تكييف ولاية المرأة القضاء

دراسة تحليلية نقدية في ضوء التشريعات الكويتية

إعداد

د. خالد أبا الصافي المطيري

الأستاذ المشارك بقســم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية – جامعة الكويت

تكييف ولاية المرأة القضاء
دراسة تحليلية نقدية في ضوء التشريعات الكويتية

خالد عبد الله أبا الصافي المطيري
قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مدينة الكويت، دولة الكويت.
البريد الإلكتروني: dr.kalsafi@gmail.com

ملخص البحث:

يسلط هذا البحث الكلام على تولي المرأة الكويتية للقضاء، والذي أتى بعد سلسلة من الأحداث؛ لا سيما بعد نيل المرأة حق الترشيح والانتخاب عام ٢٠٠٥م، وقد أثار قرار تعيين المرأة بمنصب القضاء تساؤلا حول مدى توافق هذا الإجراء مع أحكام الفقه الإسلامي، سيما وأن الدستور الكويتي ينص على أن دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع، فبين البحث أهم أهدافه من خلال التكييف الفقهي والقانوني مراعيا تخلف شرطي الاجتهاد والذكورة، فخرج بتكييف محدد بأن منظومة القضاء ووفقا للمعطيات المعاصرة، قد تطورت إلى أن أصبحت لا تخرج عن كونها قضاء ضرورة أو عملا إداريا ذا طبيعة خاصة بسبب فقد الشروط المطلوبة في القضاء. وقد خرج البحث بتوصيات مهمة أبرزها: التدرج في ضم المرأة إلى القضاء من حيث الشكل والموضوع، وحوكمة القضاء بما يضمن سلامة إجراءاته مع الحفاظ على هويته. وسلكت فيه المنهج التحليلي والاستنباطي، وقسمته إلى مبحثين: الأول عن تولي المرأة القضاء في ضوء ما استقرت عليه الدراسات السابقة. والثاني: الطبيعة الفقهية للقضاء المعاصر (الكويت نموذجا).

الكلمات المفتاحية: تكييف، ولاية، القضاء، التشريعات الكويتية، المرأة.

Legality of Judicial Jurisdiction to Women Critical Analytical Study of the Kuwaiti Legislation

KHALED ABDALLAH ABA ALSAFI AL-MUTAIRI

Department of Comparative Islamic Jurisprudence and Islamic Law (Sharia) Policy, Faculty of Islamic Law (Sharia) and Islamic Studies, Kuwait University, Kuwait, Kuwait.

Email: dr.kalsafi@gmail.com

Abstract:

This research focuses on Kuwaiti Women's assumption of the judiciary, which came after a series of events; Especially after women gained the right to vote and the right to be a member in the Parliament in 2005. The decision of appointing women in the judicial department has raised questions about the extent to which such procedure is consistent with the rulings of Islamic jurisprudence, since the Kuwaiti constitution states that Islam is the religion of the state, and Islamic law is a main source of legislation. So, this study aims to show the legality of appointing women in the judicial departments and considering the conditions of masculinity which are stated by the Islamic jurisprudence Scholars. The outcome of the study maintains that the contemporary judicial institutions has been acquired the nature of the administrative work. So, this study states some recommendations which include the necessity of hierarchy in the appointment of women in the judicial departments. Also, the study recommends the governance of the judicial authority to guarantee the fairness of its procedures and to keep its identity.

Keywords: Legality, State, Judiciary, Kuwaiti legislation, Women.

المقدّمة

لم يكن معهودا في القرون السابقة، بل ولا إلى عهد قريب خروج المرأة للعمل والمشاركة السياسية والعسكرية ومختلف المجالات ومنها القضاء، فأضحى هذا الموضوع بمجموعه من الأمور المستجدة التي نشأت وتطورت متأثرة بالاختلاط مع الثقافات الغربية الحديثة، وإن تولية المرأة القضاء لم يكن معهودا في زمن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا خلفائه الراشدين، مرورا بكل عصور الخلافة إلى أواخر العهد العثماني، حيث بدأ القانون الجديد بإغفال شرط الذكورة باعتباره أحد شروط تولية القضاء؛ مما أثار إشكالا فقهيا وقانونيا حول إمكانية تولي المرأة للقضاء.

ومع تقلد المرأة الكثير من المناصب العليا لا سيما في العصر الحديث؛ تضاعف الجدل مرة أخرى مثيرا تساؤلا عما إذا كان لها الحق في ولاية القضاء والتي تأتي في مرتبة أحيانا أقل من ولايات أعم منها وأخطر، كالمجلس التشريعي النيابي مثلا، وعلى النقيض من ذلك يتمسك آخرون مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بعدم جواز توليتها مطلقا، وأن القضاء تشترط فيه الذكورة والاجتهاد، ويحتاج إلى تفرغ تام.

ولكن مع فرط عقد الخلافة والذي استتبع معه فرط المنظومة القضائية بمفهومها الشرعي؛ فإنه لا يبقى - والحالة هذه - معنىً لاشتراط شرط الذكورة، لا سيما مع تحول القضاء عبر الزمن والأحداث من النظام القضائي الذي يتبع فيه القاضي سلطة الخليفة إلى نظام مؤسسي له سلطة مستقلة؛ مما جعل قربه إلى العمل الإداري ذي الطبيعة الخاصة الملزمة الأنسب تصورا من

كونه قضاء شرعيا، وهذا بلا شك له أثره في جواز التخلي عن شرط الذكورة والذي تسعفه أيضا بعض الآراء الفقهية.

أهمية البحث:

مسألة تولي المرأة القضاء من المسائل التي شغلت الناس قديما وحديثا، ومع تطور الأحداث وخروج المرأة للعمل وتولي مناصب عليا عدة لا سيما في الكويت؛ فإن أهمية هذا المنصب يبرز جليا باعتباره أحد أدوات الدولة الحديثة الذي به تتحقق العدالة المجتمعية وحماية البلاد من الأخطار الداخلية والخارجية، وأنه أصبح من الوظائف - بمختلف درجات السلك القضائي- التي يمكن أن تتولاها المرأة لاعتبارات مختلفة، ويسد فراغا وظيفيا واكتفاء ذاتيا للدولة.

وتكمن أهمية البحث أيضا في تسليط الضوء على التكييف الفقهي لولاية المرأة القضاء، مما سينتج عنه أثره المناسب لهذه الولاية في الوقت المعاصر وفق المعطيات الحديثة والمستجدة.

إشكالية البحث:

في حين أن الدستور الكويتي ينص على أن "**دين الدولة الإسلام، وأن الشريعة مصدر رئيس للتشريع**"؛ مما يعني الالتزام بأحكامه، وأن خلاف هذا ما هو إلا تناقض في الحكم، ومن جهة أخرى فإن فقدان أغلب شروط القاضي في العصر الحديث أوجدت حاجة ملحة إلى نظر جديد لهذا المنصب وفق المعطيات المتلاحقة.

ولذا، برزت أسئلة مهمة خلف هذا الإشكال، أهمها:

١. هل يتعارض توليةُ المرأة للقضاء أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة؟ أم أن الخلاف الفقهي يسع النص؟.

٢. هل يُنشئ القاضي القانون أم يقتصر على تطبيقه؟.

٣. هل ولاية القضاء من مهام الإمامة العظمى، وتستمد منها وللخليفة أن يستنيب عنه من هو في صفاته؟ أم هي ولاية ومنصب مستقل عن الإمامة، وبلغة العصر عن الدولة؟.

أهداف البحث:

يسعى البحث إلى الأهداف التالية:

١. تحرير أقوال الفقهاء في شرط الذكورة، وسبب هذا الاشتراط.

٢. إسقاط الشروط الفقهية للقاضي على تولية المرأة للقضاء في العصر الحديث.

٣. التكييف الدقيق لتولي المرأة الكويتية للقضاء وفقا للشريعة الإسلامية والدستور الكويتي والقوانين ذات الصلة.

الدراسات السابقة:

لا شك أن موضوع تولي المرأة القضاء من المواضيع التي تناولها العلماء وطلاب العلم بالبحث، وهناك العديد من هذه الكتب والأبحاث أذكر منها:

١. بحث بعنوان: **تولي المرأة المناصب العليا في الدولة الإسلامية**. د. هند الخولي، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية

عدد (١) ٢٠١١م. حيث ركزت على المناصب العامة ولم تقتصر على القضاء فقط.

٢. بحث: **تولية المرأة القضاء- رؤية شرعية**، د. عبد الله السحيباني. منشور في موقع الدكتور نفسه على شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٤/١١/١٣م. وهو بحث فقهي بامتياز تناول فيه آراء الفقهاء تحديدا في تولية المرأة للقضاء مع المناقشات الفقهية والترجيح وتحرير الأقوال.

٣. بحث: **شرط الاجتهاد في تقليد القضاء**، د. عقيل الحمداني، منشور في منصة دار المنظومة، ركز فيه الباحث على شرط الاجتهاد مع بيان شروط المجتهد ومدى اشتراطه في القاضي، وأيضا ذكر الآراء الأجنبية.

٤. بحث: **قراءة تحليلية نقدية في الحكم الشرعي لتولي المرأة منصب القضاء**، د. هدى هلال، منشور في مجلة الفكر الإسلامي المعاصر بالأردن، السنة ١٦، العدد (٦٤) ربيع ١٤٣٢هـ، وهو بحث قيم وفيه تحليل للشروط الواردة التي ذكرها الفقهاء في هذه المسألة.

٥. بحث: **حكم تولي المرأة منصب القضاء دراسة فقهية مقارنة**، د. جمال عبد الجليل، منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة عدد (٣٠) ٢٠١٣م، ذكر فيه شروط القاضي وناقش أدلة الفقهاء.

٦. بحث: **تولي المرأة المناصب وأحكامه في الفقه الإسلامي**، عباس القيسي، منشور في مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة الأنبار بالعراق، ٢٠١٧م، تطرق فيه الباحث إلى تولي المرأة للمناصب العامة ورئاسة الدولة، مع ما فيه من محاذير شرعية، وتطرق لموقف العلماء

من هذا وذكر المناقشة.

وغير ذلك كثير، ولا سيما المراجع والمصادر القديمة التي لا غني عنها فهي الأساس في البحث والتأصيل.

وأما ما يميز هذا البحث:

فهو يركز على الجدل الحاصل مؤخرا بتعيين بعض النساء الكويتيات في القضاء، وما يستتبع ذلك من الموائمة مع الدستور الكويتي، وأيضا التأصيل الفقهي للمسألة كلها، حيث قمت باختيار الرأي المناسب الذي يحقق أهداف الدستور الكويتي دون مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وأيضا أبرزت تكييفا فقهيا جديدا لعمل القضاء في العصر الحديث.

حدود البحث:

يقتصر البحث على تولي المرأة الكويتية القضاء، وفقا لما جاء في الدستور الكويتي والقوانين المنظمة.

منهج البحث:

١. سلكت في هذا البحث المنهج الاستقرائي للأقوال الفقهية والتاريخية الخاصة بتولي المرأة للقضاء، ومن ثم المنهج التحليلي للشروط سيما شرط الذكورة، وأخيرا الاستنباط الفقهي مستخدما الأدلة الممكنة والتي تعين على التكييف الفقهي والقانوني لهذه المسألة.

٢. إبراز رأي الباحث بشكل كبير عبر تصور دقيق لما انتهت إليه الأبحاث فيما يخص هذه المسألة، وعدم التوسع في الخلاف الفقهي المعروف،

بحيث أذكر ما لا بد منه مما انتهت إليه الأبحاث والخلافات الفقهية؛ لأبني عليه رأيا يمثل رؤية واضحة وبنظر فقهي سليم.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة ومبحثين، ذكرت قبل المقدمة ملخصا للبحث، ثم اشتملت المقدمة على أهمية البحث، وإشكاليته، والأهداف، والدراسات السابقة، وحدود البحث، ومنهجه، ثم المخطط العام.

ويتكون من مدخل عام ثم من مبحثين:

الأول: تولي المرأة القضاء في ضوء ما استقرت عليه الدراسات السابقة.

والثاني: الطبيعة الفقهية للقضاء المعاصر (الكويت نموذجا).

مدخل إلى مفهوم القضاء وتاريخه

أولاً: مفهوم القضاء من الناحية النظرية:

تعددت المفاهيم النظرية الدالة على المعنى الاصطلاحي للقضاء في الإسلام وفقا لمنطلق كل مذهب مما يشكل بمجموعه معنى الفصل في النزاع، والإلزام بالحكم، والحاكمية. وفيها الإشارة إلى أبرز شروط القاضي كالاجتهاد مثلا.

فعند الحنفية، قال الكاساني:" القضاء هو الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله عز وجل"[(١)].

وعند المالكية، قال عليش:" القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"[(٢)].

وعند الشافعية :" إلزام من له الإلزام بحكم الشرع"[(٣)].

وعند الحنابلة، قال البهوتي: " تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الخصومات"[(٤)].

فهذه التعريفات تشير إلى أهمية إقامة العدل، ولا يتحقق هذا إلا من خلال التجرد التام للقاضي العالمِ بما يحكم، المجتهدِ فيما يبحث في سبيل الوصول إلى إصابة الحق. هذه الاستقلالية هي ما شار إليها الطاهر بن عاشور

(١) بدائع الصنائع، الكاساني (٥/٧).
(٢) شرح منح الجليل، لعليش (١٦٨/٧).
(٣) نهاية المحتاج ، للرملي (٢٣٥/٨).
(٤) الروض المربع، البهوتي (٤٤٦/٢).

بقوله:" وهذا يومئ إلى وجوب تجرد القاضي عن كل ما من شأنه أن يجعله تحت نفوذ غيره، فإن العبودية مراتب"[1]. والاستقلالية في القضاء الشرعي يختلف عن مراده في العصر الحديث، فحيمنا كان القاضي مجتهدا كان هو الذي يفسر النص، ويستنبط منه الأحكام التي يتوصل إليها ومن ثم يحكم وفقا لما توصل إليه اجتهادُه دون إملاء من أي جهة كانت، أما في العصر الحديث فالقاضي يطبق القانون الذي يصدر من جهة أخرى، فيكون دوره منحصرا في تطبيق القانون، ويبدو واضحا الاختلاف الكبير بين المفهومين.

وهذه الاستقلالية المطلوبة في القضاء الشرعي هي التي جعلت الفقهاء يشترطون له شروطا كثيرة تضمن تحقيق العدالة.

ثانياً: القضاء من الناحية التاريخية[2]:

أ - عهد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

يعتبر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هو القاضي بين المسلمين في عهده، بالإضافة إلى كونه رسولاً، نبياً، حاكماً، وإماما للمسلمين، فهو إمام العلماء ومقيم العدل بين الناس أجمعين. فكان صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يتولى القضاء بنفسه بأمر من الله تعالى: ﴿ إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ... ﴾[3].

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر ابن عاشور وكتابه مقاصد الشريعة، محمد الطاهر الميساوي (ص٣٦٩).

(٢) للمزيد: تاريخ القضاء في الإسلام، د. محمد الزحيلي ص٦٤، وحكم تولي القضاء في ضوء المستجدات المعاصرة، نصر عبد الكريم ص٣٥ وما بعدها.

(٣) النساء: ١٠٥.

كما أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اختار عددا من الصحابة واستعان بهم في القضاء بين الناس، مثل: علي بن أبي طالب، ومعاذ بن جبل، وأبي موسى الأشعري، وعتاب بن أسيد، والعلاء بن الحضرمي... وغيرهم(١)، فمنهم من ولي القضاء الخالص ومنهم من اندرجت ولاية القضاء ضمن ولايته على إقليم معين كالعلاء بن الحضرمي، ومعاذ، وعمرو بن العاص.

ب - عهد الخلفاء الراشدين(٢):

كان الخليفة الراشد أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هو من يتولى القضاء بالإضافة إلى الإمامة الكبرى، ثم لما انشغل بحروب الردة وَكَل أمر القضاء لعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ثم توسعت رقعة البلاد الإسلامية في عهد عمر مما اضطره إلى تعدد القضاة في الأقاليم، ونظم القضاء وجعل له دستورا، وهكذا تطور العمل في عهد عثمان وعلي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - واستمرا على تنظيم القضاء مع ممارستهم أنفسهم لهذه الولاية.

ج - عهد معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:

هذا العهد هو بعد عهد الخلافة الراشدة، وله مميزات خاصة به، حيث أصبح عمل القاضي مقتصرا على إصدار الحكم، والتنفيذُ من مهمة الحكام؛ وبهذا تم فصل السلطة القضائية عن التنفيذية، مع احتفاظهم بالحرية في

(١) للمزيد: تاريخ القضاء في الإسلام، د. محمد الزحيلي ص٦٤.

(٢) للمزيد: تاريخ الأمم والملوك، لابن جرير الطبري (٥٠/٤)، والكامل في التاريخ، لابن الأثير (٤٢٠/٢).

الاجتهاد واستنباط الأحكام[1].

د - العصر العباسي:

استمر الوضع في هذا العصر بتعيين القضاة من قبل الخليفة، وربطهم به، وأصبح القاضي قاضي أمير المؤمنين[2]، ومع هذا فللقاضي في هذا العصر الحق الكامل في الاجتهاد دون تدخل الخليفة.

هـ - العهد العثماني:

وهذا العهد الذي بدأ في (٩٢٣هـ - ١٣٤٣هـ) ويمكن النظر إليه بأن أوله قوة وآخره ضعف إلى أن قُضي عليها، وكان تعيين القضاة كما هو معهود في السابق، إلا أنه في أواخر الخلافة العثمانية تم وضع شروط معينة تخلو من اشتراط الذكورة، ومع هذا لم يعرف أن هناك امرأة تولت القضاء في هذا العهد[3].

ويؤخذ من سرد هذا التاريخ ومن تتبع تاريخ القضاء في الإسلام:

أولاً: أنه لم تعين امرأة قط في القضاء إلا في العصر الحالي؛ مما يعني تشكيل مفهوم عند العلماء والأمراء في تلك العصور، هذا المفهوم له دلالة، قد تكون دلالته مستندة إلى دليل شرعي، أو يكون المفهوم مجرد الأخذ بالأفضلية.

(١) للمزيد: قراءة تحليلية نقدية في الحكم الشرعي لتولي المرأة منصب القضاء، هدى هلال، ص ٨.

(٢) للمزيد: هدى هلال، مرجع سابق ص٨.

(٣) للمزيد عن هذه الشروط: تاريخ القضاء، الزحيلي، ص٤٣٩.

كما أن العرف العملي من توالي القرون على عدم تولية امرأة القضاء له دلالة عند العلماء لكن ليس بالضرورة يعد دليلا قطعيا؛ إذ من المعلوم فقها أيضا أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان.

ثانياً: أن القاضي كان بالنسبة للخليفة نائبا عنه في الحكم، ولعل هذا من أهم الأسباب التي جعلت الكثير من الفقهاء يشترط في القاضي شروط الخليفة.

ثالثاً: العناية بتعيين من له علم في الأحكام وتفرغ تام للقضاء، وربما هذا الذي جعل الفقهاء يستبعدون المرأة من هذه الولاية.

المبحث الأول

تولي المرأة القضاء في ضوء ما استقرت عليه الدراسات السابقة

ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول

ملخص حكم تولي المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: سبب الخلاف.

هناك أسباب عدة تعتبر هي منشأ الخلاف في تولي المرأة القضاء لا سيما في ظل الإمامة الكبرى، وبالنظر الدقيق فيها فإنها ترجع كلها إلى اشتراط الذكورة فيمن يتولى القضاء، وعلى هذا أذكر هذه الأسباب مجملة ثم الجواب عنها بما يتناسب مع تلك الإيرادات في هذا المطلب والذي سيليه:

الأول: عدم وجود دليل قطعي الدلالة في منع تولي المرأة القضاء.

الثاني: التنازع الواقع على هذا الفرع الفقهي (تولي المرأة القضاء) وتردده بين قياسين:

١ - قياسه على الإمامة الكبرى.

٢ - قياسه على الشهادة.

وهذا أدى بلا شك إلى اختلاف في وجهات النظر، واشتراط الذكورة في الأولى دون الثانية، بمعنى آخر: هل ولاية القضاء فرع عن الإمامة العظمى، وأن للخليفة أن يستنيب من يحل محله وتتوفر فيه شروط الخليفة، أو هو منصب مستقل عن الإمامة العظمى؟

الثالث: أنه لم تُعين امرأة قط في هذا المنصب منذ عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى أواخر الدولة العثمانية وتعاقبهم على هذا مما أورث حكما في قوة القول والفعل بعدم جواز توليتها، ولكن هل الترك يؤخذ منه تشريع عام؟ أم له ضوابط خاصة؟.

الرابع: تحري العدل في الحكم: وهذا يستدعي التفرغ التام للقضاء، فمن رأى أن المرأة قادرة على ذلك التحري أجاز توليها، ومن رأى أن طبيعتها وما كلفت به من حيث أصل الخلقة فإنه يمنعها.

الخامس: القوامة: فهي صفة ارتبطت بالرجل استنادا إلى قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾[1]، فهي عامة شاملة لكل ولاية، وليس من المنطق أن تكون له القوامة وتكون هي الحاكمة عليه.

السادس: شرط الاجتهاد فيمن يتولى القضاء: وهذا الشرط، وإن كان مختلفا فيه؛ إلا أنه مهم في القضاء، وعادة ما نجد الرجال هم الذين يتميزون بهذا بخلاف النساء.

الفرع الثاني: مجمل قول الفقهاء في ولاية المرأة القضاء.

أقدم في هذا الفرع ملخصا عن حكم تولي المرأة للقضاء عند الفقهاء، ومن ثم الجواب عن الإشكاليات الجوهرية حول هذا الموضوع وفق رؤية موضوعية، وذلك من خلال هذا الفرع والذي يليه:

(١) النساء: ٣٤.

اختلف الفقهاء في جواز تولية المرأة القضاء على أربعة أقوال:

القول الأول: المنع مطلقا: وهو إطلاق مذهب الحنابلة، والشافعية ما لم تكن ضرورة، والمالكية عدا ابن القاسم[١]. وذهب إلى هذا الرأي جملة من المعاصرين وهيئات الفتوى مثل: الإفتاء الكويتية[٢]، وأحمد الحجي الكردي[٣]، ونور الدين عتر[٤].

ويمكن التركيز على أهم الأسباب التي دعتهم إلى منع المرأة من تولي القضاء:

أولاً: أن من شروط تولية القضاء: (الذكورة)، يقول الدسوقي في معرض نفيه صحة توليتها القضاء صراحة:" (لا أنثى ولا خنثى) أي: فلا يصح توليتهما القضاء ولا ينفذ حكمهما"[٥].

وسبب هذا الشرط ما يلي:

(١) ينظر للمالكية: الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٦)، وللشافعية: تحفة المحتاج، لابن حجر (٣٤٤/٤)، وللحنابلة: المغني، لابن قدامة، (١٢/١٤)، والأحكام السلطانية، لأبي يعلى الفراء، ص٦٠.

(٢) وجاءت الفتوى صريحة على لسان الوزير حينها (جمال شهاب). ينظر: صحيفة الوطن الكويتية بتاريخ ٢٠١٢/١٠/١٧م.

(٣) أحكام المرأة في الفقه الإسلامي، الكردي، ص١٠٥.

(٤) وللمزيد: ينظر كتاب (ماذا عن المرأة)، نور الدين عتر، حيث جعل جل الكتاب منصبا على منع المرأة من تولي الوظائف لا سيما العامة.

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٦).

أ - حديث: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"[1]. قال الشوكاني: "وفيه دليل على أن المرأة ليست من أهل الولايات، ولا يحل لقوم توليتها؛ لأن تجنب الأمر الموجب لعدم الفلاح واجبٌ"[2].

ب - أن المرأة لا تلي الإمامة الخاصة بالرجال، فكيف تلي الإمامة العامة التي تقتضي البروز[3].

ج - ولنقص النساء عن رتب الولايات، وإن تعلق بقولهن أحكام[4]، فالولايات العامة ترهقها وتسلب ما كُلّفت به بحسب طبيعتها.

قال ابن قدامة:"لأن القاضي يحضر محافل الخصوم والرجال، ويحتاج فيه إلى كمال الرأي وتمام العقل والفطنة، والمرأة ناقصة العقل، قليلة الرأي، ليست أهلا للحضور في محافل الرجال، ولا تقبل شهادتها، ولو كان معها ألف امرأة مثلها، ما لم يكن معهن رجل، وقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسيانهن بقوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكّرَ إِحْدَاهُمَا الأخرى ﴾[5]، ولا تصلح للإمامة العظمى، ولا لتولية البلدان؛ ولهذا لم يول النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ ولا أحد من خلفائه، ولا من بعدهم، امرأة قضاء ولا ولاية بلد، فيما بلغنا،

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: كتاب النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ إلى كسرى، (٨/٦) برقم ٤٤٢٥. وانظر: منح الجليل لعليش (٢٨٨/٧)، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٣٤٤/٤).

(٢) نيل الأوطار، الشوكاني، (٢٦٥/٨).

(٣) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري (١٠٨/٤).

(٤) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٠٧.

(٥) البقرة: ٢٨٢.

ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالبا"[1].

ثانياً: القوامة: وهي مرتبة طبيعية تتناسب مع الرجل ليقوم بأعباء الأسرة والولاية، وقد قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [2]، ولا يمكن أن تكون المرأة من أهل الولايات؛ كالقضاء وهي ليس لها القوامة، إذ لو تصورنا هذا لكان تناقضا.

يقول أبو الأعلى المودودي في هذه الآية:" أنت ترى أن الله تعالى يؤتي الرجال القوامة بكلمات صريحة، ويبين للناس الصالحات بميزتين اثنتين:

الأولى: أن يكن قانتات.

الثانية: أن يكن حافظات للغيب لما يريد الله أن يحفظنه في غيبة أزواجهن، وذلك لا يتم إلا في بيتوهن"[3].

ثالثاً: التكوين (الفسيولوجي) للمرأة[4].

فطبيعة المرأة تختلف عن طبيعة الرجل، فهو المكلف بالنفقة والسعي في الأرض، وبالدفاع عن دينه ووطنه وأهله ... فناسب أن يكون هو المتصدر لهذه الأمور، وأن المرأة مبنية على الستر والمحافظة عليها وعدم تعريضها لكل ما يخالف طبيعتها ويؤثر على أسرتها.

---

(١) المغني، لابن قدامة (١٢/١٤).

(٢) النساء: ٣٤.

(٣) حقوق الزوجين، تعريب أحمد إدريس ص٣٨ و٨١. وللمزيد: المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني للبوطي ص٩٥.

(٤) للمزيد: ماذا عن المرأة، عتر، ص١٤٧ وما بعدها.

قال القرطبي في معرض تفسيره لآية القوامة: "إن فيهم (الرجال) الحكام والأمراء ومن يغزو، وليس ذلك في النساء"، ولا يجوز للمرأة أن تقوم بوظيفة الوزارة، كما ذهب إليه الماوردي؛ لأن فيها طلب الرأي وثبات العزم ما تضعف عنه النساء، ومن الظهور في مباشرة الأمور ما هو عليهن محظور"[(١)]. فهكذا كانت النساء، لا بسبب نقصٍ فيهن، ولكنْ اخْتِيرَ لهن ما يتناسب مع طبيعتهن.

قال عمر بن أبي ربيعة:

كتــب القتــل والقتــال علينــا ** وعلــى الغانيــات جــر الــذيول

القول الثاني: الجواز عند الضرورة: وهو قول لبعض الشافعية.

وتفسير الضرورة عندهم هو أن لا يوجد الرجل المؤهل للقضاء، عندها ينفذ حكم من يعينه الحاكم ولو كان هذا (القاضي) غير أهل بسبب فسقه، أو كونه مقلدا، أو صبيا، أو امرأة. فإذا حكم نفذ قضاؤه للضرورة، وهذا ما يعرف بقاضي الضرورة؛ لئلا تتعطل مصالح الناس[(٢)]. ففي أسنى المطالب:" وكلام المصنف كأصله، قد يقتضي أن القضاء ينفذ من المرأة والكافر إذا وُلّيا بالشوكة"[(٣)].

وفي البجيرمي على شرح المنهج:" فإن فقد الشرط المذكور، بأن لم يوجد رجل متصف به، فولى سلطان ذو شوكة مسلما غير أهل، كفاسق،

(١) الأحكام السلطانية، الماوردي ص٢٨، ومثله عن الجويني في غياث الأمم ص٦٥.
(٢) للمزيد: الجمل على شرح المنهج (٣٥٩/٨).
(٣) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري (٢٨٠/٤).

ومقلد، وصبي، وامرأة؛ نفذ قضاؤه للضرورة؛ لئلا تتعطل مصالح الناس"[١].

ومن أجمل ما قيل في هذا، قول الإمام الغزالي بعد أن ذكر شروط القاضي:" ثم هذه الشروط أطلقها أصحابنا وقد تعذر في عصرنا؛ لأن مصدر الولايات خال عن هذه الصفات، وقد خلا العصر -أيضا- عن المجتهد المستقل، والوجه القطع بتنفيذ قضاء من ولاه السلطان ذو الشوكة كيلا تتعطل مصالح الخلق، فإنا ننفذ قضاء أهل البغي للحاجة، فكيف يجوز تعطيل القضاء الآن؟. نعم يعصي السلطان بتفويضه إلى الفاسق والجاهل، ولكن بعد أن ولاه فلا بد من تنفيذ أحكامه للضرورة"[٢].

القول الثالث: لا تجوز ولايتها إلا فيما جاز فيه شهادتها: وهو قول الحنفية[٣]، وأرجح الروايات عن ابن القاسم من المالكية[٤].

وذهب إلى هذا الرأي بعض المعاصرين من أهل العلم منهم: مصطفى السباعي[٥]، ويوسف القرضاوي[٦]، ومحمد سعيد رمضان البوطي[٧].

وبإمعان النظر في المذهب الحنفي نجد أنه يتفق مع الجمهور في أصل

(١) حاشية البجيرمي على شرح المنهج (٣٦٤/٤).

(٢) الوسيط في المذهب، للإمام الغزالي (٢٩١/٧).

(٣) الهداية، للمرغيناني (١٠٧/٣).

(٤) مواهب الجليل (٨٧/٦). مختصر ابن عرفة (٩٨/٩).

(٥) المرأة بين الفقه والقانون، السباعي، ص٣٩.

(٦) للمزيد: نظرات في فقه الشيخ الغزالي ومرتكزاته، د. يوسف القرضاوي ص٣٣. مقال منشور في مجلة المسلم المعاصر.

(٧) المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، البوطي، ص٦٣، ٩٠.

منع المرأة من تولي القضاء، إلا أنها لو حكمت، فيما عدا الحدود والقصاص؛ فإن قضاءها ينفذ؛ اعتبارا بالشهادة إذا لم يخالف نصا شرعيا قطعي الثبوت والدلالة[1]. أي أن قضاءها النافذ هنا منحصر في أحكام الأبدان والأموال والأحكام الإدارية، وبعبارة أخرى فيما عدا الدماء.

توجيه إناطة تولية القضاء بالشهادة:

وأورد هذا التوجيه ملخصا من حاشية سعدي أفندي على العناية شرح الهداية:

"المراد أن يكون المولى للقضاء قد اجتمعت فيه شروط الشهادة، لا أن يكون حكم القضاء مبنيا على حكم الشهادة، ولكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس لذلك أنيطت بها، وهي أن يكون القاضي مسلما، مكلفا، حرا، عدلا، فتُعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق"[2].

---

(١) للمزيد: مقال بعنوان (تولية المرأة للقضاء) د. أحمد الحجي الكردي. منشور في موقعه الالكتروني شبكة الفتاوى الشرعية، بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٢٣م. وفيه: " وقد أشار المحققون إلى ذلك، وفرَّقوا بين حكم تولية المرأة القضاء من وليّ أمرٍ عادل في الأحوال العادية، وبين أن تتولاه بغير حق عنوة، أو بأمر ولي أمر ظالم، فتقضي فيه بما يوافق حكم الله تعالى، ولا تخالف فيه نصا شرعيا قطعي الثبوت والدلالة، فقالوا بمنع توليتها من ولي الأمر العادل في الظروف العادية، فإذا ولاَّها ظالم، أو تولت القضاء بنفسها عنوة، فقضت فيه بما يوافق حكم الله تعالى، نفذ قضاؤها مطلقا عند الطبري، وفي القضايا المدنية فقط عند الحنفية، وأثم ولي الأمر الذي ولاَّها، ولا ينفذ قضاؤها مطلقا عند عامة الفقهاء".

(٢) للمزيد: حاشية سعدي جلبي أفندي على العناية شرح الهداية - مطبوع مع شرح فتح القدير (٢٥٣/٧).

وبعبارة أخرى:

أن القضاء والشهادة من باب الولاية، فكل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء، وما يشترط للشهادة يشترط للقضاء[١]، والجهة الجامعة بين القضاء والشهادة كون كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير[٢]. فيجوز لها، بناء على هذا، أن تتقلد القضاء في الأمور التي تصح فيه شهادتها وهي أحكام الأبدان والأموال. ولا تشترط في هذه الحالة الذكورة؛ فليست الذكورة - كما يقول الكاساني - من شرط جواز التقليد في الجملة؛ لأن المرأة من أهل الشهادات في الجملة، إلا أنها لا تقضي بالحدود والقصاص؛ لأنه لا شهادة لها في ذلك، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة[٣]. وكقول ابن الهمام:" والكلام فيما لو وليت. وأثم المقلد بذلك، أو حكّمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله أكان ينفذ أم لا؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله لا أن يثبت شرعا سلب أهليتها، وليس في الشرع سوى نقصان عقلها، ومعلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية، ألا ترى أنها تصلح شاهدة، وناظرة في الأوقاف، ووصية على اليتامى، وذلك النقصان بالنسبة والإضافة، ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد خلافه، ألا ترى إلى تصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال، وذلك النقص الغريزي نسب

(١) للمزيد: الهداية للمرغيناني (١٠٧/٣).

(٢) لسان الحكام في معرفة الأحكام، لابن الشحنة الحلبي (٢٢٤/١).

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني (٦/٧).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن يوليهن عدم الفلاح[1]، فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن بنقص الحال. وهذا حق، ولكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق"[2].

فهذه نصوص صريحة تفيد بجواز تقليد المرأة للقضاء عند الحنفية فيما تجوز شهادتها به وذلك فيما عدا الدماء.

وخلاصة القول أن الحنفية يوافقون الجمهور في عدم جواز تولية المرأة، ويزيدون على ذلك أنها إذا وليت القضاء فإنه يأثم من ولاها، وتوليتها حينئذ مكروهة تحريما، ثم إذا حكمت بعد ذلك صح حكمها فيما يصح فيه شهادتها إذا وافق الكتاب والسنة. هذا هو المراد كما يفهم من عبارات المحققين وبعض المعاصرين[3]. فلا تلازم بين صحة الحكم مع إثم هذا الفعل.

ودليل الحنفية في نفاذ حكمها إذا تولَّت القضاء عنوة، أو بتولية ظالم، **أنها مؤهلة للقضاء في الأصل**، والآية الكريمة ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ ... الآية﴾، والحديث الشريف " لن يفلح ... الحديث "، لا ينفيان عنها الأهلية للقضاء، ولكن يمنعانها من القضاء لأسباب خارجة عن أهليتها له، فالمرأة على سبيل المثال أهل للسفر بمفردها، ولكنها ممنوعة منه منفردة لأسباب خارجة عن

(١) أي عدم حسن الاختيار.

(٢) شرح فتح القدير، (٢٩٨/٧).

(٣) للمزيد: النهر الفائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم (٦٢٤/٣)، والنظام القضائي في الفقه الإسلامي د. محمد رأفت عثمان ص٩٩. وعند الحنفية خلاف فيما لو قضت في الدماء ثم رفع إلى قاض ثان هل ينفذه أم لا.

موضوع أهليتها للسفر، وهي حفظ كرامتها، وصون عفتها عن التبذل، كما أن مراد الحنفية عند القول مثلا: (يجوز للمرأة أن تتقلد القضاء) هو نفاذ حكمها لا أنه مباح من حيث الأصل[١].

القول الرابع: جواز توليتها مطلقا: وهو ما ذهب إليه ابن حزم، والمنقول عن ابن جرير الطبري، ورواية مرجوحة عن ابن القاسم[٢].

ونقل بعض المالكية أن هذا القول منسوب أيضا إلى محمد بن الحسن الشيباني[٣]، وأيضا إلى الحسن البصري[٤].

أما ابن حزم، فقد قال في المحلى:" وجائز أن تلي المرأة الحكم"[٥].

ويستدل بما يلي:

أولاً: أن المراد بحديث: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"، هو في الأمر العام وهو الخلافة. دليل ذلك قوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: "والمرأة راعية في بيت

(١) للمزيد: الكردي، مرجع سابق.

(٢) وما جاء أنها رواية عن الإمام مالك لم أجدها منقولة إلا فيما اطلعت عليه كما في تحفة الأحوذي قال:" والمنع من أن تلي الإمارة والقضاء قول الجمهور، وأجازه الطبري، وهي **رواية عن مالك**، وعن أبي حنيفة فيما تجوز فيه شهادة النساء". تحفة الأحوذي، للمباركفوري (٤٤٧/٦). ولعل هذا توسع في العبارة لا سيما شراح الحديث وكتب الخلاف، فإن المراد ابن القاسم من المالكية. ومثله في فتح الباري لابن حجر (١٢٨/٨).

(٣) المنتقى للباجي، (١٨٢/٥). والمقدمات الممهدات لابن رشد الجد (٢٥٨/٢).

(٤) مواهب الجليل (٨٨/٦).

(٥) المحلى لابن حزم (٥٢٧/٨).

زوجها ومسؤولة عن رعيتها"[1].

ثانياً: تولية عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ امرأة يقال لها الشفاء على السوق. فدل هذا على أن المرأة إذا جاز لها أن تتولى الحسبة - وهي ولاية عامة - جاز لها بالأولى أن تتولى القضاء وهو ولاية خاصة[2].

ثالثاً: استند ابن حزم أيضا إلى ما جاء عن المالكية من تجويزهم أن تكون المرأة وصية ووكيلة، وأنه لم يأت نص يمنعها من أن تلي بعض الأمور[3]. وولاية القضاء من جنس هذه الولايات وإن اختلفت بعض الشيء.

أما النقل عن ابن جرير، فهو نقل مضطرب، لكن اشتهر عنه هذا القول ونقله كبار العلماء، بالرغم من تشكيك ابن العربي كما قال في أحكام

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الأذان، باب: الجمعة في القرى والمدن (٥/٢) برقم ٨٩٣.

(٢) تولية المرأة القضاء في الفقه الإسلامي، قنديل ص٢١. ولكن هذا الأثر ضعيف عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فهو من رواية ابن لهيعة وهو ضعيف، كما أنه مرسل، وذكره ابن حزم في المحلى بصيغة التمريض ولم يسندها على خلاف صنيعه. ينظر: الموسوعة الحديثية للمكتبة الشاملة https://al-maktaba.org/book/31768/636.
وتوارد ذكر الشراح على هذا الأثر حتى اشتهر، ومن ذلك ما جاء في شرح الزرقاني على الموطأ:" وكان عمر يقدمها في الرأي ويرعاها ويفضلها وربما ولاها شيئا من أمر السوق". شرح الزرقاني على الموطأ، (٤٧١/١) ط: مكتبة الثقافية الحديثة - القاهرة ٢٠٠٣/ تحقيق: طه عبد الرؤوف.

(٣) المحلى (٥٢٨/٨). ينظر لهذا الرأي عند المالكية على سبيل المثال في: الخرشي على خليل (١٨٧/٣). ط: دار الفكر- بيروت.

القرآن[١]، ولكن المشهور أن هذه النسبة صحيحة. فممن نقل هذا القول عن ابن جرير: ابن رشد الجد[٢] والحفيد[٣]، والقاضي عبد الوهاب[٤]، والباجي[٥]، وابن قدامة[٦]، والماوردي[٧]، والعمراني[٨]، وابن حجر[٩]، وغيرهم مما يقوي صحة هذه النسبة.

ففي بداية المجتهد: " قال الطبري: يجوز أن تكون المرأة حاكما على الإطلاق في كل شيء"[١٠]. وفي القوانين الفقهية: "وأجاز أبو حنيفة قضاء المرأة في الأموال، وأجازه الطبري مطلقا"[١١]. ومثل هذا عن ابن قدامة في المغني[١٢].

وأما الرواية عن ابن القاسم؛ فقد جاء في مواهب الجليل ما نصه: "قال

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١٨٢/٣).
(٢) المقدمات الممهدات، مرجع سابق.
(٣) بداية المجتهد (٣٤٤/٢).
(٤) المعونة للقاضي عبد الوهاب (١٥٠٧/٣).
(٥) المنتقى، مرجع سابق.
(٦) المغني (١٢/١٤).
(٧) الحاوي الكبير (١٥٦/١٦)، والأحكام السلطانية للماوردي أيضا (١١٠/١).
(٨) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٢٠/١٣).
(٩) فتح الباري (١٤٦/١٣).
(١٠) بداية المجتهد، لابن رشد (٣٤٤/٢).
(١١) القوانين الفقهية، لابن جزي (ص٢٥٣). ومعنى (أجازه) أنفذه إن وُليت القضاء فيما عدا الحدود والقصاص.
(١٢) المغني لابن قدامة، (١٢/١٤).

في التوضيح: وروى ابن أبي مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة، قال ابن عرفة، قال ابن زرقون: أظنه فيما تجوز فيه شهادتها، قال ابن عبد السلام: لا حاجة لهذا التأويل؛ لاحتمال أن يكون ابن القاسم قال كقول الحسن والطبري بإجازة ولايتها القضاء مطلقا. قلت (الحطاب): **الأظهر** قول ابن زرقون؛ لأن ابن عبد السلام، قال في الرد على من شذ من المتكلمين، وقال: الفسق لا ينافي القضاء ما نصه: وهذا ضعيف جدا؛ لأن العدالة **شرط في قبول الشهادة والقضاء أعظم حرمة منها**. قلت: فجعل ما هو مناف للشهادة مناف للقضاء، فكما أن النكاح والطلاق والعتق والحدود لا تقبل فيها شهادتها فكذلك لا يصح فيها قضاؤها"[1].

فتبين أن الرواية الراجحة عن ابن القاسم هي موافقته للحنفية في القول الثالث.

الراجح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأبرز أدلتهم؛ فإن الذي يظهر هو أن الأصل منع توليها للقضاء، لكن يجوز في حالة الضرورة، وحالة ما إذا وُليت فحكمت فإن قضاءها ينفذ فيما عدا الحدود والقصاص. وهذا الترجيح يتوافق مع القول الثاني لبعض الشافعية باعتبار توليتها من قبيل قضاء الضرورة، وكذلك مع القول الثالث وهو قول الحنفية وابن القاسم من المالكية. وسبب هذا الترجيح هو عدم وجود نص قاطع بتحريم ولايتها القضاء، فآلت المسألة إلى الاجتهاد، والتردد بين المصالح والمفاسد، وكلها طرق محتملة للجواز.

(١) مواهب الجليل (٦/٨٧).

المطلب الثاني

منشأ الخلاف في حكم تولي المرأة القضاء عند الفقهاء قبل ظهور التقنين المعاصر والإشكاليات الواردة عليه

الفرع الأول: تحرير محل النزاع.

يمكن النظر إلى محل النزاع من خلال هذين الوجهين:

الوجه الأول: إن الاختلاف بين الجمهور من جهة، والحنفية والطبري وابن حزم من جهة أخرى، هو في **نفاذ** حكم المرأة عندما تتقلد القضاء عنوة أو يوليها ظالم، ويكون حكمها موافقا لحكم الله تعالى ورسوله، حيث قال الجمهور بعدم نفاذه؛ لعدم جواز توليتها، خلافا للحنفية والطبري الذين أنفذوه لأهليتها له، **وليس الاختلاف بينهم في إباحة توليتها القضاء من قبل ولي أمر عادل، حيث الكل متفقون على عدم إباحة ذلك**[1].

الوجه الثاني: كما يمكن القول إن محل النزاع عند تحقق شروط القضاء الشرعي كما هو في السابق وبحيث يكون نائبا عن الخليفة، أَمَا وقد فُقدت أغلب هذه الشروط وأهمها: فهل يبقى للقضاء اصطلاحه الشرعي أم تتحول طبيعة القضاء إلى عمل إداري ذي طبيعة خاصة وملزمة بقوة القانون؟، فيكون الموضوع قد خرج بالكلية عن مفهوم القضاء الاصطلاحي.

الفرع الثاني: إشكاليات حول منشأ الخلاف في تولية المرأة القضاء.

ويمكن صياغة الجواب عما سبق من منشأ الخلاف، وما نتج عنه من

(١) للمزيد: مقال تولية المرأة للقضاء، د. الكردي، مرجع سابق.

إشكاليات فقهية، وفق ما يلي:

أولاً: إشكالية اشتراط الذكورة:

وهذه الإشكالية هي المقصودة مع ما يرتبط بها كالقوامة، من أنها أدلة ظنية الدلالة.

والدليل الأساس الذي يعد عمدة المانعين في منع ولاية المرأة القضاء، هو حديث "لن يفلح قوم ..."، وهو من رواية أبي بكرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وتمامه: أنه لما جاء يوم الجمل توقف ولم يشارك مع السيدة عائشة رضى الله عنها وقال متذكرا: " لقد نفعني الله بكلمة سمعتها من رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أيام الجمل، بعد ما كدت أن ألحق بأصحاب الجمل فأقاتل معهم، قال: لما بلغ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن أهل فارس، قد ملكوا عليهم بنت كسرى قال: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"[1].

لذا، من المهم بيان المأخذ الفقهي من الاستدلال بهذا الحديث من خلال ما يلي:

١. لا إشكال في وضع الفقهاء معيار الذكورة للتفريق بين ما هو مناسب لطبيعة عمل الرجل والمرأة، وهو وصف لا يتخلف قديما وحديثا، **وإنما الإشكال** هو في تعميم هذا المعيار لكل ولاية، وحبسُهُ في إطارٍ زمانيٍ ومكانيٍ له تأثيره بلا شك في العصور الأولى من الإسلام، حيث العادات والأعراف التي كانت تتلاءم تماما مع هذا المعيار، إلا أنه ليس بالضرورة التعميم في الحكم لهذا المعيار لجميع الولايات للمرأة دون

(١) سبق تخريجه ص٥٨٧.

مراعاة للعرف من جهة، ولا لما يحتمله لفظ الحديث من جهة أخرى، بالرغم أنه من الممكن قصر مفهوم هذا الحديث على الولاية العظمى وهي الخلافة، لا سيما وقد ورد في بعض الروايات بلفظ: "تملكهم امرأة"[1]، فيكون المراد الولاية العامة ورئاسة الدولة.

٢. أن قول النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ هذا يعد من قبيل الحكم على واقعة عين لا تتعدى إلى غيرها، فوقائع الأعيان لا عموم لها، وهي من وقائع الأحوال التي تطرق إليها احتمال قصر الحكم على هذه الحادثة، ووقائع الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال[2]، لا سيما وأن القرآن الكريم ذاته قد مدح ملكة سبأ (بلقيس) وذكر حسن إدارتها وسياستها؛ لذا ترجح أن ذلك واقعة عين لا عموم لها، فهذا أمر محتمل أيضا.

٣. ويحتمل أيضا أن النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ أراد الدعاء عليهم لما فعلوه من سوء الجواب عليه، وذلك بأن تلي المرأة التي جرت العادة أنها لا تحسن إدارة الدولة وتحمُّلِ أعبائها، فيكون هلاك هذه الدولة على يد ابنة مَلِكِها، **فإن قيل**: قد تخلف ذلك في بعض النساء كبلقيس.

فالجواب: إن تخلف الوعيد من الشارع محض فضل، قال النفراوي: "... ولا شك أنه أوعد العاصي بالعقوبة؛ لأن العفو بعد الإيعاد بالعقوبة محض كرم، بخلاف عدم الوفاء بما وعد به الطائعَ من الثواب فإنه يجب تنزه

(١) المسند، للإمام أحمد بن حنبل، من حيث أبي بكرة (٤٣/٥) برقم ٢٠٤٥٥. قال شعيب الأرناؤوط: حديث صحيح.

(٢) ينظر للقاعدة: الاشباه والنظائر، للسبكي (١٤٥/٢).

الباري عنه؛ لأنه بخل"[1]. ويُحتمل أيضا أن ذكر بلقيس كان على وجه المدح كما تقدم.

٤. من الاحتمالات المقبولة التي يمكن أن تفهم من كلام رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه خرج مخرج التفاؤل بسقوط عرش كسرى من خلال هذه الولاية من تلك المرأة، التي لا حيلة لها في العادة في إدارة شؤون البلاد، لا سيما مع تمزيق كسرى لكتاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. وكانت من عادة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه يحب الفأل الحسن، ويأخذ من مسميات الأشياء دلالة على شيء ما.

وفي شرح القسطلاني لهذا الحديث قال:" والغرض من ذكر هذا الحديث هنا بيان أن كسرى لما مزق كتابَه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ودعا عليه سلط الله عليه ابنَه فمزقه وقتله، ثم قتل إخوته حتى أفضى الأمر بهم إلى تأمير المرأة؛ فجر ذلك إلى ذهاب ملكهم ومُزّقوا واستجاب الله دعاءه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ"[2].

وهذا التوجيه يؤيد أن المراد توليتها الملك من بعد أبيها كسرى وليس الولايات الفرعية.

٥. أنه جاء في الحديث أن أبا بكرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ امتنع عن المشاركة في معركة الجمل وبرر عدم مشاركته مع السيدة عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لأجل هذا

(١) الفواكه الدواني، للنفرواي (٧٩/١). وللمزيد في هذا: البحر المحيط للزركشي (١٧٨/٣).

(٢) إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، للقسطلاني، (٣٩٧/٩)، كتاب المغازي، باب: كتاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى كسرى وقيصر، برقم (٤٤٢٥).

الحديث.

وهذا يثير إشكالا، إذ كيف شارك معها صحابة كثر، ولا يعقل أن لا أحد منهم سمع بالحديث الذي رواه أبو بكرة، فالحديث لم يكن خاصا بأبي بكرة وحده؛ لأن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قاله في محفل من الصحابة، وهذا يعني أنهم حملوا الحديث على معنى غير الذي فهمه أبو بكرة، مثل: كونه خاصا بقوم كسرى، أو بتلك الواقعة فقط، أو بالولاية العامة فقط ... .

٦. ثم إن هناك فرقا بين تولي الإمامة الكبرى والصغرى من جهة، وتولي القضاء من جهة أخرى؛ فإن الإمامة بنوعيها قائمة على المتابعة المقتضية للقوامة بمفهومها العام، بخلاف القضاء القائم على فصل المنازعات، كما أن المقصود به تحقيق العدالة فلا فرق بين أن تتحقق على يد رجل أو امرأة ما دام متصفا بالعلم المؤدي إلى تحقيق العدالة التي هي أساس القضاء.

٧. ولا يشكل القول بأن المرأة ناقصة عقل ودين، وهذا يعني أنها لا تصلح للولايات ومنها القضاء، وذلك من وجوه[١]:

أ - لا يراد بالنقص حقيقته؛ إذ كيف تكون ناقصة عقل ودين وهي كما ورد في الحديث ما يفهم منه المدح لا الذم: "ما رأيت من ناقصات عقل ودين **أغلب لذي لب منكم** "[٢]، وصدق من قال:

(١) وللمزيد: المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، للبوطي، ص١٧٣ وما بعدها.

(٢) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب: نقصان الإيمان بنقصان الطاعات... =

وناقصُ العقل من بعقله ذهبت ** ودينه ناقصات العقل والدين

ب - وإن كان المراد العاطفة، فإن الرجل أيضا يملكها، بل هو أكثر عاطفة منها إلا أنه يتحكم بها بخلافها هي، وربما هذه من حكمة الشارع الحكيم فإن من المناسب وفور العاطفة لدى المرأة.

ج - وأن هذا الكلام من رسول صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ لهن كان على وجه المباسطة معهن، إذ سرعان ما عقب، وفي ذات الموقف، بمدحهن بما يرفع التوهم من نقصان العقل الذي يفهمه عوام الناس.

د - ولعل التوجيه المناسب في اعتبار نقص العقل والدين هو انشغالهن من حيث الأصل بأمور التربية، وهذا الانشغال سيقلل بلا شك من خبرتهن في الأمور الإدارية للدولة والتي تتطلب تفرغا كبيرا، هذا فضلا عن تولي القضاء، وليس النقص الحقيقي للعقل.

وبمفهوم المخالفة؛ أنها لو تفرغت للقضاء لأمكنها ذلك، لكن هذا سيكون على حساب شأن الأسرة؛ مما سيؤدي لا محالة إلى تضييع الأدوار التي أناطها الله بكل فرد منا، فعُلم من ذلك أن عدم تكليف المرأة بهذه الأعمال هو من قبيل تطبيق قاعدة) المشقة تجلب التيسير)[1].

هـ - فهذا الدور التكاملي الذي وضعه الشارع الحكيم ينبغي أن لا يُعبث

=

(٨٦/١) برقم ١٣٢.

(١) للمزيد: تولي المرأة المناصب العليا، هند الخولي ص٨. وينظر للقاعدة في: الأشباه والنظائر للسبكي (١٢/١).

به، فإن استقرار المجتمعات يكمن في اتباع ما جاء به الشرع المصون.

وبعد كل ما تقدم، فإن كثرة هذه الاحتمالات لا يستقيم معها الجزم ببطلان ولاية المرأة للقضاء، التي هي في الحقيقة ولاية فرعية، استناداً إلى معيار (الذكورة) الذي يفهمه البعض فهما سطحيا وأن هذا يخل بالمساواة، فقد اتضح أن لكل من الرجل والمرأة دوره المناط به تحقيقا للتكامل في المجتمع ولا علاقة لهذا بالمساواة بمفهومها المدني المعاصر.

وعلى هذا، وفي هذا الجانب، فإني أرى عدم وجود ما يمنع من توليها القضاء من الناحية النظرية، أما ما قيل في منعها من تولي القضاء؛ فليس من وجهة نظري، لذات الذكورة أو لكونها (أنثى)، وإنما لاعتبارات مستترة في (أنوثتها)، ومن هذه الاعتبارات:

الأول: أن المرأة هي الأساس في التربية ورعاية الأسرة، وهي كذلك عبر القرون الماضية، حتى أن خروجها من المنزل لم يكن إلا لحاجة من تعليم أو فائدة ترجوها، فهي الحصن الحصين للمجتمع، وأن تكليفها بمهام تليق بالرجال تضييع في الحقيقة للأدوار الطبيعية التكاملية التي فطر الله الناس عليها، فالرجال هم من يواجهون هذه الصعاب بحسب طبيعتهم، وأما النساء فهن اللائي يواجهن التربية التي إن أُحْسِنتْ تلاشت الجرائم في المجتمع أو كادت، فوضع الشخص المناسب في المكان المناسب هي الحكمة التي ينبغي التمسك بها كي لا يختل التوازن في المجتمع.

الثاني: لو افترضنا أن المرأة تتولى القضاء، فإن هذا سيؤول بها مع كثرة التردد على المحاكم وبين مختلف القضايا إلى الخروج عن طبيعتها الأنثوية

إلى الشدة والتعود على النطق بالأحكام والأوامر؛ مما سينعكس لا محالة على زوجها وأسرتها، وهل نتصور استقامة الأسرة بعد ذلك؟!.

قال المودودي:" من المحال أن يكون التوفيق حليف النساء إذا ما اقتحمن دائرة نشاط الرجال؛ وذلك لأن الله تعالى ما خلقهن لإنجاز هذه الأعمال، وإن الرجل هو الذي هيّأه الله تعالى بالقدرات والمؤهلات للقيام بها، وإذا استطاعت المرأة - على سبيل الافتراض- أن تبرز نفسها في هذه الصفات بالمواهب والرجولة المصطنعة؛ فإن أضرارها التي تؤثر على نفسها تكون خطيرة، فهي لا تنسلخ عن أنوثتها ولا تدخل في الرجولة تماما، فتبوء بالفشل في دائرة نشاطها التي ما فُطرت إلا لها"[1].

وهذا الحكم العام، وإلا ففي أفراد النساء من تشذ عن القاعدة، والعكس صحيح أن في الرجال من يشذ عن القاعدة ولا يصلح لأي ولاية.

الثالث: ومن جهة أخرى: لا يصلح اعتبار وصف (الأنوثة) بحد ذاته مانعا من تولي القضاء، لا سيما مع عدم وجود أدلة قطعية في هذا، ويقوى هذا التصور إذا تأهلت امرأة للقضاء دون الإخلال بأي مسؤولية أخرى، فهذا أقرب للعدالة، وهو الهدف الأسمى للقضاء، بشرط أن لا يطغى هذا على ما كُلفت به من أعباء تتوافق مع طبيعتها.

إذن، النظر الدقيق: أن منع المرأة من تولي القضاء ليس لأجل كونها أنثى أو أن (الذكورة) شرط أساس في تولي القضاء، بحيث يقال: إن هذا نقص في علمها ومكانتها؛ وإنما اشتراط الذكورة كان مجرد معيار نَصَبه

(١) الإسلام في مواجهة التحديات المعاصرة، للمودودي ص٢٦٤.

الفقهاء للدلالة على من يجوز له تولي القضاء أو الولاية العامة، **فإن التعليل الأساس مستتر وراء شرط الذكورة،** وهو معنى ما ذكرته من الاعتبارات السابقة، فهذا التعليل هو المنسجم مع (الأنثى) وطبيعتها.

وعليه أقول: إنه من الناحية النظرية لا إشكال في تولي (المرأة) القضاء، إلا أنه من الأفضل عدم توليتها هذا المنصب؛ سدا لباب اختلال ميزان المجتمع التكاملي وتجنبا للآثار السلبية التي ستنعكس على المجتمع بعد فترة من الزمن، هذا فضلا أنه المتوافق مع ما ذهب إليه الجمهور.

ثانياً: إشكالية مفهوم القوامة:

وهي أحد أسباب منشأ الخلاف والتي ورد ذكرها في القرآن الكريم، والتي تعطي الأفضلية للرجال في التصدي للمهام الجسام وإدارة الدولة، إلا أنه ينبغي عدم فصل تأويل الآية عن سبب نزولها، فالآية خاصة في الأمور الأسرية وليست عامة في جميع الولايات، ولا أن تكون للرجل قوامة على غير أهله، فالآية نزلت في شأن سعد بن الربيع وفي امرأته حبيبة بنت زيد، يدل على هذا ما ذكره ابن جرير الطبري في تفسيرها وأن متعلقها الأسرة لا في كل ولاية، فقال: " الرجال أهل قيام على نسائهم في تأديبهن، والأخذ على أيديهن..."[1]، ولا يقال: إن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب؛ فهذا ليس على الإطلاق، فإن القرائن التي احتفت بقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تجاه ابنة كسرى يرجح أن المراد هي وقومها جزاء بما فعلوه مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ورسله الذي أرسلهم.

(١) للمزيد: تفسير ابن جرير الطبري (٢/٥٨٦).

كما أنه يمكن أن يقال: إن غاية ما تدل عليه الآية هو تفضيل جنس الرجال على جنس النساء، وليس المراد تفضيل جميع الرجال على جميع النساء، فقد يوجد بعض أفراد النساء من هن خير من بعض أفراد الرجال[1].

ثالثاً: إشكالية قضية الترك، وعدم وجود إجماع في المسألة:

أما الترك: والجواب عنه من عدة وجوه[2]:

١ - أن الترك لا يعد دليلا مستقلا ما لم تحتف به القرائن. فالترك لا يكون كالفعل أو القول إلا بالقرائن الدالة على أن هذا الأمر مطلوب أو غير مطلوب.

٢ - الاحتمال قائم بعدم وجود أي امرأة لا في زمن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا خلفائه الراشدين طلبت تولي مثل هذه الوظائف، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال[3].

٣ - كما أن الادعاء أن الزمان خلا من تنصيب امرأة للولاية العامة، فهذا

(١) للمزيد: السحيباني، مرجع سابق ص١٧.

(٢) وليس كل ترك سنة ما لم تحتف به القرائن. يقول د. عياض السلمي:" وقد توسع بعضهم في الاستدلال بالترك وظن أن كل ترك يمكن أن يكون بيانا، وليس كذلك؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد يترك فعل الشيء لأجل عدم وجود الداعي له، كما ترك جمع القرآن في مصحف واحد ... ولم ير الصحابة أن ذلك دليل على المنع إذا توافرت الدواعي". أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، السلمي، ص٥٨٠. وللمزيد: الموافقات للشاطبي (٤٩/٤).

(٣) للمزيد: الخولي، مرجع سابق ص٢٣.

مما يكذبه الواقع، فهناك نساء تولين مناصب أكبر من القضاء كملكة سبأ مثلا مما حكاه القرآن الكريم[1].

أما إذا كان المقصود أن التاريخ الإسلامي من لدن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى عهد قريب لم يول امرأة القضاء قط؛ فهذا أمر صحيح له مبرراته التاريخية والثقافية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يثبت عنه تولية أحد من الصحابة وظيفة خاصة يطلق عليها (القضاء) فهل يقال: إن تركه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تعيين القضاة يعني أن القضاء منحصر فقط في الخليفة؟ لم يقل أحد بهذا.

لذا، فإن تعيين القضاة وإدارة شؤون الدولة مندرج تحت السياسة الشرعية التي يقررها الحاكم وفق ما يتناسب مع الزمان والمكان دون التعارض الصريح مع النصوص القاطعة، وعلى هذا يحمل قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" على تصرفات كونه إماما للمسلمين لا رسولا مبلغا؛ مما يعني جواز تغييرها إن استجد ما يدعو إلى التغيير[2].

(١) يقول د. القرضاوي:" فإن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قرأ على الناس في مكة سورة النمل، وقص عليهم في هذه السورة قصة ملكة سبأ التي قادت قومها إلى الفلاح...ويستحيل أن يرسل حكما في حديث يناقض ما نزل عليه الوحي". ينظر: نظرات في فقه الشيخ الغزالي ومرتكزاته، نشر مجلة المسلم المعاصر، ص٣٣.

(٢) وممن أجاد في التفريق بين تصرفات النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ القرافي في كتابه: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام. وبعناية الشيخ عبد الفتاح أبو غدة.

أنه ثبت، كما نقل أهل السير، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعان بامرأة يقال لها: سمراء بنت نهيك الأسدية أدركتْ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وعمرت، وكانت تمر بالأسواق، وتأمر بالمعروف، وتنهى عن المنكر، وتضرب الناس على ذلك بالسوط كان معها[1].

ومثل هذا ما فعله عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عندما اتخذ الشفاء على السوق.

وهذا، وإن لم يكن قضاء صريحا، إلا أنه يشير إلى إمكانية الاستعانة بالمرأة في إدارة شؤون البلاد، وهي تعد من الولايات الكبيرة نسبيا، وبها تسد أبواب كبيرة من الضرر قبل وقوعها.

أما الإجماع: فلا يمكن القول بأن المسألة هذه مجمع عليها، لوجود الخلاف الفقهي المعتبر، ولا يمكن أيضا اعتبار قول المخالف قولا شاذا.

قال الشوكاني: "إذا خالف أهل الإجماع واحدٌ من المجتهدين فقط، فذهب الجمهور إلى أنه لا يكون إجماعا، ولا حجة، قال الصيرفي: ولا يقال له شاذ"[2].

وفي تحفة الأحوذي: "قال الخطابي في الحديث: إن المرأة لا تلي الإمارة، ولا القضاء، وفيه أنها لا تزوج نفسها، وتلي العقد على غيرها، كذا قال، **وهو متعقب**، والمنع من تولي الإمارة والقضاء قول الجمهور، وأجازه الطبري، وهي رواية عن مالك، وعن أبي حنيفة أنها تلي الحكم فيما تجوز فيه

(١) معرفة الصحابة، لأبي نعيم (٦/٣٣٦٩).

(٢) إرشاد الفحول، للشوكاني، ص١٦٠.

شهادة النساء"[1]، إلا إذا كان المراد من النقل عن بعض العلماء حكاية الإجماع أن هذا **اتفاق أو إجماع عملي** على عدم توليتها منصب القضاء من زمن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى زمانهم[2]؛ ولذلك قال القرافي بعد أن ساق **الخلاف** في حكم تولية المرأة القضاء: "ولذلك لم يسمع في عصر من الأعصار أن امرأة وليت القضاء فكان ذلك إجماعا؛ لأنه غير سبيل المؤمنين"[3].

فليس المقصود بالإجماع هنا الإجماع بمعناه الأصولي؛ لوجود الخلاف في هذه المسألة.

رابعاً: إشكالية القياس:

والقياس يتطلب علة جامعة، مع الأخذ في الاعتبار اختلاف مفهوم القضاء سابقا عما هو معمول به اليوم، فالقياس إنما يصح عند الاشتراك في العلة، ويمكن توضيح امتناع القياس من عدة أمور:

أ - أما القياس على الإمامة الكبرى فقياس مع الفارق؛ لاختلاف مناطيهما، فمناط الخلافة هو كما قال الماوردي: "الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين، وسياسة الدنيا"[4]. فجمعت بين الزعامة الدينية والدنيوية. وهذه الخلافة ليست في النبوة وإنما في السياسة المدنية والدينية، وتتطلب جهدا وعلما وخبرة كبيرة قلما توجد في الرجال.

(١) تحفة الأحوذي، المباركفوري، (٤٤٧/٦).

(٢) السحيباني، مرجع سابق، ص ٥.

(٣) الذخيرة، للقرافي (٢٢/١٠).

(٤) الأحكام السلطانية، للماوردي، ص ٥.

أما مناط القضاء، فهو إقامة العدل، والفصل في المنازعات، وضمان سير العدالة في قضايا خاصة، فهو أخص من الإمامة، فكل خليفة يصلح أن يكون قاضيا ولا عكس، إلا إذا اضطررنا لذلك. فمهام الخليفة أوسع وأشمل، وهي التي يصدق عليها إطلاق الولاية العامة.

ب - ثم إن هناك نسبة وتناسب بين الخلافة والقضاء؛ كي لا تضطرب الأحكام ولا تختلف اختلافا شديدا، وهكذا في كل زمان؛ ولذلك تشدد الفقهاء في السابق في الشروط، ومنها اشتراط الاجتهاد والذكورة عندما كان العلم بمستوى عال جدا للخليفة والقضاة على حد سواء، أما المرأة فلم يكن لها دور في القضاء؛ لأن قيامها بدورها الحقيقي هو الذي وازن المجتمع إذ ذاك، وهو السبب الذي أميل إليه في تعليل اشتراط الفقهاء الذكورة، كما أوضحته قبلُ.

ج - أما اليوم فقد تقلص مفهوم القضاء؛ ليصبح هدفه تحقيق العدالة وفقا للقوانين الموضوعة للتنفيذ، فصار عمل القاضي منحصر في قالب هذه القوانين، وما زال التباعد بين المنصبين يتسع حتى وصل إلى ما نحن عليه اليوم، فليس الحاكم اليوم كالحاكم في السابق من كونه خليفة للمسلمين ويدافع عن بيضة الإسلام.

ومن جهة أخرى فإن القضاء اليوم ليس كالسابق الذي كان فيه القضاء بالكتاب والسنة، وفقَدَ صفة الحاكمية التي تعطيه صفة النيابة المباشرة عن الحاكم، وليس هو بالمجتهد بمعناه الأصولي ... إلخ، فلكل هذا يمتنع القياس.

ولذلك ينبغي فهم نصوص الفقهاء عندما يبطلون ولاية المرأة في القضاء من أنها (ولاية عامة)، أن ذلك إنما يصح وفقا لإطار الدولة الإسلامي بمفهومها السابق، أَمَا وقد انحلت كثير من هذه الصفات التي اتصف بها نظام الحكم، فلا حاجة للقول بأن القضاء ولاية عامة، بل هو نظام خاص للفصل في المنازعات غايته تحقيق العدل بين الناس.

د - ولأن الولاية متى ما دخلها التخصيص فليست بولاية عامة، فالقضاء يمكن أن يخصص بنوع من القضايا، وهذا بخلاف الولاية العظمى، وهي الخلافة.

فلا يصح إذن قياس القضاء بمفهومه المعاصر على الإمامة بمفهومها الشرعي، وإلا كنا أمام قياس متوهم.

هـ - أما القياس على الولاية عليها في الزواج، فقياس مع الفارق؛ لكون الولاية عليها في التزويج هو من باب القوامة، أما في القضاء فالمطلوب منها إقامة العدل وهو متحقق فيها. ومع هذا فإننا لو ابتلينا - كما جاء عند الشافعية - بتغلب امرأة على الإمامة العظمى، فإنها تنفذ أحكامها للضرورة فلها مباشرة عقد الأنكحة[1]، ومن باب أولى في التجويز ولايتُها للقضاء.

كما لا يلزم من كون الولاية عليها أن لا تتولى القضاء، فالجهة منفكة ولا تلازم بينهما، فالولاية عليها في الزواج - على رأي جمهور الفقهاء - هو من باب الاختيار الأمثل لمن يشركها في الحياة وذلك لقلة خبرتها في

(١) قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج، (٣٣٦/٣).

الرجال؛ لأن المرأة في ثقافة الأمة الإسلامية لا تختلط بالرجال في العادة، أما الفصل في المنازعات فهي قادرة عليه من الناحية النظرية.

خامساً: إشكالية المبررات العقلية:

وهي التي ارتكزت على أسباب تتعلق بعدم قدرة المرأة على مواجهة الخصوم، والتفرغ للقضاء، وأن عاطفتها كبيرة، وهذا لا يصلح للحكم بين الخصوم ... إلى ما هنالك من تبريرات عقلية.

ويجاب عن هذا توفيقا وتفريقا بما يلي:

١ - ما يذكره المانعون صحيح، ولكن هذا حكم على المجموع على الجميع، بمعنى أن هناك من النساء اللواتي يستطعن ممارسة القضاء وبكل جدارة، ولا سيما مع تهيؤ الظروف لهن، كأنْ تكون متفرغة تماما لهذه الوظيفة، ولا يشغلها أحد أبدا، مع حبها الشغوف لهذه المهمة.

٢ - أن السلك القضائي يلفظ من يُقصِّرْ في وظيفته، ومن الصعب بل من المستحيل استمرار قاض - ونفترض هنا سلامة أحكامه في المجمل - في القضاء، ومع هذا يخضع لعواطفه ومشاعره متناسيا دوره القضائي، أي أن مجرد الاستمرار في القضاء والديمومة العلمية فيه؛ كفيلٌ بإيجاد الحزم والقوة والصرامة وتحري العدل ما دام القاضي مستمرا في عمله.

سادساً: إشكالية شرط الاجتهاد:

اشترط الفقهاء فيمن يتولى القضاء شروطا عامة وخاصة، ومن أهمها:

شرط الاجتهاد، والمجتهد هو: البالغ العاقل ذو ملكة يقتدر بها على استنتاج الأحكام من مآخذها[1].

ومجمل ما يشترط في المجتهد ما يلي:

إحاطته بمدارك الشرع، وهي الأصول: الكتاب، والسنة، والإجماع، واستصحاب الحال، والقياس التابع لها.

وأن يعرف نصوص القرآن والسنة، والإجماعات، وكيفية القياس، والناسخ والمنسوخ، ولسان العرب ولغتهم بأنواعها، وأصول الفقه، ومقاصد الشرع، ومعرفة الواقعة وأحوال الناس، والقدرة على الاستنباط ... إلى ما هنالك من شروط[2]، وليس المقصود العلم بكل التفاصيل.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الاجتهاد فيمن يتولى القضاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وجوب الاجتهاد:

بمعنى أنه لا يجوز أن يتولى القضاء إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المطلق، وهي أعلى مراتب الاجتهاد التي تتطلب الشروط السابقة، أما بقية المراتب كمجتهد المذهب والفتوى فأجازوا من باب الضرورة إذا فقد المجتهد المطلق، أما الجاهل فلا يجوز بحال.

(١) البحر المحيط، للزركشي (١٩٩/٦).

(٢) للمزيد: شروط الاجتهاد في تقليد القضاء، د. عقيل الحمداني، ص٧-١٠.

وهو مذهب المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة في المشهور[٣]، وبعض الحنفية[٤]، وابن حزم[٥].

القول الثاني: يستحب كون القاضي مجتهداً:

أي أن بلوغ رتبة الاجتهاد شرط كمال لا شرط صحة، ومع هذا لا ينبغي عندهم أن يقلد الجاهل، فإن قُلد نفذت أحكامه.

وهو ما ذهب إليه الحنفية في الصحيح من مذهبهم[٦]، وابن رشد من المالكية[٧].

القول الثالث: لا يجب الاجتهاد إذا كان لعذر:

وهو ما ذهب إليه الإمام ابن تيمية، فقال:"...وسئل بعض العلماء: إذا لم يوجد من يولى القضاء؛ إلا عالم فاسق، أو جاهل دين؛ فأيهما يقدم؟ فقال: إن كانت الحاجة إلى الدين أكثر لغلبة الفساد، قدم الدين، وإن كانت الحاجة إلى العلم أكثر لخفاء الحكومات قدم العالم. وأكثر العلماء يقدمون ذا الدين، فإن

(١) الخرشي على مختصر خليل، (١٣٩/٧).

(٢) نهاية المحتاج، للرملي (٤٠٩/٧).

(٣) كشاف القناع، للبهوتي (٢٩٥/٦). وفي مطالب أولي النهى:" قال الشيخ تقي الدين: هذه الشروط تعتبر حسب الإمكان، وتجب تولية الأمثل". مطالب أولي النهى، للرحيباني (٤٦٧/٦).

(٤) البناية على شرح الهداية للعيني (٤/٩).

(٥) المحلى، لابن حزم (٣٦٢/٩).

(٦) تبيين الحقائق، عثمان الزيلعي (١٧٦/٤). والبناية، مرجع سابق (٤/٩).

(٧) مواهب الجليل، للحطاب (٨٨/٦).

الأئمة متفقون على أنه لا بد في المتولي، من أن يكون عدلا أهلا للشهادة، واختلفوا في اشتراط العلم: هل يجب أن يكون مجتهدا، أو يجوز أن يكون مقلدا، أو الواجب تولية الأمثل فالأمثل، كيفما تيسر؟ على ثلاثة أقوال، وبسْط الكلام على ذلك في غير هذا الموضع"[1].

ولكنه مع هذا يرى أن جواز تولية غير الأهل للضرورة إذا كان أصلح الموجود، ويجب السعي في إصلاح الأحوال، حتى يكمل الناس ما لا بد منه من أمور الولايات ونحوها، فيكون ابن تيمية قد قيد تولية غير المجتهد بقيود، كتعذر وجود المجتهد، أو لضيق الوقت[2].

والحاصل بعد كل هذا:

أولاً: أنه لا يوجد دليل صحيح صريح في المنع ولا الجواز في تولية المرأة القضاء، فيبقى الحكم على الأصل، وهو الجواز مع تحقيق بقية شروط القاضي، ولكن الأفضل عدم توليتها؛ لاعتبارات تتعلق بتكوينها وطبيعتها وما كلفت به، فإذا وجد من تقدر على القضاء، **بشروطه**، جاز لها، **والله أعلم**[3].

(١) السياسة الشرعية، لابن تيمية ص١٨.

(٢) للمزيد، الحمداني، مرجع سابق ص١٧.

(٣) رأيت كلاما مشابها لما ذهبت إليه للدكتور هاني الجبير، ونصه: " المقصود أن ولاية المرأة للقضاء إذا نظر إليها من حيث الدليل الشرعي الأصلي فحسب، فلا نجد لذلك مانعًا قاطعًا - مع وجود ما يقوي المنع - وأما إذا استكملنا الأدلة ونظرنا لمقتضى المصلحة فإننا لا بد مانعون خاصة مع ما يقضى به العرف الآن".
ينظر: بحث عمل المرأة في المحاماة والقضاء د. هاني الجبير، منشور في موقع الإسلام اليوم.

ثانياً: إذا كان الفقهاء قد اختلفوا في شرط الاجتهاد، فأحرى أن يجوز تولية المرأة إذا كانت عالمةً متفرغةً، وعدم التمسك بشرط الذكورة؛ فإن تولية الجاهل أخطر من التمسك بهذا الشرط.

المبحث الثاني

الطبيعة الفقهية للقضاء المعاصر

(الكويت نموذجا)

المطلب الأول

النصوص الدستورية الكويتية وعلاقتها بتولية المرأة القضاء

ينادي بعض من المجتمع المدني الكويتي إلى المساواة في الحقوق والواجبات بين الجنسين وبشكل كبير، وينظر إلى أن المرأة كالرجل تماما في الحقوق والواجبات، محتكمين في هذا إلى نصوص الدستور والقوانين المنظمة حتى وإن كانت هذه الدساتير تنص على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيس في التشريع، كما هو الحال في الدستور الكويتي. وهذا محل إشكال في العمل بما ينادون به من المساواة المطلقة وفق إطار هذه المادة التي لا تتناسب مع توجهاتهم، أو القيام بتعديلها بما يتلاءم مع متطلبات المجتمع المدني، وهذا إشكال أكبر؛ إذ إن طبيعة المجتمع الكويتي - كغيره من المجتمعات الإسلامية- يميل إلى المحافظة على هويته الإسلامية، بالإضافة إلى تمسك الكثير منهم بعادات وتقاليد لا يمكن أن ينفك عنها.

وقد عقدت ندوات كثيرة في الكويت حول تولي المرأة للمناصب العامة كالوزارة، والبرلمان، وكذلك القضاء، فمن ذلك الندوة التي عقدتها جمعية المحامين الكويتية بالتعاون مع جمعية المحامين الأميركية حول

"المرأة والقضاء"[1]، وتزامنا مع تاريخ حصول المرأة على حقوقها السياسية، والذي حضره عدد من السفراء والشخصيات القانونية وشاركت فيه قاضيات عرب وأجانب.

وركز رئيس الجمعية على عدم وجود نص قانوني يعارض تولي المرأة القضاء في الكويت دولة القانون والمؤسسات، ومبينا دور المرأة الفعال بالمجتمع حيث شاركت في الدفاع عن حقوقها من خلال لجان الجمعية المتعددة، وأن المرأة في الكويت لعبت دورا جوهريا في مساندة الرجل من خلال التضحيات التي قدمتها أثناء الاحتلال العراقي الغاشم، أو من خلال إطفاء آبار الكويت المشتعلة، أو من خلال تمثيلها في الأمم المتحدة، أو من خلال توليها الوزارة ونجاحها في استحقاق مناصب قانونية مهمة، كالفتوى والتشريع، والإدارة العامة للتحقيقات والادعاء العام التابعين لوزارة الداخلية، وقال: إن المرأة الكويتية نجحت في أن تكون محكَّمةً معترفا بها في مجال التحكيم الدولي أو الوطني من خلال الأحكام التي تصدر عنها.

وهكذا نلاحظ كيف يتناول المدافعون عن المرأة التي تطالب بهذه المناصب، فهذه الندوة ضمن سلسلة من الندوات والدعوات الممهدة لتولي المرأة الكويتية القضاء، وقد حضرها ممثل جمعية المحامين الأمريكية، وأيضا رئيس مجلس الأمة الكويتي السابق وناشطون في هذا المجال مما يعني التوجه العام، والمسيطر أحيانا، على نوعية الأحكام وما يشوبها من مغالطات في فهم النصوص الشرعية.

(١) صحيفة الأنباء الكويتية تاريخ ١٨/٥/٢٠١٠م.

وبناءً على هذا: أذكر النصوص الدستورية والقانونية الكويتية ذات الصلة بتولية المرأة للقضاء ومن ثم تحليلها والتعليق عليها؛ وصولا للتكييف الذي أتبناه مع الترجيح. وذلك في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: النصوص الدستورية وعلاقتها بالقاضي.

أولاً: النصوص الدستورية ذات الصلة بتولي المرأة القضاء في الكويت:

وأهم هذه النصوص ما يلي:

١. ما جاء في (م٢) من الدستور حيث نصت على أن: "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي في للتشريع".

٢. ما جاء في (م٧) من الدستور تقريرا للأسس العامة ومن أهمها مبدأ المساواة، حيث نصت على أن: "العدل، والحرية، **والمساواة** دعامات المجتمع الكويتي، والتعاون والراحم صلة وثقى بين المواطنين".

٣. كذلك جاء أصرح منها في (م٢٩) حيث نصت على أن: "الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس، أو الأصل، أو اللغة، أو الدين".

٤. ما جاء في (م٥٠) من الدستور المتضمنة مبدأ الفصل بين السلطات:" يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقا لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليها في هذا الدستور".

ثانياً: النصوص القانونية ذات الصلة بتولي المرأة القضاء:

إن من أبرز النصوص القانونية في هذا الشأن هو ما جاء في المادة (١٩) من قانون تنظيم القضاء[1] الخاص بشروط تولى القضاء، وهي:

١. أن يكون مسلما.

٢. أن يكون كويتيا، فإن لم يوجد جاز تعيين من ينتمي بجنسيته إلى إحدى الدول العربية.

٣. أن يكون كامل الأهلية، غير محكوم عليه قضائيا أو تأديبيا لأمر مخل بالشرف والأمانة.

٤. أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.

٥. أن يكون حاصلا على إجازة الحقوق أو الشريعة أو ما يعادلها من الإجازات العالية.

وفضلا عما سبق، وعما حدث من تمكين المرأة الكويتية من المشاركة السياسية عام ٢٠٠٥م وما أعقبها من دعوات مماثلة في ذات الاتجاه؛ جرت خطوات عملية في اتجاه تولي المرأة القضاء، حيث قامت مدعية تم رفض قبولها في وظيفة (باحث قانوني) وهو ما يؤهلها فيما بعد لسلك القضاء، في القضية رقم (٢٠٠٩/٢٤٩٢م) حيث تم قبول دعواها، وهو ما أفسح الطريق بشكل قانوني للمرأة بتولي القضاء، وهو ما حصل بالفعل في هذه السنة ٢٠٢٠م، بعد أن تم قبول ٢٢ طالبة من خريجات كلية الحقوق عام ٢٠١٣م.

(١) وهو صادر بمرسوم قانون رقم (١٩٩٠/٢٣).

الفرع الثاني : تحليل وتعليق حول النصوص الدستورية والقانونية المتعلقة بتولية المرأة الكويتية للقضاء

١. كان نص المادة الثانية من الدستور واضحا وواسعا بحيث أعطى لواضعي القوانين حرية الاختيار بين الآراء الفقهية ما ينسجم مع الدستور ويحقق مبادئه، والتي هي في الأصل أيضا واسعة، وهذا ما يمتاز به دستور دولة الكويت؛ ولذلك جاز القول بأن ولاية المرأة للقضاء مشروع وفق الدستور وغير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية.

٢. الناظر فيما تقدم من نصوص دستورية وقانونية يرى أن تطبيقها بشكل تدريجي منسجم مع ما تبناه الدستور الكويتي والقوانين المنضوية تحته، وأن أول حدث مهم ومنسجم مع هذه النصوص هو تعديل قانون الانتخاب والترشيح الكويتي حيث سمح للمرأة الكويتية بالترشح والانتخاب في ١٦ مايو ٢٠٠٥م[(١)]، ملغيا بذلك شرط (الذكورة)، ثم توالت الدعوات التي طالبت بتطبيق نصوص الدستور والقانون لا أكثر، ما دام يحتملها النص.

٣. عدم تطرق قانون تنظيم القضاء في الكويت - كغيره في دول كثيرة - لشرط (الذكورة) مما يعني أنه مسكوت عنه، وما سكت عنه لا يجوز قصر لفظه على بعض أفراده دون بعض ودون مبرر معقول. ولا يُشكل

(١) للمزيد: صحيفة القبس الكويتية بتاريخ ١٧ مايو ٢٠٠٥م. ووكالة الأنباء الكويتية (كونا) في ٢٠١٨/٨/٣م.

على هذا ما ورد في (م ٢٠ و٢٣) من قانون تنظيم القضاء لفظة (رجال القضاء)؛ فإن هذا تعبير بالغالب، وهو سائغ وشائع في اللغة، فلا مفهوم له.

٤. كما أنه، ووفقا لقانون تنظيم القضاء الآنف الذكر؛ فإن صفة الذكورة والأنوثة **لا تعد شرطا صريحا** فيمن يتولى القضاء، فالادعاء بأن دلالة هذا النص على اشتراط الذكورة تكلّفٌ بعيد وتحكم في التفسير.

٥. وضوح النص الدستوري في المادة (٧) و(٢٩) على إقرار مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بغض النظر عن أي اعتبار آخر، ومقررا مبدأ المساواة بالقانون وأمام القانون. ولا تعني المساواة المساواة المطلقة في كل شيء؛ فهذا مما يستثنيه العقل والطبع، فإن المساواة في كل شيء ظلم أيضا، وإنما المراد بالمساواة عدم بخس حقوق الناس التي تتناسب مع طبيعتهم، وأن يعاملوا بما يحفظ لهم كرامتهم. وهذا هو ما جاء به الإسلام، وهو مما تقره كل الأديان.

والمفهوم القانوني لمبدأ المساوة هو أن يكون لكل شخص - توفرت فيه الشروط والمؤهلات العلمية التي تتطلبها القواعد القانونية المقررة - الحق في الاستفادة مما قررته تلك القواعد، ولا يجوز حرمانه إلا بوجود مبرر قانوني يحول دون هذه الاستفادة[1].

ومبدأ المساواة الذي تبناه دستور الكويت يجد مستنده الأول في

(١) بحث بعنوان: مبدأ المساواة في شغل الوظيفة العامة، د. هشام الصالح ص١٨٥، منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - عدد ١٢، السنة الثالثة، ٢٠١٥م.

الشريعة الإسلامية، وثانيا في حكم المادة (٢٥) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي صدقت عليه الكويت بالقانون رقم ١٩٩٦/١٢م، وهي تقرر أن: "يكون لكل مواطن، دون أي وجه من وجوه التمييز المذكورة في (م٢) الحقوق التالية التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة:

أ- ..... .

ب- ..... .

ت- أن تتاح له على قدم المساواة عموما مع سواه، **فرصة تقلد الوظائف العامة** في بلده". فوافقت عليه الكويت دون تحفظ[1].

والمحكمة الدستورية في الكويت تقرر أن التمييز بين من تتماثل مراكزهم القانونية غير جائز. وفي الأحكام (٢٠٠٦/١٧) و(٤ - ٢٠٠٧/٧) تؤكد المحكمة المبدأ السابق، وتضيف إليه فكرة التمييز المباح أو التمييز القائم على أسباب موضوعية، ويمكن تحديد عناصر إجازة هذا التمييز بالعناصر التالية:

- المصلحة العامة، المبررة للتمييز، يجب أن تكون متصلة مباشرة بمقاصد التشريع، ولازمة لتحقيق هذه المقاصد.
- يجب ألا تكون هذه المصلحة ممنوعة بنص أعلى من النص الذي

(١) للمزيد: الفيلي، مرجع سابق ص٣. وللمزيد من هذه الاتفاقيات والمعاهدات: مبدأ المساواة، د. هشام الصالح (ص١٩٩).

قررها[1].

فالتمييز إنما يكون وفقا لهذا التصور وليس على أساس الذكورة والأنوثة.

فالمساواة، في صورتها القانونية والفعلية، تمثل ضمانا فعالا وأساسيا من ضمانات تطبيق مبدأ الصلاحية في الوظائف العامة[2].

٦. إن المسار الذي رجحته المحكمة الإدارية تبعا للدعوى رقم (٢٠٠٩/٢٤٩٢م) السابق ذكرها، ما هو إلا اختيار لبعض الآراء الفقهية التي تجيز للمرأة تولي القضاء مطلقا أو الرأي الذي يخصها فيما عدا الدماء، على التفصيل السابق ذكره. وهذا الاختيار من حق المحكمة مادام النص يسعفها في التفسيرِ والحملِ على بعض الوجوه التي لا تصادم النص الدستوري، ولا سيما أن المرأة الكويتية تتولى وظائف مهمة ذات طبيعة قانونية مثل: التحقيق، المحاماة، العمل في الإدارات القانونية في مختلف الجهات في الدولة. إذن، توليها للقضاء ليس بدعا من القول.

٧. النظر في الإطار الدستوري لولاية القضاء وعلاقته بتولي المرأة هذه الوظيفة يقود إلى محاولة تحديد علاقة هذا الإطار بما يحوي من مفردات بقضية تولي المرأة للقضاء، ويلاحظ في هذا الصدد أن

(١) مقال عن ولاية المرأة للقضاء في الكويت، د. محمد الفيلي ، منشور في صحيفة الجريدة الكويتية في ٢٠١٠/٥/١٩م عدد٤٥٨٣.

(٢) مبدأ المساواة، د. هشام الصالح ص(١٨٥).

الدستور لم يتعرض صراحة لمسألة تولي المرأة للقضاء، بل إن الدستور ضمن للقضاة، دون تمييز بين ذكر أو أنثى، حريتهم في سير العدالة وفق ما نصت عليه (م ١٦٣) من الدستور إذ جاء فيها: "لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضائه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، ويكفل القانون استقلال القضاء ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل".

٨. أن القضاء وفقا للدستور وظيفة لا ولاية. فالدستور يحدد وظائف ثلاث في الدولة (السلطات الثلاث) ويقرر لكل سلطة استقلالا يسمح له أن يراقب السلطات الأخرى، كما أن القانون بالمعنى الموضوعي يحدد شروط وأساليب هذه الوظائف. وقد استعمل الدستور مصطلح الولاية في (م٢٦) وهو يتحدث عن الوظائف العامة، كما أن (م١٩) فقرة ب من قانون تنظيم القضاء تستخدم عبارة (تعيين) للكلام عن ولاية القضاء[١].

وهذا مرتبط بمبدأ المساواة آنف الذكر؛ فإن هذا المبدأ يعني تساوي جميع الأفراد في تولي الوظائف العامة، ومعاملتهم نفس المعاملة من حيث المؤهلات والشروط المطلوبة قانونا. فالمساواة في شغل الوظائف العامة تتحقق عندما تكون متاحة للجميع على السواء، متى ما توافرت لديهم الكفاءة المطلوبة[٢].

(١) للمزيد: القيلي، مقال في صحيفة الجريدة، مرجع سابق.

(٢) للمزيد: مبدأ الصلاحية في الوظائف العامة وضمانات تطبيقه، د. بدوي عبد العليم، (ص١٢٠) ط: دار النهضة العربية- القاهرة ٢٠٠٦م.

وقد اختار القانون الكويتي مبدأ التعيين بالنسبة للقضاة، مما يعزز فكرة الوظيفة[١]، وإذا كان نظام اختيار القضاة بالتعيين هو السائد في العديد من النظم القانوينة؛ فإن هذا النظام لا يخلو من عيوب، أهمها: تدخل الاعتبارات السياسية والوساطة في التعيين، وتدخل السلطة التنفيذية في نظام الترقيات والإعارات[٢].

مما سبق نجد أن الإحالة إلى (المشرع) العادي لا تعني إطلاق يده في أن يفعل ما يشاء كما يشاء، بل عليه أن يضع من التنظيم ما هو لازم لترجمة النص الذي أتى لتفعيله دون أن يكون حكمه مخالفا لنص آخر في الدستور، كما ينبغي النظر في القانون المنظم للعمل القضائي لاستنباط موقفه من تولي المرأة الكويتية للقضاء؛ لأنه هو المكلف بتنظيم الأحكام الخاصة بالقضاة وفقا للمادة (١٦٣) من الدستور، ووفقا لما قرره الدستور من مبدأ المساواة وفي إطار أحكام الفقه الإسلامي كما أرشدت إليه المادة الثانية من الدستور[٣].

(١) هذا مما يعزز التكييف الذي أميل إليه من كون القضاء في العصر الحاضر وظيفةً إدارية ذا طبيعة خاصة ملزمة، وسيأتي بيانه.

(٢) للمزيد: الوسيط في قانون المرافعات الكويتي - قانون القضاء المدني الكويتي، د. عزمي عبد الفتاح ود. مساعد العنزي (ص٦٥)، الناشر: مؤسسة دارالكتب ط٤: ٢٠١٧م.

(٣) للمزيد: الفيلي، مرجع سابق (ص٢).

المطلب الثاني

التكييف الفقهي والقانوني لتولي المرأة القضاء في النظام المعاصر

إن التكييف الدقيق لتولي المرأة القضاء ينبني عليه الحكم الفقهي الذي يمثل الرأي الراجح في تصور الباحث؛ لذا سأبدأ **أولا** بالتكييف الفقهي والقانوني ووفقا لما تقدم من الإطار الدستوري والقانوني في الكويت، **وثانيا** أبين الراجح وما أتوصل إليه من قناعة حول تولي المرأة القضاء، وذلك من خلال الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول

التكييف الفقهي والقانوني المتعلق بتولي المرأة القضاء في العصر الحديث

إن النظر في مفهوم تولي المرأة القضاء، ولا سيما في الكويت، مع مراعاة ما سبق من كلام الفقهاء والقوانين ذات الصلة هو وفق ما يلي من حقائقَ موصلةٍ إلى تكييف يعبر عما خلص إليه البحث:

١ - إن تركيز السلطة وقصرها على الذكور قاد جمهور الفقهاء إلى القول بعدم جواز ولاية المرأة للقضاء؛ باعتبار ولاية القضاء مشتقة من الولاية العظمى، وهذه الأخيرة يشترط فيها الذكورة[(١)].

٢ - إن التطور الذي جرى على مفهوم الولاية الكبرى (الخلافة) وتركز

(١) الإطار الدستوري لولاية القضاء وعلاقته بولاية المرأة، د. محمد الفيلي ص ٢. منشور في الموقع الشخصي للدكتور، بتاريخ ٢٠١٥/٢/١٠م.

السلطة بيد الخليفة وأن من ينوبه إنما يستمد ولايته من ولاية الخليفة؛ ليدل على مفهوم جديد للدولة الحديثة ذات المؤسسات الإدارية والمنظمة.

هذا التطور في المفهوم انعكس على أهم شروط تولي الولاية العامة، ومنها القضاء، وهو اشتراط الذكورة، فبدأت تتشكل شروط ومعايير تولي هذه المناصب باعتبارها (وظيفةً) أو (عملاً إدارياً ذا طبيعة خاصة).

٣ - النظام الإسلامي في الولاية له خصائصه التي تميزه عن النظم الغربية، ففي النظام الإسلامي لا بد من تطبيق الحاكم ومن ينوبه حكم الله بين الناس وسياستهم وفق ما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا يلزم منه تمركز السلطة في يد الخليفة الجامع لصفات الإمامة العظمى مع الأخذ بمبدأ الشورى، وبما أنه يتعذر عليه متابعة شؤون الدولة المتشعبة، فإنه يستعين بولاةٍ وقضاةٍ هم في الحقيقة غير مستقلين عنه، إذ الكل بمن فيهم الخليفة مطلوب منهم تطبيق شريعة الله وفق اجتهاد العلماء الذين هم أيضا ليسوا بمعزل عن الولاة والقضاة.

وقد اشترط الفقهاء فيمن يتولى الخلافة الاجتهاد؛ مما يعني قلة وربما انعدام الخطأ في أحكامه، لا سيما مع مشاورة أهل العلم، فحيثما حل هذا الشرط وبدقة انزاح الظلم وحل العدل لا محالة، وهذا الشرط ينسحب أيضا على القضاة، فكان جل تركيز هذا النظام على أهمية العلم والتفرغ لهذه المهام مما يضمن سلامة الأحكام، وهذا بخلاف رؤية النظم الحديثة التي ترى أهمية انفصال السلطات بعضها عن بعض وجَعْلِ كل سلطة تراقب

الأخرى، مما نتج عنه بلا شك ثغرات كبيرة، إذ كان الاهتمام منصبا على الكم لا على الكيف، بمعنى أن المعيار في المؤسسات الحديثة أصبح شكليا أكثر منه موضوعيا، فضلا عن قلة الخبرة والممارسة، وهذا مما لا يتماشى مع النظام الإسلامي المتكامل.

٤ - هذا بخلاف ما يجري في النظم الغربية، والتي تأثرت بها الدول العربية والإسلامية مؤخرا، من انفصال السلطة عن أصلها الديني، والذي بدأ في أوربا مع نهاية العصور الوسطى، وقد ساعد هذا التحول مقرونا بظهور دعوات التنوير في إيجاد حل جيد لمشكلة تركيز السلطة. ونجد ظهور بوادر هذا الحل في التحليل الذي طرحه (مونتسكيو) في كتابه روح القوانين الذي وضعه عام ١٧٤٨م، وهذا التاريخ هو قبيل الثورة الفرنسية الشهيرة، حيث انطلق هذا التحليل من أن للدولة ثلاث وظائف تحدد وجودها: وظيفة التشريع، والتنفيذ، والقضاء. وهو يرى أن تركُّز السلطة مفسدة، وأن الحل عنده أن ينشأ جهاز خاص بكل وظيفة وأن تعدد الأجهزة يسمح لكل منها أن تراقب الأخرى، وهذه الرؤية منه قادت إلى تحويل القضاء إلى جهاز مستقل عن الحاكم يرتبط وجوده بوظيفةٍ يشبع من خلالها حاجة عامة لازمة للجماعة وهي إقامة العدل وفض المنازعات وفق القانون[1].

٥ - الفصل بين السلطات الثلاث في النظام القضائي الكويتي إشارة قوية على أن دور القضاء هو التطبيق لا أكثر، بل ولا يستطيع حتى تغيير

(١) الفيلي، مرجع سابق ص٢.

القوانين فإن من يغيرها هو (البرلمان)؛ مما يعني قرب دور القاضي المعاصر من العمل الإداري ذي الطبيعة الخاصة الملزمة فقط، وكثيرا ما يطبق القاضي قانونا لا يراه هو، وغيرُ مقتنع به مثل: سن الحضانة، الوصية الواجبة، الطلاق المعلق.

يقول د. شحاتة: "فمنذ قامت الثورة الفرنسية، بل وقبل ذلك، بدأ التفكير في وضع الضوابط الدقيقة بين سلطة التشريع، وسلطة القضاء، وأصر المنادون بالفصل بين السلطات، على أن (التشريع) اختصاص خالص لممثلي الأمة، الذين يفرغون إرادتها في قواعد عامة، ويقتصر دور القضاء على تطبيقها... وصارت كلمة (مونتسكييه) أن القاضي هو اللسان الناطق بالقانون ... ولم تكن الحجة الوحيدة لقصر دور القاضي على التطبيق دون التشريع هي ضرورة الفصل بين السلطات، بل تطورت حجج فنية أخرى ... تلك الحجج الفنية وغيرها، في الموضوع والصياغة، جعلت من الصعب في الفكر الحديث أن يسلم للقضاء بالتشريع، وأسست - كما أكدت - قول (مونتسكييه) الذي جعل القاضي مجرد فم للقانون ..."[1].

٦ - مبدأ الفصل بين السلطات في النظم الحالية، ومنها الكويت، قرينة على انفصال الولاية العامة عن القاضي؛ فالقاضي يمارس اختصاصه وفق مبدأ الفصل بين السلطات استنادا لما يقرره الدستور من اختصاص مناط بالسلطة القضائية وليس بتفويض من رئيس الدولة، ورئيس الدولة من جانبه يمارس اختصاصات حددها له الدستور لا

(١) اجتهاد القاضي نظرة مقارنة، إبراهيم شحاته ص٣-٤.

يستطيع أن يفوض فيها أو ينيب إلا في الحدود المقررة في الدستور[1].

لذا، فإن ما يترجح حول تكييف هذه المنظومة (القضائية) في العصر الحديث أنه يقع ضمن هذين التكييفين:

الأول: أنه أقرب ما يكون إلى العمل الإداري المنظم ذي الطبيعة الخاصة والذي يتضمن قوة الإلزام، وتستمد هذه المنظومة قوتها من القانون الواجب التطبيق. وهذا ما يتناسب مع رؤية القانون الكويتي التي تقدم ذكرها، وأنها وفقا لهذا التصور وظيفة لا ولاية.

الثاني: أنه من قبيل قضاء الضرورة؛ وعلى هذا تكون ولاية المرأة للقضاء وفق هذا التصور. فينفذ حكمها كغيرها من الرجال الذين لم تتوافر فيهم شروط القضاء، من باب الضرورة؛ إذ لا يستقيم ترك الناس دون من يفصل بينهم عند التنازع.

وغني عن البيان أن من يقول بجواز توليتها فإنه مستغن عن هذين التكيفين.

توجيه التكييف: أنه إذا غاب شرط الذكورة فغياب الاجتهاد أهم وأحرى بالاهتمام، بل إنه في العصر الحديث لم يبق من الشروط في بعض من يتولى هذا المنصب سوى الإسلام والعقل والبلوغ، أما بقية الشروط فقد تكاد تنعدم.

وبناء على هذا وقع التسامح في هذه الشروط؛ لضرورة هذا المنصب

(١) للمزيد: الفيلي ص٢.

وعدم جواز خلو الزمان والمكان عنه، **فيكون التكييف الأقرب أنه عمل إداري منظم ذي طبيعة خاصة.**

الفرع الثاني: الترجيح في حكم تولي المرأة الكويتية القضاء.

وخلاصة الرأي في حكم تولي المرأة الكويتية للقضاء وفق ما يلي مرتبا:

أولاً: أن الأصل عدم جواز تولية المرأة القضاء بمفهومه الشرعي الجامع للشروط المعروفة لدى الفقهاء.

ثانياً: عند فقد الشروط المطلوبة في القاضي، أو بتولية الظالم لها، أو حاكم ذي شوكة؛ فإن قضاءها ينفذ حينئذ، لا باعتبار جواز توليتها، ولكن باعتبار أن توليتها من قبيل قضاء الضرورة.

ثالثاً: **وهو الأهم**: عند فقد الشروط أيضا، ووفقا لما يجري عليه العمل الآن في الدول الحديثة، ومن فصل بين السلطات، واقتصار دور القضاء على تطبيق القانون الآتي له من سلطة أخرى؛ **فإن القضاء يصبح قريبا من العمل الإداري ذي الطبيعة الخاصة الملزمة،** وإذا كان الأمر كذلك، فلا مانع من تولي المرأة (القضاء)؛ إذ إن المسألة خرجت برمتها من منظومة القضاء الشرعي وأصبحت تطبيقا حرفيا أو يكاد لمنطوق النصوص، فأصبحت كأيِّ وظيفةٍ عامةٍ في الدولة، هذا فضلا عن تخلف جل الشروط المطلوبة في القضاء[1].

(١) ولا يكفي الاكتفاء بالإجازة الجامعة، ولا تعد معيارا في نظر الفقهاء، وإن كانت كذلك في الوقت المعاصر. وينظر للمزيد: مقال بعنوان: الخلافة فريضة شرعية أم منظومة =

ومما يقوي هذا الترجيح:

١ - الأدلة العامة التي تدل بمجموعها على مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات وفقا للمفهوم الحديث للدول، والمؤسسي، ووفقا للمعقول.

من ذلك: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "النساء شقائق الرجال" [(١)].

٢ - أن الاستعانة بالمرأة القادرة على القضاء وفقا للشروط التي يشترطها مجلس القضاء الأعلى يدخل في ضمن التعاون على البر والتقوى والتعاون المأمور به لخدمة الوطن، ومن باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو دور تكاملي.

٣ - الوقوع أقوى أدلة الجواز، فإنه قد وقع تعيين بعض النساء على بعض الأعمال فيؤخذ من هذه صلاحيتهن لذلك[(٢)].

٤ - إذا كانت المرأة تسن القوانين في (البرلمان) وهي سلطة أقوى من القضاء، فكيف لا يجوز لها في ظل الدول الحديثة أن لا تمارس تطبيق القانون؟!.

٥ - أجاز بعض الفقهاء أن تكون المرأة حكما[(٣)]، والتحكيم نوع من

=

إدارية، بشار شريف، موقع الجزيرة نت في ٢٠١٨/١/١٣م.

(١) رواه أبو داود في سننه، كتاب: الطهارة، باب: الرجل يجد البلة في منامه (١٧١/١) برقم ٢٣٦. والحديث حسن لغيره بتحقيق شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل.

(٢) كالشفاء وسمراء بنت نهيك. وقد تقدم خبرهما.

(٣) ولكن هذا القول مبني من حيث التحقيق على أن الحكمين وكيلان لا حاكمان، ومع هذا =

القضاء. ولا خلاف في جواز كونها مفتية ومعلمة، وهذا هو المهم في شخصية القاضي العلم بما يعرض عليه وقوة الاستنباط والتأهل للاجتهاد ولو كان جزئيا.

٦ - أن الغرض من القضاة تنفيذ الأحكام، وسماع البينة، والفصل بين الخصوم، وذلك متأت من المرأة، كتأتيه من الرجل، فلا فرق بينهما إلا كفرق ما بين الذكر والأنثى، وهذا القدر غير مؤثر[1].

٧ - إن مبدأ استقلال القضاء وتعدد درجات التقاضي يضمن سلامة الأحكام إلى حد بعيد فتكون المرأة - لمن يشكك في قضائها منفردة - في مأمن من ذلك.

٨ - إن حكم الحاكم يرفع الخلاف، ولا سيما مع وجود الخلاف الفقهي وإن كان ضعيفا، ونظيره بعض الأحكام التي رجحها القانون وهي في غاية الضعف، كما في عدم اعتبار الطلاق المعلق، فهو لا يقع وفقا للقانون الكويتي بالرغم من مخالفة هذا الحكم قول جماهير الفقهاء، وهنا على القاضي أن ينفذ الحكم وإن لم يكن مقتنعا بحكم القانون.

٩ - ومما قيل في منظومة القضاء المعاصر ويؤيد ما ذهبت إليه من أنه أقرب إلى العمل الإداري، قول الشيخ هاني الجبير: "ومن هذا أن القضاء في هذا العصر يختلف كثيرًا عما كان عليه في الماضي،

=

فالمراد أنه يقع به الفصل في النزاع من هذا الوجه. وممن ذهب إلى هذا: الشافعية والحنابلة. ينظر: روضة الطالبين للنووي (٣٤٩/٦)، الإنصاف للمرداوي (٣٨٠/٨).

(١) للمزيد: المعونة (١٥٠٣/٣).

فالقاضي الآن لا يملك ولاية تامة، بل هو جزء من منظومة التحاكم؛ ولذا فليس لحكمه اعتبار حتى يكتسب القطعية بقناعة الطرفين أو تدقيقه من درجة أعلى، ثم إنه لا يملك النظر إلا في حدود معينة حسب الاختصاص المجعول له فقط"[1].

(١) بحث منشور في موقع الإسلام اليوم، مرجع سابق.

الخاتمة

أولاً: يمكن بيان أهم النتائج فيما يلي:

١ - لا يوجد دليل قطعي الدلالة والثبوت معا يدل على عدم جواز تولية المرأة للقضاء.

٢ - الخلاف قديم بين الفقهاء في هذه المسألة، وليس مقصودا من شرط الذكورة ذات الذكورة بقدر ما هو مستتر من وراء هذا الشرط، فإن العلماء والمجتمع قد أولوا عناية بالمرأة وتفرغها التام للتربية ومسؤولية الأسرة والتي لا تقل أهمية عن أي وظيفة أخرى.

٣ - إن القضاء وفق العصر الحديث ما هو إلا منظومة جديدة تشكلت بعد غياب منظومة الإمامة الكبرى وما تحمله من معان سامية انعكست على القضاء الشرعي، فغدا القضاء اليوم عملا إداريا ذا طبيعة خاصة ملزمة بقوة القانون.

٤ - يمكن كذلك تكييف القضاء اليوم بأنه من قبيل قضاء الضرورة لغياب الشروط المهمة.

٥ - اختيار القانون أحد الأقوال الفقهية يضمن عدم خروجه عن نص المادة الثانية من الدستور، فيكون رأيه موافقا للشريعة الإسلامية وإن كان في واقع الحال ضعيفا.

ثانياً: التوصيات:

١ - الالتزام بضوابط صارمة تضمن سلامة الحكم عند تولية المرأة

القضاء، مثل:

- أن تكون متفرغة للقضاء، ذات علم وفطنة واجتهاد.
- أن لا تكون متزوجة، ولا ذات أولاد؛ فإن رعايتها لبيتها وأسرتها فرض عين أما توليها القضاء ففرض كفاية، وفرض العين مقدم على فرض الكفاية.

وهذا من باب تقديم الأهم على المهم، وأن تكون الأولوية للرجال إذا توفر فيهم من يستطيع القضاء بشروطه.

٢- حوكمة القضاء وفق إطار تنظيمي مُحْكم علمياً وعملياً، مع الحفاظ على هويته الرفيعة.

٣- التدرج في التطبيق من حيث الموضوع والشكل، فيكون التدرج في أنواع من القضايا، كما يكون أيضا في تشكيل الدوائر القضائية التي تنتمي لها، بحيث ينتظم سلكها في القضاء بشكل تام ومنضبط.

المصادر والمراجع

أولا- التفسير وأحكام القرآن:

- ابن العربي، أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عطا، ط ٣، دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٣م.
- الطبري، ابن جرير، تفسير ابن جرير الطبري، تحقيق: صلاح الخالدي، ط: دار القلم، دمشق، ١٩٩٧م.

ثانيا- الحديث الشريف:

- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير، تعليق: البغا، ط١: دار طوق النجاة ١٤٢٢هـ.
- النيسابوري، مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، لبنان، دار إحياء التراث العربي.
- القسطلاني، أحمد بن محمد، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة الكبرى الأميرية.
- ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تحقيق: ابن باز، الخطيب، ط: دار الفكر.
- ابن حنبل، أحمد، المسند، ط: مؤسسة قرطبة، القاهرة.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، المحقق: شعَيب الأرناؤوط، ومحَمَّد كامِل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط ١، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م.
- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، ط: دار الحديث.

ثالثا- أصول الفقه والقواعد الفقهية:

- السبكي، عبد الوهاب بن علي، الاشباه والنظائر، ط١: دار الكتب العلمية ١٩٩١م.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط ١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.
- الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول، تحقيق: محمد البدري، ط: دار الفكر ١٩٩٢م.

رابعا- الفقه المذهبي والفقه الخلافي:

- ابن الشِّحْنَة، أحمد بن محمد بن محمد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، الناشر: البابي الحلبي، القاهرة، ط٢، ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، المحقق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم ، السياسة الشرعية، ط: وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية ط١، ١٤١٨هـ.
- ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ط: دار الفكر.
- ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى بالآثار، ط: دار الفكر.
- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط: دار الفكر.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي ، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، المقدمات الممهدات، تحقيق: محمد الحجي، بيروت ١٩٨٨م.
- ابن عرفة، محمد التونسي، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن، ط١، ٢٠١٤م.

- ابن علي، عبد الوهاب البغدادي، المعونة، المحقق: حميش عبد الحق، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز.
- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله، تحقيق: د. عبد الفتاح الحلو، ود. عبد المحسن التركي، ط: ١٩٩٢م.
- ابن نجيم النهر الفائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم ٦٢٤/٣) ط١: دار الكتب العلمية ٢٠٠٢م.
- الأنصاري، شيخ الإسلام زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط: الشاملة.
- البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، ط: الحلبي، ١٩٥٠م.
- البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع، ط: عالم الكتب ٢٠٠٣م.
- البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع، ط : دار الكتب العلمية.
- جلبي، سعدي أفندي، حاشية سعدي أفندي على العناية شرح الهداية، مطبوع مع شرح فتح القدير، ط: دار الفكر.
- الجمل، سليمان بن عمر، حاشية الجمل على شرح المنهج، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، ط: دار الكتب العلمية – بيروت ١٩٩٦م.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم، تحقيق: مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم، ط: دار الدعوة، الإسكندرية.
- الحطاب، أبو عبد الله محمد، مواهب الجليل شرح محتصر خليل، ط: دار الفكر، ١٣٩٨هـ.
- الخرشي، محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط: دار الفكر، بيروت.
- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: أيمن صالح، ط: دار الكتب العلمية – بيروت ٢٠٠٣م.

- الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى، ط: المكتب الإسلامي ١٩٩٤م.
- الرملي، شمس الدين محمد، نهاية المحتاج في شرح المنهاج ، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤م.
- الزركشي، بدر الدين، البحر المحيط، تحقيق: محمد تامر، ط١: دار الكتب العلمية.
- الزيلعي، عثمان، تبيين الحقائق، ط: دار الكتاب الإسلامي.
- عليش، محمد بن أحمد، شرح منح الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: عبد الجليل عبد السلام، ط: دار الكتب العلمية - بيروت ٢٠٠٣م.
- العمراني، يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط١، ١٤٢١ هـ، ٢٠٠٠م.
- العيني، محمود بن أحمد، البناية على شرح الهداية، ط: دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٠م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود، محمد تامر، ط١: دار السلام، القاهرة، ١٤١٧هـ.
- الفراء، أبو يعلى، الأحكام السلطانية، ط: دار الكتب العلمية - بيروت١٩٨٣م.
- القرافي، شهاب الدين، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، بعناية: عبد الفتاح أبو غدة.
- القرافي، شهاب الدين، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، ط١: دار الغرب الإسلامي ١٩٩٤م.
- قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج، ط: مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٥هـ، ١٩٥٥م.
- الكاساني، علاء الدين أبي بكر، بدائع الصنائع، تحقيق: محمد خير طعمة

الحلبي، ط: دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٠م.و ط٢، دار الكتب العلمية، ١٩٨٦م.
- الماوردي، علي بن محمد، الأحكام السلطانية، تحقيق: عصام فارس، ط: المكتب الإسلامي - بيروت ١٩٩٦م.
- الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: معوض وعبد الموجود، ط١: دار الكتب العلمية ١٤١٤هـ.
- المباركفوري، أبو العلاء محمد، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، ط: دار الكتب العلمية.
- المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط: دار الباز.
- المرغيناني، برهان الدين، الهداية شرح بداية المبتدي، ط: مصطفى الحلبي، القاهرة.
- النفراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ط: دار الفكر ١٩٩٥م.
- النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: محمد الفقي، ط: المكتبة العلمية.
- الهيتمي، ابن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ط: دار الكتب العلمية ٢٠٠١م.

خامسا- القانون:

- الفيلي، محمد، الإطار الدستوري لولاية القضاء وعلاقته بولاية المرأة، منشور في الموقع الشخصي للدكتور، بتاريخ ٢٠١٥/٢/١٠م.
- الصالح، د. هشام، مبدأ المساواة في شغل الوظيفة العامة،منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - عدد ١٢، السنة الثالثة، ٢٠١٥م.
- بدوي، د. عبد العيلم، مبدأ الصلاحية في الوظائف العامة وضمانات تطبيقه، ط:

دار النهضة العربية- القاهرة ٢٠٠٦م.
- عبد الفتاح، د. عزمي ود. مساعد العنزي، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي - قانون القضاء المدني الكويتي، الناشر: مؤسسة دار الكتب ط٤: ٢٠١٧م.

سادسا- التاريخ والتراجم:

- ابن الأثير، الكامل في التاريخ، ط: دار صادر، بيروت ١٩٦٥م.
- أبو نعيم، أحمد بن عبد الله، معرفة الصحابة، تحقيق: عادل العزازي، ط: دار الوطن، الرياض ١٩٩٨م.
- الطبري، ابن جرير، تاريخ الأمم والملوك، ط: دار الفكر ١٩٧٩م.

سابعا: مراجع معاصرة وأبحاث علمية:

- البوطي، محمد سعيد رمضان، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، ط١: دار الفكر -دمشق، ١٩٩٦م.
- الجبير، هاني، عمل المرأة في المحاماة والقضاء، منشور في موقع الإسلام اليوم بتاريخ ١٤٣٣/٦/٢٩هـ.
- الحمداني، عقيل، شروط الاجتهاد في تقليد القضاء، ط: جامعة الأنبار، كلية العلوم الإسلامية الرمادي، منشور في موقع دار المنظومة.
- الخولي، هند، تولي المرأة المناصب العليا، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، عدد (١)، ٢٠١١م.
- الزحيلي، محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، ط١: دار الفكر المعاصر - دمشق ٢٠٠١م.
- السباعي، مصطفى، المرأة بين الفقه والقانون، ط: المكتب الإسلامي- دمشق.
- السحيباني، عبد الله، تولية المرأة القضاء- رؤية شرعية، منشور في موقع الدكتور نفسه على شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٤/١١/١٣م.

- شحاتة، إبراهيم، اجتهاد القاضي نظرة مقارنة، ط: مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، منشور في قاعدة بيانات دار المنظومة.
- شريف، بشار، مقال بعنوان: الخلافة فريضة شرعية أم منظومة إدارية، موقع الجزيرة نت في ٢٠١٨/١/١٣م.
- عبد الكريم، نصر، حكم تولي القضاء في ضوء المستجدات المعاصرة، رسالة ماجستير من جامعة النجاح بنابلس ٢٠١٢م.
- عتر، نور الدين، ماذا عن المرأة؟، ط١: اليمامة- بيروت ودمشق ٢٠٠٣م.
- عثمان، محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ط٢: دار البيان ١٩٩٤م.
- القرضاوي مقال نظرات في فقه الشيخ الغزالي ومرتكزاته، د. القرضاوي نشر مجلة المسلم المعاصر، عدد: ٧٥-٧٦ فبراير - يوليو ١٩٩٥م).
- قنديل، محمد حسين، تولية المرأة القضاء في الفقه الإسلامي، ط١، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م.
- الكردي، أحمد، أحكام المرأة في الفقه الإسلامي، ط١: مطبعة الصباح، ١٩٨٤م.
- المودودي، أبو الأعلى، الإسلام في مواجهة التحديات المعاصرة، للمودودي، ترجمة: خليل الحامدي، ط: دار القلم، الكويت ١٩٧١م.
- الميساوي، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر ابن عاشور وكتابه مقاصد الشريعة، ط: البصائر للإنتاج العلمي ماليزيا ١٩٩٨م.
- هلال، هدى، قراءة تحليلية نقدية في الحكم الشرعي لتولي المرأة منصب القضاء، بحث منشور في مجلة الفكر الإسلامي المعاصر بالأردن، السنة ١٦، العدد(٦٤) ربيع ١٤٣٢هـ.
- وكالة الأنباء الكويتية كونا.