خارج الفقه

۲-۱۱-۱۴۰۲فقه اکبر ۲

۵۷

(مکتب و نظام قضایی اسلام)

دراسات الاستاذ:

مهدي الهادوي الطهراني

مکتب و نظام قضایی اسلام

خارج الفقه

ضرورت وجود قانون

تساوی تمام آحاد مسلمین در برابر قانون

رسیدگی عادلانه به دعاوی

سرعت در احقاق حق

اصل برائت

استقلال قاضی

رعایت امور موجب عدالت ثبوتی و اثباتی از سوی کارگزاران قضایی

سهولت مراجعه به سیستم قضایی

غیر قابل بازگشت بودن حکم قضایی مگر در صورت بطلان مستندات

قاضی

مشاوران قاضی

هیأت منصفه

دادستان

وکیل مدافع

تحقق امنیت در جامعه

حاکمیت قانون در جامعه

رسیدن ذی حق به حق خود

رفع خصومت

جلوگیری از تحقق جرم فردی و اجتماعی

تامین حقوق شهروندی

عدالت ثبوتی و اثباتی دستگاه قضا

مشاوران قاضی

- ذ المستحبة...
- يحضر من أهل العلم من يشهد حكمه فإن أخطأ نبهوه لأن المصيب عندنا واحد و يخاوضهم فيما يستبهم من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقررة و لو أخطأ فأتلف لم يضمن و كان على بيت المال.

شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام؛ ج۴، ص: ۶۴-۶۶

مشاوران قاضی

- مسألة ۳۳: قال ابن الجنيد: و لا بأس بأن يشاور الحاكم غيره فيما اشتبه عليه من الأحكام، فإن خبّروه بنصّ أو سنّة أو إجماع خفی عليه، عمل به.

مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة؛ ج۸، ص: ۴۲۹

مشاوران قاضی

- و قال الشيخ فی (المبسوط): متی حدثت حادثة فأراد أن يحكم فيها، فإن كان‌عليها دليل من نصّ كتاب أو سنّة أو إجماع، عمل عليه، و كذلک عندهم إن كان عليه قياس لا يحتمل إلّا معنی واحدا، كالشفعة للجار و نحوه، حكم به من غير مشورة.

مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة؛ ج۸، ص: ۴۲۹

مشاوران قاضى

- و عندنا أنّ جميع الحوادث هذا حكمها، فلا يخرج عنها شىء، فإن سدّت «۱»، كانت مبقاة على الأصل.
- و عندهم إن كانت مسألة اجتهاد، استحبّ له أن يشاور فيها، لقوله تعالى:وَ شاوِرْهُمْ «۲».
- (۱) فى المصدر: اشتبهت.
- (۲) آل عمران: ۱۵۹.

مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۸، ص: ۴۳۰

مشاوران قاضی

- و لم يرد تعالى المشاورة فـي أحكـام الـدين و مـا يتعلّـق بالشريعة، و إنّما أراد فيما يتعلّق بتدبير الحرب و نحـوه بـلا خلاف، و كان رسول الله صـلّى الله عليـه و آلـه غنيّـا عـن مشاورتِهم، و لكن أراد أن يستنّ بـه الحـاكم بعـده، و قـال تعالى وَ أَمْرُهُمْ شورى بَيْنَهُمْ «٣» و شاور النبي عليه السلام أصحابه فى قصّة أهل بدر و اساراه، و شـاور أهـل المدينـة يوم الخندق، و عليه الإجماع عندهم، و قد قلنا ما عندنا.
- (٣) الشورى: ٣٨.

مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة، ج٨، ص: ٤٣٠

مشاوران قاضی

- و عندهم إذا شاور، فينبغی أن يشاور الموافق و المخالف من أهل العلم، و لا يشاور إلّا ثقة عالما بالكتاب و السنّة و أقاويل الناس و لسان العرب و القياس،

مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة، ج۸، ص: ۴۳۰

مشاوران قاضی

- فإذا شاورهم و اجتهد فيها و غلب على ظنّه الحكم، فذاک فرضه، و لا يرجع فيه إلى قول غيره و إن كان غيره أعلم منه حتى يعلم كعلمه، لأنّه لا يصحّ أن يلى الحاكم حتّى يكون ثقة من أهل الاجتهاد، فإن لم يكن كذلک، لم يكن حاكما، و لم ينفذ له حكم، و كلّ ما حكم به باطل، و كذلک لا يجوز أن يقلّد و يفتى.

مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۸، ص: ۴۳۰

مشاوران قاضی

- و قد قلنا: إنّ عندنا أنّه لا يتولّى الحكم إلّا من كان عالما بما وليه، و لا يجوز أن يقلّد غيره و لا يستفتيه فيحكم به، فإن اشتبه عليه بعض الأحكام، ذاكر أهل العلم لينبّهوه على دليله، فإذا علم صحّته، حكم به، و إلّا فلا «۴».
- (۴) المبسوط ۸: ۹۷- ۹۸.

مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۸، ص: ۴۳۰

مشاوران قاضی

- و كلام الشيخ هذا يعطى المنع من المشاورة، لكنه سوّغ له السؤال لمن عنده من أهل العلم، لا على معنى أنّه يقلّدهم، و لكن بمعنى أنّه ينبّهوه على ما خفى عنه من الأدلّة، أو غفل، أو سها فيه، و شرط أن يكون من أهل الاجتهاد و المعرفة.

مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۸، ص: ۴۳۱

مشاوران قاضی

- و كلام ابن الجنيد لا ينافيه، لأنّه قال: يشاورهم لينبّهوه على ما خفي عليه من الأحكام، فإن خبّروه بنصّ أو إجماع أو سنّة خفي عليه، عمل به.

مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة، ج۸، ص: ۴۳۱

مشاوران قاضی

- و هذا يحتمل أن يقصد به ما قاله الشيخ احتمالا قويّا، و أن يكون مقلّدا لهم، و حينئذ تظهر المنافاة بين الكلامين، لكن لمّا أجمعنا على أنّه لا يجوز أن يلى القضاء المقلّد، وجب حمل كلامه على الأوّل.

مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۸، ص: ۴۳۱

مشاوران قاضی

- قوله: «و يحضر من أهل العلم. إلخ».
- (١) المراد بأهل العلم المجتهدون فی الأحكام الشرعيّة، لا مطلق العلماء.

مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج١٣، ص: ٣٧٣

مشاوران قاضی

- و ليس المراد أن يقلّدهم فى المسألة، سواء تبيّن خطؤه أم لا، لما تقرّر من أن غير المجتهد لا ينفذ قضاؤه مطلقا، بل لأن القضاء مظنّة تشعّب الخاطر و تقسّم الفكر، و جزئيّات الأحكام الواردة عليه بعضها يشتمل على دقّة و صعوبة مدرك، فربما غفل بواسطة ذلک عن بعض مدارک المسألة، فينبّهوه عليه ليعتمد منه ما هو الأرجح منه.

مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج۱۳، ص: ۳۷۳

مشاوران قاضی

- و يستحبّ له أيضا ابتداؤهم بالبحث عن الحكم الحاضر إذا لم يكن مدركه جليّا، بأن كان إجماعيّا أو منصوصا نصّا واضحا، تأسّيا بالنبىّ صلّى اللّه عليه و آله، فقد كانَ يشاور أصحابه امتثالا لأمر اللّه تعالى فى قوله وَ شاوِرْهُمْ فِى الْأَمْرِ «٢»، و قد كان صلّى اللّه عليه و آله غنيّاَ عن مَشاورتهَم بكمال علمه، و لكن أراد أن يستنّ به الحكّام بعده.
- (٢) آل عمران: ١٥٩.

مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج١٣، ص: ٣٧٣

مشاوران قاضی

- و أن يحضر من أهل العلم بالأحكام الشرعية من يشهد حكمه فإن أخطأ نبهوه، لأن الإنسان محل الخطأ و النسيان، و لا يعتبر فيهم الاجتهاد، لأنه ليس المراد تقليدهم، إذ قد عرفت اعتبار الاجتهاد فی القاضی عندهم، بل المراد الطمأنينة بصحة ما قضی به، و قد تحصل بمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد إذا كان من أهل النظر و الذكاء،

جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۴۰، ص: ۷۷

مشاوران قاضی

- و قوله: «لأن المصيب عندنا واحد» نبّه به على خلاف بعض العامّة «۱» حيث ذهب إلى أن كلّ مجتهد مصيب، فلا وجه حينئذ فى الرجوع إلى قول من ينبّهه، لأن كلّا منهما موافق للصواب، و إن كان بعض الآراء أرجح من بعض.
- (۱) الحاوى الكبير ۱۶: ۱۲۸، البحر المحيط ۶: ۲۴۱.

مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج۱۳، ص: ۳۷۴

مشاوران قاضی

- و فیه نظر، لأن هذا الحکم یجری علی المذهبین، و قد ذکره الفریقان فی آداب القضاء، لأن الإصابة فی الاجتهاد عند «۲» القائل بکون کلّ مجتهد مصیبا إنما هی مع موافقة الاجتهاد للدلیل المناسب للحکم،
- (۲) کذا فی «خ»، و فی سائر النسخ: علی.

مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج۱۳، ص: ۳۷۴

مشاوران قاضی

- و المفروض هنا الغفلة عنه و أنه إذا نبّه عليه تنبّه، و علم أن الدليل الذى اعتمده أولا غير صحيح بحسب ما يراه، بأن كان فى المسألة رواية فيها طعن غفل عنه مثلا، أو روايتان متعارضتان فجمع بينهما بأمر غير سديد، أو رجّح إحداهما بمرجّح مع غفلته عن أمور أخرى ترجّح ذلک الجانب، أو نحو ذلک. و هذا الأمر يشترک فيه القولان.

مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج۱۳، ص: ۳۷۴

مشاوران قاضی

- و إصابة الواحد إنما هی فی نفس الأمر لا فی الظاهر، و من الجائز أن لا یکون الحکم الذی ینبّه علیه و وجب علیه اتّباعه هو الصواب فی نفس الأمر، لأن الواجب فی الظاهر اتّباع الراجح بعد استفراغ الوسع فی تحصیل دلیله، سواء طابق الواقع فی نفس الأمر أم لا، بل ذلک أمر لا یعلم إلا من قبل اللّه تعالی.

مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج۱۳، ص: ۳۷۴

مشاوران قاضی

- و قد وقع فی کلام ابن الجنید فی هذه المسألة ما یوهم جواز تقلیده لهم فی الحکم، لأنه قال: «لا بأس أن یشاور الحاکم غیره فیما اشتبه علیه من الأحکام، فإن أخبروه بنصّ أو سنّة أو إجماع خفی علیه عمل به» «۳».
- (۳) حکاه عنه العلّامة فی المختلف: ۷۰۳.

مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج۱۳، ص: ۳۷۴

مشاوران قاضی

- قال فی المختلف «۱»: لکن لمّا أجمعنا علی أنه لا یجوز أن یلی القضاء المقلّد وجب حمل کلامه علی ما یوافق کلام الشیخ «۲» و غیره «۳»، من أن المراد به أن ینبّهوه علی ما خفی علیه من الأدلّة و سها فیه لیعتمد علی الدلیل الصالح، لا بمعنی أن یقلّدهم.
- فیحصل من کلام المختلف أن الإجماع واقع علی عدم جواز التقلید، فتعیّن لذلک حمل المشاورة علی ما أشرنا إلیه من المعنی.

مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج۱۳، ص: ۳۷۵

مشاوران قاضی

- قال فی الشرائع: و یحضر من أهل العلم من یشهد حکمه، فإن أخطأ نبّهوه، لأنّ المصیب عندنا واحد.
- قال فی شرحه، و قوله: لأنّ المصیب عندنا واحد، نبّه به علی خلاف بعض العامّة، حیث ذهب إلی ان کلّ مجتهد مصیب، فلا وجه حینئذ فی الرجوع إلی قول من نبهه، لأنّ کلّا منهما موافق للصواب، و إن کان بعض الآراء أرجح من بعض.

مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج۱۲، ص: ۳۹

مشاوران قاضی

- و فیه نظر، لأنّ هذا الحکم یجری علی المذهبین، و قد ذکره الفریقان فی آداب القضاء، لأنّ الإصابة فی الاجتهاد علی القول بکون کلّ مجتهد مصیبا إنّما هی مع موافقة الاجتهاد للدلیل المناسب للحکم، و المفروض هنا الغفلة عنه إلخ.

مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج۱۲، ص: ۳۹

مشاوران قاضی

- و أنت تعلم أنّ خطأ ذلک لا يخفى على مثل المحقّق، فيمكن أن يقال أنّ مراده أنّ التنبيه على الخطأ واجب عند من يرى أنّ المصيب واحد، أو راجح لا يتركه البتة، إذ قوله: (لأنّ المصيب إلخ) دليل الجزم على أنّهم ينبّهونه البتة، أو يجب عليهم- بناء على أنّ المصيب واحد- ذلک، فليس تقييد (تقييدا- خ) لأصل الحكم، و هو ظاهر.

مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج۱۲، ص: ۳۹

مشاوران قاضی

- نعم يمكن أن يفهم أنّ فائدة الإحضار حينئذ ظاهرة، فإنه لو أخطأ الحاكم نبّهه (ينبّهه- خ) الحاضر البتة، و لا يسكت عنه، لأنّ المصيب واحد، ففائدة الإحضار هنا واضحة مكشوفة، لا على القول بأنّ الكل مصيب، فإنه يحتمل عدم الوجوب، بل و عدم الأولويّة حينئذ، فيسكت، فلا يظهر للإحضار فائدة مثل ظهورها على الأول، فتأمّل.

مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج۱۲، ص: ۳۹

مشاوران قاضی

- و لا فرق فی ذلک بیننا و بین غیرنا فی هذا الحکم، و لذا حکی عنهم ذکره أیضا فی آداب القضاء و إن کان المصیب عندنا واحد دونهم، فان المصیب عندهم الجمیع، إلا أن ذلک لا مدخلیة له فی هذا الحکم، ضرورة أن الإصابة عندهم مع موافقة الاجتهاد للدلیل المناسب للحکم، و المفروض هنا الغفلة عنه، و أنه إذا نبه علیه تنبه و علم أن الدلیل الذی اعتمده أولا غیر صحیح بحسب ما یراه.

جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، ص: ۷۸

مشاوران قاضی

- و بالجملة يراد حضورهم للتنبيه على فساد الاجتهاد إن كان، و هذا أمر يشترک فيه الجميع، فإن إصابة الواحد إنما هی فی نفس الأمر لا فی الظاهر، و من الجائز أن لا يكون الحكم الذی ينبه عليه و وجب اتباعه هو الصواب فی نفس الأمر، إلا أن الواجب فی الظاهر اتباع الراجح بعد استفراغ الوسع فی تحصيل دليله سواء طابق الواقع الذی لا يعلمه إلا الله تعالى شأنه أو لا.

جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، ص: ۷۸

مشاوران قاضی

- و إلی ما ذکرنا یرجع ما عن ابن الجنید من أنه لا بأس أن یشاور الحاکم غیره فیما اشتبه علیه من الأحکام، فان أخبره بنص أو سنة أو إجماع خفی علیه عمل به، ضرورة معلومیة اعتبار الاجتهاد عندهم و أنه لا یکفی التقلید. فلیس المراد حینئذ إلا أنه یخاوضهم فیما یشتبه من المسائل النظریة لتقع الفتوی مقررة و محققة، لیأمن بذلک عن الخطأ فی حکم الله تعالی شأنه.

جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج۴۰، ص: ۷۸

مشاوران قاضی

- و يمكن أن يريد المصنف استحباب حضورهم حتى مع العلم بصحة الاجتهاد، لاحتمال خطأ الحكم الواقعى فيه، فيمكن أن يحصل من أحد منهم ما يرشد إلى ذلک و إن لم يتبين به فساد الاجتهاد، و من أن ذلک لا يتم إلا على أصولنا من أن المصيب واحد لا على أصولهم القائلين صواب كل مجتهد اجتهادا صحيحا.

جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، ص: ۷۸