المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية: ISSN : 2716-7984
المجلد01،العــدد: 02، ديسمبر 2019

التّحكيم في النّزاعات الزّوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

Arbitration in Marital Disputes Between Islamic Jurisprudence (faqah) and the Algerian Family Law

طدة.ختو سارة[1]

د.راجع عكاشة

جامعة وهران1 أحمد بن بلة

ملخص: تهدف هذه الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري إلى بيان أهمية التّحكيم ودوره في المحافظة على استمرار الحياة بين الزّوجين، بفض الخلاف بينهما حال وقوعه، بما يمكّنهما من استرجاع المودّة والرّحمة في حياتهما، وقصد بيان وجهة نظر كل من القانون الجزائري والفقه الإسلامي في التّحكيم، إذ جاء هذا البحث ليبين حدوده، وطرقه، وتأثيره، بتبيّين الطرق المتبعة من الحكمين في التّحكيم بين الزّوجين، وما لحُكمهما من تأثير في فض هذا النّزاع.

كلمات مفتاحية: التّحكيم، الخلافات الزّوجية، الحكمين،فض النّزاع الأسري.

Abstract : This comparative study between Islamic jurisprudence and the Algerian Family Law aims at demonstrating the importance of arbitration and its role in preserving the continuation of life between spouses by resolving the dispute between them if it occurs, enabling them to restore affection and mercy in their lives and to explain the point of view of both Algerian law and Islamic jurisprudence in arbitration, as the present shows its limits, methods, and influence by exhibiting the meansused by the two rulings in arbitration between the spouses, and the effect of their ruling on resolving this conflict.

Keywords: Arbitration, Marital Disputes, Judgments,Family DisputeResolution.

– اسم ولقب المرسلة: طدة.ختو سارة، جامعة وهران1 أحمد بن بله،

البريدالالكتروني: **khettou-sara1994sa@hotmail.com**

مقدمة:

إنّ الطّبيعة الإنسانية والحياة الاجتماعية تفرض على الأفراد الاحتكاك والتعامل مع بعضهم البعض، لكن قد تحدث خلافات في تعاملات الأفراد مع بعضهم مما ينشب بينهم نزاعات، ولمّا كانت تسوية الخلافات بين الأفراد والقضاء على الخصومات الغاية الأسمى التي هدفت الشّرائع السماوية بلوغها منذ الأزل وأقرّتها واعتبرتها الشّريعة الإسلامية بعد ذلك وكذا القوانين الوضعية،كان العمل على معالجة الخلافات بين الأفراد بما سنته التشريعات مطلوبا شرعا وقانونا؛ وذلك قصد استقرار الحياة وتفشي السلام في المجتمع، فمن بين الطرق التي سنتها التّشريعات "التّحكيم"؛ والذي يتم فيه تولية الخصوم حاكما يحكم بينهم وبرضاهم.

من بين الخصومات التي يُلجأ فيها إلى التّحكيم؛ "الخصومات الناشئة بين الزّوجين"؛ حيث اعتبره كل من المشرع الجزائري والتشريع الإسلامي من الطرق البديلة لفض النزاع بين الزّوجين، فكثيرة هي التحديات التي تواجه الأسر والزواج في وقتنا الراهن، ومتشعبة هي المشاكل التي تعصف بحياة الزّوجين، وفي ظل تلك التحديات واشتداد حجم الإغراءات التي شوشت على الحياة الزوجية سكينتها واستقرارها أصبح اللّجوء إلى أروقة المحاكم حاجة أكثر من ملحة لعدد لا يستهان به من الأسر، وغدا أبغض الحلال منفذا لعدد كبير من الأزواج؛ مما انعكس سلبا على المجتمع، وهذا ما جعل التّحكيم يزداد أهمية أكثر فأكثر.

إشكالية الموضوع:

كما سبق تبيينه أنّ التّحكيم يزداد أهمية كلّما تعلق بالأسرة وبحياة الزّوجين، ما دفعنا لإثارة بحث حول التّحكيم بين الزّوجين بعنوان "التّحكيم في النزاعات الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، محاولين من خلاله الإجابة عن الإشكالية التالية:كيف تسوى النزاعات بين الزّوجين عن طريق التّحكيم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟ ولعلّ أهم ما ينبثق عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية: ما هو الأساس

الذي ينبني عليه نظام التّحكيم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟ ما مدى سلطة الحكمين في فض النّزاع بين الزّوجين؟.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية التّحكيم في الخير الكثير الذي يعود به على الفرد والمجتمع، وتزداد أهميته أكثر كلّما تعلق بمواضيع الأسرة؛ فأهميته مأخوذة من أهمية الأسرة في حد ذاتها، باعتبارها منبت ومنشأ الأفراد ولبنة المجتمع، فبالمحافظة عليها نحافظ على المجتمع أجمع، وكذا تظهر أهميته من خلال العناية التي عنيتها به الشريعة الإسلامية بجعله أحد التدابير والوسائل التي أحاطت الأسرة بها لمواجهة كل خلاف يطرأ في حياة الزّوجين في قوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[1].

منهج الدراسة:

اعتبارا على أنّ الدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وتحقيقا لأهداف البحث اعتمدنا منهجين: منهج رئيسي ومنهج ثانوي؛ المنهج الرئيسي وهو المقارن؛ وهذا عند مقارنة أراء المذاهب الأربعة مع قانون الأسرة الجزائري، أما المنهج التحليلي كمنهج مساعد؛ نوظفه عند تحليل أراء الفقهاء وتحليل نصوص المواد القانونية. ولدراسة هذا الموضوع قسمنا البحث لمطلبين؛ يندرج تحت كل مطلب فرعين كما يلي تفصيل ذلك:

المطلب الأول:حقيقة التّحكيم ومبررات بعث الحكمين بين الزّوجين: لدراسة مفهوم التّحكيم وتمييزه عن غيره من النُّظم، وكذا تبيين حجية العمل به من النّاحية الشرعية والقانونية ضمنا مطلبنا هذا فرعين؛ خصصنا الأول للتّعريفات اللّغوية والفقهية وتبيين ميزات النّظم المشابهة له ومقارنتها ببعضها، والثاني للاستدلال على مشروعية التّحكيم وتبيين المكلف بهذه المهمة.

[1]. سورة النساء، الآية: 35.

الفرع الأول: حقيقة التّحكيم

أولا/ مفهومه :

أ/ **المفهوم اللغوي**[1]: يطلق التّحكيم في لغة العرب على معاني عدة احتوتها قواميس اللغة العربية، يُقتصر منها على ما يتطلبه البحث؛ فيطلق لفظ التّحكيم (حكم) ويراد به: المخاصمة؛ والمخاصمة المحاكمة إلى الحاكم، فيقال: حكَّمه في ماله تحكيما إذا جعل إليه الحكم فيه، واحْتَكَّموا إلى الحاكم وتحاكموا؛ أي رفعوا أمرهم إلى الحاكم، والحُكم هو القضاء، بمعنى المنع يقال: حكَمتُ عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك.

ب/المفهوم الاصطلاحي:

1 / التّحكيم في الاصطلاح القانوني:بالرجوع للقانون الجزائري يتبيّن أنّ المشرع بالرغم من تبنيه لاتفاقيات التّحكيم بنوعيه الداخلي والدولي، إلا أنّه لم يصرح بتعريف له، وإنما تطرق لأحكامه فقط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؛ وهذا ما يجعل الباحث عن تعريف له يستعين بما ورد عن بعض فقهاء وشراح القانون ومما جاء عن شراح القانون ما يلي:

_ التّحكيم بمعناه العام(l'arbitrage) : "إجراء يخص تسوية النزاعات باللّجوء إلى شخص أو عدة أشخاص يدعون المحكمين"[2]؛ فهو الاتفاق الحاصل بين المتعاقدين لعرض نزاع معين على محكم أو عدة محكمين[3].

---

[1].ابن منظور، لسان العرب، دار صادر،بيروت، ط3، 1414هـ، ج12/ص142. د.أحمد عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1، 2008م، ج1/ص538. الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، دط، دت، ج1/ص145.

[2]. إبتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، دط، دت، ص26.

[3]. محمد إبراهيم، الوجيز في الإجراءات المدنية، المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 2010م، ج2/ص82.

_ أما بالمعنى الخاص فتبيّن لنا أنّ التّحكيم في شؤون الأسرة؛ هو تلك الوسيلة الذي يتم اللّجوء إليها من طرف القاضي في حالة عدم تمكنه من الإصلاح بين الزّوجين بوسيلة الصلح كإجراء موالي له وهذا بتعيين حكمين من أهل الزّوجين للتوفيق بينهما.

2/ التّحكيم في الاصطلاح الشرعي: عرفه د. وهبة الزحيلي- رحمه الله-:"بأن يحكِّم المتخاصمان شخصا آخر لفض النزاع القائم بينهما على هدى حُكم الشرع"[1].فالتّحكيم هو عبارة عن عقد بين طرفين متنازعين يحكمان فيه برضاهما شخصا آخر حاكما بينهما لفصل خصومتهما.

ج/ الموازنة بين التعريفات:من خلال التعريفات السابقة للتّحكيم من النّاحية اللّغوية والقانونية، وكذا من الناحية الشرعية يتبيّن أنّها تصب في مصب واحد؛ وهو فض الخصومات وهذا لاتفاقها في مجموعة من العناصر:

- عقد رضائي؛ يتفق فيه الخصوم على تسوية النزاع عن طريق شخص دون اللّجوء إلى القضاء.
- أطراف التّحكيم؛ المتخاصمان والمحكَّم الذي عرض عليه النزاع.
- محل التّحكيم؛ فض النزاع القائم بين الخصوم.
- التّحكيم ولاية كحكم القضاء إلاّ أنّ المحكَّم يمارس سلطته باستقلالية.

ثانيا:تمييز التّحكيم عن غيره من وسائل فض النزاع:

يتداخل نظام التّحكيم مع غيره من النظم المشابهة تداخلا كبيرا؛ مما يقتضي التفريق بينها لإزالة اللبس وتفادي الخلط بينها، فاخترنا منها نظام "الصّلح " على أساس أنّه أكثر ما قد يختلط مع نظام التّحكيم في دراستنا:

الصّلح: الصلح: لغة: الصلاح ضد الفساد، والإصلاح: نقيض الإفساد[2].وفي الاصطلاح: هو عقد يرفع النزاع[3] أو هو العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين[1].

---

[1]. د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا-دمشق، ط4، دت، ج8/ ص6251.

[2]. ابن منظور، مرجع سابق، ج2/ص517.

[3]. ابن نجيم: البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت، ج7/ص255.

أمّا المشرع الجزائري فقد عرفه في نص المادة 459من القانون المدني بأنّ:" الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"[2].

من خلال استقراء المادة 459 تبيّن أنّ المشرع الجزائري تطرق لحالتين في باب الصلح؛ الصلح الذي يكون بعد نشوء النزاع فيقوم بإنهائه، والصلح الذي يكون قبل نشوء النزاع فيتوقى من حدوثه، وكذا ما قد يلاحظ على قوله: بأن يتنازل كل منهما عن حقه؛ تفادي اختلاط الصلح بغيره من الوسائل المشابهة له؛ على اعتبار أنّه الأمر الجوهري الذي يتميّز به الصلح عن غيره من النّظم المشابهة.

بالرغم من أنّ الصلح يشترك مع التّحكيم في الكثير من الأمور إلا أنّهما يختلفان في أمور أخرى منها: أنّ في الصلح المصْلَح يكون على بينة بما يتنازل عنه من حق، أمّا في التّحكيم فالمحتَكِم لا يعلم أيُحْكَم له أم عليه، في الصلح بين الزّوجين المتخاصمين القاضي هو من يقوم بالصلح، في حين أنّ التّحكيم يقوم به الحَكَمان الذي عيّنهما القاضي، وأما في مسائل الأحوال الشخصية نجد أنّ اللّجوء للصلح أسبق من اللّجوء للتحكيم، فاللّجوء للحَكَمين يكون عند اشتداد الشّقاق بين الزّوجين وعند عدم تحقق أي نتيجة من جلسة الصلح التي قام بها القاضي.

الفرع الثاني: مبررات بعث الحكمين:

أولا: الأصل في بعث الحكمين:

أ/ في القانون:تكلّم المشرّع عن وسيلة التّحكيم بين الزّوجين في قانون الأسرة في مادة وحيدة؛ في نص المادة 56 منه التي تنص على أنّه:" إذا اشتدّ الخصام بين الزّوجين ولم يثبت الضّرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

[1]. محي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ت: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط3، 1412هـ-1991م، ج4/ص139.

[2]. الأمر رقم75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة الرسمية عدد78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

يعيّن القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"[1].

من خلال نص المادة يتبيّن أنّه في حال عدم معرفة الضّرر بين الزّوجين من القاضي وجب عليه قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع ومباشرة الفصل أن يعمل على الإصلاح بين الزّوجين، ومعرفة الضّرر عن طريق التّحكيم، فبناءا على ذلك يكون القاضي ملزما على العمل بالتّحكيم، وبعث حكمين للتوفيق بين الزّوجين ورفع الضّرر الواقع بينهما .

ب/ في الفقه الإسلامي:قال عزّ وجل: (وإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)[2]، أمر الله عزّ وجل في نص الآية الكريمة ببعث حكمين؛ حكما من أهله وحكما من أهلها متى خيف الشّقاق بين الزّوجين؛ لتبيين الأمر أو إصلاح ذات البين، فكانت الآية الكريمة دليل على مشروعية التّحكيم[3]؛ فهي النص الشرعي للتحكيم بين الزّوجين وبعث حكمين للعمل على التوفيق بينهما، والنظر في أمرهما ونصحهما لعلهما يتوصلان إلى حل ووفاق فيعيدان الأمور إلى نصابها، لقوله تبارك وتعالى :(إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)[4] .

من خلال الآية الكريمة يتضح جليا مدى حرص الشارع الحكيم على استقرار الحياة الزوجية والمحافظة على بقاءها؛ فقد خصها سبحانه وتعالى بأحكام تحفظ دوام العشرة فيها من خلال الإرشاد لطرق ووسائل تحل مشاكل الأزواج؛ كبعث حكمين للتوفيق بين

[1]. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 14404 الموافق ل09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2]. سورة النساء، الآية: 35.

[3].ناصر الدين البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ت: عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1418هـ، ج2/ ص73.

[4]. سورة النساء، الآية: 35.

زوجين متخاصمين، فالعمل بالتّحكيم في المنازعات الزّوجية لابد منه؛ لما فيه من تحقيق لمقاصد الشرع برفع الظلم الواقع وهو إعمال لقاعدة من القواعد الفقهية الكلية"الضّرر يزال"، وجلب مصلحة من خلال التوفيق والإصلاح بين الزّوجين.

ثانيا: المكلف ببعث الحكمين:

أ/ في القانون:خوّل المشرع الجزائري للقاضي مهمة بعث الحكمين وتعيينهما، بحيث أنّه إذا اشتد الشّقاق ولم يتحقق القاضي من الضّرر عيّن القاضي حكمين[1]؛ لأنّه المكلف ببعثهما؛ وهو ما أكدته الفقرة الثانية من نص المادة 56 من قانون الأسرة السابقة الذكر:"يعيّن القاضي الحكمين".

بالإضافة لنص المادة446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنّه :"إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"[2].

ب/ في الفقه الإسلامي:اختلفت أقوال الفقهاء حول المخاطب في الآية الكريمة ببعث الحكمين لأقوال:

فمنهم من قال بأنّ المكلف ببعث الحكمين"أهل الزّوجين"[3]وهو قول بعض من الشافعية والمالكية. في حين يرى المفسر السُّدي أنّ المخاطب "الزّوجين"[4]؛ أي على كل واحد من الزّوجين أن يبعث حكما من أهله فالخطاب موجه لهما.

---

[1]. طاهر حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1430هـ-2009م، ص172.

[2]. قانون رقم08 -09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، العدد21 الموافق ل23 أفريل 2008.

[3]. الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ- 1994م، ج4/ص428. الباجي، المنتقى، مطبعة السعادة، ط1، 1332هـ،ج4/ص113.

[4]. الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ت: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ-2000م، ج8/ ص320.

في حين يرى آخرون في أنّ المخاطب في قوله عزّ وجل "فَابْعَثُوا " موجه لكل واحد من صالحي الأمة؛ وهو قول الرازي[1] في تفسير قوله عزّ وجل:" وإنْ خِفْتُمْ " خطاب للجميع وليس حمله على البعض أولى من حمله على البقية، فوجب حمله على الكل.

ومنهم من قال أن المخاطب "السّلطان" الذي يلجأ إليه الزوجان؛ وهو قول الجمهور[2]، وحجتهم في ذلك أنّ السلطان هو المكلف شرعا بالنظر في أحوال الناس.

وبناءا على هذا ترجح لنا أنّ المكلف ببعث الحكمين هم أهل الزّوجين؛ لأنّهم أحرص على مصلحة الأسرة، وأدرى ببواطن الأحوال من غيرهم، وبترجيح أهل الزّوجين نكون قد حافظنا على دور الأسر الممتدة من العدم لما لها من خير كثير على حياة الزّوجين، إلاّ أنّه في حال ما إذا لم يتدخل الأهل يكون السّلطان هو المكلف ببعث الحكمين على اعتبار أنّه المكلف بمصالح المسلمين وشؤونهم دون غيره، لكي لا يفتح للجهال مجال للتدخل في شؤون لا يفقهونها، مما قد يزيد من شدة النزاع.

وعليه، فمن خلال ما تم عرضه يستخلص أنّه متى اشتد الخصام بين الزّوجين ولم يتبيّن الضّرر لجأنا للتحكيم، وعملنا على التوفيق والإصلاح بينهما والعمل على رفع الضّرر الحاصل، أمّا فيما يتعلق بالمخاطب ببعث الحكمين كما تبيّن أنّ المشرع أخذ بقول الجمهور: بأنّ المخاطب هو السّلطان؛ لأنه المولى بشؤون وأمور الناس.

المطلب الثاني: عمل الحكمين، ومدى تأثير حكمهما في فض النزاع بين الزّوجين

بعدما بيّنا مفهوم التّحكيم وتعرفنا على دواعي العمل به، وحددنا المكلف ببعث الحكمين سنتناول في هذا المطلب مهمة الحكمين و المراحل التي يجب عليهما تتبعها

[1]. الرازي، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420هـ، ج10/ ص74.

[2]. الجصاص، أحكام القرآن، ت: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1994م، ج2/ ص238. مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ-1994م،ج2/ص270. الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، دط، 1410هـ-1990م، ج5/ ص209.

للإصلاح بين الزّوجين وهذا في الفرع الأول، لننتقل بعد ذلك لتوضيح مدى حجية وتأثير حكمهما في فصل نزاع الزّوجين في الفرع الثاني، كل هذا من النّاحية الشرعية والقانونية.

الفرع الأول: مهمة الحكمين

أولا/ التعرف على أسباب الشّقاق:

أ/ في القانون : تعتبر مرحلة التعرف على أسباب الشّقاق بين الزّوجين أهم المراحل التي يتبعها الحكمان في عملية الإصلاح بين الزّوجين بعد إرسالهما، على اعتبار أنّها المرحلة الأولى، والتي يقوم فيها الحكمان بالتعرف على أسباب النزاع القائم بين الزّوجين، والتحري عن ملابساته وظروفه، فيكون نجاح عملية الصلح والتوفيق بين الزّوجين متوقف على مدى إلمام الحكمين بملابسات هذا النزاع؛ فكلّما ألمَّ الحَكَمان بأسباب نشوب هذا النزاع حُددت مهمتهما بدقة، وسطرت وجهتهما فيكون العلاج في موضعه المناسب.

ب/ في الفقه الإسلامي:يعتبر التعرف على أسباب الشّقاق أوّل ما يقوم به الحكمان عند التّحكيم بين الزّوجين في الشريعة الإسلامية؛ فأوّل ما يقوم به الحاكم بعد تعيّينه هو معرفة موضع الخلل حتى يوَفّق في المهمة المخولة له، ويكون العلاج من الجذور فتأتي العافية بعد المرض، لأنّ الشّقاق بين الزّوجين لا يأتي من العدم، فمعرفة أسباب الشّقاق مهم جدا؛ فهو الخطوة الأولى للإصلاح بغض النظر عن السبب تافها كان أو جديرا لحصول الشّقاق، ومما يجدر على الحكمان فعله أن يصححا نيتهما في الإصلاح بين الزّوجين حتى يوفقهما الله؛ أي إن قصدا إصلاح ذات البين وكانت نيتهما صحيحة، وقلوبهما ناصحة لوجه الله بورك في وساطتهما، وأوقع الله بطيب نفسيهما، وحسن سعيهما بين الزّوجين الوفاق والألفة، وألقى في نفوسهما المودة والرحمة[1]، فيوفقهما الله في مساعيهما، لقوله عزّ وجل: (إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)[2]

[1]. الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1407هـ، ج1/ ص508.

[2]. سورة النساء، الآية: 35.

فعلى كل واحد من الحكمين أن يخلو بموكله ويفتش عن سبب الشّقاق، ومعرفة الطرف الناشز لوعظه ورده لطريق الصواب.

ثانيا: السعي في الإصلاح:

أ/ في القانون: قصر المشرع الجزائري مهمة الحكمين على التوفيق بين الزّوجين والإصلاح بينهما فمهمتهما محددة، فبعد ما يتعرف الحكمان على أسباب النزاع القائم بين الزّوجين تأتي مرحلة الإصلاح بينهما بكل الوسائل، ليقوما في الأخير بتقديم تقرير عن النتائج التي توصلا إليها، واقتراحاتهما لحسم الخلاف[1]، كما جاء في نص المادة 56 السالفة الذكر، بحيث أنّ التقرير الذي يقدمانه عن المهمة المسندة لهما يكون في مدة لا تتجاوز شهرين في محاولة الصلح بين الزّوجين، وعلى هذا النحو ما جاء في نص المادة 446من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي سبق ذكرها، من غير أن تتعدى سلطتهما للتفريق، كما أنّ للحكمين أن يطلعا القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة لما جاء في نص المادة 447من نفس القانون، ومن بعد ما تتم عملية الصلح يثبت الحكمين ذلك من خلال محضر مصادق عليه من القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن لما نُص عليه في المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:"إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن"[2].

ففي حالة التوصل إلى الصلح من طرف المحكمين فإنّهما يحرران محضرا بذلك يوقعان عليه إضافة إلى توقيع الزّوجين أو من ينوبهما شرعا، ويقدمانه للقاضي الذي يصدرا أمرا بالمصادقة على اتفاق الطرفين، وكما وضحنا أنّه غير قابل للطعن[3].

---

[1]. د.خليل عمروا، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دط، 2015م، ص134.

[2]. قانون رقم08 -09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، العدد21 الموافق ل23 أفريل 2008.

[3]. آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة ، الجزائر، ط2، ص191.

ب/ في الفقه الإسلامي:بعد أن يعرف الحكمان أسباب الشّقاق بين الزّوجين عليهما السعي في إصلاح ذات البين، فالحكّمان منزلان منزلة الإخوة للزوجين لقوله عزّ وجل:(**إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ** وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ) [1]، ولذا ينبغي عليهما- الحكمين- أن يلطفا القول، وأن ينصفا ويرغبا، ويخوفا ولا يخصا بذلك أحدهما دون الآخر ليكون أقرب للتوفيق بينهما[2].

فإن رأى الحكمان للجمع وجها جمعا[3]، فقولهما نافذ؛ فقد أجمع الفقهاء على أنّ قولهما في الجمع بين الزّوجين نافذ بغير توكيل من الزّوجين[4]. فإن تعذر على الحكمين الإصلاح ينتقلان للمرحلة الأخيرة والفصل في النزاع بالتفريق.

ثالثا/ التفريق بين الزّوجين:

أ/ في القانون:وكما بيّنا في المرحلة السابقة أنّ المشرع خول للحكمين مهمة الإصلاح بين الزّوجين والتوفيق دون أن تكون لهما السلطة في التفريق بينهما، إلاّ أنه إذا لم يتمكن الحكمين من الإصلاح بين الزّوجين انتقلت مهمتهما إلى إثبات الضّرر، ليحكم القاضي بإنهاء هذه الرابطة، ولكي لا يهضم حق الزوجة في حالة ما إذا كانت الزوجة الطرف المتضرر بجعل هذه الرابطة بيد الزوج يسيرها كما شاء وجعل الزوجة تحت رحمة الزوج، على اعتبار أنّ العصمة بيده يوقع الطلاق متى شاء؛ وهذا حق أعطاه لها المشرع وهو ما نصت عليه الفقرة العاشرة من المادة 53 بأنّه:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ..... كل ضرر معتبر شرعا"، وبناءا على إثبات الضّرر الحاصل يحكم القاضي.كما جعل المشرع أيضا الشّقاق المستمر بين الزّوجين سببا تبني الزوجة عليه طلبها

[1]. سورةالحجرات، الآية:10.

[2]. البهوتي،كشاف القناع، دار الكتب العلمية، دط، دت، ج5/ ص121.

[3]. ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط3، 1424هـ-2003م، ج1/ ص539.

[4]. بداية المجتهد، ابن رشد، دار الحديث، القاهرة، دط، 1425هـ- 2004م، ج3/ ص117.

للتطليق، كما جاء في الفقرة 8 من المادة 53:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ..... الشّقاق المستمر بين الزّوجين" [1].

والشّقاق المعتبر للمطالبة بالتطليق هو الناتج عن الخلاف الدائم، ويستحيل معه التوفيق بين الزّوجين، أو أنّ هذا الشّقاق أو الخصام طال لمدة مما يؤثر على الحياة الزوجية، ويحول دون استمرارها[2].

ب/ في الفقه الإسلامي:التفريق بين الزّوجين هو أخر ما يقوم به الحكمان بعد المحاولات العديدة مع الزّوجين من وعظ وإرشاد وسعي في إزالة الشّقاق، ليكون التفريق السبيل الوحيد والحل الأخير الذي يُلجأ إليه لفض نزاع الزّوجين، وإنقاذ المجتمع من أسرة بلا نفع قد تهدد توازنه، والاحتياط من وقوع ما لا يحمد عقباه بإبقاء هذه العلاقة الزوجية واستمرار الضّرر،وما يؤكد ذلك قول ابن العربي:" فإن أنابا وخافا –الحكمان–أن يتمادى ذلك في المستقبل بما ظهر في الماضي، فإن يكن ما طلعا عليه في الماضي يخاف منه التمادي في المستقبل فرقا بينهما"[3]، غير أنّ ما يجدر الإشارة إليه أنّ هذه المرحلة محل خلاف بين الفقهاء؛ فمنهم من أعطى للحكمين سلطة التفريق، ومنهم من جعل سلطتهم محدودة في تقصي أسباب الخلاف بين الزّوجين والصلح بينهما.

من خلال ما تم عرضة يتبيّن أنّ المشرع الجزائري نَهَج نهج فقهاء الشريعة الإسلامية في ما يخص المراحل المتبعة للتحكيم بين الزّوجين في ما هو محل اتفاق بينهم؛ فقد جعل أوّل ما يقوم به الحكمان هو التعرف على أسباب الشّقاق القائم بين الزّوجين، ليعملا بعد ذلك على الإصلاح بينهما، أمّا بالنسبة للمرحلة الأخيرة التي يخول فيها للحكمين سلطة التفريق بين الزّوجين فالواضح أنّ المشرع لم يأخذ بها، ونجد أنّه نحى منحى الفقهاء القائلين بأنّه لا سلطة للحكمين في التفريق كما يلي توضيح ذلك.

---

[1]. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 14404 الموافق ل09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2]. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط2، 2008م، ص60.

[3]. أحكام القرآن لابن العربي، مرجع سابق، ج1/ ص540.

الفرع الثاني: مدى تأثير حكم الحكمان في فض النزاع بين الزّوجين

أولا/ في القانون: كما سبق وبيّنا أنّ المشرع قصر عمل الحكمين في التوفيق بين الزّوجين، ومعرفة أسباب الشّقاق بينهما دون أن يخول لهما سلطة التفريق، بحيث يقومان بتقديم تقرير عن عملها للقاضي، إلا أنّه وبرغم من أنّ المشرع لم يبيّن قيمة هذا التقرير وقوته في توجيه سلطة القاضي للحكم بين الزّوجين غير أنّه قد يستفيد منه ويستعين به في إصدار الحكم، ورفع الضّرر الذي يكون واقع، والتعويض للطرف المتضرر.

ثانيا/ الفقه الإسلامي: إنّ مسألة تفريق الحكمين بين الزّوجين مسألة خلافية بين الفقهاء، تختلف باختلاف المنظار الذي يُنظر به للحكمين كمايلي:

أ/ القول الأول: لهما حق التفريق بدون إذن الزّوجين: بحيث اعتبر أصحاب هذا الرأي الحكمين "حاكمين"؛ فلهما سلطة التفريق، وأساس هذا القول أنّ الحاكم لا يحتاج في حكمه إلى استحصال الإذن والموافقة من المحكوم له أو عليه، فكذا الحال بالنسبة للحكمين[1]؛ وهو قول المالكية، وما روي عن أبي سلمة[2] ، والشعبي، وابن عباس[3].

ب/ القول الثاني: لا يملك الحكمان سلطة التفريق بين الزّوجين إلاّ بإذنهما: لأنهما وكيلان على أحد الرأيين، والرأي الأخر لا يجوز التفريق بينهما مطلقا؛ لأنّهما شاهدين :

الرأي الأول: أنّهما وكيلان: وهذا القول للحنفية، والقول المرجوح عند الشافعية، والأشهر عند الحنابلة، فالحكمان لا يملكان التفريق بين الزّوجين إلا بإذنهما.فهم يرون أنّه وبرغم من أن فعلهما أشبه بفعل الحاكم في القضاء عليهما بما وكّلا به على جهة تحري

[1]. عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط1، 1413هـ-1993م، ص427.

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

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

الخير والصلاح وسميا حكمين[1]، ويكونان مع ذلك وكيلين لهما؛ إذ غير جائز أن تكون لأحد ولاية على الزّوجين من خلع أو طلاق إلاّ بأمرهما[2].

الرأي الثاني : أنّهما شاهدين: يرى أصحاب هذا الرأي أنّ الحكمان هما شاهدان يرفعان الأمر إلى السلطان، ويشهدان بما ظهر إليهما، وليس لهما أن يفرقا بين الزّوجين 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[3].

بعد عرض موقف المشرع الجزائري وموقف الفقهاء في هذه المسألةّ، وتبيّين صفة الحاكم في نظر كل واحد منهم تبيّن أنّ " الحكمان حاكمين"؛ وبالتالي لهما حق التفريق، فسبحانه وتعالى أمر ببعث الحكمين للحد من الشّقاق القائم بين الزّوجين، وجعل الأمر إليهما، وسماهما حكمين وليس وكيلين، فما الفائدة من تحكيمهما إن لم نخول لهما سلطة التفريق؛ لأنه إن لم تعطى لهما هذه السلطة نكون قد أخللنا بالحكمة من تشريع التّحكيم؛ لما فيه من تخفيف لأعباء الفرد والقضاء.

الخاتمة:

أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة:

أولا: اللّجوء للتحكيم بين الزّوجين يكون عند استمرار الشّقاق واستفحاله بين الزّوجين، وعدم ثبوت الضّرر.

ثانيا: المكلف ببعث الحكمين الأهل أو الحاكم؛ حتى لا يضيع العمل بالتّحكيم لاتكال كل واحد من المسلمين على الأخر من جهة، و غلق الباب على الجهال الغير العالمين بأحكامه من جهة أخرى.

---

[1].المنتقي للباجي،مصدر سابق،ج4/ص113. الشرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، دط، دت،ج2/ص488. الزركشي، شرح الزركشي، دار العبيكان، ط1، 1413هـ-2003م، ج5/ص352.

[2]. أحكام القرآن للجصاص، مرجع سابق، ج2/ ص240.

[3]. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ، دط، دت، ج2/ ص345.

ثالثا: الحكمين هما حاكمان وليس وكيلين أو شاهدين لما ذهب إليه أكثر الفقهاء؛ فلهما أن يفرقا بين الزّوجين إذا تعذر الإصلاح، على خلاف المشرع الجزائري الذي أخذ برأي القائلين أنّ مهمة الحكمين محددة بما خوله لهما القاضي، ومنحصرة في محاولة إزالة الخلاف بين الزّوجين والتوفيق بينهما، أو إثبات الضّرر ولا سلطة لهما في التفريق بين الزّوجين.

قائمة المصادر والمراجع:

1/ إبتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، دط، دت.

2/ ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط3، 1424هـ-2003م.

3/ ابن منظور، لسان العرب، دار صادر،بيروت، ط3، 1414هـ.

4/ ابن نجيم: البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت.

5/ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة ، الجزائر.

6/ الأمر رقم75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة الرسمية عدد78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

7/ الباجي، المنتقى، مطبعة السعادة، ط1، 1332هـ.

8/ بداية المجتهد، ابن رشد، دار الحديث، القاهرة، دط، 1425هـ- 2004م.

9/ البهوتي،كشاف القناع، دار الكتب العلمية، دط، دت.

10/الجصاص، أحكام القرآن، ت: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1994م.

11/ د.أحمد عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1، 2008.

12/ د.خليل عمروا، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دط، 2015م.

13/ د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا-دمشق، ط4، دت.

14/ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ، دط، دت.

15/ الرازي، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420هـ.

16/ الزركشي، شرح الزركشي، دار العبيكان، ط1، 1413هـ-2003م.

17/ الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1407هـ.
18/ الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، دط، 1410هـ-1990م.
19/ الشرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، دط، دت.
20/ الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ- 1994م.
21/ طاهر حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1430هـ-2009م.
22/ الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ت: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ- 2000م.
23/ عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط1، 1413هـ-1993م.
24/ الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، دط، دت.
25/ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 14404 الموافق ل09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
26/ قانون رقم08 -09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، العدد21 الموافق ل23 أفريل 2008..
27/ مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ- 1994م.
28/ محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 2010م.
29/ محي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ت: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط3، 1412هـ-1991م.
30/ ناصر الدين البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ت: عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1418هـ.
31/ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط2، 2008م.