جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الاسلامي والتشريعات المغاربية(الجزائر، المغرب، تونس)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالبين:
- شلابي عبد القادر
- بوخلف محمد

إشراف الأستاذ:
أ/ دياب جفال الياس

لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)د/ ربيع زهية.....رئيسا
الأستاذ(ة): أ/ دياب جفال الياس.....مشرفا ومقررا
الأستاذ(ة):د/ لعميري ياسين.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذه المذكرة، فله الحمد وله الشكر

، حمدا يليق

بجلال وجهه وعظيم منه وفضله.

اعترافا بالفضل لأهل الفضل، فإنني أقدم خالص شكري وتقديري لأستاذي

الدكتور ذياب جغال، لما تفضل به من إشرافه على مذكرتي، وما بذله من جهد مبارك، وما منحه لي بسعة صدر، وما أفادني به من توجيهات ونصائح كان لها الأثر الطيب في انجازها بهذه الصورة.

والشكر، كل الشكر، للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة:

كما لا يفوتني أن اشكر بامتنان، جميع أساتذتي بكلية الحقوق والعلوم

السياسية بجامعة "امحمد اكلي محند " بالبويرة،

سائلا المولى عز وجل أن يجزي الجميع خير الجزاء.

أتوجه بتحية تقدير وعرفان إلى كل من مد لي يد العون

وأسهم في انجاز هذا البحث، وأخص بالذكر

كما لا أنسى القائمين على المكتبة المركزية لجامعة البويرة،

بالخصوص السيد رابح بومعزة

اهداء

إلى والديا.. أطال الله في عمرهما، واللذان لم يتوقفا عن الدعاء لي بالتوفيق والسداد.

إلى زوجتي.. جزاها الله خيرا، عن مساندتها لي ووقوفها إلى جنبي، وإلى أطفالي الذين تحملوا معي مشقة انجاز هذا البحث.

إلى اخوتي واخواتي الذين ما فتؤوا بتشجيعي على المضي قدما

إلى أهلي الذين تمنوا لي الخير دائما

إلى زملائي أساتذة مدرسة خثير لعروسي رويبات بالحمدة بيئرخبالو

إلى زملائي المخلصين

إلى اعز اصدقائي فريد ومحمد

أهدي هذا العمل راجية من الله القبول

إهـــــداء

إلى من قال تعالى فيهما:

" واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني

صغيرا " صدق الله العظيم.

إلى روح والدتي رحمة الله عليها

إلى والدي حفضه الله ورعاه

إلى أحب الناس إلى قلبي إخوتـــي

إلى البراعم: صهيب، تسنيم، لجين، آلاء.

رب أخ لم تلده لك أمك

إلى صديقي عبد القادر وصديقي فريد

إلى كل من ساهـم في تعليمي أساتذتي الكرام

محمد

قائمة المختصرات

ص: صفحة

ص ص: صفحات متتالية

ط: طبعة

د ط، دون طبعة

ج: جزء

ع: عدد

د س ن: دون ذكر سنة النشر

ج ر ج ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

مقدمة

يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم :(اتقوا الله في النساء، فإنكم اخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، وأن لكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف).

إن حماية ميثاق الزوجية، كمبدأ، يبقى يشكل عملا مباحا تكسوه صفة الحظر، وقاعدة تحد من فعاليتها الاستثناءات، لأنه يظم أبغض الحلال عند الله.

ومن أجل المحافظة على التماسك والترابط العائلي لما فيه من استقرار للأسرة بغرض تنشئة أجيال تنهض برسالة مجتمعها، فقد تم تقييد هذا الحق بضوابط شرعية وقانونية، دعت المشرع الجزائري إلى عدم الإلتزام بمذهب واحد في مجال تقنين الأسرة مراعاة منه لحاجات الزوجين وتحقيق الأصلح لهما وللمجتمع بالحرص على ديمومة هذا الميثاق الغليظ الذي محله عقد الزواج، وفي محاولة منه للحد من الآثار السلبية الناجمة عن فك الرابطة الزوجية، والتي تؤكدها الإحصائيات الميدانية التي أثبتت إرتفاع حالات الطلاق بكل صوره بمعدلات رهيبة.

واستجابة لدوافع المحافظة على التماسك الأسري والنسيج الإجتماعي ككل، فقد بادرت السلطة التشريعية إلى تعديلات تبناها القانون رقم05/02 المتضمن قانون الأسرة، وعلى ضوء التجربة الميدانية القضائية تم إدراج نصوص إجرائية بمقتضى القانون رقم 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من أجل تفعيل آليات حماية للأسرة الجزائرية، تمثلت في نظامي الصلح والتحكيم، كطرق بديلة لحل منازعات فك الرابطة الزوجية.

و إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية الحديثة، قد أجازوا التحكيم في العديد من المسائل المدنية والتجارية وحتى الجنائية، فالأولى أن يكون التحكيم في العلاقات الأسرية.

ولن يتأت ذلك دون اهتمام أكبر بتفعيل نظام التحكيم بين الزوجين، بحمل القضاة على تطبيق ما قضت به المادة 56 من القانون الأسرة الجزائري، وفتح الباب أمام أهم وسيلة من وسائل حل النزاعات بين الزوجين لصلاح الزواج ولدرء مفسدة الطلاق.

ولما كانت منازعات الأسرة تختلف عن مثيلاتها لإرتباطها الوثيق بالحالة النفسية والإجتماعية والدينية للفرد، فإن دعاوى فك الرابطة الزوجية تفترض إعتماد طابع المرونة والواقعية في التعامل من طرف قاضي شؤون الأسرة الذي يفترض فيه تكوينا خاصا ومهارات عالية للوقوف على مكامن الخلل في العلاقة الزوجية.

أهمية البحث

تكمن أهمية أية دراسة في الإشكالية التي تطرحها والمسألة التي يسعى الباحث لمعالجتها من خلال بحثه.

فنسبة الطلاق التي هي في ازدياد متواصل في الجزائر والدول المغرب العربي، ودعاوى فك الرابطة الزوجية التي تعج بها المحاكم وما ينجر عنها من آثار مدمرة على الفرد والمجتمع تدعو إلى التساؤل عن سبب تهميش إعمال الطرق البديلة لفض النزاعات والخلافات العائلية، رغم ميزاتها العظيمة، للحد من الظاهرة التي لا زالت تثير اهتمام المفكرين والدارسين.

أسباب اختيار البحث :

إن الداعي للتصدي لهذا الموضوع بالبحث والدراسة أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

فأما الأسباب الذاتية، فتتمثل في الرغبة في البحث والتقصي للوقوف على حقيقة المسألة خاصة إذا ما كان يكتنفها الغموض وعدم الاستقرار على طبيعة واحدة، فهذا يعد في حد ذاته سببا يدفعنا دفعا من أجل تسليط الضوء على هاته التعديلات التي سعى إليها المشرع الجزائري والمغاربي لوضع أسس مستقرة تحافظ على أصغر وحدة في النظام الإجتماعي، وفي

مقدمتها ما احتواه هذا البحث، وهو إعمال الطرق البديلة في منازعات الأسرة، من أجل التقليص من ظاهرة الطلاق.

– وعظمة الشريعة الإسلامية في كيفية إنهاء الخصومات والمنازعات بين أفراد المجتمع.

– المقارنة قدر المستطاع بين الفقه الإسلامي والقانون (التشريعات المغاربية) لبيان أوجه الإتفاق والإختلاف في هذا الموضوع الهام الذي أصبح من أهم الوسائل في فض المنازعات.

– بيان قواعد وأسس التحكيم في الشريعة الإسلامية حتى يلجأ إليها المتخاصمان.

وأما الأسباب الموضوعية، فإننا نجملها في النقاط التالية :

إثارة دراسات تخدم أهل القانون ورجال القضاء، خاصة إذا ما أعيد التفكير بجدية في جلسات التحكيم والقيام بدورات تكوينية لقاضي شؤون الأسرة يتدرب من خلالها على فنيات التحكيم بين الزوجين.

– تطبيقات المحاكم بشأن نظام التحكيم، لم يلق الاهتمام الكافي كما لفت إنتباهنا أن نص المادة 56 من قانون الأسرة، والذي لم يشمله التعديل، حيث يلزم القاضي بوجوب تعيين حكمين من أهل الزوجين اللذين وصل الخلاف بينهما حد الشقاق والنزاع الشديد، فإن القاضي بعيد عن تطبيق نظام التحكيم، رغم صراحة النصوص القانونية.

– قلة الدراسات التي اهتمت بالتحكيم في قضايا شؤون الأسرة، حيث انصب الإهتمام خصوصا على التحكيم في المواد المدنية والتجارية والتحكيم الدولي.

أهداف البحث :

يهدف البحث من خلال ما ضمه من فصول ومباحث إلى الإجابة عن الإشكالية من خلال :

– الإحاطة بماهية التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق وطبيعته القانونية و الفقهية وتطبيقاته في التشريعات الأسرة المغاربية.

– إظهار دور القاضي والحكمين في عرض التحكيم على الزوجين.

– تبيان شروط الحكمين ومهامهم وإجراءات تعيينهم في الفقه والتشريعات المغاربية (الجزائر، المغرب، تونس).

– تبيان فوائد التحكم كوسيلة ناجعة في حل النزاعات بين الزوجين.

وأخيرا السعي لتعميم الفائدة العلمية وخدمة البحث العلمي.

إشكالية البحث :

لكافة الإعتبارات السابقة طرحنا الإشكالية التالية :

ما مدى فعالية التحكيم كطريقة بديلة لحل منازعات فك الرابطة الزوجية في الفقه والتشريعات المغاربية (الجزائر، المغرب، تونس) ؟.

المناهج المتبعة في البحث :

اعتمدنا في بحثنا على المنهج الوصفي الذي يقوم على جمع الحقائق وتقرير خصائص كل الجزئيات المتعلقة بالبحث من خلال عرض آراء أصحاب المذاهب الأربعة المشهورة (الأحناف، والمالكية، والشافعية، والحنابلة).

وكذا المنهج المقارن، بتتبع المادة العلمية وبيان أدلة الفقهاء وأقوالهم والمقارنة بينها وبين القوانين الوضعية –التشريعات المغاربية – (الجزائر، المغرب، تونس) من خلال النصوص القانونية والاجتهادات القضائية وترجيح ما تبين لنا انه الصواب وأقرب إلى تحقيق المصلحة، وهذا ليس بقصد المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، لأنها ليست دراسة مقارنة، لكن من أجل إظهار وجود السند الشرعي الذي يدعم وجهة نظرنا في مجال التحكيم في الشقاق بين الزوجين.

كما استخدمنا المنهج التحليلي الذي لا يخلو من بعض النقد، لتحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بمسائل البحث واستخلاص دلالاتها للوصول إلى إصدار نتائج تكون خلاصة هذه الدراسة.

الدراسات السابقة :

حسب اطلاعنا وبحثنا عن التحكيم في الشقاق بين الزوجين فقد وجدنا أن أغلب الكتب والدراسات بشأنه، انصبت على التحكيم الدولي، ورغم ذلك فقد كان لنا الإطلاع على مجموعة لا بأس بها من الكتب ورسائل الماجستير والدكتوراه المتعلقة بالتحكيم في الشقاق بين الزوجين ومن أهمها ما يلي :

– التحكيم في الشريعة الإسلامية للدكتور إسماعيل أحمد الأسطل رسالة دكتوراه /جامعة القاهرة كلية الحقوق عام 1986 م، تناول فيه مشروعية التحكيم والقواعد التي تنظمه في جميع المنازعات كما تحدث عن الشقاق بين الزوجين وتعيين الحكمين.

– التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، للدكتور قادري محمد محمود ط01، 2009 تناول فيه تعريفات التحكيم والشقاق وإجراءات تعيين الحكمين ومن له سلطة ذلك ومهام المحكمين.

– 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 م، تحدث فيها عن التحكيم ومشروعيته وسبل تفعيله في قطاع غزة.

– كتاب (التحكيم في الشريعة الإسلامية) لعبد الله بن سعد آل خنين، تناول فيه التحكيم العام والتحكيم في الشقاق الزوجي.

– كتاب (عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) لقحطان عبدالرحمان الدوري والذي تناول التحكيم بشكل مطلق.

صعوبات البحث :

لقد واجهنا أثناء كتابة هذا البحث بعض الصعوبات التي يمكن تلخيصها فيما يلي:

– تشتت عناوين موضوعات البحث في مسائل كتب الفقه الإسلامي المختلفة حيث شكلت صعوبة في لم شتاتها، وتجميع أقوال الفقهاء في كل مسألة.

– قلة الكتب المعاصرة والمتخصصة في القانون، التي تعالج موضوع التحكيم في الأحوال الشخصية، فأغلب الدراسات اتجهت إلى موضوع التحكيم في المواد التجارية والنزاعات الدولية.

– قلة الحالات التطبيقية، إن لم أقل إنعدامها، فيما يخص إجراء التحكيم بسبب عدم اللجوء إلى نظام التحكيم من طرف القضاء الرسمي.

– عراقيل إدارية حالت دون التمكن من الحصول على إحصائيات الطلاق، من طرف الوزارة المعنية، بحيث أمدونا بنسب الطلاق على مستوى مجلس البويرة فقط دون الكشف عن حالات الطلاق على مستوى الوطن، وكذا عدم الكشف عن قضايا الطلاق التي تم فيها التحكيم.

– عراقيل إدارية على مستوى الجهات القضائية (المحاكم والمجلس القضائي لولاية البويرة حيث رغم أنني كنت محامي وزميل، تم رفض طلبي في حضور إحدى جلسات التحكيم، بحجة أن ذلك فيه مخالفة صريحة للقوانين؛ وللمحافظة على أسرار الأسر لأقف على حقيقة الممارسة القضائية لهذا الإجراء، وهدفي علمي بحت، مما دفعني إلى زيارة مكاتب المحامين وكتاب الضبط.

و قد تناولنا من خلال هذه الدراسة توضيح الجوانب المختلفة للتحكيم كإجراء سابق للفصل في قضايا فك الرابطة الزوجية؛ يتم اللجوء إليه لتسوية المنازعات بالطرق الودية، حيت بينا في الفصل الأول ماهية التحكيم في الفقه الاسلامي ومشروعيته وتنظيمه وتطبيقاته في بعض القوانين الوضعية، مركزا على التشريعات المغاربية (الجزائري، المغربي، التونسي) .

أما الفصل الثاني بينا فيه إجراءات التحكيم وطرق إنقضائه في الفقه والتشريعات المغاربية.

الفصل الأول

ماهية التحكيم في الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية

الفصل الأول

ماهية التحكيم في الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية

تعتبر الأسرة اللبنة الأساسية في المجتمع، ومعلوم أن حماية هذه الأسرة والمحافظة عليها وتحقيق السعادة لها تعد من مقاصد وأهداف الشريعة الإسلامية، لذلك جاءت الأدلة وكثرت الإجتهادات التي تضمن سير الحياة الأسرية بأمان وسعادة، وقد تدرجت هذه النصوص التي بينت في بدايتها المقصد من الزواج، قال تعالى ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[1].

ولذلك قد يطرأ الشقاق بين الزوجين وتفقد المودة والرحمة التي كانت بينهما بحيث تصبح الأسرة محلا للنزاع بدلا من أن تكون محلا للأمن، لذلك بيّن سبحانه وتعالى الوسائل التي تصلح أن تكون حلا للنزاع القائم بين الزوجين فقال تعالى ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾[2]، إلا أن هذه الحلول قد لا تجدي نفعا ولا تحقق نتيجة لذلك قد يحتاج إلى تدخل الأهل والأقارب لحل هذه الخلافات والمشاحنات، والتي تقع بين الزوجين، قال تعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[3]، فقد يكون للحكمين دور بارز في حل النزاع بين الزوجين إن وفقهما الله تعالى في ذلك.

ولدراسة التحكيم كآلية لتسوية النزاعات الأسرية في الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية (الجزائر، المغرب، تونس) يستوجب علينا دراسة مفهوم التحكيم لغة وإصطلاحا والتطرق

[1] – سورة الروم الآية 21

[2] – سورة النساء الآية 34

[3] – سورة النساء الآية 35

لحكمة مشروعيته، كما يقتضي الأمر أيضا التطرق إلى دراسة حقيقة التحكيم في الشقاق بين الزوجين فقها وقانونا.

ومن هذا المنطلق قمنا بتقسيم الفصل الأول إلى مبحثين الاطار المفاهيمي للتحكيم في الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية (الجزائر، المغرب، تونس) في **(المبحث الأول)** وحقيقة التحكيم في الشقاق بين الزوجين فقها وقانونا في **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للتحكيم في الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية

لاستقرار المجتمع يجب توفر عامل التماسك الإجتماعي فهو مصدر القوة لتفادي التفكك الاسري، لذلك عمدت الإرادة التشريعية على وضع آليات وقيود تسيطر من خلالها على التعسف في حق اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية، تمثلت في إلزام القاضي المختص بالنظر في دعاوى الطلاق، بأن يحيل الزوجين المتنازعين إلى محاولات صلح أو تحكيم؛ يسعى من خلالها، التوفيق بين وجهات النظر المتباينة.

ولما كانت الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق بكافة صوره نهائية وغير قابلة للإستئناف إلا في ما يتعلق بالمسائل المادية فيها، فإن القاضي يسعى لأن لا يكون حكمه معيبا يستوجب الطعن فيتمسك بمحاولة التحكيم كإجراء يدخل ضمن مهامه القضائية.

المطلب الأول

مفهوم التحكيم

يعتبر التحكيم طريق استثنائي لفض النزاعات والخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثمة فهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، كما يعتبر إتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر

من الأفراد يسمون محكمين، ليفصلوا في النزاعات بدلا من أن يفصل فيه القضاء المختص، وبصفة عامة فالتحكيم بين الزوجين هو تولية الزوجين – أو من له أمر – شخصا أو أكثر أهل للفصل في الأمر المتنازع عليه.

الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة

التحكيم في اللغة يدور حول عدة معاني احتوتها قواميس اللغة العربية منها: المخاصمة، المنع والضبط والتفويض، القضاء، الإتقان والإحكام[1].

والحكم من أسماء الله الحسنى، والحكم والحكيم هما بمعنى الحاكم وهو القاضي فهو فعيل بمعنى فاعل[2].

ويقال للرجل إذا كان حكيما: قد أحكمته التجارب. والحكيم: هو الذي يحكم الأشياء ويتقنها، وقال حكموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم، ويقال حكم لنا فلانا فيما بيننا.

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 أحكام.

– أي أجزنا حكمه بيننا وحكمه في الأمر، فاحتكم جاز فيه حكمه، ويقال حكمت فلانا: أطلقت يده فيما يشاء، وحاكمنا فلانا إلى الله أي دعوناه إلى حكم الله.[3]

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

[1] – مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، ط02، ؛ القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، 2004م، ص290.

[2] – ابن منظور، لسان العرب. (د ط؛ بيروت: دار صادر، د س ن)، ص140–145.

[3] –مرتضى الزبيدي، تاج العروس. ج8 د ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1965، ص252.

الفرع الثاني: تعريف التحكيم اصطلاحا

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

وعند المالكية عرفه ابن فرحون بقوله: "أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما"[1]، كما انه اتفاق الخصمين على تفويض الحكم في مسألة معينة لرجل عدل غير احد الخصمين المتداعيين ، و غير جاهل بما حكم به في مال او جرح و لو عظم.[2]

وعند الحنابلة أنه: إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما"[3].

وعند الشافعية عرفه الماوردي بقوله: التحكيم أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا، 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 وكيلا 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 كالإمام [4].

امّا الحنفية فقد عرفوه بأنه تولية خصمين حاكما يحكم يبنهما وركنه لفظه الدال عليه[5]،

---

[1] – ابن فرحون، تبصرة الحكام. د ط، دار الكبب العلمية، بيروت، 1422هـ/2001م)، ص43.

[2] – وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر ، المجلد الثاني ، ط 2 ، دار الكلمة الطيب ، بيروت ، 2002 ، ص 607 .

[3] – ابن قدامة، المغني. ج8، ط1؛ دار الفكر العربي، بيروت، 1405هـ، ص484.

[4] – الموارديي، أدب القاضي، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص320.

[5] – ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، الجزء الرابع، ط02،دار احياء التراث العربي، لبنان، 1987،ص ص347، 348

كما أن ابن نجيم عرفه على أنه:" تولية الخصمين حكما يحكم بينهما ورطنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر.[1]

عند دراسة التعاريف السابقة الذكر للتحكيم عند علماء المذاهب الأربعة، نلاحظ أنه رغم اختلاف الصيغ، إلا جميعها يؤدي معنى واحد كما نجدها تتضمن المعنى اللغوي للتحكيم.

كما عرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها: التحكيم عبارة عن إحتكام الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما.

وعند المعاصرين عرفه مصطفى الزرقا بقوله: هو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حاكما بينهما لفصل خصومتهما بدلا من القاضي" [2].

لقد اختلفت التعريفات الفقهية حول تعريف التحكيم إلا أنها تصب كلها حول مفهوم ومعنى واحد هو تولية شخص أو أكثر للفصل في خصومة بين متخاصمين اثنين على الأقل وذلك بعيدا أو خارج نطاق المحكمة.

وعليه يمكن استنتاج تعريف خاص من التعارف السابقة بقولنا: أن التحكيم الزوجي هو تفويض الزوجين لشخصين مناسبين من أهلهما أو من غيرهما للفصل في موضوع نزاعهما دون القاضي المولّى[3].

الفرع الثالث: تعريف التحكيم في القانون

اقترح فقهاء القانون عدة تعريفات للتحكيم من بينها أنه الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محَكِمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة، حيث أن هذا التعريف

---

[1] – ابن نجيم المصري الحنفي، شرح البحر الرائق، ج7، ط02، منشورات محمد على بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1982، ص24.

[2] – مصطفى الزرقا، مدخل الفقهي العام، ط01، دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق، 1998،ص 619.

[3] – وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي– دراسة مقارنة لقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، بقطاع غزة— (رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، غزة، 2007م)، 11.

أخذ بفكرة الإتفاق على التحكيم ولم يشمل جميع مراحله بدءا بالاتفاق ومرورا بعرض النزاع وصولا إلى إصدار الحكم فيه وتنفيذه.

وسنتطرق في هذا الفرع للمواد القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري، وكذا في تشريعات الأحوال الشخصية لبعض الدول المغاربية؛ لمعرفة ما إذا كانت هذه الأخيرة قد تطرقت لتعريف التحكيم أم أنها أشارت إليه اشارة عابرة. وعليه وجب تبيان مدلول التحكيم في قانون الأسرة الجزائري (أولا)، وكيف عالجت مدونة الأسرة المغربية التحكيم (ثانيا)، ثم مجلة الأحوال الشخصية التونسية (ثالثا).

أولا: التحكيم في قانون الأسرة الجزائري

إن الناظر لصياغة نصوص هذا القانون، يجد أن المشرع الجزائري لم يعرف التحكيم ولو تعريفا بسيطا كطريق لفض الخلاف القائم بين الزوجين المتخاصمين، وتجدر الإشارة أنه لم يتطرق له في القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة، ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كونه القانون الإجرائي، غير أنه اكتفى بالنص على ضرورة تعيين حكمين عند إشتداد الخصام بين الزوجين للتوفيق بينهما، وهذا ما تضمنته المادة (56) من قانون الأسرة الجزائري[1].

كما نصت المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"، كما نصت المادة 447 من نفس القانون على أنه يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة".[2]

[1] – المادة 56 من الأمر رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الاسرة، ج ر ج ج عدد 24 الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] – أنظر المواد 446 الى 447 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، ج ر ج ج عدد 21 المؤرخة في 2008/04/23.

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].

باستقراء مختلف أحكام النصوص القانونية المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة إن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا صريحا للتحكيم ولو تعريفا بسيطا كطريق لحل النزاع بين الزوجين المتخاصمين، وكذا في القوانين الأخرى كالقانون المدني باعتباره الشريعة العامة ولو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كونه القانون الاجرائي على عكس ما قام به في تعريف الصلح وإنما ما قام به هو النص على ضرورة تعيين حكمين في حالة إشتداد الخصام بين الزوجين.

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 الحكمين 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 الإسلام والعدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف [2].

ثالثا: التحكيم في قانون الأحوال الشخصية التونسي

بالرجوع إلى أحكام الأمر العلي التونسي المتعلق بالأحوال الشخصية نصت المادة 25 من الفصل المتعلق بالتنازع بين الزوجين في الباب الأول المتعلق بأحكام الزواج على أنه:" إذا اشتكى أحد الزوجين من الإضرار به ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه

[1] – تنص المادة 222 من قانون الأسرة على انه:" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الاسلامية**".

[2] – أنظر المادة 400 من الظهير الشريف رقم 22.04.01 المؤرخ في 03 فيفري 2004 بتنفيذ قانون رقم 03-70 المتضمن اصدار مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 5184 المؤرخة في 05 فيفري 2004.

يُعَين حكمين وعلى الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الإصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال".[1]

من استقراء نص المادة يتضح أن المشرع التونسي لم يعطي تعريفا للتحكيم بل أقره وبين متى يتم اللجوء إليه مع تبيان وظيفة المحكمين وفقط، وأرجع نفاذ حكم التحكيم للحاكم الذي يعينهما.

المطلب الثاني

حكم التحكيم وحكمة مشروعيته فقها وقانونا

نظمت الشريعة الإسلامية جميع قضايا الحياة في أنظمتها وتعاليمها فهي لم تغفل عن القضاء عموما وعن التحكيم خصوصا وإنما شرعت الأحكام اللازمة لإيجاد نظامه في المجالات التي يمكن أن تحسم فيها المنازعات بأقصر الطرق وأيسرها، دون الرجوع إلى القضاء الذي تطول إجراءاته في فض المنازعات، وللإلمام بجوانب حكم التحكيم ومشروعيته في الفقه والقانون وجب بيان حكم التحكيم ومشروعيته في الفقه (الفرع الأول)، ومشروعية التحكيم في القانون (الفرع الثاني)، وفي الأخير تبان الحكمة من مشروعيته (الفرع الثالث).

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 ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[2]

فالأمر هنا للوجوب لعدم إقترانه بالقرينة الصارفة عن الوجوب.

[1] – المادة 25 من الأمر العلي المؤرخ في 13 /1956/08 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي التونسي، عدد رقم 66 المؤرخ في 1956/08/17، المنقح بالقانون عدد 20 لسنة 2008 بتاريخ 04 مارس 2008.

[2] – النساء الأية 35.

وقد ركن الفقهاء ذلك في نصوصهم، فقد جاء في منح الجليل: آية بعث الحكمين فالعمل بها واجب.[1]

وجاء في نهاية المحتاج: فإذا اشتد الشقاق – الخلاف بين الزوجين– بعث القاضي وجوبا للأمة، لأنه من باب دفع الظلمات وهو من الفروض العامة على الحاكم [2].

وفي حاشية الباجوري: "فإذا اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي وجوبا حكمين مسلمين حرين عادلين عاريين بالمقصود".[3]

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

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

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

- جواز التحكيم مطلقا ولو وجد قاضيه في البلد.
- يجوز التحكيم إذا لم يوجد قاضيه في البلد.
- لا يجوز مطلقا.

القول الأول: جواز التحكيم مطلقا

وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية وبعض الإماميه[4].

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

---

[1] – محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل على مختصر خليل. ج2(ط:1؛ 1404ه/1984م)، ص178.

[2] – الرملي، نهاية المحتاج، ج 6، د ط، دار الفكر ومطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، 1984، ص392.

[3] – ابراهيم بن محمد بن أحمد الشافعي الباجوري(1784 م–1860م)، دار الكتب العلمية، بيروت، د س ن، ص187.

[4] – السرخسي، المبسوط، ج16، د ط، دار المعرفة، بيروت، 1985، ص73.

1- من الكتاب:

أ- قال الله تعالى ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[1]

وجه الدلالة:

الآية جاءت صريحة بجواز التحكيم بين الزوجين ومشروعيته، عند الإختلاف والشقاق، قال القرطبي رحمه الله تعالى: إن هذه الآية دليل إثبات التحكيم وليس كما يقول الخوارج أنه ليس التحكيم لأحد سوى الله تعالى وهذه الكلمة حق ولكن يريدون بها الباطل.[2]

ب- قوله تعالى: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ ۚ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ ۚ فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَاخْشَوْنِ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا ۚ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾[3]

وجه الدلالة:

التحكيم هو لون من ألوان إحقاق الحق ورده إلى أهله.

2- من السنة:

وردت عدة أحاديث تبين مشروعية التحكيم، ومن هذه الأحاديث:

* عن هانئ بن يزيد رضى الله عنه أنه لما وفد إلى النبي صلى الله عليه وسلم مع قومه وسمعهم النبي صلى الله عليه وسلم وهم يكنونه بأبي الحكم فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فقال((إن الله هو الحَكَمُ وإِلَيْه الحُكْمُ فلما تكنيت بأبي الحَكَم؟، قال: لا ولكن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، قال: ما أحسن هذا، ثم قال: مالك

[1] – سورة النساء، الآية 35.

[2] – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 05، د ط، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر، 2004، ص179.

[3] – سورة المائدة، الآية 44.

من الولد؟ قلت: لي شريح وعبد الله ومسلم بن هانئ، قال: فمن أكبرهم؟ قلت: شريح قال : فأنت أبو شريح))[1].

وجه الدلالة:

رسول الله ﷺ أقر تحكيم أبا شريج بين قومه، وأظهر استحسانه، لفعل أبي شريح ولم ينهه عنه، وهذا يدخل ضمن السنة التقريرية.[2]

أما ما قام به رسول الله صلى الله عليه وسلم من تغيير كنية أبي لحكم إلى أبي شريح لم يكن نهيا عن التحكيم، وإنما كره له ذلك حتى لا يشارك الله في صفة من صفاته [3]، فالحكم من صفات المولى عز وجل لا يشاركه فيها أحد.

* عن أبي سعيد الخذري رضي الله عنه قال لما نزل أهل قريظة على حكم سعد أتى النبي صلى الله عليه وسلم على حمار، فقال: ((إن هؤلاء نزلوا على حكمك))، قال: (فإني أحكم أن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم)، قال: (حكمت فيهم بحكم الملك).[4]

وجه الدلالة:

رسول الله ﷺ قبل تحكيم بني قريظة له لما نزلت على حكمه ثم جعل الحكم فيهم إلى سعد بن معاذ برضاهم، فكان الحديث نصا في جواز التحكيم، وإلا لما حكّم فيهم سعدا برضاهم، ولما عمل بحكم سعد فيهم، إذ أن التحكيم لو لم يكن مشروعا لما صح حكم سعد، ولما وجب

---

[1] – – رواه أبو داود، وهذا لفظه. ج2، د ط.، د ب ن، د.ت، ص585، والنسائي في السنن الكبرى. تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي،ج2، ط:1؛ مؤسسة الرسالة، بيروت،1421ه/2001م)، كتاب القضاء، "باب إذا حكموا رجلا"، حديث رقم: 5940، والبيهقي، السنن الكبرى. تحقيق: محمد عبد الغادر عطا،، ج 10، د ط، مكتبة الباز، مكة المكرمة: 1414ه/1994م)، كتاب آداب الفاضي، باب ما جاء في التحكيم، حديث رقم: 21015، ص145.

[2] – أبو عبد الله مصطفى العدوي شلبية المصري، سلسلة التفسير لمصطفى العدوي، د ط، د س ن، ص 18.

[3] – ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناح، د ط، المكتبة العلمية، بيروت، 1979، ص419.

[4] – النسائي أبو عبد الرحمان بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق: عبد الفتاح غدة، ط02، مكتبة المطبوعات الاسلامية، حلب، سوريا، 1986، ص 54، وقال الشوكاني متفق عليه: نيل الأوطار، ج 08، ط01، دار الحديث، مصر، 1993، ص 62.

تنفيذه، وأن المجمع عليه بين الفقهاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد عمل بحكم سعد فيهم [1].

3- من الاجماع

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 إجماعا[2].

ومن الآثار التي رويت عن الصحابة في ذلك ما يلي:

أ/ جاء رجل وامرأة علي رضي الله عنه ومع كل واحد منهما فئام[3] من الناس فأمرهم علي رضي الله عنه فبعثوه حكما من أهله وحكما من أهلها ثم قال للحكمين:" تدريان ما عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا، قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه وليا، وإلى الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه: كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به[4].

ب/ عن أبي عميس أخبري عبد الرحمان ابن قيس ابن محمد ابن الأشعث عن أبيه عن جده، قال: اشترى الأشعث رقيقا من رقيق الخمس، من عبد الله بعشرين ألفا فأرسل عبد الله اليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف فقال: عبد الله: فاختر رجلا يكون بيني وبينك، قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، فقال عبد الله: فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

[1] – ابن نجيم زين الدين ابن ابراهيم بن محمد ابن بكر، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ط02، دار المعرفة بيروت، د س ن، ص 498.

[2] – شمس الدين السرخسي، المبسوط، ط01، دار المعرفة، لبنان 1409 هـ- 1989م، ص62، محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، تحقيق: يوسف الغوش، الجزء السادس، ط01، دار المعرفة، لبنان 1428 هـ - 2007 م، ص 498

[3] – **فئام: يقال عند فلانة فئام من الناس وهي الجماعة من الناس**، ابن منظور ليان العلاب، المصدر السابق، ص448.

[4] – البيهقي، أبو بكر، السنن الكبرى، ج7، كتاب القسم والنشوز، باب الحكمين في شقاق الزوجين، رقم الحديث 14782/، ص498.

يقول ((إذا اختلفا البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة، أو يتتاركان))[1]، قوله يكون بيني وبينك، أي حكما، وقوله: إختر رجلا يكون بيني وبينك)) جواب الأشعث صريح بأن التحكيم أمر مشروع لا ينكره أحد وهذا إجماع.

4- من المعقول:

للمحكمين ولاية على أنفسهما، فصح تحكيمها، لأن صحة تحكيم المحكمين مبنية على تمتعهما بالولاية على النفس.

فكثير من الناس يرون سهولة اللجوء إلى التحكيم لبساطة إجراءاته، وقلة نفقاته وقصر وقته والرغبة في الإبتعاد عن الخصومة والخوض فيها، ولا سيما إذا كانوا بعيدين عن القضاء لأنهم يجدون صعوبة في الوصول إلى القاضي[2]، وفي هذا الصدد نميز ثلاثة أقوال:

*** القول الأول:**

أ – الحاجة داعية إليه، ففيه سعة للناس في فصل أقضيتهم بواسطة محكميهم من غير ترافع للحكام ممن لا يرغب حضور مجالس القضاء في فصل أقضيتهم[3]، أو يرغب في تجنب طول أمد المرافعة والإبتعاد عن الخصومة وللدد[4] فيها؛ لأن الحكم متفرغ لهذه القضية بخلاف القاضي الذي يشغله عدد من القضايا، كما أنه مرتبط بزمن معين للعمل بخلاف الحكم، كما فيه التخفيف عن القضاء [5].

---

[1] – أخرجه سليمان ابن الاشعث ابن اسحاق 275، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ج03، د ط، المكتبة العصرية، بيروت د س ن، كتاب البيوع، باب اذا اختلفا البيعان والمبيع قائم، رقم الحديث: 285/3511.

[2] – قادري محمد محمود، التحكيم في ضوء الشريعة الاسلامية، ط01، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009، ص62.

[3] – ابن العربي، أحكام القرآن، ج 02، ط03، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص125.

[4] – **اللدد: الخصومة الشديدة مع الميل عن الحق، يقال فلان فيه لدد، وبني وبينه لدد**"،

[5] – قحطان الدوري، عقد التحقيق في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ط01، دار الفرقان للنشر، 2002، ص106.

ب- التحكيم يتم به فض المنازعات وإصلاح ذات البين، وعدم جوازه يؤدي إلى ضياع الحقوق واشتداد المشاحنات، ومن هذا فالعقل لا يمنع جوازه، كما أن التحكيم من العقود التي تعارف عليها الناس قبل الإسلام ولم يرد نص يحرمه، والأصل في الأشياء الإباحة. [1]

القول الثاني: جواز التحكيم بشرط عدم وجود قاضي في البلد

وإلى هذا ذهب بعض، الشافعية والظاهرية، وقد استدلوا على ذلك: أن التحكيم في هذه الحالة للضرورة كي تنقص المنازعات، أما إذا وجد القاضي امتنع التحكيم، لأن حكم الحكم أدنى رتبة من حكم القاضي، وذلك لعموم ولاية القاضي[2].

القول الثالث: عدم جواز التحكيم مطلقا

وإلى هذا ذهب بعض الشافعية وبعض الإمامية وبه قال الخوارج.

وقد استدلوا على ذلك: بأن حكم الحكم فيه فتاوي على الإمام ونوابه، فيؤدي إلى اختلال أمر الحكام وقصور نظرهم[3].

الرأي الراجح:

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

[1] – حمزة دحدي، ضياء الدين جزار، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بين القانون الوضعي (الجزائر، المغرب، مصر، أنموذجا)، مذكرة لنيل شهادة ماستر في العلوم الاسلامية، تخصص شريعة وقانون، معهد العلوم الاسلامية، قسم الشريعة، جامعة حمة لخضر، الوادي، الجزائر، 2019/2018، ص ص 17، 18.

[2] – الرميلي، المرجع السابق، ص231.

[3] – المرجع نفسه، ص 230.

وكذلك القول الثالث ضعيف لأن حكم المحكم ليس فيه افتيات على الإمام بل إن الإمام قد يعين من يقوم بالتحكيم بين الناس [1].

ومما سبق يتبين أن التحكيم مشروع بالكتاب والسنة النبوية كما جرى به عمل الصحابة رضي الله عليهم.

الفرع الثاني: مشروعية التحكيم في القانون

إن المقصود بمشروعيته التحكيم هو إيجاد أدلة على صحته وجوازه

أولا: مشروعية التحكيم في القانون الجزائري

نصت المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما[2].

يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقررا عن مهمتها في أجل شهرين.

من خلال هذه المادة تبين لنا أن المشرع الجزائري نص هو الآخر على جواز ومشروعية التحكيم بين الزوجين في حالة اشتداد النزاع بينهما بسبب الشقاق المستمر، ولم يستطع كلاهم أن يثبت الضرر الذي ألحقه به الطرف الآخر، لهذا أوجب المشرع على القاضي أن يبعث حكمين للتوفيق بينهما.

كما أضافت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي:" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"[3]،كما منح للقاضي أيضا سلطة تعيين حكمين لمحاولة الاصلاح في حالة ما إذا لم يثبت ضرر أثناء الخصومة وذلك

[1] – قادري محمد محمود، المرجع السابق، ص66.

[2] – أنظر المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[3] – أنظر المادة 1006، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

حسب مقتضيات قانون الأسرة وهذا ما قضت عليه المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1].

انطلاقا مما سبق ذكره في النصوص القانونية الواردة في كل من قانون الأسرة الجزائري وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنها تؤكد على مشروعية وجواز العمل بالتحكيم في قضايا شؤون الأسرة.

ثانيا: مشروعية التحكيم في مدونة الأسرة المغربية

نص المشرع المغربي على ضرورة بعث الحكمين في القسم الرابع من الباب الأحوال الخاص بالتطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق.

حيث نصت المادة 82 من هذه المدونة على ما يلي:" للمحكمة أن تقوم بكل الاجراءات بما فيها انتداب حكمين...."[2].

كذلك نجد المادة 95 تنص على ما يلي:" يقوم الحكمان أو من في حكمها باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ويبذلان جهدها بإنهاء النزاع"[3].

من خلال مضمون المواد السابقة الذكر يتضح لنا أن المشرع المغربي نص على الحكمين وكذا مهمتهما في الإصلاح بين الزوجين وهذا دليل كافي على جواز ومشروعية إجراء التحكيم في القانون المغربي.

ثالثا: مشروعية التحكيم في قانون الأحوال الشخصية التونسي

نص المشرع التونسي في الأمر العلي المتعلق بالأحوال الشخصية في نص المادة 25 من الفصل المتعلق بالتنازع بين الزوجين في الباب الأول المتعلق بأحكام الزواج على أنه:" إذا اشتكى أحد الزوجين من الاضرار به ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه

[1] – أنظر المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[2] – انظر المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية. المرجع السابق.

[3] – انظر المادة 95 من مدونة الأسرة المغربية. المرجع السابق.

يُعَين حكمين وعلى الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الاصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال.

من نص المادة يتضح أن المشرع التونسي نص على التحكيم وأرجع نفاذ حكم التحكيم للحاكم الذي يعينهما، وهذا دليل على مشروعيته.

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية التحكيم

معلوم أن أهمية موضوع ما ترجع إلى مدى ما يحققه من مصالح ومقاصد ومن ثم تتبع أهمية التحكيم في كونه يحقق العديد من المصالح والمقاصد، فهو يحقق مقاصد مهمة من مقاصد التشريع الإسلامي والناظر في النصوص الشرعية والتطبيق العملي، يجد مكانة خاصة للتحكيم، ومن هذه المصالح والمقاصد:

الإسراع في فض النزاع، وذلك لأن المحكَّمين يكونون عادة متفرغين للفصل في هذه الخصومة، وليس عندهم خصومات أخرى، فيتيسر لهم البدء فوراً في إجراء التحكيم، وإنهائه في وقت أقصر بكثير مما يتم في المحاكم، وهذا فيه مصلحة ظاهرة في الإسراع في إيصال الحق لصاحبه، مع ملاحظة أن للوقت أثراً مهماً على الحق المتنازع عليه وخاصةً في القضايا المالية، وأن سرعة الإنجاز عامل مهم لنجاحها والبطء في اتخاذ القرار يجعل الأضرار تتنامى وتتضاعف، حتى إن الخسائر المالية التي يتكبدها أطراف النزاع تفوق بكثير أجرة أو راتب إقامة اثنين من المحكمين، ينهون النزاع خلال مدة وجيزة، وذلك مثل مجمع سكني كبير يجري حوله نزاع، ويخسر الطرفان خسارة كبيرة نتيجة تعطل العمل وبطء إجراءات المحاكم الشرعية المشغولة بالعديد من القضايا.

تلافي الحقد والعداوة والبغضاء بين الخصوم، بقدر الإمكان، وذلك لأن أساس التحكيم يقوم على مبدأ أن الحكم مختار من قبل الخصوم أنفسهم، اختاروه بطيب نفس منهم، وهذا الشخص المختار حائز على ثقتهم، مما يجعل الحكم كأنه صدر من مجلس عائلي، وداخل أسرة واحدة – وهذا سنتطرق إليه عند الحديث عن التحكيم في الشقاق بين الزوجين – فالحكَم

المختار وإن لم يكن من الأهل، فهو أقرب إلى أن يكون من الأهل، بخلاف ما لو صدر الحكم من قضاء مفروض على الطرفين سبقه مخاصمة ومشاحنة وبغضاء.

وبالتالي فيمكن القول بأن التحكيم يحقق العدل بلا عداوة بين الخصوم، بخلاف القضاء الذي يحقق العدل لكنه كثيرا ما يخلف وراءه العداوة، والأحقاد بين المتنازعين؛ وهذا ما قاله عمر رضي الله عنه: (ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم من ذوي الأرحام).[1]

التحكيم كما يحفظ العلاقة الطيبة بين الأقارب، يحافظ على العلاقة الطيبة بين التجار، فكثيرا ما يقع نزاع بين تاجرين في أحد العقود، ثم يحكِّمون طرفا ثالثا في هذا النزاع، ولا يمنعهم هذا من الاستمرار في التعامل التجاري بينهم، بل إن هذا يزيد ثقة بعضهم ببعض، بخلاف التنازع أمام القضاء، فهو كثيرا ما يقوض التعامل بين طرفي العقد بسبب قيامه على المشاحة.

التحكيم فيه روح الإعتدال، إذ القضاء فيه الهيبة، والوقار، والوساطة فيها الترجي والشفاعة، ويأتي التحكيم وسطاً بين هذين الأسلوبين، مما يجعله يحتل مكاناً وسطاً بين صلابة القضاء، ومرونة الوساطة وغيرها من طرق التسويات، وخير الأمور أوسطها.

التحكيم يساهم في إقامة العدل بين الناس، فإن ثمرة القضاء، وغايته هو إيصال لها الحقوق إلى المرأة، سواء كان ذلك عن طريق الفصل القضائي العام، أم عن طريق الحكم الاختياري المتمثل في التحكيم الاختياري باختيار الحكَمين، فكلاهما طريقان لإيصال الحقوق إلى أهلها على وفق الأصول، والضوابط التي تؤدي إلى العدل، وإحقاق الحق كما يسهم في إصلاح ذات البين، وقطع المنازعات، والخصومات في المجتمع المسلم، وبالتالي تقل القضايا

[1] – مصنف ابن أبي شيبة، 534/4 وقال ابن حزم في المحلى (كتاب الصلح) هذا لا يصح عن عمر أصلا لأننا إنما رويناه من طريق محارب بن دثار عن عمر وعمر لم يدركه محارب ومحارب ثقة فهو مرسل المحلى، 164/8، وذكره السرخسي في المبسوط 110/16.

المرفوعة لدى القضاة، وهذا يؤثر إيجاباً في تقليل عدد القضاة المطلوب تعيينهم، وهو يخفف العبء المالي على الدولة.

مما يعني مساهمة المواطن في هذا الجانب من خلال إفشاء التحكيم وإعماله في تحقيق المصلحة العامة للبلد، قال ابن العربي « فلا بد من نصب فاصل، فأمر الشرع بنصب الوالي ليحسم قاعدة الهرج وأذن في التحكيم تخفيفاً عنه، وعنهم في مشقة الترافع لتتم المصلحتان، وتحصل الفائدتان »[1]

التحكيم يتيح للمتنازِعين فرصة اختيار محكَّمين أصحاب تخصص دقيق في موضوع النزاع، يسهم في فهم سريع ودقيق لموضوع الخلاف وبخاصة في بعض القضايا الفنية الدقيقة التي قد لا تتوافر في القاضي الذي ينظر في مختلف القضايا، ويعتمد على رأي أهل الخبرة. وبالتالي يكون الحكَم المتخصص أفهم للقضية وأسرع في الفصل من غيره.

من فوائد التحكيم في الشقاق بين الزوجين أن المحكِّمين يملكون صلاحية تحديد المدة التي يرونها ملزمة للمحكَّم لإنهاء النزاع، وعلى المحكَّم أن يلتزم بذلك، وهذا إن كان الحكمان من خارج القضاء للإصلاح فقط. وهذه ميزة لا يمكن توفيرها عن طريق القضاء.[2]

المبحث الثاني

حقيقة التحكيم في الشقاق بين الزوجين فقها وقانونا

إذا تمادى الخلاف بين الزوجين اشتد بينهما، ولم تجد الوسائل نفعا عند نشوز الزوجة أو الزوج (الوعظ، الهجر، الضرب والصلح)؛ وهذه الوسائل الوقائية تكون فيما بين الزوجين بدون

[1] – وائل طلال سليك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، جامعة غزة، فلسطين، 2007، ص 20.

[2] – محمد خلوصي ونبيل عباس :المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية ص: 59 د:أحمد هندي :تنفيذ أحكام المحكمين ص:19

تدخل خارجي؛ لا تخرج من نطاق الأسرة ولا يطلع على إتيانها سوى الزوجين ولا مجال لبعث الحكمين في هذه الحالات، ويرى كل منهما أنه على حق، فقد أرشدنا المولى إلى التحكيم، كما أن المشرع الجزائري أحالنا إليه عند فشل الصلح القضائي.

شرع المولى عز وجل التحكيم عند وقوع الشقاق بين الزوجين أو خوف وقوعه، وإذا اشتد النزاع والخصام بينهما كما تنص الفقرة الأولى من المادة 56 من قانون الأسرة إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي التفريق للضرار، ولهذا سنتناول الشقاق وحكم مشروعيته في (المطب الأول)، وكذلك نبين أسباب اللجوء إلى التحكيم في الفقه والقانون في (المطب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الشقاق

قد يحدث نوع من النشوز من قبل الزوجين معا أو ما يسمى بالشقاق، فلا يعرف الظالم من المظلوم، لذا لمعرفة حقيقة هذا الشقاق في هذا المطلب فعلينا التعرض إلى تعريف الشقاق من الناحية اللغوية والناحية الاصطلاحية في الفرع الأول، وإلى حكم مشروعيته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الشقاق لغة

مشتق من الفعل شق، يقال شاقه، مشاقة وشقاقا أي: خالفه والمشاقة والشقاق: غلبت العداوة والخلاف والشق بالكسر نصف الشيء.[1]

[1] – ابن منظور، المرجع السابق، ص 181.

والشق والواحد من الشقوق، وبالكسر الشق من المشقة [1]، ومنه قوله تعالى ﴿ **إِلَّا بِشِقِّ الْأَنفُسِ** ﴾. [2]

وعليه فالمقصود بالشقاق في اللغة الخلاف والعداوة.

الفرع الثاني: تعريف الشقاق اصطلاحا

أولا: تعريف الشقاق في الاصطلاح الفقهي

إن الأصل الشرعي للتفريق بين الزوجين بسبب الشقاق، هو قوله عز وجل: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [3]

وقد جاء عن ابن العباس، في قوله: { وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها} فهذا الرجل والمرأة، إذا تفاسد الذي بينهما، فأمر الله سبحانه أن يبعثوا رجلا صالحا من أهل الرجل ومثله من أهل المرأة، ينظران أيهما المسيء، فان كان الرجل هو المسيء، حجبوا عنه امرأته وقصروه على النفقة، وإن كانت المرأة هي المسيئة قصروها على زوجها، ومنعوها النفقة. فإن اجتمع رأيهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائزا [4]. فالشقاق هو النزاع الشديد". [5]

---

[1] – الرازي، المرجع السابق، ص 343.

[2] – سورة النحل، الآية 7.

[3] – سورة النساء، الآية 35.

[4] – الطبري، محمد بن جرير، تفسيد الطبري جامع البيان عن تأويل القرآن، تحقيق: واخرج أحاديثه: محمود محمد شاكر، دار المعارف، مصر، ج8، ص 319. وجاء عن القرطبي:" فكان كل واحد من الزوجين يأخذ شقا غير شق صاحبه، أي ناحية غير ناحية صاحبه، والمراد "إن خفتم شقاق بينهما "فأضيف المصدر إلى الظرف وقيل إن "بين" أجرى مجرى الأسماء وأزيل عنه الظرفية، إذ هو بمعنى حالهما وعشرتهما"، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص 174 – 175.

[5] – وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص495.

وقال الشافعي:" والله أعلم بمعنى ما أراد الله فأما ظاهر الآية فإن خوف الشقاق بين الزوجين أن يدعي كل واحد منهما على صاحبه منع الحق ولا يطيب واحد منهما لصاحبه بإعطاء ما يرضى بها.[1]

لقد وردت اختلافات في فهم الآية الكريمة في مسائل نجملها في ما يلي:

المسألة الأولى: ما جاء من اختلاف حول المخاطب "وإن خفتم"

يرى الجمهور من العلماء أن المخاطب هو الحكام والأمراء. وقيل إن المقصود هما الزوجان، أي إن يرد الزوجان إصلاحا وصدقا فيما أخبرا به الحكمين " يوفق الله بينهما".

كما قيل أن الخطاب موجه للأولياء، أي إن علمتم أي خلاف بين الزوجين { فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها } أي أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين.[2]

المسألة الثانية: ما جاء من الاختلاف في قوله:" إن يريدا"

في قول ابن عباس ومجاهد وغيرهما أن المقصود هما الحكمان إذا أرادا الإصلاح وفق الله بان أمدهما بتوفيقه فصلح أمرهما وأمر الزوجين.

كما قيل أن المقصود هما الزوجان، فلا يخلو ضرورة الضمير الذي في "بينهما" من أن يكون راجعا إلى الزوجين، أي إن يرد الزوجان إصلاحا " يوفق الله بينهما "،لأن النية هي الأصل، فإن صلحت صلح الحال [3].

الترجيح في المسألتين:

بالنسبة للمسألة الأولى، فان ما ذهب إليه الجمهور بان المخاطبين ب " وإن خفتم"، هم الحكام وولاة الأمور والأولى بالأخذ، لأن ولي الأمر أو من يقوم مقامه كالقاضي وهو الذي بيده

[1] – الشافعي محمد ابن إدريس، الأم، ج 5، د ط، دار المعرفة بيروت، لبنان، 1990،، ص333.

[2] – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ص 175.

[3] – ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج 1، ص 426، اب حزم، أب محمد علي بن أحمد، المحلى بالآثار، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ج9، ص248 (د. ط)،(د.س.ن).

إزالة الضرر ومنع الظلم، وأن بعث الحكمين من طرف ولي الأمر أو القاضي فيه من الخضوع لتنفيذ الحكم من طرف الأفراد ما ليس لغيره لما له من سلطة.

بالنسبة للمسألة الثانية

فإن الرأي الصائب والمعقول هو اعتبار المخاطب في قوله "**إن يريدا** "، هم الحكمان وليس الزوجان، على اعتبار أن هذين الأخيرين في عداوة' وكل واحد منهما مبغض لصاحبه، فكيف يبعثا بالحكمين ؟

كما أن الآية فيها ترغيب لمن يتولى عملية الإصلاح بصدق، يجعل الله التوفيق من نصيبه في لم شمل الزوجين المتخاصمين.

ونخلص أن المقصود بالشقاق في الاصطلاح الشرعي هو استحكام الخلاف وسوء العشرة' التي سببها كل من الزوجين للآخر فأضحت الحياة مريرة بما يكفي لإدخال أطراف خارجية، لكنها جديرة بالثقة لأنها من الأهل والقرابة، لأجل تجاوز حالة الشقاق بالتحكيم[1].

ونلاحظ أن هناك اتفاق في المعنى والمضمون حول ما ورد في تعريف الشقاق، في اللغة والاصطلاح الشرعي، كون لا يخرج عن معنى العداوة والنزاع الشديد.

ثانيا: تعريف الشقاق في الاصطلاح القانوني

لقد ورد لفظ "الشقاق "من خلال نص المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الثامنة كما يلي: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:...**

- الشقاق المستمر بين الزوجين..."[2]

[1] – بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، 2010-2011، ص 111.

[2] – أنظر المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

فأباح المشرع التفريق بين الزوجين إذا ما كان سببه كثرة الخلافات والصدامات في الحياة الزوجية بسبب العداوة المتزايدة بينهما، غير أنه في نص المادة 56 من نفس القانون، أوجب تعيين حكمين للتوفيق بين الزوجين في حالة اشتداد الخصام، حيث جاء فيها:" 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 يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"[1].

إن أصل هذه القاعدة القانونية هو الآية الكريمة ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[2]

فتعيين الحكمين من طرف القاضي، بحيث يكون حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، هو الحل لتجاوز الشقاق والعداوة بين الزوجين وعليه فالتحكيم مرتبط بحالة الشقاق بل إن هذه الأخيرة تدعو إلى تدخل طرف ثالث لوقف تدهور العلاقة الزوجية وانهيار الأسرة[3].

ولم يساير المشرع الجزائري باقي التقنينات العربية، حينما وضحت بعناية دور الحكمين وصلاحيتهما في الجمع والتفريق والشروط الواجب توافرها فيهما، بل اكتفى بالإحالة إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". [4]

[1] – أنظر المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2] – سورة النساء، الآية 35.

[3] – بوزيد وردة، المرجع السابق، ص113.

[4] – أنظر المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

المطلب الثاني

أسباب اللجوء للتحكيم في الفقه والقانون

سنحاول من خلال هذا الفرع ابراز أسباب اللجوء إلى التحكيم من الناحية الفقهية أولا ثم من الناحية القانونية ثانيا.

الفرع الأول: أسباب اللجوء للتحكيم في الفقه.

اتفق فقهاء المذهب المالكي والحنفي على جواز بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت احوالهما في التشاجر أي لم يعرف منها المحق من المبطل، كما قد يكون سبب اللجوء إلى الحكمين هو الشقاق المستمر بين الزوجين سواء نشوز المرأة عن زوجها أو بتعديه هو عليها، أو لا يظهر من فيهما المعتدي على الآخر[1]، كما انه إذا ما احتدم الشقاق واستمر النزاع بين الزوجين ولم تجد معهما وسائل الإصلاح المتمثلة في الوعظ والضرب والهجر فلابد من التحكيم وهو أمر من الله عزو جل، لعل الحكمان يتوصلان إلى حل ووفاق فيعيدان الأمور إلى نصابها ويقطعان أسباب الخلاف ويحلان الوفاق والإصلاح محله، وبالتالي يفهم مما سبق ان السبب الرئيسي والجوهري للجوء إلى التحكيم هو احتدام النزاع واستمرار الشقاق بين الزوجين [2].

الفرع الثاني: أسباب اللجوء للتحكيم في القانون

أما أسباب اللجوء إلى التحكيم في القانون فسنسلط الضوء على قانون الأسرة الجزائري والمغربي والتونسي كون مذكرتنا تتناول التشريعات المغاربية الثلاث.

[1] – ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، دار الفكر والطباعة والنشر، بيروت، 2008، ص 79.

[2] – حشاش جمال، التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الاسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، المجلد 28، 2014، ص1747.

أولا : أسباب اللجوء للتحكيم في القانون الأسرة الجزائري

أشار المشرع الجزائري إلى التحكيم في مادة وحيدة وهي 56 حيث نصت هذه المادة على ما يلي إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما[1].

يظهر من خلال المادة أن المشرع أخذ بفكرة الشقاق كسبب من أسباب اللجوء إلى التحكيم، كما اعتبره سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة المطالبة بالتطليق وجاء ذلك ضمن المادة 8/58 من قانون الأسرة الجزائري والتي اضافها المشرع ضمن تعديل 2005، وبالتالي نفهم من هذا أن إشتداد الخصام المنصوص عليه في المادة 56 السابقة الذكر هو نفسه الشقاق المستمر بين الزوجين الوارد ذكره ضمن المادة 8/53 المذكور أعلاه [2]، فإذا كانت الإساءة لذا لابد على القاضي أن يبذل جهده في استئصال جذور الخلاف، فإن لم يفلح في ذلك لجأ إلى الحكمين لتولي مهمة الإصلاح والتوفيق بين الزوجين [3].

ثانيا : أسباب اللجوء إلى التحكيم في مدونة الأسرة المغربية

خص المشرع المغربي الباب الأول من القسم الرابع الخاص بالتطليق بعنوان التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق ونص بعده في المادة 94 على [4]: إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخالف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات

[1] – انظر المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

[2] – أيت شاوش دليلة، انهاء الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2014، ص ص 250–251.

[3] – لمعيني سمية، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الطلاق وآثاره، مذكر ماستر، في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر 2015، ص19.

[4] – المادة 94 من مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر.

لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه [1]، يتضح لنا أنه لم يأخذ بالشقاق كسبب رئيسي للجوء إلى التحكيم وإنما يلجا إليه في حالة وقوع النزاع دون أن يصل إلى حد الشقاق.

ثالثا : أسباب اللجوء إلى التحكيم في قانون الأحوال الشخصية التونسي

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد نص في الأمر العلي المتعلق بالأحوال الشخصية في نص المادة 25 من الفصل المتعلق بالتنازع بين الزوجين في الباب الأول المتعلق بأحكام الزواج على أنه:" اذا اشتكى أحد الزوجين من الاضرار به ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يُعَين حكمين وعلى الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الاصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال.

من نص المادة يتضح أن المشرع التونسي نص على التحكيم وأرجع سبب اللجوء إليه في حالة الاشكال على الحاكم لوجود شكوى من أحد الزوجين بوجود الإضرار به وعدم وجود البينة له.

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 التصدع والأطفال من التشرد، 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.

[1] – المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر.

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 الحنفية [1]، والمالكية [2]، والشافعية [3]، والحنابلة[4]، إلى أنه يشترط في الحكمين الإسلام؛ فلا يحكم غير المسلم في المسلم لما فيه من الاستعلاء عليه [5].

وقد قال الله تعالى﴿ **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا** ﴾.[6]

والتحكيم نوع سبيل ولا شك 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 كتابيا؛ لأن حكم الحكمين ينفذ على الزوجين معا، ولا يجوز أن يحكم الكافر على المسلم إذ كيف له أن يريد الإصلاح ولخير للمسلمين.

---

[1] – الكساني، المرجع السابق، ص03، الزيلعي، تبيين الحقائق، ص 193.

[2] – ابن العربي، المرجع السابق، ص 542.

[3] – الشربيني، المرجع السابق، ص261.

[4] – ابن قدامة المغني، المرجع السابق، ص244.

[5] – محمد سليمان النور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الاماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، كلية الشريعة والدراسات السلامية، جامعة الشارقة، الامارات، المجد التاسع، العدد الثاني، 2012، ص171.

[6] – سورة النساء، الأية 141.

2- التكليف :

ذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] إلى أنه يشترط في الحكمين البلوغ والعقل، ولم نقف على خلاف في هذا الشرط؛ ويدل على هذا الشرط قوله عليه الصلاة والسلام: رفع القلم على ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعلى المجنون حتى يفيق[5].

3 - عدم السفه :

ذهب المالكية[6] إلى أنه يبطل حكم السفيه، ولم يتم ذكر هذا الشرط عند المذاهب الأخرى الأخرى فيما تيسر الإطلاع عليه.

4- أن يكونا من أهل الزوجين إن أمكن :

إختلف الفقهاء في اشتراط كون الحكمين من أهل الزوجين على قولين هما

القول الأول:

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

وهو قول جمهور المالكية[7]، وبعض الشافعية، ومقتضى قول الخرقي من الحنابلة، وقال ابن تيمية [8]إنه أصح.

---

[1] – الكساني، المرجع السابق، ص03.

[2] – الخرشي، شرح مختصر خليل، ط1، مطبعة محمد أفندي مصطفى، مصر، 1360هـ، ص08.

[3] – أبو زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج6، (ط:3، المكتب الاعلامي، بيروت: 1412هـ/1991م)، ص372.

[4] – ابن قدامة المغني، المرجع السابق، ص244.

[5] – سنن أبي داوود، تحقيق محمد مدي الدين الجزء الرابع، د ط، المطبعة العصرية، د س ن، كتاب الحدود باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، الحديث رقم 4403.، ص139.

[6] –المواق، المرجع السابق، ص16.

[7] – القرطبي، المرجع السابق، ص175.

[8] – ابن عبد الهادي الحنبلي وآخرون، اختيارات شيخ الاسلام ابن تيمية، تحقيق سامي بن محمد بن جد الله، ج1، ط1، مجمع مجمع الفقه الاسلامي، جدة، المملكة العربية السعودية، 2004، ص 249.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾.[1]

فقضى الله –عز وجل– بان الحكمين يكونان من أهل الزوجين، حكم من أهله وحكم من أهلها

وعللوا : بأن الأهل أعرف بأحوال الزوجين وعللهما الباطنة، والأقدر على حل النزاع، والأحرص على إزالة الخلاف بينهما وحرى بالنظر في مصلحتهما وطلب الحظ لهما، وابعد عن التهمة بالميل إلى أحدهما، وأقرب إلى أن يرجع الزوجان إليهما [2]، ولا يخفى ما في ذلك من جرأة الزوجين على الإفصاح عما في دخيلة نفسيهما من أمرار وهموم، وقال الألوسي، تبرير كون الحكمين من أهل الزوجين: وخص الأهل لأنهم أقعد بأحوالهما وأطلب للصلاح وأعرف ببواطن الحال وتسكن إليهم النفس فيطلعون على ما في ضمير كل منهما من حب وبغض واردة وصحبة أو فرقة [3].

القول الثاني:

لا يشرط أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، لكنه مستحب وهو قول بعض فقهاء المالكية، وأكثر الشافعية[4]، والحنابلة[5] واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾.[6]

فأمر الله– عز وجل بذلك لا يدل على الوجوب بل هو للاستحباب والإرشاد؛ لأن القرابة ليست شرطا في الحكم ولا في الوكالة.

وعللوا الاستحباب: بأن القرابة أشفق بالحال وأعلم.

والراجح : 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

---

[1] – النساء، الآية 35.

[2] – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص175.

[3] – الألوسي روح المعاني، تحقيق: علي عبد الباري عطية، ج 3، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415 هـ، ص 26.

[4] – الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ص392.

[5] – ابن قدامة، المرجع السابق، ص244.

[6] – النساء، الآية 35.

وثقا فيهما أكثر من غيرهما، هذا إذا علمنا أن البيوت أسرار وأن كثيرا من الناس لا يحبون أن تخرج أسرار بيوتهم إلى الغرباء وهذ١ ما أيده الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه المفصل، 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 أهلهما من هو أصلح للقيام بهذه المهمة وأقدر بخبرته، فلا يوجد ما يمنع من الاستعانة بهم، خاصة أن الهدف من كل ذلك هو إزالة الخلاف والنزاع، وهو أيضا وجب من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وممكن أن يقوم به كل أحد والله أعلم[1].

5- التعدد:

وذلك بأن يكونا حكمين اثنين، فلا يجوز الاقتصار على واحد على الأصح عند الشافعية[2]، فقد اشترط الشافعية بأن يكونا حكمين اثنين وذلك مستمد من قوله تعالى ﴿ **فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا** ﴾.[3]

وهذا هو الرأي الراجح استنادا للآية الكريمة والله أعلى وأعلم.[4]

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 ذلك، وذلك ما تناولته المادة (56) في فقرتها الثانية من قانون الأسرة الجزائري غير أن هذه المادة اقتصرت على هذا الشرط وأهملت شروطا بالغة الأهمية بالنسبة للأشخاص المكلفين بالتحكيم إضافة للزوجين، وفي حال تخلف هذه الشروط فإن المادة (222) من نفس القانون تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية لاستنباط الشروط الأخرى[5].

---

[1] – جمال حشاش، المرجع السابق، ص1749.

[2] – النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ص349.

[3] – النساء، الآية 35.

[4] – عبد المومن بن لباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن، ص122.

[5] – أنظر المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

2- شروط الحكمين في مدونة الأسرة المغربية

نصت 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.

يتضح 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 بالتحقق مسبقا انهما من ذوي المروءة والحكمة، ولسد الفراغ الموجود بخصوص الشروط الواجب توفرها في الحكمين، أحالتنا المادة (400) منها إلى المذهب المالكي، والذي أخذ بشرط الإسلام والحرية والذكورة. [1]

3- شروط الحكمين في قانون الأحوال الشخصية التونسي

نص الفصل (25) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي: اذا شكا أحد الزوجين من الاضرار به ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يعين حكمين، وعلى الحكمين أن ينظرا، فإن قدرا على الإصلاح أصلحا، ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال. يتضح من فحوى هذه المادة أن المشرع التونسي لم ينص صراحة على الشروط الواجب توفرها في الحكمين، وإنما اقتصر على أن تعيين حكمين من قبل الحاكم وعليه فيقع على عاتق المحكمة بالتحقق مسبقا أنهما من ذوي المروءة والحكمة.

كما أنه بالرجوع إلى مجلة التحكيم التونسية لسنة 2019 نجدها في الفصل 10 تنص على وجوب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا رشيدا كفئا ومتمتعا بكامل حقوقه المدنية وبالاستقلالية والحياد إزاء الأطراف. ولسد الفراغ الموجود بخصوص الشروط الواجب توفرها في الحكمين، فتونس مثل أغلب بلدان شمال افريقيا المسلمة تتبع المذهب المالكي، والذي أخذ بشرط الإسلام والحرية والذكورة[2].

[1] – نقلا عن: حمزة دحدي، ضياء الدين جزار، المرجع السابق، ص41.

[2] – مجلة التحكيم التونسية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2019.

الفرع الثاني: وظيفة الحكمين فقها وقانونا.

1 – وظيفة الحكمين فقها

إن مهمة الحكمين الأساسية والتي لا خلاف فيها بين الفقهاء تكمن أساسا في الإصلاح بين الزوجين، والدليل على ذلك أن الله سبحانه وتعالى لم يذكر في آية الشقاق إلا الإصلاح، فهل للحكمين أن يصلحا فقط بينهما ؟ أم أنهما يقضيا ويفرقا بينهما إذا لم يجدي الصلح نفعا ؟ إختلف الفقهاء للإجابة عن هذا التساؤل وانقسموا إلى قسمين :

الرأي الأول:

كأصل عام لابد على الحكمين أن يصلحا ما استطاعا بين الزوجين، ودليل الابتداء بالإصلاح قوله تعالى ((ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما)) إذ يرى انصار هذا الرأي أن الحكمين وكيلان وليس لهما إلا الإصلاح، فإذا عجزا عنه رفعا الأمر إلى القاضي دون أن يفرقا بينهما وهذا راي المذهب الحنفي والشافعي وكذا الحنبلي[1].

الرأي الثاني :

يرى أنصار هذا الرأي أن مهمة الحكمين الأساسية هي الإصلاح، لكن إذا عجزا عن ذلك فلهما أن يفرقا بين الزوجين دون توكيل منهما أو إذن من القاضي وقد قال بهذا الرأي فقهاء الشافعية والمالكية وكذا قول الحنابلة.

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي : أن آية الشقاق تدل على أن الحكمين قاضيان لا وكيلان، لأن الله تعالى أراد بالآية الوكيلان لذكرهما، والله تعالى ذكر الإصلاح دون الفرقة لأنه الأفضل ولأنه الهدف الذي يسموا اليه الحكمين، و لكن هذا لا يعني الإقتصار عليه بحيث لا يباح غيره [2].

[1] – ابن قدامة قدامة المغني، المرجع السابق، ص171.

[2] – عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة بالشرائع السماوية، وبقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية، ط02، دار الفكر، 1968، ص ص 764–765.

الترجيح :

يظهر مما سبق وجاهة الرأي الثاني والذي يقول بصلاحية التفريق للحكمين، لأن المقصد الأساسي للحكمين هو إعادة الوفاق بين الزوجين ،فإن لم يستطيعا وجب عليهما وضع حد للشقاق ولآثاره التي تتعدى للغير.

كما يرى أصحاب هذا الرأي أن الحكمان إذا رأيا التفريق، إن كان الإضرار من الزوج فرقا بينهما وإن كان من طرف الزوجة فرقا بينهما على جزء من مهرها، على أن يكون ذلك على قدر إضرارها به[1].

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 إشتداد الخصام بين الزوجين في مادة وحيدة وهي المادة (56) من قانون الأسرة الجزائري، ووكل للقاضي سلطة تحديد مهمتهما والمتمثلة في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين وملابساته، إضافة لتحديد مسؤولية كل واحد منهما في إزالة الخلاف ولتوفيق بين الزوجين بشتى الوسائل والطرق الممكنة شرعا من الإستماع للزوجين وتوضيحات الجيران والأقارب[2]، سواء توصل الحكمان لإيجاد عامل مشترك لحل نزاع 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 الزوجين[3].

[1] – عبد المومن بلباقي، المرجع السابق، ص124.

[2] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط03، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص348.

[3] – عبد المومن بلباقي، المرجع السابق، ص323.

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 بين الزوجين وبذل جهدهما لإنهاء النزاع، وهذا ما جاء في نص المادة 95 من المدونة والتي يفهم منها أن المشرع المغربي اخذ بمهمة الإصلاح بين الزوجين دون التفريق[1].

3– وظيفة الحكمين في قانون الأسرة التونسي

بالرجوع إلى الأمر العلي المتعلق بالأحوال الشخصية في نص المادة 25 من الفصل المتعلق بالتنازع بين الزوجين في الباب الأول المتعلق بأحكام الزواج على أنه:" اذا اشتكى أحد الزوجين من الاضرار به ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يُعَين حكمين وعلى الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الاصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال، فيفهم من هذه المادة ان مهمة الحكمين هي الإصلاح دون التفريق مثله مثل المشرع المغربي وعليهما رفع ذلك في تقرير للحاكم.

[1] – لقبال تسعديث لخباث سهام، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2015–2016، ص78.

الفصل الثاني

إجراءات التحكيم وطرق انقضائه في الفقه والتشريعات المغاربية

الفصل الثاني

إجراءات التحكيم وطرق انقضائه في الفقه والتشريعات المغاربية

يعتبر التحكيم وسيلة احتياطية يلجأ إليها القاضي لمحاولة الإصلاح بين الزوجين عندما يشتد الخصام بينهما ودون ثبوت الضرر، هذه الوسيلة لا تقوم إلا بإجراءات محددة فقها وقانونا كما أن إنقضاء هذه الأخيرة يكون وفقا لحالات محددة.

وعليه ونظرا للفوائد الجمة للتحكيم أشارت جميع التشريعات المغاربية (الجزائر، المغرب، تونس) بإجراءات التحكيم فأوجبت تعيين حكمين إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما .

و من هذا قمنا بتقسيم الفصل الثاني إلى مبحثين إجراءات التحكيم وطرق انقضائه في الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية(الجزائر، تونس، المغرب) في المبحث الأول وفوائد تفعيل التحكيم ومساوئ تجميده وانقضائه في المبحث الثاني.

المبحث الأول

إجراءات التحكيم في الفقه والتشريعات المغاربية

يعتبر نظام التحكيم وسيلة إحتياطية يلجأ إليها القاضي لمحاولة الإصلاح بين الزوجين عندما يشتد الخصام بينهما ودون ثبوت الضرر لذا سنوضح الإجراءات القانونية الواجب إتباعها للقيام بهذا الإجراء في الفقه والتشريعات المغاربية، وعليه سنبين إجراءات التحكيم في الفقه (المطلب الأول) وإجراءات التحكيم وفقا للقوانين الوضعية في الأنظمة المغاربية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إجراءات التحكيم في الفقه

بعد التعرف إلى حقيقة الشقاق وعلى أنه الخلاف الذي يقع بين الزوجين، ولتسوية هذا الخلاف أمر الله تعالى ببعث الحكمين وهذا حالة وقوع الشقاق أو مخافة وقوعه.

لكن الفقهاء اختلفوا فيمن له سلطة تعيين الحكمين، وأساس هذا الاختلاف قوله تعالي: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾.[1]

فيرى جمهور الفقهاء أن المأمور ببعث الحكمين هو الحاكم أو من ينوب عنه، حيث أجمع العلماء على أن المأمور ببعث الحكمين الإمام أو صاحبه[2]، لأن الحاكم هو المناط به تنفيذ الأحكام الشرعية، والنظر بين الخصوم، ومنع الظالم من التعدي والظلم.[3]

قال آخرون: ان الذي يبعث الحكمين هو السلطان، غير انه انما يبعثهما ليعرفا الظالم من المظلوم منهما، ليحملهما على الواجب لكل واحد منهما قبل صاحبه لا التفريق بينهما[4].

قال الجصاص في تفسيره: فابعثوا حكما من اهله وحكما من أهلها على أن الذي من أهله وكيل له والذي من أهلها وكيل لها كأنه قال فابعثوا رجلا من قبله ورجلا من قبلها[5].

وقال بعضهم: يبعثهما الزوجان بتوكيل منهما إياهما بالنظر بينهما، وليس لهما أن يعملا شيئا من أمرهما إلا ما وكلاهما به، أو وكله كل واحد منهما بما إليه ، فيعملان بما

---

[1] – سورة النساء، الآية 35.

[2]– أبو القاسم الحسين ابن محمد، تفسير الراغب الأصفهاني، عادل ابن على الشدي، ج 3، ط1، دار الوطن، الرياض، 2003، ص 1227.

[3]– اسماعين ابن عمر بن كثير، المرجع السابق، ص296، أنظر: قدري محمد محمود، المرجع السابق، ص252.

[4]– محمد ابن جرير الطبري، المرجع السابق، ص 715.

[5]– المرجع نفسه، ص717.

وكلهما به من وكلهما من الرجل والمرأة فيما يجوز توكيلهما فيه، أو توكيل من وكل منهما في ذلك، أي أن الزوجين هما المكلفان والمسؤولان عن بعث الحكمين وذكر ذلك السدي وابن عباس وذهب إليه الشافعي[1].

كما أن شروط الحكمين: قال فقهاء المذاهب لا بد أن يتراضى الخصمان على التحكيم، فإذا تراضى الخصمان واتفقا على التحكيم، فعليهم إختيار الحكم المناب، وهذا الحكم الذي يباشر: إختلف الفقهاء، بخصوص هل يشترط أن تتوفر في المحكم شروط القاضي أم لا ؟

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية وبعض المالكية والشافعية والحنابلة: إلى اشتراط توفر أهلية القاضي لدى المحكم، لأن المحكم أصبح بالتحكيم في حق الخصمين بمنزلة القاضي[2] ، وهي: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وبلوغ رتبة الاجتهاد والعدالة والذكورة وسلامة الحواس.

وذهب أكثر المالكية إلى أنه لا يشترط أن تتوفر في المحكم الشروط الواجب توفرها في القاضي[3]، لأنه من باب الوكالة[4]. فلا يجوز أن يحكم الكافر لأنه ليس له ولاية على المسلمين لقوله تعالي {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}[5]

[1]– أبو بكر بن أحمد بن على الرازي الجصاص، المرجع السابق، ص 151.

[2]– الموارديي بن حسن بن على بن محمد، المرجع السابق، ص380، ابن قدامة موفق الدين المغني، المرجع السابق، ص92.

[3]– ابن فرحون برهان الدين، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج1، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص50.

[4]– منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على مين الإقناع، ج5، د ط، دار الكتب العلمية، د س ن، ص 309.

[5] – سورة النساء، الآية 141.

كما أن الكافر ليس أهلا للإصلاح بين المسلمين. والعقل لا الصبي ولا المجنون لأنه رفع عنهما القلم ولا المعتوه[1]، وليس لهم ولاية على أنفسهم، فالأولى ألا يكون لهم ولاية على غيرهم [2]، ولا العبد ولا المرأة، فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط الذكورة في الحكمين، لقوله تعالي: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا} [3] وفي حديثه صلى الله عليه وسلم: حدثنا عثمان بن الهيثم، حدثنا عوف، عن الحسن، عن ابي بكرة، قال: لقد نفعني الله بكلمة أيام الجمل، لما بلغ النبي صلى الله عليه وسلم أن فارسا ملّكوا ابنة كسرى قال: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» [4].

فقد يؤدي تحكيم المرأة إلى ارتكاب محظور وهو الاختلاط بالرجال[5]، وإلى أن التحكيم يفتقر إلى الرأي والنظر[6].

وذهب الحنفية[7]، وبعض المالكية[8] إلى جواز تحكيم إلا فيما لم تقبل به شهادة المرأة.

المرأة.

الترجيح : الرأي القائل بعدم اشتراط ذكور الحكمين، وذلك عند تعزيز وجود رجلين يقومان بهذه الوظيفة[1].

---

[1]– أحمد بن أحنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد وآخرون، ج41، ط 1، مؤسسة الرسالة، د ب ن، 2001، ص224.

[2]– قادري محمد محمود، المرجع السابق، ص212.

[3] – سورة النساء، الآية 34.

[4]– محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، كتبا الفتن، باب الفتنة التي تموج كموج البحر، ج9، رقم الحديث 7099، ص55.

[5] – هبة احمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014، ص 37.

[6]– ابن قدامة، المرجع السابق، ص265.

[7]– ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ص 126.

[8]– ابن فرحون برهان الدين، المرجع السابق، ص 51.

أن يكونا الحكمين من أهل الزوجين: قال تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [2] الآية أمرت بإرسال حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، فهل هذا الشرط للوجوب بأنهما من أهل الزوجين، أم يصح إرسال حكمين من أهل الزوجين أو من غيرهما، فللفقهاء قولان[3]:

القول الأول: للحنابلة والشافعية على أنه يجوز أن يكون الحكمان من غير أهل الزوجين، لكن يستحب أن يكونا من أهلهما، لأن القرابة لا تشترط في الحاكم ولا في الوكيل[4].

القول الثاني: للمالكية أن يكون الحكمان من أهل الزوجين إن أمكن، ولا يجوز بعث أجنبين مع الإمكان؛ لأن الأقارب أعرف ببواطن الأحوال وأطيب للصلاح، ونفوس الزوجين أسكن لهما فيبرزان لهما ما في ضمائرهما من الحب والبغض وإرادة الفرقة أو الصحبة، فإن لم يوجد من أهلهما من يصلح للتحكيم، جاز تحكيم جاريهما أو غيرهما، وندب جارين للعلم بحالهما غالبا[5].

---

[1]– هبة أحمد محد منصور، المرجع السابق، ص38.

[2] – سورة النساء، الآية 35.

[3]– ياسر صائد خور شيد، حكم التحكيم في اصلاح نشوز الزوجين في الفقه الاسلامي، مجلة كلية الآداب، جامعة ديالي، كلية التربية للعلوم الانسانية، العدد 103، العراق، د س ن، ص321.

[4]– منصور بن يونس الباهوتي، المرجع السابق، ص211.

[5]– الداسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، المرجع السابق، ص344.

المطلب الثاني

إجراءات التحكيم في التشريعات المغاربية

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 الإجراءات القانونية الواجب اتباعها للقيام بهذا الإجراء في قانون الأسرة الجزائري(الفرع الأول) وبعض التشريعات المغربية كمدونة الأسرة المغربية (الفرع الثاني) و قانون الاحوال الشخصية التونسي(الفرع الثالث).

الفرع الأول : إجراءات التحكيم في قانون الأسرة الجزائري

أشار المشرع الجزائري إلى إجراءات التحكيم في المادة (56) بصفة موجزة حيث نص على وجوب تعيين الحكمين إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا 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 حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة[1]. حيث يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة[2].

من خلال استقراء، المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؛ أن القاضي هو المكلف بتعيين الحكمين في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وعدم وثبوت

[1]– أنظر المادة 446 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، المرجع السابق.

[2]– تنص المادة 447 من القانون رقم 08–09 على أنه:" **يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من اشكالات أثناء تنفيذ المهمة**".

الضرر، إلا أنه لم يحدد لا في قانون الأسرة ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الإجراءات المتعلقة ببعث الحكمين وعملهما والشروط الواجب توافرها في الحكمين ما عدا قوله أن يكون أحدهما من أهل الزوج واخر من أهل الزوجة، ويكون الهدف من بعثهما الإصلاح بين الزوجين وإرجاع الأمور إلى نصابها، حفاظا على الأسرة من التفكك [1].

كما أن المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السابقة الذكر أحالتنا إلى المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، والتي نجدها لا تتضمن الجانب الإجرائي في تعيين الحكمين وعملهما، ولم تنص سوى على قاعدة واحدة وهي وجوب أن يكون الحكمان من أهل الزوجين[2].

كما أنه لم يبين مدى صلاحيات الحكمين، إن كان ما يتوصلان إليه ملزم أو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ولم يحدد كيفية تعيين الحكمين، فهل يتم تعيينهم بأمر كتابي أو شفهي؟ كما لم يتطرق إلى إذا ما رفض الزوجين التحكيم[3].

يقرر هذا النص بأنه على الحكمين الرجوع إلى القاضي في كل ما يعترض سبيلهما من عراقيل يمكن ان تؤثر في أداء المهمة المكلفين بها.

وقد جاء في المادة 447 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري يطلع الحكمان القاضي. مما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة ؛ على الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين، كما يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبينت

[1]– سعاد نذير، التطليق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، الجزائر 2012/2013م، ص 63.

[2]– سعاد نذير، المرجع السابق، ص64.

[3]– جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة والاجتهاد القضائي، د ط، دار هومه، الجزائر، 2016م، ص 160.

له صعوبة تنقيذ المهمة. وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة وهذا حسب المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية [1].

أما إذا تم الصلح ووفق الحكمين في أداء المهمة وتسوية النزاع بين الزوجين، فإنه يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن[2]، وهذا حسب المادة 448 من نفس القانون إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن، أي أنه إذا وفق الحكمان ونجحا في الإصلاح بين الزوجين فإنه يحرر ذلك في محضر ويصادق عليه القاضي.

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 ويبذلا 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[3].

[1]– أنظر المادة 447 و449 من القانون رقم 08–09، المرجع السابق.

[2]– عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، ط 2، دار البغدادي، الجزائر، 2009، ص338.، أنظر عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2010، ص ص 300، 301.

[3]– أنظر المادة 95 من مدوة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

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]

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم في قانون الأحوال الشخصية التونسي

تناول المشرع التونسي بدوره إجراءات التحكيم في مجلة الأحوال الشخصية ومجلة التحكيم من خلال المواد الآتية:

بالرجوع إلى مجلة الأحوال الشخصية في نص المادة 25 من الفصل المتعلق بالتنازع بين الزوجين في الباب الأول المتعلق بأحكام الزواج على أنه:" اذا اشتكى أحد الزوجين من الاضرار به ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يُعَين حكمين وعلى الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الإصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال

كما أن مجلة التحكيم التونسية جاءت كل موادها لتحديد إجراءات التحكيم وسيره وطرق انقضائه على الصعيد الداخلي والخارجي، وعليه فقد تناولت الأحكام المشتركة للتحكيم في الباب الأول من الفصل الأولى إلى الفصل15 والتحكيم الداخلي من الفصل 16 إلى الفصل 46، ومن هنا فنكتفي بعرض بعض الفصول التي تنظم هذه الإجراءات فنجد:

الفصل 4 – الإتفاق على التحكيم هو إلتزام يتولى بمقتضاه أطراف نزاع قائم عرض نزاع على هيئة تحكيم[2].

[1]– أنظر المادة 96، المرجع نفسه.

[2] – مجلة التحكيم التونسية، المرجع السابق.

الفصل 6 –لا تثبت اتفاقية التحكيم إلا بكتب سواء كان رسميا أو خط يد أو محضر جلسة أو محضر محررا لدى هيئة التحكيم التي وقع اختيارها.

الفصل 9 – تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم المدعى عليه طلبا بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

الفصل 15 – في فقرته الأولى : إذا اتفق الأطراف خلال إجراءات التحكيم على تسوية النزاع فيما بينهم، فإن هيئة التحكيم تختتم الإجراءات، وعليها إذا طلب منها ذلك الأطراف ولم ترى مانعا من الاستجابة للطلب. أن تقرر التسوية بحكم تحكيم باتفاق الأطراف.

أما الفقرة الثانية : ويصدر حكم التحكيم بإتفاق الأطراف وفقا لأحكام الفصل 30 أو 75 من هذه المجلة وينص فيه على أنه حكم تحكيم، ويعتبر بمثابة أحكام التحكيم الصادرة في الأصل ويحدث نفس ما تحدثه من أثر.

الفصل 20 – تنحل هيئة التحكيم إذا توفي المحكم أو أحد المحكمين أو قام مانع من مباشرته للتحكيم أو امتنع من مباشرته، أو تخلى أو عزل عنه أو انتهت مدة التحكيم.

المبحث الثاني

فوائد تفعيل التحكيم ومساوئ تجميده

يساهم التحكيم 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 :

المطلب الأول

فوائد تفعيل التحكيم ومساوئ تجميده

إن التحكيم بلا شك يساهم في تحقيق العدالة بين طرفي النزاع إذ أن كل وحد من المتنازعين يحق له تعيين من يمثله حضوريا في إجراءات التحكيم وعرض النزاعات وغيرها، فالتحكيم بين الزوجين يعود بعظيم النفع على كل من الحكمين وذويهم، فالفائدة منه لا تقتصر على الزوجين فقط بل تتعداه إلى عائلاتهم ويمكن إيرادها في الفروع التالية.

الفرع الأول: فوائد تفعيل التحكيم

لو إكتفينا بذكر فوائد التحكيم على أنه تطبيق لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[1] لوسعنا ذلك.

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

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

نشر السلم الإجتماعي: فالتحكيم يسهم بحق في تحقيق السلم الإجتماعي وإشاعة للأمن بين أفراد المجتمع لعلاقته بالبعد الاجتماعي ذلك أنه يستأصل النزاع ويؤلف بين

[1] – سورة النساء، الآية 35.

القلوب المتنافرة ويضع حدا لما تتركه الخصومات من ضغائن في الصدور وشقاق بين أفراد الأسرة الواحدة[1].

في التحكيم محافظة على أسرار الخصوم، وخاصة الأمور الحساسة.

إن المجتمع السليم يقوى بقوة الأخلاق الأسرية، ويتلاشى بضعفها، فكتم 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 تعرف عليه من خصوصيات الطرف الآخر أمام من لا يلزمه معرفة تلك الأمور؛ يؤدي لحدوث عواقب وخيمة تلقى بظلالها على المجتمع ككل، بالإضافة إلى تعميق الهوة بين المتخاصمين، وإثارة نعرة الكراهية بينهما وبين أسرتيهما[2].

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 الأسر.[3]

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

---

[1]–وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي– دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة–، رسالة نيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية– غزة– 1428هـ/2007م.، ص130.

[2]– هبة أحمد منصور، المرجع السابق، ص 32.

[3]– المرجع نفسه، ص33.

يتم دفعها للمحامين والمحاكم؛ لأن القائم بالتحكيم في الغالب يكون من أقارب الزوجين المتخاصمين، الذي يكون همه الأول هو حل النزاع لأن الزوجين، وإعادة حياتهم إلى مجراها الطبيعي والحفاظ على بيتهم وإعادة السكينة إليه، وبذلك يكون الزوجان قد وفرا كل المصاريف والتبعات التي تتطلبها المحاكم والمحامون[1].

إن اللجوء للتحكيم يوفر على المتخاصمين إجراءات طويلة ومعقدة، فهو يختصر الوقت الذي يستغرقه بطء التقاضي، والتنقل بين درجاته، وإجراءات تنفيذ الأحكام[2].

كما أن المحاكم تستغرق وقتا طويلا 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: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[3]

وقد يطرا 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 منصور، المرجع السابق ص31.

[2]– محمود على السرطاوي، التحكيم في الشريعة الاسلامية، ط1، دار الفكر، بيروت، 2007، ص27.

[3] – النساء، الآية 35.

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

أولا: في نمط الحياة

إن النزاع يترك آثار 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 والحذر.[1]

ثانيا: من الناحية النفسية

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

ثالثا: 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 مكانهما شعور بالعداء حيث يحاول كل من الطرفين تحقير الآخر وإذلاله، كما يذهب الشعور بالاستقرار والطمأنينة ويحل محله القلق والتحفيز للنزاع والمواجهة، ومحاولة كل من الطرفين إلحاق الأذى بالآخر[2].

[1]– وائل طلال سكيك، المرجع السابق، ص130.

[2]– حمزة دحدي، ضياء الدين جزار، المرجع السابق، ص57

يبدو أن هذه الأضرار المذكورة احتمالات لا تكاد تذكر بجانب الفوائد الجليلة التي يقدمها نظام التحكيم[1].

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 الحكم إن وافق الحق وإلا أبطله القاضي، فإذا أبطل حكم الحكم 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 المنازعات[2].

ثم إن التحكيم في فض الشقاق يمثل وسطا بين صلابة 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 الثاني

إنقضاء التحكيم

أجمع الفقهاء على أن ولاية الحكم تنتهي بأحد الأسباب الآتية :

1 – عزل الطرفين أو احدهما قبل ان يقول : حكمت بكذا ،أو عزل الحكم نفسه من التحكيم.

2 – انتهاء المهمة.

3 – زوال أهلية المحكم.

[1]– ابن السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة. تحقيق: صلاح الدين الناهي، ط:2؛ دار الفرقان بيروت، 1984، ص78

[2]– قادري محمد محمود، المرجع السابق، ص26.

هذا وسنتناول هذه النقاط بشيء من التفصيل.

الفرع الأول: العزل (فسخ التحكيم)

تنتهي ولاية المحكم إما بعزل نفسه أو بعزل المحتكمين أو أحدهما له قبل الحكم وبعده، ومن ثم لا يستطيع أن يعدل حكمه أو أن يلغيه بعد ذلك ولو تبين له خطأه إلا إذا حكّمه الخصمان ثانية[1].

وإذا عزل المحكّم زالت ولايته وأصبح كآحاد 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 الإتفاق 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 ينعزل 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[2].

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:

[1]– إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ط:2، 1993م، ص112.

[2]– حمزة دحدي، ضياء الدين جزار، المرجع السابق، ص 60.

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 للدعوى ويلزم الخصوم التمادي فيها حتى صدور الحكم، وفي ذلك قال ابن القاسم في المجموعة: "إذا حكماه وأقاما البينة 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 ينشبا في الخصومة عنده ونظره في شيء من أمرهما، فلا نزوع لواحد منهما ويلزمهما التمادي 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 يشرعا 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 الموكول به فكذا التحكيم لا يلزم المتحكمين إلا بمباشرة الدعوى أمام الحكم والترافع إليه.

وكالخصوم إذا ترافعوا عند القاضي فكما أنه ليس لأحد منهم أن يوكل وكيلا أو يعزله ليس للمحتكم الرجوع عن التحكيم بعد الترافع أمام الحكمّ[1].

[1]– قادري محمد محمود، المرجع السابق، ص280.

[2]– قادري محمد محمود، المرجع السابق، ص281.

[3]– القرفي، الفروق. تحقيق: خليل المنصور، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت:، 1998، ص13

الرأي الثاني:

يرى أن الخصم ينقطع حقه في عزل المحكم بالرجوع عن التحكيم بشروع المحكم في الحكم وقبل تمامه، فإذا ترافع الخصوم أمام المحكم ثم قال أحدهما للمحكم وقبل أن يشرع في إصدار الحكم "عزلتك" إمتنع 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 بغض النظر عن من أبى منهما ويلزمهم حكمه، وبهذا قال الحنابلة[2] وحكاه الماوردي عن أبي سعيد[3] .

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 الموكول به، أما بعد شروعه في الحكم فلا أثر للرجوع شأن الموكل إذا رجع بعد شروع الوكيل في العمل الموكول به.

وإذا أتيح للخصوم الرجوع عن التحكيم بعد شروع المحكم في الحكم وقبل تمامه فإن ذلك سيؤذي 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 لزم ولا عبرة برجوع من رجع، وإذا عزله قبل الحكم إمتنع عليه الحكم لعدم الولاية، لأن الرضا هو المثبت

---

[1]– ابن الجارود، المنتقى من السنن المسندة. تحقيق: عبد الله عمر البارودي، ج1، ط 1، مؤسسة الكتاب الثقافية بيروت، 1988، ص227.

[2]– البهوتي، المرجع السابق، ص309، ابن قدامة المغني، المرجع السابق، ص108.

[3]– الموارديي، المرجع السابق، ص 383.

للولاية، فاذا زال الرضا زالت الولاية كالقاضي اذا قضى بعد العزل، بهذا قال الحنفية[1]وهو مذهب الشافعية[2] وبعض المالكية[3]، 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 والمضاربة. وأن التحكيم ولاية كولاية القضاء، وإن كان أدنى مرتبة منه، فكما أن للوالي عزل المولى، 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 أصلا لتلك السلطة حتى تحتاج إلى سلب، شأنه شأن القاضي المولى إذا عزل فلا أثر للعزل على ما صدر منه من أحكام قبل العزل [4].

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 الحكم[5].

الرأي الرابع :

ويرى أنه ليس لأحد الخصوم عزل المحكم بعد الإتفاق 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 يفاتحه صاحبه أو بعدما ناشبه الخصومة، وحكمه

[1]– ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ص26.

[2]– النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ص121، المواردي أدب القاضي، المرجع السابق، ص379.

[3]– ابن فرحون، تبصرة الحكام، المرجع السابق، ص44.

[4]– الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص109.

[5]– الخصاف أبي بكر بن أحمد ين عمر، أدب القاضي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 587.

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

وإستدلوا بأن إرادة كلا الخصمين هي المنشئة لولاية الحكم فلا تستبد إحداهما بعزله بل لابد من إتفاق إرادتيهما 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 يرضاه[2]، ثم إن الخصم أوجب لخصمه حقا بالتحكيم وهو فصل النزاع عن طريق التحكيم ولراحة من نظر القضاة فليس له أن يرجع عن ذلك إلا برضاه[3].

وإن إعطاء الخصم إنهاء التحكيم بإرادته المنفردة فيه مخالفة للقاعدة الشرعية التي تقضي بعدم تمكين الشخص نقض ما تم من جهته[4]. والله عز وجل أمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾[5]

وبهذا أخذ علي رضي الله عنه عندما أبرم عقد التحكيم مع معاوية ومن معه فرد قائلا: كيف بعد أن أعطينا العهود والمواثيق.[6]

الترجيح :

[1]– الباجي، المنتقى، ج5، ط1، محافظة مصر، مطبعة السعادة، مصر، 1332 هـ، ص 227.

[2]– الباجي، المرجع السابق، ص 227.

[3]– الأسطل، التحكيم في الشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص110.

[4]– قادري محمد محمود، المرجع السابق، ص284.

[5] – سورة المائدة، الآية الأولى.

[6]– الطبري، المرجع السابق، ص72.

يتبين من خلال ما سبق رجاحة الرأي الذي يخول للطرفين عزل المحكم قبل صدور الحكم، أما بعد صدوره فلا يعتد بالتراجع حينئذ، فالمحكم يعتبر نافذا بالنسبة للخصمين ولا عبرة من التراجع والعزل.[1]

الفرع الثاني: إنتهاء مهمة المحكم

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

فالغاية من التحكيم هي صدور الحكم فاصلا 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 الحكومة[2].

وإذا كان التحكيم مؤقتا انتهت ولاية الحكم بمرور الوقت المحدد دون أن يصدر حكمه، فإذا حكم الخصوم رجلا على أن يقضي بينهم في شهر كذا أو يوم كذا، فإذا مضى الشهر أو اليوم المحدد دون أن يصدر حكمه إنتهت ولايته ولا يكون له نظر النزاع إلا بتجديد التولية[3].

الفرع الثالث: زوال أهلية الحكم

[1]– هبة أحمد محمد منصور، ص68.

[2]– ابن نجيم، المرجع السابق، ص28. الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ص194.

[3]– الزيلعي، المرجع نفسه، ص194.

تنتهي ولاية الحكم بسقوط أهليته للحكم، بأن تخلفت أحد شروط صلاحيته للحكم، فإذا ارتد أو عمي أو جن ، فإذا أسلم بعد ردته أو أبصر أو زال عنه الجنون وحكم لا يصح حكمه إلا بتجديد التحكيم ثانية[1].

وبموجب المذهب الحنفي وأحكام المجلة العدلية ينتهي التحكيم أيضا[2]:

ا – بصدور القرار التحكيمي

ب– بموت المحكم أو بفقدانه أهليته المدنية أو أهليته للشهادة أو الصفات المطلوبة في المحكم.

ج– بعزل المحكم.

د– بموت أحد الفرقاء حتى ولوكان جميع ورثته راشدين.[3]

[1]– قادري محمد محمود، المرجع السابق، ص285.

[2]– المرجع نفسه، ص 285.

[3]– المرجع نفسه، ص285

الخاتمة

الخاتمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبيه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا، أما بعد:

في ختام هذه الدراسة، وبعد تطرقنا لآلية من آليات تسوية النزاعات الأسرية وهي التحكيم، وقد تبين لنا أهميتها في تسوية الخلافات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين، وذلك للحفاظ على العلاقة الزوجية وعدم تفككها وإنحلالها، وهذه من مقاصد الشريعة الإسلامية والتي كانت السباقة في وضع الوسائل للحفاظ عليها من القوانين الوضعية، فعند نشوب نزاع بين الزوجين نبدأ بالصلح أولا إذ تزول به الخصومة بين المتنازعين بالتراضي، وتألف به القلوب وتصفو النفوس، وهو من أحد الوسائل الفعالة والناجعة التي يلجأ إليها لإلهاء المنازعات وديا، وإذا لم تنجح الوسيلة الأولى نلجأ إلى الثانية وهي التحكيم وهي أحد الوسائل أيضا لإنهاء النزاعات والخلافات وعند الشقاق وذلك بتعيين حكمين ويكونا من أهل الزوجين ويحاولا بدورهما الإصلاح بينهما فإن وفقا فذلك ما نسعى إليه، وإن لم يوفقا بالتوفيق بينهما واشتد الخصام بين الزوجين فإن رأيا أن يفرقا بينهما فرقا. وهو ما سار عليه المشرع الجزائري بإعتماده على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات والخصومات وخاصة في النزاعات الأسرية، وقد عمل على تقنينه بمقتضى نصوص قانونية موضوعية وإجرائية، حيث يقوم القاضي بمحاولة الصلح بين الزوجين فإن فشل يقوم بتعيين حكمين واحد من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة.

وقد خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات ولعل أبرزها ما يلي:

1- أن الآليات القانونية لتسوية النزاعات الأسرية هي مجمل من الوسائل القانونية المستخدمة لحل المشاكل الأسرية بطرق ودية، ومن بينها التحكيم.

2- الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة، أما التحكيم فهو إجراء اختياري للقاضي فإن رأى العمل به عمل أو لا.

3- التحكيم هي وسيلة يلجأ إليها القاضي إذا لم يتمكن من الإصلاح بين الزوجين، وهو عبارة عن تولية الخصمين حكما بينهما لفض النزاع بينهما. يقوم القاضي بتعيين الحكمين إذا اشتد النزاع بين الزوجين وعند حدوث الشقاق بينهما، حيث يبعث حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، فيقوما الحكمان بالإصلاح أولا فإن لم يتمكنا يفرقا بينهما.

4- التحكيم والصلح كلاهما عقد رضائي، والتحكيم غالبا يؤدي دور الصلح في تسوية النزاع، وأن كل ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم.

5- الشقاق بين الزوجين أنه الإفتراق والإبتعاد بينهما، ويكون بأن يتعدى أحد الزوجين على الاخر أو كل منهما على الاخر، وهو الذي يوجب بعث الحكمين وهو حق عام للقاضي بشرط القدرة الإصلاح.

6- القرابة ليست شرط في التحكيم، فيجوز أن يكون الحكمين من غير أهل الزوجين، وإن وجد من الأهل فهو الأولى.

7- للحكمين سلطة الحكم بالتفريق إذا لم يتوصلا للإصلاح، كما ينفذ حكمهما كما ينفذ حكم القاضي في القضية وليس وكيلين، فإن كان موكلين من الزوجين تقع الفرقة بحكمهما مباشرة ولا حاجة لحكم القاضي بتفريقهما.

8- إذا إتفقا الحكمان فحكمهما نافذ، فإن إختلف يحال الأمر إلى القاضي، يعين حكمين آخرين أو حكما ثالثا، وحكمهما لازم للخصمين المتنازعين.

9- مراعاة ذكر شروط الحكمين بالتفصيل في قانون الأسرة الجزائري.

10- إخضاع الحكمين للدورات تدريبية، عمل مدارس خاصة بذلك.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1. القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

2- المعاجم والقواميس

1. مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، ط02، ؛ القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، 2004م.

2. ابن منظور، لسان العرب. (د ط؛ بيروت: دار صادر، د.س ن).

3- كتب التفسير والفقه والحديث

1. ابراهيم بن محمد بن أحمد الشافعي الباجوري(1784 م-1860م)، دار الكتب العلمية، بيروت، د س ن.
2. ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزأوي، محمود محمد الطناح، د ط، المكتبة العلمية، بيروت، 1979.
3. ابن الجارود، المنتقى من السنن المسندة. تحقيق: عبد الله عمر البارودي، ج1، ط 1، مؤسسة الكتاب الثقافية بيروت، 1988.
4. ابن العربي، أحكام القرآن، ج 02، ط03، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
5. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، دار الفكر والطباعة والنشر، بيروت، 2008.
6. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، الجزء الرابع، ط02،دار احياء التراث العربي، لبنان، 1987.

7. ابن عبد الهادي الحنبلي وآخرون، اختيارات شيخ الاسلام ابن تيمية، تحقيق سامي بن محمد بن جد الله، ج1، ط1، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، المملكة العربية السعودية، 2004.

8. ابن فرحون برهان الدين، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج1، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003..

9. ابن فرحون، تبصرة الحكام. د ط، دار الكبب العلمية، بيروت، 1422هـ/2001م)،

10.ابن قدامة، المغني. ج8، ط1؛ دار الفكر العربي، بيروت، 1405هـ.

11.ابن نجيم زين الدين ابن ابراهيم بن محمد ابن بكر، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ط02، دار المعرفة بيروت، د س ن.

12.أبو القاسم الحسين ابن محمد، تفسير الراغب الأصفهاني، عادل ابن على الشدي، ج 3، ط1، دار الوطن، الرياض، 2003.

13.أبو زكريا يحي بن شرف النووي النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج6، (ط:3، المكتب الاعلامي، بيروت: 1412هـ/1991م).

14.أبو عبد الله مصطفى العدوي شلبية المصري، سلسلة التفسير لمصطفى العدوي، د ط، د س ن.

15.أبو داوود، محمد محي الدين عبد الحميد، ج03، د ط، المكتبة العصرية، بيروت د س ن، كتاب البيوع، باب اذا اختلفا البيعان والمبيع قائم.

16.أبو داوود، تحقيق محمد مدي الدين الجزء الرابع، د ط، المطبعة العصرية، د س ن، كتاب الحدود باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، الحديث رقم 4403..

17.أحمد بن أحنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد وآخرون، ج41، ط 1، مؤسسة الرسالة، د ب ن، 2001.

18.الألوسي روح المعاني، تحقيق: علي عبد الباري عطية، ج 3، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415 هـ.

19.الباجي، المنتقى، ج5، ط1، محافظة مصر، مطبعة السعادة، مصر، 1332 هـ.

20.البيهقي، أبو بكر، السنن الكبرى، ج7، كتاب القسم والنشوز، باب الحكمين في شقاق الزوجين، رقم الحديث 14782

21.البيهقي، السنن الكبرى. تحقيق: محمد عبد الغادر عطا،، ج 10، د ط، مكتبة الباز، مكة المكرمة: 1414هـ/1994م)، كتاب آداب الفاضي، باب ما جاء في التحكيم، حديث رقم: 21015.

22.الخرشي، شرح مختصر خليل، ط1، مطبعة محمد أفندي مصطفى، مصر، 1360هـ.

23.الرملي، نهاية المحتاج، ج 6، د ط، دار الفكر ومطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، 1984.

24.السرخسي، المبسوط، ج16، د ط، دار المعرفة، بيروت، 1985.

25.الشافعي محمد ابن إدريس، الأم، ج 5، د ط، دار المعرفة بيروت، لبنان، 1990.

26.شمس الدين السرخسي، المبسوط، ط01، دار المعرفة، لبنان 1409 هـ- 1989م.

27.القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 05، د ط، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر، 2004،

28.محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل على مختصر خليل. ج2(ط:1؛ 1404هـ/1984م).

29.محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، كتبا الفتن، باب الفتنة التي تموج كموج البحر، ج9، رقم الحديث 7099.

30.محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، تحقيق: يوسف الغوش، الجزء السادس، ط01، دار المعرفة، لبنان 1428 هـ - 2007 م.

31.مرتضى الزبيدي، تاج العروس. ج8 د ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1965،.

32.منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على مين الإقناع، ج5، د ط، دار الكتب العلمية، د س ن.

33.الموارديي، أدب القاضي، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

34.النسائي أبو عبد الرحمان بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق: عبد الفتاح غدة، ط02، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1986.

35.وهب الزحيلي، الفقه الملكي الميسر، المجلد الثاني، ط02، دار الكلم الطيب، بيروت،2002.

ثانيا: المراجع

1- الكتب

1. ابن السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة. تحقيق: صلاح الدين الناهي، ط:2؛ دار الفرقان بيروت، 1984.

2. ابن نجيم المصري الحنفي، شرح البحر الرائق، ج7، ط02، منشورات محمد على بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1982.

3. جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والحامي على ضوء أحكام الشريعة والاجتهاد القضائي، د ط، دار هومه، الجزائر، 2016م.

4. الخصاف أبي بكر بن أحمد ين عمر، أدب القاضي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

5. عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالشرائع السماوية، وبقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية، ط02، دار الفكر، 1968.

6. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، دار البغدادي، الجزائر، 2009.

7. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط03، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

8. عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2010.

9. عبد المومن بن لباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن.

10. قادري محمد محمود، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، ط01، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009.

11. قحطان الدوري، عقد التحقيق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط01، دار الفرقان للنشر، 2002.

12. القرفي، الفروق. تحقيق: خليل المنصور، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت: 1998.

13. محمد علي بن أحمد، المحلى بالآثار، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ج9، ص248 (د. ط)،(د.س.ن).

14. محمود على السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر، بيروت، 2007.

15. مصطفى الزرقا، مدخل الفقهي العام، ط01، دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق، 1998.

2: المذكرات والرسائل الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه

1. أيت شاوش دليلة، انهاء الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2014.

ب- مذكرات الماجستير

1. بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، 2010-2011.
2. هبة أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014.
3. وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، جامعة غزة، فلسطين، 2007.

ج- مذكرات الماستر

1. حمزة دحدي، ضياء الدين جزار، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين القانون الوضعي (الجزائر، المغرب، مصر، نموذجا)، مذكرة لنيل شهادة ماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، معهد العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة حمة لخضر، الوادي، الجزائر، 2019/2018.

2. سعاد نذير، التطليق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محتد أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، الجزائر 2012/2013م.
3. لقبال تسعديث لخباث سهام، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2015-2016.
4. لمعيني سمية، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الطلاق وآثاره، مذكر ماستر، في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر 2015.

3: المقالات العلمية

1. حشاش جمال، التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، المجلد 28، 2014.
2. محمد سليمان النور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، كلية الشريعة والدراسات السلامية، جامعة الشارقة، الإمارات، المجد التاسع، العدد الثاني، 2012.
3. ياسر صائد خور شيد، حكم التحكيم في إصلاح نشوز الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الآداب، جامعة ديالي، كلية التربية للعلوم الإنسانية، العدد 103، العراق، د س ن.
4. مجلة التحكيم التونسية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2019.

رابعا: النصوص القانونية

1. الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24 الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
2. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، ج ر ج ج عدد 21 المؤرخة في 2008/04/23.
3. الظهير الشريف رقم 22.04.01 المؤرخ في 03 فيفري 2004 بتنفيذ قانون رقم 03-70 المتضمن إصدار مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 5184 المؤرخة في 05 فيفري 2004.
4. من الأمر العلي المؤرخ في 13 /1956/08 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي التونسي، عدد رقم 66 المؤرخ في 1956/08/17، المنقح بالقانون عدد 20 لسنة 2008 بتاريخ 04 مارس 2008.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
كلمة شكر	/
إهداء	/
قائمة المختصرات	/
مقدمة	أ
الفصل الأول: ماهية التحكيم في الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية	
المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم في الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية	10
المطلب الأول: مفهوم التحكيم	10
الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة	11
الفرع الثاني: تعريف التحكيم في اصطلاحا	11
الفرع الثالث: تعريف التحكيم في القانون	13
أولا: التحكيم في قانون الأسرة الجزائري	14
ثانيا: التحكيم في مدونة الأسرة المغربية	15
ثالثا: التحكيم في قانون الأحوال الشخصية التونسي	15
المطلب الثاني: حكم التحكيم وحكمة مشروعيته فقها وقانونا	16
الفرع الأول: حكم التحكيم ومشروعيته في الفقه	16
الفرع الثاني: مشروعية التحكيم في القانون	22
أولا: مشروعية التحكيم في القانون الجزائري	23
ثانيا: مشروعية التحكيم في مدونة الأسرة المغربية	24
ثالثا: مشروعية التحكيم في قانون الأحوال الشخصية التونسي	24
الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية التحكيم	25
المبحث الثاني: حقيقة التحكيم في الشقاق بين الزوجين فقها وقانونا	27
المطلب الأول: مفهوم الشقاق	28
الفرع الأول: تعريف الشقاق لغة	28

الفرع الثاني: تعريف الشقاق اصطلاحا	29
أولا: تعريف الشقاق في الاصطلاح الفقهي	29
ثانيا: تعريف الشقاق في الاصطلاح القانوني	31
المطلب الثاني: أسباب اللجوء للتحكيم في الفقه والقانون	32
الفرع الأول: أسباب اللجوء للتحكيم في الفقه.	32
الفرع الثاني: أسباب اللجوء للتحكيم في القانون	33
أولا : أسباب اللجوء للتحكيم في القانون الأسرة الجزائري	33
ثانيا : أسباب اللجوء إلى التحكيم في مدونة الأسرة المغربية	34
ثالثا : أسباب اللجوء إلى التحكيم في الأمر العلي التونسي	34
المطلب الثالث: شروط الحكمين ووظيفتهما في الفقه والقانون	35
الفرع الأول: شروط الحكمين في الفقه والقانون	35
أولا: شروط الحكمين في الفقه	35
ثانيا: شروط الحكمين في القانون	39
1- شروط الحكمين في قانون الأسرة الجزائري	39
2- شروط الحكمين في مدونة الأسرة المغربية	39
3- شروط الحكمين في قانون الأحوال الشخصية التونسي	40
الفرع الثاني: وظيفة الحكمين فقها وقانونا	40
1 – وظيفة الحكمين فقها	40
ثانيا: وظيفة الحكمين في القانون	42
1- وظيفة الحكمين في قانون الأسرة الجزائري	42
2 – وظيفة الحكمين في مدونة الأسرة المغربية	42
3- وظيفة الحكمين في قانون الأسرة التونسي	43
الفصل الثاني إجراءات التحكيم وطرق انقضائه في الفقه والتشريعات المغاربية	
المبحث الأول : إجراءات التحكيم في الفقه والتشريعات المغاربية	45
المطلب الأول: إجراءات التحكيم في الفقه	46

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم في التشريعات المغاربية	50
الفرع الأول : إجراءات التحكيم في قانون الأسرة الجزائري	50
الفرع الثاني: إجراءات التحكيم في مدونة الأسرة المغربية	52
الفرع الثاني: إجراءات التحكيم في قانون الأسرة التونسي	53
المبحث الثاني: فوائد تفعيل التحكيم ومساوئ تجميده	54
المطلب الأول: فوائد تفعيل التحكيم ومساوئ تجميده	55
الفرع الأول: فوائد تفعيل التحكيم	55
الفرع الثاني: مساوئ تجميد نظام التحكيم	57
المطلب الثاني: إنقضاء التحكيم	59
القرع الأول: العزل (فسخ التحكيم)	60
الفرع الثاني: انتهاء مهمة المحكم	65
الفرع الثالث: زوال أهلية الحكم	66
الخاتمة	68
قائمة المراجع	71
فهرس الموضوعات	80