

مطالعه تطبیقی دخالت آراء عمومی در گزینش قضات از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی

سید جواد ورعی^۱، سید عباس حسینی^۲
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱۴، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۳/۳۱)

چکیده

یکی از مسائل قضایی مورد ابتلا در مهم‌ترین سیستم‌های حقوقی دنیا، چگونگی انتخاب قضات است که دارای جنبه‌های فقهی و حقوقی می‌باشد. گزینش قضات بر مبنای آراء عمومی، جزو کارآمدترین شیوه‌های جذب قضات در این سیستمها به حساب می‌آید، به همین دلیل شناخت مبانی فقهی نظریه انتخابی بودن قضات، اهمیت زیادی دارد. اکثریت فقها برای آراء عمومی در تعیین قاضی نقشی قائل نبوده‌اند. در بین فقهای معاصر، برخی از شاگردان خوبی و برخی از فقهای اهل سنت قائل به دخیل بودن آراء عمومی در تعیین قضات هستند. دلیل اصلی نظریه انتخاب قاضی در فقه مذاهب اسلامی، استظهاری است که از برخی آیات و روایات داشته‌اند. برخی از دلایل این دیدگاه در فقه امامیه و اهل سنت مشترک و برخی دیگر اختصاصی هستند. استناد به برخی از آیات قرآن کریم و همچنین نظام «قاضی تحکیم» به منظور دخالت آراء عمومی در گزینش قضات، جزو ادله مشترک میان فقه امامیه و فقه سایر مذاهب اسلامی است و از این جهت میان مذاهب اسلامی، تقریب وجود دارد. در مقاله حاضر ضمن تشریح دیدگاه انتخاب به برخی از نقدهای آن نیز اشاره شده است.

کلیدواژه‌ها: قاضی تعمیم، قاضی تحکیم، آراء عمومی، انتخابات قضایی.

۱. دانشیار گروه حقوق و فقه اجتماعی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه / jvarai@rihu.ac.ir

۲. سطح چهار حوزه علمیه قم (نویسنده مسئول) / hoseneabbas39@gmail.com

طرح مسئله

اهمیت نیروی انسانی در کارآمدی و بازدهی یک سیستم بر کسی پوشیده نیست و مسئولان هر کشوری همواره سعی بر بررسی و اصلاح نحوه انتخاب و انتصاب افراد شاغل در سیستم قضایی را در دستور کار خویش قرار داده‌اند تا با حضور افراد شایسته در سیستم قضایی، زمینه استقلال هرچه بیشتر این دستگاه را فراهم آورند. شیوه‌گزینش قضات ارتباط مستقیم با موضوع مهم استقلال قضایی دارد و مبانی مختلف در باب ولایت فقیه (نصب، انتخاب و...) می‌تواند منجر به نتایج متفاوتی در باب استقلال نهاد قضاوت شود. مسئله‌گزینش قضات در میان مسلمین مبتنی بر فقه است. از همین رو اهمیت فحص و جست‌وجو از ادله قابل ارائه برای دخیل‌نمودن آراء عمومی در گزینش قضات در فقه مذاهب اسلامی بر کسی پوشیده نیست.

سؤال اصلی مقاله حاضر عبارت است از اینکه چگونه در فقه مذاهب اسلامی قابل پذیرش است که تعیین قضات، متکی به آراء عمومی باشد؟ اکثریت فقها برای آراء عمومی در تعیین قاضی نقشی قائل نبوده‌اند. در بین فقهای معاصر حسینی سیستانی و شمس‌الدین و نیز برخی از فقهای اهل سنت، مباحثی را به‌طور مفصل در زمینه گزینش قضات مطرح نموده‌اند، که به این مباحث کمتر توجه شده است. ایشان احتمال دخیل‌بودن آراء عمومی در تعیین قضات را تقویت نموده‌اند.

هدف علمی تحقیق پیش رو، بررسی فقهی و حقوقی دیدگاه انتخاب قاضی توسط آراء عمومی به عنوان یک دیدگاه خلاف مشهور است. به لحاظ کاربردی نیز نهاد قضایی کشور می‌تواند در صورت صلاحدید، راهکارهایی را به منظور مشارکت عمومی مردم در دستگاه قضایی در پیش بگیرد.

به لحاظ پیشینه تحقیق، حسینی سیستانی مقارن با دهه اول انقلاب اسلامی، ذیل میحث اجتهاد و تقلید که به صورت جزوه درسی انتشار یافته است، سایر نظریات فقهی را که در مورد گزینش قضات احتمال می‌رود، رد نموده و نظریه انتخابی‌بودن گزینش قضات را تقویت کرده است.

از میان دیگر شاگردان خوبی، شمس‌الدین نیز در کتاب «فی الاجتماع السياسي الاسلامی»، دخالت آراء عمومی در گزینش قضات را به عنوان یک احتمال مطرح کرده است.

به تازگی نیز کتابی تحت عنوان «جذب و گزینش قضات: مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و نظامهای قضایی منتخب»، توسط انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام به چاپ رسیده است که جنبه‌های تطبیقی فقه مذاهب اسلامی، در آن مطرح نگردیده است. ابتدا به تبیین استدلال حسینی سیستانی و سپس ادله موجود در فقه اهل سنت در مورد دخالت آراء عمومی در گزینش قضات پرداخته خواهد شد.

مفهوم‌شناسی

اصطلاحاتی که با تحقیق حاضر ارتباط بیشتری دارند عبارت‌اند از: «قضاوت تعمیم»، «قضاوت تحکیم» و «آراء عمومی»؛ که به ترتیب مفاد آنها می‌آید.

۱. قضاوت تعمیم

تعبیر قضاوت تعمیم در کلام شهید اول آمده است و سایر علما به ندرت از آن استفاده نموده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۶۶/۲). از همین جا معلوم می‌شود که این تعبیر چندان مورد پسند ایشان واقع نگردیده است. فقها غالباً از اصطلاح قاضی منصوب استفاده نموده‌اند. در اصطلاح فقه اسلامی «قاضی منصوب» عبارت است از آن شخصی که از طرف حکومت اسلامی (امام یا ولی امر) برای قضاوت تعیین شده باشد. اختلاف در حق حاکمیت اسلامی میان شیعه و اهل سنت، موجب گردیده تا از دیدگاه شیعیان، انتخاب قاضی در قلمرو اختیارات امام معصوم علیه السلام باشد و از دیدگاه اهل سنت انتخاب مزبور در صلاحیت مطلق ولی امر باشد. شهید اول در کتاب دروس از جمله شروط قاضی منصوب را بلوغ، عقل، ذکوریت، ایمان، طهارت مولد، کتابت و استقلال در افتاء دانسته است (همان، ۶۵/۲). «قاضی منصوب» دارای مقام ولایت قضایی است که یک قسم از ولایت فقیه به حساب می‌آید، به همین دلیل حکم او قطعی و لازم الاجراست و «برای هیچ‌کس، حتی مجتهد دیگر قابل رد و تجدیدنظر نیست و دعوا مختومه تلقی می‌شود» (موسوی خلیلی، ۱۴۲۲ق، ۲۵۴).

مسئله مهم دیگری که باید به آن توجه شود عبارت است از اینکه اکثر حکومت‌های دنیا - اعم از اسلامی و غیراسلامی - در این مورد با هم اتفاق نظر دارند که قاضی باید از طرف حاکمان کشور نصب گردد و هر کس نمی‌تواند از پیش خود متصدی امر قضاوت شود، زیرا منصب قضاوت یک منصب اجتماعی است که مستقیماً در حفظ امنیت و نظم کشور تأثیر

دارد و تصدی دل‌بخواهی این منصب، موجب حاکم‌شدن هرج و مرج و ناامنی بر کشور می‌گردد. به همین جهت قضاوت تحکیمی - که در مقابل قضاوت تعمیمی است - به صورت موردی و مقطعی کاربرد دارد و حل‌کننده مشکلات گسترده جامعه نیست.

۲. قضاوت تحکیم

«تحکیم» مصدر باب تفعیل از ماده «حَكَمَ» است. حکم در لغت به معنای دادرسی و قضاوت و در اصل به معنای بازداشتن و منع است (فیومی، ۱۴۱۴ق، ۱/۱۴۵). ابن فارس می‌نویسد: «حکم به معنای منع از ظلم است» (ابن فارس، ۱۴۱۰ق، ۲/۹۱). اصطلاح تحکیم به معنای دادرسی، به داوری خواندن و به حکومت نشانیدن است (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۱۶/۱۶۰). «حکموه بینهم» یعنی به او فرمان دادند که میانشان حکم کند و گفته می‌شود: «حکمننا فلانا فیما بیننا»؛ یعنی حکم او را میان خود نافذ قرار دادیم (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۱۲/۱۴۲).

از دوران پیش از اسلام «قضاوت تحکیمی» به عنوان یک شیوه دادرسی معمول بوده و اختصاصی به عصر اسلام و دوران پس از آن نداشته است. قاضی تحکیم، شخصی است که از سوی طرفین دعوا برای دادرسی انتخاب شده و طرفین دعوا ملزم به پذیرش داوری او هستند.

مشهور فقها معتقدند قاضی تحکیم باید تمام صفات و شرایط قاضی منصوب را به‌جز تولیت از سوی امام علیه السلام داشته باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۴/۶۰). البته این در صورتی است که مقصود از حکمیت قاضی تحکیم، نافذبودن و واجب‌العمل‌بودن حکم او باشد، در غیر این صورت اگر منظور از حکمیت وی، تراضی و توافق به حکم او باشد و نه واجب‌العمل‌بودن، صفات و شرایط قاضی منصوب در آن شرط نیست (منتظری، بی‌تا، ۲/۵۰۲).

شهید اول می‌فرماید: «قضاء تحکیمی جایز است، اگرچه در شهر قاضی باشد (یعنی مشروط به عدم وجود قاضی منصوب نیست)... و حکم قاضی تحکیم از طرفین دعوا که بر او تراضی نموده‌اند، به دیگران تجاوز نمی‌کند» (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۲/۶۸-۶۷). اما شهید ثانی در شرح لمعه وجود قاضی منصوب را در قضاوت قاضی تحکیم، شرط دانسته است

(شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۶۸/۳)^۳ و مرادشان این است که قاضی تحکیم در عصر غیبت، فرض وجود ندارد.

۳. آراء عمومی

آراء جمع رأی است. رأی در اصل به معنای عقل و تدبیر است و به همین تناسب است که به فردی که در امور خویش با بصیرت و آگاهی قدم می‌نهد، فرد صاحب رأی می‌گویند (فیومی، ۱۴۱۴ق، ۱/۲۴۷). پس رأی نوعی نظر و چاره‌اندیشی را گویند که مبتنی بر بصیرت باشد.

اصطلاح آراء عمومی به معنای یک فرایند حقوقی است که عموم شهروندان در آن، به انتخاب نماینده یا ایجاد یک قانون می‌پردازند. آراء عمومی از عناوین جدید است که برخی از فقهای معاصر بر اساس نظرات فقهی خود به تعیین قلمرو آن پرداخته‌اند. بسیاری از اندیشمندان، آراء عمومی را همان افکار عمومی منطبق با دموکراسی غربی یا لیبرالیسم می‌دانند و برخی از آنها آراء عمومی را به وجدان بیدار ملت تشبیه می‌کنند (عمید زنجانی، ۱۴۲۱ق، ۱/۱۸). فقها از این اصطلاح در دایره تعیین حاکم و شیوه حکومت او توسط عموم مردم یاد کرده‌اند، که ذیلاً به آنها اشاره می‌کنیم.

برخی از فقها قلمرو مراجعه به آراء عمومی برای تعیین حاکم را مربوط به مواردی می‌دانند که از سوی خداوند نصبی صورت نگرفته باشد؛ چرا که زمام نوعی از قدرت و ریاست، مانند ولایت معصومان علیهم‌السلام تنها در دست خداوند متعال است که بر حسب قابلیت و شایستگی معصومان علیهم‌السلام به ایشان تفویض می‌شود. در این موارد پذیرش ولایت بر عموم مردم واجب است و آراء عمومی آنها نقشی در تعیین اصل ولایت ایشان ندارد (همان‌جا).

اما در عصر غیبت نوعی دیگر از قدرت و سیاست قابل تصور است که با نصب عام صورت می‌گیرد. به این صورت که فرد خاصی از جانب خدا معین نمی‌شود؛ بلکه شاخصه‌ها و ویژگیهای شخصی که صلاحیت رهبری سیاسی امت اسلامی را دارا باشد، به نحو عام بیان می‌شود و در هر عصر و زمانه آراء عمومی مردم مصادیق این شاخصه‌ها را در قالب فردی که بیشترین ویژگی را دارا باشد، تعیین می‌کند.

۳. «قاضی التحکیم و هو الذی تراضی به الخصمان لیحکم بینهما مع وجود قاض منسوب من قبل الإمام علیه‌السلام و ذلک فی حال حضوره فإن حکمه ماض علیهما، و إن لم یستجمع جمیع هذه الشرائط».

علاوه بر دو مورد فوق در مورد دیگری نیز می‌توان از آراء عمومی سخن به میان آورد. صدر مواردی را که در شریعت حکم الزامی خاصی برایشان مطرح نشده است، به منطقه الفراغ یاد می‌کند (صدر، ۱۴۱۷ق، ۶۸۶-۶۸۲). در نظریه منطقه‌الفراغ نیز می‌توان از آراء عمومی سخن به میان آورد، به این صورت که بر اساس مصالح عمومی و اقتضاء زمان، در مواردی که قوانین ثابت در شریعت وجود نداشته باشد، قانونگذاری را به مجلس قانونگذار که متشکل از اعضای منتخب مردمی و متکی به آراء عمومی است، واگذار نمود.

پس از بررسی اصطلاح آراء عمومی در کلام فقها، نیازمند بررسی این اصطلاح در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز هستیم. در اصل ششم قانون اساسی چنین آمده است: «در جمهوری اسلامی ایران امور کشور باید به اتکاء آراء عمومی اداره شود، از راه انتخابات، انتخاب رییس‌جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضای شوراها و نظایر اینها، یا از راه همه‌پرسی در مواردی که در اصول دیگر این قانون معین می‌گردد». همان‌طور که مفاد کلمه رأی نشان می‌دهد اصطلاح آراء عمومی در قانون اساسی ناظر بر آن سلسله از افکار بررسی شده‌ای است که به نظر و آگاهی و اعتقاد مردم منتهی شده و مردم نیز به آن رأی داده باشند (عمید زنجانی، ۱۴۲۱ق، ۲۱۸/۱). ابتدا در پیش‌نویس قانون اساسی مسئله «آراء عمومی» و «شورا» هر دو به عنوان یک مسئله تلقی شده بود (ورعی، ۱۳۸۶ش، ۲۰۵)؛ اما نمایندگان گروه اول، با ملاحظه پیشنهادهای و نظریات مختلف صاحب‌نظران، به این نتیجه رسیدند که مسئله آراء عمومی و اتکای حکومت به آن، غیر از مسئله شورا است. این دو مسئله دارای دو مبنای متفاوت هستند و مسئله شورا به ترجیح عقل و خرد جمعی بر عقل و خرد فردی برگشت دارد و وقتی افراد بیشتری از صاحب‌نظران در یک تصمیم دخالت دارند، تأثیر بیشتری برای حسن اجرای آن دارند. ولی همان‌طور که رییس گروه اول متذکر می‌شود: «ضرورت اتکا بر آراء عمومی، در مراحل مختلف، ناشی از این است که بهترین نوع حکومت و اداره کشور، حکومت و مدیریتی است که قدرتش را از حمایت عموم بگیرد، نه از سرنیزه و نه از هیچ عامل دیگر، تکیه ما روی این زیربنای فکری است» (همان، ۲۰۶)؛ لذا لزومی ندارد که مسئله آراء عمومی بر آیات مشورت متکی باشد تا ابهاماتی پیش بیاید که آیا همه مردم، صلاحیت اظهارنظر در مورد فلان امر فنی را دارند یا نه. ماحصل گفت-وگوهای مشروح مذاکرات قانون اساسی منجر به این شد که دو مسئله آراء عمومی و شورا

به دلیل اختلاف مبنایی دو مسئله، به صورت دو اصل جداگانه (اصل ششم و هفتم) در اصول قانون اساسی گنجانده شوند.

این در حالی است که برخی از نویسندگان اهل سنت هنوز نتوانسته‌اند به خوبی بین مسئله شورا و آراء عمومی تفکیک دهند و آراء عمومی را یکی از مصادیق شورا و مبنای حجیت آن را آیه «و امرهم شوری بینهم: و کارشان در میانشان مشورت است» (شوری، ۳۸) می‌دانند (عبدالغفار شریف، ۱۴۲۰ق، ۱۶۴).

موضوع دیگری که در مسئله آراء عمومی شایستگی سخن را دارد، بحث از ایجاد خطا و اشتباه در آراء عمومی است. از آنجا که ممکن است آراء عمومی همیشه مطابق با صواب نباشد و چه بسا تحت‌الشعاع احساسات بی‌منطق و تبلیغات رسانه‌های گروهی و احزاب قرار گیرد، ویژگی اتکاء به آراء عمومی در قانون اساسی توأمان با اصل هشتم قانون اساسی است که دعوت به خیر و امر به معروف و نهی از منکر می‌باشد.

ادله قابل استناد برای انتخاب قضات از منظر فقه شیعه

در فقه شیعه از ادله متقن تری برای دخالت آراء عمومی استفاده شده است. عمده دلیل در این قسمت مقبوله عمر بن حنظله و معتبره ابی‌خدیجه است. حسینی سیستانی بر خلاف مشهور علما از روایات مزبور دخالت آراء عمومی در گزینش قضات را استنتاج نموداند. اینک به بررسی ادله ایشان خواهیم پرداخت.

۱. بررسی مفاد مقبوله عمر بن حنظله

هر چند از مفاد مقبوله عمر بن حنظله، مطالبی در راستای اثبات ولایت فقیه بر زعامت استفاده می‌شود، اما قدر متیقن از این دلیل، اثبات رجوع به فقها در امر قضاوت است. سخن در تبیین اجمالی مقبوله چنین است: در مقبوله عمر بن حنظله، پس از آنکه امام صادق علیه السلام از مراجعه دو نفر از اصحاب به سلطان جهت تحاکم و دادخواهی منع نمودند و مراجعه به ایشان را در حکم مراجعه به طاغوت دانستند، عمر بن حنظله از حضرت درباره وظیفه این دو نفر سؤال می‌کند که در نهایت چه کار باید کنند؟! حضرت علیه السلام می‌فرماید: «به فردی از میان خودتان که حدیث ما را روایت کند و در حلال و حرام ما دقت ورزیده باشد و احکام

ما را بشناسد، رجوع کنید، پس باید به عنوان حکم به او راضی باشید، چرا که من او را بر شما حاکم قرار دادم...»^۴ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۴۱۲/۷).

در مورد سند روایت مختصراً باید گفت که برخی فقهای معاصر، مناقشه کردند؛ به عنوان مثال، خوبی به دلیل عدم توثیق عمر بن حنظله در علم رجال، سند روایت را مخدوش می‌داند (خویی، ۱۴۲۲ق، ۱۰/۴۱). البته اکثر معاصرین سند را مورد قبول می‌دانند؛ حتی بعد از خوبی، شاگردان ایشان نظیر تبریزی و حسینی سیستانی نیز سند را قبول دارند (حسینی سیستانی، ۱۴۳۷ق، ۶۹).

مقبوله عمر بن حنظله در میان فقها اشتهار به مقبولیت دارد که نشانگر آن است که به لحاظ سند در میان فقها دارای جایگاه بسیار معتبری می‌باشد. بر اساس دیدگاه و ثوق به صدور که دیدگاه مشهور فقهای شیعه است، بدون تردید سند مقبوله هیچ مشکلی ندارد.

اما در مورد متن حدیث، دو برداشت متفاوت وجود دارد.^۵ برداشت اول مربوط به دیدگاه مشهور است که قائل به شیوه گزینش انتصابی قضات توسط حاکم اسلامی هستند؛ اما برداشت دیگر از مقبوله می‌تواند در راستای دخیل نمودن آراء عمومی در گزینش قضات باشد، که استنباط حسینی سیستانی است و ذیلاً بدانها اشاره می‌شود.

به عقیده حسینی سیستانی، مفاد روایت متضمن این معناست که گزینش قضات ابتدا باید توسط آراء عمومی مردم صورت بگیرد و پس از انتخاب عمومی مردم، نتیجه‌ای که حاصل می‌گردد، کاشف از رأی و نظر امام معصوم علیه السلام است (همان، ۷۰).^۶ به عبارت دیگر، امام معصوم علیه السلام غیر از فردی که صلاحیت او توسط آراء عمومی مردم به تأیید رسیده باشد، کسی را به عنوان قاضی نصب نفرموده‌اند.

حسینی سیستانی برای اثبات ادعای خویش دو مقدمه را مطرح کرده است:

۴. «...قُلْتُ فَكَيْفَ يَصْنَعَانِ قَالَ انظُرُوا إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا فَارْضَوْا بِهِ حَكَمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا...».

۵. البته دیدگاه سومی هم در اینجا وجود دارد و آن برداشت قاضی تحکیم از روایت است؛ اما چون فعلاً ناظر به بحث ما نیست، به آن پرداخته نمی‌شود.

۶. «انتخابکم (انتخاب عمومی مردم) لشخص يحصل عليه الإضاء منا، فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا، وَ هَذَا كَمَا هُوَ مُتَدَاوِلٌ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ».

۱- پیش از مقدمه اول ذکر نکته‌ای ضروری است: برای مقبوله عمر بن حنظله در کتاب کافی دو نقل (با اندکی تفاوت در متن) وجود دارد. در جلد اول از کتاب کافی باب «رجوع به قرآن و سنت و اینکه چیزی از حلال و حرام و جمیع احتیاجات مردم، وجود ندارد، مگر اینکه در کتاب و سنت آمده باشد»^۷ (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۵۹/۱)، چنین آمده است: «قُلْتُ فَكَيْفَ يَصْنَعَانِ قَالَ يَنْظُرَانِ إِلَيَّ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا» (همان، ۶۷/۱). اما در جلد هفتم از همین کتاب، در ابوابی که مخصوص قضاوت است، این گونه نقل شده است: «قُلْتُ فَكَيْفَ يَصْنَعَانِ قَالَ أَنْظُرُوا إِلَيَّ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا» (همان، ۴۱۲/۷). استنباط حسینی سیستانی، مستند به نقل دوم و واژه «انظروا» است. اگرچه وجه مقبولی را برای ترجیح نقل دوم نیافتیم، اما فرض را بر صحت این نقل گذاشته و با همین فرض به ادامه بحث پرداخته خواهد شد.

به هر صورت استدلال حسینی سیستانی در مقدمه اول چنین است: با وجود اینکه متن روایت در مورد دو نفر از اصحاب ائمه علیهم السلام است که در مسئله‌ای اختلاف پیدا کرده بودند، اما امام علیه السلام اسلوب کلام خویش را از صیغه تشبیه تغییر دادند و صیغه جمع را به کار بردند. التفات امام علیه السلام به استعمال صیغه جمع، نشانگر دخیل بودن انتخاب اکثر شیعیان است؛ یعنی اکثر شیعیان باید به قاضی شدن فرد نامزد، رضایت داشته باشند و در واقع رضایت تمام شیعیان، ملاک نصب از سوی امام علیه السلام است، نه فقط رضایت متخاصمین (حسینی سیستانی، ۱۴۳۷ ق، ۷۱)، چرا که امام علیه السلام خطاب خود را اختصاص به متخاصمین ندادند؛ بلکه روی خطاب را بر همه شیعیان قرار دادند.

۲- به عقیده حسینی سیستانی، در روایت ملاک گزینش قضات، رضایت مردم است و رضایت در لغات عربی به معنای انتخاب کردن آمده است (همان‌جا). ایشان شواهدی را از برخی لغات معتبر ذکر می‌کند:

فیومی در کتاب المصباح المنیر که از معتبرترین کتب لغت است، چنین می‌گوید: «رضیت الشيء و رضیت به رضا: یعنی آن شیء را اختیار کردم و «ارتضیته» نیز همین معنا را می‌رساند» (فیومی، ۱۴۱۴ ق، ۲۲۹/۱)^۸.

۷. «بَابُ الرَّدِّ إِلَى الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَ أَنَّهُ لَيْسَ شَيْءٌ مِنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ وَ جَمِيعِ مَا يَحْتَاجُ النَّاسُ إِلَيْهِ إِلَّا وَ قَدْ جَاءَ فِيهِ كِتَابٌ أَوْ سُنَّةٌ».

۸. «رَضِيْتُ: الشَّيْءَ وَ (رَضِيْتُ) بِهِ (رِضًا) اخْتَرْتُهُ وَ (ارْتَضَيْتُهُ) مِثْلَهُ».

در کتاب تاج العروس که در شمار آخرین معجمهای مفصل می‌باشد، آمده است: «رَضِيْتُهٗ، أَيْ الشَّيْءِ، وَ رَضِيْتُ بِهِ رَضًا: يَعْنِي أَوْ رَا أَيْتَخَابُ كَرْدَمَ وَ «رَضِيْتُهٗ لِهَذَا الْأَمْرِ»: يَعْنِي أَوْ رَا دَارَايْ اِهْلِيَّتْ (صِلَاحِيَّتْ) بَرَايْ فَلَانْ اَمْرٍ دِيدَمَ» (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۱۹/۴۶۳).^۹

علاوه بر دو کتاب لغتی که حسینی سیستانی به آنها استناد کرد، طریحی نیز در کتاب مجمع البحرین که به تدوین معانی لغات غریب قرآن و احادیث ائمه طاهرین علیهم‌السلام پرداخته، در مورد «رضو»، همین معنا را می‌گوید (طریحی، ۱۴۱۶ق، ۱/۱۸۷).^{۱۰}

بررسیهای لغوی مبین آن است که در متن روایت، ماده «رضو»، به معنای «طیب نفس» نیست؛ زیرا هنگامی که ماده «رضو» به وسیله حرف «باء» متعدی شود، معنای دیگری پیدا می‌کند. به لحاظ لغات عربی، تعدی «رضو» با حرف «باء»، معنای «اختیار و انتخاب» را می‌رساند و حتی در بسیاری از مواقع نیز که با حرف «باء» متعدی نمی‌شود، معنای انتخاب را می‌رساند و لغات معتبر همین معنا را ذکر کرده‌اند.

از آنجا که امام علیه‌السلام در متن روایت، از یک طرف لفظ «فَارَضَوْا بِهِ» را که از ماده «رضو» است به صیغه جمع به‌کار برده‌اند و از طرف دیگر این فعل را با حرف «باء» متعدی نموده‌اند، می‌توان نتیجه گرفت که «فَارَضَوْا بِهِ»، به معنای «فلیختاروه» است (حسینی سیستانی، ۱۴۳۷ق، ۷۱).^{۱۱}

در میان فقهای شیعه چنین استدلالی راجع به مسئله‌گزینش قضات، سابقه نداشته است. اینکه فقهی برجسته برای اولین بار در مورد انتخابی‌کردن گزینش قضات سخن به میان آورد، به اهمیت مسئله می‌افزاید. علاوه بر این حسینی سیستانی در استنباط خویش به لغت استناد کرد که پیش‌تر استدلال از این طریق حتی در میان برخی از نویسندگان عرب که قائل به انتخابی‌کردن گزینش قضات در اسلام هستند و استدلالهایی را در این زمینه ذکر کرده‌اند، وجود نداشته است (عبدالغفار شریف، ۱۴۲۲ق، ۲/۳۸۳).

۹. «رَضِيْتُهٗ، أَيْ الشَّيْءِ، وَ رَضِيْتُ بِهِ رَضًا: اِخْتَرْتَهُ وَ رَضِيْتُهٗ لِهَذَا الْأَمْرِ: رَأَهُ أَهْلًا لَهُ».

۱۰. «رَضِيْتُ بِالشَّيْءِ رَضِيًّا اِخْتَرْتَهُ، وَ "ارْتَضَيْتُهُ" مِثْلَهُ. وَ "رَضِيْتُ عَنْ زَيْدٍ" وَ "رَضِيْتُ عَلَيْهِ" لَعْنَةٌ، وَ اَلْاِسْمُ "الرَّضَاءُ" بِالْمَدِّ. وَ "رَضِيْتُ بِاللَّهِ رَبًّا" قَنَعْتُ بِهِ وَ لَا أَطْلُبُ مَعَهُ غَيْرَهُ».

۱۱. «فَالرَّضَا فِي قَوْلِهِ علیه‌السلام لَيْسَ بِمَعْنَى طَيْبِ النَّفْسِ، بَلْ بِمَعْنَى الْاِخْتِيَارِ... وَ يَكُونُ الْمَعْنَى: انظُرُوا، أَيْ: اِبْحَثُوا وَ فَتَّشُوا عَمَّنْ كَانَتْ بِيْهَذِهِ الصِّفَاتِ فَلَيرِضُوا بِهِ، أَيْ: فَلَيرِخْتَارُوهُ حَكَمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ - أَيْ: الشَّيْءَ - حَاكِمًا».

۲. بررسی معتبره ابو خدیجه

ابو خدیجه سالم بن مکرّم از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: «مبادا بعضی از شما دعوای علیه دیگری را نزد اهل جور برد. و لکن نگاه کنید به مردی از خودتان که بعضی از قضایای ما را می‌داند، همان را حکم قرار دهید که من او را قاضی قرار دادم. پس رفع خصومت را به سوی او ببرید» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ۳/۳-۲)۱۲.

در بحث سندی این روایت، نجاشی در مورد سالم بن مکرّم چنین می‌گوید: «ثقة ثقة» (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۱۸۸)؛ که نشانگر اوج وثاقت است. بسیاری از متخصصین فن رجال نیز، سالم بن مکرّم را توثیق نموده‌اند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ۲۵/۲۵-۷۹۰۳-۷۹۰۱). اما طوسی در یک جا سالم بن مکرّم را تضعیف می‌کند (طوسی، بی تا، ۷۹) و در جایی دیگر به نقل از کتاب «خلاصة الأقوال» حلی، او را توثیق می‌کند (حلی، ۱۳۸۱ق، ۲۲۷). در اینجا دو دیدگاه قابل طرح است: اول اینکه گفته شود، مجموع این توثیقات و آن تضعیف، با یکدیگر تعارض و سپس تساقط رخ می‌دهد، که در نتیجه چیزی ثابت نمی‌شود؛ در دیدگاه دوم، تنها دو قول طوسی که با یکدیگر در تعارض هستند ساقط می‌شود و توثیق نجاشی باقی می‌ماند. به نظر ما این دیدگاه از قوت بیشتری برخوردار است و تنها اقوال متعارض از یک فرد ساقط و توثیق دیگر باقی می‌ماند، زیرا همان طور که در باب خبر واحد آمده است، دلیل حجیت خبر واحد (صدق العادل)، نسبت به خبری که خودش را تکذیب می‌کند، شمولیت ندارد، و در اینجا هر دو قول طوسی که خبر واحد محسوب می‌شوند، یکدیگر را تکذیب می‌کنند و مشمول حجیت خبر واحد نیستند و یعنی از درجه اعتبار ساقط می‌گردند و در نتیجه توثیق نجاشی پابرجا می‌ماند. علاوه بر اینکه بسیاری از علمای رجال، بر این امر اتفاق نظر دارند که منشأ تعارض در کلام طوسی، یک تشابه اسمی میان «سالم ابوسلمة» (ابو خدیجه) و «سالم بن ابی سلمه» می‌باشد که برای طوسی ایجاد شده است (خویی، ۱۴۱۸ق، ۲۵/۲۵-۳۵۲-۳۵۳).

اما در مورد متن حدیث، عیناً همان برداشتی که در مورد مقبوله عمر بن حنظله بیان شد، در معتبره ابی خدیجه نیز قابل طرح است. در مورد معتبره ابی خدیجه که حضرت علیه السلام فرمودند: «انظروا إلی رجلٍ منکم - یعلمُ شیئاً من قضايانا فاجعلوه بینکم فإنی قد جعلته قاضياً فتحاكموا

۱۲. «إیاکم ان یحاکم بعضکم بعضاً إلی اهل الجور و لکن انظروا إلی رجلٍ منکم - یعلمُ شیئاً من قضايانا فاجعلوه بینکم فإنی قد جعلته قاضياً فتحاكموا إلیه».

إِلَيْهِ»، تمرکز استدلال حسینی سیستانی، بر مباحث لفظی و تبیین مرجع ضمیر در روایت است. در متن معتبره آمده است: «انظروا»، که به عقیده حسینی سیستانی ضمیر جمع (واو) در این جمله، به عموم شیعیان باز می‌گردد، همان‌چنانکه مرجع ضمیر جمع (واو) در «فاجعلوه بینکم» نیز عموم شیعیان است (حسینی سیستانی، ۱۴۳۷ق، ۷۷)، در واقع مراد امام علیه السلام چنین است: ای شیعیان! شما اختیار نصب و انتخاب فردی که واجد شرایط مذکور در این معتبره است را دارا هستید. پس اول لازم است که به تحقیق و جست‌وجو در مورد چنین شخصی پردازید (انظروا) و سپس وی را به عنوان قاضی انتخاب نمایید (فاجعلوه).

به تعبیر حسینی سیستانی، «أن مفاد الروایة هو النصب العام بواسطة الانتخاب» (همان‌جا)، یعنی امام معصوم علیه السلام در شرایطی خاص که بسط ید ندارد، منصب قضاوت را به‌طور عام برای تمام فقهای واجدالشرایط قرار داده‌اند (فإنی قد جعلته قاضياً) و نیازی نیست که هر یک از فقها برای امر قضاوت، اذن خصوصی از امام علیه السلام داشته باشد؛ منتها این نصب عمومی، باید به‌واسطه برگزاری انتخابات عمومی مشخص گردد و در واقع امام معصوم علیه السلام غیر از فردی که صلاحیت او توسط آراء عمومی مردم به تأیید رسیده باشد، کسی را به «نصب عام» به عنوان قاضی نصب نفرموده‌اند. به عبارت دیگر اول انتخاب صورت می‌گیرد، سپس شخص منتخب، منصوب از سوی امام علیه السلام نیز هست.

از دیدگاه حسینی سیستانی، مرجع تمام ضمائر در متن حدیث، «عموم شیعیان» است، نه خصوص متخاصمین تا قاضی تحکیم از روایت، استنباط گردد. تفاوت در آنجا مشخص می‌گردد که بنابر نظر اول، انتخاب از ناحیه عموم شیعیان است، ولی بنابر نظر دوم، انتخاب عموم شیعیان برای نفوذ قاضی تحکیم کفایت نمی‌کند؛ بلکه نیاز به نصب متخاصمین نیز هست.

به نظر می‌رسد برداشت قاضی تحکیم از این روایت، برداشتی ناصواب است؛ زیرا آنجا که امام علیه السلام فرمودند: «فإنی قد جعلته قاضياً»، تصریح به نصب از جانب خودشان فرموده‌اند و این تناسبی با قاضی تحکیم ندارد؛ چرا که در قاضی تحکیم نصب از سوی متخاصمین صورت می‌گیرد و رضایت آنها شرط است، نه امام علیه السلام (حسینی سیستانی، ۱۴۳۷ق، ۷۷).

در برخی از دیدگاهها، از نظام قاضی تحکیم در اسلام، جهت به‌کارگیری آراء عمومی در گزینش قضات استفاده شده است. چگونگی دلالت قضاوت تحکیمی بر نظریه انتخاب را به جهت پرهیز از تکرار، ذیل مستندات اهل سنت خواهیم آورد.

ادله قابل استناد برای انتخاب قضات از منظر فقه اهل سنت

یکی از علمای اهل سنت (عبدالغفار شریف، ۱۴۲۰ق، ۱۷۲)، تلاش دارد تا قضاوت و حق انتخاب قاضی را از حقوق مردم قلمداد نموده و از این طریق دیدگاه انتخاب را با مبانی سازگار سازد. اینک مجموع دلایل و شواهد قابل ارائه در این زمینه بررسی خواهد شد:

۱. آیات قرآن

شریعت مقدس شیوه‌ای خاص را برای تعیین قضات تعریف نکرده است. تنها چیزی که خواسته شرع می‌باشد، قیام و زنده نگه داشتن حکم خداوند بر روی زمین است. خداوند در قرآن می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ: همانا خداوند به شما فرمان می‌دهد که امانتها را به صاحبانش رد کنید (واجبات را به خدا و حقوق مردم را به مردم) و چون میان مردم داوری نمایید (در مورد نزاع یا درباره اشخاص و حوادث) عادلانه داوری کنید» (نساء، ۵۸).

در این آیه تمام امت مأمور به داوری عادلانه و برقراری عدل هستند. مهم‌ترین چیز تأمین عدالت است و این مهم در آیه به مردم نسبت داده شده است. داوری عادلانه نیز داوری بر اساس حکم خداوند است (عبدالغفار شریف، ۱۴۲۰ق، ۱۷۲). این امر مختص به گروه حاکمان نیست و تمامی مسلمین وظیفه دارند تا عدالت را اجرا نمایند و از مصادیق بارز عدالت، انتخاب قضات برای تأمین دادرسی عادلانه است.

شمس‌الدین از علمای شیعه و از شاگردان برجسته خوئی، در ذیل همین آیه می‌فرماید: «همانا خطاب در این آیه متوجه امت است و این مطلب مقتضی آن است که امر قضاوت در شرایط وجودنداشتن نبی اکرم ﷺ و امامان معصوم ﷺ شأنی از شؤون ولایت امت بر خودشان باشد و به تحقیق امر نسبت به حکم کردن بر طریق عدالت در آیه به امر به رد امانات به اهلسان عطف گردیده است، در حالی که رد امانات یک واجب عمومی است بر عهده همگان و از خصوصیات فقیه حاکم نیست» (شمس‌الدین، ۱۴۱۲ق، ۱۱۹)^{۱۳}. از همین عطف و سیاق

۱۳. «إِنَّ الْخِطَابَ فِي هَذِهِ الْآيَةِ مَوْجَهٌ إِلَى الْأُمَّةِ، وَ هَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْقَضَاءَ شَأْنٌ مِنَ شُؤْنِ وِلَايَةِ الْأُمَّةِ عَلَى نَفْسِهَا- فِي حَالَةِ عَدَمِ وُجُودِ النَّبِيِّ وَ الْإِمَامِ الْمَعْصُومِ ﷺ- وَ قَدْ عُطِفَ الْأَمْرُ بِالْحُكْمِ بِالْعَدْلِ عَلَى الْأَمْرِ بِرَدِّ الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا، وَ هُوَ وَاجِبٌ عَامٌ عَلَى كُلِّ أَحَدٍ، وَ لَيْسَ مِنْ خُصُوصِيَّاتِ الْفُقَهَاءِ الْحَاكِمِ».

جمله مشخص می‌گردد که مسأله عدالت و انتخاب قضاات نیز یک واجب عمومی است و اختصاصی به فقیه حاکم ندارد. ایشان در این زمینه از آیات و روایات مختلفی استفاده نموده‌اند که مطالب قابل استفاده‌ای است.

خداوند متعال در سوره بقره می‌فرماید: «كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّنَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيُحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اختلفُوا فِيهِ: همه مردم (پیش از بعثت پیامبران صاحب شریعت) یک گروه بودند (اما به تدریج در امور دنیوی خود به اختلاف افتادند). پس خداوند پیامبران را (با دین و شرایع آسمانی) مژده‌رسان و بیم‌دهنده برانگیخت و همراه آنها کتاب (آسمانی) را به حق فرو فرستاد تا میان مردم در آنچه با هم اختلاف داشتند داوری کند» (بقره، ۲۱۳).

روایات بسیاری وجود دارد که روی خطاب به برقراری عدالت در آنها به تمام مسلمین است. به عنوان نمونه: «إذا حکمتم فاعدلوا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۲۳/۱۵).

اشکالی که برخی از محققان بر این استدلال نموده‌اند عبارت است از اینکه: «آیات فوق در صدد بیان اصل اجرای عدالت در مقام حکم‌دادن است و در صدد بیان مجریان حکم نیست تا بگوییم به خاطر خطاب به عموم، استفاده می‌شود که مردم می‌توانند قاضی برگزینند» (حکمت‌نیا، ۱۳۸۲ش، ۳۶۹). در واقع مقصود اصلی آیات از مخاطب‌قرار دادن مردم، بیان وظیفه ایشان نبوده است؛ بلکه توجه به اصل اجرای عدالت مد نظر آیات است و ذکر عموم مردم یا مؤمنین در چنین آیاتی موضوعیت ندارد.

در مورد اشکال مزبور باید توجه داشت که بسیاری از علما در مورد آیات فوق و نظایر آنها برداشتی متفاوت ارائه کرده‌اند. ایشان به خطاب این آیات نسبت به عموم مردم توجه نموده‌اند و از آن در موارد مختلف استفاده کرده‌اند. در ذیل به نمونه‌هایی از آنها اشاره خواهیم نمود:

نجفی در مسئله‌ای دیگر^{۱۴} به عمومی بودن خطاب برای تمام مسلمین در آیه سوره نساء توجه دارد: «إن المستفاد من الكتاب و السنة صحة الحكم بالحق و العدل و القسط من کل مؤمن» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۵/۴۰). به عقیده ایشان آیات مزبور تمام افراد را مورد خطاب و

۱۴. ایشان برای تجویز قضاوت تمام افراد اعم از مقلد و غیر مقلد؛ مجتهد مطلق یا متجزی، از آیات مزبور استفاده می‌نماید و منشأ این حکم را خطاب عمومی مذکور در آیه می‌داند.

توجه قرار داده است. موضوعیت داشتن خطاب عمومی در این آیات منشأ استنباط وی است. نجفی آیات دیگری را نیز به همین منظور اضافه نموده‌اند:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمِ عَلَىٰ آلَا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، (در هر کار فردی و اجتماعی) قیام‌کننده استوار و دایم برای خدا و گواهان به عدل و قسط باشید و هرگز دشمنی با گروهی شما را بر آن ندارد که عدالت نکنید؛ عدالت کنید که آن به تقوا نزدیک‌تر است» (مائده، ۸).

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَ لَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوْ الْوَالِدِينَ وَ الْأَقْرَبِينَ، إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا، فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، (در همه امورتان) به کمال و دوام قیام‌کننده به عدل و گواهی‌دهنده برای خدا باشید، هر چند به زیان خودتان یا پدر و مادر یا نزدیکانتان باشد، اگر (هر یک از طرفین دعوا) توانگر یا فقیر باشد (شما به لحاظ حال آنها بر خلاف واقع گواهی ندهید، زیرا) خداوند به (رعایت حال) آنها سزاوارتر است، پس پیروی از هوای نفس نکنید تا از حق عدول نمایید» (نساء، ۱۳۵).

در همین راستا، عبده نیز بیان می‌دارد: «مسلمانان در احکام، گفتار، افعال و اخلاق مأمور به عدل شده‌اند؛ خداوند تعالی می‌فرماید: «وَ إِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَ لَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ: و چون (به داوری یا شهادت) سخن گوئید، دادگری کنید» (انعام، ۱۵۲). این امر (امر به عدالت) متوجه به حکام و به غیر حکام (تمام مسلمین) است^{۱۵}» (رشید رضا، ۱۴۱۴ق، ۵/۱۷۹).

نجفی و عبده معتقدند که خطابات در آیات فوق عمومی است و شامل تمامی مسلمین اعم از حاکم و غیرحاکم می‌شود؛ اما دیدگاهی فراتر از این وجود دارد که اجرای قسط و عدل را از وظایف مخصوص مردم می‌داند. مطهری وظیفه اجرای قسط را تنها بر عهده عموم مردم دانسته است. ایشان انبیاء را مجری قسط نمی‌داند؛ بلکه کار انبیاء را تبلیغ و ارائه دین معرفی می‌کند و وظیفه اقامه قسط را بر دوش مردم نهاده است. مطهری معتقد است آیات مذکور در زمینه رسالت انبیاء بیان نمی‌دارند: «تا پیامبران مردم را به عدالت وادار کنند».

۱۵. «المسلمون مأمورون بالعدل فی الاحکام و الاقوال و الافعال و الاخلاق و قد قال تعالی (وَ إِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَ لَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ) و هذا الامر موجه الی الاحکام و غیرهم».

بلکه می‌گویند: «تا مردم، خود عدالت را به پا دارند» و در واقع پیامبر ﷺ می‌خواهد به دست مردم، جامعه را اصلاح کند (مطهری، ۱۳۹۰، ش، ۳/۴۲۳)۱۶.

۲. نیابت قاضی از مردم و نقد آن

مشهور علمای اهل سنت معتقدند قاضی در اعمال ولایت، نایب از خلیفه است و بدون اذن او نمی‌تواند به طور مستقل بر منصب قضاوت تکیه زند (زیدان، ۱۴۱۹ق، ۱/۳۴-۳۳؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۴۲۷ق، ۳۳/۳۲۲).

اما یکی از علما در مخالفت با دیدگاه مشهور، چنین استدلال نموده: درست است که قاضی نایب از خلیفه است، اما خود خلیفه نایب از امت است. در واقع قاضی نایب از نایب (یعنی خلیفه که خود نایب از امت بود) خواهد شد. در این صورت می‌توان ادعا نمود که قاضی نایب از امت است و بر اساس یک قاعده فقهی که بیان می‌دارد: «التابع یثب له حکم أصله»، همان‌طور که حق انتخاب خلیفه در اختیار امت است و بر امت واجب است که شخصی را به عنوان خلیفه تعیین نماید، می‌توان حق انتخاب قضات را نیز برای امت محفوظ داشت (عبدالغفار شریف، ۱۴۲۲ق، ۲/۳۸۳).

توضیح مطلب این که به عقیده اهل سنت، اختیار تعیین خلیفه به دست امت است و به اصطلاح «تحکیم الامة فی إختيار الخلیفة حکم الله» (ابن تیمیه، ۱۴۰۶ق، ۸/۳۴۱) و همین امر موجب نیابت خلیفه از امت است. در واقع رابطه بین مردم و نمایندگان آنها اعم از حاکمان یا اهل حل و عقد و یا غیر از اینها به مانند یک عقد است که مردم توسط آن، نمایندگان و کلای خویش را انتخاب می‌کنند (ر.ک: عبدالغفار شریف، ۱۴۲۰ق، ۱۶۳).

از طرف دیگر این مدعا وجود دارد که قاضی هر چند که نایب از خلیفه است (خلیفه‌ای که بدلیل کثرت اشتغال امر قضاوت را به او می‌سپارد)، اما در اصل نیابت از امت دارد. دلیل این مدعا در مسئله فقهی سقوط ولایت قاضی نهفته است. بر اساس آنچه از کاسانی نقل شده، اسبابی که موجب خروج یا عزل قاضی از قضاوت می‌شود، همان اسبابی است که وکیل را از وکالت موکل خویش عزل می‌نماید؛ لکن در مسئله عزل قاضی و عزل وکیل یک تفاوت مهم وجود دارد که عبارت است از اینکه: در وکالت با فرض فوت موکل یا سلب

۱۶. مطهری دیدگاه مزبور را در ذیل آیه «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ»، بیان داشته است.

حق از کسی که بدو وکالت داده، وکیل عزل خواهد شد و اما در قضاوت با فرض فوت خلیفه یا خلع وی توسط مردم، قضات خلیفه منزله نخواهند گشت؛ زیرا وکیل ولایت موکل و حقوق او را اعمال می‌کند و در صورت مفروض (فرض فوت یا خلع موکل)، اهلیت ولایت برای موکل باطل شده که نتیجه آن عزل وکیل است؛ ولی قاضی ولایت شخص خلیفه و حقوق وی را اعمال نمی‌کند بلکه او اعمال ولایت مسلمین و حقوق آنها را عهده‌دار است و نقش خلیفه در این میان تنها یک رسول و فرستاده‌ای است که پیام مردم را انتقال می‌دهد. افعال رسول به منزله افعال عموم مسلمین است. در این صورت با فوت خلیفه ولایت عامه مسلمین هنوز پابرجاست و قاضی بر اعمال آن ادامه می‌دهد. قاضی نایب امت است (کاسانی، ۱۴۲۴ق، ۱۳۸/۹).

حال که تعیین خلیفه در قلمرو اختیارات مردم است و در مسئله قضاوت، شخص خلیفه موضوعیتی ندارد و بلکه در اصل قاضی ولایت مردم را اعمال می‌کند، قاعده «التابع یتبث له حکم أصله» کاربرد دارد.

بر اساس قاعده «التابع یتبث له حکم أصله» (که در این قاعده یک اصل وجود دارد و یک تابع اصل)، هر چیزی که در وجود خویش تابع دیگری باشد (مثل شخص خلیفه یا قاضی)، منفرداً هیچ حکم مستقلی ندارد و هر حکمی که برای اصل ثابت بود برای تابع نیز ثابت خواهد شد، یعنی همان‌طور که خلیفه در اقامه احکام شرعی نایب از امت (اصل) است و امت او را انتخاب می‌کند، قاضی نیز در اقامه احکام نایب از امت است و امت می‌تواند او را نیز هم‌چون خلیفه انتخاب نماید. اصل امت است، امتی که هم خلیفه و هم قضات از او سرچشمه می‌گیرند. حق تعیین قاضی در اصل در اختیار مردم بوده و وجوب تعیین قضات حقیقتاً در قلمرو اختیارات آنهاست؛ منتها خلیفه وکیل ایشان در تعیین قضات شده است. در این صورت در فرض وجود شک نسبت به اختیار مردم، استصحاب جاری می‌شود؛ استصحاب حکم وجوب تعیین قضات (که بر عهده مردم بود) و عدم اسقاط حق (عبدالغفار شریف، ۱۴۲۰ق، ۱۷۶).

توجه کاسانی در کتاب بدائع الصنائع در مورد پایه نصب قاضی بوده و به‌طور مستقیم به انتخاب قاضی توسط مردم اشاره ننموده است. با توجه به اینکه قضات در واقع نایب و وکیل امت هستند، می‌توان از گفتار کاسانی چنین برداشت نمود که حق نصب آنها نیز از حقوق

امت است. در واقع لازمه نیابت، ثبوت حق نصب و عزل برای منیب‌عنه بوده و مردم (منیب-عنه) می‌توانند اعمال حق کنند. از همین جهت نمی‌توان هم‌چون برخی از محققان ادعا نمود که کاسانی «چگونه نصب قضات را وظیفه مردم قلمداد می‌کند؟!» (حکمت‌نیا، ۱۳۸۲ش، ۳۶۶)؛ زیرا بنا بر توضیحاتی که در اینجا مطرح نمودیم، نیابت چنین اقتضایی را دارد. به هر صورت با کمی تأمل وجه استنباط مذکور از کلام کاسانی آشکار می‌شود. البته رد اشکال فوق به معنای صحنه‌نهادن بر این استدلال برخی از اهل سنت نیست.

آنچه در اینجا مهم است توجه به مسئله مبنایی نیابت می‌باشد. دیدگاه مشهور در فقه اهل سنت (نظریه نصب) قائل به نیابت قاضی از خلیفه است؛ اما برخی که در صدد تقویت دیدگاه انتخاب قضات بودند نیابت قاضی از مردم را مطرح کرده‌اند.

بر اساس دیدگاه غیرمشهور، با توجه به اینکه قضات در واقع نایب و وکیل امت هستند؛ حق نصب آنها نیز از حقوق امت دانسته شد. در اینجا نقدی بر مسئله نیابت قاضی از امت مطرح می‌گردد: به عنوان مقدمه باید توجه داشت که طبع افراد بشر به گونه‌ای خلق شده که نسبت به یکدیگر ظلم روا داشته و از حقوق منع می‌کنند و از طرف دیگر پیشوای مسلمین به تنهایی قادر به فصل خصومات نیست و به همین دلیل واجب است تا امام مسلمین ولایت بر امر قضاوت را به مسلمین اعطا نماید. عهده‌داری و انجام امر قضاوت از باب امر به معروف و نهی از منکر بوده و یک واجب کفایی است. علمای اهل سنت اصل اولی در حکم قضاوت را وجوب می‌دانند. دلیل آنها آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ» (نساء، ۱۳۵) است. کفایی بودن امر قضاوت نیز به این دلیل است که قضاوت نوعی از امر به معروف و نهی از منکر است (تویجری، ۱۴۳۰ق، ۵/۲۱۰). از همین رو هنگامی که فرد جامع‌الشرایط عهده‌دار امور قضایی شود، وجوب آن بر دیگران ساقط خواهد شد: «الاصل في القضاء أنه من فروض الكفاية» (عبدالغفار شریف، ۱۴۲۰ق، ۱۳۷؛ بسام، ۲۰۰۳م، ۱۵۵/۷).

این مطلب (واجب کفایی بودن امر قضاوت) در میان علمای شیعه نیز امری مورد توافق است: «هو (قضاوت) من فروض الكفایات إذا قام به قوم سقط عن الباقيين... أنه من الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۸/۸۲). «ربما وجب و وجوبه علی الكفاية... أن القضاء من باب الأمر بالمعروف» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۴/۶۱-۶۰). «بجب تولى علی الكفاية لعموم ما أوجب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ۱۱/۱۰). «للقضاء واجب كفاي» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ۲/۳).

نقد مهم در مورد نیابت قاضی از امت این است که بر اساس دیدگاه تمام علما، قضاوت از باب امر به معروف و نهی از منکر و یک واجب کفایی است. همان‌طور که در برخی از متون بالا تصریح شده بود، عهده‌دارشدن واجب کفایی از سوی برخی مکلفین تنها موجب سقوط تکلیف از دیگر افراد می‌شود. در واجب کفایی به‌هیچ‌وجه بحث از نیابت وجود ندارد و هیچ یک از علما چنین تفسیری را برای واجب کفایی مطرح نساخته است (ر.ک: فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱ ش، ۵/۱۹۰-۱۸۹؛ ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹ ش، ۲/۲۰۷). تنها مسئله سقوط تکلیف است که در واجب کفایی موضوعیت دارد. به عبارت دیگر قضاوت که یک واجب کفایی است به نیابت از دیگران نیست، هر چند که انجام آن تکلیف را از دیگران ساقط می‌کند. سقوط تکلیف اعم از نیابت است و ممکن است تکلیف ساقط شود اما نیابتی هم وجود نداشته باشد.

هنگامی که امر قضاوت به نیابت از مردم نباشد، در اصل منوبٌ عنْهی وجود ندارد تا از حق تعیین نایب (قضات) استفاده نماید. بر اساس مبنای فوق (اینکه حق نصب قضات ابتدائاً از حقوق مردم دانسته شود)، فرع مهمی که بر مسئله مترتب می‌شود عبارت است از اینکه: همان‌طور که برای شخص خلیفه جایز است تا در انتخاب قضات وکیل بگیرد (زیدان، ۱۴۱۹ ق، ۱/۳۴) و آن را به یک شخص و یا گروه دیگری تفویض کند، به طریق اولی چنین توکیلی برای امت نیز جایز خواهد بود؛ چرا که امت اصل است.

۳. قضاوت تحکیمی

«قضاوت تحکیمی» می‌تواند شاهی بر معتبربودن آراء عمومی در گزینش قضات باشد. قضاوت تحکیمی نوعی از قضاوت است که در آن اختیار تعیین قاضی به طرفین یا اطراف نزاع واگذار می‌گردد. پیش‌تر ذیل بررسی معتبره ابوخیجه به استنباط قضاوت تحکیمی اشاره شد.

از نظر احمد بن حنبل، قاضی تحکیم به لحاظ حکم‌کردن هم‌چون قاضی منصوب است و هیچ فرقی میان آنها وجود ندارد. از همین جهت حکم قاضی تحکیم در تمامی احکام حتی با وجود قاضی منصوب، نافذ است و هنگامی که حکم خویش را برای قاضی منصوب ارسال نماید، قبول حکم وی برای قاضی منصوب لازم است (ابن‌قدامه، ۱۴۱۴ ق، ۴/۲۲۴).

در این نوع از دادرسی، رضایت متخاصمین ملاک تعیین قاضی است. اگر عده‌ای با انتخابات، شخص یا اشخاصی را به عنوان داور در دعاوی برگزینند، همین ملاک قاضی تحکیم وجود دارد (یعنی رضایت افرادی که در محکمه حاضر می‌شوند) و باید انتخاب-کنندگان به نتیجه داوری او تن در دهند.

برخی از محققان استناد به قاضی تحکیم را منوط به اثبات دو مقدمه دانسته‌اند: یکی اینکه در زمان غیبت امامان معصوم علیهم‌السلام قضاوت تحکیمی وجود داشته باشد و دیگر اینکه با فرض وجود قضاوت تحکیمی در زمان غیبت، با ملاک آن (رضایت طرفین یا اطراف نزاع) بتوان مشروعیت انتخاب قاضی را به دست آورد (حکمت‌نیا، ۱۳۸۲ش، ۳۶۹). این نویسنده سپس در هر دو مقدمه مناقشه نموده است. در اینجا بررسی مناقشات مزبور ضروری است:

مناقشه در مقدمه اول: به اعتقاد محقق مزبور «یکی از شرایط دادرسی اجتهاد است، بنابر این قاضی تحکیم به نظر اینان باید مجتهد باشد، حال با فرض مجتهدبودن او، نصب عمومی توسط امام معصوم علیهم‌السلام صورت گرفته و یا قدر متیقن مورد نفوذ حکم شخصی بر دیگری است و نیازی به اذن ندارد» (همان‌جا). در واقع اگر در قضاوت تحکیمی اجتهاد شرط باشد و قاضی تحکیم نیز مجتهد باشد، نصب عمومی از سوی امام علیهم‌السلام تحقق یافته و صورت مسئله به‌طور کلی از قضاوت تحکیمی به قاضی منصوب تغییر می‌کند.

اشکالی بر مناقشه: نکته قابل توجه این است که برخی از بزرگان حتی در قاضی منصوب در شرایط عادی، قائل به لزوم شرط اجتهاد نیستند. از ظاهر کلام نجفی چنین استفاده می‌شود: «ادعای ناتوانی از عهده‌دارشدن منصب قضاوت برای فردی که نسبت به برخی از احکام به‌طور مشافهه یا تقلید از مجتهدی دیگر آگاهی دارد، بدون دلیل است؛ بلکه ظاهر ادله خلاف این مطلب است و چه‌بسا ممکن است ادعای قطع بر خلاف آن شود» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۸/۴۰)^{۱۷}. حسینی سیستانی نیز معتقدند که اجتهاد شرط برای قضاوت نیست. به عقیده ایشان این مطلب که اجتهاد شرط برای قضاوت نیست، مربوط به شرایط عادی و نه اضطراری است (ر.ک: حسینی سیستانی، ۱۴۳۷ق، ۵۸-۶۴).

۱۷. «فدعوی قصور من علم جملة من الأحكام مشافهة أو بتقلید لمجتهد عن منصب القضاء بما علمه خالیة عن الدلیل، بل ظاهر الأدلة خلافها، بل یمکن دعوی القطع بخلافها».

مفروض نویسنده مزبور این است که اجتهاد در هر صورتی در قضاوت شرط است و این فرض منجر به قاضی منصوب می‌شود؛ ولی هنگامی که در قاضی منصوب اجتهاد شرط نباشد، به طریق اولی در قاضی تحکیم این شرط وجود ندارد.

این محقق سپس به بررسی روایاتی که به منظور عدم اشتراط اجتهاد در قضاوت تحکیمی مطرح گردیده، پرداخته است. در قسمتی از روایت ابی‌خدیجه آمده بود: «يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا». چنان‌که خوبی فرموده‌اند ممکن است مراد امام علیه السلام از این قسمت شخص غیرمجتهد باشد (خویی، ۱۴۲۲ق، ۱۱/۴۱). روایت دیگری که در این زمینه وجود دارد، روایت حلبی از امام صادق علیه السلام است. در این روایت به امام علیه السلام عرض می‌شود:

«گاهی بین دو نفر از اصحاب ما نزاعی در امری به وجود می‌آید؛ آنان رضایت در داوری فردی از خودمان می‌دهند. امام علیه السلام فرمود: این از آن قبیل نیست (یعنی مصداقی از قضاوت به اهل جور نیست) آن (رجوع به اهل جور) موردی است که با شمشیر و شلاق که مردم اجبار به رأی قاضی می‌شوند» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۵/۲۷)^{۱۸}.

اشکال وی در این قسمت عبارت است از اینکه: «این روایت در صدد فرق‌گذاری بین رجوع به ستمگران و غیر آنان است، نه اینکه بخواهد شرایط قاضی و قضاوت صحیح را بشمارد. بنابراین روایات اطلاقی ندارد تا بتوان عدم شرطیت اجتهاد در قضاوت تحکیمی را از آنها نتیجه گرفت» (حکمت‌نیا، ۱۳۸۲ش، ۳۷۰).

اشکالی که به نظر نگارنده می‌رسد این است که چه مانعی وجود دارد که امام علیه السلام در ضمن سفارش به مراجعه نکردن به اهل جور، نسبت به برخی از شرایط قاضی نیز توجه دهد؟! به عنوان نمونه ظاهر از معتبره ابو‌خدیجه همین مطلب است: «إِيَّاكُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ وَ لَكِنْ أَنْظُرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ - يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ» (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳ق، ۳/۳-۲). امام علیه السلام در متن این روایت هم به دوری از قضاوت جور سفارش نموده و هم نسبت به برخی از شرایط و صفات قضات توجه داده است. شاید در مورد روایت حلبی بتوان مناقشه نمود، اما در مورد روایت ابو‌خدیجه مناقشه محلی ندارد.

۱۸. «رَبِّمَا كَانَ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا الْمَنَازَعَةُ فِي الشَّيْءِ فَيَتْرَاضِيَانِ بِرَجُلٍ مِمَّنْ قَالُوا: لَيْسَ هُوَ ذَلِكَ، أَمَّا هُوَ الَّذِي يَجْبِرُ النَّاسَ عَلَى حُكْمِهِ بِالسَّيْفِ وَالسُّوْطِ».

مناقشه در مقدمه دوم: با فرض اینکه قضاوت تحکیمی در دوره غیبت وجود داشته باشد، باز هم برای انتخاب قاضی نمی‌توان از این نهاد بهره جست؛ زیرا نهایت چیزی که مفاد قاضی تحکیم می‌رساند عبارت است از اینکه: «طرفین دعوا یا رأی‌دهندگان به شخصی مراجعه می‌کنند و او داوری می‌کند؛ اما اینکه کسانی که به او رأی نداده، ملزم به مراجعه هستند، قابل اثبات نیست. به عبارت دیگر قاضی تحکیم فقط درباره طرفین قرارداد الزام‌آور است، نه همه افراد یک شهر یا یک منطقه» (حکمت‌نیا، ۱۳۸۲ش، ۳۷۱).

اشکالی بر مناقشه: شاید مستشکل با عبارات فوق به یک چالش اجرایی توجه می‌دهد: بر فرض پذیرش نظریه انتخاب بر مبنای قاضی تحکیم، رأی هر فرد ممکن است با فرد دیگری در مورد نامزدهای قضایی متفاوت باشد. در این صورت نتیجه واحدی حاصل نمی‌گردد. به همین دلیل قضاوت تحکیمی نمی‌تواند مبنایی صحیحی برای دیدگاه انتخاب قاضی باشد. به‌طور کلی هیچ‌گاه در مشارکتهای اجتماعی همه مردم دیدگاه مساوی ندارند. به‌نظر می‌رسد یک راه‌حل تکمیلی در اینجا می‌تواند استفاده از «قانون» باشد. یکی از مهم‌ترین ویژگیهای قانون این است که منعکس‌کننده نظر اکثریت است. به تعبیر کاتوزیان قانون باید موافق طبع مردم باشد و قانونگذار عاقل از اخلاق عمومی و خواسته‌های مردم پیروی می‌کند و علیه آنها قدم بر نمی‌دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷ش، ۱۵۶-۱۵۲). در عین حال در کنار انعکاس نظر اکثریت باید به اقلیت تضمین داده شود که حقوق و جایگاه برابر ایشان حفظ و حمایت خواهد شد (به نقل از: راسخ، ۱۳۸۵ش، ۲۷).

۴. انتخاب قاضی توسط مردم در شرایط خاص

شاهدی دیگر که برای جواز انتخاب قاضی توسط آراء عمومی ذکر گردیده عبارت است از یک حکم فقهی که در میان علمای اهل سنت و علمای شیعه مورد اختلاف است. فقهای اهل سنت حق اختیار قاضی توسط اهالی یک منطقه را در صورتی که منصب قضاوت خالی باشد و پیشوایی وجود نداشته باشد که به او رجوع شود، به رسمیت شناخته‌اند: «أن الفقهاء أجازوا لأهل البلد أن يختاروا قاضياً عند خلو بلدهم من قاض، و لم یکن هناك إمام یرجع إلیه» (عبدالغفار شریف، ۱۴۲۰ق، ۱۷۴).

ماوردی می‌نویسد: «اگر اهالی شهری که در آن قاضی وجود ندارد بر تعیین شخصی به عنوان قاضی اتفاق داشته باشند (مسئله دو صورت دارد): اگر امام و پیشوای آن زمان حضور

داشته باشد، چنین تعیینی از سوی مردم باطل است و اگر آن امام مفقود باشد، تعیین مردم صحیح می‌باشد و احکام صادره از سوی آن قاضی بر اهالی شهر نافذ است» (ماوردی، ۱۴۰۹ق، ۱/۱۰۱). فقهای دیگر نیز بر همین مطلب اذعان نموده‌اند (ر.ک: ابن‌فراء، ۱۴۲۱ق، ۷۳؛ زیدان، ۱۴۱۹ق، ۱/۳۹).

اما دیدگاه مشهور فقهای شیعه به دلیل ملاک نصب از سوی امام معصوم علیه السلام در هیچ شرایطی چنین مطلبی را جایز نمی‌دانند. به عقیده ایشان حتی اگر امام علیه السلام در دوران حضور نباشند، از طریق نصب عام، امر تعیین قضات هدایت می‌شود (گلیایگانی، ۱۴۱۳ق، ۱/۵۴-۵۳؛ ر.ک: موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ۱/۱۰۵)^{۱۹}. به همین دلیل هر چند که قضات از سوی عموم مردم انتخاب شوند، چنین انتخابی به هیچ وجه نافذ نیست: «لو استتضی اهل البلد قاضياً لم یشیت ولایته عندنا» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۳/۴۰؛ ر.ک: حلی، ۱۴۲۰ق، ۵/۱۱۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۳/۳۳۱).

به نظر نگارندگان این شاهد مناقشه‌آمیز است؛ چرا که پذیرش حق انتخاب قضات برای عموم اهالی از سوی فقهای اهل سنت مربوط به شرایط عادی نیست، بلکه در موارد اضطراری که پیشوای جامعه حضور ندارد، چنین حقی به رسمیت شناخته شده است، چنان‌که ماوردی نیز بیان داشت: «اگر امام و پیشوای آن زمان حضور داشته باشد، چنین تعیینی از سوی مردم باطل است». در این صورت اثبات این حق برای عموم مردم به‌طور عام و در تمام شرایط اثبات نمی‌گردد؛ چرا که: «الضروریات تقدر بقدرها» و حال آنکه مقصود علمای اهل سنت که در صدد اثبات حق انتخاب بودند، اثبات این حق در شرایط عادی بوده است.

نتیجه

بعضی از ادله مذکور نظیر آیات قرآن و نظام قضایی تحکیم در فقه اهل سنت و فقه تشیع مشترک است. استفاده از آیه «إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ: چون میان مردم داوری می‌کنید، به عدالت داوری کنید» (نساء، ۵۸) در این زمینه قابل توجه است. توجه به لزوم رعایت اصل عدالت و امر به اجرای مستقیم آن توسط مردم (چنان‌که برخی از علمای

۱۹. «و أما فی زمن الغیبة- أو الحضور مع عدم بسط الید- فإن الإذن العام الصادر منهم علیهم السلام - كما تدل علیه الروایات- یقتضی نفوذ حکم القاضی الذی استقضاه أهل البلد و طلبوا منه النظر فی مرافعاتهم علی الخلاف فی الصفات المعتره فیه».

شیعه نیز همین مطلب را قبول داشتند)، می‌توانست دلیل یا حداقل شاهدهی بر جواز انتخاب قاضی بوده باشد. شبیه به همین استنباط در استدلالهای حسینی سیستمی به روایات مقبوله عمر بن حنظله و معتبره ابو خدیجه، وجود داشت.

اشتراک فقه شیعی و فقه اهل سنت در این قسمت عبارت است از متمرکز بودن استدلال بر مباحث لفظی و تبیین مرجع ضمیر در آیات و روایات؛ به این بیان که در آیات و روایات، مسئله اجرای عدالت و تعیین قضاات (که یکی از مصادیق یا مقدمات اجرای عدالت است)، به‌طور خاص متوجه عامه مردم می‌گردد و این مطلب ثمره تغییر اسلوب از صیغه تنبیه به صیغه جمع در «تَحْكُمُوا» یا «انظروا» است. بر اساس دیدگاه برخی از فقهای امامیه، به-کارگیری صیغه جمع و مخاطب‌قراردادن عموم شیعیان در آیات قرآن کریم، مقتضی آن است که امر قضاوت در شرایط وجود نداشتن نبی اکرم ﷺ و امامان معصوم ﷺ شأنی از شؤون ولایت امت بر خودشان باشد.

با وجود این، در کشورهایایی که دخالت آراء عمومی در جذب قضاات را به رسمیت شناخته‌اند، هیچ‌گاه به‌طور مطلق این امر در اختیار عامه مردم قرار نگرفته است، بلکه تلاش شده است تا از شیوه‌های دیگری نیز در کنار انتخابات قضایی، استفاده شود و به عنوان مثال انتخاب افراد ذی‌صلاح به عنوان نامزد انتخابات قضایی، در قلمرو اختیارات حکومت مرکزی قرار گرفته است؛ چرا که استقلال از رژیم سیاسی و از مردم به یک اندازه مهم است. لذا پیشنهاد می‌شود که در صورت وجود مصلحت در آینده، کشورهای اسلامی در ذیل شیوه‌های ترکیبی (شیوه‌هایی که متضمن انتخاب توسط مردم، نخبگان و نیز حکومت اسلامی است)، از سیستم انتخابات قضایی بهره‌مند گردند.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم، *منهاج السنة النبویة*، بی جا، مؤسسه قرطبه، ۱۴۰۶ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق.
- ابن فراء، محمد بن حسین، *الاحکام السلطانیة*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۳۱ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *الکافی فی فقه الإمام احمد*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، کویت، دارالسلاسل، ۱۴۲۷ق.
- بسام، عبدالله، *توضیح الاحکام من بلوغ المرام*، مکه، مکتبه الاسدی، ۲۰۰۳م.
- تویجرى، محمد بن ابراهیم، *موسوعة الفقه الاسلامی*، بی جا، بیت الافکار الدولیة، ۱۴۳۰ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ق.
- حسینی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- حسینی سیستانی، سید علی، *الإجتهد و التقليد و الإحتیاط*، منامه، مداد، ۱۴۳۷ق.
- حکمت‌نیا، محمود، *آرای عمومی (مبانی اعتبار و قلمرو)*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۲ش.
- حلّی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*، قم، مؤسسه امام صادق، ۱۴۲۰ق.
- همو، *رجال العلامة الحلّی*، نجف، المطبعة الحیدریة، ۱۳۸۱ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۴۲۲ق.
- همو، *موسوعة الإمام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۴۱۸ق.
- راسخ، محمد، «ویژگیهای ذاتی و عرضی قانون»، *مجله مجلس و راهبرد*، شماره ۵۱، بهار ۱۳۸۵ش.
- رشید رضا، محمد، *تفسیر المنار*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۴ق.
- زیدان، عبدالکریم، *نظام القضاء فی الشریعة الاسلامیة*، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۹ق.
- شبیری زنجانی، سید موسی، *کتاب النکاح*، قم، مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز، ۱۴۱۹ق.
- شمس‌الدین، محمد مهدی، *فی الاجتماع السیاسی الاسلامی*، بیروت، المؤسسة الدولیة، ۱۴۱۲ق.

- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
- همو، *مسالك الألفهام الی تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
- صدر، سید محمدباقر، *اقتصادنا*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، *تکملة العروة الوثقی*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، تهران، المكتبة المرتضویة، ۱۳۸۷ق.
- همو، *الفهرست*، نجف، المكتبة الرضویة، بی تا.
- عبدالغفار شریف، محمد، «حکم تولى منصب القضاء بالانتخاب»، *الحقوق*، شماره ۱، ذوالحجة ۱۴۲۰ق.
- همو، *بحوث فقهیة معاصرة*، طنطا، دار ابن حزم، ۱۴۲۲ق.
- عمید زنجانی، عباسعلی، *فقه سیاسی*، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۴۲۱ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، *اصول فقه شیعه*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۱ش.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير*، قم، دارالهجره، ۱۴۱۴ق.
- کاتوزیان، ناصر، *گامی به سوی عدالت*، تهران، میزان، ۱۳۸۷ش.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۴ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- گلبایگانی، سید محمدرضا، *کتاب القضاء*، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ق.
- ماوردی، علی بن محمد، *الأحكام السلطانیة*، کویت، دار ابن قتیبه، ۱۴۰۹ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار استاد شهید مطهری*، تهران، صدرا، ۱۳۹۰ش.
- ملکی اصفهانی، مجتبی، *فرهنگ اصطلاحات اصول*، قم، عالمه، ۱۳۷۹ش.
- منتظری، حسینعلی، *رساله استفتائات*، قم، بی تا.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، *فقه القضاء*، قم، دانشگاه مفید، ۱۴۲۳ق.

- موسوی خلخالی، سید محمدمهدی، *حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه*، ترجمه جعفر الهادی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ق.
- نجاشی، احمد بن علی، *رجال النجاشی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- ورعی، سید جواد، *مبانی و مستندات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، قم، دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، ۱۳۸۶ش.