قسم القانون الجنائي

قضاءُ المجالسِ العُرفية

دراسةٌ مقارنةٌ بين الفقه الإسلاميِّ والقانون الوَضْعيِّ

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث
سميرأحمد عبد الخالق أحمد

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ إبراهيم عيد نايل مشرفًا ورئيسًا
أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي - كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ عمر محمد سالم
عضـــوًا
أستاذ القانون الجنائي وعميد كلية الحقوق - جامعة القاهرة سابقًا.

الأستاذ الدكتور/ سعيد أبو الفتوح محمد مشرفا و عضـــوًا
أستاذ الشريعة الإسلامية - كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ ممدوح واعر عبد الرحمن
عضـــوًا
أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد - كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م

قسم القانون الجنائي

صفحة العنوان

اسم الطالب: سمير أحمد عبد الخالق أحمد
عنوان الرسالة: قضاءُ المجالسِ العُرفية
دراسةٌ مقارنةٌ بين الفقه الإسلاميِّ والقانون الوَضْعيِّ
الدرجة العلمية: الدكتوراه.
القسم التابع له: القانون الجنائي.
الكلية: الحقوق.
الجامعة: جامعة عين شمس.
سنة التخرج:
سنة المنح: ٢٠١٩م

قسم القانون الجنائي

قضاءُ المجالسِ العُرفية

دراسةٌ مقارنةٌ بين الفقه الإسلاميِّ والقانون الوَضْعيِّ

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة فى الحقوق

مقدمة من الباحث

سمير أحمد عبد الخالق أحمد

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ إبراهيم عيد نايل مشرفا ورئيسًا

أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي - كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ عمر محمد سالم

عضـــوًا

أستاذ القانون الجنائي وعميد كلية الحقوق - جامعة القاهرة سابقًا.

الأستاذ الدكتور/ سعيد أبو الفتوح محمد مشرفا و عضـــوًا

أستاذ الشريعة الإسلامية - كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ ممدوح واعر عبد الرحمن

عضـــوًا

أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد - كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

الدراسات العليا

ختم الإجازة: أُجيزت الرسالة: بتاريخ / /

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة

[وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٱقۡتَتَلُواْ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ فَإِن فَآءَتۡ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَا بِٱلۡعَدۡلِ وَأَقۡسِطُوٓاْۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ ٩] {سورة الحجرات:٩}

[يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمۡ عَذَابٞ شَدِيدُۢ بِمَا نَسُواْ يَوۡمَ ٱلۡحِسَابِ ٢٦]
{سورة ص:٢٦}

SbC 031 000 865

إلى أسرتي الكريمة

وإلى كل عالم وطالب علم

□ □ □ □ □ □ □ □

□ [سورة إبراهيم: آية: ٤١]

الشكر والتقدير

قال الله تعالى: [وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ][سورة إبراهيم: ٧]، فالحمد والشكر لله على نِعَمه الظاهرة والباطنة أولًا وآخرًا.

وإن من تمام شكر الله على نِعَمه أن نشكر من أحسن إلينا، وأسدى الخير والجميل؛ لقول النبي ﷺ: «**لا يشكُرُ اللهَ مَن لم يشكُرِ الناسَ**».

ولذا فإني أتوجه بخالص الشكر والتقدير والعرفان بالفضل والجميل للأستاذ الدكتور/ إبراهيم عيد نايل، أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، على ما أولاني به من علمه ونصحه، وعظيم أخلاقه وتواضعه، فمنحني من علمه ووقته ونصحه ما لا يكافئه به إلَّا الله، فله مني كل التقدير،، وجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير والعرفان بالفضل والجميل للعالم الجليل والوالد الكريم الأستاذ الدكتور/ سعيد أبو الفتوح محمد، أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية، بكلية الحقوق، جامعة عين شمس، على ما أولاني به من رعاية ونصح وإرشاد، فمنحني من علمه ووقته وعظيم أدبه، وأخلاقه الكريمة، وجميل تواضعه، ولين جانبه،، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور/ عمر محمد سالم، أستاذ القانون الجنائي، وعميد كلية الحقوق، جامعة القاهرة (سابقًا)، على تفضله بقبول المشاركة في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة، والذي استقطع جزءا من وقته الثمين لقراءة الرسالة، وتقييمها، وإفادتنا من علمه رغم أعبائه الجسام، فله مني كل الإجلال وعظيم الثناء والتقدير، وجزاه الله خير الجزاء.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور/ ممدوح واعر عبد الرحمن، أستاذ الشريعة المساعد بكلية الحقوق، جامعة عين شمس، على تفضله بقبول المشاركة في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة، والذي استقطع جزءا من وقته الثمين لقراءة الرسالة، وتقييمها، والاستفادة من علمه الغزير. فله مني كل الإجلال والتقدير. وجزاه الله خير الجزاء.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير لكل من كان عونا لنا على تحصيل وإتمام هذه الرسالة، من علماء الشريعة والقانون وقضاة المجالس العرفية.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

مقدمة:

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستهديه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلَّ له، ومن يضلل الله فلا هاديَ له، وأشهد أن لا إله إلا اللهُ وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله؛ **وبعدُ:**

فإني أتقدم بهذه الرسالة إلى إحدى المنارات العلمية العريقة بمصرنا الحبيبة؛ ألا وهي كلية الحقوق بجامعة عين شمس؛ للحصول على درجة الدكتوراه، والتي جاءت بعنوان:

«قضاءُ المجالس العُرفية، دراسةٌ مقارنةٌ بين الفقه الإسلاميِّ والقانون الوَضْعيِّ»

فالإنسان بفطرته لا يستطيع العيش بعيدًا عن الآخرين، ولا يستغني عنهم؛ لأن الله سخر الناس بعضهم لبعض، قال الله تعالى: [نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِي ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۚ وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَٰتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا] {الزخرف:٣٢}.

ومن خالط الناس لا ينجو- في غالب الأحوال- من أذاهم، ومظالمهم، ومنازعاتهم، وتشاحنهم، فعن ابن عمر ﷺ، عن النبي ﷺ قال: «**المُؤْمِنُ الَّذِي يُخَالِطُ النَّاسَ، وَيَصْبِرُ عَلَى أَذَاهُمْ خَيْرٌ مِنَ الَّذِي لَا يُخَالِطُ النَّاسَ، وَلَا يَصْبِرُ عَلَى أَذَاهُمْ**»(١).

---

(١) **صحيح**: أخرجه أحمد، في المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط:١، سنة ١٤٢١هـ -٢٠٠١م (٦٤/٩) برقم (٥٠٢٢)، وأخرجه البخاري في الأدب المفرد، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، دار الصديق، ط:١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م (ص١٤٠) برقم (٣٨٨).

وقال الإمام الشافعي: «رضا الناس غايةٌ لا تُدرَك، ما أقوله لك إلا نصحًا، **ليسَ إلى السلامةِ من الناس سبيلٌ**، فانظر ما فيه صلاح نفسك؛ فالزمه، ودع الناس وما هم فيه»(٢).

ولما كانت النفس البشرية أمَّارةً بالسوء إلا مَن رَحِم ربي، وكان من لازم ذلك وقوع الناس في المظالم والنزاعات: كان لا بد من وسيلة لحل هذه المنازعات والضغائن وفَضِّها، فكان القضاء بشتى صُوَره وألوانه، وكان أول هذا القضاء- قبل نشوء الدول- قضاء المجالس العُرفية، الذي كان له- وما زال- أعظم الدور والأثر في فض المنازعات الكبيرة، والإصلاح بين الناس، وإزالة الضغائن والأحقاد، وتحقيق السلم والأمن، بأقل التكاليف، في مدة قصيرة، والذي يوجد في كثير من البلدان؛ وازداد دوره وانتشاره في هذا الزمان، وفي الآونة الأخيرة بصورة ملحوظة؛ بسبب كثرة الفتن والاضطرابات الحادثة، وبسبب الفشل الملحوظ من أجهزة الدولة في كثير من الأحيان في القضاء على الجريمة، والحد منها، مما دفع كثيرًا من الدول للبحث عن الوسائل البديلة للدعوى الجنائية، فكان قضاء المجالس العُرفية متصدرًا هذه الوسائل في تحقيق الأمن والاستقرار، على ما فيه من المزايا والعيوب.

سبب اختيار الموضوع، وأهميته:

١. أن قضاء المجالس العُرفية يتحاكم إليه عدد كبير من الناس في داخل القطر المصري، وخارجه؛ فلا تخلو مدينة ولا قرية- غالبا- في مصر من هذا القضاء تحت مسمَّى: مجالس صلح، أو قضاء عرفي، أو قضاء شرعي، أو مجالس عرفية، أو قضاء عشائري، ونحو ذلك.

٢. بيان ما في هذا القضاء من المحاسن والمفاسد، وبيان مدى موافقته للفقه الإسلامي، أو مخالفته، وموقف القانون الوضعي منه.

---

(٢) مناقب الإمام الشافعي، لأبي الحسن السجستاني، الدار الأثرية، ط:١، ٢٠٠٩م (٩٠/١) برقم (٥٣)، وسير أعلام النبلاء، شمس الدين الذهبي، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٥م (٢٧٥/٨).

فلأنه قضاء واقع بين الناس، ولا يُستغنَى عنه بحال من الأحوال، كان لا بد من تصحيح المسار فيه بما لا يُخالف شريعة الله، ولا النظام العام للدولة، وكذلك يجب بيان قصور القانون الجنائي في بعض الجزئيات التي تخالف أحكام الفقه الإسلامي.

٣. أن استقرار الأمن والقضاء على الجريمة وجهان لعمله واحدة، وقضاء المجالس العُرفية له أعظم الدور والأثر في ذلك، الأمر الذي لم يُحققه القضاء الرسمي بالدولة، والحاجة تزداد إلى هذا النوع من القضاء في ظل كثرة النزاعات والخلافات، خاصةً بعد هذه الأحداث التي مرت بها البلاد، وغالبًا ما يعقبها انفلات أمني وخلقي في شتى المجالات.

٤. أن بعض القضاة والمستشارين قاموا بإنشاء جمعيات للصلح وإنهاء النزاعات تحت مِظلة قضاء المجالس العُرفية، وبعضهم استقال من القضاء الرسمي ليستقر في هذا القضاء العُرفي؛ لما رأى فيه من المزايا والمحاسن في نشر السلم والأمن؛ مثل ما حدث في تونس، وتأسست جمعية «الصلح خير للمصالحة» سنة ٢٠١٣م على يد أحد المستشارين بعد استقالته، وانضم إليه مئة واثنان وأربعون رجلًا من أمثاله وأصدقائه لهذه المهمة.

فتَرْكُ القضاء الرسمي بالدولة والذهاب لقضاء المجالس العُرفية أمر يحتاج إلى نظر عميق ودراسة(٣).

---

(٣) وممن نحا هذا النحو عندنا في مصر اللواء الدكتور/ عبد الله أحمد الشيخ، وله رسالة بعنوان: «التصالح والصلح في المنازعات الجنائية واستقرارها في الأمن العام»، وقام بإنشاء الجمعية العُرفية لفض المنازعات، والصلح بين الناس في مدينة الطور بسيناء تحت رقم ١٢٧٩ طبقًا للقانون ٨٤ سنة ٢٠٠٢م.

وقد وُجِد في الأردن ٥٢ محكمة للقضاء بالصلح بالقانون ١٣ لسنة ٢٠٠١م؛ وذلك لما في هذا القضاء من المزايا؛ فتبين بذلك مدى أهميته.

٥. أن القضاء من الأمور التي تدعو إليها الحاجة على مستوى الأفراد، والجماعات، والشعوب، والدول، فهو متعلق بالحياة اليومية للناس، فالناس: إما قاضٍ، وإما مُتقاضٍ.

٦. التذكير بمكانة القضاء الشرعي، وإبراز محاسن الشريعة الإسلامية على كل القوانين والأعراف.

٧. وضع مُؤلَّف بين طلاب العلم والدارسين في هذا الموضوع بأسلوب عصري يُستفاد منه على قدر الاستطاعة تحت إشراف أساتذة الفقه الشرعي والقانوني.

٨. بيان أهمية قضاء المجالس العُرفية في مجتمعاتنا، وما لها من عظيم الدور والأثر في تحقيق السلم والأمن.

٩. أن القضاء العُرفي والعشائري قد كتب فيه غير واحد من المتخصصين وغير المتخصصين؛ لكن ليس فيما كُتِبَ بحثٌ جامعٌ لمقارنة هذه الأعراف والأحكام العُرفية بأحكام الفقه الإسلامي، وأحكام القانون الوضعي على سبيل التخصص والاستفاضة، فكلها تتسم بالعمومية.

وقد كتب بعض هؤلاء المتخصصين في القضاء العُرفي العشائري– وهو شيخ قبيلة ومن القضاة العُرفيين المشهورين– كتابًا في القضاء العشائري، وبوب فيه بابًا بعنوان: «القضاء العشائري وأوجه الاتفاق والاختلاف مع الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي»، **وقال فيه:** «بالإشارة إلى الموضوع أعلاه فإن ذلك يحتاج إلى بحث كبير من أُناس ذوي اختصاص، وبمعنًى أدق: يحتاج إلى ورشة عمل، تتكون من متخصصين في القضاء العُرفي، وعلى دراية تامة بالأعراف، والتقاليد، والعادات العشائرية، وعلماء دين أفاضل، ورجال قانون»[٤].

ولذلك:

(٤) القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع، فلسطين، أ/ محمود سالم ثابت، شيخ قبيلة الثوابتة، جبارات، بمنطقة بئر السبع، فلسطين، منشورات أم الكتاب للأبحاث والدراسات الإلكترونية، غزة، فلسطين، ٢٠٠٨م.

فاللهَ تعالى أسأل أن يُمِدَّني بمَدَده، وأن يعينني بمَعونته في استقصاء هذه الأبواب الثلاثة المذكورة: أحكام القضاء العُرفي ومقارنتها بأحكام القضاء في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي.

أهمية موضوع البحث:

انطلاقًا من أهمية قضاء المجالس العُرفية في الصلح وفض النزاعات: قد رأيتُ أن يكون ذلك القضاء موضوعًا لدراستي المتواضعة؛ وكان لزامًا عليَّ أن أركز على هذا النوع المهم من القضاء؛ حيث إن الآثار التي تترتب عليه شديدة الخطورة، واتفاق الأطراف عليه؛ يعني: أنهم تنازلوا عن التزام التحاكم للقانون.

وكذلك يُلاحظ أن اتفاق الأطراف على التقاضي أمام هذا النوع من القضاء يعني بالنسبة لقُضاته: التزامهم بالبحث عن الحل الأكثر عدالة لموضوع النزاع؛ دون التَّقَيُّد بتطبيق أحكام القانون الواجبة التطبيق؛ حيث إن القاضي العُرفي لا يلتزم بالامتثال لأي قواعد قانونية معيارية؛ لكنه مقيد باحترام إرادة أطراف النزاع وقواعد النظام العام.

الدراسات السابقة في هذا الموضوع:

- بعد البحث والتقصي لم أطلع إلى الآن– حسَب علمي– على رسالة جمعت أحكام قضاء المجالس العُرفية مقارنةً بالفقه الإسلامي والقانون المصري، وبينت أوجه الاتفاق والاختلاف مع الشريعة والقانون بما يصحح المسار، ويجعله غير مخالف للنظام العام والآداب العامة بالدولة.
- إلا أنني وجدت بعض الكتب والرسائل التي تحدثت عن القضاء العُرفي بطريقة بحتة، تذكر العادات والأعراف في بعض البلاد؛ دون التعرض لنقدها وبيان حكمها الشرعي حسب مقتضيات الفقه الإسلامي، والقانون الجنائي.
- وكذلك وجدت بعض الكتب التي تحاول المقارنة بين الأعراف القبلية لبعض المناطق وبين الشريعة.

- واطلعت كذلك على بعض الرسائل التي تكلمت عن أهمية الصلح في الشريعة والقانون وفي القضاء العُرفي من زاوية الصلح وأهميته؛ لكن دون أن تتعرض لتفاصيل قضاء المجالس العُرفية ووزنها على ميزان الشريعة، وموقف القانون منها.
- وفي يوم ٢٩/ ١٠/ ٢٠١٦م نوقشت رسالة دكتوراه بعنوان: «الصلح في الحقوق ودور القضاء العُرفي في تسوية النزاعات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي» للباحث: تامر أبو المجد السجيني في كلية الحقوق، جامعة بنها، إلا أن الرسالة كلها قد ركزت على زاوية الصلح وفضله، ولم تعالج أحكام القضاء العُرفي من جميع زواياه.
- وفي الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة نوقشت رسالة بعنوان: «الأعراف القبلية باليمن دراسة مقارنة» للباحث: خالد السليماني في عام ٢٠١٦م؛ إلا أنها تتحدث عن الأعراف اليمنية فقط.

وفي أوائل شهر مايو ٢٠١٨م نوقشت رسالة ماجستير بعنوان: «نظرية العقوبة في أعراف القضاء، بادية سيناء»، للباحث يوسف عبد القادر مبارك، تحت إشراف ورئاسة: الأستاذ الدكتور/ إبراهيم عيد نايل، وركزت الرسالة على الأعراف القضائية في المجتمع البدوي بسيناء وإجراءات التقاضي والعقوبات المقررة لبعض الجرائم، ونحو ذلك؛ إلا أنها رسالة مقصورة على بادية سيناء، ولم تتحدث عن عموم الأعراف القضائية بمصر، ولم تقارن شيئًا مما ذُكِر بالفقه الإسلامي، ولا بالقانون الوضعي.

منهج البحث:

١- حاولت قدر استطاعتي أن أجمع الأحكام والأعراف التي يُقضَى بها في قضاء المجالس العُرفية، وعمِلت بحثًا ميدانيًّا بالوقوف على هذه الأحكام والاتصال برجال الصلح والقضاة العُرفيين في كثير من بلدان مصر المعمورة.

٢- اجتهدت قدر استطاعتي في بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مسائل البحث؛ مع بيان أوجه الاتفاق والاختلاف.

٣- وقد أسهبتُ بعض الشيء في الجانب الشرعي في الرسالة للأسباب الآتية:

الأول: أن محكمي المجالس العُرفية يزعمون أنه قضاء شرعي خالص.

الثاني: بيان الموقف الشرعي في كل مسألة لمعرفة مدى صدق ذلك من عدمه.

الثالث: أن العُرف متعلق بالجانب الشرعي من الدرجة الأولى.

الرابع: أن هناك مسائل كثيرة في البحث ليس لها نظير في القانون المصري؛ مثل البشعة والقسامة كدليل إثبات، ومسألة شيل الكفن كوسيلة صلح في قضايا القتل العمد وشبه العمد، ومسألة تبييض العرض، كوسيلة صلح في بعض قضايا العرض، وأحكام الديات.

٤- عزوت الآيات القرآنية بذكر اسم السورة ورقم الآية، مع كتابتها برسم المصحف العثماني.

٥- خرجت الأحاديث النبوية وآثار الصحابة والتابعين، وعزوت كلًّا إلى مصدره برقم الحديث، مع بيان درجته، وذلك كله في الحاشية.

٦- اعتمدت في الحكم على الأحاديث والآثار على تحقيقات جمع من أئمة الحديث المتقدمين والمتأخرين: كالإمام أحمد، وعلي بن المَدِيني، والتِّرْمذي، والحافظ ابن حَجَر، والزَّيْلَعِي، ومن المتأخرين: الشيخ أحمد شاكر، والشيخ محمد ناصر الدين الألباني، والشيخ شُعَيب الأرناؤوط، وغيرهم.

٧- حاولت الالتزام بعلامات الترقيم، وقواعد اللغة العربية قدر الاستطاعة.

٨- اجتهدت في عزو الأحكام الفقهية إلى أصحابها ومصنفاتها ملتزما الأمانة العلمية حسَب قواعد البحث العلمي.

٩- اعتمدت في البحث القانوني على الدستور المصري الجديد لسنة ٢٠١٤م، وقانون الإجراءات الجنائية المصري، وقانون العقوبات المصري، والقوانين الأخرى ملتمسًا فهمها من شراح القانون، مع عزو كل رأي إلى صاحبه