

موضوعیت یا طریقت امارات در اعتبار اجتهاد با نگاهی اجمالی به قرآن کریم و روایات

مصطفی راشدی*

تاریخ دریافت: ۹۸/۳/۱۲

احمدرضا توکلی**

تاریخ پذیرش: ۹۸/۷/۸

محمدعلی حیدری***

چکیده

در میان فقها بحثی وجود دارد که آیا علم قاضی به واقعه از بیرون تأثیری در حکم او می‌تواند داشته باشد یا خیر به این معنا که حتی اگر از رخداد فیما بین دو طرف دعوا به هر نحوی مطلع است باز آنچه برای او حجت است تا بتواند بر اساس آن حکم کند صرفاً امارات تعیین شده از ناحیه شارع است که همانا بینه و اقرار می‌باشد، یا علم قاضی بدون امارات معینه نیز برای صدور حکم حجیت دارد. ثمره این بحث در اعتبار اجتهاد و یا کفایت علم مقلد ممکن است از جهت مناط و ملاک واحد آن، خود را نشان دهد و مفید واقع شود. بررسی امارات (بینه و اقرار) از آن جهت که امری کاملاً تخصصی در حوزه تخصص مجتهد است پس بر فرض اثبات این مطلب که بینه و اقرار در اثبات دعوی و حکم موضوعیت دارد در نتیجه اجتهاد برای قضاوت لازم می‌شود، و در صورتی که بتوانیم اثبات کنیم بینه و اقرار صرفاً طریقت به واقع دارند پس از هر راهی که واقع برای قاضی منکشف شود قاضی می‌تواند حکم صادر کند، بنابراین اجتهاد لازم نیست.

کلیدواژگان: طریقت، موضوعیت، اجتهاد، امارات.

* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

** استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

a_tavakoli@phu.iaun.ac.ir

*** استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

نویسنده مسئول: احمدرضا توکلی

مقدمه

یکی از موضوعاتی که جایگاه مهم و حساسی در حقوق موضوعه هر کشوری دارد، نظام ادله اثبات دعوی و مباحث مربوط به آن است. نظام ادله اثبات دعاوی در هر کشوری متناسب با شرایط آن کشور انتخاب می‌شود و متفاوت از دیگر کشورهاست. در قانون جدید مجازات اسلامی، قانونگذار از ماده ۱۶۰ تا ماده ۲۱۶ را به مبحث ادله اثبات دعوی اختصاص داده است و موارد ادله اثبات دعوی را احصا نموده است.

در عصر حاضر با توجه به حجم بسیار زیاد دعاوی مطروحه و فرض لزوم مجتهد بودن قاضی موجب می‌شود دادرسی‌ها از حد طبیعی و معقول زمان بیش‌تری را صرف خود کند، که اصل مطلوب نیست. اگر تصور کنیم فقط راه‌های اثبات دعوا منحصر به طرق مشخص شده از ناحیه شارع مقدس باشد طبیعی است حل یک پرونده کار دشواری است، و طبیعی است تشخیص اماره و بینه برای مجتهد محقق است نه غیر مجتهد لاقبل این نظریه انحصار قاضی در مجتهد با فرض موضوعیت وحدت سیاق بیش‌تری نسبت به عدم لزوم اجتهاد دارد. با توجه به این مطلب این سؤال مطرح می‌شود آیا علم به خودی خود برای فهم جزئیات پرونده مطلوب است؟ که در این صورت از هر طریقی اگر این علم برای قاضی حاصل شود بتواند مستمسک حکم او قرار گیرد، یا اینکه فقط راه‌های معین شده از سوی شارع مقدس می‌تواند برای قاضی علم ایجاد کند. در پژوهش حاضر به دنبال یافتن پاسخ برای این سؤال هستیم.

پیشینه تحقیق

- بیات، محمدحسین و امامی دانالو، حسام. «تأملی در شرایط قاضی بر اساس آیات قرآن کریم و روایات باب قضا کتاب شریف کافی»
- از شرایط لازم برای قضاوت، اجتهاد است که در قرآن و روایات به آن اشاره شده و از نظر برخی فقها، اجتهاد مطلق از لوازم قضاوت است و این به دلیل اهمیت حفظ جان و مال و آبرو و ناموس مردم است و از باب احتیاط، اجتهاد قاضی ضروری به نظر می‌رسد.
- ۱- بهره‌مند، مهدی و توکلی، احمدرضا و مهدوی، محمدهادی. «مبانی قرآنی و روایی مسئولیت مدنی قاضی و جریان آن در قوانین موضوعه»

شرایطی که در قرآن و روایات برای قاضی ذکر شده از باب توجه به منصب مهم قضا است تا با احراز این شرایط، عدالت فردی و اجتماعی محقق شود. لذا با توجه به اینکه عدالت از لوازم اجتهاد است با وجود صفت اجتهاد در قاضی، مطلوب حاصل می‌شود و وجود این شرط تا حد زیادی، استقلال قاضی و جلوگیری از خودرأیی و خودمحوری و انحراف احتمالی قاضی را موجب می‌شود. در غیر این صورت مسئولیت تصمیمات و آراء اشتباه قاضی به عهده خود اوست.

علم قاضی، قطع و یقین

«علم» به کسر عین به معنای دانستن، دانش، معرفت و شناخت، یقین، اظهار کردن، روشن نمودن، دلیل، حجت، برهان و درک و فهم نسبت به حقیقت امری و در مقابل جهل و نادانی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۶۸؛ راغب اصفهانی، ۱۴۲۳: ۳۴۳؛ قریشی، ۱۳۷۱: ۳۲). در اصطلاح فقهی و حقوقی، علم قاضی در معانی زیر به کار رفته است: نخست؛ داشتن وصف دانش و آگاهی و درجه‌ای از دانش که برای قضاوت لازم و ضروری است (حلی (علامه)، ۱۳۶۹: ۶۹۶؛ موسوی الخمینی، ۱۴۱۷ق: ۵۳۸). دوم؛ آگاهی و دانشی که برای دادرس از طریق ادله ابرازی و با خواندن و بررسی پرونده و تحقیق از اصحاب دعوا حاصل می‌شود (خوئینی، ۱۳۷۷: ۴۱۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۸؛ سنهوری، ۱۹۹۸م، ۲۰)؛ این نوع علم قاضی را علم «حصولی» یا علم «حاصل از ادله» گویند. سوم؛ آگاهی و دانش شخصی که خارج از پرونده و ادله ابرازی و از طریق شنیدن، دیدن و... حاصل می‌شود (خوئینی، ۱۳۷۷: ۴۱۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۸)؛ این نوع علم قاضی را علم «شخصی» یا علم «ناشی از حضور قاضی» گویند.

طبق ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ علم قاضی عبارت است از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود.

قطع در لغت به معنای انکشاف کامل و مراد علم و یقین است و در اصطلاح نیز دارای همان معنای لغوی است (ولایی، ۱۳۷۴: ۳۳). جوهری می‌گوید: منظور از یقین علم و زوال شک است (الجوهری، ۱۴۰۷: ۳۱). در «لسان العرب» به معنای علم و رفع و شک تعریف شده و یقین را ضد شک و شک را نقیض یقین دانسته است (ابن منظور، ۱۴۰۸ق: ۳۱). یقین در اصل لغت برابر علم نیست اگرچه گفته می‌شود که یقین علمی است که

شک و تردیدی در آن نباشد. بنابراین همانگونه که *ابوهلال عسگری* گفته است: «علم اعتقاد به چیزی است که از باب ثقه و امین بودن ایجاد شده و به یقین آرامش نفس نسبت به آنچه دانسته می‌شود» (عسگری: ۳۱).

در هر حال مقصود از یقین کیفیتی از استقرار و اطمینان بر حقیقت چیزی است به طوری که تردید و دو دلی در آن باقی نماند (الندوی، ۱۴۳۰: ۳۲). هر کس امر خاصی مانند حکم شرعی یک مسأله یا موضوعات خارجی را در نظر بگیرد و به دلایل صحت و سقم آن توجه نماید، یکی از این سه حالت ذهنی برایش حاصل می‌شود: یا به آن امر، قطع و یقین پیدا می‌کند، یا احتمال صحت یا سقم آن را قوی‌تر می‌بیند و یا در شک و دودلی باقی می‌ماند، مقامات قضایی هم از این قاعده، مستثنی نیستند. علمای اصول، از قواعدی بحث کرده‌اند که تکلیف مکلف را هنگام قطع، ظن یا شک نسبت به حکم شارع و یا موضوعات خارجی، مشخص می‌کنند و مباحث آن‌ها، به طور کاملاً طبیعی، اثر بسیار مهمی در اقوال فقها در خصوص نحوه قضاوت شرعی داشته است.

مفهوم حجیت بینه

«بینه» مؤنث «بین» و در لغت به معنای دلیل و حجت و حجت واضح و آشکار است (عمید، ۱۳۶۶: ۴۱۰). برای تعریف اصطلاحی بینه، هر یک از صاحب‌نظران عباراتی متفاوت با مضمونی نزدیک به هم به کار برده‌اند از جمله شهادت عبارت است از اخبار شخص از امری به نفع یکی از طرفین دعوا و به زبان دیگری (امامی، ۱۳۸۸: ۱۸۹). «البینه وهی أن یشهد رجلان بالغان عاقلان عدلان بالقتل، یعنی شهادت در قتل به معنای گواهی دو مرد بالغ عاقل و عادل بر ارتکاب آن است» (خوئی، ۱۳۹۵: ۹۶ و ۷۷ به بعد). در تعریف متفاوت دیگری آمده است که گواهی به مفهوم اخبار فرد نزد مراجع قضاوتی از دیده‌ها یا شنیده‌ها یا سایر آگاهی‌هایی است که به صورت اتفاقی یا به درخواست یکی از اصحاب دعوی از موضوعی پیدا کرده است (شمس، ۱۳۸۵: ۲۲۹).

بینه در کلام خدا و رسول و اصحاب پیغمبر به معنی هر چیزی است که حق را روشن می‌کند. بنابراین، مفهوم آن اعم از مفهومی است که فقها از این کلمه دارند، چراکه فقها بینه را به شهادت دو نفر عادل یا شهادت یک نفر به انضمام یمین اختصاص

داده‌اند. تفصیل و حق مطلب آن است که: قاضی برای بدست آوردن مجهول قضایی گاهی به علم خود استناد کرده و گاه نمی‌کند، اگر به علم خود استناد کند پس برای هر دلیل و مدرکی که موجب علم شود می‌تواند اعتبار قائل شود و اما اگر علم خود را مدرک قضاوت قرار ندهد. حال یا برای آنکه به علم نرسیده یا به هر سبب دیگری پس در این مورد ادله اثبات قانونی او را موظف می‌کند که بر طبق آن به مجهول قضایی رسیده و به استناد آن ادله قضاوت نماید. اما مشروط به آنکه قاضی علم به خلاف نداشته باشد. در ماده ۱۷۴ قانون جدید مجازات اسلامی در تعریف شهادت بیان شده است، شهادت عبارت از اخبار شخصی غیر از طرفین دعوی به وقوع یا عدم وقوع جرم توسط متهم یا هر امر دیگری نزد مقام قضایی است.

مفهوم حجیت اقرار

یکی از قواعدی که در تمام ادیان و ملل برای اثبات جرم جاری است اقرار است و آن را به عنوان ادله اثبات جرم پذیرفته‌اند. اقرار در لغت عبارت است از با گفتار خود ثابت کردن کاری، یا امری، اعتراف کردن، سخنی را آشکار و واضح بیان کردن (معین: ۳۲۴) و در اصطلاح به طور کلی اخبار و بیان حقی است به نفع دیگری و به ضرر خود در حقوق کیفری که غالباً به معنای قبول ارتکاب بزه، توسط متهم به کار می‌رود (ایمانی، ۱۳۸۲: ۷۲). اقرار در مفهوم حقوقی عبارت است از اعترافی است که کس به صحت امری که علیه اوست، بکند (متین دفتری، ۱۳۴۸: ۳۲۵).

صاحب‌نظر دیگری در مفهوم حقوق اقرار آورده است اقرار عبارت است از اخبار از وضع خاص موجود که به سود غیر و به زیان مخبر (یا زبان موکل او) است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۵۲۸). در ماده ۱۶۴ قانون جدید مجازات اسلامی، اقرار عبارت از اخبار شخص به ارتکاب جرم از جانب خود است. اقرار، اخبار است؛ یعنی مقرر خبر می‌دهد از وجود امری که سابقاً وجود داشته است. بنابراین اقرار، انشا نیست که موجد حقی باشد. حجیت اقرار در آیه شریفه ﴿أقررتم وأخذتم علی ذلکم إصری﴾ و حدیث نبوی «أقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» بیان شده و این حدیث عیناً در ماده ۱۲۷۵ قانون مدنی بدین لفظ آمده است: «هر کس اقرار به حقی برای غیر کند ملزم به اقرار خود خواهد بود» بنابراین بین فقها و

اندیشمندان در حجیت آن اختلافی وجود ندارد اما اختلافی که هست در معنی و مفهوم آن است.

قضاوت و شرایط قاضی در قرآن

ریشه ق-ض-ی در کتب لغت به معنی حکم کردن، سپری کردن، امر کردن، قطعیت یافتن و سیطره یافتن به کار می‌رود (ازهری، بی‌تا، ج ۹: ۱۷۰؛ راغب اصفهانی، ۶۷۵؛ فراهیدی، بی‌تا، ج ۵: ۱۷۵) و خداوند در قرآن می‌فرماید: ﴿وَاللّٰهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ﴾: «و خداست که به حق داوری می‌کند» (الغافر / ۲۰) که فاعل آن خداوند است و نیز ﴿هُوَ الَّذِي يَحْيِي وَيُمِيتُ فَاِذَا قُضِيَ اَمْرًا فَاَنْتَا يَقُولُ لَهُ كُنْ فَيَكُوْنُ﴾: «اوست که زنده می‌کند و می‌میراند و چنانچه به امری حکم کند همین که بگوید باش بی‌درنگ موجود می‌شود».

به نظر می‌رسد اینکه برخی فقها صفت اجتهاد را برای قاضی لازم دانسته‌اند از این باب است که اصالتاً قضاوت مختص خداست: ﴿اللّٰهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُوْنَ﴾: «خداوند در روز قیامت میان شما در آنچه (با من) خلاف و نزاع می‌کردید حکم می‌فرماید» اما در عموم موارد این وظیفه به عهده پیامبر و امام گذاشته شده است (نساء / ۱۰۵؛ ص / ۲۶) و نیز در زمان حضور امام (ع) وظیفه امام (ع) یا نائب او دانسته شده و در عصر غیبت قضاوت فقیهی نافذ است که از شرایط فتوی برخوردار باشد (شهید اول، ج ۱: ۱۷۴) و این نشانه اهمیت و والایی قضاوت است چراکه در حدیث پیامبر وارد شده: «هر کس قاضی شود، بدون کارد ذبح می‌کند» مانند اینکه قاضی می‌تواند حکم اعدام دهد و بدون استفاده از آلات کشنده جانی را بستاند.

موضوعیت یا سببیت اماره

اگر قول به موضوعیت یا سببیت اماره را بپذیریم به ناچار باید بگوییم اجتهاد در تشخیص قاضی شرط لازم است و لکن اگر قائل به طریقت امارات باشیم عدم لزوم شرط اجتهاد متصور است. به همین جهت در اینجا ادله موافقین و مخالفین طریقت را بررسی می‌کنیم:

۱. ادله قائلین به موضوعیت اماره

عده‌ای معتقدند اقرار خصوصاً در جرایم مستوجب حدود و قصاص موضوعیت دارد و به صرف وقوع قاضی ملزم است رأی بدهد. دلایلی که می‌توان بر موضوعیت اقرار اقامه کرد عبارت‌اند از:

از ظاهر عبارت فقها در کتب فقهی فهمیده می‌شود که آنان موضوعیت اقرار را پذیرفته‌اند. مثلاً فرموده‌اند هر کس اقرار به حد سرقت کند، حد قطع بر او واجب می‌شود. مرحوم شهید *اول* و *ثانی* می‌فرمایند، اگر کسی به حدی اقرار کند بدون اینکه آن را معین کند او را می‌زنند تا خودش بگوید کافی است. هرچند در این موضوع اختلاف نظر فراوان وجود دارد، ولی ظاهر عبارت موضوعیت را می‌رساند.

قاعده فقهی «اقرار العقلاء علی انفسهم جایز» و قاعده فقهی که فقهای اهل سنت با عنوان «کون المرمو اخذاً باقرار...» دلالت بر این امر دارد. قاضی ابویوسف در کتاب الخراج نیز می‌گوید هر کس به سرقت اقرار کند واجب است دست او قطع گردد و اگر به حقی از حقوق الناس اقرار کند و سپس انکار کند به صرف اقرار نخست حکم می‌دهد و رجوع او بی تأثیر است» (الندوی، ۱۴۳۰: ۲۹۹، ۲۶۹).

مرحوم *نراقی* نیز می‌فرماید خاصه و عامه متفق القول‌اند که اقرار هر عاقل نه تنها نافذ است که ضروری جمیع ادیان و ملل است و اخبار زیادی نیز بر آن دلالت دارد. در هر حال قاضی ملزم است بر اساس مقتضای اقرار حکم دهد (نراقی، ۱۴۱۷ق). شاید بتوان به استناد ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی که می‌گوید «در کلیه جرائم، یک بار اقرار کافی است مگر در جرائمی که نصاب آن تعیین شده است»، گفت که موضوعیت دارد؛ و بر این نظر بود که ظاهر بعضی مواد قانون مجازات اسلامی در دیگر جرایم و در باب بیان ادله اثبات دعوی همین امر را می‌رساند. از نحوه احصای ادله اثبات دعوا در کتب فقهی و قانون مجازات اسلامی در باب حدود و قصاص درمی‌یابیم که اقرار مقدم بر سایر ادله است و این تقدم ارزش به این معناست که با وجود اقرار، قاضی و دادگاه دیگر نیازی به مراجعه به سایر ادله نخواهد داشت (ولیدی، ۱۳۸۱ش: ۹۲).

در خصوص موضوعیت داشتن بینه نیز باید گفت که بعضی از فقها و حقوقدانان معتقدند شهادت موضوعیت دارد. دلایلی بر این ادعا قابل اقامه است: مرحوم *نراقی*

می‌فرماید از ظاهر کلام اکثر فقها و بلکه از صراحت بیان آن‌ها فهمیده می‌شود که اصل وجوب قبول شهادت عدول و عمل به مقتضای آن است. ایشان این نظر را بیش‌تر از آن فقهای متأخر می‌دانند و از کلام بعضی از آنان نیز برداشت اجماع نمودند (نراقی، ۱۴۱۷ق: ۲۷۴). مرحوم شیخ طوسی نیز در کتاب «النهایه» نیز همین نظر را پذیرفتند (الطوسی: ۸۰). قاضی ابن براج و ابن ادریس نیز معتقد به موضوعیت شهادت هستند و فرمودند که اگر دو شاهد عادل نزد قاضی به صورت یکسانی شهادت دهند، شهادت آن دو نیز موافق دعوا باشد حاکم ملزم است به استناد شهادت آن‌ها حکم دهد (الطرابلس، ۱۳۸۵: ۱۱۳؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۴۲). مرحوم فیض کاشانی می‌فرماید شهادت در زنا موضوعیت دارد و تعدد شاهد از باب ستر گناهان و فواحش است و معتقدند که اگر قاضی با کم‌تر از چهار شهادت علم پیدا کرد نمی‌تواند، حکم به اجرای حد بدهد (فیض کاشانی، ۲۰۰۵م: ۳۷۶). این استدلال شبیه استدلالی است که در باب موضوعیت اقرار گرفته شده است.

قانون مجازات اسلامی نیز در حدود و قصاص شهادت و ادای شهادت گواهان را به عنوان یکی از دلایل قانونی اثبات دعوا و جرم پذیرفته و برای آن موضوعیت قائل است. از ظاهر عبارت مواد قانون مجازات اسلامی، مانند مواد ۱۹۹ استنباط می‌شود که قاضی ملزم است با وقوع شهادت در دادگاه حکم دهد و حق بر آن دلایل و قرائن را ندارد. همین که قانون برای شهادت شرایط خاصی را پذیرفته و چهار یا دو شهادت را به تفصیل مقرر شرط دانسته، نشانگر این است که قائل به طریقت نیست، بلکه موضوعیت مد نظر اوست. زیرا چه بسا بر اساس شهادت یک زن نیز علم حاصل شود و قاضی بتواند رأی بدهد ولی چنین نیست. چه خصوصیتی در چنین شاهد وجود دارد، جز اینکه قائل به موضوعیت شویم.

دیدگاهی که عالمان اهل سنت در این خصوص برگزیده‌اند، مسلک سببیت نام دارد که خود بر دو قسم است: الف. سببیت اشعری: عبارت است از اعتقاد به اینکه از سوی شارع، حکمی جعل نشده است و به محض حصول اماره به دست مجتهد، مصلحت و مفسده نیز حادث می‌شود. این مصلحت و مفسده حادث سبب می‌شود شارع، طبق مفاد

اماره، جعل حکم کند(الطوسی، ۱۹۶۸م: ۹۴). هرچند، بطلان این نظریه فی نفسه معلوم است، با این وصف، چند اشکال را متعرض می‌شویم.

اولاً: اگر شارع در واقع حکمی ندارد، قیام اماره حاکی از چیست؟ و یا در موارد اصول عملیه که موضوع آن‌ها شک در حکم واقعی است، چگونه با نبود حکم واقعی، شک در آن متصور است. ثانیاً لازمه این نظریه این است که احکام شرع به کسانی اختصاص پیدا کند که اماره به دست آن‌ها می‌رسد؛ در حالی که مستفاد از عموم و اطلاق ادله احکام این است که احکام، مشترک میان تمام مکلفان است(خوئی، ۱۴۲۲: ۸۵).

ب. سببیت معتزلی: بر اساس این نظریه، شارع در واقع حکم واقعی جعل کرده است و لکن در صورتی که مفاد اماره، موافق آن حکم واقعی مجعول شارع باشد، با قیام اماره، همان حکم واقعی، فعلی می‌شود و اگر موافق نباشد، با قیام اماره، مصلحتی حادث می‌شود که اقوای از مصلحت حکم واقعی است. از این رو، مصلحت حکم واقعی، چون ضعیف است نابود می‌شود و حکم، طبق مصلحت اماره جعل می‌شود. در نتیجه، حکم واقعی بر اساس مفاد اماره منقلب شده و حکم جعل می‌شود. هرچند این نظریه نسبت به نظریه سببیت اشعریه از اشکالت کم‌تری برخوردار است و لکن با این وصف، اشکالاتی بر آن وارد است. آنچه مسلم است ما در این قسمت به مکتب تصویب و حرف‌هایی که قائلین آن زده‌اند، نمی‌پردازیم چراکه بطلان آن واضح است.

از کلمات عالم بزرگ شیعه، شیخ مرتضیٰ انصاری، می‌توان استفاده کرد که ایشان در باب امارات، نسبت به مسأله ماهیت مجعول، توجه داشته و نظر خویش را در این رابطه بیان کرده است، اگرچه ایشان به صورت صریح و مستقل این بحث را مطرح نکرده است. شیخ انصاری بر این نظر است که مجعول در باب امارات، خود مؤدای آن اماره است یعنی مؤدای اماره هر چیز باشد شارع آن چیز را در حکم واقع قرار داده و منجز می‌کند مثل اگر مؤدای اماره‌ای وجوب نماز جمعه باشد معنای این کلام این است که در واقع شارع وجوب نماز جمعه را جعل کرده چون مؤدای این اماره وجوب نماز جمعه می‌باشد، بنابراین در مواردی که مؤدای اماره یک حکم تکلیفی است به واقع مجعول حقیقی نیز یک حکم تکلیفی است که حجیت از آن انتزاع می‌شود. در میان عالمان پس از شیخ انصاری، میرزای نائینی به این مبنا به صورت صریح پرداخته است و از دو موضع از

کلمات شیخ در «فرائد الأصول» این مبنا را استفاده کرده و به ایشان نسبت می‌دهد (نائینی، ۱۳۳۴: ۳). الف. موضع اول کلامی است که مرحوم شیخ در بحث دلیل انسداد مطرح کرده است و آن این است «أن تفریغ الذمة عما اشتغلت به إما بفعل نفس ما أرادہ الشارع فی ضمن الوامر الواقعية وإما بفعل ما حکم حکما جعلیا بأنه نفس الراد، وهو مضمون الطرق الجعولة لتفریغ الذمة بهذا علی مذهب الخطئة من حیث إنه نفس الراد الواقعی بجعل الشارع ل من حیث إنه شیء مستقل فی مقابل الراد الواقعی» (انصاری، ۱۴۱۹ق: ۲۳۳). در عبارت فوق مرحوم شیخ می‌گوید برئ الذمه شدن یا به این است که آنچه را که شارع اراده کرده در ضمن اوامر واقعی و تکلیف واقعی امتثال کنیم و یا به این است که حکمی را که شارع به عنوان اینکه همان، مرادش هست جعل کرده را امتثال نماییم و این دومی همان مضمون طرق مجعول شرعی است، نکته کلام شیخ در همی قسمت دوم است. یعنی برئ الذمه شدن به این است که ما مودای اماره را که شارع برای ما جعل نموده انجام دهیم. ب. موضع دومی که محقق نائینی از کلام شیخ اعظم استفاده می‌کند و وضوح آن را در دلالت بر مبنای شیخ بیش‌تر از موضع قبل می‌داند عبارتی است که مرحوم شیخ در باب امارات در جایی که مصلحت سلوکیه خویش را توضیح می‌دهد آورده است. اگرچه مرحوم نائینی کلمات ایشان را نیاورده و فقط توضیح و تبیین آن را بیان نموده است، آن عبارت این است: «ومعنی الأمر بالعمل علی طبق الامارة (الرخصة فی أحكام الواقع علی مؤداهها) من دون أن يحدث فی الفعل مصلحة» علی تقدیر مخالفة الواقع كما یوهمه ظاهر عبارتی العدة والنهائة المتقدمتين فإذا أدت إلى وجوب صلاة الجمعة واقعا وجب ترتیب أحكام الوجوب الواقعی وتطبيق العمل علی وجوبها الواقعی فإن كان فی أول الوقت جاز الدخول فیها بقصد الوجوب و جاز تأخیرها فإذا فعلها جاز له فعل النافلة وإن حرمت فی وقت الفریضة الفروض کونها فی الواقع هی الظاهر لعدم وجوب الظهر علیه فعلا ورخصة فی ترکهما وإن كان فی آخر وقتها حرم تأخیرها والإشتغال بغيرها» (انصاری، ۱۴۱۹: ۴۵).

در عبارت فوق از قسمت «معنی الأمر بالعمل علی طبق الامارة الرخصة فی أحكام الواقع علی مؤداهها» می‌توان به مبنای شیخ اعظم پی برد چون ایشان می‌گوید معنای امر به عمل کردن به اماره این است که شارع در احکام واقعی، عمل کردن بنا بر مودای اماره

را کافی دانسته است، به عبارت دیگر شارع در احکام واقعی اجازه داده به مؤدای اماره عمل شود و این یعنی اینکه شیخ اعظم، در باب امارات مجعول را همان مؤدای اماره گرفته و آن را نازل منزله واقع قرار داده است (نائینی، ۱۳۳۴: ۱۰۹).

بنابراین می‌توان گفت شیخ اعظم مجعول حقیقی در باب امارات را همان مؤدای اماره می‌داند و اما حجیت را فقط مجعول عرضی و نه حقیقی معرفی می‌کند که از حکم تکلیفی انتزاع می‌شود یعنی حجیت بنفسها مجعول نیست بلکه به تبع جعل منشأ انتزاعش می‌توان گفت حجیت هم مجعول است، پس مجعول بودن حجیت به تبع مجعول بودن وجوب نماز جمعه می‌باشد، همانگونه که مبنای ایشان در رابطه با احکام وضعیه همی است که همه اقسام احکام وضعیه از احکام تکلیفیه انتزاع می‌شوند و خود، جعل مستقلی ندارند.

همانطور که مشاهده می‌شود مرحوم شیخ/نصاری که نه طریقت محض را قبول دارد و نه سببیت محض را، راه وسطی را انتخاب کرده و معتقد است عمل بر اساس اماره و سلوک بر طبق آن، به خودی خود دارای مصلحت است ولو با واقع تطبیق ننماید، ولی باید مصلحت سلوک، به اندازه مصلحت واقع و یا بیش از آن باشد، تا جای مصلحت فوت شده واقع را بگیرد.

مرحوم/امام خمینی(ره) چهار اشکال بر این نظریه می‌گیرند(موسوی الخمینی: ۱۹۴):

۱. حجیت امارات به ملک بنای عقل است؛ پشتوانه اعتبار و حجیت امارات، عقل هستند؛ و عقل می‌گویند این امارات یک طرق محضه هستند و هیچ شأنیتی ندارند، مگر همان شأنیت طریقت بنابراین، عقل نمی‌گویند که اماره یک عنوانی بنام سلوک الماره و تبعیت از اماره جدای از آن هم دارد. ۲. کسی که به اماره عمل می‌کند، آیا غیر از عمل به مؤدا می‌گوید چیز دیگری به نام سلوک وجود دارد؟ وقتی می‌گویید روایت گفته که نماز جمعه واجب است، و مکلف هم بر طبق روایت عمل کرد، آیا وراى عمل به مؤدا چیزی دیگری به نام سلوک و تبعیت الامارة داریم یا اینکه واقعاً تبعیة الأماره همان عمل به مؤدا است؟ بله، سلوک یک عنوان اعتباری است(ایشان تعبیر می‌کنند به اعتباری، اما ظاهراً مقصودشان از اعتباری، انتزاعی است؛ یعنی کسی که بر طبق اماره عمل کرد، اینجا یک عنوانی به نام تبعیت و به عنوان سلوک انتزاع می‌شود) این را ما قبول داریم؛

اما این سلوک و تبعیت، در عالم خارج، فعلی جدای از عمل به مؤدا نیست. ۳. بحث امارات را که فقط در احکام الزامیه نداریم و بلکه در احکام عادی، امور مباح و بالاتر در امور غیر شرعی مثل مسائل تربیتی و اخلاقی نیز امارات قائم می‌شود (مثال: اگر اماره‌ای قائم شد بر اینکه فلان چیز مباح است، یا در امور غیر شرعی، اماره‌ای قائم شد بر اینکه زید مرده است)، آیا باید بگوییم در سلوک چنین اماراتی مصلحت است؟ چه مصلحتی در اینجا وجود دارد؟ اگر بخواهید بگویید نه، ما فقط در دایره شرعیات قائل به مصلحت می‌شویم، می‌فرمایند این بلا وجه است. ۴. اگر شما قائل به مصلحت سلوکیه می‌شوید، لازمه وجود مصلحت در سلوک این است که قائل به اجزاء به صورت مطلق شوید؛ برای اینکه می‌گویید در سلوک مصلحت است، اما نمی‌آئید اثبات کنید که این مصلحت مقید به عدم انکشاف خلاف در وقت است. بلکه می‌گویید واقعی از دست می‌رود و سلوک بر طبق اماره می‌آید جای او را می‌گیرد. پس، باید بگوییم در خود سلوک اماره تمام آن مصلحت وجود دارد؛ اگر تمامش وجود دارد، باید قائل به اجزاء شویم مطلقاً؛ نمی‌توانیم بگوییم این مصلحت مقید به عدم انکشاف خلف در وقت است (چون اثبات نشده).

۲.۱. ادله قائلین به طریقت اماره

اول اینکه وجه حمل نمودن امارات در موضوعات بر طریقت آن است که دال بر حجیت اماره در احکام عیناً همان است که آن‌ها را در موضوعات حجت قرار می‌دهد و به عبارت دیگر لسان دلیل بر حجیت امارات در احکام و موضوعات یکی می‌باشد نه آنکه قائل شدن به موضوعیت اماره در موضوعات چون مقتضی محذور تصویب بوده و آن به اجماع علماء باطل است باعث آن شده که حجیت امارات در موضوعات را بر وجه طریقی بدانیم و حاصل آنکه حمل امارات بر طریقت نه به خاطر وجود مانع است بلکه مقتضی برای حمل بر موضوعیت موجود نیست، بنابراین همانطوری که قیام اماره در احکام مقتضی اجزا نیست در موضوعات نیز چنین بوده بدون آنکه بین آن‌ها کوچک‌ترین فرقی باشد (ذهنی تهرانی، ۱۳۸۸ش: ۸۸۶). دلیل دوم آنکه طریقت امارات امری عقلایی است که مورد تأیید شارع می‌باشد زیرا عمل به امارات نزد عقلا از آن جهت است که طریق به سمت واقع هستند و از طرف عقلا در سلوک امارات مصلحتی مترتب نیست. بلکه چون

اغلب المطابقه با واقع هستند آن را می‌پیمایند به عبارت دیگر لسان امارات اگر خودش باشد و خودش، حکایت و کشف از واقع است و این بنایی است عقلایی که شارع آن را امضاء نموده است.

۳. شواهد قانونی بر طریقت اماره

ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مقرر می‌دارد: «تشخیص ارزش و تأثیر گواهی با دادگاه است». این ماده قانونی عیناً تکرار ماده ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ هجری شمسی می‌باشد و مفهوم آن این است که اگر قاضی، پس از استماع شهادت شهود، از قرائنی مانند تناقض گفته‌های شهود، عدم صحت آن را دریافت و یا از خارج به کذب بودن آن آگاهی داشت به استناد چنین شهادتی نمی‌تواند رأی صادر کند. ملاحظه می‌گردد که در حقوق ایران نیز ضمن پذیرش اصل شهادت، اهمیت موضوع تا جایی است که شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۶۵۵-۸/۱۳۶۷ به شرح مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۲۷۳۴- مورخ ۲۴/۸/۱۳۶۷ اعلام می‌کند، با لحاظ اصل ۴ قانون اساسی، ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینة شرعی را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته خلاف شرع تشخیص و بدین جهت ابطال می‌گردد. هرچند که در مقابل نیز برخی دعاوی قابلیت اثبات صرفاً با شهادت شهود را نداشته و آراء و نظرات ارائه‌شده در این زمینه حاکی از عدم قابلیت استناد به شهادت در خصوص دعاوی مطروحه است. به طور مثال رأی وحدت رویه شماره ۳۹۲۵ مورخ ۱/۱۵/۱۳۳۷ بیان می‌دارد: «... عقد وقف صرفاً به وسیله شهادت شهود قابل اثبات نیست. از این رو نظر شعبه چهارم دیوان عالی کشور صحیح و منطبق با ماده مزبور بوده است. بدیهی است که غاصبیت ید متصرف به عنوان مالکیت یا سبق تصرف وقف به وسیله شهادت شهود قابل اثبات است. این رأی به موجب ماده واحده مصوب ۷/۴/۱۳۲۸ کمیسیون قوانین دادگستری مجلس شورای ملی لازم‌الاتباع می‌باشد».

ولی باید دانست که قانونگذار معتقد به طریقت داشت شهادت شهود بوده و به موجب ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۲۱/۱/۱۳۷۹ تشخیص ارزش و تأثیر گواهی به نظر دادگاه محول شده است.

همچنین در مقام تأیید این نظر، ماده ۱۷۱ از قانون آیین دادرسی در امور کیفری نیز مقرر نموده است چنانچه دادگاه شهود معرفی شده را واجد شرایط قانونی تشخیص دهد شهادت آنان را می‌پذیرد، در غیر این صورت رد می‌کند. باید توجه داشت که این بدان معنا نیست که دادرس (قاضی) مجاز باشد به مقتضای علم خود و بدون استناد به دلیل دیگری حکم خود را صادر نماید، بلکه چنانچه قبلاً متذکر شدیم، این قواعد فقط در جهت نفی، توان مداخله دارند و از جنبه اثباتی دلالتی ندارند. لذا اگر دادرس به عدم صحت شهادت آگاه بود، باید به سایر ادله توجه نموده و بر مبنای آن‌ها رسیدگی و اصدار رأی نماید.

آری اگر هیچ دلیل دیگری در قضیه وجود نداشت، مورد مانند صورتی خواهد بود که اصلاً هیچ دلیلی در قضیه نبوده و قاضی عالم به بطن واقع است که در اینجا گفتیم سه قول می‌توان ابراز داشت، که قول سوم به نظر صحیح‌تر بود به این صورت که به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی به فقه رجوع نموده و بر مبنای نظر مشهور فقهای امامیه، به استناد علم خود به مسأله رسیدگی نماید. لکن اولاً؛ باید علم او از طریق عادی حاصل شده باشد و ناشی از وحی، علوم غریبه و یا خواب نباشد، ثانیاً؛ منشاء علم خود را ذکر نماید که قابلیت مناقشه در آن با رعایت اصل تناظر وجود داشته باشد و مفاد ماده ۱۳۱۹ قانون مدنی که شهادت شهود را در صورت اثبات خلاف واقع بودن غیر قابل ترتیب اثر می‌داند و یکی از طرق اثبات خلف واقع بودن آن، علم معتبر قاضی می‌باشد نیز بر همین امر دلالت دارد.

۴. جواز قضاوت غیر مجتهد

دلیل اول اینکه آنچه از کتاب و سنت استفاده می‌شود، این است که به ادعای صاحب جواهر میزان و ملاک در این باب، قضاوت به حق است. این مطلب از آیاتی چون: ﴿ان الله يأمرکم ان تؤدوا الامانات الی اهلها و اذا حکمتم بین الناس ان تحکمو بالعدل﴾ و ﴿یا ایها الذین آمنوا کونوا قوامین لله شهداء بالقسط و لا یجرمنکم شنان قوم علی الاتعدلو...﴾ و مفهوم: ﴿ومن لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الفاسقون﴾ و روایاتی چون: «القضاة اربعة ثلاثة فی النار و واحد فی الجنة رجل قضی بجور وهو یعلم فهو فی النار...» (ابن بابویه، ۱۴۰۴: ۲۸) و روایت امام صادق (ع):

«الحکم حکمان حکم الله وحکم أهل الجاهلیة فمن أخطأ حکم الله فقد حکم بحکم الجاهلیة» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹) و... به خوبی استفاده می‌شود و بدون شک کسی که احکام خدا را به دست آورده هرچند با تقلید از مجتهد باشد و بر اساس آن‌ها بر مردم حکم کرده است در زمره کسانی است که حکم به حق کرده‌اند (نجفی، ۱۴۱۲: ۱۶-۱۸).

دلیل دوم مشهوره/بی‌خدیجه است. مرحوم محقق قمی، صاحب «جواهر» و آیت الله گلپایگانی از کسانی هستند که برای اثبات جواز قضاوت به وسیله مقلد به این روایت استدلال کرده‌اند. متن روایت: «عن ابن خدیجه قال: قال ابو عبدالله (ع): إياکم أن یحاکم بعضکم بعضا إلی أهل الجور ولكن انظروا إلی رجل منکم یعلم شیئا من قضایانا فاجعلوه بینکم فأنی قد جعلته قاضیا فتحاکموا إلیه» (حر عاملی، ۱۴۰۹).

تقریب استدلال: آنچه در قاضی معتبر است علم او به مقداری از قضایای اهل بیت (ع) است و مقلدی که به مسائل و احکام شرعی آگاهی کامل دارد واجد این شرط است. مرحوم آیت الله گلپایگانی در این باره می‌فرماید: «فإن کلاً من المقلد والمجتهد المتجزی یعلم شیئا... والروایة تعم زمان الغیبة والحضور معا لکن قال المجلسی هی خاصة بزمان الحضور وفيه أن ظاهر قوله: (یعلم شیئا) اشتراط کونه عالما سواء مع الواسطة أو بدونها فل اختصاص بزمان الحضور» (موسوی الگلپایگانی: ۲۷). اینجا ممکن است کسی در مقام ایراد بگوید: این مشهوره مطلق است چون مجتهد و غیر مجتهد را شامل می‌شود و مقبوله عمر بن حنظله - که بررسی آن گذشت - مقید است چون تنها مجتهد را شامل می‌شود و جمع میان این دو اقتضا می‌کند که این مطلق بر آن مقید حمل شود. در نتیجه باید پذیرفت که منظور از علمی که در مشهوره/بی‌خدیجه آمده است نیز علم مجتهد است و بنابراین مشهور نمی‌تواند دلیل جواز قضاوت مقلد باشد.

در پاسخ این ایراد باید بگوییم: با قطع نظر از ایرادهایی که بر دلالت مقبوله بر عدم جواز قضاوت مقلد بر اساس دانش اصول، مقید در صورتی می‌تواند موجب تقييد مطلق شود که از حیث نفی و اثبات با آن مخالف باشد. در غیر این صورت - مثل جایی که هر دو مثبت باشند - مطلق، مقید نمی‌شود و باید به هر دو عمل کرد. به عنوان مثال اگر بگویند: "اکرم العلماء" و به دنبال آن بگویند: "اکرم السادات" جمله دوم تخصیص اولی نمی‌شود؛ هرچند لزوم اکرام عالمان سید از تأکید بیش‌تری برخوردار می‌شود. در بحث ما

نیز به فرض که مقبوله به باب قضا و قضاوت مجتهد اختصاص داشته باشد، اما به دلیلی که گذشت نمی‌تواند موجب تقیید مشهوره گردد.

۵. تفاوت مجتهد با غیر آن در فهم طریق

عده‌ای از بزرگان هرچند واژه اجتهاد را به کار نبرده‌اند، اما علم را چنان تفسیر کرده‌اند که بر اجتهاد قابل انطباق است. مثلاً گفته‌اند: قاضی باید به کتاب، سنت، اجماع و خلاف، لسان عرب و... عالم باشد و علم به کتاب را تفسیر کرده‌اند، به آگاهی داشتن از عام و خاص، ناسخ و منسوخ، محکم و متشابه، و علم به سنت را به آگاه بودن از متواتر و آحاد و... .

نکته جالب اینکه این بحث در کلام فقها تحت یک لفظ خاص صورت نگرفته است، بلکه گروهی از ایشان به لزوم علم برای قاضی اذعان داشته‌اند اما در شرح این صفت یا به مبادی اجتهاد و آنچه که در رسیدن به اجتهاد لازم است، پرداخته‌اند یا عمل طبق فتوای علمای دیگر را کافی ندانسته‌اند. در نتیجه مشهور فقهای شیعه شرط اجتهاد را در قاضی معتبر می‌دانند و نفوذ حکم قاضی را منوط به اجتهاد او می‌دانند و دلیل مختلفی را در بیان استدلال ذکر کرده‌اند. بنابراین از دیدگاه این عده از فقها نمی‌توان حتی بنا به طریقت اماره از امارات بهره برد مگر مقدمه فهم آن‌ها برای شخص فراهم شود و این مقدمات جز از طریق اجتهاد پدید نمی‌آید. این کلام و نوع نگاه به نظر می‌رسد خالی از اشکال نباشد، زیرا آنچه طریق انجام می‌دهد صرفاً کاشفیت است و این کشف ممکن است برای همه ایجاد شود، وقتی کشف از واقع معیار شد نه خود اماره دیگر تشخیص اماره بما هو مهم نیست تا گفته شود جز از ناحیه مجتهد امکانپذیر نیست.

رابطه حجیت علم قاضی در وقایع با عدم اعتبار اجتهاد قاضی

اگرچه برای دادرس (قاضی) سه نوع علم متصور است که عبارت‌اند از علمی که برای تصدی شغل قضاوت لازم است، علم ناشی از پرونده، علم شخصی دادرس که خارج از پرونده برای او حاصل شده است، لکن وقتی از اعتبار علم دادرس به عنوان یک نهاد

حقوقی بحث می‌شود، نوع سوم یعنی اعتبار علم شخصی دادرسی که از خارج پرونده و از راه متعارف برای او حاصل شده است، مراد است.

به شواهد زیر می‌توان به عنوان نمونه‌هایی اشاره کرد:

الف. اقوی بودن علم قاضی بر بینه و اقرار: بدین تعبیر که علم کاشفیت یقین از واقع است ولی بینه و غیر ذلک از امارات ظنیه است: صاحب «جواهر» معتقد است «ظهور علم قاضی قوی‌تر از بینه‌ای است که اراده کشف واقع از آن می‌شود» (نجفی، ۱۴۱۲: ۸۸). سید مرتضی پس از طرح چند ادعا و اشکال در بحث از آیاتی از قرآن، در باب سارق و زانی می‌گوید که حمل این دو آیه بر قضاوت طبق علم اولی از حمل آن‌ها بر بینه و اقرار است (موسوی البغدادی، ۱۴۲۵ق: ۴۱). / امام خمینی (ره) در «تحریر الوسيله» چنین می‌آورد: «برای قاضی جایز است که طبق علم خودش حکم صادر نماید، بدون اینکه نیاز به اقامه بینه، و اقرار یا قسم داشته باشد. بلکه جایز نیست بر او که در حقوق انسان و همچنین در حقوق الهی بر اساس بینه حکم دهد در هنگامی که مخالف علمش هست یا سوگند کسی که در نظرش دروغگو باشد. بله جایز است بر او نداشتن قصدی برای قضاوت در این صورت با عدم مشخص بودن و تعیین بر او به عبارت روشن‌تر یعنی در صورتی که بر او واجب عینی نباشد، پذیرش امر قضاوت بر او واجب نیست (موسوی الخمینی، ۱۴۱۷ق: ۲۶۷). با توجه به کلمات مذکور از فقها، نه تنها اجتهاد در صورت وجود علم برای قاضی معتبر و لازم نیست بلکه می‌توان تصور کرد مورد استفاده‌ای هم ندارد چراکه تشخیص و بررسی اقرار و بینه که از امارات هستند ممکن است نیاز به اجتهاد داشته باشد که در مورد بحث ما بدون انتفاع می‌باشد.

ب. تفاوت علم قاضی و اجتهاد: در ابواب فقه موضوعاتی وجود دارد که در آن علم شرط است و به این معنا که در صورت علم حکم می‌آید و در حالی که مکلف، علم ندارد از ناحیه شارع حکمی صادر نمی‌شود، اصطلاحاً گفته می‌شود علم در موضوع حکم اخذ شده است، حال سؤالی که به بحث ما مربوط می‌شود این است که در آن مسائل منظور از علم چیست؟ آیا صرف ظن قریب به علم یا اطمینان کافی است برای تحقق شرط تکلیف یا خیر؟ ما در این مقال نه از باب قیاس ابواب فقهی که معلوم است مورد پذیرش نیست، بلکه از باب لزوم سیاق واحد در کلمات شارع مقدس این نکته را بیان می‌کنیم و

مورد تدقیق قرار می‌دهیم و هدف از این بررسی این است که اگر ثابت شود در مسائلی مشترک از فقه علم شرط بود هر چیزی پایین‌تر از آن حتی اجتهاد، گرچه نتیجه اثبات این مدعی کار را از قول به اعتبار اجتهاد قاضی پیچیده‌تر می‌کند ولی از باب اینکه امکان تصور همچنین نگاهی نیز وجود دارد ما وارد این مبحث شدیم.

میرزای قمی در باب علم در امر به معروف و نهی از منکر می‌فرماید: «و اما شرایط امر به معروف و نهی از منکر، پس آن چند چیز است: اول: علم آمر و ناهی به آنکه آن فعل واجب است یا حرام (یا به اجتهاد یا به تقلید) تا اینکه امر به حرام و نهی از حلال اتفاق نیفتد، پس در آنچه حکم به آن مشتبه باشد، یا آنکه از مسائل خلافیه باشد و محتمل باشد که آن شخص به تقلید مجتهدی آن کار را می‌کند واجب نیست نهی از آن، مثل هر گاه کسی مجتهد، یا مقلد مجتهدی باشد که عصیر زبیب را بعد از غلیان و قبل از ذهاب ثلثین حرام داند و ببیند که کسی آن را می‌خورد قبل از ذهاب ثلثین، و محتمل باشد که مجتهد یا مقلد مجتهدی باشد که حلال داند، بر او منع واجب نیست و هم چنین مثل دف از برای زنان در عرایس (به شرایط مذکوره در محل آن) و ظاهر این است که تا معلوم نشود حرمت، واجب نباشد؛ و تحصیل علم به مسأله نیز مثل اینکه در مثال مذکور، هرگاه می‌داند که آن که عصیر مذکور را می‌خورد، نه مجتهد است و نه مقلد، و لکن خود این شخص هم مجتهد نیست و تا به حال از مجتهد خود سؤال نکرده است، پس الحال بر او واجب نیست سؤال از مسأله تا آنکه معلومش شود که واجب است نهی آن منکر یا نه. هر چند هرگاه خودش خواهد بخورد، واجب است که سؤال کند از مسأله (میرزای قمی، ۱۳۵۷: ۴۱۹). از دیگر موضوعاتی که اینچنین است مواردی از قبیل طهارت و نجاست، رویت هلال ماه رمضان، ورود وقت نماز، شهادت شاهد برای دادگاه و علم به استطاعت برای حج و... .

هر کدام از این موضوعات بر فرض عدم علم، حتی وجود ظن قریب به علم و یا اطمینان، حکمی را از ناحیه شارع مقدس به دنبال ندارد. این در حالی است که نهایت چیزی که توسط اجتهاد به دست مجتهد می‌آید ظن است و پر واضح است که ظن نمی‌تواند کار علم را بکند. حال اگر بتوان ثابت کرد در موضوع قضاوت نیز علم اخذ شده است، طبیعی است جز عالم به جوانب دعوا قدرت قضاوت ندارد، روایاتی از که در ذیل

بیان می‌کنیم و البته ابتدای بحث در اهمیت قضاوت به بعضی از آن اشاره کرده‌ایم، ممکن است مشعر به این مطلب باشد: قال الامام الباقر علیه السلام: «من افتى الناس بغير علم ولا هدى لعنته ملايكة الرحمة وملايكة العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه...»: امام محمد باقر علیه السلام فرمود: هر کس درباره مسائل دین فتوا و نظریه‌ای دهد که بدون علم و اطلاع ملائکه رحمت و ملائکه عذاب او را لعن و نفرین می‌کنند و گناه عمل‌کننده - اگر خلاف باشد - بر عهده گوینده است (نوری طبرسی، ۱۴۰۸ ق: ۲۴۴) اشاره به کلام مرحوم گلپایگانی: «فهل المراد من العلم في هذا الخبر ونحوه الاجتهاد المطلق أو يعم المتجزى وعلم المقلد الذي يحكم بفتوى مقلده أو ناصبه أيضا؟ الميزان هو العلم كما في رواية القضاة أربعة وأن الرواية والنظر ليس لهما موضوعية بل اعتبارا كمقدمة وطريق لحصول العلم. وبعبارة أخرى: التقييد بالرواية والنظر محمول على الغلبة لا الاحتراز، لأنه ظاهر في الطريقية لا الموضوعية حتى يكون وصفا يحترز به عن الظن ليسقط حكم غير المجتهد عن درجة الاعتبار، ويؤيد الحمل المذكور أنه يبعد جدا أن لا ينفذ حكم من "عرف الحكام" ولكن لم يرو شيئا من حديثهم، فلو كان التقييد بالرواية احترازيا كان المعني: من لم يرو شيئا من أحاديثنا فلا ترجعوا إليه وإن كان عارفا بأحكامنا وعالا بشي من قضايانا. ويؤيد ما ذكرنا أن بعض الرواة كانوا يتعلمون الحكم من الامام عليه السلام في الواقعة ثم يقضون به، كما في رواية عبد الله بن طلحة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل دخل على امرأة فقال أبو عبد الله عليه السلام: افض على هذا كما وصفت لك: فقال: يضمن مواليه... وفي أخرى: عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لما ولى أمير المؤمنين عليه السلام شريحا القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه. وحينئذ فمن "يعلم شيئا..". سواء عن اجتهاد أو تقليد مجعول. من قبل الامام عليه السلام حاكما، ويكون حكمه نافذا، وحاصل ذلك نفوذ حكم القاضى العالم بالاحكام تقليدا فضل عن المجتهد المتجزى (موسوى گلپایگانی، پیشین: ۳۳). این کلام همان شاخصه‌ای است که توجه به آن می‌تواند محقق را به این مطلب رهنمون شود که اجتهاد نمی‌تواند شرط برای قاضی باشد.

ج. مقایسه علم قاضی و شهادت شهود: همانطور که در سطور بالا در شواهد قانونی ذکر شد، شهادت عبارت است از اظهارات اشخاص خارج از دعوی که امر مورد اختلاف را

دیده یا شنیده یا شخصاً از آن آگاه شده‌اند یعنی شخصی به نفع یکی از اصحاب دعوی و بر ضرر دیگری اعلام اطلاع و خبر از وقوع امری نماید، اگر وسیله آگاهی گواه، قوه بینایی او باشد گواه را شاهد عینی و گواهی او را مشاهده نامند و اگر وسیله آگاهی، قوه سامعه باشد گواه را شاهد سمعی و گواهی او را اسماع خوانند.

استناد به شهادت شهود، یکی از دلایل مورد قبول جهت اثبات دعاوی حقوقی در تمام سیستم‌های حقوقی می‌باشد و پذیرش آن به عنوان یکی از دلیل اثبات دعوی مورد اتفاق نظر همه رژیم‌های حقوقی است و تفاوت سیستم‌های حقوقی صرفاً در ارتباط با موضوعات قابل اثبات با شهادت و همچنین تشخیص ارزش شهادت و درجه اعتبار آن می‌باشد. در غالب نظام های حقوقی دادرس حق ارزشیابی شهادت شهود را دارد. از این نظر دادرس، محدود در شمار گواهان نبوده و ممکن است از شهادت یک نفر قناعت وجدانی حاصل نماید یا شهادت عده بی‌شماری را اقناع کننده تشخیص ندهد.

اگر شهادت شهود مبتنی بر مسأله‌ای باشد که قاضی نسبت به آن هیچ گونه علمی ندارد و یا اینکه قاضی علم به واقع قضیه دارد لکن، علم او موافق مؤدای شهادت است و شرایط اعتبار شهادت مثل رعایت تعداد، عدالت و بلوغ نیز مهیا باشد، اشکالی ندارد که بر مبنای این شهادت رأی صادر شود. اما اگر شهود بر مسأله‌ای شهادت دادند لکن قاضی از خارج، علم به کذب یا حداقل، اشتباه بودن شهادت شهود داشت، نباید به این شهادت توجه کند و اقدام به صدور رأی نماید.

نتیجه بحث

با توجه به آنچه تا به حال بیان شد، امارات شأنیت کشف از واقع دارند و این شأن ممکن است از هر طریقی فراهم شود. این همان معنای طریقت است که تعداد زیادی از بزرگان به آن قائل‌اند، در این صورت راه برای حجیت علم قاضی باز می‌شود، و وقتی بیان می‌شود علم قاضی نیز به عنوان هم عرض امارات به میان میدان می‌آید علم او نیز صرفاً جنبه کشف از واقع را داراست نه بیش‌تر.

این مطلب را ضمیمه کنیم به راه‌های کشف جرم در عصر جدید مانند اثر انگشت و تشخیص از طریق خون و... که هیچ کدام در قدیم مورد بحث نبوده و قطعاً ربطی به

امارات مورد اتفاق علما ندارد که مطرح شود. بنابراین تشخیص این اماره با مجتهد است در نتیجه شاید بتوان گفت اگر کشفیت از واقع معیار شد این کشف از هر راهی توسط هر کسی صورت پذیرد معتبر است، لذا در مجامع حقوقی حتی بحث از اعتبار نظریه کارشناس جرم مطرح است چه برسد به اعتبار نظریه قاضی.

کتابنامه

قرآن کریم.

- ابن ادريس حلی. ۱۴۱۰ق، السرائر، قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ابن منظور. ۱۴۰۸ق، لسان العرب، تحقیق علی شیری، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابن بابویه، ابوجعفر. ۱۴۰۴ق، مَنْ لَا یَحْضُرُهُ الْفَقِیْه، ج ۳، قم: چاپ علی اکبر غفاری.
- امامی، حسن. ۱۳۸۸ش، حقوق مدنی، ج ۶، تهران: انتشارات اسلامی.
- انصاری، مرتضی. ۱۴۱۹ق، فرائد الأصول، ج ۲، قم: مجمع فکر اسلامی.
- ایمانی، عباس. ۱۳۸۲ش، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، آریان، ج ۱، تهران: بی نا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ۱۳۷۸ش، مبسوط در ترمینولوژی، ج ۱ و ۲، تهران: انتشارات گنج دانش.
- الجهوری، اسماعیل. ۱۴۰۷ق، الصحاح تاج اللغة، تحقیق احمد عطار، بیروت: چاپ و نشر دار العلم للملایین.
- حرّ عاملی، محمد. ۱۴۰۹ق، وسایل الشیعة، ج ۱۸، تهران: مؤسسه آل بیت (ع).
- حلی (علامه)، حسن. ۱۳۶۹ش، تبصرة المتعلمین، قم: کتابفروشی اسلامی.
- خوئی، سید ابوالقاسم. ۱۴۲۲ق، المنهاج الصالحین، ج ۴، قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی.
- خوئی، سید ابوالقاسم. بی تا، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱ و ۲، بیروت: انتشارات دار الزهراء.
- ذهنی تهرانی، سید محمد جواد. ۱۳۸۸ش، بیان المراد؛ شرح فارسی اصول الفقه شیخ محمد رضا مظفر، ج ۳، چ ۱، تهران: گنجینه ذهنی.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. ۱۴۲۳ق، مفردات الفاظ القرآن، چ ۲، قم: انتشارات ذوی القربی.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد. ۱۹۹۸م، مصادر الحق، ج ۲، بیروت: الحلبي الحقوقیه.
- شمس، عبدالله. ۱۳۸۵ش، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، تهران: انتشارات دارک.
- الطرابلس، عبدالعزيز بن البراج. ۱۳۸۵ش، المهذب، قم: نشر دانش حوزه.
- الطوسی، محمد بن الحسن. ۱۹۶۸م، الخلاف فی الفقه، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- الطوسی، محمد بن الحسن. بی تا، نهاییة، اعداد: علی اصغر مروارید، ج ۱، بی جا: بی نا.
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول). ۱۳۸۵ش، لمعه دمشقیه، ج ۱، تهران: خط سوم.
- عسگری، ابوهلال. بی تا، الفروق فی اللغة، بیروت: نشر دار الافاق الجديدة.
- عمید، حسن. ۱۳۶۶ش، فرهنگ فارسی عمید، ج ۱، تهران: امیرکبیر.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. بی تا، کتاب العین، ج ۵ و ۳، چ ۲، قم: نشر هجرت.

- فیض کاشانی، محسن بن مرتضی. ۲۰۰۵م، **المحجة البيضاء فی تهذیب الاحیاء**، به تصحیح علی اکبر غفاری، ج ۳، بیروت: مؤسسه الأعلمی.
- قریشی، سید علی اکبر. ۱۳۷۱ش، **قاموس قرآن**، ج ۵، تهران: نشر دار الکتب الاسلامیه.
- متین دفتری، احمد. ۱۳۴۸ش، **آیین دادرسی مدنی**، ج ۳، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محمد بن احمد. بی تا، **تهذیب اللغة**، ج ۹، چ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- معین، محمد. بی تا، **فرهنگ فارسی**، ج ۱، چ ۷، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- موسوی البغدادی، سید شریف المرتضی. ۱۴۲۵ق، **الانتصار**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- موسوی الخمینی، روح اله. ۱۴۱۷ق، **تحریر الوسيلة**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- موسوی الخمینی، روح اله. بی تا، **انوار الهدایة: تعلیقات الکفایة آخوند خراسانی**، قم: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البيت.
- موسوی گلپایگانی. **کتاب القضاء**، ج ۱، کتابخانه دیجیتالی فقاقت.
- میرزای قمی. ۱۳۵۷ش، **جامع الشتات**، تهران: سازمان انتشارات کیهان.
- نائینی، میرزا محمد حسین. ۱۳۳۴ش، **تنبیہ الأمة وتنزیه الملة**، با مقدمه و توضیح سید محمود طالقانی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- نجفی، محمدحسن. ۱۴۱۲ق، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۴۰، بیروت: مؤسسه المرتضی العالمیه.
- الندوی، علی احمد. ۱۴۳۰ق، **القواعد الفقهیة**، دمشق: نشر دار القلم.
- نراقی، احمد. ۱۴۱۷ق، **فوائد الأيام**، قم: مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی.
- نوری طبرسی، میرزا حسین. ۱۴۰۸ق، **مستدرک الوسائل**، بیروت: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث الاسلامی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. ۱۳۷۸ش، **بایسته های فقه جزا**، تهران: نشر میزان.
- ولایی، عیسی. ۱۳۷۴ش، **فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول**، بی جا: بی نا.
- ولیدی، محمد صالح. ۱۳۸۱ش، **حقوق جزای اختصاصی جرایم علیه اشخاص**، ج ۲، تهران: امیرکبیر.

مقالات

- بهره مند، مهدی و احمد رضا توکلی و محمد هادی مهدوی. ۱۳۹۸ش، «**مبانی قرآنی و روایی مسئولیت مدنی قاضی و جریبان آن در قوانین موضوعه**»، فصلنامه مطالعات قرآنی، ش ۳۸، صص ۳۳-۵۳.

Bibliography

- Ibn Idris Hali. 1410 AH, Al-Sarair, Qom: Qom Seminary Islamic Publications Office.
- Ibn Manzoor. 1408 AH, Arabic language, research on Ali Shiri, Beirut: Dar Al-Ahya Al-Tarath Al-Arabi.
- Ibn Babawiyah, Abu Ja'far. 1404 AH, I do not attend the jurist, vol. 3, Qom: printed by Ali Akbar Ghaffari.
- Emami, Hassan 2009, Civil Law, Volume 6, Tehran: Islamic Publications.
- Ansari, Morteza 1419 AH, Faraid al-Osul, vol. 2, Qom: Islamic Thought Association.
- Imani, Abbas 2003, Dictionary of Criminal Law Terms, Arian, Vol. 1, Tehran
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. 1999, Extensive in Terminology, Volumes 1 and 2, Tehran: Ganj-e-Danesh Publications.
- Al-Jawhari, Ismail. 1407 AH, Al-Sahah Taj Al-Lingha, research by Ahmad Attar, Beirut: Dar Al-Alam Publishing House for the Malays.
- Hali (Allama), Hassan. 1990, Commentary of the Learned, Qom: Islamic Bookstore.
- Khoei, Seyed Abolghasem 1422 AH, Al-Minhaj Al-Saleheen, vol. 4, Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam Khoi.
- Khoei, Seyed Abolghasem Bi Ta, Basics of Completing the Curriculum, vols. 1 and 2, Beirut: Dar Al-Zahra Publications.
- Tehrani Mind, Seyed Mohammad Javad. 1388, Bayan al-Murad; Persian Explanation of the Principles of Jurisprudence Sheikh Mohammad Reza Muzaffar, vol. 3, ch. 1, Tehran: mental treasure.
- Ragheb Isfahani, Hussein bin Mohammad. 1423 AH, the contents of the words of the Qur'an, Ch 2, Qom: Dhu al-Qirbi Publications.
- Sanhori, Abdul Razzaq Ahmad 1998, Masadar al-Haq, vol.
- Shams, Abdullah 2006, Civil Procedure Code, Volume 3, Tehran: Dark Publications.
- Al-Tripoli, Abdul Aziz bin Al-Baraj. 2006, Al-Madhhab, Qom: Publication of knowledge of the seminary.
- Al-Tusi, Muhammad bin Al-Hassan 1968, Al-Khalaf Fi Al-Fiqh, Tehran: Islamic Bookstore.
- Al-Tusi, Muhammad bin Al-Hassan, end, numbers: Ali Asghar Morvarid, vol. 11.
- Ameli, Muhammad ibn Maki (the first martyr). 2006, Lameh Damascus, vol. 1, Tehran: third line.
- Askari, Abu Hilal Bi Ta, Al-Farooq Fi Al-Lingha, Beirut: New Publications Publishing House.
- Amid, Hassan. 1987, Amid Persian Culture, Volume 1, Tehran: Amirkabir.
- Farahidi, Khalil bin Ahmad, Kitab al-Ain, vols. 5 and 3, ch. 2, Qom: Hijrat Publishing.
- Faiz Kashani, Mohsen bin Morteza.
- Qureshi, Seyed Ali Akbar 1992, Quran Dictionary, Volume 5, Tehran: Publisher of Islamic Books.
- Matin Daftari, Ahmad 1348, Civil Procedure Code, Volume 3, Tehran: University of Tehran Press.
- Muhammad bin Ahmad, Tahdhib al-Lingha, vol. 9, ch. 1, Beirut: Dar Al-Ahya Al-Tarath Al-Arabi.
- Moin, Mohammad, Farhang-e Farsi, vol. 1, ch. 7, Tehran: Amirkabir Publications.
- Mousavi Al-Baghdadi, Sayyid Sharif Al-Murtada 1425 AH, Al-Intisar, Qom: Islamic Publishing Institute.
- Mousavi Khomeini, Ruhollah. 1417 AH, Tahrir al-Waseela, vol. 2, Qom: Islamic Publishing Institute.

- Mousavi Khomeini, Ruhollah. *Bi Ta, the light of guidance; Commentaries on the Sufficiency of Akhund Khorasani*, Qom: Ahl al-Bayt Research and Publication Institute.
- Mousavi Al-Golpayegani. *Book of Judiciary*, Vol. 1, Digital Library of Jurisprudence.
- Mirza Qomi. 1978, *Jame Al-Shattat*, Tehran: Kayhan Publishing Organization.
- Naini, Mirza Mohammad Hussein 1334, *Tanbih al-Ummah and Tanzih al-Mulla*, with introduction and explanation by Seyyed Mahmoud Taleghani, Tehran: Anteshar Co.
- Najafi, Mohammad Hassan 1412 AH, *Jawahar al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam*, vol. 40, Beirut: Al-Murtada Al-Alamiya Foundation.
- Al-Nadwi, Ali Ahmad 1430 AH, *Rules of Jurisprudence*, Damascus: Publication of the pen.
- Naraqi, Ahmad 1417 AH, *Benefits of the Days*, Qom: Publishing Center for the Islamic Media Library.
- Nouri Tabarsi, Mirza Hussein. 1408 AH, *Mustadrak al-Wasa'il*, Beirut: Al-Bayt Foundation for the Revival of Islamic Heritage.
- Hashemi Shahroudi, Seyed Mahmoud. 1999, *Requirements of Criminal Jurisprudence*, Tehran: Mizan Publishing.
- Wali, Jesus. 1995, *Explanatory Dictionary of Principles Terms*
- Walidi, Mohammad Saleh 2002, *Specific Criminal Law for Crimes against Individuals*, Volume 2, Tehran: Amirkabir.

Articles

- Bahramand, Mehdi and Ahmad Reza Tavakoli and Mohammad Hadi Mahdavi. 1398, "Quranic Principles and the Validity of Judge's Civil Liability and Its Flow in the Subject Laws", *Quarterly Journal of Quranic Studies*, Vol. 38, pp. 33-53.

Subjectivity or Method of the Indications in the Validity of Ijtihad by Looking at Holy Quran and Narrations

Mostafa Rashedi

Ahmad Reza Tavakoli

Mohammad Ali Heidari

Abstract

There is a debate among the jurists as to whether the judge's knowledge of the event can have an external effect on his verdict, in the sense that even if he is aware of the event between the two parties in any way, what is valid for him to rule based on it, is only the hints appointed by the Sharia which are evidence and confession, or the knowledge of a judge without specific hints has the authority to issue a rule. The result of this debate on the validity of ijtihad or the adequacy may show itself and be useful in terms of its single criteria. Since examination of the hints (evidence and confession) is a completely specialized matter in the field of expertise of a mujtahid, then assuming that indication and evidence are relevant in proving a claim and verdict, then ijtihad is necessary for judgment, and if we can prove evidence and confession are only a way to the truth then the truth is revealed to the judge and the judge can issue a verdict, so ijtihad is not necessary.

Keywords: path, subjectivity, ijtihad, hints.