

باز پژوهشی در اشتراط اجتهاد قاضی نسبت به نظام قضایی کنونی

مصطفی امیری^۱

چکیده

قضاوت یکی از ارکان جامعه‌ی اجتماعی است؛ لذا بر اساس قول مشهور فقهاء، باید آن را در اختیار مجتهدان سپرد، لکن در نظام قضایی کنونی، بر خلاف قول مشهور فقهاء عمل شده است و کسانی متصدی منصب قضا شده‌اند که، به درجه‌ی اجتهاد نرسیده‌اند. اینک سؤالی که پژوهش حاضر، با هدف اثبات پاسخ آن، قدم برداشته است، عبارتست از اینکه: اگر اجتهاد برای قاضی لازم است؛ پس تکلیف قضاوت قاضیان، در نظام قضایی کنونی چه می‌شود؟ و اگر اجتهاد برای متصدیان منصب قضا ضرورت ندارد، پس تکلیف قول مشهور فقهاء، چه خواهد شد؟

در پژوهشی که به روش کتابخانه‌ای و در قالب توصیفی - تحلیلی انجام گرفته است، قول مشهور فقهاء مبنی بر اشتراط اجتهاد، در قالب دو گروه و با بررسی ادله‌ی آنها تبیین شده است؛ فقهای که، اجتهاد مطلق را برای قاضی شرط می‌دانند و برخی دیگر، مطلق اجتهاد را برای قاضی لازم دانسته‌اند؛ که در این صورت، مجتهد متجزی نیز داخل در آن خواهد بود.

علی‌رغم قول مشهور فقهاء، وجه عدم نیاز متصدیان منصب قضا در نظام قضایی کنونی را، بایستی بر اساس تغییر زمان و مکان در استنباط احکام و نیز تغییر موضوع دانست؛ زیرا، تفکیک بین نظام‌های مدون (نظام مشتمل بر قوانین و مقررات؛ مانند نظام قضایی کنونی) و نظام‌های غیر مدون (نظام بدون قوانین و مقررات؛ مانند صدر اسلام)، باعث می‌شود، در زمانی، اجتهاد برای قاضی از شرایط لازم باشد و آنهم در نظام‌های غیر مدون است و در زمانی دیگر، چون وظیفه‌ی قاضی تنها فهم و تطبیق قانون بر موارد است، دیگر نیازی به اشتراط اجتهاد قاضی نخواهد بود؛ و آنهم در نظام‌های مدون است. بنابراین، قول مشهور فقهاء را، باید منحصر به نظام‌هایی چون، نظام غیر مدون دانست.

کلید واژگان: اشتراط اجتهاد، نظام‌های مدون، نظام‌های غیر مدون، اجتهاد مطلق، نظام قضایی کنونی.

^۱. دانشجوی دکتری دانشگاه علوم اسلامی رضوی، رشته فقه جزایی. Mostafaamiri993@gmail.com

۱. مقدمه

از آنجا که اسلام مجموعه‌ای از ارزش‌هاست و نگاه ویژه‌ای به اشرف مخلوقات عالم یعنی انسان دارد، نگاه خاصش به مسائل جامعه، گویای مطلب فوق است. یکی از امور حساسی که دین مبین اسلام بر آن همت گمارده، مسأله‌ی قضاوت است؛ و دلیل اهمیت قضاوت را می‌توان، از مباشرت پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) و ائمه‌ی معصومین (علیهم السلام) در این مهم یافت نمود. و روشنی اهمیت قضاوت، ضرورت تحقیق در این مسئله را دوچندان می‌کند.

بنابراین، کسی که متصدی منصب قضا می‌شود، به طور حتم، باید دارای شرایطی باشد. یکی از شرایطی که مشهور فقها بدان اتفاق دارند، اجتهاد قاضی است؛ لکن با گذشت قرن‌های متمادی از آغاز اسلام، در نظام قضایی کنونی دیده می‌شود، اشخاصی به عنوان قاضی به کار گرفته می‌شوند، در حالی که، اجتهاد ندارند؛ لذا جای این سؤال وجود دارد که، اگر اجتهاد برای قاضی لازم نیست؛ پس قول مشهور فقها چه می‌شود؟ و اگر اجتهاد لازم است، پس چرا در نظام قضایی کنونی به اجرا در نیامده است؟

تحقیق حاضر که با روش کتابخانه‌ای و به صورت توصیفی - تحلیلی، و با هدف رسیدن به پاسخی مناسب برای برطرف کردن شبهه‌ی فوق، قدم برداشته است، فرضیه‌ای بر اساس تغییر زمان و مکان در احکام شرعی دارد و آنهم، عدم نیاز به اجتهاد، برای قضاوت کنونی است؛ و قول مشهور فقها، به زمان خاصی منحصر خواهد بود.

پیرامون موضوع اشتراط اجتهاد قاضی، کتاب‌ها و مقالات مختلفی نگاشته شده است؛ لکن به نظر می‌رسد، تحقیقی که در پی پاسخ به سؤال فوق الذکر باشد، صورت نگرفته است. بنابراین، در تحقیق حاضر سعی شده است، جهت بهترین پاسخ بر شبهه‌ی فوق، در ابتدا مفاهیم و کلیات، و سپس در اصل مسئله، کلام مشهور فقها به همراه بررسی ادله‌ی آن‌ها ذکر شود، و در ادامه، قول مختار و نیز نتیجه‌ی تحقیق، تبیین شده است.

لازم به ذکر است، بنای پژوهش صورت گرفته، در بررسی اشتراط اجتهاد، نسبت به قاضی منصوب (مأذون) تدوین یافته است.

^۱ از جمله: کتاب القضاء (آقا ضیا عراقی)، القضاء فی الفقه الاسلامی (حسینی حائری)، فقه القضاء (موسوی اردبیلی)، تعلیق و تحقیق عن امهات مسائل القضاء (محمد هادی معرفت)، نشست اجتهاد هست‌ها و بایدها، و....

۲. مفاهیم و کلیات

۱-۲ اجتهاد در لغت و اصطلاح

اجتهاد (از باب افتعال) از ماده جُهد یا جَهد می‌باشد؛ اگر به ضمّ «جیم» باشد: به معنای وسع و طاقت، و اگر به فتح «جیم» باشد: به معنای مشقّت است. (ابن اثیر جزری، بی تا: ج ۱، ص ۳۱۹) برخی، جُهد را از لغت حجاز و جَهد را از غیرحجاز دانسته‌اند. (فیومی، بی تا: ص ۱۱۲)

اگر گفته شود: «اجتَهَد فی الأمر؛ یعنی شخص وسع و طاقت خود را برای رسیدن به مقصود انجام داده است؛ یا شخص در راه رسیدن به مقصود خویش، مشقّت کشیده است.» (فیومی، بی تا: ص ۱۱۲)

اجتهاد در اصطلاح، به بیان‌های مختلفی تعریف شده است:

۱. اینکه انسان تمام وسع خود را در جهت به دست آوردن ظنّ به حکم شرعی صرف نماید. (حلی، ۱۴۰۴: ص ۲۴۰)
۲. اینکه انسان تمام وسع خود را در جهت به دست آوردن حجّت (عقلی یا شرعی) بر حکم شرعی بذل نماید. (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ج ۲، ص ۵۲۱)

۳. اجتهاد ملکه نفسانیّه‌ای است که، شخص بر استنباط حکم شرعی فرعی از مدارک احکام، قدرت پیدا می‌کند؛ حال این استنباط بالفعل باشد یا بالقوه‌ای که نزدیک به فعلیت است، باشد. (شیخ بهایی، ۱۳۸۳: ص ۴۰۷)

از آنجایی که لفظ اجتهاد، از الفاظ منصوص در کتاب و سنت نیست؛ بلکه در کلام فقها، حادث شده است، تعاریف ذکر شده، تعاریف شرح الاسمی بوده و نیازی به بیان نقض و ایراد بر آن‌ها نمی‌باشد. (سبزواری، بی تا: ج ۲، ص ۱۲۲)

۲-۲ اقسام اجتهاد

اجتهاد در یک تقسیم بندی معروف، یا «مطلق» است یا «متجزی»؛

مراد از اجتهاد مطلق عبارتست از اینکه، مجتهد ملکه‌ی اجتهاد را در هر واقعه‌ای که متعرض آن می‌شود، داراست؛ حال ممکن است وظیفه‌ای که در آن واقعه، از بین ادله تشخیص می‌دهد، حکم واقعی باشد یا حکم ظاهری؛ بلکه ممکن است، حکم عقلی را در آن واقعه تعیین نماید؛ بنابراین، چنین مجتهدی، از نظر ملکه‌ی اجتهاد، قصوری ندارد؛ بلکه رسیدنش به حکم ظاهری، یا بخاطر نبود دلیل بر حکم واقعی است و یا بخاطر اجمال و یا تعارض دلیل است. برخی، شیخ طوسی را مؤسس چنین اجتهادی دانسته‌اند. (گرجی، ۱۳۸۵: ص ۱۵)

مجتهد متجّزی، مجتهدی است که، نزد او ادّله‌ی احکام وجود دارد؛ لکن او قدرت بر استنباط حکم، در تمام وقایع را ندارد. (مرعشی نجفی، ۱۴۲۲: ج ۱، ص ۱۰۴)

برخی تفاوت بین دو مجتهد را، به لحاظ **کمّیت** دانسته‌اند؛ یعنی کسی که به تمام احکام فقه احاطه داشته باشد، مجتهد مطلق و فردی که نسبت به بعض احکام احاطه داشته باشد، مجتهد متجّزی است؛ و عدّه‌ای دیگر، اجتهاد مطلق و متجّزی را، بر اساس **کیفیت** تعریف کرده‌اند:

مجتهدی که اجتهادش در بین ادّله، قوّت داشته باشد، اجتهادش مطلق، و مجتهدی که در اجتهادش ضعف داشته باشد، مجتهد متجّزی خواهد بود. (سبزواری، بی تا: ج ۲، ص ۱۲۵)

به نظر می‌رسد، چنین تعریفی برای اجتهاد مطلق و متجّزی صحیح نباشد؛ زیرا نمی‌توان در واقع با صرف یک ضعف در استنباط احکام، مجتهدی را متجّزی نامید؛ خصوصاً اگر مجتهدی باشد که نسبت به تمام احکام احاطه داشته باشد. بنابراین، قوت و ضعف در استنباط، در تعریف اجتهاد مطلق و متجّزی جای ندارد؛ هر چند ممکن است قوت و ضعف در بحث اعلمیت مجتهد دخیل باشد.

برخی نیز در اجتهاد مطلق و متجّزی، فعلیت استنباط را دخیل می‌دانند:

مجتهدی مطلق است که **بالفعل** قدرت بر استنباط مقدار قابل اعتنایی از احکام را داشته باشد، به طوری که اشراف جامعی نسبت به تمام جوانب احکام شرعی و ادّله‌ی تفصیلی آن، داشته باشد؛ لذا اگر در زمانی، یک فرع فقهی حادث شود، او بتواند حکم را استنباط نماید؛ اما مجتهد متجّزی تنها نسبت به بعض احکام یا بعض ابواب، **بالفعل** قدرت بر استنباط دارد. (عراقی، ۱۳۸۸: ص ۷۷)

تفاوت این تعریف با تعریف مشهور در این است که: بر اساس تعریف مشهور، صرف داشتن **ملکه‌ی اجتهاد** در تمام احکام (مطلق) یا بعض احکام (متجّزی) اهمیت داشت؛ گرچه استنباطی که صورت می‌گیرد، بالفعل نباشد؛ اما در تعریف اخیر، همان ملکه‌ی استنباط وجود دارد؛ منتهی بالفعل بودن استنباط در نزد این تعریف، موضوعیت خواهد داشت. به نظر نگارنده، از بین تعریفات ارائه شده، تعریف مشهور صحیح‌تر از سایر تعریفات است.

اکنون نسبت به امکان یا عدم امکان اجتهاد مطلق، بحثی مهم وجود دارد که، پاسخ به آن، خروج از بحث شمرده شده و موجب اطالاه‌ی کلام می‌شود؛ و لکن می‌توانید جهت اطلاع از پاسخ به این سؤال، به کتب مربوطه مراجعه نمایید. (خراسانی، ۱۴۳۰: ج ۳، ص ۳۶۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ج ۳، ص ۵۴۵؛ حکیم، ۱۴۱۸: ص ۵۶۲؛ رشید رضا، ۱۳۱۵: ج ۶، ص ۸۴۸)

۳-۲ قضاء در لغت و اصطلاح

واژه قضاء در لغت بر چند معنا، و حتی تا ۱۰ معنا ذکر شده است. (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۱۷: ج ۵، ص ۵۹) آقا ضیاء عراقی قائل است: امکان دارد که بعضی از آن‌ها را به بعضی دیگر ارجاع داد. (عراقی، بی تا: ص ۳).

حکم، صنع، حتم، بیان، اراده، اعلام و خبر دادن، تمام کردن، فعل، اداء و تنفیذ، به عنوان معانی قضاء بیان شده است. (قرشی، ۱۴۱۲: ج ۶، ص ۱۷)؛ اما اصل و ریشه‌ی قضاء به معنای فیصله دادن به امر است؛ چه با قول باشد یا با فعل؛ چه از طرف خداوند باشد یا از ناحیه بشر. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ص ۶۷۴)

لفظ قضاء در قرآن بر طبق هر یک از معانی ذکر شده، به کار رفته است؛ اما می‌توان همه‌ی آن‌ها را به همان معنای اصلی قضاء - فیصله دادن نسبت به یک امری - برگرداند. (قرشی، ۱۴۱۲: ج ۶، ص ۱۷)

به نظر می‌رسد، از بین معانی ذکر شده، معنای فیصله دادن نسبت به یک امر، صحیح است، و در این پژوهش، همین معنا مدنظر قرار گرفته است.

قضاء در اصطلاح، به چهار بیان تعریف شده است:

۱. ولایت شرعی داشتن امام (علیه السلام) بر حکم، در مصالح عامه. (عاملی، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۶۵) برخی این تعریف را، مورد اتفاق فقها و محققین می‌دانند. (معرفت، بی تا: ص ۲۳۵)
۲. ولایت شرعی بر حکم، برای کسی که دارای صلاحیت فتوا در جزئیات قوانین شرعیه باشد و بر طبق آن، برای افراد معین، حکم به اثبات حقوق و استیفای آن به نفع مستحق صورت می‌گیرد. (عاملی، ۱۴۱۳: ج ۱۳، ص ۳۲۵)
۳. قضاء: فصل خصومت بین دو طرف است؛ خواه قولی باشد یا فعلی. (اصفهانی (فاضل هندی)، ۱۴۱۶: ج ۱۰، ص ۵)؛ این تعریف، برگرفته از معنای لغوی ذکر شده در المفردات است. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ص ۶۷۴)
۴. قضاء: حکم کردن بین مردم در مصالح عامه یا خاصه‌ی آن‌هاست، چه مربوط به خصومت بین آن‌ها باشد یا نباشد. (حسینی شیرازی، ۱۴۱۹: ص ۱۰۰)؛ اسماعیل پور قمش‌های، بی تا: ج ۱، ص ۵) عده‌ای این تعریف را، به حسب فهم عرفی دانسته‌اند. (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ج ۲۵، ص ۱۰)

برخی از فقهاء، تعریف چهارم را با قیدی اضافه تبیین کرده‌اند و قائلند: حکم کردن بین مردم، باید بر وجه شرعی باشد؛ البته برای کسی که اهلیت حکم کردن را داشته باشد. (یوسفی (فاضل آبی)، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۴۹۲)

۱. مانند آیه ۲۹ سوره قصص: فلماً قضی ...؛ قضا در این آیه، به معنای تمام کردن به کار رفته است. جهت اطلاع از آیاتی که «قضی» در آن‌ها به کار رفته است، رک: راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۶۷۴؛ قرشی، ۱۴۱۲: ۱۷/۶.

امام خمینی (ره) نیز حکم کردن بین مردم را مقید به صورت رفع تنازع بین آنها کرده است. (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ص ۲۲۳)

به نظر می‌رسد تعریف چهارم صحیح است؛ زیرا قضاء منصبی از مناصب حکومت است و ولایت مجعوله از طرف کسی است که بر مردم ولایت دارد و متعلق حکم کردن در بین مردم را نباید محدود به یک یا چند مورد خاص نمود، و تعریف چهارم، این عمومیت را دارا می‌باشد. (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ص ۳۸) آیت الله سبحانی نیز به احسن بودن همین تعریف، تصریح دارند. (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸: ج ۱، ص ۱۴)

در فرق بین مجتهد، مفتی، قاضی و فقیه، گفته شده است: این الفاظ اتحاد مصداقی و تغایر اعتباری دارند؛ یعنی ممکن است به اعتبارهای مختلف، هر یک از الفاظ فوق، بر یک عالم صدق کند:

عالم به اعتبار علمش نسبت به احکام الهی، فقیه و به اعتبار بذل و سعهش برای استنباط فروع فقهی، مجتهد و به اعتبار خیر دادنش نسبت به حکم کلی، مفتی و به اعتبار حکم و الزام کردنش بر وقایع شخصیه، قاضی نامیده می‌شود. (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۷، ص ۹)

۲-۴ اقسام قاضی

قاضی در یک تقسیم بندی، بر دو قسم است:

۱. قاضی منصوب: که قاضی مأذون، ابتدایی، رسمی و به تعبیر شهید اول تعمیم نیز شناخته می‌شود، (عاملی، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۶۶) کسی است که از طرف امام معصوم (علیه السلام) نصب شده باشد؛ این نصب گاهی خاص است: یعنی امام (علیه السلام) به صورت مخصوص، کسی را بر منصب قضاء نصب می‌کند، و گاهی نصب عام است: یعنی امام (علیه السلام) یک سری صفات کلی را برای قاضی بیان کرده باشند، به طوری که هر کس آن صفات را دارا باشد، می‌تواند صاحب منصب قضاء باشد. برخی، این صورت از قاضی منصوب را بعنوان قسم سوم از قاضی تبیین کرده‌اند. (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸: ج ۱، ص ۱۵)

۲. قاضی غیر منصوب: که قاضی تحکیم یا غیر ابتدایی نیز نامیده می‌شود، کسی است که، طرفین دعوا بر یک یا چند شخص تراضی کنند که بین آنها قضاوت کنند، و شارع بر اساس چنین توافقی بین طرفین نزاع، به آنها حق اعمال ولایت و قضاوت کردن را می‌دهد. (حسینی حائری، ۱۴۱۵: ص ۲۱)

لازم به ذکر است، مقصود در تحقیق حاضر، قاضی منصوب می‌باشد.

۲-۵ نظام قضایی

مراد از نظام قضایی، مجموعه و ساختاری یکپارچه است که، ضمن دارا بودن احکام، قواعد، اصول مشخص، انسجام درونی منطقی و پاسخگو به نیازهای جامعه، (محقق داماد، ۱۴۰۶: ج ۴، ص ۳) شکایات و دعاوی در آن مطرح شده و مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و با صدور احکام مخصوص به خود، حل و فصل می‌شود.

۲-۶ نظام مدون و غیر مدون

به طور معمول، در کشورهای مختلف، قانون اساسی وجود دارد؛ لکن در برخی از کشورها، قانون به شکل مدون و در برخی دیگر، به صورت غیر مدون خواهد بود. (عمید زنجانی، ۱۴۲۱: ج ۱، ص ۵۱)

نظام مدون، نظام مشتمل بر مقررات و اصولی است و نظام غیر مدون، مجموعه‌ای از عادات و رسومی است که به تدریج در جامعه پا گرفته و به اجرا در آمده است، بدون آن که، قانون و مقررات در آن نقشی داشته باشد. (همان)

و به تعبیر برخی از نویسندگان، نظام غیر مدون، به تعبیری چون: حقوق نانو شته، قانون غیر مکتوب و... نیز اطلاق می‌شود. (حاجی ده آبادی، ۱۳۷۹: شماره ۱۵ و ۱۶)

۳. اشتراط یا عدم اشتراط اجتهاد مطلق در قاضی

در زمینه‌ی اشتراط اجتهاد قاضی، می‌توان قول کسانی که، اجتهاد را برای قاضی لازم و شرط دانسته‌اند، در قالب دو گروه بیان کرد:

الف: فقهایی که، اجتهاد را به صورت مطلق^۱ برای قاضی شرط می‌دانند؛ حال برخی از آنها، علم را تفسیر کرده و به اجتهاد رسیده‌اند. (اسدی (علامه حلی)، ۱۴۲۰: ج ۵، ص ۱۱۰؛ طوسی، ۱۴۰۰: ص ۳۳۷؛ حلی، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۱۵۴) و عدّه‌ای دیگر، به صراحت، واژه‌ی اجتهاد را برای قاضی شرط دانسته‌اند. لازم به ذکر است، قول اکثر فقها، همین نظر می‌باشد. (عاملی، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۶۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ج ۱۲، ص ۶؛ عاملی، ۱۴۱۰: ج ۳، ص ۷۰؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ص ۳۰)^۲

^۱ . کلام مطلق آن‌ها، شامل مجتهد متجزی نیز می‌شود.

^۲ مانند: علامه در شرایط قاضی ابتدا فرموده است: «یشترط فی القاضی البلوغ و ... و العلم و...»، سپس در توضیح و تفسیر «علم» می‌نویسد: عالمی که استقلالاً، اهلیت فتوایی که به درجه‌ی اجتهاد برسد را ندارد، قضاوتش جایز نیست.»

^۳ برخی مانند شهید اول واژه‌ای را به کار برده‌اند که قطعاً از آن، اجتهاد اراده می‌شود. «یشترط فی القاضی المنسوب البلوغ، و الاستقلال بالإفتاء بأن يعلم المقدمات السبع،...».

ب: برخی دیگر از فقهاء، اجتهاد مطلق (در برابر متجزی) را لازم می‌دانند. (عاملی، ۱۴۱۳: ج ۱۳، ص ۳۲۸؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ص ۲۲۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ص ۴۳؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۹: ص ۳۴۳)^۱

اینک، آنچه ضروری به نظر می‌رسد، ذکر ادله‌ی قائلین به اشتراط اجتهاد و بررسی هر یک از آن ادله است:

۳-۱ ادله قائلین به اشتراط اجتهاد مطلق برای قاضی (در برابر متجزی)

دلیل اول: عمومات کتاب و اخبار ناهیه از عمل به ظن

عمومات کتاب و سنت مستفیضه و بلکه متواتری وجود دارد که، از عمل کردن به ظن، نهی کرده‌اند؛ لذا غیر از قضاوت مجتهد مطلق، که حجیت ظن در مورد آن اجماعی خواهد بود و از باب ظن خاص حجت است، سایر موارد در تحت این عمومات باقی مانده و قولشان معتبر و نافذ نیست. (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ج ۱۵، ص ۱۱)

مناقشه در استدلال به عمومات

اولاً: این عمومات در مقام بیان صفات قاضی نیستند.

ثانیاً: اگر ظن خاص _ ظنی که پشتوانه قطعی دارد _ از تحت این عمومات خارج باشد، قول مجتهد متجزی نیز به عنوان یکی از همین ظنون معتبره، خارج می‌شود. به تعبیری، این عمومات، قول کسی را که مجتهد نباشد، معتبر نمی‌دانند. ثالثاً: به تعبیر مرحوم نراقی، حتی اگر مقلدی عادل باشد و بر فتاوی علمای آگاهی داشته باشد، از تحت این عمومات خارج است و قضاوتش صحیح می‌باشد؛ زیرا ظن حاصل از کلام او، از ظنون معتبره شمرده می‌شود. (نراقی، ۱۴۱۵: ج ۱۷، ص ۲۴)

دلیل دوم: روایات

عمده دلیل فقها بر شرطیت اجتهاد مطلق، روایات است:

الف: مقبوله ابن حنظله: «..... قَالَ يَنْظُرَانِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۷، ص ۱۳۷)

ب: مشهوره ابو خدیجه: «.....اجْعَلُوا بَيْنَكُمْ رَجُلًا قَدْ عَرَفَ حَلَالَنَا وَ حَرَامَنَا- فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ قَا ضِيًّا» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۷، ص ۱۳۹)

۱. مانند: شهید ثانی فرموده است: «و المراد بكونه عالماً بجمیع ما ولیه كونه مجتهداً مطلقاً؛ فلا يكفي اجتهاده في بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزی الاجتهاد».

۲. مانند: ان الظن لا یغنی من الحق شیئاً؛ یونس: ۳۶.

۳. ر.ک: وسائل الشیعه، ابواب صفات القاضی، ج ۲۷، ص ۱۱.

تقریب استدلال در این روایات: در دو فقره «حلالنا و حرامنا» که مصدر به کلمه‌ی بعد از خود اضافه شده است و نیز در فقره سوم «أَحْكَامَنَا» در روایت ابن حنظله، که جمع مضاف شمرده می‌شود، عمومیت افاده می‌شود؛ یعنی، قاضی بایستی تمام احکام یا اغلب احکامی که در دسترس است، بررسی نموده باشد، تا بر او ناظر در حلال و حرام و عارف به احکام اسلام، صدق کند و این عناوین بر مجتهد متجزی، صدق نمی‌کند. (موسوی خلخالی، مترجم: جعفر الهادی، ۱۴۲۲: ص ۳۱۲؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۳، ص ۳۰)

ج: توقیع معروف از امام زمان (عجل الله تعالی فرجه): «... وَ أَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَأَقِعةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رُوَاةِ حَدِيثِنَا فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حُجَّةُ اللَّهِ.» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۷، ص ۱۳۹)

تقریب استدلال:

اولا: توقیع شریف دلالت بر شرطیت اجتهاد مطلق می‌کند؛ زیرا الحوادث الواقعة، امر قضا را نیز شامل است. ثانيا: امام (علیه السلام) مردم را به کسی ارجاع داده‌اند که، منشأ علمش، احادیث نقل شده از ائمه (علیهم السلام) باشد؛ و این فرد هم کسی جزء مجتهد نیست؛ زیرا مقلد، منشأ علمش احادیث نمی‌باشد. ثالثا: بر اساس توقیع، مجتهد بایستی مطلق باشد؛ زیرا تنها او است که، شأنیت حجت بودن از طرف امام (علیه السلام) را داراست. (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ج ۱، ص ۷۳) به تعبیری، رجوع مردم در این حوادث به روایت حدیث، شاهدهی بر عالم و قادر بودن، بر استنباط جمیع احکام است؛ زیرا ارجاع مردم به کسی که قادر بر استنباط نباشد، امکان ندارد. (رازی نجفی اصفهانی، بی تا: ص ۴۷۳)

بنابراین فقاہت در قاضی، باید به نحو مطلق باشد تا حکم او نافذ باشد.

مناقشه در استدلال به دو روایت مقبوله و مشهوره

اولا: گرچه مشهور، مقبوله‌ی ابن حنظله را تلقی به قبول کرده‌اند و از همین جهت، به مقبوله شناخته می‌شود، اما سند روایت، با وجود شخص ابن حنظله دچار خدشه است؛ زیرا نظرات فقها درباره او متفاوت است؛ و آیت الله خویی به ضعف سندی حدیث، تصریح دارند. (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۳، ص ۲۸؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸: ج ۱، ص ۳۰۲)

ثانيا: این روایات در مقام منع از رجوع به حکام و قضات جور است، لذا از ذکر این فقرات، عمومیت نسبت به تمام احکام برداشت نمی‌شود؛ بلکه صرف اینکه بر فقیهی «عرف احکامنا» صدق کند، و از دایره‌ی منحرفین خارج شود، کافیهست. (موسوی خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۱۰۷)

ثالثا: «عَرَفَ احْكَامَنَا...» در مقبوله، ظهور در علم فعلی به تمام احکام دارد؛ در حالی که حمل جمع (احکام) بر عموم امکان نخواهد داشت؛ زیرا اجماع و بلکه ضروری است که، علم فعلی به تمام احکام، شرط نمی‌باشد. (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ص ۳۱)

به تعبیر مرحوم نراقی، علم در معرفت فعلی حقیقت دارد؛ و تحقق معرفت فعلی نسبت به جمیع احکام میسر نیست؛ بنابراین اگر اجتهاد مطلق در قاضی معتبر باشد، خلاف اجماع می‌شود. (نراقی، ۱۴۱۵: ج ۱۷، ص ۳۱)

رابعا: بر فرض که معرفت فعلی به تمام احکام امکان داشته باشد، راهی برای تشخیص چنین فقیه‌ی وجود ندارد. بنابراین روایت، بر کسی که مقدار قابل اعتنایی از احکام را شناخت داشته باشد، حمل می‌شود. (موسوی خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۱۰۷)

خامسا: اساسا مقبوله و مشهوره‌ی ذکر شده، مربوط به قاضی تحکیم می‌باشند؛ در حالی که مسئله‌ی مورد بحث، قاضی مأذون است. (حبیبی تبار، جلسه شصت و سوم، ۱۳۹۷/۲/۴)

بنابراین اگر ادعای جبران ضعف سند این روایات، بخاطر عمل مشهور مورد پذیرش باشد، باز هم قابل استناد نیستند؛ زیرا ضعف دلالتی این روایات، بر قوت خود باقیست.

مناقشه در استدلال به توقیع شریف

اولا: این حدیث نیز به مانند مقبوله، از لحاظ سند، ضعیف است؛ زیرا اسحاق بن یعقوب و محمد بن محمد بن عصام در سند قرار دارند که وثاقت آنها ثابت نیست؛ (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ج ۱، ص ۳۰۲) برخی، اسحاق بن یعقوب را مجهول می‌دانند و قائلند، هیچ اثری برای او، به غیر از توقیع شریف ثبت نیست. (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ج ۱، ص ۷۴)

ثانیا: با توجه به نسبت بین راوی و مجتهد (عام و خاص من وجه)، ذکر روات (روی حدیثنا) در توقیع شریف، از باب راوی بودنشان است، نه مجتهد بودنشان؛ بنابراین، به همین جهت، توقیع نیز، دلالت بر مقصود نمی‌کند. ضمن آن که، اگر بر مجتهدین راوی نیز اطلاق شود، چنین اطلاقی، تسامحی خواهد بود. (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ج ۱، ص ۳۰۲)

ثالثا: اینکه حوادث واقعه، اموری باشند که در آنها اختلاف صورت گرفته باشد، سپس آن اختلاف نزد قاضی برده شود، قطعا چنین امری، مراد نمی‌باشد. (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ج ۱، ص ۷۴)

بنابراین، با ادله‌ای که مجتهد متجزی را شامل می‌شوند، نمی‌توان شرطیت اجتهاد مطلق، برای قاضی را ثابت نمود.

دلیل سوم: اجماع

شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:

«المراد بالعالم هنا [الفقیه] المجتهد فی الأحکام الشرعیة. و علی اشتراط ذلك فی القاضی إجماع علمائنا... و المراد بكونه عالما بجمیع ما ولیه كونه مجتهدا مطلقا، فلا یکفی اجتهاده فی بعض الأحکام دون بعض علی القول بتجزی الاجتهاد. (عاملی، ۱۴۱۳: ج ۱۳، ص ۳۲۸)

مناقشه در اجماع

اولا: با وجود روایات، اجماع قابل تمسک نیست؛ زیرا اجماع مدرکی می‌شود و ارزشی ندارد.

ثانیا: با وجود این همه مخالف در مسئله، چگونه می‌توان ادعای اجماع نمود؟

ثالثا: بر فرض وجود اجماع، اجماع منقول است که ارزش اجماع محصل را ندارد؛ چنان که صاحب جواهر به آن تصریح کرده

است. (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۰، ص ۱۹)

دلیل چهارم: اصل یا قدر متیقن

دلیل چهارم، یا در قالب اصل (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ج ۱۵، ص ۱۱) و یا در قالب قدرمتیقن (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ج ۱، ص ۳۰۲) بیان می‌شود که برخی (موسوی خلخالی، مترجم، جعفر الهادی، ۱۴۲۲: ص ۲۶۳) قدرمتیقن را در قالب دلیل عقلی نیز بیان کرده‌اند.

اگر کسی به غیر از مجتهد مطلق بخواهد قضاوت کند، اصل، نافذ بودن قضاوت اوست. (حبیبی تبار، جلسه شصت و چهارم،

۱۳۹۷/۲/۸؛ منتظری نجف‌آبادی، مترجم: صلواتی - شکوری، ۱۴۰۹: ج ۳، ص ۲۴۹)

یا اگر اصل، نافذ بودن قضاوت کسی بر کس دیگر باشد، قدرمتیقن از خروج چنین اصلی، قضاوت مجتهد مطلق خواهد بود. (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ج ۱، ص ۳۰۲) و تعبیر به عقلی بودن آن بر این اساس است که: عقل، مقطوع الحجیه (قضاوت مجتهد مطلق) را بر مشکوک الحجیه (قضاوت غیر مجتهد مطلق) ترجیح می‌دهد.

مناقشه بر اصل (یا قدرمتیقن و دلیل عقلی)

به نظر می‌رسد، بر اساس آنچه از ادله‌ی لفظی به دست می‌آید، اجتهاد اگر شرط باشد، مجتهد متجزی نیز، داخل در آن‌هاست؛ بنابراین دلیل چهارم نیز، بر همین امر حمل می‌شود؛ یعنی اصل، نافذ بودن قول غیر از مجتهد (مطلق یا متجزی) در حق کس دیگر است؛ و از طرف دیگر، قدرمتیقن از خروج "اصل عدم صحت قضاوت"، قول مجتهد است؛ چه مطلق باشد و چه متجزی.

بله، اگر کسی قائل به عدم امکان اجتهاد مطلق و یا عدم امکان اجتهاد متجزی باشد، طرف دیگر آن، از اصل عدم نفوذ،

خارج می‌گردد. (حبیبی تبار، جلسه شصت و چهارم، ۱۳۹۷/۲/۸)

بنابراین به پشتوانه دلیل لفظی، قول مجتهد متجزی از مشکوک الحجیه خارج شده و حجت می‌شود.

۲-۳ ادله قائلین به اشتراط اجتهاد متجزی

دلیل اول: روایات تمسک شده در دلیل قبل، به شرط صحت سند، اجتهاد متجزی را نیز اثبات می‌کنند.

دلیل دوم: اصل یا قدرمتیقنی که در دلیل قبل مورد تمسک قرار گرفت، در اینجا نیز می‌تواند دلیل باشد.

دلیل سوم: مشهوره دوم از ابی خدیجه، مهمترین دلیل بر اثبات شرطیت تجزی برای قاضی است:

عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ سَالِمِ بْنِ مُكْرَمِ الْجَمَّالِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الصَّادِقُ (عليه السلام): إِيَّاكُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ وَ لَكِنْ انظُرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَايَانَا فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ. (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۷، ص ۱۳)

تقریب استدلال:

امام (علیه السلام) برای شرایط قاضی فرموده است: «یعلم شیئا من قضایانا؛ کسی که چیزی از قضایای ما را بداند». و با توجه به اینکه حضرت، علم در قضایا را مقید به حکم شرعی یا موضوعات خارجی نکرده است، هر دوی اینها م شمول حدیث خواهند بود. (نجفی، ۱۳۸۱: ج ۱، ص ۱۹۱)

بنابراین، بر کسی که متجزی در احکام قضاوت یا شهادت و... باشد، صدق می کند که، چیزی از احکام اهل بیت (علیهم السلام) را می داند؛ لذا مجتهد متجزی نیز م شمول حدیث است و حق قضاوت دارد. (سبزواری، ۱۴۲۳: ج ۲، ص ۶۶۲؛ موسوی خلخالی، مترجم: جعفر الهادی، ۱۴۲۲: ص ۳۱۱)

لازم به ذکر است، شرطیت تجزی در اجتهاد، با دو امر ذیل، تأیید می شود:

اولا: قضاتی که در آن زمان بوده اند، قطعا به جمیع احکام معرفت ندا شته اند؛ و روایات متفرق، تشتت روات و... دلیل بر این امر می باشد.

ثانیا: در عصر نبی اکرم (صلی الله علیه و آله) و ائمه (علیهم السلام) امر چنین بوده است؛ و شاهد آن، قضیه‌ی معاذ است: زمانی که پیامبر (صلی الله علیه و آله) او را به یمن فرستاد، به او فرمود: «کیف تقضی إذا عرض لك القضاء؟ قال: أقضی بكتاب الله، قال: فإن لم تجد فی كتاب الله؟ قال: بسنة رسول الله...»؛ آیا گمان می کنید که معاذ در آن زمان، واقعا بر تمام احکام شرعی مسلط بوده است؟! (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۳، ص ۳۳)

مناقشه در استدلال به مشهوره دوم ابی خدیجه و پاسخ به آن

اولا: حدیث به جهت معلی بن محمد که به تعبیر نجاشی مضطرب الحدیث و المذهب است، ضعف سندی دارد. (نجفی، ۱۳۸۱: ج ۱، ص ۱۹۳)

پاسخ: ضعف سندی این حدیث، مقبول نیست و شاهد آن، کلام امام خمینی (ره) و آیت الله سبحانی است که از سند آن، تعبیر به صحیحه کرده اند.

۱. امام خمینی (ره) و آیت الله سبحانی، تعبیر به صحیحه کرده اند. موسوی خمینی، بی تا: ص ۱۱۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۳، ص ۳۳.

ثانیا: احتمال دارد که این مشهوره، از محل بحث خارج باشد؛ زیرا سخن در قاضی منصوب است؛ ولیکن این حدیث با توجه به عبارت «فاجعلوه بینکم فائی قد جعلته قاضیا» در مورد قاضی تحکیم وارد شده است. (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۳، ص ۳۵) پاسخ: عبارت «فاجعلوه بینکم» ناظر به قاضی تحکیم نیست؛ بلکه مراد امام (علیه السلام) قاضی منصوب از طرف حکومت است که قول و حکمش نافذ است مطلقا؛ چه دو طرف نزاع به آن راضی باشند چه نباشند. (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۳، ص ۳۵)

۴. قول مختار: تفکیک بین نظام مدون و غیر مدون

بعد از کنکاش و تأمل در اقوال فقها و بلکه قول مشهور فقهاء، به دست می‌آید که، اجتهاد (مطلق یا متجزی) برای قاضی شرط است _ هر چند، ادله‌ی قول مشهور، مورد نقد و اشکال قرار گرفت _؛ ولیکن اکنون سؤال و شبهه‌ای که وجود دارد و باید پاسخی مناسب و در خور تأمل بر آن بیان کرد، عدم اجتهاد فُضات، در نظام قضایی کنونی است؛ اگر بر اساس قول مشهور بخواهیم عمل کنیم و اجتهاد را برای قاضی لازم بدانیم، پس قضایانی که در حال حاضر و در نظام قضایی کنونی، متصدی منصب قضا هستند ولیکن دارای اجتهاد نیستند، چه می‌شود؟ آیا قضاوت آن‌ها صحیح و نافذ نیست؟ در پاسخ، اگر قائل به نافذ بودن قضاوت آن‌ها باشیم، صحت قضاوت آن‌ها بر چه اساسی است؟ در حالی که، مشهور، اجتهاد را برای فُضات لازم می‌دانند. و اگر بر اساس قول به اشتراط اجتهاد، قضاوت آن‌ها را نافذ ندانیم، حرج و مرج و اختلال نظام، جامعه را در بر می‌گیرد.

به نظر می‌رسد، تناسب حکم و موضوع در بحث قضاوت اقتضا می‌کند، قاضی برای قضاوتش باید عالم به شئون قضا و حکومت باشد؛ یعنی نباید امر قضاوت در اختیار یک شخص عامی که قدرت بر فصل خصومت ندارد، باشد. برخی همین کلام را در قالب مهارت قاضی، در کشف جرم و فهم قضایای مرتبط با قضاوت مطرح کرده‌اند. (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ج ۱، ص ۸۵) ادله‌ای که نسبت به شرطیت اجتهاد برای قاضی بیان شد، اطمینان را در پی ندارد، ولیکن مسلم است؛ اگر مجتهد مطلق به قدر نیاز وجود داشته باشد، امر قضاوت به آن‌ها سپرده خواهد شد؛ هر چند دلیل متقنی بر اشتراط آن وجود ندارد؛ زیرا اموری که مورد قضاوت قرار می‌گیرد، منحصر به چند امر نیست؛ بلکه با به وجود آمدن مسائل مستحدثه، قطعاً اجتهاد قاضی لازم است؛ البته قانون دست مجتهد را بسته و اختیار اجتهاد و قضاوت بر اساس فتوای خود را، در امور جدید به قاضی نداده است. در اصل ۱۶۷ از قانون اساسی جمهوری اسلامی آمده است:

«قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

این قانون تصریح دارد، در صورتی که حکم مسئله‌ی مورد قضا در قوانین مدونه یافت نشود، قاضی اختیار ندارد با اجتهاد و فتوای خود، قضاوت نماید؛ هر چند به تعبیر برخی، اجتهاد کردن وضع قانون نیست بلکه تنها کشف حکم (شریعت) است. (علیدوست، چهارشنبه ۱۳۹۵/۰۲/۰۸)

اما پاسخ مناسب، نسبت به مجتهد نبودن قضا، در نظام قضایی کنونی، بر اساس تفکیک میان نظام مدون و غیر مدون شکل می‌گیرد؛ به این بیان که:

با توجه به قوانین اساسی و نظام مدون موجود (نظام مشتمل بر قوانین و مقررات)، امروزه کار قضا به طور عمده، تطبیق قانون است؛ یعنی قاضی در میان قوانین و مقررات جستجو می‌کند و ماده قانونی را پیدا و اجرا می‌کند؛ بنابراین اگر اجتهاد هم نداشته باشد، لطمه‌ای به قضاوت او وارد نمی‌شود. بله، یک قاضی باید قدرت و توانایی اولیه برای فهم قوانین را دارا باشد؛ ولیکن اجتهاد نسبت به او شرط نخواهد بود.

اما چنین نظامی را نمی‌توان با یک نظام غیر مدون به مانند صدر اسلام، مقایسه نمود؛ زیرا در نظام‌های غیر مدون که مورد نظر مشهور فقها می‌باشد، تنها راهی که برای قضاوت وجود دارد، جستجو در میان ادله و استنباط حکم مربوطه است. در چنین نظامی، اگر مجتهد مطلق وجود داشته باشد، امر خطیر قضاوت در اختیار او قرار می‌گیرد ولی اگر مجتهد مطلق نباشد یا دسترسی به چنین مجتهدی سخت باشد، این وظیفه، بر عهده‌ی مجتهد متجزی قرار می‌گیرد. بنابراین، قول مشهور فقهاء مبنی بر اشتراط اجتهاد قاضی، مخصوص و منحصر به نظام‌های غیر مدون می‌شود نه مانند نظام کنونی که مشتمل بر قانون و مقررات است.

۴-۱ دلیل قول مختار

حکم در یک تقسیم بندی، یا ثابت است یا متغیر (عمید زنجانی، ۱۴۲۱: ج ۲، ص ۲۵)؛ حکمی که به تعبیر مرحوم نائینی، به اختلاف اعصار و امصار قابل تغییر و اختلاف نیست. (غروی نائینی، ۱۴۲۴: ص ۱۳۴) و احکام متغیر نیز، احکامی هستند که با توجه به شرایط و اقتضائات زمانی و مکانی، قابل تغییر هستند.

حکم ثابت مانند وجوب صلوات که در تمام شرایط، وجوبش غیر قابل تغییر است. و حکم متغیر، مانند حکم خرید و فروش خون، که فقهاء فتوای به حرمت آن داده‌اند؛ اما این حکم، مخصوص شرایط خاص زمان خود بوده است و اکنون، با توجه به شرایط زمانی و مکانی، حکم حرمت آن، تغییر پیدا کرده است.

با توجه به آنچه گفته شد_ هر چند نگارنده نسبت به این تقسیم حکم، نظر دیگری دارد که در ذیل بیان می‌شود _ بایستی "اجتهاد قاضی" را از مصادیق احکام متغیر دانست که وجودش در شرایط زمانی و مکانی خاص، به مانند نظام‌های غیر مدون،

۱. با اقتباس از بیانات استاد ابوالقاسم علیدوست، در نشست «گستره شناسی اسم گرایی در استنباط احکام»، بیستمین نشست علمی مؤسسه فرهنگی هنری مفتاح کرامت.

ضروری خواهد بود و لکن همین اجتهاد، در شرایط دیگر، به مانند نظام‌های مدون (نظام قضایی کنونی)، اشتراط آن ضروری نخواهد بود.

لازم به ذکر است، آیات و روایات زیادی که تنها، تأکید بر عدم قضاوت عن جهل دارند؛ می‌توانند مؤید قول مختار باشند. (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۷، ص ۲۰) ضمن آن که، وجود مخالف در برابر قول مشهور - کسانی که، منکر شرطیت اجتهاد برای قاضی هستند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۰، ص ۱۵؛ نراقی، ۱۴۱۵: ج ۱۷، ص ۲۴) - مؤیدی دیگر بر قول مختار است؛ هر چند به نظر نگارنده، ادله‌ی این گروه از فقهاء، به طور کامل مورد پذیرش نیست.^۱

اینک نظر نگارنده در تقسیم گفته شده برای حکم:

احکام به هیچ وجه قابل تغییر نیستند؛ بلکه این مصادیق احکام هستند که تغییر کرده و حکم به آن‌ها تعلق می‌گیرد. مثلاً در مورد خون باید گفت: خون در زمانی، از مصادیق شیء قابل انتفاع نبوده و لذا حکم حرمت به معامله‌ی آن تعلق گرفته است و لکن در زمان دیگر، همان خون و بدون تغییر، چون مصادیق شیء قابل انتفاع شده است، حکم جواز بر معامله‌ی آن تعلق می‌گیرد. حال همین تغییر مصادیق، در مورد اجتهاد قاضی نیز صدق می‌کند؛ زیرا در زمانی، مصادیق خواهد بود که، قضاوت تنها با مجتهد بودن قاضی ممکن است (نظام غیر مدون) و لکن در زمان دیگر، این مصادیق تغییر پیدا کرده و بدون اجتهاد قاضی، قضاوت امکان پذیر است.

شاهد کلام نگارنده مبنی بر عدم تغییر حکم، حدیث مشهوری است که برخی ادعای تواتر آن را کرده‌اند (نجفی، ۱۴۲۲، ۱/۱۹۰) و آیت الله خویی نیز سند آن را "صحیح" می‌داند. (موسوی خویی، ۱۴۱۶: ج ۳، ص ۴۵۰) «زراره گوید: از امام صادق (علیه السلام) نسبت به حلال و حرام سؤال کردم، حضرت پاسخ دادند: حَلَالٌ مُحَمَّدٌ حَلَالٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَ حَرَامُهُ حَرَامٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ لَا يَكُونُ غَيْرُهُ وَ لَا يَجِيءُ غَيْرُهُ...» (کلینی، ۱۴۰۷: ج ۱، ص ۵۸)

۵. نتیجه گیری

از برآیند تحقیق حاضر به دست آمد، علی رغم قول مشهور مبنی بر اشتراط اجتهاد قاضی، با توجه به تأکید روایات که قضاوت باید بر اساس علم باشد، در نظام قضایی کنونی، قضاوت نیاز به اجتهاد نخواهند داشت؛ زیرا نظامی که بر اساس قوانین و مقررات و به صورت مدون شکل گرفته است؛ قاضی تنها فهم و تطبیق قانون را بر موارد مختلف انجام می‌دهد؛ لذا اجتهاد - به معنای

۱. رک: موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ج ۱، ص ۶۶.

۲. مانند: صاحب جواهر فرموده است: آنچه از کتاب و سنت استفاده می‌شود، حکم کردن در بین مردم بر اساس حق و عدالت است؛ هر چند از کسی صادر شود که به مرتبه‌ی اجتهاد نرسیده باشد.

۳. ذکر ادله‌ی آن‌ها (آیات و روایات) و بیان اشکالات مطرح شده بر هر یک از آن‌ها، موجب اطالهی کلام و خروج از محل بحث است.

اصطلاحی اش _ برای قاضیان در نظام قضایی کنونی، شرط نخواهد بود؛ بلکه قاضی، اگر عالم به قوانین و قادر بر فهم درست قوانین باشد، کافیست.

بله، بر اساس نظام غیر مدوّن، که در آن قانون و مقررات حکمفرما نیست، قول مشهور جاریست و قاضی باید دارای اجتهاد باشد که بتواند حکم مناسب با واقعه‌ی مورد نزاع را، صادر نماید.

۶. منابع و مأخذ

قرآن کریم

۱. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد (بی تا)، *النهائية في غريب الحديث والأثر*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳)، *مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. اسدی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰)، *تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية*، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۴. _____ (۱۴۲۱)، *تلخیص المرام في معرفة الأحكام*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه قم.
۵. اسماعیل پور قمشه‌ای، محمد علی (بی تا)، *البراهین الواضحات - دراسات في القضاء*، قم: بی نام.
۶. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن (۱۴۱۶)، *كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۷. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵)، *القضاء والشهادات*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۸. جمعی از پژوهشگران (۱۴۱۷)، *معجم فقه الجواهر*، بیروت: الغدير للطباعة والنشر والتوزيع.
۹. حبیبی تبار، جواد، *درس خارج فقه القضاء*، جلسه شصت و سوم تا شصت و پنجم، ۱۳۹۷/۲/۹.
۱۰. حاجی ده آبادی، احمد، (۱۳۷۹)، *فقه و قانون نگاری*، قیسات شماره ۱۵ و ۱۶.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، *و سائل الشیعة*، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۱۲. حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۱۵)، *القضاء في الفقه الإسلامي*، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۱۳. حسینی روحانی قمی، سید صادق (۱۴۱۲)، *فقه الصادق (عليه السلام)*، قم: دار الكتاب، مدرسه امام صادق (ع).
۱۴. حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۱۹)، *الفقه، القانون (چاپ دوم)*، بیروت: مرکز الرسول الأعظم (ص) للتحقیق و النشر.
۱۵. حکیم، محمد تقی بن محمد سعید (۱۴۱۸)، *الأصول العامة في الفقه المقارن (چاپ دوم)*، قم: بی نام.
۱۶. حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (چاپ دوم)*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۱۷. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۰۴)، *مبادئ الوصول إلى علم الأصول*، قم: بی نام.
۱۸. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۳۰)، *کفایة الأصول* (چاپ ششم)، تعلیقه زارعی سبزواری، قم: بی نام.
۱۹. رازی نجفی اصفهانی، محمد تقی (بی تا)، *الاجتهاد والتقليد (هدایة الم ستر شمدین)*، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۲۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲)، *مفردات ألفاظ القرآن*، لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیة.
۲۱. رشید رضا، محمد (۱۳۱۵)، *مجلة المنار*، بی جا: بی نام.
۲۲. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۵)، *الرسائل الأربع*، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۲۳. _____ (۱۴۱۹)، *مصادر الفقه الإسلامی و منابعه*، بیروت: دار الأضواء.
۲۴. _____ (۱۴۱۸)، *نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة العراء*، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۲۵. سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳)، *مهذب الأحكام* (چاپ چهارم)، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله.
۲۶. _____ (بی تا)، *تهذیب الأصول* (چاپ دوم)، قم: بی نام.
۲۷. سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳)، *کفایة الأحكام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه قم.
۲۸. شیخ بهایی، محمد بن حسین (۱۳۸۳)، *زبدة الأصول*، قم: بی نام.
۲۹. طباطبایی حائری، سید علی (۱۴۱۸)، *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۳۰. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۰۰)، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى* (چاپ دوم)، بیروت: دار الكتاب العربی.
۳۱. عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۷)، *الدروس ال شرعیة فی فقه الإمامیة* (چاپ دوم)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۲. عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳)، *م سالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۳۳. _____ (۱۴۱۰)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدم شقیة (المحشى - کلاتر)*، قم: کتابفروشی داوری.
۳۴. عراقی، ضیاء الدین (۱۳۸۸)، *الاجتهاد و التقليد*، قم: بی نام.

۳۵. _____ (بی تا)، *کتاب القضاء*، قم: چاپخانه مهر.
۳۶. علیدوست، ابوالقاسم، *نشست «گستره شناسی اسامی گرایان در استنباط احکام»*، بیستمین نشست علمی مؤسسه فرهنگی هنری مفتاح کرامت.
۳۷. _____، *«نشست اجتهاد هست‌ها و باید‌ها»*، مؤسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان، چهارشنبه ۱۳۹۵/۰۲/۰۸.
۳۸. عمید زنجانی، عباس علی (۱۴۲۱)، *فقه سیاسی* (چاپ چهارم)، تهران: انتشارات امیر کبیر.
۳۹. غروی نائینی، میرزا محمد حسین (۱۴۲۴)، *تنبیه الأمة و تنزیه المله*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۰. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۰)، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۴۱. فیومی، احمد بن محمد (بی تا)، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، قم: منشورات دار الرضی.
۴۲. قرشی، سید علی اکبر (۱۴۱۲)، *قاموس قرآن* (چاپ ششم)، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۴۳. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، *الکافی* (چاپ چهارم)، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۴۴. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۵)، *ادوار اصول الفقه*، تهران: بی‌نام.
۴۵. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶)، *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۶. مرعشی نجفی، شهاب الدین (۱۴۲۲)، *القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد*، قم: بی‌نام.
۴۷. معرفت، محمد هادی (بی تا)، *تعلیق و تحقیق عن أمهات مسائل القضاء*، قم: چاپخانه مهر.
۴۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸)، *الاجتهاد و التقليد* (أنوار الأصول) (چاپ دوم)، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۴۹. منتظری نجف‌آبادی، حسین علی (۱۴۰۹)، *ترجمه محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، مبانی فقهی حکومت اسلامی*، قم: مؤسسه کیهان.
۵۰. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۰۸)، *فقه القضاء*، قم: منشورات مکتبه امیرالمؤمنین (ع).

۵۱. موسوی خلخالی، سید محمد مهدی (۱۴۲۲)، ترجمه جعفر الهادی، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۲. موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۵۳. _____ (۱۴۰۴)، زبدة الأحكام، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۵۴. موسوی خویی، سید ابو القاسم (۱۴۱۶)، صراط النجاة، قم: مکتب نشر المنتخب.
۵۵. _____ (۱۴۲۲)، مصباح الأصول، قم: مؤسسه إحياء آثار السيد الخوئی.
۵۶. _____ (۱۴۱۸)، موسوعة الإمام الخوئی، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۵۷. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم)، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۸. نجفی، علی بن محمد رضا (۱۳۸۱)، النور الساطع فی الفقه النافع، نجف اشرف: مطبعة الآداب.
۵۹. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵)، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).
۶۰. یوسفی (فاضل آبی)، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷)، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع (چاپ سوم)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

"و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین"