

شرایط قاضی - مذكر بودن

برگه جلسه :

صفحه 183 و 184

(جلسه هفتاد و هشتم)

شرط هفتم: مذكر بودن

مطابق معمول ابتدا باید موقعیت فقهی - همراه با گستره‌شناسی شرط فوق در همه قاضیان یا در برخی موارد - مورد گفتگو قرار گیرد. گفتگو از موقعیت این شرط در قانون و رویه قضایی ج. 1. ایران، کار بعدی است که باید انجام شود. بررسی موقعیت شرعی، با نگاه به ادله کار تفصیلی دیگر است. سرانجام بحث نیز با جمع‌بندی، بیان رأی مختار و نکات لازم جانبی است. هدف ما در این مجال جدا از روشن کردن وضعیت شرط مذكر بودن در قاضی و پیرا قضا، روشن کردن تصدی زن در مناصب اجتماعی و سیاسی کلان و غیر کلان - البته با رعایت اختصار غیر مضر - نیز است.

موقعیت فقهی

در مسأله، به راحتی می‌توان به اندیشه موافق همراه با اجماع دست یافت. ماتن بحث ما، مسأله را «بلاخلاف و لا اشکال» میدانند.<sup>1</sup> از این رو با این که مناقشه در اجماع‌های مدرکی یا محتمل المدرك در میان متاخران به یک عرف و هنجار تبدیل شده، اجماع در این مسأله به عنوان دلیلی مستقل در برخی کلمات پذیرفته شده است.<sup>2</sup> منابع مذکور در پاورقی ذیل<sup>3</sup> اندیشه اعتبار یا وجود اجماع را در مسأله مورد تاکید قرار داده است.

گستره‌شناسی اندیشه اعتبار

در فقه امامیه قاضی به قاضی منصوب و قاضی تحکیم به طور عام و حکم خانواده (بنا بر وجهی) تقسیم می‌شود. چنان که قاضی اصل و قاضی مأذون نیز از تقسیمات قاضی است. قاضی در سیستم‌های جدید که بر اساس قانون مدون حکم می‌کند، پدیده جدیدی است که به صنف قاضیان اضافه شده است. قاضی در دادگاه بدوی و قاضی تجدید نظر، قاضی در نظام غیر شورایی و قاضی در نظام شورایی و گروهی نیز، امروزه مطرح است و ...  
پرسشی که با توجه به این نکته رخ می‌نماید این است که آیا اجماع مورد اشاره شامل همه این اقسام می‌شود یا فقیهان صاحب اندیشه اعتبار تنها برخی از این اصناف از قاضیان را هدف قرار داده‌اند؟ این مسأله از این جهت حائز اهمیت است که برخی شرایط قاضیان را در همه یکسان نمی‌بینند.

به همین دلیل برخی از فقیهان قائل به شرطیت اجتهاد در قاضی آن را به قاضی منصوب اختصاص دادند و قاضی تحکیم را خارج از این دایره دانستند.<sup>4</sup> در مورد داور خانواده نیز این کشاکش و امثال آن قابل تصویر است. واضح است که نمی‌توان همه این اقسام را مورد نظر همه مجمعین دانست؛ اصولاً برخی از این اصناف، پدیده‌های جدیدی است که ما با آن‌ها مواجهیم و آن چه وجود داشته و مورد نظر عموم این جمعیت بوده است، قاضی مجتهد منصوب و قاضی تحکیم است؛ هر چند از ادله‌ای که اقامه می‌کنند، ممکن است استفاده شرطیت مذكر بودن برای همه اصناف قاضیان شود. البته استفتایی از برخی فقیهان معاصر شده است که دامنه شرطیت را به بخشی از مصادیق جدید که مورد اشاره ما قرار گرفت، نیز کشانده است.

به متن ذیل توجه کنید:

«استفتاء: با توجه به اصل 167 ق.ج. 1. ایران، قاضی مکلف است طبق قانون عمل کند نه بر مبنای اجتهاد شخصی<sup>5</sup> و از طرفی

قضات مأذون فعلی در واقع قاضی شرع مذکور در فقه نبوده و تقریباً کار قضایی حالت کارشناسی داشته و از باب تطبیق موضوع بر قوانین مقرر می‌باشد و با پیشرفت روزافزون حضور زنان در مسائل و علوم مختلف از جمله حقوق به عنوان ابزار اساسی در مسائل قضایی کنونی بفرماید:

\* الف) آیا در نظام قضایی موجود، ذکوریت شرط لازم برای تصدی امر قضا می‌باشد؟

\* ب) آیا زنان می‌توانند به عنوان قاضی تحکیم عهده‌دار فصل خصومت شوند؟

(پایان جلسه)

\* ج) با توجه به این که امروزه غالباً رسیدگی به دعاوی دو مرحله‌ای است (مرحله بدوی و تجدید نظر) و در مرحله بدوی، قاضی اصدار حکم می‌کند، به خلاف مرحله تجدید نظر که در بسیاری موارد صرفاً آن‌ها رسیدگی شکلی است، یعنی بررسی حکم صادره از لحاظ مطابقت و یا عدم مطابقت با قانون موضوعه در این صورت آیا زنان می‌توانند به عنوان قاضی تجدید نظر انجام وظیفه نمایند؟

\* د) با توجه به این که در احکام قابل تجدید نظر، رأی قاضی در دادگاه بدوی قطعی نیست و در صورت اعتراض هر یک از طرفین، دادگاه تجدید نظر نیز باید رأی صادره را از لحاظ شکلی و در مواردی از لحاظ ماهوی رسیدگی کند، آیا در این گونه موارد می‌توان از زنان در دادگاه بدوی به عنوان قاضی استفاده کرد؟

\* ه) اگر ذکوریت در قضا شرط باشد، با توجه به این که در مسائل اختصاصی زنان شهادت آنان معتبر بوده و قاضی نیز بر این اساس حکم می‌دهد، آیا می‌توان گفت زنان در این موارد حق قضا دارند؟ پاسخ: «شرایط قاضی و نحوه قضا در فقه مضبوط است که از جمله شرط ذکوریت است».<sup>6</sup>

1. مبانی تکملة المنهاج، ج 1، ص 10.

2. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، القضاء و الشهادات، ص 48.

3. شیخ طوسی، کتاب الخلاف، ج 6، ص 213، به همین مضمون در المبسوط، ج 8، ص 101، و نیز ر.ک: قاضی ابن البراج، المهذب، ج 2، ص 598، شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ص 79، محقق حلّی، المختصر النافع، ص 271؛ یحیی بن سعید، الجامع للشرایح، ص 522، فاضل آبی، کشف الرموز، ج 2، ص 492، علامه حلّی، قواعد الاحکام، ج 3، ص 421؛ علامه حلّی، ارشاد الادهان، ج 2، ص 138؛ ابن فهد حلّی، المهذب البارع، ج 4، ص 465؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج 13، ص 327؛ سید علی طباطبائی، ریاض المسائل، ج 2، ص 385؛ محقق نراقی، مستند الشیعة، ج 17، ص 35؛ شیخ انصاری، القضاء و الشهادات، ص 40؛ سید یزدی، تکملة العروة الوثقی، ج 2، ص 5؛ سید احمد خوانساری، جامع المدارک، ج 6، ص 7؛ سید ابوالقاسم خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج 1، ص 10؛ سید محمد رضا گلپایگانی، کتاب القضاء، ج 1، ص 44؛ و...

4. مبانی تکملة المنهاج، ج 1، ص 6 و 9.

5. اصل 167 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

6. نرم افزار گنجینه آرای فقهی - قضایی (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه)، کد سوال 91. در این نقل استفاده شد از فرج‌الله هدایت‌نیا، داوری در حقوق خانواده، ص 159 و 160.

مشروح درس :

بسم الله الرحمن الرحيم

## عدالت عرصه ای

بحثی که داشتیم عدالت در قاضی بود فرآورده ی بحث هم این بود که ما عدالت را در شریعت مطهر خارج از معنای لغوی و عرفی اش نمی دانستیم البته این مطلب را برخی از علما هم داشتند و می خواستند از معنای لغوی با معنای فقهی اش یک ارتباطی برقرار کنند ولی ما این ارتباط را درست ندانستیم و قبول نکردیم و به این رسیدیم که باید عدالت را که مطرح می کنند در هر جایی به اقتضای خودش باشد مثلا عدالت در قاضی با عدالت در شاهد در طلاق و ... با هم متفاوت است. نکته ای که من باید تذکر دهم این است که ما در این جا نمی خواهیم در باب های مختلف فتوا دهیم و در هر جایی که دلیل داریم دلیل خاصش را ببینیم مثلا در امام جماعت یا ... .

نکته ی دیگر این است که برخی از ضرورت ها و ارتکازات فقهی را هم باید در نظر گرفت، کسی که می خواهد امام جماعت باشد یا قاضی باشد باید مراعات شأن این منصب ها را بکند اما گیر دادن به برخی از ناهنجاری ها یا گناهان صغیره یا کبیره ای که استنکارش را از دست داده است مثلا یک کارشناسی است که برخی از نکات را مراعات نمی کند و ... درست نیست. دو شرط دیگر از شرایط قاضی مانده است یکی مرد بودن است و دیگری مجتهد بودن است.

### مذکر بودن

در بحث مذکر بودن مطابق معمول بیان موضوع می کنیم و آن هم همین است که در قاضی مرد بودن شرط است. بعد سراغ موقعیت فقهی می رویم و در ضمنش گستره شناسی هم می کنیم؛ بحث بعدی سری به قانون جمهوری اسلامی و رویه قضایی در ایران می زنیم، بعد بحث اصلی یعنی موقعیت شرعی شروع می شود که ادله و اسناد را بررسی می کنیم و نهایتا تحت عنوان تحقیق و بیان رأی مختار و اگر نکات جانبی ای داشته باشد بیان آن نکات. نکته ای که ما نمی توانیم به آن نپردازیم پذیرش مسئولیت زنان است. ما فکر می کنیم فارغ از همه ی بحث های سیاسی و جانبی باید مسأله را با توجه به مسائل به حق دخیل این باب بررسی کنیم.

### موقعیت فقهی

#### اندیشه ی اعتبار در فقه امامیه

اگر بخواهیم از ماتن خودمان یعنی آقای خویی شروع کنیم ایشان می گوید بلا خلاف و لا اشکال مرد بودن شرط است. امروزی ها وقتی که اجماع باشد، دلیل دیگری هم باشد خیلی به اجماع اعتنا نمی کنند چون می گویند اجماع یا مدرکی است و یا محتمل المدرك است. در حالی که برخی از فقهای معاصر که رویه اشان همین است در این جا اجماع خیلی به چشمشان آمده است لذا گفته اند مضافا الی الاجماع مثلا در تفصیل الشریعه آمده است. من در پاورقی حدود بیست تا کتاب را معرفی کرده ام که این ها نماینده ی ده ها کتاب است که یا ادعای اجماع کرده اند یا پذیرفته اند و ما بیشتر از این نیاز نداریم البته برخی از شباهت وجود دارد که فردا بررسی می کنیم.

#### گستره شناسی اندیشه ی اعتبار

نکته ی بعد بحث گستره شناسی اندیشه ی اعتبار است. قاضی بر چند قسم است. قاضی از این نظر که اصحاب پرونده انتخابش کنند یا این که امام صادق انتخابش کرده باشند تقسیم می شود به قاضی منصوب و قاضی تحکیم. البته همان قاضی تحکیم را هم باید امام صادق نصب کرده باشند ولی از این جهت که اصحاب پرونده انتخاب می کنند می شود قاضی تحکیم. یک قسم سومی هم است (البته من ننوشته ام قسم سوم) آن هم قاضی خانواده است که از آیه ی «فان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما ...» استفاده می شود که خیلی از اوقات می گویند او هم قاضی تحکیم است ولی به هر حال بحث است که آیا این شخص قاضی است و شرایط قاضی را می خواهد و او را داخل قاضی تحکیم کنیم یا این که بگوییم این شخص اصلا کارش قضاوت نیست و شرایط قاضی را نمی خواهد و قرآن می گوید یک نفر از طرف خانواده ی زن بیاید و یک نفر از طرف خانواده ی مرد مثلا پدر زن و پدر شوهر اگر چه هیچ کدام از آن ها سواد هم نداشته باشند و این ها می خواهند مشکل پیش آمده را برطرف کنند.

#### پس یک قاضی منصوب داریم و یک قاضی تحکیم و یک حکم خانواده.

قاضی از یک جهت دیگر تقسیم می شود به قاضی اصل (مجتهد) و قاضی مأذون (مأذون از طرف مجتهد) مثل کسانی که مجتهد نیستند، سطح سه یا لیسانس دارند و قاضی شده اند. آیا داریم، آیا این قاضی شرعی هم است یا نه در بحث بعد که شرطیت

اجتهاد است بررسی می شود.

تقسیم سوم قاضی در دو سیستم است مثل قاضی های قدیم که می خواستند اجتهاد کنند و قاضی ای که مثل زمان حال بر اساس کتاب قانون حکم می کنند. معیار تقسیم قبلی مجتهد بودن و نبودن بود ولی در این تقسیم ملاک حکم کردن بر اساس اجتهاد و حکم کردن بر اساس قانون است.

تقسیم بعدی قاضی قاضی دادگاه بدوی و قاضی دادگاه تجدید نظر است.

تقسیم بعد قاضی تک و قاضی جمعی یا شورایی است. علی ای حال قاضی در نظام تک قاضی و در نظامی که چند قاضی وجود دارد.

سؤال آیا این بحث مذکور بودن که علما ادعای اجماع کرده اند قاضی برای همه ی این اقسام است یا نه؟

مسلم نظر همه ی مجمعین به همه ی این اقسام نبوده است. کسانی که دادگاه تجدید نظر را یا قضاوت شورایی را قبول ندارند یا اصلا سیستم حکم بر اساس قانون نبوده است نمی توان گفت علما نظر به همه ی این اقسام داشته اند البته قاضی تحکیم و قاضی اصل از همان ابتدا بوده است. پس اگر فردا قرار شد اجماع یکی از ادله ی ما باشد باید حدودش را مشخص کنیم و مقداری که مسلم است گرفته شود. بسیاری از علما مثل شهید ثانی قاضی مأذون را حتی در فرض اضطرار هم قبول ندارد. ولی یک نکته هست و آن این است که آن چه برای ما مهم است ادله است، به این بلا خلاف و لا اشکال احترام می گذاریم ولی بیشتر باید به سراغ ادله برویم و ببینیم تمام این اقسام را میگیرد یا برخی از این اقسام را می گیرد؟

#### استفتای از آقای بهجت

با توجه به اصل 167 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قاضی مکلف است طبق قانون عمل کند نه بر اساس اجتهاد شخصی اش بعد می گوید از طرفی قضات مأذون فعلی یعنی غیر مجتهد که از طرف رئیس قوه نصب شده اند در واقع قاضی شرع مذکور در فقه نبوده و تقریباً کار قضایی حالت کارشناسی داشته از باب تطبیق موضوع بر قوانین مقرر می باشد و با پیشرفت روز افزون حضور زنان در مسائل و علوم مختلف از جمله حقوق به عنوان ابزار اساسی در مسائل قضایی کنونی بفرمایید: الف آیا در نظام قضایی موجود ذکوریت شرط لازم برای تصدی امر قضا است؟

آیا زنان می توانند به عنوان قاضی تحکیم (ظاهراً منظورش قاضی خانواده است) عهده دار فصل خصومت شوند؟

ج با توجه به این که قضا دو مرحله ای است در مرحله ی بدوی قاضی اصدار حکم می کند بر خلاف مرحله ی تجدید نظر که در بسیاری از موارد صرفاً رسیدگی شکلی است (عملاً قضاوت و انشاء حکم نیست) یعنی بررسی حکم صادره از قاضی بدوی از نظر مطابقت یا عدم مطابقت با قانون موضوعه است در این صورت آیا زنان می توانند به عنوان قاضی تجدید نظر انجام وظیفه نمایند؟