

مشروعیت قضاوت غیر مجتهد از منظر فقه

قربانعلی هادی^۱

چکیده

بررسی مشروعیت قضاوت غیر مجتهد از نگاه فقه، به منظور همکاری با مراجع قضایی کشور در تشخیص تطبیقی آرای فقهای اهل سنت و امامیه، در قضایای محاکمات ضروری است. مشروعیت قضاوت غیر مجتهد به روش تحلیلی-توصیفی با مراجعه به منابع فقهی-حقوقی به شیوهی کتابخانه‌ای تدوین یافته است. بر اساس ادله وکالت و نیابت، با توجه به اصل عدم سلطه شخصی بر شخص دیگر و اصل مشغول الذمه بودن فقط خود مجتهد در امر قضا، مشروعیت قضاوت غیر مجتهد قابل اثبات نیست. ولی برخی علما وکالت و نیابت از مجتهد را در قضا، صحیح دانسته‌اند. عالم باتقوا و عادل با اذن مجتهد می‌تواند متصدی امر قضا گردد و حکم او نافذ است. شرط اجتهاد در قاضی موضوعیت ندارد، آن مقدار از علمی که مراد شارع مقدس را در امر قضا برآورده سازد کافی است. مطابق عناوین ثانویه چون ضرورت، اضطرار، تأمین عدالت، حفظ امنیت عامه، ساماندهی امور حسبی و پیدایش مسائل مستحدثه، عالم غیر مجتهد عادل و باتقوا به شرط نصب از سوی مجتهد، می‌تواند به قضاوت بپردازد. اکثر فقهای اهل سنت، اجتهاد را در قاضی شرط می‌دانند اما در صورت اضطرار و اقتضای مصالح عمومی، این شرط برداشته می‌شود و غیر مجتهد عادل در مسند قضا می‌نشیند. بعضی از فقهای اهل سنت در حال اختیار و اضطرار اجتهاد را شرط نمی‌دانند.

واژگان کلیدی: قضاوت، فقه، اضطرار، قضاوت غیر مجتهد، نظم عامه

۱. دکتری فقه قضایی، محقق و پژوهشگر.

مقدمه

امر قضا از اموری است که به خاطر احقاق حقوق، تأمین عدالت، حفظ نظم و امنیت جامعه تعطیل‌بردار نیست. قضا نوعی از ولایت الهی است. اصلی اولی، ولایت خدا بر دیگران و عدم ولایت فردی بر فرد دیگر است و خروج از این اصل به دلیل نیاز دارد.

مطابق آیات و روایات، خداوند ولایتش را در پاره‌ی موارد چون قضا، به پیامبران^(ع) و جانشینان پاک آنان اعطا فرموده است. در غیاب آنان به نصب عام این ولایت برای مجتهد جامع الشرایط تخصیص یافته است؛ اما در عین حال مشاهده می‌شود که در نبود و یا عدم دسترسی به مجتهد، غیر مجتهد به فصل خصومت در جامعه می‌پردازد. مشروعیت قضاوت غیر مجتهد از کجا سرچشمه می‌گیرد و دلایل آن کدام‌اند؟ اصلاً غیر مجتهد جواز دارد که بر مسند قضا تکیه بزند؟

اکثر فقها، فصل خصومت توسط فرد غیر مجتهد را مطلقاً چه با وکالت، نصب، در حال اضطرار و اختیار، جایز نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۱۵؛ خلخالی، ۱۴۲۵، ص ۴۲۶) و بر آن ادعای اجماع کرده‌اند. (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۳۲)

برخی از فقها قضاوت غیر مجتهد را به طور مطلق مشروع می‌دانند و برآنند که اجتهاد در قاضی موضوعیت ندارد بلکه علم قاضی در حدی که مراد و اهداف شارع در مراعات حلال و حرام از سوی قاضی برآورده شود، کفایت می‌کند. بعضی از فقها معتقدند که قضاوت غیر مجتهد با نظارت مجتهد و یا مجتهد حاکم، مشروعیت می‌یابد. این پژوهش در قلمرو موضوع فقه قضا با مراجعه به نظرات فقهای امامیه و برخی فقهای اهل سنت، در صدد بررسی مشروعیت قضاوت غیر مجتهد می‌باشد. برای رسیدن به این امر، پاسخ به سؤالات ذیل مورد توجه قرار گرفته‌اند:

- مشروعیت قضاوت غیر مجتهد چگونه تبیین می‌گردد؟
- تحلیل فقهای امامیه در قضاوت غیر مجتهد چیست؟
- عوامل مشروعیت قضاوت غیر مجتهد کدام‌اند؟
- وکالت، نیابت، اضطرار و امور حسبی در قضاوت غیر مجتهد چه تأثیری دارند؟
- دیدگاه فقهای اهل سنت در قضاوت غیر مجتهد چیست؟

۱. مفاهیم

۱-۱. قضا

قضا از نگاه لغوی معادل لاتین «jurisdiction»؛ مشتق از قضی، یقضی و اسم فاعل آن، قاضی است. اصل آن قضای بوده که «ی» تبدیل به همزه شده است. در زبان فارسی معنی مصدری آن یعنی قضاوت مورد استفاده قرار می‌گیرد. قضا به معنای فیصله دادن به امر است. (ابن منظور، ۱۳۶۳، ج ۱۵، ص ۱۸۶) قضا به معنای: ایتیان، اتمام، اعلام، انفاذ، امضا، احکام، الزام، فصل و... آمده است. (حائری یزدی، ۱۳۸۰، ص ۵۲) طبق نقل ابن منظور از ابواسحاق و ابن اثیر از ازهری، همه آن معانی را می‌توان به معنای انقطاع و اتمام برگرداند. (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ص ۶۴) قضا یعنی قطع و تمام نمودن دعوا است. یکی از معانی قضا نفوذ حکم قاضی است، یعنی دعوا حل و فصل گردیده و تمام شده است. از فواید مفهوم‌شناسی قضا، نفوذ حکم حاکم و اتمام تخصیص و فیصله‌ی نزاع می‌باشد. (وحدتی شبیری، ۱۳۹۴، ص ۳۴)

قضا در اصطلاح فقها عبارت است از: «ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى به جزئیات القوانين الشرعية، على أشخاص معينة من البرية، بإثبات الحقوق و استيفائها للمستحق» (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ص ۳۲۵) قضا 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 آن حقوق‌اند. امام خمینی می‌گوید: «القضاء هو الحكم بين الناس لرفع التنازع بينهم» (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ص ۵۳۵) قضا یعنی داوری بین مردم جهت رفع نزاع بین آن‌ها.

مرحوم خوئی می‌نویسد: «القضاء هو فصل الخصومة بين المتخاصمين، و الحكم به ثبوت دعوى المدعى أو بعدم حق له على المدعى عليه»؛ قضا عبارت است از حکم کردن میان مردم و فصل خصومت بین آن‌ها و اثبات ادعای مدعی و یا حکم به محکومیت مدعی علیه و نفی حق از او. (وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۴۴۵) اما تعریف بهتر از مرحوم گلپایگانی است: قضا داوری میان دو طرف دعوا و انطباق احکام بر موارد جزئی آن است. (گلپایگانی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۱۰)

۲-۱. حکم حکومتی

مجموعه دستورات و مقرراتی که بر اساس ضوابط شرعی و عقلی، به طور مستقیم یا غیرمستقیم، از سوی حاکم اسلامی برای اجرای احکام و حدود الهی و به منظور اداره جامعه و تنظیم روابط داخلی و خارجی آن صادر می‌گردد. (کلانتری، ۱۳۷۸، ص ۱۰۹) حکم حکومتی در طول حکم اولی و ثانوی قرار دارد. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳، ص ۵۵۰) اما بعضی از فقها معتقد است که حکم حکومتی از احکام اولیه است، حتی از تمام احکام فرعیه چون نماز، روزه، حج و... مقدم می‌باشد. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲۰، ص ۱۷۴)

در تفاوت بین حکم قضایی و حکومتی می‌توان گفت که حکم حکومتی از جنس انشاء است؛ صادرکننده حکم حکومتی حاکم عالم جامعه اسلامی است، ولی صادرکننده حکم قضایی شخص قاضی است که برای حل نزاع و ترافع صادر می‌گردد. متعلق حکم در هر دو قضایای شخصیه و حوزه مسائل اجتماعی و سیاسی است؛ اما حکم حکومتی به انگیزه تأمین مصالح کلان شریعت، حفظ اسلام، ممالک و نظام اسلامی بوده و بر همگان نافذ می‌باشد و حکم قضایی در امور جزئی ترافعی بین طرفین دعوا بوده که فقط برای آن‌ها نفوذ دارد؛ اما ترافع و نزاع در حکم حکومتی لازم نیست.

۳-۱. اجتهاد

اجتهاد از صیغه جهد به معنای مشقت و سختی یا جهد به معنای توان و نیرو گرفته شده است. (ابن منظور، ۱۳۶۳، ج ۳، ۱۳۳) در یک معنی «استفراغ الوُسع فی تحصیل الشیء الذی فیه مشقة و کلفة» (جمعی از نویسندگان، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۱۸۸) اجتهاد به مفهوم به‌کارگیری همه توان برای به دست آوردن چیزی که در آن مشقت و تکلیف وجود دارد، به‌کار رفته است.

در اصطلاح اجتهاد ملکه‌ای است که به کمک آن می‌توان حکم شرعی فرعی را از مدرک آن استخراج کرد و این ملکه یا بالفعل موجود است یا بالقوه که تنها توان استنباط وجود دارد: «فهو عبارة عن مَلَکة یقتدِرُ بِها علی استنباطِ الحکم الشرعی الفرعی من الأصلِ فِعْلاً أَوْ قُوَّةً قَرِیْبَةً مِنْهُ» (همان، ص ۱۸۸) نتیجه هر دو تعریف (لغوی-اصطلاحی) این است که وظیفه مجتهد، استخراج احکامی شرعی از مدارک معتبر آن‌ها می‌باشد. مجتهد کسی است که دارای همان ملکه نفسانیه بوده و در امر اجتهاد جهت درک مسائل شرعی در پرتو ادله اربعه اقدام می‌کند.

قانون اساسی افغانستان در ماده ۱۱۸ پس از بیان شرایط شکلی، مبحث علم و اجتهاد را در مفهوم شرط معنوی چنین مورد توجه قرار داده است: قاضی باید در علوم حقوقی و یا فقهی تحصیلات عالی و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشد. کتاب راهنمای قضات افغانستان پس از بیان اوصافی چون عدالت، بی طرفی، پاکی، بر اوصاف موهبت الهی چون علم و درایت تأکید دارد. (ایمن راشد، ۱۳۸۷، ص ۱۰۰)

۲. بررسی جواز قضاوت غیر مجتهد بر مبنای وکالت و نیابت

۱-۲. وکالت غیر مجتهد در قضا

توجه به اصل عدم سلطه‌ی غیر مجتهد، در بررسی وکالت غیر مجتهد در قضا از مجتهد جامع‌الشرایط، دارای اهمیت است. بعضی از اعمال از نگاه شرع، در زندگی وکالت و نیابت بردار نیست؛ چون نمازهای یومیه و...، برخی از کارها چون تجارت، معاملات، دعاوی حقوقی و کیفری و... وکالت‌پذیرند؛ اما برخی نیز مانند قضاوت مشکوک است که آیا می‌توان فرد مجتهد کسی را در اجرای امر قضا، وکیل نمود یا خیر؟ مثلاً مجتهد شک می‌کند که اگر وکیل او حکم کرد که این شخص قاتل یا سارق و یا زانی است، آیا می‌تواند حدود الهی را درباره محکومین اجرا کند، چنین سلطه‌ای غیر مجتهد وکیل دارد یا خیر؟ اصل عدم سلطه و نفوذ عمل قضایی غیر مجتهد است، وظیفه‌ی خود مجتهد است که طبق اصل اشتغال ذمه مجتهد، خودش رسیدگی نموده و حکم قضایی را صادر کند.

ولی مجتهد برخی از مقدمات (استماع شهود، قسم دادن، تحقیقات مقدماتی و...) قضاوت را می‌تواند به دیگری احاله کند تا به وکالت از طرف او انجام دهد، اما اصل صدور حکم و قضاوت، مخصوص خود مجتهد است و وکالت بردار نیست. (آشتیانی، ۱۴۲۵، ص ۱۳-۱۶) برخی از علما با توجه به مفهوم قاضی، انجام امور مقدماتی را هم برای غیر مجتهد جایز نمی‌شمارند. می‌توان گفت که قاضی، تحقیق و آماده‌سازی پرونده را غیر از شنود شهادت، به غیر واگذار کند. (وحدتی شبیری، ۱۳۹۴، ص ۳۷)

اما بعضی از فقها به طور مطلق در حال اختیار و اضطرار، قضاوت غیر مجتهد به وکالت از مجتهد را، جایز می‌دانند. مرحوم محقق کرکی می‌فرماید: «یصح التوکیل فی القضاء، والحکم بین

الناس» (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۲۱۷) یعنی، وکالت دادن در فصل خصومت و حکم کردن بین مردم صحیح است. اگر مطرح شود که مراد از توکیل، شاید توکیل غیر مجتهد نباشد؛ می‌توان گفت که شخص مجتهد با نصب عام ولایت بر قضا دارد و در امر قضاوت نیازمند به توکیل از سوی مجتهد دیگر نیست؛ بنابراین منظور ایشان از توکیل، قضاوت غیر مجتهد به نحو وکالت از مجتهد جامع‌الشرايط می‌باشد.

درباره‌ی مشروعیت وکالت وکیل باید گفت که اگر اجتهاد را شرط صحت قضاوت دانستیم، غیر مجتهد به‌طور قطع نمی‌تواند از طرف مجتهد وکیل شود، زیرا واجد شرط نیست. در صورتی که در تردید باقی ماندیم باز به همین نتیجه می‌رسیم؛ زیرا مقتضای اصل، عدم نفوذ توکیل و عدم نفوذ قضاوت فرد وکیل مجتهد است. اما اگر اجتهاد را شرط قضاوت ندانستیم، آن وقت این بحث مطرح می‌شود که مجتهد حق توکیل دیگری را در قضا دارد یا نه؟ هر چند که وکیل، مجتهد باشد. باید گفت که مفاد ادله ولایت قضا عبارت از اثبات سلطه مباشرت فقیه در امر قضاوت است (یعنی فقط خودش باشد)، نه توکیل دیگری؛ یعنی فقیه باید خود شخصاً متصدی قضاوت شود، نه آنکه دیگری را وکیل خود قرار دهد.

مرحوم آشتیانی، توکیل مفضول (غیر مجتهد) از فاضل در امر قضا را نمی‌پذیرد: «أنه علی القول به تعیین قضاء الفاضل، هل له إذن المفضول وتوکیله أونصبه للقضاء، كما أن للإمام علیه السلام کلاً من التوکیل والنصب فی زمان حضوره، أولیس له ذلک؟ وجهان، أوجهما الثانی». (آشتیانی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۱۱۷۲) یعنی فرد فاضل نمی‌تواند برای مفضول اذن و وکالت داده برای قضا نصب نماید. برخی از فقها بر این عقیده است که در ولایت بر اموال، مباشرت شرط نیست، به‌صورت تسبیب و توکیل دیگری نیز می‌تواند عمل کند. این امر برخلاف ولایت در قضا است زیرا در این ولایت، تنها قضاوت مباشری خود پیامبر^(ص)، جانشینان، نائبان منصوب خاص و مجتهد جامع‌الشرايط، ثابت می‌باشد، وکالت غیر آنان در امر قضا پذیرفته نیست. (عراقی، بی تا، ص ۱۰) از نگاه فقه و حقوق این نکته حائز اهمیت است که به‌طور کلی وکالت تا زمان حیات موکل مورد قبول است، اما در صورتی که موکل فوت کند، یا او را عزل کند، دیگر فعالیت‌های وکیل، نافذ نیست؛ بنابراین قضاوت وکیل از سوی مجتهد جامع‌الشرايط بعد از فوت این مجتهد، باید نافذ نباشد، در حالی که هیچ فقهی قضاوت غیر مجتهد را وابسته بر دوران حیات مجتهد ندانسته، بلکه

قضاوت او بعد از مرگ مجتهد ادامه داشته و نافذ می‌باشد، پس قضاوت غیر مجتهد از باب وکالت از مجتهد نمی‌باشد.

برخی فقهای امامیه، قاضی منصوب غیر مجتهد را، فقیه تنزیلی می‌دانند، (بهرامی، <http://www.vekalat.org:20/6/1387>) یعنی به منزله‌ی فقیه جامع‌الشرایط در امر قضا عمل می‌کند؛ بنابراین امکان ثبوت وکالت و تنزیل او در افعالی مانند انشای حکم مورد قبول است و عموم دلیل نیابت و وکالت نیز مشروعیت او را ثابت می‌کند. (شیرازی، ۱۳۹۹، ج ۱، ص ۵۲) البته ولایت در انشای حکم توسط قاضی تنزیلی، پس از تصدی مجتهد و انجام تمام مقدمات و تشریفات قضاوت، توسط مجتهد مورد نظر می‌باشد. لذا پس از این‌که تمام مراحل مقدماتی و تشریفات دادرسی توسط قاضی مجتهد صورت گرفته و به مرحله انشای حکم رسید، او انشای حکم را توکیل به دیگری می‌کند. (بهرامی، <http://www.vekalat.org:20/6/1387>) چون انشای حکم اختصاص به حاکم و مباشرت او ندارد و از شارع نیز ردعی در این مورد نرسیده است. (عراقی، بی‌تا، ص ۴۸)

۲-۲. مشروعیت قضاوت قاضی مأذون

عالم غیر مجتهد که از طرف مجتهد جامع‌الشرایط یا حاکم عالم عادل در امر قضا اذن می‌گیرد، آیا باید درجه‌ای از اجتهاد را داشته باشد، یا خیر؟ فقها در این مورد نظر واحدی ندارند؛ برخی از فقها اجتهاد مطلق را در قاضی مأذون شرط دانسته‌اند. (ساکت، ۱۳۶۵، ص ۱۴۳) بعضی از فقها منکر اعتبار اجتهاد در قاضی بوده و یا ادله طرفداران اشتراط را ناکافی می‌دانند که محقق اردبیلی، محقق قمی، فاضل نراقی، محمدحسن نجفی، از معاصران مرحوم آیت‌الله گلپایگانی و آیت‌الله اردبیلی، بر این باورند. (محقق اردبیلی، ۱۴۲۴، ج ۱۲، ص ۱۴) همان‌طوری که مطرح شد، اصل عدم قضاوت غیر مجتهد است، اما در صورت اذن سلسله‌مراتبی که اذن از سوی حاکم عادل و از کانال خودش برای غیر مجتهد صادر شود، غیر مجتهد با تقوا، عادل، دارای هوش، زیرکی و شخصیت روحی و آگاهی به آئین دادرسی، می‌تواند قضاوت کند؛ اما قضاوت او آثار قضاوت مجتهد را ندارد، مثلاً تا بیست روز برای حکم او قابلیت تجدید نظرخواهی در نظر گرفته می‌شود. (وحدتی شبیری، ۱۳۹۴، ص ۴۹)

مرحوم محمدحسن نجفی می‌نویسد: «إن المستفاد من الكتاب والسنة صحة الحكم [القاضی]

به الحق و العدل و القسط من کل مؤمن... أنه لاریب فی اندراج من سمع منهم (علیهم السلام) احکاما خاصة مثلاً و حکم فیها بین الناس و إن لم یکن له مرتبة الاجتهاد... بل قد یقال باندرج من کان عنده احکامهم بالاجتهاد الصحیح أو التقليد الصحیح و حکم بها بین الناس، کان حکماً به الحق و القسط و العدل». (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۱۶)

آنچه از کتاب و سنت استفاده می‌شود، این است که قضاوت بر اساس حق و عدالت از هر مؤمنی [که عالم به مسائل قضاوت باشد] حالا آن را از ائمه^(ع) شنیده باشد گرچه علم او در مرتبه‌ی اجتهاد نباشد و یا از طریق اجتهاد و یا تقلید صحیح فراگرفته باشد بین مردم قضاوت نماید، این حکم به حق و عدالت بوده، صحیح و نافذ می‌باشد. برخی دیگر اجتهاد متجزی را کافی دانسته‌اند، اما عدم جواز دادرسی از سوی مجتهد متجزی را، طریق احتیاط می‌دانند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۹، ص ۸)

عده‌ای از فقها استدلال نموده‌اند که مراد از «علم» در صحیح‌ه ابی‌خدیجه «یعلم شیئاً» علم به احکام می‌باشد که منصوبین ائمه^(ع) آن را داشتند، اما در عصر حاضر این علم برای مقلد به وجود نمی‌آید. (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۹۰) یعنی مقلد نمی‌تواند قاضی شود. آیت‌الله سبحانی در جواب می‌گوید: اگر منظور از علم، علم واقعی باشد نه تنها برای منصوبین آن زمان حاصل نبوده بلکه شامل مجتهدین زمان ما نیز نمی‌شود و احکامی هم که از مجتهدین ما صادر می‌شود به اعتبار حجتی است که بر آن وارد شده است؛ اما اگر منظور از علم اعم از علم واقعی و... است، شامل همه می‌شود و برای مقلد زمان ما هم حاصل است. (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۹۱) یعنی بنا به تحلیل ایشان مقلد هم می‌تواند بر منصب قضا تکیه بزند.

بعضی از فقها، اجتهاد مطلق را از ویژگی‌های قاضی مأذون ندانسته، بلکه اجازه امام معصوم^(ع) یا مجتهد جامع‌الشرایط برای قضاوت غیر مجتهد، به استناد آیات (مانده، ۴۷) و روایاتی زیادی جایز شمرده‌اند، این آیات به قضاوت قاضی عادی اشاره دارند. (حبیبی، ۱۳۸۴، ش ۹۳، ص ۴۹) بسیاری از حقوق‌دانان، گماشتن قاضی از سوی معصوم^(ع)، جانشین امام و یا از سوی حاکم عادل در جامعه اسلامی را، شرط بنیادین دادرسی دانسته‌اند. مرحوم آشتیانی، قاضی فاقد اجتهاد را که مأذون از سوی مجتهد جامع‌الشرایط باشد، صالح برای قضاوت دانسته است. (آشتیانی، ۱۴۲۴، ص ۴) محمدحسن نجفی صاحب جواهر، قضاوت در حال غیبت امام معصوم^(ع) را از

باب احکام شرعی بر اساس عمل به فتوای مجتهد تلقی نموده است که شامل عمل تقلیدی نیز می‌گردد. (نجفی، ۱۴۱۴، ج ۴۰، ص ۳۹)

۲-۳. نیابت غیر مجتهد در امر قضا

برخی از فقها نیابت در امر قضا را پذیرفته می‌گویند: «تصحّ الاستنباط فی الشهادة علی وجه الشهادة وكذا تصحّ النيابة فی القضاء والحکم». (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۵، ص ۴۴) یعنی، نائب گرفتن در شهادت بر شهادت صحیح است و همچنان که نیابت در فصل خصومت و حکم کردن صحیح است. ایشان نیابت را به طور مطلق چه مجتهد و غیر مجتهد باشد پذیرفته و شرایطی خاصی ذکر ننموده است؛ اما باید اذعان داشت که امر نیابت مانند وکالت برای غیر مجتهد طبق اصل عدم سلطه غیر، اصل اشتغال ذمه مجتهد و نیز حکم عقل پذیرفته نیست. یکی از فقها می‌فرماید: «فی جواز استنباط المجتهد غیره فی تصدی المرافعة إشکال، لأنّ النائب إن کان مجتهدا کان مساویا للمنوب عنه فی جواز التصدی و إلا فیشکل تصدیه لاحتمال اعتبار الاجتهاد فی المتصدی». (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ۱۳۲) یعنی، در جواز نائب قرار دادن مجتهد غیر مجتهد را در امور قضایی اشکال است، زیرا یا نائب مجتهد است که در این صورت مساوی با منوب عنه می‌باشد، یا این که نایب غیر مجتهد بوده ولی در امر تصدی قضا اجتهاد شرط است که در این صورت غیر مجتهد نمی‌تواند نایب قرار گیرد.

۴. مشروعیت قضاوت غیر مجتهد بر مبنای عناوین ثانویه

۴-۱. ضرورت و اضطرار

چنانچه حل و فصل دعوی به وسیله‌ی قاضی مجتهد ممکن نباشد، رجوع به غیر مجتهد جایز بلکه ضروری است؛ زیرا فصل خصومت‌ها و احقاق حقوق مردم، حفظ نظم و جلوگیری از هرج و مرج، بستگی کامل به تشکیل دادگاه‌ها و صدور احکام قضایی دارد. از سوی دیگر با نبود قاضی مجتهد با توسعه‌ی کشورها، گسترش امور قضایی جامعه و پیدایش مسائل مستحدثه و یا کمبود مجتهد، اصرار بر صفت اجتهاد در قاضی ایجاد عسر و حرج در جامعه است که بر اساس قاعده‌ی نفی عسر و حرج می‌توان چنین صفتی را برای قاضی نادیده گرفت. شرط اجتهاد در قاضی در صورت امکان و دسترسی به مجتهد جایگاه دارد. اما در صورتی که نتوان به او دست یافت، به علت دوری،

نمود، یا کمبود مجتهد، مردم ناچارند که به غیر مجتهد مراجعه کنند؛ زیرا راه حلی برای مشکلات و فصل خصومت‌ها جز این برای آن‌ها ممکن نیست. چون مراجعه به حکام جور حرام بوده، از سوی دیگر امکان دسترسی به مجتهد وجود ندارد، بنابراین برای احقاق حق و ایجاد نظم اجتماعی، مراجعه به غیر مجتهد ضرورت می‌یابد.

اینجاست که با دلیل عسر و حرج، ضرورت و اضطرار، شرط «اجتهاد» در قاضی برداشته می‌شود. ولی شرط عدالت و آگاهی کامل به احکام قضائی، نصب از راه صحیح (اذن مجتهد جامع‌الشرایط، نصب از سوی حاکم عادل) حتماً لازم است. سیره‌ی امام علی^(ع) بیانگر این امر است، وی افرادی را برای قضاوت به شهرها می‌فرستاد و یا به والی‌ها دستور می‌داد که قضات را در شهرها تعیین کنند، به اختیار مردم واگذار نمی‌کرد؛ بنابراین نه از همه شرایط، فقط از شرط اجتهاد می‌توان صرف‌نظر و رفع ید نمود. (وحدتی شبیری، ۱۳۹۴، ص ۴۷)؛ زیرا «الضرورات تقدر به قدرها؛ یعنی، ضرورت‌ها به اندازه خودش باید مراعات شود نه بیشتر». از چنین قاضی به «قاضی اضطراری» تعبیر می‌گردد.

البته ولایت در «ولایت قاضی اضطراری» به معنای اصطلاحی‌اش که دارای آثار خاص (از جمله حرمت نقض حکم و اجرای حدود توسط قاضی و... می‌باشد) نیست. بلکه تنها به معنای قضاوت اضطراری است که به دلیل وجوب حفظ نظم و جلوگیری از فساد و اختلال نظام می‌باشد. این ولایت، تنها مفهوم جواز یا وجوب تکلیفی را می‌رساند، منصب جعلی و حکم وضعی را در پی ندارد. این ولایت قضایی موقتی و تا وجود اضطرار است.

۲-۴. اصل حفظ نظم و امنیت جامعه

قضا برای تنظیم امور جامعه ضرورت می‌باید. یکی از فقها در مورد ضرورت انجام امور قضایی می‌گوید که لازمه‌ی نبود قضا، تضییع و ابطال حقوق مردم می‌باشد. لذا قضا به خاطر حفظ حقوق جامعه تشریح شده است: «لازمه ابطال الحقوق کثیراً الّتی شرّع لحفظها القضاء بین النّاس». (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۸۰) بنابراین از نظر مرحوم آشتیانی در صورت اضطرار، قاضی غیر مجتهد باید تصدی امر قضا نماید. ایشان ولایت نسبی برای قاضی اضطراری را به دلیل عقل اثبات می‌کند: «فالعقل الحاکم به وجوب قضاء المجتهد فی حالة الإمكان و الاختیار من حیث توقّف النظام علیه یحکم بوجوبه علی المقلّد فی حالة الاضطرار، بملاحظة العلة المذكورة (اختلال

نظامهم و سد باب معاشهم) و... توقّفه (حفظ النظام) علی قضاء المقلّد». (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۱۵۵)

دیدگاه ایشان را این گونه می توان تقریر نمود که: حفظ نظم، عقلاً و شرعاً واجب است، در صورتی ناچاری چون کمبود، نبود و یا دوری مجتهد، حفظ نظم و... به قضاوت مقلّد (غیر مجتهد) باید رجوع نمود. قضاوت او از باب مقدمه واجب، واجب خواهد شد و بر فقیه است که او را اذن دهد؛ زیرا حفظ نظم جامعه یک وظیفه عمومی است، چونکه همان دلیل عقلی (حفظ نظم) که ایجاب می کرد خداوند مقام قضاوت را به پیامبران و امامان معصوم^(۲) بدهد تا از اختلافاتی که باعث ایجاد بی نظمی می گردند جلوگیری کنند، همان دلیل ایجاب می کند که در صورت اضطرار و نبود فقیه، غیر فقیه بتواند قضاوت کند.

اما به شرط اینکه از طرف فقیه نصب شده باشد؛ زیرا دلیل مزبور تنها شرط اجتهاد را نفی می کند، نه شرط نصب را، ولی در عین حال ولایت قضای مجتهد، برای قضاوت مقلّد ثابت نیست و تنها به مقدار رفع اضطرار می تواند مقلّد عمل کند. تنها در حال اضطرار و (به مقدار رفع آن)، اطاعت از قاضی اضطراری لازم است. دلیل «حفظ نظم» تنها وجوب تکلیفی (وجوب اطاعت از قاضی مجتهد) را می رساند، نه اینکه ولایت قضا را برای او ثابت کند و لذا برای روشن شدن فرق میان قاضی رسمی (مجتهد) و قاضی اضطراری از نظر آثار و احکام باید گفت: غیر فقیه هر چند که منصوب به قضاوت از طرف فقیه بشود، حق اجرای حدود شرعی را نخواهد داشت؛ زیرا این منصب مخصوص امام^(۳) یا نایب او است. در صورتی نصب از سوی حاکم عادل و با هوش، نفوذ حکم قاضی بستگی به تنفیذ و اجازهی حاکم دارد.

بنابراین فقیه حاکم عادل، حتی در صورت وجود مجتهد، جهت جلوگیری از هرج و مرج و حفظ نظم عمومی، بر قضاوت و اجرای حکم قاضی مجتهد و غیر مجتهد از طریق سازمان قضایی و سازوکار اجازه دهی، نظارت دارد. مثلاً حکم صادر شده از سوی قاضی غیر مجتهد را تا چند روز قابل تجدید نظر و غیر نافذ دانسته، اما بعد از گذشت زمان معین، نافذ خواهد بود. (وحدتی شبیری، ۱۳۹۴، ص ۵۲)

۳-۴. جواز قضاوت غیر مجتهد از طریق امور حسبی

در یک نگاه کلی، قضا خود شامل امور حسبی می باشد. «امور حسبی» عبارت اند از مطلق کارهای

اجتماعی که باید به آن‌ها رسیدگی شود و شارع مقدس در برابر آن‌ها بی‌تفاوت نبوده و راضی به ترک آن‌ها نمی‌باشد. اموری چون اطعام مساکین، قضاوت و دادرسی، اجرای احکام کیفری، جهاد، امر به معروف و نهی از منکر، افتا و...، از امور اجتماعی هستند که باید انجام شوند و مقامات صلاحیت‌دار باید متصدی و مباشر آن امور شوند. بسیاری از آن‌ها مشروط به اجتهاد نیست، اگر از نگاه برخی فقها اجتهاد شرط باشد، در صورت اضطرار آن شرط نیز ساقط خواهد شد.

قضا نیز از اموری است که افرادی خاص برای تصدی او منصوب نشده و به جهت حفظ نظم اجتماع و تحفظ حقوق مردم، شارع راضی به ترک آن نیست. در بحث ولایت فقیه ادله‌ی که اقامه می‌شود مبنی بر اینکه فقیه متصدی اموری حسبیه باشد، شامل مجتهد متجزی نمی‌گردد. قدر متیقن از ادله می‌گوید فقیه‌ی که متصدی اموری حسبیه شود، مجتهد مطلق است. مجتهد متجزی صلاحیت تصدی امور حسبیه را ندارد؛ اما در صورت عدم مجتهد مطلق، مجتهد متجزی بر عدول مؤمنین اولویت دارد. ولی مرحوم آشتیانی می‌گوید مجتهد مفضول (متجزی- غیر مجتهد) می‌تواند متصدی امور حسبیه گردد: «أنه لا إشكال فی ثبوت سائر الولايات العامة الحسبیه المختصة بالمجتهدین للمفضول، کثبوتها للفاضل علی القول به اختصاص ولایة القضاء به بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فیهِ، لعموم ما دلّ علیه من الأخبار سیما التوقيع الشریف». (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۱۱۷۲) یعنی اشکالی نیست که ولایات امور حسبی برای مجتهدین بودند، برای مفضول هم ثبوت دارد، همان‌طوری که امر قضا برای فاضل اختصاص داشت برای مفضول هم واگذار گردید.

بنابراین امر قضا به‌عنوان امور حسبه، برای غیر مجتهد قابل تصدی می‌باشد، به گونه‌ی که اول مجتهد جامع‌الشرایط، بعد فقیه عادل متجزی، یا عالم غیر مجتهد مأذون به ترتیب متصدی امر قضا گردد. اما اجرای حدود شرعی برای قاضی غیر مجتهد ممنوع است؛ زیرا ولایت اجرای حدود با فقیه است: «غیر مجتهد حتی حقّ قسم دادن به طرفین دعوا را نیز ندارد مگر از طریق صلح دعوایی» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۱۳) زیرا غیر مجتهد، قاضی رسمی نیست و فقط از راه امر به معروف، می‌تواند فصل خصومت کند؛ اما بر اساس دیدگاه مرحوم آشتیانی و سایر فقها (اصل لاجرح، اصل حفظ نظم و امنیت جامعه و...) فقط شرطیت اجتهاد برداشته می‌شود، اما اصل حجیت برای قضاوت غیر مجتهد باقی خواهد ماند. باید اذعان نمود که حکم قاضی غیر

مجتهد بر مبنای اضطراب دارای حجیت شرعی نیست، اضطراب اثبات حجیت نمی‌کند؛ بنابراین نمی‌توان تمامی آثار قضاوت مجتهد را به غیر مجتهد بار نمود.

۵. مشروعیت قضاوت غیر مجتهد بر مبنای ادله حاکم فقیه

۱-۵. ولایت حاکم فقیه بر نصب قاضی

مشروعیت قضاوت غیر مجتهد، در زمان حاکم اسلامی به واسطه نصب است. قضاوت از امور ولایی است که نیاز به نصب امام دارد و مانند سایر معروف‌ها نیست که هرکسی بتواند مستقلاً به آن قیام کند؛ زیرا ویژگی قضاوت و لزوم تبعیت از حکم قاضی حتی برای کسی است که این حکم را قبول ندارد، این ویژگی ناشی از همین منصب ولایی است که از سوی امام عادل یا فقیه جامع الشرایط حاکم، به قاضی محول شده است. صاحب جواهر معتقد است که مجتهد می‌تواند مقلد را در امر قضا منصوب نماید: «أن للمجتهد نصب مقلده للقضاء بین الناس بفتاواه آلتی هی حلالهم و حرامهم، فیکون حکمه حکم مجتهده، و حکم مجتهده حکمهم، و حکمهم حکم الله تعالی، والرأد علیه راد علی الله تعالی». (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۱۹) یعنی وقتی مقلد از سوی مجتهد نصب گردید، حکم مقلد حکم مجتهد و حکم مجتهد حکم معصومین^(۲) و حکم آنان، حکم خداوند متعال است و رد حکم قاضی مقلد، رد حکم خدا خواهد بود.

مرحوم آشتیانی بعد از این پرسش که آیا جایز است فقیه جامع الشرایط در زمان غیبت، شخص عامی آگاه به مسائل قضایی را در مسند قضا منصوب نماید؟ می‌فرماید که بعضی فقها این نصب را جایز می‌دانند، بعضی دیگر نمی‌پذیرند. «هل يجوز للفقیه الجامع لشرائط... فی زمان الغیبة نصب العامی العارف به مسائل القضاء من رأیه للحکومة بین الناس، أو تویکله فی ذلك... مال بعض مشایخنا فی شرحه إلی الجواز... أولاً یجوز له ذلك؟ وجهان...». (آشتیانی، ج ۲، ص ۱۱۷۳)

فقهایی که اجتهاد را در قاضی شرط می‌دانند این‌گونه استدلال می‌کنند که شرط صحت قضاوت، ثبوت نصب قاضی از سوی امام^(۳) است با شک در نصب، اصل عدم نصب جاری می‌شود و شک در شرطیت اجتهاد موجب شک در نصب می‌گردد.

به نظر می‌رسد که فقهای بزرگوار، نصب حاکم فقیه را مانند نصب از سوی معصوم^(۴) (نصب خاص پیامبر^(ص) و امام معصوم) دانسته که به نصب عام شامل فقهای مجتهد جامع الشرایط

می‌گردد؛ اما باید گفت نصبی که در قاضی مطرح است نصب حکومتی است که باید از سوی امام المسلمین صورت پذیرد و ارتباطی با امام معصوم^(ع) به‌عنوان مبین شریعت ندارد. کار امام معصوم^(ع) بیان احکام و از جمله بیان شرایط لازم برای قاضی به‌صورت کلی و مطلق است نه نصب قاضی.

نصب قاضی غیر مجتهد، در منصب قضاوت که به سبب آن حکمش لازم اطاعه می‌شود به حیثیت حکومتی امام برمی‌گردد که حکم حکومتی او واجب اطاعه است، در این امر امام معصوم و غیر معصوم یکسان‌اند؛ یعنی هر دو حق نصب قاضی دارند، بدون نصب امام مبسوط الید (چه معصوم و چه غیر معصوم) قاضی مشروعیت پیدا نمی‌کند؛ یعنی اگر در زمان غیبت، حکومت پیشوای عادل غیر معصوم را با شرایطی دارای مشروعیت شرعی دانستیم در این صورت، حاکم عادل مبسوط الید که همان امام المسلمین است حق نصب قاضی دارد و قضات با نصب او دارای مشروعیت و نفوذ حکم می‌گردند.

بنابراین در صورت شک در اعتبار شرط شرعی مانند اجتهاد، شک در نصب حکومتی پیدا نمی‌کنیم تا با جریان اصل عدم نصب مشروعیت قاضی غیر مجتهد منتفی شود؛ زیرا اگر حاکم عادل، قاضی مقلد را برای قضاوت نصب کرد ما دیگر در نصب او از سوی امام عادل شکی نداریم تا اصل عدم نصب را جاری کنیم، زیرا حکم نصب او و جوب اطاعت دارد.

۲-۵. عدم شرط شرعی بودن اجتهاد

باید در تفکیک شرایط شرعی و شرایط ولایی در قاضی گفت که اجتهاد از شرایط ولایی به شمار می‌رود نه شرط شرعی که قابل تغییر نباشد. شروطی چون بلوغ، عقل، حریت، طهارت مولد و... از شروط شرعی قاضی‌اند. می‌توان گفت که اشتراط اجتهاد در قاضی موضوعیت ندارد، بلکه طریقت دارد؛ یعنی علم و آگاهی قاضی در سطحی باشد که حلال و حرام مورد نظر اهل بیت^(ع) را درک نموده، مراد ایشان را به هر طریقی برآورده سازد و با موازین شرعی و آیین دادرسی قضاوت نماید. نکته‌ی مهم قابل طرح در شرط بودن اجتهاد این است که حتی اگر دلالت اوصاف (اهل نظر در حلال و حرام، معرفت احکام، افقه بودن) (کلینی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۶۷) در مقبوله را بر اجتهاد بپذیریم؛ دلالت روایت بر شرط بودن اجتهاد قاضی در زمان حکومت حاکم عادل تمام نیست. باید میان دوره حکومت جور و حکومت عدل تفصیل قائل شده و لزوم اجتهاد برای قاضی

را به دوران حکومت جور محدود نمود؛ زیرا قضاوت غیر مجتهد تحت نظارت مجتهد و حاکم عادل در مسیر اصلی خود چون زمان معصوم^(۴) در راستای احقاق حق به طور عادلانه، در جریان خواهد بود.

از سوی دیگر می توان گفت، در صدر روایت مقبوله تصریح به عدم مراجعه به قضات جور شده و امام مراجعه به حکام جور را حرام دانسته است. ایشان فرموده است، مراجعه کنید به کسی با این اوصاف (متفکر در حلال و حرام، بامعرفت، افقه) که من او را به جای حاکمان و قضات جور برای قضاوت جعل و نصب کرده‌ام. (کلینی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۷۸) از این فرمان به هیچ وجه استفاده نمی شود، در زمانی که حاکم اسلامی و قاضی عدلی وجود دارد، این حکم پایدار و موجود باشد. به علاوه می توان مطرح نمود که این شرایط به خاطر نسبت دادن جعل به خود، مختص زمان خود امام^(۵) بوده اند؛ اما در عصر غیبت قابل تغییر خواهند بود.

اما باید اذعان نمود شرط اجتهاد، شرط طریقی است و به خودی خود موضوعیت ندارد، یعنی قاضی چه مجتهد و غیر مجتهد، اگر با اصول و موازین صحیح و به کارگیری آگاهی و اطلاعات خود، منظور و مراد ائمه^(۶) و شارع مقدس را در قضاوت برآورده نماید، قضاوت صحیح و عادلانه بوده و حکم قاضی نافذ است. این امر از عهده‌ی غیر مجتهد دارای اوصاف ورع، ایمان، عدالت و آگاهی لازم از آیین دادرسی با نظارت مجتهد بر می آید. لذا او می تواند به طور قانونی بر مسند قضا جای گیرد و حکم او نفوذ خواهد داشت.

۶. مشروعیت قضاوت غیر مجتهد از منظر فقه اهل سنت

۱-۶. نصب غیر مجتهد از سوی سلطان ذی الشوکه

برخی از فقهای اهل سنت معتقدند که نصب قاضی از سوی سلطان ذی الشوکه (حاکم فعلی دارای اقتدار سیاسی) باعث مشروعیت قضاوت وی می گردد. چنانچه یکی از فقهای اهل سنت اذعان می دارد که اگر سلطان یا ذی الشوکه، شخص فاسق یا مقلد جاهلی را نیز برای نصب قضاوت برگزیند، در صورتی که حکمش با مذهب خودش موافق باشد، به دلیل ضرورت و تعطیل نشدن مصالح مردم، حکم این قاضی منصوب، نافذ است. (الرملی المنوفی، ۱۴۱۴، ج ۸، ۲۴۰)

این دیدگاه، با مفهوم نصب در فقه امامیه کاملاً متفاوت است؛ زیرا نصب قاضی در امامیه

به‌طور سلسله‌مراتبی بوده و شرایطی چون ایمان، تقوا، عدالت و... از معصوم^(۲) گرفته تا مجتهد و حاکم عالم و عادل مورد تأکید جدی می‌باشند؛ یعنی در عصر غیبت، در صورت اضطرار و نبود یا کمبود مجتهد؛ شخص عالم عادل با تقوای غیر مجتهد از سوی مجتهد و یا حاکم عادلِ مرسوم الید در مسند قضا منصوب می‌شود. نفوذ حکم او در ابتدا مانند حکم مجتهد جامع شرایط نخواهد بود، بلکه با سازوکار خاص قضایی و مراعات سلسله‌مراتبی در صورت وجود حاکم عادل مرسوم الید، نافذ می‌گردد. در حالی که به اعتقاد برخی از فقهای اهل سنت بر عدالت ذی الشوکه که قاضی نصب می‌کند تأکید نشده است.

۲-۶. قضاوت غیر مجتهد از باب اضطرار و مصلحت

حداکثر نحله‌های فقهی اهل سنت چون حنابله، مالکیه، شافعیه و جمهور از حنفیه «اجتهاد» را در قاضی معتبر می‌دانند: «و أما الاجتهاد فهو شرط عند المالکیة و الشافعیة و الحنابلة و بعض الحنفیة کالقُدوری، فلا یولی الجاهل بالأحكام الشرعیة و لا المقلد.» (وهبة الزحیلی، ۱۴۰۴، ج ۸، ص ۳۵۶) چنان‌که ابن قدامه حنبلی، نیآوردی و ابویعلی صریحاً اجتهاد را شرط دانسته‌اند. (الشافعی الماوردی، ۱۴۲۰، ص ۶۶) اما جمهور از فقهای حنفیه اجتهاد را در قاضی شرط نمی‌دانند، بنابراین غیر مجتهد به تقلید از مجتهد در امر قضا، می‌تواند مسند قضا را تصدی نموده و حکم صادر نماید: «وقال جمهور الحنفیة: لا یشرط کون القاضی مجتهداً، والصحیح عندهم أن أهلیة الاجتهاد شرط الأولیة والندب والاستحباب. فیجوز تقلید غیر المجتهد للقضاء، و یحکم بفتوی غیره من المجتهدین؛ لأن الغرض من القضاء هو فصل الخصائم و إیصال الحق إلی مستحقه، وهو یتحقق بالتقلید والاستفتاء.» (وهبة الزحیلی، ۱۴۰۴، ج ۸، ص ۳۵۶) حنفی‌ها شرط اجتهاد را در قاضی لازم ندانسته، فقط از باب اولویت و استحباب می‌پذیرد.

بعضی از فقهای اهل سنت تصریح می‌کند که در صورت عدم توافر مجتهد، می‌توان امر قضاوت را به غیر مجتهد واگذار کرد، البته باید افرادی را که در ورع، عدالت، عفت و توانایی شایستگی بیشتری دارند، مقدم داشت. (وهبة الزحیلی، ۱۴۰۴، ج ۶، ص ۷۴۶) رملی المنوفی ضرورت و معطل نماندن مصالح مردم را از دلایل پذیرش قضاوت غیر مجتهد برمی‌شمارد «نعم لا یجوز تحکیم غیر مجتهد مع وجود قاض... إنمّا یجوز به شرط عدم قاضٍ بالبَلدِ للضرورة». (الرملي المنوفی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۲۴۰) اما وهبة الزحیلی واگذاری منصب قضاوت به مقلد

را حتی در صورت وجود مجتهد نیز، جایز می‌داند: «والواقع فی زماننا عدم توافر المجتهدین بالمعنی المطلق، فیجوز تولیة غیر المجتهد، ویولی الأصلح فالأصلح من الموجودین فی العلم والدیانة والورع والعدالة والعفة والقوة.» (وهبة الزحیلی، ۱۴۰۴، ج ۸، ص ۳۵۶) یعنی واقعیت امر این است که در زمان ما مجتهد وافر نبوده و به اندازه‌ی کافی نیست، پس غیر مجتهد با مراعات اصلح در علم، دیانت، تقوا، عدالت، پاکدامنی و توانایی می‌تواند در مسند قضا بنشیند. مفهومش این است که در هر صورت (اضطرار، اختیار) شرط اجتهاد در قاضی لازم نیست، پس اگر غیر مجتهد قاضی شود، حکمش نافذ می‌باشد.

نتیجه‌گیری

امر قضا نوعی ولایت است، ولایت و قضاوت غیر مجتهد با توجه به اصل عدم سلطه‌ی غیر معصوم و مجتهد بر امور مردم، از طریق وکالت و نیابت مشروعیت نمی‌یابد. از سوی دیگر اصل اشتغال ذمه مجتهد که قضاوت فقط به ذمه خود مجتهد جواز دارد، مانع قضاوت وکالتی و نیابتی می‌گردد، گرچه برخی از علما این نوع وکالت را پذیرفته‌اند؛ اما باید گفت مجتهد می‌تواند، امور مقدماتی قضا مانند شنیدن اظهارات شهود، استماع اظهارات متخاصمین و ثبت آن و یا فقط انشای حکم را به غیر مجتهد، از باب عالم جایگزین مجتهد، واگذار نماید.

بر اساس دیدگاه بسیاری از فقهای اهل تسنن و تشیع، با اذن مجتهد و بدون اذن، فرد عالم غیر مجتهد دارای اوصافِ ورع، عدل، تقوا، عفت و... می‌تواند بر مسند قضا تکیه زند و حکم او نافذ می‌باشد. اساساً شرط اجتهاد در قاضی موضوعیت ندارد، غیر مجتهد با ایمان و آگاه به شرایط، نیز انتظارات شارع مقدس را تأمین می‌کند. بر مبنای عناوین ثانویه چون نبود، یا کمبود مجتهد، به جهت عسر و حرج برای مردم، حفظ نظم و امنیت جامعه؛ شرط اجتهاد از قاضی برداشته می‌شود، مطابق همان ادله‌ی قضاوت مجتهد، قضاوت غیر مجتهد مشروع می‌گردد. همین‌طور از طریق امور حسبی، در صورت نبود قاضی مجتهد، غیر مجتهد برای تحفظ حقوق مردم و رفع مشکلات جامعه، می‌تواند امر قضا را تصدی نماید.

درجایی که حاکم عادل عالم مسلمان در کشور اسلامی حاکم باشد، بر مبنای ادله ولایت عالم فقیه، ولایت او بر نصب قاضی از باب حکم حکومتی بوده و حتی در صورت وجود مجتهد؛

مشروعیت قضاوت غیر مجتهد را در پی دارد، جایگاه حکومتی معصوم و حاکم عالم عادل، در امر نصب قاضی یکسان است. از سوی دیگر، شرط اجتهاد در قاضی شرط ولایی است نه شرط شرعی؛ این شرط برای رسیدن به احکام بر مبنای خواسته‌های معصوم طریقت دارد؛ بنابراین از باب حکم حکومتی، حاکم بدون توجه به این شرط، می‌تواند قاضی غیر مجتهد را منصوب نموده که مراعات حلال و حرام نموده و بر مشکلات قضایی جامعه با اوصاف و اصول دادرسی صحیح رسیدگی نماید.

از نگاه برخی فقهای اهل سنت شرط اجتهاد در قاضی لازم است، اما در حین ضرورت و عدم دستیابی به مجتهد بر اساس مصلحت و حفظ نظم عمومی، قاضی غیر مجتهد عادل باتقوا از طریق نصب به قضاوت می‌پردازد. عده‌ای از فقهای اهل تسنن، بدون کدام قید و ملاحظه‌ی غیر از صفات، اجتهاد را برای قاضی شرط نمی‌دانند بر این مبنا همان فضیلت علمی و اخلاقی قاضی در قضاوت کفایت می‌کند.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، بیروت: دارالحدیث، بی تا.
۲. ابن اثیر، محمد الجزری، النهاية فی غریب الحدیث، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
۳. ابن منظور، محمد، لسان العرب، قم: نشر ادب الحوزه، ۱۳۶۳.
۴. ابویعلی، محمد بن حسین الفراء الحنبلی، الاحکام السلطانیة، بیروت: مرکز نشر کتب اعلام اسلامی، ۱۴۰۶.
۵. آشتیانی، میرزا محمد حسن، کتاب القضاء، قم: انتشارات زهیر، ۱۴۲۵.
۶. آقاجانی، مهري، شرایط و صفات قاضی از دیدگاه فقه اسلامی، ندای صادق، دانشگاه امام صادق، ش ۱۰، ۱۳۷۷.
۷. بهرام بهرامی، ارزش و اعتبار علم قاضی، سایت وکالت، ۱۳۸۷/۶/۲۰: <http://www.vekalat.org>.
۸. تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق^(ع)، ۱۴۱۸.
۹. جبعی العاملی شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، معارف اسلامی، ۱۴۱۴.
۱۰. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت^(ع)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت^(ع).
۱۱. حبیبی، محمد اسحاق، اعتبار امر قضاوت شده، معرفت، مؤسسه آموزشی امام خمینی (ره)، ش ۹۳، ۱۳۸۴.
۱۲. حر العاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعة، تحقیق الحاج محمد ابرازی، تهران: کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۶۷.
۱۳. حمزه بن علی ابن زهره حلبی، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه الامام صادق^(ع)، ۱۴۱۷.
۱۴. خلخالی، سید محمد مهدی موسوی، الحاکمیه فی الإسلام، قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۵.

۱۵. خمینی، روح الله، تحریر الوسيلة، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران-ایران، ۱۳۷۹.
۱۶. خمینی، روح الله، صحیفه نور، ج ۲، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۷.
۱۷. راشد، ایمن، راهنمای قضات افغانستان، کمیته تدوین و تحقیق قاضی، کابل، ۱۳۸۷.
۱۸. الرملی المنوفی، نهاية المحتاج، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۴.
۱۹. الزبیدی، مرتضی، تاج العروس، ج ۲۰، دارالفکر، بیروت.
۲۰. الزحیلی، وهبة، الفقه الإسلامی و ادلته، ج ۸، دار الفکر، دمشق، ۱۴۰۴ ق- ۱۹۸۴.
۲۱. ساکت، محمد حسین، دادرسی در حقوق اسلامی، آستان قدس رضوی، ۱۳۶۵.
۲۲. سید ابو القاسم موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی ره.
۲۳. سید حسن وحدتی شیرری، تقریرات درس قضاء، قم: جامعه المصطفی العالمیه، زمستان ۱۳۹۴.
۲۴. شیرازی، ناصر مکارم، بحوث فقهیه هامة (لمکارم)، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب^(ع)، ۱۴۲۲.
۲۵. شیرازی، سید عبدالله، القضاء، ج ۱، بیروت، مرکز الحیاء التراث، ۱۳۹۹.
۲۶. شیرازی، ناصر مکارم، انوار الفقاهه، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، بیروت: دارالتعارف، ۱۴۱۰.
۲۸. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۹. عاملی، محمد بن مکی، شهید اول، اللمعة دمشقیة، قم، ۱۳۷۳.
۳۰. عراقی، علی ابن ملا محمد ضیاء الدین، کتاب القضاء (تحقیق، محمد هادی معرفت)، قم، مطبعه مهر، بی تا.
۳۱. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت^(ع)، ۱۴۱۴.
۳۲. فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج ۱۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. فیاض، محمد اسحاق، تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقی، انتشارات محلاتی، قم.

۳۴. الفیومی، احمد ابن محمد، مصباح المنیر، قم-ایران، مؤسسة دارالہجرت، ۱۴۱۴.
۳۵. کرکی، محقق ثانی علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت^(ع)، ۱۴۱۴.
۳۶. کلینی، محمد بن یعقوب، فروع کافی، دارالکتاب الاسلامیہ، تهران، ۱۳۶۷ ش.
۳۷. کلانتری، علی اکبر، حکم ثانوی در تشریح اسلامی، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
۳۸. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، جامع المسائل، انتشارات امیر قلم، قم، اول، ۱۴۲۵.
۳۹. نیآوردی، علی بن محمد بن حبیب الشافعی، الأحکام السلطانیة، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۲۰.
۴۰. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴، بیروت-لبنان: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴.
۴۱. نراقی، مولی محمد بن احمد، مشارق الأحکام، قم، ۱۴۲۲.
۴۲. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، تکملة العروة الوثقی، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴.
۴۳. یزدی، محمد حسن حائری، «قضایوت مقلد و مجتهد متجزی» مطالعات اسلامی، دانشگاه فردوسی، ش ۵۱ و ۵۲، ۱۳۸۰.