

تفعيل دور هيئة التحكيم في تسوية النزاعات الأسرية في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والإماراتي

Activating the role of the arbitration committee in settling family disputes
in Islamic jurisprudence and the Algerian and Emirati legislations

أ.د. أحمد شامي
Pr. Ahmed Chami
جامعة تيارت، الجزائر
ahmedchami04@hotmail.fr

د. فيروز بن شنوف⁽¹⁾
Dr. Fayrouz Benchannouf
جامعة تسمسليت، الجزائر
fayrouzben@hotmail.com

ملخص

معلومات حول المقال
تاريخ الاستلام 2019-12-07
تاريخ القبول 2021-06-15

الكلمات المفتاحية
وسائل بديلة
هيئة التحكيم
أقارب الزوجين
التوفيق
نزاعات أسرية

يعدّ التحكيم من أهم الوسائل البديلة لفض النزاعات، والذي أصبح يؤدّي دوراً ملموساً على المستويين الوطني والدولي؛ وهذا ما دعا المهتمين في الدول العربية والإسلامية إلى البحث في إمكانية توظيف هذه الوسيلة لحل المشاكل العالقة في محاكم قضايا شؤون الأسرة، فمنهم من يرى ضرورة حل هذه المشاكل بطرق ودية بدل اللجوء إلى المحكمة، ولهذا اعتبر التحكيم من بين الوسائل البديلة الفعالة المعتمد عليها في إنهاء هذا النوع من النزاعات. ورغم التنصيص عليه كوسيلة بديلة لفض المنازعات الأسرية من طرف المشرع الجزائري سواء في قانون الأسرة، أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه لم يفعل على أرض الواقع، بخلاف المشرع الإماراتي الذي فعّل دور الحكّمين في الإصلاح بين الزوجين في الدعاوى المتعلقة بالتفريق للشقاق ودفع الضرر من خلال أحكام المواد من 811 إلى 121 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي. ولهذا، سأتناول في هذه الدراسة دور هيئة التحكيم في تسوية المنازعات الأسرية في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والإماراتي، وقد اعتمدت في هذه الورقة المنهجين التحليلي والمقارن بتحليلنا للنصوص القانونية، ومقارنة ذلك بأحكام الفقه الإسلامي.

تمهيد

الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: «إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة» (قانون الإجراءات المدنية الإدارية رقم 09-08، 2008). بالمقابل نجد أنّ موقف المشرع الإماراتي من خلال أحكام المواد من 118 إلى غاية 121 من قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005، لا يختلف كثيراً عن نظيره الجزائري، حيث تنص المادة 118 على أنه: «إذا لم يثبت الضرر، واستمر الشقاق بين الزوجين، وتعدّر على لجنة التوجيه الأسري والقاضي الإصلاح بينهما، عين القاضي بحكم حكّمين من أهلهما إن أمكن بعد أن يكلف كلا من الزوجين تسمية حكم من أهله قدر الإمكان في الجلسة التالية على الأكثر، وإلا

إنّ التحكيم من أهمّ الوسائل البديلة في الأحوال الشخصية، ومن الأساليب الأصلية في الشريعة الإسلامية وفي الأنظمة القانونية المتقدّمة (قزي، 2019-2020). لهذا نجد المشرع الجزائري يكرّس التحكيم كوسيلة للإصلاح بين الزوجين في حال تفاقم الخصام بينهما ما لم يثبت الضرر طبقاً لأحكام المادة 56 من الأمر رقم 02-05 والتي نصت على أن: «إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكّمين، حكماً من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين» (قانون الأسرة رقم 84-11، 1984). وهو أيضاً ما أكدته المادة 446 من قانون

في الفرع الثاني، وفي الأخير سأتكلم عن شروط المحكم.

1-1-1 مفهوم التحكيم

سأتناول في هذا الفرع تعريف التحكيم أولاً، ثم نبين بعد ذلك مشروعيته.

1-1-1-1 تعريف التحكيم

وهنا سأتكلم عن التعريف اللغوي، ثم بعد ذلك سأتطرق إلى التعريف الاصطلاحي.

1-1-1-1-1 من الناحية اللغوية

عرّف التحكيم بأنه مصدر حكّم، يقال حكّمه في الأمر تحكيمياً، أي أمره أن يحكم فاحتكم وتحكم، يعني جاز فيه حكمه، واستحكم فلان في مال فلان، إذا جاز فيه حكمه. وحكّمت الرجل؛ أي فوضت الحكم إليه، ويقال: حكّمته إلى حاكم؛ أي خاصمته إليه، ودعوته لحكمه. ومن اختاره الطرفان للتحاكم إليه يسمى حكماً، أو محكّماً، أو حاكماً، ويسمى أطراف النزاع المحكم فيه، محتكماً أو محكماً بكسر الكاف وتشديدها (البستاني) (إبراهيم وزملاؤه، 1973). كما يفيد المنع أيضاً، تقول: أحكمت فلانا أي منعته، وبه سمي الحاكم لأنه يمنع الظلم (منظور، 2000).

كما يطلق الحكم على من يختار للفصل بين المتنازعين. كما في قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِمَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا) (سورة النساء، الآية 35). ويتبين من التعريف اللغوي أنّ التحكيم يفيد تفويض الأمر للغير، وكذلك رفع الأمر للحاكم للفصل في المنازعات بين المتخاصمين.

1-1-1-1-2 اصطلاحاً

عرّف ابن نجيم التحكيم بأنه: «تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما برضاهما» (نجيم، 1997)، أما المالكية فيرون بأنّ التحكيم هو: «تولية الخصمين حكماً يرتضيانه ليحكم بينهما» (فرحون، 1986)، أما صاحب الحاوي الكبير فعرفه: «إذا حكّم خصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز» (البصري، 1994)، أما ابن قدامة فعرفه بأنه: «وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماهما بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما» (قدامة، 1405هـ). لهذا، فإنه لا ضرر

فيمن يتوسم فيه الخبرة والقدرة على الإصلاح إذا تقاعس أحد الزوجين عن تسمية حكمه، أو تخلف عن حضور هذه الجلسة، ويكون هذا الحكم غير قابل للطعن فيه».

كما تستوجب ذات المادة أن يشتمل حكم تعيين الحكّمين على تاريخ بدء المهمة وانتهائها، على أن لا يجاوز ذلك مدّة تسعين يوماً، ويجوز مدّها بقرار من المحكمة، وتعلن المحكمة الحكّمين والخصوم بحكم تعيين الحكّمين وعلماً تحليف كل من الحكّمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة» (قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28، 2005).

وما تجدر الإشارة إليه في القانون الجزائري هو أنّه وبالرغم من وجود الإطار القانوني لآلية التحكيم إلا أنّها لم تجسّد على أرض الواقع لفضّ النزاعات بين الزوجين.

وعليه نطرح الإشكالية الآتية: إلى أي مدى يمكن أن تساهم آلية التحكيم في تسوية النزاعات الأسرية في ظلّ الصعوبات التي قد تعترضها؟ وما مدى إمكانية تطبيقها وتفعيلها داخل المجتمعين الجزائري والإماراتي على المستويين القانوني والواقعي؟

ومن أجل الإجابة عن الإشكالية السابقة اتبعت المنهجين التحليلي والمقارن، وذلك بتحليلي للنصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا بتحليل نصوص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي. كما اتبعت المنهج المقارن، وذلك بالمقارنة بين التشريعين الجزائري والإماراتي وأحكام الفقه الإسلامي كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

وقد كان تقسيم خطة الدراسة على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية التحكيم في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والإماراتي.

المطلب الثاني: إجراءات تفعيل هيئة التحكيم في فضّ النزاعات الأسرية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: إجراءات تفعيل هيئة التحكيم في فضّ النزاعات الأسرية في التشريعين الجزائري والإماراتي.

1- ماهية التحكيم في الفقه الإسلامي والتشريعين

الجزائري الإماراتي

سأتناول في هذا المطلب مفهوم التحكيم في الفرع الأول، ثم بعد ذلك سأتطرق إلى الطبيعة الفقهية والقانونية للتحكيم

ما رواه الشعبي: أَنَّ امرأةً نشزت على زوجها فاخصمها إلى شريح، فقال: ابعثوا حكماً من أهلها، وحكماً من أهله، فنظر الحكمان في أمرها فرأيا أن يفرقا بينهما، فكره الرجل، فقال شريح: فَفَيْمَ كَانَ اليوم؟ وأجاز قول الحكيمين (الطبري، 1968). ما رواه أبو بكر بن أبي شيبة بإسناده عن عبيدة السلماني أَنَّ رجلاً وامرأةً أتيا علياً مع كل واحد منهما فِتْماً من الناس فقال علي رضي الله عنها: ابعثوا حكماً من أهلها وحكماً من أهلها، فبعثوا حكماً ثم قال علي رضي الله عنه للحكيمين: هل تدریان ما عليكما من الحق؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتهما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتهما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله علي وليا فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي كذبت حتى ترضى بما رضيت به (قدامة، المغني والشرح الكبير). وحكموا في الكثير من الوقائع. وهذه كلها أدلة قاطعة على مشروعية التحكيم.

يروى أَنَّ عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصمها فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان، فبعث حكماً من أهله عبد الله بن عباس وحكماً من أهلها معاوية، فقال ابن عباس: لأفرقن بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف، فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا (الهمام) (الدسوقي) (النووي) (الجهوتي، 1982).

أما بالنسبة لأقوال الفقهاء في التحكيم على وجه العموم، باعتبار أَنَّ التحكيم بين الزوجين فرع من الفروع التي يفعل فيها التحكيم، فيرى جمهور الفقهاء أَنَّ التحكيم جائز، وفي هذا يقول السرخسي من الحنفية: «الأصل في جواز التحكيم قوله تعالى: (فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها...)، والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم. أما المالكية فيقول صاحب المنح الجليل: «تحكيم الخصمين غيرهما جائز كما يجوز أن يستفتيا فقيها يعملان بفتواه في قضيتها» (السرخسي) (عليش، 1409هـ، 1989م).

أما الشافعية فقال الشريبي إِنَّه لو حَكَم خصمان رجلاً في غير حدٍّ من حدود الله تعالى جاز مطلقاً بشرط أهلية القضاء، كما يرى الإمام النووي أَنَّ جمهور الفقهاء يجيزون التحكيم، ونقل الإمام الغزالي أنه يشترط في أمور أخرى، ومنها: عدم وجود قاض بالبلد، وقيل - عند الشافعية - يختص بمال دون قصاص، نكاح ونحوها... أما الحنابلة فقال الجهوتي: «وإن تحاكم شخصان إلى رجل للقضاء بينهما فحكم نفذ حكمه في

الله عليه وسلم في حكمه على الزانيين بإقامة الحد قد أخذ بما جاء بالتوراة أي أنه لم يحكم بعلمه (الطبري، 1968). - من السنة: ثبتت مشروعية التحكيم من السنة النبوية، وذلك لما أخرجه النسائي: عن شريح بن هانئ عن أبيه هانئ: أنه لما وفد إلى النبي صلى الله عليه وسلم مع قومه سمِعَهُم وهم يكنون هَانِئًا أبا الحَكَم، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: «إِنَّ الله هو الحَكَمُ وَإِلَيْهِ الحُكْمُ، فَلِمَ تُكَنِّي أبا الحَكَم؟» قال: إِنَّ قَوْمِي إِذَا اختلفوا في شيءٍ أتوني فَحَكَمْتُ بينهم، فرضى عنى كلا الفريقين، فقال صلى الله عليه وسلم: «ما أحسن من هذا. فما لك من الولد؟» قال: لي شُريح وعبد الله وَمُسْلِمٌ، قال: «فمن أكبرهم؟» قال: شريح، قال: «فأنت أبو شريح وَدَعَا لهُ وَلِوَلَدِهِ» (النسائي) (معبود)

وجه الدلالة: في الحديث دلالة على مشروعية التحكيم ولزوم العمل به شرعاً في حالة قبول الأطراف له، وذلك لأنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أقر ما كان بفعله أبو شريح من التحكيم بين الناس كما أَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أظهر استحسانه وإعجابه لفعل أبي شريح ولم ينه عنه، وهذا يعدّ من ضمن السنة التقريرية وهي سنة متبعة. أما ما قام به رسول الله صلى الله عليه وسلم من تغيير كنية أبي الحكم إلى أبي شريح لم يكن نهياً عن التحكيم «وإنما كره له ذلك حتى لا يشارك الله في صفة من صفاته فالحكم صفة من صفات الله تعالى لا يشاركه أحد» (هجري، 1979).

- من الإجماع: لقد ثبت منذ عهد الصحابة رضي الله عنهم أنهم كان يرجعون إلى التحكيم كوسيلة لفضّ النزاعات، وفي هذا يقول السرخسي: «والصحابة مجمعون على جواز التحكيم» (السرخسي).

كما يقول الشريبي: «ولو حَكَم خصمان رجلاً غير قاض (في غير حد الله) من مال أو غيره جاز مطلقاً على التفاصيل الآتية بشرط أهلية القضاء، ولا يشترط عدم القاضي لأنه وقع لجمع من كبار الصحابة ولم ينكره أحد، قال الماوردي: فكان إجماعاً» (الشريبي، 1377هـ).

- من الأثر: ما وقع في عهد الصحابة رضي الله عنهم فالعديد من منازعات في وقائع مختلفة قضيت بالتحكيم، والتي سنذكر بعضها منها على سبيل الدلالة فيما يتعلق بالتحكيم في الشقاق بين الزوجين.

ومختلطا، لا هو قاضي ولا هو وكيل، حيث يشبه المحكم القاضي باستقلاله عن إرادة الخصوم حتى وإن كانوا هم الذين اختاروه، كما يشبه عمل الوكيل باعتبار إرادة الخصوم هي التي أنشأت سلطة المحكم.

1-2-2-1- الطبيعة القانونية للتحكيم

إنّ الغاية من اللجوء إلى التحكيم هو الوصول إلى حكم يقضي بفض النزاع بين الأطراف، لهذا احتدم الخلاف بين فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية لحكم التحكيم إلى عدّة الآراء.

فهناك من يرى بأنّ التحكيم ذو طبيعة قضائية، وأنّ حكم التحكيم يشابه تماما حكم القضائي، وذلك لأنّ المحكم يؤدي العدالة في إطار سيادة الدولة وبتفويض منه، وهذه العدالة تتحقق من خلال التنظيم القضائي التي تتولى الدولة تنظيمه، أو من خلال القضاء الخاص المتمثل في نظام التحكيم الذي تقرّه الدولة لهذا النوع من القضاء، كما أنّ إجراءات التحكيم مشابهة تماما للحكم القضائي سواء من حيث حجية حكم التحكيم أو طرق الطعن فيه أو كيفية تنفيذه، وأنّ هيئة التحكيم لا تعمل بإرادة الخصوم وحدها مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على حكم التحكيم (إبراهيم ا.، 1997).

وهناك من يرى بأنّه ذو طبيعة تعاقدية، وأنّ التحكيم يدخل ضمن المعاملات الخاصة للأفراد التي تستند إلى مصدر عقدي، فالتحكيم ليس قضاء كما هو الحال في القضاء، بل هو عقد رضائي ملزم للجانبين، لهذا يعدّ حكم التحكيم عنصرا تبعيا في عملية التحكيم لأنّ اتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها بحيث يعدّ مبدأ لتفسير كافة مراحلها حتى صدور قرار من هيئة التحكيم ويكون هذا القرار ملزما لطرفي النزاع، فحكم التحكيم طبقا لهذه الطبيعة التعاقدية يستمد سلطته وحجيته من اتفاق التحكيم الذي يلتزم فيه الطرفان بالخضوع لهذا الحكم.

بينما يرى بعضهم أنّه نظام مختلط يبدأ باتفاق وينقضي بقضاء حكم التحكيم، فالطبيعة العقدية تجد أساسها في اتفاق الأطراف باللجوء إلى التحكيم، والطبيعة القضائية تجد أساسها في الفصل في هذا النزاع طبقا لإجراءات قضائية يصدر بناء عليها حكم المحكم.

وهناك من يرى بأنّ التحكيم نظام ذو طبيعة خاصة، ويجب

المال والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها حتى مع وجود قاضٍ» (النووي، روضة الطالبين) (الجهوتي، كشف القناع، 1982).

وخلاصة القول إنّ جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية الحنابلة، يجيزون التحكيم في الشقاق بين الزوجين.

1-2-1- الطبيعة الفقهية والقانونية للتحكيم

وهنا سأتطرق إلى الطبيعة الفقهية أولا، ثم بعد ذلك سأتناول الطبيعة القانونية.

1-2-1-1- الطبيعة الفقهية للتحكيم

من خلال التعريفات السالفة الذكر يتضح لنا من عبارات الفقهاء في اعتبار التحكيم بين طرفي الخصومة، وإحالة طرف ثالث ليفصل فيما تنازعا عليه، أي أنها تولية خاصة في نزاع محدد. وهذه العبارات أثارت الجدل حول طبيعة التحكيم في الفقه الإسلامي حيث انقسمت الآراء إلى ثلاثة آراء وهي:

-الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى ترجيح الطبيعة القضائية للتحكيم، وحجتهم في ذلك أنّ المحكم بمنزلة القاضي المولّى، وحكمه بمنزلة حكم القاضي في التنفيذ، وأنّ حكم المحكم لا ينقض إلا بما ينقض به حكم القاضي، وقد اشترطوا في المحكم ما يشترط في القاضي من صفات (السرخسي).

-الرأي الثاني: وهنا يرى بعض المالكية إلى اعتبار المحكم وكيلاً بحيث «تتفق الوكالة مع التحكيم في أنّ كلاً منهما من العقود الجائزة غير اللازمة، وأنّ كلاً منهما يقوم على الرضا، ويعتبران نوعاً من الولاية. ففي الوكالة لا يملك الوكيل مباشرة عمله إلا بإذن الموكل ورضاه، وفي حدود ما وكل به وفي النطاق الذي رسم له، وفي التحكيم لا تنعقد له هذه الولاية إلا برضا المحتكمين عليه» (الصاوي؛ الأسطل، 1998).

-الرأي الثالث: يذهب بعض فقهاء الحنفية إلى إضفاء طابع مستقل على التحكيم بحيث أعطوه طبيعة مختلطة، فقالوا إنّ المحكم يشبه القاضي في عمله باستقلال عن إرادة الخصوم حتى ولو كانوا هم الذين اختاروه، ويشبه عمل الوكيل من جهة أخرى في كون إرادة الخصوم هي المنشأة لسلطة المحكم (الجصاص).

والراجح عندي هو الرأي الذي يمنح للمحكم طابعا مستقلاً

أن ينظر إليه نظرة مستقلة ولا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية لمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي الصادر عن السلطة القضائية (عمر، 2003؛ داود، 2008).

والراجح عندي هو أنّ التحكيم ذو طبيعة خاصة، وذلك لأنّ الطبيعة تقتضي ألاّ يفسّر بفكرة العقد أو بفكرة الحكم القضائي أو بالفكرتين معاً، إذ يجب تفسيره بالطبيعة الخاصة به، نظراً لما له من خصائص تميزه عن العقد والحكم القضائي، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يدرجه ضمن الوسائل البديلة في فض النزاعات.

1-3- شروط المحكم

اتفق الفقهاء على الشروط التي يجب توفرها في المحكم المتمثلة في الإسلام والعدالة والحرية والأهلية، والأمانة والتقوى والاهتداء للمقصود لما بعث إليه. كما اتفقوا على عدم اشتراط الاجتهاد (نجيم، مالك، الماوردي). أما بالنسبة لشروط الذكورة فقد اختلف الفقهاء في ذلك، حيث يرى جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) بوجوب الذكورة مطلقاً، وفي هذا يقول الإمام مالك: «ليست المرأة من الحُكام» (مالك، الماوردي؛ الهوتي، 1982).

أما الحنفية فلا يشترطون في المحكم الذكورة، فيجوز تحكيم المرأة، لأنّها من أهل الشهادات في الجملة إلا أنها لا تقضي بالحدود والقصاص، لأنها لا شهادة لها في ذلك وأهلية القضاء تدور مع الشهادة (الزيعلي؛ الكاساني، بدائع الصنائع).

2- إجراءات تفعيل هيئة التحكيم في فض النزاعات الأسرية في الفقه الإسلامي

سأنتظر في هذا المطلب إلى إجراءات تفعيل هيئة التحكيم في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، ثم أبين بعد ذلك سلطة الحكمين في التفريق في الفرع الثاني.

2-1- إجراءات تفعيل هيئة التحكيم في الفقه الإسلامي

الأصل في الحكمين أن يرسلوا برضى الزوجين، ولا يجبران عليه، وذلك لأنّ العصمة في يد الزوج والمال حقّ للزوجة، لهذا فإنّ مهمتهما التوفيق بين الزوجين وإصلاح ذات البين، ومعرفة أسباب الخلاف والوقوف على ما يشكو كلّ منهما اتجاه الزوج الآخر، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا» (النساء الآية 35) لهذا فإنّ المقصد الأصلي للتحكيم هو

التوفيق والإصلاح بين الزوجين وليس التفريق بينهما. لهذا فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تفعيل هيئة التحكيم بين الزوجين إلى رأيين ما بين وجوبه واستحبابه: الرأي الأول: هو رأي جمهور فقهاء المالكية والشافعية والذي ذهب إلى وجوبه على القاضي عند حصول الحال التي يبعث فيها الحكمان (المواق؛ العربي؛ النووي، روضة الطالبين)، وفي هذا يقول ابن العربي: «إن على الحاكم بعث الحكمين إذا علم بالشقاق بين الزوجين حتى لو لم يترافعا إليه؛ لأنّ ما يضيع من حقوق الله أثناء ما ينتظر رفعهما إليه لا جبر له» (العربي). واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا» (النساء الآية 35).

الرأي الثاني: وهو رأي الذي يقول باستحباب الاستعانة بالحكمين، وهذا ما قال به الروياني (الذهبي، 1045هـ) من الشافعية، وذكره الإمام النووي في روضة الطالبين: «قال: البغوي: عليه بعثهما، وظاهره الوجوب، وحجته الآية. وقال الروياني: يستحب» (النووي، روضة الطالبين).

والراجح عندي هو قول جمهور الفقهاء الذي يرى بوجوب الاستعانة بالحكمين من طرف القاضي، وذلك لأنّ الخطاب في الآية الكريمة يفيد الوجوب، وهو الراجح عند جمهور الأصوليين (السرخسي، أصول السرخسي).

بالإضافة إلى ذلك فإنّ الخطاب في هذه الآية موجه إلى الحكام والقضاة، وهي هذا يقول الرملي: «فإن اشتد الشقاق أي الخلاف بعث القاضي وجوباً... وهو من الفروض العامة على القاضي» (الرملي، 1984).

2-2- سلطة الحكمين في التفريق

إذا نزل الزوجان عند غرض الحكمين، وتصالحا فيما بينهما فقد تحقّق بهذا مقصد الحكمين وغرض الشارع من قبل، عندها يأتناهما على بعضهما البعض، ويتركانهما على ذلك، أما إذا فشلا في مهمتهما فهل لهما أن يفرقا أم أنهما لا يملكان ذلك إلا بتوكيل من الزوجين؟ للإجابة عن هذا السؤال نستعرض أقوال الفقهاء في مدى سلطة الحكمين في التفريق، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: على الحكمين أن يسعيا في الإصلاح بين الزوجين، فإن قدرا على ذلك عملا به، وإن عجزا يجوز لهما أن يفرقا

الطلاق إلى الزوج وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بإذنها. فمهمتهما الإصلاح فحسب، وبه قال الحنفية والشافعية في رواية لهم، وفي رواية ثانية لأحمد (أحمد، 2013-2014). وفي هذا يقول الجصاص: «قال أصحابنا ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين، لأنّ الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان، والحكمان وكيلان لهما (الجصاص، أحكام القرآن؛ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي؛ المغني)، وقال ابن حزم: «وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين لا بخلع ولا بغيره» (حزم).

واستدل أصحاب هذا الرأي بنفس الآية التي استدلت بها أصحاب الرأي الأول. قال الشافعي: في وجه الاستدلال بالآية: وذلك أنّ الله عز وجل إنما ذكر أئمتها إن يريد إصلاحاً يوفق الله بينهما ولم يذكر تفريقاً (الشافعي، 1381هـ).

لهذا فإنّ المقصد الأساسي من بعث الحكمين هو إعادة الصفاء والوفاق بين الزوجين فإن عجزا عن تحقيق ذلك فمن المصلحة ألا يتراكهما على ذلك من الخصام لما فيه من فساد بين يعود عليهما وعلى أولادهما بالضرر البالغ، فمن الأحسن أن تُحل هذه الرابطة عسى أن يهيء الله لكل منهما من تستقر معه نفسه وتطمئن إليه، وذلك لقوله تعالى: «وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِيَّهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣﴾» (سورة النساء، الآية 130). وبعد عرض آراء الفقهاء في مدى سلطة الحكمين في التفريق يتضح لي بأنّ الراجح هو الرأي الثاني الذي لا يجيز للحكمين التفريق، وذلك لكونهما يعدان مساعدين للقاضي، وليس هما القاضي نفسه الذي له السلطة التفريق.

3- إجراءات تعيين وتفعيل هيئة التحكيم في فض المنازعات الأسرية في التشريعين الجزائري والإماراتي

سأنتظر في هذا المطلب لدور المحكمة في تعيين الحكمين في التشريعين الجزائري والإماراتي، ثم بعد ذلك سأتكلم عن تفعيل دور الحكمين في الإصلاح بين الزوجين.

3-1- دور المحكمة في تعيين الحكمين في التشريعين الجزائري والإماراتي

لا يمكن تصور أن يُعرض النزاع على الحكمين إلا باتفاق طرفي النزاع اتفاقاً واضحاً على اللجوء إليه، فتوافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين.

دون توكيل من الزوجين أو أمر من القاضي، وممن قال بهذا القول عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية من الصحابة رضوان الله عليهم، ومن التابعين النخعي والشافعي؛ وبه قال مالك: «وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أنّ الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع» (الباجي)؛ ورواية عن الشافعية (الشيرازي)، ورواية عن أحمد (قدامة، المغني).

وفي هذا يقول ابن الحاجب (ابن الحاجب المالكي : هو أبو عثمان بن أبي بكر المعروف بابن الحاجب المصري الدمشقي ثم الإسكندري كان أبوه حاجباً للملك عز الدين الصالحي، (توفي 646 هـ/1044م)).: «وعليهما أن يصلحا، فإن لم يقدر، فإن كان المسمي الزوج فرقا بينهما، وإن كانت الزوجة اتتمناه عليهما، أو خالعا له بنظرهما وإن كانت منهما خالعا له لما يخف في نظرهما» (ميارة، 2000).

واستدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة ومن المأثور والمعقول.

- من الكتاب: قول الله تعالى: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٣٥﴾» (النساء الآية 35)؛ وفي هذا يقول ابن كثير: سماهما حكمين ومن شأن الحكم أن يحكم بغير رضا المحكوم عليه، وهذا ظاهر الآية (كثير، 1400هـ). لهذا أصحاب هذا الرأي بأنّ التفريق بين الزوجين في مثل هذه الحالة يتفق وروح القرآن ومقتضى نصوصه، وما أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم.

- من السنة: عن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري رضي الله عنه: أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا ضرار» (الموطأ؛ الميهقي؛ البيهقي).

- من الآثار: روى الإمام مالك أنه بلغه أنّ عليّاً ابن أبي طالب قال في الحكمين: إنّ إليهما الفرقة بينهما والاجتماع (الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك).

- من المعقول: إنّ التفريق لدى القاضي ثبت بالشرع في عدة حالات، في العيوب والإيلاء...، فالقاضي إذ يبعث الحكمين إنما يستمدان سلطتهما منه لأنه يملك التفريق، فإذا فرقا كان نيابة عنه (قدامة، المغني).

الرأي الثاني: لا يجوز لهما التفريق لكون الحكمين وكيلين عن الزوجين ولا يجوز لهما التفريق إلا بوكالة من الزوجين، لأنّ

بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: 39، 55، 56 من قانون الأسرة يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه» (العليا، 1989).

أما بالنسبة لتعيين الحكّمين فالمحكمة تُعيّنهما سواء من تلقاء نفسها تطبيقاً للقانون أو بناءً على طلب الزوجين، وهنا يجب مراعاة قرابتهما من الزوجين، إضافة إلى تأثيرهما علمياً، وقدرة كل منهما على حل النزاع المطروح (أحمد، 2013-2014). أما بالنسبة للمشرع الإماراتي فقد نصّت المادة 118 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 على أنه: «إذا لم يثبت الضرر، واستمر الشقاق بين الزوجين، وتعذر على لجنة التوجيه الأسري والقاضي الإصلاحي بينهما، عين القاضي بحكم حكّمين من أهلهما إن أمكن بعد أن يكلف كلا من الزوجين تسمية حكم من أهله قدر الإمكان في الجلسة التالية على الأكثر، وإلا فيمن يتوسم فيه الخبرة والقدرة على الإصلاحي إذا تقاعس أحد الزوجين عن تسمية حكمه، أو تخلف عن حضور هذه الجلسة، ويكون هذا الحكم غير قابل للطعن فيه.

ويجب أن يشمل حكم تعيين حكّمين على تاريخ بدء المهمة وانتهاءها، على ألا تتجاوز مدة تسعين يوماً، ويجوز مدها بقرار من المحكمة، وتعلن المحكمة الحكّمين والخصوم بحكم تعيين الحكّمين وعليها تحليف كلّ من الحكّمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة».

فالملاحظ من خلال أحكام هذه المادة أنه في حالة استمرار الشقاق بين الزوجين، وفي حالة عدم استطاعة كل منهما إثبات الضرر، وبعد اليأس من الإصلاحي بينهما من قبل القاضي ولجنة التوجيه الأسري، المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 16 من القانون رقم 28 لسنة 2005 (حيث نصت المادة 16 في فقرتها الأولى من قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005 بقولها: «لا تقبل الدعوى أمام المحكمة في مسائل الأحوال الشخصية، إلا بعد عرضها على لجنة التوجيه الأسري، ويستثنى من ذلك مسائل الوصية والإرث وما في حكمها، والدعاوى المستعجلة والوقتيّة).

لهذا، فإنّ المشرع الإماراتي أجاز للقاضي أن يأمر الزوجين باختيار حكّمين من أهلهما قبل انعقاد الجلسة اللاحقة على الأكثر، أما في حالة عدم اختيار من أحد الزوجين للمحكم

وعقد الزواج شأنه شأن باقي العقود، يترتب عليه التزامات على الطرفين، لهذا فالتصور أن تخضع المنازعات المتعلقة به للتحكيم، وإن كان له طابع خاص نظراً لطبيعة العقد المرتبطة به، وحيث إنّ التحكيم جائز شرعاً وقانوناً في المنازعات الأسرية. فإذا عجزت المحكمة عن الصلح وهو المطلوب في كل دعاوى الطلاق والتطليق، فهي ملزمة على انتداب الحكّمين، وذلك لاتخاذ إجراءات التحكيم في الدعوى بين الزوجين، وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 56 من قانون الأسرة رقم 84-11 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 بقولها: «إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكّمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين».

ومن استقراء نص هذه المادة يتبين لي أنّ المشرع الجزائري لم يوضح بشكل دقيق كيفية تعيين الحكّمين، وما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب أن تكون بعد محاولات إجراءات الصلح أو أثناءها إلى غير ذلك من الإشكاليات.

إلا أنه قد تدارك ذلك من خلال نص المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي ورد فيه: «إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة». فالملاحظ هنا أنه يجوز للقاضي الاستعانة بالحكّمين أثناء سير الخصومة، وذلك عند اتساع هوة الخصام والشقاق بينهما ما لم يثبت عن ذلك ضرر أثناء الخصومة (أحمد، 2013-2014).

لهذا، فإذا توفر شرط تفاقم الخصام وشرط العجز عن إثبات الضرر، فإنه يجب على القاضي قبل النظر في موضوع الدعوى ومباشرة الفصل فيها أن يعمل على إصلاحي ذات البين، وذلك بتعيين حكّمين، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1989/12/25 بقولها: «من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما. ومن ثم، فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى

الخصومة، بعد أن يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة طبقاً لأحكام المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: «يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكّمين تلقائياً، إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة».

أما بالنسبة لرقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة فيما يخص اللجوء إلى إجراءات التحكيم، فتتحدد حسب الطبيعة القانونية للتحكيم، لكون التحكيم إجراءً من إجراءات التحقيق التي يقوم بها القاضي للفصل في النزاع، شأنه شأن باقي الأدلة الخاصة بإجراءات التحقيق، فالأدلة لها جانب موضوعي -أي قواعد موضوعية تحكم الأدلة نفسها-، وجانب إجرائي أي قواعد إجرائية تحكم كيفية تطبيق الأدلة (أما فيما يخص الجانب الموضوعي للتحكيم، فهي قاعدة تحكم مبدأ التحكيم نفسه، المتمثلة في قاعدة وجوب تعيين الحكّمين عند انعدام الصلح، وعدم إثبات الضرر، أو تكرار الدعوى، وهو ما أكدته أحكام المادة 56 من قانون الأسرة والمادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

لهذا، ففي حالة خرق قاضي شؤون الأسرة لإجراءات التحكيم، كأن يقوم القاضي بتعيين الحكّمين دون تحلفهما اليمين القانونية، أو يقوم بتعيين حكّمين من غير أهل الزوجين، مع وجود حكّمين من الأهل تتوافر فيهم الشروط القانونية للقيام بمهمة التحكيم، فإن غفّال القاضي الموضوع لإجراءات التعيين أو شروط المحكّمين يعتبر غفّال قاعدة جوهرية في الإجراءات تؤدي إلى نقض الحكم أمام المحكمة العليا (تقية، 2011).

أما من الناحية العملية يتضح أنّ مهمة الحكّمين في التشريع الجزائري مازالت معطلة فيما يخص قضايا الطلاق والتطبيق، وذلك لعدم تفعيلها من طرف المحكمة على أرض الواقع. وذلك راجع لسببين هما:

- أن أغلب الحكّمين -من عائلة الزوجين- ليس لهما تكوين ثقافي من شأنه أن يجعلهما قادرين على تحرير تقرير، يحددان فيه مسؤولية كل زوج في سبب الشقاق، كما يهريان من تحمل المسؤولية في إعادة محاولات الصلح، مع العلم أنّ القاضي ليس له أية سلطة لإرغامهما على القيام بما كلفهما به مما يدفعه إلى استبدالهما.

- إنّ الزوجين يمتنعان في بعض الأحيان عن إشراك أقاربهما

الذي يمثله، فهنا يقوم القاضي بإصدار حكم غير قابل للطعن بتعيين مُحكم. كما يشمل هذا الحكم تاريخ بدء وانتهاء مهمة الحكّمين في مدة لا تتجاوز 90 يوماً من تاريخ تعيينهما. كما يُلزم القاضي الحكّمين بأداء اليمين من أجل القيام بمهامهما بنزاهة وعدالة وأمانة، وذلك بعد تبليغهما وتبليغ الخصوم بحكم تعيين الحكّمين من طرف المحكمة.

لكن الملاحظ هنا أنّ المشرع الإماراتي لا يجيز الاستعانة بالحكّمين إلا في حالة التطبيق للضرر والشقاق، بخلاف المشرع الجزائري الذي يجيز الاستعانة بالحكّمين في جميع دعاوى الطلاق. سواء كان طلاقاً بإرادة الزوج أو الزوجة أو بإرادتهما معاً، أو في حالة التفريق القضائي وذلك طبقاً لأحكام المادة 56 من قانون الأسرة.

3-2- تفعيل دور الحكّمين في الإصلاح بين الزوجين

إنّ مهمة الحكّمين محددة من قبل المحكمة، وتنحصر بتقصّي أسباب الخلاف والوقوف على حقيقته ومعرفة الطرف المتضرر المظلوم، والطرف المتسبب في الضرر، ويتدارس الحكمان الحلول الممكنة ويصلحان بينهما إن رأيا الخير والمصلحة في ذلك، لتعود الحياة الزوجية إلى الطبيعي، وتزول أسباب الخلاف والشقاق بتذكير كل منهما بواجبه تجاه الآخر، وتنبهه إلى موضع الخطأ الذي ينبغي اجتنابه. وهنا يجب أن يستخدم الحكمان وجاهتهما، وقوة شخصيتهما في التأثير على موقف الزوجين عليهما بشق السبل لرفع الشقاق بينهما، وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 447 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أن: «يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة».

فإذا توصل الحكمان اللذان كانت مهمتهما التوفيقية والإصلاحية إلى إيجاد حلّ للنزاع، فعليهما أن يقدموا تقريراً مفصلاً إلى القاضي الذي عينهما في أجل لا يتعدى الشهرين، ويتضمن هذا التقرير النتائج والاقتراحات التي توصلوا إليها لحسم الخلاف، وهو ما أكدت عليه المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: «إذا تم الصلح من طرف الحكّمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن».

بالإضافة إلى ذلك فإنّ سلطة الحكّمين لا تتعدى أن تكون مجرد تكليف بمهمة، فإذا فشل في ذلك، فإنّ للقاضي إنهاء مهامهما تلقائياً، ويعيد القضية إلى الجلسة وبالتالي استمرار

تعويضاً عن الضرر الذي أصابه. وذلك طبقاً لأحكام المادة 120 في فقرتها الثانية من نفس القانون.

أما إذا كانت الإساءة مشتركة قررا الحكمان التفريق بين الزوجين دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة لكل واحد منها للآخر.

أما في حالة عدم معرفة الحكمين من المسيء من الزوجين، فإذا كان الزوج هو طالب التفريق اقترح الحكام رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي طالبة التفريق أو كان كلا الطرفين طالبا التفريق قرر الحكمان التطبيق بينهما دون مقابل، وذلك طبقاً لأحكام المادة 120 في فقرتها الأخيرة من نفس القانون.

وعليه، فالحكمان هنا مُلزمان بتقديم قرار مفصل ومعلل يبينان به أسباب الخلاف والمتسبب فيه أو المسؤول عن الشقاق، ويقترجان على القاضي الحلول التي يريانها مناسبة لحلّ النزاع القائم بين الزوجين. ومدى إساءة كل من الزوجين أو أحدهما إلى الآخر. وهو ما أكدته المادة 121 في فقرتها الأولى من القانون نفسه.

وهنا يحكم القاضي بمقتضى حكم الحكمين إن اتفقا فيما بينهما، أما في حالة الاختلاف بين الحكمين عين القاضي المختص غيرهما، أو ضمّ إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً لأحد الرأيين، مع ضرورة تأدية اليمين سواء للمحكّمين الجدد، أو المحكم الثالث، وذلك طبقاً لأحكام المادة 121 في فقرتها الثانية من نفس القانون.

وفي الأخير يتوجب على قاضي الأحوال الشخصية الإماراتي أن يحكم بما قررا به الحكمان إذا كان قرارهما موافقاً لأحكام القانون، أما إذا كان خلاف ذلك قام بتعديله طبقاً لأحكام المادة 121 في فقرتها الأخيرة.

وبصدد سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين، نجد أنّ المشرع الجزائري - على عكس نظيره الإماراتي - وحسب أحكام المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد حوّل لهما مهمة الإصلاح بين الزوجين دون تفريق بينهما، حيث نصت المادة بقولها: «إذا تمّ الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن»، وهو ما أكدته المادة 449 من القانون نفسه التي تجيز للقاضي إنهاء مهام الحكمين، متى تبيّن له صعوبة تنفيذ المهمة (الصلح بين الزوجين) وفي هذه الحالة تعاد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة.

في حل مشاكلهما، مما يتعذر معه على القاضي تعيين أحد أقاربهما كحكمين، فيلجأ القاضي إلى استدعاء أبويهما اللذين يذكيان النزاع بدلا من مساعدة القاضي في تفعيل الإصلاح بين الزوجين (أحمد، 2013-2014).

أما بالنسبة للمشرع الإماراتي وبعد تعيين الحكمين للقيام بإجراءات الصلح بين الزوجين، فهما مطالبان بتقصي الحقائق، والتعرف على أسباب الشقاق ودوافعه، وبعد الإخلاص لله عز وجل في العمل سراً وعلانية، وذلك بالحكمة واللباقة وحسن القول والإقناع قصد الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين. فالحكمان يعقدان مع الزوجين عدة جلسات للصلح بينهما، وذلك بتذكيرهما أنّ الإقدام على الطلاق هو أبغض الحلال عند الله، وللحكمين استخدام جميع الوسائل القانونية لمعرفة أسباب الشقاق، ثم بعد ذلك يجتمعان للتشاور وتقرير ما يجب القيام به سالكين أيسر السبل لإصلاح ذات البين.

أما في حالة تعذر أحد الزوجين عن حضور جلسة التحكيم سواء في الجلسة المحددة أو في الجلسات اللاحقة، فذلك لا يؤثر على عمل الحكمين، وهو ما أكدته أحكام المادة 119 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بقولها: «على الحكمين تقصي أسباب الشقاق وبذل الجهد للإصلاح بين الزوجين، ولا يؤثر في سير عمل الحكمين، امتناع أحد الزوجين عن حضور جلسة التحكيم متى تم إعلانها بالجلسة المحددة، أو الجلسات اللاحقة، إن حصل انقطاع بينهما».

في حالة تعذر الإصلاح بين الزوجين، وتبين للحكمين أنّ الإساءة كلها من جانب الزوج، والزوجة هي طالبة التفريق أو أنهما معا يُريدان فك الرابطة الزوجية، يقرر الحكمان التفريق بينهما بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق. وذلك طبقاً لأحكام المادة 120 في فقرتها الأولى من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 بقولها: «إذا عجز الحكمان عن الإصلاح: فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج، والزوجة هي طالبة التفريق، أو كان كلّ منهما طالبا، قرّر الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق».

أما إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة قررا الحكمان التفريق بينهما مقابل بدل مناسب تدفعه الزوجة لزوجها

حتى وإن كانوا هم الذين اختاروه، كما يشبه عمل الوكيل باعتبار إرادة الخصوم هي التي أنشأت سلطة المحكم.

2- إن نجاح التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات الأسرية رهين بمدى استعداد هيئة التحكيم في تقريب وجهات النظر والتوفيق بين الزوجين، بالإضافة إلى استعداد الأطراف المتنازعة في التصالح.

3- إن مهمة المحكمين تدور حول بذل مساعي التوفيق وتقريب وجهات النظر بين الزوجين من أجل إصلاح ذات البين.

-التوصيات

1- نلتمس من المشرع الجزائري النص على إلزام قاضي شؤون الأسرة باللجوء لإجراءات التحكيم مثلما فعل بالنسبة لإجراءات الصلح بين الزوجين طبقاً للمادتين 49 من قانون الأسرة والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- ضرورة تفعيل دور المحكمين في التوفيق بين الزوجين في التشريع الجزائري.

3- ضرورة التنصيص على أن قرار المحكمين يعدّ سنداً تنفيذياً يجوز الاحتجاج به. كما هو في محضر الصلح بين الزوجين.

كما أنه من الناحية العملية يتضح لنا أن المشرع الإماراتي بخلاف المشرع الجزائري، قد قام بتفعيل مهمة المحكمين في إصلاح ذات البين بين الزوجين، وذلك من خلال أحكام النظام رقم 08 لسنة 2006 المتعلق بشأن المحكمين في دعاوى الأحوال الشخصية بإمارة دبي (الجريدة الرسمية لإمارة دبي، 2006).

خاتمة

يعدّ التحكيم آلية من الآليات الهامة والأساسية في حفظ وتعمد شؤون الأسرة والدفاع عن مصالحها، وقد كان من باب أولى ألا تكون مهمة هاته الهيئة استشارية بالنسبة للقاضي، وأن تتعدى ذلك بأن يكون لها دور كبير وجوهري في فضّ النزاعات والخلافات، والدفاع عن مصالح الأسرة بروح من المسؤولية والنزاهة. وكذا تخفيف الضغط على القضاء، وذلك باعتبار التحكيم وسيلة من الوسائل البديلة لفضّ النزاعات الأسرية. وقد خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

-نتائج

1- المحكم له طابع مستقلّ ومختلط، لا هو قاضي ولا هو وكيل، لهذا فهو يشبه القاضي باستقلاله عن إرادة الخصوم

المراجع

1. ابن الحاجب المالكي : هو أبو عثمان بن أبي بكر المعروف بابن الحاجب المصري الدمشقي ثم الإسكندري كان أبوه حاجبا للملك عز الدين الصالحي، (توفي 646 هـ / 1044 م).
2. أما فيما يخص الجانب الموضوعي للتحكيم، فهي قاعدة تحكم مبدأ التحكيم نفسه، المتمثلة في قاعدة وجوب تعيين المحكمين عند انعدام الصلح، وعدم إثبات الضرر، أو تكرار الدعوى، وهو ما أكدته أحكام المادة 56 من قانون الأسرة والمادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
3. إبراهيم، أ.أ. (1997). التحكيم الدولي الخاص. القاهرة، جمهورية مصر العربية: دار النهضة العربية.
4. إبراهيم، أ.أ. وزملاؤه. (1973). المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية. مصر: دار المعارف.
5. أحمد، ش. (-2013 2014). السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة - دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر.
6. الأسطل، أ. (1998). التحكيم في الشريعة الإسلامية. القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.
7. الباجي. المنتقى شرح موطأ مالك. القاهرة، مصر: دار الكتاب الإسلامي.
8. البستاني، ع. أ. الوافي: معجم وسيط اللغة العربية. مكتبة لبنان.
9. البصري، أ. (1994). الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المازني. بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
10. الهوتي. (1982). كشاف القناع. القاهرة: دار الفكر العربي.

11. الهوتي. شرح منتهى الإيرادات.
12. الميهيقي. كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار.
13. الجريدة الرسمية لإمارة دبي في 08 ذي الحجة 1427 هـ، الموافق 28/12/2006، العدد 317، السنة الأربعون.
14. الجصاص. أحكام القرآن. طبعة دار الريان للتراث المطبوعة الهيئة.
15. الحنفي، ا.ح. (1978). شرح أدب القاضي. بغداد: الدار العربية للطباعة.
16. الدسوقي. حاشية الدسوقي. طبعة دار إحياء الكتب العربية.
17. الذهبي، ا.أ. (1045هـ). سير أعمال النبلاء. بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة.
18. الرملي. (1984). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت، لبنان: دار الفكر.
19. الزرقا، م.أ. (-1967/1968). المدخل الفقهي العام «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد». دمشق، لبنان: مطبعة الألف باء الأدبي.
20. الزعلي. تبين الحقائق.
21. السرخسي.. أصول السرخسي. بيروت، لبنان: دار المعرفة.
22. السرخسي. المبسوط. بيروت، لبنان: دار المعرفة.
23. الشافعي. (1381هـ). الأم. (ا.م. الأزهرية، مطبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة بالقاهرة.
24. الشربيني. (1377هـ). مغني المحتاج. مطبعة مصطفى الحلبي.
25. الشيرازي.. المهذب في فقه الإمام الشافعي. بيروت، لبنان: دار الفكر.
26. الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي.
27. الصاوي. الشرح الصغير.
28. الطبري. (1968). جامع البيان عن تأويل آيات القرآن. القاهرة، مصر: مطبعة مصطفى الحلبي.
29. العربي، ا. أحكام القرآن.
30. العليا، ا. (1989، 12 25). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية. المجلة القضائية.
31. القانون الاتحادي رقم 06 لسنة 2018 بشأن التحكيم . (2018، 05 03).
32. القرطبي. (2006). الجامع لأحكام القرآن. بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة.
33. الكاساني. (1984). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (ا.ز. يوسف، مطبعة الإمام.
34. الكاساني. بدائع الصنائع.
35. الماوردي. الحاوي الكبير.
36. المواق. التاج والاكليد لمختصر خليل.
37. الموطأ، ر. ا. الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، .
38. النسائي، ا. ا. سنن النسائي.
39. النووي. روضة الطالبين. (ا.ا. والنشر، بيروت، لبنان: مطبعة الجمالية.
40. النووي. روضة الطالبين. (ا.ا. والنشر، بيروت، لبنان: مطبعة الجمالية.
41. الهمام، ا. شرح فتح القدير. بيروت، لبنان: دار الفكر.
42. تقية، ع. ا. (2011). قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء. الجزائر.
43. حزم، ا. المحلي. بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
44. حيث نصت المادة 16 في فقرتها الأولى من قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005 بقولها: «لا تقبل الدعوى أمام المحكمة في مسائل الأحوال الشخصية، إلا بعد عرضها على لجنة التوجيه الأسري، ويستثنى من ذلك مسائل الوصية والإرث

وما في حكمها، والدعاوى المستعجلة والوقتية.

45. داود، أ. ف. (2008). الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به دراسة مقارنة. نابلس، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.
46. عبد العالي قزي. (2019-2020). الصلح والوساطة في الأحوال الشخصية «دراسة فقهية قانونية مقارنة». جامعة الوادي، الجزائر.
47. عليش. (1409هـ، 1989م). منح الجليل شرح على مختصر خليل. بيروت، لبنان: دار الفكر.
48. عمر، ا. م. (2003). الطبيعة القانونية لنظام التحكيم. القاهرة، جمهورية مصر العربية: دار المطبوعات الجامعية.
49. فرحون، ا. (1986). تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام. الأزهرية، مصر: مكتبة الكليات.
50. قانون الإجراءات المدنية الإدارية رقم 08-09. (2008، 02 25). الجريدة الرسمية العدد 21.
51. قانون الأحوال الشخصية للإتحاد الإماراتي رقم 28. (2005، 11 19). الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة العدد 439.
52. قانون الأسرة رقم 84-11. (1984، 06 09). الجريدة الرسمية. Consulté le 02 27، 2005.
53. قدامة، ا. (1405هـ). المغني. بيروت، لبنان: دار الفكر.
54. قدامة، ا. المغني والشرح الكبير.
55. كثير، ا. (1400هـ). تفسير ابن كثير. دمشق، سوريا: دار النمير.
56. مجلة الأحكام العدلية. كراتشي، تركيا: دار النشر نور محمد كارخانه تجارت الكتب.
57. محروق، ك. (-2014 2015). الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء. قسنطينة، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري، الجزائر.
58. معبود، ع. سنن أبي داود الامام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق الأذري السجستاني المعروف بابي داود.
59. منظور، ا. (2000). لسان العرب. بيروت، لبنان: دار صادر.
60. ميارة. (2000). شرح ميارة على التحفة الأحكام. بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
61. نجيم، ا. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. بيروت، لبنان: دار المعرفة للنشر والطباعة.
62. هجرية،، ا. ا. (1979). النهاية في غريب الحديث والأثر. (ت. ط. الطناح، بيروت: المكتبة العلمية.

Activating the role of the arbitration committee in settling family disputes in Islamic jurisprudence and the Algerian and Emirati legislations

Abstract

Arbitration is one of the most important alternative means for settling disputes at both national and international levels. This prompted interested people in Arab and Islamic countries to search for a way to employ this method in solving outstanding problems in the family affairs courts. Some of them see the need to solve these problems amicably instead of resorting to the court, which makes of arbitration an effective alternative means to end this type of dispute. Although arbitration was stipulated as an alternative means for settling family disputes by the Algerian legislator, whether in the Family Code, or the Civil and Administrative Procedures Code, it has not been activated. Unlike the UAE legislator who activated the role of two arbitrators in the reform between spouses in cases related to division of discord and payment of damage through the provisions of Articles 118 to 121 of the UAE Personal Status Law. In this regard, I will address in this study the role of the arbitral tribunal in settling family disputes in Islamic jurisprudence and in the Algerian and UAE's legislations. I have adopted the analytical and comparative approaches in the analysis of legal texts, and comparing it with the provisions of Islamic jurisprudence.

Keywords

Alternative means
arbitral tribunal
spouses' relatives
conciliation
Family disputes

Activation du rôle du tribunal arbitral dans le règlement des différends familiaux dans la jurisprudence islamique et la législation algérienne et émiratie

Résumé

L'arbitrage est considéré comme l'un des plus importants moyens alternatifs de résolution des litiges qui est devenu un rôle tangible aux niveaux national et international. C'est pourquoi les pays arabes et islamiques ont décidé d'envisager la possibilité de recourir à ce moyen pour résoudre les problèmes en suspens dans les affaires de droit de la famille. L'arbitrage était considéré comme l'un des moyens alternatifs les plus efficaces et les plus fiables de mettre fin à ce type de différend. Malgré le recours à l'arbitrage comme moyen alternatif de résolution des conflits familiaux par le législateur algérien, que ce soit dans le Code de la famille ou dans le Code de procédure civile et administrative, il ne l'a pas fait sur le terrain, contrairement au législateur émirien qui a activé le rôle des deux dirigeants dans la réforme des époux dans des affaires liées à la division du désaccord et au paiement des dommages. Par les dispositions des articles 118 à 121 de la loi sur le statut personnel des Émirats arabes unis. À partir de là, j'aborderai dans cette étude le rôle du tribunal arbitral dans le règlement des litiges familiaux dans la jurisprudence islamique et les législations algérienne et émiratie. Dans cet article, j'ai adopté les approches analytiques et comparatives par notre analyse des textes juridiques, et la comparaison cela avec les dispositions de la jurisprudence islamique.

Mots clés

moyens alternatifs
tribunal arbitral
parents des époux
conciliation
conflits familiaux