Journal Sharia and Law

Volume 1993
Number 7 *Issue No. 7 November 1993*

Article 2

November 1993

The Woman and the Judicial Position in Islamic Jurisprudence

Professor Mohamed Ahmed Abu Leil
Professor of Islamic Jurisprudence at the College of Law, United Arab Emirates University and the Mufti of the Judicial Department - Abu Dhabi, ayman1834@yahoo.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law

Part of the Jurisprudence Commons

Recommended Citation

Abu Leil, Professor Mohamed Ahmed (1993) "The Woman and the Judicial Position in Islamic Jurisprudence," *Journal Sharia and Law*: Vol. 1993 : No. 7 , Article 2.
Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol1993/iss7/2

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

The Woman and the Judicial Position in Islamic Jurisprudence

Cover Page Footnote

Dr. Mahmoud Abu- Lail Department of Sharia Faculty of Sharia & Low U.A.E. University
ayman1834@yahoo.com

This article is available in Journal Sharia and Law: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol1993/iss7/2

المرأة ومنصب القضاء في الفقه الإسلامي

بقلم
أ .د . محمود أبو ليل *

---

* أستاذ بقسم الشريعة الاسلامية بالكلية له العديد من البحوث والمؤلفات في الفقه والسياسة الشرعية .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

تعتبر المرأة نصف المجتمع ، وشقيقة الرجل ، وشريكته في تحمل أعباء الحياة ، وقد عني الاسلام بها عناية خاصة ، وشملها في توجيهاته وتلقيناته برعاية حانية ، ووفاها حقوقها كاملة ، وأوصى بها أما وبنتا وزوجة ، وسوى بينها وبين الرجل في معظم شئون الحياة باعتبارهما نوعا انسانيا واحدا ، فقد سوى بينهما في استحقاق التكريم الالهي للانسان باستخلافه في الأرض ، وتخصيصه بشرف الالتزام والتكليف ، وتفضيله على كثير من خلقه بما وهبه من طاقات مبدعة ، وقدرات متنوعة .

وسوى بينهما كذلك في شئون العقيدة ، وفرائض العبادات ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وفي المسؤولية والجزاء ، وفي التصرفات المدنية والاقتصادية والشخصية .

وقد قرن الله المرأة مع الرجل في كثير من الآيات القرآنية :

فقال تعالى : " ياأيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى ، وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، ان أكرمكم عند الله أتقاكم ، ان الله عليم خبير " (١).

وقال سبحانه وتعالى : " من عمل صالحا من ذكر أو أنثى ، وهو مؤمن ، فلنحيينه حياة طيبة ، ولنجزينهم أجرهم بأحسن ماكانوا يعملون ". (٢)

وقال أيضا : " إن الذين فتنوا المؤمنين والمؤمنات ثم لم يتوبوا فلهم عذاب جنهم ولهم

---

(١) سورة الحجرات آية (١٣).

(٢) سورة النحل آية (٩٧) .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

عذاب الحريق ". (٣)

ولكن الاسلام ، وهو دين العدل والفطرة ، لم يجعل المساواة بين الرجل والمرأة مطلقة وعامة في كل شيء، كأ نهما جنس واحد ، انما سوى بينهما في الأحكام المبنية على الخصائص الانسانية المشتركة ، كما في الأمثلة السابقة ، ولكنه خص كلا بأحكام معينة تتفق وما فطر عليه من خصائص مميزة ، وجبل عليه من طبيعة خاصة تتلاءم ووظيفته الأساسية في هذه الحياة .

فقد اختص الرجل - على سبيل المثال - بالأذان والجمعة والجماعة والامامة الصغرى والكبرى والقوامة والشهادة في الحدود ونحوها من الأحكام .

واختص النساء بأحكام الحيض والحمل والاستحاضة والنفاس والعدد وتحريم الخلوة بغير زوج أو محرم ، وترك الجمعة والجماعة .

وهذا التمييز في بعض الأحكام بين الرجل والمرأة ليس كله محل اتفاق بين العلماء ، فبعضه جرى فيه خلاف ، وتشعبت فيه الآراء ، ومن ذلك منصب القضاء ، هل يشترط فيه الذكورة أم لا ؟ وقد تعرض الفقهاء لهذه المسألة قديما ، ولكن بشكل مقتضب ، وأحببت في هذا البحث أن أبسط الحديث في هذا الموضوع ، وأن استقصي جوانبه ، وأحرر أقوال العلماء فيه ، وصولا الى استكشاف وجه الحق فيه ، لنتبين مدى صلاحية المرأة لهذا المنصب الجليل ، وبخاصة بعد أن طرقت المرأة أبواب الجامعات ، ونهلت من معين العلم والثقافة ، وسنحت لها فرص العمل في كثير من المجالات .

هذا وقد جعلت البحث في مباحث ثلاثة :-

---

(٣) سورة البروج آية (١٠) .

المبحث الأول : أقوال العلماء في تولية المرأة القضاء

المبحث الثاني : أدلة هذه الأقوال ومناقشتها .

المبحث الثالث : الرأي المختار.

المبحث الأول
أقوال العلماء في تولية المرأة القضاء

أولا : مذهب الحنفية :-

نسب بعض القدامى والمحدثين الى الحنفية القول بجواز تولي المرأة القضاء فيما تصح شهادتها فيه ، وهى نسبة تنقصها الدقة والتمحيص ، كما سينجلي لنا :

فجاء في المغنى لابن قدامة : " وقال أبو حنيفة : يجوز أن يكون قاضية في غير الحدود (٤)".

وقال الماوردي في أدب القاضي : " وقال أبو حنيفة يصح قضاؤها فيما تصح فيه شهادتها ، وشهادته عنده تصح فيما سوى الحدود والقصاص "، ثم قال : " وأما أبو حنيفة فانه علل جواز ولايتها بجواز شهادتها " .(٥) فاذا كانت العبارة الأولى تحتمل جواز توليتها القضاء أو نفاذ قضائها فقط دون جواز التولية ، فإن العبارة الثانية عينت أن المقصود هو الأول أي جواز التولية ، وورد مثل ذلك في كتابه " الأحكام السلطانية " اذ قال فيه : "

---

(٤) المغني لابن قدامة ، مطبوع مع الشرح الكبير ١١/ ٣٨٠- دار الكتاب العربي - بيروت ١٤٠٣هـ /١٩٨٣ م .

(٥) أدب القاضي للماوردي ص ٦٢٦ ، تحقيق محي هلال سرحان ، مطبعة الارشاد - بغداد سنة ١٩٧١م.

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

وقال أبو حنيفة : "يجوز أن تقضي المرأة فيما تصح فيه شهادتها" . (٦)

وقال ابن حجر في الفتح :" واتفقوا على اشتراط الذكورة في القاضي الاعند الحنفية واستثنوا الحدود ، وأطلق ابن جرير (٧)" ، وقال في موضع آخر :" وعن أبي حنيفة تلي الحكم فيما تجوز فيه شهادة النساء " (٨).

وجاء مثل ذلك عن بعض المالكية فقال ابن العربي :" وعن أبي حنيفة كما تلي الحكم فيما تجوز فيه شهادة النساء "، (٩) وقال ابن رشد :" وقال أبوحنيفة يجوز ان تكون المرأة قاضيا في الأموال " (١٠) ، علما بأن مذهب الحنفية أن قضاء المرأة نافذ وصحيح في كل ماتجوز فيه شهادتها لا في خصوص الأموال فقط . ونقل ذلك أيضا عن ابن جزيء في كتابه " القوانين الفقهية " (١١) ، وعن الباجي في كتابه " المنتقى " (١٢) ، بل ذكر الباجي ان محمد بن الحسن ، وهو تلميذ أبي حنيفة ، يجيز أن تكون المرأة قاضية على كل حال (١٣) ، ولم أجد ما يؤيد هذا في المراجع الأخرى.

---

(٦) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥ ، مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٣م.

(٧) فتح البارى شرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلاني ١٢٩/١٣- دار المعرفة - بيروت .

(٨) المرجع السابق ٩٧/٨ .

(٩) عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي لابن العربي ٥٤٢/٦ - دار الفكر - الطبعة الثانية سنة ١٣٨٥هـ/ ١٩٦٥ م.

(١٠) بداية المجتهد لابن رشد ٤٦٠/٢- مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الخامسة ، سنة ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.

(١١) القوانين الفقهية لابن جزيء ص ١٩٥ - دار القلم - بيروت

(١٢) المنتقى شرح الموطألأبي الوليد الباجي ١٨٢/٥ - مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢هـ

(١٣) المرجع السابق .

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

وجاء في المحلى لابن حزم :" وجائز أن تلي المرأة الحكم وهو قول أبي حنيفة " (١٤).

وقال الصنعاني في سبل السلام :" وذهب الحنفية الى جواز توليتها الأحكام الا في الحدود" (١٥).

هذه نماذج مما ذكره القدامى عن الحنفية في هذه المسألة ، وأما المحدثون فذهب غير واحد منهم كذلك الى اسناد هذا القول الى الحنفية :

فقد جاء في موسوعة الاجماع في الفقة الاسلامي :" وقالت الحنفية : يجوز ولاية المرأة للقضاء ، واستثنوا القضاء في الحدود " . (١٦)

وجاء في دائرة معارف القرن العشرين : " وقال أبو حنيفة : يصح أن تكون قاضية في كل شيء تقبل فيه شهادة النساء ، أى تقضي في كل شيء الا في الحدود والجراح ". (١٧) علما بأنه ذكر فيها أولا قيام الاتفاق على أن يكون القاضي رجلا ، وهذا خلف.

وقال في تكملة المجموع : " وقال أبوحنيفة : يجوز أن تكون قاضية في غير الحدود ". (١٨) وثبت مثل ذلك عن آخرين غيرهم (١٩) .

---

(١٤) المحلى لابن حزم ٤٢٩/٩- دار الآفاق الجديدة - بيروت .

(١٥) سبل السلام للصنعاني ١٢٣/٤- مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الرابعة ، سنة ١٣٧٩/ ١٩٦٠م.

(١٦) موسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي / سعدي جيب ٨٥٢/٢.

(١٧) دائرة معارف القرن العشرين / محمد فريد وجدى ٨٤٥/٧.

(١٨) تكملة المجموع / محمد نجيب المطيعي ١١٦/١٩ - المكتبة العالمية .

(١٩) انظر على سبيل المثال : عبقرية الاسلام في أصول الحكم / د./ منير العجلاني ص٣٥٣، دار النفائس ، وانظر : نظم الحكم والإارة للمستشار على على منصور ص ٣٨٧-دار الفتح للطباعة والنشر - بيروت ، الطبعة الثانية ١٣٩١هـ / ١٩٧١م.

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

هذا ماورد عن غير الحنفية ، أما الحنفية أنفسهم ، فقد اعتبر بعضهم شرط الذكورة عند الحديث على شروط القاضي ، فالسرخسي مثلا ذكر في المبسوط صفات القاضي ، وعد منها : العدالة والأمانة والعلم والاسلام ..الخ . (٢٠) ولم يشر الى شرط الذكورة ، مما يدل على أنه ليس بشرط عنده ، وكذلك ورد فى حاشية ابن عابدين مانصه :" وحاصله أن شروط الشهادة من الاسلام والعقل والبلوغ والحرية وعدم العمى والحد في قذف شروط لصحة توليته ، ولصحة حكمه بعدها ".(٢١)

ومنهم من نص بصريح العبارة على جواز تولية المرأة القضاء فيما تصح فيه شهادتها ، من ذلك ماجاء في كتاب " روضة القضاء للسمناني : " فقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز أن يلين القضاء فيما يجوز أن تقبل شهادتهن فيه وحدهن أو مع الرجال ، ولايجوز في الحدود والقصاص ، لأن شهادتهن لاتقبل في ذلك " . (٢٢)

وقال الطرابلسي في معين الحكام : " وكل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكما فيه ، والمرأة تصلح حكما "، وقال : " وكل من صلح شاهدا صلح قاضيا " . (٢٣)

وجاء في بدائع الصنائع للكاساني :" وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد

---

(٢٠) المبسوط للسرخسي ١٠٨/١٦ ومابعدها .

(٢١) حاشية ابن عابدين ٣٥٤/٥ - مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ، سنة ١٣٩٨٦هـ/ ١٩٦٦م.

(٢٢) روضه القضاءة وطريق النجاة لأبي القاسم السمناني ٥٣- تحقيق الدكتور / صلاح الدين الناهى - مؤسسة الرسالة - بيروت ودار الفرقان - عمان بالأردن - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٤ م.

(٢٣) معين الحكام للطرابلسي ، مطبوع مع لسان الحكام لابن الشحنة ، ص ٢٥، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ، الطبعة الثالثة ، ١٣٩٣هـ /١٩٧٣م.

Abu Ghaith ?????? ????? ?????? ?? ????? ?? ?????? ???????

في الجملة ، لأن المرأة من أهل الشهادة في الجملة ؛ الا أنها لا تقضي بالحدود والقصاص؛ لأنه لاشهادة لها في ذلك ، وأهلية القضاء تدور على أهلية الشهادة ". (٢٤)

واذا انتقلنا الى المتون المشهورة عند الحنفية نجد كذلك أنها نصت على صحة قضاء المرأة فيما تشهد فيه ، وبعضها أشار الى صحة التولية أيضا :

ففي متن القدوري : " ولاتصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة " ، (٢٥) وجاء فيه كذلك : " ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص " . (٢٦)

وجاء في متن الكنز : " وتقضي المرأة في غير حد وقود ". (٢٧)

وورد في تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار :" وأهله أهل الشهادة وشرط أهليتها شرط أهليته فان كلا منهما من باب الولاية " . (٢٨)

ويفهم المرء من هذه النقول بادي الرأي أن مذهب الحنفية يبيح تولية المرأة القضاء من غير نكير ، وان كان بعضها لايدل على ذلك بالضرورة من حيث اقتصارها على الاشارة الى صحة قضاء المرأة فيما تشهد فيه ، وهذا لايستلزم صحة التولية ؛ لأن القضاء فعل القاضي ، والتولية فعل المولي ، وصحة أحدهما لايدل على صحة الآخر ، اذ يمكن أن تكون التولية غير جائزة ، والقضاء جائز ونافذ . (٢٩)

---

(٢٤) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٧- دار الكتاب العربي - بيروت .

(٢٥) متن القدوري ص ١٠٩ - مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٧٧هـ /١٩٥٧ م.

(٢٦) المرجع السابق ص ١١٠

(٢٧) كنز الدقائق مطبوع مع البحر الرائق ٥/٧- الطبعة الأولى - المطبعة العلمية .

(٢٨) تنوير الأبصار مع شرح الدر المختار وحاشية الطحطاوي ١٧٤/٣- دار المعرفة - بيروت .

(٢٩) انظر : نظام القضاء في الإسلام للمستشار جمال المرصفاوي ،ص ٢٦ ، من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الاسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦هـ طبع سنة ١٤٠١هـ/١٩٨١ ضمن عدة أبحاث.

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

ولكن هناك في المواقع عبارات وردت عن بعض الحنفية فضلا عن غيرهم - مما ذكرناه ولم نذكره - تفيد بوضوح صحة تولية المرأة القضاء ، كما في روضة القضاة للسمناني ، ومعين الحكام للطرابسي وبدائع الصنائع للكاساني ،والبحر الرائق لابن نجيم ، (٣٠) وكما في المحلى وسبل السلام وغيرهما ، والمتبادر من هذه الصحة أو الجواز الحل والمشروعية .

بيد أنه عند التحقيق نجد أن مذهب الحنفية في هذه المسألة تحريم تولية المرأة القضاء، ولكن ان وليت مع الاثم ، ثم قضت ، فقضاؤها فيما تشهد فيه صحيح ونافذ ، ونجد هذا جليا في كثير من المصادر الحنفية :

ففي مجمع الأنهر : " ويجوز قضاء المرأة في جميع الحقوق لكونها من أهل الشهادة لكن أثم المولي لها ..."(٣١).

وفي تنوير الأبصار للغزى : " والمرأة تقضي في غير حد وقود وان أثم المولى لها .. "(٣٢).

وقال ابن الهمام ، وهو يرد على القول ببطلان قضاء المرأة لو وليت : " ... والجواب أن ماذكر غاية مايفي منع أن تستقضى وعدم حله ، والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان ..." . (٣٣)

وقال ابن نجيم معلقاعلى عبارة الكنز :" وتقضي المرأة في غير حد وقود ". : " أهل للشهادة في غيرهما ، فكانت أهلا للقضاء لكن يأثم المولي لها للحديث :" لن يفلح قوم ولوا

---

(٣٠) انظر : البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٨٣- الطبعة الأولى ، المطبعة العلمية.

(٣١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر / لعبد الرحمن أفندي المدعو : شيخي زاده ٢/١٦٨- المطبعة العثمانية ، سنة ١٣٢٧هـ ، وانظر : درر المنتقى في شرح الملتقى للحصكفي -، وهو مطبوع مع مجمع الأنهر.

(٣٢) تنوير الأبصار للغزى مع حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٤٠.

(٣٣) فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٩٨- مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الأولى ١٣٨٩/ ١٩٧٠م

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

أمرهم امرأة "، (٣٤) ثم يقول بعد ذلك : " وأما سلطنتها فصحيحة "، وقد ولى مصر امرأة تسمى شجرة الدر " (٣٥) ، وان هذا لشيء عجاب ، فإذا كان يحرم استقضاء المرأة فكيف تصح سلطنتها ، والسلطان نائب الخليفة في الحكم ، وهو مسئول عن القضاء والولاة والجند وسائر المرافق في المجتمع ؟!

وقال في الأشباه والنظائر : " ولاينبغي أن تولى القضاء وان صح منها في غير الحدود والقصاص " . (٣٦)

وجاء في الاختيار : " ويجوز قضاء المرأة فيما تقبل شهادتها فيه الا أنه يكره لما فيه من محادثة الرجال ، ومبنى أمرهن على الستر ، وذلك خلافا لزفر " (٣٧) ، وتحمل الكراهة هنا على الكراهة التحريمية الموقعة في الاثم .

ونقل الألوسي في تفسيره عن أبي حيان أن مذهب أبي حنيفة أن المرأة تقضي فيما تشهد فيه لا على الاطلاق ، ولا أن يكتب لها منشور بأن فلانة مقدمة على الحكم ، وانما على سبيل التحكيم . (٣٨)

---

(٣٤) البحر الرائق لابن نجيم ٧/٥-٦ ، الطبعة الأولى ، المطبعة العلمية ، وسيأتي تخريج الحديث في هامش (١٥٧) ومابعده .

(٣٥) المرجع السابق

(٣٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٢٤ - تحقيق عبد العزيز الوكيل ،مؤسسة الحلبي- القاهرة سنة ١٣٨٧هـ- ١٩٦٨م.

(٣٧) الاختيار لتعليل المختار / عبد الله الموصلي ١٣٢/٢، تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد ، مكتبة صبيح بمصر ، الطبعة الرابعة ، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦ م.

(٣٨) تفسير الألوسي ١٨٩/١٩-١٩٠- دار احياء التراث العربي - بيروت .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

فهذه العبارات تدل على أن الحنفية لا يبيحون تولية المرأة القضاء ولكن ان حصلت التولية مع الاثم انعقدت ولايتها وصح قضاؤها فيما تصح فيه شهادتها .

وهذا مايدل عليه الواقع التاريخي ؛ فإن مذهب الحنفية كان هو السائد في الدولة العباسية والعثمانية وغيرها ولعصور متعاقبة ، ولم يحصل أن وليت امرأة القضاء ، وكذلك فان صوت المرأة عند بعض الحنفية عورة ، (٣٩) فيبعد أن يجيزوا لها تولي القضاء مع مافيه من استنطاق الشهود ومحاورة الخصوم ومناقشة المحامين .

وإزاء ذلك ، فالوجه أن نحمل ماجاء عن بعض الحنفية من اطلاق القول بصحة تولية المرأةالقضاء أو بجواز تقليدها هذا المنصب على أنه لايقصد بالصحة أو الجواز الاباحة التي يخير الانسان فيها بين الفعل والترك ؛ لأنهم صرحوا في غير موضع بالتأثيم ، انما يقصد به صحة انعقاد الولاية رغم الاثم ، اذ صحة القضاء ونفاذه فرع عن صحة التولية وانعقادها ، وذلك على اعتبار أن الذكورة في الولايات ليست عندهم من شروط الانعقاد ؛ لأن المرأة أهل للتكليف والولاية في الجملة ، وان ورد النهي عن تولية النساء . وهذا هو مذهب جمهور الحنفية ماعدا زفر ومحمد بن الحسن ، فقد نقل عن الأول أنه يرى أن الذكورة شرط جواز وصحة ، فلا تنعقد ولاية المرأة ولاينفذ قضاؤها ، ونسب للثاني القول بجواز قضاء المرأة مطلقا . (٤٠)

والمسألة تعود الى أن النهي عن الشيء هل يقتضي الصحة أو البطلان ؟

---

(٣٩) فتح القدير للكمال ١/١٨١ طبعة بولاق ، حاشية ابن عابدين ١/٤٠٥-٤٠٦ ط الحلبي

(٤٠) الاختيار لعليل المختار - عبد الله الموصلي ٢/١٣٢- مكتبة صبيح بمصر سنة ١٣٨٦هـ وانظر ، نظام القضاء في الاسلام / المستشار جمال المرصفاوي ص ٢٤، المنتقى للباجي ٥/١٨٢- مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

ومذهب الحنفية في هذا أن النهي عن الشرعيات (٤١) ان كان لذاته ، كخلل في أركانه أو في محله ، أو شروطه ، يقتضي البطلان ،أي عدم السببية للحكم المطلوب ، ولايترتب عليه أي أثر ، وذلك كالصلاة بدون وضوء (وهو شرط) ، وبيع الميتة ، لعدم المالية ، (وهى ركن) . لأن الشيء لايوجد بدون أركانه ومقوماته .

وأما ان كان النهي لالذاته ، بل لوصف لازم يه ، كان التصرف صحيحا بأصله فاسدا بوصفه : كالصوم في الأيام المنهي عنها ، لما يلزم من الاعراض عن ضيافة الله ، وكبيع الربا ، اذ الزيادة فيه كالوصف اللازم للمزيد عليه . وذهبوا في هذا الى أن الأصل تنزيل الألفاظ الشرعية على عرفها الشرعي ، وعرف الشرع في ذلك انما هو الفعل المعتبر في حكمه شرعا ، وفي هذه الحالة يفيد التصرف حكمه مع الاثم ، وحينئذ يطالب المرء بازالة سبب النهي - ان كان متعلقا بعقد -أو يفسخ العقد ان كان قابلا له .

وأما الشافعية وغيرهم فيقع العقد عندهم باطلا ، أى لايترتب عليه حكم ، سواء أكان النهي لذاته أم لوصفه ؛ لأنه لاتوجد الحقيقة الشرعية مع النهي ، ولاتجتمع الصحة مع القبح .

واتفق الحنفية والشافعية على أن النهي ان كان لأمر مجاور ، وهو المنفك ، صح التصرف ، فعلا أو قولا ، مع وجود الاثم : كالصلاة في الأرض المغصوبة ، والطلاق في الحيض ، والبيع وقت النداء ، لأن المنهي عنه في الحقيقة هو ذلك الوصف المجاور فحسب ، وغاية مايقتضية حصول الاثم .

---

(٤١) يقصد بالشرعيات مايتوقف معرفته على الشرع ؛ لأنه زيد في حقيقته وأركانه أشياء كانت غير معتبرة لغة ، وذلك مثل : الصلاة والحج والبيع .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

وأما في الحسيات (٤٢) ، فالنهي يقتضي البطلان اتفاقا ، اذا كان مطلقا ، أو تعلق بذات المنهي عنه : كالغصب ، فلا يفيد الملكية، أو كان لوصف لازم له : كالزنى ، فلا يثبت به النسب ، لا اذا كان لوصف مجاور : كالنهي عن الوطء حالة الحيض ، فان قوله تعالى : " ويسألونك عن المحيض (٤٣) .. " دل على أن النهي عن القربان للمجاور ، وهو الأذى ، فان وطئها حائضا، وجب لها كمال المهر ، وحلت للزوج الأول ، وثبت النسب ان حصل حمل ... (٤٤)

والقضاء داخل في الشرعيات ؛ لأنه لاتعرف حقيقته وشروطه الا من الشرع ، والنهي عنه- على فرض ثبوته - لالذاته ، لأنه مطلب شرعي ، وإقامته فرض كفاية . وانما لوصف لازم ، وهو ضعف المرأة ونقصها عن الرجل بشكل عام ، وغلبة العاطفة عليها ، فضلا عما يعتورها من الأعراض النسوية : كالحمل والحيض والنفاس ، مما يرهق أعصابها ، ويضعف من طاقاتها - كما سنبينه .

---

(٤٢) يقصد بالحسيات ماله وجود حسي من غير توقف على الشرع ، وعلامته صحة الاطلاق اللغوي عليه على أنه حقيقة ، كالزنا وشرب الخمر وغيرهما مما تستوي فيه الحقيقة اللغوية والشرعية .

(٤٣) سورة البقرة آية (٢٢٢).

(٤٤) انظر : حاشية سلم الوصول لمحمد بخيت - شرح نهاية السول للأسنوي ٢/٢٩٦- ومابعدها - عالم الكتب - بيروت سنة ١٩٨٢ م، الاحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢/٢٧٥ ومابعدها - مكتبة المعارف - الرياض ، طباعة دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م ، شرح المنار لابن الملك على متن المنار في أصول الفقه للنسفي ومعه حواشي الرهوى وعزمي زاده وابن الحلبي ، ص ٢٥٨- المطبعة العثمانية سنة ١٣١٥ هـ ، أصول الفقة الاسلامي / د. بدران أبو العينين ص ٣٦٨- ٣٦٩- مؤسسة الجامعة - الاسكندرية ، مذكرات نظام القضاء في الاسلام / د. ابراهيم عبد الحميد ص ٢٧-٢٨.

وانظر تفصيل آراء العلماء وأدلتهم في هذه المسألة في كتاب : تحقيق المراد في أن النهى يقتضي الفساد للحافظ العلائي - دراسة وتحقيق د. ابراهيم سلقيني - دار الفكر سنة ١٤٠٢ هـ /١٩٨٢م.

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

وتأسيسا على هذا ، اذا وليت المرأة صحت التولية عند الحنفية مع اثم المولى ، ويترتب علي ذلك صحة مايصدر عنها من أحكام ان أصابت الحق في اطار ماتجوز فيه شهادتها ، أي في غير الحدود والقصاص . وهذا يشبه ماذهب اليه المالكية من أن شرط سلامة الحواس في القاضي من السمع والبصر والنطق ليس مشترطا في صحة ولاية القضاء ، الا أن عدمها يوجب الفسخ ، وينفذ ما مضى من أحكامه (٤٥) . غير أن الحنفية لم يصرحوا بوجوب عزل المرأة ان وليت ، كما تقتضيه أصولهم ، ولكن قولهم بالتأثيم قد يوحى بذلك ، أو انهم اعتبروا النهي لوصف مجاور ، هو خلاف الواقع .

ثانيا : مذهب المالكية :

ذكرت أكثر كتب المالكية أن المذهب على اشتراط الذكورة في القاضي مطلقا ، ولم تحك خلافا فيه :فجاء في متن خليل : " أهل القضاء عدل ذكر فطن مجتهد ... الخ ". (٤٦)

---

(٤٥) انظر : مواهب الجليل للحطاب وبهامشه التاج والاكليل للمواق ٩٩/٦ - الطبعة الثانية سنة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م.

هذا وقد قسم المالكية صفات القاضي المطلوبة ثلاثة أقسام :

الأول : شرط في صحة التولية ، وعدمه يوجب الفسخ ، وهى / العدالة والذكورة والفطانة والاجتهاد والحرية والاسلام والعقل والبلوغ .

الثاني : مايقتضي عدمه الفسخ وان لم يكن شرطا في صحة الولاية ، وهى السمع والبصر والكلام .

الثالث : مستحب ، وهى كونه ورعا غنيا عفيفا نزها نسيبا ...الخ

انظر : جواهر الاكليل لصالح الأزهري ٢٢٢/٢ - دار المعرفة - بيروت ، مواهب الجليل للحطاب وبهامشه التاج والإكليل للمواق ٨٧/٦ ، الطبعة الثانية .

(٤٦) متن خليل مع شرح جواهرالاكليل للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهري ٢٢١/٢ - دار المعرفة - بيروت .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

وورد في شرح جواهر الاكليل ": ... فلا تصح توليه امرأة لحديث البخاري :" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " . (٤٧)

وفي حاشية الدسوقي :"... فلا يصح توليتها للقضاء ولا ينفذ حكمهما " . (٤٨) والضمير للأنثى والخنثى .

وجاء في كفاية الطالب الرباني :" وله شروط صحة لاينعقد الا بها وهى : الاسلام والعقل والحرية والذكورية والبلوغ والعدالة ... " . (٤٩)

وورد مثل ذلك في القوانين الفقهية لابن جزيء ، (٥٠) والمنتقى للباجي ، (٥١) وبداية المجتهد لابن رشد (٥٢) .

ولكن جاء في المواهب مايفيد أن ابن القاسم يجوز ولاية المرأة للقضاء اما مطلقا أو فيما تصح فيه شهادتها ، فقال فيها : " قال في التوضيح :" وروى ابن أبى مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة ، قال ابن عرفة : " قال ابن زرقون : أظنه فيما تجوز فيه شهادتها " قال ابن عبد السلام : " لاحاجة لهذا التأويل لاحتمال أن يكون ابن القاسم قال كقول الحسن

---

(٤٧) المرجع السابق

(٤٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢٩/٤ - مطبعة عيسى الحلبي .

(٤٩) كفاية الطالب الرباني لعلى أبي الحسن المالكي ٩٦٩/٢ ، مطبوع مع حاشية العدوى: مطبعة مصطفي الحلبي سنة ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م .

(٥٠) القوانين الفقهية لابن جزىء ص ١٩٥ - دار القلم - بيروت .

(٥١) المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي ٥/ ١٨٢- مطبعة السعادة بمصر -الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢ هـ.

(٥٢) بداية المجتهد لابن رشد ٤٦٠/٢ ط مصطفى الحلبي - مصر ، الطبعة الرابعة سنة ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م .

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

والطبري باجازة ولايتها القضاء مطلقا " ثم قال : " والاظهر قول ابن زرقون ، لأن ابن عبد السلام قال في الرد على من شذ من المتكلمين وقال :" الفسق لاينافي القضاء" مانصه :" وهذا ضعيف جدا : لأن العدالة شرط في قبول الشهادة ، والقضاء أعظم حرمة منها " قلت : فجعل ماهو مناف للشهادة مناف (٥٣) للقضاء ، فكما أن النكاح والطلاق والعتق والحدود لاتقبل فيها شهادتها فكذلك لايصح فيها قضاؤها ". (٥٤)

وكذلك جاء في عارضة الأحوذي أن ذلك - أي جواز تولي المرأة القضاء مطلقا - رواية عن مالك ، (٥٥) ولعله اشارة الى مذهب ابن القاسم ، علما بأن ابن العربي لما بسط الحديث عن هذه المسألة في تفسيره لقوله تعالى :" اني وجدت امراة تملكهم ...." الآية (٥٦) لم يشر الى هذا القول ، مع العلم أنه ذكر رأي الحنفية والطبري ، واحتمل أن يكون مقصدهما جواز تحكيم المرأة في القضية الواحدة لاتقليدها وظيفة القضاء (٥٧) .

وأما عند غير المالكية فلم أجد من أشار الى هذا الرأي من القدامى سوى ابن حجر حيث ذكر في الفتح مثل مقولة ابن العربي من أن اجازة ولاية المرأة للقضاء مطلقا رواية عن

---

(٥٣) هكذا وردت في النص ، والصحيح أنها " منافيا ".

(٥٤) مواهب الجليل للحطاب مطبوع مع التاج والاكليل للمواق ٦/٨٨- ٨٩ الطبعة الثانية ، سنة ١٣٩٨ هـ /١٩٧٨م.

(٥٥) عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي - لابن العربي المالكي ٦/٥٤٢- دار الفكر - سنة ١٣٨٥هـ / ١٩٦٥ م - حديث رقم ٢٣٦٥.

(٥٦) سورة النمل - آية (٢٣).

(٥٧) انظر : أحكام القرآن لابن العربي المالكي ٣/٤٨٢ - دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

مالك . وجاء في موضع آخر منه نقلا عن ابن التين أنه رواية عن بعض المالكية (٥٨) .

هذا وقد ناقش بعضهم هذا القول المنسوب لابن القاسم من ناحية صحة هذه الرواية ومن ناحية موضوعها :

أما من حيث الرواية فقد استبعد صحتها عن ابن القاسم؛ لأن هناك انقطاعا بين ابن ابى مريم وابن القاسم ، فقد توفي الأول في منتصف القرن الحادي عشر الهجري ، وتوفي الثاني في آخر القرن الثاني عشر الهجرى (٥٩) ، كما أنها تخالف رواية سحنون المعروفة في المدونة ، ولم يتعرض لها سوى الحطاب من علماء المذهب .

وأما من الناحية الموضوعية ، ففيها خرق لاجماع من سبق ابن القاسم من العلماء ، ومخالفة لما اعتمدوا عليه من الأدلة، وفيها كذلك خروج على قاعدة من قواعد المذهب ، وهى قاعدة" سدالذرائع" ، وفى تولي المرأة القضاء ذريعة لخروجها واختلاطها بالرجال (٦٠).

ويمكن الاجابة عن الملاحظة الأولى بأن الحطاب عالم ثقة ، وقد نقل هذا القول عن ثقة هو ابن أبي مريم ، واطلع عليه ابن عرفة وابن زرقون وابن عبد السلام ، كما يظهر من عبارة المواهب السابقة ، ولم يعترض عليه أحد منهم ولا من غيرهم من المالكية فيما نعلم ،وأشار اليه كذلك ابن العربي وهو من كبار المالكية ، كما أشار اليه ابن حجر ، وهو قمة في

---

(٥٨) فتح البارى لابن حجر العسلاني ٩٧/٨ ، ٤٧/١٣- دار المعرفة - بيروت

(٥٩) انظر : ترتيب المدارك للقاضي عياض ٤٤٦/١- دار مكتبة الحياة - بيروت ، الشجرة الزكية في طبقات المالكية ٢٩١/١ .

(٦٠) انظر : مذكرات في علم القضاء للشيخ عبد العال عطوة ص ١٤- ١٥ ، نقلا عن القاضي والبينة / عبد الحسب عبد السلام ص ٢٣٤ - مكتبة المعلا - الكويت ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧.

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????
التحقيق والتثبت ، لذا فاننا نحسن الظن بالعلماء ونثق في نقلهم ، علما بأن عادتهم جرت بنقل الأقوال الفقهية من غير اسناد ، اعتمادا على وجودها في الكتب المعتمدة ، وابن أبي مريم لم يدع النقل المباشر عن ابن القاسم حتى يشك فيه . والمنطق يقضي بقبول رواية كتب المذهب عن رجاله ، والا لبطل كثير من الفقه المنقول أو كاد ، وقد دأب العلماء على قبول الكتب المتداولة ؛ لأن الدس فيها بعيد ، وأجازوا لكل من نظر في الكتب المصنفة المشهورة عند الناس ، وفهم شيئا منها ، وكان حاذقا في ذلك - أن يقول : قال فلان كذا ، أو مذهبه كذا ، من غير اسناد ؛ لأنها مستفيضة ، بمنزلة المتواتر أو المشهور (٦١).

وأما ما ورد بشأن الناحية الموضوعية فان مخالفة القول للاجماع والأدلة - ان صحت- فأمر يتعلق ببحث الأدلة ومناقشتها ، ولاينال من نسبة القول الى صاحبه ، وبالنسبة لتعارضه وقاعدة سد الذرائع فقد يقال : ان هذا غير مسلم من قبل ان ذرائع الفساد المعتبرة هى تلك التى يكون جانب الفساد فيها راجحا ، وليس منه مانحن فيه ؛ لما في قضاء المرأة من مصلحة قد تربو على مفسدة الاختلاط ، كالنظر الى وجه المرأة في حالات الشهادة والمعاملة والمعالجة ونحوها (٦٢) . ولكن يمكن أن يرد على هذا بأن النظر قد أبيح في هذه

---

(٦١) انظر : أصول السرخسي ١/٣٧٨- ٣٧٩ - تحقيق أبي الوفا الأفغاني - دار المعرفة بيروت ١٩٧٣/ ١٣٩٣، فتح القدير لابن الهمام ٥/٤٥٦-٤٥٧ ، تصوير عن طبعة بولاق .
وانظر : مذكرات نظام القضاء في الاسلام /د. ابراهيم عبد الحميد ص ٢٤ - ٢٥ .

(٦٢) المرجع السابق ، وقد قسم ابن القيم الذرائع أربعة أقسام ١- مايفضى الى المفسدة وضعا، كالمسكر ونحوه ، وهو محرم أو مكروه ، بحسب درجته في الفساد ٢- مباح قصد به التوسل الى المفسده كعقد البيع بقصد الربا ، واختار فيه المنع ٣- مباح لم يقصد به التوسل الى المفسدة ، لكنه يفضي اليها غالبا ، وجانب المفسدة فيه أرجح : كسب أرباب المشركين بين ظهورهم ومختاره المنع كذلك ٤- مباح قد يفضي الى المفسدة ولكن جانب المصلحة أرجح : كالنظر الى المخطوبة ، والمشهود عليها ونحوها، وهو مشروع بحسب درجته في المصلحة - اعلام الموقعين ٣/١٤٨ - دار الفكر .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

الحالات استثناء لمكان الضرورة ، ولاضرورة في استقضاء المرأة مع وجود الأكفياء من الرجال ، والنزاع محمول على حالة الاختيار لا الاضطرار. وأياما كان الأمر فهذا لاشأن له بالحكم على صحة النقل أو عدمه .

ولايسعنا والحالة هذه ، أن ننفي مانسب لابن القاسم جملة وتفصيلا ، ولكن بما أن الغالبية العظمى من كتب المالكية لم تشر الى هذا الرأي ، فاننا نرجح أن يكون حقيقة مذهب ابن القاسم في هذه المسألة أحد أمرين :.

اما أن يقصد صحة قضاء اللمرأة مطلقا أو فيما تشهد فيه اذا حُكِّمت في قضية معينة .

واما أن يكون المقصود أن المرأة اذا وليت مع اثم المولى ثم حكمت فان حكمها نافذ وصحيح كما هو الشأن عند الحنفية ، وبخاصة أن المالكية جعلوا من شروط القاضي مالايمنع من صحة الولاية ولكن يوجب العزل - كما مر .

والذي يحملنا على ذلك كذلك ، أن مذهب المالكية لايجيز للمرأة أن تؤم النساء في الصلاة (٦٣) ، فضلا عن الرجال ، مبالغة في تصونها ،فكيف يباح لها ولاية القضاء ؟ ، وكذلك لايجيز المالكية للمرأة أن تلي عقد النكاح لا لنفسها ولا لغيرها (٦٤) ، والقاضي يكون ولي من لا ولي له .

ثالثا : مذهب الشافعية والحنابلة :

ذهب الشافعية والحنابلة الى اشتراط الذكورة في القاضي ، وأن قضاء المرأة باطل

---

(٦٣) قال القرطبي:" قال علماؤنا : لاتصح امامتها للرجال ولا للنساء "- الجامع لأحكام القرآن / للقرطبي - ١/٣٥٦- دار القلم ، الطبعة الثالثة ١٣٨٦/ ١٩٦٦.

(٦٤) الشرح الصغير للدردير ٢/٣٦٩ - دار المعارف بمصر ١٣٩٢ هـ.

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

مطلقا ، أي أن الذكورة عندهم شرط صحة وجواز ، ولم يرو عنهم في ذلك خلاف .

فمما ورد عند الشافعية في ذلك ماجاء في أدب القضاء من أن شرائط القضاء عشرة، وعد منها الذكورة ، ثم قال : " فهؤلاء ليسوا من أهل القضاء ، وان ولوا لم تنعقد ولايتهم ولا أحكامهم ". (٦٥)

وجاء في منهاج الطالبين للنووي :" وشروط القاضي مسلم مكلف حر ذكر ... ". (٦٦) وقال الرملي في شرحه : " فلا تولى امرأة لنقصها ولاحتياج القاضي الى مخالطة الرجال " . (٦٧)

وقال الشيرازي :" ولايجوز أن يكون(أي القاضي) امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم : " ما أفلح قوم أسندوا أمرهم الى امرأة " . (٦٨)ونقل مثل ذلك عن فتح المعين (٦٩) والأشباه والنظائر (٧٠) ، ومتن أبي شجاع (٧١) ، وغيرها (٧٢).

---

(٦٥) أدب القضاء ، وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات / ابن أبي الدم الحموي ص ٧٠ ، تحقيق د. محمد مصطفى الزحيلي - دار الفكر ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢م.

(٦٦) منهاج الطالبين للنووي ، مطبوع مع شرح السيوطي وحاشيتي قليوبي وعميرة ٢٩٦/٤- مطبعة عيسى الحلبي بمصر .

(٦٧) نهاية المحتاج لرملي ٢٣٨/٨ - مطبعة مصطفى الحلبي بمصر سنة ١٣٨٦/١٩٦٧ م.

(٦٨) المهذب للشيرازي مطبوع مع المجموع وتكملاته ١١٤/١٩- المكتبة العالمية .

(٦٩) فتح المعين للمليبارى مطبوع مع اعانة الطالبين للبكري ٢١١/٤ - مطبعة عيسى الحلبي بمصر

(٧٠) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٦١ - مطبعة عيسى الحلبي .

(٧١) متن أبي شجاع مع شرح الاقناع وحاشية البجيرمي ٣١٨/٤ - دار المعرفة - بيروت سنة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨ م .

(٧٢) انظر : الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥ - مطبعة مصطفى الحلبي - الطبعة الثالثة - وانظر : أدب القاضي للماوردي أيضا ص ٦٢٥ - مطبعة الارشاد - بغداد.

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

وذكر الماوردي الشافعي أنه كما لايصح أن تقلد المرأة القضاء لايصح تفويضها تقليد قاض معين ؛ لأنه لما لم يصح أن تكون والية لم يصح أن تكون مولية ، أما أن جعل اليها اختيار قاض من بين عدد من القضاة جاز؛ لأن الاختيار اجتهاد لاتمنع منه الأنوثة كالفتيا . (٧٣)

ومما ورد عند الحنابلة عن شرط الذكورة ما جاء في مختصر الخرقي :" ولايلي قاض حتى يكون بالغا عاقلا مسلما حرا ذكرا عالما ..... " ، وقال ابن قدامة تعليقا عليه : " وجملته أنه يشترط في القاضي ثلاثة شروط : أحدها الكمال ، وهو نوعان : كمال الأحكام وكمال الخلقة ، أما كمال الأحكام فيعتبر في أربعة أشياء : أن يكون بالغا عاقلا حرا ذكرا..." .(٧٤)

وجاء في المقنع : " ويشترط في القاضي عشر صفات : أن يكون بالغا عاقلا ذكرا..."(٧٥) وجاء مثل ذلك في نيل المآرب (٧٦) ، ومتن الاقناع (٧٧) ، وغيرها من كتب المذهب .

---

(٧٣) انظر : أدب القاضي للماوردي ص٦٢٨ ، القضاء في الشريعة الاسلامية / د. فاروق عبد العليم عيسى ص١٥٥ - عالم المعرفة للنشر والتوزيع - جدة - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥/ ١٩٨٣م

(٧٤) المغني لابن قدامة شرح مختصر الخرقي مطبوع مع الشرح الكبير ١١/ ٣٨٠ - در الكتاب العربي- بيروت سنة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م.

(٧٥) المقنع في فقه الامام أحمد لابن قدامة - مطبوع مع حاشية سليمان عبد الله ٣/ ٦٠٩ - مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.

(٧٦) نيل المآرب بشرح دليل الطالب / عبد القادر بن عمر الشيباني ٢/ ٤٤٧- تحقيق د. محمد سليمان الأشقر - مكتبة الفلاح ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م.

(٧٧) متن الاقناع ومعه كشاف القناع للبهوتي ٦/ ٩٤- عالم الكتب - بيروت سنة ١٤٣هـ / ١٩٨٣م.

رابعا : مذهب الخوارج :

يرى الخوارج جواز تولية المرأة القضاء في كل شيء ، قال في روضة القضاة :" وقال الخوارج : يجوز ذلك في الجميع ". (٧٨)

وهذا مبنى على قولهم بصلاحية المرأة للخلافة ، وقد عينوا امرأة خليفة عليهم في عهد الأمويين هى غزالة زوجة شبيب بن يزيد (٧٩).

خامسا: مذهب الشيعة

ذهب الشيعة، الزيدية والامامية على السواء، الى أن الذكورة شرط في القاضي ، ولاتنعقد الولاية للمرأة ولاتنفذ أحكامها .

قال في شرح الأزهار :" وشروطه ستة :" الأول "الذكورة" فلا يصح من المرأة تولي . القضاء ، هذا مذهبنا ..." (٨٠) وجاء مثل ذلك في البحر الزخار ، والمختصر النافع ، وشرائع الاسلام (٨١)

سادسا: مذهب شريح

جاء في التنوير وشرحه :" ولوقضت في حد وقود ، فرفع الى قاض آخر ، يرى

---

(٧٨) روضة القضاة للسمناني ٥٣/١ - مؤسسة الرسالة - بيروت .

(٧٩) انظر : أعلام النساء / عمر رضا كحالة ٧/٤-٨ مؤسسة الرسالة - بيروت .

(٨٠) شرح الأزهار لأحمد بن يحى المرتضى ٣١٠/٤

(٨١) البحر الزخار لأحمد بن يحى المرتضى ١١٨/٥- دار الحكمة اليمانية - صفاء سنة ١٤٠٩ هـ/ ١٩٨٨م. المختصر النافع لجعفر الحلي ص٧٩ - الطبعة الثانية - ١٩٥٨ م، القاهرة ، وشرائع الاسلام لجعفر الحلي ص ٢٠٤ - مكتبة الحياة - بيروت ١٩٧٨ م

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

جوازه فأمضاه ، ليس لغيره ابطاله ، لخلاف شريح " (٨٢) وهذا يوحي بأن شريحا يجيز قضاء المرأة مطلقا ، وفيه نظر؛ لأن ابن عابدين علق على تلك العبارة بقوله :" فان شريحا يجيز شهادة النساء في الحدود والقصاص " مما يشير الى ان خلاف شريح خلاف مفترض ، مفرع على اجازته شهادة المرأة مطلقا ، على طريقة الحنفية في بناء القضاء على الشهادة ، وهذا لايدل بالضرورة على أنه مذهب لشريح ؛ لان لازم المذهب ليس بمذهب على الصحيح ، ثم ان هذا اللازم محل نظر أيضا .

سابعا : مذهب الحسن البصرى

ذكرت بعض المصادر القليلة أنه يجيز ولاية المرأة القضاء (٨٣) ، وان صح ذلك فلعله يرى نفاذ حكمها لو وليت مع الاثم ، لا اباحة التولية .

ثامنا : مذهب الظاهرية

جاء في المحلى :" وجائز أن تلي المرأة الحكم ، وهو قول أبي حنيفة ، وقد روى عن عمر بن الخطاب أنه ولى الشفاء - امرأة من قومه - السوق ..." (٨٤) ، ويبدو من اطلاق النص والاستئناس بتولية الشفاء على أنه يرى جواز ولاية المرأة للقضاء في كل شيء من غير اثم ، ومما يدعو للعجب أنه مع ذلك لايرى أن تكون المرأة ولية في النكاح على نفسها أو على غيرها .

---

(٨٢) تنوير الأبصار بشرح الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٤٤١/٥- ط مصطفى الحلبي ١٣٨٦ هـ .

(٨٣) انظر : مواهب الجليل للحطاب ، مطبوع مع التاج والأكليل ٨٨/٦- ٨٩ ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٨ / ١٩٧٨م ، وانظر : القضاء ونظم الاثبات في الفقة الاسلامي والأنظمة الوضعية / د. محمود محمد هاشم ص٥٩ نشر عمادة شئون المكتبات - جامعة الملك سعود - الرياض ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م .

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????
(٨٤) المحلى لابن حزم ٤٢٩/٩ - دار الآفاق الجديدة - بيروت .

تاسعا : مذهب الطبري

ذكرت مصادر عديدة أن محمد بن جرير الطبري يجيز ولاية المرأة للقضاء في كل الحقوق ، ولكن بعض تلك المصادر ذكرت ذلك بصيغة التمريض ، وبعضها بصيغة الجزم ، وبعضها شككت في صحة الخبر .

ومن المصادر التي ورد فيها الخبر بصيغة التمريض كتاب المغنى لابن قدامة ، اذ جاء فيه : " وحكى عن ابن جرير أنه لايشترط الذكورية؛ لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية ". (٨٥)

وأما رواية الجزم فوردت في معظم المصادر ، منها ماجاء في المنتقى للباجي ، وقد سبق ذكره :" وقال محمد بن الحسن ومحمد بن جرير : يجوز أن تكون المرأة قاضية على كل حال " (٨٦)

وقال ابن رشد في بداية المجتهد : "وقال الطبري : يجوز أن تكون المرأة حاكما على الاطلاق" (٨٧).

وجاء في القوانين الفقهية :" وأجازه الطبري مطلقا " (٨٨).

وقال الماوردي :" وجوزه ابن جرير الطبرى كالرجل ". (٨٩)

وقال في الفتح :" والمنع من أن تلي المرأة الامارة والقضاء قول الجمهور ، وأجازه

---

(٨٥) المغني لابن قدامة ١١/ ٣٨٠- دار الكتاب العربي - بيروت سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣ م .

(٨٦) المنتقى لأبي الوليد الباجي ١٨٢/٥ - مطبعة السعادة بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢هـ."

(٨٧) بداية المجتهد لابن رشد ٤٦٠/٢ ط مصطفى الحلبي بمصر ، الطبعة الرابعة سنة ١٣٩٥هـ.

(٨٨) القوانين الفقهية لابن جزىء ص ١٩٥ - دار القلم - بيروت .

(٨٩) أدب القاضي للماوردي ص ٦٢٦ - مطبعة الارشاد - بغداد ، وانظر : الأحكام السلطانية للماوردي أيضا ص ٦٥ ، مطبعة مصطفى الحلبي الطبعة الثالثة .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

الطبري ..."(٩٠) ونلاحظ أن ابن حجر لايفرق بين الامارة والقضاء ، وظاهر كلامه أن الطبري يجيز ولاية المرأة في الأمرين ، ولم يثبت ذلك عنه في المراجع ، ولعله تسامح في التعبير .

وقال الصنعاني :" وذهب ابن جرير الى جواز توليتها مطلقا ". (٩١)

وممن شككوا في نسبة هذا القول لابن جرير : ابن العربى المالكي كما ألمحنا سابقا ، اذ قال في معرض تفسيره لقوله تعالى :" اني وجدت امرأة تملكهم من دون الله ..." (٩٢) : "ونقل عن ابن جرير أنه يجوز أن تكون المرأة قاضية ، ولم يصح ذلك عنه ، ولعه نقل عنه كما نقل عن أبي حنيفة أنها تقضي فيما تشهد ، لابأن يكتب لها مسطورة بأن فلانة مقدمة على الحكم، وانما سبيل ذلك سبيل التحكيم والاستنابة في القضية الواحدة ، وهو الظن بأبي حنيفة وابن جرير ..." . (٩٣)

وكذلك فعل الألوسي في تفسيره حيث قال :" ونقل عن محمد بن جرير أنه يجوز أن تكون المرأة قاضية ولم يصح عنه " (٩٤) عصر المجمعين يكون مردودا وغير معتبر .

وكذلك استبعد بعض المحدثين هذا القول على ابن جرير ، وخطأه من ناحيتين : تاريخية وموضوعية :

---

(٩٠) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٩٧/٨ - دار المعرفة - بيروت ، وانظر كذلك : الفتح ٤٧/١٣ .

(٩١) سبل السلام للصنعاني ١٢٣/٤، الطبعة الرابعة ، سنة ١٣٧٩هـ / ١٩٦٠م /ونقل مثل ذلك في البحر الزخار لأحمد بن حي ١١٨/٥ -دار الحكمة اليمانية - صنعاء ١٤٠٩ هـ /١٩٨٨م، وانظر : شرح الأزهار للمؤلف نفسه ٣١٠/٤.

(٩٢) سورة النمل -آية (٢٣) .

(٩٣) أحكام القرآن لابن العربي المالكي ٤٨٢/٣ دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨ م، ونقله عنه القرطبي في تفسيره ولم يعقب عليه ، انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٨٣/١٣- دار الكاتب العربي للطباعة والنشر - القاهرة - ١٣٨٧هـ/ ١٩٦٧ م .

(٩٤) روح المعاني للالوسي ١٨٩/١٩ - دار احياء التراث العربي - بيروت .

فمن الناحية التاريخية لم يسند هذا القول لأي من مؤلفات الطبري ، ولم يرد له ذكرفي تفسيره الكبير أو غيره ، كما لم يسند الى ابن جرير بسند من الأسانيد ، حتى يمكن التحقق من صحته .

ومن الناحية الموضوعية ، فان هذا القول مخالف لحديث أبي بكرة:" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ، ومخالف لاجماع من سبقه ، والقول المخالف للاجماع ، ولم يكن صاحبه في عصر المجمعين يكون مردوداً وغير معتبر (٩٥) وقد يؤيد هذا أن الماوردي اعتبر قول الطبري شاذا وخارقا للاجماع ، قال في الأحكام السلطانية : " وشذ ابن جرير فجوز قضاءها في جميع الأحكام ، ولا اعتبار بقول يرده الاجماع مع قوله تعالى : " الرجال قوامون على النساء"(٩٦).

ويمكن أن نجيب بما ذكرناه من قبل تعليقا على رأي ابن القاسم من أنه يكفي لاثبات القول الفقهي أن ينص عليه العلماء الثقات ، ورأى الطبري هذا نقله عدد من مشاهير الفقهاء بصيغة الجزم كما ذكرنا ، منهم ابن رشد وابن حجر والباجي وغيرهم ، ولايضيرهم عدم ذكر الاسناد فانهم موضع الثقة وأهل الصدق ، وما جاء من نقله بصيغة التمريض أو التشكيك في صحته ، فلم يرد الا عن قلة من الفقهاء ، والعبرة بقول الأكثرين ، ومن علم حجة على من لم يعلم .

---

(٩٥) انظر : مذكرات في علم القضاء للشيخ عبد العال عطوة نقلا عن النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٨٥ ومابعدها - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م، والقاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام يوسف- ص ٢٣٣ ومابعدها - مكتبة المعلا - الكويت .

(٩٦) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥ - مطبعة مصطفى الحلبي ط ٣ .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

وأما عدم وروده في مؤلفات الطبري ، فمن المعروف أن مذهب الطبري وفقهه لم يحفظ ويصنف في كتب مستقلة كما هو الحال في المذاهب الأخرى ، وقد انقرض أتباعه منذ زمن بعيد ، وأما تفسيره الكبير فلم يشر الى هذا الرأى ، ولعله لم يرد له مناسبة تستدعى ذكره ، فكثير من التفاسير الأخرى لم تتعرض لشروط القاضي . وأما مخالفته للحـــــديث والاجماع فأمر يتعلق بالأدلة كما ذكرنا ، ولايصلح دليلا لتوهين الخبر.(٩٧)

بقي أن نقول هلى يعني الطبري بجواز تولي المرأة للقضاء أن ذلك مباح ولا اثم على المولى والمولي ؟ أم أنه يقصد أن الولاية تنعقد لها مع اثم التولية كما هو الحال عند الحنفية ؟ لم نطلع على عبارة الطبري نفسه حتى نتبين الحقيقة ، ولكن أغلب الظن أنه يقصد المعنى الثاني ، وأقوال الفقهاء الذين ذكروا رأيه تتسع لهذا المعنى، وهى مماثلة في تعبيرها للصيغ المطلقة التى قرر بها الفقهاء رأي الحنفية ، وتبين لنا لدى التحقيق أن مذهب الحنفية على تأثيم تولية المرأة القضاء ، مع صحة الولاية ونفاذ الأحكام فيما تصح فيه شهادتها .

خلاصة هذه الأقوال :

يمكن تصنيف أقوال العلماء في تولي المرأة القضاء في ثلاثة أقوال :

القول الأول : لايجوز تولية المرأة القضاء ، واذا وليت فقضاؤها باطل مطلقا سواء في الأموال أم في غيرها ، أى أن الذكورة شرط للجواز والصحة ، وهو مذهب جمهور الفقهاء : المالكية في المشهور عنهم ، والشافعية والحنابلة ، وزفر من الحنفية، والامامية والزيدية .

---

(٩٧) انظر : مذكرات نظام القضاء في الاسلام للدكتور ابراهيم عبد الحميد نقلا عن النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د./ محمد رأفت عثمان ص ٨٥ -٨٦ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى

القول الثاني: لايجوز تولية المرأة القضاء ويأثم موليها ، ولكن اذا وليت نفذ قضاؤها بما تصح فيه شهادتها اذا كان موافقا للحق ، أي أن الذكورة شرط للجواز لاللصحة ، وهو قول الحنفية غير زفر ، والاحتمال لأظهر لقول ابن القاسم ، وتوجيه لقول ابن جرير .

وتصلح شهادة المرأة عند الحنفية في غير الحدود والقصاص ، وعند ابن القاسم في قضايا الأموال ومالا يطلع عليه الرجال غالبا كالولادة والاستهلال وعيوب النساء الخفية ، وحقوق الأبدان التى تؤول الي المال ، كالوكالات والوصية المتعلقة بالمال .

وأما الطبري فتصح عنده شهادة المرأة مطلقا . (٩٨)

هذا وقد سبق أن ذكرنا أن بعض العلماء نسب للحسن صحة قضاء المرأة على الاطلاق، فان صح هذا فينبغي أن يكون مبنيا أيضا على صحة شهادتها مطلقا .

القول الثالث : يجوز تولية المرأة القضاء مطلقا ، أى أن الذكورة ليست شرط جواز ولاشرط صحة ، وهو مذهب الخوارج وابن حزم والوجه المرجوح لمذهب الطبري والحسن البصري وابن القاسم ، كما نسب لمحمد بن الحسن .

---

(٩٨) انظر : النظام القضائى في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٨٨ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

المبحث الثاني

أدلة هذه الاقوال

المطلب الأول - أدلة القائلين بتحريم تولية المرأة القضاء وبطلان قضائها مطلقا ، وهم جمهور الفقهاء :

استدلوا بالكتاب والسنة والاجماع والقياس والمعقول :

أولا: من القرآن الكريم

استدلوا من القرآن الكريم بما يلي :

١) بقوله تعالى : " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم ..."(٩٩) ، قال الماوردي :" يعني في العقل واالرأي ، فلم يجز أن يقمن على الرجال "(١٠٠).

ووجه الاستدلال أن الآية تفيد حصر القوامة في الرجال ، لأن المبتدأ المحلى بأل الجنسية منحصر في خبره ، جاء في حاشية السعد في بيان بعض أنواع الحصر " وهو أن يعرف المبتدأ بحيث يكون ظاهرا في العموم ، سواء كان صفة أو اسم جنس ، ويجعل الخبر ماهو أخص منه بحسب المفهوم ، سواء أكان علما أو غير علم ،مثل : العالم زيد ، والرجل عمرو ، والكرم في العرب ، والأئمة من قريش ، وصديقي خالد ، ولا خلاف في ذلك بين علماء المعاني، تمسكا باستعمال الفصحاء ، ولافي عكسه أيضا " (١٠١)

---

(٩٩) سورة النساء- آية (٣٤)

(١٠٠) أدب القاضي للماوردي ص ٦٢٧- مطبعة الارشاد - بغداد سنة ١٩٧١م ، وانظر : الأحكام السلطانية للمؤلف نفسه ص ٦٥ - مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٩٧٣م، حاشية السعد التفتازاني على شرح العضد لمختصر ابن الحاجب ١٨٣/٢- مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٣ . وانظر : تيسير التحرير/ أميربادشاه ١٣٤/١ ، دار الكتب العلمية - بيروت

والحصر هنا حصر اضافي ، أي بالنسبة الى النساء ، وهذا يفيد أن القوامة للرجال على النساء دون العكس ، وبالتالي لاتصح ولاية المرأة القضاء لما يستلزم من قوامة النساء على الرجال مما يخالف مدلول الآية.(١٠٢)

مناقشة هذا الدليل :

يمكن مناقشة الاستدلال بهذه الآية من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : يمكن أن يقال : ان الأية خارجة عن محل النزاع ، لأن المقصود بالقوامة فيها قوامة خاصة ، هى قوامة رب الأسرة على أسرته في إطار الولاية الأسرية التى أشار اليها قوله صلى الله عليه وسلم : " ... والرجل راع على أهل بيته... " (١٠٣).

---

(١٠١) حاشية السعد التفتازاني على شرح العضد لمختصر ابن الحاجب ١٨٣/٢- مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٣ هـ/ ١٩٧٣ م. وانظر : تيسير التحرير / أمير بادشاه ١٣٤/١، دار الكتب العلمية - بيروت.

(١٠٢) انظر : النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٨٩/٨٨، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى ، وانظر : نظام القضاء في الاسلام / المستشار جمال المرصفاوي ص ٢٧-٢٨ ، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الاسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ ، مطبوع مع بحوث أخرى سنة ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م.

(١٠٣) جزء من حديث رواه البخاري بسنده عن ابن عمر رضى الله عنهما - انظر : صحيح البخاري مع شرح فتح الباري ٢٦٢/٩ - دار المعرفة - بيروت ، وقد رواه في كتاب النكاح ، وانظر : مذكرات نظام القضاء في الاسلام /د. ابراهيم عبد الحميد ص ٣٠ - مطبوعة بالآلة الكاتبة .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

ومما يدل على ذلك أمران :

الامر الأول : سبب نزول الآية ،فقد ذكر السيوطي أن ابن أبي حاتم أخرج عن الحسن ، قال : جاءت امرأة الى النبي صلى عليه وسلم تستعدي على زوجها أنه لطمها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " القصاص " فأنزل الله :" الرجال قوامون على النساء " الآية ، فرجعت بغير قصاص . وذكر أن ابن جرير أخرجها من طرق عن الحسن ، وأخرجها كذلك ابن مردويه عن على ، وقال :" فهذه شواهد يقوى بعضها بعضا".(١٠٤)

وقيل : سبب نزولها مارواه الترمذي عن أم سلمة أنها قالت : " يغزو الرجال ولايغزو

---

(١٠٤) لباب النقول في أسباب النزول للسيوطي ص٦٧-٦٨ -دا احياء العلوم - بيروت ، الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م، وانظر أحكام القرآن لابن العربي المالكي ١/ ٥٣٠ - دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨ م ، وأحكام القرآن للجصاص الرازي ١٨٨/٢- دار الكتاب العربي - بيروت .

وقال صاحب تفسير التحرير والتنوير :" وليس في هذا السبب حديث صحيح ولامرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم ، ولكنه مما روى عن الحسن والسدى وقتادة " - التحرير والتنوير لمحمد الطاهر بن عاشور٥/ ٤٠ - الدار التونسية للنشر - تونس سنة ١٨٤٠ م.

ولكن السيوطي ذكر - كما في المتن - أن ابن مردويه أخرجها عن على ، فلها حكم المرفوع .

وقد اختلف في الزوجين صاحبي القصة ، فقيل : سعد بن الربيع وزوجته حبيبة بنت زيد ، وقيل :زوجته عميرة بنت محمد ، وقيل : ثابت بن قيس وزوجته جميلة بنت أبي .انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٦٨/٥- ١٦٩ - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر - القاهرة سنة ١٣٨٧ هـ١٩٦٧م .

النساء ، وانما لنا نصف الميراث " فانزل الله تعالى : " ولاتتمنوا مافضل الله به بعضكم على بعض (١٠٥)" ، ثم بين تعالى أن تفضيلهم عليهن في الارث لما على الرجال من المهر والانفاق (١٠٦) .

فالسبب الأول: يبرز قوامة الرجل على زوجته بالتأديب ، والسبب الثاني يبرز قوامة الانفاق.

الأمر الثاني : تركيب الآية وسياقها مشعر بأنها متعلقة بشئون الأسرة ، فقد تحدث القرآن أولا عن الارث بشكل مجمل ، وذلك بقوله تعالى : " ولاتتمنوا مافضل الله به بعضكم على بعض ، للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن ، واسئلوا الله من فضله ، ان الله كان بكل شيء عليما ، ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون ، والذين عقدت أيمانكم (١٠٧) فآتوهم نصيبهم ، ان الله كان على كل شيء

---

(١٠٥) رواه الترمذى وقال :" هذا حديث مرسل ". انظر : تفسير القرطبي ١٦٩/٥ - دار الكتاب العربي للطباعة والنشر .

وأما الآية فهى في سورة النساء رقم (٣٢) .

(١٠٦) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٦٩/٥ ، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، وهذا السبب هو الذى اعتمده الشوكاني في تفسيره ولم يشر الى السبب الآخر ، فقد جاء في تفسيره :" هذه الجملة مستأنفة مشتملة على بيان العلة التى استحق بها الرجال الزيادة ، كأنه قيل : كيف استحق الرجال ما استحقوا مما لم يشاركهم فيه النساء ؟ فقال :" الرجال قوامون ..." - فتح القدير للشوكاني ٤٦٠/١ - مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ، سنة ١٣٨٣هـ / ١٩٦٤م .

(١٠٧) المراد بالذين عقدت أيمانكم : موالى الموالاة ، جاء في تفسير الطبرسي :" كان الرجل يعاقد الرجل فيقول : دمي دمك وهدمي هدمك وحربي حربك وسلمي سلمك ، وترثني وأرثك وتعقل عني وأعقل عنك ، فيكون للحليف السدس من ميراث الحلف ، فنسخ بقوله :" وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض "-جوامع الجامع / أبو الفضل بن الحسن الطبرسي١/ ٢٩٥دارالأضواء-==

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

شهيدا" (١٠٨) ، ثم ذكر القوامة فقال :" الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بض وبما أنفقوا من أموالهم ". وفي هذا اشارة الى مايتحمله الأزواج من المهور والنفقات ، وعقب ذلك بقوله :" فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله " ، وهذه اشارة الى وجوب طاعة الزوجة لزوجها ، وحفظه في ماله ونفسها ، فهو أمر في صورة خبر ، ووصف في معنى التشريع (١٠٩) ، ثم ذكر طريقة معالجة الناشزات من أزواجهن فقال :" واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن".(١١٠)

وجاء مثل ذلك عن الرازي ، فذكر أن النساء لما تكلمن في تفضيل الرجال عليهن

==بيروت وقيل : نزلت هذه الآية في ميراث الأخوة التي عقدها النبي صلى الله عليه وسلم بين المهاجرين والانصار في أول الهجرة ، فكانوا يتوارثون بذلك دون ذوى الأرحام ، ثم نسخ الله ذلك بآية الأنفال.

وقيل : نزلت في التبني الذي كان في الجاهلية ، فكان المتبنى " بالفتح " يرث المتبني " بالكسر " ، مثل تبني النبي صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة الكلبي ، وتبني الأسود بن عبد يغوث المقداد الكندي ، وتبني أبي حذيفة بن عتبة سالم بن معقل الاصطخري المشهور بسالم مولى أبي حذيفة ، ثم نسخ بالمواريث .

انظر : التحرير والتنوير / محمد الطاهر بن عاشور ٣٦/٥ - الدار التونسية للنشر - تونس سنة ١٩٨٤م.

(١٠٨) سورة النساء - الآيتان ٣٢-٣٣.

(١٠٩) تفسير القرطبي ١٧٠/٥ - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، والتحرير والتنوير لمحمد الطاهر بن عاشور ٤٠/٥ - الدار التونسية للنشر- تونس.

(١١٠) سورة النساء - آية (٣٤) .

في الميراث ،ذكر تعالى في هذه الآية " أنه انما فضل الرجال على النساء في الميراث، لأن الرجال قوامون على النساء ، فانهما وان اشتركا في استمتاع كل واحد منهما بالآخر ، فقد أمر الله الرجال أن يدفعوا اليهن المهر ، ويدروا عليهن النفقة ، فصارت الزيادة من أحد الجانبين مقابلة بالزيادة من الجانب الآخر ، فكأنه لافضل البتة ".(١١١)

فهذه اشارات واضحة الى أن الآية واردة في محيط الأسرة ، وأن المقصود بالقوامة اشراف الرجال على شئون زوجاتهم وأسرهم ، وليس توليتهم عليهن في الولايات العامة كالخلافة والقضاء ونحوهما (١١٢) .

الاجابة عن هذه المناقشة :

تمكن الاجابة بأن الآية تبقى على عمومها وان نزلت لسبب خاص ، وبخاصة أن في الآية صيغة من صيغ العموم ، وهى الجمع المحلى بأل الجنسية " الرجال " ، والاطلاق في قوله :" قوامون " (١١٣) وأكثر علماء الأصول على أن الكلام العام الوارد على سبب خاص يفيد العموم ، سواء أكان السبب سؤالا أو حادثة ، حملا للفظ على مقتضاه ،

---

(١١١) تفسير الرازي وبهامشه تفسير أبي السعود ٣/٢١٥- دار الفكر - بيروت .

(١١٢) انظر : نظام القضاء في الاسلام / د. ابراهيم عبد الحميد - مذكرات مكتوبة بالآلة الكاتبة ص ٣١/٣٢ ، وانظر : النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٨٩/ ٩٠ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى .

(١١٣) انظر : القاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام يوسف ص ٢٤٢ - مكتبة المعلا الكويت - الطبعة الأولى ، النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٩١ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

وخصوص السبب لايقتضي اخراج ماعداه من أفراد العام ، لعدم المعارضة المقتضية للتخصيص ، وتكون فائدة ذكر السبب عدم تخصيصه بالاجتهاد ، بالاضافة الى الاطلاع عليه والالمام به ، مما يلقي ضوءا على معنى النص ، وقد تمسك الصحابة ومن بعدهم من التابعين بعموم الأحكام المبنية على أسباب خاصة ، (١١٤) ولذلك تبقى الآية على عمومها ، لأنها كلام مستقل بنفسه .

فكذلك لايصلح لتخصيص الآية ماورد فيها من أحكام تتعلق بقوامة الزوج على زوجته ، من قبل أنه اذا ذكر العام بحكم ثم أفرد بعض أفراده بالذكر وحكم عليه بذلك الحكم لايكون ذلك تخصيصا عند جمهور العلماء؛ لعدم المنافاة بين اثبات الحكم للكل واثباته للبعض ؛ لأن المخصص لابد أن يكون منافيا للعام - كما ذكرنا ،" وذلك كقوله صلى الله عليه وسلم " أيما اهاب دبغ فقد طهر " ، (١١٥) مع قوله في شاة ميمونة : "دباغها طهورها" (١١٦) " ، فلا يخصص حكم الطهورية بالدباغ شاة ميمونة من بين الأهب . (١١٧)

---

(١١٤) انظر : تيسير التحرير / أمير بادشاه/ ٢٦٣- ٢٦٤- دار الكتب العلمية - بيروت ، التبصرة للشيرازي ص ١٤٤ ومابعدها ، تحقيق د. محمد حسن هيتو - دار الفكر دمشق ١٤٠٠ / ١٩٨٠ م ، حاشية السعد التفتازاني على شرح العضد لمختصر ابن الحاجب ١١٠/٢ - مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣م ، العدة في أصول الفقه للفراء ص ٥٩٦ - تحقيق د. أحمد المباركي ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠ م مؤسسة الرسالة - بيروت .

(١١٥) رواه مسلم في كتاب الحيض بلفظ : " اذا دبغ الاهاب فقد طهر " صحيح مسلم بشرح النووي ٥٣/٣ - مكتبة المثنى - بيروت ، والاحياء التراث العربي - بيروت ،ط٢، ١٣٩٢هـ /١٩٧٢ م

(١١٦) رواه مسلم عبن ابن عباس بلفظ " دباغه طهوره " - صحيح مسلم بشرح النووى ٥٣/٣- مكتبة المثنى - بيروت .

(١١٧) تيسير التحرير / أمير باشاده ٣١٩/١- ٣٢٠ ١ - دار الكتب العلمية - بيروت ، نهاية=

وكذلك لايكون تخصيصا وصف بعض مسميات اللفظ العام ، كقوله تعالى :" وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن " ، فهو عام في كل زوجة ، ثم قال :" الا أن يعفون"(١١٨) ، فهو خاص في البالغات ، وكقوله تعالى :" والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " هو عام فى البائن والرجعية ، ثم قال :" وبعولتهن أحق بردهن"(١١٩) ، وهو خاص في الرجعية ، فيحمل كل واحد منهما على ماورد ، ولايخصص آخر الآية أولها ، وان نقل عن بعض العلماء خلاف ذلك (١٢٠) .

وعلى هذا فقوله تعالى :" الرجال قوامون " قاعدة عامة ، وأصل تشريعي كلى ، جاء في صورة خبر للدلالة على واقع ملموس وعرف معتاد على مر العصور ، تقتضيه الجبلة الغريزية للجنسين ، وقد ورد في سياق الأحكام الأسرية لما يقتضيه المقام والمناسبة، فهو تعليل لسبب اختصاص الرجال ببعض الأحكام ، ومنها زيادة بعضهم في الميراث ، وهو أصل ومقدمة لما تفرع عنه من الأحكام التى جاءت بعده ، مما يتعلق بحق الأزواج على زوجاتهم في الطاعة وسلطتهم في التأديب .

== السول للأسنوي / ٤٨٤- ٤٨٥ - عالم الكتب .

(١١٨) سورة البقرة - آية (٢٢٨) .

(١١٩) سورة البقرة -آية (٢٢٨) .

(١٢٠) المسودة في أصول الفقه لآل تيمية :عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ، ص ١٣٩ - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - مطبعة المدني - القاهرة ، العدة في أصول الفقه لأبي يعلي الفراء ص ٦١٤ ، تحقيق د. أحمد المباركي ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م - مؤسسة الرياض-بيروت .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

قال في التحرير والتنوير : " والحكم الذي في هذه الآية حكم عام جيء به لتعليل شرع خاص " (١٢١) ، وذكر أن " التعريف في " الرجال " و"النساء" للاستغراق ، وهو استغراق عرفي (١٢٢) ، مبني على النظر الى الحقيقة ، كالتعريف في قول الناس:"الرجل خير من المرأة " يؤول الى الاستغراق العرفي ؛ لأن الأحكام المستقرأة للحقائق أحكام أغلبية ، فاذا بنى عليها استغراق فهو استغراق عرفي ، والكلام خبر مستعمل في الأمر كشأن الكثير من الأخبار الشرعية ". (١٢٣)

وعلى ذلك فالرجال في الآية لفظ عام ، يشمل لغة جميع أفراد النوع الانساني من الذكور ، وليس المراد جمع الرجل بمعنى رجل المرأة ، أي زوجها ، لعدم استعماله في هذا المعنى لغة أو شرعا ، وان استعمل لدى بعض العوام ، ولفظ النساء كذلك عام يشمل - في أصل الوضع جميع أفراد الاناث من النوع الانساني ، كما في قوله تعالى :" وللنساء نصيب مما اكتسبن " ، وقول النابغة :" ولانسوتي حتى يمتن حرائرا".
يريد أزواجه وبناته وولاياه. وان استعمل لفظ النساء بمعنى الأزواج كما في قوله تعالى :

---

(١٢١) التحرير والتنوير / محمد الطاهر بن عاشور ٣٨/٥ - الدار التونسية - تونس ١٩٨٤ م.

(١٢٢)يقسم النحاة الاستغراق الى نوعين :

الأول : استغراق حقيقي ، مثل : عالم الغيب والشهادة ، أي كل غيب وشهادة .

الثاني : عرفي ، مثل جمع الأمير الصاغة ، اذا جمع صاغة بلده وأطراف مملكته فحسب ، لاصاغة الدنيا .

انظر : الايضاح في علوم البلاغة للقزويني ، ص ١٢٣ - دار الكتاب اللبناني - بيروت الطبعة الرابعة، سنة ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م .

(١٢٣) التحرير والتنوير / محمد الطاهر بن عاشور ٣٩/٥- الدار التونسية للنشر - تونس سنة ١٩٨٤ م.

"من نسائكم اللاتي دخلتم بهن "، فذلك حالة خاصة تدل عليها القرينة . (١٢٤)

فان قيل : ان سبب النزول يعين على فهم النص فهذا صحيح ، ولكن لايصلح للتخصيص . ومما يؤذن بعموم القوامة كذلك حذف متعلقها وطبيعة علتها ، فنحن اذا نظرنا الى تعليل القوامة في الآية ، نجد أن العلة لاتقتصر على أمر خاص بالأسرة ، بل تتعدى نطاقها ، مما يوحي الى العموم ، فقد ذكرت الآية للقوامة علتين : احداهما موهبية ، والأخرى كسبية :

أما العلة الموهبية فيشير اليها قوله تعالى " بما فضل بعضهم على بعض ،" والمراد بالبعض الأولى ، الرجال ، وبالثانية النساء.

وأما العلة الكسبية فيدل عليها قوله :" بما أنفقوا من أموالهم "، أي الرجال .

فبالنسبة للعلة الموهبية فتعود الى تفضيل الله الرجال على النساء بأصل الخلقة والجبلة من القوة والشجاعة وتمام الذكاء وقوة الارادة ، وتفضيلهم بحكم الشرع بأن جعل فيهم الرسالة والامامة العظمى والصغرى والأذان والخطبة والشهادة في الحدودوالقصاص ونحوها ، وهذه العلة تصلح لتخصيص الرجال بالقوامة في نطاق الأسرة أو المجتمع على السواء .

وأما العلة الثانية فهى ماكلف الله الأزواج من القيام بدفع المهور والإنفاق على نسائهم وأسرهم (١٢٥)، وهذه العلة وان كانت متصلة بشئون الأسرة ، فان الحكم المرتب على

---

(١٢٤) المرجع السابق ٥/٣٧- ٣٨.

(١٢٥) انظر : البحر المحيط لأبي حيان التوحيدي ٣/٢٣٩ - دار الفكر - بيروت ، سنة ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م، زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي ٢/٧٤- المكتب الاسلامي للطباعة والنشر ، تفسير الرازي ٣/٢٥ ، وبهامشه تفسير أبي السعود - دار الفكر - بيروت ، تفسير الكشاف للزمخشري ١/٥٢٣ ، ط مصطفى الحلبي سنة ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٠ م ،تنظيم الدرر في تناسب =

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

علتين لاينتفي بانتفاء احداهما ، وبالتالي يكفي لثبوت القوامة العامة علة التفضيل ، وان تخلفت علة الانفاق ، علما أنه من الممكن توسيع معنى الانفاق ليشمل ما اختص به الرجال من الانفاق في العقل والجهاد ، فتكون عامة كذلك .

الوجه الثاني : يمكن أن يقال : أنه لو أبقينا الآية على عمومها فادخال القضاء تحتها محل نظر ؛ ذلك لأن القوامة مشتقة من قام ، بمعني انتصب أو عزم ، قام قياما اذا انتصب ، وقام بهذا الأمر اذا اعتنقه ، وهو قيام الدين والحق ، أي به يقوم . (١٢٦)

وقوام أو قيّام ، فعال ، صيغة مبالغة ، من القيام على الشيء والاستبداد بالنظر فيه وحفظه بالاجتهاد . (١٢٧)

وجاء في اللسان : القيم السيد وسائس الأمر ، وقيم القوم الذي يقومهم ويسوس أمرهم (١٢٨). وجاء في الأساس : قام الأمير على الرعية وليها ، قال الشماخ:

=الآيات والسور / برهان الدين البقاعي ٥/٢٦٩- ٢٧٠ - الطبعة الأولى - دائرة المعارف العثمانية بالهند سنة ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م ، فتح القدير للشوكاني ١/ ٤٦٠- مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ، سنة ١٣٨٣ هـ/ ١٩٦٤ م .

(١٢٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/ ٤٣ ، تحقيق عبد السلام هارون - دار الكتب العلمية - ايران - قم.

(١٢٧) تفسير القرطبي ٥/ ١٦٩ - دار الكاتب العربي ، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٣٠ - دار الكتب العلمية ، البحر المحيط لأبي حيا ن ٣/ ٢٣٥- دار الفكر - بيروت .

(١٢٨) لسان العرب لابن منظور ١٢/ ٥٠٥ - دار صادر - بيروت .

يظل بصحراء البسيطة قائما عليها قيام الفارسي المتوج (١٢٩)

يعنى العير يملك أمر الأتن .

وتأسيسا على هذا فقيام الرجل على المرأة هو أن يتولى أمرها ، ويقوم بتدبير شئونها ، ورعايتها وتأديبها وامساكها في بيتها ، وان عليها طاعته وقبول أمره مالم تكن معصية (١٣٠) يقال : هذا قيم المرأة وقوامه للذى يقوم بأمرها ، ويعني بحفظها ، قال الشاعر :

الله بيني وبين قيمها يفرمني بها واتبع (١٣١)

ومن هنا سمي زوج المرأة قيما في بعض اللغات ، كماجاء في اللسان ، واستشهد بما جاء في المغرب لابن جنى :

يشينان وجه الأرض ان يمشيا بها ونخزى اذا ما قيل :من قيماهما ؟(١٣٢)

---

(١٢٩) أساس البلاغة للزمخشرى ص ٣٨٢ تحقيق عبد الرحيم محمود - دار المعرفة - بيروت سنة ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م.

(١٣٠) انظر : تفسير القرطبي ١٦٩/٥ - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٣٠ - دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م ، البحر المحيط لأبي حيان التوحيدي ٢٣٥/٣ - دار الفكر - بيروت ١٣٩٨ /١٩٧٨م

(١٣١) معاني القرآن واعرابه للزجاج ، شرح وتعليق د. عبد الجليل شلبي ٤٦/٢ - ٤٧ ، والشاعر هو الأحوص - انظر : الأغاني لأبي الفرج الأصبهاني ٢٤٧/٤- مؤسسة جمال للطباعة والنشر - بيروت ، مصورة عن طبعة دار الكتب ، وانظر : الخصائص لابن جنى ١٢٨/٢- تحقيق محمد على النجار - دار الهدى للطباعة والنشر - بيروت .

(١٣٢) لهذا البيت قصة كما جاء في اللسان نقلا عن المغرب لابن جنى ، وهى أنه يروى أن جاريتين من بني جعفر بن كلاب تزوجتا أخوين من بني بكر بن كلاب ، فلم ترضياهما ، فقالت احداهما أبياتا في هذين الزوجين ، منها البيت المذكور لسان العرب لابن منظور -٢/١٢ - دار صادر - بيروت .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

قال : قيماهما بعلاهما ، وذكر في قوله تعالى : " الرجال قوامون على النساء ":
ليس المراد القيام الذي هو المثول والتنصيب، وضد القعود ، انما هو من قولهم قمت بأمرك ، فالمعنى الرجال متكفلون بأمور النساء ، معنيون بشئونهن (١٣٣).

فالقوام على الشيء سيد عليه ، وسائس له ، ومشرف على أمره ، وقوامة الرجل على المرأة اشراف على أمرها ، ونوع من السلطنة والولاية على شئونها ، تخول الرجل التأديب والأمر والنهي ، في اطار من المعروف ، كما تكلفه واجب الرعاية والانفاق.

جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما: " قوله :" الرجال قوامون علي النساء" يعني: أمراء، عليها أن تطيعه فيما أمرها الله به من طاعته ، وطاعته أن تكون محسنة الى أهله، حافظة لماله ، وفضله عليها بنفقته وسعيه " ، (١٣٤)

واذا نظرنا الى القضاء في أصل معناه وحقيقته نجد أنه لايعدو الفصل بين الخصوم في النزاع ،وهو عمل محدود ، ومهمة خاصة جزئية ، لايبرز فيها معنى السيادة والسياسة ، وتولى شئون الغير ، وممارسة السلطنة عليهم أمراً ونهيا ، ومنعا واباحة،وتدبيرا للأحوال ، ومحافظة على المصالح ، ومدافعة للأخطار ، الى غير ذلك من المسئوليات التي تدخل في مفهوم القوامة .

ويمكن الرد على هذا بأن القاضي - بحسب الواقع العملي ، تتسع صلاحيته بحكم

---

(١٣٣) المصدر السابق .

(١٣٤) تفسير الطبرى ٥٧/٥ - مطبعة مصطفى الحلبي - الطبعة الثالثة ، ١٣٨٨ / ١٩٦٨ م.

وظيفته للنظر في أحوال الشهود والخصوم وكل من له علاقة بالقضية ، ويتولى تزويج من لا ولي له ، والتفريق بين الزوجين للضرر أو الرضاع ، ويقدر النفقات ، ويقسم التركات ، وينفذ الوصايا ، ويرعى أحوال اليتامى ، ويأمر بالوقيف والحجز على الأموال والحبس التحفظي الى غير ذلك من الأعمال التى يظهر فيها معنى القوامة .

الوجه الثالث : أفاد بعضهم أن الاستدلال بالآية غير تام التقريب (١٣٥)؛ لأن الدعوى تحريم تولي المرأة القضاء مطلقا وبطلان هذه التولية على الاطلاق كذلك ؛ سواء استقضيت على الرجال أم على النساء أم على الأحداث ، أم على هؤلاء جميعا ، والاستدلال بالآية أنتج الدعوى في الشق الأول فقط ، أي ولايتها على الرجال دون النساء والأحداث ؛ (١٣٦) لأن كلمة الرجال" تطلق على الذكور البالغين ، فلا تكون الآية مطابقة لمحل النزاع .

وقد أجاب الدكتور عبد العال عطوة عن هذه المناقشة بأن الدليل أنتج مساوى الدعوى، وليس الأخص فقط، وذلك للمساواة بين الرجال والنساء والأحداث أمام القضاء؛ لأنه لافارق بين الرجال وغيرهم في مجال الخصومة والتقاضي ومؤاخذة القاضي لهم على الأمور التى تحدث بينهم ، والحاق النساء والاحداث بالرجال في هذا انما هو قياس في

---

(١٣٥) جاء في التعريفات للجرجاني أن التقريب :" سوق المقدمات على وجه يفيد المطلوب ، وقيل : سوق الدليل على الوجه الذى يلزم المدعي ، وقيل : جعل الدليل مطابقا للمدعى " - التعريفات للجرجاني ص ٦٧ - مكتبة لبنان -بيروت - ١٩٨٥م.

(١٣٦) انظر: نظام القضاء في الاسلام/ د. ابراهيم عبد الحميد ص ٣١ ،مذكرات مكتوبة بالآلة الكاتبة .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

معنى الأصل فهو قياس جلي ، وبالتالي يكون التقريب في الدليل تاما . (١٣٧)

وهذا في نظري حق : لاستواء الجميع في أحكام القضاء ، فشهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل ، سواء أكان المشهود عليه من الرجال أو النساء أو الأحداث ، ولاتقبل شهادتها في الحدود ، سواء تعلقت بالرجال أم النساء ، وكذلك اذا بطلت ولايتها للقضاء على الرجال بطلت أيضا بالنسبة للنساء والأطفال ، ولا فرق : لأن الولاية واحدة لاتتجزأ ، فاما أن تكون صحيحة بالنسبة للجميع ، أو باطلة في حق الجميع . ومعظم الأسباب التى يعلل بها عدم صلاحية المرأة للقضاء من غلبة العاطفة عليها ، وسرعة انفعالها ، وضعف ارادتها ، ومحدودية تفكيرها ، ونحو ذلك مما سنوضحة لاحقا ، تبقى مظنة الانحراف في الحكم ، والخطأ في الاجتهاد ، بغض النظر عمن تعلق الحكم بهم ، رجالا كانوا أو نساء أو أطفالا.

٢- استدلوا (١٣٨) بقوله تعالى :" واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ، أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى ". (١٣٩)

---

(١٣٧) انظر : مذكرات محاضرات في علم القضاء للدكتور عبد العال عطوة ص٦٣ نقلا عن النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص٩٢ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع .

(١٣٨) انظر : المغنى لابن قدامة ١١/ ٣٨٠ ، مطبوع مع الشرح الكبير ، دارالكتاب العربي - بيروت ٣، ١٤/ ١٩٨٣ م ، روح المعاني للألوسي ٣/ ٥٨ - ٥٩ ، دار احياء التراث العربي - بيروت .

(١٣٩) سورة البقرة -آية (٢٨٢) .

فالآية بينت نقص المرأة عن الرجل في الشهادة . اذ جعلت شهادتها على النصف من شهادة الرجل ، في المداينات ونحوها ، وعللت ذلك بحصول الضلال من المرأة في الغالب .

وقد ذهب أكثر المفسرين الى أن المقصود بالضلال في الآية هو النسيان ، روى ذلك عن سعيد بن جبير والضحاك والربيع وغيرهم ،(١٤٠) وقال أبو عبيد : " معنى تضل : تنسى ، والضلال عن الشهادة انما هو نسيان جزء منها وذكر جزء آخر ، ويبقى المرء حيران بين ذلك ضالا ، ومن نسى الشهادة جملة فليس يقال : ضل فيها ". (١٤١)

وممن فسر الضلال بالنسيان الرازى والنحاس والنيسابوري والزجاج والقرطبي والنسفي وغيرهم . (١٤٢)

وقد استشهد له الرازى بقوله تعالى :" وضل عنهم ماكانوا يفترون " ، أى ذهب عنهم .(١٤٣) وفيه نظر : لأن الذهاب في الآية لايعني النسيان بالضرورة .

وقيل : الضلال عدم الاهتداء الى الشيء لنسيان أو غيره ، كغفلة أو خطأ ، من

---

(١٤٠) تفسير الألوسي ٥٨/٣ - ٥٩ - دا احياء التراث العربي - بيروت .

(١٤١) تفسير القرطبي ٣٩٧/٣ - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر - ١٣٨٧/١٩٦٧م.

(١٤٢) تفسير الرازي ٣٦٧/٢ - دار الفكر - بيروت ١٣٩٨/ ١٩٧٨ م، معاني القرآن الكريم / أبو جعفر النحاس ٣١٨/١ ، تحقيق محمد على الصابوني ، مطبوعات جامعة أم القرى ١٤٠٨/ ١٩٨٨ ، غرائب القرآن للنيسابوري ٩٠/٣ - تحقيق ابراهيم عطوة - مطبعة مصطفى الحلبي- ١٣٨١ / ١٩٦٢م ، معاني القرآن واعرابه للزجاج ٣٦٣/١ ، تحقيق د. عبد الجليل شلبي - عالم الكتب ١٤٠٨ / ١٩٨٨ ، تفسير القرطبي ٣٩٧/٣ - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ١٩٨٧/ ١٩٦٧ م ، تفسير النسفي ١٨٨/١ - دار الكتاب العربي - بيروت .

(١٤٣) تفسير الرازي ٣٦٧/٢- دار الفكر - بيروت ١٣٩٨/ ١٩٧٨م.

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

قولهم : ضل في الطريق ، اذا لم يهتد اليه ، (١٤٤) وهذا مايدل عليه كلام المنار ، اذ جاء فيه : "... أى حذر أن تضل احداهما ، أي تخطىء ، لعدم ضبطها ، وقلة عنايتها ، فتذكر كل منهما الأخرى بما كان ، فتكون شهادتها متممة لشهادتها ، أي أن كلا منهما عرضة للخطأ والضلال ، أي الضياع وعدم الاهتداء الى ما كان وقع بالضبط ، فاحتيج الى اقامة اثنتين مقام الرجل الواحد ، لأنهما بتذكير كل منهما للأخرى تقومان مقام الرجل ، ولهذا أعاد لفظ احداهما مظهرا ؛ وليس المعنى لئلا تنسى واحدة فتذكرها الثانية ، كما فهم كثير من المفسرين " . (١٤٥)

وهذا هو الصحيح ؛ لأن الضلال أعم من النسيان ، قال تعالى :" في كتاب لايضل ربي ولاينسى "، (١٤٦) فعطف النسيان على الضلال ، والعطف يقتضي المغايرة ، ومعنى لايضل : لايخطىء ، من ضللت الشيء اذا أخطأته ، فلم تهتد اليه . (١٤٧) أو معناه : لايغفل ، كما في قوله تعالى :" ووجدك ضالا فهدى "(١٤٨) ، أي غافلا

---

(١٤٤) انظر : تفسير الرازي ٣٦٧/٢، دار الفكر - بيروت ، الكشاف للزمخشري ٤٠٣/١- ط مصطفى الحلبي سنة ١٣٩٢ / ١٩٧٢ م

(١٤٥) تفسير المنار / محمد رشيد رضا ١٢٤/٣- دار المعرفة - بيروت ، وانظر : تفسير المراغي ٧٤/٣ - ٧٥ ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٨٢هـ / ١٩٦٢ م.

(١٤٦) سورة طه - آية (٥٢) .

(١٤٧) تفسير النسفي ٣٦١/٢ ، دار الكتاب العربي - بيروت ، تفسير الكشاف للزمخشري ٥٣٩/٢ - مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٣٩٢/ ١٩٧٢ م.

(١٤٨) سورة الضحى - آية (٧)

عن علم الشرائع عن طريقه الوحي (١٤٩) ، قال تعالى : "... وان كنت من قبله لمن الغافلين (١٥٠)

ونظرا لارتباط الشهادة بالقضاء ، فانه يجدر بنا أن نتطرق لسبب تعرض المرأة للضلال فيها ، وقد أرجعه بعضهم الى نقصان عقل المرأة (١٥١) ، واستشهد بما رواه أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :"... مارأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من احداكن ، قلن : ومانقصان ديننا وعقلنا يارسول الله ؟ قال : أليس شهادة المرأة مثل نصف الرجل ؟ قال : فذلك من نقصان عقلها ، أليس اذا حاضت لم تصل ولم تصم ؟ قلن : بلى ، قال : فذلك من نقصان دينها"(١٥٢).

وعلل بعضهم ذلك بغلبة البرد والرطوبة على أمزجة النساء (١٥٣) ، وليس ذلك بواضح ولا متأكد .

---

(١٤٩) الكشاف للزمخشري ٢٦٤/٤ - ط مصطفى الحلبي سنة ١٣٩٢ / ١٩٧٢م ، فتح القدير للشوكاني ٤٥٨/٥ ط مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية سنة ١٣٨٣ / ١٩٦٤ م ، وذكر الشوكاني كذلك ان من معانيها : لايهلك ولا يغيب .

(١٥٠) سورة يوسف- آية (٣) .

(١٥١) انظر : تفسير ابن كثير ٣٣٥/١ ط عيسى الحلبي .

(١٥٢) من حديث رواه البخاري عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه - انظر : صحيح البخارى بشرح فتح الباري ٣٤٥/١ - ٣٤٦ - دار المعرفة - بيروت .

(١٥٣) انظر : غرائب لفرقان / نظام الدين النيسابوري ٩٠/٣ ، تحقيق ابراهيم عطوة ، ط مصطفى الحلبي ١٣٨١/ ١٩٦٢ ، روح المعاني للألوسي ٥٨/٣ - دار احياء التراث العربي - بيروت .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

وبغض النظر عن مسألة استواء المرأة مع الرجل في القدرات العقلية الوهبية والطاقات الفكرية أو تفاوتهما في ذلك ، فان الثابت أن نصيب المرأة من العقل الكسبي الذى ينشأ عن الخبرة والتجارب أقل منه في الرجل ، فالمرأة قليلة الخبرة بالقضايا المالية ، ومايتعلق بها من المداينات والمعاقدات ، وذلك بحكم قرارها في البيت غالبا ، والبيت هو الميدان الطبيعي الذى تمارس فيه وظيفة الأمومة والتربية والعناية بالطفل جسميا وخلقيا وسلوكيا لينشأ انسانا سويا ، ولبنة صالحة في صرح المجتمع ، وهى وظيفة جد خطيرة وكبيرة ، تستدعى من المرأة الاهتمام بها ، والتفرغ لها ، وعدم الانشغال بالقضايا المالية ، ومعاقداتها وتعقيداتها ، وقد كفى الاسلام المرأة مؤونة ذلك بتحميل الرجل مسئولية القوامة على المرأة ، وتكليفه بالانفاق عليها ورعاية شئونها.

واذا كانت تلك طبيعة المرأة ، وذلك واقعها ، فانه يصعب على المرأة الواحدة أن تحيط بكل دقائق القضية المادية أو المالية ، وأن تلم بكل جوانبها وملابساتها ، فتتعاون المرأتان على استذكار تفاصيل القضية وما احتف بها من قرائن وظروف(١٥٤).

وقد يكون سبب النقص أو الارتياب في شهادة المرأة الواحدة ماجبلت عليه نفسية المرأة من قوة العاطفة وشدة الانفعال وسرعة التأثر ، وهى صفات هيأ الله بها المرأة للقيام بوظيفة الأمومة على خير وجه ، وتجعلها شديدة الاستجابة الوجدانية الانفعالية لتلبية مطالب الطفل بسرعة ونشاط من غير تردد أو تأخير أو اطالة في التفكير ، وهذه

---

(١٥٤) انظر : تفسير المنار ١٢٤/٣ - دار المعرفة - بيروت ، وانظر : تفسير المراغي ٧٥/٣- ط مصطفى الحلبي ١٣٨٢ / ١٩٦٢ م ، في ظلال القرآن / سيد قطب ٣٣٦/١ - دار الشروق ، الطبعة الثالثة ١٣٩٧/ ١٩٧٧ م.

الصفات جزء من كيان المرأة السوية ، وهى صفات كمال بالنسبة للتربية والأمومة ، ولكنها تنعكس نقصا وسلبا في القضايا الأخرى ، كالشهادة في المنازعات أو المداينات أو المعاوضات ، مما يحتاج الى تجرد وموضوعية ، وبعد عن التأثر بعاطفة أو انفعال(١٥٥).

وقد تكون الشبهة في شهادة المرأة آتية كذلك من جهة مايعترى المرأة من العوارض النسوية المتكررة في الأشهر والأعوام كالحيض والولادة والرضاع ، مما يسبب للمرأة ألما نفسيا وبدنيا ، ويؤثر على قدراتها العقلية والجسمية معا . هذا بالاضافة الى انشغال المرأة بشئون البيت وتربية الأطفال ، وما فيها من معاناة وارهاق للأعصاب ، مما يضعف ذاكرتها في غير مجال اهتمامها واختصاصها.

واذا كانت طبيعة المرأة على النحو الذي ذكرنا تحمل على الشك في شهادتها منفردة فبالأولى أن يشك في صلوحها للقضاء ، وهو أحوج الى كثرة الخبرة وعمق التجربة وسعة الاطلاع ، والتزام الحيدة والموضوعية والتجرد عن ايحاء العواطف والرغبات . واذا أمكن جبر النقص في شهادة المرأة بالعدد فلا يتأتى مثل ذلك في القضاء .

فان قيل : ان القضاء يختلف عن الشهادة ، فالشهادة عامة لايختص بها فرد دون آخر اذا تحققت العدالة وانتفت التهمة ، فكانت الشاهدة الواحدة من النساء مظنة الضلال والنسيان ، وأما القضاء فأمر مختص بمن توفرت فيه شروط معينة غير العدالة من أهمها الاجتهاد ، ومن بلغ رتبة الاجتهاد كان مظنة الكمال والقدرة لا النقص والضعف ، يستوى في ذلك الرجال والنساء .

---

(١٥٥) في ظلال القرآن / سيد قطب ٣٣٦/١- دار الشروق - الطبعة الثالثة .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

فالجواب أن القاضي لابدله من نوعين من العلم :

الأول : العلم بالقضية المعروضة عليه ، وادراك أبعادها وملابساتها ، وما يتعلق بها من أدلة وقرائن .

الثاني : العلم بالحكم الشرعي المنزل عليها من خلال الاجتهاد والنظر في الأدلة .

وبالتالي فان القدرة على الاجتهاد لاتعني بالضرورة القدرة على معرفة واقع القضية ، والاحاطة بمختلف جوانبها وظروفها . والمرأة عرضة للتأثر بالعاطفة والانفعال في التفسير والتحليل والتقييم والتقدير ، والنظر في الحيثيات والبينات ، مما يجعل حكمها في الغالب مظنة الخطأ والضلال .

ثانيا : من السنة

١- استدلوا (١٥٦) بما رواه البخاري بسنده من حديث عثمان بن الهيثم أن أبا بكرة رضى الله عنه قال: " لقد نفعني الله بكلمة أيام الجمل ، لما بلغ النبي صلى الله عليه وسلم أن فارسا ملكوا ابنة كسرى قال :" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " (١٥٧) ورواه

---

(١٥٦) انظر : المغني لابن قدامة، مطبوع مع الشرح الكبير ١١/ ٣٨٠- دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع - بيروت ١٤٠٣ / ١٩٨٣ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥، ط مصطفى الحلبي سنة ١٩٧٣م ، أدب القاضي له ص ٦٢٧ ، تحقيق محي سرحان ، ط الارشاد - بغداد سنة ١٩٧١م ، شرح الأزهار / أحمد بن يحى المرتضى ٤/ ٣١٠ ، نيل الأوطار للشوكاني - ١٠/ ٢٥٣- ٢٥٤، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة سنة ١٣٩٨ /١٩٧٨ ، تحقيق طه عبد الرؤوف ومصطفى الهراوى ، فتح القدير لابن الهمام ٧/ ٤٨٥- ٤٨٦ ، نهاية المحتاج للرملي ٨/ ٢٣٨.

(١٥٧) البخاري بحاشية السندي ٤/ ٢٢٨ - دار المعرفة - بيروت .

الترمذي (١٥٨) والنسائي (١٥٩) ، والبيهقي (١٦٠).

ووجه الاستدلال أن الحديث خبر في معنى النهى ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم لايقصد مجرد الاخبار عن عدم فلاح القوم الذين يسندون أمرهم الى المرأة ، لأن وظيفته صلى الله عليه وسلم أن يبين لأمته ما يحل لها وما يحرم عليها ، وانما يقصد نهى أمته عن التشبه بالفرس فى اسناد الأمور العامة الى النساء .

ولو سلمنا أنه خبر محض ، ففيه اخبار عن أن اسناد الولايات الى النساء مجلبة لعدم الفلاح ، وخبر الصادق لايتخلف ، والنكرة في سياق النفي تفيد العموم (١٦١)، وقد جاء ذلك بشكل قاطع ، وحرف " لن " في الحديث يفيد التأبيد ، ونحن مأمورون بفعل مايجلب الفلاح ، ومنهيون عما لايجلبه .

وجاء في بعض الروايات الاخبار بهلاك الرجال عند اسناد الأمر الى النساء ، فقد روى أحمد بسنده من حديث أحمد بن عبد الملك عن أبي بكرة أنه شهد النبي صلى الله عليه وسلم أتاه بشير يبشره بظفر جندله على عدوهم ، ورأسه في حجر عائشة رضى الله عنها فقام فخر ساجدا ، ثم أنشأ يسائل البشير ، فأخبره فيما أخبره أنه ولي أمرهم امرأة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :" الآن هلكت الرجال اذا أطاعت النساء ، هلكت الرجال

---

(١٥٨) رواه الترمذي من حديث محمد بن المثنى - جامع الترمذي بعارضة الأحوذى ٥٤١/٦- ٥٤٢ ،

(١٥٩) رواه النسائي من حديث محمد بن المثنى - سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي ٢٢٧/٨- دار الكتاب العربي - بيروت .

(١٦٠) رواه البيهقي في باب " لايأتم رجل بامرأة " - سنن البيهي ٩٠/٣ .

(١٦١) شرح المنار لابن الملك على متن المنار في الأصول للنسفي ص ٣٢٢ ، طبع سنة ١٣١٥ هـ ، أصول الفقه / د. بدران أبو العينين ص ٣٧٣ ، مؤسسة شباب الجامعة - الاسكندرية .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

اذا أطاعت النساء " ثلاث" (١٦٢)

فتولية النساء سدة الأمر يقود الى هلاك الرجال ، ونحن مأمورون بتجنب مايؤدي الى الهلاك . وهذا يؤول الى تحريم تولية النساء الولايات ، لأن مالا يتم الواجب الابه فهو واجب .

واعتبر الجمهور أن الحديث يتناول بعمومه جميع الولايات التى تحتاج الأمة الى من يقوم بأمر ها ؛ لأن كلمة " أمرهم " مفرد مضاف الى معرفة ، وهو من مقتضيات العموم ، مالم يتحقق خصوص بأن يكون للعهد ، وذلك لأن العموم متبادر منه الى الذهن ، والتبادر علامة الحقيقة ، كما يصح الاستثناء منه ، وهو معيار العموم ، وهذا هو الراجح عند علماء الأصول ، وقد صرح الرازي أن المفرد المضاف يعم ، مع اختياره أن المعروف بالألف وا للام لايعم ، واعتبر الصفى الهندي في النهاية أن عموم الاضافة أقوى من عموم المحلى بأل ، ولهذا لو حلف : لايشرب الماء ، حنث بشرب القليل منه لعدم تناهي أفراده ، ولو حلف : لايشرف ماء البحر ، لايحنث الا بكله (١٦٣).

والعام عمومه شمولي كلي ، والقضية المحكوم فيها عليه في قوة قضايا بعدد أفراد ، فكانت دلالته على كل فرد من أفراده دلاله مطابقة ، فاذا قال شخص : نجح الطلاب .

---

(١٦٢) مسند أحمد ٤٥/٥ - المكتب الاسلامي ، ورواه الحاكم في المستدرك وقال : " هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه " ووافقه الذهبي في التخليص - المستدرك ومعه التخليص ٢٩١/٤ .

(١٦٣) انظر : ارشاد الفحول للشوكاني ص ١٢٠ - ١٢١، الطبعة الأولى - مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٦ هـ.

في الامتحان ، كان هذا في قوة قوله : فلان وفلان ...الخ (١٦٤)

وعلى هذا فكأن الحديث قال : لن يفلح قوم ولوا امرأة الخلافة ، ولن يفلح قوم ولوا امرأة الوزارة ، ولن يفلح قوم ولوا امرأة القضاء ... وهكذا .

وبهذا العموم يكون الحديث شاملا للولايات العامة والخاصة ، الا أن الاجماع قام على استثناء الولايات الخاصة ، فجاز اسنادها للمرأة .

ويرى بعضهم أن السر في هذا هو نقصان المرأة عقلا ودينا ، وهى علة منصوصة في السنة الصحيحة ، وذلك في الحديث الذي رواه البخاري وغيره :" مارأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل العاقل منكن ..." الحديث ، وقد مر ذكره ، وهذا وصف لازم للمرأة مرتبط بفطرتها ، والمرجح في الأصول عند الجمهور أن مثل هذا النهي يقتضي البطلان ، (١٦٥) فلا تجوز ولاية المرأة القضاء ، ولاينفذ قضاؤها ان وليت (١٦٦).

---

(١٦٤) انظر : نشر البنود على مراقي السعود لعبد الله ابراهيم الشنقيطي ١/٢٠٥ ،٢٠٩-دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٩ / ١٩٨٨م ، وانظر : ارشاد الفحول للشوكاني ص ١١٤ ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٦

(١٦٥) سبق أن ذكرنا آراء العلماء في أثر النهي من حيث الصحة والبطلان أثناء الحديث عن مذهب الحنفية في قضاء المرأة ، فليراجع .

(١٦٦) انظر : نيل الأوطار للشوكاني ١٠/٢٥٥ ، مكتبة الكليات الأزهرية ، النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص٩٣ ،مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع الطبعة الأولى ، القضاء في الشريعة الاسلامية / د. فاروق عبد العليم ص ١٤٩- عالم المعرفة للنشر والتوزيع - جدة ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ / ١٩٨٥ م ، القاضي والبينة /عبد الحسيب عبد السلام ص ٢٤٣ ، مكتبة المعلا - الكويت - الطبعة الأولى، مذكرات محاضرات في علم القضاء /د . عبد العال عطوة ص ٦٦.

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

والتحقيق أن العلة في هذا النهي هى الأنوثة التي جاءت كلمة " امرأة" في الحديث عنوانا لها ، وناط الحكم بها ، وليس نقصان العقل والدين ؛ لعدم انضباطه وعدم تحققه في كل امرأة ، فكم من امرأة أعقل وأتقى من كثير من الرجال.

مناقشة هذا الدليل

يمكن مناقشته من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : يمكن الاعتراض على هذا الدليل بأن مناسبته تدل على أنه وارد في ولاية الملك عند الفرس (١٦٧) ، وهى تشبه الخلافة عند المسلمين ، وقد ذهب كثير من العلماء كمالك وأبي ثور والمزنى وأحمد في قول والشافعي في قول منسوب اليه (١٦٨)

---

(١٦٧) جاء في سبب الحديث ، كما في عارضة الأحوذى :" أن شيرويه - ابن كسرى - لما قتل أباه كان أبوه لما عرف أن ابنه قد عمل على قتله احتال على قتل ابنه بعد موته ، فعمل في بعض خزائنه المختصة به حقا مسموما ، وكتب عليه حق الجماع ، من تناول منه كذا جامع كذا ، فقرأه شيرويه ، فتناول منه فكان فيه هلاكه ، فلم يعش بعد أبيه سوى سته أشهر ، فلما مات لم يخلف أخا ، لأنه كان قد قتل اخوته حرصا على الملك ، ولم يخلف ذكرا ، وكرهوا خروج الملك عن ذلك البيت ، فملكوا المرأة واسمها بوران ، ذكر ذلك ابن قتيبة في المغازي.."

عارضة الأحوذي شرح صحيح الترمذي لابن العربي المالكي ٥٤١/٦- ٥٤٢ - حديث رقم (٢٣٦٥)- دار الفكر سنة ١٣٨٥هـ /١٩٦٥م.

(١٦٨) نسبه اليه ابن الحاجب في المختصر ، مطبوع مع شرح العضد وحاشية التفتازاني ١٠٩/٢ - مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٣هـ /١٩٧٣م، التحرير لابن الهمام مع شرحه التيسير لأمير بادشاه ٢٥٧/١ - دار الكتب العلمية - بيروت . وذكر في التبصرة أنه مذهب لبعض الشافعية ، التبصرة في أصول الفقه الشيرازى ،ص ١٩٣ - دار الفكر - دمشق ١٤٠٠/ ١٩٨٠م.

ونقل الدكتور محمد حسن هيتو عن ابن السبكي أنه قال : فى رفع الحاجب : " والثابت عن الشافعي الصحيح من مذهبه العموم " - انظر : هامش التبصرة - ص ١٩٣.

الى أن العبرة بخصوص السبب لابعموم اللفظ ؛ لأنه لو لم يكن مخصصا لعرى عن الفائدة ، ولما نقله الراوي (١٦٩) .

كما ذكر المالكية انه اذا سيق الكلام لمعنى لايستدل به على غيره ؛ لأن داعية المتكلم منصرفة لما توجه له ، دون الأمور التى تغايره ، مثل قوله صلى الله عليه وسلم:" سنوا بهم سنة أهل الكتاب (١٧٠) " سيق لبيان أن المجوس يسوى بينهم وبين أهل الكتاب في أخذ الجزية ، فلا يستدل به على جواز نكاح نسائهم وأكل ذبائحهم ، فان الجمهور ردوا على أبي حنيفة حينما استدل بقوله صلى الله عليه وسلم :" فيما سقت السماء العشر " (١٧١) على وجوب الزكاة في كل ماأخرجته الأرض - بأن الكلام انما سيق لبيان الجزء الواجب ، لالبيان الواجب فيه (١٧٢) .

---

(١٦٩) نهاية السول للأسنوى ٤٧٤/٢ - عال الكتب - بيروت سنة ١٩٨٢ ، التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص١٤٤، تحقيق د. محمد حسن هيتو - دار الفكر - دمشق .

(١٧٠) روي البيهقي بسنده من حديث مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر رضى الله عنه ذكر المجوس فقال :" ماادري كيف أصنع في أمرهم ؟ فقال له عبد الرحمن بن عوف : أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :" سنوا بهم سنة أهل الكتاب " وسكت عنه ، وذكر أن البخاري روى في الصحيح بسند متصل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر - سنن البيهقي ١٨٩/٩ - ١٩٠ .

(١٧١) رواه أحمد والبخاري والترمذى والنسائي وأبو داود وابن ماجه .

انظر : الجامع الصغير بشرح فيض القدير للمناوي ٤٦٠/٤ - دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثانية/ ١٣٩١ هـ ١٩٧٢م.

(١٧٢) انظر : العقد المنظوم في الخصوص والعموم للقرافي ٤٤٢/٥، ٤٧٤ ، ٤٧٦ ، ٨٩٠ - تحقيق د. أحمد الختم عبد الله .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

ومما يلتقي مع هذا مانقل عن الشافعي من أن العام اذا قصد به المدح أو الذم خرج عن العموم ؛ لأنه لم يقصد في الكلام ، حتى منع بعض الشافعية الاستدلال بقوله تعالى:" والذين يكنزون الذهب والفضة ولاينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم(١٧٣) " على وجوب الزكاة في الحلي ؛ لأن القصد ذم الكانز لابيان التعميم واثبات الحكم في جميع المتناولات اللغوية (١٧٤).

وكلام النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي بكرة سيق لذم الفرس الذين ملكوا امرأة عليهم (١٧٥) ، فلا يحتج به على العموم من جهة اللفظ .

وهناك من الأصوليين كأبي هاشم المعتزلي من نفى العموم عن المعرف ، احتمل العهد أم لا ، فهو عنده للجنس الصادق ببعض الأفراد ، كما ذهب امام الحرمين الى نفيه اذا احتمل معهودا (١٧٦) ، وكون الحديث واردا في مناسبة معينة يمكن أن يكون من هذا القبيل .

---

(١٧٣) سورة التوبة -آية (٣٤) .

(١٧٤) انظر : التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص ١٩٣ - تحقيق د. محمد حسن هيتو- دار الفكر- دمشق سنة ١٤٠٠/١٩٨٠ م ، الاحكام في أصول الأحكام للآمدى ٤٠٦/٢ - ٤٠٧- مكتبة المعارف - الرياض ، تيسير التحرير / امير بادشاه ٢٥٧/١ - دار الكتب العلمية - بيروت ، المسودة في أصول الفقه لآل تيمية - عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ص ١٣٣ - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - مطبعة المدني - القاهرة .

(١٧٥) انظر : شرح الأزهار لأحمد بن يحى المرتضى٤/ ٣١٠.

(١٧٦) انظر : نشر البنود على مراقي السعود / عبد الله الشنقيطي ٢٠٩/١- ٢١٠ دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٩/ ١٩٨٨م .

ويمكن الاجابة العامة عن كل هذا بأن جمهور العلماء على أن العبرة بعموم اللفظ لابخصوص السبب ، كما ذكرنا سابقا ، اجراء للفظ على مايقتضيه من العموم مع انتفاء المقتضي للتخصيص (١٧٧).

نعم لو كان الكلام غير مستقل بنفسه ، ويفتقر الى السبب في البيان ، لكان السبب معادا في الكلام ، واعتبرا بمزلة الجملة الواحدة ، ولكن حديث أبي بكرة كلام مستقل ، فيبقى على عمومه .

وكون الكلام خرج مخرج الذم أو المدح أو سيق لغرض ما ، لايمنع من قصد العموم ، لعدم التنافي بينهما ، والجمع بين المقصودين أولى من العمل بأحدهما وتعطيل الآخر(١٧٨) .

---

(١٧٧) انظر : تيسير التحرير / أمير بادشاه ٢٦٣/١-٢٦٤- دار الكتب العلمية - بيروت ، التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص ١٤٤ ، تحقيق د. محمد حسن هيتو - دار الفكر - دمشق ١٤٠٠/ ١٩٨٠، حاشية التفتازاني على شرح العضد ١١٠/٢- مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٣/١٩٧٣ م ، العدة في أصول الفقه لأبي يعلى الفراء ص٥٩٦ ، تحقيق د. أحمد محمد المباركي ، الطبعة الأولى ١٤٠٠/١٩٨٠ م - مؤسسة الرسالة - بيروت .

(١٧٨) انظر : تيسير التحرير / أمير بادشاه ٢٥٧/١ ومابعدها - دار الكتب العملية - بيروت ، الأحكام للآمدي ٤٠٦/٢ ومابعدها - مكتبة المعارف - الرياض ، طباعة دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م ، التبصرة للشيرازي ص ١٩٣ ومابعدها تحقيق د. محمد حسن هيتو - دار الفكر - دمشق ، المسودة في أصول الفقه لآل تيمية -عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ص ١٣٣ ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - مطبعة المدني - القاهرة .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

ولكن الحق أن السبب ان لم يصلح لتخصيص عموم اللفظ فانه يصلح لتحديد معناه وبيان المقصود منه ، اذا كان فيه اشتراك أو غموض أو احتمالات يتعذر معها فهم النص الا بملاحظة مااحتف به من ظرف أو مناسبة ، ونحن مأمورون بتدبر النصوص الشرعية ، وقراءتها قراءة فقهية تحليلية ، وهذا لايتم بمجرد التفسير اللغوي ، دون الأخذ بعين الاعتبار ملابسات النص ، والغاية التى يرمي اليها . فمثلا قال صلى الله عليه وسلم : " أنتم أعلم بأمر دنياكم (١٧٩) "، فأمر الدنيا يتسع من حيث اللغة لأحكام المعاملات والاقتصاد والسياسة والحرب ، فهذه في الوقع شئون دنيوية ، واذا أخذنا بظاهر الحديث ومقتضى عمومه فصلنا بين الدين وبين هذه الشئون ، مما يؤدي الى عزل الدين عن الحياة ، فلا مناص لنا من تفسير أمر الدنيا في الحديث على ضوء المناسبة التى قيل فيها ، وهى تأبير النخل ، وهو عمل زراعي فني بحت ، فيكون المقصود الأعمال الفنية المحضة في شئون الزراعة والصناعة والانتاج والاختراع والاحتراف ونحوها . ولفظ "الأمر" الوارد في حديث أبي بكرة رضى الله عنه يكاد يطلق في اللغة على كل شيء، وليس معقولا أن يحمل على هذا العموم ؛ لما يستلزم من سلب أهلية المرأة لحمل أية مسئولية ، والمرأة تكون راعية في البيت ، ومربية للأولاد ، وحافظة للأمانات وشاهدة ومعلمة وكاتبة ، فلابد من تحديد المقصود " بالأمر " من خلال مناسبة الحديث ، وهى تتويج ابنة كسرى ملكة على الفرس ، فيكون المقصود بالأمر الملك ، والذى يقابله الخلافة عند المسلمين ، ومايلحق بها من الوظائف العامة الهامة ، وهو ماذهب اليه القارى في مرقاة المفاتيح حيث قال :" ولوا أمرهم أى أمر ملكهم (١٨٠)".

---

(١٧٩) رواه مسلم في كتاب الفضائل من رواية طلحة ورافع بن خديج وعائشة وأنس - الأحاديث . (٢٣٦١-٢٣٦٣) - تحقيق فواد عبد الباقي .

(١٨٠) مرقاة المفاتيح / على القارى ٤/ ١٣٠ ، دار احياء التراث

ومما يؤنس في ذلك أن راوي الحديث أبا بكرة ذكره بمناسبة خروج عائشة يوم الجمل ، وهو عمل يعتبر من حيث طريقته ذا طابع سياسي ، وله صلة بالإمارة والقيادة ، على الأقل في ظن الراوي أبي بكرة ، وان كان قصدها في الحقيقة الاصلاح بين الناس ، مما يومىء الى أن الحديث وارد في الرئاسة العامة وماكان من قبيلها .

واذا رجعنا كذلك الى روايات الحديث وجدنا في بعض الروايات مايعزز ماقلناه ، فقد جاء في رواية للامام أحمد من حديث يزيد بن هارون :" لايفلح قوم تملكهم امرأة"(١٨١) ، وفي رواية المستدرك من حديث بكار بن عبد العزيز :" لن يفلح قوم تملكهم امرأة "، (١٨٢) ، وفي رواية للبيهقي :" ملكوا أمرهم امرأة "، (١٨٣) وفي رواية وردت في لسان العرب :" ما أفلح قوم قيمتهم امرأة ". (١٨٤) .

فيهذه الروايات تبين أن المقصود بالأمر في الحديث ، الأمر العام ، الذى هو الامامة العظمى ، وماجرى مجراها من الولايات العامة المختصة بشئون الحكم والسايسة ، وليس كل ولاية في القطاع العام كمعلمة أو واعظة أو كاتبة ونحوها ، والجمع بين الرواية الأولى : " و.... ولوا أمرهم ... " والروايات الأخرى يكون بحمل المطلق على المقيد .

ولكن ياترى هلى نعتبر القضاء من الوظائف الملحقة بالامامة العظمى ، لخطورة

---

(١٨١) مسند الامام أحمد ٤٧/٥ - المكتب الاسلامي .

(١٨٢) المستدرك للحاكم ٢٩١/٤ .

(١٨٣) سنن البيهقي ١١٧/١٠ - ١١٨، باب " لايولى الوالى امرأة ولا فاسقا ولاجاهلا أمرالقضاء "

(١٨٤) لسان العرب / ابن منظور ١٢ / ٥٠٢ - دار صادر - بيروت ، ولم أجد هذه الرواية في كتب السنة المعتمدة .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

منصبه ، فيكون مقصورا على الرجال ، أم أنه ملحق بالوظائف الأخرى التى يستوى فيها الرجال والنساء ؟ والذي أراه أنه من حيث ان القضاء مجرد فصل في الخصومات لايقاس على الامامة العظمى وماتشمله من مسئوليات واسعة تتعلق بالجهاد والأمن والجباية والخدمات ، وان كان هذا لايعني أيضا عدم اشتراط الذكورة في القاضي بهذا الاعتبار ، للأدلة الأخرى التى تدعم مذهب الجمهور . وأما بالنظر الى السلطة العملية للقاضي ، ومالها من جوانب متعددة تتعلق بالأرواح والأبدان والأموال ، فيصح قياسه على الامامة العظمى ، ويكون حينئذ داخلا تحت مدلول الحديث .

الوجه الثاني : ذهب بعضهم الى أن النهي المفهوم من الحديث نهى تنزيه ، من قبل أن الاخبار بنفي الفلاح عمن ولوا أمرهم امرأة لايدل بالضرورة على التحريم . (١٨٥)

وهذا في الحقيقة ليس بشيء؛ لأن الفلاح في الاسلام هو نيل مرضاة الله وثوابه ، ودخول الجنة والنجاة من النار ، هذا من الناحية الدينية ، وأما من الناحية الدنيوية فهو الظفر بالمطلوب والنجاة من المرهوب (١٨٦)، فاذا كان تولية المرأة يؤدي الى الحرمان من هذا الفلاح فلا شك أنه محرم أشد التحريم .

الوجه الثالث : يمكن أن نورد ماأوردناه في الوجه الثالث من مناقشة الدليل الأول ،

---

(١٨٥) انظر : حكم تولي المرأة الامامة الكبرى والقضاء / الأمين الحاج محمد أحمد ص ٤٩ - دار المطبوعات الجدية - جدة .

(١٨٦) انظر : الجامع لأحكام القرآن / القرطبي ١/١٨٢- دار القلم - الطبعة الثالثة ١٣٨٦/ ١٩٦٦م.

وهو أن الدليل - على التسليم بعمومية النص لكل ولاية عامة - غير تام التقريب ؛ لأن غاية مافيه نهى الرجال عن استقضاء المرأة ، وليس فيه ما يمنع من استقضاء المرأة على النساء والأحداث ، فلا يكون منتجا لمساوى الدعوى بل للأخص فقط ، وذلك من قبل أن كلمة " القوم " في اللغة للمذكرين خاصة ، جاء في معجم مقاييس اللغة :" القوم " يقولون جمع امرىء ، ولايكون ذلك الا للرجال ، قال الله تعالى : " لايسخر قوم من قوم" ثم قال :" ولانساء من نساء " . (١٨٧)

وقال زهير :

وماأدري وسوف أخال أدري أقوم آل حصن أم نساء ؟(١٨٨)

وسمي الرجال قوما لأنهم يقومون مع داعيهم في الشدائد ، (١٨٩) أو لأنهم يقوموم بأمور النساء ، وهى في الأصل جمع قائم، كصوم وزور في جمع صائم وزائر ، أو تسمية بالمصدر ، عن بعض العرب :" اذا أكلت طعاما أحببت نوما وأبغضت قوما " أي قياما،(١٩٠)، ثم استعمل في كل جماعة وان لم يكونوا قائمين .

---

(١٨٧) سورة الحجرات -آية (١١) .

(١٨٨) معجم مقاييس اللغة / ابن فارس ٤٣/٥ تحقيق عبد السلام هارون - دار الكتب العلمية قم - ايران ، وانظر : لسان العرب / ابن منظور ٥٠٢/١٢ - دار صادر - بيروت ، وانظر : الكوكب الدرى للأسنوي ص ٢٨٢- ٢٨٣ ، تحقيق د. محمد حسن عواد - دار عمار للنشر والتوزيع - الأردن سنة ١٤٠٥ هـ.

(١٨٩) تفسير القرطبي ٣٢٥/١٦- دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، مصورة عن طبعة دار الكتب ١٣٨٧ هـ /١٩٦٧ م.

(١٩٠) الكشاف للزمخشرى ٥٦٥/٣ - دار الفكر ، ومعه حاشية الجرجاني وكتاب الانصاف .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

قال القرطبي في قوله تعالى :" ولوطا اذ قال لقومه " (١٩١) أراد الرجال دون النساء ".(١٩٢) ومن فروع المسألة على ما ذكر الأسنوي أنه اذا أوصى انسان لقوم زيد أو أوقف عليهم لم يصرف للاناث منهم شيء .(١٩٣)

ويمكن أن نجيب على ذلك بأن اطلاق القوم على الرجال خاصة لايمنع من دخول النساء فيها عرفا أومجازا ، كما في قوله تعالى :" انا أرسلنا نوحا الى قومه "، (١٩٤) وكل نبي أرسل الى النساء والرجال ، بل أن العلماء ذهبوا الى أن الجمع السالم الخاص بعلامة التذكير ، مثل : المسلمين والمؤمنين ، يدخل فيه الاناث حقيقة أومجازا ؛ لأن المألوف في لغة العرب أنه اذا اجتمع التذكير والتأنيث غلبوا جانب التذكير ، وأكثر خطابات الشرع جاءت بصيغة المذكر مع انعقاد الاجماع على دخول النساء فيها مالم يرد دليل التخصيص .(١٩٥)

فإذا اعتبرنا الحديث -محل البحث - شاملا للقضاء ، فلا فرق بين الرجل وغيرهم في الأحكام المتعلقة به ، ويكون الدليل تام التقريب .

---

(١٩١) سورة الأعراف آية (٨٠) .

(١٩٢) تفسير القرطبي ١/٤٠٠ - دار الكاتب العربي العربي للطباعة والنشر - ١٣٨٧/١٩٦٧م

(١٩٣) الكوكب الدرى للأسنوى ص ٢٨٢ - ٢٨٣ ، تحقيق د. محمد حسن عواد ، دار عمار للنشر والتوزيع - الأرن سنة ١٤٠٥ هـ.

(١٩٤) سورة نوح - آية (١) .

(١٩٥) انظر : الأحكام للآمدي ٢/٣٨٦ ومابعدها - دار الكتب العلمية - بيروت - سنة ١٤٠٠/١٩٨٠ م ، تيسير التحرير / أمير بادشاه ١/٢٣١ ومابعدها - دار الكتب العلمية - بيروت .

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

٢- استدلوا بما جاء في بعض الروايات :" أخروهن من حيث أخرهن الله ". (١٩٦)

والقضاء تقديم فلا يجوز للمرأة .

ولكن في الواقع هذا لايصلح للاحتجاج : لأنه كلام ابن مسعود على الأصح ، قال السخاوي في المقاصد : " قال الزركشي : عزوه للصحيحين غلط . قلت : وكذا من عزاه لدلائل البيهقي مرفوعا ، ولمسند رزين ، ولكنه في مصنف عبد الرزاق ، ومن طريقه الطبراني من قول ابن مسعود في حديث أوله :" كان في بني اسرائيل الرجل والمرأة يصلون جميعا ....، الحديث ". (١٩٧)

وجاء في كشف الخفاء أن القارى نقل في الموضوعات عن ابن الهمام أنه قال في شرح الهداية :" لايثبت رفعه فضلا عن شهرته ، والصحيح أنه موقوف على ابن مسعود"(١٩٨) ونقل مثل ذلك عن السيوطي (١٩٩) أيضا.

والحديث كما هو واضح وارد في ترتيب الصلاة ، فصفوف الرجال تكون أولا ثم الصبيان ثم النساء ، وقد ورد عن أبي هريرة مرفوعا في خير صفوف الرجال وشرها ، وغيره من الأحاديث .(٢٠٠)

---

(١٩٦) أدب القاضي للماوردي ص ٧٢٦ ، تحقيق محي سرحان ، مطبعة الارشاد - بغداد ، شرح الأزهار / أحمد بن يحى المرتضى ٣١٠/٤ ، تكملة المجموع للمطيعي على المهذب للشيرازي ١١٤/١٩- المكتبة العالمية .

(١٩٧) المقاصد الحسنة للسخاوي ص ٢٨ - مكتبة الخانجي بمصر ومكتبة المثني ببغداد سنة ١٣٧٥/ ١٩٥٦ م .

(١٩٨) كشف الخفاء / اسماعيل العجلوني ٦٧/١.

(١٩٩) الدرر المنتشرة في الأحاديث المشتهرة للسيوطي ص ٤٥ ، تحقيق محمد لطفي الصباغ ، جامعة الملك سعود - الرياض سنة ١٩٨٣ م .

(٢٠٠) انظر : المقاصد الحسنة للسخاوي ص ٢٨ - مكتبة الخانجي بمصر ومكتبة المثنى - بغداد .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

وان قيل : ان العبرة بعموم اللفظ لابخصوص السبب فالجواب : يجب أن نفرق بين العموم في جنس السبب والعموم في لفظ آخر غير السبب ، فالعموم في الثاني ضعيف بخلاف الأول (٢٠١) .

وعلى هذا فعموم الحديث ينسحب على الاجتماعات التي يحضرها الرجال والنساء للصلاة أو لغيرها ، ولايمنع من تقديم المرأة فيما تبرز فيه في مجال العلوم والأعمال اللائقة بها .

٣- استدل بعضهم بما رواه بريدة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " القضاء ثلاثة : واحد في الجنة واثنان في النار ، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار " رواه ابن ماجه وأبو داود . (٢٠٢)

قال صاحب منتقى الأخبار :" وهو دليل على اشتراط كون القاضي رجلا " (٢٠٣) وقال الشوكاني : " فدل بمفهومه على خروج المرأة ". (٢٠٤)

---

(٢٠١) المسودة في أصول الفقه / آل تيمية : عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ص ١٣١ - مطبعة المدني - القاهرة - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد .

(٢٠٢) منتقى الأخبارمع شرحه : نيل الأوطار ٢٥٤/١٠ - مكتبة الكليات الأزهرية ، ١٣٩٨/ ١٩٧٨ ، تحقيق طه عبد الرؤوف ومصطفى الهراوى ، وقال الشوكاني في النيل :" أخرجه أيضا الترمذي والنسائي والحاكم وصححه : وقال الحاكم في علوم الحديث : تفرد به الخراسانيون ، ورواته مراوزة . وقال الحافظ : له طرق غير هذه جمعها في جزء مفرد ".

(٢٠٣) المرجع السابق ٢٥٥/١٠ .

(٢٠٤) المرجع السابق

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

ولكن لا أرى في هذا حجة ؛ لأنه مبني على مفهوم اللقب ، (٢٠٥) واللقب اذا كان لفظا جامدا لايومىء الى وصف يقيد الحكم ، لايؤخذ منه حكم بمهوم المخالفة عند جمهور العلماء ،خلافا لأبي بكر الدقاق وبعض الحنابلة ؛ لأنه لايوجد قيد يثبت الحكم في وجوده وينتفي بنفيه(٢٠٦) .

ثالثا - من الاجماع :

ذهب غير واحد الى الاستدلال بالاجماع على منع تولي القضاء ، وعلى بطلان قضائها ، واعتبر الماوردي قول الطبري خرقا للاجماع -(٢٠٧) كما مر أثناء الحديث عن مذهبه أي الطبري - اذ كان الاجماع منعقدا على ذلك قبل ظهور الآراء المخالفة ، ولاعبرة بخلاف من خالف بعد انقراض عصر المجمعين ، قال تعالى :" ومن يشاقق الرسول من بعدما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيرا "، (٢٠٨)

---

(٢٠٥) مفهوم اللقب : هو تعليق الحكم بالاسم العلم ، نحو: قام زيد ، أو اسم النوع ، أو اسم الجنس نحو: في الغنم زكاة - انظر : البدخشي ٣١٤/١ ، مطبوع مع شرح الأسنوي . مطبعة صبيح بمصر .

(٢٠٦) انظر : شرح البدخشي ٣١٤/١- ٣١٥ - مطبعة صبيح بمصر . أصول الفقة الاسلامي / أبو زهرة ص١٥٢ - دار الفكر العربي .

(٢٠٧) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥ - مطبعة مصطفى الحلبي - الطبعة الثالثة ، وانظر : القاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام ص ٢٤٦ - مكتبة المعلا - الكويت ، نظام القضاء في الاسلام/ المستشار جمال المرصفاوى ص٣١ من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الاسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ طبع سنة ١٤٠١/١٩٨١م ، النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٩٥ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى

(٢٠٨) سورة النساء- آية (١١٥) .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

وقد ذهب جمهور العلماء الى امكان الاجماع في عصر الصحابة ومن بعدهم .

ويمكن مناقشة ذلك بأن الاجماع في مثل هذه المسألة أمر متعذر أو متعسر؛ لأن التحقق من عدم المخالف يحتاج الى استقراء شامل ونقل صحيح (٢٠٩) ، وقد جاء عن أحمد في رواية وعن بعض الأصوليين كالشوكاني (٢١٠) أن العلم به غير ممكن مطلقا ، نقل عن أحمد :" من ادعى الاجماع فهو كاذب ، لعل الناس اختلفوا ومايدريه ولم ينته اليه، فليقل : لانعلم الناس اختلفوا "(٢١١) ، وان كان هذا في الصحيح ليس على ظاهره - كما أخبر بعضهم ، وانما قاله عن طريق الورع لجواز أن يكون هناك خلاف لم يبلغ مدعي

---

(٢٠٩) انظر : دراسات حول الاجماع والقياس / د. شعبان محمد اسماعيل ص ٥٢ - مكتبة النهضة المصرية .

(٢١٠) قال الشوكاني في ارشاد الفحول : "ومن ذلك الذي يعرف جميع المجتهدين من الأمة في الشرق والغرب وسائر البلاد الاسلامية !؟ فان العمر يفنى دون مجرد البلوغ الى كل مكان من الأمكنة التى يسكنها أهل العلم ، فضلا عن اختبار أحوالهم ، ومعرفة من هومن أهل الاجماع منهم ومن لم يكن من أهله ، ومعرفة كونه قال بذلك أو لم يقل به ، والبحث عمن هو خامل من أهل الاجتهاد ، بحيث لايخفى على الناقل فرد من أفرادهم ، فان ذلك قد يخفى على الباحث في المدينة الواحدة ، فضلا عن الاقليم الواحد ، فضلا عن جميع الأقاليم التى فيها أهل الاسلام ، ومن أنصف من نفسه علم أنه لاعلم عند علماء الشرق بجملة علماء الغرب وبالعكس ، فضلا عن العلم بكل واحد منهم على التفصيل ، وبكيفية مذهبه ، وبما يقوله في تلك المسألة بعينها..." ثم قال : " ومن ادعى أنه أنه يتمكن النافل للاجماع من معرفة كل من يعتبر فيه من علماء الدنيا فقد أسرف في الدعوى وجازف في القول لما قدمنا من تعذر ذلك تعذرا واضحا " - ارشاد الفحول للشوكاني ص٧٢-٧٣ - الطبعة الأولى طبعة مصطفى الحلبي١٣٥٦هـ.

(٢١١) انظر : المسودة في أصول الفقه / آل تيمية : عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ، ص ٣١٥ - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - مطبعة المدني - القاهرة .

وانظر : دراسات حول الاجماع والقياس د. شعبان محمد اسماعيل ص ٤٠ - مكتبة النهضة المصرية .

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

الاجماع، وهذا في حق من ليس له معرفة بخلاف السلف .(٢١٢)وذهب الظاهرية وأحمد في رواية الى امكانه في عصر الصحابة فقط ، وقال الشيخ أبو زهرة في أصول الفقه : " ... لايبتعد عن الحقيقة من يقول : انه لم يعرف اجماع متفق على وقوعه غير اجماع الصحابة ، وهو الذي سلم به الجميع " .(٢١٣)

ومادام هناك مخالف ولو واحداً لاينعقد الاجماع عند أكثر العلماء ؛ لأن " المؤمنين " في قوله تعالى :" ويتبع غير سبيل المؤمنين (٢١٤) " لفظ عام . والأمة في قوله صلى الله عليه وسلم :" لاتجتمع أمتي على ضلالة " (٢١٥) لفظ عام كذلك ، وموضوع لكل أفراد الأمة ، ولأن من الجائز اصابة الأقل وخطأ الأكثر ، كما كشف الوحي عن اصابة عمر رضي الله عنه في أسرى بدر .(٢١٦)

---

(٢١٢) انظر : المسودة في أصول الفقه / آل تيمية : عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ص ٣١٦ - تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد - مطبعة المدني - القاهرة ، وجاء فيها : " قد أطلق القول بصحة الاجماع في رواية عبد الله وأبي الحارث ، وادعى الاجماع في رواية الحسن بن ثواب فقال :" ذهب في التبكير من غداة يوم عرفة الى آخر أيام التشريق ، فقيل له : الى أي شيء تذهب ؟ فقال : بالاجماع : عمر وعلى وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس ".

(٢١٣) أصول الفقه / محمد أبو زهرة ، ص ١٥٩ - ١٦٠ - دار الفكر العربي .

(٢١٤) سورة النساء -آية (١١٥).

(٢١٥) ذكر العجلوني أنه رواه أحمد والطبراني وبن أبي خيثمة وبن أبي عاصم وأبو نعيم والحاكم وأعله اللالكائي في السنة ، ورواه ابن مندة والضياء والترمذي وابن ماجه ، ثم قال :" وبالجملة فالحديث مشهور المتن وله أسانيد كثيرة وشواهد عديدة في المرفوع وغيره "- انظر : كشف الخفاء للعجلوني ٢/ ٣٥٠ .

(٢١٦) شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي ٢/٢٢٩ ، تحقيق د. محمد الزحيلي ود. نزيه حماد - جامعة الملك عبد العزيز - مكة المكرمة ١٤٠٠/ ١٩٨٠ م .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

وهذه المسألة - محل النزاع - خالف فيها الحنفية من حيث ذهابهم الي صحة قضاء المرأة فيما تشهد فيه مع اثم المولى ، وأبو حنيفة كان في عصر التابعين أو تابعيهم ، وكذلك نقل صحة قضاء المرأة ، أو جواز توليها القضاء - على وجهين - عن الحسن البصري وابن القاسم ، ثم بعد ذلك عن ابن جرير الطبري وابن حزم - كما مر .

وكذلك لاتعتبر هذه المسألة من الاجماع السكوتي في عصر الصحابة لأن الصحابة رضى الله عنهم لم ينقل عنهم قول فيها .

وبعضهم يستدل على نفي الاجماع في عصر الصحابة على ذلك بخروج عائشة يوم الجمل على رأس جيش كبير فيه طلحة والزبير ، متزعمة الثورة على علي كرم الله وجهه.(٢١٧)

ولكن يجاب على ذلك بأن خروجها رضى الله عنها - وان كان له طابع سياسي - الا أنه في الأصل لم يكن للثورة على علي ، ولا للمطالبة بالخلافة ، وانما خرجت بتأثير جماعة من الصحابة وغيرهم للاصلاح بين الناس ، وحقن الدماء ، ولم يكن هدفها قتالاً ولا غايتها تسلطاً أو رئاسة ، ولكن شاء الحكيم العليم أن تتطور الأمور الى غيرما قصدت ، بفعل دعاة الفتنة من القبيلين ، فأوقدوا نار الحرب بين الفريقين على كره منهما (٢١٨).

يقول ابن العربي المالكي :"... وأما خروجها الى حرب الجمل فما خرجت لحرب ، ولكن تعلق الناس بها ، وشكوا اليها ما صاروا اليه من عظيم الفتنة وتهارج الناس ،

---

(٢١٧) انظر : النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ، ص ٩٦ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى .

(٢١٨) انظر : المرجع السابق ، وانظر : فتح الباري لابن حجر ٤٧/١٣ - دار المعرفة - بيروت .

ورجوا بركتها في الاصلاح ، وطمعوا في الاستحياء منها اذا وقفت الى الخلق ، وظنت هى ذلك ، فخرجت مقتدية بالله في قوله : " لاخير في كثير من نجواهم الا من أمر بصدقة أو معروف أو اصلاح بين الناس (٢١٩) " ، وبقوله :" وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما (٢٢٠) " ، والأمر بالاصلاح مخاطب به جميع الناس من ذكر أو أو انثى ، حر أو عبد، فلم يرد الله بسابق قضائه ونافذ حكمه أن يقع اصلاح ، ولكن جرت مطاعنات وجراحات حتى كاد يفنى الفريقان ..." (٢٢١)

ثم ان خروجها رضى الله عنها كان اجتهادا خاطئا وقد رجعت عنه وندمت عليه ، كما روى الطبري بسند صحيح عن أبي يزيد المديني قال : " قال عمار بن ياسر لعائشة لما فرغوا من الجمل : ما أبعد هذا السير من العهد الذى عهد اليكن - يشير الى قوله تعالى : "وقرن في بيوتكن "... فقالت : أبو اليقظان ؟ قال : نعم ، قالت : والله انك - ماعلمت لقوال بالحق " قال : الحمد لله ، الذى قضى لي على لسانك " . (٢٢٢)

ولو صح الاجماع في عصر الصابة لكان سكوتيا ، وهو لايعتبر حجة عند كثير من العلماء، منهم المالكية وبعض الحنفية والشافعي في أحد أقواله؛ لأنه لاينسب الى ساكت قول، ولاحتمال أن يكون السكوت لعدم الاجتهاد في القضية أو للتوقف فيها ، أوللذهاب الى

---

(٢١٩) سورة النساء - آية (١١٤) .

(٢٢٠) سورة الحجرات- آية (٩).

(٢٢١) أحكام القرآن لابن العربي ٥٦٩/٣- ٥٧٠- دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى - سنة ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨م .

(٢٢٢) انظر : فتح البارى ٤٩/١٣ - دار المعرفة - بيروت .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

تصويب كل مجتهد ، أو لتوقير أو مهابة ونحوهما ،(٢٢٣) والدليل ان تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

غير أن الراجح في نظرى أن الاجماع السكوتي حجة قاطعة ، ان تحققت شرروطه(٢٢٤) ، واحتفت به القرائن الدالة على العلم والرضى ، وكانت القضية محل الاجماع على جانب من الشهرة والأهمية عند العلماء ، وذلك لانتفاء الاحتمالات التي ذكرها المخالفون في هذه الحالة ، والسكوت حينئذ دليل الموافقة ، والعادة أن يفزع العلماء الى الاجتهاد وابداء الرأى في النوازل ، وأن لايكتموا الخلاف ان وجد ، والأدلة التى دلت على

---

(٢٢٣) انظر : التبصرة للشيرازي ص ٣٩١ - تحقيق د. محمد حسن هيتو ، دار الفكر - دمشق ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م ، التحصيل للأرموي ٦٦/٢ - تحقيق د. عبد الحميد أبو زنيد - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى ١٤٠٨/ ١٩٨٨ م ، نشر البنود للشنقيطي ٩٣/١ - دار الكتب العلمية- بيروت ، أصول الفقه الاسلامي / د. زكى الدين شعبان ص ٨٦- دار نافع للطباعة والنشر .

(٢٢٤) خلاصة هذه الشروط ما يلي :-

١- ان لايقترن بالسكوت مايدل على الرفض .

٢- أن يمضي على المسألة المجتهد فيها وقت كاف لمدارسة الآخرين لها وتكوين الرأي فيها .

٣- التحقق من أن السكوت ليس نتيجة خوف أوحياء أو تعظيم .

٤- أن تبلغ المسألة المجتهد فيها جمع المجتهدين حتى يمكن ابداء الرأي فيها .

٥- أن يكون السكوت قبل استقرار المذاهب لأن السكوت بعد ذلك قد يكون لاعتمادهم على معرفة مذاهبهم في تلك المسألة ، فلا يكون دليلا على الموافقة -انظر : دراسات حول الاجماع والقياس د. شعبان محمد اسماعيل ص ٨٥ - مكتبة النهضة المصرية ، أصول الفقة الاسلامي / أحمد محمود الشافعي ص ٩١ - مؤسسة الثقافة الجامعية سنة ١٩٨٣ م .

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

الاجماع لم تفرق بين نوعيه : الصريح والسكوتي ، فكان قطعيا فيهما علي السواء.(٢٢٥) وهو ممكن الوقوع ، وخاصة في عصر الصحابة رضى الله عنهم ، لأنهم كانوا محصورين ومعروفين . ولكن في تقديري لانستطيع اعتبار هذه المسألة - محل البحث - من مسائل الاجماع ، لافي عصر الصحابة ولا فيما تلاهم من العصور ، وذلك للاعتبارات السابقة .

رابعا - من القياس :

استدلوا بالقياس من ثلاثة وجوه :

الأول : لايجوز للمرأة أن تؤم في الصلاة مع جواز امامة الفاسق فكان المنع من القضاء الذي لايصح من الفاسق أولى .

الثاني : لايجوز للمرأة أن تتولى الامامة العظمى بالاجماع فتمنع من القضاء قياسا عليها .

الثالث : ان من لم ينفذ حكمه في الحدود لم ينفذ في غير الحدود كالأعمى ، وهذا رد على الحنفية خاصة الذين يجيزون قضاء المرأة في غير الحدود والقصاص . (٢٢٦)

ويمكن مناقشة ذلك بما يلي :

١- بالنسبة للقياس الأولوى على امامة الصلاة فان أحكام الامامة من الأمور التعبدية

---

(٢٢٥) انظر : الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٣٦١/١ دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٩٨٠ م ، التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص ٣٩١ وما بعدها - تحقيق د. محمد حسن هيتو ، دار الفكر - دمشق سنة ١٤٠٠ / ١٩٨٠ م ، أصول الفقه الاسلامي / زكي الدين شعبان ص ٨٦ - دار الكتاب بالجامعي - القاهرة ، شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي ٢٥٣/٢ - تحقيق د. محمد الزحيلي ود. نزيه حماد- جامعة الملك عبد العزيز عبد العزيز سنة ١٤٠٠ / ١٩٨٠ م .

(٢٢٦) انظر : أدب القاضي للماوردي ص ٦٢٨ ، تحقيق محي سرحان ، مطبعة الارشاد - بغداد .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

التى مبناها على التوقيف ولامدخل للقياس فيها ، ثم ان واقع الامامة يختلف عن واقع القضاء ، من حيث ان الامام يركع ويسجد أمام المقتدين ، ولايليق بالمرأة ان تبدي هذه الهيئة امام الرجال ، كما أن المرأة تتعرض أثناء الصلاة للحدث، من حيض واستحاضة فلا تصلح للامامة ، وهذه المعاني منتفية في القضاء .

٢- أما قياس القضاء على الامامة الكبرى ، فقياس مع الفارق ، وقد سبق أن أشرنا الى ذلك ؛ لأن الامام مسئول عن سياسة الرعية وتدبير شئونها وادارة مرافقها وتأمين حاجياتها وقيادة الجيوش ، بخلاف القاضي المقتصر عمله على الفصل بين الخصوم .

ويمكن الرد على هذا بما سبق أن ذكرنا من ان للقاضي - من حيث العرف القائم - سلطة واسعة تجعل له ولاية على كل من له علاقة بقضية تعرض عليه ، والقضايا التى ينظر فيها قد تشمل نواحي أمنية واقتصادية واجتماعية وأخلاقية، فضلا عن مسئوليته عن الوصايا والأوقاف والتركات وشئون اليتامى ومالى ذلك من الأعمال التي لاتستطيع النساء الاضطلاع بها على وجه كامل ، ولذلك يسوغ قياس القضاء على الامامة الكبرى في اشتراط الذكورة .

٣- للحنفية أن يجيبوا على القياس الثالث بأن لايصلح قياس المرأة على الأعمى في ابطال الحكم في الحدود وغيرها ، لأن الأعمى ليس من أهل الشهادة عندهم وعند فريق من العلماء لا في الحدود ولا في غيرها ؛ وأما المرأة فهى من أهل الشهادة في الجملة ، فتقبل شهادتها في الأموال وفي شئون النساء وفى حقوق الأبدان عند بعض العلماء ، فضلا عن أن الظاهرية يقبلون شهادتها في كل شيء .

خامسا : من المعقول :

وذلك من وجهين :

الوجه الأول : أن القضاء يحضره محافل الخصوم والرجال ، ولايليق بالمرأة أن تبرز لمثل هذه المجالس (٢٢٧) ، وهى المأمورة بالقرار في البيت ، ولاتصلح لمحاورة الرجال ومفاوضتهم ندا لند؛ لما يغلب عليها من الحشمة والحياء .

ولعل من المفيد في هذا المقام أن ننقل نص محاورة فقهية جرت في بغداد حول أهلية المرأة لتولي القضاء ذكرها ابن العربي في تفسيره فقال : " وقد تناظر في هذه المسألة القاضي أبو بكر بن الطيب المالكي الأشعري مع أبي الفرج بن طرار شيخ الشافعية ببغداد في مجلس السلطان الأعظم عضد الدولة ، فماحل ونصر ابن طرار لما ينسب الى ابن جرير ، على عادة القوم التجادل على المذاهب ، وان لم يقولوا بها ، استخراجا للأدلة ، وتمرنا في الاستنباط للمعاني ، فقال أبو الفرج بن طرار : الدليل على أن المرأة يجوز أن تحكم أن الغرض من الأحكام تنفيذ القاضي لها ، وسماع البينة عليها ، والفصل بين الخصوم فيها ، وذلك يمكن من المرأة ، كامكانه من الرجل .

فاعترض عليه القاضي أبو بكر ، ونقض كلامه بالامامة الكبرى ، فان الغرض منها حفظ الثغور ، وتدبير الأمور ، وحماية البيضة ، وقبض الخراج ورده على مستحقيه ، وذلك يتأتى من المرأة كتأتيه من الرجل .

فقال له القاضي أبو بكر : لانسلم أنه أصل الشرع ".

ثم علق ابن العربي بقوله :" ليس كلام الشيخين في هذه المسألة بشيء ؛ فان المرأة

---

(٢٢٧) انظر : المغني لابن قدامة مطبوع مع الشرح الكبير ١١/ ٣٨٠ - دار الكتاب العربي - بيروت سنة ١٤٠٣/ ١٩٨٣ م ، انظر : نظام الحسبة في الاسلام / عبد العزيز محمد مرشد ص٦٢ - مطبعة المدينة - الرياض .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

لايتأتى منها أن تبرز الى المجالس ، ولاتخالط الرجال ، ولاتفاوضهم مفاوضة النظير للنظير؛ لأنها ان كانت فتاة حرم النظر اليها وكلامها ، وان كانت متجالة (٢٢٨) برزة(٢٢٩) لم يجمعها والرجال مجلس تزدحم فيه معهم ، وتكون مناظرة لهم ، ولم يفلح قط من تصور هذا ، ولا من اعتقده (٢٣٠) ".

ويمكن أن يناقش ذلك بأن هذه المقولة ليست على الاطلاق ، فلامانع من اجتماع المرأة بالرجال ومخاطبتهم في اطار الحشمة والالتزام ، اذا كان ذلك لغاية مشروعة أو حاجة ملحة، ويمكن ان يكون القضاء من هذا القبيل ؛ لما فيه من أمر بالمعروف ونهى عن المنكر وانصاف للمظلوم وتطبيق لأحكام الله .

وللجمهور أن يجيبوا على ذلك بأن لاحاجة الى قضاء المرأة مع وجود الأكفياء من الرجال .

الوجه الثاني : ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يول امرأة القضاء ، ولم يفعل ذلك أصحابه من بعده ، ولم يحصل سابقة له في عصر من العصور الاسلامية ، ولو جاز لم يخل منه عصر من العصور ، وقد اعتبر الباجي أن ذلك من أقوى الأدلة على منع المرأة من القضاء اذ قال : " ويكفي في ذلك عندي عمل المسلمين من عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، لانعلم أنه قدم لذلك في عصر من العصور ولا في بلد من البلدان امرأة ، كما لم

---

(٢٢٨) متجالة من التجال وهو التعاظم ، يقال : فلا يتجال عن ذلك أي يترفع عنه - الصحاح للجوهري ١٦٦١/٤ - دار العلم للملايين - بيروت ، ط ٢ ، ١٣٩٩ /١٩٧٩م .

(٢٢٩) برزة : جليلة تبرز وتجلس للناس - الصحاح للجوهرى ٨٦٤/٣ - باب " برز "- تحقيق أحمد عبد الغفور - دار العلم للملايين - بيروت ، ط ٢ ، ١٣٩٩هـ /١٩٧٩م.

(٢٣٠) أحكام القرآن لابن العربي ٤٨٣/٣ - دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٨ / ١٩٨٨ م.

يقدم للامامة امرأة ". (٢٣١)

ونحن مأمورون بالتأسي بسنة النبي صلى الله عليه وسلم فعلا وتركا ، جاء في ارشاد الفحول :: قال ابن السمعاني : اذ ترك الرسول شيئا وجب علينا متابعته فيه ، ألاترى أنه صلى الله عليه وسصلم لما قدم اليه الضب فأمسك عنه فترك أكله ، أمسك عنه الصحابة وتركوه الى أن قال لهم : انه ليس بأرض قومي فأجدني أعافه ، وأذن لهم في أكله". (٢٣٢)

فلا يصح تولية المرأة القضاء ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله ، ولاأحد من أصحابه أو ممن جاء بعدهم .

ويمكن للمعترض أن يقول : ان تركه صلى الله عليه وسلم لذلك لايدل على التحريم بالضرورة ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم يترك المحرم والمكروه وخلاف الأولى وبعض المباحات ، فلعله صلى الله عليه وسلم لم يستقض امرأة لعدم الحاجة أو لوجود الأفضل من الرجال ، وكذلك احجام الصحابة ومن بعدهم عن ذلك يمكن أن يكون لهذا السبب ، فاذا قامت الحاجة ، ووجدت المؤهلات ، فالأمر يختلف حينئذ .

ولكن في الواقع ان الحاجة للقضاء كانت موجودة ، والمتفوقات في علوم الدين كن متوفرات على مر العصور ، ولم يحصل أن اعتلت احداهن سدة القضاء .

المطلب الثاني- أدلة الحنفية القائلين بنفاذ قضاء المرأة فيما تشهد فيه مع اثم المولى :

---

(٢٣١) المنتقى لأبي الوليد الباجي ١٨٢/٥- مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢هـ.

(٢٣٢) ارشاد الفحول للشوكاني ص ٤٢ - مطبعة الحلبي سنة ١٣٥٦ /١٩٣٧ م

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

ذكرنا أن الحنفية يتفقون مع الجمهور في تحريم تولية المرأة القضاء ، وعلى هذا فأدلة الجمهور تعتبر أدلة لهم من هذا الوجه ، ولكن الحنفية ذهبوا الى أن قضاء المرأة فيما تصح فيه شهادتها صحيح ونافذ ان وافق الحق مع اثم المولى ، وقد بينا أن هذا القول فرع لقاعدة أصولية عندهم ، وهى أن النهي في الشرعيات، ان لم يتعلق بذات المنهي عنه ، بل بوصفه أو بأمر خارج عنه، دل على الصحة ، ويعتبر القضاء من هذا القبيل كما بينا ، والأدلة التى دلت على تحريم استقضاء المرأة لم تتعرض لحكم قضائها اذا وليت ووافقت الحق في ذلك القضاء ، فينبغي أن ينفذ مادام عندها أصل الأهلية ، وان كانت دون الرجال في ذلك ، يقول الكمال بن الهمام في الفتح معلقاعلى قوله صلى الله عليه وسلم :" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة ": "...والجواب أن ماذكر غاية مايفيد منع أن تستقضى وعدم حله ، والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك ، أو حكمها خصمان ، فقضت قضاء موافقا لدين الله أكان ينفذ أم لا ؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ماأنزل الله الا أن يثبت شرعا سلب أهليتها ، وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ، ومعلوم أنه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكلية ، ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى ، وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ، ثم هو منسوب الى الجنس ، فجاز في الفرد خلافه ، ألاترى الى تصريحهم بصدق قولنا :" الرجل خير من المرأة "، مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال، ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليهن عدم الفلاح ، فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن بنقص الحال ، وهذا حق ، لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق ؟". (٢٣٣)

والحنفية يجعلون القضاء والشهادة من باب واحد ، ذهابا منهم الى أن كلا منهما فيه

---

(٢٣٣) فتح القدير للكمال بن الهمام ٢٩٨/٧ - مطبعة مصطفى الحلبي - الطبعة الأولى ١٣٨٩/٢/ ١٩٧٠ م .

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

معنى الولاية ، وهى تنفيذ القول على الغير ، (٢٣٤) بل ان الشهادة عند بعضهم أقوى من القضاء؛ لأنها ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم (٢٣٥).

وبناء الشهادة على القضاء فيه نظر من وجوه :

الأول : ان الشهادة ليست ولاية في الحقيقة ؛ لأنها خاضعة لتقدير القاضي قبولا وردا ، ودور الشاهد مقصور على الاخبار بما شهده أو سمعه ،أو بما أشهده عليه الشاهد الأصلى ، ان كان شهادة على شهادة ، ويعود الأمر الى القاضي في النظر في توافر الشروط الشرعية للشهادة من عدالة الشهود وعدم التناقض وانتفاء التهمة وغيرها ، ويقرر على ضوء ذلك قبول الشهادة أو ردها ، فالولاية للقاضي على الشاهد ، وليس العكس (٢٣٦).

الثاني : على التسليم بأن الشهادة ولاية فهى ولاية خاصة في قضية معينة ، ولاتصلح أصلا للولايات العامة .

الثالث : ولاية القضاء تلزم بالحق بشكل مباشر ، والشهادة لاتلزم به الا من خلال

---

(٢٣٤) انظر : البحر الرائق لابن نجيم ٧/٥-٦ - الطبعة الأولى - المطبعة العلمية ، حاشية ابن عابدين ٣٥٤/٥ ، مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٣٨٦/ ١٩٦٦ م . ، لسان الحكام لابن الشحنة ص ٢٢٤، مطبوع مع معين الحكام ، طبعة مصطفى الحلبي ١٣٩٣ هـ ١٩٧٣ م ، معين الحكام للطرابلسي ص٢٥ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن أفندي المدعو " بشيخ زاده " ١٦٨/٢ ط سنة ١٣٢٧ هـ - المطبعة العثمانية ، تبين الحقائق للزيلعي ١٧٥/٤ - دار المعرفة - بيروت .

(٢٣٥) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ١٧٤/٣ .

(٢٣٦) انظر : القضاء في الشريعة الاسلامية / د. فاروق عبد العليم مرسي ص ١٥١- عالم المعرفة - جدة ١٤٠٥/١٩٨٥ م.

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

حكم القاضي .(٢٣٧)

وعلى هذا فهناك اختلاف كبير بين الشهادة والقضاء ، فلا يصح قياس أحدهما على الأخر .

وللحنفية أن يجيبوا أننا لانبني القضاء على الشهادة من كل وجه ، فالقضاء محرم على النساء ، والشهادة مباحة لهن ، ولكننا نربط بينهما في مسألة معينة ، وهى مايترتب عليهما ، فينفذ حكم المرأة في القضاء كما تنفذ شهادتها في غير الحدود والقصاص ، من حيث توفر أصل الأهلية عند المرأة في الحالتين، على النحو الموضح في كلام صاحب الفتح، والمسألة تعود - كما ذكرنا- الى النهي عن الشيء هل يقتضي الصحة أو البطلان ؟ .

والذي أراه صحة قضاء المرأة فيما تشهد فيه اذا وافق الحق ؛ لأنه حكم صدر عن قاضية مولاة ، وهى مسلمة مكلفة ، وفى انفاذ حكمها استقرار للأحكام ومحافظة على الحقوق ، وتكون حينئذ بمنزلة قاضي الضرورة ، كما يكون الامام المتغلب والفاسق امام ضرورة ، تنفذ أوامره في حدود طاعة الله مادام لم يعلن الكفر البواح.

المطلب الثالث : أدلة القائلين باباحة تولي المرأة منصب القضاء

يمكن تقرير أدلتهم على النحو التالي:

الدليل الأول : ان الأصل في الأشياء الاباحة مالم يرد دليل التحريم ، كما أن الأصل التسوية بين الرجل والمرأة في الأحكام ما لم يرد دليل التخصيص، والله تعالى يقول:"والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر".(٢٣٨)

---

(٢٣٧) انظر : محاضرات في علم القضاء للدكتور عبد العال عطوة ص ٤٨ نقلا عن النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت ص ١٠١ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى ١٤١٠/١٩٨٩م.

(٢٣٨) سورة التوبة -آية (٧١) .

والولايات، العامة ومنها القضاء، أمر بالمعروف ونهي عن المنكر ، وهو مسئولية مشتركة بين الرجال والنساء بنص الآية ، ويقول سبحانه : " ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل (٢٣٩) ، " وجميع الولايات ، والقضاء منها ، أمانات وحكم بالعدل ، وازاء ذلك، فان كل من قدر على شيء من الولايات الخاصة والعامة جاز اسناده اليه ، ومن صلح للفصل في الخصومة صلح لتولي القضاء ، والمرأة قادرة على فهم القضايا والاجتهاد فيها ، وأنوثتها لاتحول دون فهمها للحجج واصدار الأحكام ، ولم يرد دليل يحرم عليها القضاء ، والنساء شقائق الرجال ، (٢٤٠) كما جاء في الحديث ، يستوين معهم في الحقوق والواجبات ، الا اذا جاء دليل الاستثناء .

والمرأة تكون وصية وناظرة على مال الوقف ومالى ذلك ، جاء في روضة القضاء للسمناني: " وأجمعوا على أنه يجوز أن تكون - أي امراة - وصيا ووكيلاوقاسما وأمينا، وأنها كالرجل في سائر العقود والحدود ، وأنها أولى من الرجل بالحضانة والتربية ، وأنه يقبل قولها فيما لا يطلع عليه الرجال ، ولايقبل قول الرجال في ذلك " (٢٤١).

وتأسيسا على ذلك ، يجوز اسناد الولايات العامة الى المرأة ، ومنها القضاء ، بناء

---

(٢٣٩) سورة النساء- آية (٥٨) .

(٢٤٠)جزء من حديث رواه أبوداود والترمذي وابن ماجه عن عائشة رضى الله عنها ، وقد ضعفه الترمذي وعبد الحق والنووي وغيرهم وحسنه بعضهم - انظر كشف الخفا للعجلوني ٣٢٨/٢.

(١٤١) روضة القضاة للسمناني ٥٤/١ - تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي - مؤسسة الرسالة بيروت - دار الفرقان - عمان بالأردن - الطبعة الثانية ١٩٨٤م

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

على أن مناط الحكم هو القدرة على الولايات دون نظر الى عموم أو خصوص . (٢٤٢)

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن دليل التحريم قد ثبت بالأدلة التى استند اليها الجمهور، ولايصح قياس الولايات العامة على الخاصة ، لخطورة الأولى ، وعظم مسئوليتها ، بخلاف الثانية ، فاذا اشترط للولايات الخاصة مجرد القدرة عليها ، فانما يشترط للولايات العامة قدرة فائقة تتناسب وحجم مسئوليتها.

بيد أن مناط الحكم في الولايات هو الذكورة وليست القدرة لسببين :

الأول : أن الاجماع منعقد على عدم اسناد الامامة العظمى الى المرأة ، ولو كانت قادرة عليها، وبذلك تكون علة القدرة منقوضة لتخلف الحكم عنها في بعض مواردها.(٢٤٣)

ويمكن الاعتراض على هذا بأن الاجماع كذلك منعقد علي جواز اسناد الولايات الخاصة للمرأة ، كالنظارة على الوقف ، والوصاية على اليتيم ، وهذا نقص أيضا لعلة الذكورة في الولايات ، فالنقض (٢٤٤) - ان سلمنا به - وارد على العلتين .

---

(٢٤٢) انظر : مذكرات نظام القضاء في الاسلام / د. ابراهيم عبد الحميد ص ٣٤ ، مطبوعة بالآلة الكاتبة ، نظام القضاء في الاسلام المستشار جمال المرصفاوي - ص ٣٢-٣٣ - من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الاسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ طبع سنة ١٤٠١هـ / ١٩٨١ م .

وانظر : المحلى لابن حزم ٤٢٩/٩ - ٤٣٠- دار الآفاق الجديدة - بيروت ، بداية المجتهد لابن رشد ٤٦٠/٢ - مطبعة مصطفى الحلبي - الطبعة الخامسة ١٤٠١هـ /١٩٨١م.

(٢٤٣) انظر : نظام القضاء في الاسلام / المستشار جمال المرصفاوي ص ٣٢ - من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الاسلامي بالرياض باشراف جامعة الامام محمد بن سعود .

(٢٤٤) النقض لغة : الحل والابطال ، واصلاحا : تخلف الوصف عن الحكم في بعض المحال . ==

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

والتحقيق أن انتقاض العلة بمانع من نص او اجماع لايقدح في صحتها : (٢٤٥) لأن الظن بعلية الوصف باق في هذه الحالة ، اذ الظاهر أن التخلف يسند الى المانع لا الى عدم اقتضاء الوصف للحكم : وكما أن تخصيص العام بالمخصص المعارض لايقدح في حجيته في غير صورة التخصيص ، فكذلك نقض العلة بالمانع المعارض لايقدح في حجيتها في غير صورة المانع : لأن نسبة العام الى أفراده كنسبة العلة الى مواردها . (٢٤٦)

والسبب الثاني : ان القدرة وصف مضطرب ليس له مقاييس ظاهرة ومضبوطة

== انظر : البدخشي ٣/٧٦ - مطبعة صبيح ، دراسات حول الاجماع والقياس /د./شعبان اسماعيل ص ٢٤٨- مكتبة النهضة المصرية .

(٢٤٥) اجمع العلماء على أن النقض على سبيل الاستثناء لايقدح في صحة العلة ، وان لم يكن على سبيل الاستثناء ففيه أقوال متعددة أشهرها أربعة :

القول الأول يقدح في العلية مطلقا ، سواء أكانت العلة منصوصة أو مستنبطة ، وسواء أكان تخلف الحكم عن الوصف لمانع أم لا ، وهو مذهب الشافعي ومختار الرازي .

القول الثاني : لايقدح مطلقا ، وهو منقول عن الحنفية ، ويسمونه التخصيص ، وبه قال بعض أصحاب مالك وأكثر المتكلمين .

القول الثالث : لايقدح في العلة المنصوصة ، سواء أحصل مانع أم لا ، ويقدح في العلة المستنبطة مطلقا ، وهو مختار الشافعية .

القول الرابع : لايقدح في العلة مطلقا اذا كان لمانع ، سواء أكانت العلة منصوصة أم مستنبطة ، وهو مختار البيضاوي ، وهو الراجح لما قدمنا في المتن .

انظر : نهاية السول للأسنوي ٤/١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٥٩ - عالم الكتب - بيروت سنة ١٩٨٢م ، شرح البدخشي ٣/٧٧- مطبعة صبيح ، التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص ٤٦٦ ،دراسات حول الاجماع والقياس / د. شعبان محمد اسماعيل ص ٢٤٩ - ٢٥٠ - مكتبة النهضة المصرية .

(٢٤٦) انظر : المراجع السابقة .

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

في الشرع أن ينوط الحكم بالوصف الظاهر المنضبط ، فالأولى أن يكون مناط الحكم في الولايات هو الذكورة ؛ لأنها وصف محدد ، وهي مظنة القدرة غالبا ، بخلاف الأنوثة فانها غالبا ماتكون مظنة الاخلال والتقصير لاعتبارات كثيرة سبق أن أومأنا اليها.

وأما جعل القضاء أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر ، فيستوى فيه الرجل والمرأة ، فليس صحيحا من كل وجه ، لأسباب أهمها :

١- ان القضاء لايصلح الا من المولى أو المحكم ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يصلح من كل مسلم حتى من الصغير .

٢- القضاء فرض عين على القاضي المولى ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية في الأصل ، ولا يتعين الا في حالات .

٣- القضاء فيه ولاية والزام ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا الزام فيه الا أن صدر من أولى الأمر والسلطان.

وأما اعتبار القضاء من الأمانات التى تؤدى ومن الحكم بالعدل - كما جاء في الآية ، فهو صحيح ، ولكن الطلب في الآية موجه الى من استحفظ على الأمانة أو استعمل على الحكم والقضاء ، ولايعني مشروعية تولية الحكم والقضاء لكل مسلم رجلا وامرأة .

كذلك كون النساء شقائق الرجال لايمنع اختصاص أحد النوعين ببعض الأحكام بما يتناسب وفطرة كل منهما .

الدليل الثاني : استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : " كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، والأمير راع، والرجل راع على أهل بيته ، والمرأة راعية على بيت زوجها

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

وولده، فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته "، رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما . (٢٤٧) فالحديث اثبت للمرأة مسئولية الرعاية في بيت الزوجية الى جانب مسئولية الرجل ، فجاز اسناد القضاء اليها بجامع القدرة على تحمل المسئولية ، وقد استدل بذلك ابن حزم في المحلى (٢٤٨) ، وهو يتناقض مع مذهبه في ابطال القياس أصلا ، وفوق ذلك فيمكن أن يجاب عليه بأن مسئولية المرأة في البيت ليس من باب الولايات ؛ لأن الولاية تنفيذ القول على الغير ، والرعاية هى الحماية والصيانة والمحافظة على الشيء ، ولاتعني الولاية بالمصطلح الفقهي .

وعلى التسليم بأنها ولاية ، فهى ولاية خاصة ، ولاتقاس عليها الولايات العامة .

الدليل الثالث : يجوز للمرأة أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية بجامع أن كلا من الافتاء والقضاء اخبار عن الحكم الشرعي . (٢٤٩)

ويجاب على هذا بأن هذا قياس مع الفارق ؛ لأن الافتاء لا ولاية فيه أصلا ، من قبل أنه ابداء الرأي بدليله من غير الزام ، وللمستفتي أن يعمل بالفتوى أو يدعها ، بخلاف القضاء فهو اخبار والزام فهو من باب الولايات .(٢٥٠)

---

(٢٤٧) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٩/٢٦٢- دار المعرفة - بيروت - كتاب الأحكام .

(٢٤٨) انظر : المحلى لابن حزم ٩/٤٢٩- ٤٣٠ - دار الآفاق الجديدة - بيروت

.(٢٤٩) انظر : المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ١١/ ٣٨٠ - دار الكتاب العربي - بيروت ١٤٠٣ / ١٩٨٣م ، النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د . محمد رأفت عثمان ص١٠٣- مكتبة الفلاح للنشروالتوزيع - الكويت - الطبعة الأولى ١٤١٠/١٩٨٠م ، القاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام ص ٢٤٩ - مكتبة المعلا - الكويت ، نظام القضاء في الاسلام / المستشار جمال المرصفاوي ص ٣٣.

(٢٥٠) انظر : ادب القاضي للماوردي ٦٢٨ - تحقيق محى سرحان - مطبعة الارشاد - بغداد.

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

فان قيل : ان الفتيا قد تكون ملزمة في بعض الحالات كأن لايكون الا واحد يصلح للافتاء ، ولم تستثن هذه الحالة من أهلية المرأة للافتاء ، فالجواب ان هذه حالة خاصة تمليها الضرورة ، فلا يقاس عليها ، (٢٥١) ثم ان الالزام في هذه الحالة الزام ديني ليس من جنس الزام الولايات .

وفوق ذلك فان باب الفتوى أوسع من باب القضاء ؛ اذ يجوز الافتاء من العبد والحر ، والأمي والقارىء ، والأخرس والناطق ، والعدو والصديق ، والقوى والضعيف ، (٢٥٢) كما أن الافتاء أيسر من القضاء من جهة أن المستفتي غالبا ما يأتي للمفتى بقلب سليم ونية صافية ، يعرض أمره من غير تمويه أو تضليل ، رائده الحق، له أوعليه ، بخلاف الخصوم حين يأتون للقاضي ، فكثيرا مايعمدون الى لحن القول ، وتلفيق الحجج ، واخفاء الحقائق، توصلا الى كسب القضية بكل سبيل .

الدليل الرابع : قياس القضاء على الحسبة ، فقد ذكر ابن حزم أنه روى عن عمر ابن الخطاب رضى الله تعالى عنه أنه ولى الشفاء - امرأة من قومه - السوق ، فيجوز أن تعين قاضية ؛ لأن كلا منهما ولاية عامة ، (٢٥٣) قوامها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. (٢٥٤)

---

(٢٥١) انظر : النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ١٠٤ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الكويت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م.

(٢٥٢) اعلام الموقعين لابن القيم ٤/ ٢٢٠- مطبعة عبد السلام شقرون ١٣٨٨/ ١٩٦٨- تحقيق طه عبد الرؤوف سعد .

(٢٥٣) المحلى لابن حزم ٩/ ٤٢٩- دار الآفاق الجديدة - بيروت .

(٢٥٤) القاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام يوسف ص ٢٤٩-مكتبة المعلا - الكويت .

ويجاب عن هذا من وجوه :

الأول : ان هذا لم يثبت عن عمر رضى الله عنه ، وقد رواه ابن حزم بصيغة التمريض ، ولم يذكر له سندا ، ولم يرد في كتب السنة المعتمدة ، ولو كان له أساس من الصحة لذاع وانتشر ، وتأسى به من جاء بعده من الخلفاء ، (٢٥٥) وضعفه بعضهم من جهة مخالفته لحديث : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة "، وكذلك فان عمر رضى الله عنه معروف بغيرته ، وهو صاحب فكرة الحجاب في الاسلام (٢٥٦) ، حيث أشار بها على الرسول صلى الله عليه وسلم بالنسبة لنسائه ، فنزل الوحي بموافقة رأيه ، وصارت تشريعا للأمة ، فيبعد أن يولى امرأة ولاية الحسبة ، مما يضطرها لمخالطة الرجال باستمرار . (٢٥٧)

وممن نفى صحته ابن العربي المالكي ، اذ قال :" وقد روى ان عمر قدم امرأة على حسبة السوق ، ولم يصلح ، فلا تلتفتوا اليه ، فانما هو من دسائس المبتدعة " . (٢٥٨)

ويمكن مناقشة هذا بأنه اذا سلمنا بتضعيف الخبر من حيث السند فلا نسلم بتضعيفه من حيث المتن ، فما ذكر من مخالفته لحديث :" لن يفلح قوم ..." فان هذا الحديث ليس

---

(٢٥٥) انظر : القضاء في الشريعة الاسلامية / د. فاروق عبد العليم ص ١٥١ - عالم المعرفة - جدة -١٤٠٥/ ١٨٥ م .

(٢٥٦) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ٦١٢/٣ - دار الكتب العلمية - بيروت .

(٢٥٧) انظر : نظام الحسبة في الاسلام / عبد العزيز مرشد ص٦٢ - مطبعة المدينة - الرياض .
وانظر : القاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام ص٢٥٠- مكتبة المعلا - الكويت ، نظام القضاء في الاسلام / المستشار جمال المرصفاوي ص ٣٣- من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقة الاسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ.

(٢٥٨) أحكام القرآن لابن العربي المالكي ٤٨٢/٣ - دار الكتب العلمية - بيروت ٤٠٨ هـ/ ١٩٨٨م.

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

نصا في المسألة ، وهو محتمل التأويل ومناسبته تدل على أنه في الامامة العظمى ، وماذكر من الفتنة والاختلاط فقد تكون المرأة مسنة لافتنة فيها ، وقد تكون محجبة الوجه كذلك ، ثم ان كثيرين ذهبوا الى ان حجاب الوجه خاص بنساء النبي صلى الله عليه وسلم صيانة لبيت النبوة من أهل الفجور (٢٥٩).

والحق أنه يكفي لرد الحديث روايته بصيغة التمريض وعدم اسناده من طريق صحيح أو ضعيف .

الثاني : يمكن تأويل الخبر بأن عمر رضى الله عنه اختار هذه المرأة لمقاومة المنكرات المتعلقة بالنساء في السوق وتأمر فيه بالمعروف (٢٦٠) ، كما يؤخذ من رواية ابن عبد البر في الاصابة حيث قال : " ... فكان عمر يقدمها في الرأى ويرعاها ويفضلها ، وربما ولاها شيئا من أمر السوق " (٢٦١).

الثالث : على التسليم بصحة الخبر فانه فعل صحابي ، والاحتجاج به محل نظر؛(٢٦٢) لأنه ليس من جنس التعبديات وما ليس فيه مدخل للاجتهاد ، حتى يحمل على

---

(٢٥٩) انظر : القاضي والبينة عبد الحسيب عبد السلام ص ٢٥٠ - مكتبة المعلا -الكويت .

(٢٦٠) أنظر : نظام القضاء في الاسلام / د. محمد أبو فارس ص ٤٠ - دار الفرقان - الاردن - الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م .

(٢٦١) الاستيعاب لابن عبد البر ٣٤١/٤ مطبوع مع الاصابة لابن حجر .

(٢٦٢) اتفق العلماء على أن قول الصحابي ليس بحجة على أحد من الصحابة المجتهدين ، وأما بالنسبة لغيرهم فاختلف العلماء على أربعة أقوال :

القول الأول : يعتبر حجة مطلقا ، وهو مذهب مالك والشافعي في القديم وأحمد في رواية وجماعة من الحنفية ، ودليلهم حديث :" أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم ". - وهذا الحديث ذكره ابن عبد البر باسناد فيه الحارث بن غصين ثم قال : " وهذا اسناد لاتقوم به حجة ، لأن الحارث بين غصين مجهول " جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ٩١/٢ - الطبعة المنيرية . ==

التوقيف ، ولم ينتشر في عصر الصحابة حتى يفسر سكوتهم بأنه اقرار فيكون اجماعا سكوتيا ، وانما هو اجتهاد فردي ، ومثله ليس حجة عند الشافعي في الجديد وأحمد في رواية عنه والكرخي والدبوسي من الحنفية ، وهو مختار امام الحرمين والغزالي والرازي وابن الحاجب والشوكاني وغيرهم ، وذلك لأن فعل الصحابي أو قوله اجتهاد بشرى يخطىء ويصيب كاجتهاد غيره ، والله أمرنا بالاعتبار لا بالتقليد ، وجاز لبعض الصحابة مخالفة بعض فجاز ذلك لغيرهم . (٢٦٣)

ولو سلمنا بحجيته فهو معارض بما سبق من الأدلة ، فنصير الى الترجيح ، وأدلة المنع هى الراجحة لقوتها وتأيدها بالواقع الاسلامي عبر العصور المختلفة .

القول الثاني : ان خالف القياس كان حجة والا فلا ، وبه قال جمهور الحنفية ، ومن أدلتهم أنه لايخالفه الا لدليل غيره .

القول الثالث : يعتبر حجة بشرط أن ينتشر ولم يخالفه أحد ، وبه قال الرازي والاستفرائيني وأكثر الحنفية والامام أحمد وغيرهم ، ووجه حجته أنه بمنزلة الاجماع السكوني .

القول الرابع : ليس حجة مطلقا ، وهو المشهور عن الشافعي ، وقال به آخرون كما في المتن .

انظر : التبصرة في أصول الفقه للشرازي ص ١٣ومابعدها - تحقيق د. محمد حسن هيتو - دار الفكر - دمشق ١٤٠٠/١٩٨٠م ، نهاية السول للأسنوي شرح منهاج الوصول للبيضاوي ومعه سلم الوصول ٤٠٧/٤ ومابعدها - عالم الكتب - بيروت ١٩٨٢م ، شرح البدخشي ١٤٣/٣- مطبعة صبيح بمصر ، أصول الفقه الاسلامي / د. عبد الرحمن الصابوني ص٤٥٢ - الطبعة الثالثة - ١٣٨٦/١٩٦٦م.

(٢٦٣) انظر : المراجع السابقة

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

وان تعجب فعجب احتجاج ابن حزم بمثل هذا الخبر أو استئناسه به ، وهو المعروف بتشدده في قبول الأحاديث ، كما أن مذهبه أن قول الصحابي ليس بحجة .

المبحث الثالث
الرأي المختار

بعد ان أطلعنا على آراء العلماء في هذه المسألة وذكرنا ما استندوا اليه من الأدلة ، وبينا ما في هذه الأدلة من قوة أو ضعف ، وما يتعلق بها من ملاحظات ، فاننا نرى أن الأقرب الى الحق والأدنى من المصلحة منع النساء من ولاية القضاء للأسباب الآتية :-

أولا : ان وظيفة القضاء مسئولية كبيرة وولاية عظيمة ، تتعلق مسئوليتها بالأموال والدماء والأرواح ، ولايصلح لها الا من اتصف بالقدرة الكاملة والأهلية التامة ، ويتمتع بقوة الشخصية والخبرة العلمية والعملية ، وان القصور فيها يؤدي الى الظلم ، والظلم ظلمات يوم القيامة ، والمرأة بشكل عام أضعف من الرجل ، وأنقص منه قدرة ، وأقل تحملا ، وقد اختصت بحكم أنوثتها بصفات جبلية ووظيفية تعوقها عن تحمل أعباء القضاء ، وقد سبق أن أشرنا اليها ، فهي عرضة للحمل والحيض والاستحاضة والولادة ، ومايرافق ذلك من آلام وضعف وإرهاق ، كما أنها تتحمل عبء التربية ومعاناة التعامل مع الصغار في مرحلة الطفولة ، وهى مرحلة طويلة ، تستنزف من المرأة طاقة كبيرة ، وتحملها هموما متواصلة ، في سبيل تأهيل أبنائها للحياة ليقوموا بوظيفتهم الاجتماعية، ويسهموا في بناء المجتمع وخدمة الدين ، وهذه المعاناة الناجمة عن الأعراض النسوية والمسئولية التربوية من شأنها أن تؤثر على أعصاب المرأة ، وتضعف ملكتها العقلية ، وتوهن من قدرتها على دراسة القضايا وتحليلها وتكوين الرأى السليم فيها .

Abu Leil: ?????? ????? ?????? ?? ????? ????????

وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يقضي القاضي وهو غضبان (٢٦٤) ، لئلا يؤثر الغضب على سلامة التفكير ، وألحق الفقهاء ، بذلك ماشابهه من حالات : كالجوع والمرض ونحوهما ، مما يشغل عن التأمل الكافي والنظر الثاقب ، وكذلك المعاناة التي تتعرض لها المرأة ، على النحو الذى ذكرنا ، تحول دون دراسة القضايا بامعان ، واستكشاف وجه الحق فيها على نحو سديد . فضلا عما تتسم به المرأة - كما بينا - من غلبة العاطفة ورقة القلب وسهولة الانقياد وسرعة التأثر بما ترى أو تسمع ، وهى صفات متأصلة في تكوين المرأة العضوي والنفسي ، (٢٦٥) وهذا من شأنه أن يؤثر على التفكير السليم والحكم الموضوعي القائم على مقاييس العدل لاعلى ميل النفس ودواعي العاطفة .

ثانيا : ان المرأة مأمورة بالقرار في البيت ، والتوفر على رعاية الأسرة ، والطاعة للزوج ، وعدم الخروج الا باذنه ، والتصون عن الرجال ، والبعد عن الشبهات ، والأصل فيها أنها ربة بيت ، وعرض يجب أن يصان ، ولايليق بها حضور محافل الخصوم ، ونلاحظ في قصة العسيف أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحضر المدعى عليها الى مجلس القضاء ، انما أرسل اليها رجلا ، وقال له :" ان اعترفت فارجمها " فاعترفت فرجمها (٢٦٦) ، ولذلك عقد النسائي عنوانا لهذا الحديث سماه : " باب صون النساء عن

---

(٢٦٤) روى البخاري بسنده عن عبد الرحمن بن أبي بكرة قال : كتب أبو بكر الى ابنه ، وكان بسجستان : بأن لاتقضي بين اثنين وانت غضبان ، فإني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول :" لايقضين حكم بينااثنين وهو غضبان " - صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٣/ ١٢٠- ١٢١- دار المعرفة- بيروت

(٢٦٥) انظر : في ظلال القرآن لسيد قطب ١/ ٢٥٠-٢٥١ - دار الشروق ، الطبعة الثالثة.

(٢٦٦) روى البخاري بسنده عن أبي هريرة وزيد بن خالد ، قالا : كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم فقام رجل فقال : أنشدك الله الا ماقضيت بيننا بكتاب الله ، فقام خصمه ، وكان أفقه منه ، فقال:

==

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

مجلس الحكم ". (٢٦٧)

والمرأة في الأغلب الأمم قليلة التجربة، سطحية المعرفة بأحوال الناس ومشكلاتهم ، يغلب عليها الحياء ، بخاصة في القضايا الحساسة المتعلقة بالأعراض والأخلاق .

وازاء ذلك فلا يتأتى منها أن تقوم بأعباء القضاء على الوجه المطلوب ، بما فيه من محاورة الخصوم ، ومجابهة الجماهير ، ومناقشة المحامين ، والنظر في تحقيقات النيابة ، ومحادثة الشهود والتحقق من صدقهم ، وقد يستدعى الأمر الاختلاء بالخصم أو الشاهد ، ولايجوز لها أن تختلى بأجنبي ، عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لايخلون أحدكم بامرأة الا مع ذي محرم "(٢٦٨) ، فطبيعة المرأة

==اقض بيننا بكتاب الله ، وائذن لى ، قال : قل ، قال: ان ابني كان عسيفا (أجيرا) على هذا ، فزني بامرأته ، فافتديته منه بمائة شاة وخادم ، ثم سألت رجالا من أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وعلى امراته الرجم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :" والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله جل ذكره ، المائة شاة والخادم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد ياأنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ، فغدا عليها فاعترفت فرجمها..."- صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٢/١٢٣- ١٢٤- دار المعرفة - بيروت ، وانظر الحديث في صحيح مسلم بشرح النووي ١١/٢٠٥ - ومابعدها - مكتبة المثنى - بيروت - دار احياء التراث العربي - بيروت ، الطبعة الثانية ١٣٩٢/ ١٩٧٢ ،وفي سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي ٨/ ٢٤٠ ومابعدها - دار احياء التراث العربي - بيروت .

(٢٦٧) سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي ٨/ ٢٤٠- دار احياء التراث العربي - بيروت .

(٢٦٨) رواه البيهقي بسنده عن ابن عباس رضى الله عنهما ، وذكر أن البخاري رواه في الصحيح عن على بن المديني ، ورواه مسلم عن أبي بكر بن أبي شيبة وزهير بن حرب كلهم عن ابن عيينة - سنن البيهقي ٧/ ٩٠ - دار المعرفة - بيروت .

وتصونها ومشاغلها الخاصة لاتسمح لها بالنظر في مسائل القضاء بما فيها من تعقيدات وملابسات ، وماتتطلبه من اختلاط ومواجهات وردود ومناقشات ، وقد أشار القرآن الى ضعف المرأة في مجال الخصام فقال :" أو من ينشأ في الحلية وهو في الخصام غير مبين "؟ .(٢٦٩)

وقد يقول قائل : إن هذه الأحكام أغلبية مختصة بجنس النساء ، ولكن يصلح في الآحاد خلافها ، فقد تكون المرأة أقوى من الرجل وأحسن تفكيرا وأقل عاطفة ، وأكثر تفرغا للعمل وأعمق تجربة وأوفر علما وأصلب ارادة ، فما المانع من توليها القضاء حينئذ ؟ والجواب أن هذه حالة خاصة ، والاسلام يبني الأحكام على الحالات الغالبة ، ولايؤثر في ذلك تخلف آحاد الجزئيات : قال الامام الشاطبي :" .... لأن الأمر الكلي اذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لايخرجه عن كونه كليا ، وأيضا فان الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي ، لأن المتخلفات الجزئية لاينتظم منها كلي يعارض هذا الكلى الثابت ". (٢٧٠)

ثالثا : ان حديث :" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ان لم يشمل القضاء بدلالته اللفظية يشمله من حيث المعنى والقياس على الخلافة التي انعقد الاجتماع على اشتراط الذكورة فيها ، ويبرر هذا القياس مابيناه من أن للقاضي صلاحيات جد خطيرة وكبيرة تتعلق بالزجر والتأديب والحبس والتغريم ، واحضار الخصوم والشهود ، والولاية على من لاولاية له ، وغيرها من الأمور التي تتسع دائرتها أو تضيق بحسب الظروف والأحوال ، وهى أعمال جليلة ، ومسئولية كبيرة ، تقصر عنها النساء، كما في الامامة الكبرى . وهذا مادرج عليه السلف في منقرض العصور ومكر الدهور، مع وجود ذوات العلم والفضل .

---

(٢٦٩) سورة الزخرف - آية (١٨) .

(٢٧٠) الموافقات للشاطبي ٥٣/٢- دار المعرفة - بيروت

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

رابعا : المرأة عند الجمهور لاتكون ولية على نفسها ، فلا تزوج نفسها ولاغيرها ، ولابد أن يتولاه أحد الأولياء والا فالحاكم ، عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :" أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فان دخل بها فله المهر بما استحل من فرجها ، فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".(٢٧١) ، وعن أبي موسى رضى الله عنه يرفعه:" لانكاح الابولي "، (٢٧٢) فاذا لم تكن المرأة ولية على نفسها ، فكيف تكون قاضية ولية على من لا ولى له ، ومسئولة عن تعيين الأولياء للقاصرين ؟.

خامسا : لاتقبل شهادة النساء في الحدود وأحكام الأبدان عند الجمهور ، ولاتقبل في الأموال الا مع الرجال، وتكون حينئذ على النصف من شهادة الرجال ، ولاتقبل شهادتهن

---

(٢٧١) رواه الترمذي : ٥/١٢-١٣ - صحيح الترمذي بشرح عارضة الأحوذي ، دار العلم للجميع ، وأبو دواد : معالم السنن للخطابي ٣/١٩٦- المكتبة العلمية ، الطبعة الثانية ١٤٠١هـ / ١٩٨١م ، ورواه البيهقي - سنن البيهقي ٧/١٢٤ - دار المعرفة بيروت ، وقال فيه الترمذي :" هذا حديث حسن " ، وقال ابن العربي بعد ذكر بعض طرقه : " وهذه طرق لاغبار عليها " - عارضة الأحوذي ١٢/١٣.

(٢٧٢) رواه الترمذي - انظر : صحيح الترمذي بشرح عارضة الأحوذى ٥/١٢ - دار العلم للجميع ، وقال :" هو عندي حديث حسن " وبعد أن ذكر كلام بعض أصحاب الحديث فيه ذكر : ان العمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وأبو هريرة وغيرهم - صحيح الترمذي بشرح عارضة الأحوذي : ٥/١٦.
ورواه أبو داود - معالم السنن للخطابي ٣/١٩٨ - المكتبة العلمية الطبعة الثانية - ١٤٠١ هـ /١٩٨١ م.
ورواه البيهقي مرفوعا وموقوفا ورجح وقفه على ابن عباس - سنن البيهقي ٧/١٢٤- دار المعرفة - بيروت .

منفردات الا فيما يخص النساء ولايطلع عليه الرجال غالبا ، وهذا بحكم الضرورة ، فكيف تولى القضاء لتنظر في شهادات الرجال قبولا وردا ، وهى فى الأصل مردودة الشهادة في بعض القضايا ، ومنقوصتها في قضايا أخرى ؟ وان جاز جبر النقص في الشهادة بالعدد فلا يجوز ذلك في القضاء - كما قدمنا .

سادسا : ان في تقلد المرأة لمنصب القضاء مشغلة لها عن وظيفتها الأساسية في الأمومة وتربية النشء ، وهى وظيفة حيوية للانسانية لايسوغ الاهمال بها ، كما يكون فيه نوع تشبه بالرجال، ولعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال ، (٢٧٣) ولعن الرجلة من النساء (٢٧٤) وقال تعالى :" ولاتتمنوا مافضل الله به بعضكم على بعض ، للرجال نصيب مما اكتسبوا ، وللنساء نصيب مما اكتسبن " فلا يجوز للمرأة أو الرجل أن يتمرد على فطرته ، ويتعدى طوره ، فكل له مقام معلوم وقدر مرسوم ، ووضع كل منهما في مكانه اللائق به عدالة في توزيع الاختصاصات ، ورشاد في توظيف الطاقات ، وليس فيه محاباة أو ظلم أو تمييز .

---

(٢٧٣) رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما - صحيح البختاري بشرح فتح الباري ٢٧٩/١٠- دار المعرفة - بيروت ، ورواه أحمد وابو داود والترمذي وابن ماجه -
انظر : الجامع الصغير للسيوطي بشرح فيض القدير للمناوي ٢٦٩/٥ - دار المعرفة - بيروت .

(٢٧٤) رواه أبو داود في كتاب اللباس ٤٥٨/٢ - حديث رقم ٤٠٩٩ - دراسة وفهرسة كمال الحوت - دار لجنان - مؤسسة الكتب الثقافية ، ط ١ ، ١٤٠٩/١٩٨٨ ، وسكت عنه أبو داود ، ورمز = السيوطي في الجامع الصغير لحسنه ، وقال المناوي : " وأصله قول الذهبي في الكبائر : اسناده حسن ".
فيض القدير شرح الجامع الصغير ٢٦٩/٥ - دار المعرفة - بيروت ،
ومعنى " الرجلة " المترجلة التى تتشبه بالرجال في زيهم أو مشيهم أو رفع صوتهم أوغير ذلك
انظر: المرجع السابق ..

Published by Scholarworks@UAEU, 1993

هذا ، أما اذا عينت المرأة في القضاء وأثم المولى ، ثم قضت فأصابت الحق ، فالراجح أن أحكامها نافذة فيما تصح فيه شهادتها - كما هو مذهب الحنفية ، وذلك للأسباب التى مر ذكرها ...

" والله ولي التوفيق"