جامعة القـــاهرة
كليـــة الحقـــوق

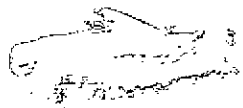
التحكيم
في
الشـــريعة الإســـلاميـــة

رسالة مقدمـــة من
اسماعيل أحمد محمد الأسطل
للحصول على درجة الدكتوراة في الحقوق

لجنـــة التحكيم :

الأستاذ الدكتور : يوسف محمود قاسم (المشرف)	رئيساً
الأستاذ الدكتور : أنور محمود دبور	عضواً
الأستاذ الدكتور : محمد فهمي السرجاني	عضواً

١٤٠٦ هـ ــ ١٩٨٦ م



بسم الله الرحمن الرحيم

« وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر
من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين
ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم
يحذرون » ..

(سورة التوبة الآية ١٢٢)

شـــــكر وتقـــدير

ان الاعتراف لاهـــل العلم بالفضل والمكانة لهو مبدأ اسلامى وخلق انسانى لقوله صلى الله عليه وسلم : « **ليس منا من لم يوقر كبيرنا ، ويرحم صغيرنا ، ويعرف لعالمنا حقه(١)** » وفى رواية : « **ويجل عالمنا(٢)** » .

وانطلاقا من هذا المبدأ الاسلامى العام ، أتوجه بخالص شـــكرى وتقديرى ، وعظيم عرفانى وامتنانى لاستاذى الفاضل الاســـتاذ الدكتور يوسف محمود قاسم ، أستاذ ورئيس قسم الشريعـــــة بالكلية ، لتفضله بالاشراف على هذه الرسالة ، رغم ضيق وقته وكثرة مشاغله واعبائه ، ولمـــا أسداه الى من نصح وارشاد وتوجيه ، منذ الخطوات الأولى للبحث وحتى الانتهاء منه ، فلقد عهدناه على الدوام أبا بارا ومعلما مرشدا مخلصا ، أفاض على الكثير من غزير علمه ، وفيض معرفته ، حتى استوت الرسالة على سوقها ، فان له يدا فيها بالاشراف والتوجيه لن أوفيه حقه بالثناء مهما بلغ فأرجو من الله العلى القدير أن يكافأه عليها يوم القيامة .

كما أتوجه بالشكر والتقدير لكل من أمدنى بعون سواء كان هذا العون ماديا أم معنويا ، ولكل من شاطرنى عناء هذا البحث ، أخص بالذكر من كانا سببا فى وجودى ، واخوتى الذين تحملوا عنى أعباء الحياة ، والعاملين بالمكتبات العامة والخاصة ، ولا أنسى ، أن أتوجه بالشكر والعرفان للجامعة الاسلامية بغزة التى يسرت أمر ابتعاثى ، وأسأل الله العلى القدير أن يرفـــع عنها كل بلية ، وأن يخرج منها كل رزية ، وأن يجعلها منارة من منـــارات خير البرية .

---

(١) أخرجه الحاكم فى مستدركه عن عبادة بن الصامت ج ١ ص ١٢٢ ، والطحاوى فى مشكل الآثار ج ٢ ص ١٣٣ ، كنز العمال رقم الحديث ٥٩٨٠ الطبعة الأولى ١٣٩٠ ــ ١٩٧٠ ، مكتبة التراث الاسلامى ، جامع احكام القرآن للقرطبى ج ١٧ ص ٢٤١ ، طبعة الهيئة المصرية العامة .

(٢) كنز العمال ، رقم الحديث ٦٠٥٢

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

« الحمد لله الذى أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجاً ، قيماً لينذر بأساً شديداً من لدنه ، ويبشر المؤمنين الذين يعملون الصالحات أن لهم أجراً حسنا ماكثين فيه أبداً »(١) .

وأصلى وأسلم على الهادى البشير والرحمة المهداة ، والنعمة المسداة ، والسراج المنير ، بلغ الرسالة وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وكشف الغمة ، وجاهد فى الله حق جهاده ، فصلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه الى يوم الدين ... وبعد

فان فصل الخصومات ، وقطع المنازعات على أساس من العدل ، هدف أسمى للشريعة الاسلامية ، فلقد أمر الله سبحانه وتعالى نبيه ﷺ والمؤمنين من بعده ، بالحكم بما أنزل الله ، وبالعدل الذى قامت به السموات والأرض ، لا يخشون فى ذلك لومة لائم ، ولا بطش ظالم ، فقال جل شأنه :

« كان الناس أمة واحدة فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه »(٢) .

ويقول : « وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك »(٣) .

---

(١) سورة الكهف ، الآيات ١ — ٣ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢١٣ .

(٣) سورة المائدة الآية ٤٩ .

الفهـــــرس

الموضـــــوع	الصـفحة
شـــكر وتقـــدير	ط
المقـــدمة	٣
سبب اختيـار الموضوع	٥
أهميـــة الموضـــوع	٥
منهج البحث	١٠

البـــاب الأول

فى التفريق بالتحكيم ودليـل مشروعيته

تمهيـــد ١٢

الفصـــل الأول

تعريف التحكيم ونبذة تاريخية عنه

المبحث الأول : تعريف التحكيم
التحكيم لغـــة ١٣
التحكيم ١٦
التعريف المختـــار ١٧
خصائص التحكيم ٢٠
التفرقة بين التحكيم والانظمة التى لها به شبه ٢١
التفرقة بين التحكيم والوكالة ٢١
التفرقة بين التحكيم والصلح ٢٢
التفرقـــة بين التحكيم ٢٣
المبحث الثانى : لمحة تاريخية عن التحكيم قبل الاسلام ٢٤
أولا : التحكيم عند غير العرب قبل الاسلام ٢٥
التحكيم عند الاغريق ٢٥
التحكيم عند الرومان ٢٦

الموضـــــوع	الصـــفحة
التحكيم عند البابليين والآشوريين	٢٦
التحكيم عند قدماء المصريين	٢٧
ثانيا : التحكيم عند العرب قبل الاسلام	٢٧
صور التحكيم فى الجاهلية	٢٩
حكام العرب فى الجاهلية	٢٩
الاحتكام الى الكهنة	٣٠
الاحتكام الى النـــــار	٣١
الاحتكام الى الازلام	٣٢
الفصـــــل الثانى	
مشروعية التحكيم	
المبحث الاول : مشروعية التحكيم بالكتاب الكريم	٣٤
المبحث الثانى : مشروعية التحكيم بالسنة	٤٧
المبحث الثالث : مشروعية التحكيم بالاجماع وعمل الصحابة	٥٤
صور بعض تحكيمات الصحابة	٥٦
المبحث الرابع : مشروعية التحكيم وحكمة مشروعيته	٦٠
أولا : حكم التحكيم	٦٠
ثانيا : حكمة مشروعية التحكيم	٦٢
الفصـــــل الثالث	
موقف الخـــــوارج من التحكيم	
المبحث الأول : رأى الخوارج فى التحكيم	٦٦
تعريف الخوارج	٦٦
مبادىء الخوارج	٦٧
تخطئة الخوارج لعلى رضى الله عنه فى التحكيم ومستندهم	٦٧

الموضـــــوع	الصـــفحة
المبحث الثانى : مناقشة رأى الخوارج	٧١
اولا : موقف الفرق الاسلامية من التحكيم بين على ومعاوية	٧١
رأى اهل السنة	٧١
رأى المعتزلة	٧٣
رأى الشيعة	٧٤
ثانيا : مناقشة رأى الخوارج	٧٦
مدى جواز التحكيم عند الخوارج واثره على الخلافة	٧٦
صلاحية الحكمين واثرها على خلافة على رضى الله عنه	٧٩

البـــاب الثـــانى

فى شروط التحـــكيم

تمهيـــــد	٨٢

الفصـــل الأول

الشروط المتعلقة باشخاص التحكيم

المبحث الاول : الشروط المعتبرة فى المحتكمين	٨٣
اهلية المحتكم	٨٣
المبحث الثانى : الشروط المعتبرة فى المحكم (المحتكم اليه)	
الفرع الأول : شروط صلاحية الحكم	٨٦
البلوغ والعقـــل	٨٧
الاســـــلام	٨٨
تحكيم المـــراة	٩١
تحكيم الفاسق	٩٣
تحكيم الجاهـــل	٩٤
سلامة الحواس	٩٦
وقت توافر أهلية المحكم	٩٧

الموضـــــوع	الصـــفحة
الفرع الثانى : صحة ولاية المحكم	
تعليق التحكيم واضافته وتقيده	٩٩
تعيين المحكم	١٠١
تعدد المحكمين	١٠٣
هل يصح تحكيم الخصم	١٠٥
عزل المحـــكم	١٠٦
انتهاء ولاية الحكم	١١١
الفرع الثالث : سلطات الحكم وعوامل تحديدها	
أولا : العوامل التى تحدد سلطات الحكم	
عقد التحكيم يحدد سلطات الحكم	١١٤
ولى الأمر يقيد سلطات الحكم	١١٥
تكييف وظيفة الحكم ودورها فى تحديد سلطاته	١١٦
ثانيا : سلطات الحـــكم	
أولا : سلطة الحكم فى استخلاف غيره	١٢٦
ثانيا : سلطة الحكم فى اجراء الصلح	١٢٨
ثالثا : سلطة الحكم فى توقيع العقوبة	١٢٩
الفصـــل الثانى	
الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم	
(المجال الموضوعى للتحكيم)	
المبحث الأول : الحقوق التى يجوز فيها التحكيم	
تقسيمات الحقوق	١٣٣
الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم	١٣٤
رأى الحنفية	١٣٤
رأى المـــالكية	١٣٧
رأى الشافعية	١٣٩
رأى الحنـــابلة	١٤٠
خلاصة آراء الفقهاء	١٤١
ما نراه لتحديد النطاق الموضوعى للتحكيم	١٤١

الموضـــــوع	الصـــفحة
المبحث الثانى : العلاقة بين النطاق الموضوعى للتحكيم وولاية القاضى	
تعريف القضاء لغـــة	١٤٤
القضاء فى المعنى الاصطلاحى	١٤٤
المقصود بولاية القضاء	١٤٥
صعوبة تحديد ولاية القضاء الموضوعية فى الصـــدر الاول للاســـلام	١٤٥
ولاية القضاء بعد عهـــد الخلفاء الراشدين	١٤٧
الفرق بين التحكيم والقضـــاء	١٥٢
البـــاب الثالث	
فى حـــكم المحـــكم وحجيته	
تمهـــيد	١٥٦
الفصـــل الأول	
صـــحة ولزوم حـــكم المحكم	
المبحث الأول : شروط صحة حكم المحكم	١٥٧
مدلول الحـــكم	١٥٨
أولا : اشتراط الرضـــا	١٦٠
ثانيا : صدور الحكم ممن له ولاية اصداره فى حدود تلك الولاية	١٦٣
ثالثا : ان يكون فى خصومة شرعية	١٦٤
رابعا : أن يكون حكمه فى مواجهة من يجوز ان يشهد له أو عليه	١٦٥
خامسا : أن يكون موافقا لاصوله المشروعة	١٦٨
سادسا : هل يشترط الاشهاد على التحكيم والحكم	١٧١
سابعا : هل يصح التحكيم مع وجود قاضى مولى	
المبحث الثانى : لزوم حكم المحكم للمحتكمين	
لزوم الحكم ولزوم التحكيم	١٧٥
آراء الفقهاء فى لزوم حكم المحكم	١٧٦
أدلة الراى الأول	١٧٧
أدلة الراى الثانى	١٧٩
الترجيح	١٧٩

الموضـــــوع	الصـــفحة
الفصـــل الثانى	
حجيـــة حـــكم المحكم	
المبحث الأول : مفهوم الحجية واساسها	
اولا : مفهوم الحجية	١٨٢
متى ينقض الحكم	١٨٥
ثانيا : أساس من الحجية	١٨٧
حجية حكم المحكم امام القاضى المولى	١٩١
اساس حجية حـــكم المحكم	١٩٧
المبحث الثانى : نطاق حجية حكم المحكم	١٩٨
اولا : النطاق الموضوعى للحجية	١٩٩
الحجية لا تثبت الا للحكم	١٩٩
الثبوت المجرد لا يعتبر حكما	٢٠٠
نطاق الحكم الذى يجوز الحجية	٢٠٥
حجية الحكم الضمنى	٢٠٨
ثانيا : النطاق الشخصى لحجية حكم المحكم	٢١٠
الاستثناءات	٢١٣
البـــاب الرابع	
ابرز تطبيقات التحكيم	
تمهيـــــد	٢١٦
الفصـــل الأول	
التحكيم للشقاق بين الزوجين	
المبحث الأول : فى اجراء التحكيم	٢١٧
أولا : الشقاق الذى يوجب البحث	٢١٧
حكم القـــانون	٢٢٣

الموضـــــوع	الصـــفحة
تعيين المحكمين	٢٢٥
شروط المحكمين	٢٢٨
شرط الاهـــل	٢٢٨
حـــكم القانون	٢٣١
ثانيا : شرط التعدد وهل يجزىء ارسال الواحد	١٣١
تغيب أحد الزوجين أو تغير أهليته	١٣٣
المبحث الثانى : فى مهمة المحكمين	٢٣٦
سلطة المحكمين فى التفريق بين الزوجين	٢٣٨
قرار المحكمين	٢٤٤

الفصـــل الثانى

التحكيم لانهاء الحرب

تعريف الحرب والباعث عليها وطرق انهائها شرعا	٢٤٩
الطرق الشرعية لانهاء الحرب	٢٥٠
المبحث الاول : التحكيم لانهاء الحرب الدولية	٢٥٢
هـــل يجوز اتخاذ اهل الكفر على حكم الله	٢٥٢
نزول المشركين على حكم العباد	٢٥٥
النزول على شرط	٢٥٦
هل يصح اشراك غير المسلم فى هيئة التحكيم	٢٥٧
ما يحكم به المحـــكم	٢٥٩
سلطة الامام فى تعديل الحكم	٢٦١
مدة الحكم فى بنى قريظة	٢٦١
أثر الاسلام فى الحكم	٢٦٢
تنبيـــــه	٢٦٢

الموضـــــوع	الصـــفحة
المبحث الثانى : معاهدة التحكيم بين على ومعاوية	٢٦٤
نص المعاهـــــدة	٢٦٥
الاسس والمبادىء التى اشتملت عليها معاهدة التحكيم	٢٦
القانون الواجب التطبيق	٢٧٠
ملاحظة هامـــــة	٢٧٣
قرار المحكمين	٢٧٤
هـــل كان حكم المحكمين صحيحا	٢٧٥
هل كان الحكم فاصلا فى موضوع النزاع بين على ومعاوية	٢٧٥
هل التزم الحكمان بالقانون الواجب التطبيق والمقصود عليه فى المعاهـــــدة	٢٧٦
هـــل صدر الحكم باجماع المحكمين	٢٧٦
هـــل انتهت الحرب بالتحكيم	٢٧٧
اقتراح بانشاء هيئة تحكيم اسلامية عليا	٢٧٨
خاتمـــــة البحث	٢٨١
المراجـــــع	٢٨٥
الفهـــــرس	٣١٣

* * *