

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولي المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولي المرأة القضاء في الفقه الإسلامي بحث مقارن

القسم الأول
بقلم الأستاذ / يحي رامز كوكش *

ملخص

تناول هذا البحث موضوع فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولي المرأة منصب القضاء في الشريعة الإسلامية. وبعد الاطلاع على آراء الفقهاء في هذه المسألة الخطيرة- القديمة الحديثة- توصلت إلى:

جواز تولي المرأة منصب القضاء إذا توفرت فيها الشروط الشرعية المتفق عليها إضافة إلى القدرة والكفاءة وعند الحاجة والضرورة.

- إن الذكورة ليست شرطاً عند كثير من الفقهاء القدماء والمحدثين، كما انهم لم يتفقوا على أن القضاء من الولايات العامة.

(*) أستاذ مساعد في كلية حسام الدين بجامعة البلقاء بالمملكة الأردنية الهاشمية.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

- تولية المرأة وعدم توليتها لمنصب القضاء هو حكم اجتهادي يتسع للرأي والرأي الآخر لتباين آراء الفقهاء.

- الأوثة كما ذهب البعض ليست علة لمنع توليتها هذا المنصب، وإنما هي وصف طردي لا تأثير له، بل مناط ذلك كله القدرة والكفاءة وإن الاختلاف يرجع إلى تحقيق النظر والتكييف في الأدلة.

- إن تغير طرق القضاء وأساليبه وتعدد مناحيه يعين ويجعل لنا مندوحة قوية للنظر في أقوال العلماء الذين نظروا للواقع وأجازوا للمرأة تولي هذا المنصب بالشروط الشرعية.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد الرسل أجمعين.

علم القضاء من أهم العلوم الشرعية علمياً وعملياً، وضع الفقهاء قواعده الأساسية بناءً على مصادر الشريعة وبينوا أنه قائم على منهج رباني لإقامة العدل بين الناس.

وقد نشأ القضاء مع وجود المجتمع البشري وقد أرسل الله الأنبياء والرسل صلوات الله وسلامه عليهم ليمارسوا القضاء ويطبقوا شرع الله ولينتشر الأمن والعدل والسلام بين الناس.

ولأهمية ذلك بين الفقهاء الشروط والمؤهلات التي يجب أن تتوفر في القاضي من علم وخبرة وضوابط لتولي هذا المنصب.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولي المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

مشكلة البحث :

- ١- اشتراط بعض المذاهب شرط الذكورة لتولي القضاء وعدم جواز السماح للمرأة بتولي هذا المنصب.
- ٢- هل تغير الزمان والمكان وتغير أساليب القضاء ونظامه يعين المرأة ويسعفها في تولي هذا المنصب.
- ٣- هل الأثوثة هي العلة أم هي وصف مطرد، ويكفي العلم والقدرة والكفاءة.

الدراسات السابقة :

لا ينكر الباحث أن هذه المسألة قديمة حديثة وهناك مجموعة من الدراسات الحديثة المتفرقة في عناوينها نشرت في كتب ورسائل، منها ما كتبه الدكتور بلتاجي في مؤلفه مكانة المرأة في القرآن والسنة، والمرأة والحقوق السياسية في الإسلام لمجيد أبو حجير، ونظام القضاء في الإسلام، محمد جمال عواد، ومذكرات ستانسل، أقيت في كلية الشريعة والقانون على طلاب الدراسات العليا، جامعة الأزهر عام ١٩٨١م، الدكتور كمال أبو المعاطي وزميله وغيرها من الدراسات التي أشرت إليها من خلال البحث والمراجع، وهي دراسات موسعة بين مجيز ومانع أفدت منها واستفدت، وأعطتني زاداً للقيام بكتابة هذا البحث للفائدة. وجمعت آراء الفقهاء والعلماء وتوصلت إلى خلاصة أبرزتها واعتمدها مساهمة في كتابة عصرية تعالج هذه المشكلة مبيناً سعة وشمول وكمال الشريعة الإسلامية.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

منهج البحث:

استخدم الباحث المنهج الاستقرائي الذي يتمثل في جمع آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشة هذه الأدلة وتحليلها واستخلاص الآراء، وذلك في تمهيد ومبحث وخاتمة.

التمهيد : وفيه مطلبان.

المطلب الأول : تعريف القضاء لغة وشرعاً.

المطلب الثاني : شروط القاضي، وصفاته، وحكم توليه القضاء.

المبحث الأول : شرط الذكورة في تولي القضاء.

أولاً : مذهب الذين لم يشترطوا الذكورة إلا في الحدود والقصاص.

ثانياً: مذهب ابن حزم و الطبري، وابن القاسم الذين ذهبوا إلى جواز تولية قضاء المرأة.

ثالثاً: مذهب جمهور المالكية والشافعية والحنابلة الذين اشترطوا الذكورة في تولي منصب القضاء.

وأخيراً الخاتمة وأهم النتائج.

التمهيد.

المطلب الأول : تعريف القضاء لغة وشرعاً.

المطلب الثاني : شروط القاضي، وصفاته، وحكم توليه القضاء.

المطلب الأول : تعريف القضاء لغة وشرعاً.

تعريف القضاء لغة: يطلق القضاء في اللغة على الحكم، والجمع

أقضية، وهو عند أهل الحجاز: القاطع للأمور، المحكم لها، وقضاء

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي الشيء: إحكامه وإمضاؤه والفراغ منه^١، فهو فصل الأمر قولاً وعملاً، هذا وجميع المشتقات تدور حول معنى واحد وهو: الفصل والحسم في الأمر.

تعريف القضاء اصطلاحاً:

- ١- مذهب الحنفية: القضاء هو الإلزام وفصل الخصومات وقطع المنازعات^٢.
- ٢- مذهب المالكية: القضاء هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام^٣.
- ٣- مذهب الشافعية: القضاء هو إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه^٤.
- ٤- مذهب الحنابلة: القضاء هو النظر بين المترافعين له للإلزام وفصل الخصومات^٥.

^١ ابن منظور، لسان العرب، ١/١٨٦-١٨٨، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ص ٨٩٣، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص ١٧٨، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ص ٦٧٤ - ٦٧٥.

^٢ -العيني، البناية، شرح الهداية، ٣/٩، الكاساني، بدائع الصنائع ٤/٧، ابن نجيم، البحر الرائق، ٦/٢٧٧، الطرابلسي، معين الأحكام ص ٦.

^٣ - الدردير، الشرح الصغير ٥/٤٩٥، ابن فرحون، تبصرة الأحكام، ١/٨، الخطاب، مواهب الجليل ٦/٨٦.

^٤ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٤/٣٧٢.

^٥ - ابن المفليح، المبدع في شرح المقتع ٣/١، المرادي، الإتصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١١/١٥٤.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

العلاقة بين التعريف الفقهي والتعريف اللغوي :

إن الناظر في هذه التعريفات وإن اختلفت عباراتهم فذلك تبعاً للتعريف الفقهي لكل منهم، وتبعاً لموضوعات البحث عندهم، فمن كان بحثه منصباً على عمل القاضي كان لهذه الكلمة معناها عند الفقهاء، فإن أصل المعنى اللغوي بقي ظاهراً في تعريفاتهم يجمع بينهما أنها فيها معنى الإحكام والإلزام والفصل والتقدير وإنهاء الأمر وإتمامه. وبالتالي فإن المعنى الشرعي لا يخرج عن إخبار القاضي في مجلس القضاء عن حكم الشرع الإسلامي فيما يعرض عليه من الدعاوى على سبيل الإلزام لقطع النزاعات^١.

المطلب الثاني : شروط القاضي وصفاته وحكم تولية القضاء:

١ - مذهب الحنفية: لا تصح ولاية القاضي حتى تجتمع في المولى شرائط الشهادة، لأن القضاء ولاية كالشهادة، وذكرها منها العقل والبلوغ والإسلام والحرية والسمع والنطق والسلامة عن حد القذف^٢.

^١ - ياسين، نظرية الدعوى، ٤٧/١، سمارة، الإدارة والقضاء الإداري في الإسلام، ص ٢٢.

^٢ - الزيلعي، تبيين الحقائق ٨٠/٥، العيني، البناية ٤/٩ - ٦، ابن نجيم، البحر الرائق ٢٨٣/٦، ابن عابدين، رد المحتار، ٢٩٨/٤، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٢٥٣/٧.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

٢ - مذهب المالكية: قال الإمام الباجي أبو الوليد: فأما صفاته في

نفسه فإن يكون ذكراً بالغاً واحداً مفرداً بصيراً مسلماً عدلاً^١.

٣ - مذهب الشافعية: وشرط القاضي عندهم: أن يكون مسلماً بصيراً

مجتهداً عدلاً سميعاً ناطقاً^٢.

٤ - مذهب الحنابلة: وشرط القاضي عندهم أن يكون عاقلاً ذكراً

مسلماً بصيراً مجتهداً عدلاً سميعاً ناطقاً وهي شروط كمال

للأحكام وشروط كمال للخليفة، وشروط كمال للرأي وتمام العقل

والفطنة^٣.

هذا واشترط ابن حزم الإسلام والبلوغ والعقل والعلم

بأحكام القرآن والسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ^٤.

^١- الباجي، المنتقى، ١٨٢/٥، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/٤٦٠، ابن فرحون،

تبصرة الأحكام ١/١٨، الكشناوي، أسهل المدارك ٣/١٩٤، الشنقيطي،

مواهب الجليل من أدلة خليل ٤/٢٠٠.

^٢- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٤/٣٧٤، الكوهجي، زاد المحتاج، ٤/

٥١٢، العجيلي، حاشية الجمل، ٨/٣٥٦-٣٥٧، النووي، روضة الطالبين

١١/٩٤، الرافعي، العزيز شرح الوجيز ١٢/٤١٥، الماوردي، الحاوي

٢٠/٢٢٠.

^٣- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ٦/٢٩٤ - ٢٩٥، ابن قدامة

المغني، ١١/٣٨١، ابن مفلح، المبدع، ١٠/٩.

^٤- ابن حزم، المحلى ٩/ص ٣٦٣.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

حكم تولى القضاء :

ذكر الفقهاء بأنه فرض كفاية، ولا خلاف بأن القيام به واجب فهو من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فإن قام به البعض سقط الإثم عن الباقيين وإلا أثم الجميع ما لم يكن إمام المسلمين قد تولاه بنفسه، فإن تولاه رفع الإثم عن الجميع، فكان نصب القاضي ضرورة في حق الصالحين^١.

المبحث الأول

آراء الفقهاء في شرط الذكورة

١ - اختلف الفقهاء في كون الذكورة شرطاً في القضاء، ونبين آراءهم في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إن الذكورة ليست من شروط جواز تقلد القضاء، ويجوز للمرأة أن تولى القضاء إلا أنها لا تقضي في قود أو حد (الحدود والقصاص).

المطلب الثاني: يجوز تولى المرأة القضاء مطلقاً.

^١ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٧/٢، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/٢٦٠، العيني، البناية، ١٠/٩، الكاندهلوي، أوجز المسالك ١٢/٨٩، الكشناوي، أسهل المدارك ٣/١٩٤، الكوهجي، زاد المحتاج، ٤/٥١٠، الماوردي، الحاوي ٢٠/٥٧، العجيلي، حاشية الجمل ٨/٣٥٤، النووي، روضة الطالبين ١١/٩٢، الرافعي، العزيز شرح الوجيز ١٢/٤٠٥، ابن مفلح، المبدع، ٦/١٠، ابن قدامة، المغني ١١/، ٣٧٤، الطرابلسي، معين الأحكام ٧.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: لا يجوز للمرأة أن تتولى القضاء، ويأثم الحاكم إذا ولاها هذا المنصب، ولا ينفذ قضاؤها لأن الذكورة شرط جواز وصحة.

المطلب الأول:

جواز تقليد المرأة القضاء إلا أنها لا تقضي في الحدود والقصاص (وتحقيق مذهب الكمال بن همام).

ذهب الحنفية إلى أن الذكورة ليست من شروط جواز تقليد القضاء، ويجوز للمرأة أن تتولى القضاء إلا أنها لا تقضي في قود أو حد (الحدود والقصاص) واستدلوا على مذهبهم بما يلي:

١ - القضاء والشهادة من باب واحد، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة، ومن كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء^١ إلا أنها لا تقضي في حد أو قود لشبهة البدلية^٢، وبالتالي فمن صحت شهادته صح قضاؤه. وقد أوضح الحنفية قولهم هذا بأن حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير كما أن كل منهما إلزام، فالشهادة ملزمة على القاضي، والقضاء ملزم على الخصم، لكن ليس المراد أن القضاء مبني على الشهادة ليلزم منه.

^١ - الزيلعي، تبين الحقائق، ٥/١٠٦، ٨١ - ١٠٧، العيني، البداية ٩/٦، ابن نجيم، البحر الرائق ٦/٢٨٣، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/٢٥٣، حاشية ابن عابدين ٤/٢٩٨.

^٢ - الزيلعي، تبين الحقائق ٥/٨١، ١٠٦ - ١٠٧.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

إن كل واحد منهما إلزام، فالشهادة ملزمة على القاضي، والقضاء ملزم على الخصم، فكل من كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للقضاء فهما من باب واحد، لكن ليس المراد أن القضاء مبني على الشهادة ليلزم منه بناء القوي على الضعيف، وإنما المراد أنهما يرجعان لشيء واحد، وهو أن يكون حراً مسلماً عدلاً.... لا أن حكمه مبني على حكمها، وبما أن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس فعرف أوصافه بأوصافها، كما أن الشهادة توجد بدون القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة، فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه^١.

٢ - بما أن المرأة يصح لها أن تكون وصية على اليتامى وأن تكون ناظرة على الوقف، فكذا يصح لها أن تكون قاضية في غير حد و قود بجامع الولاية في كل^٢.

٣ - إن كل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكماً فيه ومن لا فلا، والمرأة تصلح حكماً، لأن الحكم في حق المحكمين بمنزلة القاضي، والقاعدة عندهم، أن كل من صلح شاهداً صلح قاضياً

^١- ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/٢٥٣، العيني، البناية ٩/٤-٦، ابن نجيم، البحر الرائق ٦/٢٨٣، حاشية ابن عابدين ٤/٢٩٨، الشوكاني، نيل الأوطار ٨/١٦٨، وانظر ابن رشد، بداية المجتهد ٢/٤٦٠، ابن حجر، فتح الباري شرح البخاري ٥/٣٢٧٢، حيث نقلنا شهادة النساء في الديون والأموال.

^٢- ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/٢٩٨ - ٢٩٩.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

ومن لا فلا ثم أننا نعتبر كونه أهلاً للشهادة في حالتين: حالة التحكيم ووقت الحكم حتى إذا لم يكن من أهل الشهادة وقت التحكيم ثم صار من أهل الشهادة وقت الحكم لا يصير حكماً^١.

٤ - إن حديث رسول الله ﷺ "لن يفلح قوم قط ولوا أمرهم امرأة"^٢، محمول على الوظائف الرئاسية والولايات العامة و الأمور العامة كالخليفة - فلا تمنع من القضاء^٣ لأنه ليس في الشرع سوى نقصان عقلها، و معلوم انه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية بدليل صلاحيتها كشاهدة أو ناظرة في الوقف ووصية على الأيتام^٤.

٥ - عن أبي سعيد الخدري - خرج رسول الله ﷺ في أضحى أو فطر إلى المصلى فمر على النساء فقال: يا معشر النساء تصدقن، فباني رأيتكن أكثر أهل النار، فقلن: و لم يا رسول الله؟ قال: تكثرن اللعن وتكفرن العشير، ما رأيت ناقصات عقل ودين اذهب لب الرجل الحازم من إحدائكن، قلن: وما نقص ديننا وعقلنا يا رسول الله؟ قال: أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟

١- الطرابلسي، معين الحكام، ص ٢٤، وانظر الماوردي، الحاوي ٢٠ / ٢٢٠.

٢- ابن حجر، فتح الباري شرح البخاري ١٤ / ٨٧٩٦.

٣- انظر المحلى لابن حزم ٩ / ١٢٩ - ١٣٠.

٤- ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧ / ٢٨٩ - ٢٩٩.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

قلن بلى، قال: فذلك من نقصان عقلها. أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم؟ قلت: بلى، قال: فذلك من نقصان دينها^١.

واستدلوا من هذا الحديث إن هذه الصفات لا تسلب عنها الأهلية، فإذا وليت يحق فلماذا يبطل ذلك الحق؟ إن القرآن الكريم في آية الشهادة قد عالج النسيان بالتذكير وهذا كما يحدث في الشهادة يمكن أن يحدث في القضاء ثم إن في شهادة الرجال يطلب الشرع أكثر من واحد في مواضع عدة ليذكر أحدهما الآخر إن غفل أو نسي، فهل يمنع هذا الاحتمال الرجل من تولي القضاء^٢.

مناقشة الأدلة والرد عليها :

١ - إن قول الحنفية بان القضاء كالشهادة — لا يسلم —، لان الفرق بين القضاء والشهادة واضح، فالشهادة الأصل فيها بالنسبة إلى المرأة المنع إلا بدليل، فيقتصر على ما ورد ولا يصح القياس لان ما خالف القياس فغيره لا يقاس^٣.

^١ - ابن حجر، فتح الباري شرح البخاري ٥٢٦/١، النووي، صحيح مسلم ٢/١٤١، الزيلعي، تبيين الحقائق ٨٩/٤، تنويه: لم أقدم هذين الحديثين في ترتيب الأدلة لأن مذهب السادة الحنفية لم ينظروا إلى أنهما من الأدلة التي تمنع المرأة من تولي القضاء، لذا اقتضى التنويه.

^٢ - محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن والسنة الصحيحة، ص ٢٣٦ - ٢٧٥. وغيره من الفقهاء المحدثين معتمدين تغير أسس النظم القضائية المعاصرة.

^٣ - مذكرات في الفقه المقارن ص ٣٠، أمليت على طلاب الدراسات العليا، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، قسم الشريعة، ٨٢/٨١، د. كمال أبو المعاطي ود. رمضان حافظ.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

٢- الشهادة من حيث الأهلية هي أدنى الولايات، أما القضاء فأعلاها^١.

٣- صحيح إن الشهادة والقضاء من باب واحد.

وصحيح بأنه ليس المراد من هذا القول إن القضاء مبني

على الشهادة فيلزم منه بناء القوي على الضعيف.

وصحيح إن أوصاف الشهادة اشهر عند الناس فعرف

أوصافه بأوصافها، لكن كل هذا إنما كان من قبيل بيان حكم

المرجع أي إن مرجعهما اصل واحد، وهو أن يكون للقاضي

صفات مثل الإسلام و البلوغ والعدالة...

٤ - وعليه فلا يسلم لهم القول بان كل من تصح شهادته يصح قضاؤه

إذ أن الجاهل تصح شهادته ولا يصح قضاؤه لان شرط القضاء

هو العلم، أي أن يكون عالماً بأحكام الكتاب والسنة الثابتة عن

رسول الله ﷺ^٢.

٥- إن قياس القضاء على الشهادة هو قياس مع الفارق، ففي الشهادة

جعل الله شهادتها نصف شهادة الرجل، فكيف نقول بالولاية الكاملة

قياساً على نصف الشهادة بدليل حديث رسول الله ﷺ "أليس

شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟ قلن: بلى، قال: فذلك من

نقصان عقلها^٣، وعن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ:

أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم فذلك من نقصان دينها^٤ .

^١ - حاشية ابن عابدين ٢٩٨/٤، الزيلعي، تبیین الحقائق ٨١/٥، العيني،

البنایة ٦/٩، ابن نجيم، البحر الرائق ٦/٢٨٣.

^٢ - ابن حزم، المحلى، ٩/٢٦٣-٤٣٠، ٢٦٤.

^٣ - ابن حجر، فتح الباري شرح البخاري ٦/٣٢٧٢.

^٤ - ابن حجر، فتح الباري شرح البخاري ٥/٢٥٦٦.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

ثم أن الناظر أيضاً في أقوالهم يرى أنهم هم الذين قالوا
بشبهة البديل واستثنوها في الحدود والقود لهذه الشبهة وإن
موليها آثم^١.

٦ - إن شهادة المرأة هي شهادة بدل عن شهادة الرجل ثبت بالنص،
وما لا نص فيه يبقى على الأصل من عدم الجواز لدخولها في
عموم الحديث "ما أفلح قوم قط ولوا أمرهم امرأة"^٢، إضافة إلى
أن القضاء لا تجوز فيه الشركة، فالأصل في قضائها المنع إلا
بدليل، ولا دليل، يقول الإمام الشوكاني دلّ الحديث على أن المرأة
ليست من أهل الولايات، ولا يحل لقوم توليتها، لأن تجنب الأمر
الموجب لعدم الفلاح فلاح^٣.

مناقشة الدليل الثاني :

ذهب الحنفية إلى أن المرأة يصح أن تكون وصية على اليتامى
وأن تكون ناظرة على الوقف، فكذا يصح لها أن تكون قاضية في غير
قود أو حد، بجامع الولاية في كل.

^١ - ابن الهمام، شرح فتح القدير ٢٩٨/٧، الزيلعي، تبيين الحقائق ١٠٦/٥.
^٢ - قال ابن التين: احتج بحديث أبي بكرة من قال لا يجوز أن تولى المرأة
القضاء، وهو قول الجمهور، وخالف ابن جرير الطبري فقال: يجوز أن
تقضي فيما تقبل شهادتها فيه، وأطلق بعض المالكية الجواز. ابن حجر،
فتح الباري شرح البخاري ٨٧٩٦/١٤، السيوطي، شرح متن النسائي
٢٢٧/٤.

^٣ - الشوكاني، نيل الأوطار ٩/١٦٧.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

نوقش هذا الدليل بما يلي:

١ - إن ولاية الوقف، ولاية خاصة، وكذلك الوصاية على الأيتام، بينما القضاء ولاية عامة، فلا قياس للفارق، ولا يصح .

٢ - إن الحنفية قالوا: إن اختصاصات الوصي خاصة بالولاية على الأموال فقط، وليس على النفس، وكذلك نظارة الوقف بل أن الحنفية ذهبوا إلى أبعد من ذلك، بالنسبة لنظارة الوقف، حيث أنهم لا يشترطون في الناظر أن يكون رجلاً ولا بصيراً، ثم أن الولاية على الوقف من الإدارة المالية الخاصة، وهذا يستوي فيه الجميع متى توفرت شروط القدرة على الإدارة، حتى أن غير المسلم يجوز له أن يتولى الإدارة المالية، بدليل أنها ليست ولاية، وإلا لم يجز أن يتقلدها غير المسلم، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم، فالولاية بمعنى الإدارة المالية، وليس الولاية الشرعية، فالولاية الشرعية عندهم - هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى^١، كذلك لا يحتج بأن لها الإفتاء، لأن الإفتاء إبداء الرأي العلمي بدليله، وهي غير ملزمة، ولا تثبت فيه ولاية لها على غيرها- بخلاف القضاء فهو ملزم.

مناقشة الدليل الثالث :

قولهم بأن كل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكماً فيه، ومن لا فلا، والمرأة تصلح حكماً لأن الحكم في حق المحكومين

^١ - ابن الهمام، شرح فتح القدير ٢٩٨/٧. فاروق عبد العليم مرسى، القضاء في الشريعة الإسلامية ١٥٢. أبو المعاطي، مذكرات في الفقه المقارن ص ٣٩.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

بمنزلة القاضي، والقاعدة عندهم كل من صلح شاهداً صلح قاضياً ومن لا فلا^١.

ونوقش هذا بما نوقش به عدم جواز قياس القضاء على الشهادة لأن الشهادة أقل رتبة من القضاء لخصوصها وعموم القضاء، وإن أمر الشهادة تستدعي إليها الحاجة، أما القضاء فلا، وأما جواز شهادتها فإنه لا ولاية لها فلم تمنع من الأثوثة، وإن منعت من الولايات، ثم إن الولاية في الشهادة مغايرة للولاية في القضاء، فلا بد أن تكون الأهلية مغايرة للأهلية في القضاء، وإلا كان الجاهل العامي الذي تقبل شهادته أهلاً للقضاء^٢.

مناقشة الدليل الرابع :

إن حصرهم الحديث الشريف "إن يفلح قوم قط ولوا أمرهم امرأة" في الوظائف الرئاسية والولايات العامة، وليس القضاء فيها، فهذا أيضاً لا يسلم، لأن لفظ الحديث يشمل القضاء وغيره، وإن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وإن كان السبب الذي ورد فيه هذا الحديث تولية بنت كسرى، حتى أن أبا بكر استدل بعموم الحديث حين دعت السيدة عائشة إلى الخروج للمطالبة بدم عثمان فلم يخرج لظنه أن السيدة عائشة ستتولى إمارة الجيش^٣. فالحديث يبين أن الهلاك

^١- الطرابلسي، معين الأحكام ص ٢٤.

^٢- الباجي، المنتقى ٥/١٨٢.

^٣- ابن أبي الدم، أدب القضاء ١/٢٠٢، ابن حجر، فتح الباري شرح البخاري ٤/٨٧٩٦.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة تتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

وعدم الفلاح في تولية المرأة أمور الرجال، والناس مأمورون بجلب الفلاح وأسبابه^١.

مناقشة الدليل الخامس: الحديث الشريف "يا معشر النساء....."

الناظر في مذهب الحنفية يرى أن الإمام الزيلعي - وهو من كبار علماء الحنفية ومحدث من محدثهم - يقول: قال ﷺ: في نقصان عقل المرأة " وعدلت شهادة اثنتين منهن لشهادة رجل^٢ .

أقول: فإذا كانت شهادة المرأتين تعدل شهادة رجل واحد، كان القياس أن تتولى القضاء امرأتان بدل رجل واحد، ومن المعلوم أن القضاء لا يجوز فيه الشركة.

مناقشة كلام ابن الهمام :

هذا والناظر في كلام ابن الهمام في رده على قول الجمهور الذين احتجوا بحديث رسول الله ﷺ " لن يفلح قوم قط ولوا أمرهم امرأة "، وإنه يدل على عدم جواز توليتها، ولا نفاذ حكمها لو وليت.

يقول الكمال: إن غاية ما يفيد الحديث هو المنع من أن تستقضى وعدم حله، لكن الكلام هنا فيما وليت وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاءً موافقاً لدين الله أكان ينفذ أم لا، لم

^١ - ابن الهمام، شرح فتح القدير ٢٩٧/٧ - ٢٩٨، الصنعاني، سبل السلام

١٤٩٦/٤، محمد عواد، نظام القضاء في الإسلام، ص ٦٤.

^٢ - الزيلعي، نصب الرأية ٨٩/٤.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

ينهض الدليل على نفيه بعد موافقته لدين الله إلا أن يثبت شرعاً سلب أهليتها، وليس في الشرع سوى نقصان العقل، ومعلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية، ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى. ثم إن النقصان هذا نسبة وإضافة فهو منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد خلافه، ألا ترى أن تصريحهم يصدق قولنا: الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خير من بعض أفراد الرجال، ولذلك فالتقص الغريزي نسبة ﷺ لمن يوليهم عدم الفلاح، فكان الحديث متعرضاً للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق، لكن الكلام فيما وليت فقضت بالحق فلماذا يبطل ذلك الحق؟^١.

إن الناظر في قول الإمام المحقق ابن همام يجد أنه لم يقدم دليلاً للحنفية على ما ذهبوا إليه بل يدل على موافقة الحنفية غيرهم بالقول في عدم حل تولية المرأة للقضاء والخلاف بينهم وبين غيرهم إنما هو في نفاذ الحكم الموافق للحق بعد إثم المولي لها، فالحنفية يقولون بنفاذ الحكم في غير الحدود والقصاص، ويقول غيرهم بعدم النفاذ.

إن ما ورد عن الكمال بن الهمام لا يسلم لعدة وجوه :

١ - القضاء يفترق عن الشهادة لأن الأصل في الشهادة المنع إلا بورود الدليل، فيقتصر على ما ورد فلا يصح قياس القضاء عليها

٢ .

^١ - ابن الهمام ، شرح فتح القدير ٢٩٧/٧ - ٢٩٨ .

^٢ - أبو المعاطي ورمضان حافظ ، مذكرات في الفقه المقارن ، ص ٣٠ .

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

٢ - لا يصح قياس القضاء على ولاية الوقف والوصاية على الأيتام، فهذه ولايات خاصة والقضاء ولاية عامة، علماً بأن وصاية الأم جاءت للضرورة، وما جاء للضرورة لا يصح القياس عليه.

٣ - قوله أن النقصان بالنسبة والإضافة منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد خلافه لا يصح - إذ الأصل في الألفاظ الشرعية أن تحمل على معانيها الحقيقية وهي الإطلاق، أما النسبة والإضافة فتحتاج إلى دليل، ولم يقدّم دليل على ذلك^١.

٤ - إن (أل) الداخلة على الجنس تدل على الاستغراق وهو الأصل عند الحنفية، فالمراد بالنساء إذن هو كل واحدة منهن . وهو قول الرسول ﷺ حينما سؤل عن نقصان عقلهن، فقال أليست شهادة إحداهن نصف شهادة الرجل ، فتبين أن الحكم عام لجميع النساء، ولم يستثن منهن واحدة، وهذا أقوى دليل على أن (أل) في النساء للاستغراق.

٥ - إن قول بعض أفراد النساء خير من بعض أفراد الرجال صحيح، لكن لا يسلم - لأن العبرة في أحكام الشريعة بالغالب الكثير ولا عبرة بالشاذ القليل^٢.

٦ - إن الحنفية أنفسهم وهم أرباب القضاء والذين تولوا القضاء، وكان أبو يوسف أفضى القضاة لم يعين امرأة قاضية وسار من

^١ - أبو المعاطي ورمضان حافظ، مذكرات في الفقه المقارن ص ٣١.

^٢ - المرجع السابق، ص ٣١ - ٣٢.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

قبله ومن بعده على ذلك، ولم نعهد منذ عهد الرسول ﷺ وبعده من العصور الإسلامية في كل الأمصار والبلاد لم نرى من عين امرأة قاضية، وفيهن العالمات الصالحات الثقات، فإن قيل أنه لا يستدل بعدم الوقوع على عدم الجواز فنقول إن هذا القول في الجواز العقلي لا الشرعي، لأن الشرعي يستدل بعدم الوقوع على عدم الجواز لا سيما إذا كان هناك أصل أو دليل يؤيد ذلك، ومعلوم أنه لا أصل يدل على ذلك عندهم^١.

٧ - لو نظرنا إلى هذا الأمر من جهة المعنى لرأينا أنه أمر يتضمن فضل القضاء، فوجب أن تنافيه الأئمة كالإمامة، وبيان التنافي أن مبنى الأئمة الستر وعدم ملاقة الرجال ومبنى القضاء الفصل بين الخصوم وملاقة الرجال، والمرأة يحرم عليها شرعاً هذا الأمر^٢.

يقول ابن العربي^٣: إن المرأة لا يتأتى منها أن تبرز إلى المجالس، ولا تخالط الرجال ولا تفاوضهم مفاوضة النظير للنظير، لأنها إن كانت فتاة حرم النظر إليها، وإن كانت برزة متجالة لم يجمعها والرجال مجلس تزدهم فيه معهم، وتكون منظره لهم، ولن يفلح قط من تصور هذا ولا من اعتقده.

^١ - المرجع السابق، ص ٣١ - ٣٣.

^٢ - الباجي، المنتقى ١٨٢/٥، الشيرازي، المهذب، ص ٢٩٠.

^٣ - ابن العربي، أحكام القرآن ١٤٥٨/٣.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

ولعل الناظر في مذهب الحنفية بعد ورود هذه الأدلة ومناقشتها وبيان قول الإمام الكمال بن الهمام كما يقول الدكتور القاضي محمد جمال عواد^١، إن فهماً خاطئاً حصل من مدلول العبارات التي وردت عند الحنفية عندما قالوا: يجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص فهل المراد عندهم في هذه العبارة (القضاء) التولية والتقليد، أم أن المراد بالقضاء، الحكم، حكى عنهم القول بجواز توليتها القضاء، وفهم بعض آخر منهم أن المراد بالقضاء: الحكم، ولما كان حكمها جائزاً نافذاً كانت توليتها جائزة، إذ جواز الحكم ونفاذه التولية والتقليد، والحقيقة أنهم لم يقصدوا معنى التولية والتقليد بدليل أن التولية هي فعل المولي، والقضاء فعل القاضي، فلا يدل أحدهما على الآخر لاختلافهما كما أنه لا يلزم من جواز حكمها ونفاذ جواز توليتها، إذ قد تكون توليتها غير جائزة، ويكون قضاؤها بناءً على هذه التولية جائزاً بناءً على قواعد الحنفية إذ أن النهي عن الشيء إذا لم يكن لذاته بل كان لأمر مجاور له أفاد المشروعية مع الكراهة. ففعل المكلف الشيء المنهي عنه إن فعله يكون صحيحاً وتترتب الأحكام الشرعية عليه مع الإثم فمثلاً النهي عن وطء الحائض ليس لذات الوطء، فوطء الزوجة حلال، وإنما هو لما يجاوره من الأذى، فإذا وقع الوطء في الحيض أثم الزوج

^١ - محمد عواد ، نظام القضاء في الإسلام، ص ٦٦ - ٦٧ .

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

لارتكابه المحرم، ولكن يترتب على هذا الوطاء جميع أحكام الوطاء المشروعة من ثبوت النسب، وحرمة المصاهرة ونحو ذلك^١.

فالنهي عن توليتها القضاء من قوله ﷺ لم يفلح قوم قط ولوا أمرهم امرأة من هذا القبيل، فالنهي عن توليتها ليست ذات القضاء، إذ هو مشروع، وإنما لما يجاوره من مظنة التقصير في الحكم بسبب نقصها الطبيعي عن الرجل، وبسبب العوامل الطبيعية التي تعثرها بتوالي الأشهر والسنين من حيض وحمل وولادة وإرضاع، ولذلك قالوا: لو ولي وليّ الأمر المرأة القضاء لأثم بهذه التولية، ويتلخص مما تقدم أن الحنفية مع غيرهم في القول بأنه يحرم تولية المرأة القضاء وإن الخلاف بينهم وبين غيرهم إنما هو في نفاذ حكمها بعد إثم المولي لها، والجمهور يقولون لا ينفذ حكمها مطلقاً، والحنفية يقولون ينفذ حكمها بشرطين، كما رأينا:

- ١ - أن يكون ذلك في غير الحدود والقصاص.
 - ٢ - أن يوافق قضاؤها كتاب الله وسنة رسوله، وإلا فلا ينفذ لها حكم.
- وبهذا يتبين لنا أنه ليس عند الحنفية قول بجواز التولية للقضاء مطلقاً فيما تصح شهادتها فيه، وما لا تصح^٢.

^١ - محمد عواد ، نظام القضاء في الإسلام، ص ٦٦ - ٦٧، زيدان، الوجيز في أصول الفقه ص ٢٠٩، ٢٠٨، ٣٠١، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ٢٩٧ - ٢٩٨.

^٢ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١/ ٢٤، ابن عابدين، الحاشية ٤/ ٣٥٦، ٣٥٧، الحموي، أدب القضاء ١/ ١٩٨، ٢٠٠.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولي المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني:

القائلون بجواز تولي المرأة القضاء مطلقاً (الإمام ابن جرير الطبري وابن القاسم من المالكية وابن حزم الظاهري).

أولاً - رأي ابن جرير :

- ١ - حكي عن ابن جرير الطبري عدم اشتراط الذكورة، وجواز تولية المرأة القضاء على كل حال ولها أن تكون حاکمة على الإطلاق، ومراده رحمه الله بالحكم مطلقاً القضاء، فالغرض من الأحكام هو تنفيذ القاضي لها، وسماع البينة عليها، والفصل بين الخصوم لها، وذلك ممكن من المرأة كماكانيته من الرجل^١.
- ٢ - إن المرأة يجوز أن تكون مفتية، فيجوز أن تكون قاضية^٢، فليس منصب القضاء أخطر من منصب الفتوى في الدين والاجتهاد فيه ونقل نصوصه وروايتها للناس.

^١ - انظر المحلى ٩/٤٢٩، ٣٦٣، الباجي، المنتقى ٥/١٨٢، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/٤٦٠، الحطاب، مواهب الجليل ٦/٨٧. الماوردي، الحاوي ٢٠/٢٢١، ٢٢٠، الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل ٤/٢٠٢، البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الإسلامي ص ٨٠، الشوكاني، نيل الأوطار، ٩/١٦٨، ابن أبي الدم، أدب القضاء، ١/١٩٨، ابن العربي، أحكام القرآن ٣/١٤٥٧.

^٢ - الماوردي، الحاوي، ٢٠/٢٢٠، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/٤٦٠، ابن العربي، أحكام القرآن ٣/١٤٥٧، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ٦٥. وانظر بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن والسنة ص ٢٧٥.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

٣ - إن الأصل هو أن كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز
إلا ما خصصه الإجماع من الإمامة الكبرى.

مناقشة ما ذهب إليه ابن جرير:

إن ما روي عن الإمام الطبري بأنه يجوز أن تكون المرأة
حاكماً على الإطلاق لا يسلم لعدة أمور منها:

أ - هل ثبت هذا القول عن ابن جرير؟.

ب- هل القياس الذي اعتمده ابن جرير يعمل به أم هو قياس مع
الفارق؟.

ج - هل قول ابن جرير يخالف الإجماع أم لا، وما هو رأي العلماء في
قوله؟.

أولاً - يقول الإمام الماوردي: إن ما ذهب إليه ابن جرير - فاسد -
لأن جواز فتياها وشهادتها لا ولاية فيهما، فلم تمنع منهما
الأئمة، وإن منعت من الولايات " ١ .

ثانياً - إن هناك فارق بين الإفتاء والقضاء، لأن الإفتاء ليس من باب
الولايات، فلا جامع بينهما فلا يصح القياس، لأنه قياس مع
الفارق ثم إن القضاء شبيه بقضاء الإمامة الكبرى وليس لها
في الإمامة الكبرى ٢ .

١ - الماوردي، الحاوي ٢٠/٢٢١.

٢ - ابن رشد، بداية المجتهد ٢/٤٦٢، ٤٦٣.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

ثالثاً - يقول ابن العربي : أنه لم يثبت عن ابن جرير هذا القول، ولم يصح النقل عنه، وعلى هذا فنسبة القول لابن جرير الطبري بجواز تولية المرأة القضاء غير صحيحة، إذ لم يعثر على نص في كتاب من كتبه يدل على ذلك^١.

ثم من تتبع رأي الطبري يرى أنه لا يجيز أن تتولى المرأة عقد النكاح، وهي ولاية خاصة، فكيف يجوز للمرأة أن تتقلد ولاية القضاء مع أنها ولاية عامة بالاتفاق بل هي أكثر مسؤولية من ولاية عقد النكاح، ولذلك فإن قول الإمام الطبري لا اعتبار له. ولأنه لا اعتبار في قول يرده الإجماع مع قوله تعالى ﴿الرجال قوامون على النساء﴾^٢.

ربعاً - إن ما نقل عن ابن جرير - وإن صح - فإنه يجب حمله على جواز قضائها فيما تشهد به وليس بأن تكون قاضية على الإطلاق، ولعل هذا الترجيح لقول هذا الإمام هو كما نقل عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تقضي فيما تشهد فيه، وليس أن تكون قاضية على الإطلاق، ولا بأن يكتب لها منشور بأن فلانة مقدمة على الحكم، إلا في الدماء والنكاح، وإنما سبيل ذلك لسبيل التحكيم أو الاستبانة في القضية الواحدة بدليل قوله ﷺ

١- ابن العربي، أحكام القرآن ٣/١٤٥٧.

٢- ابن العربي، أحكام القرآن ٣/١٤٥٧، الماوردي، الأحكام السلطانية ص

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

"لن يفلح قوم قط ولوا أمرهم امرأة"، وهذا هو الظن بالأئمة
الأعلام المجتهدين رحمهم الله كأبي حنيفة وابن جرير^١. ولهذا
يقول الإمام الجكني الشنقيطي: "لعل ما نسب إلى هؤلاء الأعلام
لم يصح نسبته إليهم لرسوخ أقدام القوم وأن لهم اليد الطولى
في العلم، وإلا فكيف يصح أن يقول مثل هؤلاء بجواز تولية
المرأة القضاء في الإسلام^٢."

ولقد تتبع الدكتور محمد جمال عواد قول ابن جرير من
الناحيتين التاريخية والموضوعية وتبين له من الناحية
التاريخية ما يلي:

- ١ - أن الناقلين لهذا الرأي لم يذكروا المرجع الذي ينقلون عنه
هذا الرأي.
- ٢ - أنهم لم يسندوا هذا الرأي لابن جرير بسند صحيح ولذلك
يقول ابن العربي: أنه لم يثبت عن ابن جرير هذا القول ولم
يصح النقل عنه^٣.

^١ - ابن العربي، أحكام القرآن، ٣/١٤٥٧. ابن حجر، فتح الباري شرح
البخاري، قال ابن التين: احتج بحديث أبي بكر من قال لا يجوز أن
تتولى المرأة القضاء، وهو قول الجمهور، وخالف اب جرير الطبري،
١٤/٨٧٩٢، حديث رقم ٧٠٩٩.

^٢ - الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل ٤/٢٠١.

^٣ - ابن العربي، أحكام القرآن ٣/١٤٥٧.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

وأما من الناحية الموضوعية :

١ - إن قوله يخالف حديث أبي بكر المتفق على صحته ودلالته وقول ابن التين فيه .

٢ - إنه مخالف للإجماع إذ ليس له سلف من الفقهاء يقول بجواز التولية، والقول إذا خالف الإجماع فلا اعتبار له، وفي ذلك يقول الماوردي: "وعلى ذلك فنسبة القول بجواز تولية المرأة القضاء لابن جرير غير صحيحة رواية ودراية"^١ .

ثانياً - رأي ابن القاسم :

إن ما حكى عن ابن القاسم بجواز توليتها القضاء مطلقاً والتي نقلها الإمام الحطاب عنه - فيه نظر، قال: روى ابن أبي مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة قال ابن عرفة قال بن زرقون: أظنه فيما يجوز فيه شهادتها قال ابن عبد السلام: لا حاجة لهذا التأويل، لاحتمال أن يكون ابن القاسم قال كقول الحسن والطبري بإجازة ولايتها القضاء مطلقاً. إلا أن الرواية على ما رواه ابن زرقون هو الأولى والأرجح لأنه حمل هذه الرواية على ما يجوز فيه شهادتها على الأموال، وما لا يطلع عليه الرجال. لأن هذا موافق لقواعد المالكية، لأن القضاء أعظم حرمة من الشهادة على الأموال وما لا يطلع عليه الرجال فتكون الأثوثة منافية للقضاء في هذه الأمور".

^١ - محمد عواد، نظام القضاء في الإسلام، ص ٦٧ - ٦٨ .

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

ولقد بين الدكتور محمد جمال عواد - أن الرواية عن ابن القاسم مستبعدة لوجود انقطاع بين ابن أبي مريم وابن القاسم، فابن مريم توفي في منتصف القرن الحادي عشر بينما ابن القاسم في آخر القرن الثاني.

ثم أننا إذا قلنا بصحة الرواية - فروايات ابن القاسم القوية هي ما يرويها سحنون المعروفة بالمدونة، ولم تذكر هذه الرواية في المدونة كما أنه لم يرو هذه الرواية عن ابن القاسم إلا الخطاب، ثم هل من المعقول أن يخرق ابن القاسم الإجماع أو أنه لم يطلع على آراء الفقهاء الذين سبقوه؟ كما أن الناظر في المذهب المالكي الذي يأخذ بمبدأ سد الذرائع يستبعد أن يقول هذا القول خاصة أن خروج المرأة واختلاطها بالناس يؤدي إلى الافتتان بها يتنافى مع هذا المبدأ، وبالنتيجة فإن حمل هذه الرواية على رأي ابن زرقون هو الأولى أو استبعاده لضعفها كما ذكرنا^١.

ثالثاً - مذهب ابن حزم :

١ - ذهب ابن حزم إلى جواز تولي المرأة الحكم مطلقاً، وقال " إن هذا قول أبي حنيفة، وقد روى عن عمر بن الخطاب أنه ولي الشفاء (امرأة من قومه) السوق^٢. فإن قيل قد قال رسول الله ﷺ " لن

^١ - الخطاب، مواهب الجليل، ٦/٨٧ - ٨٨، محمد عواد، نظام القضاء في الإسلام، ص ٦٩، الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل ٤/ ٢٠١.

^٢ - ابن حزم المحلى ٩/٤٢٩ - ٤٣٠.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة^١، قلنا: إنما قال ذلك رسول الله ﷺ في الأمر العام الذي هو الخلافة وبرهان ذلك قوله ﷺ "المرأة راعية على مال زوجها وهي مسؤولة عن رعيها"^٢ كما أن المالكية أجازوا أن تكون وصية ووكيلة ولم يأت نص من منعها أن تلي بعض الأمور^٣.

يتبين من قول ابن حزم هذا :

أ - أنه أجاز أن تلي المرأة القضاء مطلقاً، وهذا يستفاد من قوله (الحكم) أما الخلافة فلا تتولاها بدليل ما أورده "لن يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة" ومراده أنها تمنع من الولاية العامة، وهي الخلافة كما أنه قال في مراتب الإجماع أنه لا تجوز الإمامة لامرأة ولا كافر ولا صبي لم يبلغ بالاتفاق^٤.

ب - إن سيدنا عمر بن الخطاب ولي امرأة اسمها الشفاء على السوق - أي لحسبة السوق - فيجوز إذن أن تتولى القضاء قياساً .

ج - استشهد بإجازة المالكية للمرأة أن تكون وصية ووكيلة، ولم يأت نص من منعها أن تلي بعض الأمور .

١- ابن حجر، فتح الباري شرح البخاري ١٤/٨٧٦٦، السيوطي، شرح سنن النسائي ٨/٢٢٧، الشوكاني، نيل الأوطار ٩/١٦٧.

٢- ابن حجر، فتح الباري شرح البخاري ١٥/٨٨٦٧.

٣- ابن العربي، أحكام القرآن ٣/١٤٥٧.

٤- ابن حزم، مراتب الإجماع، ص ١٢٦.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

د - يشير ابن حزم إلى أن الأصل "أن كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز و المرأة يتأتى منها ذلك وأنوثنها لا تؤثر على ذلك" ^١ .

هـ- بما إن حديث الرسول ﷺ بين أنها راعية ومسؤولة فلها حق الولاية على المال وهو عصب الحياة، وحيث ثبت لها حق الرعاية فيكون حق ولاية القضاء ثابت لها ويكون هذا الثبوت نصاً من حديث الرسول ﷺ، وولايتها للقضاء إذن موافق السنة الصحيحة، هذا ما استند إليه ابن حزم في إعطاء المرأة حق تولية القضاء، فهل سلمت له هذه الأدلة؟.

إن الناظر فيما ورد عن ابن حزم أن أقواله لم تسلم له ويمكن مناقشتها على النحو التالي :

١ - إن ثبوت الولاية الخاصة للمرأة لا يعني ولا يلزم منه ثبوت الولاية العامة فالحديث إذن ليس في محل النزاع لأنه لا يعني ولا يلزم منه ثبوت الولاية العامة، فالحديث إذاً ليس في محل النزاع لأنه يفيد الولاية الخاصة، فيحمل الخاص هنا على خصوصيته فلا تتعدى إذن ولايتها إلى الولاية العامة، فلا قياس، خاصة أن ابن حزم لا يعمل بالقياس، لأن القياس خلاف مذهبه، فإما:

١ - أن يعمل بالقياس.

^١ - ابن رشد، بداية المجتهد ٢/٤٦٠، ابن العربي، أحكام القرآن ٣/١٤٥٧.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

٢ - وإما أن لا يعمل بالقياس.

فإن لم يعمل بالقياس فإن ولاية القضاء لا تثبت لها قياساً على ولايتها الخاصة على مال زوجها ورعايتها لأسرتها.

وإن عملنا بالقياس فيكون هنا مخالفة لمذهبه وهو القائل (ولا يحل الحكم بالقياس ولا بالرأي ولا بالاستحسان ولا يقول أحد ممن دون سوى رسول الله ﷺ دون أن يوافق قرآناً أو سنة صحيحة) لأن كل ذلك حكم بغالب الظن، ثم يتابع قوله فيقول: لا يخلو ما أوجبه القياس أو ما قيل برأي أو استحسان أو تقليد قائل من أحد أوجه ثلاثة لا رابع لها ضرورة. إما أن يكون ذلك موافقاً لقرآن أو سنة صحيحة ولا معنى لطلب قياس أو رأي أو قول قائل موافق كذلك ومن لم يحكم بالقرآن أو بحكم رسول الله ﷺ، حتى يوافق ذلك قياساً أو رأي أو قول قائل فقد انسلخ عن الإيمان^١.

هذا ما يقوله ابن حزم، ويقول أن ولايتها للقضاء موافق للسنة الصحيحة وليس ثابتاً بالقياس، فإذا لم يكن هذا قياساً فما هو إذن؟ وكيف يدعى أنه ثبت بالنص مع أن الحديث لم يثبت للمرأة إلا الولاية الخاصة وكيف تتعدى ولايتها إلى غيرها إلا بالقياس وهو ممن لا يرى الأخذ بالقياس.

٢ - إن الناظر في الحديث يرى أنه حديث خاص فكيف يدعي ابن حزم العموم ولا دليل على العموم ثم يأتي الحديث العام الذي فيه لفظ العموم فيحمله على الخصوص بناءً على سببه^٢.

^١ - ابن حزم، المحلى ٩/٣٦٣-٣٦٤، أبو المعاطي ورمضان حافظ،
مذكرات في الفقه المقارن ص ٢٨ - ٣٠.

^٢ - لن يفلح قوم قط - رواه البخاري، فتح الباري شرح البخاري ١٥/

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

٣ - إن الفرق بين الرعاية الخاصة والرعاية العامة، واضح فلا يلزم من صحة الأولى لزوم الثانية لا نصاً ولا التزاماً.

٤ - إن ابن حزم يقول: لا يحل أن يلي القضاء والحكم في شيء من أمور المسلمين وأهل الذمة إلا مسلم عامل بأحكام الكتاب والسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وناسخ ذلك ومنسوخه^١ فهل كل ما يثبت له رعاية - يثبت له حق القضاء - لا يقول بهذا أحد وإلا لحق لنا أن نجعل من الخادم أو الراعي ولو جاهلاً أن يتولى القضاء، وهو لا يقول به، لأنه ليس كل من صحت رعايته صحت ولايته للقضاء، وصح عكسه، فالقضاء له شروط كثيرة لأنه ولاية عامة تشمل جميع الأحكام.

٥ - الناظر في حديث رسول الله ﷺ الذي استند إليه ابن حزم واستدل به له بعدة طرق^٢ وهو بجميع طرقه لم يثبت للمرأة إلا

^١ - ابن حزم، المحلى ٩/ ٣٦٣ - ٣٦٤.

^٢ - انظر ابن حزم، المحلى ٩/ ٣٦٣، ابن حجر، فتح الباري ١٥/ ٨٨٦٩. رواية بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: "ألا كلكم مسؤول عن رعيته"، فالإمام الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية على أهل بيت زوجها وولده وهي مسؤولة عنهم، وعبد الرجل راع على مال سيده وهو مسؤول عنه، ألا فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته". وفي رواية بن عمر: الأمير بدل (الإمام) وكذا في رواية عمر موسى بن عقبة في النكاح، ولم يقل الذي على الناس، ورواية بن عمر، على بيت بعلها، وفي رواية سالم في بيت زوجها ورواية بل (عبد الرجل) الخادم راع في مال سيده، وفي رواية عبید الله (العبد) بدل الخادم، وهكذا عدة روايات لكنها كلها يدل على رعاية الزوجة لمال زوجها ولأولاده، وكل مهام البيت، فأين ولاية القضاء فيها. انظر: ابن حزم، المحلى ٩/ ٣٦٣، ابن حجر، فتح الباري ١٥/ ٨٨٦٩.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

رعاية مال زوجها، وعليه فلا يلزم من صحة رعايتها لبيت زوجها وأولادها صحة توليتها القضاء، فكيف يقول ابن حزم أنه حكم موافق للسنة الصحيحة إلا إذا قلنا أن مراده بولايتها الخاصة كم جاء في الحديث- هو موافق للسنة الصحيحة.

٦ - إن قول ابن حزم بأن أبا حنيفة قال: يجوز لها الحكم مطلقاً: غير وارد لأن أبا حنيفة لم يقل بالإطلاق بل استثنى الحدود والقصاص فلا تقضي بهما 'ولعل كلام أبي حنيفة كما قال ابن العربي: إنما تقضي فيما تشهد فيه وليس بأن تكون قاضية على الإطلاق.

٧ - إن احتجاج ابن حزم بقول سيدنا عمر ولي الشفاء السوق (أي الحسبة) فيجوز أن تتولى القضاء وحمل حديث رسول الله ﷺ "لن يفلح قوم قط ولوا أمرهم إلى امرأة" على الخلافة لم يسلم لما يلي:

أ - إن هذا الخبر غير صحيح فهو من دسائس المبتدعة في الأحاديث كما قال ابن العربي^٢ فلا تلتفتوا إليه ويؤيد هذا أن سيدنا عمر كان غيوراً على النساء وكان يمنعهن من مجالسة الرجال فيبعد جداً أن يقلد حسبة السوق لامرأة وهو يعلم بجرمة ذلك.

يقول الدكتور أبو فارس: وما ذكره ابن حزم رحمه الله بأن عمر ولي الشفاء فلا يصلح حجة في هذا المقام فالخبر لم يثبت، فقد ساقه غير مسند وبصيغة التمريض، وهذه الصيغة لا تؤهل

١ - الزيلعي، تبيين الحقائق، ٨١/٥، ١٠٦ - ١٠٧، الكاساني، بدائع

الصنائع، ٢٥٣/٧، العيني، البناءة ٤/٩ - ٦.

٢ - ابن العربي، أحكام القرآن ١٤٥٧/٣.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

النص ليحتج به^١، ثم أنه لو صح وثبت فلا يفهم منه أن عمر ولاها القضاء، بل يفهم منه كما جاء في الإصابة وربما ولاها شيئاً من أمور السوق^٢، فيحمل على اختيارها لتقاوم المنكرات المتعلقة بالنساء في السوق وللأمر لهن بالمعروف.

ب - لو صح هذا الخبر لوجدنا كثيراً من الولاة والحكام يعملون بذلك - ولكن لم ينقل أن تم تعيين المرأة لتولية الحسبة.

ج - ليس من المعقول أن يخالف عمر بن الخطاب حديث رسول الله ﷺ "ما أفلح قوم قط ولوا أمره امرأة" وهو الذي أشار على رسول الله ﷺ بفكرة الحجاب بالنسبة لنسائه (أمهات المؤمنين) غيرة عليهن، فنزل الوحي من السماء بموافقة رأيه، فهل يعقل منه أن يجعلها في منزلة مخالطة الرجال والاجتماع بهن ومناظرتهم ومفاوضتهم والنظر إليهن، فلم ولن يفلح قوم قط تصوروا هذا ولا من اعتقده.

ثم أن شروط المحتسب عند الفقهاء أن يكون ذكراً^٣، أما الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فلم يشترط الذكورة فيه لقوله تعالى ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون

^١ - أبو فارس، القضاء في الإسلام، ص ٤٠، ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة ٣٤/٤، ابن العربي، أحكام القرآن ١٤٥٧/٣، وانظر مناظرة أبي بكر بن الطيب المالكي مع أبي الفراج ابن ضرار شيخ الشافعية وتعليق أبي بكر بن العربي عليها في هذه المسألة.

^٢ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١٢٢/١٣.

^٣ - المرجع السابق ١٢٢/١٣.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

بالمعروف وينهون عن المنكر ﴿ التوبة - ٧١ - أما قدرة الفصل بين المتنازعين مع الزجر والسطوة والقوة والرغبة فليست مراده هنا لأنه لا قدرة للنساء عليها فالحسبة فيها قوة وتغيير للمنكر ولو باليد ، فلا يصح شرعاً أن تتولاها النساء لأن في ذلك تهتك لهن ، والشرع أسدل عليهن حجاب الستر .

يقول الإمام الماوردي : وأما بين الحسبة والمظالم فيبينهما شبه مؤتلف وفرق مختلف، فأما الشبه الجامع بينهما فمن وجهين:

أحدهما: أن موضوعهما مستقر على الرهبة المختصة بسلطة السلطنة وقوة الصرامة.

والثاني: جواز التعرض فيهما لأسباب المصالح والتطلع إلى إنكار العدوان الظاهر فرتبة الحسبة أخفض، كما ويجوز لوالي المظالم أن يحكم ولا يجوز لوالي الحسبة أن يحكم^١ .

هذا والناظر في الحسبة من سلطة السلطنة واستطالة الحماية فيما تعلق بالمنكرات ما ليس للقضاة لأن الحسبة موضوعة للرهبة فلا يكون خروج المحتسب إليها بالسلطة والغلظة تجوزاً فيها ولا خرقاً، والقضاء موضوع للمناصفة، فهو بالأناة والوقار أحق وخروجه عنها إلى سلطة الحسبة تجوز

^١ - الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٢٤٢ - ٢٤٣ .

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

وخرق لأن كل واحد من النصين مختلف فالتجاوز فيه خروج عن
حده^١.

فإذا ثبت أن الحسبة فيها قوة وتغيير المنكر باليد فلا يصح
شريعاً أن تتولاه النساء، فالشرع أسدل عليهن حجاب الستر وفي
غير ذلك تهتك لهن.

د - وأخيراً إن استدلاله بقول المالكية إنهم أجازوا أن تكون وصية أو
وكيلة، ولم يأت نص من منعها أن تلي بعض الأمور فليس له
أيضاً، فالوصية ولاية خاصة والقضاء ولاية عامة بجميع الأحكام
فلا يصح التنظير، كذا الولاية. فأما القضاء فولاية عامة.

هـ - أما أنه لم يأت نص من منعها أن تلي بعض الأمور: فالجواب
عليه بأنه قد ورد أكثر من نص - كالحديث الصحيح "ما أفلح قوم
قط ولوا أمرهم امرأة" وعليه فلا يلزم من كونها وصية أو وكيلة
أن تكون لها ولاية عامة.

بعد هذه المناقشة لما ورد عن ابن حزم تستطيع أن تقول بأن
قول ابن حزم لم يسلم له ما استدل به، فإننا نراه يصرح في المحلى
بأنه لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها إلا بإذن وليها، والقاضي يزوج
غيره، فمن باب أولى أن يزوج نفسه، فهل يحق له أن يقول ذلك؟ بأن
تتولى القضاء وتزوج غيرها وهي لا تستطيع أن تزوج نفسها^٢.

^١ - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٢٤٢، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن
١١١/٥.

^٢ - ابن حزم، المحلى، مسألة ٢١، ص ٤٥١.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث

مذهب القائلين بعدم جواز تولية المرأة القضاء مطلقاً
(المالكية، الشافعية، الحنابلة).

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز تولية المرأة القضاء وأن
الذكورة شرط في صحة التقليد ونفاد الحكم^١.

واستدل الجمهور على قولهم هذا من الكتاب والسنة والمعقول :

١ - أما الكتاب فقوله ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله
بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾^٢.

وجه الدلالة :

إن الله سبحانه وتعالى جعل الرجال قوامين على النساء
فيقومون بأمرهن ويحافظون على أعراضهن وينفقون عليهن، فلو
تعين تعيين النساء قاضيات وإعطائهن ولاية القضاء، لكانت القوامة
لهن على الرجال، وهذا غير جائز لمخالفة النص ولتقديم ما أخره الله

^١ - ابن رشد، بداية المجتهد ٢/٤٦٠، الدردير، الشرح الصغير ٥/٤٩٥، ابن
فرحون، تبصر الحكام ١/١٨، الكشناوي، أسهل المدارك في ارشاد
السالك ٣/١٩٤، الخطاب، مواهب الجليل ٦/٨٦ - ٨٧، الشنقيطي،
مواهب الجليل من أدلة خليل ٤/٣٧٤، الشربيني الخطيب، مغني المحتاج،
٤/٣٧٤، الماوردي، الحاوي ٢٠/٢٢٠، الكوهجي، زاد المحتاج ٤/٥١٢،
العجيلي، حاشية الجمل على شرح المنهج، كشاف القناع، ٦/٢٤٩ -
٢٩٥، ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ١٠/١٩، ابن قدامة، المغني، ١١/
٣٨١.

^٢ - سورة النساء آية ٣٤.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

ولمخالفته الأحاديث الشريفة، فالرجل قيم على المرأة وهو رئيسها وكبيرها وهو الحاكم عليها^١.

والرجال أهل قيام على النساء في تأديبهن والأخذ على أيديهن^٢، وإن فضل الرجال على النساء حاصل من وجوه كثيرة بعضها صفات حقيقية وبعضها أحكام شرعية^٣. فالقوامة هي قيام الولاة على الرعية سواء كان الأمر وهمي أو كسبي^٤.

يقول الإمام الطبري: هم قوامون بالنفقة عليهن والذب عنهن وأيضاً فإن فيهم الحكام والأمراء ومن يغزوا وليس في النساء^٥.

هذا معنى القوامة كما جاء في نصوص الأئمة الأعلام والتي تتوافر في الرجال ولا تتوافر في المرأة، ولهذا كان القضاء مختصاً بالرجال.

لكن هل سلم هذا الاستدلال من معارضة أصحاب الرأي الآخر؟.

لقد ذهب أصحاب الرأي الآخر إلى أن سبب النزول يمنع هذا لأنه سبب خاص وواقعة معينة ولا علاقة لها بالقضاء، بل هي في

١- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم ١/٤٩٨.

٢- الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن ٥/٧٠ - ٧٢.

٣- الرازي، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب ٥/٩٢.

٤- البيضاوي، تفسير البيضاوي - أنوار التنزيل وأسرار التأويل ٢/٧٢.

٥- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٥/١١٠، وانظر العزاز، المرأة ماذا بعد السقوط، ص ٦٠ - ٦٩، عبد الرب، عمل المرأة وموقف الإسلام منه، ص ١٥١، محمد البار، عمل المرأة في الميزان، ص ٢٥٢، القاضي، وظيفة المرأة في المجتمع الإنساني، ص ١٧٢.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي
 شؤون الأسرة، فسبب نزول الآية أن رجلاً من الأنصار لطم امرأته،
 فجاءت تلتمس في القصاص، فجعل النبي ﷺ بينهما القصاص، فنزل
 قوله تعالى: ﴿ولا تعجل بالقرآن من قبل أن يلقى بك وحيه﴾،
 ونزلت الآية ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على
 بعض﴾^١.

ويرد على هذا: أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب
 وهذا القول هو المعتمد عند الجمهور فتكون الولاية للرجال عامة
 تشمل ولاية تأديب المرأة والقضاء إلا ما دل على إخراجها من هذا
 العموم كالولايات الخاصة لكونها وصية على أولادها أو ناظرة وقف^٢.
 ثم أن الناظر في الآية يجد أنها تفيد عموم القوامة، وجاء
 الأمر على صورة الخبر وبديهي أنه لا يصح في الطبع والوضع والعقل
 والنقل أن يقوم الرجل على أمر زوجته في بيته ثم يتاح للمرأة أن تقوم
 على أمره فيما هو أعم شأنًا وأوسع دائرة في باب الرعاية والتدبير^٣.
 ٢ - وأما السنة: قال رسول الله ﷺ "لن يفلح قوم قط ولوا أمرهم
 امرأة"^٤.

١- الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن ٧١/٥، ابن كثير تفسير القرآن
 العظيم ٤٩٨/١. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١١٠/٥.

٢- محمد عواد، نظام القضاء في الإسلام، ص ٧٠. سيد حسن، طبيعة
 المرأة في الكتاب والسنة، ص ١٨٥.

٣- سيد حسن، طبيعة المرأة في الكتاب والسنة، ص ١٨٥-١٨٦.

٤- ابن حجر، فتح الباري شرح البخاري ٨٧٦٦/١٤.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

يقول الإمام الشوكاني: دل الحديث على أن المرأة ليست من أهل الولايات ولا يحل لقوم توليتها لأن تجنب الأمر الموجب لعدم الفلاح واجب^١.

ويقول الماوردي: وأما المرأة فلنقص النساء على رتب الولايات وأن تعلق بقولهن أحكام- والحديث عام في جميع الولايات^٢.

ويقول القاضي أبو الوليد الباجي: ويكفي في ذلك عمل المسلمين من عهد النبي ﷺ ولا نعلم أنه قدم لذلك في عصر من العصور ولا بلد من البلدان امرأة والله أعلم وأحكم^٣.

وقال القاضي عياض: ولا تصح من المرأة ولأن كلامها ربما كان فتنة وبعض النساء تكون صورتها فتنة، ولم يول النبي ﷺ امرأة القضاء ولم يولها أحد من الصحابة وكفى به قدوة^٤.

فتوليتها إذن باطلة شرعاً- كما قال الشوكاني - الحديث إخبار عن عدم الفلاح لمن يولي امرأة والناس مأمورون بجلب الفلاح وأسبابه، فليس بعد الفلاح شئ من الوعيد الشديد^٥.

١- الشوكاني، نيل الأوطار ٩/١٦٨.

٢- الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٦٥، ابن أبي الدم، أدب القضاء ١/ ٢٠٠.

٣- الباجي، المنتقى شرح الموطأ ٥/١٨٢.

٤- ابن فرحون، تبصر الحكام ١/ ١٨، ابن أبي الدم، أدب القضاء ١/ ٢٠٠.

٥- الصنعاني، سبيل الإسلام، ص ١٨٢ - ١٨٣.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

يقول ابن أبي الدم : إن المرأة ليست من أهل القضاء، وإذا وليت القضاء لم تنعقد ولايتها ولا أحكامها ثم قال : أنه لا يقصد بهذا الحديث مجرد الإخبار عن عدم فلاح القوم الذين يولون المرأة أمرهم لأن وظيفة الرسول ﷺ - بيان ما يجوز لأمته أن تفعله، وما لا يجوز، وإنما يقصد نهى أمته عن مجارة الفرس وإسناد شيء من الأمور العامة إلى المرأة. والنهي المستفاد من الحديث يمنع كل امرأة في أي عصر من العصور أن تتولى شيئاً من الولايات العامة لصيغة العموم، وهذا ما فهمه الصحابة وأئمة السلف^١.

وقد أصدرت لجنة علماء الأزهر - لجنة كبار العلماء - استناداً إلى هذا الحديث الشريف منع تولية المرأة شيئاً من الولايات العامة ومنها القضاء^٢، فالحكم إذن لم ينط بشيء وراء الأثوثة التي جاءت كلمة امرأة في الحديث عنواناً^٤.

إن لا يمكن أن يكون المراد في الحديث الولاية العامة كما ذهب إليه ابن حزم نفسه فلفظ "أمرهم" عام ويحمل على ظاهره فيشمل الولاية العامة والقضاء وابن حزم نفسه يحمل الألفاظ على ظاهرها. والحكم الواقع على العام يحمل على كل فرد

^١ - ابن أبي الدم، أدب القضاء، تحقيق محي هلال سرحان ٢٠/١.

^٢ - مرسى، القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١٤٩، حجبر، المرأة والحقوق السياسية في الإسلام، ص ١٨٢ - ١٨٣.

^٣ - صدرت هذه الفتوى في رمضان سنة ١٣٧١ هـ / ١٩٥٢ م.

^٤ - حجبر، المرأة والحقوق السياسية في الإسلام ص ١٨٢.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

من أفراد هذا العام. بدليل أن شخصاً لو قال جاءت بناتي، كان هذا في قوة قضايا بعدد البنات كأنه قال : جاءت فلانة وفلانة وهكذا، وعلى ذلك يكون الحديث في قوة قضايا بعدد ولايات الدولة العامة، فكانه قال: لن يقلح قوم ولوا القضاء امرأة وهكذا سائر الولايات العامة.

أما كون المراد بالأمر جميع شؤون الدولة وهي لا تكون إلا في منصب الإمامة فهو على خلاف ما اتفق عليه الأصوليون وعلى ذلك لا يمكن حمل الحديث على الإمامة العظمى (الخلافة فقط)^١.

٣ - وعن أبي بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ قال: القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى لناس على جهل فهو في النار^٢.

يقول الشوكاني هذا الحديث دليل على اشتراط أن القاضي رجلاً، وقد ذكر لفظ "الرجل" في الحديث ثلاث مرات، فدل على اشتراط الذكورة في القاضي ودل مفهومه على خروج المرأة، ولا يقال أن النص على الكثير هنا على الغالب لأن الأصل

^١ - انظر محمد عواد، نظام القضاء في الإسلام، ص ٧٢، حجبر، المرأة والحقوق السياسية في الإسلام ص ٣٧٦ نقلاً عن محمد عواد، نظام القضاء في الإسلام.

^٢ - ابو داود، السنن ٣٥٣/٩، الزيلعي، نصب الراية ٦٥/٤، الشوكاني، نيل الأوطار ١٦٧/٩.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

هو حمل الكلام على ظاهرة ما لم يدل على خلاف الظاهر^١
ومجرد الاحتمال بلا دليل لا يقبل ولا يثبت دعوى ولا سيما إذا
وجد ما يؤيده.

٤ - عن عبد الله بن عمر عن رسول الله ﷺ قال: يا معشر النساء
تصدقن وأكثرن الاستغفار فإني رأيتكن أكثر أهل النار، فقالت
امرأة منهن "جزلة" وما لنا يا رسول الله أكثر أهل النار، قال:
تكثرن اللعن وتكفرن العشير، وما رأيت من ناقصات عقل ودين
أغلب لذي لب منكن، قالت: يا رسول الله، وما نقصان العقل
والدين؟ قال: أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة
رجل، فهذا نقصان العقل، وتمكث الليالي ما تصلي وتفطر في
رمضان فهذا نقصان الدين^٢.

قال الإمام الزيلعي: إن رسول الله ﷺ قال: عدلت شهادة اثنتين
منهن بشهادة رجل واحد^٣.

أقول: إن القياس هنا يقتضي من القول أن المرأة إذا أتيح لها
تولي القضاء أن تتولاه امرأتان بدل امرأة، وهذا غير جائز، لأن لا
شركة في القضاء، فامتنع أن تكون المرأة الواحدة قاضية.

^١ - نيل الأوطار ١٦٧/٩.

^٢ - النووي. شرح صحيح مسلم ١٤٠/٢، الزيلعي، نصب الرأية ٨٩/٤. ابن
حجر فتح الباري شرح البخاري ٥٢٦/١.

^٣ - الزيلعي، نصب الرأية ٨٩/٤.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

ثم إن الحديث الشريف لا يعني قلة إدراك المرأة أو ضعف تفكيرها وتوجيه إهانة لها بفساد رأيها، بل هو نص في بطلان قياس جواز ولاية المرأة على جواز شهادتها، ففي الشهادة جعل الله شهادتها نصف شهادة الرجل، فكيف نقول بأن لها ولاية كاملة قياساً على نصف الشهادة^١.

٥ - قال رسول الله ﷺ: أخروهن من حيث أخرهن الله^٢.

ويستدل من هذا الحديث تقديم الرجال عليهن، لأنه لما منعها من نقص الأثوثة في إقامة الصلاة مع جواز إمامة الفاسق بشروط كان المنع من القضاء الذي لا يصح من الفاسق أولى، لأن نقص الأثوثة يمنع من انعقاد الولايات كإمامة الأمة، وما لا ينفذ حكمه في الحدود لم ينفذ حكمه في غير الحدود كالأعمى، وأما جواز فتياها وشهادتها فلأنه لا ولاية فيهما، فلم تمنع منهما الأثوثة وإن منعت من الولايات^٣.

٦ - المعقول - يقول الإمام الشيرازي: والمرأة ممنوعة من مجالسة الرجال لما يخاف عليهم من الافتتان بها^٤، فالقول بعدم جواز

١- مرسى، القضاء في الشريعة الإسلامية، ص ١٥٣ - ١٥٤.

٢- هذا الحديث وإن لم يصح مرفوعاً، إلا أن معناه في خصوص الصلاة قد جاءت به الأحاديث التي تثبت عن رسول الله ﷺ أنه كان يجعل ترتيب صفوف الرجال ثم الصبيان ثم النساء، ابن حجر، فتح الباري شرح البخاري، ١٢٢٣/٢.

٣- مرسى القضاء في الشريعة الإسلامية، ص ١٤٩. ابن حجر، فتح الباري شرح البخاري ١٢٢٢/٢ - ١٢٢٣.

٤- الشيرازي المهذب، ٢٩٠/٢.

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

ولايتها القضاء سداً للذرائع لأن النساء فتنة للرجال والفتنة
حاصلة بتولية المرأة منصب القضاء لوقوع الخلوة، وكذا
صورتها فتنة، وهي غير أهل لحضور محافل الرجال، ثم أنه
بحكم الخلقة والجنس فإن الأنثى تغلب عليها عاطفتها ويهيمن
عليها ما تتعرض له شهرياً من الآم الحيض وأوجاعه لمدة قد
تصل إلى ثلث كل شهر إضافة إلى متاعب الأوضاع والحمل.

هذه الأمور وغيرها الكثير التي أرتاها الشارع الحكيم
أنها أمور مؤثرة على المرأة وكيانها - فهل أثر هذه الظروف
الخلقية في المرأة أقل أثراً من الغضب الذي جعله الشارع مانعاً
من القضاء؟ فإذا كانت المرأة لا تصلح للقضاء خلال فترة
الحيض ولا خلال شهور الحمل ولا شهور الإرضاع، فمتى
ستقضي، وهل تبقى مصالح الناس والخصومات بينهم حتى
تنتهي هذه الظروف الخلقية من المرأة القاضي أم أن المعاملات
تحال إلى قاض آخر ليبت فيها؟.

يقول ابن العربي: إن المرأة لا يتأتى منها مفاوضه
النظير للنظير ولا أن تبرز إلى المجالس وتخالط الرجال ، ولم
يفلح قط من تصور هذا ولا من اعتقده ^٢.

ويقول الإمام الباجي: ويكفي في ذلك عندي عمل المسلمين
من عهد الرسول ﷺ لا نعلم أنه قدم لذلك في عصر من الأعصار

^١ - مرسى، القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١٥٥ .

^٢ - ابن العربي أحكام القرآن ، ٢/٢٩٠ .

فكر الواقع وفقه الواقع في شرط الذكورة لتولى المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

ولا بلد من البلدان امرأة، والله أعلم وأحكم، نعم وهو العليم الحكيم الخبير.

ثم أنه ليس من المعقول أن تكون المرأة في معزل وتقضي بكل قضية وتحكم فيه ثم تعلن هذه الأحكام بواسطة آخرين فلا مانع ولا منافاة بين توليتها وبين القضاء، لا يقال هذا - لأن منصب القضاء قد يستدعي أيضاً السفر إلى مكان الحوادث . أو إلى بلاد بعيدة لحضور المؤتمرات والندوات أو الاطلاع على وثائق رسمية تتعلق بالقضايا فهل نجعل معها محرماً مرافقاً. من هنا نرى أنه لا يحق لنا أن نقوم بلي النصوص (كما فعل بعض الذين كتبوا في هذا الموضوع ليتماشى مع الواقع الذي نعيش وغفلوا عن رأي الأئمة الذين اتفق أهل العقل والفتنة على صحة أقوالهم وأدلتهم كما لا يحق لنا بأن نقوم بلي الأحاديث الصحيحة (أخبار الآحاد) ونقول بأنه لا يعمل بها في ميدان الأحكام الدستورية ولا تعد تشريعاً عاماً وليس لها صبغة أبدية ونسخوا الأحكام وهم يعلمون أن لا نسخ بعد وفاة الرسول ﷺ^٢.

^١ - الباجي، المنتقى، ١٨٢/٥، وانظر الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل ٢٠٠/٤، البهوتي، كشف القناع ٢٩٥/٦، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع ١٩/١٠، ابن قدامة، المغني ٣٨١/١١، الشيرازي، المهذب ٢٩٠/٢.

^٢ - انظر هذه الأقوال في كتاب المرأة والحقوق السياسية لمجيد أبو حجر الذي تعرض لهذه الأقوال ورد عليها وكفانا المؤنة وعدم الإطالة والإعادة، ص ١٨٧.