الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة وهران

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية

قسم الشريعة والقانون تخصص حقوق الإنسان

الحق في تولي الوظائف العامة تولية المرأة القضاء

دراسة مقارنة

مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص حقوق الإنسان

إعداد الطالب: محمد فريدي تحت إشراف:الدكتورة ربيعة حزاب

لجنة المناقشة

1-	أستاذ دكتور أحسن زقور	أ.التعليم العالي	جامعة وهران	رئيسا
2-	الدكتورة ربيعة حزاب	أ. محاضر.أ.	جامعة وهران	مشرفا ومقررا
3-	أستاذ دكتور لخضر لخضاري	أ. التعليم العالي	جامعة وهران	مناقشا
4-	الدكتورة ليلى جمعي	أ.محاضر .أ.	جامعة وهران	مناقشا

الموسم الجامعي: 1432هـ/1433 هـ

2011م/2012 م

الإهداء

إلى الوالدين الكريمين...

إلى أعز ما أملك: بناتي خولة ,هاجر, نسيبة...

إلى رفيقة الدرب أم هاجر...

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل...

مقـــــدمـــــــة

كانت بداية اهتمام المجتمع الدولي بحقوق الإنسان ورعايتها من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 والذي أكد على مساواة البشر في الكرامة والحقوق دون تمييز. وإن كانت مسألة الاهتمام هذه ليست بالجديدة فقد ساهمت الأديان والحركات الاجتماعية والسياسية في بلورتها.

ورغم الاتفاق على أن هذه الحقوق هي ما يجب أن يتوافر لهم بحكم الطبيعة البشرية إلا أن هناك اختلاف حول تحديد الأسس التي يتم الاستناد إليها لتحديد طائفة أخرى من الحقوق كحق تولي الوظائف العامة والذي هو موضوع دراستنا. باعتباره يتأرجح بين الحق والواجب من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن التمتع به إلا بتوافر مجموعة من الشروط يحددها القانون.

فمسألة الوظيفة العامة لم تعد أمرا استثنائيا في حياة الموطنين كما كان عليه الحال في السابق بحيث لا يستطيع أي كان تجنب التعامل مع الموظف العام، فالوظيفة العامة أصبحت جزءا من حياة المواطن يدخل الحياة بشهادة ميلاد ويخرج بشهادة وفاة وكلاهما يقوم بتحريرها موظف عام.

فتقلد الوظائف العامة في المواثيق الدولية والأحكام الدستورية حق لمواطني الدولة وفق معيار الكفاءة واحتياجات الدولة. يتحدد في مجموعة من الواجبات والمسؤوليات تحددها السلطة المختصة يتطلب في من يقوم بها مؤهلات وشروط معينة وبالتالي فهي قدر محدد ومخطط من الأعباء يقوم بها الفرد لتحقيق هدف معين يتعلق بالصالح العام.

يقتضي من شاغلها تحمل مسؤوليات معينة تمكنه من المشاركة في دفة الحكم وتسيير شؤون الدولة بطريق غير مباشر مقابل الحصول على مجموعة مزايا.

و على هذا فمتى توافرت في الشخص مجموعة شروط ومؤهلات محددة من طرف سلطة مختصة أصبح من حقه تولي وظيفة عامة في بلده على قدم المساواة مع الآخرين دون أن يكون أصله أو جنسه أو دينه... أو أي سبب أخر حائلا دون تمتعه بهذا الحق.

مشكلة البحث:

إذا كانت فلسفة حقوق الإنسان تقوم على ركنين أساسيين يجب توافرهما في كافة الحقوق والحريات الأساسية لكافة بني البشر – رجالا ونساء– هما الكرامة والمساواة فإن هذا الأخير أي مبدأ المساواة يعتبر من المبادئ الأساسية التي استقرت في أواخر القرن العشرين على المستوى العالمي حيث شاع مجال تطبيقه في مختلف حقوق الإنسان حتى شمل حق تولي الوظائف العامة، بعد أن كان فيما مضى يخضع لاعتبارات التمايز والتفرقة الراجع إلى اختلاف الظروف والقيم والتقاليد في المجتمعات البشرية.

والملاحظ أن هذه الظاهرة لازالت مستمرة نسبيا إلى يومنا هذا واستمرارها يطرح إشكالا مهما يتمثل في مدى وضع حد لهذه الإشكالية ؟ وما هي المعايير التي يعد تجاوزها انتهاكا لحقوق الإنسان في هذا المجال ؟ إذا كانت المواثيق والإعلانات الدولية وجل الدساتير الوطنية قد أكدت على حق المواطن في تولي الوظيفة العامة وأقصت كل ما من شأنه أن يعتبر أساسا في القبول أو الرفض في تقلد منصب عام كاعتبار الجنس أو المعتقد الديني أو المذهب السياسي.مع احتفاظ القوانين بحق تحديد الشروط اللازمة الخاصة بالكفاءة والجدارة قصد ضمان السير الحسن للمصالح العامة.

من جهة أخرى هل يعد معيار الجنس سببا مقبولا في رفض أو قبول المواطن في تقلد وظيفة عامة لاعتبارات تتعلق بخصوصية الوظيفة وقيم وتقاليد المجتمع كتولي المرأة لمنصب القضاء الذي هو موضوع دراستنا؟

وهل أن الدول العربية التي أجازت لها تولي هذا المنصب كان أخذا بما ذهب إليه بعض الفقهاء من جواز ذلك أم مسايرة لما ذهبت إليه الأصوات المنادية بالمساواة المطلقة مع الرجل في الغرب؟

وفي الأخير إذا كان الرأي الغالب في الفقه الإسلامي على عدم جواز تولية المرأة القضاء هو انتهاك لحق من حقوقها المشروعة كما يعتقد البعض أم احتراما لخصوصيتها وكرامتها؟

أهمية الموضوع:

تزداد أهمية دراسة حقوق الإنسان كلما ارتفعت الأصوات شاكية من انتهاكات هذه الحقوق.ولعل أهمية الموضوع تبرز من خلال المحاور الآتية:

- لا يخفى على المطلعين والمتابعين لأحوال العالم عموما والعالم الإسلامي خصوصا أن كثيرا من حقوق الإنسان مفقودة أو مهمشة ولابد من النهوض والسعي إلى تحقيق العدل وإتاحة الفرص للجميع من أجل التمتع بكافة الحقوق دون استثناء ومنها حق تولي الوظائف العامة بما يتناسب وتحقيق المصلحة العامة.
- الحاجة إلى البيان والتأصيل لحق من حقوق الإنسان يختلف عن غيره من الحقوق باعتباره واجبا أكثر منه حقا لمن استوفى شروط التمتع به.
- بيان حقيقة اهتمام الإسلام بحقوق الإنسان عموما وحق تولي الوظائف العامة خصوصا وحرصه على ضرورة توافر شروط لابد منها في من يترشح لتقلد وظيفة عامة يتولى من خلالها أمرا من أمور المسلمين باعتبار ذلك كله أمانة في عنق صاحبها.
- ضرورة بيان الاستثناءات الواردة على التمتع بهذا الحق وهذا لاختلاف القيم الدينية والاجتماعية وخصوصية كل وظيفة خاصة بين المجتمعات الإسلامية وغيرها.

- التأكيد على حرص الإسلام على المساواة بين الرجل والمرأة كل في حدود طبيعته واختصاصه وفق قاعدة كل ميسر لما خلق له.

طريقة البحث "منهج الدراسة"

باعتبار أننا سندرس الموضوع في كل من القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، فكان لهذا الاعتبار أثره على منهج الدراسة المعتمد. حيث سيعتمد المنهج المقارن القائم على أساس المقارنة بين مجموعة قوانين وضعية والمنهج الإسلامي في مجال تولي الوظائف العامة، وموقف كل من القوانين الوضعية والمذاهب الإسلامية بخصوص تولي المرأة القضاء. مما يمكن من الإطلاع على أوجه الاختلاف والاتفاق والقصور بين هذه النظم.

بالإضافة إلى المنهج المقارن سأعتمد المنهج الوصفي التحليلي القائم على الانطلاق من الحقائق الكلية إلى الجزئية. وذلك لتطبيق القواعد العامة على الحالات الخاصة الفردية.

إلى جانب كل هذا المنهج التاريخي لدراسة المسألة وفهم حقيقتها في الوقت المعاصر.

وذلك من أجل معرفة التطور الذي رافق مسألة تولي الوظائف العامة عموما وتولي المرأة القضاء خصوصا.

دراسات سابقة:

عولج الموضوع بطرق مختلفة وفق وجهات نظر متنوعة، ففي المجال القانوني أشارت معظم الدراسات الخاصة بحقوق الإنسان عموما إلى هذا الحق باعتباره من الحقوق السياسية عند تطرقها إلى التقسيمات الحديثة لحقوق الإنسان.مؤكدة على ضرورة المساواة بين الرجل والمرأة في هذا المجال دون تمييز.

أما الجانب الشرعي فإن الدراسات القديمة تحدثت عن موضوع تولية المرأة القضاء وذلك في سياق الحديث عن شروط تولي القضاء عموما في النظام القضائي الإسلامي

حيث تعرضت إجمالا إلى أراء الفقهاء في هذا الشأن وأوردت الاختلافات التي ظهرت بشأنها.ونجد ذلك خصوصا في كتب السياسة الشرعية ونذكر على سبيل المثال لا الحصر البعض منها : كتاب الأحكام السلطانية للما وردي وأدب القضاء لابن أبي الدم والأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء. كما تعرضت كتب الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه إلى أحكام القضاء كبداية المجتهد لابن رشد والمغني لابن قدامه المقدسي ونيل الأوطار للشوكاني وتبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ومجلة الأحكام العدلية في العهد العثماني.ومن الدراسات المعاصرة لموضوع تولية المرأة القضاء والتي تعرضت بالتفصيل إلى الآراء المختلفة حولها كتاب نظام الحكم في الشريعة الإسلامية في جزءه الخاص بالنظام القضائي للظافر القاسمي والنظام القضائي في الفقه الإسلامي لمحمد رأفت عثمان.

خطة البحث:

لأجل تحقيق هذه الدراسة ارتأيت تقسيم البحث إلى فصلين.أتعرض في الفصل الأول المعنون بـ : تولي الوظائف العامة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية إلى مفهوم حق تولي الوظائف العامة والأساس القانوني لهذا الحق في المواثيق الدولية والإعلانات العالمية والدساتير الوطنية، وإلى مبدأ المساواة بصفة عامة بما أن هذا الحق يقوم عليه. ثم إلى الشروط الموضوعية والمرفوضة في تولي الوظائف العامة في القانون الوضعي وما يقابلها من شروط في الشريعة الإسلامية.

أما الفصل الثاني المعنون بـ: تولية المرأة القضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية فقد قسمته إلى مبحثين: الأول تطرقت فيه إلى تولية المرأة القضاء في الدول العربية تحت مطلبين الأول تعرضت فيه إلى الدول التي أجازت لها ذلك والمطلب الثاني للدول التي منعتها من تولي القضاء.أما المبحث الثاني فقد خصصته إلى أراء فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص تولية المرأة القضاء تحت مطلبين الأول عرضت

فيه الآراء التي تمنعها تولي هذا المنصب والثاني إلى الرأي الذي يجيز لها ذلك مع بيان الأدلة التي استند إليها كل فريق مع مناقشتها وبيان الراجح منها.وبالله التوفيق.

الفصل الأول

حق تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية

المبحث الأول : حق تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية .

المبحث الثاني : شروط تولي الوظائف العامة والاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة.

المبحث الثالث : حق تولي الوظائف العامة في الشريعة الإسلامية.

تمهيـــــد

لعل أبرز منجزات العصر الحديث ذلك الاهتمام الشامل والمتزايد بحقوق الإنسان الذي ظهر جليا من خلال مرحلة الإعلانات الخاصة بحقوق الإنسان.كنتيجة حتمية لتطور المجتمعات السياسي وتطور أدوات الحكم فيها.حيث اكتسى موضوع الحقوق والحريات العامة أهمية بالغة في مختلف المجالات، ليشمل مجال تولي الوظائف العامة الذي يعتبر ركيزة من ركائز النظام الديمقراطي يمكن الأفراد من المشاركة في تسيير الشؤون العامة في البلد. من خلال تحقيق المساواة الفعلية بين الأفراد وذلك بإلغاء كل ما من شأنه أن يكون سببا في التمييز بين المواطنين في شغل الوظائف العامة. حيث أصبح لهذا الحق نظاما خاصا يحدد شروط ممارسته. باعتبار أن التمتع به يلزم توافر مجموعة شروط عامة ومجردة يحددها القانون تسري على جميع من يتقدم لشغل وظيفة عامة.وهذا ما سأحاول الوقوف عليه في هذا الفصل من خلال الحديث عن حق تولي الوظائف العامة وثبوته في القوانين الوضعية، والشروط المطلوبة والمرفوضة لتوليها في المبحث الأول مع بيان الاستثناءات الواردة على ذلك في مبحث ثان ثم ما يقابلها من شروط في النظام الإسلامي في مبحث ثالث.

المبحـــــــــث الأول:

حق تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية

مفهوم حق تولي الوظائف العامة

تقلد الوظائف العامة في الأحكام الدستورية الحديثة والمعاصرة حق لمواطني الدولة وفقا لمعيار الكفاءة في تولي الوظائف والتدرج في سلمها في إطار احتياجات الدولة وبموجب الشروط الواردة في القانون.

فهو حق من الحقوق السياسية أو الجيل الأول من الحقوق كما يطلق عليه. يساهم الفرد بواسطته في إدارة شؤون الدولة وحكمها، يكتسبها الشخص باعتباره عضوا في هيئة سياسية وشريكا في إقامة نظام الجماعة. و لهذا اقتصر هذا الحق على المواطنين دون غيرهم من الأجانب لأنه من الحقوق العامة التي تقابلها الواجبات العامة في الدولة، فهي تكليف وخدمة تستهدف الصالح العام.وهذا أهم ما يميزها عن باقي الحقوق، كما أنها ليست من الحقوق المطلقة لكل فرد. إذ لا يحق ممارستها إلا بتوافر مجموعة من الشروط والمؤهلات تعطي لصاحبها حق المشاركة في بناء الدولة التي رعته ومنحته شرعية الانتماء لها.

ولقد سجلت المواثيق والإعلانات الدولية حق الأفراد في تولي الوظائف العامة في بلادهم وأبرزها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومع مطلع القرن العشرين بدأت غالبية الدول المعاصرة تميل إلى إقرار هذا الحق باعتباره من حقوق الإنسان الأساسية الذي يبرز الممارسة الديمقراطية في المجتمعات الحديثة . من خلال تمتع مواطنيها بهذا الحق دون تمييز بخصوص قبولهم في تولي الوظائف.إذ أن هذا الحق لا يقتصر على طبقة معينة بسبب الأصل أو المركز الاجتماعي أو الثقافي أو غير ذلك وهذا ما يقودنا إلى الحديث عن مبدأ المساواة وأهم تطبيقاته.

المطلب الأول: مبدأ المساواة وأهم تطبيقاته

مبدأ المساواة:

يعتبر مبدأ المساواة المبدأ الدستوري الذي تستند إليه جميع الحقوق والحريات في الوقت الحاضر والذي تصدر جميع المواثيق الدولية والإعلانات العالمية الخاصة بحقوق الإنسان كما أكدته الديانات السماوية لارتباطه بكرامة الإنسان.

فالمساواة هي المفتاح الرئيسي لتمتع الإنسان بجميع حقوقه الأخرى ولذا كانت الهدف الأول للثورات الكبرى وانعدامها كان السبب والباعث على قيا مها كالثورة الفرنسية والأمريكية .

فالمساواة هي إزالة مظاهر التمييز بين الأفراد المؤسسة على الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين أو اللون أو غيرها من الأسباب، من أجل الوصول إلى غاية كبرى ألا وهي تحقيق العدالة للجميع من خلال التمتع بالحقوق والحريات الأساسية على قدم المساواة[1] .باعتبارهم يولدون متساوين في الطبيعة.

ورغم إطلاقيتها إنسانيا إلا أنها نسبية واقعيا فهي هي ليست مساواة حسابية يتساوى فيها الأفراد بصورة مطلقة بل هي مساواة نسبية لا تنكر الاختلافات و الفروق الفردية في المواهب و القدرات[2].إلا أنها مقررة للجميع، تبوأت مكان الصدارة بين حقوق

---

[1]– د– بسيوني عبد الغني عبدا لله،النظم السياسية،دراسة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والحريات العامة في الفكر الإسلامي والأوربي ،ط 4،(2002 م)، نشأة المعارف ،الإسكندرية ص 370–بتصرف.

[2] بيرم عيسى ،الحريات العامة و حقوق الإنسان بين النص والواقع، ط(1998)،دارا لمنهل للطباعة والنشر، بيروت، ص 178.

ومحمد علي سالم عياد الحلبي ،مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، دارا لعلمية الدولية للنشر ودار الثقافة للنشر ط1، الإصدار الأول (2002)،عمان، الأردن ص 13 وما بعدها.

– ونواف كنعان ،حقوق الإنسان في الإسلام و المواثيق الدولية والدساتير العربية ، دار النشر، ط 1،(2008)،ص 164.

الإنسان فكل حماية لحق من هذه الحقوق لابد أن يقرر في دائرة مبدأ المساواة فلا معنى مثلا لحماية حق في الحياة لفرد دون آخر .

ولا معنى لحماية حرية من الحريات لجماعة دون أخرى ، ومن هذا المنطلق نصت المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقولها على أنه "لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان دونما أي تمييز من أي نوع

و لاسيما التمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع أخر"

تطبيقات مبدأ المساواة:

تتنوع الحقوق التي يجب أن يتساوى الناس فيها بتنوع مجالات الحياة، فتأخذ أبعادا سياسية و اقتصادية و أخرى اجتماعية وثقافية.

فتشمل المساواة أمام القانون وأمام القضاء والمساواة في التمتع بالحقوق السياسية بالنسبة للمواطنين ومنها حق تولي الوظائف العامة في الدولة.

أولا: المساواة أمام القانون

يقصد به عدم التمييز أو التفرقة بين المواطنين في تطبيق القانون عليهم لأي سبب من الأسباب السالفة الذكر، كما نصت عليه المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[1] وأكدت على هذا المبدأ المادة السابعة منه بقولها :" الناس جميعا سواء أمام القانون دونما تمييز كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان وعلى أي تحريض على مثل هذا التمييز "

[1] ألشكري علي يوسف، حقوق الإنسان في ظل العولمة ،دار أسامة للنشر و التوزيع ، ص 103.

كما أقرت هذا المبدأ الإعلانات و المواثيق الدولية الأخرى نذكر منها إعلان الاستقلال الأمريكي الصادر في 04 يوليو 1776 ، والإعلان الشهير للثورة الفرنسية لحقوق الإنسان و المواطن حيث جاء في المادة الأولى منه :"الأفراد يولدون و يعيشون أحرارا متساوين أمام القانون "

كما نصت على هذا المبدأ جل الدساتير الوطنية و منها العربية[1] والتي نذكر منها ما يلي :

في الجزائر نصت المادة 29 من دستور 1996 على ما يلي :

" كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي"

جمهورية مصر :نصت المادة 02 من الدستور المصري على :

"المواطنون لدى القانون سواء و هم متساوون في الحقوق و الواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين "

المملكة المغربية: نصت المادة الخامسة من دستور المملكة المغربية لعام 1996 على ما يلي: "جميع المغاربة سواء أمام القانون "

فالمقصود بالمساواة من خلال هذه النصوص أن ينال الجميع حماية القانون على قدم المساواة دون تمييز في المعاملة أو تطبيق القانون بحيث يضمن للجميع نفس الحقوق

[1] النصوص الدستورية لحق المساواة في الدول العربية:
المملكة الأردنية ،المادة 6 ،ف1 ،دستور 1952 – الإمارات العربية ،المادة 25 ،دستور 1971 ،مملكة البحرين، المادة 18 ،دستور 2002 ،تونس ، المادة 6 ،دستور 1959 ،جمهورية جيبوتي ، المادة 10 ،دستور 1992 ،السودان المادة 31 ،دستور 2005 ،سوريا المادة 3/25 دستور 1973 ،الصومال ،المادة 03 ،دستور 1960 ،العراق المادة 12 ،دستور 2004 ،عمان، المادة 17 ،دستور 1996 ،فلسطين، المادة 09 ،القانون الأساسي 2003 ،قطر، المادة 23–35 ،دستور 2005 ، الكويت ،المادة 29 ،دستور 1963 ،لبنان ،المادة 7 ،دستور 1926 ،ليبيا ،المادة21،دستور 1988 ، ، اليمن ، المادة 41 ،دستور 2001 .

و يخضعون للتكاليف والأعباء المختلفة.

و على الرغم من تكريس مبدأ المساواة أمام القانون على النحو السالف الذكر و رسوخه في الضمير الإنساني، فإن الواقع العملي أظهر الكثير من الانتهاكات الصارخة لهذا الحق كما حدث في جنوب إفريقيا و الولايات المتحدة الأمريكية و لا يزال في فلسطين المحتلة وغيرها .

ثانيا:المساواة أمام القضاء .

يعني به ممارسة الأفراد لحق التقاضي على قدم المساواة دون تفرقة بينهم دون أن يكون للاعتبارات السابقة دورا في التمييز بينهم. فالجميع أمام القضاء سواء أو في العقوبات التي تقع عليهم متى تساوت الجرائم و الظروف[1] .

وقد أقرت المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هذا الحق بقولها:" لكل إنسان عل قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة نظرا منصفا وعلنيا للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أي تهمة جزائية توجه إليه. " و من أهم الأحكام الخاصة بمبدأ المساواة أمام القضاء تلك التي أوردها العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية في المادتين 14و 15.

ثالثا : المساواة أمام تولي الوظائف العامة

يقصد بالمساواة أمام تولي الوظائف العامة التسليم لجميع المواطنين في تقلدها[1] دون أن يكون لاختلاف الجنس أو اللغة أو الدين أو المكانة الاجتماعية سببا في استبعاد

---

[1] عبد الغني بسيوني عبد الله ،مبدأ المساواة أمام القضاء و كفالة حق التقاضي ،الطبعة الثانية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ص 19.

وسعدي محمد خطيب ،حقوق الإنسان بين التشريع و التطبيق ،ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ، ص 100 وما بعدها.

ومازن ليلو راضي وحيدر إبراهيم عبد الهادي ،حقوق الإنسان و الحريات الأساسية ،ط 1،دار النشر و التوزيع، عمان،الأردن، ص 138 .

أحد من تولي وظيفة عامة ما دام يمتلك المؤهلات اللازمة و تتوافر فيه الشروط التي حددها القانون لشغل تلك الوظيفة، بحيث يعامل المواطنون نفس المعاملة من حيث الشروط والمؤهلات المطلوبة قانونا لكل وظيفة من حيث المزايا والحقوق والواجبات والمرتبات والمكافآت المحددة لها [2].

و المقصود هنا بالوظائف العامة المناصب القيادية و الإدارية كمنصب رئيس الدولة

و منصب الوزارة و عضوية المجالس النيابية والنقابية، ومجالس الهيئات العامة وما دونها من مناصب.

هذا الحق يعتبر معلما من معالم الديمقراطية الحديثة يتيح للمواطن دون الأجنبي فرصة المساهمة في إدارة شؤون الجماعة و نظام الحكم. واحتكار هذا الحق لحساب فئة بعينها من شأنه أن يسهل الفساد المالي والإداري خصوصا إذا توزع نفوذ هذه الفئة في أجهزة الدولة المختلفة و بالتالي يصير غطاءا لكثير من التجاوزات[3] .

و عليه فالمساواة في تولي الوظائف العامة تقتضي تحقيق ما يلي:

- المساواة بين المترشحين في تولي وظيفة عامة .
- المساواة بين الموظفين العموميين في الحقوق و الواجبات.

---

2 نصت المادة 21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في فقرتها الثانية على ما يلي :"لكل شخص بالتساوي مع الآخرين حق تولي الوظائف العامة في بلده"

[2] علي عبد الفتاح محمود ،حرية الممارسة السياسية للموظف العام ،دار الجامعة الجديدة (2007) ،ص203،وما بعدها.

[3] نضال جمال حمودة ، حقوق الإنسان و حرياته الأساسية ، ص 28 'http :www.easttaws.com'

و د– بسيوني عبد الغني عبدا لله،النظم السياسية،دراسة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والحريات العامة في الفكرالإسلامي والأوربي ،ط 4،(2002 م)، نشأة المعارف ،الإسكندرية ص 382–بتصرف.

ونواف كنعان ،حقوق الإنسان في الإسلام و المواثيق الدولية والدساتير العربية ، دار النشر، ط 1، (2008)،ص294.

- المساواة بين الرجل و المرأة في تولي الوظائف العامة.

فبالنسبة للفرع الأول فهناك إجماع على أن لا مساواة إلا بعد توافر مجموعة شروط يحددها القانون في المترشحين لشغل الوظيفة تتنوع بين المؤهلات العلمية و اللياقة الصحية و كذا السيرة و حسن السلوك ... وهذا ما سنتحدث عنه لاحقا من خلال استعراض هذه الشروط بشيء من التفصيل.

أما فيما يتعلق بالفرع الثاني فانه يلزم أن تتحقق المساواة التامة بين الموظفين العموميين الذين يحتلون نفس الدرجة و يخضعون لنظام وظيفي واحد في جميع الحقوق و الالتزامات دون أي تمييز بينهم[1] .

وتشمل المساواة في الحقوق الوظيفية و المساواة في الحماية القانونية و المزايا المالية والترقية، والإجازات والضمانات التأديبية ... كما يتضمن الالتزامات والأعباء الوظيفية التي يقوم بها الموظفون.

أما الفرع الثالث الخاص بالمساواة بين المرأة والرجل فإنه اثأر جدلا واسعا حيث تعددت حوله الآراء واختلفت بشأنه وجهات النظر و كان ذلك نتيجة اقتحام المرأة ميدان الوظائف العمومية خاصة في القرن العشرين.

وهذا ما سيكون موضوع بحثنا من خلال التطرق إلى حق شغل المرأة لوظيفة حساسة ألا وهي توليها القضاء شرعا و قانونا.

المطلب الثاني:الأساس القانوني لمبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة

من متطلبات الحق والمساواة في تولي الوظائف العامة أن يكون هذا الحق متاحا للجميع دون أن يكون لأي عامل من العوامل دورا في استبعاد احد من شغله كاختلاف

[1] بسيوني عبد الغني عبدا لله،النظم السياسية،دراسة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والحريات العامة في الفكر الإسلامي والأوربي ،ط 4،(2002 م)، نشأة المعارف ،الإسكندرية ص 284-بتصرف.

الدين أو الأصل أو اللغة أو الانتماء السياسي... ما دامت الشروط المطلوبة قانونا قد توافرت في الشخص المتقدم لشغل الوظيفة.

و قد استمد مبدأ المساواة سنده و أساسه القانوني من المواثيق الدولية، الدساتير الوطنية والنصوص التشريعية المنظمة لتولي الوظائف العامة. وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية:

أولا: الأساس الدولي

أقرت أغلب المواثيق الدولية و الإعلانات العالمية لحقوق الإنسان حق الفرد بالتساوي مع الآخرين في تولي الوظائف العامة في بلده[1]. و سنقتصر على ما جاء في ميثاق الأمم المتحدة و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لعام 1966 و الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان و المواطن لعام 1789.

إعلان حقوق الإنسان و المواطن 1789:

يعود الأصل التاريخي لهذا المبدأ إلى الثورة الفرنسية حيث نصت المادة السادسة من الإعلان على أن "جميع المواطنين متساوون في الالتحاق بالوظائف العامة. و لا فضل لأحدهم إلا بقدر ما يتمتع به من قدرات و مواهب."

ومنذ ذلك الوقت أصبح من المبادئ الدستورية التي تحرص دول العالم على أن تضمنه دساتيرها.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: نص صراحة على حق كل إنسان في التمتع بجميع الحقوق المذكورة فيه و منها حق تولي الوظائف العامة.

[1] هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان و حريات الأساسية، ط1 إصدار 2006 ، دارالنشر، ص 222 و ما بعدها .

فقد نصت المادة 21 من الإعلان في فقرتها الثانية على ما يلي:

" لكل شخص بالتساوي مع الآخرين حق تقلد الوظائف العامة في بلده"

كما أقرت هذا الحق المادة السادسة من إعلان الأمم المتحدة الخاص بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري بقولها :"لا يقبل أي تمييز بسبب العرق أو الدين... في تمتع أي شخص بالحقوق السياسية و حقوق المواطنة في بلده...و لكل شخص حق تولي الوظائف العامة في بلده على قدم المساواة "[1]

العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية و المدنية 16-11-1966.

أكدت المادة 25 من العهد على حق كل مواطن في تقلد الوظائف العامة في بلده بالتساوي مع الآخرين بقولها " يكون لأي مواطن دون أي وجه من وجوه التمييز المذكورة في المادة الثانية الحقوق التالية التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير مقبولة."

"أن تتاح له على قدم المساواة عموما مع سواه فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده."

ثانيا: الأساس الدستوري :

نصت أغلب دساتير العالم على اختلاف أنظمتها و توجهاتها السياسية والاقتصادية على مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ، و أكدت على حق كل مواطن في التمتع بهذا الحق وفق الشروط المطلوبة قانونا و سنقتصر على ذكر بعض الأحكام الدستورية العربية التي نصت على حق تولي الوظائف العامة.

[1] إعلان الأمم المتحدة الخاص بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الصادر بتاريخ 1963/11/20.

عبد الكريم عوض خليفة ،القانون الدولي لحقوق الإنسان، ط(2009)،الدار الجامعية الجديدة ،الإسكندرية ،ص 49.

وإسحاق إبراهيم منصور ،نظريتا القانون و الحق ،د.م.ج ، الطبعة 8(2005)،ص 284 .

حيث تغايرت الأحكام الدستورية العربية التي نصت على هذا الحق. فلم تشترط أن يكون تقلد هذه الوظائف تكليفا أو خدمة من جهة، كما اشترطت عدم توظيف الأجانب إلا في الحالات التي يحددها القانون[1].

ففي الجزائر أوجزت المادة 51 من دستور 1966 في نصها بهذا الصدد حيث قضت بأن يتساوى جميع المواطنين في تقلد الوظائف في الدولة دون شروط أخرى غير الشروط القانونية المحددة.[2]

وفي مصر نصت مجموعة الدساتير على أن "المصريين لدى القانون سواء"[3] ولهم وحدهم يعهد بالوظائف العامة المدنية أو العسكرية ولا يولى الأجانب هذه الوظائف إلا في الأحوال الاستثنائية التي عينها القانون في دستور مصر لعام 1923–1930.

وسار على هذا النهج الدستور العراقي لعام 1925 الذي قضى بمساواة العراقيين بحقوقهم وأداء واجباتهم و يعهد إليهم وحدهم بوظائف الحكومة دون تمييز كل حسب قدراته و مؤهلاته و لا يولى غيرهم هذه الوظائف إلا في الأحوال الاستثنائية كما أكدت على هذا المبدأ المادة 19 من الدستور العراقي المؤقت لعام 1970 و الملاحظ أن أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للفترة المؤقتة لعام 2004 الذي وضع في ظل الاحتلال الأمريكي لم يعد نصا حول تولي الوظائف العامة.

أما في الأردن فقد نصت المادة 22 من الدستور " على أن لكل أردني الحق في تولي المناصب العامة بالشروط المعينة بالقوانين والأنظمة...وأن التوظيف يكون على أساس

[1] طربوش قائد محمد ،أنظمة الحكم في الدول العربية ،تحليل قانون الحقوق و الحريات في الدول العربية ،الطبعة ،الجزائر ، الجزء 3 ص 581.

[2] أقرت هذا المبدأ من قبل الدساتير السابقة للجزائر لسنوات 1963–1976–1989 في موادها على التوالي 44، 48.

[3] الدستور المصري الحالي المادة 40.

الكفاءة والمؤهلات" وعلى هذا النمط سارت مجموعة الدساتير العربية الأخرى كلبنان و المغرب.

فلكل لبناني الحق في تولي الوظيفة العامة لا ميزة لأخر إلا من حيث الاستحقاق

و الجدارة.حسب الشروط التي ينص عليها القانون– المادة 12.

أما الدساتير المغربية فقد نصت على مساواة جميع المواطنين في تقلد الوظائف العامة[1]. وفي سوريا نص دستورا عام 1950–1962 على حق المواطن في تولي المناصب العامة واشترط التوظيف على أساس المسابقة.

و من جهته اقتصر الدستور العماني والمتمثل في المرسوم السلطاني لـ 11–06–1996 الموافق لـ 25 محرم 1417هـ على تساوي المواطنين في الحقوق و الواجبات دون تمييز – المادة 17.

واكتفى بالنص على إقامة نظام إداري سليم يكفل العدالة والطمأنينة والمساواة للمواطنين .(المادة 10 ف 4).

وفي المملكة العربية السعودية لم يشر الأمر الملكي لـ 13–01–1999 الموافق لـ 28 جمادى الثانية 1414هـ لفظا إلى حق تولي الوظائف العامة وإنما أشار إلى حماية حقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية .

و الملاحظ أن مجموعة الدساتير العربية التي استعرضناها قد نصت على حق تولي الوظائف العامة على قدم المساواة و قصرها عليهم دون الأجانب إلا في الحالات التي يقررها القانون – الاستثنائية– دون تمييز بينهم إلا على أساس الكفاءة و المؤهلات كما أقرت في الغالب أن يستهدف الموظفون بأعمالهم خدمة الصالح العام.

[1] دساتير المغرب لسنوات 1962 (ف12)- 1970 (ف12)- 1972 (ف12)-1992 (ف12)- 1996 (ف12).

ثالثا: الأساس التشريعي

نصت غالبية التشريعات المتعلقة بالتعيين في الوظائف العامة على حق كل مواطن في توليها مادام يملك نفس المؤهلات و تتوافر فيه الشروط التي يحددها القانون دون احتكارها من طائفة أو فئة معينة. و الغرض من ذلك حماية الأفراد من أشكال التعسف والتمييز التي قد تمارسها الإدارة بين المرشحين لاعتبارات سياسية و اجتماعية وغيرها .

لهذا جاءت التشريعات الوظيفية العامة متضمنة شروطا عامة محددة للتعيين في المناصب و الوظائف مؤكدة على شرط المساواة في تقلدها و سنستعرض في هذا الصدد إلى ما جاء في القانون الأساسي للوظيفة العامة في الجزائر.

حيث نصت المادة 74 من القانون الأساسي للوظيفة العامة[1] على هذا المبدأ بقولها:

" يخضع التوظيف إلى مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العمومية."

[1] أمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق ل 15 جوان 2006.

المبحث الثاني: شروط تولي الوظائف العامة والاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة

المطلب الأول : مفهوم الموظف العام والوظيفة العامة

أولا : مفهوم الموظف العام :

من العسير تحديد مفهوم جامع للموظف العام، ذلك أن المشرع وهو يضع قوانين الوظيفة العمومية لا يعني في معظم الأحيان بوضع هذا التعريف. وإنما يكتفي بتحديد الموظفين العموميين الذين يخضعون لأحكامه.

وقد اختلفت الآراء في تعريف الموظف العام وعليه سنقتصر على الرأي الراجح الذي استقر عليه القضاء. (القضاء الإداري وقضاء المحاكم العليا). والذي يعرف الموظف العام بأنه "الشخص الذي يساهم في عمل دائم ،في مرفق عام تديره الدولة وغيرها من الوحدات الإدارية بأسلوب الاستغلال المباشر، وتكون مساهمته في ذلك العمل عن طريق إسناد مشروع الوظيفة ينطوي على قرار بالتعيين من جانب الإدارة وعلى قبول هذا التعيين من جانب صاحب الشأن".[1]

فقد عبرت المادة الرابعة من القانون الأساسي للوظيفة العمومية عن هذا المفهوم بقولها " يعتبر موظفا كل عون وظف في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبة في السلم الإداري "[2].

[1] محمد يوسف المعداوي،دراسة في الوظيفة العامة في النظم المقارنة والتشريع الجزائري،د م ج ،الجزائر ،ط2(1988) ،ص33–34.و رفعت عبد الوهاب ،القانون الإداري،التنظيم الإداري للموظفين العموميين،ط(2009)،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،الجزء 1،ص211 وما بعدها.

[2] علي عبد الفتاح محمد،حرية الممارسة السياسية للموظف العام دار الجامعة الجديدة،القاهرة(2007)،ص32–40.

من خلال هذا التعريف فإنه يتعين توافر مجموعة شروط لكي تضفى صفة الموظف العام على الشخص وهي كالأتي:

1-صدور قرار بتعيينه من السلطة المختصة: حتى يحوز الشخص على صفة الموظف العام يجب أن يكون تعيينه في الوظيفة قد تم بطريقة مشروعة وفقا للقانون، وذلك بصدور قرار من السلطة المختصة بالتعيين، كما تحددها قوانين الوظيفة العمومية. وعلى هذا يستثنى من عداد الموظفين العموميين من يشغل وظيفة عن طريق الانتخاب كرئيس الجمهورية، أو أعضاء المجالس النيابية باعتبار أن شغلهم لهذه المناصب جاء بعد فوزهم في الانتخابات ودون صدور قرار بالتعيين من الإدارة.

2-دائمية الوظيفة : لكي تضفى على الشخص صبغة الموظف العام لابد أن يشغل الوظيفة بصفة دائمة، منتظمة ومستمرة – أي قيامه بعمل دائم – وهذا العنصر من عناصر تعريف الموظف العام ينصرف إلى عنصرين هما :

العنصر الموضوعي: يقصد به أن تكون الوظيفة ذاتها دائمة وبالتالي لا يعد موظفا من كانت وظيفته مؤقتة أو موسمية.

العنصر الشخصي: المطلوب من الشخص الذي يتولى الوظيفة العامة أن يباشرها بصفة دائمة ولا يكون شغله لها بصفة عارضة.

3-الخدمة في مرفق عام : من العناصر الأساسية في تحديد صفة الموظف العام أن يزاول العمل في مرفق عام تديره الدولة أو سلطة إدارية بإرادة مباشرة يستهدف تحقيق مصلحة عامة. فعمومية الموظف تتطلب عمومية المرفق الذي يباشر فيه العمل[1].

كما يشترط في المرفق صفة الوطنية وعليه يخرج من عداد الموظفين العموميين الأشخاص العاملين بهيئات أجنبية أو دولية ولو بصفة دائمة.

[1] سليمان الطماوي ،مبادئ القانون الإداري ،ص259.

4-موافقة الشخص على الالتحاق بالوظيفة : لكي تتسحب على الشخص صفة الموظف العام يجب أن يكون التعيين فيها تم برضا منه، فإجبار شخص على أداء عمل لا يرغب فيه يعتبر امتدادا لعهد السخرة الملغى بالاتفاقية الدولية رقم 29 لعام 1934. كما أن حرية العمل والجهة المرغوب العمل فيها من الحريات التي يحميها الدستور.

ثانيا: مفهوم الوظيفة العامة :

يعتبر مصطلح الوظيفة العامة حديثا وإن وجدت هذه الأخيرة منذ زمن بعيد وأخذت مسميات مختلفة في المجتمعات المدنية والحضرية السابقة. باعتبار أن كل مجتمع يحتاج في تنظيمه وإدارة شؤونه إلى أفراد يقومون بأدوار مهمة في ذلك.

ولقد اختلف علماء الإدارة العامة في تحديد المعنى الاصطلاحي للوظيفة العامة ونحو بذلك اتجاهين :

الاتجاه الشكلي: أنها مجموعة أشخاص تقوم بالعمل لخدمة المرافق العامة ذات صفة إدارية[1].

الاتجاه الموضوعي التحليلي: مجموعة اختصاصات قانونية يمارسها شخص مختص محدد تتوافر فيه شروط معينة بطريقة دائمة.

التعريف الراجح : الوظيفة العامة مجموعة من الواجبات والمسؤوليات تلقى على عاتق الشخص الموظف بموجب الأنظمة واللوائح ،مقابل تمتعه بالحقوق والمزايا الوظيفية.

[1] لوران بلان ،الوظيفة العامة،ترجمة أنطوان عبده، منشورات عبيدات ، بيروت ،ط1(1973) ص12.

المطلب الثاني : شروط تولي الوظائف العامة

أولا: الشروط الموضوعية لتولي الوظائف العامة

إذا كان للوظائف العامة طابع يميزها عن باقي الحقوق باعتبارها خدمة ورسالة هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فان هده الرسالة تفرض على القائمين بها التزامات تقع على عاتقهم و تمنحهم مزايا. ولهذا لا يمكن أن يفسح المجال أمام كل شخص دون قيد أو شرط باعتبارها واجب وحق، إذ لابد من توافر مجموعة من شروط فيمن يتقدم لتقلد أي وظيفة من وظائف الدولة. و الملاحظ أنه وقع إجماع على أكثر هده الشروط من طرف الأنظمة الوظيفية المختلفة كشرط الجنسية والمؤهلات البدنية و العلمية والجانب الأخلاقي...

فالحرص على الارتقاء بالوظيفة العامة يجعل من الضروري العناية باختيار الموظفين باشتراط توفر عنصر القدرة و الكفاية فيمن يترشح لتقلد هذه الوظيفة تحقيقا للصالح العام.

وقد حدد المشرع الجزائري الشروط الواجب توفرها في المرشح لتقلد منصب عام إذ نصت المادة 75 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية لعام 2006 على ما يلي:

" لا يمكن أن يوظف أي كان في وظيفة عمومية ما لم تتوافر فيه الشروط الآتية:

1- أن يكون جزائري الجنسية.

2- أن يكون متمتعا بالحقوق المدنية.

3- أن لا تحمل شهادة سوابقه القضائية ملاحظات تتنافى و ممارسته الوظيفة المراد الالتحاق بها.

4- أن يكون في وضعية قانونية اتجاه الخدمة الوطنية.

5-أن تتوفر فيه شروط السن والقدرة البدنية والذهنية وكذا المؤهلات المطلوبة للالتحاق بالوظيفة.

و سوف نتعرض بشيء من التفصيل إلى مجمل هذه الشروط.

أ :الجنسية

هي رابطة سياسية و قانونية تفيد انتماء الفرد إلى شعب الدولة بوصفه عنصرا من العناصر المكونة لها عند جانب من الفقه.[1] ويرى فقهاء آخرون أن الجنسية نظام قانوني يكفل التوزيع الدولي للإفراد في مختلف دول العالم.[2] وتنعكس أثار هذا التوزيع على الحياة القانونية للفرد فتمس قدرته على كسب الحقوق.

على هذا الأساس فقد كان تولى الوظائف العامة من الحقوق العامة في الدولة التي يكلفها الدستور و يحميها مقصورا على المواطنين دون غيرهم. باعتبار أن الشعور بالمسؤولية وفخر أداء الواجب العام يتوافر بشكل كبير لدى المواطنين دون الأجانب هذا من جهة. من جهة أخرى فان الواجبات العامة تقابلها الحقوق العامة التي يتمتع بها المواطن دون غيره[3] .

إلا أن هذا المبدأ لا يحول واستعانة الدولة ببعض الأجانب في حالة عدم الاكتفاء الذاتي من العنصر البشرى. وهذا يعتبر وضعا استثنائيا مؤقتا وقد أخذ المشرع بهذا المبدأ فنص على أنه لا يمكن لأي شخص أن يعين في وظيفة عامة ما لم يكن متمتعا بالجنسية الجزائرية.

---

[1] سعيد يوسف البستاني،الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية،دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي الحقوقية(2003) ،بيروت ،ص40.

[2] طربوش قائد محمد ،أنظمة الحكم في الدول العربية ،تحليل قانوني مقارن، الحقوق و الحريات في الدول العربية طبعة (2008)، الجزء 3، ص348.

[3] ألشكري علي يوسف، حقوق الإنسان في ظل العولمة ،دار أسامة للنشر و التوزيع ،ص 167 وما بعدها.
وسليمان الطماوي،مبادئ القانون الإداري،ط(1979) ، دار الفكر العربي ،القاهرة،ص287.

وإن كان قد ميز بين الوطني المتمتع بالجنسية الأصلية والوطني المتجنس في القانون الأساسي السابق لعام 1966.

وقد سار على هذا النهج كمعظم النظم التي تسمح للمواطن المتجنس بتولي الوظائف العامة بعد انقضاء مدة معينة من تجنسه. حيث يتأكد ولاءه للدولة التي تحصل على جنسيتها .

فمبدأ التفرقة لا يتعارض مع حقوق الأجنبي باعتباره يتمتع بحقوقه الإنسانية كإنسان وإن كان حرم هذا الحق لأسباب تبدوا منطقية وواقعية.

إلا أنه يرى أنه من حق الأجنبي المتجنس أن يعامل على قدم المساواة مع المواطنين الأصليين من حيث التمتع بالحقوق وأداء الالتزامات طالما أنه اكتسب الجنسية بطرق قانونية وتم برضا الدولة، وقبولها دليل على اطمئنانها على سلوكه وحالته الشخصية وأن تجنسه لن يضر بمصالحها .

وللتوفيق بين الاتجاهين يجب أن تكون مدة الحرمان قصيرة حتى لا يعد حرمان مواطن من حقوقه دون مبرر، وهذا ما قرره المشرع الجزائري بجعله مدة الحرمان سنتين وهذه مدة معقولة نسبيا.

ونظرا للظروف التي مرت بها الجزائر بعد الاستقلال مباشر فان المشرع قد استثنى بعض الفئات من الحرمان المؤقت وهى :

- الأشخاص الذين اكتسبوا الجنسية بسبب مشاركتهم في حرب التحرير الوطني.
- الأشخاص الذين يعملون في الوظيفة عند نشر الأمر رقم 66/133.

واستثناء المشرع لهاتين الفئتين جاء تقديرا لهم على دورهم ومشاركتهم ومساندتهم للشعب الجزائري في سبيل الحصول على حقوقه المسلوبة.

و باعتبار أن تقلد الوظائف العامة هو خدمة هدفها الصالح العام الوطني فان شرط الجنسية لا يعتبر حاجزا أمام تمتع الإنسان بمجموعة حقوقه للاعتبارات الآتية:

- أنه يفترض في جميع مواطني الدولة أن يكون ولاءهم لها و بالتالي خضوعهم لكافة التشريعات والقوانين الخاصة بها.
- الولاء والإخلاص أمر ضروري للحفاظ على أسرار الوظيفة و خاصة في الميدان الاقتصادي و الأمني و هذا لا يتحقق إلا بوجود وطني يشغل الوظيفة.
- ضمان استمرار الخدمة يكون بتولية مواطنيها لأن الأجنبي لا يمكن ضمان بقائه في الدولة التي اكتسب جنسيتها .
- اختلاف بيئة و تقاليد كل دولة يجعل الأجنبي غير قادر على القيام بالأعباء الوظيفية على أكمل وجه في ظل اختلاف الظروف.
- تطبيقا لمبدأ السيادة المعترف به دوليا و الحرص على أمن الدولة فان لها الحق على أن تشرع من القوانين ما يسمح بقصر شغل الوظائف العامة للمواطنين دون غيرهم و هذا ما لا يخل بالتزامات الدولة على صعيد حقوق الإنسان.

ب : شرط اللياقة الصحية و الجسمانية

من المبادئ العامة التي يقوم عليها مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة هو مبدأ الجدارة. وهذا الأخير يقوم على أساس اختيار الأصلح والأنسب لشغل الوظيفة .

فصلاحية الفرد تقتضي صلاحية علمية وفنية وأخرى جسدية لهذا اشترطت جميع التشريعات الوظيفية وقوانين الخدمة المدنية في دول العالم توافر اللياقة

الصحية والجسمية للمترشحين لشغل المناصب. حيث يطلب عادة من المرشح أن يجري اختبار لياقة صحية يتفق مع طبيعة الوظيفة التي يتقدم لها[1] .

اللياقة البدنية والصحية من الشروط العامة التي يحددها القانون لدواعي

و أسباب تبررها أهمها:

- الوظيفة العامة قبل أن تكون حقا فهي واجب يقتضي القيام بمصلحة عامة ينبغي التأكد من قدرة الشخص على القيام بأعبائها.
- من الحقوق الأساسية للإنسان هو التمتع بظروف صحية ملائمة وهذا يتطلب منع انتشار الأمراض و العدوى بين الموظفين العاملين و بين الجماهير التي يتصل بها.

والملاحظ أن شروط اللياقة تختلف من وظيفة إلى أخرى فالبعض يتطلب قوة جسمانية والبعض الأخر أبصارا حادة و أخرى تتطلب الوسامة ...

وقد نص القانون الأساسي للوظيفة على هذا الشرط في المادتين 75-76.

ج : شرط السن

يشترط قانون الوظيفة و الخدمة المدنية في جميع الدول حدا أدنى لسن المتقدمين لشغل الوظائف العامة،غير أنها لم تشترط حدا أقصى في الكثير من الأحيان. و الملاحظ أن عدم وضع حدا أقصى لسن المتر شح أو رفعه يجعل من الممكن أن تستفيد الوظيفة العامة من الخبرات و الكفاءات التي يكتسبها الأفراد في مجالات العمل الأخرى هذا من جهة، من جهة أخرى يبقى الباب مفتوحا أمام من ضاقت به السبل للحصول على الوظيفة خاصة في ظل الظروف الاقتصادية غير المناسبة .

[1] محمد رفعت عبد الوهاب،القانون الإداري،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،ط(2009) ،ج1،ص227.

كما أن تحديد سن أقصى يعنى قصر التعيين في الوظائف على الأفراد الذين يتقدمون لأول مرة.

د : حسن السيرة و السلوك

حسن السيرة هو ما يعرف به المرء أو عرف عنه من صفات حميدة تناقلت على ألسن الناس يعتقدون أنها صحيحة. والملاحظ أن حسن السيرة و السلوك من الألفاظ المرنة الفضفاضة التي لم يحدد الشارع مدلولها و لم يضع المعيار اللازم بشأنها[1].

و بالتالي يقع هذا التحديد على عاتق الفقه و القضاء[2]. و هي تختلف باختلاف المجتمعات فما نراه سيئا يراه غيرنا حسنا، كما أن المستوى المطلوب لحسن السلوك يختلف تبعا لمستوى الوظيفة و خطورتها.

لهذا تشترط القوانين العامة للوظيفة فيمن يتقدم لتقلد وظيفة عامة أن يتحلى بمجموعة من الصفات الأخلاقية تجعل الشخص في موضع ثقة لدى الجميع.

لأن تصرفات الشخص لها علاقة وطيدة بالوظيفة خاصة إذا كان الترشح لوظيفة رئاسية أو إشرافية و هذا ما يتطلب توافر عنصري الثقة و الأمانة في الشخص، و عليه غالبا ما يطلب من الشخص الذي يرشح نفسه لوظيفة عامة أن يقدم شهادة تدل على حسن سيرته و سلوكه الشخصي، كأن يطلب منه تقديم شهادة سوابق عدلية تفيد عدم ارتكابه لأي جريمة مخلة بالشرف كالتزوير،السرقة الاحتيال ،الجرائم المختلفة ...

[1] محمد رفعت عبد الوهاب،القانون الإداري،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،ط(2009) ،ج1 ،ص223.
[2] محمد أنس جعفر قاسم ،مبادئ الوظيفة العامة وتطبيقاتها على التشريع الجزائري م ج،الجزائر ط(1984) ، ص 61.

و قد نص القانون الأساسي للوظيفة العمومية على هذا الشرط في المادة 75 بقولها :"أن لا تحمل شهادة سوابقه العدلية ملاحظات تتنافى و ممارسة الوظيفة المراد الالتحاق بها"

ه :التمتع بالحقوق الوطنية :

لا يمكن أن يعين الشخص في إحدى الوظائف العامة ما لم يكن متمتعا بحقوقه الوطنية غير منقوص منها باعتبار أن الوظيفة العامة رسالة غرضها خدمة الصالح العام. فمن غير المعقول أن يتولاها أشخاص حرموا حقوقهم السياسية بسبب خيانتهم وعدم ولائهم للوطن فشرط التمتع بالحقوق الوطنية[1] يقتضي عدم صدور أحكام جنائية ضد الشخص تمس الشرف و الأمانة ،و يمكن التحقق من ذلك من خلال مراجعة سلطات الأمن المختصة و الإطلاع على شهادة السوابق العدلية "صحيفة الحالة الجنائية"[2]

و : المؤهل العلمي و الفني

المقصود من هذا أن يكون للمرشح لتولي وظيفة عامة شهادة تثبت مستواه العلمي ،الثقافي ، الفني، حيث يكون هذا المستوى يتماشى و طبيعة الوظيفة التي يريد توليها. و لما كان المستوى العلمي هو السبيل الوحيد في الوقت الحاضر لطرق أبواب الوظائف العامة فكان لزاما أن يتمتع المواطن بحق أخر يرتبط ارتباطا وثيقا به ألا وهو الحق في التعليم باعتباره يمثل الطريق الأساسي للمعرفة و الفكر و تفتح العقل الإنساني وبلورة الطاقات الكامنة لدى الفرد .

---

[1] عبد العزيز الجوهري،الوظيفة العامة ،دراسة مقارنة،د م ج ،الجزائر،ص77.

- تشمل الحقوق الوطنية مجموعة من الحقوق أهمها حق الانتخاب و الترشح للمجالس النيابية و تولي الوظائف العامة يستحقها الفرد باعتباره عضوا في الجماعة تخول له المساهمة في شؤون الحكم.

[2] نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 75 من القانون الأساسي للوظيفة العامة 2006.

فمن أجل الارتقاء بالوظيفة العامة و لكي يصبح الإنسان أكثر قدرة على المشاركة في الحياة العامة وجب فتح أبواب التعليم أمام الجميع بتعميمه وتيسيره.

فحق التعليم يعني حق كل إنسان أن يتلقى القدر الذي يريده من العلم على قدم المساواة مع الآخرين دون تمييز.

وهذا ما أقره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، كما نصت عليه الكثير من الدساتير الوطنية.

و أن الكثير منها قد أقر إجبارية و مجانية التعليم خاصة في أطواره الأولى و قد أشارت إلى هذا الشرط المادة 75 من القانون الأساسي على وجه الأجمال واشترطت أن تتوفر في المرشح المؤهلات المطلوبة للالتحاق بالوظيفة حيث تركت تحديد المستوى للقوانين الخاصة.

و هذا لاختلاف الحال من وظيفة لأخرى. وليس في اشتراط المؤهل العلمي ما يتنافى و مبدأ المساواة إذ أن هذا الأخير تتطلبه كل وظيفة بداهة، لكن لكي تتكافأ الفرص لابد من تيسير التعليم لكافة أفراد المجتمع حتى يتحقق مبدأ المساواة في معناه الواسع.

ن : الوضعية القانونية للشخص اتجاه الخدمة الوطنية

إذا كان تولي الوظائف العامة حقا مقصورا على المواطن داخل الدولة دون الأجنبي فإنه من العدل أن يتمتع بهذا الحق إلا من أدى الالتزامات و الواجبات الوطنية و منها أداء الخدمة الوطنية. ونرى أن هذا الشرط يتفق تماما و مبدأ المساواة لأن الخدمة العسكرية من الواجبات و التكاليف العامة التي يجب أن يتساوى فيها المواطنون حتى يكون من حقهم المطالبة بالمساواة في الحقوق

من جهة أخرى يعبر هذا الواجب عن الولاء المطلوب في الشخص لتولي وظيفة عامة.

كما يتوافق هذا الشرط مع مستلزمات الوظيفة التي تتطلب الاستمرارية والاستقرار، و عليه لا يوظف أي شخص إلا إذا قدم للإدارة وثيقة تثبت وضعيته اتجاه الخدمة الوطنية بالأداء أو الإعفاء أو التأجيل.وهذا الشرط خاص بالذكور دون الإناث.

ثانيا: الشروط المرفوضة

إذا كانت التشريعات الحديثة المختلفة قد أجمعت على مجموعة من الشروط في قبول الفرد لتولي وظيفة عامة استنادا إلى مبدأ المساواة القانونية الذي يقضي وضع قواعد عامة مجردة لا تنطبق على أفراد مخصوصين بعينهم وإنما على جميع الحالات المتشابهة التي يتمتع بها الأفراد إزاء القانون . وبالتالي رفض كثير من المعايير التي كانت معتبرة في قبول الفرد أو رفضه ، وذلك بإزالة أوجه التمايز القائمة بين الأفراد والمؤسسة على الجنس ، اللغة أو العرق أو الدين أو غيرها من الاعتبارات . خاصة وأن الأمر لا يزال قائما نسبيا في بعض جوانبه مما أدى إلى تكريس عنصرية جنس أو لون أو معتقد على غيره في مجال تولي الوظائف العامة .

وسنتطرق في معرض حديثنا إلى أهم المعايير التي ترفضها المواثيق الدولية والدساتير والقوانين الوطنية والتي تدور حول المعتقد بشقيه الديني والسياسي وعنصر الجنس.

أ:شرط الدين :

يقتضي مبدأ المساواة أن يتمتع جميع الناس بحقوقهم المختلفة دون تمييز لأي اعتبار من الاعتبارات ومنها المعتقد الديني والسياسي، وأن لا يكون سببا للحرمان من الحقوق والحريات العامة، ومنها الحق في تولي الوظائف العامة.لهذا أقرته أغلب الإعلانات العالمية والدساتير الوطنية .

ولعل أولها الإعلان الفرنسي لحقوق المواطن والإنسان حيث أكد على ضرورة استبعاد كل ما من شأنه أن يميز بين المواطنين في الالتحاق بالوظائف العامة.

كما نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته الثانية على أن: " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون تمييز بسبب ...أو الدين أو الرأي السياسي...".

ونصت المادة 21 في فقرتها الثانية من الإعلان نفسه على أن: " لكل شخص الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف العامة في بلده ".

وقد سارت على هذا النهج الدساتير الوطنية والقوانين الوظيفية في مختلف الدول ومنها العربية. ففي الجزائر أكدت دساتيرها المتعاقبة بنصوص واضحة على هذا المبدأ ومنها الدستور الحالي الذي نص على المساواة في المادة –29– وعلى المساواة في تولي الوظائف العامة – المادة 51 – وحرية وحرمة المعتقد وعدم المساس بهما في المادة – 36– .

فالمقصود بالحرية الدينية حق الإنسان في اختيار الدين الذي يريده واعتناق المعتقد الذي يرضاه تفكيره وأن يكون حرا في ممارسة شعائر ذلك الدين أو المعتقد في السر والعلانية .[1]

وعليه تأخذ هذه الحرية وجهان:

الأول: حق الإنسان في اختيار المعتقد الذي يريده سماويا كان أو غير ذلك والحرية في تغييره.

الثاني: عدم الإيمان بدين معين انطلاقا من معنى الحرية نفسه.

[1] ساسي سالم الحاج،المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان،ط(1995)،منشورات الجامعة المفتوحة،ص177. وخضر خضر، المدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان،ط2،(2004)، ص346 وما بعدها.

ولقد أقرت هذه الحرية المواثيق والإعلانات الدولية باعتبارها واحدة من الحريات الفكرية الأساسية. ولعل الأصل الوضعي لها يعود إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789 حيث جاء في المادة العاشرة منه : " يجب الامتناع عن إزعاج أي إنسان بسبب أرائه حتى الدينية مادام التعبير عنها لا يعكر النظام العام المرتكز على القانون " .

كما أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هذه الحرية حيث جاء في المادة 18 منه :

" لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته، أو عقيدته، وحرية الإعراب عنها بالتعبير والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها سواء أكان ذلك سرا أم مع الجماعة " .

وعلى هذا النهج سارت الاتفاقيات والإعلانات اللاحقة.[1]

ولتكريس الحرية الدينية بمختلف وجوهها ومظاهرها فقد فرضت معظم القوانين الحديثة عقوبات على كل من يحاول المس بها أو منع ممارستها.

وفي هذا الإطار نص الدستور الجزائري الحالي –1996 – على حرية المعتقد في المادة 36 بقولها:

" لا مساس بحرية وحرمة المعتقد " وعلى نفس النهج سارت معظم الدساتير العربية. [2]

---

[1] أقر الحرية الدينية:العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

- المادة 18 الفقرة الأولى، المادة20الفقرة الثانية،حضر الكراهية الدينية،المادة 27 حقوق الأقليات الدينية.
- إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقدٌ قرار55/ 36المؤرخ في15-11-1981،المواد من1إلى6.

[2] من الدساتير العربية التي نصت على ضمان حرية المعتقد:

- الدستور العماني،1996،المادة28.
- الدستور الأردني، المادة14.
- دستور الإمارات العربية المتحدة، المادة32.
- دستور المملكة المغربية، الفصل السادس، الباب الأول.
- الدستور المصري، المادة 46.
- الدستور السوري ،المادة35.
- الدستور اللبناني،المادة35.

ب : الآراء والانتماءات السياسية

من أهم مظاهر المساواة في تولي الوظائف العامة هو عدم التمييز بين المرشحين استنادا للاعتبارات السياسية، بحيث لا يكون للموقف السياسي أو الانتماء الحزبي سببا في رفض الشخص أو قبوله لتقلد وظيفة عامة.

كضمان أساسي لممارسة الحريات وثبات الجهاز الإداري للدولة بحيث يمكن له الاستمرار في عمله بغض النظر عن الشكل السياسي لنظام الحكم في الدولة هذا من جهة. من جهة أخرى لا يكون الشكل السياسي في الدولة سببا في فتح باب الترشح مرة أخرى لمن يدينون بالولاء السياسي والحزبي للنظام الجديد ، باعتبار أن لكل إنسان الحق في اعتناق ما يشاء من الأفكار.

وعليه فقد أقرت الإعلانات والمواثيق الدولية والدساتير الحقوق السياسية للفرد ودعت إلى عدم التمييز بين المواطنين في التمتع بحقوقهم لأي سبب كان ومنه حرية التعبير عن الآراء السياسية.

فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان يؤكد على ضرورة تمتع كل إنسان بكافة الحقوق الواردة فيه دون أي تمييز.[1]

وقد سارت على هذا النحو الاتفاقيات اللاحقة حيث نصت المادة التاسعة عشر من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه " لكل إنسان الحق في اعتناق أراء دون مضايقة " .

كما اعتبر إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين والمعتقد إهانة للكرامة الإنسانية وحث جميع الدول على اتخاذ تدابير فعالة لاستئصال ومنع أي تمييز أساسه الدين أو المعتقد .[2]

كما أقرت هذا الحق مختلف النصوص الدستورية والتشريعية. فالتشريعات الفرنسية مثلا حرصت على رفض التمييز بين المتقدمين لشغل الوظائف بسبب أرائهم السياسية

[1] المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.

[2] القرار 36/55 المؤرخ في 25-11-1981 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة.

ومنع حجز وظائف معينة لأنصار حزب معين أو استبعاد أنصار حزب معين من تقلد مناصب ووظائف عامة [1]. نفس الأمر أكدت عليه المادة الحادية عشر بقولها :

" الاتصال الحر بالأفكار والآراء هو أحد الحريات الأكثر قيمة للإنسان ".

وقد سارت على طريق الإعلان مختلف الدساتير الفرنسية المتوالية حيث حظرت التمييز بين المواطنين في تقلد الوظائف العامة بسبب الانتماءات الحزبية[2] .

" لا يجوز أن يتضرر أحد في عمله وفي تولي الوظائف العامة بسبب أصوله أو أرائه السياسية أو معتقداته " [3]

كما تضمنت الدساتير العربية نصوصا تتعلق بالحقوق والحريات ومنها حرية الرأي والحق في إنشاء الأحزاب والجمعيات السياسية وحرية الانضمام إليها في إطار القوانين العامة. وأقرت حق المساواة بين الجميع، وحظرت التمييز القائم على الاعتبارات السالفة الذكر ومنها الآراء السياسية[4].

وعليه فإن مختلف الإعلانات والمواثيق العالمية والدساتير والتشريعات الوطنية المختلفة قد أجمعت على منع التمييز بين المواطنين في تولي الوظائف العامة بسبب أرائهم

---

[1] إعلان حقوق الإنسان والمواطن،لعام 1789،المادة10.

[2] دستور ،04-11-1958،المادة 05.

[3] إعلان حقوق الإنسان والمواطن،لعام 1789،المادة10.

[4] عمر صدوق،دراسة في مصادر حقوق الإنسان،ط3،(2005)،ديوان المطبوعات الجامعية،ص69 وما بعدها.

وعلي محمد الدباس،حقوق الإنسان وحرياته،ط1،إصدار (2009)،دار الثقافة للنشر والتوزيع،ص107.

- من الدساتير العربية التي نصت على الحقوق السياسية:
- الدستور الجزائري، المادة 40.
- الدستور الأردني، المادة 16.
- الدستور الإماراتي، المادة 33.
- الدستور البحريني، المادة 27.
- الدستور العماني ، المادة 26.
- الدستور القطري، المادة 42،45.
- الدستور الكويتي، المادة43.
- الدستور المصري، اليمني، المادة55.

السياسية واستبعاد أي شخص في تولي وظيفة عامة ببلده بسبب أرائه السياسية أو انتمائه الحزبي هو حرمان له من حق من الحقوق المعترف بها له .

ومن خلال استعراضنا لمجمل نصوص المواثيق والإعلانات العالمية الخاصة بحقوق الإنسان والدساتير الوطنية فيما يتعلق بالمعتقدات الدينية نجد أنها تكاد تجمع على العناصر الآتية:

- التأكيد على حق الإنسان في حرية التفكير والرأي واعتناق المعتقد وتغييره.
- الحرص على إزالة كل أشكال التمييز والتعصب بسبب الدين أو المعتقد أو الرأي.
- حرية ممارسة الشعائر الدينية وتنظيمها وفق القوانين – عربيا – مع عدم منافاتها للآداب العامة وذلك لخصوصية المجتمعات الإسلامية.

وعلى هذا الأساس ترفض كل الاعتبارات التي من شانها أن تحول دون تمتع الإنسان بحق من حقوقه أو تكون سببا للتمييز بينه وبين غيره وبالتالي استبعاد الاعتبارات الدينية كمعيار للقبول أو الرفض في تقلد الوظائف العامة. وذلك بالتزام الإدارة بالامتناع عن قبول أي شخص أو رفضه بسبب ديانته أو أرائه السياسية أو انتماءاته الحزبية أو اشتراط ديانة ما للقبول في تولي الوظائف العامة في الدولة التي يعيش فيها

ج : الجنس

يعتبر شرط الجنس من الشروط التي وقع الخلاف حولها سواء في الفقه أو القضاء لاعتبارات أهمها حرمان المرأة من حقوقها السياسية واقتصار تولي الوظائف العامة على الذكور دون الإناث لاعتبارات مختلفة دينية، اجتماعية وفكرية...إلا أن حصول المرأة على المزيد من الحقوق التي حرمت منها طويلا خاصة في المجال السياسي كحق الانتخاب والترشح بعد الجهود الدولية التي بذلت منذ بداية القرن العشرين من خلال المؤتمرات الدولية والاتفاقيات التي بحثت حال المرأة من مختلف النواحي وعملت على تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في شتى المجالات ومنها السياسي.

وسنحاول التعرض إلى نصوص الإعلانات العالمية والمواثيق الدولية التي حرصت على تأكيد مبدأ المساواة عموما بين الرجل والمرأة وخصوصا في ميدان الحقوق السياسية والى نصوص الدساتير العربية في هذا المـــجال والمدى الذي وصلت إليه[1].

***عصبة الأمم 1919:** أكدت على ضرورة المساواة بين الرجل والمرأة في التعيين لشغل الوظائف في العصبة وكل مصالحها[2].

***الأمم المتحدة:** حرصت الأمم المتحدة على إقرار مبدأ المساواة بين البشر عموما والمساواة بين الجنسين على وجه خاص في التمتع بالحقوق[3].

كما تم إنشاء المجلس الاقتصادي والاجتماعي ومن بين المهام التي أوكلت إليه دعم حقوق الإنسان وتأكيد قاعدة المساواة في التمتع بهذه الحقوق.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان : 10- 12 – 1948

نص على مبدأ المساواة بين الأفراد وعلى عدم التمييز بينهم بسبب الأصل أو الجنس. كما أشار إلى مبدأ المساواة العامة للجميع أمام القانون [4] وأقر حق كل فرد في تولي الوظائف العامة في بلده[5] .

الميثاق الدولي بشان حقوق المرأة السياسية لـ 20-12-1952 .

أكد على رغبة الأطراف المتعاقدة على إعمال المساواة بين الجنسين في الحقوق الواردة في ميثاق الأمم المتحدة . وأن يتمتع كل فرد بحقوقه بحرية وأن تتاح على قدم المساواة مع سواه فرص تقلد الوظائف العامة .

وأكدت على أهلية النساء في توليهن دون أن يكون الجنس سببا في مصادرة حقهن [6].

---

[1] غازي حسن صباريني،الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية،ط2،(1997)،دار الثقافة للنشر ، عمان ،الأردن،ص235 وما بعدها.

[2] عصبة الأمم ،المادة 7، الفقرة الثالثة.

[3] ميثاق الأمم المتحدة، الفصل التاسع،المادة55،الفقرة ج.

[4] غازي حسن صباريني،الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية،المرجع نفسه،ص235 وما بعدها. و هاني سليمان الطعيمات ، حقوق الإنسان و حريات الأساسية، ط1 إصدار 2006 ،دارالنشر ،ص222-223.

[5] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة 07.،المادة 21.

[6] الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق السياسية للمرأة،1952،قرار640،(د7)،المؤرخ في 20-12-1952،المادة03.

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966: حرص على تأكيد مبدأ المساواة في التمتع بالحقوق السياسية ومنها حق كل فرد في تقلد الوظائف العامة دون أن يكون أحد الاعتبارات سببا في منعه أو سببا للتمييز بينه وبين الآخرين ومنه اعتبار الجنس [1].

إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة 07 نوفمبر 1967:

دعى هذا الإعلان إلى ضرورة كفالة الاعتراف العالمي في القانون والواقع بمبدأ تساوي الرجل والمرأة من خلال عدم التمييز بين البشر، وأخذ التدابير اللازمة التي من شانها أن تكفل للمرأة التمتع بحقوقها على قدم المساواة مع الرجل [2].

العقد العالمي للمرأة : رغم ما تم انجازه في المراحل السابقة إلا أن الواقع اثبت وجود صور كثيرة للتمييز في أنواع الوظائف التي تتقلدها النساء بسبب اعتبارات مختلفة. والتي قللت من فرص التحاق المرأة بها، لهذا السبب خصصت الأمم المتحدة عقدا عالميا للمرأة يمتد من العام 1975 إلى 1985 من اجل إثارة الانتباه العالمي نحوهن .

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في 18 – 12– 1979:

وذلك بسبب استمرار التمييز على نطاق واسع ضد المرأة [3].

وتضمنت الاتفاقية نصوصا عن كفالة الحقوق المتساوية للمرأة في شتى مجالات الحياة العامة من خلال اتخاذ التدابير التي تكفل لها المساواة مع الرجل بالقضاء على أشكال التمييز[4].

البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة :

"قرار الجمعية العامة رقم4 بتاريخ 09 أكتوبر1999 تاريخ بدء النفاذ 22–12 – 2000."

---

[1] العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، المادة 2 ، المادة 3 .

[2] إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة،1967،المادة04.

[3] حمود حمبلي ،المساواة في تولي الوظائف العامة،دراسة مقارنة،ط(2000)،دار الأمل، الجزائر،ص154.

[4] اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة،1979.،المادة 7، الفقرة ب.

الذي أكد مجددا على ضمان تمتع المرأة بشكل تام على قدم المساواة مع الرجل بجميع الحقوق والحريات الأساسية، وعلى ضرورة اتخاذ مجموعة إجراءات فعالة لمنع انتهاك هذه الحقوق، حيث بينت مواد البروتوكول الواحدة والعشرون على الخصوص اختصاص اللجنة الخاصة بالقضاء على التمييز ضد المرأة والإجراءات المتبعة في تلقي البلاغات الفردية والجماعية عن الانتهاكات لحق من هذه الحقوق من طرف الدولة.

والملاحظ أن بعض الإعلانات لم تتطرق صراحة لحق المرأة في الحياة السياسية للدولة وإنما اكتفت بالإشارة العامة التي أوردتها بمناسبة تنظيمها للحقوق السياسية للأفراد[1].

في الدساتير العربية :

نصت أغلب الدساتير العربية المختلفة على مبدأ المساواة بين الجنسين في التمتع بالحقوق والحريات العامة ومنها حق تولي الوظائف العامة مع وجود بعض الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ وهذا ما سنتعرض له في مطلب خاص لاحقا .

ففي الجزائر نصت المادة 51 من دستور عام 1996 على ما يلي : " يتساوى جميع المواطنون في تقلد المهام والوظائف العامة في الدولة دون أي شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون "

وبالرجوع إلى القانون الأساسي للوظيفة العامة الجزائري نجد أنه لم يجعل شرط الجنس من الشروط العامة لتقلد الوظائف العامة في البلد.

والأمر ذاته نص عليه الدستور اللبناني في مادته الثانية عشر بقولها: " لكل لبناني الحق في تولي الوظائف العامة لا ميزة لأحد على الأخر إلا من حيث الجدارة والاستحقاق حسب الشروط التي ينص عليها القانون ".

وفي المملكة المغربية نصت المادة 12 من دستور 10 – 10– 1998.

" يمكن لجميع المواطنين أن يتقلدوا الوظائف والمناصب العمومية وهم سواء فيما يرجع للشروط المطلوبة لنيلها " .

[1] يوسف علي الشكري،حقوق الإنسان في ظل العولمة،دار أسامة للنشر والتوزيع،ص148.

فكلمة المواطنين المذكورة في المادة تشمل الرجال والنساء على حد سواء، وفي نفس الاتجاه سارت معظم الدساتير العربية الأخرى[1].

من خلال استعراض حق المرأة ودورها في الحياة السياسية بتوليها الوظائف العامة في مواثيق حقوق الإنسان سواء كانت هذه المواثيق عامة كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان أو خاصة كالعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية، الاقتصادية والاجتماعية. أو المواثيق الخاصة بحقوق المرأة وفي مقدمتها اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة أو ما نصت عليها النصوص الدستورية نلاحظ أثر هذه الجهود وكيف أثرت على وضع المرأة بشكل عام من خلال حصولها على المزيد من الحقوق التي مكنتها من الوقوف إلى جنب الرجل وعلى قدم المساواة في كثير من الأحيان خاصة في مجال تولي الوظائف العامة .

أما عربيا فقد شهد هذا الأمر تطورا ملحوظا في وضع المرأة وإن كان بنسب تختلف من دولة لأخرى من خلال صدور تشريعات تمنع التمييز بين الجنسيين من حيث المبدأ أو نصوص عامة عن المساواة في الحقوق والواجبات.

[1] - جمهورية مصر، دستور 1971، المادة 14.
- المملكة الأردنية، دستور 1952، المادة22.
- دولة قطر، دستور08-05-2006، المادة54.
- الإمارات العربية المتحدة،دستور 18-07-1971،المادة 35.
- دولة فلسطين، القانون الأساسي للسلطة، 2003، المادة 26.
- جمهورية الصومال،دستور 1960 ،المادة 9.
- الكويت، دستور 11-11-1962، المادة 26.
- سلطنة عمان،دستور 16-11-1996 ،المادة 12
- الجمهورية اليمنية ،دستور 20-02-2001، المادة 28.

المطلب الثالث

الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة

إذا كان تقلد الوظائف العامة في الأحكام الدستورية الحديثة يعتبر حقا لمواطني الدولة وفقا لمعيار الكفاءة في إطار احتياجات الدولة من اجل خدمة الصالح العام قائما على مبدأ المساواة العامة الذي يقتضي عدم التمييز بين الأفراد لاعتبارات سياسية ، دينية ، عرقية واجتماعية أو غيرها . فقد وردت على هذه القاعدة العامة استثناءات عديدة ترجع إلى نمط النظام السياسي القائم في البلد والى القيم الفكرية والاجتماعية السائدة في المجتمع .

أما أسباب هذه الاستثناءات فيمكن ردها إلى اعتبارات دينية وسياسية وأخرى اجتماعية إنسانية وهذا ما سنتحدث عنه في الفروع الآتية .

أولا : الاعتبارات الدينية

رغم أن الحرية الدينية تعتبر واحدة من الحريات الفكرية الأساسية التي أقرتها الإعلانات العالمية لحقوق الإنسان والمواثيق الدولية. ونصت عليها النصوص الدستورية وفرضت القوانين الحديثة عقوبات على من يحاول المساس بها ، وأكدت على أنه لا يمكن أن يكون أي اعتبار ومنه الدين سببا في حرمان شخص من التمتع بحرياته أو مصادرة حق من حقوقه .

ورغم الاتجاه السائد حاليا بفصل الدين عن الدولة – الحياة العامة – وانتشار العلمانية إلا أن الاعتبارات الدينية لا يزال اعتبارها قائما في كثير من المجتمعات. خاصة في مجال الوظائف ذات الصبغة الدينية المحضة والوظائف العليا حيث أفرز هذا الاعتبار صورا من التمييز في مجال تولي الوظائف العامة بين مواطني الدولة الواحدة .

وسنتعرض إلى أثر هذا الاعتبار على تولي الوظائف العليا – رئاسة الدولة – في الدول العربية والغربية ثم الوظائف الدينية البحتة .

1: في البلاد العربية

نصت الدساتير العربية على أن الدين الإسلامي هو الدين الرسمي [1] ومن نتائج اعتماد الدين على المستوى الرسمي اشترط أن يكون رئيس الدولة مسلما متمسكا بالقيم والشعائر الإسلامية [2].

ففي الجزائر نصت المادة الثانية من دستور 1996 : " على أن الإسلام دين الدولة " ، وعليه اشترطت المادة 73 من الدستور نفسه لرئاسة الجمهورية شروطا ومنها الديانة الإسلامية للمرشح.

الأمر ذاته ينطبق على المملكة الأردنية حيث نصت المادة 02 من الدستور على أن الإسلام دين الدولة واشترطت المادة 28 في فقرتها: " فيمن يتولى الملك أن يكون مسلما عاقلا من زوجة شرعية ومن أبوين مسلمين ".

وعلى هذا النحو سار الدستور المصري حيث نصت المادة 02 على أن الإسلام دين الدولة.

والملاحظ أن هذا الدستور لم يشترط صراحة توافر الديانة الإسلامية في المرشح لرئاسة الجمهورية واكتفى ببيان الدين الرسمي للدولة على غرار بعض الدساتير العربية الأخرى رغم هذا يبقى الشرط قائما.

ونرى أن هذا الشرط لا يتنافى مع مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة لاعتبارين هما :

- أن الإسلام لا يجيز أن يتولى ولاية المسلمين إلا من كان مسلما.

---

[1] المملكة العربية السعودية ،دستور ،1992 ،المادة 1 .

- سوريا ،دستور 1970 ، المادة 2 ف/1 .

- الجمهورية التونسية ،الفصل 38.

- المملكة المغربية ،دستور2011،الفصل الثالث.

- سلطنة عمان ،دستور1996، المادة 2.

- موريتانيا ، المادة 5 / المادة23.

[2] الجمهورية اليمنية ،المادة 105 ،" أن يكون مستقيم الأخلاق والسلوك محافظا على الشعائر الإسلامية."

- بعض الدول العربية المتعددة الأديان لم تشترط الديانة الإسلامية فيمن يتولى الأمانة العظمى رغم التعدد الديني إلا أن الأغلبية ترجح كفة المسلمين[1].

2 : في الدول الغير إسلامية

على الرغم من انتهاج الكثير من دول العالم المبدأ العلماني القائم على أساس فصل الدين عن الدولة إلا أن واقع الحال يبين أن هذه الدول لا يرأسها من لا يدين بغالبية دين شعبها، وهذه القاعدة أملتها الأعراف وواقع الحياة ، فعلى سبيل المثال لم يتولى في الولايات المتحدة منصب الرئاسة منذ العام 1787 حتى الآن إلا مسيحيا كاثوليكيا واحدا وهو الرئيس جون كينيدي باعتبار أن أغلبية الشعب الأمريكي يدين بالمذهب البروتستانتي[2]. وفي بريطانيا حرم قانون الحقوق الذي أصدره البرلمان عام 1689 الكاثوليك أيا كانوا من وراثة التاج البريطاني وما زال حتى الآن من شروط ولاية العرش أن يكون المرشح منتميا إلى الكنيسة الانجليكانية .

3- الوظائف الدينية

بما أن الإسلام هو الدين الرسمي في الدول العربية فقد ظهرت وظائف دينية بحتة لا يشترط فيمن يتولاها الإسلام فقط وإنما توافره على مجموعة مؤهلات تمكنه من أداء وظيفته من إلمام بالعلوم الشرعية وغيرها، قصد الإشراف على الشؤون الإسلامية بتعليم الدين كإقامة الصلوات ، الوعظ الديني والتعليم القرآني ...وسنستعرض من خلال حديثنا أمثلة عن بعض الوظائف الدينية في بعض البلدان العربية وهي : الجزائر، مصر، لبنان والتي من أهم شروطها الإسلام والإلمام بالعلوم الإسلامية .

---

[1] من بين الدساتير التي لم تنص على أن الدين الإسلامي هو دين الدولة الرسمي الدستور السوداني لعام 2005 الذي نص في مادته الأولى على أن السودان وطن واحد متعدد فيه الأديان وبما أن الولايات الشمالية ذات أغلبية مسلمة فان الفقرة الأولى من المادة الخامسة نصت على أن تكون الشريعة الإسلامية والإجماع مصدرا للتشريعات التي تسن على المستوى القومي وتطبق على ولايات شمال السودان .

[2] حمود حمبلي ،المساواة في تولي الوظائف العامة ،دراسة مقارنة ،ص175-176.

الجزائر : صدر المرسوم التنفيذي رقم 08 – 411 المؤرخ في 26 ذي الحجة 1429 هـ الموافق لـــ 24 – 12 – 2008 والذي تضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية والأوقاف ، حيث حدد قائمة الشروط للالتحاق بمختلف الرتب ومناصب الشغل المطابقة – مفتشين – وكلاء أوقاف – أئمة – مرشدات دينيات – معلمي قرأن – أعوان مساجد ومن بين الشروط التي يجب توافرها فيمن يتقدم لتولي وظيفة ، إمام مثلا : أن يكون من الحائزين على شهادة في العلوم الإسلامية . وبالتالي فلا يتصور أن يكون حامل هذه الشهادة غير مسلم[1] .
وعليه فان أغلب الوظائف في قطاع الشؤون الدينية قد خص بها المسلمون دون غيرهم

جمهورية مصر العربية :

من بين الوظائف التي يشترط في شاغلها الإسلام نذكر ما يلي :

- منصب شيخ الأزهر وهيئة كبار العلماء وأعضاء هيئة التدريس بكلياته ومعاهده .
- وظائف المأذونين القائمين على توثيق عقود الزواج وشهادات الطلاق بالنسبة للمسلمين المصريين .
- وظائف الإدارات ذات الصبغة الدينية كإدارة المساجد وشؤون القران والثقافة الدينية بوزارة الأوقاف .
- بالمقابل هناك وظائف يشترط في صاحبها أن يكون مسيحيا ومنها :

*العاملون بالبطريركية والأرثوذوكسية .

لبنان : يعتبر لبنان البلد العربي الوحيد الذي تعترف فيه القوانين بتوزيع الوظائف العامة على الأساس الطائفي الديني نظرا لتعدد الطوائف والأديان التي تتقاسم شعبه . حيث كرست المادة 15 من دستور 1926 هذا المبدأ بقولها : " بصفة مؤقتة وبقصد

- [1] صدر قبل هذا المرسوم – المرسوم التنفيذي رقم 91 – 114 الخاص بالقانون الأساسي لقطاع الشؤون الدينية والذي نص في المادة 06 منه على انه طبقا للمادتين 74 – 75 من المرسوم 85- 59 لا يمكن أن يعين في مهمة من مهام السلك الديني إلا من تتوفر فيه الشروط التي تتطلبها الشريعة الإسلامية .

تحقيق العدالة والتفاهم فالطوائف ستكون ممثلة بشكل عادل في الوظائف العامة وفي التشكيل الوزاري شريطة ألا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالمصلحة العامة " .

وتطبيقا لنص هذه المادة وخاصة في تقلد الوظائف العليا في الدولة ، يكون رئيس الدولة مسيحيا (مارونيا) ورئيس الحكومة (سنيا) ورئيس مجلس النواب مسلما (شيعيا) ونائب رئيس كل من مجلس النواب وجلس الوزراء مسيحيا (أرثوذوكسيا) إضافة إلى تمثيل الوزراء مختلف الطوائف ، وتمتد هذه القاعدة لتشمل الوظائف العامة الأخرى عموما .

وعليه فان الانتساب الديني لا يعتبر استثناءا على مبدأ المساواة وإنما يتعداه لكونه شرطا في تولي الوظائف العامة [1].

وعليه فان الإدارة ملزمة بالتمثيل النسبي الطائفي عند تعيينها للموظفين حتى وان كانت حالات تقلد الوظائف عن طريق المسابقة الذي يقوم على مبدأ الجدارة والاستحقاق ، لأن هذين المبدأين يسيران جنبا إلى جنب وقد يصادر الثاني لصالح الأول مما يؤثر سلبا على الأداء الوظيفي .

وخلاصة القول أن اشتراط دين معين فيمن يترشح لشغل وظيفة عامة لا يتنافى مع مبدأ المساواة إذا كانت الوظيفة ذات صبغة دينية محضة لان طبيعة هذه الوظائف وصلاحية أدائها والقيام بها تتطلب هذا الشرط .

أما الوظائف الأخرى فان اشتراط الانتساب الديني لتقلدها نرى أنه يتعارض مع مبدأ المساواة الذي تقوم عليه الوظائف العامة لاعتبارات أهمها:

- أنه يصادر حق من له مؤهلات تسمح له بشغل الوظيفة إن كان غير منتسب إلى الطائفة الدينية المطلوبة.

[1] ينص الدستور اللبناني في المادة 12 على آن :" لكل لبناني الحق في تولي الوظائف العامة لا ميزة لأحد على الأخر إلا من حيث الاستحقاق والجدارة " وفي نفس الدستور تنص المادة 95 على تكريس مبدأ الطائفية في تولي الوظائف العامة وهذا تناقض واضح .

- يتنافى مع مبدأ المساواة عموما الذي أقرته الإعلانات والمواثيق العالمية لحقوق الإنسان والدساتير المختلفة للدولة، والتي أقرت مبدأ المساواة في شغل الوظائف العامة القائم على أساس الاستحقاق والجدارة.

ثانيا: الاعتبارات السياسية

رغم أن المواثيق والإعلانات والدساتير أقرت حرية المعتقد السياسي ومنعت أن يكون سببا للتمييز بين المواطنين والحرمان من الحقوق أو مصادرة الحريات أو عائقا دون إعمال مبدأ المساواة الذي يقوم عليه حق تولي الوظائف العامة بحيث لا يستبعد أحد من تولي وظيفة أو يفضل على غيره بسبب اعتناقه لأراء سياسية معينة ، فإنه لا يزال لهذا الاعتبار دور عند إسناد الوظائف وإن وجد هناك تفاوت يرجع أولا إلى طبيعة الوظيفة وثانيا إلى النظام السياسي القائم في البلد .

وقد ظهر هذا الدور جليا بعد الحرب العالمية الثانية اثر نشوب الحرب الباردة بين المعسكرين الرأسمالي والشيوعي ، حيث عمد كل معسكر إلى اتخاذ إجراءات مناوئة للأخر كان من نتائجها حرمان كثير من الأشخاص من تولي وظائف عامة بسبب اعتناقهم لأراء سياسية أو عضويتهم في أحزاب أو تبنيهم لأفكار معادية للنظام السياسي للبلاد ومؤيدة للمعسكر المعادي[1] .

---

[1] من بين الإجراءات المتخذة في المعسكر الرأسمالي وبالأخص في الو. م . أ والدول الحليفة لها : - في أمريكا – إعلان لجنة الخدمة المدنية لعام 1940 – " يمنع ترشح أي شخص تتأكد عضويته في الحزب الشيوعي أو العصبة الألمانية " .

الميثاق الاتحادي للولاء – أمر إداري رقم (9835 بتاريخ 21 – 03 – 1947 أوجب هذا القرار وخص ولاء الموظفين أو المرشحين للوظيفة من طرف لجان تحقيق أعدت لهذا الغرض .

الأمر الرئاسي رقم (1024) بتاريخ 28 – 04 – 1951 في ظل القانون الشهير المعروف باسم قانون مكارون (maccarant) منع بعض الموظفين من الالتحاق بالإدارات بحجة تهديد الأمن الوطني .

ففي المعسكر الليبرالي اتخذت حزمة من البرامج والإجراءات [1] لم تصادر حق المواطنين في تولي الوظائف العامة وإنما امتد الأمر إلى العزل منها والمطاردة لمجرد الاشتباه في تبني أفكار المعسكر الشيوعي بذريعة حماية العالم الحر .

وعلى نفس الخط سارت الدول الحليفة لأمريكا حيث امتدت مقاومة المد الشيوعي فحرم الشيوعيون من تولي الوظائف العامة . ففي بريطانيا تقرر أن لا يشغل أي فرد منصبا يتمتع باختصاصات حيوية إذا ثبت عضويته في حزب شيوعي أو منظمة فاشية ،

وفي بلجيكا أصدرت الحكومة مرسوما في 25 – 02 – 1951 ينص على عزل الموظفين الذين يقومون بنشاط يتعارض مع الدستور أو قوانين الشعب البلجيكي.

وفي ألمانيا قررت الحكومة عام 1950 عزل كل موظف ينتمي إلى الحزب الشيوعي ومن باب أولى منع المواطن من الالتحاق بالوظائف العامة لمجرد الاشتباه في انتمائه إلى نظام معادي، وقد حذت حذوهما دولا أخرى [2].

وفي المعسكر الاشتراكي كان الاعتبار السياسي يكتسي أهمية خاصة في اختيار الموظفين حيث لم تكن تمنح المناصب – ذات المسؤولية الخاصة – إلا لمن ثبت ولائه للنهج السياسي محل ثقة النظام حيث يتم تعيينهم بموافقة الحزب الحاكم .

أما حاليا فقد أصبح من المرفوض أن تعتمد الآراء السياسية كمعيار للقبول أو الرفض في كل الوظائف بعد إباحة التعددية الحزبية السياسية، وانحصرت الاعتبارات السياسية في الوظائف العليا خاصة حيث ما زال لها دور عند التعيين حيث في كل مرة يعاد انتخاب رئيس دولة جديد يحصل تغيير في المناصب والوظائف لصالح الطرف الفائز.[3]

---

[1] حمود حمبلي – المساواة في تولي الوظائف العامة – مرجع سابق – ص 192 وما بعدها .

[2] في سويسرا تم إصدار تعليمات من المجلس الاتحادي في 05 – 09 – 50 تنص على إجبار كل شخص يتقدم الى تولي وظيفة عامة بتقديم إقرار بعدم إيمانه بالشيوعية .

[3] في الو . م . أ مابين 150 إلى 200 موظف سياسي في الإدارة الأمريكية يتغيرون في كل مرة يصل رئيس جديد إلى سدة الحكم .

وعليه فان مراعاة الاعتبارات السياسية تقوى وتتسع في ظل الأنظمة الشمولية وتقل في الأنظمة الديمقراطية الحقيقية التي تعتمد النظام التعددي القائم على الاختلاف في الرأي السياسي حتى وان اعتمد هذا الاعتبار في الإطار الضيق الذي يخص الوظائف العليا في الدولة .

ثالثا:الاعتبارات الإنسانية – الاجتماعية " الوظائف المحجوزة "

تحجز بعض الوظائف لفئة معينة من الأفراد لاعتبارات إنسانية وظروف اجتماعية قاهرة مثل المعوقين والمعطوبين بسبب الحروب... بحيث لا يجوز لغيرهم شغلها ونظرا لما تقوم عليه هذه الطريقة من خروج على مبدأ تكافؤ الفرص القائم على أساس المساواة فقد أخذت بها التشريعات الحديثة على سبيل الاستثناء ، نتيجة ما عرفته البشرية من حروب مختلفة خلال القرن العشرين ، حيث منحت نصوص هذه التشريعات أولوية لطوائف من الناس كانت ضحية لهذه الحروب ووفاء لما قدمته من تضحيات .

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الطريقة في التوظيف غداة الاستقلال، وصدرت بهذا الشأن مجموعة قوانين غايتها تنظيم أوضاع المعتقلين وقدماء المجاهدين الذين شاركوا في النضال الثوري[1] .

وقد سارت القوانين الجزائرية اللاحقة [1] على نفس النهج حيث أقرت المعاملة الخاصة للمجاهدين وذوي الحقوق في مجال التوظيف، حيث نصت المادة 46 من القانون 78 – 12 على ضمان حق الأولوية في العمل للمجاهدين وذوي حقوقهم.

[1] من بين النصوص التي صدرت لتنظيم أوضاع هذه الفئات :

- الأمر رقم (62 – 503) المؤرخ في 19 – 06 – 1962 .

- القانون رقم (63- 321) المؤرخ في 31-08-1963 المتمم بالقانون رقم (64-42) المؤرخ في 27-01-1964 .

- المرسوم 146/66 المعدل بالمرسوم 517/68 .

من التشريعات العربية التي أولت هذه الحالة أهمية التشريع المصري الذي حجز وظائف معينة لفئة المصابين في الحروب أو الخدمة العسكرية أو الوطنية[2]، وعليه فان طريقة حجز بعض الوظائف العامة لفئة معينة من الناس أوجدتها اعتبارات إنسانية ذات طبيعة اجتماعية بررها واجب الدولة والمجتمع في الاعتراف بالجميل لمن ضحوا بأنفسهم في سبيل الوطن حتى وإن تنافى هذا المعيار مع مبدأ المساواة .

[1] المرسوم (85-59) ، المادة 53، إعطاء الأولوية لذوي الحقوق .

[2] دستور عام 1971 ، المادة 15 .

المبحث الثالث

حق تولي الوظائف العامة في الشريعة الإسلامية

حق تولي الوظائف العامة في النظام الإسلامي هو تكليف من الدولة لمواطنيها بتولي وظائف عامة لتقديم خدمة معينة للناس.وإطلاق كلمة حق على هذا التكليف يعني أنه مباح للمواطن تولي الوظائف العامة في الدولة.

فالوظائف العامة في الدولة الإسلامية هي الولايات العامة المختلفة كمنصب الوزارة وولاية القضاء و المظالم ورئاسة الجند وولاية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإمارة الأقاليم وما يقابلها في وقتنا الحالي من مناصب إدارية وقيادية. و يعتبر رئيس الدولة أخطرها وأعظمها شأنا.الغرض منها تحصيل الرزق الحلال أو القيام بها حسبة لله تعالى.

فالوظيفة العامة من وجهة نظر إسلامية وسائل لخدمة المجتمع وإشباع حاجاته المتجددة القائمة على أداء الخدمات العامة له. مقابل إشباع المجتمع لحاجات القائم عليها بأداء حقوقه[1] فهي وسيلة لقضاء مصالح الناس التي هي مدار أحكام الشريعة.

تعريف الوظيفة في الاصطلاح: جاء تعريفها في دائرة معارف القرن العشرين1

الوظيفة ما يقدر من عمل وطعام ورزق.يعني إلزام شخص نفسه أو غيره عملا مقدرا في زمن معين و بالمقابل هذا العمل يقدر له راتب .

ـ محمد فريد وجدي ـ دائرة معارف القرن العشرين 787/10ـ دار المعرفة بيروت

ط 3 - 1971 . ص.

ويستند هذا الحق على مبدأ المساواة الذي يقتضي تساوي الأفراد في الحقوق و الواجبات القائم على وضع قواعد عامة مجردة لا تنطبق على أفراد مخصوصين وإنما على جميع الحالات المشابهة[1].

ولذا قررت الشريعة الإسلامية أهلية كل فرد في الأمة بتولي المناصب متى توافرت فيه الشروط الشرعية، ولا تسقط هذه الأهلية أو تنقص تحت أي اعتبار كان[2].

فالإسلام أقر مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة وأتاح للجميع نفس المعاملة في فرص اللإلتحاق بها من حيث شروطها والمؤهلات المطلوبة لها ومن حيث المزايا والحقوق دون تمييز.

وعلى هذا التكليف أو الحق يجوز للمرأة أن تتولى وظيفة عامة في الدولة الإسلامية تتناسب وطبيعتها. فالوظيفة في الشريعة الإسلامية ليست حقا مطلقا للأفراد وإنما تكليف من الدولة بحيث لا يمكن للشخص أن يرشح نفسه لمنصب ما ولا يعني إلزام الدولة بتولية الوظيفة لمن طلبها. بل لها أن ترفض الطلب لاسيما أن طلب الولاية من دواعي الرفض وذلك للنهي الوارد في قوله صلى الله عليه وسلم "إنا لا نولي هذا الأمر من سأله ولا من حرص عليه[3] ".

لأن التطلع إلى الإمارة والتكالب على المنصب دليل على سوء النية المبيتة لاستغلال المنصب. و إن كان هناك رأي أخر يجيز للأفراد ترشيح أنفسهم لتولي الوظائف العامة متى توافرت الشروط والمؤهلات المطلوبة، باعتبار أن الشرط الوحيد لشغل وظيفة هو الصلاحية.

---

[1] ناصر حمد الجبوري،حقوق الإنسان السياسية في الإسلام والنظم العالمية ،ط1(1426ه-2005م)،دار الكتب العلمية ،بيروت،ص319.

[2] محمد فتحي عثمان،حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي،ط1(1402ه-1981م)،دار الشروق ،بيروت،ص181 بتصرف.

[3] أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري(194ه-256ه)،صحيح البخاري،دار ابن كثير،دمشق- بيروت ،ط1(1423ه-2002م) ،كتاب الأحكام،باب سؤال الإمارة،رقم الحديث7149،ص1760 .

وعلى هذا الأساس فإن حق تولي الوظائف العامة في المنهج الإسلامي هو واجب ديني يقوم على وجود الرجل المناسب في المكان المناسب لضمان سلامة العمل في الوظيفة وحسن الأداء وعليه فإن الاستمرار في الوظيفة مرهون بدوام الصلاحية[1].

شروط تولي الوظائف العامة

في الشريعة الإسلامية

بعد أن استعرضنا الشروط الموضوعية لتولي الوظائف العامة التي نصت عليها القوانين الحديثة و الاستثناءات و الاعتبارات الواردة على مبدأ المساواة في توليها .

نحاول في هذا الجانب أن نتطرق إلى ماهية الشروط الواجب توافرها فيمن يترشح لتقلد وظيفة عامة في التشريع الإسلامي، ومدى استيعابها لما وضعته الدول من قوانين وتشريعات تستهدف إيجاد الشخص المناسب في المكان المناسب، قصد الارتقاء بالوظيفة العامة.

وتحقيقا لتلك الاعتبارات التي غايتها الارتقاء بالوظيفة العامة لغاية نبيلة وهي خدمة الصالح العام– وضعت الشريعة الإسلامية مجموعة شروط لابد أن تتوافر فيمن يرشح نفسه لتولي وظيفة عامة.

تقوم هذه الشروط في مجملها على أساس الصلاحية التي توجب رفض كل المعايير العرقية والطبقية. وقد استعرض فقهاء الشريعة الإسلامية[2] الولايات المتعددة في الدول الإسلامية وحددوا اختصاص كل واحدة منها و الشروط اللازمة لشغلها .

---

[1] حمد بن حمد بن سعد ال فريان،أراء ابن تيمية في الحكم والإدارة،الطبعة1421هـ- 2000م،دارا لألباب للنشر ،الرياض،ص587 وما بعدها.

[2] الماوردي ،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية والولايات الدينية ،تحقيق أحمد مبارك البغدادي ،ط1، (1409ه-1989م)، مكتبة دار ابن قتيبة،الكويت،ص2 وما بعدها.

وسنتناول في مجموعة مطالب معيار الصلاحية كأساس للاختيار للوظائف العامة والصفات الدالة عليها من خلال الالتزام بالاختيار على أساس عنصري القوة و الأمانة.

المطلب الأول: الصلاحية أساس الاختيار في التشريع الإسلامي.

إذا كانت الوظائف العامة في الإسلام على أنها وسائل وأدوات يقوم بها الأفراد لخدمة المجتمع يتوقف عليها استقرار الدولة[1]. فأداء هذه الواجبات يتطلب مواصفات خاصة تتوفر في الأفراد الذين يقومون عليها، توجب على ولي الأمر أن يختار الأقدر على أدائها فإلى جانب أنها حق للأفراد فهي تكليف للفرد من الدولة.

وعليه فالقاعدة الإسلامية العامة في اختيار من يتولى الوظائف العامة على اختلاف درجاتها تقضي بتولي الأصلح والأجدر الذي تتوافر فيه صفتي القوة و الأمانة .

إذ يجب أن توكل القيادة إلى من يتمتع بالأمانة و الكفاءة في قيامه بمهام العمل الموكول إليه[2] والتي دلت عليها مجموعة من النصوص الشرعية منها :

ما ورد في القرآن الكريم في قوله تعالى« فَالَتِ اِحْدٰيهُمَا يَـٰٓأَبَتِ إِسْتَـجِرْهُۖ إِنَّ خَيْرَ مَنِ إِسْتَـجَرْتَ ٱلْقَوِيُّ ٱلاَمِينُ »[3]. حيث تفهم القوة بمعناها الشامل البدنية والفنية.

[1] محمد الغزالي ، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وميثاق الأمم المتحدة ،دار الهناء للطباعة ،ص54.

[2] عبد الغني بسيوني، النظم السياسية ،دراسة لنظرية الدولة ،ط1 ،منشأة المعارف الإسكندرية ،ص329.

[3] سورة القصص ،الأية 26 .

وقوله عز وجل « إِنَّهُۥ لَقَوْلُ رَسُولٍ كَرِيمٍ ﴿١٩﴾ ذِى قُوَّةٍ عِندَ ذِى ٱلْعَرْشِ مَكِينٍ ﴿٢٠﴾ مُّطَاعٍ ثَمَّ أَمِينٍ ﴿٢١﴾ [1]»

وقوله عز وجل على لسان يوسف عليه السلام عندما طلب وزارة المالية :« قَالَ ٱجْعَلْنِى عَلَىٰ خَزَآئِنِ ٱلْأَرْضِ إِنِّى حَفِيظٌ عَلِيمٌ ﴿٥٥﴾[2]»

سألها بالحفظ والعلم لا بالحسب والجمال قال المفسر ابن العربي.[3]

قوله تعالى«إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا » [4].

فإن النبي صلى الله عليه وسلم لما فتح مكة وتسلم مفاتيح الكعبة من بني شيبة طلبها منه العباس عمه ليجمع له بين سقاية الحاج وسدانة البيت ، فأنزل الله تعالى هذه الآية بدفع مفاتيح الكعبة إلى بني شيبة[5]. وعلى ذلك وجب على ولي الأمر أن يولي على كل عمل من أعمال المسلمين أصلح من يجده لذلك العمل .

---

[1] سورة التكوير ،الأية، 21 .

[2] سورة يوسف، الأية 55 .

[3] ابن العربي ،أحكام القرآن ،تحقيق علي محمد بجاوي ،دار المعرفة ودار الجيل ،بيروت (1987)، ج 3 ،ص1092.

[4] سورة النساء ، الأية 57 .

[5] الطبري (224ه 310ه)، تفسير الطبري ، جامع البيان في تأويل القرآن، ط3(1420ه-1994م) ،دار الكتب العلمية ،بيروت المجلد الرابع،ج ،ص148.3

ومن النصوص القرآنية من أشار إلى اعتماد رأي الخبراء وأهل العلم في قوله تعالى:

" فَسْـَٔلْ بِهِۦ خَبِيراً ﴿٥٩﴾ "[1] وفي قوله تعالى :"فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾ "[2].

وقد أقرت السنة النبوية هذه القاعدة فلم يكن أحد يتولى منصبا إلا إذا كان كفؤا عالما عدلا، قويا أمينا. وكان التعيين ينال أصلح الموجودين قال الرسول عليه الصلاة و السلام :

" من ولي أمر المسلمين شيئا فولى رجلا وهو يجد من هو أصلح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله " وفي رواية "من قلد رجلا عملا على عصابة وهو يجد في تلك العصابة أرضى منه فقد خان الله وخان رسوله وخان المؤمنين" رواه الحاكم في صحيحه [3] .

وفي هذا الصدد يقول الإمام ابن تيمية " يجب على كل من ولي شيئا من أمر المسلمين أن يستعمل فيما تحت يده في كل موضع أصلح من يقدر عليه فإن كانت الحاجة في الولاية إلى الأمانة أشد قدم الأمين ، مثل حفظ الأموال و نموها، فأما استخراجها وحفظها فلا بد فيه من قوة وأمانة فيولي عليها شاد قوي يستخرجها بقوته وكاتب أمين يحفظها بخبرته وأمانته . وكذلك في إمارة الحرب إذا أمر الأمير بمشاورة أولى العلم و الدين جمع بين المصلحتين وهكذا

[1] سورة الفرقان ، الأية 59 .

[2] سورة النحل ،الأية 43 .

[3] أبو عبدا لله الحاكم،المستدرك على الصحيحين،ط1(1417ه-1997م)،دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة،الجزء4،كتاب الأحكام ،رقم الحديث7106،ص192.

في سائر الولايات"[1] . وقال عمر بن الخطـــاب رضـــــي الله عنه " من ولي من أمر المسلمين شيئا فولى رجلا لمودة أو قرابة بينهما فقد خان الله و رسوله و المؤمنين"[2].

فوجب البحث على المستحقين للولايـــــات من نواب على الأمصار وقضاة، أمري جند، وزراء وولاة أمـــوال...وعلـــى كل واحد مـــن هؤلاء أن يستنيـــب و يستعمـــل أصلـــح مـــن يجـــده.

وعليه فإن تقليد شخص لوظيفة من الوظائف مع وجود من أهو أصلـــح منـــه هو الخيانة الكبرى لله و للرسول و للمؤمنين . فمتى اجتمعت هاتان الصفتان في الشخص كان أولى الناس للقيام بالعمل لأنهما يصلان إلـــــى الغايـــــة التـــي وجدت من أجلها الوظيفة[3]. وفي هذا الصدد يقول النيسابوري:

" إذا اجتمعـــت هاتان الخصلتان القوة أعني الكفاية و الأمانة اللتين هما ثمـــرتا الكياســـة والديانة في الذي يقوم بالعمل فقد حصل مرادك وكمل فراغك " [4].

ويعبر عن ذلك أبو حيان الأندلسي فيقول " إذا اجتمعت الكفاية و الأمانة فـــي القائم بالأمر فقد تم المقصود وهو كلام جرى مجرى المثل وصار مطروقـــــا للناس وكان ذلك تعليلا للاستئجار"[5].

وأوضح بيان لركن الأمانة جاء في حديث الرسول عليـــــه الصـــــلاة والســـلام لأبي ذر الغفاري رضي الله عنه عندما سأله الإمارة بقوله " يا رسول الله ألا تستعملني ؟

---

[1] ابن تيمية ، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية،ط1(1403ه-1983م)،دار الأفاق الجديدة،بيروت،ص19..

[2] ابن تيمية،المصدر نفسه،ص10

[3] إبراهيم محمد الحريري،القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام،ط1(1420ه-1999م)،دار عمار للنشر،عمان ،الأردن، ص36.

[4] نظام الدين النيسابوري ،(ت،و728ه)،تفسير غرائب الفرقان ورغائب الفرقان،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،ط1(1416ه-1996م)،المجلد الخامسص339.

[5] أبو حيان الأندلسي – تفسيرا لبحر المحيط – دار الكتب العلمية بيروت . ط 1993 الجزء السابع ص109.

فضرب بيده على منكبيه ثم قال "يا أبا ذر إنـــك ضعيــف وإنــها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها "[1] .

فضرب المثل في التعويل على الصلاحية دون غيرها من المعاييـــر رغــم مقام هذا الصحابي في الدين وسبقه مع الأولين والذي قـــال عنـــه الرســـــول صلى الله عليه وسلم " ما أضلت الخضراء ولا أقلت الغبراء من ذي لهجـــة أصـــدق من أبي ذر"[2].

فقد دلت السنة النبوية على أن الولاية أمانة و إسنادها لغير أهلها تضييــع لها. روى البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضـــي الله عنـــه أن النبـــي صلى الله عليه وسلم قال "إذا ضيعت الأمانة فانتظر الساعة. قيل يا رسول الله وما إضاعتها ؟ قال : إذا وسد الأمر إلى غير أهله فانتظر الساعة"[3]

وهذا أبو بكر الصديق رضي الله عنه يعين خالدا مكان أبي عبيدة ابن الجراح على إمارة الجيش فيقول في خطاب أرسله إليه " فقد وليــت خالدا لقتال الروم في الشام ... وأنا أعلم أنك خير منه وأفضل دينا ولكن ظننـــت أن له فطنة في الحرب ليست لك".[4]

وعلى نحو ما تبين سلفا وجب الالتزام باختيار المرشح لتقلد وظيفة ما، علـــــــى أساس معيار القوة والأمانة فأينما وجد القوي الأمين وجـــب اختيـــاره ولـــــزم توظيفه حتى تكون الأعمال بالكفاءة مضبوطة والأموال بالأمناء محفوظة.

---

[1] أبو الحسن مسلم ، صحيح مسلم،ط1،(1427ه-2006م)،دار طيبة ،الرياض،كتاب الإمارة،باب كراهية الإمارة بغير ضرورة،حديث رقم 1825،ص885.

[2] أبو عبدا لله الحاكم،المستدرك على الصحيحين،ط1(1417ه-1997م)،دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة،الجزء3،كتاب معرفة الصحابة،حديث رقم5530،ص418-419.

[3] البخاري(194ه-250ه)، صحيح البخاري ،ط1(1423ه-2002م)،دار ابن كثير،دمشق ،كتاب الرقاق،باب رفع الأمانة،حديث رقم6496،ص1615.

[4] محمد باهي أبو يونس، الاختيار على أساس الصلاحية للوظيفة العامة، ط1(1999)،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية ص71 ،بتصرف.

وعلى هذا فإن معيار الصلاحية يشمل أمرين كل منهما يجمع طائفة مـــن الصفات تكون دليلا على صلاحية وجدارة من يتولى الوظيفة سواء ما تعلـــــق بالجوانب المادية أو المعنوية وهذا ما سنقف عليه من خلال التقسيم الآتـــــي:

أولاً: القوة = الصلاحية المادية.

القوة في منطق الإدارة الإسلامية صفة جامعة لطائفـــــــة مـــــــن شـــــروط التأهيل لشغل الوظيفة المؤدية إلى حسن أداء العمل الوظيفي فهي تختلف باختـــــلاف العمل ونوع الواجب المطلوب. فهي في العسكرية غيرها في السياسيـــــة وفـــــي القضاء غيرها في الاقتصاد ...

يقول ابن تيمية:

" القوة في كل ولايـــة بحسبها فالقوة في إمارة الحرب ترجع إلى شجاعة القلب والـــى الخبـــرة بالحروب. والمخادعة فيها فإن الحرب خدعة...والقوة في الحكم بين الناس ترجع إلى العلم بالعدل الذي دل عليه الكتاب والسنة وإلى القدرة على تنفيذ الأحكام"[1].

وإلى هذا أشار الماوردي وهو يتكلم عن واجبات الخليفة فيقول "استكفاء الأمناء وتقليد النصحاء فيما يفوضه إليهم من الأعمال ويكله إليهم من الأموال لتكون الأعمال بالكفاية مضبوطة والأموال بالأمانة محفوظة "[2].

وعليه تتحدد معالم القوة في الفكر الإسلامي بأمرين هما :

---

[1] ابن تيمية ، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية،ط1(1403ه-1983م)،دار الأفاق الجديدة،بيروت ص15-16.

[2] الماوردي ،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية والولايات الدينية،تحقيق أحمد مبارك البغدادي ،ط1،(1409ه-1989م)، مكتبة دار ابن قتيبة،الكويت ، ص23.

قوة مادية تستلزم أول ما تستلزمه قدرة صحية تمكن صاحبها من القيام بالواجب الوظيفي الذي ينعقد عليه تحقيق مصالح الناس وهي لا تتحقق إلا بالأمور الآتية:

1 – السلامة الجسدية:

تقتضي صلاحية الفرد وجدارته لتولي وظيفة عامة سلامته الجسدية التي تحدد قدرته على أداء العمل المنوط به على أحسن وجه. فهي من الشروط المتفق عليها الواجبة في الاختيار .وإن كان القدر المتطلب توافره يختلف من وظيفة لأخرى.حسب طبيعة كل واحدة .

فالعبرة بتوافر قدر من السلامة يمكن من أداء العمل على الوجه المطلوب.

وعليه فإن سلامة الجسد تقتضي سلامته من الأمراض وسلامة الأعضاء والحواس.

***السلامة من الأمراض:**

إذا كانت القوانين والتشريعات الحديثة قد اشترطت على من يقدم نفسه لتولي وظيفة عامة أن يثبت سلامته الجسدية بأن يقدم للإدارة شهادة طبية تؤكد خلوه من أي مرض أو عاهة تتنافى ومتطلبات الوظيفة[1]، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتحدثوا عن هذا الشرط باعتباره أمرا بديهيا لا يحتاج إلى نص يقرره.

فالعمل الوظيفي يتطلب قدرة على تحمل الأعباء. ومحاصرة الجسد بأي نوع من الأمراض يفقد هذه القدرة وعليه فالمرض المفقد للصلاحية هو الذي يفقد الشخص القدرة على أداء العمل بشكل فعال. أو يكون سببا في نقل العدوى الى من هو حوله من الموظفين والمتعاملين.

وهذا ما يتوافق مع أحكام الشريعة التي تبنى على واحدة من أهم القواعد وهي دفع المضرة أولى من جلب المنفعة .

[1] مبادئ القانون الإداري ،سليمان الطماوي ، ص262.

وعليه يرفض تولية المريض وإن كان أكثر الموجودين كفاءة .يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف :" إن أحكام الشارع تدور مع مصالح الناس وحيث ما وجدت فثم شرع الله ".

*** سلامة الأعضاء:**

تمثل سلامة الأعضاء أبرز مقتضيات السلامة الجسدية وعليه فان توافر هذا الشرط لا غنى عنه في تقلد الوظائف العامة وإن كان القدر المتطلب من السلامة يختلف من وظيفة لأخرى. فنقص الأعضاء يفقد المرء القدرة على القيام بالعمل كفقد الرجلين أو اليدين وبهذا تنتفي صلاحيته وهذا في حال الوظائف التي تتطلب نشاطا جسديا وحركة دائمة.غير أن هذا الأمر لا ينطبق على الوظائف التى تستلزم أداء عقليا كالقضاء وفي الصدد ذهب الإمام الماوردي إلى جواز تولية القضاء لمن كان مقعدا لأن هذا لا يؤثر على عقله ولا يعيب حكمه وإن كان اختيار الأصلح أولى[1] . "لأن السلامة من الآفات أهيب لذوي الولاية "[2].

إلا أن من الولايات ما يقتضي السلامة الكاملة كوظائف الحكام والوزراء والأمراء

و قادة الجيوش. فإن مثل هذه العيوب وإن لم تفقده القدرة على القيام بالعمل فإنها تعجزه عن كامل التصرف.

أما الوظائف التي تعتمد على الفكر والعقل فيجوز توليته إياها خاصة إذا توافرت لديه القدرات المطلوبة مما يجعله أصلح للوظيفة دون غيره[3].

---

[1] الماوردي(450ه) ،أدب القاضي. تحقيق محي هلال السرحان،ط(1391ه-1971م)،مطبعة الإرشاد' بغداد،الجزء الأول،ص 625 .

[2] الماوردي ،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية والولايات الدينية،تحقيق أحمد مبارك البغدادي ،ط1،(1409ه-1989م)، مكتبة دار ابن قتيبة،الكويت ،ص89.

[3] فاروق النبهان، نظام الحكم في الإسلام ،مرجع سابق، ص 462.

و الما وردي ، الأحكام السلطانية، المرجع نفسه ، ص19 .

*** سلامة الحواس:**

يشترط في من يترشح لتولي وظيفة عامة سلامة حواسه حيث لا يعيب حواسه ما من شأنه أن يؤثر على حسن أداء عمله أو يفقده القدرة عليه تماما.

ومن ثم فإن الوضع يختلف بالنسبة للتعيين تبعا لتأثير العيب على قدرة الشخص فإذا افقده إياها حال دون تعيينه و منها الصم والخرس والعمى بالنسبة للوظائف القيادية

" بأن يكون سميعا ولو بصياح في إذنه فلا يصح تولية أصم وأن يكون بصيرا فلا تصح ولاية الأعمى..."[1].

فلا يعقل أن يكون رئيس دولة أو حاكم ولاية أعمى لا يبصر أو أخرسا لا ينطق أو أصما لا يسمع. أما الوظائف العادية فإنها توجب الحد الذي يضمن الأداء المطلوب للأعباء الوظيفية فإن كانت الوظيفة تحتاج حدة سمع منع الأصم، وإن كان تحتاج قوة بصر منع الأعمى وهكذا .

وفي مقام التمييز بين هذه العيوب نسوق ما ذكره الماوردي في هذا الشأن بالنسبة لتولية وظيفة القضاء وهو ما يتطلب غالبا في غيرها من الولايات. فيقول بضرورة أن تتوافر فيه " صحة بصره فلا يكون أعمى، وصحة سمعه فلا يكون أصما، وسلامة لسانه فلا يكون أخرسا، فأما الأعمى فلا يجوز تقليده لأنه لا يفرق بين الطالب والمطلوب فإن كان في عينه غشى يبصر نهارا ولا يبصر ليلا جاز تقليده... أما الأصم فلا يجوز تقليده لأنه لا يفرق بالصمم بين الإقرار والإنكار و الصم المانع من ذلك هو عدم فهم

[1] مليحي محمد احمد ، النظام القضائي الإسلامي ،ط1،(1405ه-1984م)،دار التوفيق،مكتبة وهبة،ص29.

وأنور العمروسي ،التشريع و القضاء في الإسلام ،ط(2000) ،دار الفكر الإسكندرية، ص 39.

الأصوات و إن علت فأما ثقيل السمع... فتقليده جائز ... وأما الأخرس فلا يجوز تقليده لأنه يعجز بخرسه عن اتخاذ الأحكام وإلزام الحقوق."[1]

ثانيا: الأهلية " السلامة العقلية "

من الشروط المتفق عليها في تولي الوظائف العامة أن يتمتع المترشح بدرجة من الإدراك تمكنه من القيام بالأعمال الوظيفية وهذا لا يمكن إلا ببلوغه سنا معينة يتحقق ببلوغها إدراكه وفطنته.

السن : الشائع في النظام الإسلامي وجود حدين لشغل الوظيفة حد أدنى وأخر متغير تحددهما طبيعة الوظيفة. حيث قال الفقهاء بسن الخامسة عشر عاما قياسا لقبول الرسول صلى الله عليه وسلم لبعض الأشخاص في هذه السن ورده لبعضهم

لأنهم كانوا دونها في الجيش. حيث أجاز كل من سمرة بن جندب الفزاري ورافع ابن خديج وهما ابنا خمسة عشر عاما[2].

وعلى هذا اشترط الفقهاء في من يتولى وظيفة عامة أن يكون بالغا هذا السن.

إلا أن هذه السن قد تكون غير كافية لتولي بعض الأعمال التخصصية التي تحتاج إلى مهارة وخبرة.

وعلى سبيل المثال فقد قلد الرسول عليه الصلاة والسلام أسامة بن زيد رضي الله عنهما قيادة الجيش لملاقاة الروم وعمره ثمانية عشر عاما[3].

---

[1] الماروردي ، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي،ط1(1414ه-1994م)،دار الكتب العلمية،بيروت، الجزء 16 ص 154- 155 .

[2] ابن هشام ،السيرة النبوية، دار المعرفة، بيروت ،ج 3 ،ص66.

[3] محمد سعيد البوطي، فقه السيرة ،ط (1414ه-1993م) ، دار الفكر، بيروت ، ص373.

وابن هشام ، السيرة النبوية ، المرجع نفسه، ص641.

و محمد بن جرير الطبري (224ه-310ه)، تاريخ الرسل والملوك ، ط2،دار المعارف،مصر،ج3،ص 184.

أما ولاية القضاء فقد كان سن توليها ما بين العشرين والثلاثين وذلك لحاجة صاحبها إلى الخبرة والكفاءة التي تمكنه من الفصل بين المتخاصمين.

فقد أسند الرسول عليه الصلاة والسلام ولاية قضاء اليمن عليا وهو في السن الثلاثين تقريبا.وقضاء مكة إلى عتاب بن أسيد وهو في الثالثة والعشرين.

من خلال هذا نلاحظ أن القوانين الحديثة تتوافق إلى حد ما مع الشريعة الإسلامية في الحد الأدنى لسن التوظيف حسب طبيعة الوظيفة.

العقـــل:

يشترط فيمن يتولى الوظيفة العامة ثبوت أهليته العقلية القائمة على أساس توافر عنصري الذكاء والفطنة، فذكاءه ورجاحة عقله تظهر من خلال سلوكه، كميله إلى محاسن الأخلاق وإعراضه عن رذائل الأعمال واجتنابه ما يورثه سوء السمعة...

ويحدد أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه ويبين طرائقه في الكشف عن العقل في إطار سياسته الإدارية لاختيار عماله فيقول " أحبكم إلينا قبل أن نراكم أحسنكم سيرة، فإذا تكلمتم فأنباكم منطقا، فإذا اختبرناكم فأحسنكم فعلا ". ويقول في موضع أخر مبينا دور رجاحة العقل في اختيار الولاة "إنه لا يصلح لهذا الأمر أي الولاية إلا حصيف العقل أريب العقد لا يطلع منه على عورة ولا يخاف منه على حرة ولا تأخذه في الله لومة لائم "[1]

إذ لابد من أن يكون الموظف فطنا كيسا، حسن التدبير.

---

[1] الماوردي ، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي،ط1(1414ه-1994م)،دار الكتب العلمية،بيروت، الجزء 16 ص 154.

يقول الماوردي"...وليس يكتفي فيه بالعقل الذي يتعلق به التكليف من علمه بالمدركات الضرورية حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدا عن السهو والغفلة يتوصل بذكائه إلى حل ما أشكل وفصل ما أعضل.[1] "

فمن شروط الصلاحية لتقليد الإمارة أو الوزارة يشترط أن يكون ذكيا فطنا حتى لا تدلس عليه الأمور فتشتبه ولا تموه فتلتبس فلا يصح مع اشتباهها عزم ولا يصح مع التباسها حزم.

المطلب الثاني

القوة المعنوية

يقصد بها تمتع المترشح لوظيفة ما بمستوى علمي ،فني ، ثقافي ...يتماشى وطبيعة الوظيفة التي يريدها وهذا ما يطلق عليه في النظام الإسلامي بالقوة في جانبها المعنوي أو الصلاحية المهنية.فهي صفة جامعة لمجموعة شروط تتجسد بأمرين أساسيين : هما الصلاحية العلمية والكفاءة الخلقية.

أولا: الصلاحية العلمية

يتطلب أن يتوفر في المرشح القدر الكافي من العلم الذي يؤهله للقيام بالأعباء الوظيفية ترتبط طبيعته بنوع الوظيفة المراد توليها. والاختصاصات العالية تتطلب درجة كبيرة من العلم تحيط بكل الاختصاصات التي تشملها الوظيفة فوظيفة الحاكم أو الوزير متعددة الاختصاصات تستلزم فيمن يشغلها الإلمام بمجموعة من العلوم تتنوع بين الدينية والعسكرية ،الإدارية والسياسية... أما في الوظائف ذات الاختصاص المحدود فإنه يكفي فيها صلاحية علمية تدخل في نطاق الاختصاص فقط.

---

[1] الماوردي ،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية والولايات الدينية،تحقيق أحمد مبارك البغدادي ،ط1،(1409ه-1989م)، مكتبة دار ابن قتيبة،الكويت ،ص88. ، و أبو يعلى الفراء،(ت،458ه)،الأحكام السلطانية،تعليق محمد الفقي،دار الكتب العلمية ،بيروت،ط2(1421ه-2000م)،ص88.

ويجسد نبي الله يوسف عليه السلام مبدأ التلازم بين نوع العلم والتخصص في قوله لملك مصر على نحو ما أشار إليه القرآن الكريم " فَالَ ٱجْعَلْنِى عَلَىٰ خَزَآئِنِ ٱلاَرْضِ إِنِّى حَفِيظٌ عَلِيمٌ ﴿٥٥﴾"[1].

لحكمة يعلمها ،فقد أيقن أن البلاد ستمر بسبع عجاف بعد سبع خصب ورخاء .وهذا يوجب على الدولة العمل على صيانة المحاصيل وحفظ الغلال وضبط الزراعة

وهذه مهمة تقتضي خبرة ومعرفة تامة بأصول الزراعة وفنون التخزين ،فهذه مؤهلات امتلكها نبي الله يوسف عليه السلام[2] وذكرها للملك فقال: " إِنِّى حَفِيظٌ عَلِيمٌ ﴿٥٥﴾ "[3].

وقد حدد القرآن الكريم معالم قاعدة إسناد الأعمال إلى أهل التخصص في قوله تعالى :

(فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾).

وبينت السنة النبوية إعلان تخصص الصحابة رضوان الله عليهم في قوله صلى الله عليه وسلم : « أرحم أمتي بأمتي أبي بكر،وأشدهم في دين الله عمر،وأصدقهم حياء عثمان وأقضاهم علي ،وأعلمهم بالحلال والحرام معاذ بن جبل ، وأفرضهم زيد بن ثابت ،وأقرأهم أبي بن كعب ، ولكل أمة أمين وأمين هذه الأمة أبو عبيدة بن الجراح»[4].

---

[1] سورة يوسف ،الأية55 .

[2] فوزي كمال أدهم،الإدارة الإسلامية ،د مقارنة،ط1(1421ه-2001م)،دار النفائس ،بيروت،ص116 وما بعدها.

[3] سورة يوسف، الأية55.

[4] محمد بن عيسى الترمذي(ت،و279ه)،سنن الترمذي،ط1،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع،الرياض،كتاب المناقب،باب رقم33،حديث رقم 3791،ص856.

فإذا نظرنا إلى وظائف هؤلاء الصحابة في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام ،فقد تطابقت مع تخصصاتهم فالشيخان من أهل التخصص العام .وعلي ولي قضاء اليمن ومعاذ وزيد كانا على كتابة الغنائم،وأبو عبيدة أمانة الخراج وأمين بيت المال .

وهذه قاعدة تنطبق على كل منصب قيادي في كل موقع من مواقع السلطة والمسؤولية حيث يجب فيمن يتولى مهام العمل والقيادة التمتع بالصلاحية العلمية.

أما الخبرة العلمية فهي القدرة الفائقة في التخصص الناجمة عن طول الممارسة والمقترنة بالفروقات الفردية والموهبة الذاتية. وعلى هذا فهي تعد معيار المفاضلة بين الأفراد الأكفاء عند تعددهم أو عند تطلب الوظيفة درجة من المهارة عالية.

وقد وجد لهذه القاعدة تطبيقات في عهد النبوة حيث عهد إلى عمرو بن العاص قيادة سرية الساحل وفيها عمر وأبو بكر[1]. كما سار على هذا النهج خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث أقر قيادة خالد للجيش بدل أبو عبيدة .فقد يكون الرجل حسن السيرة قوي الإيمان لكنه قد لا يحمل من المؤهلات التي تجعله قادرا على أداء الأعباء الوظيفية ففي هذه الحالة وجب تخير الأمثل فالأمثل أي أصلح الموجودين لكل وظيفة.

فالخليفة أبو بكر يجل الصحابي أبا عبيدة إجلالا عظيما لمكانته وسبقه في الإسلام غير أن الملحمة ملحمة عسكرية يتفاضل فيها الناس بالبراعة والكفاءة لا بالتقوى و الأسبقية ومصلحة الأمة تقتضي العبقرية العسكرية فعين خالدا لها.

ويعبر الفاروق عن هذا المبدأ فيقول" إني لأتحرج أن استعمل الرجل وأنا أجد أقوى منه "[2]. ويوصي أمير المؤمنين علي رضي الله عنه أحد ولاته بالحرص على اختيار عماله فيقول "انظر في أمور عمالك فاستعملهم اختبارا وتوخي منهم أهل التجربة والحياء من

---

[1] ابن كثير(700هـ-773هـ) ،البداية والنهاية ،ط1(1423هـ-2003م)،مكتبة الصفا،القاهرة ،الجزء الرابع،ص225وما بعدها.

[2] محمد بن سعد بن منيع الزهري،(ت،و630هـ)،كتاب الطبقات الكبير،ط1(1421هـ-2001م)،مكتبة الخانجي،القاهرة،ج3،ص284.

أهل البيوت الصالحة والقدم في الإسلام المتقدمة فإنهم أكرم خلقا، أقل في المطامع أشرافا وأبلغ في عواقب الأمور نظرا "[1].

على هذا النحو أمكن وضع نظام تذكر فيه شروط التوظيف يسمح فيه للراغبين بتقديم طلباتهم وعلى المسؤولين فحصها وجمع ما يستدل به على صلاحيتهم وكفاءتهم بروح مجردة غير متحيزة في الوقت الذي أصبح فيه المؤهل العلمي هو السبيل لتولي الوظائف العامة[2] .

ثانيا : الأمانة " الكفاءة الخلقية "

من أهم شروط تولي الوظائف العامة في النظام الإسلامي أن يتحلى الشخص بصفات تجعله محل ثقة الناس يعبر عنها بالكفاءة الخلقية أو الأمانة. المقترنة بالقوة – الكفاءة المادية– فهما وجهان لعملة واحدة فالقوة بلا أمانة فجور وطغيان، والأمانة بلا قوة ضعف وخذلان.

فالوظيفة في الإسلام رسالة غايتها تحقيق مصالح العباد. فهي أمانة ومسؤولية في عنق صاحبها، فللأمانة جانبان يرتبطان فيما بينهما ارتباطا عضويا لأدائها، يتصل الجانب الأول بأولي الأمر ويتصل الثاني بالقائمين عليها من المكلفين .

فتقوم مسؤولية أولي الأمر على وجوب التحري والبحث عن الأصلح واختياره ،لأن من معاني الأمانة وضع الشيء المناسب في المكان المناسب ، فلا تسند وظيفة إلا لمستحقها وفق الشروط المعتبرة .

---

[1] علي محمد الصلابي،سيرة أمير المؤمنين علي بن أبي طالب،الطبعة الجديدة'(1425هـ-2004م)،مكتبة الصحابة،الشارقة،ص495. صبحي صالح، نهج البلاغة ،ج1،ص 376.

[2] هاني سليمان الطعيمات ، حقوق الإنسان و حريات الأساسية، ط1 إصدار 2006 ،دارالنشر ص 208 وما بعدها .

قال الله تعالى" إِنَّ ٱللَّهَ يَامُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا "[1].

وقد حذر الرسول صلى الله عليه وسلم من خراب الأمة وضياعها بتوسيد الأمر إلى غير أهله فقال " إذا ضيعت الأمانة فانتظر الساعة قيل وما إضاعتها ؟ قال . إذا وسد الأمر إلى غير أهله فانتظر الساعة"[2].

فتولية الوظائف العامة للأصلح أداء للأمانة وخروج من المسؤولية الشرعية ووضع الشيء في موضعه الصحيح ،فإذا قام ولي الأمر بالبحث والاجتهاد عن الأصلح

فقد أدى الأمانة وقام بواجبه قدر المستطاع قال الله تعالى " لاَ يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْساً

اِلاَّ وُسْعَهَاۖ " [3] وقال " فَاتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا اِسْتَطَعْتُمْ "[4].

فواجب التحري عن الأصلح واختياره بالنسبة لولي الأمر يقابله التزام من المكلف بأداء ما وكل إليه بكل أمانة وإخلاص لأنه مؤتمن ومسؤول. قال عليه الصلاة والسلام " من غش فليس منا "[5].

فغش الولاة والموظفين من أخطر العوامل المؤدية إلى فساد الجهاز الإداري وقد عالج الإسلام هذه الحقيقة عن طريق تحسيس الفرد بروح المسؤولية القائمة على الرقابة

---

[1] سورة النساء ،الأية 58 .

[2] البخاري(194ه-250ه)، صحيح البخاري ،ط1(1423ه-2002م)،دار ابن كثير،دمشق كتاب العلم،حديث رقم59،ص26 .

[3] سورة البقرة ، الأية 286.

[4] سورة التغابن، الأية 16 .

[5] أبو الحسن مسلم ، صحيح مسلم،ط1،(1427ه-2006م)،دار طيبة ،الرياض،كتاب االإيمان،حديث رقم101،ص58.

الذاتية التي تجعل منه يشعر برقابة دائمة غير الرقابة القانونية وتلك الرقابة التي تنبع من داخل الإنسان في مراقبته لحدود الله تعالى.

فالوظيفة العامة في الإسلام ترتكز على الالتزام وخلق الشعور بالمسؤولية أمام الله وأمام المجتمع .قال الرسول صلى الله عليه وسلم " كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته ..."[1] فكل واحد له مسؤولية مباشرة عما تحت يده .

يقول الماوردي في هذا الصدد وهو يتكلم عن واجبات الخليفة فيقول" استكفاء الأمناء وتقليد النصحاء فيما يفوضه إليه من الأعمال و يكله إليهم من الأموال ،لتكون الأعمال بالكفاءة مضبوطة والأموال بالأمانة محفوظة ... " [2]

إن إسناد الوظيفة العامة على أساس عنصر الأمانة يجعلها بعيدة عن الأهواء والميول لذوي القربى والأصدقاء والاعتبارات السياسية والحزبية...

[1] أبو الحسن مسلم ، صحيح مسلم،ط1،(1427ه-2006م)،دار طيبة ،الرياض،كتاب الإمارة،باب فضيلة الإمام العادل،حديث رقم 1829،ص886.

[2] الماوردي ،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية والولايات الدينية،تحقيق أحمد مبارك البغدادي ،ط1،(1409ه-1989م)، مكتبة دار ابن قتيبة،الكويت ،ص23.

الفصل الثاني

حق المرأة في تولي القضاء في القانون والشريعة

المبحث الأول : حق المرأة في تولي القضاء في القانون.

المبحث الثاني :حق المرأة في تولي القضاء في الشريعة.

تمهيـــــــــــد

واكبت المرأة في الدول العربية التطورات التي طرحت مسألة حقوق المرأة في الميدان السياسي في الإطار الشامل لموضوع حقوق الإنسان بعد اعتماد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات الهامة التي لها صلة مباشرة بوضع حقوق المرأة كاتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لعام 1952، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979، والتي حددت بشكل واضح مجالات هذه الحقوق وأكدت على ضرورة كفالة المساواة مع الرجل، وذلك من خلال تحقيق المساواة الفعلية إلى جانب المساواة القانونية ومنها مجال شغل الوظائف العامة وعلى جميع المستويات.

وعليه فقد تضمنت تشريعات أغلب الدول العربية نصوصا تكفل تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات ، من خلال إشراك المرأة في الحياة السياسية وذلك بإيجاد فرص متكافئة وخلق ظروف تمكنها من المشاركة في الحياة العامة من خلال منع التمييز بين الجنسين.غير أن وضع المرأة يختلف من بلد لأخر من جهة التمتع ببعض الحقوق السياسية ،فإن كانت نالت حقها في تولي الوظائف العامة في بعض الأقطار فإنها منعت منها في أقطار أخرى.

ويعتبر حق المرأة في الوصول إلى منصب قاضي من المواضيع التي يثار حولها الجدل من حين لأخر في الدول التي منعت المرأة من تقلد هذا المنصب استنادا إلى نصوص شرعية و دستورية أو موروثات اجتماعية وتاريخية.مع وجود دول أخرى حسمت أمرها فسمحت للمرأة بتولي هذا المنصب استنادا كذلك إلى نصوص شرعية وأخرى دستورية.

وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل من خلال هذين المبحثين.

المبحث الأول

حق المرأة في تولي القضاء في الدول العربية

المطلب الأول : الدول التي تمنع المرأة ولاية القضاء

أولا: مصر

استقر الوضع في مصر مدة من الزمن على عدم تولية المرأة القضاء واقتصر توليته على الرجال فقط.هذا الوضع جعل مصر الدولة العربية التي أثارت فيها قضية تولية المرأة القضاء الكثير من الجدل على مر السنين حيث تباينت حولها الآراء وظهر بشأنها اختلاف حاد في المجتمع المصري بين مؤيد ومعارض نتيجة اختلاف الفقه بشأن تبريره تولية المرأة منصب القضاء وانقسامه إلى اتجاهين .

الإتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المرأة مثل الرجل لها الحق في تولي الوظائف العامة ومنها منصب القضاء مستندين إلى حجج دستورية وقانونية وأخرى شرعية.

الحجة الدستورية:

إن النظام الدستوري قد كفل مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة. فالمادة 40 من الدستور المصري لعام 1971 تنص على أن "المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو الدين أو العقيدة ".

وكذا الأخذ بعين الاعتبار توقيع مصر على المواثيق الدولية التي تهتم بحقوق المرأة كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام1948 والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة– سيداو[1]– واتفاقية الحقوق

[1] وقعت مصر على هذه الاتفاقية في1980/5/20 وأقرتها بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 434 لسنة 1981، وقد صدقت عليها مع بعض التحفظات التي تتعلق بوجوب عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية.

السياسية للمرأة لعام 1952. التي تنص على أهلية النساء في تولي المناصب العامة وممارسة جميع الأعمال المقررة بمقتضى التشريع بشروط تسوي بينهن وبين الرجال دون تمييز. باعتبار أن قواعد القانون الدولي ونصوص الاتفاقيات الدولية التي توقع وتصادق عليها الدولة علوية على القانون الوطني لا يجوز مخالفتها أو خرقها.

الحجة القانونية:

الأمر في السلطة القضائية لم ينص على استثناء المرأة من شغل وظيفة القضاء ، جاء في المادة 38 من القانون رقم 46 لعام 1972 المنشور بتاريخ 5-10-1972 ما يلي:

يشترط في من يتولى القضاء :

1- أن يكون متمتعا بجنسية جمهورية مصر العربية وكامل الأهلية المدنية.
2- ألا يقل سنه عن ثلاثين سنة .
3- أن يكون حاصلا على إجازة الحقوق من إحدى كليات الحقوق بجامعات مصر العربية أو شهادة أجنبية تعادلها ...
4- ألا يكون قد حكم عليه من إحدى المحاكم أو مجالس التأديب لأمر مخل بالشرف ولو كان رد إليه اعتباره.
5- أن يكون محمود السيرة حسن السلوك.

كذلك الأمر في القانون رقم 48 لسنة 1979 المنشور بتاريخ 6-9- 1979 بشأن إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا في مادته الرابعة حيث اشترط فيمن يعين عضوا بالمحكمة العليا أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء المذكورة أعلاه دون اشتراط الذكورة .

الحجة الشرعية:

يرى هذا الاتجاه أن الشرع لم يشترط أن يكون القاضي رجلا .فهو بذلك لم يمنع المرأة من تولي القضاء انطلاقا من مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة خاصة بعد أن استقر القضاء الحديث على أن القضاء وظيفة عامة[1]. مستندا إلى فتوى الأزهر اتجاه قضية تعيين المرأة القضاء.

"أنه لا يوجد نص صريح قاطع في القرءان أو من السنة المطهرة يمنع المرأة من تولى وظيفة القضاء و عليه لا يوجد مانع شرعي من تولى المرأة وظيفة القضاء"

و استنادا إلى هذه الأسس – حسب هذا الاتجاه – وجب أن تتاح للمرأة فرصة كاملة مثلها مثل الرجل في تولى المناصب العامة ما لم توجد معوقات قانونية تحول دون ذلك.

فالحق في تولي الوظائف العامة من الحقوق الدستورية التي لا يجوز الاستثناء عليها. و عليه فإن عدم توافر شروط الصلاحية هو المبرر الوحيد لاستبعاد أيا كان من الوظيفة العامة.

فحرمان المرأة من ممارسة حقها كقاضية في مجلس الدولة قرار يتنافى مع مبادئ المواطنة يتسم بالتميز العنصري . إذ ليس من المنطق وجود العنصر النسوي في الهيئات القضائية الأخرى دون مجلس الدولة من جهة و مخالف للمعاهدة الدولية لحظر التمييز بين الجنسين في تولى الوظائف العامة (نص الدستور في مادته 40 السابقة).

و يدعو هذا الاتجاه لأن تتولى المرأة منصب القضاء بعد التطور الذي عرفه المجتمع المصري إذ لم يعد العرف حائلا أمام تولى المرأة منصب القضاء.

[1] ظافر ألقاسمي ،نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، الكتب الثاني السلطة القضائية، ط1(1407ه- 1987م)،دار النفائس ،بيروت،ص250-253.

الاتجاه الثاني:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن ما استقر عليه الوضع في مصر منذ زمن على منع تولية المرأة القضاء موافق للدستور من ناحية و يتفق و مبادئ الشريعة الإسلامية من جهة أخرى .

فمن الناحية الدستورية أن المادة الثانية من الدستور تقول أن "الإسلام دين الدولة و اللغة العربية لغتها الرسمية و مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع "

و على هذا فإن القانون المصري لا يسمح للمرأة ولاية القضاء أخذا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط الذكورة في من يتصدى لمنصب القضاء.

و يمثل هذا الاتجاه بالخصوص الجمعية العمومية لمجلس الدولة التي اتخذت قرارا بالإجماع علي عدم تولية المرأة منصب القضاء بالمجلس بتاريخ 2010/02/15 بحضور 380 مستشار وافق على عمل المرأة قاضيا بالمجلس 42 مستشارا

و رفض عملها 334 و امتنع عن التصويت 04 مستشارين حيث بلغت نسبة الرفض 87% .

ـو من بين الأسباب التي استند إليها المجلس في تبريره لرفض شغل المرأة منصب القضاء بالمجلس :

1- أن القضية محسومة برأي الشرع وإجماع الفقهاء بعدم جواز تولية المرأة القضاء .

2- تعيينها يتنافى مع نص المادة الثانية من الدستور و يأتي هذا كله بعد أن اتخذ المجلس الخاص بمجلس الدولة قرارا بفتح باب التعيين في المجلس أمام الإناث لأول مرة في تاريخ مصر بتاريخ 2009/08/24 .

و كرد على قرار الجمعية العمومية لمجلس الدولة صدر عن المجلس الخاص بتاريخ 2010/02/22 قرارا برقم 2010/92 القاضي بالاستمرار في استكمال إجراءات تعيين خريجات 2009/2008 .

وفي 2010/03/01 انعقدت الجمعية العمومية الطارئة لمجلس الدولة انتهت بموافقة 317 مستشارا علي إرجاء تعيين المرأة قاض بالمجلس بحضور 390 مستشارا .

في 2010/03/14 صدر قرار المحكمة الدستورية العليا الخاص بتفسير بعض مواد قانون مجلس الدولة حيث قالت المحكمة بأن اختصاص تعيين مندوبين مساعدين في المجلس معقود لمجلس الدولة الخاص و ليس للجمعية العمومية . و أن لفظ مصري ينطبق على كل من يحمل الجنسية المصرية دون تمييز . و عليه فإن قرار الجمعية العمومية لمجلس الدولة لا يعتبر قرار إ داريا يمنع المرأة من تولى منصب القضاء.

3- أن كل هيئة لها سماتها و ظروفها الخاصة و رفض تعيين المرأة قاضية بالمجلس يعود لاعتبارات ثقافية و اجتماعية و أخرى دينية.

4- اعتبارات الملائمة: ملائمة عمل المرأة في بعض الوظائف القضائية مما يتطلب غيابها عن أسرتها أو قيامها بأعمال تتنافى مع طبيعتها كامرأة : المشقة والتعارض مع المسؤولية الأسرية.

و نشير في الأخير إلي أن جذور الصراع داخل المجتمع المصري بهذا الخصوص يعود إلي خمسينات القرن الماضي حيث تقدمت الدكتورة عائشة راتب بعد تخرجها من كلية الحقوق في عام 1949 بتقدير ممتاز رفض المجلس تعيينها على أساس أن الشرع الإسلامي لا يسمح بتولي المرأة منصب القضاء.فرفعت دعوى أمام محاكم مجلس الدولة و ساقت الحجج القانونية و الشرعية التي تثبت أحقيتها في التعيين لكن المجلس في ذلك الوقت برئاسة الدكتور عبد الرازق السنهوري حكم برفض الدعوى

و قال في أسباب الحكم أن الرفض يرجع إلي الملائمة و ليس لسبب أخر باعتبار أن المجتمع لم يصل إلي الدرجة التي تجعله يتقبل جلوس المرأة على منصة القضاء

و الحكم .جاء في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 20-02-1952 ما يلي :« ...إن قصر بعض وظائف مجلس الدولة والقضاء على الرجال دون النساء لا يعدو هو الأخر أن يكون وزنا لمناسبات التعيين في هذه الوظائف؛ تراعي فيه الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية شتى الاعتبارات من أحوال الوظيفة وملابساتها وظروف البيئة وأوضاع العرف والتقاليد دون أن يكون ذلك حط من قيمة المرأة ولا نيل من كرامتها ولا نقص من مستواها الأدبي والثقافي ولا غمط لنبوغها وتفوقها ولا إجحاف لها وإنما هو مجرد تخيير الإدارة في مجال ترخص فيه ملائمة التعيين في وظيفة بذاتها بحسب ظروف العمل وملابساته بما يناسب قدرتها، هي وليس في ذلك إخلال بمبدأ المساواة قانونا. ومن ثم فلا معقب لهذه المحكمة على تقديرها مادام خلا من إساءة استعمال السلطة»[1]

و عليه فإن البعض يرى أن ما جرى عليه الأمر في مصر من عدم تولية المرأة القضاء فهو تقليد لا سند له للاعتبارات الآتية:

- أن القانون لا يفرق بين الرجل و المرأة في مباشرة جميع الحقوق العامة إذ لا يوجد نص قانوني يمنع من تولي المرأة هذا المنصب فالمواطنون لدى القانون سواء المادة -40- من الدستور .
- من خلال استعراض الشروط التي يتطلب قانون السلطة القضائية توافرها فإنه لم يشترط الذكورة في من يتولى القضاء.
- منع المرأة من تولى منصب قاضية في مجلس الدولة لا معنى له.إذ أخذ بالحسبان تعيين تهاني الجبالي قاضية و نائبا لرئيس المحكمة الدستورية العليا في عام 2005 و تعيين 42 قاضية في المحاكم المدنية و الجنائية و محكمة الآسرة

[1] عمار بوضياف،النظام القضائي الجزائري،1962-2002،دار ريحانة، الجزائر،ص49.

حتى و إن اعتبر البعض تعيينها يهدف إلي التخفيف من ضغوط المجتمع الدولي عليها خارجيا و المنظمات الحقوقية داخليا.

- وصول المرأة إلي منصب الوزارة و بهذا يمكن أن تنوب عن رئيس الجمهورية في رئاسة المجلس الأعلى للهيئات القضائية و ذلك في حال إذ عينت وزيرة للعدل.
- قرار مجلس الأعلى لهيئات القضائية الصادر عام 2002 الذي فتح باب التعيين للمرأة في سلك القضاء.

ثانيا :المملكة العربية السعودية

تولية المرأة القضاء من المسائل المستبعدة في المجتمع السعودي لاعتبارات اجتماعية وشرعية وموروث ثقافي.حيث يعتبر النظام القضائي السعودي من الأنظمة القضائية العربية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية. فيشترط في من يتقلد وظيفة القضاء أن يكون ذكرا حتى وإن لم يصرح بذلك لفظا في قانون السلطة القضائية القديم[1] والجديد على حد السواء. واكتفى بشرط التمتع بالأهلية الكاملة للقضاء حسب ما نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية. وعليه منع المرأة من تقلد وظيفة القضاء مستندا إلى ما ذهب إليه جمهورالفقهاء من اشتراط الذكورة في من يتصدى لمنصب القضاء[2].

[1] المادة 37، نظام القضاء الصادر بالمرسوم رقم64 المنشور بتاريخ 14-07-1395هـ.

[2] محمد مصطفى الزحيلي،التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية،دار الفكر،دمشق(1402هـ-1982م)ص161.

الوضع التشريعي في المملكة: دستور المملكة

المادة الثامنة

يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل والشورى والمساواة وفق الشريعة الإسلامية.

المادة السادسة والعشرون

تحمي الدولة حقوق الإنسان.. وفق الشريعة الإسلامية[1].

المادة الثامنة والأربعون

تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة.

نظام السلطة القضائية: رقم م/78 بتاريخ 1428/09/19هـ.

المادة الحادية والثلاثون :

يشترط فيمن يولى القضاء :

أ – أن يكون سعودي الجنسية بالأصل .

ب – أن يكون حسن السيرة والسلوك .

ج – أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة للقضاء بحسب ما نص عليه شرعا .

د – أن يكون حاصلاً على شهادة إحدى كليات الشريعة بالمملكة أو شهادة أخرى معادلة لها ، بشرط أن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان خاص يعده المجلس الأعلى للقضاء .

هـ – ألاّ تقل سنه عن أربعين سنة (إذا كان تعيينه في درجة قاضي استئناف وعن اثنتين وعشرين سنة إذا كان تعيينه في إحدى درجات السلك القضائي الأخرى) .

و – ألاّ يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالدين أو الشرف، أو صدر في حقه قرار

[1] الأمر الملكي لـ 13 -01-1999 الموافق لـ 28 جمادى الآخرة 1414هـ.

تأديبي بالفصل من وظيفة عامة، ولو كان قدر رد إليه اعتباره .

المادة الثانية والثلاثون :

درجات السلك القضائي هي :

ملازم قضائي ، قاضي (ج) قاضي (ب) قاضي (أ) ، وكيل محكمة (ب) ، وكيل محكمة (أ) ، ورئيس محكمة (ب) ، رئيس محكمة (أ) ، قاضي استئناف ، رئيس محكمة استئناف ، رئيس المحكمة العليا ، ويجري شغل هذه الدرجات طبقاً لأحكام هذا النظام .

ثالثا: الكويت

إمكانية تولي المرأة القضاء من الموضوعات التي تشكل حساسية بالغة وتحفظات في المجتمعات الإسلامية عموما والعربية خصوصا.لاعتبارات شرعية وموروث ثقافي نابع من الارتباط بالعادات والتقاليد والنظام الاجتماعي السائد في هذه المجتمعات. و من بينها المجتمع الكويتي الذي يعد من المجتمعات المحافظة.حيث منع المرأة من تولي المناصب القضائية، وذلك في عدم وجود نصوص قانونية تميز بين الجنسين في مجال تولي الوظائف العامة.كما أن قانون تنظيم القضاء الكويتي لا يشترط الذكورة فيمن يشغل منصب القاضي.

فالنظام الدستوري الكويتي يضع كافة المواطنين رجالا ونساء على قدم المساواة بشأن أي وظيفة أو منصب من المناصب العامة التي تقوم على مبدأ المساواة في شغلها.

و باعتبار أن المساواة واحدة من دعائم المجتمع الكويتي التي على الدولة أن تكفل تحقيقها.

الوضع التشريعي:

مبدأ المساواة

نص الدستور الكويتي على كفالة تكافؤ الفرص وعلى المساواة وعدم جواز التمييز على أساس الجنس والعدالة الاجتماعية وحق العمل ...

فالمادة 7 تنص على أن "العدل والحرية والمساواة دعامات المجتمع الكويتي، والتعاون والتراحم صلة وثقي بين المواطنين"[1]

و المادة 29 تنص على أن "الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين"، نصت هذه المادة على مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بصفة عامة ثم خصت بالذكر أهم تطبيقات هذا المبدأ بقولها – لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين .

هذه الأسس تنسجم والتزامات الكويت الدولية. حيث أنها صدقت على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بقانون رق1996/12.الذي يقر في مادته 25

على ما يلي :...

ج – أن تتاح له، على قدم المساواة عموما مع سواه، فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده.

المادة الثامنة:

تصون الدولة دعامات المجتمع وتكفل الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص للمواطنين.

[1] دستور دولة الكويت،11-11-1962.

المادة السادسة والعشرون:

الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها، ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة .

ولا يتولى الأجانب الوظائف العامة إلا في الأحوال التي يبينها القانون .

قانون – رقم 23 لسنـــــة 1990 – نشر بتاريخ 10 \ 03 \ 1990

بشأن قانون تنظيم القضاء.

المادة 19

يشترط فيمن يتولى القضاء :

-أن يكون مسلما .

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

-أن يكون كامل الأهلية غير محكوم عليه قضائيا أو تأديبيا لأمر مخل بالشرف أو الأمانة .

– أن يكون محمود السيرة حسن السمعة .

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

من خلال الوضع التشريعي في الكويت فإن الدستور الكويتي يقر مبدأ المساواة بين المواطنين في مجال تولي الوظائف العامة إناثا وذكورا.كما أن أحكام القانون القضائي الكويتي لا يشترط الذكورة فيمن يشغل منصب القاضي.

– بالمقابل ترك للإدارة السلطة التقديرية في وزن المناسبات والملابسات التي تحيط بهذه الوظيفة بسبب بعض الاعتبارات الاجتماعية وما تفرضه التقاليد من أوضاع وحدود ولا معقب على الإدارة في هذا التقدير ما دامت تلتزم فيه وجه المصلحة العامة.

مع الأخذ بعين الاعتبار أن قاعدة مساواة الرجل بالمرأة في مجال تولي الوظائف ليست قاعدة مطلقة ولكن لابد أن تفسر في ضوء المبادئ التي يقوم عليها النظام الاجتماعي ومنها الدين وضرورة التوفيق بين عمل المرأة وواجباتها الأسرية.

رابعا:الإمارات العربية المتحدة

قانون السلطة القضائية الاتحادية ينص صراحة على أن الذكورة شرط لابد من توافره فيمن يتولى القضاء بالإمارات العربية المتحدة، حيث ذهب إلى ما قال به الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة من أن يكون القاضي ذكرا محققا. وعليه فقد أورد استثناء على مبدأ المساواة يتمثل في عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية نصت عليه المادة السابعة من الدستور"الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه، ولغة الاتحاد الرسمية هي اللغة العربية".
بما أن الأصل في النظام الدستوري والقانوني للإمارات العربية هو كفالة مبدأ المساواة الكاملة في الأهلية القانونية بين الرجل والمرأة، وكفالة مبدأ المساواة بين المواطنين جميعاً أمام القانون سواء بدون تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس والأصل واللغة...

الوضع التشريعي:

دولة الإمارات العربية المتحدة – دستور – سنة 1971 – نشر بتاريخ 18 \ 07 \ 1971.بشأن الدستور المؤقت للإمارات العربية المتحدة.

المادة 14

المساواة والعدالة الاجتماعية وتوفير الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع المواطنين من دعامات المجتمع والتعاضد والتراحم صلة وثقي بينهم.

المادة 25

جميع الأفراد لدى القانون سواء، ولا تمييز بين مواطني الاتحاد بسبب الأصل أو الموطن أو العقيدة الدينية أو المركز الاجتماعي .

المادة 35

باب الوظائف العامة مفتوح لجميع المواطنين، على أساس المساواة بينهم في الظروف، ووفقا لأحكام القانون.والوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها. ويستهدف الموظف العام في أداء واجبات وظيفته المصلحة العامة وحدها.

دولة الإمارات العربية المتحدة – قانون اتحادي – رقم 3 لسنـــــة 1983 – نشر بتاريخ 26 \ 05 \ 1983

بشأن السلطة القضائية الاتحادية.

المادة 18

يشترط فيمن يولى القضاء في المحاكم الاتحادية:

1- أن يكون ذكرا مسلما كامل الأهلية.

2- أن يكون من مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة.

3- أن لا يقل سنه عن ثلاثين سنة بالنسبة إلي رؤساء وقضاة المحاكم الاتحادية الابتدائية وخمس وثلاثين سنة بالنسبة إلي قضاة المحاكم الاتحادية الإستئنافية .

وأربعين سنة بالنسبة إلي رؤساء المحاكم الاتحادية الاستئنافية ورئيس وقضاة المحكمة الاتحادية العليا.

4- أن يكون حاصلا على إجازة في الشريعة الإسلامية أو القانون من أحدي الجامعات أو المعاهد العليا المعترف بها.

5- أن يكون قد أمضي في الأعمال القضائية أو القانونية بأحدي المحاكم أو ما يقابلها من وظائف النيابة العامة أو الفتوى والتشريع وقضايا الدولة أو في تدريس الشريعة الإسلامية أو القانون في أحدي الجامعات أو المعاهد العليا المعترف بها أو في مهنة المحاماة أو في غير ذلك من الأعمال القانونية التي تعتبر نظيرا للعمل في القضاء وفقا لما يحدده المجلس الأعلى للقضاء الاتحادي مددا لا تقل عن المدد الآتية:

أ- عشرين سنة للتعيين في وظائف رئيس المحكمة الاتحادية العليا وقضائها ورؤساء محاكم الاستئناف.

ب- أربع عشرة سنة للتعيين في وظائف قضاة محاكم الاستئناف.

ج- عشر سنوات للتعيين في وظائف قضاة المحاكم الابتدائية.

6- أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة ولم يسبق الحكم عليه من أحدي المحاكم أو مجالس التأديب لأمر مخل بالشرف أو الأمانة ولو كان قد رد إليه اعتباره أو محي الجزاء التأديبي الموقع عليه.

المطلب الثـــاني

الدول التي تجيز للمرأة تولي القضاء

لم يثر موضوع تولي المرأة القضاء جدلا واسعا في الدول التي أعطت لها حق تولي هذا المنصب.حيث أصبح أمرا واقعا بعد أن فتحت باب القضاء على مصراعيه وأتيح لها فرصة تولي مختلف مناصب المسؤولية فيه لانتفاء الموانع التي تمنعها تقلد هذه الوظيفة شرعا وقانونا. فالموقف الشرعي يؤيد حقها في شغل هذه الوظيفة بما أنه لا يوجد نص صريح يمنعها ذلك من جهة. من جهة أخرى فإن الحقوق القانونية والدستورية والمعاهدات والمواثيق الدولية وما استقرت عليه أحكام القضاء تؤكد هذا الحق.وعلى هذا فسأتطرق في هذا المطلب إلى الدول العربية التي أتاحت للمرأة فرصة تولي منصب قاضي والنصوص التي اعتمدت عليها من خلال الوضع التشريعي لكل دولة.

أولا:الجزائر

تعد الجزائر من الدول العربية والإسلامية التي سمحت للمرأة تقلد الوظائف القضائية باعتبار أن القانون الجزائري لا يميز بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات العامة. وطبقا للنصوص السارية المفعول فإن الشروط الواجب توافرها لا تشترط الذكورة في من يتولى القضاء.

الوضع التشريعي:

الأساس الدستوري

دستور الجزائر 438-1996 الصادر08-12 -1996.

المادة 29 "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف أخر شخصي أو اجتماعي "

المادة31« تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية»

المادة32«الحريات الأساسية وحقوق الإنسان مضمونة وتكون تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات واجبا أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته وعدم انتهاك حرمته»

المادة 51« يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون»

الأساس التشريعي: فتح قانون السلطة القضائية سبل الالتحاق بالوظيفة القضائية أمام الجنسين من خلا ل النصوص الآتية:

القانون العضوي رقم4/11 المؤرخ في 21 رجب 1425 الموافق ل 06-09-2004 المنشور بتاريخ 08-09-2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء .

المادة36« تنظم المدرسة العليا للقضاء تحت مسؤوليتها مسابقات وطنية لتوظيف الطلبة القضاة،تحدد الشروط الأخرى عن طريق التنظيم»

المادة37« يشترط في توظيف الطلبة القضاة المذكور في المادة36 أعلاه التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة»

المرسوم التنفيذي رقم 303 لسنة 2005 المنشور بتاريخ 25-08-2005 بشأن تنظيم المدرسة العليا للقضاء الذي يحدد كيفيات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها ...

زيادة على الشرط المنصوص عليه القانون العضوي رقم4/11 المؤرخ في 21 رجب 1425هـ الموافق لـ 06-09-2004 المنشور بتاريخ 08-09-2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء تفتح المسابقة أمام كل مترشح يستوفي الشروط الآتية:

- بلوغ سن خمس وثلاثين (35) سنة على الأكثر عند تاريخ المسابقة.
- حيازة شهادة بكالوريا التعليم الثانوي وثمانية سداسيات من التعليم العالي المتوج بشهادة ليسانس في الحقوق على الأقل أو شهادة تعدلها،
- إثبات الوضعية القانونية تجاه الخدمة الوطنية،
- استيفاء شروط الكفاءة البدنية والعقلية لممارسة الوظيفة.
- التمتع بالحقوق المدنية والوطنية وحسن الخلق.
- يحدد وزير العدل حافظ الأختام مشتملات ملف الترشيح بقرار.

وعلى هذا فإن القواعد الدستورية والنصوص التشريعية خولت للجنسين حق الالتحاق بالوظائف القضائية.ومما تجدر الإشارة إليه أن المادة13 من قانون 1969 كانت أكثر وضوحا حينما فتحت صراحة باب الالتحاق بالوظائف القضائية لكلا الجنسين وهذا ما لم تشر إليه المادة27 من القانون الأساسي لعام1989 ولا المادة 28 من القانون السالف الذكر[1].

هذه الأسس تنسجم مع المواثيق الدولية التي نصت على مبدأ المساواة و احترام حقوق الإنسان بدءا من ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إضافة إلى الاتفاقيات المتعلقة بالمرأة ومنها اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لعام 1952 واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18-12-1979.

[1] عمار بوضياف،النظام القضائي الجزائري،1962-2002،دار ريحانة، الجزائر،48.و بشير محند أمقران ،النظام القضائي الجزائري،ط4(2005)،د م ج ،الجزائر،ص149-150.

من جهة أخرى فالملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي الذي يجيز للمرأة تولي القضاء في الشريعة الإسلامية وفق ما ذهب إليه ابن جرير الطبري وابن حزم الظاهري وغيرهما كما سنرى لاحقا.حيث تولت المرأة القضاء في الجزائر في عهد مبكر بعد الاستقلال مباشرة –1963– فوصلت إلى مستشارة بالمحكمة العليا ورئاسة مجلس الدولة.

ثانيا : الأردن

لم يشترط النظام القضائي الأردني الذكورة فيمن يشغل منصب القضاء، وعليه أجاز للمرأة أن تكون قاضية. تماشيا مع ما أقره القانون الأردني – الدستور– من إزالة العوائق التي تحول دون مساواة المرأة بالرجل كما سنرى من خلال الوضع التشريعي في هذا البلد.

والملاحظ أن وجود المرأة ألأردنية في سلك القضاء يعتبر حديثا مقارنة بدول عربية أخرى أجازت للمرأة تقلد وظيفة القضاء ،حيث تم تعيين أول قاضية في الأردن العام 1996 – إحسان بركات – .

وإذا كان القانون الأردني يسمح للمرأة بتولي الوظائف في سلك القضاء المدني فإنه منعها من تولي القضاء الشرعي ،حيث أصدرت محكمة العدل الأردنية وهي أعلى هيئة قضائية في البلاد حكما يمنع المرأة من تولي منصب قاض شرعي.بررت قرارها بعدم جواز تولية المرأة القضاء الشرعي بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية.

الوضع التشريعي :

المملكة الأردنية الهاشمية – دستور – سنة 1952 – نشر بتاريخ 08 \ 01 \ 1952

المادة السادسة:

1–الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين .

2–تكفل الدولة العمل والتعليم ضمن حدود إمكانياتها وتكفل الطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع الأردنيين.

المادة الثانية والعشرون:

1– لكل أردني الحق في تولي المناصب العامة بالشروط المعينة بالقوانين أو الأنظمة .

2– التعيين للوظائف العامة من دائمة ومؤقتة في الدولة والإدارات الملحقة بها والبلديات يكون على أساس الكفاءات والمؤهلات.

المملكة الأردنية الهاشمية – قانون – رقم 15 لسنـــــة 2001 –

نشر بتاريخ 18 \ 03 \ 2001 بشأن قانون استقلال القضاء .

المادة العاشرة:

يشترط فيمن يعين قاضيا أن يكون:

أ– أردني الجنسية غير متمتع بحماية أجنبية.

ب– قد أكمل السابعة والعشرين من عمره وتتوافر فيه الشروط الصحية للتعيين.

ج– متمتعا بالأهلية المدنية غير محكوم بأي جناية باستثناء الجرائم السياسية.

د- غير محكوم من محكمة أو مجلس تأديبي لأمر مخل بالشرف ولو رد اعتباره أو شمله عفو عام .

هـ ــ محمود السيرة وحسن السمعة .

و -حاصلا على الشهادة الجامعية الأولى في الحقوق من إحدى كليات الحقوق في الجامعات الأردنية ، أو على شهادة معادلة لها في الحقوق يقبلها المجلس بعد الاستئناس برأي الجهة المختصة بمعادلة الشهادات في المملكة على أن تكون هذه الشهادات مقبولة للتعيين في القضاء في البلد الذي صدرت فيه .

ز- أن يكون:

1- قد عمل محاميا استناداً لمدة لا تقل عن أربع سنوات بعد حصوله على الدرجة الجامعية الأولى في الحقوق أو لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات بعد حصوله على الدرجة الجامعية (الماجستير) في الحقوق أو لمدة سنتين بعد حصوله على الشهادة الجامعية الثالثة (الدكتوراه) في الحقوق أو

2- حاصلا على الشهادة الجامعية الأولى في الحقوق وعمل كاتبا في المحاكم بعد حصوله عليها مدة لا تقل عن ثلاث سنوات وتم إيفاده من المجلس لدورة في المعهد القضائي لمدة سنة أو

3- حاصلا على دبلوم المعهد القضائي ويستثنى من شرط السن خريجو المعهد القضائي والدارسين فيه قبل نفاذ أحكام هذا القانون.

ثالثا: اليمن

لم يمنع المشرع اليمني المرأة القضاء ،فأتاح لها ممارسة حقها الشرعي والدستوري والقانوني انطلاقا من عدم تمييز الدستور بين المواطنين في مجال تولي الوظائف العامة ومنها تولية منصب القضاء .حيث تعد تجربة المرأة اليمنية في القضاء ذات أسبقية تاريخية في الجزيرة والخليج، تعود إلى مرحلة السبعينيات من القرن الماضي باعتبار اليمن أول بلد في الجزيرة العربية يولي المرأة القضاء والسادس عربيا

بعد المغرب والسودان ولبنان وتونس وسوريا. مستندا إلى عدم وجود نص صريح يمنع المرأة من تولي القضاء شرعا، ومرجعية دستورية وقانونية تقر مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين الرجل والمرأة،لأنه لا يوجد نص قانوني يمنع المرأة من تولي القضاء. فقانون السلطة القضائية لا يشترط الذكورة في من يدخل معهد القضاء العالي الذي يعد الباب الرئيسي للدخول إلى مجال القضاء.وأخرى دولية تتمثل في التزام اليمن بالمواثيق الدولية الخاصة بحقوق المرأة.وهذا ما يوضحه الوضع التشريعي لليمن في هذا المجال.

الوضع التشريعي :

الجمهورية اليمنية – دستور – سنة 2001 – نشر بتاريخ 20 \ 02 \ 2001

المادة24

تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وثقافياً وتصدر القوانين لتحقـــيـــق ذلـــك.

المادة31

النساء شقائق الرجـــال ولهن من الحقوق وعليـــهن من الواجبات ما تكفله وتوجبه الشريعة وينـــص عليـــه القانـــون.

المادة41

المواطنون جميعهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة.

الجمهورية اليمنية – قانون – رقم 5 لسنـــــة 1995 – نشر بتاريخ *15 \ 03 \ 1995*

بشأن قانون العمل.

--المادة5

العمل حق طبيعي لكل مواطن وواجب على كل قادر عليه بشروط وفرص وضمانات وحقوق متكافئة دون تمييز بسبب الجنس أو السن أو العرق أو اللون أو العقيدة أو اللغة وتنظم الدولة بقدر الإمكان حق الحصول على العمل من خلال التخطيط المتنامي للاقتصاد الوطني.

المادة42

تتساوى المرأة مع الرجل في كافة شروط العمل وحقوقه وواجباته وعلاقاته دون أي تمييز، كما يجب تحقيق التكافؤ بينها وبين الرجل في الاستخدام والترقي والأجور والتدريب والتأهيل والتأمينات الاجتماعية، ولا يعتبر في حكم ما تقتضيه مواصفات العمل أو المهنة

الجمهورية اليمنية – قانون – رقم 19 لسنـــــة 1991 – نشر بتاريخ 31 \ 03 \ 1991 بشأن الخدمة المدنية.

المادة12

ج - يقوم شغل الوظيفة العامة على مبدأ تكافؤ الفرص والحقوق المتساوية لجميع المواطنين دون أي تمييز، وتكفل الدولة وسائل الرقابة على تطبيق هذا المبدأ .

المادة22

أ- يشترط في المرشح للتعيين في الوظائف العامة ما يلي:

-أن يكون يمنيـــاً.

الجمهورية اليمنية – قانون – رقم 1 لسنـــــة 1991 – نشر بتاريخ 30 \ 01 \ 1991بشأن السلطة القضائية.

المادة 57

يشترط في من يعين ابتداءً في وظائف السلطة القضائية ما يلي:

أ- أن يكون متمتعاً بجنسية الجمهورية اليمنية ، كامل الأهلية ، خالياً من العاهات المؤثرة على القضاء.

.ب- أن لا يقل سنه عن ثلاثين عاماً ، وألا يتولى العمل القضائي إلا بعد مضي فترة تدريبية لا تقل عن سنتين في المجال القضائي.

ج- أن يكون حائز على شهادة من المعهد العالي للقضاء بعد الشهادة الجامعية في الشريعة والقانون أو الحقوق من إحدى الجامعات المعترف بها في الجمهورية اليمنية.

د- أن يكون محمود السيرة والسلوك حسن السمعة.

ه- ألا يكون قد حكم عليه قضائياً في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.

و- يستثنى من شرطي الحصول على شهادة المعهد العالي للقضاء وحد السن الأدنى من يلتحق بوظائف النيابة العامة .

رابعا: المغرب

من خلال النظر في الشروط اللاحقة التي وضعها المشرع المغربي للالتحاق بالقضاء، فإن شرط الذكورة ليس من الشروط المطلوبة لتولي منصب القاضي، وعليه فقد أجاز للمرأة أن تتولى القضاء.

بحيث تعتبر المملكة المغربية من أول الدول العربية التي اعتلت فيها المرأة منصب القضاء، ويعود تاريخ تعيينها إلى العام 1959. وإلى العام 2009 بلغ عدد القاضيات

بالمغرب ما يقارب 643 قاضية في جميع أنواع المحاكم ومختلف درجاتها ، حيث أخذ المشرع المغربي بما ذهب إليه الرأي الفقهي القائل بجواز تولية المرأة القضاء على الإطلاق. و مستندا إلى نصوص قانونية وأخرى تشريعية تسوي بين الرجل والمرأة في مباشرة الحقوق والواجبات وتولي الوظائف العامة بالمملكة.

الوضع التشريعي :

المملكة المغربية – ظهير شريف – رقم 467 لسنـــــة 1974 – نشر بتاريخ 11 \ 11 \ 1974

بشأن ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.467 بتاريخ 26 شوال 1394

(11 نوفمبر 1974) يكون النظام الأساسي لرجال القضاء.

-المادة الثالثة:

يعين القضاة من بين الملحقين القضائيين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

المادة الرابعة:

لا يعين أي شخص ملحقا قضائيا :

– إذا لم تكن جنسيته مغربية مع مراعاة قيود الأهلية المشار إليها في قانون الجنسية المغربية.

– إذا لم يكن متمتعا بحقوقه الوطنية وذا مروءة وسلوك حسن.

– إذا لم يكن يتوفر على القدرة البدنية المطلوبة لممارسة الوظيفة.

– إذا لم يكن بالغا من العمر إحدى وعشرين سنة كاملة.

– إذا لم يكن في حالة صحيحة تجاه القوانين المتعلقة بالتجنيد العسكري والخدمة المدنية.

المملكة المغربية دستور رقم 157 لسنـــــة 1996 – نشر بتاريخ 10 \ 10 \ 1996

المادة الخامسة:

جميع المغاربة سواء أمام القانون.

المادة الثامنة:

الرجل والمرأة متساويان في التمتع بالحقوق السياسية .
لكل مواطن ذكرا كان أو أنثى الحق في أن يكون ناخبا إذا كان بالغا سن الرشد ومتمتعا بحقوقه المدنية والسياسية.

المادة الثانية عشر:

يمكن لجميع المواطنين أن يتقلدوا الوظائف والمناصب العمومية وهم سواء فيما يرجع للشروط المطلوبة لنيلها.

خامسا: السودان

ليست الذكورة شرطا فيمن يتولى القضاء في السودان، فجاء تولية المرأة القضاء مطلقا سواء في الحدود أو القصاص أو المعاملات ...وفي جميع أنواع المحاكم الشخصية باختلاف أنواعها ودرجاتها سواء تعلق الأمر بالمسلمين أو بغيرهم أخذا بما ذهب إليه أبن جرير الطبري وابن حزم الظاهري وغيرهما ممن أجازوا للمرأة ولاية القضاء على الإطلاق.

تاريخيا يعود تولي المرأة القضاء في السودان إلى العام 1965 حيث تم تعيين أول امرأة في القضاء المدني. وفي العام 1970 تم تعيين أول قاضية في القضاء

الشرعي.ويمثل عدد النساء العاملات في الهيئة القضائية السودانية – وزارة العدل – 65% من مجموع العملين وهذه تعتبر نسبة مرتفعة مقارنة بدول عربية أخرى.

الوضع التشريعي :

جمهورية السودان – دستور – سنة 2005 – نشر بتاريخ 06 \ 07 \ 2005

المادة الواحدة والثلاثون:

الناس سواسية أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحماية القانون دون تمييز بينهم بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو العقيدة الدينية أو الرأي السياسي أو الأصل العرقي.

المادة الثانية والثلاثون :

حقوق المرأة والطفل (1): تكفل الدولة للرجال والنساء الحق المتساوي في التمتع بكل الحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية بما فيها الحق في الأجر المتساوي للعمل المتساوي والمزايا الوظيفية الأخرى .

(2) تعزز الدولة حقوق المرأة من خلال التمييز الإيجابي.

(3) تعمل الدولة على محاربة العادات والتقاليد الضارة التي تقلل من كرامة المرأة ووضعيتها.

جمهورية السودان – قانون – سنة 2007 – نشر بتاريخ 01 \ 01 \ 2007

بشأن قانون الخدمة الوطنية القومية

المادة الثانية والعشرون:

دون الإخلال بأحكام قانون المفوضية القومية للخدمة المدنية لسنة 2007م يكون الاختيار لوظائف الخدمة المدنية القومية عن طريق المنافسة الحرة وعلى أساس معايير الجدارة والقدرات اللازمة للإطلاع بمهام الوظيفة، ويتم ذلك عن طريق الامتحان أو المقابلات أو عبر مراكز الاختبارات المتخصصة ووفقا لمتطلبات العمل والتخصصات المختلفة والمعايير المطلوبة لشغل الوظيفة المعينة.

جمهورية السودان – قانون – سنة 1986 – نشر بتاريخ 15 \ 04 \ 1986

بشأن قانون السلطة القضائية لسنة 1986---.

المادة الثالثة والعشرون :

يشترط فيمن يولي القضاء:
أ- أن يكون سودانياً كامل الأهلية.

ب – ألا يقل عمره عن ثلاث وعشرين سنة إذا كان التعيين في وظيفة مساعد قضائي وعن خمس وعشرين سنة إذا كان التعيين في المحاكم الجزئية وعن ثلاثين سنة إذا كان التعيين في المحاكم العامة وعن خمس وثلاثين سنة إذا كان التعيين في محاكم الاستئناف وعن أربعين سنة إذا كان التعيين في المحكمة العليا.
ج- أن يكون حاصلاً على درجة في القانون من جامعة معترف بها في السودان وذلك مع عدم الإخلال بأي شرط ينص عليه أي قانون آخر بشان تولى القضاء ويجوز أن تخضع السلطة القضائية الأشخاص المتقدمين للعمل لديها للاختبار ,
د- ألا يكون قد صدر ضده حكم من محكمة مختصة أو من مجلس محاسبة في أمر مخل بالشرف أو الأمانة حتى لو صدر قرار بالعفو عنه,
ه- أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة.

سادسا : سلطنة عمان

لا يشترط قانون السلطة القضائية فيمن يتولى القضاء في سلطنة عمان أن يكون ذكرا. وعليه تولت المرأة القضاء في هذا البلد باعتبار عدم وجود نص شرعي صريح يمنع المرأة ولاية هذا المنصب، ولا نص قانوني يمنعها شغله يميز بينها وبين الرجل.

الوضع التشريعي:

سلطنة عمان مرسوم سلطاني رقم 90 لسنة 1999 – نشر بتاريخ 01 \ 12 \ 1999

بشأن إصدار قانون السلطة القضائية.

المادة الواحدة والعشرون:

يشترط فيمن يولى القضاء أن يكون:

أ- مسلما ،عماني الجنسية.

ب- كامل الأهلية.

ج- محمود السيرة حسن السمعة.

د- حاصلا علي شهادة في الشريعة الإسلامية أو القانون من إحدى الجامعات أو المعاهد العليا المعترف بها.

هـ- ألا تكون قد صدرت ضده أحكام جزائية أو تأديبية لأسباب ماسة بالذمة والشرف . ولو كان قد رد إليه اعتباره.

و- أن يجتاز الاختبارات والمقابلات التي تعقد لهذا الغرض.

سلطنة عمان – النظام الأساسي للدولة – رقم 101 لسنـــــة 1996 – نشر بتاريخ 16 \ 11 \ 1996

بشأن إصدار النظام الأساسي للدولة.

المادة السابعة عشر:

المواطنون جميعهم سواسية أمام القانون، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ولا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللون أو اللغة أو الدين أو المذهب أو الموطن أو المركز الاجتماعي.

المادة الثانية عشر:

المبادئ الاجتماعية: العدل والمساواة وتكافؤ الفرص بين العمانيين دعامات للمجتمع تكفلها الدولة.

-التعاضد والتراحم صلة وثقي بين المواطنين، وتعزيز الوحدة الوطنية واجب، وتمنع الدولة كل ما يؤدى للفرقة أو الفتنة أو المساس بالوحدة الوطنية.

-الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها. ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة وخدمة المجتمع والمواطنون متساوون في تولى الوظائف العامة وفقا للشروط التي يقررها القانون.

المبحث الثـــاني

حق المرأة في تولي القضاء في الشريعة

إذا كانت المساواة في التكاليف بالأحكام وكذالك في الجزاء الأخروي والعقاب بين الذكور والإناث هي الأصل في الشريعة الإسلامية إلا ما خصه الدليل. قال الرسول صلى الله عليه وسلم " إن النساء شقائق الرجال " رواه الترمذي[1].

فقد أثيرت مسألة ولاية المرأة القضاء قديما وحديثا واختلفت حولها أراء الفقهاء ودار فيها القول بين المنع والجواز.

فذهب مالك والشافعي وأحمد ابن حنبل إلى أنه لا يجوز أن تتولى المرأة القضاء لنقص النساء عن رتب الولايات.

بينما ذهب أبو حنيفة إلى جواز توليتها القضاء في كل شيء تقبل فيه شهادتها وتصح عنده شهادة النساء في كل شيء إلا في الحدود والقصاص – الجراح– على حين أطلق ابن جرير الطبري فأجاز قضاء المرأة في كل شيء وفي جميع الأحوال قياسا على جواز إفتائها في كل شيء.

وعليه أصبحت مسألة تولي المرأة القضاء من القضايا المشكلة التي تطرح بين الفينة والأخرى. حيث ينادي البعض بتقلد المرأة القضاء أسوة بالرجل استنادا إلى ما ذهب إليه بعض علماء المذهب الحنفي وابن جرير وتمسك آخرون بعدم جواز تولي المرأة القضاء أخذا بما ذهب إليه الجمهور.

من هذا المنطلق سأحاول عرض الآراء المختلفة في موضوع ولاية المرأة القضاء مع بيان الأدلة التي استند إليها كل فريق ثم استعراض ما دار حولها من مناقشات من خلال هذين المطلبين .

---

[1] محمد بن عيسى الترمذي،(ت،و279ه)،سنن الترمذي،ط1،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع،الرياض،كتاب الطهارة،باب رقم82،حديث رقم 113،ص38.

المطلب الأول: رأي الجمهور – المنع المطلق.

وهو مذهب الأئمة الثلاث مالك[1] والشافعي[2] وأحمد [3] وزفر من الحنفية [4] .يرون أن الذكورة شرط من شروط صلاحية تولي القضاء ، فلا يجوز عندهم أن تتولى المرأة القضاء ، في أي نوع من أنواع القضايا فمتى تولت القضاء بطلت ولايتها وأثم من ولاها وأثمت إن رضيت بذلك ولا ينفذ قضاؤها، باعتبار الذكورة عندهم شرط للجواز والصحة. و سنتطرق إلى بعض أراء المذاهب في هذا الشأن والأدلة التي استدلوا بها على عدم جواز تولي المرأة القضاء في هذه الفروع.

---

[1] عبد الباقي الزر قاني، شرح الزر قاني على مختصر خليل،دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ،المجلد الرابع ،باب القضاء،ج7،ص123.

وأبو عبد الله الحطاب (906-954ه)،مواهب الجليل شرح مختصر خليل،دار الفكر للطباعة والنشر،بيروت،ط1،(1422ه-2002م)،المجلد السادس،باب القضاء،ص100-102،و القرافي (ت،و684ه)،الذخيرة في فروع المالكية،تحقيق أبو إسحاق عبد الرحمان،دار الكتب العلمية ،بيروت،ط1(1424ه-2003م)،ج8،ص13.

[2] زكريا بن محمد الأنصاري،(ت،و926ه)،الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية للإمام عمر بن مصطفى بن الوردي،(ت،و749ه)،دارالكتب العلمية ،بيروت،ط1،(1418ه-1997م)،ج10،ص159.والإمام النووي(ت،و976ه)،روضة الطالبين،دار الكتب العلمية بيروت،ط(1421ه-2000م)،ص82-83. وأبو الحسن الماوردي(ت،و450ه)،أدب القاضي،تحقيق هلال السرحان،مطبعة الإرشاد ،بغداد(1391ه-1971م)ج1،ص625-628.

[3] شهاب الدين ابن أبي الدم (ت،و642ه)،كتاب أدب القضاء،تحقيق محمد مصطفى الزحيلي،دار الفكر دمشق،ط2،(1402ه-1982م)،ص70-71. والقاضي أبو يعلى الفراء،(ت،458ه)،الأحكام السلطانية،تعليق محمد الفقي،دار الكتب العلمية ،بيروت،ط2(1421ه-2000م)،ص60،

[4] علاء الدين الكاساني،(ت،و587ه)،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،دار الكتاب العربي ،بيروت،ط1982، ج7،ص2.

وأحمد شلبي ،تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام،مكتبة النهضة المصرية ،القاهرة،ص260.

أولا :أراء المذاهب في تولية المرأة القضاء

1- مذهب المالكية

جاء في تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام .

قال القاضي عياض – رحمه الله – في التنبيهات " وشروط القضاء التي لا يتم القضاء إلا بها ولا تنعقد الولاية ولا يستدام عقدها إلا معها عشرة : الإسلام والعقل والذكورة والحرية والبلوغ والعدالة والعلم وكونه واحدا وسلامة حاسة السمع والبصر من العمى والصمم وسلامة اللسان من البكم فالثمانية الأولى هي المشترطة في صحة الولاية والثلاثة الأخرى ليست بشرط في صحة لكن عدمها يوجب العزل ... ولا تصح من المرأة ولأن كلامها ربما كان فتنة وبعض النساء تكون صورتها فتنة "[1] .فالإمام ابن فرحون يقطع بعدم جواز تولية المرأة القضاء وهذا هو الرأي السائد في المذهب.

وفي هذا الصدد يقول الإمام القاضي ابن رشد القرطبي في بداية المجتهد " فأما الصفات المشترطة في الجواز : فأن يكون حرا مسلما بالغا ذكرا ...وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة فقول الجمهور هي شرط في صحة الحكم... وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضية في الأحوال.وقال الطبري يجوز أن تكون المرأة حاكما على الإطلاق في كل شيء .فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الإمامة الكبرى و قاسها أنفا على العبد لنقصان حرمتها و من أجاز حكمها في الأحوال فتشبيها بجواز شهادتها في الأحوال ومن رأى حكما نافذا في كل شيء .قال إن الأصل هو إن كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز إلا ما خصصه الإجماع من الإمامة الكبرى " [2]

---

[1] برهان الدين ابن فرحون المالكي،تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام،دار الكتب العلمية ،بيروت، ط1(1416ه-1995م)ص21.

[2] ابن رشد القرطبي ،(520ه-595ه)،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق ماجد الحموي،دار ابن حزم،ج4،ص1768.

يقول الحطاب في مواهب الجليل لشرح مختصر خليل:

"أهل القضاء عدل...ذكر ." للقضاء خصال مشترطة في صحة الولاية و هي أن يكون ذكرا حرا مسلما بالغا عاقلا واحدا فهذه ستة خصال لا يصح أن يولى القضاء إلا من اجتمعت فيه. فأولى من لم تجتمع فيه لم تنعقد له الولاية وإن أنخرم شيء منها بعد انعقاد الولاية سقطت الولاية " [1]

2-الشافعية _ المنع المطلق

يقول الماوردي في الأحكام السلطانية في شروط ولاية القضاء :

"ولا يجوز أن يقلد القضاء إلا من تكاملت فيه شروطه التي يصح معها تقليده و ينفذ بها حكمه وهي سبعة:فالشرط الأول منها أن يكون رجلا وهذا الشرط يجمع صفتين :البلوغ و الذكورة فأما البلوغ فأما غير البالغ فلا يجري عليه قلم ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم و كان أولى أن لا يتعلق على غيره حكم. وأما المرأة فلنقص النساء عن رتب الولايات وإن تعلق بقولهن أحكام. وقال أبو حنيفة يجوز أن تقضي فيما تصح فيه شهادتها ولا يجوز أن تقضي فيما لا تصح فيه شهادتها.

و شذ ابن جرير الطبري فجوز قضائها في جميع الأحكام ولا اعتبار بقوله يرده الإجماع مع قول الله تعالى "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض" يعني في العقل و الرأي فلم يجز أن يقمن على الرجال " [2]

ويقول الخطيب الشربيني في مغني المحتاج :

"وشروط القاضي أي من يتولى قاضيا (مسلما) أي الإسلام وكذا الباقي...(الذكر) فلا تولى امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة –رواه البخاري

---

[1] الحطاب الرعيني المغربي ،(906ه-954ه)مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،دار الكتب للطباعة والنشر،بيروت،ط1،(1422ه-2002م)،م6،ص100-102.

[2] أبو الحسن الماوردي،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية،مطبعة مصطفى ألبابي ،ط2(1386ه-1966م)،ص65.

ولأن النساء ناقصات عقل ودين تنبيه شمل إطلاق المصنف منها ولو فيما تقبل فيه شهادتها فيه وهو كذلك. وفيه إشارة على الرد على أبي حنيفة حيث جوزه حينئذ وعلى ابن جرير حيث جوزه مطلقا " [1]

وفي هذا السياق يقول ابن أبي العباس الرملي " وشروط القاضي أي من تصح توليته القضاء مسلم لانتفاء أهلية الكافر للولاية... واشترط الماوردي زيادة عقل اكتسابي على العقل الغريزي مخالف لكلامهم – حر – كله لنقص غيره بسائر أقسامه – ذكر – فلا تولى المرأة القضاء لمخالفة الرجال وهي مأمورة بالتخدر والخنثى في ذلك كالمرأة في القضاء ولخبر البخاري وغيره لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة..."[2]

ولأن القضاء يتطلب الاجتماع بالرجال وفي اجتماع الرجال بالنساء لا تؤمن الفتنة. وأيضا في تولي النساء القضاء صرف لهن عن مهمتهن الأصلية من القيام بشؤون البيت والأولاد .وكذلك يشترط للقضاء القوة والسطوة حتى لا يطمع الناس بجانبه

- القاضي- والمرأة قد يعوزها هذا الجانب قال الشافعية بعدم جواز تولية المرأة القضاء مهما كانت كفاءتها [3].

جاء في تكملة المجموع – شرح المهذب للإمام الشيرازي:

" ولا يجوز أن يكون امرأة أي القاضي...لأنه لابد للقاضي من مجالسة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم والمرأة ممنوعة من مجالسة الرجال لما يخاف عليهم من الآفتتان بها "[4]

---

[1] محمد الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،شركة صابي ،بيروت، ط(1374ه-1955م)،ج4،ص375.

[2] محمد ابن أبي العباس الرملي،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،(حاشية الشبراملسي)،دار الفكر للطباعة والنشر،بيروت،ط(1404ه-1984م)،ج8،ص237.

[3] مصطفى الخن وآخرون،الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي،دار القلم دمشق،الدار الشامية،بيروت (1419ه-1998 م)،م3،ص532.

[4] عادل أحمد عبد الموجود وآخرون ،تكملة المجموع ،دار الكتب العلمية، بيروت ،ط1، (1423ه-2002م)ج26،ص445.

فما ينبغي أن يتوافر من شروط في القاضي الكمال، بأن يكون كاملا في الحكم والخلق والكمال في الحكم أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا.

3-الحنابلة : المنع المطلق :

يقول ابن قدامة في المغني في مسألة شروط القاضي ومسألة الاجتهاد .

" وجملته أنه يشترط في القاضي ثلاثة شروط أحدها الكمال وهو نوعان كمال الأحكام وكمال الخلقة. أما كمال الأحكام فيعتبر فيه أربعة أشياء أن يكون بالغا عاقلا حرا ذكرا وحكي عن ابن جرير أنه لا يشترط الذكورة لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون قاضية في غير الحدود لأنه يجوز أن تكون شاهدة فيه – ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم

(ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة) ولأن القاضي يحضر محافل الخصوم والرجال ويحتاج فيه إلى كمال الرأي وتمام العقل والفطنة والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأي ليست أهلا للحضور في محافل الرجال ولا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة معها ما لم يكن معهن رجل. وقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسياهن بقوله تعالى " أن تضل إحداهن فتذكر أحداهن الأخرى "

ولا تصلح للولاية العظمى ولا لتولية البلدان ولهذا لم يولي النبي صلى الله عليه وسلم ولا أحد خلفائه ولا من بعدهم امرأة القضاء ولا ولاية بلد فيما بلغنا ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالبا."[1]

[1] ابن قدامة المقدسي(ت،و630ه)،المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني،دار الفكر،بيروت،ط1،(1405ه)،ج11،ص381.

و عبد الكريم زيدان،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية،مؤسسة الرسالة،ط2(1409ه-1989م)،عمان ،الأردن،ص30.

وعلى ذلك فإن مذهب الحنابلة بإجماع أراء فقهائه لا يجيز إطلاقا ولاية المرأة القضاء ولا تتفق معه في هذا الموقف المذاهب الأخرى التي لم يجمع فقهاؤها على رأي واحد. كما يتضح من أقوال فقهاء المذهب ، حيث يقول أبو النجا الحجاوي في الإقناع

" ويشترط في القاضي عشر صفات ...ذكرا " [1]

ونفس الكلام أشار إليه المقدسي في الكافي بقوله " ويشترط للقضاء عشرة أشياء وذكر منها الذكورة قال فلا تصح تولية المرأة القضاء ولقوله صلى الله عليه وسلم « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » رواه البخاري ولأن المرأة ناقصة العقل غير أهل لحضور الرجال ومحافل الخصوم "[2]

وفي معرض حديثنا عن أراء الفقهاء من المذاهب الأربعة حول تولية المرأة القضاء نشير إلى بعض الآراء الخارجة عن هذه المذاهب ومنها رأي الإمام الشوكاني حيث يقول في نيل الأوطار " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " فيه دليل على أن المرأة ليست من أهل الولايات ولا يحل لقوم توليتها لأن تجنب الأمر الموجب لعدم الفلاح واجب – قال في الفتح لقد اتفقوا على اشتراط الذكورة في القاضي إلا عن الحنفية واستثنوا الحدود وأطلق ابن جرير ويؤيد ما قاله الجمهور أن القضاء يحتاج إلى كمال الرأي ورأي المرأة ناقص ولاسيما في محافل الرجال وأستند المصنف أيضا على ذالك بحديث بريدة المذكور في الباب لقوله رجل ورجل فدل بمفهومه على خروج المرأة .[3]

---

[1] أبو النجا الحجاوي،(ت،و960ه)،الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ،تحقيق عبد اللطيف البسكي ،دار المعرفة،بيروت،ج4،ص368.

[2] ابن قدامة المقدسي ،الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل،ج4،ص221.عن الموسوعة الشاملةwww.islamport.com

[3] محمد بن علي الشوكاني،(28ذوالحجة1173ه-27جمادى الثانية1250ه)نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار،شرح منتقى الأخبار،إدارة الطباعة المرينية،ج7،ص137.

الحديث عن بريدة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «القضاة ثلاث 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 ماجة وأبو داوود .

ثانيا:أدلة الجمهور في منع تولية المرأة القضاء

قال المالكية والشافعية والحنابلة بأن الذكورة شرط في جواز التولية وصحتها واستدلوا على ذلك من المنقول والمعقول .

أ : من القرآن الكريم

استدلوا من الكتاب بقوله تعالى «ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ [1]» يعني في العقل والرأي فلم يجز أن يقمن على الرجال [2] .

هذه الآية الكريمة أفادت حصر القوامة في الرجال لأن المبتدأ المعرف بلام الجنس ينحصر في خبره كما تنص على ذلك قواعد اللغة العربية.

ومادام الأمر على ذالك فلا يصح للمرأة تولي القضاء لأن في توليتها القضاء يجعل لها قوامة على الرجال وهذا بخلاف ما دلت عليه الآية الكريمة.

" فالرجال يقومون بالنفقة عليهن والذب عنهن وأيضا فإن تولية المرأة القضاء كان تقديما لما أخره الله تعالى"[3] .فالقوامة هي الولاية عنهن بالرعاية والإشراف والتوجيه وتدبير المصالح[4].

- محمد بن إسماعيل الضعاني،سبل السلام شرح بلوغ المرام،تحقيق علي بهجت القاضي،دار الفكر للطباعة والنشر،(1421ه-2000م)،ج4،ص1401.

[1] سورة النساء،جزء من الأية34.

[2] الماوردي ،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية والولايات الدينية،تحقيق أحمد مبارك البغدادي ،ط1،(1409ه-1989م)، مكتبة دار ابن قتيبة،الكويت ،ص88.

[3] القرطبي (ت،و671ه)الجامع لأحكام القرآن،تحقيق عماد زكي،خيري سعيد،المكتبة التوفيقية،مصر،ج5،ص145.

[4] عبدا لخالق النووي ،العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية،ط1(1394ه-1984م)،دار الكتاب العربي ،بيروت ،ص264.

قوله تعالى «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنَ اَهْلِهِۦ وَحَكَماً مِّنَ اَهْلِهَآ إِنْ يُّرِيدَآ إِصْلَٰحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً ﴿٣٥﴾»[1]

إن الله عز وجل أمر الحكام والأمراء – على ما عليه جمهور العلماء [2] من أن المخاطب بقوله "وإن خفتم " هم – أن يرسلوا عند الشقاق بين الزوجين حكمين من الرجال من أهل الرجل والمرأة يصلحان بينهما. والخلاف بين الأزواج من الدعاوي الخاصة بالزوج والزوجة تجوز فيها شهادة المرأة ومع شهادتها لا يجوز تحكيمها .[3]

- قوله تعالى « وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَيٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَيٰهُمَا الْأُخْرَىٰ » [4]

[1] سورة النساء،الأية35.

[2] القرطبي،الجامع لأحكام القرآن،المرجع نفسه،ج5،ص151.

[3] ابن جرير الطبري ،(224ه-310ه)،جامع البيان في تأويل القرآن،تحقيق محمد شاكر،مؤسسة الرسالة، ط1(1420ه-2000م)

[4] سورة البقرة،جزء من الأية282.

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله تعالى جعل الشهادة للرجال في المقام الأول فإن تعذر ذلك فليأتي الطالب برجل وامرأتين ولابد من هذا الرجل. يقول ابن قدامة المقدسي" ولا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة معها ما لم يكن معهن رجل " [1].

- وقد نبه الله سبحانه وتعالى على ضلالهن ونسيانهن بقوله « أَن تَضِلَّ إِحْدٰيهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدٰيهُمَا ٱلأُخْرىٰ » [2]

فإذا لم تصح شهادتها منفردة دون الرجال فكيف تتصدى لهذا المنصب العظيم مع أنها قد تضل وتنسى مما ينتج عنه ضياع حقوق العباد التي وجد القضاء لحفظها وصيانتها.

ب : السنة النبوية

1-استدل جمهور الفقهاء من السنة النبوية بما رواه البخاري عن أبي بكرة رضي الله عنه – أنه قال : نفعني الله بكلمة سمعتها من رسول الله صلى الله عليه وسلم أيام الجمل بعدما كدت ألحق بأصحاب الجمل فأقاتل معهم قال :

لما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أهل فارس ملكوا بنت كسرى قال " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة "[3]

فوجه الدلالة من هذا الحديث بينة حيث أخبر الصادق المصدوق بأن الذين يولون أمرهم امرأة خاسرون – وعدم الفلاح ضرر وجب إزالته ووجب اجتناب ما يؤدي إليه

[1] ابن قدامة المقدسي(ت،و630ه)،المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني،دار الفكر،بيروت،ط1،(1405ه)،ج11،ص381.

[2] سورة البقرة،جزء من الأية282.

[3] البخاري(194ه-250ه)، صحيح البخاري ،ط1(1423ه-2002م)،دار ابن كثير،دمشق كتاب المغازي،حديث رقم4425،ص1086.

وعليه لم يجز تولية المرأة ولاية أو تنصيبها الحكم ويدخل في ذلك القضاء وغيره من الولايات العامة . [1]

فالحكم المستفاد من الحديث هو منع المرأة من الولايات العامة والذي يعتبر القضاء إحداها.

وأيدت هذا النص الصحيح السنة العملية، فأخذ بها جمهور أئمة الإسلام، وجاءت روايات عليلة عن بعضهم،لم يلتفت إليها،ولم يعمل بها[2].

- استدل الجمهور من السنة كذلك بما رواه ابن ماجة وأبو داود والحاكم عن بريدة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ، ورجل عرف الحق وجار به فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار » [3]

فقد ذكر الرسول عليه الصلاة والسلام لفظ الرجل في الحديث ثلاث مرات وهذا دليل على اشتراط الذكورة في القضاء. قال الشوكاني وهو دليل على اشتراط كون القاضي رجلا . [4]

ما رواه البخاري قال : حدثنا سعيد ابن أبي مريم قال أخبرنا محمد بن جعفر قال أخبرني زيد وهو ابن أسلم عن عياض ابن عبد الله عن أبي سعيد الخدري قال :

---

[1] محمد بن علي الشوكاني،(28ذوالحجة1173ه-27جمادى الثانية1250ه)، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار،شرح منتقى الأخبار،إدارة الطباعة المرينية ،ج9،ص137،وأحمد لطفي أحمد،أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،ط2006،ص135.ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،الكويت،الموسوعة الفقهية الكويتية،مطابع دار الصفوة،مصر،ط1،(1404ه-1427ه)ج33،ص294.

[2] عبد الحميد ابن باديس(1308ه-1359م)،تفسير ابن باديس في مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير،دار الكتب العلمية،بيروت،ط1(1416ه-1995م)،ص273.

[3] سنن أبي داودج2،ص268.

[4] محمد بن علي الشوكاني،(28ذوالحجة1173ه-27جمادى الثانية1250ه)، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار،شرح منتقى الأخبار،إدارة الطباعة المرينية ،ج9،ص135.

خرج رسول صلى الله عليه وسلم في أضحى أو في فطر إلى المصلى فمر على النساء فقال «يا معشر النساء تصدقن فإني أريتكن أكثر أهل النار " فقلن : وبما يا رسول الله ؟ قال : تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن قلن : وما نقصان عقلنا وديننا يا رسول الله ؟ قال : أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ؟ قلن : بلى قال : فذلك من نقصان عقلها، أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم ؟ قلن : بلى قال : فذلك من نقصان دينها [1] » ووجه الدلالة من هذا الحديث وكما رأينا سابقا أن من شروط تولي القضاء كمال العقل والدين. وفي هذا الحديث أخبر الرسول صلى الله عليه وسلم أن النساء ناقصات عقل ودين ، فإن كن كذلك فلا يجوز توليتهن القضاء فنقص العقل ناتج عن قلة في الضبط والتعقل بسبب غلبة العاطفة على العقل وما ينتج عنهما من ضعف ونسيان[2]. وفي ذلك قال الله تعالى « أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى»

فإذا لم يتيسر لتوثيق عملية التداين شاهدان فرجل وامرأتان حتى تذكر إحداهما الأخرى وهذا في حالة النسيان .

إضافة إلى ما يعتري المرأة من تغيرات تحصل لديها أثناء حيضها وما تكون عليها حالتها العصبية والمزاجية وبالتالي العقلية.

أما نقص دينها فناتج عن إعفائها من أداء الصلاة وتأجيل الصيام أثناء حيضها ونفاسها. وعليه لا يفهم أن نقصان عقل المرأة ودينها هو نقصان في قيمتها ومكانتها في الإسلام

[1] البخاري(194ه-250ه)، صحيح البخاري ،ط1(1423ه-2002م)،دار ابن كثير،دمشق كتاب الحيض،باب ترك الحائض الصوم،حديث رقم304،ص84.

[2] محمد مصطفى الزحيلي،التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية،دار الفكر،دمشق،(1402ه-1982م)،ص56-57.

ج: الإجماع :

انعقد الإجماع على أن ولاية المرأة القضاء باطلة إذ أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد عين قضاة كثيرين في حياته ولم يكن بينهم امرأة واحدة قط – [1] وقد سار على نهجه الخلفاء الراشدون ومن أتى بعدهم حيث لم يذكر لنا التاريخ أنهم عينوا امرأة واحدة منصب القضاء .

وقد نقل هذا الإجماع الإمام الماوردي في كتابه الأحكام السلطانية . حيث قال " ولا اعتبار بقول يرده الإجماع " وقد جاء هذا الكلام في معرض رده على المخالفين لاشتراط الذكورة في القاضي[2].

د: القياس

إذا كان الإجماع قد قام على عدم جواز تولي المرأة رئاسة الدولة – الإمامة العظمى – استنادا إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » بسبب ضعف المرأة ونقصانها الطبيعي عن الرجل ، وإذا كانت طبيعة المرأة لا تؤهلها لتولي رئاسة الدولة بسبب ما يعتريها من الأمور الخاصة بالنساء التي تجعلها عاطفية إلى حد كبير سريعة التأثر والانقياد ، مما يؤثر تأثيرا مباشرا على كمال قدراتها العقلية التي تحتاجها الولاية. وعليه كما لا يجوز أن تتولى المرأة الإمامة العامة فكذلك لا يجوز أن تتولى القضاء باعتبار أن كلا منهما ولاية عامة .

فالقضاء يحتاج إلى كمال الرأي وتمام العقل والفطنة والرأي الصائب الذي يحتاج إلى الاجتهاد وإعمال الفكر الأمر الذي تفتقده المرأة[3]. وهذا ما يتعارض مع رسالة القضاء ومن ثم فلا يجوز تولية المرأة القضاء.

---

[1] من القضاة الذين عينهم الرسول صلى الله عليه وسلم:

[2] الماوردي ،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية والولايات الدينية،تحقيق أحمد مبارك البغدادي ،ط1،(1409ه-1989م)، مكتبة دار ابن قتيبة،الكويت ،ص88.

[3] محمد رأفت عثمان،النظام القضائي في الفقه الإسلامي،دار البيان،ط2،(1415ه،1994م)،ص139.

ه: المعقول

استدل جمهور الفقهاء على اشتراط الذكورة فيمن يتولى القضاء من المعقول بعدة وجوه منها .

1-أن مجالس القضاء يحضرها الرجال والخصوم ويحتاج إلى كمال الرأي وتمام العقل والفطنة وهذا لا يتوافر في المرأة فهي ناقصة دين وعقل كما نص الحديث على ذلك. ونبه القرآن على نسيانهن وضلالهن .[1]

والمرأة ليست أهلا للحضور في محافل الرجال ومخالطتهم فهي ممنوعة من ذالك مأمورة بالتخدر، والقضاء لا يكون إلا بحضورها وعلى هذا لم يجز توليها إياه.

2-ثبت فقهيا عدم جواز إمامة الصلاة من المرأة رغم جواز ها من الفاسق والفاسق لا يجوز ولا يصح منه القضاء والقضاء أكبر من الإمامة فكيف تتولى المرأة الأكبر وتمنع الأصغر ؟

3-في خضم ممارسة العمل القضائي لابد من التعرض للرجال وربما كانت المرأة جميلة فتحدث الفتنة ويقع المحظور وما يؤدي إلى الممنوع فهو ممنوع وعليه وجب عدم توليها القضاء .

قال ابن فرحون في التبصرة " ولا يصح من المرأة لنقصها ولأن كلامها ربما كان فتنة وبعض النساء تكون صورتهن فتنة[2].

4-لو جاز تولية المرأة القضاء لفعله الرسول عليه الصلاة والسلام أو أصحابه رضوان الله عليهم من بعده ولم يثبت أن تولت هذا المنصب في تلك العصور وما بعدها ولم ينقل أن الرسول صلى الله عليه وسلم ولاها القضاء أو ولاية بلد من البلدان ولا نقل

[1] إبن حجر العسقلاني(773ه-856م)،فتح الباري بشرح صحيح البخاري،ط(1424ه-2004م)،دار الحديث ،القاهرة،ج13،ص170.

[2] إبن فرحون، تبصرة الحكام،ج1،ص وعبد الرحمن عبد العزيز،القضاء ونظامه في الكتاب والسنة،جامعة أم القرى،ط1(1409ه،1989م)،ص124-125.

ذلك عن الخلفاء الراشدين ولا عن أحد من بعدهم ولو جاز ذلك لما خلا منه الزمان غالبا [1].

5-لا تصح المرأة للولاية من ناحية خلقتها النفسية،فقد أعطيت من الرقة والعطف والرأفة ما أضعف فيها الحزم والصرامة اللازمين للولاية وفي اشتغالها بالولاية إخلال بوظيفتها الطبيعية الاجتماعية التي لا يقوم مقامها فيها إلا سواها وهي القيام على مملكة البيت وتربية الأولاد.

المطلب الثـــاني: مذهب الحنفية – الجواز المقيد .

ذهب الحنفية غير زفر إلى جواز تولي المرأة القضاء في المسائل التي يجوز لها أن تشهد فيها وعليه فلا يشترط للقضاء في تلك المسائل الذكورة وإن أثم موليها عند البعض ولم يأثم عند البعض الأخر[2].

وإلى منع توليها القضاء في المسائل التي لا يجوز أن تشهد فيها – الحدود والقصاص – يقول الكاساني في البدائع "وأما الذكورة فليست من شرائط جواز التقليد في الجملة.

لأن المرأة من أهل الشهادات في الجملة إلا أنها لا تقضي في الحدود والقصاص – لأنه لا شهادة لها في ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة[3]".

نفس الكلام تحدث عنه بدر الدين العيني في شرح الهداية بقوله " ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها.... لأن حكم القضاء يستقى

---

[1] عادل أحمد عبد الموجود وآخرون ،تكملة المجموع شرح المهذب،دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1،(1423ه-2002م) ،ج26،ص449. ورشدي شحاتة أبوزيد،تولية المرأة القضاء في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية دراسة مقارنة،دار الفكر العربي،ط1،ص89-90.

[2] ابن مودود الموصلي،الاختيار لتعليل المختار،موقع الكتاب مصدر الوراق،http//www.alwaraq.com،ص19.

[3] علاء الدين الكاساني،(ت،و587ه)،بدائع الصنائع،تحقيق علي محمد عوضي،دار الكتب العلمية ،بيروت،ط1،(1418ه-1997م)،ج9،ص85-86.

من حكم الشهادة ولأن كل واحد منهما من باب الولاية.فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي أهل للقضاء في غيرهما[1] ".

ومن أئمة المذهب الحنفي الذين كان لهم هذا الرأي الإمام الزيلعي حيث يقول في معرض رده على من خالف في التبيين " وتقضي المرأة في غير حد وقود" لأن القضاء يستقى من الشهادة وشهادتها جائزة في غير الحدود ... وقال الشافعي لا يجوز أن تولى المرأة القضاء لقصور عقلها قلنا هي من أهل الولاية وبه تصير أهلا للشهادة فكذا للقضاء كالرجل "[2].

كما أن مجلة الأحكام العدلية والتي تعتبر التقنين المدني للدولة العثمانية على مذهب الأمام أبي حنيفة وقد شارك في وضعها نخبة من كبار علماء المسلمين ذهبت إلى هذا الرأي ولم تطلب في القاضي كونه رجلا[3].

جاء في المادة 1794 من المجلة " يلزم أن يكون القاضي مقتدرا على التمييز التام وأهلا للشهادة ليكون أهلا للقضاء كما أن الأهل للشهادة أهل للقضاء." [4]

---

[1] بدر الدين العيني،(ت،و855ه)،البناية شرح الهداية،تحقيق أيمن صالح شعبان،دار الكتب العلمية ،بيروت،ط1،(1421ه-2001م)،ج9ص46.

ومحمد ابن أبي سهل السرخسي،،(ت،و490ه)،المبسوط،تحقيق أبو عبد الله الشافعي،دار الكتب العلمية،بيروت،ط1(1421÷-2001م)،ج16،ص

[2] فخر الدين الزيلعي،(ت،و743ه)،تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق حاشية الشلبي،المطبعة الكبرى،الأميرية،بولاق ،القاهرة،ط1(1313ه-)،ص42/ص187.

[3] علي حيدر خوجة أفندي،(ت،و1353ه)،درر الحكام في شرح مجلة الأحكام،تعريب فهمي الحسيني،دار الجيل ،ط1،(1411ه-1991م)،ج4،ص584.

[4] التعريف بالكاتب : رأت الدولة العثمانية وضع قانون مدني منتزع من فقه السادة الحنفية لتنجو محاكمها من الارتباك والاختلاف فانتقت طائفة من أجلة العلماء في ذلك العصر لتضع هذا القانون وقد رأس هذه الجماعة من العلماء أحمد جودت باشا وزير العدلية ووضعت مجلة الأحكام العدلية وكانت هذه المجلة أعظم أثار الدولة العثمانية منذ نشأتها ، وقد قام نابغة الفقهاء وفخر القضاة والعلماء في هذا العصر على حيدر أفندي مدرس المجلة في كلية الحقوق فشرح هذه المجلة شرحا وافيا كافيا ، وبدأ كتابه بذكر القواعد الكلية عند السادة الحنفية ولم يرتبه على حسب الترتيب الفقهي

فالحنفية يرون كما يرى الجمهور أن قضاء المرأة في الحدود والقصاص لا ينفذ ولو كان ما قضت به موافق للحق ويجوز عندهم صحة ونفاذ قضاء المرأة في جميع الحقوق لكونها من أهل الشهادة .

لكن أثم المولي لها لهذا الحديث " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " في غير حد وقود إذ لا يجري فيهما شهادتها وكذا قضاؤها في ظاهر الرواية .

والبعض الأخر أن الذي يولي المرأة لا يأثم وتكون ولايتها صحيحة وأحكامها نافذة لكن فيما تقبل فيه شهادتها.

أدلة المذهب :

استدل الحنفية على عدم جواز تولية المرأة القضاء في الحدود والقصاص – بالأدلة نفسها التي استدل بها جمهور الفقهاء من الكتاب والسنة والإجماع والقياس ،واستدلوا على صحة نفاذ أحكامها فيما تقبل فيه شهادتها بما يلي :

- قياس القضاء على الشهادة : إذ المرأة تصح شهادتها في غير الحدود والقصاص فكذلك يجوز توليتها القضاء في غير الحدود والقصاص [1] بما أن القضاء يشارك الشهادة في باب الولاية .

يصح أن تكون المرأة ناظرة وقف ووصية على أموال اليتامى فكذلك يجوز أن تكون قاضية في ذلك بجامع الولاية في كل[2].

فبدأه بكتاب البيوع ثم الإجارة وهكذا ، وهو يرقم المواد والمسائل ترقيما متسلسلا ويذكر الحكم الراجع في مذهبه دون التعرض للمذاهب الأخرى ، ودون ذكر الدليل .

[1] عبد الرحمن بن سليمان الكليبولي،المدعو شيخي زاده(ت،و1078ه)،مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر،تحقيق خليل عمران المنصور،دار الكتب العلمية ،بيروت(1419ه-1998م)ج ،ص .

[2] فخر الدين الزيلعي،(ت،و743ه)،تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق حاشية الشلبي،المطبعة الكبرى،الأميرية،بولاق ،القاهرة،ط1(1313ه-)،،ج4،ص187.و محمد رأفت عثمان،النظام القضائي في الفقه الإسلامي،دار البيان،ط2،(1415ه،1994م)،،ص142.

قال الله تعالى « وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ »

فالمرأة تصح شهادتها في الأموال والأبدان والقضاء يشارك الشهادة في الولاية فما كانت فيه المرأة أهلا للشهادة كانت فيه أهلا للقضاء. فأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة.

يقول ابن الهمام الحنفي في الفتح " ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد. أما الأول فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة.لأن كل واحد منهما من باب الولاية فمن كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء "[1].

المطلب الثالث: الجواز المطلق

يرى أصحاب هذا المذهب جواز تولي المرأة القضاء مطلقا. فهم يرون أن الذكورة ليست شرطا من شروط صلاحية تولي القضاء. وهو مذهب الحسن البصري و تبعه ابن جرير الطبري و ابن حزم الظاهري. يرى أصحابه أنه يجوز للمرأة تولي القضاء سواء فيما صحت فيه شهادتها أولا، بدون قيد ولا حد و في كل أنواع القضايا.

[1] كمال الدين بن الهمام الحنفي(ت،و681ه)،شرح فتح القدير،تعليق الشيخ عبد الرحمن المهدي، دار الكتب العلمية،بيروت،ط1(1415ه-1995م)،ج7،ص233-234.

- الحدود عقوبات مقدرة حقا لله تعالى كعقوبة الزنا والسرقة.وأما القصاص فهو عقوبة مقدرة وجبت حقا للآدمي فإذا قتل إنسان إنسانا عمدا عدوانا كانت العقوبة القصاص وهي قتل القاتل.

و هذا المذهب حكاه ابن رشد عن ابن جرير في بداية المجتهد بقوله:

"قال الطبري يجوز أن تكون المرأة حاكما على الإطلاق في كل شيء "[1]

ويقول الحافظ في الفتح : "واتفقوا على اشتراط الذكورة في القاضي إلا عند أبي حنيفة و استثنوا الحدود و أطلق ابن جرير" [2]

وفي السياق نفسه يقول ابن قدامه في المغني "و حكي عن ابن جرير أنه لا يشترط الذكورة،لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية ..." [3]

كما نقل هذا المذهب عن الإمام الماوردي فقال "وشذ ابن جرير الطبري فجوز قضائها في جميع الأحكام ولا اعتبار بقول يرده الإجماع ...مع قول الله تعالى "الرجال قوامون على النساء" يعني في العقل و الرأي فلم يجز أن يقمن على الرجال . "[4]

و اعتبر رأي ابن جرير خلافا لا اختلافا.

و لقد دارت حول صحة هذا النقل عن ابن جرير نقاشات عدة اثبت البعض خطأ هذا النقل من الناحيتين التاريخية و الموضوعية .

فمن الناحية التاريخية لم يثبت عن ابن جرير هذا النقل و لم يصح عنه كما صرح بذلك ابن العربي المفسر.وإن هذا الرأي غير موجود في كتبه[5].

---

[1] ابن رشد القرطبي ،(520ه-595ه)،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق ماجد الحموي،دار ابن حزم ،ج4،ص1768.

[2] ابن حجر العسقلاني(773ه-856م)،فتح الباري بشرح صحيح البخاري،ط(1424ه-2004م)،دار الحديث ،القاهرة ،ج13،ص170.

[3] ابن قدامة المقدسي(ت،و630ه)،المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني،دار الفكر،بيروت،ط1،(1405ه)،،ج11،ص380.

[4] الماوردي ،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية والولايات الدينية،تحقيق أحمد مبارك البغدادي ،ط1،(1409ه-1989م)، مكتبة دار ابن قتيبة،الكويت ،ص88. و المقدسي، الشرح الكبير،ج11،ص386.

[5] ابن العربي(468ه-543ه)،أحكام القرأن،ط3(1424ه-2003م)،دار الكتب العلمية،بيروت،القسم الثالث،ص482.

أما من الناحية الموضوعية فان هذا القول مخالف للحديث الوارد عن الرسول صلى الله عليه و سلم القائل"لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " و مخالف لإجماع علماء الأمة الإسلامية السابقين على عصر ابن جرير على عدم جواز توليه المرأة القضاء. فليس لابن جرير سلف من الفقهاء يرى جواز تولية المرأة القضاء، والقول إذا كان مخالفا لإجماع علماء الأمة و لم يكن في عصر المجمعين فانه مردود.لأنه إذا انعقد الإجماع في عصر من عصور على حكم شرعي فلا يجوز من جاء بعد هذا العصر أن يخالف الحكم الذي اجمع عليه العلماء.[1]

و قد أجاب البعض ورد هذا الاتجاه فقال:

أولا: من ناحية أن النقل لم يثبت عن ابن جرير ولم ينسب إلى كتاب من كتبه، فالجواب أن كتبه كثيرة و منها الموسوعي الضخم الذي لو نسب إليه لكاد أن يكون كعدم نسبته،لأن المراجعة المستوعبة تحتاج إلى عمر طويل و ربما وقع النص في موضع لا يظن وجوده فيه . كما يحدث ذلك في كثير من المسائل العلمية في كتب القدامى .

ثانيا: العلماء الذين نقلوا هذا الرأي هم من العلماء الموثوق بهم وفي مؤلفاتهم كالماوردي وابن رشد والحافظ بن حجر كما أنهم نقلوا هذا الرأي بصيغة الجزم لا التعريف[2] .

ومن هنا نقول أن كثيرا من الأحكام التي يقول بها الأقدمون لا يمكن أن نحصل عليها إلا بواسطة النقل والرواية بسبب ضياع كتب الأقدمين مع ما ضاع من التراث الإسلامي لأسباب متعددة .

---

[1] وهبة الزحيلي،أصول الفقه الإسلامي،ط1(1406ه-1986م)،دار الفكر،دمشق،ج1،ص538.

[2] محمد رأفت عثمان،النظام القضائي في الفقه الإسلامي،دار البيان،ط2،(1415ه،1994م)،،ص120وما بعدها. وأحمد لطفي أحمد ،أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي،دار الفكر الجامعي،(2006) ،صً30 .

إضافة إلى ذالك لم نجد أحدا من العلماء ينسب إلى ابن جرير قولا بعدم جواز تولية المرأة القضاء وهذه قرينة تؤيد نسبة الرأي إليه .

أما من الناحية الموضوعية وهي مخالفة هذا الرأي للحديث وإجماع الأمة فالجواب أن هذا الكلام لا يقال عند حكاية الآراء وإنما الآراء يصح حكايتها مادام ناقلوها موضع ثقة وعلماؤنا الذين نقلوا رأي ابن جرير موضع الثقة قطعا .

أدلة المذهب:

استدل أصحاب الرأي القائل بجواز تولية المرأة القضاء مطلقا بما يلي:

أولا من القرأن:

1-قوله تعالى«إِنَّ ٱللَّهَ يَامُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا »[1]

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله خاطب المسلمين بقوله إن الله «يَامُرُكُم » وهذا متوجه بعمومه إلى الرجل والمرأة، والدين كله واحد إلا حيث جاء النص بالفرق بين الرجل والمرأة[2].

[1] سورة النساء، الأية57.

[2] ابن حزم الظاهري،(-،و456ه)المحلى،دار الفكر للطباعة والنشر،بيروت،ج9،ص430.

ثانيا من السنة النبوية الشريفة:

استدلوا بالحديث الصحيح الذي رواه البخاري ومسلم عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته...والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها[1]».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه أثبت للمرأة حق الولاية في إدارة بيت زوجها فدل على أن لها ولاية القضاء.إذ أن الحديث نص عام في كل أنواع الولايات ولا يخرج منها شيء إلا بالنص عليه كما يرى ابن حزم. وعليه لا يدخل في نهي النبي صلى الله عليه وسلم المستنبط من الحديث لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة إلا ولاية المرأة للإمامة العظمى.

2-الأصل العام أن كل من تكون له مقدرة الفصل في قضايا الناس يكون حكمه جائزا.وقد خصص الإجماع هذا الأصل العام فأجمع العلماء على عدم جواز تولية المرأة رئاسة الدولة لوجود الحديث المفيد لهذا الحكم فيكون ما خصصه الإجماع مستثنى من هذا الأصل وعلى هذا يجوز للمرأة أن تتولى القضاء[2] .

4- إن القرآن الكريم ساوى بين الرجال والنساء في كثير من الآيات القرآنية منها

قوله تعالى : " وَٱلْمُومِنُونَ وَٱلْمُومِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ يَامُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُوتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ

[1] البخاري(194ه-250ه)، صحيح البخاري ،ط1(1423ه-2002م)،دار ابن كثير،دمشق كتاب النكاح،باب المرأة راعية في بيت زوجها،حديث رقم 5200،ص1326.،و أبو الحسن مسلم ، صحيح مسلم،ط1، (1427ه-2006م)،دار طيبة ،الرياض،كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام الحديث رقم1829،ص886.

[2] ابن رشد القرطبي ،(520ه-595ه)،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق ماجد الحموي،دار ابن حزم ،ج4،ص1768.

وَيُطِيعُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ ٱللَّهُ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ

﴿٧٢﴾ "[1]

ثانيا: القياس

قاسوا القضاء على الحسبة فقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولى امرأة تسمى الشفاء بنت عبد الله ولاية الحسبة[2] على السوق. حيث كان يقدمها من الرأي ويفضلها وربما ولاها شيء من أمر السوق[3].

وهي ولاية عامة فكذلك يجوز للمرأة أن تتولى القضاء بقياسه على الحسبة بجامع الولاية في كل.

فإذا كان عمر ابن الخطاب هو أحد الخلفاء الراشدين الذين أمرنا بإتباع سنتهم يولي امرأة أمر السوق فهذا دليل على أن المرأة تولى بعض الولايات وأن المنع خاص بالخلافة فقط.[4]

2- قاسوا القضاء على الإفتاء فكما يجوز للمرأة أن تفتي يجوز لها تولي القضاء بجامع أن كلا منهما مظهر للحكم الشرعي.[1]

---

[1] سورة التوبة،الآية71.

[2] الحسبة لغة:ادخار الأجر والثواب عند الله تعالى،حسن التدبير والبدار إلى كسب الأجر وتحصيله بالتسليم والصبر.
اصطلاحا:وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين.
قال الماوردي:هي أمر بمعروف إذا ظهر تركه ونهي عن منكر إذا ظهر فعله
- الماوردي ،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية والولايات الدينية،تحقيق أحمد مبارك البغدادي ، ط1،(1409ه-1989م)، مكتبة دار ابن قتيبة،الكويت ،ص 315.
وإبن خلدون(1332ه-1406ه)،المقدمة،ط1(2010)،القاهرة،ص225.

[3] محمد رواس قلعجي،موسوعة فقه عمر بن الخطاب،ط1(1401ه-1981م)،دار النفائس ،بيروت ،ص724.
وسمير عالية،نظام القضاء والعرف والدولة في الإسلام المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،بيروت،ط1،(1997)ص277-278.

3- قاسوا القضاء على الشهادة[2]: قال تعالى: « وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ »

فيجوز للمرأة أن تتولى القضاء قياسا على قبول شهادتها.لأن أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة بجامع الولاية في كل.

---

[1] ابن قدامة المقدسي(ت،و630ه)،المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني،دار الفكر،بيروت،ط1،(1405ه)،ج11،ص380.

الفتوى في اللغة هي الجواب عما يشكل من المسائل الشرعية .

جاء في القاموس أفتاه في الأمر أبانه له والفتيا والفتوى ما أفتى به الفقيه .القاموس المحيط – الجزء الرابع – ص 373

اصطلاحا : تبيين الحكم الشرعي للسائل عنه والإخبار بلا إلزام وقيل هي الإخبار عن حكم الله تعالى بمقتضى الأدلة الشرعية على جهة العموم والشمول .

[2] الشهادة لغة : لها معاني متعددة منها الحضور : قال تعالى " فمن شهد منكم الشهر فليصمه " [1]

أي حضر وفيه إضمار تقديره: من حضر منكم المصر في الشهر عاقلا بالغا ..... فليصمه " [2] العلم قوله تعالى " شهد الله أنه لا إله إلا هو والملائكة وأولو العلم ...." [3] أي علم والشهادة تعتمد على العلم النا شيء عن المعاينة والمشاهدة .

القسم قوله تعالى " فشهادة أحدكم أربع شهادات بالله " أي أربعة أيمان [4]

- سورة البقرة – الآية 185
- القرطبي – الجامع للأحكام اقرأن – مرجع سابق جزء ص 267 .
- سورة أل عمران الآية 18
- سورة النور الآية 6.
- الشهادة اصطلاحا : عرف الفقهاء الشهادة تعريفات كثيرة متقاربة المعنى تدور جميعها حولى معنى واحد وهو إخبار الشاهد العدل بما علمه في مجلس القضاء [1]
- عند الحنفية : عرفها صاحب فتح القدير بأنها " إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء "
- ابن الهمام ، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6 ،ص 446
- عند المالكية: عرفها ابن فرحون بأنها " إخبار يتعلق بمعين "
- ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، مرجع سابق ، ج1 ص 240
- عند الحنابلة : عرفها الشيخ أبو النجا الحجاوي بأنها " الإخبار بما علمه بلفظ خاص "
- الحجاوي ، الإقناع ، مرجع سابق ، م 6/ ص404 .
- 1فتح الله النشار ، أحكام شهادة النساء ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،ط (2006) ،ص 12 وما بعدها.

4- قياس المرأة على الرجل بجامع التكليف في كل: فكلاهما مخاطب بتكاليف الشرع فالمرأة مساوية للرجل في جميع الحقوق وفي الجزاء والعقاب.

دليل أخرمن المعقول أن القاضي أجير وعامل كباقي الموظفين والأجير يجوز أن يكون امرأة لقوله تعالى « فَإِنَ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ » فالقاضي يخبر عن الحكم الشرعي والحاكم هو المنفذ الفعلي ولذا ينطبق عليه تعريف الإجارة – وهو عقد على منفعة بعوض.

المطلب الرابع: مناقشة أدلة المذاهب

أولا:مناقشة أدلة المذهب الأول: المنع المطلق

نوقشت أدلة الجمهور على النحو التالي :

من الكتاب : قوله تعالى« ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ » نوقش الاستدلال بالآية أن المراد بالقوامة فيها قوامة خاصة وهي القوامة الأسرية – قيام الرجال بحقوق النساء التي على الرجال – وليست عامة في كل شأن من شؤون الحياة كالقضاء وغيره ويؤكد هذا أمور هي:

الأول : سبب نزول الآية أنها نزلت في سعد بن الربيع نشزت عليه زوجته حبيبة بنت زيد بن خارجة بن أبي زهير فلطمها فشكت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال بينكما

القصاص فنزلت الآية الكريمة[1]. وهذا دليل على أن المراد بالقوامة قوامة الزوج على زوجته بالتأديب .

الثاني : ما يدل على أن المراد بالقوامة هي قوامة رب الأسرة فتركيب الآية وسياقها فيها إشارة إلى المهر والنفقات التي يتحملها الأزواج بقوله تعالى « وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنَ أَمْوَٰلِهِمْ [2] وفيها السلطة المخولة للأزواج على زوجاتهم « وَالَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ»

الثالث : صلاحية المرأة للولاية الخاصة كالوصاية على اليتيم – يجيز لها تولي الولاية العامة كالقضاء في حال قدرتها على ذلك .

وقد أجيب على هذه الاعتراضات بما يلي:

- القول بأن الآية مخصصة بسبب النزول لا يسلم إلا على رأي ضعيف في علم أصول الفقه لأن المعتمد عند الأصوليين العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.
- تخصيص الآية بما ورد فيها من أحكام تشير إلى الولاية الخاصة – القوامة الأسرية – أجيب عنه بأن ذلك من باب إفراد فرد من أفراد العام بحكم وهذا يعني تخصيص العام بالذكر وهذا لا يكون تخصيصا عند جمهور العلماء[3].
- قياس الولايات العامة على الولايات الخاصة قياس باطل. فلو سلمنا أن الآية الواردة في القوامة الأسرية وهذه القوامة خاصة بالرجل فمن باب أولى لا تكون

[1] القرطبي (ت،و671ه)الجامع لأحكام القرآن،تحقيق عماد زكي،خيري سعيد،المكتبة التوفيقية،مصر ،ج5،ص145.
[2] سورة النساء،الأية34.
[3] عادل أحمد عبد الموجود وآخرون ،تكملة المجموع شرح المهذب،دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1،(1423ه-2002م) ،ج26،ص45.

المرأة أهلا للولاية العامة ومنها القضاء لأهميتها وخطورتها باعتبار أن الولاية الخاصة تكفي فيها القدرة بينما العامة تحتاج إلى قدرة كبيرة تتناسب مع عظم المسؤوليات والأعباء .

من السنة النبوية :

ناقش المخالفون لرأي الجمهور حديث أبي بكرة « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » فقالوا بأن هذا الحديث ليس في محل النزاع وإنما جاء في رئاسة الدولة ولم يرد في القضاء فالنهي قاصر على الولاية العظمى ويدل على ذلك ما يلي : أن سبب وردود الحديث هو تولية بنت كسرى على عرش الفرس. الأمر الذي يشمل جميع شؤون الأمة هو رئاسة الدولة وقد دلت عليه كلمة أمرهم وعليه يكون المنع مقصورا على الإمامة العظمى وبذلك يجوز تولية المرأة القضاء وقد أجيب عن هذا الرد بما يلي :

- أولا: أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما هو المرجح في علم أصول الفقه.
- ثانيا: أن كلمة أمرهم مفرد مضاف إلى معرفة والمفرد المضاف إلى معرفة صيغة من صيغ العموم كما هو الراجح عند علماء الأصول[1]. وعلى هذا فكأن الحديث قال « لن يفلح قوم ولوا القضاء امرأة » [2]

قوله صلى الله عليه وسلم " القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار "

نوقش استدلال الجمهور بأن الحديث نص على أن القاضي يكون من الرجال وأن المرأة ممنوعة منه بأنه من قبيل الاستدلال بمفهوم المخالفة وهذا المفهوم ليس بحجة عند الحنفية ولا يعمل به في النصوص الشرعية التي ليس لها مفهوما مخالفا تدل

[1] مصطفى شلبي،أصول الفقه الإسلامي،الدار الجامعية ،بيروت،ص423-424.

[2] محمد رأفت عثمان،النظام القضائي في الفقه الإسلامي،دار البيان،ط2،(1415ه،1994م)،ص153.

عليه[1]. وأجيب عن ذلك بأن مفهوم المخالفة حجة عند الجمهور الأصوليين لأنه إذا كان حجة في الكلام العادي الذي يحصل من العقلاء فأولى أن يكون كذلك في كلام الله وكلام رسوله عليه الصلاة والسلام [2].

قوله صلى الله عليه وسلم " ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكن " فوصفهن بنقصان العقل والدين لا يمنعهن من تولي القضاء كما لم يمنع من قبول الشهادة وأداء التكاليف.

ورد هذا بأن نقص العقل والدين منع مساواتهن بالرجال لأن شهادة رجل تعدل شهادة امرأتين والمرأة تدع الصلاة والصيام أثناء حيضها وهذا يتعارض مع هيبة القضاء الذي يحتاج إليه الناس في كل وقت .

مناقشة استدلال الجمهور بالمعقول:

نوقش استدلال الجمهور بما يلي :

1- إذا كانت محافل القضاء يحضرها الرجال والخصوم والشهود فالمحظور على المرأة هو الخلوة المحرمة والتكشف ...أما حضور المجالس لقضاء مصالح الناس فلا شك أنه أمر مستحب، خاصة إذا تسترت في غرفة وقضت فيما يعرض عليها وأعلن حكمها بواسطة رجل أمام الملأ .

وقد أجيب على هذا بأن القضاء يتطلب عمل أمور كثيرة منها استدعاء الشهود وسماع شهادتهم والنظر إلى الخصوم والخلوة بكاتب القاضي والشرع يحرم الخلوة بالأجنبي حتى ولو كانت بسبب عمل حفظا لكرامتها وصيانة لشرفها.

---

[1] أحمد فراج حسين،محمد عبد الودود،أصول الفقه الإسلامي،الدار الجامعي،ص273-276.و محمد أبو زهرة ،أصول الفقه،دار الفكر العربي ،القاهرة،ص137 وما بعدها.

[2] رشدي شحاتة أبوزيد،تولية المرأة القضاء في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية دراسة مقارنة،دار الفكر العربي،ط1،ص105.

2- إذا كانت المرأة قد أعطيت من الرقة والعطف ما لم يعطى للرجل فهذا لا يمنعها القوة والحزم ففي تواريخ الأمم أمثلة على تولي النساء الملك وازدهار مملكاتهن – بلقيس ملكة سبأ – ومن المشهورات في الأمة ألإسلامية شجر الدر في العهد الأيوبي. فما معنى نفي الفلاح عمن ولوا أمرهم امرأة؟

يجيب العلامة ابن باديس بأن الفلاح المنفي هو الفلاح في لسان الشرع،وهو تحصيل خير الدنيا و الآخرة...ومن لم يكن في طاعة الله فليس من المفلحين.[1]

3- **الإجماع:**

نوقش استدلال الجمهور بالإجماع وأنه قام على منع تولي المرأة القضاء بما يلي :

أن الإجماع المدعى لا يمكن تحققه وعلى فرض أنه تحقق لا يمكننا العلم بحدوثه إذ لم يصرح أحد بنقله ومن المحتمل وجود مخالف لم نعلمه وقد خالف ابن حزم وابن جرير هذا الإجماع وأجازا تولي المرأة القضاء ، وأن السيدة عائشة قد تزعمت الجيش

وقادته ضد على ابن أبي طالب ومعها من خيرة الصحابة كالزبير وطلحة ولم ينكروا عليها فذلك دل على عدم الإجماع [2] .

وقد أجيب على ذلك بأن علماء الأصول قد أثبتوا إمكانية تحقق الإجماع والإطلاع عليه ومعرفة المخالف[3]. من جهة أخرى أجيب على أن الإجماع المدعى لم يصح بخروج السيدة عائشة رضي الله عنها قائدة للجيش في موقعة الجمل بأنها رضي الله عنها لم تخرج زعيمة لثورة أو قائدة لجيش فهي لم تنازع عليا الخلافة [4].

---

[1] عبد الحميد ابن باديس(1308ه-1359م)،تفسير ابن باديس في مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير،دار الكتب العلمية،بيروت،ط1(1416ه-1995م)،ص274.

[2] عادل أحمد عبد الموجود وآخرون ،تكملة المجموع شرح المهذب،دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1،(1423ه-2002م) ،ج26،ص453.

[3] محمد رأفت عثمان،النظام القضائي في الفقه الإسلامي،دار البيان،ط2،(1415ه،1994م)،ص137.

[4] ابن الأثير، الكامل في التاريخ،ط(1399ه-1779م)،دار صادر ،بيروت ،ج3،ص213 وما بعدها.

وإنما خرجت تحت تأثير جماعة من المسلمين للتوفيق بين الناس وإزالة أسباب الخلاف بعد مقتل عثمان رضي الله عنه. وأقنعوها بأن في خروجها إصلاحا بين الناس وكان خروجها اجتهادا منها وقد ثبت أنها رجعت عنه وخطأت نفسها فلا حجة في فعلها حتى لو فرضنا أنها خرجت قائدة للجيش[1] .

القياس :

نوقش استدلال الجمهور بقياس القضاء على الولاية العظمى – رئاسة الدولة – بأن الأنوثة علة تمنع المرأة من تولي الرئاسة لأن هذا المنصب يحتاج إلى الحزم والإقدام والهيبة. وهي أمور لا تتوافر غالبا للمرأة بل ويفتقدها الرجال أحيانا فإن صح ذلك فإنها ليست علة مانعة لتولي المرأة القضاء إذ ثبت بالإجماع أن الأنوثة لا تأثير لها في الولاية الخاصة – كالوصاية على اليتيم أو الوقف – لأن مناط الحكم هو القدرة دون نظر إلى عموم أو خصوص [2].

ويمكن رد هذه المناقشة بأمرين:

أولهما : أن الأنوثة كما تؤثر في الإمامة العظمى تؤثر في القضاء لأن الأنوثة مظنة الإخلال وذلك أن المرأة بحكم تكوينها مطبوعة على غرائز تناسب المهمة التي خلقت من أجلها وهي الأمومة والتربية .

ثانيهما: القول بوجود فارق بين القضاء ورئاسة الدولة وهو القدرة في القضاء دون الإمامة العظمى تحكم محض رغم أن كلاهما ولاية عامة.

---

[1] ابن حجر العسقلاني(773ه-856م)،فتح الباري بشرح صحيح البخاري،ط(1424ه-2004م)،دار الحديث ،القاهرة،ج12،ص166.

[2] عبد الخالق النووي ،العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية،ط1(1394ه-1984م)،دار الكتاب العربي ،بيروت ،ص236

والمساواة بين القضاء والوصاية على اليتيم نوع أخرمن التحكم لا يستند إلى دليل وهذا مرفوض في البحث العلمي[1].

ثانيا: مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني

نوقشت أدلة الحنفية بما يلي :

أولا: في أدلتهم على منع تولي المرأة القضاء أي الحدود والقصاص هي نفس مناقشة أدلة الجمهور كما رأينا سابقا.

ثانيا : استدلالهم بقياس القضاء على الشهادة بجامع الولاية في كل نوقش بما يلي :

- أن الولاية في القضاء عامة وشاملة بخلاف ولاية الشهادة فإنها خاصة قاصرة ومن يصلح لتولي الأمور الخاصة ليس بالضرورة مؤهلا لتولي الأمور العامة .
- شهادة المرأة تقبل حال الضرورة والحاجة ولا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة مثلها ما لم يكن معهن رجل[2]. فالأصل في الشاهد أن يكون رجلا.

قال تعالى « فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ »[3]

وقوله عز وجل "لَّوْلاَ جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ "[4]

---

[1] محمد رأفت عثمان،النظام القضائي في الفقه الإسلامي،دار البيان،ط2،(1415ه،1994م)،ص140.

[2] ابن قدامة المقدسي(ت،و630ه)،المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني،دار الفكر،بيروت،ط1،(1405ه)،ج11،ص381.

[3] سورة البقرة،جزء من الآية،282.

[4] سورة النور،الأية13.

- ولاية القضاء تلزم الحق بدون واسطة وأما الشهادة فلا تلزم الحق إلا بواسطة حكم القاضي.
- أدلة جمهور العلماء أفادت نفي جواز أن تتولى المرأة القضاء وهذا يستتبع نفي الصحة ولكن الكلام يدور حول إذا ما وليت المرأة القضاء وقضت قضاء وافق الشرع فهل ينفذ قضاؤها أم لا[1] ؟
- يقول ابن الهمام « لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله إلا أن يثبت شرعا سلب أهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية ،إلا أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ، ووصية على اليتامى لكن الكلام فيما لووليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق ؟ [1]

ثالثا: مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثالث :الجواز المطلق.

نوقشت أدلة أصحاب الرأي القائل بجواز تولية المرأة القضاء على الإطلاق بما يلي :

1- المرأة غير قادرة على الفصل في الخصومات بصورة كاملة لأنها تتعرض لأمور طبيعية تخص النساء تؤثر على حالتها النفسية والعصبية وكل هذا يؤثر على قدراتها ولأنها كثيرا ما تنساق وراء عواطفها .
2- العلماء مجمعون على عدم تولية المرأة رئاسة الدولة رغم وجود نساء قادرات على القيام بأعباء هذا المنصب إذا فالأصل منقوض بالإمامة العظمى رغم أن الأصل في الأشياء الإباحة.

[1] كمال الدين بن الهمام الحنفي(ت،و681ه)،شرح فتح القدير،تعليق الشيخ عبد الرحمن المهدي، دار الكتب العلمية،بيروت،ط1(1415ه-1995م)،ج6،ص391.

3- استدلالهم بجواز تولية المرأة القضاء على جواز ولايتها الأسرية أن رعاية البيت ولاية خاصة بالمال وتربية الأولاد فقط والقضاء ولاية عامة فلا يصح هذا القياس .[1]

لأن الصفات المطلوبة فيمن يتولى العناية بشؤون البيت وتربية الأطفال غير التي يتطلبها منصب القضاء الأولى تتطلب الرأفة والعطف والحنان والثانية تتطلب الحزم والعدل...

4-نوقش استدلالهم بقياس القضاء على الشهادة بأنه لا يصح قياس ولاية القضاء على ولاية الشهادة لأن الأولى عامة والثانية خاصة .

5-استدلالهم بقياس القضاء على الفتوى : أجيب عن هذا الدليل بأنه مردود لأنه قياس مع الفارق وهذا لا يصح من ناحيتين:

- الأولى: أن القضاء ولاية والفتوى ليست كذلك فالقاضي ليس كالمفتي، حيث أن القضاء يتصف بطابع الإلزام بخلاف الفتوى.

الثانية: المستفتي له أن يأخذ الفتوى أو يدعها بخلاف الحكم القاضي فهو ملزم للخصمين.

وقد أجيب عن هذه المناقشة بأن الفتوى يمكن أن تكون ملزمة وذلك حين لا يكون إلا واحدا يصلح للإفتاء .

وقد رد البعض على هذه الإجابة بأن الإلزام هنا للضرورة والضرورة لها أحكام خاصة.

القاضي يتبع الحجاج من أدلة الإثبات (النية ، الإقرار،الشاهد ، اليمين) بينما المفتي يتبع الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة وطرق الاستدلال الفقهي المعتبرة .

---

[1] أحمد لطفي أحمد ،أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي،دار الفكر الجامعي،(2006) ،ص142.

و عادل أحمد عبد الموجود وآخرون ،تكملة المجموع شرح المهذب،دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1،(1423ه-2002م) ،ج26.ص457.

6- استدلالهم بقياس القضاء على الحسبة بأن عمر رضي الله عنه و لي الشفاء الحسبة وقد أجيب عن هذا الدليل بما يلي:

لم يثبت و لم يصح أن عمرا ولي امرأة الحسبة: يقول أبو بكر بن العربي"ما روي أن عمرا قدم امرأة على حسبة السوق لم يصح فلا تلتفتوا إليه وإنما هو دسائس المبتدعة في الحديث"[1].

وعلى صحة فرضية ما نسب إلى عمر من تولية الشفاء الحسبة فهذا لا يعطي للمرأة حق تولي القضاء. لأن فعل عمر ليس بحجة إذ لا حجة لأحد سوى كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا هو الراجح عند علماء الأصول .

استبعاد صدور هذا الأمر عن أمير المؤمنين عمر يمكن إرجاعه إلى أمرين هما:

- إن هذا الأثر المروي عنه مخالف للحديث المتفق على صحته حتى عند من أجازوا للمرأة تولي القضاء وهو قوله عليه الصلاة والسلام لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة.
- يستبعد أن يكون هذا الأمر صادر عنه وهو صاحب فكرة الحجاب في الإسلام حيث أشار بها على الرسول صلى الله عليه وسلم فنزل الوحي موافقا لرأيه ولو قلنا بما نسب إلى عمر لكان ذلك تناقضا بين قوله وفعله[2].

---

[1] ابن العربي(468ه-543ه)،أحكام القرأن،تحقيق محمد علي بجاوي،ط(1408ه-1988)،دار الجيل ،بيروت،،ج3،ص445.

[2] أحمد لطفي أحمد ،أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي،دار الفكر الجامعي،(2006) ،ص143.

بعد أن بيننا معنى القضاء والفتوى سنتعرض بإيجاز إلى أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما :

أولا : أوجه الاتفاق : يتفقان في الغرض من كل منهما الذي هو تبيين الحكم الشرعي الأول لفض المنازعات والثاني للإتباع والسير .

في الأهمية والمنزلة الرفيعة لكل منهما إذ المفتي وارث النبوة والقاضي متقلد لوظيفة الأنبياء .

يتفقان في أن كلا منهما من فروض الكفاية.

وعلى فرضية ذلك لا يفهم البتة من تولية عمر الشفاء الحسبة أنه ولاها القضاء .

الراجح من الآراء

بعد أن عرضنا أراء الفقهاء في تولية المرأة القضاء والأدلة التي استندوا عليها في ذلك ومناقشتها ، يترجح لدينا ما ذهب إليه معظم الباحثين والعلماء المعاصرين إلى ترجيح مذهب الجمهور القائل : بمنع تولية المرأة القضاء مطلقا وذلك للأسباب التالية :

* طبيعة العمل القضائي والذي هو من الإمامة العظمى التي يوجب أن يعين لها الأكمل والأقوى ويبعد عنها كل من شابه نقص ولو كان هذا النقص لا يعوق أصل الولاية إلا في بعض وجوهها.

*طبيعية عمل القاضي وما يقوم به في البحث لا يناسب المرأة بحال لأنه عمل شاق لا تقوى عليه بنيتها الضعيفة فكل إنسان ميسر لما خلق له وإسناد الأعمال الشاقة للمرأة ظلما لها حتى وإن رضيت بذلك [1].

*التكوين العاطفي والنفس للمرأة لا يتواءم وطبيعة القضاء بحكم الفطرة التي فطرها الله عليها[1] . فتكوينها يجعلها سريعة الانفعال والتأثر ويجعلها تنقاد وراء عواطفها مما

من صفات القاضي والمفتي الحزم والعلم فيحرم على القاضي التساهل في الحكم وعلى المفتي التساهل في الفتوى .

ثانيا : أوجه الاختلاف : يختلفان في الأمور الآتية .

صفة الالزام: حكم القاضي ملزم للمتخاصمين بينما الفتوى لا يلزم بها المستفتى . فالقضاء منشئ للإلزام والفتوى اخبار عن حكم الله تعالى في المسألة.

اتساع نطاق الإفتاء عن نطاق القضاء فالفتوى تشمل المستفتي وغيره أما القضاء فخاص بالخصوم فقط. [1]

القاضي يعتمد على وسائل الإثبات الشرعية والمفتي يعتمد على الأدلة وحدها.

ابن القيم – إعلام الموقعين – الجزء الرابع – ص 220 .

[1] أنور العمروسي،التشريع والقضاء في الإسلام،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية،ط2000،ص60 وما بعدها.

لا يمكنها بالنهوض بالعمل القضائي الذي يحتاج إلى الصرامة والحزم فقد تضعف عن النظر في جريمة من الجرائم الخطيرة كالقتل مثلا لحساسيتها المفرطة ، وسماعها لتفاصيل جريمة الزنا يؤدي إلى خدش حيائها وجرح أنوثتها وإيذاء مشاعرها .

*القضاء يتطلب أن تخالط المرأة الرجال فيما إذا وليت هذا المنصب وهو يتطلب خلوة القاضي بمعاونيه والشهود والخصوم، والخلوة بالأجنبي محرمة شرعا وما يؤدي إلى الممنوع ممنوع .

* القضاء يحتاج كمال الرأي والفطنة وتمام العقل وهذا غير متحقق في المرأة وقد نبه الله على نسيانهن زد على ذلك ضعف المرأة ونقصانها عن الرجل بسبب ما يعتريها من أمور خاصة بالنساء ينتج عنها تعطيل مصالح الناس .

* مما يقوي حجج أدلة الجمهور أن معظم أدلة المخالفين من القياس الذي لا يقوي على مواجهة النصوص من الكتاب والسنة .

ولعل أصح دليل على منع المرأة تقلد القضاء هو الحديث الوارد عن الرسول عليه الصلاة والسلام " لن يفلح قوم و لو أمرهم امرأة " وإن كان سبب وروده تولية ابنة كسرى على فارس إلا انه يدل بعمومه على دخول القضاء وغيره من الولايات في الحكم .

وبعد عرض هذه الأسباب نقول أن من منع المرأة تولية القضاء لم ينقصها حقها و من أجاز ذلك لم يزدها على حقها، باعتبار أن الإسلام كان سباقا إلى كفالة حقوق المرأة ببيانها واستفاءها وأن هذا الحكم من التشريع لا يستهدف النيل أبدا من شخصية المرأة وكرامتها أو التقليل من قدرتها ، فإذا كان الشرع الحنيف قد خص الرجال

---

[1] عبد الحميد ابن باديس(1308ه-1359م)،تفسير ابن باديس في مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير،دار الكتب العلمية،بيروت،ط1(1416ه-1995م)،ص274. و إبراهيم أحمد النجار،حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية،مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان ،الأردن، ط(1415ه-1995م)،

بأمور دون النساء فبالمقابل قد خص النساء بأمور دون الرجال ومرجع عدم التساوي بين الاثنين يعود إلى حكمة إلاهية عادلة تقتضيها طبيعة الحياة الكونية فكل مخلوق ميسر لما خلق له ،وعليه فإن بعد المرأة عن ولاية القضاء هو من تمام رعاية حقوقها وصيانة كرامتها . مادام أن الله تعالي قد ساوى بين الاثنين قال الله تعالى "وَمَنْ يَّعْمَلْ مِنَ ٱلصَّـٰلِحَـٰتِ مِن ذَكَرٍ اَوُ انثىٰ وَهُوَ مُومِنٌ فَاُوْلَـٰٓئِكَ يَدْخُلُونَ ٱلْجَنَّةَ وَلاَ يُظْلَمُونَ نَقِيراً ﴿١٢٣﴾ " [1]

وقال عز وجل " وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلذِے عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ " [2]

وقال سبحانه "فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّے لآ اُضِيعُ عَمَلَ عَـٰمِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ اَوُ انثىٰ بَعْضُكُم مِّنْ بَعْضٍ "[3]

[1] سورة النساء،الآية،124.

[2] سورة البقرة،الآية،228.

[3] سورة أل عمران،الأية195.

وقال عز من قائل " وَالْمُومِنُونَ وَالْمُومِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ يَامُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَوٰةَ وَيُوتُونَ الزَّكَوٰةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُوْلَٰئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٧٢﴾ "[1]

فهذه نماذج دالة على رفع مكانة المرأة والإشادة بحقوقها ورعاية حرمتها.

[1] سورة التوبة،الآية،71.

الخاتمـــــة

من خلال الفصلين اللذين تضمنتهما هذه المذكرة قمت بمناقشة حق تولي الوظائف العامة في نظامين مختلفين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية متطرقا إلى تولية المرأة لمنصب القضاء في الدول العربية مبرزا موقف القانون في هذه الدول وأراء فقهاء الشريعة الإسلامية المختلفة حول هذه المسألة.

فالحق في تولي الوظائف العامة معلم من معالم الديمقراطية الحديثة يتيح للمواطن فرصة المساهمة في تسيير شؤون البلاد وإدارة دفة الحكم أقرته الإعلانات والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان وحرصت الدول الحديثة على أن تتضمنه دساتيرها. وأكدت على مبدأ المساواة في توليها مقصية كل ما من شأنه أن يعتبر أساسا في القبول أو الرفض كمعيار الجنس والمعتقد الديني والرأي السياسي أو يحد من تكتع الفرد بهذا الحق.

فإذا كانت مختلف النصوص القانونية قد قضت بأن يتساوى جميع المواطنين في تقلد الوظائف العامة في الدولة دون شروط غير الشروط التي يحددها القانون، فوجب أن تتاح للمرأة فرصة كاملة مثلها مثل الرجل في تقلد المناصب العامة في الدولة تتناسب وطبيعتها ما لم توجد معوقات تحول دون توليها. لأن هذا الحق يعتبر من الحقوق الدستورية التي لا يجوز الاستثناء عليها ويبقى عدم توافر الصلاحية هو المبرر الوحيد لاستبعاد أي كان من تقلد منصب عام.لأن عدم التمييز عند التعيين في الوظائف العامة بين الأفراد – رجالا ونساء–ممن يحملون نفس المؤهلات ويحوزون على الشروط المطلوبة يعتبر من الأمور الضرورية لتحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين. ومن جهة أخرى فإن اشتراط الذكورة أو الأنوثة في تولي بعض الوظائف لا يتعارض ومبدأ المساواة نظرا لطبيعة الوظيفة وخصوصية المجتمع فطبيعة العمل تحدد من الأولى به.لأن قاعدة مساواة المرأة بالرجل ليست قاعدة مطلقة ولكن لابد أن تفسر في ضوء المبادئ التي يقوم عليها النظام الاجتماعي.

كذلك أن عدم التمييز بين الجنسين في تولي الوظائف العامة يكون بإيجاد فرص متكافئة وخلق ظروف تمكن المرأة من المشاركة في الحياة العامة من خلال إعادة الاعتبار للحقوق الطبيعية للمرأة ومساواتها بالرجل في قيمتها ومسؤوليتها الاجتماعية لأنها ضرورة تحتمها قواعد العدالة الإنسانية.

أما في المنهج الإسلامي فإن فكرة الوظيفة العامة تقوم على أنها واجب ديني وأنها تكليف قبل أن تكون حقا قائم على وجود الرجل المناسب في المكان المناسب ضمانا لسلامة العمل الوظيفي من أجل تحقيق مصالح الناس.وعليه فإن من الفروق الجوهرية بين النظامين الوضعي والإسلامي أن الوظيفة العامة في المنهج الإسلامي هي تكليف من الدولة بحيث لا يمكن للشخص أن يرشح نفسه لتوليها وذلك لقطع الطريق أمام كل من يحاول الاستفادة من مزايا قد تكون بسبب تولي الوظيفة كإجراء وقائي مسبق ضد الفساد الإداري، وهذه ميزة ينفرد بها النظام الإسلامي عن غيره من الأنظمة .

من جهة أخرى أقرت الشريعة الإسلامية أحقية كل فرد في الأمة لتولي المناصب العامة متى ثبتت صلاحيته لذلك، في إطار مبدأ المساواة الذي يتيح للجميع نفس المعاملة في فرص اللإلتحاق بها دون أن تسقط أهليته أو تنقص تحت أي اعتبار كان .

وعلى هذا أجاز للمرأة حق تولي الوظائف العامة التي تتناسب وطبيعتها،كافلا لها قيمتها الإنسانية معترفا بكل الحقوق التي تقتضيها الطبيعة الإنسانية ومنها التأكيد على دورها في البناء والمساهمة في النشاط الإنساني بشكل عام. فالرجل والمرأة من أصل واحد متساويان في الطبيعة البشرية والمفاضلة بينهما تقوم على أمور خارجة عن طبيعتهما وهي المتعلقة بالكفاية والعلم كما هو شأن المفاضلة بين الرجال أنفسهم.

وعلى هذا يبقى دور المرأة في المجتمع المعاصر ضروريا لكن في حدود المعالم المشروعة باعتباره تطورا هاما وخطيرا تمتد أثاره إلى كثير من النواحي الاجتماعية خاصة فيما يتعلق بكيان الأسرة التي تعتبر البنية الأساسية للمجتمع.فتقدم التعليم وتنوعه

وتعميمه على الجنسين في العصر الحالي أدى إلى إقدام المرأة على ممارسة الكثير من الأعمال التي لم يستطع الرجل أن يسدها خاصة فيما يتعلق بخدمة النساء.

ومن هنا أصبح موضوع تولية المرأة القضاء من المسائل المثيرة للجدل في بعض الدول العربية وغدا يطفو على السطح كلما دار الحديث عن حقوق المرأة في جانبها السياسي ودورها في تسيير شؤون البلاد.ومن خلال تأملنا لأقوال العلماء الواردة في هذا الشأن يتضح لنا أن المذاهب الإسلامية لم تجمع بكاملها على تبني اتجاه واحد بهذا الصدد وإن كان الرأي الغالب هو لجهة المنع.وعليه يمكن القول أن من منع المرأة تولي منصب القضاء لم ينقصها حقها،فالإسلام أحاط كرامة المرأة وعزتها بسياج منيع من تعاليمه الحكيمة وحمى أنوثتها وأخلاقها من العبث والعدوان وحرم الخلوة بها على الأجانب فتولي القضاء يحتم عليها الخروج مع الرجال ومزاحمتهم في المجالس دون فرق بين بعيد وقريب ، ولهذا كله أثر خطير في كيان المرأة الاجتماعي والخلقي. فبقاء المرأة في البيت وتفرغها لوظيفتها الأولى لا يقلل من شأنها ولا يحط من كرامتها.

كما أن من أجاز لها ذلك لم يزدها على حقها. وعلى هذا الأساس فإن حق تولي الوظائف العامة من الحقوق التي كفلها الإسلام للمرأة ومنها تولية القضاء لكن وفق ضوابط شرعية وشروط معتبرة رأى بعض المعاصرين أنها تحقق مصالح الأمة أبرزها:

- أن لا يزاحم تمتعها بهذا الحق ما هو واجب عليها على نحو يجعلها غير قادرة على القيام بهذا الواجب أو مقصرة في أدائه ، والواجب القائم على عاتقها هو رعاية البيت والقيام على شؤونه وتربية الأطفال والقيام بحقوق الزوجية،فلا يجوز أن تشتغل بما هو مباح وتفرط فيما هو واجب.
- حاجة المجتمع إلى من يشغل هذا المنصب في ظل عدم وجود الرجال الذين يسدون ذلك مع وجود من يصلح لذلك من النساء تحقيقا لمصالح الأمة.

- أن تكون المرأة في سن قابلة لتولية هذا المنصب حتى لا يتعارض مع ما يعتريها من أمور طبيعية تخص النساء وطبيعة العمل القضائي الذي وجد أصلا لحفظ ورعاية مصالح العباد.
- أن تتولى المرأة القضاء في القضايا التي تكون النساء طرفا الخصومة فيها دون مسائل القصاص والحدود.باعتبار أن طبيعة العمل تحدد من الأولى به.
- ضرورة توافر المؤهلات النفسية والأخلاقية في المرأة التي تتبوأ هذا المنصب لأن القضاء شأن عظيم لما له من أثر في تنظيم الحياة بوصفه ميزان العدل وملاذ المظلومين وعليه فإن عنصر الأنوثة لا يحول دون مهمة القضاء إذا توفرت هذه المؤهلات.
- حاجتها إلى الكسب والارتزاق بهذه الوظيفة إذ أن الغرض من وراء شغل منصب عام على العموم هو تهيئة وسيلة ارتزاق مباحة في مقابل تحصيل مصلحة وفائدة للمجتمع.فإذا كانت غير محتاجة فقد انتفى المبرر لتقلدها الوظيفة،لأن بقائها في البيت ورعاية شؤونه أولى في شرعة الإسلام من خروجها من بيتها لأداء أعمال الوظيفة .لأن المرأة بطبيعتها وما جبلت عليه مهيأة لأعمال البيت وتربية الأطفال أكثر من شيء أخر، فالبيت ميدانها الطبيعي وموضوع وظيفتها إعداد رجال المستقبل.فإكرام المرأة يكون بإعفائها من واجب الوظيفة خارج البيت والاكتفاء بوظيفتها العظمى التي يحتاجها المجتمع.
- ينبغي تهيئة الوسائل لإيجاد نساء قادرات على شغل بعض الوظائف الحساسة التي يحتاج المجتمع إلى شغلها من طرف نساء حيث يسهل لها تقلد هذه المناصب دون الإخلال بواجباتها الأصلية كتحديد ساعات العمل وتنويعها ،إنشاء دور الحضانة...
- وأخيرا يجب على الدول الإسلامية مراعاة جانب الشرع ومصالح الأمة وكرامة المرأة في هذه المسألة دون الاستجابة لضغوط المنظمات الدولية المعنية بحقوق الإنسان عموما والمرأة خصوصا الداعية إلى المساواة المطلقة بين الجنسين

ولتتذكر قول الرسول صلى الله عليه وسلم "من أرضى الناس بسخط الله وكله الله إلى الناس ومن أسخط الناس يرضى الله كفاه الله مؤونة الناس" رواه الترمذي في صحيحه.

فهرس الآيات

الرقم	الآيـــــــــــة	رقم الآية	السورة	الصفحة
01	قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ .	26	القصص	52
02	إِنَّهُ لَقَوْلُ رَسُولٍ كَرِيمٍ	21	التكوير	52
03	قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ	55	يوسف	62-52
04	إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا.	58	النساء	65-52-117
05	فَاسْأَلْ بِهِ خَبِيرًا	59	الفرقان	53
06	فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ	43	النحل	63-53
07	إني حفيظ عليم	55	يوسف	63
08	لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا	286	البقرة	65
09	فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ	16	التغابن	65
10	الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ	34	النساء	105-122-121
11	وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا	35	النساء	106
12	وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ	282	البقرة	106-119-127-120
13	وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ	71	التوبة	133-119
14	وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ		النساء	122
15	لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ	13	النور	127
16	وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ	124	النساء	132
17	وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ	228	البقرة	133
18	"فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ	195	ال عمران	136

فهرس الأحاديث

الرقم	طرف الحديث	الصفحة
01	إنا لا نولي هذا الأمر...	50
02	من ولي أمر المسلمين شيئا فولى رجلا...	53
03	ما أضلت الخضراء...	55
04	أرحم أمتي بأمتي...	63
05	إذا ضيعت الأمانة فانتظر الساعة...	65
06	من غش فليس منا...	66
07	كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته...	66-118
08	إن النساء شقائق الرجال.	98
09	نفعني الله بكلمة سمعتها...	107
10	القضاة ثلاثة...	108
11	خرج رسول الله في أضحى أو في فطر...	108

قائمة المراجع

- **القرآن الكريم**

- **التفاسير:**

1. ابن العربي ،أحكام القرآن ،تحقيق علي محمد بجاوي ،دار المعرفة ودار الجيل بيروت (1987)
2. ابن جرير الطبري ،(224هـ-310هـ)،جامع البيان في تأويل القرآن،تحقيق محمد شاكر،مؤسسة الرسالة،الطبعة الأولى ،(1420هـ-2000م).
3. أبو حيان الأندلسي – تفسير البحر المحيط – دار الكتب العلمية بيروت . طبعة 1993
4. الطبري (224هـ-310هـ)، تفسير الطبري ، جامع البيان في تأويل القرآن، الطبعة الثالثة،(1420هـ-1994م) ،دار الكتب العلمية ،بيروت.
5. عبد الحميد ابن باديس(1308هـ-1359هـ)،تفسير ابن باديس في مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير،دار الكتب العلمية،بيروت،الطبعة الأولى،(1416هـ-1995م).
6. القرطبي (ت،و671هـ)،الجامع لأحكام القرآن،تحقيق عماد زكي،خيري سعيد،المكتبة التوفيقية،مصر.
7. نظام الدين النيسابوري ،(ت،و728هـ)،تفسير غرائب القرآن ورغائب الفرقان،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،ط1(1416ه-1996م).

- **كتب السنة النبوية:**

1. أبوالحسن مسلم، صحيح مسلم،الطبعة الأولى،(1427هـ-2006م)،دار طيبة الرياض.
2. أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري(194هـ-256هـ)،صحيح البخاري، دار ابن كثير،دمشق- بيروت ،الطبعة الأولى،(1423هـ-2002م) .
3. أبو عبدا لله الحاكم،المستدرك على الصحيحين،الطبعة الأولى،(1417هـ-1997م)، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة.
4. ابن حجر العسقلاني،(773هـ-856م)،فتح الباري بشرح صحيح البخاري،طبعة(1424هـ-2004م)،دار الحديث ،القاهرة.
5. محمد بن عيسى الترمذي(ت،و279هـ)،سنن الترمذي،الطبعة الأولى،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع،الرياض.

- **كتب الفقه ،التاريخ الإسلامي والسياسة الشرعية:**

1 . إبن خلدون(1332هـ-1406ه)،المقدمة،ط1(2010)،القاهرة.

2 . أنور العمروسي ،التشريع و القضاء في الإسلام ،طبعة (2000م) ،دار الفكر الإسكندرية.

3. ابن الأثير، الكامل في التاريخ،طبعة (1399هـ-1779م)،دار صادر ،بيروت.

4. ابن القيم – إعلام الموقعين.

5. ابن تيمية ، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ط1(1403هـ-1983م)،دار الأفاق الجديدة،بيروت.

6. ابن حزم الظاهري،(ت،و456ه)المحلى،دار الفكر للطباعة و النشر،بيروت.

7. ابن رشد القرطبي ،(520هـ-595ه)،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق ماجد الحموي،دار ابن حزم.

8. ابن قدامة المقدسي ،الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل،ج4،ص221.عن الموسوعة الشاملةwww.islamport.com

9. ابن قدامة المقدسي(ت،و630ه)،المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني،دار الفكر،بيروت،الطبعةالأولى،(1405ه).

10. ابن كثير(700هـ-773ه) ،البداية والنهاية ، الطبعة الأولى(1423هـ-2003م)،مكتبة الصفا،القاهرة .

11. ابن مودود الموصلي،الاختيار لتعليل المختار،موقع الكتاب مصدر الوراق،http//www.alwaraq.com.

12. ابن هشام ،السيرة النبوية، دار المعرفة، بيروت .

13. الإمام النووي(ت،و976ه)،روضة الطالبين،دار الكتب العلمية بيروت، ط(1421ه-2000م).

14. الحطاب الرعيني المغربي ،(906هـ-954ه)مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،دار الكتب للطباعة والنشر،بيروت،الطبعة الأولى،(1422هـ-2002م).

15. القرافي (ت،و684ه)،الذخيرة في فروع المالكية،تحقيق أبو إسحاق عبد الرحمان،دار الكتب العلمية ،بيروت،الطبعة الأولى،(1424ه-2003م).
16. الماروردي ، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي،الطبعة الأولى (1414ه-1994م)،دار الكتب العلمية،بيروت.
17. الماوردي ،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية والولايات الدينية ،تحقيق أحمد مبارك البغدادي ،الطبعة الأولى،(1409ه-1989م)، مكتبة دار ابن قتيبة،الكويت.
18.أبو الحسن الماوردي،(ت،و450ه)،الأحكام السلطانية،مطبعة مصطفى ألبابي الطبعة الثانية،(1386ه-1966م).
19.أبو النجا الحجاوي،(ت،و960ه)،الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ،تحقيق عبد اللطيف البسكي ،دار المعرفة،بيروت.
20. أبو عبد الله الحطاب (906ه-954ه)،مواهب الجليل شرح مختصر خليل،دار الفكر للطباعة والنشر،بيروت،الطبعة الأولى،(1422ه-2002م) .
21. أبو يعلى الفراء،(ت،458ه)،الأحكام السلطانية،تعليق محمد الفقي،دار الكتب العلمية بيروت،ط2(1421ه-2000م)،ص88.
22. أحمد شلبي ،تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام،مكتبة النهضة المصرية ،القاهرة.
23 .أحمد فراج حسين،محمد عبد الودود،أصول الفقه الإسلامي،الدار الجامعي.
24. أحمد لطفي أحمد،أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، طبعة (2006).
25 . إبراهيم أحمد النجار،حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية،مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان ،الأردن، طبعة (1415ه-1995م).
26. إبراهيم محمد الحريري،القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام،ط1بعة ،(1420ه-1999م)،دار عمار للنشر،عمان ،الأردن.

27. بدر الدين العيني،(ت،و855ه)،البناية شرح الهداية،تحقيق أيمن صالح شعبان،دار الكتب العلمية ،بيروت،الطبعة الأولى،(1421ه-2001م).
28. برهان الدين ابن فرحون المالكي،تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام،دار الكتب العلمية ،بيروت.
29. رشدي شحاتة أبوزيد،تولية المرأة القضاء في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية دراسة مقارنة،دار الفكر العربي.
30. زكريا بن محمد الأنصاري،(ت،و926ه)،الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية للإمام عمر بن مصطفى بن الوردي،(ت،و749ه)،دار الكتب العلمية ،بيروت،الطبعة الأولى،(1418ه-1997م).
31. سمير عالية،نظام القضاء والعرف والدولة في الإسلام المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،بيروت،الطبعة الأولى،(1997م).
32. شهاب الدين ابن أبي الدم (ت،و642ه)،كتاب أدب القضاء،تحقيق محمد مصطفى الزحيلي،دار الفكر دمشق،الطبعة الثانية،(1402ه-1982م).
33. ظافر ألقاسمي ،نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، الكتب الثاني السلطة القضائية،الطبعة الأولى،(1407ه- 1987م)،دار النفائس .
34. عادل أحمد عبد الموجود وآخرون ،تكملة المجموع شرح المهذب،دار الكتب العلمية، بيروت ،الطبعة الأولى،(1423ه-2002م).
35. عبد الباقي الزر قاني، شرح الزر قاني على مختصر خليل،دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت.
36. عبد الرحمن بن سليمان الكليبولي،المدعو شيخي زاده(ت،و1078ه)،مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر،تحقيق خليل عمران المنصور،دار الكتب العلمية بيروت(1419ه-1998م).
37. عبد الرحمن عبد العزيز،القضاء ونظامه في الكتاب والسنة،جامعة أم القرى،الطبعة الأولى،(1409ه،1989م).

38. عبد الكريم زيدان،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية،مؤسسة الرسالة،الطبعة الثانية،(1409هـ-1989م)،عمان ،الأردن.
39. عبدا لخالق النووي ،العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية،الطبعة الأولى،(1394هـ-1984م)،دار الكتاب العربي ،بيروت .
40. علي حيدر خوجة أفندي،(ت،و1353هـ)،درر الحكام في شرح مجلة الأحكام،تعريب فهمي الحسيني،دار الجيل ،الطبعة الأولى،(1411هـ-1991م).
41. فخر الدين الزيلعي،(ت،و743ه)،تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق حاشية الشلبي،المطبعة الكبرى،الأميرية،بولاق ،القاهرة،ط1(1313هـ-).
42. كمال الدين بن الهمام الحنفي(ت،و681ه)،شرح فتح القدير،تعليق الشيخ عبد الرحمن المهدي، دار الكتب العلمية،بيروت،الطبعة الأولى،(1415هـ-1995م.
43. محمد ابن أبي العباس الرملي،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،(حاشية الشبراملسي)،دار الفكر للطباعة والنشر،بيروت،طبعة،(1404هـ-1984م).
44. محمد ابن أبي سهل السرخسي،،(ت،و490ه)،المبسوط،تحقيق أبو عبد الله الشافعي،دار الكتب العلمية،بيروت،الطبعة الأولى،(1421هـ-2001م).
45. محمد ابن جرير الطبري،(224هـ-310هـ)،تاريخ الرسل والملوك،الطبعة الثانية،دار المعارف ،مصر.
46. محمد الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،شركة صابي بيروت،طبعة (1374هـ-1955م.
47. محمد بن سعد بن منيع الزهري،(ت،و630هـ)،كتاب الطبقات الكبير،الطبعة الأولى،(1421هـ-2001م)،مكتبة الخانجي،القاهرة.
48. محمد بن علي الشوكاني،(28ذوالحجة1173هـ-27جمادى الثانية1250هـ)نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار،شرح منتقى الأخبار،إدارة الطباعة المرينية.

49. محمد رأفت عثمان،النظام القضائي في الفقه الإسلامي،دار البيان،الطبعة الثانية،(1415هـ،1994م).
50. محمد رواس قلعجي،موسوعة فقه عمر بن الخطاب،الط1بعة الأولى،(1401هـ-1981م)،دار النفائس ،بيروت.
51. محمد مصطفى الزحيلي،التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية،دار الفكر،دمشق(1402هـ-1982م).
52. محمد ابن إسماعيل الضعاني،سبل السلام ،شرح بلوغ المرام،تحقيق علي بهجت القاضي،دار الفكر للطباعة والنشر،1421هـ-2000م.
53. مصطفى الخن وآخرون،الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي،دار القلم دمشق،الدار الشامية،بيروت،(1419هـ-1998م).
54. مصطفى شلبي،أصول الفقه الإسلامي،الدار الجامعية ،بيروت،ص423-424.
55. مليحي محمد احمد ، النظام القضائي الإسلامي ،الطبعة الأولى،(1405هـ-1984م)،دار التوفيق،مكتبة وهبة.
56. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،الكويت،الموسوعة الفقهية الكويتية،مطابع دار الصفوة،مصر،الطبعة الأولى،(1404هـ-1427هـ).
57. وهبة الزحيلي،أصول الفقه الإسلامي،الطبعة الأولى(1406هـ-1986م)،دار الفكر،دمشق.
58. محمد أبو زهرة ،أصول الفقه،دار الفكر العربي ،القاهرة.

كتب قانونية وعامة :

1. ألشكري علي يوسف، حقوق الإنسان في ظل العولمة ،دار أسامة للنشر و التوزيع
2. بسيوني عبد الغني عبدا لله،النظم السياسية،دراسة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والحريات العامة في الفكر الإسلامي والأوربي ،الطبعة الرابعة،(2002 م)، نشأة المعارف ،الإسكندرية .
3. بشير محند أمقران ،النظام القضائي الجزائري، الطبعة الرابعة (2005م)،د م ج الجزائر.
4. بيرم عيسى ،الحريات العامة و حقوق الإنسان بين النص والواقع، طبعة (1998 م)،دارا لمنهل للطباعة والنشر.
5. حمد بن حمد بن سعد ال فريان،أراء ابن تيمية في الحكم والإدارة،الطبعة1421هـ-2000م،دارا لألباب للنشر ،الرياض.
6. حمود حمبلي ،المساواة في تولي الوظائف العامة،دراسة مقارنة،طبعة(2000م)،دار الأمل، الجزائر.
7. خضرخضر، المدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان،الططبعة الثانية،(2004م).
8. رفعت عبد الوهاب ،القانون الإداري،التنظيم الإداري للموظفين العموميين،طبعة (2009م)،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية.
9. ساسي سالم الحاج،المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان،ط(1995م)،منشورات الجامعة المفتوحة.
10. سعدي محمد خطيب ،حقوق الإنسان بين التشريع و التطبيق ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت .
11. سعيد يوسف البستاني،الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية،دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي الحقوقية،(2003م) ،بيروت .

12. سليمان الطماوي،مبادئ القانون الإداري،طبعة (1979م)،دارالفكر العربي .
13. طربوش قائد محمد ،أنظمة الحكم في الدول العربية ،تحليل قانون الحقوق و الحريات في الدول العربية ،الطبعة الأولى ،الجزائر .
14. عبد العزيز الجوهري،الوظيفة العمة ،دراسة مقارنة،د م ج ،الجزائر.
15. عبد الغني بسيوني عبد الله ،مبدأ المساواة أمام القضاء و كفالة حق التقاضي ،الطبعة الثانية ، منشأة المعارف، الإسكندرية .
16. عبد الكريم عوض خليفة ،القانون الدولي لحقوق الإنسان، طبعة،(2009 م)،الدار الجامعية الجديدة ،الإسكندرية.
17. علي عبد الفتاح محمد،حرية الممارسة السياسية للموظف العام دار الجامعة الجديدة،القاهرة(2007م).
18. علي محمد الدباس ،حقوق الإنسان وحرياته،إصدار –2009– دار الثقافة للنشر والتوزيع.
19. عمار بوضياف،النظام القضائي الجزائري،1962–2002،دار ريحانة، الجزائر.
20. عمر صدوق،دراسة في مصادر حقوق الإنسان،الطبعة الثالثة،(2005م)،ديوان المطبوعات الجامعية.
21. عمر صدوق،دراسة في مصادر حقوق الإنسان،الطبعة الثالثة،(2005م)،ديوان المطبوعات الجامعية.
22. غازي حسن صباريني،الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية،الطبعة الثانية،(1997م)،دار الثقافة للنشر ،عمان ،الأردن.
23. فوزي كمال أدهم،الإدارة الإسلامية ،د مقارنة،الطبعة الأولى، (1421هـ–2001م)،دار النفائس.

24. لوران بلان ،الوظيفة العامة،ترجمة أنطوان عبده،منشورات عبيدات،بيروت ،الطبعة الأولى،(1973م) .
25. مازن ليلو راضي وحيدر إبراهيم عبد الهادي ،حقوق الإنسان و الحريات الأساسية ،الطبعة الأولى،دار النشر و التوزيع، عمان،الأردن.
26. محمد الغزالي ، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وميثاق الأمم المتحدة ،دار الهناء للطباعة.
27. محمد انس جعفر قاسم ،مبادئ الوظيفة العامة وتطبيقاتها على التشريع الجزائري م ج،الجزائر طبعة(1984م) .
28. محمد باهي أبو يونس، الاختيار على أساس الصلاحية للوظيفة العامة، الطبعة الأولى،(1999)،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية.
29. محمد رفعت عبد الوهاب،القانون الإداري،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،طبعة ،(2009م).
30. محمد علي سالم عياد الحلبي ،مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، دارا لعلمية الدولية للنشر ودار الثقافة للنشر الطبعة الأولى، الإصدار الأول (2002 م)،عمان، الأردن .
31. محمد فتحي عثمان،حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي،ط1(1402ه-1981م)،دار الشروق ،بيروت،ص181 بتصرف.
32. محمد فريد وجدي ــ دائرة معارف القرن العشرين 787/10ــ دار المعرفة بيروت.
33. محمد يوسف المعداوي،دراسة في الوظيفة العامة في النظم المقارنة والتشريع الجزائري،د م ج ،الجزائر ،الطبعة الثانية،(1988م).
34. ناصر حمد الجبوري،حقوق الإنسان السياسية في الإسلام والنظم العالمية ،الطبعة الأولى،(1426ه-2005م)،دار الكتب العلمية ،بيروت.

35. نضال جمال حمودة ، حقوق الإنسان و حرياته الأساسية ، 'www.eastlaws.com: http' .
36. نواف كنعان ،حقوق الإنسان في الإسلام و المواثيق الدولية والدساتير العربية ، دار النشر، الطبعة الأولى،(2008 م).
37. هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان و حريات الأساسية، الطبعة الأولى، إصدار 2006 م .

المصادر الدولية والوطنية:

1- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأةلعام1979.
2- إعلان الأمم المتحدة الخاص بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الصادر بتاريخ 1963/11/20.
3- إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقدٌ قرار55/ 36 المؤرخ في15-11- 1981 .
4- إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لعام1967.
5- إعلان حقوق الإنسان والمواطن،لعام 1789.
6- الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق السياسية للمرأة،1952،قرار640،(د7) المؤرخ في 20-12-1952.
7- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.
8- الأمر الملكي لـ 13-01-1999 الموافق لـ 28 جمادى الثانية 1414هـ. المملكة العربية السعودية.
9- الدستورالعماني المرسوم السلطاني لـ 11-06-1996 الموافق لـ 25 محرم 1417هـ.

10- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.
11- القانون الأساسي للوظيفة العمومية – الجزائر–أمر رقم 06–03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427ه الموافق ل 15 جوان 2006
12- القانون السلطة القضائية رقم 46 لعام 1972 المنشور بتاريخ 5–10–1972 مصر.
13- القانون العضوي رقم4/11 المؤرخ في 21 رجب 1425 الموافق ل 06–09–2004 المنشور بتاريخ 08–09–2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء–الجزائر.
14- المرسوم التنفيذي رقم 303لسنة 2005 المنشور بتاريخ 25–08–2005 بشأن تنظيم المدرسة العليا للقضاء.الجزائر.
15- المرسوم التنفيذي رقم 91 – 114 الخاص بالقانون الأساسي لقطاع الشؤون الدينية.الجزائر
16- النظام الأساسي للدولة رقم 101 لسنة 1996 نشر بتاريخ 16\ 11 \ 1996 بشأن قانون استقلال القضاء– *المملكة الأردنية الهاشمية.*
17- دساتير الجزائر لسنوات 1963–1976–1989– 1996.
18- دساتير المغرب لسنوات 1962 – 1970 –1972 –1992 –1996.
19- دستور الإمارات العربية 1971 .
20- دستور الإمارات العربية المتحدة 18–07–1971.
21- دستور الجمهورية اليمنية – 20–02–2001.
22- دستور الصومال 1960 .
23- دستور العراق 2004 .
24- دستور الكويت 11–11–1962.
25- دستور الكويت 1963.

26- دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة 1952 نشر بتاريخ 08 \ 01 \ 1952.
27- دستور المملكة المغربية رقم 157 لسنـــــة 1996 – نشر بتاريخ 10 \ 10 \ 1996
28- دستور اليمن 2001 .
29- دستور جمهورية السودان – سنة 2005 – نشر بتاريخ 06 \ 07 \ 2005
30- دستور جمهورية جيبوتي1992 .
31- دستور جمهورية مصر 1971.
32- دستور دولة قطر– 08–05–2006.
33- دستور سلطنة عمان– 16–11–1996 .
34- دستور سوريا 1973 .
35- دستور فرنسا – 04–11–1958.
36- دستور فلسطين ،القانون الأساسي 2003 .
37- دستور قطر 2005 .
38- دستور مملكة البحرين2002.
39- دستورا لجمهورية اليمنية – سنة 2001 – نشر بتاريخ 20 \ 02 \ 2001
40- ظهير شريف رقم 467 لسنة 1974 نشر بتاريخ 11 \ 11 \ 1974 بشأن النظام الأساسي لرجال القضاء. المملكة المغربية.
41- قانون – رقم 15 لسنـــــة 2001 – نشر بتاريخ 18 \ 03 \ 2001
قانون اتحادي – رقم 3 لسنـــــة 1983 نشر بتاريخ 26 \ 05 \ 1983 بشأن السلطة القضائية الاتحادية. دولة الإمارات العربية المتحدة.
42- قانون الخدمة المدنية رقم 19 لسنة 1991 نشر بتاريخ 31 \ 03 \ 1991 الجمهورية اليمنية.

43- قانون الخدمة الوطنية القومية لسنة 2007 – نشر بتاريخ 01 \ 01 \ 2007
44- قانون السلطة القضائية – مرسوم سلطاني – رقم 90 لسنـــــة 1999 – نشر بتاريخ 01 \ 12 \ 1999 سلطنة عمان
45- قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنـــــة 1991 – نشر بتاريخ 30 \ 01 \ 1991 ،الجمهورية اليمنية.
46- قانون السلطة القضائية لسنة 1986 – نشر بتاريخ 15 \ 04 \ 1986 – جمهورية السودان.
47- قانون العمل رقم 5 لسنـــــة 1995 – نشر بتاريخ 15 \ 03 \ 1995 الجمهورية اليمنية.
48- قانون تنظيم القضاء الكويتي– قانون – رقم 23 لسنـــــة 1990 – نشر بتاريخ 10 \ 03 \ 1990.
49- ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.
50- ميثاق عصبة الأمم .
51- نظام السلطة القضائية السعودي: رقم م/78 بتاريخ 1428/09/19هـ.
52- دستور تونس 1959 .
53- دستور لبنان 1926 .
54- دستور ليبيا 1988 .

فهرس المحتويات

مقدمة 01

الفصل الأول: حق تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية

المبحث الأول : حق تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية..... 06

تمهيد:..... 08

مفهوم حق تولي الوظائف العامة..... 09

المطلب الأول:مبدأ المساواة واهم تطبيقاتها.....

مبدأ المساواة..... 10

تطبيقات مبدأ المساواة 11

أولا : المساواة أمام القانون 11

المساواة أمام القضاء 13

المساواة أمام تولي الوظائف العامة 13

المطلب الثاني : الأساس القانوني لمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة..... 16

أولا : الأساس الدولي 16

ثانيا : الأساس الدستوري 17

ثالثا : الأساس التشريعي 20

المبحث الثاني : شروط تولي الوظائف العامة والاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة. 21

المطلب الأول : مفهوم الموظف العام و الوظيفة العامة 21

أولا (مفهوم الموظف العام) 21

ثانيا : مفهوم الوظيفة العامة 23

المطلب الثاني : شروط تولي الوظائف العامة.....

أولا : الشروط الموضوعية 24

أ – الجنسية 25
ب – شروط اللياقة الصحية 27
جـ - شروط السن 28
د- حسن السيرة 29
هـ - التمتع بالحقوق الوطنية 30
و – المؤهل العلمي 30
ن – وضعية الشخص اتجاه الخدمة الوطنية 30
ثانيا : الشروط المرفوضة
أ – شرط الدين 32
ب – الآراء و الانتماءات السياسية 35
جـ - الجنس..... 37
المطلب الثالث : الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة 42
أولا : الاعتبارات الدينية 42
- في البلاد العربية..... 43
- في الدول الغير إسلامية 44
- الوظائف الدينية..... 44
ثانيا : الاعتبارات السياسية..... 47
ثالثا : الاعتبارات الإنسانية " الوظائف المحجوزة..... 49
المبحث الثالث حق تولي الوظائف العامة في الشريعة الإسلامية..... 51
شروط توليها في الشريعة الإسلامية..... 53
المطلب الأول : الصلاحية أساس الاختيار..... 54
أولا : الصلاحية المادية..... 59
السلامة الجسدية..... 60

السلامة من الأمراض..... 60
سلامة الأعضاء 61
سلامة الحواس..... 62
ثانيا : الأهلية " السلامة العقلية "..... 63
– السن..... 63
– العقل..... 64
المطلب الثاني : القوة المعنوية 65
أولا : الصلاحية العلمية..... 65
ثانيا : الأمانة و الكفاءة الخلقية..... 68

الفصل الثاني

حق المرأة في تولي القضاء في القانون و الشريعة

المبحث الأول : حق المرأة في تولي القضاء في القانون..... 71
تمهيد..... 72
المطلب الأول : الدول التي تمنح المرأة تولي القضاء..... 73
أولا : مصر..... 73
ثانيا : المملكة العربية السعودية..... 79
ثالثا : الكويت..... 81
رابعا : الإمارات العربية..... 84
المطلب الثاني : الدول التي تجيز للمرأة تولي القضاء..... 87
أولا : الجزائر..... 87
ثانيا : الأردن..... 90
ثالثا : اليمن..... 92
رابعا : المغرب..... 95

خامسا : السودان..... 97
سادسا : سلطنة عمان..... 100
المبحث الثاني :
حق المرأة في تولي القضاء في الشريعة الإسلامية
تمهيد..... 102
المطلب الأول : رأي الجمهور..... 103
مذهب المالكية..... 104
الشافعية..... 105
الحنابلة..... 107
ثانيا أدلة الجمهور..... 109
أ- من القرآن..... 109
ب- من السنة..... 111
ج- الإجماع..... 114
د- القياس..... 114
هـ - المعقول..... 115
المطلب الثاني : مذهب الحنفية – الجواز المقيد..... 116
أدلة المذهب..... 118
المطلب الثالث : الجواز المطلق - مذهب ابن جرير– ابن حزم..... 119
أدلة المذهب..... 122
أولا : من القرآن..... 122
ثانيا القياس..... 124
المطلب الرابع : مناقشة أدلة المذاهب..... 126

أولا : مناقشة أدلة مذهب الجمهور..... 126
من القرآن..... 126
من السنة..... 128
جـ - من المعقول..... 129
د – الإجماع..... 130
هـ - القياس..... 131
ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الحنفي..... 132
مناقشة أدلة المذهب الثالث – ابن جرير..... 133
الراجح من الآراء..... 136
الخاتمة..... 140
فهرس الآيات..... 145
فهرس الأحاديث..... 146
المراجع و المصادر..... 147
فهرس الموضوعات..... 161

ملخص الموضوع

كانت بداية اهتمام المجتمع الدولي بحقوق الإنسان ورعايتها من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 والذي أكد على مساواة البشر في الكرامة والحقوق دون تمييز .وإن كانت مسألة الاهتمام هذه ليست بالجديدة فقد ساهمت الأديان والحركات الاجتماعية والسياسية في بلورتها
و تزداد أهمية دراسة حقوق الإنسان كلما ارتفعت الأصوات شاكية من انتهاكات هذه الحقوق.ولعل أهمية الموضوع تبرز من خلال المحاور الآتية:
-لا يخفى على المطلعين والمتابعين لأحوال العالم عموما والعالم الإسلامي خصوصا أن كثيرا من حقوق الإنسان مفقودة أو مهمشة ولابد من النهوض والسعي إلى تحقيق العدل وإتاحة الفرص للجميع من أجل التمتع بكافة الحقوق دون استثناء ومنها حق تولي الوظائف العامة بما يتناسب وتحقيق المصلحة العامة.
-الحاجة إلى البيان والتأصيل لحق من حقوق الإنسان يختلف عن غيره من الحقوق باعتباره واجبا أكثر منه حقا لمن استوفى شروط التمتع به.
-بيان حقيقة اهتمام الإسلام بحقوق الإنسان عموما وحق تولي الوظائف العامة خصوصا وحرصه على ضرورة توافر شروط لابد منها في من يترشح لتقلد وظيفة عامة يتولى من خلالها أمرا من أمور المسلمين باعتبار ذلك كله أمانة في عنق صاحبها.
-ضرورة بيان الاستثناءات الواردة على التمتع بهذا الحق وهذا لاختلاف القيم الدينية والاجتماعية وخصوصية كل وظيفة خاصة بين المجتمعات الإسلامية وغيرها.
- التأكيد على حرص الإسلام على المساواة بين الرجل والمرأة كل في حدود طبيعته واختصاصه وفق قاعدة كل ميسر لما خلق له.

الكلمات مفتاحية:

حقوق الإنسان؛ الوظائف العامة؛ تولية المرأة للقضاء؛ مبدأ المساواة؛ شروط القاضي؛ الحق في تولي القضاء؛ مفهوم الموظف العام؛ رأي الجمهور.