

۴-۷. کم توجهی (و بی دقتی)، اطاله دادرسی، تحمیل ناموجه هزینه اضافه به جامعه و بالا رفتن نارضایتی وجود تجدید نظر این احساس را در قضات دادگاه پایین تر به وجود می آورد که ضعف و نقصان کار آنها در مرحله تجدیدنظر جبران می شود. چنانکه وجود تجدیدنظر، موجب اطاله دادرسی (که نباید به بهانه دقت نادیده گرفته شود) و تحمیل هزینه و گاه ایجاد نارضایتی می گردد.

آنچه بیان گردید، نهایت تقریر فقهی و حقوقی است که در راستای اثبات عدم جواز تجدید نظر به منصف ظهور رسیده است؛ هر چند برخی از این وجوه اخص از مدعا باشد، یا فرض فقهی و حقوقی آن متفاوت باشد لکن ممنوعیت تجدیدنظر نه بین است و نه مبین نه بلا خلاف و نه بلا اشکال، از این رو در مقابل آنچه گذشت، گفته شده:

«لو زعم المحكوم عليه أن الأول حكم عليه بالجور لفساد اجتهاد ونحوه لزمه النظر فيه أي في حكمه بلا خلاف أجده بين من تعرض له منا، لأنها دعوى لا دليل على عدم سماعها، فتبقى مندرجة في إطلاق ما دل على قبول كل دعوى من مدعيها من قوله صلى الله عليه وآله: «البينة على المدعى» وغيره... وكذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول، أبطله سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس على الأصح كما في التحرير خلافا للفاضل وللمحكي عن الشيخ وبعض العامة من الاقتصار على الأول الذي له النظر فيه بخلاف الثاني المتوقف على مطالبته المستحق، وقد عرفت ضعفه، لمعلومية وجوب إنكار المنكر عليه في نفسه باعتبار كونه حكما باطل وبغير ما أنزل الله تعالى شأنه، وأن له الولاية العامة»<sup>۱</sup>

آنچه گذشت کلامی از صاحب جواهر با مزج با عبارت شرایع بود. جناب ایشان کلام خود را با این جمله به پایان می برد:

«التحقيق سماعها مطلقا وإجراء أحكام الدعاوى عليها كغيرها، وليس من الرد على الحاكم، بل هو من بيان خطأ الحاكم الذي هو غير معصوم»<sup>۲</sup>.

واضح است بین آنچه محقق حلی و فقیه نجفی بیان کرده اند و در مورد بخشی از آن گفته شده: «بلاخلاف اجده» با آنچه محقق خوئی بیان کرد فاصله بسیار است. این دو فقیه مواردی مثل «لو زعم المحكوم عليه ان الاول حكم عليه بالجور» یا «لو ثبت عنده ما يبطل حكم الاول» را از مواردی شمرده است که نه تنها بر حاکم ثانی، جواز تجدیدنظر می آورد، بلکه این کار را بر وی لازم می شمارد.

۱. ضمیر مفعولی به حاکم ثانی بر می گردد.

۲. جواهر الکلام جلد ۴۰ صفحه ۱۰۳ و ۱۰۴.

۳. همان، ص ۱۰۵.

۴. ضمیر مفعولی به حاکم ثانی بر می گردد.

ما در گذشته در پیوند با «گستره شناسی اعتبار حکم قضایی» به طور غیر مستقیم از جواز نقض (و بالطبع از جواز تجدید نظر) صحبت کردیم و اشارتی هم به نسبتی که محقق خوبی به فقیهان می دهد داشتیم از کسانی که وسیع تر از کلام صاحب جواهر، استیناف را پذیرفته است، محقق طباطبایی است، آنجا که می فرماید:

« لیس للمحکوم علیه بعد تمام المرافعة و الحکم مطالبةً تجديدها عند حاکم آخر أو عند الاول و هل يجوز ذلك مع رضی الطرفين أو لا؟ قولان، أقواهما الاول؛ اذ الظاهر عدم صدق ردّ الحکم خصوصاً اذا كان لاحتمال خطأ الحاکم لاسیما [ولاسیما] اذا كان الحاکم ایضاً اراد تجديده النظر فی مقدمات الحکم»<sup>۱</sup>

اصولاً این جواز یا وجوب تجدیدنظر حتی در فرضی که قضای قاضی اول بطلان آن واضح نیست مورد نظر گروهی از فقیهان قرار گرفته است.<sup>۲</sup>

سخن محقق نراقی نیز قابل توجه است که می فرماید:

« الحقّ سماع الدعوی فی صورة وجود البینة وعدمها إن كانت الدعوی علی المحکوم له، لعمومات سماع الدعوی والقضاء وعدم المخصّص... »<sup>۳</sup>

#### تحقیق و بیان رأی مختار

تحقیق در مسئله با بیان چند امر به سامان می شود:

۱. آنچه گذشت ثابت نمود که مسئله جواز یا عدم جواز تجدیدنظر از مسلمات پذیرفته شده در شریعت مطهر یا نظام قضایی عرفی نیست، از این رو آنچه در این باره حرف اول را می زند، ادله ای است که برای هر طرف اقامه می شود.

۲. در مسئله مورد گفتگو صورت ها و فرض های متعددی قابل تصویر است نظیر اقسامی که به عنوان هدف یا عامل طرح تجدید نظر مطرح می گردد فرض هایی از قبیل صرف خواست یک یا دو طرف دعوا؛ حالت عروض شک و رسیدن به اطمینان بیشتر؛ حالت دسترسی به اسناد و امارات قانونی (یا احتمال دست پیدا کردن به این اسناد) و ...

۱. ملحقات العروة الوثقی، ج ۳، ص ۲۶، مسئله ۳۱.

۲. رک: السید عبدالکریم الموسوی الاردیبلی، فقه القضاء، ج ۱، ص ۳۱۸ تا ۳۲۰.

۳. مستند الشیعة، ج ۱۷، ص ۸۳.

۳. همانگونه که اشاره شد جواز و عدم جواز تجدیدنظر از فقیهان و غیر فقیهان طرفدارانی دارد. به ادله فقهی و غیر فقهی مخالفان اشاراتی شد و در کلام صاحب جواهر و محقق نراقی به دلیل یا ادله موافقان نیز اشارتی صورت گرفت. البته موافقان به بیان های دیگری - که در نگاه اول غیر فقهی می نماید - نیز تمسک کرده اند؛ بیان هایی که گاه ناظر و پاسخ به توضیح مخالفان است؛ مثلاً گفته شده (با تلخیص):

۱. رعایت احتیاط؛ در کار و فعالیت قضایی به ویژه در امور کیفری اصل اولی که راهنما و هادی فکر و اندیشه انسان است، اصل احتیاط است؛ احتیاط اقتضا می کند که انسان در جهت کشف هر مجهولی به ویژه مجهولات قضایی به دانش و آگاهی خود بسنده نکرده و راه معقولی را برای احراز واقع و دستیابی به حقیقت دنبال کند. بدون تردید تجدیدنظر از جمله روش های معقولی است که می تواند در روشنگری هر چه بیشتر مجهولات قضایی مفید و موثر باشد. به تجربه ثابت شده است که با همه دقت و تلاشی که قضات دادگاه های پایین تر به کار بسته اند و با وجود آنکه از روی بی غرضی و بی نظری تصمیم گیری کرده اند، در عمل مرتکب خطا شده و مصون از اشتباه نبودند.

۲. تضمین بی طرفی در قضاوت؛ بی طرفی در قضات از لوازم ذاتی دادرسی عادلانه است. با در نظر گرفتن این معنا در صورتی که دادگاه پایین تر لاقبل به ذهن و تصور اصحاب دعوا به طور جانبدارانه دادرسی را انجام داده و تصمیم گیری کرده باشد با وجود مرحله تجدیدنظر و رسیدگی به پرونده در دادگاه تجدیدنظر این بدبینی و شک و یا جانبداری احتمالی منتفی خواهد شد؛ زیرا چنین فرض و تصویری در مورد دادگاه های بالاتر (تجدیدنظر) به ویژه وقتی دادگاه تجدیدنظر مرکب از چند قاضی باشد، قابل پذیرش نیست و احتمال جانبداری به حداقل می رسد.

۳. دقت در رسیدگی های قضایی؛ برخلاف تصور مخالفین تجدیدنظر، فرض مقبول و قابل پذیرش در مورد قضات این است که این گروه از نخبگان جامعه و افراد مسئولیت پذیر هستند و اگر در عمل غیر از این است باید برای این مشکل چاره اندیشی دیگری کرد. بنابراین، بی توجهی و کم دقتی به بهانه وجود تجدیدنظر در مورد این گروه مصداق ندارد بلکه برعکس وجود تجدیدنظر باعث دقت نظر و اهتمام بیشتر قضات دادگاه های بدوی می گردد؛ چرا که در چنین وضعیتی قضات دادگاه های مذکور بر این امر واقف و آگاهند که عملکرد آنها توسط دادگاه تجدیدنظر مورد ارزیابی و بازبینی قرار می گیرد، از این رو در انجام دادن امور سعی بیشتر خواهند کرد.

۴. افزایش اعتماد و اطمینان مردم؛ اعتماد و اطمینان شهروندان به دادگستری و دستگاه عدالت کیفری از مهمترین اصولی است که متولیان امور جامعه و مجریان تشکیلات قضایی باید آن را در سرلوحه کار خود قرار دهند. برای جلب و تقویت اعتماد عمومی به دادگستری تنها راه دادرسی عادلانه است و همانطور که اشاره کردیم تجدیدنظر

۱. فتامل (وجه آن در ادامه می آید).

۲. توضیح آن در بیان وجه فتامل روشن می شود.

لازمه آن محسوب می شود. اگر دادرسی منحصر به یک مرحله باشد تصور مردم این است که در رسیدگی به دعاوی آنها دقت کافی نشده است و از این رو همواره با تردید و بدبینی به دادگستری می نگرند ولی با وجود داور تجدیدنظر چنین تردیدی کاهش پیدا کرده در نتیجه اعتماد و اطمینان مردم به دستگاه عدالت کیفری افزایش پیدا میکند بی اعتمادی مردم به دادگستری آثار و پیامدهای نامطلوبی برای جامعه در پی دارد. احقاق حق به اتکای توان و امکانات شخصی مهمترین اثری است که از بی اعتمادی افراد به دادگستری سرچشمه می گیرد و ثمره چنین وضعیتی چیزی جز هرج و مرج در جامعه نخواهد بود.

۵. وحدت و هماهنگی: به طور طبیعی مراجع نظارتی و بالادست از عملکرد و اختلاف نظر مراجع پایین تر اطلاعات کسب می کنند و با وجود این امکان ایجاد رویه واحد و هماهنگ در انجام امور و تصمیم گیری ها فراهم می آید بدون وجود چنین مراجعی، دستیابی به وحدت و هماهنگی چندان مقدور نیست. امروزه در اکثر کشورها گذشته از نقش و رسالت مهمی که دیوان عالی به عنوان بالاترین مرجع تجدید نظر در ایجاد وحدت رویه قضایی در معنای خاص ایفا می کند؛ هر یک از مراجع تجدید نظر نیز به نوبه خود می توانند در ایجاد رویه واحد و از بین بردن اختلاف نظرها موثر باشند. رویه قضایی در معنای عام در بیشتر نظام های حقوقی می تواند یک منبع مهم تلقی شود و می تواند در تحول و پویایی حقوق نقش بسزایی را ایفا کند علاوه بر این رویه قضایی به نحو چشمگیری در برقراری عدالت و انصاف در جامعه تاثیرگذار است و دستگاه عدالت کیفری را در جهت دادرسی عادلانه به حرکت در می آورد.

۶. انتقال تجربیات: در هر تشکیلات و سازمان همواره با یک دسته از نیروهای با تجربه و کارآزموده و یک گروه از نیروهای تازه کار و کم تجربه مواجه هستیم. بقا و دوام هر سازمان تا اندازه زیادی به انتقال تجربیات گروه اول به گروه دوم وابسته است و یکی از روش های مهمی که می تواند این امر را ممکن سازد نظارت افراد با تجربه بر کار و فعالیت کسانی است که از تجربه های کمتری برخوردارند ضرورت بهره مندی از چنین روش و شیوه ای در نظام قضایی که با سطح گسترده ای از مسایل پیچیده عملی و نظری روبرو است بیش از پیش احساس شود و منطق حقوق و عقل سلیم انسانی ما را به این راه رهنمون می کند بی مناسبت نیست در اینجا بخشی از کلام امام علی علیه السلام را در بیان اهمیت دادرسی و چگونگی انجام آن خطاب به مالک اشتر انشا گردیده است مورد توجه قرار دهیم.<sup>۱</sup>

۱. ر.ک: عباس منصورآبادی، مقاله با وصف سابق، صص ۷۳-۷۵.

در ادامه از این کلام نورانی بهره خواهیم برد.

۴. چنانکه قبلاً اشاره شد، لزوم (یا مشروعیت) تجدید نظر قضایی در کشاکش اثبات و نفی در فقه و حقوق است و -البته- آنچه بر آن وفاق کلی است، دادرسی عادلانه است و مقوله تجدیدنظر به معنای عام آن نیز در همین راستا از آن دفاع می شود. بر این بنیان است که برخی به موازات تأکید بر دادرسی عادلانه بر پدیده تجدید نظر نیز تأکید کرده‌اند. و نظام‌های قضایی به سوی تثبیت تجدیدنظر پیش رفته‌اند تا حذف آن. در راستای نهادینه کردن دادرسی عادلانه سازمان عفو بین الملل<sup>۱</sup> یک راهنمای نمونه بر اساس قراردادهای و اسناد بین المللی تدوین و به کشورها ارائه کرده است. حق تجدید نظر از جمله حقوقی است که در بند بیست و ششم این راهنما مورد توجه قرار گرفته است. ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز مبنا و معیار دادرسی عادلانه به شمار می آید.

۵. توضیح فوق روشن ساخت که تجدید نظر -فی نفسه- موضوعیت ندارد؛ آنچه اصل به حساب می آید دادرسی عادلانه، البته با حفظ سرعت مناسب و فصل خصومت در وقت لازم است. از این رو نباید با توجه به یک جهت، جهات دیگر مورد غفلت ناموجه قرار گیرد. بنیان فوق - همچنین - روشن ساخت که بسیاری از وجوهی که در جهت اثبات ممنوعیت یا ضرورت و مشروعیت تجدیدنظر ارائه شد - و ما به تفصیل آن‌ها را نقل کردیم - با این که می توان آن‌ها را ذیل عمومات یا اطلاقاتی از نصوص دینی قرارداد، مفید برای اثبات این منع یا جواز (و ضرورت) تجدید نظر نیست؛ طرفه این که مانع مشروعیت، جهات منفی عارضی و غیردائم تجدید نظر را در نظر می گیرد؛ و رای به منع مطلق می دهد؛ مدافع مشروعیت هم جهات مثبت -البته آن هم عارضی و غیر دائم- این پدیده را مطمح نظر قرار می دهد و رای به مشروعیت می دهد؛ واضح است که اینگونه استدلال عقیم ترین شکل ممکن در یک بحث مهم و علمی

۱. روشی است که در پرتوی آن محکوم علیه، شاکی یا دادستان می تواند به رای غیر قطعی یا قطعی صادره از مرجع قضایی اعتراض کند و -بالتبع- دادگاه صالح دوم ملزم شود، اعتراض را مورد رسیدگی قرار داده و رای صادر کند. در این پیوند مصطلحاتی چون واخواهی، استیناف و فرجام (=تمیز) نیز وجود دارد که کارکرد خاص خود را دارند. (رک: عباس منصور آبادی، پیشین، صص ۶۴ - ۶۸).

## ۲. Amnesty international

این سازمان در سال ۱۹۶۱ در انگلستان به وجود آمد و بعدها به کشورهای دیگر گسترش یافت.

۳. مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ (۱۳۴۵/۹/۲۵) مجمع عمومی سازمان ملل است ایران در سال ۱۳۵۴ به آن پیوست. این میثاق در جهت تکمیل اعلامیه جهانی حقوق بشر به تصویب رسیده است و تعهداتی را برای دولت های عضو در جهت رعایت و تضمین حقوق و آزادی ها ایجاد می کند.

است. بر این پایه است که باید دید اقتضای ادله شرعی خاص یا عام چیست؟ و با نبود دلیل و رسیدن نوبت به اصل، اقتضای اصل چیست؟ البته اصول کلی شرعی برخاسته از نصوص مبین شریعت و مقاصد در نظام قضایی اسلام نیز نباید مورد غفلت واقع گردد.

اقتضای ادله، اصول کلی و اصول عملیه

در راستای تثبیت منع، آنچه قابل اعتنا می‌نماید، تمسک به مقبوله ابن حنظله و معتبره های ابوخیجبه است در مقبوله چنین آمده بود: «ینظران من کان منکم ممن قد روی حدیثنا . . . فلیرضوا به حکماً فانی قد جعلته علیکم حاکماً، فاذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه فانما استخف بحکم الله و علینا ردّ و الراد علینا . . .»<sup>۲</sup>

و در یکی از دو معتبر ی ابوخیجبه آمده بود: «فانی قد جعلته علیکم قاضیا»<sup>۳</sup> و در دیگری نیز به همین ترتیب عمل شده بود.<sup>۴</sup> وجه استدلال به مقبوله واضح و نا نیازمند توضیح است. نسبت به معتبره های ابوخیجبه گفته شده:

« إن المستفاد من الروایات أن حکم الحاکم إذا صدر عن المیزان الصحیح معتبر مطلقاً، وأن اعتباره لیس من جهة الأمارية إلى الواقع بل إنما هو لأجل أن له الموضوعية التامة فی فصل الخصومات وحل المرافعات، فلا مناص من الالتزام بعدم جواز نقضه مطلقاً سواء علمنا بعدم مطابقتها للواقع أو بالخطأ فی طریقته - وجداناً أو تعبداً - أم لم نعلم به بلا فرق فی ذلك بین الشبهات الحکمیة والموضوعیة فلا یجوز للمتخاصمین إعادة الدعوی عند ذلك الحاکم مرة ثانية أو عند حاکم آخر رضیا بها أم لم یرضیا، كما لا یجوز للحاکم سماعها»<sup>۵</sup>.

۱. بقیه وجوه از محقق خوئی صرف ادعا ناقص یا مصادره به مطلوب بود. رک: ص ۵۸ و ۵۹.

۲. الوسائل، ج ۲۷، ابواب صفات القاضی، باب ۱۱، ح ۱، ص ۱۳۷.

۳. همان، ج ۶، ص ۱۳۹.

۴. همان، باب ۱، صفحه ۱۳ و ۱۴، ح ۵.

۵. نظر قائل به روایت ابن حنظله نیست. ایشان این روایت را ضعیف می‌دانند.

۶. رک: ص ۵۹.

تمسک به این نصوص می تواند با توجه به جمله منع رد باشد که در مقبوله عمر بن حنظله آمده است و اعتبار نظر قضایی قاضی منتخب که در مقبوله و معتبره های ابو خدیجه آمده است (فانی قد جعلته علیکم حاکما یا قاضیا)، لکن نسبت به رد منع در مقبوله ابن حنظله باید گفت: مفروض در این حدیث «اذا حکم بحکمنا» است و تجدید نظر عموماً یا کلاً وقتی است که چنین شرطی احراز نشده است؛ علاوه بر این، تجدید نظر به معنای رد و اتخاذ موضع سلبی در مقابل حکم قضایی اول نیست؛ مخصوصاً در وقتی که برای اطمینان بیشتر، یا دستیابی به برخی عناصر احتمالاً اثرگذار در اصدار رأی قضایی باشد.<sup>۱</sup> نسبت به اطلاق اعتبار نظر قاضی منتخب نیز می توان مناقشه کرد و گفت:

وقتی نسبت طرفین دعوا به قاضی اول و دوم علی السویه است (و بالعکس) و همه واجدان شرایط قضا می توانند مصداق حکم مجعول در این روایات باشند و نمی توان با مراجعه اول به حاکم اول، از خود آن حاکم و از دیگران، حق ورود به پرونده را سلب کرد، از این رو این استدلال چیزی جز مصادره به مطلوب نیست.

ضمن اینکه رعایت حقوق مردم، عدالت حتی الامکانی و غیر مخل در دادرسی، رعایت افکار عمومی و . . . از اموری نیست که مورد نظر قانونگذار نباشد و تنها به فصل خصومت اهتمام ویژه داشته باشد؛ قهراً با این پیش فرض ها، منع تجدید نظر قضایی جز در مواردی که مثل محقق خوبی بیان کرد، نمی تواند (با این گستره و اطلاق) مدلول این نصوص باشد.

با این توضیحات نمی توان از اقتضای اصل صحبت کرد و آن را دال بر منع دانست با این بیان که اصل بر عدم ولایت است، جز در موارد ثابت شده و قدر ثابت از ولایت، رسیدگی جامع شرایط به پرونده قضایی در دفعه اول است و دفعات بعد در محدوده اصل عدم قرار می گیرد. واضح است که اقتضای استصحاب عدم ترتب اثر بر رسیدگی مجدد نیز همین اقتضا را دارد. ما در ادامه این بیان را نقد خواهیم کرد. در راستای جواز تجدیدنظر، برخی وجوه از سوی فقیهان اقامه شده است که قبلاً مورد اشاره قرار گرفت، و جـ، ت، و جـ و هـی چـ و ن:

۱. و لذا صاحب جواهر در مورد مشابه فرمود: «ولیس من الرد علی الحاکم، بل هو من بیان خطأ الحاکم الذی هو غیر معصوم» جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۰۵ و محقق طباطبائی هم فرمود: «اذ الظاهر عدم صدق رد الحکم خصوصاً اذا کان لاحتمال خطأ الحاکم . . .»، ملحقات العروة الوثقی، ج ۳، ص ۲۶، مسأله ۳۱. نظر این دو فقیه بیشتر به عنوان شاهد عرفی بر عدم صدق مفهوم رد و اثبات ضیق در این مفهوم ذکر شد و از قبیل رجوع به عرف در تطبیق نیست. دقت شود.

لأنها دعوى لا دليل على عدم سماعها؛ فتبقى مندرجة في اطلاق ما دل على قبول كل دعوى من مدعيها من قوله ص: «البينة على المدعى»؛ وجوب انكار المنكر عليه في نفسه باعتبار كونه حكما بباطل و بغير ما انزل الله -تعالى شأنه-؛ عمومات سماع الدعوى و القضاء و عدم المخصص<sup>۱</sup>؛ اقتضاء منصبه ذلك و لاطلاق الأدلة و الامر بالمعروف<sup>۲</sup>.

به اعتقاد ما این وجوه، توانایی اثبات جواز یا وجوب تجدید نظر را جز در مواردی خاص، ندارد؛ زیرا به ترتیب در توضیح بر این وجوه می توان گفت؛ اگر منظور از «لا دلیل علی عدم سماعها»؛ اصل جواز تجدید نظر است؛ این اصل نیازمند به بیان است؛ و الا در مقابل گفته می شود: سماع دعوا و به تبع آن ورود قضایی دلیل میخواهد نه عکس آن.

اطلاق دلیل دال بر قبول هر دعوا مستنداً به مثل «البينة على المدعى» نیز قابل فهم نیست؛ چنانکه مستند به اقتضای منصب قضا نیز غیر قابل فهم است؛ به راستی چه رابطه ای است بین اقتضای منصب قضا و قبول تجدید نظر از سوی قاضی؟ نهایت منصب قضا این است که بر قاضی لازم باشد، برای بار اول، به دعوی ورود قضایی داشته باشد؛ لکن برای دفعات بعد نیازمند دلیل دیگر است. به همین ترتیب است استناد به اقتضای ادله امر به معروف (اقامه معروف) و انکار منکر. آری! هرگاه برآیند حکم قضایی اول، منکر بین (نه اختلافی) باشد و در حق الناس درخواستی باشد یا شارع مقدس راضی به عبور بدون اعتنا از کنار آن نباشد (نظیر موردی که پای خون یا عرض انسان محترمی در میان است)؛ می توان این وجه را مستند به وجوب تجدید نظر قرار داد، لکن مدعا در جواز یا وجوب تجدیدنظر وسیع تر از این حد است. از وجوهی که می توان سند بر جواز تجدید نظر قرار داد، موثقه آداود بن حصین است با این تعبیر:

«عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجلين اتفقا على عدلين، جعلاهما بينهما في حكم، وقع بينهما فيه خلاف، فرضيا بالعدلين، فاختلف العدلان بينهما، عن قول أيهما يمضى الحكم؟ قال: ينظر إلى أفقهما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما، فينفذ حكمه، ولا يلتفت إلى الآخر»<sup>۵</sup>.

<sup>۱</sup>. رک: ص ۶۱ و ۶۲.

<sup>۲</sup>. جواهر الكلام، ج ۴۰، ص ۱۰۴.

<sup>۳</sup>. در این صورت دیگر بحث وجوب مطرح است نه جواز.

<sup>۴</sup>. سند این روایت در الفقیه، موثقه و در تهذیب، صحیح است.

<sup>۵</sup>. الوسائل، ج ۲۷، ابواب صفات القاضی، باب ۹، ص ۱۱۳، ح ۲۰.



وجه استدلال، اطلاق این حدیث با ترک استفصال امام(ع) از همزمانی و جمعی بودن قضا و عدم آن است. سند دیگر، ادامه مقبوله ابن حنظله است؛ در آنجا که راوی سؤال می‌کند: «فان كان كل رجل اختار رجلاً من اصحابنا فرضيا ان يكونا الناظرين في حقهما و اختلفا في ما حكما و كلاهما اختلفا في حديثكم؟» و امام(ع) می‌فرماید: «الحکم ما حکم به اعدلها و أفقههما و اصدقهما في الحديث و أوعهما و لا يلتفت الي ما يحکم به الآخر».

وجه استدلال به این حدیث نیز - همچون حدیث قبل - ترک استفصال از سوی امام ع مبنی بر دفعی بودن مراجعه به دوقاضی، بدون این‌که هنوز یکی حکم کرده باشد و عدم آن است. عدم جواز تجدید نظر و لزوم انگاره دفعی گرفتن مراجعه به دوقاضی هم آنقدر مسلم نیست که ترک استفصال امام ع را در این حدیث بی اثر سازد. ضمناً به دلیل قطعی سیاق مراد از «نظارت» در حدیث، قضاوت است نه چیز دیگر.

سند دیگر، این فرمایش از امیر مؤمنان ع است:

«ثُمَّ اخْتَرْتُ لِلْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ أَفْضَلَ رَعِيَّتِكَ فِي نَفْسِكَ مِمَّنْ لَّا تَضِيْقُ بِهِ الْأُمُورُ، وَلَا تَمَحُكُهُ الْخُصُومُ، وَلَا يَمَادِي فِي الرِّزَالَةِ وَلَا يَحْضُرُ مِنَ الْفِيءِ إِلَى الْحَقِّ إِذَا عَرَفَهُ، وَلَا تَشْرِفُ نَفْسُهُ عَلَى طَمَعٍ، وَلَا يَكْتَفِي بِأَدْنَى فَهْمٍ دُونَ أَقْصَاهُ، وَأَوْفَقَهُمْ فِي الشُّبُهَاتِ، وَأَخَذَهُمْ بِالْحَجَجِ، وَأَقْلَهُمْ تَبَرُّماً بِمُرَاجَعَةِ الْخُصْمِ، وَأَصْبَرَهُمْ وَعَلَى تَكْشُفِ الْأُمُورِ، وَأَصْرَمَهُمْ عِنْدَ اتِّضَاحِ الْحُكْمِ مِمَّنْ لَا يَزِدُّهُ إِطْرَاءٌ، وَلَا يَسْتَمِيلُهُ إِغْرَاءٌ، وَأَوْلَيْكَ قَلِيلٌ، ثُمَّ أَكْثَرُ تَعَاهُدِ قَضَائِهِ، وَأَفْسَحُ لَهُ فِي الْبَدْلِ مَا يُزِيلُ عِلَّتَهُ، وَتَقِلُّ مَعَهُ حَاجَتُهُ إِلَى النَّاسِ، وَأَعْطَاهُ مِنَ الْمَنْزِلَةِ لَدَيْكَ مَا لَا يَطْمَعُ فِيهِ غَيْرُهُ مِنْ خَاصَّتِكَ، لِيَأْمَنَ بِذَلِكَ اغْتِيَابَ الرُّجَالِ لَهُ عِنْدَكَ، فَانظُرْ فِي ذَلِكَ نَظْرًا بَلِيغًا، فَإِنَّ هَذَا الدِّينَ قَدْ كَانَ أَسِيرًا فِي أَيْدِي الْأَشْرَارِ يُعْمَلُ فِيهِ بِالْهَوَى، وَتُطَلَّبُ بِهِ الدُّنْيَا»<sup>۱</sup>.

در این حدیث بر داوری عادلانه، احتیاط و قاطعیت تأکید ویژه شده است که البته همه را می‌توان «ادرسى عادلانه» نامید. یعنی حتی قاطعیت و فصل خصومت در وقت مناسب را نیز در دامنه و گستره

<sup>۱</sup>. (اصول الکافی، ج ۱، ص ۶۷ و ۶۸ (تاب فضل العلم).

<sup>۲</sup>. نهج البلاغه (فیض الاسلام، نامه ۵۳ (عهدنامه مالک اشتر)، ص ۱۰۰۹ - ۱۰۱۰.

دادرسی عادلانه قرار داد و آن را قسیم فصل خصومت قرار نداد. چنان که ورود مالک در پرونده‌ای که قاضی حکم آن را صادر کرده است، چیزی جز تجدیدنظر برای اطمینان بیشتر نیست.

۶. کلام آخر

سیر طولانی و محققانه نشان داد که تجدیدنظر در اصل امری معقول و مشروع است؛ لکن نباید آفات جانبی و غیردائم آن، دامن سیستم قضایی کشور را فراگیرد.

چنان که گاه مدیریت قضایی اقتضا می‌کند تجدیدنظر در نظام قضایی کشور به طور موقت جمع شود. به تعبیر دیگر:

تجدیدنظر مانع شرعی ندارد لکن قانونی شدن یا ممنوع شدن آن در نظام قضایی یک کشور تابع اقتضات و شرایط کشور است. در واقع کیفیت اعمال تجدیدنظر یا منع اجرایی آن از شیوه‌های اجرایی است که شرع مقدس درباره آن نظر خاصی ندارد.

نگاه مزبور ضمن این که مطابق اقتضای ادله شرعی است؛ صورتی پسندیده و مطابق با مصلحت از این سیستم ارائه می‌دهد و این در حالی است که منع ناموجه آن به طور مطلق یا واجب دانستن (یا حتی جائز دانستن) آن با هر ظرفیت و امکانات چهره‌ای ناموفق از این سیستم نمایان می‌سازد. آنچه بیان گردید، مطابق ادراک عقل نیز است.

۷. نهادهای جایگزین

توضیح فوق راه را برای ارائه برخی نهادهای جایگزین تجدیدنظر باز می‌گذارد؛ مثلاً تخصیصی کردن امر قضا، قراردادن مشاورانی امین در کنار قاضی در دادگاه بدوی به جای قانونی کردن تجدیدنظر یا شورایی کردن قضاوت (البته اگر اصل شورایی بودن قضاوت پذیرفته شود) می‌تواند به عنوان نهادهای بدیل پذیرفته شود.

به هر صورت نهاد تجدیدنظر را می‌توان قانونمند کرد و در تعداد و تکرار آن و امثال آن نیز تابع اقتضات عمل کرد. والحمد لله رب العالمین.

قضاوت جمعی و شورایی؟

مقدمه

در امر قضا، گاه بین قضات از جهت زمان، مکان و موضوع رسیدگی تقسیم کار صورت می‌گیرد و با این که قضاوت واجب کفایی است، جهت انجام بهتر کار و نظم در رسیدگی به دعاوی، این تقسیم، صورت می‌پذیرد، واضح است که در این پدیده هیچ محذوری نیست و جهاتی از خیر و صلاح آن را مستحسن یا واجب می‌نماید. باید توجه کرد که هر چند قضاوت واجب شرعی و ثابت است، لکن شیوه‌های اجرایی آن، (چون تقسیم کار به اقتضایات مختلف) گوناگون خواهد بود و صحت و جواز همه را می‌توان به شارع اقدس نسبت داد. جواز این صورت را متون متقدم و متأخر فقهی مسلم انگاشته‌اند. شیخ انصاری بعد از ذکر تقسیم مورد اشاره، می‌فرماید:

«والظاهر عدم الخلاف فی شیء مما ذکر مع موافقه للاصل».

البته صاحب جواهر تعبیر «والظاهر» هم ندارد و عدد خلاف را بر وجه قطع بیان می‌کند.<sup>۱</sup>

توهم نشود که قضاوت، ولایت است و اصل حاکم در ولایت اصل عدم است نه اصل جواز، پس «مع موافقه للاصل» در کلام شیخ انصاری صحیح نیست!

این توهم باطل است؛ چرا که متعلق این اصل تقسیم کار و عدم قضاوت هر قاضی برای هر دعوا در هر ساعت و هر مکان است و واضح است که اصل مربوط به این پدیده، مثل همه پدیده‌های مشابه دیگر، اصل جواز است.

ذی المقدمه

بحث از قضاوت جمعی و شورایی را فقیهان گذشته، متناسب با رویه جاری در امر قضا در اعصار گذشته متعرض شده‌اند که البته باید از آن گفته‌ها نمونه برداری کرد و متناسب با عصر جدید و سیستم قضایی معاصر، بحث مزبور را برگزار کرد.

به هر روی، صاحب جواهر برای آن چه می‌توان از آن به قضاوت جمعی و گروهی یادکرد، به سه صورت اشاره می‌کند، بدین قرار:

۱. کتاب القضاء والشهادات، ص ۷۱.

۲. رک: جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۵۹.

یا دارون :

در ایتدای بحث

باید تصویر

دقیق تر

از قضاوت

جمعی و شورایی

ارائه داد.

فهی مدتی پیام

را که ما بیده اعظم

می کشیم باید همی تر

و تصویر شود.

ضمانت قانون

شعبه رسیدگی

تقسیم قضاوت

جمعی و شورایی

و به بارش

مبارک تدوین

و یا نیز شد

این به کار رفت

است

رشته تقنینی

نقل از آرای

۹۷، ۱۲۱

۱. «التشريك بينهما في الجهة الواحدة على جهة الاجتماع على الحكم الواحد»؛ و منظور وی از این فرض، این است که دو یا چند قاضی مشترکاً به پرونده‌ای رسیدگی کنند و با توافق بر رأی واحد، به اصدار رأی پردازند. و اعتبار رأیشان در صورت توافقشان باشد. واضح است که مفروض در این صورت، اختلاف قضات در اصدار رأی و اخذ به اکثریت (مثلاً) نیست. این فرض تنها در فرض عدم اختلاف قضات پرونده به کار می‌آید. وی در مورد مشروعیت این صورت می‌فرماید:

«وجهان اقواهما الجوار كما في الوصيين والوكيلين للاصل ولانه اضبط واوثق للحكم».

۲. التشريك بينهما على ارادة كون القاضى مجموعهما على وجه يكون كل واحد نصف قاضٍ». واضح است که در این فرض یک «قاضی تمام» و یک حکم بیش نیست و هر قاضی به نسبت عدد رسیدگی کننده در این قضاوت نقش دارد (نصف، ثلث، ربع و ...).

وی این صورت را در همه ولایات و وکالت‌ها ناصحیح می‌داند و در وجه آن می‌فرماید: «لعدم وفاء الادلة في مشروعية ذلك فتبقى على اصالة العدم» و در ادامه می‌فرماید:

«وإطلاق التشريك والمعية هنا وفي كتاب الوصية في عبارات الأصحاب يراد منها عدم نفوذ تصرف أحدهما بدون رضا الآخر، لا أن المراد التشريك في نفس الوصاية، بل كل منهما وصى إلا أنه لا ينفذ تصرفه إلا بتنفيذ الآخر، ومن هنا لو مات أحدهما، يبقى الآخر وصياً، بل لا يحتاج إلى ضم غيره معه من الحاكم، بناءً على كون على كونه المراد من التشريك المزبور حال إمكانه».

از توضیحات ایشان در ذیل این صورت، مرادش از صورت اول بهتر آشکار می‌شود.

۳. ایشان فرض سوم را (همراه با دلیل بر اثبات و رد آن) این‌گونه بیان می‌کند:

«وأولى من ذلك بالجواز التشريك بينهما على جهة الاستقلال كما في نصب الغيبة وإن قيل بالمنع» هنا أيضاً قياساً على الولاية العظمى «وحسماً لمادة اختلاف الخصمين في الاختيار».

«و» لكن قد عرفت أن «الوجه الجواز» للأصل و «لأن القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب» والقياس - مع بطلانه في نفسه عندنا - ممنوع هنا في المقيس عليه، كما في موسى و هارون، والتنازع يندفع بتقديم من سبق داعيه منهما».

## بررسی و تحقیق

در قضاوت گروهی فرض چهارمی هم وجود دارد که مورد تعرض عموم فقیهان نیست و اتفاقاً این فرض است که مورد ابتلا و رویه است، چنانکه شایسته گفتگو است و آن این است که جمعی از قضات در رسیدگی به پرونده حضور داشته، هرکدام مستقلاً رای داشته باشند یا رای خود را صادر نمایند و در فرض اختلاف، رای اکثر - یا هر سنجه دیگری که مشروع باشد<sup>۱</sup> معیار باشد و در صورت تباین و عدم اکثریت یا سنجه معتبر دیگر، پرونده به دادگاه دیگری احاله شود.

به هر صورت ادله ای که بر جواز و عدم آن ارائه شده مطابق برخی متون به قرار ذیل است:

«أ- الأدلة التي استدلت بها للجواز ۱- الأصل .. ۲- العمومات . ۳- كونه أضحط و أوثق . ۴- إن إجازة القضاة المتعددين، هي في الحقيقة إنابة عن ولي الأمر في معنى قصر ولايتهما بما يتفقان عليه، فهي باختيار المنوب عنه . ۵- جواز الاتفاق في الشهادة و هي أصل القضاء . و هذه الأدلة كلها صحيحة مقبولة إلا الأخير لأن صحة أمر في الشهادة لا يدل على جوازه في القضاء لأنهما ليسا من باب واحد.

ب- الأدلة التي استدلت بها لعدم الجواز ۱- عدم وجود دليل شرعی علی مثل هذا العمل، لكن یرده ما سبق من الأدلة. ۲- إن الولاية من الأمور الإضافية و هي تحتاج إلى طرف معين، و لا يمكن التشريك في طرفی الأمور الإضافية، إلا أن يكون المراد أن حکم كل واحد منهما منوطه بموافقة الآخر، طرف للإضافة. فیه: أنا قد ذکرنا المراد من التشريك و لا بأس به كما سیأتی. ۳- كونه موجباً للخلاف لأن كثرة الخلاف في الاجتهاد توجب التشاجر بين القضاة و ذلك يخالف مقتضى فلسفة القضاء الذي شرع من أجل حسم مادة الخلاف و فصل النزاع و منع الإخلال بالأمور، و سیأتی ضرورة هذه الصورة في القضاء. ۴- غاية نصب الحاكم هو القهر علی الاجتماع فيما يحتاج إليه و نص الشارع علیه فلا یناط به و إلا دار، هذا ما قاله فخر المحققین . و توضیحه: أن الاجتماع مقهور بالحکم الشرعی و حکم الحاكم فإذا كان الاجتماع مرجعاً و مناطاً للحکم لزم الدور، و فیه: أنه لا بأس بأن يجعل الشارع الحکم منوطاً بالاجتماع و أن کون غاية نصب الحکم القهر علی الاجتماع أول الكلام و لا دلیل علیه».

۱. ظاهر کلامی برخی از معاصران این است که صورت دوم از صورت های مذکور در کلام صاحب جواهر و ذکر شده از کتاب القضاء و الشهادات شیخ انصاری (ص ۷۱) ناظر به فرض چهارم است؛ (ر.ک: السيد عبدالکریم الاردبیلی، فقه القضاء، ج ۱، ص ۲۲۱ و ۲۲۲) در حالی که مطابق توضیحاتی که در متن ارائه گردید این استظهار ناصحیح است.

۲. توضیح این قسمت در ادامه می آید.

۳. این ادله ناظر به اصل جواز قضاوت گروهی و عدم آن است؛ ممکن است برخی ناظر به همه فروض باشد و برخی از چنین ظرفیتی برخوردار نباشد.

۴. السيد عبدالکریم الاردبیلی، فقه القضاء، ج ۱، ص ۲۲۳ و ۲۲۴.

قائل سپس می افزاید:

«مع وجود «دار الندوة» فی مکه المكرمة وامتلاكها سلطة الحكومة فی المجتمع يوم ذاك، هو أمر لا ينبغي لأحد أن يشكك فی أنه كان واقعا ملء العين و البصر . و أن فیما حدث فی قضية الحكمين، بعد وقعة صفين، تلك التي أملت علی أمير المؤمنين علیه السلام أن يعين أبا موسى الأشعري مبعوثا من قبله للنظر فی التحكيم، كما أن المهدي العباسی فوض القضاء لائنين معا و أشرك بينهما علی قضاء البصرة فكانا يجتمعان فی المجلس و ينظران جميعا بين الناس. فما وقع فی التاريخ لهو الدليل الواضح علی صحة ما نذهب إليه من صحة هذا الاعتبار و معقوليته و وقوعه فی القضاء الذي هو من الأمور الإضافية، بل و يضاف إلى ما مر أن فی كل من رواية عمر بن حنظلة، و داود بن الحصين، و موسى بن أكيل قد فرض أن كلا من طرفي الدعوى، اختار شخصا ينوب عنه و أن المجموع، عليهم أن ينظروا فی الدعوى و يعملوا بما اتفقوا علیه فی مورد الاتفاق. و أما فی صورة عدم الاتفاق فيرجح أحدهم علی الآخر، بحسب الضوابط التي ذكرت فی الروايات».

واضح است که هدف ما از نقل متن طولانی فوق، تصحیح و قبول همه اجزای آن نیست، هدف عرضه متنی قویم و جامع استدلال ها در این باره بود وگرنه ملاحظاتی بر بخش هایی از متن فوق وارد است که از بیان آن صرف نظر می شود.

به هر صورت، استدلال بر مدعا را می توان به روایت داوود بن حصین و ابن حنظله<sup>۱</sup> مستند کرد. در روایت داود متن این بود:

«عن أبي عبد الله ( عليه السلام ) فی رجلين اتفقا علی عدلين، جعلاهما بينهما فی حکم ، وقع بينهما فيه خلاف، فرضيا بالعدلين ، فاختلف العدلان بينهما ، عن قول أيهما يمضى الحكم ؟ قال : ينظر إلى أفقهما و . . .»<sup>۲</sup>

متن روایت ابن حنظله نیز شبیه این روایت است.<sup>۳</sup>

۱. همان، ص ۲۲۶.

۲. احتمال وحدت این دو روایت وجود دارد، بر این اساس که داوود بن حصین مستقیما از امام صادق -علیه السلام روایت نکرده و روایت نقل به معنا باشد. (دقت شود).

۳. وسائل الشیعة، ج ۲۷، ابواب صفات القاضی، باب ۹، ص ۱۱۳، ح ۲۰.

۴. همان، ص ۱۰۶، ح ۱.

مطابق اطلاق این دو روایت، قبول قضاوت از دو قاضی در یک پرونده، همزمان، بدون اشکال است. واضح است که عدد دو، خصوصیت ندارد و این پدیده می‌تواند از ناحیه بیش از دو قاضی باشد.

گفتنی است قضاوت جمعی مطرح شده در این دو روایت، مختص به فرض اتفاق دو قاضی نیست بلکه در فرض اختلاف رای نیز مطرح شده و البته سنجه‌های خاصی برای تقدیم ذکر گردیده است، لکن آنچه در دوران معاصر مطرح است سنجه‌های مزبور نیست، بلکه «اکثریت» به عنوان سنجه تقدیم مطرح است؛ ضمن اینکه با وضعیت نظام‌های قضایی معاصر - چه در نظام‌های قضایی کامن لاء<sup>۲</sup> و چه در نظام‌های رومی ژرمنی<sup>۳</sup> و نظام قضایی کشور های اسلامی و جمهوری اسلامی ایران - بحث قضاوت بر اساس روایات وارده از اهل بیت علیهم السلام مطرح نیست و - بالطبع سنجه‌های مذکور در این روایات هم موضوع ندارد و چنانکه عنوان گردید، عموماً اخذ به اکثریت مطرح است؛ از این رو باید از بنیان شرعی این رویه قضایی گفت و گوی اجتهادی داشت.

به نظر می‌رسد با توجه به سیستم‌های حقوقی و قضایی جدید، یا باید معیار را برای اکثر قرار دارد، چنانکه در مثل ماده ۳۹۵ از قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) آمده است؛<sup>۴</sup> و یا قضات رسیدگی کننده به پرونده را رتبه بندی کرد و بر اساس رتبه، معیارهایی را در نظر گرفت و البته سنجه‌های ترجیح باید با توجه به وثوق بیشتر به دادرسی عادلانه باشد؛ مثلاً برای هر مقام قضایی که سابقه موفق بیشتری در امر قضایی یا فهم بیشتری نسبت به قانون (به ویژه در نظام قضایی پر قانون!) دارد، بر رأی دیگران مقدم باشد. میتوان در به کرسی نشاندن سنجه انگاری این

<sup>۱</sup> این اطلاق، برخاسته از ترک استفسال از ناحیه امام - علیه السلام - است.

<sup>۲</sup> common law .

<sup>۳</sup> civil law .

<sup>۴</sup> . متن ماده این است: «در دادگاه کیفری یک و نیز در تمام موارد که رسیدگی مرجع قضایی با قضات متعدد پیش‌بینی شده باشد، رأی اکثریت تمام اعضا ملاک است. نظر اقلیت باید به طور مستدل در پرونده درج شود. اگر نظر اکثریت به شرح فوق حاصل نشود، یک عضو مستشار دیگر توسط مقام ارجاع اضافه می‌شود».

پدیده از روایت داود و ابن حنظله نیز مدد جست؛ هر چند سنجه انگاری این تعیین نیازمند سند نقلی خاص (و حتی عام) نیست و داوری عقل در این باره کفایت می‌کند. نسبت به اعتبار نظر اکثر نیز می‌توان از عقل (به اعتبار اقرب بودن نظر اکثر به واقع تا غیر اکثر در عموم موارد) یا بنای عقلا بدون ردع از طرف شارع اقدس -مدد جست.

ضمناً قضاوت شورایی در نظم قضایی جمهوری اسلامی ایران مسلم انگاشته شده و قانون گذار جمهوری اسلامی در موارد متعددی از قبیل ماده ۲۹۶، ۲۹۷، ۳۹۵، ۴۲۶ و ۴۶۲ از قانون آ. د. ک مصوب ۱۳۹۲، این باور را عینیت داده است البته در برخی مواد، هرچند به تعدد ناظران در پرونده اشاره شده است، لکن نظر برخی از ایشان، نظر مشورتی است و در برخی (چنانکه گذشت) نظر تعیینی است.

#### سرانجام تحقیق

از بنیانی که در این مسئله و مسئله سابق گذشت، می‌توان جواز قضاوت شورایی در شکل چهارم آن را -که رویه قضایی دوران معاصر است- استنباط کرد، بدون این که هیچ مانعی در مسیر آن باشد. شاید مهمترین دلیل ردّ، ولایت دانستن امر قضا و قوام ولایت به شخص معین است؛ که البته این دلیل هم نمی‌تواند مانعی در راستای اثبات رد باشد؛ زیرا این سخن قبول است که قاضی باید سهمی از ولایت بر قضا و متعلق آن داشته باشد، تا قضایش اعتبار یابد، لکن کیفیت این ولایت و برخورداری، تابع جعل معتبر و صاحب اعطای ولایت است؛ حال باید دید آیا مانعی در مسیر اعتبار چنین ولایتی هست یا نه؟ که البته نیست.

البته شورایی بودن و نبودن، هیچ کدام اصل اولی نیست و هیچ کدام مانعی هم ندارد و این والی جامعه و قانون گذاران برای اداره جامعه و تدوین سیستم قضایی هستند که قوانین مطابق اقتضائات در این باره را جعل می‌کنند.

۱. مثلاً در ماده ۲۹۸ از قانون فوق (البته اصلاحی ۱۳۹۴/۳/۲۴) چنین می‌خوانیم: «دادگاه اطفال و نوجوانان با حضور یک قاضی و یک مشاور تشکیل می‌شود. نظر مشاور مشورتی است.»



به تعبیر دیگر: این مسئله نیز شیوه‌های اجرایی است که تعیین شکل خاصی از آن باید تابعی از متغیرهای در صحنه باشد. از این رو در بودن و نبودن اصل قضاوت جمعی یا تفصیل در آن، و در تعداد قاضیان و نحوه اجرای آن نباید گزینه‌ای را برای همیشه ثابت فرض کرد. چنانکه در سنجه بودن رای اکثریت و غیر آن (از قبیل رتبه‌بندی قضات) نیز گاه باید متفاوت عمل کرد؛ هرچند به نظر می‌رسد باید -در شرایط طبیعی و تفاوت رتبه قضات- رتبه‌بندی را مقدم بر رای اکثریت کرد و نموداری با تصویر ذیل ارائه داد:

قضاوت شورایی جایز ← با رتبه‌بندی قضات در اعتبار ← سپس با اعتبار به رای اکثر، در فرم‌های مختلف مطابق اقتضای مصلحت

ضمناً در هر فرض قضات رأی مستقل خود را ابراز می‌کنند (و در فرض اکثریت مطابق رای اکثر) اقدام می‌کنند. مناسب است در فرض قانونی بودن تجدید نظر، مخالف یا مخالفان، مستند رأی خود را بیان کنند تا احیاناً دادگاه تجدیدنظر از مستندات آنها در اصدار رأی بهره برد. واضح است که کیفیت این امور را اقتضائات و ملاکات می‌طلبد و جعل قانون، آن را در قالب قانون در می‌آورد و قضات مکلف به اعمال آن می‌شوند.

در راستای اثبات سنجه بودن رأی اکثر می‌توان از رویه ابن حنظله و داود کمک گرفت.

لزوم اشاره به دو نقطه در سرانجام بحث

۱. اصل جواز یا منع یا هیچکدام؟

چنانکه گذشت قائلان به جواز تعدد قاضی و عدم جواز هر یک به اصل تمسک کرده‌اند، چنانکه محقق نجفی در یک مورد برای اثبات جواز به اصل تمسک کرد و در مورد دیگر به اصل عدم، و نبود دلیل بر جواز و اعتبار را دلیل بر رد آن مورد دانست! اینجا است که این پرسش رخ می‌نماید که در این گونه موارد -اگر نوبت به اصل برسد- اقتضای اصل چیست؟

به نظر می‌رسد و بر اساس مقتضای قواعد باید گفت: از آنجا که اصل بر عدم جواز تسلط انسان‌ها بر شئون دیگران است و این تسلط است که نیازمند جعل ثبوت و دلیل در اثبات است، و اصل قضاوت و شئون پیرامون آن که به توسعه نهادی یا توسعه در گستره قضا می‌انجامد، مستلزم تصرف در شعور دیگران است، باید اصل را بر عدم، قرار داد، نظیر شک در اعتبار شرطی در قاضی که در مورد آن باید به اصل عدم اعتبار قضای شخص مشکوک، تمسک کرد.

۱. در این باره می‌توان به <sup>مثلاً</sup> روایت «أقضائکم علی -عیرهم- تمسک کرد که

دال بر مقل به تشکیل بودن این قاضی است.

لزوم عدم لزوم

در مروه الوثقی بحث لازم بودن قاضی مطرح شده است. بهر جهت -۱- شمار و تعدد را هم می‌شود.

آری! هرگاه تسلط فرد ثابت شود و شک به توسعه گستره تسلط یا تکثیر نهاد قضایی برنگردد می توان به اصل جواز تمسک کرد. مثلاً هر گاه شک کنیم که آیا قاضی لازم است (به لزوم تکلیفی) مساوات همه جانبه بین اصحاب دعوا را مراعات کند یا نه و این شک موجب نشود که به اعتبار قضای او در حالت عدم برقراری تسویه همه جانبه لطمه بزند، می توان به اصل جواز تمسک کرد. بر این اساس هر گاه در لزوم توافق قضات متعدد بر رأی واحد (در صورت توافق در نظر)، یا عدم لزوم توافق و جواز اصدار رأی مستقل از هر کدام شک شود، می توان برای فرض شک از اصل جواز بهره برد.

البته تمام نکته این است که در عموم موارد نوبت به شک نمی رسد بلکه بر یک طرف قضیه، دلیل شرعی (اعم از نقلی یا عقلی، عام یا خاص) وجود دارد و اجرای اصل عملی بلاموضوع خواهد بود. از این رو در مثل اعتبار نظر قاضی متعدد در وقت رسیدگی به یک پرونده نوبت به شک نمی رسد تا از اصل عدم یا جواز سخن به میان آید. آری! هر گاه بر اساس فرض غیر واقع، فقیهی در اعتبار چنین قضایی شک کند، نمی تواند از اصل جواز بهره برد؛ چون این شک به توسعه در گستره قضا می انجامد که مصداق توسعه در گستره جعل و تسلط است و چنان که گفته شد: در چنین مواردی اصل عدم جاری است.

سنجش شناسی حکم شرعی از شیوه های اجرایی

از مباحثی که گذشت، نیاز به لزوم تفکیک آنچه حکم شرعی قلمداد می گردد از شیوه های اجرایی کاملاً احساس می گردد. گفتنی است شیوه های اجرایی را نباید الزاماً همان احکام موقت دانست. آری در شیوه های اجرایی - اگر حکمی باشد - حکم موقت است؛ لکن الزامی به قائل شدن به لزوم حکم در آن مورد نیست (دقت شود).

به هر صورت حکم شرعی از شیوه های اجرایی در خارج گاه به طور واضح از یکدیگر جدا هستند لکن مصادیق مشتبه هم وجود دارد و بالطبع اختلاف در فتوا هم از آن پدیده می آید. در این باره به اختصار باید گفت: راه تشخیص این دو از یکدیگر می تواند مراجعه به لسان ادله مبین جعل حکم باشد که البته گاه جواب می دهد و گاه نه. تحلیل عقلی و عقلانی نیز راه دیگر رسیدن به یک قرار در مسئله است و در فرض شک - که پیش آمد آن چندان قریب نیست - باید مورد را بر حکم شرعی حمل کرد نه شیوه اجرایی.

سنجش

البته آنچه مهم است این است که فهمیده شود، آنچه را ما «شیوه های اجرایی» می نامیم و گاه در نصوص دینی نیز وجود دارد؛ همان (یا از) احکام موقت است و قسیم آن، احکام ثابت شرعی است؛ یا شیوه های اجرایی، حکم شرعی به حساب نمی آیند؛ به ویژه بر مبنای امکان خلو برخی وقایع از حکم شرعی. در این صورت، قسیم این مصطلح حکم ثابت شرعی نیست؛ بلکه مطلق حکم است و اگر در مورد آن حکمی وجود دارد به این عنوان است که این شیوه و پدیده، مصداق یک حکم است که دارای حکمی ویژه است. به نظر می رسد فرض دوم مسئله، به واقع نزدیک تر است، هر چند فرض اول هم که متعین و صحیح باشد از لزوم دقت در این باره نمی گاهد. نهایت این است که الزاماً در شیوه های اجرایی حکم موقت وجود دارد و این فقیه است که باید در این باره دقت کند و آنرا حکم ثابت نپندارد. در فقه -به ویژه فقه سیاسات- گسست احکام ثابت از متغیر از بنیان های پراتر در استنباط و بر آیند آن است.

۱. نظیر این روایت:

«محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن حماد بن عیسی، عن معاویة بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يصاب في عينه فيذهب بعض بصره أي شيء يعطى؟ قال: تربط إحداهما ثم يوضع له بيضة ثم يقال له: انظر فما دام يدعى أنه يبصر موضعها حتى إذا انتهى إلى موضع إن جازه قال: لا أبصر قربها حتى يبصر ثم يعلم ذلك المكان ثم يقاس بذلك القياس من خلفه وعن يمينه وعن شماله، فإن جاء سواء وإلا قيل له: كذبت حتى يصدق، قال: قلت: أليس يؤمن؟ قال: لا ولا كرامة ويصنع بالعین الأخرى مثل ذلك ثم يقاس ذلك على دية العین». الكافی، جلد ۷، صفحه ۳۲۳، حدیث ۸؛ همچنین ر.ک: وسائل الشیعه، جلد ۲۹، دیات المنافع، باب ۸، صفحه ۳۶۸ و ۳۶۹، حدیث ۲ و ۳ و باب ۴، صفحه ۳۶۱-۳۶۳، حدیث ۱ و ۲.

۱. وجه این ادعا این است که در حکم موقت، شخص حکم به شارع منسوب است؛ لکن در شیوه های اجرایی، شخص شیوه، به عنوان حکم شرعی از شارع مقدس صادر نشده است (از شأن شارعیت یا مبین شریعت صادر نشده) تا به وی منسوب گردد. فتامل. و لذا فرق است بین آنچه در حدیث قبل آمده با آنچه در این حدیث است: «وضع أمير المؤمنين عليه السلام على الخيل العتاق الراعية في كل فرس في كل عام دينارين، وجعل على البراذين ديناراً». همان، ج ۹، ما تجب فيه الزكاة»، باب ۱۶، ص ۷۷، حدیث ۱، روایت معتبر است.

### مقاله چهارم

#### قضاوت غیر مشروع و بررسی احکام وضعی و تکلیفی مرتبط با آن

در بسیاری از متون فقهی با عنوان «عدم جواز رجوع به من لا اهلية له للقضاء» یا تعبیری شبیه به این، بحث مورد نظر - البته به طور جزئی و ناقص - مطرح گردیده و در پیوند با آن از جواز یا عدم جواز مراجعه و از آثار وضعی و تکلیفی قضاوت چنین شخصی همراه با بیان فرض های متعددی گفتگو شده است.

مرحوم محقق خوئی نیز در ذیل مسئله ۲۰ از مبانی تکملة المنهاج<sup>۱</sup> اشاره کوتاهی به این مسئله دارد؛ که قبلاً از ایشان نقل کردید؛ لکن تفصیل بیشتر را در برخی متون دیگر خویش ارائه داده است.<sup>۲</sup> به هر صورت مسئله از مسائل مبتلا به به ویژه برای کسانی است که در بلاد غیر اسلامی یا کشورهایی که مقید به اجرای احکام شرعی در سیستم قضائی خود نیستند، زندگی می کنند؛ همچنین در دعاوی بین المللی وقتی فرد یا دولتی مجبور است یا مایل است به محاکمی مراجعه کند که از چند جهت یا جهتی خاص آن محکمه واجد شرایط شرعی نیست.

واضح است که توسعه و ضیق این مسئله، تابع نگاهی است که فقیه به شرایط قضاوت، از جمله شرایط قاضی دارد؛ و مثلاً هرگاه فقهی قضای غیر مجتهد را صحیح نداند؛ محاکمی که بر اساس شریعت قضاوت می کنند لکن قاضی آن غیر مجتهد است؛ چنین قضاوتی مشروع نیست و داخل در گستره بحث ما می گردد.

بر این بنیان، شاید به نظر آید که مناسب بود این مسئله و تاخیر می افتاد تا از شرایط قاضی و قضای اسلامی گفتگو به عمل آمده بود؛ لکن از آنجا که فضای مباحث کنونی ما گستره شناسی اعتبار قضایی است، مبحث مزبور را در حال حاضر مطرح کردیم. فتأمل.

#### سورت های مسئله و نتیجه

همانگونه که اشاره شد، در مسئله صورت های متعددی وجود دارد، چه در وقتی که قاضی رسیدگی کننده، واجد همه شرایط نیست و چه در وقتی که مشکل از ناحیه دیگر است. برخی از معاصران تنها در فرض اول، به صورتی ذیل اشاره کرده است، بدین قرار:

X

۱. جلد ۲، صفحه ۲۲.

۲. ر.ک: التتقیح فی شرح العروه الوثقی، جلد ۱، صص ۳۶۴-۳۵۱.

« إن الترافع إلى قضاة الجور تارة يكون في حال الاختيار واخرى في حال الاضطرار. وفي كل واحد تارة يكون الخصم من أهل الحق واخرى يكون منهم. والأمر المتنازع فيه تارة يكون في الأمور المالية واخرى في غيرها كالقصاص والحد. وفي الأمور المالية تارة يكون الاختلاف في العين واخرى في الدين، وفي كل واحد منهما تارة يكون الحق ثابتاً بحكمه واخرى يكون الحق ثابتاً له ويرجع إليهم لإنقاذ حقه. ونحن نبحت عن كل واحدة من هذه الصور إن شاء الله تعالى»<sup>١</sup>.

وي مراجعه به قاضي جور در حال اختيار (و امکان مراجعه به قاضي جامع شرايط شرعى) را به حكم قرآن، روايات و برخی اعتبارات عقلي تكليفا حرام مى داند و نسبت به حكم وضعى به سه قول اشاره مى كند بدین قرار:

١. الحرمة مطلقاً و ان كان الآخذ محقاً؛ ٢. الفرق بين ما علم كونه محقاً واقفاً فيحل ما اخذ و ما لم يعلم يكونه محقاً الا من قبل حكمهم فيحرم وضعاً؛ ٣. الفرق بين الدين و العين. فنقل عن السبزواري في الكفاية بعد نقله الأخبار الدالة على حرمة التحاكم إلى الطاغوت: «ويستفاد من الخبرين عدم جواز أخذ شيء بحكمهم وإن كان له حق، وهو في الدين ظاهر، وفي العين لا يخلو عن اشكال، لكن مقتضى الخبرين التعميم. و مر هذا عن المحقق الأردبيلي أيضاً؟

وعللوا الفرق بين العين والدين بتعليلات؛ فقال صاحب الجواهر<sup>٢</sup>: «وكان فرقه بين الدين والعين باحتياج الأول إلى تراض في التشخيص والفرض جبر المديون بحكمهم بخلاف العين، وفيه: أن الجبر وإن كان إسماً فيه لكن لا ينافي تشخيص الدين بعد فرض كونه حقاً، على أن في صدر أحد الخبرين المنازعة في دين أو ميراث، فلا بد من حمل الخبرين على الأعم من ذلك. لكن، على معنى أن أصل ثبوت الاستحقاق للدين أو العين قد كان بحكمهم الباطل، لا انهما ثابتان بالحكم الحق وأخذهما قد كانا بحكم الطاغوت مع احتمال التزام الحرمة فيهما أيضاً في ذلك، لكن على معنى حرمة التصرف وإن كانا مملوكين، فيكونان يحكم السحت في الاثم ولو باعتبار المقدمة، فتأمل جيداً». قال المحقق اليزدي: «ويحتمل الفرق بين العين والدين، حيث إن الدين كلي في الذمة ويحتاج في صيرورة المأخوذ ملكاً له إلى تشخيص المديون بخلاف العين». قال الشيخ الأنصاري: «والتحقيق أن يقال: إن كان المأخوذ عين شخصية يعتقد المدعى استحقاقها فلا يحرم؛ لعدم خروجها عن ملكه بمجرد حكم القاضي بالاستحقاق والرواية غير ظاهرة في ذلك. وإن كان ديناً أو عيناً غير شخصية كالإرث فالظاهر عدم جواز الأخذ وإن علم بالاستحقاق؛ إذ المقبوض لا يتعين ملكاً له، لأن الدافع منكر الاستحقاقه فلا يعقل منه تعيين حقه». قال المحقق الآشتياني: «ظاهر السحت

١. السيد عبدالكريم الاردبيلي، فقه القضاء، ج ١، ص ١٣٨ و ١٣٩.

حسبما هو المتبادر منه وصرح أهل اللغة به هو مال الغير المحرم ومعلوم عدم صدق هذا فيما إذا كان الحق عينا لعدم صدق مال الغير عليه.. فالرواية غير شاملة للعين أصلاً... هذا مضافاً إلى أن في قوله : وإن كان حقه ثابتاً، ظهوراً في كون المأخوذ ديناً، كما لا يخفى على من تأمل فيه». وهذه الكلمات كما ترى ناظرة إلى ما قاله صاحب الجواهر ونحن كما قلنا نعتقد أن ظاهر المقبولة عام يشمل كلا الموردين، الدين والعين، والحق في قوله : وإن كان حقاً ثابتاً له أعم من الحق المتعلق بالدين والعين ولا سيما بملاحظة أن المقصود حرمة التمسك بقضاة الجور؛ لأن أحكامهم وطرقهم في أخذ الحقوق عينا كان أو ديناً على مقتضى اعتقادهم ودينتهم في الظلم للناس»<sup>١</sup>.

مطابق رفتار فوق، ماتن قائل به نظر اول است و مستند وى اطلاق يا عموم مقبوله ابن حنظله است، در آنجا كه امام عليه السلام فرمودند:

«من تحاكم إليهم في حق أو باطل ، فإنما تحاكم إلى طاغوت ، وما يحكم له فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقه ثابتاً ، لأنه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمر الله أن يكفر به»<sup>٢</sup>.

در ادامه گفت و گو (در مرحله تحقیق) اقوال ذکر شده را ارزیابی خواهیم کرد.

وی حکم صورت اضطرار را جواز مراجعه می داند و در مورد حکم تکلیفی آن می گوید:

«المشهور كما قال الشيخ الأعظم الجواز بل نقل عن الرياض استظهار الوفاق عن بعض؛ لأدلة نفي الحرج والضرر ولا سيما إذا كان الخصم من المخالفين، ولا تشملها النواهي الواردة؛ لأن الأخبار منصرفة عن صورة الاضطرار»<sup>٣</sup>.

وی فقط یک مورد را از جواز خارج می کند و آن این است:

« نعم إذا كان الرجوع إلى قاضى الجور لإتخاذ الحق تقوية واعتلاء لحكومة الظلم بحيث يلزم من الرجوع إليه ضرر على الأمة والمجتمع الإسلامى أعظم من ضرر فقدان المال أو الحق الشخصى فحينئذ لا يجوز لأن أدلة نفي الضرر الشخصى لا تكون معارضة لأدلة حرمة الرجوع إلى الجور؛ لأنها معارضة لنفسها لوجود الضرر النوعى الأعظم من الضرر الجزئى»<sup>٤</sup>.

١ . همان، صص ١٣٩ - ١٤٣.

٢ . الوسائل، ج ٢٧، ابواب القاضى، باب ١، ص ١٣، ح ٤.

٣ . فقه القضاء، ج ١، ص ١٤٣ و ١٤٤.

٤ . همان، ص ١٤٤.

ایشان حکم وضعی را در حال اضطرار به قضات غیر جامع این گونه بیان می‌کند:

« اما حکمه الوضعی اى حلیة ما یؤخذ بحکم الجائر؛ ففی صورة علمه بعدم کونه محقاً لا شک فی حرمة أخذه و فی صورة علمه بکونه محقاً واقعاً فیجوز بلا اشکال. و کذا إذا شک فی کونه محقاً واقعاً ولكن کان فی ظاهر الشرع محقاً كما إذا شهدت البينة بذلك أو کان مقتضى فتوى مقلده کونه ذا حق كما قاله المحقق اليزدى أيضاً. و إنما الكلام فيما إذا شک فی کونه ذا حق واقعاً و فی ظاهر الشرع. فقد قال بعض الأجلة بجواز الترافع فی هذه الصورة أيضاً و لكن فيه: أنه فی صورة الشک فی کونه ذا حق لا یكون مضطراً إلى أخذ حقه فهذه الصورة خارجة عن مورد البحث كما قال الشيخ الانصارى فيما مر: «و فسروه (الاضطرار) بعدم التمكن من أخذ الحق إلا بالترافع إلى الجائر». هذا. و ان كان الخصم من المخالفين؛ فانه یجوز أخذ الحق منه بحکم قضاتهم اذا کان حکمهم على مذهبهم حقاً و ان کان على الواقع و فی مذهبنا باطلاً؛ لقاعدة الالتزام. اما ان کان قاضیهم حکم بحکم الجور على مذهبهم و مذهبنا، فانه یجوز الاخذ على حکمه»<sup>۱</sup>.

نقول: ظاهر - بلکه صراحت - متن فوق، مستنداً به ظهور برخی نصوص دینی، اختصاص جریان قاعده الزام در حق مخالفان از عامه است؛ لکن چنین اختصاصی جای بحث و گفتگو در مجال مناسب خود دارد.

صاحب عروه در پیوند با قضای قاضی فاقد شرایط می‌فرماید:

«... من لیس اهلاً للقضاء یحرم علیه القضاء بین الناس و حکمه لیس بنافذ و لا یجوز الترافع الیه و لا الشهادة عنده و المال الذی یؤخذ بحکمه حرام و ان کان الآخذ محقاً الا اذا انحصر استنقاذ حقه بالترافع عنده»<sup>۲</sup>.

در این متن قویم، شش حکم جازمانه ابراز شده است، بدین قرار:

۱. حرمت قضا بر فاقد شرایط.
۲. عدم ترتب اثر وضعی بر آن.
۳. حرمت تکلیفی مراجعه به وی در فصل خصومت.
۴. عدم جواز اقامه شهادت نزد او.
۵. حرمت ترتیب اثر بر داوری او و مالی که به مقتضای داوری وی گرفته می‌شود، حتی در فرض استحقاق آخذ.
۶. استثنای صورت انحصار و اضطرار از حرمت تکلیفی و وضعی، یعنی فرضی که استنقاذ حق، متوقف بر مراجعه به چنین شخصی و دادگاهی باشد.

۱. همان، ص ۱۴۴ و ۱۴۵.

۲. العروة الوثقی، ج ۱، الاجتهاد و التقليد، ص ۱۵، مسأله ۴۳.

واضح است که محور اصلی در نظر ما، تعیین پنجم و ششم است؛ هر چند ذکر برخی نکات در پیوند با تعیینات پیشین نیز مناسب می‌نماید؛ به عنوان مثال، تعیین اول مورد قبول همگان است؛ زیرا وقتی قاضی، جامع شرایط شرعی نیست، از طرف شارع منصوب نیست تا تصدی قضا از سوی وی جایز باشد.

البته استدراکی را محقق خوبی بر این امر وارد می‌کند با این بیان:

«نعم لا بأس ببدء نظره في أمر المترافعين بان يقول: فولك هذا هو الصحيح بنظري او ليس بصحيح عندي»<sup>۱</sup>.

البته این استدراک قابل خدشه نیست؛ هر چند نیازی هم در بیان آن نیست.

ضمناً محقق خوبی در ادامه این استدراک (بدون فاصله) مطلبی را بیان می‌کند که بسیار جای تعجب دارد و آن این است:

«و اما القضاء الذي هو الإخبار عن الحكم المشخص الثابت في الشريعة المقدسة في مورد الترافع فلا، فان

الفرق بين القضاء و الفتوى انما هو في أن المفتي بفتوائه يخبر عن الاحكام الالهية الكلية الثابتة لموضوعاتها و

ذلك كنجاسة الخمر و صحة البيع بغير العربية و نحوهما، و القضاء ايضاً هو الاخبار عن الحكم الالهي الثابت

في الشريعة المقدسة إلا أنه حكم مشخص وليس حكماً كلياً بوجه فالقاضي يخبر عن أن هذا ملك زيد و ذاك

ملك عمرو. و لا يتيسر ذلك لمن ليس له اهلية القضاء فانه ليس اخباره اخباراً عن الحكم الالهي الثابت في

الشريعة المقدسة. بل لو اخبر بقصد ان ما اخبر به هو الحكم الالهي المشخص في الواقعة فقد شرع و هو حرام

و على الجملة من ليس له اهلية القضاء يحرم أن يتصدى للقضاة بقصد ان يرتب عليها الاثر»<sup>۲</sup>.

وجه تعجب اخبار انگاشتن قضا است؛ در حالی که در قضاوت آن چه از قاضی صادر می‌شود انشا است نه

اخبار<sup>۳</sup>. و الا صرف خبر دادن در واقعه مشخصی به عنوان حکم شرعی و از باب تطبیق حکم شرعی بر مورد

خاص، از مجتهد - هر چند غیر جامع شرایط قضا - اشکال ندارد.

از توجیحات این اشتباه غیر معمول انتساب آن به دیگران است! البته آن چه در این جا بیان گردیده قبل از

تصدی ایشان برای گفتگو از مباحث قضا بوده است؛ از این رو این اشتباه تا حدودی قابل تصور می‌نماید.

این اشتباه در مبانی اصلاح شده است.

۱. التنقيح في شرح العروة الوثقى، ج ۱، ص ۳۵۱.

۲. همان، ص ۳۵۱ و ۳۵۲.

۳. رک: جواهر الكلام، ج ۴۰، ص ۱۰۰.



و از قضا به «حکم» تعبیر شده که دلالت بر انشا بودن آن دارد.<sup>۱</sup>

نسبت به حکم سوم نیز باید توجه داشت که عدم جواز ترفع، وقتی است که مراجعه به قصد فصل شرعی خصومت باشد و الا اگر مراجعه با تراضی طرفین - که هر چه او داوری کرد، بپذیرند - باشد، سخنی در جواز آن نیست؛ مگر این که بر این کار عنوان ثانوی محرّمی صدق کند.

در راستای تثبیت حکم چهارم گفته شده:

«... لانه نوع ركون الى الظلمة و أنه امضاء عملي لقضاوته (لقضائه) و المفروض عدم اهليته للقضاء؛ فالشهادة عنده تشريع عملي محرّم».<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد وجه مزبور بر منع شهادت نزد قاضی غیر جامع، فی الجمله صحیح است نه به نحو مطلق و استدلال به «ركون الى الظلمة» مثل «امضاء عملي لقضائه» و «تشريع عملي محرّم» هیچکدام به طور مطلق صحیح نیست؛ مراد صاحب عروه هم یا مطلق نیست و یا مخدوش است.

راجع به حکم پنجم مطالبی نقل گردید.

در این میان، محقق خوبی بر آن است که اگر مال مورد نزاع عین شخصی یا دین حالّ و معجل باشد محکوم له می‌تواند از نتیجه داوری استفاده کند و وجه آن را این‌گونه بیان می‌کند: «لانه بعینه مال لمالکه او ان له ان يأخذه و يحسبه من دينه لحلول أجله. بل له ان يأخذه ممن هو عنده قهراً و قوة او بحيلة و وسيلة. و على الجملة لا مانع في هذه الصورة من ان يأخذ مالك المال بماله مستنداً الى حكم من ليست له اهلية؛ لجواز استنقاده منه ولو باسباب اخر غير حكم الحاكم».<sup>۳</sup>

وی در پاسخ به کسانی که به اطلاق مقبوله ابن حنظله تمسک می‌کنند، می‌فرماید:

« و یرد علیه اولاً ان المقبولة ضعيفة السند و ثانياً انها ضعيفة الدلالة على المدعى؛ لان المستفاد من كلمات اهل اللغة ان للسحت اطلاقين: فانها قد تطلق على ما لا يحلّ كسبه و قد يطلق على ما هو خبيث الذات من المحرمات ولا يصدق شيء منهما في المقام؛ لان المال بعينه للمحكوم له و كونه مورداً لحكم الجائر بالرد اليه لا يحتمل ان يكون مستلزماً لخروجه عن ملكه، فلا يكون اخذه من الانتقال المحرم و السحت هو

۱. مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳.

۲. التنقيح، ج ۱، ص ۳۵۹.

۳. همان، ص ۳۶۰.

حکم سوم

چهارم

پنجم

عین و مال

استنقاده است

درباره مقبوله

ع محتمل، فریب

مستفاد «ما»

را انتقال لرقبه

است

الانتقال من الغير على الوجه المحرم فانه معنى ما لا يحل كسبه، كما انه ليس محرماً خبيث الذات و ما لم يكن كذلك لا يطلق عليه السحت و ان حرم بعنوان طار عليه...»

نقول: به نظر می‌رسد، توضیحات محقق خوبی در ضعیف‌انگاشتن دلالت روایت بر آن چه مستشکل بیان کرد، موفق نیست؛ چنان که ضعیف‌دانستن سند روایت و عدم قبول استناد به آن نیز، قابل قبول نیست. راجع به موضوع دوم (سند روایت) قبلاً بحث کردیم، لکن نسبت به موضوع اول باید گفت:

فیلسوفان لغت - همگان - می‌دانند که اهل لغت هیچ‌گاه با صرف بیان معنای یک واژه در صدد حصر نیستند؛ مگر این که تصریحی معتبر بر آن داشته باشند. اهل لغت - همیشه - حاصل تلاش و استقرای خود از کاربست واژه‌ها در میان عرف را منعکس می‌کنند و در این میان گاه معانی‌ای وجود دارد که ایشان به آن‌ها برخورد نمی‌کنند و از آن‌ها مطلع نمی‌شوند.

این پدیده شبیه بیان معانی حروف جاژه، تعداد افعال ناقصه، دو مفعولی و... است که نحوی‌ها حاصل یافته‌های خود را بیان می‌کنند و اختلاف مکث و مقلّ در عموم موارد همچون اختلاف واجد و غیر واجد است نه واجد و نافی. به شرط شیء و لا بشرط است نه به شرط شیء و بشرط لا.

بعلاوه اگر توجیه خاصّ و قابل قبولی در پاسخ به متمسک به اطلاق روایت نداشته باشیم، باید در اطلاق سحت بر آن چه محکوم له با استناد به حکم قاضی فاقد شرایط می‌گیرد، از امام - علیه السلام - متابعت کرد و آن را «سحت شرعی» دانست نه این که با استناد به استعمالات سحت، در قبال دلالت روایت موضع گرفت؛ به عبارت دیگر، آن چه در روایت رخ داده نهایت این است که تصرف موضوعی به حکومت در گستره سحت باشد و این پدیده کار بی‌سابقه‌ای در نصوص دینی نیست.

با توضیحاتی که داده شد وجه حکم ششم نیز معلوم گردید. استدلال به ضرورت و نفی ضرر از وجوهی است که برای جواز این کار اقامه شده است. محقق خوبی دلیل نفی ضرر را در مقام تا حدی کارا می‌بیند که با آن نظر اکثر را بر منع و استدلالشان به اطلاقات ادله و ان الترافع الیه امر منکر و هو حرام او انه اعانة علی الائمه کنار می‌زند چون به گمان ایشان همه این وجوه (اگر درست باشد) محکوم لاضرر است! در ادامه این رفتار را ارزیابی خواهیم کرد.

اشکال از ما

تقریباً به لغت

مشبه معانی حرفی  
دستر از ...

بهراره / متابعت از  
۱۴۱۱

حکم ششم  
استدلال به ضرر و اضطرار  
فراوانه ضرر  
استدلال مانعین

همان، ص ۳۶۱ و ۳۶۲.

رک: همان، ص ۳۶۳ و ۳۶۴.

نقد، بررسی و تحقیق نهایی

صورت‌های مختلف مسأله مراجعه به قاضی (با دادگاه) غیر صالح و جستجو از آرای ققیهان در این ارتباط، مطرح شد؛ چنان که نقدهایی بر برخی گفته‌ها، همچنین بررسی‌هایی در مسأله صورت پذیرفت. مجال حاضر به قصد ختم گفتگو، به برخی نقدهای بنیادی‌تر، بررسی‌های ضرور و بیان رأی مختار می‌پردازد، بدین قرار: مسأله مورد نظر گاه بر اساس قواعد عام و فارغ از نصوص خاص بررسی می‌شود، و گاه بر اساس نصوص خاص، نظیر مقبوله ابن‌حنظله و برخی روایات باب قضا.

بررسی مسأله بر اساس قواعد عام

۱. بررسی مسأله بر اساس قواعد عام به دلیل صورت‌های گوناگون، باید با احتیاط صورت پذیرد و بالطبع آن چه عمل می‌شود، حکم همه فرض‌های ممکن نیست، هر چند سعی ما بر اشاره به قواعد عام آن هم تمرکز بیشتر بر گفتگو از حکم وضعی مسأله است.

۲. واضح است که به اقتضای قواعد عام، مراجعه به دادگاه و قاضی غیر صالح با مشروع‌پنداری چنین قضاوتی، جایز نیست و عملاً تشریح محرم به حساب می‌آید؛ زیرا وقتی شریعت مطهر، این پدیده را به رسمیت نمی‌شناسد، به رسمیت شناختن آن، رفتاری در مقابل رأی شارع اقدس است. در این صورت فرقی هم بین فرض اختیار و اضطرار نیست، زیرا اضطرار هیچ گاه به مشروع‌پنداری چنین قضاوتی پیدا نمی‌شود؛ هر چند اصل مراجعه مورد اضطرار باشد.

براین بنیان در فرض اختیار هم برای اثبات حرمت به فرض مشروع‌پنداری نیازمندیم و الا حرمتی متوجه شخص نخواهد بود.<sup>۲</sup>

بنابراین حکم تکلیفی مسأله، در دو فرض اختیار و اضطرار، بر اساس قواعد متفاوت نخواهد بود؛ مگر به عوارض ثانوی از قبیل «اعانت بر اثم»، «رکون الی الظالم»، «تقویت ظلم» و امثال این‌ها، نظر شود که قهراً برای اثبات حرمت، باید صغراً و کبراً آن محقق شود و در این صورت است که حکم

مفروض اختیار و اضطرار متفاوت خواهد بود. باید

### کار بست اضطرار در معنای غیر ما نرس!

۱. گفتنی است آن چه قبلاً در متن بیان گردید، برخی از مفروض مسأله بود و الا واضح است که فرض‌ها، بیش از این هاست، تا جایی که محقق نراقی با این که اوهم به همه فرض‌ها اشاره نکرده است، بعد از اشاره به صورت‌هایی از مسأله می‌فرماید: «و هذه صور كثيره تتجاوز من المائة بل المائتين...»، مستند الشیعة، ج ۱۷، ص ۴۱.

۲. واضح است که مفروض سخن، گفتگو از مسأله بر اساس قواعد عام است، نه ادله خصوص مسأله.

تفصیل بین مراجعه با مشروع‌پنداری و بدو آن، نباید مورد تاملت

یا عدم تنبیه به آن، واقع می‌شود. این تفصیل را شاید بتوان - البته با دقت -

از معتبره طلبی به دست آورد. رک: الرئیل، ج ۲، ص ۲۷، ابواب صفات القاضی،

۳. منظور فقها از اضطراری که مطرح شد، عدم امکان استحصال حق جز از طریق مراجعه به قاضی (یا دادگاه) غیر جامع است،<sup>۱</sup> و این در حالی است که فقیهان در تفسیر اضطرار این مقدار انفتاح از خود نشان نمی دهند؛ ایشان اضطرار را مرحله‌ای بالاتر از نیاز می دانند و مثال‌هایی که می زنند شاهد این نسبت است؛ بنابراین اگر طرف دعوا به آن چه به نفعش حکم می شود نیاز شدید ندارد، اضطرار صادق نیست تا محلل حرمت مراجعه به قاضی غیر صالح باشد! این اضطرار حتی نوعی هم نیست تا گفته شود: اضطرار در این جا نوعی است و حکمت عدم جعل حرمت ملاحظه شود نه رافع حرمت موجود؛ ضمن این که فقیهان اضطرار را به عنوان رفع حرمت موجود مثل اضطرار به اکل میته مطرح کرده اند که باید حتماً شخصی باشد.

البته هر گاه فقیهی اضطرار مورد نظر شارع را وسیع تر از آن چه فقیهان مطرح می کنند، ببیند، صرف نرسیدن به حق ثابت و حرمان آن را اضطرار شخصی می بیند و آن را مجوز مراجعه به قاضی غیر جامع قرار می دهد.<sup>۲</sup> و گر نه برای ما با تفسیری که فقیهان از اضطرار دارند معلوم نیست که چرا اجازه مراجعه به قاضی غیر جامع - که به حسب فرضشان حرام است - داده اند؛ در حالی که ممکن است محکوم له به بهره‌وری از مفاد حکم قضایی نیازمند شدید نباشد. فتامل و اصبر.<sup>۳</sup>

۴. نسبت به تمسک به لاضرر که از اصلی ترین ادله جواز مراجعه در فرض اضطرار است؛ نیز مناقشه معروف ما بر آن وجود دارد و آن این که ما دلیلی بر نفی حکم ضرری در شریعت نداریم؛ آن چه داریم حرمت اضرار و نفی حکم دارای مفسده است و اگر از مواردی شرع مقدس احکامی را در حال ضرر و امثال آن برداشته، دلیل عام بر نفی حکم ضرری در شریعت مطهر نمی شود. البته این اشکال مبنوی است نه بنایی و با فرض قبول مبنا.

ضمناً قبول نفی حکم ضرری در اسلام الزاماً به سنن ~~حکم~~ نفی هر حکم ضرری با معنوی  
~~صید و با هر اسلامی نیست~~؛ بنابراین حکومت لاضرر بر نفی حرمت تقدیر نظم ۱۰  
 رکوع ۷۱ النظام و... جای بحث و گفتگو دارد.

۱. «و اما مع الاضطرار و فسروه بعدم التمكن من اخذ الحق الا بالترافع الى الجائر...»، الشیخ الانصاری، القضاء والشهادات، ص ۶۳.

۲. رک: فقه و مصلحت، صص ۱۱۴-۱۲۴.

۳. اشاره به این که افتا به جواز مراجعه در چنین فرضی، می تواند مستند به برخی نصوص خاص باشد، که در این صورت رفتارشان قابل فهم است، هر چند نامیدن آن به اسم «اضطرار» - بر مبنای آن ها - فنی نیست.

۵. نسبت به تمسک به «لا حرج» - با پذیرش قاعده نفی حرج، که فرض قابل قبولی است، هر چند مستند به ظهور قرآن نگردد، مگر به قرائن برخی روایات وارده در ذیل آیه نفی حرج، یا به اسناد دیگری مستند شود که نظر صحیحی می‌نماید - نیز این مطلب باید مفروض گردد که حرج حتی می‌تواند محلل حرام باشد؛ مفروضی که مقبول عموم یا بسیاری از فقیهان نیست.

به هر حال تمسک به لا حرج اقتضای خود را دارد و با طی مسیر و فرآیند استقرار، قابل دفاع خواهد بود.

۶. آن چه به زعم ما تعیین‌کننده در مسأله است، نصوص خاص باب قضا است.

آن هم برای پاسخ به دو سؤال بدین قرار:

۱. آیا مراجعه به قضات غیر جامع در فرض اختیار نه به قصد فصل خصومت شرعی (که به نوعی تشریح

محرم است) بلکه به قصد (مثلاً) استحصال حق و استنقاذ مال حرام تکلیفی است؟

۲. آیا رسیدن به حق خود - در جایی که حق شخص ثابت است - از طریق فوق، در فرض اختیار و

اضطرار جایز است و اثر حق بر مأخوذ به حکم جور مترتب می‌شود؟

در پاسخ به سوال اول، ملاحظه نصوصی چون مقبوله ابن حنظله، معتبره ابو خدیجه، محمد بن مسلم، ابو بصیر، موقفه ابو بصیر، روایت محمد بن مسلم<sup>۱</sup> مناسب می‌نماید. متن دو روایت اول گذشت، گاه گفته می‌شود: مطابق اطلاق متن اول (من تحاکم الیهم فی حق او باطل فانما تحاکم الی الطاغوت) و متن دوم (ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضا الی اهل الجوز) مراجعه مطلقاً جایز نیست به هر قصدی که باشد. چنان که آیه‌ای که در ذیل حدیث اول و برخی احادیث دیگر مورد استشهاد واقع شده است (یریدون ان یتحاكموا الی الطاغوت و قد امروا ان یکفروا به)<sup>۲</sup> از چنین اطلاقی برخوردار است.

البته این ادعا با این اشکال روبروست که گفته شود: فرض روایات مورد اشاره و آیه قرآن، فرض مراجعه به قصد فصل خصومت است و ادعای ظهور اطلاقی اطمینان بخش - که همه فروض مراجعه را بگیرد - ادعای قابل قبولی نیست. قدر مقبول از مدلول این ادله فرض اختیار آن هم به قصد فصل خصومت و با فرض پذیرش شرعی کار آن‌ها است!

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

۲. رک به ترتیب: باب ۱۱، ص ۱۱ الی ۱۵، احادیث ۱، ۵، ۲، ۳، ۱۰.

۳. سوره نساء (۴): ۶۰.

ظهور روایات

ل

عبدالله بن عثمان

البته بر مبنای عموم اصولی‌ها و فقیهان که انعقاد اطلاق و صحت تمسک به آن را مشروط به نوعی اطمینان و قرار نمی‌دانند، می‌توان به ادعایی که شد، ملتزم گردید.

ولی گاه در مسأله تفصیل داده می‌شود، بدین صورت که در مراجعه به قضات غیر جامع فرض‌هایی قابل تصویر است نظیر:

یکم: مراجعه به چنین قضاوتی با پذیرش قضاوت ایشان و اعتقاد به مشروعیت کار این‌ها، در این فرض مراجعه مطلقاً (در فرض اختیار و اضطرار، مراجعه به دادگاه و غیر آن) حرام است.

دوم: مراجعه به قاضی غیر جامع بدون اعتقاد به مشروعیت کار وی در فرض اضطرار - بر مبنای توسعه در اضطرار - در این صورت مراجعه هر چند در دادگاه و محکمه باشد، جایز است.

سوم: مراجعه به قاضی مزبور بدون اعتقاد مزبور و خارج از صحن دادگاه، نظیر مراجعه به او با توافق طرف مقابل، حتی بدون استناد مفاد داوری وی به شارع، این صورت را می‌توان خارج از نطاق این ادله دانست. و ادعای اطلاق تا این حد که شامل فرض مزبور شود، مشکل است. در این فرض فرقی بین اضطرار و اختیار نیست.

چهارم: مراجعه بدون اعتقاد مزبور لکن با مراجعه به دادگاه که به نوعی رسمیت دادن عملی به جریان قضاوت مزبور است، به اعتقاد ما این فرض داخل در نطاق ادله است و ادله نهی شامل این مفروض می‌شود گویا مجلس مزبور محل لعن فرشتگان است که نباید در آن حضور یافت. در روایتی وارد است: «عن محمد بن مسلم قال: مرّ بی ابو جعفر - علیه السلام - او ابو عبدالله - علیه السلام - و انا جالس عند قاضی بالمدينة فدخلت علیه من الغد فقال لی: ما مجلس رأیتک فیه امس؟! قال: فقلت: جعلت فداک! ان هذا القاضی لی مکرم فریما جلست الیه، فقال لی: و ما یؤمنک ان تنزل اللعنة فتعم من فی المجلس»<sup>۱</sup>.

روایت از سند معتبر برخوردار نیست

۱. الوسائل (به وصف سابق)، ص ۱۵، ح ۱۰.

دلیل معتبر دیگر در باب، معتبره عبدالله بن سنان است با این سند و متن:

«محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن <sup>عطاء</sup> احمد بن محمد بن الحسن بن محبوب عن عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله - علیه السلام - قال: ایما مؤمن قدم مؤمناً فی خصومة الی قاض او سلطان جائز ففضی علیه بغیر ما أنزل الله فقد شرک به فی الاثم»<sup>۱</sup>

مطابق این روایت - که از سند بسیار عالی برخوردار است و شامل فرض اختیار نیز است - مراجعه به قاضی جور یا قضای جائزانه حرام است. البته این که این روایت نافی حرمت در فرض اختیار و مشروع پنداری و قضاوت به حق و مطابق واقع باشد، به نظر ما مشکل است و عبارت «ففضی علیه بغیر ما أنزل الله» نمی تواند قیدی در روایت به حساب آید. عبارت «ففضی...» می تواند بیان طبیعت مراجعه به قاضی جور باشد؛ چرا که قاضی جور اگر مطابق واقع هم حکم کند به دلیل (غالباً یا کثیراً) استنادش به غیر سند معتبر قضاوت به غیر ما أنزل الله است بلکه نفس قضای او نیز «قضی علیه بغیر ما أنزل الله» است؛ بر این اساس روایت مزبور زخمی به گستره دلالت روایاتی که حرمت را مشروط به این شرط نمی کند، نمی زند. با این توضیح خدشه بر این سخن از محقق نراقی وارد می شود که در ارتباط با این روایت فرموده است:

«و هی مخصوصة بما اذا حکم بغیر حکم الله و المفروض ان المدعی یعلم ثبوت حقه»<sup>۲</sup> فتأمل .

معتبره ابو بصیر و موثقه او نیز - به ترتیب با این متن و سند است:

«عنه (عن محمد بن یحیی) عن محمد بن الحسین عن یزید بن اسحاق عن هارون بن حمزة الغنوی، عن حرز، عن ابی بصیر، عن ابی عبدالله (علیه السلام)، قال فی رجل کان بینه و بین أخ له مارة فی حق، فدعاه الی رجل من إخوانه لیحکم بینه و بینه، فأبی إلا أن یرافعه الی هؤلاء؛ کان بمنزلة الذین قال الله عزوجل: (ألم تر الی الذین یزعمون أنهم آمنوا بما أنزل الیک و ما أنزل من قبلک یریدون أن یتحاکموا الی الطاغوت و قد أمروا أن یکفروا به)»<sup>۳</sup>

«و عنه، عن أحمد بن محمد، عن الحسین بن سعید، عن عبدالله بن بحر، عن عبدالله بن مسکان، عن ابی بصیر، قال: قلت لأبی عبدالله (علیه السلام): قول الله عزوجل فی کتابه: (و لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل و تدلوا بها الی الحکام) فقال: یا أبا بصیر! إن الله عزوجل قد علم أن فی الامة حکماً یجورون، أما أنه لم یعن: حکام أهل العدل،

۱. الوسائل (به وصف سابق)، ص ۱۱، حدیث ۱.

۲. مستند الشیعة، ج ۱۷، ص ۴۲.

۳. الوسائل (به وصف سابق)، ص ۱۱ و ۱۲، ج ۲.

۳. در جواب اشاره به نقد آن چه بیان

کریم . توضیح آن در ص ۹۳ می آید.

ولكنه عنى: حکام اهل الجور، يا ابا محمد! انه لو كان لك على رجل حق، فدعوته إلى حکام اهل العدل، فأبى عليك إلا أن يرافعك إلى حکام اهل الجور ليقضوا له، لكان ممن حاكم إلى الطاغوت، و هو قول الله عزوجل (الم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك و ما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت).<sup>۱</sup>

مفروض این دو روایت اختیار یک طرف و اضطرار دیگری در مراجعه به قاضی غیر اهل است و اشاره امام - علیه السلام - به ناروایی کار طرف اول، مشیر به جواز تن دادن طرف دوم به این مراجعه است. روایت محمد بن مسلم<sup>۲</sup> - که مرتبط به این بحث است - نیز قبلاً نقل گردید و دلالتی بر جواز یا عدم جواز در فرض اضطرار ندارد.

با سیری که در این بخش از روایات داشتیم آن چه در ذیل دو روایت اول<sup>۳</sup> نقل گردید، مخالفی از روایات دیگر باب ندارد.

اول ۹۱

در پاسخ به پرسش دوم ملاحظه معتبره ابن حنظله، موثقه حسن بن فضال و معتبره ابن سنان مناسب (بلکه لازم) می نماید. فقره مرتبط با بحث از روایت ابن حنظله این فقره است: «و ما یحکم له فانما يأخذ سحتاً و ان كان حقه ثابتاً؛ لانه اخذه بحکم الطاغوت».

موثقه ابن فضال نیز این است:

«باسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن عيسى، عن الحسن بن علي بن فضال، قال: قرأت في كتاب أبي الأسد إلى أبي الحسن الثاني (عليه السلام)، و قرأته بخطه، سأله ما تفسیر قوله تعالى: (و لا تأكلوا أموالكم بینکم بالباطل و تدلوا بها إلى الحکام) فكتب بخطه: الحکام القضاة، ثم کتب تحته: هو أن يعلم الرجل أنه ظالم، فيحکم له القاضی، فهو غیر معذور فی أخذه ذلك الذى قد حکم له، إذا كان قد علم انه ظالم».<sup>۴</sup>

۱. همان، ص ۱۲، حدیث ۳.

۲. همان، ص ۱۵، حدیث ۱۰.

۳. در ص ۹۰.

۴. همان، ص ۱۵، حدیث ۹.



مطابق ظاهر این روایت، مراجعه کننده به قاضی نه تنها در صورتی که یقین به حقانیت خویش دارد، می تواند با استناد به حکم قاضی - هر چند فاقد شرایط - حق خود را بگیرد، بلکه در صورت شک نیز از این حق برخوردار است، البته به شرطی که تمکن از مراجعه به قاضی عدل را نداشته باشد. برخی از فقیهان عصر نیز آن چه را ما بیان کردیم، مقتضای جمع بین ادله مرتبط به باب می دانند.<sup>۱</sup>

ضمناً احتمال این که ضمیر «انه ظالم» در موقفه ابن فضال به قاضی و حاکم برگردد و فرض روایت منحصر به صورتی باشد که شخص مراجع، به حقانیت خود یقین دارد، احتمال خلاف ظاهر و غیر قابل اعتناست؛ از این رو به نظر می رسد بر اساس این روایت ~~فهی~~ می توان به جواز رجوع به قاضی غیر جامع - در فرض عدم تمکن - داد و آثار وضعی آن را پذیرفت. این جواز از معتبره ابن سنان نیز قابل دریافت است؛ چرا که در آن جا شراکت در گناه مقید بود به «قضای بغیر ~~حکم~~ حکم الله» و در صورت شک این عنوان صادق نیست. و این که گفته شود: طبیعت قضای جائز، قضای بغیر ~~حکم~~ حکم الله است یا نفس قضای او قضای بغیر ~~حکم~~ حکم الله است - چنان که ما بیان کردیم<sup>۲</sup> و شیخ انصاری نیز به آن تصریح کرده است - قابل قبول نیست؛ زیرا در این صورت متن حدیث می بایست این گونه باشد: «ایما مؤمن... قضی (بدون فاء) علیه بغیر حکم الله و شرکه (نه فقد شرکه) فی الانتم» در حالی که متن حدیث - چنان که ملاحظه می نمایید<sup>۳</sup> به گونه دیگر است. بر این بنیان باید حق را به مرحوم نراقی داد که نوشته است: «وهی مخصوصه بما اذا حکم بغیر حکم الله...».

بر این اساس گرفتن حق خویش با مراجعه به قاضی جور حتی در فرض تمکن از مراجعه به عدل هیچ اشکالی ندارد. نفی اشکال را اگر در حال شک نپذیریم، بدون اشکال، با یقین به حقانیت می پذیریم. هر چند نفس مراجعه را به دلیل تمکن از مراجعه به قاضی عدل، حرام تکلیفی بدانیم.

(پاسخ به پرسش دوم). تنها مانعی که در مسیر این فتوا وجود دارد توهم ظهوری است که از معتبره ابن حنظله شده است که امام (ع) در آن حق گرفتن را از مراجعه کننده ذی حق سلب کردند و مال مأخوذ را مصداق سحت دانستند. واضح است که مستند قائلان به عدم جواز اخذ حق خویش حتی با علم به حقانیت خود (همچون صاحب عروه) توهم ظهوری است که از این روایت شده است؛ در حالی که این روایت هیچ ظهوری در سحت بودن مال مأخوذ ندارد؛ می توان «سحتاً» را مفعول مطلق (یا نایب از مفعول مطلق) دانست و آن را وصف نفس اخذ قرار داد نه وصف مال مأخوذ.

۱. رک: السیدعلی المیلانی، کتاب القضاء (تقریرات درس آیه الله گلپایگانی)، ج ۱، ص ۶۷.

۲. در ص ۹۱، البته با «فتمال» اشاره به ضعف آن کردیم.

۳. القضاء و الشهادات (ج ۲۲ از موسوعه)، ص ۶۲.

شنیدنی این که متن مقبوله ابن حنظله در همه نسخه‌هایی که ما دیدیم این است: «من تحاکم... فانما يأخذ سحتاً و ان كان حقه ثابتاً»، با این توضیح که «یأخذ» بدون ضمیر آمده است. و این تعبیر اگر ظهور برای مفعول مطلق بودن «سحتاً» نسازد (که می‌سازد) ظهوری برای آن در مفعول به بودن باقی نمی‌گذارد.

شنیدنی این که روایت را شیخ انصاری - مثل بسیاری از موارد دیگر - (مطابق آن چه در کتابش ثبت است) با ضمیر آورده است و آن را با تعبیر «فانما يأخذ» آورده است و به نظر ما منشأ اشتباه دیگران شده است. بر پایه همین نقل اشتباه است که محقق خراسانی بعد از نقل ناصحیح روایت می‌فرماید:

«ظاهر الاصحاب بل صریح بعضهم الحرمة نظراً الى قوله - عليه السلام - في المقبولة: «من تحاکم الى الطاغوت فحكم له فانما يأخذ سحتاً...» بجعل قوله: «سحتاً» حالاً عن الضمير الراجع الى المأخوذ... و لكن الظاهر انه قائم مقام المفعول المطلق فيكون مفعولاً مطلقاً في اللفظ... و ذلك لان السحت - كما في غير واحد من كتب اللغة - انما هو بمعنى الحرام و هو من صفات الافعال و وقوعه في بعض الاخبار صفة للاعيان انما هو بملاحظة الفعل الواقع عليها...»<sup>۱</sup>

فرمایش محقق خراسانی در مفعول مطلق انگاشتن «سحتاً» با وجود ضمیر مفعولی قابل مناقشه می‌نماید، چنان که نسبت دادن سحت به عنوان وصف فعل و نه عین به غیر واحدی از متون لغوی نیز قابل خدشه است،<sup>۲</sup> لکن اصل مدعا - با توجه به نبود ضمیر مفعولی برای «یأخذ» به راحتی قابل اثبات است.

ضمن این که نفس احتمال مزاحم ظهور برای نفی ادعای مفعول به بودن «سحتاً» کافی است و نیازی به اثبات ظهور در مفعول مطلق بودن آن نیست. بنابراین مقبوله ابن حنظله هم دلالتی بر سحت بودن مال مأخوذ ندارد. چنان که فرقی بین عین بودن حق و کلی بودن آن نیست؛ زیرا به هر حال باید ذی حق به حقیش برسد؛ هر چند با فرض تمکن از مراجعه به قاضی عادل لازم است به وی رجوع شود یا با اذن او، از مال طرف مقابل برداشته شود ولی به هر حال نفس مال، سحت نخواهد بود مگر این که صاحب مال حاضر باشد حق ذی حق را خود جدا کند و به وی بپردازد؛ در این صورت حکم قاضی جور نمی‌تواند قسمت جدا شده را از سحت بودن خارج سازد (دقت شود). الحمد لله رب العالمین.

۱. رک: کافی، ج ۱، ص ۶۷ و ج ۷، ص ۴۱۲؛ التهذیب، ج ۶، ص ۲۴۴ (= ۲۱۸)، الوسائل، ج ۲۷، ص ۱۳ و ۱۳۶؛ و...

۲. القضاء و الشهادات، ص ۶۲.

۳. بحوث فی القضاء (القضاء للمحقق الخراسانی)، ص ۲۲ و ۲۳.

۴. در متون لغوی سحت به راحتی هم بر فعل اطلاق شده و هم بر عین. و نیازی به تحمل ارجاع یکی به دیگری نیست!