



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة بالقانون الوضعي (الجزائر-المغرب-مصر)
أنموذجا

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية - تخصص: شريعة وقانون

المشرف:
د. محمد لطفي كينة

من إعداد الطالبين:
- حمزة دحدي
- ضياء الدين جزار

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. أحمد خويلدي	أستاذ محاضر ب	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
د. محمد لطفي كينة	أستاذ محاضر ب	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
أ. عبد الغني حوبة	أستاذ مساعد أ	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	ممتحنا
أ. الزبير طهراوي	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	عضوا مدعو

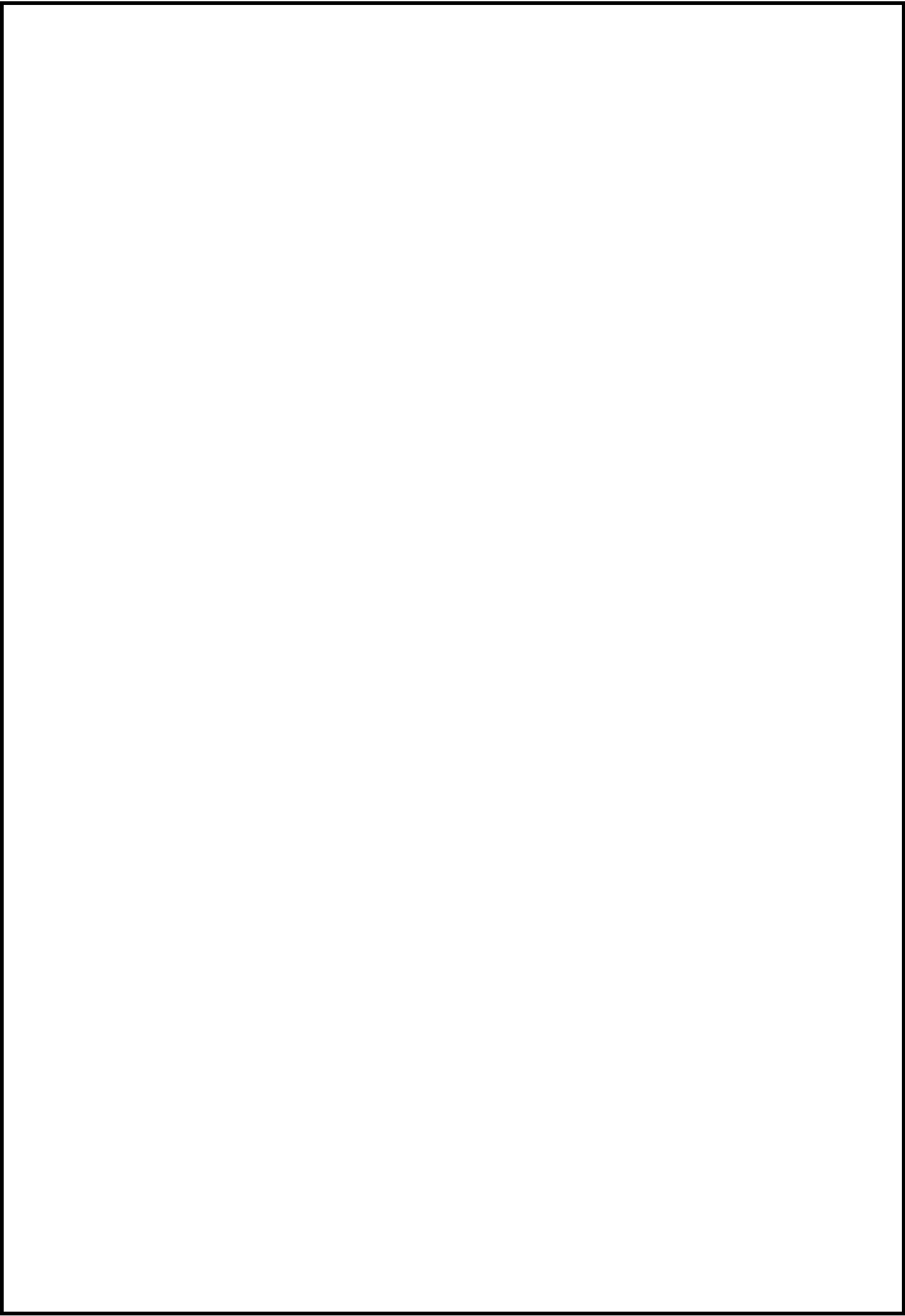
السنة الجامعية: 1439 - 1440 هـ / 2018 - 2019 م

شكر وتقدير

بداية نحمد الله الذي لا إله إلا هو سبحانه، الذي وفقنا للتفقه في ديننا الحنيفي والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم.

نتقدم بأسمى كلمات التقدير والاحترام والشكر والعرفان إلى أستاذنا الفاضل الدكتور كينه محمد لطفي لتوليده مهمة الإشراف على تأطيرنا في هذه المذكرة ولما له من فضل بعد الله سبحانه وتعالى في تشجيعنا وتقديم النصائح والتوجيهات القيمة التي أضاءت لنا الطريق كما لا يفوتنا أن نتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد ولو بكلمة تحفيز.

بسم الله الرحمن الرحيم



مَدِينَة

الحمد لله الذي أعزنا بخير كتاب أنزل، وأكرمنا بخير نبي أرسل، فعلم وألهم وهدى للتي هي أقوم ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ونشهد أن محمدا عبده ورسوله النعمة المهداة والرحمة المسداة والسراج المنير؛ فصل اللهم وسلم عليه وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

أولت الشريعة الإسلامية الأسرة جل عنايتها ومنتهى رعايتها وحفظت وثاقها وأحاطته بأعظم العهود وأشد المواثيق كون الأسرة هـ، اللبنة الأولى في بناء المجتمع وفي صلاح الأجيال صلاح لحال الأمة جمعاء وزيادة في رفعة وعلو شأنها.

ومن حرص الشريعة على متانة هذه العلاقة وحفظها مما قد يفسده من المكدرات والخلافات التي قد تنشأ بين الزوجين وبعد أن يستنفذ الزوج كل الوسائل المشروعة من نصح وتذكير ووعظ وهجر وضرب غير مبرح وخوفا من اتساع رقعة الخلافات بينهما فقد سعت الشريعة الإسلامية إلى حسم النزاع والخلاف بين الناس بوسائل رضائية قبل اللجوء إلى العدالة، ومن هذه الوسائل بعث الحكمين ١ في بعضهما من تهدئة للنفوس احتواء للخلاف الواقع بين الزوجين لأنهما أعلم بأحوالهما من غيرهما من الناس.

أهمية الموضوع:

سرة هي أساس التكوين الاجتماعي في المجتمع المسلم ومن هنا فقد وضعت الشريعة الإسلامية تشريعات مناسبة لتكوينها وذلك بالزواج ووضعت له شروطا ورتبت عليه واجبات، فمنحت الرجل حق القوامة وجعلتها أمانة في عنقه يسأل عنها ويحاسب إن قصر في أي جانب من جوانبها، كما أنها شرعت له حق تأديب زوجته بالتي هي أحسن إن قصرت في واجباتها نحوه، وهي مشروعة على الترتيب لعل في استخدامها زجرا للمرأة عن نشوزها ورجوعها عن عصيائها بحق زوجها، وحين تخرج الأمور عن السيطرة ويكثر الشقاق يستلزم تدخل سلطة لفض النزاع فإن الشارع الحكيم يحتم على الأمة أن تتدخل بينهما ويقوم بالفصل بينهما حكمان من ذوي الحكمة والعقول الراجحة جمعا أو تفريقا وذلك كله حفاظا على الحقوق وردعا للظالم عن ظلمه ونظرا للتزايد الرهيب لمعدلات الطلاق في كثير من المجتمعات الإسلامية وغياب دور الحكمين عن التحكيم بين الزوجين مما يسبب فقدان عنصر من عناصر الأمة الإسلامية والذين

يكون لدورها بالغ الأهمية - بعد توفيق الله - الأثر الكبير في الحد من ارتفاع معدلات الطلاق وزيادة مستوى الإصلاح بين الزوجين.

أسباب اختيار الموضوع:

1. عظمة الشريعة الإسلامية في كيفية إنهاء الخصومات والمنازعات بين أفراد المجتمع.
2. المقارنة قدر المستطاع بين الفقه الإسلامي والقانون، لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف في هذا الموضوع الهام الذي أصبح من أهم الوسائل في فض المنازعات.
3. بيان قواعد وأسس التحكيم في الشريعة الإسلامية حتى يلجأ إليها المتخاصمان.

أهداف البحث:

1. التعرف على دور الحكّمين في الإصلاح بين الزوجين وفق الشريعة الإسلامية.
2. المساهمة في خدمة القضاة والمهّتمين بجمع شتات هذا البحث في قالب جديد وطرح تصور لتأهيل المحكمين.
3. أن دور المحكمين في رد المظالم وإعادة الحقوق لأصحابها بدلا من إشغال القضاة والمحاكم بالقضايا الزوجية مما في ذلك من تطويل وضرر يلحق الأسرة والأبناء جراء ذلك.
4. فسح المجال للمترافعين بالتحاكم إلى شخص يرضونه ويطمئنون له مما يكون فيه فرصة كبيرة لحل النزاع وإزالة الضغائن والصلح بين المتخاصمين وكل ذلك من المقاصد المعتبرة في الشرع.

الدراسات السابقة:

موضوع التحكيم قديم وجديد، قديم في التاريخ والفقه الإسلامي والأنظمة المختلفة، وجديد في طرحه واتساعه وتنظيمه وميزاته، تحدث فيه العلماء والمفسرون كونه أحد أهم وسائل معالجة الشقاق بين الزوجين، لكن ذلك لا يقلل من أهمية إعادة الدراسة والبحث فيه مجدداً، لأن الخلاف بين الزوجين أمر فطري ولا يزال قائماً في كل العصور، لذا جاء هذا البحث ليسلط

الضوء على أهمية نظام التحكيم وبيان كفاءته وفوائد تفعيله وأثره في إعادة اللحمة والوئام بين الزوجين وإنهاء حالة الصراع بينهما، ومن أهم الدراسات التي استوقفتنا في هذا الموضوع:

1. (التحكيم في الشريعة الإسلامية) للدكتور إسماعيل أحمد محمود الأسطل رسالة دكتوراه/ جامعة القاهرة / كلية الحقوق عام 1986م، تناول فيه مشروعية التحكيم والقواعد التي تنظمه في جميع المنازعات كما تحدث عن الشقاق بين الزوجين وتعيين الحكّمين.
2. (التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة) للباحث وائل طلال سكيك، رسالة ماجستير/ الجامعة الإسلامية/ غزة/ كلية الشريعة والقانون عام 2007، تحدث فيها عن التحكيم ومشروعيته وسبل تفعيله في قطاع غزة.
3. كتاب (التحكيم في الشريعة الإسلامية) لعبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تناول فيه التحكيم العام والتحكيم في الشقاق الزوجي.
4. كتاب (عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) لقحطان عبد الرحمان الدوري والذي تناول التحكيم بشكل مطلق.

ما يميز هذه الدراسة عن الدراسات السابقة:

تحدثت الدراسات السابقة عن التحكيم بين الزوجين، ولكنها لم تتحدث عنه بالتفصيل حيث اقتصرنا على ذكر الشروط الواجب توافرها في الحكّمين، ووقت بعثهم، وعن الحكمة من بعث الحكّمين، ودور التحكيم في الحفاظ على تماسك الأسرة، بالإضافة إلى مقارنتها بالقوانين الوضعية، أما في بحثنا فقد تناولنا كل ما له علاقة بنظام التحكيم إضافة إلى التفصيل في الدراسة المقارنة بين المشرع الجزائري ونصوص المشرعين المغربي والمصري دون أن نهمّل آفاق العمل بنظام التحكيم ومساوئ تجميده.

ومن أهم الصعوبات التي واجهتنا ونحن في صدد إعداد المذكرة:

- 1- نقص المادة العلمية والمراجع المتخصصة في الموضوع وخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية حيث ركزت هذه المراجع على مشروعية التحكيم بين الزوجين في حالة استفحال النزاع دون القيام بتفعيله قضائياً.

2- تنأثر المادة العلمية لهذا الموضوع في كتب الفقهاء وشرح الحديث، كما يصعب على الباحث الوقوف عليها فضلا عن عوام الناس.

أسلوب البحث:

اتبعنا في بحثنا الأسلوب الآتي:

- 1- بيان المعاني اللغوية والاصطلاحية الموجودة في البحث.
- 2- الرجوع إلى أمهات الكتب بالإضافة إلى كتب المؤلفين المعاصرين.
- 3- بيان أسماء السور التي أخذنا منها الآيات الكريمة، مع ذكر رقم الآية في المتن.
- 4- كتابة ملخص للبحث باللغة العربية والامليزية.

المناهج المتبعة في الدراسة:

اعتمدنا في بحثنا هذا العديد من المناهج نذكر منها المنهج الاستقرائي؛ والذي حاولنا من خلاله استقراء آراء الفقهاء في مسألة التحكيم وإبراز موقف الشرع من زائري منها إن وجد وكذا موقف بعض التشريعات العربية الأخرى، كما اعتمدنا أيضا على المنهج التحليلي للنصوص الشرعية والقانونية التي وردت في البحث لمعرفة مدى تأثيرها بالآراء الفقهية المختلفة، كما اعتمدنا المنهج المقارن في موازنة بين الفقه والقانون إلى حد ما .

الإشكالية:

تتلخص مشكلة الدراسة في السؤال الآتي: إلى أي مدى وفقت التشريعات العربية في فض الشقاق بين الزوجين من خلال آلية التحكيم؟
خطة البحث:

تشتمل على مقدمة وثلاث مباحث وخاتمة على النحو التالي:

المبحث الأول: حقيقة التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الأول: مفهوم التحكيم لغة واصطلاحاً وقانوناً

المطلب الثاني: حكم التحكيم وحكمة مشروعيته فقها وقانوناً

المطلب الثالث: التحكيم والألفاظ ذات الصلة

المبحث الثاني: حقيقة التحكيم في الشقاق الزوجي فقها وقانونا
المطلب الأول: مفهوم الشقاق لغة واصطلاحاً
المطلب الثاني: أسباب اللجوء للتحكيم في الفقه والقانون
المطلب الثالث: شروط المـكم ووظيفتهما في الفقه والقانون
المبحث الثالث: إجراءات التحكيم وتقييمها وطرق إنقضائه
المطلب الأول: إجراءات التحكيم
المطلب الثاني: فوائد تفعيل التحكيم ومساوئ تجميده
المطلب الثالث: مدى العمل بنظام التحكيم
المطلب الرابع: إنقضاء التحكيم
خاتمة.

المبحث الأول: حقيقة التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الأول: مفهوم التحكيم لغة واصطلاحاً وقانوناً

المطلب الثاني: حكم التحكيم وحكمة مشروعيته فقهاً وقانوناً

المطلب الثالث: التحكيم والألفاظ ذات الصلة

المبحث الأول : حقيقة التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون

إن الحديث في هذا المبحث يدور حول تحديد المعنى المقصود من التحكيم لغة واصطلاحاً وقانوناً في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية الأخرى مروراً بالتمييز بينه وبين ما يشته به من وسائل فض النزاعات الأخرى، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول : مفهوم التحكيم لغة واصطلاحاً وقانوناً

ويتكون هذا المطلب من الفروع الآتية:

الفرع الأول تعريف التحكيم في اللغة:

التحكيم في اللغة يدور حول عدة معاني حوتها قواميس اللغة العربية منها: المخاصمة، المنع والضبط والتفويض، القضاء، الإتيان والإحكام¹.

والحكم من أسماء الله الحسنى²، والحكم والحكيم هما بمعنى الحاكم وهو القاضي فهو فعيل بمعنى فاعل.

وقال سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: 65].

ويقول سبحانه: ﴿يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ﴾ [النساء: 60].

ويقال للرجل إذا كان حكيماً: قد أحكمته التجارب. والحكيم: هو الذي يحكم الأشياء ويتقنها، وقال حكموه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم، ويقال حكماً فلانا فيما بيننا

¹ - ابن منظور، لسان العرب. (لا.ط؛ بيروت: دار صادر، د.ت)، ص 140-145.

² - مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط. (ط:2؛ القاهرة: مكتبة الشروق الدولية، 2004م)، ص 290.

أي أجزنا حكمه بيننا وحكمه في الأمر، فاحتكم جاز فيه حكمه، ويقال حَكَمْتُ فلانا: أطلَقْتُ يده فيما يشاء، وحاكمتنا فلانا إلى الله أي دعونا إلى حكم الله¹.

والحكم بالضم القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس كذا وأصله المنع، يقال حكمت عليه بكذا إذ منعته من خلافة، وحكمت بين القوم فصلت بينهم وجمعه أحكام².

والتحكيم لغة هو أيضا: التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكم وأحكم فاستحكم؛ أي صار محكما في ماله إذ جعل الله الحكم فيه، فاحتكم عليه ذلك³.

ويطلق الحكم على من يُختار للفصل بين المتنازعين⁴، قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 35].

ويتضح مما تقدم أن التحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير للعمل على فض النزاع أو الخلاف بين الخصمين، يقال حَكَمَ زيد عمراً في ماله إذا أطلق يده فيه والمفوض إليه في الخصومة يسمى حَكَمًا⁵.

الفرع الثاني: تعريف التحكيم في الفقه:

تعددت تعريفات الفقهاء للتحكيم وتقاربت، فعند القدامى عرف فقهاء الحنفية التحكيم بأنه: "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما". والمراد بالحاكم: هو ما يعم الواحد والمتعدد⁶.

¹ - مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 141.

² - مرتضى الزبيدي، تاج العروس. ج 8 (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1965م)، ص 252.

³ - الرازي، مختار الصحاح. (لا.ط؛ بيروت: دار الجليل، 1408هـ/1987م)، ص 148.

⁴ - مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 290.

⁵ - قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية. (ط: 1؛ السعودية: دار الصمعي، 1430هـ/2009م)، ص 19.

⁶ - الحصكفي، الدر المختار بحاشية رد المختار. ج 3 (ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1386هـ)، ص 428، ابن نجيم، البحر الرائق. (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص 24، الشيخ نظام البلخي ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية.

وعند المالكية عرفه ابن فرحون بقوله: "أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما"¹.

وعند الحنابلة أنه: "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكما بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما"².

وعند الشافعية عرفه الماوردي بقوله: "التحكيم أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا"³.

ولا ضرر إذا قلنا بأن هذا المعنى الاصطلاحي الذي يتمثل في أن التحكيم في الشريعة الإسلامية هو عقد تولية وتقليد من طرفي الخصومة إلى طرف ثالث ليفصل فيما تنازعا فيه، فهو عقد كعقد تولية القاضي منصب القضاء وهو الإمام أو نائبه باعتباره وكلا عن الأمة، ومنوطا به حراسة الدين وسياسة الدنيا، أما تولية الحكم فلا يجب أن تتوافر فيمن يوليه مثل تلك الصفة، بمعنى أنه يصح أن يقع التحكيم من آحاد الناس أو ممن له صفة خاصة كالإمام⁴.

كما عرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها: "التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاها لفصل خصومتها ودعواها"⁵.

(ط:2؛ تركيا: المكتبة الإسلامية، 1393هـ)، ص397، نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، إشراف ونشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، مادة: تحكيم. (ط:2؛ الكويت: ذات السلاسل، 1408هـ/1988م)، ص233.

¹ - ابن فرحون، تبصرة الحكام. (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ/2001م)، ص43.

² - ابن قدامة، المغني. ج8 (ط:1؛ بيروت: دار الفكر، 1405هـ)، ص484.

³ - الماوردي، أدب القاضي. (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م)، ص320.

⁴ - الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية. (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986م)، ص16.

⁵ - لجنة من العلماء المحققين الأحناف، مجلة الأحكام العدلية، المادة 179، ص292، حسين بن عودة العواشية،

الموسوعة الفقهية الميسرة. ج1 (ط:2؛ مؤسسة الريان: دار ابن حزم، 1423هـ/2002م)، ص436، نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص234.

وعند المعاصرين عرّفه مصطفى الزرقا بقوله: "هو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاها شخصا آخر حاكما بينهما لفصل خصومتها بدلا من القاضي"¹.

وعليه يمكن استنتاج تعريف خاص من التعاريف السابقة بقولنا: أن التحكيم الزوجي هو تفويض الزوجين لشخصين مناسبين من أهلها أو من غيرهما للفصل في موضوع نزاعهما دون القاضي الموّلى².

الفرع الثالث: التحكيم في القانون:

سنتطرق في هذا الفرع للمواد القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري، وكذا في تشريعات الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية؛ لمعرفة ما إذا كانت هذه الأخيرة قد تطرقت لتعريف التحكيم أم أنها أشارت إليه إشارة عابرة فقط.

أولا: التحكيم في قانون الأسرة الجزائري:

إن الناظر لصياغة نصوص هذا القانون، يجد أن المشرّع الجزائري لم يعرف التحكيم ولو تعريفا بسيطا كطريق لفض الخلاف القائم بين الزوجين المتخاصمين، وتجرّد الإشارة أنه لم يتطرق له في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كونه القانون الإجرائي، غير أنه اكتفى بالنص على ضرورة تعيين حكمين عند اشتداد الخصام بين الزوجين للتوفيق بينهما، وهذا ما تضمنته المادة (56) من قانون الأسرة الجزائري³.

إلا أنه وبالعودة إلى فحوى المادة (222) من نفس القانون نجد أن هذه الأخيرة تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون.

¹ - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام. (ط: 1؛ دمشق: دار القلم، 1998م)، ص 619.

² - وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة - (رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، إشراف: د. شحادة سعيد، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007م)، ص 11.

³ - ينظر: المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: التحكيم في مدونة الأسرة المغربية:

بالرجوع إلى ما تضمنته مدونة الأسرة المغربية نجد أن المشرع المغربي لم يتعرض لموضوع التحكيم، ولكنه بين المهمة الواجب على الحكّمين القيام بها من خلال نص المادة (95) من المدونة، وكذا المجالات التي يلجأ فيها للتحكيم وذلك ضمن القسم الرابع الوارد في الباب الأول من هذه المدونة. وكذا بالرجوع إلى نص المادة (400) منها في عبارة "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام والعدل والمساواة والمعايشة بالمعروف"¹.

ثالثا: التحكيم في قانون الأحوال الشخصية المصري:

إضافة إلى المشرعين الجزائري والمغربي نجد أن المشرع المصري هو الآخر لم يعرف التحكيم، واكتفى ببيان الشروط الواجب توافرها في الحكّمين، وكذا المهمة المنسوبة إليهم، والمدة التي يستغرقها هذا الإجراء من خلال نصوص المواد 7، 8، 9 منه².

الفرع الرابع: الموازنة بين تعريف التحكيم في الشريعة والقانون:

إن المتأمل في تعريف شرّاح القانون للتحكيم يرى أنه لم يخرج عما ذكره الفقهاء المسلمون؛ لاشتماله على العناصر الآتية:

1. الاتفاق بين الخصمين على حسم النزاع بينهما بطريق التحكيم لا بطريق القضاء.
2. طرفا التحكيم والطرف الأول: الخصمان ولو تعدّدا، والطرف الثاني: الحكم أو هيئة التحكيم يعين باتفاق الخصمين ويحسم النزاع بينهما.
3. محل التحكيم وهو فض النزاع القائم بين الخصمين.

¹ - ينظر: المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية .

² - محمد السناري، قوانين الأحوال الشخصية المصرية، إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية طبقا لأحدث التعديلات. (لا.ط؛ القاهرة: لا.ن، د.ت)، ص15-16.

إن تعريف بعض الباحثين المعاصرين للتحكيم على غرار الأستاذ مصطفى الزرقا سابق الذكر لا يشمل جميع مراحل التحكيم بمعنى أنه لا يدل دلالة عامة على التحكيم، فالتحكيم يمر بمراحل متعددة، واتفاق الخصوم على حل منازعاتهم بطريق التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء لا يلزم الحكم بنظر النزاع وأن عليه الحكم في العقد؛ من خلال قبوله لإيجاب الخصوم على تعيينه وهذا في ذاته يعتبر عقداً، كعقد القضاء، فالتولية تصدر من الإمام أو نائبه وهو الولي والقبول من الموئى¹.

المطلب الثاني: حكم التحكيم وحكمة مشروعيته فقها وقانونا:

الحديث في هذا المطلب يدور حول حكم التحكيم وحالاته والحكمة من مشروعيته وبيان أقوال الفقهاء في ذلك، بالإضافة إلى مشروعيته في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية الأخرى.

الفرع الأول: حكم التحكيم ومشروعيته في الفقه:

التحكيم قد يكون واجبا وذلك في حالتين هما:

الحالة الأولى: إذا ورد النص الدال على الوجوب كما في قوله سبحانه وتعالى:

﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 35]. فالأمر هنا للوجوب لعدم اقترانه بالقرينة الصارفة عن الوجوب.

وقد بيّن الفقهاء ذلك في نصوصهم، فقد جاء في فتح الجليل: "آية بعث الحكّمين محكمه غير منسوخة فالعمل بها واجب"².

¹ - قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 22.

² - محمد بن أحمد بن محمد عيش، منح الجليل على مختصر خليل. ج2 (ط: 1؛ لا. م: لا. ن، 1404 هـ/ 1984 م)، ص 178.

وجاء في نهاية المحتاج: "فإذا اشتد الشقاق-أي الخلاف بين الزوجين- بعث القاضي وجوبا للأمة، لأنه من باب دفع الظلمات وهو من الفروض العامة على الحاكم"¹.

وفي حاشية الباجوري: "فإذا اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي وجوبا حكمين مسلمين حرين عدلين عارفين بالمقصود"².

الحالة الثانية: إذا أمر السلطان به، وذلك لأن تصرف الإمام منوط بالمصلحة.

وقد يكون التحكيم محظورا، وذلك إذا رأى الإمام أن المصلحة في منعه.

ما عدا هذه الحالات يبقى الحكم العام في التحكيم، وقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:

1 - جواز التحكيم مطلقا ولو وجد قاضٍ في البلد.

2 - يجوز التحكيم إذا لم يوجد قاضٍ في البلد.

3 - لا يجوز مطلقا.

القول الأول: جواز التحكيم مطلقا:

وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية وبعض الإمامية³.

وقد استدلووا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع وعمل الصحابة ومن بعدهم، والأدلة على جوازه كثيرة، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر.

¹ - الرملي، نهاية المحتاج، ج6 (لا.ط؛ مصر: دار الفكر ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1404هـ/1984م)، ص392.

² - محمد بن أحمد بن محمد عlish، منح الجليل على مختصر خليل، مرجع سابق، ص178.

³ - السرخسي، المبسوط، ج16 (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1406هـ)، ص73.

1- من الكتاب:

أ- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: 35].

ووجه الدلالة:

أن الآية جاءت صريحة بجواز التحكيم بين الزوجين ومشروعيتها، عند الاختلاف والشقاق، قال القرطبي رحمه الله تعالى: "إن هذه الآية دليل إثبات التحكيم، وليس كما يقول الخوارج أنه ليس التحكيم لأحد سوى الله تعالى. وهذه كلمة حق ولكن يريدون بها الباطل"¹.

ب- قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: 44].

وجه الدلالة:

أن التحكيم هو لون من ألوان إحقاق الحق ورده إلى أهله.

2- من السنة:

وردت عدة أحاديث تبين مشروعية التحكيم، ومن هذه الأحاديث:

أ- عن هانئ بن يزيد رضي الله عنه أنه لما وفد إلى النبي صلى الله عليه وسلم مع قومه فسمعهم النبي صلى الله عليه وسلم وهم يكتنونه بأبي الحكم فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَكَمُ وَإِلَيْهِ الْحُكْمُ فَلِمَ تَكْنِيْتُ بِأَبِي الْحَكَمِ؟ قَالَ: لَا وَلَكِنْ قَوْمِي إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ فَرَضِي كَلَا الْفَرِيقَيْنِ قَالَ:

¹ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن. ج5 (لا.ط؛ القاهرة: مكتبة الصفا، 2004م)، ص179.

مَا أَحْسَنَ هَذَا، ثُمَّ قَالَ: مَا لَكَ مِنَ الْوَلَدِ؟ قُلْتُ: لِي شَرِيحٌ وَعَبْدُ اللَّهِ، وَمُسْلِمٌ بَنُو هَانِيٍّ، قَالَ: فَمَنْ أَكْبَرُهُمْ؟ قُلْتُ: شَرِيحٌ قَالَ: فَأَنْتَ أَبُو شَرِيحٍ»¹.

وجه الدلالة:

أن رسول الله ﷺ أقرّ تحكيم أبا شريح بين قومه، وأظهر استحسانه لفعل أبي شريح ولم ينهه عنه، وهذا يدخل ضمن السنة التقريرية². أما ما قام به رسول الله ﷺ من تغيير كنية أبي الحكم إلى أبي شريح لم يكن نهيًا عن التحكيم، وإنما كره له ذلك حتى لا يشارك الله في صفة من صفاته³، فالحكم من صفات المولى عز وجل لا يشاركه فيها أحد.

ب- عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: لَمَّا نَزَلَ أَهْلُ قُرَيْظَةَ عَلَى حُكْمِ سَعْدٍ أَتَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى حِمَارٍ، فَقَالَ: «إِنَّ هَؤُلَاءِ نَزَلُوا عَلَى حُكْمِكَ»، قَالَ: فَإِنِّي أَحْكُمُ أَنْ تُقْتَلَ مُقَاتِلَتُهُمْ وَتُسَبَى ذُرَارِيُّهُمْ، قَالَ: «حَكَمْتَ فِيهِمْ بِحُكْمِ الْمَلِكِ»⁴.

وجه الدلالة:

أن رسول الله ﷺ قبل تحكيم بني قريظة له لما نزلت على حكمه ثم جعل الحكم فيهم إلى سعد بن معاذ برضاهم، فكان الحديث نصاً في جواز التحكيم، وإلا لما حكم فيهم سعدا

¹ - رواه أبو داود، وهذا لفظه. ج2 (لا.ط؛ لا.م: لا.ن، د.ت)، ص585، والنسائي في السنن الكبرى. تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، ج2 (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421هـ/2001م)، كتاب القضاء، باب إذا حكموا رجلاً، حديث رقم: 5940، والبيهقي، السنن الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج10 (لا.ط، مكة المكرمة: مكتبة الباز، 1414هـ/1994م)، كتاب آداب القاضي، باب ما جاء في التحكيم، حديث رقم: 21015، ص145.

² - أبو عبد الله مصطفى بن العدوي شلباية المصري، سلسلة التفسير لمصطفى العدوي. (لا.ط؛ لا.م: لا.ن، د.ت)، ص18.

³ - ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر. تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناح، (لا.ط؛ بيروت: المكتبة العلمية، 1399هـ/1979م)، ص419.

⁴ - رواه النسائي، السنن الكبرى، مرجع سابق، حديث رقم: 7906، ص54، وقال الشوكاني متفق عليه: نيل الأوطار. ج8 (ط:1؛ مصر: دار الحديث، 1413هـ/1993م)، ص62.

برضاهم، ولما عمل بحكم سعد فيهم، إذ أن التحكيم لو لم يكن مشروعاً لما صحَّ حكم سعد، ولما وجب تنفيذه، وأن الجمع عليه بين الفقهاء أن رسول الله ﷺ قد عمل بحكم سعد فيهم¹.

3- من الإجماع:

عمل الصحابة رضي الله عنهم بالتحكيم، ولم يظهر لهم مخالف في ذلك، فقد تحاكم عمر وأبي بن كعب في نخل تنازعا عليه إلى زيد بن ثابت، وكذلك فعل جمع من كبار الصحابة في منازعات وقعت بينهم فكان إجماعاً².

4- من المعقول:

أ - أن الحاجة داعية إليه، ففيه سعة للناس في فصل أقيضتهم بواسطة محكميهم من غير ترافع للحكام ممن لا يرغب حضور مجالس القضاء في فصل أقيضتهم³، أو يرغب في تجنب طول أمد المرافعة والابتعاد عن الخصومة واللدن فيها؛ لأن الحكم متفرغ لهذه القضية بخلاف القاضي الذي يشغله عدد من القضايا، كما أنه مرتبط بزمان معين للعمل بخلاف الحكم⁴، كما فيه التخفيف عن القضاء⁵.

ب - التحكيم يتم به فضُّ المنازعات وإصلاح ذات البين، وعدم جوازه يؤدي إلى ضياع الحقوق واشتداد المشاحنات، ومن ثم فالعقل لا يمنع جوازه.

¹ - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص498، الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص49.

² - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص62، الشوكاني، فتح القدير. تحقيق: يوسف الغوش، (ط:1؛ بيروت: دار المعرفة، 1428هـ/2007م)، ص498، العيني، البناية شرح الهداية. ج8(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ/2000م)، ص66.

³ - الطرابلسي، معين الحكام. ج1(لا.ط.؛ لا.م: دار الفكر، د.ت)، ص25، ابن العربي، أحكام القرآن. ج2(ط:3؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م)، ص125.

⁴ - قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. (ط:1؛ عمان: دار الفرقان للنشر، 2002م)، ص106.

⁵ - ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ص125.

كما أن التحكيم من العقود التي تعارف عليها الناس قبل الإسلام ولم يرد نص يحرمه، والأصل في الأشياء الإباحة¹.

القول الثاني: جواز التحكيم بشرط عدم وجود قاضٍ في البلد:

وإلى هذا ذهب بعض الشافعية والظاهرية².

وقد استدلوا على ذلك: أن التحكيم في هذه الحالة للضرورة كي تفض المنازعات، أما إذا وجد القاضي امتنع التحكيم، لأن حكم المحكم أدنى رتبة من حكم القاضي، وذلك لعموم ولاية القاضي.

القول الثالث: عدم جواز التحكيم مطلقاً:

وإلى هذا ذهب بعض الشافعية وبعض الإمامية وبه قال الخوارج³.

وقد استدلوا على ذلك: بأن حكم الحكم فيه أفتيات على الإمام ونوابه، فيؤدي إلى اختلال أمر الحكام وقصور نظرهم.

الرأي الراجح:

مما سبق يتضح رجحان القول الأول القائل بجواز التحكيم مطلقاً لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين وذلك لأن القول الثاني لم يرد في النصوص ما يمنع الحكم من الحكم ولأنه يشترط في الحكم ما يشترط في القاضي.

وكذلك القول الثالث ضعيف لأن حكم الحكم ليس فيه أفتيات على الإمام بل إن الإمام قد يعين من يقوم بالحكم بين الناس⁴.

¹ - قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 110.

² - الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ص 231.

³ - المرجع نفسه، ص 230.

⁴ - قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 66.

الفرع الثاني: مشروعية التحكيم في القانون:

1- مشروعية التحكيم في قانون الأسرة الجزائري:

نصّت المادة (56) من ق.أ.ج على ما يلي: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

2 - مشروعية التحكيم في مدونة الأسرة المغربية:

نصّ المشرع المغربي على ضرورة بعث الحكمين في القسم الرابع من الباب الأول الخاص بالتطبيق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق. حيث نصت المادة (82) من هذه المدونة على ما يلي: "للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكمين...".

كذلك نجد المادة (95) تنص على ما يلي: "يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ويبدلان جهدهما لإنهاء النزاع"¹.

3- مشروعية التحكيم في قانون الأحوال الشخصية المصري:

عالج المشرع المصري موضوع التحكيم في عدة مواد متفرقة أولها المادة (6) من القانون رقم 25 لسنة 1929 التي تنص على ما يلي: "إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة...وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد 7، 8، 9، 10، 11".

¹ - ينظر: المادة 95 من مدونة الأسرة المغربية.

كما جاء أيضا في نص المادة 2/20 من القانون رقم 1 لسنة 2000: "ولا تحكم المحكمة بالتطليق بالخلع إلا بعد ناوله الإصلاح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالة مساعي الصلح بين الزوجين خلال مدة لا تتجاوز 3 أشهر..."¹.

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية التحكيم:

هي الباعث على التشريع والتمرة المترتبة عليه، فهي الغرض من التشريع والهدف الذي يرمي الشارع إلى تحقيقه إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة².

وأمر الشارع بفعله أو تركه يرمي إلى تحقيق غاية معينة أدركها الإنسان أو لم يدركها، تحققت لدى الناس كافة أو لبعضهم، والغرض من تشريع التحكيم يتمثل في إدراك الدور الذي يقوم به التحكيم في فصل الخصومات والمنازعات، والتي من شأنها أن تشيع العداوة والبغضاء، وفساد ذات البين إذا ما تركت دون الفصل فيها بحكم، يستوي أن يكون محكم قاض موالي أو حكم محكم، وبهذا فالتحكيم يحقق كلا المصلحتين³، مصلحة القضاء في تخفيف العبء عنه، ومصلحة الأفراد في رفع المشقة عنهم في الانتظار في طواير القضاء للبت والفصل في القضايا أو تكاليف الترافع أمام القضاء .. والتي تكون في بعض الأحوال حائلا دون تحقيق العدالة في إيصال الحق إلى أهله فحاجة الناس إلى التحكيم قائمة، نظرا ليسر إجراءاته وقلة تكلفته وسرعة الفصل في الخصومات، والحق سبحانه وتعالى يقول: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185].

وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «مَا خَيْرَ رَسُولٍ اللَّهُ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا، مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا، فَإِنْ كَانَ إِثْمًا كَانَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ»⁴.

¹ - ينظر: المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية المصري.

² - قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 66.

³ - ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ص 619.

⁴ - رواه ابن حجر في فتح الباري. ج 12 (لا. ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1379هـ)، كتاب الحدود، باب صفة النبي ﷺ، حديث رقم: 6786، ص 86.

والتحكيم فضلاً عن أنه يؤدي إلى قطع المنازعات، ورفع المشقة عن المتخاصمين، فإنه يؤدي إلى إصلاح ذات البين فيما بين المتخاصمين، فإن فصل القضاء كما قال عمر رضي الله عنه: "يورث في القوم الضغائن"¹.

وإلى هذه الفائدة أشارت الآية الكريمة في التحكيم في الشقاق بين الزوجين بقوله جل وعلا: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: 35].

المطلب الثالث: التحكيم والألفاظ ذات الصلة:

يشارك التحكيم مع بقية وسائل فض النزاعات الأخرى كونهما عقوداً رضائية ويختلف عنها في إجراءاته وأحكامه، ولذلك كان لزاماً بيان أوجه الاتفاق والاختلاف حتى تتمايز الأشياء ويستطيع أهل العلم بيان أحكام التحكيم، فإن الحكم على الشيء فرع عن تصوره².

1- الفرق بين التحكيم والقضاء:

التحكيم هو فصل في خصومات الناس، ويشترط في المحكم غالباً وبشكل عام ما يشترط في القاضي من الإسلام والعقل والبلوغ والحرية والذكورة والعلم وسلامة الحواس والأعضاء كالسمع والبصر والنطق، إلا أن هناك فروقاً بين القضاء والتحكيم³ ومن أهمها:

- التحكيم شعبة من شعب القضاء، ولذلك يذكره الفقهاء عادة في باب القضاء، فكل من المحكم والقاضي يستمد سلطته ممن ولّاه، فالقاضي يعينه الإمام والمحكم يعينه

¹ - ابن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار. تحقيق: كمال يوسف الحوت، ج7 (ط: 1؛ بيروت: دار التاج، 1409هـ/1989م)، ص213.

² - محمد علي عبد الحميد مؤمن، مبدأ التحكيم في فض المنازعات - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي - (رسالة ماجستير، جامعة مولانا إبراهيم الإسلامية الحكومية، مالانج، كلية الدراسات العليا، قسم الشريعة والقانون، 2014/2015م)، ص17.

³ - محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام. (لا.ط؛ عمان: مكتبة الأقصى، 1980م)، ص183-184.

- الخصوم، ويعزل كلُّ منهما إذا عزله من ولاّه، ويعتبر الحكم الصادر عن كل جهة حكماً شرعياً متى كان صحيحاً مستوفياً لشروطه¹.
- القاضي مقيدٌ بزمان ومكان، والمحكم غير مقيد بزمان ومكان إلا فيما يتم الاتفاق عليه.
 - حكم القاضي عام ويطبق على الكافة، وحكم المحكم خاص بطرفي الخصومة.
 - القاضي لا يمكن للأطراف عزله، بخلاف المحكم الذي يمكن لطرفي الخصومة عزله قبل الحكم في القضية.
 - القاضي أعلى مرتبة من المحكم، ولذلك ترفع قرارات التحكيم إلى القضاء لتصديقها وتنفيذها.
 - لا يشترط في القضاء رضا الخصمين في الخصومة، في حين التحكيم يعتمد على التراضي بين الخصمين².

2- الفرق بين التحكيم والوكالة:

تعرف الوكالة بأنها: "إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم"³. وتتفق الوكالة مع التحكيم في أن كلا منهما يعتبر نوعاً من الولاية، وأن الرضا هو الثبوت لهذه الولاية ومداهها، فلا يملك الوكيل مباشرة العمل الموكّل به إلا بإذن الموكل ورضاه، وفي حدود ما وضع له من قيود، والمحكم لا تتعقد له ولاية نظر النزاع إلا برضى المحتكمين إليه، وفي النطاق والحدود الذي رسم له سواء من حيث الموضوع أو الزمان أو المكان⁴.

¹ - محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 184.

² - قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 28.

³ - ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار. ج 7 (ط: 2)؛ مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده،

1966م، ص 274.

⁴ - قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 157.

والوكالة شأن التحكيم من العقود الرضائية، وغير اللازمة لكلا طرفيه -الموكل أو الوكيل- فيملك أحدهما إنهاء الوكالة قبل تمام الفعل الموكل به بإرادته المنفردة، كما ، المحتكم إنهاء التحكيم بإرادته المنفردة قبل صدور الحكم. وإنما يفترقان في أن الوكيل لا يتصرف إلا بما هو في مصلحة الموكل، وإرادة موكله الصريحة أو الضمنية، حتى نهاية الوكالة، ولا يملك مخالفتها، وإلا كان تصرفه باطلا وموقوفا على إجازة الموكل على رأي¹.

أما المحكم، بعد أن تنعقد له سلطة نظر النزاع برضا المحتكمين إليه، يباشر عمله باستقلال عن إرادتهما، له أن يوجه حكمه إلى أي منهما، حسب ما يقتضيه الدليل عنده، وإن كان ذلك مخالفا لإرادة أحد المحتكمين، ويكون حكمه لازما لهما ما لم يكن جورا، هذا من جهة. ومن جهة أخرى يشترط لصحة الوكالة أن يملك الموكل فعل ما وكل به بنفسه²، فالصبي الذي لا يملك البيع أو الشراء، لا يمكنه توكيل غيره بالبيع أو الشراء، إذ أن فاقده الشيء لا يعطيه، ولكننا نجد أن المحتكمين أطراف الخصومة لا يملكون إنهاء النزاع بينهما، وهو الفعل الموكل به إلى المحتكم وإن كان لهم ذلك بطريق آخر، كالصلح أو ترك الخصومة.

3- الفرق بين التحكيم والصلح:

عرفت المادة 1531 من مجلة الأحكام العدلية الصلح بأنه: "عقد يرفع النزاع بالتراضي"³.

ويتفق الصلح مع التحكيم أن كلا منهما وسيلة لفض النزاع بعيدا عن القضاء الرسمي، إلا أن التحكيم فيه صفة الإلزام من المحكم، والصلح لا إلزام فيه، ويترب على ذلك غالبا رضی الطرفين في الصلح وعدم رضاهما-أو أحدهما على الأقل- في التحكيم.

¹ - عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف. تحقيق: محمد سلام مذكور، (لا.ط.؛ مصر: جامعة القاهرة، 1388هـ/1968م)، ص 256 وما بعدها.

² - أحمد أبو الفتوح، كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية. ج1(ط:1؛ مصر: مطبعة البوسفور، 1332هـ/1913م)، ص 163، الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 22.

³ - مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 407.

والصلح فيه تنازل اختياري عن بعض الحقوق المدعاة من الخصوم، بخلاف التحكيم الذي لا يستوجب ذلك بل قد يستأثر أحد الخصوم بالحق كله عند الحكم له¹.
 الفارق الجوهرى بين التحكيم والصلح يتمثل فى أن الصلح يظل مجرد اتفاق بين الخصوم ولا ينفذ إلا إذا صدر به حكم قضائى، ويجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للعقود. أما التحكيم فينتهى بحكم حاسم للنزاع ويكون قابلاً للتنفيذ بعد الأمر بالتنفيذ².

4- الفرق بين التحكيم والإفتاء:

عرف الفقهاء الإفتاء بأنه: "إظهار الحكم الشرعى المتعلق بأمر من الأمور"³. ويتفق التحكيم والإفتاء فى أن كلاهما إخبار عن الحكم الشرعى فى الواقعة، غير أنهما يختلفان فى كثير من الأمور:

- فالتحكيم يستلزم وجود نزاع بين طرفين، أما الإفتاء فقد يكون نتيجة طلب شخص يريد معرفة الحكم ليعمل به فى خاصة نفسه.
- التحكيم يجرى فى مسائل حددتها كتب الفقه واختلف الفقهاء فى تعدادها، أما الإفتاء فمحله تناول جميع المسائل والأحكام.
- والتحكيم عند غالبية الفقهاء عقد ملزم لأطرافه وينبغى عليهم الالتزام بنتيجته. أما الإفتاء فليس عقداً ولا تكون نتيجته ملزمة للمستفتى.
- والتحكيم يتطلب من المحتكم إليه تمحيص الوقائع التى تقدم إليه قبل أن يصدر حكمه فيها، أما المفتى فإنه يسلم بالواقعة التى طلب منه إظهار الحكم فيها دون مناقشتها⁴.

¹ - محمد على عبد الحميد مؤمن، مبدأ التحكيم فى فض المنازعات، مرجع سابق، ص 20-21.

² - محمود مختار بربرى، التحكيم التجارى الدولى. (ط:2؛ القاهرة: دار النهضة العربية، 1999م)، ص 17.

³ - القرائى، الذخيرة. (ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامى، 1994م)، ص 25-26، الرحيباني، مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى. ج2 (ط:1؛ دمشق: منشورات المكتب الإسلامى، 1961م)، ص 437.

⁴ - محمد جبر الألفى، التحكيم ومستجداته، مجلة أبحاث اليرموك، بغداد: جامعة اليرموك للعلوم الانسانية، ع19974م، ص 41-65.

5 - الفرق بين التحكيم والتوفيق والوساطة:

نقصد بالتوفيق هو اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق الذين يقع عليهم اختياره من قبل الأطراف¹.

أما الوساطة هي أحد أشكال التوفيق بين الخصوم ووفقا له يتدخل شخص ليقرب بين وجهات نظر الخصوم بعد سماعها ويقترح حلولاً وإذا وافق عليها الأطراف حرروا بها محضرا رسميا ويوقع عليه الأطراف وإن رفض ينتهي الأمر وتتجرد هذه المقترحات من كل قيمة².

أوجه التقارب بين التوفيق والوساطة والتحكيم يتضح في أن الهدف النهائي هو فض النزاع بين الأطراف بتدخل شخص أو أكثر من الغير في علاقة الخصوم العقدية أو غير العقدية.

أوجه الاختلاف بين التحكيم والتوفيق والوساطة تظهر من خلال النقاط التالية:
أولاً: الفارق بينهما في الآلية المتبعة، فالتوفيق والوساطة كلاهما يتم عن طريق تعيين شخص أو أكثر لمحاولة التوفيق بين الطرفين حتى يلتقي الطرفان عند حل توافقي بعد عقد اجتماعات خاصة مشتركة بين جميع الأطراف للوصول إلى الحل أما في التحكيم فإن الجلسات تكون بحضور أطراف التحكيم جميعاً ويمكن أن يطلع كل طرف على ما يقدمه الطرف الآخر من حجج ودعاوي³.

ثانياً: الخلاف الجوهرى بين التوفيق والوساطة وبين التحكيم أن الموفق والوسيط لا يعد قرارهما ملزم للخصوم لأنها مجرد محاولات أو حلول لتقريب وجهات النظر، ويحتفظ هذا الاتفاق بطبيعته التعاقدية. أما التحكيم فينتهي بقرار يحسم النزاع ويلتزم به الأطراف ويجوز حجية الأمر المقضي به ويكون قابلاً للتنفيذ بمجرد وضع الصيغة التنفيذية عليه من قبل القضاء.

¹ - محمود مختار بربرى، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 17.

² - علي رمضان بركات، خصومة التحكيم. (لا.ط.؛ لا.م.؛ لا.ن. د.ت)، ص 56.

³ - سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات. (ط.1؛ أبوظبي: دائرة القضاء، 2004م)، ص 15.

التوفيق والوساطة كلاهما يتضمن بعض التنازلات حتى يمكن التوصل إلى حل وسط يرضي الأطراف أما المحكم فهو قد يصدر حكماً لصالح أحد الأطراف وقد يرفض طلبات الطرف الآخر فالمحكم لا يبحث عن حلول وسط ترضي الطرفان¹.

6 - الفرق بين التحكيم والخبرة:

الخبرة: هي الإجراء الذي بمقتضاه يعهد القاضي أو المحكم إلى شخص ما بمهمة إبداء أي في مسائل ذات طابع فني يكون على دراية بها دون أن يلتزم القاضي برأيه².

وجه الشبه بين التحكيم والخبرة هو أن كلا منهما يقتضي تدخل شخص من الغير لأن كل من المحكم والخبير ليس من الجهاز القضائي داخل الدولة وتتشابه الخبرة مع التحكيم في أن كلا منهما قد يبدي رأيه في نقطة قانونية أو واقعة معينة بمناسبة نزاع معروض على القضاء.

وكذلك كلاهما يخضعان لنفس الشروط حيث يشترط في كلاهما الموضوعية والاستقلالية والحياد³.

بينما تظهر أوجه الاختلاف في أن المحكم يقوم بوظيفة القضاء والفصل في النزاع المعروض عليه بحكم ملزم بينما الخبير لا يقوم سوى بمجرد إبداء الرأي فيما يطرح عليه من مسائل ورأيه لا يلزم القاضي أو المحكم.

المحكم يتقيد في إصدار الحكم بالأوضاع المقررة في القانون الإجرائي الواجب التطبيق أما الخبير فيكتب تقريراً ولا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة في قانون الإثبات.

الفارق الجوهرى بينهما يتعلق بكيفية أداء كل منهما للمهمة الموكلة إليه، فالمحكم يصدر حكمه بناء على ما يقدم إليه من مستندات ومرافعات من جانب الخصوم، أما الخبير فيعتمد على معلوماته وخبراته الذاتية.

¹ - سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، مرجع سابق، ص 15.

² - عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي. (لا.ط؛ الكويت: مطبوعات جامعة الكويت، 1990م)، ص 15.

³ - المرجع نفسه، ص 16.

تعيين المحكم، يشترط أن يعين بالاسم في إتفاق التحكيم أما الخبير فلا يشترط أن يعين بالاسم¹.

¹ - سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، مرجع سابق، ص16.

المبحث الثاني: حقيقة التحكيم في الشقاق الزوجي فقها وقانونا

المطلب الأول: مفهوم الشقاق لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: أسباب اللجوء للتحكيم في الفقه والقانون

المطلب الثالث: شروط الحكمين ووظيفتهما في الفقه والقانون

المبحث الثاني: حقيقة التحكيم في الشقاق الزوجي فقها وقانونا

ويشتمل على مفهوم الشقاق لغة واصطلاحاً، وشروط بعث الحكّمين ومهامهما فقها وقانوناً بالإضافة إلى إيراد أسباب اللجوء إلى التحكيم في القوانين سائلة الذكر من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم الشقاق لغة واصطلاحاً:

يتضمن هذا المطلب تعريف الشقاق في اللغة والاصطلاح من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: الشقاق في اللغة:

قال ابن فارس: "شقو): الشين والقاف والحرف المعتل أصل يدل على المعاناة، وخلاف السهولة والسعادة، والشقوة: خلاف السعادة"¹، وانشق الشيء: إذا انفرج فيه فرجة، و(شاقه) (مشاقه) و(شقاقتا): خالفه²، والشقاق: الخلاف والعداوة³.

قال الفيومي: "وحقيقته أن يأتي كل منهما -أي من المختلفين- ما يشق على صاحبه، فيكون كل منهما في شق غير شق صاحبه"⁴.

والشقاق مأخوذ من كلمة الشق، والشق بمعنى إبعاد شيء آخر مثل النجار حين يشق الخشب⁵.

ولقد ورد ذكر الشقاق في عدة مواضع في كتاب الله منها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا هُمْ فِي شِقَاقٍ فَسَيَكْفِيكَهُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: 137]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنَّ الَّذِينَ اخْتَلَفُوا فِي

¹ - ابن فارس، مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام هارون، ج3 (لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، 1979م)، ص202.

² - الفيومي، المصباح المنير. ج1 (ط:2؛ بيروت: المكتبة العصرية، 1418هـ/1997م)، ص319.

³ - الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص343.

⁴ - الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص319.

⁵ - محمد متولي الشعراوي، أحكام الأسرة والبيت المسلم. (لا.ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، 2004م)، ص208.

الْكِتَابَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ» [البقرة: 176]، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ﴾ [النساء: 115]، وفي تفسير هذه الآية يقول ابن كثير: "ومن سلك غير طريق الشريعة التي جاء الرسول صلى الله عليه وسلم فصار في شق والشرع في شق"¹.

قال تعالى: ﴿وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ﴾ [الحج: 53]. قال ابن كثير: "أي في ظلال ومخالفة وعناد بعيد أي عن الحق والصواب"².

ومن خلال هذه الآيات نجد أن الشقاق لا يعني دائما العداوة بل معناه الأكيد هو الخلاف وبمعنى أصح هو الاختلاف في الاتجاهات، فكل فريق يختار اتجاه غير الآخر³.

الفرع الثاني: الشقاق في الاصطلاح:

إن معنى الشقاق اصطلاحاً يدور حول معنى وهو وقوع الخلاف والعداوة بين الزوجين على نحو يستدعي تدخل الآخرين للإصلاح بينهما⁴.

ونعني بالشقاق بين الزوجين مشاقة كل واحد من الزوجين صاحبه بإتيانه ما يشق عليه من الأمور مما يتعارض ومقتضيات المودة والرحمة والسكن إلى الآخر⁵.

¹ - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم. (لا.ط؛ القاهرة: دار النشر والتوزيع الإسلامية، 1998م)، ص 731.

² - المرجع نفسه، ص 282.

³ - عائشة محمود جاسم الداودي، التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية، (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2005م)، ص 181.

⁴ - أشرف محمد محمود الخطيب، وسائل معالجة النشوز والشقاق بين الزوجين، جامعة الأزهر، مجلة كلية الشريعة والقانون، فرع أسبوط، ع 13، ج 1، ص 153-154.

⁵ - أحمد حسين طه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء. (ط: 1؛ لبنان: دار الحكمة، 2002م)، ص 78.

وفي تعريف آخر للشقاق: هو ذلك النزاع الشديد بين الزوجين ودوام السباب الفاحش والتضارب بينهما مما يلزم القاضي بعث حكما من أهله وحكما من أهلها لينظرا في أمرهما ويصلحا بينهما أو يفرقا إن عسر الإصلاح¹.

يقول القرطبي في تعريف الشقاق: "فكأن كل واحد يأخذ شقا غير شق صاحبه، أي ناحية غير ناحية صاحبه"².

ويكون الشقاق من الزوجة بنشوزها على الرجل وتركها القيام بحقه الذي أوجبه الله عليها له³، أو بكراهيتها له وبغضها إياه⁴.

كما يكون من الرجل بأن يترك معاشرتها وإساکها بالمعروف أو تسريحها بإحسان⁵، أو يتعدى عليها⁶، أو يجفوها ويضربها⁷.

وكما يكون الشقاق من طرف أحد الزوجين فقد يكون منهما معا بإضرار كل واحد منهما بصاحبه أو إعراضه عن القيام بحقه ونحو ذلك⁸.

وسواء علم سبق الخلاف والمشاقّة بينهما وتكرره أم لم يعلم بل كان شقاقا ناشئا، فكل

¹ - النووي، روضة الطالبين. ج7(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1412هـ)، ص346.

² - القرطبي، تفسير القرطبي. (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت)، ص174.

³ - الطبري، تفسير الطبري. ج8(ط:1؛ الجيزة: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 1422هـ/2001م)، ص318، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص162.

⁴ - القليوبي، حاشية القليوبي. ج4(لا.ط؛ القاهرة: دار إحياء الكتب العلمية، د.ت)، ص83، ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه. تحقيق: عبد الرحمن محمد العاصمي النجدي، ج10(لا.ط؛ لا.م: مكتبة ابن تيمية، د.ت)، ص282.

⁵ - الطبري، تفسير الطبري، مرجع سابق، ص319.

⁶ - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص367.

⁷ - ابن المفلح، المبدع شرح المقنع. (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1997م)، ص214.

⁸ - الرازي، تفسير الرازي. ج10(ط:1؛ لا.م: دار الفكر، 1401هـ/1981م)، ص92.

ذلك شقاق يستوجب النظر فيه ومعالجته شرعا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾ [النساء: 35]، أي علمتم ذلك بعد وقوعه¹.

وهكذا إذا تكرر من الزوجة دعوى ضرره لها وعمي على القاضي خبرهما، أو اشتكى كل واحد من الزوجين صاحبه وادعى ضرره وعمي خبر صدقهما أو أحدهما²، أو شاق أحدهما الآخر بأي أمر يستدعي بعث الحكم³.

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الشقاق بل اكتفى بالنص عليه في المادة (56) بقوله: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما...".

ونلاحظ أن المادة (56) قد عرفت الشقاق بطريقة غير مباشرة باعتباره ذلك الخصام الشديد بين الزوجين والذي لا يثبت فيه الضرر.

المطلب الثاني: أسباب اللجوء للتحكيم في الفقه والقانون:

سنتعرض في هذا المطلب إلى إيراد الشقاق الذي يستدعي اللجوء للتحكيم في الفقه من خلال عرض أقوال الفقهاء وفي القانون وذلك من خلال الفرعين الآتين:

الفرع الأول: أسباب اللجوء للتحكيم في الفقه:

أجمع فقهاء المذهبين الحنفي والمالكي على جواز بعث الحكمين إذا حدث الشقاق بين الزوجين ولم يتضح الحق منهما من المخطئ، كما أنه في حال احتدام الشقاق واستمرار النزاع

¹ - الطبري، تفسير الطبري، مرجع سابق، ص318، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ص175، الرازي، تفسير الرازي، مرجع سابق، ص92، أبي السعود العمادي، تفسير أبي السعود. ج1(ط:1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2010م)، ص693.

² - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ص170، ابن شاس، عقد الجواهر. تحقيق: حميد بن محمد لحر، ج2(ط:1؛ لا.م: دار الغرب الإسلامي، 2003م)، ص134.

³ - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية. ج1(ط:1؛ السعودية: لا.ن، 1420هـ)، ص171-223.

بين الزوجين ولم تفلح وسائل الإصلاح المتمثلة في الوعظ والضرب والهجر وجب اللجوء إلى التحكيم وهو أمر من الله عز وجل لحسم مادة الشر والخلاف بين الزوجين وإحلال الود والمحبة مكان الشقاق وإعادة اللحمة إلى الأسرة، ويكون من تدخل القاضي أو من الأهل بيعت حكمين؛ لينظرا موضع الشقاق وأسبابه ويسعيا للإصلاح، وقد يتدخل القاضي أو من ينوب عنه إذا رفعت له دعوى الشقاق باعتباره أمرا شرعيا وواجبا لا بد منه، خاصة إذا ما عجز الأهل عن الإصلاح بين الزوجين¹، وفي ذلك يقول الإمام النووي: "وإن اشتد شقاقهما وداما على السباب الفاحش والتضارب بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها، فينظرا في أمرهما ويصلحا بينهما أو يفرقا إن عسر الإصلاح. وبعث الحكمين هو واجب"²، يقول ابن قدامة: "وإن خرجا -الزوجان- إلى الشقاق والعداوة، يبعث الحاكم حكمين حرين عدلين مسلمين، فيكشفان عن حالهما"³.

وتعد قضية تدخل القاضي أوجب بيعت الحكمين حينما ترفع القضية من قبل الزوجين أو أحدهما على الآخر بدعوى الشقاق والنزاع، وفي ذلك يقول الإمام الشافعي -رحمه الله-: "فإذا ارتفع الزوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم فحق عليه أن يبعث حكما من أهله، وحكما من أهلها"⁴.

¹ - جمال حشاش، التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، المجلد 28، 2014م، ص 1751-1752.

² - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 371.

³ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 320.

⁴ - الشافعي، الأم. ج 5 (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة، 1393هـ)، ص 208.

الفرع الثاني: أسباب اللجوء للتحكيم في القانون:

1- أسباب اللجوء للتحكيم في قانون الأسرة الجزائري:

أفرد المشرع الجزائري للتحكيم مادة وحيدة وهي المادة (56)، حيث أشارت هذه المادة على ما يلي: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما".

يتبين من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري اعتبر الشقاق سببا من أسباب اللجوء إلى التحكيم، وعده سببا يجيز للزوجة المطالبة بالتطليق وهذا ما أشارت إليه المادة (58) في فقرتها الثانية من نفس القانون والتي أدرجها المشرع ضمن تعديل 2007، وبالتالي يتضح من هذا أن اشتداد الخصام المنصوص عليه في المادة (56) سابقة الذكر هو ذاته الشقاق المستمر بين الزوجين والمذكور في المادة 18/58، فإذا لم يعرف مصدر الإساءة أو الضرر تعيّن على القاضي بذل جهده في استئصال جذور الخلاف، فإن عجز في ذلك عيّن حكمين للقيام بمهمة الإصلاح والتوفيق بين الزوجين².

2 - أسباب اللجوء للتحكيم في مدونة الأسرة المغربية:

خصّ المشرع المغربي الباب الأول من القسم الرابع الخاص بالتطليق تحت عنوان التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق ونص بعده في المادة (94) على: "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة (82) أعلاه"³، يفهم من هذا أن المشرع المغربي لم

¹ - آيت شاوش دليلة، إثناء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية - (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014م)، ص 250، 251.

² - لمعني سمية، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الطلاق وآثاره، (مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015م)، ص 19.

³ - ينظر: المادة 94 من مدونة الأسرة المغربية.

يعتبر الشقاق سببا رئيسيا للجوء إلى التحكيم وإنما يلجأ إليه في حالة وقوع النزاع دون أن يصل إلى حد الشقاق¹.

3- أسباب اللجوء للتحكيم في قانون الأحوال الشخصية المصري:

أشار المشرع المصري للشقاق بين الزوجين ضمن نفس المادة التي تطرق فيها للضرر، لأن استمرار الشقاق من شأنه أن يوقع الأضرار بالزوجين لكنه ليس بالضرورة أن يكون من طرف الزوج على الزوجة كما أنه إذا تحقق الضرر الذي تشكو منه الزوجة وجب على القاضي التطليق، أما إذا لم يتحقق الضرر وتكررت الشكوى فهذا هو المراد بالشقاق الذي يتطلب تعيين الحكّمين للتوفيق بين الزوجين².

وهذا ما نصت عليه المادة (6) من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 في فحواها : "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائنة إذا أثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكّمين وقضى على الوجه المبين بالمواد 7 و 8 و 9 و 10 و 11"³، حيث اشترطت هذه المادة تحقق الضرر للحكم بالتطليق بما يستحيل معه استمرار العشرة الزوجية وعجز القاضي عن التوفيق بينهما، أما إذا أعيدت الشكوى ولم يتحقق الضرر أحال القاضي الأمر إلى الحكّمين لمنع وقوع الطلاق⁴.

¹ - لخبث سهام، لقبال تسعديت، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية- (مذكرة ماستر في الحقوق، إشراف: د. تريكي فريد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016م)، ص71.

² - آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص235.

³ - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها طبقاً لأحدث التعديلات. (ط:2؛ لا.م: لا.ن، د.ت)، ص78.

⁴ - معوض عبد التواب، المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية. (لا.ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 1991م)، ص119.

المطلب الثالث: شروط الحكمين ووظيفتهما في الفقه والقانون:

طبيعة المهمة التي يقوم بها الحكمان وأهميتها تتطلب أن يكونا من أهل الخبرة والحكمة والصلاح والمعرفة بشؤون التحكيم؛ لتحفظ البيوت والأسر من التصدّع والأطفال من التشرّد¹، ونظرا لأهمية عمل الحكمين في طلب الإصلاح وما يترتب على ذلك من أثر على الأسرة؛ فقد وضعت شروط للحكمين المرشحين لهذه المهمة في الفقه والقانون، ليقوما بمهمتهما على أكمل وجه.

الفرع الأول: شروط الحكمين في الفقه والقانون:

ذكرنا فيما سبق أن التحكيم هو تولية الخصمين شخصا لفض النزاع بينهما، ويكون ذلك بتراضيهما على ذلك الشخص، ومن خلال هذا التعريف نستخلص أن التحكيم ليس مطلقا وإنما له شروط على الصعيدين الفقهي والقانوني.

أولا: شروط الحكمين في الفقه:

لقد قيد الفقهاء الحكمين ببعض الشروط التي من شأنها أن تسهل مهمتهما منها:

1- الإسلام:

ذهب الحنفية²، والمالكية³، والشافعية⁴، والحنابلة⁵، إلى أنه يشترط في الحكمين الإسلام؛

¹ - وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 67.

² - الكساني، بدائع الصنائع. (ط:2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1986م)، ص 3، الزيلعي، تبين الحقائق. (ط:2؛ القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، 1313هـ)، ص 193.

³ - ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ص 542، المواق، التاج والإكليل. (ط:2؛ بيروت: دار الفكر، 1398هـ)، ص 16.

⁴ - الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ص 261.

⁵ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 244، المرداوي، الإنصاف. تحقيق: محمد حامد الفقي، (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، ص 379.

فلا يحكم غير المسلم في المسلم لما فيه من الاستعلاء عليه¹، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 141]. والتحكيم نوع سبيل ولا شك². فعلى هذا الشرط لا يجوز أن يكون أحد الحكمين كافرا إذا كان الزوجان مسلمين، أما إذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية فلا يجوز أيضا أن يكون الحكم الذي من أهلها كتابيا³؛ لأن حكم الحكمين ينفذ على الزوجين معا، ولا يجوز أن يحكم الكافر على المسلم إذ كيف له أن يريد الإصلاح والخير للمسلمين.

2- التكليف:

ذهب الحنفية⁴، والمالكية⁵، والشافعية⁶، والحنابلة⁷ إلى أنه يشترط في الحكمين البلوغ والعقل، ولم نقف على خلاف في هذا الشرط؛ ويدل على هذا الشرط قوله عليه الصلاة والسلام: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيْقَ»⁸.

¹ - محمد سليمان النور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات، المجلد 9، ع2، 2012م، ص171.

² - عبد الله محمد ربابعة وآخران، التحكيم في الشقاق بين الزوجين وآليات تطويره في القضاء الشرعي الأردني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، الإمارات، ع39، 1430هـ/2009م، ص174.

³ - الشوكاني، فتح القدير، مرجع سابق، ص316.

⁴ - الكسائي، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص3، الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ص193.

⁵ - المواق، التاج والإكليل، مرجع سابق، ص16، الخرشبي، شرح مختصر خليل. (ط:1؛ مصر: مطبعة محمد أفندي مصطفى، 1306هـ)، ص8.

⁶ - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص372، الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ص261.

⁷ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص244، المرداوي، الإنصاف، مرجع سابق، ص379.

⁸ - أبي داود، سنن أبي داود. تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ج4 (لا.ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، د.ت)، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، الحديث رقم: 4403، ص139، الترمذي، سنن الترمذي. تحقيق: بشار عواد معروف، ج4 (ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1996م)، كتاب الحدود عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، الحديث رقم: 1423، ص32.

3- عدم السفه:

ذهب المالكية¹ إلى أنه يبطل حكم السفه، ولم يتم ذكر هذا الشرط عند المذاهب الأخرى فيما تيسر الاطلاع عليه.

4- أن يكونا من أهل الزوجين إن أمكن:

اختلف الفقهاء في اشتراط كون الحكمين من أهل الزوجين على قولين هما:

القول الأول:

يشترط أن يكون الحكمان من أهل الزوجين إن أمكن، فإن تعذر لفقدتهما ونحوه أو لعدم من يصلح جاز تحكيم غيرهما.

وهو قول جمهور المالكية²، وبعض الشافعية³، ومقتضى قول الحنفي من الحنابلة⁴، وقال ابن تيمية إنه أصح⁵. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 35]، فقضى الله - عز وجل - بأن الحكمين يكونان من أهل الزوجين، حكم من أهله وحكم من أهلها⁶.

وعملوا: بأن الأهل أعرف بأحوال الزوجين وعملهما الباطنة، والأقدر على حل النزاع، والأحرص على إزالة الخلاف بينهما وأحرى بالنظر في مصلحتهما وطلب الحظ لهما، وأبعد

¹ - المواق، التاج والإكليل، مرجع سابق، ص16، الخرشي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ص8.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ص175، ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ص542.

³ - المبرد، الروضة. تحقيق: فرج الشويخ، (لا.ط؛ لا.م: لا.ن، د.ت)، ص372.

⁴ - الخرقي، مختصر الخرقي. (لا.ط؛ لا.م: دار الصحابة للتراث، 1413هـ/1993م)، ص102.

⁵ - ابن عبد الهادي الحنبلي وآخرون، اختيارات شيخ الاسلام ابن تيمية. تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله،

ج1 (ط:1؛ جدة: مجمع الفقه الإسلامي، 1424هـ)، ص249.

⁶ - المرجع نفسه.

عن التهمة بالميل إلى أحدهما، وأقرب إلى أن يرجع الزوجان إليهما¹، ولا يخفى ما في ذلك من جرأة الزوجين على الإفصاح عما في دخيلة نفسيهما من أسرار وهموم، وقال الألويسي، تبرير كون الحكمين من أهل الزوجين: "وخص الأهل لأنهم أقعد بأحوالهما وأطلب للصالح وأعرف ببواطن الحال وتسكن إليهم النفس فيطلعون على ما في ضمير كل منهما من حب وبغض وإرادة وصحبة أو فرقة"².

القول الثاني:

لا يشترط أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، لكنه مستحب.

وهو قول بعض فقهاء المالكية³، وأكثر الشافعية⁴، والحنابلة⁵.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 35]،

فأمر الله - عز وجل - بذلك لا يدل على الوجوب بل هو للاستحباب والإرشاد؛ لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا في الوكالة⁶.

وعملوا الاستحباب : بأن القرابة أشفق بالحال وأعلم⁷.

والراجع : أن يكون الحكمان من أهل الزوجين لنص الآية الكريمة على ذلك، خاصة وأن الأهل أكثر قدرة على معرفة أسباب النزاع ويمكن أن يفضي الرجل والمرأة لأقاربهما إذا وثقا

¹ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ص175، الزركشي، شرح الزركشي. (ط:1؛ لا.م: دار البيكان، 1413هـ/1993م)، ص354.

² - الألويسي، روح المعاني. تحقيق: علي عبد الباري عطية، ج3 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ)، ص26.

³ - ابن جزى، القوانين الفقهية. (لا.ط؛ لا.م: لا.ن، د.ت)، ص185.

⁴ - الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، 392، الشريني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ص261، المبرد، الروضة، مرجع سابق، ص372.

⁵ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص244.

⁶ - المرجع نفسه، ص170-171.

⁷ - المرجع نفسه.

فيهما أكثر من غيرهما، هذا إذا علمنا أن البيوت أسرار وأن كثيرا من الناس لا يحبون أن تخرج أسرار بيوتهم إلى غرباء وهذا ما أيده الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه المفصل¹، ولكن إذا لم يتوفر أحد من أقارب الزوجين ممن تتوفر فيهما شروط الحكمين من صلاح وعدالة وإسلام وثقة الزوجين بهما، أو توفر لكن كان هنالك من غير أهلها من هو أصلح للقيام بهذه المهمة وأقدر كم خبرته، فلا يوجد ما يمنع من الاستعانة بهم، خاصة أن الهدف من كل ذلك هو إزالة الخلاف والنزاع، وهو أيضا واجب من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ويمكن أن يقوم به كل أحد والله أعلم².

5- التعدد:

وذلك بأن يكونا حكمين اثنين، فلا يجوز الاقتصار على واحد على الأصح عند الشافعية³، فقد اشترط الشافعية بأن يكونا حكمين اثنين وذلك مستمد من قوله تعالى:

﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 35]. وهذا هو الرأي الراجح استنادا للآية الكريمة والله أعلى وأعلم⁴.

ثانيا: شروط الحكمين في القانون:

1- شروط الحكمين في قانون الأسرة الجزائري:

وافق قانون الأسرة الجزائري رأي المالكية في اشتراط كون الحكمين من أهل الزوجين إلا إذا تعذر ذلك⁵، وذلك ما تناولته المادة (56) في فقرتها الثانية من قانون الأسرة الجزائري.

¹ - جمال حشاش، التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 1749.

² - المرجع نفسه.

³ - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 349.

⁴ - هبة أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي. (رسالة ماجستير، إشراف: د. مروان علي القدومي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2014م)، ص 38.

⁵ - عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري- (لا.ط؛ الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د.ت)، ص 122.

غير أن هذه المادة اقتضت على هذا الشرط وأهملت شروطا بالغة الأهمية بالنسبة للأشخاص المكلفين بالتحكيم إضافة للزوجين، وفي حال تخلف هذه الشروط فإن المادة (222) من نفس القانون تخيلنا إلى الشريعة الإسلامية لاستنباط الشروط الأخرى.

2- شروط الحكمين في مدونة الأسرة المغربية:

نصّت المادة (82) في فقرتها الثانية من المدونة على ما يلي: "للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين".

يتّضح من فحوى هذه المادة أن المشرع المغربي لم ينص صراحة على الشروط الواجب توفرها في الحكمين، وإنما اقتصر على أن يكونا من أهل الزوجين ومؤهلين للتوفيق بينهما ويقع على عاتق المحكمة بحقق مسبقا أنهما من ذوي المروءة والحكمة¹، ولسدّ الفراغ الموجود بخصوص الشروط الواجب توفرها في الحكمين، أحالتنا المادة (400) منها إلى المذهب المالكي، والذي أخذ بشرط الإسلام والحرية والذكورة².

3- شروط الحكمين في قانون الأحوال الشخصية المصري:

اتفقت قوانين الأحوال الشخصية على الشروط الواجب توفرها في الحكمين، غير أن المشرع المصري فصل أكثر في هذه النقطة مقارنة بالمشرعين الجزائري والمغربي، فاشتراط إضافة لكونهما من أهل الزوجين أن يكونا عدلين ومن أهل الخبرة والقدرة على الإصلاح، كما نصّ في بعض قوانينه على تخليف الحكمين اليمين الشرعية ليقوما بمهمتهما بكلّ أمانة وإخلاص، وأن يستفرغا جهدهما في سبيل تحقيق الصلح والتوفيق بين الزوجين³، وهذا ما جاء في المواد التالية:

¹ - المحجوب داسع، الوساطة الأسرية بالمغرب، جريدة التجديد، ع3692، 21 يوليو 2015م.

² - ينظر: المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية.

³ - زياد حسن بن عيسى، التحكيم في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في قانون الأحوال الشخصية الأردني. (رسالة ماجستير، كلية أصول الدين الجامعية، جامعة البلقاء التطبيقية، الأردن، 2006م)، ص91.

حيث نصت المادة (7) من القانون رقم 100 لسنة 1985 على ما يلي: "يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلاّ فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما".

وأضافت المادة (8) من نفس القانون ما يلي: "يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء مأموريتهم... وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك، عليها تخليف كل من الحكمين بأن يقوموا بمهمتهما بعدل وأمانة¹"، وتصدر الإشارة بأنّ المشرّع المصري نصّ قبل تعديل قانون الأحوال الشخصية بالمرسوم قانون رقم 44 لسنة 1979 على أن يكون الحكمين رجلين²، كما أحالتنا المادة (3) من القانون رقم 1 لسنة 2000 إلى ما أخذ به الحنفية³.

الفرع الثاني: وظيفة الحكمين فقها وقانونا:

لابدّ أن لكل شيء شرعه الله تعالى حكمة، والتحكيم من الأمور التي شرعها الله جل وعلا وأسندها إلى أشخاص معينين تتوفر فيهم شروط معينة⁴، ولم يكن ذلك سدى وإنما لغرض وحكمة تتجلى من خلال معرفة وظيفة الحكمين.

أولاً: وظيفة الحكمين في الفقه:

الأصل في الحكمين أن يكونا حريصين على إزالة الخلاف بين الزوجين، لذا فإن عليهما ألا يتركا طريقاً ولا سبيلاً للإصلاح إلا اتباعه، وهذا هو القصد من تحكيمهما⁵، والدليل على ذلك أن الله عزّ وجل لم يذكر في آية الشقاق إلا الإصلاح.

¹ - محمد السناري، إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ص 15-16.

² - زياد حسن بن عيسى، التحكيم في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في قانون الأحوال الشخصية الأردني، مرجع سابق، ص 93.

³ - محمد السناري، إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 116.

⁴ - هبه أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 41.

⁵ - جمال حشاش، التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 1752.

أما بالنسبة لمهمة الحكمين حال عجزهما عن الإصلاح فمحل خلاف بين الفقهاء من حيث كونهما حكمان لهما أن يفرقا بين الزوجين أم وكيلان لا يحق لهما التفريق بينهما؟ فهل تقتصر وظيفة الحكمين على الإصلاح بين الزوجين فقط؟ أم أن لهما الحق في التفريق بينهما إذا لم يجد الصلح نفعاً؟

نجد للفقهاء في هذه المسألة رأيان:

1 - الرأي الأول:

إن أول وظيفة تقع على عاتق الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين، وذلك بأن يبذلا جهدهما باتباع كافة الوسائل التي تضمن عودة المودة والرحمة بينهما، وعليهما أن يخلصا النية لوجه الله تعالى¹، وهذا مأخوذ من قوله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: 35].

وجه الدلالة:

أن الآية لم يرد فيها سوى الإصلاح بين الزوجين فدل ذلك على أن مهمة الحكمين لا تتعداه إلى غيره.

ومن الواجب على الحكمين ألا يغفلا عن نصيحة الزوجين، وتذكيرهما بأهمية فض الخلاف وضرورة استمرار الحياة الزوجية، مسترشدان بقول الله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة: 187]، وقوله جل وعلا: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: 21].

كما يتعين عليهما توعية كل واحد منهما بواجباته تجاه شريكه؛ حتى يراجع نفسه إن كان التقصير من طرفه باعتبار أن الحياة الزوجية تقوم في معظمها على التعاون والتسامح والمحبة والرعاية وحسن المعاشرة والتجاوز عن الأخطاء، وهذا ما أشار إليه القرطبي بقوله: "فإن

¹ - وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مرجع سابق، ص 74.

وجداهما قد اختلفا ولم يصطلحا وتفاقم أمرهما سعيًا في الألفة جهدهما وذكرًا بالله وبالصحبة، فإن أنابا ورجعا تركاهما¹.

ولكن لو قُدِّرَ للزوجين ألاَّ يصطلحا فإن ذلك لا يعدّ عيبًا في الحكمين إن قاما بما عليهما من العمل والجهد، وعليهما رفع الأمر إلى القاضي دون التفريق بينهما إلا بإذنهما، لأن الزوجين رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف في حقوقهما إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما²، وهذا القول الراجح عند الحنفية والشافعية والحنابلة³.

2 - الرأي الثاني:⁴

قد تكون محاولة الحكمين للإصلاح بين الزوجين غير مجدية، فيستمر الخلاف على حاله مما يؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية، ففي هذه الحالة يلجأ الحكمان للتفريق بين الزوجين دون إذن من القاضي أو توكيل منهما وهذا رأي عند فقهاء الشافعية والمالكية⁵ والحنابلة⁶.

ودليلهم:

ما روى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلماني أن رجلا وامرأة أتيا عليًا مع كل واحد منهما

¹ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ص 176.

² - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 320، البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ص 211، الشريني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ص 261، الشافعي، الأم، مرجع سابق، ص 208، الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ص 392.

³ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 171.

⁴ - لخبث سهام، لقبال تسعديت، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص 76.

⁵ - الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بالشرائع السماوية وبقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية - (ط: 2؛ لا.م: دار الفكر، 1968م)، ص 764.

⁶ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 172.

فنام¹ من الناس فقال علي - رضي الله عنه -: "ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها"، فبعثوا حكيمين ثم قال علي للحكيمين: "هل تدریان ما عليكما من الحق؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعما جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا ففرقتما". فقالت المرأة: "رضيت بكتاب الله علي ولي". فقال الرجل: "أما الفرقة فلا". فقال علي: "كذبت حتى ترضى بما رضيت به"². وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك³.

قالوا إن القاضي عندما يرسل الحكيمين فإنهما يستمدان سلطتهما منه، وذلك لكونه يملك التفريق، فإذا فرقا كان ذلك نيابة عنه وعليه لهما أن يجمعا أو يفرقا⁴.

وقال بعض أهل العلم: هما وكيلان لا حاكمان، والله تعالى قد نصبهما حكيمين وجعل تنصيبهما إلى غير الزوجين، ولو كانا وكيلين لقال: فليبعث وكيلاً من أهله ولتبعث وكيلاً من أهلها. وأيضاً فلو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل، وأيضاً فإنه جعل الحكم إليهما فقال عز من قائل: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: 35]. والوكيلان لا إرادة لهما، إنما يتصرفان بإرادة موكليهما⁵.

وكذلك فإن الوكيل لا يسمى حكماً في لغة القرآن ولا في لسان الشارع، ولا في العرف العام ولا الخاص... فإن الحكم أبلغ من حاكم، لأنه صفة مشبهة باسم الفاعل دالة على

¹ - الفئام: الجماعة من الناس. ينظر: أبو علي الحسن القيسي، إيضاح شواهد الإيضاح. تحقيق: د. محمد بن حمود الدعجاني، (ط: 1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ/1987م)، ص 557.

² - الدارقطني، سنن الدارقطني. تحقيق: السيد عبد الله هاشم المدني، ج 3 (لا. ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1386هـ/1966م)، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم: 188، ص 295. وقال عنه ابن حجر في تلخيص الحبير. تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ج 3 (ط: 1؛ مصر: مؤسسة قرطبة، 1416هـ/1995م)، ص 204: "إسناده صحيح".

³ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 244.

⁴ - محمد حسين الشيعاني، بحث الحكيمين ودورهما في الإصلاح بين الزوجين، بحث محكم منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية بجامعة الأمير سونكلا، فطاني، تايلند، ع 211/2، 2014/08/10م، ص 15.

⁵ - المرجع نفسه.

الثبوت، ولا خلاف بين أهل العربية في ذلك، فإذا كان اسم الحاكم لا يصدق على الوكيل المحض، فكيف بما هو أبلغ من ذلك !

وقد خاطب سبحانه وتعالى بذلك غير الزوجين، وكيف يصح أن يوكل عن الرجل والمرأة غيرهما، وهذا يحوج إلى تقدير الآية هكذا: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾ [النساء: 35]، فمروهما أن يوكلوا وكيلين: وكيلًا من أهله، ووكيلًا من أهلها، ومعلوم بعد لفظ الآية ومعناها عن هذا التقدير، وأنها لا تدل عليه بوجه، بل هي دالة على خلافه¹.

3 - الرأي المختار:

من خلال ما سبق يمكن القول برجاحة الرأي الثاني الذي يخول للحكمين صلاحية التفريق بين الزوجين؛ بهدف إنهاء الشقاق الذي قد تتعدى آثاره للغير² إن تعذر الصلح، دون الحاجة لرضا الزوجين أو توكيلهما مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كَلَا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ [النساء: 130]، فلو قلنا بأنهما وكيلان عن الزوجين ولا يحق لهما التفريق بينهما لانتفت الفائدة من توليتهم التحكيم³.

4- نوع الفرقة الواقعة بامضاء الحكمين:

تبين مما تقدم أن الحكمين يسعيان للإصلاح بين الزوجين، فإن عجزا عن هذا الإصلاح حكما بالتفريق بين الزوجين لما يروونه الأصلح لهما، فإذا كان كذلك فما هو نوع هذه الفرقة التي يوقعها الحكمان: هل هي فرقة بائنة أم رجعية؟ وهل هي واحدة أم أكثر؟

اختلف العلماء في هذه المسألة إلى قولين:

¹ - ابن القيم، زاد المعاد. (ط: 5؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1984م)، ص 190 وما بعدها.

² - آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 234.

³ - هبه أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 49.

القول الأول:

ذهب المالكية¹ إلى أن التفريق للشقاق بين الزوجين طلاق بائن وذلك لأن كل طلاق ينفذه القاضي فهو بائن عندهم.

ويعللون تلك البينونة الحاصلة بينهما لوجهين، أحدهما كلي والآخر معنوي:

أما الكلي: فكل طلاق ينفذه القاضي فإنه بائن.

أما المعنوي: فإن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان في الوهلة الأولى، فلم يكن ذلك يفيد شيئاً فامتنعت الرجعة لأجله².

القول الثاني:

ذهب الشافعية³ والحنابلة⁴ إلى أنهما إن فرقا بخلع فطلاق بائن، وإن فرقا بطلاق فهو طلاق رجعي. وهذا مبناه على كون فرقة الخلع على المذهبين تقع بائنة.

- هل تحتسب واحدة أو أكثر؟

عند الشافعية⁵، والظاهر من رأي المالكية⁶ أنها واحدة، ولا يلزم الزوجان أكثر من ذلك، حيث أن طلاق الواحدة هو طلاق السنة، كما أن الحكمان إنما دخلا لمصلحة الزوجين وليست الزيادة على الواحدة من مصلحتهما وهذا هو الرأي الراجح.

¹ - الدردير، الشرح الكبير. ج2(ط:2؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت)، ص344.

² - ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ص425.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير. (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، 1994م)، ص111.

⁴ - ابن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. ج2(ط:2؛ الرياض: مكتبة المعارف، 1984م)، ص45.

⁵ - الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ص261.

⁶ - مالك ابن أنس، المدونة الكبرى. ج6(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م)، ص261.

ثانيا: وظيفة الحكمين في القانون:

1- وظيفة الحكمين في قانون الأسرة الجزائري:

لم ينص المشرع الجزائري على وظيفة الحكمين، ولكنه نص على ضرورة تعيين حكمين عند اشتداد الخصام بين الزوجين في مادة وحيدة وهي المادة (56) من قانون الأسرة الجزائري، وأوكل للقاضي سلطة تحديد مهمتهما والمتمثلة في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين وملايساته، إضافة لتحديد مسؤولية كل واحد منهما في إزالة الخلاف والتوفيق بين الزوجين بشتى الوسائل والطرق الممكنة شرعا من استماع للزوجين وتوضيحات الجيران والأقارب¹، سواء توصل الحكمان لإيجاد عامل مشترك لحل النزاع أم لم يتوصلا، فإنه يتعين عليهما تقديم تقرير للقاضي في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما، غير أن الأمر المناط بالحكمين في هذه المهمة يكمن أساسا في الإصلاح بين الزوجين².

2- وظيفة الحكمين في مدونة الأسرة المغربية:

إن الهدف الأساسي للتحكيم هو إصلاح العلاقة بين الزوجين التي يكون سببها الشقاق وإرجاعها إلى حالة الوفاق والوئام، ولإنجاز هذه المهمة يتعين على الحكمين تقصي أسباب ف بين الزوجين وبذل جهدهما لإنهاء النزاع، وهذا ما جاء في نص المادة(95) من المدونة³، والتي يفهم منها أن المشرع المغربي أخذ بمهمة الإصلاح بين الزوجين دون التفريق⁴.

3- وظيفة الحكمين في قانون الأحوال الشخصية المصري:

الأصل في بعث الحكمين هو الحرص على إزالة الخلاف بين الزوجين بعد أن يعرف كل منهما سبب النزاع من صاحبه وما يتطلب منه⁵، أما إذا عجزا عن ذلك حكما بالتفريق، وهذا

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص348.

² - لخبث سهام، لقبال تسعديت، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص77.

³ - ينظر: المادة 95 من مدونة الأسرة المغربية.

⁴ - لخبث سهام، لقبال تسعديت، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص78.

⁵ - المرجع نفسه، ص77.

وهذا ما ورد في نص المادة (10) من القانون 25 لسنة 1929، حيث يقترح الحكمان التطلق بطلقة بئنة:

- إذا كانت الإساءة من الزوج دون المساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة عليه.
- أما إذا كانت الإساءة من الزوجة اقترحا التطلق مقابل بدل مناسب تلتزم به هذه الأخيرة.
- أما إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطلق مقابل بدل يتناسب مع نسبة الضرر من عدمه، غير أنه إذا لم يعرف الطرف المسيء منهما اقترحا التطلق دون اشتراط البديل¹.

¹ - رمضان علي الشرنباصي، جبر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج - قضايا شؤون الأسرة والفرقة وحقوق الأولاد- (لا.ط؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2007م)، ص541-542.

المبحث الثالث: إجراءات التحكيم وتقييمها وطرق انقضائه

المطلب الأول: إجراءات التحكيم

المطلب الثاني: فوائد تفعيل التحكيم ومساوئ تجميده

المطلب الثالث: مدى العمل بنظام التحكيم

المطلب الرابع: إنقضاء التحكيم

المبحث الثالث: إجراءات التحكيم وتقييمها وطرق انقضائه

الحديث في هذا المبحث الأخير يدور حول الإجراءات المتبعة في نظام التحكيم والإيجابيات التي تتحقق بتنفيذه وأهم الانتقادات التي تنعكس على تجميده إضافة إلى طرق انقضائه وذلك في أربعة مطالب.

المطلب الأول: إجراءات التحكيم:

يعتبر نظام التحكيم وسيلة احتياطية يلجأ إليها القاضي لمحاولة الإصلاح بين الزوجين عندما يشتد الخصام بينهما ودون ثبوت الضرر، لذا سنوضح من خلال هذا المطلب أهم إجراءات القانونية الواجب اتباعها للقيام بهذا الإجراء في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية سالفه الذكر على النحو الآتي:

الفرع الأول: إجراءات التحكيم في قانون الأسرة الجزائري:

يمكن القول أن المشرع الجزائري أشار إلى إجراءات التحكيم في المادة (56) بصفة موجزة حيث نص على وجوب تعيين الحكّمين إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين، ولكن أشار إليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد التالية:

المادة (446): "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

المادة (447): "يطلع الحكّمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة"¹.

يقرر هذا النص بأنه على الحكّمين الرجوع إلى القاضي في كل ما يعترض سبيلهما من

¹ - ينظر: المادة 447 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

عراقيل يمكن أن تؤثر في أداء المهمة المكلفين بها"¹.

المادة (448): "إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه بموجب أمر غير قابل لأي طعن"².

المادة (449): " ر للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

إن نص المادة (449) المذكور أعلاه بخول للقاضي سلطة إنهاء مهمة الحكمين متى تبين له أن تنفيذ مهمة الإصلاح أصبحت غير مجدية لأي سبب كان، ونظرا لذلك أمكنه إعادة القضية للجلسة ومباشرة إجراءات الخصومة بطريقة عادية³.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم في مدونة الأسرة المغربية:

تناول المشرع المغربي بدوره إجراءات التحكيم في المدونة من خلال المواد الآتية:

نصت المادة (95) على ما يلي: "حيث يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ويبدلا جهدهما لإنهاء النزاع، وإذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة".

إضافة لذلك نصت المادة (96) على ما يلي: "إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة".

¹ - لخبثات سهام، لقبال تسعديت، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص 87.

² - ينظر: المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

³ - سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (لا:ط؛ الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2011م)، ص 619.

الفرع الثالث: إجراءات التحكيم في قانون الأحوال الشخصية المصري:¹

لم يكتف المشرع المصري بإفراد مادة قانونية واحدة خاصة بإجراءات التحكيم كما قام المشرع الجزائري، وإنما خصّه بعدة مواد قبل التفريق وهي المواد (6، 7، 8، 9، 10، 11)، من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، حيث يستفاد من فحوى المادة (6) إجراء بعث الحكمين إذا رفض القاضي طلب التفريق للضرر الذي تدعيه الزوجة، ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر.

كما قدّم بديلاً للحكمين إذا لم يكونا من أهل الزوجين حلّ محلّهما شخصان آخران من ذوي الخبرة والقدرة على الإصلاح وذلك في نص المادة (7).

نصت المادة (8) على ما يلي:

1. يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تتجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك، وعليها تحليف كلا من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.
2. يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

المادة (9): "لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره.

وعلى الحكمين أن يعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة".

المادة (10): "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1. فإذا كانت الإساءة كلها من الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون المساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق.

¹ لخبثات سهام، لقبال تسعديت، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص 88-89.

2. وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطلق نظير بدل مناسب يقدر أنه تلزم به الزوجة.
3. وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطلق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل".

المادة (11): "على الحكّمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بني عليها فإن لم يتفقا بعثت ثالثا له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلّفته اليمين المبينة في المادة (8) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لهما استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن اقتضى ذلك¹.

المطلب الثاني: فوائد تفعيل التحكيم ومساوئ تجميده:

إن التحكيم بلا ريب يساهم في تحقيق العدالة بين طرفي النزاع إذ أن كل واحد من المتنازعين يحق له تعيين من يمثله حضوريا في إجراءات التحكيم وعرض النزاعات وغيرها، فالتحكيم بين الزوجين يعود بعظيم النفع على كل من المحتكمين وذويهم، فالفائدة منه لا تقتصر على الزوجين فقط بل تتعداه إلى عائلاتهم ويمكن إيرادها في الفرع التالي:

الفرع الأول: فوائد تفعيل التحكيم:

- 1- لو اكتفينا بذكر فوائد التحكيم على أنه تطبيق لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: 35] لَوَسِعْنَا ذَلِكَ.

¹ - محمد السناري، إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها.

2- العمل على عدم تفاقم النزاعات الأسرية والسعي لحلها قبل اللجوء إلى القضاء وذلك عن طريق التحكيم.

3- إن حسم الشقاق بين الزوجين بالتحكيم أدعى إلى الإنصاف وتحقيق العدالة وتخفيف العبء عن القضاء.

4- نشر السلم الاجتماعي: فالتحكيم يسهم بحق في تحقيق السلم الاجتماعي وإشاعة لأمن بين أفراد المجتمع لعلاقته بالبعد الاجتماعي ذلك أنه يستأصل النزاع ويؤلف بين القلوب المتنافرة ويضع حدا لما تتركه الخصومات من ضغائن في الصدور وشقاق بين أفراد الأسرة الواحدة¹.

5- في التحكيم محافظة على أسرار الخصوم، وخاصة الأمور الحساسة.

إن المجتمع السليم يقوى بقوة الأخلاق الأسرية، ويتلاشى بضعفها، فكم الأسرار وصون الأعراض وحفظ الأمانة، تقع كلها تحت عاتق المسؤولية الزوجية، وكلا الزوجين على ثغرة حساسة جدا من بناء تلك الأسرة، فقيام أحدهما بكشف ما تعرّف عليه من خصوصيات الطرف الآخر أمام من لا يلزمه معرفة تلك الأمور؛ يؤدي لحدوث عواقب وخيمة تلقي بظلالها على المجتمع ككل، بالإضافة إلى تعميق الهوة بين المتخاصمين، وإثارة نعة الكراهية بينهما وبين أسرتهما².

6 - في اللجوء للتحكيم تيسير على الناس، بحيث يوفر عليهم عناء الذهاب والإياب إلى المحاكم، كما يساهم في نشر الود والمحبة بين الناس، ويحقق مقاصد الشريعة في تنظيم شؤون المجتمع والحفاظ على تماسك الأسر³.

7 - أنه يجنب الخصوم الكثير من النفقات المتمثلة في رسوم التقاضي، وأتعاب المحامين، وما شابه ذلك⁴. فمن المعلوم أن هناك نفقات ورسوم كثيرة تدفع من قبل المتخاصمين

¹ - وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مرجع سابق، ص 130.

² - هبة أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 32.

³ - المرجع نفسه، ص 33.

⁴ - المرجع نفسه.

لصالح المحكمة والمحامين، وهذه الرسوم قد تكون باهظة مما يزيد الحمل على المتخاصمين، فوجود محكمين بين الزوجين يختصر عليهم دفع هذه التكاليف الأمر الذي يثقل كاهلهم خصوصاً إذا كان الوضع المادي للطرفين المتخاصمين في حال يرثى له، بخلاف التحكيم الذي لا يستوجب دفع أية رسوم أو نفقات حتى وإن كان هناك رسوم تكون أقل بكثير من الرسوم التي يتم دفعها للمحامين والمحكم؛ لأن القائم بالتحكيم في الغالب يكون من أقارب الزوجين المتخاصمين، الذي يكون همهم الأول هو حل النزاع بين الزوجين، وإعادة حياتهم إلى مجراها الطبيعي، والحفاظ على بيتهم وإعادة السكنة إليه، وبذلك يكون الزوجان قد وفرا كل المصاريف والتبعات التي تتطلبها المحاكم والمحامون¹.

8- إن اللجوء للتحكيم يوفر على المتخاصمين إجراءات طويلة ومعقدة، فهو يختصر الوقت الذي يستغرقه بقاء التقاضي، والتنقل بين درجاته، وإجراءات تنفيذ الأحكام².

ماكم تستغرق وقتاً طويلاً في إجراءات التقاضي، حيث أنها تكون مثقلة بالقضايا العالقة، ومنها قضايا الخلافات الأسرية، مما يؤدي إلى ضياع الوقت وتفاقم المشاكل.

الفرع الثاني: مساوئ تجميد نظام التحكيم:

لا ينبغي لأحد أن يوجه انتقادات لنظام التحكيم من حيث كونه نظام شرعه الله لتحقيق المودة وإزالة الشقاق بين الأسرة الواحدة، لأن أساسه ينبع من قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: 35]، وقد يطرأ الانتقاد على نظام تطبيقه بما يتماشى مع الواقع فإن الإجراءات التي تضبطه اليوم قد تحتاج إلى تغيير، ومن أهم الانتقادات التي يمكن توجيهها لنظام التحكيم: كثرة المصاريف من أجرة رفع الدعوى وأجرة المحكمين، ولكن تبقى هذه النفقات يسيرة مقارنة بأجور المحاماة والخبرة والرسوم القضائية وغيرها...

¹ - هبة أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 31.

² - محمود علي السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية. (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، 2007م)، ص 27.

ومن وجهة نظر أخرى قد يؤدي تجميد تطبيق نظام التحكيم الى زيادة المضاعفات الخطيرة على عدة أصعدة يمكن حصرها كما يلي:

في نمط الحياة:

إن النزاع يترك آثاره في نمط الحياة داخل المنزل ويحول الزوجان إلى شخصين غريبين يعيشان تحت سقف واحد كما يشعر الأولاد بالقلق والخوف من نشوب معركة بين الوالدين لا تحمد عقباها، وهكذا يسود صمت ثقيل في جنبات المنزل ينزوي فيه الأولاد خائفين في جو يشوبه الاضطراب والقلق والحذر¹.

من الناحية النفسية :

من الطبيعي أن يترك النزاع بين الزوجين آثار خطيرة من الناحية النفسية، وقد يبدو النزاع من الوهلة الأولى نوعاً من التنفيس عن بعض العقد النفسية إلا أنه في الواقع يغطي عليها ويزيدها تفاقمًا مما يضاعف من خطرها في المستقبل.

من ناحية العلاقة بين الزوجين:

يسود نوع من البرودة على العلاقة الزوجية إثر نشوب الخلاف بينهما وينظر كل منهما إلى الآخر على أنه السبب في شقائه وتعاسته، فتختفي مشاعر الثقة بينهما ويحل مكانها شعور بالعداء حيث يحاول كل من الطرفين تحقير الآخر وإذلاله، كما يذهب الشعور بالاستقرار والطمأنينة ويحل محله القلق والتحفيز للنزاع والمواجهة، ومحاوله كل من الطرفين إلحاق الأذى بالآخر².

يبدو أن هذه المضار المذكورة احتمالات لا تكاد تذكر بجانب الفوائد الجلية التي يقدمها نظام التحكيم³.

¹ - وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مرجع سابق، ص 130.

² - المرجع نفسه، ص 132.

³ - ابن السماني ، روضة القضاة وطريق النجاة. تحقيق: صلاح الدين الناهي، (ط:2؛ بيروت: دار الفرقان، 1404هـ/1984)، ص 78.

أما كون التحكيم من الأنظمة التي يشتغل القضاء كثيرا بسببها فلا يعني أنه ضار لأن الأصل في رد المنازعات هو أن يكون القضاء باعتباره السلطة التي تتولاها الدولة، فتقيم بها العدالة، رضي الفرد بذلك أم لا. وإباحة المشرع تحكيم غير القاضي يعني إقرار القضاء حكم المحكم إن وافق الحق وإلا أبطله القاضي، فإذا أبطل حكم المحكم عادت للقضاء سلطته، لأن إقامة العدالة بين الناس الواجب الأساسي الذي تضطلع به الدولة، ولذلك فإن إقامة الحكم العدل بين المتخاصمين خفف على القضاء مؤنة النظر في تلك المنازعات¹.

ثم إن التحكيم في فض الشقاق يمثل وسطا بين صلاية القضاء ومرونة الوساطة وغيرها من طرق التسوية الإلزامية، لما يتميز به التحكيم من روح الاعتدال والوسطية، ومن نظرة مدركة إلى مصالح الطرفين، وهذه الميزة تمكنه من القيام بدور جليل في التسوية.

المطلب الثالث: مدى العمل بنظام التحكيم:

بعد أن تطرقنا فيما سبق إلى التحكيم في فض الشقاق بين الزوجين ودوره في إعادة الاستقرار الأسري، وبين إجراءات العمل بهذا النظام سنتعرض في هذا المطلب إلى واقع العمل بهذا النظام في الوسط القضائي الجزائري لحل الخلافات الزوجية وأسباب غياب العمل به.

الفرع الأول: واقع العمل بنظام التحكيم:

نلاحظ غياب شبه تام لإجراء التحكيم في الواقع العملي رغم مشروعيته، والدليل على ذلك أن المشرع الجزائري أفرد له مادة واحدة وهي المادة (56) من قانون الأسرة الجزائري، وكذلك جملة من المواد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولكن رغم تعداد هاته الأخيرة إلا أنها لم توضح بشكل كاف هذا الإجراء، كما نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كيفية تعيين الحكّمين هل يتم كتابة أو مشافهة، وما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد استنفاد محاولات الصلح أو أثناء إجراء هذه الأخيرة وهو ما تمت الإشارة إليه بشكل مختصر ضمن المادة 446² من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أنه لم يبين أيضا ما

¹ - قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص26.

² - لخبث سهايم، لقبال تسعديت، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص92.

يجب على القاضي القيام به في حالة رفض الزوجين أو أحدهما إجراءات التحكيم، أو في حالة عدم عثور القاضي على من يكون حكما من أهالي الزوجين¹.

يلاحظ مما سبق ذكره أن هناك إهمالا كبيرا للإجراءات المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين ويتضح ذلك من خلال أفراد المشرع مادة واحدة بشأن هذا الإجراء والتي توجب على القاضي تعيين حكمين دون أن يكون هناك آلية واحدة لتفعيل العمل به كالنص مثلا على الإجراءات المتبعة بنوع من التفصيل وكذا جعله يكتسي طابعا وجوبيا كالصلح.

الفرع الثاني: أسباب غياب العمل بنظام التحكيم²:

إن حرص المشرع الجزائري على إنهاء الشقاق بين الزوجين كمحاولة لإرجاع الأمور إلى طبيعتها بواسطة إجراء عدة محاولات للصلح يدل على شعوره بالمسؤولية ورغبته في الحد من ظاهرة الطلاق المستفحلة في أوساط الأسر الجزائرية، والتي تشهد ارتفاعا يوما بعد يوم في ظل غياب العمل بنظام التحكيم والذي يعد في غاية الأهمية، فما مردّ غياب العمل بهذا الإجراء خاصة في جانبه الأسري؟

يمكن إرجاع ذلك إلى الأسباب التالية:

- الاكتفاء بمحاولات الصلح وإهمال القيام بإجراءات التحكيم.
- افتقار المحاكم لقضاة متمرسين في مجال التحكيم والإصلاح بين الزوجين.
- رغبة الزوجين أو أحدهما في فك الرابطة الزوجية وهو ما يسمى بنفور الزوجين³.

المطلب الرابع: إنقضاء التحكيم:

أجمع الفقهاء على أن ولاية المحكم تنتهي بأحد الأسباب الآتية⁴:

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 347.

² - لخبث سهايم، لقبال تسعديت، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص 93.

³ - سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 619.

⁴ - الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 111 وما بعدها.

1 - عزل الطرفين أو أحدهما قبل أن يقول: حكمت بكذا¹، أو عزل الحكم نفسه من التحكيم².

2 - انتهاء المهمة.

3 - زوال أهلية المحكم.

هذا وسنتناول هذه النقاط بشيء من التفصيل.

الفرع الأول: العزل (فسخ التحكيم):

تنتهي ولاية المحكم إما بعزل نفسه أو بعزل المحكمين أو أحدهما له قبل الحكم وبعده، ومن ثم لا يستطيع أن يعدل حكمه أو أن يلغيه بعد ذلك ولو تبين له خطأه إلا إذا حكمه الخصمان ثانية³.

وإذا عزل المحكم زالت ولايته وأصبح كأحد الناس، شأنه شأن القاضي المولى بعد العزل، ولكن لنا في ذلك أن نذكر بشيء من التفصيل أنه في عزل المحكم يشترط لصحة توليه الحكم عدم عزله سواء من قبل أحد الخصوم أو بعزل نفسه.

إذ لا خلاف بين الفقهاء في أن للمحكمين الاتفاق على عزل المحكم قبل أن يصدر حكمه، حتى ولو بعد الترافع أمامه وإقامة البينة، وإذا تراضى الخصوم على عزل المحكم وقضى بعد العزل لا يعتد بقضائه كالقاضي المولى إذا قضى بعد العزل.

وكما أن للخصوم الاتفاق على عزل المحكم قبل الحكم فإن لهذا الأخير عزل نفسه قبل إصداره الحكم، وفي أي وقت شاء شريطة علم المحكمين بعزله كالوكيل إذا عزل نفسه لا ينزل حتى يعلم الموكل بالعزل، ولا يقال إنه لا يملك أن يعزل نفسه لتعلق حق الخصوم بقضائه، إذ أن باب القضاء مفتوح أمامهم، ولهم رفع خصومتهم أمامه.

¹ - الشوكاني، فتح القدير، مرجع سابق، ص 502، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 28.

² - قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 279.

³ - الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 112.

والخلاف بين الفقهاء إذا كان الحكم على صلاحيته على ما كان عليه وقت التحكيم، ولم يصدر فيه ما يقتضي عزله، أو يتصف بما يتنافى مع أهليته، هل لأحد الخصوم بإرادته المنفردة عزله بعد الاتفاق على تحكيمه؟ خلاف بين الفقهاء !!

• الرأي الأول:

يرى جمهور المالكية أن لأي من الخصوم عزل المحكم بالرجوع عن التحكيم قبل الترافع إليه، وإذا ما عزل امتنع عليه الحكم، وإذا حكم بعد العزل لا ينفذ حكمه، أما بعد الترافع إليه والمخاصمة أمامه، فلا عبرة برجوع من رجع، وللمحكم أن ينظر الدعوى ويلزم الخصوم التماضي فيها حتى صدور الحكم، وفي ذلك قال ابن القاسم في المجموعة: "إذا حكمه وأقاما البيّنة عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم قال: أرى أن يحكم بينهما ويجوز حكمه"¹.

ويقول مطرف: "له النزوع قبل نظر الحاكم بينهما في شيء أما بعد أن ينشأ في الخصومة عنده ونظره في شيء من أمرهما، فلا نزوع لواحد منهما ويلزمهما التماضي في الدعوى أمامه"².

ويقول القرافي: "عقود الولايات - المقصود بالعقد يحصل بعد العقد، وهذا القسم لا تستلزم مصلحته مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم وهو خمسة عقود [الجعالة، والقراض، والمفارسة، والوكالة، وتحكيم الحاكم] ما لم يشرعوا في الحكومة"³.

وقال أصحاب هذا الرأي إن المحكم حاكم خاص يباشر عمله بإذن من يحكم له أو عليه، شأن الوكيل لا يباشر عمله إلا بإذن موكله، فكما أن الوكالة لا يلزم الموكل إلا بشروع الوكيل بالعمل الموكل به فكذا التحكيم لا يلزم المحتكمين إلا بمباشرة الدعوى أمام الحكم والترافع إليه.

¹ - قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 280.

² - المرجع نفسه، ص 281.

³ - القرافي، الفروق. تحقيق: خليل المنصور، (لا:ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1998م)، ص 13.

وكالخصوم إذا ترفعوا عند القاضي فكما أنه ليس لأحد منهم أن يوكل وكيلاً أو يعزله ليس للمحكم الرجوع عن التحكيم بعد الترفع أمام الحكم¹.

• الرأي الثاني:

يرى أن الخصم ينقطع حقه في عزل المحكم بالرجوع عن التحكيم بشروع المحكم في الحكم وقبل تمامه، فإذا ترفع الخصوم أمام المحكم ثم قال أحدهما للمحكم وقبل أن يشرع في إصدار الحكم "عزلتكم" امتنع عليه نظر الخصومة، وإذا قضى بعد ذلك لا ينفذ قضاؤه، أما بعد شروعه في الحكم ولو قبل تمامه فلا أثر لرجوع من رجع منهما، وللحكم أن يصدر منه بعض النظر عن إباء من أبي منهما ويلزمهم حكمه، وبهذا قال الحنابلة² وحكاها الماوردي عن أبي سعيد³.

واستدل أصحاب هذا الرأي بأن الرضا هو المثبت لولاية الحكم، فإذا تخلف الرضا برجوع أحدهم عن التحكيم قبل شروع المحكم في الحكم زالت ولايته، كالموكل إذا رجع عن الوكالة قبل مباشرة الوكيل التصرف الموكل به، أما بعد شروعه في الحكم فلا أثر للرجوع شأن الموكل إذا رجع بعد شروع الوكيل في العمل الموكل به.

وإذا أتيح للخصوم الرجوع عن التحكيم بعد شروع المحكم في الحكم وقبل تمامه فإن ذلك سيؤدي إلى أنه لا يلزم بالتحكيم حكم، لأن الحكم متوجه لأحدهما لا محالة، فإذا ما شعر الخصم أن الحكم متوجه عليه رجع، وبذلك يصبح التحكيم وسيلة لإضاعة الوقت والمماطلة بالحقوق، وتنقلب مزاياه إلى أضرار، ويبطل المقصود منه.

• الرأي الثالث:

ويرى أن للخصم حق عزل المحكم ما لم يصدر الحكم، فإذا صدر لم يرد ولا عبرة برجوع من رجع، وإذا عزله قبل الحكم امتنع عليه الحكم لعدم الولاية، لأن الرضا هو المثبت للولاية،

¹ - ابن الجارود، المنتقى من السنن المسندة. تحقيق: عبد الله عمر البارودي، ج1 (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الكتاب الثقافية، 1408هـ/1988م)، ص227.

² - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ص309، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص108.

³ - الماوردي، أدب القاضي. ج2 (لا.ط؛ بغداد: مطبعة العاني، 1972م)، ص383.

فإذا زال الرضا زالت الولاية كالقاضي إذا قضى بعد العزل، وبهذا قال الحنفية¹ وهو مذهب الشافعية² وبعض المالكية³، روي عن سحنون قوله: "لكل واحد منهما-أي الخصمين- أن يرجع في ذلك ما لم يمكن الحكم فيه، فإذا أمضاه بينهما فليس لأحدهما أن يرجع فيه".

واستدلوا بأن التحكيم من العقود الجائزة غير اللازمة، بمعنى أنه لأي من طرفيه فسخه بإرادته المنفردة كما في عقد الشركة والمضاربة⁴. وأن التحكيم ولاية كولاية القضاء، وإن كان أدنى مرتبة منه، فكما أن للوالي عزل الموالي، فإن للخصوم عزل المحكم إذ أن إرادة الخصوم هي التي منحت الحكم سلطة نظر النزاع، فإن لها سلب هذه الولاية وتلك السلطة قبل الحكم، أما بعد الحكم فلا وجود أصلاً لتلك السلطة حتى تحتاج إلى سلب، شأنه شأن القاضي الموالي إذا عزل فلا أثر للعزل على ما صدر منه من أحكام قبل العزل⁵.

ومن ناحية أخرى أن التحكيم ليس بأدنى مرتبة من الصلح، فكما أن المصالح لا يملك الرجوع عن الصلح بعد تمامه، فليس لأحد الخصوم المحتكمين الرجوع عن التحكيم بعد تمامه بصدور الحكم⁶.

• الرأي الرابع:

ويرى أنه ليس لأحد الخصوم عزل المحكم بعد الاتفاق على التحكيم وحتى صدور الحكم، وبه قال بعض المالكية، يقول ابن الماجيشون: "ليس لأحدهما-أي لأحد الخصوم- أن يبدو له (أي الرجوع)، كان ذلك قبل أن يفتحه صاحبه أو بعدما ناشبه الخصومة،

¹ - الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ص 194، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص 26.

² - الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ص 379، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 121، الماوردي، أدب القاضي، مرجع سابق، ص 379.

³ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ص 44.

⁴ - الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ص 193.

⁵ - الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 109.

⁶ - الخصاف، أدب القاضي، مرجع سابق، ص 587.

وحكمه لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره، نظر لصاحبه كما ينظر السلطان في حق الغائب"¹.

واستدلوا بأن إرادة كلا الخصمين هي المنشئة لولاية الحكم فلا تستبد إحداها بعزله بل لابد من اتفاق إرادتهما على عزله.

ويرى ابن الماجيشون أن التحكيم من باب الولاية لا الوكالة، والولاية تختص بالحكم على الخصمين بخلاف ما يرضيانه، على خلاف الوكالة إذ لا تكون بحضرة الموكل إلا بما يرضاه²، ثم إن الخصم أوجب لخصمه حقاً بالتحكيم وهو فصل النزاع عن طريق التحكيم ولراحة من نظر القضاة فليس له أن يرجع عن ذلك إلا برضاه³.

وإن إعطاء الخصم إنهاء التحكيم بإرادته المنفردة فيه مخالفة للقاعدة الشرعية التي تقضي بعدم تمكين الشخص نقض ما تمّ من جهته⁴. والله عز وجل أمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 01].

وبهذا أخذ علي رضي الله عنه عندما أبرم عقد التحكيم مع معاوية ومن معه فرداً قائلاً: كيف بعد أن أعطينا العهود والمواثيق⁵.

الترجيح:

يتبين من خلال ما سبق رجاحة الرأي الذي يخوّل للطرفين عزل الحكم قبل صدور الحكم، أما بعد صدوره فلا يعتد بالتراجع حينئذ، فالحكم يعتبر نافذا بالنسبة للخصمين ولا عبرة من التراجع والعزل⁶.

¹ - الباجي، المنتقى. ج5(ط:1؛ بجوار محافظة مصر: مطبعة السعادة، 1332هـ)، ص227.

² - المرجع نفسه.

³ - الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص110.

⁴ - قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص284.

⁵ - الطبري، تاريخ الطبري. ج9(ط:2؛ بيروت: دار التراث، 1387هـ)، ص72.

⁶ - هبه أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص68.

الفرع الثاني: إنتهاء مهمة المحكم:

تنتهي مهمة ولاية المحكم بانتهاء مهمته الموكلة إليه، وذلك بصدور الحكم أو بمرور الوقت إذا كان التحكيم مؤقتاً دون صدوره.

فالغاية من التحكيم هي صدور الحكم فاصلاً في موضوع النزاع على الوجه المشروع، فإذا أصدر الحكم قراره انتهت مهمته، ويصبح كآحاد الناس ولا يصح إخباره بالحكم بعد صدوره، لأن ذلك يعتبر شهادة منه على فعل نفسه.

ولا أثر لغياب المحكم عن مجلسه قبل صدور الحكم، إلا إذا قيده الخصوم بالحكم في مجلسه، فإذا سافر أو حبس أو أغمي عليه ثم عاد من سفره أو أطلق سراحه أو برئت ساحته كان على حكومته، لأن هذه الأشياء لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة¹.

وإذا كان التحكيم مؤقتاً انتهت ولاية الحكم بمرور الوقت المحدد دون أن يصدر حكمه، فإذا حكم الخصوم رجلاً على أن يقضي بينهم في شهر كذا أو يوم كذا، فإذا مضى الشهر أو اليوم المحدد دون أن يصدر حكمه انتهت ولايته ولا يكون له نظر النزاع إلا بتجديد التولية².

الفرع الثالث: زوال أهلية الحكم:

تنتهي ولاية الحكم بسقوط أهليته للحكم، بأن تخلفت أحد شروط صلاحيته للحكم، فإذا ارتد أو عمي أو جنّ انعزل، فإذا أسلم بعد ردّته أو أبصر أو زال عنه الجنون وحكم لا يصح حكمه إلا بتجديد التحكيم ثانية³.

وبموجب المذهب الحنفي وأحكام المجلة العدلية ينتهي التحكيم أيضاً⁴:

أ - بصدور القرار التحكيمي.

¹ - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ص28، الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ص194.

² - الزيلعي، المرجع نفسه.

³ - قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص285.

⁴ - المرجع نفسه.

ب- يموت المحكم أو بفقدانه أهليته المدنية أو أهليته للشهادة أو الصفات المطلوبة في الحكم.

ج- بعزل المحكم.

د- يموت أحد الفرقاء حتى ولو كان جميع ورثته راشدين¹.

¹ - قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 285.

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وبتوفيقه تتحقق المقاصد والغايات، الحمد لله حمدا كثيرا كما يحب ربنا ويرضى لما وفقنا وأنعم علينا سبحانه وتعالى من حسن إتمام هذا البحث، الذي حاولنا من خلاله الإحاطة بأهم العناصر المتعلقة بموضوع التحكيم في الشقاق بين الزوجين في جانبيه الفقهي والقانوني.

ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها ما يلي:

- 1- أولى الإسلام للأسرة أهمية بالغة وشرع الكثير من الأحكام التي تحافظ على كيانها وتماسكها ومنها التحكيم الذي يعدُّ من أهم الوسائل المعاصرة لحلّ النزاع.
- 2- التحكيم من الأمور التي جاءت به الشريعة الإسلامية وأقرّه القانون الجزائري وكذا أغلب التشريعات العربية في حال وقوع الشقاق بين الزوجين بهدف استئصال الظلم وإقامة العدل وإعادة الأمور إلى نصابها في العلاقات الزوجية.
- 3- التحكيم مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الصحابة ولا مجال لإنكاره.
- 4- قد يكون التحكيم واجبا وقد يكون مندوبا، وذلك بقدر ما يحتاج إليه من قطع المحاصمة بين المتخاصمين.
- 5- يختلف التحكيم عن غيره من وسائل فضّ المنازعات كالقضاء والصلح والوكالة.
- 6- للتحكيم في الشقاق فوائد عديدة من أهمها: أنه يكسب الوقت ويساعد على إنهاء القضية بحكم سلمي يطمئن الخصوم إليه ويرضون به سواء كان باصطلاحهما أو على التفريق بعوض غالبا، إلى جانب مساهمته في التقليل من حالات الطلاق.
- 7- إن في التحكيم عند الشقاق الزوجي معونة للقاضي في الوقوف على أسباب الشقاق، والعمل على إزالتها والإصلاح بين الزوجين.

- 8- إن الشقاق بين الزوجين يكون بتعدي الزوجة على زوجها أو الزوج على زوجته أو بتعدي كلا منهما على الآخر.
- 9- اتفق الفقهاء على أن الحكّمين عليهما البداية بالإصلاح بين الزوجين بعد معرفة أسباب النزاع بينهما وألا يعدّلا عنه إلى غيره ما دام ممكناً، أما إذا عجزا عن الإصلاح حكما بالتفريق.
- 10- إن غياب العمل بنظام التحكيم في الوسط القضائي يرجع إلى عدم وضع الآليات الكفيلة لنجاحه.
- 11- بيّن وسائل انقضاء التحكيم ولعل أهمها: العزل، وزوال أهلية المحكم، وانتهاء مهمة المحكم.

التوصيات:

- 1- إيلاء التحكيم بين الزوجين العناية الكبيرة باعتباره من أهم وسائل الإصلاح بين الزوجين وإنهاء شقاقهما، ومما يساعد على ذلك حسن اختيار الحكّمين من قبل القاضي حتى يستطيعا تأدية المهمة المنوطة بهما على أحسن وجه.
- 2- إعادة النظر في المواد القانونية الخاصة بالتحكيم وجعلها بصيغة أكثر تفصيلاً.
- 3- تفعيل العمل بنظام التحكيم بين الزوجين من قبل القضاة والمحاكم الشرعية فيما يتعلق بقضايا النزاع والنشوز والحضانة والنفقة وغيرها.
- 4- بعث الروح في دائرة الإرشاد والإصلاح الأسري في المحاكم الشرعية لتطبيق نظام التحكيم.
- 5- القيام بالبحوث والدراسات المتعلقة بتطبيق التحكيم في الدوائر القضائية لاقتراح الوسائل والإجراءات الكفيلة بنجاحه.

6- عدم اتخاذ القضاة والمحاكم قرار الحكم بالطلاق غير المسبوق ببعث حكمين إلى الزوجين.

7- يكون قرار الحكمين بالإصلاح أو التفريق بين الزوجين بالتنسيق مع كل من القاضي والأهل والزوجين.

وفي الختام نسأل الله عز وجل أن يتقبل منا هذا الجهد، وأن ينفع به طلاب العلم والمعرفة في كل الأمصار والأزمان، وأن يفتح به أعينا عميا وآذانا صما وقلوبا غلفا لتهتدي بهدي الشرع الحنيف وتقتدي بنور إرشاده الشريف عليه الصلاة والسلام، ونسأل الله العلي القدير أن يتجاوز عن زلاتنا وأخطائنا فإن أصبنا فمن الله وإن أخطأنا فمن أنفسنا والشيطان وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهارس

أولاً : فهرس الآيات القرآنية الكريمة

ثانياً : فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

ثالثاً : فهرس المصادر والمراجع

رابعاً : فهرس الموضوعات

الآية أو شطرها - السورة ورقمها	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة [2]		
﴿وَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا هُمْ فِي شِقَاقٍ فَسَيَكْفِيكَهُمُ اللَّهُ﴾	137	29
﴿وَإِنَّ الَّذِينَ اخْتَلَفُوا فِي الْكِتَابِ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ﴾	176	30-29
﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾	185	20
﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾	187	43
سورة النساء [4]		
﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا...﴾	35	56,54,46,45,43,40,39,38,32,21,15,13,9
﴿يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ...﴾	60	8
﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾	65	8
﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى﴾	115	30
﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كَلَا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾	130	46
﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾	141	37
سورة المائدة [5]		
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	1	64
﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾	44	15
سورة الحج [22]		
﴿وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ﴾	53	30
سورة الروم [30]		
﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾	21	43

الصفحة	طرف الحديث
16	عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: لَمَّا نَزَلَ أَهْلُ قُرَيْظَةَ عَلَى حُكْمِ سَعْدٍ...
20	وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «مَا خَيْرَ رَسُولٍ اللَّهُ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا...»
15	عن هانئ بن يزيد رضي الله عنه أَنَّهُ لَمَّا وَفَدَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَعَ قَوْمِهِ...
37	قوله عليه الصلاة والسلام: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ...

فهرس الآثر

رقم الصفحة	الراوي	طرف الأثر
44	أبو بكر عن عبيدة السلماي	أن رجلا وامرأة أتيا عليا مع كل واحد منهما فئام من الناس...
21	أبي حفص عمر بن الخطاب	فإن فصل القضاء كما قال عمر رضي الله عنه: "يورث في القوم الضعائن".

أولاً: القرآن الكريم:

ثانياً: الكتب:

1. ابن أبي شيبة: عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت. ط: 1؛ بيروت: دار التاج، 1409هـ/1989م.
2. ابن الأثير: مجد الدين أبو السعادات المبارك، النهاية في غريب الحديث والأثر. تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناح، لا.ط؛ بيروت: المكتبة العلمية، 1399هـ/1979م.
3. ابن الجارود: أبو محمد، المنتقى من السنن المسندة. تحقيق: عبد الله عمر البارودي، ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الكتاب الثقافية، 1408هـ/1988م.
4. ابن السمناني: علي بن محمد بن أحمد أبو القاسم الرحي، روضة القضاة وطريق النجاة. تحقيق: صلاح الدين الناهي، ط: 2؛ بيروت: دار الفرقان، 1404هـ/1984م.
5. ابن العربي: محمد بن عبد الله أبو بكر، أحكام القرآن. ط: 3؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م.
6. ابن القيم: محمد بن أبي بكر الزرعي، زاد المعاد في هدي خير العباد. ط: 5؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1984م.
7. ابن تيمية: أحمد عبد الحليم، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه. تحقيق: عبد الرحمان محمد العاصمي النجدي. لا.ط؛ لا.م: مكتبة ابن تيمية، د.ت.
8. ابن تيمية: عبد السلام، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. ط: 2؛ الرياض: مكتبة المعارف، 1984م.
9. ابن جزى: محمد بن أحمد، القوانين الفقهية. لا.ط؛ دن، د.ت.

10. ابن شاس: أبي محمد جلال الدين عبد الله بن نجم، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة. تحقيق: حميد بن محمد لحر، ط: 1؛ لا.م: دار الغرب الإسلامي، 2003م.
11. ابن عابدين: محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار. ط: 2؛ مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1966م.
12. ابن عبد الهادي الحنبلي وآخرون، اختيارات شيخ الاسلام ابن تيمية. تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله. ط: 1؛ جدة: مجمع الفقه الإسلامي، 1424هـ.
13. ابن فارس: أبي الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام هارون، لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، 1979م.
14. ابن فرحون: برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. خرّج أحاديثه وعلّق عليه وكتب حواشيه: جمال مرعشلي، لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ/2001م.
15. ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل. ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، 1405هـ.
16. ابن كثير: إسماعيل الدمشقي، تفسير القرآن العظيم. لا.ط؛ القاهرة: دار النشر والتوزيع الإسلامية، 1998م.
17. ابن مازة: حسام الدين عمر بن عبد العزيز، شرح أدب القاضي. ط: 1؛ لا.م: دار إحياء التراث العربي، 1977/1978م.
18. ابن مفلح: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، المبدع في شرح المقنع. ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1981م.

19. ابن منظور: جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب. لا.ط؛ بيروت: دار صادر، د.ت.
20. ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ط:2؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت.
21. أبو الفتح: أحمد، كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية. ط:1؛ مصر: مطبعة البوسفور، 1332هـ/1913م.
22. أبو داود: سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود. تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد. لا.ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، د.ت.
23. أبو فارس: محمد عبد القادر، القضاء في الإسلام. لا.ط؛ عمان: مكتبة الأقصى، 1980م.
24. أحمد حسين طه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء. ط:1؛ لبنان: دار الحكمة، 2002م.
25. الألوسي: شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني. تحقيق: علي عبد الباري عطية، ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ.
26. الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن وارث التيجي القرطبي، المنتقى شرح الموطأ. ط:1؛ بجوار محافظة مصر: مطبعة السعادة، 1332هـ.
27. بربري: محمود مختار، التحكيم التجاري الدولي. ط:2؛ القاهرة: دار النهضة العربية، 1999م.
28. البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع. تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال. لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، 1402هـ.

29. البيهقي: أحمد بن حسين، السنن الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، لا.ط.
مكة المكرمة: مكتبة الباز، 1414هـ/1994م.
30. الترمذي: أبو عيسى، سنن الترمذي. تحقيق: بشار عواد معروف. ط:1؛ بيروت:
دار الغرب الإسلامي، 1996م.
31. الحصكفي: محمد علاء الدين، الدر المختار بحاشية رد المحتار. ط:2؛ بيروت: دار
الفكر، 1386هـ.
32. الخرشي: محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل. ط:1؛ مصر: مطبعة محمد أفندي
مصطفى، 1306هـ.
33. الخرقى: أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله، مختصر الخرقى. لا.ط؛ لا.م: دار
الصحابة للتراث، 1413هـ/1993م.
34. الخصاف: أبي بكر أحمد بن عمر، أدب القاضي. ط:1؛ بيروت: دار الكتب
العلمية، 1994م.
35. الدارقطني: علي بن عمر أبو الحسن، سنن الدارقطني. تحقيق: السيد عبد الله هاشم
المدني. لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1386هـ/1966م.
36. الدردير: أحمد محمد، الشرح الكبير. ط:2؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت.
37. الدوري: قحطان عبد الرحمان، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
ط:1؛ عمان: دار الفرقان للنشر، 2002م.
38. الرازي: فخر الدين، تفسير الرازي. ط:1؛ لا.م: دار الفكر، 1401هـ/1981م.
39. الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح. لا.ط؛ بيروت: دار
الجيل، 1408هـ/1987م.

40. الرحيباني: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. ط:1؛ دمشق: منشورات المكتب الإسلامي، 1961م
41. الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. لا.ط؛ مصر: دار الفكر ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1404هـ/1984م.
42. الزبيدي: مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس. لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1965م
43. الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام. ط:1؛ سوريا: دار القلم، 1998م.
44. الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرقى. ط:1؛ لا.م: دار العبيكان، 1413هـ/1993م.
45. الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ط:2؛ القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، 1313هـ.
46. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. لا.ط؛ الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2011م.
47. السرخسي: محمد بن أبي سهل، المبسوط. لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1406هـ.
48. السرطاوي: محمود علي، التحكيم في الشريعة الإسلامية. ط:1؛ بيروت: دار الفكر، 2007.
49. سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات. ط:1؛ أبوظبي: دائرة القضاء، 2004م.
50. الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم. ط:2؛ بيروت: دار المعرفة، 1393م.

51. الشربيني: محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، 1998م.
52. الشرنباصي: رمضان علي، الشافعي: جبر عبد الهادي سالم، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج - قضايا شؤون الأسرة والفرقة وحقوق الأولاد - لا.ط؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2007م.
53. الشعراوي: محمد متولي، أحكام الأسرة والبيت المسلم. لا.ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، 2004م.
54. ابن العدوي: أبو عبد الله مصطفى شلباية المصري، سلسلة التفسير. لا.ط؛ لا.م: لا.ن، د.ت.
55. الشوكاني: محمد بن علي بن عبد الله، فتح القدير. تحقيق: يوسف الغوش، ط:1؛ بيروت: دار المعرفة، 1428هـ/2003م.
56. الشوكاني: محمد بن علي بن عبد الله، نيل الأوطار. ط:1؛ مصر: دار الحديث، 1413هـ/1993م.
57. الشيخ نظام السلطان أبي المظفر محي الدين محمد أورنك زيب يهادر عالمكير بادشاه غازي، ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية (الفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان). ط:2؛ تركيا: المكتبة الإسلامية، 1393هـ.
58. الشيرازي: إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي. لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت.
59. الصابوني: عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بالشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية - ط:2؛ د.م: دار الفكر، 1968م.

60. الطبري: محمد ابن جرير، تاريخ الطبري. ط:2؛ بيروت: دار التراث، 1387هـ.
61. الطبري: محمد ابن جرير، تفسير الطبري. ط:1؛ الجيزة: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 1422هـ/2001م.
62. الطرابلسي: علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام. لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت.
63. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة. ط:3؛ الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 1996م.
64. عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها طبقا لأحدث التعديلات. ط:2؛ لا.م: لا.ن، د.ت.
65. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية. ط:1؛ السعودية: لا.ن، 1420هـ.
66. عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د.ت.
67. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي. لا.ط؛ الكويت: مطبوعات جامعة الكويت، 1990م.
68. العسقلاني: أحمد بن علي بن حجر. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير. تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ط:1؛ مصر: مؤسسة قرطبة، 1416هـ/1995م.
69. العسقلاني: أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري. لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1379هـ.

70. علي رمضان بركات، خصومة التحكيم. لا.ط.؛ لا.م: لا.ن، د.ت.
71. عlish: محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل على مختصر خليل. ط:1؛ لا.م: لا.ن، 1404هـ/1984م.
72. العمادي: أبي السعود، تفسير أبي السعود. ط:1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2010م.
73. العواشية: حسين بن عودة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة. ط:2؛ مؤسسة الريان: دار ابن حزم، 1423هـ/2002م.
74. العيني: بدر الدين، البناية شرح الهداية. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ/2000م.
75. الفيروز أبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط. لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، 1987م.
76. الفيومي: أحمد بن محمد علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. ط:2؛ بيروت: المكتبة العصرية، 1418هـ/1997م.
77. قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية. ط:1؛ الرياض: دار الصميعي للنشر والتوزيع، 1430هـ/2009م.
78. القراني: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. ط:1؛ حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، 1357هـ/1938م.
79. القراني: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، الذخيرة. ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م.

80. القراني: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق. تحقيق: خليل المنصور. لا: ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1998م.
81. القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، تفسير القرطبي. لا: ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت.
82. القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن. لا: ط؛ القاهرة: مكتبة الصفا، 2004م.
83. القليوبي: شهاب الدين، حاشية القليوبي. لا: ط؛ القاهرة: دار إحياء الكتب العلمية، د.ت.
84. القيسي: أبو علي الحسن بن عبد الله، إيضاح شواهد الإيضاح. تحقيق: د. محمد بن حمود الدعجاني. ط: 1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ/1987م.
85. الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1986م.
86. مالك ابن أنس، المدونة الكبرى. ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م.
87. الماوردي: علي بن حبيب، الحاوي الكبير. لا: ط؛ بيروت: دار الفكر، 1994م.
88. المبرّد: أبو العباس، الروضة. تحقيق: فرج الشويخ. لا: ط؛ لا.م: لا.ن، د.ت.
89. محمد السناري، قوانين الأحوال الشخصية - إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات -. لا: ط؛ القاهرة، د.ن، د.ت.
90. المرداوي: أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: محمد حامد الفقي. لا: ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت.

91. المرغيناني: علي بن أبي بكر عبد الجليل، الهداية شرح بداية المبتدئ. لا.ط؛ بيروت: المكتبة الإسلامية، د.ت.
92. مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط. ط:2؛ القاهرة: مكتبة الشروق الدولية، 2004م.
93. معوض عبد التواب، المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية. لا.ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 1991م.
94. المواق: أبو عبد الله، التاج والإكليل لمختصر خليل. ط:2؛ بيروت: دار الفكر، 1398هـ.
95. نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية. إشراف ونشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، ط:2؛ الكويت: ذات السلاسل، 1408هـ/1988م.
96. النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، السنن الكبرى. تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421هـ/2001م.
97. النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، سنن النسائي. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. ط:2؛ حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، 1406هـ/1986م.
98. النووي: أبو زكرياء يحيى بن شرف الدين، روضة الطالبين وعمدة المفتين. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1412هـ.

ثالثا: النصوص القانونية:

- 1- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- 2- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2007، ج.ر

- عدد 43 المؤرخ في 22 يونيو 2007، يتضمن الموافقة على الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2007، ج.ر. رقم 15 المؤرخ في 27 فبراير 2007.
- 3- قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، المؤرخ في 23 أبريل 2008.
- 4- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424، الموافق لـ 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة، ج.ر. عدد 5184، المؤرخ بتاريخ 5 فبراير 2004، ص418. المعدل بالقانون رقم 08-09، ج.ر. عدد 5859، الصادر بتاريخ 26 يوليو 2010.
- 5- قانون رقم 13 لسنة 1986 المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

رابعاً: المقالات والبحوث والرسائل الجامعية:

- 1- إسماعيل أحمد الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986م.
- 2- أشرف محمد محمود الخطيب، وسائل معالجة النشوز والشقاق بين الزوجين، جامعة الأزهر، مجلة كلية الشريعة والقانون، فرع أسبوط، العدد الثالث عشر، الجزء الأول، 2001.
- 3- آية شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014م.
- 4- حشاش جمال، "التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، المجلد 28، 2014.

- 5- د. محمد حسين الشيعاني، بعث الحكمين ودورها في الإصلاح بين الزوجين، بحث محكم منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية بجامعة الأمير سونكلا، فطاني، تايلند، العدد 2/211، بتاريخ 2014/8/10م.
- 6- زياد حسن بن عيسى، التحكيم في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في قانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين الجامعية، جامعة البلقاء التطبيقية، الأردن، 2006م.
- 7- عائشة محمود جاسم الداودي، التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2005م.
- 8- عبد الله محمد رابعة وآخران، التحكيم في الشقاق بين الزوجين وآليات تطويره في القضاء الشرعي الأردني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، الإمارات، ع39، 1430هـ/2009م.
- 9- لخبثات سهام، لقبال تسعديت، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية - مذكرة ماستر في الحقوق، إشراف: د. تريكي فريد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016م.
- 10- لمعيني سمية، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الطلاق وآثاره، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015م.
- 11- المحجوب داسع، جريدة التجديد، الوساطة الأسرية بالمغرب، العدد 3692، 21 يوليو 2015م.
- 12- هبه أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، إشراف: د. مروان علي القدومي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2014م.
- 13- وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة - رسالة ماجستير

في القضاء الشرعي، إشراف: د. شحادة سعيد، الجامعة الإسلامية، غزة،
2007م.

الموضوع	رقم الصفحة
الاهداء	
الشكر والتقدير	
المقدمة	أ
المبحث الأول: حقيقة التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون	8
المطلب الأول: مفهوم التحكيم لغة واصطلاحا وقانونا	8
الفرع الأول: تعريف التحكيم في اللغة	8
الفرع الثاني: تعريف التحكيم في الاصطلاح	9
الفرع الثالث: التحكيم في القانون	11
الفرع الرابع: الموازنة بين تعريف التحكيم في الشريعة والقانون	12
المطلب الثاني: حكم التحكيم وحكمة مشروعيته فقها وقانونا	13
الفرع الأول: حكم التحكيم ومشروعيته في الفقه	13
الفرع الثاني: مشروعية التحكيم في القانون	19
الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية التحكيم	20
المطلب الثالث: التحكيم والألفاظ ذات الصلة	21
المبحث الثاني: حقيقة التحكيم في الشقاق الزوجي فقها وقانونا	29
المطلب الأول: مفهوم التحكيم للشقاق في الفقه الإسلامي	29
الفرع الأول: الشقاق في اللغة	29
الفرع الثاني: الشقاق في الاصطلاح	30
المطلب الثاني: أسباب اللجوء للتحكيم في الفقه والقانون	32
الفرع الأول: أسباب اللجوء للتحكيم في الفقه	32
الفرع الثاني: أسباب اللجوء للتحكيم في القانون	34
المطلب الثالث: شروط الحكمين ووظيفتهما في الفقه والقانون	36

36	الفرع الأول: شروط الحكّمين في الفقه والقانون
42	الفرع الثاني: وظيفة الحكّمين فقها وقانونا
51	المبحث الثالث: إجراءات التحكيم وتقييمها وطرق انقضائه
51	المطلب الأول: إجراءات التحكيم
51	الفرع الأول: إجراءات التحكيم في قانون الأسرة الجزائري
52	الفرع الثاني: إجراءات التحكيم في مدونة الأسرة المغربية
53	الفرع الثالث: إجراءات التحكيم في قانون الأحوال الشخصية المصري
54	المطلب الثاني: فوائد تفعيل التحكيم ومساوئ تجميده
54	الفرع الأول: فوائد تفعيل التحكيم
56	الفرع الثاني: مساوئ تجميد نظام التحكيم
58	المطلب الثالث: مدى العمل بنظام التحكيم
58	الفرع الأول: واقع العمل بنظام التحكيم
59	الفرع الثاني: أسباب غياب العمل بنظام التحكيم
59	المطلب الرابع: إنقضاء التحكيم
60	الفرع الأول: العزل (فسخ التحكيم)
65	الفرع الثاني: إنتهاء مهمة المحكم
65	الفرع الثالث: زوال أهلية الحكم
70	خاتمة
71	الفهارس

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين أما بعد:

إنه لمن دواعي سروري أن أرى هذه الوجوه الطيبة تشاركني هذا العرس العلمي، بدءاً

بلجنة المناقشة الموقرة: استادي الدكتور احمد خويلدي

وإستادي عبد الغني حوبة واستادي المشرف الدكتور لطفي كينة كما ارحب بلعضو

المدعو عبد العالي قزي، كما يطيب لي الترحاب بهذا الحضور الكريم

فيا مرحبا مرحبا يا مرحبا بكم فيا مرحبا ذات تبذير وإسراف

وإن تكن مرحبا إكثارها سرف فليس إكثارها فيكم بإسراف

أما بعد:فأن الشريعة وضعت نواة الأسرة التي تحوطها غريزة الأمومة وترعاها عاطفة الأبوة تنبت نباتا حسنا وتثمر ثمارها اليانعة ولم يقتصر هذا النظام على إيجاد الرابطة الزوجية فحسب بل حرص على ديمومتها والمحافظة عليها من كل ما من شأنه هدم هذه الرابطة وتحقيق الغاية منه وفي الوقت نفسه جعل أسسا وضوابط في حل هذه الرابطة في حال حصل النشوز بين الزوجين أو شقاق فقد يحدث عائق يعيق هذه العلاقة الزوجية بالاستمرار وقد تصل إلى حد تستحيل معه الحياة الزوجية، حينها رخص الإسلام في فك هذه الرابطة فجعل للرجل في حالة النشوز الموعظة للزوجة، فإن لم ينفع فله حق الهجران في المضجع، فإن لم ينفع فيستخدم أخيرا الضرب غير المبرح، وهذا بالتالي يؤدي الى الشقاق والخلاف بين الزوجين فرخص الشرع بعث حكمين من اهل الزوجين، لإنهاء

النزاع والحد منه قدر المستطاع.

ومن معرفتنا لأهمية التحكيم ودعوة الشريعة الإسلامية للعمل به، وما نصت عليه قوانين الاحوال الشخصية للدول العربية دفعنا إلى دراسة هذا الموضوع.

أسباب إختيار الموضوع:

نظرا لقلة الدراسات التي تناولت موضوع التحكيم وخاصة التحكيم في الشقاق بين الزوجين، إرتأينا البحث في الموضوع لدوره في إرساء العلاقة بين الزوجين ونشر التسامح والمساهمة في تقريب وجهات النظر وبالتالي الحفاظ على الأسرة من التفكك.

أهمية الموضوع:

يكتسي التحكيم أهمية بالغة في حياة الأسرة وذلك لعدة إعتبارات منها:

- 1- أن التحكيم معين لمرفق القضاء بالتخفيف عنه ، مما يجعل القضاة أكثر تهيؤا للفصل في المنازعات التي ترد عليهم ، كما يخفف من نفقات الدولة على القضاء.
- 2- المساهمة في خدمة القضاة والمهتمين بجمع شتات هذا البحث في قالب جديد وطرح تصور لتأهيل المحكمين.
- 3- الحاجة الماسة لتفعيل مبدأ التحكيم وإنشاء دورات تكوينية لتأهيل المحكمين حفاظا على استقرار كيان الأسرة.
- 4- الرغبة في الوقوف على حقائق موضوع التحكيم ومعرفة أحكامه وذلك للعمل بها في الحياة العملية.

- 5- بيان دور المحكمين في رد المظالم وإعادة الحقوق لأصحابها بدلا من إشغال القضاة والمحاكم بالقضايا الزوجية مما في ذلك من تطويل وضرر يلحق الأسرة والأبناء جراء ذلك.
- 6- فسح المجال للمترافعين بالتحاكم إلى شخص يرضونه ويطمئنون له مما يكون فيه فرصة كبيرة لقطع الشعب، وإزالة الضغائن، والصلح بين المتخاصمين، وكل ذلك من المقاصد المعتبرة في الشرع.
- 7- إن في التحكيم توسعة على الناس بعدم حضورهم مجالس القضاء ممن لا يرغب في ذلك.

منهجية البحث :

اعتمدنا في بحثنا هذا منهجية الاستاد الدكتور إبراهيم رحمانى وقمنا بتوظيف كل المنهج الاستقرائي؛ والذي حاولنا من خلاله استقراء آراء الفقهاء في مسألة التحكيم، وإبراز موقف المشرع الجزائري منها إن وجد وكذا موقف بعض التشريعات العربية الأخرى، كما اعتمدنا أيضا على المنهج التحليلي للنصوص الشرعية والقانونية التي وردت في البحث، لمعرفة مدى تأثيرها بالآراء الفقهية المختلفة، كما وظفنا أيضا المنهج المقارن، وذلك بموازنة النصوص الفقهية مع نظيرتها القانونية .

أهداف البحث:

تتلخص أهداف الدراسة في مايلي:

- 1- تفعيل جانب العمل بالتحكيم في المحاكم .
- 2- إعطاء اقتراحات وتوصيات تتعلق بنظام التحكيم.
- 3- ومن أهم الصعوبات التي وجهتنا ونحن في صدد أعداد المذكرة نذكر ما يلي:

4- نقص المادة العلمية والمراجع المتخصصة في الموضوع وخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية حيث ركزت هذه المصادر على مشروعية التحكيم بين الزوجين في حالة استفحال النزاع دون القيام بتفعيله قضائيا

الدراسات السابقة:

بحسب اطلاعنا في الكتب والدراسات السابقة، فإن معظم هذه الدراسات ركزت على جانب الشقاق بين الزوجين ولم تركز على الجانب الأهم وهو المحكمين وهو ما يختلف عنه بحثنا عن باقي الدراسات وإن كنا قد استفدنا منها كثيرا وأثرينا بها بحثنا هذا من جوانب عدة ومن أهم الدراسات:

1. (التحكيم في الشريعة الإسلامية) للدكتور إسماعيل أحمد محمود الأسطل رسالة دكتوراه/ جامعة القاهرة / كلية الحقوق عام 1986م، تناول فيه مشروعية التحكيم والقواعد التي تنظمه في جميع المنازعات، كما تحدث عن الشقاق بين الزوجين وتعيين الحكّمين.
2. (التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة)، للباحث وائل سكيك، رسالة ماجستير/ الجامعة الإسلامية/ غزة/ كلية الشريعة والقانون عام 2007، تحدث فيها عن التحكيم ومشروعيته وسبل تفعيله في قطاع غزة.
3. كتاب (التحكيم في الشريعة الإسلامية)، عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تناول فيه التحكيم العام، والتحكيم في الشقاق الزوجي.
4. كتاب (عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، لقحطان عبد الرحمان الدوري، والذي تناول التحكيم بشكل مطلق.

5. الإشكالية:

6. تتلخص مشكلة الدراسة في السؤال الآتي: إلى أي مدى تتحقق الغاية من تنصيب الحكّمين؟ وهل وفقت التشريعات العربية في انتهاج أسلوب التحكيم لفض نزاعات الشقاق بين الزوجين؟
7. وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا الخطة التالية: وقد اشتملت على مقدمة وثلاث مباحث وخاتمة على النحو التالي: