

#### 4. برخی ادله و مناسبات دال بر عدم اعتبار اجتهاد مصطلح در قاضی

ا. به اعتقاد ما نادیده گرفتن آن چه فقیه نجفی با عنوان «مستفاد از کتاب و سنت» - آن هم با تفسیری که ما از آن ارائه کردیم - بیان فرمود، صحیح نیست؛ به ویژه وقتی ادراک عقل و اقتضای بنای عقلا در کنار آن می‌نشیند. اشکال در مقام بیان نبودن را نیز موضوعاً منتفی دانستیم.

ب. اصولاً اعتبار اجتهاد در قاضی در وقتی که اعتبار آن نسبت به تأمین هدف، عام و خاص من وجه است، بیانی قوی می‌خواهد که فرض بر عدم آن، بلکه دلیل بر خلاف آن وجود دارد. اصابت به واقع قضاوت یک مقلد از یک فقیه ایستاده بر قله، گاه به مراتب از اصابت قضاوت یک مجتهد ایستاده در دامنه - با فرض تساوی در سایر شرایط لازم - بیشتر است؛ بنابراین وجهی برای اصرار بر اعتبار اجتهاد به نظر نمی‌رسد.

ج. از جمله نصوصی که سنداً و دلالتاً در مجال حاضر کاربرست فصل الخطابی دارد، نامه امام - علیه السلام - به جناب مالک است که در نهج البلاغه حامل بیان سیزده شرط و در برخی نسخ هفده شرط است. متن فاخر حامل سیزده شرط قبلاً گذشت<sup>1</sup> و متن اضافه این است: «انفسهم للعلم و الحلم والورع و السخاء»<sup>2</sup>. در این متن محترم، صفاتی که ذکر شده، کارا در بالا بردن سطح قضاوت، تأمین اهداف آن و اطمینان بخش‌تر بودن آن است. شروطی که مورد قبول و قطع عقل و عقلاست. بدون این که نشانی از تعبد و نرسیدن ادراک عقل به کنه آن، در آن باشد. در این اوصاف یادی از اجتهاد نشده و بر «علم» تأکید شده است و چنان که قبلاً بیان کرده‌ایم نسبت اوصاف مذکور در متون فقهی با اوصاف مذکور در این کتابت خالد، عام و خاص من وجه است و مرجع در ماده افتراق، این نامه است که حجت است.

د. به راستی در چه زمانی تربیت قاضی مجتهد (به معنای مصطلح آن) که مستجمع بقیه شرایط نیز باشد به مقدار نیاز میسر بوده تا مورد لحاظ شارع واقع شود؟ شریعت را باید برای «جامعه هست» در نظر گرفت نه «جامعه باید».

ه. ....

#### 5. لزوم گسست قضاوت غیر متمرکز (آزاد و سنتی) از قضاوت با وجود نظام قانونی قضایی در اعتبار شروط

بارها گفته‌ایم که فرمایش فقها در باب قضا و از جمله آن: در باب شروط قاضی و اعتبار یا عدم اعتبار اجتهاد، مربوط به زمان‌های گذشته است که قضاوت‌ها متمرکز نبود و قاضی - عموماً یا همیشه - بر اساس رأی خود، داوری می‌کرد...، لکن در زمانی که قضاوت نظام و سیستم دارد و قضات - چه مجتهد چه مقلد - به کتاب قانون مراجعه می‌کنند، اعتبار اجتهاد در قاضی چه توجیهی می‌تواند داشته باشد؟ آیا نصوص مورد ادعا. چون مقبوله ابن حنظله و معتبره ابوخیدیجه بر فرض دلالت بر اعتبار اجتهاد، می‌تواند این فرض را نیز بگیرد؟! مگر گفته شود: این فرض صحیح نیست و قضاوت مشروع، همان قضای غیر متمرکز است، گفته‌ای که عین مصادره به مطلوب است و نیاز به اثبات دارد و در واقع، مساله محل بحث چیزی غیر از این نیست. دقت کنید.

1. نهج البلاغه، (فیض الاسلام)، نامه 53، ص 1009 و 1010.

2. تحف العقول، ص 95 و 96.

آن چه در قضاوت سیستمی و قانونمدار به نظر می‌رسد اعتبار توانایی فوق العاده مقام قضایی در فهم و حل تعارضات و مناسبات قانون است. قانونی که - به حسب فرض - در فرایندی صحیح به منصف ظهور رسیده است.

در واقع آنچه لازم است قدرت اجتهاد در قانون است.

امروزه باید به جای اصرار بر اعتبار اجتهاد در قاضی - که ثابت شد هیچ دلیلی آن را پشتیبانی نمی‌کند - بر توانایی قاضی، البته در کنار وجود قانونی خودناشکن، شفاف<sup>3</sup> و... تاکید کرد.

توانایی در فهم همه جانبه قانون، تسلط بر ترفندهای وکلا، تشخیص موضوع و استنباط متناسب با قضا و... به برخی نمونه‌ها که اخیراً در برخی فضاها مجازی منتشر شده است توجه کنید:

أ. "بدعت" آشکار یا شاهکار دیوان عالی کشور فرانسه؟ با گسترش حضور همه ما در فضای مجازی، «حریم خصوصی» از همه جهت تحت تاثیر این فضا قرار گرفت. کارفرمایی برای اثبات غیبت یا عدم حضور عمدی کارگر در محل کار خود، به محتویات صفحه فیسبوک او استناد کرد. تردید در پذیرش این دلیل به عنوان دلیل قابل پذیرش ایجاد شد؛ چرا که برابر ماده 9 قانون مدنی فرانسه، زندگی خصوصی حرمت دارد و از سوی دیگر برابر ماده 9 آیین دادرسی مدنی فرانسه، آن چه به عنوان دلیل اثبات آورده می‌شود، باید برابر قانون باشد. مورد اخیر به اصل «صدافت در اثبات»، توجه دارد. به هر روی، شعبه اجتماعی دیوان عالی کشور فرانسه اطلاعات اِبرازی از صفحه فیسبوک کارگر را الزاماً نقض حریم یا زندگی خصوصی ندانست و ضمن رد فرجام خواهی کارگر، اعلام نمود که لطمه به این حریم تابع هدف و متناسب با آن باید باشد که در فرض اخیر چنین است [نیست؟].»

واضح است که این مورد نمونه‌ای از ده‌ها نمونه است که قدرت قضات را می‌طلبد، بدون این که عموماً اختصاص به کشوری خاص داشته باشد.

3. به ماده 286 ق. م. ا. مصوب 1392 توجه کنید:

«هر کس به طور گسترده، مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اختلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آن‌ها گردد، به گونه‌ای که موجب اختلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارات عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی یا سبب اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع گردد مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌گردد.»  
فارغ از تمامیت یا عدم تمامیت محتوای ماده، سرتاسر این ماده قانونی را ابهام فراگرفته است که توانایی سترگ و ستبر قاضی را در فهم و تطبیق آن می‌طلبد، چنان که مسئولیتی بر دوش قانون‌گذار می‌گذارد تا قوانینی از این دست نیافریند!!