یک شنبه 6/7/99 جلسه 15

با توجه به اینکه مقتضای اصل اولی شرطیت اجتهاد است باید دید که ایا دلیل در قاضی تحکیم و قاضی منصوب اطلاق دارد وشامل عالم به احکام عن تقليد می شود که اخذ به ان کنیم و از مقتضای اصل رفع ید کنیم یا خیر .

اگر در روایاتی که ناظر به قاضی تحکیم هستند اطلاق را قبول کردیم و عنوان، شامل مقلد عالم به مساله نیز بشود یا دلیل دیگری مثل ایه "ان تحکموا بالعدل" که مرحوم صاحب جواهر به ان استدلال کرده شامل قاضی تحکیم بشود و اطلاق نیز داشته باشد و مناقشات در اطلاق را هم جواب دادیم کما هو المختار فی صحیحة الحلبی، و از طرفی روایت مقبوله و معتبره را هم مربوط به قاضی منصوب دانستیم کما هو المعروف و المختار، نتیجه می گیریم که در قاضی تحکیم اجتهاد معتبر نیست بلکه همین مقدار که عالم به احکام شریعت باشد و لو عن تقلید، کافی است که قضاوت کند و قضای او نافذ باشد .

همچنین اگر در صحیحه حلبی یا بعضی از ادله قاضی تحکیم، اطلاق را قبول کردیم اما در میان این دو روایت مقبوله و معتبره، فقط معتبره ابی خدیجه را ناظر به قاضی تحکیم دانستیم کما هو المختار للسید الخویی ره ، بازهم نتیجه می گیریم که در قاضی تحکیم اجتهاد معتبر نمی باشد. لذا مرحوم اقای خویی در مبانی تکمله در مورد قاضی تحکیم تصریح کرده اند که لا یعتبر فیه الاجتهاد خلافا للمشهور به خاطر اطلاقی که در صحیحه حلبی و نیز معتبره ابی خدیجه وجود دارد.

اما اگر در ادله قاضی تحکیم، اطلاق را قبول نکردیم نه در صحیحه حلبی نه در ایه "ان تحکموا بالعدل" کما هو المختار للسيد الامام ره ، طبعا باید حکم به اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم شود. به خاطر قاعده و اصل اولی . چون نفوذ قضای هر شخصی نیاز به دلیل دارد و مفروض این است که دلیل وارد اطلاقی ندارد تا شامل غیر مجتهد شود بلکه متیقنش همان مجتهد است . لذا در زائد بر مقدار متیقن، مرجع اصل عملی می باشد و مقتضای ان اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم است .

همچنین اگر اطلاق را در صحیحه حلبی یا در ایه "ان تحکموا بالعدل" قبول کردیم اما روایت مقبوله و معتبره را مربوط به قاضی تحکیم دانستیم کما هو المختار للشیخ التبریزی ره ، در این صورت با توجه به اینکه مقبوله اجتهاد را در قاضی تحکیم شرط می کند، طبعا مقید اطلاقات ادله قاضی تحکیم خواهد شد . در نتیجه اجتهاد در قاضی تحکیم معتبر می شود .

بنابراین به حسب مبانی مختلف در اطلاق صحیحه حلبی و ارتباط و عدم ارتباط مقبوله و معتبره به قاضی تحکیم، نتیجه در شرطیت اجتهاد مختلف می شود .

اما در قاضی منصوب :

بعضی از فقهاء من جمله صاحب جواهر قائل به عدم اعتبار اجتهاد هستند اما رای معروف اعتبار اجتهاد در قاضی منصوب است .

با توجه به اینکه ادله لفظیه ای که در مورد قضاء قابل استناد و تاثیرگذار است همین سه روایت می باشد، باید دید که نسبت به قاضی منصوب اطلاقی داریم که دلالت بر نفوذ قضاء قاضی منصوب کند حتی در جایی که علم عن تقلید داشته باشد یا چنین دلیلی نداریم و طبق مقتضای اصل باید اجتهاد را معتبر بدانیم .

بنابراینکه مقبوله عمر بن حنظله از نظر سندی معتبر باشد و ناظر به قاضی منصوب نیز باشد که رای مشهور هم همین است، اجتهاد در قاضی منصوب معتبر می شود . زیرا در این تقدیر، دلیل لفظی و اجتهادی دلالت بر اعتبار اجتهاد می کند . اما اگر مقبوله را ناظر به قاضی تحکیم دانستیم کما هو المختار للشیخ التبریزی ره یا مقبوله را ناظر به قاضی منصوب دانستیم اما من جهت السند اشکال کردیم که مختار مرحوم اقای خویی بود، در این صورت با توجه به اینکه ما در باب قضاء دلیل دیگری که قضاء را در مورد نصب اثبات کند نداریم، طبعا مرجع در نفوذ قضاء قاضی غیر مجتهد، همان اصل عملی است که اقتضای عدم نفوذ قضاء را داشت . درست است که دلیل اجتهادی بر تقیید نداریم اما اطلاقی هم که نفی اعتبار اجتهاد کند نداریم و با رجوع به اصل، اجتهاد معتبر می شود.

ممکن است گفته شود که چنانچه اطلاقی وجود ندارد پس اصل دلیل نفوذ قضاء قاضی منصوب ولو فی الجمله چیست ؟

در کلام مرحوم اقای خویی و مرحوم اقای تبریزی بیان شده است که دلیل ما در این مورد، ضرورت و حِسبه است . چون حفظ النظام منوط به این است که اختلاف بین الناس مرتفع شود پس باید بعضی اشخاص به عنوان قاضی در حل خصومات مقرر شوند . مرحوم اقای خویی تعبیر می کنند که نفوذ قضای به نصب از باب حفظ النظام و وجوب ان نیز کفایی است . در کلام اقای تبریزی هم امده که خود دلیل حسبه اقتضاء می کند که قضاء در حق قاضی منصوب امضاء شود . چون می دانیم که شارع راضی به زمین ماندن ان نیست و از باب اینکه فرد خاصی نیز معین نشده، مجتهد فرد متیقن ان می شود. لذا دلیل بر اصل نفوذ قضاء و نصب قضاء دلیل حسبه می شود

در این فرض، با توجه به اینکه دلیل لفظی نیست که اطلاق داشته باشد طبعا باید به متیقن اقتصار شود . لذا همانطور که در کلام مرحوم اقای تبریزی هم امده مقدار متیقن از دلیل حسبه نفوذ قضای شخصی است که عن اجتهاد عالم به مساله باشد . نسبت به غیر مجتهد که شک کنیم اصل عدم نفوذ قضای اوست.

از هر راه که وارد شویم چه از طریق دلیل لفظی و چه رجوع به اصل در خارج از قدر متیقن از دلیل حسبه، نتیجه اعتبار اجتهاد است . اما همانطور که در کتاب "القضاء فی الفقه الاسلامی" امده است ثمره بین این دو وجه در اعتبار اجتهاد این است که بنابر استناد به دلیل لفظی، هرجا که مجتهد باشد متعین است که قضای او تنفیذ شود . اما بر اساس وجه دوم در بعضی موارد اشکال می شود . زیرا اگر موردی را پیدا کردیم که یک مجتهد وجود دارد و یک مقلد عالم به مساله ، اما مجتهد هوش و ذکاوت بالا (اکثر از مقدار متعارف ) در کیفیت تمییز صادق از کاذب در مقام دعوی و نیز در گرفتن اقرار از غیر ذی حق ندارد، یعنی کسی که دارای شرطیت اجتهاد هست ذکاوت بالای بیش از مقدار متعارف در این امور را ندارد اما در عوض مقلدی وجود دارد که هم احکام را بلد است و هم ذکاوت فوق العاده ای در این خصوص دارد . اگر دلیل ما در موارد قضاء نصب، حسبه و حفظ نظام باشد، اینطور نیست که کسی که دارای شرط اجتهاد است متیقن از نصب در این مورد باشد . چون در یک طرف اجتهاد وجود دارد و در یک طرف صفت کمالی غیر اجتهاد. نمی توان به صورت واضح گفت متیقن این است که شخص مجتهد که فاقد هوش بالا بیش از حد متعارف است ، قضاوتش نافذ است . لذا امر دایر می شود که ایا شارع در این موارد، صفت اجتهاد را ترجیح داده ولو مجتهد از جهت بقیه صفات امتیاز نداشته باشد یا ذکاوت بالا را امتیازی برای ترجیح قرار داده است . در این فرض قدر متیقن هم در کار نیست لذا یا باید بگوییم که هر دو در امر قضاء مشارکت داشته باشند و و در تشخیص مدعی از منکر و سایر امور تبادل نظر کنند یا بگوییم که مشارکت این دو عملا جهت حفظ نظام را تامین نمی کند لذا یا در این مساله تخییر است یا به خاطر مناسبات حکم و موضوع، ان کسی که در ناحیه اجراء، اقوی است مقدم می شود. زیرا هم دارای ذکاوت بالاست و هم احکام استخراج شده، ماخوذ از ائمه علیهم السلام است زیرا فرض این است که او این احکام را از فقیه فرا گرفته و فقیه هم از منابع استخراج کرده است . بنابراین مساله واضح نیست و دچار چنین اشکالاتی می شود. اما اگر دلیل بر اعتبار اجتهاد در قاضی منصوب، مقبوله عمر بن حنظله باشد در این صورت واضح است که شرط قضاء، اجتهاد است و همین که مجتهد میزان متعارف از ذکاوت را داشته باشد ولو شخص دیگر اقوی در این جهت باشد مجتهد متعين خواهد بود.

پس قول صحیح در قاضی منصوب اعتبار اجتهاد است یا با دلیل لفظی یا با اصل .

**جهت دوم از حکم رابع :**

بعد از بناء بر اعتبار اجتهاد در نفوذ قضاء، بحث می شود که ایا مطلق اجتهاد کافی است یا ما هو المعتبر اجتهاد خاص است . یعنی ایا اجتهادی که در قضاء لازم است اعم از اجتهاد مطلق و اجتهاد متجزی است یا انچه شرط است اجتهاد مطلق می باشد . علاوه بر این ناحيه ، سه ناحیه دیگر نیز وجود دارد که قبلا اشاره شده است .

انچه به صورت مشترک در این چهار ناحیه تاثیرگذار و قابل تامل می باشد این است که اگر در ادله دال بر نفوذ قضاء، اطلاق پیدا کردیم به مقتضای ان حکم می کنیم که شرط خاص مثل اعلمیت یا اجتهاد خاص معتبر نیست . اگر اطلاق پیدا نکردیم مرجع اصل عملی است و طبعا درموارد شک در سعه وضيق حجيت در زائد بر مقدار متيقن حکم عدم نفوذ می شود و به مقتضای اصل باید گفت که اجتهاد غیر اعلم و اجتهاد متجزی مثلا کافی نیست مگر اينکه برای نفی اعتبار خصوصيت محتمل دليل پيدا کرده باشيم .