

## خلاصه درس:

### بررسی و نقد ادله ارائه شده

#### 1. بررسی و نقد دلیل اولویت

دلیل اولویت در کلمات عموم باحثان از شرایط قاضی، ذکر شده است. و جمع کثیری از ایشان بدون هیچ اما و اگر آن را پذیرفته‌اند. برخی از این گروه - چون محقق خویی - آن را چنان واضح انگاشته‌اند که هیچ توضیحی در اطراف آن ارائه نداده‌اند.<sup>1</sup> و برخی - چون محقق نایینی - توضیح کوتاهی در اطرافش داده‌اند. توجه کنید:

«و اما طهارة المولد، فلاولوية القطعية التي تستفاد من اعتبارها فی الشاهد و امام الجماعة، فان اعتبارها فی الشاهد لیس الا لكونه من شؤون القضاء و مقدماته ففی نفس القاضی أولى قطعاً».<sup>2</sup>

#### برخی اما و اگرها در اطراف این دلیل

با وجود مسلم‌انگاری این دلیل نزد عموم باحثان، از برخی کلمات، تاملاتی در اطراف آن دیده می‌شود؛ مثلاً فقیه نجفی می‌فرماید: «فالعمدة الاجماع المحکی و فحوی ما دل علی المنع من امامته و شهادته ان کان و قلنا به».<sup>3</sup> فتامل. محقق اردبیلی نیز مسأله را با این متن برگزار می‌کند:

«و طهارة المولد، فکأن دلیله الاجماع و تنفر الانفس و عدم الانقیاد و اشتراطها فی الشاهد. فتامل فی».<sup>4</sup>

محقق خراسانی هم بی‌اعتنا به این دلیل (با این که عدم توجه وی به آن، بسیار بعید می‌نماید) می‌فرماید:

«و لدلیل علی اعتبارها سوی الاجماع و الا فاطلاق الاخبار یقتضی عدم الاعتبار. نعم یمکن دعوی الانصراف عنه بملاحظة ان القضاوة من المناصب الشریعة فکیف یلیق بها من خبثت ولادته».<sup>5</sup>

#### کلامی با صاحبان این دلیل و بیان رأی مختار در این پیوند

به وضوح آشکار است که جنس توسعه منع از امام جماعت و شهادت به قضاوت از جنس قیاس مصطلح یا تمسک به ظهور عرفی نیست؛<sup>6</sup> بلکه از جنس اولویت قطعی عقلیه است که مُدرک آن عقل و حد نصاب قبول آن قطع است.

از این رو برخی مدعیان این دلیل - چون محقق خویی - با این چالش روبرو هستند که شما که عقل را عاجز از ادراک مناطات و ملاکات احکام می‌بینید، چگونه در این جا عقل به دو ادراک قطعی رسید: اولاً درک کرد که ملاک منع در امام جماعت و شهادت ولدالزنا فلان پدیده خاص است ثانیاً آن پدیده به نحو اشد در قضاوت هست؟! شاید منع ولد الزنا از سوی شارع برای تصدی امامت جماعت و شهادت چیزی است که در تصدی وی برای قضاوت نیست؟

واضح است که نباید گفت: وجه منع، ولدالزنا بودن شخص است! زیرا ولدالزنا بودن موضوع حکم منع است نه ملاک حکم منع و الا اگر ملاک بود، که اولویت معنا نداشت! دقت کنید!

البته ما این را جدلاً به حضرات می‌گوییم و گرنه ما عقل را قادر بر ادراک برخی ملاکات می‌دانیم و در مجال مناسب خودش، آن را اثبات کرده ایم.<sup>7</sup>

و در مجال حاضر اگر نتوانیم اولویت را از منع امام جماعت بودن ولد زنا به دست آوریم از منع شهادت وی (اگر در جای خود ثابت شود) می‌توان استفاده به اولویت یا به تساوی و قطع به عدم فرق داشت.

البته در اطراف این شرط باید تامل بیشتری کرد مثلاً ملاحظه کرد که این شرط، شرط واقعی است یا شرط علمی و در اثبات.

همچنین آیا طهارة مولد شرط است یا بودن از زنا مانع است؟ در وقت تحقیق به این پرسش‌ها پاسخ خواهیم داد.

به هر روی، دلیل اول بنا بر قبول آن در مقیاس علیه قابل دفاع است.

هر چند ممکن بلکه ظاهر این است که ملاک منع نه خست و عدم کرامت غیر طاهر المولد بلکه پدیده دیگری است که به عنوان دلیل عمده منع بیان خواهیم کرد.

### دلیل دوم، نقد و بررسی

در مورد این دلیل گفته شده: «هذه الروایات - كما ترى - بعضها مخدوشة من حيث الدلالة و السند و مخالف لحکم العقل و حقوق الانسان و لكن استفادوا منها خسة ولد الزنا و عدم صلاحيته لتصدى منصب القضاء الذى هو من المناصب الشريفة الخطيرة». این دلیل در بسیاری از متون فقهی - که متعرض این شرط در قاضی شده‌اند - نیست.

1. مبانی تکملة المنهاج، ج 1، ص 11.
2. القضاء (چاپ شده در بحوث فى القضاء) ، ج 2، ص 36.
3. جواهر الکلام، ج 40، ص 13.
4. مجمع الفائدة و البرهان، ج 12، ص 6.
5. القضاء (چاپ شده در بحوث فى القضاء) ج 1، ص 20.
6. یکی از راه‌های توسعه مفاد یک نص، فهم عرفی است که نهاده شده بر دوش فهم مخاطبان است و در تحقق آن - بنا بر مشهور - ظن و - بنا بر رای ما - اطمینان - کافی است.
7. ر.ک: فصلنامه فقه و حقوق، شماره 8، بهار 1385، مقاله «امکان فهم مصالح و مفسد مورد نظر شارع».

### مشروح درس:

بسم الله الرحمن الرحيم

گفته شد که شرط پنجم در قاضی طهارت مولد است. موقعیت فقهی این شرط بررسی شد چنانکه موقعیت شرعی هم بررسی شد. راجع به موقعیت فقهی من نوشته ام گفته شده است که ظاهراً این شرط را عامه نیاورده اند (من چون نخواستم خودم مراجعه کنم و لازم ندانستم که مراجعه کنم از آقای اردبیلی آدرس داده ام و چون خودم مطمئن نبودم گفته ام: نقل شده است). امروز وارد یک مرحله ی جدید می شویم. در این مرحله ما سه کار انجام می دهیم. یکی بررسی (یعنی ماهیت شناسی دلیل)، مرحله ی بعد نقد است و مرحله ی آخر هم تحقیق است.

### بررسی ادله

#### اولین دلیل (دلیل اولویت):

این دلیل را اولاً عموم کسانی که شرط می دانند طهارت مولد را در قاضی دارند. این هایی که آورده اند برخی این قدر این دلیل را مسلم دانسته اند که توضیح هم نداده اند مانند مرحوم آقای خوئی (ماتن درس ما) در مبانی تکملة المنهاج. ولی برخی هم توضیح داده اند مانند آقای نائینی

متن آقای نائینی: «و اما طهارة المولد فلأولوية القطعية که استفاده می شود از اعتبار طهارت مولد در شاهد و امام جماعت فان اعتبارها فى الشاهد ليس الا لكونه من شئون القضا و مقدماته ففى نفس القاضى اولى قطعاً» یعنی کسی که برای شهادت نمی تواند در مقابل قاضی بایستد و شهادت دهد به طریق اولی نمی تواند پشت میز بنشیند و قضاوت کند.

اما انسان وقتی یک مقداری زمان می گذارد مطالبی به دست می آورد؛ مثلاً صاحب جواهر می گوید: العمدة الاجماع المحكى و فحوى (یعنی اولویت) ما دل على المنع من امامته و شهادته ان كان و قلنا به (اگر چنین عمومی باشد و به آن قائل بشویم گویا می خواهد بگوید برای من یک عمومی که بخواهیم سرایتش بدهیم مسلم نیست). از ایشان می گذریم در قرن دهم، محقق اردبیلی در مجمع الفائدة می گوید: و طهارة المولد فكأن دليله الاجماع و تنفر الانفس و عدم الانقياد و اشتراطها فى الشاهد فتأمل فيه (حال فتأمل به همه بخورد که شامل آخری هم می شود ولی ظاهراً این فتأمل به آخری یعنی همین اشتراطها فى الشاهد می خورد)

از ایشان هم می‌گذریم می‌رسیم به آخوند خراسانی، ایشان می‌فرماید: و لا دلیل علی اشتراطها سوی الاجماع و الا (اگر اجماع جلو ما را نگیرد) اطلاق اخبار اقتضا می‌کند عدم اعتبار را (روایت ابو خدیجه و ... بعد می‌فرماید: نعم یمكن دعوی انصراف از او (حرام زاده) به ملاحظه ی این که قضاوت از مناسب شریف است چگونه لایق کسی باشد که خبث ولادت دارد و از طریق حرام نطفه اش منعقد شده است. شاهد من این است که یک فقیه استواری مانند آخوند اصلا به اولویت اشاره نمی‌کند. قطعاً ایشان دلیل اولویت را دیده ولی می‌گوید من اولویت را قبول ندارم.

### مطلب سوم: راه‌های توسعه‌ی مفاد نص و ماهیت‌شناسی اولویت

اولاً جنس این دلیل چیست؟ اسمش را اولویت می‌گذارند اما آیا این دلیل قیاس مصطلح نیست؟ قیاس این است که نصی در یک مورد خاصی وارد شده، ما آن نص را از آن مورد خاص به جای دیگر می‌بریم، دقیقاً در این جا ما داریم حکم مربوط به امام جماعت و شاهد را به قضاوت که در دلیل نیست سرایت می‌دهیم.

ثانیاً آیا این استناد به ظهور عرفی است یا استناد به عقل است؟ (این بحث از آن بحث‌های کارتون خواب کتاب‌ها هست و ردیف بودجه ندارد)

گاهی انسان یک دلیل را از یک جا به جای دیگر می‌برد به صرف گمان و مشابهتی که خودش درست می‌کند. این همان قیاس ملعون و مورد نهی است که برخی از اهل تسنن به آن عمل می‌کنند. اما جنس این دلیلی که در این جا گفته شده این نوع از قیاس نیست. ممکن است یک کسی فکر کند در این جا از باب ظهور عرفی است یعنی حکم رفته روی یک موضوع اما عرف برای آن موضوع خصوصیت نمی‌فهمد و توسعه می‌دهد مفاد دلیل را نه از باب قیاس بلکه از باب ظهور عرفی مثل این که پزشک به بیمار می‌گوید تو سرما خوردی و گلویت حساس است انار نخور؛ عرف این عبارت را توسعه می‌دهد و می‌گوید انار خصوصیت ندارد؛ ما در شرع خیلی از این موارد داریم که نص امام روی واژه‌ها رفته ولی واژه خصوصیت ندارد و عرف خصوصیت نمی‌فهمد با توجه به قرائن، شواهد، مناسبات حکم و موضوع و ... اگر امام فرمودند اگر شخصی در ازدحام کشته شد دیه اش بر بیت المال است و از آن طرف هم می‌دانیم که خون هیچ مسلمانانی نباید هدر برود حال اگر کسی در ازدحام کشته نشد بلکه در یک جنایت مخفیانه کشته شد و قاتلش هم مشخص نشد یا به واسطه‌ی اشتباه قاضی کشته شد می‌شود گفت دیه اش بر بیت المال است؛ بله می‌شود؛ روایت در مورد ازدحام است ولی وقتی این روایت را به دست عرف می‌دهیم برای ازدحام خصوصیت نمی‌بیند. اگر در خود دلیل یک تعلیلی وجود داشته باشد و ظهور در علت داشته باشد دیگر توسعه عرفی نیست بلکه توسعه‌ی ظرفیت دلیل است حتی برخی اوقات که تعلیل هم نیست اگر عرف بفهمد کافی است. این توسعه اسمش هم اولویت نیست بلکه توسعه فهم عرف است از یک دلیل و نکته‌ی مهم این است که در این جا یقین هم لازم نیست بلکه ظن عرفی (البته چون ما ظن را حجت نمی‌دانیم می‌گوییم اطمینان) اما قطع لازم نیست. علما می‌خواهند بگویند ما وقتی روایتمان در مورد امام جماعت یا شاهد است وقتی به دست عرف می‌دهیم عرف برای امام جماعت و شاهد خصوصیت نمی‌بیند و موارد دیگری را هم داخل می‌کند از جمله قضاوت؛ اگر این باشد می‌شود از باب توسعه‌ی عرفی و پشتوانه اش هم عرف است نه عقل، اولویت هم نباید بگوییم، قطع هم نمی‌خواهد اما آقای نائینی و دیگران از باب فهم عرفی جلو نمی‌روند بلکه از عقل استفاده می‌کنند. اگر به عقل بگوییم دین ما گفته است حرام زاده برای شهادت داخل دادگاه نشود، امام جماعت هم نشود حال شما به ما بگو آیا پست قضاوت به او بدهیم یا نه؟ پست مرجع تقلیدی به او بدهیم یا نه؟ عقل می‌گوید نه به او ندهید از باب اولویت مخصوصاً نسبت به شهادت اولویت دارد؛ در این صورت باید این اولویت قطعی باشد.

مقسم این بحثی که گفتیم توسعه‌ی مفاد یک نص از آن چه که در دلیل آمده به غیر از آن است. یک توسعه منهی است اگر در قالب قیاس سنی باشد. یک توسعه مورد قبول علما است که همان ظهور عرفی است و یک توسعه هم تنقیح مناط قطعی است. این بحث را من در جلد فقه و حقوق قرارداده‌ها آورده‌ام. این بحث (راه‌های توسعه‌ی مفاد دلیل نص) خیلی بحث مهمی است و حتماً این بحث را ببینید.