

تحصیل دلیل در اجتهاد قضایی

هادی صادقی*، محمدحسین ناظمی اشنی**، زهرا نجارزادگان سرابی***

چکیده

مسئله اصلی دادگاه احقاق حق است، نه ختم پرونده. از این رو قاضی باید برای کشف حقیقت از انواع ادله و راه‌های دستیابی به حقیقت استفاده کند. این کار نیازمند اجتهاد قضایی است که با اجتهاد فقهی تفاوت دارد. این موضوع بستگی به این دارد که آیا قاضی می‌تواند برای کشف حقیقت، به دنبال دلیل بگردد و آیا جست‌وجوی دلیل در اجتهاد قضایی جایی دارد. در این مقاله این موضوع را بر اساس پارادایم اجتهاد قضایی بررسی کرده‌ایم. روش کار توصیفی - تحلیلی و در حوزه اندیشه‌های فقهی و حقوقی است. برای این بحث ابتدا اعتبار علم قاضی در فقه و حقوق مورد بحث قرار گرفته است و پس از آن جایگاه و نقش تحصیل دلیل در علم قاضی از منظر فقه و حقوق مورد بررسی واقع شده است. نتیجه حاصل شده جواز و وجوب تحصیل دلیل از سوی قاضی بر اساس پارادایم اجتهاد قضایی است.

واژگان کلیدی: اجتهاد قضایی، تحصیل دلیل، بی‌طرفی قاضی، احقاق حق

مقدمه

در تاریخ فقه و حقوق درباره اصل بی طرفی دادرس و لوازم و پیامدهای آن مباحثات بسیاری شده و بر پایه آن قاعده‌ای درست شده به نام منع تحصیل دلیل توسط دادرس. از این قاعده، قاعده دیگری تولد یافته با عنوان قاعده منع تلقین دلیل. اما با گذر زمان و پیشرفت حقوق، به تدریج اندیشه فعال‌گرایی قضایی جای پای خود را در حقوق باز کرد و تعامل و تعاون میان دادرس و اطراف دعوا برای کشف حقیقت، جای قاعده منع تحصیل دلیل را تنگ کرد. البته این موضوع هم‌چنان محل بحث و اختلاف نظر است.

در این مقاله به بررسی این پرسش‌ها می‌پردازیم: اجتهاد قضایی برای دستیابی به حقیقت چه راه‌هایی را باید بییماید؟ نقش تحصیل دلیل در اجتهاد قضایی چیست؟ آیا بر پایه نگاه جدید به اجتهاد قضایی، قاضی می‌تواند، باید یا نمی‌تواند به دنبال تحصیل ادله برود؟ به عبارت دیگر جایگاه تحصیل دلیل در اجتهاد قضایی چیست؟ بنابراین، پرسش اصلی این پژوهش عبارت است از اینکه «بر پایه پرادایم جدید اجتهاد قضایی، نقش قاضی در تحصیل دلیل چیست؟» این پرسش را از منظر فقه و حقوق دنبال می‌کنیم و تلاش می‌کنیم تا بر پایه نگاه جدید به اجتهاد در قضاوت و مفهوم اجتهاد قضایی، نقش قاضی را در تحصیل دلیل تبیین کنیم.

در زمینه تحصیل دلیل در قضاوت در کتاب‌های فقهی به‌طور مستقل نگاشته‌ای وجود ندارد. بخش‌هایی از کتاب‌های حقوقی به این موضوع می‌پردازد. مقالات متعددی نیز در این موضوع نگاشته شده است، از جمله: «پیدایش و چالش قاعده منع تحصیل دلیل» نگاشته مجید پوراستاد که در مجله مطالعات حقوق خصوصی در زمستان ۱۳۸۹؛ «بسترهای نظری گرایش به نقض اصل مشروعیت تحصیل دلیل در عملیات پلیسی با هدف کسب دلیل و با رویکرد امنیت مدارانه» نوشته علی امیری، غلامحسین کوشکی و ایرج گلدوزیان در مجله پژوهشنامه نظم و امنیت انتظامی، شماره ۴۸ زمستان ۱۳۹۸؛ «اصل مشروعیت تحصیل دلیل در حقوق ایران و فرانسه» نوشته عباس تدین در مجله تعالی حقوق، شماره ۲۸ سال ۱۳۸۷؛ «توازن اصل آزادی تحصیل دلیل با قاعده استثنایی (بی‌اعتباری ادله تحصیلی به روش غیر قانونی) از منظر فقه، حقوق ایران و حقوق غرب (با تأکید بر آمریکا و آلمان)» نوشته مرتضی فتحی و رضا رضایی در پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۲۰ تابستان ۱۳۹۸؛ «اعتبار قاعده منع تحصیل دلیل در حقوق ایران» نوشته مجتبی بابایی دره ارائه شده در نخستین همایش ملی فلسفه حقوق با تأکید بر فلسفه حقوق اسلامی، سال ۱۳۹۱؛ «تحصیل دلیل در حقوق امامیه و حقوق فرانسه» نوشته محمد سلیمی در مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۴؛ «تحصیل دلیل در حقوق کیفری» نوشته علی فرخنده در مجله دادرسی،

شماره ۵۷، سال ۱۳۸۵. موارد دیگری نیز وجود دارد که فصل مشترک همه آنها این است که بر پایه پارادایم متداول در علم حقوق به بررسی موضوع پرداخته‌اند. تعداد اندکی نیز در چهارچوب سنتی فقه به موضوع یاد شده پرداخته‌اند. امتیاز این مقاله در آن است که چهارچوب جدیدی با عنوان اجتهاد قضایی را برگزیده و بر پایه پارادایم جدید، پرسش تحقیق را پاسخ می‌دهد. روش تحقیق در این اثر توصیفی - تحلیلی است؛ به این صورت که اقوال و ادله هر یک از آنها در مسئله تحصیل دلیل توسط قاضی مورد بحث واقع می‌شود، و سپس نقد، بررسی و جمع‌بندی نهایی صورت می‌گیرد.

۱. ماهیت اجتهاد قضایی

محقق حلی اجتهاد فقهی را «تلاش برای استنباط احکام شرعی» (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۱۷۹) تعریف کرده است. شهید ثانی دو معنا برای آن ذکر می‌کند: «در شرع گاهی بر ملکه و قدرتی اطلاق می‌شود که دارنده آن بر استنباط احکام شرعی فرعی از ادله تفصیلی قادر می‌گردد و گاهی بر خود استنباط». (شهید ثانی، ۱۴۲۱: ۷۶۸) اما از زمان فرزندش حسن بن زین الدین معروف به صاحب معالم این تعریف مشهور شد: «به‌کارگیری توان فقیه برای به دست آوردن گمان به حکم شرعی»^۱ (عاملی، ۱۴۱۸: ۲۳۷). با توجه به این تعریف، اجتهاد در مواردی که فقیه نسبت به حکم شرعی قطع دارد، صادق نبوده، دایره آن مختص به استنباط حکم از امارات ظنیه است. به همین دلیل است که اصولیان، امارات ظنی را «دلیل اجتهادی» نام‌گذاری کردند (آشتیانی، ۱/۱۳۸۸: ۵۹). اما اشکالات متعددی به این تعریف گرفته شده است.^۲ با تعریفی که از سوی محقق خراسانی برای اجتهاد ارائه شد، حوزه شمول اجتهاد فقهی گسترش یافت و دامنه آن به ادله قطعی نیز رسید. وی اجتهاد را به «به‌کارگیری توان برای به دست آوردن حجت بر حکم شرعی» تعریف کرد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۶۴).

۱. البته پیش از او محقق کرکی در رسائل المحقق الکرکی، (ج ۳: ص ۱۷۵) این تعریف را آورده بود. ولی اثر صاحب معالم و شرح‌هایی که بر آن زده شده، موجب شهرت این تعریف شد. از جمله می‌توان به علما اشاره کرد: سید حسین بن رفیع الدین معروف به سلطان العلماء در الاجتهاد و التقليد (ص ۳۳۶) و عبدالله بن محمد خراسانی معروف به فاضل تونی در الاجتهاد و التقليد (الوافیه فی الأصول) (ص ۲۴۱) و سید محمد مجاهد در القواعد و الفوائد و الاجتهاد و التقليد (مفاتیح الأصول) (ص ۵۶۹) و محمد حسین ایوان کیفی معروف به صاحب فصول در الاجتهاد و التقليد (الفصول الغرویة)، (ص ۳۸۷) و بحرانی در الرسائل الاحمدیه، (ج ۳، ص ۲۱۴).

۲. محمد تقی اصفهانی نجفی چندین اشکال را مطرح کرد، از جمله اینکه برخی از احکام شرعی با دلیل قطعی استنباط می‌شوند، نه ظنی. الاجتهاد و التقليد (هدایة المسترشدين) (ص ۴۶۳).

در راستای تأسیس اصطلاح اجتهاد قضایی می‌توان از این نزاع تاریخی در اجتهاد فقهی کمک گرفت و اجتهاد قضایی را به‌گونه‌ای تعریف کرد تا به‌صورت یکسان ادله قطعی و ظنی را تحت پوشش قرار دهد. اجتهاد قضایی از منظر فقه عبارت است از: «به‌کارگیری توان شخص در مسیر کشف حقیقت، تطبیق آن بر قانون شریعت و تشخیص حکم مناسب با استناد به ادله معتبر». حال اگر بخواهیم همین تعریف را با توجه به قوانین کشور بیان کنیم، چنین می‌شود: «به‌کارگیری توان شخص در مسیر کشف حقیقت، تطبیق آن بر قانون و تشخیص و اصدار حکم مناسب با استناد به ادله معتبر». معمولاً در علم حقوق، نقش استنباط قاضی را در خصوص اثبات دعوا و کشف حقیقت منحصر کرده و عنصر استنباط را به‌عنوان رکن معنوی در امارات قضایی محصور می‌سازند. (زراعت و حاجی‌زاده، ۱۳۹۰: ۴۵۴) اماره قضایی «به اعتبار استنباطی که قاضی از وقایع و نشانه‌های دعوا می‌کند و از نتایج آن به موضوع مورد اختلاف پی می‌برد، اماره قضایی نامیده‌اند. ولی به اعتبار استنباط از واقعیت هر دعوا و چهره انسانی و شخصی آن، اماره شخصی یا موضوعی (در برابر اماره قانونی) نیز می‌توان نامید» (خواججه‌زاده و بینائیان، ۱۳۹۶: ۲۳).

البته نقش استنباط قاضی در تفسیر قوانین را نیز نمی‌توان نادیده گرفت. دانشمندان حقوق، به این مسئله تصریح نکرده‌اند، ولی به آزادی قاضی در برداشت از قوانین اشاره کرده‌اند که لازمه آن تأثیر عنصر استنباط قاضی در فرایند صدور حکم است (بهرامی، ۱۳۹۰: ۹۷ و ۹۸). اما به‌گونه‌ای دیگر موضوع استنباط حکم و تطبیق با قوانین بیان شده است: «دانستن طریق استنباط حکم هر قضیه و قدرت بر استنباط آن از قوانین، اساس قضاوت صحیح می‌باشد و بدون آن دادرس نمی‌تواند حکم قضیه را به دست آورد» (امامی، ۱/۱۳۸۵: ۱۷).

همچنین در مواردی که قانون قاضی را برای صدور مجازات متناسب با وضعیت مجرم آزاد گذاشته است، نیز می‌توان دخالت عنصر استنباط قاضی در فرایند صدور حکم را ملاحظه کرد. چنان‌که در مسائل مدنی و حقوقی نیز چگونگی استیفای حقوق صاحب حق و چگونگی حل و فصل دعوا در بسیاری اوقات در اختیار قاضی است.

اما در مباحث فقهی، فقها تنها به بررسی اجتهاد فقهی و اشتراط آن در قاضی پرداخته‌اند و از اجتهاد قضایی به‌صورت جدی بحثی به میان نیامده است. می‌توان ریشه‌های این بحث را در علم اصول، در مواردی که اصولیون از موضوعات و احکام و کیفیت استنباط آن سخن گفته‌اند، پیگیری کرد. لکن به‌دلیل آنکه بحث از موضوعات خارج از غایت علم اصول است (حکیم، ۱/۱۴۰۸: ۷۰)، اصولیان به‌صورت جدی به این بحث نپرداخته‌اند. در بحث اجتهاد و تقلید از مباحث فقه، و نیز گاه در علم اصول، به کلیاتی در باب موضوعات همچون تخطئه و تصویب در موضوعات، حجیت ظنون

تبعیدی در موضوعات و... پرداخته‌اند. (کاشف الغطاء، ۱/۱۳۸۱: ۲۰۹) مباحث مربوط به استنباط حکم شرعی در فقه و اصول می‌توانند الهام‌بخش ما در بررسی مبحث اجتهاد قضایی باشند. اجتهاد قضایی ماهیتی عمدتاً از سنخ کشف و تشخیص دارد. قاضی در مسیر استنباط خود یا به دنبال کشف حقیقت رخ داده در خارج است (مرحله اول)، و یا به دنبال کشف و تفسیر قانون و تشخیص صحیح قانون منطبق بر موضوع است (مرحله دوم) و یا به دنبال کشف و تشخیص راه علاج صحیح برای موضوع حقوقی یا کیفری است (مرحله سوم). مقصود از راه علاج معنای عام آن است که شامل انواع کیفر، ترمیم، جبران، اعاده موضوع به حال قبل، احقاق حق، تعامل و حتی گذشت یا صلح می‌شود. اما حاصل این سه مرحله در انشای حکم قضایی تجلی می‌یابد. اینجاست که اجتهاد قضایی ماهیت انشایی هم پیدا می‌کند. ولی باید دانست که عمده کار قاضی مرحله اول است و اصلی‌ترین مرحله اجتهاد قضایی کشف حقیقت است. پس از کشف حقیقت دو مرحله دیگر آسان‌تر است. البته استنباط قاضی در هر یک از این مراحل، منوط به اجازه شرعی و قانونی است، بدین معنا که اگر قانون و شریعت در هر یک از مراحل دادرسی، قانون و حکم معینی داده باشد، محدوده اجتهاد قضایی را روشن کرده، چهارچوب کار قاضی را معین نموده است. بنابراین اجتهاد قضایی تنها در چهارچوب قانون و شرع جریان می‌یابد. به بیان دیگر قاضی بر اساس قانون و شرع به استنباط موارد جزئی و تطبیق کلیات قانون و شرع بر مصداق مورد نزاع می‌پردازد. عملیات اجتهاد، در حقیقت تلاش برای رسیدن به حقیقت از طریق دلیل است. بنابراین شایسته است به بررسی دلیل و ماهیت و تقسیمات آن در فقه و حقوق پردازیم.

۱-۱. مفهوم دلیل

«دلیل» در لغت از ریشه دلّ و دلالت به معنی آن چیزی است که به آن استدلال می‌شود، و دلالت یعنی راه را به چیزی ختم کردن (ابن منظور، ۱۱/۱۴۱۴: ۲۴۸). دلیل گاه برای اثبات حکم شرعی است، گاه برای اثبات حکم قانونی است و گاه برای اثبات موضوع حکم شرعی یا قانونی است. در فقه دلیل عبارت است از آنچه برای اثبات حکم شرعی یا اثبات موضوع حکم شرعی به آن استدلال می‌شود و شامل استدلال عقلی و امارات می‌شود. اماره دلیل ظنی معتبر است، مانند خبر واحد، در برابر اصل عملی.

در اصطلاح حقوقی «هر معلوم که راهنمای اندیشه به مجهولی باشد» دلیل است (جعفری لنگرودی، ۳/۱۳۷۸: ۱۹۴۸). در علم حقوق قواعد اثبات امور را دلیل گویند، مانند: اقرار، شهادت، سند، بینه، اماره قضایی و... برخی اندیشمندان اثبات را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «اقامه دلیل نزد دادرس برای اثبات وجود واقعه‌ای قانونی، از راه‌هایی که قانون تعیین کرده است تا آثار واقعه، بر آن

مترتب شود» (سنه‌وری، ۲/۱۹۵۲: ۱۳) و در تعریف دیگر این‌گونه آمده است: «اقامه دلیل بر حقیقت امری که مورد ادعاست برای ترتب آثار قانونی بر آن» (مرقس، ۱/۱۹۸۱: ۱۱). در این دو تعریف به سه موضوع اشاره شده است: عملیات اثبات، موضوع اثبات و هدف اثبات. عملیات اثبات‌کننده، همان اقامه دلیل است. موضوع اثبات نیز یک واقعه قانونی یا حقیقت مادی است که مورد اختلاف می‌باشد. هدف از اثبات نیز مترتب ساختن آثار بر آن واقعه یا حقیقت است. بنابراین ادله اثبات دعوی عبارت است از هر چیزی که بر اساس قانون، عرف یا شرع، قابلیت اثبات دعوی دارد و به حسب مورد، مثبت یا نافی ادعاست.

۱-۲. نظام‌های ادله

اثبات گاهی بر پایه ادله‌ای استوار می‌شود که قانون‌گذار، تعداد و ارزش آن‌ها را تعیین کرده است که نظام «اثبات مقید یا ادله قانونی» نامیده می‌شود. و گاهی تعداد و ارزش ادله به نظر قاضی واگذار می‌گردد که از آن به نظام «اثبات آزاد یا ادله معنوی» یاد می‌کنند. علت تفاوت این دو نظام را باید در هدف دادرسی جست‌وجو کرد؛ چراکه اگر هدف، احراز واقعیت و کشف حقیقت باشد، به تبع باید بتوان از هر طریق مشروعی به حقیقت رسید و اگر هدف فصل خصومت و پایان دادن به دعاوی باشد، باید به ادله محدودی که قانون‌گذار معین نموده اکتفا کرد؛ زیرا برای فصل خصومت می‌توان به نظامی بسته از ادله قانونی بسنده کرد. اما اگر هدف کشف حقیقت باشد نظام بسته به حال آن مضر است. بر همین اساس، گروهی نظام ادله قانونی، عده‌ای نظام ادله آزاد و گروه سوم نیز نظام ادله مختلط را برگزیده‌اند که ارزش این نظام‌ها در دادرسی‌های کیفری و مدنی متفاوت است (زراعت و حاجی زاده، ۱۳۹۰: ۳۹).

۱-۳. تقسیمات ادله

ادله دست‌کم شش نوع تقسیمات دارد که با توجه به موضوع این مقاله تقسیم دلیل از حیث محدوده اثباتی آن اهمیت دارد که از این حیث دلیل یا موجب علم می‌شود یا ظن یا شک. به‌طور کلی ادله از جهت اثر اثباتی دو دسته‌اند: یا موجب علم‌اند یا مفید ظن و گمان.^۱ دسته اول بهترین و معتبرترین ادله‌اند، اما چندان زیاد نیستند. دسته دوم بیشترند و برخی از آن‌ها معتبر و برخی نامعتبر. اقرار و شهادت از این دسته‌اند. این ادله به علت احتمال خلافی که در آن می‌رود، قابل تکذیب است. مثلاً شهادت شاهد، ممکن است تکذیب شود. با این حال، به حکم قانون، قاضی باید در مقام جهل به موضوعات، به ظن حاصل از اقرار و شهادت توجه کند و آن را کاشف از واقع بداند.

۱. دلیلی که موجب شک شود، در واقع اثر اثباتی ندارد.

یکی از ادله ظنی اثبات دعوا اماره است که حقوق دانان از آن در کنار سایر ادله اثبات دعوا همچون شهادت و قسم و اقرار و سند، بحث می کنند. اماره در لغت به معنی علامت و نشانه است (جوهری، ۱۴۱۰/۲: ۵۸۲). در ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی در تعریف اماره و بیان ماهیت آن می گوید: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود.» بنابراین هر پدیده‌ای که بنابر ظاهر و سیر طبیعی امور، نشانه وجود واقعه‌ای باشد، آن را اماره وجود آن واقعه می نامند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۷۹۰).

قاضی فارغ از نظام قانونی، آزادانه قدرت اثباتی نشانه‌ها و قرینه‌ها را در وجدان خود می سنجد و گاه قرینه‌ای کوچک انگیزه عدالت خواهی را در او بیدار می کند.

از آنجا که در بسیاری از موارد، دلیل علمی^۱ به واقعیت حکمی یا موضوعی در دسترس نیست، شارع مقدس راه‌هایی ظن آور را جایگزین ادله علمی نموده و نتایج آن ادله علم آور را بر طرق ظنی ای که خود اعتبار بخشید، مترتب ساخته است. و تا آن زمان که مخالفت این طرق ظنی با واقعیت احراز نشود، آن‌ها از حجیت و اعتبار برخوردار هستند. این طرق دو دسته‌اند:

۱. آن دسته از راه‌هایی که هنگام شک در حکم شرعی کلی الهی به آن‌ها مراجعه می شود و این طرق، مختص مجتهد در مقام استنباط است، همچون خبر واحد و اجماع منقول و سایر ادله اجتهادی.
۲. آن دسته از راه‌هایی که هنگام شک در موضوع حکم شرعی به آن‌ها مراجعه می شود. همچون بینه و قاعده ید و قاعده سوق مسلمین و قاعده حمل فعل مسلمان بر صحت و سایر امارات تبعدی که برای تشخیص موضوعات خارجی به کار می روند (قزوینی، ۱۴۱۹: ۲۳۷).

در فقه اسلامی پنج راه برای اثبات یک حقیقت خارجی پیش روی قاضی قرار دارد: علم قاضی، بینه (شهادت)، قسم، اقرار و قرعه (حائری، ۱۴۱۵: ۱۸۵). این پنج مورد، طرق اصلی اثبات موضوعات خارجی و کشف آن‌ها در فقه امامیه است. هرچند که در ابواب مختلف فقهی همچون عقود و ایقاعات و سیاسات، امارات و اصل‌های موضوعی فراوانی وجود دارد که قاضی را در مسیر کشف موضوع خارجی یاری می نماید. همچون: اصل صحت، قاعده عدل و انصاف، اماره فراش، اماره ید و ...

این امارات موضوعی در علم حقوق به امارات قانونی نام گذاری شده‌اند. امارات قانونی در حقیقت اماراتی هستند که شارع، قاضی را مکلف به استفاده از آن‌ها برای کشف حقیقت کرده است.

۱. در اینجا مقصود از دلیل علمی دلیل علم آور به معنای دقیق کلمه است، نه دلیلی که در علم اصول به آن علمی گفته می شود؛ زیرا آن اصطلاح چیز دیگری است که در اینجا مقصود نیست.

و حکمت اعتبار و حجیت این امارات چنان که برخی تصریح کرده‌اند، غلبه مصادفت آن‌ها با واقع است (قزوینی، ۱۴۱۹: ۲۳۷).

در ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی اماره چنین تعریف شده است: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود.» بر همین اساس است که دو نوع اماره قانونی و اماره قضایی پدید آمده است. قاضی وظیفه دارد به امارات قانونی ترتیب اثر دهد، اعم از اینکه برای او علم بیاورد یا نه. در اینجا میان امارات قانونی و امارات شرعی شباهتی وجود دارد. به هر دو تعبد می‌شود، مگر اینکه دلیلی قاطع برخلافشان اقامه شود. پایه و اساس این تعبد نیز یک امر واقعی است. مبنای حجیت امارات قانونی آن است که نوعاً از واقع دلالت و حکایت می‌کند و چون از واقع حکایت می‌کند مورد تأیید شرع و یا قانون قرار گرفته‌اند. این دلالت نوعی است و لازم نیست برای شخص قاضی نیز چنین دلالتی داشته باشد. اما در اماره قضایی باید برای شخص قاضی حکایت و دلالت داشته باشد.

۲. تحصیل دلیل

با توجه به حجیت ذاتی علم (شیخ انصاری، ۱/۱۴۲۸: ۲۹)^۱ در صورت پدید آمدن علم برای قاضی، بر حجت‌های ظنی مقدم خواهد بود. مقصود از علم قاضی، یقین یا اطمینان یا همان علم عرفی است، نه علم منطقی. یقین و همچنین ظن نزدیک به علم یا همان اطمینان در موضوعات بالاتفاق حجت‌اند، هر چند در حجیت اطمینان در شبهات حکمیه اختلاف است.

البته اگر شارع مقدس از نوعی اطمینان یا حتی یقین نهی کرد، در این صورت نمی‌توان به آن استناد نمود. شاید بتوان لزوم تعدد را در اقرار به زنا از این قبیل دانست؛ یعنی با توجه به ادله تاریخی امکان این استنباط وجود دارد که حتی اگر با یک بار اقرار برای قاضی علم حاصل شود، از نظر شرعی باید سه بار دیگر اقرار صورت بگیرد تا علم حاصل از آن قابل اتکا و اعمال باشد. معمول فقها در هر حال علم قاضی را حجت دانسته‌اند، لکن می‌توان با توجه به اقرارهایی که نزد معصومان، از جمله علی (ع) واقع شده و ایشان اقرارکننده را به جلسات بعد حواله داده است، استنباط کرد که علم قاضی در چنین مواردی حجت نیست. برخی فقهای معاصر بر همین اساس فتوا داده‌اند که زنا و لواط با علم قاضی اثبات نمی‌شود.^۲ باید در نظر داشت که این‌گونه موارد در شریعت بسیار نادر است و در

۱. شیخ می‌گوید: «لا إشکال فی وجوب متابعة القطع و العمل علیه ما دام موجوداً؛ لأنّه بنفسه طریق الی الواقع، و لیس طریقته قابله لجعل الشارع إثباتاً أو نفیاً».

۲. از آیت الله مکارم شیرازی پرسیده‌اند: اگر قاضی دادگاه شخصاً زنا را دو نفر را دیده باشد ولی نه زناکاران اقرار به زنا

اغلب موارد علم قاضی اعتبار دارد.

همچنین باید به این موضوع توجه داشت که در پاره‌ای موارد برخی راه‌های تحصیل علم نامشروع شمرده شده است، مانند تحصیل علم در موضوعات منافی عفت. به همین دلیل است که در نظام کیفری ایران، تحقیقات اولیه دادرسی در این‌گونه موضوعات ممنوع است و پرونده‌های موضوعات منافی عفت مستقیم به دادگاه می‌رود و قاضی محکمه نیز حق ندارد برای تحصیل علم و تحصیل دلیل اقدام کند. در ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی در این‌باره چنین آمده است: «در صورت نبود ادله اثبات قانونی بر وقوع جرایم منافی عفت و انکار متهم هرگونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان و مستور از انظار، ممنوع است. موارد احتمال ارتکاب با عنف و اکراه، آزار، ربایش یا اغفال یا مواردی که به موجب این قانون در حکم ارتکاب به عنف است از شمول این حکم مستثنا است.» همچنین در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری چنین مقرر شده است: «انجام هرگونه تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است و پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست، مگر در مواردی که جرم در مرئی و منظر عام واقع شده و یا دارای شاکی یا به عنف یا سازمان یافته باشد که در این صورت، تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط مقام قضایی انجام می‌شود.» با این حال اگر به طریق مشروع یا نامشروع برای قاضی علم حاصل شد، قوانین فعلی استناد به آن را به نوعی محدود کرده‌اند. از جمله در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی چنین آمده است: «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قرائن و امارات بین مستند علم خود را به‌طور صریح در حکم قید کند.»^۱

در صورت عدم دسترسی به دلیل علمی، قاضی باید سراغ امارات معتبری که در قانون یا شریعت معین شده، برود. در این مرتبه، تقدم و تأخر اماره قضایی نسبت به اماره قانونی را شریعت و قانون معین می‌کنند و قاضی باید طبق فقه و قانون حرکت کند. در کشور ما به دلیل ابتدای قوانین بر شریعت اسلامی و لزوم قضاوت بر پایه موازین فقهی، ضرورت دارد به هر دو جهت (فقهی و قانونی) توجه

کنند و نه شهادی باشد آیا قاضی می‌تواند بر اساس علم خود رأی صادر کند؟ و ایشان چنین پاسخ داده‌اند: «زنا و لواط تنها با شهادت چهار شاهد و چهار مرتبه اقرار در چهار مجلس مختلف، ثابت می‌شود و با علم قاضی ثابت نمی‌شود.» (نقل از پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حضرت آیت الله مکارم شیرازی)

۱. موارد بیشتری از قوانین محدود کننده استناد به علم قاضی وجود دارد که مورد بحث محققان واقع شده است. از جمله نک: کلانتری، ۱۳۸۸.

شود. اصل ۱۶۳ قانون اساسی چنین می‌گوید: «صفات و شرایط قاضی طبق موازین فقهی به وسیله قانون معین می‌شود.» در اینجا هم قانون و هم شریعت مورد توجه قرار گرفته‌اند. در اصل ۱۶۶ لزوم استناد احکام دادگاه‌ها به قانون بیان شده است. در اصل ۱۶۷ قاضی مکلف شده تا حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی حکم را صادر کند. بنابراین، کوشش می‌کنیم از هر دو منظر فقه و حقوق موضوع را تبیین نماییم.

معمولاً امارات قضایی در صورت اطمینان‌آور بودن، مقدم بر امارات قانونی می‌شوند و اگر صرفاً ظن‌آور باشند، بی‌اعتبار بوده، طبق ادله دیگر اثبات دعوا حکم صادر می‌شود. گو اینکه ممکن است برخی اندیشمندان در تقدم امارات قضایی یا اطلاق این تقدم مناقشاتی داشته باشند، لکن تفصیل این بحث در آیین دادرسی کیفری و مدنی مطرح می‌شود و بررسی آن از عهده این نگاشته خارج است.

۲-۱. اعتبار علم قاضی در حقوق

در علم حقوق از اعتبار علم قاضی و اقناع او خارج از دعوا بحث کرده‌اند. برخی علم قاضی را به صورت مطلق قبول دارند و برخی به صورت مطلق رد می‌کنند و برخی راه میانه در این زمینه پیش گرفته‌اند. قاضی باید با جمع‌آوری و ارزیابی دلایل قانع شود که حق با کیست، پس نمی‌توان از علم او به اطلاق چشم پوشید و انسانی عدالت‌گستر را به ماشین مأمور اجرای قانون و اعمال اصول دادرسی و اثبات تبدیل کرد. از سوی دیگر، نباید قدرت لجام‌گسیخته و بی‌نظارت را به او سپرد و به این دلخوش بود که دادرس دلیل واقعی را در نهان خود دارد. حکم باید مستدل باشد تا مقام‌های ناظر و دو طرف دعوا بدانند که قاضی با بی‌طرفی و از راه متعارف و به حکم منطق به سوی واقع رهبری شده است. وانگهی استناد به علم شخصی دادرس، بدون استناد به دلیل، در نظر دیگران او را از بی‌طرفی خارج می‌کند و به محکوم حق اعتراض می‌دهد. البته پاره‌ای از مؤلفان استناد به علم قاضی را با بی‌طرفی او در دعوا قابل جمع می‌دانند، ولی منع از استناد به علم صرفاً شخصی را از حقوق طرف دعوا در دفاع از خود و ارائه دلیل می‌شمارند (سنه‌وری، ۱۹۵۲/۲: ۳۳).

لذا پرسش اصلی این نیست که آیا قاضی می‌تواند به آگاهی شخصی خویش برای احراز واقع در امور ماهوی استناد کند یا محدود به دلایل دو طرف است. زیرا پاسخش آن است که ترکیبی از این دو رکن او را به واقعیت می‌رساند. سؤال اصلی آن است که با چه معیاری می‌توان قلمرو علم قاضی و یافته‌های او از دلایل ارائه شده به دادگاه را معین ساخت و مرز اقتدار هر یک را رسم نمود. (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۲: ۵۱) در پاسخ به این پرسش، معیارهای متفاوتی ارائه شده است:

الف) تفکیک بین اطلاعات صرفاً شخصی (اتفاقی، غیررسمی) و آگاهی‌های همگانی: استناد به اطلاعات قسم نخست که پنهانی و دور از دسترس دیگران قرار دارد ممنوع است، ولی قسم دوم

که آشکار بوده و قابل دسترسی برای همگان است، می‌تواند مستند حکم واقع شود. برای مثال، در فرضی که ضمان ناشی از تعدی و تفریط در نگاهداری از ملکی مطرح است، دادرسی نمی‌تواند به اطلاعات خصوصی که به او داده‌اند و در حضور دو طرف مورد بحث قرار نگرفته است، استناد کند. ولی حق دارد به آگاهی فنی از قانون علمی یا اهمیت پایین آمدن ارزش پول و اثر تورم در چگونگی تعهد مورد نزاع تکیه کند و بر مبنای آن حکم دهد یا می‌تواند از آگاهی و تجربه خود برای شناسایی خط و امضای مورد انکار سود برد.

البته این معیار مورد انتقاد واقع شده است (دیانی، ۱۳۸۴)، زیرا وصف عمومی بودن اطلاعات قضایی قابل اندازه‌گیری نیست و خود می‌تواند ماده نزاع واقع شود. چنان‌که در همان مثال مربوط به تشخیص خط و امضا، معلوم نیست تا چه اندازه تجربه و اطلاع عمومی دادرسی کافی است و تا چه اندازه اطلاع شخصی در آن دخالت دارد.

ب) تفکیک بین مواضع استفاده از علم شخصی: برای دستیابی به واقع و احراز رویداد ماهوی مورد استناد، دو کاوش جداگانه و در عین حال مربوط به هم لازم است: (۱) احراز واقعه (۲) ارزیابی آن و استنباط نتایج حقوق مورد نزاع. بخش نخست تنها از راه دلایلی که طرفین دعوا به دادگاه ارائه می‌کنند احراز می‌شود. ولی در بخش استنباط از آنچه احراز شده است، اطلاعات و تجربه‌های شخصی دادرسی مورد استفاده قرار می‌گیرد و نباید آن را محدود به دلایلی شمرد که به دادگاه تقدیم شده و در دادرسی مورد بحث و نقد دو طرف واقع می‌شود. به بیان دیگر، قاضی نمی‌تواند به رکن تازه‌ای برای استنباط روی آورد، ولی می‌تواند از علم خود برای استنتاج از ارکان دعوا استفاده کند. این معیار گرچه از لحاظ عملی نزدیک به معیار اول است، ولی از لحاظ نظری روشن‌تر و منطقی‌تر است، هرچند که هنوز برخی از ابهامات را حل نمی‌کند، زیرا ممکن است دادگاه در ضمن ارزیابی رویدادهای اثبات شده به عامل جدیدی برای رفع نزاع دست یابد.

ج) حکومت تشریفات قانونی بر علم شخصی و لزوم توجیه اعتقاد و بیان مستدل آن: به عقیده برخی حقوق‌دانان این دو اصل اساسی وجه مایز بین علم شخصی معتبر و غیرمعتبر است. بدین معنا که اولاً دادرسی نمی‌تواند برخلاف تشریفات تشریفات که به حکم قانون برای اثبات امری ضروری است، به علم خود استناد کند؛ لذا در هر موردی که تشریفات قانونی خاصی برای اثبات آن وجود داشته باشد، علم قاضی تنها در صورتی قابل استناد است که منطبق با آن تشریفات قانونی باشد. همچنین دادگاه ملزم به استدلال و تکیه بر قوانین است و این یکی از تضمین‌های مهم بی‌طرفی دادرسی و امکان بررسی اندیشه او در دادگاه‌های بالاتر است. اصل ۱۶۶ قانون اساسی درباره تکلیف دادگاه اعلام می‌کند: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم

صادر شده است» (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۲: ۵۲).

با این تفصیل هنوز نمی‌توان معیارهای ارائه شده را برای تفکیک میان علم شخصی معتبر و علم شخصی نامعتبر کافی دانست. هیچ‌یک از این معیارها نمی‌تواند نافی اعتبار علم شخصی که از راه مشاهده مستقیم به دست آمده، باشد. اما مرز روشنی با دیگر طرق ایجاد نمی‌کند. لکن شاید بتوان از راه اول با تغییری مختصر دفاع کرد. مقصود از اعتباربخشی به علم قاضی آن نیست که هر گونه علمی را معتبر بدانیم. اگر قاضی از طریق دیدن رؤیا، ذهن خوانی، هیپنوتیزم، الهام، غیب‌گویی، جن‌گیری و مانند آن علم پیدا کرده باشد که حق با طرف الف است و ب حقی ندارد، نمی‌تواند به این علم عمل کند. چنین علمی در هیچ مکتبی اعتبار ندارد. مقصود علمی است که از طرق متعارف به دست آمده باشد و دیگران نیز اگر در چنان موقعیتی قرار بگیرند، می‌توانند علم پیدا کنند. مثلاً اگر قاضی خود به تنهایی شاهد حادثه‌ای بوده باشد، می‌تواند به علم حاصل از مشاهده‌اش عمل کند و بر اساس آن حکم دهد. در این صورت دیگران نمی‌توانند درباره علم او قضاوتی داشته باشند، اما اگر آن‌ها نیز در آن حادثه به جای قاضی حاضر بودند و شاهد ماجرا بودند، همین علم را پیدا می‌کردند. طریق مشاهده علمی الاصول، طریقی قابل اعتماد و علم آور است و علم حاصل از آن اعتبار دارد، مگر آنکه وضع و حال نامتعارف دیگری پیش بیاید که موجب خدشه و تردید در آن مشاهده بشود. در این صورت به دلیل پیش آمد چنان وضع نامتعارفی اعتبار علم او از میان می‌رود.

۲-۲. اعتبار علم قاضی در فقه

به اجماع فقها اگر موضوعی از حقوق مردم باشد و صاحب حق، حق خود را مطالبه نماید، عمل قاضی به علمش و حکم دادن مطابق آن جایز، بلکه لازم است. چنان‌که اگر مسئله‌ای از حقوق خداوند باشد (همچون برخی مسائل کیفری) عمل قاضی به علمش متوقف بر مطالبه کسی نبوده و باید طبق علمش حکم دهد (آشتیانی، ۱/۱۳۸۳: ۱۶۱ و حائری، ۱۴۱۵: ۱۹۹). همچنین، در صورت حصول ادله معتبر ظنی همچون بینه یا قسم، عمل به آن‌ها توسط قاضی لازم است. شرایط علم معتبر در فقه همان است که پیش‌تر گفته شد. هر علمی که از راه‌های متعارف کسب آگاهی به دست آمده باشد، می‌تواند مورد استفاده قاضی قرار گیرد.

عمده اشکال حقوق‌دانان در این زمینه آن است که اگر علم شخصی قاضی معتبر و قابل استناد باشد، رعایت اصل بی‌طرفی مخدوش می‌شود، بلکه دادرس به جای خصم خواهد نشست و امکان دفاع و بحث و بررسی ادله از طرفین سلب خواهد شد.

ولی فقها به این اشکال پاسخ داده‌اند؛ زیرا اولاً، اشتراط عدالت در قاضی، اصل بی‌طرفی در دادرسی را تضمین می‌کند. ثانیاً، با اعتبار علم قاضی، او به خصم و طرف دعوا تبدیل نمی‌شود؛ زیرا

معنای مرتکز از خصم نزد عقلا قابل اتحاد با دادرس و قاضی نیست و صرفاً شامل اطراف دعواست. مفهوم عقلایی خصم، کسانی را که در ادله دو طرف مناقشه می‌کند و به بررسی ادله می‌پردازند، شامل نمی‌شود و اگر قاضی بتواند علم خود را که از راه‌های متعارف به دست آورده است مستدل و مبین سازد، به‌عنوان دلیلی محکم در صدور حکم قابل استناد خواهد بود (حائری، ۱۴۱۵: ۱۹۴) و در این فرض امکان دفاع و بررسی و نقد دلیل نیز از جانب طرفین فراهم است و قاضی وظیفه دارد به آن‌ها فرصت دفاع بدهد.

۳-۲. تحصیل دلیل توسط قاضی از نگاه حقوق

حقوق دانان و به‌تبع آنان، قانون‌گذاران، دست قاضی را در دادرسی‌های کیفری، جز در امور منافی عفت، باز گذاشته و او را در تحصیل دلیل آزاد می‌گذارند. قاعده مشروعیت تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری آمده است. اما در آیین دادرسی مدنی قاعده منع تحصیل دلیل حاکم است، هرچند در مواد متعددی از آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ این قاعده تعدیل شده است.

«قاعده ممنوعیت تحصیل دلیل از سوی قاضی» میراثی از نظام اتهامی^۱ و مورد حمایت مکتب لیبرالیسم می‌باشد. برای تشریح این قاعده لازم است بدانیم دادرسی مدنی در عملیات قضایی خود با دو تکلیف روبه‌روست؛ نخست اینکه وقایع مادی را که به او عرضه شده است بررسی نماید و دیگر اینکه آن وقایع را با قانون تطبیق دهد. در عملیات نخستین گفته می‌شود طرفین دعوا باید دلایل خود را ارائه دهند و دادرس هم فقط باید به همان دلایل رسیدگی کند و حق ندارد به علم شخصی خود استناد نماید، زیرا مورد سوء ظن قرار می‌گیرد و نیز حق ندارد به‌دلیلی استناد کند که طرفین دعوا ارائه نداده‌اند و اگر هم نیازی به معاینه یا تحقیق محلی باشد باید از سوی طرفین دعوا درخواست شود و طرفین دعوا از آن اطلاع داشته باشند، همچنین حق ندارد به ادله‌ای استناد کند که در دعوی دیگری اقامه شده و مورد رسیدگی قرار گرفته است. قاعده «ممنوعیت تحصیل دلیل از سوی قاضی» قصد بیان همین ممنوعیت‌ها را دارد (زراعت و حاجی‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۲۳).

مطابق این قاعده و نظریه مرسوم، در امور مدنی، دادرس مأمور کشف واقع نیست. او در پی اجرای عدالت است، ولی با چراغی که طرفین دعوا بر سر راهش نهاده‌اند. تحصیل دلیل برای او ممنوع است و در هر حال پایبند خواسته‌ها و دلایل اصحاب دعوا است. ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق در این باره مقرر می‌کرد: «هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوا تحصیل دلیل کند، بلکه

۱. نظام اتهامی قدیمی‌ترین شیوه رسیدگی به دعوی است. در این نظام تعقیب بزه‌کار بر پایه شکایت زیان‌دیده از جرم و مراجعه به قاضی امکان‌پذیر است. قاضی منفعل است و مسئولیت اقامه دلیل بر دوش طرفین است.

فقط به دلایلی که اصحاب دعوا تقدیم یا اظهار کرده‌اند، رسیدگی می‌کند. تحقیقاتی که دادگاه برای کشف امری در خلال دادرسی لازم بداند، از قبیل معاینه محل و تحقیق از گواه‌ها و مسجّلین اسناد و ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی و امثال این‌ها تحصیل دلیل نیست.» بدین ترتیب، آزادی دادرسی در تحقیق محدود به دلایلی است که دو طرف در اختیار او نهاده‌اند. ولی ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی این ماده را تعدیل کرده و به قاضی اختیار گسترده‌تری می‌دهد تا بتواند به حقیقت دست یابد. این ماده اعلام می‌کند: «در کلیه امور حقوقی، دادگاه، علاوه بر رسیدگی به دلائل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد.» در ماده ۲۵۵ همین قانون آمده است: «اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب می‌گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن باشد.»

پیروی از هر یک از این دو نظام ادله، یعنی نظام قانونی و نظام آزاد اثبات، وابسته به هدفی است که قانون‌گذار از دادرسی دارد: اگر هدف از دادرسی فصل خصومت و رسیدن به پایان دعوا باشد، می‌توان دادرسی را کاملاً محدود کرد؛ همانند جنگی که هدف آن تحمیل صلح است، خواه محتوای این صلح غلبه حق بر باطل باشد، یا غلبه باطل بر حق. ولی اگر هدف کشف واقع و اجرای عدالت باشد، باید به قاضی اختیار بیشتری داد تا در این راه تلاش کند. منتها، برای گریز از خطر استبداد قضایی و تضمین بی‌طرفی دادرسی، تعیین چهارچوبی برای اختیار نامحدود او ضروری است.

طرف‌داران هر دو نظریه به این نتیجه رسیده‌اند که محدودیت یا آزادی مطلق دادرسی را نمی‌توان پذیرفت و باید آزادی نامحدود دادرسی در تحقیق را به وسیله دو قاعده محدود کرد:

۱. این آزادی نباید به قواعد مربوط به اعتبار دلایل صدمه بزند. برای مثال، در فرضی که دادرسی از استناد به شهادت یا سوگند ممنوع است، به استناد این آزادی نمی‌تواند به تحقیق ممنوع دست زند و نتیجه را در دادرسی دخالت دهد.

۲. اختیار دادرسی باید به‌گونه‌ای اعمال شود که او را از بی‌طرفی خارج نسازد و در معرض اتهام جانب‌داری قرار ندهد و به آزادی فردی و حرمت خانوادگی هیچ‌یک از اصحاب دعوا صدمه نزند. برای مثال، دستور ندهد که مکالمه تلفن خصوصی او ضبط شده، مورد استناد قرار گیرد.

غایت مطلوب هر دادرسی حق‌گزاری و رسیدن به حقیقت است، نه فصل خصومت و باید به‌جای فرد زرنگ‌تر و تواناتر، صاحب حق برنده شود. این موضوع در اجتهاد قضایی پررنگ‌تر است. اگر اجتهاد در قاضی شرط است، نه به دلیل قدرت استنباط احکام کلی شرعی است، بلکه به دلیل توان استنباط موضوعات احکام شرعی و مصادیق قانونی در امور حقوقی و کیفری است. اجتهاد قضایی اقتضا می‌کند که قاضی در مقام کشف حقیقت تحقیقات لازم را انجام دهد، هرچند طرفین از او

نخواستہ باشند. بله اصل خواستن آنان برای حکم به حق میان آن‌ها لازم است. لازمه حکم به حق، اجتهاد و تلاش در یافتن حق، سپس انطباق دادن درست قوانین بر موضوع و دادن حکم متناسب است. این همان اجتهاد قضایی است که لازمه‌اش ضرورت تحصیل دلیل بر قاضی است. از سوی دیگر، مرز بی‌طرفی را نیز نمی‌توان شکست؛ قاضی نمی‌تواند به تحقیق پنهانی دست زند یا دلایلی را که به آن می‌رسد در معرض گفت‌وگو و بحث و ایراد دو طرف قرار ندهد. برای مثال، نباید شاهدهی را در غیاب دو طرف احضار کند و گواهی او را بشنود، یا به علم شخصی خود که خارج از دلایل مطرح در دادرسی به دست آورده است استناد کند، یا به بهانه تحقیق در زندگی خصوصی آنان دخالت نماید.

از مفاد ماده ۲۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی نیز که دو شرط: (۱) اختلاف دو طرف (۲) مؤثر بودن در تصمیم نهایی را قید رسیدگی به دلایل قرار داده و طرح در جلسه دادرسی را اجباری کرده است، می‌توان شمایی از تلفیق بی‌طرفی دادرسی و آزادی او در تحقیق را در ذهن ترسیم کرد (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۲: ۴۷).

به‌عنوان نمونه اگر کسی دعوای خلع ید اقامه نماید یا دعوایی مطرح کند که نیاز به احراز مالکیت رسمی وی می‌باشد، و خواهان به دلیل جهل به قانون، اشاره‌ای به مالکیت رسمی خود نکند و دادگاه برای احراز امر، نیاز به استعلام از اداره ثبت اسناد و املاک پیدا کند تا مشخص شود که ملک مورد ادعای خواهان در دفتر املاک به نام وی می‌باشد یا خیر، اقدام دادرسی به استعلام مراتب از اداره ثبت اسناد و املاک و کشف این موضوع که خواهان، مالک رسمی می‌باشد، از مصادیق تحصیل دلیل ممنوع نیست و قاضی می‌تواند بنا به تشخیص خود اقدام به تحقیق کند. البته برخی از مصادیق نیز در رویه قضایی مشخص شده است (زراعت و حاجی‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۲۸).

همچنین در فرض حصول علم شخصی برای قاضی، مستدل ساختن آن، متوقف بر اجتهاد قضایی است. این کار یکی از مهارت‌هایی است که در اجتهاد قضایی تعریف می‌شود. یعنی ضمن داشتن علم باید برای اثبات آن دلیل تحصیل کند.

۴-۲. تحصیل دلیل توسط قاضی از نگاه فقه

در این ناحیه با فرض حجیت علم قاضی و نفوذ آن در فرایند قضاوت و صدور حکم، باید از این بحث کرد که آیا تحصیل دلیل علمی یا ظنی برای قاضی جایز است یا نه. طبق مقتضای ادله‌ای که خواهد آمد، دوران این بحث بین حرمت و وجوب است، به این معنا که یا تحصیل دلیل بر قاضی حرام است یا جایز. اگر جایز باشد، واجب خواهد بود. در ادامه به بیان ادله طرفین و نقد و بررسی آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۱-۴-۲. ادله لزوم تحصیل دلیل

فقههای امامیه بالصراحه به بیان این مسئله نپرداخته‌اند، ولی می‌توان از ادله‌ای که برای حجیت علم قاضی اقامه کرده‌اند، در این مقام بهره جست.

۱-۴-۲-۱. دلیل اول: اطلاعات دال بر وجوب حکم به عدل

اطلاق آیات و روایاتی که در آن‌ها شارع حکم کردن طبق عدل را واجب دانسته است و آن را مقید به امری ننموده است، اقتضا دارد که تحصیل دلیل بر قاضی واجب باشد؛ زیرا حکم به عدل، نیاز به کشف واقعیت دارد، پس قاضی باید به دنبال کشف واقعیت و تحصیل دلیل علمی رود و اگر موفق به تحصیل آن شد طبق آن حکم نماید. لذا از باب مقدمه واجب، تحصیل دلیل نیز واجب خواهد بود، مگر آنکه به‌طور مشخص شریعت مقدس در برخی موارد از تحصیل علم نهی کرده باشد. نمونه این نهی‌ها در جرایم منافی عفت وجود دارد که حتی به نظر جمعی از فقها علم قاضی اگر حاصل هم باشد، نمی‌تواند مستند حکم قضایی قرار گیرد.^۱ برخی از این آیات و روایات عبارتند از:

۱. يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ (ص، ۲۶)

۲. وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ (نساء، ۵۸)

۳. وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ (مانده، ۴۲)

۴. إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ (نساء، ۱۰۵)

۵. روایات نهی کننده از حکم به غیر آنچه که خداوند نازل نموده است: یکی مرفوعه برقی از امام صادق (ع) است که فرمود قضاوت چهار دسته‌اند: سه گروه در آتش و یک گروه در بهشت. کسی که به ظلم و جور حکم می‌کند و می‌داند حکمش ظالمانه است، کسی که حکم ظالمانه صادر می‌کند و از ظالمانه بودن آن آگاه نیست، و کسی که حکم عادلانه صادر می‌کند و از عادلانه بودن آن آگاه نیست، و کسی که طبق حق حکم کرده و به حق بودن آن آگاه است. سه گروه اول در آتش و گروه چهارم در بهشت جای دارند (حر عاملی، ۱۴۰۹/۲۷: ۲۲).

وجه استدلال به این آیات و روایات آن است که موضوع جواز قضاوت بر حسب آنچه از این ادله به دست می‌آید عدل و قسط و «ما أنزل الله» و مانند این عناوین است. بر اساس آیات ذکر شده خود واقع موضوعیت دارد. دستور داده شده که به «حق»، «قسط» و «عدل» حکم کنید. ظهور این موارد واقعیت عدل و حق و قسط است و این در درجه اول با علم به دست می‌آید و در صورت فقدان علم به ادله علمی و اطمینان آور بسنده می‌شود. مرحوم آیت الله شاهرودی پس از استدلال به آیات یادشده

۱. پیش از این به نمونه‌هایی از آن اشاره کردیم.

و آوردن مناقشاتی در استدلال به آن‌ها چنین می‌نویسد: «مقتضای آیات گذشته این است که حکم به واقع را مطلقاً جایز می‌داند» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶: ۵۸).

اما مرحوم آیت الله شاهرودی در جمع‌بندی کلی بحث از علم قاضی ابتدا حصرگرا (نسبت به بینه و سوگند) شده، می‌گوید که نمی‌توان به علم قاضی اکتفا کرد و «از ملاحظه کلیه روایاتی که در باب قضاوت و چگونگی حکم، و احکام دعاوی و آداب قضاوت، و قضاوت‌های پیامبر و ائمه (ع) وارد شده است، استفاده حصر می‌شود. ... اگر علم قاضی نیز به خودی خود، از راه‌ها و دلایل معتبر قضایی؛ مانند بینه و سوگند به شمار می‌آید، می‌بایست متعرض آن شده و دست‌کم در یک روایت ضعیف، آن را در عرض بینه و سوگند مطرح می‌کردند» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶: ۹۹).

اما بلافاصله استثنایی بر آن می‌آورد: «آری، این ادعا در علم حسی به معنایی که پیش‌تر در برخی از قضاوت‌های امیرالمؤمنین (ع) گذشت، قابل قبول است، علم حسی به معنای یاد شده، ظهور واقع امر است و به واسطه قرینه‌های قطعی، موجب به دست آمدن علم بدیهی در صحنه محاکمه برای همگان می‌شود. زیرا این چنین علمی در حکم وقوع جرم در صحنه دادگاه و داخل محکمه است که بالضروره حجت و سند است چنان‌که در برخی از روایات معتبره در قضاوت‌های امیرالمؤمنین (ع) نیز آمده است و از روایات حصر نمی‌توان عدم حجیت چنین علمی را به دست آورد، زیرا آن روایات از چنین علمی منصرف هستند» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶: ۱۰۰). با بیان این استثنا معلوم می‌شود که اگر طریقی بتواند واقع را برای قاضی به گونه‌ای روشن کند که گویا اینک در پیش روی او اتفاق می‌افتد، حجیت دارد. بر همین اساس می‌گوییم علم حسی در این زمینه خصوصیتی ندارد و با همین ملاک می‌توان به سایر روش‌های تحصیل علم نیز اعتماد کرد. مهم آن است که واقع نزد قاضی احراز شود. صرف وقوع در محکمه حجیت نمی‌آورد. حجیت آن علم حسی به دلیل آن است که انکار یا نادیده انگاشتن آن علم خلاف عقل است. طریقی حصول علم موضوعیتی ندارد.

بنابراین علم به عدل و قسط، علم به موضوع حکم است و علم به موضوع نیز منجر به علم به حکم است. از آنجا که قضاوت و حکم به عدل واجب است، علم به موضوع آن یعنی عدالت نیز واجب بوده، تحصیل دلیل از باب مقدمه واجب، واجب خواهد بود. اگر مخالف بگوید علم به استناد آنچه طرفین دعوا در اختیار قاضی قرار داده‌اند ملاک است، نه علمی که با تحصیل دلیل به دست آید، پاسخ آن است که این ادله مطلق عدل و حق و قسط را گفته است. برای اینکه چنان قیدی اضافه شود، دلیل لازم است. افزون بر اینکه در روایت صریحاً درباره آگاهی به حق بودن حکم سخن گفته شده و تنها راه نجات قاضی را آگاهی از حق به طور مطلق دانسته است و مقید به ادله طرفین نشده است.

۲-۱-۴-۲. دلیل دوم: سیره معصومان (ع)

نمونه‌های فراوانی از قضاوت‌های امیرالمؤمنین در دوران حکومت سایر خلفا و نیز حکومت خودشان نقل شده است که به حد تواتر اجمالی می‌رسند و در غالب آن‌ها حضرت با استفاده از روش‌های مختلف و بدون اکتفا به بینه و قسم به کشف حقیقت و واقعیت پرداخته‌اند و بر اساس آن حکمی صادر نموده‌اند. از این ادله علاوه بر آنکه موضوعیت واقعیت و حقیقت در جواز قضاوت به دست می‌آید، لزوم تحصیل دلیل نیز استفاده می‌شود.

البته فعل معصوم به‌خودی‌خود دال بر جواز بالمعنی الاعم و عدم حرمت آن کار است، لذا فعل امیرالمؤمنین (ع) در زمینه تحصیل دلیل تنها دال بر عدم حرمت آن می‌باشد. لکن مدعا آن است که تحصیل دلیل توسط قاضی یا حرام است و یا اگر جایز باشد، واجب است. لذا جواز تحصیل دلیل مستلزم وجوب آن خواهد بود.

به‌عنوان نمونه زنی شیفته جوانی از انصار شده بود و سعی می‌کرد که جوان را به‌سوی خود بکشاند. جوان که فردی عقیف و شریف بود خواسته او را عملی نکرد. وقتی زن از او مایوس شد، سفیده تخم مرغی را بر لباس‌ها و بدنش مالید. سپس نزد عمر آمد و به او گفت: این مرد با من زنا کرد. آن جوان ادعای زن را رد کرد. عمر که نمی‌دانست چگونه این مسئله را حل کند، به امام علی علیه‌السلام متوسل شد. امام (ع) دستور داد آب جوش بیاورند. مقداری از آن را بر روی آن سفیدی ریخت. سفیدی تخم مرغ سفت شد و به حالت پخته در آمد و حقیقت آشکار شد و زن به جرم خود اعتراف کرد (حر عاملی، ۲۷/۱۴۰۹: ۲۸۱).

نمونه دیگر در امور مدنی (خانواده و نسب) بود. دو زن، ادعای مادری یک پسر بچه را داشتند. تمام شیوه‌های اثبات دعوا، اعم از سوگند و تهدید و نصیحت را به‌کار برده بودند و به نتیجه نرسیدند. خلیفه دوم آن‌ها را نزد امیرالمؤمنین فرستاد. امام (ع) فرمود: حال که هر دو بر ادعای خود ثابتید من این کودک را با شمشیر دو نیم کرده و در میان شما قسمت می‌کنم. ناگهان مادر واقعی کودک، فریاد برآورد: یا علی! من از حق خود گذشتم؛ کودکم سالم باشد، هر چند در دست دیگران. امام علیه‌السلام فرمودند: کودکت را بردار و برو، مادر واقعی کودک تو هستی! که اگر فرزند آن زن بود، دلش می‌سوخت و حاضر نمی‌شد تا به بچه صدمه‌ای وارد شود (حر عاملی، ۲۷/۱۴۰۹: ۲۸۸).

نمونه‌های فراوان دیگری نیز از قضاوت‌های امیرالمؤمنین نقل شده است^۱ که حضرت در خلال

۱. کتاب‌های متعددی با عنوان قضاوت‌های امیرالمؤمنین (ع) به رشته تحریر درآمده است که در بردارنده این گونه روایات است. البته برخی از این روایات مواردی عجیب را بیان کرده‌اند. اما اجمالاً می‌توان استفاده از راه‌های اثبات

آن‌ها با روش‌های خلاقانه و علمی به کشف واقعیت پرداخته‌اند. البته اسناد این روایات با مناقشاتی مواجه است، ولی این روایات به حد تواتر اجمالی می‌رسند و به وسیله این تواتر می‌توان مضمون مشترک بین این روایات را اخذ کرد. مضمون مشترک بین این روایات تحصیل دلیل بر کشف واقعیت از راه‌های مختلف است.

۳-۱-۴-۲. دلیل سوم: فرمان مالک اشتر

امیرالمؤمنین در فرمانی که به مالک اشتر نوشتند و آن را به‌عنوان قانون حکومت‌داری به مالک اعطا کردند، در شرایط قاضی می‌فرمایند: «سپس از میان مردم، برترین فرد نزد خود را برای قضاوت انتخاب کن، کسانی که مراجعه فراوان، آن‌ها را به ستوه نیاورد، و برخورد مخالفان با یکدیگر او را خشناک نسازد، در اشتباهاتش پافشاری نکند، و بازگشت به حق پس از آگاهی برای او دشوار نباشد، طمع را از دل ریشه‌کن کند، و در شناخت مطالب با تحقیقی اندک رضایت ندهد، و در شبهات از همه با احتیاط‌تر عمل کند، و در یافتن دلیل اصرار او از همه بیشتر باشد، و در مراجعه پیاپی شاکیان خسته نشود، در کشف امور از همه شکیاتر، و پس از آشکار شدن حقیقت، در فصل خصومت از همه برنده‌تر باشد، کسی که ستایش فراوان او را فریب ندهد، و چرب‌زبانی او را منحرف نسازد و چنین کسانی بسیار اندکند!» (سید رضی، ۱۴۱۴: ۴۳۵-۴۳۴).

فرمان مالک در سه کتاب نهج البلاغه و تحف العقول و دعائم الاسلام نقل شده است که هر کدام، نسخه‌ای متفاوت از دیگری را آورده‌اند. ولی عبارت «أصبرهم علی تکشف الأمور» در هر سه نسخه آمده است. در هیچ‌یک از این سه مصدر سندی برای آن ذکر نشده ولی نجاشی در فهرست خود و شیخ در رجال در مجموع برای این فرمان‌نامه سه سند ذکر کرده‌اند. یکی از سندهای نجاشی و سند شیخ طوسی به فرمان را می‌توان صحیح دانست.^۱

علمی را از آن‌ها فهمید.

۱. در این مقام تنها به ذکر سند شیخ و بررسی اجمالی آن اکتفا می‌شود. شیخ طوسی در فهرست می‌گوید: «أخبرنا بالعهد ابن ابي جید عن محمد بن الحسن عن الحمیری عن هارون بن مسلم، و الحسن بن طریف جمیعا عن الحسن بن علوان الکلبی عن سعد بن طریف عن الأصبع بن نباتة عن أمير المؤمنین علیه السلام.» (طوسی، ۱۴۲۰: ۳۸) ابن ابی جید از مشایخ معروف نجاشی شیخ بوده و ثقة است (خویی، ۱۴۱۳). محمد بن حسن صفار نیز از اجلای اصحاب بوده و صاحب کتاب بصائر الدرجات است و شأن او اجل از توثیق است. هارون بن مسلم و حسین بن علوان الکلبی هر دو توسط نجاشی توثیق می‌شوند (نجاشی، ۱۴۰۷). شیخ طوسی در رجال خود سعد بن طریف را صحیح‌الحديث می‌داند (طوسی، ۱۳۷۳) که این عبارت یا مدح غلیظ است و یا افاده توثیق می‌کند. در هر صورت می‌توان به حدیث او اعتنا نمود. اصبع بن نباته نیز از خواص اصحاب امیرالمؤمنین (ع) است و نیاز به شرح حال ندارد.

حضرت در بیان خصوصیات شخص شایسته منصب قضاوت در ضمن بیان ۱۲ ویژگی به دو خصوصیت «آخذهم بالحجج» و «أصبرهم علی تکشّف الأمور» اشاره کرده‌اند. بنابراین قاضی باید در مسیر کشف واقعیت صبورترین افراد باشد. و صبر در این مسیر به معنای آن نیست که قاضی بدون هیچ فعالیتی منتظر ادله‌ای باشد که طرفین اقامه می‌نمایند، بلکه باید به دنبال کشف واقعیت باشد و در مسیر کشف واقعیت صبور باشد.

همچنین عبارت «آخذهم بالحجج» به معنای کسی است که بیشتر از دیگران به حجت‌ها تمسک می‌نماید. دلالت این عبارت نیاز به توضیح دارد، زیرا تمسک به ادله رایج در قضاوت همچون بینه و قسم به خودی خود امری تفاضل بر دار نیست که ایشان برای بیان آن، از صیغه تفضیل استفاده کرده‌اند. لذا باید مقصود از حجج در این عبارت امری غیر از بینه و قسم باشد، تا قابلیت تفضیل داشته باشد. و این حجج همان ادله‌ای است که قاضی باید برای کشف واقعیت از آن‌ها استفاده نماید، چراکه در مسیر کشف حقیقت از هر دلیل و نشانه علمی یا ظن آور می‌توان استفاده کرد تا به واقعیت مسئله دست یافت، همچون کارآگاهی که با جمع شواهد گوناگون، پرده از واقعیت بر می‌دارد و چنان‌که پیش‌تر گذشت، در اخذ به حجت‌ها هیچ قیدی نیامده است. پس می‌توان به هر حجتی تمسک کرد، اعم از این‌که طرفین دعوا به آن تمسک کرده باشند یا نه.

۲-۴-۲. ادله عدم جواز تحصیل دلیل توسط قاضی

مخالفان نیز برای دیدگاه خود استدلال‌هایی آورده‌اند که بررسی آن‌ها نیز ضروری است.

۲-۴-۲-۱. دلیل اول: سیره معصومان (ع)

از لحاظ تاریخی مسلم است که پیامبر اسلام (ص) در ترتیب آثار اسلام همچون طهارت و مصونیت جانی و مالی، به ظاهر اشخاص اکتفا کرده و طبق علم غیبشان حکم نمی‌کردند. همچنین در دعاوی و منازعات نیز طبق ظواهر و بینه و قسم قضاوت کرده و به علم خود عمل نمی‌نمودند. بنابراین وقتی علم قاضی نافذ نیست، تحصیل دلیل علمی نیز صحیح نبوده و کاری بیهوده است. بلکه در برخی موارد ممکن است مصداق بعضی عناوین حرام نیز قرار گیرد.

اما این استدلال درست نیست؛ زیرا روشن است که اکتفای آن حضرت به ظاهر حال، در مقام ترتیب آثار مسلمانی ربطی به بحث قضاوت خصوصاً در موارد مرتبط به حق شاکی خصوصی یا عمومی ندارد و از این دلیل نمی‌توان در این مقام بهره برد. نسبت به مطلب دوم سه اشکال وارد می‌شود: ۱. معلوم نیست معصومین به همه جزئیات رفتار و گفتار مردم به صورت بالفعل علم داشته باشند

بنابراین، می‌توان حدیث را صحیح‌السند دانست.

و چنان‌که از برخی روایات به دست می‌آید، علم غیب آن‌ها به این نحو است که اگر بخواهند چیزی را بدانند، می‌دانند. لذا ایشان قادر بر علم به این جزئیات هستند، اما علم بالفعل ندارند. (آشتیانی، ۱/۱۳۸۳: ۱۶۵).

۲. اینکه معصوم به علم غیب خود در مسیر قضاوت استناد نمی‌کند، دلالت بر آن ندارد که علم ناشی از اسباب عادی و متعارف در مسیر قضاوت برای او قابل استناد نیست. و محل نزاع در مسئله تحصیل دلیل، تحصیل دلیل متعارف است.

۳. سیره امیرالمؤمنین (ع) عدم اکتفا به ظواهر بوده است و نمی‌توان به صورت قطعی گفت که سیره پیامبر نیز اکتفا به بینه و قسم بدون تلاش برای کشف واقعیت بوده باشد.

۲-۴-۲. دلیل دوم: روایات انحصار قضاوت در بینه و قسم

روایاتی که دال بر انحصار قضاوت در بینه و قسم است می‌تواند مانع از تحصیل دلیلی غیر از این دو توسط قاضی باشد. البته اقامه بینه و قسم نیز از وظایف قاضی خارج است و بر عهده طرفین دعواست.

مهم‌ترین روایت دال بر انحصار که از لحاظ سندی و دلالتی مناقشه جدی ندارد، صحیحیه سلیمان بن خالد از امام صادق (ع) است که فرمودند: «در کتاب علی (ع) آمده است: پیامبری از پیامبران به خدا شکایت کرد: خدایا! چگونه در مواردی که ندیدم و شاهدش نبودم قضاوت نمایم؟ فرمود: خداوند وحی فرستاد: به کتاب من بین آن‌ها قضاوت کن و آن‌ها را به نام من قسم بده. و فرمود: این برای کسی است که بینه به نفعش وجود ندارد.» (حرعاملی، ۲۷/۱۴۰۹: ۲۲۹). اطلاق این روایت و مانند آن همچون نبوی معروف: «إنما أفضی بینکم بالبینات و الأیمان» (حرعاملی، ۲۷/۱۴۰۹: ۲۳۲) دال بر عدم نفوذ علم قاضی و به تبع آن عدم وجوب تحصیل دلیل است.

پاسخ: اولاً، با عنایت به حرمت قطعی حکم قاضی بر اساس بینه معلوم‌الکذب یا خلاف واقع، فهمیده می‌شود که این ادله اثبات، موضوعیت ندارند و نشان‌دهنده آن است که حکم قاضی بر اساس بینه و سوگند، صرفاً امری ولایی و تعبدی نیست، بلکه این موارد طریقیّت دارند. هرچند قضاوت بر اساس بینات و ایمان، جنبه تنفیذی، یعنی وجوب متابعت از قاضی و حرمت ردّ حکم وی را دارد، واقع را تغییر نمی‌دهد. لذا اگر فردی بر اساس حکم ظاهری دادگاه و برخلاف واقع، مال یا عرضی را به ناحق بگیرد، تصرف در آن حرام است. به دلیل ذیل روایت هشام که پیامبر (ص) در آن جا فرمود: «أیما رجل قطع له من مال أخیه شیئاً فإنما قطع له به قطعة من النار؛ هر کس که بر اساس قضاوت من چیزی از اموال برادرش را ببرد، قطعه‌ای از آتش را برده است» (حرعاملی، ۲۷/۱۴۰۹: ۲۳۲).

همچنین پیامبر خدا (ص) از خوردن مال مردم به وسیله شهادت دروغ نهی کردند^۱ (همان). روایت امرئ القیس نیز مضمون مشابهی دارد (حر عاملی، ۹/۲۷/۱۴۰۹: ۲۳۵).

بنابراین، رعایت موازین قضایی برای روشن شدن واقعت دعاوی و رسیدن به حقیقت است و بینه و قسم فی نفسه موضوعیت ندارند.

از سوی دیگر، حکمت مشروعیت دلایل تعددی اثباتی مانند بینه و قسم، ایجاد تسهیل در اغلب موارد و بسته نشدن باب قضاوت با فقدان علم است و ادله اعتبار بینه و مانند آن، از موردی که علم برخلاف آن باشد، منصرف است و علم قاضی در این حالت بر سایر ادله مقدم می شود. به طور کلی، ادله تعددی جایگزینی برای علم به حساب می آیند و نمی توانند در برابر آن بایستند.

ثانیاً: دلالت ادله کیفیت حکم، بر حصر مطلق ادله اثبات به موارد ذکر شده در روایات ناتمام است؛ زیرا غالباً در هر یک از روایات ادله اثبات، به یک یا دو مورد از آن طرق پرداخته شده و این امر نیز در بیشتر موارد، به صورت انحصاری بیان نگردیده است. طبعاً، اثبات چیزی (بینه، اقرار، قسامه) نمی تواند غیر خودش را نفی نماید. بلکه چون این روایت، جنبه اثباتی دارد، حتی نسبت به موردی که به کذب بینه و سوگند علم داریم نیز مسکوت است و آن را نفی نمی کند و نمی توان به آن بینه یا سوگند اعتماد کرد و بر اساس آن حکم داد. لذا اگر در برخی روایات نیز ادوات حصر به کار رفته، ولی در مقام بیان همه ادله اثباتی نیست و باید به کمک سایر قرائن، از جمله قرینه سیاق، حصر را کنار گذاشت.

ثالثاً: اگر بر فرض، از مستندات ادله اثبات قضایی مانند بینه و اقرار، موضوعیت داشتن و انحصار آن‌ها استفاده شود، افزون بر تعارض یاد شده، با سایر روایات، با ادله سماع اقرار، ادله سماع بینه از منکر و تعارض دو بینه، و ادله سماع شاهد واحد با یک سوگند، تعارض می یابد و باید از ظاهر آن‌ها دست برداشت و حصر را به صورت حصر نسبی و اضافی فهمید، نه حصر مطلق. یعنی نسبت به طرق اثباتی هم عرض خود، غیر از علم، یا در برابر شهادت و اقراری که فاقد شروط شرعی است، منحصرماً باید از بینه و قسم استفاده شود و نمی شود از روش‌های نامعتبر استفاده کرد. مثلاً در این موارد نمی توان به قرعه استناد کرد. بیان آن ادله ناظر به علم نیست. تمامی این موارد نسبت به علم قاضی، محکوم و خاضع خواهند بود و نمی توانند در تراز یا تعارض با آن قرار گرفته یا آن را نفی کنند. ممکن است منظور از آن حصر، نفی قضاوت بر طبق واقع امر، متکی بر علم غیب پیامبر (ص) باشد؛ زیرا در چنین مواردی، قابلیت ارائه منشأ علم وجود ندارد. لذا مفهوم روایت مذکور، این گونه است که آن حضرت، فقط بر اساس ظواهر (مفاد بینه، قسم و علم متعارف) بین مردم قضاوت

۱. «نَهَى عَنْ أَكْلِ مَالِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ»

می‌کردند، نه بر پایه علم غیب به واقعیت. بر اساس روایات، استفاده از علم غیب در قضاوت، اختصاص به حضرت مهدی (عج) دارد.

نتیجه

در چهارچوب پارادایم اجتهاد قضایی با توضیحی که داده شد، تحصیل دلیل از راه‌های مشروع برای قاضی در فقه و حقوق جایز، بلکه به منظور روشن شدن حقیقت و حکم به عدالت، واجب است و این امر به مسائل کیفری محدود نمی‌شود و در مسائل حقوقی نیز با شرایطی جریان دارد. البته در مواردی که نهی روشنی از تحصیل دلیل توسط قاضی وجود دارد، آن نهی مقدم می‌شود و تنها در آن موارد تحصیل دلیل نامشروع شمرده می‌شود. ظاهراً در فقه اسلامی تنها در مورد زنا این نهی صریح وجود دارد که در قانون مجازات اسلامی آن را به مجموعه جرایم منافی عفت تعمیم داده‌اند و هرگونه تحقیق و تفحص در آن‌ها را بر قاضی ممنوع ساخته‌اند.

یکی از مبانی مهم جواز، بلکه وجوب تحصیل دلیل توسط قاضی، مسئله حجیت و نفوذ علم قاضی در اجتهاد قضایی است که مبنای اصلی بحث نفوذ علم قاضی نیز تعیین طریقت داشتن ادله قانونی یا شرعی اثبات قضایی می‌باشد. در نتیجه می‌توان گفت با چهارچوب نظری جدید باید قضات را در مسیر اجتهاد قضایی تربیت کرد و آنان را برای تحصیل دلیل در مراحل سه‌گانه اجتهاد قضایی مهیا نمود. لازمه این سخن آن است که در شیوه‌تعلیم و تربیت قضات روش‌های جدید کشف جرم و واقعیت، که در علوم انتظامی آموزش داده می‌شود، همچنین روش‌های ارزیابی ادله و استفاده از دانش‌هایی مانند روان‌شناسی، زیست‌شناسی، زبان‌شناسی و... نیز گنجانده شود. بدیهی است که یک شخص نمی‌تواند در همه این دانش‌ها متخصص شود. لکن می‌توان با آشناسازی قضات با این روش‌ها، امکان بهره‌گیری درست و وسیع آن‌ها را از نتایج این دانش‌ها و کارشناسان آن‌ها فراهم ساخت.

منابع

فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، تهران: نشر میزان.
- امامی، سیدحسن (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی.
- بهرامی، بهرام (۱۳۹۰)، بایسته‌های تفسیر قوانین و قراردادها، تهران: نگاه بینه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳)، دائرةالمعارف علوم اسلامی، تهران: قضائی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- خواجه‌زاده، امیر و فاطمه بیناتیان (۱۳۹۶)، اماره و مصادیق آن در قانون و رویه قضایی، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجلد.
- دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۴)، «ایقان وجدان قاضی مقایسه اجمالی نظام‌های حقوق اسلام، ایران و فرانسه»، نشریه دادرسی، شماره ۵۱.
- زراعت، عباس و حمیدرضا حاجی‌زاده (۱۳۹۰)، ادله اثبات دعوا، کاشان: قانون مدار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، اثبات و دلیل اثبات، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، قانون مدنی در نظم کنونی، تهران: میزان.
- کلانتری، کیومرث (۱۳۸۸)، «تحلیل علمی از یک پرونده کیفری (زناى محصنه و اثبات آن)»، پژوهش حقوق عمومی، سال یازدهم، شماره ۲۶.
- مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۸۱)، ادله اثبات دعوا، تهران: پایدار.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۴)، «علم قاضی ۲»، فقه اهل بیت (ع)، شماره ۹.

عربی

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول، قم: مؤسسة آل‌البيت.
- آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر (۱۳۸۳)، کتاب القضاء، قم: زهیر.
- آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر (۱۳۸۸)، بحرال فوائد فی شرح الفرائد، قم: ذوی القربی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دار صادر.
- اصفهانی، محمد تقی رازی نجفی (بی‌تا)، الاجتهاد و التقليد (هدایة المسترشدين)، قم: مؤسسه آل‌البيت علیهم السلام.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۲۸ق)، فرائد الأصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ایوان کیفی، ورامینی، محمدحسین (۱۴۰۴ق)، الاجتهاد و التقليد (الفصول الغرورية)، قم: دار إحياء العلوم الإسلامية.
- بحرانی، آل طعان، احمد بن صالح (۱۴۱۹ق)، الرسائل الأحمدية، قم: دار المصطفى لإحياء التراث.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، الصحاح، بیروت: دارالعلم للملایین.
- حائری، سید محمد مجاهد طباطبایی (۱۲۹۶ق)، القواعد و الفوائد و الاجتهاد و التقليد (مفاتیح الأصول)، قم: مؤسسه آل‌البيت علیهم السلام.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل‌البيت علیهم السلام.

- حر عاملي، محمد بن حسن (١٤٢٧ق)، الرجال، قم: مؤسسه علمي فرهنگي دارالحديث.
- حسيني حائري، سيد كاظم (١٤١٥ق)، القضا في الفقه الاسلامي، قم: مجمع الفكر الاسلامي.
- حكيم، محسن (١٤٠٨ق)، حقائق الأصول، قم: كتابفروشي بصيرتي.
- خراساني، فاضل توني، عبد الله بن محمد (١٤١٥ق)، الاجتهاد و التقليد (الوافية في الأصول)، قم: مجمع الفكر الاسلامي.
- خويي، سيد ابوالقاسم (١٤١٣ق)، مُعْجَمُ رِجَالِ الْحَدِيثِ وَ تَفْصِيلُ طَبَقَاتِ الرِّوَاةِ، قم: نشر توحيد.
- سنهوري، عبدالرزاق احمد (١٩٥٢)، الوسيط في شرح القانون المدني، قاهره: دارالنهضة العربية.
- سيد رضی، محمد بن حسين (١٤١٤ق)، نهج البلاغة (للصباحي صالح)، قم: نشر هجرت.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي (١٤٢١ق)، رسائل الشهيد الثاني (ط - الحديثة)، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم.
- طوسي، محمد بن الحسن (١٣٧٣)، رجال الطوسي، قم: مؤسسة النشر الاسلامي.
- طوسي، محمد بن الحسن (١٤٢٠ق)، فهرست كُتُبِ الشِيعَةِ وَ أُصُولِهِمْ وَ أَسْمَاءِ الْمُصَنِّفِينَ وَ أَصْحَابِ الْأُصُولِ، قم: مكتبة المحقق الطباطبائي.
- عاملي، جمال الدين، حسن بن زين الدين (١٤١٨ق)، معالم الدين و ملاذ المجتهدين (قسم الفقه)، قم: مؤسسة الفقه للطباعة و النشر.
- قزويني، سيد علي (١٤١٩ق)، رسالة حمل فعل المسلم على الصحة، قم: جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- محقق كركي، علي بن حسين (١٤٠٩ق)، رسائل المحقق الكركي، قم: كتابخانه آية الله مرعشي نجفي و دفتر نشر اسلامي.
- محقق حلي، نجم الدين، جعفر بن حسن (١٤٠٣ق)، الاجتهاد و التقليد (معارض الأصول)، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مرعشي، سيد حسين بن رفيع الدين محمد حسيني (بي تا)، الاجتهاد و التقليد (حاشية السلطان علي معالم الدين)، قم: كتابفروشي داوري.
- موسوي قزويني، سيد ابراهيم (بي تا)، نتائج الافكار (الموضوعات الصرفه)، بي جا: بي نا.
- نجاشي، احمد بن علي (١٣٦٥)، رجال النجاشي، قم: مؤسسة النشر الاسلامي.