

# بایسته‌های فقه جزا

تألیف:

فقیه مجاهد

آیت‌الله سید محمود هاشمی شاهرودی

رئیس قوه قضائیه

## «بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ»

### مقدمه ناشر

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، به رهبری حضرت امام خمینی (قدس سره) تغییرات وسیعی در قوانین کیفری به عمل آمد. شتاب‌زدگی مقنن اسلامی در تصویب قوانین که بنا به ضرورت‌های شرعی و اجتماعی اجتناب‌ناپذیر بود، سبب گردید که بسیاری از نهادهای حقوق اسلامی به همان صورت و عبارات فقهی سنتی به صورت قوانین مدون درآید. در حالیکه کتب فقهی، نوعاً، در موضوعات کیفری کمتر به مسایل مبتلابه و مستحدثه پرداخته‌اند.

به همین دلیل عملاً، دستگاه قضایی با مسایل عدیده‌ای روبرو شد که یا پاسخ آنها در کتب فقهی کمتر دیده می‌شود یا به آن صورت سنتی قابلیت اجرایی ندارد. برای مثال در مبحث دیات، نظر مشهور فقیهان مبنی بر انحصار دیه در اقسام ششگانه و عدم قابلیت تقویم به پول بدون تراضی طرفین، مشکلات عدیده‌ای برای دستگاه قضایی و مردم پدید آورد و بسیاری از پرونده‌ها را معطل و مردم را سرگردان نمود. مثال دیگر، مسأله علم شخصی قاضی است که اینک مستند بسیاری از آراء قضات و از دلایل اصلی اثبات دعوی است. میزان اعتبار علم شخصی قاضی از نظر شرعی به ویژه در حدود که بنای شارع مقدس بر حفظ نوامیس و جانهای مردم است، محل تردید است.

نکته دیگر که در استفاده بی‌حد و حصر از علم شخصی قاضی باید مورد توجه قرار گیرد، وضعیت فعلی دستگاه قضایی و استفاده از قضات کم‌تجربه در کلیه مسایل حقوقی و کیفری (با توجه به قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب) است.

آیا می‌توان از نظر شرعی و عقلی چنین اعتباری برای علم شخصی قاضی به ویژه با

وضعیت فعلی دستگاه قضایی قایل شد یا خیر؟  
 پاسخ این سؤال به نظر حضرت آیت‌الله هاشمی شاهرودی منفی است و علم شخصی قاضی بی‌پایه و اساس است.  
 مثال سوم، مسأله ضرر و زیان‌های ناشی از جرم در جنایات است.  
 روند رو به افزون هزینه‌های درمان و معالجه و تأثیر از کارافتادگی اعضاء در زندگی شخصی افراد این بحث جدی را مطرح نموده است که آیا می‌توان افزون بر دیه، بزهکار را وادار به پرداخت ضرر و زیانهای ناشی از جرم کرد یا خیر؟  
 و مسایل دیگری که نیازمند به تحلیل و تفحص جدی و اجتهادی نوین البته مبتنی بر منابع معتبر فقهی دارد.

آیا نباید قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین جزایی که متأسفانه دارای نقایص بی‌شماری است، مورد تجدیدنظر قرار گیرد و با توجه به تأثیر زمان و مکان در اجتهاد و آموزه‌های جدید حقوقی اصلاح گردد تا بتواند ضمن پاسخگویی به نیازهای عصر حاضر، نمونه‌ای از یک الگو و مدل پیشرفته جزایی باشد.

فقیه روشن ضمیر و خوش فکر جهان تشیع حضرت آیت‌الله سید محمود هاشمی شاهرودی از جمله فقیهانی است که با داشتن دغدغه‌هایی از این دست، نگاهی تازه به فقه و به ویژه فقه جزایی دارند.

معظم‌له، با اشراف کامل به فقه، به خوبی نارسایی‌هایی فقه جزایی را دریافته‌اند و در مقالات متعدد، راه کارهای مناسبی را برای حل معضلات حقوقی ارائه نموده‌اند.

کتاب حاضر تنها بخشی از اندیشه‌های متعالی ایشان است که قبلاً به صورت مقالاتی در نشریه اهل بیت علیهم‌السلام منتشر گردید و اینک با تغییراتی شکلی به صورت کتاب حاضر تقدیم علاقه‌مندان می‌گردد.

معظم‌له، کتاب مستقلی نیز در فقه جزایی با روش نوین به رشته تحریر درآورده‌اند که امیدواریم این اثر ارزشمند را ترجمه و تقدیم جامعه حقوقی نماییم.

به مناسبت انتشار کتاب حاضر مختصری از سوابق علمی حضرت آیت‌الله هاشمی شاهرودی بدین شرح بیان می‌گردد:

### الف) اساتید معظم‌له

ایشان از شاگردان اصلی شهید آیت‌الله سید محمد باقر صدر و حضرت امام خمینی (ره) و آیت‌الله خویی (ره) هستند. ایشان دوره کامل خارج اصول و خارج فقه را



نزد آیت‌الله شهید صدر از سال ۱۳۸۵ ه. ق تا ۱۳۹۹ ه. ق تلمذ نموده‌اند و در سال ۱۳۹۹ ق اجازه کتبی اجتهاد از معظم له در سن حدوداً ۳۰ سالگی دریافت داشته‌اند. البته ایشان به تصدیق برخی از اساتید خویش در سن ۲۵ سالگی به درجه اجتهاد نایل آمده‌اند.

معظم له به مدت هشت سال به طور فعال در درس خارج فقه بیع و خیارات حضرت امام خمینی (ره) حاضر و از محضر ایشان بهره‌مند گردیده‌اند. همچنین به مدت شش سال در درس خارج فقه خمس، زکات و حج مرحوم آیت‌الله خوبی (ره) حاضر شده‌اند.

#### ب) کتب منتشره:

اهم تألیفات معظم له بدین شرح است:

۱ - بحوث فی علم الاصول: کتاب مذکور که در هفت مجلد به چاپ رسیده، تقریرات درس خارج علم اصول آیت‌الله شهید صدر است. لازم به تذکر است که معظم له اولین مقرر درس آیت‌الله شهید صدر هستند. دو مجلد از مجلدات هفتگانه در زمان حیات آیت‌الله صدر به چاپ رسید که توسط معظم له تقریظی بر آن دو جلد نیز نوشته شده است.

۲ - خمس: مباحث مربوط به خمس که شرح عروة الوثقی است ابتدا در مدرسه فیضیه قم تدریس و سپس در دو مجلد به چاپ رسیده است.

۳ - قاعده فراغ و تجاوز و تطبیقات آن: این مباحث ابتدا در مدرسه فیضیه قم تدریس و سپس منتشر گردیده است.

۴ - مقالات فقهیه

۵ - نظریه الحکم فی الاسلام: که متضمن نظریات سیاسی در حکومت اسلامی است.

۶ - تفسیر آیه مودت

۷ - فلسفه روزه

۸ - تفسیر موضوعی نهج البلاغه

#### ج) کتب در دست انتشار

۱ - کتاب اجاره: در دو مجلد که شرح عروة الوثقی است.

- ۲- کتاب البیع: شرح بیع مکاسب شیخ مرتضی انصاری.
- ۳- کتاب حدود و التعزیرات با شیوه جدید.
- ۴- کتاب شرکت، مضاربه، مزارعه و مساقات که شرح عروة الوثقی است.
- ۵- کتاب القضاء.
- ۶- اجتهاد و التقليد که شرح کتاب المنهاج الصالحین مرحوم آیت‌الله حکیم (ره) است.
- ۷- بحثی در فلسفه حقوق.
- ۸- بحثی در علم اقتصاد.

#### د) مقالات

مقالات متعددی از معظم‌له به چاپ رسیده است که تعدادی از آنها در کتاب حاضر تحت عنوان بایسته‌های فقه جزا منتشر می‌شود. برخی از مقالات منتشره ایشان عبارتند از:

- ۱- رساله لاتعاد فی الصلوة
- ۲- رساله کاهش قیمت پول
- ۳- رساله ذبح با ماشین
- ۴- رساله بیع ذبح ما لم یُضْمَن
- ۵- رساله بیعانه
- ۶- رساله حق غیر انحلالی قصاص
- ۷- رساله عقد استصناع

در روزهای پایانی چاپ کتاب مطلع شدیم که ایشان از طرف مقام معظم رهبری به ریاست قوه قضاییه منصوب گردیده‌اند.

بدون شک این انتصاب شایسته، افقی روشن فراروی قوه قضاییه قرار خواهد داد تا با بهره‌گیری از سعه صدر و نظریات پیشرفته و غنی معظم‌له یک دستگاه قضایی نمونه اسلامی پایه‌گذاری شود.

در پایان این انتصاب شایسته را به معظم‌له تبریک عرض نموده و امیدواریم تحت توجهات خداوند متعال و حضرت وی عصر(عج) در انجام این وظیفه خطیر و سرنوشت‌ساز موفق باشند.

## گفتار اول

### علم قاضی

#### اشاره

در بررسی ادله اثبات دعوی و طریق اثبات جرایم، علم قاضی از اهمیت ویژه‌ای در فقه و قوانین موضوعه برخوردار است، گرچه در قانون<sup>۱</sup> نص صریح بر اعتبار علم قاضی، وجود دارد، اما از آنجائی که خاستگاه اصلی قوانین موضوعه، فقه می‌باشد، ضروری است تا اساس و قلمرو علم قاضی و کیفیت استناد و صدور حکم بر طبق آن، از جهت فقهی، مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد، مقاله‌ای که در پیش روی دارید، تحقیقی است تا بیانگر میزان اعتبار علم قاضی در صدور حکم بر طبق آن باشد.

#### مقدمه

میان فقیهان ما؛ غیر از ابن جنید؛ معروف شده است که امام معصوم (ع) می‌تواند بر طبق علم شخصی خود حکم کند، لکن درباره قاضی غیر معصوم، بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد، شماری از آنان؛ که شاید مشهور نیز باشند: بر این عقیده‌اند که قاضی در همه جرایم اعم از حق‌الله چون زنا و سرقت و حق‌الناس چون قصاص و قذف، می‌تواند به علم خود عمل کند. برخی دیگر مانند ابن جنید، بنابر آنچه در «انتصار» از او نقل شده

---

۱ - ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۰ مقرر می‌دارد: «حاکم شرع می‌تواند طبق علم خود که از طرق متعارف حاصل شود، حکم کند.»



است، بر این باورند که قاضی در حق‌الله و حق‌الناس به هیچ روی نمی‌تواند مطابق علم خود عمل کند.

دسته سوم از فقیهان به تفصیل میان حق‌الله و حق‌الناس، نظر داده‌اند. و در مسالک این تفصیل به این جنید چنین نسبت داده شده است:

«قاضی می‌تواند مطابق علم شخصی خود تنها در مورد حق‌الله و نه حق‌الناس حکم کند». برعکس این تفصیل نیز، از ابن حمزه نقل شده است که، قاضی می‌تواند به علم خود تنها در مورد حقوق مردم نه حقوق الهی، حکم کند.

همچنین میان فقیهان اهل سنت، در این مسأله، اختلاف وجود دارد، گرچه مشهور از فقهای متأخر آنها، علم شخصی قاضی را در حق‌الله و حق‌الناس، معتبر نمی‌دانند. ولی در عبارتهای برخی دانشوران جدید و معاصر اهل سنت، چنین آمده است:

«همانا دلیل‌هایی که توسط آنها، اثبات دعوی می‌شود، برای قاضی علمی نسبت به قضیه‌ای که مسؤل رسیدگی آن است، بوجود می‌آورد که انگار خود قاضی، شاهد واقعه بوده و آگاه بر ظاهر و باطن قضیه شده است. بنابراین راهی برای قاضی باقی نمی‌ماند مگر آنکه بر طبق علم حاصل از این طریق حکم کند، زیرا غیر از این معلوم، چیزهای دیگر نزد قاضی مجهول است. آنگاه چگونه ممکن است قاضی حکم به امر مجهولی نماید؟! چنین وضعیتی مستلزم آن است تا قاضی به علم شخصی خود، که از طریق دلیل به دست نیامده بلکه از طریق مشاهده و اطلاع شخصی وی، نسبت به قضیه به دست آمده است، حکم کند. زیرا این علم قویتر از علمی است که از طریق شهادت شهود به دست می‌آید. شمار زیادی از فقهای پیشین شریعت بر همین نظر بودند لکن از آنجائی که به تدریج وجدان بازدارنده و تقوای دینی در مردم ضعیف گشت و باطن بسیاری از مردم فاسد شد و میل و علاقه به مادی‌گری بر نفسها مسلط گردید، و قلب‌ها مملو و مشروب از عشق به اموالی شد که از هر طریق کسب می‌شود، لذا دیگر علم شخصی قاضی خالی از اتهام و سوءظنی نبوده و از میزان اعتبار آن کاسته گردید». تا جائی که شافعی گفته است:

«اگر قاضیهای بد نمی‌بودند می‌گفتم حاکم می‌تواند بر طبق علم خود حکم کند».

همین دیدگاه را در علم حقوق به بیانی دیگر می‌یابیم. در کتاب «الوسیط»<sup>۱</sup> آمده

است:

«گاهی «حقیقت قضایی» از «حقیقت واقعی خارجی»، دور می‌افتد و حتی گاهی مخالف و معارض با آن است زیرا حقیقت، تنها از راه آیین دادرسی که توسط قانون ترسیم شده است، ثابت می‌گردد. در حالیکه ممکن است قاضی خود از کسانی باشد که به حقیقت واقعی مورد قضاوت و مخالفت آن با حقیقت قضایی، یقین داشته باشد. قانون در تمسک به «حقیقت قضایی» منهای «حقیقت واقعی»، میان دو اعتبار توازن برقرار می‌سازد:

اول: اعتبار عدالت‌خواهی قاضی را وادار می‌کند تا از هر راه در پی حقیقت باشد تا حقیقت قضایی با آن مطابق گردد.

دوم: اعتبار وحدت رویه و استقرار عمل بر طبق قانون، که قاضی را وادار می‌سازد تا به آئین‌های دادرسی پایبند بوده و در کشف حقیقت امر و راه‌های اثبات دعاوی به ادله قانونی، مقید و محدود باشد تا از ظلم و تحکم در صدور حکم، در امان بماند، و یا اینکه دادرسان‌ها به آنچه از ادله قانونی جهت کشف حقیقت می‌رسند و نیز، در ارزش‌گذاری آنها در قضایای مشابه، اختلاف نکنند.

و این امر، اقتضای محدودیتی در ادله اثبات دعوی نزد قاضی دارد نه اینکه علم شخصی قاضی را کاملاً لغو و بدون اثر کند.

اما حقوق‌دانان بیان دیگری دارند که تحت عنوان «مبنای حق خصم» در اثبات حق و نقض و رد ادله طرف مقابل، اصطلاح‌گذاری کردند که براساس آن، چنانچه دلیلی در اثبات دعوی طرح شود، لازم است به نظر خصم، جهت مناقشه در آن برسد و در غیر این صورت، استناد به آن صحیح نمی‌باشد. این است که، حقوق‌دانان افزودند:

«بر حق خصم در مناقشه ادله طرف مقابل، چنین مترتب می‌گردد که قاضی نمی‌تواند به علم خود عمل کند، چه علم قاضی در این مورد دلیلی در قضیه است و چون برای خصم حق مناقشه در این دلیل وجود دارد. اقتضای آن را دارد که قاضی در مقام طرف مقابل - خصم - قرار گیرد با این که قاضی، در مقام قضاوت نیز، قرار دارد و جمع بین این دو مقام درست نیست».

سپس آنها طریق اثبات دعوی را در شش چیز قرار دادند: ۱ - سند ۲ - شهادت یا بیّنه ۳ - قرائن ۴ - اقرار ۵ - سوگند ۶ - معاینه. نیز آنان علم قاضی را، در صورتی که مخصوص خودش نباشد، بلکه بر اساس داده‌ها و معلومات روشن و علوم مسلم مردم باشد، معتبر می‌دانند. بنابراین علم قاضی که بر اساس معلومات حاصل از جلسه قضاوت بدست می‌آید، حجت است. شاید اعتبار آن به این



اثبات دعوی است.

این عبارتها را نقل کردیم تا دیدگاه حقوقدانان و فقهای اهل سنت، مشخص شود نه این که به استدلال آنها که با روش استدلالی فقه ما همگونی ندارد، استناد کنیم زیرا استدلال آنها از استحساها و مصلحت‌اندیشی‌های بشری، نشأت می‌گیرد که با مبانی فقه ما سازگار نیست زیرا ما تنها تابع دلیل شرعی و دلالت‌های آن، هستیم که این مسأله نیز به همین شیوه بایستی، بررسی گردد.

به هر روی، آنچه که با استدلال به احتمال تهمت و وقوع ظلم و تحکم در ردّ علم قاضی طرح شده است به علم شخصی قاضی اختصاص ندارد، بلکه چنین احتمالی دست‌کم با نسبتی کمتر در سایر روشهایی که در صحت استناد قاضی به آنها تردیدی نکرده‌اند، وجود دارد، و چه بسا قاضی مورد اتهام آنها را به ترتیبی که خود می‌جوید، مورد استناد قرار دهد. اما با توجه به این که شارع مقدس عدالت قاضی را در درجه بسیار بالائی، شرط کرده است در صورتی که نظام قضایی اسلام به‌طور کامل اجراء گردد، عدالت قاضی مانع از وقوع ظلم و تحکم، و نافی این اتهام خواهد بود. همچنین مبنای «حق خصم» در نقض و ردّ ادله طرف مقابل، مانع از دادرسی قاضی توسط علم شخصی وی - بعد از آنکه محکوم علیه (خصم)، همه نقضها و مناقشات خود را علیه ادله تقدیمی به دادگاه مطرح ساخت و هیچ یک از آنها موجب ردّ آن ادله نشد - نخواهد گردید. زیرا فرقی از این جهت بین بیّنه و علم قاضی در شمار آن ادله، وجود ندارد.

اینکه گفته‌اند قاضی نباید خصم و حاکم هر دو باشد به این معنی که نباید در دادرسی طرف دعوی و ذینفع از آن، باشد، صحیح است زیرا خصم به معنای یکی از طرفین دعوی (مدعی و یا مدعی علیه) نباید در عین حال قاضی هم باشد اما این که قاضی، خصم به معنای کسی باشد که ادله تقدیمی از طرف محکوم علیه به دادگاه را مناقشه می‌نماید، اشکالی ندارد. چه این شأن قاضی جهت رسیدن به حقیقت است همانطور که محکوم علیه نیز می‌تواند در شماری از دلیل‌هایی که مورد استناد دادرسان در حکم قرار می‌گیرند، مناقشه کند مثل اینکه تعداد شهود یا عدالت آنها را جرح کند در حالیکه قاضی به عدالت شهود و کمال عدد آنها، یقین دارد و این امر قاضی را در شمار خصم محکوم علیه قرار نمی‌دهد.

بعد از بیان این مقدمه، به بررسی ادله اعتبار علم قاضی می‌پردازیم. در این مقاله در سه فصل مباحث علم قاضی مطرح می‌گردد:

- ۲- بررسی ادله اعتبار علم قاضی
- ۳- بررسی ادله عدم اعتبار علم قاضی

## فصل اول - کلیات

در این فصل به کلیاتی می‌پردازیم که در بررسی ادله شرعی درباره حجیت و اعتبار علم قاضی لازم است.

۱- مقتضای قاعده و اصل این است که حکم هیچکس علیه شخص دیگر، نافذ و معتبر نباشد مگر اینکه نفوذ حکم، مستند به دلیل باشد، خواه آنکه تردید در نفوذ حکم از ناحیه شک در صلاحیت دادرس، مانند شک در شرطیت عدالت یا اجتهاد یا مرد بودن قاضی بود، یا از ناحیه تردید در مستند حکم قاضی باشد؛ همه این تردیدها در نفوذ حکم قاضی، به صورت شبهه حکمی، مطرح است که اصل عملی در آن، با فقدان دلیل، حتی به گونه اطلاق یا عموم، عدم نفوذ و عدم اعتبار آن حکم است.

۲- گاهی چنین تصور می‌شود که صحیح نبودن حکم قاضی بر طبق علم شخصی وی، مخالف با حجیت ذاتی علم است چرا که امکان عقلی در باز داشتن از عمل به علم، که طریق بسوی واقع است، وجود ندارد زیرا هنگامی که قاضی به وقوع جرم آگاه می‌شود، موضوع مجازات حد یا تعزیر را محقق می‌داند و اعتقاد به وجوب اجراء آن مجازات، علیه شخص بزهکار و استحقاق مجازات، وی را پیدا می‌کند. پس چگونه قاضی قادر به صدور حکم بر طبق اعتقاد شخصی نباشد در حالی که استناد وقوع جرم به این اعتقاد به اندازه استناد هر حکم واقعی است که قطع به وقوع موضوع آن، حاصل می‌گردد. و از حکم نیز چیزی جز این معنی اراده نمی‌شود. ولی این تصور تمام نیست زیرا حکم قاضی بر طبق علم شخصی به دو حکم قابل تفکیک است:

**الف:** حکم تکلیفی به اینکه نسبت دادن جرم به متهم صحیح است، مانند شهادت بیّنه و نسبت دادن بیّنه، جرم را به متهم.

**ب:** اعتبار و نفوذ این حکم در دادگاه جهت رفع اختلاف بین دو طرف دعوی، مانند اعتبار سوگند و بیّنه در دادگاه و رفع نزاع و دعوی به وسیله آن دو.

در حکم اول، ممکن است گفته شود صدور جرم، تمام موضوع حکم است که قطع قاضی طریق به آن حکم می‌باشد گرچه این ادعا خلاف تحقیق است زیرا علم قاضی موضوع قضاوت و مجوز انتساب جرم به بزهکار است از این جهت اگر قاضی از روی جهالت مطابق واقع قضاوت کند تنها تجری



مربوط به خود قاضی است. اما حکم دوم، در این مقاله منظور نظر و مورد بحث است زیرا حقیقت اینکه قاضی می‌تواند بر طبق علم خود حکم کند این است که آن حکم بر مدعی و مدعی علیه در جهت رفع اختلاف آن دو، نافذ باشد، بدیهی است که علم قاضی و مستند آن، موضوع این اثر یعنی رفع اختلاف و نفوذ حکم علیه دیگران می‌باشد نه اینکه طریقی به آن باشد. به بیانی دیگر اینجا دو حجیت و اعتبار، برای علم قاضی متصور است:

اول: اعتبار و حجتی که برای شخص قاضی از جهت بروز آثاری بر علم وی، وجود دارد که در آن صورت ممکن است صحت نسبت دادن جرم به بزهدار تکلیفی بر قاضی باشد. گرچه همان‌گونه که خواهد آمد تحقیق خلاف این ادعا است.

دوم: اعتبار و حجّت قضایی علم قاضی که به معنای نفوذ آن بر مدعی و مدعی علیه و لزوم تعهد آن دو به حکم قاضی و پایان اختلاف و سقوط حق طرح دعوی به سبب آن حکم است. و علم قاضی موضوع این اثر می‌باشد زیرا این اثر مورد نظر، بر غیر قاضی بار می‌گردد. پس علم قاضی قطعاً موضوع چنین نتیجه‌ای است و لذا تعیین قلمرو اعتبار علم قاضی در اختیار شارع است و او می‌تواند هرگونه که بخواهد علم قاضی را موضوع اعتبار و حجّت قضایی قرار دهد، مثلاً علمی را که از طریق به دست آمده است، حجّت و معتبر بداند، و یا اینکه فقط خصوص علم مستند به بیّنه و سوگند را حجّت بشمارد و این امر هرگز مستلزم منع از اعتبار قطع طریقی نیست و بر همین اساس فقهاء در عدم نفوذ حکم قاضی که مستند به علوم غریبه غیر متعارف باشد، اشکالی ندارند.

ممکن است گفته شود؛ بر اساس آنچه که از آیات و روایات استفاده می‌شود قاضی می‌تواند بر طبق علم خود به آنچه که حقّ و واقع بداند، حکم کند پس واقع نیز، موضوع حجیت قضایی است.

گفته خواهد شد: بر فرض این که استدلال را درست بشماریم، چنانکه در آینده خواهیم گفت، استفاده توسعه در موضوع حجّت قضایی از ادّله و این که علم قاضی به وقوع جرم، برای نفوذ حکم او بر غیر کافی است، سخنی در آن نیست، اگر دلیل تمام باشد. ولی مفهوم آن طریقی بودن علم قاضی برای حجیت قضایی نیست، بلکه معنای آن طریقت علم قاضی برای جواز حکم و قابلیت استناد آن از سوی قاضی است.

پس در حقیقت این جا دو دلیل است: دلیل بر جواز حکم به واقع و حق که در صورت تمام بودن دلیل آن، اقتضا می‌کند، جواز حکم بر طبق واقع و حق را در آثار واقع و آنچه بر او مترتب می‌شود، که در این صورت علم قاضی طریقی به آن خواهد بود. دلیل دیگر



دلالت می‌کند بر نافذ بودن هر چیزی که برای قاضی استناد و حکم به آن در مقام رفع خصومت روا باشد و این همان حجیت قضایی است و ناگزیر علم قضا و حکم آن موضوع آن خواهد بود.

به تعبیر دیگر اگر دلیل بر ناروایی و عدم جواز حکم قاضی بر اساس علم شخصی او اقامه شود با حکم عقل بر حجیت ذاتی علم، برخورد نخواهد داشت. بلکه ممکن است دلیل بر حجیت نبودن علم قاضی در مقام قضا و نفوذ بر دیگران باشد. در این صورت تنها اطلاق دلیل دوم قید می‌خورد که علم قاضی و حکم او را به طور مطلق موضوع برای حجیت و نفوذ حکمش بر دیگران قرار می‌داد و معنای این سخن، تصرف در آثار علم موضوعی است نه علم طریقی.

و ممکن است دلیل بر ناروا بودن حکم و اسناد به علم شخصی قاضی باشد یعنی این که حتی اسناد و حکم هم، باید با بینه و حجّت شرعی باشد، در نتیجه «جواز اسناد و حکم» تنها از آثار واقع نخواهد بود. این نیز بی‌اشکال است و با حجیت ذاتی علم برخوردی ندارد چرا که معنای این سخن آن است که در موضوع حکم (جواز و اسناد حکم) علم از راه خاص، معتبر است.

۳- آنچه از آیات و روایات در امر به شلاق زدن زناکار و قطع دست سارق و سایر مجازاتها برمی‌آید، این است که مجازات شرعی بر واقع زنا یا سرقت، حمل می‌شود، و یک حکم تکلیفی متوجه قاضی به عنوان یک مکلف جهت اجرای حدّ بر موضوع واقعیش نیست - همانند مورد حکم تکلیفی «خمر ننوشید» که حکم متوجه شخص مکلف جهت اجراء است - بلکه قانونگذاری در امور کیفری جهت وضع مجازات در انواع جرایم به بیان امری، صورت گرفته است. شاید جهت آن، اهتمام به لزوم اجرای مجازات و تعطیل نشدن احکام کیفری در جامعه باشد، اما شرائط اجرای مجازات و کسی که حق اجرای مجازات را دارد و یا چگونگی اثبات جرم علیه متهم، از جمله مسائلی است که از قلمرو دلالت آن آیات و روایات، خارج می‌باشد. بنابراین امکان استناد به اطلاق آن ادله در جهت نفی هر گونه شرطی برای اجرای آن احکام مانند شرط بینه یا سوگند برای اثبات آن جرایم، وجود ندارد. بویژه آنکه حسب ارتکاز عقلائی حقوق و مسؤلیت مدنی و کیفری در مقام دعوی و اختلاف جهت اجرای حکم علیه شخصی نیازمند اثبات ظاهری و قضایی است و تنها ثبوت واقعی آنها بدون اثبات ظاهری برای کیفر رساندن متهم به وسیله آنها کافی نیست و هیچگونه اطلاقی برای ادله‌ای که دال بر مجازات علیه عناوین واقعی جرم‌ها است، وجود ندارد تا به آنها در