

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؛ 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 دعوای 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؛ اذ لا محذور فی حکمها بشهادة النساء مع سماع شهادتہن بین المرأتین مثلاً بشیء مع اتصافها بشرائط الحکم».¹

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 فقہ الرضا...».²

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 کامل الخلقة و الاحکام... و اما کمال العقل، بان یکون بالغاً، حرّاً، ذکراً؛ لان المرأة لا تنعقد لها القضاء علی حال».³

¹ مجمع الفائدة و البرهان، ج 12، ص 15.

² فقہ القضاء، ج 1، ص 95.

³ ر.ک: همان، ص 158 و 159.

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

«هذه الادلة - 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 لاجراج 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»⁴

اشتراط مذکر بودن و فقه اهل تسنن

شیخ طوسی⁵ به شافعی نسبت اشتراط - علی الاطلاق - می‌دهد⁶ 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»⁷ و قال ابن جرير : يجوز ان تكون قاضية في كل ما يجوز ان يكون الرجل قاضيا فيه؛ لانها تعد من اهل الاجتهاد»⁸.

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

در قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری ماده واحده‌ای مصوب 1361/2/14 مقرر می‌دارد :

قضات از میان مردان واجد شرایط زیر انتخاب می‌شوند.

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

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.