

شرایط قاضی - مذكر بودن

برگه جلسه :

صفحه 203 و 204

(جلسه نودم)

4. ماهیت‌شناسی برخی شئون (حق یا تکلیف؟)

بارها گفته شده و این رویکرد در فهم نصوص استنباط ممکن‌التأثیر است که تصدی برخی مسئولیت‌ها، محض برخورداری و حق نیست، بلکه روی دیگر آن، تکلیف است؛ از این رو هر گاه فرض را بر منع تصدی زنان در قالب قضا، شهادت در برخی امور، زعامت و... بگذاریم، نباید تصور کرد که حقوقی از زن از بین رفته است، این تصور هم باید باشد که مسئولیت‌هایی از دوش زن برداشته شده است. جالب این که سوای رفع مسئولیت، که خود یک مصلحت برای زن است، عدم اشتغال او به این مسئولیت‌ها - فارغ از این که مسئولیت است - برای وی مصلحت دارد. روایت مذکور در گروه «و» آخر ص 194 شاهد خوبی بر این مدعاست؛ توجه کنید:

«لاتملك المرأة ما يجاوز نفسها؛ فان ذلك انعم لخالها و ارحى لبالها و أدوم لجمالها؛ فان المرأة ريحانة و ليست بقهرمانة...»<sup>1</sup>.  
ماهیت ولایت

اصولا «ولایت»، مسئولیت حفظ مصالح مولی علیه است و برخورداری از شأن امر و نهی مشروط و در چارچوب نیز ماهیت ولایت را عوض نمی‌کند؛ به همین دلیل با حرکت برخلاف مصلحت مولی علیه، ولایت والی از اثر می‌افتد و در صورت استمرار، شخص صلاحیت خود را از دست می‌دهد. به دو متن قویم ذیل توجه کنید:

● «هل يشترط في ولاية غير الاب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم ام لا؟ ذكر الشهيد في قواعده: أن فيه وجهين: ولكن ظاهر كثير من كلماتهم انه لا يصح الا مع المصلحة. بل في مفتاح الكرامة انه اجماعی و ان الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقيا بين المسلمين. و عن شيخه في شرح القواعد انه ظاهر الاصحاب و قد عرفت تصريح الشيخ و الحلی بذلك حتى في الاب و الجد...»<sup>2</sup>.

● «هل يجب مراعاة الاصلح ام لا؟ وجهان: قال الشهيد - رحمه الله - في القواعد: هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال المولى عليه او يكفي نفي المفسدة؟ يحتمل الاول؛ لانه منصوب لها و لاصالة بقاء الملك على حاله... و على هذا هل يتحرى الاصلح ام يكتفى بمطلق المصلحة؟ فيه وجهان: نعم؛ لمثل ما قلناه؛ لا؛ لان ذلك لايتناهي. و على كل تقدير، لو ظهر في الحال الاصلح و المصلحة، لم يجز العدول عن الاصلح»<sup>3</sup>.

مطابق متن فوق، نه تنها اصل مصلحت باید مطمح نظر ولی باشد بلکه لزوم ملاحظه «اصلح» نیز مجال گفتگو دارد. ضمنا اعتبار جواز تصدی، اعطای حق نیست، حتی اگر تصدی محض برخورداری باشد، چنان که عدم اعتبار یا اعتبار منع، منع حق نیست؛ زیرا در نظام مرجعیت اراده الهی در تفویض شئون و عدم آن، قبل از اعتبار کسی حقی ندارد تا اعطای آن، اعطای حق و منع آن، منع از حق باشد. نظیر اعتبار حق ارث؛ در ارث با این که محض برخورداری است اما همه مراحل آن (اصل، کیفیت و مقدار) به اعطای حق یا منع حق ارتباطی ندارد. بنابراین نباید منع تصدی زنان را - حتی اگر تصدی‌ها محض برخورداری هم بود و مشوب به تکلیف نبود - منع حق تلقی کرد.

5. نیازمندی سلب آزادی به دلیل موجه

در شماره قبل تصدی مسئولیت را برخوردار می‌دانستیم و در فقه این جمله شایع است که ولایت کسی بر دیگری دلیل می‌خواهد، لکن به نکته لطیف دیگری هم باید توجه کرد که سلب آزادی انسان‌ها در محدوده‌ای که مخالفت آن با شرع ثابت نیست، نیازمند دلیل موجه است، دلیلی که بتواند مخصص آزادی اراده انسان‌ها بر شئون خویش باشد.<sup>4</sup>

بر این پایه اگر جمعیتی خواستند زنی را به امارت بر خویش برگزینند یا زنی در انتخابات شرکت کند، یا حل دعوا را به وی واگذار نمایند، باید این آزادی را به رسمیت شناخت، مگر دلیلی موجه آن را منع کند؛ بنابراین، این نکته صحیح است که ولایت، جعل شرعی می‌خواهد و اصل بر عدم ولایت است اما ولایت خود خواسته دلیل بر منع می‌خواهد. البته در مجال حاضر، مدعای ما این نیست که چنین دلیلی وجود دارد یا نه، مدعا این است که اصل عدم ولایت گستره خود را دارد و نباید اصل آزادی اراده انسان (البته در غیر محدوده منع شرعی) نادیده گرفته شود.

باید پذیرفت که توجه به این نکته تا حد زیاد مغفول مانده و به همین حد اثر گذار در فرآیند و برآیند حل کلان مسأله مورد گفتگوست.

**(پایان جلسه)**

## 6. ظرفیت‌شناسی تاثیر جهات عارض ثانوی بر حکم اولی و مبنای آن

قبلاً از مرحوم امام خمینی نقل شد که: «حق انتخاب شدن آن‌ها فحشا به بار می‌آورد»؛ از این رو به منع کاندیداتوری زنان و ورود آن‌ها به مجلس و غیر آن رأی داد و البته به نوعی به همه فقیهان هم نسبت داده شد. نکته ای که در این جا نباید نسبت به آن بی توجه بود این است که آیا «حق انتخاب شدن» فحشا به بار می‌آورد یا «خود انتخاب شدن»، آن هم در وضعیت خاص حاکم آن روز؟ و بین این دو تفاوت بسیار است. در فرض اول نفس اعتبار این حق مصداق مفسده است و شارع آن را امضا نمی‌کند در حالی که در فرض دوم، عارض ثانوی باعث این مفسده می‌شود. از مراد گوینده که بگذریم، نباید تردید کرد که نفس اعتبار چنین حقی، بارآور فحشا نیست؛ این انتخاب زن و عوارض بیرونی است که چنین پدیده‌ای را رقم می‌زند، وقتی چنین شد، پرسشی رخ می‌نماید؛ بدین قرار:

1. الکافی (فروع)، ج 5، ص 510.

2. المکاسب (شیخ انصاری قدس سره)، ج 3، ص 573 و 574.

3. همان، ص 579.

4. در کتاب «فقه و حقوق قراردادها، ادله عام روایی»، به تفصیل به این مسأله پرداخته شده است.

مشورح درس :

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمات و مبانی لازم به ذکر را در حل مسأله ی تصدی زنان برای پست های کلیدی (پست های همراه با ولایت و امارت بر دیگران) را بحث می کردیم. به سه نکته اشاره کردیم.

**نکته ی چهارم: ماهیت شناسی ولایت**

این نکته در فهم نصوص و برداشت از ادله بی تأثیر نیست و فی نفسه مطلب مهمی است. از این جهت توصیه می کنم که بحث را با نگاه درس خارج و یکی از مبادی استنباط در مسأله نگاه کنند و بررسی کنند.

بارها گفته شده که تصدی برخی از مسئولیت ها در نظام سیاسی شریعت محض برخوردار می‌باشد و حق نیست بلکه روی دیگر این

تصدی و شأت تکلیف است. اگر می گویم فقیه باید متصدی امور حسبه شود. اگر می گویم مردان باید متصدی قضا باشند یا در فلان جا و فلان جا مردان باید متصدی شهادت شوند گفته شود که این حق به مردان داده شده است اما نگاه دیگر به این قضیه این است که این ها تکلیف است لذا باید متصدی و عهده دار شود به واجب عینی یا کفایی این رویکرد به تصدی مسؤولیت ها ثمره اش این است که اگر در یک جایی قشر خاصی ممنوع شوند مثلا زنان ممنوع شدند نباید این تصور باشد که حقی از آن ها ضایع شده است، برداشتن یک تکلیف و مسؤولیت از دوش یک جنس خاصی یک لطف است نه ضایع کردن حق. حال فارغ از این اگر فرض کنیم که قضاوت و شهادت جنبه ی تکلیف و مسؤولیت هم ندارد بلکه برخورداری است اما برخورداری ای است که استیفایش برخی از اوقات خلاف مصلحت است مثلا اگر گفتیم این برخورداری از زن گرفته شده است غیر از این که تکلیفی برداشته شده است (با نگاه اول) عدم اشتغال به این مسؤولیت ها یا برخورداری ها (عدم استیفای حقوق) مصلحت دارد. چقدر زیبا بود آن روایت امیرالمؤمنین ع به امام حسن ع که «لا تملك المرأة ما يجاوز نفسها» بار اضافی بر دوش زنان نگذار، (چرا؟ زن باید محروم باشد؟ ناقص العقل است؟ ناقص الخلقة است؟ نه) فان ذلك انعم لخالها و ارخی لبالها و ادوم لجمالها فان المرأة ریحانة و لیست بقهرمانة» این روایت مصلحت زن را بیان می کند. این نکته را اگر دقت کنیم (گذشته از این که فی نفسه مطلب مهمی است) گاهی در ادله ای که می خواهیم مطرح کنیم تأثیر می گذارد در فهم آن ها. من در این جا یک بحث کلان تری را مطرح می کنم و آن هم بحث ماهیت ولایت است. معمولا ولایت در فرهنگ عمومی حق امر و حق نهی معنا می شود. اما در نگاه دینی ما که حق نداریم این نگاه را اثر گذار ندانیم و حق نداریم وقتی می خواهیم فتوا بدهیم این نگاه را مورد توجه قرار ندهیم، در نگاه دینی ما ولایت مسؤولیت حفظ مصالح مولی علیه است. درست است که ولی شأن امر و نهی دارد ولی به صورت مشروط و در چهارچوب نه به صورت مطلق، مشروط به مصلحت، در حدود مصلحت مولی علیه ولایت ثابت است، کافی است در ارتباط با مصلحت مولی علیه نباشد، دفعات اول امر و نهی و وجوب اطاعت ندارد، اگر ادامه پیدا کند و رویه اش بشود از عدالت و وثاقت می افتد و صلاحیتش را از دست می دهد مثل پدری که چند بار بر خلاف مصلحت بچه کاری انجام دهد مثلا برخلاف مصلحت بچه اموال او را بفروشد این فروختن او اعتبار ندارد ولی اگر تکرار شود به گونه ای که از امانت داری بیفتد ولایتش ساقط می شود.

این عرضی که ما داریم عرضی نیست که در این دهه های اخیر برای رفع اشکال به آن رسیده باشیم، مرحوم شیخ انصاری در مکاسب این متن را دارد: «هل یشرط فی ولایة غیر الأب و الجد (که البته این استثنا غیر موجه است و اب و جد هم همینطور است) ملاحظه الغبطة لیتیم ام لا، ذکر الشهید فیه وجهین لکن ظاهر کثیر من کلماتهم انه لا یصح الا مع المصلحة بل فی مفتاح الکرامة انه اجماعی و ان الظاهر من التذکرة فی باب الهجر کونه اتفاقا بین المسلمین و ان شیخه (کاشف الغطاء) فی شرح القواعد انه ظاهر الاصحاب و قد عرفت تصریح شیخ طوسی و حلی بذلک حتی فی الاب و الجد.» این ولایت است، ولایت پیچیده شده به مصلحت، مشروط به مصلحت. بالاتر گاهی مصلحت هست، اصلح هم هست. یک کسی می خواهد ملک را بخرد به ده میلیون و فروش این ملک به ده میلیون به مصلحت هم اما دیگری حاضر است همین ملک را به یازده میلیون بخرد هیچ جهت دیگری هم وجود ندارد در این جا شیخ این مسأله را مطرح می کند و می فرماید: هل یجب مراعات الاصلح و جهان، قال الشهید هل یجب مراعات المصلحة او یکفی نفی المصلحة، مطرح می کند و بعد می فرماید: آیا باید از اصلح جستجو شود یعنی وقتی می خواهیم بفروشیم باید یک جستجویی بکنیم که ببینیم آیا کسی حاضر است گران تر بخرد یا نه؟ البته نه در حد وسوای بلکه به صورت معقول گفته: فیه و جهان یک وجه این است که نعم لمثل ما قلنا به خاطر همان که در بالا گفتیم که سرتا پایش باید مصلحت باشد و وقتی که اصلح وجود دارد شاید بتوان گفت که مصلحت هم دیگر مصلحت نیست، ممکن هم هست بگویم مراعات اصلح لازم نیست چون حدی ندارد و همیشه انسان باید به دنبال اصلح باشد. البته جواب این حرف این است که این طور نیست ما یک حد معقولی تعیین می کنیم.

پس تمام این ولایت ها مسؤولیت است لذا اگر ما این مسؤولیت را قائل شدیم که شرع این مسؤولیت را از دوش خانم ها برداشته است نباید خاطر خانم ها آزرده شود که ما محروم شدیم.

یک نکته ی دیگر که ذیل همین مورد چهارم ذکر می کنم این است که گاهی اوقات ما در یک جایی که طرف ذی حق نیست او را ذی حق فرض می کنیم بعد اگر قانون گزار آنچه را که ما حق فرض کرده بودیم را به او ندهد فکر می کنیم که به او ظلم شده است و حقیقتش به او داده نشده است، در حالی که برخی اوقات اصلا حقی ایجاد نشده است و قانون گزار باید حق را ایجاد کند.

مثلا اگر کسی از خانه آمد بیرون دو تا فقیر با او برخورد کردند به یک فقیر پنج هزار تومان داد، به فقیر دیگر هزار تومان یا به یک فقیر پنج هزار تومان داد و به یک فقیر هیچ پولی نداد آیا در اینجا می توانیم بگوییم این شخص حق فقری را که به او هزار تومان داده است یا اصلا پولی به او نداده است را ضایع کرده است؟ فرض هم این است که حق واجب هم نیست. در این جا نمی توانیم بگوییم شما حق آن فقیر را نداده اید بلکه اگر شارع مقدس اعتبار حق کرد برای شخص این فقیر در اموال این شخص و بعد این شخص حق آن فقیر را نداد می توان گفت حق او را نداده است و الا اگر حقی نیست دیگر نمی توان گفت حقش را نداده است. بلکه در این جا اگر بخواهد تبعیض (که البته تبعیض هم غلط است و باید گفت تفاوت) باید گفت اگر این تفاوت بدون حکمت باشد باید گفت خلاف حکمت است اما نمی توان گفت حق را نداده است. لذا کسانی که می گویند در باب ارث نصف بودن سهم زنان نسبت به سهم مردان خلاف عدل است بعد یکی دیگر پیدا می شود و می گوید این برای آن زمانی بود که زن اصلا سهمی نداشت و شارع گفت نصف را ببرد پس عدالت زمانه اقتضا می کرد که نصف را ببرد ولی عدالت امروز اقتضا می کند برابری را.

ما به این آقایان می گوییم مگر ارث حق وارث است؟ ممکن است شارع اعتبار می کرد که اموال میت به بیت المال برود البته بازماندگان میت هم سهمی ببرند از بیت المال مانند بقیه ی مردم (البته جایی را فرض کنید که وارث در اموال مورث کاری انجام نداده و شخص نبوده که مثلا کمک پدرش می کرده و ...) بلکه شارع مقدس چون حکیم است با حکمت تفاوت می گذارد و ما می دانیم که تفاوتش از روی حکمت است ولی حتی اگر بی جهت هم بود نمی شود گفت ظلم است و غیر عدل است؛ عدل دادن حق افراد به آن ها هست و ظلم سلب حق غیر است در این موارد حق تازه با قانون تعیین می شود. در ما نحن فیه که بحث پست است اگر قرار بر این شد که پست ها توسط یک قانون گزار مافوق دادنی است یعنی باید یک نفر یا یک نهاد یا مردم کسی را نصب کنند والا کسی نمی تواند ولو دکترای فقه و مبانی باشد، فقه هم بلد باشد برود در دادگاه و بگوید مردم بیایید من می خواهم قضاوت کنم، حتما باید کسی او را نصب کرده باشد ولو امام صادق باشند و به نصب عام نصب کرده باشند ولی باید نصب شود یا ولایت فقیه باید این ولایت داده شود. اگر اینطور شد اگر بنا به مصالحی به برخی از اقسام و اصناف برخی از تصدی ها داده نشد (نمی خواهم از بحث قبلی که رفع تکلیف است استفاده کنم، آن را کنار بگذارید و فرض این است که برخورداری باشد مثل ارث که برخورداری است) اگر داده نشود نمی توانیم بگوییم ظلم است و حقش داده نشده است.

### **نکته ی پنجم: نیازمندی سلب آزادی به دلیل موجه**

این یک نکته بود که فکر من به آن مشغول شده بود و فکر نمی کردم این قدر مهم باشد اما وقتی که قلم به دست گرفتم و مشغول نوشتم آن شدم متوجه شدم که نکته ی خیلی مهمی است و ما نباید از آن غفلت کنیم.

مطلب این است که ما الان گفتیم تصدی برخی از پست ها یک مسئولیت است و برخورداری محض نیست و خانم ها ناراحت نباشند البته فقط مخصوص خانم ها هم نیست، از طرفی این جمله هم خیلی شایع است که آقایان تا مناسبت می شود می گویند هیچ کسی بر کسی ولایت ندارد لا ولایة لاحد علی احد حتی برخی ها داشتند که اگر همه ی ادله ی منع تصدی زنان زمین بخورد این اصل منع را ثابت می کند اما من فکر می کنم این که تصدی پست ها همه اش برخورداری نیست و مسئولیت هم هست و این اصل ما را از یک امر دیگری غافل کرده که آن اقتضای خلاف این ها را دارد و آن این است که سلب آزادی انسان ها بی معناست الناس مسلطون علی مالهم و ما لهم مگر مواردی که مخالفتش با شرع ثابت شود بلکه در آن جا خط قرمز است ما در کتاب فقه و حقوق قراردادها جلد دوم، ادله ی عام روایی این را مفصل بحث کرده ایم. پس سلب آزادی در شرع مقدس دلیل محکم می خواهد، دلیل موجه می خواهد، دلیلی که بتواند مخصوص الناس مسلطون علی اموالهم، اُ لست اولی بکم من انفسکم و امثال این ها بشود. این ها دلیل است و اطلاق و عموم دارد. پس باید دلیلی باشد که سالب آزادی انسان ها باشد. حال اگر جمعی یا جماعتی خواستند زنی را به امارت بر خویش برگزینند یا زنی خواست در انتخابات شرکت کند یا حل دعوا را خواستند که زنی به عهده بگیرد این آزادی باید به رسمیت شناخته شود. اگر بگویید دلیل داریم که زن نمی تواند قاضی شود، می گوییم بسیار خب این دلیل را بیاورید، تا حالا می گفتند دلیل نیاز نیست ثابت شود، مطابق اصل عدم ولایت نمی خواهد ما برای عدم جواز دلیل بیاوریم ولی طبق این شماره ی پنج باید برای سلب آزادی باید دلیل بیاوریم. الان نمی خواهیم تصمیم بگیریم بلکه داریم طرح بحث می کنیم. در این جا برای این که بگوییم شما این آزادی را ندارید باید دلیل بیاوریم و جای اصل عدم ولایت احد علی احد نیست این جا جای این است که خود یک کسی می خواهد ولایت دهد. شما اگر بگویید ولایت دادنی نیست این اول کلام است،

چند نفر می خواهند به مسافرت بروند یا جایی بروند می خواهند فرماندهی را به یک زن بدهند چه اشکالی دارد؟ اگر می خواهید بگویید نمی شود باید دلیل بیاورید. اگر بگویید الرجال قوامون علی النساء می گوییم باید این آیه را بررسی کنیم ببینیم آیا شامل این جا می شود یا نه. پس این بحث آزادی انسان ها را نباید نادیده بگیریم البته آزادی در محدوده ی شرعی و تا وقتی مخصصی وارد نشده است (همان محدوده ی شرعی است). این نکته راه را حداقل برای بسیاری از قرار دادهای اجتماعی ولو مشوب به ولایت و امارت باشد باز می کند و این نکته اثر مستقیم در استنباط ما خواهد داشت.

**الحمد لله رب العالمین**