

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

تولي المرأة القضاء في ضوء التقنين القضائي المعاصر..  
دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي  
والنظام القضائي الكويتي

د . أحمد معجب العتيبي (\*)

د . مسعود صبري إبراهيم (\*)

المقدمة :

يمثل هذا البحث الموسوم بـ (تولي المرأة القضاء في ضوء التقنين القضائي المعاصر.. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والنظام القضائي الكويتي) لونا ذا أهمية في البحوث الفقهية والقانونية، خاصة أنه جاء ليجيب عن رغبة ملحة في معرفة الحكم الشرعي في قضية نازلة، والجواب على النوازل من فروض الكفايات التي يلاحظ أن نسبتها في الدراسات الأكاديمية قليلة إذا ما قورنت بالأبحاث التي تتحى منحى التنظير دون التطرق إلى الواقع، وهو ملحوظ يؤخذ على غالب دراسات الحقل الفقهي في رسائل الماجستير والدكتوراه وبحوث الترقيات والمؤتمرات والندوات.

كما ترجع أهميته إلى أنه ينتمي إلى ما يعرف بـ(الدراسات البينية) التي تدرس القضية من أكثر من زاوية، وتنتمي إلى أكثر من حقل معرفي؛ لأنها تستدعي أكثر من علم، أو عددا من العلوم في آن واحد؛ استنادا إلى نظرية (شمولية العلوم)، وأن العلوم يخدم بعضها بعضا، ويعدده كثير ممن يكتبون في تاريخ الفقه نوعا من أنواع (التجديد الفقهي).

---

(\*) الأستاذ المساعد في قسم الفقه وأصوله في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت.

(\*) الأستاذ المشارك في الفقه وأصوله وباحث في مركز الكويت للاقتصاد الإسلامي.

## تولي المرأة القضاء

على أن الأهم من ذلك كله، هو منهج تناول القضية من جهة استقرار تفاصيلها عبر ما أسماه علماء أصول الفقه (مرحلة التصوير)، أو ما أسماه الفقهاء (فقه الواقع)، وما يضاف إليه من (فقه التوقع) الذي هو شيء مغاير عن (الفقه الافتراضي) الذين ينبذه كثير من الفقهاء، رغم التحفظ على هذا، والوقوف على فقه المسألة واقعا وتصويرا هو نقطة الانطلاق الرئيسية في عملية البحث العلمي الذي ينصب نفسه في كشف الحكم الشرعي في مسألة قد تكون جديدة كليا وإن كان عنوانها مسطورا في بطون أمهات كتب الفقه التراثية، ومن هذا يأتي إدراك الخلل، أو ما يمكن أن نسميه (العقبات البحثية) التي يجب على الباحثين الانتباه إليها أثناء سيرهم في عملية البحث، وأن يكون إدراك تلك العقبات إحدى السياسات الحاكمة لبحوثنا في الحقل الفقهي حتى ترتقي إلى درجة أعمق مما هي عليه، خاصة في مثل هذه القضية التي تبحث عن حكم تولي المرأة القضاء، وهي قضية لا يخفى على أحد أن من يخوض غمارها قاصدا كشف الحكم الشرعي فيها، فهو كالذي يسير في أرض ذات ألغام، إذ يتنازع الآراء السائدة المستقاة من الفقه القديم بواقعه المغاير، لكن له سلطة عرفية عند الفقهاء، ومن جهة أخرى قصد طلب الحقيقة بناء على قراءة الواقع المغاير الذي يتنازعه محاولة بعض الجهات إقحام المرأة بكل شكل، وبين من يقصد تحييتها بكل طريق، وبين هؤلاء جميعا، يبقى القصد الفقهي في معرفة الحكم المتجرد، الذي لا يرجو إلا الله والدار الآخرة، والتي قد تتطلب مع التجرد جرأة لها عواقبها المحمودة وغير المحمودة في مجتمعاتنا.

ومن نقطة الارتكاز المشار إليها سابقا؛ كانت المبادرة في الاستكتاب حول تلك القضية؛ لتقدم علاجا شرعيا لإشكال واقعي من خلال الاجتهاد الفقهي المعاصر فيها، بمنهجية تخطيط بحثي متزن، يجمع بين استقرار الدراسات السابقة، باعتباره مدخلا رئيسا لمعرفة جهود الباحثين وآخر ما توصل إليه البحث العلمي في

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

القضية، مع استقراء آخر يكشف أماننا كل المناطات الفقهية التي استند إليها الفقهاء على اختلاف آرائهم في المسألة، ومناقشة طبيعة الاجتهاد المطلوب في القضاء وعلاقته بالتقنين، مع تسليط الضوء على قانون المنظومة القضائية القائمة في دولة الكويت التي تمثل الواقع.

**إشكاليات البحث وأسئلته:**

تمثل إشكاليات البحث مركزه وعمقه الأصيل الذي يحتاج إلى دراسة وتحليل للوصول إلى النتيجة المرجوة، والبحث يجيب عن عدد من الأسئلة والإشكاليات، ومن أهمها:

- ١- ما أهم الدراسات السابقة التي تناولت قضية تولي المرأة القضاء، وما أهم النتائج التي توصلت إليها هذه النتائج؟
- ٢- أين يقع تولي المرأة القضاء في ظل المنظومة التشريعية في القانون الكويتي؟ وهل هناك نص قانوني في ذلك؟ وما تفسيره إن لم يكن واضحاً؟
- ٣- ما أهم المناطات الأصولية التي استند إليها الفقهاء في الحكم على تولي المرأة القضاء؟
- ٤- مدى توافق اشتراط الاجتهاد في تولي القضاء مع طبيعة التقنين المعاصر؟
- ٥- مدى موافقة الآراء الفقهية في كتب الفقه للواقع المعاصر في ظل المنظومة الوظيفية المعاصرة للمرأة؟
- ٦- ما مدى الاتفاق والاختلاف بين بيئة الاجتهاد الفقهي القديم والبيئة المعاصرة؟
- ٧- ما الأصول الفقهية المعتمدة التي يمكن من خلالها تحقق الاجتهاد المعاصر في مسألة تولي المرأة القضاء؟

**أهداف البحث:**

تنقسم أهداف البحث إلى أهداف كلية وأهداف جزئية.

أما الهدف الكلي فهو تقديم اجتهاد معاصر في حكم تولي المرأة القضاء في ظل المنظومة القضائية المعاصرة.

## تولي المرأة القضاء

أما الأهداف الجزئية، فهي كما يلي:

- ١- عمل استقراء للدراسات السابقة في الموضوع محل البحث.
- ٢- معرفة مناهج الفقهاء في تولي المرأة القضاء منعا وجوازا، ومناقشتها بالنقد والتحليل.
- ٣- معرفة مدى مواءمة اشتراط الاجتهاد في وظيفة القضاء المعاصر، وعلاقتها بالتقنين.
- ٤- تطبيق منهج الاجتهاد المعاصر على المسألة للوصول إلى حكم كلي وتفصيلي في المسألة.

### منهج البحث:

اقتضت طبيعة البحث المزج بين عدة أنواع من مناهج البحث، فاستعملنا المنهج الوصفي والمنهج الاستقرائي والمنهج الاستنباطي، وقد يستعمل أكثر من منهج في المبحث الواحد، تبعا لطبيعة كل مبحث من المباحث.

### خطة البحث:

تكونت خطة البحث من مقدمة وخمسة مباحث.

أما المقدمة ففيها البواعث لبحث القضية، وأهميتها وأهم إشكاليات البحث وأسئلته وأهدافه مرجوة التحقيق، ومنهج البحث.

**المبحث الأول:** الدراسات السابقة في حكم تولي المرأة القضاء.

**المبحث الثاني:** طبيعة المنظومة القضائية في الكويت من خلال القوانين الناظمة لأصول التقاضي.

**المبحث الثالث:** مناهج الفقهاء في حكم تولي المرأة القضاء.

**المبحث الرابع:** علاقة الاجتهاد في القضاء بالتقنين المعاصر وأثر ذلك في قضاء المرأة.

**المبحث الخامس:** أصول الاجتهاد المعاصر في تولي المرأة القضاء.

وفي ختامه نتائج البحث.

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

ثم الفهارس.

ونسأل الله سبحانه أن يكون ما كتبنا صائبا مرضيا عنده، وأن يرزقنا فيه الأجر، وأن يغفر لنا خطأنا وتقصيرنا، وأن يسدد خطانا لما يحب ويرضى.

## المبحث الأول

### الدراسات السابقة في تولي المرأة القضاء

في هذا المبحث سيتم تناول أهم الدراسات المعاصرة في موضوع ولاية المرأة للقضاء للوقوف على ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات بشأنها، والبدء من حيث انتهوا، وذلك لأن ما في مدونات الفقه الإسلامي المذهبي معروفة ومعلومة، مما لا يستدعي إعادة تفصيلها، وإنما عرض المستجدات منها، وأثره في الحكم الفقهي في هذا الزمان المغاير عما كان متصورًا في أذهان الفقهاء، وتصوراتهم للقضاء، ونظام الحكم، والعرف في زمانهم.

وقد ختمنا الدراسات السابقة بقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة مؤتمر التعاون الإسلامي والذي أكد أنها مسألة فيها خلاف معتبر، وللفقهاء ترجيح ما يرونه مناسباً لمجتمعاتهم من الأقوال<sup>(١)</sup>.

١. حكم تولية المرأة القضاء، مصطفى محمود سليخ، بحث تمهيدي لمرحلة الماجستير في الدراسات الإسلامية، جامعة أم درمان الإسلامية، كلية الدراسات العليا الفقه المقارن، ١٩٩٨م.

وقد تناولها في تمهيد، وأربعة فصول، وخاتمة، تناول في التمهيد سبب اختلاف الفقهاء في مسألة تولية المرأة القضاء. وفي الفصل الأول: بيان مذاهب العلماء في هذه المسألة. وفي الفصل الثاني: أدلة مذاهب العلماء. وفي الفصل الثالث: مناقشة أدلة المذهب. وفي الفصل الرابع: الاختيار والترجيح. وفي الخاتمة: ذكر أهم النتائج المستخلصة من البحث. وكان منها ما قاله بعد سرد الأدلة ومناقشتها: اختلف العلماء المعاصرون في ترجيح مذهب على مذهب، فرجح بعضهم مذهب الظاهرية، وبعضهم رجح قضاءها في مسألة جزئية، ورجح

(١) وقد حاولنا الوصول للأبحاث الفقهية المقدمة بهذا الشأن للمجمع لإضافتها من ضمن الدراسات السابقة، ولكن لم نتمكن من ذلك.

د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم  
البعض الآخر مذهب الجمهور، مع ذكر كلِّ مرجحٍ بعضَ الأسباب التي تقوي هذا  
الترجيح<sup>(١)</sup>.

٢ . ولاية القضاء، طالب أحمد بن خضر الشنقيطي، رسالة مقدمة لنيل  
شهادة الماجستير، بقسم الدراسات العليا بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية  
بمكة المكرمة، جامعة الملك عبدالعزيز، لعام ١٣٩٧ هـ.

وقد جاءت في تمهيد وبابين، إلا أنه لم يناقش قضايا الولاية والشروط المختلف  
فيها بتفصيل أو ذكر للنظام القضائي المعاصر، وجرى فيه على عرض مختصر  
جدا للخلاف الفقهي في شرط الذكورة في صفتين فقط مسلما برأي جمهور  
الفقهاء قديما دون مناقشة.

٣ . ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، حافظ محمد أنور، وأصل هذا الكتاب  
رسالة ماجستير، أشرف عليها فضيلة الدكتور صالح السدلان رحمه الله، طبعة  
دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٢٠ هـ.

هو من أكثر الكتب المعاصرة اتساعا ومناقشة لقضايا ولاية المرأة حيث وقع  
الكتاب في ٨١٣ صفحة، تناول المؤلف في تمهيد وبابين وخاتمة. وقد عقد لولاية  
القضاء والحسبة والإفتاء فصلا كاملا من ثلاثة مباحث والعديد من المطالب  
عرضه في قرابة ١٢٠ صفحة. وقد رجح الباحث بعد عرضه المستفيض للأقوال  
الفقهية ومناقشتها رأي الجمهور القائلين بعدم جواز تولية المرأة القضاء مستندا  
بقوة أدلة المانعين وبحجج سد الذرائع في الفقه الإسلامي.

٤ . نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، الدكتور عبد الكريم زيدان، أستاذ  
الشريعة بجامعة بغداد، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة النائر عمان  
الأردن، الطبعة الثانية، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.

(١) ولم يذكر الباحث ترجيحا رغم مناقشته المستفيضة للمسألة وأدلة كل قول، ولعل ذلك راجع  
إلى تكافؤ الأدلة عنده.

## تولي المرأة القضاء

جاء الكتاب في تمهيد وستة أبواب وخاتمة لم يذكر فيها نتائج أو توصيات، ويقع في ٤٠٠ صفحة، وقد جاء في أغلبه بالعموم وعرض الأقوال دون مناقشتها بتفصيل. وعند ذكر شروط القضاء ومنها الذكورة، قد نقل الاتجاهات الثلاث الفقهية في المسألة ومختصر الدليل لكل قول في صفحة واحدة، ولم يذكر ترجيحاً.

٥. المرأة والولايات السيادية، الدكتور عبد الرحمن بن سعد الشثري، دار

الهجرة، عين شمس، الطبعة الثانية، ١٤٣٠هـ.

جمع المؤلف فيه أنواع الولايات من الوزارة، والإمارة، والقضاء، والسفارة، وعضوية مجلس الشورى، والشرطة، والحسبة، والانتخابات. واقتصر على ذكر التعريفات وشروط الفقهاء قديماً دون مناقشة للاختلاف الفقهي في المسائل والترجيح بينها، وقد استقر في منع كل الولايات المذكورة على المرأة وتحريمها ونقل الإجماع على ذلك، وقد أرفق الكتاب بملحق فيه فتاوى وقرارات كبار العلماء والأدباء في حكم تولي المرأة للخلافة، والوزارة، والإمارة، والقضاء، والمحاماة، والسفارة، والشرطة، وعضوية المجالس الشورية والبلدية، وخطبة الجمعة، والحسبة، ودخول الانتخابات.

٦. أثر العرف في فهم النصوص قضايا المرأة نموذجاً، الدكتورة رقية طه

جابر العلواني، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق ٢٠٠٣م.

استهدفت الدراسة محاولة الكشف عن أثر العرف في فهم المجتهد للنصوص الشرعية المتعلقة بقضايا المرأة نموذجاً، وعقدت الباحثة الفصل الثالث منها في ولاية القضاء نموذجاً وأثر العرف والظروف الاجتماعية في فهم المجتهدين لمسألة قضاء المرأة، مؤكدة أن الدراسة لا تروم الوقوف عند ترجيح هذا الرأي أو ذلك، بقدر ما تروم الكشف عن دور الأعراف والنظرة الاجتماعية السائدة حول وضعية المرأة وكشف مسار تأويل النص والآراء المثارة حوله من قبل المجتهدين، وأن



===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

حكم تولي القضاء هو حكم مبدأه العرف في فهم النص. مؤكدة على احترام الموروث الفقهي والوقوف منه موقف التقدير للجهود المبذولة، مع الإيمان بإنسانية تلك الجهود وأهمية مراجعة وتصحيح المواقف الاجتهادية القائمة على منهجيات التبرير والتعليل.

٧. حقائق وشبهات حول مكانة المرأة في الإسلام، الأستاذ الدكتور محمد عمارة، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠١٠م.

عقد المؤلف - رحمه الله - مبحثاً في شأن ولاية المرأة القضاء مؤكداً على أنها في إطار الفكر الإسلامي والآراء الفقهية الاجتهادية، وليست نصاً دينياً لا يجوز مخالفته، وأنه لا يوجد فيها إجماع فقهي حتى يكون هناك إلزام للخلف بإجماع السلف، فهي من قضايا الاجتهاد المعاصر، مؤكداً أيضاً على أن العادة والعرف هي التي كانت مؤثرة في الحكم الفقهي قديماً، والعادة لا تحل حلالاً، ولا تحرم حراماً؛ لارتباطها بالحاجة المتغيرة بتغير الظروف والملابسات. مستندا إلى أن القضاء تحول من قضاء الفرد إلى قضاء المؤسسة، فليس بوارد الحديث عن ولاية المرأة للقضاء بالمعنى الذي كان وارداً في فقه القدماء، وأن دور القضاء هو التنفيذ لا الاجتهاد في استنباط الحكم واستخلاص القانون. فالمؤلف يؤكد جواز توليتها للقضاء في الزمن المعاصر للاعتبارات التي تم ذكرها، وقد ناقش مشهور أدلة المانع وأجاب عنها.

٨. حكم تولية المرأة القضاء، دراسة فقهية مقارنة، الدكتور محمد محمد الشلش، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٧م.

تناول الباحث فيها عرض جميع الآراء الفقهية ومذاهب الأقدمين والمعاصرين وبسط أدلتهم النقلية والعقلية، ثم عمد إلى ترجيح جواز قضاء المرأة ونفاذه في الأموال والأحوال الشخصية لا في الحدود والقصاص، على أن ينظر للأمر في ضوء وضع المرأة القاضية، و مصلحة المجتمع وحاجاته، ومدى تقبله لهذا الأمر. بالشروط التالية:

## تولي المرأة القضاء

**الأول:** ألا تتولى المرأة القضاء إلا بعد أن تتضح وتبلغ السن الذي تيّأس فيها من المحيض حتى لا تكون عرضة للاضطرابات النفسية والمتاعب الجسمانية التي تصاحب الحيض والحمل.

**الثاني:** وجود المجتمع البالغ من التطور الاجتماعي درجة تسمح له بقبول هذا الأمر.

**الثالث:** وجود الحاجة إلى تقليد المرأة منصب القاضي.

**الرابع:** الالتزام باللباس الشرعي وقواعد الخروج الشرعية.

٩. حكم تولي المرأة القضاء في ضوء المستجدات المعاصرة، نصر عبد

الكريم نصر عوض، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين. ٢٠١٢م.

تضمنت خمسة فصول، واحتوت الدراسة على نبذة تاريخية عن طبيعة القضاء عبر العصور الإسلامية السابقة في العهد النبوي، والقضاء في عهد الخلفاء الراشدين، والقضاء في العهد الأموي والعباسي، كما تحدثت عن القضاء في العهد العثماني، وشروط القاضي في العهد العثماني.

وتضمنت في الفصل الثالث شروط القاضي عند الفقهاء الأوائل بالإضافة إلى حكم تولي المرأة القضاء عند الفقهاء الأوائل، والأدلة الشرعية التي اعتمد عليها كل فريق.

وتضمنت الدراسة في الفصل الرابع التغيرات التي حصلت في الوقت الحالي، وذكر أن هناك تغيرات على طبيعة القضاء في الوقت الراهن، كما أن هناك تغيراً في مشاركة المرأة في الحياة العامة، واحتوت الرسالة في الفصل الخامس والأخير على أقوال العلماء المعاصرين<sup>(١)</sup> في حكم تولي المرأة القضاء.

(١) وقد نقل الباحث عن المعاصرين القائلين بالمنع وهم الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله، والشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله، والشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله، والدكتور محمد =

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

ورجح الباحث - بحسب الأدلة الشرعية أولاً، والمعطيات الجديدة والقضاء ثانياً- جواز تولي المرأة منصب القضاء، وذلك لأن في هذه الفتوى نكون أقرب إلى سعة الإسلام؛ لأن هذا الأمر ليس من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة، والأصل أن كل ما أشكل وجوبه فالأصل براءة الذمة، والأصل أن المرأة غير ممنوعة من تولي المناصب الحساسة في الدولة إلا ما ذكر الفقهاء في أحكام تولي الإمامة العظمى.

وأن منصب القضاء وولايته قد أصابها ما أصاب الولايات السياسية والتنفيذية والتشريعية من تطور انتقل من طور الولاية الفردية إلى الولاية الجماعية "المؤسسة" فلم تعد هناك ولاية رجل أو ولاية امرأة، إنما أصبح الرجل جزءاً من المؤسسة والمجموع، وأصبحت المرأة جزءاً من المؤسسة والمجموع، ومن ثم فالقضية أصبحت في "كيف جديد" يحتاج إلى "تكييف جديد".

١٠. تولي المرأة منصب القضاء بين تراثنا الفقهي والواقع المعاصر، الدكتور

علي عارف علي القره داغي ، عمان، دار النفائس، ١٩٩٩ م.

قام المؤلف بعرض الآراء الفقهية وأدلتها وتناولها بشكل مفصل بالمناقشة والرد، وذكر رأي المعاصرين المجيزين لذلك كما نقل عنهم من مصادرهم<sup>(١)</sup> وهو من

---

=أبو فارس. ونقل عن المعاصرين القائلين بالجواز وهم الشيخ محمد الغزالي رحمه الله، والشيخ محمد شلتوت رحمه الله (وقد نقل عنهم من مصادر وسيطة)، والدكتور يوسف القرضاوي، والدكتور عبد الكريم زيدان، والدكتور محمد البلتاجي رحمه الله، والشيخ محمد سعيد البوطي رحمه الله، والدكتور محمد الغرابية ، وفتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٧-٧-٢٠٠٨ الفتوى رقم ٦٦٧٠ بشأن حكم تولي المرأة منصب القضاء ورئاسة الدولة.

(١) حيث نقل جواز ذلك عن محمد سعيد البوطي، والدكتور يوسف القرضاوي، والدكتور عبد الكريم زيدان، والقاضي سمير عالية، وعبد الحليم أبوشقة، وصحح محمد رأفت عثمان توليتها القضاء في القضايا التي يكون فيها طرفاً الخصومة من النساء في غير حدود ولا قصاص. ومجلة الأحكام العدلية لم تشترط الذكورة في تولي القضاء. وعبد الرحمن =

## تولي المرأة القضاء

المؤلفات النافعة في هذا الباب كغيرها، وقد اتجه إلى جواز توليتها القضاء لعدم وجود نصوص صريحة تمنع تولي المرأة للقضاء، وإنما هو حكم اجتماعي فقهي؛ لذلك تباينت آراء الفقهاء فيه، وبناء على اختلافهم في الحكم الذي قاسوا عليه. وقد ذكر ١٦ وجها لترجيح ذلك والجواب عن أدلة المانعين.

١١. النظام القضائي في الفقه الإسلامي، محمد رأفت عثمان، دار البيان،

الطبعة الثانية ١٩٩٤م.

جاء الكتاب في مقدمة، وأربعة فصول، وأما في مسألة ولاية المرأة للقضاء وبعد أن عرض الخلاف الفقهي وأدلته ومناقشته باستقاضة توصل المؤلف إلى ما ذكره بنصه: " فإنه لم يترجح لي رأي من آراء علمائنا في مسألة تولي المرأة منصب القضاء، إلا أنه لا يفوتني أن أقول إنني أرجو ألا أكون بعيدا عن الصواب إذا قلت إنه يصح تولية المرأة القضاء، في القضايا التي يكون طرفا الخصومة فيها من النساء، كالحوادث التي تحدث بينهن في مجالسهن الخاصة؛ لأن القضاء في الحقيقة هو إظهار الحكم الشرعي في قضية من القضايا، ولا أظن أن أحداً يجادل في أن كلا من الرجل والمرأة يستويان في هذه الناحية، وغاية ما هناك أن القضاء فيه إلزام بخلاف إظهار الحكم الشرعي من المفتي مثلا، لكن يمكن أن نقول: إن الإلزام بعد حكم القاضي إنما جاء من الشرع، لا من القاضي وواسطة التنفيذ هنا هي الحاكم. وإذا قلنا بهذا الرأي فإننا نشترط شرطا هو أن يكون ذلك في غير مسائل القصاص والحدود.

=إبراهيم الحميضي في رسالته القضاء ونظامه في الكتاب والسنة ( مكة جامعة أم القرى ١٤٠٩هـ). وفي نقله هذا الأخير عنه نظر فبعد الرجوع لرسالته نص على أن الأصل عدم جواز قضاء المرأة، ويستثنى من ذلك حالات خاصة بشروط معينة منها: " حالة الضرورة، فيما لا ولاية فيه كالتحكيم، فيما لا يجل خطره، فيما يحصل بين النساء ولا يطلع عليه الرجال.

د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

١٢. القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، الدكتور عبد الرحمن بن إبراهيم الحميضي، رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة أم القرى، ١٩٨٤م، وطبعتها الأولى في ١٩٨٩.

اشتملت على مقدمة وتمهيد وخمسة أبواب وخاتمة. وقعت في ٧٧٥ صفحة تناول في المقدمة والتمهيد افتتاحية البحث وسبب اختياره وخطته ومنهجه، وتناول في الباب الأول طبيعة النظام القضائي في خمسة مباحث، منها المبحث الخامس الخاص بتولية القضاة وشروط القاضي، وفي الباب الثاني تناول القضاء في الأطوار التاريخية واشتمل على فصلين؛ الأول: القضاء في عصور قبل الإسلام. والثاني: القضاء في العهود الإسلامية، وفي الباب الثالث تناول مصادر الأحكام وطرق الإثبات بفصلين، وفي الباب الرابع طريقة الحكم وكيفيته بفصلين أيضاً، وفي الباب الخامس تناول أقضية القرآن الكريم ونماذج من أقضية السنة وأقضية السلف.

وبعد مناقشته لشرط الذكورة نص على التالي : الأصل عدم جواز قضاء المرأة، كما ذهب إليه الجمهور، ويستثنى من ذلك حالات خاصة بشروط معينة منها : " حالة الضرورة ، فيما لا ولاية فيه كالتحكيم، فيما لا يجل خطره، فيما يحصل بين النساء ولا يطلع عليه الرجال.

١٣. تولي المرأة المناصب وأحكامه في الفقه الإسلامي، عباس علي محمود القيسي، ٢٠١٨، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٥ ، عدد ٤ ، ملحق ٤ ، عمادة البحث العلمي الجامعة الأردنية.

يناقش هذا البحث موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة المناصب القيادية، وهو موضوع تناوله الفقهاء القدامى والمعاصرون " بحثاً ودراسة " بأصوله وفروعه، وقد تباينت مذاهبهم فمنهم من يُجوز ومنهم من يمنع، وقد تتبّع الباحث آراءهم الفقهية، وبسط أدلتهم النقلية والعقلية، وناقشها ثم رجح توليتها معتمداً على قوة الدليل والمصلحة من دون مخالفة لما يطلبه الشارع الكريم، وقد بيّن في البحث

## تولي المرأة القضاء

ماهية عمل المرأة ومشروعيتها، وأنواع العمل الذي تمارسه، وبيان حكم تولي المرأة رئاسة البلاد، والمناصب الوزارية، والقضاء، والعمل المجرد من المناصب كالبيع والشراء والإدارة، وبيان حكم ما يترتب على ذلك من الاختلاط بالرجال والخلوة بهم، وانتقالها وسفرها من بيتها إلى محل عملها.

وقد رجح الباحث في ولاية المرأة القضاء مذهب القائلين بجواز قضاء المرأة في كل شيء، عدا الحدود والقصاص؛ لأن الأدلة التي استدل بها المانعون ليست صريحة في منع تولي المرأة القضاء فيما عدا الحدود والقصاص، وأن الأصل في الأشياء الإباحة، ولم يثبت في الشرع ما يدل على أن أهليتها مسلوبة، بل إن هناك ما يدل على أنها تصلح أن تكون شاهدة ووصية على اليتامى، وأن نقصان عقلها لا يعني سلب ولايتها بالكلية، وإنما هي مسألة نسبية مقارنة مع الرجال والله أعلم<sup>(١)</sup>.

١٤. تولية المرأة القضاء رؤية فقهية معاصرة، دكتورة روية مصطفى أحمد الجنش، المدرس بقسم الفقه، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر - فرع البنات، القاهرة.

جاء البحث في مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة، قامت من خلاله بعرض آراء الفقهاء واجتهاداتهم في حكم ولاية المرأة للقضاء مناقشة وترجيحا، وقد توصلت الباحثة إلى رجحان مذهب الحنفية ومن وافقهم في جواز تولي المرأة القضاء في الأمور المدنية، ولا تولي القضاء في الأمور الخاصة بالحدود والجنايات،

(١) وقد نقلت نص ترجيحه للمسألة في المطلب الثاني من المبحث الأول في بحثه ص ٩٦، ولأمانة العلمية وجدت أنه في نتائج البحث ذكر أمرا مغايرا وهو : لا يجوز أن تتولي المرأة القضاء لأنها بحاجة إلى قوامة في البيت فمن باب أولى تكون عاجزة عن إدارة شئون الناس والفصل في خصوماتهم. (النتائج فقرة ٤، ص ١٠١ من المجلة). ويبدو لي أن الخطأ وقع في النتائج لأن البحث في عمومها اتجه فيه الباحث لجواز توليها جميع المناصب من الوزارة والقضاء والمناصب القيادية.

## د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

خاصة جرائم العرض؛ لأن إجراء تحقيق في هذه الجرائم يقتضي الدخول في تفاصيل كثيرة لتوضيح أركان الجريمة والوقوف على وقوعها وإثباتها، وإجراء المعاينات والمناظرات، والاستماع إلى وصف الشهود، وفي هذه الحالة يؤدي سماعها إلى تفاصيل هذه الجريمة إلى إيذاء مشاعرهما، وجرح أنوثتها، وخذش حياتها، فضلاً عن أن الأسئلة التي توجهها تجانب الحشمة والحياء، الذي هو من خلقها الحسن الذي عليه قوام حياتها، وهذا الترجيح يستند إلى ما يلي: قوة أدلة الحنفية، ومن وافقهم، رد ما ورد عليها من اعتراضات، ورد أدلة المخالفين رداً قوياً.

١٥. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي رقم: ٢١١ (٢٢/٧) بشأن المرأة والولايات العامة، المنعقد في دورته الثانية والعشرين بدولة الكويت، خلال الفترة من : ٢-٥ جمادى الآخرة ١٤٣٦هـ، الموافق: ٢٢-٢٥ مارس ٢٠١٥. والذي توصل إلى أن الولايات العامة غير الرئاسة فيها خلاف فقهي معتبر وللفقهاء في كل بلد ترجيح ما يرونه من أقوال الفقهاء<sup>(١)</sup>.

(١) ونصه: أولاً: يؤكد المجمع على أن الإسلام قد كفل للمرأة حقوقها كاملة وأنزلها المنزلة اللائقة بها مراعيًا مكانتها الاجتماعية وفطرتها، ومهمتها أمًا وبناتًا وزوجة ومسؤولة. ثانياً: يرى المجمع رأى جمهور الفقهاء في أن المرأة لا تتولى الولاية العظمى (رئاسة الدولة). ثالثاً: أن رئاسة المرأة للولايات العامة مثل القضاء والوزارة ونحوها فيه خلاف بين فقهاء المذاهب، وهو خلاف معتبر. ولفقهاء كل بلد ترجيح ما يرونه من أقوال الفقهاء. رابعاً: حال تولي المرأة ولاية مما سبق فيجب عليها الالتزام بالضوابط والآداب التي حددتها الشريعة الإسلامية، وعلى الخصوص في أحكام اللباس وغيره، وألا تخل مشاركتها في تلك الولايات أو الوظائف العامة بوظيفتها الأساسية التربوية تجاه أسرتها. والله تعالى أعلم.

## المبحث الثاني

### طبيعة المنظومة القضائية في الكويت<sup>(١)</sup>

#### المطلب الأول: القوانين المنظمة للقضاء في التشريعات الكويتية

إن هيكل المنظومة القضائية في زمننا المعاصر يختلف كلياً عنها في القديم سواء من جهة القاضي الذي يصدر الأحكام، أو من جهة اختصاصات ودرجات وإجراءات واشتراطات التقاضي، وهذه المنظومة المستحدثة تشكل خصائص وماهية القضاء في الزمن الحديث.

#### أولاً: ترتيب المحاكم وتنظيمها في القانون الكويتي<sup>(٢)</sup>

جاء في الفصل الثاني من قانون تنظيم القضاء، المادة رقم (٣) تتكون المحاكم

من:

أ- محكمة التمييز.

ب- محكمة الاستئناف.

ج- المحكمة الكلية.

د- المحكمة الجزئية.

فالحكم القضائي يمر بمراحل ودرجات من التقاضي، وأحكام كل درجة فيها بمجموعة من القضاة لا واحد منهم إلا فيما نص عليه القانون، وسيأتي بيانه.

فترفع الدعوى ابتداءً في محكمة الدرجة الأولى، فإذا صدر الحكم فللمتقاضيين الطعن في محكمة الاستئناف كما في مادة (١٣٧): " يرفع الاستئناف بصحيفة

(١) وضعنا هذا المبحث هنا لأن التعريف بالمنظومة القضائية بالكويت يعد جزءاً من تصوير

المسألة ومعرفة الواقع، وهي أولى خطوات الاجتهاد، لا يسبقها غيرها.

(٢) مجموعة التشريعات الكويتية، القوانين المنظمة للقضاء والفتوى والتشريع، (١٦/٩) الطبعة

السادسة وزارة العدل ٢٠٠٦م.



د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم  
تودع إدارة كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقاً للإجراءات المقررة لرفع  
الدعوى " (١).

وللمتقاضيين بعد حكم الاستئناف اللجوء إلى محكمة التمييز، جاء مادة  
(١٥٢): " للخصوم أن يطعنوا بالتمييز في الأحكام الصادرة من محكمة  
الاستئناف العليا ... وللخصوم أن يطعنوا بالتمييز أيضاً في أي حكم انتهائي - أياً  
كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلاف لحكم آخر سبق أن صدر  
بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي (٢). وفي المادة ١٥٦: ولا يجوز  
الطعن بأي طريق من طرق الطعن فيما تصدره المحكمة من الأحكام (٣).

#### ثانياً: الأحكام القضائية جماعية أغلبية وليست أحادية

جاء في المادة ٤ و ٦ و ٧ من قانون تنظيم القضاء في تشكيل محكمة التمييز  
والاستئناف والكلية من رئيس ونائب رئيس وعدد كاف من الوكلاء والمستشارين  
في التمييز والاستئناف، ووكلاء المحكمة والقضاة في الكلية (٤).  
كما خص القانون في المادة رقم ٤ صدور الأحكام من خمسة مستشارين في  
التمييز، ومن ثلاثة مستشارين في الاستئناف كما في مادة رقم ٦، ومن ثلاثة  
قضاة في المحكمة الكلية كما في المادة رقم ٧، عدا القضايا التي ينص القانون  
على صدور الحكم فيها من قاض واحد (٥).

(١) مجموعة التشريعات الكويتية، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (٢٨/٣) مادة ١٣٧ ،  
ص ٥٩ ، طبعة الأولى ٢٠١١.

(٢) المرجع السابق مادة ١٥٢، ص ٦٤.

(٣) المرجع السابق مادة ١٥٦، ص ٦٧.

(٤) انظر: القوانين المنظمة للقضاء والفتوى والتشريع ، مواد ٤ و ٦ و ٧، ص (٩ / ١٨) الطبعة  
السادسة، ٢٠٠٥.

(٥) المرجع السابق. ومن هذه القضايا التي تصدر بحكم قاض واحد المحاكم الجزئية كما في  
المادة ٨، ودائرة الأحوال الشخصية الكلية بمحكمة الأسرة من قاض واحد وتشكل دائرة  
الاستئناف من ثلاثة مستشارين من محكمة الاستئناف (٥). كما جاء في قانون رقم ١٢  
لسنة ٢٠١٥ بإصدار قانون محكمة الأسرة.

## تولي المرأة القضاء

وأما المحكمة الجزئية فقد جاء في المادة ٨: "تتكون المحكمة الجزئية من دائرة واحدة أو أكثر حسب حاجة العمل، وتصدر أحكامها من قاض واحد" (١).  
وجاء في الباب الثامن الأحكام / الفصل الأول إصدار الأحكام في مادة (١١٢) تكون المداولة في الأحكام سرية "بين القضاة مجتمعين"، ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة، وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء، فإذا لم تتوفر الأغلبية وتشعبت الآراء لأكثر من رأيين يجب أن ينضم الفريق الأقل عدداً أو الفريق الذي يضم أحدث القضاة لأحد الرأيين الصادرين من الأكثر عدداً، وذلك بعد أخذ الآراء مرة ثانية (٢). جاء في قانون المرافعات المدنية والتجارية مادة ٢٢ مكرر: تصدر أحكام المحكمة الكلية من ثلاثة قضاة عدا القضايا التي ينص القانون على صدور الحكم فيها من قاض واحد (٣).

### ثالثاً: اشتراطات تولي القضاء في القانون الكويتي

جاء في القوانين المنظمة للقضاء والفتوى والتشريع في شأن تعيين القضاة وترقيتهم وأقدميتهم مادة ١٩ (٤) يشترط فيمن يولى القضاء:  
- أن يكون مسلماً.  
- أن يكون كويتي، فإن لم يوجد جاز تعيين من ينتمى بجنسيته إلى إحدى الدول العربية.  
- أن يكون كامل الأهلية غير محكوم عليه قضائياً أو تأديبياً لأمر مخل بالشرف أو الأمانة.

(١) المرجع السابق ص ١٩ : وجاء في قانون المرافعات المدنية والتجارية، (٢٨/٣) مادة ٢٩ : تختص المحكمة الجزئية ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها خمسة آلاف دينار، ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ألف دينار.

(٢) قانون المرافعات المدنية والتجارية، (٥٠/٣).

(٣) السابق (٢٥/٣) .

(٤) القوانين المنظمة للقضاء والفتوى والتشريع، (٢٤/٩).

د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

- أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.
- أن يكون حاصلًا على إجازة الحقوق أو الشريعة أو ما يعادلها من الإجازات العالية.

فهذه مادة واضحة في شرط من يتولى القضاء، حيث يظهر جليا عدم النص على الذكورة، إلا أنه وفي ثنايا مواد قانون تنظيم القضاء جاء النص على لفظ "رجال القضاء"<sup>(١)</sup> في أكثر من موضع، والذي يحمل أكثر من معنى:

**الأول:** القضاة والعاملون في سلكه سواء رجالا أو نساء، فيكون لفظ "رجال" خرج مخرج الغالب، وهو معهود في اللغة العربية<sup>(٢)</sup>.

**الثاني:** يحتتمل أن يكون المعنى مقصودا وهو شرط الذكورة عملا بنص الدستور ومواد القانون التي نصت على أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر

---

(١) انظر: مادة ٢٠ من القانون نفسه " يكون التعيين في وظيفة رئيس محكمة التمييز من رجال القضاء .. ويكون تعيين نائب رئيس محكمة التمييز ورئيس الاستئناف ونائب رئيس محكمة الاستئناف، ورئيس المحكمة الكلية من رجال القضاء .. ويعين وكلاء محكمة التمييز وكلاء محكمة الاستئناف ونائب رئيس المحكمة الكلية من رجال القضاء." وفي المادة ٢٢ " تتقرر أقدمية رجال القضاء والنيابة العامة .. "

(٢) يقول الخبير الدستوري وأستاذ القانون العام في كلية الحقوق بجامعة الكويت د. محمد الفيلي: ورود تعبير «رجال القضاء» في المواد ٢٠ و ٢٣ من ذات القانون لا يفيد حصر التعيين في الذكور لأنهما لا ينظمان الموضوع محل البحث، وإن كانت لهما دلالات ثقافية، فمن يكتب نص القانون يتأثر بالموروث الثقافي لمجتمعه. وقرن مهن أو أعمال أو أنشطة محددة بجنس بذاته أمر شائع في كثير من المجتمعات، وهو ينعكس على اللغة (رجال الدولة، رجال الدين، رجال القانون...)، ويمتد لصياغة القانون أحيانا، فالقانون ٣٦/ ١٩٨٢ ورد في عنوانه « في شأن رجال الإطفاء» والمادة الثالثة من قانون الانتخاب تنص على أنه «يوقف استعمال حق الانتخاب بالنسبة إلى رجال القوات المسلحة والشرطة» ومع ذلك فقد فسرت الإدارة النص على أنه وقف لحق الانتخاب بالنسبة «إلى رجال الشرطة» من الذكور والإناث. انظر مقال الدكتور في جريدة الجريدة الكويتية بتاريخ ١٩-٥-٢٠١٠.

## تولي المرأة القضاء

التشريع، وأنه إذا لم يوجد نص حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها.<sup>(١)</sup>

والذي يظهر أن المراد هو المعنى الأول وهو دارج كما يقال "رجال الدين" و "رجال القانون" و "رجال الحسبة" ولا يعني هذا أنها مقصورة على الرجال بدلالة عدم النص على الذكورة في شروط التعيين.

رابعاً: استقلالية القضاء وتنوع اختصاصاته

نظام الحكم في الدستور الكويتي يقوم على فصل السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، فلا تتبع أحدهم الأخرى، كما جاء في المادة ٥٠: "يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور"<sup>(٢)</sup>.

ويزيد هذا إيضاحاً النص على أن السلطات التشريعية والتنفيذية يتولاها الأمير وهو الحاكم، بينما نص المشرع على أن ولاية القضاء للمحاكم، ولم يشرك معها أحداً في ذلك، وإن كانت تصدر الأحكام باسم الأمير.

م.٥١- السلطة التشريعية يتولاها الأمير ومجلس الأمة وفقاً للدستور.

م.٥٢- السلطة التنفيذية يتولاها الأمير ومجلس الوزراء والوزراء على النحو

المبين بالدستور.

(١) انظر الدستور الكويتي "النص في الدستور على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع." ومؤداه توجيه للمشرع وجهة إسلامية لكنه لم يجعلها مصدراً وحيداً للتشريع. وأيضاً ما جاء في مادة ١ من القانون المدني "تسرى النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف.

(٢) انظر الدستور الكويتي.

## د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

م. ٥٣- السلطة القضائية تتولاها المحاكم باسم الأمير في حدود الدستور.  
ولذا نجد أن للأمير أو الحاكم في الدستور الكويتي الحق في حل السلطة التشريعية والتنفيذية لا السلطة القضائية، مما يؤكد أهمية وضرورة إعادة النظر في مفهوم القضاء، هل هو ولاية فرعية عن الولاية العظمى للحاكم أم هو نظام يحدد فيه وظيفة القضاء ومهامه واشتراطاته، وتختص السلطة القضائية ووزير العدل بالتعيين والنقل والندب والتأديب كما في المواد ١٩-٢٩ من القوانين المنظمة للقضاء.

وقد جاء إيضاح مهام الأمير في الدستور مادة ٥٤ " يتولى الأمير سلطاته بواسطة وزرائه ". وفيه إشارة إلى أنه لا سلطة له على القضاء ومنه ما جاء في الدستور الكويتي مادة ١٦٣: " لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضائه " وهذا ينفي كون القضاء ولاية فرعية عن ولاية الحاكم. إلا أنه يشكل عليه حق الأمير بالعمو عن بعض الأحكام القضائية، وأيضاً حقه في مصادقة أحكام الإعدامات لاعتبارها قانوناً<sup>(١)</sup>.

وهذه الجزئية بشكل خاص، وهو: هل القضاء ولاية أم وظيفة عامة<sup>(٢)</sup> في واقعنا المعاصر؟ تفتح باباً للنقاش، وهو من القضايا التي ربما يستمر النقاش فيها زمناً بناء على الاختلاف وتعدد ألفاظ النصوص القانونية ودلالاتها<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر: مادة ٧٥ من الدستور الكويتي والتي تنص: للأمير أن يعفو بمرسوم عن العقوبة أو أن يخفها، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون وذلك عن الجرائم المقترفة قبل اقتراح العفو.

(٢) جاء في الدستور الكويتي مادة ٢٦: الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها، ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة. ولا يولى الأجانب الوظائف العامة إلا في الأحوال التي يبينها القانون.

(٣) يقول الخبير الدستوري وأستاذ القانون العام في كلية الحقوق بجامعة الكويت د. محمد الفيلي: طبيعة القضاء في الفكر الإسلامي التقليدي الذي يرى أن القضاء شعبة مشتقة =

## تولي المرأة القضاء

وهنا نشير إلى تقسيم علماء المسلمين لأنواع الولايات بين التنفيذية والتفويضية وهي نوعان كما ذكرها الماوردي في الأحكام السلطانية.

**أولاً: وزارة التفويض:** هي أن يستوزر الإمام من يفوض إليه لتدبير الأمور برأيه وإمضائها على اجتهاده<sup>(١)</sup>. (وهي أصل الولايات والوظائف بعد الخلافة، لأن

=من الولاية الكبرى وبالتالي فإن القاضي يمارس اختصاصه أو ولايته نائباً عن الخليفة، وهو ليس موظفاً يحدد القانون اختصاصاته وأسلوب توليها وممارستها، ويسوق بعض من يقول بهذا التحليل التقليدي المستقر في كثير من الدول الملكية وهو الترويسة الموجودة في الأحكام كسند لفكرة الولاية. وفكرة الولاية بالمعنى السابق ليس لها سند في الدولة القانونية، فالدستور يحدد وظائف ثلاثاً في الدولة، وينشئ لكل وظيفة جهازاً يتولاها وفق القواعد المقررة في الدستور والقوانين، ويقرر لكل جهاز (سلطة) استقلالاً يسمح له أن يراقب السلطات الأخرى، كما أن القانون بالمعنى الموضوعي يحدد شروط وأساليب ولاية كل الوظائف في الدولة. انظر مقال الدكتور في جريدة الجريدة الكويتية بتاريخ ١٩-٥-٢٠١٠ في تعليقه على صدور الحكم في القضية رقم ٢٤٩٢/٢٠٠٩ بتاريخ ١٤/٤/٢٠١٠. وفي ندوة «الإصلاح القضائي في الكويت» التي نظمتها جمعية المحامين وضمت عدد من خبراء القانون المتحدثين ومنهم د. عبيد الوسمي والمستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين، حيث كان رأي الدكتور الوسمي: أن القضاء مرفق عام شأنه شأن المرافق الأخرى تخضع بطبيعتها للقواعد التي تنظمها وتتفق مع طبيعتها واعتبر القاضي في جميع الأحوال موظفاً عاماً شأنه شأن موظفي الدولة الآخرين إلا أن الضمانات الممنوحة للقضاة هدفها تحقيق أغراض وظيفتهم، رافضاً أن تكون هذه الضمانات امتيازات شخصية، وهذا الأمر ينطبق على القاضي والموظف ونائب البرلمان.

بينما خالفه المستشار أبو العينين في ذلك موضحاً أن القضاء ليس وظيفة بل ولاية عن ولي الأمر، والقضاة ليسوا موظفين فالموظف يفعل ما يؤمر به وهذا ما يتنافى مع مفاهيم استقلالية السلطة القضائية، لافتاً إلى أن القضاء ليس مرفقاً بل مؤسسة تقوم على تطبيق العدالة. انظر: تقرير ندوة الإصلاح القضائي في الكويت المنشور بجريدة الرأي الكويتية بتاريخ ٨-٤-٢٠١٠ بعنوان القضاء ووظيفة أم ولاية عن ولي الأمر.

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٣٠.

## د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

وزير التفويض ينظر في كل ما ينظر فيه الخليفة، فالخليفة هو الأصل، ووزير التفويض يقوم مقامه<sup>(١)</sup>. (ويعتبر في تقليد هذه الوزارة شروط الإمامة إلا النسب وحده)<sup>(٢)</sup>.

**ثانيا: وزارة التنفيذ:** هي التي لا يكون لصاحبها تدبير الأمور باجتهاد، وإنما يكون عمله فيها مقصورا على تنفيذ أوامر الخليفة والتزام آرائه<sup>(٣)</sup>. (أما وزارة التنفيذ فحكمها أضعف وشروطها أقل، لأن النظر فيها مقصور على رأي الإمام وتدبيره، وهذا الوزير وسط بينه وبين الرعايا والولاية، يؤدي عنه ما أمر، وينفذ عنه ما ذكر، ويمضي ما حكم، ويخبر بتقليد الولاية، وتجهيز الجيوش ويعرض عليه ما ورد من مهم وتجدد من حدث ملم، ليعمل فيه ما يؤمر به، فهو معين في تنفيذ الأمور وليس بوال عليها، ولا متقلدا لها، فإن شورك في الرأي كان باسم الوزارة أخص)<sup>(٤)</sup>.

و الفرق بين هاتين الوزارتين بحسب الفرق بينهما في النظرين، وذلك من أربعة أوجه<sup>(٥)</sup> :

**أحدها:** أنه يجوز لوزير التفويض مباشرة الحكم والنظر في المظالم؛ وليس ذلك لوزير التنفيذ .

**الثاني:** أنه يجوز لوزير التفويض أن يستبد بتقليد الولاية وليس ذلك لوزير التنفيذ.

(١) الوزارة في الإسلام، ص ٣٠.

(٢) الأحكام السلطانية للموردي، ص ٣٠.

(٣) عبقرية الإسلام في أصول الحكم، ص ١٦٦، للدكتور منير العجلاني.

(٤) الأحكام السلطانية للموردي، ص ٣٠.

(٥) الأحكام السلطانية للموردي، ص ٣٦ وقد ذكر الموردي سبعة أوصاف لمن يلي وزارة التنفيذ ليس منها الذكورة، إلا أنه منعه عنها بحجة أن الولايات مصروفة عن النساء عموما، وبحجج سد الذرائع.

## تولي المرأة القضاء

**الثالث:** أنه يجوز لوزير التفويض أن ينفرد بتسيير الجيوش وتدبير الحروب وليس ذلك لوزير التنفيذ.

**الرابع:** أنه يجوز لوزير التفويض أن يتصرف في أموال بيت المال بقبض ما يستحق له وبدفع ما يجب فيه وليس ذلك لوزير التنفيذ.

وبلاحظ هنا أن ولاية التنفيذ أشبه ما تكون بولاية القضاء في زمننا، بل إن ما ذكره الفقهاء في ولاية التنفيذ قديماً أكثر من صلاحيات القاضي في زمننا المعاصر، فلا علاقة لولاية القاضي بالجيوش أو بالأحداث المهمة أو غيره، وإنما غاية مهامه هو تنفيذ التشريعات القانونية بين الخصوم دون اجتهاد يخالف صريح تلك التشريعات.

وأما في شأن اختصاصات القاضي، ففي منظومة القضاء المعاصر لا يوجد ما يسمى بالقاضي الشامل لجميع أنواع القضايا، بل هناك درجات في المحاكم واختصاص في كل درجة ما بين قاض للأحوال الشخصية أو التجارية أو المدنية أو الجنائي أو الإداري<sup>(١)</sup>، وهذا كله من مؤيدات أن ولايته ليست ولاية عامة في الأمور كلها كما ورد في لفظ الحديث (ولوا أمرهم)<sup>(٢)</sup> فلا يوجد تولية لجميع أمور الحياة لقاضي بعينه للفصل فيها، فضلاً عن عدم فصله في الحكم بمفرده. فهم قضاة لهم ولاية خاصة تقتصر على بعض الاختصاصات، أو تكون ولايته ذات اختصاص موضوعي أضيق<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: مجموعة التشريعات الكويتية (٣/٢٦-٣٢) من المادة ٢٣-٣٦ والتي تتحدث عن في بابه عن الاختصاص ونوعيه الدولي والنوعي.

(٢) سيأتي تخريجه الحديث وبيانه عند المبحث الثاني.

(٣) انظر الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٦٧-٦٩، حيث قسم القضاة إلى أربعة أقسام (القاضي ذو الولاية العامة، والقاضي خاص الولاية، والقاضي عام النظر خاص العمل، والقاضي المحدد الولاية).



===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

وأمام هذه الخصائص في التقاضي المعاصر من جماعية الحكم لا فرديته، ومن درجات التقاضي التي تؤمن الحكم القضائي لأقصى درجة من الخطأ أو الحيف والظلم، ومن عدم نص المشرع الكويتي على الذكورة - وهو اتجاه فقهي قديم - وقد نص القانون في حال عدم وجود نص بالحكم وفقاً للفقهاء الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها.

فهل يصح تنزيل ما دُون في مدونات الفقه الإسلامي بحسب عصرهم بما هو واقع في عصرنا؟ أم لا بد من تمييز دلالة القاضي في العصرين وهذا من فهم الواقع، ومن ثم فهم الواجب فيه من حكم شرعي؟

\* \*

### المبحث الثالث

## مناطات الفقهاء في تولي المرأة القضاء

### المطلب الأول: تعريف المناط:

المناط، هو العلة، والعلة في اللغة: المرض الشاغل، والجمع علق مثل سدره وسدر<sup>(١)</sup>.

وسميت العلة مناطا، من باب المجازي اللغوي، لأن الحكم لما علق بها كان كالشيء المحسوس الذي تعلق بغيره فهو من باب تشبيه المعقول بالمحسوس<sup>(٢)</sup>.

وعبر عن ذلك الغزالي بقوله: " اعلم أنا نعني : بالعلة في الشرعيات مناط الحكم"<sup>(٣)</sup>.

### العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:

ويبين الجصاص علاقة التسمية بين العلة في اللغة والعلة في الفقه بأنه: " سميت المعاني التي تحدث بحدوثها الأحكام العقلية عللا، لأن حدوثها يوجب حدوث أوصاف وأحكام، لولاها لم تكن"<sup>(٤)</sup>.

والمقصود بالمناطات في تولي المرأة القضاء، هي العلق والأسباب التي استند إليها الفقهاء في حكم تولي المرأة القضاء، وذلك عند كل فريق من الفقهاء ذهب لرأي معين في تولي المرأة القضاء.

### المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في تولي المرأة القضاء:

اختلف الفقهاء في تولي المرأة القضاء إلى أربعة آراء:

(١) المصباح المنير، للفيومي، ج ١، ص ٤٢٦.

(٢) إرشاد الفحول للشوكاني، ص ٢٢١.

(٣) المستصفي، للغزالي، (ج ١، ص ٢٨١-٢٨٣) دار الكتب العلمية.

(٤) الفصول في الأصول، للجصاص (ج ٤ / ص ٩).

د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

**الرأي الأول:** يمنع تولي المرأة القضاء مطلقا، وهو مذهب جمهور الفقهاء<sup>(١)</sup>.  
**الرأي الثاني:** يجوز تولي المرأة القضاء مطلقا، وهو رأي الحسن البصري وابن حزم وابن جرير، والخوراج<sup>(٢)</sup>.

**الرأي الثالث:** يجوز تولي المرأة القضاء في غير الحدود والقصاص، وهو مذهب الحنفية عدا زفر الذي وافق رأي الجمهور<sup>(٣)</sup>.

واختلف النقل عن ابن القاسم من المالكية، فقيل: إنه قال بتولي المرأة مطلقا، وأيده ابن عبد السلام، وقيل: قوله مثل الحنفية في توليتها القضاء فيما تصح فيه الشهادة، ونقله ابن عرفة عن ابن زرقون<sup>(٤)</sup>.

**الرأي الرابع:** ذهب بعض الشافعية إلى أنه لو ولي سلطان ذو شوكة امرأة القضاء نفذ قضاؤها<sup>(٥)</sup>. وعللوا ذلك بـ "لئلا تتعطل مصالح الناس"<sup>(٦)</sup>.

ولعل هذا الاختلاف يشير إلى سعة الشريعة في تولي المرأة القضاء، بحيث يكون الاختيار منها ما يناسب كل بيئة وزمان، دون الخروج على تلك

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزي (٢٥٣/١)، ومغني المحتاج شرح منهاج الطالبين (٣٧٧/٤)، والمغني لابن قدامة (٣٦/١٠)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٢٩/٤)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ١٨٧/٤.

(٢) المغني لابن قدامة (٣٦ / ١٠) طبعة مكتبة القاهرة، والقوانين الفقهية لابن جزي (٢٥٣/١)، وروضة القضاة للسمناني (٥٣/١) طبعة مؤسسة الرسالة، و مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٨٧/٦)، و المحلى بالآثار، لابن حزم (٥٢٧/٨).

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (٣/٧)، ورد المختار على الدر المختار(حاشية ابن عابدين) (٣٥٤/٥).

(٤) مواهب الجليل، للحطاب (٨٨-٨٧/٦).

(٥) منهاج الطالبين (ص:٣٣٦)، وإعانة الطالبين، لابن شطا الدمياطي (٢٤٧/٤)، وتحرير الفتاوى، لولي الدين المهراني (٥٤٢/٣)، و بداية المحتاج في شرح المنهاج ، لابن قاضي شهبة(٤٤١/٤).

(٦) النجم الوهاج في شرح المنهاج، للدميري (١٥١/١٠).

## تولي المرأة القضاء

الاجتهادات، لما تقرر أنه لا يجوز إحداث رأي غير المنقول في ذات المسألة، أما إن كانت مسألة أخرى، أو مسألة حادثة، فلفقهاء كل عصر اجتهادهم في مسائلهم دون الرجوع إلى من سبقهم، إلا من جهة الاستفادة من منهج الاجتهاد، وليس من التخير من مسائلهم، لاختلاف المسائل.

أما استدلال الفقهاء في المسألة، فسنقتصر فيه على بيان أهم العلل، والتي يدخل فيها غيرها من الأدلة.

### المطلب الثالث: مناط الاختلاف في تولية القضاء:

#### الفرع الأول: مناط منع المرأة القضاء:

فقد استند الجمهور في منع المرأة من القضاء مطلقا على عدة مناطات، من أهمها:

#### المناط الأول: نقصان عقل المرأة.

فعلى مذهب الجمهور أن القاضي يختلط بالناس ويحضر المحافل ويحتاج فيه إلى كمال الرأي وتمام العقل والفتنة، والمرأة ناقصة العقل، قليلة الرأي، ليست أهلا للحضور في محافل الرجال.

وبدل على نقصان عقلها، ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم: " خاب قوم ولوا أمرهم امرأة"<sup>(١)</sup>.

وكذلك حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكن، قالت: ما نقصان العقل والدين؟ قال: شهادة امرأتين بشهادة رجل، وتمكث الأيام لا تصلي"<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه البخاري (١٣ / ٤٥ و ٤٦) في الفتن، باب الفتنة التي تموج كموج البحر، وهو عند أصحاب السنن.

(٢) أخرجه مسلم - رقم (٧٩) في الإيمان، باب بيان نقصان الإيمان بنقصان الطاعات.

د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

**المناط الثاني: عدم قبول شهادتها.**

فلا تقبل شهادة المرأة، ولو كان معها ألف امرأة مثلها، ما لم يكن معهن رجل، وقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسيانهن بقوله تعالى: {أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى} (١).

**المناط الثالث: القياس على منع توليها الإمام العظمى.**

فكما أنه يحرم على المرأة تولي الإمامة العظمى وتولي البلدان، فيقياس عليه منع توليها القضاء.

**المناط الرابع: القياس على منعها من إمامة الرجال في الصلاة.**

**المناط الخامس: خلو فعل النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين منه.**

فإنه لم يحفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ولي امرأة القضاء، ولا يحفظ عن أحد من خلفائه الراشدين ولا من بعدهم من خلفاء المسلمين، ولو كان جائزا لحفظ. (٢)

**الفرع الثاني: مناط تولي المرأة القضاء مطلقا**

**المناط الأول: القياس على الفتيا والحسبة.**

**الأول:** علل ابن جرير وغيره ممن أجازوا تولي المرأة القضاء مطلقا أنه يجوز لها تولي الفتيا، فيجوز أن تكون قاضية (٣).

**الثاني:** القياس على الحسبة، كما ورد عن تولية عمر بن الخطاب الشفاء

بنت عبد الله حسبة السوق (٤). كما يشهد لذلك أن سمراء بنت نهيك الأسيدي أدركت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وعمرت، وكانت تمر في الأسواق،

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) المغني لابن قدامة (٣٦/١٠)، و روضة القضاء للسمناني (٥٣/١).

(٣) المغني لابن قدامة (٣٦/١٠).

(٤) المحلى بالآثار (٥٢٧/٨).

## تولي المرأة القضاء

وتأمر بالمعروف، وتنهى عن المنكر، وتضرب الناس على ذلك بسوط كان معها" (١).

**الفرع الثالث: مناط تولي المرأة القضاء فيما تصح فيه شهادتها (أهلية الشهادة):**

يرى الأحناف أن مناط تعيين القاضي هو (أهلية الشهادة)، وهو من باب الولاية، فمن صحت شهادته على المسلمين؛ جاز توليته القضاء، وعلى هذا، فيجوز عند الحنفية تولية المرأة القضاء، ولكن فيما تصح شهادتها فيه، فتصح توليتها القضاء عندهم إلا في الحدود والقصاص؛ لأنه لا يجوز شهادتها فيهما، وما سوى ذلك فيجوز، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة". كما استندوا إلى القياس على النظارة في الأوقاف والوصاية على اليتامى (٢).

**المطلب الرابع: مدى انطباق المناط الفقهي لحكم قضاء المرأة المعاصر.**

إن القاعدة الأصولية تنص على أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره (٣). وأدلتها من القرآن والسنة وفقه علماء السلف كثيرة، وهنا يحسن ذكر كلام الإمام ابن القيم في هذا المعرض حيث يقول: "ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

**أحدهما : فهم الواقع،** والفقهاء فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يُحيطَ به علمًا.

**والنوع الثاني : فهم الواجب في الواقع،** وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله - صلى الله عليه وسلم - ومن تأمل الشريعة وقضايا

(١) الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر (٤/١٨٦٣).

(٢) راجع: بدائع الصنائع للكاساني (٣/٧)، حاشية ابن عابدين (٥/٣٥٤)، وشرح فتح القدير (٥/٤٨٥).

(٣) مجموع الفتاوى (١٠/٢٧٠-٢٧١).

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

الصحابة وجدها طافحة بهذا، ومن سلك غير هذا أضاع على الناس حقوقهم، ونسبه إلى الشريعة التي بعث الله بها رسوله<sup>(١)</sup>.

وقد أشار ابن تيمية إلى ذلك في فتاواه بقوله: " هذه المسألة ونحوها تحتاج قبل الكلام في حكمها إلى حسن التصور لها".

وعليه : فصورة النظام القضائي وإصدار الأحكام في زماننا مختلف عن النظام القضائي في الزمن القديم، من جهة تنظيم القضاء ودرجاته وتقنيته، ومن جهة من يصدر الحكم القضائي، واجتهاد القاضي من عدمه، وهذه الفروق مؤثرة في الحكم الشرعي سواء من جهة دلالة لفظ القاضي بين القديم والحديث، أو من جهة التعليل والوصف المنضبط له، والذي يدور فيه الحكم معه ويتخلف عند عدمه.

#### الفرع الأول: من جهة دلالة لفظ القاضي:

القضاء في اللغة هو الحكم، والقاضي لغة: القاطع للأمور المحكم لها<sup>(٢)</sup>. وفي اصطلاح الفقهاء عند الحنفية: فصل الخصومات وقطع المنازعات<sup>(٣)</sup>، وعند المالكية: حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام<sup>(٤)</sup>. وعند الشافعية: إلزام من له إلزام بحكم الشرع<sup>(٥)</sup> وعند الحنابلة: تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات<sup>(٦)</sup>.

وفي مجلة الأحكام العدلية جاء تعريف القاضي بدون شرط الذكورة: المادة (١٧٨٥): الْقَاضِي هُوَ الذَّاتُ الَّتِي نُصِّبَ وَعُيِّنَ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ لِأَجْلِ فَصْلِ وَحْسَمِ الدَّعْوَى وَالْمُخَاصَمَةِ الْوَاقِعَةِ بَيْنَ النَّاسِ تَوْفِيقًا لِأَحْكَامِهَا الْمَشْرُوعَةِ.

(١) إعلام الموقعين (١٦٥/١-١٦٦) بتصرف.

(٢) انظر: المعجم الوسيط، مادة قضاء.

(٣) حاشية ابن عابدين/٣٥٢، وزاد ابن عابدين: على وجه خاص، وإلا دخل فيه نحو الصلح بين الخصمين.

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون (١٢/١).

(٥) حاشية الجمل على شرح المنهج (٥/٣٣٤).

(٦) شرح منتهى الإرادات (٤٥٩/٣).

## تولي المرأة القضاء

فالقاضي في مدلول الفقهاء الاصطلاحي هو الأمر بتنفيذ الحكم الشرعي في الخصومات والنزاعات.

ولا شك أن مدلول الإلزام بحكم الشرع غير وارد في النظام القانوني المعاصر والذي لا يلتزم بحكم الشرع بل بحكم التشريعات القانونية هذا من جهة. ومن جهة أخرى فدلالة اللغة والاصطلاح بأن حكم القاضي قاطع للخصومة، ولذا قرر الفقهاء القاعدة الفقهية " الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد "<sup>(١)</sup>، بينما في النظام القضائي المعاصر فالقاضي لا يقطع الخصومة من أول درجة ولا من الثانية حتى يصل إلى التمييز، فضلا عن أحقية نقض حكم القاضي من المحكمة التي هي أعلى منه.

**ومن جهة ثالثة:** القاضي في الزمن القديم هو شخص متصف بصفات وشروط في القاضي والمفتي تؤهله لفض النزاعات وإصدار الأحكام، ويأخذ هذه الصفة من ولي أمر المسلمين في ذلك الزمان، ويمكن الاصطلاح على تسميته بالقضاء الفردي.

وأما في زماننا المعاصر، فالقاضي الذي يصدر الأحكام هو مجموعة من الأشخاص والحكم الصادر ينسب لهم لا لأحدهم، فهم خمسة مستشارين في محكمة التمييز، وثلاثة مستشارين في محكمة الاستئناف، وثلاثة قضاة في المحكمة الكلية، ويتم تعيينهم من خلال المجلس الأعلى للقضاء، فلو كان بينهم امرأة فلا يمكن القول إنها قضت بالحكم دون الآخرين، وأن من أصدر الحكم امرأة، بل من أصدره هو هيئة المحكمة<sup>(٢)</sup>. ويمكن الاصطلاح على تسميته بالقضاء المؤسسي.

(١) الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي (٤٢٦/٢).

(٢) أجاز الحنفية تعدد القضاة باعتبار أن القاضي وكيل عن الإمام ولإمام أن يوكل شخصا أو أكثر، وأما غير الحنفية الذين لم يجيزوا تعدد القضاة، فتعللوا بتعذر اتفاق القضاة في الرأي بالمجتهد فيه، مما يؤدي إلى تعذر الفصل في الخصومات. انظر: مغني المحتاج: (٣٨٠/٤)، المغني: (١٠٥/٩)، حاشية الدسوقي: (١٣٤/٤).



## د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

وفي هذا المعنى يقول الدكتور محمد عمارة رحمه الله: " تغير مفهوم الولاية العامة في عصرنا الحديث، وذلك بانتقاله من: " سلطان الفرد " إلى " سلطان المؤسسة "، ... فإذا شاركت المرأة في هذه المؤسسات، فليس بوارد الحديث عن ولاية المرأة لسلطة التشريع بالمعنى التاريخي والقديم لولاية التشريع<sup>(١)</sup>.

ورغم وجهة ما ذكره الدكتور عمارة رحمه الله إلا أنه لا يعنى أن الفقه الإسلامي لم يعرف القضاء الجماعي، بل هو من المسائل المشهورة عندهم في حكم تعدد القضاة مع الاشتراك في الحكم والاختصاص، وقد وقع فيها الخلاف بكون شرط القاضي واحداً، كما اختلفوا في شرط الذكورة، وفي شرط الاجتهاد، وفي شرط العدالة، ونعرض لتلك المسألة باختصار:

**القول الأول:** لا يجوز تعدد القضاة مع اشتراكهم في الاختصاص والحكم وبه قال بعض الحنفية<sup>(٢)</sup>، وأكثر المالكية<sup>(٣)</sup>، وكثير من الشافعية<sup>(٤)</sup>، وهو وجه عند الحنابلة<sup>(٥)</sup>، اختاره أبو الخطاب.

ودليلهم في ذلك :

١- في تعدد القضاة تعطيل للفصل بين الخصومات، فإن القاضيين قد يختلفان فلا تفصل الحكومة.

٢- الحاكم الذي يحكم بين الناس شرعاً لا يكون نصف حاكم أو ثلث حاكم.

٣- قضاء الجماعة لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن خلفائه الراشدين<sup>(٦)</sup>.

(١) حقائق وشبهات حول مكانة المرأة في الإسلام. د. محمد عمارة رحمه الله، ص ١٤٨.

(٢) انظر: البحر الرائق (٦/٢٨٢-٢٨٣)، وروضة القضاة (١/٨١)، الفتاوى الهندية (٣/٣١٧).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (٤/١٢٠)، تبصرة الحكام (١/٢١)، مواهب الجليل (٦/٩٠)، شرح منح الجليل (٤/١٥٢).

(٤) انظر: تحفة المحتاج (١٠/١١٩).

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/٤٣٧).

(٦) مغني المحتاج (٤/٣٨٠).

## تولي المرأة القضاء

**القول الثاني:** جائز تعدد القضاة مع اشتراكهم في الاختصاص والحكم، وهو قول بعض الحنفية<sup>(١)</sup>، وبعض الشافعية<sup>(٢)</sup>، وهو المذهب عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>، ورجحه ابن تيمية<sup>(٤)</sup>.

ومستندهم:

١- يجوز للقاضي أن يستخلف خليفته في موضع واحد، فالإمام أولى لأن توليته أقوى.

٢- التعدد صح في حكمي الزوجين والصيد، وهو أمر سائغ في كل تحكيم فيقاس القضاء على التحكيم.

ولولا خشية الاستطرد لنقلنا أقوال أئمة المذاهب في ذلك، وإنما حسبنا الإشارة إلى أن القضاء الجماعي لم يكن معهودا على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم- ولا الخلفاء الراشدين، وكثير من الفقهاء لا يجيزونه، ولو سلمنا بتلك الاجتهادات لقلنا بعدم جواز النظام القضائي المعاصر في جميع الدول الإسلامية على السواء، بل كيف والنظام المعاصر أكثر تعقيدا مما تصوره الفقهاء ورتبوا عليه أحكامه.

ولعل أول من نقل مثل ذلك ما ذكر ابن الجوزي قال: "حدثنا أبو سهل قال: لم يشرك في القضاء بين أحد قط إلا بين عبد الله بن الحسن العنبري وبين عمر ابن عامر على قضاء البصرة وكانا يجتمعان جميعا في المجلس وينظران جميعا بين الناس"<sup>(٥)</sup>.

(١) روضة القضاة (٨١/١)، الفتوى الهندية (٣١٧/٣).

(٢) المهذب للشيرازي (٢٩٢/٢).

(٣) الكافي لابن قدامة (٤٣٧/٣).

(٤) الاختيارات الفقهية، ص ٣٥٣، والفتاوى الكبرى (٦٢٦/٤).

(٥) الأذكياء لابن الجوزي، ص ٩١.

## د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

وهذه المسائل من الأشياء معقولة المعنى، والأصل فيما كان معقول المعنى الجواز وعلى المانع الدليل. كما نقل ابن القيم في الطرق الحكمية عن ابن عقيل قوله: " السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول - صلى الله عليه وسلم - ، ولا نزل به وحي، فإن أردت بقولك: " إلا ما وافق الشرع " أي لم يخالف ما نطق به الشرع: فصحيح. وإن أردت: لا سياسة إلا ما نطق به الشرع: فغلط، وتغليب للصحابة، فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل ما لا يجده عالم بالسنن، ولو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف. فإنه كان رأيا اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة، وتحريق علي -رضي الله عنه- الزنادقة في الأخاديد وقال: لما رأيت الأمر أمرا منكرا ... أجمت ناري ودعوت قنبرا. ونفي عمر بن الخطاب رضي الله عنه لنصر بن حجاج<sup>(1)</sup>.

وعليه فدلالة لفظ القاضي بمعنى القاطع للخصومة، ومنفذ للحكم الشرعي، من شخص واحد حاز رتبة الاجتهاد، معين من الخليفة أو الإمام، ليست متوافقة مع دلالة القاضي في النظام الحديث الذي يستند في الحكم على تشريعات وضعية، ويجوز نقض حكمه ولا يكون باتا إلا بالتمييز، ويتم تعيين القضاة بناء على تقديم

---

(1) الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية .. وعلق ابن القيم بكلام قيم على مقالة ابن عقيل فقال: وهذا موضع مزلة أقدام، ومضلة أفهام، وهو مقام ضنك، ومعتك صعب، فرط فيه طائفة، فعملوا الحدود، وضيعوا الحقوق، وجرعوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، محتاجة إلى غيرها، وسدوا على نفوسهم طرقا صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له، وعطلوها، مع علمهم وعلم غيرهم قطعا أنها حق مطابق للواقع، ظنا منهم منافاتها لقواعد الشرع. ولعمر الله إنها لم تناف ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم وإن نافت ما فهموه من شريعته باجتهادهم، والذي أوجب لهم ذلك: نوع تقصير في معرفة الشريعة، وتقصير في معرفة الواقع، وتنزيل أحدهما على الآخر.

## تولي المرأة القضاء

للطلبات وترشيحات للعمل في النيابة العامة، ثم الوصول إلى سلك القضاء من خلال جهة مختصة بالتعيين وهي المجلس الأعلى للقضاء.

الأمر الأخير أن دلالة حديث " لا يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" <sup>(١)</sup> لا تنطبق على هيئة المحكمة بهذه الصورة، إلا فيما جاء في بعض نصوص القوانين بأن المحكمة الجزئية، ومحكمة أول درجة في الأحوال الشخصية يتولاها قاض واحد، فهنا يتصور تنزيل الحديث ونصوص الفقهاء عليه مع وجود فارق مؤثر وهو درجات التقاضي التي تجعل حكمها ليس باتا ولا له حجية الحكم البات غير القابل للنقض.

كما أن كلمة (أمرهم) الواردة في الحديث مفرد مضاف إلى معرفة، وهو صيغة من صيغ العموم، تدل على أن المراد جميع الأمور والشؤون، فتكون شاملة للقضاء وسائر الولايات الأخرى، حتى ولو كانت ولايات خاصة؛ لكن الإجماع قام على استثناء الولايات الخاصة كالوصاية على اليتامى، والولاية الأسرية فجاز إسنادها للمرأة. ودوائر القضاة وتنوعها بتنوع اختصاصاتها في النظام القضائي المعاصر أشبه بالولايات الخاصة من الولاية العامة في الشؤون كلها.

### الفرع الثاني: من جهة تحقيق المناط

قد تعددت علل ومناطات المانعين من تولي المرأة للقضاء كما تقدم فمنهم من قال بعلة الولاية، ومنهم من قال بأنوثة المرأة، ومنهم من قال بحكم أخرى كنقص أهلية المرأة لأجل طبيعة المرأة وورد الخطأ عليها، وأنها لا تقبل شهادتها منفردة ولو مع ألف امرأة بدون رجل، ومن لم تصح شهادتها لنفسها لم يصح حكمها لغيرها.

وعند التطبيق الأصولي لاستخراج الوصف الظاهر المنضبط المناسب والمؤثر لتعليل الحكم فيه من خلال النظر في الحديث الشريف والأوصاف الواردة فيه،

(١) سبق تخريجه.

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

ف نجد فيه وصف الولاية، ووصف الأنوثة، وهما وصفان منصوبان يحتاجان لتتقيح المناط في صلاحية أيهما كجامع للقياس وتعليل الحكم به.

أ- التعليل بعلة الولاية: فعند المانعين من تولية المرأة للقضاء المرأة ممنوعة من تولي رئاسة الدولة بالإجماع؛ فيُقاس عليها القضاء، بجامع أن كلاً منهما ولاية عامة، فتكون المرأة ممنوعة من تولي القضاء.

ويجاب عن ذلك تنقيحاً للمناط:

أولاً: إن الحكم بعدم جواز تولي القضاء بجامع الولاية، ينتفي بالإجماع على جواز ولايتها الخاصة.

فإن قيل: إن العلة هي الولاية العامة وليس مجرد الولاية، فالولاية العامة بمعنى الخلافة والإمارة ممنوعة بالإجماع على النساء، استثناء من الأصل العام<sup>(١)</sup>، والمستثنى لا يقاس عليه. بينما ولاية القضاء مختلف فيها، ومحل اجتهاد الفقهاء قديماً وحديثاً، ومن شرط صحة العلة عدم النقض، وذلك بعدم وجود الحكم مع وجود العلة، وهذا متحقق عند من أجاز قضاءها.

علاوة على أن الولايات القضائية في الزمن الحديث ليس للقاضي فيها ولاية عامة، بل ولايته خاصة في قضايا محدودة، واجتهادهم فيها محدود في تفسير أو تطبيق النص التشريعي، وليس للقاضي الانفراد بالحكم، مع جواز نقض الحكم. مع الاختلاف في الوصف المعاصر للقضاء هل هو من باب الولايات أو من باب الوظائف العامة.

وأمر آخر في نقض العلة وهو وجود الفارق المؤثر بين ولاية القضاء، والولاية العظمى أو الخلافة والإمامة قديماً.

---

(١) الأصل العام هو جواز إظهار الحكم الشرعي لكل قادر عليه من رجال ونساء، واستثنى من ذلك الإمامة العظمى للإجماع.

## تولي المرأة القضاء

ثانياً: ليست كل الولايات ممنوعة على المرأة فلها ولاية النظر على الوقف، ولها ولاية وصاية اليتامى، ولها ولاية أسرية، فقياس ولاية القضاء الخاصة بطبيعتها المعاصرة على الولايات الخاصة أولى، وفيه قلب للحكم على القائلين بعة الولاية، بل جاء في مجلة الأحكام العدلية: (المادة ٥٩) الْوَلَايَةُ الْخَاصَّةُ أَقْوَى مِنَ الْوَلَايَةِ الْعَامَّةِ. فولاية المتولي على الوقف أولى من ولاية القاضي عليه.

ثالثاً: القضاء يُشارك الشهادة في باب الولاية، وكُلُّ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَةِ فَهُوَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ<sup>(١)</sup>؛ فمن صحت شهادته صحت ولايته، ولذا أجاز الحنفية ولايتها للقضاء في غير الحدود والقصاص.

وفي زمننا الحاضر لا تطبق أغلب التشريعات القانونية إن لم يكن جميعها الحدود أو القصاص بموجب الحكم الشرعي.

وعليه فعلة الولاية المجردة لا تصلح للقياس بدلالة الإجماع على جواز الولاية الخاصة للمرأة.

والولاية العامة لا تصلح علة للقياس للفرق المؤثر بين اختصاصات ومهام وصلاحيات وسلطان الخليفة والقاضي، والولاية العامة في الإمامة العظمى ثابتة بالإجماع، وغير ثابتة بالقضاء.

ب- التعليل بعة الأنوثة: وصف الأنوثة ورد بنص الحديث فهو وصف يصلح علة للمنع من رئاسة الدولة؛ وذلك لخطورة هذا المنصب، واحتياج القائم به إلى الثبات والحزم، والهيبة والعزة، وهي أمور لا تتوافر في المرأة غالباً ومثلها القضاء. والجواب: إن صح كون الأنوثة علة في رئاسة الدولة، فلا يلزم صحته في سائر الولايات العامة ومنها القضاء؛ بل يكون وصف الأنوثة هنا لا أثر له؛ إذ قد ثبت بالإجماع أن الأنوثة لا تأثير لها في الولايات الخاصة، فكذلك القضاء؛ ولأن مناط الحكم هنا هو القدرة لا غير، والقدرة وصف غير منضبط بين الرجال

(١) العناية شرح الهداية للبايرتي (٢٠١/٣)، مجمع الأنهر" (٢/ ١٦٨)، وفتح القدير (٣٩١/٦).

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

والنساء ومن شرط التعليل أن يكون الوصف منضبطا ظاهرا مؤثرا مناسبا ومتعديا للغير ليصح التعليل به.

والتعليل بكونها امرأة لعدم ولايتها للقضاء قياسا على الإمامة العظمى محل نظر لاختلاف طبيعة الخلافة عن القضاء، لوجود الفارق المؤثر، فقياس القاضي على الإمام فيه فارق بسبب أن ولاية الإمام أكثر عموماً من ولاية القاضي، ونقول هنا إن خطر تعدد الإمام وهو تفرق الأمة، وانقسامها، وعدم توحد كلمتها، بسبب انقسام ولاء الناس للحكام، غير متوفر في تعدد القضاة، بل إن تعدد القضاة قد يكون أمراً محموداً؛ لما فيه من التيسير على الناس، وتسريع النظر في فضّ الخصومات، الأمر الذي يسهم في راب أيّ صدع في المجتمع بشكل أسرع وأكثر نجاعة.

وأما ما ذكر من معانٍ وحكم لعدم تولية المرأة للقضاء بأن فيه امتهاناً للمرأة ومخالطة للرجال ومنشأ للفتن، فهذا كله من باب سد الذرائع تحقيقاً للمصلحة، وهي تختلف باختلاف الزمان والمكان؛ لأنها مرتبطة بالعرف الاجتماعي لكل بلد. ولو أخذنا بتلك المعاني على ظاهرها فيجب القول بعدم جواز كثير من الوظائف والمهن التي تعمل فيها المرأة بزماننا والذي طغى في عدد النساء على الرجال بأضعاف كثيرة فأصبح مما يشق معه الاحتراز من مراجعة أو معاملة في دائرة من دوائر العمل، حتى إن القضاة لا ينفكون من مخالطة تلك الأحوال والامور، فمهنة المحاماة تشمل الرجال والنساء وهم يحضرون مجلس القضاء، وكذلك خصومات النساء وشهادتهم يحضرن لها في مجلس القضاء، فهل يقال بمنع تلك الأمور لأن فيها مخالطة للرجال؟

بل القضاء يُمنح من الحصانة ومن الامتيازات ما يُحصن المرأة من كثير من مواطن الامتهان، ويزيد من سلطتها القضائية التي تجعل لها حماية ممن يفكر بالتعرض لها بالإساءة قولاً أو فعلاً ما لا يوجد في غيرها من المهن.

## تولي المرأة القضاء

وأما التعليل بمنعها من إمامة الرجال في الصلاة، فقياس مع الفارق؛ لأن الصلاة من الأحكام التعبدية المبنية على التوقيف، والقضاء من الأحكام التعليلية التي تدور مع مناطها وجودا وعدما، فهي قابلة للتغيير، بخلاف إمامة الصلاة. وأما خلو فعل النبي صلى الله عليه وسلم والراشدين من تولي المرأة القضاء، فإن صورة قضاء اليوم مختلفة عن صورة قضاء الأمة، ولا يعني عدم تولي المرأة للقضاء في العصر النبوي حرمة، وإلا، فجريا على هذه القاعدة، فالمرأة ممنوعة من غالب عملها اليوم، بل يمنع الرجال من كثير من وظائف اليوم؛ لأنها لم تكن على عهد - النبي صلى الله عليه وسلم -.

وعليه يمكن أن نستفيد من خلال العرض الفقهي للمسألة في شأن مناطات الحكم الفقهي ما يلي:

١. لا يوجد نص من القرآن أو السنة أو إجماع صحيح أو قياس متفق عليه في حكم تولي المرأة القضاء، وإنما هي أحكام فقهية اجتهادية مبناه على القياس لا النص.

٢. ولاية المرأة للقضاء مسألة اجتهادية يرد فيها الاختلاف في الحكم بين مجتهدي العصر الواحد فضلا عن تغاير العصور والأزمان، وتغاير النظام والسلطان، والذي بدوره أورث اختلافًا في طبيعة القاضي وعمله، وحدود اجتهاده وسلطانه. ٣. تطور منظومة وأحوال القضاء واختصاصاته وتنوعاته على مر التاريخ يستدعي الاجتهاد في ذلك بما يتفق مع أحوال العصر ومستجداته وهيئاته وظروفه، فدلالة القاضي قديما ليست كدلالته حديثا.

٤. إن تحقيق مناط الحكم في ولاية القضاء غير متفق عليه، فالقول بالولاية منقوض بصحة ولايتها الخاصة، والقول بالولاية العامة مخصوص بالإجماع، وليس القضاء كذلك بل فيه الخلاف، والقول بالأئوثة منقوض بوجود الفارق المؤثر بين ولاية القضاء وولاية الإمامة العظمى، وعليه فيتعين أن التحريم في ولاية المرأة للولاية العظمى فقط، وهذا ما أجمع عليه المسلمون والمستفاد من الحديث نسا.



د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

## المبحث الرابع

### علاقة الاجتهاد في القضاء بالتقنين المعاصر

### وأثر ذلك في القضاء عموماً وفي قضاء المرأة خصوصاً

#### تعريف الاجتهاد في القضاء:

الاجتهاد: هو بذل الفقيه وسعه في تحصيل حكم شرعي ظني<sup>(١)</sup>. والاجتهاد في القضاء: بذل القاضي وسعه في الفصل بين الحكومات والحكم فيما يرفع إليه من دعاوى.

#### واجتهاد القاضي:

يقصد به: " تحقق الكفاءة العلمية الكاملة في القاضي، التي تؤهله لمعرفة الأحكام الشرعية في القضايا التي تعرض عليه، حتى نأمن أن لا يحكم بين الناس على جهل"<sup>(٢)</sup>.

ويؤيد كون القضاء نوعاً من الاجتهاد ما رواه الشعبي قال: كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقضي القضية، وينزل القرآن بعد ذلك غير ما كان قضى، فيترك ما كان قضى على حاله، ويستقبل ما ينزل به القرآن"<sup>(٣)</sup>.

#### ماهية القضاء المعاصر:

المحفوظ فيما كتب في الفقه القديم أن القضاء أحد أنواع الولايات، كما نص ابن فرحون<sup>(٤)</sup>، والكاساني<sup>(٥)</sup>، وغيرهما.

(١) فواتح الرحموت، لابن عبد الشكور، بهامش المستصفي (٣٦٢/٢)، والتقرير والتحبير، لابن أمير الحاج، (٢٩١/٣ - ٢٩٢).

(٢) النظام القضائي في الفقه الإسلامي، د. محمد رأفت عثمان، ص ١٧٩.

(٣) الواضح في أصول الفقه، لابن عقيل (٤٠٠/٥)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٦٦/٤)، و نفائس الأصول في شرح المحصول (٣٨٢٠/٩).

(٤) تبصرة الحكام ، لابن فرحون (٢١/١)، وراجع: معين الحكام ، علاء الدين الطرابلسي (ص ١٢).

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣/٧).

## تولي المرأة القضاء

على أن هناك فرقا بين ماهية القضاء قديما، وماهية القضاء حديثا، فالقاضي حديثا يقوم بتطبيق النصوص القانونية على الدعاوى المرفوعة، ولا يقوم باجتهااد في الأحكام الفقهية، بل غالبا ما يحيل بعض الأسئلة لهيئات الفتاوى فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، وتأهيل القاضي اليوم غير تأهيله قديما، فالقاضي قديما هو فقيه عالم، واليوم غالب الفقهاء من خريجي كليات الحقوق، وليس عندهم إلا ثقافة إسلامية عامة، وليس ثقافة متخصصة تجعلهم يفصلون في القضايا الشرعية.

### حكم اشتراط الاجتهاد في القاضي:

من يتولى القضاء له ثلاث حالات:

**الأولى:** أن يكون مجتهدا، فلا خلاف في توليته.

**الثانية:** أن يكون جاهلا، فلا ولاية له. (١)

**الثالثة:** أن يكون مقلدا عالما، فهذا محل خلاف بين الفقهاء، على النحو التالي.

**الرأي الأول:** الاجتهاد شرط، وبه قال الحنابلة<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، والظاهرية<sup>(٤)</sup>، والخصاف من الحنفية<sup>(٥)</sup>، ورأي عند المالكية<sup>(٦)</sup>.

(١) مواهب الجليل (٦ / ٨٩)، والمنثور في القواعد الفقهية (١٧/٢ - ١٨).

(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي، (٧ / ٢٣٦)، والفروع وتصحيح الفروع (١١ / ١٠٣).  
و الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، للمرداوي(٢٨ / ٣٠١)، وكشاف القناع عن متن الإقناع (٦ / ٢٩٥).

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة، (٤/٢٩٧-٢٩٨)، وأسنى المطالب ، للشيخ زكريا الأنصاري، (٤ / ٢٧٨-٢٨٠).

(٤) المحلى بالآثار، لابن حزم، (٨/٤٢٧-٤٢٩).

(٥) شرح أدب القاضي للخصاف (١ / ١٢٦).

(٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، (٤ / ٢٤٣-٢٤٤).

د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم  
الرأي الثاني: أنه ليس شرطاً، لكنه يندب. وبه قال الحنفية<sup>(١)</sup> والمعتمد عند  
المالكية<sup>(٢)</sup>.

الرأي الثالث: يشترط المجتهد إن وجد، فإن لم يوجد فمقلد<sup>(٣)</sup>.

#### التخفف من الشروط:

ثم إن الفقهاء أدركوا منذ زمن بعيد التخفف من الشروط في تولية القضاء؛  
مراعاة لتغير الزمان، وأن الشروط التي وضعها الفقهاء الأول كانت أنسب  
لزمانهم، فتخففوا في عصورهم وهم كانوا من المتقدمين، فكيف بزماننا؟ حتى إن  
فقهاء المالكية اكتفوا بالعقل والورع، ونقلوا عن مالك: "لا أرى الخصال تجتمع  
اليوم في أحد، فإن اجتمع فيه خصلتان: العلم والورع رأيت أن يولّى. قال ابن  
حبيب: إن لم يكن ورعاً عالماً فورع عاقل؛ فبالعقل يسأل وبالورع يقف اه"<sup>(٤)</sup>.

وقال الشيخ زكريا الأنصاري: "وإن تعذرت) شروط الاجتهاد كما في زمننا.  
(فمن ولاه) سلطان (ذو شوكة) صحت ولايته، (ونافذ قضاءه) وإن كان فاسقاً أو  
جاهلاً للضرورة لئلا تتعطل المصالح ولهذا ينفذ قضاء أهل البيعة"<sup>(٥)</sup>.

#### شروط تولي القضاء اليوم:

أما تولي القضاء اليوم فلا يشترط فيه الاجتهاد الفقهي مطلقاً، لا مجتهداً مطلقاً  
ولا مجتهداً مقيداً، ولا مجتهداً في المذهب أو غيره، ولا مقلداً، بل هناك إجراءات  
مختلفة تماماً عما كانت في القديم، ولهذا يكون الحديث عن اجتهاد القاضي اليوم

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣/٧).

(٢) حاشية العدوي (١٣٩/٧)، و بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، (٤/٢٤٣ -  
٢٤٤).

(٣) حاشية العدوي (١٣٩/٧)، الشرح الكبير للشيخ الدردير مع حاشية الدسوقي (٤/١٢٩).

(٤) أسهل المدارك للكشناوي (٣/١٩٤)، و مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦/٩٠).

(٥) الغرر البهية، للشيخ زكريا الأنصاري (٥/٢١٦-٢١٧).

## تولي المرأة القضاء

ضرب من الحديث خارج السياق، وذلك أن وظيفة القاضي اليوم مختلفة تماما عن وظيفة القاضي قديما، إلا فيما يتعلق بالقضاء الشرعي.

فوظيفة القضاء اليوم ليست اجتهادا فقهيا كما كانت قديما، لهذا، رغم اختلاف الفقهاء في شرط الاجتهاد، لكن المفهوم من كلامهم أنه لا بد أن يكون فقيها، وقد كان هذا معمولا به في الدول العربية حتى إلغاء المحاكم الشرعية.

ثم إنه يجب الانتباه إلى أمر مفصلي في طبيعة القضاء المعاصر وعلاقته بالاجتهاد من جهة وبالتقنين من جهة، وهو أن دساتير غالب الدول العربية - بما فيها الكويت - تجعل الشريعة مصدرا رئيسا في التشريع، كما جاء في المادة الثانية من دستور الكويت، وهذا الفارق الجوهرى لا بد أن يكون له نصيب من الاجتهاد في كثير من الأمور، لا من جهة ترك الأحكام الفقهية، بل من جهة قراءة الواقع أولا، ثم الاجتهاد بناء على ذلك الواقع، فالقضاء اليوم ليس من الوظائف الشرعية البحتة، وإنما هو من الوظائف المدنية التي من أهم مقاصدها إقامة العدل، كما أن كثيرا من القوانين فيها ليس القاضي بحاجة إلى معرفة الأحكام الشرعية، لأن غالبيتها يندرج تحت ما يعرف بـ(المصالح المرسله)، والجزء الأكبر تدخل في مساحة (العفو)، أو (الإباحة)، المهم في هذا ألا تتصادم مع أحكام الشريعة.

### الشورى بديل الاجتهاد:

وعلى القاضي " أن لا يعجل بالحكم إذا لم يبين له الأمر حتى يتفكر فيه ويشاور أهل الفقه؛ لأنه مأمور بالقضاء بالحق ولا يستدرك ذلك إلا بالتأمل والمشورة" (١).

ونص الفقهاء على مشروعية أن يشاور القاضي الفقهاء، ويندب له ذلك عند اختلاف وجوه النظر وتعارض الآراء (٢).

(١) المبسوط للرخسي (٨٤/١٦).

(٢) منهاج الطالبين ، للنووي (ص: ٣٣٨)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٣٠٣/٤).

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

وجعل القاضي حسين المشورة واجبة عند الاستشكال، فقال: " إذا أشكل الحكم كانت المشاورة واجبة وإلا فمستحبة"<sup>(١)</sup>.

وعلل الفقهاء ذلك:

١- أن القاضي قد لا يستطيع الوصول إلى الحكم بنفسه، ويعجز عن الوصول إليه، فيحتاج إلى معونة غيره ممن يعرفون الحكم، وهم الفقهاء.

٢- فإن اختلف الفقهاء في الرأي، فإن رأى أحد الآراء أشبه بالحق قضى به، فإن لم يكن من أهل الاجتهاد والصواب، اختار رأي أفقهم وأعلمهم وأعلى رتبة في الاجتهاد والعلم<sup>(٢)</sup>.

و ذكر بعض الفقهاء أنه إن تولى القضاء أحد الفقهاء المقلدين، فله حالات:

**الحالة الأولى:** أن الواجب عليه أن يشاور الفقهاء وأن يأخذ برأيهم تقليدا في

حال اتفاقهم.

**الحالة الثانية:** إن شاور الفقهاء المجتهدين، فاختلفوا:

أ- فقليل: يأخذ برأي أعلمهم، وقيل أكثرهم، والأول أصح.

ب- وقيل إن له أن يحكم بقول من شاء منهم إذا تحرى الصواب بذلك ، ولم

يقصد الهوى.

**الحالة الثالثة:** وليس له أن يقيس في مسألة غير التي استشار فيها، فإن فعل

كان متعديا<sup>(٣)</sup>.

**صلاحيات القاضي:**

**اجتهاد القاضي إنما يكون فيما يعطى من صلاحيات.**

وللحاكم أن يفوض القاضي في صلاحياته التي يقوم بها، وهي على أربع

مراتب:

---

(١) الغرر البهية، زكريا الأنصاري (٢٢٤/٥).

(٢) المرجع السابق.

(٣) تبصرة الحكام، لابن فرحون (١/٦٥-٦٦).

## تولي المرأة القضاء

**المرتبة الأولى:** عموم النظر في عموم العمل، وذلك أن يوليه القضاء عاما بكل اختصاصاته، في سائر بلاد المسلمين، ويسمى هذا ( قاضي القضاة).

**المرتبة الثانية:** عموم النظر في خصوص العمل، فيكون قاضيا يفصل في جميع سائر الأحكام باختلاف مجالاتها، ولكن في بلد معين، سواء من سكن به، أو وفد إليها.

**المرتبة الثالثة:** خصوص النظر في عموم العمل، بأن يجعله قاضيا يحكم في بعض المجالات المحددة، كأن يفصل في الأحوال الشخصية، أو في المعاملات المالية، أو نحوها، دون غيرها من الاختصاصات، ولكن في سائر بلاد المسلمين.

**المرتبة الرابعة:** خصوص النظر في خصوص العمل، كأن يكون قاضيا خاصا بالأحوال الشخصية، أو المعاملات المالية، أو الجنايات، أو أي مجال من مجالات القضاء، في بلد بعينه دون غيره<sup>(١)</sup>.

### نفاذ حكم القاضي:

لنفاذ حكم القاضي ونقضه أحوال، هي:

**الأولى:** أن يحكم بما يوافق صريح الكتاب والسنة والإجماع، فهذا نافذ في الحال بلا خلاف.

**الثانية:** أن يحكم بخلاف صريح الكتاب والسنة والإجماع، فلا عبرة بحكمه، وحكمه منقوض، كما لو حكم أن الميراث كله للأخ دون الجد.

**الثالثة:** أن يحكم في المسائل الاجتهادية التي لا تخالف صريح الكتاب أو السنة أو الإجماع، فحكمه فيها نافذ.

**الرابعة:** أن يحكم في المسائل الاجتهادية، ثم يبيّن له خطؤه، فاختلف الفقهاء في جواز أن ينقض حكمه<sup>(٢)</sup>.

(١) المغني لابن قدامة (٩٢/١٠)، وشرح منتهى الإرادات، منصور البهوتي (٤٦٢/٣)، ومجموع الفتاوى، لابن تيمية (٧٤ / ٣١).

(٢) المغني لابن قدامة (٥٠ / ١٠) ، وتبصرة الحكام لابن فرحون (١ / ٧٠).

د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم  
ونفاذ حكم القاضي حديثا ليس كما كان قديما، لأن القضاء له مراتب  
مختلفة، كما سيأتي، بخلاف القضاء قديما.  
مصدر سلطة القاضي:

مصدر سلطة القاضي تعود - قديما - إلى الحاكم، فهو من يوليه، وهو من يعزله، سواء كان الخليفة، أو كان الحاكم على الإقليم، أما الخليفة، فلا وجود له في النظام السياسي في الإسلام، وأما حاكم الإقليم اليوم، فهو حاكم الدولة (رئيس الدولة - أمير الدولة - ملك الدولة - إلخ) <sup>(١)</sup>.  
على أن مصدر سلطة القاضي اليوم ليس الحاكم مباشرة - كما كان قديما - بل يخضع الأمر إلى المجلس الأعلى للقضاء، أو وزارات العدل، يعني أن القاضي اليوم موظف في الدولة، وإن كانت وظيفته متميزة بعض الشيء عن بقية الوظائف، ويتعبير أدق: إن القضاء مهمة لها شبه بالوظيفة من جهة، وهو الأقوى، ولها شبه من جهة الولاية، وهو الأضعف، والأولى أن تلحق بأشدهما شبها، وهي الوظيفة.

#### سلطات القضاء:

كانت سلطة القضاء تتمثل في أمرين:

#### الأول: الحكم بالنطق:

فمن أهم وظائف القاضي، بل تعد الوظيفة الرئيسة في عمله، هي فصل الخصومات والوصول إلى الحكم القاضي والنطق به <sup>(٢)</sup>.

---

(١) راجع: الدر المختار، للحصكفي (ص: ٤٦٥)، وبدائع الصنائع (٧ / ١٦)، وتحبير المختصر (٥ / ٦٢)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (١ / ٧٧)، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٤ / ٣٦٤).

(٢) مواهب الجليل، للحطاب (٦ / ٨٦)، و (تبصرة الحكام لابن فرحون (١ / ١١)، الثمر الداني، الشيخ صالح الآبي الأزهري (ص: ٦٠٤).

## تولي المرأة القضاء

**الثاني: تنفيذ الحكم:** ففي تعريف الشافعية للقضاء قولهم: "الولاية الآتية أو الحكم المترتب عليها، أو إلزام من له الإلزام بحكم الشرع"<sup>(١)</sup>. وعرفه الحنابلة بقولهم: "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات"<sup>(٢)</sup>. أما اليوم، فسلطة القاضي تتعلق بتطبيق النصوص القانونية على الدعاوى، والحكم فيها والنطق بهذا الحكم، ولا تدخل له بتنفيذ الحكم القاضي.

**الخلاصة:**

أن هناك فرقا كبيرا بين قضاء أمس وقضاء اليوم، من جهة تعيينه ومصدر سلطته، ومن جهة وظائفه التي يقوم بها، ومن جهة نفاذ حكمه، ومن جهة سلطاته، بل من جهة ماهية القضاء أصلا، ومن جهة اشتراط الاجتهاد. إننا اليوم أمام منظومة قضائية تكاد تكون مختلفة تماما عن منظومة قضاء أمس، مما يستدعي اجتهادا جديدا، قائما على المحافظة على الأصول والثوابت، مراعى المتغيرات والواقع المختلف، محققا مقاصد الشريعة.

\* \*

(١) تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (١٠١/١٠)، ونهاية المحتاج، للرملي (٢٣٥/٨).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٤٥٩/٣)، وكشاف القناع (٢٨٥/٦).



## المبحث الخامس

### أصول الاجتهاد المعاصر في تولي المرأة القضاء

يقوم الاجتهاد المعاصر في أي مسألة على ست مراحل، هي: التصوير، والتدليل، والتعليل، والتععيد، والتدبير، والتنزيل.

#### المرحلة الأولى: التصوير:

يقصد بتصوير المسائل: " قدرة الفقيه على توضيح المسألة؛ بتحديد ماهيتها، وأقسامها، وتسمية أطرافها، وبيان العلاقة بينهم"<sup>(١)</sup>.

وتصوير عمل المرأة قاضية في عصرنا وفق التقنين المعاصر يكون سؤاله كالآتي:

هل يجوز للمرأة أن تعمل في سلك القضاء، بحيث تكون أحد القضاة في المحكمة على اختلاف درجاتها، بحيث تكون واحدة أو أكثر من خمسة مستشارين في التمييز، أو واحدة أو أكثر من ثلاثة مستشارين في الاستئناف، أو واحدة أو أكثر من ثلاثة قضاة في المحكمة الكلية، أو تكون وحدها في المحكمة الجزئية والتي يجوز أن تكون من قاض واحد؟ هذا هو التصور الصحيح للمسألة.

وعليه، فصور تولي المرأة للقضاء في غير المحكمة الجزئية يكون على ما يلي:

**الصورة الأولى:** أن تكون امرأة أو أكثر بحيث تكون أقلية والرجال أغلبية.

**الصورة الثانية:** أن تكون النساء أغلبية في المحكمة أكثر من الرجال.

**الصورة الثالثة:** أن تكون المحكمة كلها من النساء ولا يوجد بها رجال.

هذه الصور التي يجب أن يصار إليها الاجتهاد المعاصر.

(١) مسرد المهارات الفقهية، إعداد نخبة بإشراف: د. عبد الله وكيل الشيخ، ود. خالد المزني،

## تولي المرأة القضاء

### المرحلة الثانية: التدليل:

يقصد بها النظر إلى الأدلة الشرعية، ودلالات الألفاظ التي تعيننا على معرفة مقاصد الخطاب الإلهي والنبوي، وما تدل عليه الآيات من مدلول، فيما يعرف بـ (نظرية تفسير النصوص).

والأدلة التي يستند إليها المانعون من تولي المرأة القضاء تنقسم إلى أدلة عامة، وأدلة خاصة.

أما الأدلة العامة وغالبها يتعلق بقوامة الرجل، كقوله تعالى: { الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ }<sup>(١)</sup>، وغيرها من الآيات التي يفهم منها قوامة الرجل على المرأة.

وهي أدلة في غير محلها، فلا تعلق لها بالقضاء، ولا بالوظيفة، وإنما تعلقها من جهة الزواج والأسرة، كما يدل عليه سياق الآية، كما أنه يقابلها أدلة عامة يستأنس بها في جواز تولي المرأة، كحديث: " والمرأة في بيت زوجها راعية، وهي مسؤولة عن رعيتها"<sup>(٢)</sup>.

أما الأدلة الخاصة، فمن أهمها وأشهرها حديث: " خاب قوم ولوا أمرهم امرأة"<sup>(٣)</sup>.

وقد جرى الاستدلال بهذا الحديث على عدم صلاحية المرأة للقضاء، حتى قال كثير من الفقهاء تعقيباً على الحديث: " لا تصلح المرأة أن تكون إماماً ولا قاضياً؛

(١) النساء: ٣٤.

(٢) أخرجه البخاري (١٠٠/١٣) في الأحكام، في فاتحته، وفي النكاح، باب { المرأة راعية في بيت زوجها، ومسلم رقم (١٨٢٩) والترمذي رقم (١٧٠٥) في الجهاد، باب ما جاء في الإمام. وأبو داود رقم (٢٩٢٨) في الإمامة، باب ما يلزم الإمام من حق الرعية.

(٣) أخرجه البخاري (٤٥/١٣ و ٤٦) في الفتن، باب الفتنة التي تموج كموج البحر، والترمذي رقم (٢٢٦٣) في الفتن، باب لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة، والنسائي (٢٢٧/٨) في القضاة، باب النهي عن استعمال النساء في الحكم، وأخرجه أيضاً أحمد في " المسند " (٣٨/٥ و ٤٣ و ٤٧ و ٥١).

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

لأن الإمام والقاضي محتاجان إلى الخروج للقيام بأمر المسلمين، والمرأة عورة لا تصلح لذلك؛ ولأن المرأة ناقصة والقضاء من كمال الولايات فلا يصلح لها إلا الكامل من الرجال"<sup>(١)</sup>.

ولكن مما لا شك فيه أن الحديث ورد في شأن الحكم ولم يرد نصا في القضاء، فهو يتعلق برئاسة الدولة، بل حكم كسرى أشبه بالدولة العظمى أو " الخلافة" بلغة الإسلام، حيث كان الفرس والروم بمقام الدولتين العظميين في العالم، فمورد الحديث ليس في القضاء.

ومما يشهد لذلك ما ورد في سبب ورود هذا الحديث أنه قال: لما بلغ رسول الله - صلى الله عليه وسلم- أن أهل فارس قد ملكوا بنت كسرى قال لن يفلح فذكره"<sup>(٢)</sup>.

كما أنه غير مسلم به أن القضاء أحد الولايات في العصر الحديث، فمنظومة القضاء في ( الدولة الحديثة) ليس ولاية، بل وظيفة.

ولهذا قال ابن الملقن تعليقا على الحديث: " وفيه أنها لا تكون إمامًا ولا حاكمًا لنقصها، وإن كان قد يتأتى منها التنفيذ، وجوز ابن جرير أن تكون حاكما وحكاه ابن خويز منداد عن مالك، وقال أبو حنيفة: تكون حاكما في كل أمر تجوز فيه شهادة النساء"<sup>(٣)</sup>.

وعلى افتراض أن القضاء إحدى الولايات، فإن الحديث ينهى أن تكون الولاية للمرأة وحدها تنفرد به دون غيرها، أما إذا اشترك معها غيرها؛ فهذا مما لم يتناوله الحديث، فيكون محل اجتهاد؛ وفق المصالح المرسلّة.

---

(١) شرح المشكاة للطبيبي (٢٥٧٤/٨)، وشرح المصابيح لابن الملك (٢٦٠/٤)، وفتح العلام

بشرح الإعلام بأحاديث الأحكام، للشيخ زكريا الأنصاري (ص: ٦٧٢).

(٢) البيان والتعريف ، لابن حمزة الحسيني (١٦٦ /٢).

(٣) التوضيح لشرح الجامع الصحيح، لابن الملقن (٢١ / ٦١١). وراجع: البدر التمام شرح بلوغ

المرام، الحسين اللاعي المغربي (١٠ / ٣١-٣٢).

## تولي المرأة القضاء

بل يشهد لتولي المرأة القضاء - استثناسا - فعل عائشة - رضي الله عنها - من محاولة الصلح بين فريقين المسلمين، وقد وهم بعض العلماء في النقل عن أبي بكر وغيره وأنهم استدلوا بغلبة فريق علي بحديث: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"، وأن عائشة قادت الفريق، ويدحض ذلك ما نقله ابن بطال عن المهلب من إنكاره أن أبا بكره وهن من رأي عائشة، بل كان رأيها كرايها في الصلح، وأن عائشة لم تكن تطلب أحدا للخلافة بديلا عن علي، وإنما لم يتبعها تفرسا<sup>(١)</sup>.

على أنه يمكن الاستدلال بالحديث في منع تولي النساء هيئة القضاء منفردات دون الرجال، أو أن تكون قاضية في المحكمة الجزئية التي لا يكون فيها إلا قاض واحد، فهذا مما يصلح به الاستدلال بالحديث مع وجود فارق جواز النقض وعدم حجية الحكم البات له.

وكذلك يستشهد المانعون بحديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لدي لب منكن، قالت: ما نقصان العقل والدين؟ قال: شهادة امرأتين بشهادة رجل، وتمكث الأيام لا تصلي"<sup>(٢)</sup>.

وقد أبان النبي صلى الله عليه وسلم وجه نقصان عقل المرأة، من جهتين: الأولى: جهة العبادة، وأنها تمكث الأيام لا تصلي، وهذا لا علاقة له بالقضاء. الثاني: جهة الشهادة، وأن شهادة امرأتين بشهادة رجل، ومن المعلوم أن هذا لا يكون عاما، بل هو في الحدود والأموال، بدلالة آية سورة البقرة، في قوله تعالى: **لَوَاسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى** {<sup>(٣)</sup>.

(١) فتح الباري لابن حجر (٥٦/١٣).

(٢) أخرجه مسلم - رقم (٧٩) في الإيمان، باب بيان نقصان الإيمان بنقصان الطاعات.

(٣) البقرة: ٢٨٢.

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

وقد بيّن الفقهاء أنه تقبل شهادة المرأة وحدها فيما تختص به النساء، كالرضاع عند الحنابلة<sup>(١)</sup>، وكشهادة القابلة كما يرى الحنابلة وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة<sup>(٢)</sup>، وقد تساوي شهادة المرأة شهادة الرجل، وقد تكون على النصف.

وإن كان فقهاء الحنفية استندوا إلى مناط الشهادة، وأنها تكون قاضية فيما عدا الحدود والقصاص، فإن هناك فرقا مهما بين الشهادة والقضاء المعاصر، فالشهادة هي أن تشهد بما رأيت، وعلل الشارع الحكيم تضعيف عدد النساء عن الرجال بقوله: (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى)، وهذا له مقاصد عدة، من أهمها:

أولاً- طبيعة المرأة في النسيان فيما يتعلق بالحدود والأموال، خاصة أن المرأة لم تكن تشهد ذلك كما يشهده الرجال، ومازال حتى اليوم.

ثانياً- أن الخطأ في الشهادة له عقوبة، فقد يحكم على المرأة إن شهدت خطأ، فأراد الشارع صيانتها وحمايتها بشهادة أختها، وأن تكون الشهادة من المرأة فيما لا تتعرض عليه غالبا ليست فردية.

على أن هناك فرقا مهما آخر، وهو أن القضاء اليوم هو اطلاع على أوراق الدعوى، ومدى موافقتها لنصوص القانون، وهذا بخلاف الشهادة التي تحتل النسيان، أما الاشتراك مع عدد من القضاة في تنزيل نصوص القانون على الدعوى، فليس فيه ما في الشهادة من النسيان.

### المرحلة الثالثة: التعليل:

يقصد بهذه المرحلة، هل الحكم المستوول عنه من المسائل التعبدية التي لا مدخل للعقل فيها، أم من المسائل العقلية التعليلية؟

---

(١) المغني لابن قدامة (١٩١/٨).

(٢) المغني لابن قدامة (١٩٠/٨)، وشرح فتح القدير على الهداية (٣٠٦/٣).

## تولي المرأة القضاء

فإن كان من المسائل التعليلية نظرنا إلى علة الحكم، هل هي علة منصوص عليها؟ وهل هي متحققة في المسألة المسئول عنها أم لا؟ أم أنها علة مستتبطة؟ وهل العلة المستتبطة تتحقق في المسألة المسئول عنها أم لا؟

كما يدخل في ذلك: تحقيق المناط<sup>(١)</sup>، وتنقيح المناط<sup>(٢)</sup>، وتخريج المناط<sup>(٣)</sup>.

وقد تقدم مناقشة أهم العلل التي بنى عليها المانعون، وأنه لا يصح الاستدلال بها، فهي علل اجتهادية.

وكذلك العلة التي استند إليها الأحناف، وهي من صحت شهادته؛ صح قضاؤه، لا يصلح أن يكون علة أو مناطاً، للفروق الكبيرة بين الشهادة والقضاء، فيكون الأمر راجعاً إلى أصل عمل المرأة، الذي هو مباح في الأصل بشروطه، ومن أهمه أهلية المرأة للقيام بهذا العمل، وقدرتها عليه، مع عدم الانفراد به.

### المرحلة الرابعة: التقعيد:

المقصود من هذه المرحلة الاستفادة من القواعد الأصولية، والقواعد الفقهية، والقواعد المقاصدية التي تعين الفقيه من استنباط الحكم الشرعي في المسألة المسئول عنها.

(١) تحقيق المناط: هو ذكر علة الحكم، والاجتهاد في وجوده في آحاد المسائل، مثل تعيين القبلة، فواجبة بالنص، لكن معرفة جهة القبلة بعينها، فهذا هو التحقيق، ورأى الغزالي لا خلاف فيه، بل هو ضرورة كل شريعة. راجع: المستصفي للغزالي (٢/٢٣١، ٢٣٠).

(٢) تنقيح المناط: أن ينوط الشارع الحكم إلى سبب، وتقترن به أوصاف لا مدخل لها، فيجب حذفها وعدم اعتبارها في الحكم، كإيجاب العتق في حديث الأعرابي الذي أفطر، فكونه أعرابياً لا مدخل له، لأنه يكون لكل أحد، وكونه وطئ زوجته، لا مدخل له، لأنه لو وطأ أمته أو زنى وجبت عليه الكفارة، فالعلة الخاصة هنا هي الوطء في نهار رمضان. وقد أقره منكره القياس كما قال الغزالي. المستصفي للغزالي (٢/٢٣١).

(٣) تخريج المناط: هو ذكر الحكم والمحل دون التعرض لمناط الحكم، فيعمل المجتهد على استنباطه، كتحريم شرب الخمر، فيعرف المناط بالنظر بأنه الإسكار، فيقاس عليه النبيذ، وكالربا في البر؛ لكونه مطعوماً، فنقيس عليه الأرز والزبيب. راجع: المستصفي للغزالي (٢/٢٣٣).

د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

ومن القواعد التي تناول الفقهاء فيها قضاء المرأة: فيما ينقض فيه قضاء القاضي وما لا ينقض<sup>(١)</sup>.

ومثالها: " لو وليت القضاء امرأة ففي نفوذ قضائها وجهان حكاها في "البحر" عن حكاية جده، وأن الإصطخري ذهب إلى النقض"<sup>(٢)</sup>.

وهذه القاعدة قائمة على مذهب الجمهور من عدم تولية المرأة القضاء ابتداء، فلا تصلح أن يستشهد بها في اشتراك المرأة في عمل القضاء وأن تكون واحدة من هيئة القضاء مع الرجال.

#### المرحلة الخامسة: التدبير:

وفيه تحرير محل الخلاف، والمناقشة، ودفع التعارض، ويتبين لنا في ذلك ما يلي:

١- أن النصوص الواردة والمستند عليها في التحريم إنما هي متوجهة لتولي المرأة حكم المسلمين، الذي هو بالدرجة الأولى ( الخلافة الإسلامية)، ولا تتوجه صراحة إلى توليها القضاء، وإنما ألحق الجمهور القضاء به؛ لأن القضاء قديما كان إحدى الولايات - كما رأوه-، لكنه في عصرنا ليس كذلك.

٢- أن حمل النصوص على المنع إنما هو في حال استقلال المرأة بالحكم والقضاء إلحاقا، ولا تتناول النصوص اشتراك المرأة في الحكم أو القضاء.

٣- أن اشتراك المرأة في هيئة المحكمة صورة جديدة لم تكن موجودة في الزمن الأول، ولا يجوز إسقاط أقوال الفقهاء القدامى عليها، بل هي تحتاج إلى اجتهاد جديد وفق المعطيات والسياقات المتعددة.

٤- أن القضاء اليوم لا يقوم على الاجتهاد الفقهي الذي هو عمدة القضاء قديما، فالقاضي اليوم ليس فقيها فضلا عن أن يكون مجتهدا، مما يعني أن هناك انفكاك جهة بين المسألة القديمة والمسألة المعاصرة.

(١) الأشباه والنظائر لابن الملتن (٢/٤٣٠).

(٢) السابق، (٢/٤٣٧).

## تولي المرأة القضاء

٥- أن وظيفة القاضي قديما تختلف - في غالبها - عن وظيفة القاضي في عصرنا، وعليه، فإسقاط حكم الوظيفة القديمة على الوظيفة الجديدة ليس محل اتفاق.

٦- أن الاجتهاد القاضي له مدلولاته التي تختلف عن الاجتهاد الفقهي، فالاجتهاد القضائي هو إنزال النصوص القانونية المدنية على الدعاوى القضائية، وقد يجري القاضي حكم غيره على حكمه في محكمة أخرى، أو في قضية أخرى، بخلاف الاجتهاد الفقهي الذي يتطلب من المجتهد الترجيح بين الآراء أو التخريج أو الاجتهاد غير المسبوق.

٧- أن سبب الخلاف بين الفقهاء قديما راجع للاجتهاد في استنباط مناط الحكم، واختلافهم في فهم دلالات الأدلة الواردة في المسألة.

٨- أنه من باب الجمع بين النصوص المتعارضة ( التي تقول بالمنع والتي تقول بالجواز) يمكن القول أن الممنوع هو انفراد المرأة بالحكم والقضاء، وهو ما تتناوله النصوص وإن لم تكن على وجه القطع.

٩- أن الترجيح بين المناطات ساقط في المسألة المعاصرة، فلا أنوثة المرأة ولا قوامة الرجل تصلح علة للمنع، ولا اعتبار شهادة المرأة معتبرا في تولي المرأة القضاء، والعلة التي قد تكون أقرب للاستدلال جواز قيامها بالفتوى، لما بين القضاء والفتوى من التشابه، مع اختلاف بينهما في كون الفتوى معلمة، وأن القضية القضائية ملزمة.

١٠- أن الحكم في المسألة قائم على الترجيح بين المصالح والمفاسد، ولا يعني هذا خلو أحد الرأيين من مصلحة أو مفسدة، وإنما الحكم للغالب<sup>(١)</sup>، كما قرر الفقهاء.

---

(١) الفروق للقرافي (٢٥٩/٤)، والموافقات (٣٧٣/٢)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (١١٠/٦).



## د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم

١١- أن مراعاة الخلاف واجب، وفي الأمر سعة، على أن القول بجواز تولي المرأة القضاء لا يكون انتصاراً للأثوثة على الرجولة، أو بدعوى المساواة لأجل دعاوى حقوق المرأة، وألا يكون القصد إقحام النساء في القضاء، وإنما المقصود تحقق الكفاءة في القيام بالمهام والوظائف، فإن توافرت في المرأة القدرة على القيام والمشاركة مع القضاة، جاز ذلك، خاصة إن كان التوجه من الدولة على هذا، بشرط توافر الكفاءة في المرأة؛ فيجوز مراعاة للخلاف، أما إن لم تكن المرأة كفئاً؛ فلا يجوز توليها القضاء.

### المرحلة السادسة: التنزيل:

يقصد به تنزيل كل ما سبق على الحادثة؛ ليتبين حكمها، وتصاغ صياغة نهائية.

وتشمل مرحلة التنزيل عدداً من المهارات الفقهية، كتطبيق المناط، واعتبار مقاصد المكلفين، واعتبار المال، ومراعاة موجبات تغير الفتوى، والرخصة الفقهية، وإيجاد المخارج الفقهية، ومراعاة الظروف المخففة والمشددة، وإعمال المقاصد بأنواعها، وإحاطة الوسائل بالمقاصد، وصياغة الحكم الفقهي.

وإسقاطاً على تولي المرأة القضاء في مرحلة التنزيل، نبين ما يلي:

١- أنه مما يتعلق بالمقاصد والوسائل أن القضاء مقصود به إقامة العدل والفصل في الخصومات وبيان الأحكام القضائية في الدعوى، فأية وسيلة أدت إليه؛ كانت جائزة، والقصد في تحقيق العدل واجب على الرجال والنساء، لأن الخطاب فيه عام، كما في قوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ} (١)، ومن المعلوم أن من طرق استخراج المقاصد صيغة الأمر (٢)، فإقامة العدل من مقاصد الشريعة الكلية؛ فكل وسيلة تؤدي إليه، فهي مشروعة، والخطاب عام للأمة.

(١) النحل: ٩٠.

(٢) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، د. أحمد الريسوني (ص: ٢٨٢)، وعلم المقاصد الشرعية، د. نور الدين الخادمي، (ص: ٦٧)، مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر ابن عاشور، (٣/٦٥).

## تولي المرأة القضاء

٢- أن في مشاركة المرأة في القضاء - وليس استقلالها به- توظيفاً لطاقت الأمة من أصحاب الخبرات، خاصة في تعدد أنواع القضاء اليوم، من القضاء الإداري والقضاء التجاري وقضاء الأسرة وغير ذلك، مما قد يستفاد فيه من خبرة المرأة التي قد تكون أكثر من الرجل في بعض الأمور التفصيلية، وإن كان العدل هو مقصد القضاء الأول، وتحقيقه متوجه للرجال والنساء، فإن من اعتبارات المآل مشاركة النساء للرجال في تحقيقه، وقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم- يستشير نساءه في بعض الأمور، وكذلك الصحابة - رضوان الله عليهم- فيكون عمل المرأة بالقضاء مشاركة بخبراتهم فيما يُحسِن.

٣- أن من مراعاة تغير الواقع اليوم خروج المرأة وعملها في غالب الوظائف، وهذا يحتم علينا إعادة النظر في حكم تولي المرأة القضاء مع تغير طبيعة القضاء على ما هو عليه اليوم، على أن يكون دورها في القضاء مما يناسب طبيعتها وخبرتها، وأن القول بمنع عمل المرأة في القضاء لأجل الاختلاط - بعيداً عن حكمه الشرعي- لا يمنع اختلاط النساء بالرجال في المحاكم، فهناك مئات الموظفات في المحاكم ووزارات العدل، وهناك مئات النساء اللاتي يرفعن دعاوى قضائية ويختلطن بالقضاة الرجال.

٤- أنه إعمالاً لمقصد التيسير ومنهج الرخصة القائم على الدليل والمصلحة، فإن القول بجواز عمل المرأة ومشاركتها في القضاء هو أقرب للتيسير والرخصة، بشرط عدم استقلالها، وأن يكون عملها مما يناسب طبيعتها وخبرتها، مع التحلي بأداب وجود النساء مع الرجال في المحافل العامة.

٥- أن مراعاة الظروف الواقعية اليوم ونظام الحياة التي يعيشها المسلمون كغيرهم، يوجب على الفقهاء إعادة النظر في الحكم بمنع النساء من مشاركة النساء مطلقاً في القضاء، فمن المعلوم أنه من أهم قضايا التنمية المعتمدة عالمياً ما يعرف بـ"تمكين المرأة"، ونحن بحاجة إلى تمكينها اجتماعياً تمكيناً قائماً على أصول الشريعة، مراعياً لمبادئها وقواعدها، فهذا خير من تمكينها وفق ما يخالف الشرع.

### صياغة الحكم:

وبناء على تلك المقدمات والأصول، ومراعاة مستجدات العصر، واجتهادات الفقهاء، يمكن صياغة الحكم في تولي المرأة القضاء على ما يلي:

الأصل في عمل المرأة في القضاء ومشاركتها قاضية فيه الجواز؛ بناء على تغير طبيعة القضاء قديماً عن طبيعة القضاء المعاصر، ولكن في ذلك تفصيل لاعتبارات أخرى ليس منها الولاية، وتفصيله:

١. لا يجوز انفراد المرأة بالعمل القضائي، لكن يجوز أن تتفرد في محكمة الأسرة أول درجة تماشياً مع نص القانون؛ وذلك لكثرة دعاوى النساء فيها، وحاجتهن لمن يتفهمن أمورهن أكثر، وللاحتراز من كثرة الاختلاط بين الرجال والنساء - المطلقات منهن على وجه خاص - وحكم أول درجة قابل للنقض بالمحكمة الأعلى منها، والتي لا ينفرد فيها قاضٍ بالحكم وحده.

٢. يجوز مشاركة النساء في القضاء - فيما عدا المحكمة الجزئية - على ألا يكن أغلبية، كأن تكون القاضية واحدة من ثلاثة، أو واحدة أو اثنتين من خمسة، وأن تكون مشاركتها في القضاء بما يوافق طبيعتها وخبرتها من أنواع المحاكم والاختصاصات الوظيفية، وذلك مراعاة لأكثر من اعتبار:

**الأول: اعتبار الحال:** فخبرة النساء في العمل القضائي على مر العصور والأزمان وعلى أرض الواقع أقل خبرة من الرجال، لهذا كان الأولى أن يكون الرجال في هيئة المحكمة أكثرية تحصيلاً للعدل ومجانبة للخطأ في الحكم.

**الثاني: اعتباراً للمال،** فإن القول بأكثرية النساء مع قلة الخبرة له أضرار على الحكم القضائي، ولهذا اعتبرنا الأصل مشاركتها وليس غلبتها ولا انفرادها؛ انتفاعاً بخبرتها خاصة في مجال الأحكام الأسرية وغيرها، مع الحفاظ على مقصود العمل القضائي؛ جمعا بين الأمرين.

## تولي المرأة القضاء

### أهم نتائج البحث:

- خلص البحث إلى عديد من النتائج الكلية والجزئية، ومن أهمها ما يلي:
- ١- تنوعت الدراسات السابقة حول تولي المرأة القضاء بين ترجيح المنع؛ إعمالاً لرأي الجمهور وسدا للذريعة، وبين التي تجيز توليتها القضاء؛ بناء على تحول القضاء من القضاء الفردي إلى القضاء الجماعي، وعدم وجود نص قاطع بالتحريم، وبين من أجاز قضاءها في القضايا التي تكون النساء فيها طرفاً القضية في غير القصاص والحدود؛ بناء على أن الفصل بينهن هو من بيان الحكم الشرعي الملزم، وبين من أجازها للضرورة فقط، في غير الولاية، ومما تختص به النساء في القضايا الثانوية، وبين الدراسات التي لم ترجح؛ لأن الدراسة كانت أشبه بالتقريرية، وبين الدراسات التي اعتنت بتحليل المواقف دون الخوض في الترجيح، أو تلك التي رأت أن في الأمر سعة، وأن الاختيار بين الآراء راجع لفقهاء كل بلد، كما ذهب إليه مجمع الفقه الدولي.
  - ٢- أثبت البحث أن الخلاف بين الفقهاء على أربعة آراء، منها الثلاثة التي تنقلها غالب الدراسات، وهي: المنع المطلق، والجواز المطلق، والجواز في غير الحدود والقصاص، وأثبت البحث رأياً رابعاً، وهو إذا ولاها سلطان ذو شوكة؛ نفذ، وذلك لئلا تتعطل المصالح.
  - ٣- استقرأ البحث المناطق التي استند إليها الفقهاء المانعون والمجيزون، وأما مناطق المنع فهي: نقصان عقل المرأة، وعدم قبول شهادتها، والقياس على منع توليها الإمامة العظمى، والقياس على منعها من إمامة الرجال في الصلاة، وخلو فعل النبي صلى الله عليه وسلم والراشدين منه. وأما المناطق التي استند إليها المجيزون، فهي: أهلية الشهادة، والقياس على الفتيا، والقياس على النظرة في الأوقاف والوصاية على اليتامى، ومن أجازها بفعل الحاكم أناط الحكم بالمصلحة.
  - ٤- أبان البحث أن غالب المناطق عند المانعين والمجيزين لا تصلح مناطاً للمسألة المعاصرة.

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

٥- أن من الأخطاء المنهجية في الاجتهاد في القضايا المعاصرة إسقاط أقوال الفقهاء قديما على واقع معاصر متغير، وعدم مراعاة الواقع الجديد وملابساته المعاصرة.

٦- أن القضاء الجماعي في المسألة الواحدة ليس حادثا، بل كان معمولا به، وإن اختلف حوله الفقهاء.

٧- أن غالب الاجتهادات خاصة المانعة لم تدرس تصور المسألة المعاصرة، ولم تراعى درجات التقاضي في المحاكم.

٨- إنه لا يوجد نص من القرآن أو السنة أو إجماع صحيح أو قياس منقح عليه في حكم تولى المرأة القضاء، وإنما هي أحكام فقهية اجتهادية مبناها على القياس لا النص، فمن قاسها على الإمامة العظمي منعها، ومن قاسها على الشهادة أجازها فيما تجوز فيه الشهادة، ومن قاسها على الفتيا أجازها بإطلاق.

٩- ولاية المرأة للقضاء مسألة اجتهادية يرد فيها الاختلاف في الحكم بين مجتهدي العصر الواحد فضلا عن تغاير العصور والأزمان، وتغاير النظام والسلطان، والذي بدوره أورث اختلافًا في طبيعة القاضي وعمله، وحدود اجتهاده وسلطانه.

١٠- تطور منظومة وأحوال القضاء واختصاصاته وتنوعاته على مر التاريخي يستدعى الاجتهاد في ذلك بما يتفق مع أحوال العصر ومستجداته وهيئاته وظروفه، فدلالة القاضي قديما ليست كدلالته حديثا.

١١- إن تحقيق مناط الحكم في ولاية القضاء غير منقح عليه، فالقول بالولاية منقوض بصحة ولايتها الخاصة، والقول بالولاية العامة مخصوص بالإجماع وليس القضاء كذلك، والقول بالأثوثة لوجود الفرق المؤثر بين ولاية القضاء وولاية الإمامة العظمي، وعليه فيتعين أن التحريم في ولاية المرأة للولاية العظمي، وهذا ما أجمع عليه المسلمون.

## تولي المرأة القضاء

- ١٢- يختلف الاجتهاد الفقهي الذي هو شرط في القضاء وإن اختلف فيه- عن الاجتهاد القضائي، الذي هو تنزيل النصوص القانونية على الدعاوى.
- ١٣- أثبت البحث أن منهج الفقهاء هو التخفف من الشروط الواجبة في القاضي، حتى نقل عن مالك قوله: "لا أرى الخصال تجتمع اليوم في أحد"، واكتفى البعض بالعقل والورع، مما يسمح بالتخفف من شروط القاضي اليوم، فضلا عن اختلاف شروط تولي القضاء اليوم عن شروطه قديما.
- ١٤- أن تعدد القضاة اليوم في هيئة المحكمة هو إعمال لمبدأ الشورى في القضاء، وقد نص عليه الفقهاء قديما.
- ١٥- أن هناك اختلافا كبيرا في نفاذ حكم القاضي قديما عن نفاذه اليوم؛ لتعدد درجات التقاضي في القضاء المعاصر.
- ١٦- تحول القضاء من الولاية قديما إلى الوظيفة حديثا، حيث إن تعيين القاضي واستمداده سلطته كانت من الحاكم في القديم، أما اليوم؛ فلا يكون تعيينه من الحاكم بل من وزير العدل أو رئيس المجلس الأعلى للقضاء، وفق السلم الوظيفي في هيكل الدولة.
- ١٧- تقلص سلطة القاضي واختصاصه في القضاء المعاصر، حيث اقتصر على بيان الحكم القضائي، ولا علاقة له بالتنفيذ الذي كان أحد سلطاته واختصاصاته قديما.
- ١٨- أثبت البحث عدم اشتراط الذكورة في تولي القضاء في القانون الكويتي، وما ورد من لفظة (رجال القضاء) فهي من باب التغليب على ما هو معهود من كلام العرب.
- ١٩- أثبت البحث أن منظومة القضاء المعاصر لا يوجد ما يسمى بالقاضي الشامل لجميع أنواع القضايا، بل هناك درجات في المحاكم واختصاص في كل درجة، ما ينفي وصف الولاية العامة عن القضاء المعاصر.

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

- ٢٠- أثبت البحث قصور الفقهاء المعاصرين عن فهم ماهية القضاء اليوم وصوره، ما أحدث خلافا في الاجتهاد في المسألة.
- ٢١- أن الحديث العمدة في منع قضاء المرأة: "خاب قوم ولوا أمرهم امرأة" أنه نص في ولاية الحكم وليس في القضاء، وعلى افتراض أنه في القضاء، فالحديث يتناول افراد المرأة وليس مشاركتها في هيئة القضاء.
- ٢٢- أثبت البحث عدم صلاحية الاستناد إلى حديث نقصان عقل المرأة بنقصان شهادتها، وأن هناك فرقا بين الشهادة التي تحتمل النسيان وبين عمل القضاء الذي هو اطلاع على أوراق الدعوى، ومدى موافقتها لنصوص القانون، مع اشتراك المرأة فيه مع القضاة الرجال، فليس محلا للنسيان الذي هو علة عدم انفرداها بالشهادة.
- ٢٣- أن مقصود القضاء هو إقامة العدل وفصل الخصومات، ومتى تحقق فقد كمل مقصود الشارع، سواء قام به الرجال أم النساء أم هما معا.
- ٢٤- أن القول بجواز مشاركة المرأة في القضاء فيه مراعاة للواقع المتغير اليوم في الوظائف والأعمال، وهو من باب تغير البيئات والعادات، وهو معتبر شرعا من حيث الأصل.
- ٢٥- أن القول بالجواز إعمال لمقصد التيسير ومنهج الرخصة القائم على الدليل والمصلحة، بشرط عدم استقلالها، وأن يكون عملها مما يناسب طبيعتها وخبرتها، مع التحلي بأداب وجود النساء مع الرجال في المحافل العامة.
- ٢٦- أن القول بالجواز فيه تحقيق لمقصد معاصر من مقاصد التنمية وهو (التمكين الاجتماعي للمرأة) بشرط أن يكون وفق الضوابط الشرعية المعتمدة.

فهرس المصادر والمراجع  
مرتب فقها حسب المذاهب الفقهية

أولاً- القرآن الكريم

ثانياً- كتب اللغة والمعاجم

١. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الناشر: دار الدعوة.
  ٢. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- (من ١٤٠٤-١٤٢٧ هـ).
  ٣. مجلة مجمع الفقه الدولي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة في المملكة العربية السعودية.
  ٤. المصباح المنير للرافعي، المكتبة العلمية - بيروت، و دار الفكر، بدون طبعة، أو تاريخ.
- ثالثاً- كتب الحديث
٥. صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن الناصر، دار طوق النجاة، ط١، ١٤٢٢ هـ.
  ٦. صحيح مسلم، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي- بيروت.
  ٧. سنن أبي داود، تحقيق: محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت.
  ٨. سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ١٩٩٨ م.
  ٩. السنن الصغرى للنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية- حلب، ط٢، ١٩٨٦.
  ١٠. مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط- عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط١، ٢٠٠١ م.



===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

١١. شرح الطيبي على مشكاة المصابيح، شرف الدين الطيبي، تحقيق: د. عبد الحميد هندراوي، مكتبة نزار مصطفى الباز (مكة المكرمة - الرياض)، ط١، ١٩٩٧م.

١٢. شرح مصابيح السنة للإمام البغوي، لابن المَلَك، تحقيق: لجنة بإشراف: نور الدين طالب، إدارة الثقافة الإسلامية، ط١، ٢٠١٢م.

١٣. فتح العلام بشرح الإعلام بأحاديث الأحكام، أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي الخزرجي، تحقيق: الشيخ علي معوض، الشيخ عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ٢٠٠٠م.

١٤. البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف، لابن حمزة الحسيني ، تحقيق: سيف الدين الكاتب، دار الكتاب العربي- بيروت

١٥. التوضيح لشرح الجامع الصحيح، لابن الملقن، دار النوادر، دمشق، ط١، ٢٠٠٨م.

١٦. البدر التمام شرح بلوغ المرام، الحسين اللاعي المغربي، تحقيق: علي بن عبد الله الزين طبعة دار هجر. ط١.

١٧. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩م.

**رابعاً- كتب المذهب الحنفي**

١٨. روضة القضاة، وطريق النجاة، (أبو القاسم، السمناني) تحقيق: صلاح الدين الناهي. مؤسسة الرسالة بيروت، ودار الفرقان عمان.

١٩. فتح القدير للكمال ابن الهمام دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

٢٠. المبسوط، للسرخسي، دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، ١٩٩٣م.

٢١. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٩٨٦م.

## تولي المرأة القضاء

٢٢. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبيّ، للزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط١، ١٣١٣ هـ، (ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي ط٢).

٢٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، ط٢ - بدون تاريخ.

٢٤. رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، م، دار الفكر - بيروت، ط٢، ١٩٩٢ م.

٢٥. العناية شرح الهداية، للبابرتي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

٢٦. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، ١٩٩١ م.

٢٧. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المدعو بشيخي زاده، دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت ١٩٩٨ م، ط١.

٢٨. مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، نشر: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي.

## خامسا - كتب المذهب المالكي

٢٩. شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، طبعة دار الفكر، ط٢، بدون تاريخ.

٣٠. تحبير المختصر (تاج الدين بهرام)، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب. د. حافظ بن عبد الرحمن خير، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ط١، ٢٠١٣ م.

٣١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد الحفيد، دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة، ٢٠٠٤ م.

٣٢. القوانين الفقهية، ابن جزى الكلبي الغرناطي (المتوفى: ٧٤١ هـ).

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

٣٣. مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث/القاهرة، ط١، ٢٠٠٥م.
٣٤. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٩٨٦م.
٣٥. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، أبو الحسن، علاء الدين الطرابلسي، دار الفكر، بدون طبعة أو تاريخ.
٣٦. التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله المواق، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٤م.
٣٧. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب الرعيني، دار الفكر، ط٣، ١٩٩٢م.
٣٨. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لابن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٩. حاشية العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي دار الفكر - بيروت - ١٤١٢.
٤٠. الشرح الكبير، أحمد الدردير، دار الفكر - بيروت.
٤١. حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، بدون طبعة أو تاريخ.
٤٢. منح الجليل شرح مختصر خليل، الشيخ عليش، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، ١٩٨٩م.
٤٣. الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح بن عبد السميع الآبي الأزهرى، المكتبة الثقافية - بيروت.

سادسا - كتب المذهب الشافعي

٤٤. تحرير الفتاوى على «التنبيه» و «المنهاج» و «الحاوي» أبو زرعة العراقي الشافعي، تحقيق: عبد الرحمن فهمي محمد الزواوي، دار المنهاج ، جدة، ط١، ٢٠١١م.

## تولي المرأة القضاء

٤٥. بداية المحتاج في شرح المنهاج، ابن قاضي شهبة، عنى به: أنور بن أبي بكر الشیخی الداغستاني، دار المنهاج جدة ، ط١، ٢٠١١م.
٤٦. النجم الوهاج في شرح المنهاج، أبو البقاء الدميري، دار المنهاج (جدة)، تحقيق: لجنة علمية، ط١، ٢٠٠٤م.
٤٧. المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق الشيرازي، دار الكتب العلمية.
٤٨. منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، النووي، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط١، ٢٠٠٥م.
٤٩. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة أو تاريخ.
٥٠. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية، بدون طبعة أو تاريخ.
٥١. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، ط١ - ١٩٩٤م.
٥٢. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ابن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، بدون طبعة، ١٩٨٣ م.
٥٣. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (حاشية الجمل) دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥٤. حاشية البجيرمي على شرح المنهج ، مطبعة الحلبي، بدون طبعة، ١٩٥٠م
٥٥. حاشية إعانة الطالبين، ابن شطا الدمياطي، دار الفكر - بيروت.
٥٦. حاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٥م.

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

### سابعا - كتب المذهب الحنبلي

٥٧. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (شرح منتهى الإرادات) البهوتي، عالم الكتب، ط١، ١٩٩٣م.

٥٨. الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٤م.

٥٩. الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه، سامي بن محمد بن جاد الله، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، ط١، ١٤٣٥ هـ.

٦٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرادوي، دار إحياء التراث العربي، ط٢.

٦١. المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، ١٩٦٨م.

٦٢. كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع (المرادوي)، ابن مفلح، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ٢٠٠٣م.

٦٣. شرح الزركشي، الزركشي الحنبلي، دار العبيكان، ط١، ١٩٩٣م.

٦٤. المبدع في شرح المقنع، ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٧م.

٦٥. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الحجاوي الصالحي، تحقيق: عبد اللطيف محمد السبكي، دار المعرفة بيروت- لبنان.

٦٦. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور البهوتي، دار الكتب العلمية.

٦٧. فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي. مكتبة ابن تيمية، ط٢.

### ثامنا - الفقه الظاهري:

٦٨. المحلى بالآثار، ابن حزم الظاهري، دار الفكر- بيروت، بدون طبعة أو تاريخ.

## تولي المرأة القضاء

### تاسعا - كتب أصول الفقه والقواعد

٦٩. الفقيه و المتفقه، الخطيب البغدادي، تحقيق: عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي- السعودية.
٧٠. المستصفي، الغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٣م.
٧١. إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، ط١، ١٩٩٩م، وطبعة مصطفى الحلبي، بدون تاريخ.
٧٢. فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، عبد العلي محمد بن نظام الدين اللكنوي، بهامش المستصفي للغزالي، المطبعة الأميرية، بولاق: ١٣٢٤هـ
٧٣. التقرير والتحبير، ابن أمير حاج ، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٩٨٣م.
٧٤. الواضح في أصول الفقه، ابن عقيل الحنبلي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان، ط١، ١٩٩٩م.
٧٥. الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن الآمدي ، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان.
٧٦. نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط١، ١٩٩٥م.
٧٧. المنثور في القواعد الفقهية ، بدر الدين بن بهادر الزركشي وزارة الأوقاف الكويتية، ط٢، ١٩٨٥م.
٧٨. شرح أدب القاضي للخصاف ، ابن مازة البخاري، تحقيق: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد ١٩٧٨م.
٧٩. الأشباه والنظائر لابن الملتن، تحقيق: مصطفى محمود الأزهرى، دار ابن القيم ، الرياض، ودار ابن عفان ، القاهرة ، ط١، ٢٠١٠م.

===== د . أحمد معجب العتيبي، د . مسعود صبري إبراهيم =====

٨٠. الفروق ، القرافي ، عالم الكتب ، بدون طبعة أو تاريخ.
٨١. الموافقات، الشاطبي، تحقيق: مشهور آل سلمان، دار ابن عفان، ط١، ١٩٩٧م.
٨٢. نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، أحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط٢، ١٩٩٢م.
٨٣. علم المقاصد الشرعية، نور الدين الخادمي، مكتبة العبيكان، ط١، ٢٠٠١م.
٨٤. مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف ، قطر، ٢٠٠٤ م.
٨٥. مسرد المهارات الفقهية، إشراف: د. عبد الله وكيل الشيخ، ود. خالد المزيني، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ١٤٤٠هـ.

عاشرا- كتب أخرى

٨٦. مجموعة التشريعات الكويتية، القوانين المنظمة للقضاء والفتوى والتشريع، ط٦ وزارة العدل ٢٠٠٦م.
٨٧. مجموعة التشريعات الكويتية، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، ٢٠١١م.
٨٨. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل-بيروت- ١٩٧٣.
٨٩. الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ابن عبد البر، تحقيق: علي محمد الجاوي، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٩٩٢ م.
٩٠. الأحكام السلطانية، الماوردي، دار الحديث- القاهرة.
٩١. عبقرية الإسلام في أصول الحكم للدكتور منير العجلاني. دار النفائس ط١، ١٤٠٥هـ.
٩٢. كتاب الأذكىاء، ابن الجوزي ، مكتبة الغزالي، بدون تاريخ.

## تولي المرأة القضاء

### حادي عشر - الدراسات السابقة

٩٣. حكم تولية المرأة القضاء، مصطفى محمود سليخ، بحث تمهيدي ماجستير، جامعة أم درمان ، ١٩٩٨م.
٩٤. ولاية القضاء، طالب أحمد بن خضر الشنقيطي، رسالة ماجستير، بكلية الشريعة بمكة المكرمة ، جامعة الملك عبدالعزيز، لعام ١٣٩٧ هـ.
٩٥. ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، حافظ محمد أنور، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٢٠هـ.
٩٦. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ومكتبة الناشر عمان الأردن، ط٢، ١٩٨٩.
٩٧. المرأة والولايات السيادية، د. عبد الرحمن بن سعد الشثري، دار الهجرة، عين شمس، الطبعة الثانية، ١٤٣٠هـ.
٩٨. أثر العرف في فهم النصوص قضايا المرأة نموذجاً، د. رقية طه جابر العلواني، دار الفكر، ط١، دمشق ٢٠٠٣م.
٩٩. حقائق وشبهات حول مكانة المرأة في الإسلام، د. محمد عمارة، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، ط١، ٢٠١٠م.
١٠٠. حكم تولية المرأة القضاء، دراسة فقهية مقارنة، د. محمد محمد الشلش، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٧م.
١٠١. حكم تولي المرأة القضاء في ضوء المستجدات المعاصرة، نصر عبد الكريم عوض، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين. ٢٠١٢م.
١٠٢. تولي المرأة منصب القضاء بين تراثنا الفقهي والواقع المعاصر، د. علي عارف القره داغي عمان، دار النفائس، ١٩٩٩م.



- ===== د أحمد معجب العتيبي، د مسعود صبري إبراهيم =====
١٠٣. النظام القضائي في الفقه الإسلامي، د. محمد رأفت عثمان، دار البيان، ط ٢، ١٩٩٤م.
١٠٤. القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، د. عبد الرحمن بن إبراهيم الحميضي، رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى، ١٩٨٤م، ط ١، ١٩٨٩.
١٠٥. تولي المرأة المناصب وأحكامه في الفقه الإسلامي، عباس علي القيسي، ٢٠١٨، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي الجامعة الأردنية.
١٠٦. تولية المرأة القضاء رؤية فقهية معاصرة، د. روية مصطفى الجنش، جامعة الأزهر - فرع البنات القاهرة.
١٠٧. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي.

\* \* \*