« التحكيم بين الزوجين »
فى الشريعة الاسلامية - دراسة مقارنة

بقلم
دكتور
حمدى عبد المنعم شلبى
مدرس الفقه المالكى
كلية الشريعة والقانون بدمنهور

١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م

تعريف موجز عن الباحث

الاسم : حمدى عبد المنعم محمد شلبى

تاريخ الميلاد : ١٩٤٨/١/١ · منشأة الوكيل - البحيرة ·

المؤهلات العلمية :

★ بكالريوس تجارة (شعبة محاسبة) كلية التجارة جامعة الاسكندرية ١٩٦٩ م ·

★ الليسانس فى الدراسات الاسلامية والعربية · بتقدير (جيد جداً مع مرتبة الشرف الأولى) جامعة الأزهر · ١٩٧٨ م ·

★ الماجستير فى الفقه المقارن · (الشيخ محمد الأمير وأثره فى الفقه المالكى) بتقدير : امتياز كلية الشريعة والقانون - القاهرة - ١٩٨٣

★ الدكتوراه فى الفقه المقارن · (نظرية الثمن فى الفقه الاسلامى) كلية الشريعة والقانون · أسيوط ١٩٨٦ م التقدير : مرتبة الشرف الأولى

بسم الله الرحمن الرحيم

تقـــديم

الحمـد لله رب العـالمين الأحسن حـكما لقوم يوقنون ، والصلاة والسلام على سـيد الأولين والآخرين ، المنزل عليه قول أحكم الحاكمين « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم » (١) ، وعلى آله وصحبه ، ومن والاه واتبع هداه باحسان الى يوم الدين ـ أما بعد :

فقد حفلت الشريعة الاسلامية بتنظيم العلاقة بين البشر ، كما عنيت ببيان الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأفراد ٠

ومن ذلك مايتعلق بالأسرة ـ لبنة المجتمع الأولى ـ فجاءت الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبويه الشريفة ذاخرة بالأحكام المتعددة بدءا : باختيار كل من الزوجين للآخر لتكوين أسرة مسلمة ، ومرورا بمسئولية كل راع فى أسرته ، وتفصيلا للحقوق والواجبات ، وخاصة حث كل من الزوجين على حسن العشرة والمعاملة بالمعروف : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة »(٢) ، وتحقيقا للسكن الذى يثمر المودة والرحمة بين جنبات الأسرة ، آية من آيات الله تعالى « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة »(٣) ٠

ولم تغفـل الشريعة ـ وحاشاها أن تغفل ـ ان النفوس البشرية ، والطباع الانسانية ليست على وتيرة واحدة ، فهى عرضة للتقلب ، وأنه قد يحـدث تغير فى العواطف يؤثر فى

---

(١) صدر الآية (٦٥) من سورة النساء ٠
(٢) من الآية (٢٢٨) من سورة البقرة ٠
(٣) صدر الآية (٢١) من سورة الروم ٠

معاملة أحد الطرفين للآخر ، مما يحيل ما فى القلوب من ألفة الى نفرة ، وما فى الحياة من وفاق الى شقاق ، ومن خضوع الى نشوز .

فيوجه الله تعالى نظر الأزواج - حين يعتريهم شىء من الضيق ، أو يتسرب الى نفوسهم بعض بواعث بغض - وكراهية - الى مداومة العشرة بالمعروف ، ذلك أن الخير قد يكون فيما يكرهه الانسان ، فيقول سبحانه : « وعاشروهن بالمعروف ، فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا » (٤) .

ويوصى الرسول الكريم - ﷺ - الرجال بالنساء خيرا : « استوصوا بالنساء خيرا ، فانهن خلقن من ضلع ، وان أعوج شىء فى الضلع أعلاه ، فان ذهبت تقيمه كسرته ، وان تركته لم يزل أعوج فاستوصوا بالنساء خيرا » (٥) .

ويرشد الحق سبحانه الى السبيل الناجح والدواء الناجع فى اصلاح ما بين الزوجين ، مما عساه أن يحدث : بنشوز من الزوجة تارة ، أو باعراض من الزوج تارة أخرى ، فيدعو المولى الحكيم الأزواج - فى الحالة الأولى - الى معالجة الأمر بالحكمة والموعظة الحسنة ، وذلك بتذكير الزوجة بما يجب عليها من حسن الصحبة وجميل العشرة للزوج ، فان لم يفد ذلك ، فعليهم بالهجر فى المضاجع ، وانه لشاق على الزوجة المحبة لزوجها ، فتؤوب للصلاح وتثوب لرشدها ، أما ان كانت مبغضن فسيظهر النشوز منها ، وعلى الزوج - حينئذ

---

(٤) نهاية الآية (١٩) من سورة النساء .

(٥) أخرجه الامام البخارى فى صحيحه عن أبى هريرة رضى الله عنه ، فى باب (الوصاة بالنساء) من كتاب (النكاح) . انظر : صحيح البخارى بحاشية السندى جـ٣ - ٢٥٧ .

ـ اللجوء الى ضرب غير مبرح ، بحيث لا يكسر عظما ولا يشين جارحة ، وقد يكون بعود من سواك ونحوه ، فهو شيء من الايذاء البدنى عند عدم فلاح اسلوب الايذاء النفسى ، وذلك هو ما نصت عليه الآية الكريمة : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، ان الله كان عليا كبيرا » (٦) ٠

أما ان كان النشوز من الزوج اعراضا وتوليا ، فان القرآن الكريم يحث الزوجة على محاولة الاصلاح الذى هو خير ، فيقول جل شأنه : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا ، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا ، والصلح خير ، وان تحسنوا وتتقوا فان الله كان بما تعملون خبيرا » (٧) ٠

وباتباع الارشاد الربانى ، وانتهاج النهج القرآنى ، يستقيم ما اعوج من الحياة الزوجية ، وتعود مياه المودة والرحمة الى الانسياب فى نهر السكن المسلم ، بتصرف حكيم من الزوجين ، دونما تدخل من أحد أجنبى ٠

لكن قد يتفاقم النزاع بين الزوجين ، ولا تجدى محاولاتهما ، أو محاولة أحدهما شيئا فى سبيل الاصلاح ، وتتسع الهوة ، فيتطلب الأمر تدخلا من الأهل والأقارب لرأب الصدع الذى يوشك أن يفكك روابط الأسرة ٠

فاذا لم تفلح جهود الأهل فد ذلك ، وخيف أن يحل الشقاق محل الوفاق ، تأتى تعاليم السماء بانزال الدواء علاجا للداء : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله

---

(٦) آخر الآية (٣٤) من سورة النساء ٠

(٧) الآية (١٢٨) من سورة النساء ٠

وحكما من أهلها ، ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ، ان الله كان عليما خبيرا » (٨) .

ولئن كان الامام الفقيه (ابن العربى) قد ندب الى ذلك الأمر فى وقته فما أجابه الى بعث الحكمين عند الشقاق - - آنذاك - الا قاض واحد (٩) ، فان القضاة فى محاكمنا - الآن - استجابة لله تعالى ، وتطبيقا لهذا العلاج الربانى ، وتنفيذا لقوانين الأحوال الشخصية يقومون ببعث حكمين للتحكيم بين الزوجين المتنازعين .

ولأهمية الدور الذى يقوم به الحكمان فى هذا الشأن ، فقد آثرت الحديث عن هذا الموضوع فى هذا البحث بعنوان : (التحكيم بين الزوجين ، فى الشريعة الاسلامية) ، وذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : فى المعنى الكريم لآية التحكيم .

المطلب الثانى : فى المخاطبين بالآية الكريمة .

المطلب الثالث : فيما يجب على القاضى قبل بعث الحكمين .

المطلب الرابع : فى ممن يكون الحكمان .

المطلب الخامس : فى شروط الحكمين .

المطلب السادس : هل الحكمان حاكمان أو وكيلان ؟ .

المطلب السابع : فى مهمة الحكمين ، والحكم اذا اتفقا أو اختلفا .

المطلب الثامن : الحكمان فى قانون الأحوال الشخصية الجديد (رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م) .

---

(٨) الآية (٣٥) من سورة النساء .

(٩) انظر : أحكام القرآن ، لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى ، (٤٦٨ - ٥٤٣) هـ ، جـ ١/٤٢١ .

المطلب الأول

فى المعنى الكريم لآية التحكيم

قال الله تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ، ان الله كان عليما خبيرا »(١٠) ٠

وفى ابراز معنى الآية الكريمة ، وتوضيح مفرداتها ، بيان لأهمية دور المحكمين فى المهمة التى ندبهما الله تعالى اليها ، وما عساها أن يتحقق من اصلاح على يديهما فى مساعيهما لازالة الشقاق وتحقيق الوفاق ٠

ولتحقيق المأرب من هذا المطلب ، لابد من بيان معانى بعض ألفاظ الآية المحكمة من حيث اللغة ، ثم تفسيرها اجمالا ، وذلك على النحو التالى :

أولا - فى معانى الألفاظ :

١ - (وان خفتم) : يأتى لفظ (الخوف) فى اللغة على معان ، منها : (١١) الفزع ، والقتل ، والعلم ، وبالمعنى الأخير فسر قوله تعالى : « فمن خاف من موص جنفا أو اثما »(١٢) ، وقوله سبحانه : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا ٠٠٠ » (١٣) ٠

وذلك هو المقصود من الآية هنا ، والمعنى : ان علمتم وتيقنتم ، ويدخل فى ذلك الظن ، فقد قيل فى المعنى : وان ظننتم (١٤) ٠

---

(١٠) الآية (٣٥) من سورة النساء ٠

(١١) انظر : لسان العرب لابن منظور جـ٢/ ١٢٩٠ و ١٢٩١ ٠

(١٢) صدر الآية (١٨٢) من سورة البقرة ٠

(١٣) صدر الآية (١٢٨) من سورة النساء ٠

(١٤) تفسير أبى السعود (ت ٩٥١ هـ) جـ ٢/١٧٥ ، وروح المعانى للألوسى (ت ١٢٧٠ هـ) جـ٥/ ٢٦ ٠

٢ - (شقاق بينهما) : الشقاق (بكسر الشين المعجمة) هو غلبة العداوة والخلاف ، وهو أيضا العداوة بين فريقين ، والخلاف بين اثنين أخذا من الشق (بالكسر) أى الناحية والجانب ، وكذلك نصف الشيء ٠

وسمى الشقاق بذلك ، لأن كل واحد من الصاحبين قصد شقا أى ناحيـة غير شق صـاحبه(١٥) ، أو أن كلا منهما أتى ما يشق على صاحبه من الأمور ، فهو يشاقه مشـاقة وشقاقا (١٦) ٠

وضمير التثنية للزوجين ، وهما وان لم يجر لهما ذكر فى الآية ، فقد جرى ما يدل عليهما ضمنا فى الآية السابقة لدلالة النشوز الذى هو عصيان المرأة زوجها (١٧) ٠

٣ - (فابعثوا) : أى وجهوا وأرسـلوا الى الزوجيـن لاصلاح ذات البين (١٨) ٠

٤ - (حكما من أهله وحكما من أهلها) :

فى اللغة : الحـكم والحكيم من أسماء الله تعالى ، وهما بمعنى الحاكم ، وهو القاضى ، الذى يحكم الأشياء ويتقنها ، وحكم الشيء وأحكمه : كلاهما منعه من الفساد (١٩) ٠

فالحكم هنا الذى يحـكم فى أمر الزوجين ليرد الظالم منهما عن ظلمه ويمنعه من الفساد والافساد ، وذلك بالقضاء والفصل بينهما باحكام واتقان ٠

---

(١٥) لسان العرب لابن منظور جـ٤/ ٢٣٠٠ الى ٢٣٠٢ ، وتفسـير القرطبى جـ٢/١٤٣ ٠

(١٦) جامع البيان فى تفسير القرآن للطبرى جـ٥/٤٥ ، وتفسير ابى السعود جـ٢ /١٧٥ ٠

(١٧) تفسير أبى السعود جـ٢/١٧٥ ، وروح المعانى للألوسى جـ ٥/٢٦

(١٨) روح المعانى فى تفسـير القـرآن العظيم والسبع المثـانى - للألوسى جـ ٥/٢٦ ٠

(١٩) لسان العرب لابن منظور جـ ٢/٩٥١ الى ٩٥٣ ٠

٥ - (ان يريدا اصلاحا) :

الاصلاح نقيض الافساد ، ويقال : أصلح الشيء بعد فساده ، أى أقامه (٢٠)) ٠

٦ - (يوفق الله بينهما) : من الوفاق وهو الموافقة ، ووفقه الله سبحانه للخير أى ألهمه ، وهو من التوفيق وهو الوفق ، ويقال ٠ وافقت فلانا فى موضع كذا أى صادفته ، ووافقته على أمر كذا ، أى اتفقنا عليه (٢١) ٠

والمعنى أن الله تعالى يوفق بينهما ، أى يصادف كل من الطرفين ما يريد الآخر أو يتفقا على أمر واحد يوافق كلا منهما ٠

ثانيا : المعنى الاجمالى للآية الكريمة : (٢٢)

يقول الله تعالى ما معناه :

★ ان خفتم ، أى تيقنتم وعلمتم - أو حتى ظننتم - أيها الناس : من أمراء وحكام ، أو قضاة وأولياء ، تباعد عشرة الزوجين وصحبتهما ، فقبح ما بينهما ، وتفاقم أمرهما ، وأخذ كل منهما شقا غير شق صاحبه ، وناحية غير ناحيته ، فنأت المسافات ، أو أتى كل واحد منهما من الأمور ما يشق على صاحبه ، فطالت الخصومات وحصلت العداوات ، وتكررت منهم الشكايات ، ولا بينة لواحد منهما ، ولا معرفة للظالم من المظلوم منهما ، فلم يتمكن من الاصلاح بينهما ٠

---

(٢٠) المرجع السابق جـ٤/ ٢٤٧٩ ٠

(٢١) نفسه جـ٦/ ٤٨٨٤ ٠

(٢٢) انظر فى ذلك : جامع البيان للطبرى جـ٥/ ٤٥ الى ٥٠ ، والجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ٥ / ١٧٤ و ١٧٥ ، **وتفسير القرآن العظيم** لابن كثير جـ١/ ٤٩٢ و ٤٩٣ ، وتفسير أبى السعود جـ٢/ ١٧٤ و ١٧٥ وروح المعانى للألوسى جـ٥/ ٢٦ و ٢٧ ٠

★ فابعثوا وأرسلوا حكمين : حكما من أهل الرجل ، وحكما من أهل المرأة ، لاصلاح ذات بينهما ٠

★ فان أراد الحكمان اصلاحا بين الزوجين ، فسوف يوفق الله تعالى بينهما ، أو يوقع بفضله بين الزوجين الألفة والمحبة ، ويلقى فى نفوسهما الموافقة والصحبة ، أو ان أراد الزوجان اصلاح ما بينهما من الشقاق أوقع الله سبحانه بينهما الألفة الوفاق ، أو ان أراد الزوجان اصلاحا واتفاقا ، يوفق الله جل شأنه بين الحكمين حتى يعملا بالصلاح ويتحرياه ٠

★ وهو سبحانه وتعالى العليم بما فى الصدور ، والخبير بما تكنه النوايا ، فهو العليم الخبير بالظواهر والبواطن ، فيعلم سبحانه كيف يرفع الشقاق ويوقع الوفاق ، كما أنه تعالى عليم بما أراده الحكمان أو الزوجان من اصلاح وغيره خبير بذلك وبغيره ٠

المطلب الثانى

فى المخاطبين بالآية الكريمة

اختلف العلماء من أهل التأويل والفقهاء فيمن يتوجه اليه الخطاب بقول الله تعالى : « وان خفتم ٠٠٠٠ فابعثوا » ، وفى المراد بقوله سبحانه : « ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » ، وبيان ذلك فيما يلى :

أولا : المخاطب بقوله عز شأنه : « وان خفتم » و « فابعثوا » :

والخلاف فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : المخاطب هو السلطان الذى يرتفع اليه أمر الزوجين ، ومن يمثله من قاض وحكام وأمراء ٠

والى ذلك ذهب جمهور المفسرين والفقهاء ، يقول الامام القرطبى : الجمهور من العلماء على أن المخاطب بقوله

« وان خفتم » الحكام والأمراء (٢٣) وفى فتح البارى لابن حجر العسقلانى ، نحو ذلك ٠ (٢٤)

وروى ذلك عن سعيد بن جبير ، وبه قال ابن جرير والضحاك ، وغيرهما على ما رواه المفسرون (٢٥) ٠

وهو مذهب المالكية (٢٦) ، والشافعية (٢٧) ، والحنابلة(٢٨) ووافقهم الظاهرية أيضا(٢٩) ٠

أما فى الفقه الحنفى ، فتكاد تخلو كتبه من موضوع التحكيم بين الزوجين ، اللهم الا ما ذكره أبو بكر الجصاص فى (أحكام القرآن) ، وقوله : « الأولى أن يكون خطابا للحاكم الناظر بين الخصمين والمانع من التعدى والظلم(٣٠) فهو بذلك يوافق جمهور الفقهاء فى كون الخطاب للحاكم ٠

---

(٢٣) الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبى جـ٥ / ١٧٥ ٠

(٢٤) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، نقلا عن ابن بطال (باب الشقاق) جـ٩/ ٣١٤ ٠

(٢٥) أنظر جامع البيان للطبرى جـ ٥/ ٤٥ ، وروح المعانى للألوسى جـ ٥/ ٢٦ ، وتفسير ابن كثير جـ ١/ ٤٩٣ ، وتفسير أبى السعود جـ ٢/ ١٧٤، وتفسير القرطبى جـ ٥/ ١٧٥ ٠

(٢٦) ففى المدونة جـ ٢/ ٢٥٤ قال الامام مالك : « بعث الوالى » وفى (الكافى) لابن عبد البر القرطبى : « بعث الامام أو القاضى أو الحاكم » ، الكافى فى فقه أهل المدينة ص ٢٧٨ ، وأنظر كذلك مختصر خليل ص ١١٩ ٠ وحاشية الدسوقى جـ٢/ ٣٤٤ ، والاكليل للأمير ص ٢٠٤ ٠

(٢٧) أنظر الأم جـ ٥/ ١٧٧ ، حاشيتا قليوبى وعميرة جـ ٣/ ٣٠٦ ، روضة الطالبين للنووى جـ٧/ ٣٧٠ ٠

(٢٨) انظر : المغنى مع الشرح الكبير جـ٥/ ٢١٠ ، كشاف القناع جـ٥/ ٢١٠ ، والروض المربع ص ٤٠٨ ٠

(٢٩) المحلى لابن حزم جـ١٠/ ٨٧ مسألة (١٩٢١) ٠

(٣٠) أحكام القرآن ، لأبى بكر أحمد الجصاص (توفى ٣٧٠ هـ) جـ٢/ ١٩٠ ٠

أما بقية المؤلفات فى المذهب نحو : (الهداية شرح بداية المبتدى) ، (المبسوط للسرخسى) ، (بدائع الصنائع للكاسانى) ، (حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار) ، و (الفتاوى الهندية) ، فقد خلت من هذه المسألة بعينها .

وان كان (باب التحكيم) فى تلك المراجع يعتبر متضمنا لها ، حيث ذكروا جواز التحكيم فى سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما (٣١) .

ولهذا قال الامام ابن العربى المالكى عن آية التحكيم : « وهى من الآيات الأصول فى الشريعة » ثم قال : « ولكن أعجب لأبى حنيفة ليس للحكمين عنده خبر ، وهو كثيرا ما يترك الظواهر والنصوص للأقيسة »(٣٢) .

ومما يؤيد هذا ما ذكره أبو بكر الجصاص الحنفى بقوله فى مسألة التحكيم : « وهذا نظير العنين والمجبوب والايلاء فى باب أن الحاكم هو الذى يتولى النظر فى ذلك والفصل بينهما بما يوجبه حكم الله » ، الا أنه رد ما نسب الى أبى حنيفة وأصحابه من أنهم لم يعرفوا أمر الحكمين ، فقال :

« هذا تكذب عليهم ... وأمر الحكمين فى الشقاق بين الزوجين منصوص عليه فى الكتاب ، فكيف يجوز أن يخفى عليهم . » (٣٣) .

والمسألة ليست فى ادعاء خفاء الأمر عليهم - كلا - بل فى خلو المؤلفات من ذكر التحكيم بين الزوجين بعينه ، وقد

---

(٣١) انظر على سبيل المثال : الهداية شرح بداية المبتدى ج٣/١٠٨ ، وحاشية ابن عابدين ج ٥/٤٢٩ ، والفتاوى الهندية ج ٣/٣٩٧ .

(٣٢) أحكام القرآن لابن العربى ج١/٤٢١ .

(٣٣) أحكام القرآن للجصاص ج٢/١٩٠ ، وقوله (فى الكتاب) أى القرآن الكريم .

أحسن الشيخ أبو بكر الجصاص بالحديث عن تلك المسألة فى (أحكام القرآن) ٠

القول الثانى : ان المخاطب بذلك هو الرجل والمرأة ٠

وروى ذلك عن (السدى) قال : يخاطب الرجل والمرأة ، اذا ضربها فشاقته ، تقول المرأة لحكمها : قد وليتك أمرى ، وحالى كذا ، ويبعث الرجل حكما من أهله ، ويقول له : حالى كذا (٣٤) ٠

كما حكى هذا القول ، ابن عبد البر القرطبى المالكى بقوله : « وللزوجين أن يبعثا الحكمين دون السلطان »(٣٥) ٠

لكن ذلك - فى نظرى - لا يعد قولا ثانيا فى المذهب المالكى حيث اتفق فقهاؤه على أن المخاطب والمأمور بالآية هو الحاكم أو القاضى ، وعليه فيفسر كلام (ابن عبد البر) على أن ذلك جائز أن يحدث من الزوجين ، قبل أن يترافعا الى السلطان أو الحاكم ، اذ قد تكون رغبتهما فى ازالة الشقاق بعيدا عن القضاء ، فيبعثا الحكمين لذلك ٠

القول الثالث : أن الخطاب لأهل الزوجين ٠

وهذا القول ذكره الامام الألوسى فى تفسيره بلفظ : « وقيل » (٣٦) وقد يقصد بذلك الامام مالك رضى الله عنه ، فى قوله : « قد يكون السلطان وقد يكون الوليين اذا كان

---

(٣٤) أنظر : أحكام القرآن لابن العربى ج ١/٤٢٣ ، وجامع البيان للطبرى ج٥/٤٥و٤٦ ، وروح المعانى للألوسى ج٥/٢٦ ٠

(٣٥) الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى ، لأبى عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النمرى القرطبى ص ٢٧٨ ٠

(٣٦) روح المعانى للألوسى ج٥/٢٦ ٠

الزوجـان محجورين » (٣٧) على ما ذكره ابن العربى الذى قـال بعـد ذلك : « وأما قول مـالك : انه قد يـكون الوليين فصحيح ، ويفيده لفظ الجمع ، فيفعله السلطان تارة ، ويفعله الوصى آخـرى »(٣٨) .

ويبدو أن هذا القول ليس فى قوة القولين السـابقين ، الا أنه له وجاهته فى توسيع دائرة الخطاب القرآنى ، فقـد يكون الخطاب - والله أعلم لأهل الزوجين ببعث الحـكمين قبل أن يتفاقم الأمر بوصوله الى ساحات القضاء ، أما اذا وصل الحاكم أو القاضى فهو المـأمور والمخاطب - آنذاك - ببعث الحكمين .

على أن القول الثانى - أى نسب الزوجين للحـكمين - يضـعفه أنهمـا - أى الزوجـين - ليسـا هما المخـاطبين بالآية الكريمة والا لقال الله تعالى : (وان خفتم شقاق بينكما فابعثوا) ، باضافة البين الى الزوجين المخاطبين ، فوجب القول بأن المخاطب غير الزوجين .

لذلك قال (ابن العربى) : ان الله خاطب غير الزوجين اذا خيف الشقاق بين الزوجين بارسال الحكمين ، واذا كان المخاطب غيرهما فكيف يكون ذلك بتوكيلهما (٣٩) .

ويرجح (أبو جعفر الطبرى) فى تفسيره عموم الخطاب فى الآية ، بقوله : « وأولى الأقوال بالصواب .. أن الله خاطب المسلمين بذلك ، ومرهم ببعثة الحكمين عند خوف الشقاق بين الزوجين للنظر فى أمرهما ، ولم يخصص بالأمر بذلك بعضهم دون بعض » (٤٠) .

---

(٣٧) و (٣٨) أحكام القرآن لابن العربى جـ١/٤٢٣ .

(٣٩ أحكام القرآن لابن العربى جـ١ ص ٤٢٢ و ٤٢٣ ، هذا وسيأتى الخلاف فى كون الحكمين حاكمين أو وكيلين فى المطلب السادس .

(٤٠) جامع البيان لابن جرير الطبرى جـ٥/٤٨ .

ويبدو لى رجحان هذا الرأى ، فيكون المخاطب بالآية الكريمة ، المسلمين ، سواء كانوا أهل الزوجين الذين يعلمون أحوالهما ، ويتأثرون بالشقاق بينهما ، أم كانوا المسلمين المجاورين للزوجين من غير الأهل ، ويحفزهم على بعث الحكمين خوف الشقاق ، وكون المؤمنين اخوة ، وتغيير المنكر الذى يرونه ، والا فان وصل الأمر الى القاضى أو الحاكم فهو المخاطب حينئذ ببعث الحكمين ٠

ثانيا : المراد بقوله تعالى : « ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » ٠

والأمر هنا سهل ، فليس الخلاف فيه كسابقه ، ذلك أن الارادة هنا لا يطلع عليها الا المولى سبحانه ، فقد يظهر أحد الطرفين أو أحد الحكمين نية الاصلاح بينما ينطوى قلبه على عكس ذلك ٠

وعلى كل ، فقد جاءت الأقوال ـ هنا على النحو التالى :

الأول ـ المراد الحكمان :

والمعنى : ان يرد الحكمان اصلاحا بين الرجل والمرأة ، يوفق الله تعالى بين الحكمين ، فيتفقان على الاصلاح بينهما، وذلك اذا صدق واحد منهما فيما أفضى اليه من بعث للنظر فى أمر الزوجين ٠

وبذلك قال ابن جرير الطبرى ، والامام القرطبى ، وحكى عن ابن عباس ومجاهد ، وعطاء ، وسعيد بن جبير ، والسدى والضحاك (٤١) ٠

---

(٤١) انظر : جامع البيان للطبرى جـ٥/٤٩ ، تفسير القرطبى جـ٥/ ١٧٥ ، روح المعانى للألوسى جـ٥/٢٧ ، احكام القرآن لابن العربى جـ١/ ٤٢٦ ، وحاشيتى قليوبى وعميرة جـ ٣/٣٠٦ و ٣٠٧ ٠

الثانى : جائز أن يكون الضميران للزوجين :

والمعنى : ان يرد الزوجان اصلاح ما بينهما من الشقاق ، يوفق الله سبحانه بينهما ، فيوقع الألفة والوفاق (٤٢) ، وفيه تنبيه على من أصلح نيته فيما ينوخاه وفقه الله لبتغاه (٤٣) ٠

الثالث : الضمير الأول للحكمين ، والثانى للزوجين :

والمعنى ان يرد الحكمان اصلاح ذات بين الزوجين ، وكانت نيتهما صحيحة وقلوبهما ناصحة لوجه الله تعالى ، أوقع سبحانه بين الزوجين الألفة والمحبة ، وألقى فى نفوسهما الموافقة والصحبة (٤٤) ٠

وفيه مزيد ترغيب للحكمين فى الاصلاح ، وتحذير من المساهلة كيلا ينسب اختلال الأمر الى عدم ارادتهما ، فان الشرطية الناطقة بدوران وجود التوفيق على وجود الارادة منبئة عن دوران عدمه على عدمها (٤٥) ٠

الرابع : أن يكون الأول للزوجين ، والثانى للحكمين :

والمعنى : ان يرد الزوجان اصلاحا واتفاقا ، يوفق الله تعالى شأنه بين الحكمين حتى يعملا بالصلح ويتحريا ٠ (٤٦)

وبعد ـ فكل الأقوال تنبىء عن معان طيبة كريمة ، وان كان الراجح منها الأول لظاهر عود الضمائر على الحكمين ، والله تعالى أعلم بمراده ٠

---

(٤٢) تفسير القرطبى جـ٥/١٧٥ ، وروح المعانى للألوسى جـ٥/٢٧ ٠

(٤٣) تفسير أبى السعود جـ٢/١٧٥ ٠

(٤٤) روح المعانى للألوسى جـ٢/١٧٥ ، وحاشية قليوبى وعميرة جـ٣/٣٠٦ و ٣٠٧ ٠

(٤٥) تفسير أبى السعود جـ٢/١٧٥ ٠

(٤٦) روح المعانى للألوسى جـ ٥/٢٧ ، وقليوبى وعميرة جـ٣/٣٠٦ . ٣٠٧ ٠

المطلب الثالث

فيما يجب على القاضى قبل بعث الحكمين

اذ رفع امر الزوجين المتنازعين - من أحدهما أو كليهما - الى القاضى ، فانه يبدأ أولا بمعرفة الحال ، بالاستخبار عن الظالم والمتعدى منهما ، لكى يعيد الحق الى نصابه ، وقد يتبت لديه تعدى أحدهما على الآخر ، وقد لا يثبت مع ادعاء كل منهما ظلم الاخر له ، كما أنه قد يشتد الشقاق وتتكرر الشكوى ولا بينة لأحدهما يقضى بها ، وفى كل من هذه الأحوال يجب على القاضى أن يتخذ ما يراه كفيلا بردع الظالم ، وذلك قبل أن يبعث الحكمين للنظر والاصلاح ٠

وباستقراء ما ذكره الفقهاء فى هذا الشأن ، يمكن أن نستخلص هذه الأحوال وواجب القاضى حيالها ، وذلك من خلال النقاط الآتية :

أولا : اذا نسب كل من الزوجين الى الآخر التعدى وسوء الخلق :

فعلى القاضى استبانة الأمر ، والنظر فى بينة كل منهما لمعرفة الظالم منهما ، فان لم يتوصل الى ذلك بداية ، فقال فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة بأنه عليه : أن يأمر باسكانهما بين قوم صالحين ان لم يكونا بينهم ليخبروا الحاكم بصاحب الضرر منهما ، ويكفى فى ذلك الثقة الخبير بأحوالهما ٠ وهو ما أشار اليه الشيخ الدردير من المالكية (٤٧) ، والامام النووى الشافعى (٤٨) ، وابن قدامة

---

(٤٧) الشرح الصغير على أقرب المسالك (مع حاشية الصاوى) جـ٢/١٤٤ ، وانظر كذلك : حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٣و٣٤٤ ، الكافى فى فقه أهل المدينة ص ٢٧٨ ٠

(٤٨) روضة الطالبين وعمدة المفتين جـ٧/٣٧٠ ، ومنهاج الطالبين بهامش قليوبى وعميرة جـ٣/٣٠٦ ، وانظر أيضا : شرح التحرير للشيخ زكريا الأنصارى مع حاشية الشرقاوى جـ٢/٢٨٦ ٠

الحنبلى (٤٩) ٠

ويبدو لى أن مسألة الاسكان ، الى جانب ثقة أو قوم صالحين ، - مع تقييد الفقهاء ذلك بالامكان ، أى قولهم ان أمكن - أشبه بالمستحيل فى الواقع العملى فى عصرنا هذا ، والبديل لذلك هو أن يستخبر عن أحوالهما من المجاورين لهما ٠

ثم انه بعد نظر القاضى فى أمرهما ، قد يثبت لديه تعدى أحدهما على الآخر ، أو تعديهما معا ، أولا يثبت لديه شىء فيشكل عليه أمرهما مع تكرر الشكوى منهما ، والى بيان كل حالة وواجبه حيالها :

ثانيا : حالة ثبوت تعدى الزوج :

اذا ثبت تعدى الزوج على زوجته ببينة أو اقرار ، بأن كان يضارها بالهجر أو الضرب أو الشتم ، واختارت مع ذلك البقاء معه ، ففى المذهب المالكى طريقتان (٥٠) ٠

أحدهما : أن الحاكم يعظه ويزجره أولا ان جزم بالافادة أو ظنها أو شك فيها ، فان لم يفد ذلك ضربه ان جزم بالافادة أو ظنها ٠

والأخرى : يعظه أولا ، فان لم يفد أمرها الحاكم بهجر الزوج ، فان لم يفد ضربه ٠

ويقول الشيخ الدسوقى معقبا على الطريقتين أنهما على حد سواء مع أن الأولى ظاهر النقل - ثم يقول : ولكن الظاهر الثانية لأن هجر ها له فيه مشقة عليه بل ربما كان أضر عليه من الضرب (٥١) ٠

---

(٤٩) المغنى مع الشرح الكبير جـ ٨ ص ١٦٦ و ١٦٧ ، وأنظر : كشاف القناع جـ٥/ ٢١٠ ، والروض المربع ص ٤٠٨ ٠

(٥٠) انظر مختصر خليل ص ١١٩ ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ٢/ ٢٤٣ و ٣٤٤ ،

(٥١) حاشية الدسوقى جـ٢ ص ٣٤٣ ٠

ولست أميل الى أمر القاضى للزوجة بهجر زوجها الذى تبت تعديه بالضرب والشتم ، اذ لن يفيد ذلك معه شيئا ، فقد تسوء أخلاقه فيزداد تعديه ، هذا فضلا عن النصوص التى تحرم على الزوجة الامتناع عن زوجها اذا طلبها(٥١) كما ان الهجر انما يكون من الزوج حالة نشوز زوجته ، أما اذا كان النشوز منه فقد وجه الله تعالى نظر الزوجات الى محاوله الاصلاح ولم يأمرهن بهجر الأزواج ٠

وعلى ذلك فالواجب على القاضى ازاء ثبوت تعدى الزوج ان يامره بالتخلى عن تعديه بما يراه ، من وعظ أو زجر أو ضرب أو تعزير ، وهو ما يؤخذ من سائر كتب المالكية(٥٢) ٠

أما الشافعية فمذهبهم أنه اذا ثبت منع الزوج حق الزوجة من قسم ونفقة فان القاضى يلزمه وفاء ذلك ، واذا سبها أو شتمها بلا سبب نهاه عن ذلك ، ولا يعزره ، ووجهتهم فى عدم التعزير أن سوء الخلق والمعاملة يكثر بين الزوجين ، والتعزير عليها يورث وحشة بينهما فيقتصر على النهى والوعظ لعل الحال يلتئم بينهما ، والا بأن عاد الزوج عزره الحاكم بما يراه ان طلبت المرأة ذلك (٥٤) ٠

وعلى ذلك فهم يلتقون مع المالكية فى الوعظ أولا ، وفى التعزير أخيرا ، كما يتفق فقهاء الحنابلة مع المالكية والشافعية ، الا أن ابن قدامة أضاف هنا مسألة السكن الى

---

(٥٢) ومن ذلك ما روى عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال : « اذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع » انظر : صحيح البخارى بحاشية السندى جـ٣/ ٢٦٠ ٠

(٥٣) فى ارشاد السالك مع أسهل المدارك جـ٢/ ١٣١ : (أمر المتعدى بازالته) ، وانظر الكافى ص ٢٧٨ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك جـ٢/ ١٤٣ و ١٤٤ ٠

(٥٤) انظر : حاشية الشرقاوى جـ٢/ ٢٨٦ ، والوجيز للامام الغزالى جـ٢/ ٤٠ ، ، وروضة الطالبين للنووى جـ٧/ ٣٧٠ ، وقليوبى وعميرة جـ٣/ ٣٠٦ ٠

جانب ثقة يمنع الزوج من الاضرار بها والتعدى عليها (٥٥) ، وهذا ان لم يكن - كما سبق تقريره - فان الوسيلة الأجدى - فى نظرى - هو أخذ التعهد اللازم على الزوج بعدم التعدى ، فان لم يمتثل عزره الحاكم بما يراه .

وهذا كله اذا ما اختارت الزوجة البقاء مع زوجها ، أما اذا طلبت الطلاق مع هذا الضرر ، فان القاضى يجيبها لذلك ، وهو - أى التطليق للضرر - ليس محلا للحديث عنه هنا .

ثالثا : حالة ثبوت تعدى الزوجة :

وهو المعبر عنه بالنشوز ، أى الخروج عن الطاعة الواجبة ، كأن تمنعه الاستمتاع بها ، ، أو تخرج بلا اذن لمكان تعلم عدم اذن الزوج فيه ، أو تركت حقوق الله تعالى كالغسل أو الصلاة ، ونحو ذلك .

ويتفق الفقهاء هنا على وعظ القاضى للزوجة ، وأمره لها بازالة التعدى ، ومنع الظلم (٥٦) .

وأرى - خاصة مع جهل الكثير من الأزواج بالعلاج الربانى فى حالة نشوز المرأة - أن يرشده القاضى الى توجيه القرآن الكريم فى ذلك ، فلعل الزوج يجهله ، والا بأن كان يعلمه ولم يفد ذلك مع الزوجة ولم يرض بتطليقها بدون بدل، فللقاضى أن يشير عليها بالخلع بأن تدفع للزوج ماله أو غيره

---

(٥٥) المغنى مع الشرح الكبير جـ٨/١٦٦ و ١٦٧ ، وانظر : كشاف القناع جـ٥/٢١٠ .

(٥٦) انظر ، عند المالكية : حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٣ و ٣٤٤ . الشرح الصغير مع بلغة السالك جـ ٢/١٤٤ ، وارشاد السالك مع أسهل المدارك جـ٢/١٣١ . وعند الشافعية : روضة الطالبين جـ٧/٣٧٠ ، وقليوبى وعميرة جـ٣/٣٠٦ ، وحاشية الشرقاوى جـ٢/٢٨٦ . وفى الفقه الحنبلى : المغنى مع الشرح الكبير جـ ٨/١٦٦ و ١٦٧ ، وكشاف القناع جـ ٥/٢١٠ .

لتفتدى نفسها منه ، والا عزرها القاضى بما يراه مانعا لنشوزها ٠

رابعا : حالة ثبوت تعديهما معا :

ذهب فقهاء المالكية الى أن القاضى عليه - حينئذ - وعظهما وارشادهما ، فان لم يفد الوعظ ، فله ضربهما باجتهاده ان ظن الافادة (٥٧) ٠

ويضيف الشافعية بأنه اذا اشتد شقاقهما وداوما على السباب الفاحش والتضارب لجأ القاضى الى بعث الحكمين (٥٨) ٠

ويذهب ابن قدامة الحنبلى الى وجوب اسكانهما الى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف(٥٩) ٠

خامسا : حالة اشكال الأمر على الحاكم ، وكذا دوام الشقاق وتكرر الشكوى ٠

بأن لم يثبت لديه تعدى أحدهما على الآخر ، كأن ثبت تعديهما معا ولم تفلح جهوده فى الاصلاح بينهما ، أو داوما على الشقاق ، وتكررت منهما الشكوى - فعليه أن يبعث - وجوبا - الحكمين (٦٠) ٠

هذا وليس فى الفقه الحنفى ما يتعلق بواجب القاضى حيال النزاع وقبل بعثه الحكمين ، اللهم الا ما ذكره

---

(٥٧) حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٣ ٠

(٥٨) روضة الطالبين جـ٧/٣٧٠ ٠

(٥٩) المغنى جـ٨/١٦٦و ١٦٧ ٠

(٦٠) أنظر المراجع الفقهية المذكورة فى الهامش (٥٦) بجانب الكافى فى فقه أهل المدينة ص ٢٧٨ ، وحاشية الشرقاوى الشافعى جـ٢/٢٨٦ ، والروض المربع ص ٤٠٨ ٠

(أبو بكر الجصاص) من قوله : « ان الحاكم هو الذى يتولى النظر فى ذلك والفصل بينهما بما يوجبه حكم الله ، فاذا اختلفا وادعى النشوز ، وادعت هى عليه ظلمه وتقصيره فى حقوقها ، حينئذ بعث الحاكم ... الخ »(٦١) .

وخلاصة القول أن على القاضى النظر فيما بين الزوجين ومحاولة الاصلاح والتوفيق بينهما ، والا فان لم يستطع وثبت لديه التعدى من أحدهما ألزمه الانصاف وزجره وعزره بما يراه ، فان كان التعدى منهما ولم يفد معهما الزجر والتهديد ، ولم يرض الزوج بالتطليق ، ولم ترض الزوجة بالخلع ، أو أشكل الأمر على الحاكم فلم يحدد الظالم منهما ، مع تكرر الشكوى ، فانه يلجأ أخيرا الى بعث الحكمين (٦٢) ثم أما - ممن يكون الحكمان ، وما شروطهما ، وهل هما حاكمان أو وكيلان ؟ وما مهتهما - فذلك ما تتناوله المطالب الآتية ، وبالله تعالى التوفيق .

المطلب الرابع

فى ممن يكون الحكمان ؟

نصت الآية الكريمة على أن يكون الحكمان من أهل الزوجين ، من كل حكم ، وذلك قوله تعالى : « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » .

لكن - هل كون الحكمين من الأهل خاصة ، واجب أو مستحب ؟ وهل يجوز كونهما من غير أهل الزوجين ؟ وهل يسوغ الاقتصار على حكم واحد ؟

---

(٦١) أحكام القرآن للجصاص جـ٢ ص ١٩٠ .

(٦٢) يقول الامام أبو جعفر الطبرى : « وانما يبعث السلطان الحكمين .. اذا ارتفع اليه الزوجان فشكا كل واحد منهما الى صاحبه ، وأشكل عليه المحق منهما من المبطل لأنه اذا لم يشكل ... فلا وجه لبعثه الحكمين فى أمر قد عرف الحكم فيه » جامع البيان جـ٥/ ٤٩ .

ذلك ما يتناوله هذا المطلب من خلال الاجابة عن الأسئلة الثلاثة كما يلى :

أولا : هل يكون الحكمين من الأهل خاصة واجب أو مستحب ؟

ذهب الفقهاء فى ذلك الى مذهبين :

الأول - أن ذلك واجب ٠

وهو مذهب المالكية ، يقول القرطبى : « كون الحكمين من الأهلين عند وجودهما واجب عند مالك » (٦٣) ، وفى (أسهل المدارك) : واعلم أن كون الحكمين من الأهلين عند وجودهما واجب عند مالك (٦٤) ٠

ويستدل الشيخ أحمد الصاوى على ذلك القول بأن ظاهر الآية يوحى بذلك (٦٥) ٠ والقول بالوجوب ظاهر مذهب الظاهرية (٦٦) ٠

الثانى - كون الحكمين من الأهل مستحب ٠

وهو مذهب الشافعية ، وذلك للآية أيضا ، ولكون الأهل أعرف بمصلحة الأهل(٦٧) ومذهب الحنابلة وأضافوا : أن القرابة ليست شرطا فى الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك ارشادا واستحبابا(٦٨) ٠

---

(٦٣) الجامع لأحكام القرآن جـ٥/ ١٧٥ ٠

(٦٤) أسهل المدارك شرح ارشاد السالك جـ٢/ ١٣٢ ٠

(٦٥) بلغة السالك على أقرب المسالك جـ٢/ ١٤٤ ، ونقل ذلك عن (التوضيح) وهو شرح للامام خليل على مختصرة المشهور ٠ وفى المدونة جـ٢/ ٢٥٥ : اذا كان فى الأهل موضع كانوا هم أولى ٠

(٦٦) المحلى جـ١٠/ ٨٧ مسألة (١٩٢١) ٠

(٦٧) شرح التحرير بهامش حاشية الشرقاوى جـ ٢/ ٢٨٦ ، وانظر : روضة الطالبين جـ ٧/ ٣٧٢ ، وقليوبى وعميرة جـ ٣/ ٣٠٦ ٠

(٦٨) المغنى مع الشرح الكبير جـ٨/ ١٧٠ و ١٧١ ونحوه فى كشاف القناع جـ٥/ ٢١١ ، وانظر : العدة شرح العمدة ص ٤٠٦ ،والروض المربع ص ٤٠٨ ٠

ومحل الخلاف - فى نظرى - هو وجود من يصلح للقيام بمهمة الحكمين من الأهل أو من غيرهم ، فيقول المالكية بوجوب كونهما من الأهل نظر للآية ، ويذهب الشافعية والحنابلة الى الاستحباب لعدم اشتراط القرابة فى الحكم ٠

أما اذا لم يوجد فى الأهل من يقوم بالمهمة فلا خلاف فى جواز كون الحكمين من غير الأهل - على ما يأتى فى (ثانيا)

وعلى ذلك جاءت عبارات بعض فقهاء المالكية ، فيقول ابن جزى : والأكمل أن يكون حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة (٦٩) كما جاءت عبارة المدونة : « فاذا كان فى الأهل موضع كانوا هم أولى » (٧٠) ٠

وبناء على ذلك يترجح لدى القول بالوجوب ، أى حالة اذا كان فى الأهل من يقوم بذلك نظرا للآية ، فضلا عن الحكمة من كون الحكمين من الأهل ، والتى يمكن استخلاصها من أقوال المفسرين والفقهاء فيما يلى(٧١) :

١ - أن الأهل أعرف بأحوال الزوجين ، وأقرب الى أن يرجعا اليهما ٠

٢ - كما أنهما أطلب للصلاح ، لأنهم يسعدان بسعادة الزوجان ويشقيان بشقاقهما ونزاعهما ، فهما أحرص الناس على حفظ الحياة الزوجية ، وكذا صيانة ما يجب كتمه من أسرار حتى لا تشيع بين الناس ٠

---

(٦٩) القوانين الفقهية ص ٢١٤ ٠

(٧٠) المدونة الكبرى جـ٢/ ٢٥٥ ٠

(٧١) انظر : تفسير القرطبى جـ٥/ ١٧٥ ، روح المعانى جـ٥/ ٢٦ ، أحكام القرآن لابن العربى جـ١/ ٤٢٦ وللجصاص جـ٢/ ١٩٠ ، وحاشية الشرقاوى جـ٢/ ٢٨٦ و ٢٨٧ والاسلام عقيدة وشريعة للامام الشيخ محمود شلتوت ص ١٦٨ الى ١٧٠ ٠

٣ - ان الزوجين يسكنان اليهما ، فيفشى القريب سره الى قريبه من غير حرج او خوف - بخلاف الاجنبيين - فيطلعان على ما فى ضمير كل من الزوجين من حب وبغض ، وارادة صحبة أو رغبة فى فرقة .

٤ - ان الأجنبيين قد يظن فيهما الميل الى أحد الزوجين دون الآخر ، وفى كون المحكمين من الأهل زوال الظنة ، وابعاد لهذه التهمة .

كما أنه فى الاقتصار على حكمين اثنين تحرز عن تعدد الآراء ، وتفرق السبل فما من شك أن الاثنين افضل من الثلاثة والأربعة وصولا الى الحقيقة ، لذلك قال عم شأنه على لسان نبيه ﷺ : « قل انما اعظكم بواحدة ان تقوموا لله مثنى وفرادى ثم تتفكروا ما بصاحبكم من جنة »(٧٢) .

ثانيا : فى كون الحكمين من غير أهل الزوجين :

قد لا يتيسر الحكمان من الأهل ، اذ لا يوجد فى أهلهما من يصلح لتلك المهمة ، أو كانا ممن لا أهل لهما ، فيقتضى الأمر ارسال حكمين من غير الأهل .

ويجمع (ابن العربى) خلاصة أقوال المذهب المالكى ، فيقول : « قال علماؤنا : فان لم يكن لهما أهل ، أو كان ولم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم العدالة أو غير ذلك من المعانى فان الحاكم يختار حكمين عدلين من المسلمين لهما أو لأحدهما كيفما كان عدم الحكمين منهما أو من أحدهما ، ويستحب أن يكونا جارين ، وهذا لأن الغرض من الحكمين معلوم ، والذى فات بكونهما من أهلهما يسير » (٧٣) .

---

(٧٢) صدر الآية (٤٦) من سورة سبأ .

(٧٣) أحكام القرآن لابن العربى جـ١/ ٤٢٦ .

والأمر كذلك فى سائر كتب المذهب المالكى (٧٤) ٠

الا أنه يبدو من العبارة مسألة خلافية وهى وجود حكم من أهل أحدهما دون الآخر ، وقد أشار الشيخ الدردير الى ذلك بقوله : « فان لم يمكن كونهما معا من الأهل بل واحد فقط من أهل أحدهما والثانى أجنبى ، فقال (اللخمى : ضم له أجنبى ، وقال ابن الحاجب : يتعين كونهما أجنبيين وترك القريب لأحدهما) (٧٥) ، ويعلق الشيخ الدسوقى على قول ابن الحـــاجب مرجحا له ، ومعللا فيقول : « أى لئـــلا يميل القريب لقريبه » ، ثم يقول : « والأول من هذين القولين هو الموافق لظاهر المصنف ـ أى الامام خليـــل ـ لأن مفهوم اذا أمكن ، عدم الامكان منهما أو من أحدهما ، فان لم يمكن بعث ـ الحاكم ـ أجنبيين (٧٦) ٠

ويبدو لى رجحان قول ابن الحاجب للتعليل المذكور ، أما اذا انتفت العلة فلا بأس من قول اللخمى ، أى جواز كون أحدهما قريبا والآخر أجنبيا ، وتنتفى علة الميل لأحد الزوجين بكون الحكمين مبرزين فى العدالة ٠ (٧٧)

ويتفق الشافعية والحنابلة مع فقهاء المالكية فى جواز كون الحكمين أجنبيين ، بناء على مذهبهم فى اســتحباب كونهما من الأهل ، لكنهم لم يتعرضوا لاســتحباب كونهما جارين الا أن ظاهــر نصوصهم فى تعليــل استحباب كون الحكمين من الأهل وكونهما أعرف بأحوال الزوجين ، توحى

---

(٧٤) انظر : المدونة جـ٢/٥٥ ، الكافى ص ٢٧٨ ، تفسير القرطبى جـ٥/ ١٧٥ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ٢/١٢٣ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك جـ٢/١٤٤ ٠

(٧٥) ، (٧٦) الشرح الكبير مع حاشــية الدســوقى جـ ٢/٣٤٤ ، وانظر : مختصر خليل ص ١١٩ ٠

(٧٧) أى فائقين فى العدالة مشهورين بها ، وراجع (تتمة) حول شرط العدالة فى نهاية المطلب الخامس الآتى :

بالاستحباب هنا أيضا ، وكذلك لم يتعرضوا لكون أحدهما من الأهل والآخر أجنبيا(٧٨) ٠

وبناء على ما سبق فانه يجوز كون الحكمين أجنبيين على ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، ويستحب كونهما جارين على مذهب المالكية ، كما يجوز كون أحدهما من الأهل والآخر أجنبيا اذا أمن ميل القريب لقريبه ٠

ثالثا : هل يجوز الاكتفاء بحكم واحد ؟ ٠

الخلاف فى هذه المسألة على مذهبين :

الأول : جواز الاكتفاء بالواحد ٠

وهو مذهب المالكية : فقد أجازت ذلك المدونة باعتبار أن الأمر للزوجين ، وهذا : « اذا كان يستأهل أن يكون ممن يجعل ذلك اليه » (٧٩) ، ويبدو أن الجواز هنا قبل رفع أمرهما الى الحاكم ، وهو ما صرح به الشيخ الدردير بقوله : « وللزوجين اقامة حكم واحد يرضيانه من غير رفع للحاكم » (٨٠) ٠

الا أن ابن جزى يجيز ذلك على اطلاقه - أى قبل الرفع وبعده - فيقول : « فيبعث حكما من جهة الحاكم أو من جهة الزوجين أو من يلى عليهما » (٨١) ، فهو أجاز بعث الحكم من جهة الحاكم ، أى بعد الرفع اليه ٠

ويعلل القرطبى فى تفسيره ، جواز ارسال الواحد بقوله : « لأن الله سبحانه حكم فى الزنى بأربعة شهود ، ثم

---

(٧٨) انظر : روضة الطالبين للنووى جـ٧/٣٧١ ، قليوبى وعميرة جـ٣/٣٠٦ ، وحاشية الشرقاوى مع شرح التحرير جـ٢/٢٨٦ و ٢٨٧ ٠ وعند الحنابلة : المغنى مع الشرح جـ ٨/١٧٠ ، ١٧١ ، وكشاف القناع جـ ٥/٢١١، والعدة شرح العمدة ص ٤٠٦ ٠

(٧٩) المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٥٦ ٠

(٨٠) الشرح الصغير مع بلغة السالك جـ ٢/١٤٦ ٠

(٨١) القوانين الفقهية ص ٢١٤ ٠

قد أرسل النبى ﷺ الى المرأة الزانية (أنيسا) وحده وقال له : ان اعترفت فارجمها . اهـ » (٨٢) . والشاهد انه ﷺ اكتفى بحكم واحد فى مسألة النزاع على واقعة الزنى بين والد الغلام الذى كان عسيفا عند آخر وقد زنى الغلام بامراة الخصم (٨٣) .

كما أجاز المالكية للمتداعيين تحكيم رجل .. من غير تولية قاض له يحكمانه فى النازلة بينهما (٨٤) .

وعلى هذا فمذهب المالكية الجواز ، سواء من الزوجين قبل الرفع للحاكم ، أو منه بعد الرفع اليه ، وهو ظاهر مذهب الحنفية آخذا من اجازتهم تحكيم الواحد بين المتخاصمين ، وذلك فى (باب التحكيم) (٨٥) ، وهو مقابل الاصح عند الشافعية (٨٦) .

---

(٨٢) الجامع لأحكام القرآن جـ٥/١٧٧ (المسألة الخامسة) .

(٨٣) والقصة : « عن أبى هريرة وزيد بن خالد الأجهنى قالا جاء رجل الى النبى ﷺ فقال : أنشدك الله الا قضيت بيننا بكتاب الله ، فقام خصمه وكان أفقه منه فقال : صدق اقض بيننا بكتاب الله وأذن لى يا رسول الله ، فقال النبى ﷺ قل ، فقال : ان ابنى كان عسيفا فى أهل هذا فزنى بامرأته فافتديت منه بمائة شاة وخادم ، وانى سألت رجالا من أهل العلم فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وان على امرأة هذا الرجم ، فقال : والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله . المائة والخادم رد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، ويا أنيس اغد على امرأة هذا فسلها فان اعترفت فارجمها ، فاعترفت فرجمها » انظر : صحيح البخارى بحاشية السندى جـ٤/١٨٥ (باب هل يأمر الامام رجلا فيضرب الحد غائبا عنه) .

(٨٤) حاشية الدسوقى جـ٤/١٣٥ .

(٨٥) أنظر : الهداية شر بداية المبتدى جـ ٣/١٠٨ و ١٠٩ ، وحاشية ابن عابدين جـ ٥/٤٢٧ الى ٤٤٠ ، والفتاوى الهندية جـ ٣/٣٩٨ .

(٨٦) روضة الطالبين للنووى جـ ٧/٣٧٢ .

الثانى : عدم جواز كون الحكم واحدا ٠

وهو القول الاصح عند الشافعية : قال الامام النووى : « ولا يجوز الاقتصار على حكم واحد على الأصح » (٨٧) ، وقال الشيخ الشرقاوى: « ولا يكفى حكم واحد لظاهر الآية ولأن كلا من الزوجين يتهمه ولا يفشى سره اليه » (٨٨) ٠

ويترجح لدى كون الحكم واحدا ، أعنى جواز ذلك للزوجين قبل الرفع للحاكم شأنهما شأن المتداعيين فى أمر التحكيم ، أما اذا ارتفع الأمر للحاكم فعليه بعث حكمين استجابة لظاهر الآية ، ولا يقتصر على حكم واحد ٠

المطلب الخامس
فى شروط الحكمين

اشترط الفقهاء فى الحكمين شروطا يلزم من عدمها عدم صحة حكمهما وباستطلاعها ، تبين أن هناك شروطا اتفقوا عليها ، وثانية اختلفوا فيها ، وثالثة انفردت بها بعض المذاهب دون بعض ٠

والى الحديث عن هذه الأمور الثلاثة ٠

أولا : الشرط المتفق عليها :

وهى محل اتفاق بين جمهور الفقهاء من المالكية (٨٩) ، والشافعية(٩٠) ، والحنابلة (٩١) ، وما يؤخذ من (أبواب

---

(٨٧) روضة الطالبين للنووى جـ ٣٧٢/٧ ٠

(٨٨) حاشية الشرقاوى جـ٢/٢٨٦ و ٢٨٧ ٠

(٨٩) انظر : المدونة جـ٢/٢٥٤ الى ٢٥٦ ، مختصر خليل ص ١١٩ ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٤ ، وأحكام القرآن لابن العربى جـ ٤٢٦/١ ، وتفسير القرطبى جـ ١٧٥/٥ والقوانين الفقهية ص ٢١٤ ، والكافى ص ٢٧٨ ٠

(٩٠) أنظر : الوجيز للغزالى جـ ٤١/٢ ، وروضة الطالبين جـ ٣٧١/٧، وحاشية الشرقاوى جـ٢/٢٨٧ ٠

(٩١) المغنى مع الشرح الكبير جـ ١٦٩/٨ ، كشاف القناع جـ ٢١٠/٥ و ٢١١ والروض المربع ص ٤٠٨ ٠

التحكيم) لدى الحنفية(٩٢) ، وهذه الشروط هى :

١ ـ العدالة(٩٣) : فلا يجوز أن يكون الحكم صبيا أو مجنونا ، أو فاسقا ، اذ من لوازم العدالة : التكليف ، أى البلوغ والعقل ٠

٢ ـ الاسلام : فلا يصح حكم غير مسلم بين زوجين مسلمين ، أو زوج مسلم وزوجة كتابية ، كذلك لا يصح تحكيم ذمى بين متخاصمين أحدهما مسلم والآخر ذمى ٠

٣ ـ الحرية : فلا يجوز كون الحكم عبدا ٠

واشترطه المالكية باعتبار أن العبد لا تقبل شهادته عندهم ، واعتبر الحنفية الحرية من الشروط العامة ، وعدها الحنابلة ـ أى الحرية ـ باعتبار الحكمين حاكمين اذ الحاكم لا يجوز أن يكون عبدا ، أما باعتبار الحكمين وكيلين فلا تشترط الحرية لجواز توكيل العبد (وسيأتى الخلاف فى ذلك) (٩٤) ٠

٤ ـ الفقه والعلم بما يحكمان فيه :

فلا يصح حكم جاهل بما ولى فيه ، فان كان غير فقيه وشاور العلماء بما يحكم به ، ثم حكم بما أشاروا عليه به كان حكمه نافذا ، كما قرره المالكية (٩٥) ، وعبر الشافعية عن هذا الشرط : باهتداء الحكمين الى المقصود من بعثهما ،

---

(٩٢) انظر : الفتاوى الهندية (باب التحكيم) جـ٣/ ٣٩٧ و ٣٩٨ . وحاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٤٢٧ و ٤٢٨ (باب التحكيم) وص ٤٦١ و ٤٦٢ (كتاب الشهادات) ٠

(٩٣) اعتبره الحنفية ضمن الشروط العامة فى الشهادة ، أى صلاحيته للشهادة والقضاء وقت التحكيم ووقت الحكم ٠

(٩٤) أى فى كون الحكمين حكمين أو وكيلين (فى المطلب الآتى) ٠

(٩٥) بلغة المسالك للصاوى مع الشرح الصغير للدردير جـ٢/ ١٤٤ و ١٤٥ ٠

وعلمهما بالجمع والتفريق (٩٦) ، ووافقهم الحنابلة قائلين : لأن ذلك يفتقر الى الرأى والنظر ، ولأنهما يتصرفان فى ذلك فيعتبر علمهما به (٩٧) ٠

وعند الحنفية : « اذا اصطلحا على حكم بينهما على أن يسأل الفقهاء ثم يحكم بينهما بما أجمعوا عليه جاز(٩٨) ، وظاهره عدم اشتراط الفقه الا أنه يوافق مذهب المالكية ، فالشرط الفقه سواء كان لدى الحاكم أم سأل فيه الفقهاء ، ثم حكم بذلك ٠

٥ ـ الرشد : ومحترزه (السفه) ، فلا يصح حكم سفيه اذا كان مولى عليه ، أما اذا كان السفيه مهملا واتصف بصفات العدل ، فعدل ، والا فلا ، لان شرط العدل ألا يكون مولى عليه ، ، وهو مذهب المالكية (٩٩) ، وعبر الحنفية عن ذلك بالعقل ، واعتبروا ذلك من شرائط التحمل (١٠٠) ، ووافقهم الحنابلة (١٠١) ، وعبر الشافعية بالتكليف (١٠٢)

والواقع أنه بالنظر لهذا الشرط الأخير ألفينا أنه يمكن ادراجه فى الشرط الأول وهو (العدالة) اذ من لوازمها التكليف : أى البلوغ والعقل ٠

ثانيا : ما اختلف فيه الفقهاء :

سبق أن هناك خلافا فى شرطى الرشد والفقه ، ولكنه خلاف لا يكاد يذكر ، لذلك اعتبر الشرطان من الشروط المتفق

---

(٩٦) روضة الطالبين جـ٧/٣٧١ ، حاشية الشرقاوى جـ٢/٢٨٧ ، وقليوبى وعميرة جـ٣/٣٠٧ ٠

(٩٧) المغنى مع الشرح الكبير جـ٨/١٧٠ ، وكشاف القناع جـ ٨/ ٢١١٠

(٩٨) الفتاوى الهندية جـ٣/٣٩٨ ، وانظر : الهداية جـ٣/١٠٩ ٠

(٩٩) بلغة السالك مع الشرح الصغير جـ ٢/١٤٤ و ١٤٥ ، والمدونة جـ٢/٢٥٦ ومختصر خليل ص ١١٩ ٠

(١٠٠) حاشية ابن عابدين جـ٥/٤٦١ و ٤٦٢ ٠

(١٠١) روضة الطالبين للنووى جـ٧/٣٧١ ٠

عليها بين جمهور الفقهاء . أما الشرط المختلف فيه حقيقة ، فهو شرط (الذكورة) ، والخلاف فيه على مذهبين :

الأول : تشترط الذكورة فى الحكمين .

وهو مذهب المالكية ، لأن الحكم حاكم ، وامام مقتدى به ، فلا يصح الحكم من النساء ولا الاقتداء بهن لنقصهن فى العقل والدين (١٠٣) .

وظاهر مذهب الحنابلة ، يقول ابن قدامة : « ويكونان ذكرين لأنه مفتقر الى الرأى والنظر » (١٠٤) ، وفى (كشاف القناع) ورد شرط الذكورة قبل العدالة . (١٠٥) .

وهو قول عند الشافعية ، باعتبار الحكمين حاكمين (١٠٦) ، وقال الشيخ زكريا الأنصارى : « يسن كونهما ذكرين » (١٠٧) .

الثانى : لا تشترط الذكورة ـ فيجوز تحكيم المرأة .

وهو مذهب الحنفية ، فالحكم عندهم كالقاضى ، والمرأة تصلح للقضاء ، فيجوز أن يجعلا بينهما امرأة ، كما أن التحكيم يبتنى على الشهادة والمرأة تصلح شاهدة (١٠٨) .

---

(١٠٣) بلغة السالك للصاوى مع الشرح الصغير للدردير جـ٢/١٤٤ و ١٤٥ . وانظر : المدونة الكبرى جـ٢/٢٥٤ و ٢٥٥ ، مختصر خليل ص ١١٩ ، وحاشية الدسوقى مع الشرح الكبير جـ٢/٣٤٤ .

(١٠٤) المغنى مع الشرح جـ٨/١٧٠ .

(١٠٥) كشاف القناع عن متن الاقناع جـ ٥/٢١٠ .

(١٠٦) روضة الطالبين جـ٧/٣٧١ ، وقليوبى وعميرة مع منهاج الطالبين جـ٣/٣٠٧ .

(١٠٧) شرح التحرير بهامش حاشية الشرقاوى جـ٢/٢٨٧ ، وعبر الشيخ قليوبى فى حاشيته بالندب جـ٣/٣٠٧ .

(١٠٨) انظر : باب التحكيم فى : حاشية ابن عابدين جـ٥/٤٢٧ و ٤٢٨ ، والفتاوى الهندية جـ٣/٣٩٨ ، و (كتاب الشهادات) فى حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٤٦١ و ٤٦٢ .

وهو القول الآخر عند الشـــافعية ، باعتبار الحكمين وكيلين (١٠٩) ٠

وبناء على ما سبق ، يمكن القول أن شرط الذكورة محل اتفاق بين المالكية والحنابلة ، وشرط عند الشافعية على القول بأن الحكمين حاكمان ، ويبدوا لى أن اجازة الحنفية تحكيم المرأة لاينفى شرط الذكورة اذ أنه الأصل ، وعلى ذلك جعلت هذا الشرط محل اختلاف ، ومع ذلك يترجح لدى اشتراطه لما استدل به المالكية والحنابلة ، ولما يتصور حالة فشل المرأتين فى الحـكم بين الزوجين وانقـلابهما بعـد ذلك شـاهدتين يستشهد بهما القاضى فلابد من انضـمام رجل اليهمـا فلا تصلح شهادتهما ، فضلا عن تسمية الله تعالى لهما بأنهما : حكما ٠٠ و ٠٠ وحكما ، فترجع القول بالذكورة ٠

ثالثا : الشروط التى استقلت بها بعض المذاهب دون بعض :

١ ـ يشـترط رضـاء الزوجين بالحـكمين ، وألا يفعلا شيئا حتى يأذن كل من الزوجين ٠

وهذا الشرط نص عليـه (أبو بـكر الجصـاص) من الحنفية(١١٠) ، وذكـره فقهاء الشافعية والحنابلة الا أنهم قيدوه بـكون الحـكمين وكيلين عن الزوجين (١١١) ، أما باعتبارهما حاكمين فلا يشترط ذلك(١١٢) ٠

---

(١٠٩) روضة الطالبين جـ٧/٣٧١ ٠

(١١٠) أحكام القرآن للجصاص جـ٢/١٩١ ٠

(١١١) انظر : عند الشافعية : منهاج الطـالبين مع قليوبى وعميرة جـ٣/٣٠٧ ، مختصر المزنى بهامش الأم جـ٤/٤٨ ، والأم جـ٥/١٧٧ ، وعند الحنابلة : المغنى مع الشرح جـ ٨/١٧١ ، كشاف القناع جـ ٥/٢١١ والعدة ص ٤٠٦ ٠

(١١٢) الامام النووى فى منهاج الطالبين ـ مع قليوبى وعميرة جـ٣/ ٣٠٧ ٠

والواقع أن هذا الشرط راجع الى الخلاف فى الحكمين هل هما حاكمان أو وكيلان وذلك محله المطلب الآتى ٠

٢ ـ يشترط عدم التهمة فى الحكم :

ويؤخذ هذا الشرط من (الهداية) عند الحنفية ، ففيها : « وحكم الحاكم لأبويه وولده باطل ٠٠٠ وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة ، فكذلك لا يصح القضاء » (١١٣) ، الا أنه اذا حكم عليهم جاز لانتفاء التهمة لقبول شهادته عليهم (١١٤) ٠

٣ ـ يشترط عدم قرابة وعدم عداوة دنيوية :

وهذا الشرط ذكره (ابن عابدين) فى كتاب الشهادات ، وعده من شرائط الشهادة(١١٥) ، وذلك لابتناء الحكم عند الحنفية على الشهادة (١١٦) ، والواقع أن هذين الشرطين الأخيرين لا يتصوران فى الحكمين ، أى لا يمكن تحقيقهما ، اذ هما من الأهل وجوبا أو استحبابا ، فالقرابة موجودة ، ثم انهما اثنان أحدهما من أهله والآخر من أهلها ، والفرض أنهما يريدان الاصلاح ، والله تعالى ولى التوفيق ٠

(تتمة) حول شرط العدالة :

العدل فى اللغة : هو الذى لا يميل به الهوى ، فيجور فى الحكم ، والعدل من الناس المرضى قوله وحكمه (١١٧) ٠

وفى اصطلاح الفقهاء : من اجتنب الكبائر ، ولم يصر على الصغائر ، وغلب صوابه ، واجتنب الأفعال الخسيسة .

---

(١١٣) و (١١٤) الهداية شرح بداية المبتدى جـ٣/١٠٩ ٠

(١١٥) حاشية ابن عابدين جـ٥/٤٦١ و ٤٦٢ ٠

(١١٦) الفتاوى الهندية جـ٣/٣٩٧ ٠

(١١٧) لسان العرب لابن منظور جـ٤/٢٨٣٨ و ٢٨٣٩ ٠

كالأكل فى الطريق والبول (١١٨) ٠

وقد يرد تساؤل - خاصة فى زماننا هذا - ماذا لو كان الحكمان أحدهما أو كلاهما غير عدل بهذا الوصف ، أى ماذا يكون حكمه آنذاك ؟ ٠

وقد وجدت اجابة ذلك بحمد الله تعالى - فى مصدرين :

أحدهما : فى (أحكام القرآن ، لابن العربى) حيث قال : « وينفذ فعل الحكم فى كل مسألة ، هذا اذا كان كل واحد منهما عدلا ، ولو كان غير عدل ، قال عبد الملك : حكمه منقوض لأنهما تخاطرا بما لا ينبغى من الغرر ، قال ابن العربى : والصحيح نفوذه ، لأنه ان كان توكيلا ففعل الوكيل نافذ ، وان كان تحكيما فقد قدماه على أنفسهما ، وليس الغرر بمؤثر فيه كما لم يؤثر فى باب التوكيل ، وباب القضاء مبنى على الغرر كله ، وليس يلزم فيه معرفة المحكوم عليه بما يئول اليه الحكم ٠ اهـ » (١١٩) ٠

والآخر : فى (بلغة السالك) للصاوى المالكى : « أنه اذا تعذر وجود العدل الموصوف بتلك الأوصاف ، كما فى زماننا هذا اكتفى بالحر المسلم البالغ العاقل المستور الحال الذى لا يعرف عليه فسق »(١٢٠) ٠

---

(١١٨)كتاب التعريفات للجرجانى ص ١٩١ ، وروى عن أبى يوسف صاحب الامام أبى حنيفة أن العدل هو من لا يأتى بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكونستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطأه ومروءته ظاهرة ٠ انظر : الصيغ الشرعية لدعاوى الأحوال الشخصية ، للمستشار معوض عبد التواب ، ص ٢٥٩ طبعة ١٩٨٨ م ٠

(١١٩) أحكام القرآن لابن العربى جـ١/٤٢٧ (المسألة الخامسة عشرة) ٠

(١٢٠) و (١٢١) بلغة السالك مع الشرح الصغير جـ٣/٣٠٢ ، وقوله (الموصوف بتلك الأوصاف) اشارة الى شروط العدل على المذهب وهى : الحرية والاسلام والبلوغ والعقل ، وعدم الحجر عليه لسفه ، وألا يكون =

ولما كانت العدالة تستلزم الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وعدم الفسق (١٢١) ، فانه يمكن القول ان هذا الشرط أى كون الحكم عدلا هو عمدة الشروط كلها .

أما شرط الذكورة فقد ترجح بناء على اشتراط جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة ، وقول عند الشافعية .

أما شرط الذكورة فقد ترجح بناء على اشتراط جمهور الفقهاء ثم يحكم بما أجمعوا عليه ، ومن ثم لا يشترط فيه كونه فقيها ، وعلى ذلك فالشرط الأساسى (العدالة) بما تستلزمه من اسلام وبلوغ وعقل وحرية وعدم فسق .

أما كونه ذكرا فهو الراجح ، وجواز كونه امرأة هو الرأى المرجوح .

المطلب السادس

هل الحكمان حاكمان أو وكيلان

قال الله عز وجل فى اية التحكيم : « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، فهل الحكم هنا حاكم بين الزوجين ، وقاض بينهما له الجمع والتفريق بينهما دون توقف على رضائهما ، أو هما وكيلان عن الزوجين قائمان بأمرهما الذى رضائهما أو هما وكيلان عن الزوجين قائمان بأمرهما الذى قيام الزوجين بأمر أنفسهما ؟(١٢٢) .

=

بدعيا ولو متأولا ، وأن يكون ذا مروءة ، وهى كمال النفس بصونها عما يوجب ذمها عرفا ولو مباحا فى ظاهر الحال ، وانظر الشرح الصغير مع بلغة السالك جـ٣/٣٠١ الى ٣٠٤ ، وحاشية الدسوقى جـ٤/١٦٤ الى ١٦٩ .

(١٢٢) راجع معنى كلمة (حكم) فى المطلب الأول من هذا البحث ، وسيأتى مزيد بيان لمعنى (الوكيل) .

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين :

المذهب الأول :

أن الحكمين حاكمان على الزوجين ، ولهما الجمع والتفريق بينهما ، ولا يتوقف ذلك على رضاء الزوجين بحكمهما ٠

وهو مذهب المالكية قولا واحدا(١٢٣) ، ومقابل القول الصحيح عند الشافعية(١٢٤) ، واحدى الروايتين عن الامام أحمد بن حنبل رضى الله تعالى عنه ٠ (١٢٥) ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وابن عباس رضى الله عنهم ، به قال الأوزاعى واسحاق (١٢٦) ٠

وقد استدل أصحاب هذا المذهب على ما ذهبوا اليه ، بالكتاب ، وأخبار الصحابة والمعقول:

أولا : من الكتاب قول الله تعالى : « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » ووجه الدلالة من وجوه ، هى :

١ ـ أن الله تعالى خاطب غير الزوجين عند خوف الشقاق بينهما ، ببعث الحكمين ، واذا كان المخاطب غيرهما ، فكيف يكون ذلك بتوكيلهما ، والتوكيل من كل واحد لا يكون الا فيما

---

(١٢٣) انظر : أحكام القرآن لابن العربى جـ١/٤٢١ الى٤٢٦ ، مختصر خليل ص ١١٩ ، حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٤ ، بداية المجتهد جـ٢/١٢٣ ، والكافى ص ٢٧٨ ٠

(١٢٤) الوجيز للغزالى جـ٢/٤٠ و ٤١ ، وانظر : روضة الطالبين جـ٧/٣٧١ ، قليوبى وعميرة جـ٣/٣٠٦ ٠

(١٢٥) المغنى مع الشرح الكبير جـ ٨/١٦٨ و ١٦٩ ، والعدة شرح العمدة ص ٤٠٦ ٠

(١٢٦) انظر : تفسير القرطبى جـ٥/١٧٦ ، والمغنى مع الشرح جـ٨/١٦٨ ، وفتح البارى جـ٩/٣١٤ ٠

يخالف الآخر ، وذلك لا يمكن ها هنا (١٢٧) ، اذ من شأن الحكم أن يحكم بغير رضى المحكوم عليه (١٢٨) .

٢ - ان الله تعالى سماهما حكمين ، والحكم هو الحاكم والقاضى ، ولم يسمهما وكيلين ، والوكيل مأذون ليس بحكم ، ولكل من الحكم والوكيل اسم فى الشريعة ومعنى (١٢٩) .

٣ - أنه لما كان المخاطب بالآية الحكام ، وكان بعث الحكمين منهما ، كان بلوغ الغاية من الجمع والتفريق اليهم (١٣٠) .

ثانيا : من أخبار الصحابة وأقوالهم ما يلى :

(أ) ما رواه الامام مالك فى (الموطأ) عن على بن أبى طالب قال فى الحكمين: ان اليهما الفرقة بينهما والاجتماع قال مالك : وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم : أن الحكمين يجوز لهما قولهما بين الرجل وأمرأته فى الفرقة والاجتماع (١٣١) .

(ب) ما أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه ، والبيهقى فى (السنن الكبرى) ، والدار قطنى فى (سننه) عن ابن سيرين عن عبيدة السلمانى قال : شهدت على بن أبى طالب ، وجاءته امرأة وزوجها ، مع كل واحد منهما فئام من الناس . فأخرج هؤلاء حكما من الناس ، وهؤلاء حكما ، فقال على

---

(١٢٧) أحكام القرآن لابن العربى جـ١/٤٢٢و ٤٢٣ .

(١٢٨) تفسير ابن كثير جـ ١/٤٩٣ .

(١٢٩) أحكام القرآن لابن العربى جـ١/٤٢٤ ، وتفسير القرطبى جـ٥/١٧٦ و ١٧٧ ، ومنهاج الطالبين مع قليوبى وعميرة جـ٣/٣٠٦ و ٣٠٧ ، والمغنى مع الشرح جـ ٨/١٦٨ .

(١٣٠) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ/٩ ٣١٥ .

(١٣١) موطأ الامام مالك - مع تنوير الحوالك جـ٢/١٠١ ، وانظر : المدونة جـ٢/٢٦٧ .

للحكمين : أتدريان ما عليكما ؟ ان رأيتما أن تفرقا فرقتما ، وان رأيتما أن تجمعا جمعتما ، فقال الزوج : أما الفرقة فلا . فقال على : كذبت والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله تعالى لى وعلى(١٣٢)

قال الامام القرطبى : « وهذا اسناد صحيح ثابت وروى عن على من وجوه ثابتة عن ابن سيرين عن عبيدة » ثم قال : « فلو كانا وكيلين أو شاهدين لم يقل لهما : أتدريان ما عليكما ؟ انما كان يقول : أتدريان بما وكلتما ؛ أى فيه (١٣٣) ٠

وقال القاضى أبو اسحاق : فبين على رضى الله عنه أن الأمر الى الحكمين اللذين بعثا من غير أن يكون للزوج والزوجة أمر فى ذلك ولا نهى(١٣٤) وقال ابن قدامة : ان فى قول على ـ رضى الله عنه ـ ذلك للزوج ، اجبار له على قبول حكم الزوجين (١٣٥) ٠

(ج) وعن عبد الرزاق عن معمر بن طاووس عن عكرمة بن خالد ، عن ابن عباس قال : بعثت أنا ومعاوية حكمين ، فقيل لنا : ان رأيتما أن تجمعا جمتما ، وان رأيتما أن تفرقا فرقتما ، قال معمر : وبلغنى أن الذى بعثهما عثمان(١٣٦) ٠

---

(١٣٢) مصنف عبد الرزاق (واللفظ له) ج ٥١٢/٦ و ٥١٣ (رقم ١١٨٨٣) ، والسنن الكبرى للبيهقى ج٣٠٥/٧ و ٣٠٦ وسنن الدار قطنى ج٣٩٥/٣ ٠ وفى التعليق المغنى على الدار قطنى : (الحديث رواه النسائى فى الكبرى ، والبيهقى واسناده صحيح) ومعنى (فئام) أى : جماعة ٠

(١٣٣) تفسير القرطبى ج١٧٧/٥ ٠

(١٣٤) أحكام القرآن لابن العربى ج٤٢٣/١ ٠

(١٣٥) المغنى مع الشرح الكبير ج ١٦٨/٨ ٠

(١٣٦) مصنف عبد الرزاق ج ٥١٢/٦ ، رقم (١١٨٨٥) وانظر قصة بعث ابن عباس ومعاوية ص ٥١٣ رقم (١١٨٨٧) ، والسنن الكبرى للبيهقى ج٧/ ٣٠٦ ٠

(د) وعنه أيضا عن معمر عن يحيى بن أبى كثير عن أبى سلمة بن عبد الرحمن ، قال : ان شاء الحكمان ان يفرقا فرقا ، وان شاءا ان يجمعا جمعا(١٣٧) ٠

(هـ) وعنه أيضا عن الثورى عن جابر وغيره عن الشعبى، قال : ان شاء الحكمان فرقا ، وان شاءا جمعا(١٣٨) ٠

هذا وقد روى الحافظ عبد الرزاق فى مصنفه أقوالا أخر تؤيد ما ذهب اليه أصحاب المذهب الأول(١٣٩) ٠

ثالثا : من المعقول ، استدلوا بما يأتى :

١ ـ أن فعل الحكمين ينفذ هنا كما ينفذ فى جزاء الصيد . وهى أختها (١٤٠) ، أى فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم » (١٤١)

٢ ـ أنه لما كان القاضى لايقضى بعلمه ، فقد خص الشرع هاتين الواقعتين بحكمين لينفذ حكمهما بعلمهما ، وترتفع بالتعدد التهمة عنهما(١٤٢) ٠

٣ ـ أن الحكمين ـ هنا ـ يشبهان القاضى ، وهو يطلق للضرر عند تبينه (١٤٣) ، كما يطلق على المولى والعنين (١٤٤)

---

(١٣٧) مصنف عبد الرزاق جـ ٦/٥١١ (رقم ١١٨٨٢) ٠

(١٣٨) المرجع السابق جـ٦/٥١٢ (رقم ١١٨٨٤) ٠

(١٣٩) انظر : جـ٦ من ص ٥١٢ الى ٥١٤ ٠

(١٤٠) أحكام القرآن لابن العربى جـ١/٤٢٥ ٠

(١٤١) صدر الآية (٩٥) من سورة المائدة ٠

(١٤٢) أحكام القرآن لابن العربى جـ١/٤٢٥ ٠

(١٤٣) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢/١٢٣ ، وانظر حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٥ ، وفى (الصيغ الشرعية لدعاوى الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب) ص ٢١٥ ، أن التطليق للضرر مأخوذ عن مذهب الامام مالك ٠٠٠ ومثله مذهب الامام أحمد بن حنبل ٠ وانظر : الروض المربع فى الفقه الحنبلى ص ٤٣٨ ٠

٤ - أنه لا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه عن أداء الحق ، كما يقضى الدين عنه من ماله اذا امتنع ، وكما يطلق الحاكم على المولى اذا امتنع (١٤٥) ٠

المذهب الثانى :

أن الحكمين وكيلان عن الزوجين ، لا يملكان التفريق الا باذنهما ٠ وهو مذهب الحنفية(١٤٦) ، والقول الصحيح عند الشافعية (١٤٧) ، واحدى الروايتين عند الحنابلة (١٤٨)

وبذلك قال : عطاء ، والحسن ، وأبو ثور ٠ (١٤٩) ٠

وقد استدل أصحاب هذا المذهب ، بالكتاب ، وأخبار الصحابة ، والمعقول :

أولا : من الكتاب :

١ - استدل أبو بكر الجصاص الحنفى - بذات الآية التى بين أيدينا ، على أن الذى من أهله وكيل له ، والذى من أهلها وكيل لها ، وكأن الله تعالى قال : فابعثوا رجلا من قبله ورجلا من قبلها ٠

---

(١٤٤) انظر : تفسير القرطبى جـ٥/١٧٧ ، والأم جـ٥/٢٥٦ ، وقليوبى وعميرة فى الطلاق على المولى جـ٤/١٣ ٠ والمولى هو الذى آلى أى أقسم ألا يقرب زوجته مدة معينة أقصاها أربعة أشهر ء قال تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ٠٠٠ » الايتان ٢٢٦ و ٢٢٧ سورة البقرة ، والعنين هو الذى لا يستطيع اتيان امرأته لعيب فيه ٠

(١٤٥) المغنى مع الشرح الكبير جـ ٨/١٦٩ ٠

(١٤٦) أحكام القرآن للجصاص جـ٢/١٩٠ الى ١٩٣ ٠

(١٤٧) الوجيز للغزالى جـ٢ ٤٠و٤١ ، والأم جـ٥/١٧٧ ، وروضة الطالبين جـ ٧/٣٧١ ، وقليوبى وعميرة جـ ٣/٣٠٦ و ٣٠٧ ٠

(١٤٨) المغنى مع الشرح الكبير جـ ٨/١٦٧ ، والعدة شرح العمدة ص ٤٠٦ ٠

(١٤٩) انظر : تفسير القرطبى جـ ٥/١٧٦ ، والمغنى مع الشرح جـ ٨/١٦٧ ومصنف عبد الرزاق جـ ٦/٥١١ ٠

وقال : « انما سمى ههنا الوكيل حكما تأكيدا للوكالة التى فوضت اليه » ٠

وقال : فجائز أن يكونا سميا حكمين لقبول قولهما عليهما » ٠٠٠٠٠

وانتهى الى القول ٠٠ بأن اسم الحكم يفيد تحرى الصلاح فيما جعل اليه ، فلما أشبه فعلهما فعل الحاكم فى القضاء عليهما بما وكلا به على جهة تحرى الخير والصلاح سميا حكمين ، ويكونان مع ذلك وكيلين لهما ، اذ غير جائز أن تكون لأحد ولاية على الزوجين من خلع أو طلاق الا بأمرهما (١٥٠) ٠

(ب) ما رواه عبد الرازق عن ابن جريج عن عطاء ، قال له انسان : أيفرقا الحكمان ؟ قال : لا ، الا أن يجعل الزوجان

٢ ـ كما استدل أيضا بقوله تعالى : (ان يريدا اصلاحا)

على أنه ليس للحكمين أن يفرقا ، لأن الله تعالى لم يقل : « ان يريدا فرقة »(١٥١) ٠

ثانيا ـ من أخبار الصحابة ، استدلوا بما يأتى :

(أ) بما روى عن على بن أبى طالب كرم الله وجهه ـ وهو ما استدل به أصحاب المذهب الأول ، الا أنهم قالوا فى وجه الدلالة ما يلى :

« ان قوله رضى الله عنه للزوج : (والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله) ، يدل على أن قول الحكمين انما يكون برضى الزوجين ، حيث قال الزوج (لا أرضى بالفرقة) وذلك بعد رضاء المرأة بالتحكيم ، فيدل على أن الفرقة عليه غير نافذة الا بعد توكيله بها »(١٥٢) ٠

---

(١٥٠) أحكام القرآن للجصاص جـ٢/ ١٩٠و ١٩١ ٠

(١٥١) المرجع السابق ص ١٩٣ ٠

(١٥٢) المرجع السابق صفحات ١٩٠ الى ١٩٢ ٠

(ب) ما رواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن عطاء ، قال له انسان : أيفرقان الحكمان ؟ قال : لا ، الا أن يجعل الزوجان ذلك بأيديهما (١٥٣) ٠

(ج) ما رواه أيضا عن معمر عمن سمع الحسن يقول : يحكمان فى الاجتماع ولا يحكمان فى الفرقة(١٥٤) ٠

ثالثا : من المعقول ، استدلوا بما يأتى :

١ ـ ان الحال بين الزوجين قد يؤدى الى الفراق ، والبضع حق الزوج ، والمال حق الزوجة ، وهما رشيدان فلا يولى عليهما فى حقهما (١٥٥) ، ولا يجوز لغيرهما التصرف فى ذلك الا بوكالة منهما ٠ (١٥٦)

٢ ـ أن الزوج لو أقر بالاساءة اليها لم يفرق بينهما ، ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين ، وكذلك لو أقرت المرأة بالنشوز لم يجبرها الحاكم على خلع ولا رد مهرها ٠ فاذا كان ذلك حكمهما قبل بعث الحكمين ، فكذلك بعد بعثهما ، فلا يجوز ايقاع الطلاق من جهتهما من غير رضى الزوج وتوكيله ، ولا اخراج المهر عن ملكها من غير رضاها (١٥٧) ٠

---

(١٥٣) و (١٥٤) مصنف عبد الرزاق ج ٦/٥١١ (رقما ١١٨٨٠ و٨١)، وانظر : سنن البيهقى الكبرى ج ٧/٣٠٧ وفيه : « عن الحسن : قال انما عليهما أن يصلحا وأن ينظرا فى ذلك وليس الفرقة فى أيديهما » ، وكلمة (أيفرقان) فى النص الأول هكذا فى المصنف ٠

(١٥٥) منهاج الطالبين مع قليوبى وعميرة ج٣/٣٠٦ و ٣٠٧ ، وشرح التحرير مع حاشية الشرقاوى ج٢/٢٨٧ ٠

(١٥٦) المغنى مع الشرح ج٨/١٦٧ ، وكشاف القناع ج٥/٥١١ . والعدة ص ٤٠٦ ٠

(١٥٧) أحكام القرآن للجصاص ج٢/١٩١ ٠

٣ - أنه لا فرق بين الوكيل والحكم ، اذ كل من فوض اليه أمر يمضيه على جهة تحرى الخير والصلاح ، فهذه الصفة التى وصفه الله بها لاحقة به (١٥٨) .

٤ - أن الله تعالى حظر على الزوج أخذ شيء مما أعطى زوجته الا بطيب نفس منها ، لقوله تعالى : « فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » (١٥٩) ، أو على شريطة الخوف منهما ألا يقيما حدود الله ، لقوله سبحانه : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به »(١٦٠) وهذا الخوف المذكور ههنا هو المعنى بقوله تعالى : (وان خفتم شقاق بينهما) ، فكيف يجوز للحكمين أن يوقعا خلعا أو طلاقا من غير رضى الزوجين ، والحاكم وغيره سواء فى أنه لا يملك أخذ مال أحد ودفعه الى غيره ، لقوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام »(١٦١) ، فثبت أنه لا يملك أخذ مال الزوجة ودفعه الى زوجها ، ولا ايقاع الطلاق على الزوج بغير توكيله ولا رضاه (١٦٢) .

المناقشة والترجيح :

بعد استعراض أدلة المذهبين ، يمكن مناقشة بعض ما استدل به أصحاب المذهب الثانى - على النحو التالى :

١ - استدلال الامام الجصاص بأن الآية تدل على أن الذى من أهل الزوج وكيل له ، والذى من أهل الزوجة وكيل لها ، منقوض من وجهين : أحدهما : أنه لا قائل بهذا المعنى من

---

(١٥٨) المرجع السابق ص ١٩٢ .

(١٥٩) نهاية الآية (٤) من سورة النساء .

(١٦٠) من الآية (٢٢٩) سور البقرة .

(١٦١) صدر الآية (١٨٨) من سورة البقرة .

(١٦٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص جـ٢/١٩٢ .

المفسرين لهذه الآية(١٦٣) والآخر : أن الحنفية يجيزون كون الحكم امرأة ، فلم خصصت الرجل هنا ، ولماذا لم يقل الله تعالى (رجلا من أهله ورجلا من أهلها) مع أن حروف الكلمتين (حكما)و(رجلا) متساوية ٠

٢ ـ استدلاله ـ رضى الله عنه ـ بأن فى فحوى الآية ما يدل على أنه ليس للحكمين أن يفرقا ٠ ليس له ما يؤيده ، بل يقال : « لم تعرض الآية فى مهمة (التحكيم) الى الطرف المقابل ، وهو طرف التفريق ، سدا لباب اليأس من الوصول الى الاصلاح المنشود » (١٦٤) ٠

كما أن الاصلاح فى الآية معناه نقيض الافساد ، أما التوفيق فمن الموافقة ، وعليه فقد يكون فى استمرار الزوجين معا افسادا بوجود الشقاق الدائم بينهما ، فيحدث التوفيق بين ارادتيهما فى الفرقة : « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته » (١٦٥) ، فليس بلازم أن يكون الاصلاح بمعنى الجمع بينهما ، أو يكون ضد الافتراق ، بل المدار على ما فيه صلاح لهما ٠

٣ ـ أن قوله بعدم الفرق بين الوكيل والحكم باعتبار أن كلا منهما فوض اليه أمر يمضيه على جهة تحرى الخير والصلاح ، مردود أيضا من وجوه :

(أ) اختلاف معنى كل منهما فى اللغة والشريعة : فالحكم فى اللغة بمعنى الحاكم وهو القاضى ، أما الوكيل فى اللغة فهو : الكفيل والكافى والحافظ ، والقائم بالأمر ، سمى بذلك لأن موكله قد وكل (بالتحريك) اليه القيام بأمره ،

---

(١٦٣) راجع المطلب الأول فى معنى الآية الكريمة ٠

(١٦٤) الاسلام عقيدة وشريعة للامام الشيخ محمود شلتوت ص ١٧٠ ٠

(١٦٥) صدر الآية (١٣٠) من سورة النساء ٠

ويقال : وكلت أمرى الى فلان : أى ألجأته اليه واعتمدت فيه عليه (١٦٦) .

وعلى ذلك فمعنى الحكم غير معنى الوكيل ، فلا يسوغ استخدام أحدهما بدلا عن الآخر أو مكانه ، فكيف بأحكم الحاكمين سبحانه ؟

(ب) أن تحرى الخير الصلاح من كل منهما لا يتنافى مع كون الحكم حاكما وقاضيا ، ومع كون الوكيل مفوضا اليه من الزوجين بالقيام بالأمر .

(ج) ان الله تعالى لم يخاطب الزوجين بالآية - على الرأى الراجح (١٦٧) - حتى يقال ان الحكمين - وكيلان عنهما يفعلان ما يريانه بتوكيل منهما .

٤ - أن استدلالهم بما روى عن الامام على رضى الله عنه ، مردود عليه باستدلال أصحاب المذهب الأول بذات القصة ، فضلا عن أن الرواة والقائلين من الصحابة وغيرهم بفحوى المذهب الأول أكثر عددا من رواة المذهب الثانى .

٥ - أن قولهم : (ان الزوجين رشيدان فلا يولى عليهما فى حقهما) ، منقوض بقول أصحاب أصحاب المذهب الأول من أنه لا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه عن أداء الحق .

٦ - ان اقرار الزوج بالاساءة ، واقرار المرأة بالنشوز وعدم تفريق الحاكم بينهما بطلاق أو خلع . مردود عليه بأنه يجوز التطليق للضرر ، فاذا ثبت ذلك للقاضى كان له أن يطلق على الزوج (١٦٨) ، كما يجوز للحاكم أن يرد مهر الزوج اليه

---

(١٦٦) انظر : معنى (الحكم) فى لسان العرب جـ٢/٩٥١ الى ٩٥٣ . ومعنى (الوكيل) جـ٦/٤٩٠٩ و ٤٩١٠ .

(١٦٧) راجع المطلب الثانى فيما سبق .

(١٦٨) قال الامام خليل فى مختصرة ص ١١٩ : لها التطليق بالضرر البين ولو لم تشهد البينة بتكرره » وانظر حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٥ .

كما حدث فى قصة (امرأة ثابت بن قيس) عندما جاءت الى النبى ﷺ : فقالت « يا رسول الله ما انقم على ثابت فى دين ولا خلق ، الا أنى أخاف الكفر (وفى روايه : ولكنى لا أطيقه) فقال رسول الله ﷺ : فتردين عليه حديقته ، فقالت : نعم . فردت عليه وأمره ففارقها »(١٦٩) وهذا دليل على جواز الخلع من الحاكم ورد مهر الزوج اليه .

فضلا عن أنه لا تقاس حالة ارتفاع الأمر الى القاضى ثم بعثه للحكمين ، على ما قبل ذلك .

٧ - ان حظر أخذ الزوج شيئا من مال زوجته الا برضاها، وكذا ايقاع الطلاق عليه بغير توكله ولا رضاه ، يكون فيما قبل التحكيم ، أما « فى حكم الحكمين لم يختر الطلاق بل جبره عليه الحكمان ، كما جبرا الزوجة على اعطاء المال ، فساغ له أخذه عوضا عن اخراج الزوجية عن ملكه ، حكما من الله عز وجل »(١٧٠) .

٨ - ان الخطاب فى سورة البقرة فى قوله تعالى : (فان خفتم ألا يقيم حدود الله) ، وان كان للحاكم والمتوسطين مثل هذا الأمر وان لم يكونوا حكاما ، وذلك حالة الخوف من ترك طاعة الله بالمغاضبة منهما (١٧١) ، فقد رفع الله الحرج عن الزوجين (فلا جناح عليهما) فأجاز للزوج أخذ ما دفعه لزوجه وهو الخلع وذلك بقوله تعالى : (فيما أفتدت به) .

أما الخطاب فى سورة النساء فهو للحكام ولأهل الزوجين ببعث الحكمين عند خوف الشقاق والمضارة ،

---

(١٦٩) الحديث أخرجه الامام البخارى فى (كتاب الطلاق - باب الخلع) جـ٣/٢٧٣ (مع حاشية السندى) .

(١٧٠) المقدمات الممهدات لابن رشد (الجد) مع المدونة جـ٢/٢٥٤ و ٢٥٥ .

(١٧١) انظر : تفسير القرطبى جـ٣/١٣٨ الى ١٤١ .

فكيف يجوز للزوج هناك اخذ العوض فى الخلع ، ولا يجوز هنا فى ايه التحكيم ، ثم ان الحكمين لم يأخذا أى مال من أى أحد ، بل أخذا ممن حدث منه الظلم والتعدى ، واعطياه للمظلوم والمعتدى عليه من الزوجين ، فضلا عن انهما - أى الحكمين - يعلمان الجمع والتفريق ، فالامر فى ذلك اليهما بحكم الله تعالى .

وبناء على ذلك يمكن القول برجحان المذهب الاول ، وهو ان الحكمين حاكمان قاضيان على الزوجين ، لهما الجمع والتفريق ، وأن طريقهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة (١٧٢) ، وعلى الحاكمين أن يأتيا الى الحاكم ليخبراه بما فعلا ، وعليه - أى القاضى - أن ينفذ حكمها ، ولا يجوز له معارضته أو نقضه ، ويقول الحاكم : حكمت بما حكمتما به . (١٧٣) .

المطلب السابع

فى مهمة الحكمين ، والحكم اذا اتفقا أو اختلفا

ترجح فى المطلب السابق ، كون الحكمين حاكمين موليين من جهة الحاكم ، طريقهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة ، ومع ذلك فهما يسعيان فى مهمتهما تحدوهما الرغبة فى الاصلاح ، يلتمسان التوفيق الذى وعدهما الله تعالى به ، وقد يتفقان على أمر من الأمور يريان فيه الاصلاح ، وقد يختلفان ، لذا أتناول هذه الأمور الثلاثة على الترتيب الآتى :

---

(١٧٢) انظر : تفسير القرطبى جـ٥/١٧٧ ، وحاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٤ .

(١٧٣) انظر : حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير جـ٢/٣٤٥ و ٣٤٦ ، والصيغ الشرعية لدعاوى الأحوال الشخصية ، للمستشار معوض عبد التواب ، ص ٢٦٢ ، وفيه : « والمقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة والوكالة ، وأنه اذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على الحاكم امضاؤه دون تعقب . » .

أولا - مهمة الحكمين :

يتبين من أقوال الفقهاء حول هذه المهمة ، أن الحكمين عليهما :

١ - النظر فيما عند الزوجين ، باختلاء كل حكم بقريبه ، ومعرفة ما فى نفسه ، من رغبة فى الصحبة أو نزعة الى الفرقة (١٧٤) .

٢ - أن يجتمعا معا ليخبر كل منهما بما فعل الآخر ، « ينبغى ألا يخفى أحد الحكمين عن الآخر شيئا اذا اختلى به »(١٧) .

٣ - عليهما أن ينويا الاصلاح (للآية الكريمة) ، وأن يلطفا القول للزوجين وأن ينصفا ويرغبا ويخوفا ، ولا يخصا بذلك أحدهما دون الآخر ، ليكون أقرب للتوفيق بين الزوجين (١٧٦) .

٤ - اذا ظهر لهما أن النشوز من أحدهما دون الآخر ، أقبلا عليه بالوعظ والزجر والنهى (١٧٧) ، فان أطاعهما كان بها ، والا أقبلا على الآخر فان سمع منهما وأقبل الى الذى يريدان فبها ونعمت (١٧٨) .

٥ - يضيف المالكية - أنه بعد الكشف عن حال الزوجين فان الأمر لا يخلو من اساءة أحدهما ، أو اساءتهما معا :

---

(١٧٤) أنظر : أحكام القرآن لابن العربى جـ ١/ ٤٢٤ ، وتفسير القرطبى جـ٥/ ١٧٥ و ١٧٦ ، وروضة الطالبين للنووى جـ٧/ ٣٧١ ، والمغنى مع الشرح الكبير جـ٨/ ١٦٧ ، وأحكام القرآن للجصاص جـ٢/ ١٩٠ .

(١٧٥) انظر : أحكام القرآن لابن العربى جـ١/ ٤٢٤ ، ومصنف عبد الرزاق جـ ٦/ ٥١٣ ، وقليوبى وعميرة جـ ٣/ ٣٠٦ ، وينبه الشافعية الى اشتراط حضور نحو محرم حالة اختلاء الحكم بالزوجة دفعا للخلوة المحرمة (روضة الطالبين جـ٧/ ٣٧٢ ، وحاشية الشرقاوى جـ٢/ ٢٨٦ .)

(١٧٦) كشاف القناع جـ٥/ ٢١١ .

(١٧٧) تفسير القرطبى جـ٥/ ١٧٥ و ١٧٦ .

(١٧٨) أحكام القرآن للجصاص جـ٢/ ١٩٠ .

(أ) فان كانت الاساءة من الزوج - طلقا عليه طلقة بائنة ، بلا خلع أى بلا مال يأخذانه من الزوجة للزوج ، لاساءته ٠

(ب) وان كانت الاساءة من الزوجة : طلقا بخلع ، أى بمال يعطيانه له أو يأتمنانه عليها بلا طلاق ، بأن يأمراه بالصبر عليها وعدم معاملتها بالضرر الواقع منها ، ان اقتضى النظر والمصلحة ذلك ٠

(ج) أما ان أساءا معا ، فأضر كل منهما بصاحبه ، فانه يتعين الطلاق بلا خلع عند أكثر فقهاء المذهب ، اذا لم ترض الزوجة بالمقام مع زوجها(١٧٩) ٠

ويتفق جمهور الفقهاء على أن الحكمين لهما أن يفعلا ما فيه المصلحة سواء أكان جمعا أم تفريقا ، (١٨٠) ٠

٦ - ثم يأتيان الحاكم فيخبرانه بما فعلا وبما رأيا ، وعليه آنذاك أن ينفذ حكمهما وجوبا بلامعارضة أو نقض فيحكم بما حكما به ، على ما ذهب اليه المالكية (١٨١) ، واكتفى الحنفية بالقول بأنهما يردان الى الحاكم ما يقفان عليه من أمر الزوجين (١٨٢) ، ويرجع ذلك للخلاف فى كون الحكمين

---

(١٧٩) انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٥ و ٣٤٦ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك جـ٢/١٤٥ و ١٤٦ ٠

(١٨٠) انظر : الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى ص ٢٧٨ وفيه : (فلهما ان رأيا أن يفرقا التفريق ولهما الجمع ان رأيا ذلك) ، واحكام القرآن للجصاص جـ٢/١٩٠ ، وفيه عن سعيد بن جبير (فما حكما من شىء فهو جائز) ، وروضة الطالبين للنووى وفيه : (والاصلاح بينهما أو التفريق ان عسر الاصلاح) ، والمغنى مع الشرح الكبير جـ٨/١٦٧ ، والعدة شرح العمدة ص ٤٠٦ ٠

(١٨١) حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٥ و ٣٤٦ ، وبلغة السالك جـ٢/١٤٥ و ١٤٦ ٠

(١٨٢) أحكام القرآن للجصاص جـ٢/١٩٠ ٠

حاكمين قاضيين - على الرأى الراجح ، أو وكيلين عن الزوجين على الرأى المرجوح ٠

ثانيا - الحكم اذا ما اتفق الحكمان :

لا يخلو الأمر هنا ، من اتفاقهما على الجمع بين الزوجين ، أو على التفريق بينهما ٠

ولا خلاف بين الفقهاء فى الأمر الأول (١٨٣) ، لكن فى الأمر الثانى أى الاتفاق على التفريق ، وينحصر الخلاف فى مذهبين :

الأول : جواز التفريق ، ونفاذ حكم الحكمين دون توقف على رضاء الزوجين وهو مذهب المالكية (١٨٤) ، والقول المقابل للصحيح عند الشافعية (١٨٥) ، واحدى الروايتين عند الحنابلة (١٨٦) ٠

وأدلة المالكية ومن وافقهم هى ذات الأدلة التى استدلوا بها على كون الحكمين حاكمين أى قاضيين(١٨٧) ٠

الثانى : لا يجوز التفريق الا برضاء الزوجين ٠

وهو مذهب الحنفية(١٨٨) ، والقول الصحيح عند

---

(١٨٣) انظر : الموطأ مع تنوير الحوالك جـ٢/١٠١ ، وأحكام القرآن لابن العربى جـ١/٤٢٤ و ٤٢٥ ، وأحكام القرآن للجصاص جـ٢/١٩١ الى ١٩٣ ، وروضة الطالبين جـ٧/٣٧١ ، والمغنى مع الشرح الكبير جـ٨/١٦٧ و ١٦٨ ، وكذلك فتح البارى جـ٩/٣١٤ ٠

(١٨٤) الموطأ جـ٢/١٠١ ، مختصر خليل ص ١١٩ ، تفسير القرطبى جـ٥/١٧٦ ، وبداية المجتهد جـ٢/١٢٣ ٠

(١٨٥) روضة الطالبين جـ٧/٣٧١ ، قليوبى وعميرة جـ٣/٣٠٦ و ٣٠٧

(١٨٦) المغنى مع الشرح الكبير جـ٨/١٦٧ و ١٦٨ ، والعدة شرح العمدة ص ٤٠٦ ٠

(١٨٧) انظر : المطلب السابق ٠

(١٨٨) أحكام القرآن للجصاص جـ٢/١٩١ الى ١٩٣ ٠

الشافعية (١٨٩) ، والرواية الأخرى عند الحنابلة (١٩٠) ، وهو مذهب الظاهرية (١٩١) ، وبه قال عطاء والحسن وقتادة ٠ (١٩٢) ٠

هذا والخلاف فى هذه المسألة كذات الخلاف فى المطلب السابق ، وقد سبق ترجيح مذهب المالكية ومن وافقهم من أن الحكمين طريقهما الحكم فيفعلان ما يريان فيه المصلحة من جمع أو تفريق دون وكالة من الزوجين أو تتوقف على رضاء أى منهما ٠

(فروع)

الأول : اذا حكم الحكمان بالفراق بين الزوجين ، فان الطلاق يقع بائنا لوجهين : أحدهما كلى : فان كل طلاق ينفذه الحاكم فانه بائن (١٩٣) والآخر معنوى : لأن المعنى الذى لأجله وقع الطلاق هو الشقاق ، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان ، فلم يكن ذلك يفيد شيئا فامتنعت الرجعة لأجله (١٩٤) ٠

الثانى : ان اتفق الحكمان على ايقاع أكثر من طلقة : ففى المذهب المالكى قولان : أحدهما : قول ابن القاسم وأصبغ : ينفذ قولهما ، ووجه ذلك بأنهما حاكمان فينفذ ما حكما به ٠

---

(١٨٩) روضة الطالبين جـ٧/٣٧١ ، وقليوبى وعميرة مع منهاج الطالبين جـ٣/٣٠٧ ٠

(١٩٠) المغنى مع الشرح الكبير جـ ٨/١٧١ ، وكشاف القناع جـ ٥/ ٢١١ ، والعدة ص ٦٠٤ ٠

(١٩١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ٨٧ و ٨٨ مسألة (١٩٢١) ٠

(١٩٢) انظر : مصنف عبد الرزاق جـ ٦/٥١١ ، وفتح البارى جـ٩/٣١٤ و ٣١٥ ٠

(١٩٣) ويستثنى طلاق المعسر بالنفقة والمولى فانهما رجعيان ٠

(١٩٤) أحكام القرآن لابن العربى جـ ١/٤٢٦ ، والكافى ص ٢٧٨ ٠

والآخر : قول مطرف وابن الماجشون : لا يكون الا واحدة ، ووجهة هذا القول أن حكمهما لا يكون فوق حكم الحاكم ، وهو لا يطلق أكثر من واحدة ، فكذلك الحكمان (١٩٥) ٠

وهذا القول هو الراجح فى المذهب لأن الزائد خارج عن معنى (الاصلاح الذى بعثا اليه ، فللزوج رد الزائد(١٩٦) ٠

الثالث : فى الفقه الشافعى : اذا رأى حكم الزوج الطلاق استقل به ولا يزيد على طلقة ، لكن ان راجعها الزوج وداوما على الشقاق طلق ثانية وثالثة (١٩٧) ٠

الرابع : هل للزوجين الاقلاع عن الحكمين وعدم الرضا بحكمهما ؟

أجاب عن ذلك المالكية ، وفرقوا بين حالتين :

احداهما : ان كان الزوجان هما اللذان أقاما الحكمين ، أو أقاما واحدا فقط ، فينظر : ان لم يستوعب الحكمان الكشف عن حال الزوجين ولم يعزما على الحكم فللزوجين الاقلاع ، والا فلا ٠

والأخرى : ان كان الحكمان قد أقامهما الحاكم فليس للزوجين الاقلاع عنهما ، ولو لم يستوعبا الكشف ، وذلك لعدم اختيارهما فى اقامتهما ٠

وقال ابن يونس المالكى : اذا رضيا معا بالبقاء بعد العزم على الحكم بالطلاق من الحكمين فيبغى أن لا يفرق بينهما (١٩٨) ٠

---

(١٩٥) أحكام القرآن لابن العربى جـ١/٤٢٦ ٠

(١٩٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٤ و ٣٤٥ ٠

(١٩٧) روضة الطالبين جـ٧/٣٧١ ، قليوبى وعميرة جـ٣/٣٠٧ ٠

(١٩٨) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٥ و ٣٤٦ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك جـ٢/١٤٥ و ١٤٦ ٠

ثالثا : الحكم اذا ما اختلف الحكمان :

قد يختلف الحكمان ، فيقضى أحدهما بالصلح ، ويقضى الآخر بالفرقة ، أو يقضى أحدهما بطلاق ، ويحكم الآخر بالبقاء ، أو يحكم أحدهما بمال والآخر بغير مال • وقد ذهب المالكية والشافعية الى أنه حالة الاختلاف لا ينفذ شىء ، الا اذا اجتمعا عليه (١٩٩) وذلك قياسا على كل حكمين حكما فى أمر ما •

أما اذا التزم أحد الزوجين بما حكم به أحد الحكمين ، نفذ ذلك ، فان التزم الزوج الطلاق مضى ووقع ، وان التزمت الزوجة دفع المال فى الخلع ، فانه يقع وتبين الزوجة من زوجها ، على ما ذهب اليه المالكية (٢٠٠) ويبدو لى أن الأمر كذلك عند الشافعية على أى من القولين عندهما فى الحكمين •

أما اذا لم يلتزم أحد الزوجين شيئا ، فلا يقع شىء ويعود الحال كما كان ، لكن ماذا يكون واجب القاضى آنذاك ؟

يقول المالكيه : « وحينئذ فيجددان الحكم » (٢٠١) ، وظاهره أن الحكمين يعودان لمباشرة مهمتهما لعلهما يتفقان على حكم واحد •

ويذهب الشافعية الى بعث القاضى حكمين آخرين حتى يجتمعا على شى (٢٠٢) ، وظاهر هذا أنه لا يلزم قول أحدهما حالة الاختلاف بينهما ، الا أن الامام النووى يذكر مع ذلك ففرق : نفذ التفريق ان جوزنا الاقتصار على حكم ففرق : نفذ ذالتفريق ان جوزنا الاقتصار على حكم

---

(١٩٩) الكافى فى فقه أهل المدينة ص ٢٧٨ ، وحاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٧ ، وروضة الطالبين جـ٧/٣٨٢ وحاشية الشرقاوى جـ٢/٢٨٦ •

(٢٠٠) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ٢/٣٤٦ و ٣٤٧ ، وبلغة السالك جـ٢/١٤٧ ، وبداية المجتهد جـ٢/١٢٣ •

(٢٠١) روضة الطالبين جـ٧/٣٧٢ •

(٢٠٢) حاشية الدسوقى جـ ٢/٣٤٧ وحاشية الشرقاوى جـ ٢/٢٨٦ •

واحد (٢٠٣) ، ويبدو أن ذلك مناقض لما قبله ، ويمكن تخريج رأيهم الأول على عدم جواز الاقتصار على حكم واحد كما سبق لهم (٢٠٤) . كما يظهر لى أن بعث حكمين جديدين سيستغرق مدة طويلة لينظر الحكمان الجديدان فى أمر الزوجين من جديد ثم يحكمان .

لذا يبدو لى رجحان مذهب المالكية فى (تجديد الحكم) وعليه فلو أعطاهما الحاكم مهلة أخرى للنظر والتروى ثم الاتفاق على حكم واحد لكان فى ذلك خير .

(فرعان)

أحدهما : ان اتفقا على الطلاق لكن اختلفا فى العدد : فقال أحدهما بطلقة واحدة ، وحكم الآخر باثنتين أو بثلاث ، فقولان عند المالكية :

١ - ينفذ الواجب ، وهى الواحدة التى اتفقا عليها ، ويلغى ما زاد . ونص على ذلك الامام خليل بقوله : وتلزم ان اختلفا فى العدد ، لاتفاق الحكمين على الواحدة .

٢ - لا ينفذ شىء ، لأنهما اختلفا .

والراجح الأول قياما على الشاهدين اذا اختلفا فى العدد ، فانه يقضى بالأقل (٢٠٥) .

والآخر : اذا حكم أحدهما بمال والآخر بغير مال : فقال (الامام ابن العربى المالكى) : « لم يكن شىء ، لأنه اختلاف محض ، كالشاهدين اذا شهد أحدهما ببيع والآخر بهبة ، فانه لا ينفذ اتفاقا (٢٠٦) .

---

(٢٠٣) روضة الطالبين جـ ٣٧٢/٧ .

(٢٠٤) راجع المطلب الرابع .

(٢٠٥) انظر : أحكام القرآن لابن العربى جـ ٤٢٧/١ ، ومختصر خليل ص ١١٩ ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ٣٤٥/٢ .

(٢٠٦) انظر أحكام القرآن لابن العربى جـ٤٢٧/١ (المسألة الثانية عشرة) .

أما اذا التزم أحد الزوجين بما حكم به عليه كأن تلتزم الزوجة بدفع المال فى الخلع فان ذلك يلزمها على ما مر آنفا ٠

المطلب الثامن

الحكمان فى قانون الأحوال الشخصية الجديد

(رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م)

فى سنة ١٩٢٩ م ، صدر القانون رقم (٢٥) الخاص بأحكام الأحوال الشخصية ، وقد عدلت بعض مواده بالقانون رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩ ٠

وفى ١٦ من شوال سنة ١٤٠٥ هـ ، الموافق ٣ من يولية سنة ١٩٨٥ م صدر برئاسة جمهورية مصر العربية ، القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ م بتعديل بعض المواد الواردة بالقانون (٥) لسنة ١٩٢٩ م ٠

والذى يعنينا من القانون الجديد المواد من رقم (٦) الى رقم (١١) والخاصة بالتحكيم بين الزوجين (٢٠٧) ٠

وبعد بحث ما يتعلق بالحكمين ودراسته من الناحية الشرعية ينبغى مقارنة المواد القانونية بالأحكام الشرعية لبيان مدى تمشيها معها ، أو مخالفتها لها ٠

ولما كانت المواد المذكورة ست مواد ، فسوف أتناولها واحدة تلو الأخرى لبيان الحكم الشرعى فيها ، وذلك من خلال النقاط الست الآتية :

---

(٢٠٧) انظر : نصوص المواد المذكورة : فى المشكلات العملية فى قانون الأحوال الشخصية وفقا لآخر تعديلات القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م ، لأشرف مصطفى كمال ج ١/٩٨ الى ١٤٩ ، وكتاب الصيغ الشرعية لدعاوى الأحوال الشخصية ، للمستشار معوض عبد التواب (طبعة ١٩٨٨) ص ٢١٤ وما بعدها ٠

أولا : المادة السادسة : (مطابقة) (٢٠٨)

النص القانونى : « اذا ادعت الزوجه اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالها ، يجوز لها ان تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقه بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ، فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ » ٠

الحكم الشرعى : ثبت فى الفقه الاسلامى : أن للزوجة التطليق على الزوج بالضرر ، اذ الضرر لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعى وضربها كذلك وسبها وسب أبيها ، وهذه الطلقة تكون واحدة بائنة (٢٠٩) وقد سبق بيان ما على القاضى حيال النزاع بين الزوجين ، وقبل بعثه للحكمين (٢١٠) ، وعلى هذا فالنص القانونى يتفق مع الفقه الاسلامى من أنه اذا لم يثبت الضرر لدى القاضى ، ورفض طلب الزوجة التى قامت بالشكوى مرة أخرى مما يعنى استمرار الشقاق ، وأشكل الأمر على القاضى فعليه بعث الحكمين ٠

هذا وقد بينت (المذكرة الايضاحية) فى تعليقها على المادة المذكورة الاجراءات التى تقوم بها المحكمة ، بدءا من قيام الزوجة بطلب الطلاق للضرر ، وانتهاء بدخول دعوى الطلاق مرحلة جديدة هى استحالة العشرة ، أو الشقاق بين

---

(٢٠٨) فهى ذات المادة رقم (٦) من القانون (٢٥) لسنة ١٩٢٩ م ٠
انظر : : ص ٩٨ من المشكلات العملية لأشرف مصطفى كمال ، وص ٢١٤ من الصيغ الشرعية للمستشار معوض عبد التواب ٠

(٢٠٩) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير على مختصر خليل جـ٢/ ٣٤٥ ٠

(٢١٠) راجع المطلب الثالث ٠

الزوجين ، ومحاولة التوفيق بينهما وازالة الخلافات (٢١١)

الا أنه يستدرك مأخذا على تلك المذكرة - فى قولها : « فاذا اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم دخلت دعوى الطلاق مرحلة جديدة من أهم ما يميزها ثبوت عدم اضرار الزوج بالزوجة ٠٠ » (٢١٢)

والمأخذ هو عدم الدقة فى التعبير فى العبارة الأخيرة : اذ مقتضاها أنه ثبت للمحكمة عدم الضرر ، وليس الأمر كذلك، فينبغى أن يستدرك هذا ، فيقال : من أهم ما يميزها عدم ثبوت اضرار الزوج ٠٠ الخ ٠

ثانيا : المادة السابعة : (معدلة)

النص القانونى : « يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين ان أمكن ، والا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما » (٢١٣) ٠

الحكم الشرعى : يلاحظ أن نص المادة يتعرض لناحيتين :

الأولى : ما يشترط فى الحكمين ، والثانية : ممن يكون الحكمان ٠

أما عن الناحية الثانية فهى ما تناولها المطلب الرابع من هذا البحث ، وهى تتفق مع ما ذهب اليه الفقهاء فى ذلك ٠

---

(٢١١) أنظر : المشكلات العملية ، لأشرف مصطفى كمال ج ١ من ١١٠ الى ١١٢ ٠

(٢١٢) المرجع السابق ص ١١٢ ٠

(٢١٣) المرجع السابق ص ١٣٦ وكان نص المادة (٢٥) قانون سنة ١٩٢٩ بزيادة لفظ (رجلين) قبل كلمة (عدلين) ، أى أن المادة الجديدة رفعت لفظ (رجلين) وأبقت على نص المادة الباقى ٠ وانظر : الصيغ الشرعية للمستشار معوض عبد التواب ص ٢٥٨ ٠

والملحظ هو فيما يشترط فى الحكمين ، ويتبين ما يلى :

١ - أن المادة السابقة المعدلة كانت تنص على (رجلين عدلين) ٠

٢ - أن المادة الجديدة من القانون الحالى - رفعت لفظ (رجلين) وابقت على (عدلين) ٠ هذا ولما كان مرجع القانون فى مواد التحكيم ، هو المذهب المالكى ، وهو ما قرره المذكرة الايضاحيه (٢١٤) ، فان ظاهر النص الجديد ان القانون يخالف المذهب المالكى فى اشتراط الذكورة ، ويتيح كون الحكمين امراتين ، وهو ما أجازه الحنفية فى (باب التحكيم) كما انه قول عند الشافعية باعتبار الحكمين وكيلين ، فضلا عن اطلاق كلمة (عدل) فى المراة كاطلاقها على الرجل فى اللغة العربية(٢١٥) ٠

ويرى البعض : (٢١٦) أنه يمكن تفسير النص على خلاف ذلك ، بحيث لا يجوز أن يكون الحكمان غير رجلين عدلين على أساس أن المذكرة الايضاحية تزعم أن هذه النصوص مأخوذة من المذهب المالكى وهو يشترط الذكورة فى الحكمين ، ولم يصرح القانون ولامذكرته بغير ذلك ، بل سكت عن ذلك ، فيفسر سكوته فى ضوء ما جاء بمذكرته الايضاحية ٠

ويبدو لى - أنه لما كان « لا ينسب الى الساكت قول » كما هو مقرر فى قواعد الفقه الاسلامى(٢١٧) ٠ وأنه بوجود كلمة

---

(٢١٤) انظر : المشكلات العملية جـ١/١١٠ وما بعدها ، والأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م ، للدكتور عبد الناصر العطار ، ص ٩١ ، والصيغ الشرعية للمستشار معوض عبد التواب ص ٢٦٨ ٠

(٢١٥) لسان العرب لابن منظور جـ٤/٢٨٣٨و ٣٩ ٠

(٢١٦) الأستاذ الدكتور عبد الناصر توفيق العطار فى كتابه السابق ص ٩١ ٠

(٢١٧) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطى الشافعى (القاعدة الثامنة عشرة) ص ١٥٨ ٠

(رجلين) فى القانون ١٩٢٩ م وأن المرأة - فى تلك السنين - لم يكن لها من دور كما لها اليوم ، وأنه بحذف الكلمة من القانون الجديد ، لايحاء الى القاضى بجواز تحكيم المرأة ٠

ويؤيد هذا ما دار من مناقشات فى مجلس الشعب ، ورجاء أحد الأعضاء أن يتضمن نص المادة اشتراط الذكورة بحجة أن الحكمين قد يتحولان بعد أداء مهمتهما الى شاهدين، ومع ذلك وبعد الاستفسار عن جواز تحكيم المرأة والاجابه بجواز ذلك ، حذفت كلمة (رجلين) فى التعديل الجديد(٢١٨) ٠

وعليه فخلو المادة من الكلمة ليس اختصارا للكلام لا يخل بالمعنى ، بل المعنى يعطى فهما هو جواز كون الحكمين امرأتين ٠

غير أنه جاء فى التعليق على المادة السالفة ، أن التعديل الذى أدخل على النص يسمح بان يكون الحكمان رجلين أو رجلا وامرأتين ، وهو ما لا يمكن تفسيره الا على النحو السالف وما يتفق ومناقشات المجلس التشريعى فى هذا الخصوص (٢١٩) ٠

لكن هذا التفسير - فى نظرى - يدعو للتساؤل فى حالة كون الحكمين رجلا وامرأتين ، فيما لو كان الرجل من أهل أحد الزوجين ، فهل تكون المرأتان من أهل الآخر ؟ وهل يؤدى ذلك الى احتمال ميل المرأتين فى الهوى والحكم الى من هما من جهته ؟

ثم ان اجازة كون الحكم امرأة (فى المذهب الحنفى) حالة تراضى الزوجين على تحكيم المرأة ، لا على بعث الحاكم

---

(٢١٨) انظر : المشكلات العملية ، ملحق الكتاب ص ٤٥٩ - وعضو مجلس الشعب هو (محمد محفوظ) الذى طلب ذلك ٠ كما أن رئيس المجلس استفسر من الشيخ عطية صقر عن جواز تحكيم المرأة ٠

(٢١٩) مناقشات مجلس الشعب للمادة ، مضبطة جلسة ١٩٨٥/٧/١ ص ٩٩ ، الجلسة ٩٨ ٠ انظر : المشكلات العملية ص ١٣٧ ٠

لامـرأة فى التحـكيم بين الزوجين ، وذلك يتفق مع مذهب المالكية فى موضوع التحكيم ، أى بين المتـداعيين من غير تولية قاض للحكم ، وفى المذهب أقوال أربعة فى صحة حكم المرأة وعدم الصحة (٢٢٠) ٠

لكن موضوعنا هو التحكيم عند الرفع للحـاكم ، وهو يشترط فيه الذكورة على الرأى الراجح (٢٢١) ٠

وعلى ذلك فالمادة السابعة تخـالف الراجح فى الفقـه الاسلامى ، وتسـير على المرجوح من عدم اشـتراط الذكورة وهو مبنى على القول بأن الحكمين وكيلان وليسا حاكمين ٠

ثالثا : المادة الثامنة : (معدلة) ٠

النص القانونى :

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطـر المحـكمة الحكمين والخصم بذلك ، وعليها تحليف كل من الحـكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة ٠

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ، فان لم يقـدما تقريرهمـا اعتبرتهما غير متفقتين (٢٢٢) ٠

الحكم الشرعى :

باستقراء مهمة الحكمين من الوجهة الشرعية لم نجد تحديدا لمدة هذه المهمة ، وكأن الأمر متروك تقديره للقاضى ،

---

(٢٢٠) حاشية الدسوقى جـ٤/١٣٦ ، ١٣٧ ٠

(٢٢١) راجع المطلب الخامس ـ البند (ثانيا) ٠

(٢٢٢) المشكلات العملية ص ١٣٩ ٠ وكان نص المـادة السـابقة مغايرا : « وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشـقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح فان أمكن الاتفاق على طريقة معينة قرراها ، وانظر : الصيغ الشرعية للمستشار معوض عبد التواب ص ٢٦٤ ٠

وقد تقصر المدة أو تطول حسب نوعية الشقاق وظروف الزوجين المتنازعين ٠

والنص على هذه المدة بحد أقصى أمر لا بأس به ، كما أن تحديد بدء المهمة ونهايتها ، وكذا اخطار الحكمين والزوجين بذلك أمر كسابقه ٠

أما مسألة تحليف الحكمين فلم يرد بشأنها شيء - فيما اطلعت عليه من مراجع فقهية - فليس هناك ما يمنع من ذلك شرعا ، وهو ملحظ طيب على هذه الفقرة الأولى ، وهو أمر : «ينظم عمل الحكمين بما يكفل حسن سير العدالة ، ويقطع طرائق الارجاء ويمنع عرقلة عمل الحكمين » (٢٢٣) ، وكذا يلزمهما بتحرى الحق والعدل فى حكمهما التزاما بيمين الله تعالى التى حلفا بها ٠

أما الفقرة (ب) فمعناها : أنه اذا لم يتفق الحكمان ، أو لم يتوصلا الى حكم نهائى وانتهت المدة الأولى ، فانه يجوز للمحكمة اعطاؤهما مهلة أخرى لا تزيد على ثلاثة أشهر ، وبانقضاء هذه المدة وعدم تقديم التقرير منهما ، يعتبران غير متفقين ، أى لا يؤخذ بحكمهما بعد ذلك ٠

وهذا يتفق مع ما ذهب اليه المالكية والشافعية فى هذا الأمر (٢٢٤) ٠

هذا وقد جاء فى التعليق على المادة « أنه قد جرى العمل بالمحاكم على تقدير أتعاب للحكم - اذا كان من غير أهل الزوجين - فى صورة أمانة على ذمة مصاريف انتقالاته تشبها بما جرى عليه العمل فى حالة الحكم بندب خبير مختص ، وذلك لمواجهة الرفض المطرد من الحكام الأجانب عن الزوجين للقيام بمهمة التحكيم ، وتلزم المحكمة الزوجة

---

(٢٢٣) د٠ عبد الناصر العطار ٠ المرجع السابق ص ٩٠ ٠

(٢٢٤) راجع المطلب السابق (ثالثا) ٠

بسداد أمانة الحكم باعتبار أنها صاحبة الدعوى »(٢٢٥) ٠

ومن الناحية الشرعية أجاز فقهاء الشافعية أخذ الأجرة حالة الاستئجار للقضاء قياسا على الاستئجار لتدريس العلم ان عين أشخاصا ، ومسائل مضبوطة يعلمها لهم (٢٢٦) ٠

هذا وقد رجحت القول بأخذ الأجرة فى القضاء من حيث ان الضرورة داعية الآن لوجود القاضى للفصل بين المتنازعين ، ولا يوجد من يتبرع بذلك فجاز الأخذ لهذه الضرورة (٢٢٧) ٠

رابعا : المادة التاسعة (معدلة) :

النص القانونى :

« لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره ٠ وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة » (٢٢٨) ٠

وفى المذكرة الايضاحية : حضور الزوجين معا مجلس التحكيم ليس شرطا لصحة عمل الحكمين ، ولكن حضور أحدهما شرط لصحته ٠ (٢٢٩)

---

(٢٢٥) المشكلات العملية ص ١٤٠ ٠

(٢٢٦) مغنى المحتاج على متن المنهاج جـ٢/٣٤٤ ٠

(٢٢٧) رسالة دكتوراه للباحث : نظرية الثمن فى الفقه الاسلامى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، ص ٣٧١ و ٣٧٢ ، (فرع : الأجرة على عمل القاضى) ، كلية الشريعة والقانون بأسيوط ، والرسالة غير منشورة ٠

(٢٢٨) المشكلات العملية ص ١٤١ : وكان النص السابق : « اذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة » ، والصيغ الشرعية ص ٢٦٤ ٠

(٢٢٩) المشكلات العملية ص ١٤١ ٠

الحكم الشرعى :

(أ) لما كان القول الراجح هو أن الحكمين حاكمان يقضيان على الزوجين بغير رضاهما ، فان فى وجود الزوجين أو أحدهما ما قد يعرقل مهمة الحكمين خاصة اذا رضى أحدهما وامتنع الآخر ٠

وعلى ذلك فلا تتمشى الفقرة الاولى مع أى من القولين فى الحكمين :

فعلى القول بكونهما حاكمين ، فلا يشترط حضور الزوجين ولا رضاؤهما ، وعلى القول بأنهما وكيلان ، فانهما ينفذان ما وكلا فيه من قبل موكليهما ، فلا يشترط حضورهما كذلك ٠

وعليه ، فأرى أنه لا ضرورة لهذه الفقرة الأولى ٠

أما ان حضر أحد الزوجين أو كلاهما مجلس التحكيم فقد يكون فى ذلك فائدة حالةاختلاف الحكمين ، ورضاء أحد الزوجين بالتطليق أو بالخلع ، كما سبق ٠ (٢٣٠) ٠

(ب) أما الفقرة الثانية ، فهى حول مهمة الحكمين ، وتنتهى فى عجزها باجازة الاصلاح بين الزوجين على أية طريقة ممكنة ٠

وبما أن الاصلاح لا يعنى مجرد الجمع دون التفريق ، بل يعنى ازالة الافساد ، أى سواء أكان ذلك بجمع أم بتفريق ، فان الفقرة بذلك تتمشى مع الناحية الشرعية ٠ ويلاحظ أن هذه الفقرة هى فحوى المادة الثامنة (المعدلة) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م ٠

---

(٢٣٠) راجع : (ثالثا) من المطلب السابق ٠

خامسا - المادة العاشرة (معدلة)(٢٣١) :

اذا عجز الحكمان عن الاصلاح :

١ - فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق ٠

٢ - واذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة ٠

٣- وان كانت الاساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل ، أو ببدل مناسب مع نسبة الاساءة ٠

٤ - وان جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل ٠

الحكم الشرعى :

سبق أنه لا يخلو الأمر - بعد كشف الحكمين عن حال الزوجين - عن أحوال ثلاثة : وهى أن تكون الاساءة من أحد الزوجين ، أو تكون منهما معا ، وما على الحكمين تجاه كل حالة (٢٣٢) ٠

وبالنظر لهذه المادة ، فانه يلاحظ عليها ما يأتى :

(أ) تكرر لفظ (الاقتراح) من الحكمين ، فى البنود الأربعة ، وذلك يوحى بأن رأى الحكمين مجرد اقتراح ، للمحكمة أن تأخذ به أو لا تأخذ ٠

---

(٢٣١) وكانت المادة السابقة مغايرة : « اذا اختلف الحكمان ، أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما »٠ وانظر المشكلات العملية ص ١٤٤ ، والصيغ الشرعية ص ٢٦٤ و ٢٦٥ ٠

(٢٣٢) ، (٢٣٣) راجع : (أولا) فى مهمة الحكمين من المطلب السابع ٠

وهو ما يتنافى مع كونهما حاكمين - على الرأى الراجح - وما قرره الفقه الاسلامى من أنه على الحاكم وجوبا تنفيذ حكمهما ، ولا يجوز له معارضته ونقضه ، (٢٣٣) ولو قلنا بالرأى المرجوح من كونهما وكيلين فهما ينفذان ما وكلا فيه من قبل الزوجين ، فاذا كان رأيهما اقتراحا ، فما الفائدة فى بعثهما ؟ اللهم الا أن يقال : الفائدة الاستئناس بما وصلا اليه ، وهى لا تتفق مع الحكمة من بعثهما ٠

(ب) اتفقت البنود الثلاثة الأولى مع مذهب المالكية ، وجاءت الحالة الرابعة مضافة للحالات الثلاث دون داع لذلك ، من عدة وجوه :

١ - كيف يتسنى مع الجهل بالمسىء منهما التطليق وبدون بدل ؟

٢ - هل يعنى الجهل بالحال اساءة الزوجين معا حتى يكون ذلك كالحالة الثالثة ؟

٣ - وهل جهل الحال جاء بعد المهلة الأولى (ستة أشهر) أو بعد المهلة الثانية (ثلاثة أشهر) ؟ فان كان بعد المدة الكاملة ، فيعتبر الحكمان غير متفقين ، وعلى المحكمة تعيين غيرهما للنظر فى أمر الزوجين كما ذهب الى ذلك فقهاء الشافعية (٢٣٤) ٠

وعلى ذلك ينبغى :

١ - رفع كلمة (اقتراح) من البنود الثلاثة واستبدال كلمة (قررا) بها ٠

٢ - الغاء البند رقم (٤) اذ لا ضرورة لوجوده ٠

وأرى أنه كان يكفى نص المادة التاسعة من القانون السابق فى هذا الشأن خاصة أنها استخدمت لفظ (قررا) ، وذهبت الى التفريق بطلقة بائنة حال الاساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال ٠

---

(٢٣٤) راجع : (ثالثا) من المطلب السابق ٠

سادسا : المادة الحادية عشرة : (معدلة) ٠

« على الحكمين أن يرفعا تقريرهما الى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها ، فان لم يتفقا ،بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح ، وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨) ، واذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الاثبات ، وان عجزت عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها ، والزامها بالتعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتضى » (٢٣٥) ٠

الحكم الشرعى :

بالجمع بين المادة (٨ فقرة ب) والمادة التى بين أيدينا ، يتضح ما يلى :

١ ـ أن عدم تقديم الحكمين لتقريرهما بعد مدة التسعة أشهر ، يعتبر ذلك لدى المحكمة أنهما غير متفقين ٠

٢ ـ أن المحكمة بعد ذلك تعين حكما ثالثا له خبرة بالحال ٠٠٠ الخ ٠ وهذا الحكم الثالث من غير أهل الزوجين حتى يتسم بالحياد ، وعليه أن يتعرف أسباب الشقاق ٠٠٠٠ وقد يصل الحكام الثلاثة الى أى من النتائج المذكورة بالمادة العاشرة (٢٣٦) ٠

٣ ـ اذا اختلف الحكام الثلاثة أو لم يقدموا تقريرهم فى المواعيد المنصوص عليها فى المادة الثامنة ، وكانوا بذلك

---

(٢٣٥) وكانت المادة السابقة : « على الحكمين أن يرفعا الى القاضى ما يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه » المشكلات العملية ص ١٤٨ والصيغ الشرعية ص ٢٦٦ ٠

(٢٣٦) المشكلات العملية ص ١٤٨ و ١٤٩ ٠

فى حكم المختلفين « سارت المحكمة فى الاثبات » وههنا وقفة من عدة وجوه :

(أ) هل المدة التى تمنح للحكام الثلاثة تكون وفق المادة الثامنة - من جديد وعلى ذلك تصل المدة الاجمالية الى ثمانية عشر شهرا (مثلا) · فان كان ذلك كذلك فهى مدة طويلة قد يترتب فيها ضياع حقوق لأى من الزوجين ، أو حدوث مالا تحمد عقباه بالنسبة لهما أو لأولادهما ·

(ب) كيف تسير المحكمة فى الاثبات ، وقد عجز الحكام الثلاثة طوال المدة السابقة عن الاصلاح أو معرفة المسىء من الزوجين ·

فانه يترتب على ذلك - كما يقول البعض : (٢٣٧) طرح اللغط بين الزوجين أمام المحكمة لتوصل كل منهما الى اثبات أن الزوج الآخر هو المسىء ·· وهو ما يتنافى مع الحكمة من بعث الحكمين سترا للعيوب وحفظا لأسرار العائلات ، لذلك وصف المادة بالحكم المعيب ثم يرى أن الحال لا يخلو من ثلاثة فروض :

الأول : أن يتفق حكمان من الثلاثة فعندئذ تقضى المحكمة برأى الأغلبية اذ لا يلزم اجماع الحكام الثلاثة على رأى ·

ويبدو لى وجاهة هذا الفرض الأول ، أعنى الأخذ برأى الأغلبية ·

الثانى : أن يختلف الحكام جميعا بحيث يكون لكل منهم رأى غير الآخر ، وهذا يعنى جهالة حال الزوجين ، وتعذر الوصول الى معرفة المسىء منهما ، وهو ما يقتضى اجابة طلب الزوجة التطليق دون المساس بحقوقها · ولا أميل لهذا الرأى، - اذ انه يبدو لى - أن اختلاف الحكام الثلاثة لا يعنى جهالة

---

(٢٣٧) الأستاذ الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٩٢ و ٩٣ ·

الحال ، والا لعاد بنا الحال الى البند (٤) من المادة العاشرة ، لكن - يبدو - أن عدم اتفاقهم راجع الى عدم تحديد المسيء منهما ، وهذا يعنى اساءتهما معا ، اذ يبعد بعد هذه المدة من البحث والتقصى من الحكمين ثم الثالث معهما - عدم الوصول الى معرفة المسيء ، فاذا ما قلنا باساءة الزوجين ، فللحكام الثلاثه - فى مجموعهم أو بأغلبيتهم - انطليق دون بدل ، وهو مقتضى البند (٣) من المادة العاشرة .

الثالث : اذا لم يقدم حكم من الثلاثة ، أو اثنين أو كلهم التقرير فى الميعاد ، ففى هذه الحالة كان ينبغى النص على أن تقضى المحكمة بغرامة تهديدية على من لم يقدم تقريره فى الميعاد .

وأرى وجاهة هذا الرأى خاصة اذا كان الحكام جميعهم أو الثا لث أجنبياً عن الزوجين وتقاضى أجرا على التحكيم ، وذلك بمقتضى (الغرم بالغنم) .

هذا والفقرة الأولى من هذه المادة هى فحوى المادة الحادية عشرة من القانون السابق ، أما الفقرة الثانية ، فليس هناك ما يمنع منهما من الوجهة الشرعية - أعنى جواز ارسال حكم ثالث - حيث يجوز الاقتصار على حكم واحد ، فالقول بارسال ثالث للترجيح ، قول مقبول .

كما أنه فى التغريم المالى حث على بذل الجهد والاهتمام بانجاز المهمة وتكليلها بوضع تقرير مطابق ومبين لحالة الزوجين .

وبناء على ما سبق ، فتتمثل الملاحظات على المواد الخاصة بالتحكيم من القانون الجديد (١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م) فيما يلى :

أولا : الابقاء على لفظ (رجلين) فى المادة السابعة لتكون كما كانت (رجلين عدلين) ، فى المادة المعدله ٠

ثانيا : لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين أو كلاهما عن حضور مجلس التحكيم ٠

ثالثا : رفع كلمة (اقتراح) ، واستبدال كلمة (قررا) بها ، فى البنود الثلاثة من المادة العاشرة ٠

رابعا : الغاء البند رقم (٤) اذ لا ضرورة لوجوده فى المادة العاشرة ٠

خامسا : تعديل المادة الحادية عشرة - بالأخذ برأى الأغلبية ، وتقرير الغرامة المالية على المتخلف عن تقديم تقريره من الحكام الثلاثة ٠

وبعد - فانه يتضح دون أن نضع خاتمة يتكرر فيها بعض ما سلف ذكره فى البحث :

أن التحكيم يكون ابتداء لسهولته ويسره وقرب الحكمين من الزوجين ، مراعاة للسرية ، وللمشاعر ، وذلك باعتبار أن الآية الكريمة تخاطب أهل الزوجين والمجاورين لهما عند خوف الشقاق ، وقبل تفاقم الأمر والوصول به الى ساحة القضاء اذ القضاء يوجب الشحناء والتفرق بخلاف الصلح ، فهو أقرب لجمع الخواطر وتأليف النفوس المطلوب شرعا وفى ذات الوقت قد يكون اليه - أى التحكيم - المنتهى حين لا يستبان الدليل أمام القاضى ، فيبعث الحكمين ٠

وصدق الله العظيم الذى يهدينا الى أن نضع أيدينا على الوسيلة الجادة فى الصلح والاصلاح ، ويخصص أمر الزوجين بآية قرآنية نزلت فى شأنهما ، ونظر فيها

المفسرون والفقهاء ففسروا واجتهدوا ، وتفسيرا وأثرا وفقها ولغة واشارة · ويمكن القول بأن العلماء فى مناهجهم جميعا ابرزوا ما تحويه اية ألفاظها قلبية ، وتتزاحم فى ظلالها معان كثيرة · كما أن سمو التشريع الاسلامى وكماله لا يزال يشار اليه بالبنان ، وما انفكت القوانين الوضعية تترسم خطاه ، ولن تصل اليه ، لأنه من عند العليم بأحوال خلقه :

« ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير »

« ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون » ·

صدق الله العظيم

تم بحمد الله تعالى

الباحث

د· حمدى عبد المنعم شلبى
مدرس الفقه العام بشريعة دمنهور

مصادر ومراجع البحث

أولا : القرآن الكريم ٠

ثانيا : الحديث وعلومه ٠

١ ـ سنن الدار قطنى : للامام على بن عمر الدار قطنى (٣٠٦ ـ ٣٨٥ هـ) ٠ القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٦ م ٠

٢ ـ السنن الكبرى للبيهقى : للامام أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى (ت ٤٥٨ هـ) ٠ الهند : مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ، ط أولى ١٣٥٣ هـ ٠

٣ ـ صحيح البخارى : (الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله ﷺ وسننه وأيامه) للامام أبى عبد الله محمد ابن اسماعيل البخارى (ت ٢٥٦ هـ) ٠ ومعه حاشية السندى (للامام نور الدين محمد بن عبد الهادى السندى ، ت ١١٣٨ هـ) القاهرة : دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبى وشركاه ٠

٤ ـ فتح البارى بشرح صحيح البخارى : للامام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى (٧٧٣ ـ ٨٥٢ هـ) القاهرة : دار الريان للتراث ، ط أولى ١٤٠٧ هـ ـ ١٩٨٦ م

٥ ـ مصنف عبد الرزاق : للحافظ أبى بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى (١٢٦ ـ ٢١١ هـ) ٠ لبنان : بيروت ، المكتب الاسلامى ، ط الثانية ١٤٠٣ هـ ـ ١٩٨٣ م ٠

٦ ـ موطأ الامام مالك : للامام مالك بن أنس رضى الله عنه (٩٣ ـ ١٧٩ هـ) ، مطبوع مع (تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، لجلال الدين السيوطى) ٠ القاهرة : دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبى وشركاه ٠

ثالثا : التفسير وعلوم القرآن :

٧ - أحكام القرآن : للامام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى رضى الله عنه (١٥٠ - ٢٠٤ هـ) ٠ لبنان : بيروت دار الكتب العلمية ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م ٠

٨ - أحكام القرآن : لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص الحنفى (ت ٣٧٠ هـ) ٠ لبنان : بيروت ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ٠

٩ - أحكام القرآن : لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى ، المالكى (٤٦٨ - ٥٤٣ هـ) لبنان : بيروت ، دار الجيل ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م ٠

١٠ - تفسير القرآن العظيم لابن كثير : الامام الحافظ عماد الدين اسماعيل بن كثير القرشى (ت ٧٤ هـ) القامرة : مكتبة دار التراث ٠

١١ - تفسير أبى السعود : المسمى (ارشاد العقل السليم الى مزايا القرآن الكريم) ، لقاضى القضاة الامام أبى السعود محمد بن محمد العمادى (ت ٩٥١ هـ) لبنان : بيروت ، دار احياء التراث العربى ٠

١٢ - جام البيان فى تفسير القرآن : للامام أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى (ت ٣١٠ هـ) لبنان : بيروت ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، ط ٤ ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م ٠

١٣ - الجامع لأحكام القرآن : لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى (ت ٦٧١ هـ) ٠ القاهرة : الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٧ م ٠

١٤ - روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى : للعلامة أبى الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسى البغدادى (ت ١٢٧٠ هـ) ٠
لبنان : بيروت ، دار احياء التراث العربى ٠

رابعا : الفقه الاسلامى :

(أ) الفقه الحنفى :

١٥ - حاشية ابن عابدين : المسماة (حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار) للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين (ت ١٢٥٢ هـ)

القاهرة : مطبعة مصطفى الحلبى ، ط ٢ ، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م ٠

١٦ - الفتاوى الهندية : المسماة بالفتاوى العالمكيرية على مذهب الامام الأعظم ٠ لبنان : بيروت ، دار احياء التراث العربى ، ط ٤ ، ١٩٨٦ م ٠

١٧ - الهداية شرح بداية المبتدى : لأبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل المرغينانى (ت ٥٩٣ هـ) ٠ القاهرة : مطبعة مصطفى الحلبى ، الطبعة الأخيرة ٠

★ ★ ★

(ب) الفقه المالكى :

١٨ - أسهل المدارك : لأبى بكر بن حسن الكشناوى ، شرح ارشاد السالك فى فقه امام الأئمة مالك : للعلامة شهاب الدين عبد الرحمن بن عسكر البغدادى (ت ٧٣٢ هـ) ٠ لبنان : بيروت ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ٠

١٩ - الاكليل شرح مختصر خليل : للأمير (محمد بن محمد السنباوى الأزهرى ، (١١٥٤ - ١٢٣٢هـ) القاهرة : مكتبة القاهرة ، ميدان الأزهر ٠

٢٠ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد : أبى الوليد محمد أحمد بن رشد (ت ٥٩٥هـ) القاهرة : مطبعة حسان ، الناشر : دار الكتب الحديثة ٠

٢١ - بلغة السالك : للشيخ أحمد الصاوى المالكى ، (١١٧٥ - ١٢٤١هـ) على الشرح الصغير المسمى (أقرب المسالك

الى مذهب الامـام مالك) للشيخ الدرير ٠ القاهرة : دار احيـاء الكتب العـربية ، عيسى البـابى الحلبى وشـركاه ٠

٢٢ ـ حاشية الدسوقى : للشيخ محمد بن أحمد عرفة الدسوقى (ت ١٢٣٠ هـ) على الشرح الكبير للدردير على مختصر خليـل ٠
القاهرة : دار احيـاء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبى وشـركاه ٠

٢٣ ـ الشرح الصغير للدردير : المسمى (أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك) للشيخ الدردير (أحمد بن محمد ابن أحمد بن أبى حامد العـدوى ، ١١٢ ، ١٢٠١ هـ) مطبوع بذيل بلغة السالك للصاوى ٠٠
القاهرة : دار احيـاء الكتب العربية ، عيسى البـابى الحلبى وشـركاه ٠
القاهرة : دار احيـاء الكتب العربية ، عيسى البـابى الحلبى وشـركاه ٠

٢٤ ـ القوانين الفقهية : المسمى (قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية) ، لابن جزى المالكى (محمد ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن جزى الكلبى) (٦٩٣ ـ ٧٤١هـ) ٠
بيروت : الناشر (دار الكتاب العربى) ، ط أولى ، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م ٠

٢٥ ـ مختصر خليل : للامام خليـل بن اسحاق بن شعيب المالكى ، (ت ٧٧٦هـ) ٠
القاهـرة : مطبعة مصطفى البـابى الحـلبى ، سنة (١٣٤١هـ ـ ١٩٢٢م) ٠

٢٦ ـ المـدونة الكبرى : لامام دار الهجرة مالك بن أنس رضى الله عنـه (٩٣ ـ ١٧٩هـ) ، رواية الامـام سحنون (١٦٠ ـ ٢٤٠هـ) عن الامام ابن القاسم (ت ١٩١هـ) ٠

٢٧ - مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام : للامام الحافظ أبى الوليد محمد بن أحمد ابن رشد (ت ٥٢٠هـ) ، مطبوع بذيل المدونة ٠

بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ٠

٢٨ - الكافى فى فقة أهل المدينة المالكى : للعلامة أبى عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمرى القرطبى (ت ٤٦٣هـ) ٠ لبنان : بيروت ، دار الكتب العلمية ط أولى ، (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) ٠٠

★ ★ ★

(جـ) الفقه الشافعى ٠

٢٩ - الأم : للامام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى، رضى الله عنه (١٥٠ - ٢٠٤هـ) ٠
القاهرة : مطابع كتاب الشعب ، سنة ١٩٦٨م ٠

٣٠ - حاشية الشرقاوى : للشيخ عبد الله بن حجازى بن ابراهيم الشرقاوى (١١٥٠ - ١٢٢٧هـ) ، على شرح التحرير للشيخ زكريا الأنصارى ٠

القاهرة : دار احياء الكتب العربية ، مطعبة عيسى الحلبى ٠

٣١ - حاشيتا قليوبى وعميرة : للشيخين الامامين الشيخ شهاب الدين القليوبى ، والشيخ عميرة ، على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للامام محى الدين النووى ٠ القاهرة : دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبى وشركاه ٠

٣٢ - روضة الطالبين وعمدة المفتين : للامام محى الدين يحى ابن شرف النووى ٠
بيروت ودمشق : المكتب الاسلامى ، ط ٢ ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ٠

٣٣ - مختصر المزنى : لاسماعيل بن يحى بن اسماعيل المزنى ، (ت ٢٦٤) ، مطبوع بهامش « الأم » ٠ القاهرة : مطابع كتاب الشعب ، سنة ١٩٦٨م ٠

٣٤ - الوجيز فى فقه الامام الشافعى : لحجة الاسلام الامام محمد بن محمد أبى حامد الغزالى (٤٥٠ - ٥٠٥هـ)٠ لبنان : بيروت ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، سنة ١٣٩٩ - ١٩٧٩م

★ ★ ★

(د) الفقه الحنبلى ٠

٣٥ - الروض المربع : للامام منصور بن يونس ، الشهير بالبهوتى (١٠٠٠ - ١٠٥١ هـ) ، بشرح زاد المتقنع للامام أبى النجا موسى بن أحمد الحجاوى المقدسى (ت ٩٦٨هـ) القاهرة : دار مصر للطباعة ، نشر وتوزيع دار التراث ٠

٣٦ - العدة : لبهاء الدين أبى محمد عبد الرحمن بن ابراهيم السعدى المقدسى (٥٥٦ - ٦٢٤هـ) ، شرح (العمدة) لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن قدامة العمرى (٥٤١ - ٦٢٠هـ) لبنان : بيروت ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ٠

٣٧ - كشاف القناع عن متن الاقناع : للشيخ العلامة منصور ابن يونس بن ادريس البهوتى ٠ لبنان : بيروت ، عالم الكتب ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ٠

٣٨ - المغنى لابن قدامة : الشيخ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ) ، مطبوع مع الشرح الكبير ، وكلاهما على (متن المقنع) لأبى القاسم عمر بن أحمد الخرقى ٠ لبنان : بيروت ، دار الكتاب العربى ، سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م ٠

(هـ) الفقـه الظاهرى ..

٣٩ ـ المحلى لابن حزم : أبى محمد على بن أحمد بن سعيد ابن حزم الظاهرى (ت ٤٥٦ هـ) . القاهرة : دار التراث (تحقيق أحمد محمد شاكر) .

★ ★ ★

(و) اللغـــة :

٤٠ ـ لسان العرب : لابن منظور (جمال الدين بن محمد بن مكرم الأنصارى) . القاهرة : طبعة دار المعارف ، سنة ١٩٧٩م .

★ ★ ★

(ز) مراجـع عامـة :

٤١ ـ الأسرة وقانون الأحـوال الشخصية : للأساتذ الدكتور عبد الناصر توفيق العطار . القاهرة : المطبعة العربية الحديثة ، سنة ١٩٨٥م .

٤٢ ـ الاسلام عقيدة وشريعة : للامام الشيخ محمود شلتوت القاهرة : دار الشروق ، الطبعة العاشرة ، ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠م ـ

٤٣ ـ التعريفـات : للجرجـانى (على بن محمد بن على ، ٧٤٠ ـ ٨١٦هـ) . لبنان : بيروت ، دار الكتاب العربى ، ط أولى ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م .

٤٤ ـ الصيغ الشـرعية لدعـاوى الأحـوال الشخصـية : للمستشار معوض عبد التواب . القاهرة : المنصورة ، طبعة ١٩٨٨م .

٤٥ - المشكلات العملية فى قانون الأحوال الشخصية ، وفقا لآخر تعديلات القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م ٠ للأستاذ : أشرف مصطفى كمال ٠ القاهرة : دار المأمون للطباعة والنشر ، سنة ١٩٨٦م ٠٠

★ ★ ★

(ح) رسائل جامعية ٠

٤٦ - نظرية الثمن فى الفقه الاسلامى : رسالة دكتوراة ، اعداد : حمدى عبد المنعم شلبى ، كلية الشريعة والقانون بأسيوط - جامعة الأزهر ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ٠