پنداشت؛ چنان که باید فرض استحلاف از سوی محکوم علیه را مستثنا قرار داد و برای او هیچ حقی در دنیا قائل نشد.

۲. لزوم یا عدم لزوم خروج از محذور ناهمسویی حکم قضایی و فتوا در صورتی که محکوم علیه، می‌بایست از حکم قضایی متابعت کند، حکمی که به زعم وی، خلاف شرع است، چنانچه بتواند از محذور اقتضای حجّت حاکم در حقش، خارج شود، آیا چنین تلاشی لازم است؟ برخی جواب پرسش فوق را به اثبات داده‌اند، توجه کنید:

«لو كان اختلاف بين الرجل والمرأة في دوام الزوجية وانقطاعه، فادعى الزوج الدوام والزوجة الانقطاع وتمام مدة المتعة وحكم القاضي الواجد للشرائط بالدوام بعد احلاف الزوج بعدم الانقطاع، فاللازم على المرأة التشبث في حلية تمكينها من ارضاء الرجل بعقد آخر دواماً لیتمكن من تمكين الرجل من نفسها».

وجه این نظر، پوشیده نیست و در واقع در راستای بحث قبل است که هر چند حکم قضایی زن را وادار به تمکین می‌کند (و از فروض عدم اعتبار حکم قضایی نیست) لکن دال بر سقوط سایر راه‌کارها نیست. به این نکته نیز باید توجه کرد که حکم قضایی واقع را دگرگون نمی‌سازد. البته چنین رضایتی از زوج لازم نیست و او می‌تواند در مقابل درخواست زوجه مقاومت کند و آن را مستند به حکم قضایی نماید (که البته بهتر و مطابق احتیاط و رضایت شرع این است که چنین مقاومتی از خود نشان ندهد). ضمناً این تلاش‌ها باید در محدوده، زیر سؤال نرفتن اعتبار حکم قضایی در عمل شود و آلا نقض غرض شارع مقدس، از اعتبار دادن به حکم قضایی پیش می‌آید.

۱. به حسب حجّت بر محکوم علیه.

۲. شرايطی از قبیل عدم امکان استحصال حق از طریق دیگر، لزوم استیذان از حاکمیت صاحب شرعی اذن (در تعبیر دقت شود)، عدم قبول از وی در ظاهر و امکان پی‌گیری قضایی این رفتار؛ عدم منع شرعی از قبیل فرض استحلاف و حلف.

۳. المیرزا جواد التبریزی، دروس فی مسائل علم الاصول، ج ۵، ص ۲۸۳.

۴. نظیر مواردی که بنا بر عقد موقت بوده و ذکر مدت فراموش شده است. و حکم قضایی براساس انقلاب این عقد به عقد دائم صادر شده در حالی که حجت بر زن، چنین عقدی را باطل می‌داند. البته این فرض داخل در محل بحث است، هر چند با فرض ارائه شده در متن متفاوت است.

البته نوع گزینه منتخب، در پاسخ به این سؤال، بی تأثیر از برداشت فقیه از معتبره ابن حنظله نیست؛ با این توضیح که هرگاه برداشت فقیه از روایت ابن حنظله این باشد که داوری قاضی جامع شرایط، همچون داوری امام معصوم - علیه السلام - است (آن گونه که صاحب جواهر - به اشتباه - برداشت کرده است)، قهراً پاسخ سؤال فوق را به نفی می دهد؛ و چنانچه برداشت وی از روایت ابن حنظله، چنین نباشد، جواب را به اثبات یا به تفصیل (چنان که اشاره شد)، می دهد.

۳. برگشت به بیان حکم فرض قطع شخصی محکوم له به خلاف مفاد حکم قضایی قبلاً (در صورت سوم از نمودار) گفته شد که محکوم له می تواند از مفاد حکم قضایی به نفع خود بهره برد، هر چند بر خلاف مفاد حکم قضایی، قطع شخصی داشته باشد.

نسبت به این گفته دو ایراد وارد می نماید: ۱. قطع مطلقاً حجت است و مخالفت با آن نامیسر است؛ ۲. این گفته خلاف برخی روایات است که قبلاً مورد اشاره واقع شد، از قبیل:

«...إنما أقتضى بينكم بالبيّنات والأيمان ، وبعضكم ألحن بحجّته من بعض ، فأیما رجل قطع له من مال أخیه شیئاً ، فإنما قطع له به قطعة من النار».

مطابق این روایت هرگاه محکوم له بداند، آن چه به او تعلق گرفته، از آن او نیست، حق گرفتن آن را ندارد؛ زیرا همیشه راه کشف اینکه آنچه انسان می گیرد از آن او است یا نه، یا قطع است و یا حجت معتبر. و (و) مفروض مقام، محکوم له قطع به عدم تعلق حق به او دارد، هر چند این قطع شخصی؛ نظری و اعتباری باشد. آن چه هم به عنوان وجه اعتبار حکم قضایی مبنی بر لزوم وحدت رویه و نظم قضایی و اجتهادی گفته شد، نمی تواند، اعتبار حکم قضایی را در این فرض به کرسی بنشانند؛ زیرا وجود چنین فرضی به شدت نادر است و عدم اعتبار حکم قضایی در مورد آن، زخمی به وحدت رویه و نظم مورد اشاره نمی زند.

باید توجه داشت که مورد را نمی توان به فرضی مقایسه کرد که (مثلاً) درهمی را دو نفر مدعی هستند و حاکم چون نمی داند صادق و کاذب کیست، حکم به تنصیف می کند و ثالثی آن دو نصف را می خرد، با این که می داند تمام مال از مالک به وی منتقل نشده است؛ با این همه وی می تواند با تمام این مال، معامله ملک خود کند؛ همچنین صورتی که دو نصف درهم را از دو نفر می خرد که هر کدام

یک در هم کامل، نزد ودعی امانت گذاشته بودند، لکن یکی از در هم ها تلف شد و در هم باقی مانده تنصیف گردید.

وجه تفریق این است که در این موارد و مشابه آن، می توان گفت: حکم قضایی در حق هر کدام از دو نفر (با این که یکی از آن ها خلاف واقع است و حکم قضایی واقع را تغییر نمی دهد و یکی از آن ها واقعی و دیگری ظاهری است) برای ثالث حکم واقع را دارد، و او می تواند با این حکم در حق دو نفر معامله حکم واقعی بنماید، لکن محکوم له از چنین حقی برخوردار نیست؛ از این رو اگر در فرض مورد بحث شخص ثالث قطع شخصی به مفاد حکم قضایی در حق محکوم له دارد، نمی تواند از چنین حکمی استفاده کند. فتدبر. از این قبیل است اگر ثالث در تشکیل پرونده یا در برداشت از مفاد پرونده تشکیل شده ایراد قاطع به خلاف دارد، هر چند محکوم له به دلیل نداشتن چنین قطعی می تواند، از حکم قضایی بهره برد.

۴. پذیرش نوعی انعطاف و شناوری در قانون

در گذشته بر لزوم وحدت رویه در امر قضا و نظم قضایی تاکید شد، لکن باید توجه کرد که گاه مصلحت مقتضی است تا در جعل قانون نوعی انعطاف و شناوری دیده شود؛ نظیر تعزیرات و مجازات های تبعی و تکمیلی. واضح است که این انعطاف باید مدیریت شود (چنان که تجربه جمهوری اسلامی ایران نشان داد) و این مساله ربطی به آن چه ما در راستای پذیرش حکم قضایی در حد وسیع بیان کردیم، ندارد.

ضمناً، پذیرش حکم قضایی حتی در صورتی که اطراف پرونده حجت (غیر قطع) برخلاف دارند، در کنار پذیرش مؤکد مشروعیت استیناف و قضاوت شورایی تا حد وسیعی سیستم قضایی اسلام را به اهتمام به احقاق حق و ایجاد عدالت و امنیت حقوقی نزدیک می کند. به تعبیر دیگر: توسعه گستره اعتبار حکم قضایی عنصر فصل خصومت (که یکی از اهداف در امر قضا است) و قبول مشروعیت استیناف و قضاوت شورایی عنصر احقاق حق و عدالت (که هدف دیگر در مساله قضا است) را زنده نگه می دارد و تامین می کند. در آینده راجع به این مساله صحبت خواهیم کرد.

خلاف

ج. قضا در غیر فصل خصومت

در ادبیات دینی با دو نهاد مواجه هستیم؛ فتوا و حکم. مورد حکم گاه فصل خصومت و ثبوت دعوای مدعی بر مدعی علیه یا عدم آن و گاه امور عامّ دیگر است. مورد اول را «حکم قضایی» و داخل در تعریف قضا می‌دانند. آن چه در گذشته بیان گردید، مرتبط با این بخش از حکم بود. بخش دوم حکم را «حکم حکومی» می‌دانند و در این که مصداق قضا است یا نه، کلمات فقیهان همسو نیست و در این که احکام دیگری دارد یا محکوم به حکم قضایی است نیز، اختلاف وجود دارد.

از اینرو در حالی که جمع زیادی از فقیهان قضا را به مثل «فصل الخصومة بین المتخاصمین والحکم بثبوت دعوی المدعی او بعدم حق له علی المدعی علیه»

تفسیر می‌کنند، برخی چنین گفته‌اند:

«هو ولاية شرعية علی الحکم فی المصالح العامة من قبل الإمام».

و برخی در تفسیری بینابین گفته‌اند:

«هو الحکم بین الناس عند التنازع والتشاجر ورفع الخصومة و فصل الامر بینهم».

تعریف اخیر نه قضا را منحصر به باب دعوای مدعی و منکر می‌کند (فتأمل) و نه آن را به هر ولایت (یا حکمی) در مصالح عامه - هر چند مورد نزاع نباشد، توسعه می‌دهد.

البته تعریف اخیر، قابل انطباق بر تعریف اول - بدون کم و کاست - نیز است.

صاحب جواهر نیز تعریف به اعم را اولی می‌داند و بعد از تعبیر نقل شده از دروس می‌فرماید:

«ولعله اولی من الأول؛ ضرورة اعمیة مورده من خصوص اثبات الحقوق كالحکم بالهلال ونحوه وعموم المصالح».

البته گفتگو از صرف گستره مفهومی قضا در صورتی که همه موارد آن را محکوم به یک حکم ندانیم، چندان مهم نیست؛ مهم این است که بدانیم اگر مفهوم قضا در داوری فقیه به مصالح عامه کشیده شد، آیا احکام حکم قضایی را نیز دارد؛ آیا چنان که فقیه در فصل خصومت صاحب ولایت و قبض و بسط است در غیر فصل خصومت نیز چنین شأنی دارد؛ آیا می‌توان از ادله اعتبار حکم قضایی، چون مقبوله ابن حنظله و معتبره

۱. عطف، بر ص ۱۴.

۲. میانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳؛ مسالک الافهام؛ کشف اللثام؛ و ...

۳. الدروس الشرعية، ج ۲، ص ۶۵.

۴. (ملحقات) العروة الوثقی، ج ۳، ص ۲.

۵. جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۹.

ابوخدیجه و غیر آن، در اعتبار حکم حکومتی غیر مرتبط به باب قضا و فصل خصومت بهره برد؟ در اینجا است که فقیهان را در صفتی واحد نخواهیم دید.

به عنوان مثال شیخ انصاری، در پیوندی مناسب با این پرسش می‌فرماید:

«لو سلم عدم نقض الحكم بالاجتهاد من جهة الاجماع او السيرة أو لزوم الهرج، فانما هو في الحكومة المأمور بها في قطع الخصومات واما الحكم الناشئ من غير خصومة على القول بصحته و وجوب الالتزام بحيث يحرم بعده الخصومة وجرّ المحكوم له الى حاكم آخر - من جهة عموم ما دل على وجوب قبول حكم الحاكم؛ لانه حكمهم فالرد عليه ردّ عليهم - فلا دليل على حرمة نقضه بحكم آخر من نفس الحاكم او غيره، اذا تبين بعد النظر فيه خطأه بالاجتهاد بل مقتضى وجوب الرجوع الى الحق نقض الحاكم له، لان الحكم الثاني يصير حكم

وغيره حكم الجور»^۱ (علاءالامام)

ایشان در این متن، بین اقتضات حکم قضایی در فصل خصومت یا غیر آن فرق می‌نهد.

ضمناً با توضیحاتی که از مفاد مثل روایت ابن حنظله داده شد ملاحظه وارد بر استدلال شیخ انصاری، کاملاً آشکار است و آن چه ایشان به حساب به این دلیل می‌گذارد، ناصحیح است.

به ترتیب فوق نیز گفته شده:

«أن القضاء بمعنى إنهاء الخصومة، ومن هنا سمي القاضي قاضياً لانه - بحكمه - ينهي الخصومة ويتم أمرها ويفصله. وأما كونه متمكناً من نصب القيم والمتولى وغيرهما أعني ثبوت الولاية له فهو امر خارج عن مفهوم القضاء كلية. فقد دلنا الصحيحة على أن الشارع نصب الفقيه قاضياً أي جعله بحيث ينفذ حكمه في المرافعات وبه يتحقق الفصل في الخصومات و يتم أمر المرافعات، ولا دلالة لها بوجه على أن له الولاية على نصب القيم والحكم بثبوت الهلال و غيره؛ لما تقدم من أن القاضي إنما ينصب قاضياً لأن يترافع عنده المترافعان وينظر هو إلى شكواهما ويفصل الخصومة بحكمه وأما ان له اعطاء تلك المناصب فهو امر يحتاج الى دليل آخر ولا دليل عليه. فدعوى أن الولاية من شئون القضاء عرفاً ممنوعة بتاتاً. بل الصحيح أنهما امران ويتعلق الجعل بكل منهما مستقلاً».

واضح است که ما در این مقام، به صدد قضاوت نسبت به این گفته‌ها نیستیم؛ آن چه را در این مجال قابل ذکر می‌بینیم، جدا کردن حساب حکم قضایی از حکم حکومتی در بحث و گفتگو است؛ اعم از این که به نتیجه‌ای واحد بینجامد یا نه. بحث از حکم قضایی و گستره آن را در گذشته ملاحظه کردیم و بحث از اعتبار حکم حکومتی و حدود اختیارات حاکم را به مجال دیگری (فقه سیاسی) واگذار می‌کنیم.

۱. القضاء والشهادات، ص ۱۵۱.

۲. التنقيح في شرح العروة الوثقى، الاجتهاد والتقليد، (ج ۱)، ص ۴۲۱ و ۴۲۲.

داوری در حدود، قصاص و تعزیرات

با توضیحاتی که گذشت ماهیت داوری در عناوین فوق‌الذکر از جهت دخول یا عدم دخول در حوزه مفهومی (= موضوعی) و حکمی قضا، نیز روشن گردید؛ گرچه مهم، بحث حکمی مسأله است که مورد اختلاف است. اختلافی که مجال پرداختن به آن، مقام حاضر نیست.

قضا و هیأت‌های حل اختلاف، نظارت،^۱ منصفه،^۲ تجدیدنظر اجرایی^۳ و ...

قضا و کمیته‌های انضباطی، داوری و جریمه کردن پلیس و مدیریت حامل تنبیه و ...

از بحث‌های برجا مانده در فقه، گفتگو از ماهیت‌شناسی عناوین فوق و امثال آن، رابطه آن‌ها با قضای مصطلح در فقه و احکام این نهادها از جهت اتحاد حکمی با نهاد قضا و عدم آن است.

آنچه علی‌الحساب می‌توان گفت، این است که ماهیت این نهادها، ماهیت واحدی نیست؛ از این رو برخی از این امور، نه مصداق قضا است و نه احکام آن را دارد، نه در جمهوری اسلامی ایران و نه در غیر آن، نه در گذشته و نه در حال.

به عنوان مثال مدیریت (در هر سطحی مطرح گردد)، ماهیت مخصوص به خود را دارد؛ هرچند، حکمت در مدیریت، گاه مقتضی است که مدیر، تنبیهی نسبت به کسانی که مطابق قانون یا تعهد دوطرفه، زیر نظر او هستند، داشته باشد. البته هر گاه بین او و یکی از زیردستان، یا بین دو نفر از زیر مجموعه مدیریت او، اختلاف مالی یا شبه مالی رخ دهد، مدیریت و داوری این اختلاف، از جنس قضا خواهد بود و بالطبع باید محکوم هنجارهای شرعی، قضای اسلامی باشد.

لکن نکته‌ای که نباید مورد غفلت واقع شود، این است که بسیاری از اختلافات حتی اختلافات مالی و شبه مالی زیر مجموعه نهاد مربوطه، با داوری مدیر یا تشکیلاتی زیر نظر نهاد مربوطه، حل و فصل می‌شود.

^۱ مرجعی است اداری، در وزارت کار برای رسیدگی به اختلاف‌های کارگران و کارفرمایان. رک: محمد جعفر لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ص ۳۹۰۲، رقم ۱۵۰۳، واضح است که عنوان مذکور در متن، حامل معنایی عام‌تر از این تعریف است.

^۲ هیأتی مرکب از معاون سازمان ثبت و رئیس اداره امور املاک و یکی از اعضای سازمان مذکور که به اشتباهات ثبتی در امور املاک رسیدگی می‌کند. همان، ص ۳۹۰۲ و ۳۹۰۳، رقم ۱۵۰۳۷.

^۳ گروهی غیررسمی که موقع رسیدگی دادگاه‌های کیفری در پاره‌ای از جرم‌ها با محکمه همکاری می‌کنند. همان، ص ۳۹۰۲، رقم ۱۵۰۳۵.

^۴ مرجعی اداری و ثبتی که به شکایات ناشی از کارهای اجرای اسناد رسمی رسیدگی می‌کند. همان، ص ۳۹۰۱، رقم ۱۵۳۰۳۰.

چنان که گاه اختلافات مدیر و زیرمجموعه‌ای نیز در همان نهاد رسیدگی می‌شود، به گونه‌ای که این رسیدگی به این نحوه بخشی از قانون کلی کشور یا براساس تعهد داخلی در نهاد مفروض است که بین مدیران نهاد و زیرمجموعه بسته می‌شود.

در اینجا است که اظهار نظر قاطع در ماهیت این داوری‌ها، گستره اعتبار آن و شرایط شرعی داور یا داوران، قدری مشکل می‌نماید.

به نظر می‌رسد در این باره باید گفت:

آنچه از داوری در امتداد مدیریت قرار دارد، هر چند مشتمل بر تنبیه و امثال آن باشد، مشمول قواعد قضای اسلامی از قبیل مجتهد بودن قاضی-بنا بر اعتبار آن در قضا-، نیست.

چنان که اگر برخی داوری‌های مالی و امثال آن، مطابق قانون عام یا داخلی در امتداد و بخشی از مدیریت به حساب آید و به فهم افراد رسیده باشد، باید مطابق مواد مقرر با آن برخورد کرد. و البته باید مقررات در چارچوب احکام شرع اقدس باشد، هر چند در چارچوب بودن با توجه به تعهد بوده باشد.^۱

لکن خصومات و اختلافاتی که خارج از امتداد مدیریت است، باید در قالب قضای شرعی در دادگاه صالح مورد رسیدگی قرار گیرد.

در اینجا است که به لزوم شفافیت قانون (عام یا داخلی) بین مدیران، کارفرمایان و زیرمجموعه‌گان و کارگران باید پی برد.

آنچه بیان گردید، شروع خوبی برای ادامه و انجامی مفصل و مبسوط در مجال مناسب خود است.

^۱ اشاره به این است که گاه عناصری غیرشرعی است لکن در قالب تعهد در می‌آید. شیخ انصاری در این باره اشارتی دارد به این عبارت: «ولواشترط كون العبد كافراً ففی صحته او لغویته قولان للشیخ والحلی: من تعلق الفرض المعتد به لجواز بیعه علی المسلم والكافر ولاستغراق اوقاته بالخدمة ومن ان الاسلام یعلو ولا یعلی علیه والاغراض الدنیویة لاتعارض الاخریة وجزم بذلك فی الدروس وبما قبله العلامة». المكاسب، ص ۲۷۷، مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۱۳۱۰ و ... از این قبیل است شرطی که برخی کارفرمایان بر کارگران، بازیکنان و ... می‌گذارند تا مثلاً ماه رمضان را روزه نگیرند. البته نمره این شرط در این صورت جواز یا لزوم وفا به این شرط نیست، بلکه بنا بر قول به اعتبار آن، جواز فسخ مثل اجاره است در صورت تخلف اجیر از شرط. تخلفی که وظیفه شرعی او است در صورتی که روزه گرفتن برای او واجب باشد.

بدین ترتیب مواردی چون مدیریت حامل تنبیه، رفتار کمیته های انضباطی، هیئت های حل اختلاف، نظارت و تجدید نظر اجرایی (با تفسیری که از آنها ارائه گردید یا تفسیری در همین راستا)، فاقد هویت قضای شرعی و احکام آن است عموماً تابع قوانین و مقررات خود هستند که با تعهد می آیند و با عدم آن نمی آیند و البته همگان باید از چارچوب موازین شرع خارج نباشند.

مواردی مثل داوری و جریمه کردن پلیس را نیز می توان در امتداد مدیریت نهاد مرتبط قرارداد و همچون بقیه عناوین از حوزه قضا خارج دانست و با دقت بیشتری گفت: اصولاً جنس این داوری ها پیوندی با انشاء و اعمال ولایتی که در قضا مطرح است، بلکه صرفاً تطبیق مفاد قانون بر مورد است؛ از این رو جنس کارهایشان اخبار است نه انشاء و اعمال قانون است. ولایت مطرح در باب قضا. چنانکه بر فرض لزوم پیروی از قانون، مخالفت با نظر داور مخالفت با قانون به حساب می آید نه مخالفت با داور. و از آنجا که مخبر است نه منشی تصور لزوم اطاعت از او بی معنا خواهد بود و این ویژگی دقیقاً عکس ویژگی های پدیده قضا است. (دقت کنید).

البته خروج از حوزه قضا، به معنای رها بودن اعتبار شرعی این رفتارها از برخی شروط نیست؛ مثلاً در اخبار از موضوعات، ممکن است فقهی شرایطی را معتقد باشد؛ نظیر شرط عدالت مخبر، تعدد و جنسیت خاص که البته واضح است این محدودیت ها - بر فرض رأی اثبات به آنها - با خروجش از مقوله قضا ارتباطی ندارد. چنان که نباید غافل شد، برخی رفتارها - آن گونه که گفته شد - ماهیت اخبار دارد، در این صورت باید شرایط مخبر و شاهد را در موضوعات در نظر گرفت و آن را از جنس به شهادت دانست، لکن گاه رفتاری ماهیت بیان حدس و اعمال نظر دارد؛ در این صورت هر چند این رفتار را از جنس انشاء و قضا و حکم نمی دانیم، لکن ماهیت شهادت را نیز ندارد و نزد برخی از فقیهان محدودیت های باب شهادت را ندارد؛ یا شرایط سنگین تری بر آن حاکم است چنانکه گاه واقعاً هویت پدیده ای بدون هاله ای از ابهام نیست. مثلاً کاری که مامور دارایی در قیمت گذاری جهت تعیین مالیات یا مهندس ناظر در نظارت بر یک ساختمان و پروژه انجام می دهد آیا ماهیت شهادت دارد یا اعمال نظر؟ کارشناس بازار و بانک مرکزی پزشکی قانونی چه؟

به متن ذیل توجه نمایید:

«يُعرف الأرش بمعرفة قيمتي الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت و إذا لم تكن القيمة معلومة فلا بدّ من الرجوع إلى العارف بها و هو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند أهل البلد أو أهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله في الصفات المقصودة، كمن يخبر: بأن

هذه الحنطة أو مثلها يباع في السوق بكذا، وهذا داخل في الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر في الشهادة على سائر المحسوسات: من العدالة، والإخبار عن الحس، والتعدّد. وقد يخبر عن نظره و حدسه من جهة كثرة ممارسته أشباه هذا الشيء وإن لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس في أمثاله، وهذا يحتاج إلى الصفات السابقة وزيادة المعرفة والخبرة بهذا الجنس، ويقال له بهذا الاعتبار: أهل الخبرة.

وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة، كالصائع العارف بأصناف الذهب والفضة من حيث الجودة والرداءة، مع كون قيمة الجيد والردى محفوظة عند الناس معروفة بينهم، فقله: «هذا قيمته كذا» يريد به أنه من جنس قيمته كذا، وهذا في الحقيقة لا يدخل في المقوم، وكذا القسم الأول، فمرادهم بالمقوم هو الثاني. لكن الأظهر عدم التفرقة بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول وإن احتمل في غير الأول الاكتفاء بالواحد.

إما للزوم الحرج لو اعتبر التعدّد وإما لاعتبار الظن في مثل ذلك مما انسدّ فيه باب العلم ويلزم من طرح قول العادل الواحد والأخذ بالأقل لأصالة براءة ذمّة البائع تضييع حق المشتري في أكثر المقامات.

و إما لعموم ما دلّ على قبول قول العادل، خرج منه ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الأول، دون ما كان من قبيل الفتوى كالثاني؛ لكونه ناشئاً عن حدسٍ واجتهادٍ وتتبع الأشباه والأنظار و قياسه عليها حتى أنه يحكم لأجل ذلك بأنه ينبغي أن يبذل بإزائه كذا وكذا وإن لم يوجد راغبٌ يبذل له ذلك.

ثم لو تعدّر معرفة القيمة لفقد أهل الخبرة أو توقّفهم ففي كفاية الظن أو الأخذ بالأقل وجهان. و يحتمل ضعيفاً الأخذ بالأكثر؛ لعدم العلم بتدارك العيب المضمون إلّا به.^١

١. المكاسب، ج ٥، ص ٤٠٣ و ٤٠٤.

بررسی و تحلیل کلام شیخ انصاری با نظارت بر مسئله مورد بحث و تحقیق در این زمینه شیخ انصاری مطابق متن قویم فوق، رفتار کارشناس را در کارشناسی قیمت کالا و مقدار خسارت به سه قسم تقسیم میکند، بدین ترتیب:

۱. مقوم و کارشناس خبر از خارج می دهد، بدون هیچ انشا و اعمال نظر اجتهادی. این مورد داخل در شهادت بر امر محسوس است که دارای شرایط ویژه از قبیل عدالت، اخبار از حس نه حدس، تعدد (و گاه جنسیت خاص) است.

در این قسم از کارشناسی هیچ حکم و انشایی از کارشناس صورت نمی گیرد، خبر، از بیرون حادثه است، اعمال قانون یا ولایتی وجود ندارد و در اموال، اعراض و نفوس کسی تصرف نمی شود؛ هرچند گزارش وی مستند اعمال قانون قرار می گیرد.

این کارشناسی ارتباط با «قضا» ندارد؛ چنان که لازم نیست کارشناس در این فرض شرایط قاضی را داشته باشد. راجع به شرایط ذکر شده در کلام شیخ انصاری و اضافه ای که ما بر آن افزودیم، نیز بحث و گفتگو است؛ هرچند به اعتقاد ما غیر از وثوق و اخبار از حس (که البته این شرط اخیر داخل در موضوع خبر و مفروض در موضوع است) شرط دیگری شرعا ثابت نیست؛ مگر دلیل خاصی در مورد ویژه ای دلالت بر شرطی افزون نماید.

از مواردی که قبلا اشاره شد، باید دید کدام مورد از مصادیق این قسم است یا جزئی از آن، مصداق این رفتار است؟

روشن است، مواردی چون شهادت پزشک قانونی راجع به مصدوم، زمان مرگ او (در صورت استناد به حس و ابزارهایی که وضعیت را محسوس می نماید) شهادت پلیس از تخلف یک شهروند و... تا وقتی در حوزه خبر از محسوس است، همه از این قبیل است که وضعیت آن به موضوعا و حکما روشن گردید.

۲. کارشناس، خبر از رأی و حدس خود می دهد. در واقع کارشناس به معنای واقعی آن در این قسم حضور کارشناسی پیدا می کند. در واقع اگر کارشناس در قسم اول مانند ناقل نظرات مراجع تقلید و صاحبان فتوا بود، در این قسم مانند یک مجتهد و صاحب نظر ظاهر می شود. در اینجا نیز انشای حکمی نیست، لکن آنچه را می گوید: ایجاد است (انشا به معنای ایجاد، مقابل خبر محض هست). واضح است که جنس این رفتار غیر از قضای مصطلح است، حتی اگر آن را در فصل خصومت منحصر ندانیم.

شیخ انصاری شرایط سابق را افزون بر صاحب نظر بودن در آن چه می گوید، در این مورد لازم می بیند و البته جای مناقشه در نظر ایشان - چون فرض سابق - وجود دارد لکن بدون تردید شرایط قاضی را ندارد، چنان که نمی توان حجیت این داوری را چون حجیت حکم قضایی دانست.

اعتبار این قسم از اظهار رأی تابع قانون شرعی از جهت موضوعیت یا طریقت داشتن و یا قوانین موضوعه و مورد تعهد و الزام و التزام است.

واضح است که برخی موارد مورد اشاره در عنوان مسأله، از این قبیل است یا بخشی از آن، این رفتار را در خود دارد. به عنوان مثال بسیاری از داوری‌های پزشک قانونی، پلیس راه، اعضای شوراها و یا کارگزاران دادگستری ها و ... از این قبیل است.

قسم سوم در کلام شیخ اعظم مرتبط با مسئله مورد بحث او است که ارتباط اثر گذاری با مسئله مورد گفتگوی ما ندارد.

البته سلب ماهیت و احکام قضایی از آنچه گذشت و آن‌ها را به حکمی راندن در برخی موارد، خالی از شبهه نیست؛ مثلا پلیسی که راننده ای را به عنوان متخلف معرفی و او را جریمه و گاه وجهی را از او دریافت می‌کند و در هر دو مرحله به قانون تمسک می‌کند، کار او نظیر مقام قضایی است که فردی را بر اساس پرونده متخلف معرفی می‌کند، او را جریمه می‌نماید و دستور اجرای تعزیر می‌دهد بی جهت نیست که چنین پلیسی را «جانشین قاضی» معرفی می‌کنند.

ند - حال اگر باحثی تمام شرایط قاضی را در قاضی مفروض، ملحوظ دارد و اعتبار نظر او را در همان پایه بدانند که قبلا برای حکم قضایی بیان کردیم، باید برای نظر مثل پلیس نیز قائل شد. البته در اینجا سه نکته وجود دارد که باید به آنها توجه کرد و چه بسا در مسیر بحث اثر بگذارد.

أ. فعالیت های مثل پلیس و بخش وسیعی از عناوین ذکر شده در سابق را امتداد حکومت و مدیریت والی دانست و نه امتداد قضا و مدیریت قضایی. (این نکته بر اساس گسست بخش ولایت و زمامداری از بخش قضاوت است که در ادامه ی راجع به این موضوع گفت و گو خواهیم کرد).

ب. قضاوت شرعی و مصطلح فقهی را در وقتی فرض کنیم که قانونی که با فرمان او اجرا می‌شود از احکام شرعی چون قانون ارث، وقف و وصیت باشد، قوانین عرفی و موضوع برای اداره جامعه.

ج. قضاوت شرعی و مصطلح فقهی را در وقتی فرض کنیم که داوری بر اساس نظر خود قاضی صورت می‌پذیرد نظری که در سایه اجتهاد او از ادله به دست آمده است قضاوت بر اساس قانون مدون چنانکه در حاکمیت های مدرن معاصر وجود دارد.

نه

منصب ولایت و تدبیر و منصب قضاء، گسست یا عدم؟

توضیحات فوق نشان داد که اظهار نظر در ماهیت برخی نهادهای گذشته و انگاره در امتداد مدیریت دانستن آن‌ها و خارج دانستن آن‌ها از قضا و پیرامون آن، متوقف برداشتن تصویری صحیح از منصب ولایت و مدیریت جامعه و قبول یا رد گسست آن از منصب قضا است. به انگیزه آشنایی بیشتر با مذاق فقه در این پیوند، متن ذیل را ملاحظه نمایید:

لا اشکال فی ثبوت تشریع الولاية فی الشرع وجعل منصب الوالی كما انه يجعل منصب القضاء، ولکل منهما وظيفة غیر وظيفة الآخر، فوظيفة الوالی هی الامور النوعية الراجعة إلى تدبیر الملك والسیاسة وجباية الخراج والزکوات و صرفها فی المصالح العامة من تجهيز الجیوش واعطاء حقوق ذوی الحقوق (وبعارة اخرى) كلما یكون وظيفة السلطان فی مملکته، ومنه جعل القاضی فی خطة ولایته كما یشاهد فی هذه الاعصار من کون القاضی المنصوب فی ناحية محکوما بتبعیة والی تلك الناحیة، وكما ینقل من معاملة القضاة مع ولاة النواحي فی الاعصار السابقة (واما وظيفة القضاة) فعبارة عن قطع الخصومات وحبس الممتنع وجبره علی اداء ما علیه والحجر علیه فی التصرف فی امواله إذا کان دینه مستغرقا ومباشرة بیع امواله إذا امتنع هو بنفسه عن بیعها ونحو ذلك مما هو من شئون القضاء، وهذا هو المتیقن من الوظیفتین، وهناك امور یشک فی کونها من وظائف الوالی أو القاضی وذلك کالتصرف فی اموال الایتام والمجانین وحفظ اموال الغائبین و غیر ذلك من الامور الحسبیه مما هو فی هذه الاعصار جعل فی القوانين العرفیة من وظائف مدعی العموم فانه یشک فی کونه من وظيفة الولاية أو من وظيفة القضاة. إذا عرفت ذلك فاعلم ان مرجع الخلاف فی ثبوت الولاية العامة للفقیه إلى الخلاف فی ان المجمعول له هل هو وظيفة القضاة أو انه منصوب لوظيفة الولاية، فان ثبت کونه والیا فیجوز له التصدی لکل ما هو من وظائف الولاية التي عرفت ان منها وظيفة القضاة، وان ثبت له وظيفة القضاة فلا یجوز له التصدی لغيرها ولا ینفذ منه لو تصداه كما انه لا یجوز ولا یصح منه تصدی ما یشک فی کونه من وظيفة القاضی أو الوالی، بل یجب الاقتصار علی ما علم کونه وظيفة القاضی، هذا مع تبیین الامر، ومع الشک فی کونه منصوبا لوظائف القضاة أو الولاية یجب الاقتصار ایضا علی ما یعلم بکونه من وظائف القضاة ولا یجوز له

التعدى إلى ما علم كونه من وظائف الولاية أو شك فيه، و ذلك لما عرفت من ان الاصل الاولى يقتضى عدم النفوذ إلا ما خرج بالدليل وعند الشك فى كون المجهول أى الوظيفتين يكون المتيقن من الخارج عن حكم الاصل الاولى هو المعلوم كونه من وظائف القضاة دون غيره مما علم انه من وظيفة الوالى أو المشكوك منه...^۱

واضح كه منظور ما از نقل متن قويم فوق، هم‌نوایی و پذیرش كامل آن نیست.^۲ منظور نقل نگاه يك فقيه - كه البته نماینده فكري بی شماری از فقیهان امامیه است - در پیوند با مسأله فوق و غیرانگاری منصب قضا از منصب ولایت (به معنای «الرئاسة على الناس فى أمور دينهم و دنياهم و معاشهم و معادهم») است.

با این توضیح معلوم می‌گردد كه نهادهای فوق‌الذکر را می‌توان در ذیل منصب مدیریت جامعه قرار داد و آن را در بخش قضا - با شرایط و ویژگی‌های خودش - قرار نداد. طبیعی است كه اعمال ولایتی كه در موارد ذكر شده در عنوان بحث وجود دارد، باید در ذیل ولایت والی قرارش داد و به آن وجهت شرعی داد و آلا با اصل «عدم ولایت احد على أحد» كه اصلی مقبول است، ناهمسو خواهد بود.

نیز باید گفت:

در ارتباط با سه نکته‌ای كه در آخر صفحه ۵۰ به عنوان «أ»، «ب» و «ج»، گفته شد، توضیحات فوق راجع به عنوان اول، راه‌گشا است، لكن راجع به نکته دوم و سوم به طور مطلق راه‌گشا نیست و ابهاماتی با خود دارد، بدین قرار:

۱. المكاسب و البيع، ج ۲، ص ۳۳۶ و ۳۳۷.

۲. به عنوان مثال قرارداد جعل قاضی در ذیل وظیفه سلطان و سانس در صورتی كه حكایت از فعل و رفتار حاکمان سنی باشد، قابل قبول است؛ لكن در صورتی كه به عنوان يك واقع صحیح در شریعت تلقی شود، قابل مناقشه است. در دانش سیاسی امروز نیز عموماً كشاندن منصب قضا در ذیل منصب ولایت، با استقلال قوا - كه هنجاری پذیرفته شده در نظر و عمل است - ناصحیح و خطرناك انگاشته شده است.

۳. همان، ص ۳۳۵.

۴. گاه با عنوان: «إعمال قانون» از آن یاد می‌شود.

آنچه در نکته دوم گفته شد وقتی موجه می نماید که تشریح قوانین عرفی و موضوع برای اداره جامعه و داوری بر اساس آن ها -مثل تنفیذ و اجرای آن ها- را از شئون حاکم جامعه بدانیم و اختیاری باز و موسّع برای حاکمیت در این بخش قائل باشیم، در این صورت، راه دوم به راه اول بر می گردد و پیشنهاد جدیدی نخواهد بود. منتها تمام نکته در این است که تا چه پایه می توان دو منصب مستقل با ویژگی های مختلف تصور کرد، شرعا از آن دفاع نمود و به راحتی ادعا کرد که (مثلا) آنچه داور در قضاوت بین دو نفر در مثل دین یا ارث انجام می دهد، ماهیت قضایی دارد و داور باید از شرایط قضا برخوردار باشد، چنانکه طرفین پرونده باید مطیع نظر قاضی باشند، هرچند حجت معتبر برخلاف داشته باشند و.... لکن پلیسی که راننده خاطی را متوقف و جریمه می کند، کارش ماهیت قضایی ندارد، شرایط قاضی در او معتبر نیست و گستره نفوذ داوری اش نیز، حوزه حجت برخلاف را نمیگیرد و...

به نظر ما برای حل مشکل باید راه دیگری فکر کرد!

نسبت به آنچه در نکته سوم بیان شد، نیز می توان گفت: این که دو نوع سیستم در قضا وجود داشته باشد: سیستم گذشته با ویژگی هایی که داشت و سیستم جدید، چگونه می تواند تفاوت جوهری بین کار مثل پلیس، کارشناس و پزشک قانونی با کار قاضی در فصل خصومت یا اعمال مجازات ایجاد میکند؟ نباید فراموش کرد که قاضی هم حتی در سیستم اول، در واقع بر اساس قانون مدون شرعی قضاوت می کند، نهایت اینکه از خود اجتهادی صورت دهد (اگر قاضی مأذون غیر مجتهد نباشد) که البته این کار در قضاوت بر پایه سیستم جدید هم رخ می نماید، آنجا که داور باید در فهم، مدیریت و تنسیق مواد قانون مجتهد و صاحب فهم باشد ضمن اینکه بخش مهم و معظم قضا، شناخت موضوع و مصداق است که در هر دو سیستم در سهولت و صعوبت یکسان است.

آری آنچه امکان گفتن دارد این است که مثلا گفته شود: اعتبار شرط اجتهاد مصطلح در سیستم قضایی گذشته قابل دفاع است نه در سیستم جدید؛ در این نظام باید اجتهاد در قانون را جایگزین اجتهاد مصطلح کرد ما در آینده به این بحث خواهیم پرداخت.

رای مختار در حل مسئله و جمع بندی از آنچه گذشت

۱. با تحقیقی که گذشت معلوم گردید تنها مورد اعضا و اشکال، آن جاست که فاقد شرایط معهود در شریعت برای قضا، کار قضایی می کند که البته در اکثر موارد، کار نهادهای مربوطه، فعالیت های غیرقضایی است و اگر اشکالی هست -که هست- در جایی است که افراد و نهادها در حقوق دیگران تصرف و (در واقع) اعمال ولایت و قانون می کنند.

۲. به نظر می‌رسد امکان گسست این موارد، از کار قضایی از سه راهی که مطرح کردید، موفق نیست؛ بر این بنیان یا باید در ماهیت قضا و شرایط آن توسعه داد و شرایط مزبور را مورد بازخوانی قرار داد^۱ یا مجری قانون را در منصب قضا نشاند و شرایط قاضی و احکام قضا را برای وی و کار لحاظ کرد. آن چه از مباحث آینده قابل پیش بینی است، گزینه اول است.

۳. عرف جهانی و سیره ی مستمره مسلمین بر این بوده که بخشی از اعمال ولایت ها و تصرف در حقوق دیگران، از سوی والیان و کارگزاران نظام و بخشی از این اعمال از سوی قاضیان و عمال زیر نظر آن ها صورت می گرفته است این عرف و سیره هرچند یک روش اجرایی به حساب می آید و یک شیوه معین شرعی به حساب نمی آید لکن خلاف شرع نیز، قلمداد نمی گردد.

۴. اعمال قانون و تصرف در حقوق دیگران نیازمند برخورداری از ولایت است؛ این ولایت باید از طریق شرعی به افراد منتقل گردد چه به اسم قاضی و قضا باشد یا والی و کارگزار نظام. از این رو نامشروع انگاری اعمال ولایت و قانون از سوی کارگزاران نظام ناصحیح است. ادامه این نکته را در رقم هشتم ملاحظه بفرمایید.

۵. فرآیند مذکور در شماره قبل، باعث می گردد تا افراد ملزم باشند در مقابل قانون مطیع باشند و نمی توانند به دلیل -یا بهانه- مخالفت نظر شهروند یا مجتهد وی با مقتضای قانون، از قانون اطاعت نداشته باشند. ما در سنوات گذشته احتمال همسان انگاری حکم قانون با حکم حکومتی را در نفوذ و اعتبار مطرح کرده و از آن دفاع نمودیم.^۲

۶. با اینکه قاضیان موردنظر در مثل مقبوله این حنظله و معتبره ی ابو خدیجه منصوب از سوی معصوم -علیه السلام- اند؛ لکن جهت ایجاد نظم و مدیریت جامعه، (به ویژه وقتی در هرم ولایت و مدیریت مجتمع فقیه عادل و صالح قرار دارد فتأمل) باید حوزه قضاوت آنها و آنچه به مدیریت قضایی مرتبط است، ناهماهنگ با بخش های دیگر حاکمیت نباشد.

^۱ . شرایط قاضی در آتی به تفصیل مورد بررسی واقع می شود.

^۲ . این مساله در فقه سیاسی مجال گفت و گوی واسع دارد.

۷. از مباحث مهم، در این مسائل جدا کردن ثابتات احکام از شیوه‌های اجرایی غیر ثابت و مدیریت‌ها است. به عنوان مثال نهاد حکمیت جهت داوری در اختلاف زوجین، نهادی شرعی و مورد تصریح قرآن است. لکن قانون‌گذار در قانون حمایت از خانواده (مصوب ۱۳۹۱) در ماده ۲۷ و ۲۸ نکاتی را بیان کرده که پایگاه خاص شرعی ندارد؛ هر چند مخالف شرع نیز به حساب نمی‌آید. توجه کنید:

ماده ۲۷ - در کلیه موارد در خواست طلاق، به جز طلاق توافقی، دادگاه باید به منظور ایجاد صلح و سازش موضوع را به داوری ارجاع کند. دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رأی صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند.

ماده ۲۸ - پس از صدور قرار ارجاع امر به داوری، هر یک از زوجین مکلفند ظرف یک هفته از تاریخ ابلاغ یک نفر از اقارب متأهل خود را که حداقل سی سال داشته و آشنا به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی باشد به عنوان داور به دادگاه معرفی کنند.

ضمناً قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران در باب هفتم از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹) از ماده ۴۵۴ تا ۵۰۱ در ارتباط با شرایط داوری، نکاتی را بیان کرده که بخشی از آن‌ها از ثابتات شرعی و برخی از غیر آن‌ها است.

گفتنی است: مستفاد از برخی متون فقهی مسلم‌انگاشتن عدم اشتراط اجتهاد در داوری خانوادگی است با این که در استقلال این حکم در اجرای طلاق (با این که مستلزم اعمال ولایت و تصرف در شئون دیگران است) اختلاف است. شهید ثانی که شاید بیش از دیگران پی‌گیر این مسأله است دلیل عدم اشتراط اجتهاد را این بیان قرار داده است:

«لأن محلّه امر معین جزئی فیجوز تفویض الحاکم أمره الی الآحاد کنظائرہ».

وجه مزبور بر فرض تمامیت، حامل نکته‌ای برای مبحث کلان کنونی ما است با این تقریر که شرایط معهود برای قاضی، برای داوری است که می‌خواهد از ولایت قضا برخوردار شود و برای فصل همه

۱. «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ بَرِدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا»

(نساء/۳۵)

۱. مسالک الافهام، ج ۸، ص ۳۶۷.

۲. مراد از حاکم، شارع مقدس است.

۳. مسالک الافهام، ج ۸، ص ۳۶۷.

خصوصیات ولایت پیدا کند نه برای کارمندی چون پلیس راه و پزشک قانونی که در ساحتی خاص مأمور به اجرا و اعمال قانون بر افراد داخل در حوزه کاری خود هستند. و از این طریق است که می توان بین قضاوت و تعیناتی که مورد گفتگوی ما است، تفاوت نهاد.

البته تمام نکته در تمامیت کبرای تفریق ابراز شده از سوی شهید ثانی است اولاً؛ و انطباق آن بر صغرای مباحث ما است ثانیاً.

۸. ولایت اداری؟! آنچه در رقم چهارم از تصور ولایت برای کارگزاران نظام گذشت به معنای حق تصرف در شئون دیگران و لزوم اطاعت دیگران از کارگزاران در راستای قانونی معتبر (که در واقع لزوم تبعیت از قانون است و نه چیز دیگر) می باشد نه ولایت به معنای برخورداری کارگزاران نظام از حق امر و نهی به گونه ای که این اطاعت به خود کارگزار برگردد. (دقت شود) به پرسش و پاسخ ذیل توجه نمایید:

«س: هرگاه حرکتی از طرف مسؤولین ادارات بر خلاف حق و قسط اسلامی انجام شود افراد متعهد و کارمندان دلسوز وابسته به آن اداره سرزنش می شوند که چرا در این مورد بر خلاف حق و قسط و قانون عمل شده است! و اگر آنها به مسؤولین خود اعتراض کنند در جوابشان می گویند: اینگونه برخوردها با مسؤولین بر خلاف ولایت اداری است، و چون ولایت اداری به ولایت فقیه و ولایت امام و پیغمبر و خدا ختم می شود پس فرد معترض - که از طریق قانون، و پیروی دستورات آن رهبر اعتراض خود را به مسؤولین اعلام داشته - کافر و ملحد است» خواهشمند است نظریه شریف را در این مورد اعلام فرمایید؟

ج: ولایت اداری در اسلام نیست، و کارمندان و مسؤولین در ادارات فقط مسؤولیت دارند که بر طبق مقررات اداره و دولت اسلامی عمل کنند و ولایتی بر کسی و چیزی ندارند، و اگر بر خلاف موازین شرعی یا قانونی عمل نمایند دیگران می توانند بدون ایجاد هرج و مرج و فساد به آنان تذکر دهند.^۲

^۱ مناسب است در ادامه نکته چهارم قرار گیرد.

^۲ سید روح الله موسوی خمینی، استفتانات، ج ۳، ص ۵۹.

البته نفی مطلق «ولایت اداری در اسلام» جای نقد و گفتگو دارد و انکار آن غیر صحیح یا بی فایده می نماید؛ هر چند آن چه در پرسش آمده و به عنوان یک تفکر مطرح گردیده است، قابل نقد است.^۱ از کسانی که می توان از کلامش ولایت اداری (ولایت قابل تفویض به رده های پایین تر) را به تصویر کشید، محقق نایینی است. ایشان معتقد است:

«أن للولاية مراتب ثلاث: إحداها - و هي المرتبة العليا - : مختصة بالنبی وأوصیائه الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين، و غير قابلة للتفویض إلى أحد، و اثنتان منها قابلتان للتفویض.

النبی ~~أولی~~ (أما غير القابلة: فهي كونهم - عليهم السلام - أولى بالمؤمنين من أنفسهم بمقتضى الآية الشريفة). وهذه المرتبة غير قابلة للسرقة، ولا يمكن أن يتقمص بها من لا يليق بها. وأما القابلة بالمؤمنين من أنفسهم للتفویض: فقسم يرجع إلى الأمور السياسيّة التي ترجع إلى نظم البلاد، وانتظام أمور العباد، وسد الثغور، والجهاد مع الأعداء، والدفاع عنهم، ونحو ذلك مما يرجع إلى وظيفة الولاية والأمر. وقسم يرجع إلى الإفتاء والقضاء، وكان هذان المنصبان في عصر النبى والأمير صلوات الله عليهما، بل في عصر الخلفاء الثلاثة لطائفتين، وفي كل بلد أو صقع كان الوالى غير القاضى، فصنف كان منصوباً لخصوص القضاء والإفتاء، وصنف كان منصوباً لإجراء الحدود ونظم البلاد والنظر في مصالح المسلمين. نعم اتفق اعطاء كلتا الموظيفتين لشخص واحد لاهليته لهما، ألا ان الغالب اختلاف الوالى والقاضى...»^۲

در کلام محقق نایینی هر چند مفوض مشخص نگردیده است لکن قرینه سیاق می رساند که مفوض پیامبر و اوصیاء طاهرين - عليهم السلام - هستند و مفوض اليه فقيه و والى. لکن محور سخن ما تفویض یا انتقال شعبه ای از ولایت از ناحیه والى به کارگزاران و مسئولان خدمت به کشور و مردم است. طبیعی است که در این باره نباید مخالفت از مثل محقق نایینی داشته باشیم؛ با توجه به این که ولایت را به معنای حق تصرف

داشتن و لزوم اطاعت از قانون دانستیم نه بیشتر. فلا ینبى ان یؤتمروا له چه می تواند حاصل گرفتار آن چه از ابتدا تا اینجا بیان گردید و در قالب یک کلان مسأله با عنوان «مفهوم شناسی و گستره شناسی قضا و حدود نفوذ آن» ارائه شد، پاسخ به سه پرسش (۱ - ۳) از پرسش های مذکور در آغاز بحث است. لکن متناسب با گفتگوهای صورت گرفته، چند پرسش وجود دارد که در مجال حاضر باید رسیدگی شود، بدین قرار:

۱. البته این مسأله قابل بحث در فقه سیاسی است.

۲. منية الطالب، ج ۲، ص ۲۲۲.

۳. مذکور در آغاز ص ۳.

۴. رک: ص ۲۰۱.

بیشین شهرت برای ولایت است.
۱- ولایت
بعضی از عرفا
پس مسائل از
در امام عرفا
و است و مجوز
آن از ولایت است
۲- شرایط قضا
- بر فرض اعتبار آن
شرایط در قضا

تفویض بیشتر لازم است -
تایید نیست از این جهت
بیش از دو مورد است (مقتضی لزوم
مؤانده او را دارند اما این که عمیق الای
این است که اگر اطاعت کرد، حق
باز هم از قانون بیستار
لزوم اطاعت از قانون بیستار
اطاعت از قانون لازم است نه بیشتر
فراست و دستورات مثل پیش به ملاک
دلیل بر این است که اطاعت از
تفویض در مثل پیش منبریت لازم
تول

مشروعیت و اعتبار تجدید نظر در فرآیند دادرسی در کشاکش اثبات و نفی

توجه کنید:

«لا يجوز الترافع الى حاكم آخر بعد حكم الحاكم الاول، ولا يجوز للآخر نقض حكم الاول الا اذا لم يكن الحاكم الاول واجداً للشرائط او كان حكمه مخالفاً لما ثبت قطعاً من الكتاب والسنة».

محقق خوبی بر بخش اول مدعای خود، چنین تعلیقه می‌زند:

«بلا خلاف ولا اشكال فان حكم الحاكم نافذ على الجميع، سواء في ذلك الحاكم الاخر و غيره».

و بر بخش دوم مدعا این تعلیقه را دارد:

«فان الحكم الاول - عندئذ - بحكم العدم؛ لانه غير نافذ شرعاً».

مطابق متن فوق، با صدور رأی قضایی از سوی قاضی، نه برای اصحاب دعوا، مراجعه به قاضی دیگر جایز است و نه قاضی دوم، حق نقض رأی اول را دارد (و طبیعتاً اگر چنین کند، اعتبار ندارد). این مطلب، مورد اختلاف بین فقیهان نیست، چنان که جای اشکال و گفتگو ندارد. اطلاق این متن، شامل مواردی که مسأله اختلافی هم باشد، می‌شود و تنها در موردی که برآیند حکم قضایی خلاف قطعی کتاب و سنت است، مراجعه به حاکم دیگر جایز است؛ همچنین اگر حاکم اول واجد شرایط قضا نباشد. به نظر می‌رسد صورتی که فرآیند رسیدگی نیز فاقد شرایط شرعی باشد، نیز از موارد استثنا است و عدم ذکر ایشان با توجه، نبوده است؛ از تعلیل ذیل نیز این وضعیّت آشکال می‌گردد.^۳

اطلاق متن، شامل همه نوع پرونده و هر انگیزه‌ای در تجدید نظر باشد، می‌شود. این اطلاق تا جایی است که شامل صورتی که برخی از اطراف دعوا به سند جدید نیز دسترسی پیدا کنند، می‌شود. چنان که شامل حق الله و حق الناس می‌شود؛ هر چند - به قرینه سیاق مباحث کتاب - احتمال اختصاص کلام محقق خوبی به دوم نیز وجود دارد.

روشن است که تعلیقه اول تا مستند به سندی نشود، صرف ادعا خواهد بود. ایشان وجه تعلیقه را اجماع و مقبوله عمرین حنظله نمی‌داند بلکه آن را به معتبره ابو خدیجه و وجهی عقلی، مستند می‌کند، بدین بیان:

۱. عطف بر مسأله اول درص ۳.

۱. مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۲۲، مسأله ۲۰.

۲. همان، پاورقی.

۳. همچنین رک: التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۱، ص ۳۹۰.

«الصحيح أن يستدل على ذلك بما علمنا بالضرورة من تشريع القضاء في الشريعة المقدسة وقد دلّ عليه قوله عزّ من قائل: (وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل) ويستفاد أيضاً من الروايات المأثورة عنهم (عليهم السلام) بوضوح . كصحيحة أبي خديجة قال : "قال لي أبو عبدالله (عليه السلام) ... ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فأني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه" وصحيحته الأخرى قال : "بعثني أبو عبدالله (عليه السلام) إلى أصحابنا فقال : قل لهم إياكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تدارى في شيء من الأخذ والعطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا وحرماننا فأني قد جعلته عليكم قاضياً. . . إلى غير ذلك من الروايات . بل لو لا مشروعية القضاء في الخصومات للزم اختلال النظام والهرج والمرج . فمشروعية القضاء في الشريعة المقدسة من المسلّمات والقضاء بمعنى فصل الخصومة وحلّها . وقد قيل : إنما سمي ذلك بالقضاء ، لأن القاضي يقضى على الخصومة بفصلها ، فلا يجوز وصلها بعد فصلها فإن جوازه يستلزم لغوية القضاء . وحيث إن المستفاد من الروايات أن حكم الحاكم إذا صدر عن الميزان الصحيح معتبر مطلقاً، وأن اعتباره ليس من جهة الأمارية إلى الواقع بل إنما هو لأجل أن له الموضوعية التامة في فصل الخصومات وحل المرافعات، فلا مناص من الالتزام بعدم جواز نقضه مطلقاً سواء علمنا بعدم مطابقته للواقع أو بالخطأ في طريقه - وجداناً أو تعبداً - أم لم نعلم به بلا فرق في ذلك بين الشبهات الحكمية والموضوعية فلا يجوز للمتخاصمين إعادة الدعوى عند ذلك الحاكم مرة ثانية أو عند حاكم آخر رضياً بها أم لم يرضيا ، كما لا يجوز للحاكم سماعها . ويدلنا على ذلك مضافاً إلى ما قدّمناه من الاطلاق وأن اعتبار الحكم من باب الموضوعية، أن حكم الحاكم لو جاز نقضه عند العلم بمخالفته للواقع أو الخطأ في طريقه للزم عدم نفوذه غالباً في الترافع في الشبهات الموضوعية وبقاء التخاصم فيها إلى الأبد، لعلم كل من المترافعين غالباً بعدم صدق الآخر أو عدم مطابقتها بينته للواقع مع أنه لا مجال للتأمل في شمول الاطلاقات للشبهات الموضوعية ، ونفوذ حكم الحاكم فيها جزماً، ومنه يظهر أن الاطلاقات شاملة للشبهات الحكمية أيضاً كذلك وأن حكم الحاكم نافذ فيها ولو مع العلم بالمخالفة للواقع أو الخطأ في طريقه ، هذا كله إذا صدر الحكم على الميزان الصحيح»^١

مطابق متن فوق، اطلاق روايات اقتضاي نفس ماهيت قضاء، بقای تخاصم با جواز تجديدنظر، مقتضى است جز در مواردی که علم به خطا هست رأى قاضى معتبر باشد. و این همان است که در متن عروه آمده است، با این بیان:

« حكم الحاكم الجامع للشرائط لا يجوز نقضه ولو لمجتهد آخر إلا إذا تبين خطأه»^٢

در راستای اثبات عدم جواز به وجوه دیگر نیز تمسک شده است، مث

١ . التنقيح في شرح العروة الوثقى، ج ١، ص ٣٨٩، ٣٩٠.

٢ . العروة الوثقى، ج ١، في التقليد، ص ٢٠، مسأله ٥٧.

۱. حاکم شدن نظام بروکراسی در نظام قضایی

لازمه تجدیدنظر، به رسمیت شناختن سلسله مراتب اداری در سازمان قضایی است؛ بدین ترتیب که کار و فعالیت قضایی در یک مرحله به اتمام نمی‌رسد و زمانی می‌تواند از ارزش و اعتبار برخوردار باشد که این سلسله مراتب را سپری کند. چنین شیوه‌ای در دراز مدت و کوتاه مدت به بیدایش سازمان گسترده منجر می‌شود که انجام دادن کارها به رأس هرم آن ختم می‌گردد. در عمل، به نتیجه رسیدن یک کار تا جلب موافقت فرد یا افرادی که در رأس هرم قرار گرفته‌اند به طول می‌انجامد و با گستردگی و کثرت کارهای قضایی از یک سو و محدودیت توان و کارایی یک فرد و یا تعداد اندکی از افراد از سوی دیگر انجام دادن کارها مقدور و میسر نخواهد بود. امور قضایی مستلزم دقت و سرعت توأم با یکدیگر است و چنین رویه‌ای نظام قضایی را از هدف باز می‌دارد. ثمره چنین رویه‌ای چیزی جز تمرکزگرایی و ریاست پرستی نیست، در حالی که تجربه نشان داده است که بروکراسی، باعث کندی انجام دادن امور و مانع بزرگی برای پیشرفت و ترقی جامعه است.^۲

در ادامه تثبیت این وجه گفته شده است:

« به جای پیش بینی تجدید نظر باید راه های تقویت سازمان قضایی را در الگوهای دیگر همچون تخصصی کردن کار قضایی توسعه دادگاه های بدوی و غیره جستجو کرد.»^۳

۲ و ۳. دوباره کاری و رسیدگی دور از واقعیت

دوباره کاری ناموجه و رسیدگی دور از واقعیت دو وجه دیگر است که مخالفان تجدید نظر به آن توجه کرده اند. در توضیح وجه اخیر گفته شده است:

«وقتی پرونده ای تشکیل می شود دادگاه بدوی امور و مسائل متعددی را مورد بررسی و رسیدگی قرار می‌دهد و مدارک و ادله مربوط به آنها را جمع‌آوری می‌کند. اصولاً دادگاه بدوی به صورت ملموس و محسوس با مسائل و موضوعات پرونده ارتباط دارد و از لحاظ زمانی با وقایع نزدیکتر است و بر اساس واقعیت‌هایی که به آنها دسترسی پیدا کرده است تصمیم‌گیری می‌کند. بنابراین، تصمیم‌گیری دادگاه بدوی بیشتر مقرون به واقع است و مبتنی بر واقعیت‌هایی است که آنها را احراز کرده است. پس از این مرحله است که پرونده تشکیل شده در اختیار دادگاه تجدید نظر قرار می‌گیرد و بدیهی است که دادگاه تجدیدنظر با این واقعیت‌ها بیگانه است به عنوان مثال دادگاه بدوی شهود را در زمانی که به وقوع حادثه نزدیک تر است احضار کرده و از آنها تحقیق می‌کند ولی دادگاه تجدید نظر تنها اظهارات شهود را که در پرونده منعکس شده است مطالعه می‌کند.»^۴

۱. بروکراسی، در لغت به معنای تمرکزگرایی، دیوان سالاری و رعایت تشریفات اداری در حد افراط آمده است و در اصطلاح بر سیستم حکومتی و اداری مبتنی بر تمرکزگرایی و رعایت سلسله مراتب اطلاق می‌شود که در انجام امور اداری و رسمی در بیشتر موارد به یک یا چند مقام خاص که در بالاترین مرتبه اداری و حکومت قرار دارند ختم می‌شود.

۲. رک: دو فصلنامه اندیشه های حقوقی، سال سوم، شماره هشتم، بهار و تابستان ۸۴، عباس منصورآبادی، مقاله حق تجدید نظر در فرآیند دادرسی عادلانه، ص ۶۹.

۳. همان، ص ۷۰.

۴. همان.