

مشابه وضعیتی که از جهت بیان موقعیت فقهی شرایط، بر متون گذشته حاکم است، بر متون پدید آمده در دهه‌های اخیر نیز حاکم است؛ هر چند گاه اعتبار شرطیت برخی شروط چون «مذکر بودن قاضی» از سوی جمعی مورد تردید قرار گرفته است؛ از این رو بررسی مسأله را از جهت تتبع عام به موارد خرد منتقل کرده و آن چه را مقتضای تحقیق است، بیان خواهیم کرد.

### بررسی موردی شروط و اقتضای تحقیق

#### پیش فرض ها در تحقیق

#### 1. اصل عدم اعمال تعبد در اعتبار شروط

بدون تردید رویکرد و گفتمان مستنبط در استنباط شروط قاضی از اسناد معتبر، تاثیر ملموس در فرایند و برآیند استنباط دارد. رویکرد تعبدمحور و رویکرد غیرتعبدی.

ما معتقدیم رویکرد اول در مثل مسأله مورد گفتگو دلیل قوی می‌خواهد و الا اصل بر عدم اعمال تعبد در فرایند اعتبار شروط از سوی شارع اقدس است؛ آن چه میزان است این که قانون گذار شروطی را اعتبار کند که «فصل خصومت - حتی الامکان - عادلانه» با آن حاصل شود.

\* (ان الله يأمرکم ان تؤدوا الامانات الی اهلها و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل) \* (نساء : 58)؛ \* (و ان حکمت فاحکم بینهم بالقسط ان الله یحب المقسطین) \* (مائده : 42) ؛ \* (و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الظالمون) \* (مائده : 45)؛ و...

البته معنای این سخن طریقت داشتن شروط ثابت شده در مسأله به حجت معتبر برای فقیه نیست؛ معنای سخن فوق طریقت داشتن شروط در نظر شارع است و الا پس از اثبات اعتبار از سوی شارع، شرایط برای فقیه موضوعیت دارد و باید به آن اصالت داد. (دقت شود).

## 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.

## 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.

---

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.