

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

برگه درس

صفحه 104 و 105

(جلسه نهم)

2. ارجاع این اصل به سیره و بنای عقلا

تقریر دوم از این اصل، ارجاع آن به اصلی از عقلا است، با این توضیح که خردمندان همان قدر که حق تصرف به انسان ها در شئون خویش می دهند، این حق را نسبت به تصرف در شئون دیگران غیر مجاز می دانند، تا مرجعی معتبر و مقبول آن را معتبر کند. این سیره از گذشته بوده و مورد امضای شارع - بنابر انگاره لزوم امضای سیره عقلا از سوی شارع جهت اعتبار یافتن - نیز واقع شده است.

لازم سیره انگاری اصل مورد بحث

سیره انگاری اصل مزبور، این اصل را از امارات قرار می دهد، قهراً آثار اماره را نیز با خود دارد و به دلیل لیبی بودن آن در صورتی که به هیچ طریق نتوان گستره آن را شناخت در صورتی که به هیچ طریق نتوان گستره آن را شناخت باید در مورد آن به قدر متیقن اکتفا کرد. شنیدنی این که به حکم مفاد این اصل با این تقریر، قدر متیقن نسبت به تمسک به این اصل است نه نسبت به آن چه از این اصل خارج شده است (اشتباه نشود) و این چیزی است که خلاف بین رفتار فقیهانی است که این اصل را مطرح ساخته اند. ضمناً - به نظر ما - سیره انگاری این اصل و تمسک به آن بدون مراجعه به آن چه در محیط عقلا و در قوانین موضوعه می گذرد، صحیح نیست؛ چه معنا دارد که در استنباط به اصلی از عقلا تمسک شود، بدون این که اصل مزبور پیشینه کاوی، پسینه کاوی و واکاوی شود و در مورد آن از محیط عقلا سراغی گرفته نشود. مثلاً اگر در اعتبار جنسیت خاص (مذکر بودن) در قاضی شک شود و با تمسک به این اصل اعتبار نظر قضایی زن مورد مناقشه قرار گیرد؛ در حالی که در بسیاری از نظام های قضایی منعی برای قضاوت زن نمی بینند، تمسک مزبور ناموجه خواهد بود.

خداشای ناموجه برای کارایی این اصل

چنان که گذشت اصل عدم ولایت و عدم نفوذ با نتیجه خاصی که از آن می گیرند از استقبال فقیهان برخوردار است؛ و ما تنها به یک گفته برخورد کرده ایم که نتیجه ای دیگر از این اصل می گیرد. توجه کنید: «شک در این وجود دارد که آیا نوع انسان - بدون قید مرد بودن یا زن بودن - از اصل اولی عدم ولایت خارج می شود یا این که آن چه از ذیل این اصل خارج می شود، انسان به شرط مرد بودن است. در این صورت به خاطر تحقق ارکان برائت، با شک در اعتبار قید زاید (مرد بودن) در این خصوص برائت جاری می شود».<sup>1</sup>

ناموجه بودن این بیان، به این دلیل است که هر گاه در مقدار خارج از یک اصل و قاعده، شک شود باید به قدر متیقن اکتفا کرد و مشکوک را داخل در گستره اصل و قاعده دانست و در مثالی که قائل بیان می کند، آن چه یقیناً از اصل عدم ولایت خارج شده، مرد است و خروج زن، مشکوک است. و پر واضح است که چون خروج مرد از این اصل، کمتر از خروج زن و مرد است، پس باید به خروج مرد از اصل رأی داد و زن را داخل در گستره اصل دانست. در حالی که مطابق بیان فوق «خروج انسان به شرط مرد بودن» حداکثر و «خروج انسان بدون قید» حداقل فرض گردیده است!!

(پایان جلسه)

## بازخوانی مجدد اصل عدم ولایت (بررسی دوم)

اصل عدم ولایت بر دیگران (و زیر مجموعه‌های آن؛ چون اصل عدم نفوذ قضا در حق دیگران) و نیازمندی آن به جعل کسی که ولایت بر جعل ولایت دارد و این که تنها خداوند است که ولایت بالذات یعنی لا بالجعل بر ما سوا دارد، نیازمند اقامه برهان نیست. در واقع آزادبودن، مستقل‌بودن و مسلط‌بودن افراد بر شئون خویش، نافی تسلط دیگران بر این شئون است؛ پس اصل عدم ولایت ترجمه‌ای از «اصل تسلط الناس علی شئونهم» است؛ در صورتی که به اصل تسلط، زبان سلبی بدهیم نه فقط زبان ایجابی (دقت شود).

این حقیقت مورد ادراک عقل، قبول همه عقلا در همیشه تاریخ و هدایت برخی نصوص دینی است. در کلمات امیر حکمت و بیان خطاب به امام حسن - علیهما السلام - است: «لا تکن عبد غیرک و قد جعلک الله حراً»<sup>2</sup>؛ همچنین حضرت فرمودند: «یا ایها الناس ان آدم لم یلد عبداً و لا امةً و ان الناس کلهم احراراً و لکن الله خول بعضکم بعضاً»<sup>3</sup>. مطابق این بیان، این ولایت است که نیازمند جعل معتبر است نه سلب آن؛ قهراً لازم جداناپذیر آن، این است که در وقت شک و آن جا که به هیچ‌وجه نه از عقل و نه از نقل، نه عام و نه خاص و نه از بنای عقلی معتبر، دلیلی بر ولایت‌داشتن نهاد و فردی بر دیگری نداشتیم، نتوانیم آثار ولایت را باز کنیم؛ بلکه باید از نهاد «استصحاب عدم» بهره ببریم، در صورتی که شک مستقر گردد و نتوان از اطلاق یا عموم اسناد دال بر قاعده عدم ولایت بهره برد و الا مرجع عموماً و اطلاقات است نه استصحاب. چنان که پس از خروج از این اصل و مطرح‌شدن شک در مقدار خروج، باید به عموم یا اطلاق دلیل دال بر خروج تمسک کرد، در صورتی که عموم یا اطلاقی در اختیار باشد. رفتاری که محقق خویی قبلاً از خود نشان داد و ما آن را نقل کردیم (تمسک به اطلاقی برخی آیات جهت اثبات عدم اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم) از این قبیل بود و با استقرار شک به استصحاب عدم ولایت تمسک می‌شود.

1. محمدمهدی شمس‌الدین، اهلیة المرأة لتولی السلطة، ص 157؛ نقل ما از علی‌آقا پیروز، بررسی فقهی مدیریت زنان در مناصب سیاسی، ص 102.
2. نهج البلاغه (فیض الاسلام)، نامه 31، ص 929.
3. کافی، ج 8 (روضه)، ص 69، ح 26.

مشروح درس :

بسم الله الرحمن الرحيم

بحث ما راجع به تحلیل اصل عدم ولایت احد علی احد است. گفتیم همه ی فقها در طول تاریخ از کتاب الطهاره تا دیات هر جا مناسبت شده این اصل را آورده اند ولی در هیچ کجا من ندیده ام که یک بحث فقیهانه ای راجع به تحلیل این بحث بشود که آیا اصل عملی است، اصل عقلی است یا ... . دیروز گفتیم که می شود این اصل را به استصحاب برگرداند.

### تحلیل دوم: سیره انگاری اصل عدم ولایت احد علی احد

ما خیلی اوقات اصل می گوئیم و منظورمان همان اصل عملی است که واقعا شک داریم مثل اصل استصحاب، اصل برائت و ... این اصل ها مختص به ما هم نیست مثل این که اصل برائت را همه ی فیلسوفان حقوق دارند و می گویند اصل بر برائت متهم است تا این که جرمش ثابت شود. ولی گاهی می گویند: اصل بر پذیرش اقرار است. آیا اصل پذیرش اقرار یک اصل عملی است یا یکی از امارات قانونی است لذا همه ی لوازمش هم مترتب می شود. پس هر دو را اصل می نامند ولی یکی اصل عملی است که مخصوص شک است و دیگری اماره ی قانونی است که گمان می آورد حتی اگر گمان بر خلافش باشد به آن توجه نمی کنند چون اصل است.

ما یک اصل عموم و اصل اطلاق داریم که از اصول عملیه نیست بلکه اصولی است که عقلا دارند و شارع مقدس هم پذیرفته است و به آن ها امارات گفته می شود و همه ی لوازمش حجت است و گمان بر خلافش هم ضرر نمی زند. اگر به اصل عدم ولایت یک حالت سیره و بنای عقلا بدهیم می شود اماره و بحث بعدی این می شود که لوازمش چه چیزهایی است.

آیا می شود اصل عدم ولایت را به صورت اماره مطرح کنیم؟

می توانیم این طور بگوییم: تمام عقلا قبل از اسلام بعد از اسلام مسلمان و غیر مسلمان اگر یک جا بخواهند به یک نفر ولایت بدهند می گویند باید جعل شود مثلاً آن قانون گذاری که قبولش دارند (نهاد معتبر) این حق را بدهد. یعنی بنای عقلا بر این است که اصل عدم ولایت است و قانون گزار معتبر باید جعل کند. اگر به اصل عدم ولایت این طور نگاه کنیم می شود اماره چون آن را برگردانیم به سیره ی عقلا و سیره ی عقلا هم اگر متصل به عصر معصوم برسد (بنابر نظر مشهور نه نظر خود ما) و معصوم سکوت کند حجت می شود. این سیره هم از آن سیره هایی است که از همان صدر اسلام بوده است و ما خیالمان راحت است که به امضای شارع رسیده است چون از همان صدر اسلام بوده است. اگر اینطور نگاه بشود این اصل عدم ولایت می شود مثل اصل ظهور، اصل عموم، اصل اطلاق، اصل عدم نقل در الفاظ. اگر ما در نقل یک لفظ از معنایی به معنای دیگر شک کنیم اصل عدم نقل جاری می کنیم. برخی فکر کرده اند این اصل استصحاب قهقری است در حالی که اصل عدم نقل بالاتر از استصحاب است و یک اصل عقلایی است. پس خیلی باید حواسمان باشد که بین اصول عقلایی که پشتش سیره است و اماره است با اصول عملیه اشتباه نکنیم. اصل عدم ولایت اگر گفتیم همچین اصلی است نه استصحاب خیلی تأثیر دارد. استصحاب را برخی قبول ندارند (خود ما هم استصحاب را در شبهات حکیه معتبر ندانستیم) ولی اگر اصل عقلایی شد دیگر این اختلافات تأثیری بر آن ندارد. یک اثر دیگرش هم این است که امارات تمام لوازمش بار می شود حتی آثار عادی و عقلی و آثار شرعی مترتب بر آنها هم بار می شود بر خلاف اصل عملی.

اگر گفتیم اصل عدم ولایت اماره است دیگر نمی توانیم به محض شک به این اصل تمسک کنیم. نهایتاً باید بنای عقلا را در آن مورد ببینیم و نمی توانیم سریع قدر متیقن بگیریم و از آن استفاده کنیم چنانکه قدر متیقن گیری اش هم باید ببینیم نتیجه اش چه می شود. مثلاً اگر گفتیم اصل عدم ولایت سیره است نه اصل عملی طبق نظر آقایان سیره دلیل لبی است و باید قدر متیقن بگیریم و اگر قدر متیقن بگیریم. قدر متیقن بگیریم یعنی جریان این اصل را فقط در قدر متیقن ها بگیریم نه در آن مواردی که شک داریم. مثلاً اگر یک دیوانه می خواهد قضاوت کند بگوییم دیوانه که قضاوت ندارد، اصل عدم ولایت جاری است اما اگر یک زن می خواهد قضاوت کند و ما شک داریم که زن مشمول این اصل هست یا نه دیگر نمی توانیم در حق او از این اصل استفاده کنیم بر عکس در آنجا این اصل می رود کنار و باید ببینیم دلیلی بر منع قضاوت زن داریم یا نه. یا اگر یک غیر مجتهد می خواهد قضاوت کند اگر گفتیم اصل عدم ولایت یک اصل عقلایی است و قدر متیقن هم باید بگیریم حالا اگر شک کردیم که یک طلبه ی فاضل غیر مجتهد می تواند قضاوت کند یا نه دیگر نمی توانیم از این اصل استفاده کنیم و بگوییم طلبه ی فاضل غیر مجتهد نمی تواند قضاوت کند چون بنا است در اصول عقلایی قدر متیقن بگیریم و قدر متیقن گرفتن از این اصول شرائط قاضی را سبک می کند (اگر سیره بگیریم ولی اگر استصحاب بگیریم هر جا که شک کنیم استصحاب می کنیم این اصل را) در حالی که علما می خواهند با این اصل شرائط را سنگین کنند و این شاید قرینه باشد بر این که ذهن علما بر این بوده که این اصل استصحاب است.

نکته ی دیگر این که اگر اصل عقلایی شد نباید محیط عقلا را در نظر بگیریم. باید ببینیم در محیط عقلا چه کاری می کنند. (گاهی بزرگان ما یک چیزی را می گویند عقلایی است ولی لوازمش را بار نمی کنند) مثلاً اگر گفتیم اصل عدم ولایت داریم و بعد بحثمان رسید به این که باید حلال زاده باشد یا نه؟ زن می تواند قاضی باشد یا نه؟ زن می تواند وکیل، رئیس مجلس و ... باشد یا نه؟ حق نداریم در وقتی که عقلا زنان توانا را هم در قوه ی قضائیه می برند هم در پست های حساس سیاسی می برند بگوییم اصل عدم ولایت است در حالی که فرض کردید که این اصل عقلایی است و این یک سیره است.

**مثال دیگر:** علما می گویند اصل ظهور و اصل عموم از اصول عقلایی است و بعد می گویند حتی اگر گمان بر خلافش هم دارید اصل را جاری کنید. ما گفتیم اگر این ها اصل عقلایی است باید ببینیم عقلا همین کار را انجام می دهند یا نه؟ مخصوصا در امور مهمه (مسائل دینی هم از امور مهمه است) مثلا در امور مهمه عقلا متعبد به اصل ظهور می شوند ولو گمان به خلاف دارند؟ این در امور مهمه ما که در امور غیر مهمه هم می گوئیم متعبد به اصل ظهور نمی شوند بلکه متوقف می شوند و سؤال می پرسند. پس اگر گفتیم این اصل از اصول عقلایی است باید ببینیم عقلا تا کجا به این اصل متعبد می شوند.

در این جا هم اگر می خواهید بگویید این اصل از اصول عقلایی است باید به لوازمش هم ملتزم شد. ثمره ی این بحث هم این می شود که اگر واقعا از باب مثال عقلا قضاوت زن را قبول ندارند این را می آوریم در محیط شرع، می گوئیم سیره ی عقلا است، به آن تمسک می کنیم و به وسیله ی آن رفع شک می کنیم ولی اگر برای عقلا جنسیت در قضاوت مطرح نیست (ممکن است خود زن ها استقبال نکنند ولی برای عقلا جنسیت مطرح نیست) دیگر نمی توانیم به این اصل تمسک کنیم. پس این اصل را مطرح کردیم. گفتیم استقبال خوبی از این اصل شده. و بعد برای آن دو تحلیل بیان کردیم. ولی ما می خواهیم یک بار دیگر بازخوانی کنیم. این بحث خیلی مهم است و در فقه سیاسی این بحث خیلی به کار ما می آید.

یک صحبتی یکی از علمای لبنان دارد. آقای محمد مهدی شمس الدین از علما و رئیس مجلس لبنان بود و یک مقدار هم رگه های روشنفکری داشت. ایشان می گوید: ما اصل عدم ولایت احد را قبول داریم منتهی دیگران از این اصل استفاده کرده اند که شرائط قاضی، حاکم، ولی میت و ... را زیاد کنند ولی من از این اصل می خواهم استفاده کنم برای این که بگویم: ما می دانیم که بالاخره از این اصل افرادی خارج شده اند ولو محدود (مثلا در باب قضا کسی که به قول آقای خویی سیزده شرط را دارد) و اگر شک کنیم که کسی که از این اصل خارج شده است به صورت مطلق خارج شده است یا با قید خاص باید بگوئیم که به صورت مطلق خارج شده است چون برائت از قید خاص جاری می شود. ما می دانیم که از اصل عدم ولایت در وقتی که شک داریم زن هم می تواند قاضی باشد یا نه؟ زن هم می تواند ولی فقیه باشد یا نه؟ زن هم می تواند مرجع تقلید باشد یا نه؟ شک می کنیم انسان به قید مذکر بودن خارج شده است یا انسان مطلق خارج شده است (لا بشرط) انسان به قید مذکر بودن، قید زائد دارد و انسان مطلق قید زائد ندارد، یقین داریم خارج شده نسبت به قید شک داریم و شما در اصول می گوئید اگر شک داشتیم در قید برائت جاری می کنیم لذا ما برائت جاری می کنیم و می گوئیم انسان خارج شده است.

ترجمه ی عبارت ایشان: «شک در این وجود دارد که آیا نوع انسان بدون قید مرد یا زن بودن از اصل اولی عدم ولایت خارج شده یا اینکه آن که از تحت این اصل خارج می شود انسان به شرط مرد بودن است در این صورت به خاطر تحقق ارکان برائت با شک در اعتبار قید زائد در این خصوص برائت جاری می شود.»

**مثال دیگر:** می دانیم که بعد از حمد یک سوره ی دیگر باید بخوانیم ولی نمی دانیم که حتما باید سوره دیگر با قید سوره ی توحید بودن یا مطلق سوره در این جا علما می گویند شک در قید زائد داریم برائت جاری می کنیم.

**مثال دیگر:** می دانیم که از این اصل قضاوت مجتهد خارج شده است اما نمی دانیم باید مجتهد باشد با قید اجتهاد یا قید اجتهاد لازم نیست. نسبت به این قید برائت جاری می کنیم.

مغالطه ی این سخن این است که ایشان در تطبیق اشتباه می کند. ما در اصول یک قاعده داریم که اگر ما یک اصل عام داشتیم بعد از این اصل عام یک سری چیزها خارج شد اگر شک در مقدار خارج بکنیم و هیچ قرینه ای هم نداشته باشیم باید قدر متیقن را بگیریم. مثلا گفت اکرم العلما بعد می دانیم که فلاسفه خارج شدند و شک می کنیم که عرفا هم خارج شده اند یا نه قاعده می گوید قدر متیقن بگیر فلاسفه را خارج کن و بگو من دلیلی بر خروج عرفا پیدا نکردم.

ما اصل عدم ولایت داریم و می دانیم قدر متیقن مرد خارج شده (مردی که شرائط دیگر را هم دارد) از تحت این اصل خارج شده است اما نمی دانیم مرد و زن خارج شده یا فقط مرد؟ ما اینجا باید مقدار خارج را نگاه کنیم نه این که از خودمان لفظ (مطلق

انسان، انسان بشرط مرد بودن) بسازیم. اگر اصل عدم ولایت را قبول داریم باید ببینیم از این اصل چقدر خارج شده است. اشتباه ایشان این است که آمده است یک لفظ انتزاعی درست کرده و گفته نمی دانم خارج مطلق انسان است یا با قید مرد بودن. فکر کرده انسان با قید مرد بودن اکثر است و انسان اقل است در حالی که باید در دامنه ی خارج را نگاه کرد. مطلق انسان بیشتر خارج می کند. خارج را باید نگاه کرد نه عنوان تراشی، بگوییم مطلق انسان حداقل است انسان به قید مرد بودن اکثر در حالی که بر عکس است.