جامعـــة عـــين شمـــس
كليـــــة الحقـــــوق
قسم فلسفة القانون وتاريخه

الأصول التاريخية والأسس الفلسفية للقضاء والتحكيم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدّكتوراه في الحقوق

من الباحثة

هدى إمام إسماعيل عبد اللّٰه

لجنة المناقشه والحكم على الرسالة:

الأستاذالدكتور/ محمد علي محجوب (**مشرفاً ورئيساً**)

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة عين شمس،
ووزير الأوقاف الأسبق.

الأستاذ الدكتور/ طه عوض غازي (**مشرفاً وعضواً**)

أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق جامعة عين شمس
ووكيل الكلية الأسبق.

الأستاذ الدكتور/ السيد عبد الحميد فوده (**عضواً**)

أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق جامعة بنها
وعميد الكلية.

الأستاذ الدكتور/ أحمد علي ديهوم (**عضواً**)

الأستاذ المساعد بقسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق جامعة عين شمس.

٢٠١٩

جامعـــة عـــين شمـــس
كليـــــة الحقـــــوق
قسم فلسفة القانون وتاريخه

صفحة العنوان

اسم الطالب: هدى إمام إسماعيل عبد اللّه

عنوان الرسالة: الأصول التاريخية والأسس الفلسفية للقضاء والتحكيم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة)

الدرجة العلمية: الدكتوراه

القسم التابع له: فلسفة القانون وتاريخه

اسم الكلية: الحقوق

الجامعة: عين شمس

سنة التخرج: ١٩٧٦

سنة المنح: ٢٠١٩

جامعـــة عـــين شمـــس
كليـــــة الحقـــــوق
قسم فلسفة القانون وتاريخه

رسالة دكتوراه

الأصول التاريخية والأسس الفلسفية للقضاء والتحكيم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحثة

هدى إمام إسماعيل عبد الله

لجنة المناقشه والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ محمد علي محجوب (**مشرفاً ورئيساً**)
أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة عين شمس،
ووزير الأوقاف الأسبق.

الأستاذ الدكتور/ طه عوض غازي (**مشرفاً وعضواً**)
أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه ووكيل الكلية الأسبق.

الأستاذ الدكتور/ السيد عبد الحميد فوده (**عضواً**)
أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق جامعة بنها،وعميد الكلية.

الأستاذ الدكتور/ أحمد علي ديهوم (**عضواً**)
الأستاذ المساعد بقسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق جامعة عين شمس.

الدراسات العليا

ختم الإجازة: **أجيزت الرسالة:** **بتاريخ / /**

موافقة مجلس الكلية **موافقة مجلس الجامعة**

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ
عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ
وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴾

(سورة النمل – الآية ١٩)

إهداء

إلى روح أمي الحبيبة، التي تعلمت منها الطموح والصبر والمثابرة على تحقيق الأماني والتفوق في الحياة، رحمها الله،

إلى روح أبي الغالي الذي فارقني صغيرة،

إلى إبني الوحيد، قرة عيني، الذي أتمنى أن أكون قدوة له في طلب العلا والقدرة على مواجهة صعاب الحياة بإرادة وقوة وحزم، أسعده الله،

وإلى إخوتي وأخواتي وكل من مد لي يد العون خلال مسيرة حياتي،

جزاهم الله عني جميعاً خير الجزاء

شكر وتقدير

أتوجه بالشكر إلى الله العلي القدير الذى أعانني على تحقيق حلم حياتي منذ أن كنت طالبة بالسنة الرابعة بكلية حقوق عين شمس ولم تساعدني ظروف حياتي على تحقيقه إلا الآن، عندما أذن الله تعالى بذلك، إنه نعم المولى ونعم النصير.

ولما كان الفضل فيما توصلت إليه يُعزى بعد الله سبحانه وتعالى لأستاذي الجليلين رائدي العلم ومعلمي الأجيال اللذان تفضلا بقبول الإشراف على هذا البحث، وهما؛

السيد الأستاذ الفقيه الجليل الدكتور/ محمد علي محجوب؛ أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق – جامعة عين شمس، ووزير وزارة الأوقاف سابقاً،

والسيد الأستاذ الفاضل دمث الخُلق عالي الهامة، وغزير العطاء**الدكتور / طه عوض غازي أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق – جامعة عين شمس، ووكيل الكلية الأسبق**

لذا يشرفني بكل الحب والتقدير أن أتقدم بأسمى آيات الشكر والإمتنان لهما من أعماق قلبي على ما أمداني به من كل قول سديد وتوجيه رشيد وعلى ما أولياني به من رعاية وما منحاني من غالي وقتهما بالرغم من مشاغلهما الجمة، فقد رجعت إلى مؤلفاتهما القيمة التى ذخرت بها مكتبة كلية الحقوق جامعة عين شمس ومكتبة الأسكندرية، جعل الله هذا العلم الذى لا يقدر بمال فى ميزان حسناتهما. فلقد سعدت وشرُفت بإشرافهما على بحثي وغنمت منهما العلم والمثابرة مما كان له عظيم الأثر في إثراء هذا البحث وإنجازه. وهذا ليس إطراء منى عليهما بل هي أمور تشهد بها الأجيال المتتالية التى تعلمت على أيديهما، فهما لم يدخرا جهداً فى إيصال العلم لهم على مر سنوات عديدة على حساب صحتهما، جزاهما الله عز وجل خير الجزاء.

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان، وخالص التقدير والعرفان إلى:

السيد الأستاذ الجليل كريم الخلق غزير العلمالدكتور/ السيد عبد الحميد فودة أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه وعميد كلية الحقوق جامعة بنهاعلى تفضله رغم مشاغله الهامة الكثيرة، بقبول مناقشة وتمحيصبحثي، وعلى تحمله مشقة السفر للقيام بهذا الأمر.

وإلى **السيد الفاضل جم الأدب والعلمالأستاذ الدكتور/ أحمد علي عبد الحي ديهوم الأستاذ المساعد بقسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق جامعة عين شمس،** على تكرمهبالموافقة على الإشتراك في مناقشة وتقييم بحثي رغم مشاغله الكبيرة.

وأشكرهما على ما استقطعاه من وقتهما الثمين لقراءتها وتمحيصها، أسأل الله تعالى أن يحفظهما، وأن يجزل لهما المثوبة وحسن الجزاء، وأن يبارك لهما في علمِهما وعملِهما و صحتِهما.

أجزل الله لكم جميعاً المثوبة والعطاء وجعله فى ميزان حسناتكم، فأنتم من يصدق عليكم قول الله عز وجل " إن الله اشترى من المؤمنين أنفسَهم وأموالَهم بأن لهم الجنة ..... " [1] .

كما أشكر وأمتن لجميع **أساتذة القانون والفقه** الذين استعنت بالعديد من مؤلفاتهم القانونية القيمة التى أضاءت لى الطريق ويسرته لى للوصول إلى هذا الجهد المتواضع الذي أعرضه على حضراتكم اليوم لترك " علمٌ ينتفع به" لعل الله العلي القدير يتقبله مني، ويجعلني وأنا في هذه السن المتقدمة من العمر قدوة لإبني وأمثاله من شباب المسلمين في طلب العلم والمثابرة عليه.

ولا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان **لكل من ساعدني أو أسدى لي معروفـاً أثناء قيامي بإعداد هذا البحث** الذي أتمنى أن ينفع الله به بعض العباد ويثقل به موازيني وموازينهم يوم الحساب.

وختامًالا يسعني إلا أن أقول كما قال ابن قيم الجوزية رحمه الله:

"فيا أيها القارئ لبحثي والناظر فيه، هذه بضاعة صاحبها المزجاة، مسوقةً إليك، وهذا فهمـــه وعقله معروضٌ عليك، لك غنمه وعلى مؤلفه غرمه، ولك ثمرتَه، وعليه عائدتَه، فإن عدم منك حمداً وشكراً؛ فلا يعدم منك عذراً، والله المسئول أن يجعله لوجهه خالـــصاً، وينفـــع بـــه كاتبه وقارئه في الدنيا والآخرة، إنه سميع الدعاء، وأهل الرجاء."

وصلى اللهم وسلم على نبينا وحبيبنا سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

الباحثة

([1]) سورة التوبة، آيه ١١١.

المقدمة

إن من أهم الظواهر القانونية المعاصرة ظاهرة انتشار نظام التحكيم كوسيلة لحل المنازعات، والواقع أن هذا النظام هو نظام قديمٌ، حديث"قديم في نشأته ووجوده" حيث عُرف في المجتمعات القديمة التي اتخذته وسيلة لحل النزاعات القائمة بين أفرادها وفقًا للأعراف والتقاليد السائدة فيها (حسبما سيرد ذكره في هذا البحث) أو لحل المنازعات التي تنشأ بين الدول أو المدن القديمة.

وبعد نشأة الدولة؛ أصبح من أهم وظائفها حسم المنازعات، وتحقيق العدالة وحماية الحقوق، والمراكز القانونية لمواطنيها، وذلك عن طريق السلطة القضائية التابعة لها، والتي منحتها الدولة ولاية فض المنازعات بين أفرادها وسنت القوانين اللازمة لتنظيم هذه السلطة، وكيفية اللجوء إليها، وأساليب ممارستها، وكيفية تنفيذ الأحكام الصادرة عنها، وطرق الطعن عليها، وكذا الضمانات اللازمة التي تكفل استقلالهذه السلطة وحيدتها.

وهو "نظام حديث" من حيث إنه بالرغم من أن الدولة أصبحت تتولى مهمة القضاء إلا أنها أقرت نظام التحكيم كوسيلة موازية للقضاء للفصل في المنازعات، وسنت القواعد، والقوانين التي تكفل سلامة إجراءاته، وضمانات تحقيق عدالةالحكم الصادر منه.

ولما كان لهذين الطريقين (القضاء والتحكيم) من أهمية قصوى في استقرار المجتمعات بتحقيق العدالة بين أفرادها، وإعطاء كل ذي حق حقه، فقد رأيت أن أغوص بهذه الدراسة في أعماق تاريخ الحضارات القديمة، والشريعة الإسلاميةوالتشريعات الوضعية، للتعرف على أسس العدالة، وملامح النظام القضائي ونظام التحكيم فيها.

ولما كان الهدف الغائي من إنشاء وتنظيم مرفق القضاء في أي مجتمع أو دولة هو التوصل الى حلول عادلة للمنازعات التي تنشأ بين أفرادها، كان لابد من التعرف على مفهوم العدالة في ظل هذه المجتمعات، وهذه الحضارات.

وعلى ذلك فسوف أقوم بإيضاح مفهوم العدالة فى بعض الحضارات القديمة مثل الحضارة المصرية، والحضارة الإغريقية، والحضارة الرومانية،كتقديمقبل تناول النظام القضائي في تلك الحضارات، هذا بالإضافة الى إيضاح مفهوم العدالة وفقاً للشريعة الإسلامية.

ولاستكمال الدراسة كان لزاماً أن أقوم بالتعرض لهذين النظامين في ظل أحكام الشريعةالإسلامية، وفي العصر الحديث في ظل بعض التشريعات الوضعيةوبعض الاتفاقيات الدولية، ومراكز التحكيم الدولية، للوقوف على التنظيم القانوني والأسس الفلسفية التي بُني عليها كل من هذين النظامين في ظل تلك التشريعات.

هذا بالإضافة إلى إلقاء الضوء على تطبيق نظام التحكيم في الإسلام عند حل الخلاف والشقاق بين الزوجين مع التعرض لمدى إلزامية حكم الحكمين للزوجين من ناحية وللقاضي من ناحية أخرى، لما لذلك من مميزات، وعظيم الأثر في المحافظة على كيان الأسر وبالتالي على استقرار المجتمع.

أهداف البحث:

بالإضافة إلى أن بحثي هو محاولة متواضعة لترك علمٌ ينتفع به، فهو يهدف إلى الأهداف التالية:

١) التعرف على الجذور التاريخية لنظام القضاء في بعض الحضارات القديمة كالحضارة الفرعونية والإغريقية والرومانية مع إستعراض سمات النظام القضائي في مصر في ظل تلك الحضارات، وكذا التعرف على طرق حل المنازعات في المجتمعات القبلية العربية قبل الإسلاموتطور النظام القضائي في ظل الشريعة الإسلامية وذلك باعتبار القضاء " من أجلِّ العلوم قدراً و أعزها مكاناً وأشرفها ذكراً لأنه منصب نبوي.... " (١)

٢) هو محاولة لكشف أغوار تاريخ التحكيم وجذوره باعتباره نوع من القضاء وطريق لحسم المنازعات من خلال استعراض ملامحه في ظل بعض الحضارات القديمة كالحضارة الفرعونية، والإغريقية، والرومانية، ولدى المجتمعات القبلية العربية قبل الإسلام، وكذا في ظل أحكام الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات الوضعية، وبعض الاتفاقيات الدولية من خلال دراسة مقارنة

(١) معين الحُكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي ص ٣.

قائمة على ما تم الوصول إليه من مراجع قانونية وآراء علماء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية.

٣) التعرف على فلسفة التحكيم، و مميزاته إذ أنه أصبح من أهم وسائل تسوية المنازعات، سواء كانت بين الأفراد أو الجماعات أو الدول، وبخاصة فى مجال التجارة الدولية.

٤) التعرف على الأسس الفلسفية التي يقوم عليها كل من القضاء، والتحكيم، وأثر ذلك على انتشار الأخذ بالتحكيم كطريق لحل المنازعات.

٥) إثبات أنه بالرغم من أن القضاء، والتحكيم، هما طريقان لحل المنازعات ويتشابهان في أوجه متعددة، إلا أن تكييف كل منهما يختلف عن الآخر وأن كل منهما يقوم على أسس فلسفية مختلفة تميزه.

٦) توضيح الفرق بين النظام القضائى ونظام التحكيم فى مجال الفصل فى المنازعات، وبيان ما إذا كانا طريقان يستبدل أحدهما بالآخر، بمعنى بيان هل التحكيم ينزع الاختصاص من قضاء الدولة ؟ وما إذا كانا طريقان منفصلان تماماً لا تلاقي بينهما وما هي طبيعة العلاقة بينهما؟

٧) البحث فيما إذا كانت مساعدة القضاء، ورقابته على نظام التحكيم يعدا تدخلاً من القضاء في الدعوى التحكيمية أم لا.

٨) توضيح الفرق بين نظام التحكيم، وغيره من نظم حل المنازعات كالقضاء والصلح، والوساطة، والوكالة.

٩) توضيح الفرق بين دور القاضي، ودور المحكم، وفلسفة هذا الدور في حسم النزاع.

١٠) أن الشريعة الإسلامية واجهت فى العصر الحديث الكثير من الهجوم والمغالطات والتحديات فى العديد من الدول الغربية التي اتهمتها بالجمود، وقصور أحكامها عن مواكبة تطورات العصر، وأن القوانين الوضعية هى التى أوجدت، واستحدثت الحلول لمشكلات العصر؛فأردت ببحثي أن أوضح وأثبت لهؤلاء أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في الأخذ بنظام التحكيم فى العلاقات الأسرية وغير الأسرية، ونصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة تزخر بأحكام