

ادله اعتبار اجتهاد در قاضی و نقد آنها^۱

علیرضا عسگری*

مصطفی عامری سیاهویی**

چکیده

با توجه به اینکه قضاوت یکی از مباحث مهم و ضروری فقه و حقوق محسوب می‌شود، شرایط قاضی از اهمیت بالایی برخوردار است و از این جهت اسلام نسبت به اهلیت و صلاحیت متصدیان قضا و داوری تأکید مضاعف نموده است. این موضوع از زمان شیخ طوسی مطرح بوده ولی در چند قرن اخیر فقهایی که بسط ید داشته‌اند و عملاً به فصل خصومت پرداخته‌اند با توجهی بیشتری زوایای این موضوع را بررسی کرده‌اند. از جمله شرایطی که برای صلاحیت قاضی، خصوصاً در فقه، حائز اهمیت دانسته شده، اجتهاد می‌باشد. مشهور فقها قائل به لزوم اجتهاد در قضاوت هستند و درباره شرطیت اجتهاد در قاضی، ادله نقلی و عقلی بیان کرده‌اند. مرحوم صاحب جواهر براین عقیده است که تنها مجتهدان جامع شرایط بر تصدی قضاوت، مجاز و مأذون می‌باشند. در مقابل؛ گروهی از فقها که اغلب از معاصرین هستند بر خلاف قول مشهور، شرط اجتهاد در قضاوت را لازم نمی‌دانند و قائل‌اند با توجه به قصور ادله‌ای که اجتهاد را شرط می‌دانند، غیرمجتهد هم می‌تواند قضاوت کند.

کلید واژه‌ها: قضاوت، اجتهاد، قاضی منصوب، قاضی مقلد، قضاء.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۶/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۳/۴

* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران
asghari@qomiau.ac.ir

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

۱- مقدمه

فقه‌ها یکی از شرایط قاضی را علم ذکر نموده‌اند، بدون شک در اینکه قاضی باید عالم باشد هیچ شک و تردیدی نیست. مسلماً کسی که در منصب قضا قرار می‌گیرد لازم است نسبت به احکام و مقررات قضا آگاه باشد. فقها از جمله شروط قاضی، اجتهاد را ذکر نموده‌اند. شرط اجتهاد که فقها معمولاً برای قاضی ذکر کرده‌اند از جهاتی چند قابل بحث و بررسی است.

اولاً لازم است ادله‌ای که برای شرط اجتهاد مطرح شده بررسی شوند. یکی از ادله استنادی اجماع است که هم در کلمات فقهای متقدم است و هم در کلام متأخرین. بنابراین حتماً بایستی تکلیف این اجماع روشن شود.

همچنین ادله نقلی مثل مقبوله عمر بن حنظله و سایر ادله نقلی لازم است مورد بررسی قرار گیرند و اگر این ادله کسی را قانع نکرد، تکلیف چیست؟ در اینجا چه اصلی حاکم است؟

قبل از ورود به مقام اثبات و بررسی میزان دلالت ادله یک بحث ثبوتی در اینجا مطرح است و آن اینکه: آیا اساساً معقول است که یکی از شرایط قاضی را اجتهاد بدانیم؟

در اینجا دو تصور وجود دارد:

تصور اول این است که قاضی باید مجتهد باشد تا در فصل خصومت تقلید نکند بلکه طبق مبنای خودش حکم نماید. بنابراین شرط اجتهاد یک شرط تعبدی نیست بلکه به این خاطر که رأی او بر اساس نظر خودش انجام می‌گیرد، اجتهاد لازم است. در مورد این سؤال به نظر می‌رسد اگر شرایطی را که فقیه جامع‌الشرایط بسط ید ندارد، حکومت اسلامی مستقر نیست؛ می‌توان پذیرفت که قاضی بر طبق رأی و نظر خودش حکم نماید اما اگر زمانی را در نظر بگیریم که فقیه مبسوط‌الید است، حکومت اسلامی بر پاست، مجموعه قوانین بدون بر اساس شرع مقدس اسلام داریم که طبق موازین این قوانین وضع شده‌اند و در تدوین آنها کار کارشناسی دقیق صورت گرفته است. اما در عین حال قضات مختلف که فرضاً مجتهد هم هستند می‌توانند بر مبنای خودشان فصل خصومت کنند با این حال اختلاف آراء پیش می‌آید و در موضوع واحد آراء مختلف صادر می‌شود و قطعاً منجر به حرج و مرج می‌شود و اختلال در نظام پیش می‌آید. بنابراین اگر بپذیریم که حکم کردن طبق رأی خود، غیرمعقول است از همین ابتدا تکلیف ما با ادله روشن می‌شود.

تصور دیگر این است که قاضی علاوه بر اینکه با قوانین مدون آشنا است و توان مراجعه به متون معتبر فقهی و حقوقی را دارد، لازم است به مبانی احکام، اصول و قواعد مسلط باشد؛ چرا که در بسیاری از مسائل قضائی، پیچیدگی‌هایی وجود دارد که اگر قاضی توان علمی‌اش تنها در حد قوانین باشد قطعاً دچار مشکل می‌شود و از حکم کردن صحیح عاجز می‌ماند. اجتهاد است که به او توان تطبیق می‌دهد، یافت ملاک می‌دهد. در مورد موضوعاتی که در قانون نیست و در متون نیز وجود ندارد می‌تواند با بررسی مبانی و تحلیل آنها به حکم واقعه دست یابد. حال اگر اینگونه باشد ما در مرحله‌ی ثبوت مشکلی نداریم، امری است معقول ولی فقها زیر بار این بیان نمی‌روند و می‌گویند قاضی نباید اهل تقلید باشد و صرف آشنایی با مبانی را، کافی نمی‌دانند. اگر چه در جمهوری اسلامی ایران عملاً همین‌گونه است و اینگونه نیست که با وجود قوانین مدون قاضی بر خلاف قانون و طبق رأی و نظر خودش حکم نماید. بنابراین با توجه به تشکیل حکومت اسلامی باید دید که قوه‌ی قضائیه چگونه می‌خواهد اداره کند. ولی فقهای ما در طول تاریخ به لحاظ اینکه برای فقیه بسط یدی وجود نداشته و اصلاً این را تصور نمی‌کردند که فقیه مبسوط الید باشد و عملاً هر فقیه‌ی در منطقه خودش حکم می‌کرده و نظرشان را اینگونه اعلام می‌کردند که قاضی باید بر طبق رأی و نظر خودش حکم کند و اجتهاد او را مسلم می‌گرفتند.

۲- تعاریف

۲-۱- معنای قضاوت

قضا مشتق از قضی، یقضی و اسم فاعل آن، قاضی است. قضا (ابن منظور، ۱۹۹۶: ۱۵، ۱۸۶) با مد و گاه با قصر، در اصل به معنای فیصله دادن به امر است، قولی باشد یا فعلی، از خداوند باشد یا از بشر. قضا را قضا نامیدند به علت اینکه قاضی به واسطه فیصله‌دادن، امر را تمام می‌کند.

قضا در اصطلاح فقهای امامیه عبارت است از: «ولایت بر حکم شرعاً برای کسی که دارای اهلیت و شایستگی فتوا پیرامون جزئیات قوانین شرعی است، درباره اشخاص معینی از مردم در زمینه اثبات و استیفای حقوق برای آنها که مستحق و سزاوار آند...» (عاملی، ۱۴۱۳: ۲، ۱۴۶).

صاحب جواهر می‌گوید: «شاید مراد فقها از ذکر واژه «ولایت» در تعریف قضا - با اینکه می‌دانیم قضا عبارت از ولایت نیست - بیان این واقعیت است که قضاوت صحیح مرتبه‌ای از مراتب ولایت بوده و

شاخه ای از شجره ریاست عامه‌ای است که برای پیامبر «صلی الله علیه وآله» و جانشینان معصوم آن حضرت «علیهم السلام» مقرر گردیده است. (نجفی، ۱۴۱۲: ۴، ۹).

۲-۲- معنای اجتهاد

«اجتهاد» در لغت با تعابیر مختلفی آمده است مثل الاجتهاد: «المبالغه فی الجهد» (طریحی، ۱۴۱۲: ۱، ۳۴۲) «و بذل وسع فی طلب الامر» (جوهری، ۱۴۱۰: ۲، ۴۱۶) و در اصطلاح به معنای «استفراغ الوسع فی ما فیہ المشقه لتحصل ظن الشرعی» (موسوی اصفهانی، ۱۳۹۴: ۱، ۴۱۹) و در نزد متأخرین به معنای «ملکه یقتدر بها علی استنباط حکم الشرعی» (خویی، ۱۴۲۲: ۲، ۲۰) و این نکته هم آمده که اجتهاد به معنای اصطلاحی منشأ روایی نیز دارد.

۳- ادله اعتبار اجتهاد در قاضی و نقد آن

از شرایط قاضی، علم است و مراد فقها از علم، اجتهاد است همانطور که بعضی از فقها به آن تصریح نموده‌اند؛ برای اعتبار شرط اجتهاد در قاضی ادله متعددی وجود دارد که در اینجا بیان می‌شود:

۳-۱- روایات

در اینجا روایاتی که بر اجتهاد قاضی دلالت دارند مورد بررسی قرار می‌دهیم و اشکالاتی که در این مورد وارد شده بیان می‌کنیم:

۳-۱-۱- مقبوله عمر بن حنظله

یکی از قوی‌ترین ادله‌ای که برای شرطیت اجتهاد در قاضی اقامه شده، تمسک به مقبوله عمر بن حنظله است. که متن آن بدین شرح است:

«محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن محمد بن الحسین عن محمد بن عیسی عن صفوان بن یحیی عن داود بن الحصین عن عمر بن حنظله: قال سألته ابا عبد الله (ع) عن رجلین من اصحابنا بینهما منازعة فی دین «او میراث» فتحا کما الی السلطان والی القضاة ایحل ذالک؟ قال من تحاکم الیهما فی حق او باطل فانما تحاکم الی الطاغوت و ما یُحکم له فانما یأخذُ سحتاً و ان کان حقاً ثابتاً له لأنه أخذهُ بحکم الطاغوت و ما امر الله ان یُکفر به قال الله تعالی: «یریدون ان یتحاکوا الی الطاغوت و قد أمروا ان یکفروا

به «(نساء، ۶) قلت فكيف يصنعان قال ينظران من كان منكم ميمناً قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف احكامنا فليرضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً فاذا حكم بحكمننا فلم تقبل منه فانما استخف بحكم الله و علينا رُدُّ و الراد علينا الراد على الله، و هو على حدّ الشرك بالله قلت: فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا فرضيا أن يكونا الناظرين في حقّه ما و اختلفا في ما حكما و كلاهما اختلفا في حديثكم؟ قال: الحكم ما حكم به أعدلهما و أفقههما و صدقهما في الحديث و أورعهما، و ...» (حرعاملی، ۱۴۱۲: ۲۷، ۱۳۶).

۳-۱-۲- بحث پیرامون متن حدیث (شرط اجتهاد یا عدم اجتهاد)

در این حدیث شریف سه تعبیر است: «نظر فی حلالنا»، «عرف احكامنا» و «فقه» که قابل انطباق بر اجتهاد هستند ولی قابل انطباق بر علم تقلیدی نیستند. در اینجا به توضیح و تفسیر این تعابیر پرداخته می‌شود:

الف) «نظر فی حلالنا»

«نظر» را تفسیر کرده اند به اینکه شخصی که منصوب از طرف امام معصوم (ع) است، باید اهل نظر باشد و نظر به معنای «فکر و تأمل» است و در مقلد این فکر و تأمل نیست. از کلام بعضی از بزرگان استفاده می‌شود که اگر چه بعضی قائلند که اجتهاد شرط قضاوت است ولی استفاده شرط اجتهاد را از لفظ «نظر» منتفی می‌دانند. مرحوم محقق آشتیانی در این خصوص فرموده‌اند: «و دعوی دلاله لفظ نظر علیه (الاجتهاد) فضعیفه جداً للمنع عن كونه به معنى الاجتهاد.» (آشتیانی، ۱۳۶۹: ۱۰۰) جهت ضعف هم که در کلام ایشان آمده روشن است چرا که «نظر»، نه به دلالت مطابقی به اجتهاد دلالت دارد و نه به دلالت التزامی که لازمه یکی از معانی باشد و در هیچکدام از کتب معروف لغت مثل تاج العروس و لسان العرب به این معنا نیامده و لازمه «فکر»، اجتهاد نیست. پس اهل نظر به معنای اهل اجتهاد بودن، قابل قبول نیست و این اندازه منافاتی با مقلد ندارد چون در قاضی نیز، این اندازه کافی نیست که تنها ظاهر قوانین را بفهمد، بلکه باید اهل دقت و تأمل و بررسی باشد.

ب) «عرف احكامنا»

در «عرف احكامنا» مسأله راحت‌تر است چون آن دقت و تأمل که در «نظر» است در «عرف» نیست، عرف را معمولاً به معنای علم معنا کرده‌اند. در مصباح المنیر آمده: «عرفته علمته» (فیومی، ۱۴۰۱: ۳، ۹۷) و در مفردات راغب آورده: «ادراك الشی بتفکر» (راغب، ۱۴۰۹: ۴، ۲۴۷).

حتی اگر «عرف» دو معنا داشته باشد؛ یکی عام به معنای «علم» و یکی خاص، که همراه با تفکر باشد، نمی‌توان از آن معنای اجتهاد را استفاده کرد. حتی همان معنای خاص، دلالت بر اجتهاد نمی‌کند. و اگر در فقه الدوله آمده: «و کونه من اهل النظر و المعرفه...» (محلاتی، ۱۳۷۵، ش: ۲، ۱۳۴) اینها در لغت نیست که برای معرفت چنین معنایی شده باشد بلکه به نحو ذوقی برداشت شده است.

ج) «الحکم ما حکم به اعدلہما و افقہہما».

یکی دیگر از تعبیراتی که در روایات عمر بن حنظله آمده «فقه» است آنجا که آمده «الحکم ما حکم به اعدلہما و افقہہما» (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۲۷، ۲۰۶). حال سؤال این است که آیا فقه به معنای اجتهاد است یا نه؟

به نظر می‌رسد از این تعبیر هم نمی‌توان برای شرطیت اجتهاد استفاده کرد، چرا که فقیه در روایات تنها به معنای مجتهد نیست. غیر مجتهد نیز می‌تواند فقیه باشد و در صدر اسلام فقیه اختصاص به مجتهد نداشته است. برای این سخن شواهد بسیاری است از جمله مرحوم نراقی که فرموده‌اند: «و عبّر کثیر منهم بالفقیه المحتمل صدقہ سیمما فی الصدر الاوّل علی من اخذ برہہ من المسائل و لو تقلیداً» (نراقی، ۱۴۰۸: ۱۷، ۲۴). و شاهد دیگر، کلام حضرت علی (ع) است که فرموده‌اند: «یا معشر التجار الفقه ثم المتجر، ثم المتجر، ثم المتجر»، هرگز مراد این نیست که اول بروید مجتهد شوید و سپس به تجارت پردازید. سؤال این است که این نصب امام(ع) به لحاظ شرایط قبض ید است یا مطلق می‌باشد و بسط ید را هم شامل می‌شود. مسلماً امام صادق(ع) در شرایط قبض ید این سخن را ایراد کرده‌اند، اما اینکه اگر بسط ید باشد باز هم همینطور است؟

پاسخ روشن است و آن اینکه ما نمی‌توانیم اثبات کنیم یکی از شرایط قاضی به طور مطلق اجتهاد است چون مفاد روایت این است که در شرایط قبض ید امام صادق(ع) تنها مجتهد، منصوب است و در شرایط و موقعیت‌های مشابه به امام(ع)، اینگونه هست اما وقتی حکومت اسلامی تشکیل شد آیا باز هم فقط مجتهد منصوب هست؟!

از این روایت استفاده نمی‌شود چون این روایت نصب در قبض ید را می‌گوید. مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی از این بابت شرطیت اجتهاد را نپذیرفته‌اند.^۱

۱. لنکرانی، محمد فاضل، القضاء والشهادات ۴۷.

۳-۱-۳- نتیجه گیری

بنابراین از هیچ یک از این تعبیرات در روایت نمی توان شرط اجتهاد را برای قاضی استفاده کرد. اگر بپذیریم که بعضی از تعبیرهای موجود در روایت، اجتهاد استفاده می شود نوبت به مرحله دوم می رسد پس فرض می گذاریم بر اینکه شخصی که از طرف معصوم برای قضا منصوب است مجتهد است.

۳-۱-۴- مشهوره ابی خدیجه اولی

«مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ ... عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ قَالَ: بَعَثَنِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع) إِلَى أَصْحَابِنَا فَقَالَ قُلْ لَكُمْ إِيَّاكُمْ إِذَا وَقَعَتْ بَيْنَكُمْ خُصُومَةٌ أَوْ تَدَارَى فِي شَيْءٍ مِنْ الْأَخْذِ وَالْإِعْطَاءِ أَنْ تَحَاكَمُوا إِلَيَّ مِنْ هَؤُلَاءِ الْفُسَّاقِ اجْعَلُوا بَيْنَكُمْ رَجُلًا قَدْ عَرَفَ حَلَالَنَا وَحَرَامَنَا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ قَاضِيًا وَإِيَّاكُمْ أَنْ يُخَاصِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى السُّلْطَانِ الْجَائِرِ.» (طوسی، ۱۴۰۷: ۶، ۳۰۳) سند روایت صحیح می باشد.

۳-۱-۵- استدلال بر شرط اجتهاد و نقد آن

استدلال به جمله «اجْعَلُوا بَيْنَكُمْ رَجُلًا قَدْ عَرَفَ حَلَالَنَا وَحَرَامَنَا- فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ قَاضِيًا»؛

از لفظ «عرف» فهمیده می شود که قاضی باید فی الحال، عارف باشد و لفظ «حلالنا و حرامنا» نیز نشان می دهد باید عموم احکام را بداند اما اینکه این عموم، آیا استغراق عقلی است یا عرفی باید بگوییم که استغراق عقلی در زمان ما مقدور نیست پس باید به استغراق عرفی رجوع کنیم، یعنی باید به اندازه ای بداند که در عرف بگویند که عارف به حلال و حرام می باشد و کسی قوه عرفان دارد که می تواند حلال را از حرام تشخیص دهد و صاحب نظر باشد و شامل مقلد نمی شود.

و اینکه گفته شده عرف حلالنا بر استغراق عرفی دلالت دارد و قاضی باید علم نسبتاً کاملی به احکام داشته باشد. حتی در صورتی که این ادعا پذیرفته شود این علم می تواند به صورت تقلیدی حاصل شود. اما این سخن که معرفت فقط به علم اجتهادی گفته می شود ادعایی نامقبول و بی دلیل است. (سبحانی، ۱۴۱۸: ۳، ۳۳) پس می توان از روایت این استفاده را کرد که قضاوت تنها منحصر به فقیه و مجتهد نیست.

۳-۱-۶- مشهوره ابی خدیجه ثانی

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ عَائِدٍ عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ سَالِمِ بْنِ مُكْرَمِ الْجَمَّالِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الصَّادِقِ (ع): «إِيَّاكُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ وَ لَكِنْ أَنْظُرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتَهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ (صدوق، ۱۴۰۴: ۳، ۳؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۷، ۴۱۲) سند روایت صحیح می‌باشد.

۳-۱-۷- استدلال بر اشتراط اجتهاد و نقد آن

از این روایت هم اجتهاد استنباط شده به اینکه گفته شود منظور از آن یعلم علم جازم است که در این صورت فقط شامل مجتهد می‌باشد و مقلد فاقد آن است.

ولی اشکال گرفته شده به این که در لسان ائمه، علم به معنای حجت می‌باشد و مقلد بعد از رجوع به عالم واجد آن می‌باشد (سبحانی، ۱۴۱۸: ۲، ۷۶)؛ بنابراین اشکال وارد می‌باشد و استنباط اجتهاد از این روایت، مشکل است. آیت الله سبحانی ذیل این روایت می‌فرماید: «امکان اتحاد این دو روایت وجود دارد و به خاطر وجود این احتمال، نمی‌شود به این روایت استناد کرد؛ بعد از اینکه این دو روایت در شرطیت اجتهاد با هم اختلاف دارند. یعنی اینکه زمانی که روایت مشکوک الصدور باشد صلاحیت احتجاج ندارد نه در مقام اجتهاد و تقلید و نه در کفایت تجزی.» (همان)

بنابراین استدلال بر عدم اشتراط اجتهاد قوی تر است زیرا مطابق ظاهر این روایت دانستن مقداری از قضاوت‌های ائمه (ع) برای صلاحیت قضاوت کافی است. البته از آنجا که حتی مطابق رأی جواز قضاوت غیر مجتهد، علم کامل قاضی به احکام شرع لازم است این کلام که دانستن حتی مقداری از احکام کافی است بی‌اشکال نیست و از این رو فقها به توجیه این کلام روی آورده و حتی گفته شده که شیئاً دلالت بر تعظیم و کثرت دارد! آیت الله خویی هم گفته است چون علوم ائمه بی انتهاست پس مقداری از آن هم علم زیادی خواهد بود اما ایشان پذیرفته است که بر خلاف علوم ائمه قضاوت‌های ائمه محدود است و دانستن بخشی از آن کاری شاق نیست و نیازی هم به اجتهاد ندارد (خویی، ۱۴۲۲: ۴۱، ۱۱). ولی راه حل مناسب تر برای این مشکل آن است که علمی که مورد نیاز قاضی است، علم به همه احکام و یا حتی علم به همه قضاوت‌های ائمه نیست بلکه دارا بودن علم به حکم مرافعه و احکام مرتبط به مساله مورد قضاوت برای او کافی است و علم به سایر احکام و قضاوت‌ها برای او لازم نیست. مثلاً کسی که در مسائل و مرافعات

میان زن و شوهر قضاوت می‌کند نیازی به دانستن احکام مسائل مثلاً مربوط به وقف ندارد. پس شیئاً یعنی شیئاً مرتبط بمورد قضائه.

۳-۱-۸- توقیع شریف

رواه الصدوق فی کمال الدین... قال: سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً قد سألت فيه عن مسائل أشكلت عليّ فورد التوقيع بخطّ مولانا صاحب الزمان (ع): «أما ما سألت عنه أرشدك الله و ثبتك إلى أن قال: و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله» (طوسی، ۱۴۰۷: ۲، ۴۷۰) سند روایت صحیح می‌باشد.

۳-۱-۹- استدلال بر اشتراط اجتهاد و نقد آن

در رابطه با متن حدیث سه احتمال وجود دارد:

- ۱- منظور از حوادث، آن اموری است که به حکام و قضات رجوع می‌شود.
 - ۲- روایت ناظر بر این نکته است آن مسائلی را که حکم آن را نمی‌دانیم و به امام رجوع می‌کردیم به روایت احادیث رجوع کنیم.
 - ۳- منظور از حوادث، وقایعی است که در زمان امام، اتفاق می‌افتاده و ما خصوصیات آن را نمی‌دانیم. از این احتمالات، احتمال سوم بعید است و استدلال دائر بر دو احتمال اول است و در صورتی احتجاج به آنها صحیح است که منظور ما از افرادی که به آنها رجوع می‌شود در بحث حکام و قضاء، افراد عادی نباشند. بلکه از علماء بوده و ممارست به روایت کردن احادیث داشته باشد (سبحانی، ۱۴۱۸: ۲، ۷۸).
- حضرت امام خمینی (ره) در مورد (اما الحوادث) می‌فرماید: «عمُّ من الشبهات الحکمیة» (الموسوی الخمینی، ۱۸۳، ۲: ۱۳۹۰) همچنین در کتاب بیع خود می‌فرماید: «سائل در صدد بوده تا تکلیف خود و تکلیف امت را در حوادثی که برای آنها اتفاق می‌افتد بی‌رسد و بعید است سائل حوادثی را در سؤال ذکر کرده باشد. «ومن البعید ان يعد السائل عده حوادث فی السؤال» و در ادامه می‌فرماید: اشکالی نیست در اینکه منظور از این عبارت (اما الحوادث)، حوادثی از قبیل احکام نباشد که مرجع در آنها فقیه است. پس با این بیان شد فهمیده می‌شود که منظور از حوادث، همه حوادثی است که در آنها مراجعه به فقیه لازم است و این حوادث

اعم از احکام و منازعات می‌باشد و کلمه حوادث در روایت تنها شامل حوادث خاص خارجی در آن زمان و یا حوادثی که مراجعه به حکام و قاضی لازم است، نمی‌باشد.

از طرفی در توقیع شریف قرائنی وجود دارد که نشان می‌دهد صرف راوی بودن مورد نظر نیست زیرا از یک سو راوی به تناسب حکم و موضوع باید لیاقت و صلاحیت آن را داشته باشد که امام، شیعیان را در حوادث واقعه به او ارجاع دهد و از سوی دیگر باید در حدی از کمالات علمی و عملی باشد که امام او را به عنوان حجت خود بر مردم معرفی کند.

از آنچه بیان شد این مطلب حاصل می‌شود که منظور از راویان حدیث همان فقها و مجتهدین می‌باشند اما این توقیع بنا بر آنچه در مورد لفظ حوادث بیان شد، در مورد شأن فقها در مصالح عامه است به تعبیر دیگر «توقیع شریف در مورد نصب فقها بر ولایت عامه است که در ضمنش ولایت قضا هم هست، پس شرط اجتهاد برای آن نصب واسع است و نه در خصوص قضا» (حائری، ۱۴۱۵: ۴۳)

۴- دلیل دوم: اجماع

دومین دلیلی که بسیاری از فقهاء به آن تمسک کرده‌اند و از نظر آنها دارای اهمیت است، ادعای اجماع در مسأله است و فرموده‌اند مسأله شرطیت اجتهاد برای قاضی، امری اجماعی است. فقهای بسیاری از قدما و نیز عده‌ای از متأخرین ادعای اجماع کرده‌اند.

شهید ثانی نسبت به شرط اجتهاد در قاضی، ادعای اجماع علما را می‌کند و در ادامه می‌فرماید: «قاضی باید مجتهد مطلق باشد تا بتواند منصب قضا را اشغال و فصل خصومت کند.» (عاملی، ۱۴۱۳: ۱، ۱۶۴) فقهایمانند شهید ثانی، صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۹: ۲، ۱۳۷) و آشتیانی (آشتیانی، ۱۳۶۹: ۱، ۳) معتقدند که علاوه بر آیات و روایات، اجماع نیز، دال بر اعتبار اجتهاد در قاضی است.

صاحب جواهر می‌فرماید: «اجماعی که فقها ادعا کرده‌اند چنین اجماعی وجود ندارد بلکه در نزد ما خلافت ثابت شده است؛ خصوصاً با ظهور ادله در اعتبار شرط علم در قاضی، ثابت می‌گردد که دلیلی بر اشتراط اجتهاد در قاضی وجود ندارد» (نجفی، ۱۴۱۲: ۴۰، ۶۸)

در نتیجه چنین اجماعی از نظر ما معتبر نیست؛ زیرا اجماعی معتبر است که کاشف از قول معصوم «علیه السلام» باشد.

شیخ طوسی در خلاف (طوسی، ۱۴۰۷: ۶، ۲۰۸) تعبیر اجماع الفرقه دارند، شهید ثانی در مسالك عاملی، ۱۴۱۳: ۱۳، ۳۲۸)، ابن زهره در غنیه (ابن زهره، ۱۴۱۱: ۴۳۶)، فیض کاشانی در مفاتیح (فیض کاشانی، ۱۴۱۲: ۳، ۲۴۶) ادعای اجماع نموده‌اند و نیز فاضل هندی در کشف اللثام (فاضل هندی، ۱۴۰۶: ۱۰، ۷) ادعای اجماع نموده‌اند.

ولی در بین متأخرین این اجماع خیلی مورد اعتنا قرار نگرفته است. مثلاً صاحب جواهر که خیلی به اجماع پایبند است ولی در این خصوص فرموده‌اند: «اما دعوی الاجماع التي قد سمعتها فلم اتوقفها بل لعل المحقق خلافها» (نجفی، ۱۴۱۲: ۴۰، ۱۹).

به ناچار این دلیل لازم است مورد بررسی بیشتری قرار گیرد که آیا می‌توان به عنوان یک دلیل مستقل برای شرطیت اجتهاد در قاضی به آن تمسک نمود یا خیر؟

شیخ مفید یک سلسله ویژگی‌هایی برای قاضی ذکر کرده‌اند که این ویژگی‌ها تنها بر مجتهد منطبق است البته لفظ اجتهاد را ذکر نکرده‌اند. ایشان فرموده‌اند: «والقضا بین الناس درجه عالیه و شروط صعبه شديده و لا ینبغی لاحد ان یتعرض له حتی یتق من نفسه بالقیام به و لیس یتق احدٌ بذالک من نفسه حتی یکون عاقداً کاملاً عالماً بالکتاب و ناسخه و منسوخه و عامه و خاصه و ندبه و ایجاب و محکمه و متشابهه عارفاً بالسنة و ناسخها و منسوخها عالماً باللغه مطلقاً بمعانی کلام العرب بصیراً بوجوه الاعراب» (مفید، ۱۳۹۸: ۷۲۱). حال چرا نفرموده‌اند باید مجتهد باشد؟

دلیل آن این است که در آن زمان، «اجتهاد» در نزد فقهای شیعه منفور بود و به معنای رأی و قیاس بود و اختصاص به اهل تسنن داشت. فقط عالم بودن به کتاب اکتفا نکردند؛ تا گفته شود غیر مجتهد هم می‌تواند قاضی قرار بگیرد.

شیخ طوسی نیز بعد از شیخ مفید همان عبارات را از مقنعه شیخ مفید اخذ نموده‌اند. (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۳۷). ابن برآج نیز صفات قاضی را اینگونه بیان نموده‌اند: «القضا لا ینعقد للقاضی الا بان یکون من اهل العلم و العداله و الکمال و کونه عالماً بان یکون عارفاً بالکتاب و السنه و الاجماع و الاختلاف و لسان العرب... فاما الكتاب فی تعرفه الی المعرفه باشیاء و هی العام و الخاص و المحکم و المتشابه و المفسر و المطلق و المقید و الناسخ و المنسوخ» (حلی، ۱۴۰۳: ۲، ۵۹۷). ملاحظه می‌شود همان شرایطی را که متأخرین جز شرایط اجتهاد ذکر می‌کنند، ایشان برای قاضی لازم شمرده‌اند و این اوصاف قابل انطباق بر مقلد نمی‌باشد.

۴-۱- اشکال بر اجماع

بنابراین از سخنان این بزرگان این‌گونه استفاده می‌شود که برای قاضی، اجتهاد شرط است ولی آیا اینکه می‌توان از این سخنان، اجماع را فهمید؟ چند اشکال وجود دارد و قائلین به اجماع باید برای آنها جواب مناسب بدهند.

۴-۱-۱- اشکال اول

در میان فقها کسانی هستند که برای قاضی تعبیراتی را به کار برده‌اند که نمی‌توان از آن تعبیرات، «اجتهاد» را فهمید؛ مانند ابوالصلاح حلبی که برای قاضی، علم را شرط دانسته‌اند که تعبیری عام است و شامل غیر مجتهد نیز می‌شود (حلبی، ۱۴۱۹: ۵۳). سَلَّار نیز تعبیرشان این است که قاضی باید عالم باشد و اینکه علم در قاضی مورد تردید نیست تعبیری عام است، که شامل غیر مجتهد هم می‌شود (سالار، ۱۳۹۷: ۹۹). همچنین یحیی بن سعید در این زمینه فرمودند: «... بصیراً، کاتباً عالماً بالقضا...» بنابراین احراز اینکه اجتهاد مورد اتفاق همه فقها باشد، خیلی مشکل است. البته مخالفت این بزرگان محرز نمی‌باشد و ممکن است ایشان موافق باشند و یا مخالف، چون تعبیرات آنها عام است. بنابراین، شرطیت اجتهاد را نمی‌توانیم به آنها نسبت دهیم.

۴-۱-۲- اشکال دوم

بر حسب مبنایی که الان میان فقها موجود است، اجماع محتمل المدرکیه حجیت ندارد؛ به این معنا که اگر بتوان فهمید یا حدس زد که منشأ اجماع فقها، وجود آیه یا روایت است؛ چنین اجماعی جنبه تعبدی خودش را از دست می‌دهد و ما مجاز هستیم در مورد آن مدرک تأمل نمائیم. اجماع دیگر در عرض سایر ادله، به عنوان دلیل مستقل قرار نمی‌گیرد، بلکه در طول ادله دیگر قرار می‌گیرد. حال کسانی که در این مسأله اجماع را مطرح کرده‌اند ادله دیگری هم از آیات و روایات ذکر کرده‌اند که با این حساب اجماع جنبه تعبدی برای ما ندارد.

۴-۱-۳- اشکال سوم

کلمات فقها نشان می‌دهد که آنان ابتدا شرط علم را مطرح نموده‌اند و سپس فرموده‌اند: کسی که

علم ندارد قضای او نافذ نیست و منظور از کسی که علم ندارد همان مقلد است. حال این احتمال قوی است و حتی بالاتر، تا جایی که انسان را به اطمینان می‌رساند که عدم نفوذ قضای مقلد به عنوان یک تفریع و یک اجتهاد از شرط علم است. پاسخ این مسأله که آیا قاضی باید عالم باشد یا خیر، روشن است و قطعاً باید عالم باشد. اما مسأله دیگر این است که آیا منظور از علم، اجتهاد است و یا اینکه اعم از آن است و شامل علم مقلد هم می‌شود؟ یک ادعای اجماع روی علم رفته و ادعای اجماع دیگر، روی اجتهاد رفته است. ولی اینها دو شرط مستقل نیستند؛ از قبیل علم و ذکورت و یا علم و عدالت، بلکه شرط همان علم است و اجتهاد تفسیر برای علم می‌باشد. یعنی شرط علم است اما تا چه سطحی؟ می‌گویند تا اجتهاد. چون شرط علم مورد وفاق قرار گرفته، اجماعی می‌باشد و فرموده‌اند اجتهاد هم مورد وفاق و اجماع فقها است. مثلاً در شرایط بحث شرایط قاضی فرموده‌اند: «عاقلاً باشد، پس قضای مجنون نافذ نیست. ذکورت داشته باشد، پس قضای زن نافذ نیست، بالغ باشد، پس قضای صبی نافذ نیست و عالم باشد، پس قضای غیر مجتهد نافذ نیست» (حلی، ۱۴۱۱: ۲، ۱۳۴). این بزرگان چون تلازم دیده‌اند در ما نحن فیه گفته‌اند که «قضای غیر مجتهد نافذ نیست» اما این پاسخ منفی است و بستگی به نوع تلقی فقیه از علم دارد، در تلقی آنها، علم مقلد اساساً علم نیست. لذا به نظر می‌رسد مصب اجماع چیزی جز علم نمی‌باشد و اینکه برخی گفته‌اند قاضی باید مجتهد باشد یک نوع تفسیر و یک نوع تلقی است که آنها از علم ارائه می‌دهند. و این تفسیر از علم که به معنای اجتهاد باشد موضع وفاق و اجماع نیست و حتماً بایستی این دو (علم و اجتهاد) را جدا نمود.

۴-۱-۴ اشکال چهارم

تصویری که فقهای امامیه از شأن قاضی داشته‌اند با تصویری که الآن از قاضی وجود دارد یکی نیست. قضا یکی از شعب حکومت است که از طرف حاکم نصب شده و شأن فقط قضاوت کردن است. همانگونه که امیرالمؤمنین (ع) هنگامی که برای حکومت بصره مالک اشتر را به عنوان حاکم معرفی نموده و در عهدنامه خطاب به او می‌فرمایند: «ثم اختر للحکم بین الناس افضل رعیتک فی نفسک...» (فیض الاسلام، ۱۳۹۲: ۹۸۸) که حاکم مالک اشتر است و مأمور است که افرادی را برای قضا نصب نماید. اما فقها منظورشان از قاضی، کسی است که غیر از فصل خصومت، یک سلسله شئونات دیگری هم دارد و متصدی بخشی از حکومت است. اگر این سخن در حدّ یک احتمال پذیرفته شود که قضاوتی که فقها گفته‌اند، یک

معنای وسیعی داشته، آن وقت نمی‌توان شرط اجتهاد را برای شخصی که صرفاً می‌خواهد فصل خصومت کند لازم دانست؛ بلکه شرط اجتهاد برای آن معنای وسیع است. میرزای قمی معتقدند که گاهی یک شخص در رأس قوه قضائیه قرار می‌گیرد، او قضات را نصب و عزل می‌نماید و گاهی یک شخص هم هست که فقط فصل خصومت می‌کند. فرموده‌اند اینها را باید از هم جدا نمود و آن وقت شرط اجتهاد را برای کسی قائل شد که در رأس قوه قضائیه قرار می‌گیرد (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۳، ۶۹۹). بنابراین هر کسی که در مسند رفع خصومت می‌نشیند بایستی واجد این اوصاف باشد وگرنه باید قضاء تعطیل شود چرا که هرگز این تعداد افراد با این اوصاف وجود نخواهد داشت. پس این شرایط از آن حاکم اسلامی است که در رأس حکومت قرار گرفته و آن وقت اجماع هم، روی همین معنا رفته است. در نتیجه با توجه به اشکالات وارده فوق، برای شرطیت اجتهاد در قاضی به اجماع (به عنوان یک دلیل مستقل در عرض ادله دیگر که کاشف از رأی معصوم باشد)، نمی‌توان به آن تمسک نمود.

۴-۱-۵- دلیل سوم: قدر متیقن

دلیل دیگری که برای شرط اجتهاد اقامه شده و برخی از فقها مثل مرحوم خوئی (ره) پذیرفته‌اند؛ این است که شرط اجتهاد در منطقه قدر متیقن قرار می‌گیرد. در نتیجه با توجه به اصل عدم ولایت احدی بر احد دیگر، تنها مجتهد حکمش نافذ و غیر او حکمش نافذ نیست. توضیح مطلب اینکه، اصل قضا امری ضروری است، چون در غیر این صورت تضییع حقوق، حرج و مرج و از بین رفتن نظام زندگی لازم می‌آید. بنابراین حتماً لازم است که ائمه (ع) اذن در قضا داده باشند. اما اینکه به چه کسی از طرف معصوم (ع) اذن داده شده است، بیانی نرسیده است. در نتیجه امر دائر می‌شود بین مجتهد و غیر مجتهد، که در این صورت اذن نسبت به مجتهد قطعی است و نسبت به غیر آن، مشکوک است که در اینجا اصل عدم ولایت احدی بر احد دیگر حاکم می‌شود، از عموم این اصل مجتهد خارج می‌شود ولی غیر مجتهد تحت این عموم باقی می‌ماند در نتیجه قضای غیر مجتهد نافذ نخواهد بود. البته عنوان دلیل بر قدر متیقن از باب مسامحه است؛ چون از قبیل اصل عملی است و اعتبار آن در صورت فقدان دلیل از قبیل آیه، روایت، اجماع و... است.

به تعبیر دیگر، قضیه مورد بحث ما یعنی شرطیت اجتهاد از باب دوران امر بین تعیین و تخییر است و به این معنا که شارع مقدس برای زمان غیبت اذن به قضا داده است و با توجه به اهمیت آن، این موضوع

را مهمل نگذاشته است. حال سخن این است که به چه کسی اذن داده است؟ دو احتمال وجود دارد: احتمال اول اینکه، فقط به مجتهدین با لحاظ شرایط دیگر مثل عدالت و... احتمال دوم به مجتهد و غیر آن، البته با لحاظ سایر شرایط دیگر اذن داده شده است. اگر شارع اذن عام و کلی داده باشد یعنی هم مجتهد و هم غیر آن مأذون باشد در این صورت، مجتهدین مأذون هستند و اگر شارع اذن عام نداده بلکه فقط به افراد خاصی اذن داده باشد، در این صورت نمی‌شود که به غیر مجتهد اذن داده باشد ولی به مجتهد اذن نداده باشد و اجتهاد را مانع قضا دانسته باشد. پس معلوم است در این صورت نیز، مجتهد است که مأذون خواهد بود؛ یعنی به هر تقدیر این مجتهد است که مأذون است به این نوع تقریر دوران امر بین تعیین و تخیر اطلاق می‌شود که در این دوران قدر متیقن شخص مجتهد است. لازم به ذکر است که دلیل قدر متیقن در جاهای مختلف کاربرد دارد. مثلاً در مرحله بالاتر از قضا، مثل اصل حکومت و ولایت فقیه که به لحاظ حرج و مرج قطعاً تعطیل بردار نیست. حالا آیا می‌توان پذیرفت که شارع مقدس این امر مهم را مهمل گذاشته باشد؟ قطعاً خیر. سپس باید دید شارع به چه کسی اذن داده است؟ مرحوم خوبی بعد از اینکه به روایات اشکال سندی و دلالتی وارد می‌کنند آن گاه سراغ قدر متیقن رفته و اجتهاد را شرط دانسته و مجتهد را در هر صورت در محدوده قدر متیقن قرار می‌دهند و با این اصل، ولایت فقیه را می‌پذیرند. ایشان در باب محدوده اختیارات فقیه که آیا اجرای صدور مشمول اختیارات ولی فقیه است یا خیر و بالاتر از این، بحث جهاد ابتدائی بعد از اینکه قائل شده‌اند آیات مربوط به حدود و جهاد اطلاق دارد و اختصاص به زمان معصوم نداشته بلکه در همه زمان‌ها مطلوب است، حال چه کسی باید اجرا نماید به واسطه قدر متیقن آن را متوجه فقیه دانسته‌اند. مرحوم سید یزدی نیز که در عروه الوثقی برای نفوذ حکم مجتهد به قدر متیقن تمسک نموده‌اند، فرموده‌اند: «العاشر الاجتهاد فلا ینفذ قضا غیر المجتهد... و لان نفوذ الحکم و ترتب آثاره علی خلاف الاصل و القدر المتیقن هو حکم المجتهد» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۶، ۴۱۸).

۴-۱-۶- اشکال بر نظریه قدر متیقن

بعد از بیان این استدلال برای شرطیت اجتهاد، دو مناقشه و دو اشکال در این سبک استدلال وجود دارد.

۴-۱-۶-۱- اشکال اول بر نظریه قدر متیقن

نخست آنکه، این سبک و شیوه استدلال در مواردی جواب می‌دهد ولی در مواردی جواب نمی‌دهد اگر فرض این باشد که دو نفر از نظر شرایط مختلف مثل عقل، زیرکی و فراست و تجربه کافی هر دو یکسان باشند و تنها فرقی در اجتهاد باشد به طوری که یکی مجتهد و دیگری غیر مجتهد باشد، در این فرض می‌توان تمسک به قدر متیقن نمود و قائل شد که مجتهد در هر صورت مأذون است، پس تنها حکم او نافذ است. اما اگر فرض این شد که این دو نفر در غیر اجتهاد هم با هم تفاوت‌هایی دارند اگر چه در پاره‌ای از اوصاف مثل ذکورت و عدالت مساویند؛ ولی یکی در قضا و فصل خصومت فراست خاصی دارد، خیلی سریع به واقع می‌رسد و با توجه به تجربه زیاد در دادگستری خیلی راحت به تشخیص درست می‌رسد، ولی مجتهد نیست. اما دیگری مجتهد است ولی راحت می‌توان او را دور زد. حال در اینجا اولی یک امتیاز دارد و دومی هم یک امتیاز، حال در اینجا که دلیل قدر متیقن وجود ندارد و هر کدام از این دو نفر یک ویژگی‌هایی برای خود دارند، در این حالت چگونه می‌توان ادعا کرد که قدر متیقن مجتهد است؛ مخصوصاً اگر گفته شود قاضی نباید در مقام قضا به فتوای خودش عمل نماید بلکه باید بر طبق قانون عمل نماید که در این صورت اجتهاد آن کارایی لازم را نخواهد داشت در این صورت نمی‌توان اجتهاد را شرط و امتیاز دانست و فراست و قدرت بالای تشخیص موضوع و تطبیق آن بر حکم و سرعت در کشف واقع، امتیاز محسوب نمی‌شود. بنابراین در اینجا قدر متیقن جواب نمی‌دهد که به واسطه آن بتوان به قطع رسید بلکه در این صورت به انسداد می‌رسیم.

۴-۱-۶-۲- اشکال دوم بر نظریه قدر متیقن

تمسک به قدر متیقن بر فرض صحیح بودن، دارای محدودیت‌هایی است که باید مورد توجه قرار گیرد. مرحوم آخوند خراسانی در اول کتاب کفایه الاصول در تعریف اصول الفقه آورده‌اند: «هو العلم بالقواعد الممهده للاستنباط الاحکام الشرعیه او التی ینتهی الیه فی مقام العمل» (خراسانی، ۱۴۲۵: ۲، ۴۶۲). ایشان قید آخر را بدین جهت اضافه نمودند تا اصول عملیه را داخل در علم اصول نمایند؛ چون با اصول عملیه حکم شرعی استنباط نمی‌شود و فقط وظیفه عملی مشخص می‌شود. حال در ما نحن فیه در دوران بین تعیین و تخییر بایستی احتیاطی شویم یعنی اخذ به قدر متیقن نموده و بگوییم در دوران بین اینکه خصوص مجتهد شأنیت برای قضا دارد، یا هم مجتهد و هم غیر مجتهد می‌توانند فصل خصومت نمایند با تمسک به اصل عملی بگوئیم تنها مجتهد می‌تواند قاضی باشد.

حال چه فرقی می‌کند که شرط اجتهاد با دلیل اثبات شود یا با اصل عملی؟ تفاوت این است که وقتی به سراغ اصل عملی رفتیم باید ببینیم مقصود از این اصل چیست؟ مقصود این خواهد بود که عقل حکم می‌کند که در دوران بین مجتهد و غیر مجتهد، باید اولویت‌ها ملاحظه شود همانگونه که درباره ذکورت می‌توان گفت: ذکورت یکی از اولویت‌های احتمالی است در مورد مجتهد هم همین‌طور است. عقل تنها در اینگونه موارد می‌گوید رعایت اولویت‌ها لازم است. اولویت‌ها بر حسب افراد و شرایط متفاوتند عقلاً می‌گویند اولویت‌ها را رعایت کنید چون در غیر این صورت نمی‌دانیم کسانی که دارای اولویت نیستند مأذون هستند یا خیر؟ این دلیل قدر متیقن دلیلی است که می‌گوید به حسب شرایط اولویت‌ها را ملاحظه نمایید اما شرط خاصی از آن در نمی‌آید. ممکن است در یک روستائی دو فقیه زندگی کنند و یکی از آنها اعلم است، اینجا می‌توان از این استفاده نمود و یا یکی مجتهد است یکی غیرمجتهد و یا یکی مقلدی است که مسلط به مبانی است، دیگری مسلط نیست در چنین مواردی بایستی اولویت‌ها رعایت شوند. اما اینکه شرط اجتهاد را بتوان با آن ثابت کرد چنین چیزی ممکن نیست چون دلیل لفظی نیست که دارای لسان باشد. بنابراین نمی‌توان اثبات نمود که اجتهاد شرط قضاوت است. سؤالی که در اینجا مطرح است آن است که آیا بین دلیل لفظی و قدر متیقن فاصله‌ای هم است یا خیر؟ از استدلال مرحوم خوئی چنین استفاده می‌شود که در صورتی که از کتاب و سنت، استفاده شرطیت اجتهاد در قضاوت را نشود، آن وقت باید سراغ اصول عملیه رفت و با استفاده از قدر متیقن استفاده شرطیت نمود. حال سؤال این است که آیا بین آن ادله و اصل عملی، فاصله‌ای هم وجود دارد که قبل از اصل عملی سراغ آن راه سوم برویم؟ معمولاً گفته می‌شود در صورت نبود دلیل، سراغ اصل عملی می‌رویم، ولی به نظر می‌رسد یک راه سوم هست که با وجود آن نوبت به اصل نمی‌رسد در اینجا با دو تقریر آن راه سوم را بیان می‌کنیم:

۴-۱-۷- ادعای وجود راه سوم

۴-۱-۷-۱- تقریر اول: احکام امضایی

احکام شرعی دو دسته‌اند: الف) امضائی ب) تأسیسی که در استنباط تفاوت دارند. با توجه به اینکه قضاوت از احکامی است که بین عقلاً قبل از شرع وجود داشته و شارع آن را امضاء نموده آیا شارع چیزی بر آنچه که عقلاً قبول داشته‌اند اضافه نموده است (یعنی شرط اجتهاد)؟ چیزی نمی‌بینیم بلکه در بین عقلاً تنها عالم بودن به قوانین و استناد به آنها در حکم کردن وجود دارد اما اینکه

علمش به قانون به معنای تسلط بر مبانی و ادله (که همان اجتهاد است)، باشد چنین چیزی وجود ندارد. البته اگر معلوم شد شارع شرطی مانند عدالت اضافه کرده؛ اگر چه عندالعقلا وجود نداشته باشد ما آن شرط را می‌پذیریم. فرق این راه با اصل عملی هم روشن است، در اینجا استنباط حکم صورت گرفته بر خلاف تمسک به اصل عملی، که در آن صورت وظیفه عملی تنها مشخص می‌شود.

۴-۱-۷-۲- تقریر دوم: اطلاق مقامی

علمای علم اصول دو نوع اطلاق را قائل هستند: الف) اطلاق لفظی ب) اطلاق مقامی

شیخ انصاری در بحثی که مطرح می‌کنند بیع برای صحیح وضع شده و یا اعم؛ می‌فرمایند ما به اطلاق بیع تمسک نمی‌کنیم این اطلاق لفظی است بنابراین به اطلاق مقامی تمسک می‌کنیم یعنی شارع باید زمانی که بیع را امضا می‌کند شرایط را بگوید یعنی اگر ترتب، ماضویت و... را شرط می‌داند باید بفرماید ولی اگر نفرمود می‌گوییم آنچه که عندالعرف مؤثر و صحیح است، شرع همان را تأیید نموده و نقل و انتقال با آن صورت می‌گیرد. طبق این تقریر هم، زمانی که شارع در کتاب و سنت اجتهاد را شرط ندانسته ما سراغ اصل عملی نمی‌رویم بلکه می‌گوییم اگر شارع آن را شرط می‌دانست باید بیان می‌کرد و حال که نفرموده، می‌گوییم آنچه که عندالعرف صحیح است، شرع همان را تأیید کرده؛ بنابراین اجتهاد شرط نیست (انصاری، ۱۳۷۵: ۲، ۹۷). البته همانگونه که قبلاً گذشت عدم شرطیت اجتهاد را از پایه تقسیم احکام به تأسیسی و امضائی بهتر می‌توان اثبات نمود و آن این بود که قضا از احکام امضائی است که بین عقلا وجود داشته شارع مقدس هر جا نقدی، نظری و شرطی داشته بیان می‌کند و هر جا سکوت نموده، سکوتش به این معناست که آنچه را عندالعقلا وجود داشته قبول کرده است. شارع می‌داند که بین عقلا آنچه برای قضا لازم است علم است آشنا به قوانین و مسلط بودن به آنها است، اما اینکه مبنای این قانون چیست و مستند آن چه می‌باشد این را عقلا لازم نمی‌دانند و اگر شارع علم بر مبانی و مستندات قانون (که همان اجتهاد است) را شرط می‌داند باید آن را بیان می‌کرد و از سکوت او در می‌یابیم که اجتهاد شرط نیست. این راه در مسائل مختلف وجود دارد، از جمله در شرایط مرجع تقلید است.

۵- نتیجه‌گیری

مجموعه ادله‌ای که برای اجتهاد قاضی شرط شده، مورد نقد و بررسی قرار گرفت. یکی از ادله قائلین به شرطیت اجتهاد، مقبوله عمر بن حنظله بود. اولاً این روایت دلالت می‌کند بر مجتهد و کسی که قدرت

استنباط در احکام را دارد. ثانیاً این روایت مربوط به نصب ابتدایی بوده و امام صادق(ع) در شرائط قبض ید این سخن را ایراد نموده‌اند و مربوط به شرایط عادی است اما در شرایط اضطرار و با وجود مصلحت در تعیین فرد غیر مجتهد برای قضاوت، این شرط پابرجا نیست. همچنین روایت مشهوره ابی‌خدیجه، دلالتش بر اشتراط اجتهاد در قاضی، تمام نیست و آنچه از این روایت استفاده می‌شود این است که، قاضی باید به احکام قضا عالم باشد اما اینکه این آگاهی و علم از راه اجتهاد باشد یا تقلید، ساکت است و یا به عبارتی اطلاق دارد و شامل هر دو می‌شود. از روایت توقیع شریف نتیجه گرفته می‌شود که در حوادث واقعه باید به راویان حدیث مراجعه کرد و این راویان، همان فقها و مجتهدین هستند؛ اما توقیع مذکور در مورد شأن فقها در مصالح عامه است که در ضمن آن ولایت و تصدی قضا هم هست و تنها مربوط به خصوص قضا نیست. از بررسی اجماع فهمیده شد که چنین اجماعی وجود ندارد و اگر با تسامح قائل به چنین اجماعی شویم، این اجماع، اجماع منقول بوده و احتمال دارد اجماع مدرکی باشد و مجمعی بر ادله نقلی اجماع کرده باشند، لذا اجماع از اعتبار ساقط شد و قابل استناد نیست. برخی فقها برای شرطیت اجتهاد، بعد از ناتمام بودن ادله به قدر متیقن تمسک نموده و بر این باورند که با توجه به اصل عدم ولایت احدی بر دیگری، تنها مجتهد حکمش نافذ و مورد اعتبار است. اما عده‌ای دیگر این دلیل را نپذیرفته و ادعا کرده‌اند که از راه تقسیم احکام به تأسیسی و امضایی عدم شرطیت اجتهاد اثبات می‌شود.

فهرست منابع

۱. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، (۱۳۶۹)، کتاب القضاء، چاپ خانه رنگین، تهران، چاپ اول.
۲. ابن منظور، (۱۹۹۶)، لسان العرب، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول.
۳. حایری، سید کاظم حسینی، (۱۴۱۵)، القضاء فی فقه الاسلامی، مجمع اندیشه اسلامی، قم، چاپ اول.
۴. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۲)، وسائل الشیعه، مؤسسه آل البیت(ع)، قم، چاپ اول.
۵. حلّی، ابوالصلاح، (۱۴۰۳)، الکافی، مکتبه امیرالمومنین(ع)، اصفهان، چاپ اول.
۶. الحلّی، احمد بن محمد بن فهد، (۱۴۱۱)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، موسسه نشر اسلامی، قم.
۷. الحلّی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۳)، شرایع الاسلام، دارالاضواء، بیروت، چاپ دوم.
۸. حلّی، محمد بن منصور بن احمد، {ابن ادریس}، (۱۴۱۷)، سرائر، انتشارات جامعه مدرسین، قم، چاپ چهارم.
۹. خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۲۵)، کفایه الاصول، انتشارات دارالحکمه، قم، چاپ چهارم.
۱۰. خلخالی، سید محمد مهدی موسوی، (۱۴۲۲)، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، جعفر الهادی، دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، چاپ اول.

۱۱. خمینی، روح‌الله، (۱۳۹۰)، تحریر الوسیله، انتشارات اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
۱۲. خمینی، روح‌الله، (۱۴۱۸)، الاجتهاد و التقليد، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام (ره)، تهران، چاپ اول.
۱۳. خمینی، روح‌الله، (۱۴۱۲)، البیع، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام (ره)، تهران، چاپ اول.
۱۴. دهخدا، علی‌اکبر، (۱۳۷۲)، لغت نامه، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ اول.
۱۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۳۶۲)، المفردات فی غریب القرآن، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
۱۶. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله، (۱۴۰۱)، کتاب القضاء، دارالقرآن الکریم، قم، چاپ اول.
۱۷. سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۴۱۸)، نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الإسلامیه الغراء، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ج ۲.
۱۸. صدوق، محمد بن علی بن حسین، (۱۴۰۴)، من لایحضره الفقیه، انتشارات جامعه مدرسین، قم، چاپ سوم.
۱۹. طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۳۷۸)، حاشیه مکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ اول.
۲۰. طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۴۱۲)، العروه الوثقی، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
۲۱. طباطبائی، سید علی، (۱۴۱۹)، ریاض المسائل، انتشارات جامعه مدرسین، قم، چاپ اول.
۲۲. طریحی، فخرالدین، (۱۴۱۲)، مجمع البحرین، مکتبه المرتضویه، نجف، چاپ اول.
۲۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، الفهرست، المکتبه الرضویه، عراق - نجف اشرف، چاپ اول.
۲۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الأحکام، دارالکتب الإسلامیه، تهران، چاپ دوم.
۲۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، رجال الشیخ الطوسی - الأبواب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
۲۶. عاملی، شهید ثانی زین الدین بن علی، (۱۴۱۳)، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم، چاپ اول.
۲۷. لنکرانی، محمد فاضل، (۱۴۲۰)، القضاء والشهادات، مرکز فقهی ائمه اطهار، قم، چاپ اول.
۲۸. قمی صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۳)، من لایحضره الفقیه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم.
۲۹. قمی، میرزا ابوالقاسم بن حسن، (۱۳۷۱)، جامع الشتات، مؤسسه کیهان، تهران، چاپ اول.
۳۰. کزازی عراقی، آقا ضیاءالدین علی، (بی تا)، کتاب القضاء، چاپخانه مهر، قم، چاپ اول.