

## شرایط قاضی - مذکر بودن

برگه جلسه :

### صفحه 184 و 185

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>1</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 مذکر 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 برمبنای اجتهاد شخصی<sup>2</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 بفرمایید:

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

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

(جلسه هفتاد و نهم)

\* 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 نکوریت 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 نکوریت است».<sup>3</sup>

این جواب، گویا نخواستہ خود را درگیر جزئیات مطرح شده در سؤال کند ولی فی نفسه ابهام چندانی ندارد؛ با این توضیح که هر جا قضاوت شرعی مطرح باشد و عهده‌دار آن قاضی باشد، باید شرایط قاضی - و از جمله آنها مذکر بودن - لحاظ گردد. لکن این که گفته شد: «تقریباً کار قضایی حالت کارشناسی داشته و از باب تطبیق موضوع بر قوانین مقرر می‌باشد»، قابل مناقشه است؛ قضات مأذون رسماً انشای رأی می‌کنند و کارشان، صرف تطبیق نیست، چنان که کارشناسی کارشناسان گاه از صرف

کارشناسی خارج می‌شود و کارشناس، اقدام به اصدار رأی و انشای حکم می‌کند، نظیر پلیس که کار راننده‌ای را برخلاف مقررات می‌بیند و اتومبیل وی را متوقف می‌کند یا در دعوی بین دو راننده در تصادف، به داوری می‌پردازد.

### برخی اما و اگرها در اعتبار مذکر بودن

در کنار اندیشه اعتبار برخی تردیدها نیز در مسأله وجود دارد؛ به عنوان مثال محقق اردبیلی فرموده است:

«اما اشتراط الذکورة فذلک ظاهر فی ما لم یجز للمرأة فیہ امر. و اما فی غیر ذلک فلم نعلم له دلیلا واضحا، نعم ذلک هو المشهور. فلو کان اجماعاً فلا بأس و الا فالمنع بالکلیة محل بحث؛ ان لا محذور فی حکمها بشهادة النساء مع سماع شهادتهن بین المرأتین مثلاً بشیء مع اتصافها بشرائط الحکم».<sup>4</sup>

### (پایان جلسه)

برخی در مناقشه بر وجود و اعتبار اجماع در مسأله گفته‌اند:

«ان الاصحاب خصوصا القدماء منهم لم يتعرضوا للمسألة فی کتبهم المؤدّة للفقہ المأثور کالهدایة و المقنع و فقه الرضا...».<sup>5</sup>

برخی از پژوهشگران از منابع زیادی یاد می‌کنند که یا از شرایط قاضی بحث نکرده یا مرد بودن را از شرایط قضاوت قرار نداده‌اند.

ضمناً باید توجه کرد که هر چند برخی مستقلاً به این شرط اشاره نکرده‌اند لکن به شروطی اشاره کرده‌اند که آن را هادی به اعتبار مذکر بودن دانسته‌اند؛ نظیر شرط «کمال» یا «کامل العقل و الرأی» که در برخی متون آمده است. به عنوان مثال ابن حمزه می‌فرماید: قاضی باید سه شرط داشته باشد: علم، عدالت و کمال. ابن براج نیز همین شروط را ذکر می‌کند و در توضیح آن می‌گوید:

«اما كونه كاملاً، و المراد به كامل الخلقه و الاحکام... و اما كمال العقل، بان يكون بالغاً، حرّاً ، ذكراً؛ لان المرأة لا تنعقد لها القضاء على حال».<sup>6</sup>

1. مبانی تکملة المنهاج، ج 1، ص 6 و 9.

2. 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.

3. نرم‌افزار 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.

4. مجمع الفائدة و البرهان، ج 12، ص 15.

5. فقه القضاء ج 1، ص 95.

6. ر.ک: همان، ص 158 و 159.

مشروح درس :

### بسم الله الرحمن الرحيم

دیروز شرط مذکر بودن قاضی را شروع کردیم. اول رفتیم سراغ موقعیت فقهی و گفتیم که موقعیت خوبی دارد و بیست کتاب را معرفی کردیم و گفتیم این بیست کتاب را نماینده ی ده ها کتاب بگیرید که یا اجماع را هم قبول کرده اند و یا خودشان به عنوان یک فقیه نظر داده اند و این شرط را قبول کرده اند. بحث بعدی تقسیمات قاضی بود و از چند جهت قاضی را تقسیم کردیم و گفتیم مذکر بودن آیا برای همه ی این قضات است و این که مذکر بودن شرط است باید از فقها بپرسیم که منظور شما این است

که در همه ی این اقسام شرط است یا در برخی از اقسام شرط است؟ خلاصه حرفی که زدیم این بود که برخی از این ها پدیده های جدید است و قطعا مد نظر برخی از فقیهان نبوده است و نهایتا می توانیم آن اقسامی که در زمان آن ها وجود داشته است را به حساب آن ها گذاشت مگر دلیلی بیاورند که دلیل آن ها اقتضای عموم کند. در این ارتباط یک سؤال خوبی داریم از آقای بهجت. چون این سؤال در بحث بعدی ما کارگشا است باید سؤال را بیاوریم.

این شخص سؤال می کند: 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 تقریبا 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 (ظاهرا 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 صرفا رسیدگی شکلی است (عملا 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؟

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 بررسی کنند آیا در این گونه موارد می توان از زنان در دادگاه بدوی استفاده کرد. (بگوییم قدیم که از زنان استفاده نمی کردند ادله که می گویند استفاده نکنید برای زمانی است که بخواهیم نظرش را قطعی بیان کند اما اگر یک مقام و قاضی بالاتر قرار است رسیدگی کند که اگر این خانم درست حکم را صادر نکرده است آن را کنترل کند چه اشکالی دارد که زن قاضی باشد؟)

ه اگر ذکوریت در قضاوت شرط است با توجه به این که در مسائل اختصاصی زنان شهادت آن ها معتبر بوده و بر این اساس قاضی حکم می دهد (مثلا دختری ازدواج کرده و ادعا شده این دختر بکر نبوده است یکی از اموری که شهادت زنان معتبر است شهادت در امور زنانه است) آیا در این موارد زنان حق قضاوت ندارند؟  
دفتر آقای بهجت این گونه پاسخ داده اند:

پاسخ: شرایط قاضی و نحوه ی قضا در فقه مضبوط است که از جمله شرط ذکوریت است.

ظاهرا دفتر محترم یا خود ایشان (آقای بهجت فقه دقیقی داشت و ایشان قابل توجه هم است) در این جا سائل از ریز و جزئیات بوده است و شرط بودن ذکوریت را می داند. شاید استنباط کنیم که ایشان می خواهد بگوید شرط ذکوریت قابل چانه زنی نیست و باید مذکر باشد.

ما در این سؤال و استفتا مناقشه داریم یکی از این مناقشه ها این است که سائل فکر کرده است که چون قضات امروز بر اساس کتاب قانون قضاوت می کنند کارشان کار قضایی نیست بلکه کارشان کار کارشناسی است لذا نیاز به شرایط قاضی ندارند و دلیلشان هم این است که این ها مجتهد نیستند. این که مجتهد باشد یا غیر مجتهد و این که حکم را از وسائل استخراج می کند یا از کتاب قانون تأثیری در کار قضایی ندارد چون هر دو رأی صادر می کنند و معیار کار قضایی اصدار رأی است یعنی هم مجتهد حکم می کند که باید مثلا آقای پزشک باید خسارت بدهد و هم قاضی امروز منتهی او از روایات ضمان صاحبان حرف استخراج می کرد ولی قاضی امروز از قانون مجازات اسلامی استخراج می کند ولی این باعث تفاوت در کار قضایی نمی شود. کار کارشناسی این است که اصلا رأی صادر نمی کند. پزشکی قانونی می گوید این شخص هم تیر خورده است و هم چاقو ولی ایشان با آخرین ضربه یعنی با تیر کشته شده است و هیچ حکمی صادر نمی کند و این می رود دادگاه. مشکلی که هست مواردی است که کارشناس اصدار رأی می کند مثل پلیس که وقتی وارد صحنه ی تصادف می شود اولاً مقصر را تعیین می کند بعد پلیس مربوطه اصدار حکم می کند و می گوید این شخص باید خسارت بدهد لذا اقدام می کند و برگه ی بیمه را می کند و ... یا ماشین را توقیف می کند و می گوید باید برود پارکینگ یا جریمه باید بدهد و لذا این ها ماهیت قضایی دارد و اگر

ماهیت قضایی داشته باشد اگر مطابق فقه معروف بخواهیم پیش برویم باید عادل باشد و طبق آن کاری که ما کردیم و عدالت را صنفی کردیم دیگر نیازی نیست که این شخص ریشش را نتراشیده باشد، نماز صبح خوانده باشد و امثال این ها بلکه همین که شخصی باشد که پول های رنگارنگ فریبش ندهد، به کارش وارد باشد، امانت داشته باشد، وثوق به کارش باشد لذا هیچ کدام از کسانی که کتاب القضا نوشته اند اصلا وارد این بحث نشده اند و به اموری که ماهیت قضایی دارد نپرداخته اند، اگر ماهیت قضایی دارد آیا شرائطش هم می آید یا نه؟ این ها باید حل شود. این مسأله می تواند یک پایان نامه شود و بر رویش کار شود.

#### اما و اگر هایی در مسئله

مسأله از نظر موقعیت فقهی اجماعی شد. راجع به اقسام مختلف هم توضیح دادیم و یک سؤال مطرح کردیم ولی یک اما و اگرهایی در مذکر بودن قاضی شده است (من هر وقت بخواهم یک اجماعی را خدشه کنم و به دنبال اما و اگر باشم به سراغ کتاب مقدس اردبیلی می روم ایشان بسیار آزاد اندیش است) آقای اردبیلی گفته است:

اما اشتراط الذکورة فذلک ظاهر اما فی ما لم یجز للمرأة فیه امر (یعنی شارع برای زن نقشی قرار نداده است) ولی فی غیر ذلک فلم نعلم له دلیلا واضحا نعم ذلک هو المشهور نعم لو کان اجماعا فلا بأس چون اردبیلی مقابل اجماع نمی ایستد اما می خواهد صغری را خراب کند و الا فالمنع بالکلیه محل بحث این که بگوییم زن به طور کلی متولی قضا نشود محل بحث و مناقشه است از لا محذور فی حکمها در جایی که می خواهد به شهادت نساء ثابت می شود مع سماع شهادتهن بین المرأتین مع اتصافها بالحکم (یعنی بقیه ی شرائط را داشته باشد) خیلی عبارت خوبی است ولی نامفهوم و مبهم هست و حدود را مشخص نکرد بله یک قدر مسلمی دارد که مشخص است ولی اگر دو زن اختلاف مالی دارند از آن علتی که در آخر می آورد باید پذیرفته شود ولی از نظر اول نه ولی به هر حال از این نظر که ایشان یک پنجره ای را باز کرد قابل استفاده بود.