

واکاوی فقهی تأثیر جنسیت بر پذیرش سمت داوری

حسین هوشمند فیروزآبادی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۱۱

DOI: 10.30497/flj.2022.242980.1791

چکیده

در امکان‌سنجی داوری زنان، بر خلاف نظر مشهور امامیه که معتقدند قاضی تحکیم یا داور لازم است شرط «ذکوریت» را داشته باشد، برخی فقها با نقد آیات و روایاتی که مشهور به آنها متمسک شده‌اند، چنین شرطی را حتی اگر برای قاضی منصوب ضروری باشد، برای قاضی تحکیم یا داور شرط ندانسته‌اند. در این مقاله، در پی پاسخ به این پرسش هستیم که آیا زنان از جهت ادله فقهی، امکان داوری را دارند یا خیر. بدین منظور، از بین سه نظریه الف. اشتراط ذکوریت در مطلق قاضی چه منصوب و چه تحکیم، ب. عدم اشتراط ذکوریت در هر نوع قاضی چه منصوب و چه تحکیم و ج. اشتراط ذکوریت تنها در قاضی منصوب و عدم اشتراط آن در قاضی تحکیم؛ ضمن نقد نظریه اول، نظریه دوم تقویت و نظریه سوم همگام با قوانین جاری کشور و تحولات عرصه بین‌المللی قلمداد شده است. پذیرش جواز داوری زنان به سه دلیل است: الف. فقدان عموم یا اطلاقی که دلالت بر اشتراط همه شرایط قاضی منصوب در قاضی تحکیم نماید؛ ب. خصوصیت نداشتن «رجل» در روایات مرتبط و مفهوم نداشتن لقب؛ ج. پذیرش ولایت زنان در امور فراتر از حکمیت و داوری مانند قیمومت (مانند داوری اجباری) یا وصایت (مانند داوری اختیاری).

کلیدواژه‌ها

زنان، داوری، قاضی تحکیم، ذکوریت، داوری زن.

مقدمه

در اصطلاح حقوقی، داوری عبارت است از رفع اختلاف از طریق رسیدگی و صدور حکم از سوی شخص یا اشخاص ثالثی که طرفین دعوا معمولاً آنها را به تراضی انتخاب می‌کنند یا مراجع قضایی به نمایندگی از سوی طرفین دعوا، ایشان را برمی‌گزینند (کریمی و پرتو، ۱۳۹۲، صص ۱۹ و ۲۰).

مطابق بند «الف» ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین یا انتصابی.

در اصطلاح، حکمیت همان داوری کردن و قضاوت نمودن می‌باشد و گاهی تحکیم به معنای حکم کردن است (معین، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۰۴۱) که از لوازم قضاوت خواهد بود و گاهی به معنای تعیین یا نصب حکم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۱). بنابراین زمانی که قبل از مضاف‌الیه قضاوت قرار گیرد، معنای اول از آن مد نظر خواهد بود.

شیخ طوسی در توضیح قضاوت (تحکیمی) می‌گوید: اگر دو نفر توافق کنند که کسی از مردم، میان این دو حکم کند و آن کس چنین کند، جایز است بدون نظر خلاف. حکم این شخص هم الزام‌آور است ... (طوسی، ۱۴۰۷، ق، ج ۶، ص ۲۴۱). برخی دیگر از فقها با تفکیک قاضی منصوب از قاضی غیرمنصوب گفته‌اند: قاضی غیرمنصوب یا قاضی تحکیم کسی است که ابتدائاً و بالذات برای قضاوت نصب نشده، بلکه در صورت تراضی اصحاب دعوا حق قضاوت دارد و تراضی آنها با توجه به اجازه شارع مقدس به چنین توافقی، به وی حق اعمال ولایت می‌دهد (حائری، ۱۴۱۵، ق، ص ۲۱).

موضوع جواز یا عدم جواز قضاوت زنان یکی از پرچالش‌ترین موضوعات در دوران معاصر می‌باشد که آثار متعدد فقهی و حقوقی به بررسی آن پرداخته‌اند و یکی از توابع این بحث که کمتر مورد توجه قرار گرفته، بررسی امکان داوری زنان در دعاوی داخلی و بین‌المللی است. از جهت بُعد حقوقی، موانع و محدودیت‌هایی که قانون‌گذار برای پذیرش سمت داوری

تعیین کرده، هیچ ارتباطی با جنسیت ندارند و ماده ۴۶۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، بدون محدودیت جنسیتی، فقط دو گروه را محروم از پذیرش سمت داوری نموده است: یکی افراد فاقد اهلیت قانونی و دوم محکومان قطعی دادگاه‌ها و همچنین ماده ۴۶۹ در شمارش افرادی که نمی‌توانند از جانب دادگاه به‌عنوان داور تعیین گردند، هیچ محدودیتی برای داور به لحاظ جنسیتش قائل نشده است.

قانون‌گذار نیز در تعریفی که از داوری در بند «الف» ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ نموده، اشاره‌ای به ممنوعیت زن بودن داور نکرده است. تعاریفی که اساتید حقوق از داوری نموده‌اند نیز، گویای عدم محدودیت جنسیتی برای پذیرش سمت داوری می‌باشد (شمس، ۱۳۸۷، ص ۵۲۱).

از جهت بُعد فقهی، مشهور فقهای امامیه معتقدند که هر آنچه در قاضی منصوب شرط است، در قاضی تحکیم یا داور نیز شرط می‌باشد (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۳۳) که از جمله آن شروط، مرد بودن یا ذکوریت هر نوع قاضی است و با آوردن عبارت: «*لا یجوز تکون المرأة قاضیه فی شیء من الاحکام*» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۱۳)، زنان را از هر نوع فصل خصومتی، اعم از قضاوت و داوری، منع کرده‌اند.

پذیرش نظر مشهور مستلزم تالی فاسدهایی است؛ چرا که منجر به یکی از دو امر می‌شود:

۱. به دلیل عدم ممنوعیت داوری زنان در قوانین جاری جمهوری اسلامی ایران، باید قائل شویم که قاضی تحکیم در فقه غیر از داور در حقوق است و قضاوت تحکیمی غیر از داوری است (قماش، ۱۳۷۶، ص ۲۳۶). در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ ماده ۴۶۶، دو گروه از داوری منع شده‌اند که زنان از آن جمله نیستند و در ماده ۴۶۹، افرادی که نمی‌توانند از جانب دادگاه مگر با رضایت طرفین به‌عنوان داور تعیین گردند، ذکر شده‌اند که در آن ماده نیز، منعی از جهت جنسیت داور ذکر نشده است. در قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ نیز، هیچ منعی برای زن بودن داور لحاظ نشده است.

این در حالی است که مشهور حقوق دانان آشنا با فقه اسلامی (کشاورز، ۱۳۷۴، صص ۲۰ و ۲۱؛ جنیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۹) و بسیاری از فقهای معاصر آشنا با حقوق (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، ص ۱۳۳) اولاً به دلیل اینکه مشهور فقها ماهیت قضاوت تحکیمی را مانند داوری یک ماهیت قضایی و نه قراردادی دانسته‌اند و ثانیاً به دلیل اینکه در فقه امامیه، قضاوت به دو قسم منصوب و تحکیم تقسیم‌بندی شده و ویژگی‌های قاضی تحکیم منطبق با ویژگی‌های داور است، قائل به یکی بودن نهاد «قضاوت تحکیمی» با نهاد «داوری» می‌باشند.

۲. سکوت قانون‌گذار را در عدم تعیین جنسیت داور حمل بر نظر مشهور نمایم و چنانچه هر یک از طرفین به رأی صادره توسط داوری که زن باشد، اعتراض نمایند، قاضی می‌تواند با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، اعتراض را وارد تشخیص داده، رأی صادره را با اکتفا به نظر مشهور فقها به دلیل فقدان صلاحیت فصل خصومت زنان، باطل کند. به عبارت دیگر، گرچه سکوت قانون‌گذار در پذیرش سمت داوری از جانب زنان می‌تواند حمل بر عدم منع شود و در عمل، برخی بانوان به صورت نادر اقدام به داوری موردی نمایند یا در مراکز و سازمان‌های داوری به عنوان داور نقش ایفا کنند، اما چنانچه محکوم‌علیه رأی داوری به صلاحیت داوری که خودش انتخاب کرده یا توسط ثالث تعیین گردیده یا در داوری اجباری از ناحیه دادگاه به یک مرکز داوری تعیین شده، به دلیل جنسیت داور (براساس نظر مشهور فقهی) معترض شود، دادگاه می‌تواند با توجه به سکوت قانون‌گذار نسبت به جنسیت، مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به نظر مشهور فقها استناد جسته، داوری را ابطال کند.

در این مقاله، در پی پاسخ به این پرسش‌ها هستیم: آیا زنان از جهت ادله فقهی، امکان داوری را دارند یا خیر و در صورتی که این امکان هست، در چه حدودی و با چه قملروی حق داوری را دارند؟

در فقه امامیه، نسبت به فصل خصومت و صدور حکم از جانب زنان، سه نظریه دیده می‌شود: گروهی معتقدند همان‌گونه که در قضاوت شرط ذکوریت و مرد بودن وجود دارد، داوری نیز نوعی قضاوت است و زن نمی‌تواند داور باشد. گروهی دیگر نه تنها در داوری، بلکه حتی در

قضاوت، زن بودن قاضی را مانع ندانسته‌اند. گروه سوم قائل به تفصیل شده و قضاوت را مختص مردان دانسته‌اند، اما در داوری زن بودن را مانع ندانسته‌اند. لازم به ذکر است این مقاله چند بحث ذیل را مفروض دانسته و با تلقی بر قبول این مفروضات، مباحث را پیش می‌گیرد:

اولاً ماهیت داوری قضایی است و داوری نوعی قضاوت می‌باشد و نه توکیل. این مطلب مطابق نظر مشهور فقهاست (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸، ص ۳۶۷). واضح است که اگر ماهیت داوری توکیل باشد و داور وکیل طرفین اختلاف محسوب شود، هیچ اشکالی بر جنسیت وکیل منتخب موکل وارد نخواهد گردید. بنابراین اثر ماهیت داوری بر جنسیت داور این است که انتخاب ماهیت قراردادی (توکیل) برای داوری صحبت از جنسیت داور را لغو و انتخاب ماهیت قضایی برای داوری بحث جنسیت را مطرح می‌کند. ثانیاً قضاوت تحکیمی همان داوری است. همان‌گونه که بسیاری از فقها و حقوق‌دانان بر این اعتقادند.

در ادامه، هر یک از نظریات مورد اشاره را مبتنی بر فقه امامیه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. نظریهٔ اشتراط مرد بودن هم در قضاوت و هم در داوری

ضرورت مرد بودن یا «ذکوریت» در قاضی را مشهور فقها پذیرفته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۱۰۱؛ عاملی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۷۰؛ نجفی، ۱۹۸۱ م، ج ۴۰، ص ۱۲) و حتی برخی بر آن ادعای اجماع (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱۳، ص ۳۲۷) و برخی ادعای عدم خلاف نموده‌اند (نجفی، ۱۹۸۱ م، ج ۴۰، ص ۱۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۳، ص ۳۶).

لزوم مرد بودن قاضی نه تنها در آثار غالب فقهای متقدم به چشم می‌خورد، بلکه در میان فقهای معاصر نیز نظری مشهور است. شیخ طوسی در مبسوط می‌گوید: قاضی علاوه بر بلوغ و برده نبودن، باید مرد باشد و برای زن قضاوت منعقد نمی‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۱۰۱). صاحب شرایع نیز معتقد است که زن نمی‌تواند قاضی شود، اگرچه تمام شرایط را دارا باشد (حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۴، ص ۸۶۰). شبیه همین عبارت در کلام شهید اول (عاملی، ۱۴۱۰ ق، ص ۸۹)، علامه حلی (حلی، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۴۲۱؛ همو، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۱۳۸)، شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱۳، ص ۳۲۷)، محقق نراقی (نراقی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱۷، ص ۳۵)، سید علی

طباطبایی (۱۴۱۹ ق، ج ۲، ص ۳۸۵) و بسیاری دیگر دیده می‌شود. در میان معاصران نیز، خوبی (۱۴۰۷ ق، ج ۱، ص ۱۰)، امام^(ره) (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۰۷)، گلپایگانی (۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص ۴۴) آن را ذکر کرده‌اند.

برای این نظریه، ادله‌ای ذکر شده است که آنها را بیان و مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

الف. آیات قرآن

۱. آیه اول: «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم» (نساء، ۳۴).

مطابق این آیه شریفه، قیمومت به معنای سلطه مردان بر زنان است و حتی اگر گفته شود که مورد آیه اختصاص به زوجین دارد، این امر موجب تخصیص حکم به خصوص زوجین نمی‌شود؛ زیرا بعید است که زن در درون خانه‌اش سلطنت نداشته باشد ولی بیرون خانه و برای مردان غیر از شوهرش دارای چنین سلطنتی باشد.

استدلال به این آیه مستلزم سه فرض است: اول اینکه آیه در مقام انشا باشد و نه خبر؛ یعنی قرآن نمی‌خواهد خبر بدهد؛ بلکه در مقام انشا می‌گوید: مردها باید بر زن‌ها قوام باشند؛ دوم اینکه قیمومت به معنای ولایت و تسلط در همه شئون است و سوم اینکه مراد از رجال و نساء در آیه شریفه، زن و شوهرها نیستند تا تنها شامل درون خانواده و خانه شود؛ بلکه باید منظور از رجال صنف مردان و منظور از زنان صنف زنان باشد.

نسبت به هر سه رکن خدشه شده است؛ بدین شکل که گفته شده (علیدوست، ۱۳۹۸، <http://a-alidoost.ir>): اولاً این احتمال در آیه وجود دارد که خداوند از عهده‌داری مردان نسبت به امور زنان در تکوین خبر می‌دهد و خروج و عدم اعتنا به این احتمال وقتی میسر است که قوام به معنای صاحب ولایت و تسلط شرعی معنا شود و الا این احتمال مدافعی ندارد. این احتمال وقتی موجه‌تر رخ می‌نماید که آن را مقدمه و زمینه برای دستورات بعد در آیه به حساب آوریم.

ثانیاً تفسیر قیمومت به آنچه در استدلال گذشت و با آن گستره، یکی از تفاسیر و برداشت‌های

محتمل از آیه و این واژه است و نظر دیگری هم وجود دارد و برخی لغوی‌ها و مفسران، «قوم» را به معنای مدیریت و یک مسئولیت صرفاً اجرایی دانسته‌اند و بر این اساس، مرد بر زن هیچ‌گونه ولایتی ندارد و قیمومت در آیه مورد بحث به معنای این است که در روابط زناشویی، مرد در مقابل همسرش مسئول و مراقب است و باید نسبت به کارها و نیازهای وی قیام و اقدام کند: و قوله تعالی: «الرجال قوامون على النساء» یعنی برای پرداخت نفقه به آنها و مراقبت از آنها قیام می‌کنند و «الرجال قوامون على النساء» به این معناست که مردان متکفل نیازهای زنان و کمک کار آنها در نیازهایشان هستند (پیروز، ۱۳۹۷، صص ۱۳۹ و ۱۴۰). همچنین آیه یا مخصوص شوهران و همسران است یا شوهران و همسران را نیز دربرمی‌گیرد، در هر دو حال، ولایتی به معنای مطلق، مردان بر زنان ندارند.

مستفاد از معنای کلی از آیه و شمول آیه نسبت به روابط اجتماعی بی‌اشکال نیست؛ چرا که قیام به شئون زوجه در روابط خانوادگی و زندگی مشترک خانوادگی، ضرورتاً مستلزم چنین قیام و مسئولیتی نسبت به سایر روابط و مسئولیت‌های اجتماعی زن نیست و الا لازم می‌آید زنان را از انجام کلیه اعمال اداری و روابط اجتماعی منع کنیم و به او اجازه حضور در اجتماع برای انجام امور اداری را ندهیم (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، صص ۹۱ و ۹۲).

ذکر عبارت «وبما أنفقوا من أموالهم» در ادامه آیه نیز، شاهدی بر اختصاص حکم آیه بر زوجین می‌باشد؛ 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.

علاوه بر همه اینها، از نظر برخی، لازمه منصب قضاوت وجود قیمومت و ولایت بر دیگران نیست تا گفته شود چون آیه شریفه قیمومت مرد را بر زن قرار داده و نه بالعکس، پس این منصب برای مردان اثبات می‌گردد و نه زنان. وظیفه قاضی الزام طرفین و رفع خصومت میان آنهاست و این باعث قیمومت یا ولایت بر محکوم‌علیه نمی‌شود؛ بلکه شاید بتوان برای محکوم‌علیه نسبت به قاضی، قائل به نوعی قیمومت گردید (فضل الله، ۱۴۲۵ ق، صص ۱۲۴ و ۱۲۵).

همچنین امکان توسعه آیه به غیر زوجین و به عموم مردان و زنان در روابط اجتماعی از طریق

اولویت نیز میسر نیست و نمی‌توان گفت حتی اگر آیه شریفه اختصاص به خانواده و زوجین داشته باشد، پس می‌گوییم وقتی در اداره خانه، این مرد است که باید عهده‌دار اداره خانه شود و تصمیم با اوست که حاکم بر اهل خانه است، پس به طریق اولی، در جامعه نیز به همین شکل و مدل است. دلیل عدم امکان توسعه آیه شریفه با تمسک به قیاس اولویت، این است که فرض بر این است که قائل به اولویت، معتقد است آیه حتی در بخش تعلیل اول آن، اختصاص به مدیریت خانه دارد که در مدیریت خانه، مخارج بر عهده مرد است؛ قهراً در اولویت، باید همه ویژگی‌ها منعکس شود تا توسعه صورت گیرد؛ در حالی که در جامعه بر خلاف خانه، جنس مردان عهده‌دار مخارج جنس زنان نیستند تا مانند خانه که مدیرند، در جامعه هم مدیریت را عهده‌دار شوند. بنابراین بدون توجه به اقتضائات اولویت، نمی‌توان بدان استدلال کرد و به نتیجه منع زنان از تصدی سمت قضاوت رسید (ر. ک. علیدوست، ۱۳۹۹/۱/۱۸).

بنابراین آیه قوامون هیچ دلالتی بر عدم جواز قضاوت زنان ندارد؛ زیرا اولاً مسلم نیست که قوامون به معنای سلطه و ولایت باشد، بلکه ممکن است به معنای مراقبت و مسئولیت باشد و ثانیاً مسلم نیست که آیه علاوه بر روابط زوجین در خانواده، قابلیت تعمیم نسبت به اجتماع را داشته باشد؛ زیرا ملاک قوامیت مردان در خانواده مشخص نیست تا با همان ملاک، بتوان حکم به قوامیت مردان در اجتماع کرد.

۲. آیه درجه: «وَالْمَطْلَقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... وَكُلُّنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ» (بقره، ۲۲۸): و زن‌هایی که طلاق داده شدند، از شوهر نمودن خودداری کنند تا سه پاکی بر آنان بگذرد و آنچه را (حیض یا حملی) که خدا در رحم آنها آفریده، کتمان نکنند؛ اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارند و شوهران آنها در زمان عدّه سزاوارترند که آنها را به زنی خود رجوع دهند؛ اگر نیت سازش دارند و زنان را بر شوهران حق مشروعی است، چنان‌که شوهران را بر زنان؛ لیکن مردان را بر زنان افزونی است و خدا (بر هر چیز) توانا و داناست.

مطابق فقره انتهایی آیه شریفه یعنی «وکلن مثل الذی علیهن...»، در قبال قوامیت و درجه و

رفعتی که مردان نسبت به زنان دارند، زنان هم بر عهده مردان حقوقی دارند که لازم است مردان آن را تأدیه کنند (خوانساری، ۱۴۰۵، ق، ج ۶، ص ۷).

بر استدلال به این آیه هم ملاحظاتی وجود دارد: اولاً این آیه مختص به حقوق ناشی از زوجیت است و قابلیت تعمیم برای کلیه زنان و مردان را ندارد و کلمه «درجه» نکره در سیاق اثبات است و دلالتی بر عموم ندارد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ق، ج ۱، ص ۹۲) و آیه درصدد بیان این نیست که منزلت زن را در اجتماع و برتری مردان را نسبت به زنان بگوید (فضل‌الله، ۱۴۲۵، ق، ص ۱۲۵). توضیح اینکه صدر و ذیل آیه مربوط به حقوق زوجین است که با طلاق رجعی از هم جدا شده‌اند و فراز مزبور نیز بیانگر نوعی برتری است که ناشی از توانایی روحی و جسمی در طرف مرد بوده و به صورت تکوینی در اختیار او قرار داده شده است. بنابراین تعمیم این حکم در حق همه زنان و مردان و تعمیم آن به برتری مردان بر زنان در اجتماع و خارج از بحث زوجیت، نیازمند قرینه‌ای است که در آیه یافت نمی‌شود؛ بدین معنا که از آیه و از جمله «وللرجال علیهن درجه» نمی‌توان فهمید که مردان به‌عنوان یک صنف، بر زنان برتری و ولایت دارند.

آیه مربوط به طلاق و مسائل آن است و می‌گوید: همان‌گونه که واجباتی بر عهده زنان مطلقه است، برای آنان حقوقی نیز وجود دارد؛ اما در این رابطه حقوق و تکالیف، چون شوهران در امر طلاق و بازگشت به همسر سابق خود (رجوع) اولویت دارند، از این جهت، گفته شده است: «للرجال علیهن درجه»؛ بنابراین درجه و مرتبه گفته‌شده مقید به امر طلاق و رجوع است و مطلق نیست.

برداشت حداکثری داشتن از این آیه برای استدلال به منع قضاوت زنان، مستلزم این است که از سیاق مفاهمه عرفی در برداشت از آیه خارج شویم و سیاق آیه را در نظر نگیریم که این امر ممکن نیست و اگر حضرات معصوم^(ع) در مواردی به این نوع از برداشت رسیده‌اند، از اختصاصات آنهاست و برای غیر معصومین نمی‌تواند الگو باشد (علیدوست، ۱۳۹۷، ص ۵۶۳). همچنین آیه درجه به خانواده و روابط زوجین اختصاص دارد و قابلیت تعمیم به اجتماع را

ندارد و باید توجه داشت که «درجه» به معنای برتری ذاتی مردان بر زنان نیست؛ زیرا اگر مقصود برتری ذاتی باشد، توالی فاسدی خواهد داشت و هیچ زنی حق امر به معروف هیچ مردی یا هیچ مادری حق امر و نهی فرزند ذکور خود را نخواهد داشت که بطلان این موارد واضح است و در فتاوی هیچ فقیهی دیده نمی‌شود.

۳. آیه تبرج: «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَىٰ وَأَقِمْنَ الصَّلَاةَ وَآتِينَ الزَّكَاةَ وَأَطِعْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ» (احزاب، ۳۳): و در خانه‌های خود بمانید و همچون دوران جاهلیت نخستین (در میان مردم) ظاهر نشوید و نماز را بر پا دارید و زکات را بپردازید و خدا و رسولش را اطاعت کنید. خداوند فقط می‌خواهد پلیدی و گناه را از شما اهل بیت دور کند و کاملاً شما را پاک سازد.

این‌گونه استدلال گردیده که قضاوت مستلزم خروج زن از خانه است که خلاف امر به وی در آیه شریفه می‌باشد (فضل الله، ۱۴۲۵ ق، ص ۱۲۵). اما این استدلال نیز قابل مناقشه است: اولاً این آیه شریفه خطاب به همسران پیامبر (ص) می‌باشد که به خاطر خصوصیتی که از جهت اتصال به موقعیت پیامبر (ص) داشته‌اند، از خروج و اختلاط با مردم نهی شده‌اند؛ چون این اختلاط بر موقعیت پیامبر (ص) به‌عنوان رهبر و مرکز جامعه اسلامی مؤثر می‌شد. ثانیاً اگر ما این آیه را مختص همسران پیامبر (ص) ندانیم و بگوییم شامل همه زنان می‌شود، اگر بر این آیه جمود داشته باشیم، معنایش این می‌شود که باید زن را در خانه حبس کرد و اصلاً اجازه خروج از خانه را به وی نداد که هیچ‌کس قائل به چنین حکمی نشده است؛ بلکه به نظر می‌رسد دیدگاه صحیح‌تر این است که این آیه درصدد منع کلی خروج زنان از منازلشان نیست؛ بلکه درصدد بیان این است که خروج به شکلی که خلاف شأن زنان باشد و تناسبی با کمالات زن نداشته باشد، منع و نهی شده است. به همین دلیل، گفته است: «ولا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَىٰ»؛ چون در زمان جاهلیت، زنان بر خلاف ضوابط اخلاقی و به شکلی که زینت‌هایشان را به مردان نشان دهند، از خانه خارج می‌شدند (ر. ک. همان، ص ۱۲۶؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، صص ۹۲ و ۹۳). ضمن اینکه حصر زنان در خانه مخالف سیره است؛ چون زنان در زمان پیامبر (ص) و ائمه (ع)

بعضاً در میدان‌های جنگ حاضر می‌شدند و به تجارت و غیر آن اشتغال داشته‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، ص ۹۳).

شاهد اختصاص آیه شریفه به همسران پیامبر (ص) هم آیه قبل این آیه است که می‌فرماید: «یا نِسَاءَ النَّبِيِّ كَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنَّ الْأَقْبَاتِ...».

برخی محققان در نقد استدلال به این آیه گفته‌اند: «مخاطب آن عموم زنان نیستند و به فرض عمومیت، فرمانی ارشادی است نه الزامی؛ از این رو، هیچ فقیهی به مقتضای ظاهر این آیه شریفه، فتوا به وجوب خانه‌نشینی و حرمت آمدوشد زنان در جامعه را نداده است...» (پیروز، ۱۳۹۷، صص ۱۷۶ و ۱۷۷).

ضمن اینکه گفته شده: اگر زنی بسان زنان عصر جاهلیت در جامعه حاضر شود، تصدی آن مشکل فقهی به هم نمی‌زند؛ آنچه مشکل دارد رفتار جاهلیت اوست، چه با تصدی و چه بدون آن (ر. ک. علیدوست، ۱۳۹۹/۱/۲۰).

ب. روایات

۱. معتبره ابی خدیجه: «إِنِّي أَتَاكُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ وَلَكِنْ أَنْظُرُوا إِلَيَّ رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ج ۱۸، ص ۴): مبدا برخی از شما اقامه دعوا نزد اهل جور نمایند؛ بلکه بنگرید چه مردی از بین خودتان برخی از احکام ما را می‌داند؛ پس او را بین خود برای داور انتخاب کنید که من او را قاضی قرار دادم؛ پس برای ترافع نزد وی بروید.

با استناد به فقره «... انظروا إلی رجل منکم...» استدلال شده که در روایت منصب قضاوت مقید به مردان شده است که این تقيید دلالت بر عدم مشروعیت ولایت زنان برای این منصب و عدم نفوذ قضاوت آنها دارد.

این استدلال نیز از چند جهت قابل مناقشه است: اولاً کلمه «رجل» در اینجا، خصوصیتی ندارد و موضوعیت ندارد؛ بلکه از جهت غالبی و از جهت مثال ذکر شده است؛ ثانیاً امام (ع) در مقام بیان ذکوریت برای قاضی نیستند؛ بلکه در مقام بیان عدم صحت رجوع به قضاوت جور و ظلم

هستند و ذکر مردان و عدم ذکر زنان شاید بدین دلیل بوده که در آن زمان اصلاً مراجعه به زنان شایع و باب نبوده است؛ چون اجتماع و مناصب اجتماعی در اختیار مردان بوده است و این روایت نمی‌خواهد بگوید که قضاوت زنان جایز نیست؛ بلکه به دلیل اینکه در آن زمان شرایط قضاوت غالباً در مردان وجود داشت و بسیار نادر بود که در زنان نیز شرایط باشد، روایت این‌گونه فرموده است. ضمن اینکه در صورتی می‌توانیم به این روایت استناد کنیم و بگوییم روایت در صدد بیان شرط ذکوریت برای قضاوت است که بگوییم لقب مفهوم دارد؛ در حالی که به اتفاق علمای اصول، لقب مفهوم ندارد (خویی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱، ص ۱۸۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، ص ۹۵؛ فضل‌الله، ۱۴۲۵ ق، ص ۱۲۷).

جناب شیخ انصاری هم در تأیید این دیدگاه معتقد شده است: ذکر کلمه «رجل» در برخی روایات ممکن است حمل بر مورد غالب شود؛ چون غالباً مردان هستند که مورد رجوع برای قضاوت قرار می‌گیرند و موجب تخصیص عموماتی که جنسیت را شرط ندانسته‌اند، نمی‌شود (ر. ک. انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص ۲۲۹).

۲. روایت شریف: «... کَمَا بَلَغَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ أَهْلَ فَارِسٍ قَدْ مَلَكَوا عَلَيْهِمْ بِنْتِ كَسْرَى قَالَ: «كُنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ امْرَأَةٌ» (بخاری، ۱۴۲۲ ق، ج ۶، ص ۱۰)؛ مطابق این روایت، هنگامی که به پیامبر (ص) خبر دادند که اهل فارس دختر کسری بر آنها حکومت می‌کند، فرمودند قومی که ولایت بر امورشان در دست یک زن باشد، رستگار نمی‌شود.

برخی فقهای امامیه (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱۳، ص ۳۲۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص ۴۸) و عامه (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۳۸۶) با اشاره به این روایت، از آن شرطیت ذکوریت را برداشت کرده‌اند.

اما این روایت هم از جهت سندی و هم از جهت دلالتی قابل مناقشه است. از جهت سندی، هرچند عامه آن را صحیح و حسن دانسته‌اند، اما فقهای شیعه سند روایت را ضعیف می‌دانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، ص ۹۳). از جهت دلالت نیز، غیرواضح دانسته شده است؛ چون بیشتر ناظر بر بحث حکمرانی و در اختیار داشتن حکومت است و نه قضاوت؛ چون

در خصوص تولیت دختر کسری بر مردم فارس است. همچنین ممکن است پیامبر^(ص) در مقام ارشاد باشند نه در مقام بیان حکم شرعی و حرمت قضاوت زنان (همان‌جا) و تعبیر مثل «لن یفلح» مبین حکم شرعی، آن هم مثل حرمت و عدم مشروعیت نیست (خوانساری، ۱۴۰۵، ق، ج ۶، ص ۷)؛ چرا که ممکن است مقصود حضرت^(ص) از عدم فلاح امر اخروی نباشد و همین دنیا را مدنظر داشته باشند که در این صورت، با انتخاب یک زن به‌عنوان حاکم، معصیت و فعل حرام صورت نگرفته است. ضمن اینکه باید توجه داشت حتی اگر از عدم فلاح و عده‌داده‌شده در روایت، حرمت و معصیت برداشت شود، این حکم تکلیفی حرمت، استلزامی با حکم وضعی عدم جواز ندارد و از هر حرمتی، عدم جواز برداشت نمی‌شود.

۳. روایت شریف: «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ يَأْتِيهِ عَنْ حَمَادِ بْنِ عَمْرٍو وَأَنْسِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ آبَائِهِ فِي وَصِيَّةِ النَّبِيِّ^(ص) (ع) قَالَ: يَا عَلِيُّ لَيْسَ عَلِيَّ الْمَرْأَةُ جُمُعَةٌ إِلَّا كَيْ أَنْ قَالَ - وَلَا تَوَلَّى الْقَضَاءَ» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ق، ج ۲۷، ص ۱۶).

اولاً از جهت سندی این روایت ضعیف است؛ چون برخی افرادی که در سلسله روایت هستند، مجهول می‌باشند (حماد، انس و پدرش) و عمل مشهور به این روایت و استناد آنها به آن محرز نیست؛ چون شاید استنادشان به آن، به دلیل وجوه دیگری باشد. از جهت دلالت هم، نهایت چیزی که برداشت می‌شود، این است که شایسته نیست زن متولی امر قضا شود؛ اما اینکه این امر غیرجایز باشد، دلیلی بر آن نیست؛ چون سیاق روایت به نحو نفی الزام است (فضل‌الله، ۱۴۲۵، ق، ص ۱۲۸).

محقق خوانساری صاحب جامع‌المدا رک با مصدر گرفتن «تولی» چنین مناقشه می‌کند که عبارت «ولا تولی القضا» به دلیل صدر روایت که با «لیس علی النساء...» شروع می‌شود، دلالت بر نفی وجوب و تکلیف می‌کند نه نفی جواز و مشروعیت (خوانساری، ۱۴۰۵، ق، ج ۶، ص ۷)؛ یعنی بر زن واجب نیست که قضاوت کند نه اینکه جایز نباشد. در این صورت، این روایت بیان یک ارفاق درباره زنان و رفع تکلیف از آنهاست و نه تحریم تصدی آنها به قضاوت. برخی دیگر از محققان با تمایل بر عدم پذیرش مصدری بودن «تولی» قائل شده‌اند که حتی

اگر «تولی» مصدر نباشد و فعل مضارع باشد که یک از دو تاء حذف شده باشد، در این صورت وقتی می‌گوید: «لیس اذان ولا إقامة ولا عیادة المریض»، مشخص است که به معنای عدم استحباب است یا وقتی می‌گوید: «ولا جمعة ولا جماعة»، به معنای عدم وجوب است. بنابراین در این حدیث، امور غیر حرام (و شاید غیر مکروه) به قدری ذکر شده است که دلالت روایت را بر حرمت و عدم مشروعیت در ضیق و شداد قرار می‌دهد. بنابراین این روایت از اثبات منع متصدی امارت و قضا از سوی زنان، به دلیل ضعف سند و دلالت، قاصر است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، ص ۹۴؛ علیدوست، ۱۳۹۹/۱/۲۵). بنابراین «لا» در عبارت «ولا تولی القضاء» حتی اگر نهی باشد، چون در سیاق جملائی قرار گرفته است که برخی قطعاً حرام نیستند، نمی‌توان آن را ظاهر در حرمت دانست؛ زیرا با حکم کراهت هم سازگار است.

ج. اجماع

برخی قائل به اجماع بر عدم جواز قضاوت زنان شده‌اند (یزدی، ۱۴۰۹ ق، ج ۳، ص ۵). اجماع بر شرط ذکوریت در منابعی مانند *ریاض المسائل* (طباطبایی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲، ص ۳۵)، *مفتاح الکرامه* (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱۰، ص ۹)، *مستند* (نراقی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱۷، ص ۳۵) و *جوهر* (نجفی، ۱۹۸۱ م، ج ۴۰، ص ۱۴) ذکر شده و در برخی از کتب ذکر شده مانند *مفتاح الکرامه* یا *مستند* یا *ریاض المسائل*، این اجماع از مسالک شهید ثانی نقل شده است. مهم‌ترین دلیلی که برای اثبات عدم مشروعیت و جواز قضاوت زن مطرح شده، اجماع است. محقق اردبیلی می‌گوید: اگر اجماع نباشد، کلیت ممنوعیت زن از قضاوت برداشته می‌شود؛ چون دیگر مانعی نیست تا زن در جایی که طرفین دعوا زن هستند؛ بتواند قضاوت کند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ج ۱۲، ص ۱۵) و شیخ انصاری هم می‌گوید: اگر اجماع نباشد، نه شرط طهارت مولد و نه شرط مرد بودن در قاضی شرط نیست (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص ۲۲۹).

بر این اجماع خدشه وارد شده است و نسبت به آن ابراز تردید شده است؛ چون قدمای فقها اصلاً متعرض این مسئله نشده‌اند و در کتاب‌های قدما مثل *مبسوط* (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۱۰۱)، *خلاف* (همو، ۱۴۰۷ ق، ج ۶، ص ۲۱۳) و *مهدب* (ابن براج، ۱۴۰۶ ق، ج ۲، ص ۵۹۹)،

اصلاً به این اجماع اشاره نشده است و حتی برخی محققان به کلی آن را مردود شناخته، هیچ یک را دقیق ندانسته‌اند؛ مثلاً شهید ثانی در مسالک، اصلاً 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 (ر. ک. سروش محلاتی، ۱۳۹۲، ص ۵۷؛ مرتضوی، ۱۳۷۶، صص ۱۶۳ و ۱۶۴).

شیخ طوسی که در کتاب خلاف غالباً اجماع شیعه را مستند خویش قرار می‌دهد، 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، ق، ج ۳، ص ۱۰). همچنین برخی فقها مانند میرزای قمی (۱۴۲۷، ق، ج ۲، ص ۵۹۹) یا محقق اردبیلی (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ق، ج ۱۲، ص ۱۵) اشتراط ذکوریت را در همه موارد نپذیرفته‌اند. بنابراین مسئله، اجماعی نیست.

مجلسی قائل به اشتراط ذکوریت نیست و از باب احتیاط آن را می‌پذیرد. ایشان 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 همه‌جا باشد و این نظر موافق احتیاط است (مجلسی، ۱۴۰۶، ق، ج ۱۲، ص ۱۹۱).

بنابراین ادعای اجماع در مثل این موضوع، که مدارک و ادله کثیری از آیات و روایات برای آن وجود دارد، قابل توجه و اطمینان‌آور نمی‌باشد تا تعبدی و کاشف از رأی معصوم^(ع) محسوب شود.

د. قیاس اولویت

دلیل اولویت و استفاده از قیاس اولویت به چند شکل برای اثبات عدم صلاحیت زنان برای قضاوت مطرح شده است:

گاهی گفته شده که زن صلاحیت امام جماعت و خطبه خواندن در نماز جمعه را ندارد و با

توجه به اینکه منصب قضا، پایین‌تر از مثل اقامت جماعت نیست، چگونه ممکن است قضاوت به وی سپرده شود (گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص ۴۵).

گاهی نیز دلیل اولویت به شکل دیگری مطرح گردیده است و گفته شده: وقتی پیامبر عظیم‌الشان اجازه صحبت زنان با مردان را نداده‌اند یا از مشورت با آنها نهی کرده‌اند، چگونه تصدی زن را برای قضاوت و امثال آن می‌پذیرند؟ در این مواردی که به ظاهر قیاس اولویت صورت گرفته، مقیاس علیه خود محل مناقشه است. از عدم جواز امامت جماعت زن برای مرد نمی‌توان عدم صلاحیت زن را برای مطلق قضاوت، حتی برای زنان، استنباط کرد. در اولویت دوم هم، هیچ معنی از صحبت زنان با مردان (با رعایت هنجارهای شرعی) وجود ندارد و آیه شریفه «*لَا يَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ*» تا «*لَا يَطْمَعُ الذِّي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ*» بهترین دلیل در عدم منع صحبت میان زنان و مردان با رعایت جوانب شرعی است. آنچه از مذاق شریعت استفاده می‌شود، لزوم رعایت حجاب، عفاف و پرهیز از اختلاط‌های ناموجه حتی در کارهایی پایین‌تر از قضاوت و ریاست است و از این لزوم رعایت و عفاف نمی‌توان حکم فقهی عدم جواز قضاوت زن را استخراج نمود (علیدوست، ۱۳۹۹/۲/۶).

گاهی نیز به این شکل قیاس اولویت برقرار شده است که چون شهادت زنان در حدود و قصاص پذیرفته نمی‌شود و شهادت آنها در امور مالی هم نصف شهادت مردان ارزش دارد، پس این حکایت از نقصان زنان نسبت به مردان در تحمل شهادت دارد.

به این برقراری قیاس نیز پاسخ داده شده (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، ص ۹۶): شهادت دو زن در حد زنا در صورتی که با شهادت سه مرد منضم شود، پذیرفته می‌شود و همچنین شهادت آنها به صورت انفرادی در امور مختص به زنان، مانند بکارت و ولادت، پذیرفته است؛ بنابراین صلاحیت آنها برای قضاوت به کلی قابل نفی نیست و شاید بتوان در برخی امور به صورت اجمالی آن را پذیرفت. علاوه بر این، اگر بگوییم اشتراط امری در شهادت به قیاس اولویت دلالت بر اشتراط همان امر در قضاوت می‌کند، سخن صحیحی نیست؛ چون در مواردی هم نفوذ شهادت یک مرد منوط به انضمام شهادتشان به شهادت مردی دیگر است و کسی

نگفته است که در این موارد، نفوذ قضاوت مرد منوط به تعدد قاضی است و هم می‌توان گفت که حتی اگر این استدلال صحیح باشد که بگوییم چون شهادت زن به صورت انفرادی در حدود و قصاص پذیرفته نیست، پس به طریق اولی، قضاوتشان هم منفرداً پذیرفته نیست، باز هم صلاحیت زنان برای قضاوت به صورت کلی نفی نمی‌گردد و اگر قضاوت به صورت شورایی را بپذیریم، این قیاس اولویت ضرری به قضاوت زنان در این قضاوت شورایی نمی‌زند و همان‌گونه که در برخی امور شهادت زن با انضمام با شهادت مرد پذیرفته می‌شود، باید بگوییم در این گونه موارد، قضاوت زن هم چنانچه منضم به مرد گردد یا قضاوت به صورت شورایی باشد، باید پذیرفته شود.

هـ تمسک به اصل عدم جواز قضاوت زن و عدم ولایت وی

برخی فقها با تمسک به این اصل قائل‌اند که قضاوت برای زن جایز نیست. به عبارت دیگر، اصلاً نیازی نیست برای نفی شایستگی زنان برای قضاوت دلیل اقامه شود و آنچه محتاج دلیل است، ادعای صلاحیت می‌باشد.

اگر مقصود از جواز، جواز وضعی باشد، به تعبیر شیخ طوسی، قضاوت حکم شرعی است که جواز آن نیازمند دلیل است. شیخ طوسی در خلاف می‌گوید: 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 (ص) و ائمه (ع) به دلیل قاطع خارج شده است و قضاوت فقیهان نیز با دلیل معتبر خارج شده است؛ اما قضاوت زنان دلیلی ندارد؛ پس در اصل باقی می‌ماند و باید گفت که قضاوت زن نفوذ ندارد (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۶، ص ۲۱۳).

اگر مقصود از جواز حکم تکلیفی باشد، می‌توان گفت که چون قضاوت نوعی تصرف در جان و مال دیگران است، در این قبیل موارد، اصله الجواز وجود ندارد؛ چون براساس ادله‌ای مانند «لایحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه» یا «حرمة ماله كحرمة دمه» و ادله حرمت قتل و حرمت ضرب و جرح و ... تصرف در جان و مال دیگری بدون اجازه حرام است.

شیخ انصاری در بحث اشتراط ذکوریت به اصل استناد می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص ۲۲۹). موسوی اردبیلی بعد از ذکر همه ادله مربوط به شرط ذکوریت و خدشه در آنها و پذیرفتنشان در مقابل این دلیل زانو می‌زند و می‌گوید: مقتضای اصل، عدم جواز قضاوت زن است و اگر اصل نبود یا اگر بتوانیم در آن مناقشه کنیم، بعید نیست که قائل به جواز قضاوت زن در آنچه مربوط به زنان است شویم (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، ص ۹۸).

بنابراین مقتضای اصل اولی، چه از حیث حکم وضعی و چه از حیث حکم تکلیفی، عدم جواز قضاوت زن است. به عبارت دیگر، مقتضای اصل اولیه، عدم ولایت فردی بر دیگری است که از این اصل، معصومین^(ع)، فقها و مردان براساس روایاتی مانند معتبره ابی‌خدیجه که گفته شده: «وَلَكِنْ أَنْظِرُوا إِلَيَّ رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ...» یا «... رجلاً قد عرف حلالنا» خارج شده‌اند، اما کماکان زنان ذیل اصل قرار دارند و ولایتی ندارند.

این دلیل نیز از چند جهت قابل مناقشه است: اولاً قضاوت شعبه‌ای از ولایت دانسته شده؛ در حالی که همیشه این‌گونه نیست و به نظر می‌رسد در زمان ما که قاضی موظف است حکم هر قضیه را از قوانین و منابع معتبر شرعی و نظرات مشهور فقها مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی استخراج کند، این شأن قضایی اصلاً ولایی نیست؛ چون حاکم است که بر کار قاضی تأیید و تنفیذ می‌نماید و در واقع، قاضی در طول ولایت حاکم یا ولی فقیه، به صورت مأذون قضاوت می‌کند و در داوری نیز، قاضی مطابق مواد قانون آیین دادرسی مدنی، امکان نظارت بر رأی صادره از ناحیه داور را دارد. ثانیاً براساس روایات، مردان واجد شرایط می‌توانند قضاوت کنند؛ در حالی که همان‌گونه که گذشت، کلمه رجل در روایات مفهوم ندارد و روایات در مقام بیان شرایط قاضی نیستند تا بتوان از آنها شرط ذکوریت را برداشت کرد. ثالثاً در برخی روایات، بدون ذکر کلمه رجل، به صورت کلی آمده است که «... يَنْظُرَانِ إِلَيَّ مِنْ كَانٍ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرْضَوْا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتَهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا». کلمه «من» در این حدیث عمومیت دارد و شامل مرد یا زنی می‌شود که حلال و حرام الهی را بشناسد.

همچنین ولایت زن در امور فراتر از حکمیت، مانند قیمومت یا وصی خاص قرار گرفتن، پذیرفته شده که یکی با تعیین دادگاه و دیگری با تعیین موصی است. بنابراین اصل ولایت زن و تولیت دادن به وی نمی‌تواند دارای اشکال باشد.

یکی از فقها (فضل‌الله، ۱۴۲۵ ق، ص ۱۳۳) پس از بررسی ادله اشتراط ذکوریت برای قضاوت می‌گوید: مسئله عدم صحت تولیت زن برای قضاوت و عدم نفوذ قضاوت زن محل تحفظ علمی است و دلیل محکمی ندارد و این قضیه از مسلمات و ضرورات فقهی یا دینی نیست. به همین دلیل، برخی فقهای اسلامی در آن مناقشه کرده‌اند.

شاید توجه به همین مناقشات بر ادله مخالفان قضاوت زنان از جانب برخی فقهای معاصر است که باعث تغییر نگرش قانون‌گذار و فاصله گرفتن برخی قوانین، به‌ویژه در سال‌های اخیر، از نظر مشهور فقها شده باشد. چنان‌که در سال ۱۳۶۲، در نخستین گام، قانون‌گذار قانونی را تصویب کرد که به زنان دارنده پایه قضایی اجازه داد در دادگاه‌های مدنی خاص و اداره سرپرستی صغار به‌عنوان مشاور خدمت کنند و در سال ۱۳۷۱، مجمع تشخیص مصلحت مقرر داشت که دادگاه‌های مدنی خاص می‌توانند از بین بانوان واجد شرایط، قضات مشاور زن داشته باشند و در آخرین گام، در ماده ۲ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، استفاده از قاضی زن در دادگاه خانواده مورد تأکید قرار گرفت و اصدار رأی بر خلاف نظر قاضی مشاور زن، فقط با ذکر دلیل موجه مجاز می‌باشد.

گفتنی است اگرچه قانون‌گذار در قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ برای قاضی زن نقش مشاور قائل شده و اصدار رأی را براساس مشورت با قاضی زن توسط یک مرد پیش‌بینی نموده است، این نکته را نباید کوچک شمرد که نفس استفاده از واژه و عبارت «قاضی مشاور زن»، علی‌رغم نظر مشهور فقها بر مخالفت با هرگونه قضاوت زنان، خود یک تحول محسوب می‌شود؛ همان‌طور که الزام قاضی صادرکننده رأی به تبعیت از نظر قاضی مشاور زن (جز در مواردی که ادله موجهی وجود دارد) نیز باید تحولی دیگر به حساب آید.

۲. نظریه عدم اشتراط مرد بودن نه در قضاوت و نه در داوری

دومین دیدگاه متعلق به برخی از فقهای دیگر است که پس از بیان نظر مشهور امامیه در لزوم این شرط ابراز تردید کرده‌اند و دلایل اشتراط ذکوریت و مرد بودن را نپذیرفته‌اند. شیخ انصاری در اشتراط ذکوریت در قاضی ابراز تردید می‌کند و معتقد است اینکه در برخی روایات کلمه «رجل» آمده، شاید به دلیل مورد غالب بوده است؛ چرا که در آن زمان، کمتر زنی دانش قضاوت داشته است» (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص ۲۲۹).

مقدس اردبیلی به این نکته اشاره کرده که دلیل واضحی در لزوم مرد بودن قاضی وجود ندارد و بدین ترتیب، در ادله فائیلین به اشتراط ذکوریت مناقشه می‌کند و با توجه به اینکه هیچ منع و محذوری نیست که زن، با فرض برخوردار بودن از دیگر شرط‌های لازم برای قضاوت، به استناد گواهی زنان و به شرط پذیرفته شدن گواهی آنان میان دو زن حکم کند، می‌گوید: فقط در صورتی این موضوع که میان فقها مشهور شده، قابل قبول است که به حد اجماع برسد و اجماع باشد و الا ادله همگی قابل مناقشه‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ج ۱۲، ص ۱۵).

محقق قمی ضمن 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 که در جواب می‌گوییم: چنین اجماعی ممکن است به برگزیدن زن به ولایت کلی و نیز منصب قضاوت عمومی نظر داشته باشد، اما درباره داوری‌های خاص سراغ نداریم که کسی چنین اجماعی نقل کرده باشد؛ هرچند چنین احتمالی در برخی از عبارات‌ها وجود داشته باشد. بنابراین اشکال در شرط دانستن مرد بودن به طور مطلق، همچنان پابرجاست (میرزای قمی، ۱۴۲۷ ق، ج ۲، ص ۵۹۹).

این نظریه را برخی از فقهای معاصر نیز اتخاذ کرده‌اند و گفته‌اند: آنچه از برخی احادیث مانند روایت «لَيْسَ عَلَى الْمَرْأَةِ جُمُعَةٌ وَلَا جَمَاعَةٌ وَلَا أَذَانٌ وَلَا إِقَامَةٌ وَلَا عِبَادَةٌ مَرِيضٍ... وَلَا تَوَكُّي الْقَضَاءِ» (صدوق، ۱۴۰۴ ق، ج ۴، ص ۳۶۴) فهمیده می‌شود، این است که زنان مکلف به پذیرش سمت قضاوت نیستند، اما دلالت آن بر مدعا، که نفی حق قضاوت زن یا تحریم آن است،

روشن نیست و دلیلی بر آن وجود ندارد. ایشان می‌افزایند: عده‌ای که به‌طور مشروح و مستدل در این باره بحث نموده‌اند، برهان قطعی برای اشتراط مرد بودن ارائه نکرده‌اند؛ لذا گاهی به اجماع تمسک می‌کنند که فاقد شرط حجیت و اعتبار است و گاهی به حدیث نبوی ضعیف استدلال می‌کنند که خصوص ولایت به معنای حکومت زن را مانع فلاح جامعه می‌داند و اگر زن واجد شرایط قضا از طرف ولی مسلمین منصوب گردد، مشمول چنان حدیث ضعیف نخواهد بود (جوادی آملی، ۱۳۷۸، صص ۳۴۹ و ۳۵۰).

مرحوم اردبیلی بعد از بررسی آیات و روایات و خدشه در دلالت آنها بر مسئله می‌گوید: صلاحیت آنها برای قضاوت به کلی قابل نفی نیست و شاید بتوان در برخی امور، به صورت اجمالی آن را پذیرفت. علاوه بر این، اگر بگوییم اشتراط امری در شهادت، به قیاس اولویت، دلالت بر اشتراط همان امر در قضاوت می‌کند، سخن صحیحی نیست؛ چون در مواردی که نفوذ شهادت یک مرد منوط به انضمام شهادتشان به شهادت مردی دیگر است، کسی نگفته است که در این موارد، نفوذ قضاوت مرد منوط به تعدد قاضی است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، ص ۹۶). همچنین ایشان به درستی برخی ادله ذکر شده برای نفی صلاحیت زنان در قضاوت را استحسانی می‌داند و آنها را نمی‌پذیرد و می‌گوید هیچ یک از آنها اثبات نمی‌کند که زن نمی‌تواند حداقل در برخی امور خاص قاضی باشد.

۳. نظریه اشتراط مرد بودن در قضاوت و عدم شرطیت مرد بودن در داوری

دیدگاه سوم متعلق به برخی دیگر 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، ۱۹۸۱ م، ج ۴۰، ص ۲۸). مرحوم شهید ثانی نیز در شرح لمعه، به صورت احتمالی شرط ذکوریت را در داور می‌پذیرد (عاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۱، ص ۲۳۸).

یکی از فقهای که در اشتراط ذکوریت در مطلق قاضی ابراز تردیده کرده و در قاضی تحکیم به صراحت قائل به اشتراط ذکوریت نیستند، جناب شیخ انصاری است که معتقد شده: دلیلی

یافت نشد که تمام شرایطی را که در قاضی منصوب شرط است، در قاضی تحکیم شرط بدانیم (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص ۴۷). همچنین شهید اول می‌نویسد: «در قاضی، کمال، عدالت، اهلیت فتوی، مرد بودن، توانایی نوشتن و بینایی شرط است، مگر در قاضی تحکیم» (عاملی، ۱۴۱۰ ق، ص ۷۹). صاحب *مفتاح الکرامه* بر عدم اشتراط همه شرایط قاضی منصوب در قاضی تحکیم اشاره کرده (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱۰، ص ۱۲) و برخی معاصران نیز مرد بودن را در تحکیم شرط ندانسته و گفته‌اند: لازم نیست داور همیشه و در همه احوال، حتماً مرد باشد؛ بلکه برخی مواقع لازم است مرد باشد و بعضی مواقع لازم است زن باشد و در بعضی مواقع، فرقی نمی‌کند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱، ص ۱۲۷).

بنابراین با توجه به مناقشاتی که نسبت به ادله قائلین به اشتراط ذکوریت در قضاوت صورت گرفت، به نظر می‌رسد عموم یا اطلاقی که دلالت کند که هر آنچه در قاضی منصوب شرط است، در قاضی تحکیم نیز شرط است، وجود ندارد؛ ضمن اینکه همان‌گونه که گذشت، ذکر کلمه رجل در روایاتی مانند صحیح حلی یا معتبره ابی‌خدیجه، با توجه به مفهوم نداشتن لقب، نمی‌تواند مانع قضاوت زنان شود. همچنین در برخی روایات مانند صحیح حلی، کلمه رجل در فرض راوی آمده است؛ یعنی راوی فرض کرده که میان دو مرد از شیعیان اختلاف است و امام^(ع) براساس همین فرض پاسخ داده و کلمه رجل را به کار برده است.

۴. نظر برگزیده

به نظر می‌رسد علاوه بر اینکه دلایلی که برای لزوم شرطیت ذکوریت در قضاوت منصوبی ذکر شده، قابل تشکیک‌اند، درخصوص قاضی تحکیم، که طرفین خودشان وی را انتخاب می‌کنند و ممکن است انتخابشان یک زن باشد، بیشتر محل تردید است و حتی اگر کسی بر خلاف مناقشات صورت گرفته، بر ادله قائلین به اشتراط ذکوریت در قاضی منصوب تشکیک کند، نسبت به قاضی تحکیم (داور) این تشکیک وارد نخواهد بود و مخالفتی با نظریه مشهور فقهی صورت نخواهد گرفت؛ چرا که اگر مشهور فقها رأی و نظری درخصوص شرط ذکوریت قاضی دارند، این شهرت مربوط به قاضی منصوب است و درمورد قاضی تحکیم، چنین شهرتی

وجود ندارد و همان‌طور که بسیاری از فقها گفته‌اند، لازم نیست همه شرایط قاضی منصوب را قاضی تحکیم نیز داشته باشد.

نظریه فقهی جواز داوری زنان را می‌توان به کمک ادله زیر تقویت کرد و بدین وسیله، عدم مدخلیت جنسیت در داوری یا جواز داوری زنان در قوانین کشور را از نظر فقهی موجه نمود.

۴-۱. تجویز داوری زنان با توجه به ماهیت حق یا حکم بودن اعطای ولایت بر دیگری

یک مسئله مهم در بررسی امکان داوری زنان، مشخص نمودن امکان اعطای ولایت به دیگری است که این مسئله در واقع به بحث ماهیت ولایت بر دیگری باز می‌گردد.

ثمره مشخص کردن ماهیت ولایت بر دیگری این است که اگر قضاوت و داوری که نوعی اعمال ولایت بر طرفین اختلاف از جانب قاضی و داور است، از جنس حکم باشد (همان‌گونه که غالب فقها قائل به این امرند)، طرفین اختلاف تنها می‌توانند در حدودی که شرع آن را مشخص کرده باشد، شخص داور را که قرار است بر موضوع اختلافشان اعمال ولایت کند، انتخاب نمایند و باید تمام شرایطی را که شرع مشخص کرده، داور منتخب طرفین داشته باشد؛ سپس به بررسی این امر می‌رسیم که آیا ادله فقهی ما اجازه انتخاب زن را به‌عنوان داور و برای اعمال ولایت بر طرفین داده است یا خیر و باید همه شرایط قاضی منصوب در قاضی تحکیم یا همان داور نیز باشد.

پاسخ به این پرسش براساس ادله‌ای که ذکر شد، چندان دشوار نیست. در اطلاق و عموم ادله مشروع بخش قضاوت تحکیمی یا داوری، دلیلی برای اشتراط همه شرایط قاضی منصوب، در داور وجود ندارد. کلمه «رجل» هم که در برخی روایات استعمال شده، یا مورد سؤال و مفروض سؤال‌کننده از امام معصوم^(ع) بوده و به دلیل سؤال وی از بروز اختلاف میان دو رجل، معصوم^(ع) هم در پاسخشان کلمه «رجل» را آورده‌اند یا با توجه به مفهوم نداشتن لقب، می‌توانیم بگوییم که خصوصیتی برای مرد بودن قاضی مدنظر معصوم^(ع) نبوده است.

چنانچه ولایت بر دیگری ماهیت حکم‌گونه نداشته و دارای ماهیت حق باشد و مولی‌علیه (هر یک از طرفین اختلاف) بتواند خود، فردی را به‌عنوان قاضی یا داور انتخاب کند و به وی

اعطای ولایت کند، مسئله راحت‌تر است و در این حالت، می‌تواند هر شخصی را، چه زن و چه مرد، انتخاب کند.

براساس آنچه از کلام برخی فقها گذشت، به نظر می‌رسد برخی شرایط داوری، مانند بلوغ، عقل و ایمان، از شرایط عامه قضاوت‌اند و ماهیتشان حکم‌گونه است؛ لذا طرفین اختلاف نمی‌توانند فاقد هر یک از این شرایط را به‌عنوان داور انتخاب نمایند؛ اما برخی از شرایط، مانند اجتهاد یا ذکوریت، از شرایط عامه نیست و امکان داور قرار دادن غیرمجتهد یا زن نیز وجود دارد.

۲-۴. تجویز داوری زنان براساس حق اعطای تعیین سرنوشته موضوع اختلاف (محکوم به آنی) از جانب طرفین اختلاف به داور زن

با تکیه بر مطلب قبل، یعنی تفکیک میان شرایط داوری و قائل شدن به ماهیت حکم‌گونه برای شرایط عامه داوری (یعنی بلوغ، عقل و ایمان) و قائل شدن به ماهیت حق‌گونه برای شرایطی مانند اجتهاد و ذکوریت در داوری، می‌توان گفت: هنگامی که طرفین اختلاف ترجیح می‌دهند که اختلاف خود را از طریق داوری حل‌وفصل نمایند و در این داوری، ممکن است هر یک از آنها محکوم‌له یا محکوم‌علیه شود، در واقع، هر دوی طرفین، امکان عدم پیروزی خود را در این اقامه دعوا محتمل دانسته‌اند و گو این‌که با تعهد بر پذیرش رأیی که داور صادر می‌کند، همچنین پذیرفته‌اند که در صورت شکست، از بخشی از حق خود صرف‌نظر نمایند. مطابق اصل تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم)، هر مالکی می‌تواند در مایملک خود هرگونه تصرفی بکند و هر نوع نقل‌وانتقال و بهره‌برداری و در اختیار دیگران گذاشتن مایملک مالک از تصرفات مالکانه محسوب می‌شود. مطابق اصل تسلیط و قاعده اقدام، اگر طرفین اختلاف مال خود را در اختیار دیگری قرار دهند و آن شخص با اجازه وی در مال تصرف نماید یا آن را از بین ببرد، مسئولیتی متوجه وی نیست؛ چون مالک به ضرر خود اقدام کرده است.

در بحث ما نیز، طرفین اختلاف که مدعی مالکیت بر مال مشخص یا مدعی دارا بودن حق

معینی‌اند و نسبت به آن مال یا حق اختلاف نموده‌اند، چنانچه تصمیم‌گیری درخصوص آن مال یا حق مورد اختلاف را به شخص ثالثی مانند داور واگذار کنند، براساس اصل تسلیط خود عمل نموده‌اند و در اینجا، طرفین برای جنسیت داور حتی اگر خصوصیت هم داشته باشد، موضوعیتی قائل نشده‌اند و از این خصوصیت و ویژگی، صرف‌نظر کرده‌اند.

به عبارت دیگر، اگر یکی از طرفین براساس اصل تسلیط، مال خود را در اختیار هر فردی اعم از مرد یا زن قرار دهد و بگوید آن را تلف کند، چون به ضرر خود عمل کرده است، آن شخص (مرد یا زن) ضمان و مسئولیتی ندارد. در اینجا نیز (گرچه بحث اصدار حکم و اتلاف مال متفاوت است)، وقتی طرفین به داوری یک زن رضایت داده‌اند، اگر ادله فقهی بر موضوعیت داشتن مرد بودن قاضی و داور صراحتی نداشته باشند، داوری زنان را باید پذیرفت.

مطابق ماده ۹۵۹ قانون مدنی، هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.

براساس این ماده، زمانی که طرفین اختلاف موافقت می‌کنند که داور به اختلافشان رسیدگی نماید، همان‌گونه که ممکن است محکوم‌له این اقامه دعوا نزد داور باشند، محکوم‌علیه شدن آنها نیز محتمل است. در واقع، می‌توانیم این را نوعی واگذاری حق به دیگری (یعنی داور) قلمداد کنیم و چنین شخصی با پذیرش احتمال شکست در دعوی اقامه‌شده، به شکلی حق اتلاف حکمی محکوم‌به را به داور اعطا کرده است که این امر واگذاری اهلیت تمتع به‌صورت جزئی محسوب می‌شود و همان‌گونه که می‌توان این حق را به یک مرد داد، می‌توان این حق را به یک زن سپرد و بنابراین جنسیت تأثیری ندارد.

پس در واقع، تا اینجا انتخاب طرفین بر داور نمودن یک زن مطابق اصل تسلیطشان است و آنچه مهم است و باید مورد بررسی قرار گیرد، موضوعیت داشتن جنسیت در اصدار حکم است که همان‌گونه که ادله فقهی مورد بررسی قرار گرفت، چنین موضوعیتی را آیات کریمه و روایات شریفه برای جنسیت در اصدار حکم قائل نبودند. بر این اساس، حتی اگر قضاوت زنان مطابق نظر مشهور فقها و براساس ادله قرآنی و روایی و اجماع ممنوع باشد، شمول این ادله بر

داوری و قضاوت تحکیمی مورد تردید است؛ همان‌گونه که برخی فقها نیز اشاره کرده‌اند، در محل تردید، اصل اباحه و جواز جاری می‌گردد؛ یعنی زنان می‌توانند این سمت را بپذیرند.

۳-۴. تجویز داوری زنان با توجه به ماهیت کارشناسی عملیات داوری و امکان نظارت

بر رأی داوری

فارغ از اینکه ماهیت اصدار رأی و اعمال ولایت داور بر طرفین اختلاف حق یا حکم باشد، در بررسی ماهیت عملیاتی که از ابتدا تا انتهای رسیدگی و تا قبل از اصدار رأی توسط داور صورت می‌پذیرد، باید به این نکته توجه داشت که همان‌گونه که قاضی در کشور ما موظف است حکم هر قضیه را از قوانین و منابع معتبر حقوقی و در صورت فقدان منابع قانونی و حقوقی، از منابع فقهی (مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی) استخراج کند و با آنها تطبیق دهد، داوری نیز در وضعیت کنونی یک نوع تطبیق موضوع اختلاف با قوانین یا با عدل و انصاف است و در این تطبیق، بیش از اینکه جنسیت مؤثر باشد، به کارشناسی و تخصص در موضوع اختلاف فی‌مابین نیاز است و این کارشناسی^۱ و تخصص ممکن است در اختیار یک زن باشد اما در اختیار مرد نباشد.

بنابراین به نظر می‌رسد قضاوت و داوری ماهیتاً نه قبل از صدور رأی (که کار کارشناسی را قاضی و داور انجام می‌دهند) و نه در مرحله صدور رأی (که هر دو قضاوت و اعمال ولایت می‌کنند)، تفاوتی ندارند؛ بلکه تفاوت تنها در نحوه انتخاب این دو فرد است که قاضی را حاکمیت منصوب می‌کند اما داور (با اجازه شارع و قانون‌گذار و تنفیذ آنها) از اراده طرفین، اعتبار و اختیار می‌یابد.

امروزه با توجه به تخصصی شدن داوری در رشته‌ها و زمینه‌های مختلف، ممکن است یک زن در موضوعی خاص تحصیلات و تخصصی داشته باشد که مردان فاقد آن میزان از تخصص باشند و اشکالی در قضاوت این زن (که طرفین خود آن را انتخاب و از وی درخواست داوری

۱. کارشناسی به معنای عام آن مدنظر است و نه کارشناسی به معنای خاص.

و قضاوت کرده‌اند) به صورت تحکیمی دیده نمی‌شود؛ زیرا ولایت بر فصل خصومت را خودشان به او اعطا نموده‌اند.

در کارشناسی، به تخصص و تحلیل و استفاده از عقل، درک، شعور و تدبیر نیاز است و کارشناسی زن امری پذیرفته شده است و تفاوتی میان زن و مرد در کارشناسی وجود ندارد (جوادی آملی، ۱۳۷۸، ص ۳۵۷) و قانون‌گذار نیز محدودیتی به لحاظ جنسیت در کارشناسی قائل نشده است.^۱

همچنین به نظر می‌رسد قانون‌گذار برای رأی داور منتخب طرفین (حتی اگر زن باشد)، اعتباری بیش از رأی قاضی که حاکمیت نصب کرده، قائل است؛ چرا که در تمامی مواردی که دعوا با شیوه داوری حل و فصل می‌شود، مداخله دادگاه در امر رسیدگی داور صرفاً جنبه استثنایی دارد و دادگاه نمی‌تواند با وجود قرارداد داوری یا با وجود شرط داوری خود راساً به موضوع اختلاف رسیدگی کند. این در حالی است که شاید بتوان گفت غالب احکام صادره توسط دادگاه‌ها قابلیت اعتراض به شکل تجدیدنظرخواهی یا سایر طرق رسیدگی مجدد را دارند. در واقع، یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های داوری، قطعی و لازم‌الاجرا بودن رأی داور است و ارجاع اختلاف به داوری دربردارنده این قصد است که طرف‌های قرارداد داوری تمایل دارند اختلاف خود را به‌طور قطعی و نهایی از طریق داوری حل و فصل کنند؛ زیرا نمی‌خواهند برای حل و فصل اختلاف دوباره به دادگاه رجوع کنند.

نهایتاً اگر یکی از طرفین اختلاف معتقد به مخالفت رأی صادره توسط داور زن با قوانین موجود حق گردد یا چنانچه طرفین اختلاف قانون حاکم را مشخص نکرده باشند و رأی صادره خلاف حق و انصاف باشد، در این موارد و حالت‌های استثنایی، شخص معترض می‌تواند درخواست بررسی رأی صادره را بنماید و آن رأی قابلیت نقض و بررسی مجدد توسط یک

۱. در ماده ۱۵ قانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱ که شرایط متقاضیان پروانه کارشناسی رسمی ذکر شده، هیچ منعی برای اثاث وجود ندارد و در مبحث ۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ (مواد ۲۵۷ تا ۲۶۹) نیز، هیچ منعی از جهت جنسیت برای رجوع به کارشناس پیش‌بینی نشده است.

قاضی مرد را دارد.

مطابق ماده ۴۸۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹، رأیی که داور صادر می‌کند، نباید مخالف قوانین موجد حق باشد و الا به موجب بند ۱ از ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹، آن رأی قابلیت ابطال دارد. چنانچه طرفین قانونی را در زمینه موضوع اختلاف معین نکرده باشند و از داور خواسته باشند که داور براساس حق و انصاف حکم کند نیز، همین که داور نسبت به موضوع تخصص کافی داشته باشد و مطابق بند ۳ ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين المللى ۱۳۷۶، به صورت عادلانه و منصفانه حکم صادر کند، کفایت می‌کند.

یافته‌های پژوهش

۱. اگرچه ادله متعدد مربوط به منع تصدی زنان از قضاوت (از جمله اصل عدم ولایت، آیات، روایات و ...) مورد مناقشه قرار گرفته‌اند و اصل اشتراط رجولیت در هر نوع قاضی را محل تردید جدی قرار داده‌اند، اما مهم‌ترین نتیجه این مقاله این است که حتی اگر ادله مخالفان قضاوت زنان وارد باشد، این ادله مانع از تصدی امر داورى توسط زنان نیست.

۲. اگر برای داورى که نوعی قضاوت است، ماهیت ولایت فائل باشیم، می‌توانیم استدلال کنیم که ولایت زن در امور فراتر از حکمیت، مانند قیمومت یا وصی خاص قرار گرفتن، پذیرفته شده است که یکی با تعیین دادگاه است و دیگری با تعیین موصی. بنابراین اصل ولایت زن و تولیت دادن به وی نمی‌تواند دارای اشکال باشد.

۳. همچنین اگر برای داورى که نوعی قضاوت است، ماهیت ولایت در نظر بگیریم، می‌توانیم بگوییم که این ماهیت اگر از جنس حکم باشد و شرایط لازم برای صلاحیت داور را شرع مشخص نماید، با توجه به اطلاق و عموم ادله مشروع بخش قضاوت تحکیمی یا داورى، دلیلی برای اشتراط همه شرایط قاضی منصوب در داور وجود ندارد و چنانچه ولایت بر دیگری ماهیت حق‌گونه داشته باشد، هر یک از طرفین اختلاف می‌تواند و خود این حق را دارد که

فردی را به‌عنوان قاضی یا داور انتخاب نماید و در این حالت، می‌تواند هر شخصی را، چه زن و چه مرد، انتخاب کند.

۴. گرچه داوری در مرحله صدور رأی، نوعی قضاوت است و داور میان طرفین اختلاف فصل خصومت و اعمال ولایت می‌کند (فارغ از اینکه ماهیت اصدار رأی و اعمال ولایت داور بر طرفین اختلاف حق یا حکم باشد)، به نظر می‌رسد ماهیت عملیات داوری تا قبل از اصدار رأی، نوعی کارشناسی می‌باشد و داوری در واقع، یک نوع تطبیق موضوع اختلاف با قوانین منتخب طرفین یا (در صورت عدم انتخاب قانون حاکم) با عدل و انصاف است و در این تطبیق، بیش از اینکه جنسیت مؤثر باشد، به کارشناسی و تخصص در جنبه موضوعی اختلاف فی‌مابین نیاز است؛ چرا که این کارشناسی و تخصص ممکن است در اختیار یک زن باشد، اما در اختیار مرد نباشد؛ همان‌گونه که امروزه، قضاوت نیز استخراج حکم هر قضیه از قوانین و منابع معتبر حقوقی و در صورت فقدان منابع قانونی و حقوقی، از منابع فقهی (مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی) است.

منابع

- قرآن کریم.
- ابن براج، عبدالعزیز (۱۴۰۶ ق.). *المهذب*، جلد ۲. قم: جامعه مدرسین.
- ابن قدامه المقدسی، عبدالله (بی‌تا). *المعنی و یلیه الشرح الکبیر*. بیروت: دار الکتب العربی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق.). *القضاء و الشهادات*. قم: باقری، چاپ اول.
- البخاری الجعفی، محمد بن اسماعیل ابو عبدالله (۱۴۲۲ ق.). *صحیح البخاری*. دمشق: دار طوق النجاة.
- پیروز، علی‌آقا (۱۳۹۷). *بررسی فقهی مدیریت زنان در مناصب سیاسی*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *ترمیمولوژی حقوق*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جنیدی، لعیا (۱۳۸۰). «قانون داوری تجاری بین‌المللی از دریچه حقوق اسلامی». *پژوهش‌نامه متین*، ۳(۱۰).
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۸). *زن در آئینه جمال و جلال*. قم: اسراء.
- حائری، سید کاظم (۱۴۱۵ ق.). *القضاء فی الفقه الإسلامی*. قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول.

- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق). *وسائل الشیعه*، جلد های ۱، ۱۸ و ۲۷. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ اول.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۸ ق). *مفتاح الکرامه*، جلد ۱۰. بیروت: دار التراث.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ ق). *قواعد الاحکام*، جلد ۳. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- _____ (۱۴۱۰ ق). *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، جلد ۲. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- حلی (محقق)، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). *شرائع الاسلام*، جلد های ۲ و ۴. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- موسوی خمینی، روح‌الله (بی‌تا). *تحریر الوسیله*. قم: مؤسسه دار العلم، چاپ اول.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۰۷ ق). *مبانی تکمه المنهاج*، جلد ۴۱. قم: لطفی.
- _____ (۱۴۱۸ ق). *موسوعه الإمام الخوئی*. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، چاپ اول.
- سروش محلاتی، محمد (۱۳۹۲). «درآمدی بر بررسی قضاوت زنان». *دوفصلنامه فقه مقارن*، ۱(۲)، ص ۶۶-۵۱.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۷). *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۳. تهران: انتشارات دراک.
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن بابویه قمی (۱۴۰۴ ق). *من لایحضره الفقیه*، جلد ۴، قم: جماعه المدرسین، چاپ دوم.
- طوسی (شیخ)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق). *النخلاف*، جلد ۴ و ۶. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ اول.
- _____ (۱۳۸۷ ق). *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۸. تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۹ ق). *ریاض المسائل*، جلد ۲. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی (۱۴۱۷ ق). *الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه*، جلد ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ دوم.

- _____ (۱۴۱۰ ق). *اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه*. بیروت: دار التراث - الدار الاسلامیه، چاپ اول.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی بن احمد (۱۴۱۳ ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، جلد ۱۴. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
- _____ (۱۴۱۰ ق). *الروضه البهیة*. قم: انتشارات داوری، چاپ اول.
- علیدوست، ابوالقاسم، درس خارج فقه سال تحصیلی ۱۳۹۹-۱۴۰۰.
- _____ (۱۳۹۷). *فقه و حقوق قراردادها (ادله عام قرآنی)*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ چهارم.
- فضل‌الله، سید محمدحسین (۱۴۲۵ ق). *فقه القضاء*. بقلم الشیخ حسین الحسن. بیروت: دار الملائک للطباعه و النشر و التوزیع.
- قماشی، محمدسعید (۱۳۷۶). «قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی سازی قضاوت». *مجله فقه اهل بیت علیهم السلام*، ۱(۱۰)، ص ۲۰۳-۲۳۹.
- کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۲). *حقوق داوری داخلی*. تهران: نشر دادگستر.
- کشاورز، بهمن (۱۳۷۴). *نگرشی به تشکیل قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب*. تهران: نشر میزان.
- گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی (۱۴۱۳ ق). *کتاب القضاء*. قم: دار القرآن الکریم، چاپ اول.
- مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶ ق). *روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، چاپ دوم.
- مرتضوی، سید ضیاء (۱۳۷۶). «شایستگی زنان برای قضاوت؛ نقدی بر مقاله شایستگی زنان برای قضاوت و مناصب رسمی». *مجله حکومت اسلامی*، ۱(۶)، ص ۱۵۶-۲۰۲.
- معین، محمد (۱۳۸۶). *فرهنگ فارسی*، جلد ۲. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ق). *مجمع الفوائد والبرهان*، جلد ۱۲. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
- منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹ ق). *مبانی فقهی حکومت اسلامی*. ترجمه و تقریر محمود صلواتی. قم: نشر تفکر، چاپ اول.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳ ق). *فقه القضاء*، جلد ۱. قم: انتشارات دانشگاه مفید، چاپ دوم.
- میرزای قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۴۲۷ ق). *رسائل المیرزا القمی*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، چاپ اول.

- نجفی، محمدحسن (١٩٨١م). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ٤٠. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
- نراقی، احمد (١٤١٥ ق). *مستند الشیعه فی أحكام الشریعه*، جلد ١٧. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (١٤٣٤ ق). *موسوعه الفقه الاسلامی المقارن، الجزء الرابع*. مؤسسه دایرةالمعارف الفقه الاسلامی.
- یزدی، سید محمدکاظم (١٤٠٩ ق). *العروه الوثقی فیما تعم به البلوی*، جلد ٣. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم.