التحكيم الاتفاقي
في التفريق للضرر بين الزوجين
(بحث فقهي قانوني في نزاع واقعي)

أ.د/ عبد الحميد محمود البعلي(*)

(*) أستاذ الفقه المقارن والدراسات الإسلامية – كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص:

بحث فقهي قانوني في موضوع نزاع واقعي تعليقاً على حكم قضائي في شأن: التحكيم الاتفاقي في التفريق للضرر بين الزوجين وخلاصة البحث وخلائصه تتمثل في: أن المرأة أساس الأسرة، والأسرة أساس المجتمع، وأساسها الدين والأخلاق.

وبهذا جاء الشرع ونص عليه الدستور، وجاء به القانون إلى حدٍّ بعيد (قانون الأحوال الشخصية رقم 51 لسنة 1984 في الكويت) وبخاصة بعدما الحقته به يد العدالة من تطوير فيما يتعلق بموضوع البحث، إذ نظم التفريق القضائي للضرر بين الزوجين، عن طريق التحكيم في المواد من (126 – 135)، متلافياً الكثير من أوجه القصور في غيره من قوانين الأحوال الشخصية مما جعله أكثرها اتساقاً مع أحكام الفقه الإسلامي، وأقوى إصلاحاً للأسرة، وأقرب إلى روح العصر، ونذكر من ذلك:

1 – أن يكون طلب التفريق غير مقصور على الزوجة بل جعله للزوج أيضاً وإن كان يملك الطلاق.

2 – جواز طلب التفريق قبل الدخول قبل أن يمتد الإضرار إلى الزوجين.

3 – لا يشترط لبعث الحكمين تكرر الشكوى.

4 – قبول الشهادة على الضرر بالتسامع.

ونود من خلال هذا البحث أن يكمِّل المشرِّع خطواته الموفقة في الإصلاح، فيأخذ بالتحكيم الاتفاقي، ويضفي عليه حجيةً في النزاع بين الزوجين، ويكسبه قوةً فيما قرره الحكمان جمعاً أو تفريقاً، إذ اقتصر القانون في المواد (126 – 135) على التفريق القضائي، وهذه المناداة من خلال واقعة نزاع حقيقي واقعي كان منظوراً أمام القضاء.

توطئة:

مكانة المرأة المسلمة في الأسرة ومكانة الأسرة في الدستور:

يقول الله تعالي: ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ (الروم/21).

ويقول جلّ شأنه: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ﴾ (الطلاق/6).

﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَـٰنٍ ﴾ (البقرة/229).

إن الأسرة أساسها المرأة، وقوامها المودة والرحمة، ودستورها المعروف في المعاشرة والإحسان في التسريح وعدم المضارة من الزوجين لبعضهما البعض.

لهذا كان جديراً بالدساتير العربية أن تنص على أن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وحبّ الوطن، يحفظ القانون كيانها ويقوي أواصرها ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة.

وقد ظل تشريع الأسرة في بلادنا الإسلامية على مرّ العصور وعلى الرغم من كثرة التقلبات محافظاً على أصله ومصدره الشرعي حتى اليوم وإلى أن يرث الله الأرض ومن عليها إن شاء الله.

ولهذا كان حرياً بنا أن نعرض للقانون رقم 51 لسنه 1984 في شأن الأحوال الشخصية في دولة الكويت وما ألحقته به يد العدالة من تطوير فيما يتعلق بموضوع البحث، إذ نظَّم القانون المشار إليه التفريق القضائي للضرر بين الزوجين عن طريق التحكيم في المواد من (126 – 135) متلافياً الكثير من القصور الموجود في غيره من قوانين الأحوال الشخصية، مما جعله أكثر اتساقاً مع أحكام الفقه الإسلامي، وأقوى إصلاحاً للأسرة، وأقرب إلى روح العصر. من ذلك:

1 – أن يكون طلب التفريق غير مقصور على الزوجة بل للزوج أيضاً أن يطلبه وإن كان يملك الطلاق.

2 – إنه يجوز طلب التفريق قبل الدخول قبل أن يمتد الإضرار إلى غير الزوجين.

3 – لا يشترط في بعث المحكمة أو القاضي للحكمين تكرر الشكوى إذ في بعث الحكمين ابتداءً اختصار للإجراءات.

4– قبول الشهادة على الضرر بالتسامع: وقصد به الشهرة في محيط الزوجين.

والموضوع الذي نعالجه في هذا البحث مشكلة عملية في نزاع حقيقي واقعي مدارها التحكيم الاتفاقي، ومدى حجيته في النزاع بين الزوجين، وأثره في التفريق بينهما بحكم القاضي إذا اقتصر القانون في المواد من (126 – 135) على التفريق القضائي بين الزوجين عن طريق التحكيم على النحو الوارد به من أحكام تفصيلية وهو ما نتناوله على النحو التالي في المطالب الآتية:

المطلب الأول
واقـعـات الـنـزاع

نُوجز وقائع الموضوع فيما يلي:

أولاً: المدعية كانت زوجة للمدعى عليه، ثم دبّ الخلاف والشقاق بينهما وتفاقم إلى الحد الذي أصبحت معه العشرة الزوجية مستحيلة، إذ باءت كل محاولات الصلح بالفشل، فاتفق الزوجان على التحكيم بوثيقة حررت في ..... جاء فيها:

أن الزوجين أرادا فضّ الخلافات بينهما، وإعمال حكم الله بينهما في إنهاء الخلافات الزوجية وكافة المعاملات بينهما، على أساس من حكم الله في قوله تعالى:

1 - ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ﴾(النساء/35).

2 - ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرۡهٗاۖ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ ﴾(النساء/19).

3 - ﴿ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ ﴾(البقرة/231).

4 - وفي حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « **لا ضرر ولا ضرار**».

كما جاء بوثيقة التحكيم أيضاً: تعهد كل من الطرفين أمام هيئة التحكيم بالإفضاء أمامها بكل المنازعات التي حدثت بينهما بالتفصيل الكامل وبأسبابه، ثم يتركان بعد ذلك الأمر لهيئة التحكيم تقضي فيه بما ترى على أن يكون حكمها نهائياً غير قابل للطعن فيه».

وعلى هذا الذي جاء بمشارطة التحكيم ووثيقته تم توقيع الطرفين عليه بعد أن اختار من اختارا لذلك من المحكمين الواردة أسماؤهم في وثيقة التحكيم.

ثم باشرت هيئة المحكمين المختارة والمفوضة من قبل الطرفين عملها:

بسماع أقوال الطرفين وكذلك الشهود دون اعتراض أو معارضة أو طعن من أي من الطرفين على إجراءات المحكمين أو أشخاصهم.

وانتهت هيئة التحكيم بناءً على ما استقر لديها ووقر في يقينها وثبت أمامها، أن المدعية مُروّعة في أمنها على حياتها ومالها وعرضها في استمرار حياتها مع المدعى عليه الذي لم ينف أو يجحد شيئاً مما ذكرته المدعية في أقوالها أمام هيئة التحكيم أو مما أدلى به الشهود الأربعة – إلى ما لا بدّ معه، وما لا مفرّ منه وهو تطليقها لاستحالة العشرة بينهما، وبذلك حكمت هيئة المحكمين بتطليق المدعية من المدعى عليه طلقة بائنة .....إلخ.

ثانياً: استصدرت المدعية الأمر الوقتي رقم ..... لسنة ..... من محكمة ..... بوضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين رقم ..... لسنة ..... تحكيم ..... . تظلم المدعى عليه من هذا الأمر بالتظلم رقم ..... لسنة ..... حيث قضى فيه بجلسة..... برفض التظلم وأسَّس الحكم قضاءه على ما يأتي:

1 – أن نص قانون المرافعات في التحكيم[1] ورد عاماً ليشمل التحكيم كافة المسائل التي يجوز فيها الصلح أياً كانت ماهية النزاع، ومن ثم يتسع لمسائل الأحوال الشخصية.

2 – إن الثابت من مشارطة التحكيم والموقَّعة من طرفي التداعي أن محكِّم الزوج (المدعى عليه) هو السيد/ ..... ، إذ لم يطعن على توقيعه بثمة طعن، الأمر الذي يُفصح عن قبوله محكِّماً عنه.

3 – أن القرآن الكريم أجاز التحكيم في بعض المسائل المتعلقة بالزواج، وأن المحكمين لم يجاوزا حدود سلطتهما وسلطانهما كما تُثبته الأوراق وتنبئ به.

(1) م 173 مرافعات كويتي، والمادة 501 مرافعات مصري.

وأصبح هذا الحكم نهائياً حائزاً لحجية الشيء المحكوم فيه إذ لم يُطعن عليه بطعن.

ثالثاً: أقام المُدَّعَى عليه الدعوى رقم ..... لسنة ..... أحوال شخصية ..... بطلب الحكم ببطلان حكم المحكمين وإلغائه ووقف تنفيذه، وردد أسباباً لدعواه ما سبق أن ذكره في تظلمه ورفضته المحكمة على نحو ما سلف.

حكمت المحكمة حضورياً:

أولاً: برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة نوعياً.

ثانياً: برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.

ثالثاً: وفي موضوع الدعوى ببطلان حكم التحكيم رقم ..... لسنة ..... سند الدعوى وإلغاؤه واعتباره كأن لم يكن، وألزمت المدعى عليها المصروفات ومبلغ ..... مقابل أتعاب المحاماة.

وأسَّس الحكم قضاءه على: «أن المشرِّع الإسلامي الحكيم جعل الطلاق بحَل الرابطة الزوجية حقاً للزوج وليس حقاً للزوجة، إلا أن الزوجة قد تبغض زوجها وتقع الكراهية بينهما وتودّ الخلاص من معاشرته .....، كذلك شرَّع لها الإسلام طريقاً للخلاص من رابطة الزوجية تخليصاً لها من الحرج ودفعاً للضرر عنها، وهو أن تلجأ للقاضي ليقوم بإيقاع الطلاق عند الضرر، (وبذلك لا يحق لآخر أن يقضي بالطلاق) أن بعث الحكمين يكون من قبل القاضي وتحت إشرافه بعد أن يستبين له استحالة العشرة، ثم يقضي بالطلاق على ضوء تقرير الحكمين، وإلا فإن ذلك معناه أن يترك للأفراد بخلاف الزوج صاحب الحق، وبخلاف القاضي الذي يتولى نيابة عن الزوج إيقاعه أن يوقع الطلاق، هذا وإن أجاز المُشرِّع التحكيم فإنه يستبعد من هذه المسائل (الطلاق) كما (وأن القصد من التحكيم بين الزوجين هو الإصلاح بين الزوجين إن قصد منه إجراء المصالحة).

وتأسيساً على ذلك خلص الحكم إلى نتيجة وهي: «أن المحكمين خالفا شروط مشارطة التحكيم التي تفضي إلى المصالحة وليس الحكم بالتطليق، وأن ما قام به المحكِّمون غير جائز ولا يملكانه إلا بعد أن ينتدبهما القاضي وعليه كان قضاء المحكمة ببطلان حكم التحكيم».

ونتناول فيما يلي بحث ما إذا كان الحكم المستأنف فيما استند إليه، قد أصاب صحيح القانون والفقه من عدمه.

المطلب الثاني

هل يجوز التحكيم في الطلاق..

وبعبارة أخرى هل يجوز للحكمين التفريق بين الزوجين

أولاً: تنفيذ ماذهب اليه الحكم من جعل حق الطلاق للزوج أو للقاضي نيابه عنه

لقد تمحّل (استند على غير أساس) الحُكْم المطعون عليه بالمشرِّع الإسلامي الحكيم فيما ذهب إليه الحكم من جعل الطلاق حقاً للزوج أو للقاضي نيابة عنه دون أن يُتَرك للأفراد، فهل هذا هو حكم المشرِّع الإسلامي فعلاً؟ فصل الخطاب في ذلك هو اللجوء إلى مصادر الأحكام الشرعية المعتمدة والأقوال المشهورة للفقهاء والراجحة على النحو التالي:

يقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ[1] بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾(النساء/35)

(أ) يذهب جمهور الفقهاء، بل رُوي إجماعهم على أن من سلطة المحكمين التفريق بين الزوجين دون أمر من الحاكم في البلد ولا توكيل بالفرقة بين الزوجين:

وبهذا قال الإمام مالك[2] والأوزاعي وإسحاق وهو مرويٌّ عن عثمان بن عفان

(1) الشقاق العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين (لسان العرب مادة شقق) وسميت العداوة شقاقاً – تفسير الطبري ح8 ص319، تفسير القرطبي ح1 ص 257، تفسير الرازي ح10 ص 92.

(2) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري رقم 25 لسنة 1929 عن أحكام الطلاق والنفقة والعدة والمهر وفيما يتعلق بالشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر أنه ليس في أحكام مذهب أبي حنيفة ما يمكنّ الزوجة من التخلص، ولا ما يُرجع الزوج عن غيّه فيحتال إلى كل إيذاء آخر قصد الانتقام....
إزاء ذلك تبيَّنت الوزارة هذه الآثار واضحة جليةّ مما تقدم إليها من الشكايات فرأت المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الإمام مالك في أحكام الشقاق بين الزوجين جاء في المدونة: قال مالك وأحسن وسمعت من أهل العلم أنه يجوز أمر الحكمين عليهما. وهو الذي أخذ به المالكية وهو المذهب عندهم – المدونة ح2 ص 368، ص 369 – والرهوني ح4 ص 48 والزرقاني على الموطأ ح3 ص 214.

وعلي بن أبي طالب وابن عباس والشعبي والنخعي والشافعي في أحد قوليه وحكاه ابن كثير عن الجمهور، وذكر إجماعهم عليه[1]، فقد جاء في فتح القدير للإمام الشوكاني في معنى الآية الكريمة ما يأتي: «وإذا لم يوجد من أهل الزوجين من يصلح للحكم بينهما كان الحكمان من غيرهم...».

وعلى الحكمين أي يسعيا في إصلاح ذات البين جهدهما فإن قدرا على ذلك عملا عليه، وإن أعياهما إصلاح حالهما ورأيا التفريق بينهما جاز لهما ذلك من دون أمر من الحاكم في البلد، ولا توكيل بالفرقة من الزوجين.

«وقال الجمهور: لأن الله قال: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ وهذا نص من الله سبحانه أنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان».

«وقد أخرج ابن جرير وابن المنذر وأبي حاتم والبيهقي في سننه عن ابن عباس في قوله تعالى: «وإن خفتم شقاق بينهما» قال: وهذا: الرجل والمرأة إذا تفاسد الذي بينهما أمر الله أن تبعثوا رجلاً صالحاً من أهل الرجل ورجلاً مثله من أهل المرأة فينظران أيهما المسيء فإن كان الرجل هو المسيء حجبوا إمرأته عنه، وقسروه على النفقة، وإن كانت المرأة هي المسيئة قسروها على زوجها ومنعوها النفقة، فإن اجتمع رأيهما على أن يفرِّقا أو يجمعا فأمرهما جائز، فإن رأيا أن يجمعا فرضي أحد الزوجين وكره الآخر ذلك، ثم مات أحدهما فإن الذي رضي يرث الذي كره ولا يرث الكاره الراضي.

«وأخرج الشافعي في الأم وعبد الرزّاق في المصنَّف وسعيد بن منصور وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم والبيهقي في سننه عن عبيدة السلماني في هذه الآية قال: جاء رجلٌ وامرأةٌ إلى عليّ (رضى الله عنه) ومعهما فئام: (جمع) من الناس فأمرهم عليّ فبعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ثم قال للحكمين أتدريان ما

(1) تفسير ابن كثير ح1 ص 493 أحكام القرآن للجصاّص ح2 ص 233 – المغني وبهامشه الشرح الكبير ح8 ص 168 – القرطبي ح3 ص 1746 – البحر المحيط ح3 ص 243 – الطبري ح8 ص 26 – الاختيارات العلمية من فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية للبعلي ح4 ص 564 – المهذب ح2 ص 70 – مغنى المحتاج ح3 ص261.

عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن **تجمعا أن تجمعا وإن رأيتما أن تفرِّقا أن تفرِّقا**. قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما عليَّ فيه ولي؟ وقال الرجل: أما الفرقة فلا. فقال: كذبت والله حتى تقرّ مثل الذي أقرّت به. وأخرج عبد الرزاق وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر عن ابن عباس قال: بُعثت أنا ومعاوية حكمين. فقيل لنا: إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرِّقا فرَّقتما والذي بعثهما عثمان».

وعلى ذلك فقد جعل هؤلاء الأئمة الأعلام وصحابة الرسول – صلى الله عليه وسلم – عليّ وعثمان ومعاوية وابن عباس – الملقب بترجمان القرآن – للحكمين أن يجمعا أو أن يفرِّقا بين الزوجين بما يريان فيه نَصَفه المظلوم من الظالم من الزوجين، ويكون التفريق أيضاً من موجبات الإصلاح، ومن دواعيه الشقاق واستحالة العشرة وإصرار الزوجة عليه.

كما جاء تقرير ما ذهب إليه الجمهور في قولهم: وعلى هذا جمهور الفقهاء كما ذكر ابن كثير، وأيدّه الواقع الفعلي بما حدث من قضية أمام عليّ بن أبي طالب – رضى الله عنه – على ما ذكرنا.

(ب) لا يشترط توكيل المحكمين بالفرقة أو التفريق بين الزوجين:

قيّد البعض سلطة المحكّمين في التفريق بين الزوجين بوكالة منهما، وإن كان هذا الرأي لم ينف أو يجحد سلطة المحكمين في التفريق، وهذه مسألة وقائع تفصح عنها وثيقة التحكيم ومشارطته وما إذا كانت قد حوت وتضمَّنت إعطاء هذا الحق للحكمين، ومع ذلك فإنه مما لا شك فيه أن مشارطة التحكيم محل الدعوى الماثلة تنص على ذلك وتتضمنه، وتدلُّ على رضا الزوجين بما ينتهي إليه المحكمان ويريانه.

وبهذا قال الإمام الجصاص في تفسيره إذ جاء به[1]: « ... لم يجعل الله للزوج بعد المراحل السابقة إلا المحاكمة إلى من يُنصف المظلوم منهما من الظالم وبتوجه حكمه

(1) أحكام القرآن ح2 ص 190، دار الكتاب العربي، بيروت.

عليهما، وروى شعبة عن عمرو بن مُرة قال: سألت سعيد بن جبير عن الحكمين فغضب وقال: «ما ولدت إذ ذاك فقلت إنما أَعْني حَكَمي شقاق، قال: إذا كان بين الرجل وامرأته درء وتدارءا، بعثا حكمين فاقبلا فوعظاه فإن أطاعهما وإلا أقبلا على الآخر فإن سمع منهما وأقبل إلى الذي يريدان وإلا حكما بينهما فما حكما من شيء فهو جائز».

(جـ) موقف الإمام ابن العربي رحمه الله تعالى:

يدحض قول من قال بشرط الوكالة في التفريق، ويفندّ قول الإمام الشافعي في القديم، ويقول بمثل قول ابن العربي الإمام ابن كثير إذ لا يقول بشرط الوكالة، ويحكي قول الشافعي في الجديد بأن المحكمين يحكمان ولو بغير رضا المحكوم عليه.

يقول ابن العربي في تفسير الآية الكريمة[1] :

هذه الآية من أبين آيات القرآن وأوضحها جلاءً ويرد على الشافعي في رواية عنه قوله: «برضى الزوجين بتوكيلهما»، فخطأ صراح، فإن الله خاطب غير الزوجين إذا خافا الشقاق بين الزوجين بإرسال الحكمين، وإذا كان المخاطب غيرهما فكيف يكون بتوكيلهما، ولا يصح لهما حكم إلا بما اجتمعا عليه، والتوكيل من كل واحد لا يكون إلا فيما يخالف الآخر، وذلك لا يمكن هنا. وردَّد قصة المرأة والرجل اللذين جاءا علياً وعقب بقوله: «فلو كان وكيلين لم يقل لهما أتدريان ما عليكما»، وقوله تعالى: «حكماً من أهله وحكماً من أهلها» هذا نص من الله سبحانه وتعالى في أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى[2]، فإذا بيَّن الله سبحانه كل واحد منهما، فلا ينبغي أن يركب معنى أحدهما على الآخر، فذلك تلبيس وإفساد للأحكام، وإنما يسيران بإذن الله ويُخلصان النية لوجه الله، وينظران فيما عند الزوجين بالتثبُّت، فإن رأيا للجمع وجهاً جمعا، وإن وجدهما قد أنابا تركاهما ....

(1) أحكام القرآن لابن العربي المتوفي سنة 542 هـ – ح1 ص 176 وما بعدها، الطبعة الأولى، سنة 1331 هـ، مطبعة السعادة بمصر.
(2) بمثل ذلك أيضاً قال شيخ الإسلام ابن تيمية، الفتاوى ح32 ص 28.

وقاله جماعة منهم عليّ وابن عباس والشعبي ومالك والذي صحّ عن ابن عباس ما قدمنا من أنهما حكمان لا شاهدان، فإذا فرَّقا بينهما تكون الفرقة كما قال علماؤنا لوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة.

فهما حكمان لا شاهدان وأن فعلهما يَنفذ كما ينفذ فعل الحاكم في الأقضية.

والحكمة في ذلك أن القاضي لا يقضي بعلمه فخص الشرع هذه الواقعة بحكمين لينفذ حكمهما بعلمهما وترتفع التهمة عنهما، وقال علماؤنا إذا كانت الإساءة من قِبل الزوج فرَّق بينهما ... وإن كانت منهما فرَّقا بينهما على بعض ما أصدقها، وهو معنى قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾.

قال علماؤنا : فإن لم يكن لهما أهل أو كان ولم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم العدالة أو غير ذلك من المعاني، فإن الحاكم يختار حكمين عَدْلين من المسلمين كيفما كان عدل الحكمين منهما أو من أحدهما....

وهذا لأن الغرض من الحكمين معلوم، والذي فات بكونهما من أهلهما يسير، فيكون الأجنبي قائماً مقامهما وربما كان أوفى منهما، وإذا حكما بالفراق فإنه بائن لوجهين: أحدهما كلي، والآخر معنوي: أما الكلي: فكل طلاق ينفذه الحاكم فإنه بائن. الثاني: أن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرَّعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان أول دفعة، فلم يكن ذلك يفيد شيئاً فامتنعت الرجعة لأجله.

وعلى هذا الأساس الشرعي المكين والتوضيح الجلِّي السديد يضحى أن ما ذهب إليه الحُكم (المطعون عليه) من أن ولاية المحكِّمين تتحد في المصالحة فقط، وليس الحكم بالتطليق، قول جانبه الصواب لأن فيه إهداراً لحكم الله تعالى.

(د) يُروى الإجماع في معنى الآية الكريمة تأييداً لما سبق من أقوال الفقهاء ولو بغير رضا المحكوم عليه[1]:

«الحكمان يجتمعان وينظران في أمر الزوجين، ويفعلان ما فيه المصلحة مما يريانه، من التفريق أو التوثيق، وتشوف الشارع إلى التوفيق ولهذا قال تعالى: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ﴾، وقال ابن عباس: «فإن اجتمع رأيهما على أن يفرِّقا أو يجمعا فأمرهما جائز». وقال: وقد أجمع العلماء على أن الحكمين لهما الجمع والتفرقة، حتى قال إبراهيم النخعي: إن شاء الحكمان أن يفرقا بينهما بطلقة أو بطلقتين أو ثلاث فعلاً، وهو رواية عن مالك .....

وأما إذا كانا وكيلين من جهة الزوجين فإنه ينفذ حكمهما في الجمع والتفرقة بلا خوف.... وسماهما حكمين، ومن شأن الحكم أن يحكم بغير رضا المحكوم عليه، وهذا ظاهر في الآية، والجديد من مذهب الشافعي، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه.

(هـ) لا يشترط أن يكون المحكمان من أهل الزوجين:

قال أبو السعود في تفسيره للآية الكريمة[2]: «إن اختيار الحكمين من أهل الزوجين على وجه الاستحباب فلو نُصبا من الأجانب جاز، واختلف في أنهما هل يليان الجمع والتفريق إن رأيا ذلك: فقيل لهما ذلك، وهو المروي عن علي – رضي الله عنه – وبه قال الشعبي ...، وقال مالك لهما أن يتخالفا إن كان الصلاح فيه.

(1) انظر إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم ح1 ص 340، مصححة بإشراف محمد عبد اللطيف، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر.

(2) انظر مختصر تفسير ابن كثير المتوفى سنة 774 هـ – اختصار وتحقيق محمد علي الصابوني المجلد الأول، ص 386،387، الطبعة 7 سنة 1981، دار القرآن الكريم، بيروت.

(و) المخاطب ببعثة الحكمين (الزوجان):

وهو قول الإمام علي[1] وابن عباس[2] والحسن[3] والسُدّي[4] في قوله عنه أنه قال: «إذا هجرها في المضجع وضربها فأبت أن ترجع وشاقته فليبعث حكماً من أهله وتبعث حكماً من أهلها تقول المرأة لحكمها: قد وليتك أمري فإن أمرتني أن أرجع رجعت، وإن فرَّقت تفرقنا... ويبعث الرجل حكماً من أهله يوليه أمره ويخبره ويقول له حاجته ... فيخبر كل واحد منهما ما يريد لصاحبه... فإن اتفق الحكمان على شيء فهو جائز إن طلقا وإن أمسكا فهو قول الله: ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ﴾.

وقال ابن العربي[5]: ومال إليه الشافعي، ونقل الطبري الإجماع عليه[6]، وهو قول للمالكية[7].

ويقول الإمام الطبري[8] وأولى الأقوال بالصواب في قوله: ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾ أن الله خاطب المسلمين بذلك وأمرهم ببعثة الحكمين عند خوف الشقاق بين الزوجين للنظر في أمرهما، ولم يخصِّص بالأمر بذلك بعضهم دون بعض، وقد أجمع الجميع على أن بعثة الحكمين في ذلك ليست لغير الزوجين، وغير السلطان الذي هو سائس أمر المسلمين أو مَنْ أقامه في ذلك مقام نفسه....، وإذا كان ذلك كذلك فالواجب أن يكون الزوجان والسلطان ممن قد شمله حكم الآية».

---

(1) الخبر في سنن الدار قطني ح3 ص 295 رقم 188 من باب المهر، القرطبي في تفسيره ح3 ص1747 وقال: «وهذا إسناد صحيح ثابت روي عن علي من وجوه ثابتة عن ابن سيرين عن عبيدة قاله أبو عمر، وتفسير الطبري ح8 ص 320 – 321، ورواه الشافعي في الأم ح5 ص 177 و 103 و 104

(2) أحكام القرآن لابن العربي ح1 ص 423.

(3) البحر المحيط ح3 ص243.

(4) أحكام القرآن للجصاص ح2 ص231 ، وتفسير الطبرسي ح3 ص 44، روح المعاني للألوسي ح5 ص 26.

(5) المرجع السابق، تفسير البيضاوي ح2 ص86،85، وقيل الخطاب للأزواج أو الزوجات.

(6) تفسير الطبري ح8 ص 329.

(7) المدونة ح2 ص 368، المنتقي للباجي ح4 ص113، الحطّاب ح4 ص 18،17 ، القوانين الفقهية ص 236، الشرح الكبيرة للدوردير ح2 ص 344.

(8) تفسير الطبري ح8 ص 329،328.

وعلى هذا الأساس فإن ما قام به الزوجان من بعث الحكمين وفوضا إليهما أمرهما صادف صحيح الشرع، وما انعقد الإجماع عليه كما رواه الطبري وغيره.

ثانياً : من الأقوال المشهورة للفقهاء الموثوق بهم في معنى حق الطلاق:

لفقهاء الشريعة مسلكهم في تقسيم الحقوق تقسيمات كثيرة تختلف باختلاف المعنى الذي يدور عليه التقسيم، والتقسيم المشهور عندهم كما ذكره المرحوم العلامة الشيخ فرج السنهوري الملقب «بالقاضي أبي يوسف السنهوري[1]» أنهم قسموا الحق بالنص على من يضاف له إلى قسمين:

حق الله، وحق العبد، وقالوا: إنه بمقتضى القسمة العقلية والتتبع والاستقرار ظهر أنهما من جهة التحقق في الخارج انفرداً واجتماعاً، منحصران في أربعة أقسام: حقوق خالصة به وحقوق خالصة للعبد، وما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب، وما اجتمع فيه الحقان وحق العقد غالب.

أما ما اجتمع فيه الحقان على السواء (أي متساويين) فلا وجود له.

أما حقوق العباد الخالصة لهم منها: النكاح والطلاق وما أشبه ذلك مما شرع لمصلحة دنيوية خالصة، ومن المسلّم به أن حقوق العباد الخالصة تقبل الإسقاط وأن الطلاق إسقاط محْض لا يتجزأ.

(1) انظر كتابة المتخصصين في فقه الحنفية مع المقارنة بين المذاهب الأربعة، قسم الأقضية والمرافعات ، وما يتصل بهما، محمد أحمد فرج السنهوري، القاضي بالمحاكم الشرعية ص 24 ، 42 ، 49 ، 59 ، 53 ، 34 ، 147 – مطبعة الشرق سنة 1934 – 1935 .

وقد أورد فضيلته – رحمه الله – قول الصدر الشهيد: «من أن التحكيم ورد موافقاً لكتاب الله تعالى – قال تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾. أراد به أن يحكِّم الزوجان حكماً لاختيار المقام أو لاختيار الفرقة.

والمفتى به عند الحنفية أن **التحكيم تولية** لقطع الخصومة بين الزوجين.

واتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز تعدد المحكمين ولم يمنع ذلك أحد منهم.

فحقوق العباد الخالصة ومنها الطلاق يجري فيها التحكيم إذ يصح التحكيم، في سائر المسائل الاجتهادية.

المطلب الثالث

التحكيم جائز غير لازم

قَبْل الحكم.. ولازم بعده بإطلاق

فلكل واحد من المحكمين أن يرجع عن التحكيم ما لم يحكم عليهما: (الزوجين)، وبهذا قال الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] أما المالكية[4] فقالوا: إذا رجع الحكمان معاً قبل انتهاء الحكم فلهما ذلك، وليس لهما أن يحكما، وإذا حكما لا يَمضي حكمهما، أما إذا رجع أحدهما وحده قبل إمضاء الحكم ففيه قولان: الراجح منهما أن هذا الرجوع لا ينفع، وللمحكم إمضاء الحكم عليه وإن لم يرض.

أما بعد الحكم فلا يشترط دوام الرضا فإذا حكم المحكم لزمهما الحكم عند الكل[5]، لصدوره عن ولاية تامة عليهما، ونقل عليه الإجماع[6] والصحيح من مذهب الحنفية أن التحكيم يجوز في المجتهدات كالطلاق والعتاق والنكاح.

وذهب المالكية إلى جواز التحكيم في الطلاق إذا قصد به ابتداء التحكيم في الشقاق بين الزوجين، لأن المقصود منه الاطلاع، وإذا حصل الطلاق كان تابعاً للمقصود. وإذا وقع التحكيم بالفعل فإنه يمضي، وليس لأحد الخصمين ولا القاضي نقضه.

---

(1) انظر كفاية المتخصصين في فقه الحنفية مع المقارنة بين المذاهب الأربعة، المرحوم الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري، مرجع سابق ص 57 ، 59 ،63 ، 66 ، 72، مطبعة الشرق، سنة 34 – 1935.

(2) انظر أيضاً نهاية المحتاج للرملي جـ 8 ص 143.

(3) المغني مع الشرح الكبير حـ 10 ص 546 ، والشرح الكبير ص 424، كشاف القناع حـ 3 ص 60، الإنصاف حـ 4 ص 140.

(4) انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ 4 ص 136، والشرح الصغير للدردير جـ 4 ص 198 – 240، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، محمد رأفت عثمان ص 61، مكتبة الفلاح.

(5) وعليه اتفق الحنابلة والمالكية والشافعية والحنفية.

(6) بدائع الصنائع للكاساني حـ 9 ص 4323، تذكرة الفقهاء حـ 1، 418.

وأكثر من ذلك قرر المالكية أن كل الأمور التي لا يجوز التحكيم فيها إذا حدث فيها تحكيم كان حكم الأحكام إلاّ في أربعة أشياء: الزواج واللِّعان والقذف والقصاص، وقال: لأن حكم المحكِّم عندهم يرفع الخلاف كحكم القاضي.

وذهب بعض الحنابلة[1]: إلى أن حكم المحكم ينفذ في جميع الأحكام إلا في أربعة أشياء: الزواج واللِّعان والقذف والقصاص، وقال أبو الخطاب من فقهاء الحنابلة، ظاهر كلام (الإمام) أحمد أنه ينفذ حكمه في هذه الأربعة، وصرح صاحب كشّاف القناع بأن حكم المحكم ينفذ في كل الأمور.

(1) انظر المغني جـ 1 ص 10، كشاف القناع على متن الإقناع للشيخ منصور البهوتي جـ 6 ص 303.

المطلب الرابع

بعث الحكمين في الشقاق بين الزوجين

إجراء أو مسألة إجرائية من قِبل القاضي

لا يجب التحكيم بالمعنى الدقيق والصحيح قانوناً، ولا ينفي أو يتعارض مع جواز التحكيم في حق الزوجين كمسألة موضوعية لصيقة بالحق، تقوم على الاجتهاد، لا كمسالة إجرائية:

التحكيم جائز قانوناً فقد نص عليه صراحة في المواد من (173) إلى (188) مرافعات كويتي[1] وجائز شرعاً عند الحنفية على ما هو الظاهر الصحيح، وعند الحنابلة والمالكية، وعلى الأظهر من مذهب الشافعي.

وورد التحكيم موافقاً لكتاب الله وسنة رسوله والإجماع وآثار الصحابة والمعقول.

وطلاق المحكمين يقع بائناً وينفذ، وإن لم يرض الزوجان، وهذا على المشهور من أن طريقهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة.

وعلى هذا الأساس يتضح بجلاء: أن ما ذهب إليه الحكم المطعون عليه لم يصادف مفهوم النص المأخوذ أصلاً من أحكام المذهب المالكي، فما جاء به النص من بعث القاضي للحكمين ليس إلا إجراءً للإصلاح في القضية المعروضة، وليس معنى ذلك حصر حق الطلاق في القاضي، أو مصادرة حق الزوجين في التحكيم برضاهما، والتزامهما بما ينتهي إليه حكم الحكمين على نحو ما سلف، وعلى هذا النحو يكون الحكم المطعون عليه قد تجافى مع الفهم الصحيح لنص القانون، وجاء مجافياً للعدالة، مخالفاً مقصود الشارع شرعاً وقانوناً من جواز التحكيم عن طريق الزوجين.

(1) ويقابلها المواد من 501 إلى 513 مرافعات مصري.

المطلب الخامس

الخلط بين الحالة الشخصية والأحوال الشخصية توطئة للقول بعدم جواز التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية[1]

لقد تناول القانون المدني في بابه التمهيدي أحكاماً عامة تتعلق بتطبيق القانون وتنظيم أحوال تنازع القوانين من حيث الزمان، فتتناول النصوص المتعلقة بالأهلية في المادة السادسة كما نظَّم أحوال تنازع القوانين من حيث المكان، فتناول النصوص المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم في المادة الحادية عشرة، وفي بيان المقصود بحالة الأشخاص أو الحالة الشخصية أجمع فقهاء القانون المدني على أن الشخصية القانونية للفرد تتميز بعدة خصائص هي: الاسم والحالة والموطن والذمة المالية والأهلية.

وفي بيانهم لحالة الشخص قالوا: إنها صفة تلحق بالشخص فتتأثر بها مجموعة الحقوق والواجبات المقررة له أو عليه، وحقوقه وواجباته تتأثر بعدة عوامل منها:

- صلته بالدولة التي يعيش فيها، وهذا ما يسمى بالحالة العامة أو السياسية، وهو ما يعبر عنه بالجنسية.
- وأحياناً تتأثر حقوق الشخص بدِينه.
- صلته بالأسرة التي ينتمي إليها وهو ما يعبّر عنه بالحالة المدنية أو الأسرة، ونخلص إلى أن هناك ثلاثة عناصر للحالة هي : الجنسية، والأسرة، والدين.

(1) الإشكال القانوني الذي يثيره هذا المطلب لا وجود له في القانون المدني الكويتي إذ لا نظير فيه للمادة (551) مدني مصري مصدر الإشكال، وبذلك تخلّص القانون المدني الكويتي مما تثيره هذه المادة من إشكال قانوني مسجلاً بذلك تطوراً تشريعياً مهماً، ولكننا آثرنا إثارة هذا البحث القانوني لأهميته القانونية والعملية.

ونلقي مزيداً من الضوء على الحالة المدنية: فالحالة المدنية للشخص يقصد بها، الصفة التي تحدد مركزه باعتباره عضواً في أسرة معينة، ذلك أن مركز الشخص في أسرة معينة يؤثر في حقوقه والتزاماته الخاصة بهذه الأسرة، وعلى ذلك فالحالة المدنية للشخص هي مجموعة الحقوق والواجبات التي يقررها القانون للشخص أو عليه، باعتباره فرداً في أسرة معينة نصت عليها المادة (34)[1] من القانون المدني المصري بقولها: «تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه».

والقرابة نوعان: النسب وقرابة المصاهرة (م 37 مدني مصري).[2]

أما بالنسبة للدين فالأصل فيه أنه لا يعتبر عنصراً من عناصر الحالة: فحالة الشخص وكما سبق تتحدد وفقاً لمركزه في الدولة، ومركزه في الأسرة دون اعتبار لمركزه الديني، وهذا الأصل لا يرد عليه استثناء فيما يتعلق بالحقوق الشخصية والحقوق السياسية، فهذه الحقوق يتمتع بها جميع المصريين بدون تفرقة بسبب الدين.

أما في نطاق الأحوال الشخصية فلايزال للدين أثر فيها، فأحكامها مأخوذة من الدين[3]، على هذا الأساس يتضح الفارق بين الحالة الشخصية التي تتحدد أساساً بعاملين هما: الجنسية والأسرة، والأحوال الشخصية التي تتحدد بما يدخل تحتها من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وإن كانت مترتبة على الحالة الشخصية، ومن آثارها دائماً وباعتبارها تشكِّل حقوقاً موضوعية لا مجرد مراكز قانونية، وهذا المعنى واضح من دلالتي المنطوق والمفهوم فيما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم قديم مبكر لها بجلسة 21 يونيو سنة 1934 [4].

---

(1) وتقابلها المادة (15) مدني كويتي التي تنص على أن: «تتكون أسرة الشخص من زوجة وذوي قرباه. وذوي القربى هم كل من يجمعهم أصل مشترك».

(2) وتقابلها المادة (16) مدني كويتي التي تنص على أن: 1- القرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول والفروع. 2 - وقرابة الحواشي هي الصلة بين من يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر.

(3) انظر د. عبد الودود يحيى، مبادئ القانون، ص 244 وما بعدها، دار النهضة العربية.

(4) المنشور بمجلة المحاماة لسنة 15، ص 88-87 مجموعة محمود عمر حـ 1 ص 454.

فقالت المحكمة: «والمقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية ككونه ذكراً أو أرملاً أو مطلقاً، أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عتهه أو جنونه، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها لسبب من الأسباب القانونية».

ثم نظَّم المشرِّع كثيراً من مسائل الأحوال الشخصية فزادها تحديداً، من ذلك: القانون رقم 52 لسنة 1929 الذي نظَّم بعض الأحكام المتعلقة بالطلاق والشقاق بين الزوجين، والتطليق للضرر أو لغيبة الزوج أو ..... ودعوى النسب والنفقة والعدة والمَهر، وسن الحضانة والمفقود، وكذلك نظَّم المشرع المواريث والوصايا والوقف والولاية على المال.

أما غير ذلك من مسائل الأحوال الشخصية التي لم تنظم بتشريعات خاصة فإن الدِين يعتبر مصدراً رسمياً لها.

وتأسيساً على ما تقدم كان طبيعياً أن تكون القواعد القانونية المتعلقة أو المنظمة لحالة الأشخاص من القواعد الآمرة التي لا يجوز لهم الاتفاق على مخالفة حكمها، ولا يجوز التصرف فيها، ولا الحجر عليها، ثم إنها لا تسقط بعدم الاستعمال.

وإذا كان القانون المدني قد تناول العقود المسماة في الكتاب الثاني منه، وتناول في الباب الأول من هذا الكتاب العقود التي تقع على الملكية وذكر منها الصلح، ونصت المادة (549)[1] على أن: «الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه».

ثم نص في المادة (551 مدني)[2] على أنه: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة

(1) وتقابلها المادة (522) مدني كويتي.

(2) تنص المادة (554) مدني كويتي على أنه: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ولكن يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها»، وبإسقاط أو إغفال النص على المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية واقتصاره على المسائل المتعلقة بالنظام العام يكون قد تخلص من الإشكال الذي يثيره اللبس بين الحالة الشخصية والأحوال الشخصية.

بالحالة الشخصية» أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتَّب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم».

وعلى هذا الأساس لا يستقيم بحال في الدعوى الماثلة القول بأن التحكيم جاء في مسألة لا يجوز الصلح فيها، فذلك القول يناقض بحقٍّ ما هو مجمع عليه في الشرع الإسلامي من أن الجمع بين الزوجين صلحاً أو التفريق بينهما تطليقاً وإصلاحاً من صميم مسائل الأحوال الشخصية الاجتهادية والموضوعية التي يجري فيها التحكيم على نحو ما أسلفنا من حكم الدين في هذه المسألة، وجواز التحكيم فيها للأدلة الشرعية المتوافرة والمتضافرة على النحو السابق سرده.

فذلك هو الأمر المعتبر شرعاً وقانوناً. هذا فضلاً عن أن نصوص القانون المدني وأحكامه وحسبما انتهت إليه محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 24 أحوال شخصية بجلسة 1981/12/16، لا يعتبر المصدر الرئيسي في مسائل الطلاق والشقاق بين الزوجين والتطليق، ومن ثم لا تسري أحكام القانون المدني على مسائل الأحوال الشخصية، فمردُّ تلك المسائل إلى أحكام موضوعية شرعية تخضع لها، وهو ما أثبتناه وأوضحناه لتوافر أدلته الشرعية في القرآن الكريم، وأقوال الثقات من الفقهاء، والتي خلصت إلى جواز التحكيم، أو اتفاق الزوجين ورضاهما على التحكيم، لإنهاء الخلاف والشقاق بينهما، جمعاً أو تفريقاً، حسبما ينقدح إليه اجتهاد المحكمين، وهو ما يوافق المصلحة والإصلاح بين الزوجين، ومنع المضارة بينهما. فكيف يسوغ القول بعد ذلك بعدم جواز التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية. وإن تعددت طرقة، إذا لا يتصور قانوناً ولا شرعاً القول: إن مسألة بعث الحكمين كإجراء يستعين به القاضي، تلغي التحكيم الرضائي أو الاتفاقي، بل إن الأخير هو الأولى، وعلى ذلك يبقى نطاق سريان المادة (551) مدني في النواحي المدنية أو الحالة المدنية للشخص؛ كاسمه ونسبه وجنسيته ومركزه في العائلة أو الأسرة دون أن يتعارض أو يُهدر الأحكام الشرعية

المنظمة للحقوق الموضوعية التي هي من صميم مسائل الأحوال الشخصية كالطلاق، وجواز التحكيم فيه، وإلا وقع النسخ أو التعارض في النصوص.

ومن هنا يتضح مدى الخلط الذي وقع فيه الحكم المطعون عليه، فيما ذهب إليه من إلغاء لأحكام الشريعة وإهدار لها، حيث أجازت التحكيم الاتفاقي في التفريق بين الزوجين، ورفضه الحكم المطعون عليه. وحيث أجازت الأحكام الشرعية للحكمين الجمع والتفريق بين الزوجين، على حين قصر الحكم التحكيم على الصلح أو المصالحة بين الزوجين.

لهذا وبما سبق سرده تفصيلاً جاء الحكم المطعون عليه مجافياً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء المصدر الأساسي والرئيسي والوحيد في موضوع النزاع الماثل.

بناء عليه:

1 – نرى أن الحكم المطعون عليه قد جانب الصواب، وأهدر حكم الشريعة الإسلامية، وصحيح القانون، إذ يتفقان في أن التحكيم الاتفاقي جائز في مسائل الأحوال الشخصية. وأن من سلطة المحكمين التفريق بين الزوجين ولزوم حكمهما.

2 – تعميم نظام التحكيم عند كل خلاف بين الزوجين، وبخاصة ما يكون بين الزوجين في كل دعاوى الزواج وليس فقط عند طلب التفريق للضرر.

وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ (النساء/35).

وقوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ (البقرة/229).

3 – الحكمان حاكمان يقرران، ولا يقترحان التفريق، وهو مذهب مالك، وذلك بعد استنفاد وسائل الصلح، وأعياهما الإصلاح وتيقن استحالة العشرة بين الزوجين.

ويقول الله تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ (الروم/21).

خلائص البحث وخلاصته

إن المرأة أساس الأسرة، والأسرة أساس المجتمع، وأساسها الدين والأخلاق، وبهذا جاء الشرع ونص عليه الدستور الكويتي، وجاء به القانون إلى حد بعيد (قانون الأحوال الشخصية رقم 51 لسنة 1984 في الكويت)، وبخاصة بعدما ألحقته به يد العدالة من تطوير فيما يتعلق بموضوع البحث إذ نظم التفريق القضائي للضرر بين الزوجين، عن طريق التحكيم في المواد من (126 – 135)، متلافياً الكثير من أوجه القصور في غيره من قوانين الأحوال الشخصية، مما جعله أكثر اتساقاً مع أحكام الفقه الإسلامي، وأقوى إصلاحاً للأسرة، وأقرب إلى روح العصر من ذلك:

1 – أن يكون طلب التفريق غير مقصور على الزوجة، بل جعله للزوج أيضاً وإن كان يملك الطلاق.

2 – جواز طلب التفريق قبل الدخول قبل أن يمتد الإضرار إلى الزوجين.

3 – لا يشترط لبعث الحكمين تكرار الشكوى.

4 – قبول الشهادة على الضرر بالتسامع.

ونود من خلال هذا البحث أن يكمل المشرِّع خطواته الموفقة في الإصلاح فيأخذ بالتحكيم الاتفاقي، ويضفي عليه حجية في النزاع بين الزوجين، ويكسبه قوة فيما قرره الحكمان جمعاً أو تفريقاً، إذ اقتصر القانون في المواد (126 – 135) على التفريق القضائي وهذه المناداة من خلال واقعات نزاع حقيقي واقعي كان منظوراً أمام القضاء.

ومن هنا كان موضوع البحث يدور على الأسئلة الآتية كسبب أو حيثية في الحكم:

س1 : هل يجوز للحكمين التفريق بين الزوجين؟

الإجابة: جمهور الفقهاء: وقد روى أو حكى إجماعهم عليه كما ذكره ابن كثير وابن عباس وغيرهما يذهب إلى إن من سلطة الحكمين التفريق بين الزوجين. وذلك بعد ثبوت الشقاق والعداوة واستحالة العشرة فكان مقتضى الإصلاح التفريق بعد أن سعيا في إصلاح ذات البين جهدهما وأعياهما إصلاح حالهما.

وبهذا قال مالك والأوزاعي وإسحاق، وهو مروي عن عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وابن عباس والشعبي والنخعي والشافعي في أحد قولين كما أخرجه في الأم، وعبد الرزّاق في المصنف وسعيد بن منصور.

– كما أخرجه ابن جرير وابن المنذر وأبي حاتم والبيهقي في سننه عن ابن عباس قال:»بعثت أنا ومعاوية حكمين، فقيل لنا إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما والذي بعثهما عثمان».

س2 : هل يشترط توكيل الحكمين بالتفريق؟

الإجابة: إن الإجابة على السؤال الأول بالإثبات توجب الإجابة عن السؤال الثاني بالنفي: وفي ذلك يقول ابن العربي قولاً بليغاً: «إذ كيف يكون لهما بتوكليهما أي (الزوجين) ولا يصح لهما حكم إلاّ بما اجتمعا عليه والتوكيل من كل واحد لا يكون إلا فيما يخالف الآخر، وذلك لا يمكن هنا، فضلاً عن الأثر فهما كقاضيين لا وكيلين، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحَكم اسم ومعنى». وبمثل هذا أيضاً قال شيخ الإسلام ابن تيمية في الفتاوى، وينفذ حكمهما – كحكمين– بعلمهما وترتفع التهمة عنهما على خلاف القاضي فإنه لا يقضي بعلمه.

س3 : هل يشترط أن يكون الحكمين من أهل الزوجين ؟

الإجابة : لا يشترط كما ذكره أبو السعود في تفسيره.

وينبي ما تقدم على : أن المخاطب ببعثة الحكمين الزوجان، وهو قول الإمام علي وابن عباس والحسن والسُّدِّي في قول عنه ومال إليه الشافعي وهو قول للمالكية ونقل الطبري الإجماع عليه وقال: «وأولى الأقوال بالصواب، أن بعثة الحكمين ليست لغير الزوجين وغير السلطان».

وأتبْعَنَا ما تقدم بعدد من المتممات للبحث مثل:

- مسألة أن التحكيم جائز غير لازم قَبْل الحُكم ولازم بعده.
- ومسألة أن بعث الحكمين من قِبل القاضي لا يعدو أن يكون مسألة إجرائية فقط، فأفرغ الحكم المطعون عليه من مضمونه.
- مسألة الخلط بين الحالة الشخصية كمركز قانوني في الدولة والأسرة، والأحوال الشخصية كحقوق موضوعية كالطلاق والتطليق والنسب والنفقة والعدّة والمهر والحضانة والمفقود ..... إلخ توطئة للقول بعدم جواز التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية وهو ما فندناه:

إذ تنص م 551 مدني مصري على أنه: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام».

ولكن المادة 544 مدني كويتي أسقطت عبارة الحالة الشخصية، واقتصرت على النظام العام، وحسناً فعل القانون الكويتي.

ونخلص إلى الآتي :

1 – نرى أن الحكم المطعون عليه قد جانب الصواب، وأهدر حكم الشريعة الإسلامية، وصحيح القانون، إذ يتفقان في أن التحكيم الاتفاقي جائز في مسائل الأحوال الشخصية، وأن من سلطة المحكمين التفريق بين الزوجين ولزوم حكمهما.

2 – تعميم نظام التحكيم عند كل خلاف بين الزوجين، وبخاصة ما يكون بين الزوجين في كل دعاوى الزواج، وليس فقط عند طلب التفريق للضرر.

وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾. (النساء/35)

وقوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ (البقرة/229)

3 – الحكمان حاكمان يقرران ولا يقترحان التفريق وهو مذهب مالك، وذلك بعد استنفاد وسائل الصلح وأعياهما الإصلاح وتيقن استحالة العشرة بين الزوجين.

بناء عليه: للحكمين الجمع والتفريق بين الزوجين على حين اقتصر الحكم محل البحث التحكيم على الصلح أو المصالحة بين الزوجين.

لهذا ولما سبق سرده تفصيلاً جاء الحكم المطعون عليه طعيناً مجافياً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء المصدر الأساسي والرئيسي والوحيد في موضوع النزاع الماثل.

أهم مراجع البحث

(1) كتب التفسير:

- تفسير الطبري ح8 ص319.
- تفسير القرطبي ح1 ص257.
- تفسير الرازي ح10 ص92.
- تفسير ابن كثير ح1 ص 493 أحكام القرآن للجصاّص ح2 ص 233.
- القرطبي ح3 ص 1746 – البحر المحيط ح3 ص 243.
- أحكام القرآن لابن العربي المتوفى سنة 542 هـ، ح1 ص 176 وما بعدها، الطبعة الأولى سنة 1331 هـ، مطبعة السعادة بمصر.
- إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم ح1، مصححة بإشراف محمد عبد اللطيف، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر.
- أحكام القرآن للجصاص ح2 ص 231 .
- تفسير الطبرسي ح3 ص 44 .
- روح المعاني للألوسي ح5 ـ 26.
- تفسير البيضاوي ح2، 86،85 وقيل الخطَاب للأزواج أو الزوجات.
- مختصر تفسير ابن كثير، اختصار وتحقيق محمد على الصابوني ط. دار القرآن الكريم، بيروت.

(2) الفقه الحنفي:

- بدائع الصنائع للكاساني حـ 9 ص 4323
- تذكرة الفقهاء حـ 1 ص 418.
- كفاية المتخصصين في فقه الحنفية مع المقارنة بين المذاهب الأربعة، قسم الأقضية والمرافعات، وما يتصل بهما، محمد أحمد فرج السنهوري، القاضي بالمحاكم الشرعية ص 24 ، 42 ، 49 ، 59 ، 53 ، 34 ، 147، مطبعة الشرق سنة 1934، 1935.

(3) الفقه المالكي:

- المدونة الكبرى ح2 للإمام سحنون.
- حاشية الرهوني ح4.
- حاشية الرزقاني على الموطأ ح3.
- القوانين الفقهية لابن جزى.
- المدونة ح2 ص368 ، ص 369 للإمام كنون.
- حاشية الرهوني ح4 ص48 .
- حاشية الزرقاني على الموطأ ح3 ص 214.
- القوانين الفقهية ص 236 .
- الشرح الكبيرة للدردير ح2 ص 344.
- الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ 4 ص 136.
- الشرح الصغير للدردير جـ 4 ص 198 – 240.

(4) الفقه الشافعي:

- الأم للشافعي م(204 هـ)، كتاب الشعب بمصر سنة 1968.
- المهذب للشيرازي م (476 هـ)، ط عيسى البابي الحلبي، مصر.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني الخطيب م (977 هـ)، ط مصطفى الحلبي وأولاده بمصر سنة 1958.

(5) الفقه الحنبلي:

- المغني مع الشرح الكبير لابن قدامه م 620 هـ ، ط دار الكتاب العربي بيروت 1972.
- الاختيارات العلمية من اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية للبعلي م (803 هـ)، مطبوع في الجزء (4) من الفتاوى الكبرى ص 382 إلى أخر الجزء.
- الفتاوى لشيخ الإسلام بن تيمية م (728 هـ)، ط الرياض 1383/ 1381هـ.
- كشاف القناع على متن الإقناع للشيخ منصور البهوتي م (1051 هـ)، ط النصر الحديثة الرياض.
- الإنصاف في مسائل الخلاف للمرداوي م (885 هـ)، ط السنة المحمدية بمصر.

القوانين والدوريات:

- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 وتعديلاته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.
- قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 وتعديلاته.
- قانون المرافعات الكويتي رقم 6 لسنة 1960 وتعديلاته.

- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929 وتعديلاته.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.
- مجلة المحاماة المصرية لسنة 15.
- مجموعة عمر ح1.

الفقه الحديث:

- القضاء في الإسلام، الشيخ محمد سلام مدكور.
- النظام القضائي في الفقه الإسلامي، محمد رأفت عثمان، مكتبة الفلاح، الكويت.
- مبادئ القانون، د. عبد الودود يحيى، دار النهضة العربية، مصر.

الموضوع	الصفحة
الملخص	21
توطئة	23
مكانة المرأة المسلمة في الأسرة ومكانة الأسرة في الدستور.	23
المطلب الأول: واقعات النزاع.	25
المطلب الثاني: هل يجوز للحكمين التفريق بين الزوجين :	29
أولاً: تفنيد ما ذهب إليه الحكم من جعل حق الطلاق للزوج أو للقاضي نيابة عنه.	29
أراء الفقهاء في ذلك.	29
لا يشترط توكيل الحكمين بالتفريق بين الزوجين.	31
ابن العربي والرد على من قال بشرط الوكالة.	32
ورد الإجماع على التفريق ولو بغير رضا المحكوم عليه.	34
لا يشترط أن يكون الحكمان من أهل الزوجين.	34
المخاطب ببعثة الحكمين هما الزوجان.	35
ثانياً: من الأقوال المشهورة للفقهاء في معنى حق الطلاق.	36
المطلب الثالث: التحكيم جائز غير لازم قَبْل الحكم ولازم بعده بإطلاق.	38
المطلب الرابع: بعث الحكمين في الشقاق بين الزوجين مسألة إجرائية من قِبل القاضي.	40
المطلب الخامس: الخلط بين الحالة الشخصية والأحوال الشخصية.	41
النتائج والتوصيات:	45
خلائص البحث وخلاصاته.	46
الأسئلة التي يدور عليها موضوع البحث وأجوبتها.	47
أهم مراجع البحث.	50
فهرس الموضوعات	54