

المرأة بين ولايتها القضاء وولايتها عقد الزواج

شيهاني سمير

أستاذ مساعد (أ)

معهد الحقوق والعلوم السياسية

المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة

مقدمة

تعد مسألة الولاية في الزواج من أعقد المسائل الفقهية والقانونية وأشدّها اختلافًا، لاسيما إن تعلق الأمر بالمرأة، حيث ينظر إليها غالبية الفقهاء والتشريعات بمنظار الشرع والقانون والعرف والواقع، بأنها ليست صالحة لأن تتولى عقد زواجها بنفسها فضلا عن تولي عقد زواج غيرها. بينما ينظر إليها جانب آخر من الفقه، وكذا التشريعات، نظرة المساواة بينها وبين الرجل، ومن ثمّ فإن لها الحق في إبرام عقد زواجها كما لها أن تتولى عقد غيرها.

وإن كانت مسألة التنظير موجودة منذ القدم، فإن وجودها على أرض الواقع لم يكد يكن له أثر. أما ونحن في هذا العصر، عصر تقارب الأزمنة والمسافات، واستيراد الأفكار والممارسات الثقافية، فإن المسألة أصبحت ذات صدى على الساحة القانونية والشرعية والاجتماعية والثقافية، وتطرح نفسها كلّ حين إلى درجة أنها أصبحت جزءًا من الواقع المعيش، لاسيما وأن المرأة قد اكتسحت كل المجالات، ابتداءً من عملها في أدنى المراتب والوظائف، وانتهاءً بتقلدها مناصب صنع القرار.

ولعل أهم الوظائف ذات العلاقة بالمسألة المدروسة هي وظيفة القضاء، هذا المنصب الذي يعطي لصاحبه من السلطة ما يخوّله إجراء عقود واتخاذ قرارات تتخطى حتى صاحبها أو المعني بها، وقد كانت مقصورة منذ القديم في الرجال دون النساء، ولم تتقلد المرأة هذا المنصب في الدول العربية والإسلامية-إلا في عصر متأخر جدا، بينما كانت في السابق ممنوعة منه وفق ما يراه جمهور الفقهاء، أو مسموح به لها عند البعض الآخر، ولكنه غير ممارس من طرفها نظرا لعدم حاجتها إليه، أو نظرا للواقع والتقاليد التي تفرض عليها لعب دور معين في المجتمع لا تحيد عنه.

بيد أن تغير الزمان، واستتباعه بتغير الأفكار والثقافات الفردية والجماعية، وارتباطه بالعلاقات الاجتماعية والثقافية، وحتى الاقتصادية والسياسية، الوطنية والدولية، جعل دور المرأة يتعدى الدور الذي كانت تلعبه في السابق، وأصبحت تطالب بحقوقها الكامل في تسيير المجتمع وترقيته مثلها مثل الرجل، فكان لها ذلك على أكثر الأصعدة حساسية وأهمية في الدولة، فهي الآن تحكم الناس بعد أن كانوا يحكمونها، وتحكم بينهم بعد أن كانت تلجأ إليهم ليحكموا لها أو عليها.

غير أنه وبالرغم من تمتعها بالسلطة التي ذكرنا آنفا، فإن النصوص القانونية الحالية، لاسيما في تقنين الأسرة الجزائري، تتجاهلها، وتجعل الولاية في الزواج -محل الدراسة- للذكور دون الإناث، كما تجعل من حضور ولي المرأة عقد الزواج ضروريا، فهل هذا يعني أن لا ولاية لها على غيرها إذا ما

تعلق الأمر بالزواج، وأنه لا بد لها عند عقد قرانها من الولي، أم أن لها أن تتولى عقد زواج من تلجأ إليها -من النساء- لعدم وليها أو عضله، كما لها أن تزوج نفسها استقلالاً دون حاجة إلى وليها؟

هذا ما سنقوم بالإجابة عنه من خلال هذه الدراسة القانونية التي ستكون في نقطتين: النقطة الأولى نعالج فيها مدى صحة تولي المرأة للقضاء، والنقطة الثانية نرى فيها مدى صحة عقد الزواج الذي تتولاه كقاضية لها ولغيرها.

أولاً: تولي المرأة منصب القضاء

تتازع الفقهاء في مسألة صحة تولي المرأة القضاء، فكانوا على ثلاثة اتجاهات؛ اتجاه يرى بمنعها من تولي القضاء مطلقاً، واتجاه يقول بصحة توليها القضاء ولكن بشروط أو قيود، أما الاتجاه الثالث فيرى صحة توليها للقضاء مطلقاً.

أ- عدم صحة ولاية المرأة القضاء مطلقاً:

فأما أصحاب الاتجاه الأول الذين يرون عدم الجواز مطلقاً، فهم المالكية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽¹⁾، وزفر بن الهذيل الحنفي⁽²⁾، والشيعة الزيدية⁽³⁾، والإمامية⁽⁴⁾.

(1) - محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: محمد العرايشي وأحمد الحبابي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1408هـ - 1988م، ج17، ص590؛ خليل بن إسحاق بن يعقوب المالكي، المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس، المطبعة السلطانية، الطبعة الثانية، باريس، فرنسا، 1272هـ - 1855م، ص189؛ محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، دار عالم الكتب، دم.ت، ج8، ص63-66؛ إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، تخريج وتعليق: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1416هـ - 1995م، ج1، ص21؛ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، دم.ت، ج4، ص129.

(2) - محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، الناشر: مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1982م،

ومن المعاصرين⁽⁵⁾: لجنة الإفتاء في الأزهر، ورفاعة الطهطاوي، وجمال الدين الأفغاني، ومصطفى السباعي... كما نص قانون السلطة القضائية رقم

ج22، ص319-320؛ علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1414هـ - 1994م، ج16، ص156.

(1) - أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، الرياض، 1417هـ - 1997م، ج14، ص12-13؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م، ج6، ص475؛ مصطفى السيوطي الرحبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، 1961م، ج6، ص466.

(2) - ذكر ذلك: حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الإسلام، رسالة ماجستير منشورة، دار بلنسية، الطبعة الأولى، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1420هـ، ص220. وعزاه إلى الموصلي، صاحب الاختيار لتعليل المختار، غير أنني لم أجد ذلك فيه ولا في غيره.

وذكر ذلك أيضاً: نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، الطبعة الثانية، مصر، 1403هـ، ص135، ولكنه لم يشر إلى المرجع الذي أخذ منه.

(3) - أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، دار الحكم اليمانية، صنعاء، 1414هـ - 1993م، ج2، ص405؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الحكمة اليمانية، الطبعة الأولى، صنعاء، اليمن، 1366هـ - 1947م، ج5، ص118.

(4) - محمد بن الحسن علي الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق: محمد الباقر البهبودي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1412هـ - 1992م، ج8، ص101؛ ابن البراج، المهذب، المطبعة العلمية، قم، إيران، 1406هـ، ج2، ص599؛ جعفر السبحاني، نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، مؤسسة الإمام الصادق، قم، إيران، 1418هـ، ج1، ص47 وما بعدها.

(5) - انظر: كامل شطيبي الراوي، تولية المرأة القضاء شرعاً وقانوناً، مقال منشور على الموقع:

03 لسنة 1983 الإماراتي صراحة على ذلك في المادة 18 باشتراطه الذكورة فيمن يولّى القضاء في المحاكم الاتحادية⁽¹⁾.

وأدلتهم في ذلك هي:

— قول الله تعالى: ﴿الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ...﴾⁽²⁾، بمعنى العقل والرأي، ولهذا لم يجر أن تكون لهنّ القوامة على الرجال⁽³⁾. فالرجل أفضل من المرأة، فهو رئيسها وكبيرها ومؤدبها، ولهذا كانت النبوة في الرجال دون النساء، وكذلك الملك والقضاء⁽⁴⁾.

— قوله تعالى: ﴿...وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ...﴾⁽⁵⁾. فالله سبحانه وتعالى أعطى للرجال درجة على النساء، وتقليد المرأة القضاء ينافي تلك الدرجة التي أثبتتها الآية، لأن القاضي لا يقدر على الفصل بين المتخاصمين إلا بتلك الدرجة، التي يكون بها قائماً على الرجال

.www.dorar.net/art/191

(1) - جاء في نص المادة 18 ما يأتي: ((يشترط فيمن يولي القضاء في المحاكم الاتحادية:

1- أن يكون ذكراً مسلماً كاملاً الأهلية)).

(2) - من الآية 34 من سورة النساء.

(3) - الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الطبعة الأولى، الكويت، 1409هـ - 1989م، ص 88.

(4) - إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، الطبعة الثانية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1420هـ - 1999م، ج 2، ص 292.

وانظر في تفصيل مدلول القوامة: جعفر السبحاني، المرجع السابق، ص 49 - 59.

(5) - من الآية 228 من سورة البقرة.

والنساء معاً⁽¹⁾.

— قوله تعالى: ﴿...أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى...﴾⁽²⁾. فهذه الآية دلت على ضلال المرأة ونسيانها، ولهذا لم يشهد التاريخ أن وليّ النبي صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء من بعده ولا من بعدهم امرأة القضاء، ولو كان هذا الأمر جائزاً لما خلا الزمان منه غالباً⁽³⁾.

— قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أُمَرَهُمْ امْرَأَةٌ»⁽⁴⁾. فالحديث صريح بعدم صلاحية المرأة للولاية ومنها القضاء، ذلك أن القضاء يتطلب كمال الرأي والعقل والفتنة، والمرأة ناقصة عقل⁽⁵⁾، قليلة الرأي، كما

(1) - حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص232، نقلاً عن: جمد الكبيسي، رأي الإسلام في إشراك المرأة في مؤسسة الشورى، ص42-43؛ جعفر السبحاني، المرجع السابق، ص59-61.

(2) - من الآية 282 من سورة البقرة.

(3) - ابن قدامة، المغني، ج14، ص13.

(4) - محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1422هـ، ج6، ص8، ج9، ص55.

(5) - وقد ورد ذكر نقص العقل والدين في الحديث النبوي: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ فَإِنِّي أُرِيْتُكُمْ أَكْثَرَ أَهْلِ النَّارِ» فَقُلْنَ: وَبِمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «تَكْثُرُنَّ اللَّعْنَ، وَتَكْفُرُنَّ الْعَشِيرَ، مَا رَأَيْتُ مِنْ نَاقِصَاتِ عَقْلٍ وَدِينٍ أَذْهَبَ لِلْبَّ الرَّجُلِ الْحَازِمِ مِنْ إِحْدَاكُنَّ»، قُلْنَ: وَمَا نَقْصَانُ دِينِنَا وَعَقْلِنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «أَلَيْسَ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ مِثْلَ نِصْفِ شَهَادَةِ الرَّجُلِ؟» قُلْنَ: بَلَى، قَالَ: «فَذَلِكَ مِنْ نَقْصَانِ عَقْلِهَا، أَلَيْسَ إِذَا حَاضَتْ لَمْ تُصَلِّ وَلَمْ تَصُمْ؟» قُلْنَ: بَلَى، قَالَ: «فَذَلِكَ مِنْ نَقْصَانِ دِينِهَا».

رواه: البخاري، الصحيح، ج1، ص68، ج2، ص120؛ مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، المطبعة العامرة، الطبعة الأولى، دار الخلافة العلية، 1330هـ، ج1، ص61.

أنها ليست أهلاً لحضور مجالس الرجال ومقابلة الخصوم والشهود والتفرس فيهم خشية الفتنة، بل ولا تقبل شهادتها ولو كان معها من النساء الكثير إلا إن كان معها رجل⁽¹⁾.

كما أنه ليس بعد نفي الفلاح من شيء أشد وعيدا⁽²⁾.

— قول النبي صلى الله عليه وسلم: «القُضَاةُ ثَلَاثَةٌ، اثْنَانِ فِي النَّارِ، وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، رَجُلٌ عَلِمَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ جَارٍ فِي الْحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ»⁽³⁾. فجاءت ألفاظ الحديث مقتصرة على الرجل دون المرأة.

— الإجماع الذي نقله الماوردي، فقال: ((وَشَدَّ ابْنُ جَرِيرٍ الطَّبْرِيُّ فَجَوَزَ

(1) - ابن قدامة، المغني، ج14، ص12-13؛ النووي، المجموع، ج22، ص319؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد القادر شيبه الحمد، مكتبة الملك فهد، الطبعة الأولى، الرياض، 1421هـ - 2001م، ج13، ص157؛ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: محمد صبحي بن حسن الحلاق، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 1427هـ، ص817.

(2) - الشوكاني، المرجع السابق، ص817.

(3) - رواه جمع من المحدثين، منهم: محمد بن يزيد القزويني، سنن بن ماجه، حكم وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الثانية، الرياض، ص396، حديث رقم 2315؛ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع المختصر من السنن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، حكم وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، د.ت، ص313، حديث رقم 1322(م)؛ سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، حكم وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الثانية، 1424هـ، ص641، حديث رقم 3573. قال الألباني: حديث صحيح.

قَضَاءَهَا فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ، وَلَا اعتَبَارَ بِقَوْلٍ يَرُدُّهُ الإِجْمَاعُ...))⁽¹⁾.

— إضافة إلى ما سبق كله، فإن مهمة القضاء مهمة شاقة، تتطلب الجهد والوقت بما لا تتحمله المرأة، والخروج والاختلاط بما لا يليق بها، فإن لم يكن بالمرأة نقص عقل وذكاء وفطنة، لأنها أحيانا تفوق بعض الرجال في ذلك، ولها القدرة على أن تعلم مثل الرجل لأن الأنوثة ليس من مقتضاها عدم المعرفة والعلم، إلا أن علة الأنوثة ذاتها تشكل مانعا من القضاء بالنظر إلى الفطرة التي فطرت عليها والغريزة التي تتاسب المهمة التي خلقت لأجلها، والتي تتمثل في مهمة الأمومة وتربية النشأ خصوصا، ولهذا خصّها الله بزيادة العاطفة والشفقة، وهذه الأمور لا تشكل انتقاصا منها أو من أهليتها، بل كمالات فيها في جانب المهمة الموكلة إليها. والقضاء لا يليق بها من هذه الناحية ولا تقدر عليه، لاسيما أنها تعترىها عوارض طبيعية تتكرر عليها في الشهر والسنة، تضعف من قوتها المعنوية وحتى الجسدية، مما يوهن عزيمتها في تكوين الرأي الصحيح أو المناسب، وهذا أمر لا تماري فيه حتى المرأة نفسها⁽²⁾.

(1) - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 88.

(2) - انظر في ذلك: حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 238-239.

ب- صحة ولاية المرأة القضاء بشروط:

ظهر اتجاه آخر يرى جواز تولي المرأة القضاء عند توافر بعض الشروط، هذا الاتجاه يمثلته الحنفية⁽¹⁾، حيث يرون صحة توليها القضاء ونفاذ حكمها بشرطين:

- أن يكون قضاؤها فيما تجوز فيه شهادتها أي في مسائل المعاملات، أما الحدود والجنايات فلا يحق لها القضاء فيها.

- أن يكون حكمها موافقا لكتاب الله وسنة رسوله.

(1) - علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1406هـ - 1986م، ج7، ص3؛ عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الأولى، مصر، 1313هـ، ج4، ص187؛ ج2، محمد بن فرموز، الدرر الحكام شرح غرر الأحكام، د.ت.م، ج2، ص408.

وجدير بالذكر أن بعض الفقهاء المعاصرين من الحنفية ينكرون نسبة القول بأن الأحناف يجوزون تولي المرأة القضاء، ويجعلون رأيهم موافقا لرأي الجمهور، ومن بين هؤلاء الشيخ محمد أبو زهرة، وجمال صادق المرصفاوي، رئيس محكمة النقض المصرية، ومحمد رأفت عثمان.

انظر في ذلك: حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص224-228؛ مصطفى محمود سليخ، حكم تولية المرأة القضاء، بحث تمهيدي لمرحلة الماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، 1998، منشور على موقع الألوكة:

<http://www.alukah.net/Sharia/0/4223/#ixzz1ssnmlPqR>

ونقل عن المالكية في قول ابن القاسم جواز ولايتها القضاء، وفسر ابن زرقون أن المقصود بذلك فيما تجوز فيه شهادتها كالأموال وما لا يطلع عليه الرجال من مسائل الولادة والعيوب الباطنة للنساء، وهو ما رجحه الحطاب⁽¹⁾.

ودليلهم في ذلك هو أن القضاء من الشهادة فكلاهما من باب الولاية، بل إن الشهادة أقوى من القضاء لأنها ملزمة على القاضي، كما أن القضاء ملزم على الخصم، والمرأة أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص⁽²⁾.

ج- صحة تولي المرأة القضاء مطلقاً:

بمقابل الاتجاهين السابقين، وجد اتجاه ثالث يرى أصحابه الاتجاه جواز تقلدها القضاء ونفاذ حكمها مطلقاً، ويمثلهم ابن حزم الظاهري⁽³⁾، والطبري

(1) - انظر في ذلك: محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، دار عالم الكتب، د.م.ت، ج8، ص65-66.

(2) - الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص3؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق وتخريج عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1424هـ - 2003م، ج7، ص235؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ - 2003م، ج8، ص25.

(3) - علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، الطبعة الأولى، مصر، 1351هـ، ج9، ص429.

واستند في ذلك إلى رواية تولية عمر بن الخطاب للشفاء أمر السوق، ورد حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ أَسْنَدُوا أَمْرَهُمْ إِلَى امْرَأَةٍ». بأن المعنى ينصرف إلى الولاية العظمى أي الخلافة.

فيما روي عنه⁽¹⁾، قياساً على جواز فتياها، والحسن البصري⁽²⁾، وابن طرار الشافعي⁽³⁾، وهي رواية عن الإمام مالك⁽⁴⁾. ومن المعاصرين محمد المهدي الحجوي، ومحمد عزه دروزه، ونادرة شنن⁽⁵⁾.

وعلى هذا الرأي سارت غالبية الدول العربية⁽⁶⁾، ولكن بنسب مختلفة وعبر مراحل، حيث نجد أربع عشرة دولة قد سمحت للمرأة تولي منصب

غير أن الغريب في قول ابن حزم، أن عاداته ذكر سند الرواية، لكنه هنا لم يذكر سندها عن عمر بن الخطاب، وأكثر من ذلك أنه معلوم بعدم أخذه بمذهب الصحابي، ومع ذلك استدل به هنا، كما أنه لم يجز للمرأة أن تزوج نفسها ولا أن تزوج غيرها لا بولاية ولا بوكالة، وولاية القضاء أعظم من ولاية الزواج، ومع ذلك أعطى للمرأة ولاية القضاء بما يجعلها ولية على غيرها في الزواج بمقتضى سلطة القضاء!

- (1) - ذكره: الماوردي، الحاوي، ج16، ص156؛ الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الطبعة الأولى، الكويت، 1409هـ - 1989م، ص88؛ ابن حجر، المرجع السابق، ج7، ص735، ج13، ص157؛ ابن قدامة، المرجع السابق، ج14، ص12.
- (2) - ذكره: الخطاب، مواهب الجليل، ج8، ص65.
- (3) - انظر: ابن قدامة، المغني؛ ج14، ص12؛ محود الشربيني، القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية، مصر، 1999، ص23؛ نصر فريد محمد واصل، المرجع السابق، ص134؛ عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان - مكتبة البشائر، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1409هـ - 1989م، ص30-31.
- (4) - انظر: ابن حجر، المرجع السابق، ج7، ص735.
- (5) - ذكر ذلك: د. كامل شطيبي الراوي، المرجع السابق.
- (6) - انظر في ذلك: د. معصومة المبارك، المرأة القاضية، مقال منشور على موقع يومية الدار:

<http://www.aldaonline.com>

القضاء؛ منها الجزائر بنسبة تفوق 36% سنة 2008⁽¹⁾، والمغرب التي كانت السبّاقة بتعيينها المرأة كقاضية منذ 1959، بنسبة 22% من عدد القضاة حسب إحصائيات وزارة العدل لسنة 2008، تليها لبنان سنة 1968 بنسبة 16%، وتونس أيضا سنة 1968 بنسبة 22.5%، ثم السودان سنة 1970 بنسبة 18%، وسوريا سنة 1975 بنسبة 11%، واليمن سنة 1990 بنسبة 16%، والأردن سنة 1996، وفلسطين بنفس السنة، والبحرين سنة 2006، ثم الإمارات سنة 2008⁽²⁾، وقطر.

كما نشير إلى أن قانون القضاء الليبي لا يمنع ممارسة المرأة لمهنة القضاء، حيث جاء في نص المادة الأولى منه: ((يحق للمرأة تولي وظائف القضاء والنيابة العامة وإدارة القضايا بذات الشروط المقررة بالنسبة للرجل)).

وأدلتهم في ذلك هي:

وانظر كذلك: مقال بعنوان "المرأة العربية في القضاء"، جريدة الأهرام المصرية، السنة 126، العدد 42207، 28 جوان 2002، 17 ربيع الآخر، 1423هـ.

والمقال "تولي المرأة القضاء"، المنشور على موقع ملتقى الحوار العربي:

<http://www.hdrmut.net/vb/t338853.html>

(1) - حسب الاستبيان القطري لاستعراض وتقييم تنفيذ منهاج عمل بيجين بمناسبة مرور خمس عشرة سنة على اعتماده (بيجين+15)، الذي قامت به وحيدة بورغدة، المستشارية بديوان الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة.

(2) - عين رئيس دولة الإمارات امرأة قاضية بإمارة أبو ظبي بموجب مرسوم، رغم أن قانون السلطة القضائية يشترط أن يكون القاضي ذكرا.

— أن الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يقوم الدليل على المنع، وما دامت المرأة صالحة للفصل بين خصومات الناس فهي صالحة لتولي القضاء.

— القضاء مثل الإفتاء، فكما يجوز للمرأة أن تفتي، يجوز لها أن تتولى القضاء⁽¹⁾.

— أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، الْإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا وَمَسْئُولَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا...»⁽²⁾.

غير أن ابن العربي⁽³⁾، علق قائلا بأن ما نقل عن ابن جرير لم يصح عنه، ولعل الأمر كما نقل عن أبي حنيفة بأن للمرأة أن تقضي بما تصح شهادتها فيه، كما لا يُكْتَبَ لها منشور بأنها مقدّمة على الحكم بل يكون ذلك

(1) - انظر: محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1424هـ - 2003م، ج3، ص482.

وذلك عندما تناظر أبو بكر بن الطيّب المالكي مع أبي الفرج بن طرار شيخ الشافعية، على سبيل استخراج المسائل والأدلة، فاعتقد البعض أن ابن طرار يقول بجواز تولية المرأة القضاء.

انظر في ذلك: حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص221-222.

(2) - البخاري، الجامع المسند الصحيح، ج2، ص5، ج3، ص120 وص150، ج4، ص5، ج7، ص26 وص31، ج9، ص62؛ مسلم، الصحيح، ج6، ص7-8.

(3) - ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص482.

وذكر أيضا عدم صحة الرواية عن ابن جرير: محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1413هـ - 1993م، ج7، ص64.

على سبيل التحكيم والاستبيان في القضية الواحدة لا في جميع القضايا. وهذا هو الظن الحسن بأبي حنيفة وابن جرير.

ليضيف بأن خبر تولية عمر بن الخطاب امرأة حسبة السوق هو من دسائس المبتدعة في الحديث، ولم يصح عنه ذلك. ولهذا قد جاءت هذه الرواية بصيغة التقليل، إذ قال ابن عبد البر⁽¹⁾: ((وَكَانَ عمر يقدّمها في الرّأي ويرضاها ويفضلها، وربّما ولّاها شيئاً من أمر السوق)). وذكر ابن سعد بأنه يقال إن عمر بن الخطاب استعملها على السوق، وأن أبناءها ينكرون ذلك ويغضبون من هذا القول⁽²⁾. والصحيح أن من تولى حسبة السوق هو ابنها سليمان⁽³⁾.

(1) - يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، 1412هـ - 1992م، ج4، ص1869.

(2) - محمد بن سعد بن منيع الزهري، كتاب الطبقات الكبير، تحقيق: علي محمد عمر، مكتبة الخانجي، الطبعة الأولى، القاهرة، 1421هـ - 2001م، ج6، ص104.

وانظر كذلك: علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر، تاريخ مدينة دمشق، تحقيق: عمر بن غرامة العمروي، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415هـ - 1995م، ج22، ص216.

(3) - محمد بن محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ - 1997م، ج3، ص199؛ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1425هـ - 2005م، ج2، ص242؛ محمد بن عمر البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1417هـ - 1996م، ج4، ص125؛ أبو بكر ابن السيد شطا الدمياطي المعروف بالبكري، إعانة الطالبين على ألفاظ فتح المعين، المطبعة

ثانيا: تولي المرأة القاضية عقد الزواج

إن مهنة القضاء لم تعد مقتصرة على الرجال وحدهم في الكثير من الدول العربية والإسلامية، ناهيك عن الدول الأخرى، فأصبحت المرأة تحكم وتفصل بين الناس سواء في المعاملات أو الأحوال الشخصية أو حتى في الدماء، فهل يعني تمكينها من القيام بهذه الأمور نفاذ أحكامها، ويعطيها الحق أو السلطة في إبرام عقد زواجها بنفسها دون وليها؟ وبمعنى آخر هل تولي المرأة القضاء يسقط الولاية عنها أم لا؟

أ- حكم المرأة القاضية بين الصحة والنفاذ أو عدمهما:

بالنظر إلى أقوال المانعين للمرأة من تولي القضاء، يمكن القول إن أحكامها -إن وليت القضاء - أيضا غير نافذة إذا صدرت في مسائل الأحوال الشخصية -ومن بينها مسألة الولاية في الزواج -أو صدرت في مسائل المعاملات المدنية والتجارية، أو مجال العقوبات، وهذا حتى لو كان الحكم موافقا للشرع.

الميمنية، الطبعة الخامسة، مصر، د.ت، ج3، ص309؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ - 1984م، ج6، ص225؛ شهاب الدين القليوبي وشهاب الدين البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأولى، مصر، 1375هـ - 1956م، ج3، ص221.

غير أن هذا الأمر ليس على إطلاقه، فقد جاء في كتب الشافعية⁽¹⁾، أنه إذا ابتلي المجتمع بإمامة امرأة فإن أحكامها تنفذ للضرورة، وممن قال بهذا ابن عبد السلام.

لكنهم اختلفوا بعد ذلك في المسألة، فمنهم من يرى صحة تزويجها لغيرها دون تزويجها لنفسها، وهذا بيّن من قولهم: "ما لم تتولّ الإمامة العظمى وإلا فلها تزويج غيرها"، وهذا صريح بأنه ليس لها أن تزوّج نفسها⁽²⁾، ومنهم من يرى صحة تزويجها لنفسها ولغيرها على حدّ السواء، وهو ظاهر من قولهم: "فإن أحكامها تنفذ وقياسه صحيح تزويجها"، وهذا ظاهر كلامهم⁽³⁾.

وفي المقام؛ نجد أن الحنفية لما قرروا صحة ولايتها القضاء فيما تصح شهادتها فيه، أي مجال المعاملات، جعلوا قضاءها نافذاً مع إثم من ولاها القضاء، والإثم مجمع عليه عند الحنفية⁽⁴⁾. أما فيما لا تصح شهادتها فيه

(1) - انظر في ذلك: أحمد بن أبي خيثمة، التاريخ الكبير، تحقيق: صلاح بن فتحي هلال، دار الفاروق الحديثة، الطبعة الأولى، القاهرة، 1424هـ - 2003م، ج2، ص81؛ ابن عساكر، تاريخ مدينة دمشق، ج22، ص214؛ ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ج3، ص62.

(2) - انظر في ذلك: البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص125؛ البكري، إعانة الطالبين، ج3، ص309.

(3) - انظر في ذلك: البجيرمي، تحفة الحبيب، ج4، ص125؛ شهاب الدين القليوبي وشهاب الدين البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج3، ص221.

4 - حافظ محمد أنور، المرجع السابق، 225، نقلاً عن: محمد أبو زهرة، الفتاوى حول ندوة التلفزيون، مجلة لواء الإسلام، السنة 15، العدد 1، 1961م، ص45.

كالجنايات، فلا تنفذ أحكامها إلا إذا وافقت الشرع أي الكتاب والسنة، أما إن خالفت الشرع؛ فإن الأحكام التي قضت بها لا تنفذ (1).

وإذا ما نظرنا من الناحية القانونية، فإننا نجد النصوص القانونية في الجزائر - كما في غالبية الدول العربية - قد أتاحت هذا المنصب للرجل كما للمرأة دون تمييز، وهذا مسايرة للقوانين الغربية، وتطبيقا للاتفاقيات الدولية التي تدعو إلى المساواة، وتتنبذ أي شكل من أشكال التمييز، لاسيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1976 (2). وعدم تقليد المرأة منصب القضاء يدخل في باب التمييز في مفهوم هذه الاتفاقية، حيث جاء في نص المادة الأولى منها: ((...يعني مصطلح "التمييز ضد المرأة" أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه النيل من الاعتراف للمرأة، على أساس تساوي الرجل والمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر...)). كما نصت في المادتين 10-11، على مسائل المساواة في التعليم والتوظيف بمختلف أنماطه ومستوياته.

(1) - انظر في ذلك: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، ص279.

(2) - وافقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز بمقتضى الأمر رقم 96-03، المؤرخ في 10/01/1996، الجريدة الرسمية، العدد 03، ولكن بتحفظ، ثم انضمت إليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51، المؤرخ في 22/01/1996، الجريدة الرسمية، العدد 06.

ويظهر ذلك جليا من كلام وزير العدل حافظ الأختام: ((...وقمت إذ ذاك بتاريخ 2003/10/26، بتتصيب لجنة برئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا، مشكلة من 52 عضوا... لمراجعة قانون الأسرة، وفق مبادئ العدل والمساواة والحرية في ديننا الإسلامي الحنيف، والمبادئ الأساسية في دستور البلاد والمواثيق والعهود والاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة في الدول الإسلامية الشقيقة))⁽¹⁾، ليؤكد ذلك عند المصادقة على الأمر المتضمن تعديل تقنين الأسرة قائلا: ((إن النصين الذين حظيا بموافقتكم اليوم يدخلان في مسعى تكييف النصوص القانونية الوطنية مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها بلادنا، ومع التطورات اللاحقة التي ما انفك يشهدها مجتمعنا في جميع المجالات...))⁽²⁾.

وهذا يعني أنه يجوز، بل من حق المرأة أن تصبح قاضية، وتصدر أحكاما وقرارات، وتكون نافذة في حق غيرها.

ب- مناقشة مسألة حكم المرأة القاضية وهل يتعدى إليها:

إذا كانت غالبية الدول العربية تجيز تقليد المرأة منصب القضاء، وبالتالي نفاذ أحكامها في شتى المسائل، وعلى رأسهم الجزائر، بحجة مواكبة تغيرات العصر وتكييف النصوص وفق الاتفاقيات الدولية، فهل تكييف هذه

(1) - انظر: الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، السنة الثالثة، رقم 146، مؤرخة في 2005/03/28، ص 6.

(2) - انظر: الجريدة الرسمية نفسها، ص 12.

النصوص الداخلية وفقا للاتفاقيات الدولية، وقوانين الدول الإسلامية الشقيقة، والتطورات الحاصلة في المجتمع يقتضي الانسلاخ من تعاليم الشريعة الإسلامية التي ترسخت على مدى أربعة عشر قرنا، والتتكّر للتقاليد المحافظة التي يتمتع بها المجتمع الجزائري بالخصوص، والمجتمعات العربية والإسلامية عموما؟

إن الاتفاقيات الدولية التي تصب في خدمة المجتمع الجزائري وتطوير فضائله وتعزيز تماسكه، لا شك يرحب بها الجميع، أما تلك التي تهدف إلى تفكيكه وتفسخه، وتحويله من المجتمع ذو الأسرة الكبيرة إلى المجتمع ذو الأسرة النواة، لا يقبل به عاقل أو منصف أو غيور على بلاده.

يضاف إلى ذلك أن مسألة ولاية المرأة في عقد الزواج تتفق عليها التشريعات العربية، بحيث تجعل هذه الأخيرة الولاية بيد الولي لا بيد المرأة، ومن هذه الدول: ليبيا، موريتانيا، الكويت، الإمارات، قطر، اليمن، عمان، البحرين، والمملكة العربية السعودية.

ولم تُطَلَق لها حرية الزواج سوى في تونس بموجب الأمر العلي المؤرخ في 13/08/1956، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، والمغرب بموجب الظهير الشريف رقم 22.04.1، الصادر بتاريخ 03/02/2004، بتنفيذ القانون رقم 03.70، بمثابة مدونة الأسرة، والعراق بموجب القانون رقم 188 لسنة 1959، المتضمن قانون الأحوال الشخصية.

وبعض الدول كمصر، وسوريا، والأردن، والسودان، ربط صحة تزويج المرأة لنفسها بشرط كفاءة الزوج ومهر المثل، إلا إذا كانت ثيباً عند المشرع الأردني.

مع الإشارة إلى فشل التجربة القضائية النسوية في العراق حيث تم عزل جميع القاضيات بعد خمس سنوات من الخدمة في المجال، رغم أنهن كنّ من النوابغ في الدراسة النظرية، وفي السودان، تم تحويلهن إلى المجال الفني وقسم البحوث بدلاً من الحكم في القضايا⁽¹⁾.

يتضح لنا مما ذكرنا أن الادعاء بتكييف تقنين الأسرة مع ما جاء في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر ما هو إلا شماعة لتفكيك الأسرة الجزائرية لا تماسكها، والقضاء على هوية المجتمع الجزائري المرتبط بدينه الإسلامي الحنيف والتقاليد العريقة والأخلاق الفاضلة.

وجدير بالذكر أن ننوّه بما قاله مقرر لجنة تعديل تقنين الأسرة: ((يقوم البيت المتين على الأساس القوي مثلما يقوم المجتمع المتماسك على الأسرة السليمة... والأسرة الجزائرية كباقي الأسر في العالم يجب أن تؤسس على قواعد سليمة ومتينة تقوم على الرضا والتفاهم وتصطبغ بسميزات المجتمع الجزائري المستمدة من روح الشريعة الإسلامية...))⁽²⁾. وهذا كلام سليم

(1) - انظر في ذلك: حافظ محمد أنور، المرجع السابق، ص 239-240، نقلاً عن: حمد الكبيسي،

رأي الإسلام في إشراك المرأة في مؤسسات الشورى، مجلة الحضارة الإسلامية، 1407هـ، ص 44.

(2) - انظر: الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، السنة الثالثة، رقم 146، ص 10.

ونبيل، لاسيما وأنه قال بأن تقنين الأسرة لعام 1984 قد استمد أحكامه من فقه الإمام مالك، والبعض الآخر من المذاهب الإسلامية الأخرى، وبعض الآراء الاجتهادية، ليضيف بأنه قد استمد أحكامه من الفقه الإسلامي بكل قوة وأصالة بعيدا عن التقليد والجمود، لكنه ناقض نفسه بعد ذلك حين قال بأنه بات من الضروري إعادة النظر في بعض أحكامه التي أصبحت غير ملائمة لتطلعات التغيير المعلن عنها⁽¹⁾.

فهل تغير الوضع بالنسبة إلى الفقه الإسلامي بحيث أصبح جامدا، ولم يعد للأصالة مكان فيه، أم أن الضغوط الداخلية من لجان حقوق الإنسان والجمعيات النسوية، وكذا الضغوط الخارجية هي التي جعلت فقهاء الإسلام، لاسيما المالكي، جامدا ولا يرقى إلى تطلعات المجتمع الجزائري؟

لماذا إذا أثارت مسألة شرعية ما، سارع ذوو الشأن على مستوى السلطة المختصة إلى الوقوف في وجه من قال أو عمل بها، قائلين إننا مالكيون ولا يجوز تعدي حدوده، وإذا أثارت مسألة الولاية على المرأة في الزواج، ظهروا بوجه مغاير، بحجة أن المسألة خلافية، وأن الحنفية يقولون كذا وكذا، مع المغالطات التي يذكرونها عند نقلهم لرأي الحنفية، ومع العلم أن هذه الأخيرة -مسألة الولاية- مسألة تعم بها البلوى في المجتمع؟ فَجَعَلَ الأمر إلى المرأة دون أن تعود إلى أبيها أو أخيها أو من هو أقرب إليها، ليس من باب تأسيس أسرة جديدة بين هذه المرأة وزوجها على أسس سليمة، بل قطع لها عن

(1) - انظر: الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، السنة الثالثة، رقم 146، ص11.

أسرة أبيها أو إختوتها وبقية أقاربها ما دام أنها لم تستشرهم في أمر يجلب لهم الفخر أو العار. والكل يدرك أن المجتمع الجزائري، ومن قبله الشريعة الإسلامية، لا يتميزان بإطلاق العنان للنساء في مسائل الفروج والأنساب، فلم يُراد مغالطة أفراده بأن من مميزات هذا المجتمع التحرر اللامشروط، والاختلاط اللامحمود، ثم يزدون ليلصقوا ذلك بالشريعة الإسلامية؟

إن الادعاء بمسايرة قوانين الدول الشقيقة في هذا الشأن دعوى كاذبة، ذلك أنه لم يجد عن رأي الجمهور سوى تونس والعراق ثم المغرب مؤخرا، في حين أن غالب الدول العربية والإسلامية لا تزال متمسكة بولاية الرجل على المرأة في الزواج كبيرة كانت أم صغيرة، راعية كانت أم مرعية.

ولعل هذا هو السبب الذي جعل الجزائر تضع تحفظات على الاتفاقيات التي تمس مبادئ الشريعة الإسلامية، لاسيما منها التحفظ على نصي المادتين 15 و 16، بخصوص المساواة في أهلية إبرام كافة العقود، وبالضبط عقد الزواج، وأهلية المرأة، والولاية والقوامة والوصاية، وهذا يجعلنا نتوقف قليلا في المسألة لنربطها بنصوص أخرى.

فبالنظر إلى نص المادة 9 من تقنين الأسرة: ((يَنْعَقِدُ الزَّوْاجُ بِتَبَادُلِ رِضَا الزَّوْجَيْنِ))، يترجح بأن من يعقد الزواج هما الزوجان، الرجل والمرأة، فيكون للمرأة حينها ولاية على نفسها، ويتعزز هذا الطرح إذا ما نظرنا إلى الفقرة الأولى من نص المادة 11 من التقنين نفسه: ((تَعَقَّدُ الْمَرْأَةُ الرَّاشِدَةُ زَوَاجَهَا...))، هذه الولاية تكون للمرأة البالغة العاقلة دون القاصرة، وتكون

على نفسها فقط دون غيرها. غير أن نصّ المادة 87 من تقنين الأسرة فيه بعض الإيحاء بصحة ولاية المرأة على غيرها، لكن الغير هنا محصور في الأبناء القصر في حال وفاة الأب؛ حيث جاء فيه: ((يَكُونُ الْأَبُ وَلِيًّا عَلَى أَوْلَادِهِ الْقَصْرَ، وَبَعْدَ وَفَاتِهِ تَحُلُّ الْأُمُّ مَحَلَّهُ قَانُونًا)).

بيد أن هذه الطروح تتبدّد إذا ما نظرنا إلى نصوص أخرى، مثل نصّ المادة 9 مكرر من تقنين الأسرة الذي من بين ما جاء فيه: ((يَجِبُ أَنْ تَتَوَقَّرَ فِي عَقْدِ الزَّوْاجِ الشُّرُوطُ الْآتِيَّةُ:

...الولي)). وهذا عامّ في المرأة الرّاشدة وغير الرّاشدة، وممّا يؤكد ذلك، نصّ المادة 1/11 من تقنين الأسرة ذاته الذي جاء فيه: ((تَعْقُدُ الْمَرْأَةُ الرَّاشِدَةُ زَوَاجَهَا بِحُضُورِ وَلِيِّهَا وَهُوَ أَبُوهَا أَوْ أَحَدُ أَقَارِبِهَا أَوْ أَيُّ شَخْصٍ آخَرَ تَخْتَارُهُ.))، فالنص وإن جعل عقد زواج المرأة لها، فإنه أوجب حضور الولي وإن كان بالخيار بين الأب وغيره، وما حضور الولي مجلس العقد إلا لعقد الزواج، وإلا لم يكن لحضوره معنى.

نضيف إلى ذلك نص المادة 33 من تقنين الأسرة الذي يرتب على عدم الولي في عقد الزواج فسخه قبل الدخول، وثبوته بعده.

وحتى بالنسبة إلى المرأة القاصرة، فإن نصّ المادة 2/11، قد جعل زواجها مربوطا بالولي، وهو من يعقده، ولا يمكن من خلاله أن نقول إن

المرأة مشمولة بالنص، لأنه جعل الولي هو الأب، فإن لم يوجد فأحد الأقارب المقدمين، ثم من يليه، فإن عدموا كان القاضي ولياً لمن لا ولي له.

لكن قد يقال إن عبارة "أحد الأقارب الأولين"، تدخل فيها المرأة، ولا أحد يجادل في كون الأم من الأقارب الأولين، لاسيما إن نظرنا إلى نص المادة 87 سالف الذكر. إلا أننا نستبعد هذا التفسير من خلال أن المعروف في ترتيب الأولياء هو عدم دخول المرأة ضمنهم، سواء في المذهب المالكي السائد في الجزائر، أو حتى المذهب الحنفي الذي يعتقد البعض⁽¹⁾ أن المشرع الجزائري قد أخذ به في مسألة زواج المرأة.

وهذه النتيجة ليست دون سند، بل هي تطبيق لنصوص تقنين الأسرة، وذلك بالرجوع إلى نص المادة 222 منه، الذي يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص، ونزيد عليه، وفي حالة غموضه، لأن النص عند ذكر الأقارب لم يوضح من هم، فكان علينا الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتبيان المقصود بهم.

ونستشف مما سبق أن المرأة ولو قاضية في مسائل شؤون الأسرة أو في غيرها لا تسقط عنها الولاية، بل تبقى تحت الولاية بموجب نصوص القانون نفسها، وفوق ذلك، لا يمكنها أن تذهب إلى قاضية أخرى لتعقد زواجها لسبب

(1) - من بينهم: عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، وهران، 2005، ص 88 و 96.

واحد، وهو أن نص المادة 2/11 يمنح الولاية للقاضي حينما لا يكون للمرأة ولي إذا ما كنت قاصرة، في حين أن المرأة القاضية راشدة، ويسري عليها نص المادة 1/11، الذي يمنح لها أن تختار وليها أبا كان أو زميلاً أو صديقاً، ليكون في واقع الأمر وكيلًا عنها لا ولياً عليها. فإن كانت مطبقة لمبادئ القانون ونصوصه، فإن عليها أن تخضع أيضاً لهذه المبادئ والنصوص، ولا يقتضي منح منصبها لها سلطة تمكنها من تولي زواج غيرها تطاولها على النصوص الأخرى التي تقيدها، مثلها مثل منعها من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كانت واقعة في دائرة اختصاصها.

بل أكثر من ذلك، لا تستطيع المرأة القاضية أن تتولى عقد زواج غيرها من النساء البالغات العاقلات، لأنهن مشمولات بنص المادة 1/11، الذي لا يذكر القاضي كولي، وهذا راجع إلى أن المرأة الراشدة هي من تعقد زواجها، ولكن بحضور وليها الذي لن يعدم وجوده مطلقاً، إذ لها الحرية في أن تحضر أباهاً أو أخاهاً، أو عمها، أو زميلها في العمل، أو أي شخص شاءت. كما لا يمكن أن نتصور أن يتم عزل المرأة الراشدة بمقتضى الحرية التي منحها هذا لها، إضافة إلى نص المادة 13 من تقنين الأسرة بعد تعديله بموجب الأمر 02-05 الذي قصر حالة العزل على المرأة القاصرة دون الراشدة، حيث جاء فيه: ((لَا يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ، أَبًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، أَنْ يُجْبِرَ الْقَاصِرَةَ الَّتِي هِيَ فِي وَلَايَتِهِ عَلَى الزَّوْاجِ...)).

وهذا يجعلنا نقول إن دور المرأة القاضية يبقى محصوراً في تولي زواج غيرها من النساء القصر، أي اللواتي لم يبلغن سن الرشد، أو اللواتي بلغنه ولكن مع وجود أحد عوارض الأهلية بهن، أو اللواتي منعهن أولياؤهن من الزواج رغم رغبتهم فيه وتحقق مصلحتهم به.

خاتمة:

ختاماً لهذه الدراسة، يظهر أن مسألة الولاية في الزواج، وولاية القضاء مرتبطتان، ولهذا وجدنا أن من قال بصحة ولاية المرأة القضاء قال بصحة ولايتها عقد الزواج، وهم الحنفية في نطاق معين، حيث أجازوا ولاية المرأة القضاء -مع الإثم- بحسب ما ظهر لهم من أدلة، رغم قلتها وعمومها، ومنعوها منه على نطاق آخر مطلقاً، في حين أجازوا ولايتها عقد الزواج، وابن حزم الذي عكس الأمر حيث جعل للمرأة ولاية القضاء دون ولاية الزواج، وهو كما قلنا مناقض لأصوله.

ورغم أن الفقهاء المجيزين لتولي المرأة القضاء قلة، وأدلتهم مرجوحة؛ فإن جل التشريعات العربية أجازت ذلك، ومن بينها التشريع الجزائري، مخالفين بذلك رأي جمهور الفقهاء، من مالكية وشافعية وحنابلة، وشيعة زيدية وإمامية، وما جرى عليه العمل في كامل أقطار الدول العربية والإسلامية لقراءة أربع عشرة قرناً.

بيد أن هذا الجواز في التشريع الجزائري له آثار محدودة، حيث يقتصر على نفاذ الحكم على الغير دون النفس، وهذا خلاف الأصل؛ لأن الأصل أن من له تنفيذ الأمر على الغير كان له تنفيذه على نفسه من باب أولى، وهذا راجع إلى أن النصوص القانونية التي بين أيدينا تبقي المرأة تحت الولاية، ولا تفرق بين كونها قاضية أو وزيرة أو مواطنة بسيطة، بل أكثر من ذلك أن ولاية المرأة القاضية على غيرها من النساء في الزواج محصورة في فئة القصر اللواتي ليس لهن ولي، أو اللاتي وقع عليهن العضل من أوليائهن، أما النساء الراشدات فلا ولاية للقاضي عليهن.

أما فقهاء؛ فإن الحنفية أنفذوا تولي المرأة القاضية تزويج غيرها بشرط موافقتها للشرع، مثلما أنفذوا عقد زواجها لنفسها ولو لم تكن قاضية إن كانت بالغة عاقلة.

كما نجد أن بعض الشافعية حينما قالوا بأنه في حال ابتلاء الأمة بتولي المرأة القضاء، فإن أحكامها تنفذ على غيرها وعلى نفسها في ظاهر القول، أو على غيرها دون نفسها في قول آخر.

وأعتقد أنه كان على المشرع الجزائري حينما أعطى للمرأة الحق في تولي القضاء مثلها مثل الرجل، استكمال إصلاح النصوص القانونية الأخرى التي تعزز المنحى والهدف الذي يرمي إليه، وإيضاح التصور الذي يريده للأسرة الجزائرية والمجتمع الجزائري ككل، لتكون منسجمة مع بعضها

البعض، ومع الاتفاقيات الدولية التي تحدث عنها وزير العدل ولجنة تعديل تقنين الأسرة.

فإن لم يفعل، فعليه أن يعود إلى الأصل الذي قرره جمهور الفقهاء، وقضى به الشرع، وفق النصوص الراجعة من القرآن والسنة والآثار والمعقول، والتي تهدف إلى الحفاظ على كيان المجتمع العربي المتمسك بتعاليم دينه الحنيف.

ونحن إذ نصل إلى هذه النتيجة إنما حرصا على تماسك الأسرة الجزائرية والمجتمع، لاسيما وأن رئيس لجنة تعديل قانون الأسرة قد ذكر هذا الأمر صراحة حين قال: ((ونأمل... أن يسهم هذا النص رغم ما قد يعترضه من نقص خلال التطبيق، في سد كثير من الثغرات التي برزت في القانون الساري سعيا إلى نص تشريعي متكامل ومنسجم خدمة لتماسك الأسرة وتآزر المجتمع، ولا يمكن اعتبار هذه التعديلات انتصارا لفئة على أخرى، بل هي في مصلحة الأسرة بصفة شاملة))⁽¹⁾.

(1) - انظر: الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، السنة الثالثة، العدد 146، ص13.