

شرایط قاضی - مذكر بودن

برگه جلسه :

صفحه 186 و 187 و 188

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

«هذه الأدلة - كما ترى - لا تقوم على اثبات المدعى. و الذي يهون الخطب ان هذا - اي عدم تصديها للقضاء - مقتضى الاصل و ليس في المقام دليل عام او مطلق يركن اليه في جواز القضاء و النصب لعموم الرجال و النساء حتى نحتاج لاخراج النساء من بينهم الى دليل معتبر في التخصيص و ازاء هذا المقتضى، فلا بد من ان نرجع الى الاصول العملية في تحقيق مثل ذلك. و لو لا الاصل او ان ناقشنا فيه، لم يبعد الجواز في ما يجوز للمرأة فيه امر»<sup>1</sup>.

اشتراط مذكر بودن و فقه اهل تسنن

شيخ طوسی<sup>2</sup> به شافعی نسبت اشتراط - على الاطلاق - می دهد<sup>3</sup> و در ادامه می فرماید:

«و قال ابوحنيفة: يجوز ان تكون قاضية في ما يجوز ان تكون شاهدة فيه و هو جميع الاحكام الا الحدود و القصاص.4 و قال ابن جرير: يجوز ان تكون قاضية في كل ما يجوز ان يكون الرجل قاضيا فيه؛ لانها تعد من اهل الاجتهاد»<sup>5</sup>.

(جلسه هشتاد و یکم)

اشتراط مذكر بودن در قضا و پیرا قضا در قانون و رویه قضایی ج.ا.ایران

در قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری ماده واحده ای مصوب 14/2/1361 مقرر می دارد:

قضات از میان مردان واجد شرایط زیر انتخاب می شوند.

البته در تبصره 5 الحاقی 18/3/63 و اصلاحی 29/1/74 آمده است:

«رئیس قوه قضائیه می تواند بانوانی را هم که واجد شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب 14/2/1361 می باشند با پایه

قضایی جهت تصدی پست های مشاورت دیوان عدالت اداری، دادگاه های مدنی خاص، قاضی تحقیق و دفاتر مطالعات حقوقی و تدوین قوانین دادگستری و اداره سرپرستی صغار و مستشاری اداره حقوقی و سایر اداراتی که دارای پست قضایی هستند، استخدام نماید».

توضیح: دادگاه مدنی خاص، به دعای طلاق، نکاح، نفقه، مهریه، امور حسبی مانند نصب امین و قیم و... رسیدگی می کند.

در قانون حمایت خانواده مصوب 1/12/1391 ماده دو چنین آمده است: «دادگاه خانواده با حضور رئیس یا دادرس علی البدل

و قاضی مشاور زن تشکیل می گردد. قاضی مشاور باید ظرف سه روز از ختم دادرسی به طور مکتوب و مستدل در مورد

موضوع دعوا، اظهار نظر و مراتب را در پرونده درج کند. قاضی انشاکننده رأی باید در دادنامه به نظر قاضی مشاور اشاره و

چنان چه با نظر وی مخالف باشد، با ذکر دلیل نظریه وی را رد کند».

در نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه، هر چند گفته شده: «لزوم حضور قاضی زن مشاور در ماده 2. ق. ح. خ. 1391

مخصوص دادگاه خانواده است، در دادگاه تجدید نظر که به تجدید نظرخواهی از آرای دادگاه خانواده رسیدگی می کند، حضور

قاضی مشاور زن پیش بینی نشده است». ؛ لکن برخی خبرهای موثق دلالت بر حضور زنان در دادگاه تجدید نظر دارد!

در تبصره ماده فوق نیز چنین می خوانیم:

«قوه قضائیه موظف است حداکثر ظرف پنج سال به تامین قاضی مشاور زن برای کلیه دادگاه های خانواده اقدام کند و در این

مدت می‌تواند از قاضی مشاور مرد که واجد شرایط تصدی دادگاه خانواده باشد، استفاده کند».

البته تا الان گزارشی از قانون یا رویه قضایی در قضاوت زن - به معنای شرعی آن - بالاستقلال به ما نرسیده است.

لکن موارد فوق الذکر را نمی‌توان به نحو ایجاب کلی خارج از قضاوت شرعی دانست؛ چنان که در همه موارد آن، قضاوت به معنای انشا و اصدار حکم و رأی نیست.

جستجو از فتاویٰ منضبط فقیهان معاصر نیز ممکن است جستجوگر را به برخی گشایش‌ها مبنی بر تجویز قضاوت زن در مساله هدایت کند. در این باره برخی گزارشها به دست ما رسیده است.

به هر حال با نبود ضرورت و اتفاق تعبیدی فقهی آن چه باید با آن مساله شروع و ختم شود، اسناد شرعی است که در مجال آتی مطرح می‌گردد.

### موقعیت شرعی اعتبار مذکر بودن قاضی و بررسی اسناد آن

در این باره به اسنادی - به جز اجماع - از قرآن، سنت و روایات و برخی وجوه عقلی و استحسانی تمسک شده است. با توجه به این که مورد نظر ما در مساله تنها مساله قضاوت بانوان نیست با توجه و حوصله بیشتری اسناد مربوطه را دنبال می‌کنیم، بدین قرار:

#### 1. قرآن

توجه کنید:

الف) قال الله تعالى: \*الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما انفقوا من اموالهم\* (النساء:34).

در وجه استدلال گفته شده:

«ان للرجال قيمومة على النساء و لازم القيمومة السلطة و لما كان القضاء نوعا من الولاية و الحكومة، فلو تقرر ان تتوفى المرأة القضاء لكان لها بمقتضى ذلك الولاية و الحكومة على الرجال و هذا خلاف المطلوب من الآية الكريمة... إن دلالة الآية على عدم أهلية المرأة للقضاء - على ما قيل - موقوفة على أن تكون «قوامون» بمعنى: المسلطون عليهن في التدبير و التأديب و الرياضة و التعليم و القيمومة بمعنى الولاية و تكون عامة لجميع الشؤون و ليست مختصة بالزوجية و أن يكون المراد «بما فضل الله» جعل الفضيلة له تشريعا و تكوينا في قوة العقل و التدبير. قال العلامة الطباطبائي: «عموم هذه العلة يعطى أن الحكم المبنى عليها أعنى قوله: «الرجال قوامون على النساء» غير مقصور على الأزواج... بل الحكم مجعول لقبيل الرجال على قبيل النساء من الجهات العامة التي ترتبط بها حياة القبيلين جميعا... كجهتي الحكومة و القضاء... و كل ذلك مما يقوم به الرجال على النساء و على هذا فقوله: «الرجال قوامون على النساء» ذو إطلاق تام»<sup>6</sup>.

#### (پایان جلسه)

ب- ه) و من الآيات ايضا \* و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة و الله عزيز حكيم\* (سورة البقرة: 228)؛ أو من ينشؤ في الحلية و هو في الخصام غير مبين\* (زخرف:18)؛ وجه استدلال این است: «ان الآية حاكية عن طباع النساء و انها ظريفة ميالة الى الزينة فائدة لمنطق قوى في مقام الخصام، مع ان القضاء يقتضى قوة في التفكير و اثبات الحق»؛ \* و قرن في بيوتكن و لا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى\* (احزاب:33).

البته گاه برای نفی مطلق ریاست و مدیریت ولای زنی به برخی آیات دیگر نیز تمسک شده است که جای گفتگو دارد. آیاتی مثل آیه ملکه سبأ \* انى وجدت امرأة تملكهم و اوتيت ...\* (نمل: 22-24) وجه استدلال روشن است.<sup>7</sup>

1. فقه القضاء، ج1، ص98.

2. كتاب الخلاف، ج6، ص213.

3. حلية العلماء، ج8، ص114؛ كفاية الاخيار، ج2، ص158؛ الوجيز، ج2، ص237؛ السراج الوهاج، ص588؛ مغنى المحتاج، ج4، ص375؛ المجموع ج20، ص150؛ الميزان الكبرى، ج2، ص189؛ تبیین الحقائق، ج4، ص187 و الحاوی الكبير، ج16، ص156.

4. الهداية المطبوع مع شرح فتح القدير، ج5، ص485؛ شرح فتح القدير، ج5، ص485؛ اللباب، ج3، ص211؛ تبیین الحقائق، ج4، ص187؛ المحلى، ج9، ص429؛ المغنى لابن قدامة، ج11، ص381؛ الشرح الكبير، ج11، ص387؛ بداية المجتهد، ج2،

- 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.
5. 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.
6. ر.ک: فقه القضاء، ج 1، ص 89 و 90.
7. ر.ک: بررسی فقهی مدیریت زنان در مناصب سیاسی، صص 171 - 174.

مشروح درس :

### بسم الله الرحمن الرحيم

بحثی که داشتیم در ادامه ی فقه القضا بحث جنسیت (آیا مرد بودن شرط است یا نه؟) در مناصب بالای سیاسی اجتماعی است لذا ما در کتاب القضا که داریم بحث می کنیم دو نگاه داریم یکی نگاه شرائط قاضی و یکی هم نگاه فقه سیاسی است و ادله را هم که می آوریم از هر دو جهت نگاه می کنیم.

ببینیم در قانون جمهوری اسلامی و رویه های قضایی چی هست؟

اولین ماده، ماده واحده ای است که در اردیبهشت 61 تصویب شده است. در این ماده واحده می گوید: قضات از میان مردان واجد شرائط ذیل انتخاب می شوند بعد می گوید بلوغ و عقل و ایمان و حلال زاده بودن و ... یعنی از اول می گوید از میان مردان یعنی زن بود را جزء شرائط نمی آورد و از اول می گوید از مردان و نمی گوید از افرادی که چنین شرائطی داشته باشند و بعد مرد بودن را یکی از شرائط قرار بدهد. این اول کار بوده است، دو سال گذشت، سال 63 قانون گزار به این ماده یک تبصره زده است، تبصره ی پنج الحاقی 63 که یک بار هم اصلاح خورده و شده 74 این شده است:

رئیس قوه ی قضائیه می تواند (ندارد باید، در برخی از مراحل این می تواند به باید تبدیل می شود) بانوانی را هم که واجد شرائط انتخاب قضات دادگستری مصوب 61 می باشند با پایه ی قضایی جهت تصدی پست های مشاورت (یعنی زن در بدنه ی قوه ی قضائیه مشورت بدهد) در دیوان عدالت اداری، در دادگاه های مدنی خاص، قاضی تحقیق (یعنی برود صحنه را ببیند، صحنه را بازبینی کند، اگر نیاز باشد پرونده ای را ببیند برود و نگاه کند و ...)، دفاتر مطالعات حقوقی و تدوین قوانین دادگستری، اداره ی سرپرستی صغار و مستشاری اداره ی حقوقی و سایر اداراتی که دارای پست قضایی هستند و مربوط به قوه ی قضائیه است استخدام نماید.

در تمام این ها نداشت که قضاوت کند و انشاء رأی کند، نظارت، تحقیق، مشورت را گفت.

توضیح: دادگاه های مدنی خاص به دعاوی طلاق، نکاح، نفقه، امور حسبی مانند نصب امین و قیم و ... رسیدگی می کند. مثلا نصب امین یا قیم برای صغیر بخواهد نصب کند این ها به کار قضایی خیلی نزدیک می شود.

قانونی داریم در جمهوری اسلامی به نام قانون حمایت از خانواده که ماده هم زیاد دارد مصوب سال 91. در ماده دو قانون حمایت خانواده آمده است:

دادگاه خانواده با حضور رئیس یا دادرس علی البدل و قاضی مشاور زن تشکیل می گردد. (در این ماده پست قضایی داده شده است به زن اما در حد مشورت) قاضی مشاور باید ظرف سه روز از ختم دادرسی به طور مکتوب و مستدل در مورد موضوع دعوا اظهار نظر کند (در واقع کار کارشناسی است) مراتب را در پرونده درج کند قاضی انشاء کننده ی رأی در دادنامه به نظر قاضی مشاور اشاره می کند و چنانچه با نظر وی مخالف باشد باید با ذکر دلیل نظریه ی وی را رد کند. (در این جا هم نقش خانم نقش مشاور است)

اداره ی کل حقوقی قوه ی قضائیه متنی دارد به این عبارت:

لزوم حضور قاضی زن مشاور در ماده ی دو قانون حمایت خانواده ی 91 مخصوص دادگاه خانواده است. در دادگاه تجدید نظر که به تجدیدنظر خواهی از آرای دادگاه خانواده رسیدگی می کند حضور قاضی مشاور زن پیش بینی نشده است. من با برخی از قضاتی که اطلاع دارند صحبت کردم گفتند ما الآن داریم زنانی که در دادگاه تجدید نظر حضور دارند. البته نمی دانم فقط در دادگاه تجدید نظر خانواده یا اعم از خانواده و غیر خانواده یعنی اگر چه در قانون پیش بینی نشده است اما عملاً رویه ی قضایی بر خلاف این است.

در دادگاه تجدید نظر رأی صادر نمی شود بلکه داوری می شود و اگر لازم شود رأی دادگاه بدوی باطل و به دادگاه هم عرض ارجاع داده می شود. این کار اگر چه لغتاً رأی و قضاوت و داوری است اما آن قضایی که ما بحث می کنیم و مورد بحث است فقط انشاء رأی آن هم به صورت اثباتی است.

در تبصره ی همین ماده ی دو قانون حمایت خانواده این مطلب اضافه شده است:

قوه ی قضائیه موظف است حداکثر ظرف پنج سال به تأمین قاضی مشاور زن برای کلیه ی دادگاه های خانواده اقدام کند. در این مدت می تواند از قاضی مشاور مرد استفاده شود.

اما تا الآن ظاهراً نداریم موردی که زن رسماً و بالاستقلال رأی دهد و اصدار رأی کند.

قاضی تحقیق و قاضی مشاور در واقع قاضی نیست و در قوه ی قضائیه این لفظ توسعه داده شده است و به این کارها هم قاضی اطلاق می کنند.

شاید باز در قانون موارد دیگری را هم پیدا کنند چنانکه در فتاوا هم برخی از فتاوا باشد که برخی از گشایش ها دیده شود.

#### بررسی اقتضای اسناد و ادله

آنچه مهم است بخشی است که الآن می خواهیم وارد شویم و آن اسناد و ادله است. در واقع ما چون از اجماع و اتفاق چیزی به دست نیاوردیم باید به سراغ اسناد و ادله برویم ولی ممکن است در خود اسناد و ادله (البته ما که نرسیدیم ولی اگر کسی رسید) اجماع را هم بیاورد.

گاهی انسان از بزرگانی حرف های ضعیف می شنود این را باید مواظب باشیم. دیدم برخی استناد کرده اند به سیره. سیره گاهی بر یک مطلب است و نسبت به فرضیه ی رقیب به شرط لا است مثل این که سیره بوده که در جامعه ی اسلامی مردها قاضی بوده اند، اگر این سیره یک زبان سلبی هم داشته باشد که و زن ها قاضی نشوند این خوب است و می توان به آن تمسک کرد اما اگر ما یک چیزی عملاً داریم ولی به شرط لا نباشد نمی توان به آن استناد کرد. یعنی سیره ای که زبان سلبی ندارند را از آن به صورت سلبی استفاده می کنند.

#### اسناد شرعی

اولین دلیل قرآن است:

چند آیه است که از آن ها استفاده می شود منع قضاوت زنان و نه تنها منع قضاوت زن ها بلکه هر گونه پذیرش منصب و پستی که کلان باشد استفاده می شود.

مشهورترین آیه ی «الرجال قوامون علی النساء» است (آیه ی 34 سوره ی نساء که خیلی بحث دارد و باید کامل مطالعه شود و هر چه کار شود جا دارد)

نحوه ی استدلال: قضاوت ولایت است، قضاوت صرف گزارش و کارشناسی نیست، قضاوت اصدار حکم است و قاضی می خواهد اعمال ولایت کند بر محکوم علیه، قرآن می گوید مردان بر زنان سلطه دارند نه زنان بر مردان پس استدلال این چنین می شود:

قضاوت سلطه و قیمومت و ولایت است و قرآن سلطه و قیمومت زنان بر مردان را نفی می کند پس قرآن قضاوت زنان بر مردان را نفی می کند.

برای این که این استدلال تمام باشد باید دو کار انجام شود:

1- قضاوت را قوامیت معنا کنیم، قوام در آیه را به ولایت داشتن معنا کنیم.

2- رجال و نساء در آیه را به شوهران و خانم هایشان معنا نکنیم بلکه رجال و نساء را باید به جنس مرد و جنس زن معنا کنیم یعنی باید بگوییم این آیه فقط در مورد خانواده و شوهران به تنهایی نیست چراکه اگر این طور باشد آیه مربوط به مباحث خانواده

می شود و بحث مدیریت خانه است.