٥٥٤
مرافعات
٥٥

تحكيم

التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية

(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي المصري والكويتي)

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من :

الباحثة / عائشة محمود جاسم الذوادي

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ. د / وجدي راغب فهمي «مشرفاً ورئيساً»

أستاذ قانون المرافعات - كلية الحقوق - جامعة عين شمس

أ. د / يوسف محمود قاسم «عضواً»

رئيس قسم الشريعة - سابقا - كلية الحقوق - جامعة القاهرة

أ. د / محمد علي محجوب «مشرفاً»

أستاذ الشريعة الإسلامية - كلية الحقوق - جامعة عين شمس

أ. د / سيد أحمد محمود «عضواً»

أستاذ ورئيس قسم المرافعات - كلية الحقوق - جامعة عين شمس

١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م

T06-00218

التحكيم فى منازعات الأحوال الشخصية

(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي المصرى والكويتى)

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من :

الباحثة / عائشة محمود جاسم الذوادي

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ. د/ وجدي راغب فهمي «مشرفاً ورئيساً»

أستاذ قانون المرافعات - كلية الحقوق - جامعة عين شمس

أ. د/ يوسف محمود قاسم «عضواً»

رئيس قسم الشريعة - سابقا - كلية الحقوق - جامعة القاهرة

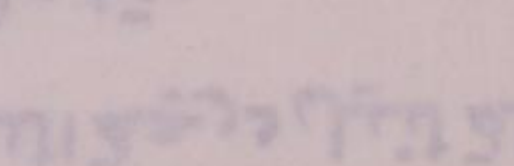
أ. د/ محمد علي محجوب «مشرفاً»

أستاذ الشريعة الإسلامية - كلية الحقوق - جامعة عين شمس

أ. د/ سيد أحمد محمود «عضواً»

أستاذ ورئيس قسم المرافعات - كلية الحقوق - جامعة عين شمس

١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م



إهداء

إلى من علمتني أن قيمة الإنسان بدينه وخلقه ثم علمه النافع أمي الحنونة التي أحس بفضل دعواتها في كل خطوة أخطوها في حياتي.

إلى الرجل العظيم الذي يعجز القلم وتعجز الكلمات عن ذكر فضله في ظهور هذا البحث والذي أرى أن الكلمات لا تعبر عن مدى شكري وأمتناني له، وكل ما أملكه هو إهدائى ثمرة هذا البحث لزوجي العزيز.

إلى أبنائي فجر وفواز وحصة وعالية

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على نبيه محمد (ﷺ). أما بعد..

فقد مَنَّ الله سبحانه وتعالى عليَّ بإتمام هذه الدراسة، فإنه ليشرفنى أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الدكتور/ وجدي راغب فهمي، الذي كان أباً قبل أن يكون مشرفاً فقد منحني وقته وعطفه الكثير فكثيرا ما كان شديداً معي ولكنها شدة الأب المحب الذي يريد لأبنائه الظهور في أكمل صورة ولذلك كان خير مرشد ومعين. فجزاه الله عني وعمن ينتفع بعلمه خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر إلى أستاذي الدكتور/ محمد علي محجوب، على وقته الذي منحني إياه وخلقه العالي الذي أحاطني به.

كما أتقدم بالشكر الجزيل وخالص العرفان لأستاذي الدكتور/ سيد أحمد محمود، لاهتمامه الكبير الذي أولاني إياه فلم يبخل عليَّ بأية نصيحة ولو كانت قاسية في سبيل ظهور هذا البحث بالمظهر اللائق ولم يحرمني من شرف قبوله بالموافقة على المشاركة في لجنة المناقشة والحكم على هذه الرسالة.

كما أشكر الأستاذ الدكتور/ يوسف محمود قاسم، على تفضله بالموافقة على المشاركة في لجنة المناقشة والحكم على هذه الرسالة على الرغم من معرفتي بكثرة انشغالاته العلمية والعملية فله مني كل التقدير والاحترام.

كما أشكر كل من ساهم فى إخراج هذا العمل إلى النور.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحابته ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

قال الشيخ الإمام أبو الحسن الماوردي : الحمد لله الذي أوضح لنا معالم الدين، ومنّ علينا بالكتاب المبين وشرع لنا من الأحكام(١)، وفصل لنا بين الحلال والحرام، ما جعله على الدنيا حكماً تقررت به مصالح الخلق، وثبتت به قواعد الحق، ووكل إلى ولاة الأمور ما أحسن فيه التقدير، وأحكم به التدبير، فله الحمد على ما قدّر ودبّر، وصلواته على رسوله الذي صدع بأمره، وقام بحقه محمد النبي ﷺ وسلم، وبعد :

إن العدل في قطع المنازعات والفصل فيها هو أساس القضاء الذي هو «أجل العلوم قدراً وأعزها مكاناً وأشرفها ذكراً...»(٢)، ولذلك أصبح القضاء في الدولة هو صاحب الولاية العامة في القيام بالوظيفة القضائية، ولكن هذه الولاية لم تمنع الدولة من منع القضاء من نظر منازعات ، معينة مع إعطاء الأفراد أو الهيئات مهمة الفصل في بعض المنازعات.

وهذا الاستثناء هو التحكيم الذي أصبح يمثل دوراً بارزاً وملموساً سواء على المستوى الوطني أو الدولي.

سبب اختيار الموضوع :

نظراً لاهتمامي بموضوع التحكيم ولأني اعتبره الطريق المستقبلي لفض المنازعات التي تقبل فيها التحكيم، مما جعلني أطلع وأبحث في الكثير من الكتب والمراجع التي تتعلق بالتحكيم فوجدت أن أغلب الباحثين والمهتمين

---

(١) الأحكام السلطانية، لأبي الحسن الماوردي، الطبعة الثانية ١٩٦٦، مطبعة الحلبي - القاهرة ص٣.
(٢) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين، علاء الدين الطرابلسي، ص٣.

بموضوع التحكيم يقبلون على البحث في موضوع التحكيم التجاري أو الدولي أو المتعلق بعقود البترول وغيرها، ولم أجد من بحث في موضوع التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية ماعدا بعض الأبحاث التي مرت على هذا الموضوع بشكل موجز، ولذلك وقع اختياري على الموضوع ، لما له من أهمية كبيرة تفوق أهمية غيره من مواضيع ، لأنه يمس أهم شريحة في المجتمع، تحتاج من يبحث في مشاكلها والتيسير عليها والحفاظ على كيانها مقارنة بالفئات الأخرى التي تقل أهمية عنها، فكيف بنا نسعى لحل مشاكل التجار في سرية وسرعة وننسى الأسرة التي تشكل بناء مجتمع بكامله؟!

أهمية الموضوع:

ترجع أهمية الموضوع إلى أهمية الأسرة التي تعد اللبنة الأولى في صرح المجتمع . فإن دراسة الأحكام المتعلقة بحمايتها واستقرارها يترتب عليه استواء هذا الصرح على قواعد وأسس متينة وراسخة، ولا يخفى أيضاً على المهتمين بمجال القانون والقضاء في مجال منازعات الأحوال الشخصية ، ما تغص به ساحات القضاء بالعديد من القضايا المتكدسة ، التي تنتظر دورها من خلال طريق طويل من الإجراءات ، التي تتطلب التقيد بمواعيد محددة قد يشق على أطراف الخصومة التقيد بها، وهذا ما دعا المهتمين في الدول العربية والإسلامية إلى البحث في هذا الموضوع لحل مشكلة قضايا الأحوال الشخصية التي ترد إلى محاكم الأحوال الشخصية وتزدحم بها ساحات القضاء ، فمنهم من يرى ضرورة حل هذه المشاكل بطريق آخر غير الوصول لساحات القضاء(١).

فنجد أن دولة الإمارات قد أنشأت في محاكمها قسماً سمّته التوجيه الأسري من مهامه عند عرض قضية على قسم الأحوال الشخصية لا تسجل في السجلات ، بل يوجه الزوج أو الزوجة إلى شخص اسمه الموجه الأسري

(١) الشيخ حسن الجفري، كلمته في التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول دور البحث الاجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية، سنة ٢٠٠٢، بيروت، ص١٠.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة عامة	١
الباب التمهيدي : فكرة ومشروعية التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية	٦
تمهيد :	٧
الفصل الأول : في الشريعة الإسلامية	١٤
المبحث الأول : موقف الكتاب	١٥
المبحث الثاني : موقف السنة	٢١
المبحث الثالث : موقف الفقه الإسلامي	٢٦
أولا : بالإجماع وعمل الصحابة	٢٦
ثانياً : وفقاً للمذاهب الأربعة	٣٠
ثالثاً : في الفقه الإسلامي المعاصر	٣٣
الفصل الثاني : فكرة ومشروعية التحكيم في القانون الوضعي المصري والكويتي	٤٠
المبحث الأول : في التشريع	٤٠
مطلب أول : في التشريع المصري	٤٢
الفرع الأول : التحكيم المعاون للقضاء	٤٢
الفرع الثاني : التحكيم كطريق بديل عن القضاء	٤٥
مطلب ثاني : في التشريع الكويتي	٤٧
الفرع الأول : استعانة المحكمة بالتحكيم.	٤٧
الفرع الثاني : اللجوء للتحكيم البديل عن القضاء	٤٨
المبحث الثاني : فى القضاء	٥٠
المطلب الأول : في القضاء المصري	٥١
الفرع الأول : التحكيم كمعاون للقضاء	٥١
الفرع الثاني : التحكيم كبديل عن القضاء	٥٢
المطلب الثاني : في القضاء الكويتي	٥٤

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
.....	٥٤
الفرع الأول : التحكيم كمعاون للقضاء	٥٦
الفرع الثاني : التحكيم كطريق بديل عن القضاء	٥٨
المبحث الثالث : في الفقه	٥٩
المطلب الأول : في الفقه المصري	٥٩
الفرع الأول : مفهوم التحكيم عموماً في الفقه المصري	٥٩
الفصن الأول : تعريف التحكيم عموماً	٦٠
الفصن الثاني : طبيعة التحكيم عموماً في الفقه المصري	٦١
الفصن الثالث : علاقة التحكيم بما يختلط به من مفاهيم	٦٤
الفصن الرابع : صور التحكيم	٦٥
الفصن الخامس : مزايا التحكيم	٦٦
الفرع الثاني : موقف الفقه من التحكيم كمعاون للقضاء في منازعات الأحوال الشخصية	٦٧
الفرع الثالث : موقف الفقه من التحكيم البديل للقضاء في منازعات الأحوال الشخصية	٦٨
المطلب الثاني : لدى فقهاء القانون الكويتي	٦٩
الفرع الأول : مفهوم التحكيم عموماً لدى فقهاء القانون الكويتي	٧٣
الفرع الثاني : موقف الفقه من مشروعية التحكيم كمعاون للقضاء	٧٣
الفرع الثالث : موقف الفقه من مشروعية التحكيم كطريق بديل عن القضاء	٧٥
الباب الأول : موضوع التحكيم فى منازعات الأحوال الشخصية	٧٦
الفصل الأول : من حيث السبب	٧٦
المبحث الأول : سبب التحكيم كمعاون أو بديل للقضاء في الفقه الإسلامي	٧٧
المطلب الأول : طبيعة اتفاق التحكيم	٧٧
الفرع الأول : كمعاون للقضاء	٧٧
الفرع الثاني : كبديل للقضاء	٨٠
المطلب الثاني : صور اتفاق التحكيم	

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المطلب الثالث : شروط صحة اتفاق التحكيم	٨٣
المطلب الرابع : اتفاق التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية	٨٥
المبحث الثاني : سبب التحكيم في القانونين الوضعيين المصري والكويتي	٨٧
المطلب الأول : سبب التحكيم كمعاون للقضاء	٨٧
المطلب الثاني : سبب التحكيم كبديل عن القضاء	٨٩
الفرع الأول : قوة اتفاق التحكيم وإلزاميته	٩٠
الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم	٩٢
الفرع الثالث : آثار عقد التحكيم	١١٣
الفرع الرابع : القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم	١٢٠
الفصل الثاني : نطاق التحكيم من حيث المحل	١٢٣
المبحث الأول : محل التحكيم في الشريعة الإسلامية	١٢٣
المطلب الأول : نطاق التحكيم عموماً	١٢٣
المطلب الثاني : مسائل الأحوال الشخصية التي يجوز التحكيم فيها	١٣١
الفرع الأول : الزواج	١٣١
الفرع الثاني : الأولاد	١٦٩
الفرع الثالث : النفقات	١٧٤
الفرع الرابع : الوصية	١٧٥
الفرع الخامس : المواريث	١٧٧
المطلب الثالث : نطاق التحكيم بصفة خاصة بين الزوجين	١٧٩
المبحث الثاني : محل التحكيم في القانون الوضعي المصري والكويتي	١٨٨
المطلب الأول : نطاق التحكيم المعاون للقضاء	١٩٠
الفرع الأول : محل التحكيم المعاون للقضاء فى التشريع	١٩٠
الفرع الثاني : موقف القضاء من محل التحكيم المعاون للقضاء	١٩٣

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الفرع الثالث : موقف الفقه من محل التحكيم المعاون للقضاء	١٩٧
المطلب الثاني : محل التحكيم البديل للقضاء	١٩٨
الفرع الأول : موقف التشريع من محل التحكيم البديل للقضاء	١٩٨
الفرع الثاني : موقف القضاء من محل التحكيم البديل للقضاء	٢٠٦
الفرع الثالث : موقف الفقه من محل التحكيم البديل للقضاء	٢٠٧
المبحث الثالث : الطلبات والدفوع	٢١٢
المطلب الأول : الطلبات	٢١٢
الفرع الأول : الطلبات في الفقه الإسلامي	٢١٢
الفرع الثاني : الطلبات في القانون الوضعي	٢١٣
الفصن الأول : الطلبات الموضوعية	٢١٤
الفصن الثاني : الطلبات الوقتية أو المستعجلة	٢١٦
المطلب الثاني : الدفوع	٢٢١
الفرع الأول : الدفوع في الفقه الإسلامي	٢٢١
الفرع الثاني : الدفوع في القانون الوضعي	٢٢٢
الباب الثاني : إجراءات التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية	٢٢٧
الفصل الأول : عناصر الخصومة	٢٢٩
المبحث الأول : طرفا الخصومة	٢٢٩
المطلب الأول : طرفا الخصومة في الفقه الإسلامي	٢٢٩
الفرع الأول : المحتكمون فى التحكيم المعاون للقضاء	٢٣٠
الفرع الثانى : المحتكمون فى التحكيم البديل للقضاء	٢٣١
المطلب الثاني : طرفا الخصومة في القانون الوضعي	٢٣٣
الفرع الأول : طرفا الخصومة في التحكيم المعاون للقضاء	٢٣٣
الفرع الثاني : طرفا الخصومة في التحكيم البديل للقضاء	٢٣٤

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني : الغير في خصومة التحكيم	٢٣٧
المطلب الأول : الغير فى الفقة الإسلامى	٢٣٧
الفرع الأول : المحكم	٢٣٧
الفصن الأول : شروط المحكم في الشريعة الإسلامية.	٢٣٨
الفصن الثاني : تعيين المحكم وإنهاء ولايته.	٢٦٧
الفصن الثالث : تحديد مهمة المحكم التحكيمية.	٢٧٧
الفصن الرابع : حدود سلطات المحكم.	٢٩٠
الفرع الثاني : مساعدو المحكم	٢٩٦
المطلب الثانى : الغير فى القانون الوضعى	٣٠٠
الفرع الأول : المحكم	٣٠٠
الفصن الأول : شروط المحكم فى القانون الوضعى	٣٠٠
الفصن الثانى : تعيين المحكم وعزله ورده فى القانون الوضعى	٣١٢
الفصن الثالث : المهمة التحكيمية للمحكم فى القانون الوضعى	٣٢٣
الفصن الرابع : حدود سلطات المحكم فى القانون الوضعى	٣٢٧
الفرع الثاني : مساعدو المحكم	٣٣٩
الفصن الأول : مساعدو المحكم في التحكيم المعاون للقضاء	٣٣٩
الفصن الثانى : مساعدو المحكم في التحكيم البديل للقضاء	٣٤٠
الفصل الثاني : مراحل الخصومة	٣٤٦
المبحث الأول : مراحل الخصومة في التحكيم المعاون للقضاء	٣٥١
المطلب الأول : مراحل الخصومة في التحكيم المعاون للقضاء في الفقه الإسلامي	٣٥٢
الفرع الأول : متى يبعث الحكمان	٣٥٢
الفرع الثاني : مهمة الحكمين	٣٥٤
الفصن الأول : الحكم بالإصلاح أوالتفريق	٣٥٥

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الفصن الثاني : اتفاق الحكمين واختلافهما في الحكم	٣٥٨
الفرع الثالث : بعض المسائل التي قد تثور أثناء التحكيم	٣٥٩
الفصن الأول : اختيارحكم واحد	٣٦٠
الفصن الثاني : تغيب احد الزوجين او تغير أهليته	٣٦٠
الفصن الثالث : هل التزوج بأخرى يحقق شرط الضرر	٣٦١
الفصن الرابع : هل يجبر الزوجان على توكيل الحكمين	٣٦٥
الفصن الخامس: لزوم الحكمين بحدود تفويض الزوجين	٣٦٥
الفصن السادس : كيف يثبت الضرر	٣٦٦
المطلب الثاني : مراحل الخصومة في التحكيم المعاون للقضاء في القانون الوضعي	٣٦٧
الفرع الأول : مهمة القاضي قبل بعث الحكمين	٣٦٧
أولاً المقصود بالضرر	٣٧٤
ثانياً : معيار الضرر	٣٧٦
ثالثاً : إثبات الضرر	٣٧٨
رابعاً : ما يعد ضررا وما لا يعد ضرراً	٣٨٢
الفرع الثاني : اتخاذ اجراءات التحكيم	٣٩٤
الفصن الأول : اختيار الحكمين	٣٩٤
الفصن الثاني : قرار بعث الحكمين	٣٩٥
الفصن الثالث : مجلس التحكيم	٣٩٨
الفصن الرابع : عجز الحكمين عن الإصلاح	٤٠٠
الفصن الخامس : رفع التقرير إلى المحكمة	٤٠٤
المبحث الثاني : مراحل الخصومة في التحكيم البديل عن القضاء في منازعات الأحوال الشخصية	٤١١
المطلب الأول : مراحل الخصومة في التحكيم البديل في الفقه الإسلامي	٤١١
الفرع الأول : الإجراءات التحكيمية	٤١٢

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
.....	٤١٤
الفرع الثاني : إصدار الحكم التحكيمي	٤١٤
الفصن الأول : موافقة الحكم لأحكام الشريعة الإسلامية	٤١٥
الفصن الثاني : إجماع آراء المحكمين	٤١٦
الفصن الثالث : الالتزام بعقد التحكيم	٤١٨
الفصن الرابع : صدور الحكم على من لا يعتبر تهمة	٤١٨
الفصن الخامس : تسبيب الحكم التحكيمي	٤١٨
الفصن السادس : مجلس الحكم	٤١٩
الفرع الثالث : لزوم الحكم التحكيمي	٤٢٨
الفرع الرابع : حجية حكم المحكم	٤٣٢
الفصن الأول : أساس حجية الأحكام	٤٣٣
الفصن الثاني : نطاق حجية حكم المحكم	٤٤٢
الفرع الخامس : تنفيذ الحكم التحكيمي	٤٤٦
الفرع السادس : الطعن على الحكم التحكيمي	٤٤٧
الفصن الأول : الحالات التي ينقضي فيها الحكم التحكيمي	٤٥١
الفصن الثاني : طرق الطعن في الحكم التحكيمي	٤٥٦
المطلب الثاني : مراحل خصومة التحكيم البديل في القانون الوضعي	٤٥٦
الفرع الأول : الإجراءات التحكيمية	٤٥٦
الفصن الأول : مرحلة بداية الخصومة	٤٥٩
الفصن الثاني : مرحلة سير الخصومة	٤٥٩
أولاً السير الطبيعي للخصومة	٤٦٦
ثانياً : عوارض الخصومة	٤٧٢
الفصن الثالث : مرحلة انقضاء الخصومة	٤٧٥
الفرع الثاني : إصدار الحكم التحكيمي	

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الفصل الأول : شروط صحة حكم المحكم في القانون الوضعي	٤٧٦
الفصل الثاني : أنواع الأحكام التي يصدرها المحكم	٤٧٨
الفصل الثالث : إجراءات إصدار الحكم وبياناته	٤٧٨
الفصل الرابع : سلطة المحكم بعد صدور حكمه	٤٩٢
الفرع الثالث : آثار الحكم التحكيمي	٤٩٨
الفصل الأول : حجية الحكم التحكيمي والزاميته	٤٩٨
الفصل الثاني : نطاق حجية الحكم التحكيمي	٥٠٣
الفصل الثالث : تنفيذ الحكم التحكيمي	٥٠٤
الفرع الرابع : طرق الطعن في الحكم التحكيمي	٥٢٠
الفصل الأول : الطعن في الحكم التحكيمي والدعوى ببطلانه وفقاً للقانون المصري	٥٢١
الفصل الثاني : الطعن في الحكم التحكيمي والدعوى ببطلانه وفقاً للقانون الكويتي	٥٢٨
الخاتمة	٥٣٥
أولاً : المراجع الشرعية	٥٤٢
ثانياً : المراجع فى القانون الوضعى	٥٥٥
الفهرس	٥٦٦