

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا ابى القاسم المصطفى محمد و على اهل بيته الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين

قال الصادق (عليه السلام): الا ان فى ايام دهركم نفحات الا فتعرضوا لها

به موجب این حدیث شریف برای انسان در طول مدت عمر گهگاهی نسیم هایی از رحمت الهی می وزد که برای متنعم شدن باید خود را در معرض آن قرار دهد وزش نسیم های خاص رحمت الهی همیشگی نیست و انسان باید مترصد باشد که از زمان خودش استفاده کند سابقا کشاورزانی که گندم، برنج یا جو می کاشتند باید منتظر می شدند بادی بوزد که این گندم و کاه از هم جدا شوند و این حدیث شریف می فرماید این نسیم ها گاهی می وزد و قطعاً برای تحصیل علم و دانش ايام شباب، ايام وزش این نسیم است که باید از ان استفاده ی بهینه شود.

بحثی که در این جلسات پیگیری میشود مبحث کتاب القضاء است اما با این ویژگی که تطبیق با حقوق موضوعه نیز بشود ما بعد از این که سالها با داوطلبان امر قضا حشر و نشر داریم و طلاب می آیند امتحان بدهند که وارد امر قضا شوند از مجرای حوزه مقدسه می بینیم که دوستان کتاب القضاء میخوانند ولی مقارنه ای با حقوق قضایی صورت نمیگیرد لذا کمتر آشنا به جوانب حقوقی مسئله هستند و مباحث فقهی را در حد متون فقهی قدیمی مستحضر هستند و این یک نقص است که لازم است حضرات مباحث فقه القضاء را مقارن با مباحث حقوقی آن ملاحظه کنند.

چند مقدمه:

1- جایگاه فقه القضاء در دانش فقهی کجاست؟

فقههای ما از قدیم در مناهج فقهی شروع به تبویب فقه کرده اند. از سلار دیلمی گرفته تا اعصار بعدی، یکی از منظم ترین تقسیم ها، تقسیمی است که محقق حلی در شرایع مطرح کرده است که متاخرین از ایشان از مبنای این تقسیم استفاده کرده اند: و آن عبارت است از تقسیم فقه، به فقه عبادات و فقه معاملات و فقه معاملات را

تقسیم کرده اند به فقه عقود و فقه ایقاعات و فقه الاحکام. یعنی در حقیقت برای مباحث فقهی تقسیم ثلاثی آورده اند؛ فقه عبادات فقه معاملات و فقه احکام. و خود فقه معاملات را تقسیم کرده اند به فقه العقود و فقه ایقاعات. تقسیم مرحوم محقق، تقسیم بر نفوذی بوده است که تا همین اواخر همین تقسیم مبنای تقسیم مباحث فقهی در فقه امامیه قرار گرفته است. منشا تقسیم در فقه اهل سنت تقسیم غزالی است که در حقیقت تقسیم چهارگانه فقه، به فقه عبادات، فقه معاملات، مهملات و منجیات است.

این تقسیمی که تقسیم محقق حلی رضوان الله علیه است، امروزه معاصرین از فقها متأثر از دانش حقوقی این تقسیم را توسعه داده اند، در تقسیم ثنائی اولاً فقه، فقه عبادات و فقه معاملات بمعنی الاعم است.

فقه عبادات آن است که در آن قصد قربت شرط است و هر عملی که در آن قصد قربت شرط است در حوزه عبادات قرار میگیرد. اما فقه عبادات در معنای اعمی قسیم صورت اول است یعنی هر آن چیزی که در آن قصد قربت شرط تحقق نباشد جزء فقه معاملات است در معنای اعمی آن، در این معنای اعمی فقه الجزاء و فقه القضاء و فقه سیاسی، اینها هم در زمره فقه معاملات واقع میشوند در حقیقت اگر بپرسند که مثلاً تدرء الحدود بالشبهات جایش کجای فقه است؟ شما در این معنا باید بفرمایید در معاملات است، حال آن که حدود ناظر به معاملات در معنای خاص کلمه نیست ولی در آن معنای اعمی چنین است. جزائیات اسلام سیاسیات اسلام (مثل قاعده نفی سییل، قاعده ولایت فقیه، قاعده امان مسلم) اینها همه در این مفهوم جزء معاملات واقع میشوند، یعنی فقه معاملات بالمعنی الاعم.

اما در این راستا دو اصطلاح دیگر وجود دارد، یکی معاملات بالمعنی الخاص و یکی معاملات بالمعنی الاخص، معاملات بالمعنی الخاص شامل عقود و ایقاعات و ضمانات میشود، یعنی در حقیقت قواعد عمومی باب عقود، مثلاً العقود تابعه للقصد جایش در معاملات بالمعنی الخاص است، لا يقع الايقاع الا منجزا جایش در معاملات بالمعنی الخاص است، همچنین مباحث ناظر به ضمانات، قاعده اتلاف و قاعده تسبیب و قاعده استیفاء جایش در معاملات بالمعنی الخاص است. یعنی مجموع عقود و مجموع ایقاعات و مجموع ضمانات، همه اینها روی هم معاملات بالمعنی الخاص را تشکیل میدهند.

اما معاملات بالمعنی الاخص شامل عقود معاوضی است یعنی هر جا که اولاً منشا حق عقد باشد و ثانیاً عقد، عقد معاوضی باشد در این اصطلاح جزء فقه معاملات بالمعنی الاخص شمرده میشود.

بنا برآنچه که عرض شد فقه القضاء بخشی از فقه معاملات در معنای اعمی کلمه است یعنی فقه معاملی بالمعنی الخاص یا فقه معاملی بالمعنی الاخص نیست و چون قصد قربت در آن دخیل نیست، در زمره معاملات شمرده شده است نه این که در مفهوم معاملات در معنای خاص کلمه یا اخص کلمه قرار داشته باشد.

اینجا باید توجه داشته باشید که فقه القضاء با فقه الجزاء متباینین هستند، اینها یک چیز نیستند. گاهی برخی تصور میکنند وقتی گفته میشود فقه قضاء هذا يشمل الجزائيات، این چنین نیست. تفاوت این دو در این است که هر گاه سخن از فقه قضاء میشود این معادلش در دانش حقوقی آیین های دادرسی است یعنی مقررات شکلی، و هرگاه حرف از جزائیات میزنیم معادلش در حقوق جزاء مثل قانون مجازات اسلامی است. در فقه مثلاً میگوییم السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما این مال فقه الجزاء است، گاهی گفته میشود تدراء الحدود بالشبهات این مال فقه الجزاء است. الزانیه و الزانی فاجلدوا مربوط به فقه الجزاء است. اما اگر گفته شود قاضی که میخواهد محاکمه کند چه شرایطی باید داشته باشد؟ محاکمه چگونه باید باشد؟ محاکمه غیابی جایز است یا حرام است؟ اخذ تامین چه صورتی دارد؟ جایز است یا جایز نیست؟ قسم دادن کسی که مرتکب امر کیفری شده درامر اثبات چه صورتی دارد؟ موقعیت بینه در اثبات و اقرار در اثبات چیست؟

پس بنابر این فقه القضاء متکفل مباحث آیین دادرسی است یعنی به تعبیر امروزی مقررات شکلی است نه این که سارق مجازاتش چیست؟ یا مثلاً زانی و شارب الخمر مجازاتشان چیست؟ که متکفل از این موارد فقه الجزاء است. و خود فقه الجزاء تقسیم میشود به: فقه الحدود، فقه التعزیرات، فقه القصاص و فقه الدیات که این موارد روی هم فقه الجزاء است که قوانین ماهوی جزایی در انجا مطرح میشود. یعنی در حقیقت فقیه وقتی که در مقام افتاء قرار میگیرد هرگاه بگوید مجازات فلان عمل فلان جزاء است دارد از فقه الجزاء حرف میزند، هر گاه بگوید اوصاف قاضی، نحوه دادرسی، چگونگی محاکمه، چگونگی تعقیب و تحقیق، چگونگی اصدار حکم، تجویز رسیدگی غیابی، نحوه اجرای حکم چگونه باید باشد؛ دارد از فقه القضاء صحبت میکند نه از مباحث ماهیتی جزایی، پس باید این موضوع در ذهنتان باشد که فقه القضاء قسیم است برای فقه الجزاء و قسیم است برای فقه عبادی، و قسیم است برای فقه سیاسی که مقوله اینها از هم مختلف و متفاوت است نه این که یک معنای اعمی داشته باشد و شامل جزائیات هم بشود.

اما به نسبت جایگاه مبحث فقه القضاء در دانش حقوقی، مباحث دانش حقوقی تقسیم میشود در تقسم اول به حقوق موضوعه و حقوق غیر موضوعه؛ مراد از حقوق موضوعه آن بخشی از دانش حقوق است که در یک مرجع تقنینی به تصویب رسیده باشد. یک مرجعی به عنوان مرجع مقننه اگر مصوباتی را تصویب کند خروجی آن مصطلحا حقوق موضوعه یا مثبت است. و اگر چنانچه چیزی بخشی از دانش حقوقی هست ولی ارتباط با حقوق

وضعی ندارد به آن غیر موضوعه میگویند. فرض بفرمایید که مقررات و قوانین ناظر به قانون مجازات اسلامی، قانون مدنی، آیین دادرسی مدنی، آیین دادرسی کیفری که مصوب مجلس شورای اسلامی است. اینها در اصطلاح جزء حقوق موضوعه هستند. ولی چنانچه چیزی جزء دانش حقوق هست اما ربطی به دانش تقنین ندارد مثل این که شما در رساله سطح چهار یا دکتری یک بحثی را راجع به مباحث حقوقی مطرح میکنید، تحقیق میکنید و آخر هم استدلال میکنید که قانونگذار در این جهت که ساکت است باید مثلاً قانونی تصویب بشود که این دکترین حقوقی و دانش حقوقی است اما جزء حقوق موضوعه نیست. یا مثلاً شما حقوق ایران را با حقوق فرانسه تطبیق میدهید، مقایسه میکنید، به نحو مقارن، خروجی آن که حقوق تطبیقی است جزء علم حقوق هست ولی بخشی از حقوق موضوعه نیست.

خوب این تقسیم اول بود اما در تقسیم دوم خود حقوق موضوعه یا داخلی است یا بین المللی است به اعتبار این که مرجع تقنین یکی از این دو است، اگر یک مقرراتی را در حوزه بین الملل تصویب کردند (سازمان ملل مثلاً) نتیجتاً این حقوق بین الملل است، اما اگر نه مثلاً مجلس ما در ایران تصویب کرده باشد و نفوذ آن در خود ایران باشد داخلی است، پس حقوق موضوعه یا داخلی است یا بین المللی.

هر یک از حقوق بین الملل و داخلی هم یا عمومی هستند یا خصوصی، در حقوق بین الملل عمومی از روابط بین دولتها و سازمانهای دولتی گفت و گو میشود و حقوق بین الملل خصوصی ناظر به حقوق اتباع، تعارض دادگاهها، تعارض قوانین و امثال اینها است. اما در حقوق داخلی، حقوق داخلی عمومی موضوعاتی مثل حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق کار، حقوق جزاء، آیین دادرسی کیفری، در حقوق داخلی عمومی است. اما در حقوق داخلی خصوصی مثل حقوق مدنی، آیین دادرسی مدنی، قانون تجارت و امثال اینها در حقوق داخلی خصوصی است.

مباحثی که ناظر به قضاء است، بخشی از آن در آیین دادرسی مدنی مطرح است، و بخشی هم در آیین دادرسی کیفری مطرح است در حقیقت یک تشقیقی در دانش حقوقی هست که در فقه ما مسبوق به سابقه نیست، و آن تمیز و تفریق بین آیین دادرسی است. یکی آیین دادرسی کیفری و یکی آیین دادرسی مدنی، در آیین دادرسی کیفری گفته میشود دادگاهی که به امور جزایی مربوط است قاضی چه شرایطی باید داشته باشد؟ دادگاهش چه شرایطی باید داشته باشد؟ ادله اثباتش چه چیزهایی خواهد بود؟ انواع رسیدگی در آن کدامند؟ محاکماتش بر چه موازینی خواهد بود؟ چگونه حکم صادر شود؟ چگونه اجرا شود؟ اما در آیین دادرسی مدنی به مباحثی که میگویند ماهیت جزایی ندارد پرداخته میشود، مثل مطالبه دین و مباحث نسب و مباحث خانواده و نکاح و طلاق و واریث و امثال اینها در دادگاهی که به این امور رسیدگی می کند قاضی چه اوصافی داشته باشد؟ اصدار حکمش چه شرایطی دارد؟ اجرای حکمش به چه نحوی است؟. لیکن اما ما در اسلام تشقیقی بین آیین دادرسی مدنی و آیین

دادرسی کیفری نداریم بلکه مجموع من حیث المجموع ملاحظه شده تحت عنوان شرایط قاضی، اوصاف قاضی، آداب القضاء، احکام ناظر به دادرسی، احکام اصدار حکم و احکام ناظر به اجرای حکم. این تحقیق و تفریع در دو آیین دادرسی، ویژه دانش حقوقی است و در دانش فقه اسلامی مسبوق به سابقه نیست و بنابر این فقه القضاء امروزه معادل است با آیین دادرسی (بدون قید) شیوه رسیدگی در محاکم، مقررات شکلی حاکم بر دادگاه و قاضی، نحوه رسیدگی، ادله اثبات، اصدار حکم و اجرای حکم.

پس امروزه فقه القضاء شامل چه عناوینی است؟

معادل است با آیین دادرسی که شامل احکام ناظر به اوصاف قاضی، شرایط دادگاه، نحوه دادرسی، آداب القضاء و ادله اثبات دعوا و همچنین شامل آداب و احکام اصدار حکم و اجرای احکام باشد. مجموع اینها در مصطلحات جدید در آخرین تغییراتی که ما امروزه در مباحث آیین دادرسی داریم نامیده میشود به فقه القضاء.

این تغییرات در تقسیم بندیها فی الواقع از جهتی دسترسی ما را مباحث مورد نظر در متون فقهی راحت تر میکند. من اینجا چند آدرس ذکر میکنم چون مباحثاتی که اینجا میشود عمده اش این است که رفقا باید خودشان به منابع مراجعه کنند برای تحقیق. در باب تبویب فقه اسلامی آنچه که عرض کردیم، مراسم جناب سار ابن عبدالعزیز دیلمی در صفحه 28، همچنین مذهب قاضی عبد العزیز ابن براج صفحه 123، غزالی در احیای علوم دین جلد یک در صفحه 3، مرحوم محقق علیه الرحمه در شرایع جلد یک صفحه 19 و صفحه 163 و جلد 2 صفحه 52 و صفحه 135، علامه در تحریر جلد 1 صفحه 4 و 158، مرحوم نایینی در منیه الطالب جلد 1 صفحه 33، مرحوم امام در تحریر جلد 2 صفحه 52 و 123.

تقسیماتی که امروز در تبویب فقه مطرح شده که تطوراتی پیدا کرده تا به امروز اینها در این منابعی که عرض کردیم قابل برای جست و جوی محققین و متتبعین است که انشاءالله مراجعه داشته باشید.

نکته دیگری که مطرح است، بعضی از معاندین شبهه میکنند که اصولا اسلام چیزی به عنوان آیین دادرسی ندارد، آیا اصلا اسلام مباحث قضاء دارد تحت عنوان آیین دادرسی، که شما از آن تحت عنوان فقه القضاء بحث کنید؟ پاسخ روشن است از صدر اسلام تا الان در بین مسلمین قضاوت جریان داشته و آداب القضاء مطرح بوده است الان ما کتابهای فراوانی داریم تحت عنوان ادب القضاء، آداب القضاء، ادب الحکم، آداب الحکم که درحقیقت پیرامون آداب القضاء در اسلام به رشته تحریر در آمده و تطورات آیین دادرسی در بین مسلمان ها در کتابهای مختلفی آمده که من چند تا را بیان میکنم؛ کتاب التراتیب الاداریه نوشته عبد الحی کتانی (میتوانید به عنوان رساله سطح 4 تطورات دادرسی در اسلام را انتخاب کنید که چه تغییراتی از صدر اول تا به امروز در قضا امروزی شکل گرفته

است)، الطبقات الكبرى محمد ابن منيع ابن سعد همچنين انساب الاشراف و اخبار القضاة، تاريخ بغداد از خطيب بغدادی تاريخ عثمانی که از نويسندگان ترک عثمانی اسماعيل اوزن چارشی اوغلی و سياست و اقتصاد عصر صفوی از محمد ابراهيم باستانی و کتابهای ديگر که از صدر اول حکايت ميکند تا امروز که ما در اسلام چیزی به نام دادگاه و قاضی داشتيم شرايط دادرسی داشتيم. کسی که می آمد در دادگاه ملاک تمیز مدعی چه بوده، منکر چه کسی بوده، اول چه کسی حرف بزند، قاضی چگونه می شنيد، جای قاضی چگونه بود، قاضی بايد چه نحو تعامل با اصحاب دعوا ميکرد، چگونه صحبت ميکرد چگونه جواب آنها را می شنيد، و در اوضاع و احوال قضا و دادرسی و آداب آن مفصلا در تاريخ اسلام گزارشات مفصلي به ما رسيده است و در حقيقت اين امر قابل کتمانى نيست که کسی بگويد ما در اسلام آيين دادرسی نداريم. پس قطعاً اصول و قواعد کلی ناظر بر دو آيين دادرسی در فقه اسلامی موجود است. بله اگر منظورشان اين است که شکل فعلی و مدونی که در قوانين امروزه مطرح است نداريم خوب بله بشر در راستای پيشرفت زمان مقرراتی را بسط داده و ضروری دانسته که مطرح کند که اينها توسعه و گسترشی است که صورت گرفته و اين تفريعات رخ داده است که قابل اتخاذ از اصول کلی که در مباحث آيين دادرسی اسلامی مطرح است بوده و تفريع هم موافق با آن کلیات ممکن مورد دفاع در فقه اسلامی قرار بگيرد و بناءً علی هذا اصل اينکه 1- آيين دادرسی در اسلام هست 2- گسترش آن به وضع امروزی مورد ملاحظه در فقه هست در اين کلامی نيست و اصل مطلب امر مسلمی است.

يکی دو جمله در رابطه با یک مقدمه آخری عرض کنم و آن اهميت مسئله قضا ميباشد.

خطير بودن امر قضا آنقدر زياد است که تعبير حضرت امام (ره) اين است که: يحرم القضا بين الناس ولو في الاشياء الحقيره اذا لم يكن من اهله اگر کسی اهليت برای تصدی قضا را نداشته باشد اين تصدی براو حرام است حتی اگر در اشياء حقيره باشد. اگر کسی قضاوت کند بدون اينکه اهليت داشته باشد تکليفا مرتکب فعل حرام شده است. فلو لم ير نفسه مجتهداً عادلاً جامعاً لشرايط الفتوا و الحكم حرم عليه تصديه، اگر آن شرايطی که برای قاضی مطرح است در شخص نيست و شخص خودش ابصر از ديگران نسبت به نفس خودش هست اگر آن شرايط را ندارد تصدی امر قضا بر او حرام است و ان اعتقد الناس اهليته حتى ا گر ديگران خیلی تعريف کنند. نتيجه اين ميشود طلبه فاضل و محترم اگر حتی در امتحانات هم شرکت کردی و نمره خوب هم گرفتی اما خودت ميدانی که برای قضا اهليت نداری، حال جهات نفسانی است مثل وصف عدالت و ملکه نفسانی يا جهات ديگر، قضا بر شما حرام است و اين نشان از خطير بودن امر قضا دارد. گرچه از آن طرف هم هست مثلاً اگر چنانچه من به الکفايه نباشد و اين شخص خود را صالح برای اين امر ميداند اگر متعين نباشد کار به وجوب کفایي هم خواهد رسيد. ولی فی

حد نفسه فقهای ما فرموده اند که اگر چنانچه من به الکفایه هست کراهت دارد که انسان امر قضا را انتخاب و اختیار کند.

و الحمد لله رب العالمین

سید حسن استاد