

## دور التحكيم في العلاقات الأسرية - دراسة مقارنة- The Role Of Arbitration In Family Relationships Comparative Analysis

د/ بشيري عبد الرحمن

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور- الجلفة  
a.bachiri@univ-djelfa.dz

تاريخ الإرسال: 2020/11/09 تاريخ القبول: 2021/05/25

### الملخص:

لا توجد أسرة إلا تتسرب إليها بعض المشكلات والنزاعات والشقاكات؛ والتي إن استمرت سيتفكك عقدها ويتشتت نسلها وينكسر ودها؛ ونحن كمسلمين قدمنا لنا الشريعة الإسلامية الدواء الشافي. والعلاج الكافي والحل الوافي لأمراضها وعللها... لن تجد هذا العلاج في أي نظام من الأنظمة أو قانون من القوانين الوضعية. إن اللجوء إلى القضاء ليس هو الحل دائما لحل المشاكل الأسرية، فالأفضل أن تعالج المشاكل قبل وصولها إلى القضاء، بطرق ودية سلمية بأقل الخسائر والأضرار والضغائن والأحقاد والدسائس، ونتائجها أحسن وأفضل من اللجوء إلى القضاء... إذ يعتبر التحكيم بين الزوجين المتخاصمين أهم هذه الطرق وأفضلها على الإطلاق.

**الكلمات المفتاحية:** التحكيم؛ الصلح؛ الوساطة؛ الزواج؛ الطلاق.

### Abstract

There is no family that can be excepted of being effected by many problems and conflicts that can destroy its being, so the Islamic area has tend the cave medicine to its disease .

So as what has been in every system going to judicial ways is not the solution

No, it is better to solve problems be are warning to judiciary ways, by ensuring friendly land. Ways peaceful ways we the less loser thus to arrive to better results and agreement between conjugal conflict parts.

**Key words:** Arbitration; conciliation; mediation; marriage; divorce.

### مقدمة

لقد اعتنت الشريعة الإسلامية عناية كاملة بالقضاء ولها في ذلك منهج أصيل مرتبط ارتباطا وثيقا بالجوانب الأخرى كالعقيدة والفقه والسلوك.

وهذا المنهج له خصائص: الربانية- والشمولية والوسطية والواقعية والثبات واليسر وترتيب الجزاء الدنيوي والأخروي ومرتبطة بمقاصد الشريعة بصفة عامة وبحفظ الضروريات الخمس بصفة خاصة. والشريعة الإسلامية لم تترك صغيرا ولا كبيرا إلا واهتمت به بدءا بالعلاقات الشخصية وانتهاء بالعلاقات الدولية.

والعلاقات الشخصية لربما تعترجها بعض الشقاكات أو النزاعات فكان على هذه الشريعة أن توجد الحلول لها حتى لا يتفكك عقدها ويتشتت نسلها، فأوجدت الدواء الشافي لعللها وأمراضها بطريقة قلما توجد في أي نظام من الأنظمة أو شريعة من الشرائع على وجه الأرض قديما وحديثا ومستقبلا.

ذلك الدين القيم ومن أحسن من الله شرعة وحكما.

والعلاقات الأسرية كائنة من تكون إلا وقد تنتسب إليها مشكلات وصراعات لربما تؤدي إلى فرط عقدها، وحتى لا تصل إلى ساحة القضاء أوجدت الشريعة الإسلامية الحلول لهذه المشكلات وقدمت الحقوق والواجبات لكلا الزوجين... فاللجوء إلى القضاء ليس هو الحل دائما، فالأفضل أن تعالج المشاكل والصراعات قبل وصولها إلى القضاء. بطرق ودية سلمية تنتهي بأقل الأضرار والخسائر ونتائجها أحسن وأفضل من عرضها على القضاء؛ فما هي الأطر والصلاحيات والمجالات التي منحتها الشريعة الإسلامية للمحكّمين في مسائل الأحوال الشخصية؟ وكيف نظمت مسائل التحكيم وكيف اعتنت به.

وهل القوانين الوضعية سارت بنفس منهج الشريعة الإسلامية أم اختلفت عنها في هذا الجانب؟

### المبحث الأول: مفهوم القضاء والتحكيم والفرق بين القاضي والمحكم

إن فض الخصومات بين الناس وإنهاء النزاعات، على أساس من الحق والعدل والمساواة وتحديد صاحب الحق من غيره، يعتمد على طرق ثلاثة:

- **الصلح**: وهو الاتفاق الاختياري القائم على التراضي لإنهاء المنازعة وتصفية الخلاف بالطرق الودية. وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿إِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾ (الحجرات: 9)، وقوله سبحانه: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ (النساء: 128)، وقوله ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما"!

- **القضاء**: وهو فصل الخصومة بين خصمين فأكثر، بحكم الله تعالى، أو هو تبيان الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومة وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ (المائدة: 49).

- **التحكيم**: هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما<sup>2</sup>، وهو مشروع لقوله تعالى في تقدير جزاء الصيد المقتول في حرم مكة: ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (المائدة: 95)، وقوله سبحانه في التحكيم بين الزوجين: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ (النساء: 35)، وتحكيم الرسول ﷺ سعد بن معاذ في بني قريظة وغير ذلك من الوقائع، ومن أشهرها التحكيم الذي جرى بين علي ومعاوية في واقعة صفين.

وهناك فروق كثيرة بين القضاء والتحكيم منها:

إن القضاء سلطة إلزامية مفروضة من الدولة أي أنه ولاية كالإمارة والإمامة، بينما التحكيم يتم برضا الخصمين.

إن سلطة القضاء تتناول الحكم في كل شيء من المنازعات المدنية والتجارية والجنائية ومنها الحدود والقصاص، بينما التحكيم فلا يصح في حق من حقوق الله تعالى كالحدود والقصاص.

إن سلطة القضاء دائمة ما لم يعزل القاضي من الدولة، بينما سلطة التحكيم هي مؤقتة ويجوز للمحكّمين عزل المحكم بعد اختياره.

يترتب على هذا أن منصب القاضي أعلى رتبة من منصب المحكم، وأن صلاحية القاضي أوسع، فله الحبس والإلزام، واستيفاء ما حكم به، وليس للمحكم ذلك، وأن للقاضي النظر في جميع القضايا التي ينظر فيها القاضي، والاجتهاد شرط في القاضي، وليس شرطا في المحكم.

هذه الفروق ترشد إلى ما يترتب على كل منهما من آثار، وإن كانا يتفقان في شروط الأهلية، والإلزام بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ومن أهم هذه الأحكام، الحكم بمقتضى قواعد العدل والحق والإنصاف، دون تحيز لأحد الخصمين على حساب الآخر، وكون كل منهما مأمونين ثقتين، قال ابن العربي: لا خلاف

في اشتراط كون الحكيم مأمونين، فلا يبعث القاضي أو الجماعة المسلمة الحكيم إلا مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما للحكيم أن يجمعا أو يفرقا إذا رأيا ذلك.

### المطلب الأول: أنواع التحكيم

التحكيم المعاصر في القوانين الوضعية نوعان بحسب توافر حرية الإرادة وعدمها وهما: الاختياري والإجباري.

#### أولاً: التحكيم الاختياري

هو أن يكون للخصوم الخيار بين اللجوء إلى القضاء العادي، أو عرض النزاع على التحكيم، وحالاته كثيرة منها:

تحكيم العدل: وهو المختص بحسم المنازعات التي تحدث بين العمال وبين أصحاب العمل، وهو اختياري في إنكلترا وأمريكا والعراق، وإلزامي في فرنسا وألمانيا.

التحكيم التجاري الدولي: وهو المتعلق بحسم المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية. التحكيم في المنازعات البحرية: وهو الذي يلجأ إليه لحسم المنازعات الناشئة عن النقل البحري.

#### ثانياً: التحكيم الإجباري

وهو الالتزام مقدماً بإحالة أي نزاع قد ينشأ في المستقبل على التحكيم، ويتم في حالتين:

• أن تقرر الدولة أنه لا يجوز إطلاقاً اللجوء إلى القضاء

• أو تقرر أنه لا يجوز التقاضي إلا بعد عرض النزاع على هيئة تحكيم.

ويلاحظ أن التحكيم في المنازعات الدولية أصبح منذ القرن الماضي وفي عصرنا الحالي إلزامياً يقوم على أساس معاهدة توجب حسم المنازعات بالتحكيم<sup>3</sup>.

#### المطلب الثاني: مجالات التحكيم في الفقه الإسلامي

للتحكيم مجالات جائزة وغير جائزة في الفقه الإسلامي وفي آراء يمكن تلخيصها في اتجاهين: اتجاه الحنفية والمالكية والشافعية والراجح، ومنه اتجاه الحنابلة المعتمد.

وأما الاتجاه الأول: فهو أنه يجوز التحكيم في الأموال والعقود والديون والزواج والنفقة ونحوها لأن الخصمين ارتضيا بأن يحكم بينهما المحكم، ويجوز التوكيل في ذلك، ولا يجوز في الحدود والقصاص لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها فيكون في التحكيم اقتنيات على الإمام الحاكم، ولأن حكم المحكم بمنزلة الصلح، وهذه لا تجوز بالصلح، فلا تجوز بالتحكيم، ولأن المحكمين لا يملكان إباحة دمهما، فلا يجوز حكم المحكم فيهما ولأن في التحكيم شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، ولأن التحكيم تفويض، والتفويض يصح بما يملك المفوض فيه بنفسه، ولا يصح فيما لا يملك كالتوكيل، ولأن حدود الله تعالى ليس لها طالب معين، ولأن هذه الحدود لا تسمع فيها الدعوى عند القاضي، فكيف عند المحكم؟ وهذه حجج قوية ومعقولة.

وقد نص الحنفية على جواز التحكيم في تضمين السرقة، لأنه مال...، ونص الشافعية على جواز التحكيم في ثبوت هلال رمضان، فإذا حكم المحكم به وجب الصوم على من رضي بحكمه دون غيره، لكن لا يجوز التحكيم في الطلاق والعقود عند أصحاب هذا الاتجاه، لما فيه من حق الله تعالى، إذ لا يجوز أن تبقى المطلقة والبائن في العصمة، ولا أن يرد العتيق إلى الرق وإن رضي.

ولا يجوز التحكيم في اللعان، لخطورته، فينابط بنظر القاضي ومنصبه، ولأن اللعان يتعلق به حق الولد في نفي نسبه من أبيه، فقد ينفية المحكم، وليس له ولاية على تقرير مصير الولد.

وعبارة المالكية: أن التحكيم يقع فيما ليس من اختصاص القضاء العادي. وعُدوا ما يختص به القضاء ثلاثة عشر موضعا وهي: الرشد، وضده، والوصية، والوقف، وأمر الغائب، والنسب، والولاء، والحد، والقصاص، ومال اليتيم، والطلاق، والعنق، واللعان، فلا يجوز التحكيم في هذه الأحوال لتعلق الحق فيها بغير الخصمين: إما لله تعالى الحدود، وإما للأدمي معين كاللعان والنسب، فلا يجوز فيها التحكيم لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه عن غير المتحاكمين، ومن عدا هذين المتحاكمين، لم يرض بحكم هذا الحكم.

وأما الاتجاه الثاني وهو للحنابلة في ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله: فهو أنه ينفذ حكم المحكم في كل ما ينفذ فيه حكم من ولاء الإمام أو نائبه، حتى في الدماء والحدود والنكاح واللعان وغيرها، وحتى مع وجود قاض، لأن المحكم كالقاضي، كل منهما يقضي في كل شيء، أي إن المحكم كالقاضي، الإمام الذي ينفذ حكمه في جميع الأحكام.

وقد رجح ذلك بعض الفقهاء المعاصرين كوهبة الزحيلي وغيره وجهة نظر الاتجاه الأول، لأن من أجازوا التحكيم فيه من الأموال والعقود المالية وجميع المسائل التجارية مشروع لرعاية مصلحة الخاصة، ولصاحب هذه المصلحة استيفاء حقه فيها أو إسقاطه، فجاز فيه التحكيم<sup>4</sup>.

ومالم يجيزوا فيه التحكيم من حدود أو حقوق الله تعالى والقصاص أو مما لا يجوز الصلح فيه، فهي مشروعة لرعاية المصلحة العامة، فلا يملك أحد إسقاطها، وليس له الاختيار في استيفائها أو العفو عنها والإبراء منها. وقد تبين أن في الطلاق حقا لله تعالى، فلا يملك أحد إعادة المطلقة البائن إلى زوجها، وذلك متوقف على التراضي بعقد جديد إن جاز إبرامه كالبائن بينونة صغرى، ولا يجوز في البائن بينونة كبرى، ولكن في حال تسوية الخلافات الزوجية والإصلاح بين الزوجين أو التفريق بينهما يجوز للحكمين الجمع والتفريق بين الزوجين، سواء رضيا بذلك أو لم يرضيا أخذا برأي جماعة من الصحابة والتابعين (عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية) وهو قول للشافعي ورواية عن أحمد، لأن الحكمين قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان، وهو إعمال لنص الآية: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ (النساء: 35).

#### المطلب الثالث: مدى إلزامية حكم المحكمين

من المعلوم أن الحكم القضائي إذا صدر من المحكمة أو القاضي، واكتسب الدرجة القطعية باستنفاد فرص الطعن فيه، صار ملزما، ويتمتع الحكم الصادر بالقوة الملزمة، ويجب تنفيذه، ويحق لمن صدر الحكم لصالحه وضع الحكم في دائرة التنفيذ وإلزام خصمه به، وهذا نابع من طبيعة أحكام القضاء، وكفالة الدولة توفير الاحترام والحماية لها، وإن لم يرض به المحكوم عليه أو عزل القاضي بعد صدور الحكم.

وكذلك حكم المحكم لازم يجب تنفيذه واحترامه، ويتعين احترامه وإنفاذه، دون توقف على رضا الخصمين مؤخرا لرضاهما السابق بإلزامه لهما، ويبقى هذا الحكم حتى ولو غاب المحكم أو أغمي عليه أو حبس أو سافر، لأن حكمه صدر عن ولاية شرعية على الخصمين، كالقاضي إذا حكم لزم حكمه، ولأنه لو لم يكن حكم المحكم لازما، لفقد التحكيم غايته أو معناه، ولما كان للترافع إليه معنى، وقد عرف هذا في السنة النبوية حين رضي النبي صلى الله عليه وسلم بحكم سعد بن معاذ في تحكيمه بشأن بني قريظة، وتثبت سعد سلفا من لزوم الحكم المحكوم به على هؤلاء وعلى النبي ذاته.

ولقوله ﷺ: "من حكم بين اثنين تحكما إليه، وارتضيا به، فلم يعدل بينهما بالحق فعليه لعنة الله"<sup>5</sup>. وهو دليل على أن حكم المحكم يلزم الخصمين، بسبب هذا الوعيد، فهو دليل على لزوم حكمه، وإلا لما استحق

المحكم هذا الذم والتهديد بالطرد من رحمة الله، ولأن التحكيم ليس أقل من الصلح، وبعد تمام الصلح لا يملك أحد المتصالحين الرجوع عنه.

ويترتب على ذلك أنه لا يشترط رضا الخصمين بعد صدور الحكم، وإنما ينفذ على المتحاكمين ويلزمهما، وليس لأحد الرجوع عن تحكيمه، وهذا باتفاق المذاهب الثمانية.

### المبحث الثاني: أثر التحكيم في فض النزاعات بين الزوجين

إن العلاقات الأسرية كائنة من تكون إلا وقد تنتسب إليها مشكلات وصراعات لربما تؤدي إلى فرط عقدها، وحتى لا تصل إلى ساحة القضاء أوجدت الشريعة الإسلامية الحلول لهذه المشكلات وقدمت الحقوق والواجبات لكلا الزوجين... فاللجوء إلى القضاء ليس هو الحل دائما، فالأفضل أن تعالج المشاكل والصراعات قبل وصولها إلى القضاء. بطرق ودية سلمية تنتهي بأقل الأضرار والخسائر وتنتجها أحسن وأفضل من عرضها على القضاء.

#### المطلب الأول: سلطة الحكيم في التوفيق والتفريق بين الزوجين واختلاف الفقهاء في ذلك

قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (النساء: 35) وفيه: **الحال الأول** وهو: إذا كان النفور والنشوز من الزوجة، ثم ذكر **الحال الثاني**: وهو إذا كان النفور من الزوجين فقال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾، حيث قال الفقهاء: إذا وقع الشقاق بين الزوجين أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة، ينظر في أمرهما ويمنع الظالم منهما من الظلم، فإن تفاقم أمرهما وطالت خصومتها، بعث الحاكم ثقة من أهل المرأة وثقة من قوم الرجل، ليجتمعا فينظرا في أمرهما ويفعلا ما فيه المصلحة، مما يريانه من التفريق أو التوفيق، وتشوف الشارع إلى التوفيق، ولهذا قال تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾، قال ابن عباس: أمر الله عز وجل أن يبعثوا رجلا صالحا من أهل الرجل، ورجلا من أهل المرأة، فينظر أيهما المسيء فإن كان الرجل هو المسيء حببوا عنه امرأته وقصروه على النفقة، وإن كانت المرأة هي السيئة قصروها على زوجها ومنعوها النفقة، فإن اجتمع رأيهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز، فإن رأيا أن يجمعا فرضي أحد الزوجين وكره الآخر ثم مات أحدهما فإن الذي رضي يرث الذي لم يرض ولا يرث الكاره الراضي، عن ابن عباس قال: بعثت أنا ومعاوية حكيمين، قال معمر: بلغني أن عثمان بعثهما وقال لهما: إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا، وقال أنبأنا ابن جريج حدثني ابن أبي مليكة أن (عقيل بن أبي طالب) تزوج (فاطمة بنت عتبة بن ربيعة) فقالت: تصبر إلي وأنفق عليك، فكان إذا دخل عليها قالت: أين عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة، فقال: على يسارك في النار إذا دخلت، فشددت عليها ثيابها، فجاءت عثمان فذكرت له ذلك، فضحك، فأرسل ابن عباس ومعاوية، فقال ابن عباس: لأفرقن بينهما فقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شخصين من بني عبد مناف، فأتياهما فوجداهما قد أغلقا عليهما أبوابهما فرجعا<sup>6</sup>...، وعن محمد بن سيرين عن عبيدة قال: شهدت عليا وجاءته امرأة وزوجها مع كل واحد منهما فنام من الناس، فأخرج هؤلاء حكما وهؤلاء حكما، فقال علي للحكيم: أتدريان ما عليكما؟ إن عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعليا، وقال الزوج أما الفرقة فلا، فقال: علي كذبت، والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عز وجل لك وعليك...، رواه ابن أبي حاتم.

وقد أجمع العلماء على أن الحكيم لهما الجمع والتفرقة، حتى قال إبراهيم النخعي إن شاء الحكمان أن يفرقا بينهما بطلقة أو بطقتين أو ثلاث فعلا... وهو رواية عن مالك، وقال الحسن البصري: الحكمان

يحكمان في الجمع لا في التفرقة، وكذا قال قتادة وزيد بن أسلم، وبه قال أحمد بن حنبل وأبو ثور وداود، ومأخذهم قوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾، ولم يذكر التفريق، وأما إذا كانا وكيلين من جهة الزوجين فإنه ينفذ حكمهما في الجمع والتفرقة بلا خوف، وقد اختلف الأئمة في الحكمين: هل هما منصوبان من جهة الحاكم فيحكمان وإن لم يرض الزوجان؟ أو هما وكيلان من جهة الزوجين؟ - على قولين، والجمهور على الأول لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ فسامهما حكمين...، ومن شأن الحكم أن يحكم بغير رضا المحكوم عليه، وهذا ظاهر الآية... والجديد من مذهب الشافعي وهو قول أبي حنيفة وأصحابه...، الثاني منهما لقول علي رضي الله عنه للزوج حين قال أما الفرقة فلا... قال: كذبت حتى تقر، بما أقرت به، قالوا: فلو كانا حكمين لما افتقر إلى إقرار الزوج<sup>7</sup>.

### المطلب الثاني: شرط كون الحكمين من أهل الزوجين

إن القصد من إشراك أهل الزوجين في التوفيق والستاد بينهما حال الشنآن والشقاق هي قدرة الأقارب أكثر من غيرهما على استجلاء أسباب الخلاف واستقصاء مثار الشقاق، فالاختلاط بين الزوجين يجعل منهما حقيقة واحدة لا يطلع عليها إلا من يكتفيهما من أقاربهما فيعالجانه بالصلح بينهما...، فإن لم يزد هما وضعهما إلا خصاما وشقاقا، وكان الحل في الفرقة. دفعا لمعانتهما الدائمة والمستمرة... حيث قال الزمخشري في كشافه في تبرير إرسال الأقارب دون غيرهما: " وإنما بعث الحكمين من أهلها لأن الأقارب أعرف ببواطن الأحوال وأطلب للصلح وإنما تسكن عليهم نفوس الزوجين ويبرز إليهم ما في ضمائرهما من الحب والبغض وإدارة الصحبة والفرقة وموجبات ذلك ومقتضياته وما يزرانه من الأجانب ولا يحبان أن يطلعوا عليه". وقال الرازي في تفسيره الكبير " قال الشافعي: وأولى أن يكون واحد من أهله وواحد من أهلها لأن الأقارب أعرف بحالهما من الأجانب فإن كانا أجنبيين جاز... "8.

وما نقله الإمام الرازي عن الإمام الشافعي قال به الفقهاء المالكية حيث قال ابن رشد الحفيد ما نصه: "وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين، أحدهما من قبل الزوج والآخر من قبل المرأة إلا ألا يوجد في أهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما". وهذا الرأي هو الذي تبنته مدونة الأسرة المغربية، عندما خولت للمحكمة بمقتضى المادة 82 منها... أن تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين، وجاء في الدليل العملي لمدونة الأسرة "يحضر الطرفان شخصا جلسة الصلح بغرفة المشورة وتجري المناقشة والاستماع إلى الشهود وإلى جميع من ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه، ويمكن لها أن تعين حكمين من أفراد أسرتي الزوجين للستاد بينهما وعليها فإن تتحقق مسبقاً من كونهما من ذوي المروءة والحكمة ولهما تأثير معنوي على الزوجين، وفي حالة تعذر وجود حكمين من أسرتهم يمكن للمحكمة أن تعين من يكون مؤهلاً للقيام بذلك مع توفره على المواصفات المذكورة... "9.

### المبحث الثالث: المركز القانوني للحكمين في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية

صدر قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 وجاء وفق تطلعات المجتمع الجزائري آنذاك وكان يتسم بخلفية دينية فقهية شاملة على جميع مواد القانونية وبقي ساري المفعول إلى غاية سنة 2005 حيث تم تعديله ولكنه وفي هذه المرة عدل تعديلا سياسيا، تحت تأثير الضغوطات الداخلية والخارجية.

حيث غابت في بعض مواد الخلفية الدينية التي لمسناها في قانون 1984... ومن بين المواد المقتبسة والمستمدة من التشريع الإسلامي وإن لم تكن مطابقة للآية من حيث الإجراء القضائي الداعية إلى التحكيم في الآية 35 من سورة النساء، السالفة الذكر.

فقد جاء في نص المادة 56 من قانون الأسرة الصادر سنة 1984 والمعدل بالأمر الرئاسي في شهر فبراير سنة 2005-02 بقولها: إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكيمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكيمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين مادة 56 (قانون الأسرة الجزائري).

فالملاحظ من هذه المادة أنها أوجبت على الهيئة القضائية أن تعين حكيمين. فتعيين الحكيمين أمر وجوبي لا اختياري ولا جوازي كما هو موجود في الشريعة الإسلامية.

كما أنها غامضة – أي النص القانوني- حيث أنه لا يمكن أن يكون هناك نزاع من دون ضرر سواء أكان هذا الضرر مادي أو معنوي.

فكيف يكون هناك خصام بين الزوجين من غير وجود ضرر الذي تحدثت عنه المادة. بينما الشريعة الإسلامية أبلغ وأصدق وأدق عبارة من النص القانوني الوضعي، ذلك أنه يفهم من الآية من القرآن الكريم أنه بمجرد إحساس أو ملاحظة أدنى شقاق بين الزوجين. كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَيْ مِنَ الْخَوْفِ، حتى قبل وقوع الطلاق أو وصول الأمر إلى القضاء، هنا الأمر... ابعثوا...، وليس بعد وصول القضية والنزاع إلى ساحة القضاء...، ذلك أنه يوجد لدى بعض المجتمعات العربية عامة والمجتمع الجزائري خاصة حساسية مفرطة وعزة نفس وأنفة وأعراف حاكمة ومسيطرة وضابطة لبعض المجتمعات من لجوء المرأة إلى القضاء لاستيفاء حقوقها خاصة ما تعلق بمثل هكذا قضايا أسرية إلى ساحة القضاء... وكما جاء في الأثر... القضاء يورث الضغائن.

إن الناظر والمتأمل والمتفحص والمدقق في الشريعة الإسلامية يجد أنها قد عالجت المشكلة من أساسها ومن جذورها واستأصلتها قبل تفاقمها وعدم السيطرة عليها بوصولها إلى أروقة المحاكم. وهذا ما هو مغيب في نص المادة سالفة الذكر.

بالإضافة إلى أنه في نص المادة يلاحظ أن مهمة الحكيمين هي مهمة غامضة ولم تبيّن أيهما مصلحين أم وكيلين عن الزوجين لهما كامل الصلاحية في أمر التوفيق أو التفريق، أم أنهما مفوضين عن القضاء...؟ غير أنه يستخلص من هذه المادة القانونية أن هذه المهمة هي الوساطة والصلح في قالب تحكيمي.

بينما نجد المحكم في الشريعة الإسلامية يتمتع بكامل الصلاحيات، محكم، مفوض، وكيل وسيط مصلح، في حين أنه في القانون الوضعي مهمته لا تعدو أن تكون مهمة إصلاح ووساطة.

والأدهى من ذلك أنه حتى بعد وصول النزاع إلى ساحة القضاء نجد أن القاضي الذي كلفهما بهذه المهمة لربما لا يأخذ بتقريرهما، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي المختص في الأخذ برأيهما أو رفضه...، ثم إننا نجد أن معيار اختيار الحكيمين غائب... فمن هو الأصح والأنسب هل هو المعيار الشخصي أم الموضوعي وهل المكانة الاجتماعية التي يتمتعان بها... أم المستوى الدراسي أم الحظوة المالية أم المنزلة الوظيفية أم الجانب الديني والأخلاقي أم الأقرب أم الأبعد من الزوجين... أم... أم... فمن هو المؤهل من قبل

القضاء لمبادرة التحكيم... كلها معايير مغيبة من طرف قوانين الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة الجزائري... عكس ما نجده ضمن المدونة المغربية الاتي بيانها.

ففي التراث الفقهي الإسلامي، وكما هو ماثور عن عمر بن الخطاب أنه أرسل حكيمين للوفاق بين زوجين متنازعين ففشلا في مهمتهما، فقال معاتبا لهما أنكما لم تصدقان لأنكما لو صدقتما لنجحتما ألم تقرأ قوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ فمن هذا الأثر نجد أن القاضي والمتمثل في أمير المؤمنين نجده يتحسس ويستكشف حتى نوايا وبواطن المحكمين إذ التوفيق والتفريق متوقف على صدق نواياهما وإخلاصهما في مساعيها. فالمخاطبان بهذه الآية هما الحكمان وليس الزوجان.

وقد ورد خلاف بين الفقهاء في قوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا﴾ هل هما الزوجان أم الحكمان... وقد رفع هذا الخلاف عمر بن الخطاب رضي الله عنهما سبق تبيانه.

#### المطلب الأول: التحكيم في بعض التشريعات العربية

وقد تبنى قانون الأحوال الشخصية الأردني<sup>10</sup> هذا الرأي عندما خول الحكمين سلطة التفريق حيث جاء في مقتضيات المادة 138 فقرة "ه" منه: إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها الزوجة قرار التفريق على العوض الذي يريانه، على ألا يقل عن المهر وتوابعه، وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج، قرار التفرق بطلقة بائنة، على أن الزوجة لن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية، كما لو طلقها بنفسه. وجاء في الفقرة "و" من نفس المادة: إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما، وإن جهل الحال ولم يتمكن من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه أخذه من أي منهما.

وهذا القرار الذي يتخذه الحكمان ملزم للقاضي غير معلم له، فقد جاء في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة: على الحكمين رفع التقرير للقاضي بالنتيجة التي توصلوا إليها. وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه، إذا كان موافقا لأحكام هذه المادة.

كما خولت المادة المذكورة سلطة الجمع بمقتضى الفقرة "د" منها حيث جاء فيها: " يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما أو مع جيرانهما، أو مع أي شخص يريا الحكمان فائدة في بحثهما معه. وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر يوقعان عليه. فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقرها"...

وسلطة الحكمين في الجمع والتفريق نص عليها أيضا المشرع المصري حسب المستفاد من المادة 9 من القانون رقم 100 لسنة 1985 ونصها "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال اقرأ التفريق بطلقة بائنة".

ونفس السلطة المخولة للحكمين نص عليها المشرع السوري من خلال المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية السوري ومؤداها<sup>11</sup>:

1- يبذل الحكمان جهديهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة .

2- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب مع الإساءة.

3- للحكمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه.

4- إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً وحلفه اليمين. ومحكمة النقض السورية كانت أكثر وضوحاً، عندما أكدت أن: "الحكم كالحاكم وطلب رده يجب أن يسبق أي دفع وإلا سقط الحق فيه ويسمع بعد صدور قراره في التحكيم".

أما أصحاب الرأي الثاني فقد اقتصروا على القول بأن الحكمين إنما هما وكيلان عن الزوجين وشاهدان عليهما، دون أن يكون لهما سلطة الجمع والتفريق، وهو رأي الحنفية خاصة، قال الجصاص: "قال أصحابنا (يريد الأحنف): ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضى الزوجين ...

وإنما الحكمان وكيلان لهما، ويترتب على اعتبارهما مجرد وكيلين أنه يسوغ لهما التفريق بين الزوجين لأن دورهما ينحصر في السداد والتوفيق بينهما، أو تحديد المشاقق منهما، مع بيان أوجه شفاقه، والمشرع المغربي جنح إلى هذا الرأي مخالفاً بذلك مقتضيات الفقه المالكي التي تعطي الحكمين سلطة الجمع والتفريق، وخول هذه السلطة للمحكمة حصراً، فقد جاء في مقتضيات المادة 95 من المدونة: "يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين... ويبدل جهدهما لإنهاء النزاع.

إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين حرراً مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحدة من الزوجين نسخة منه وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة".

وأردفت المادة 97 من المدونة على أنه "إذا تعذر الإصلاح واستمر الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل واحد من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر".

ومثل ذلك نص عليه قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 56 وجاء فيها "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين الحكمين أن يقدموا تقريراً عم مهمتها في أجل شهرين".

ونفس المبدأ تبنته مجلة الأحوال الشخصية التونسية بمقتضى الفصل 25 منها والذي جاء فيه: "إذا اشتكى أحد الزوجين من الإضرار به ولا يبينه له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه.

يعين حكمين، وعلى الحكمين أن ينظرا قدرماً على الإصلاح ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال".

### المطلب الثاني: مهمة الحكمين في ظل مدونة الأسرة المغربية

بمراجعة النصوص المعقودة لبيان دور الحكمين وهي المواد 95، 96، 97 من المدونة، يمكن اختصار دور الحكمين واللذان لا يحتاجان في انتدابهما إلى حكم تمهيدي، بل يكتفيان بقرار ولائي تصدره هيئة الحكم فيما يلي:

- وجوب استقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين، أي حصر وتحديد هذه الأسباب وتوضيحها في التقرير المعد من قبلهما أو بسطها مشافهة أمام هيئة الحكم.

- بذل أقصى الجهد للتوفيق والسداد بين الزوجين بأي وسيلة يريانها مفيدة في ذلك.

- إذا نجح في مساعهما الرامي إلى الصلح وجب تحرير مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ، يذيل بتوقيع كل واحد منهما فضلاً عن توقيع الزوجين ويرفع التقرير إلى المحكمة ليوضع بالملف موضوع طلب التطبيق للشقاق ليتم الإشهاد على وقوع الصلح بين الأطراف بمقتضى حكم.
- في حال فشل مسعى الصلح، وجب تضمين ذلك من لدن الحكمين في التقرير أو مشافهة أمام المحكمة، مع بيان مسؤولية كل واحد من الزوجين فيما وقع من شقاق مع تحديد أوجه هذه المسؤولية.

### المطلب الثالث: مدى وجوب الالتزام بشروط الحكمين الفقهية

لا شك أن عدم الالتزام بالشروط التي قعدها المالكية واشترطوا توفيرها فيمن يترشح لمهمة الحكم تقدر في الحكم الذي يهمل الشروط، أو يقتضي بخلافها، وتجعله معرضاً للنقض أو الإبطال. ذلك أن عدم التنصيص صراحة على مثل هذه الشروط وإفراغها في مقتضيات قانونية صريحة إنما كانت تجنباً للتطويق والإسهاب في الجزئيات والتفاصيل، والتي مهما جد المشرع في اختصارها وتنقيحها فإن نصوص القانون لن يسعها بحال.

ولا يعني ذلك أنها غير ذات بال أو أن بإمكان القاضي أن يختار بين إعمارها أو إهمالها، أو أن ينتقي من المذاهب ما شاء وكيف يشاء، لذلك ولغيره أوجب مشروع مدونة الأسرة بإحالة صريحة من المادة 400 من مقتضيات الفقه المالكي ابتداء لتلمس الحل عند عدم النص عليه صراحة بمقتضى قانوني واضح، فإن أعوز القاضي ذلك أن يجتهد ولا يأل دون أي قيد بمذهب معين سوى مراعاة ضابط تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف، وهي قيم كما قد تتحقق في المذهب المالكي قد تتحقق في غيره، آية ذلك أن المشرع لم يلزم نفسه وهو يشرع مدونة الأسرة بالنهل من المذهب المالكي حصراً، بل نهل من المذاهب المختلفة متى قدر أن مسلكها في مسألة معينة يحقق المصلحة والعدل. مع أن علماء الأصول حذروا من ذلك. لأنه تخير للرخص وانتقاء للأيسر، وذلك غير جائز.

فالمذهب المعتمد عند التشريع يؤخذ كله مثقالاً واحداً برخصه وتشديداته بعزائمه واستثناءاته، غرمة وغنمه. وربما لن يأتي لغير الدارسين لأصول الفقه أن ينتبهوا إلى هذا الملحظ الأصولي الهام الذي يطوق المجتهد ويعقل اجتهاده، فالمذهب الفقهي يؤخذ كله أو يترك كله، فتشدد مذهب معين في مسألة وتيسير في أخرى مبني على أحكام دقيقة لا يعقلها إلا الراسخون في العلم من المجتهدين الذين يملكون أدوات الاستنباط، فالأمور هاهنا ليست بذاك التبسيط الذي يخاله بعض أصحاب الفهوم القاصرة، ممن لا يعرفون عن الفقه وأصوله إلا نتفاً ومختصرات مدرسية لا تسمن ولا تغني من جوع<sup>12</sup>.

فالرخص والتشديدات على النحو ما نبه إليه غير واحد من فقهاء الأصول تخلق نوعاً من التوازن داخل المذهب الفقهي، بناء على رؤية أصحاب هذا المذهب والتي لا تكون بالهوى والتشهي بل بناء على قواعد منضبطة في العبادات والمعاملات، لذلك كله ولغيره أرى أن على القاضي الالتزام بهذه الضوابط الأصولية المرعية ومن ثم مراعاة ما جاء في المذهب المالكي ابتداء، فإن لم يجد فيها حكماً في المسألة (وهذا نادر) فعليه أنذاك الاستمداد من المذاهب الفقهية الأخرى.

فيراعي إذن عند تنصيب الحكمين للسداد والصلح بين الزوجين الشروط التي قعدها فقهاء المالكية وفق التفصيل الذي عرضنا إليه في مقامه، فالحكم لا يكون حكماً إلا إذا توفرت فيه الشروط المذكورة، وأن تعذر ذلك أمكن عندئذ وكما أجازت ذلك المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية أن يصار إلى الصلح بواسطة من تراه المحكمة أهلاً للتوفيق ولو كانت امرأة، وهي لا تسمى عندئذ حكماً لأن أحد الشروط الرئيسية عندنا

في المذهب المالكي في الحكم أن يكون ذكراً، وإنما تسمى مصلحة، فلفظ حكم لا يطلق إلا على من توفرت فيه سائر الشروط عند المالكية.

وعدم اعتبار ذلك يعتبر خرقاً لقاعدة فقهية، حيث إن خرق قاعدة فقهية كخرق قاعدة قانونية واجبة التطبيق والمجلس الأعلى من خلال غرفته الشرعية يحرص حرصاً مكيناً على مراقبة مدى حسن تطبيق القواعد الفقهية طبعاً في حدود وسائل الطعن بالنقض المتمسك بها من لدن طالبي الطعن بالنقض، مالم يتعلق بمسألة من مسائل النظام العام، فيكون له الحق في إثارتها تلقائياً.

والأحكام التي تخالف هذا النظر تكون حليفة النقض للعلة المذكورة والشواهد على ذلك من قرارات المجلس الأعلى كثيرة ومتواترة، وذلك أن القواعد الفقهية لها نفس الحجية التي تكتسبها القواعد القانونية ولا ريب، فإنها وكما ألح تاليه في إبانته إنما لم تصغ في مقتضيات قانونية لكثرتها وتناولها لتفاصيل لا تسعها قوانين المواضيع مهما أحكمت، لكن ذلك لا يعني أنها أقل من تلك الظاهرة والبادية في القوانين، وهذا الفهم كما تنبه المجلس الأعلى الموقر تنبهت إليه أيضاً بعض محاكم النقض العربية، ومن ذلك ما نصت عليه محكمة النقض المصرية عندما نقضت حكماً.

لم يراع شرط الذكورة عند تكليف المحكمة لحكمين لإصلاح ذات البين بين الزوجين، فأبطلت تقرير الحكمين والحكم المؤسس عليه حيث جاء في تنقيحات القرار:

"وحيث أن مما ينعاها الطاعن على الحكم المطعون فيه البطلان، وفي بيان ذلك يقول إن المحكمة بعثت في مبدأ الأمر حكمين رجلين، ثم بعثت معهما امرأة حكماً ثالثاً، في حين أنه لا يجوز شرعاً تعيين المرأة حكماً، مما يبطل تقرير الحكام قضاءه على هذا التقرير فإنه يكون معيباً بالبطلان<sup>13</sup>.

وحيث أن هذا النعي صحيح ذلك أنه لما كانت قواعد التحكيم الواردة في المواد من 7 إلى 11 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 سواء قبل تعديلها بالقانون 44 لسنة 1979 أو بعد هذا التعديل، قد أخذت في مذهب الإمام مالك، فإنه يجب الرجوع إلى هذا المذهب في بيان الشروط الواجب توفرها في الحكام فيما لم يرد به نص صريح في المواد المشار إليها.

وإذا كان هذا المذهب يشترط الذكورة في الحكام على اعتبار أن طريقتهم هو الحكم وليس الشهادة أو الوكالة، فيتعين التزام هذا الشرط وإن لم يرد به نص صريح في المادة السابقة بعد تعديلها بالقانون المشار إليه<sup>14</sup>.

ولما كان ذلك وكانت المحكمة لم تلزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم حكماً في الدعوى بأن كان من بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم من هؤلاء الحكام، فإن الحكم المطعون فيه، إذا اتخذ من هذا التقرير سنداً لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلاً مما يوجب نقضه دون حاجة لبثت باقي ما ينعاها الطاعن بأسباب الطعن. ونفس الأمر أيضاً نصت عليه محكمة النقض السورية مع إضافة اعتبار توافر شروط الحكمين من متعلقات النظام العام حيث جاء في المعرض بيانها لهذا الأمر "عدم موافقة الوكيل القانون للزوجة على ما ذكره وكيل الزوج من وجود أقارب للزوجين قادرين على القيام بمهمة التحكيم لا يعفي القاضي مصدر القرار المطعون فيه من القيام بمهمة التحري عن يصلح للتحكيم من أهل الطرفين ذلك الأصل القانوني لمؤسسة التحكيم ومدار العمل فيها، والخروج عن هذا الأصل إلى البديل وهو تعيين حكمين من الأبعاد، لا يصلح أن يكون السبب مقبولاً شرعاً وقانوناً، وبعد استيفاء القاضي المشرف على الدعوى التفريق للشقاق الجهد للتحري عن الصالحين للقيام بمهمة التحكيم من أجل الطرفين سواء كانوا من العصابة أو الأرحام

الأصهار وبعد اتخاذه قراراً إعدادياً واضحاً في المجلس الحكم بالعدول عن التحري بسبب يوضحه في قرار سواء لا اعتذارهم. أو عدم قدرة من سمي منهم للقيام بهذه المهمة. أو لعدم وجودهم، الأمر الموجب لتقرير بطلان إجراءات التحكيم وما بني عليهما وهذا ما يغني عن بحث سبب الطعن الثاني لأن تعيين الحكيم من الأبعاد كان إجراء باطلاً وغير صحيح وفق ما جرى به عرضه آنفاً".  
وجاء في قرار آخر: "وحيث أن تسمية الحكيم من الأقارب هو الأصل ولا يعدل عنه إلا إذا تعذر وجودهما بينهما وهذه النقطة من النظام العام".

#### خاتمة:

إن التحكيم في مواد الأحوال الشخصية له مكانة عظيمة في حل النزاع بين الأزواج والتخفيف من اللجوء إلى القضاء. والذي يورث الضغينة والشحناء بين المتنازعين والمتخاصمين.  
والقرآن الكريم والسنة النبوية عالجتا النزاع من جذوره في عديد الآيات والأحاديث الداعية إلى الصلح بدءاً بالأزواج وانتهاء بالأمم والشعوب.

فالصلح والتحكيم آليتان تهدفان لفض النزاع بين الأطراف بعيداً عن اللجوء إلى قضاء الدولة. ذلك أن التحكيم والصلح يختلفان عن بعضهما البعض فالتحكيم شبيه بالنظام القضائي له شروطه وأحكامه وطرقه وآلياته والصلح آلية لفض النزاع وتتنازل أحد الخصوم في الخصومة.  
ويتفقان في أن كل منهما مصدره اتفاق الأطراف في إنهاء المنازعة القائمة بينهما.  
فالصلح يقتضي حسم المنازعة التي تناولها ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات، والصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله.

بالرغم من الأساس الاتفاقي والذي يجمع بين كل من التحكيم والصلح إلا أن محل اتفاق التحكيم يختلف عن محل الاتفاق في عقد الصلح فمحل اتفاق التحكيم، هو التزام معنوي -أدبي- بعدم طرح النزاع على القضاء، وهذا ما لا نجده في قانون الأسرة الجزائري وفي المادة الداعية إلى التحكيم للنزاع مطروح أمام القضاء.

أما محل عقد الصلح فهو حسم النزاع مباشرة بين الطرفين بأن ينزل كل منهما عن بعض ما يدعيه نزولاً يكتفي به الطرف الآخر.

وأهم عنصر للتفرقة بين التحكيم والصلح هو أنه على الرغم من وجود مصدر اتفاقي لكل من الصلح والتحكيم، فالصلح يظل أسيراً للعقد بينما التحكيم يتميز بما يتمتع به المحكم من مزايا القضاء لذلك فالنزاع لا ينتهي بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم وإنما بانتهاء المحكم لمهمته وإصداره حكماً فيها، وهذا الحكم يتمتع بالحجية ويكون قابلاً للتنفيذ الجبري بمجرد الحصول على أمر بالتنفيذ.

على خلاف عقد الصلح الذي ينتهي النزاع بمجرد إبرامه وهذا الاتفاق لا يكون قابلاً للتنفيذ بذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل إلى الصلح<sup>15</sup>.  
وقانون الأسرة الجزائري لم يتناول كل هذه المعطيات ولم يمنح سلطة واسعة للمحكم، كما أن دور المحكم أقل ما يقال عنه أنه مجرد وسيط، مهمته تقريب وجهات النظر وتهذئة الأوضاع، وتقليل الخسائر بين الزوجين.

وهذا الفراغ القانوني ليس فقط في مركزهما القانوني وإنما يشمل حتى وظيفتهما ومهمتهما، والأعباء المالية ومن يتحملها وأتعابهما كل هذا غائب في نظر القانون.

ضف إلى ذلك أنه قد ظهر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر سنة 2009 ما يعرف في الجزائر بالوسيط القضائي وهو أشبه بالمحكم لكن أسندت إليه بعض الاختصاصات دون غيرها، فأسندت إليه القضايا المدنية والعقارية فقط دون النزاعات الجزائية والأحوال الشخصية.

كما أن إجراءات المرور عليه تبقى جوازية غير إجبارية وبعد رفع الدعوى أمام القاضي المختص. فالتحكيم في نص المادة سالفة الذكر يبقى حبرا على ورق لأنه لم يفعل بطريقة فعلا تجعل المحكم له سلطة التحكيم ويخفف فعلا المنازعات المطروحة على الساحة القضائية.

فالملاحظ سواء في قانون الأسرة في نص مادة التحكيم أو قانون الإجراءات المدنية يلحظ أن السلطة القضائية المكونة في القاضي المختص لا تزال متمسكة بسلطة اتخاذ القرار وللقاضي كامل الصلاحيات، فعبارة أن المحكم يقدم تقريره للقضاء يبين لنا أن القاضي له كامل الصلاحية في أن يأخذ بالتقرير أو يرفضه جملة وتفصيلا دون أي مبرر.

فإن كان المشرع الجزائري يريد فعلا التخفيف على القضاء فليتنازل عن بعض الصلاحيات القضائية لفائدة المحكم والمصلح ليكون أنسب وأفضل وإرضاء للنفوس عكس القضاء الذي يورث الضغينة والقطيعة والعداوة بين الناس.

### قائمة المراجع:

- 1- القرآن الكريم
- 2- كتب الحديث مسند أحمد بنحنيل ، سنن الترمذي.
- 3- أحمد أباش، حماية الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2012.
- 4- محمد أحمد المراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة.
- 5- بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، دار القلم، الرباط، ط1، 2011.
- 6- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- 7- عارف علي عارف القره داغي، بحوث في القضاء الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2012.
- 8- عبد الغفور محمد إسماعيل البياتي، الأصول والثوابت في القضاء الإسلامي وأثرها في القوانين الوضعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2014.
- 9- عبد الغفور محمد البياتي، التشريع القضائي في القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003.
- 10- محمد علي الصابوني، مختصر تفسير بن كثير، شركة الشهاب، الجزائر، 1990، ج1.
- 11- وهبة الزحيلي، قضايا النقد والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط1، 2007.
- 12- قانون الأسرة الجزائري الصادر 1984، المعدل والمتمم بالأمر الرئاسي، 2005، 02.

### الهوامش:

- 1- رواه الترمذي: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما" من حديث عمرو بن عوف، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.
- 2- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط1، 2006، ص 723.
- 3- المرجع نفسه، ص 725.
- 4- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط1، ص 725-726.
- 5- ذكره الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير 4/185، ط مصر، 1384هـ.
- 6- أخرجه عبد الرزاق من حديث ابن عباس.

- 7- محمد علي الصابوني، مختصر تفسير ابن كثير، ج1، شركة الشهاب، ب.ط، الجزائر. ب.س.
- 8- تفسير الكبير، ج5، دار الفكر، ط1966، ص10.
- 9- مدونة الأسرة المغربية، ص64.
- 10- الأحوال الشخصية الأردني
- 11- قانون الأحوال الشخصية السوري.
- 12- عادل حميدي – التطلق للشقاق وإشكالاته القضائية – مطبعة المعارف الرباط، 2015، ص40.
- 13- المرجع نفسه ص42.
- 14- نفس المرجع ص43.
- 15- أحمد الأمrani، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة.