

استاد علیدوست - خارج فقه - شرایط قاضی - آدرس سایت: a-alidoost.ir

برگه درس

صفحه 102 و 103

## 2. لزوم ملاحظه عناصر به حق دخیل، چون مصالح مورد نظر شارع در استنباط شروط

در بیان شروط معتبر در قاضی، گاه ملاحظه عناصر جانبی اثر گذار در استنباط است، که نباید به بهانه پرننگ کردن اصل مذکور در رقم قبل، مورد غفلت قرار گیرد؛ مثلاً در شرطیت طهارت مولد، باید رفتار شارع را در جاهای دیگر دید. شاید فقیه به این نتیجه برسد که به دلیل پلشت‌انگاری شدید زنا نزد شارع، شارع رأی به اعتبار قضای غیر طاهر المولد نمی‌دهد؛ هر چند وی هیچ گناهی را در این باره مرتکب نشده است. یا فقیهی از رفتاری که از شارع در خصوص حضور زن در صحن اجتماع از خود نشان داده و اصراری که بر حفظ عدم اختلاط زن و مرد و نهادینه‌شدن حیا در جامعه دارد،<sup>1</sup> استنباط اعتبار شرطیت جنسیت خاص (مذکر بودن) نماید و رأی به اعتبار شرعی داوری زن ندهد. مسأله پذیرش ولایت زن بر امور جامعه و بر مردان و عدم آن نیز از امور مؤثر در رأی به اعتبار یا عدم اعتبار داوری زنان است؛ لکن این مسأله، از امور جانبی به حساب نمی‌آید بلکه از ادله عدم اعتبار (بر فرض قبول انگاره عدم ولایت) به حساب می‌آید.

## 3. لزوم ملاحظه قضا در فرض حاکمیت سیستم خاص قضایی و عدم آن

در بیان شروط قاضی نباید صورتی که مثل امروزه قاضی بر اساس قوانین موضوعه و بر بنیان یک نظم قضایی پذیرفته شده قضاوت می‌کند با صورتی که چون گذشته، قاضیان بر اساس اجتهاد خویش به قضاوت می‌پرداختند، یکسان انگاشته شود، مقصود اثرگذاری الزامی این گسست در خروجی استنباط نیست! چه بسا حاصل گسست در نهایت در هر دو فرض یکی باشد (که البته به نظر ما چنین نیست) لکن به هر حال باید به وجود این دو فرض توجه کرد.

(جلسه هشتم)

## 4. لزوم داشتن موضعی روشن در وقت شک و نبود نصّ ملفوظ

تقریباً همه کسانی که از قضا بحث کرده اند - و با بخشی از آن آشنا شدیم - از «اصل عدم اعتبار قضا در وقت شک» صحبت کرده و آن را پذیرفته‌اند؛ از این رو شروط قاضی را حداکثری دیده‌اند.

## تقریر و تحلیل اصل عدم ولایت احد علی احد (و عدم اعتبار قضا)

شاید بدون استثنا فقیهانی که از شروط قاضی صحبت کرده‌اند، مرجع را در وقت شک و نبود دلیل معتبر «اصل عدم» دانسته‌اند، از این اصل تعابیر مختلفی شده است، نظیر «اصل عدم نفوذ حکم احد علی غیره»؛ «اصل عدم ولایت احد علی غیره». واضح است که مفاد تعبیر دوم، اعم از مفاد تعبیر اول است؛ از این رو، از اصل دوم در غیر باب قضا نیز بهره برده‌اند و ما هم در ادامه از اصل عام صحبت می‌کنیم و آن چه در مورد آن گفته شود در مورد اصل عدم نفوذ قضا نیز می‌آید.

تقریر این اصل

## 1. استصحاب‌انگاری اصل

در تحلیل این اصل چند احتمال وجود دارد. احتمال اول منظور اصل عملی استصحاب عدم باشد که قاعدتاً در شکل‌های مختلف قابل بیان است. مثلاً گفته شود: اصل عدم جواز (تکلیفی) تصرف شخصی در شئون دیگری الا ما خرج، یا اصل عدم لزوم متابعت از حکم و فرمان شخصی در حق دیگری الا ما خرج.

## لوازم استصحاب‌انگاری این اصل

هر گاه تقریر استصحاب‌گونه از این اصل ارائه شود؛ قهراً در پیوند با معتبر بودن آثار شرعی لوازم، ملزومات و ملازمات عادی و عقلی آن، بحث‌های معروف به «اصل مثبت» مطرح می‌گردد. اثر دیگر استصحاب‌انگاری این اصل این است که تا نص ملفوظ و اسناد لبی معتبر وجود دارد، نوبت به این اصل نمی‌رسد؛ از این رو فرضاً که نسبت به اعتبار یا عدم اعتبار شرطی در قاضی از نص ملفوظ عام یا خاص نتیجه نگرفتیم، نباید فوراً سراغ این اصل برویم؛ بلکه باید از دلالت و هدایت اسناد لبی چون عقل، بنای عقلای قابل تمسک نیز دریافتی نداشته باشیم تا اصل استصحاب را جاری سازیم. با این توضیح به مناقشه بر رفتار برخی فقیهان پی می‌بریم که به محض نبود دلیل لفظی (بدون توجه به اقتضائات اسناد لبی) اصل مزبور را جاری کرده‌اند و ما در جای خود ثابت کرده‌ایم که انگاره قدر متیقن گرفتن از اسناد لبی به طور مطلق صحیح نیست؛ بلکه مفاد اسناد لبی گاه با تحلیل و واکاوی قابلیت جریان برای آن چه مشکوک پنداشته شده، را دارد.

(پایان جلسه)

1. طرح این امور، به معنای عروض عناوین ثانوی پس از کشف حکم اولی شارع که متعلق به پدیده به عنوان اولی است، و باید مورد نظر مستنبط در استنباط دوم باشد، نیست؛ آن چه در متن ذکر گردیده، ملاحظه این امور به عنوان امور مورد نظر شارع در جعل اصل حکم برای پدیده به عنوان اولی آن است که باید فقیه در فرایند استنباط و فهم و برداشت از اسناد معتبر در نظر بگیرد. دقت شود.

مشروح درس :

بسم الله الرحمن الرحيم

بعد از اینکه تتبع در مسأله تمام شد قرار شد تحقیق را شروع کنیم و در تحقیق قرار شد در ابتدا پیش فرض ها را بیان کنیم اما پیش فرض چهارم.

**پیش فرض چهارم: لزوم داشتن موضعی روشن در وقت شک و نبود دلیل**

شک نکنید که ما روزهای آینده در بیان شرائط قاضی در یک مواردی شک می‌کنیم. برخی از شروط را ممکن است انسان شک نکند البته همان ها هم در برخی صورت ها جای شک دارد. اما یک شروطی داریم که جای بحث و گفتگو دارد و نمی‌شود کسی شرائط قاضی را بحث کند و برایش شک پیش نیاید. الان باید بحث کنیم که در زمان شک چه کاری باید کرد؟ آیا باید قائل به برائت شد و گفت فلان قید را که شک داریم برائت جاری می‌کنیم مثلاً اگر زن باشد شک می‌کنیم و برائت از اعتبار جنسیت خاص را جاری می‌کنیم. یا برعکس.

پس باید دید که اصل اولی چیست. این بحث فقط در باب شرائط قاضی مطرح نیست. شکی که آقایان این جا جاری می‌کنند اصل عدم نفوذ قضاوت کسی که شک داریم قضاوتش نافذ است یا نه. در مکاسب یک اصلی داشتیم به نام عدم ولایت احد علی احد. باید ببینیم در وقت شک این اصل جاری است یا نه؟ این که فقیه موضع روشنی در وقت شک داشته باشد خیلی مهم است. این بحث خیلی کاربرد دارد.

تقریباً همه ی فقهای که بحث کرده اند گفته اند ما اصل عدم داریم. اگر نص ملفوظی پیدا شد فیها و الا اصل عدم داریم. و از این اصل عدم هم تعابیر مختلفی شده است. یک تعبیر از آقای خوئی بود که فرمود: اصل عدم نفوذ حکم کسی در حق کسی.

بحثش هم این بود که شک می کنیم غیر مجتهد می تواند قاضی شود یا نه؟ اگر مجتهد باشد شک نداریم اما غیر مجتهد را شک می کنیم می رویم سراغ اصل و اصل هم عدم نفوذ حکم احد علی غیره است. ایشان این اصل را در ضبط، بینایی، قدرت بر کتابت هم می آورد. البته فقط ایشان هم نیست که این اصل را بیان می کند بلکه همه ی فقها این اصل را بیان می کنند. در باب سیاسات، در بحث ولایت فقیه هم اگر مثلا شک کنیم در گستره ی ولایت فقیه می گویند تا جایی که دلیل داریم که تابع دلیل هستیم ولی اگر دلیل نداشتیم می گوییم اصل عدم ولایت احد علی احد. پس اصل عدم نفوذ قضا در باب قضا، اصل عدم ولایت احد علی احد در باب سیاسات (البته ریشه ی اصل عدم نفوذ قضا همان اصل عدم ولایت احد علی احد است و ما دو تا اصل نداریم. ما یک اصل داریم که این اصل در باب قضا می آید در باب ولایت فقیه می آید در باب ولایت پدر و مادر می آید در اولیاء میت می آید در باب نکاح و ولایت پدر بر دوشیزه ی بکر می آید و ...) لذا ما دیگر اصل عدم نفوذ را مطرح نمی کنیم و بر روی اصل عدم احد علی احد متمرکز می شویم.

این اصل یکی از افتخارات اسلام است. ما این اصل را چند نوع می توانیم مطرح کنیم. آیا این اصل یک اصل عملی است یا یک اصل عقلی، عقلایی است اماره است یا اصل دیگری است؟ اگر اصل عملی باشد یک لوازمی دارد و اگر اصل عملی باشد لوازم دیگری دارد.

## تحلیل اصل عدم ولایت

### اولین تحلیل: استصحاب انگاری این اصل

یعنی این را مانند استصحاب که یک اصل عملی است که در زمان شک به کار می آید و مفادش هم حکم ظاهری است و برخی ها آن را در شبهات حکمیه قبول دارند و برخی قبول ندارند، است. مثلا اگر قاضی مذکر باشد یقین داریم قضاوتش نافذ است اما شک می کنیم که آیا شارع اعتبار کرده نفوذ قضاوت زن را یا نه؟ یک زمانی بود که نکرده بود یعنی قبل از شریعت یا بگوییم قضاوت این زن زمانی که بچه بود نافذ نبود بعدا که بالغ و عالم شد شک می کنیم که نافذ شده است یا نه؟ استصحاب می کنیم عدم نفوذ را. یا بگوییم: شک می کنیم این خانم جائز است تصرف کند در حق دیگران یا نه؟ اصل عدم جواز تصرف است. اگر مرد باشد و سائر شرائط را داشته باشد دلیل داریم ولی در مورد این خانم شک داریم اصل عدم جواز است. این اصل عدم جواز تکلیفی بود و می توانیم بگوییم اصل عدم اعتبار نظر و داوری شخصی در حق دیگری که می شود استصحاب حکم وضعی یا بگوییم اصل عدم لزوم متابعت از حکم و فرمان کسی در حق دیگری. بالاخره قاضی شرعی وقتی حکمی می کند همه باید متابعت کند حتی کسی که با نظر قاضی مخالف است. قاضی نظرش حتی بر فتوی هم مقدم است حالا اگر زن باشد شک می کنیم اصل عدم لزوم متابعت است چون یک زمانی این زن بچه و غیر عالم بود و لزوم متابعت نداشت یا یک زمانی شارع این لزوم متابعت را جعل نکرده بود بعدا شک می کنیم اصل عدم لزوم متابعت است.

اگر این اصل را استصحاب کردیم، آقایان می گویند اصل عملی فقط آثار شرعی مستقیمش بار می شود ولی آثار شرعی غیر مستقیم که مترتب می شود بر آثار عقلی یا آثار عادی دیگر مترتب نمی شود و از آن به «اصل مثبت» یاد می کنند. اگر گفتیم اصل عدم نفوذ قضاوت زن است نمی توانیم نتیجه بگیریم که پس باید مرد باشد چون این لازم عقلی است و می شود اصل مثبت. بله این اصل قضاوت زن را زمین می زند. چنانکه اگر بنا شد این اصل عملی باشد ما به صرف نبودن آیه و روایت نمی توانیم سراغ اصل عملی برویم چون اصول عملی وقتی هیچ اصل و دلیلی حتی دلیل لبی نداشتیم مورد استفاده قرار می گیرند ولی اگر دلیل عقلی یا بنای عقلا داشته باشیم دیگر نمی توانیم به سراغ اصول عملیه برویم. آقای خوئی از این اصل استفاده کرد و گفت ما دلیل لفظی نداریم پس این اصل را جاری می کنیم در حالی که اگر این اصل را استصحاب بدانیم تا زمانی که درک عقل و بنای عقلا داریم نمی توانیم به سراغ این اصل برویم. چون تا دلیلی در صحن استنباط داشته باشیم نوبت به اصول عملیه نمی رسد. ما می گوییم خیلی از اسناد لبی نیاز به امضای شارع ندارد و حتی لازم نیست به صدر اسلام برسد یعنی آن هایی که برخاسته از عقل عقلا است چون درک عقل است و درک عقل نیاز به امضا ندارد و از اسناد چهارگانه است. همچنین ما معتقد هستیم که در اسناد لبی قدر متیقن گیری لازم ندارد. گاهی ما وقتی سیره را باز می کنیم شک ما را برطرف می کند و

لازم نیست به صرف شک به سراغ قدر متیقن برویم. برخی اوقات وقتی بنای عقلا را تحلیل کنیم دیگر نیاز به قدر متیقن گیری نداریم چون اطلاق پیدا می کند، معقد پیدا می کند. (همانطور که معقد اجماع داریم معقد بنای عقلا هم باید اضافه شود).