

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۵/۱،  
پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۴۸-۲۹

## قاضی شدن زن در فقه شیخ طوسی - ریشه یابی و تحلیل\*

دکتر علی تولائی

استادیار دانشکده علوم انسانی دانشگاه یزد

Email: tavallaei@yazduni.ac.ir

### چکیده

بحث قاضی شدن زن نخستین بار شیخ طوسی به صراحت در دو کتاب *الخلاف و المبسوط*، به تبع اهل سنت، مطرح کرد. شیخ طوسی به عنوان یکی از نقاط عطف در تاریخ فقه امامیه، در گسترش کمی و کیفی فقه نقش زیادی داشته است. محقق با اتخاذ روش تاریخی، سؤالات زیر را طرح و تأملی بر ادله شیخ طوسی دارد: چرا شیخ طوسی در این مسأله به «اجماع» استناد نکرد؟ چرا شیخ طوسی به ظاهر آیه شریفه: «الرجال قوامون علی النساء . . .» استناد نکرد؟ اعتبار تاریخی حدیث مورد استناد شیخ در این مسأله تا چه اندازه ای است؟ اصل «عدم جعل قضا» برای زن که اصلی ترین دلیل وی را تشکیل می دهد چگونه قابل تحلیل است؟ تمرکز بر روش طرح مسأله، چینش داده ها، ارائه مبانی و نتایج حاصل از آن در این مسأله، «صورت» مناسبی برای پرداختن به «محتوا» و تحلیل مسأله بر اساس مبانی اصولی به شیوه فقه جواهری در سایر مباحث و مسائل فقهی فراهم می کند.

**کلیدواژه‌ها:** قاضی شدن، زن، فقه، شیخ طوسی، قضا، پیشینه تاریخی.

\* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۲/۲۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۱۲/۲۶.

## طرح مسأله

مسأله قاضی شدن زن یکی از مسائل تفریعی و استنباطی در فقه است که در دوره ای پس از تدوین فقه به محافل فقهی راه یافت و اگر چه عملاً مسأله ای مبتلا به در جامعه نبود (نک: وکیع، سراسر کتاب)، اما در سده پنجم ق. در کنار مباحث نظری، گسترش قابل ملاحظه ای یافت. بنا به گفته ابن قدامه (۳۸۰/۱۱)، پیامبر اکرم (ص) و خلفای پس از ایشان، منصب قضا یا ولایت بر شهری را به زنی نداده اند و اگر قاضی شدن زن جایز بود، غالباً گزارشی درباره آن به دست ما می‌رسید.

در پی جویی از زمینه های پیدایی این مسأله، نقش برخی از حرکت‌های سیاسی صدر اسلام را نمی‌توان نادیده گرفت. به نظر می‌رسد جنگ جمل هر چند اساساً حرکتی سیاسی بود، همان‌گونه که زمینه ای برای موضع گیری‌های کلامی گردید (نک: پاکتچی، «اسلام، اندیشه های کلامی در سده نخست هجری»، ۴۱۹)، در نگرش فقیهان دوره های بعد، به احکام اجتماعی مربوط به زن نیز تأثیرگذار بوده است (برای نکوهش زنان از سوی حضرت علی (ع) پس از جنگ جمل نک: ابن طاووس، ۲۵۳: نامه حضرت خطاب به شیعیان، به قلم عبیدالله بن ابی رافع؛ نیز نک: نهج البلاغه، ۱۵۷/۱: خطبه ۷۷؛ برای مستندات آن نک: عرشی، ۵۵؛ حسینی خطیب، ۳۹۰/۱، ۸۶/۲؛ نیز نک: نهج البلاغه، ۵۰۳/۳: نامه ۱۴، از وصایای حضرت به سپاه خود پیش از برخورد با دشمن در جنگ صفین؛ برای مضمون مشابه از رسول اکرم (ص) نک: ابن منذر، ۵۳۰/۲-۵۳۱).

در این تحقیق، روند طرح مسأله قاضی شدن زن در فقه شیخ طوسی مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

## پیشینه تاریخی

تأمل در آیاتی از قرآن کریم، به ویژه آیات مکی (مثلاً نک: یونس/۴۷؛ زمر/۶۹) نشان از این حقیقت دارد که تفکر قضا و حکم در میان عرب پیش از اسلام کاملاً شناخته شده بود. در آیات متعددی از قرآن کریم، بحث «حکم میان مردم» مطرح شده و خداوند آن را یکی از هدف‌های بعثت پیامبران دانسته است (نک: بقره/۲۱۳).

به طور کلی در معارف قرآنی، حکم بر دو قسم: «حکم الله» و «حکم طاغوت» تقسیم شده است (نک: مائده/۵۰) و از آنجا که پیامبران، خلیفه خدا در زمینند، به امر خدا بر پایه حق، عدل، و قسط به حکم کردن میان مردم می‌پردازند و در این میان تنها کسانی از ایمان آورندگانند که این قضا را با روی باز پذیرا باشند (نک: نساء/۶۵، ۱۰۵؛ مائده/۴۲؛ ص/۲۶). خداوند در آیه ای از قرآن کریم با مخاطب قرار دادن مؤمنان، امر می‌کند که امانت‌ها را به صاحبان آن بازگردانند و چون بین مردم حکم کنند، به عدالت

داوری کنند (نساء/۵۸). در قرآن کریم، به طور خاص به قضای حضرت داوود و سلیمان اشاره شده (انبیاء/۷۸-۷۹؛ ص/۲۲-۲۶) و علاوه بر آن از واژه‌هایی چون «حُکَّام» (بقره/۱۸۸) و «حُکَم» (انعام/۱۴؛ نساء/۳۵) استفاده شده است. در برخی از کتاب‌های تاریخی، درباره «حُکَّام العرب»، سخن به میان آمده است (نک: یعقوبی، ۱/۲۹۹).

در مورد مسأله زن، اگر چه عرب غالباً رأی زن را سست و فاقد دقت می‌دانست و از همین رو عمل به نظر او حماقت تلقی می‌شد و «نظر زنان»<sup>۱</sup> به عنوان مثل، درباره نظری به کار می‌رفت که ضعیف و ناکارآمد بود (ثعالبی، ۳۰۶؛ از نظر زبان شناختی نیز می‌توان این طرز فکر را در استعمال برخی واژه‌ها یافت، مثلاً نک: شریف رضی، ۸۵-۸۶؛ علی، ۴/۶۱۸). اما به هیچ وجه نمی‌توان آن را نگرشی فراگیر دانست؛ چه در میان عرب، زنانی وجود داشتند که به عقل و حکمت مشهور بوده و مردان برای مشورت به آنها مراجعه می‌کردند. عرب جاهلی، حکم زن را نیز همانند مرد قبول می‌کرد. نام‌های برخی از «حکیمات عرب» در کتاب‌های تاریخ ذکر شده و اقوال مسجعی به آنها منتسب گشته که غالباً مثل شده و بازتاب تجربه‌های ساده زندگی در آن زمان است (علی، ۵/۴۹۸-۴۹۹). گفتنی است در زمان آشوری‌ها، برخی زنان به عنوان پادشاه بر قبایل بادیه شام حکمرانی می‌کردند (همو، ۴/۶۲۰). در قرآن کریم، به «ملکه سبا» و برخورد او با نامه حضرت سلیمان اشاره شده و آیات قرآن کریم، شخصیت وی را به عنوان رهبری خردمند و مسؤولیت‌پذیر ترسیم کرده است (نمل/۲۹-۳۱، ۳۳، ۳۵). همچنین به صراحت از «همسر فرعون» و «مریم دختر عمران»، به عنوان الگوهای ایمانی نام می‌برد (تحریم/۱۱-۱۲). مهمتر از همه، حضرت فاطمه زهرا (س)، دختر پیامبر اکرم (ص)، همسر حضرت علی (ع) و مادر امامان معصوم (ع) است که برخی از آیات و سوره‌های قرآن کریم در شأن ایشان، به طور خاص یا عام، نازل شده است (برای نمونه نک: کوثر/۱؛ آل عمران/۶۱؛ احزاب/۳۳؛ انسان/۸).

در عصر رسول اکرم (ص)، قضا به عنوان یکی از احکام ثابت اسلام درآمد و مبانی آن تا حدی در سنت نبوی بسط یافت. پیامبر اکرم (ص) خود به نصب قاضی پرداخت و قاضیانی چون حضرت علی (ع) و معاذ بن جبل را به شهرهای اسلامی گسیل داشت. در دوره خلفا با گسترش سرزمین‌های اسلامی، قاضی نیز از سوی خلیفه یا والی او تعیین می‌گشت. بنابراین نصب قاضی، شاخه‌ای از امامت و سلطنت عمومی محسوب می‌شد و عمل به حکم قاضی، یکی از احکام فردی نبود، بلکه حکمی اجتماعی به منظور فصل خصومت و رفع نزاع بین مردم بود.

۱. «رأی النساء» یا «رأی نساء».

در این دوره یکی از مهم‌ترین و کهن‌ترین متون راجع به انتخاب شخص به عنوان قاضی، عهدنامه حضرت علی (ع) به مالک اشتر است، زمانی که وی را به حکومت مصر گسیل داشت (برای سند آن نک: شیخ طوسی، الفهرست، ۶۳؛ نجاشی، ۸). در این عهدنامه از انتخاب «افضل رعیت» به عنوان قاضی، سخن به میان آمده است (نک: نهج البلاغه، ۳/ ۵۸۱-۵۸۲).

در گزارشی از قول عمر بن عبدالعزیز (خلف ۹۹-۱۰۱ق) درباره خصلت‌هایی چون علم و مشورت که وجود آن در قاضی شایسته است، از کلمه «رجل»<sup>۱</sup> استفاده شده است (نک: ابن قاسم، ۱۲/ ۱۴۹؛ صنعانی، ۲۹۸/۸؛ وکیع، ۷۸/۱) و چه بسا از باب تغلیب و استعمال لفظی مذکر باشد. با وجود این، در برخی از منابع سده‌های بعد، «مرد بودن» به عنوان یکی از شروط قاضی، به عمر بن عبدالعزیز منتسب گشت (نک: ابن عربی، القبس، ۳/ ۸۷۸).

با گسترده‌تر شدن قلمرو سرزمین‌های اسلامی و نیاز بیشتر به قاضیان، وجود دستورالعمل‌های مدون برای امر قضا از دیدگاه شرع لازم می‌نمود. با تدوین فقه، آداب قضا به صورت جزئی از مسائل کلی قضا، در کنار مسائل و ابواب گوناگون فقهی مطرح شد. در نیمه دوم سده دوم ق. و نیز سده سوم ق.، شاهد اوج‌گیری تألیفاتی درباره «آدب القضاء» هستیم. از آنجا که فقهای حنفی و شافعی عملاً در امر قضا نقش مؤثر داشتند، بیشتر به این موضوع پرداختند (نک: دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ۷/ ۳۱۸). اگر چه نخستین تألیفات درباره «آدب القاضی»، چون کتاب قاضی ابویوسف (د ۱۸۲ق)، محمد بن حسن شیبانی (د ۱۸۹ق)، حسن بن زیاد لؤلؤی (د ۲۰۴ق)، قاضی کوفه و نیز کتاب محمد بن ادریس شافعی (د ۲۰۴ق)<sup>۲</sup> در دست نبود، اما احمد بن عمر معروف به خصاف (د ۲۶۱ق)، فقیه حنفی، در کتاب آدب القاضی خود که پراهمیت‌ترین کتاب در این زمینه بوده است، این فرع را طرح کرد و قاضی شدن زن را در مواردی که شهادت او جایز باشد جایز دانست (نک: حسام شهید، ۳۱۷). این نظریه که در فقه حنفی پذیرفته شد، بر پایه اصل قرار دادن «شهادت» بود، و از آنجا که بر اساس آیه مداینه (بقره ۲۸۲)، شهادت زن در امور مالی - و نه در حدود و قصاص - پذیرفته شده است، قضای او در این امور نیز نافذ خواهد بود (نک: قدوری، ۸۴؛ مرغینانی، ۳/ ۱۰۱، ۱۰۷؛ کاسانی، ۷/ ۳؛ خوارزمی، ۲/ ۲۷۳؛ ابن عابدین، ۵/ ۴۴۰؛ غنیمی، ۴/ ۷۷، ۸۴).

۱. «لا ینبغی للرجل أن یلی القضا (أن یكون الرجل قاضیا) حتی تكون فیہ خمس خصال . . .». شبیه همین گفتار به عمر نیز منسوب شده است؛ مثلاً نک: صنعانی، ۸/ ۲۹۹: «لا ینبغی أن یلی هذا الأمر - یعنی أمر الناس - الا رجل فیہ أربع خصال . . .»  
 ۲. مزنی، شاگرد شافعی، در کتاب مختصر خود که جمع آوری تعالیم شافعی است در ضمن کتاب ادب القضا به تفاوت زن و مرد در قضا اشاره کرده است. نک: ص ۳۹۸: «واصل النساء انه قصر بهن عن اشیاء بلغها الرجال أنهم جعلوا قوامین علیهن و حکاما و مجاهدین . . .»

اگر چه در برخی منابع فقه تطبیقی سده های بعد (مثلاً نک: طوسی، *الخلافا*، ۲۱۳/۶؛ ابن رشد، ۲/۴۵۵؛ ابن قدامه، ۱۱/۳۸۰؛ ابن مرتضی، ۶/۱۱۸)، نظریه یاد شده به ابوحنیفه منتسب گشت، اما در منابع حنفی نشانی از این انتساب نیست. در گزارشی که وکیع (د۳۰۶ق) از رأی ابوحنیفه آورده، واژه «رجل» ذکر شده است<sup>۱</sup>، اگر چه در گزارش هم‌ا‌ز رأی محمد بن حسن شیبانی، شاگرد ابوحنیفه، تنها «عدالت» و «جواز شهادت»، شرط جواز حکم قاضی شمرده شده است (وکیع، ۸۱/۱).

در اواخر سده سوم و اوایل سده چهارم ق.، مبحث قاضی شدن زن در منابع توسعه یافت. نسایی (د۳۰۳ق) با اختصاص بابی از کتاب سنن خود با عنوان «النهی عن استعمال النساء فی الحکم»<sup>۲</sup> به روایت منقول از ابوبکره اکتفا کرد (نسایی، ۲۲۷/۸). همچنین بر اساس نقل منابع فقه تطبیقی سده های بعد، ابن جریر طبری (د۳۱۰ق)، قائل به جواز قاضی شدن زن به طور مطلق شد (نک: طوسی، ابن رشد، ابن قدامه، ابن مرتضی، همانجاها).

در تاریخ فقه، طبری در کنار فقیهانی چون ابن منذر و ابن خزیمه، به عنوان فقیهان «اهل اختیار» معرفی شده اند که نمایندگان اجتهادی آزاد از مذاهب فقهی بودند. البته این آزادی آنان در مبانی فقهی، با التزام به گزینش و به اصطلاح «اختیار» اقوال از مذاهب پیشین محدود می شد و به طور کلی، گرایش نسبت به ابراز فتاوی خاص و بی سابقه نزد آنان دیده نمی شد (نک: پاکتچی، «اسلام، اندیشه های فقهی در سده های ۴-۶ق.»، ۴۵۰). اگر چه ابراز این فتوای شاذ از طبری، تا حدی دور از انتظار است، اما از آنجا که وی فقه مذاهب مختلف را نزد فقیهان همین مذهب فرا گرفته بود و از جمله نزد داوود اصفهانی، بنیان گذار مذهب ظاهری تحصیل کرده بود (نک: ابن ندیم، ۳۲۶-۳۲۷)، و با توجه به ارائه همین دیدگاه در سده پنجم ق. توسط ابن حزم ظاهری (۲۹۵/۱۰-۲۹۶)، تا حدی قول او قابل توجیه خواهد بود. ابن جریر طبری، کتب متعددی در فقه تألیف کرده بود که از جمله آنها کتاب *دب القاضی* است (همانجا). همچنین قاضی عبد الوهاب در کتاب *المعونة*، مناظره ای را نقل کرده است که درباره مسأله قاضی شدن زن، بین قاضی ابوالفرج ابن طرار (د۳۹۰ق)، از پیروان و مروجان مذهب جریری<sup>۳</sup> و قاضی ابوبکر ابن طیب، در مجلس بویه روی داده است (نک: ابن عربی، *القبس*، ۸۷۹/۳؛ قرطبی، ۱۸۳/۱۳).

مستند این دیدگاه علاوه بر فلسفه قضا که به منظور تنفیذ احکام و فصل خصومت از سوی شارع، جعل گشته است و از سوی زن نیز ممکن خواهد بود (قرطبی، همانجا)، قیاس قضا به افتا است (نک:

۱. «لا ینبغی أن یتقاضی الا رجل صدق [صدق] تجوز شهادته».

۲. «نهی از به کار گماردن زنان در قضا».

۳. منسوب به ابن جریر طبری.

ماوردی، *الحاوی الکبیر*، ۱۵۶/۱۶. علاوه بر آن، تلقی قضا به مثابه امر به معروف و نهی از منکر که تفاوتی میان زن و مرد در آن نیست، می تواند مبنایی برای این رأی باشد (نک: ابن حزم، ۲۹۶/۱۰).

از فقیهانی که در سده های بعد به نقد این رأی شاذ پرداخت، ابن عربی، فقیه مالکی سده ششم ق. است. بنا به گفته وی، انتساب قول به جواز قاضی شدن زن به طور مطلق، به طبری صحیح نیست و چه بسا دیدگاه وی، همان قول منقول از ابوحنیفه باشد. از طرفی مذهب ابوحنیفه، درباره «قاضی تحکیم» است و ارتباطی با قاضی منصوب از جانب امام ندارد. به نظر ابن عربی، هیچ فقیهی درباره قاضی منصوب قائل به این دیدگاه نشده است (نک: ابن عربی، *القبس*، ۸۷۹/۳؛ همو، *عارضه الأحنوزی*، ۱۱۹/۹؛ قرطبی، ۱۳/ ۱۸۳؛ برای تحلیل مشابه در فقه متأخر امامیه نک: میرزای قمی، ۶۸۰/۲).

طرح مسأله قاضی شدن زن در منابع فقهی در سده چهارم ق.، فراگیر نبود. به عنوان نمونه ابوالقاسم خرقی (د ۳۳۴ق)، فقیه حنبلی در مختصر خود، شرایط تولیت قاضی را «بلوغ»، «عقل»، «اسلام»، «حریت»، «عدالت»، «علم»، «فقه» و «ورع» دانست (خرقی، ۳۸۰).

در سده پنجم ق. این فرع به طور گسترده در آثار فقیهان از مذاهب مختلف آورده شد. ابوالحسن ماوردی (د ۴۵۰ق)، فقیه شافعی، علاوه بر کتاب مفصل فقهی خود با عنوان *الحاوی الکبیر* (۱۵۶/۱۶) که شرحی بر مختصر مُزنی است، در دو کتاب *أدب القاضی* (۱/ ۶۲۵-۶۲۸) و *نیز الأحکام السلطانیة* (ص ۲۷، ۶۵) که درباره شیوه و الگوی حکومتی اسلام و مسائل و احکام مرتبط به شؤون مختلف حکومت، از جمله مسأله قضا و دادرسی است، یکی از شرایط قاضی را «مرد بودن» دانست و ادله ای از «کتاب»، «سنت» و «استدلال» بر آن اقامه کرد. مبحث ارائه شده توسط وی در مقایسه با منابع سده های بعد، مفصل ترین بحث درباره این مسأله است. علاوه بر او قدوری (ص ۸۴)، فقیه حنفی، و شیخ طوسی، فقیه امامی ساکن بغداد، در کتب *های الخلاف* (۶ / ۲۱۳) و *المبسوط* (۸ / ۱۰۱) متعرض این مسأله شدند.

فقیه دیگر در همین سده که به طرح این مسأله پرداخت و نظر متفاوتی با دیگران داشت، ابن حزم (د ۴۵۶ق)، فقیه ظاهری اندلس بود. وی در کتاب فقهی خود با عنوان *المحلّی*، «کتاب الإمامة» را از «کتاب الأفضیة» و «کتاب الشهادات» تفکیک کرده و دلالت حدیث نبوی منقول از ابوبکره (نک: سطور بعد) را که مورد استناد فقیهانی چون ماوردی قرار گرفته بود منحصر به خلافت - و نه قضا - دانست. در دیدگاه او علاوه بر این که نصی درباره منع زن از قضا در دست نداریم، حدیث نبوی مذکور دلالت بر مسؤول بودن زن دارد و از سوی دیگر عموم آیاتی چون: «خداوند به شما فرمان می دهد که امانتها را صاحبان آنها بازگردانید، و چون بین مردم داوری می کنید دادگرانه داوری کنید . . .» (نساء / ۵۸)، شامل زن نیز می شود. ابن حزم به فعل عمر اشاره می کند که زنی به نام «شفاء» را بر امور بازار گمارد (نک: ابن

حزم، ۱۰ / ۲۳۵، ۲۳۸، ۲۹۵-۲۹۶). البته در برخی منابع، گزارش منقول از عمر را از دسیسه های بدعت گذاران دانسته اند (نک: قرطبی، ۱۳ / ۱۸۳، به نقل از ابن عربی).

### پیشینه بحث در فقه امامیه تا عصر شیخ طوسی

مطالعه در قدیم ترین منابع موجود در فقه امامیه قبل از شیخ طوسی، اعم از مکتب اصحاب حدیث و مکتب متکلمان (نک: الفقه المنسوب للإمام الرضا (ع)، ۲۶۰-۲۶۱؛ ابن بابویه، المقتنع، ۳۹۵-۳۹۶؛ مفید، المقتنعة، ۷۲۱؛ ابوالصلاح حلبی، ۴۲۱؛ سلار، ۲۳۰-۲۳۱؛ طوسی، النهایة، ۳۰۱، ۳۳۷)، فرضیه ای را مطرح می کند مبنی بر این که نخستین بار بحث از قاضی شدن زن، به طور صریح، از سوی شیخ طوسی در دو کتاب الخلاف و المبسوط، به تبع اهل سنت، مطرح گردید.

البته باید توجه داشت برخی منابع فقهی مفصل امامیه در قرن سوم، چون کتاب القضا و آداب الحکام، محمد بن مسعود عیاشی سمرقندی (نک: طوسی، الفهرست، ۳۱۸) در دست نیست. در سده چهارم، اگر چه کتاب های ابن جنید و ابن ابی عقیل عمانی بر جای نمانده، اما آرای این دو فقیه برجسته توسط فقیهان مکتب حله نقل شده است (نک: علامه حلی، سراسر کتاب).

در اواخر قرن چهارم و اوایل سده پنجم هجری که دوره اقتدار سیاسی آل بویه (۳۲۰-۴۴۸ق) بود، شاهد بسط مباحث سیاسی در محافل امامیه هستیم. این اندیشه که اجرای یک سلسله از احکام، چون قضا، پس از پیامبر اکرم (ص) تنها در صلاحیت امامان معصوم (ع) و یا امرای منصوب از جانب ایشان است، ریشه در تعالیم اهل بیت (ع) دارد (برای نمونه نک: حر عاملی، ۱۷/۲۷). بر پایه این نگرش، متکلمانی چون شیخ مفید و ابوالصلاح حلبی، به مسأله «ولایت فقیه» در زمان غیبت پرداختند. این نظریه که قضا یکی از ریاست های دینی است و در دایره نبوت و خلافت (امامی) قرار دارد و در زمان غیبت، با تحقق شرط «امکان»، از سوی امام (ع) به فقیهان شیعه یا به تعبیری «نائب امام» واگذار شده است، در نیمه نخست سده پنجم ق.، از سوی فقیهان امامیه مطرح شد و در مرحله بعد، شروط عمومی قاضی، چون «عقل»، «کمال»، «علم»، «عدالت» و «تقوا» بیان گردید (نک: مفید، المقتنعة، ۷۲۱، ۸۱۰؛ ابوالصلاح حلبی، ۴۲۱، ۴۵۰؛ طوسی، النهایة، ۳۰۱، ۳۳۷).

شیخ مفید و شیخ طوسی با تعبیر: «عاقلاً کاملاً» (مفید، المقتنعة، ۷۲۱؛ طوسی، النهایة، ۳۳۷) و ابوالصلاح حلبی با تعبیر: «اجتماع العقل و الرأی» (ابوالصلاح حلبی، ۴۲۱)، صفت «کمال» را به عنوان یکی از شرایط قاضی ذکر کرده اند، بدون این که نسبت به مرد یا زن بودن قاضی به صراحت اظهار نظر کنند؛ حتی از واژه «رجل» نیز استفاده نکرده اند. شیخ طوسی در المبسوط (۸ / ۱۰۱)، و به تبع او فقیهانی

چون ابن براج (۲/ ۵۹۸-۵۹۹)، ابن حمزه (ص ۲۰۹) و کیدری (ص ۵۲۷)، «کمال» را به «کمال الخلقه» و «کمال الأحكام» تقسیم کرده و دومی را اجتماع ویژگی‌های: «بلوغ»، «عقل»، «حریت» و «ذکورت» دانسته‌اند (برای همین نظر در فقه اهل سنت نک: ابن قدامه، ۱۱/ ۳۸۰). شیخ طوسی در کتاب *الخلاف* (۶/ ۲۱۳-۲۱۴) خود نیز مسأله قاضی شدن زن را به عنوان مسأله ۶ از کتاب آداب القضا مطرح کرد و آرای فقیهان اهل سنت را همراه با ادله مقبول خود آورد.

عبارت‌های وی در دو کتاب *الخلاف* و *المبسوط* به شکل زیر است:

«مسأله ۶: قاضی شدن زن در هیچ یک از احکام جایز نیست. . . دلیل ما این است که جواز قاضی شدن محتاج دلیل است؛ چه قضا، حکمی شرعی است، پس کسی که صلاحیت قضا دارد، نیازمند دلیل شرعی است. و از پیامبر علیه السلام روایت شده است که فرمودند: «گروهی که زنی عهده دار آنها شود رستگار نمی شوند». و فرمودند: «زنان را مؤخر کنید از همان جایی که خداوند آنها را مؤخر کرده است»؛ پس کسی که عهده دار شدن قضا را برای زن جایز می داند، همانا او را مقدم و مرد را مؤخر از او کرده است. و فرمودند: «کسی که در نمازش چیزی را فراموش کرد، پس تسییح بگوید؛ چه همانا تسییح برای مردان و دست زدن برای زنان است». پس همانا پیامبر (ص) او را از سخن گفتن منع کرده است از ترس این که مبادا کسی به وسوسه افتد، پس ممنوع بودن او از قضا که در بردارنده سخن و غیر آن است اولی است» (*الخلاف*، ۶/ ۲۱۳-۲۱۴).

«شرط سوم آن است که در دو چیز کامل باشد: خلقت و احکام. اما کمال خلقت به آن است که بینا باشد . . . و اما کمال احکام به آن است که بالغ، عاقل، آزاد و مرد باشد؛ چه به هیچ وجه قضا برای زن منعقد نمی شود. برخی از آنها (اهل سنت) گفته اند: قاضی شدن زن جایز است. و قول اول صحیح تر است. و کسی که قضای زن را جایز دانسته گفته است: در هر چیزی که شهادت زن در آن مقبول است جایز است و شهادت زن در هر چیزی به جز حدود و قصاص مقبول است» (*المبسوط*، ۸/ ۱۰۱).

### آثار فقهی شیخ طوسی و سبک تألیف آنها

یادکرد صریح مسأله قاضی شدن زن از سوی شیخ طوسی در دو کتاب *الخلاف* و *المبسوط* بر خلاف *النهاية*، ما را به سمت مقایسه و تطبیق میان محتوا و سبک نگارش این کتاب‌ها به منظور تبیین جایگاه دقیق بحث و واقع‌گرایی در برخورد با ادله و تحلیل آنها سوق می دهد.

شیخ طوسی در اوایل ورود به بغداد، هنگام قرائت نزد شیخ مفید، به تألیف کتاب *تهذیب الاحکام* آغاز کرد. این کتاب مجموعه‌ای گسترده از احادیث پیشینیان امامیه بود که در فقه کاربرد عملی داشت. شیخ



طوسی در آن هنگام ۲۳ سال داشت و تألیف این کتاب تا مبحث نماز، در زمان حیات شیخ مفید و از باب نماز مسافر، پس از وفات شیخ مفید بود. ظاهراً تألیف کتاب *الاستبصار* که شرح و بسط جزئی و عملی شیوه‌های برخورد با اختلاف الحدیث است، هنگام تألیف تهذیب صورت گرفته است. پس از آن، وی کتاب *النهایه* را بر اساس مذهب امامیه تصنیف کرد. این کتاب را می‌توان تألیفی در فقه متأثر و سنتی امامیه دانست. سپس به تألیف کتاب *الخلافا* در فقه تطبیقی و پس از آن *المبسوط* در فقه تفریعی پرداخت. شیخ طوسی بعد از فتنه سلجوقیه که منجر به سوزاندن کتابخانه شیعه در بغداد شد، از آن شهر خارج شد. ابتدا به موصل و سپس به نجف اشرف رفت و در آنجا رحل اقامت افکند. تألیف *تفسیر التبیان* در اوایل ورود به نجف بود. شیخ پس از گذشت ۱۲ سال اقامت در آن شهر، وفات یافت (بروجردی، *زبدۃ‌المقال*، ۶۱).

آنچه می‌تواند در تحلیل داده‌های شیخ طوسی درباره مسأله قاضی شدن زن مهم باشد، مقایسه سبک نگارش *النهایه* با کتاب‌های *المبسوط* و *الخلافا* است. کتاب نخست بر پایه روش فقهای متقدم امامیه تألیف شده است، و مؤلف تنها فروعی را ذکر می‌کند که درباره هر کدام از آنها نص خاص موجود است. در واقع شیوه مؤلف، همانند روش قدماست که در تألیفات فقهی خود تنها به بیان مسائل اصلی متلقات از معصوم (ع) پرداخته‌اند؛ مسائلی که از زمان معصومان (ع)، همانند بقچه پیچیده شده، دست به دست گشته تا به مؤلفان این کتاب‌ها رسیده است. شیوه غالب آنها اصرار بر حفظ الفاظ روایات است، به گونه‌ای که ناظر بیرونی گمان می‌برد این فقها، اهل اجتهاد نبوده و از پیشینیان خود تقلید کرده‌اند. اما فروع موجود در کتاب *الخلافا* و *المبسوط* مبتنی بر مسائل مطرح شده در متون اهل سنت است که بر اساس مبانی مقبول در فقه امامیه بدان‌ها پاسخ داده شده است (نک: ابن ادریس، ۱۷۱/۲). شیخ طوسی در مقدمه *المبسوط* (۱/ ۱-۳)، تصریح می‌کند تألیف این کتاب برای ذکر فروعی بوده که نص خاص ندارند و حکم آن‌ها از قواعد اجتهادی برگرفته از روایات و سایر ادله، استنباط می‌شود. در واقع تألیف این کتاب برای پاسخ علمی به سرزنش عالمان سنی بود که فروع فقه امامیه را بسیار اندک و منحصر به موارد مذکور در نص خاص می‌دانستند، در حالی که اعتقاد داشتند، اهل سنت دارای فروع پرشماری هستند که از قیاس و سایر قواعد اجتهادی استنباط کرده‌اند.

نتیجه‌ای که از نظر روش‌شناسی حائز اهمیت است آن است که در روند گسترش مسائل فقهی در میان امامیه، این مسائل بر دو قسم است:

الف. مسائل متلقات از امامان (ع) که در کتب فقهی قدما چون *المقنع ابن بابویه*، *المقنعة شیخ مفید*، *الکافی ابوالصلاح حلبی* و *النهایه شیخ طوسی*، بدون تصرف یا ذکر تفریعات جدید آورده شده است.

ب. مسائل تفریعی مستنبط از مسائل متلقات. اگر چه تشخیص این اقسام و متمایز کردن آنها از یکدیگر نیازمند تتبع فراوان و تأمل دقیق در مسأله است، اما تفکیک آنها می تواند معیاری در اختیار ما قرار دهد تا در مسائلی که درباره آنها روایتی در دست نداریم، به کشف قول معصوم نایل شویم؛ زیرا روایات امامیه منحصر به احادیث موجود در «کتب اربعه» نیست، بلکه بسیاری از آنها در جوامع اولیه موجود بوده که از سوی کلینی، ابن بابویه، و شیخ طوسی روایت نشده است؛ چه بنای آنها بر نقل مسائلی بوده است که طریق مسلسل به راویان آن داشته باشند. بدین ترتیب در فقه امامیه بیش از پانصد مسأله موجود است که با وجود فتوای مشایخ، نصی درباره آنها در دست نیست. در مسائل نوع اول، صرف شهرت قدما، کاشف از وجود نص معتبر نزد آنها خواهد بود، اگر چه در مسائل تفریعی استنباطی، حتی اجماع نیز حجت نخواهد بود و نیازمند بررسی ادله و اعمال قواعد اصولی هستیم (تولایی، «بروجردی»، ۳۲).

بنابراین فروع مذکور در *النهاية* بر *خلاف المبسوط* و *الخلاف*، کاشف از ورود نص خاص در هر کدام از آنهاست (بروجردی، *زبدة المقال*، ۳۷؛ منتظری، ۱ / ۳۳۹-۳۴۰).

### تأملی بر ادله شیخ طوسی

شیخ طوسی در مقدمه *الخلاف* (۴۵/۱)، به روش و ادله مورد استناد خود در بیان مسائل تصریح دارد. ادله موجب علم از دیدگاه او عبارتند از: «ظاهر قرآن»، «سنت قطعی»، «اجماع»، «دلیل خطاب»، «استصحاب حال»، «دلالت اصل»، و «فحوای خطاب». شیخ طوسی در این کتاب به اخبار منقول از پیامبر اکرم (ص) که اهل سنت بدان استناد می کنند، همراه با خبر مروی از پیامبر اکرم (ص) و امامان معصوم (ع) که از سوی امامیه نقل شده است، استناد می کند. البته باید توجه داشت که استناد او به برخی از اخبار نبوی از باب جدل با «خصم» است، نه این که به صحت آن اعتقاد داشته باشد.

با توجه به این مقدمه، پاسخ به چند پرسش و نکته ضروری است:

#### ۱. چرا شیخ طوسی در این مسأله به «اجماع» استناد نکرد؟

باید یادآور شد، شیوه عملی شیخ طوسی در سراسر کتاب *الخلاف*، تمسک به اجماع «طائفه» و «فرقه محقه» است. وی در مقدمه کتاب این نکته را یادآور می شود که مسائل اجماعی را ذکر کرده و به اختصار به اختلافات درون مذهبی امامیه اشاره کرده است (۴۵/۱).

در پاسخ به این سؤال باید گفت، اساساً مسأله قاضی شدن زن از مسائلی نبود که در فقه مأثور امامیه طرح شده باشد و از مسائل متلقات از معصوم (ع) باشد، بلکه مسأله ای بود که طرح و گسترش آن در

محافل اهل سنت رخ داده بود. شیخ طوسی در *الخلافا* این مسأله را ذکر کرده و به اجتهاد در آن پرداخت. جالب توجه این‌که وی در کتاب *المبسوط* که پس از *الخلافا* تألیف کرد، قول به عدم انعقاد قضا برای زن را قول «اصح» شمرد (۸/ ۱۰۱). تعبیر وی با توجه به عبارت: «وقال بعضهم» (همانجا) اشاره به نظر برخی از فقیهان اهل سنت دارد، نه این‌که در بین امامیه اختلاف نظر باشد.

شرط مرد بودن قاضی بعدها در مکتب حله به صراحت از سوی فقیهانی چون محقق حلی (۴/ ۶۸)، علامه حلی (قواعد الاحکام، ۲۰۱) و نیز شهید اول (*اللمعة الدمشقیة*، ۷۹؛ *الدروس*، ۲/ ۶۵)، مطرح شد، به گونه‌ای که به عنوان مسأله‌ای اجماعی تلقی گردید. علامه حلی در کتاب *نهج الحق* (ص ۵۶۲)، این فرع را به عنوان دیدگاه امامیه مطرح کرد و در *مختلف الشیعه* (نک: ۸/ ۳۷۳ به بعد) اساساً آن را مورد بحث قرار نداد. فاضل مقداد (د ۸۲۶ق) از فقیهان همین مکتب، وجه جمع میان قول شیخ طوسی که صفات قاضی را سه چیز قرار داده است: «علم»، «عدالت» و «کمال»، و محقق حلی که آنها را شش چیز می‌داند، بدین گونه بیان می‌کند که عبارت محقق حلی، تفصیل قول شیخ است؛ زیرا «عدالت» شامل «ایمان» و «کمال»، شامل «بلوغ»، «عقل»، «مرد بودن» و «حلال زاده بودن» می‌شود؛ چه زنان از نظر عقل، حظ و دین، ناقصند و زنازاده نیز نجیب نیست (فاضل مقداد، ۴/ ۲۳۵-۲۳۶). به هر حال در عصر صفوی، فقیهانی چون شهید ثانی، به صراحت به اجماع استناد کردند (نک: *الروضه البهیة*، ۳/ ۶۲؛ *مسالك الافهام*، ۱۳/ ۳۲۹). جالب توجه این‌که مقدس اردبیلی، به حق، در وجود اجماع تردید کرد و نظریه را به مشهور نسبت داد (۱۲/ ۱۵).

## ۲. آیه شریفه: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ...» (نساء/ ۳۴).

یکی از ادله مورد استناد ماوردی، فقیه شافعی معاصر طوسی در بغداد است (نک: *الأحكام السلطانية*، ۶۵؛ *الحاوی الکبیر*، ۱۶/ ۱۵۶). در میان فقیهان اهل سنت - در حد منابع یاد شده در مآخذ - تنها ماوردی به این آیه شریفه استناد کرده است. با توجه به این‌که شیوة معهود شیخ طوسی در جا به جای *الخلافا*، تمسک به عموم و ظواهر آیات قرآن است، مگر آنچه که به واسطه دلیل تخصیص یافته، این سؤال مطرح می‌شود که چرا شیخ طوسی به ظاهر این آیه شریفه که بر اساس آن مردان را مسؤول زنان و مدیر آنها شمرده است، استناد نکرد؟

در پاسخ به این پرسش می‌توان گفت غالب مفسران، از جمله شیخ طوسی، با عنایت به سیاق آیه و شأن نزول آن، دلالت آیه را به دایرة خانواده محدود کرده و به معنای «تدبیر» و «تأدیب» اشاره کرده‌اند (نک: طوسی، *التبیان*، ۳/ ۱۸۹؛ نیز نک: ابن ابی شیبیه، ۵/ ۴۱۱؛ طبری، ۵/ ۵۷-۵۸؛ راوندی، ۲/ ۱۹۲؛ قرطبی، ۵/ ۱۶۸-۱۶۹؛ نوری، ۱۴/ ۲۵۹-۲۶۰).

۳. همان‌گونه که شیخ طوسی در مقدمه *الخلافا* یادآور می‌شود، اگر چه «سنت قطعی»، یکی از ادله مورد استناد است، اما بدان معنا نیست که همه احادیث منقول در این کتاب قطعی باشد، بلکه همان‌گونه که ماهیت و سبک احتجاجی و جدلی مباحث تطبیقی اقتضا داشته، بنای شیخ طوسی بر ذکر اخباری بوده است که مخالف عمل بدان را لازم می‌داند. وی این اخبار را با روایت‌هایی که از طریق امامیه از پیامبر اکرم (ص) یا امامان (ع) نقل شده است همراه می‌کند (نک: *الخلافا*، ۴۵/۱).

مهم‌ترین حدیثی که شیخ طوسی در مقام احتجاج بدان استناد جسته، روایت نبوی منقول از ابوبکره است که در مجامیع روایی اهل سنت و نیز کتب سیر و تواریخ، در ضمن گزارش از جریان جنگ جمل ذکر شده است.

ابوبکره (د۵۲ق)، صحابی و یکی از موالی پیامبر (ص) است. بر پایه نقلی تاریخی، مادر او سمیه، اهل زَنَدوَرَد، منطقه‌ای نزدیک واسط بود که کسری پادشاه ایران، او را به ابوالخیر، پادشاه یمن بخشید. ابوبکره در فتح بصره شرکت داشت و پس از آن مقیم آنجا شد. ۱۳۲ حدیث از وی روایت شده است که از میان آنها، پنجم حدیث منفرد در صحیح بخاری و یک حدیث منفرد در صحیح مسلم آمده است (فکرت، ۲۶۱). بنا به گزارش وی، در جریان جنگ جمل، زمانی که خواست به اصحاب جمل ملحق گردد، چون مشاهده کرد عایشه امور را در دست گرفته، به یاد این سخن رسول اکرم (ص) افتاد که هنگامی که به حضرت خیر دادند، اهل فارس پس از هلاک شدن کسری، دختر او را به پادشاهی برداشتند، فرمودند: «گروهی که امر خود را به دست زنی بسپارند هرگز رستگار نخواهند شد»<sup>۱</sup>.

سند حدیث عموماً از طریق مبارک بن فضاله (احمد بن حنبل، ۵۱/۵)، عوف (بخاری، ۱۶۱۰/۴؛ بیهقی، ۹/۳، ۱۱۷/۱۰)، حمید طویل (ترمذی، ۵۲۷/۴؛ نسائی، ۲۲۷/۸) و واقدی (مفید، *الجمل*، ۲۹۷) به حسن بصری (د ۱۱۰ق) ختم می‌گردد؛ همچنین از طریق عبدالرحمان بن ابی بکره نیز روایت شده است (مفید، همانجا؛ برای طرق دیگر نک: قاضی نعمان مغربی، ۳۹۶/۱؛ ابن حزم، ۲۳۵/۱۰؛ ابن ابی الحدید، ۲۲۷/۶). وکیع (۳۲۴/۱)، حدیث نبوی یاد شده را از قول ایاس بن معاویه (د ۱۲۲ق)، قاضی و محدث مشهور بصره که در دوره خلافت عمر بن عبدالعزیز (خلف ۹۹-۱۰۱) به مقام قضا رسید، نقل کرده است. بنابراین محیط انتشار حدیث، بصره است که به عنوان پایگاه اصحاب جمل انتخاب شده بود.

با وجود شهرت حدیث، الفاظ به کار رفته در آن مختلف است؛ علاوه بر آن، اگر چه زمینه صدور حدیث در اغلب گزارش‌ها، جریان پادشاهی دختر کسری بر ایران آمده، اما در روایت واقدی، به ملکه سبا اشاره شده، و در گزارش شیخ طوسی در *تلخیص الشافی* (۱۶۴/۴)، به نحو دیگری آمده است. ابن

۱. «لن یفلح قوم ولّوا أمرهم إمراة».

ابی حدید در گزارشی، جریان را به صورت خبر پیامبر (ص) از آینده که گروهی خارج می‌شوند و در رأس آنها زنی است و هرگز به فلاح نمی‌رسند روایت کرده است (ابن ابی الحدید، ۲۲۷/۶). جالب توجه این‌که در گزارش ابن اثیر که از دیدار حضرت علی (ع) پس از جنگ جمل، با ابوبکره سخن به میان آمده، ضمن تأکید بر علاقه وی به حضرت، علت عدم شرکت در جنگ جمل، بیماری وی ذکر شده است. بنا به نقل ابن اثیر، حضرت علی (ع) عذر او را پذیرفت و حتی ولایت بصره را به وی پیشنهاد کرد که ابوبکره عذر خواست، ولی پذیرفت مشاور حاکمی باشد که حضرت تعیین کند (ابن اثیر، ۲۵۶/۳).

علاوه بر حدیث ابوبکره، شیخ طوسی با ذکر دو روایت منقول از پیامبر اکرم (ص)، بر پایه تفسیری که از آن ارائه می‌دهد، سعی در اثبات نظریه خود دارد. در اولی فرمودند: «زنان را مؤخر کنید از همان جایی که خداوند آنها را مؤخر کرده است»؛ بنابراین جواز قاضی شدن زن، در واقع مقدم داشتن او بر مرد است (الخلاف، ۲۱۴/۶).

در تقریب استدلال بدین روایت می‌توان گفت خداوند زنان را در مقایسه با مرد، به لحاظ ویژگیهای تکوینی، مؤخر قرار داده است و تشریح مطابق و متناسب با تکوین است، از این رو از لحاظ تشریحی نیز می‌بایست در جایگاه و مرتبه‌ای هماهنگ و متناسب با تکوین قرار گیرند که بر اساس حدیث یاد شده (آخرین الله) مرتبه تکوینی آنها نازل تر از مردان است. تأخر تشریحی زنان در مسأله یاد شده، عدم اعطای سلطه قضایی به آنهاست و اعطای سلطه یاد شده آشکارا با (آخرین) منافات دارد.

اگر چه سوق دادن عبارت: «من حیث آخرین الله» در این حدیث به امور تکوینی، خود جای سؤال است، اما تردیدی وجود ندارد که خبر یاد شده از طریق اهل سنت روایت گشته است و در اخبار امامیه موجود نیست (نک: بحرانی، ۱۹۶/۱۱). با وجود آن، غالب فقهای امامیه در مسأله عدم جواز امامت زن برای مرد در نماز، به آن استناد کرده‌اند و مأمور بودن زن به ستر و حیا را مؤید آن دانسته‌اند (برای نمونه نک: علامه حلی، *مختلف الشیعة*، ۱۱۱/۲-۱۱۲؛ صاحب جواهر، ۳۳۶-۳۳۷/۱۳).

مفاد حدیث دوم آن است که پیامبر (ص) فرمودند: «کسی که در نمازش چیزی را فراموش کرد (فاته)، تسبیح بگوید؛ چه همانا تسبیح برای مردان و دست زدن برای زنان است»<sup>۱</sup>. حدیث یاد شده در برخی از منابع با تعبیر «نابه» گزارش شده است و مراد آن است که اگر در نماز با چیزی مواجه شد، مثل سهو امام، اذن گرفتن کسی از او، صحبت کردن شخصی با او و یا در خطر بودن کسی، اگر مرد باشد، «سبحان الله» بگوید و اگر زن باشد با دست برهم زدن، طرف مقابل را آگاه کند (نک: علامه حلی، *تذکرة الفقهاء*، ۲۸۱/۳؛ رافعی، ۱۱۴-۱۱۵؛ بهوتی، ۴۵۹/۱).

۱. «آخرین من حیث آخرین الله».

۲. «من فاته شيء في صلاته فليسيح؛ فان التسبيح للرجال والتصفيق للنساء».

نحوه استدلال شیخ طوسی به حدیث مذکور بدین شکل است که پیامبر(ص)، زن را از سخن گفتن، منع کرده است، از ترس این که مبدا کسی به وسوسه افتد؛ بنابراین به طریق اولی نمی تواند قاضی شود؛ چه قضا نیازمند سخن و غیر آن است (الخلاف، ۶/۲۱۴).

در نقدی بر این استدلال باید گفت مفاد حدیث یاد شده بیان سنتی در نماز به عنوان یکی از مراسم عبادی است که توقیفی و سمعی بوده و باید تابع شارع بود. علاوه بر آن، تعمیم حکم نماز به قضا بر اساس مبانی مقبول در فقه امامیه، نیازمند علت منصوص یا اولویت قطعی است، در حالی که شیخ طوسی روی خوشی به تعلیل نشان نداده و در تاریخ فقه امامیه به عنوان یکی از مخالفان تعلیل شناخته می شود (نک: تولائی، جایگاه تعلیل در فقه امامیه، ۳۸، ۱۸۵). به هر تقدیر آنچه می تواند به عنوان نظر شیخ مطرح شود آن است که وی بر پایه روش جدلی خود به این احادیث استناد کرده است.

شایان ذکر است ابن بابویه (د ۳۸۱ق)، فقیهی از مکتب اخباریان متقدم قم در کتاب *الخصال* (۲/۵۸۵-۵۸۸) و *من لا یحضره* (۴/۲۶۳)، حدیثی را با سلسله سند خود نقل کرده که به طور مستقیم به مسأله قاضی شدن زن پرداخته است. این دو حدیث، مورد استناد شیخ طوسی قرار نگرفت. مفاد حدیث اول که جابر بن یزید جعفی از امام باقر (ع) روایت کرده، شمارش ۷۳ خصلت مربوط به آداب زنان و تفاوت احکام آنها با مردان است که یکی از آنها عدم تولیت قضا از سوی زن است (برای استناد به حدیث مذکور در فقه متأخر امامیه نک: عاملی، ۲۰/۱۵). موضوع حدیث دوم نیز وصایای نبی اکرم (ص) به حضرت علی (ع) است که همانند حدیث قبل، تولیت قضا برای زن نفی شده است.

۴. اصلی ترین دلیل شیخ طوسی در نفی جواز قاضی شدن زن، این است که «قضا» حکم شرعی است و جواز قاضی شدن زن نیازمند دلیل شرعی خواهد بود، و از آنجا که دلیل شرعی برای آن موجود نیست، جایز نخواهد بود (الخلاف، ۶/۲۱۳).

این دلیل با استدلالی که در مبحث معاملات، برای نفی مشروعیت برخی از عقود می آورد، قابل مقایسه است. از نظر شیخ طوسی، «عقد» حکمی شرعی است و تنها با دلالت شرع ثابت می شود؛ از این رو داد و ستد محقرات (کالاهای کم ارزش)، به جهت فقدان دلیل شرعی، بیع نبوده، بلکه اباحه است (همان، ۳/۴۱). معاملات چون «شرکت وجوه» نیز به همین دلیل، فاقد مشروعیت خواهد بود (همان، ۳/۳۳۱-۳۳۲).

در تحلیلی بر این دلیل، با عنایت به استناد شیخ طوسی به دلالت اصل (اصل اباحه یا اصل جواز) در جابه جای *الخلاف*، باید متذکر گردید، قضا یکی از مناصب شرعی است که تحقق آن در خارج به «جعل» نیاز دارد (برای سامان دهی این مبحث در فقه معاصر امامیه نک: بروجردی، *القضاء*، ۶۰)، و از آنجا که

قدر متیقن از ادله نصب فقیه به عنوان قاضی در زمان غیبت، مرد است، و حتی در برخی از روایات از واژه «رجل» استفاده شده است (برای نمونه نک: حر عاملی، ۲۷/۱۳-۱۴، ۱۳۹)،<sup>۱</sup> نمی‌توان به اطلاق ادله دیگر استناد جست (برای رد این نظریه نک: انصاری، ۲۲۹). علاوه بر آن، مضمون ادله ای چون آیه شریفه: «خداوند به شما فرمان می‌دهد که امانتها را به صاحبان آنها بازگردانید، و چون بین مردم داوری می‌کنید دادگرانه داوری کنید . . .» (نساء/۵۸)، در صدد بیان کیفیت قضا است و نمی‌توان برای اثبات شرایط قاضی، چونان زن بودن او، بدان تکیه کرد. بدین ترتیب، دست کم درباره قاضی شدن زن، شک داریم و اصل تأسیس شده در باب قضا، عدم نفوذ و عدم اذن است. در پایان باید افزود شیخ طوسی، در طرح مسأله «قاضی تحکیم»، با استفاده از کلمه «برجل من الرعیه»، به اخبار نصب قاضی استناد می‌کند و این اخبار را بدون اختلاف جایز می‌داند (الخلاف، ۶/۲۴۱-۲۴۲).

استناد به نصوص نصب در زمان غیبت، در عهد ملا احمد نراقی (د ۱۲۴۵ق) و صاحب جواهر (د ۱۲۶۶ق)، به تبع گسترش بحث «ولایت فقیه»، توسعه یافت و پس از اجماع که در مکتب حله بیان شده بود، به عنوان مهمترین دلیل مطرح گشت (نک: نراقی، ۱۷/۳۵؛ صاحب جواهر، ۴۰/۱۴). قول معروف در بین امامیه در سده های بعد این بود که قضا یکی از مناصب شرعی است و تحقق آن در خارج، نیاز به جعل و نصب از سوی رسول اکرم (ص) یا امام معصوم (ع)، به طور خاص یا عام دارد و همانند وجوب امر به معروف و نهی از منکر نیست (برای نمونه نک: خوانساری، ۸/۶).

## نتیجه

مطالعه و بررسی درباره موضوع قاضی شدن زن در فقه اگر چه جدید نیست، اما می‌تواند با روش‌های گوناگون در حوزه مطالعات اسلامی انجام گیرد. روشی که چارچوب این مقاله پژوهشی را تشکیل می‌دهد، روش تاریخی است و می‌تواند الگویی برای سایر تحقیقات فقهی باشد. شیخ طوسی به عنوان نقطه عطفی در تاریخ فقه امامیه در گسترش کمی و کیفی فقه نقش زیادی داشته است. تمرکز بر روش طرح مسأله، چینش داده‌ها، ارائه مبانی و نتایج حاصله از آن در مسأله قاضی شدن زن در فقه او، با در نظر داشتن سیر تاریخی بحث، «صورت» مناسبی برای پرداختن به «محتوا» و تحلیل مسأله بر اساس مبانی اصولی به شیوه فقه جواهری، در سایر مباحث و مسائل فقهی فراهم می‌کند.

۱. مثلاً روایت ابو خدیجه، سالم بن مکرّم جمال: «اجعلوا بینکم رجلاً قد عرف حلالنا و حرامنا . . .» یا «لکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایا نا . . .».

مسأله قاضی شدن زن در فقه را باید از جمله احکام اجتماعی و عمومی محسوب داشت که موضوع آن در واقع جامعه بوده و فرد از آن حیث که جزئی از جامعه است، مخاطب قرار گرفته است. از سوی دیگر روش معهود شارع مقدس در بیان این احکام، ذکر مستقیم به طور صریح یا دست کم ظاهر است، به گونه ای که هرگونه ابهام یا اجمال در بیان این احکام و جزئیات مربوط به آن که در مقام استنباط بر فهم فقیه تأثیر گذارد و مستلزم خللی در نظام حقوقی یا جزایی جامعه گردد، قابل تکیه نیست (نک: شمس الدین، ۸۴-۸۵، ۸۸). از این رو در جزئیاتی که با ابهام یا اجمال روبرو می گردیم، معقول ترین راه، تمسک به کتاب الله و مسائل مأثور متلقات از معصومان (ع) و اخذ به کلیات مستنبط از آن است.

### منابع

قرآن کریم.

- ابن ابی الحدید، شرح نهج البلاغه، به کوشش محمد ابوالفضل ابراهیم، قاهره، ۱۳۸۵ق/۱۹۶۵م.
- ابن ابی شیبیه، عبدالله (د۲۳۵ق)، المصنف، به کوشش کمال یوسف حوت، ریاض، ۱۴۰۹ق.
- ابن اثیر، علی، الکامل فی التاریخ، بیروت، ۱۳۹۹ق/۱۹۷۹م.
- ابن ادریس حلی، محمد، السرائر، قم، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد، الخصال، به کوشش علی اکبر غفاری، تهران، ۱۳۸۹ق/۱۳۴۸م.
- \_\_\_\_\_، المقنع، قم، ۱۴۱۵ق.
- \_\_\_\_\_، من لا یحضره الفقیه، به کوشش سید حسن موسوی خراسان، نجف، ۱۳۷۸ق.
- ابن براج، عبدالعزیز، المهدب، قم، ۱۴۰۶ق.
- ابن حزم، علی، المحلی، بیروت، ۱۴۱۸ق/۱۹۹۷م.
- ابن حمزه، محمد، الوسیلة، به کوشش محمد حسون، قم، ۱۴۰۸ق.
- ابن رشد، محمد، بدایة المجتهد، ۱۳۸۶ق/۱۹۶۶م.
- ابن طاووس، علی، کشف المهجة، به کوشش محمد حسون، قم، ۱۴۱۷ق/۱۳۷۵.
- ابن عابدین، محمد، رد المحتار (حاشیه)، مصر، ۱۳۸۶ق/۱۹۶۶م.
- ابن عربی، محمد، عارضة الاحوذی، دارالعلم، بی تا.
- \_\_\_\_\_، القبس، به کوشش محمد عبدالله ولد کریم، بیروت، ۱۹۹۲م.
- ابن قاسم، عبد الحمان، المدونة الكبرى، قاهره، ۱۳۲۳ق.



- ابن قدامه مقدسی، عبدالله، المغنی، بیروت، ۱۳۹۲ق/۱۹۷۲م.
- ابن مرتضی، احمد، البحر الزخار، به کوشش عبدالله جرافی، بیروت، ۱۳۹۴ق/۱۹۷۵م.
- ابن منذر، محمد، الاقناع، به کوشش عبدالله جبرین، ریاض، ۱۴۱۸ق.
- ابن ندیم، محد بن اسحاق، الفهرست، بیروت، دارالمعرفة.
- ابوالصلاح حلبی، الکافی، به کوشش رضا استادی، اصفهان، ۱۴۰۳ق.
- احمد بن حنبل، مسند، بیروت، دارصادر.
- انصاری، مرتضی، القضاء و الشهادات، قم، ۱۴۱۵ق.
- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، به کوشش محمد تقی ایروانی، قم، منشورات جماعة المدرسین.
- بخاری، محمد، صحیح، به کوشش مصطفی دیب بغا، بیروت، ۱۴۰۷ق/۱۹۸۷م.
- بروجردی، حسین، البدر الزاهر، تقریرات به قلم حسینعلی منتظری، قم، ۱۳۶۲.
- \_\_\_\_\_، زیادة المقال، تقریرات به قلم سید عباس حسینی قزوینی (ابوترابی)، قم، ۱۳۷۲ش/۱۴۱۴ق.
- \_\_\_\_\_، «القضاء»، تقریرات به قلم سید عبدالرسول شریعتمداری جهرمی، چاپ شده ضمن شکوه فقاهت، قم، ۱۳۷۹.
- بهوتی، منصور، کشف القناع، به کوشش ابو عبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعیل شافعی، بیروت، ۱۴۱۸ق/۱۹۹۷م.
- بیهقی، احمد، السنن الکبری، به کوشش محمد عبدالقادر عطا، مکه، ۱۴۱۴ق/۱۹۹۴م.
- پاکتچی، احمد، «اسلام، اندیشه های کلامی در سده نخست هجری»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۸.
- \_\_\_\_\_، «اسلام، سیر اندیشه های فقهی در تاریخ اسلام»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۸.
- ترمذی، محمد، سنن، به کوشش احمد محمد شاکر و دیگران، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
- تولایی، علی، «بروجردی»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۱۲.
- \_\_\_\_\_، جایگاه تعلیل در فقه امامیه، رساله برای اخذ درجه دکتری در رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، به راهنمایی دکتر محمد حسن حائری، دانشکده الهیات، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۴.
- ثعالبی، عبدالملک، ثمار القلوب، به کوشش محمد ابوالفضل ابراهیم، قاهره، ۱۳۸۴ق/۱۹۶۵م.
- حرعاملی، محمد، وسائل الشیعه، قم، ۱۴۱۲ق.
- حسام شهید، عمر، شرح ادب القاضی للامام ابی بکر احمد بن عمر الخصاص، به کوشش ابوالوفا افغانی و ابوبکر محمد هاشمی، بیروت، ۱۴۱۴ق/۱۹۹۴م.
- حسینی خطیب، عبدالزهراء، مصادر نهج البلاغه و اسانیده، بیروت، ۱۴۹۵ق/۱۹۷۵م.
- خرقی، عمر، «مختصر»، همراه المغنی ابن قدامه، ج ۱۱.

- خوارزمی، محمد، جامع مسانید الامام الاعظم، حیدرآباد دکن، ١٣٣٢ق.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک، تهران، ١٤٠٥ق/١٣٦٤م.
- دائرة المعارف بزرگ اسلامی، زیر نظر کاظم موسوی بجنوردی، تهران، ج ٥، ١٣٧٢؛ ج ٧، ١٣٧٧؛ ج ٨، ١٣٧٧ش، ج ١٢، ١٣٨٣.
- رافعی، عبدالکریم، فتح العزیز شرح الوجیز، دارالفکر.
- راوندی، سعید، فقه القرآن، به کوشش سید احمد حسینی، قم، ١٣٩٧ق.
- سلار دیلمی، حمزه، المراسم العلویه، به کوشش سید محسن حسینی امینی، بیروت، ١٩٩٤م/١٤١٤ق.
- شریف رضی، حقائق التأویل، به کوشش محمد رضا آل کاشف الغطا، تهران، ١٤٠٦ق.
- شمس الدین، محمد مهدی، أهلیة المرأة لتولی السلطنة، بیروت، ١٩٩٥م.
- شهید اول، محمد، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، قم، ١٤١٤ق.
- \_\_\_\_\_، اللمعة دمشقیة، قم، ١٤١١ق.
- شهید ثانی، زین الدین، الروضة البهیة (شرح اللمعة)، به کوشش محمد کلانتر، بیروت، مؤسسة الاعلمی.
- \_\_\_\_\_، مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، ١٤١٤ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام، به کوشش محمود قوچانی، تهران، ١٣٩٤ق/١٩٨١م.
- صنعانی، عبدالرزاق، المصنف، به کوشش حبیب الرحمان اعظمی، بیروت، ١٤٠٣ق/١٩٨٣م.
- طبری، محمد بن جریر، تفسیر، بیروت، ١٤٠٥ق.
- طوسی، محمد، التبیان، به کوشش احمد حبیب قصیر العاملی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- \_\_\_\_\_، تلخیص الشافی، به کوشش سید حسین بحر العلوم، قم، ١٣٩٤/١٣٧٤.
- \_\_\_\_\_، الخلاف، به کوشش علی خراسانی و دیگران، قم، ١٤١٥ق.
- \_\_\_\_\_، الفهرست، به کوشش محمود رامیار، مشهد، ١٣٥١ق.
- \_\_\_\_\_، المبسوط، به کوشش محمد تقی کشفی، تهران، ١٣٧٨ق.
- \_\_\_\_\_، النهایة، بیروت، ١٣٩٠ق/١٩٧٠م.
- عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامت، به کوشش علی اصغر مروارید، بیروت، ١٤١٨ق/١٩٩٨م.
- عرشی، امتیاز علی خان، استناد نهج البلاغه، ترجمه، تعلیقات و حواشی از سید مرتضی آیت الله زاده شیرازی، امیرکبیر، ١٣٦٣.
- علامه حلی، حسن، تذکرة الفقهاء، قم، ١٤١٤ق.
- \_\_\_\_\_، قواعد الاحکام، قم، منشورات الرضی.
- \_\_\_\_\_، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم، ١٤١٦ق/١٣٧٤ش.
- \_\_\_\_\_، نهج الحق و کشف الصدق، با تعلیق عین الله حسینی ارموی، قم، ١٤٠٧ق.

- علی، جواد، *المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام*، بیروت/بغداد، ۱۹۷۰م.
- غنیمی، عبدالغنی، *اللباب فی شرح الكتاب*، به کوشش محمد محیی‌الدین عبدالحمید، قاهره.
- فاضل مقداد سیوری، *التنقیح الرائع*، به کوشش سید عبداللطیف حسینی کوه کمری، قم، ۱۴۰۴ق.
- الفقه المنسوب للإمام الرضا (ع)*، مشهد، ۱۴۰۶ق.
- فکرت، محمد آصف، «ابوبکر»، *دائرة المعارف بزرگ اسلامی*، ج ۵.
- قاضی نعمان مغربی، *شرح الاخبار*، به کوشش سید محمد حسین جلالی، قم، ۱۴۰۹ق.
- قدوری، احمد، «مختصر»، همراه اللباب غنیمی.
- قرطبی، محمد، *تفسیر*، به کوشش احمد عبدالعلیم بردونی، قاهره، ۱۳۷۲.
- کاسانی، ابوبکر، *بدائع الصنائع*، بیروت، ۱۳۹۴ق/۱۹۷۴م.
- کیدری، محمد، *إصباح الشیبه*، به کوشش ابراهیم بهادری، قم، ۱۴۱۶ق.
- ماوردی، علی، *الاحکام السلطانیة و الولايات الدینیة*، قاهره، ۱۳۸۰ق/۱۹۶۰م.
- \_\_\_\_\_، *ادب القاضی*، به کوشش محیی هلال سرحان، بغداد، ۱۳۹۲ق/۱۹۷۳م.
- \_\_\_\_\_، *الحاوی الکبیر*، به کوشش علی محمد معوض و عادل احمد عبدال موجود، بیروت، ۱۴۱۴ق/۱۹۹۴م.
- محقق حلّی، جعفر، *سرائع الاسلام*، به کوشش عبدالحسین محمد علی، نجف، ۱۳۸۹ق/۱۹۶۹م.
- مرغینانی، علی، *الهدایة شرح بدایة المبتدی*، به کوشش محمد عدنان درویش، بیروت، شرکت دارالرقم.
- مفید، محمد، *الجمال*، به کوشش سید علی میرشریفی، قم، ۱۴۱۶ق/۱۳۷۴.
- \_\_\_\_\_، *المقنعة*، قم، ۱۴۱۰ق.
- مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، به کوشش آقامجتبی عراقی و دیگران، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- منتظری، حسین علی، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة*، قم، ۱۴۰۸ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم، *جامع الشتات*، تهران، منشورات شرکت الرضوان.
- نجاشی، احمد، *رجال*، به کوشش موسی شبیری زنجانی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- نراقی، احمد، *مستند الشیعة*، قم، ۱۴۱۹ق.
- نسائی، احمد، *سنن*، همراه با شرح سیوطی و حاشیه سندی، بیروت، ۱۳۴۸ق/۱۹۳۰م.
- نوری، حسین، *مستدرک الوسائل*، قم، ۱۴۰۸ق/۱۹۸۷م.
- نهج البلاغة*، با شرح محمد عبده، به کوشش حسین اعلمی، بیروت، ۱۴۱۳ق/۱۹۹۳م.

وكيع، محمد، اخبار القضاة، به كوشش عبدالعزيز مصطفى مراغى، قاهره، ١٣٦٦ق/١٩٤٧م.  
يعقوبى، احمد، تاريخ اليعقوبى، بيروت، ١٣٧٥ق/١٩٥٥م.