مرحلة بعث الحكمين حال نزاع الزّوجين بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

The stage of sending the two arbiters in the event of a dispute between the spouses between Islamic jurisprudence and Algerian family law

ختو سارة*[1]، راجع عكاشة [2]

[1] جامعة وهران 1 أحمد بن بلة (الجزائر)، khettousarra@gmail.com

[2] جامعة وهران 1 أحمد بن بلة (الجزائر)، ra.okkacha@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2023/03/22 تاريخ القبول: 2023/08/05 تاريخ النشر: 2023/08/20

ملخص:

تعد مرحلة بعث الحكمين من الأمور الحسّاسة ذات الأهمية البالغة التي لابد أن يلقى لها بال حال خلاف الزّوجين، فتشريع التّحكيم بين الزّوجين إنّما جاء لحكم ومقاصد جليلة، ولا يتأتى جلبب هذه المقاصد وتحقيقها إلاّ بالتّقيد بما وضع لها من ضوابط، وضابطها تقيّد المكلف ببعث الحكمين حال نزاع الزّوجين بالمرحلة المحددة شرعا لبعثهما، لذا وقصد بيان ذلك جاءت هذه الدّراسة الشّرعية التّشريعية معرفة بمفهوم التّحكيم بين الزّوجين مبينة حكمه والسّلطة المخوّلة لبعث الحكمين فيه، ثم تحديد المرحلة المناسبة لقيام المكلف بذلك، وهذا وفق المذاهب السّنية الأربعة وقانون الأسرة الجزائري المعدل.

كلمات مفتاحية: التّحكيم.، التّحكيم بين الزّوجين.، الخلافات الزّوجية.، سلطة بعث الحكمين.، مرحلة بعث الحكمين.

Abstract:

The stage of sending the two arbitrators is one of the sensitive matters of great importance that must be taken into account in the case of the dispute between the spouses. The dispute of the spouses at the legally specified stage for their resurrection, so with the intention of clarifying that, this Sharia-legislative study came to define the concept of arbitration between the spouses, indicating its ruling and the authority vested in

*المؤلف المرسل

sending the two arbitrators in it, then determining the appropriate stage for the assigned person to do so, and this is according to the four Sunni schools of thought and the amended Algerian Family Law.

Keywords: Arbitration; arbitration between the spouses; marital disputes; the authority of sending the two arbitrators; the stage of sending the two arbitrators.

1. مقدمة:

الحمد لله الذي خلق الزوجين الذكر والأنثى، وجعل بينهما مودة ورحمة ليسكنا لبعضهما البعض، وصلي وسلم على سيد الخلق سيدنا وحبيبنا وقدوتنا محمد إمام النبيين وخاتمهم، والصلاة والسلام على آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

قد لاقت الأسرة عموما والحياة الزّوجية خصوصا جُلّ الرّعاية ووافر العناية من التّشريعات على مرّ العصور، فحظيت من الاهتمام ما يليق بمقامها وحساسية مكانتها في المجتمع، فسنّت الشّرائع من الإجراءات ما هو كفيل لحفظ استقرارها وبقاءها؛ فنجد أنّ الشّارع الحكيم قد شرّع في محكم التّنزيل وسائل وطرق عدّة لحل الخلافات الزّوجية بوضع علاج خاص بكل مرحلة من النّزاع، فسطّر للزّوجين حال نشوزهما أو نشوز أحدهما علاج داخلي يكون بوفاق ذاتي ودون تدخل أي طرف خارجي بينهما، وهذا وفق تدرج محكم دقيق يتماشى وحدّة النّزاع الواقع وطبيعته؛ فجُعل للزّوج حال نشوز زوجته وعظ ثم هجر ثم ضرب في قول عزّ وجل في الآية 34 من سورة النّساء ﴿ واللّاتِي تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ واهْجُرُوهُنَّ في المضاجِعِ واضْرِبُوهُنَّ فَإنْ أطَعْنَكم فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾، وجُعل للزّوجة حال نشوز زوجها أن تصالحه وتسترضيه حفاظا على بيتها وبقائه في قوله عزّ وجل في الآية 128 من سورة النّساء:﴿وإنِ امْرَأةٌ خافَتْ مِن بَعْلِها نُشُوزًا أوْ إعْراضًا فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أنْ يَصّالَحا بَيْنَهُما صُلْحًا والصُّلْحُ خَيْرٌ وأُحْضِرَتِ الأنْفُسُ الشُّحَّ وإنْ تُحْسِنُوا وتَتَّقُوا فَإنَّ اللَّهَ كانَ بِما تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾. فإن أخذ الزّوجان بهذا العلاج وامتثلا للترتيب القرآني المنصوص عليه في الآيتين الكريمتين ولم يُجد ذلك معهما، ولم يسوّى الوضع بينهما جعل لهما الشّارع الحكيم التّحكيم كوسيلة موالية لحل نزاعهما، فجعل للمكلف ببعث الحكمين التّدخل والعمل على تعيين حكمين لكشف حال الزّوجين وبحث سبب الشّقاق بينهما، يقول عزّ وجل:﴿وإنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فابْعَثُوا حَكَمًا مِن أهْلِهِ وحَكَمًا مِن أهْلِها إنْ يُرِيدا إصْلاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُما إنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ سورة النساء الآية 35، فتشريع الشّارع الحكيم لهذه الوسائل ووضعه لها بهذا التّرتيب لم يكن عبثا، إنّما كان لحكم ومقاصد جليلة، ولا يتأتى جلب هذه المقاصد

وتحقيقها إلاّ بالتقيّد بهذا التّرتيب المحكم الدقيق، وأي خرق أو تعدي لذلك قد ينجر عنه تفكك العلاقة الزّوجية وحل الرابطة الزّوجية، هذا ما يوجب على المكلف ببعث الحكمين حال خلاف الزّوجين التقيّد بذلك وأخذه بعين الاعتبار.

وبالنظر لقانون الأسرة الجزائري المعدّل نجد أنّه أيضا وضع عدّة إجراءات ووسائل حفظا للحياة الزّوجية، فأوجب المشرع الجزائري القيام بعدّة جلسات للصّلح بين الزّوجين قبل الحكم بالطّلاق، وأخذ بإجراء التّحكيم حال اشتداد الشّقاق بين الزّوجين وعدم ثبوت الضّرر بينهما، وهذا ببعث حكمين للتوفيق بينهما من خلال نص المادة 56 /01 من قانون الأسرة المعدل، والتي نصّ فيها أنّه: " إذا اشتدّ الخصام بين الزّوجين ولم يثبت الضّرر وجب تعيين حكمين للتّوفيق بينهما".

الإشكالية:

فمن كل هذا تبيّن جليا أنّ علاج نزاع الزّوجين وتخطيه في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري يكون عبر مراحل وخطوات تتماشى وحدّة النّزاع الواقع، ما يعني أنّ كل نزاع له علاج يتماشى مع طبيعته وحساسيته، ما يوجب ضرورة تقيّد ومراعاة المكلف ببعث الحكمين حال خلاف الزّوجين بذلك، وهو الأمر ذاته الذي آثار فينا عدّة تساؤلات تمخض عنها ميلاد الإشكالية التالية:

أ/ ما المرحلة المناسبة لبعث الحكمين حال نزاع الزّوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟

1- هل بعث الحكمين حال نزاع الزّوجين واجب؟. 2- من المخول شرعا وقانونا ببعث الحكمين؟.

3- ما صفة النّزاع الذي يُلجأ فيه لبعث الحكمين؟. 4- هل سلطة الحكمين سلطة قضائية مطلقة أم سلطة إستشارية مقيدة؟

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذه الدّراسة من حيث أنّ مرحلة بعث الحكمين حال نزاع الزّوجين من الأمور الحسّاسة ذات الأهمية البالغة التي لابد أن يلقى لها بال، خاصة وأنّ تحقيق مقاصد تشريع التّحكيم بين الزّوجين متوقف على مدى التزام وتقيد المكلف ببعث الحكمين بذلك، إذ أنّ التّحكيم بين الزّوجين كما أسلفنا شرع لمقاصد وحكم، ولا يتأتى جلب هذه المقاصد وتحقيقها إلاّ بذلك، فجاء هذا البحث قصد إزالة الغموض عن المرحلة التي يمكن أن يبعث فيها الحكمان للنظر في أمر الزّوجين، وكذا تبيين صفة النّزاع الذي يتأتى معه القيام بذلك، إذ ليس كل مرحلة من نزاع الزّوجين محال للتّحكيم فيها، وهذا بعرض آراء المذاهب السّنية الأربعة في ذلك مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري المعدل.

المنهج المتبع في الدّراسةّ:

لدراسة هذا الموضوع عولنا على توظيف منهجين؛ المنهج تحليلي والمنهج مقارن؛ نوظف الأول في تحليل آراء فقهاء المذاهب الأربعة ونصوص المواد القانونية، والثاني في مقارنة آراء المذاهب الأربعة مع بعضها البعض وكذا مع قانون الأسرة الجزائري.

خطة البحث:

ودراستنا لهذا الموضوع ستكون وفق تقسيم منهجي قائم على مقدمة ومطلبين وخاتمة.

2. التّحكيم بين الزّوجين مفهومه وحكمه في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

1.2 مفهوم التّحكيم بين الزّوجين:

يقتضي تبيان مفهوم التّحكيم بين الزّوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري التّطرق حتما للمفهوم العام للتّحكيم من النّاحية اللّغوية والاصطلاحيّة، كما يلي:

التّحكيم لغة: أطلق لفظ التّحكيم في لغة العرب على معاني عدّة، كالتالي:

أُطلق لفظ التّحكيم وأُريد به في اللّغة المخاصمة، والمخاصمة المحاكمة إلى الحاكم، فيقال: حكَّمه في ماله تحكيما إذا جعل إليه الحكم فيه. وأُريد به أيضا القضاء، فالحكم مصدر حكم بينهم يحكم أي قضى، وحكم له وحكم عليه وقيل:الحكم القضاء بالعدل. وجاء التّحكيم في اللغة بمعنى المنع؛ فيقال حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك وحكمت بين القوم فصلت بينهم[1].

التّحكيم اصطلاحا:

[1](مقاييس اللغة، أحمد فارس، 1979م، ج2، ص91)، (المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد الفيومي، ج1، ص145).

– في الاصطلاح الشّرعي: عرّف الفقهاء القدامى التّحكيم بعدّة تعريفات، نذكر منها ما يلي[1]:

أ/ الحنفية: "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر".

ب/ المالكية: "أنّ الخصمين إذا حكّما بينهما رجلا وارتضياه؛ لأن يحكم بينهما، فإن ذلك جائز في الأموال وما في معناها، ولا يقيم المحكم حدا".

ج/ الشافعية: " إن اجتمع الخصمان على أن وكلا رجلا واحدا وكان توكيل كلّ واحد منهما في مخاصمة صاحبه".

د/ الحنابلة: "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّماه بينهما ورضياه، وكان ممن يصلح للقضاء، فحكم بينهما".

وعُرّف التّحكيم عند الفقهاء المعاصرين بأنّه: "عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حاكما بينهما لفصل خصومتهما"[2]. كما عرّفه الدكتور وهبة الزحيلي– رحمه الله– أيضا بأنّه:" أن يحكّم المتخاصمان شخصا آخر لفضّ النّزاع القائم بينهما على هدى حكم الشّرع"[3].

أمّا التّحكيم بين الزّوجين في الاصطلاح الشّرعي؛ فيراد به بعث حكمين من أهل الزّوجين حال حلول الخلاف بينهما واشتداده، لينظرا في أمرهما ويعرفا الضّرر الحاصل بينهما. يقول محمد

---

[1](البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، 1997،ج7، ص24)، (تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين ابن فرحون، 1986م، ج1، ص62)، (الحاوي الكبير، أبو الحسن الماوردي، 1999م، ج6، ص510)، (المغني، ابن قدامى المقدسي، 1968م، ج10، ص94).

[2](المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 2004م، ج1، ص619).

[3](الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، 1985م، ج8، ص6251).

رشيد رضا أنّ المقصود ببعث الحكمين هو:"إرسالهما إلى الزّوجين لينظرا في شكوى كلّ منهما، ويتعرفا ما يرجى أن يصلح بينهما، ويَسْتَرضوهما بالتّحكيم، وإعطائهما حق الجمع والتفريق"[1].

ويقول الإمام الشافعي في التحكيم وبعث الحكمين حال شقاق الزّوجين أنّه حق على الحاكم:"أن يبعث حكماً من أهله، وحكماً من أهلها، من أهل القناعة والعقل ليكشفا أمرهما، ويصلحا بينهما إن قدرا، وليس له أن يأمرهما يفرقان إن رأيا إلا بأمر الزوج ولا يُعطيا من مال المرأة إلا بإذنها"[2].

– في الاصطلاح القانوني: لم يتطرق المشرّع الجزائري لتعريف صريح للتّحكيم من خلال مواده القانونية، إلاّ أنّه وبالرجوع إلى تعريفات شراح القانون نجد أنّهم عرّفوه بأنّه إجراء يخص تسوية النّزاعات باللّجوء إلى شخص أو عدة أشخاص يدعون المحكمين. فهو الاتفاق الحاصل بين المتعاقدين لعرض نزاع معين على محكَّم أو عدة محكَّمين. كما عرّفه آخرون أنّه نظام العدالة الخاص بفصله، والذي يأخذ اختصاص حل النّزاع من قضاء الدولة ويُوكّل إلى أشخاص مكلّفين بحل هذه المنازعات[3].

أمّا بالنسبة لمفهوم التّحكيم بين الزّوجين في التّشريع الجزائري فيمكن أن نخلص إلى تعريفه من خلال استقراء بعض نصوص مواد قانون الأسرة الجزائري إلى أنّه تلك الوسيلة التي يَلجأ إليها قاضي شؤون الأسرة حال اشتداد الشقاق بين الزّوجين وعدم ثبوت الضرر الواقع بينهما بتعيين حكمين للنظر في أمرهما والتوفيق بينهما.

---

[1](تفسير المنار، محمد رشيد رضا، 1990م، ج5، ص64).

[2](تفسير الإمام الشافعي، أبو عبد الله الشافعي، 1427هـ، ج2، ص 606).

[3](ولاية القضاء على التّحكيم، علي سالم إبراهيم، 1997م، ص21)، (المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، إبتسام القرام، 1992م، ص282)، (الوجيز في الإجراءات المدنية، محمد إبراهيمي، 2001م، ج2، ص282).

وحوصلة هذه التّعريفات أنّ التّحكيم بمفهومه العام؛ هو طريق يسلكه الخصوم لتسوية نزاعاتهم عن طريق تفويض حَكم أو أكثر ممن يرونه مناسبا لحل خلافاتهم. وبالمفهوم الخاص بنزاع الزّوجين؛ هو إرسال حكمين من أهل الزّوجين حال خلافهما، بغية كشف ضررهما وتقرير الأحسن لهما.

2.2 حكم التّحكيم بين الزّوجين:

في الفقه الإسلامي:

أجمع علماء الشريعة الإسلامية على مشروعية وجواز التّحكيم بين الزّوجين، واعتبروا أنّ الدليل الشّرعي والأصل في بعث الحكمين بين الزّوجين[1]، قوله عزّ وجل:﴿وإِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فابْعَثُوا حَكَمًا مِن أَهْلِهِ وحَكَمًا مِن أَهْلِها إِنْ يُرِيدا إِصْلاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُما إِنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[2]، فكانت الآية الكريمة مستندهم ودليلهم الشّرعي على مشروعية التّحكيم بين الزّوجين.

وفيما ورد في تفسير الآية الكريمة تفسير ابن العباس بقوله أنّها جاءت:" في الرّجل والمرأة، إذا تفاسد الذي بينهما، فأمر الله سبحانه أن يبعثوا رجلا صالحا من أهل الرّجل، ومثله من أهل المرأة، فينظران أيّهما المسيء فإن كان الرّجل هو المسيء حجبوا عنه امرأته وقصروه على النفقة، وإن كانت المرأة هي المسيئة، قصروها على زوجها، ومنعوها النّفقة. فإن اجتمع رأيهما على أن يفرقا أو يجمعا، فأمرهما جائز"[3].

فإن كانت هذه الآية هي الأصل في بعث الحكمين حال شقاق الزّوجين، وتأكّد لنا من خلالها مشروعية العمل بالتّحكيم بينهما فهل الأمر الوارد فيها ببعث الحكمين على الوجوب أم على الندب؟، وهذا ما انقسمت آراء الفقهاء فيه على قولين:

---

[1](أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ناصر الدين، 1418هـ، ج 2، ص73).

[2](سورة النساء، الآية 35).

[3](جامع البيان، محمد أبو جعفر الطبري، 2000م، ج8، ص325).

القول الأول: الوجوب؛ يرى أصحاب هذا القول[1] أنّ الآية الكريمة جاءت بوجوب بعث الحكمين؛ فإذا عُلم الشّقاق من الزّوجين وجب على الإمام بعث الحكمين، وهو قول المالكية والمعتمد عند الشافعية، يقول ابن العربي:" إذا علم الإمام من حال الزّوجين الشّقاق لزمه أن يبعث إليهما حكمين ولا ينتظر ارتفاعهما؛ لأن ما يضيع من حقوق الله أثناء ما ينتظر رفعهما إليه لا جبر له"[2].

ويقول الإمام الشافعي:" فإذا ارتفع الزّوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم فحق عليه أن يبعث حكما من أهله وحكما من أهلها من أهل القناعة والعقل ليكشفا أمرهما ويصلحا بينهما"[3].

واستدلّ أصحاب هذا الرأي على أنّ الآية الكريمة جاءت للوجوب بما يلي[4]:

1/ ظاهر الآية الأمر بالبعث" فابْعَثُوا " في قوله عزّ وجل: ﴿وإِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فابْعَثُوا حَكَمًا مِن أَهْلِهِ وحَكَمًا مِن أَهْلِها إِنْ يُرِيدا إِصْلاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُما إِنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[5].

2/ لأنه من باب رفع المظالم وهو من الفروض العامة، والمتأكدة على القاضي.

القول الثاني: الاستحباب؛ يرى أصحاب هذا الرأي أنّ بعث الحكمين حال الشّقاق بين الزّوجين مندوب، والظاهر أنّ هذه الرواية لم يقل بها إلاّ الروياني من الشافعية، فقد قال الأذرعي: "ولم أر من حكا عن الشافعي استحباب البعث غير الروياني[6]؛ أي بعث الحكمين حال شقاق الزّوجين.

---

[1](شرح مختصر خليل، محمد الخراشي، 1317هـ، ج3، ص485)، (نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شهاب الدين الرملي، 1984م، ج6، ص392).

[2](أحكام القرآن، القاضي محمد ابن العربي، 2003م، ج1، ص543)،

[3](الأم، أبو عبد الله الشافعي، 1990م، ج5، ص208).

[4](نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شهاب الدين الرملي، مرجع سابق، ج6، ص392)، (تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ابن حجر الهيتمي، 1983م،ج7، ص457)، (أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكرياء الأنصاري، أبو يحي السنيكي، 2000م، ج3، ص240).

[5](سورة النساء، الآية 35).

[6]. ((أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكرياء الأنصاري، أبو يحي السنيكي، مرجع سابق، ج3، ص240).

واستدلوا على ذلك[1]:

1/ بالأصل في الأمر.

2/ ظهور الأمر في الآية للإرشاد.

3/ أنّ ذلك من الأمور الدنيوية التي لا يظهر إرادة الوجوب منه فيها.

ورُدَّ على قول الأذرعي: بأنّ ظاهر نص الأم للشافعي هو للوجوب[2]، ويرجع الاستحباب في قوله لكونهما من أهلهما (أي الاستحباب في كون الحكمين من أهل الزّوجين، لا استحباب بعثهما)، قال الشيخ البلقيني: نص الشَّافعي في "الأم" أظهر في الوجوب[3].

أمّا عن رأي فقهاء الحنفية والحنابلة في حكم بعث الحكمين حال شقاق الزّوجين فلم يرد عنهم قول في ذلك إلاّ ما اتفقوا فيه مع باقي الفقهاء في أنّ بعث الحكمين جائز مشروع، وهذا ربما راجع لاعتبار الحكمان وكيلان لا يرسلان إلا برضا الزّوجان وتوكيلهما، فلم يجز لغيرهما التّصرف عليهما إلا بوكالة منهما[4].

وبناء على ذلك نُرجح في هذه المسألة الوجوب؛ لقوله عزّ وجل﴿وإِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فابْعَثُوا حَكَمًا مِن أهْلِهِ وحَكَمًا مِن أهْلِها إنْ يُرِيدا إصْلاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُما إنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[5].ولأنّ في وجوب العمل بالتّحكيم بين زوجين متخاصمين، وبعث حكمين لكشف وإزالة الضرر الواقع بينهما تحقيق لمقاصد الشّرع وإعمال للقاعدة الكلية "الضرر يزال"، وكذا إقامة لحدود الله في العلاقة الزّوجية باسترجاع الودّ والسّكينة والرّحمة بينهما، وهو الحكم الذي يؤيده صاحب كتاب المفصل في كتابه مبررا لذلك بأنّ في قوله تعالى: "فَابْعَثُوا "صيغة أمر والأصل في الأمر عند

---

[1](عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، قحطان الدّوري، 1422 هـ، ص 433).

[2](مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين الشربيني، 1994م، ج4، ص428).

[3](الشرح الكبير، عبد الكريم الرافعي، 1417هـ، ج8، 391).

[4].(شرح الزركشي، شمس الدين الزركشي، 1413 هـ، ج5، ص325).

[5](سورة النساء، الآية 35).

جمهور الأصول أنّه للوجوب، إلاّ إذا صرفته قرينة عن ذلك، ولا قرينة هنا تصرفه إلى غير الوجوب، بل القرينة هنا التأكيد على إرادة الوجوب أي ـ وجوب بعث الحكمين-[1].

في قانون الأسرة الجزائري:

برزت جليا مكانة التّحكيم وأهميته في التّشريع الجزائري بعد التّعديلات والإضافات الجديدة التي طرأت على المنظومة القانونية مؤخرا بسنّ المشرّع نصوص وأحكام خاصة بالتّحكيم في مجالات عدّة؛ شملت المجال التجاري والمجال الإجرائي الإداري وكذا المجال الأسري؛ فقد خصّص له باب في الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت مسمى"الطرق البديلة لحل النزاعات"، منظما له ضمن 56 مادة (1006-1061)، مؤمنا بهذه الحلول البديلة ومدركا لأهميتها ومزاياها، فصار التّحكيم جائزا بنص القانون وفي كل المواد، بحيث يمكن لكلّ شخص اللّجوء إليه مادام الأمر لا يتعارض مع النظام العام وفي إطار الحقوق التي له مطلق التّصرف فيها، وما كان غير ماس بأهلية وحالة الأشخاص.

أمّا في المجال الأسري وبخصوص التّحكيم بين الزّوجين فقد استمدّ المشرّع الجزائري مشروعيته من الشّريعة الإسلامية، وحثّ على ضرورة العمل به واعتبر بعث الحكمين حال تفاقم النّزاع بين الزّوجين وعدم ثبوت الضّرر أمرا ضروريا، فالتّحكيم إلزامي ووجوبي في المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة[2]، وهو ما قاله المشرع الجزائري بصريح العبارة في نص المادة 56 /01 من قانون الأسرة المعدل: "إذا اشتدّ الخصام بين الزّوجين

[1](المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، 1993م، ج8، ص416).

[2](انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، خليل عمروا، 2005م، ص131).

ولم يثبت الضّرر وجب تعيين حكمين للتّوفيق بينهما"[1]. فعلى القاضي قبل الشّروع في دراسة موضوع النّزاع ومباشرة الفصل فيه أن يعمل على الإصلاح بين الزّوجين ومعرفة الضّرر عن طريق التّحكيم.

وبما أنّ التّحكيم إجراء وجوبي في قانون الأسرة يترتب عن إغفال القاضي له قابلية إبطال حكمه بمجرد الطّعن فيه لمخالفته للقانون، وهو ما صدر عن المحكمة العليا في القرار رقم 57812 بتاريخ 1982/12/25، حيث ذهبت فيه إلى أنّه:" من المقرر قانونا أنّه لا يثبت الطّلاق إلا بحكم بعد محاولات الصّلح من القاضي وعند نشوز أحد الزّوجين يحكم القاضي بالطّلاق وإذا اشتدّ الخصام بين الزّوجين وعجزت الزّوجة عن إثبات الضّرر وجب تعيين حكمين للتّوفيق بينهما ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون".

ولمّا كان ثابتا –في قضية الحال– أنّ المجلس لما قضى بالطّلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: 49- 55-56 (قانون الأسرة) يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه ومن كان كذلك استوعب نقض القرار المطعون فيه"[2].

ومنه، وبعد ما تم عرض حكم بعث الحكمين حال الشقاق بين الزّوجين وتعزيزه بالأدلة الشّرعية والقانونية، تم التّوصل إلى أنّ المشرّع الجزائري نحى منحى الفقهاء (قول المالكية والمعتمد عند الشافعية) القائلين بوجوب بعث الحكمين حال استفحال الشّقاق بين الزّوجين وعدم القدرة على إثبات الضرر الواقع بينهما، وهو ما أوجبه في نص المادة 56 من قانون الأسرة سالفة الذكر.

3. سلطة بعث الحكمين حال نزاع الزّوجين والمرحلة المناسبة لذلك في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

---

[1](القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المؤرخ في 09 رمضان 14404 الموافق ل09 يونيو 1984، للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد15، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ص22).

[2](قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعة وأربعين سنة 1966-2010، بالحاج العربي، 2012م، ص ص 288،289).

إنّ تحديد مرحلة بعث الحكمين تستوجب حتما تبيين الجهة التي خُوّلت لها سلطة بعثهما، فإذا كان بعثهما للنظر في شقاق الزّوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري واجبا غير مندوب فمن المكلف بالقيام بهذا الواجب؟ هذا ما سنبيّنه ضمن ما يلي:

1.3 سلطة بعث الحكمين:

في الفقه الإسلامي:

اختلفت أقوال الفقهاء والمفسرين في المخاطب ببعث الحكمين في قوله عزّ وجل:﴿وإِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فابْعَثُوا حَكَمًا مِن أَهْلِهِ وحَكَمًا مِن أَهْلِها إِنْ يُرِيدا إِصْلاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُما إِنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[1] لعدة أقوال:

أ/ القول الأول: يرى أصحاب هذا القول بأنّ المكلّف ببعث الحكمين "السّلطان" الذي يلجأ إليه الزّوجان أو من ينوبه؛ وهو قول الجمهور[2]. فقد روي عن الضحاك في قوله عزّ وجل: ﴿وإِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فابْعَثُوا حَكَمًا مِن أَهْلِهِ وحَكَمًا مِن أَهْلِها إِنْ يُرِيدا إِصْلاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُما إِنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ قال: بل ذلك إلى السلطان[3]. واستدلوا على ذلك بالتالي[4]:

- بأنّ فيه تكليف الحكام لملاحظة أحوال العامة والاجتهاد في إصلاح أحوالهم.

- وهذا نظير العنين والمجبوب والإيلاء-الشّقاق بين الزوجين- في باب أنّ الحاكم هو الذي يتولى النّظر في ذلك والفصل بينهما بما يوجبه حكم الله.

---

[1](سورة النساء، الآية 35).

[2](أحكام القرآن، أحمد الجصاص، 1994م، ج2، ص238)، (المدونة، مالك بن أنس، 1994م، ج2، ص270)، (الأم، أبو عبد الله الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص209).

[3](جامع البيان، أبو جعفر الطبري، مرجع سابق، ج8، ص 320)

[4](رشيد محمد رضا، مرجع سابق، ج8، ص64)، (أحكام القرآن، أحمد الجصاص، مرجع سابق، ج2، ص293)

وعليه فالمخاطب بإرسال الحكمين في الشّقاق بين الزّوجين على حسب أصحاب هذا الرأي هو السّلطان، والذي له مطلق السّلطة في التّفريق والجمع بينهم، لأنّه المكلّف شرعا بالنّظر في أحوال الناس والفصل بينهم.

إلاّ أنّ ما قد يقال على هذا الرأي أنّه إذا كان المخاطب الوحيد لبعث الحكمين في الآية هو السّلطان فقد لا يرفع شقاق الزّوجين للسّلطان ولا يُعلم به ما قد يضيع حق الله **وما يضيع من حقوق الله أثناء ما ينتظر رفعهما إليه لا يجبر.**

القول الثاني: المكلّف في خطابه عزّ وجل أهل الزّوجين:

وهو قول بعض من الشّافعية والمالكية[1]، بحجة أنّ الآية تحتمل أن يكون الخطاب ببعث الحكمين إلى الحاكم أو الزّوجان أو أولياء الزّوجين، وذلك أنه ليس لأحد أن يبعث الحكمين غيرهم، فهم أدرى بحال الأزواج وأدرى ببواطن الأمور من غيرهم.

القول الثالث: وهو قول المفسّر السُّدي الذي يرى أنّ المخاطب "الزّوجان"[1]؛ بقوله:" إن ضربها. فإن رجعت، فإنّه ليس له عليها سبيل. فإن أبت أن ترجع وشاقته، فليبعث حكما من أهله، وتبعث حكما من أهلها.فإن بعثت المرأة حكما وأبى الرجل أن يبعث، فإنه لا يقربها حتى يبعث حكما"[2]. أي على كل واحد من الزّوجين أن يبعث حكما من أهله، فالخطاب موجّه لهما.

ومنطلق هذا القول أنّ الحكمين وكيلين يتم تعيينهما بموافقة الزّوجين فلم يجز لغيرهما التّصرف عليهما إلا بوكالة منهما، فهما راشدين وأعلم بالأفضل لهما من غيرهما.

القول الرابع: يرون بأنّ المخاطب في قوله عزّ وجل " فابعثوا " موجه لكلّ واحد من صالحي الأمّة؛ وهو قول الرازي في تفسير قوله عزّ وجل:" وإنْ خِفْتُم" خطاب للجميع، وليس حمله على البعض أولى من حمله على البقية، فوجب حمله على الكل، فعلى هذا يجب أن يكون قوله: وإن خفتم خطابا لجميع

---

[1](مغني المحتاج، شمس الدين، محمد الشربيني، 1994م، ج4، ص428)، (المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد الباجي، 1332هـ، ج4، ص113).

[2](جامع البيان، أبو جعفر الطبري، مرجع سابق، ج8، ص320).

المؤمنين. ثم قال" فَابعثوا" فوجب أن يكون هذا أمرا لآحاد الأمة بهذا المعنى، فثبت أنّه سواء وجد الإمام أو لم يوجد، فللصالحين أن يبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها للإصلاح. وأيضا فهذا يجري مجرى دفع الضرر، ولكل أحد أن يقوم به"[1].

ما قد يقال على هذا القول أنّ بعث الحكمين لواحد من صالحي الأمة يكون في حال عدم وجود سلطان مسلم كما هو حال الأقليات المسلمة في الخارج، وهذا احتياطا من تجاسر الجهال والتدخل في أمور لا يوفقهونها.

وفي الأخير نرى بترجيح الأقوال الثلاثة الأولى(السّلطان، الزّوجين، الأهل) لأنّ في قوله عزّ وجل :﴿وإِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فابْعَثُوا حَكَمًا مِن أَهْلِهِ وحَكَمًا مِن أَهْلِها إِنْ يُرِيدا إِصْلاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُما إِنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[2] خطاب للجميع يحتمل أكثر من مخاطب، ولعل أرجحها قول الجمهور؛ أي أن المكلف بخطابه عز وجل" فابْعَثُوا " السّلطان لأنه المكلف بمصالح المسلمين وشؤونهم، وأما ترجيحنا للقولين الآخرين بعد السّلطان –الزّوجين والأهل-؛ فهو راجع إلى أنّ في خطاب بعث الحكمين للزّوجين إعمال للأساسيات التي يقوم عليها التحكيم، وهو رضا الزّوجين بالحكمين وتعيينهما باختيارهما، ما يعني أنّ التّحكيم بين الزّوجين يكون صحيحا والحكم نافذا، أما عن ترجيح أهل الزّوجين عند عدم تعيين الزّوجين لحكمين فراجع للرغبة في إعمال دور الأسرة الممتدة وتفعيلها، لأنّهم أحرص على مصلحة الأسرة، وأدرى ببواطن الأحوال من غيرهم.

في قانون الأسرة الجزائري:

خوّل المشرّع الجزائري مهمّة بعث الحكمين وتعيينهما للقاضي؛ بحيث أنّه إذا اشتدّ الشّقاق بينهما ولم يتحقق القاضي من الضّرر عيّن حكمين[2]؛ لأنّه المكلّف ببعثهما، وهذا ما أكّدته الفقرة الثانية من نص المادة 56 من قانون الأسرة: "يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزّوج وحكما من أهل الزّوجة،

[1](التفسير الكبير، أبو عبد الله الرازي، 1420هـ، ج10، ص74).

[2](سورة النساء، الآية 35).

وعلى هذين الحكمين أن يقدّما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين "[1]، إضافة لنص المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصّت أنّه:" إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعيّن حكمين اثنين لمحاولة الصّلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"[2].

تبيّن من خلال نص المادتين أنّ المشرّع الجزائري خوّل القاضي مهمة إرسال الحكمين حال استفحال الشّقاق بين الزّوجين، فتعيّن عليه بعثهما لينظرا في أمرهما ويقدما تقريرا عن ذلك في أجل لا يتجاوز الشّهرين. ومن خلال هذا نخلص إلى أنّ المشرّع الجزائري ساير قول جمهور الفقهاء؛ في أنّ المخاطب ببعث الحكمين حال خلاف الزّوجين هو السّلطان أي القاضي أو من ينوبه؛ لأنّه المولى بشؤون وأمور النّاس.

2.3 المرحلة المناسبة لبعث الحكمين حال نزاع الزّوجين:

إنّ أول ما يتبادر في الأذهان عند التّطرق لمسألة بعث الحكمين المرحلة التي يُبعثان فيها، فهل يا ترى يبعث الحكمان في أي مرحلة وأي خلاف كان عليه الزّوجين؟ أم هناك حالات لبعث الحكمين دون سواها؟، هذا ما سنبيّنه بعرض آراء فقهاء المذاهب الأربعة وقانون الأسرة الجزائري المعدل ضمن ما يلي:

مرحلة بعث الحكمين في الفقه الإسلامي:

تدرّج القرآن الكريم في وضع الحلول المناسبة لحل النّزاعات الزّوجية التي قد تنشب بسبب أحدها أو كليهما أو أمر خارج عنهما، فخصّ الشّارع الحكيم كل نزاع بعلاج خاص يتناسب وحدّته وطبيعته، فجُعل للزّوجان حال ظهور أمارات النّشوز من أحدهما أو كليهما علاج يتم بوفاق ذاتي دون تدخل أي طرف خارجي، وفق تدرج محكم ودقيق؛ فجعل للزّوج حال نشوز زوجته

---

[1](قانون الأسرة، مرجع سابق، ص22).

[2](القانون رقم08 -09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25فبراير سنة 2008، للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد21، المؤرخ في23 أفريل 2008، ص3).

الوعظ ثم الهجر ثم الضرب، يقول تبارك وتعالى: ﴿ واللاّتِي تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ واهْجُرُوهُنَّ في المضاجِعِ واضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكم فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾[1]، وجُعل للزّوجة حال نشوز زوجها أن تصالح زوجها حفاظا على بيتها، قال عزّ وجل:﴿وإنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِن بَعْلِها نُشُوزًا أَوْ إعْراضًا فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أنْ يَصّالَحا بَيْنَهُما صُلْحًا والصُّلْحُ خَيْرٌ وأُحْضِرَتِ الأنْفُسُ الشُّحَّ وإنْ تُحْسِنُوا وتَتَّقُوا فَإنَّ اللَّهَ كانَ بِما تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[2]، غير أنّه في حال ما إذا لم يرتفع الخلاف بين الزّوجين بهذه الوسائل واشتدّ الخصام بينهما، ولم يثبت المضر منهما لُجِئ إلى التّحكيم كوسيلة موالية، ورُفع أمرهما إلى الحاكم.

قال سعيد بن جبير في تسوّية الخلاف بين الزّوجين بأن: " يعظها أولا، فإن قبلت وإلا هجرها، فإن هي قبلت وإلاّ ضربها، فإن هي قبلت وإلاّ بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها، فينظران ممن الضّرر"[3].

ووصف الفقهاء النّزاع الذي يستدعي التّحكيم ما جاء في مختصر خليل: على أنّ الحكمين إنّما يُبعثان عند إشكال أمر الزّوجين، وعجز الزّوجة عن بيان ضررها، وتكرّرت شكواها[4].

قال الإمام مالك –رحمه الله– أنّ:" الأمر الذي يكون فيه الحكمان إنّما ذلك إذا فتح ما بين الرّجل وامرأته حتى لا يثبته بينهما ببيِّنة ولا يستطاع أن يتخلص إلى أمرهما، فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها ورجلا من أهله عدلين فنظرا في أمرهما واجتهدا"[5]

وعليه فالتّحكيم لا يُلجأ إليه في كلّ نزاع حلّ بين الزّوجين، ولا يبعث الحكمين إلاّ في الحالات التّالية:

---

[1](سورة النساء، الآية 34).

[2](سورة النساء، الآية 128).

[3](الجامع لأحكام القرآن،أبو عبد الله القرطبي، 1954م، ج5، ص175).

[4](شرح مختصر خليل، محمد الخراشي، مرجع سابق، ج3، ص548).

[5](المدونة، مالك ابن أنس، مرجع سابق، ج2، ص267).

1/ بعد استفاء الزّوجين لوسائل العلاج الدّاخلي وعدم ارتفاع الخلاف بها.

2/ عند كلّ حالة يشتدّ فيها الخلاف والعداوة بين الزّوجين.

3/ إدّعاء كلّ واحد منهما إضرار الأخر به دون أن يُعلم أيهما المضرّ بصاحبه.

4/ إدّعاء الزّوجة وعجزها عن بيان ضررها، وتكرر شكواها.

بعد أن بيّنا صفة ومرحلة الخلاف الذي يُلجأ فيه إلى التّحكيم بين الزّوجين يطرح لدينا إشكال حول أنّ بعث الحكمين يكون عند ادّعاء كلّ واحد من الزّوجين ظلم صاحبه له مباشرة، أم هناك إجراء سابق له ؟، هذا ما انقسمت فيه أراء الفقهاء إلى قولين:

القول الأول: هناك إجراء سابق لبعث الحكمين:

ذهب أصحاب هذا القول إلى أنّه على المكلف ببعث الحكمين أن ينصّب المشرف الثقة قبل بعث الحكمين حال خلاف الزّوجين، فقالوا إن تبيّن من كل واحد من الزّوجين تعدٍ، أو ادّعى كلّ واحد منهما أنّ الآخر ظلمه ولم يعرف الحاكم المتعدّي منهما، أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ليتفقد أمرهما ويستعلم ضررهما، وهذا الإسكان يكون قبل بعث الحكمين لأنّه أسهل منه، ولا يصار إلى بعث الحكمين إلاّ إذا تعذّر إسكانهما إلى جنب ثقة. وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة[1]. جاء في مختصر خليل أنّه:" إذا اشتكت المرأة إضرار زوجها بها ورفعت إلى الحاكم أمرها وتكررت بالشكوى وعجزت عن إثبات الدعوى، فإنّ الحاكم يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين ويكلفهم تفقد خبرهما واستعلام ضررهما، فإن كانت ساكنة معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزمه نقلها إلى غيرهم"[2]. واختلف هؤلاء في وظيفة هذا المشرف الثقة على قولين:

---

[1](التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله المواق، 1416هـ، ج5، ص263)، (كشاف القناع على متن الإقناع، إدريس البهوتي، 1994م، ج5، ص210)، (المغني، ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج1، ص3)، (المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق،ج2، ص487).

[2](التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو المواق، مرجع سابق،ج5، ص263).

أ/ القول الأول: يلزمه الحق؛ لأنّه طريق الإنصاف؛ وهو قول الحنابلة، فعلى المشرف أن يرفع الظلم الواقع ويمنع العدوان والتعدي، قال صاحب الهداية على مذهب الإمام أحمد في باب النّشوز:"إن منعها الزّوج حقّها وأعرض عنها وجحد ذلك عند الحاكم، أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة ينظر حالها، ويلزم كلّ واحد منهما الخروج مما عليه من الحقّ لصاحبه ويمنعه من العدوان"[1].

ب/ القول الثاني: يشهد بما رآه، ليعرف الظّلم فيمنعه القاضي، وهو قول المالكية والشافعية، أي على المشرف الثقة أن يخبر الحاكم بما رآه لا أن يمنع الظلم، جاء في كتاب كفاية النبيه أنّه إن ادعى كل واحد منهما أي الزّوجين على صاحبه الظلم والعدوان، أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة؛ ينظر في أمرهما، ويمنع الظالم منهما، أي: ينظر الثقة إليهما، ويعرّفُ الحاكم، ثم الحاكم يمنع الظالم[2].

رغم اختلاف أصحاب هذا القول في وظيفة المشرف الثقة إلاّ أنّهم يرون بضرورة تنصيب المشرف الثقة قبل بعث الحكمين، وتخطي هذا الإجراء يكون إلاّ حال تعذر إسكانهما جنب ثقة، أو إذا خرجا الزّوجان إلى الشّقاق والعداوة بعد إسكانهما [3].

وما قد يقال في هذا القول أنّهب إسكان الزّوجين بجانب ثقة إطالة في مدّة الخلاف بين الزّوجين ما قد يؤزّم الوضع بينهما أكثر، ففي قوله عزّ وجل:"وإن خفتم شقاق بينهما" في آية بعث الحكمين يقصد بمجرد أن يعلم الشّقاق بين الزّوجين يبعث الحكمين، قال الطبري في تفسيره للآية:" أنّه يعني بقوله

---

[1](المغني، ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق،ج7، ص320)، (الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، محفوظ بن الحسن، أبو الخطاب الكلوذاني، 2004، ج1، ص413).

[2](منح الجليل على مختصر خليل، محمد عليش، 1989م،ج3، ص548)، (المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ج2، ص487)، (كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد علي الأنصاري، أبو العباس وآخرون، 2009م، ج13، ص354).

[3]. (التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو المواق، مرجع سابق،ج5، ص263). (المغني، ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق،ج7، ص320).

جل ثناؤه "وإن خفتم شقاق بينهما"، أي وإن علمتم أيها الناس شقاق بينهما"[1] ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها.

القول الثاني: لا إجراء سابق لبعث الحكمين

ذهب أصحاب هذا القول إلى بعث الحكمين مباشرة ولا حاجة لتنصيب المشرف الثقة؛ وهو قول الحنفية، وبعض المالكية، والخرقي من الحنابلة، فإذا استوفيت مراحل التّصالح الداخلي بين الزّوجين ولم يرفع الخلاف بينهما لا يكون بعد ذلك إلاّ التّحكيم، قال ابن تيمية:"ومسألة نصب المشرف لِمَ يذكر الخرقي والقدماء ومقتضى كلامه إذا وقعت العداوة وخيف الشّقاق بُعث الحكمان من غير احتياج إلى نصب مشرف"[2].

ومن هذا ترجح لنا أنّ بعث الحكمين يكون مباشرة بعد أن يُعلم الشّقاق بين الزّوجين، ولا حاجة لتنصيب المشرف الثقة لقوله عزّ وجل :﴿وإنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فابْعَثُوا حَكَمًا مِن أهْلِهِ وحَكَمًا مِن أهْلِها إنْ يُرِيدا إصْلاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُما إنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ سورة النساء الآية 35، وهذا لما فيه من مضيعة للوقت وتطويل لمدّة الخلاف بين الزّوجين، خاصة وأنّ في وقتنا الحالي من الصعب فيه إسكان الزّوجين جانب مشرف ثقة.

وفي كل الأحوال نُصّب المشرف الثّقة أم لا فإنّ آراء الفقهاء اتفقت على بعث الحكمين حال شقاق الزّوجين، فما مدى سلطة الحكمين في فض نزاع الزّوجين؟ أو بعبارة أخرى هل سلطة الحكمين سلطة قضائية أم سلطة إستشارية؟، هو ما انقسمت آراء الفقهاء فيه لقولين، كالتالي:

1/ القول الأول: للحكمين سلطة قضائية: يرى أصحاب هذا القول أنّ للحكمين حق التفريق بين الزّوجين دون إذنهما، فهم يعتبرون الحكمين "حاكمين" لهما مطلق السّلطة في التفريق بين الزّوجين، وأساس هذا القول أنّ الحاكم لا يحتاج في حكمه إلى استحصال الإذن والموافقة من المحكوم له أو عليه،

[1](جامع البيان، محمد أبو جعفر الطبري، مرجع سابق، ج8، ص318)

[2](الفتاوى الكبرى، تقي الدين ابن تيمية، 1987م، ج5،ص438).

فكذا الحال بالنسبة للحكمين[1]؛ وهو قول المالكية، وقول عند الشافعية وقول للحنابلة، وما روي عن أبي سلمة[2]، والشعبي، وابن عباس[3]، ومن أدلتهم وما تبث عنهم في ذلك:

ما روي عن الإمام مالك-رحمه الله-:" أن مالك بلغه أن علي بن أبي طالب قال في الحكمين في قوله تعالى:﴿وإِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فابْعَثُوا حَكَمًا مِن أَهْلِهِ وحَكَمًا مِن أَهْلِها إِنْ يُرِيدا إِصْلاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُما إِنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ سورة النساء الآية 35؛ أنّ إليهما الفرقة بينهما، والاجتماع قال مالك: وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أنّ الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة، والاجتماع[4].

ويقول صاحب المهذب من الشافعية:" الحكمين حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق بعوض وغير عوض لقوله عز وجل:" فابْعَثُوا حَكَمًا مِن أَهْلِهِ وحَكَمًا مِن أَهْلِها"؛ فسماهما سبحانه تعالى حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين[5]. ودليل الحنابلة في ذلك **ظاهر الآية الكريمة، فقد سماهما سبحان وتعالى فيها حكمين، وخاطبهما دون اشتراط رضا الزّوجين"[6].**

ومن هذا توصلنا أنّ أصحاب هذا الرأي قد أعطوا الحكمين مطلق السّلطة في الجمع والتفريق بين الزّوجين دون الحاجة لإذنهما لإستنادهم لنص الآية 35 من سورة النساء.

2/ القول الثاني: ليس للحكمان سلطة قضائية في التفريق بين الزّوجين:يرى أصحاب هذا القول أنّ الحكمان لا يملكان سلطة قضائية في التفريق بين الزّوجين مطلقا لأنهما شاهدان على أحد الرأيين، ولأنّهما وكيلان على الرأي الثاني، فيما يلي تفصيل ذلك:

---

[1](عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية،مرجع سابق،ص427).

[2](تفسير الطبري، مرجع سابق، ج6، ص 725).

[3](أحكام القرآن لابن العربي،مرجع سابق، ج1،ص541).

[4](المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج4، ص113).

[5] (المهذب في فقة الإمام الشافعي للشرازي، ج2، ص488).

[6](شرح الزركشي، شمس الدين الزركشي، مرجع سابق، ج5، ص352).

أ/ الرأي الأول: الحكمان شاهدان: يرى أصحاب هذا الرأي أنّ الحكمان شاهدان يرفعان الأمر إلى السلطان، ويشهدان بما ظهر إليهما، وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين إلاّ إذا رضي به الحاكم ونفّذه، وهو قول لبعض المالكية، فهم يعتبرون بأنّ الحكمان طريقهما الشهادة عند الحاكم بما علما، فلا ينفذ طلاقهما إلاّ إذا رضي به الحاكم ونفذه[1].

قال قتادة في ذلك:"إنما يبعث الحكمان ليصلحا ويشهدا على الظالم بظلمه؛ وأمّا الفرقة فليست في أيديهما"[2].

ب/ الرأي الثاني: الحكمان وكيلان: يرى أصحاب هذا القول أنّ الحكمان وكيلان ولا يملكان التفريق بين الزّوجين إلاّ بإذنهما، لأنّه وبرغم من أن فعلهما أشبه بفعل الحاكم في القضاء عليهما بما وكلا به على جهة تحري الخير والصلاح وسميا حكمين غير أنّهما يبقيان وكيلان لهما؛ إذ من غير الجائز أن تكون لأحد ولاية على الزّوجين من خلع أو طلاق إلا بأمرهما[3].وهذا قول فقهاء الحنفية والراجح عند الشافعية والحنابلة.

يقول الحنفية في ذلك أنّ الحَكَم عندنا إنما يصلح فقط وليس له إيقاع الطلاق فهو وكيل فلم يكن من هذا القبيل[4].

ويقول الإمام الشافعي-رحمه الله-: "أن الحكمين إنما هما وكيلان للرجل والمرأة بالنظر بينهما في الجمع والفرقة... وأنه ليس للحكمين أن يحكما إلا بأن يفوض الزّوجان ذلك إليهما"[5].

ومما صح عن الإمام أحمد – رحمه الله – في الحكمين أنهما وكيلان لهما، لا يملكان التفريق إلا بإذنهما لأن البضع حق الزوج، والمال حقها-الزوجة-، وهما رشيدان، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما[6].

---

[1](لدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج2، ص345).

[2](تفسير الطبري، مرجع سابق، ج6، ص719).

[3](أحكام القرآن للجصاص، مرجع سابق، ج2، ص240).

[4](البحر الرائق لابن نجيم، مرجع سابق، ج7، ص25).

[5](الأم للشافعي، مرجع سابق، ج5، ص124).

[6](المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص320).

ومما يقال عن هذا القول بكلا رأييه أنّه في عدم منح الحكمين السّلطة القضائية في التفريق بين الزّوجين إعدام للحكمة من تشريع التّحكيم، وهدر للإيجابيات التي يعود بها على الزّوجين والقضاء، فحكم الحكمين يكون دائما فاقدا لقوته محتاجا لإقرار من السّلطان ، فسبحانه وتعالى أمر ببعث الحكمين للحد من الشّقاق القائم بين الزوجين وجعل الأمر إليهما وسماهما حكمين وليس وكيلين أو شاهدين، ومن هذا نرجح القول الأول بإعطاء الحكمين السّلطة القضائية المطلقة في التفريق بين الزّوجين دون أن يحتاج حكمهما لإقرار من السّلطان، إعمالا بقوله عزّ وجل عزّ وجل:﴿وإِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فابْعَثُوا حَكَمًا مِن أَهْلِهِ وحَكَمًا مِن أَهْلِها إِنْ يُرِيدا إِصْلاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُما إِنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ سورة النساء الآية 35.

مرحلة بعث الحكمين في قانون الأسرة الجزائري:

بيّن المشرّع الجزائري نوع النّزاع والمرحلة التي يلجئ فيها للتّحكيم بين الزّوجين في نص المادتين 56 من قانون الأسرة و446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الآنف ذكرهما؛ واللّتان نصّتا على أنّ بعث الحكمين يكون عند اشتدادّ الشّقاق بين الزّوجين وعدم ثبوت الضّرر.

فاللّجوء إلى التّحكيم يكون بعد استفاء القاضي لجلسات الصّلح وعجزه عن الإصلاح بين الزّوجين، وتكرر الشّكوى من الزّوجة وعدم القدرة على إثبات الضّرر، وفي هذه الحالة يظهر لنا جليّا دور قاضي الموضوع الذي يقوم ببعث حكمين لإثبات الضّرر ودراسة حال الزّوجين، وبهذا يقع الالتزام على القاضي بتفعيل إجراء التّحكيم، على اعتبار أنّ مناط اللّجوء إلى التّحكيم مرتبط بموضوع الدعوى الذي يكون مؤسَّسا على التّفريق للضّرر، وبالتّالي إذا لم يثبت للمحكمة الضّرر المدّعى به ترفض الدعوى تلقائيا لعدم التّأسيس[1].

[1](الزواج والطلاق في قانون الأسرة، عبد العزيز سعد، 1989م، ص226).

وعليه فالنّزاع الذي يمكن أن يُعمل فيه بالتّحكيم هو النّزاع الذي تحققت فيه الشّروط التّالية[1]:

1/ استفاء محاولات الصّلح بين الزّوجين من طرف القاضي، وعجزه عن إثبات الضّرر.

2/ أن يكون الخصام مشتدّا بين الزّوجين طبقا لنص المادة 56 من قانون الأسرة، فإن لم يكن مشتدّا فلا تحكيم.

3/ أن يكون موضوع الدّعوى التّفريق للضّرر، تكرر شكوى الزّوجة لعجزها عن إثبات الضّرر.

بناء على ما تمّ عرضه تبيّن لنا أنّ المشرّع الجزائري لم يعط للقاضي الحق في التّدخل ومباشرة إجراءات التّحكيم إلاّ إذا رُفعت إليه دعوى التّطليق للضّرر، في حين أنّ الشّريعة الإسلامية أجازت بعث الحكمين متى اشتدّ النّزاع بين الزّوجين، وعُلم سوء حالهما ولو لم يطلب الزّوجان ذلك.

وعن مسألة تنصيب المشرف الثقة فنجد أنّ المشرع الجزائري أخذ بالرأي الثاني(قول الحنفية، وبعض المالكية، والخرقي من الحنابلة) وهو بعث الحكمين دون الحاجة لتنصيب المشرف الثقة.

وفيما يخص سلطة التفريق بين الزّوجين في التّشريع الجزائري فهي مخولة للقاضي وحده دون الحكمين، حيث أنّ مهمتهما مقتصرة في التوفيق بين الزوّجين ومعرفة أسباب الشّقاق بينهما، بتقديم تقرير للقاضي عن مهمتهما في أجل لا يتجاوز شهرين، كما تبينه المادة 56 من قانون الأسرة في نصها:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما"، و" يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"[2].

---

[1](قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، أحمد الشامي، 2010م، ص ص206، 207)، (الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، خليل عمروا، مرجع سابق، ص ص 131، 132).

[2](قانون الأسرة، مرجع سابق، ص22).

وبهذا يكون قد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الثاني من القول الثاني، وهو قول بعض فقهاء المالكية واللذين يعتبرون الحكمان شاهدان وليس لهما أي سلطة في التفريق بين الزّوجين.

4. خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع مرحلة بعث الحكمين حال نزاع الزّوجين بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري المعدل تبيّن لنا مدى أهمية وقيمة التّحكيم، فتوصّلنا من خلالها إلى أنّ التّحكيم وسيلة لإنهاء الخصومة بين النّاس وتسوية الخلاف بينهم بإعادة الأمور إلى نصابها الطّبيعي، فقد توحدت آراء فقهاء المذاهب الأربعة وكذا المشرع الجزائري على جواز ومشروعية التّحكيم العام وكذا الخاص بنزاعات الزّوجين، وهو ما دلّت عليه وأكّدته الأدّلة الشّرعية والقانونية.

فنجد أنّ المشرع الجزائري نحى منحى الفقهاء القائلين بوجوب بعث الحكمين حال النّزاع بين الزّوجين على اعتبار أنّه إلزامي ووجوبي في مسائل الأحوال الشخصية، وساير قول المالكية والشافعية: في أنّ المخاطب ببعث الحكمين هو السّلطان أو من ينوبه؛ لأنّه المولى بشؤون وأمور النّاس، فقد خصّ المشرع القاضي بمهمة تعيين وبعث الحكمين دون غيره حال اشتداد الشّقاق بين الزوجين، وعدم ثبوت الضرر لعجز الزّوجة على الإتيان ببيّنة، أو عدم إقرار الزّوج بذلك وتكرّر شكواها، مستعينا بحكمين ليكشفا الضّرر الواقع بينهما، غير أنّ الشّريعة الإسلامية جعلت اللّجوء إلى التّحكيم والاستعانة بحكمين يكون بعد فشل التّصالح الداخلي وعجز الزّوجين في السيطرة على الوضع، فيكون المكلف ببعث الحكمين ملزما بتعين حكمين من أهل الزّوجين من باب أولى ممن تتوافر فيهم الشّروط والمواصفات التي أملاها الشرّع، ليعملا على التّعرف على أسباب الشقاق، ويسعيا في الوفاق والإصلاح بين الزّوجين.

وفي الأخير توصلنا للنتائج التّالية:

أولا: جاء بعث الحكمين على الوجوب في آية بعث الحكمين، هو ما جعله المشرّع الجزائري إجراءا وجوبيا في قضايا شؤون الأسرة.

ثانيا: نحى المشرّع الجزائري منحى الفقهاء القائلين بأنّ السّلطان هو المكلّف ببعث الحكمين.

ثالثا: اللّجوء إلى التّحكيم في قانون الأسرة الجزائري يكون بعد استفاء محاولات الصّلح من طرف القاضي وعجزه عن الإصلاح بين الزّوجين وتكرّر شكوى الزوجة وعدم قدرتها على إثبات الضّرر.

رابعا: حتى يُعمل بإجراء التّحكيم حسب أحكام قانون الأسرة الجزائري، لا بد أن يكون موضوع الدعوى التّفريق للضّرر، في حين أنّ بعث الحكمين في الفقه الإسلامي يكون عند كلّ حالة يشتدّ فيها الخلاف والعداوة بين الزّوجين، وإدعاء كلّ منهما إضرار الأخر به مهما كان موضوع الخلاف بينهما.

ولا يفوتنا في الأخير أن نوصي بإلزامية العمل بالتّحكيم خاصّة بين الزّوجين وضرورة إعادة تفعيله في المجتمع الجزائري، من خلال استئناف الأسر الممتدة عملها بمرافقة الزّوجين لتخطي مشاكلهما، وإعادة المشرّع الجزائري النظر في تنظيم الأحكام والإجراءات المتعلقة بالتّحكيم بين الزّوجين، وعدم حصرها في مادة وحيدة في قانون الأسرة.

5. قائمة المراجع:

القرآن الكريم

المؤلفات:

إبتسام، القرام، (1992م)، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر.

ابن قدامة، المقدسي، (1968م)، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة.

أبو إسحاق، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.

أبو الحسن، الماوردي، (1999م)، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت.

أبو الوليد، الباجي، (1332هـ)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة.

أبو عبد الله، الرازي، (1420هـ)، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

أبو عبد الله، الشافعي، (1990م)، الأم، دار المعرفة، بيروت.

أبو عبد الله، القرطبي، (1964)، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة.

أبو عبد الله، المواق، (1994م)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية.

أحمد، الجصاص، (1994م)، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت.

أحمد، الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت.

أحمد، شامي، (2010م)، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

أحمد، علي الأنصاري، أبو العباس وآخرون، (2009م)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، دار الكتب العلمية.

أحمد، فارس، مقاييس اللغة، (1979م)، دار الفكر.

إدريس، البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، (1994)، دار الكتب العلمية.

بالحاج، العربي، (2012م)، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعة وأربعين سنة 1966-2010،الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

برهان الدين، ابن فرحون، (1986م)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية.

تقي الدين، ابن تيمية، (1987م)، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية.

خليل، عمروا، (2015م)، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

رشيد، محمد رضا، تفسير المنار، (1990م)، الهيئة المصرية العامة للكتاب.

زكريا، الأنصاري، أبو يحي السنيكي، أسنى المطالب، (2000)، دار الكتب العلمية، بيروت.

زين الدين، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (1997)، دار الكتب العلمية.

شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،(1994م)، دار الكتب العلمية.

شهاب الدين، الرملي، (1984م)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت.

عبد العزيز، سعد، (1989) الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البعث، قسنطينة.

عبد الكريم، الرافعي، الشرح الكبير، (1417هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، (1993م)، مؤسسة الرسالة.

علي، سالم، ولاية القضاء على التّحكيم، (1997م)، دار النهضة العربية، القاهرة.

القاضي، ابن العربي، أحكام القرآن، (2003م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

قحطان، الدوري، (1422هـ)، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، الأردن.

مالك، ابن أنس، المدونة، (1994م)، دار الكتب العلمية.

محفوظ،بن الحسن، أبو الخطاب ،الكلوذاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، ، (2004م)، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع.

محمد أبو جعفر، الطبري، جامع البيان، ، (2000م)، مؤسسة الرسالة.

محمد، الخراشي، شرح مختصر خليل، (1317)، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر.

محمد، السرخسي، المبسوط، (1993م)، دار المعرفة، بيروت.

محمد، عليش، منح الجليل على مختصر خليل،(1989م)، دار الفكر، بيروت.

مصطفى، الزرقا، المدخل الفقهي العام، (2012)، دار القلم، دمشق.

ناصر، الدين، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ، (1418هـ)، دار إحياء التراث العربي.

وهبة، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،(1985م)، دار الفكر، سوريا.