

خوانشی نو بر شرط اجتهاد قاضی در ساحت تقنین
(گذار از وظیفه‌ی تقنینی به وظیفه‌ی مجرد قضائی)^۱

کاظم خسروی

گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران

Kazem Khosravi

Department of Law, Islamic Azad University, Mashhad, Iran

kazem.khosravi@iau.ac.ir

<https://orcid.org/0009-0005-0388-8791>

^۱. A New Reading on the Condition of Judicial Interpretation in the Realm of Legislation (Transition from Legislative Duty to Pure Judicial Duty)

نوع مقاله: پژوهشی

ارسال: ۱۴۰۴/۰۴/۱۸

ویرایش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۸

پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۰۴

انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

Article Type: Research Article

Received: 09 July 2025

Received in revised form: 19 July 2025

Accepted: 19 August 2025

Available online: 22 December 2025

چکیده

شرط اجتهاد قاضی در فقه اسلامی از دیرباز محل بحث فقها و بالتبع وجود آن در عصر کنونی در نظام قضائی ایران که بر پایه ی موازین اسلامی بنا نهاده شده، خصوصا با توجه به ندرت قضات مجتهد از یک سو و کثرت پرونده های مطروحه در محاکم دادگستری از سوی دیگر مورد تشکیک واقع شده است. اجتهاد قاضی که از سوی مشهور فقها ضروری دانسته شده، عمدتا به استناد دو روایت یک-معتبره ابوخیجه و دو-مقبوله عمر بن حنظله می باشد. به طوری که بر اساس نظر اینان حکم صادره از سوی قاضی غیر مجتهد، با وجود مطابقت با موازین حق و حقیقت نافذ نخواهد بود. در مقابل عده ی دیگری از فقها دلالت روایات مذکور بر اجتهاد قاضی را نپذیرفته و به پشتوانه ی اطلاقات برخی از آیات قرآن کریم، ملاک صحت و نفوذ حکم را مطابقت آن با موازین حق و حقیقت دانسته، هرچند که این حکم از سوی قاضی مقلد صادر شده باشد. نگارنده نظر مشهور فقها را در شرطیت اجتهاد قاضی تایید نموده اما با بازخوانی ادله ی مذکور این شرط را ناظر به جنبه ی «تقنینی» قاضی دانسته است. چه اینکه در زمان فقدان نهاد قانونگذاری، در دعوی مطروحه نزد قاضی، وی وظیفه ی استنباط حکم از ادله ی شرعی را نیز برعهده داشته است. به طوری که امروزه با تشکیل نهاد قانونگذاری و منع قضات از تقنین، وظیفه ی آنان صرفا معطوف به جنبه ی «قضائی» بوده و صحت انجام این وظیفه نیازمند اجتهاد نخواهد بود.

واژگان کلیدی: اجتهاد، قضا، جنبه ی تقنینی، جنبه ی قضائی.

مقدمه

شرط اجتهاد برای قاضی از زمره شرائطی است که معرکه ی آرای فقها قرار گرفته است. بدین صوت که مطابق نظر مشهور فقها تکیه بر منصب قضا از سوی مقلدین جائز نبوده و قاضی بایستی از لحاظ علمی به درجه ی اجتهاد رسیده باشد.^۲ در مقابل عده ی دیگری از فقها اجتهاد را برای قاضی ضروری ندانسته و قضاوت مقلدین را نیز صحیح دانسته اند. با مذاقه در عبارات فقها روشن می شود که ایشان به نصوص یکسان استناد ورزیده و صرفا استنباط آنان متفاوت بوده است. این در حالی است که این برداشت متفاوت از نصوص، ناشی از مبانی فقهی متفاوت نبوده و هیچ اختلاف مبنائی در این اختلاف نظر دیده نمی شود.

مهم ترین دلیل فقها برای فرع فقهی مذکور عمدتا استناد به دو روایت یک-معتبره ی ابوخیجه و دو-مقبوله عمر بن حنظله می باشد. استناد به آیات طبق آنچه از بررسی کتب فقهی بدست آمده، توسط صاحب جواهر مطرح گردیده و عبارات فقها در این رابطه صرفا در پاسخ به استناد این فقیه سترگ در صحت قضاوت مقلد بیان شده است. در هر حال واکاوی در این دلائل، نظر مشهور فقها مبنی بر شرطیت اجتهاد در قاضی را تایید می نماید. چه اینکه برداشت شرط اجتهاد از ادله از سوی مشهور فقها، با توجه به وظیفه ی قاضی در استخراج و استنباط حکم از ادله ی اربعه در دعوی مطروحه، در زمان صدور روایات که هنوز قوانین مدون نگشته بود، منطقی می نمود. گرچه این مطلب از سوی فقها

^۲ - ناگفته نماند چنانچه بعدا خواهد آمد، در قضاوت مطلق و متجزی قاضی نیز اختلاف نظر وجود دارد.

مورد تصریح قرار نگرفته، اما خوانش عبارات آنان احتیاج قضات به اجتهاد را صرفاً برای دستیابی به حکم از طریق ادله‌ی شرعی در زمان فقدِ قوانین مدونه آشکار می‌سازد. بر همین مبنا سوال اصلی در این مقاله این است که مبنای شرط اجتهاد برای قاضی چیست؟ و این شرط در زمان کنونی با وجود قوانین مدونه چگونه ارزیابی می‌گردد؟ چنانچه نگارنده بعد از واکاوی ادله‌ی طرفین ضمن پذیرش نظر مشهور فقها در شرطیت اجتهاد برای قاضی، امروزه با وجود قوانین مدونه، دلیلی بر این شرطیت نیافته و وجود این شرط را صرفاً ناظر به «بعد تقنین» قاضی می‌داند. بنابراین می‌توان گفت که در حال حاضر موضوع قضاوت نه آنکه تغییر یافته، بلکه محدود گشته است. قاضی سابق علاوه بر وظیفه‌ی قضائی (تحقیق، رسیدگی، صدور حکم) وظیفه‌ی تقنین نیز برعهده داشته که همین امر اجتهاد را برای او لازم و ضروری می‌دانست. اما قاضی در زمان حاضر صرفاً وظیفه‌ی قضائی داشته و تقنین از سوی او نهی شده و به نهاد دیگری (قوه قانونگذاری / مقننه) سپرده شده است. بر همین مبناست که قانونگذار در تعارض اجتهاد قاضی با قانون، قانون را مقدم داشته و در تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته است: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.» در اینصورت وی بایستی با صدور قرار امتناع از رسیدگی پرونده را به شعبه‌ی دیگری محول نماید. علت عدم صدور حکم مطابق با اجتهاد خویش، ممنوعیت تقنین و قانونگذاری از سوی اوست. در حالی که تا قبل از تشکیل نهاد قانونگذاری و تدوین قوانین، این وظیفه نیز بر عهده‌ی قاضی بوده و شرط اجتهاد نیز منصرف به جنبه‌ی تقنینی و برای قاضی ضروری بوده است.

در رابطه با پیشینه موضوع آنچه تاکنون از سوی پژوهشگران به رشته تحریر در آمده، بدون در نظر گرفتن این واقعیت بوده که وظایف قاضی در عصر کنونی که دوران تشکیل نهاد قانونگذاری بوده، با دورانی که این نهاد وجود نداشته، تفاوت نموده است. به عنوان نمونه حائری یزدی، محمد حسن در مقاله‌ای با عنوان «قضاوت مقلد و مجتهد متجزی» در نشریه دانشکده الهیات، شماره ۵۱ و ۵۲، در سال ۱۳۸۰، ادله‌ی شرطیت اجتهاد را بدون توجه به وظیفه‌ی قاضی در زمان صدور روایت و پس از آن تشکیل قوه قانونگذاری مورد نقد قرار داده است. این در حالی است که در این زمان ادله‌ی موجود به درستی با توجه به وظیفه‌ی تقنین از سوی قاضی اجتهاد را برای وی ضروری دانسته است. هم چنین بابائی، احسان، در مقاله‌ی «تحلیل شرطیت اجتهاد در قضاوت با تأکید بر عنصر قانون» در نشریه پژوهش نامه حقوق اسلامی، شماره دوم، در سال ۱۴۰۲ گرچه شرط اجتهاد را با توجه به عنصر قانون مورد بحث و بررسی قرار داده، اما رویکرد وی در این مقاله بدون واکاوی روایات مربوط به شرطیت اجتهاد با توجه به نقش زمان در محدود شدن وظیفه‌ی قاضی در بستر زمانی متفاوت بوده است. به صورتی که ایشان «قانون» را یکی از منابع معتبر دانسته که صدور حکم مطابق با آن توسط قاضی مخالفتی با مفاد روایات نخواهد داشت. هم چنین در این مقاله به طور کلی عملیات قضاوت که تطبیق حکم بر وقایع بوده، بی‌نیاز از اجتهاد دانسته شده است. این در حالی است که موضوع قضاوت در قبل از تشکیل نهاد قانونگذاری «تقنین» نیز بوده است و روایات مذکور بر همین اساس بایستی مورد تحلیل قرار بگیرند.

صاحب جواهر به استناد آیات ۵۸۳ و ۱۳۵^۴ سوره مبارکه نساء، ۸ سوره مبارکه مائده^۵ و مفهوم آیات ۴۴ و ۴۷^۶ سوره مبارکه مائده، ملاک صحت حکم قاضی را مطابقت آن با موازین عدل و قسط دانسته و هر حکمی را از سوی هر شخصی که با حق و حقیقت سازگار بوده، صحیح و نافذ دانسته است. توضیح اینکه به نظر ایشان ملاک حقانیت حکم با توجه به نصوص، مطابقت آن با احکامی ست که از سوی پیامبر (ص) و اهل بیت او به ما رسیده است. در اینصورت اگر شخصی در موضوعی احکام ایشان را دانسته و مطابق آن حکم نماید، این حکم با موازین حق و عدل سازگار خواهد بود؛ هرچند که وی به مرتبه ی اجتهاد نرسیده باشد. (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۰، ۱۶). لذا اطلاق آیات مذکور شامل قاضی مجتهد و مقلد می باشد. بنابراین با این استدلال در صورتی که شخصی به واسطه ی تقلید حق را شناخت و بدان علم پیدا نمود و مطابق با آن حکم صادر نمود، این حکم به قسط و عدل است. حکم او به مثابه حکم مجتهد بوده و حکم مجتهد، حکم ائمه طاهرین و حکم ائمه، حکم خداوند باری تعالی می باشد.

در این رابطه باید گفت اولاً آنچه از آیات به دست می آید اینست که در مقام قضاوت واجب است که به عدل و مطابق با موازین حق و حقیقت حکم صادر نمود. اما اینکه چه کسی این حکم را صادر نماید، در آیات شریفه مورد بحث قرار نگرفته است. (عراقی، ۱۴۲۱، ۴۳؛ منتظری، ۱۴۰۹، ۲، ۱۶۲). به عبارت دیگر آیات در مقام بیان خصوصیات حکم و نه خصوصیات صادرکننده حکم می باشند. لذا آیات مذکور از این جهت اطلاقی ندارند. ثانیاً چنانچه برخی (یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۷). نیز بیان داشته اند، بر فرض دلالت آیات بر مدعای ایشان، روایاتی که دلالت بر شرط اجتهاد داشته، این آیات را تقیید می زنند. ثالثاً در صورتی که منظور صاحب جواهر این باشد که هر شخصی به صرف شنیدن حکم الهی از ائمه یا مجتهدین، توانائی صدور حکم داشته باشد، این امر با ماهیت قضاء منافات دارد. وانگهی چگونه این شخص صلاحیت و توانائی رفع علاج بین احکام اسلامی در مقام تعارض را دارد؟ بسیاری از احکام اسلامی دارای مخصّص یا ناسخ بوده، مقلد چگونه این توانائی را دارد؟ آری؛ در صورتی که مراد ایشان شخصی بوده که دارای این توانائی ها باشد، بی شک وی دیگر مقلد نبوده و مجتهد می باشد. (معرفت، بی تا، ۲۷۶). رابعا مراد از حق در آیات شریفه حق واقعی ست که حقانیت آن نزد حاکم و محکوم معلوم باشد. (آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۵۰). مقلد، عالم به حکم واقعی نیست. وی در مسائل مربوط به خودش همواره به مجتهد مراجعه می کند. چنین شخصی را نمی توان «عالم» دانست. همانطور که مریضی که به پزشک مراجعه نموده و داروی درمان بیماری خود را از او پرسیده، نمی توان عالم به طبابت دانست.

٢- إِنْ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

٤- يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعَرَّضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا

٥ - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ

٦ - إِنْ أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّائُونَ وَالْأَجَارُ بِمَا اسْتَحَفُّوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَاخْشَوْنِ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ

٧- وَلِيَحْكُمَ أَهْلَ الْإِنجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ

به همین خاطر است که حکم صادر شده از سوی مقلد را نمی توان مطابق با موازین عدل و قسط دانست. چه بسا که حکم زمانی مطابق با موازین عدل بوده که صادرکننده ی آن موضع و مبنای آن حکم را بداند. (معرفت، بی تا، ۲۷۶). این برداشت همسو با روایتی ست که قضات را به چهار گروه تقسیم نموده و از این میان صرفا قضاتی اهل بهشت بوده که مطابق با حق حکم نموده و نسبت به این حقانیت « علم » نیز داشته باشند. آندسته از قضاتی که مطابق با حق حکم نموده اما علم به حقانیت حکم نداشته، همچون دو گروه دیگر که به جور حکم داده اند، اهل دوزخ خواهند بود. (حرعاملی، ۱۳۷۶، ۳، ۴۰۵).

در هر حال به نظر می رسد لازمه ی مطابقت حکم با موازین حق و عدل و قسط، استنباط صحیح آن حکم از ادله ی شرعی می باشد. بدین معنا که حکمی خصوصیت حق و عدل و قسط را داشته که به طرق صحیح از منابع شرعی استخراج شده و سپس با تطبیق در دعوی مطروحه صادر گردد. پرواضح است که تطبیق حکم الهی با موضوعات خارجی در دعای مطروحه را که در دائره وظیفه ی قضائی و نه تقنینی جای گرفته، نمی توان مصداق مما انزل الله دانست. چنانچه صدور حکم بر اساس اقرار و شهادت و... را نیز نمی توان ذیل آیات مذکور تفسیر نمود. این عبارت که : « مراد از حق در آیات آن چیزی است که حقانیت آن با قطع نظر از حکم حاکم ثابت شده باشد، اما آنچه که حقانیت آن با ملاحظه ی حکم حاکم به واسطه ی شهادت شهود ثابت شده باشد، مشمول آیات نمی باشد. » (آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۵۳). به خوبی بیانگر مطالب فوق می باشد. بی دلیل نبوده که فقها منصب قضا را به استناد همین آیات شریفه مختص پیامبر (ص) و ائمه اطهار دانسته و روایاتی را که حاوی تحذیر بوده در بیان شرطیت اجتهاد قاضی ذکر نموده اند. (یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۶). روشن است که این شرطیت ناظر به بعد تقنین و قانونگذاری یا همان استنباط احکام بوده که محتاج به اجتهاد می باشد.

۲- روایات

مهم ترین روایاتی که فقها در این رابطه مورد بحث قرار داده اند، یک معتبره ابو خدیجه سالم بن مکرم و دیگری مقبوله عمر بن حنظله می باشد. ابو خدیجه از امام صادق (ع) نقل می کند که ایشان فرمودند: « هنگامی که نزاع و خصومتی بین شما پدید آمد و یا در دریافت و پرداخت چیزی اختلاف بین تان ایجاد شد، مبدا که برای رفع اختلاف به فساق مراجعه کنید. شخصی را بین خودتان حاکم قرار دهید که حلال و حرام ما را بداند. زیرا من او را برای شما قاضی قرار دادم. مبدا که برخی از شما علیه دیگری نزد حاکم جائر شکایت ببرد.^۸ »

در خصوص ضعف سندی روایت مذکور فقها بدان اعتنا ننموده، زیرا مفاد آن موافق با عقل بوده (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۲، ۷). و مورد عمل فقها نیز قرار گرفته است. (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۲، ۶۰۰). لذا این شهرت عملی جبران کننده ی

^۸ - ابن محبوب عن أحمد عن الحسن عن أبي الجهم عن أبي خديجة قال: بعثني أبو عبد الله عليه السلام إلى أصحابنا فقال قل لهم إياكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تراءى بينكم في شيء من الأخذ والعطاء أن تتحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق اجعلوا بينكم رجلا ممن قد عرف حلالنا وحرامنا فإني قد جعلته قاضيا وإياكم أن يتحاكم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر. فيض كاشاني، محمد بن شاه مرتضی، الوافی، مکتبه الامام امیر المومنین علی (ع)، ۱۴۰۶ هـ، ج ۱۶، ص ۹۰۲.

ضعف سندی آن می باشد. موافقان قضاوت مقلد مطابق این روایت ملاک امام (ع) را برای صحت قضاوت این دانسته که قاضی عارف به احکام بوده و حرام و حلال آن را بشناسد. بنابراین مقلدی که فتوای مجتهدش را در خصوص موضوع مورد نزاع بداند، عنوان «عارف» بر او صدق نموده و وی همان شخصی است که امام (ع) او را قاضی قرار داده و می توان برای رفع خصومت به او مراجعه نمود. (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۲، ۶۰۶). چه بسا در زمان پیامبر (ص) نیز اشخاصی که به امر قضا مشغول بوده و پیامبر (ص) مردم را برای رفع خصومت به ایشان ارجاع نموده، به درجه ی اجتهاد نرسیده بودند. اینان صرفاً براساس آنچه از پیامبر (ص) شنیده بودند، رفع تخاصم نموده و حکم صادر می کردند. (تبریزی، بی تا، ۱۸، ۲۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۴۰، ۱۶-۱۷). نکته ی دیگر اینکه آنچه از نصوص به دست می آید این است که امامان معصوم (علیهم السلام) اذن به قضاوت بین مردم را به شیعیان واقعی خودشان داده اند، آنانکه پاسدار احکام الهی بوده و مطابق با آن بین مردم حکم نموده اند. در این صورت تفاوتی ندارد که علم به این احکام از طریق اجتهاد یا تقلید حاصل شده باشد. بنابراین در مورد قضاوت، اذن عام از سوی امامان معصوم صادر شده است. چنانچه توقیع شریف صاحب الامر (عج)^۹ نیز دلالت بر این اذن عام دارد. (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۰، ۱۷-۱۹).

ناگفته نماند روایت ابو خدیجه به صورت دیگری نیز نقل شده است. مطابق نقل دیگر امام (ع) بعد از اینکه شیعیان را از مراجعه به قضات اهل جور منع نموده می فرمایند: «به شخصی مراجعه نمائید که چیزی از احکام ما را بداند و او را بین خودتان قرار بدهید.»^{۱۰} محتوای دو روایت با هم تفاوتی ندارند و ابو خدیجه در هردو از امام صادق (ع) نقل نموده است. ظاهراً این اختلاف نسخ در روایات بدین جهت باشد که ابو خدیجه نقل به معنا نموده و الفاظ را تغییر داده است.

روایت دیگری که در بحث مذکور مورد استناد فقها قرار گرفته است، مقبوله عمر بن حنظله می باشد. در این روایت نیز امام صادق (ع) بعد از نهی شیعیان از مراجعه به قضات جور، آنان را برای رفع خصومت به شخصی ارجاع می دهند که راوی حدیث امامان معصوم بوده و حرام و حلال الهی را بشناسد و علم به احکام اسلامی داشته باشد. چنین شخصی ست که ایشان او را حاکم بین شیعیان قرار داده اند.^{۱۱} از آنجائی که محتوای این روایت با روایت ابو خدیجه تفاوتی نداشته، استدلال به این روایت نیز برای قضاوت مقلد یکسان می باشد. لذا خصوصیات مذکور در روایت را می توان در مقلد نیز یافت و الزامی برای مجتهد بودن قاضی وجود ندارد.

به نظر می رسد عمده ی اختلاف فقها در استنباط از روایات مذکور، خوانش متفاوت آنان از الفاظی همچون «عارف» ، «عالم» مسطور در روایات باشد. بدین صورت که آن دسته از فقهای که اجتهاد را شرط قضاوت ندانسته بودند،

^۹ - وَأَمَّا الْحَوَادِثُ أَلْوَقَعَهُ فَأَرْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةٍ حَدَّثَنَا فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حُجَّةُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ. ابن بابویه، محمد بن علی، کمال الدین و تمام النعمه،

دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۵ ه.ق، ج ۲، ص ۴۸۳

^{۱۰} - الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ قَالَ قَالَ لِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَ إِذَا كُنْتُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ وَلَكِنْ أَنْظِرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق، ج ۷، ص ۴۱۲.

^{۱۱} - وَ رَوَى عُمَرُ بْنُ حَنْظَلَةَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: أَنْظِرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَالَاتِنَا وَ حَرَامَاتِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْتَرْضَوْا بِهِ حَكَمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ فَإِنَّمَا بِحُكْمِ اللَّهِ اسْتَخِفَّ وَ عَلَيْنَا رَدُّ وَ الرَّادُّ عَلَيْنَا رَادُّ عَلَى اللَّهِ وَ هُوَ عَلَى حَدِّ الشَّرْكِ بِاللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ. ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، عوالی اللئالی، موسسه سید الشهداء، ۱۴۰۳ ه.ق، ج ۳، ص ۱۹۲.

اطلاق این الفاظ را بر مقلد صحیح دانسته بودند. بدین معنا که مقلد با آگاهی از فتوای مجتهد خویش «عالم» و «عارف» به احکام قضا بوده و خطاب امام (ع) برای رجوع مردم برای فصل خصومت شان شامل او نیز می شود. در مقابل عده ی دیگری از فقها که اجتهاد را شرط ضروری قضاوت دانسته بودند، حمل این الفاظ را بر مقلد صحیح ندانسته و به عبارت دیگر او را «عالم» و «عارف» به احکام الهی نمی دانند. برای حل این اختلاف، روایات در دو بستر زمانی متفاوت یعنی زمان فقدان نهاد قانونگذاری و زمان تشکیل این نهاد مورد بازخوانی قرار می گیرد.

۱-۲. فهم عرفی از معنای علم

ممکن است اینگونه استدلال شود که علم مذکور در روایات و به طور خاص در معتبره ابوخیججه «یعلم شیئا من قضایانا» جزم و یقین نمی باشد؛ زیرا بسیاری از احکام و فتاوای مجتهد نیز از مقوله ی ظن است. با این توضیح که مستند برخی از فتاوی ظن آور می باشد. بنابراین این علم، شامل ظن نیز می شود. نتیجه اینکه مقلد این نوع علم را داشته و تصدی منصب قضا از سوی او مانعی نخواهد داشت. در این رابطه نکات زیر قابل ذکر است:

اول اینکه برخی از فقها روایت ابوخیججه را بیگانه از بحث مذکور یعنی شرایط قاضی می دانند. به نظر اینان روایت ابوخیججه از یک سو به ممنوعیت مراجعه به قضات فاسق و اهل جور پرداخته و از سوی دیگر صرفا در مقام بیان اثبات اذن عام از جانب امام (ع) برای قضاوت شیعیان می باشد. اما اینکه این قضات چه شرایطی بایستی داشته باشند، مدنظر امام (ع) در این معتبره نبوده است. به همین خاطر است که این دسته از فقها شرط اجتهاد در قاضی را در مقبوله عمر بن حنظله مورد بحث قرار می دهند. (آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۵۸). البته ناگفته نماند مرحوم خوئی (ره) اثبات اذن عام از جانب امام (ع) را نیز به استناد این روایت مورد خدشه قرار می دهد. به نظر ایشان عبارت «فانی قد جعلته قاضیا» فرع بر عبارت «فاجعلوه بینکم» بوده و این عبارت اخیر بیانگر این است که قاضی مذکور، از سوی طرفین دعوی انتخاب شده و قاضی تحکیم می باشد. گرچه ایشان نهایتا دلالت عقل را برای این اذن عام کافی دانسته و فقدان این اذن را موجب عسر و حرج و تزلزل نظام اسلامی می داند. (خوئی، ۱۴۲۲، ۴۱، ۸، ۱۰-۱۱).

نکته ی دوم اینکه فارغ از بحث پیشین، اطلاق گیری از لفظ علم به گونه ای که شامل ظن شخصی مقلد هم بشود، با ظاهر روایت سازگاری نداشته و این اطلاق نیازمند دلیل بوده که در مانحن فیه دلیلی وجود ندارد. نکته ی سوم اینکه به اجماع فقها برای هیچ مقلدی شرط نشده است که در صورتی به فتوای مجتهد خویش عمل نماید که برایش ظن شخصی حاصل گردد. چه بسا این ظن نیز هیچ گاه برای مقلد ایجاد نگردد. ولی در هر حال وی مکلف به عمل به فتوای مجتهد خویش باشد. لذا نمی توان علم را به ظن شخصی مقلد تسری داد. چهارمین نکته اینکه باتوجه به روایات دیگری همچون مقبوله عمر بن حنظله اطلاق گیری از لفظ علم در معتبره ابوخیججه امکانپذیر نیست. زیرا عباراتی نظیر «روی حدیثنا»، «نظر فی حالنا و حرامنا»، «عرف احکامنا» در مقبوله عمر بن حنظله به اعتبار علم صدق کرده و شامل ظن شخصی مقلد نمی شود. چنانچه برخی از فقها منظور از عبارات مذکور را اجتهاد دانسته اند. بدین صورت که اطلاق لفظ «عارف» و «صاحب نظر» در احکام اسلامی، به مقلد صحیح نمی باشد. (عراقی، ۱۴۲۱، ۴۰ و ۴۳).

این الفاظ به شخصی صدق می کند که نسبت به همه ی خصوصیات و ویژگی های احکام اسلامی احاطه کامل داشته باشد. (منتظری، ۱۴۰۹، ۲، ۱۵۷).

با توجه به این مطالب مراد از علم را شاید بتوان « علم عرفی » تفسیر نمود. توضیح اینکه بی شک مجتهد برخی از استنباطات او ظنی بوده اما در هر حال عرف به وی « عالم » می گوید. همانطور که اطلاق لفظ عالم نسبت به دانشمندان و متخصصین سائر علوم نیز از همین مقوله است. اینان نسبت به بسیاری از مطالب جزم و یقین نداشته ولی عرف آنان را عالم می داند. اما هیچ گاه عرف مقلد را « عالم » نمی نامد. (آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۶۰-۶۱. هم چنین ببینید: عراقی، ۱۴۲۱، ۴۰). شاید بر همین مناسبت که برخی ظن اجتهادی را قائم مقام دلیل قطعی می دانند. (حائری طباطبائی، ۱۴۱۸، ۱۵، ۸). وانگهی مراجعه ی مقلد به مجتهد و دستیابی او به احکام هیچ گاه « عالمانه » محسوب نمی شود. پرواضح است این فهم عرفی از معنای علم، در دائره ی استنباطات قطعی و ظنی جای می گیرد. به عبارت دیگر در حیطه ی تشریع یا به تعبیر امروزی تقنین احکام، عرف مقلد را عالم ندانسته و این لفظ را صرفاً منصرف به استنباطات ظنی و قطعی مجتهد می داند. بنابراین شرطیت اجتهاد در روایات را نیز بایستی منصرف به بعد تشریع/تقنین دانست. این در حالی است که عرف در بعد قضائی که بی نیاز از استنباط و استخراج حکم بوده، مقلد را در صورت آگاهی به امور قضائی متصف به صفت عالم می داند.

۲-۲. طریقت یا موضوعیت داشتن اجتهاد در قاضی

طریقیت داشتن اجتهاد در قاضی بدین معناست که آنچه از روایات به دست می آید این است که « اجتهاد » طریقی بوده برای اطلاع قاضی به احکام اسلامی بوده و بر همین اساس قضاوت او را می توان مطابق با موازین عدل و حق و حقیقت دانست. بنابراین چنانچه وی با « تقلید » نیز به این اطلاع دست پیدا کند، قضاوت او مورد قبول خواهد بود. چه اینکه در اینصورت « اجتهاد » برای قاضی موضوعیت نداشته و آنچه مهم است اطلاع یافتن او بر احکام اسلامی است.

برخی از فقها این نوع برداشت را با ظاهر روایات ناسازگار دانسته اند. به نظر اینان علم و معرفت به احکام اسلامی در روایات در این معنا ظهور دارد که شخص به تمام خصوصیات و جزئیات احکام احاطه داشته باشد. بنابراین معتقدند شرط اجتهاد در روایات موضوعیت دارد. (منتظری، ۱۴۰۵، ۲، ۱۵۷-۱۵۸؛ اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱، ۷۰). چنانچه شخصی غیر از مجتهد به صدور حکم بپردازد، حتی در صورتی که حکم صادره از او منطبق با موازین حق و حقیقت باشد، این حکم به استناد نصوص مورد تنفیذ قرار نگرفته است. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۷-۹). ممکن است اشکال شود که الفاظ عالم و عارف در روایات از مقوله ی لقب بوده و القاب دارای مفهوم نبوده و دلالت بر نفی آن یعنی قضاوت غیر مجتهد نمی کند. لذا نمی توان قضاوت مقلدین را به استناد موضوعیت داشتن اجتهاد منتفی دانست. اما باید گفت در صورتی که قید و لقب در مقام تحدید باشد، قطعاً دارای مفهوم است. این قیود « احترازی » محسوب گشته و وقوع آن در مقام تحدید قرینه ای بر مفهوم داشتن آن بوده و غیر آن را نفی می نماید. (آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۶۶؛ عراقی، ۱۴۲۱، ۴۴).

دلیل دیگری که می توان بر موضوعیت داشتن اجتهاد از عبارات فقها به دست آورد این است که به پشتوانه ی اصل عدم ولایت، نفوذ حکم شخص بر دیگری خلاف اصل می باشد. آنچه به طور یقین از شمول این اصل خارج می گردد، حکم مجتهد است. لذا نفوذ حکم غیر مجتهد بر دیگری در شمول اصل عدم ولایت باقی می ماند. زیرا هیچ دلیل لفظی وجود نداشته تا بتوان با اطلاق آن به نصب قاضی مقلد تمسک نمود. (خوئی، ۱۴۲۲، ۴۱، ۸. هم چنین ببینید: طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۵)

در هر حال موضوعیت داشتن اجتهاد در قاضی به استناد روایات مشعر بر این است که شخص به مدارک احکام علم داشته باشد و صرف اطلاع او از فتوای فقها کافی به نظر نمی رسد. چنانچه برخی بر همین اساس مجتهد متجزی را که به برخی از ملاکات و مدارک احکام علم پیدا نموده، شایسته قضاوت ندانسته اند. (حائری، ۱۴۱۴، ۱۵، ۱۱) بدیهی است اجتهاد که لازمه ی آن علم به مدارک کلیه ی احکام اسلامی است، در مقام تشریع/تفنین احکام ضروری بوده و در تحقیق و رسیدگی و صدور حکم که دربرگیرنده ی جنبه قضائی بوده و عمده وظیفه ی قاضی در این مرحله تطبیق دعوی مطروحه با قوانین مدون می باشد، دانستن مدارک احکام کارآیی چندانی نخواهد داشت.

۲-۳. امکان سنجی اذن به قضاوت از سوی مجتهد به مقلد (قاضی مأذون)

اذن مجتهد به مقلد برای قضاوت از مسائل دیگری بوده که مورد بحث فقها واقع شده است. بدین صورت که مجتهد، مقلدی را به عنوان قاضی منصوب کرده تا مطابق با فتوای وی بر اساس نیابتی که از او داشته به امر قضا بپردازد. چنانچه در حال حاضر نیز بر مبنای پذیرش شرط اجتهاد در قاضی همین راهکار مطرح گشته و قضاتی که عمدتاً در محاکم دادگستری به رسیدگی و صدور حکم پرداخته را « قاضی مأذون » می دانند. به عبارتی اینان از سوی ریاست قوه قضائیه که به صراحت اصل ۱۵۷ از مجتهدین بوده، اذن در قضاوت داشته و با توجه به حجم بالای پرونده ها در محاکم و کمبود قضات مجتهد، این محذور برطرف گردیده است. برخی از فقها رفتار ائمه اطهار (ع) را در نصب قضاتی همچون زاره بن اعین، محمد بن مسلم ثقفی، حارث بن مغیره، ابان بن تغلب و.... که هیچکدام به معنای مصطلح امروزی مجتهد نبوده، بر مبنای همین اذن توجیه نموده اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۰، ۱۹؛ تبریزی، بی تا، ۱۸)

عبارات برخی از فقها در عدم پذیرش این اذن، صراحتاً و به درستی نقش قاضی را در تشریع و تفنین احکام اسلامی از ادله در زمان صدور روایات و فقدان نهاد قانونگذاری نمایان می سازد. چنانچه برخی با بیان اینکه مقلد دارای درایت و بینش مجتهد نبوده و فاقد معرفت کامل نسبت به احکام اسلامی بوده، این اذن را خلاف ظاهر روایات و بلکه خلاف اجماع فقها و سلوک فقههای سلف دانسته اند. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۸.) بنابراین آنچه از روایات مستفاد می شود این است که اذن عام امام (ع) به قضاوت بین مردم نسبت به افرادی است که قدرت استنباط احکام شرعی را دارا باشند. بر همین مبنا در صورت فقدان نهاد قانونگذاری، مجتهد نیز صلاحیت صدور این اذن برای مقلدین را ندارد. چه اینکه اعطای این اذن به آنان، قدرت استنباط احکام اسلامی نمی دهد. مرحوم خوئی (ره) نیز که روایات ابوخیجه و مقبوله عمر بن حنظله را در مورد نصب عام قاضی از سوی امام (ع) مورد مناقشه قرار داده و به دلالت عقل این نصب عام را پذیرفته بود، از آنجائی که دلیل عقل یک دلیل لبی بوده به قدر متیقن آن اکتفاء نموده و صرفاً این اذن امام (ع) را ناظر

به قضات مجتهد می داند. هم چنین ایشان در مورد توقیع شریف امام عصر (عج) نیز با اغماض از ضعف سندی آن، روایت را صرفاً شامل افرادی که تمکن استنباط احکام از کتاب و سنت داشته، می داند. (خوئی، ۱۴۲۲، ۴۱، ۱۰-۱۲). گفتنی است افرادی نیز که در زمان ائمه اطهار (ع) به قضاوت می پرداختند، جزء اساطیر و فقهای عظام آن زمان بودند. اینان جملگی دارای فهم و بینش عمیق نسبت به احکام اسلامی بوده و بر اساس اجتهاد خویش به امر قضا می پرداختند. چنانچه برخی در مدح ایشان بیان داشته اند: «آنان فقهای برجسته و نوابغ فهم و درک و بینش هستند. آنان ستون های علم و اساس و پایه ی اجتهاد در دین هستند، گویی مایه ی فخر و مباهات شیعه و رهبران شریعت در اصول و فروع دین هستند.»^{۱۲} (معرفت، بی تا، ۲۷۵). حال در عصر حاضر با تشکیل نهاد قانونگذاری و نهی قضات از تقنین و بالتبع با محدود گشتن وظیفه ی قاضی به جنبه ی صرف قضائی، مطرح نمودن راه حل «قاضی مأذون» فارغ از اینکه فاقد مبنای شرعی قوی بوده، ضرورتی نیز نخواهد داشت. زیرا همانطور که معلوم گشت، اجتهاد قاضی منصرف به جنبه ی تقنینی قاضی بوده است. جنبه ی قضائی قاضی که امروزه صرفاً همین وظیفه بر عهده ی قضات بوده، نیازمند اجتهاد نخواهد بود. به همین خاطر است که برخی از فقها قضاوت مقلد را صرفاً زمانی که نیازی به استنباط حکم دعوای مطروحه نداشته، پذیرفته اند. در واقع در این صورت قاضی مقلد صرفاً بر اساس علم خود به «تفتیش و کشف حقیقت» پرداخته و حکم صادر نماید (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۸).

۲-۴. قضاوت قاضی مجتهد متجزی

همانطور که در تقلید از مجتهد متجزی اختلاف نظر وجود داشته، در قضاوت وی نیز بین فقهای که اجتهاد را در قاضی شرط دانسته اند، این اختلاف وجود دارد. مهم ترین دلیل موافقان قضاوت مجتهد متجزی استناد به فقره ای از روایت ابوخیجه است. ظاهر عبارت «یعلم شیئا من قضایانا» در این روایت با مجتهد متجزی که ملکه نفسانیه نسبت به برخی از مسائل فقهی کسب نموده، همخوانی دارد. (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۲، ۷). علاوه ی بر این بیان شده است که هدف اصلی از شرط اجتهاد در قاضی، اطلاع از مأخذ حکم بوده که این هدف در مجتهد متجزی حاصل می شود. در مقبوله عمر بن حنظله نیز عبارت «عرف احکامنا» گرچه به صورت جمع مضاف آمده، اما این اضافه مفید عموم نبوده بلکه افاده جنس می نماید. بنابراین مراد امام (ع) این نبوده که به شخصی مراجعه شود که تمامی احکام اسلامی را بداند، بلکه منظور این است که شیعیان دعوی خود را نزد مخالفین اهل بیت (ع) برای حل و فصل مطرح ننمایند. (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۱۲، ۶۰-۶۱). به نظر مرحوم امام خمینی (ره) نیز عبارت «جعلته حاکما» در روایت دلالت بر این داشته که ایشان در مقام جعل منصب حکومت برای فقیه بوده اند. لذا مراد امام (ع) این نبوده که وی عارف بالفعل به تمام احکام باشد. حتی بر فرض امکان اینکه غیر از امام (ع) افراد دیگری بتوانند بالفعل عارف به تمام احکام بشوند، احراز آن برای ما ممکن نخواهد بود. هم چنین هدف اصلی امام (ع) در مقبوله منع رجوع افراد به اهل جور و مراجعه ی ایشان به پیروان اهل بیت (ع) بوده که از برخی علوم اینان بهره مند بوده اند. در اینصورت خطاب امام (ع) شامل

^{۱۲} - هم فقهاء نبلاء و جهابذه الفهم و الدرايه، هم اساطين العلم و اس الاجتهاد فی الدین كأنه مفاخر الشیعه و زعمائهم الشریعه فی اصولها و فروعها .

مجتهد متجزی نیز می شود. البته شکی نیست که این شخص بایستی نسبت به مباحث قضا اجتهاد داشته باشد. موسوی خمینی، ۱۳۷۶، ۴، ۶۰۳-۶۰۴. (در عصر کنونی نیز که بسیاری از علماء مجتهد متجزی بوده و نسبت به همه ی ابواب فقهی به درجه ی اجتهاد نرسیده اند، می توان از باب ضرورت حفظ نظام، قضاوت مجتهد متجزی را پذیرفت. (بحرانی، ۱۲۱۶، ۱۴، ۱۲؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۷.) البته ناگفته نماند مرحوم خوئی که روایت ابوخیجه راناظر بر قاضی تحکیم دانسته، عبارت «یعلم شیئا من قضایانا» را دال بر اجتهاد نمی داند. به اعتقاد ایشان علوم ائمه اطهار (ع) گرچه برای هیچ کس قابل احاطه نیست، اما قضایا و احکام ایشان در مورد خصومات و قضا قابلیت احاطه را دارد. لذا مرحوم خوئی (ره) بر خلاف نظر مشهور فقها، شرط اجتهاد در قاضی تحکیم را نپذیرفته است. (خوئی، ۱۴۲۲، ۴۱، ۱۰-۱۲.)

این مطلب نیز گفتنی است که برخی جواز رجوع به مجتهد متجزی را در صورتی جائز دانسته اند که مجتهد مطلق وجود نداشته باشد. علت این است که در صورت وجود چند مجتهد بایستی به اعلم آن ها مراجعه نمود. زیرا حکم اعلم به حق و حقیقت نزدیک تر است. مقبوله عمر بن حنظله نیز بر این امر دلالت دارد. به همین خاطر است که اینان گرچه به استناد روایت ابوخیجه، قضاوت متجزی را بعید ندانسته، اما احتیاط را در عدم نفوذ قضاوت متجزی دانسته، خصوصا زمانی که مجتهد مطلق وجود دارد. (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۸.) البته اینکه حکم اعلم همیشه اقرب به واقع و حقیقت بوده، صحیح به نظر نمی رسد. زیرا با فرض پذیرش اعلیت مجتهد مطلق نسبت به متجزی، اینگونه نیست که تمامی فتاوی مجتهد اعلم، اقرب به حق باشد. چه بسا در مواردی حکم مجتهد متجزی به واقع نزدیکتر باشد. چنانچه امام (ع) نیز در مقبوله عمر بن حنظله صرفا در مقام رفع تخاصم بین حکم طرفین، حکم آن کسی را که عادل تر و فقیه تر و در نقل حدیث راستگوتر و باتقواتر است، ملاک قرار داده اند. این امر دلالتی بر اینکه حکم او همواره مطابق با واقع بوده، نخواهد داشت. (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۲، ۶۰۱ - ۶۰۲.) هم چنین در خصوص احکام مجتهدین مطلق اعلم، نیز اختلاف فتوی وجود دارد. برخی از اینان با مفضولین هم رأی و نظر هستند.

در مقابل برخی دیگر از فقها بر این باورند که رجوع افراد توسط امام (ع) برای فصل خصومت بدون شک مجتهد مطلق می باشد. تعبیر «یعلم شیئا من قضایانا» از امام (ع) نیز سنجش علم مجتهد مطلق با خود ایشان یا امامان معصوم (ع) بوده است. وانگهی علم مجتهد مطلق در برابر حضرات معصومین همچون قطره در برابر دریاست. (عراقی، ۱۴۲۵، ۴۵-۴۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۷، ۴۱.)

در هرحال بدیهی به نظر می رسد که اختلاف فقها در اجتهاد مطلق یا متجزی ناشی از وظیفه ی خطیر قاضی در استنباط احکام دعاوی مطروحه نزد وی باشد. دلایل اینان برای نفوذ حکم قاضی مجتهد متجزی، گویای این مطلب می باشد. مهم ترین دلیل این بود که هدف اصلی شرط اجتهاد، اطلاع یافتن قاضی از مأخذ حکم است و مجتهد متجزی در باب قضا به این اطلاع دست یافته است. روشن است این هدف با جنبه ی تشریع یا تقنین احکام سازگاری دارد. جنبه ی قضائی که شامل تحقیق و رسیدگی و صدور حکم بوده نیازی به این دسترسی نداشته و صرفا همین که مطابق با احکام اسلامی حکم صادر گردیده، کفایت می کند. این مطلب مطابق نظر مرحوم امام خمینی (ع) نیز که هدف اصلی امام (ع) را جعل حکومت برای فقیه تلقی نموده و قضاوت مجتهد متجزی را همسو با این هدف دانسته روشن تر

می گردد. لازمه ی جعل حکومت برای فقیه و اجرای دستورات و احکام الهی در جامعه تشریع و تقنین آن احکام است. مادامی که احکام اسلامی از سوی فقیه استخراج نگشته، مجالی برای اجرای آن وجود نخواهد داشت. در بحث قضا نیز فقیه ابتدا حکم را استنباط نموده و سپس مطابق با آن حکم صادر می نماید. دلایل فقهائی که قضاوت مجتهد متجزی را صحیح ندانسته نیز به بعد تقنین او بازمی گردد. چنانچه در عدم جواز قضاوت مجتهد متجزی، به معتبر نبودن ظنون او برخلاف ظنون مجتهد مطلق که به منزله ی قطع بوده، استدلال نموده اند. (طباطبائی، ۱۴۱۸، ۱۵، ۱۱-۱۲). لذا توجه به همین جنبه ی تقنینی قاضی بوده است که مقام قضاوت را مقام خطیری دانسته که صرفاً شخصی شایستگی نشستن بر آن منصب را داراست که «دارای استعداد کامل در استنباط احکام (مجتهد مطلق)» باشد. (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۷، ۴۰). بنابراین آنچه نگارنده از این اختلاف فتاوی به دست آورده این است که می توان منشأ این فتاوی مختلف را در حساسیت برخی فقها نسبت به انجام صحیح وظیفه ی تقنین از سوی قاضی متجزی دانست.

۲-۵. قطعیت احکام صادره از سوی قاضی مجتهد در سنجه ی تقنین

در نظام قضائی اسلام آرای صادره از قضات، قطعی بوده و تجدیدنظر پذیری در مورد آن ها وجود نداشته و به عبارت دیگر این آراء تک مرحله ای و در مرحله ی بالاتر مورد نقض یا ابرام واقع نمی شوند. به طوری که این آراء به محض صدور از اعتبار امر مختومه برخوردار می باشد. چنانچه برخی به استناد مقبوله عمر بن حنظله نقض حکم قاضی را بعد از صدور آن جایز ندانسته اند. (آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۶۷-۶۸). به نظر نگارنده این علت را نیز بایستی در « اجتهاد » قاضی صادر کننده آراء دانست. زیرا تجدیدنظر پذیری از آراء با اجتهاد قاضی صادرکننده ی رأی همخوانی ندارد. شاید به همین خاطر است که حکم قاضی حتی در صورتی که یکی از طرفین دعوی یا هردوی آنان مجتهد بوده و حکم صادره با اجتهاد آنان در تضاد باشد نیز نسبت به آنان نافذ و لازم الاجراء است. (خوئی، ۱۴۲۲، ۴۱، ۵). بنابراین از آنجائی که این شرطیت ناظر بر بعد تقنین بوده، قطعیت آراء را نیز بایستی منصرف به همین مرحله دانست. به عبارت دیگر « عدم نقض آراء صادره از قضات مجتهد از مقتضیات نفس حکم بوده است. » (آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۶۸). مقتضای حکم صادره که ناشی از اجتهاد قاضی بوده این است که هیچ گاه نقض نشود. چه اینکه قاضی ابتدا در مرحله ی تقنین حکم کلی را از ادله شرعی استنباط نموده و پس از آن وارد مرحله ی قضائی شده و پس از تحقیق و بررسی به رسیدگی پرداخته و نهایتاً آن حکم کلی استنباط شده بواسطه ی اجتهاد خویش را با دعوی مطروحه تطبیق داده و اقدام به صدور حکم نموده است. بنابراین آنچه دارای خصوصیت قطعیت و غیر قابل تجدیدنظر پذیری بوده، همان « حکم شرعی کلی » است که توسط مجتهد استنباط شده است. اینکه در تطبیق حکم شرعی کلی بر دعوی مطروحه یا همان مرحله ی قضائی این قطعیت وجود داشته باشد، محل تردید است. گرچه برخی با توجه به لفظ « دین » و عبارت « و ان کان حقه ثابتاً » در مقبوله عمر بن حنظله این قطعیت را ناظر به موضوعات خارجی و بعد قضائی نیز دانسته اند (اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱، ۶۹). اما انصاف این است که روایات شامل موضوعات خارجی نمی شود. زیرا در روایت مذکور وقتی راوی از امام (ع) می پرسد که دوفرد در مورد دین یا میراثی منازعه ای بین شان رخ داده است، در اینصورت در اصل وجود دین اختلافی ندارند. نزاع و مخاصمه ی این دو نفر در واقع در حکمی از احکام مربوط به دین یا ارث می باشد. بنابراین روایت شامل موضوعات خارجی نمی باشد. (آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۶۹). بر همین مبنا احکامی که امروزه از سوی قضات

در محاکم دادگستری صادر می شود، قابلیت تجدیدنظر پذیری را دارد. چنانچه عمده ی احکام صادره نیز در مراجع بالاتر مورد بررسی مجدد قرار گرفته و چه بسا برخی از آن احکام نیز مورد نقض واقع می شوند. بنابراین این عدم قطعیت آراء را که در مرحله ی قضائی صورت گرفته نمی توان با قطعیت آراء در نظام قضائی اسلام مورد مقایسه قرار داده و آن را خلاف موازین شرعی دانست.

۳. انتفای عسر و حرج

برخی از فقها با پذیرش شرط اجتهاد در قاضی، نهایتاً با وجود عسر و حرج رجوع به قاضی مقلد را برای فصل خصومت جایز می دانند. (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۲، ۶۸). خصوصاً در زمان کنونی که حجم پرونده های مطروحه در دستگاه قضا رو به فزونی بوده و رسیدگی به آنان صرفاً از سوی قضات مجتهد موجب اطاله دادرسی و هرج و مرج و اخلال در نظام قضائی می شود. لذا برای دفع این مفسده چاره ای برای مراجعه به قضات غیر مجتهد باقی نمی ماند. در این رابطه فارغ از اینکه ادله ی نفی عسر و حرج، شامل عسر و حرج شخصی می شود، بدین معنا که در صورتی که شخصی در رجوع به مجتهد برایش سختی و حرج پیش بیاید، می تواند به مقلد مراجعه نماید، (آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۸۲). باید گفت از آنجائی که شرط اجتهاد در قاضی منصرف به جنبه ی تقنین او بوده است، امروزه از یک سو با تشکیل نهاد قانونگذاری و از سوی دیگر با گذار از وظیفه ی تقنینی به وظیفه ی مجرد قضائی برای قاضی، منعی برای پذیرش قضات مقلد در دستگاه قضا وجود نداشته و بالتبع نیازی به استناد به ادله ی نفی عسر و حرج نمی باشد.

نتیجه گیری

شرط اجتهاد برای قاضی از زمره شرائط اختلافی میان فقها می باشد. به نظر مشهور فقها گرچه روایات صراحتاً سخنی از اجتهاد قاضی به میان نیاورده، اما عبارات مذکور خصوصاً در معتبره ی ابوخیثمه و مقبوله عمر بن حنظله بیانگر شرط اجتهاد می باشند. بنابراین مطابق نظر اینان چنانچه شخصی غیر از مجتهد به امر قضا پرداخته، حتی در صورتی که حکم او با موازین الهی مطابقت داشته باشد، نافذ نخواهد بود. در مقابل عده ی دیگری از فقها این برداشت از روایات را نپذیرفته و به پشتوانه ی اطلاقات برخی از آیات قرآن کریم، ملاک صحت و نفوذ حکم را مطابق آن با احکام اسلامی و موازین حق و حقیقت دانسته اند. مطابق این دیدگاه اجتهاد طریقی برای رسیدن به این ملاک خواهد بود. بنابراین چنانچه مقلد نیز با آگاهی از احکام و موازین اسلامی به قضاوت پرداخته و مطابق با آن احکام به صدور حکم مبادرت ورزد، حکم او صحیح خواهد بود.

به نظر می رسد این اختلاف بدون توجه به وظایف قاضی در دو زمان متفاوت بوجود آمده است. توضیح اینکه در زمان فقدان نهاد قانونگذاری، قاضی وظیفه ی «تقنین» نیز برعهده داشته است. به گونه ای که در دعاوی مطروحه وی ابتدا می بایست حکم آن دعوی را از ادله شرعی استنباط نموده و سپس به فصل خصومت بپردازد. بدیهی است پرداختن به این وظیفه صرفاً از سوی مجتهدین امکانپذیر خواهد بود. حال آنکه در زمان تشکیل نهاد قانونگذاری، قضات حق «تقنین» نداشته و صرفاً بایستی مطابق با قوانین مدون به تحقیق و رسیدگی و صدور حکم بپردازند.

پرواضح است که این وظیفه ی « قضائی » نیازمند اجتهاد نخواهد بود. بنابراین نگارنده نظر مشهور فقها در شرطیت اجتهاد برای قاضی را پذیرفته اما پذیرش آن را مربوط به زمانی می داند که قاضی دارای دو جنبه ی « تقنینی » و « قضائی » بوده است. در زمان کنونی که قضات صرفا دارای جنبه ی « قضائی » بوده لزومی برای اجتهاد قاضی باقی نمی ماند. برهمین مبنا نظر خلاف مشهور فقها که حتی در جنبه ی « تقنین » اجتهاد را شرط ندانسته، پذیرفتنی نخواهد بود.

منابع

- ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، (۱۴۰۳ ه.ق.)، عوالی اللئالی، قم، موسسه سید الشهداء.
- ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۳۹۵ ه.ق.)، کمال الدین و تمام النعمه، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳ ه.ق.)، مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، (۱۴۲۵ ه.ق.)، کتاب القضاء، قم، انتشاران زهیر.
- بحرانی، حسین بن محمد بن آل عصفور، (بی تا)، انوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، قم، مجمع البحوث العلمیه.
- تبریزی، جواد بن علی، (بی تا)، اسس القضاء و الشهاده، قم، موسسه الامام الصادق.
- حائری طباطبائی، سید علی بن محمد، (۱۴۱۸ ه.ق.)، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، موسسه آل البیت (علیهم السلام).
- حرعاملی، محمد بن حسن، (۱۳۷۶ ه. ش.)، الفصول المهمه فی اصول الائمه، قم، موسسه معارف اسلامی امام رضا (ع).
- خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۲ ه.ق.)، مبانى تکمله المنهاج، قم، موسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳ ه.ق.)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، موسسه المنار، چاپ چهارم.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۴ ه.ق.)، تکمله العروه الوثقی، قم، کتابفروشی داوری.
- عراقی، آقا ضیاءالدین، (۱۴۲۱ ه.ق.)، کتاب القضاء، قم، انتشارات موسسه معارف اسلامی امام رضا (ع).
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، (۱۴۰۶ ه.ق.)، الوافی، قم، مکتبه الامام امیر المومنین علی (ع).
- کاشف الغطاء نجفی، حسن بن جعفر بن خضر، (۱۴۲۲ ه.ق.)، انوار الفقاهه - کتاب القضاء، نجف، موسسه کاشف الغطاء.
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، (۱۴۰۷ ه.ق.)، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه.
- معرفت، محمد هادی، (بی تا)، تعلیق و تحقیق عن امهات مسائل القضاء، قم، چاپخانه مهر.
- منتظری نجف آبادی، حسین علی، (۱۴۰۹ ه.ق.)، دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، قم، نشر تفکر، چاپ دوم.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، (۱۴۲۳ ه.ق.)، فقه القضاء، قم، بی نا، چاپ دوم.

موسوی خمینی، روح الله، (۱۳۷۶ ه. ش.)، تنقیح الاصول، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

میرزای قمی گیلانی، (۱۴۲۷ ه. ق.)، ابوالقاسم بن محمد حسن، رسائل الميرزا القمي، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.

نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ ه. ق.)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.