

حسین گوغانی

استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی

جواز اداری و حکم قاضی به ساد علم خویش از دیدگاه فقهاء

مطالب مندرج در بحث :

- الف - بررسی و طرح مسئله جواز عمل قاضی به علم خویش از نظر دلائل عقلی و اهمیت آن.
- ب - تصویر فروض و ابعاد مسئله و طرح محل نزاع و تنقیح آن.
- ج - مشکلات عمل نکردن قاضی به علم خود و پیامدهای آن.
- د - اقوال مختلف در مسئله و اثبات قول مشهور.
- ه - دلائل نقلی بر مدعی از قرآن و روایات.
- و - شواهد تاریخی و سیره مستمره.
- ز - نتیجه و ثمره بحث.
- ح - روش محاکم قضائی ممالک دیگر یکی از عمده ترین مسائلی

در تدوین، و تحقیق، این مقاله از ریاست محترم دانشکده الهیات حضرت آیه... آقای حاج آقا میرمحمدی دام ظلّه کمال سپاس گذاری را دارم که این جانب را مورد لطف و تشویق قرار داده، فرمودند که موضوع این مقاله «استاد قاضی بعلم خویش بطور مستدل» مسئله روز، و مورد نیاز است و بعضی از منابع را هم در اختیار حقیر قرار دادند و همچنین از جناب آقای دکتر فیض مدیر محترم گروه و جناب آقای دکتر آیه... زاده شیرازی سرپرست و مدیر مسئول محترم مجله که صرف وقت نموده و بدرعایت نکاتی لازم اشاره نمودند، متشکرم.

حسین گوغانی

که در باب اصول قضاء اسلامی مورد مناقشه و بحث فقهاء است، مسأله استناد قاضی به علم خویش است، اغلب گفته‌اند قاضی در دادرسی خود همانطوریکه باید به بینه و یمین و حلف عمل کند بعلم خویش نیز باید عمل نماید و حکم کند.

تصویر فروض و ابعاد مسئله :

مسأله علم قاضی از دو بعد حائز اهمیت است:

۱- قاضی مأمور به اجرای عدالت است «یعنی باید هر حکمی را در جای مناسب آن قرار دهد».

حال اگر قاضی مطابق بینه و یمین و اقرار... که خلاف واقع بودن آنها را یقین دارد حکم کند در این صورت علم و یقین خواهد نمود که خلاف واقع حکم کرده، حق مسلمی را باطل و تضییع نموده است در این صورت تکلیف چیست؟

(۲) - در اکثر قضایائی که به حاکم مراجعه و مرافعه می‌شود، عادتاً اقامه بینه در همه جا امکان پذیر نیست، زیرا اکثر شهود و گواهان شرائط سنگینی که شرعاً معتبر است حائز نیستند، در این صورت قاضی در محاکم قضائی جهت فصل خصومت چگونه و چه راهی را باید انتخاب کند، گرچه بحق فقهای بزرگوار ما در مسئله فوق همچون مسائل دیگر، زحمات فراوانی را متحمل شده، بررسی‌ها و تحقیقات و تتبعات بسیار ارزنده‌ای، از خود به جای گذاشته‌اند ولی آن کاوشهای علمی گرانمایه از نظر سبک و روش بصورتی نگارش یافته که مسأله مزبور، از یکسو با دست‌اندازها و پیچیدگی‌های فنی و صناعی و معضلات علمی مواجه کرده، و از سوی دیگر نظم و ترتیب، و تفکیک مسائل رعایت نشده است.

در این مقاله سعی بر آن است که علاوه بر بررسی‌های لازم، به ارزیابی نظرات ویژه محققان در زمینه‌های گوناگون به پردازیم تا بدینوسیله علاقه‌مندان به فرهنگ اسلامی، به‌توانند به‌سہولت مطالب را از مراجع خود بدست آورده و با فرهنگ غنی اسلامی بهتر آشنا شوند.

تنقیح محل نزاع :

«ذکر چند نکته در مسئله استناد قاضی بعلم خود لازم بنظر میرسد.
الف : نسبت به مورد دعوی، از طرفی بینه و یمین واقرار... وجود دارد
واز طرفی هم مطابق طرق معینه شرعیه برای قاضی علم حاصل می شود
[توافق حاصل آمده، بین علم قاضی و طرق شرعیه] این يك صورت
قضیه است.

ب : طرق شرعیه - بینه و حلف و اقرار وجود دارد ولی قاضی، نسبت
به مسئله مطروحه علم و یقین ندارد، این دو صورت از محل نزاع خارج
است، فریقین (شیعه و سنی) اتفاق نظر دارند، که قاضی باید بدون درنگ
حکم نموده، مسئله را فیصله دهد^۱.

ج : نسبت بمحل دعوی، بینه و یمین... در کار نیست لکن قاضی
شخصاً علم حاصل نموده، و حق را میداند و یا اگر بینه و یمین هست
قاضی یقین دارد گواهان و یا حلف شخص منکر کذب محض و خلاف واقع
است.

و فرق نمی کند صدور چنین خلاف واقع از طرف مدعی و منکر و یا
از طرف شهود از روی عمد و یا از روی جهل و خطا بوده باشد.
به تعبیر دیگر فرقی نیست بین اینکه موازین شرعی از قبیل بینه...
در خلاف گوئی متعمد بوده باشند و یا خطاکار در هر صورت قاضی علم
دارد خلاف واقع و حق است.

این دو صورت فوق مورد بحث ما است :

(۱) بینه و یمین وجود ندارد

(۲) یا بینه و یمین وجود دارد ولی خلاف واقع است.

و فقها اختلاف نموده اند که آیا با بینه و یمین ...

قاضی می تواند به علم خویش استناد نموده غائله را رفع کند یا

نمی تواند؟

از اکثر منابع مورد مطالعه چهار قول بدست می‌آید که ما آن اقوال را با دلائل و مستندات آنها «مورد بحث تفصیلی قرار می‌دهیم».

لازم است، قاضی به علم خود خواه در حقوق الناس و در حقوق الله، بنابر صحیح‌ترین اقوال استناد کند، خواه این علم قبل از تصدی منصب قضا حاصل آید، و خواه بعد از آن و خواه در محل قضا و یا در غیر محل قضا حاصل شود.

در این رابطه عبارت چند تن از فحول^۲ فقهاء توجه فرمائید، سید مرتضی علم‌الهدی: «و مما انضرت، به الامامیه و اهل الظاهر یوافقونها فيه، القول بان الامام والحاكم من قبله ان یحکموا بعلمهم فی جمیع الحقوق والحدود من غیر استثناء و سواء علم الحاكم، ما علمه و هو حاکم او علمه قبل ذلك و قد حکى، انه مذهب لابی‌ثور... وقال الشافعی یقضی بعلمه، فی حقوق الناس و فی الحدود قولان... لاختلاف بین الامامیه فی هذه المسئله و قد تقدم، اجماعهم ابن‌الجنید و تاخر عنه و انما قول، ابن‌الجنید فیها علی ضرب من الرأى والاجتهاد و خطاه ظاهر، و کیف یخفی، اطباق الامامیه علی وجوب الحكم، بالعلم»^۳.

قبل از تنقیح کلام: سید مرتضی

در این جا لازم است، به یک نکته قابل توجه اشاره کنم و آن این است که، این جانب مسئله مورد بحث را از عصر حاضر پی‌گیری نمودم تا به سیر تحول مسئله از نظر زمان‌بندی مطلع گردم تا رسیدم به عصر صدوق علیه‌الرحمه و شیخ مفید و کلمات آنها را بررسی نمودم، دیدم نفیاً و اثباتاً در عصر آنها مسئله مطرح نشده است و اینکه فقهای قبل از سید مرتضی علیه‌الرحمه، به مسئله متعرضی نشده‌اند. تعجب این جانب را برانگیخت لذا بر آن شدم، تا جائیکه، امکان فحص وجود دارد منابع را مورد مطالعه قرار دهم وقتی بمقابله سید مرتضی رسیدم دیدم.

۲- غرض: از نقل عبارت فقهاء، این است، با اینکه همه آنها در اصل مسئله، اتفاق کلام دارند ولی هریکی از عبارتها حاوی ویوگی‌های خاصی هستند.

۳- الجوامع الفقهیه ص ۱۵۹: ینابیع الفقهیه: ص ۳۲، موسسه فقه‌الشیعه.

سیری کوتاه در اظهارات سید مرتضی رضوان الله علیه :

سید مرتضی: در این زمینه [ارزش و ارزیابی علم قاضی] بحث را، بگونه‌ای، مطرح می‌کند، که در کلمات فقهاء دیگر بدین شکل تصویر نشده است، و دربرگیرنده ابعاد و خصوصياتی است که در خور نقل و شایان ذکر است. سید مرتضی، اولاً در مورد عمل قاضی بعلم خود، ادعای اجماع نموده، اظهار می‌دارد مسئله مزبور از مختصات فرقه امامیه می‌باشد ثانیاً - می‌فرماید مخالفی در مسئله وجود ندارد جز، ابن‌الجنید که: ایشان می‌گویند: «جایز نیست قاضی در محاکم قضائی بعلم خود عمل نماید».

سید مرتضی:، حملات شدیدی را علیه ابن‌الجنید آغاز نموده می‌گوید: چگونه اتفاق علماء از او (ابن‌الجنید، مخفی مانده است؟! در حالیکه «تقدم، اجماعهم، ابن‌الجنید و تاخر عنه» و این مخالف ایشان، رای و نظر شخصی وی است و در این اجتهاد هم به‌خطا رفته است، پس مخالفت ابن‌الجنید نمی‌تواند اجماع را مخدوش نماید.

ثالثاً: در مقام اثبات حجیت و سندیت علم قاضی، در هر حال، و انتقاد از روش ابن‌الجنید و تخطئه از رای و اجتهاد وی^۴ به‌سلسله شواهد تاریخی، و آیات و روایات تمسک نموده و مسئله مورد بحث را از متفردات امامیه شمرده است در این زمینه به‌نظر ابوالصلاح می‌پردازیم.

مرحوم: ابوالصلاح حلبی★: می‌فرماید:

علم‌الحاکم، بما یقتضی تنفیذالحکم، کاف فی صحته، و مغن عن اقرار، و بینة، و یمین... لسکون نفس‌الحاکم‌العالم، الی ما علمه فی حال حکمه بمقتضاه سواء کان علمه حادثاً فی حال او باقیاً الیهما او متولداً عن

۴- «جواهرالکلام: محمدحسن نجفی ج ۴۰، ص ۸۹ بیروت داراحیاءالتراثالعربی».

★- «ابن‌الجنید: محمدبن احمد بن الجنید: الاسکانی نجاشی قریب بچهل کتاب از او

نقل شده و شیخ مفید ره از او روایت می‌کند وفات نمود در ری به‌سال ۱۲۴۱ هـ.ق» بنقل از

هدیه‌لاحباب: شیخ عباس قمی طبع نجف.

امثاله الماضية او حادثاً حالاً بعد حال... و عدم السكون لصحة الدعوى مع الاقرار، او البينه، او اليمين.

بررسی و برداشت از گفتار ابوالصلاح در میان اقوال قدما و متأخرین تعبیری مبسوط تر نسبت بکیفیت علم قاضی نظیر کلام او نیافتیم لذا مقتضی دیدم نظر ایشان را بطور کامل بیاورم، مرحوم ابوالصلاح حلبی: ضمن جملاتی کوتاه و فشرده مسئله را بطرز جالب مورد تحلیل قرار داده و بامهارت و ظرافت اعجاب انگیز توانسته است معانی گسترده‌ای را در سطح بسیار وسیع نسبت به مسئله نفوذ علم قاضی بیان کند و نکات دقیق و پرمحتوائی را رقم زند که ما به نقل آن می‌پردازیم.

الف: علم قاضی را در تنفیذ حکم کافی می‌داند.

ب: با وجود علم قاضی نیازی به وجود اقرار و بینه و حلف نمی‌بیند.

ج: علم حاکم در تمام احوال و شرائط حجت دانسته و سبب اطمینان و آرامش قلبی قاضی می‌داند.

د: اقرار و بینه و حلف را موجب سکون نفس ندانسته فقط از باب

تعبد می‌داند.

مرحوم شیخ طوسی: میفرماید: للحاکم ان یحکم به علمه فی جمیع الاحکام، من الاموال والحدود والقصاص و غیر ذلك، سواء کان من حقوق الله تعالی او من حقوق الادمیین، فالحکم فیه سواء ولا فرق بین ان یعلم ذلك بعد التولیته فی موضع ولایته او قبل التولیة.

۵- ابوالصلاح حلبی: ناهش: تقی‌الدین فرزند نجم‌الدین، عبدالله حلبی متولد ۳۴۷ ه. ق. متوفای ۴۴۷ ه. ق.، کتاب وی: الکافی فی الفقه ص ۵۷، بنقل از سلسله‌الینابیع الفقهیة، طبع موسسه فقه الشیعة، هدیه‌الاحباب: ص ۲۳ طبع نجف.

۶- خلاف: محمد بن حسن طوسی ج ۲ ص ۶۰۲ طبع ۲/ تابان محمد بن حسن بن علی کنیه اش ابو جعفر معروف به شبخ طوسی و شیخ الطائفة است، از اکابر علمای اهامیه از تلامذه شیخ مفید و سید مرتضی علم‌الهدی است.

تولدش در شهر طوس بسال ۳۸۵ هجری بوده در سال ۴۰۸ هجری وارد بغداد شد و در آن موقع ۲۳ سال از عمر ایشان سپری شده بود.

بقیه حاشیه در صفحه بعد

«اهمیت مسئله مورد بحث از دیدگاه شیخ طوسی» :

مرحوم حلبی گرچه حقیقاً در پیرامون کیفیت علم قاضی و ارزش و نفوذ آن، آنچه لازمه تحقیق بود در کتاب کافی خود بنحو کافی و وافیه بیان نمودند لکن شیخ طوسی مسئله را از بعد دیگر دنبال نموده و درباره متعلق علم قاضی بر اساس فقه و مبانی حقوقی به نقد و بررسی می‌پردازد، و ما با در نظر گرفتن ویژگی‌های عالمانه وی، نظرات ایشان را بطور اختصار یادآور می‌شویم.

- ۱- علم قاضی حجت است و باید طبق آن عمل نماید (لحاکم ان...)
- ۲- حاکم: در تمام احکام بدون استثناء باید حکم کند.
- ۳- حکم حاکم برابر علم خویش نسبت به متعلق حکم اموال باشد یا حدود و قصاصی نافذ است.
- ۴- متعلق علم حقوق الله باشد یا حقوق آدمیین.
- ۵- فرق نمی‌کند علم در زمان تولیت مقام قضی حاصل شود یا قبل از آن.

بقیه حاشیه از صفحه قبل

شیخ طوسی: امام طائفه امامیه است بعد از ائمه معصومین علیهم السلام؛ او نخستین کسی است که مرکز علمی دینی را نجف اشرف اختیار نموده است، دارای مؤلفات سودمندی است «در علوم اسلامی، فقه، اصول، تفسیر، حدیث...» از جمله :

- ۱- استبصار است که در طراز یکی از کتب اولیه به شمار می‌رود.
- ۲- دیگر تبیان در تفسیر قرآن است.
- ۳- تهذیب الاحکام که یکی از کتب اربعه است که شامل سیزده هزار و پانصد و نود حدیث می‌باشد.
- ۴- کتاب: الخلاف در مسائل اختلافی فقه شیعه و اهل سنت.
- ۵- کتاب مبسوط در فقه است.
- ۶- عدة الاصول در اصول فقه.
- ۷- نهایه است.

وفات شیخ طوسی در بیست و دوم محرم به سال ۴۶۰ هجری در سن هفتاد و پنج سالگی بوده است و در نجف اشرف مدفون و قبرش معروف است، به نقل از اعیان الشیعه سید محسن امین ج ۹ / ص ۱۵۹ بیروت، هدیه الاحباب ص / ۹ مطبوعه مرتضویه: شیخ عباس قمی، مبادی فقه و اصول: دکتر علیرضا فیض ص ۳۶۷، چاپ دانشگاه تهران.

۶- علم قاضی در موضع ولایت حاصل شود یا در غیر موضع ولایت. مرحوم فخرالمحققین رضوان الله علیه چنین میفرماید: واما من عداه من الحکام فالظاهر ان لهم ان يحكموا بعلمهم... لان قضائه بالشاهدين قضاء بظن والقضاء بالعلم قضاء بيقين و محال في الحكمة جواز الاول و منع الثاني.^۷

جداً افتخار محققان است چقدر بیان زیبایی دارد که قضاوت بسبب شاهدین داوری به ظن است اما داوری به علم داوری به یقین است. فخرالمحققین: می خواهد بفرماید با قطع نظر از «آیات و روایات» هم کدام حکمت و فلسفه، اجازه می دهد با وجود یقین، به گمان عمل شود، چنانکه قرآن با صراحت اعلام می دارد ان الظن لا یغنی عن الحق شیئاً، ملاحظه کنید کلام شهیدین «شهید اول، و شهید ثانی» را در مسئله: علم قاضی چنین است، شهید ثانی پس از نقل کلام شهید اول: «واما الانکار، فان كان الحاكم عالماً بالحق قضی بعلمه»: چنین می فرماید: و لافرق بین علمه به فی حال ولایته... ولیس له حینئذ طلب البینه، من المدعی مع فقدها قطعاً^۸ و مع وجودها علی الاقوی وان قصد دفع التهمة.

۷- ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. فخرالمحققین، نامش محمد فرزند علامه کنیه اش ابوطالب لقبش سعید مشهور به فخرالمحققین از بزرگان فقهای امامیه جامع علوم عقلیه و نقلیه بوده است. نزد پدر بزرگوارش تلمذ نوده چنانکه در هدیه الاحباب مرحوم شیخ عباس قمی نقل نوده در ده سالگی بدرجه اجتهاد نائل گردید. هدیه الاحباب ص ۲۰۹ چاپ نجف.

فخرالمحققین: در سال ۶۸۲ متولد شد و در سال ۷۷۸ ه.ق وفات یافت، قال الشيخ البهائي «فی توضیح المقاصد»: لم یصنف فی الکتب الفقھیة مثله»: کتبه «ایضاح الفوائد» بأمر والده: العلامة فخرج منه الی اول النکاح فی مجلد فی حیاة والده والبواقی الی اخر الکتب فی مجلد بعد وفاته» «بنقل از الذریعة ج ۲ ص ۴۹۷ چاپ طهوری».

۸- الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة زین الدین علی بن احمد ج ۳ / ص ۸۴ وفات (۹۶۵ ه.ق) طبع دارالعالم الاسلامی، بیروت ترجمه سید کلانتر.

شهید اول: نامش: محمد، لقبش شمس الدین، کنیه اظ ابو عبد الله، تولدش در دمشق بوده این مرد جلیل پس از محقق [جعفر ابو القاسم نجم الدین] افقه فقها و امامیه است تولد ۷۳۴ ه. بقیة حاشیه در صفحه بعد

بدین ترتیب، آنچه که از مأخذ حقوقی «از قبیل آیات، و روایات و شواهد تاریخی و نقل آراء اهل سنت» که بعداً مستدلاً شرح خواهیم نمود، چنین برمی آید که قلمرو حاکمیت و اقتدار قاضی در احقاق حق محدود و منحصر به موازین شرعی [از قبیل بینه، و حلف و اقرار] نیست بلکه محور اصلی، در درجه نخست علم یقین [البته علمی که از طرق متعارفه حاصل آید]^۹ که قاضی باید به استناد آن حکم کند چنانکه شهید اول: فرمودند: در صورتی که مدعی انکار نمود اگر حاکم عالم به حق باشد لازم است طبق علم خود حکم کند و طلب بینه از مدعی لزومی ندارد بعبارت دیگر در چنین صورتی از مدعی طلب بینه لازم نیست، ولو بینه هم وجود دارد حتی چنانکه شهید ثانی فرمودند ولو طلب بینه از باب رفع تهمت هم بوده باشد باز لازم نیست زیرا قاضی رسالت دارد علم خود را مورد استناد قرار داده و بر همین اساس عدل و حق را اجرا نماید. در این رابطه حضرت امام خمینی رضوان الله تعالی علیه تعبیرات بسیار جالبی دارند

میفرماید: «يجوز للقاضي ان يحكم بعلمه من دون بینه او اقرار او حلف، في حقوق الله تعالى وفي حقوق الناس بل يجوز له الحكم بالبينة اذا كانت مخالفة لعلمه او احواف من يكون كاذباً في نظره»^{۱۰}.

بقیه حاشیه از صفحه قبل

وفات ۷۸۶ ه.ق. مؤلفات بسیار دارد، از جمله: «کتاب لهعه است زمانیکه در قلعه شام محبوس بوده، و نزد او خبر نافع و محقق مزبور از کتب فقهاء کتابی وجود نداشته است کتاب لهعه را که یکدوره فقه اسلامی است در هفت روز نوشته است، قتل بالسيف ثم صلب ثم رجم ثم احرق بدمشق (۱) الروضة البهية ج ۱ / ص ۷۷ بیروت.

(۱) - هدية الاحباب: عباس بن محمد رضا القمی: ص ۱۶۶ طبع نجف.

۹- مفتاح الكرامة: سید محمد جواد الحسینی العاملی ج ۱۰ ص ۳۶: مؤسسہ ال البيت دتوفای سال ۱۲۲۶ هجری قمری.

۱۰- تحریر الوسیله: امام خمینی ج ۲ ص ۴۰۸. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام ج ۴۰ ص ۸۸ دار احیاء التراث العربی == بیروت.

مستند الشیعه فی احکام الشریعة ج ۲ ص ۵۳۰ مؤسسه انوارقی.

دلایل عقلی :

دلیل اول - به لزوم استناد قاضی به علم خود در موردی که قاضی شخصاً شاهد واقعه باشد و یا اینکه علم به واقعه برای او از طریق شواهد و قرائنی ثابت شده باشد در این دو فرض فوق دو حالت ممکن است پیدا شود :

الف - : بینه و حلف و اقرار اصلاً وجود ندارد.

ب - : بینه و حلف و اقرار وجود دارد اما قاضی میدانند که خلاف واقع و کذب است.

مثلاً اگر مردی همسر خود را در حضور قاضی سه مرتبه طلاق بدهد، و پس از آن سه طلاق بودن همسر را انکار کند، و برانکار خود قسم یاد بکند، تا در نتیجه بتواند زنی را که بر او حرام است، و بدون محلل نکاح وی جایز نیست تصاحب کند، در این حالت اگر قاضی مطابق این قسم حکم کند، لازم می آید که قاضی فاسق شود زیرا برخلاف واقع و نفس الامر و ما انزل اله حکم نموده است.

و اگر مطابق آن قسم حکم نکند و به علم خود هم عمل ننماید لازم می آید که حکم خدا و فصل خصومت متوقف و تعطیل شود که هر دو فرض عقلاً و شرعاً باطل است، پس قاضی باید مطابق علم خود داوری نموده و دعوی را فیصله دهد.

دلیل دوم :

از عدم اعتناء قاضی به علم خود لازم می آید که اظهار حق و رفع منکر و ظلم واجب نباشد اینجاست از نظر منطق عقل محکوم است زیرا قاضی نه تنها در کتمان حق مجاز نمی باشد، بلکه باید از ارتکاب جنایت در جامعه ممانعت به عمل آورد و به تزییع حق الناس تن در ندهد به خاطر اینکه هدف از ولایت قاضی که «از طرف شارع جعل شده» حفظ منافع فرد و جامعه است، در این راستا مرحوم شیخ محمد حسن نجفی «صاحب

جواهر» رضوان الله علیه در پیرامون مسائل مطروحه فوق چنین میفرماید: صاحب جواهر: پس از نقل عبارت محقق که فرموده «و غیره [غیر- الامام] من القضاة یقضی به علمه فی حقوق الناس قطعاً» و فی حقوق الله تعالی علی قولین اصحهما القضاء» و پس از یک سلسله مطالب دیگر در رابطه با همین «استاد قاضی به علم خویش» می فرماید: ... من استلزام عدم القضاء بعلمه»^{۱۱} فسق الحاکم، او ایقاف الحکم، و همامعاً باطلان

۱۱- جواهر الکلام: شیخ محمد حسن نجفی - ج ۴۰ ص ۸۹، بیروت کتاب قضاء: مولی - علی کنی تهرانی ص ۲۵۴، رحلی مفاتیح الشرایع: ملامحسن فیض جزء ۳/ ص ۲۶۸ تولد ۱۰۰۷ وفات ۱۰۹۱.

السراثر: محمد بن احمد الحلی وفات سنة ۵۹۸ بنقل از «هدیة الاحباب ص ۴۸» و کتاب قضاء: ضیاء الدین عراقی ص ۲۴۸ به ص ۲۱ و ۱۹۷ از کتاب السراثر: مراجعه شود به مؤلف: اعیان الشیعه به روش زندگی صاحب جواهر اشاره نموده می نویسد که وی برخلاف مرحوم شیخ انصاری که در نهایت زهد و پارسائی می زیست در کنار فقاقت و مرجعیت از زندگی مرفه و با تجملی برخوردار بوده است، گویند وقتی را از این تفاوت و سلیقه در زندگی را از شیخ انصاری سؤال نمودند در پاسخ فرمودند مرحوم شیخ محمد حسن قصد اظهار عزت و عظمت اسلام نموده و ما قصد زهد و قناعت آنرا و عبارت مرحوم سید محسن این است «و کان (شیخ جواهر) متوسعاً فی تجهلاته عکس الشیخ مرتضی الذی کان غایة فی التزهّد و یقال ان الشیخ محمد حسن اراد ان یتظهر عز الشریعة و انا اردت زهداً».

مرحوم: شیخ محمد رضا مظفر: در ترجمه صاحب جواهر چنین می نویسد: متأسفاندا بسیاری از مورخین، تاریخ ولادت صاحب جواهر را ضبط نکرده اند لکن مرحوم شیخ آقا بزرگ تهرانی تاریخ ولادت ایشان را در حدود ۱۲۰۰ یا ۱۲۰۲ هجری قمری ذکر نموده و شواهدی به آن آورده است.

صاحب روضات: که معاصر صاحب جواهر بوده و در درس او حضور یافته است ولادت ایشان را در حدود ۱۱۹۲ نوشته است. و مرحوم مظفر بعللی نظر صاحب روضات را تأیید کرده است. از جمله مصنفات وی «کتاب جواهر الکلام است که یکدوره فقه استدلالی و شرح بر شرایع محقق است، این دوره فقه قریب به سی سال طول کشیده است چنانکه ریحانة الادب می نویسد جواهر «دائرة المعارفی است در فقه» البته تألیفات دیگری دارد مانند کتاب نجات العباد...

اعیان الشیعه: سید محسن امین ج ۹ ص ۱۴۹ - بیروت هدیة الاحباب: شیخ عباس قمی ص ۱۷۲ طبع نجف.

ترجمه شیخ محمد رضا مظفر به جواهر ج ۱ - بیروت - لبنان.

و لك: لانه اذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً مثلاً بحضرتها ثم جحد كان القول قوله مع يمينه.

فان حكم به غير علمه و هو استخلافه و تسليمها اليه لزم فسقه، و الا لزم ايقاف الحكم و استلزامه ايضاً عدم وجوب انكار المنكر، و عدم وجوب اظهار الحق مع امكانه، و الحكم به علمه و الاول معلوم البطلان فتعين الثاني و ذلك لانه اذا علم بطلان قول احد حامين فان لم يجب عليه منعه عن الباطل لزم الاول و الا ثبت المطلوب.

مفاهيم عبارات قبلاً بطور تفصيل بيان شده است از تکرار آن خودداری می‌شود.

دلیل سوم :

حجیت شرعیه، بینة و حلف، اقرار به لحاظ کشف واقع است، و الا خود این ابزار موضوعیت ندارند، به تعبیری دیگر با قطع نظر از جنبه کاشفیت، این طرق از نظر موازین شرعی اعتباری ندارند، ملاک اعتبار وارزش بینة و اقرار و حلف، تنها کاشفیت آنها است و بدیهی است که علم در راستای کشف واقع استوارترین^{۱۲} و بهترین طرق مقرر شرعیه است زیرا نه تنها حجیت علم ذاتی است، بلکه غیرقابل جعل می‌باشد و چنانچه طریق دیگری در مقابل علم قرار بگیرد از اعتبار ساقط است چنانکه میرزای آشتیانی می‌فرماید: لدن غیر العلم لایعقل ان یجعل فی مقابل العلم بالخلاف هذا مضافاً الی العقاد الا جماع علی الجواز فی المقام المعتضد بما ذکرنا من الشهرة المحققة و الی ما ذکره (انتهی)

... با توجه به مطالب ایشان بطوریکه اشاره نمودیم حکم قاضی باستناد علم خویش منحصر بمواردیکه بینة یا اقرار و حلف وجود ندارد نیست بلکه قاضی در هر کجا علم داشته باشد باید عمل کند ولو خلاف بینة و حلف بوده باشد، زیرا با کذب بینة و یمین نمیتواند خلاف واقع حکم کند

۱۲- کتاب القضاء : حاج میرزا محمدحسن آشتیانی ص ۵۲ چاپ رنگین = ۱۳۲۸.

و بدیهی است که غیر علم در مقابل علم که از طرف شارع جعل شده باشد قرار نمی‌گیرد، زیرا علم کشف تام است و سایر طرق کشف ناقص است. اساساً سراینکه شارع بینه و حالف را... طریق برای کشف متعلق حکم قرارداد است این است که در بیشتر موارد تحصیل علم و یقین ممکن نیست لذا در بدست آوردن حکم واقعه و کشف حقیقت ناگزیر باید بطرق شرعی متوسل شد که معمولاً موجب حصول ظن یا یقین خواهد بود بنابراین نصب موازین شرعی در مقابل علم نبوده و نمی‌تواند باشد زیرا معقول نیست که غیر علم در برابر علم قرارداد شود در این زمینه چنانکه میرزای آشتیانی می‌فرماید:

... ونقول: انه بعد ما ثبت احكام مختلفه للموضوعات الواقعية بالخطابات التفصيلية قد خوطب بها الاحكام على ما هو المفروض يجب عليهم ترتيب آثار تلك الموضوعات كقوله تعالى السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وقوله تعالى الزاني والزانية فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الى غير ذلك وفرض علمهم بتحقيق تلك الموضوعات على ما هو المفروض يجب عليهم ترتيب آثار تلك الموضوعات والا لم يكن الاثار آثاراً لتلك الموضوعات هذا خلف واما قيام البيئنة مثلاً على عدم كون من علم بكونه شارب الخمر، شارباً للخمر لا يوجب خروجه من ذلك الوصف العنواني لان البيئنة لا تاثير لها في الموضوعات^{۱۳}.

چنانکه ملاحظه شد میرزای آشتیانی می‌فرماید شارع مقدس يك سلسله احكامی را بر موضوعاتی مترتب نموده است و به خطاب تفصیلی حکام را مخاطب قرارداد داده که هر وقت به این موضوعات واقف و آگاه شوند باید آثار و احكام را بر آنها مترتب نمایند، زیرا این دو مطلب:

الف - ثبوت احكام بر موضوعات

ب - مخاطب بودن حکام .

چنانکه از آیاتی که ذیلاً اشاره می‌شود، مفروض و مسلم نزد همگان

است. حال اگر حکام بعلم خود استناد نه کنند و آثار مترتب نشود مستلزم این است که آثار آثار موضوعات نبوده باشد چنین چیزی خلاف فرض است که مرحوم میرزای آشتیانی رضوان الله علیه به دلیل^{۱۴} خلف تعبیر آورده اند بنابراین حجیت بینه و خلف واقرار براساس جعل شارع از باب طریقت است در این صورت بعد از کشف خلاف واقع آنها [اقرار و یمین...]
نمی‌توانند ما را به‌واقع رهنمون گردند از طرف دیگر با تامل در نصوص مربوط معلوم می‌شود که شارع خبر رسیدن بواقع هیچ غرض خاصی ندارد زیرا در سلوک نفس این طرق بدون وصول بواقع مصلحتی ملحوظ نشده است بلکه تنها چیزی که مناط و ملاک است این است که این امور (بینه و یمین...) موجب قطع و یا ظن به‌واقع شوند باعتبار اینکه در میان اسباب و علل متعارفه این طرق هستند که بطور اغلب مبین حق و واقع می‌باشند بنابراین روشن می‌شود که در فصل خصومت علم و یقین با توجه به ملاک مزبور کاملتر و برتر است^{۱۵} از بینه و غیره که طرق ظنی وصول به‌واقع هستند.

۱۴- آشتیانی حاجی میرزا محمد حسن (۱۲۴۸ - ۱۳۱۹) از فقهای بزرگ و برجسته شیعه امامی، در آشتیان زاده شد، پس از تحصیل ادبیات در شهر بروجرد بدینجف اشرف رفت و در نزد عالمان آنجا تلمذ کرد. وی بزودی چنان در تحصیل پیش رفت که از خاصان درس شیخ مرتضی انصاری (۱۲۱۴-۱۲۸۱ ق ۱۷۹۹/۱۸۶۴ م) به‌شمار آمد. آشتیانی پس از وفات شیخ به‌تهران آمد، وی نخستین فقیهی بود که تحقیقات و اندیشه‌های تازه شیخ انصاری را بویژه در فن اصول در تهران نشر داد و به‌همین سبب طالبان علم در هر گوشه به‌سوی او روی آوردند. در تهران مسئولیت رهبری را به‌عهده گرفتند. بنقل از دائرةالمعارف بزرگ اسلامی ص ۴۰۷ ج ۱ «فرهنگ فارسی دکنتر معین ج ۵ ص ۳۸ چاپ ۲».

۱۵- کتاب القضاء فی شرح تبصرة المتعلمین: ضیاءالدین عراقی ص ۳۹-۳۷ مطبوعه مهقم. کشف اللثام ج ۲ ص ۱۵۰ نام مؤلف محمد بن حسن اصفهانی معروف بفاضل هندی؛ وحید عصره و اعجوبه دهره که فراغت حاصل نموده‌اند از علوم نقلی و عقلی در حالی که سن وی ۱۳ سال نرسیده بود تألیفات او را تا هشتاد نقل کرده‌اند که از جمله آنها کشف اللثام عن قواعد الاحکام است که صاحب جواهر را اعتقاد عظیمی باو بوده، و از جواهر چیزی نمی‌نوشت اگر کشف اللثام نزد او حاضر نبود وفات یافت در سال ۱۱۳۷ بنقل از کتاب هدیه الاحباب فی ذکر المعروفین بالکنی والالقباب: شیخ عباس قمی طبع نجف اشرف.

مرحوم آقاضیاءالدین عراقی این محقق بی نظیر در این رابطه جمله بسیار زیبایی دارد که ما عین جمله را از تقریرات وی که عالمانه و محققانه است نقل می کنیم.

می فرماید: وعمدة الدلیل للمشهور - بعد دعوی الاجماع، فحوی ما دل علی القضاء بالبینه والیمین اذ فی کمال الاستبعاد اشتراط میزانیتهما باحتمال مخالفتها للواقع.

ترجمه - مهم ترین دلیل برای مشهور از فقها «در استناد قاضی به علم خود» بعد از اجماع، عبارت است از فحوی و ملاکی که از اخبار و آیات بدست می آید و آن رسیدن به حق و واقع است، حال که با تنقیح مناط انگیزه و علت اساسی روشن شد، پس علم در این مناط اقوی است زیرا از فهم و عقل دو راست اگر گفته شود بینه و یمین... باعتبار اینکه گاهی اتفاق می افتد که خلاف واقع بوده باشد از این باب است که شارع حجت قرارداد است به تعبیر دیگر گفته شود شرط میزانیت بینه و یمین احتمال خلاف واقع دادن است و چون در علم و یقین احتمال خلاف واقع بودن وجود ندارد پس حجت نبوده و میزان فصل خصومت نخواهد بود، هیچ عاقلی بطور قطع چنین سخنی را نخواهد گفت، حال به بررسی آیات، سپس به نقل روایات، و پاسخ اشکالات می پردازیم:

استدلال، به آیات قرآنی در رابطه عمل قاضی به علم خود:

«واذا حکمتم بین الناس أن تحکموا بالعدل»^{۱۶}.

اگر قاضی، برخلاف علم و یقین خود حکم کند، حق معلوم و مسلمی را ابطال، و تضییع حق نموده است که خلاف عدل است، پس آیه صریح و آشکار است در اینکه حاکم باید مطابق علم خود که کاشف از واقع و حق است دادرسی نماید، حضرت آیه... العظمی خوئی می فرماید: یجوز للحاکم ان یمکنه بعلمه مطلقا لانه من الحکم بالعدل المأمور به فی غیر واحد من

۱۶- سوره نساء آیه ۶۱) - صدر آیه: «ان الله یامرکم ان تؤدوا الامانات الی اهلها».

بدرستی که خداوند به شما امر می کند آنکه امانت را بصاحبان آن اداء کنید و زمانی که

بین مردم حکم میکنید برآستی حکم نمائید «بعدالت حکم کنید» سوره بقره - آیه ۴۱.

الایات والروایات .

الف - «ولاتبسواالحق بالباطل، وتکتبواالحق وانتم تعلمون»^{۱۷}.
قاضی چگونه ، می تواند تطبیق بینه، یمین حکم کند که میدانند باطل
و کذب است، و مطابق علم خود حکم نکند که می داند حق است؟

ب - «یا داود انا جعلناک خلیفة فی الارض فاحکم^{۱۸} بین الناس بالحق».
«ولاتکتبواالشهادة و من یکتبها فانه اثم قلبه».

کدام کتمان، بالاتر و مهم تر است از آن که قاضی علم خود را کتمان
نماید.

دلیل چهارم :

چنانکه در علم اصول مقرر شده^{۱۹} گاهی، دائر مدار حکم تحقق وصف
عنوانی می باشد بعبارت دیگر، حکم به تحقق عنوانی تعلق یافته است که
لسان شرع حکایت از آن دارد چنانکه در آیه شریفه «السارق والسارقة
فاقطعوا ایدیهم» و یا در آیه «الزانیة والزانی فاجلدوکل واحد منهما
مأة جلدة» حکم قطع، و رجم و جلد بر کسی تعلق می گیرد که متصف و
معنون به اوصاف سرقت وزنا بوده باشد، نه بر کسی که بینه یا اقرار برزنا
و سرقت او اقامه شده باشد، آری در مرحله اثبات وقتی علم نیست، قهراً

۱۷- و حق را، به باطل نپوشان و حق را کتمان نکنید در حالیکه قحراً میدانید.

۱۸- سوره ص : ۳۸- آیه ۲۶ - ای داود ما قراردادیم ترا جانشین، در زمین از

این رو در میان مردم به حق داوری کن.

مرحوم صاحب جواهر در ج ۴۰ ص ۸۶ پس از آنکه با آیه شریفه، قبل استدلال نموده
و با آوردن این آیه «وان حکمت فاحکم بینهم بالقسط» (سوره مائده: آیه ۴۲) چنین می فرماید
«ومن حکم بعلمه فقد حکم بالحق والعدل والقسط...»

کتمان و پنهان نکنید شهادت خود را که چنین کاری گناه و معصیت است.

۱۹- جواهر الکلام: شیخ محمد حسن - ج ۴۰ ص ۸۹، بیروت.

کتاب القضاء: میرزا محمد حسن آشتیانی ص ۵۲ چاپ رنگین = ۱۳۲۸ مستند الشیعه
فی احکام الشریعة ملا احمد نراقی ج ۲ ص ۵۳۰ - مفتاح الکرامه : سید محمد جواد الحسینی
وفات ۱۲۲۶ هـ.

چاره جز این نیست^{۲۰} که طریق کشف، از طرق شرعی، از راه اقامه بینه و یا اقرار باشد، بنابراین وقتی که قاضی به تحقق چنین وصف و عنوانی علم پیدا کرد باید به آن عمل و استناد کند.

زیرا تلبس، بسرقت و زنا معیار حکم است «لامن أقر بالزنا، اوقامت علیه البینه».

الف : خطاب، در آیات متوجه مسئولین است زیرا آنها هستند که حکم صادر نموده و حدود را، اجرا می نمایند^{۲۱}.

ب : بینه، یمین... طریق تعبدی هستند در کشف از واقع، و هرگاه کشف از واقع ملاک باشد کاشفیت علم، ذاتی علم است و کشف تام و یقین می باشد.

ج : تخلف قاضی، از اجراء حد بعد از ثابت شدن موضوع به هر طریق، که بوده باشد تعطیل حکم الهی است و قابل تعقیب و سزاوار کیفر است زیرا موضوع نزد حاکم منجز و محقق است^{۲۲}.

۲۰- رجوع شود به مصادر و منابع اپورقی ۱۹.

۲۱- رجوع شود به مصادر و منابع به پاورقی ۱۹.

۲۲- وقال العلامة فی القواعد «الامام یقضى به علمه مطلقا، وغيره یقضى به فی حقوق الناس و کذا فی حقه تعالی علی الاصح» قال ولده فخر المحققین... واما غیره (غیر المعصوم) فقال الشیخ یحکم به علمه فی جمیع الاحکام و به قال المرتضی وهو الاصح عندی وعند والدی و جدی بنقل از ایضاح الفوائد ج ۲ ص ۳۱۲.

شافعی در سن سیزده سالگی بمجلس درس مالک فرزند انس که از ائمه چهارگانه اهل سنت است حاضر می شده در علم فقه و حدیث و علم القرآن و معرفت کلمات صحابه مراتب عالییه را حائز گردیده و دارای تالیفات بسیار می باشد از جمله آنها عبارت است از :

۱- الام ۲- احکام القرآن ۳- اصول الفقه ۴- اختلاف الحدیث
 ۵- السنن ۶- الدسند، ابن ندیم: می نویسد تالیفات وی متجاوز از یکصد کتاب است وفات شافعی در آخر ماه رجب سال ۲۰۴ هجری بوده و مدفنش در مصر معروف است: به نقل از قضا در اسلام تالیف مرحوم محمد سنگلی ص ۱۸ چاپ سوم انتشارات دانشگاه، هدیه الاحباب ص ۱۵۹ شیخ عباس قمی چاپ نجف.

با بررسی و نقل روایات، و آراء برادران اهل سنت و پاسخ به اشکالات از راههای حلی و نقضی، مسائل را پی گیری می کنیم. انشاء... تعالی

آراء فقهاء اهل سنت :

در مسأله، استناد قاضی بعلم خویش فقهاء اهل تسنن، آراء مختلفی را از خود ابراز نموده اند: شافعی در کتاب، الام، الرسالة می گوید:

۱- قاضی باید در حقوق آدمیین بعلم خود عمل کند همانند رأی فقهاء شیعه^{۲۳}.

۲- قاضی نمی تواند، بعلم خود استناد کند در هیچ حالی [نه در حقوق الله و نه در حقوق اله] از این نظریه (عمل نکردن قاضی بعلم خود) از تابعین شریح و شعبی و از فقهاء مالك و اوزاعی و ابن ابی لیلی پیروی نموده است (به نقل از کتاب خلاف).

۳- ابوحنیفه، و محمد میگویند قاضی اگر بعد از تولیت و در موضع ولایت علم حاصل کند باید بعلم خویش استناد نموده و حکم کند و اگر پیش از تولیت، یا بعد از تولیت لکن در غیر محل ولایت علم تحصیل کند^{۲۴} نمی تواند حکم کند، این در حقوق آدمیین است ولی در حقوق اله طبق علم خود حق ندارد حکم کند.

۲۳- کتاب خلاف ج ۲ - ص ۶۰۲ طبع ۲ مطبعه تابان،: انتصار: سید مرتضی ص ۱۵۹ به نقل از الجوامع الفقهیه: انتشارات جهان.

شافعی: نامش محمد فرزند ادیس تولدش روز وفات ابوحنیفه که سال ۱۵۰ هجری قمری وفاتش ۲۰۴ هجری بوده است شافعی منسوب است بجدش شافع که بشرف ملاقات حضرت رسول صلی اله علیه واله نائل گشته است. در همین رابطه مرحوم شیخ عباس در «هدیه الاحباب» ص ۱۵۹ مطالبی را بیان داشته، طالبین به آنجا مراجعه کنند، مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج شیخ محمد شیرینی: ج ۴ ص ۳۷۹.

۲۴- همان مأخذ [کتاب خلاف: شیخ طوسی ج ۲ ص ۶۰۲ طبع ۲ مطبعه تابان] و کتاب انتصار تألیف سید مرتضی ص ۱۵۹ به نقل از کتاب الجوامع الفقهیه: انتشارات جهان، بدایة المجتهد و نهاية المتصد: امام محمد بن احمد ابن رشد ج ۲-۱ ص ۴۷۰ طبع ۳، ۳۷۹ هـ.

در تطبیق روش اصول قضائی اسلام، با رویه قضائی عرف و محاکم بین‌الملل و متداول در دادگاههای کشورهای دیگر که در این جهت به تفصیل و مستدل سخن خواهد آمد، امتیاز و نکات بسیار ظریف و دقیق درباره «داور و داوری در اسلام» مطرح و مورد توجه قرار می‌گیرد، در این سنجش و ارزیابی ارزش قضا در اسلام، و بی‌نظیر بودن آن بنحو چشمگیر روشن خواهد شد.