

## امکان سنجی فقهی و قانونی قضاوت زنان در دعاوی مربوط به

### خانواده

منیره اسلمی<sup>۱</sup>

#### چکیده

موضوع قضاوت زنان در پژوهش حاضر حقوق زن بوده که از دو منظر قابل بررسی است: اول، زن در جایگاه قضاوت که در حیطه حقوق سیاسی اجتماعی زنان و حقوق عمومی قرار می‌گیرد و دوم، زن در جایگاه طرفین دعاوی به‌ویژه دعاوی خانوادگی که در حیطه حقوق فردی و حقوق خصوصی قرار دارد. قضاوت زنان در کشورهای اسلامی با توجه به فقه حاکم بر قانون و یا قوانین موضوعه متأثر از سایر منابع حقوقی هر کشور بستگی دارد. در ایران با توجه به فقه امامیه حاکم بر قانون و نظر فقهای پیشین و معاصر و مسائل مستحدثه، این موضوع بیان می‌شود. مقاله حاضر، امکان سنجی قضاوت زنان را با شیوه کتابخانه‌ای و روش توصیفی-تحلیلی از منظر فقهی و قانونی بررسی می‌کند.

**واژگان کلیدی:** قضاوت، قاضی زن، دعاوی، دعاوی خانوادگی.

#### ۱. مقدمه

قضاوت زنان در فقه و مذاهب اسلامی از ابتدای بحث، مخالفان و موافقان خود را داشته است. بسیاری از مذاهب اسلامی و نظر مشهور فقهای امامیه بر عدم جواز قضاوت برای زنان است. مخالفین با ادله‌های خود از کتاب، سنت و... استدلال بر نظر خود دارند. موافقان هم برای رأی خود و رد نظر مخالفان، نظر و ادله آورده‌اند. در حال حاضر موضوع قضاوت زنان در کشورهای اسلامی با توجه به مسائل جدید روز و آینده پژوهی مباحث حقوقی امور زنان در هر

---

۱. دانش‌آموخته کارشناسی حقوق و معارف اسلامی از کشور افغانستان، مجتمع آموزش عالی بنت‌الهدی، جامعه‌المصطفی العالمیه، قم، ایران.

جامعه و تأثیر این مسئله بر تدوین قوانین خاص در کشورهای اسلامی بر اهمیت و ضرورت موضوع می‌افزاید. اینکه آیا زن از نظر فقهی و قوانین موضوعه می‌تواند در جایگاه قضاوت قرار بگیرد موضوع پژوهش حاضر است.

## ۲. مفهوم‌شناسی

### ۲-۱. قضاوت در لغت

قضاوت (از عربی، اِمص) در تداول فارسی‌زبانان به معنی قضا و حکم کردن است. (دهخدا، ۱۳۸۵، ۲/۲۱۷۹) کلمه قضا در عربی به معنای حکم آمده و اصل آن قضای بوده که «ی» تبدیل به همزه شده است. قضا در لغت به معنای فیصله دادن است (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، ص ۶۷۴). قضا در لغت معانی متعددی دارد مانند حکم، حتم، امر، خلق، فعل، اتمام، فراغ، صنع و... برخی بیش از ده معنا برای آن شمرده‌اند و برای هرکدام مصادیقی نیز بیان کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۱۵/۱۸۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۰).

### ۲-۲. قضاوت در اصطلاح

معنای اصطلاحی قضا از معنای لغوی آن دور نیست. صاحب جواهر در تعریف عرفی قضا می‌فرماید: «قضاء عرفاً ولایت بر حکم شرعی است برای کسی که اهلیت فتوی به جزئیات قوانین شرعی را داشته باشد». (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۸)

## ۳. انواع قاضی

قاضی در منابع فقهی و حقوقی بر سه قسم است: قاضی منصوب و قاضی منتخب که در اصطلاح، قاضی تحکیم نامیده می‌شود و قاضی مأذون.

### ۳-۱. قاضی منصوب

این قاضی از سوی امام معصوم علیه السلام به قضاوت برگزیده می‌شود که به دو صورت خاص و عام است. در عصر غیبت، تمام قضات براساس نصب عام قضاوت می‌کنند. امام صادق علیه السلام فرمود: «بینظران من کان منکم ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا، فلیرضوا



به حکما، فانی قد جعلته علیکم حاکما؛ به کسی مراجعه کنید که احادیث ما را نقل می‌کند و احکام حلال و حرام ما را می‌شناسد، چنین شخصی را برای قاضی بپذیرید؛ زیرا من وی را بر شما حاکم قرار دادم».

### ۳-۲. قاضی تحکیم

در این مورد تعاریف و نظرها متفاوت است. ابی خدیجه از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند که فرمود: «انظروا الی رجل منکم، یعلم شیئاً من قضایانا، فاجعلوه بینکم، فانی قد جعلته قاضیاً، فتحاكموا الیه؛ مردی از خودتان را که پاره‌ای از احکام ما را می‌داند میان خودتان قاضی قرار دهید، پس من نیز وی را قاضی قرار می‌دهم. بنابراین، مرافعه خود را نزد وی ببرید». (حرعاملی، بی تا، ۱۸/۴) برخی فقها معتقدند که منظور از روایت، قاضی ابتدایی یا قاضی منصوب نیست؛ جمله: «فانی قد جعلته قاضیاً» متفرع است بر این سخن امام علیه السلام که فرمود: «فاجعلوه» و منظور همان قاضی تحکیم است که طرفین دعوا وی را حکم قرار می‌دهند، امام نیز وی را قاضی قرار داده است (خویی، ۱۴۰۷، ۱۱/۱). موسوی اردبیلی در کتاب خود قاضی تحکیم را چنین بیان می‌کند: «قاضی التحکیم هو شخص او اشخاص، یتراضی به او بهم، طرفا النزاع، ان یترافعا عنده او عندهم وان یقبل قوله او قولهم و یعمل بذلک» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ص ۱۰۷).

### ۳-۳. قاضی مأذون (توکیل در قضا)

امروزه تمام قضات دادگستری را قاضی مأذون می‌نامند؛ یعنی کسی که واجد شرایط فقهی قضا نیست، ولی از سوی حاکم مسلمین (ولی فقیه) برای قضاوت اذن گرفته است.

### ۴. امکان سنجی قضاوت زنان در فقه اسلامی

#### ۱-۴. دیدگاه کلی در مورد جواز قضاوت زنان در فقه اسلامی

دو دیدگاه کلی در مورد قضاوت زنان در فقه اسلامی وجود دارد: دیدگاه اول، جواز قضاوت است که نظر برخی از فقه‌های شیعه و فقه حنفیه است که برخی بدون حد و قیدی آن را جایز

دانسته‌اند و برخی برای جواز قضاوت زنان حدود و قیودی را بیان کرده‌اند. دیدگاه دوم، عدم جواز قضاوت زنان (دیدگاه مشهور) که مالکیه، شافعیه، حنابله، زیدیه، اباضیه و بسیاری از متقدمین و برخی از فقهای متأخر شیعه بر این دیدگاه هستند.

#### ۲-۴. دلایل مخالفین جواز قضاوت زنان و اشکالات وارد شده بر آنها

دیدگاه اول در مورد قضاوت زنان، عدم جواز بوده که نظر بسیاری از مذاهب اسلامی و مشهور فقهای امامیه است. مشهور فقهای امامیه معتقد هستند که هر آنچه در قاضی منصوب شرط است در قاضی تحکیم یا داور نیز شرط است. (عاملی، ۱۴۱۳، ۳۳۳/۱۳) یکی از شروط، مرد بودن یا ذکوریت قاضی است: «لایجوز تکنون المرأة قاضیة فی شیء من الاحکام؛ جایز نیست که زن در هیچ حکمی از احکام قاضی باشد» (طوسی، ۱۴۱۷، ۲۱۳/۶). در شرایع آمده است: «زن نمی‌تواند قاضی شود اگرچه تمام شرایط را دارا باشد» (حلی، ۱۴۰۹، ۸۶۰/۴).

#### ۴-۲-۱. آیات قرآن

-مهمترین آیه‌ای که به استناد آن، صلاحیت زنان برای قضاوت نفی شده آیه ۳۴ سوره نساء است: «الرجال قوامون علی النساء بما فضل الله بعضهم علی بعض و بما انفقوا من اموالهم؛ مردان سرپرست و نگهبان زنانند به دلیل برتری‌هایی که خداوند برای بعضی نسبت به بعضی دیگر قرار داده است و به دلیل انفاق‌هایی که از اموالشان (در مورد زنان) می‌کنند». (نساء: ۳۴) استدلال به این آیه مستلزم سه فرض است: اول، آیه در مقام خبر نباشد و انشا باشد؛ یعنی مردها باید بر زنان قوام باشند؛ دوم، اینکه قیمومت در اینجا به معنای ولایت و تسلط در همه شئون باشد و سوم، اینکه مراد از رجال و نساء در آیه، زن و شوهر و تنها بحث خانواده نیست، بلکه تمام صنف مردان و زنان است. بر هر سه رکن اشکالاتی وارد شده است: اول، احتمال اینکه آیه از عهده‌داری مردان نسبت به امور زنان در تکوین خبر می‌دهد و مقدمه برای دستورات بعدی آیه است؛ دوم، برخی مفسران، قوام را به معنای مدیریت و مسئولیت اجرایی می‌دانند که در برابر نیاز همسران خود قیام و اقدام کنند و آیه به این معناست که مردان متکفل نیازهای زنان و کمک‌کار آنها در نیازهایشان هستند (پیروز، ۱۳۹۷، ۱۳۹)؛ سوم، آیه



مخصوص شوهران و همسران است و عبارت: «و بما أنفقوا من أموالهم» شاهی بر اختصاص آیه بر زوجین است؛ زیرا در رابطه غیرزوجیت، اعطای نفقه مفهوم و معنا ندارد و صنف مردان التزامی به پرداخت نفقه به صنف زنان جز در حالت زوجیت ندارند. لازمه منصب قضاوت، وجود قیمومت و ولایت بر دیگران نیست. وظیفه قاضی، الزام طرفین و رفع خصومت میان آنهاست و این باعث قیمومت یا ولایت بر محکوم علیه نمی شود، بلکه شاید بتوان برای محکوم علیه نسبت به قاضی، قائل به نوعی قیمومت شد (فضل الله، ۱۴۲۵، ص ۱۲۴).

-«والمطلقات یتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء و لهن مثل الذی علیهن بالمعروف وللرجال علیهن درجة والله عزیز حکیم؛ و زن هایی که طلاق داده شدند از شوهر نمودن خودداری کنند تا سه پاکی بر آنان بگذرد اگر نیت سازش دارند و زنان را بر شوهران حق مشروعی است چنان که شوهران را بر زنان، ولی مردان را بر زنان افزونی است و خدا (بر هر چیز) توانا و داناست» (بقره: ۲۲۸). این آیه مختص به حقوق ناشی از زوجیت است و قابلیت تعمیم برای تمام زنان و مردان را ندارد. کلمه درجه، نکره در سیاق اثبات است و دلالتی بر عموم ندارد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ۹۲/۱). این آیه درصدد بیان این نیست که منزلت زن را در اجتماع و برتری مردان را نسبت به زنان بگوید (فضل الله، ۱۴۲۵، ص ۱۲۵). درجه به معنای برتری ذاتی مردان بر زنان نیست؛ زیرا اگر مقصود برتری ذاتی باشد توالی فساد خواهد داشت و هیچ زنی حق امر به معروف هیچ مردی یا هیچ مادری حق امر ونهی فرزند ذکور خود را نخواهد داشت که بطلان این موارد واضح است و در فتاوی هیچ فقیهی دیده نمی شود (هوشمند فیروزآبادی، ۱۴۰۱، ص ۱۱۴).

-سومین آیه، آیه تبرج است: «و قرن فی بیوتکن و لا تبرجن تبرج الجاهلیه الا ولی وأقمن الصلاة و آتین الزکاة و أطعن الله و رسوله؛ و در خانه های خود بمانید و همچون دوران جاهلیت نخستین (در میان مردم) ظاهر نشوید». (احزاب: ۳۳) این گونه استدلال می شود که قضاوت مستلزم خروج زن از خانه و خلاف امر به وی در آیه شریفه است (فضل الله، ۱۴۲۵، ص ۱۲۵).

استدلال قابل مناقشه است: اول اینکه، آیه خطاب به همسران پیامبر ﷺ است چون اتصال به موقعیت پیامبر ﷺ از خروج و اختلاط با مردم نهی شده‌اند؛ دوم اینکه، اگر آیه شامل همه زنان باشد و بر آیه جمود باشد به این معنا می‌شود که زن در خانه حبس است و اجازه خروج ندارد که هیچ‌کس قائل به این حکم نیست، بلکه خروج زن از منزل به شکلی که خلاف شأن و کمالات وی باشد نهی و منع شده است. به همین دلیل گفته شده است: «ولا تبرجن تبرج الجاهلیه الاولی»؛ زیرا در زمان جاهلیت، زنان برخلاف ضوابط اخلاقی و به شکلی که زینت‌هایشان را به مردان نشان دهند از خانه خارج می‌شدند. حصر زنان در خانه مخالف سیره است؛ زیرا زنان در زمان پیامبر ﷺ و ائمه با پیغمبر ﷺ در میدان‌های جنگ حاضر می‌شدند و به تجارت و... مشغول بودند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ۹۲/۱).

#### ۴-۲-۲. روایات

-روایت ابی خدیجه: «ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضاً الی اهل الجور ولکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئامن قضائنا فاجعلوه بینکم فانی قد جعلته قاضیا فتحاکمو الیه؛ مبادا برخی از شما اقامه دعوا نزد اهل جور نمایند، بلکه بنگرید چه مردی از میان خودتان برخی از احکام ما را می‌داند، پس او را بین خود برای داوری انتخاب کنید که من او را قاضی قرار دادم، پس برای ترافع نزد وی بروید». (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۴/۱۸) بااستناد به عبارت: «انظروا الی رجل منکم» استدلال شده است که منصب قضاوت مقید به مردان است و تقیید دلالت بر عدم مشروعیت قضاوت زنان دارد. اشکالات وارد بر استدلال: اول اینکه، کلمه رجل در اینجا از نظر غالب بودن، خصوصیت و موضوعیت ندارد و برای مثال ذکر شده است؛ دوم اینکه، مقام بیان برای ذکوریت قاضی نیست، بلکه عدم صحت رجوع به قضات جور و ظلم است. شیخ انصار می‌فرماید: ذکر کلمه رجل در برخی روایات ممکن است حمل بر مورد غالب شود؛ زیرا مردان هستند که مورد رجوع برای قضاوت قرار می‌گیرند و موجب تخصیص عموماتی که جنسیت را شرط ندانسته‌اند، نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۲۲۹).

-روایت: «لما بلغ رسول الله ﷺ ان اهل فارس قد ملكوا عليهم بنت كسرى قال: «لن يفلح قوم ولوا امرهم امراه؛ هنگامی که به پیامبر ﷺ خبر دادند که اهل فارس دختر کسری بر آنها حکومت می کند، فرمودند قومی که ولایت بر امورشان در دست یک زن باشد رستگار نمی شوند».

(بخاری، ۱۴۲۲، ۱۰/۶) این روایت هم از نظر سند و هم دلیل جای بحث دارد. سند روایت را عموم، صحیح و حسن می دانند، اما فقهای شیعه ضعیف می دانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱/۹۳). از نظر دلالت نیز موضوع روایت حکمرانی است نه قضاوت و دیگر اینکه ممکن است در مقام ارشاد باشد نه در مقام حکم شرعی و حرمت قضاوت زنان و تعبیر مثل: «لن يفلح» مبین حکم شرعی، آن هم مثل حرمت و عدم مشروعیت نیست (خوانساری، ۱۴۰۵، ۷/۶).

-روایت: «محمد بن علی بن الحسين باسناده عن حماد بن عمرو و انس بن محمد عن ابيه عن جعفر بن محمد عن آبائه في وصيه النبي ﷺ لعلی قال: يا علی ليس علی المرأة جمعة الی ان قال -ولا تولی القضاء» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۶/۲۷)

از نظر سند، روایت ضعیف است؛ زیرا آنچه برداشت می شود این است که شایسته نیست زن متولی امر قضا شود، اما اینکه امر غیر جایز باشد دلیلی بر آن نیست، چون سیاق روایت به نحوی نفی الزام است. (فضل الله، ۱۴۲۵، ص ۱۲۸)

محقق خوانساری صاحب جامع المدارک با مصدر گرفتن «تولی» در عبارت: «ولا تولی قضاء» به دلیل صدر روایت که با: «لیس علی النساء» شروع شده است دلالت بر نفی وجوب و تکلیف می کند نه نفی جواز و مشروعیت (خوانساری، ۱۴۰۵، ۷/۶)، پس رفع تکلیف است نه تحریم. برخی هم تولی را فعل مضارع گرفته اند که به معنای عدم وجوب است و چون در سیاق جملاتی است که به طور قطع حرام نیستند، نمی توان آن را ظاهر در حرمت دانست. این روایت از اثبات منع متصدی امارت و قضا از سوی زنان به دلیل ضعف سند و دلالت، قاصر است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ۹۴/۱؛ علی دوست، ۱۳۹۹).

## ۴-۲-۳. اجماع

مهمترین دلیل برای اثبات عدم مشروعیت و جواز قضاوت زنان، اجماع است. محقق اردبیلی می‌گوید: «اگر اجماع نباشد، کلیت ممنوعیت زن از قضاوت برداشته می‌شود، چون دیگر مانعی نیست تا زن درجایی که طرفین دعوا زن هستند، بتواند قضاوت کند». (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۵/۱۲) شیخ انصار هم می‌گوید: «اگر اجماع نباشد نه شرط طهارت مولد و نه شرط مرد بودن در قاضی شرط نیست» (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۲۲۹). تردید وارد بر اجماع اینکه، قدمای فقها متعرض این مسئله نشده‌اند و در کتاب‌های قدما مثل مبسوط (طوسی، ۱۳۸۷، ۱۰۱/۸)، خلاف (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۱۳/۶) و مهذب (ابن براج، ۱۴۰۶، ۵۹۹/۲) به این اجماع اشاره نشده است و حتی برخی محققان به کلی آن را مردود شناخته و هیچ‌یک را دقیق ندانسته‌اند. شهید ثانی در مسالک هیچ اشاره‌ای به اجماع نکرده است، بلکه آن را موضع وفاق دانسته و وفاق در برابر خلاف است؛ یعنی اختلافی در آن نیست و مورد وفاق بودن به معنای اجماعی بودن نیست و با آن ملازمه ندارد (سروش محلاتی، ۱۳۹۲، ص ۵۷؛ مرتضوی، ۱۳۷۶، ص ۱۶۳). شیخ طوسی در کتاب خلاف، دلیل عدم جواز قضاوت زنان را اصل و روایات ذکر می‌کند و هیچ اشاره‌ای به اجماع نمی‌کند در حالی که اگر این مسئله اجماعی بود شیخ به آن استناد می‌کرد (منتظری، ۱۴۰۹، ۱۰/۳). مجلسی می‌گوید: «ظاهر این است که شرط ذکوریت اختصاص به نصب خاص دارد و اگر زنی عالمه و فاضله بوده و بین زنان یا مردان محارم قضاوت کند ظاهر این است که اشکالی ندارد و احتمال دارد که عدم جواز قابل تعمیم به همه جا باشد و این نظر موافق احتیاط است» (مجلسی، ۱۴۰۶، ۱۹۱/۱۲).

## ۴-۲-۴. قیاس اولویت

دلیل و قیاس اولویت به چند شکل در این موضوع بیان شده است: قیاس اول اینکه، زن صلاحیت امام جماعت و خطبه خواندن در نماز جمعه را ندارد و باتوجه به اینکه منصب قضا پایین‌تر از مثل اقامت جماعت نیست چگونه ممکن است قضاوت به وی سپرده شود. (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۴۵/۱) از عدم جواز امامت جماعت زن برای مرد نمی‌توان عدم صلاحیت





زن را برای قضاوت استنباط کرد. قیاس دوم، وقتی پیامبر ﷺ اجازه صحبت زنان با مردان را نداده یا از مشورت با آنها نهی کرده است چگونه تصدی زن برای قضاوت و امثال آن را می پذیرد. در پاسخ اینکه هیچ منعی از صحبت زنان با مردان (با رعایت هنجارهای شرعی) وجود ندارد و آیه: «لایخضعن بالقول» تا «لایطمع الذی فی قلبه مرض» بهترین دلیل در عدم منع صحبت میان زنان و مردان با رعایت جوانب شرعی است. آنچه از مذاق شریعت استفاده می شود لزوم رعایت حجاب، عفاف و پرهیز از اختلاط های ناموجه حتی در کارهایی پایین تر از قضاوت و ریاست است و از لزوم رعایت و عفاف نمی توان حکم فقهی عدم جواز قضاوت زن را استخراج کرد (علی دوست، ۱۳۹۹).

قیاس دیگر این است که چون شهادت زنان در حدود و قصاص پذیرفته نمی شود و شهادت آنها در امور مالی هم نصف شهادت مردان ارزش دارد حکایت از نقصان زنان نسبت به مردان دارد. در پاسخ این قیاس آمده است: «شهادت دوزن درحد زنا در صورتی که با سه مرد منضم شود، پذیرفته می شود و شهادت آنها به صورت انفرادی در امور مختص به زنان مانند بکارت و ولادت پذیرفته است. بنابراین، صلاحیت زنان برای قضاوت به کلی قابل نفی نیست» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ۹۶/۱).

#### ۴-۲-۵. تمسک به اصل عدم جواز قضاوت زن و عدم ولایت وی

برخی فقها با تمسک به این اصل قائل هستند که قضاوت برای زن جایز نیست. به عبارت دیگر، نیازی نیست برای نفی شایستگی زنان برای قضاوت دلیل اقامه شود و آنچه محتاج دلیل است ادعای صلاحیت است. اگر مقصود از جواز، جواز وضعی است قضاوت حکم شرعی است که جواز آن نیازمند دلیل است. شیخ طوسی در خلاف می گوید: «قضاوت کردن یک حکم شرعی است که ثبوتش برای زنان نیازمند دلیل است که وجود ندارد. اصل اولی، عدم نفوذ قضاوت و حکومت کسی بر دیگری است و خروج از این اصل نیازمند دلیل است و قضاوت پیامبر ﷺ و ائمه علیهم السلام به دلیل قاطع خارج شده است و قضاوت فقها نیز با دلیل معتبر خارج

شده است، اما قضاوت زنان دلیلی ندارد، پس در اصل باقی می ماند و باید گفت که قضاوت زن نفوذ ندارد» (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۱۳/۶). اگر مقصود از جواز، حکم تکلیفی باشد، چون قضاوت نوعی تصرف در جان و مال دیگران است در این موارد، اصاله الجواز وجود ندارد؛ زیرا براساس ادله های حرمت آن، تصرف در جان و مال دیگری بدون اجازه حرام است. پس قضاوت شعبه ای از ولایت است درحالی که همیشه این گونه نیست و قاضی موظف است حکم هر قضیه را از قوانین و منابع معتبر شرعی و نظرات مشهور فقها براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی استخراج کند.

این شأن قضایی، ولایی نیست؛ زیرا حاکم است که بر کار قاضی تأیید و تنفیذ می کند و قاضی در طول ولایت حاکم یا ولی فقیه به صورت مآذون قضاوت می کند و در داوری نیز قاضی براساس مواد قانون آیین دادرسی مدنی، امکان نظارت بر رأی صادره از ناحیه داور را دارد. دوم اینکه، براساس روایات، مردان واجد شرایط می توانند قضاوت کنند. کلمه رجل در روایات، مفهوم ندارد و روایات درمقام بیان شرایط قاضی نیستند تا بتوان شرط ذکوریت را برداشت کرد. سوم اینکه، در برخی روایات بدون ذکر کلمه رجل به صورت کلی آمده است: «ینظران الی من کان منکم ممنقد روی حدیثنا ونظر فی حلالنا وحرماننا و عرف احکامنا فلیرضوا به حکماً فانی قد جعلته علیکم حاکماً». کلمه «من» در این حدیث عمومیت دارد و شامل مرد و زنی می شود که حلال حرام الهی را بشناسد. ولایت زن در امور فراتر از حکمیت مانند قیمومت با تعیین دادگاه و یا وصی خاص قرار گرفتن با تعیین موصی پذیرفته شده است. بنابراین، اصل ولایت زن و تولیت دادن به وی اشکالی ندارد. یکی از فقها پس از بررسی ادله اشتراط ذکوریت برای قضاوت می گوید: «مسئله عدم صحت تولیت زن برای قضاوت و عدم نفوذ قضاوت زن محل تحفظ علمی است و دلیل محکمی ندارد. این قضیه از مسلمات و ضرورات فقهی یا دینی نیست. به همین دلیل، برخی فقهای اسلامی در آن مناقشه کرده اند» (فضل الله، ۱۴۲۵، ص ۱۳۳).

## ۳-۴. ادله فقها بر جواز قضاوت زنان

برخی از فقها در لزوم شرط ذکوریت برای قاضی تردید کردند و دلایل موافقین شرط را نپذیرفتند. شیخ انصار در شرط ذکوریت قاضی تردید دارد و معتقد است شاد دلیل آمدن کلمه «رجل» در برخی روایات، مورد غالب بوده است؛ زیرا در آن زمان، کمتر زنی دانش قضاوت داشته است. (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۲۲۹) مقدس اردبیلی به این نکته اشاره کرده است که دلیل واضحی در لزوم مرد بودن قاضی وجود ندارد و می‌گوید: «فقط در صورتی این موضوع که در میان فقها مشهور شده، قابل قبول است که به حد اجماع برسد و اجماع باشد والا ادله همگی قابل مناقشه‌اند» (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۵/۱۲). محقق قمی با وجود تردید در تحقق اجماع در این مسئله می‌گوید: «هیچ وجهی برای منع مطلق زن از قضاوت وجود ندارد مگر آنکه گفته شود در این باره اجماعی منعقد شده است. در جواب ادله اجماع می‌توان گفت: چنین اجماعی ممکن است به برگزیدن زن به ولایت کلی و نیز منصب قضاوت عمومی نظر داشته باشد، اما در داوری‌های خاص، کسی چنین اجماعی نقل نکرده است هر چند چنین احتمالی در برخی عبارات وجود داشته باشد. بنابراین، اشکال در شرط دانستن مرد بودن به طور مطلق، همچنان پابرجاست» (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۵۹۹/۲).

آیت‌الله جوادی آملی در بحث قضاوت زنان در کتاب می‌گوید: «برخی از فقهای نام‌آور امامیه نه تصریح به شرطیت ذکوریت نموده‌اند تا زن فاقد شرط قضا باشد و نه تصریح به مانعیت انوثت کرده‌اند تا زن واجد مانع داوری باشد مانند شیخ مفید رحمته‌الله علیه در مقنعه که به اشتراط عقل، کمال، علم به کتاب الهی که سنت معصومین علیهم‌السلام را به همراه دارد اکتفا کرده است و مانند شیخ طوسی رحمته‌الله علیه در نهاییه که افزون بر مقنعه مفید، چیزی جز حرص بر تقوا را نیفزوده و نامی از اشتراط مرد بودن یا امتناع زن بودن نبرده است». ملا محمد تقی مجلسی می‌گوید: «اگر یک زن عالمه و واجد تمامی شرایط و صفات لازم برای امر قضا باشد ظاهر این است که قضاوت او بین زنان و مردان نامحرم مانعی ندارد و بنابر احتیاط واجب، جواز مزبور

اختصاصی به مورد مذکور ندارد؛ یعنی به طور کلی زن می‌تواند میان زنان و مردان قضاوت کند هرچند نامحرم و بیگانه باشند. برخی دیگر از فقها مانند ملا احمد مقدس اردبیلی با تقسیم امور قضایی به سه دسته امور خاص مردان، امور خاص زنان و امور مشترک زنان و مردان، قضاوت زنان در امور مربوط به زنان و حتی امور مشترک زنان و مردان نافذ دانسته و می‌گوید: «منع زن از قضاوت در تمام امور غیر از شهرت دلیل واضحی ندارد، ولی اگر مدرک شهرت، دلیلی مانند اجماع نباشد، نمی‌توان به آن عنایت داشت». گروه دیگری از فقها مانند علامه حلی، محقق حلی، شهید ثانی، شیخ بهایی، سید علی طباطبایی یزدی و سید محمدکاظم طباطبایی یزدی، مرد بودن را برای احراز مقام قضا شرط دانسته و قضاوت زن را جایز نمی‌دانند (جوادی آملی، ۱۳۷۸، ص ۱۷۵).

#### ۴-۴. قضاوت زنان از منظر فقها

دیدگاه سوم متعلق به برخی از فقهاست که میان قاضی منصوب و قاضی تحکیم تفکیک کرده‌اند و گفته‌اند: «در قاضی تحکیم، تنها شروط عامه یعنی، بلوغ، عقل، اسلام و ایمان شرط است، اما شروطی مانند اجتهاد یا مرد بودن شرط نیست». (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۸/۴۰) مرحوم شهید ثانی نیز در شرح لمعه به صورت احتمالی شرط ذکوریت را در داوری می‌پذیرد (عاملی، ۱۴۱۰، ۲۳۸/۱). شیخ انصار معتقد است: «دلیلی یافت نشد که تمام شرایطی را که در قاضی منصوب شرط است در قاضی تحکیم شرط بدانیم» (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۴۷). شهید اول می‌گوید: «در قاضی کمال، عدالت، اهلیت، فتوی، مرد بودن، توانایی نوشتن و بینایی شرط است مگر در قاضی تحکیم» (عاملی، ۱۴۱۰، ص ۷۹). برخی معاصران نیز مرد بودن را در تحکیم شرط ندانسته و گفته‌اند: «لازم نیست داور همیشه و در همه احوال، حتما مرد باشد، بلکه برخی مواقع لازم است مرد باشد و برخی مواقع لازم است زن باشد و در بعضی مواقع فرقی نمی‌کند» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱۲۷/۱). باتوجه به مناقشات، اطلاقی که دلالت کند هرچه در قاضی منصوب شرط است در قاضی تحکیم هم شرط باشد، وجود ندارد.

## ۵. امکان سنجی قضاوت زنان در قانون

### ۵-۱. سیر تحولات قضاوت زنان در قوانین ایران

در قوانین مربوط به استخدام در کار قضاوت که تصویب شد شرط مرد بودن به چشم نمی‌آمد. در سال ۱۳۴۸، ۵ زن ابلاغ قضایی گرفتند و از آن هنگام تا پیروزی انقلاب اسلامی این روند ادامه داشت. (مه‌پور، ۱۳۷۹، ص ۳۱۵) با پیروزی انقلاب اسلامی استخدام قاضی زن منع شد. در سال ۱۳۶۷ تبصره‌ای به ماده واحده شرایط قضاوت اضافه شد مبنی بر اینکه: «بانوان دارنده پایه قضایی واجد شرایط می‌توانند در دادگاه‌های مدنی خاص و اداره سرپرستی صغار به‌عنوان مشاور خدمت نمایند و پایه قضایی را داشته باشند» (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳). سال ۱۳۷۴ تبصره‌ای به شرایط مربوط به قضاوت زنان اضافه شد مبنی بر اینکه: «رئیس قوه قضاییه می‌تواند بانوانی را که واجد شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۴ می‌باشند با پایه قضایی برای تصدی پست‌های مشاورت دیوان عدالت اداری، دادگاه‌های مدنی خاص، قاضی تحقیق و دفاتر مطالعه حقوقی و تدوین قوانین دادگستری و اداره سرپرستی صغار و مستشاری اداره حقوقی و سایر اداراتی که دارای پست قضایی هستند، استخدام نمایند» (مجموعه قوانین ۱۳۷۴). براساس ماده ۲۱ قانون اساسی ۱۳۷۶: «هر دادگاه خانواده حتی‌المقدور با حضور مشاور قضایی زن شروع به رسیدگی نموده و احکام، پس از مشاوره با مشاوران قضایی زن صادر خواهد شد» (مجموعه قوانین ۱۳۷۶). حضور زن در مشاغل قضایی فقط در قالب مشاور بود و از آنجا که در دادگاه خانواده یکی از طرفین دعوا زن بود حضور او با توجه به آشنایی با خواسته و روحیات زن نوعی حمایت محسوب می‌شد (بهمن‌پوری و جعفرپور، ۱۳۹۵، ص ۱۱۹-۱۳۶).

### ۵-۲. قضاوت زنان در قانون اساسی

در هر کشوری که قوانین موضوعه جاری است عالی‌ترین سند و قانون مادر، قانون اساسی آن کشور است. قانون اساسی هر کشور از جمله قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تابعی از سه

متغیر اصلی و اساسی است: نخست، بینش و نگرش قانون‌گذاران و تدوین‌کنندگان قانون اساسی؛ دوم، شرایط و اوضاع و احوال اجتماعی، سیاسی و محیطی زمان نگارش قانون اساسی و سوم، فرهنگ، ارزش‌ها و سنت‌های حاکم بر جامعه. قانون اساسی، بازتاب و تبلور عینی سه فاکتور و متغیر یادشده است. ویژگی خاص قانون اساسی ایران مبتنی بودن بر قوانین اسلام است به طوری که در موارد خلأ قانونی، منبع دیگری که به آنها استناد می‌شود فتاوی معتبر فقهی است. قاطبه خبرگان اول قانون اساسی که وظیفه تدوین اصول قانون اساسی را برعهده داشتند باتوجه به قوانین اسلامی و فتواهای مشهور به طراحی و بعدها به تفسیر اصول قانون اساسی نظر دارند. با شکل‌گیری حکومت دینی و قوانین مبتنی بر فقه اسلامی، قوانین مأخوذ از فقه در تمام عرصه‌ها مانند عرصه‌های مختلف حقوق خانواده، قوانین مجازات اسلامی، حقوق زنان و... بروز و ظهور عینی و عملی یافت. (شاکری خوبی و کامران آذر، ۱۳۹۶، ص ۷۱)

قوه قضائیه نیز یکی از ارکان حاکمیتی و سیاسی نظام بوده و حقوق سیاسی زنان در این نهاد محل بحث و گفت‌گوست. در مورد منصب قضاوت باتوجه به رویکرد فقهی حاکم بر قانون اساسی و مفسران آن، منصب قضا منصبی مردانه تلقی شده و شرط ذکوریت برای قاضی محرز است. در بیشتر متون و کتب فقهی مانند تحریرالوسیله حضرت امام رحمته‌الله‌علیه بر مرد بودن قاضی تأکید شده است. مجموعه قوانین ایران از جمله قانون اساسی نیز براساس چنین موازین اسلامی و شرعی تدوین و تفسیر شده است، البته در سال‌های بعد از انقلاب تا امروز به دلایل عدیده و شرایط، تحولاتی در به رسمیت شناختن توانمندی‌های زنان در عرصه قضاوت و امور قضایی به وجود آمده است. حضور زنان در سمت‌هایی مانند مستشاری، دادگاه خانواده، دادگاه‌های مدنی خاص، و... در سال‌های اخیر، راه را برای مناصب دیگر قضایی گشوده است. اصل صدو شصت و سوم قانون اساسی، بیان صفات و شرایط قاضی را به قانون عادی احاله داده است و در قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری (مصوب اردیبهشت ۱۳۶۱ که یک ماده واحده بیشتر ندارد) تصریح شده است که قضات از میان مردان واجد شرایط انتخاب می‌شوند، البته بعدها براساس قانون اصلاح تبصره، ۵ قانون الحاق پنج تبصره به قانون شرایط انتخاب

قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۳ که در سال ۱۳۷۴ به تصویب رسید زنان می‌توانند با داشتن پایه قضایی، پست‌های مشاوره و قاضی تحقیق را داشته باشند، ولی این به معنای داشتن حق انشای رأی نیست. قاضی تحقیق در احقاق حقوق مردم و تأمین عدالت بسیار مؤثر است، ولی حق انشای رأی ندارد (باقرزاده، ۱۳۸۲، ص ۷۰). اصل صدوشصت و سوم بر این نکته تصریح دارد که بیان شرایط و صفات قاضی توسط قانون عادی باید مبتنی بر موازین فقهی باشد. براساس نظر مشهور فقها ذکوریت شرط قضاوت است و زنان حق انشای رأی ندارند. علامه حلی شرط لازم برای صحت قضاوت را مرد بودن دانسته و می‌فرماید: «ولا ینعقد القضاء للمرأة وان استکملت الشرائط». شیخ طوسی در مبسوط قضاوت زنان را مردود دانسته و می‌فرماید: «فان المرأة لاتنعقد لها القضاء بحال». شهید ثانی در مسالک می‌گوید: «ولا ینعقد القضاء للمرأة وان استکملت الشرائط».

#### ۳-۵. قضاوت زنان در محاکم خانواده

در ماده ۲ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ آمده است: «زن می‌تواند به عنوان قاضی مشاور در دادگاه حضور داشته باشد و نظر خود را ظرف سه روز از ختم دادرسی به قاضی تحویل دهد و قاضی یا نظر او را با ذکر دلیل رد می‌کند یا قبول می‌کند». به این ترتیب، حضور زنان در دادگاه می‌تواند در روند قضاوت تأثیرگذار باشد. از آنجاکه در نظام دادرسی اسلام فقط یک قاضی حضور دارد در دادگاه خانواده نظر نهایی را قاضی اعلام می‌کند. بنابراین، به نظر می‌رسد حضور زن در قالب قاضی مشاور به این معنا نیست که او هم می‌تواند درباره پرونده حکم دهد، بلکه می‌تواند نظر خود را با قاضی درمیان بگذارد. قاضی هم در پذیرفتن نظر او یا رد آن دلیل می‌آورد، پس نظر نهایی را قاضی مرد می‌دهد و هر جا در قانون حرف از قضاوت زن است منظور مشاور بودن و مشورت دادن زن به قاضی است. حضور زنان در دادگاه‌های خانواده علاوه بر اینکه می‌توانند برای پیشبرد قضاوت در صدور حکم به مردان قاضی کمک‌های شایسته‌ای کنند حضورشان

امری ضروری به نظر می‌رسد؛ زیرا یکی از دوطرف دعوا زن است که با هم جنس خود بهتر می‌تواند مسائل مخفی را در میان بگذارد (موسوی سنگلاخی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۶).

#### ۴-۵. قضاوت زنان در محاکم کیفری

در بعضی از دادگاه‌های کیفری که موضوع آن تجاوز به عنف و یا سرقت و سایر جرائم است، ممکن است زنان در زمان حضور قاضی مرد نتوانند به راحتی اظهارات خود را بیان و در بسیاری از موارد از حضور در دادگاه خودداری کنند. در چنین مواردی حضور مستشار زن به آنها کمک می‌کند تا راحت‌تر بتوانند سخن خود را بازگو و از خود دفاع کنند. در این موارد زنان بر حضور مستشار زن در چنین دادگاه‌هایی اصرار دارند هرچند حضور زنان در این محاکم در قالب قاضی با طبیعت، فطرت و روحیه زنان مناسب به نظر نمی‌رسد، اما حضور زنان در قالب مشاور در این محاکم برای استماع بیانات متهمان زن بسیار مفید بوده و اثرات مثبت دارد (بهمن پوری و جعفرپور، ۱۳۹۵، ص ۱۱۹).

#### ۶. نتیجه‌گیری

موضوع جواز و عدم جواز قضاوت زنان در عصر حاضر به دلیل تأثیر بر قوانین موضوعه کشورهای اسلامی بسیار مهم است. هرچند نظر مشهور فقها بر عدم جواز زنان در بحث قضاوت است، ولی باتوجه به خدشه و مناقشاتی که بر استدلال‌ات آنها وارد شده است برخی فقهای دیگر راه بحث ورود زنان در عرصه فعالیت‌های قضایی را برای قانون‌گذاران اسلامی فراهم می‌کند. باتوجه به نوع نصب قاضی دو صورت نصب برای زنان می‌توان لحاظ کرد: قاضی تحکیم البته باتوجه به نظر و اقوال برخی فقها (صاحب جواهر، شیخ انصاری، شهید ثانی، موسوی اردبیلی) و دیگر قاضی مأذون که انتصاب زنان از جانب ولی فقیه به دلیل مصالح یا ضرورت‌ها و یا از باب ترجیح اهم بر مهم است. برخی اصول قانون اساسی و قانون شرایط انتخاب قاضی در سال ۱۳۶۱ مرد بودن را شرط قضاوت تصریح کرده بود. سال ۱۳۶۳ براساس تبصره ۵ الحاقی به ماده واحده شرایط برای حضور زنان در محاکم قضایی فراهم شد. در





سال‌های ۱۳۷۱ و ۱۳۷۴ و ۱۳۹۱ قانون‌گذار عرصه فعالیت زنان در امور قضایی را توسعه داد. گسترش حضور زنان در امور قضایی با توجه به نیاز جامعه و مسائل روز، افزایش پیدا کرده است. این حضور نه تنها از نظر دستیابی زنان به حقوق اجتماعی و... است، بلکه جنبه مهم دیگر آن ضرورت و لزوم فعالیت زنان در این حیطه با توجه به امور قضایی مربوط به زنان در جامعه حاضر است.

### فهرست منابع

#### \* قرآن کریم

۱. پیروز، علی آقا (۱۳۹۷). بررسی فقهی مدیریت زنان در مناصب سیاسی. تهران: پژوهشگاه.
۲. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳. سروش محلاتی، محمد (۱۳۹۲). درآمدی بر بررسی قضاوت زنان. نشریه فقه مقارن، شماره ۲، ۵۱-۴۶.
۴. فضل‌الله، سید محمد حسین (۱۴۲۵). فقه القضاء، بقلم الشيخ حسين الحسن. بیروت: دار الملائک للطباعة و النشر و التوزيع.
۵. مرتضوی، سید ضیاء (۱۳۷۶). شایستگی زنان برای قضاوت، نقدی بر مقاله شایستگی زنان برای قضاوت و مناصب رسمی. نشریه حکومت اسلامی، (۶۱)، ۱۵۶-۲۰۲.
۶. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد (۱۴۱۴). لسان العرب. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۷. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). القضاء و الشهادات. قم: باقری.
۸. بهمن پوری، عبدالله، و جعفرپور، سهیلا (۱۳۹۵). تحلیل جایگاه مشاور قضایی زنان در ماده ۲ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱. نشریه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، شماره ۷۲، ۱۱۹-۱۳۵.
۹. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۵). زن در آینه جمال و جلال. قم: انتشارات اسراء.
۱۰. حرالعالمی، محمد بن الحسن (۱۴۱۳). وسائل الشیعه. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۱۱. حلی (محقق)، ابوجعفر نجم‌الدین جعفر بن الحسن (۱۴۰۹). شرایع الاسلام. قم: نشر امیر.
۱۲. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸۵). لغت‌نامه دهخدا. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۰۴). مفردات الفاظ قرآن. تهران: مرتضوی.
۱۴. شاکری خوبی، احسان، و کامران آذر، عذرا (۱۳۹۶). حقوق سیاسی زنان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. نشریه زن و مطالعات خانواده، شماره ۳۶، ۷۱-۸۸.
۱۵. طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن (۱۴۱۷). خلاف. قم: النشر الاسلامی.
۱۶. علی دوست، ابوالقاسم (۱۳۹۷). فقه و حقوق قراردادهای (ادله عام قرآنی). تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۷. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳). بحار الانوار. بیروت: مؤسسه الوفاء.

۱۸. مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶). روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۱۹. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳). فقه القضاء. قم: دانشگاه مفید.
۲۰. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳). فقه القضاء. قم: دانشگاه مفید.
۲۱. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۶۸). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۲۲. موسوی خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۷). مبانی تکمله المنهاج. قم: لطفی.
۲۳. موسوی سنگلاخی، یوسف (۱۳۸۵). فضاوت زن از دیدگاه شیعه. قم: مرکز جهانی اسلامی.
۲۴. مهرپور، حسین (۱۳۷۹). مباحثی از حقوق زن. تهران: اطلاعات.
۲۵. میرزای قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۴۲۳). فقه القضاء. قم: انتشارات دانشگاه مفید.
۲۶. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۲۷. هوشمند فیروزآبادی، حسین (۱۴۰۱). واکاوی فقهی تأثیر جنسیت بر پذیرش سمت داور. نشریه علمی فقه و حقوق خانواده، شماره ۷۷، ۱۰۵-۱۳۶.

