

الإجراءات المتبعة أثناء التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن
**Procedures followed during arbitration between spouses in
 Islamic jurisprudence and comparative law**

أ. ألد صلاح الدين تمر^{1*}، د. بلقاسم عقيلة²

¹ جامعة بولي تكنيك، قسم الإدارة القانونية – أربيل – إقليم كردستان، (العراق).

Alend.Salahaddin@epu.edu.iq

² كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، (الجزائر)،

a.belkacem@univ-chlef.dz

تاريخ الاستلام: 2022/09/19 تاريخ القبول: 2022/11/18 تاريخ النشر: 2022/12/31

ملخص:

قد تكون أغلب الأسر في المجتمع إن لم نقل كلها معرضة للنزاعات الأسرية بين الطرفين: الزوج والزوجة لأسباب أو أخرى، وبغية تفادي هذا الأمر وحماية الأسرة من التفكك والضياع أقر الله عز وجل التحكيم واتبعه في ذلك شرّاح القانون في النصوص القانونية وأقره كمرحلة لازمة قبل الفصل بشكل نهائي في النزاع، ولأجل لك خص هذا التحكيم بإجراءات بينها الفقهاء وحددها القانون بغية اتباعها من طرف المحكمين، لا سيما ما تعلق بمهمتها، والحل الواجب اتخاذه أثناء اختلافها في التحكيم، وهذا ما لمسناه من خلال تقصي آراء فقهاء المذاهب الأربعة، ومواقف بعض التشريعات العربية.

الكلمات المفتاحية: مهمة الحكمين; مشاكل التحكيم; الفقه; التشريعات المقارنة.

Abstract:

Most, if not all, families in the community may be subject to family disputes between the two parties; Husband and wife for reasons or other, and in order to avoid this matter and protect the family from disintegration and loss, God Almighty approved arbitration and the interpreters of the law followed it in the legal texts and approved it as a necessary stage before definitively deciding the dispute, and for your sake, this arbitration was singled out with procedures among the jurists

and specified by law in order to follow them By the arbitrators, especially what is related to their mission, and the solution to be taken during their differences in arbitration.

Keywords: The mission of the two referees; Arbitration problems; jurisprudence; Comparative Legislation.

مقدمة:

نظم الفقه الإسلامي وبعض القوانين الوضعية، الأحكام الخاصة بالتحكيم الزوجي؛ ليس فقط فيما يتعلق بمضمونه، أو الشروط المطلوبة في الحكمين، وإنما من حيث أحكامه الإجرائية، خاصة فيما يتعلق بالمهام الأساسية المنوطة بالحكمين، وما ينبغي عليهما القيام به، كون أن الأمر لا يرجع إلى رغبتهما، وإنما يلتزمان بما هو مقرر عليهما شرعاً وقانوناً، والغاية الأسى من هذا التحكيم، هو الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين ما استطاعا، ما لم تعترضهما مشاكل تعيق ذلك. إن الجانب الإجرائي للتحكيم الزوجي، يتضمن أساساً فض النزاع القائم، وإعادة الجو الأسري للزوجين، وإبعاد فكرة الفرقة بينهما؛ وهو ما جعل فقهاء الشريعة الإسلامية، وبعض القوانين العربية، يبينوا المهام الأساسية للحكمين التي يجب عليهم القيام بها.

ونظراً لخصوصية المسألة والسعي للإصلاح بين الزوجين فقد أوكلت مهمة حل النزاع القائم بين الزوجين المتخاصمين إلى أشخاص معينين يختارهم القاضي لا يتعدا عددهم شخصين في الغالب، مع توافر جملة من الشروط أهمها أن يكونا من أهل الزوجين؛ حكم من أهل الزوج، وحكم من أهل الزوجة مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾¹، بالإضافة إلى جملة من الشروط الأخرى كالإسلام، والتكليف، والعدالة، والذكورة، توكل لهما هذه المهمة على أمل أن يوفقا فيها.

إن موضوع الإجراءات المتبعة أثناء التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن موضوع جدير بالبحث؛ كونه يثير اشكالات عديدة لاختلافها سواء في الفقه أو في القانون، ولهذا الشأن ارتأينا دراسته لبيان كيف تتم هذه الإجراءات عند الفقهاء الأربعة، وفي بعض التشريعات العربية كالمشعر العراقي، والمشعر الجزائري، والمشعر المغربي، والمشعر الموريتاني، والمشعر الإماراتي، والمشعر الكويتي، والمشعر القطري، والمشعر السوداني وهو ما يدفعنا ل طرح الإشكال الآتي:

¹ القرآن الكريم، سورة النساء، من الآية رقم 35.

فيما تتمثل الإجراءات المتخذة لفض النزاع القائم بين الزوجين حسب الفقه الإسلامي والقانون المقارن؟

ومن أجل دراسة هذا الموضوع اتبعنا منهجاً وصفيّاً؛ من خلال جمع معطياته والربط بينها للوصول إلى نتائج تخدم البحث، وتحليلياً؛ بتحليل النصوص الواردة في التشريعات المعتمد عليها، وتحليل آراء الفقهاء للخروج بنتائج تفيد البحث، وهو ما قادنا بالضرورة إلى اعتماد المنهج المقارن إلى جانب كل من المنهج الوصفي والتحليلي وذلك من أجل مقارنة ما ذكر عند الفقهاء وما نصت عليه التشريعات العربية.

وللإجابة على إشكالية بحثنا اعتمدنا على الخطة الآتية:

المبحث الأول: حل النزاع الزوجي من طرف الحكّمين

المطلب الأول: أقوال الفقهاء حول مهمة الحكّمين

المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات العربية من مهمة الحكّمين

المبحث الثاني: المشاكل التي يقع فيها الحكّمين عند التحكيم الزوجي

المطلب الأول: اختلاف وعجز الحكّمين عن التحكيم الزوجي

المطلب الثاني: موقف التشريعات العربية من اختلاف الحكّمين وعجزهما عند التحكيم الزوجي.

وختمنا دراستنا بجملة من النتائج المتوصل إليها، وأبدينا بعض التوصيات التي بدت لنا

مهمة.

المبآء الأول: آل النزاع الزوجف من طرف الحكمفن

لقد اءفق فقهاء الشرفعة الإسلامفة، على أن المهمة الرئفة الءف يقوم بها الحكمان، هف الإصلاآ وفض النزاع الزوجف، فر أنهم اءءلفوا فف كفففة أداء هءه المهمة؛ بفن اءءراط رضا الزوجفن أو عدمه، كما بعض القوانفن العربفة بفنء أن الواجب الأساسف للحكمفن، هو الإصلاآ، وهنآ من القوانفن من ذكرء ما فجب القفام به فف آالة ءعذر ذلك.

ومن آلال هءا المبآء سنقف عند أقوال الفقهاء آول مهمة الحكمفن (المطلب

الأول)، ءم نبفن موقف بعض ءءشفعات العربفة من مهمة الحكمفن (المطلب ءالف).

المطلب الأول: أقوال الفقهاء آول مهمة الحكمفن:

ورءء أقوال الفقهاء آول مهام الحكمفن على النحو الآف:

أولاً- قول الحنففة فف مهام الحكمفن:

إن قول الحكمفن إنما فكون برضا الزوجفن، لفس للحكمفن أن ففرقا إلا أن فرضى الزوج بذلك؛ لأنه لا آلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة إلها، لم فرق بفنهما، ولم فبجرها الحاكم على طلاقها قبل ءحكفم الحكمفن، وكذلك لو أقرء المرأة بالنشوز، لم فبجرها الحاكم على الآلع ولا على رد مهرها، فإن كان كذلك حكمها قبل بعء الحكمفن، فكذلك بعء بعءهما، لا فبوز إفقا؃ الطلاق من جهءهما من فر رضا الزوج ءءوكلفه، ولا إآراآ المهر عن ملكها من فر رضاها¹.

ءانفياً- قول المالكة فف مهام الحكمفن:

فبب على الحكمفن أن فصلآ ما اسءطاعا بفن الزوجفن، فإن ءعذر الإصلاآ حكما بالطلاق وفض حكمها ظاهراً وباطناً، ولو لم فرض بحكمهما الزوجان، أو الحاكم الءف أقامهما، وفض حكمهما ولو أقامهما الزوجان من جهءهما²، ففنظر الحكمان فف أمرهما فبآءءءا، فإن اسءطاعا الصلآ أصلآ بفنهما، وإلا فرقا بفنهما، وإن رأفا أن فآخذ من مالها آءف فكون آلعاً فعلاها³.

¹ الجصاص أبو بكر أءمد بن على الرازف، أآكام القرآن، ءقفق: مآ صاءق قمآوف، ءار إآفاء ءراء العربف، مؤسسه ءارف العربف، بفروء، لبنان، 1412هـ، 1992م، الآءء ءالث، ص.152.

² الءفبب بن طاهر، الفقه المالكو وأءلءه، العقففة، الذكاء، المباح والحرآم، الأفمان والندور، النكاآ، الطبعة الأولى، مؤسسه المعارف، بفروء، لبنان، 1430هـ، 2009م، الآءء ءالث، ص.336.

³ أبو بكر بن آسن الكشناوف، أسهل المءارك شرح إرشاء السالك فف فقه إمام الأئمة مالك، ط.2، ءار الفكر، ءن، ء.ء، ج.2، ص.132.

ثالثاً- قول الشافعية في مهام الحكمين:

يبعث الحكمان ليصلحا بينهما أو يفرقا إن عسر الإصلاح؛ حيث يوكل الزوج حكمه في التطليق عليه وقبول الخلع، وتوكل المرأة حكمها ببذل العوض وقبول الطلاق، ولا يجوز بعثهما إلا برضاهما، فإن لم يرضيا ولم يتفقا على شيء، أدب القاضي الظالم واستوفى حق المظلوم، وإذا رأى حكم الزوج الطلاق استقل به، ولا يزيد على طلاقة، لكن إن راجعها الزوج ودام الشقاق طلق ثانية وثالثة، وإن رأى الخلع ووافقه حكمها تخالعا وإن لم يرض الزوجان، ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بعض حقها من قسم و نفقة، أو أن لا يتسرى أو لا ينكح عليها غيرها، لم يلزمه ذلك بلا خلاف، وإن كان لأحدهما على الآخر مال متعلق بالنكاح أو غير متعلق، لم يجز للحكم استيفاءه من غير رضا صاحبه بلا خلاف¹.

رابعاً- قول الحنابلة في مهام الحكمين:

أن الزوج إن وكل في الطلاق بعوض أو غيره، أو وكلت المرأة في بذل العوض برضاها، وإلا جعل حاكم إليهما ذلك، فهذا يدل على أنهما حكمان يفعلان ما يريان من جمع، أو تفريق بعوض، أو غيره من غير رضا الزوجين²، ولا يصح إبراء غير وكيلها في خلع فقط، وإن شرطاً ما لا ينافي نكاحاً، لزم، وإلا فلا، كترك قسم أو نفقة، ولمن رضي العود؛ بمعنى إذا اشترط الحاكمان على الزوجين شرطاً لا ينافي عقد النكاح، كإسكانهما بمحل كذا، أو أن لا يتزوج، ونحوه، لزم الشرط، وقد نزلت هذه الحالة منزلة ابتداء العقد؛ لحاجة الإصلاح، وإلا فمحل المعتبر من الشروط صلب العقد³.

¹ النووي يعي بن شرف معي الدين أبو زكريا، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1412هـ، 1991م، الجزء السابع، ص.371.

² المرادوي علي بن سليمان علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف لمعرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية، بدون بلد النشر، 1375هـ، 1956م، الجزء الثامن، ص.381.

³ منصور بن يونس بن إدريس الهوثي، شرح منتهى الإرادات، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بدون بلد النشر، 1421هـ، 2000م، الجزء الخامس، ص.333.

وبعد عرض أقوال الفقهاء حول مهمة الحكامين، يتضح أن للحكمين الجمع أو التفريق بين الزوجين؛ حيث يقع على عاتقهما وبدرجة أولى الإصلاح والجمع بينهما، فإن لم يتمكنوا فرقا بينهما، هذا وقد ورد في الأثر ما يدل على مهمة الحكمين؛ فقد جاء: "أخبرنا عمر بن زرارة، قال: أخبرنا ابن أبي زائدة، قال: أخبرنا ابن عون، عن ابن سيرين، عن عبيدة، قال: جاء رجل وامرأة إلى علي، مع كل واحد منهما فئام من الناس، فلما بعث الحكمين، قال: رويدكما حتى أعلمكما ماذا عليكما، هل تدرينان ماذا عليكما؟ إنكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، ثم أقبل على المرأة، فقال: قد رضيت بما حكما؟ قالت: نعم رضيت بكتاب الله، وعلي ولي، ثم أقبل على الرجل، فقال: هل رضيت بما حكما؟ قال: لا، ولكن أرضى أن يجمعا ولا أرضى أن يفرقا، فقال علي: كذبت، والله لا تبرح حتى ترضى بمثل الذي رضيت"¹.

المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات العربية من مهمة الحكامين:

أشار المشرع العراقي في المادة 41 من قانون الأحوال الشخصية إلى أن الحكمين يعينان من أجل النظر في إصلاح ذات البين، وعليهما أن يجتهدا في ذلك².

ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع العراقي اعتبر أن مهمة الحكمين هو اجتهاد منهما من أجل تحقيق النتيجة المراد الوصول إليها وهي الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين، كما يدل مصطلح الاجتهاد الذي أشار إليه المشرع أن المحكم غير ملزم باتباع طرق محددة قانوناً من أجل هذا الإصلاح، وإنما يقوم بما هو لازم من تلقاء نفسه. غير أن ما يعاب على هذا النص أن المشرع العراقي لم يبين كيف يتحقق القاضي من اجتهاد الحكمين، وإن كانا قد اجتهدا فعلاً أم لا.

¹ رواه النسائي في السنن الكبرى، كتاب: الشقاق بين الزوجين، رقم الحديث: 4870، تحقيق: مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، المجلد السابع، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1433هـ، 2012م، المجلد السابع، ص.57.

² القانون رقم 188 المتعلق بالأحوال الشخصية العراقي، الصادر بتاريخ 19/12/1959م، الوقائع العراقية، ع.280، الصادرة بتاريخ 1959/12/30م.

كما أضاف المشرع في نفس المادة أن الحكّمين إن تعذر عليهما الإصلاح رفعاً الأمر إلى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره؛ معنى هذا الأمر أن كل حكم وجب عليه أن يجتهد شخصياً من أجل الإصلاح بين الزوجين فإن قصر في ذلك وجب اعلام المحكمة بذلك، غير أن موقف المشرع العراقي غير مكتمل؛ حيث أن التقصير قد يقع من كلا الحكّمين إذ أن الأمر وارد، ضف على هذا أن المشرع لم يبين كيف يتم إثبات هذا التقصير وترك المصطلح عاماً.

أما بخصوص المشرع الجزائري فإنه لم يتحدث عن مهمة الحكّمين، بل نص فقط على أنه عليهما تقديم تقرير عن مهمتهما في أجل شهرين، وهو ما يتضح من خلال نص المادة 56 الفقرة 2 من قانون الأسرة¹، والتي نصت على ما يلي: "يعين القاضي الحكّمين، حكماً من أهل الزوج، وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد مدة معينة يلتزم فيها الحكّمين بتقديم تقرير عما قاما به، وهذا ما لم نجده عند المشرع العراقي؛ أي أنه لم يحدد مدة ليعلم المحكمة بتقصير أحدهما مثل ما ذكرنا.

في حين تحدث للمشرع المغربي تحدث عن مهمة الحكّمين في المادة 95 الفقرتين 1 و2 من مدونة الأسرة المغربية²، حيث نصت على ما يلي: "يقوم الحكّمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وبذل جهدهما لإنهاء النزاع. إذا توصل الحكّمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكّمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بملف، ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة".

¹ القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 9 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 27 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.2415، الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 12 جوان 1984م.

² ظهير شريف رقم 1-04-22 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ، 3 فبراير 2004م، بتنفيذ القانون رقم 03-70، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.5184، الصادرة بتاريخ 14 ذي الحجة 1424هـ، 5 فبراير 2004م.

أما بخصوص المشرع الإماراتي فقد تحدث عن المدة التي يتم فيها التحكيم وعن مهمة الحكّمين، في المواد من 118 إلى غاية المادة 120 من قانون الأحوال الشخصية¹؛ حيث حدد مدة التحكيم بتسعين يوماً، يدون تاريخ بدأها في حكم تعيين الحكّمين، وهو ما ورد في المادة 118 الفقرة 2، كما نص المشرع أن الحكّمين يبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، وتقصي أسباب الخلاف بينهما، وهو ما يتضح من المادة 119 من القانون نفسه، كما أضاف المشرع الإماراتي بموجب المادة 120 ما يقضي به الحكّمان عند عجزهما عن الإصلاح على النحو الآتي:

- 1- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوج، والزوجة هي طالبة التفريق أو كان كلاهما مطالباً، قرر الحكّمان التفريق بطلقة بائنة، دون مساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق.
 - 2- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة، قررا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تدفّعه الزوجة.
 - 3- إذا كانت الإساءة مشتركة، قررا التفريق دون بدل، أو ببديل يتناسب مع نسبة الإساءة.
 - 4- إن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما، فإن كان الزوج هو الطالب، اقترح الحكّمان رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي المطالبة أو كان كل منهما طالباً للتفريق، قرر الحكّمان التفريق بينهما دون بدل.
- وهذا التوجه، تبناه أيضاً قانون الأحوال الشخصية الكويتي²؛ حيث نص في المادة 129 أنه على الحكّمين أن يبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين بأي طريقة ممكنة، كما نص على ما يجب تقريره من قبل الحكّمين عند عجزهما عن الإصلاح، إذ وردت بالصيغة نفسها والحالات التي نص عليها المشرع الإماراتي، وذلك في المادة 130 من القانون نفسه.

¹ قانون اتحادي رقم 28 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بتاريخ 17 شوال 1426هـ، الموافق 19 نوفمبر 2005م، الجريدة الرسمية، ع.439، الصادرة بتاريخ 28 شوال 1426هـ، الموافق 30 نوفمبر 2005م.

² القانون رقم 51 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الكويتي، سنة 1984م، الجريدة الرسمية -الكويت اليوم-، ع.1570، الصادرة بتاريخ 24 شوال 1404هـ، الموافق لـ 23 جويلية 1984م، المعدل بالقانون رقم 61، لسنة 1961م، الجريدة الرسمية -الكويت اليوم-، ع.276، وبالقانون رقم 29، لسنة 2004م، الجريدة الرسمية -الكويت اليوم-، ع.664، وبالقانون رقم 66، لسنة 2007م، الجريدة الرسمية -الكويت اليوم-، ع.852.

كذلك هو الأمر بالنسبة للمشرع الموريتاني، فقد نص على مهمة التحكيم في المادة 102 الفقرة 3 من مدونة الأحوال الشخصية¹، إذ وردت على النحو الآتي: "على الحكّمين أن يتفهما أسباب الشقاق بين الزوجين وببدلاً جهدهما في الإصلاح فإن أمكن قراره، وإذا عجزا عن الإصلاح طلقاً بعوض منها إن تمحض ظلم المرأة، وبغيره إن كان الزوج ظالماً، ورفع الأمر إلى القاضي لينفذ قرارهما".

المبحث الثاني: المشاكل التي يقع فيها الحكّمين عند التحكيم الزوجي:

بعد عرض النزاع الزوجي على الحكّمين لفضه، فإنهما يتوصلان إلى قرار يقضي إما بالجمع أو الفرقة بين الزوجين، لكن غالباً ما تصادفهما مشاكل تحول دون تقديم تقريرهما النهائي، ومن ذلك اختلاف رأيهما في فض النزاع؛ حيث يتوصل كل حكم إلى رأي مخالف لرأي الحكم الثاني، وأحياناً أخرى قد يعجز الحكّمان عن التحكيم أساساً لأسباب مختلفة، مما يتعين تدخل القاضي للفصل في الأمر.

وعليه، سنبين من خلال هذا المبحث اختلاف وعجز الحكّمين عن التحكيم الزوجي (المطلب الأول)، ثم نوضح موقف التشريعات العربية من اختلاف الحكّمين وعجزهما عند التحكيم الزوجي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اختلاف وعجز الحكّمين عن التحكيم الزوجي

سنقف من خلال هذا المطلب، على اختلاف الحكّمين في اتخاذ قرار التحكيم لفض النزاع الزوجي، ثم نبين عجزهما عن التحكيم وصوره، في النقاط الآتي بيانها:

أولاً- اختلاف الحكّمين في اتخاذ قرار التحكيم لفض النزاع الزوجي:

حسب القاعدة العامة، يكون للحكّمين واسع النظر في تقرير حكمهما، وذلك إما بإقرار الجمع بين الزوجين أو التفريق بينهما، أو إقرار العوض الذي يدفعه المسيء منهما، غير أنه قد يحدث وأن يختلف هذان الحكّمان في قرارهما، فيتنازعان وينفرد كل منهما برأيه.

¹ القانون رقم 052-2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، الصادر بتاريخ 19 يوليو 2001م، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، ع.1004، الصادرة بتاريخ 15 أغسطس 2001م.

وقد أجمع العلماء، على أن الحكمين إذا اختلف قولهما فلا عبرة بقول الآخر، وأجمعوا على أن قولهما نافذ في الجمع وإن لم يوكلهما الزوجان¹، واختلفوا هل ينفذ قولهما في الفرقة بينهما، هل تحتاج إلى توكيل الزوج أم لا؟ فقال مالك وأصحابه: يجوز قولهما في الفرقة، والاجتماع بغير توكيل الزوجين، ولا إذن منهما، وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما: ليس لهما أن يفرقا إلا أن يجعل لهما الزوج التفريق².

وإذا حكم أحدهما بمال والآخر بغير مال، لم يكن شيء؛ لأنه اختلاف محض، كالشاهدين إذا شهدا أحدهما ببيع والآخر بهبة، فإنه لا ينفذ اتفاقاً³، فإن طلقا واختلفا في المال؛ بأن قال أحدهما طلقت وحدي بمال، وقال الآخر طلقت بغير مال، أو قال أحدهما طلقنا معاً بمال، وقال الآخر بغيره مع أنه شامل أيضاً، لما إذا اختلفا في قدر المال، لكن اختلفهما في قدر المال يوجب له مهر المثل، وكذا في صنفه وصفته وجنسه كما ينبغي، وينبغي ما لم يزد خلع المثل على دعواهما جميعاً أو ينقص عن دعوى ألقهما، فإن لم تلتزمه المرأة فلا طلاق، ويعود الحال كما كان، ولعله إن لم يرض الزوج بإسقاط المال تلتزمه، ومفهوم الشرط إن التزمته وقع، ولو حكم أحدهما بالطلاق، والآخر بالبقاء، لم يلزمه شيء⁴. هذا، وقد اختلفت الأقوال حول موقف القاضي عند اختلاف الحكمين؛ بين أن يبعث غيرهما، أو يعين حاكماً ثالثاً، أو يخير بينهما؛ فالقول الأول: على القاضي أن يبعث اثنين غيرهما حتى يجتمعا على شيء، أما القول الثاني: فعلى القاضي أن يضم إلى الحكمين المختلفين حكماً ثالثاً، أما القول الثالث: فيخير القاضي بين أن يعين غيرهما، أو أن يضم إلقهما حكماً ثالثاً مرجحاً⁵.

¹ أبو الفداء إسماعيل بن كثير بن القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، ج. 2، (آل عمران- النساء)، الطبعة الثانية، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1420هـ، 1999م، ص. 297.

² أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي، الجزء الثامن عشر، (كتاب الطلاق، كتاب الرضاغ)، الطبعة الأولى، دار قتيبة، دار الوعي، دمشق، القاهرة، 1414هـ، 1993م، ج. 18، ص. 111-112.

³ أبو بكر محمد بن عبد الله، المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، القسم الأول، (من الفاتحة لآخر سورة النساء)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ النشر، ص. 543.

⁴ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، الجزء الرابع، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ، 2002م، ج. 4، ص. 111.

⁵ قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الثانية، دار الفرقان، عمان، الأردن، 1422هـ، 2002م، ص. 580-581.

ثانياً- العجز عن التحكيم في الشقاق الزوجي:

المراد بالعجز عن التحكيم، هو عدم القدرة على فض الشقاق الزوجي لأي سبب

كان، ومن أبرز صور العجز عن التحكيم نذكر ما يلي:

1- عدم وجود حكمين: قد لا يجد القاضي حكمين يبعثهما؛ إما لعدمهما، وإما لعدم وجود من يرضى بالتحكيم بين الزوجين، ففي هذه الحالة يفرق القاضي بينهما؛ أي أن القاضي يتولى في هذه الحالة فسخ نكاح الزوجة من زوجها إذا لم يطلقها الزوج، كما يتولاه عند تعذر العشرة بينهما¹.

2- عدم رضا الزوجان بالتحكيم: ذكر فقهاء الشافعية هذه الصورة؛ حيث قالوا إنه إذا لم يرض الزوجان بالتحكيم، ولم يتفقا على شيء، أدب القاضي الظالم واستوفى حق المظلوم²، ويعمل بشهادة الحكمين³. وقال الحنابلة إن امتنع الزوجان من التوكيل لم يجبروا عليه، ويظل الحاكم يبحث ويستبحث، حتى يظهر له من الظالم فيردعه، ويستوفي منه الحق إقامة للعدل والإنصاف⁴.

المطلب الثاني: موقف التشريعات العربية من اختلاف الحكمين وعجزهما عند التحكيم الزوجي:

بيّنت بعض التشريعات العربية موقفها من اختلاف الحكمين أو عجزهما عن التحكيم عند الشقاق الزوجي، فقد نص المشرع العراقي على اختلاف الحكمين وأقر بتعيين حكماً ثالثاً، وهذا ما ورد في المادة 41 الفقرة 3 من قانون الأحوال الشخصية.

بينما سكت المشرع الجزائري عن هذه المسألة ولم يتطرق إليها، وهو ما يجب عليه

تداركه وإيجاد حل عن اختلاف الحكمين أثناء الاصلاح بين الزوجين.

¹ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية، التحكيم العام، والتحكيم عند الشقاق الزوجي، دراسة فقهية موازنة مع دراسة نظام التحكيم، وقرار هيئة كبار العلماء المتعلقة بالتحكيم ط.1، ب.ن. د.م.، 1420هـ، ص.ص. 280-281.

² يحيى بن شرف النووي معي الدين أبو زكريا، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ص. 371.

³ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ج.3، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1418هـ، 1997م، ج.3، ص.345.

⁴ مصطفى السيوطي الرحبياني، حسن الشطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى وتجريد الزوائد الغاية والشرح، الجزء الثالث، المكتب الإسلامي، دمشق، 1381هـ، 1961م، ج.3، ص.289.

كما نص المشرع المغربي في المادة 96 على حال اختلافها، كما نص في المادة 97 الفقرة 1 على حال عجزهما عن التحكيم، وهذا نصهما على التوالي، المادة 96: "إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثاً إضافياً بالوسيلة التي تراها مناسبة". وأما المادة 97 الفقرة 1، فنصت: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطبيق والمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر".

كما تحدث عن هاتين النقطتين المشرع العماني، وذلك في المادتين 105 و106 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان¹؛ حيث بين في المادة 105 موقف القاضي عند اختلاف الحكمين على النحو الآتي: "إذا اختلف الحكمان عين القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكماً ثالثاً". وأما المادة 106 فنصت على تعذر الإصلاح بين الزوجين كما يلي: "إذا تعذر الصلح، واستمر الشقاق بين الزوجين، حكم القاضي بالتطبيق استناداً إلى تقرير الحكمين".

ومن جانب آخر نص المشرع الموريتاني، على تعذر التحكيم في المادة 102 الفقرة 3 على النحو الآتي: "على الحكمين أن يتفهما أسباب الشقاق بين الزوجين، وببذلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن قرراه، وإذا عجزا عن الإصلاح طلقا بعوض منها إن تمحض عن ظلم المرأة، وبغيره إن كان الزوج ظلماً، ورفع الأمر إلى القاضي لينفذ قرارهما".

كما تحدث المشرع الكويتي عن اختلاف الحكمين في المادة 131 الفقرة ب كالاتي: "إذا اختلف الحكمان، ضمت المحكمة إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً من غير أهل الزوجين، قادراً على الإصلاح".

¹ مرسوم سلطاني برقم 32-97 المتعلق بإصدار قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان، الصادر بتاريخ 28 محرم 1427 الموافق 4 يونيو 1997م.

أما المشرع القطري، فقد نص على أنه إذا أصلح الحكمان بين الزوجين اعتمد القاضي تقريرهما، أما إذا لم يصلحا بينهما، عين حكمن غيرهما، بقرار مسبب للقيام بمهمة التحكيم مجدداً، أو ضم إليهما حكماً ثالثاً، وهو ما يتضح من خلال نص المادة 132 من قانون الأحوال الشخصية القطري¹.

كذلك هو الأمر بالنسبة للمشرع السوداني، فقد تحدث عن مسألة اختلاف الحكمن، وتعذر الصلح بين الزوجين، في المادتين 166 و167 من قانون الأحوال الشخصية السوداني²، فقد ورد بالمادة 166 ما يلي: "إذا اختلف الحكمان فيعين القاضي غيرهما أو يضم إليهما حكماً ثالثاً ويحلفه اليمين"، أما المادة 167 فنصت على أنه: "إذا تعذر الصلح واستمر الشقاق بين الزوجين فيحكم القاضي بالتطبيق استناداً إلى تقرير التحكيم مع مراعاة أحكام المادة 164".

¹ القانون رقم 22 المتضمن قانون الأحوال الشخصية القطري، الصادر بتاريخ 03 جمادى الثانية 1427هـ، الموافق لـ 29 جوان 2006م.

الجريدة الرسمية القطرية، ع.8، الصادرة بتاريخ 04 شعبان 1427هـ، الموافق لـ 28 أوت 2006م.

² قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة 1991-7-24.

خاتمة:

وفي ختام هذه الدراسة استخلصنا بعض النتائج والتوصيات نبينها تباعاً كالاتي:

أولاً- النتائج:

- اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على أن المهمة الأساسية للحكمان هي الاصلاح وفض النزاع الزوجي، غير أنهم اختلفوا في اشتراط رضا الزوجين من عدمه، وكذلك هو الحال بالنسبة للتشريعات الوضعية.

- اجمع العلماء على أن الحكمين اذا اختلف قولهما فلا عبرة بقول الآخر، كما أجمعوا على نفاذ قولهما في حال الجمع وان لم يوكلهما الزوجان، بينما اختلفوا في تنفيذ قولهما عند الفرقة بينهما، وكذا الحاجة إلى توكيل الزوج.

- اختلفت آراء الفقهاء حول موقف القاضي عند اختلاف الحكمين، حيث ذهب البعض إلى القول بانه على القاضي أن يبعث اثنين غيرهما، اما البعض الآخر فتجهوا نحو تعيين حكم ثالثاً، في حين أعطى الرأي الثالث للقاضي حرية الاختيار بين تعيين غيرهما أو ان يضم حكماً ثالثاً لهما.

- يبرز دور القاضي في فض النزاع الزوجي عند اختلاف الحكمين أو عجزهما عن إصلاح الوضع؛ حيث يتدخل باتخاذ ما يلزم ليقرر حكمه في النزاع.

- أجمعت التشريعات المقارنة أنه للقاضي سلطة التفرقة بين الزوجين في حال تعذر الصلح واستمرار الشقاق بينهما.

ثانياً- التوصيات:

- على التشريعات العربية استحداث قسم خاص على مستوى المحكمة، بتشكيلة قضاة متخصصين في مجال الأحوال الشخصية، يتعلق بفض النزاع عن طريق التحكيم، ربحاً للوقت وفض النزاع في أقرب وقت ممكن.

- ضرورة تفعيل نظام التحكيم الزوجي، والعمل به من لدن المحاكم في جميع الخلافات الأسرية، واللجوء إليه قبل الفصل في النزاع بشكل نهائي.

- ضرورة استعانة الحكمين بأهل الخبرة في التحكيم الزوجي، حتى يتمكنوا من الإصلاح بينهما، وتحقيق الغاية من التحكيم.

- تنظيم القواعد الخاصة بالتحكيم لفض النزاع؛ سواء في المنازعات الأسرية، أم غيرها، ضمن قانون خاص والتفصيل في أحكامها

قائمة المصادر والمراجع:

أ- كتب التفسير والحديث:

- 1- أبو الفداء إسماعيل بن كثير بن القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، الجزء الثاني، (آل عمران- النساء)، ط.2، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1420هـ، 1999م، ج.2.
- 2- الجصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1412هـ، 1992م، ج.3.
- 3- ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، القسم الأول، (من الفاتحة لآخر سورة النساء)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ النشر.
- 4- عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، تحقيق: مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، ط.1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1433هـ، 2012م، مج.7.

ب- كتب الفقه:

- 1- أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ط.2، دار الفكر، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر، ج.2.
- 2- أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي، (كتاب الطلاق، كتاب الرضاع)، ط.1، دار قتيبة، دار الوعي، دمشق، القاهرة، سوريا، مصر، 1414هـ، 1993م، ج.18.
- 3- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، العقيقة، الذكاة، المباح والحرام، الأيمان والنذور، النكاح، الطبعة الأولى، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 1430هـ، 2009م.
- 4- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1418هـ، 1997م، ج.3.
- 5- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ، 2002م، ج.4.
- 6- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية، التحكيم العام، والتحكيم عند الشقاق الزوجي، دراسة فقهية موازنة مع دراسة نظام التحكيم، وقرار هيئة كبار العلماء المتعلقة بالتحكيم عند الشقاق الزوجي بالمملكة العربية السعودية، ط.1، بدون دار النشر، بدون بلد النشر، 1420هـ.
- 7- المرادوي علي بن سليمان علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف لمعرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ط.1، مطبعة السنة المحمدية، بدون بلد النشر، 1375هـ، 1956م، ج.8.
- 8- قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط.2، دار الفرقان، عمان، الأردن، 1422هـ، 2002م.
- 9- مصطفى السيوطي الرحباني، حسن الشطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى وتجريد الزوائد الغاية والشرح، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1381هـ، 1961م، ج.3.

- 10- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط.1، مؤسسة الرسالة، بدون بلد النشر، 1421هـ، 2000م، ج.5.
- 11- النووي يعي بن شرف معي الدين أبو زكريا، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1412هـ، 1991م، ج.7.

ج- النصوص القانونية:

- 1- القانون رقم 51 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الكويتي، سنة 1984م، الجريدة الرسمية -الكويت اليوم-، ع.1570، الصادرة بتاريخ 24 شوال 1404هـ، الموافق لـ 23 جويلية 1984م، المعدل بالقانون رقم 61، لسنة 1961م، الجريدة الرسمية -الكويت اليوم-، ع.276، وبالقانون رقم 29، لسنة 2004م، الجريدة الرسمية -الكويت اليوم-، ع.664، وبالقانون رقم 66، لسنة 2007م، الجريدة الرسمية -الكويت اليوم-، ع.852.
- 2- القانون رقم 22 المتضمن قانون الأحوال الشخصية القطري، الصادر بتاريخ 03 جمادى الثانية 1427هـ، الموافق لـ 29 جوان 2006م، الجريدة الرسمية القطرية، ع.8، الصادرة بتاريخ 04 شعبان 1427هـ، الموافق لـ 28 أوت 2006م.
- 3- قانون اتحادي رقم 28 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بتاريخ 17 شوال 1426هـ، الموافق 19 نوفمبر 2005م، الجريدة الرسمية، ع.439، الصادرة بتاريخ 28 شوال 1426هـ، الموافق 30 نوفمبر 2005م.
- 4- ظهير شريف رقم 1-04-22 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ، 3 فبراير 2004م، بتنفيذ القانون رقم 03-70، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.5184، الصادرة بتاريخ 14 ذي الحجة 1424هـ، 5 فبراير 2004م.
- 5- القانون رقم 052-2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، الصادر بتاريخ 19 يوليو 2001م، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، ع.1004، الصادرة بتاريخ 15 أغسطس 2001م.
- 6- مرسوم سلطاني برقم 97-32 المتعلق بإصدار قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان، الصادر بتاريخ 28 محرم 1427 الموافق 4 يونيو 1997.
- 7- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة 1991-7-24.
- 8- القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 9 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 27 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.2415، الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 12 جوان 1984م.
- 9- القانون رقم 188 المتعلق بالأحوال الشخصية العراقي، الصادر بتاريخ 19/12/1959م، الوقائع العراقية، ع.280، الصادرة بتاريخ 30/12/1959م.