

## شرایط قاضی - مذکر بودن

برگه جلسه :

### صفحه 185 و 186

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 مقررہ می‌باشد»، قابل مناقشه است؛ قضاوت مآذون 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 دلیلاً واضحاً، 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 حکم».<sup>1</sup>

(جلسه هشتم)

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

«ان الاصحاب خصوصاً القدماء منهم لم يتعرضوا للمسألة فی کتبهم المؤدّة للفقہ المأثور کالهدایة و المقنع و فقه الرضا...».<sup>2</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 کونه کاملاً، و المراد به کمال الخلق و الاحکام... و اما کمال العقل، بان یكون بالغاً، حرّاً، ذکراً؛ لان المرأة لا تنعقد لها القضاء علی حال».<sup>3</sup>

از برخی کلمات نیز برگزاری مسأله با تردید استفاده می‌شود. توجه کنید:

«هذه الأدلة - كما ترى - لا تقوم علی اثبات المدعی. و الذی یهون الخطب ان هذا - ای عدم تصدیها للقضاء - مقتضى الاصل و لیس فی المقام دلیل عام او مطلق یرکن الیه فی جواز القضاء و النصب لعموم الرجال و النساء حتی نحتاج لاجراج النساء من بینهم الی دلیل معتبر فی التخصیص و ازاء هذا المقتضى، فلا بد من ان نرجع الی الاصول العملیة فی تحقیق مثل ذلک. و لو لا الاصل او ان ناقشنا فیہ، لم یبعد الجواز فی ما یجوز للمرأة فیہ امر».<sup>4</sup>

اشتراط مذکر بودن و فقه اهل تسنن

شیخ طوسی<sup>5</sup> به شافعی نسبت اشتراط - علی الاطلاق - می‌دهد<sup>6</sup> و در ادامه می‌فرماید:  
«و قال ابوحنيفة: يجوز ان تكون قاضية في ما يجوز ان تكون شاهدة فيه و هو جميع الاحكام الا الحدود و القصاص»<sup>7</sup> و قال ابن  
جرير: يجوز ان تكون قاضية في كل ما يجوز ان يكون الرجل قاضيا فيه؛ لانها تعد من اهل الاجتهاد»<sup>8</sup>.  
(پایان جلسه)

اشترط مذکر بودن در قضا و پیرا قضا در قانون و رویه قضایی ج.ا.ایران  
در قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری ماده واحده‌ای مصوب 14/2/1361 مقرر می‌دارد:  
قضات از میان مردان واجد شرایط زیر انتخاب می‌شوند.  
البته در تبصره 5 الحاقی 18/3/63 و اصلاحی 29/1/74 آمده است:

1. مجمع الفائدة و البرهان، ج 12، ص 15.
2. فقه القضاء ج 1، ص 95.
3. ر.ک: همان، ص 158 و 159.
4. فقه القضاء، ج 1، ص 98.
5. کتاب الخلاف، ج 6، ص 213.
6. حلیة العلماء، ج 8، ص 114؛ کفایة الاخیار، ج 2، ص 158؛ الوجیز، ج 2، ص 237؛ السراج الوهاج، ص 588؛ مغنی المحتاج، ج 4، ص 375؛ المجموع، ج 20، ص 150؛ المیزان الکبری، ج 2، ص 189؛ تبیین الحقائق، ج 4، ص 187 و الحاوی الکبیر، ج 16، ص 156.
7. الهدایة المطبوع مع شرح فتح القدیر، ج 5، ص 485؛ شرح فتح القدیر، ج 5، ص 485؛ اللباب، ج 3، ص 211؛ تبیین الحقائق، ج 4، ص 187؛ المحلی، ج 9، ص 429؛ المغنی لابن قدامة، ج 11، ص 381؛ الشرح الکبیر، ج 11، ص 387؛ بدایة المجتهد، ج 2، ص 449؛ حلیة العلماء، ج 8، ص 114؛ المجموع، ج 20، ص 150؛ المیزان الکبری، ج 2، ص 189؛ نیل الاوطار، ج 9، ص 168؛ الاحکام السلطانیة للماوردی، ص 65؛ الحاوی الکبیر، ج 16، ص 156.
8. المغنی لابن القدامة، ج 11، ص 381؛ الشرح الکبیر، ج 11، ص 387؛ حلیة العلماء، ج 8، ص 114؛ المجموع، ج 20، ص 151؛ المیزان الکبری، ج 2، ص 189؛ بدایة المجتهد، ج 2، ص 449؛ الحاوی الکبیر، ج 16، ص 156.

مشروح درس :

بسم الله الرحمن الرحيم

بحث ما مذکر بودن در قاضی بود. گفتیم این شرط موقعیت فقهی قوی دارد و ادعای اجماع داریم اما آخر درس دیروز اما و اگرها شروع شد. ابتدا از آقای اردبیلی عبارتی را نقل کردیم که ایشان زیر سؤال برده بود و خیلی هم با احتیاط صحبت کرده بود و گفته بود اگر اجماع داشته باشیم ما قبول داریم ولی اگر اجماع نباشد دلیل محکمی ندارد البته نمی‌گوییم در همه ی امور زن ها قاضی بشوند ولی در مسائل خودشان چه اشکالی دارد که که زن قاضی باشد؛ ولی مطلب اگر وقت بگذرد بیشتر از این ها است اولاً برخی از آقایان وقت گذاشته اند و گفته اند مسأله حداقل در خیلی از کتاب ها مطرح نشده است و متعرض مسأله نشده اند و اگر مسأله ای تا سه چهار قرن توسط علما مطرح نبوده است آیا به راحتی می‌توان در موردش ادعای اجماع کرد؛ قبلاً که می‌گفتند اجماع می‌گفتند ولو اجماع عصر واحد ولی الآن که می‌گویند اجماع منظورشان اتفاق الكل است یا مثلاً اگر مخالفت کرد یک کسی در یک گوشه ای باشد که بتوان مسامحه گفت اتفاق الكل ولی اگر افرادی مثل شیخ مفید که برای قرن

چهارم و اوائل قرن پنجم، این ها اگر مسأله را متعرض نشدند دیگر نمی توان ادعای اجماع کرد. برخی متعرض مسأله شده اند ولی مذکر بودن را نگفته اند؛ آیا می توان گفت فراموش کرده اند؛ البته نمی توان با نگاه کردن به تیترا بحث ها قضاوت کرد که متعرض شده اند یا نه ممکن است یک کسی در شرط کمال آورده باشد مثلا برخی گفته اند این براج ندارد در حالی که ایشان این شرط را در کمال آورده است. پس حداقل همه ی علما مذکر بودن را نگفته اند یا اصلا مسأله را بررسی نکرده اند یعنی کتاب القضا ندارند یا اگر کتاب القضا دارند و شرائط را دارند مذکر بودن را ندارند البته باید حواسمان باشد که تحت عنوان دیگری هم نیاورده باشند.

از فقهای معاصر هم برخی تردیدهایی دارند. یکی از آقایان مفصل ادله را می آورد. آقای اردبیلی در فقه القضا ادله را می آورد ولی بعد از چندین صفحه می گوید: هذه الادلة كما ترى لاتقوم على اثبات المدعى. ما الان در مرحله ی تحقیق نیستیم و نمی خواهیم اثبات یا رد کنیم و فقط نقل قول می کنیم. ولی می گوید در این جا اگر بخواهیم به طرف منع برویم باید از اصل کمک بگیریم یعنی بگوییم نهایتا شک می کنیم، این ادله که نمی تواند اثبات کند از آن طرف اطلاق و عمومی هم نداریم شک می کنیم اصل هم می شود عدم ولایت احد علی احد و بعد می گوید و لولا الاصل یا مناقشه کنیم در این اصل لم یبعد الجواز و باز هم احتیاط می کند و می گوید در آن پرونده هایی که زن ها در آن راه دارند (امور زنانه مثلا، البته عبارت مبهم است). دیروز از فتوای آقای بهجت هم آوردند که ایشان فرموده بودند زن بنابر تمامیت دلیل نمی تواند قضاوت کند یعنی ممکن است یک فقیهی در تمامیت دلیل شبهه کند مگر این که این طور معنا کنیم که: چون بنایمان این است که دلیل تمام است دیگر جایز نیست. آدرسی که ایشان از نرم افزار داد در کتاب وجود ندارد.

تا این جا اصل بحث، موقعیت فقهی، گستره شناسی اجماع و اما و اگرها را مطرح کردیم. این باعث می شود که در روزهای آینده اگر از ادله به جایی نرسیدیم خیلی ترس و هراس نداشته باشیم که مخالفت با اجماع و ضرورت فقهی داشت باشیم. من از کسانی هستم که اگر موقعیت فراهم شود قائل هستم که باید حرف های اهل تسنن را هم دید چون ادله ی ما در برخی از موارد ناظر به حرف های آن ها است. اهل تسنن مثل ما (بر فرض که همه اتفاق داشته باشند بر اشتراط ذکوریت) قائل به اشتراط ذکوریت نیستند. به شافعی نسبت داده اند که مثل ما علی الاطلاق گفته است شرط است و باید مذکر باشد (شافعی در ابتدا در عراق بود و فتاوایی در آن جا داشت و بعد به مصر رفت و در آن جا مقداری فتاوایش عوض شد)، ابو حنیفه گفته است که هر جا زن می تواند شاهد باشد می تواند قاضی هم باشد (ظاهرا ولو به انضمام مرد) مثل امور زنانه و خیلی از امور دیگر مثل امور مالی مگر در حدود و قصاص. آقای ابن جریر گفته است هر جا مرد می تواند قاضی باشد زن هم می تواند قاضی باشد؛ لانها تعد من اهل الاجتهاد.

پس فضای اهل تسنن یک فضای یکپارچه ای نیست. البته این حرف و استدلال آقای طبری عجیب است و نشان دهنده ی تفاوت فقه در اهل تسنن و امامیه است. ایشان استدلال کرده به امکان حصول یک شرط در یک قشر و این را قرینه قرار دهیم که پس قاضی شدنش صحیح است! بله اگر ایشان روایتی دارد که کل مجتهد یقضی که هر مجتهدی می تواند قاضی شود درست است و استدلال تمام است و می توانیم بگوییم: هر زنی می تواند مجتهد شود و هر مجتهدی هم می تواند قضاوت کند پس زن می تواند قضاوت کند ولی اگر چنین قانونی نداشته باشیم که کل مجتهد یقضی که نداریم چون مجتهد ممکن است غیر مسلمان باشد، غیر بالغ باشد، فراموش کار شدید باشد. استدلال استدلال ضعیفی است.

اشتراط مذکر بودن در قضا و پیرا قضا در قانون و رویه ی قضایی جمهوری اسلامی ایران

گاهی اوقات یک چیزی رویه ی قضایی است و در دادگاه ها مجرا است اگر چه بر آن قانونی نداشته باشیم و گاهی ممکن است رویه ی قضایی بر خلاف قانون باشد و گاهی رویه های قضایی در شهرهای مختلف مختلف است.

ما دیروز گفتیم قضاوت انشای رأی می خواهد و هر جا انشای رأی است کار قضایی است و تفاوتش با کارشناسی در همین انشای رأی است و قضات هم درست است که تطبیق می دهد و درست است که این تطبیق قضاوت و حکم نیست ولی بعد از این تطبیق انشای رأی می کند. الان سؤال شده این حرفی که شما بیان می کنید منافات دارد با آن حرفی که قبلا زدید که رباط های هوشمند هم می توانند قاضی شوند.

پاسخ: اگر کسی آن را پذیرفت باید انشا را درست معنا کند. در پیشانی انشا ننوشته اند که باید از انسان باشد و ممکن است بگوییم انشا یعنی صادر کردن حکم بر اساس پرونده. قضا را نمی شود از انشا جدا کرد، منتهی ممکن است انشا را توسعه دهیم.

یک بحث دیگر این است که دیروز ما گفتیم کار پلیس در ابتدا کار کارشناسی است و در ادامه که حکم می‌کند و می‌گوید باید جریمه دهد یا این مقصر است و باید خسارت دهد یا ... این‌ها کار قضایی است و قهراً شرایط قضا می‌آید و ما یا باید شرط قضا را راحت بگیریم یا باید بگوییم قضاوت‌های این‌ها اثر ندارد ولی سال گذشته این را من به عنوان احتمال مطرح کرده‌ام و دو احتمال دیگر هم داده‌ام یکی این که فعالیت‌های پلیس و غیر پلیس امتداد حکومت و مدیریت والی باشد نه امتداد قضا و مدیریت قضایی باشد. یعنی بیاییم یک سری بحث‌ها را ما تحت عنوان مدیریت جامعه ببریم و این‌ها را از بخش قضا جدا کنیم. ما هم قاضی داریم هم حاکم هم نیروهای قضایی داریم و هم مدیریت جامعه. در دانشگاه‌ها حراست هست، در خیلی از مراکز قضاوت می‌شود، پرونده‌ای که در شهرداری می‌آید و می‌گویند ایشان تخلف کرده و بیشتر از حد مجاز ساخته است باید اینقدر جریمه دهد و این کار در همان شهرداری انجام می‌شود. گفتیم یک بخشی درست کنیم به نام امتداد مدیریت جامعه و آن را از قضاوت جدا کنیم ولی این یک پیشنهاد است. یا بگوییم قضاوت شرعی که فقها می‌گویند و سخت می‌گیرند و برایش شرایطی بیان می‌کنند در جایی است که بخواهیم احکام شرعی را پیاده کنیم مثلاً می‌خواهد راجع به ارث، وقف، مهریه و امثال این‌ها قضاوت کند ولی اگر قضاوت در مورد قوانینی باشد که برای اداره‌ی جامعه قرار داده شده است مثل قوانین شهرداری، قوانین نیروی انتظامی، قوانین پلیس راه، در این موارد بگوییم این‌ها کار قضایی نیست. البته این‌ها باید بحث و بررسی شود و ببیند می‌تواند رگه‌های این حرف‌ها را در کلمات علما و ادله پیدا کند یا نه.