

دیدگاه فقهی-حقوقی حکمیت و جایگاه آن در اختلافات خانوادگی

علیرضا ارژندی^۱

چکیده

حکمیت یا داوری یکی از شیوه های شناخته شده حل و فصل اختلافات در کلیه نظام های حقوقی، داخلی و نظام بین المللی است. داوری خانوادگی تدبیری قرآنی برای تحکیم خانواده و حل مناقشات خانوادگی می باشد. در جریان زندگی زوجین گاهی امور و رفتار خلاف انتظاری واقع می شود که زمینه را برای ناسازگاری فراهم می آورد. در چنین صورتی برخی زوجین اقدام به متارکه یا طلاق می کنند. اسلام به منظور جلوگیری از طلاق عجولانه، در چنین مواردی حکمیت را مطرح می کند و از زن و شوهر می خواهد هر یک داور یا حکمی را برای خویش برگزینند. به اقوام زوجین نیز دستور می دهد که با مشاهده نشانه های اختلاف و ناسازگاری، محکمه صلح خانوادگی تشکیل دهند و بین دو طرف نزاع صلح و سازش ایجاد نمایند. موضوع حکمیت، مورد توجه قانونگذار نیز قرار گرفته به گونه ای که در قوانین مربوط به خانواده، قضات ملزم شده اند، دادخواست های مربوط به طلاق را به داوری ارجاع دهند و صدور حکم طلاق بدون تشریفات مربوط به داوری صحیح نمی باشد. نگاهی به منازعات زوجین و به ویژه زوج های جوان و همچنین مراجعه به پرونده های مربوط به طلاق در محاکم ایران گویای این حقیقت تلخ است که در بسیاری موارد ناکامی زن و شوهر در زندگی مشترک، ناشی از عدم توانایی و یا بی اطلاعی ایشان از برخوردی واقع بینانه با مسایل خانوادگی می باشد. از آنجا که امروزه طلاق و اختلافات زناشویی در جامعه روبه افزایش است، این مقاله به بررسی راهکار داوری در دعاوی خانوادگی می پردازد و نهادینه شدن در جامعه و استفاده به موقع از آن را مورد بررسی قرار می دهد تا پیش از تصمیم طرفین به جدایی، بتواند نقش مهم خود را در جلوگیری از فروپاشی خانواده و جدایی زوجین ایفا نماید.

کلیدواژه ها: حقوق خانواده، حکمیت، دعاوی خانوادگی، طلاق، دادگاه خانواده

اختلاف و کشمکش، از اولین پدیده‌ها و پی‌آمدهای زندگی گروهی و جمعی انسان‌هاست. تفاوت استعدادها و توانمندی‌های انسان‌ها از یک سو و غرایز برتری‌جویی برخی افراد و سلطه‌طلبی آنها از سوی دیگر، بستر مشاجرات را در زندگی اجتماعی فراهم می‌سازد. پیدایش نزاع و اختلاف، اگرچه در ابتدا ناخواسته و در مواردی طبیعی است، اما حل اختلاف امری مطلوب و مورد خواست باطنی عموم انسان‌هاست. در عرصه اختلاف، آنچه مورد جدال واقع می‌شود، سرنوشت حق و برخورداری از آن است و هریک از طرفین نزاع، آن حق و امتیاز را از آن خویش دانسته و دیگری را غاصب حق می‌داند، اما در اینکه مسأله باید حل شود، اختلافی نیست. افراد، گروه‌ها، کشورها و کسانی که در اطراف اختلاف و درگیری‌ها قرار گرفته‌اند، در خاتمه نزاع و برون‌رفت از اختلاف به‌وجودآمده اتفاق نظر دارند. حل اختلافات همانند تمامی مسائل بشری می‌تواند قانونمند و براساس نظام انجام پذیرد. کاوش و ارزیابی شیوه‌های منطقی حل اختلاف، نخستین گام در این راستا به شمار می‌رود. آنچه در شیوه‌های حل اختلاف باید مورد توجه قرار گیرد، سرعت پایان دادن به اختلاف است، زیرا آثار، ویرانی‌ها، نامنی‌ها و اضطراب‌هایی که نزاع به همراه دارد، در ادامه اختلاف بیشتر می‌شود. چنانچه اضطراب و ناامنی تداوم یابد، آثار ویرانگری بر روان انسان، آرامش و امنیت جامعه خواهد گذاشت. این پیامدهای نامطلوب و گسترده، همواره بیش از پیش متفکران و دانشوران را به جست‌وجوی شیوه‌های کارآمد حل اختلاف واداشته است. مسأله داوری و حل اختلاف در متن دین با روش‌های صلح‌آمیز نیز تأکید شده است که نتیجه و حاصل تلاش عقلانی در وضع قوانین حقوقی با هدف حل مناصمات و رفع منازعات جلوه‌گر شده است.

تشکیل دادگاه‌های قضایی و ایجاد هیأت‌های داوری در سطوح مختلف، از اساسی‌ترین راه‌کارهای بشری با هدف برطرف نمودن نزاع و اختلاف است. در این زمینه می‌توان به توجیه‌های فراوان دین مبین اسلام در مورد بردباری و گذشت همسران نسبت به یکدیگر و تحمل نارسایی‌های اقتصادی و دیگر مشکلات زناشویی اشاره نمود که حکایت از این دارد که اسلام در صورت بروز مشکلات غیر قابل تحمل نیز تا حد امکان می‌کوشد از فروپاشی بنای خانواده جلوگیری کند. ولی مهم آن است که اسلام برای تحقق این هدف عمدتاً به راهبردهای اخلاقی - تربیتی تأکید کرده و کمتر به ممنوعیت‌های قانونی توسل جسته است. دلیل این امر تا حدودی روشن است؛ ایجاد محدودیت‌های شدید قانونی برای طلاق کمک‌چندانی به تحکیم روابط زناشویی نمی‌کند. زیرا در صورتی که ازدواج دچار اختلال جدی گردد، با منع قانونی طلاق به طور معمول جایگزین‌های نامطلوبی همچون متارکه یا جدایی غیر رسمی و یا حتی طلاق عاطفی ناشی از سردی بیش از حد روابط و خشونت خانوادگی در انتظار زوجین خواهد بود. افزون بر آن منع قانونی طلاق می‌تواند انگیزه افراد را برای ازدواج کاهش دهد.

یکی از راهکارهایی که اسلام جهت جلوگیری از طلاق و فروپاشی خانواده مطرح می کند، حکمیت یا داوری است. اسلام از زن و شوهر می خواهد در هنگام بروز کوچکترین اختلاف، داور یا حکمی را برای خویش برگزینند. در حکمیت، اساس اندیشه بر این است که زن و شوهر به علت اختلاف و درگیری در وضع و موقعیتی هستند که نمی توانند حرف و سخن همدیگر را بپذیرند. در اسلام روش کار این است که داوری از سوی مرد و داوری از سوی زن برای مذاکره با آنها برگزیده شوند و داوران به حقیقت نماینده های واقعی زن و شوهرند و برای اصلاح کار زوجین تمام تلاش و کوشش خود را به کار می بندند. اما علیرغم تأکیدات اسلام آنچه که امروزه در محاکم خانواده به وضوح مشاهده می شود و قضات محاکم خانواده به آن اذعان دارند این است که داوری خانوادگی که در قانون ایران ذکر گردیده است به صورت امری تشریفاتی و صوری درآمده و نتایج قابل قبولی نداشته و کمتر مواردی مشاهده می شود که داوران در جهت سازش توفیق داشته باشند و اگر هم در مواردی برای سازش اقدام نموده اند بسیار نادر است.

نهاد داوری که به گواهی تاریخ در پی بروز اختلاف میان افراد، قبیله ها و اقوام، امری پرسابقه بود، اکنون به یکی از اصول اساسی ساختار جامعه بین المللی تبدیل شده است. با توجه به حجم و سطح اختلافات کشورها در جهان معاصر، داوری تنها نوعی از قضاوت نیست که برای حل اختلاف کوچک دو نفر در موردی خاص انجام شود؛ بلکه سازمان ها، گروه ها و کشورها در اختلافات حقوقی و سیاسی از ابعاد مختلف به داوری به عنوان اصل مهمی در شیوه حل اختلافات خود می اندیشند و در این اندیشه غلبه و سلطه فرهنگی، اقتصادی و سیاسی خویش را نیز بدون تردید در نظر گرفته و پیگیری می نمایند. در این شرایط ماهیت داوری ظرفیت گسترده ای برای حل موضوعات دارد. اگرچه وضعیت نوین آن در موارد محدودی با آنچه در گذشته واقع شده شباهت دارد اما تفاوت هایی در ابعاد مختلف در بحث داوری از گذشته تا امروز نمود پیدا کرده است. از این رو تحولات پدیدآمده، پژوهشی تازه را با رویکرد به ماهیت نوین داوری می طلبد. نگاه علمی به ماهیت داوری امروزه بیش از گذشته محسوس است. اکنون داوری قرارداد لازمی است که به صورت گسترده و فراگیر در انواع تعاملات حقوقی در گونه های متفاوت به کار گرفته می شود. قراردادی که ایجاد آن سریع و التزام به لوازم آن روشن و نتیجه به دست آمده از آن برابر خواسته های طرفین بوده و مورد رضایت آن هاست. با نگرش واقع بینانه به آنچه هم اکنون با عنوان داوری صورت می گیرد، می توان آن را موضوع نوپیدایی قلمداد کرد که آداب، احکام، شرایط و مشخصه های متناسب با خود را در پی داشته باشد. احکامی که تاکنون با رویکرد قضاوت و با عنوان قاضی تحکیم مطرح بود دیگر بر عنوان جدید مترتب نیست، زیرا آنها براساس ماهیت قضاوت و گونه ای از آن به عنوان حکمیت نمود پیدا کرده است. اصولاً نگرش به داوری در فقه، نگرشی تبعی بوده است و در ضمن مسأله های فرعی قضاوت، بررسی کوتاهی از حکمیت شده است. در کتاب القضا آمده است: «لو تراضی خصمان بواحد من الرعیة، وترافعا الیه فحکم بینهما لزمها الحکم.» در کتاب الجهاد نیز در مسأله های فرعی بحثی از تحکیم شده است: «چنانچه مسلمانان با کافران به هنگام جنگ رضایت دهند به اینکه فردی بین آنها داوری نموده و بر طبق حکم او عمل کنند.»

۱. تاریخچه

نهاد دواوری یکی از ریشه دارترین شیوه های حل اختلاف در میان مردم است که در ایران باستان و عربستان قبل از اسلام نیز رواج داشته و نمونه های تاریخی فراوانی در این خصوص وجود دارد که این نهاد یکی از احکام امضایی شرع مقدس اسلام شده است (محمدزاده اصل، ۱۳۷۹، ۱۱). دایره المعارف اسلام راجع به حکمیت در قبل و بعد از اسلام در کشورهای عربی می نویسد: «در سرزمین های عربی قبل از اسلام که فاقد یک قدرت مرکزی برای حل و فصل دعاوی بود، منازعات با ارجاع به حکمیت سرانجام می یافت. این نحوه دادرسی به طور کامل خصوصی بود و حل اختلاف در آن، بستگی به همکاری و حسن نظر طرفین دعوی داشت. انتخاب حکم، آزادانه و توسط متداعیین به عمل آمده و قدرت اجرایی تصمیم او، به طور خاص اخلاقی بود. بعد از روی کار آمدن اسلام نیز این نهاد بنا به فرموده قرآن که دعاوی خود را نزد پیامبر حل کنید، بقا یافت. بعد از ظهور اسلام مجموعه شرایط سیاسی و اجتماعی پیش آمده، حکمیت را به عنوان تأسیس قابل قیاس با سیستم قضایی و دولت مرکزی مطرح ساخت. همچنین یکی از مؤلفین شیعه در تبیین جایگاه حکمیت از نظر اسلام می گوید: «حکمیت به عنوان یک قاعده حقوقی در نظام حقوقی اسلام جایگاه خاص و کاربرد بسیار دارد و از آن به عنوان راه حل قضایی برای گشودن بن بست های حقوقی و رفع موانع ریشه ای و بالآخره حل و فصل اختلافات در زمینه حقوق خانواده و منازعات سیاسی در جامعه و اختلافات بین المللی استفاده می شود. حکمیت یک قاعده حقوقی تأسیسی در شریعت اسلام نیست، زیرا این قاعده از نخستین روزهای زندگی اجتماعی بشر به صورت قاعده عرفی در یونان و روم باستان و جاهلیت قبل از اسلام وجود داشته است و قبایل و ملت ها در حل اختلافاتشان از این شیوه بهره می گرفته اند. نمونه هایی از حکمیت در حدود ۳۱۰۰ سال قبل از میلاد نقل شده است (عمیدزنجانی، ۱۳۶۶، ۱۶۲). حکمیت، شیوه ای غالب از دوران جاهلیت در رسیدگی و حل و فصل منازعات بود. این عرف جاهلی مورد تأیید و در مواردی مورد توصیه اسلام قرار گرفت و در عین حال به لحاظ ماهوی دستخوش تغییرات جدی گردید. این امر تأثیراتی نیز بر شکل و چگونگی آن بر جای گذاشت. لزوم الهی بودن ماهیت و محتوای حکمیت که در قالب صدور حکمی بر مبنای احکام الهی متجلی می شد، مهمترین تأکید اسلام در خصوص دواوری بود. این تأکید در انتخاب شخص داور و نیز ضمانت اجرای حکم صادره بسیار تأثیر گذاشت و در کنار شکل گیری حکومت مرکزی زمینه و بستر لازم را برای ظهور و رواج قضا فراهم آورد. گرچه در این دوران، گستره صلاحیتی حکمیت با هیچ مانعی روبرو نگردید اما در طول زمان و با نهادینه شدن شأن و منزلت حکومت مرکزی، حکمیت به مراتب جایگاهی نازل تر از گذشته یافت تا آنجا که حتی در پایان این دوران، در برخی زمینه ها مورد انکار واقع گردید. اما در هر حال این عرف و سنت عهد جاهلی با محتوایی الهی مورد تأیید قرار گرفت و به بقای خود تداوم بخشید. می توان گفت حکمیت یا دواوری یکی از شیوه های در خور توجه حل و فصل منازعات است. ویژگی مهم دواوری که بیانگر اهمیت و جایگاه آن نیز می باشد آن است که در طول تاریخ و در جوامع گوناگون انسانی، بهره گیری از این روش، هرچند با فراز و نشیب ها و کیفیات مختلف همواره وجود داشته است؛ در حالی که شیوه مهم دیگر در این عرصه یعنی قضا تنها در جوامعی امکان بروز یافته است که از دوران حکومت اسلامی مورد توجه بوده است. (مهدی زاده، ۱۳۸۱، ۶۲).

با نگاهی به پیشینه داوری و موارد ثبت شده آن در تاریخ و سنجش با آنچه امروز در جوامع مختلف با شرایط و فرهنگ‌های متفاوت به عنوان داوری در حل اختلافات جریان دارد، عمق و ابعاد تحولات پدیداری در ماهیت داوری روشن می‌شود. در دوران معاصر داوری به عنوان اصلی‌ترین شیوه حقوقی حل و فصل اختلافات در شکل‌های متنوع پذیرفته شده است. تعیین نظام‌های حقوقی خاص که به جهت استقبال مردم به ویژه شرکت‌های اقتصادی، محافل تجاری و دولت‌ها در زمینه داوری انجام یافته است؛ در بسیاری از کشورها مراحل میانسالی را سپری می‌نماید. داوری که در گذشته خود، اختلاف افراد را در مسائل فیمابین مورد نظر قرار داده و در جهت حل آن با وساطت، عفو و سازش اقدام می‌نمود امروزه اختلافات سیاسی- اقتصادی دولت‌ها و اختلافات تجاری-حقوقی شرکت‌ها و سازمان‌های اقتصادی را فراتر از موارد اختلاف جزئی افراد شامل شده است. در دوران کنونی رویکرد کشورها، سازمان‌ها و مجامع به داوری، اصل اولیه‌ای است که با بروز جرعه‌های تمایل به صلح و سازش به ذهن‌ها متبادر می‌شود. امروزه داوری در حوزه نظری و عملی به امری جهانی و فراملیتی تبدیل شده است که زمینه‌های هم‌آورد طلبی جهانی را برای اهداف سیاسی، اقتصادی و فرهنگی ایجاد نموده و تغییر می‌دهد. تشکیل دیوان داوری بین‌المللی، نشان از تحول شگرف ماهیت داوری از امری جزئی به اصلی کلی است. کشورهای ایران، مصر، سوریه، عراق، هلند، آلمان، انگلیس، آمریکا، فرانسه و سوئیس، ده‌ها سال است که نظام‌های خاص حقوقی برای داوری دارند که به مشخصه‌هایی از آنها در حقوق ایران اشاره می‌شود:

۱-۱. قبل از انقلاب

قانون موقت اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰ یکی از فصول خود را صرف تنظیم قواعد مربوط به حکمیت کرد که طبق آن در صورت بروز اختلاف بین اشخاص، آنان می‌توانستند به موجب توافق‌نامه‌ای در ضمن عقد لازم، حکمیت در آن منازعه را به یک یا چند نفر واگذار کنند.

براساس اصلاحیه این قانون در سال ۱۳۰۶ اولاً حکمیت به تراضی در هر مرحله از مراحل دعوی مجاز بود و ثانیاً در مرحله نخستین اعم از دادگاه بخش یا شهرستان حکمیت اجباری را به تقاضای یکی از اصحاب دعوی به این شرط که تا پایان نخستین جلسه دادرسی به عمل آید، برقرار کرد. (محمدزاده اصل، ۱۳۷۹، ۵۹)

در تیرماه ۱۳۰۷ قانون دیگری به تصویب رسید که به موجب آن لازم نبود همیشه پس از وقوع اختلاف، موضوع به حکمیت ارجاع شود بلکه در کلیه معاملات، طرفین می‌توانستند در ضمن معامله شرط کنند که در صورت بروز اختلاف بین آنها رفع اختلاف از طریق حکمیت به عمل آید. با تصویب قانون در بهمن ۱۳۱۳ اصل حکمیت اجباری و هیأت تجدید نظر موقوف شد و سرانجام قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ با استفاده از تجارب حاصله، باب هشتم خود را با اصلاحاتی سودمند جانشین تمام قوانین بالا کرد. (پیشین) ماده ۶۷۶ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۱۸ مقرر می‌داشت: در مورد اختلاف بین زن و شوهر راجع به سوء رفتار و عدم تمکین و نفقه و کسوه و سکنی و نیز هزینه طفلی که در عهده شوهر و در حضانت زن باشد از طرف هر یک از زوجین که طرح شود، دادگاه‌ها می‌توانند به

درخواست هر یک از طرفین، دعوی را ارجاع به داوری نموده و در صورت عدم تراضی آن‌ها در تعیین داور، لااقل دو نفر را از بین اقربای طرفین و در صورتی که در محل سکونت خود اقربا نداشته باشند از اشخاصی که با آن‌ها معاشرت و دوستی دارند تعیین کند.

داورها مکلفند حتی الامکان سعی در اصلاح بین زوجین نموده و در صورتی که قادر به اصلاح نباشند رأی خود را در مورد ذی حق بودن یکی از طرفین و تعیین میزان هزینه زن یا طفل در صورتی که موضوع دعوی، هزینه زن باشد به دادگاه تقدیم دارند. اگر بین داورها در صورتی که عدد آن‌ها زوج باشد اتفاق نظر حاصل نشود آنها می‌توانند یک نفر را به عنوان داور ثالث به تراضی انتخاب نمایند و چنانچه در تعیین داور ثالث تراضی نشود دادگاه به قرعه تعیین می‌نماید و در این صورت اکثریت آرای آن‌ها مناط اعتبار است. به موجب این ماده، دادگاه در پذیرش داوری تکلیفی نداشت و به علاوه باید داوری به درخواست یکی از زوجین مطرح می‌گردید و داوران الزاماً نباید از اقوام و خویشان زوجین بودند. نکته مهم‌تر اینکه داوران در مورد فصل خصومت نیز صلاحیت اظهار نظر داشتند که این امر در واقع نوعی دخالت در تصمیم دادگاه‌های خانواده تلقی می‌گردد. برخی از نقایص مذکور با قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۴۶ برطرف شد. ماده ۶ مقرر می‌داشت: «دادگاه مکلف است به تقاضای هر یک از طرفین، موضوع دعوی را به استثنای رسیدگی به اصل نکاح و طلاق به یک تا سه داور ارجاع نماید. مدت اعلام نظر داوران به تعیین دادگاه خواهد بود. در صورتی که دادگاه تشخیص دهد که تقاضای مذکور برای فرار از رسیدگی و اطاله کار است از قبول تقاضا خودداری خواهد کرد. داوری در این قانون تابع شرایط داوری مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌باشد.» ماده ۷ نیز مقرر می‌داشت: «داور یا داوران سعی در سازش بین طرفین خواهند کرد و در صورتی که موفق به اصلاح نشوند رأی خود را در ماهیت دعوی ظرف مدت مقرر صادر و به دادگاه تسلیم خواهند کرد. رأی داور به وسیله دادگاه به طرفین ابلاغ می‌شود و در مدت ده روز از تاریخ ابلاغ قابل اعتراض است. در صورتی که طرفین به رأی داور تسلیم باشند یا در موعد مقرر اعتراض نکنند، رأی به مورد اجرا گذاشته خواهد شد. در صورت اعتراض، دادگاه در جلسه فوق العاده به اعتراضات رسیدگی کرده رأی صادر می‌نماید و این رأی قطعی است و در صورت عدم وصول رأی داوران تا پایان مدت مقرر دادگاه در ماهیت امر رسیدگی کرده و رأی خواهد داد.» با مقایسه ماده ۶۷۶ و مواد ۶ و ۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ می‌توان نتیجه گرفت که مقنن در قانون مزبور اختیار دادگاه به ارجاع داوری را اجباری کرد و همچنین حق اعتراض به نظریه داوری را مورد پذیرش قرار داد ولی لزوم درخواست طرفین را برای ارجاع به داوری کماکان به قوت خود باقی گذاشت.

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ نیز برخی نواقص گذشته را جبران کرد. ماده ۵ این قانون مقرر می‌دارد: دادگاه در صورت تقاضای هر یک از طرفین مکلف است موضوع دعوی را به استثنای رسیدگی به اصل نکاح و طلاق، به یک تا سه داور ارجاع نماید. همچنین دادگاه در صورتی که مقتضی بداند رأساً نیز دعوی را به داوری ارجاع خواهد کرد. داوری در این قانون تابع شرایط داوری مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌باشد. مدت اعلام نظر داوران از طرف

دادگاه معین خواهد شد. در صورت عدم وصول نظر مذکور تا پایان مدت مقرر دادگاه رأساً رسیدگی خواهد کرد مگر اینکه طرفین به تمدید مدت، تراضی نمایند یا دادگاه تمدید مدت را مقتضی تشخیص دهد.» این محدودیت موجب شد که میزان طلاق‌های توافقی رو به افزایش گذارد و به علاوه از نهاد داوری در طلاق به درخواست زن نیز استفاده نشود. ماده ۶ نیز با اندک تغییراتی، مشابه ماده ۷ قانون حمایت خانواده ۱۳۴۶ بود. آنچه که در ماده ۵ قانون مزبور مورد توجه قرار گرفته این امر است که دادگاه می‌تواند رأساً برای ارجاع به داوری اقدام کند. همچنین طبق ماده ۸ و قسمت اخیر ماده ۱۰ اختیار داوران در مورد طلاق به امکان سازش زوجین محدود شد و طلاق صرفاً در اختیار دادگاه‌های خانواده قرار گرفت که در مقایسه با قوانین قبل، گامی مثبت تلقی می‌شد. در ماده ۸ آیین نامه قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ دادگاه مکلف شده است در مواردی که دعوی به داوری ارجاع می‌شود، طرفین را برای انتخاب داور یا داوران دعوت کند و به موجب ماده ۹ هرگاه داور یا داوران از قبول داوری امتناع نموده یا استعفا دهند دادگاه به انتخاب داور یا داوران جدید اقدام خواهد کرد. همان گونه که گفته شد در قانون ۱۳۵۳ نقش دادگاه در تعیین داور یا داوران و دخالت دادگاه در امر داوری پررنگ‌تر شد و از حالت اختیاری به حالت اجباری تغییر جهت داد.

۲-۱. پس از انقلاب

در سال ۱۳۵۸ با تشکیل دادگاه‌های مدنی خاص، تغییراتی در مقررات داوری در دعاوی خانوادگی صورت گرفت. تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانون دادگاه‌های مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ مقرر می‌داشت: «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده و در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق کند، دادگاه بدو حسب آیه کریمه فان خفتم شقاق موضوع را به داوری ارجاع می‌کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق به زوج خواهد داد و در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست. حکم این تبصره در دادگاه‌های عمومی دادگستری نیز لازم‌الرعایه است.» به موجب این تبصره، داوری صرفاً در مواردی بود که زوج درخواست طلاق می‌کرد اما در مورد طلاق به درخواست زن یا طلاق توافقی، ارجاع به داوری ضرورت نداشت.

سرانجام ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ در مقایسه با قوانین و مقررات گذشته، توجه بیشتری به نهاد داوری کرد. به موجب این ماده واحده از تاریخ تصویب این قانون زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند بایستی جهت رسیدگی به اختلافات خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه و حکمین از دو طرف که برگزیده دادگاه هستند (آن طور که قرآن کریم فرموده) حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش، آنها را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفتر رسمی طلاق حق ثبت طلاق‌هایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها از دادگاه صادر نشده است، ندارند؛ در غیراین صورت از سردفتر خاطی سلب صلاحیت به عمل خواهد آمد.

بدین ترتیب، اولاً داورى در همه طلاق‌ها اجبارى شد ثانياً نحوه دعوت از حکمین و بررسى صلاحیت داوران بر عهده دادگاه و موکول به آیین نامه اجرایی گردید. این امر نشان دهنده دخالت دادگاه در دادرسی و بررسى صلاحیت داوران است اگر چه ممکن است داوران از طرف زوجین معرفی گردند ثالثاً در صورتی که دادگاه بدون نظر داوران مبادرت به صدور حکم طلاق یا گواهی عدم امکان سازش نماید از موجبات نقض حکم در مرحله تجدیدنظر خواهد بود. نظریه مشورتی ۶۹۹۰ / ۷ - ۱۳۷۸/۹/۲۷ مؤید این امر است (رحیمی، ۱۳۸۴، ۲۸۱) رابعاً به موجب تبصره ۴ ماده واحده علاوه بر وظایف مقرر برای داوران، وظیفه جدیدی نیز که امضای صورتجلسه تکمیلی طلاق توسط داوران است برای آنها پیش بینی شده است.

سرانجام قانونگذار ابداعات جدیدی را در قانون حمایت خانواده جدید مصوب اسفند ۱۳۹۱ در نظر گرفت. طبق ماده ۲۵ این قانون در صورتی که زوجین، متقاضی طلاق توافقی باشند دادگاه باید موضوع را به مرکز مشاوره خانواده ارجاع دهد. در این موارد طرفین می توانند تقاضای طلاق توافقی را از ابتدا در مراکز مذکور مطرح کنند. در صورت عدم انصراف متقاضی از طلاق، مرکز مشاوره خانواده، موضوع را با مشخص کردن موارد توافق جهت اتخاذ تصمیم نهایی به دادگاه منعکس می کند. همچنین برابر ماده ۲۷ آن، در کلیه موارد درخواست طلاق به جز طلاق توافقی، دادگاه باید به منظور ایجاد صلح و سازش، موضوع را به داورى ارجاع کند. دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رأی صادر نماید و چنانچه آن را نپذیرد نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند. پیش از این طبق ماده ۴ آیین نامه اجرایی تبصره یک ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۲ اسفند ۱۳۷۱ داوران منتخب یا منصوب زوجین در طلاق توافقی یا اختلافی می بایست مسلمان، آشنایی نسبی به مسائل شرعی، خانوادگی و اجتماعی، حداقل چهل سال تمام، متأهل، معتمد و عدم اشتغال به فسق و فساد بوده و وفق ماده ۲ آن زوجین پس از صدور قرار ارجاع به داورى و ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ آن مکلف به معرفی داور منتخب خویش به دادگاه بوده اند. لکن برابر ماده ۲۸ این قانون، پس از صدور قرار ارجاع امر به داورى، هریک از زوجین مکلفند ظرف یک هفته از تاریخ ابلاغ یک نفر از اقارب متأهل خود را که حداقل سی سال داشته و آشنا به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی باشد به عنوان داور به دادگاه معرفی کنند و تکلیف دادگاه و زوجین به ارجاع به داورى یا تعیین و معرفی داور منتخب یا منصوب طرفین در طلاق توافقی در این قانون حذف شده است! همچنین، طبق تبصره ۱ ذیل ماده مزبور، محارم زوجه که همسرشان فوت کرده یا از هم جدا شده باشند در صورت وجود سایر شرایط مذکور در این ماده به عنوان داور پذیرفته می شوند. نیز برابر تبصره ۲ آن در صورت نبودن فرد واجد شرایط در بین اقارب یا عدم دسترسی به ایشان یا استنکاف آنان از پذیرش داورى هریک از زوجین می توانند داور خود را از بین افراد واجد صلاحیت دیگر تعیین و معرفی کنند. اما به موجب ماده ۳ ماده واحده مربوط به طلاق در صورتی که در بین اقارب فرد یا افراد واجد شرایط نبوده یا دسترسی به آنان مقدور نباشد و یا اقارب از پذیرش داورى استنکاف نمایند هر یک از زوجین می تواند داور خود را از بین افراد دیگر که واجد صلاحیت هستند تعیین و معرفی نماید و در صورت امتناع یا عدم توانایی در معرفی داور، دادگاه راساً از بین افراد واجد شرایط مبادرت به تعیین داور یا داوران خواهد کرد.

۲. معنای لغوی حکمیت

حکمیت واژه تازه ای است که ریشه در لغت حکم دارد. حکم نیز کلمه ای کهن و بر گرفته از زبان های سامی است که در اصل به معنای خرد و دانایی می باشد. این معنای مبنایی به تدریج معانی دیگری را بر این لغت حمل نموده که مهم ترین آنها عبارت است از: منع و بازداشت، اتقان و استحکام داوری (مهدی زاده، ۱۳۸۱، ص ۶۰) از نظر حقوقی، در رابطه با حکمیت تعاریف زیادی شده است که در اینجا تنها به چند نمونه اشاره می شود. در یک تعریف اجمالی از حکمیت می توان گفت: نوعی میانجیگری افراد آگاه جهت حل و فصل یک اختلاف به گونه ای غیر رسمی. در این تعریف داوری در مقابل رسیدگی مقامات قضایی قرار گرفته است. (دادمزی، ۱۳۷۰، ص ۱۰) بر حسب یک تعریف عام داوری روندی از قضاوت غیر رسمی توسط کسی است که در یک بحث یا مشاجره شرکت دارد که این شخص کسی است که از سوی گروه های مقابل و رو در رو انتخاب شده است.

حکمیت در منابع فقهی تحت عنوان قاضی تحکیم بیان شده است. فقهای سلف با وجود آن که به مشروعیت حکمیت تصریح نموده اند ولی تعریف خاصی از آن ارائه نکرده اند. عبارت زیر در بیشتر منابع فقهی دیده می شود: «اذا ترفع نفسان الی رجل من الرعیه فرضیا به حکما بینهما وسألاها ان یحکم لهما بینهما جاز» (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۱۶۵ - طوسی، ۱۴۱۷، ص ۲۴۱ - حلی، ۱۴۰۹، ص ۸۶۱). جایز است دو نفر مرافعه ای را نزد فردی برده و به داوری وی رضایت دهند و از او بخواهند که میان آنها داوری کند. از این عبارت چنین برمی آید که حکمیت عبارت است از میانجیگری فردی که منتخب دو طرف دعوا باشد. یکی از فقهای معاصر در تعریف قاضی تحکیم چنین نوشته است: «هو شخص او اشخاص یتراضی به او بهم طرفا النزاع، ان یترافعا عنده او عندهم وان یقبلا قوله او قولهم و یعملا بذالک.» (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸، ص ۱۰۷/۸) بنابراین قاضی یا قضات تحکیم، شخص یا اشخاصی هستند که دو طرف دعوا رضایت می دهند تا اختلاف خود را نزد وی مطرح کنند و رأی وی را در خصوص موضوع اختلاف بپذیرند و به آن عمل کنند. از عبارت فوق می توان به مفهوم حکمیت در فقه پی برد.

برای داور معانی مختلفی وضع شده؛ آنچه در این گفتار می آید معانی ای است که بر این کلمه بار شده است: داور در لغت به معنی انصاف دهنده، قاضی، حکم اختصاصی و کسی است که میان مردم حکم و فصل دعوی کند (معین، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۰۶۳). همچنین به کسی گفته می شود که سمت قضایی در دستگاه دولتی ندارد ولی در مرافعات بالقوه یا بالفعل، رسیدگی قضایی کرده، فصل خصومت می کند و رأی می دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۶۸۱۹). حکم به معنی میانجی و داور هم آمده (جر، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۸۵۳) انوری گفته: داور یا حکم در لغت به معنای حکم، میانجی، قاضی و اشخاصی که طرفین دعوا برای حل اختلاف به طریق غیر رسمی انتخاب می کنند (انوری، ۱۳۸۱، ج ۴، ص ۲۹۹۷).

۳. معنای اصطلاحی حکمیت

همواره تعاریف اصطلاحی می تواند خواننده را به نحو موثری برای راه یابی به موضوع نوشته و تحقیق هدایت کند. بی تردید برای هر کلمه ای معنایی اصطلاحی وضع شده است. حکمیت نیز از این قاعده مستثنا نیست. در ادامه معانی اصطلاحی این کلمه می آید:

۱-۳. در فقه

داوری در اصطلاح فقهی به این معناست که دو طرف نزاع، فردی را با رضایت به داوری برگزینند. «اتفاق الخصمین علی قبول حکم شخص معین فی فصل الخصومه بینهما»، «اذا تراضی نفسان برجل من الرعیة لیحکم بینهما، وسألاه الحکم بینهما، کان جایزا بلا خلاف فاذا حکم بینهما لزم الحکم ولیس لهما بعد ذلک خیار» (طوسی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۴۱) توافق افراد و اطراف محل نزاع بر پذیرش رأی و حکم فرد خاص با هدف پایان دادن اختلاف و خصومت، شاخصه داوری در اصطلاح فقهی است. با وجود تنوع عبارات در تعریف حکمیت، این تعریف از ارکان مشترک برخوردار است، ارکانی مانند: اختلاف آغازین، همدلی بر توافق و اتحاد در فصل خصومت که این سه رکن در عموم تعریفها مشاهده می شود. داوری در فقه؛ تحکیم نامیده می شود. وقتی دو یا چند نفر در امر مالی یا غیر مالی نزاع و اختلاف پیدا کرده و با هم توافق می کنند که برای فیصله دادن به آن اختلاف، فردی را به عنوان حکم و داور انتخاب نموده و به آنچه او حکم کند راضی شوند؛ این حکم کردن شخص ثالث برای دو نفر متخاصم را تحکیم و آن شخص ثالث را قاضی تحکیم می نامند یعنی قاضی ای که با تحکیم و انتخاب دو نفر متخاصم برگزیده شده است (محمدی گیلانی، ۱۳۶۰ش، ج ۱، ص ۶۲).

۲-۳. در حقوق

در اصطلاح، تعاریف متنوعی از داوری ارائه شده است. برخی از این تعریفها با یکدیگر متفاوت هستند، به نحوی که نمی توان از آنها مفهوم واحدی استخراج نمود. به عنوان نمونه به چند مورد اشاره می شود: مرحوم متین دفتری در تعریف داوری می نویسد: «زمانی که افراد از مداخله مراجع رسمی (قضایی) در حل و فصل دعاوی مربوط به حقوق خصوصی خودشان صرف نظر نمایند و به حکومت خصوصی اشخاصی که از نظر معلومات و اطلاعات فنی یا درستکاری و امانت مورد اعتماد آنها هستند تسلیم شوند» (متین دفتری، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۷۶) برخی معتقدند: «داوری رفع اختلاف از طریق حکمیت اشخاصی است که اصحاب دعوا به تراضی انتخاب کرده یا مراجع قضایی به قید قرعه برگزیده اند» (مدنی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۶۶۸) پروفیسور رنه داوید می نویسد: «داوری فنی است که هدف آن حل و فصل مسایل مربوط به روابط بین دو یا چند شخص به وسیله یک یا چند شخص دیگر به نام داور یا داوران است که اختیارات خود را از یک قرارداد خصوصی می گیرند و بر اساس آن قرارداد رأی می دهند، بدون آن که دولت چنین وظیفه ای را به آنان محول کرده باشد» (رنه داوید، به نقل از محمدزاده، ۱۳۷۹، ص ۲۳)

فصل خصومت توسط یک یا چند نفر نه به طریق فصل خصومت توسط قضات دادگاه‌های رسمی^۱ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۶۸۸۹) در تعریف دیگر آمده است: فصل اختلاف بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاصی که طرفین یا ثالث آنها را در این جهت انتخاب نموده باشند^۲ شمس، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۵۱۵) داوری در علم حقوق به معنای حل و فصل اختلاف به طریق غیررسمی توسط شخص غیرقاضی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۴۵۲)

با توجه به تعاریف فوق می‌توان گفت که داوری براساس توافق طرفین یا ثالث و خارج از مراجع رسمی است. در نتیجه بدون تشریفات بوده، با هزینه اندک و بر مبنای اعتماد و اطمینان طرفین با داور یا داوران شکل می‌گیرد. البته داوری در دعاوی مدنی و تجاری، تابع قواعد و تشریفات از جمله مقررات داوری در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ خواهد بود. اما داوری در دعاوی خانوادگی، شیوه خاصی از داوری است که به طور عمده بر مبنای اعتماد اصحاب دعوی به داوران استوار است. به عبارت دیگر داوری، فرایندی از اختلاف‌زدایی است که با اقدام حقوقی طرفین نزاع و انتخاب حکم، آغاز و با اقدام داوران در جهت حل مشکل اختلاف با انشای حکم پایان می‌پذیرد.

۴. امتیازات داوری

احساس عمومی نسبت به داوری و هیئت داوران بسیار مطلوب‌تر از احساس آنها نسبت به قضاوت است. نقش قدرت و حکومت در نظام و سیستم قضایی از مرحله وضع قانون، تعیین قاضی، عمل قضاوت، زمان و مکان قضاوت تا آداب و مراسم، فرجام، شیوه فرجام‌خواهی، همه و همه موجب شده است تا جریان قضاوت مطلوبیت متناسب خود را از دست بدهد. اما این زمینه‌ها غیر از نارضایتی‌هایی است که از ناحیه نوع و محتوای حکم، ظهور و بروز می‌یابد. زمینه‌های پذیرش داوری، عموماً با رضایت همراه نیست و معایبی مانند ورود مستقیم افراد به تعیین تکلیف خود و احساس اراده و اختیار در حل مشکلات پدیدآمده را به دنبال دارد. رویکرد عمومی به داوری، مسأله‌ای جدا از سلطه و قدرت بر داوری است، زیرا اگرچه قدرت بر ورود به داوری در بحث از قلمرو پذیرش شخص در داوری است، امکان روی آوردن به آن در فرض رجوع شخصی فرد در جهت مسأله خاص است اما رویکرد قدرت به داوری با ملاک مصلحت است و با این وجه ممتاز و برجسته است که در کل یا با مراجعه خاص به داوری متفاوت است. از نظر فرعی‌نگری، داوری امتیازات دیگری نیز مانند سرعت‌بخشی به حل منازعات و فصل خصومت‌ها و سری بودن داوری‌ها در عدم جواز انتشار نام اطراف نزاع دارد.

۵. مشروعیت داوری

مشروعیت داوری در مذاهب اهل سنت، اختلافی است. امام فخرالدین رازی و ابوحامد غزالی، منکر مشروعیت قاضی تحکیمند. زیرا دلیلی برای نفوذ حکم چنین قاضی وجود ندارد. البته شافعی بنا بر یکی از نظرهای حکمیت را پذیرفته است. مشروعیت را به دو گونه می‌توان تقریر نمود:

الف-مشروعیت به معنای قانونی: یعنی امری در قالب و چارچوب‌های قانونی قرار گیرد. با این تعریف، داوری از حوزه امور غیرقانونی و بلا تکلیف خارج می‌شود.

ب-مشروعیت به معنای خاص: یعنی انجام عمل از لحاظ قوانین خاص فقهی جایز دانسته شود. مشروعیت داوری به گونه اول، عموم نظام‌ها و سیستم‌های حکومتی را که قوانین قضایی دارند در بر می‌گیرد. درباره مشروعیت داوری به معنای جواز انجام عمل از نظر فقه، فقیهان به آیات قرآن، عمل و رفتار پیامبر، پذیرش اتفاقی فقیهان و حکم عقل استدلال نموده‌اند:

۱-۵. کتاب (آیه داوری در اختلافات زن و شوهر)

«وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» و اگر از اختلاف و ناسازگاری بین زن و شوهر بیم دارید، داوری از کسان مرد و داوری از کسان زن برانگیزید، اگر آن دو (زن و شوهر) سازش و آشتی خواهند خداوند میانشان سازگاری پدید آورد. آیه که امر به تعیین داور در ناسازگاری زن و شوهر می‌کند به اولویت بر لزوم داوری در موارد اختلافات گسترده‌تر از محیط خانواده دلالت می‌نماید. زیرا هنگامی که نزاع و اختلاف فردی در محیط کوچک خانواده برای قانونگذار نامطلوب و غیرقابل تحمل است، برای آشتی و اصلاح آن قانون وضع نموده و داوری را الزامی می‌کند. بدون تردید آنجا که هم اصل اختلاف دارای اهمیت بیشتری است و هم آثار و تبعات بیشتری دارد مانند درگیری‌های مختلف در جامعه نیز برای شارع نامطلوب بوده و این قانون (داوری) در آنجا نیز الزامی است. این تصور که با قضاوت، تمامی اختلافات قابل حل است تصویری درست و صحیح نیست زیرا در بسیاری از موارد افراد به قاضی دسترسی ندارند و در مواردی نیز حجم اختلافات و پرونده‌های قضایی موجب می‌شود تا بررسی اختلاف و حکم قضایی برای پایان دادن به اختلاف، مدت‌های طولانی به تأخیر افتد و از سوی دیگر تأخیر در حل اختلافات و تداوم درگیری‌ها خلاف اهداف قوانین قضایی است. بنابراین طرح داوری، خردمندانه‌ترین شیوه‌ای برای برون رفت از اختلافات جاری است. شیوه‌ای که قرآن کریم در مورد ناسازگاری زن و شوهر به آن تصریح نموده و در سایر موارد نیز متناسب با شرایط، شرع آن را امضا نموده است.

به مقتضای امر موجود در آیه شریفه: «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا»، اعزام داور واجب است. انگیزه اصلاح در داوری نیز امر مستقلی است که آیه شریفه به آن توجه نموده است. دلالت امر بر وجوب، اصلی ثابت و پذیرفته شده در اصول فقه‌است و آیات کتاب و سنت بر آن دلالت می‌کند و شیطان را سرزنش می‌نماید که چرا با امر خدا (سجده بر آدم) مخالفت کرده است: «مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أُمِرْتَ». در سنت نیز روایات نبوی فراوانی بر این مطلب دلالت دارند مانند این حدیث: «لو لا ان اشق علی امتی لامرتهم بالسواک». قرطبی می‌نویسد این آیه دلالت بر اثبات داوری دارد و نظر خوارج را که حکم و داوری را منحصر به خداوند می‌دانند رد می‌کند. آلوسی نیز در روح المعانی از

ابن فارس نقل می‌کند که آیه در رد مخالفان حکمیت از مذهب مالکیه است زیرا آنان قائلند که هنگام اختلاف همسران زن باید به خانه مطمئن و امن هدایت شود و یا فردی امین را با آن زن همراه نمایند.

۲-۵. سنت

وقوع داوری در دوران حیات پیامبر(ص) دلیل بر مشروعیت آن است. نمونه بارز و برجسته آن، داوری سعد بن معاذ برای بنی قریظه در سال چهارم هجرت است، پیامبر(ص) بعد از پایان جنگ خندق به مدینه بازگشت. جبرئیل هنگام ظهر بر پیامبر(ص) نازل شد و امر حرکت به سوی بنی قریظه را ابلاغ کرد. با دستور پیامبر(ص) مسلمانان با سرعت به سوی بنی قریظه حرکت کردند و نماز عصر را در محل سکونت بنی قریظه اقامه نمودند. پیامبر(ص) و مسلمانان، بنی قریظه را محاصره نمودند و این محاصره به مدت یک ماه ادامه داشت. بعد از محاصره یک ماهه، یهودیان بنی قریظه به پیامبر(ص) پیشنهاد کردند ابالبابۀ بن عبدالمنذر انصاری را برای داوری به سوی آنان اعزام نماید. پیامبر(ص) موافقت نمود و ابالبابۀ را اعزام نمود. زنان و کودکان بنی قریظه هنگام ورود ابالبابۀ، او را با گریه و ناله استقبال نمودند و ابالبابۀ در برابر گریه کودکان آنان متأثر شد. بنی قریظه از او برای تسلیم شدن مشاوره طلبیدند و ابالبابۀ با اشاره به گردن خود، پاسخ داد بلی و با کنایه از کشته شدن آنها خبر داد. پس از آن که ابالبابۀ متوجه شد که به خدا و پیامبر(ص) خیانت کرده، اظهار نمود که به خدا قسم از جای خود حرکت نمی‌کنم تا این که خداوند توبه مرا قبول نماید. پیامبر(ص) فرمود آیا راضی هستید که سعد بن معاذ درباره شما حکم کند؟ آنها داوری سعد بن معاذ را پذیرفتند. سعد از بنی قریظه مجدداً پیمان گرفت که هرچه او حکم کند آنها بپذیرند و با احترام از پیامبر(ص) پرسید آیا شما هم حکم مرا می‌پذیرید؟ پیامبر(ص) فرمود: آری. سپس حکم کرد که زنانشان اسیر و اموالشان تقسیم گردد. تعیین سعد بن معاذ برای داوری بین مسلمانان و یهودیان بنی قریظه بعد از خطای ابالبابۀ، روشنگر این نکته است که داوری در هنگام محاصره بنی قریظه، تصمیم خاص و شخصی نبوده است بلکه حکمی ثابت و جاری در همه اختلافات به شمار می‌رفته است.

۳-۵. عقل

برای مشروعیت داوری به حکم عقل با چند بیان استدلال شده است:

الف- افراد بر سرنوشت خود اختیار داشته و برای استیفای حقوق خویش ولایت دارند. استفاده از این ولایت، متوقف بر امکان برخورداری از حق انتخاب داور است. انتخاب داور از سوی افراد، از باب ولایت انسان در استیفای حقوق خویش است و بدون حق انتخاب داور برای انسان‌ها، استیفای حقوق ممکن نیست.

ب- افراد در اختلافات با یکدیگر می‌توانند با مراجعه به فتوا و نظر فقهی - کارشناسی توافق کنند که نظر و فتوای خاصی را ملاک حل اختلاف قرار دهند که این در واقع و ماهیت، نوعی پذیرش داوری است.

ج- محدود کردن حل اختلافات به شیوه قضاوت و عدم جواز داوری، موجب عسر و حرج در میان مسلمانان می‌شود زیرا برای بسیاری از افراد به ویژه در مناطق دوردست مراجعه به قاضی ممکن نیست و یا مشقت‌آور است.

این استدلال‌های عقلی، در منابع اهل سنت آمده است و هر سه بیان قابل تأمل است: در بیان اول این نقد وارد است که به صراحت قرآن ولایت بر مؤمنان تنها در اختیار خداوند است، الله ولی الذین آمنوا...، وما لکم من دون الله من ولی ولا نصیر... انما ولیکم... و انسان بدون اجازه عام یا خاص از طرف خداوند، حق تصرف در اموال و حقوق دیگران را ندارد. در بیان دوم هم انتخاب داور به درخواست فتوا تشبیه شده است که نوعی قیاس و باطل است و اما بیان سوم و تشبیه به نظر کارشناسی در عنوان‌های فقهی و حقوقی، پیش از این در همین نوشتار به تفاوت‌های آن دو اشاره شد.

۴-۵. اجماع

از دلایل مهم مشروعیت داوری، اجماع است. شیخ طوسی بر جواز داوری، ادعای اجماع نموده است: «اذا تراضی نفسان برجل من الرعیة یحکم بینهما، وسألاه الحکم بینهما، کان جائزاً بلاخلاف، فاذا حکم بینهما لزم الحکم ولیس لهما بعد ذلک خیار...» در مسالک و کفایه نیز ادعای عدم اختلاف شده است.

۶. انواع داوری

داوری در یک تقسیم به اختیاری و اجباری قابل تقسیم است. مقصود از داوری اختیاری، آن است که هیچ یک از طرفین دعوی الزامی ندارند که به حکمیت یک یا چند داور جهت رسیدگی به دعوای میان خود مراجعه نمایند. در مقررات مربوط به داوری که از آغاز تاکنون به تصویب رسیده است، در بعضی موارد، قانونگذار مراجعه به داوری را به خواست و اراده اصحاب دعوی موکول کرده است. در مقابل داوری اختیاری، داوری اجباری قرار دارد. داوری اجباری از حیث منشأ اجبار انواعی دارد که در زیر بیان می شود:

الف) اجبار ناشی از قانون: اجباری بودن داوری ممکن است ناشی از قانون باشد. در مواردی، قانون به دلیل پاره ای مصالح، لازم می بیند که دعوی به روش غیرقضایی حل و فصل گردد و در نهایت اگر تلاش های داوران به نتیجه سازش منجر نشد دادگاه مداخله نماید. از تبصره ۲ ماده ۵ لایحه دادگاه مدنی خاص، الزامی بودن داوری در دادخواست طلاق استنباط می شود. در بخشی از این قانون چنین آمده است: «در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می کند دادگاه بدو موضوع را به داوری ارجاع می کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود اجازه طلاق به زوج خواهد داد.»

ب) اجبار ناشی از قرارداد: الزام به داوری ممکن است به دلیل توافق اصحاب دعوی باشد اعم از اینکه موافقت نامه داوری پیش از وقوع منازعه صورت بگیرد یا پس از آن.

ج) اجبار ناشی از درخواست طرف مقابل: قرآن کریم با فعل «ابعثوا» به حکمیت فرمان داده است. کلمه «بعث» به معنای برانگیختن یا انتخاب کردن است و «ابعثوا» فعل امر از همین معناست. اما آیا فعل امر در این آیه به معنای وجوب

است؟ به بیان دیگر، مطابق این آیه، ارجاع موضوع اختلاف به داوران اجباری است یا اختیاری؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت: حکمیت یا داوری در دعاوی خانواده در شرایط خاص واجب و الزامی می شود.

۷. ماهیت داوری

با توجه به قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، موضوع داوری، دادخواست طلاق است و قلمرو آن نیز به دعاوی طلاق محدود می شود. در این قانون تصریح شده: «... زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند...». از این قانون استفاده می شود که موضوع داوری، دادخواست طلاق است اعم از آن که دادخواست توسط زن یا شوهر داده شده باشد. در هیچ دعاوی دیگری غیر از طلاق، داوری شکل نخواهد گرفت. به عنوان مثال، در دادخواست زوجه برای مطالبه نفقه یا حضانت فرزند، قانون، تشکیل داوری را لازم ندانسته است. اگرچه منعی نیز در این رابطه وجود ندارد. در لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص نیز داوری مخصوص دادخواست طلاق ذکر شده؛ در این قانون چنین آمده: «...در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ ق.م. تقاضای طلاق می کند، دادگاه بدواً حسب آیه کریمه: «و ان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها ان یريدا اصلاحا یوفق الله کان علیما خبیرا» موضوع را به داوری ارجاع می کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق به زوج خواهد داد؛ در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست.» دادخواست طلاق ممکن است از سوی زوج یا زوجه داده شود؛ همانطور که ممکن است، دادخواست طلاق توافقی باشد. به موجب قانون فوق، داوری در مواردی شکل می گیرد که زوج متقاضی طلاق باشد لذا در مواردی که زوجه متقاضی طلاق باشد یا در طلاق‌های توافقی و در سایر دعاوی خانوادگی، داوری موضوعیت پیدا نمی کند. قلمرو داوری در قوانین پیش از انقلاب اسلامی وسیع تر از قوانین بعد از انقلاب اسلامی بوده است. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ متعرض مسأله داوری شده و ماده ۶۷۶ به داوری در دعاوی خانوادگی اشاره نموده و چنین مقرر داشته بود: «در موارد اختلاف بین زن و شوهر راجع به سوء رفتار و عدم تمکین و نفقه و کسوه و سکنی و نیز هزینه طفلی که در عهده شوهر و در حضانت زن باشد از طرف هر یک از زوجین طرح شود، دادگاه‌ها می توانند به درخواست هریک از طرفین، دعوی را ارجاع به داوری نموده و در صورت عدم تراضی آنها در تعیین داور، لاقلاً دو نفر را از بین اقربای طرفین و در صورتی که در محل سکونت خود اقربا نداشته باشند از اشخاصی که با آنها معاشرت و دوستی دارند تعیین کنند. داورها مکلفند حتی الامکان سعی در اصلاح بین زوجین نموده و در صورتی که قادر به اصلاح نشوند، رأی خود را در تشخیص ذی حق بودن یکی از طرفین و تعیین میزان هزینه زن یا طفل در صورتی که موضوع دعوی هزینه زن باشد به دادگاه تقدیم دارند...». موضوع داوری در این قانون اختلاف بین زن و شوهر است. این تعبیری عام و شامل هر نوع دعوی میان زوجین می شود. به تصریح قانون فوق، دعاوی ذیل به داوری ارجاع می شده است: سوء رفتار؛ عدم تمکین؛ نفقه؛ کسوه و هزینه نگهداری طفل. به نظر می رسد این موارد به عنوان نمونه‌هایی از اختلاف بین زن و شوهر بیان شده است. بنابراین مواردی نظیر دعاوی حضانت طفل نیز به داوری قابل ارجاع بوده است. لذا معلوم می شود تا پیش از انقلاب اسلامی، موضوع و قلمرو

داوری، شامل کلیه اختلاف‌های خانوادگی می‌شد. در حالی که بعد از انقلاب اسلامی، دآوری فقط مخصوص دادخواست طلاق است. حال این پرسش مطرح می‌شود که دلیل این تغییرات چه بوده و قانونگذار در این تحولات چه اهدافی را دنبال می‌نماید. برای پاسخ به این پرسش باید نخست موضوع دآوری در قرآن و منابع فقهی مورد بررسی قرار گیرد تا محدوده دآوری مورد نظر قرآن کریم و منابع فقهی معلوم شود اما قبل از آن به اختیارات داوران پرداخته می‌شود.

۸. اختیارات داوران

در مورد اختیارات داوران، دیدگاه‌ها متفاوت است. مشهور فقها معتقدند داوران می‌توانند رأی به جمع دهند نه تفریق؛ مگر اینکه از زن در بذل و از شوهر در طلاق در صورتی که خلع باشد اذن بگیرند. (الحرالعاملی، ۱۴۱۳ ه. ج ۱، ص ۴۲۹؛ روحانی، ۱۴۱۴ ه. ج ۲، ص ۲۵۳) همچنین در مورد ماهیت دآوری که وکالت است یا قضاوت تحکیم، اختلاف نظر دیده می‌شود. مشهور فقها عقیده دارند که اقدام حکمین تحکیم است نه وکالت. (طوسی، ۱۴۰۹ ه. ج ۳، صص ۱۹۱ - ۱۹۲) صاحب جواهر نیز با استناد به آیه شریفه ۳۵ سوره نسا، با نصوص وارد شده در این باب، نتیجه گیری کرده است که حکمین از باب تحکیم اقدام می‌کنند نه از باب وکالت (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳۱، صص ۲۱۵ - ۲۱۳) اختلاف نظر فقها در مورد اختیارات حکمین به احادیثی باز می‌گردد که در این باب از امامان معصوم از جمله امام صادق (ع) نقل شده است. برای داوران جایز نیست بدون اجازه مرد یا زن (در طلاق خلعی) آنها را طلاق دهند و داوران باید با زن و شوهر شرط کنند که هر حکمی که کردند آن دو قبول کنند؛ اگر حکم کردند که باید از هم جدا شوند، بپذیرند و اگر حکم کردند که باید با هم باشند بپذیرند. (الکلبینی، ۱۳۶۷، ج ۶، ص ۱۴۶) برخی اساتید با استناد به اختلاف نظر فقها نوشته‌اند نظر مشهور در فقه آن است که داوران از صدور حکم به طلاق ممنوع می‌باشند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۴۶) از مطالب فوق می‌توان نتیجه گرفت که دآوری در اسلام ماهیت غیرقضایی دارد و یک تدبیر پیشگیرانه است. موضوع دآوری نیز می‌تواند شامل همه دعاوی خانوادگی گردد. اما به موجب قوانین فعلی، دآوری پس از طرح دعاوی خانوادگی و تشدید اختلافات زوجین مورد توجه قرار می‌گیرد.

ماده ۶۷۶ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۱۸ مقرر می‌داشت: در مورد اختلاف بین زن و شوهر راجع به سوءرفتار و عدم تمکین و نفقه و کسوه و سکنی و نیز هزینه طفلی که در عهده شوهر و در حضانت زن باشد، از طرف هر یک از زوجین که طرح شود، دادگاه‌ها می‌توانند به درخواست هر یک از طرفین، دعوی را ارجاع به دآوری نموده و در صورت عدم تراضی آنها در تعیین داور، حداقل دو نفر را از بین اقربای طرفین و در صورتی که در محل سکونت خود اقربا نداشته باشند از اشخاصی که با آنها معاشرت و دوستی دارند تعیین کنند. داورها مکلفند حتی الامکان سعی در اصلاح بین زوجین نموده و در صورتی که قادر به اصلاح نباشند رأی خود را در مورد ذی حق بودن یکی از طرفین و تعیین میزان هزینه زن یا طفل در صورتی که موضوع دعوی، هزینه زن باشد، به دادگاه تقدیم دارند. اگر بین داورها در صورتی که عدد آنها زوج باشد اتفاق نظر حاصل نشود، آنها می‌توانند یک نفر را به عنوان داور ثالث به تراضی انتخاب نمایند و چنانچه در تعیین داور ثالث تراضی نشود، دادگاه به قرعه تعیین می‌نماید و در این صورت اکثریت آرای آنها مناط اعتبار

است. به موجب این ماده، دادگاه در پذیرش داوری تکلیفی نداشت و به علاوه باید داوری به درخواست یکی از زوجین مطرح می‌گردید و داوران الزاماً نباید از اقوام و خویشان زوجین بودند. نکته مهم‌تر اینکه داوران در مورد فصل خصومت نیز صلاحیت اظهار نظر داشتند که این امر در واقع نوعی دخالت در تصمیم دادگاه‌های خانواده تلقی می‌گردید. برخی از نقایص مذکور با قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۴۶ برطرف شد. ماده ۶ مقرر می‌داشت: «دادگاه مکلف است به تقاضای هر یک از طرفین، موضوع دعوی را به استثنای رسیدگی به اصل نکاح و طلاق به یک تا سه داورارجاع نماید. مدت اعلام نظر داوران به تعیین دادگاه خواهد بود. در صورتی که دادگاه تشخیص دهد که تقاضای مذکور برای فرار از رسیدگی و اطاله کار است از قبول تقاضا خودداری خواهد کرد. داوری در این قانون تابع شرایط داوری مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌باشد.» ماده ۷ نیز مقرر می‌داشت: «داور یا داوران سعی در سازش بین طرفین خواهند کرد و در صورتی که موفق به اصلاح نشوند رأی خود را در ماهیت دعوی ظرف مدت مقرر صادر و به دادگاه تسلیم خواهند کرد. رأی داور به وسیله دادگاه به طرفین ابلاغ می‌شود و در مدت ده روز از تاریخ ابلاغ قابل اعتراض است. در صورتی که طرفین به رأی داور تسلیم باشند یا در موعد مقرر اعتراض نکنند، رأی به مورد اجرا گذاشته خواهد شد. در صورت اعتراض، دادگاه در جلسه فوق العاده به اعتراضات رسیدگی کرده رأی صادر می‌نماید و این رأی قطعی است، و در صورت عدم وصول رأی داوران تا پایان مدت مقرر دادگاه در ماهیت امر رسیدگی کرده و رأی خواهند داد.»

با مقایسه ماده ۶۷۶ و مواد ۶ و ۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ می‌توان نتیجه گرفت که مقنن در قانون مزبور اختیار دادگاه به ارجاع داوری را اجباری کرد و همچنین حق اعتراض به نظریه داوری را مورد پذیرش قرار داد. ولی لزوم درخواست طرفین را برای ارجاع به داوری کماکان به قوت خود باقی گذاشت. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ نیز برخی نواقص گذشته را جبران کرد. ماده ۵ این قانون مقرر می‌دارد: «دادگاه در صورت تقاضای هر یک از طرفین مکلف است موضوع دعوی را به استثنای رسیدگی به اصل نکاح و طلاق، به یک تا سه داور ارجاع نماید. همچنین دادگاه در صورتی که مقتضی بداند رأساً نیز دعوی را به داوری ارجاع خواهد کرد. داوری در این قانون تابع شرایط داوری مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی باشد. مدت اعلام نظر داوران از طرف دادگاه معین خواهد شد. در صورت عدم وصول نظر مذکور تا پایان مدت مقرر، دادگاه رأساً رسیدگی خواهد کرد مگر اینکه طرفین به تمدید مدت تراضی نمایند یا دادگاه تمدید مدت را مقتضی تشخیص دهد.» این محدودیت موجب شد که میزان طلاق‌های توافقی رو به افزایش گذارد و به علاوه از نهاد داوری در طلاق به درخواست زن نیز استفاده نشود. ماده ۶ نیز با اندک تغییراتی، مشابه ماده ۷ قانون حمایت خانواده ۱۳۴۶ بود. آنچه که در ماده ۵ قانون مزبور مورد توجه قرار گرفته این امر است که دادگاه می‌تواند رأساً برای ارجاع به داوری اقدام کند. همچنین طبق ماده ۸ و قسمت اخیر ماده ۱۰ اختیار داوران در مورد طلاق به امکان سازش زوجین محدود شد و طلاق صرفاً در اختیار دادگاه‌های خانواده قرار گرفت که در مقایسه با قوانین قبل، گامی مثبت تلقی می‌شد. در ماده ۸ آیین نامه قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ دادگاه مکلف شده است در مواردی که دعوی به داوری ارجاع می‌شود، طرفین را برای انتخاب داور یا داوران دعوت کند و به موجب ماده ۹ هرگاه داور یا داوران از قبول داوری امتناع نموده یا استعفا دهند دادگاه به انتخاب داور یا داوران جدید اقدام خواهد کرد. همان

گونه که گفته شد در قانون ۱۳۵۳ نقش دادگاه در تعیین داور یا داوران و دخالت دادگاه در امر داوری پررنگ‌تر شد و از حالت اختیاری به حالت اجباری تغییر جهت داد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۸ با تشکیل دادگاه‌های مدنی خاص، تغییراتی در مقررات داوری در دعاوی خانوادگی صورت گرفت. تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانون دادگاه‌های مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ مقرر می‌داشت: «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده و در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق کند، دادگاه بدو حسب آیه کریمه فان خفتم شقاق موضوع را به داوری ارجاع می‌کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق به زوج خواهد داد و در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست. حکم این تبصره در دادگاه‌های عمومی دادگستری نیز لازمالرعایه است. به موجب این تبصره، داوری صرفاً در مواردی بود که زوج درخواست طلاق می‌کرد اما در مورد طلاق به درخواست زن یا طلاق توافقی، ارجاع به داوری ضرورت نداشت.

سرانجام ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۲۸/۸/۱۳۷۱ در مقایسه با قوانین و مقررات گذشته، توجه بیشتری به نهاد داوری کرد. به موجب این ماده واحده، از تاریخ تصویب این قانون زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند بایستی جهت رسیدگی به اختلافات خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه و حکمین از دو طرف که برگزیده دادگاه هستند آن‌طور که قرآن کریم فرموده حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش، آنها را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفتر رسمی طلاق حق ثبت طلاق‌هایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها از دادگاه صادر نشده است، ندارند؛ در غیراین صورت از سردفتر خاطی سلب صلاحیت به عمل خواهد آمد. بدین ترتیب، اولاً داوری در همه طلاق‌ها اجباری شد ثانیاً نحوه دعوت از حکمین و بررسی صلاحیت داوران بر عهده دادگاه و موکول به آیین نامه اجرایی گردید. این امر نشان دهنده دخالت دادگاه در دادرسی و بررسی صلاحیت داوران است اگر چه ممکن است داوران از طرف زوجین معرفی گردند؛ ثالثاً در صورتی که دادگاه بدون نظر داوران مبادرت به صدور حکم طلاق یا گواهی عدم امکان سازش نماید، از موجبات نقض حکم در مرحله تجدیدنظر خواهد بود. نظریه مشورتی ۶۹۹۰ / ۷ - ۲۷ / ۹ / ۱۳۷۸ مؤید این امر است (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۱) رابعاً به موجب تبصره ۴ ماده واحده علاوه بر وظایف مقرر برای داوران، وظیفه جدیدی نیز که امضای صورتجلسه تکمیلی طلاق توسط داوران است، برای آنها پیش بینی شده است. در پایان این مبحث در مورد ماهیت و نقش داوری در قوانین موضوعه می‌توان گفت داوری پس از طرح پرونده زوجین در محاکم خانواده اعمال می‌گردد و ماهیت قضایی دارد اما از نقش و تدبیر پیشگیرانه آن دور شده است.

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ اگر چه در مورد اختیارات داوران سخنی به میان نیاورده ولیکن تعدیل و کم رنگ کردن نقش و اهمیت نهاد داوری در طلاق با تغییر عمده شرایط داوران و کیفیت انتخاب و اقدام آنها در حل و فصل اختلافات زوجین (مندرج در قانون حمایت از خانواده سال ۱۳۵۳ و ماده واحده مربوط به طلاق) را تعدیل و کم رنگ نموده است.

۹. موضوع داوری در قرآن

قرآن کریم به خانواده نگاه خاصی دارد و آیات فراوانی را به بیان احکام و مقررات آن اختصاص داده، همچنین در آیاتی به مناقشات خانوادگی و راهکار مقابله با آن نیز اشاره نموده است. راهی که قرآن کریم برای حل اختلافات خانوادگی بیان نموده، تشکیل محکمه صلح خانوادگی می‌باشد. قرآن کریم می‌فرماید: «و ان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهلہ و حکما من اهلها ان یریدا اصلاحا یوفی الله کان علیما خبیرا»^۱، «اگر از جدایی و شکاف میان آن دو (همسر) بیم داشته باشید، یک داور از خانواده شوهر و یک داور از خانواده زن انتخاب کنید (تا به کار آنان رسیدگی کنند) اگر این دو داور، تصمیم به اصلاح داشته باشند، خداوند به توافق آنها کمک می‌کند زیرا خداوند، دانا و آگاه است و از نیات همه، با خبر می‌باشد». در این آیه از داوری به حکمیت تعبیر شده و موضوع آن خوف شقاق است. برای تبیین موضوع حکمیت و قلمرو آن باید مفهوم این اصطلاح از منظر لغوی، تفسیری و فقهی مورد بررسی قرار گیرد.

۹-۱. مفهوم لغوی شقاق

لغت‌شناسان، برای کلمه شقاق معانی متعددی را بیان کرده‌اند. از میان معانی ذکر شده ممکن است دو معنای ذیل اراده شده باشد: شقاق از ریشه مشقت؛ در حدیثی از پیامبر (ص) آمده است: «لولا ان اشقّ علی امتی لامرتهم بالسواک عند کلّ صلوٰة» (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۷۱؛ طبرسی، ۱۳۹۲ق، ص ۵۰) اگر بر امت من سخت نبود، به آنان فرمان می‌دادم که برای هر نمازی مسواک بزنند. کلمه «اشقّ» در این حدیث به معنای سختی، مشقت و به زحمت افتادن است. اگر شقاق در آیه مورد بحث به معنای مشقت باشد در این صورت مقصود از آیه حالتی است که زن و شوهر با رفتار خود یکدیگر را به مشقت و زحمت می‌اندازند. شقاق از ریشه شقّ، شقیق و منشق و انشقاق به معنای دو نیم شدن و نصف شدن؛ نظیر عبارت وانشق القمر که در قرآن به معنای دو نیم شدن ماه است. اگر شقاق در آیه مورد بحث، از ریشه انشقاق باشد در این صورت مقصود از شقاق به وجود آمدن حالتی است که زوجین به دلیل کراهت از یکدیگر از هم فاصله می‌گیرند به نحوی که از وحدت معنوی گذشته خبری نیست. مفسران همین دو احتمال را در آیه مورد بحث ذکر کرده‌اند. یکی از فقها در این رابطه می‌نویسد: «والشقاق الخلاف و العداوة، و اشتقاقه من الشقّ و هو الجزء البائتو منه اسم المشتاقین، لانّ کلّ واحد منهما فی شقّای فی ناحیه» (طوسی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۱۹۲). شقاق به معنای خلاف و عداوت، مشتق از شقّ به معنای جزء جدا شده است. واژه مشتاقین نیز از همین کلمه می‌باشد، زیرا هر یک از آن در گوشه‌ای بوده و از یکدیگر دور افتاده‌اند. نظیر همین عبارت در منابع دیگر تفسیری نیز آمده است. (رک. فیض کاشانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۴۹؛ طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۸۰) شقاق چه از ریشه مشقت چه از ریشه انشقاق باشد با توجه به سایر استعمالات آن در قرآن کریم به معنای دیگری نیز آمده است. معانی دیگر این واژه عبارت است از: مباینه، عداوة، منازعه و محاربه (طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۴۰۶؛ ج ۳، ص ۸۱)، مخالفت و نداشتن اتفاق نظر (فیض کاشانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۴۹)، نزاع بین زن و شوهر به گونه‌ای که امید همفکری

نباشد (مشهدی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۴۴۴) نفاق، منازعه، مشاجره، افتراق، بینونه و عداوه (طباطبایی، ۱۴۰۲ق، ج ۱، ص ۳۱۲؛ ج ۱، ص ۳۹۳؛ ج ۴، ص ۳۴۶). بدین ترتیب، از نظر مفسران قرآن کریم شقاق به معنای مطلق اختلاف و افتراق است و موضوع داوری نیز همین خواهد بود.

۲-۹. شقاق در اصطلاح فقها

شقاق در اصطلاح فقها به معنای نشوز یا کراهت زوجین از یکدیگر است. نظرات فقها در این مورد بیان می‌شود: کراهت زوجین از یکدیگر در بعضی منابع فقهی شقاق به کراهت زوجین از یکدیگر معنا شده است. برخی از فقها در بیان مفهوم شقاق معتقدند: «و هو ان یکره کلّ واحد من الزّوجین صاحبه، فیکون کلّ منهما بکراهیته لآخر فی شقّ عنه ای ناحیه» (بحرانی، بی تا، ج ۲۴، ص ۶۲۲) هر یک از زن و شوهر از دیگری کراهت داشته باشند به گونه‌ای که در نتیجه کراهت هر یک به گوشه‌ای رفته و از دیگری فاصله بگیرند. همین معنا در منابع دیگر نیز ذکر شده است. (عاملی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۴۳۰) نشوز در فقه و حقوق خانواده به معنای امتناع از عمل به وظایف زوجیت است. اگر مرد از عمل به وظایف زوجیت امتناع نماید، وی را ناشز می‌گویند و اگر زن از عمل به وظایف زناشویی خودداری کند، وی را ناشزه گویند. حال اگر زن و شوهر هر دو از عمل به وظایف خود سرپیچی نمایند در این حالت، شقاق محقق خواهد شد. یکی از فقها می‌نویسد: «فبارتفاع احدهما عن الطاعه یتحقق النشوز بل هو عین النشوز... و ارتفاع کلیهما یکون شقاق (خوانساری، ۱۳۵۵ق، ج ۴، ص ۴۳۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۶۴؛ نجفی، ۱۳۶۷ق، ج ۳۱، ص ۲۰۴-۲۰۰) با ارتفاع هر یک از زن و شوهر نشوز تحقق پیدا می‌کند، بلکه این عین نشوز است... و ارتفاع هر دو شقاق می‌باشد.» آنچه همین معنای اخیر را تأیید می‌کند نحوه بیان قرآن نسبت به احکام نشوز و شقاق است.

۱۰. انتخاب حکمین در قرآن

قرآن کریم می‌فرماید: در زمان بروز اختلاف خانوادگی، داورانی برای حل مشکل و ایجاد صلح و سازش انتخاب شوند و بین مؤمنان سازش برقرار کنند: «فابعثوا حکما». حال این پرسش مطرح می‌شود که مخاطب قرآن کریم در این حکم چه افرادی هستند و داوران چگونه باید انتخاب شوند و اختیار تعیین داور با چه کسی است؟ در مورد این پرسش اظهارات مختلفی از جانب فقها و مفسرین اسلام ارائه شده و احتمالاتی قابل طرح می‌باشد که بیان می‌شود:

- در میان اهل سنت جمعی معتقدند که مخاطب انتخاب حکمین تمامی امت اسلامی می‌باشد که آن هم واجب کفایی است (دادمزی، ۱۳۷۰، ۲۲) بعضی از فقها معتقدند: خطاب های قرآنی، آنگاه که احکام شرعی را بیان می‌کنند اگر به صورت

مطلق بیان شده اند، مخاطب آن حاکمان خواهند بود. نظیر خطاب «السارق و السارقه فاقطعوا ایدیهما»^۳. یا خطاب «الزانیه و الزانی فاجلدوا کل واحد منها مأة جلد»^۴.

این خطاب ها مطلق هستند و نظیر «یا ایها الناس» یا «ایها المؤمنون» و... نمی باشند زیرا شامل گروه خاصی می شود. بدین جهت مخاطب آیه حکمیت حاکمان هستند. (طوسی، ۱۴۱۷ق، ۴۱۶) مشهور فقهای امامیه، همین نظریه را پذیرفته اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۶۴) حضرت امام خمینی (ره) نیز در تحریرالوسیله اختیار تعیین حکمین را با حاکم شرع می دانند (قاضی زاده اسلامی، ۱۳۶۶، ۲۷۵) بنابراین مخاطب بعث در این آیه شریفه، حاکم می باشد و چون داوران از جانب قاضی انتخاب می شوند لذا نیازی به رضایت زوجین در این خصوص وجود ندارد.

- بعضی از فقها در مورد انتخاب داور معتقدند: مخاطب آیه مورد بحث و مسؤل اجرای قاعده حکمیت خود زوجین هستند و اگر از انجام آن خودداری ورزند، حاکم انجام آن را بر عهده می گیرد، محقق در کتاب نافع و صدوق و عده ای دیگر بر این عقیده اند که صاحب ریاض این قول را مقتضای جمع میان اخبار می دانند. طبرسی نیز معتقد است: «فاذا خشی الاستمرار بعث کل منها حکما من اهله». اگر خوف تداوم شقاق باشد، هر کدام از زن و شوهر حکمی از اهل خود برگزینند. بعضی از فقها نیز همین نظریه را مطرح کرده اند (هدایت نیا، ۱۳۸۴، ۶۹). این نظر با ظاهر آیه تطابق ندارد زیرا اگر خطاب آیه زوجین باشند در این صورت لازم بود فعل بعث به صورت تثنیه ابعثنا آورده شود. علاوه بر آن در رد این نظریه می توان مدعی شد اگر داوران منتخب زوجین باشند در این صورت بدون شک آن دو وکیل زوجین خواهند بود در حالی که از نظر فقهی داوران، قضات تحکیم هستند و وکیل نمی باشند. شهید ثانی با اشاره به همین مطلب می نویسد: «اذا لو جعلنا بعثهما من الزوجین فلا شبهه فی کونه توکیلاً» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۶۶) اگر انتخاب حکمین بر عهده زوجین باشد در این صورت شکی نیست که حکمین وکیل خواهند بود. بعضی از فقها رابطه بین این دو مطلب را رد کرده اند. آنان معتقدند، داوران در هر حال قاضی تحکیم هستند، خواه منتخب حاکم یا منتخب زوجین باشند. آنان برای مدعای خود به روایتی از امام رضا (ع) تمسک بسته اند. در این روایت امام می فرماید: «... یختار الرجل رجلاً والمراه تختار رجلاً، فیجتمع علی فرقه او علی صلح، فان ارادا اصلاحاً فمن غیر ان یستأمر، وان ارادا التفریق بینهما فلیس لهما الا من بعد ان یستأمر» (ابن بابویه، ۱۴۰۶ق، ۲۴۵ - نوری طبرسی، ۱۴۰۸ق، ۱۰۵). شوهر، مرد دیگری و زن نیز مردی را انتخاب کنند، پس آن دو بر جدایی یا سازش توافق می کنند، پس اگر اصلاح را اراده کنند، نیازی نیست که از زوجین اجازه بگیرند و اگر قصدشان جدایی بین آن دو باشد، زمانی می توانند چنین کنند که از زوجین اجازه گرفته باشند. لذا اگر حکمین قصدشان اصلاح باشد نیازی به اذن نیست اما اگر قصدشان طلاق باشد باید از زوجین اجازه بگیرند. زیرا اگر حکمین وکیل زوجین باشند، آنان در هر صورت باید با اجازه موکلان خود عمل کنند. البته این روایت نظریه وکالت را نفی نمی کند ولی بر نظریه نخست هم (قضات تحکیمی) دلالتی ندارد و نمی توان به کمک آن، نظریه نخست را ثابت نمود. بنابراین

^۳-مآئده / ۳۸

^۴-نور / ۳

می توان مدعی شد، حکمیت در آیه مورد بحث، نهادی مستقل است که تنها به قضاوت تحکیمی شباهت دارد. (هدایت نیا، ۱۳۸۴، ۸۷)

- برخی معتقدند هر یک از زوجین باید داوری از میان اقوام خویش انتخاب نمایند؛ اگر آنان از انتخاب داور امتناع کردند در این صورت حاکم آنان را به معرفی داور تکلیف خواهد کرد. علامه حلی در این باره می گویند: « فاذا خشی الاستمرار بعث کلّ منهما حکما من اهله ولو امتنع الزوجان، بعثهما الحاکم ». (الحلی، ۱۴۱۰ق، ۱۹۱) پس اگر بیم تداوم شقاق برود، هر یک از زن و شوهر داور خود را بر می گزینند و اگر زوجین از تعیین داور امتناع کنند، حاکم داوران را بر می گزیند. صاحب حدائق نیز همین نظریه را مقتضای جمع بین روایت در مسأله دانسته است. « فالظاهر ان وجه الجمع بین الخبر المذكور هو كون البعث من الزوجین، فان اخلا به بعث الحاکم ».

- احتمال دیگر آن است که مخاطب آیه، اقوام زوجین باشند (طبرسی، ۱۴۱۵ق، ۱۰۵). به نظر می رسد این احتمال با ظاهر آیه سازگارتر باشد. زیرا موضوع داوری در قرآن خوف شقاق است و زمانی خوف شقاق محقق خواهد شد که علایم و نشانه های اختلاف مشاهده شود. کسانی از وجود اختلاف و ناسازگاری مطلع می شوند که با زوجین در ارتباط بوده واز روابط آن دو باخبر باشند. خانواده های زن و شوهر پی می برند که یکی از زوجین نزد قاضی برود واز طرف مقابل شکایت نماید. بدین ترتیب، در صورتی می توان مخاطب آیه را حاکمان دانست که زمان انتخاب داور، پیش از مرافعه باشد. چه دلیلی وجود دارد که حکمیت پس از مرافعه محدود شود؟ می توان با فرق نهادن بین دو مقطع زمانی قبل و بعد از مرافعه، مدعی شد که پیش از مرافعه، خانواده ها باید با مشاهده علایم شقاق، داوری از طرف زوجین انتخاب نمایند تا نسبت به حل مشکل اقدام کنند. اما پس از مرافعه یا حاکم به انتخاب داور اقدام می کند یا به زوجین امر می کند که داوران خود را به دادگاه معرفی نمایند. در این مرحله اگر زوجین از معرفی داور امتناع کردند، دادگاه نسبت به انتخاب داور اقدام خواهد کرد. به هر حال، خانواده های دو طرف هرگاه نسبت به شقاق زوجین بیمناک شوند باید برای جلوگیری از آن اقدام نمایند و از باب وجوب نهی از منکر در این مورد مسئولیت دارند (هدایت نیا، ۱۳۸۴، ۶۴)

از نقد و بررسی مطالب فوق معلوم می شود که مطابق قوانین فعلی تعیین داور بر عهده زوجین است مگر اینکه زوجین از معرفی داور امتناع ورزند که در این صورت دادگاه به تعیین داور اقدام خواهد نمود. در مرد خطاب ابعثوا چهارنظریه بین اندیشمندان وجود دارد که بیان شد. قانونگذار انتخاب داور توسط زوجین و حاکم را برگزیده است. علامه حلی این نظر را مطرح نموده است. البته به نظر می رسد انتخاب حکمین خواه از سوی زوجین یا از سوی دادگاه مناسب نمی باشد زیرا بررسی ها نشان می دهد که زوجین غالباً تمایلی به معرفی داور ندارند و از این کار امتناع می کنند. زیرا زن و شوهری که با هدف جدایی راهی دادگاه می شوند ترجیح می دهند که زودتر به نتیجه برسند و بیشتر مواقع از معرفی داور خودداری می کنند یا داوری را انتخاب می کنند که به عنوان وکیل خواسته های آنها را پیگیری کند. شاید قرآن کریم به همین دلیل خطاب بعث را متوجه زوجین نکرده است و دیگر اینکه انتخاب حکمین توسط دادگاه نیز مناسب نمی باشد. به جهت آنکه دادگاه بخواهد حکمین را از میان خانواده های دو طرف انتخاب نماید، از آنجا که شناختی نسبت به خانواده دو طرف ندارد، این کار نتیجه ای دربر ندارد. دادگاه در صورتی می تواند افراد

واجد شرایط از میان خانواده های زوجین را به عنوان حکم انتخاب نماید که بتواند در این رابطه تحقیق کند، در حالی که در حال حاضر با توجه به تراکم پرونده ها و کمبود کادر قضایی این کار غیر ممکن است. دادگاه چاره ای ندارد جز اینکه از میان افراد محدودی که معمولاً برای این کار در واحد داوری مجتمع های خانواده حضور دارند را برگزیند. بررسی ها نشان می دهد که با وجود افراد دلسوز در میان این افراد، بعضی از آنان علاقه وانگیزه ای برای ایجاد سازش میان زوجین ندارند. با توجه به اینکه آنان برای داور شدن از طرفین حق الزحمه می گیرند، چه بسا بعضی از افراد، داوری را راهی برای امرار معاش قرار دهند و حتی ممکن است با یکی از طرفین برای تسریع در نتیجه تبانی کند.

باید گفت که باید برای کارآمدی نهاد حکمیت در محاکم خانواده، در مقررات مربوط به نحوه انتخاب حکمین بازنگری صورت گیرد. اینکه امکان تحقیق از خانواده های دو طرف برای شناسایی افراد واجد شرایط، در اختیار قضات محاکم خانواده قرارداد شود. قضات نیز در این امر احساس مسئولیت بیشتری نمایند و به جای ارجاع پرونده به داوران حرفه ای، از افراد تأثیرگذار استفاده نمایند. به عنوان مثال، آنان می توانند از کسانی که نام آنان به عنوان شاهد در عقد نامه آمده، استفاده کنند زیرا این اشخاص معمولاً از افراد موجه هستند یا اینکه از واحد مددکاری در محاکم خانواده بخواهند در این رابطه تحقیق کرده و اشخاص واجد شرایط را به دادگاه معرفی نمایند (هدایت نیا، ۱۳۸۴، ۶۵).

۱۱. شرایط و اوصاف حکمین در قرآن

راجع به شرایط حکمین و اوصاف آنان در قرآن کریم، تصریح چندانی صورت نگرفته است اما با این وجود مفسرین و فقهای اسلام، به شروط داوران در داوری خانوادگی اشاره کرده اند که در ادامه می آید:

دیدگاه های فقهای امامیه و اهل سنت در مورد شرایط حکمین متنوع است. بعضی از فقها شرایط متعددی را برای حکمین برشمرده اند از قبیل بلوغ، عقل، اسلام، عدالت، حریت، ذکور، فقاقت و اهل بودن. در اشتراط بلوغ و عقل تردیدی وجود ندارد (نجفی، ۱۳۷۴، ۲۱۴) در بسیاری از منابع، بلوغ و عقل جزء شرایط حکمین ذکر نشده است ولی عدم ذکر این دو شرط از سوی آنان به دلیل بداهت مسأله بوده است. فقهای اهل سنت به اشتراط این دو تصریح کرده اند: «فان الحکمین لایکونان الا عاقلین بالغین» (ابن قدامه، بی تا، ۱۶۹) بعضی نیز شرط رشد را به شرایط بلوغ و عقل افزودند (زیدان، ۱۴۲۰، ۴۲۰). لزوم شرایط بلوغ، عقل و رشد در حکمین به حکم عقل است زیرا در غیر این صورت، آنان قادر به رفع شقاق نخواهند بود.

یکی دیگر از شرایطی که اعتبار آن در حکمین ذکر شده است، اسلام است. در منابع اهل سنت نیز مسلمان بودن حکمین لازم دانسته شده است. صاحب جواهر اعتبار شرط اسلام را در صورتی که زن و شوهر هر دو مسلمان باشند تأیید کرده و در غیر این صورت، اعتبار این شرط را خالی از نظر ندانسته است. سخن صاحب جواهر مقرون به صحت به نظر می رسد زیرا وقتی زوجین مسلمان نباشند، دلیلی ندارد که حکمین مسلمان باشند. مشهور فقهای امامیه، حکمین را قاضی

تحکیم می دانند و به همین دلیل عدالت را شرط دانسته اند ولی صاحب جواهر در این مطلب تردید کرده و گفته است: «حتی در فرضی که حکمین قاضی تحکیم باشند نیز رعایت شرط عدالت ضروری نیست.» ایشان می نویسد: «...إمكان منع اعتبار ذلك على الأول أيضاً، و ما دل على اعتبارهما في الرئيس العام لا يقتضيه في مثل المقام المجبور بنظر الرئيس (نجفی، پیشین، ۲۱۴)» مقصود ایشان این است که ادله ای که بر اعتبار شرط عدالت و حریت دلالت می کند، ناظر به ریاست عامه است و با محل بحث ما تفاوت دارد. بدین ترتیب، در قاضی منصوب عدالت شرط است ولی در حکمیت که زیر نظر قضات منصوب عمل می کند، رعایت این شرط ضرورت ندارد.

از شرایطی که بعضی از فقیهان، اعتبار آن را در حکمین لازم دانسته اند، شرط مرد بودن است. در فقه الرضا در این باره چنین آمده است: «یختار الرجل رجلاً، و المرأة تختار رجلاً فیجتمعان علی فرقة أو علی صلح (ابن بابویه، ۱۴۰۶، ۲۴۵)»؛ شوهر مردی را انتخاب می کند و زن نیز مردی را بر می گزیند و این دو بر جدایی یا سازش توافق میکنند. اشتراط ذکوریت حکمین در منابع دیگر نیز آمده است: «و یكون الحکمان حریین ذکرین عدلین» (طوسی، ۱۳۷۸، ۳۴۰ و حلی، ۱۴۱۳، ۹۷ و ابن براج، ۱۴۱۲، ۲۶۶) فقهای امامیه حکمیت را از باب قضاوت پذیرفته اند و به همین دلیل رعایت شرایط قضات را در حکمین لازم دانسته اند. بدین ترتیب، ذکر شرط ذکوریت از سوی بعضی از آنان در زمره شرایط حکمین دور از انتظار نیست. فقیهان سنی می گویند حکمین بایستی مرد باشند

از نظر فقهی در اعتبار شرط فقاقت در قضاوت شرعی تردیدی وجود ندارد؛ اگر چه بعضی از فقها اجتهاد مطلق را در این مورد لازم نشموده و اجتهاد در بعضی ابواب فقهی را کافی دانسته اند. از آنجا که فقها حکمیت را نیز قضاوت می دانند، دور از انتظار نیست که آنان فقاقت را در حکمین شرط بدانند؛ همان طور که جمعی از فقهای اهل سنت بر اعتبار این شرط تصریح کرده اند. در بعضی از منابع نیز به جای تعبیر فقاقت یا اجتهاد آمده است: حکمین باید عالم به جمع و تفریق باشند. (ابن قدامه، ۱۹۷۲، ۱۶۹) بعضی نیز بصیرت در فقه را از جمله شرایط حکمین قرار داده اند (قرطبی، ۱۴۰۵، ۱۷۵) که بعید نیست مقصود آنان از این تعبیر همان فقاقت باشد. صاحب جواهر از کسانی است که بر عدم اعتبار شرط فقاقت تصریح کرده است. وی می نویسد: «کما أن عدم اعتبار الاجتهاد فیهما لا ینافی مضمی حکمهما، لان محله أمر معین جزئی یجوز تفویض أمره إلی الاحاد کنظائره، و لیس هو من الرئاسة العامة التي یعتبر فیها الاجتهاد.» (نجفی، پیشین، ۲۱۴) مقصود ایشان این است که موضوع داوری میان زن و شوهر جزئی و معین است و در این گونه موارد نیازی به مجتهد بودن حکمین نیست. به نظر می رسد که حق با ایشان باشد. حتی اگر حکمیت همان تحکیم باشد باز هم دلیلی بر اعتبار شرط فقاقت در این مورد وجود ندارد. حکمیت میان دو نفری که در مسأله مشخص دچار اختلاف شده اند از اشخاص با دانش اندک هم بر می آید. از بعضی روایات نیز عدم اعتبار شرط اجتهاد قابل استنباط است؛ مانند روایتی که در زیر می آید: «و أتى علی بن ابی طالب علیه السلام رجل و امراته علی هذه الحال فبعث حکماً من أهله و حکماً من أهلها، و قال للحکمین: هل تدریان ما تحکمان احکما ان شئتما فرقتما و ان شئتما جمعتما...» (عروسی حویزی، ۱۴۱۲، ۴۷۹) همان طور که مشاهده می شود، امام علی (ع) از حکمین می پرسد: «هل تدریان ما تحکمان» آیا می دانید که چگونه حکم نمایید؟

این پرسش نشان می دهد که حکمین اشخاص عادی بوده‌اند، زیرا معنا ندارد که امام از اشخاص عالم و فقیه چنین پرسشی بکند.

تنها شرطی که در قرآن کریم در مورد حکمین بیان شده است، شرط اهل بودن است: «فابعثوا حکماً من اهل و حکماً من اهلها». در اینکه انتخاب حکم از میان کسان زن و شوهر واجب و الزامی است یا خیر، در میان فقها و مفسران وحدت نظر وجود ندارد. بر اساس نقل صاحب حدائق، در مورد این شرط فقهای امامیه دو نظریه دارند. جمعی قائل به وجوب اهل بودن حکمین هستند. شیخ طوسی می‌گوید: «والمستحب علی القولین معاً أن یحکم الزوج من اهل، و حکم المرأة من اهلها». (طوسی، پیشین، ۳۴۰) بنا بر هر دو قول قضاوت حکمین یا وکالت آنان مستحب است که حکم زوج و زوجه از اهلشان باشند. باور عمومی بر این است که شرایط معتبر در انتخاب حکمین، تنها خبرویت و خویشاوندی است. لزوم اهل بودن داور به صراحت در قرآن آمده و شرط خبرویت نیز از واژه حکم قابل استنباط است. توضیح مطلب این است که حکم در آیه مورد بحث ممکن است به معنای حاکم شرعی نباشد بلکه این کلمه از احکام به معنای منع است. همان‌طور که پیش از این گذشت، اصل و ریشه حکم، منع است، آن هم منع برای اصلاح. در قرآن کریم نیز واژه حکم گاهی به معنایی غیر از حکم نمودن و داوری آمده است: «وما أرسلنا من قبلك من رسول و لا نبی إلا إذا تمنی ألقى الشیطان فی أمینته فینسخ اللہ ما یلقى الشیطان ثم یحکم اللہ آیاته و اللہ علیم حکیم»؛ و پیش از تو هیچ رسول و پیامبری را نفرستادیم جز اینکه هر گاه چیزی تلاوت می نمود، شیطان در تلاوتش القای شبهه می کرد. پس خدا آنچه را شیطان القا می کرد محو می گردانید سپس خدا آیات خود را استوار می ساخت و خدا دانای حکیم است.

همان‌طور که مشاهده می شود، فعل یحکم در آیه فوق به معنای محکم ساختن و استوار نمودن و مانع شدن از نابودی است. بدین ترتیب معلوم می شود که واژه حکم غیر از معنای حاکم شرع، معنای دیگری نیز دارد و آن منع، استواری و تحکیم است که اتفاقاً همین معنای اخیر، معنای اصلی و ریشه ای واژه حکم است: «و لیس المراد من الحکم فی المقام الحاکم الشرعی كما هو واضح، بل هو من الأحکام أی المنع من تحقق المنافرة و المخاصمة بینهما كما یقال حکمت الدابة أی منعتها» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۳۱) مطابق این برداشت از آیه، دیگر دلیلی ندارد که در حکم شرایط حاکم شرعی را لازم بدانیم؛ آنچه ضرورت دارد، توانایی حکم در ایجاد وفاق و ممانعت از جدایی است. به عبارت دیگر، وی باید در این کار خبره باشد (ابن قدامه، پیشین، ۱۷۰) و جز این، شرط دیگری لازم نیست. هر کسی بتواند سازش ایجاد نماید میتواند حکم باشد. علاوه بر دلالت ظاهر آیه بر اعتبار شرط خبرویت، عقل نیز بر اعتبار این شرط دلالت دارد. به حکم عقل کسی باید به عنوان حکم برگزیده شود که توانایی رفع شقاق و ایجاد وفاق را داشته باشد. بنابراین مباحث می‌گوییم حکمیت در صورتی واجب خواهد شد که داور واجد شرایط وجود داشته باشد زیرا قدر متیقن از وجوب حکمیت، همین فرض است و در مورد وجوب حکمیت در صورت نبودن اشخاص واجد شرایط دلیلی در دست نیست.

به لحاظ حقوقی که بحث شرایط داوران مورد بررسی قرار بگیرد باید گفت از سال ۱۳۱۸ و طی ماده ۶۷۶ از قانون آیین دادرسی سابق و به تصریح نویسنده قانون مزبور، آیه قرآن (و ان خفتم) الهام بخش وارد ساختن نهاد داوری

خانوادگی در این متن قانونی بوده است. تقریباً همین روند در قانون حمایت خانواده سال ۶۱ و نیز قانون حمایت خانواده سال ۵۳ آیین نامه اجرایی آن مصوب سال ۱۳۵۴ علی رغم جهت گیری حاکم بر این دو قانون در لائیک نمودن نظام حقوق خانواده در ایران قابل مشاهده است. در قانون تشکیل دادگاه های مدنی خاص مصوب سال ۱۳۵۸ شورای انقلاب طی ماده ۳ به آیه داوری صریحاً اشاره می شود. نکته مشترک در تمام این قوانین آن است که به طور مستقل به مسأله اوصاف داوران پرداخته نشده است. ابهام و اجمال موجود در مورد شرایط داوران که علی القاعده و مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۷۸ و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ از طریق مراجعه به متون فقهی می بایست بر طرف می شد در سال ۱۳۷۱ و با تصویب نهایی قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام، این امکان را یافت که در دل متون قانونی بر طرف شود به این صورت که مطابق تبصره ماده واحده مزبور مقرر شد که آیین نامه اجرایی حکمیت توسط وزیر دادگستری تهیه و به امضای رییس قوه قضائیه برسد. از مطالعه مواد نه گانه آیین نامه اجرایی مزبور که در تاریخ ۱۳۷۱/۱۲/۲ به تصویب رییس قوه قضائیه وقت رسید گذشته از آن که در ماده ۳ به لزوم انتخاب بدوی داوران از بین اقارب زوجین تصریح گردید طی ماده ۴ شرایط شش گانه زیر به عنوان شرایط داوران معرفی شد: ۱-مسلمان ۲-آشنا به مسائل شرعی، خانوادگی و اجتماعی ۳-حداقل ۴۰ سال تمام ۴-متاهل ۵-معمد ۶-عدم اشتغال به فسق و فساد

در ماده ۷ این آیین نامه نیز سعی و اهتمام داوران برای اصلاح و رفع اختلاف مورد تأکید واقع شده است. همان گونه که ملاحظه می شود قانونگذار در جعل بسیاری از شرایط یاد شده از نظر مشهور فقها پیروی کرده است. اگر چه تعدادی از شرایط از لزوم داشتن چهل سال یا متاهل بودن، از سابقه فقهی روشنی برخوردار نیست. آنچه که جالب توجه است اینکه در این قانون به صراحت از لزوم مرد بودن داوران ذکری به میان نیامده است و چون قانونگذار در مقام میان شرایط داوران و احصای آن بوده است این امر می تواند دلیل بر بی اعتباری شرط رجلیت برای داوران خانوادگی از نقطه نظر قانونگذار به شمار می آید. استفاده چنین ظهوری مانع از آن است که به بهانه سکوت قانونگذار، مراجعه به فقه را تجویز نماییم حتی اگر بتوان به مشهور فقها نیز اشتراط رجلیت داوران را نسبت داد. زیرا مطابق ضوابط قانونی موجود مانند اصل ۱۶۷ قانون اساسی مراجعه به فقه در طول مراجعه به قانون و بعد از آن تجویز شده است. مؤید این برداشت آن است که در بعضی از قوانین کشورهای اسلامی و اهل سنت در باب داوری خانوادگی که با تأثیر از آرای فقهای عامه تدوین شده است و مقنن، تحت تأثیر آن قرار گرفته به صراحت از مرد بودن داوران نام برده است. به طور نمونه مطابق ماده ۷ قانون سال ۱۹۲۹ مصر که مورد پذیرش کشور امارات متحده عربی نیز قرار گرفته است دو مرد عادل بودن حکمین مورد تصریح قرار گرفته است. به نظر می رسد مسلم نبودن این شرط در متون فقهی و تفاوت منصب قضاوت به معنای دقیق آن با داوری علی رغم برخوردار بودن نهاد داوری از بعضی خصیصه های حکومت مثل لازم الاجرا بودن بخشی از نظرات داوران برای زوجین باعث شده است تا قانونگذار بعد از پیروزی انقلاب، رجلیت را در داوران شرط نداند اگر چه مطابق رویه جاری این مردان هستند که توسط دادگاه های خانواده به سمت داوری برگزیده می شوند.

۱۲. مبانی و نقش داوری در دعاوی خانوادگی

داوری در دعاوی خانوادگی، شیوه خاصی از داوری است که به طور عمده بر مبنای اعتماد اصحاب دعوی به داوران استوار است.

در آیات قرآن کریم و روایات امامان معصوم (ع) در مورد اصلاح ذات البین به ویژه در امور و دعاوی خانوادگی توجه زیادی شده است. در روایات بر اصلاح ذات البین در جامعه اسلامی تأکید شده و از این اقدام به عنوان برترین عبادت یاد شده است. همچنین طبق این روایات، تلاش برای برقراری صلح بین دو نفر ثوابی برابرلیله القدر دارد و دروغ گفتن برای برقراری صلح بین افراد جایز است (الحرالعالمی، ۱۳۶۷، ج ۱۳، صص ۱۶۴ - ۱۶۳)

به علاوه در نظام قضایی اسلام، قاضی مجاز است طرفین را به صلح و سازش دعوت نماید. فقهای امامیه در مبحث آداب القضاء این اقدام را تحت عنوان ترغیب «و ان امرأه خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً فلاح جناح علیهما ان یصلحا و بینهما الصلحاً خیر.» و «ان یریدا اصلاحاً یوفق الله بینهما.» و «ان المصلح لیس بکذاب.» در صلح و سازش مورد توجه قرار داده‌اند (الجبعی العالمی، ۱۴۱۶، ج ۸، صص ۱۷۱ - ۱۷۰) و البته از شفاعت قاضی به نفع یکی از طرفین نهی شده است (همان، ج ۱۳، ص ۴۳۱)

قرآن کریم در آیات ۳۴، ۳۵ و ۱۲۸ سوره نسا در مورد نشوز زن و شوهر احکامی بیان نموده است. آیه ۳۴ به نشوز و نافرمانی زن اشاره دارد. آیه ۱۲۸ با نشوز مرد ارتباط دارد و آیه ۳۵ به نشوز زن و شوهر مربوط است و صرفاً در مورد اخیر موضوع داوری و ارجاع به حکمیت مورد توجه قرار گرفته است. قرآن کریم در آیه اخیر می‌فرماید: اگر از ناسازگاری و جدایی میان زن و شوهر بیم داشتید، داوری از خانواده شوهر و داوری از خانواده زن برگزینید تا به کار و اختلاف آن دو رسیدگی کنند. اگر این دو داور بنای اصلاح داشته باشند، خداوند میان آن دو را به توافق می‌رساند زیرا خداوند از نیات همه با خبر و آگاه است. شقاق مذکور در این آیه به معنی انشقاق، عدم اتحاد، اختلاف، تفرقه، نفاق، چنددستگی و ناسازگاری است (آذرنوش، ۱۳۸۴، ص ۳۳۸) و برخی گفته‌اند شقاق به معنی منازعه و محاربه است. (طبرسی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۴۰۶) همچنین شقاق در مقابل وفاق آمده است و آثار آن تفرق و خلاف و انفراج می‌باشد. (مصطفوی، ۱۳۸۰، ج ۵، ص ۳۶۸) حقوقدانان در تعریف شقاق نوشته‌اند: مقصود از خوف شقاق، بیم از استمرار شقاق است؛ زیرا از شقاق گذشته نباید بیم داشت و آینده هم معلوم نیست؛ پس بیم از دوام و استمرار اختلاف و دشمنی است که گزینش داور را ایجاب می‌کند. (صفایی و امامی، ۱۳۸۴، ص ۲۳۷) حکم در آیه مورد بحث به معنی داور و قاضی است (آذرنوش، ۱۳۸۴، ص ۱۳۵) همچنین گفته شده کسی که به عنوان داور انتخاب می‌شود باید مورد اعتماد و دارای نفوذ کلام و منطوق نافذ بوده باشد و برای داوری و اصلاح پسندیده و شایسته باشد (زمخشری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۵۰۸) به موجب آیه مورد بحث دادگاه خانوادگی با این مشخصات مطرح است:

-داوران از اقوام زن و شوهر هستند؛

-هزینه ندارد؛

- رسیدگی به اختلافات طرفین بدون تشریفات و سریع است؛

- اسرار زوجین در اختیار دیگران قرار نمی‌گیرد؛

- مبنای طرفین بر اعتماد به داوران است؛

- اقوام و خویشاوندان در برابر اختلافات خانوادگی مسؤولیت دارند؛

- داوری باید قبل از وقوع طلاق و جدایی صورت گیرد زیرا یک تدبیر پیشگیرانه است؛

- انتخاب داوران از اقوام موجب دلسوزی بیشتر آنها خواهد شد؛

- تعداد داوران برای طرفین مساوی است؛

- خداوند به انگیزه همه به ویژه داوران آگاه است.

به عقیده برخی مفسران این محکمه امتیازاتی دارد که به اختصار عبارت است از: الف) محیط خانواده کانون احساسات و عواطف است؛ لذا داوران این محکمه باید کسانی باشند که پیوند خویشاوندی با دو همسر دارند؛ ب) در محاکم عادی طرفین مجبورند برای دفاع از خود هر گونه اسراری را که دارند فاش سازند و در محکمه خانوادگی این گونه نیست؛ ج) کم هزینه و فاقد تشریفات است؛ د) داوران در محاکم معمولی غالباً بی تفاوتند اما داوران در دادگاه خانوادگی کاملاً به عکس است. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۲، ج ۳، صص ۳۷۶ - ۳۷۷)

۱۳. لزوم ارجاع دعوی خانوادگی به داوری

از دیدگاه قرآن کریم، ازدواج بر پایه‌های مودت و رحمت استوار است و هدف از ازدواج آرامش زوجین است.^۶ پس طبیعی است که اسلام از هر عامل و نهادی که موجب انصراف از طلاق باشد، استفاده کند. شعار اسلام در شکل‌گیری ازدواج، تکیه بر مودت و رحمت، توجه به صلح و سازش با شعار الصلح خیر^۷ و ارجاع به داوری برای حل و فصل اختلافات است زیرا خمیرمایه و اساس زندگی مشترک زوجین، صلح و سازش و محبت و مهربانی است و هر آنچه به تداوم زندگی زوجین کمک کند، مورد توجه قرار می‌گیرد. به تعبیر شهید مطهری، صلح خانوادگی غیر از صلح سیاسی است. در صلح خانوادگی عدم تجاوز به حقوق یکدیگر کافی نیست، اتحاد و یگانگی و آمیخته شدن روح‌ها باید تحقق پذیرد (مطهری، ۱۳۸۶، ص ۲۵۸). به عبارت دیگر اسلام آنجا که بیم انحلال خانواده و از هم پاشیدگی کانون خانوادگی در میان باشد، لازم دانسته است که دادگاه خانوادگی تشکیل شود و حکمیت برقرار گردد (همان، ص ۲۶۰) خوف در برابر امن است. در معنی ان خفتم دو قول آمده است: دانستن و ترس داشتن (طوسی، ۱۴۰۹، ج ۳، صص ۱۹۲ - ۱۹۱). با توجه به معانی لغوی شقاق و تعبیر فقهای امامیه از آن به عنوان اختلاف، دشمنی و خصومت زوجین، می‌توان نتیجه گرفت که نشوز ممکن است درباره زوج یا زوجه یا هر دو تحقق پذیرد. اما وقتی کراهت، دشمنی و اختلاف زوجین، متقابل باشد خوف شقاق یعنی خطر جدایی و بیم وقوع طلاق می‌رود، مداخله خانواده‌های طرفین قبل از شعله ور شدن آتش اختلافات ضروری است. عقیده مفسران و فقهای امامیه مبنی بر خطاب آیه به حکام و قضات مؤید این ایده است که اسلام در برابر مشکلات نهاد خانواده حساس بوده و به نحو مناسب چاره‌جویی کرده است. حکمیت یا داوری در دعوی

^۶-روم/ ۲۱

^۷-نسا، ۱۲۸

خانوادگی می‌تواند تدبیری اجتماعی برای برطرف کردن مشکلات خانوادگی قبل از مراجعه به محاکم دادگستری تلقی گردد. بنابراین با خوف شقاق، خطر از هم پاشیدگی خانواده وجود دارد در صورت عدم موفقیت و مراجعه یکی از زوجین به دادگاه، این مرحله، همیشه به بر طرف شدن اختلافات زوجین منجر نمی‌گردد. بنابراین داوری در دعاوی خانوادگی در صورتی که به صلح و سازش و ادامه زندگی زوجین منجر گردد در تحکیم خانواده مؤثر خواهد بود. شیخ طوسی در مورد مصداق شقاق می‌نویسد: «شقاق در جایی صادق است که هر یک از زوجین از دیگری بدش بیاید و بین آنها خصومت و نزاع پدید آمده باشد به گونه‌ای که نه بر ادامه زندگی و نه بر طلاق، توافق نکنند. در اینجاست که باید هر کدام حکمی تعیین کنند تا شاید آنها بتوانند سازش برقرار نمایند یا صلاح را در جدایی ببینند.» (طوسی، بی‌تا، ص ۵۳۱)

برخی فقها شقاق را به نشوز زوجین حمل کرده‌اند؛ از جمله شهید ثانی معتقد است که اگر نافرمانی و تمرد از انجام وظایف شرعی از طرف زن و شوهر باشد، شقاق مصداق پیدا می‌کند (الجبعی العاملی، ۱۴۱۶، ج ۸، ص ۳۶۴) و از امام محمد باقر (ع) نیز نقل شده است که فرموده است: «هرگاه مرد از وظایف خود سرکشی کرد و این امر با سرکشی زن همراه شد، شقوق پیش می‌آید.» (سمرقندی، ج ۱، بی‌تا، ص ۲۴۰) شیخ طوسی شقاق را در موردی محقق می‌داند که هر یک از زوجین از دیگری کراهت داشته باشد و بین آنها خصومت واقع شود. لذا با توجه به تعبیر فقهای امامیه، حمل معنی شقاق به طلاق موجبی ندارد و آنچه در قرآن آمده، خوف شقاق است که مرحله‌ای نازل‌تر از شقاق می‌باشد. در مورد اینکه خطاب آیه ۳۵ نسا چه کسی است، اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند مخاطب آیه حکام و قضات هستند (الجبعی العاملی، ۱۴۱۶، ج ۸، ص ۳۶۵؛ حسینی جرجانی، ۱۴۱۴، ج ۲، ۱۳۴۶) و برخی فقها نیز خطاب آیه را متوجه خانواده زوجین دانسته‌اند. و صاحب تفسیر منهج الصادقین در این باره می‌نویسد: «نزد بعضی خطاب فابعثوا راجع به زوجین است و نزد جمعی دیگر اهل زوجین. گروهی هم برآنند که راجع به حکام است که و اذا نشز الرجل مع نشوز المرأه هو الشقاق. رفع دعاوی می‌شود به ایشان.» و این قول منقول از امام باقر (ع) و امام صادق (ع) است (کاشانی، ۱۳۳۶، ج ۳، ص ۲۲). چنین اختلاف نظرهایی در میان حقوقدانان نیز دیده می‌شود. برخی حقوقدانان معتقدند در اینکه مخاطب آیه، زوجین، خانواده آنان یا حکام شرع (قضات) باشند، اختلاف است. قول اخیر از امام باقر (ع) و امام صادق (ع) روایت شده است و اکثر فقهای امامیه آن را پذیرفته‌اند. (صفایی و امامی، ۱۳۸۴، ص ۲۲۷) و خوب یا استحباب داوری از احکام تکلیفی است؛ اما در مورد اینکه داوری و حکمیت واجب است یا مستحب میان فقها اختلاف نظر دیده می‌شود. شهید ثانی عقیده به وجوب آن دارد (الجبعی العاملی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۴۲۹ - ۴۳۲). اما برخی نویسندگان نتیجه‌گیری کرده‌اند که داوری یک واجب کفایی است که به عنوان تکلیف بر عهده آحاد امت اسلامی نهاده شده است و زوجین و قاضی رسیدگی کننده یکی از افراد امت می‌باشند (دیانی، ۱۳۸۳، ش ۴۳، ص ۱۶)

۱۴. نحوه داوری

ماده اول آیین نامه اجرایی تبصره یک ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب دوم اسفند ماه ۱۳۷۱ مقرر می‌دارد: «نسبت به درخواست‌های طلاق که از طرف زوجین یا یکی از آنها به دادگاه مدنی خاص تسلیم می‌شود در صورتی که از طریق دادگاه حل و فصل نگردد رسیدگی با صدور قرار به داوری ارجاع می‌شود.» به موجب نظریه

مشورتی ۷/۲۵ مورخ ۲۸ خرداد ۱۳۷۳ منظور از حل و فصل اختلافات زوجین، ایجاد صلح و سازش بین طرفین است نه رد دعوی. به موجب ماده دو، زوجین مکلفند ظرف بیست روز یک نفر از اقارب خود را به عنوان داور معرفی نمایند. به موجب ماده سه، در صورتی که در بین اقارب فرد واجد شرایط نباشد یا دسترسی به آنان مقدور نباشد و یا اقارب از پذیرش داوری استنکاف نمایند، هر یک از زوجین می‌توانند داور خود را از بین افراد دیگر که واجد صلاحیت هستند، تعیین و معرفی نمایند و الا دادگاه رأساً در تعیین داور یا داوران اقدام خواهد کرد. به موجب ماده چهار، داور یا داوران باید دارای این شرایط باشند: ۱- مسلمان باشند ۲- به مسائل شرعی، خانوادگی و اجتماعی آشنایی نسبی داشته باشند ۳- متأهل باشند ۴- معتمد باشند ۵- عدم اشتها به فسق و فساد داشته باشند. سن داور یا داوران، در بند سه حداقل چهل سال تمام پیش بینی شده بود، اما با صدور رأی وحدت رویه شماره ۳۶ مورخ ۱۲ اردیبهشت ۱۳۸۳ دیوان عدالت اداری این شرط ابطال گردید. در مورد اینکه داوران می‌توانند اشخاص حقیقی یا حقوقی باشند، با توجه به شرایط پیش بینی شده در ماده چهار آیین نامه می‌توان نتیجه گرفت که داوران باید اشخاص حقیقی باشند. نظریه مشورتی ۵۴۶۸/۷ مورخ ۲۰ مهرماه ۱۳۷۷ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز مؤید این امر است. دادگاه مکلف است برای داور یا داوران در وقت فوق العاده جلسه توجیهی تشکیل داده، وظایف آنان را گوشزد کند و ارشادهای لازم را بنماید. مهلت اعلام نظر داوران هم از سوی دادگاه تعیین می‌گردد. در صورت درخواست تمدید مهلت از سوی داور یا داوران، دادگاه حسب ضرورت اتخاذ تصمیم خواهد کرد. همچنین داوران منتخب یا منصوب مکلفند با تشکیل حداقل دو جلسه با حضور زوجین سعی و اهتمام در رفع اختلاف و اصلاح ذات البین نمایند و در صورتی که رفع اختلاف به عمل نیاید یا یکی از زوجین از حضور در جلسات مقرر خودداری کند با تشکیل جلسه دیگر با حضور زوجین یا یکی از آنان و یا بدون حضور آنان نسبت به موارد اختلاف بررسی و نظر خود را بر امکان یا عدم امکان سازش در جهت تعیین شده به دادگاه تسلیم نمایند. «با توجه به مواد مذکور می‌توان گفت جلسه توجیهی دادگاه برای داور یا داوران در صورتی که با ظرافت و دقت صورت گیرد می‌تواند به صوری بودن داوری‌ها در دادگاه‌های خانواده خاتمه دهد. زیرا بارها مشاهده شده است که متقاضیان طلاق به ویژه طلاق‌های توافقی افرادی را به همراه خود آورده و دادگاه ظرف یک روز حتی در برخی موارد کمتر از یک روز گواهی عدم امکان سازش صادر کرده است. از حیث میزان مهلت نیز آیین نامه جدید بر خلاف مقررات سال ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳، از تعیین مهلت خودداری کرده است که مناسب‌تر به نظر می‌رسد. همچنین مکلف کردن داوران به تشکیل حداقل دو جلسه با حضور طرفین یا حتی بدون حضور آنان، از دیگر نکات مثبت مقررات مربوط به ماده واحده تلقی می‌گردد. به موجب ماده ۸، در هر مورد که داوران یا یکی از آنان، درخواست حق الزحمه داوری نماید دادگاه حق الزحمه متناسبی برای وی تعیین و دستور اخذ آن و پرداخت به داور را خواهد داد. بر اساس این ماده، اصل بر غیرتبرعی بودن داوری در محاکم خانواده است؛ اما باید از طرف داور یا داوران درخواست حق الزحمه شود که این امر با وضعیت و رویه عملی دادگاه‌های خانواده که در ابتدا هزینه داوری اخذ می‌گردد مطابقت ندارد. به عبارت دیگر آیین نامه از میدان عمل دور مانده و چنین تصور شده است که چون در اکثر موارد ممکن است داور یا داوران از طرف اقریبای طرفین تعیین و معرفی شوند، بنابراین پرداخت حق الزحمه موکول به درخواست آنان شده است که امری غیرمتعارف به

نظر می‌رسد. در حالی که واقعیت امر آن است که امروزه در محاکم خانواده تهران و برخی استان‌ها، واحدهای داوری تشکیل و افراد خبره‌ای به عنوان داور مشغول فعالیت هستند که با ارجاع دادگاه‌ها اقدام می‌نمایند و متقاضی باید در ابتدا حق الزحمه را تودیع نماید. همچنین در مواردی که دادگاه رأساً داوری غیر از اقربای طرفین منصوب می‌کند، باید هزینه داوری در بانک تودیع گردد. لذا مناسب است اصلاح مقررات آیین نامه در این امر مورد توجه قرار گیرد. همان گونه که در قانون حمایت خانواده پیش بینی شده است، باید در کنار محاکم خانواده، واحدهای مشاوره و داوری ایجاد گردد که این امر علاوه بر کمک به تخصصی شدن موضوع داوری، می‌تواند در رفع مشکلات کنونی در واحدهای داوری محاکم خانواده مؤثر باشد. به موجب ماده ۴۶۹ آیین دادرسی مدنی نمی‌توان از قضات محاکم و کارکنان اداری شاغل در محاکم قضایی به عنوان داور استفاده کرد. بخشنامه‌های شماره ۱/۱۶۵۷۵/۷۹ مورخ ۵ دی ماه ۱۳۷۹ و ۱/۸۰/۴ مورخ ۷ فروردین ۱۳۸۰ ریاست قوه قضاییه نیز بر این امر تأکید دارد. (شهری، ۱۳۸۴، ج ۱، صص ۲۹۱ - ۲۹۲)

در قانون جدید حمایت خانواده در مورد مقررات داوری تغییراتی ملاحظه می‌شود که به موجب ماده ۲۹ در تمامی موارد درخواست طلاق به جز طلاق توافقی، دادگاه موظف است ضمن سعی در ایجاد صلح و سازش، موضوع را به داوری ارجاع دهد. به موجب ماده ۳۰ پس از صدور قرار ارجاع امر به داوری، هر یک از زوجین مکلفند ظرف یک هفته از تاریخ ابلاغ، یک نفر از اقارب خود را که حداقل سی سال داشته، متأهل و آشنا به مسائل شرعی، خانوادگی و اجتماعی باشد، به عنوان داور به دادگاه معرفی نماید. در تبصره ۲ ماده مذکور نحوه انتخاب، دعوت داوران، وظایف آنان و تعداد جلسات به آیین نامه موکول شده است. وفق ماده ۳۱ در صورتی که میان اقارب، فرد واجد شرایط نبوده یا دسترسی به آنها مقدور نباشد و یا اقارب از پذیرش داوری استنکاف نمایند، هر یک از زوجین می‌توانند داور خود را از میان افراد واجد صلاحیت دیگر تعیین و معرفی کنند و در صورت امتناع یا عدم توانایی در معرفی داور، دادگاه به درخواست هر یک از طرفین یا رأساً از میان اعضای واجد شرایط داوری مراکز مشاوره خانواده مبادرت به تعیین داور نماید. در ماده ۳۸ این قانون وظیفه امضای صورتجلسه تکمیلی طلاق رجعی توسط داوران که در تبصره ۴ ماده واحده طلاق ۱۳۷۱ پیش بینی شده بود، حذف شده است.

گفتنی است در قانون جدید (قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱) نیز تشکیل مراکز مشاوره پیش بینی شده که در این راستا می‌تواند موثر باشد هر چند پس از گذشت بیش از پنج سال هنوز خبری از فعالیت آنها به چشم نمی‌خورد.

۱۵. تشریفات طلاق بر اساس قوانین جدید

خانواده به عنوان نهادی بنیادی همیشه مورد توجه قانونگذار ایران بوده به طوری که مطابق قانون اساسی و قوانین عادی به این نهاد بسیار ارجح گذاشته شده است. اکنون مهم ترین قانونی که در مورد این نهاد وجود دارد، قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است که در مورد تشریفات طلاق مقرراتی را پیش‌بینی کرده است. موارد ابداع این قانون به شرح زیر است:

۱-۱۵. حضور مشاور قضایی زن در دعاوی خانواده

درباره پیشینه حضور مشاوران قضایی زن در خانواده‌ها در سال ۱۳۷۰ قانونی تحت عنوان قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق تصویب شد که تبصره ۵ این قانون بیان می‌کرد: «دادگاه مدنی خاص در مواقع لزوم می‌تواند از بین بانوان واجد شرایط قانون شرایط انتخاب قضات، مشاور زن داشته باشد.» ولی قانون مزبور اصلاح گردید و در طی آن مقرر فوق حذف شد. بر اساس قانون تشکیل دادگاه‌های حقوقی یک و دو مصوب سال ۱۳۷۱ با فاصله کمی بعد از ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، لزوم استفاده از مشاوره قاضی زن در دادگاه مدنی خاص لغو شد. در قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ نیز مشاوره قضایی زنان پیش‌بینی نشد. ولی در سال ۱۳۷۶ طی قانون اختصاص تعدادی از دادگاه‌های موجود به دادگاه‌های موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی مجدداً مقرر شد که دادگاه خانواده حتی‌المقدور با حضور مشاور قضایی زن شروع به رسیدگی کند و قضات، احکام مربوط را پس از مشاوره با مشاوران قضایی زن صادرکنند. از سیاق قانون مزبور و عبارت «حتی‌المقدور» مشخص شد که استفاده از مشاوره قضایی زن اجباری نیست یعنی دادگاه می‌تواند از مشاوره استفاده بکند یا نکند. در این زمینه حتی اگر مشاوران خانم در دعوی مربوط مشاوره بدهند، قضات دادگاه‌ها در پذیرش نظر آنها مختار خواهند بود.

بر طبق ماده ۲ قانون جدید حمایت خانواده، قاضی مشاور باید ظرف سه روز از ختم دادرسی به طور مکتوب و مستدل در مورد موضوع دعوا اظهار نظر و مراتب را در پرونده درج کند. قاضی انشاکننده رأی باید در دادنامه به نظر قاضی مشاور اشاره کند و چنانچه با نظر وی مخالف باشد با ذکر دلیل نظریه وی را رد کند. بنابراین در قانون جدید به حضور مشاور زن تاکید شده، ولی این قانون به قوه قضاییه مهلت داده است تا به مدت پنج سال از سایر قضات استفاده کند تا در این مدت مقدمات حضور مشاور زن مهیا شود. با ضروری بودن حضور مشاوران زن در دعاوی خانوادگی خانم‌هایی که خواهان طلاق هستند یا اختلافی با شوهر خود دارند و در دادگاه حضور می‌یابند با خانم‌های مشاور راحت‌تر می‌توانند حرف بزنند و بهتر می‌توانند حرف‌ها و درد دل‌هایشان را بیان کنند. نتیجتاً دلگرمی بیشتری خواهند داشت و حق خود را کمتر در معرض تضییع خواهند دید. همچنین زمانی که خانم‌ها در دادگاه به‌عنوان مشاور حضور داشته باشند زانی که متقاضی طلاق یا رفع اختلاف با شوهران هستند از بعد روانی اطمینان خاطر و دلگرمی بیشتری پیدا می‌کنند.

۲-۱۵. تشریفات لازم برای صدور گواهی عدم امکان سازش

یکی از مقرره‌های قانون جدید حمایت خانواده ارجاع طرفین به نهادها و مراکز مشاوره است. دلیل این امر این است که با تشکیل مراکز یادشده اختلافات خانوادگی چه بسا ممکن است در این مراکز حل و فصل شوند. البته پیش از این قرار بود صرفاً زوجین متقاضی طلاق توافقی به این مراکز مراجعه کنند اما اکنون قاضی می‌تواند زوجین را به این مراکز ارجاع دهد ولی در طلاق توافقی الزاماً باید این امر صورت گیرد. در بیان مراحل لازم برای صدور گواهی عدم امکان سازش باید دقت داشت که مطابق ماده ۲۴ قانون جدید حمایت خانواده، ثبت طلاق و سایر موارد انحلال نکاح و نیز اعلام بطلان نکاح یا طلاق در دفاتر رسمی ازدواج و طلاق حسب مورد پس از صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم

مربوط از سوی دادگاه مجازاست. به طور کلی گواهی عدم امکان سازش پس از رسیدگی‌های معمول در دادگاه و تعیین داوران و عدم حل اختلاف میان زوجین صادر خواهد شد. در گذشته و در دادگاه مدنی خاص صحبت از حکم به طلاق یا جدایی بود ولی اکنون در صورتی که طلاق، توافقی یا به درخواست زوج باشد دادگاه به صدور گواهی عدم امکان سازش اقدام و اگر به درخواست زوجه باشد حسب مورد مطابق قانون به صدور حکم الزام زوج به طلاق یا احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق مبادرت می‌کند. قاضی دادگاه در موارد فوق و مطابق ماده ۲۶ قانون جدید، گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد. گواهی عدم امکان سازش که به نفع زن صادر می‌شود، حکم نامیده می‌شود. زیرا اگر احیاناً مثلاً شوهر برای وقوع طلاق همکاری لازم را نکرد دفترخانه چند بار وی را برای حضور در دفترخانه دعوت می‌کند و در صورتی که وی در آنجا حاضر نشد پرونده توسط دفترخانه به دادگاه فرستاده خواهد شد و دادگاه طبق قانون، شوهر را احضار می‌کند. اگر وی در دادگاه حاضر نشد یا آنکه حاضر شد ولی برای طلاق همکاری نکرد دادگاه ولی ممتنع می‌شود و آن زن را به جای شوهر طلاق می‌دهد و حکم را اجرا می‌کند. در همین راستا مطابق ماده ۳۴ قانون جدید حمایت خانواده مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش برای تسلیم به دفتر رسمی ازدواج و طلاق سه ماه پس از تاریخ ابلاغ رأی قطعی یا قطعی شدن رأی است. چنانچه گواهی مذکور ظرف این مهلت تسلیم نشود یا طرفی که آن را به دفترخانه رسمی طلاق تسلیم کرده است ظرف سه ماه از تاریخ تسلیم در دفترخانه حاضر نشود یا مدارک لازم را ارائه نکند گواهی صادرشده از درجه اعتبار ساقط است. بنابراین اگر زوجین این گواهی را تا مدت اعتبار آن به دفترخانه ارائه نکنند گویی از حکم مزبور صرف نظر کرده‌اند و دیگر اعتباری نخواهد داشت. در این وضع اگر یکی از طرفین مجدداً خواهان طلاق باشد، باید دوباره تمامی مراحل قانونی تا صدور گواهی عدم امکان سازش را طی نماید. در طلاق‌های توافقی هم باید گواهی عدم امکان سازش صادر شود. البته در قانون به انواع طلاق توافقی تصریح نشده است ولی باید گفت که طلاق خلع و مبارات، نوعی طلاق توافقی محسوب می‌شود. طلاق خلع از لحاظ قانونی به این معناست که زن از مرد نفرت دارد، ولی مهر خود یا بیشتر یا کمتر از آن را می‌بخشد و برای شوهر انگیزه‌ای ایجاد می‌کند تا وی را طلاق دهد. در اینجا در واقع یک توافق مقدماتی پیش می‌آید. این طلاق از نوع طلاق بائن است و زمانی که زن قبل از اتمام مدت عده نسبت به آنچه به مرد بخشیده رجوع کند، طلاق بائن به طلاق رجعی تبدیل می‌شود و مرد نیز می‌تواند به زن رجوع و طلاق را خنثی کند. حتی با توافق کامل هر دو نفر هر چند ممکن است قاضی تشریفات مربوط به تحقق طلاق را کم کند اما به هر حال باید حکم تعیین و متعاقباً گواهی عدم امکان سازش نیز صادر شود. رضایت و توافق طرفین بر طلاق باید تا زمانی که طلاق واقع شود ادامه پیدا کند. به این ترتیب اگر به عنوان مثال طرفین در جایی صورت‌مجلسی را مبنی بر جدایی از یکدیگر با رضایت منعقد کردند و سپس یکی از آنها تا قبل از اتمام مراحل تحقق طلاق پشیمان شد، طلاق توافقی اعتبار نخواهد داشت.

۱۶. قرار ارجاع امر به داوری و تعیین داور

با ارجاع پرونده به شعبه‌ای از دادگاه‌های خانواده، این مرجع وقت رسیدگی تعیین می‌کند. قاضی در ابتدا توضیحاتی را از طرفی ندعوا می‌خواهد. سپس قرار ارجاع امر به داوری را صادر و به طرفین ابلاغ می‌کند که طرفین داوران اختصاصی خود را در مهلت تعیین شده از طرف دادگاه انتخاب کنند. مطابق قانون جدید حمایت خانواده پس از صدور قرار ارجاع امر به داوری، هر یک از زوجین مکلفند ظرف یک‌هفته از تاریخ ابلاغ یک نفر از اقارب متأهل خود را که حداقل سی سال داشته و آشنا به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی باشد به عنوان داور به دادگاه معرفی کنند. معمولاً زوجین داوران را انتخاب می‌کنند و داوران از بین اقوام و خویشان طرفین دعوا انتخاب می‌شوند زیرا به وضعیت زندگی طرفین بیشتر واقف بوده و بیشتر در جریان زندگی آنها هستند بر عکس داوری در دعاوی حقوقی که داوران نباید با طرفین نسبتی داشته باشند. در دعاوی خانوادگی گفته می‌شود «فابعثوا حکماً من أهله و حکماً من أهلها»، یعنی از بین خانواده هر کدام از زن و مرد، حکم تعیین شود. این افراد برای اصلاح بین زن و شوهر، با آنها مذاکره و صحبت می‌کنند. در قانون هم پیش‌بینی شده است که داوران حداقل باید در مدت تعیین شده از طرف دادگاه طرفین را احضار و با آنها صحبت کنند به این امید که دعوی زوجین به سازش خاتمه پیدا کند. در قرآن کریم هم آمده است که اگر زن و شوهر برای حل مشکل خود از حکمین کمک گیرند اصلاح بین آنها برقرار خواهد شد. اگر زوجین داوری نداشته باشند یا ادعا کنند که کسی را به عنوان داور نمی‌شناسیم تکلیف چیست؟ در این شرایط دادگاه به جای طرفین می‌تواند داور تعیین کند. زمانی که داور انتخاب شد به وی ابلاغ می‌شود که شما به داوری منصوب شدید، آیا قبول دارید یا نه؟ بعد از اعلام قبولی از سوی داور، وی به عنوان داور معرفی می‌شود. حال اگر بین آنها اصلاحی واقع نشد یکی از داوران یا هر دوی آنها نظر می‌دهند که زن و شوهر نمی‌توانند در کنار هم قرار گیرند و با هم زندگی کنند. اگر داوران نظر دهند که زوجین می‌توانند با هم زندگی کنند یا برعکس در هر حال ترتیب اثر دادن به این نظریه برای قاضی دادگاه الزامی نیست. یعنی نظر داوران ماهیتاً حکم تلقی نمی‌شود بلکه یک نظر ساده کارشناسی است که به دادگاه اعلام می‌کنند. به عبارت دیگر قاضی اجباری ندارد تا لزوماً نظریه داوران را به صورت رأی درآورد. ارجاع امر به داوران بیشتر جنبه سازشی دارد. داوران نمی‌توانند حکم به طلاق یا ادامه زندگی دهند. تنها اگر طرفین سازش کنند و صورت جلسه تنظیم شود آن وقت دادگاه به آن ترتیب اثر خواهد داد و پرونده را مختومه خواهد کرد. در هر حال دادگاه با تحقیقاتی که مجدداً از طرفین دعوا می‌کند و نیز با توجه به مدارک و دلایل ابرازی، تصمیم نهایی را اتخاذ می‌کند مبنی بر اینکه آیا طرفین دعوا توانایی زندگی کردن با یکدیگر را دارند یا خیر؟ پاسخ منفی به این سوال در قالب گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود.

۱۷. حصر داوری به دعوی طلاق

موضوع داوری یا حکمیت، مرافعات و منازعات خانوادگی است. ولی اختلافات خانوادگی نظیر طلاق، نفقه، مهریه، حضانت، اجرت حضانت، اجرت رضاع و ... متنوع و متکثر هستند. پرسشی که در جای خود اهمیت دارد این است که موضوع حکمیت در قوانین فعلی چیست؟ آیا هر نوع مناقشه‌ای قابل ارجاع به حکمیت است؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت: با توجه به قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و قانون جدید حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، موضوع

داوری دادخواست طلاق است و قلمرو آن نیز به دعوای طلاق محدود می‌شود. این مطلب از عبارت «... زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند ...»، به روشنی فهمیده می‌شود. در هیچ دعوای دیگری غیر از طلاق، داوری شکل نخواهد گرفت.

قانون فعلی از حیث موضوع حکمیت و قلمرو آن با قوانین پیش از انقلاب متفاوت است. قلمرو داوری در قوانین پیش از انقلاب اسلامی وسیع‌تر از قوانین پس از آن بوده است. در قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸)، موضوع داوری مطلق اختلافات میان زن و شوهر بوده است. به موجب این قانون، مواردی چون «اختلاف بین زن و شوهر راجع به سوء رفتار و عدم تمکین و نفقه و کسوه و سکنی و نیز هزینه طفل» قابل ارجاع به داوری بوده است. از نحوه تنظیم ماده ۶۷۶ فهمیده می‌شود که موضوع داوری در این قانون اختلاف بین زن و شوهر است. این تعبیر عام بوده و شامل هر نوع دعوی میان زوجین می‌شود. مواردی که در متن ماده ذکر شده است از باب مثال بوده و مصادیق اختلاف بین زن و شوهر محسوب می‌شود. بنابراین مواردی نظیر دعوای مهریه، حضانت طفل و ... نیز به داوری قابل ارجاع بوده است. قانون حمایت خانواده نیز موضوع داوری را بسیار وسیع در نظر گرفته بود. در ماده ۵ این قانون، تنها رسیدگی به دعوای راجع به اصل نکاح و طلاق از ارجاع به داوری استثناء شده بود. بدین ترتیب معلوم می‌شود که قانونگذار، موضوع عام داوری در قوانین پیش از انقلاب را در اصلاحات پس از انقلاب محدود کرده است.

از دیدگاه فقهی با توجه به آیات، موضوع داوری شامل تمام اختلافات خانوادگی می‌شود. ریشه‌های اختلاف زوجین که باعث به بن‌بست رسیدن زندگی آنان می‌شود ناشی از عدم توجه و انجام وظایف و تکالیف خود در مقابل یکدیگر است که در ابتدای امر با طرح دعوای مثل الزام به تمکین، الزام به انفاق و ... مطرح می‌شود. با توجه به این که مبنای ارجاع امر به داوری جلوگیری از بروز آثار مخرب اختلافات جزئی و اولیه بین زوجین و رفع آنها به منظور ممانعت از عمیق‌تر شدن شکاف بین زوجین و جدایی و طلاق است. اختصاص دادن امر داوری به دعوای طلاق، با مصلحت خانواده و همچنین آیه شریفه‌ای که داوری به استناد آن در قانون گنجانده شده، مغایر است (هدایت‌نیا، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۲۳۷) ممکن است در پاسخ به این ایراد بیان شود، در رسیدگی به دعوای طلاق، داوران ریشه‌های اختلاف را واکاوی کرده و سعی در رفع آنها خواهند نمود و با رفع این امور، ماده نزاع قلع شده و هدف حاصل خواهد شد. اما این استدلال مخدوش است چرا که هدف از ارجاع امر به داوری از نظر قرآن پیشگیری از بروز اختلاف است، نه چاره‌جویی آن. پس از بالا گرفتن اختلافات هرچند که در این خصوص نیز ارجاع امر به داوری توصیه می‌گردد اما عدم ارجاع امر به داوری در سایر دعوای خانوادگی که مقدمه طلاق هستند ایرادی است که در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ موجود نبود اما اکنون موجود است. داوری در قرآن یک تدبیر پیشگیرانه است و با بروز نشانه‌های اختلاف شکل می‌گیرد لذا امید بیشتری به حصول نتیجه می‌باشد حال آنکه داوری در قانون فعلی چنین نیست. دادگاه موقعی اقدام به تشکیل جلسات داوری می‌گیرد که اختلافات طرفین ریشه کرده و طرفین تصمیم به طلاق دارند (همان، ص ۲۳۸). با طرح دعوای طلاق نیز دادگاه ملزم نیست در ابتدا امر را به داوری ارجاع دهد بلکه دادگاه باید نسبت به ایجاد

صلح و سازش بین زوجین اقدام نماید و در صورتی که موفق به حل و فصل دعوا نشد مبادرت به ارجاع امر به داوری - نماید. این روش چند اشکال دارد:

(الف) با توجه به آیه قرآن کریم، داوری تشکیلاتی برای صلح خانوادگی است نه تشکیلات قضایی. محیط و فضا در دادگاه ولو این که قصد صلح و سازش داشته باشد محیطی قضایی است و طرفین برای اقناع قاضی به دفاع از عملکرد خود می‌پردازند و در این راه معمولاً از هیچ کاری فروگذار نیستند. این روحیه و عملکرد در برخی موارد نه تنها در بهبود روابط مفید نیست بلکه موجب دشمنی بیشتر و تسریع در جدایی می‌گردد. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۳۷۶)

(ب) با توجه به این که نتیجه دعوا در کار دادگاه مؤثر نیست و دادگاه‌ها بیشتر در فکر فصل خصومت هستند هیچ‌گاه حساسیت داورانی را که با طرفین وابستگی دارند و جدایی یا صلح آنها به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در زندگی آنها تأثیر می‌گذارد، ندارند (همان، ص ۳۷۷)

(ج) در صورتی هم که دادگاه واقعاً قصد اصلاح و سازش بین زوجین را داشته باشد، به علت کثرت مشغله و تعدد پرونده‌های موجود در دادگاه و با عنایت به صبر و حوصله و وقت فراوانی که رسیدگی به دعاوی خانوادگی می‌طلبد، امکان انجام این کار برای قضات دادگاه فراهم نیست.

در قانون از دو داور نام برده شده که یکی از طرف زن و دیگری از طرف مرد انتخاب می‌شود. با توجه به اینکه امکان اختلاف نظر بین داوران موجود است (مثلاً داور زوج رأی به امکان ادامه زندگی و داور زوجه رأی به جدایی و عدم مصالحه و سازش صادر نماید) مشخص نیست که دادگاه باید کدام نظر را بپذیرد. این ایراد با توجه به تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق بارزتر می‌شود. زیرا مطابق این تبصره، گزارش کتبی عدم امکان سازش با توجه به کلیه شروط ضمن عقد و مطالب مندرج در اسناد ازدواج جمهوری اسلامی ایران و نیز تعیین تکلیف و صلاحیت سرپرستی فرزندان و حل و فصل مسائل مالی با امضای حکمین شوهر و زن مطلقه و همچنین گواهی کتبی سلامت روانی زوجین در صورتی که برای دادگاه مدنی خاص مشکوک باشد به دادگاه تحویل می‌گردد. میزان اعتبار نظریه داوران و التزام یا عدم التزام دادگاه به این نظریه در قانون مشخص نشده است به عبارت دیگر مشخص نیست که آیا دادگاه ملزم به پذیرش نظریه داوران مبنی بر امکان ادامه زندگی هست یا خیر؟

۱۸. لزوم ارجاع مطلق دعاوی طلاق به داوری

میدانیم که دعاوی طلاق انواعی دارد. انواع طلاق با توجه به مستندات قانونی مربوط به هر کدام به شرح زیر است:

طلاق به درخواست مرد. بر اساس قوانین موجود، شوهر می‌تواند با رعایت شرایط مذکور در قانون درخواست طلاق نماید. در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی چنین آمده است: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.»

طلاق به درخواست زن. قانون برای زن هم در مواردی حق درخواست طلاق پیش بینی کرده است. در تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی آمده است: زن نیز می تواند با وجود شرایط مقرر در مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید. ماده ۱۱۱۹ راجع به طلاق وکالتی از طریق شرط ضمن عقد، ماده ۱۱۲۹ راجع به ترک انفاق، و ماده ۱۱۳۰ راجع به عسر و حرج است. ممکن است زوجه از شوهرش کراهت داشته باشد که در این صورت به استناد ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی می تواند درخواست طلاق نماید. همچنین در مورد غیبت زوج نیز قانونگذار به زوجه حق داده است در صورتی که شوهرش چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد از دادگاه درخواست طلاق نماید.

طلاق توافقی (مبارات) نیز نوع دیگری از طلاق است. هرگاه زن و شوهر از یکدیگر کراهت داشته باشند، می توانند به استناد ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی به صورت توافقی از یکدیگر جدا شوند.

ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق بین انواع طلاق فرق نگذاشته و به طور مطلق بیان داشته است که دعوای طلاق باید به حکمیت ارجاع شود. در ماده ۱ آیین نامه اجرایی قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۹ به این مطلب تصریح شده است. در این ماده چنین آمده است: نسبت به درخواست های طلاق که از طرف زوجین یا یکی از آنها به دادگاه مدنی خاص تسلیم می شود، چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه حل و فصل نگردید رسیدگی به موضوع با صدور قرار به داوری ارجاع می گردد. بنابراین مطابق قانون فعلی، دعوای طلاق باید به حکمیت ارجاع شود خواه از سوی زوج یا زوجه مطرح شده باشد، یا به صورت توافقی باشد. این در حالی است که در لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص، طلاق های توافقی از شمول اصل داوری مستثنا شده بود.

۱۹. چگونگی تأثیر داوری بر دعاوی خانوادگی و اثبات این تأثیر

یکی از تشریفات طلاق «داوری» است. به نظر می رسد قانونگذار موضوع داوری را در امر طلاق به این دلیل در تشریفات قانونی لحاظ کرده تا شاید بتواند میان زوجین صلح برقرار کند. داوری برای حل اختلاف میان زن و شوهر از دیرباز مورد توجه بوده و برای جلوگیری از طلاق به کار می رفته است. اما متأسفانه باید گفت که داوری در دعاوی مدنی و به خصوص طلاق به امری تشریفاتی تبدیل شده و حتی وظیفه داور در حل و فصل اختلافات زوجین بسیار کم رنگ شده است و باز هم با تأسف باید گفت که بعضی از افرادی که به عنوان داور برای دعاوی مدنی و بخصوص طلاق در نظر گرفته می شوند از وظایف خودشان هیچ اطلاعی ندارند. در حال حاضر تنها وظیفه داور در تشریفات طلاق به امضا کردن برگه ای خلاصه می شود. براساس وظیفه ای که قانون برای داوران در نظر گرفته است، قاضی باید زوجین را به داور معرفی کند تا داور هم برای اصلاح رفتار آن ها تلاش و نظرش را در این باره به دادگاه خانواده اعلام کند تا چنانچه لازم باشد، دادگاه حکم طلاق را صادر کند. با وجود تدابیر قانونی که برای داور در نظر گرفته شده، متأسفانه ایراداتی به بحث داوری در دادگاه خانواده وارد است که از بی توجهی به این قانون حکایت دارد. تأکیدی که در قانون هم به طور صریح به آن اشاره شده این است که داورها باید برای اصلاح و سازش طرفین در دو جلسه تلاش کنند ولی

متأسفانه این موضوع به راحتی نادیده گرفته می شود. با این وجود بهتر است بدانیم که داور کیست و قانون وظیفه داوری را چگونه تعریف کرده است؟ بنابر ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی «تمام اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی را دارند می توانند با رضایت یکدیگر اختلاف خود را خواه در دادگاه ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.» استمرار اختلاف و دشمنی میان زن و شوهر گزینش داور را واجب کرده است. داور به وسیله اصحاب دعوی (زن و شوهر) انتخاب می شود به تعبیر دیگر می توان گفت که داوران «قضات منتخب اصحاب دعوی» هستند. قبل از تصویب قانون حمایت از خانواده، ارجاع اختلاف بین زن و شوهر به داوری در ماده ۶۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی شده بود در حال حاضر قانون حمایت از خانواده به این موضوع توجه خاصی دارد و قواعدی که به آن اختصاص یافته جامع تر و کامل تر از قواعد پیشین است.

لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، ارجاع به داوری را در موردی که شوهر بخواهد زن خود را طلاق دهد مقرر داشته است. قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و آیین نامه اجرایی آن قواعد جدیدی راجع به داوری دارد که نشان از توجه و اهمیت قانون گذار به امر داوری در دعوی مربوط به طلاق است. به طور کلی سابقه داوری و حل و فصل کدخدانمشی اختلافات میان افراد به قبل از تشکیل دولت ها و حکومت ها برمی گردد. به طور معمول ریش سفیدان و افرادی که مورد اعتماد و احترام مردم بودند در حل و فصل دعاوی تاثیر به سزایی داشتند. در دین اسلام به داوری میان مسلمانان برای حل اختلافات پیش آمده تأکید شده است به گونه ای که قرآن کریم در صورت به وجود آمدن جنگ میان مسلمانان، وظیفه سایر مسلمانان را برطرف کردن اختلافات پیش آمده می داند. در حقوق خانواده نیز به توصیه قرآن کریم به تعیین یک داور از طرف زن و یک داور از طرف مرد برای حل و فصل اختلاف اشاره شده است.

داوری در تمامی دعاوی و رجوع به داور اختیاری است و اصحاب دعوی هیچ اجباری برای حل و فصل دعاوی خود قبل از رجوع به دادگاه از طریق داور را ندارند مگر در موارد خاص. در دعاوی خانوادگی و به خصوص طلاق چه به درخواست زن یا شوهر یا توافقی، قانونگذار به پیروی از دستور صریح قرآن کریم، ارجاع اختلاف به داوری را الزامی دانسته است. اگر زن و شوهری قصد جدایی از یکدیگر را داشته باشند بعد از رجوع به دادگاه باید هر کدام از آن ها یک داور را از میان خویشاوندان و اقوام خود انتخاب کنند. اگر هر یک از طرفین از انتخاب داور خودداری کنند، دادگاه با تعیین داور زمینه صلح و سازش را فراهم می کند. در حال حاضر دادگاه ها زوجین را برای درخواست طلاق به داوری ارجاع می دهند اما این که تا چه حد مقررات داوری فعلی به مقصود اصلی خود که کاهش موارد طلاق است رسیده باشد، جای تأمل دارد. به نظر می رسد مقررات داوری در دعاوی خانوادگی در شرایط فعلی و در رویه قضایی، به یک امر تشریفاتی و به عنوان مقدمه ای برای صدور حکم طلاق تبدیل شده است. به طور معمول زن و شوهر قبل از ارجاع اختلاف خود به دادگاه، برای حل و فصل اختلافاتشان از طریق خویشان و آشنایان اقدام و در صورت حاصل نشدن توفیق در این زمینه به دادگاه مراجعه می کنند. تردیدی در ترجیح داوری و حل و فصل اختلافات

از طریق کدخدامنشی بر سایر موارد دیگر حل اختلاف نیست اما باید قانون به گونه ای وضع شود که موارد آن امری غیرضروری و تشریفاتی تلقی نشود.

۲۰. آثار داوری

بدون شک داوری مثل دیگر مسائل و موضوعات حقوقی دارای آثار و نتایجی است که با توجه به ویژگی های منحصر به فرد این پدیده، مورد توجه بسیاری از افراد قرار گرفته است. اثرات مثبت و سازنده این فرایند حقوقی در مقاطع و مراحل مختلف رسیدگی به اختلافات خانوادگی آشکار است. با توجه به اینکه داوری در اسلام ماهیت غیرقضایی دارد و یک تدبیر پیشگیرانه است می توان این نتیجه را گرفت که این نهاد پرکاربرد ولی به ظاهر کم کار می بایست نقش بسیار وسیع تر از وضعیت فعلی ایفا نماید. اگر نگاهی به آمارهای محاکم خانواده بیندازیم خواهیم دید نه تنها داوری در محاکم خانواده فاقد کارآمدی لازم می باشد، بلکه در کاهش آمار طلاق نیز مؤثر نبوده است. برای نتیجه این ناکارآمدی می توان موارد و عوامل ذیل را بیان کرد:

الف) مقررات مربوط به داوری در بخش نحوه انتخاب از حکمین مناسب تنظیم نشده است.

ب) داوران غالباً با زوجین رابطه فامیلی و خویشاوندی ندارند و شرط اهل بودن که در قرآن آمده است (فابعثوا حکماً من اهله...) در انتخاب داوران رعایت نمی شود. همین امر موجب می شود که داوران به حفظ رابطه زوجیت و نیز سرنوشت فرزندان اهمیت لازم را ندهند.

ج) به دلیل حجم زیاد پرونده های در گردش از یک سو و توجه بیش از حد مدیران دستگاه قضایی به رشد کمی عملکرد محاکم از سوی دیگر، موجب شده که دادگاه ها نتوانند در انتخاب داور تحقیق لازم را انجام دهند تا داوران شایسته و واجد شرایط را برگزینند و داوران انتخابی در بیشتر موارد، افراد خاصی هستند که انگیزه مالی دارند و اصلاح میان زوجین برای آنان اهمیت کمتری دارد.

حال که دلایل عمده و اساسی ناکارآمدی نهاد داوری را دانستیم باید اذعان کنیم که مقررات موجود به دلیل اشکال هایی که دارد، نتوانسته و نمی تواند آن طور که انتظار می رود از میزان طلاق کم نماید. در این خصوص با توجه به آثار مثبتی که این نهاد از خود بر جای می گذارد توجه به موارد و راهکارهای ذیل ضروری است:

۱) ارجاع به داوری فقط منحصر به دادخواست های طلاق نباشد؛ بلکه با اصلاح مقررات موجود، سایر دعاوی خانواده به واحد داوری نیز ارجاع شود.

۲) به جهت پیشگیری از طولانی شدن روند دادرسی و عدم تحمیل هزینه های اضافی به زوجین پیشنهاد می شود با اصلاح قوانین موجود، داوری فقط در صورتی که قاضی آن را مفید تشخیص دهد یا در صورت درخواست زوجین، الزامی باشد.

۳) در شرایط کنونی، به دلیل امتناع زوجین از معرفی داور، دعوی به اشخاص معینی که از پیش در نهاد داوری حضور دارند و داوری را شغل خود قرار داده‌اند ارجاع می‌شود؛ این افراد غالباً انگیزه‌ای برای سازش ندارند. این رویه موجب شده که داوری، تأثیر محسوسی در کم نمودن آمار طلاق نداشته باشد. لذا پیشنهاد می‌شود، قضات محاکم خانواده ملزم شوند از وضع خانواده‌های طرفین تحقیق نمایند و از میان آنان اشخاص واجد شرایط را برای داوری انتخاب نمایند. بدین ترتیب، هم به داوری از نوع قرآنی عمل می‌شود و هم تأثیر محسوسی در کم شدن میزان طلاق، حاصل خواهد شد.

۲۱. رویه های قضایی در باب حکمیت خانوادگی

عملکرد دادگاه‌ها در مسأله طلاق را می‌توان با توجه به نوع طلاق درخواستی به دو دسته تقسیم نمود: طلاق خلع و مبرات در دادگاه‌ها و رویه قضایی به طلاق توافقی شهرت دارد و بسیاری از دادگاه‌ها هیچ حساسیتی نشان نمی‌دهند. در واقع به دلیل کثرت این دادخواست‌ها در برخی دادگاه‌های خانواده، رسیدگی به آنها یک روند اداری را به جای روند قضایی طی می‌کند و دادگاه‌ها سرعت را در رسیدگی به این درخواست‌ها در نظر دارند تا حدی که طرح دادخواست صدور گواهی عدم امکان سازش رسیدگی، ارجاع امر مشاوره، وصول نظریه مشاور و صدور گواهی عدم امکان سازش در یک هفته انجام می‌شود؛ که این مراحل در خوش‌بینانه‌ترین حالت و در صورت حساسیت دادگاه ممکن است حداکثر به یک تا دو ماه افزایش پیدا کند. اما این روال فقط برای رعایت قانون طی می‌شود. به اضافه این که در پذیرش داور یا تعیین آن توسط دادگاه نیز حساسیتی وجود ندارد. در نتیجه کسانی به داوری برگزیده می‌شوند که یا فاقد اطلاعات و تخصص لازم جهت انجام وظیفه هستند یا این که داوری را وسیله‌ای جهت کسب درآمد قرار داده و فاقد انگیزه‌های لازم جهت ایجاد صلح و سازش بین طرفین می‌باشند.

ولیکن دادگاه‌ها توجه بیشتری در طلاق به درخواست یکی از زوجین به حفظ خانواده نشان می‌دهند. با طرح دعوی در دادگستری، با تعیین شعبه دادگاه، روند رسیدگی قضایی به پرونده آغاز می‌گردد و دادگاه، مطابق قانون در صورتی که موفق به اصلاح ذات‌البین نگردد، ملزم است اختلاف را به داوری ارجاع نماید. در زمان اختلاف داوران نسبت به ادامه زندگی یا عدم امکان آن قانونگذار، راه حلی پیش بینی ننموده است و دادگاه برای اخذ تصمیم فقط به دلایل مطروحه از طرف هر کدام از زوجین توجه می‌نماید.

نتیجه گیری

همانطور که گفته شد، یکی از راه حل های حفظ ثبات خانواده به هنگام بروز دعاوی خانوادگی، ارجاع به حکمیت یا داوری است. ارجاع به حکمیت این امکان را به زوجین می‌دهد که از تجربه ارزشمند انسان های صالح و با تجربه استفاده کنند و سرنوشت زندگی خود را با کدورت های بی اهمیت و قابل ترمیم به یکباره با تصمیم آنی به طلاق مبدل نسازند. از نظر قرآن کریم ارجاع به حکمیت به هنگام خوف از شقاق میان زوجین است. شقاق محدوده ای وسیع تر از

مواردی دارد که طی آن حتی بدون وجود اختلاف، مرد اقدام به طلاق زن می نماید و یا زن به تنهایی یا زوجین باهم اقدام به درخواست طلاق توافقی می کنند. در اهمیت نقش داوری خانوادگی برای حفظ کانون خانواده، همین بس که خداوند متعال شاهکار بزرگ خود را در چهره «محکمه صلح خانوادگی» در معرض دید جهانیان قرار داده و در آیه ۳۵ سوره نساء می فرماید: «اگر از جدایی زن و شوهری بیمناک هستید، یک داور از خویشان شوهر و یک داور از خویشان زن، انتخاب کنید تا به امور رسیدگی کنند.»

از نقد و بررسی مطالب فوق معلوم می شود که مطابق قوانین فعلی تعیین داور (البته فقط در دعوی طلاق و نه طلاق توافقی که قانون جدید دیگر در دعوی طلاق توافقی داور را مورد نظر ندارد.) بر عهده زوجین است مگر اینکه زوجین از معرفی داور امتناع ورزند که در این صورت دادگاه به تعیین داور اقدام خواهد نمود. البته به نظر می رسد انتخاب حکمین خواه از سوی زوجین یا از سوی دادگاه مناسب نمی باشد؛ زیرا بررسی ها نشان می دهد که زوجین غالباً تمایلی به معرفی داور ندارند و از این کار امتناع می کنند. زیرا زن و شوهری که با هدف جدایی راهی دادگاه می شوند، ترجیح می دهند که زودتر به نتیجه برسند و بیشتر مواقع از معرفی داور خودداری می کنند یا داوری را انتخاب می کنند که به عنوان وکیل خواسته های آنها را پیگیری کند. شاید قرآن کریم به همین دلیل خطاب بعث را متوجه زوجین نکرده است. و دیگر اینکه انتخاب حکمین توسط دادگاه نیز مناسب نمی باشد. به جهت آنکه دادگاه بخواهد حکمین را از میان خانواده های دو طرف انتخاب نماید از آنجا که شناختی نسبت به خانواده دو طرف ندارد این کار نتیجه ای دربر نخواهد داشت. دادگاه در صورتی می تواند افراد واجد شرایط از میان خانواده های زوجین را به عنوان حکم انتخاب نماید که بتواند در این رابطه تحقیق کند، در حالی که در حال حاضر با توجه به تراکم پرونده ها و کمبود کادر قضایی این کار غیر ممکن است. دادگاه چاره ای ندارد جز اینکه از میان افراد محدودی که معمولاً برای این کاردر واحد داوری مجتمع های خانواده حضور دارند را بر گزینند. بررسی ها نشان می دهد که با وجود افراد دلسوز در میان این افراد، بعضی از آنان علاقه وانگیزه ای برای ایجاد سازش میان زوجین ندارند. با توجه به اینکه آنان برای داور شدن از طرفین حق الزحمه می گیرند، چه بسا بعضی از افراد، داوری را راهی برای امرار معاش قراردهند و حتی ممکن است با یکی از طرفین برای تسریع در نتیجه تبانی کنند.

باید گفت که باید برای کارآمدی نهاد حکمیت در محاکم خانواده، در مقررات مربوط به نحوه انتخاب حکمین بازنگری صورت گیرد. اینکه امکان تحقیق از خانواده های دو طرف برای شناسایی افراد واجد شرایط، در اختیار قضات محاکم خانواده قرار داده شود. قضات نیز در این امر احساس مسئولیت بیشتری نمایند و به جای ارجاع پرونده به داوران حرفه ای، از افراد تأثیرگذار استفاده نمایند. به عنوان مثال، آنان می توانند از کسانی که نام آنان به عنوان شاهد در عقد نامه آمده، استفاده کنند زیرا این اشخاص معمولاً از افراد موجه هستند یا اینکه از واحد مددکاری در محاکم خانواده بخواهند در این رابطه تحقیق کرده و اشخاص واجد شرایط را به دادگاه معرفی نمایند. در گذشته، داوری اختیاری بوده ولی امروزه در قانون، صدور حکم طلاق بدون تشریفات داوری، صحیح نمی باشد. در مورد واجب یا مستحب بودن

داوری، قانونگذار از نظریه وجوب پیروی کرده است. علی رغم اینکه، قانون تعیین داور را وظیفه زوجین می داند. فقها تعیین داور را وظیفه حاکم دانسته و در این صورت آن را واجب شمرده اند. اگر مخاطب قرآن کریم در تعیین داور، زوجین باشند در این صورت داوری مستحب خواهد بود. اگر انتخاب داور وظیفه حاکم باشد در این صورت وجوب ترجیح دارد اما اگر متعلق امر به انتخاب داور توسط زوجین باشد در این صورت استحباب ارجحیت دارد.

پیشنهادها

۱- انجام داوری و تلاش در جهت حل اختلاف، زمانی مفید است که زوجین به مراجع قضایی، شبه قضایی و مراجع انتظامی مراجعه نکرده باشند. تا قبل از این مرحله سازش تا حد زیادی مقدور است لیکن پس از مراجعه زوجین به مراجع قضایی و انتظامی امر سازش غیر ممکن و یا به ندرت انجام می گیرد. آنچه که امروزه در ماده واحده اصلاح مقررات مشاهده می شود، متأسفانه داوری برای پس از مراجعه زوجین به دادگاه پیش بینی شده است: «چنانچه اختلاف فی مابین از طریق دادگاه حل و فصل نگردد، رسیدگی به داوری ارجاع گردد.» در صورتی که روند باید بر عکس باشد. راهکار پیشنهادی، اصلاح قانون است به این نحو که زوجین وقتی حق مراجعه به محاکم و شوراهای حل اختلاف را دارند که بدو با حضور داوران خود در مراجع تخصصی مانند بهزیستی مراجعه نموده و مشاوران بهزیستی متخصص روانشناسی و مشاور خانواده و مراکز مداخله در امور خانواده به منظور کاهش طلاق، گواهی نمایند که تلاش داوران و کارشناسان در جهت ایجاد سازش مؤثر نبوده است.

۲- کارشناسان مراکز بهزیستی و یا اعضای شوراهای حل اختلاف به نحوی انتخاب شوند که دارای صبر و حوصله کافی بوده و سواد و اطلاعات و تخصص داشته باشند. از افراد مشهور، معتبر و دارای سوابق مفید باشند. خود متأهل بوده واز زیر و بم مسائل خانوادگی اطلاع کافی داشته باشند، در حالی که متأسفانه این ویژگی ها کمتر در کارشناسان امور خانواده دیده می شود و بخشی از عدم توفیق ایشان در سازش ناشی از این امر می باشد.

۳- محاکم و دادگاه ها نیز در خصوص توجیه داوران به تکالیف قانونی و شرعی ایشان دقت کافی به عمل نمی آورند که این امر عمدتاً به دلیل تراکم کار و اصرار طرفین و عدم امکانات لازم برای تحقیق در مورد وضعیت داوران است به نحوی که گاهی عریضه نویسان و افرادی که هیچ اطلاعاتی از داوری ندارند و یا قصد اصلاح نداشته و دلسوز زوجین نمی باشند به عنوان داور مداخله نموده و داوری را تنها ممر درآمد خود می دانند! ضرورت دارد محاکم از پذیرش این گونه افراد به عنوان داور، خودداری نمایند و تنها افرادی که صلاحیت دارند، انتخاب شوند و حداقل جلساتی با حضور زوجین و داوران در دادگاه تشکیل گردد.

۴- مجتمع های خانواده با ترکیبی از واحد حکمیت و داوری از کارشناسان و مشاوران بهزیستی و چند شعبه شورای حل اختلاف تخصصی خانواده از افراد معتبر و خوشنام و مطلع تشکیل گردد و شعب محاکم در محیطی خارج از نقاط شلوغ

شهر و نیز در محیطی جدای از بقیه محاکم و دادسرا به علت دخالت افراد سودجو و بی اطلاع و فاقد تخصص و توان قرار گیرد که این امر می تواند اثرات مطلوب تری داشته باشد.

۵- پیشنهاد می شود با توجه به صرف امکانات و بودجه از سوی قوه قضائیه و تأسیس مراکز مشاوره خانواده و با توجه به فضای حاکم بر این مراکز که فضای صلح و سازش بوده و روحیه چیرگی بر طرف مقابل در آن وجود ندارد و با توجه به عدم حضور کارشناسان، تکلیف داوری در دعاوی طلاق قبل از طرح پرونده در دادگاه به این مراکز واگذار شود. این موضوع هم داوری را به فلسفه و هدف خود نزدیک می کند و هم از اطاله دادرسی در دادگاه خانواده جلوگیری خواهد نمود.

۶- بسیاری از اختلافات زوجین ناشی از عدم اطلاع کافی از حقوق و وظایفشان در مقابل یکدیگر می باشد. بنابراین لازم است در راستای پیگیری سیاست بهداشت قضایی، دوره های آموزش کوتاه مدت در ابتدای ازدواج برای زوجین برگزار گردد. با توجه به این که اکنون شرکت در کلاس های تنظیم خانواده در ابتدای ازدواج اجباری است. می توان دوره آموزش رفتار در خانواده از نظر روان شناسی، اجتماعی، فرهنگی و حقوقی را نیز با هماهنگی قوه قضائیه و سازمان بهزیستی در ابتدای ازدواج برگزار و شرکت زوجین را اجباری نمود تا دختران و پسران جوان با آگاهی و اطلاعات بیشتری مبادرت به تشکیل خانواده نمایند و به وظایف خود در خانواده آشنا شده و آثار عدم انجام تکلیف در مقابل دیگری را بدانند.

۷- مطابق آنچه قرآن کریم در مورد داوری مقرر فرموده است عمل شود؛ یعنی هر گونه اختلاف و دعوی خانوادگی مطروحه در دادگاه به داوری ارجاع گردد تا شکاف بین زوجین گسترده نگردد. در واقع باید با اصلاح قانون، زوجین حق مراجعه به حاکم و شورای حل اختلاف را داشته باشند که در ابتدای امر با حضور داوران به مراجع تخصصی مانند بهزیستی مراجعه نموده و مشاوران بهزیستی، متخصصین روانشناسی و مشاور خانواده گواهی نمایند که تلاش داوران و کارشناسان در جهت ایجاد سازش مؤثر نبوده است.

۸- در کنار مجتمع های خانواده، به تعداد لازم شعب داوری، متشکل از کارشناسان حقوقی، مشاورین خانواده و روان شناسی تشکیل شود و دادگاه با الحاق دو نفر از منتخبین زوجین به هر شعبه ای که به اختلاف زوجین رسیدگی می کند اقدام لازم جهت پیشگیری از شدت اختلاف و طلاق را انجام دهد.

۹- در حقوق ایران نقش داوران فقط در ایجاد صلح و سازش خلاصه شده است که در صورت عدم موفقیت به دادگاه اطلاع داده و تکلیف دیگری ندارند. در حالی که در برخی از کشورهای اسلامی در صورت عدم موفقیت در ایجاد صلح و سازش بین زوجین، داوران وظیفه دارند مقصر در ایجاد شقاق و درصد تقصیر وی را به دادگاه اعلام نمایند. بنابراین لازم است قانونگذاران ایران نیز مانند حقوق این کشورها نقش داوران را در تعیین مقصر در ایجاد شقاق و اختلاف پر-رنگ تر نمایند.

۱۰- مناسب است التزام دادگاه به نظریه داوران در قانون داوران ایران تصریح شود. این امر دادگاه را برای رسیدن به واقعیت کمک کرده و علاوه بر این می‌تواند زوج یا زوجه‌ای را که نشوز نموده به انجام تکلیف در برابر دیگری وادار نماید تا اسباب اختلاف برچیده شود.

منابع

منابع عربی

قرآن کریم

- ابن بابویه، علی، فقه الرضا، مؤسسه آل بیت، چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- ابن عابدی، محمد امین بن عمر، ردالمحتار علی الدرالمختار، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۵ق.
- ابن عربی، محمد بن عبدالله، احکام القرآن، دار الفکر، ۱۳۹۲م.
- ابن قدامه، مغنی وشرح الکبیر، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۹۷۲م.
- استانبولی، ادیب (۱۹۹۷م)، الصیغ القانونیه لدعاوی الأحوال الشخصیه، چ ۲، دمشق، نشر المکتبه القانونیه.
- انصاری، شیخ مرتضی، القضاء و الشهادات، قم، باقری، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- بجنوردی، محمد، حسن، قواعد الفقیهه، قم، دارالکتب العلمیه، ۱۹۶۹م
- بنا، کمال صالح (۱۹۹۶م)، الصیغ القانونیه لدعاوی الأحوال الشخصیه، چ ۳، قاهره، نشر المکتب الجامع الحدیث.
- جبعی العاملی (شهید اول)، زین الدین (۱۴۱۶ق)، مسالک الافهام فی الحلال و الحرام، چ ۱، قم، نشر معارف اسلامی.
- حسنی شیرازی، محمد، الفقه، بیروت، دارالعلوم، ۱۴۰۰ قمری.
- حلی، جعفرابن الحسن، شرایع الاسلام، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ق.
- حلی، جعفرابن الحسن، مختصر النافع، تهران، مؤسسه البعثه، چاپ سوم، ۱۴۱۰ق.
- موسوی خمینی، سید روح اله، تحریر الوسیله، ترجمه قاضی زاده اسلامی، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی قم، ۱۳۶۶.
- طبرسی، ابی علی فضل بن الحسن، مجمع البیان، بیروت، مؤسسه الاسلامی للمطبوعات، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

- طوسی، محمد بن الحسن، الخلاف، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- طوسی، محمد بن الحسن، المبسوط، تهران، المكتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۸۸ ق، ج ۵.
- مصباح عاملی سیدمحمدجواد، مفتاح الكرامه، مؤسسه فقه الشيعه، بيروت، ۱۹۹۶م.
- موسوی خمینی، سید روح الله، استفتائات، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۱، ج ۳.
- موسوی خمینی، سید روح الله، تحرير الوسیله، نجف الاشرف، آداب، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق، ج ۲.
- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، كتاب القضاء، قم، دار القرآن الکریم، بی تا، ج ۱.
- نجفی محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۲۴، مؤسسه التاریخ العربی، بیروت.
- وسائل الشیعئه، ج ۱۷، ص ۴۸۴.

منابع فارسی

قانون اساسی

قوانین و مقررات حقوقی

- افتخار جهرمی، گودرز، تحولات نهاد داورى در قوانین موضوعه ایران - دستاورد آن در حوزه داورى بین المللی، مجله دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۲۸، ۱۳۷۸.
- بازگیر، یدالله، آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی ۳، انتشارات ققنوس، چاپ اول، سال ۱۳۷۷.
- بازگیر، یداله، داورى و احکام راجع به آن، تهران، انتشارات فرودسی، چاپ اول، ۱۳۸۰
- ترشیز، عبدالرشید (۱۳۸۵)، طلاق از دیدگاه اسلام، ج ۱، زاهدان، نشر احسان.
- جعفری لنگرودی محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۳ش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۷۵، ج ۳.
- جنیدی، لعبا، نقد و بررسی تطبیقی قانون داورى تجارى بین المللی مصوب ۷۶/۶/۲۶، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۸.

- حیدر، محمدزاده اصل، ج ۱، ص ۶۱، داوری در حقوق ایران، ققنوس، تهران، ۱۳۷۹ ش .
- خزاعی، حسین، شناسایی و اجرای احکام داور بین المللی، شماره ۳۸، ۱۳۷۷.
- شمس، عبدالله، «موافقت نامه داوری و صلاحیت دادگاه»، مجله تحقیقات حقوقی، سال ۱۳۸۲.
- دادمرزی، سید مهدی، حکمیت در امور خانوادگی، پایان نامه کارشناسی ارشد گروه حقوق دانشگاه تهران، چاپ نشده، ۱۳۷۰.
- داوید، رنه، نظام های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سید حسین صفایی، محمد آشوری و عزت الله عراقی، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۴.
- سیفی سید جمال، تحولات، مسائل و دورنماهای داوری بین المللی ایران، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، دوره جدید- شماره ۳ (شماره پیاپی ۱۷۲).
- صفایی سید حسین، مقالاتی درباره حقوق بین الملل و داوری های بین المللی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۵.
- عمید زنجانی، عباسعلی، اصل حکمیت، فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی (حق) زیر نظر مرکز مطالعات حقوقی و قضایی دادگستری جمهوری اسلامی ایران، ۱۲-۱۱، ۱۳۶۶.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم ۱۳۸۲
- کلانتریان، بررسی مهم ترین نظام های حقوقی داوری در جهان، ج ۱، ص ۵.
- محقق داماد، سید مصطفی، حقوق خانواده، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵.
- محمد زاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران، تهران، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- مصباح یزدی، محمد تقی، اخلاق در قرآن، جلد ۳، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۶.
- متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۷۸، ج ۱.
- محمدی گیلانی، محمد، قضا و قضاوت در اسلام، تهران، نشر سایه، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- مدنی، سید جلال الدین، آیین دادرسی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲.
- مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۵۳ - ۱۳۶۶، ج ۳.

میرزایی علی رضا، قواعد داوری از منظر حقوق تطبیقی، ناشر جنگل جاودانه، ۱۳۸۸ ش.

هدایت نیا، فرج الله: «ارزیابی قوانین خانواده»، فصلنامه کتاب زنان، پاییز ۱۳۸۳.