

Analysis of Ijtihad Requirement in Adjudication with an Emphasis on the Element of Law

Ehsan Babaei • Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of
Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.
ehsanbabaei@ujsas.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The necessity of Ijtihad (independent legal reasoning) for judicial decision-making is a subject of traditional disagreement among jurists, with the prevailing (famous) view affirming it as a prerequisite, while a minority permits adjudication by non-Mujtahid (non-jurist) judges. Both sides traditionally base their arguments on reasoning derived from the Qur'an and the Sunnah. However, these established jurisprudential arguments have been criticized for neglecting the practical process of adjudication and failing to account for the crucial role of 'codified law'. The establishment of the Islamic Republic of Iran and its legislative process, anchored in Sharia standards, signifies a significant transformation in the subject matter of adjudication. This transformation necessitates a reconsideration of the requirement of Ijtihad in light of the modern legal framework.

2. Research Question

The core research question addresses whether Ijtihad remains a necessary prerequisite for a judge (Qazi) in adjudication. Specifically, the article asks how the dependency of adjudication on Ijtihad is affected by a process-oriented view of judicial resolution, coupled with the introduction and institutionalization of codified law (Qanun-e Mudawwan) within the Islamic judicial system. The study seeks to investigate the quality of reliance of judicial resolution on Ijtihad, emphasizing the extent to which religious rulings influence codified law and human legal measures (tadābīr-e basharī).

3. Research Hypothesis

The article hypothesizes that the institutionalization of codified law and the subsequent transformation of the subject of adjudication negate the traditional necessity of Ijtihad as a formal requirement for judges. The perspective reinforced by this study is "in favor of non-necessity of Ijtihad in making judicial decisions". The hypothesis posits that Ijtihad is conceptually distinct from the



operational processes of adjudication, and furthermore, that insistence upon individual Ijtihad by judges poses a threat to judicial uniformity and order, which are essential requirements of the modern judicial system.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The research methodology involves reviewing and analyzing the common jurisprudential arguments put forth by both proponents and opponents of the Ijtihad requirement for judges. The article adopts a process-oriented approach to adjudication, analyzing its stages and nature. The principal framework for analysis involves three main pillars: 1) a conceptual analysis distinguishing Ijtihad from adjudication; 2) an assessment of the role and scope of codified law and its lack of full overlap with Fiqh (Islamic jurisprudence) in dispute resolution; and 3) considering the necessity of preserving judicial order (*hifz al-nizām*) within the existing judicial system. The article strengthens the claim of non-necessity of Ijtihad by demonstrating how the codification of law, derived partly from human measures and overseen by constitutional review (for non-contravention of Sharia), reduces the operational need for judicial Ijtihad.

5. Results & Discussion

The discussion reveals that Ijtihad and adjudication possess distinct natures; Ijtihad involves the inference of general rulings, while adjudication is the application of pre-determined rules to specific, external cases. Ijtihad ends when a ruling is inferred, and adjudication begins with applying the rule to the facts of the case, meaning Ijtihad is, at best, a preliminary step, not part of the operational process of adjudication. The critical requirement for a judge is knowledge of the ruling, which can be satisfied through codified law or qualified taqlid (following a Mujtahid's decree). Furthermore, the establishment of codified law—which encompasses many human measures and administrative laws not originally derived from Fiqh—renders the individual Ijtihad of a judge often irrelevant for resolving disputes based on these statutory rules. Most importantly, requiring judges to rely on their individual Ijtihad fundamentally clashes with crucial judicial system requirements such as uniformity of judicial practices and the preservation of judicial order. The potential for divergent judicial decisions on similar cases undermines public confidence, challenges judicial fairness, and risks causing chaos and confusion.

6. Conclusion

The article concludes that the jurisprudential requirement of Ijtihad for adjudication is not necessary in the context of the codified legal system of the Islamic Republic of Iran. Conceptual clarity reveals that while knowledge of rulings (*ilm bi al-ahkām*) is a necessary precondition, it is not synonymous with Ijtihad, and this knowledge can be obtained through the established codified law. The transformation in the subject of adjudication means that failure to consider the element of codified law leads to a methodological flaw in analyzing the condition of Ijtihad. Adjudication based on statutory law (which has undergone Sharia review) and the paramount need to maintain judicial order

and uniformity — a requirement sanctioned by the rule of preserving the system (Qā'idat Ḥifẓ al-Nizām) — strongly support the view that Ijtihad is not a prerequisite for judicial decision-making.

Keywords: Ijtihad, Adjudication, Dispute Resolution, Codified Law, Judicial Order.

تحلیل شرطیت اجتهاد در قضاوت با تأکید بر عنصر قانون

احسان بابایی • استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.
ehsanbabaei@ujss.ac.ir

چکیده

بنا بر قول مشهور فقها «اجتهاد» شرط قضاوت است و در مقابل، برخی دیگر از فقها قضاوت غیرمجتهد را مجاز می‌شمارند. استدلال هر دو گروه از پشتوانه استناد به کتاب و سنت برخوردار است، اما به نظر می‌رسد این اشکال بر نحوه استدلال هر دو گروه وارد باشد که در غیاب تحلیل فرایند عملی قضاوت و عنصر جدید قانون مدون صورت گرفته است. تشکیل نظام جمهوری اسلامی ایران و شکل‌گیری فرایند قانون‌گذاری طبق موازین شرعی، از تحول موضوع قضاوت حکایت دارد که لازم است شرطیت اجتهاد در این امر در پرتوی چنین تحولی مورد بازبینی و بررسی دوباره قرار گیرد. در مقاله حاضر، ضمن مرور بر استدلال‌های رایج فقهی در شرطیت یا عدم شرطیت اجتهاد در قضاوت، به تحلیل فرایند و مراحل آن خواهیم پرداخت و با تأکید بر میزان تأثیرپذیری قانون از احکام شرعی و تدابیر بشری، و همچنین با در نظر گرفتن ماهیت اجتهاد و مقایسه آن با موضوع فصل خصومت و نیز با توجه به برخی بایسته‌های نظام قضایی مانند وحدت رویه قضایی، در نهایت به استوارسازی دیدگاه طرفداران عدم ضرورت اجتهاد در قضاوت خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: اجتهاد، قضاوت، فصل خصومت، قانون مدون، نظم قضایی.



مقدمه

قضاوت مستلزم وجود شرایطی در قاضی است. در فقه در کنار بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد و ذکورت، از اجتهاد به عنوان یکی از شرایط قاضی یاد شده است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۵۹). در پی پیروزی انقلاب اسلامی و لزوم شکل‌گیری دستگاه قضایی بر اساس احکام فقهی، با چالش به کارگیری قضات غیرمجتهد مواجه هستیم. طبیعی است که برخورداری قضات از شرایط شرعی لازم یکی از مهم‌ترین شروط تحقق نظام قضایی اسلامی است. برخی فقها در تبیین مشروعیت به کارگیری قضات فاقد اجتهاد به ضرورت و مصلحت استناد کرده‌اند (مجاهد، بی‌تا، ص. ۶۹۹)، اما مجال بررسی شرطیت اجتهاد در قضاوت همچنان گسترده است؛ به ویژه که شرط بودن قضاوت از سوی برخی از فقیهان مورد پذیرش قرار نگرفته است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۱۸).

محور استدلال موافقان و مخالفان شرطیت اجتهاد، کتاب، سنت و اجماع است، اما در مقاله حاضر بعد از ارائه گزارش از ادله طرفین، تلاش شده است با رویکردی متفاوت از طریق موضوع‌شناسی قضاوت با تأکید بر عنصر قانون‌گذاری و نگاه فرایندمحور به قضاوت، کیفیت وابستگی قضاوت به اجتهاد بررسی شود. قانون‌گذاری اسلامی پدیده‌ای جدید است که به رسمیت شناختن آن برخی موضوعات فقهی از جمله قضاوت را دچار دگرگونی می‌کند. آنچه تاکنون در آثار فقهی در مسئله شرط اجتهاد برای قاضی منعکس شده، در غیاب عنصر قانون و قانون‌گذاری بوده است. می‌توان گفت نادیده گرفتن تحول مهم شکل‌گیری نظام قانون‌گذاری اسلامی و آثار آن بر قضاوت و توقف بر شیوه گذشته بررسی مسئله، با اشکال روش‌شناختی مواجه است؛ زیرا استنباط حکم بر محور موضوع صورت می‌گیرد. این فرض شایان بررسی است که قضاوت در کنار قانون، موضوعی جدید است که ممکن است شرط بودن اجتهاد برای قاضی را نیز دچار تغییر کند.

در این مقاله، دیدگاه مبتنی بر عدم شرطیت اجتهاد تقویت شده است. ضمن مقبول دانستن ادله لفظی که طرفداران عدم شرطیت اجتهاد به آن تمسک جسته‌اند، سه دلیل به نفع ادعای مقاله مطرح شده است. در گام نخست، تلاش شده است که با مفهوم‌شناسی اجتهاد و قضاوت، نشان داده شود که نیاز عملیات قضاوت به اجتهاد تنها به خاطر وابستگی قضاوت به علم به احکام است و غیر از این جنبه، اجتهاد دخالتی در قضاوت ندارد. عنصر قانون‌گذاری که در یک فرایند دارای

حجیت شرعی به تصویب می‌رسد، زمینه علم به احکام را برای قاضی فراهم می‌کند. در گام دوم با تأکید بر اینکه قضاوت بر مبنای ضوابط از پیش تعیین شده فصل خصومت صورت می‌گیرد، به عدم هم‌پوشانی ضوابط با احکام شرعی استناد شده است. در بسیاری موارد، قضاوت با ارجاع به ضوابطی انجام می‌شود که از ادله شرعی اخذ نشده است. در نهایت، در گام سوم به قاعده حفظ نظام استناد شده است. در شرایط حاضر، قضاوت بر مبنای اجتهاد با حفظ نظم قضایی که از شئون مهم نظم اجتماعی است، ناسازگار شمرده می‌شود.

پیشینه پژوهش: در آثار فقهی مربوط به کتاب‌القضا، ضمن بررسی شرایط لازم برای قاضی، به شرط اجتهاد پرداخته شده است. در این باره نظر فقهای برجسته در ادوار مختلف مانند شیخ طوسی، محقق حلی، علامه حلی، شهید ثانی، فاضل راقی، میرزا ابوالقاسم قمی، محمدحسن نجفی، میرزا حبیب‌الله رشتی، میرزا محمدحسن آشتیانی، محمدرضا گلپایگانی، عبدالکریم موسوی اردبیلی و جعفر سبحانی مورد توجه قرار گرفته است.

همچنین، برخی مقالات به این موضوع اختصاص یافته است از جمله در مقالات «قضاوت مقلد و مجتهد متجزی» نوشته محمدحسن حائری یزدی در مطالعات اسلامی، «قضاوت غیرمجتهد در فقه امامیه» نوشته محمد بهرامی خوشکار و عاتکه قاسم‌زاده در فقه اهل بیت، «ادله اجتهاد قاضی و نقد آن‌ها» نوشته علیرضا عسگری و مصطفی عامری سیاهوویی در پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی و «قضاوت غیرمجتهد در فقه امامیه با رویکردی به نظر امام خمینی (ره)» نوشته محمد بهرامی خوشکار در راهبرد، ادله لزوم اجتهاد ناکافی شمرده شده است.

برخی نویسندگان نیز با پذیرش شرط اجتهاد، کوشیده‌اند راهکارهایی مبنی بر اضطرار یا محدود کردن قلمرو جواز قضاوت توسط قاضی غیرمجتهد ارائه کنند. مقالات «انطباق احکام قضاوت مقلد بر فتوا یا قانون» نوشته محمدرضا رضوان‌طلب و مسعود جهان‌دوست دالنجان در مطالعات فقه و حقوق اسلامی و «به‌کارگیری قضاوت غیرجامع شرایط و دامنه اختیارات آنان» نوشته سیدضیا مرتضوی، در فقه در این دسته جای می‌گیرند. در بین مقالاتی که به این موضوع پرداخته‌اند، در مقاله «اجتهاد قاضی در نظام قضایی ایران» نوشته مهدی موحدی محب در مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ضمن مرور دیدگاه‌های موافقان و مخالفان شرط اجتهاد در قضاوت، به نقش قانون در فرایند قضاوت توجه شده است. در این مقاله با نگاهی حقوقی به اصول قانون اساسی و قوانین

عادی، بر لزوم استناد به قانون در قضاوت تأکید شده است. مقاله یادشده در تبیین موضوع، رویکرد فقهی به شرطیت اجتهاد و نقش قانون در قضاوت نداشته و از این‌رو با مقاله حاضر از حیث روش تحقیق و بررسی مسئله متفاوت است.

وجه نوآورانه مقاله حاضر را باید در بررسی موضوع با در نظر گرفتن قانون‌گذاری اسلامی و قوانین مدون جست که در آثار فقهی گذشته، زمینه‌ای برای بحث از آن وجود نداشته و در مقالات یادشده مورد توجه قرار نگرفته است. مقاله حاضر در دو قسمت اصلی تنظیم شده است. در قسمت نخست، مروری بر ادله و روش موافقان و مخالفان شرطیت اجتهاد صورت گرفته است. با توجه به اینکه ادله موافقان و موافقان در دیگر منابع و مقالات بررسی شده، در مقاله حاضر تنها به ارائه گزارشی غیرتفصیلی و بدون نقد و بررسی ادله بسنده شده است. در قسمت دوم، صرف‌نظر از قوانین موجود درباره لزوم استناد به قانون در قضاوت، دیدگاه مبتنی بر عدم ضرورت اجتهاد با توجه به موضوع‌شناسی قضاوت، مبانی، لوازم و پیامدهای قانون‌گذاری اسلامی تقویت شده است. با توجه به اینکه تبیین موضوع اجتهاد و قضاوت و ابهام‌زدایی از نسبت بین این دو، یکی از مقدمات بحث در قسمت دوم است، مفهوم‌شناسی موضوعات یادشده آگاهانه در ابتدای قسمت دوم صورت می‌گیرد.

۱. ادله اعتبار شرطیت اجتهاد

صرف‌نظر از برخی فقیهان که در بیان شرایط قاضی تنها به علم اشاره و به کیفیت آن تصریح نکرده‌اند (صدوق، ۱۴۱۵، ص. ۳۹۳؛ حلبی، ۱۴۰۳، ص. ۴۲۲). غالب فقها اجتهاد را به‌عنوان شرط قاضی مطرح کرده‌اند (مفید، ۱۴۱۳، ص. ۷۲۱؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ص. ۵۹۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص. ۱۵۴؛ طوسی، ۱۴۰۰، ص. ۳۳۷؛ طوسی، ۱۴۰۷، ق. ب، ج ۶، ص. ۲۰۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص. ۴۲۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص. ۱۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص. ۳۲۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۵، ص. ۵).

۱.۱. اجماع

قائلان به شرطیت اجتهاد به اجماع استناد کرده‌اند. شیخ طوسی در کتاب خلاف از تعبیر «اجماع‌الفرقه» استفاده کرده است (طوسی، ۱۴۰۷، ق. ب، ج ۶، ص. ۲۱۸) و در کتاب مبسوط، شرط بودن اجتهاد را به «عندنا» نسبت داده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص. ۱۰۱ در غنیة‌النزوع،

مسالک الافهام، ریاض المسائل، مفتاح الکرامه، کفایة الاحکام و کشف اللثام، شرط اجتهاد با تعبیری مانند «لا خلاف»، «اتفاق»، «اجماع الطائفة» آمده است که دلالت بر اجماع در این مسئله دارد (حلی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۳۶؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۲۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص. ۱۱؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۶۶۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۱۸).

۲.۱. کتاب

برای لزوم شرط اجتهاد از میان آیات قرآن کریم به آیه «ولا تقف ما لیس لک به علم...»^۱ (اسراء، ۳۶) و آیه «... ان الظن لا یغنی عن الحق شیئاً...»^۲ (یونس، ۳۶) استناد شده است؛ با این توضیح که در آیات یادشده از عمل به ظن نهی شده است و از این نهی، تنها ظن مجتهد، معتبر و در حکم قطع دانسته شده است (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص. ۱۱).

همچنین، به آیه «... ان احکم بما انزل الله...»^۳ (مائده، ۴۹) و آیه «... و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الکافرون»^۴ (مائده، ۴۴) استناد شده است؛ با این توضیح که تنها مجتهد توانایی حکم بر اساس «ما انزل الله» را دارد (مجاهد، بی تا، ص. ۶۹۷).

۳.۱. روایات

۱.۳.۱. مقبوله عمر بن حنظله

موافقان شرطیت اجتهاد، مقبوله عمر بن حنظله را دلیل بر ادعای خود ذکر کرده‌اند.^۵ از تعبیر «من کان منکم قد روی حدیثنا»، «نظر فی حلالنا» و «عرف احکامنا» چنین برداشت شده است که علم لازم در قضاوت باید بر مبنای اجتهاد باشد و قابل انطباق بر علم حاصل از تقلید نیست. در این

۱. «و چیزی را که بدان علم نداری، دنبال مکن...».

۲. «... گمان به هیچ وجه [آدمی را] از حقیقت بی نیاز نمی گرداند...».

۳. «... و میان آنان به موجب آنچه خدا نازل کرده است، داوری کن...».

۴. «... و کسانی که به موجب آنچه خدا نازل کرده است، داوری نکرده‌اند، آنان خود کافرانند».

۵. عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا مُنَازَعَةٌ فِي دِينٍ أَوْ مِيرَاثٍ فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ أَوْ إِلَى الْقَضَاةِ أَيَحِلُّ ذَلِكَ فَقَالَ (عليه السلام) مَنْ تَحَاكَمَ إِلَى الطَّاعُوتِ فَحُكْمُ لَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُ سَحْتًا وَ أَنْ كَانَ حَقُّهُ ثَابِتًا لِأَنَّهُ أَخَذَ بِحُكْمِ الطَّاعُوتِ وَ قَدْ أَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ أَنْ يُكْفَرَ بِهَا قُلْتُ كَيْفَ يَصْنَعُ إِنْ قَالَ انْظُرُوا إِلَيَّ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرْضَوْا بِهِ حُكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا...».

روایت، منظور از راوی حدیث کسی است که ممارست بر فهم احادیث ائمه معصوم (علیهم‌السلام) داشته باشد (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۷۰). نظر داشتن و عارف به احکام بودن نیز به معنای برخورداری از کیفیتی عمیق از علم است که بر علم حاصل از تقلید منطبق نیست (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص. ۴۲).

۲.۳.۱. مشهوره ابی‌خدیجه

در مشهوره ابی‌خدیجه ضمن نهی از مراجعه به حکام جور آمده است «نگاه کنید به فردی از خودتان که چیزی از قضایای ما را می‌داند. پس او را بر شما قاضی قرار داده‌ام»^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۱۳). ویژگی‌های «عرف حلالنا و حرامنا» و «یعلم شیئا من قضایانا» مبتنی بر این فرض که تقلید موجب علم نیست، برای لزوم اجتهاد قاضی مورد استناد قرار گرفته است (کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۲۴۷).

۳.۳.۱. توقیع شریف

در توقیع شریف آمده است «در حوادث واقعه به راویان ما رجوع کنید. ایشان حجت من بر شما و من حجت خداوند هستم»^۲ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۱۴۰). استدلال به توقیع شریف مبتنی بر این است که منظور از راویان احادیث، مجتهدان هستند و «حوادث واقعه» را شامل قضاوت بدانیم.

۴.۱. قدر متیقن

برخی از فقها برای اثبات شرط اجتهاد در قاضی به قدرمتیقن (ملائم با اصل عدم) متوسل شده‌اند؛ با این توضیح که قضاوت نوعی تسلط و ولایت است و تنها به کسانی اختصاص دارد که از جانب خداوند دارای شأن قضاوت شمرده شده‌اند و در مرتبه بعد، کسانی که از جانب پیامبر یا وصی

۱. «عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ سَالِمِ بْنِ مَكْرَمٍ الْجَمَّالِ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الصَّادِقُ (عليه‌السلام) أَيَاكُمْ أَنْ يُحَاكَمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ - وَلَكِنْ أَنْظَرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا - فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ».

۲. «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ يَعْقُوبَ قَالَ سَأَلْتُ مُحَمَّدَ بْنَ عُمَانَ الْعُمَرِيَّ أَنْ يُوَصِّلَ لِي كِتَابًا - قَدْ سَأَلْتُ فِيهِ عَنْ مَسَائِلَ أَشْكَلْتُ عَلَى فَوْرَدِ التَّوْقِيعِ بِخَطِّ مَوْلَانَا صَاحِبِ الزَّمَانِ (عليه‌السلام) - أَمَّا مَا سَأَلْتُ عَنْهُ أَرَشَدَ كَاللَّهِ وَ تَبَّتْ كَالِي أَنْ قَالَ - وَ أَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ حَدِيثِنَا - فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حُجَّةُ اللَّهِ وَ أَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ حَدِيثِنَا - فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حُجَّةُ اللَّهِ».

پیامبر برای قضاوت منصوب شده‌اند، می‌توانند به آن بپردازند. در عصر غیبت با فرض اهتمام شارع به حفظ نظام اجتماعی و عدم رضایت شارع به تعطیلی قضاوت، در مقام شک باید به قدر متیقن یعنی مجتهد اکتفا کرد (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، صص. ۲۹-۳۰؛ سبحانی، ۱۳۸۸ق، ج ۳، ص. ۵۷۸؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۸).

۲. ادله عدم اعتبار شرطیت اجتهاد

همچنان‌که در ضمن بیان ادله اعتبار شرطیت اجتهاد گذشت، برخی از فقها بر ادله یادشده اشکال‌هایی وارد دانسته‌اند. تا آنجا که بعضی از فقها به عدم پذیرش آن تصریح کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، صص. ۱۵-۱۸). در ادامه، ادله عدم اعتبار شرطیت اجتهاد را مرور می‌کنیم.

۱.۲. آیات

برای عدم شرطیت اجتهاد در قضاوت می‌توان به آیاتی استناد کرد که به صورت مطلق بر قضاوت طبق حق، عدل و احکام الهی امر می‌کنند. از این آیات می‌توان به آیات «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...»^۱ (نساء، ۵۸)، «... وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»^۲ (مائده، ۴۷) و «... أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ...»^۳ (مائده، ۸) اشاره کرد؛ با این توضیح که آیات یادشده دلالت دارد بر اینکه آنچه در قضا معتبر و لازم است، حکم کردن بر مبنای عدل و ترک پیروی از هوی و صدور رأی طبق آنچه از سوی خداوند نازل شده، است. در این صورت قضاوت صحیح است چه بر اساس اجتهاد باشد یا تقلید (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، صص. ۱۵-۱۷).

۲.۲. روایات

برای عدم شرط بودن اجتهاد قاضی، به مشهوره ابی‌خدیجه نیز استدلال شده است. از «یعلم شیئاً من قضایانا» چنین برداشت می‌شود که علم به برخی احکام مرتبط با قضاوت کافی است

۱. «خدا به شما فرمان می‌دهد که سپرده‌ها را به صاحبان آنها رد کنید و چون میان مردم داوری می‌کنید به عدالت داوری کنید...».

۲. «... و کسانی که به آنچه خدا نازل کرده است، حکم نکنند، آنان خود نافرمان‌اند».

۳. «... عدالت کنید که آن به تقوا نزدیک‌تر است...».

(گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۳۳). صاحب جواهر نیز در جمع‌بندی خود، ادعای عدم جواز قضاوت توسط قاضی عالم را هرچند علم او مبتنی بر تقلید باشد، فاقد دلیل می‌شمارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۱۸).

۳.۲. ماهیت امضایی قضا

طرفداران عدم شرطیت اجتهاد در قاضی، قضاوت را از احکام امضایی می‌دانند که بنا بر نیاز اجتماعی، پیش از شرع وجود داشته است و مانند دیگر موارد اگر شارع شرط مشخصی را نیفزوده باشد، باید برای آنچه عقلاً معتبر می‌شناسند، اعتبار قائل شویم (عسکری و عامری، ۱۳۹۴، ص. ۷۷).

۳. همسانی جواز قضاوت از روی تقلید و قضاوت بر مبنای قانون

ویژگی مشترک ارزیابی‌هایی که درباره شرط بودن اجتهاد برای قاضی صورت گرفته - موافق و مخالف - این است که استدلال‌های طرفین در غیاب عنصر قانون و فرایند قانون‌گذاری در نظام اسلامی ارائه شده است؛ البته این کاستی تا پیش از شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی در ایران طبیعی است؛ زیرا می‌توان قانون و قانون‌گذاری را پدیده‌ای جدید شمرد که هم به صورت مستقل نیازمند تحلیل است و هم آثار آن در اجرای نظام قضای اسلامی باید بررسی شود. در غیر این صورت، نادیده گرفتن عنصر قانون در تحلیل موضوع شرطیت اجتهاد در قضاوت، کاستی روش‌شناختی شمرده می‌شود.

ازجمله ادله جواز قضاوت مقلد، آیاتی است که در آن خداوند پیامبران و مؤمنان را به حکم بر اساس «ما انزل الله» امر می‌کند (نساء، ۱۰۵) یا از حکم به «غیر ما انزل الله» برحذر می‌دارد (مائده، ۴۷).

در اثبات جواز قضاوت توسط مقلد این گونه استدلال می‌شود که به همان دلیل که حکم مجتهد، حکم «بما انزل الله» است، حکم مقلد نیز حکم «بما انزل الله» است؛ زیرا مقلد بنا بر همان آرا و فتاوی مجتهدی که از او تقلید می‌کند، حکم می‌کند (بهرامی خوشکار، ۱۳۹۱، ص. ۷۳). همین استدلال برای جواز قضاوت بر اساس قانون کاربرد دارد؛ توضیح اینکه قضاوت بر اساس قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی بعد از تأیید شورای نگهبان مبنی بر انطباق با احکام شرع یا عدم مغایرت با آن، مصداق حکم بر اساس «غیر ما انزل الله» نیست.

همچنین، برای جواز قضاوت توسط مقلد به مقبوله عمر بن حنظله استناد شده است. مقصود از عبارات «روی حدیثنا» و «نظر فی حلالنا و حرامنا» و «عرف احکامنا» در مقبوله عمر بن حنظله این است که قضاوت باید بر اساس منابع درست باشد و قضاوت بر پایه قیاس و استحسان، باطل است. همین برداشت با روایت مشهوره ابی‌خدیجه هم سازگار است. تعبیر «عرف حلالنا و حرامنا» یا عبارت «یعلم شیئا من قضایانا» به این معناست که آنچه در قاضی معتبر است، آگاهی به برخی قضایای اهل‌بیت (علیهم‌السلام) در احکام مربوط به قضاوت است. این آگاهی با علم به قانون نیز حاصل می‌شود.

این نکته شایان توجه است که علامه حلی با تفکیک جاهل به احکام و کسی که واجد شرایط افتا نیست، در واقع مقلد را از مصادیق جاهل به احکام ندانسته است «فلا ینفذ قضاء الصبی و لا الجاهل بالاحکام و لا غیرالمستقل بشرایط الفتوی» (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۲۰۱). به عبارت دیگر، می‌توان فردی را در نظر گرفت که مجتهد نباشد، اما عالم به احکام باشد. همچنین، بنا بر نظر نراقی، هرگاه مقلد فتوای مجتهد درباره اختلاف میان دو طرف دعوا را به‌خوبی بداند و طبق آن حکم کند، در واقع، حکم خدا را در حق آن دو روا داشته است؛ زیرا حکم چنین فردی هرچند ظنی است، اعتبار و صحت آن قطعی است. از این‌رو چنین مقلدی به حکم شارع، عالم است و در نتیجه مأذون به قضاوت از اصل عدم جواز هم خارج می‌شود مگر اینکه اجماعی برخلاف آن محقق باشد که آن هم ثابت نیست (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷، ص. ۲۴). از سوی دیگر، اطلاعات ادله جواز قضا، قضاوت عالم به احکام قضاوت را شامل می‌شود و دلیل معتبری که آن اطلاعات را مقید کند، در دست نیست (حائری یزدی، ۱۳۸۰، ص. ۶۷).

۴. تحلیل رابطه اجتهاد و قضاوت با توجه به عنصر قانون

ارزیابی نهایی درباره شرط بودن اجتهاد برای قضاوت، وابسته به شناخت صحیح موضوع است. تبیین قضاوت به‌عنوان فرایند و تشریح رابطه مفهومی بین اجتهاد و قضاوت و نقش قانون در این باره (۱)، سهم اجتهاد در شکل‌گیری محتوای قانون و میزان نیازمندی قضاوت به اجتهاد (۲) و کارکرد قانون در حفظ نظام (۳)، سه رکن تحلیل شناخت موضوع قضاوت بر مبنای قانون است که بدون بررسی آن نمی‌توان ارزیابی جامعی از شرط بودن اجتهاد برای قضاوت ارائه کرد.

۱.۴. نقش اجتهاد در قضاوت

قضاوت در شرایط کنونی - برخلاف صدر اسلام - فرایندی است که صدور رأی در نقطه پایانی آن قرار دارد. در نظر گرفتن قضاوت به عنوان فرایند، امکان تفکیک آن از اجتهاد را فراهم می‌کند. ما با این پرسش مواجه هستیم که اجتهاد چه جایگاهی در فرایند قضاوت دارد؟ آیا اجتهاد جزئی از فرایند قضاوت است یا خارج از قضاوت و مقدمه آن شمرده می‌شود؟ برای تبیین رابطه اجتهاد و قضاوت نیازمند آشنایی با این دو مفهوم هستیم که البته به آن اندازه که از رابطه متقابل پرده بردارد، بسنده می‌شود.

۱.۱.۴. مفهوم‌شناسی اجتهاد

اجتهاد بر وزن افتعال از ریشه جهد و در لغت به معنای تلاش و کوشش سخت است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۳۳). در قرآن کریم واژه اجتهاد نیامده، اما مشتقات مختلف جهد در قرآن کریم با معنای لغوی یعنی تلاش و کوشش تکرار شده است.

اجتهاد به مرور زمان از معنای لغوی فاصله گرفت؛ به گونه‌ای که می‌توان از معنای اصطلاحی اجتهاد سخن گفت. معنای اصطلاحی اجتهاد که در بستر دانش فقه شکل گرفته، در طول زمان دچار تغییر شده است. ابتدا این واژه بر شیوه‌هایی مانند تأویل و قیاس شرعی تطبیق داشته و برای همین نزد شیعه مذموم بوده است. بعدها، اجتهاد در حل مسائل ظنی مانند وقت و قبله به کار برده شد و در نهایت، صرف نظر از روش‌ها، به طور کلی بر استنباط حکم اطلاق شد (خرمشاهی و فانی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۷۳). اجتهاد در معنای اصطلاحی عبارت است از «به کار بردن تلاش و کوشش خویش در راه به دست آوردن احکام شرعی از راه‌ها و منابعی که نزد فقیهان اسلام معمول و متعارف است» (آملی طهرانی، بی‌تا، ص ۳۳۴). کاربرد واژه اجتهاد در استنباط احکام شرعی متناسب با دشواری آن است و ارتباط با معنای لغوی آن قطع نشده است.

علمای علم اصول بر محدودیت قلمرو اجتهاد به احکام فرعی اتفاق نظر دارند و احکام اصلی را که شامل مسائل اعتقادی یا مسائل اصول فقه است، خارج از دایره اجتهاد می‌دانند (قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ص ۲۳۶) و برای روشن شدن چهارچوب اجتهاد از تعبیر «استنباط احکام فرعی» استفاده می‌کنند (خراسانی، ۱۴۰۹ق، صص ۱۲۳ و ۴۶۸). از سوی دیگر، در نظر گرفتن این ویژگی برای تبیین رابطه اجتهاد و قضاوت مهم است. هدف اجتهاد استنباط احکام کلی است و احکام جزئی را

شامل نمی‌شود. احکام کلی به شکل ضابطه و قانون است و احکام جزئی، حاصل تطبیق احکام کلی بر مصادیق است. طبق نظر غالب فقها، بنا بر استدلال‌های مختلف، تطبیق عناوین کلی بر مصادیق بر عهده مکلف است و خارج از قلمرو تقلید قرار می‌گیرد (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۵۵۲؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ص. ۴۱۲).

دستیابی به اجتهاد نیازمند مقدماتی است از جمله آشنایی با زبان و ادبیات عربی، انس با محاورات و درک موضوعات عرفی، آشنایی با علوم منطق، اصول فقه، رجال، قرآن و روایات، تکرار استنباط و بررسی آرای فقها (موسوی خمینی، ۱۴۲۶ق، صص. ۹-۱۷) که همگی متناسب با هدف اصلی اجتهاد یعنی استنباط احکام فرعی از منابع است و به صورت مستقیم ارتباطی با قضاوت ندارد.

۲.۱.۴. مفهوم‌شناسی قضاوت

برای قضا معانی متعددی ذکر شده است از جمله اتیان، اتمام، ایجاب، امضا، قطع، فصل و اعلام که می‌توان این معانی را از لوازم قطع و اتمام دانست (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، صص. ۱۸۶-۱۸۸). در تعریف اصطلاحی قضا، برخی فقها، قضا را منصب و ولایت تعریف کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۶۵؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص. ۳۲۵). طبق این تعریف، قضاوت منصبی است که به امور و حقوق دیگر انسان‌ها مربوط می‌شود و باید کسی عهده‌دار آن شود (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص. ۳).

برخی از فقها ضمن اینکه قضاوت را از مراتب ولایت می‌دانند، همسان‌شماری قضاوت و ولایت را مورد اشکال دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۹). برخی دیگر از فقها، قضا را به حکم بین مردم برای رفع نزاع میان آن‌ها (موسوی خمینی، ۱۴۳۴ق، ج ۲، ص. ۴۳۲) یا فصل خصومت میان متنازعان و حکم به ثبوت ادعای مدعی یا نفی حق او (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۵) تعریف کرده‌اند. تعریف قضا به رفع نزاع و فصل خصومت با معنای لغوی آن سازگاری بیشتری دارد. گلیپایگانی در تعریف قضا آورده است «هو فصل الخصومه بین المتخاصمین و تطبیق الاحکام علی موارد الجزئیه» (گلیپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۱۰). در این تعریف از سویی به غایت قضا اشاره شده که عبارت است از فصل خصومت و از سوی دیگر، ماهیت عمل قاضی مورد تأکید قرار گرفته است که تطبیق احکام بر موارد جزئی را شامل می‌شود. براین اساس، حکم قاضی از دو

ویژگی الزام‌آور و جزئی بودن برخوردار است.

۳.۱.۴. رابطه اجتهاد و قضاوت

تفاوت اجتهاد و قضاوت حتی در میان فقهای که اجتهاد را شرط قاضی می‌دانند، موضوعی پذیرفته شده است (موسوی خمینی، ۱۴۲۶ق، صص. ۱۳-۱۷) و اگر دو وصف مجتهد و قاضی در یک شخص جمع شده باشد، این دو صفت از دو حیثیت مختلف حکایت می‌کند (عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص. ۲). تفاوت اجتهاد و قضاوت هم در خصوصیات فتوا و حکم که به ترتیب حاصل اجتهاد و قضاوت است و هم در ویژگی‌های عملیاتی که مجتهد و قاضی در استنباط حکم و صدور رأی قضایی انجام می‌دهند، نمود دارد.

موسوی اردبیلی در فقه القضاء، تفاوت‌های فتوا و قضا را این‌گونه فهرست کرده است؛ قضا برخلاف فتوا الزامی و جزئی است و به تناسب می‌تواند مبتنی بر حکم به موضوعات و احراز آن‌ها باشد مانند حکم به حرز بودن و سپس قطع دست سارق. دامنه نفوذ قضا فراگیر است، اما فتوا تنها شامل مجتهد و مقلدان اوست و نیز قضا برخلاف فتوا، منصبی حکومتی است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۶).

عملیات اجتهاد و قضاوت نیز متفاوت است. مجتهد در عملیات استنباط و اجتهاد تلاش می‌کند مبتنی بر ادله اجتهادی یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل و در صورت فقدان ادله اجتهادی بر اساس ادله فقهاتی یعنی اصول عملیه، احکام کلی در فروعات را به دست آورد درحالی‌که قاضی به تطبیق حکم بر وقایع و احراز موضوعات خارجی می‌پردازد. به عبارت دیگر، مرحله قضاوت بعد از تعیین حکم است و تعیین حکم مقدمه قضاوت شمرده می‌شود و هیچیک از آنچه به عنوان مقدمات اجتهاد ذکر شد، در عملیات قضاوت نقش ندارد، بلکه می‌توان گفت اجتهاد در عملیات قضاوت دخالت ندارد. اجتهاد با استنباط حکم پایان می‌یابد و قضاوت با طرح دعوا آغاز می‌شود. آگاهی به احکام شرط و مقدمه لازم برای قضاوت است، اما جزو فرایند و عملیات قضاوت نیست.

موسوی اردبیلی در تحلیل روایت مقبولة عمر بن حنظله با عبارت «المقبولة ظاهرة في وحدة المستنبط والقاضي و وحدة التقنين والقضاء»، به درهم تنیدگی اجتهاد و قضاوت اشاره می‌کند و آن را از ویژگی‌های ادوار گذشته می‌شمارد و همین نکته را پایه فهمی متفاوت از این روایت قرار می‌دهد که بر اساس آن، معیار در قضای اسلامی، ابتدای حکم بر حق و ما انزل الله است و با

تفکیک میان علم به احکام و اجتهاد، علم به حکم را مقدمه قضاوت می‌شمارد و شرط بودن اجتهاد برای قضاوت را نفی می‌کند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۷۰). در زمان‌های گذشته، اجتهاد از این جهت شرط قضاوت شمرده می‌شد که راه مطمئن برای کسب علم، اجتهاد بوده است و این احتمال تقویت می‌شود که شرطیت علم ملازم با شرط بودن اجتهاد در نظر گرفته شده است. براین اساس، تحلیل رابطه اجتهاد و قضاوت و تفکیک این دو از حیث عملیات و نتیجه را می‌توان به عنوان مقدمه‌ای برای تردید در شرطیت اجتهاد نسبت به قضاوت در نظر گرفت؛ چه بسا آنچه در قضای اسلامی موضوعیت دارد، علم به احکام است که می‌تواند از طریق اجتهاد فراهم شود یا تقلید یا راه دیگر.

۲.۴. ارزیابی نقش فقه در فصل خصومت

می‌توان با نزدیک شدن به واقعیت قضاوت، سهم فقه را مورد بررسی قرار داد تا از این مسیر تصویر واقع‌بینانه‌تری از نقش اجتهاد در قضاوت به دست آورد. پیوند میان فقه و حقوق در نظام حقوقی ایران انکارناپذیر است، اما این گونه نیست که هرآنچه در قانون منعکس شده است، ریشه در فقه داشته باشد. از این منظر، دیدگاه‌هایی که حقوق را ظرفی می‌دانند که فقه مظلوف آن است؛ به گونه‌ای که محتوای حقوق اساسی، حقوق جزا، حقوق خصوصی و...، احکام فقهی را انعکاس می‌دهند (مطهری، ۱۳۸۹، ج ۳، ص. ۶۳)، با واقعیت فقه و حقوق سازگار نیست و باید آن را بیانی از روی تسامح دانست.

۱.۲.۴. عدم هم‌پوشانی قلمرو فقه و قانون

می‌توان میان فقه و حقوق در نظام حقوقی ایران، رابطه عموم و خصوص من وجه در نظر گرفت. بسیاری از ابواب فقهی مانند عبادات اساساً خارج از قلمرو حقوق قرار دارد. در برخی موضوعات، فقه و حقوق هم‌پوشانی دارند مانند قوانین مربوط به حدود، قصاص یا دیات یا تقسیم سهم‌الارث و احکام مربوط به خانواده. همچنین موضوعات متعددی در قوانین را می‌توان در نظر گرفت که سابقه‌ای در فقه ندارد. بخش زیادی از قوانین مربوط به تعزیرات، قوانین اداری، قوانین مربوط به تجارت الکترونیک، حقوق کار، حقوق تجارت، آیین دادرسی کیفری و آیین دادرسی مدنی و دیگر شاخه‌های حقوقی، خاستگاه فقهی ندارد.

البته اینکه بسیاری از قوانین ریشه در فقه و احکام شرعی ندارد به این معنا نیست که قوانین با

احکام شرعی مغایرت داشته باشد. بر همین اساس، اصل ۴ قانون اساسی را که در آن آمده است «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد...»، باید با توجه به اصل ۹۶ قانون اساسی مورد توجه قرار داد که طبق این اصل، ملاک برای تأیید قوانین در نسبت با شرع، «عدم مغایرت» مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام است و «انطباق» مصوبات مجلس شورای اسلامی بر شرع، لازم نیست.

تفکیک میان انطباق و عدم مغایرت، امکان قانون‌گذاری در گستره‌ای وسیع را فراهم آورده است که خاستگاه فقهی ندارد. این تفکیک، ریشه در دوگانه «تدبیر بشری» و «احکام شرعی» دارد. بخشی از قوانین بیان‌کننده حکم شرعی هستند و محتوای برخی از قوانین نیز تدابیر بشری شمرده می‌شود که در قالب قانون و حکم حکومتی صورت الزام می‌یابد. به اعتقاد شهید صدر، دخالت دولت تنها به تطبیق احکام ثابت شرعی - احکام اولیه و ثانویه - بر موارد معین خلاصه نمی‌شود، بلکه افزون‌براین، دولت می‌تواند برای تأمین مصالح اجتماعی با توجه به شرایط زمانی و مکانی در حوزه‌های خالی از شریعت به وضع قوانین بپردازد (صدر، ۱۴۱۱ق، ص. ۶۸۰). تنها قیدی که در این قانون‌گذاری وجود دارد، موافقت آن با اهداف عام اسلامی و اقتضائات زمان و مکان است (صدر، ۱۴۱۱ق، ص. ۳۷۸). قانون‌گذاری تنها شامل تشخیص احکام اولیه و ثانویه و تبدیل آن به قانون نیست، بلکه در راستای اداره جامعه و تأمین مصالح آن، قلمرو وسیع تنظیم روابط و تعیین اختیارات نهادها و تکالیف اجتماعی را دربرمی‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۰، صص. ۴۵۰-۴۵۱). این رویکرد با توجه به این واقعیت توضیح‌دانی است که اداره حکومت تنها بر پایه احکام فرعی شرعی ممکن نیست و حاکم جامعه اسلامی باید از طریق فرایندهای عقلانی با وضع قوانین مناسب، جامعه را در مسیر رفع مشکلات و تحقق اهداف راهبری کند (مقیمی حاجی، ۱۳۹۹، ص. ۹۳).

۲.۲.۴. عدم کفایت فقه در قضاوت

براین اساس، حتی اگر قاضی مجتهد باشد، دیدگاه‌های اجتهادی او برای فصل خصومت در همه موارد کافی نیست؛ زیرا در بسیاری موارد، روابط افراد بر اساس قوانین و مقرراتی تنظیم شده که جزو تدابیر بشری است و حکم شرعی شمرده نمی‌شود. قاضی مجتهد در استناد به این قوانین برای

رفع خصومت و صدور حکم نه به استنباط از ادله شرعی می‌پردازد و نه حکم شرعی را بر موضوع دعوا تطبیق می‌دهد. به عبارت دیگر، درباره بسیاری از دعاوی، برخورداری قاضی از اجتهاد دخالتی در قضاوت و فصل خصومت ندارد.

عدم فراگیری نیازمندی قضاوت به اجتهاد ناشی از این واقعیت است که هرچند پیوند میان فقه و حقوق در نظام حقوقی ایران انکارناپذیر است، فقه همه قلمرو قانون را در اختیار ندارد و تنها منبع قضاوت شمرده نمی‌شود. در بسیاری موارد موضوع قضاوت، روابط، حقوق و امتیازات و اختیارات و وظایفی است که اصالتاً در فقه تعریف نشده است. فقه و حقوق از جهت قلمرو، ضمانت اجرا و الزام‌آور بودن و هدف و منبع تفاوت دارند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵، صص. ۲۱۰-۲۲۰). می‌توان گفت اجتهاد در قلمرو فقه صورت می‌گیرد، اما قضاوت در بستر شناخت هنجارها و روابط حقوقی انجام می‌شود که فقه عهده‌دار بیان همه جزئیات آن نیست؛ هرچند طبق فرایند قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی، عدم مغایرت آن با احکام و موازین شرعی باید مورد تأیید قرار گیرد. نتیجه اینکه تفکیک میان تدابیر بشری و احکام شرعی یا تمایز قائل شدن میان احکام حکومتی و احکام شرعی نیز لزوم اجتهاد در قضاوت را با تردید مواجه می‌کند.

۳.۴. شرطیت اجتهاد و قاعده حفظ نظام

حفظ نظام و منع اختلال در آن، قاعده‌ای فقهی و در ابواب مختلف فقه مؤثر است. این موضوع در آثار فقیهان گذشته به عنوان قاعده فقهی مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است، اما در دوره اخیر، برخی آن را ذیل عنوان «وجوب حفظ نظام» یا «اختلال در نظام» مورد بررسی قرار داده‌اند (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، صص. ۹-۲۶).

نظام در آثار فقهی در سه معنا به کار رفته است؛ گاه نظام به معنای سامان داشتن امور معیشتی مردم و نظم زندگی است که طبق این معنا، اختلال در نظام به واسطه اموری رخ می‌دهد که نظم زندگی را بر هم می‌زند و در مراتب شدید آن، به هرج و مرج منجر می‌شود (باقی‌زاده و امیدی فرد، ۱۳۹۳، ص. ۱۷۱). گاه حفظ نظام به معنای حفظ کشور و قلمرو مسلمانان از تعرض دشمنان است که در کتاب‌های فقهی از آن به «حفظ بیضه اسلام» تعبیر می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۴، ص. ۱۷۵). نظام در کاربرد سوم، به معنای نظام سیاسی و حکومت اسلامی است. این معنا از نظام، تنها در آثار فقهی معاصر به چشم می‌خورد. قاعده فقهی حفظ نظام و منع اختلال در آن، ناظر به معنای

نخست نظام است.

بسیاری از احکام شرعی با ضرورت حفظ نظام و جلوگیری از اختلال نظام توضیح‌دادنی است. احکام جزایی اسلام، امور حسبيه و برخی قواعد فقهی مانند قاعده ید از این جمله است. در برخی فروع فقهی نیز در وجوب فراگیری علوم مورد نیاز جامعه (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۱۱) یا تشکیل حکومت اسلامی (موسوی خمینی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص. ۶۱۸) به حفظ نظام به معنای یادشده، استناد شده است. به‌طورکلی، هر آنچه عامل اختلال نظام باشد، ممنوع و هر آنچه حفظ نظام منوط به آن باشد، واجب شمرده می‌شود (خویی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۵۵۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۵، ص. ۲۹۶).

۱.۳.۴. قضا و نظم عمومی

افزون‌بر اینکه اصل نهاد قضا و فصل خصومت با موضوع حفظ نظم در جامعه مرتبط است، در موارد مختلف ضمن احکام قضا نیز به حفظ نظام استناد شده است. لزوم نصب قاضی توسط فقیه جامع شرایط بر مبنای جلوگیری از هرج‌ومرج توضیح داده می‌شود. تا آنجا که اگر امکان نصب از سوی فقیه نباشد، مسلمانان باید خود، کسانی را که بیش از دیگران به موازن قضا و آیین دادرسی آگاه هستند، به قضاوت برگزینند؛ هرچند آگاهی آن‌ها مبتنی بر تقلید باشد (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص. ۱۰۳ و ۱۰۴). شبیه به همین استدلال در کلام دیگر فقها آمده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۴۸). امام خمینی هم در این موضوع به جلوگیری از هرج‌ومرج اشاره داشته است (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۴، ص. ۳۳۶).

می‌توان شرط بودن اجتهاد برای قاضی را در پرتو حفظ نظام مورد بررسی قرار داد. شرط بودن اجتهاد برای قضاوت به این معناست که قاضی مجتهد بر اساس اجتهاد خود به قضاوت بپردازد. غیر از ضروریات اسلام و ضروریات مذهب امامیه، بخش عمده‌ای از احکام مندرج در فقه، مورد اختلاف میان فقیهان است. عدم حاکمیت قانون واحد به‌عنوان مبنای قضاوت به این معناست که امکان صدور آرای متفاوت در امور مشابه وجود داشته باشد. این موضوع ضمن اینکه نظم قضایی و وحدت رویه را مخدوش می‌سازد، تصویری غیرمنضبط از دستگاه قضایی ارائه می‌دهد و جلب اعتماد و اقبال جامعه را غیرممکن می‌سازد. با فقدان قانون واحد، اصل فصل خصومت با چالش مواجه می‌شود؛ زیرا در این صورت استناد هریک از طرفین دعوا به نظری فقهی و متفاوت، منتفی

نیست. همین مشکل در اختلاف نظر میان دادگاه بدوی و تجدیدنظر نیز امکان بروز دارد. نظم قضایی را باید در پیوند با عدالت قضایی در نظر گرفت. صدور آرای متفاوت در موارد همسان با عدالت قضایی سازگار نیست (رفیعی، ۱۳۹۸، ص. ۱۰۸). همچنین، پیش‌بینی‌پذیری یکی دیگر از ابعاد نظم قضایی و لازمه آن، حکومت قانون است (Tamanaha, 2004, p. 81). ضابطه‌مند بودن قضاوت برای تحقق نظم و عدالت و پیش‌بینی‌پذیری قضایی کافی نیست، بلکه وحدت ضابطه نیز لازم است. آرای متفاوت قضات مجتهد هرچند حاصل فرایند اجتهاد باشد، در مقام قضاوت و صدور رأی مانند ضوابط ناهمگون است. براین اساس دخیل دانستن اجتهاد قاضی در فرایند قضاوت، عامل اختلال در نظم قضایی شمرده می‌شود.

۲.۳.۴. فقه و نظام حقوق مدون

اختصاص برخی امور مانند اجرای حدود و تعزیرات به حکومت در زمان بسط ید و امکان اقامه مجازات‌های اسلامی، مجالی برای عمل و صدور رأی طبق نظر اجتهادی و شخصی قضات مجتهد باقی نمی‌گذارد (جوادی آملی، ۱۳۶۸، ص. ۱۰۳).

این نکته شایان توجه است که پس از پیروزی انقلاب اسلامی، تدوین تعزیرات در قالب قانون توسط شورای نگهبان مورد اشکال واقع شد، اما در مقابل، در دفاع از تعیین تعزیرات توسط قانون به موضوع وحدت رویه استناد شد. کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی دیدگاه شورای نگهبان را مستلزم آن دانست که «عدم وحدت رویه قضایی و تفاوت فاحش در احکام صادره به وجود خواهد آمد و هر دادگاه برای یک جرم، نوعی مجازات معین خواهد کرد که سیستم قضایی را دگرگون خواهد ساخت» (مهرپور، ۱۳۶۴، ص. ۴۰).

این مسئله در پاسخ آیت‌الله منتظری که از سوی امام خمینی برای رفع اختلاف بین شورای نگهبان و شورای عالی قضایی تعیین شده بود، در دفاع از تعیین قانونی تعزیرات به حفظ نظام و پرهیز از ناهماهنگی و اختلال در نظام استناد شده بود «باسمه تعالی؛ پس از سلام، هرچند تعیین مقدار تعزیر و مراتب آن شرعاً به نظر حاکم محول شده است، ولی آقایان محترم توجه دارید که اکثر حکام فعلی واجد شرایط قضا و حکم نیستند و به‌علاوه، بی‌تجربه و ناهماهنگ می‌باشند و از طرفی، تعطیل امور قضایی و تعزیرات موجب تضییع حقوق و هرج‌ومرج و بلکه اختلال نظام می‌شود. بنابراین، لازم است بهترین و کم‌ضررترین راه انتخاب شود؛ بدین طریق که کمیسیون

قضایی مجلس شورا، قوانین و مقرراتی را متناسب با جرم‌ها با رعایت شرایط و امکانات خاکی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر تنظیم نمایند و به تصویب مجلس شورا برسانند و حضرات آقایان محترم اعضای شورای نگهبان، صحت و عدم مخالفت آن‌ها را با موازین شرعیه و قانون اساسی از هر جهت غیر از جهت محول بودن به نظر حاکم، بررسی و تأیید نمایند و در نتیجه، به مقدار زیاد احکام صادره هماهنگ و جلوی بسیاری از اشتباهات گرفته می‌شود. در حقیقت، آقایان حاکم و قضات محاکم، مجری می‌باشند. والسلام علیکم و شکرالله سعیکم ۱۳۶۵/۷/۷، حسینعلی منتظری» (مهرپور، ۱۳۶۴، ص. ۴۸).

ممکن است این اشکال مطرح شود که حفظ نظم منوط به قضاوت بر مبنای قانون نیست و می‌توان از نظام حقوقی کامن‌لا یاد کرد که در سیستم قضایی مبتنی بر آن، عرف و رویه قضایی مبنای قضاوت و صدور رأی قرار می‌گیرد. در پاسخ باید گفت آنچه مهم است، وحدت رویه قضایی و نظم حقوقی است که گاه با قانون محقق می‌شود و گاه از طریق رویه قضایی فراهم می‌شود، اما با در نظر گرفتن شرط اجتهاد برای قضاوت و جواز یا لزوم قضاوت بر مبنای اجتهاد، اصل وحدت رویه قضایی مخدوش می‌شود. باین حال، باید در نظر گرفت که حتی در کشورهای با نظام حقوقی کامن‌لا، سهم قانون در بین منابع حقوق به تدریج افزایش یافته است. تا آنجا که حقوق انگلیس را باید نظام مخلوط «قانونی - رویه‌ای» شمرد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵، ص. ۲۰۰). حاکمیت قانون در موضوع شرکت‌ها یا در اداره اموال زوجین مثالی از حضور قانون در نظام حقوقی انگلستان است.

به نظر می‌رسد وحدت رویه در نظام حقوق مدون بیشتر تحقق‌یافتنی است؛ زیرا قانون پراکندگی را از بین می‌برد و مدیریت کشور را ذیل یک نظام قرار می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص. ۵۰). آنچه در تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی آمده است، مبنی بر ارجاع پرونده به شعبه دیگر در صورتی که قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، حاکی از توجه قانون‌گذار به لزوم پرهیز از تشتت آرای قضایی است.

۳.۳.۴. تناسب شرطیت اجتهاد با فقه فردی

در نظر گرفتن اجتهاد به عنوان شرط قضاوت و نیز لزوم قضاوت قاضی مقلد طبق فتاوی مرجع

تقلید خود^۱، مثالی از رویکرد فقه فردی است. در فقه فردی، فقیه به دنبال روشن کردن وظایف «فرد» مسلمان است و تکالیف افراد را در ضمن گستره وسیع نظم و ارتباطات اجتماعی مورد بررسی قرار نمی‌دهد. در مقابل، در رویکرد فقه حکومتی، افراد غیر از هویت فردی که موضوع برخی احکام است، تشکیل‌دهنده هویتی جمعی به نام جامعه نیز هستند و فقیه باید با در نظر داشتن حیات و هویت اجتماعی به استنباط حکم بپردازد (مهریزی، ۱۳۷۸، ص. ۴۵). می‌توان شرط دانستن اجتهاد برای قاضی را در شرایط کنونی به رویکرد فقه فردی منتسب کرد که در آن وحدت رویه و نظم قضایی در فرایند استنباط مورد توجه قرار نمی‌گیرد؛ البته در دفاع از نظر مشهور فقها در شرط بودن اجتهاد برای قضاوت، می‌توان به بسیط بودن جامعه در گذشته و درهم‌تنیدگی مقدمات و اجزای فرایند قضاوت اشاره کرد. در گذشته، ارتباطات مانند امروز گسترده نبود و اختلاف احکام در نتیجه اختلاف در اجتهاد نمود نداشت. همچنین، در گذشته بین استنباط حکم و قضاوت، مرحله قانون‌گذاری وجود نداشت و طبیعی بود که منحصر دانستن قضاوت به مجتهد با احتیاط و نظم حقوقی تناسب بیشتری داشت.

امام خمینی از جمله فقیهانی است که بعد از تشکیل نظام جمهوری اسلامی به لوازم آن از جمله وحدت رویه در نظام قضایی توجه و بر تفکیک دیدگاه صاحب‌نظران و قانون به عنوان یک راه‌حل تأکید کرده است «آنچه مورد عمل باید قرار گیرد و به عنوان ضابطه در جمهوری اسلامی درآید، قوانینی است که از مجلس می‌گذرد و مورد تأیید و تصویب شورای نگهبان قرار گرفته است. باید مرز بین صاحب‌نظران و قوانین لازم‌الاجرا در جامعه مشخص شود» (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۷، ص. ۲۱۵). وحدت رویه در قضاوت نیز در همین راستا توضیح‌دانی است.

۱. تقدم قضاوت بر مبنای فتوای مرجع تقلید در آرای برخی از فقهای معاصر تصریح شده است از جمله طبق نظر آیت‌الله سبحانی، «قاضی مقلد باید مطابق فتوای فقیه اعلم - یعنی مجتهدی که مقلد او را اعلم می‌شمارد - حکم کند» (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۰۳). همچنین، از نظر آیت‌الله بهجت در تعارض قوانین تصویب‌شده در مجلس و شورای نگهبان با فتوای مرجع تقلید، وظیفه قاضی مقلد، رجوع به فتوای مرجع تقلید خود اوست (بهجت، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۳۶) و آیت‌الله مکارم شیرازی با در نظر گرفتن فرض ایجاد عسر و حرج، صدور حکم طبق قوانین را تنها در مسائل عمومی مجاز شمرده است و در مسائل خصوصی تنها باید طبق فتوای مرجع تقلید حکم کند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۲۲).

همچنین، جواز قضاوت مقلد بر اساس اضطرار برای مدتی نامعلوم و طولانی نیز یکی دیگر از جلوه‌های فقه فردی است. کارآمدی و پاسخ‌گویی به نیازها از ویژگی‌ها و بایسته‌های فقه است. نمی‌توان کارآمدی را با استفاده طولانی یا دائمی از احکام ثانوی مانند اضطرار تضمین کرد. حکم ثانوی و اضطراری حالت استثنایی دارد و برای همین، در صورت نیاز طولانی مدت یا دائمی به آن، چه‌بسا باید در استثنایی یا اضطراری بودن آن تردید کرد یا حکم اولیه ادعایی را مورد بازبینی قرار داد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵، ص. ۲۵۰).

۴.۳.۴. قضاوت بر مبنای قانون و استقلال قاضی مجتهد

چه‌بسا در مقابل تلاش برای ایجاد نظم و وحدت رویه قضایی، دو اشکال در زمینه استقلال قضایی و حفظ پویایی نظام قضایی مطرح شود؛ با این توضیح که لازمه استقلال قضایی، آزادی قاضی در صدور رأی است که شامل آزادی در شناخت موضوعات دعوا و تطبیق حکم بر آن است (محسنی و غمامی، ۱۳۹۴، ص. ۳۰۷). منع قاضی مجتهد از قضاوت بر اساس اجتهاد را می‌توان به ایجاد محدودیت در استقلال قاضی تفسیر کرد. همچنین، ممکن است ایجاد محدودیت برای قاضی مجتهد در صدور رأی، با پویایی نظام قضایی ناسازگار تلقی شود. اصرار بر ثبات و قطعیت حقوقی، مانع سازگاری حقوق با اوضاع و احوال متغیر فنی، اقتصادی و اجتماعی است (Bankowski, et al, 1997, p.491).

در پاسخ می‌توان گفت تعیین ضوابط قانونی به معنای نادیده گرفتن استقلال قضایی نیست. در واقع، استقلال قضایی را باید در محدوده ضوابط قانونی جست‌وجو کرد. اصل ۱۱۶۶ قانون اساسی با الزام قضات به صدور رأی مستند به قانون، قلمرو استقلال قضایی را مشخص می‌کند. همچنین، پویایی قضایی را نیز باید در ضمن حفظ نظم حقوقی مورد توجه قرار داد. در غیر این صورت پویایی قضایی جای خود را به واگرایی و تشتت قضایی خواهد داد. افزون‌براین، برخی از سطوح پویایی قضایی را باید از طریق قانون‌گذاری محقق کرد.

نتیجه‌گیری

در مقاله حاضر بعد از مرور ادله طرفین با رویکردی متفاوت و مبتنی بر موضوع‌شناسی قضاوت و

۱. «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است».

با تأکید بر عنصر قانون‌گذاری و نگاه فرایندمحور به مقوله قضاوت، وابستگی قضاوت به اجتهاد مورد بررسی قرار گرفت. به نظر می‌رسد قانون‌گذاری اسلامی، موضوع قضاوت را دچار تحول کرده است که نادیده گرفتن آن، تحلیل مسئله شرطیت اجتهاد را با اشکال روش‌شناختی مواجه می‌کند.

با مفهوم‌شناسی اجتهاد و قضاوت این نتیجه به دست می‌آید که اجتهاد و قضاوت تفاوت ماهوی دارند. اجتهاد معطوف به استنباط حکم و قضاوت تطبیق حکم بر موضوع خارجی است. می‌توان گفت اجتهاد مقدمه قضاوت است؛ مقدمه‌ای که با علم به حکم از طریق قانون نیز فراهم می‌شود. کاربرد اجتهاد، استنباط احکام شرعی است درحالی‌که در روابطی که بر اساس تدابیر بشری تنظیم می‌شود، قضاوت و حل‌وفصل اختلافات منوط به آگاهی از قوانینی است که بر اساس تدابیر بشری تدوین شده است. همچنین، اهتمام به حفظ نظم حقوقی در شرایط کنونی با امکان قضاوت بر اساس اجتهاد سازگار نیست. قضاوت بر مبنای اجتهاد، وحدت رویه قضایی و مواجهه همسان با دعاوی مشابه را از بین می‌برد. در این صورت صدور آرای متفاوت در پرونده‌های مشابه، عادلانه ارزیابی نخواهد شد. اگر به قضاوت به‌عنوان فرایند نگاه کنیم، اجتهاد نقش استنباط حکم را بر عهده دارد و جزو قضاوت شمرده نمی‌شود. در نتیجه، شرطیت آن برای قضاوت قابل دفاع به نظر نمی‌رسد و اصرار بر قضاوت بر مبنای اجتهاد، پیامدهایی به دنبال دارد که در شرایط حاضر نظم و عدالت قضایی را مخدوش می‌کند.

این نکته را نیز باید در نظر گرفت که طبق مبنای قائلان به عدم شرطیت اجتهاد، همان ادله‌ای که علم به حکم را کافی می‌شمارد و بر جواز قضاوت توسط مقلد دلالت دارد، جواز قضاوت بر اساس قانونی را که طبق موازین شرعی به تصویب رسیده است، اثبات می‌کند.

منابع

۱. قرآن کریم.
۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۳. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر (۱۴۲۵ق). کتاب القضا (جلد ۱). کنگره علامه آشتیانی، قم: انتشارات زهیر.
۴. آملی طهرانی، محمد تقی (بی تا). منتهی الوصول الی غوامض کفایة الاصول. بی جا، شرکت سهامی چاپخانه فردوسی.
۵. ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. ابن براج، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). المذهب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی (۱۴۱۴ق). لسان العرب (جلد ۳). بیروت: دار صادر.
۸. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن اصفهانی (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام (جلد ۱۰) چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دارالعلم، دمشق: الدار الشامیه.
۱۰. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۹ق). الاجاره. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. انصاری، مرتضی (۱۴۱۶ق). فرائد الاصول. جلد ۲، قم: کنگره جهانی شیخ اعظم انصاری.
۱۲. باقی زاده، محمد جواد و امیدی فرد، عبدالله (۱۳۹۳). ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه. شیعه شناسی، ۴۷، ۱۷۰-۲۰۰.
۱۳. بهجت، محمد تقی (۱۴۲۸ق). استفتائات (جلد ۱). قم: دفتر آیت الله بهجت.
۱۴. بهرامی خوشکار، محمد (۱۳۹۱). قضاوت غیر مجتهد در فقه امامیه با رویکردی به نظر امام خمینی (ره). راهبرد، شماره ۶۵، ۶۹-۹۲.
۱۵. بهرامی خوشکار، محمد و قاسم زاده، عاتکه (۱۳۹۰). قضاوت غیر مجتهد در فقه امامیه. فقه اهل بیت، شماره های ۶۶ و ۶۷، ۱۶۹-۲۰۴.
۱۶. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۶۸). ولایت فقیه؛ رهبری در اسلام. تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء.
۱۷. حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۵). بایسته های تقنین با نگاهی به قانون مجازات اسلامی. چاپ ۳، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۸. حائری یزدی، محمد حسن (۱۳۸۰). قضاوت مقلد و مجتهد متجزی. مطالعات اسلامی، شماره های ۵۱ و ۵۲، ۵۱-۸۶.

۱۹. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة الى تحصيل مسائل الشريعة (جلد ۲۷). قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
۲۰. حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۱۵ق) القضاء فی الفقه الاسلامی. چاپ ۱، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۲۱. حلبی، ابن زهره (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۲۲. حلبی، ابوصلاح (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه. کتابخانه عمومی امام اصفهان (امیر المؤمنین علیه السلام).
۲۳. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام (جلد ۵). چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۲۵. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۴). چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۶. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
۲۷. خرمشاهی، بهاء الدین و فانی، کامران (۱۳۹۲). دائرة المعارف تشیع (جلد ۱). تهران: حکمت.
۲۸. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (جلد ۶). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۹. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۶ق). صراط النجاة المحشی للخوئی (جلد ۱). قم: مکتب نشر المنتخب.
۳۰. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). التنقیح فی شرح العروة الوثقی. قم: لطفی.
۳۱. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (جلد ۱). قم: مؤسسه احیای آثار الامام الخوئی.
۳۲. رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۱ق)، کتاب القضاء (جلد ۱). قم: دار القرآن الکریم.
۳۳. رضوان طلب، محمدرضا، جهان دوست دالتجان، مسعود (۱۳۹۸). انطباق احکام قضاوت مقلد بر فتوا یا قانون. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۱، ۸۵-۱۱۴.
۳۴. رفیعی، محمدرضا (۱۳۹۸). ایجاد وحدت رویه قضایی؛ بررسی مسائل بنیادین. قضاوت، شماره ۹۸، ۱۰۱-۱۲۴.
۳۵. سبحانی، جعفر (۱۳۸۸ق). تهذیب الاصول؛ تقریر الایبحاث الامام الخمینی (جلد ۳). چاپ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۳۶. سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق). نظام القضاء الشهادة فی الشريعة الاسلامیة الغراء (جلد ۱). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۳۷. سزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳ق). کفایة الاحکام (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۳۸. سار، حمزة بن عبدالعزيز ديلمى (۱۴۰۴ق). المراسم العلوية والاحكام النبوية فى الفقه الامامى. چاپ ۱، قم: منشورات الحرمين.
۳۹. سيفى مازندارنى، على اكبر (۱۴۲۵ق). مبانى الفقه الفعلى فى القواعد الفقيه الاسلاميه (جلدهاى ۱ و ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلاميه.
۴۰. صافى گلبايجانى، لطف الله (۱۴۱۲ق). الاحكام الشرعية ثابتة لا تتغير. قم: دار القرآن الكريم.
۴۱. صدر، سيد محمد باقر (۱۴۱۱ق). اقتصادنا. بيروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۴۲. صدوق، محمد بن على بن بابويه قمى (۱۴۱۵ق). المقنع. چاپ ۱، قم: مؤسسه امام هادى (عليه السلام).
۴۳. طباطبائى حائرى، سيد على بن محمد (۱۴۱۸ق). رياض المسائل (جلد ۱۵). قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
۴۴. طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فى فقه الاماميه (جلد ۸). تهران: المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية.
۴۵. طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهاية. چاپ ۲، بيروت: دار الكتاب العربى.
۴۶. طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق. الف). تهذيب الاحكام (جلد ۶). چاپ ۴، تهران: دار الكتب الاسلامى.
۴۷. طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق. ب). الخلاف (جلد ۶). قم: دفتر انتشارات اسلامى.
۴۸. عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على (۱۴۱۳ق). مسالك الافهام (جلد ۱۳). چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
۴۹. عاملى، سيد جواد بن محمد (بى تا). مفتاح الكرامه (جلد ۱۰). چاپ ۱، بيروت: دار احياء التراث العربى.
۵۰. عاملى، محمد بن مكى (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعية فى فقه الاماميه (جلد ۲). چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
۵۱. عسگرى، عليرضا و عامرى، مصطفى (۱۳۹۴). ادله اجتهاد قاضى و نقد آن ها. پژوهش هاى فقه و حقوق اسلامى، شماره ۶۱، ۳۹-۸۰.
۵۲. قمى، ابوالقاسم (۱۴۳۰ق). القوانين المحكمه (جلد ۴). قم: احياء الكتب الاسلاميه.
۵۳. كاتوزيان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق (جلدهاى ۱ و ۲). چاپ ۱، تهران: شركت سهامى انتشار.
۵۴. كاشانى، محمد محسن فيض (بى تا). مفاتيح الشرائع (جلد ۳). چاپ ۱، قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى.
۵۵. گلبايجانى، سيد محمد رضا (۱۴۱۳ق). كتاب القضا (جلد ۱). قم: دار القرآن الكريم.
۵۶. مجاهد، سيد محمد (بى تا). المناهل. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).

۵۷. محسنی، حسن و غمامی، مجید (۱۳۹۴). رابطه میان استقلال قضاوت و استقلال وکالت. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲، ۳۰۱-۳۱۸.
۵۸. محمدی گیلانی، محمد (۱۳۷۸). قضا و قضاوت در اسلام. تهران: سایه.
۵۹. مرتضوی، سیدضیا (۱۴۰۰). به کارگیری قضات غیرجامع شرایط و دامنه اختیارات آنان. فقه، شماره ۶۷، ۹۱-۱۰۵.
۶۰. مطهری، مرتضی (۱۳۸۹). کلیات علوم اسلامی (جلد ۳). تهران: صدرا.
۶۱. مفید، محمدبن محمدنعمان (۱۴۱۳ق). المقننه. چاپ ۱، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۶۲. مقیمی حاجی، ابوالقاسم (۱۳۹۹). اختیارات ولی فقیه در اجرای احکام و حوزه وضع قوانین. گفتمان فقه حکومتی، شماره ۷، ۷۱-۹۹.
۶۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). استفتائات جدید (جلدهای ۱ و ۳). چاپ ۲، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۶۴. موحدی محب، مهدی (۱۳۸۸). اجتهاد قاضی در نظام قضایی ایران. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱، شماره ۱.
۶۵. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۴۲۳ق). فقه القضا (جلد ۱). چاپ ۲، قم: مؤسسه النشرالجامعه المفید.
۶۶. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۸۹)، صحیفه امام خمینی^(ره) (جلدهای ۱۴، ۱۵، ۱۷ و ۲۰). چاپ ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۶۷. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۲ق). استفتائات. چاپ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۸. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۶ق). الاجتهاد والتقلید. چاپ ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۶۹. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۳۰ق). کتاب البیع (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۷۰. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۳۴ق). تحریر الوسیله (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۷۱. مهربور، حسین (۱۳۶۴). سرگذشت تعزیرات. کانون وکلا، شماره‌های ۱۴۸ و ۱۴۹.
۷۲. مهریزی، مهدی (۱۳۷۸). فقه پژوهی. چاپ ۱، تهران: نشر ایران نگین.
۷۳. مؤمن قمی، محمد (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسیله، القضاء والشهادات. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).

۷۴. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلدهای ۱۴ و ۴۰). چاپ ۷، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۷۵. نراقی، ملا احمد (۱۴۱۵ق)، مستندالشیعه فی احکام الشریعه (جلد ۱۷). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).

76. BankowskiZenon et al (1997). "Rational for Precedent" in Interpreting Precedent: A comparative Study, etited by MacCormic n, and et, al, Ashgate.
77. Tamanaha,Brianz (2004). on the Rule of Law: History,Politics,Theory, Cambridge University Press.

References:

1. The Holy Quran.
2. The Constitution of the Islamic Republic of Iran.
3. Aameli (Second Martyr), Zain al-Din ibn Ali (1413 AH). Masalik al-Afham (Volume 13). Qom: Institute of Islamic Knowledge.
4. Aameli, Mohammad ibn Maki (1417 AH). Al-Durus al-Shar'iyyah fi Fiqh al-Imamiyyah (Volume 2). Qom: Islamic Publications Office.
5. Aameli, Seyyed Jawad ibn Mohammad (n.d.). Mafatih al-Karamah (Volume 10). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
6. Amoli Tehrani, Mohammad Taghi (n.d.). Montehi al-Wusul ila Ghawamiz Kifayat al-Usul. Bija: Firdousi Printing House.
7. Ansari, Morteza (1416 AH). Fara'id al-Usul (Volume 2). Qom: World Congress of Sheikh Azam Ansari.
8. Asgari, Alireza, and Ameri, Mostafa (1394 SH). Adillah Ijtihad Qazi va Naqd Anha. Studies in Islamic Jurisprudence and Law, No. 61, 39-80.
9. Ashtiani, Mirza Mohammad Hasan ibn Jafar (1425 AH). Kitab al-Qaza (Volume 1). Qom: Zahir Publications, Congress of Allameh Ashtiani.
10. Bahrami Khoshkar, Mohammad (1391 SH). Non-mujtahid Judgment in Imamieh Jurisprudence with a View to the Opinion of Imam Khomeini (ra). Rahbord, No. 65, 69-92.
11. Bahrami Khoshkar, Mohammad, and Qasemzadeh, Atka (1390 SH). Non-mujtahid Judgment in Imamieh Jurisprudence. Fiqh Ahl al-Bayt, Nos. 66 and 67, 169-204.
12. BankowskiZenon et al (1997). "Rational for Precedent" in Interpreting Precedent: A comparative Study, etited by MacCormic n, and et, al, Ashgate.
13. Baqizadeh, Mohammad Javad, and Omidifar, Abdullah (1393 SH). The Necessity of Preserving the System and Preventing Disturbances in it in Imamieh Jurisprudence. Shia Studies, 47, 170-200.
14. Behjat, Mohammad Taghi (1428 AH). Estifta'at (Volume 1). Qom: Ayatollah Behjat Publications Office.
15. Golpaygani, Seyyed Mohammad Reza (1413 AH). Kitab al-Qada (Volume 1). Qom: Dar al-Quran al-Karim.
16. Haeri Yazdi, Mohammad Hasan (1380 SH). Judgment of the Muqallid and Specialized Jurist. Islamic Studies, Nos. 51 and 52, 51-86.
17. Haji Deh Abadi, Ahmad (1395 SH). Legal Requirements with a View to Islamic Penal Code. 3rd edition, Tehran: Islamic Culture and Thought Research Institute Publications Organization.
18. Halabi, Abu Salih (1403 AH). Al-Kafi fi al-Fiqh. Imam Ali Public Library, Isfahan (peace be upon him).
19. Halabi, Ibn Zahra (1417 AH). Ghaniyat al-Nazoo'. Qom: Imam Sadiq Institute (peace be upon him).
20. Har Ameli, Mohammad ibn Hasan (1409 AH). Wasa'il al-Shi'ah ila Tahqiq Masa'il al-Shari'ah (Volume 27). Qom: Al-Bayt Institute (peace be upon them).
21. Helli, Hasan ibn Yusuf ibn Muthahar (1413 AH). Qawaid al-Ahkam (Volume 3). Qom: Islamic Publications Office.
22. Helli, Hasan ibn Yusuf ibn Muthahar (1420 AH). Tahreer al-Ahkam (Volume 5). 1st edition, Qom: Imam Sadiq Institute (peace be upon him).
23. Helli, Najm al-Din Jafar ibn Hasan (1408 AH). Sharayi' al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram (Volume 4). 2nd edition, Qom: Ismaili Institute.

24. Hosseini Haeri, Seyyed Kazem (1415 AH). Al-Qada' fi al-Fiqh al-Islami. 1st edition, Qom: Islamic Thought Assembly.
25. Ibn Baraj, Qazi Abdul Aziz (1406 AH). Al-Muhazzab. Qom: Islamic Publications Office.
26. Ibn Idris, Mohammad ibn Mansur ibn Ahmad (1410 AH). Al-Sarair al-Hawi li Tahrir al-Fatawi (Volume 2). Qom: Islamic Publications Office.
27. Ibn Manzoor, Mohammad ibn Makram ibn Ali (1414 AH). Lisan al-Arab (Volume 3). Beirut: Dar Sader.
28. Isfahani (Fazl Hindi), Mohammad ibn Hasan Isfahani (1416 AH). Kashf al-Litham wal-Ibham an Qawaid al-Ahkam (Volume 10), 1st edition. Qom: Islamic Publications Office.
29. Isfahani, Hussein ibn Mohammad (1412 AH). Mafatih al-Fazah al-Quran. Beirut: Dar al-Ilm, Damascus: Dar al-Shamieh.
30. Isfahani, Mohammad Hussein (1409 AH). Al-Ijarah. 2nd edition, Qom: Islamic Publications Office.
31. Javadi Amoli, Abdullah (1368 SH). Guardianship of the Jurist; Leadership in Islam. Tehran: Raja Cultural Publishing Center.
32. Kashani, Mohammad Hasan Faiyaz (n.d.). Mafatih al-Shara'i (Volume 3). Qom: Entesharat Ketabkhane Ayatollah Marashi Najafi.
33. Katouzian, Naser (1377 SH). Philosophy of Law (Volumes 1 and 2). Tehran: Sherkat Sahami Enteshar.
34. Khansari, Seyyed Ahmad (1405 AH). Jame al-Madarek fi Sharh Mukhtasar al-Nafic (Volume 6). Qom: Ismailiyan Institute.
35. Khoei, Seyyed Abul Qasim (1416 AH). Sirat al-Najat al-Mahshi li-Khoei (Volume 1). Qom: Maktab Nashr al-Muntakhab.
36. Khoei, Seyyed Abul Qasim (1418 AH). Al-Tanqih fi Sharh al-Urwat al-Wuthqa. Qom: Lutfi.
37. Khoei, Seyyed Abul Qasim (1422 AH). Foundations of Takmilat al-Menhaj (Volume 1). Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam Khoei.
38. Khorasani, Mohammad Kazem (1409 AH). Kifayat al-Usul. Qom: Al-Bayt Institute (peace be upon them).
39. Khormashi, Bahauddin, and Fani, Kamran (1392 SH). Encyclopedia of Shiism (Volume 1). Tehran: Hekmat.
40. Makarem Shirazi, Naser (1427 AH). New Fatwas (Volumes 1 and 3). Print 2, Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School.
41. Mehrpour, Hossein (1364 SH). The History of Penalties. Bar Association, Numbers 148 and 149.
42. Mehryazi, Mehdi (1378 SH). Jurisprudential Studies. Print 1, Tehran: Nashr-e Iran Neghin.
43. Moghimi Haji, Abul Qasim (1399 SH). The Authorities of the Supreme Leader in Implementing Laws and the Scope of Legislation. Governance Jurisprudence Journal, No. 7, 71-99.
44. Mohaddesi Gilani, Mohammad (1378 SH). Qaza va Qazavat dar Islam. Tehran: Sayeh.
45. Mohseni, Hassan, and Ghamami, Majid (1394 SH). The Relationship between Judicial Independence and Advocacy Independence. Journal of Private Law Studies, No. 2, 301-318.
46. Mohtadi Mohabb, Mehdi (1388 SH). Judicial Ijtihad in the Iranian Judicial System. Studies in Islamic Jurisprudence and Law, Volume 1, Number 1.

47. Mojahed, Seyyed Mohammad (n.d.). Al-Manaahil. Qom: Al-Bayt Institute (peace be upon them).
48. Mo'men Qomi, Mohammad (1422 AH). Foundations of the Compilation of Al-Wasilah, Al-Qada' wal-Shahadat. Tehran: Institute for Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (peace be upon him).
49. Mortazavi, Seyyed Zia (1400 SH). Baha Kariy-e Qazat. Fegh, No. 67, 91-105.
50. Motahhari, Morteza (1389 SH). Kulliyat-e Ulum-e Islami (Volume 3). Tehran: Sadra.
51. Mufid, Muhammad ibn Muhammad Na'man (1413 AH). Al-Muqni'ah. Print 1, Qom: World Congress of the Millennium of Sheikh Mufid.
52. Musavi Ardabili, Seyyed Abdolkarim (1423 AH). Fiqh al-Qaza (Volume 1). Print 2, Qom: Institute for the Publication of the Beneficial Society.
53. Musavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (1389 SH). Sahifeh Imam Khomeini (Volumes 14, 15, 17, and 20). Print 5, Tehran: Institute for Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (peace be upon him).
54. Musavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (1422 AH). Fatwas. Print 5, Qom: Islamic Publications Office.
55. Musavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (1426 AH). Al-Ijtihad wal-Taqlid. Print 2, Tehran: Institute for Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (peace be upon him).
56. Musavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (1430 AH). Kitab al-Buyu' (Volume 2). Tehran: Institute for Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (peace be upon him).
57. Musavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (1434 AH). Tahreer al-Wasilah (Volume 2). Tehran: Institute for Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (peace be upon him).
58. Najafi, Mohammad Hasan (1404 AH). Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharae al-Islam (Volumes 14 and 40). Print 7, Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
59. Naraqi, Mulla Ahmad (1415 AH). Mustanad al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'ah (Volume 17). Qom: Al-Bayt Institute (peace be upon them).
60. Qumi, Abul Qasim (1430 AH). Al-Qawanin al-Muhkamah (Volume 4). Qom: Ihya Al-Kutub Al-Islamiyyah.
61. Rafii, Mohammad Reza (1398 SH). Establishment of Judicial Uniformity; A Study of Fundamental Issues. Qazavat, No. 98, 101-124.
62. Rashti, Mabruza Habibullah (1401 AH). Kitab al-Qaza (Volume 1). Qom: Dar al-Quran al-Karim.
63. Rezvan-Talab, Mohammad Reza, Jahandoost Dalangani, Masoud (1398 SH). Compliance of the Rulings of Muqallid Judges with Fatwas or Law. Studies in Islamic Jurisprudence and Law, No. 21, 85-114.
64. Sabzavari, Mohammad Baqir ibn Muhammad Mo'men (1423 AH). Kifayat al-Ahkam (Volume 2). 1st edition, Qom: Islamic Publications Office.
65. Sadr, Seyyed Mohammad Baqir (1411 AH). Iqtisaduna. Beirut: Dar al-Ta'aruf lil-Matbuat.
66. Saduq, Mohammad ibn Ali ibn Babawayh Qummi (1415 AH). Al-Muqni'a. Qom: Imam Hadi Institute (peace be upon him).
67. Safi Golpaygani, Lutfullah (1412 AH). Al-Ahkam al-Shar'iyyah Thabitah La Tatagayar. Qom: Dar al-Quran al-Karim.
68. Saifi Mazandarani, Ali Akbar (1425 AH). Foundations of Effective Fiqh in Islamic Legal Principles (Volumes 1 and 2). Qom: Islamic Publication Institute.

69. Salar, Hamza ibn Abdul Aziz Dailami (1404 AH). Al-Marasim al-Alawiyyah wa al-Ahkam al-Nabawiyyah fi al-Fiqh al-Imami. 1st edition, Qom: Publications of Al-Haramain.
70. Sobhani, Jafar (1388 SH). Tahzib al-Usul; Tafsir al-Abhath al-Imam Khomeini (Volume 3). 1st edition, Tehran: Institute for the Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (ra).
71. Sobhani, Jafar (1418 AH). Nizam al-Qada al-Shahadah fi al-Shariah al-Islamiyah al-Ghra (Volume 1). Qom: Imam Sadiq Institute (peace be upon him).
72. Tabatabai Haeri, Seyyed Ali ibn Mohammad (1418 AH). Riyad al-Masa'il (Volume 15). Qom: Al-Bayt Institute (peace be upon them).
73. Tamanaha, Brian (2004). on the Rule of Law: History, Politics, Theory, Cambridge University Press.
74. Tusi, Abu Ja'far Mohammad ibn Hasan (1387 AH). Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah (Volume 8) Tehran: Al-Maktabah Al-Murtadawiyyah li Ihya Al-Athar Al-Jafariyyah.
75. Tusi, Abu Ja'far Mohammad ibn Hasan (1400 AH). Al-Nihayah. Beirut: Dar al-Kutub al-Arabi.
76. Tusi, Abu Ja'far Mohammad ibn Hasan (1407 AH a). Al-Khilaf (Volume 6). Qom: Islamic Publications Office.
77. Tusi, Abu Ja'far Mohammad ibn Hasan (1407 AH b). Tahdhib al-Ahkam (Volume 6). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah.