التحكـــيم بين الزوجـــين

دراسـة فقهيـة مقارنـة بالقانـون الكويتي

إعداد الدكتور

مشعـــل عيـــاده عسكـــر العنـــزي

الملخـــــص

يتلخص البحث في تعريف التحكيم ومشروعيته بين الزوجين والآداب التي يتصف بها المُحكم وما هي الأعمال المنوطة بالمحكم في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي وقد قَسمت البحث إلى خمسة مباحث وخاتمة..

المبحث الأول: وتحته ثلاثة مطالب

المطلب الأول: تعريف الحُكْم لغة واصطلاحا

المطلب الثاني : تعريف الحَكَم لغة واصطلاحا

المطلب الثالث: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا

المبحث الثاني: وتحته مطلبان

المطلب الأول: الأدلة على مشروعية التحكيم

المطلب الثاني: الحِكَمُ من مشروعية التحكيم

المبحث الثالث: وتحته ثلاثة مطالب

المطلب الأول: شروط المحكم

المطلب الثاني: الآداب التي يتصف بها المحكم

المطلب الثالث: الأعمال المنوطة بالمحكم

المبحث الرابع: وتحته خمسة مطالب

المطلب الأول: حكم العمل بقول المحكم شرعا

المطلب الثاني : هل يشترط اتفاق الحكمين ؟

المطلب الثالث : هل يشترط رضا الزوجين في بعث الحكمين ؟

المطلب الرابع : هل يملك الحكمان التفريق بين الزوجين ؟

المطلب الخامس: هل لحكم المحكم صفة الإلزام ؟

المبحث الخامس : وتحته مطلبان

المطلب الأول : الأحكام المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين في القانون الكويتي

المطلب الثاني : المقارنة بين القانون الكويتي والشرع

الكلمات المفتاحية: أحكام الفقه – التحكيم بين الزوجين – القانون الكويتي.

A Comparative Study of *Taḥkīm* (Arbitration) between Spouses: Islamic Jurisprudence *versus* Kuwaiti Law

By: Dr. Mishʿal ʿIyadah ʿAskar Al-ʿInzi

Mashal545@gmail.com

Abstract

The study deals with the definition of *taḥkīm* (arbitration) between spouses and its legitimacy, the characteristic required in the two arbitrators, and their duties according to the Sharia laws and the Kuwaiti law. The study falls into five sections and a conclusion.

Section one deals with three issues as follows:

Issue one: A definition of *ḥukm* (ruling) lexically and contextually;

Issue two: A definition of *ḥakam* (arbitrator) lexically and contextually;

Issue three: A definition of *taḥkīm* (arbitration) lexically and contextually.

Section two handles two issues as follows:

Issue one: Proof of the legitimacy of *taḥkīm*

Issue two: Wisdom behind legislating *taḥkīm*

Section three treats three issues as follows:

Issue one: Prerequisites in an arbitrator

Issue two: Codes of conduct required in an arbitrator

Issue three: Duties of an arbitrator

Section Four includes five issues as follows:

Issue one: The ruling on whether to abide by the arbitrator's judgment;

Issue two: Is it a condition that the two arbitrators come to a full agreement?

Issue three: Is it required that both spouses agree on arbitration?

Issue four: Are the arbitrators authorized to divorce the spouses?

Issue five: Is the arbitrator's ruling binding?

Section five deals with two issues as follows:

Issue one: Legislations related to marital arbitration in the Kuwaiti law

Issue two: Comparison between the Sharia law and the Kuwaiti law in this concern

Key words: *fiqh* (jurist) rulings – arbitration between spouses – Kuwaiti law.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــة

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على النبيِّ الأمين، نبيِّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أمَّا بعدُ :

فإنَّ الله تعالى خلَق هذا الكَوْن وجعل فيه سُنَنًا متنوعة، ومن هذه السنن سنَّة الزوجيَّة فقال جل من قائل:

﴿يا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾ [النساء: ١]

ومن لوازم الزوجيَّة اجتماعُ الزوجين لتحقيق مُقتَضى الزوجيَّة ولازمها وتحصيلِ المرادِ من الزواج، وذلك يحصل بعقد الزواج، الذي يجتمع بموجبه ذكرٌ وأنثى، ويرتبطان ارتباطًا وثيقًا له ثمراتُه وآثارُه

وذكر سبحانه أنَّه جعَل بين الزَّوجين مودَّة ورحمة فقال تعالى:

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١]

ولما لهذه العلاقة الزوجيَّة من أهميَّةٍ وأثَر لم يترُك الشارع الحكيم هذه العلاقة دُون توجيه وبَيان لما يجبُ على كلِّ طرفٍ نحو الآخَر، وإيضاح ما يُملِيه هذا الاقتران من حُقوق؛ كي يسعد الزوجان ويَهْنَأ في حَياتهما، بل ورَد في الشريعة الإسلاميَّة بيانُ هذه الحقوق والواجبات المتبادلة بين الطرفين؛ كيلا تنحرف الأسرة عن المسار الصحيح، ولا ريب أنَّه بانحِراف الأسرة عن جادَّتها السويَّة ينحرفُ جزء من المجتمع، وما المجتمع إلا مجموعة أُسَر، فالأسرة هي النواة للمجتمع، وهي التي تُشكِّل سداه ولحمته وبصَلاح الأسرة يصلح المجتمع، وبفَسادها يفسدُ.

وهذا يدل على اعتناء الشارع الحكيم بهذه الرابطة العظيمة الوثيقة بين الرجل والمرأة، فقد سماها

الله ميثاقا عظيما كما في قوله تعالى (وأخذن منكم ميثاقا غليظا) النساء٢١

وهذا الميثاق أحاطه الله بجملة من التشريعات حتى لا ينفصم ولا ينقطع، وقطعه يكون بالانفصال بين الرجل والمرأة، وقبل أن يصل الحال بين الزوجين إلى هذه المرحلة جعل الله الإصلاح سبيلا لإعادة العلاقة الزوجية فقال تعالى (فإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما)

وقد عملت دولة الكويت بهذا المبدأ العظيم فأنشأت محكمة الأسرة قانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٥، وفي المادة (٣) تختص محكمة الأسرة دون غيرها بالفصل في كافة منازعات الأحوال الشخصية.

وقد وضح القانون كافة ما يضبط هذه الأعمال كما سيأتي معنا في ثنايا البحث بإذن الله تعالى.

ولأهمية هذا الموضوع وحاجة كثير من الناس إليه خاصة مع ازدياد حالات الطلاق في كثير من المجتمعات الإسلامية، مع أن بعض الخلافات المؤدية إلى الطلاق قد تجد حلا عن طريق التحكيم بين الزوجين، لذا أحببت أن أساهم بشيء من التوضيح لهذه المسألة المهمة بيان المسألة شرعا مقارنة بما جاء في القانون الكويتي، وقد جاء البحث على النحو التالي:

المبحث الأول: وتحته ثلاثة مطالب

المطلب الأول: تعريف الحُكْم لغة واصطلاحا

المطلب الثاني : تعريف الحَكَم لغة واصطلاحا

المطلب الثالث: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا

المبحث الثاني: وتحته مطلبان

المطلب الأول: الأدلة على مشروعية التحكيم

المطلب الثاني: الحِكَمُ من مشروعية التحكيم

المبحث الثالث: وتحته ثلاثة مطالب

المطلب الأول: شروط المحكم

المطلب الثاني: الآداب التي يتصف بها المحكم

المطلب الثالث: الأعمال المنوطة بالمحكم

المبحث الرابع: وتحته خمسة مطالب

المطلب الأول: حكم العمل بقول المحكم شرعا

المطلب الثاني : هل يشترط اتفاق الحكمين ؟

المطلب الثالث : هل يشترط رضا الزوجين في بعث الحكمين ؟

المطلب الرابع : هل يملك الحكمان التفريق بين الزوجين ؟

المطلب الخامس: هل لحكم المحكم صفة الإلزام ؟

المبحث الخامس : وتحته مطلبان

المطلب الأول : الأحكام المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين في القانون الكويتي

المطلب الثاني : المقارنة بين القانون الكويتي والشرع

المبحث الأول

وتحته ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تعريف الحُكْم لغة وشرعا

تعريف الحُكْم لغة:

الحكم: بالضم: القَضاءُ

والجمع : أَحْكامٌ

وقد حَكَمَ عليه بالأمْرِ حُكْماً وحُكومَةً، وبَيْنَهُم كذلك.(١)

وَالْعرب تَقول: حَكَمْت وأَحْكمتُ وحكَّمت بِمَعْنى مَنَعْت ورددت، وَمن هذا قيل للْحَاكِم بَين النَّاس حَاكم: لِأَنَّهُ يمْنَع الظَّالِم من الظُّلم. (٢)

والحُكْم اصطلاحا :

القرارُ الذي يصدره القاضي لينهي به المخاصمةَ بين المتخاصمين.(٣)

المطلب الثاني: تعريف الحَكَم

قال أبو حيان الغرناطي:

وَالْحَكَمُ: هو من يَصلحُ لِلْحكومَةِ بَيْنَ الناس وَالْإِصلَاحِ.(٤)

قال الطاهر ابن عاشور رحمه الله:

والحكم- بفتحتين- الحاكم الذي يرضى للحكومة بغير ولاية سابقة، وهو صفة مشبهة مشتقة من قولهم: حكموه فحكم، وهو اسم قديم في العربية، كانوا لا ينصبون القضاة، ولا

---

(١) - القاموس المحيط (فصل الحاء) ١/ ١٠٩٥

(٢) - تهذيب اللغة (٤/ ٦٩)

(٣) - معجم لغة الفقهاء (١/ ١٨٤)

(٤) - تفسير البحر المحيط ٣/ ٦٢٩

يتحاكمون إلا إلى السيف، ولكنهم قد يرضون بأحد عقلائهم يجعلونه حكما في بعض حوادثهم، وقد تحاكم عامر بن الطفيل وعلقمة بن علاثة لدى هرم بن سنان العبسي، وهي المحاكمة التي ذكرها الأعشى في قصيدته الرائية القائل فيها:

علقم ما أنت إلى عامر ... الناقض الأوتار والواتر [١]

المطلب الثالث: تعريف التحكيم لغة وشرعا

التحكيم لغة: حكموه بينهم: أمروه أن يحكم.

ويقال: حكّمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمَه بيننا[٢]

وفي القاموس المحيط: "التحكيم: تصيير غيره حاكما"[٣]

التحكيم اصطلاحاً:

"التحكيم: تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما" [٤]

وقال في معجم لغة الفقهاء:

التحكيم: من حكم، اتفاقُ الخصمين على قَبول حكمِ شخصٍ معينٍ في فصل الخصومة بينهما.[٥]

وجاء تعريف التحكيم في مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٧٩٠: بأنه اتخاذُ الخصمين حاكما – شخصا – برضاهما لفصل خصومتهما، ودعواهما ، ويقال لذلك (حَكَم) بفتحتين ، و(مُحكِّم) بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة . [٦]

---

(١) – التحرير والتنوير – الطاهر ابن عاشور (٥ / ٤٥)

(٢) –لسان العرب ج٢/ ٩٢٥

(٣) – القاموس المحيط ٤/ ٩٩

(٤) – الموسوعة الفقهية ١٠/ ٢٣٤

(٥) – معجم لغة الفقهاء (١/ ١٢٣)

(٦) – درر الحكام شرح مجلة الأحكام – علي حيدر (كتاب القضاء – المادة ١٧٩٠ ، ج٤ ، ص٥٧٨)

المبحث الثاني

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: الأدلة على مشروعية التحكيم

أولا: من الكتاب

قوله تعالى: وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا. النساء (٣٥)

ذهب الفقهاء إلى أنه إذا اشتد خلاف الزوجين، وأشكل أمرهما، ولم يدر ممن الإساءة منهما، وخيف الشقاق بينهما إلى حد يؤدي إلى ما حرم الله من المعصية والظلم، فإن التحكيم بينهما يكون مشروعا بقول الله عز وجل: وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا. النساء (٣٥)

ومشروعية التحكيم في الشقاق بين الزوجين قال بها الفقهاء، اتباعا للحكم الذي جاءت به الآية السابقة، وعملا به.(١)

قَالَ الشَّافِعِيُّ: فَإِذَا ارْتَفَعَ الزَّوْجَانِ الْمَخُوفُ شِقَاقُهُمَا إِلَى الْحَاكِمِ فَحَقَّ عَلَيْهِ أَنْ يَبْعَثَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا مِنْ أَهْلِ الْقَنَاعَةِ وَالْعَقْلِ لِيَكْشِفَا أَمْرَهُمَا وَيُصْلِحَا بَيْنَهُمَا إنْ قَدَرَا.(٢)

قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة، وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها، مأمونين، برضى الزوجين، وتوكيلهما، بأن يجمعا إذا رأيا أو يفرقا، فما فعلا من ذلك لزمهما وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق، نظر الحاكم، فإن بان له أنه من المرأة، فهو نشوز، قد مضى حكمه، وإن بان أنه من الرجل، أسكنهما إلى جانب

(١) - الموسوعة الفقهية (٤٠/ ٣٠٨)

(٢) - كتاب الأم – الإمام الشافعي (٥/ ٢٠٨)

ثقة، يمنعه من الإضرار بها، والتعدي عليها. وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد، أو ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه، أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف، فإن لم يتهيأ ذلك، وتمادى الشر بينهما، وخيف الشقاق عليهما والعصيان، بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها، فنظرا بينهما، وفعلا ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق لقول الله تعالى : {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا }[النساء: ٣٥] .(١)

جاء في موسوعة الإجماع:

عن ابن هبيرة أنه قال: "واتفقوا على أنه إذا وقع الشقاق بين الزوجين، وخيف عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان، فإنه يبعث الحاكم حكمًا من أهله، وحكمًا من أهلها".(٢)

قال الزحيلي :

خاطب الله الحكام والزوجين وأقاربهما في هذه المرحلة، فقال: إن علمتم بوجود الخلاف أو النزاع والعداوة بين الزوجين فابعثوا حكمين: أحدهما من أهله، والآخر من أهلها، للسعي في إصلاح ذات بينهما بعد استطلاع حقيقة الحال بين الزوجين، ومعرفة سبب الخلاف، ومتى صدقت الإرادة وأخلص الحكمان النّيّة والنّصح لوجه الله، فالله يوفقهما بمهمتهما ويهدي إلى الخير، ويحقق الوفاق والتفاهم والعودة إلى التوادد والتراحم والألفة بين الزوجين ويبارك وساطتهما.

فمعنى قوله: إِنْ يُرِيدا إِصْلاحاً أي الحكمان، ويُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُما أي الزوجين.

إن الله كان وما يزال عليما خبيرا: يعلم كيف يوفق بين المختلفين ويجمع بين المتفرقين، كما قال:

(١) – المغني – ابن قدامة (٧/ ٣٢٠)

(٢) – موسوعة الإجماع – (٣/ ٤٣٢)

لَوْ أَنْفَقْتَ ما فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً، ما أَلَّفْتَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ، وَلكِنَّ اللهَّ أَلَّفَ بَيْنَهُمْ. [الأنفال ٦٣] .(١)

الآثار:

١ -أخرج البغوي بسنده أَخْبَرَنَا عَبْدُ الْوَهَّابِ بْنُ مُحَمَّدٍ الْكِسَائِيُّ، أَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَحْمَدَ الْخَلَّالُ، أَنَا أَبُو الْعَبَّاسِ الْأَصَمُّ، أَنَا الرَّبِيعُ، أَنَا الشَّافِعِيُّ، أَنَا الثَّقَفِيُّ، عَنْ أَيُّوبَ عَنِ ابْنِ سِيرِينَ عَنْ عُبَيْدَةَ أَنَّهُ قَالَ فِي هَذِهِ الْآيَةِ (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا)

قَالَ: جاء رجل وامرأة إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومع كل واحد منهما فئام من الناس، فأمرهم علي رضي الله عنه فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ثم قال للحكمين: أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، قالت المرأة رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي، فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه: كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به.(٢)

٢ -قال الشافعيُّ: أخبرنا مسلمٌ عن ابن جريج عن ابن أبي مُلَيْكَةَ سمعه يقول: تزوج عقيل بن أبي طالب فاطمة بنت عتبة فقالت له اصبر لي وأنفق عليك فكان إذا دخل عليها قالت أين عتبة بن ربيعة؟ أين شيبة بن ربيعة؟ فيسكت عنها حتى دخل عليها يوما وهو برم فقالت أين عتبة بن ربيعة أين شيبة بن ربيعة؟ فقال على يسارك في النار إذا دخلت فشدت عليها ثيابها فجاءت عثمان بن عفان فذكرت له ذلك فأرسل ابن عباس ومعاوية فقال ابن عباس لأفرقن بينهما وقال معاوية ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف قال فأتياهما فوجداهما قد شدا عليهما أثوابهما وأصلحا أمرهما. (٣)

(١) - التفسير المنير الزحيلي (٥/ ٨٥)

(٢) - تفسير البغوي ٢/ ٢٠٨

(٣) - كتاب الأم - الإمام الشافعي (٥/ ٢٠٩)

المطلب الثاني: الحكمة من مشروعية التحكيم

شرعُ الله قائمٌ على جلبِ المصالحِ وتكميلها، ودرءِ المفاسد وتقليلِها، والشريعةُ اشتملت على الخيرِ كلِّه، فكلُ أمرٍ نافعٍ شرعه اللهُ للعباد، وكلُّ ما فيه ضررٌ ومفسدةٌ حرمه اللهُ ومنع منه.

ومن جملة ما شرع الله تعالى الأحكامُ التي حافظت على الحياةِ الأسريةِ من التفكك والانفصام، فشَرَعَ اللهُ الوعظَ للزوجة ثم الهجرَ ثم الضربَ حتى تبقى روابطُ الزوجيةِ قائمةً بين الزوجين، فإن لم تنفع هذه الأمورُ شرع اللهُ التحكيمَ بين الزوجين، وهذا التشريعُ كغيره من التشريعاتِ قائمٌ على المصلحةِ والحكمة، ومن الحكمِ التي لأجلها شرع اللهُ التحكيمَ بين الزوجين:

١ -أن الخلاف قد تزداد حدته بين الزوجين، فلا يقيل الرجلُ من زوجِه نصحا ولا ينظر إلى أفعالها بعينِ الرضا، وكذلك بالنسبة للزوجةِ قد تكره من زوجها خُلُقا فتنفر منه فلا تقبل منه كلمةً ولا تذكر له إحسانا، وقد يصل الأمرُ إلى الطلاقِ فكان في تشريع التحكيم حكمةٌ بالغةٌ لأن الحكمين يُذَكّران الرجلَ والمرأةَ بالمحاسن ويدرآن قدرَ استطاعتِهما المساوئَ فيكون ذلك سببا في صلاح الحال بين الزوجين.

٢- أن الزوجين قد لا يتحليان بالحكمة عند حدوث الخلاف، بل قد يتسرع بعضهم في طلب الطلاق، فكان في وجود الحكمين مصلحةٌ خاصةً إذا اتصف الحكمانِ بالحكمة والتأني وإرادةِ الإصلاح بين الزوجين.

عن محمد بن كعب القرظي قال: كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يبعث الحكمين، حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها. فيقول الحكم من أهلها: "يا فلان، ما تنقِم من زوجتك"؟ فيقول: "أنقِم منها كذا وكذا". قال فيقول: "أفرأيت إن نزعَت عما تكره إلى ما تحب، هل أنت مُتقي الله فيها، ومعاشرها بالذي يحق عليك في نفقتها وكسوتها"؟ فإذا قال: "نعم"، قال الحكم من أهله: "يا فلانة ما تنقمين من زوجك فلان"؟ فيقول مثل ذلك، فإن قالت: "نعم"، جمع

بينهما. قال: وقال علي رضي الله عنه: الحكمان، بهما يجمع الله وبهما يفرِّق.(١)

٣- أن الحكمين يقومان بنقل الشروط التي يشترطها الزوجان للإصلاح، وهذا سبيل للإصلاح بين الزوجين، ذكر الطبري رحمه الله عن السدي رحمه الله أنه قال: إذا هجرها في المضجع وضربها، فأبت أن ترجع وشاقّته، فليبعث حكمًا من أهله وتبعث حكمًا من أهلها. تقول المرأة لحكمها: "قد وليتك أمري، فإن أمرتني أن أرجعَ رجعت، وإن فرَّقت تفرقنا"، وتخبره بأمرها إن كانت تريد نفقةً أو كرهت شيئًا من الأشياء، وتأمره أن يرفع ذلك عنها وترجع، أو تخبره أنها لا تريد الطلاق، ويبعث الرجل حكمًا من أهله يوليه أمره، ويخبره يقول له حاجته: إن كان يريدها أو لا يريد أن يطلقها، أعطاها ما سألت وزادها في النفقة، وإلا قال له: "خذ لي منها ما لها علي، وطلقها"، فيوليه أمره، فإن شاء طلق، وإن شاء أمسك. ثم يجتمع الحكمان، فيخبر كل واحد منهما ما يريد لصاحبه، ويجهد كل واحد منهما ما يريد لصاحبه. فإن اتفق الحكمان على شيء فهو جائز، إن طلَّقا وإن أمسكا. فهو قول الله: "فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما". فإن بعثت المرأة حكمًا وأبى الرجل أن يبعث، فإنه لا يقربها حتى يبعث حكمًا.(٢)

(١) - تفسير الطبري - ابن جرير الطبري (١/ ٣٢٤)

(٢) - تفسير الطبري - ابن جرير الطبري (٨/ ٣١٨)

المبحث الثالث

وتحته ثلاث مطالب:

المطلب الأول: شروط المحكم

لا بد أن تتوافر في المحكم شروط، وهذه الشروط بينها العلماء، فمن الشروط:

الشرط الأول: الإسلام

الشرط الثاني: العقل

الشرط الثالث: البلوغ

الشرط الرابع: العدالة

قال المرداوي رحمه الله:

اشتراط الإسلام، والعدالة في الحكمين: متفق عليه. (١)

قال الجويني رحمه الله تعالى:

والعدالة لا شك مشروطة، فلا ثقةَ بمن يخون نفسَه ودينه.(٢)

الشرط الخامس: أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق؛ لأنهما يتصرفان في ذلك، فيعتبر علمهما به.

قال الجويني رحمه الله:

ولكن لا بُدَّ أن يكونا عالمين بحكم الواقعة، فالعقلُ يرشدهما إلى وجهِ الرأي والتحويم على الأسرار والخفايا، وحكم الواقعة تقريرٌ أو تفريقٌ على حسب الاستصواب.(٣)

الشرط السادس: أن يكونا ذكرين

قال الزركشي رحمه الله: ويشترط (أن يكونا) ذكرين، قاله أبو محمد؛ لأن ذلك يفتقر إلى رأي

(١) – الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف – المرداوي – (٨/ ٣٧٩)

(٢) – نهاية المطلب في دراية المذهب – الجويني (١٣/ ٢٨٦)

(٣) – نهاية المطلب في دراية المذهب – الجويني (١٣/ ٢٨٦)

مجلة كلية الدراسات الإسلامية

ونظر، والمرأة بمعزل عنهما، وقد يقال بالجواز على الرواية الثانية. (١)

قال الصاوي رحمه الله:

فلا يصح حكم النساء لأن الحكم حاكم وإمام مقتدى به، ولا يصح الحكم من النساء ولا الاقتداء بهن لنقصهن في العقل والدين.(٢)

وقد وقع خلاف في بعض الشروط منها:

١ -هل تشترط قرابة الحكمين للزوجين؟

قال الزركشي رحمه الله تعالى:

والأولى أن يكونا من أهلهما، لإرشاد الرب سبحانه لذلك، لكونهما أشفقَ عليهما، وأدعى لطلبِ الحظِّ لهما، ولا يجب، لأن القرابةَ لا تشترطُ في الوكالة، ولا في الحكم. (٣)

قال الصاوي رحمه الله:

قوله: [حكمين من أهلهما] : أي لأن الأقارب أعرف ببواطن الأحوال، وأطيب للإصلاح، ونفوس الزوجين أسكن إليهما، فيبرزان ما في ضمائرهما من الحب والبغض، وإرادة الفرقة أو الصحبة.(٤)

٢ - المعرفة بأحوال الزوجين

قال أبو حيان رحمه الله:

قال جماعة من العلماء: لا بد أن يكونا عارفين بأحوال الزوجين، عدلين، حسني السياسة والنظر في حصول المصلحة، عالمين بحكم الله في الواقعة التي حكما فيها. فإن لم يكن من أهلهما من

(١) - شرح الزركشي على مختصر الخرقي - (٥/ ٣٥٢)

(٢) - حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/ ٥١٣)

(٣) - شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥/ ٣٥٤)

(٤) - حاشية الصاوي على الشرح الصغير - ٢/ ٥١٣

يصلح لذلك أرسل من غيرهما عدلين عالمين، وذلك إذا أشكل أمرهما ورغبا فيمن يفصل بينها.

وقال بعض العلماء: إنما هذا الشرط في الحكمين اللذين يبعثهما الحاكم.(١)

٣- هل يشترط الاجتهاد؟

قال الجويني رحمه الله تعالى:

ثم لم يشترط أحدٌ من أصحابنا أن يكونا مجتهدين، وكيف سبيل اشتراط ذلك؟ وقد لا يتصدى للفتوى في سعةِ رقعة إقليم إلاَّ الشخص الواحد، فكيف نرقبُ مجتهداً من أهله ومجتهداً من أهلها.(٢)

المطلب الثاني: الآداب التي يتصف بها المحكم

١ -أن يعظا بالرفقِ واللينِ دون التغليظ

قال ابن عابدين رحمه الله:

وسبيل هذا سبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في حق سائر الناس أن الامر يبدأ بالموعظة على الرفق واللين دون التغليظ في القول، فإن قبلت، وإلا غلظ القول به، فإن قبلت، وإلا بسط يده فيه.(٣)

٢ - المعرفة بأحوال الزوجين

قال أبو حيان رحمه الله

قال جماعة من العلماء: لا بد أن يكونا عارفين بأحوال الزوجين، عدلين، حسني السياسة والنظر في حصول المصلحة، عالمين بحكم الله في الواقعة التي حكما فيها. فإن لم يكن من أهلهما من

(١) - البحر المحيط في التفسير - أبو حيان - ٣/ ٦٢٩

(٢) - نهاية المطلب في دراية المذهب - الجويني (١٣/ ٢٨٦)

(٣) - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - علاء الدين الكاساني (٢/ ٣٣٤)

يصلح لذلك أرسل من غيرهما عدلين عالمين، وذلك إذا أشكل أمرهما ورغبا فيمن يفصل بينهما.

وقال بعض العلماء: إنما هذا الشرط في الحكمين اللذين يبعثهما الحاكم.(١)

٣- أن يكونا من أهل العفاف والستر

قال أبو حيان رحمه الله:

وأما الحكمان اللذان يبعثهما الزوجان فلا يشترط فيهما إلا أن يكونا بالغين عاقلين مسلمين، من أهل العفاف والستر، يغلب على الظن نصحهما. (٢)

٤ -نية الإصلاح بين الزوجين

قال الإمام الجويني رحمه الله:

قوله تعالى (إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما): معناه إن يُرد الحكمان إصلاحاً وجرَّدا قصدَهما في ذلك يوفق الله بين الزوجين ببركةِ قصدِهما. وهذا ما فهمه عمرُ من الآية، فروي أنه بعث حكمين فرجعا، وقالا: لم يتم الأمر بينهما، فَعَلاَهُمَا بالدِّرةِ وقال: "الله أصدقُ منكما، لو أردتما إصلاحاً، لوفَّق الله"، فرجعا واعتقدا إصلاحاً، فلما بلغا مكانهما، كانا قد أغلقا الباب وتلاوما واصطلحا. (٣)

قال الزحيلي رحمه الله:

وينبغي لهما أن ينويا الإصلاح لقوله تعالى: {إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما [النساء:٣٥]، وأن يلطفا القول، وأن ينصفا، ويرغبا ويخوفا، ولا يخصا بذلك أحدَ الزوجين دون الآخر، ليكونَ

(١) - البحر المحيط في التفسير - أبو حيان - ٣/ ٦٢٩

(٢) - البحر المحيط في التفسير - أبو حيان - ٣/ ٦٣٠

(٣) - نهاية المطلب في دراسة المذهب - أبو المعالي الجويني (١٣/ ٢٨١)

أقربَ للتوفيقِ بينهما.[1]

المطلب الثالث: الأعمال المنوطة بالمحكم

ذهب الحنفية إلى أن مهمة الحكمين الإصلاح لا غير، فإذا نجحا فيه فبها، وإلا تركا الزوجين على حالهما ليتغلبا على نزاعهما بنفسيهما، إما بالمصالحة، أو بالصبر، أو بالطلاق، أو بالمخالعة، وليس للحكمين التفريق بين الزوجين إلا أن يفوض الزوجان إليهما ذلك، فإن فوضاهما بالتفريق بعد العجز عن التوفيق، كانا وكيلين عنهما في ذلك، وجاز لهما التفريق بينهما بهذه الوكالة.

وذهب المالكية إلى أن واجب الحكمين الإصلاح أولا، فإن عجزا عنه لتحكم الشقاق كان لهما التفريق بين الزوجين دون توكيل، ووجب على القاضي إمضاء حكمهما بهذا التفريق إذا اتفقا عليه وإن لم يصادف ذلك اجتهاده.[2]

ذكر الطبري رحمه الله عن السدي رحمه الله أنه قال:

إذا هجرها في المضجع وضربها، فأبت أن ترجع وشاقّته، فليبعث حكمًا من أهله وتبعث حكمًا من أهلها. تقول المرأة لحكمها: "قد وليتك أمري، فإن أمرتني أن أرجعَ رجعت، وإن فرَّقت تفرقنا"، وتخبره بأمرها إن كانت تريد نفقةً أو كرهت شيئًا من الأشياء، وتأمره أن يرفع ذلك عنها وترجع، أو تخبره أنها لا تريد الطلاق، ويبعث الرجل حكمًا من أهله يوليه أمره، ويخبره يقول له حاجته: إن كان يريدها أو لا يريد أن يطلقها، أعطاها ما سألت وزادها في النفقة، وإلا قال له: "خذ لي منها ما لها علي، وطلقها"، فيوليه أمره، فإن شاء طلق، وإن شاء أمسك. ثم يجتمع الحكمان، فيخبر كل واحد منهما ما يريد لصاحبه، ويجهد كل واحد منهما ما يريد لصاحبه. فإن اتفق الحكمان على شيء فهو جائز، إن طلَّقا وإن أمسكا. فهو قول الله: "فابعثوا

(١) – الفقه الإسلامي وأدلته – الزحيلي – (٦ – ٩٨٥٧)

(٢) – الموسوعة الفقهية (٢٩/ ٥٤)

حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما". فإن بعثت المرأة حكمًا وأبى الرجل أن يبعث، فإنه لا يقربها حتى يبعث حكمًا.(١)

وعن الحسن وهو قول قتادة أنهما قالا: إنما يبعث الحكمان ليصلحا ويشهدا على الظالم بظلمه.

وأما الفرقة، فليست في أيديهما ولم يملَّكا ذلك يعني: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها".(٢)

قال ابن عطية رحمه الله :

واختلف الناس في المقدار الذي ينظر فيه الحكمان

فقال الطبري: قالت فرقة: لا ينظر الحكمان إلا فيما وكلهما به الزوجان وصرحا بتقديمهما عليه، ترجم بهذا ثم أدخل عن علي غيره

وقال الحسن بن أبي الحسن وغيره: ينظر الحكمان في الإصلاح، وفي الأخذ والإعطاء، إلا في الفرقة فإنها ليست إليهما.

وقالت فرقة: ينظر الحكمان في كل شيء، ويحملان على الظالم، ويمضيان ما رأياه من بقاء أو فراق، وهذا هو مذهب مالك والجمهور من العلماء، وهو قول علي بن أبي طالب في المدونة وغيرها، وتأول الزجّاج عليه غير ذلك، وأنه وكل الحكمين على الفرقة، وأنها للإمام، وذلك وهم من أبي إسحاق، واختلف المتأولون في من المراد بقوله:

إِنْ يُرِيدا إِصْلاحاً فقال مجاهد وغيره: المراد الحكمان، أي إذا نصحا وقصدا الخير بورك في وساطتهما، وقالت فرقة: المراد الزوجان، والأول أظهر، وكذلك الضمير في بَيْنِهِما، يحتمل الأمرين، والأظهر أنه للزوجين، والاتصاف ب «عليم خبير» يشبه ما ذكر من إرادة الإصلاح.(٣)

(١) - تفسير الطبري – ابن جرير الطبري (٨/ ٣١٨)

(٢) - تفسير الطبري – ابن جرير الطبري (٨/ ٣٢٢)

(٣) - المحرر الوجيز – ابن عطية (٢/ ٤٩)

المبحث الرابـــع

وتحته خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم العمل بقول المحكم شرعا

قبل الخوض في هذه المسألة، لا بد من بيان مسألة أخرى وهي: هل المحكم وكيل أم قاض؟

قال الشوكاني رحمه الله:

وعلى الحكمين أن 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. وبه قال مالك، والأوزاعي، وإسحاق، وهو مروي عن عثمان، وعلي، وابن عباس، والشعبي، والنخعي، والشافعي، وحكاه ابن كثير عن الجمهور، قالوا: لأن الله قال: فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها وهذا نص من الله سبحانه أنهما قاضيان، لا وكيلان، ولا شاهدان.

وقال الكوفيون، وعطاء، وابن زيد، والحسن، وهو أحد قولي الشافعي: إن التفريق هو إلى الإمام أو الحاكم في البلد، لا إليهما، ما لم يوكلهما الزوجان، أو يأمرهما الإمام والحاكم، لأنهما رسولان شاهدان، فليس إليهما التفريق، ويرشد إلى هذا قوله: إن يريدا أي: الحكمان إصلاحا بين الزوجين يوفق الله بينهما لاقتصاره على ذكر الإصلاح دون التفريق.

ومعنى: إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما أي: يوقع الموافقة بين الزوجين حتى يعودا إلى الألفة وحسن العشرة.

ومعنى الإرادة: خلوص نيتهما لصلاح الحال بين الزوجين.[1]

قال الطاهر ابن عاشور رحمه الله: وصريح الآية: أن المبعوثين حكمان لا وكيلان، وبذلك قال

(١) – فتح القدير – محمد بن علي الشوكاني (١/ ٥٣٥)

أئمة العلماء من الصحابة والتابعين. وقضى به عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، وقاله ابن عباس، والنخعي، والشعبي، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق.

وعلى قول جمهور العلماء فما قضى به الحكمان من فرقة أو بقاء أو مخالعة يمضي، ولا مقال للزوجين في ذلك لأن ذلك معنى التحكيم، نعم لا يمنع هؤلاء من أن يوكل الزوجان رجلين على النظر في شؤونهما، ولا من أن يحكما حكمين على نحو تحكيم القاضي.

وخالف في ذلك ربيعة فقال: لا يحكم إلا القاضي دون الزوجين. (١)

ومن الأدلة على أن المحكم له سلطة التفريق بين الزوجين وهو كالقاضي وليس وكيلا ما أخرجه الطبري بسنده قال حدثنا مجاهد بن موسى قال، حدثنا يزيد قال، حدثنا هشام بن حسان وعبد الله بن عون، عن محمد: أن عليًّا رضي الله عنه أتاه رجل وامرأته، ومع كل واحد منهما فئامٌ من الناس. فأمرهما علي رضي الله عنه أن يبعثا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، لينظرا. فلما دنا منه الحكمان، قال لهما علي رضي الله عنه: أتدريان ما لكما؟ لكما إن رأيتما أن تفرّقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما

قال هشام في حديثه: فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعليّ، فقال الرجل: أما الفرقة فلا! فقال عليّ: كذبتَ والله، حتى ترضى مثل ما رضيت به

وقال ابن عون في حديثه: كذبتَ والله، لا تبرَحُ حتى ترضى بمثل ما رضيت به.(٢)

قال القرطبي رحمه الله :

والصحيح الأول، وأن للحكمين التطليق دون توكيل، وهو قول مالك والأوزاعي وإسحاق وروي عن عثمان وعلي وابن عباس، وعن الشعبي والنخعي، وهو قول الشافعي، لأن الله تعالى

(١) – التحرير والتنوير – الطاهر ابن عاشور (٥ / ٤٦)

(٢) – تفسير الطبري – ابن جرير الطبري (٨/ ٣٢١)

قال: (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) وهذا نص من الله سبحانه بأنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان. وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذ- فكيف لعالم- أن يركب معنى أحدهما على الاخر!.

وقد روى الدارقطني من حديث محمد بن سيرين عن عبيدة في هذه الآية (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) قال: جاء رجل وامرأة إلى علي مع كل واحد منهما فئام من الناس فأمرهم فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، وقال للحكمين: هل تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما. فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي. وقال الزوج: أما الفرقة فلا. فقال علي: كذبت، والله لا تبرح حتى تقر بمثل الذي أقرت به. وهذا إسناد صحيح ثابت روي عن علي من وجوه ثابتة عن ابن سيرين عن عبيدة، قال أبو عمر. فلو كانا وكيلين أو شاهدين لم يقل لهما: أتدريان ما عليكما؟ إنما كان يقول: أتدريان بما وكلتما؟ وهذا بين.[1]

المطلب الثاني: هل يشترط اتفاق الحكمين؟

قال القرطبي رحمه الله:

فإن اختلف الحكمان لم ينفذ قولهما ولم يلزم من ذلك شيء إلا ما اجتمعا عليه. وكذلك كل حكمين حكما في أمر، فإن حكم أحدهما بالفرقة ولم يحكم بها الآخر، أو حكم أحدهما بمال وأبى الآخر فليسا بشيء حتى يتفقا.[2]

قال ابن جرير رحمه الله حدثنا المثنى قال، حدثنا أبو حذيفة قال، حدثنا شبل، عن قيس بن سعد

(١) - تفسير القرطبي - (٥/ ١٧٧)

(٢) - تفسير القرطبي - (٥/ ١٧٧)

قال: وسألت عن الحكمين قال: ابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، فما حكم الحكمان من شيء فهو جائزٌ، يقول الله تبارك وتعالى: "إن يريدا إصلاحًا يوفق الله بينهما". قال: يخلو حكم الرجل بالزوج، وحكم المرأة بالمرأة، فيقول كل واحد منهما لصاحبه: "اصدقني ما في نفسك". فإذا صَدق كل واحد منهما صاحبه، اجتمع الحكمان، وأخذ كل واحد منهما على صاحبه ميثاقًا: "لتصدقني الذي قال لك صاحبك، ولأصدقنك الذي قال لي صاحبي"، فذاك حين أرادا الإصلاح، يوفق الله بينهما. فإذا فعلا ذلك، اطَّلع كل واحد منهما على ما أفضى به صاحبه إليه، فيعرفان عند ذلك من الظالم والناشز منهما، فأتيا عليه فحكما عليه. فإن كانت المرأة قالا "أنت الظالمة العاصية، لا ينفق عليك حتى ترجعي إلى الحق وتطيعي الله فيه". وإن كان الرجل هو الظالم قالا "أنت الظالم المضارّ، لا تدخل لها بيتًا حتى تنفق عليها وترجع إلى الحق والعدل". فإن أبت ذلك كانت هي الظالمةَ العاصيةَ، وأخذ منها ما لها، وهو له حلال طيب. وإن كان هو الظالمَ المسيءَ إليها المضارَّ لها طلقها، ولم يحلّ له من مالها شيء. فإن أمسكها، أمسكها بما أمر الله، وأنفق عليها وأحسن إليها.

وأخرج أيضا بسنده قال حدثنا ابن وكيع قال، حدثنا أبي، عن موسى بن عبيدة، عن محمد بن كعب القرظي قال: كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يبعث الحكمين، حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها. فيقول الحكم من أهلها: "يا فلان، ما تنقِم من زوجتك"؟ فيقول:" أنقِم منها كذا وكذا". قال فيقول: "أفرأيت إن نزعَت عما تكره إلى ما تحب، هل أنت مُتقي الله فيها، ومعاشرها بالذي يحق عليك في نفقتها وكسوتها"؟ فإذا قال: "نعم"، قال الحكم من أهله: "يا فلانة ما تنقمين من زوجك فلان"؟ فيقول مثل ذلك، فإن قالت: "نعم"، جمع بينهما. قال: وقال علي رضي الله عنه: الحكمان، بهما يجمع الله وبهما يفرِّق. (١)

(١) - تفسير الطبري (٨/ ٣٢٣)

وقال ابن كثير رحمه الله:

قال الشيخ أبو عمر بن عبد البر: وأجمع العلماء على أن الحكمين -إذا اختلف قولهما-فلا عبرة بقول الآخر، وأجمعوا على أن قولهما نافذ في الجمع وإن لم يوكلهما الزوجان. (١)

المطلب الثالث: هل يشترط رضا الزوجين في بعث الحكمين؟

قال البغوي رحمه الله :

واختلف القول في جواز بعث الحكمين من غير رضا الزوجين:

وأصح القولين أنه لا يجوز إلا برضاهما، وليس لحكم الزوج أن يطلق دون رضاه، ولا لحكم المرأة أن يخالع على مالها إلا بإذنها، وهو قول أصحاب الرأي لأن عليا رضي الله عنه، حين قال الرجل: أما الفرقة فلا قال: كذبت حتى تقر بمثل الذي أقرت به. فثبت أن تنفيذ الأمر موقوف على إقراره ورضاه.

والقول الثاني: يجوز بعث الحكمين دون رضاهما، ويجوز لحكم الزوج أن يطلق دون رضاه ولحكم المرأة أن يخلع دون رضاها، إذا رأيا الصلاح، كالحاكم يحكم بين الخصمين وإن لم يكن على وفق مرادهما، وبه قال مالك، ومن قال بهذا قال: ليس المراد من قول علي رضي الله عنه للرجل حتى تقر: أن رضاه شرط، بل معناه: أن المرأة رضيت بما في كتاب الله فقال الرجل: أما الفرقة فلا يعني: الفرقة ليست في كتاب الله ، فقال علي: كذبت، حيث أنكرت أن الفرقة في كتاب الله، بل هي في كتاب الله، فإن قوله تعالى: {يوفق الله بينهما يشتمل على الفراق وغيره لأن التوفيق أن يخرج كل واحد منهما من الوزر وذلك تارة يكون بالفرقة وتارة بصلاح حالهما في الوصلة.(٢)

(١) - تفسير ابن كثير (٢/ ٢٩٧)

(٢) - تفسير البغوي (٢/ ٢٠٩)

قال الزمخشري رحمه الله :

فإن قلت: فهل يليان الجمع بينهما والتفريق إن رأيا ذلك؟ قلت: قد اختلف فيه، فقيل: ليس إليهما ذلك إلا بإذن الزوجين.

وقيل: ذلك إليهما، وما جعلا حكمين إلا وإليهما بناء الأمر على ما يقتضيه اجتهادهما.(١)

المطلب الرابع : هل يملك الحكمان التفريق بين الزوجين ؟

أخرج الطبري بسنده عن محمد بن بشار قال، حدثنا عبد الأعلى قال، حدثنا سعيد، عن قتادة، عن الحسن وهو قول قتادة أنهما قالا إنما يبعث الحكمان ليصلحا ويشهدا على الظالم بظلمه. وأما الفرقة، فليست في أيديهما ولم يملَّكا ذلك يعني: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها".(٢)

و قال الحسن: الحكمان يحكمان في الاجتماع، ولا يحكمان في الفُرقة.(٣)

قال ابن زيد في قوله: "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن"، قال: تعظها، فإن أبت وغَلبت، فاهجرها في مضجعها. فإن غلبت هذا أيضًا، فاضربها. فإن غلبت هذا أيضًا، بُعث حكم من أهله وحكم من أهلها. فإن غلبت هذا أيضًا وأرادت غيره، فإنَّ أبِي قال أو: كان أبي يقول ليس بيد الحكمين من الفرقة شيء، إن رأيا الظلم من ناحية الزوج قالا "أنت يا فلان ظالم، انزع"! فإن أبى، رفعا ذلك إلى السلطان. ليس إلى الحكمين من الفراق شيء.(٤)

والقول الثاني في المسألة: أن للحكمين التفريقَ بين الزوجين

قال الطبري رحمه الله:

---

(١) – الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل – الزمخشري (١/ ٥٠٨)

(٢) – تفسير الطبري (٨/ ٣٢٢)

(٣) – تفسير الطبري (٨ / ٣٢٤)

(٤) – تفسير الطبري (٨/ ٣٢٥)

وقال آخرون: بل إنما يبعث الحكمين السلطانُ، على أن حكمهما ماضٍ على الزوجين في الجمع والتفريق.

ذكر من قال ذلك:

حدثني المثنى قال، حدثنا عبد الله بن صالح قال، حدثني معاوية، عن علي بن أبي طلحة، عن ابن عباس قوله: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها"، فهذا الرجل والمرأة، إذا تفاسد الذي بينهما، فأمر الله سبحانه أن يبعثوا رجلا صالحًا من أهل الرجل، ومثله من أهل المرأة، فينظران أيهما المسيء. فإن كان الرجل هو المسيء، حَجَبوا عنه امرأته وقَصَروه على النفقة، وإن كانت المرأة هي المسيئة، قصروها على زوجها، ومنعوها النفقة. فإن اجتمع رأيهما على أن يفرّقا أو يجمعا، فأمرهما جائز. فإن رأيا أن يجمعا، فرضي أحد الزوجين وكره ذلك الآخر، ثم ماتَ أحدهما، فإنّ الذي رضي يَرِث الذي كره، ولا يرث الكارهُ الراضيَ، وذلك قوله: "إن يريدا إصلاحًا"، قال: هما الحكمان "يوفق الله بينهما".

حدثنا ابن بشار قال، حدثنا روح قال، حدثنا عوف، عن محمد بن سيرين: أن الحكم من أهلها والحكم من أهله، يفرِّقان ويجمعان إذا رأيا ذلك "فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها".

حدثني محمد بن المثنى قال، حدثنا محمد بن جعفر قال، حدثنا شعبة، عن عمرو بن مرة، قال: سألت سعيد بن جبير عن الحكمين فقال: لم أولد إذ ذاك! فقلت: إنما أعني حَكم الشقاق. قال: يقبلان على الذي جاء التداري من عنده.

فإن فعل، وإلا أقبلا على الآخر. فإن فعل، وإلا حكما. فما حكما من شيء فهو جائز.

حدثنا عبد الحميد بن بيان قال، أخبرنا محمد بن يزيد، عن إسماعيل، عن عامر في قوله: "فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها"، قال: ما قضى الحكمان من شيء فهو جائز.[1]

(١) - تفسير الطبري (٨/ ٣٢٦)

مجلة كلية الدراسات الإسلامية

قال ابن كثير رحمه الله :

وهذا مذهب جمهور العلماء: أن الحكمين إليهما الجمع والتفرقة، حتى قال إبراهيم النخعي: إن شاء الحكمان أن يفرقا بينهما بطلقة أو بطلقتين أو ثلاث فعلا. وهو رواية عن مالك.

وقال الحسن البصري: الحكمان يحكمان في الجمع ولا يحكمان في التفريق، وكذا قال قتادة، وزيد بن أسلم. وبه قال أحمد بن حنبل، وأبو ثور، وداود، ومأخذهم قوله تعالى: (إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما) ولم يذكر التفريق.[1]

المطلب الخامس: هل لحكم المحكم صفة الإلزام؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى لزوم الحكم الصادر من الحكمين للزوجين، وأن هذا هو الهدف من التحكيم، وإذا انتفت صفةُ الإلزامِ للحكم فلا فائدة من التحكيم، قال الطاهر ابن عاشور رحمه الله:

وصريح الآية: أن المبعوثين حكمان لا وكيلان، وبذلك قال أئمة العلماء من الصحابة والتابعين. وقضى به عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، وقاله ابن عباس، والنخعي، والشعبي، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق.

وعلى قول جمهور العلماء فما قضى به الحكمان من فرقة أو بقاء أو مخالعة يمضي، ولا مقال للزوجين في ذلك لأن ذلك معنى التحكيم، نعم لا يمنع هؤلاء من أن يوكل الزوجان رجلين على النظر في شؤونهما، ولا من أن يحكما حكمين على نحو تحكيم القاضي.

وخالف في ذلك ربيعة فقال: لا يحكم إلا القاضي دون الزوجين.[2]

ومن الأدلة المرجحة لهذا القول:

---

(١) – تفسير ابن كثير (٢/ ٢٩٧)

(٢) – التحرير والتنوير – الطاهر ابن عاشور (٥ / ٤٦)

١-أن عدم تنفيذ الحكم يؤدي إلى فوات الفائدة من التحكيم مما يؤدي إلى ضياع الحقوق والمماطلة بها .

٢-أن التحكيم كالصلح بل إنه أشد منه إلزاما ، ففي الصلح ما يتفق عليه الخصمان ويصطلحان عليه يصبح ملزما لهما ، وليس لأي منهما الرجوعُ عنه ، وبما أن التحكيمَ أشدُّ إلزاما يكون الحكمُ الصادرُ عن الحكمين ملزما للخصمين .

٣-أن منزلةَ الحكمين للخصوم كمنزلة القاضي المولى، فكما أنه لا يجوز لأي من الخصمين أن يتحلل من الحكم الصادر من القاضي المولى، فكذلك لا يجوز لهما التحلل من الحكم الصادر من الحكمين، وذلك لأنهما بنفس المنزلة.

المبحث الخامس

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: الأحكام المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين في القانون الكويتي

لقد حرصت دولة الكويت على المحافظة على نسيج الأسرة من الانفصال، وطبقت ما أمر به الشرع من الإصلاح بين الزوجين فأنشأت محكمة للأسرة وحددت المواد في القانون الكويتي التي تتعلق بالتحكيم والإصلاح بين الزوجين، فقد جاء في قانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ ، في شأن الأحوال الشخصية (رقم ٥١ / ١٩٨٤) ما يلي :

المادة ١٢٧

على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر الإصلاح وثبت الضرر، حكمت بالتفريق بينهما بطلقة بائنة، وإن لم يثبت الضرر عينت حكمين للتوفيق أو التفريق.

المادة ١٢٨

يشترط في الحكمين: أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن يتوافر فيهم حسن التفهم، والقدرة على الإصلاح .

المادة ١٢٩

على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق، ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين بأي طريقة ممكنة.

المادة ١٣٠

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

- أ- فإن تبين أن الإساءة كلها من الزوج، وكانت الزوجة طالبة للتفريق اقترح الحكمان التفريق، وإلزامه جميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق. وإن كان الزوج طالبا للتفريق، اقترح الحكمان رفض دعواه.

ب- وإن كانت الإساءة كلها من الزوجة، اقترحا التفريق بين الزوجين، نظير رد ما قبضته من المهر، وسقوط جميع حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق. جـ- وإن كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة.

د- وإن لم يعرف المسيء من الزوجين، فإن كان طالب التفريق هو الزوج اقترحا رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي الطالبة، أو كان كل منهما يطلب التفريق، اقترح الحكمان التفريق دون عوض.

هـ- التفريق للضرر يقع طلقة بائنة.

المادة ١٣١

أ- على الحكمين أن يرفعا إلى المحكمة تقريرهما مفصلا، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه، إذا كان موافقا لأحكام المادة السابقة.

ب- وإذا اختلف الحكمان، ضمت المحكمة إليهما حكما ثالثا مرجحا من غير أهل الزوجين، قادرا على الإصلاح.

المادة ١٣٢

أ- يرفع المحكمون الثلاثة تقريرهم بالاتفاق، أو بالأكثرية إلى المحكمة، لتفصل في الدعوى، وفق المادة (١٣٠).

ب- وإذا تفرقت آراؤهم، أو لم يقدموا تقريرا، سارت المحكمة في الدعوى بالإجراءات العادية.

المطلب الثاني: المقارنة بين القانون الكويتي والشرع في التحكيم

وبالنظر إلى هذه المواد يمكن المقارنة بين ما جاء في كلام العلماء وبين ما ذكر في القضاء الكويتي على هذا التفصيل:

١ -أن القانون الكويتي امتثل ما أمرت به الشريعة من نصب الحكمين للإصلاح بين الزوجين عند الخصومة فقررت ذلك في المادة رقم (١٢٧) :

(على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين)

وهذا مطابق لما أمرت به الشريعة كما مر معنا في المبحث الأول في قوله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها)

وهذا بعد ذكره سبحانه وتعالى للأمور التي يفعلها الزوج عند نشوز الزوجة كما في قوله تعالى (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، إن الله كان عليا كبيرا)

ثم ذكر الله التحكيم بين الزوجين عند عدم تحقيق الأمور المذكور للإصلاح بين الزوجين.

٢ -أن القانون الكويتي اشترط في الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين وعلق ذلك بالإمكان كما في المادة رقم ١٢٨ :

يشترط في الحكمين: أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن يتوافر فيهم حسن التفهم، والقدرة على الإصلاح.

وهذا الأمر مبني على المصلحة المتحققة من كون المحكمين من أهل الزوجين لكونهما أعرف

بحال الزوجين ، وهذا القول موافق لمذهب المالكية ، فقد قال المالكية: يكون الحكمان من أهل الزوجين – حكم من أهله وحكم من أهلها – إن أمكن، لأن الأقارب أعرف ببواطن الأمور، وأقعد بأحوال الزوجين، وأطيب للإصلاح، ونفوس الزوجين أسكن إليهما، فيبرزان لهما ما في ضمائرهما من الحب والبغض وإرادة الفرقة أو الصحبة، ولا يجوز بعث أجنبيين مع إمكان الأهلين، فإن بعثهما مع الإمكان فالظاهر نقض حكمهما، لأن ظاهر الآية أن كونهما من أهلهما مع الوجدان واجب شرط.[1]

وقد ذهب الشافعية[2] والحنابلة[3] إلى أن كون الحكمين من أهل الزوجين مستحب غير مستحق، لكنه الأولى لقول الله تعالى: فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ولأنهما أشفق وأعلم بالحال، ويجوز أن يكونا من غير أهلهما، لأن القرابة لا تشترط في الحاكم ولا في الوكيل، فكان الأمر بذلك إرشادا واستحبابا .[4]

٣-أن القانون الكويتي اشترط في الحكمين أن يتوافر فيهم حسن التفهم والقدرة على الإصلاح كما في المادة ١٢٩ :

(على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق، ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين بأي طريقة ممكنة) .

وهذا مطابق لما ذكره بعض العلماء ، قال أبو حيان رحمه الله :

قال جماعة من العلماء: لا بد أن يكونا عارفين بأحوال الزوجين، عدلين، حسني السياسة والنظر

(١) – تفسير القرطبي ٥ / ١٧٥، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢ / ٣٤٤

(٢) – مغني المحتاج ٣ / ٢٦١

(٣) – المغني ٧ / ٥٠، وكشاف القناع ٥ / ٢١١

(٤) – الموسوعة الفقهية – وزارة الأوقاف الكويتية (٤٠/ ٣٠٩)

في حصول المصلحة، عالمين بحكم الله في الواقعة التي حكما فيها. فإن لم يكن من أهلهما من يصلح لذلك أرسل من غيرهما عدلين عالمين، وذلك إذا أشكل أمرهما ورغبا فيمن يفصل بينهما.

وقال بعض العلماء: إنما هذا الشرط في الحكمين اللذين يبعثهما الحاكم.(١)

٤ -وقد حددت المواد الباقية الأعمال المنوطة بالمحكمين وبينت ذلك بيانا واضحا ، كما في المادة (١٣٠) والمادة (١٣١) ، والملاحظ في المادة (١٣١) أن القانون الكويتي لم يجعل حكم المحكم ملزما للطرفين ، وإنما يقوم المحكمان برفع تقرير للقاضي ، والقاضي يقرر ما يراه مناسبا وهذا القول موافق لما ذهب إليه بعض الفقهاء كما مر معنا وهو أحد قولي الشافعي : إن التفريق هو إلى الإمام أو الحاكم في البلد، لا إليهما، ما لم يوكلهما الزوجان، أو يأمرهما الإمام والحاكم، لأنهما رسولان شاهدان، فليس إليهما التفريق، ويرشد إلى هذا قوله: إن يريدا أي: الحكمان إصلاحا بين الزوجين يوفق الله بينهما لاقتصاره على ذكر الإصلاح دون التفريق، وهذا نص المادة (١٣١) التي نصت على هذا الأمر :

أ- على الحكمين أن يرفعا إلى المحكمة تقريرهما مفصلا، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه، إذا كان موافقا لأحكام المادة السابقة.

ب- وإذا اختلف الحكمان، ضمت المحكمة إليهما حكما ثالثا مرجحا من غير أهل الزوجين، قادرا على الإصلاح.

المادة ١٣٢

أ- يرفع المحكمون الثلاثة تقريرهم بالاتفاق، أو بالأكثرية إلى المحكمة، لتفصل في الدعوى، وفق المادة (١٣٠).

ب- وإذا تفرقت آراؤهم، أو لم يقدموا تقريرا، سارت المحكمة في الدعوى بالإجراءات العادية.

(١) - البحر المحيط في التفسير - أبو حيان - ٣/ ٦٢٩

النتائج والتوصيات

النتـــائج:

١ – اهتمام الإسلام بالأسرة، وتشريعه الأحكام التي تحافظ على كيان الأسرة من الانفصال.

٢ –التحكيم بين الزوجين لا يصار إليه إلا بعد استعمال الأمور الثلاثة التي شرعها الله للإصلاح بين الزوجين هي (الوعظ والهجر والضرب).

٣ –للتحكيم فوائد كثيرة من أعظمها: الإصلاح بين الزوجين وتقليل هوة الخلاف بين الزوجين.

٤ –يشترط في المحكم شروط معتبرة قررها العلماء فيجب اعتبارها والعمل بها .

٥ –من أعظم ما ينبغي تحلي المحكم به: نية الإصلاح بين المتخاصمين وأن يسعيا إلى ذلك سعيا حثيثا.

٦ –لابد أن يتحلى المحكم بصفات منها العلم والحلم والحكمة والتأني وبعد النظر حتى يتحقق المقصود من التحكيم.

٧ –لابد من تحديد الأعمال التي يقوم بها المحكم، حتى لا تتداخل أعمال المحكم مع عمل القاضي.

التوصيات :

١ –الواجب على المحاكم عدم الحكم في الخلافات الزوجية إلا بعد العرض على الحكمين

٢ – يجب العمل على تحقيق الشروط التي يجب توافرها في الحكمين، وأن يكون الاختيار متطابقا مع الشروط الذي ذكرها العلماء للمحكم .

٣ –من لم تتحقق فيه الشروط التي ذكرها العلماء للمحكم فلا بد من إقالته وتعيين آخر ممن توافرت فيه الشروط المعتبرة .

ثبت المراجـــع

١ – الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف – علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي – دار إحياء التراث العربي

٢ – البحر المحيط في التفسير – أبو حيان محمد بن يوسف الأندلسي – دار الفكر بيروت

٣–بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني – دار الكتب العلمية

٤ – التحرير والتنوير – محمد الطاهر بن محمد الطاهور بن عاشور – الدار التونسية للنشر

٥ –تفسير القرآن العظيم – أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي – دار الكتب العلمية

٦ – معالم التنزيل في تفسير القرآن – أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي – دار إحياء التراث العربي.

٧– جامع البيان في تأويل القرآن – محمد بن جرير أبو جعفر الطبري – مؤسسة الرسالة

٨ – الجامع لأحكام القرآن – أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي – دار الكتب المصرية

٩ – التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج – وهبة الزحيلي – دار الفكر المعاصر

١٠ – تهذيب اللغة – محمد بن أحمد الأزهري – دار إحياء التراث العربي

١١ – حاشية الصاوي على الشرح الصغير – أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي – دار المعارف

١٢ – درر الحكام في شرح مجلة الأحكام – علي حيدر خواجه أفندي – دار الجيل

١٣ – شرح الزركشي على مختص الخرقي – شمس الدين محمد بن عبدالله الزركشي الحنبلي – دار العبيكان

١٤ – فتح القدير – محمد بن علي الشوكاني – دار ابن كثير

١٥ – الفقه الإسلامي وأدلته – وهبه الزحيلي – دار الفكر

١٦- القاموس المحيط – مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي – مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر

١٧- كتاب الأم – الإمام محمد بن إدريس الشافعي – دار المعرفة

١٨- كشاف القناع عن متن الإقناع – منصور بن يونس البهوتي – دار الكتب العلمية

١٩- الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل – أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري – دار الكتاب العربي

٢٠- لسان العرب – محمد بن مكرم أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري – دار صادر

٢١- المحرر الوجيز في تفسير القرآن العزيز – أبو محمد عبدالحق بن غالب بن عطية الأندلسي – دار الكتب العلمية

٢٢- معجم لغة الفقهاء –محمد رواس قلعجي – دار النفائس

٢٣- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج – شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني – درا الكتب العلمية

٢٤- المغني – أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي – مكتبة القاهرة

٢٥- موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي – مجموعة من المؤلفين – دار الفضيلة للنشر والتوزيع

٢٦-لموسوعة الفقهية الكويتية – وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت

٢٧- نهاية المطلب في دراية المذهب – أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني – دار المنهاج

٢٨- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج – شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني – درا الكتب العلمية