

درآمدی بر بررسی قضاوت زنان

محمد سروش محلاتی^۱

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۲/۲۲، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۹/۹)

چکیده

بررسی مسئله جواز یا عدم جواز قضاوت زنان، معمولاً با نقل استدلالهای مربوطه آغاز شده و با تقد و جمع‌بندی آنها به پایان می‌رسد. ولی این مقاله در وهله اول به تحلیل ریشه‌های ورود این مسئله به فقه همراه با پیشینه تاریخی آن پرداخته و سپس به نقل آن استدلالها نظر دارد و در صدد آشکار کردن این مسئله است که «شرط ذکورت»، چگونه به فقه وارد شده است و آیا از آغاز تدوین فقه، همان‌گونه که مثلاً مسئله‌ای تحت عنوان «شرایط امام جماعت»، مطرح شده، مسئله دیگری هم تحت عنوان «شرایط قاضی»، مطرح بوده است؟ در این بررسی، مسئله ذکورت قاضی در فقه امامیه، با نگاه اجمالی به فقه اهل- سنت مورد توجه قرار می‌گیرد و آشکار می‌شود که در دوره‌ای شرط ذکورت، در منابع فقهی شیعه، مطرح نبوده و سپس در متون فقهی به عنوان مسئله‌ای (فاقد نص) تلقی شده است. در عین حال برخی متأخران، این شرط را «اجماعی» دانسته‌اند. از این رو بررسی اجتهادی این شرط، موکول به آن است که سیر تاریخی مسئله در فقه، مورد تحقیق قرار گرفته تا معلوم گردد که این شرط را باید به عنوان یک شرط مسلم که در ادوار مختلف مورد قبول فقها بوده و از سوی همه آنها مورد تأیید قرار داشته و قهراً با موافقت معصوم، ملازمه دارد، تلقی کرد. در این صورت حتی اگر در ادله این شرط هم مناقشات وجود

۱. مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم / m.soroosh.mahallati@gmail.com

داشته باشد، باز باید آن را پذیرفت و یا چنین تسالمی قابل اثبات نبوده و اجتهاد در این باره با محدودیت مواجه نیست.

کلیدواژه‌ها: قضاوت، زنان، اجماع، عدم خلاف، نصب، اهل سنت.

مقدمه

قضاوت زنان از مسائل مورد بحث در فقه امامیه و اهل سنت است و گرایش غالب در هردو، عدم مشروعیت قضاوت زنان است. استدلالهایی که در این باره صورت گرفته، غالباً مشترک است. عمده این استدلالها عبارت است از:

۱. اصل عدم جواز؛ برخی از فقها، از زمان شیخ طوسی با تمسک به این اصل، به عدم جواز قضاوت برای زن اعتقاد دارند. اگر مقصود از جواز، جواز وضعی باشد، در تبیین این اصل، امور مختلفی بیان شده است. شیخ طوسی می‌نویسد: «قضاوت، حکمی شرعی است که جواز آن، نیازمند دلیل است» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۳/۳۱۱). اگر مقصود از جواز، حکم تکلیفی باشد، می‌توان گفت: چون قضاوت نوعی تصرف در مال و جان دیگران است، در این قبیل موارد اصالة الجواز وجود ندارد.

۲. برخی از آیات قرآن، به خصوص آیه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...» (نساء، ۳۴) که شئون مختلف سرپرستی را به مردان اختصاص داده است.

۳. روایاتی از پیامبر اکرم (ص) که قضاوت زن را نفی می‌کند: «و لا تولی المرأة القضاء» (ابن-بابویه، ۱۴۰۴ق، ۴/۵۸۵) و یا به طور کلی ولایت او را موجب عدم فلاح جامعه می‌داند: «لا یفلح قوم ولیتهم امرأة» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۶/۲۳۱).

۴. احکام مختلفی که در شرع در بحث شهادت زنان، ولایت، امام جماعت و ... درباره زنان وجود دارد و نشان می‌دهد مقام قضاوت با جایگاهی که اسلام برای زن قائل است، در تعارض است.

۵. عدم سنخیت ویژگیهای روانی زنان با کار دشواری مانند قضاوت. ولی پیش از بررسی تفصیلی این ادله از دیدگاه فقه مقارن، ابتدا باید به تحلیل ریشه‌های ورود این مسئله به فقه پرداخت و پیشینه تاریخی آن را مورد بررسی قرار داد.

پیشینه تاریخی

در فقه اهل سنت از آغاز مسئله‌ای تحت عنوان «شرایط قاضی» مطرح بوده و در ردیف بلوغ، عقل و علم از «ذکورت» هم به عنوان یک شرط نام برده شده است. مفهوم این اشتراط، آن است که در شرع، این شرایط برای قاضی مقرر شده است و هر مقامی که حق نصب قضات را دارد، باید این شرایط را رعایت نموده و افراد واجد شرایط را به این سمت منصوب کند (ر.ک: ماوردی، ۱۴۰۶ق، ۶۵).

در فقه امامیه، برخلاف فقه اهل سنت به دلیل دسترسی به معصوم (ع) و نایب ایشان، مسئله‌ای تحت این عنوان در آغاز و همچنین در کتب فقهای متأخر همچون *فقه الرضا (ع)* و نیز *المقنعه* شیخ مفید مطرح نبوده است. به اعتقاد آنان، ائمه (ع) برای دوره خود و دوره غیبت، افرادی را برای قضاوت نصب کرده‌اند و البته این افراد منصوب، دارای صفات خاصی هستند: «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَالِنَا وَحَرَامِنَا...» (کلینی، ۱۴۰۵ق، ۶۷/۱). ولی این شرایط از حکم حکومتی ائمه، استنباط می‌شود و متأخر از نصب ائمه است. در حالی که در نظر عامه، این شرایط از احکام شرعی استنباط می‌شود و متقدم بر نصب است.

مثلاً شیخ مفید در پایان بحث امر به معروف و نهی از منکر می‌گوید: «فصل خصومت کردن و داوری نمودن و دیگر شئون قضاوت را ائمه به فقهای شیعه تفویض کرده‌اند». وی در بحث قضا هم توضیح می‌دهد که در تفویض چه شرایطی در نظر گرفته شده است: «يَكُونُ عَاقِلًا كَامِلًا عَالِمًا بِالْكِتَابِ عَارِفًا بِالسُّنَّةِ، وَرِعًا عَنِ مَحَارِمِ اللَّهِ...» (مفید، ۱۴۱۳ق، ۸۱۰-۸۲۱).

به نظر می‌رسد این شرط از زمان شیخ طوسی در کتاب *خلاف* به بعد مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، اما شیخ در *نهایه*، در بحث از قضا اشاره می‌کند و در کتاب *جهاد*، فرد شایسته

قضاوت را معرفی کرده است. در آنجا هم تصریح می‌کند که قضاوت حق امام(ع) است و ائمه این کار را به فقها محول کرده‌اند: «اما الحكم بين الناس و القضا بين المختلفين فلا يجوز ايضا الا لمن اذن له سلطان الحق في ذلك و قد فوضوا ذلك الى فقهاء شيعتهم في حال لا يتمكنون فيه من توليه بنفوسهم» (طوسی، ۱۴۰۰ق، ۳۰۱).

در این مرحله، فقها آنچه را که در دلیل نصب، ذکر شده بود، به عنوان شرط ذکر می‌کردند مثلاً آنها از تعبیر «نظر فی حلالنا و حرامنا» در روایت قبلی، استفاده می‌کردند که مجتهدان، منصوب هستند و قهراً آنچه که از آن در دلیل نصب نام برده نشده بود، مسکوت می‌ماند. به خصوص چون در آن مرحله، فتاوی معمولاً فراتر از نصوص روایی نبود، بنابراین چیزی بیش از آنچه که در روایات مورد تصریح قرار گرفته باشد، مطرح نمی‌گردید. از این رو، در مقنعه شیخ مفید، کافی ابوالصلاح حلبی، نه‌ایه شیخ طوسی، غنیه ابن زهره، مراسم سلار و سرائر ابن ادریس، مسئله ذکورت قاضی، نفیاً و اثباتاً مطرح نشده است. در حالی که در همه این متون، موضوع قضاوت مطرح شده و بر قضاوت فقها، تأکید شده است. چه اینکه در این متون، در حالی شرط «ذکورت» مسکوت مانده که شرط «فقاها و اجتهاد» مورد تحلیل قرار گرفته و بر آن تأکید شده است.

از زمان شیخ طوسی با تألیف کتابهای خلاف و مبسوط، شرط ذکورت در قاضی، به فقه شیعه راه پیدا می‌کند و در متون فقهی مطرح می‌گردد. این اعتنا، معلول نوعی التفات به فقه اهل سنت بود که از قبل، این شرط را در متون خود می‌آوردند و حتی از پیشوایان فقه خود، در این باره فتاوایی نقل می‌کردند. تحول این دوره، مدیون شیخ طوسی است که پس از تألیف نه‌ایه در قالب همان سبک رایج فقها، با دو سبک جدید، به بررسی مسائل جدیدی در فقه پرداخت. وی در کتاب خلاف، فقه تطبیقی بین امامیه و فقهای دیگر را دنبال کرد و در کتاب مبسوط، فقه تفریعی را پایه‌گذاری نمود و به هر حال او در این دو سبک، ناچار بود که موضع فقه امامیه را در برابر مسئله شرط ذکورت در قاضی، روشن کند؛ زیرا اگر تاکنون این مسئله در فقه شیعه مسکوت مانده بود، ولی اینک چون در خلاف، فتوای فقهای اهل سنت در این باره نقل می‌شد، لازم بود، شیخ نظر خود را در این باره اعلام کند و در مبسوط هم چون بنا بود که به ذکر مسائل مطرح شده در متون قبل

بسند نه کرده و حکم مسائل تفریعی را که فقهای دیگر، مطرح کرده‌اند، براساس مبانی فقه شیعه بیان کند، بنابراین ضرورت داشت تا درباره شرط ذکورت نیز نظر دهد. او خود در مقدمه مبسوط می‌گوید: «مخالفان به ما قلت فروع و مسائل را نسبت داده‌اند و از این رو فقه امامیه را کوچک می‌شمارند و من در این کتاب به استیفای مسائل می‌پردازم و اکثر فروعی را که مخالفان ذکر کرده‌اند، ذکر می‌کنم و به اقتضای مذهب امامیه و اصول آن، نظر خود را بیان می‌نمایم» (طوسی، ۱۳۸۷ش، ۳/۱).

شیخ طوسی با طرح مسئله در کتاب خلاف و نقل فتوای علمای اهل سنت که برخی قضاوت زن را جایز دانسته و برخی با آن مخالفت کرده‌اند، فتوای خود را بیان کرد و گفت: «لا يجوز أن تكون المرأة قاضية في شيء من الأحكام»، این نفی کلی در برابر تفصیل ابوحنیفه بود که می‌گفت: قضاوت زن در مواردی که شهادت او پذیرفته می‌شود، جایز است، بنابراین او می‌تواند در اختلافات مالی قضاوت کند، ولی در قصاص و حدود، حق قضاوت ندارد.

شیخ طوسی، سپس دلیل خود را بر عدم جواز ذکر کرد و گفت: «دلیلنا ان جواز ذلك يحتاج الى دليل، لأن القضا حکم شرعی، فمن يصلح له يحتاج الى دليل شرعی» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۲۱۳/۶).

استدلال شیخ این است که منصب قضاوت باید از سوی شرع تعیین شود و کسی دارای شایستگی برای این منصب است که دلیلی برای صلاحیت او از سوی شرع وجود داشته باشد و چون چنین دلیلی برای زنان وجود ندارد، بنابراین قضاوت کردن برای آنان جایز نبوده و زن نمی‌تواند قاضی شود.

فقهای بعد از شیخ طوسی، این نوع استدلال را استناد به اصل دانسته‌اند؛ یعنی چون دلیلی بر جواز وجود ندارد، به اقتضای اصل عدم ولایت و عدم نصب، حکم به عدم جواز می‌شود (طباطبایی، محمد، بی تا، ۶۹۴).

همان‌گونه که آشکار است این‌گونه استدلال، مبتنی بر آن است که هیچ دلیلی برای اثبات صلاحیت زنان برای قضاوت وجود ندارد، چه اینکه شیخ متقابلاً هیچ دلیلی هم برای محروم کردن

زنان از قضاوت در اختیار ندارد؛ زیرا اگر چنین دلیلی وجود داشت، او به «اصل» استناد نمی‌کرد و یا حداقل، اصل را در ردیف دلیل قرار می‌داد، ولی شیخ در اینجا برخلاف رویه‌اش در کتاب *خلاف و مبسوط* دلیل اقامه نمی‌کند و برخلاف مسائل قبل و بعد، به جای آنکه بگوید: «دلاینا اجماع الفرقه و اخبارهم» نه به اجماع استناد می‌کند و نه نامی از اخبار امامیه به میان می‌آورد. همچنان که به آیات قرآن و وجوه عقلی هم اشاره‌ای ندارد و آن را مسکوت می‌گذارد.

پس از نظر شیخ، قضاوت زن، مسئله‌ای «غیر منصوص» است و حکم آن در منابع معتبر فقه امامیه یافت نمی‌شود و از همین جا می‌توان فهمید که چرا این مسئله در متون فقهی آن دوره، ذکر نمی‌گردیده؛ زیرا آن متون، به «فقه مأثور» و «اصول ملتقاة» یا همان فقه روایی و منصوص اختصاص داشته و قضاوت زن، خارج از این قلمرو قرار داشته است. مثلاً شیخ طوسی کتاب *نهایه* را به همین غرض و در همین چهارچوب تألیف کرد تا همه آنچه را که اصحاب روایت کرده‌اند، جمع‌آوری کرده و اصول مسائلی را که فقها در کتب خود به شکل پراکنده آورده‌اند، یک جا جمع کند، بدون آنکه متعرض تفریع شود: «و کنت عملت علی قدیم الوقت کتاب *النهایه* و ذکرتم جمیع ما رواه اصحابنا فی مصنفاتهم و اصولها من المسائل و فرقه فی کتبهم و لم اتعرض للتفریع علی المسائل ... و اوردت جمیع ذلک او اکثره بالالفاظ المنقوله حتی لا یستوحشوا من ذلک» (طوسی، ۱۳۸۷ش، ۲/۱).

بر این اساس شیخ، وقتی به مسئله‌ای مانند قضاوت زن می‌رسد، به ناچار باید در *نهایه* آن را مسکوت گذارد و در *خلاف و مبسوط* هم، به عنوان مسئله‌ای غیر مأثور و فاقد نص، حکم آن را از اصل استخراج کند (همان، ۱۰۱/۸). البته شیخ در *خلاف* چند روایت هم در عدم صلاحیت زنان برای قضاوت نقل کرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۳/۱۱۱). او می‌خواهد به ابوحنیفه و ابن‌جریر طبری که قائل به جواز قضاوت زن شده‌اند، بگوید: شما چگونه با وجود این روایات که در منابع خودتان وجود دارد و از قضاوت زنان منع می‌کند، فتوی به جواز می‌دهید! مگر پیامبر(ص) نفرموده است: «لایفلح قوم ولیتهم امرأة» (همان، ۲۳۱/۶). شیخ در مقدمه *خلاف*، روایات نبوی از طریق اهل سنت را در مقام احتجاج، نقل می‌کند. از این رو، نقل چنین روایاتی، به معنای آن نیست

که شیخ فتوای خود را مبتنی بر این روایات کرده و آنها را معتبر شمرده است. کسانی که نقل این روایات را به معنی عمل به این روایات و استناد به آنها شمرده‌اند، از این نکته غفلت کرده‌اند.

اجماع بر شرط ذکورت

بسیاری از فقها، شرط ذکورت را در فقه شیعه، اجماعی دانسته‌اند.^۲ به همین دلیل هم آن را پذیرفته و مناقشه در ادله دیگر را بی‌فایده تلقی کرده‌اند. در کتابهای استدلالی متأخران، فراوان از اجماع در این مسئله سخن به میان آمده و آن را به فقهای پیشین نسبت داده‌اند:

- مفتاح الکرامه، علاوه بر آنکه خود مسئله را اجماعی می‌شمارد، از مسالک شهید ثانی، کفایه سبزواری و مفاتیح فیض کاشانی هم نقل می‌کند (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۹/۱۰).

- ریاض المسائل هم از مسالک شهید ثانی و نهج الحق علامه حلی، نقل اجماع دارد (طباطبایی، علی، بی تا، ۳۵/۲).

- مستند هم علاوه بر مسالک و نهج الحق از «معمد» نقل اجماع بر شرط ذکورت می‌کند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ۳۵/۱۷).

- جوهر هم به اجماع تصریح می‌کند (نجفی، ۱۴۱۶ق، ۱۲/۴).

ولی مراجعه به منابع اصلی این نقلها نشان می‌دهد که هیچ‌یک از آنها، دقیق نبوده و ادعای اجماع در آنها دیده نمی‌شود! مثلاً شهید ثانی در مسالک، شرط ذکورت را «موضع وفاق» دانسته است و وفاق در برابر خلاف است و به معنی آن است که در آن اختلافی وجود ندارد. مسائل وفاقی، مسائلی نیست که الزاماً از سوی همه فقها مطرح شده باشد و هیچ فقیهی آن را مسکوت نگذاشته باشد. از این رو، مورد وفاق بودن، نه به معنی اجماعی بودن است و نه با آن ملازمه دارد. در جوهر «موضع وفاق» در رتبه‌ای بین «عدم خلاف» و «اجماع» قرار می‌گیرد که از عدم خلاف

۲. در برخی منابع عامه نیز، شرط ذکورت اجماعی تلقی شده است، مثلاً ماوردی در الاحکام السلطانیة برای قول به جواز مطلق قضاوت زن، ادعای اجماع دارد و در رد آن می‌گوید: «و لا اعتبار بقول یرده الاجماع» (ر.ک: ماوردی، ۱۴۰۶ق، ۶۵).

بالاتر و از اجماع، پایین تر است: «بلا خلاف اجده فیه، بل فی المسالک انه موضع وفاق، بل فی غیرها الاجماع علیه» (همان، ۱۸۶/۲۹. رک: همان، ۳۳۹/۲۱).

البته تعبیر «موضع وفاق» از تعبیرات رایج در ادبیات فقهی شهید ثانی است^۳ و در کتابهای دیگر چندان شایع نیست. به نظر می رسد شهید ثانی با استفاده از این تعبیر، در صدد آن است که خود را در تنگنای ادعای اجماع قرار ندهد و استقصای تام در همه متون و فتاوی را از عهده خود بردارد. تعبیر «اتفاق» هم، مانند «وفاق» مادون اجماع قرار دارد و نباید آن را به معنی اجماع دانست. در شرط ذکورت هم کشف اللثام، به جای اجماع، از واژه «اتفاق» استفاده کرده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ۱۸/۱۰) و صاحب جواهر در جای دیگر به این تفاوت توجه داده است: «فی کشف اللثام الاتفاق علیه، بل عن بعضهم الاجماع علیه» (نجفی، ۱۴۱۶ق، ۲۷۹/۳۴).

متأسفانه متأخران به اشتباه، اجماع را به کفایه و مفاتیح نیز نسبت داده اند،^۴ در حالی که در این دو کتاب نیز صرفاً از تعبیر «عدم خلاف» استفاده شده و ادعای اجماع مطرح نگردیده است. عبارت محقق سبزواری در کفایه الاحکام چنین است: «یشترط فیه البلوغ و العقل و الایمان، لاریب فیه و لاخلاف و کذا اشتراط العدالة و الظاهر انه لا خلاف فی اشتراط طهارة المولد و الذکورة و اتفاق الاصحاب علی اعتبار الشرايط المذكورة منقول» (سبزواری، بی تا، ۲۴۷/۲).

همان گونه که آشکار است در اینجا سبزواری ادعای اجماع ندارد و حتی اتفاق را هم ادعا نمی کند و صرفاً «منقول» می داند. وی صرفاً به «عدم خلاف» بسنده کرده و در همین حد هم، جزم و قطع ندارد و آن را ظاهراً بدون خلاف می داند. فیض کاشانی هم برخلاف نسبتی که به او داده شده، مدعی اجماع نیست و از «عدم خلاف» پا را فراتر نگذاشته است (فیض کاشانی، بی تا، ۲۴۷/۳).

شگفت انگیزتر آنکه صاحب جواهر وقتی اصل مسئله را مطرح می کند، همین «عدم خلاف» و اتفاق و موضع وفاق را از دیگران نقل کرده، ولی در ادامه یکباره تعبیر را تغییر داده و می گوید: برای گزارش اجماع کردم (نجفی، ۱۴۱۶ق، ۱۴ و ۱۲/۴۰).

۳. وی در مسالک حدود ۱۳ بار از این واژه استفاده کرده است.

۴. اجماع، از کتاب معتمد نیز نقل شده است که در دسترس نمی باشد و در چاپ فعلی آن، این بحث وجود ندارد.

در همین منابع، به علامه حلی نیز نسبت داده‌اند که وی بر شرط ذکورت، ادعای اجماع کرده است. عبارت مورد نظر این است: «ذهب الامامیه الی انه لایجوز أن یتولی المرأة القضا و قال ابوحنیفه یجوز...» (حلی، ۱۹۸۲م، ۵۶۳).

در این عبارت «اجماع» دیده نمی‌شود، چه اینکه چنین عبارتی در کتاب *نهج الحق*، دلالت بر اتفاق نظر هم ندارد؛ زیرا این کتاب با گرایش کلامی، در نقد مبانی اهل سنت نوشته شده و اکثر آن به بحثهای کلامی اختصاص یافته است. علامه در این کتاب، در صدد تتبع در اقوال فقهای امامیه نبوده، بلکه او آرای فقهای مشهور اهل سنت را با توجه به آنچه در فقه امامیه معروف و مشهور است، نقد کرده است و پیوسته عبارت «ذهب الامامیه» را تکرار می‌کند. او هرگز در صدد ارائه فهرستی از اجماعیات امامیه در برابر اهل سنت نبوده است. به هر حال ذهب الامامیه به معنی اجماع نیست؛ چه اینکه صاحب *مفتاح الکرامه* این اعتراض را به صاحب ریاض دارد که چرا از ذهب الامامیه در *نهج الحق* برداشت اجماع کرده و به علامه نسبت اجماع داده است: «لیس فیه اجماع و انما فیه ذهب الامامیه» (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۱۵/۱۶).

صرف نظر از این مناقشات، اساساً چگونه می‌توان مسئله‌ای را اجماعی تلقی کرد، در حالی که در بسیاری از متون قدما، اثری از آن دیده نمی‌شود و بزرگانی مانند شیخ صدوق، شیخ مفید، سید مرتضی و ابوالصلاح حلبی، در آثار خود آن را مطرح نکرده‌اند؟! با وجود اینکه در غالب این متون، بحث قضا و شرایط قاضی مطرح است. به علاوه چطور شرط ذکورت اجماعی است و از سوی همه اصحاب مورد تأیید و تصریح بوده است، در حالی که شیخ الطائفه در کتاب *خلاف*، به تحقق چنین اجماعی، اشاره و استناد ندارد؟ مگر شیوه شیخ در *خلاف* چنان نیست که پیوسته در کنار «اخبار» از «اجماع» نام می‌برد، پس در این مسئله آن را مطرح نکرده است؟ به خصوص که او در مقدمه این کتاب تصریح کرده که به بیان تحقق اجماع یا وجود اختلاف در مسائل خواهد پرداخت (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۴۵/۱). با این قراین «عدم ذکر» اجماع در کتاب *خلاف* به معنای «عدم تحقق» اجماع از نظر شیخ طوسی است.

علاوه بر آن، پس از شیخ هم، این شرط، در برخی از کتابها مانند *سرائر ابن ادریس* و *غنیه ابن زهره*، مورد توجه قرار نگرفت و در ردیف اوصاف و شرایط قاضی از آن نام برده نشد تا حداقل بتوان گفت که مثلاً در قرن ششم اجماع فقهای امامیه بر لزوم این شرط تحقق یافته است. با توجه به این قراین، «طباق السلف» در کلام شهید اول (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۷۰/۲) چیزی فراتر از «اتفاق»، «وفاق» و «عدم الخلاف» نیست و نباید آن را «اجماع منقول»^۵ تلقی کرد.

از سوی دیگر در تحقیقات اصولی متأخران به اثبات رسیده است: اولاً؛ اعتبار و حجیت اجماع به «اصول متلقاة» یعنی مسائل اصلی فقه که در بین قدمای فقها، مطرح شده و مسلم تلقی گردیده، اختصاص دارد؛ زیرا تسالم بین قداما، نشان می‌دهد که آنان چنین مسئله‌ای را از اصحاب ائمه اخذ نموده‌اند و قهراً مورد تأیید ائمه بوده است، ولی در مسائل تفریعی و استنباطی که فقها بر مبنای تأملات اجتهادی خود نظر می‌دهند، اتفاق و اجماع آنها، حکایت از رأی معصوم نمی‌کند و حجت نیست (منتظری، ۱۴۱۵ق، ۵۴۴). از این رو حتی اگر بپذیریم که در دوره‌های متأخر، اجماع، تحقق داشته است، ولی عدم ذکر این مسئله در کتب فتوایی قداما و ذکر آن در کتب تفریعی مانند: *مبسوط*، هرگونه اجماع فرضی را بی اعتبار می‌سازد. ثانیاً؛ از زمانی که شیخ الطائفه، در کتاب *خلاف شرط ذکورت* را مطرح کرد، تا موقعی که علامه در *نهج الحق* آن را بیان نمود، هیچ استدلالی در کتب اصحاب درباره این شرط به جز اصل عدم جواز پیدا نشده است. این استدلال شیخ که قهراً در فقهای بعد نیز مؤثر بوده، به معنای آن است که نزد جماعتی از قداما که به این شرط قائل شده‌اند، دلیل مسئله «اصل» است و در این صورت حتی اگر اجماعی هم واقعاً وجود داشته باشد، اجماع بر فرع فقهی نیست، بلکه اجماع بر استفاده از یک قاعده است. در حقیقت همه آنها قبول کرده‌اند که اگر دلیلی بر جواز وجود نداشته باشد، باید قائل به عدم جواز شد. آنان این قاعده را در مورد

۵. اجماع منقول که مقابل اجماع محصل می‌باشد، اجماعی است که فقیه، خود، بدان دست نیافته، بلکه فقیهی دیگر - که آن را به دست آورده - بدون واسطه یا با واسطه برای وی نقل کرده است. از آن در اصول فقه، در مبحث حجج و امارات سخن رفته است.

قضاوت زنان، مورد استناد قرار داده‌اند، ولی آیا این اجماع در استناد به قاعده بدان معنا است که اگر فقیهی «وجود دلیلی» برایش احراز شد، باز هم محکوم قاعده «عدم دلیل» است؟! این نکته در تحلیلهای عده‌ای از فقهای متأخر دیده می‌شود، مثلاً صاحب جواهر که اعتنای زیادی به اجماعات منقوله دارد، با کمال انصاف، اذعان می‌دارد که بسیاری از اجماعات قدما، به معنی اتفاق نظر آنها بر یک فرع فقهی نیست، بلکه آنها در مواردی که اتفاق بر «یک قاعده» وجود داشته باشد، در فروع و تطبیقات آن، مدعی «اجماع» می‌شوند، هرچند چنین چیزی را در متون فتوایی ندیده باشند: «ان كثيراً من اجماعات القدماء بمعنى الاتفاق على القواعد الكلية التي تكون مدرکاً لبعض الاحکام الجزئية» (نجفی، ۱۴۱۶ق، ۸۰/۱۳).

استناد به عدم خلاف

در میان فقهای متأخر، شیخ انصاری از نادر فقیهانی است که در این مسئله به نقلهای اجماع که در آثاری مانند *مفتاح الکرامه*، *جواهر الکلام* و *مستند الشیعه*، وجود دارد و همراه با مسامحه است، اعتماد نموده و با دقت در کلمات فقها، ادعایی بیش از عدم الخلاف را مطرح نکرده است. او در این باره به دو نکته پرداخته است: یکی آنکه «عدم الخلاف» درباره شرط ذکورت، دلیل کافی برای پذیرفتن این شرط است و دیگر آنکه غیر از عدم الخلاف هیچ دلیل معتبر دیگری برای این شرط وجود ندارد. بنابراین شیخ انصاری نتیجه می‌گیرد که با صرف نظر از عدم الخلاف، راه برای فتوی به عدم اشتراط این شرط و قبول قضاوت زنان باز است: «و اما طهارة المولد و الذکورة فقد ادعی غیر واحد عدم الخلاف فی اعتبارهما، و لولاه قوی المصیر الی عدم اعتبار الاول مع استجماع سایر الشرائط بل الی عدم اعتبار الثانی» (انصاری، *القضاء و الشهادات*، ۱۴۱۵ق، ۲۲۹).

این دیدگاه شیخ انصاری در تقدپذیری همه ادله از یک سو و در اعتماد به عدم خلاف از سوی دیگر قابل اهمیت است و به خصوص موجب طرح این سؤال می‌شود که چگونه شیخ انصاری برای عدم الخلاف هم مثل اجماع حجیت قائل است و آن را برای فتوا دادن کافی می‌شمارد؟ در حالی که دلیل خاصی برای حجیت (عدم الخلاف) وجود ندارد. پاسخ به سؤال به مبنای خاص

شیخ درباره حجیت ظن مربوط می‌شود، شواهدی وجود دارد که شیخ از جمله کسانی است که تمایل به انسداد دارد و بنابراین ظن مطلق را معتبر می‌شمارد و به همین دلیل است که برای شهرت هم اعتبار قائل است. شهرت هم مانند عدم خلاف فاقد دلیل خاص برای اعتبار است و نمی‌توان آنها را از «ظنون خاصه» دانست، ولی شیخ حاضر نیست چنین طرقی را که «مفید ظن» است نادیده انگارد، او گاه از شهرت یا اجماع منقول به عنوان حجت نام می‌برد: «فالانصاف ان الحجة من المسألة هی الشهرة المحققة و الاجماع و المحکى عن التذکره» (انصاری، المکاسب، ۱۴۱۵ق، ۲۸۰/۳) و به آن استدلال می‌کند (همان، ۷۱/۵. ر.ک: انصاری، الطهارة، ۱۴۱۵ق، ۱۴۳/۳): «العمل علی المشهور لافاده الظن بصدور روایه التهذیب»، البته شیخ هرگونه اجماع محکی و یا هرگونه شهرت ولو در میان متأخران را حجت نمی‌شمارد، بلکه آن را دائر مدار «افاده ظن» می‌داند (انصاری، المکاسب، ۱۴۱۵ق، ۳۳۴/۵). در نهایت در مسئله مورد بحث می‌فرماید: «اگر عدم خلاف نباشد، می‌توان به عدم اشتراط ذکورت قائل شد» (انصاری، القضاء و الشهادات، ۱۴۱۵ق، ۲۲۹).

اجتهاد متأخران

در چهار قرن اخیر، عده‌ای از فقهای شیعه، تردیدهایی را درباره کلیت شرط ذکورت در قاضی مطرح کرده‌اند، از نظر آنها، دلایلی که از کتاب، سنت و عقل برای اعتبار این شرط ذکر شده، قانع کننده نبوده است، بنابراین به طور کلی این شرط را تأیید نکرده‌اند، از سوی دیگر وجود شهرت و یا ادعای عدم خلاف یا اجماع، آنان را از نفی کلی این شرط بازداشته است و در نتیجه سعی کرده‌اند که با انتخاب یک راه میانه، قلمرو این شرط را محدود و مقید نموده و حداقل در مواردی قضاوت زنان را مجاز و مشروع شمارند. در اینجا به عنوان نمونه سه راه حل که در کلمات آنها به چشم می‌خورد، ذکر می‌شود تا نشان داده شود که بسیاری از فقها، برای فتوای به جواز قضاوت زن، مانعی در قرآن و روایات نمی‌دیده‌اند و تنها نگرانشان، مخالفت با اجماع یا شهرت بوده است و چون اجماع را به عنوان: «دلیل لبی» فاقد اطلاق یا عموم دانسته‌اند، بنابراین سعی کرده‌اند که

محدوده قدر متیقن را مشخص نموده و با استناد کردن به آن، راه را برای قضاوت زنان در موارد دیگر باز کنند. آنها برای قول به جواز، حتی «اصل عدم مشروعیت» را هم مانع ندانسته‌اند:

الف) ملا محمدتقی مجلسی، شرط ذکورت را به نصب خاص اختصاص داده و فتوای اصحاب را ناظر به آن می‌داند، بنابراین قضاوت زنان را در مواردی که موجب حرام دیگری از قبیل اختلاط با اجانب نباشد، بدون اشکال می‌داند: «ذکر الاصحاب انه يشترط فی القاضی ان یکون رجلاً و الظاهر انه فی المنصب الخاص، فلو كانت عالمة و قضت بین النساء أو الرجال المحارم فالظاهر عدم البأس» (مجلسی، ۱۳۹۹ق، ۱۲/۱۹۱).

ب) ملا احمد اردبیلی، در این مورد تردید کرده و نفی مطلق قضاوت زن را زیر سؤال برده است و این را معقول دانسته که در اموری که مربوط به زنان می‌شود و با شهادت زنان ثابت می‌شود، زنانی که سایر شرایط قضاوت را دارند، بتوانند حکم بدهند، ولی در عین حال اظهار داشته اگر اجماع بر این امر باشد، او هم تسلیم اجماع است، ولی در غیر این صورت ممنوعیت کلی زنان قابل بحث بوده و به شهرت نمی‌توان اکتفا کرد: «اما اشتراط الذکورة، فذلک ظاهر فیما لم یجز للمرأة فیہ امر، و اما فی ذلک فلا نعلم له دلیلاً واضحاً نعم ذلک هو المشهور، فلو کان اجماعاً فلا بحث، و الا فالمنع بالکلیه محل بحث» (اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ۲/۱۵).

ج) میرزای قمی، ادله شرط ذکورت را قابل مناقشه دانسته و برای فتوا به عدم جواز قضاوت زنان به طور کلی، کافی نمی‌داند، مگر آنکه اجماع بر «عدم جواز مطلق» وجود داشته باشد. ولی او به وجود چنین اجماعی باور و اعتقاد ندارد، از این رو در ادامه می‌گوید: نسبت به قضاوت خاص بدون اینکه منصب عام قضاوت داشته باشد، وقوع اجماع بر شرط ذکورت، معلوم نیست و دلیلی بر ممنوعیت زنان وجود ندارد: «یشترط فی القاضی الذکورة اجماعاً، و ربما یشکل فی اشتراط الذکوره مطلقاً لأن العلل المذكورة لها من عدم تمکن النسوان من ذلک غالباً ... غیر مطرودة فلا وجه لعدم الجواز مطلقاً الا أن ینعقد الاجماع مطلقاً، اقول و یمکن أن یکون الاجماع بالنظر الی اصل اختیار الولاية و المنصب عموماً، اما فی حکومتات خاصة فلم یعلم ذلک من ناقله» (قمی، ۱۳۸۵ش، ۲/۵۹۹).

اینک در صدد بررسی تفصیلی هریک از این دیدگاهها نیستیم، ولی این نقلها گویای آن است که مسئله شرط ذکورت در فقه، کاملاً تحت تأثیر اقوال و آراء پیشینیان بوده است. از این رو فقهی که بتواند با جستجو و تتبع در فتوای اصحاب، دریچه‌هایی بگشاید، امکان ارائه نظریه فقهی جدید برایش وجود خواهد داشت.

نتیجه

۱. در متون فتوایی فقه شیعه، مثل مقنعه شیخ مفید، نه‌یاه شیخ طوسی و کافی ابوالصلاح، شرط ذکورت برای قاضی مطرح نشده است.
۲. در متون تفریعی فقهی که پس از متون فتوایی، تدوین شده و متأثر از فقه عامه است، شرط ذکورت مطرح شده است.
۳. در متون تفریعی، مثل مبسوط و خلاف شیخ طوسی این شرط اجماعی تلقی نشده است.
۴. در متون پس از آن، تا قرن دهم، گاه این شرط ذکر شده و گاه اثری از این شرط دیده نمی‌شود.
۵. تا قرن دهم فقها از تعبیر اجماع درباره شرط ذکورت، استفاده نمی‌کردند، ولی احياناً تعبیر عدم خلاف و اتفاق وجود داشته است.
۶. به کار بردن واژه «عدم خلاف» یا «موضع وفاق» نیز درباره این شرط، به معنی ادعای اجماع نیست.
۷. تعبیر اجماع درباره این شرط در سه قرن اخیر، تعبیری مسامحه‌آمیز بوده و معمولاً به معنای عدم خلاف به کار رفته است.
۸. اگر بپذیریم که شرط ذکورت، واقعاً از پشتوانه اجماع برخوردار است، ولی این مسئله دارای خصوصیتی است که حتی وجود اجماع نیز نمی‌تواند مانعی از تحقیق آزادانه و اجتهاد در ادله باشد.
۹. برای بررسی همه‌جانبه این مسئله ابتدا باید ذهنیت «بدیهی بودن» شرط ذکورت و یا ضروری فقه بودن و یا قطعی و مورد تسالم بودن آن در بین اصحاب را، مورد داوری قرار داد و تا

این ذهنیت وجود دارد، امکان تحقیق در این مسئله اساسی وجود ندارد. بررسی اجمالی این مقاله نشان می‌دهد که چنین ذهنیتی از پایه‌های استوار و قابل دفاعی برخوردار نیست.

فهرست منابع

- قرآن کریم.

- ابن بابویه، محمد بن علی (شیخ صدوق)، من لایحضره الفقیه، تحقیق: علی‌اکبر غفاری، قم، جامعه مدرسین، چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.

- اردبیلی، مولی احمد، مجمع الفائدة و البرهان، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.

- انصاری، مرتضی، الطهارة، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.

- همو، القضاء و الشهادات، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.

- همو، المكاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.

- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلّی)، نهج الحق، بیروت، دارالکتاب اللبنانی، ۱۹۸۲م.

- سبزواری، محمدباقر، کفایة اللنام، اصفهان، انتشارات مهدوی، بی تا.

- شهید اول، شمس‌الدین محمد عاملی، الدروس، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

- طباطبایی، علی، ریاض المسائل، قم، مؤسسه آل‌البیت(ع)، بی تا.

- طباطبایی، محمد، المناهل، قم، مؤسسه آل‌البیت(ع)، بی تا.

- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.

- همو، المبسوط، تهران، المکتبة المرتضویة، ۱۳۸۷ش.

- همو، النهایه، بیروت، دارالکتاب العربی، ۱۴۰۰ق.

- عاملی، جواد، مفتاح الکرامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.

- فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد، کشف اللنام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.

- فیض کاشانی، محسن، مفاتیح الشرایع، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، بی تا.

- قمی، ابوالقاسم، رسائل المیرزای قمی، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۵ش.

- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تحقیق: علی‌اکبر غفاری، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۵ق.

- ماوردی، ابوالحسن، الاحکام السلطانیة، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۶ق.

- مجلسی، محمدتقی، روضة المتقین، تهران، بنیاد کوشان‌پور، ۱۳۹۹ق.

- مفید، محمد بن محمد، المقنعه، قم، کنگره جهانی شیخ مفید(ره)، ۱۴۱۳ق.

- منتظری، حسینعلی، نهایة الاصول، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ق.

- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.

- نراقی، ملا احمد، مستند الشیعه، قم، مؤسسه آل‌البیت(ع)، ۱۴۱۵ق.