

بررسی فقهی حقوقی حکمیت و داوری

در راستای تسریع اجرای قوانین حمایتی از خانواده

(تاریخ دریافت ۱۴۰۳/۰۷/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۳/۱۲/۰۳)

فرشید غلامرضایی^۱

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز

دکتر حمزه اسفندیاری بیات

دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز

چکیده

این پژوهش با توجه به اینکه داوری در امور خانواده موجب برای کاهش ورود پرونده های خانواده به دستگاه قضایی است و این کاهش خود سبب تسریع در دادرسی ها می شود به تحلیل موضوع پرداخته است. برای نتایج این پژوهش که در گردآوری آن از منابع کتابخانه ای و مقالات معتبر با موضوع، با هدف کاربردی و از نوع توصیفی تحلیلی استفاده شده شان می دهد در میان قوانین مربوط به خانواده، مقررات مربوط به حکمیت یا داوری نیز واجد اهمیت است، زیرا هدف آن استواری روابط خانوادگی است. قانونگذار برای نیل به هدف مذکور که بهتر بتواند استحکام روابط خانوادگی را تأمین نماید، مقررات مربوط به داوری در حقوق خانواده را بارها تغییر داده و این بخش از قوانین ما پیوسته در حال تغییر بوده است. تغییرات صورت گرفته، گاهی مربوط به مقررات شکلی داوری و گاهی نیز به مقررات ماهوی آن مربوط بوده است.

واژگان کلیدی: داوری، حکمیت، حقوق خانواده، داوری اجباری.



۱. مقدمه

خانواده شالوده‌ی جامعه‌ی انسانی و کانون اصلی رشد و تعالی افراد محسوب می‌شود. با این حال همچون هر نهاد دیگری ممکن است تعارضات و اختلافاتی در آن به وجود آید. در این موارد باید تا حد امکان کوشید که اختلافات به نحوی حل و فصل شود که به جایگاه ارزشمند خانواده و قواعد اخلاقی حاکم بر آن لطمه‌ای وارد نشود. به نظر می‌رسد ارجاع اختلافات به داوری طبق شرایطی که قرآن کریم در سوره‌ی نساء بیان فرموده، تا حدود زیادی می‌تواند مانع از لطمه به حیثیت و قداست خانواده و اعضای آن باشد، اما رویکرد قانونگذار نسبت به حل و فصل اختلافات خانوادگی از طریق داوری قرابت چندانی با تدبیر پیشگیرانه قرآن کریم ندارد. تفاوت دیدگاه‌های فقهی و تغییر شرایط اجتماعی موجب شده است که قوانین موضوعه ما در زمینه داوری دچار تحولاتی شود. به عنوان مثال، داوری در دعاوی خانوادگی که زمانی اختیاری بوده، در حال حاضر اجباری شده است. همچنین سیاست کلی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران تشویق به داوری و نهادینه سازی آن است. داوری در نظام حقوقی ایران کارکرد دوگانه دارد؛ در قانون آیین دادرسی مدنی، داوری مبنای قراردادی دارد و نهادی شبه قضایی است. این نهاد می‌تواند در عرض محاکم قضایی دعاوی را حل و فصل کند. درحالی‌که داوری در قانون حمایت خانواده یک الزام قانونی در دعاوی طلاق غیرتوافقی و نهادی غیرقضایی است و هدف آن تنها ایجاد صلح و سازش است. به همین دلیل، داوری قراردادی برای حل و فصل دعاوی از جمله دعاوی خانواده ظرفیت بیشتری دارد.

۲. ماهیت داوری در حقوق خانواده

در بخش‌های پیشین توضیح دادیم که داور در لغت به معنی انصاف دهنده، قاضی، حکم اختصاصی و کسی است که میان مردم حکم و فصل دعوی کند (معین، ۱۳۸۲، ص ۱۰۶۳). همچنین به کسی گفته می‌شود که سمت قضایی در دستگاه دولتی ندارد و در مراعات بالقوه یا بالفعل رسیدگی کرده، فصل خصومت می‌کند و رأی می‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۶۸۸۹). این تعریف با معنای حقوقی داوری قرابت بیشتری دارد. در اصطلاح حقوقی داوری عبارت است از: «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» (شمس، ۱۳۸۶، ص ۵۱۵). این تعریف شامل هر نوع داوری می شود؛ خواه این دعاوی تجاری^۱ باشد یا دعاوی مدنی^۲ یا داوری در اختلافات خانوادگی.

سؤال این است که داوری مدنظر با هدف فصل خصومت و اختلاف چه ماهیتی دارد؟ آیا تعیین داور در واقع نوعی تعیین وکیل توسط طرفین دعوی است یا داوری ماهیتی مستقل از وکالت دارد؟ در ادامه ی بحث، این موضوع بررسی می شود.

در خصوص ماهیت داوری بیشتر دو دیدگاه میان فقها و حقوقدانان مطرح است. برخی معتقدند داور، در حقیقت وکیل طرفین دعواست و برخی دیگر داور را فراتر از وکیل می دانند و او را قاضی انتخابی طرفین یا به اصطلاح قاضی تحکیم محسوب می کنند.

آن دسته از حقوقدانان که قرارداد داوری را نوعی وکالت می دانند، معتقدند در قرارداد داوری، اشخاص به وکلای خود اختیار می دهند که درباره اختلافات آنها داوری کنند. رأی داور درباره طرفین و قائم مقام آنها نافذ است، ولی این نفوذ فقط ناشی از حاکمیت اراده ایشان است (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۳۵). این نظر بیشتر در بین حقوقدانان متداول شده است، اما در میان فقها تنها قاضی ابن براج به این نظر اشاره کرده که ایشان هم سرانجام این نظر را نپذیرفته است و در توجیه نپذیرفتن آن بیان کرده: «...اگر توکیل باشد، تابع مقررات وکالت بوده و تابع شرایط آن خواهد بود» (ابن براج، ۱۴۰۶ ق، ص ۲۶۶). این در حالی است که وکالت عقدی جایز است و موکل می تواند هر زمان که اراده کند وکیل را از سمتش برکنار کند. اگر ماهیت داوری نیز وکالت فرض شود، کسانی که داوران را برگزیده اند می توانند هر زمان که بخواهند داوران را عزل کنند، در حالی که این امر با هدف ارجاع اختلاف به داوری - که حل اختلاف طرفین به نحوی الزام آور و مؤثر است - منافات خواهد داشت.

ایراد دیگر بر وکالت محسوب نمودن داوری آن است که اگر داور به عنوان وکیل طرف اختلاف باشد، حدود اختیار او در حدود اذنی است که موکل به او داده و وکیل نمی تواند عملی خارج از حدود وکالت



انجام دهد. در حالی که مبنای تصمیم گیری داوران، رعایت مصالح و غبطه خانواده است و محدود به حدود اذن داده شده توسط طرفین اختلاف نیست. چه بسا داوران در مواردی مجبور شوند برای رعایت مصالح خانواده، مصلحت فردی هر یک از طرفین داوری را نادیده بگیرند و برخلاف مصلحت طرف اقدام کنند. در حالی که به موجب ماده ۶۶۷ قانون مدنی «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید....»

به علاوه در عقد و کالت، وکیل توسط موکل انتخاب می شود، اما ضرورتی به خویشاوند بودن وی با موکل نیست. در حالی که طبق صریح آیه ۳۵ سوره مبارک نساء «اهل» بودن (خویشاوند بودن) حکمین تنها شرطی است که در این آیه ذکر شده است. بر این اساس به نظر می رسد نهاد داوری با عقد و کالت سازگار نباشد و باید در پی مبنایی دیگر برای توجیه ماهیت این نهاد بود.

بسیاری از فقها معتقدند منظور، از ح کم در آیه ۳۵ سوره نساء همان قاضی تحکیم است، زیرا خداوند متعال در این آیه از داوران به حکم تغییر نموده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۳۶۷؛ بحرانی، بی تا، ص ۶۲۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۴۱۶). منظور از قاضی تحکیم، قاضی منتخب دو طرف دعواست که اصحاب دعوا بر قضاوت او توافق کرده اند؛ بنابراین بدین شکل نیست که هر طرف از جانب خود داوری را معرفی کند. به علاوه قاضی تحکیم، قاضی ای است که شرایط لازم برای قضاوت را داشته باشد (هدایت نیا، ۱۳۸۷، ص ۷۸). بیشتر فقهای امامیه بین قاضی منصوب و قاضی منتخب تفاوتی در شرایط قائل نشده اند. محقق حلی در این خصوص می گوید: «یشترط فیه ما یشترط فی القاضی المنصوب عن الامام؛ شرط است در قاضی تحکیم، آنچه در قاضی منصوب از سوی امام شرط است». (محقق حلی ۱۴۰۹ق، ص ۸۶۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۳۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ص ۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ص ۱۷).

بنابراین صرف نظر از تردیدهایی که بین فقها در خصوص مشروعیت قاضی تحکیم وجود دارد (محقق حلی ۱۴۰۹ق، ص ۸۶۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۳۳۳)؛ اگر نهاد داوری منطبق با قاضی تحکیم فرض شود، باید شرایط قاضی تحکیم یعنی اجتهاد، عدالت و مرد بودن نیز در حکمین وجود داشته باشد؛ لذا طرفین داوری



نمی توانند فردی را بدون داشتن کلیه شرایط قضاوت برای داوری برگزینند. التزام به چنین دیدگاهی ارجاع دعاوی خانوادگی به داوری را مشکل ساز می کند، زیرا هر یک از طرفین داوری باید شخصی را که این شرایط را داشته باشد، بیابند و چه بسا طرح دعوا در دادگاه بسیار آسانتر از عهده دار شدن چنین امری باشد. زیرا طرح دعوا در دادگاه حداقل این فایده را به همراه خواهد داشت که طرفین مجبور به یافتن قاضی واجد شرایط نیستند. می توان گفت این ایراد در خصوص قاضی مأذون مطرح نمی شود؛ چرا که در خصوص این قاضی شرط اجتهاد مطرح نیست اما باید توجه داشت که هر چند در قاضی مأذون اجتهاد شرط نیست ولی بیشتر شرایط لازم برای قضاوت شرط است و قانونگذار تنها به جهت کمی تعداد قضات مجتهد به قضات مأذون واجد سایر شرایط امکان قضاوت داده است. به علاوه اگر داوری نوعی قضاوت فرض شود، اثر این نظر آن است که آراء داوران اعتبار آراء قضایی دارد. بدین معنا که اعتبار امر مختومه داشته و بر طرفین دعوا لازم الاجراست. در حالی که پذیرفتن این امر در مورد داوری در دعاوی خانوادگی امکان پذیر نیست و نمی توان رأی داور را همپایه آراء قضایی محسوب کرد؛ چرا که طبق قوانین موجود، داوران موظف اند نظر خود را در خصوص امکان یا نبود امکان سازش زوجین به دادگار اظهار کنند، اما تصمیم گیرنده نهایی در این خصوص قاضی دادگاه خواهد بود و نظر داوران به تنهایی امکان اجرا نخواهد داشت.

با توجه به مطالب مذکور روشن شد که داوری با نهادهای وکالت و قضاوت انتخابی (تحکیم) منطبق نبوده و از جهاتی با هر یک از این دو متفاوت است. بنابراین باید مبنایی دیگر در خصوص ماهیت این نوع داوری یافت. لازم به ذکر است، داوری در اختلافات خانوادگی را نباید با داوری به موجب قانون آئین دادرسی مدنی - که می توان از آن تعبیر به داوری عام نمود - یکی دانست. داور در اختلاف خانوادگی تنها صلاحیت رسیدگی به اختلافات زوجین را دارد؛ لذا قلمرو رسیدگی داوران محدود به اختلافات زوجین است در حالی که در قانون آئین دادرسی مدنی صلاحیت داوران محدودیتی ندارد و تنها چند مورد خاص (همچون دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق) از حدود صلاحیت ایشان خارج شده است (ماده ۴۹۶ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی). به علاوه داورانی که به موجب قانون آئین دادرسی مدنی حل اختلاف می کنند از نظر تعداد می بایست فرد (طاق) باشند تا در صورت اختلاف نظراکثریت ملاک باشد



(اسدی و شکری، ۱۳۹۳، ص ۱۷۸). اما در خصوص داوران در اختلافات خانوادگی به موجب ماده ۲۸ قانون حمایت خانواده - که آخرین قانون مصوب در موضوع داوری در اختلافات خانوادگی است - هر یک از زوجین می بایست داوری را از بین اقارب خود با شرایط مندرج در قانون معرفی کنند. با این وصف تعداد داوران زوج و دو نفر است.

همچنین در داوری عام، داور حکم صادر می کند و حکم وی مانند رأی دادگاه امکان اجرا دارد، اما در داوری خاص اختلافات خانوادگی صدور رأی از اختیارات دادگاه است و داوران تنها می بایست نظر خود را به دادگاه اعلام کنند و دادگاه با توجه به نظر ایشان رأی صادر کند.

تفاوت دیگر آن است که در اختلافات زوجین حکمین - جز در موارد خاص - باید از خویشاوندان زوجین باشند، در حالی که در مورد داوری در آیین دادرسی مدنی قرابت نسبی و سببی از جمله موانع داوری است.

ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی در این خصوص مقرر می دارد: «دادگاه نمی تواند اشخاص زیر را به سمت داور تعیین کند مگر با تراضی طرفین، تفاوت سوم: کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند....» البته با توجه به تصریحی که ماده ۱۱ آیین نامه اجرایی قانون «حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۳» در این خصوص نموده است دیگر تردیدی در دو نهاد مستقل بودن داوری در قانون آیین دادرسی مدنی و داوری در اختلافات خانوادگی نمی ماند. این ماده بیان می کند: «داوری در این قانون تابع شرایط مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی نمی باشد.» با توجه به اینکه شرایط داوری در این آیین نامه متفاوت از شرایط داوری در قانون آیین دادرسی مدنی است؛ لذا نمی توان این دو نهاد را دو نهاد یکسان تلقی کرد.

به نظر می رسد نهاد داوری در دعاوی خانوادگی ماهیتی مستقل از نهادهای وکالت، تحکیم و داوری به موجب قانون آیین دادرسی مدنی دارد. هر چند نهاد داوری در دعاوی خانوادگی از جهاتی با این نهادها مشابه است ولی تفاوت های اساسی و انکارناپذیری با هر یک دارد که مانع از گنجاندن آن در هر یک از قالب های مذکور است.



بر این اساس می توان گفت، داوری در دعاوی خانوادگی - که قرآن کریم از آن به حکمیت تعبیر می کند یک نهاد اختصاصی برای اختلافات خانوادگی است که ماهیتی خاص و متفاوت از نهادهای وکالت، قاضی تحکیم یا نهاد داوری مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی دارد. این نهاد با توجه به ماهیت خاص نهاد خانواده و ویژگی های آن شکل گرفته است و بیش از آنکه در فصل خصومت سعی کند، به منظور ایجاد صلح و سازش بین زوجین ایجاد شده است و بر همین مبناست که برخی از آن تعبیر به محکمه صلح خانوادگی نموده اند (مکارم شیرازی، ۱۳۵۴، ص ۳۷۵).

لازم به ذکر است که نهاد داوری در اختلافات خانوادگی به موجب قانون حمایت خانواده و آیین نامه آن تا چه حد با رویکرد قرآن کریم در خصوص ارجاع اختلافات به حکمین انطباق دارد. در این راستا، ابتدا رویکرد قرآن کریم در این خصوص و سپس قوانین موجود در این زمینه بررسی می شود و سرانجام تطبیق یا عدم تطبیق این دو رویکرد کنکاش می شود.

۳. تطبیق داوری در قرآن به اختلافات خانوادگی

اسلام بر تشکیل خانواده و تحکیم بنیان آن تأکید خاصی داشته است، زیرا تشکیل خانواده آثار فردی و اجتماعی فراوانی را برای فرد به همراه دارد. خانواده مکانی برای به دست آوردن آرامش، تجدید قوای جسمی و روحی، تأمین نیازهای جنسی و محل پرورش فرزندان سالم و صالح است و از تعبیر قرآن کریم که زن و شوهر را لباس یکدیگر نامیده است نیز چنین استفاده می شود که کانون خانواده محلی برای محافظت انسان از مشکلات و سختیها و پوشاننده عیوب او و زینت دهنده انسان است. تحکیم روابط در خانواده و جلوگیری از تزلزل بنیان آن ایجاب می کند در موارد بروز اختلاف نظر بین زوجین، این اختلاف تا حد امکان با گذشت و اغماض برطرف شود و از راهکارهایی چون گفت و گوی متقابل، موعظه و مشاوره برای جلوگیری از ریشه دار شدن اختلاف بهره گرفته شود. قرآن کریم نیز در موارد متعدد به زوجین سفارش می کند که نسبت به یکدیگر راه صلح و گذشت را در پیش گیرند و مسائل مشترک را با مذاکره و موعظه حل و فصل کنند (تغابن/ ۱۴؛ نساء/ ۴۳ و ۸۲۱) و اگر این راهکارها کارگر و مؤثر نبود به ایشان اجازه داده به سراغ



روشهای دیگر حل اختلاف بروند. بنابراین از نظر قرآن پیاده کردن راهکارهای اخلاقی در خانواده مقدم بر راه حل های حقوقی (قضایی) است، با این حال اگر سفارشهای اخلاقی در این خصوص جواب نداد و فضای صمیمیت و سازش بین زوجین به فضای اختلاف و تنش تبدیل شد، قرآن کریم در این مرحله نیز برای حل اختلاف راهکار خاصی را پیشنهاد و طرفین را به ارجاع اختلاف به حکم یا داوری از آشنایان طرفین راهنمایی می کند.

بیان قرآن کریم در این خصوص چنین است: « بیان قرآن کریم در این خصوص چنین است: «وَإِنْ خِفْتُمْ شَفَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِدا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا..... چنانچه بیم دارید که نزاع سخت بین آنها پدید آید از طرف کسان زن و کسان مرد داوری برگزینید که اگر مقصود اصلاح داشته باشند خدا میان ایشان موافقت و سازگاری برقرار کند (نساء ۳۵) »

قداست خانواده و تحکیم روابط میان زوجین ایجاب میکند تا جای ممکن اختلافات خانوادگی درگیر رسیدگیهای خشک و بی روح قضایی که غایت آن عمدتاً فصل خصومت است نه احقاق حق نگردد. در محیط خانواده عاطفه و احساسات زوجین نسبت به یکدیگر بیش از حقوق حاکمیت دارد. در حالی که در محاکم قضایی حقوق و قانون حاکمیت مطلق دارند و در میان قوانین و قواعد حقوقی جایی برای عاطفه و احساسات وجود ندارد؛ لذا احکام صادره در محاکم قضایی در بسیاری موارد تأمین کننده خواسته های زوجین نیست. به علاوه این کار قداست کانون خانواده را میشکند و طرفین برای دفاع از خود ناچار میشوند بسیاری از اسرار زندگی خانوادگی شان را فاش کنند. این امر لطمات جبران ناپذیری به کانون خانواده می زند و راه بازگشت زوجین به زندگی مشترک را مشکل تر میکند. جراحات وارده از این امر به زندگی زوجین موجب میشود حتی پس از بازگشت زوجین به زندگی مشترک به سختی بتوانند زن و شوهر سابق باشند. بر همین اساس در این آیه خداوند متعال در صورت ایجاد خوف اختلاف و شقاق بین زوجین از بستگان طرفین خواسته که هر یک حکمی را از طرف خود برگزینند تا به اختلاف زوجین رسیدگی کنند. در این آیه اشاره ای به ارجاع اختلاف به قاضی یا حتی اشخاص غریبه با زوجین ولو به قصد حل و فصل اختلاف آنها نشده است و برعکس با آوردن عبارت من اهل و من اهلها، تأکید ویژه ای بر حل و فصل این اختلافات در محیط



خانواده ها و از طریق داوران خانوادگی دارد.

به نظر می‌رسد حسن انتخاب حکم یا داور از میان خویشان آن است که چون داوران از بستگان زوجین هستند با مسائل زندگی ایشان آشناترند. به علاوه رابطه عاطفی و خانوادگی حکمین با زوجین، سبب می‌شود. ایجاد اختلاف میان این زوج زندگی آنها را نیز متأثر سازد؛ لذا برای ایجاد سازش و حل اختلاف زوجین تمام تلاش خود را میکنند در حالی که در رسیدگی قضایی چون قضاوت نسبتی با طرفین دعوا ندارند اغلب نسبت به سرنوشت زوجین و فرزندان آنها بی تفاوت بوده و صدور حکم در این باب زندگی ایشان را متأثر نخواهد کرد.

نکته دیگر در این آیه نوع خطاب قرآن کریم است. در این آیه از مخاطبین آیه خواسته شده که حکمی را برای حل و فصل اختلاف تعیین کنند. طرف خطاب این آیه نمی‌تواند خود زوجین باشد. این امر را میتوان از تعبیر آیه کریمه «به فابعثوا» که فعل امر برای جمع مذکر مخاطب و خطاب آن به بیش از دو نفر است و نیز ادامه آیه که برای هر یک از زوجین از ضمیر غایب استفاده شده دریافت می‌توان این گونه استنباط کرد که خطاب قابعثوا در صیغه جمع به خویشان و آشنایان زوجین است (طبرسی، ۱۴۱۵ق. ص ۱۰۵) این احتمال با ظاهر آیه سازگارتر به نظر می‌رسد زیرا اصولاً کسانی از وجود اختلاف و ناسازگاری بین زوجین مطلع میشوند که با زوجین در ارتباط بوده و از روابط میان آن دو با خبر باشند که در بیشتر موارد خویشاوندان طرفین هستند. حتی حاکم نیز زمانی از وجود اختلاف میان زن و شوهر باخبر می‌شود که یکی از زوجین نزد قاضی برود و از طرف مقابل شکایت کند هدایت نیا، ۱۳۸۷، ص ۱۴۸)

البته باید توجه داشت هر کسی را نمی‌توان به عنوان داور تعیین کرد. این شخص علاوه بر آشنایی با زوجین باید واجد صلاحیتهای علمی تجربی و شایستگیهای اخلاقی لازم باشد مطلب دیگر آن است که در این آیه حکمیت یا داوری در صورت خوف شقاق مطرح شده است. در مورد مفهوم «شقاق در این آیه نظریه های متفاوتی ابراز شده است. شقاق را در برخی منابع انفراج مطلق دانسته اند که در فارسی شکافتن معنا میشود مصطفوی ۱۴۱۶ ق، ص ۹۳) بسیاری معنای لغوی شقاق را ایجاد اختلاف و جدایی و دوگانگی دانسته اند. در



خصوص معنای فقهی شقاق نیز برخی فقها آن را کراهت متقابل زوجین» دانسته اند؛ شقاق بین زوجین یعنی اینکه هر یک از زن و شوهر از یکدیگر کراهت داشته باشد به نحوی که بین آنها خصومت و دشمنی پدید آید ابن زهره، ۱۴۱۱ق، ص ۳۵۳)

برخی دیگر شقاق را نشوز متقابل زوجین دانسته اند شهید ثانی ۱۴۱۳ق، ص ۳۵۳) برخی فقها معتقدند منظور از خوف شقاق علم و آگاهی از شقاق و اختلاف بین زوجین است (طبری، ۲۰۰۰ م. ص ۹۹) بر این اساس در صورت ارجاع به داوری لازم است که نسبت به وجود اختلاف شدید بین زوجین علم و یقین وجود داشته باشد. برخی مفسران این عبارت را این گونه تفسیر کرده اند: «اگر به امارات ترسیدید یا حکام شرع یا اولیای زوجین به مشاهده ای ناسازگاری و خلاف میان زن و مرد را دانستند». (کاشانی، ۱۳۴۶، ص ۳) برخی دیگر خوف شقاق را خوف و بیم از دشمنی و قهر کردن زوجین دانسته اند و حالتی که احتمال برود رابطه زن و شوهر به دشمنی بیانجامد طباطبایی، بی تا، ص ۵۴۷)

اگر چه کراهت زوجین از یکدیگر یا نشوز متقابل ایشان میتواند به ایجاد و اختلاف و جدایی بین زوجین منجر شود اما به نظر میرسد شقاق معنایی گسترده تر از این دو مفهوم داشته باشد زیرا تعبیر شقاق به یکی از این موارد مانع از شمول آن به سایر موارد اختلاف زوجین می شود. در حالی که به نظر می رسد معنای شقاق در آیه ۳۵ سوره مبارک نساء همانند سایر کاربردهای آن در قرآن کریم به معنای لغوی اختلاف و دوگانگی باشد و آنچه که تحت عنوان معنای فقهی اصطلاحی آن ذکر شده است در حقیقت سبب شقاق محسوب می شود. یعنی شقاق گاه به علت نشوز طرفین و گاهی به علت کراهت طرفین است؛ لذا سبب شقاق ممکن است تنها نشوز یک طرف باشد و همین مسئله سبب بروز اختلاف و خصومت شود. (هدایت نیا، ۱۳۸۷، ص ۴۹) بر این اساس تعبیر قرآن کریم بر خوف شقاق ناظر بر وقوع نشانه های اختلاف و دوگانگی بین زوجین و بیم از ریشه دار شدن اختلاف و جدایی ایشان است (مکارم شیرازی، ۱۳۵۴ ص ۳۷۵). و در این شرایط است که قرآن کریم آشنایان زوجین را موظف کرده که از هر طرف حکمی را برگزینند و بین ایشان سازش برقرار کنند. مسلماً در این وضعیت هنوز اختلاف به حدی ریشه دار نشده که طرفین تصمیم به جدایی گرفته باشند تنها نشانه ها و اماراتی از این اختلاف مشاهده می شود و اطرافیان برای جلوگیری از جدی تر شدن آن داور



تعیین می کنند؛ لذا وقوع این شرایط و ایجاد خوف در اطرافیان نسبت به ریشه دار شدن اختلاف و له وقوع اختلافات ریشه دار شده - مبنای دستور قرآن کریم به تعیین داور است. تأکید بر این امر لازم است که تعیین داور باید در موقع خود و با توجه به ریشه دار نشدن اختلافات و احتمال تأثیر بخشی آن به عمل آید نه پس از ریشه دار شدن اختلافات.

۴. رویکردهای قانونی به داوری در اختلافات خانوادگی

قانونگذار به مقررات مربوط به داوری در دعاوی خانوادگی نه تنها در قوانین پس از انقلاب بلکه در قوانین پیش از انقلاب نیز توجه داشته است. در این قسمت به اختصار سیر تاریخی مقررات داوری در اختلافات خانوادگی را بیان کرده و پس از آن این مقررات در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ بررسی خواهد شد.

۴-۱. پیشینه قانونی داوری در اختلافات خانوادگی

در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مقررات نسبتاً مفصلی به بحث داوری اختصاص داده بود و طی آن به داوری در اختلافات خانوادگی نیز اشاره شده بود. ماده ۶۷۶ این قانون مقرر می کرد: «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 دادگاه ها می توانند به درخواست هر یک از طرفین دعوی را ارجاع به داوری نموده».

در این قانون موارد ارجاع اختلافات به داوری در اختلافات خانوادگی به صورت موردی مشخص شده است. البته گستره موارد مذکور به حدی است که بسیاری از اختلافات را در بر می گیرد، اما مواردی نظیر طلاق و مهریه را بیان نکرده است. به علاوه ارجاع اختلاف به داوری را به اراده زوجین واگذار کرده است. به موجب این قانون دادگاهها می توانند به درخواست هر یک از طرفین دعوی را به داوری ارجاع کنند. بنابراین ارجاع دعاوی به داوری منوط به درخواست یکی از زوجین است و بدون وجود چنین درخواستی دعاوی به داوری ارجاع نمی شود. حتی در صورت وجود چنین درخواستی، دادگاهها به ارجاع اختلافات به داوری



الزامی ندارند و می‌توانند خودشان به اختلاف رسیدگی کنند. به عبارت دیگر داوری مذکور در این قانون یک داوری اختیاری است و اجباری برای طرفین با دادگاه ایجاد نمی‌کند.

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ نیز به داوری در اختلافات خانوادگی پرداخته است. تفاوت این قانون با قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ آن است که داوری در قانون آیین دادرسی مدنی یک داوری اختیاری بود، اما در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ دادگاه مکلف است که موضوع دعوی را به داوری اختیاری بود، اما در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ دادگاه مکلف است که موضوع دعوی را به داوری ارجاع دهد. البته اجباری شدن داوری مشروط به تحقق شرایطی است که در ماده ۵ این قانون بیان شده است: «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 داور ارجاع خواهد کرد.

اولین شرط قانونگذار برای ارجاع دعاوی خانوادگی به داوری لزوم تقاضای هر یک از طرفین است. در صورت وجود چنین تقاضایی دادگاه مکلف است دعوی را به داوری ارجاع دهد. البته ذیل ماده بیان شده در صورتی که دادگاه مقتضی بداند بدون درخواست طرفین نیز دعوی به داوری ارجاع می‌شود. بنابراین در صورت وجود درخواست یکی از طرفین یا در صورت مصلحت دانستن ارجاع دعوی به داوری دادگاه مکلف است دعوی را به داوری ارجاع دهد.

قلمرو داوری در این قانون از قلمرو قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ گسترده‌تر است، زیرا تنها رسیدگی به اصل نکاح و طلاق را از قلمرو داوری استثناء کرده و ارجاع سایر اختلافات خانوادگی را به داوری امکان‌پذیر دانسته است.

تعداد داوران نیز یک تا سه داور تعیین شده است. در واقع به موجب این قانون زوجین می‌توانند با توافق یکدیگر تنها یک داور تعیین کنند یا هر یک داور جداگانه معرفی کنند و یا اینکه ضمن معرفی داوران جداگانه، یک داور سوم نیز تعیین کنند.



لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ از قوانین مصوب پس از انقلاب است و کوشیده قواعد ارجاع دعاوی خانوادگی به داوری را با قواعد اسلامی منطبق کند. در تبصره ۲ ماده ۵ این قانون چنین آمده است. در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می‌کند. دادگاه بدواً حسب آیه کریمه «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما..» (نساء (۳۵) موضوع را به داوری ارجاع می‌کند 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 در این قانون در فرضی که تقاضای طلاق از سوی زوج به دادگاه ارائه شده، داوری اجباری شده است ولی در صورتی که طلاق توافقی باشد نه تنها داوری لازم نیست بلکه حتی مراجعه به دادگاه نیز لازم نیست. در صورتی که تقاضای طلاق از سوی زوج حکمی در این قانون بیان نشده است. اما از ظاهر قانون و به خصوص عبارت در مواردی که شوهر تقاضای طلاق می‌کند چنین بر می‌آید که در این فرض نیز داوری لازم نیست.

آخرین قانونی که در مورد داوری در دعاوی خانوادگی به تصویب رسیده ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب (۱۳۷۱) است. در این قانون در خصوص داوری آمده است: «از تاریخ تصویب قانون زوجیهایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند بایستی جهت رسیدگی به اختلاف 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 اند آن طور که قرآن کریم فرموده است حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد...» (صدر ماده واحده)

در این قانون نیز ارجاع دعاوی طلاق به داوری اجباری است اما برخلاف لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص ارجاع اختلاف در کلیه مواردی است که زوجین قصد طلاق و جدایی از یکدیگر دارند؛ خواه درخواست طلاق از جانب مرد باشد یا از جانب زن یا به صورت توافقی تصمیم به طلاق گرفته باشند. در ماده ۱ آیین نامه اجرایی قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ نیز به این مطلب اشاره شده است: «نسبت به درخواستهای طلاق که از طرف زوجین یا یکی از آنها به دادگاه مدنی خاص تسلیم می‌یابد. با این حال ارجاع



اختلاف به داوری منحصر به مورد طلاق شده و در مورد سایر اختلافات خانوادگی ذکر از داوری و ارجاع به آن به عمل نیامده است. این در حالی است که اختلاف های خانوادگی متنوع و متکثرند؛ مواردی همچون طلاق نفقه مهریه حضانت سکونت و موارد دیگر هر یک می توانند موضوع اختلاف بین زوجین قرار گیرند.

۲-۴. داوری در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱

قانون حمایت خانواده که در تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید در ۵۸ ماده تنظیم شده و ناسخ بسیاری از قوانین پیش از خود در قلمرو خانواده است. بیشتر مواد این قانون به تشریفات و شرایط رسیدگی در دادگاههای خانواده پرداخته و در برگیرنده قواعد شکلی برای رسیدگی به دعاوی خانوادگی است که در قوانین قبلی سابقه نداشته است. در این قانون نیز ارجاع اختلاف به داوری منحصر به مورد طلاق شده و حتی در مورد طلاق نیز طلاق توافقی از موارد ارجاع به داوری استثنا شده است اسدی و شکری، ۱۳۹۳، ص ۱۸۹) البته شاید بتوان گفت دلیل استثنا کردن طلاق توافقی از ارجاع به داوری علاوه بر توافق و نظر مشترک خود زوجین نسبت به طلاق ارجاع پرونده این نوع طلاق به مراکز مشاوره خانواده باشد. این مراکز نیز با هدف تحکیم مبانی خانواده و سعی در جهت صلح و سازش زوجین تشکیل شده است. با وجود این شاید از نظر قانونگذار ارجاع مجدد پرونده به داوری - که آن هم با هدف ایجاد صلح و سازش میباشد - کاری عبث باشد. به علاوه میتوان گفت در صورتی که طلاق توافقی باشد نظر داوران منتخب زوجین نیز از پیش مشخص است و شاید بدین لحاظ قانونگذار ضرورتی به صرف زمانی برای اخذ نظر داوران ندیده است.

در موارد ارجاع پرونده به داوری دادگاه می بایست با توجه به نظر داوران رای خود را صادر کند و در صورت نپذیرفتن نظر داوران باید با ذکر دلیل از نظر ایشان عدول کند به موجب ماده ۲۸ قانون حمایت خانواده، داوران می بایست ظرف یک هفته از تاریخ ابلاغ توسط زوجین به دادگاه معرفی شوند. این امر در ماده ۱۲ آیین نامه اجرایی نیز تأکید مجدد شده است. این داوران باید از اقارب متأهل بوده که حداقل سی سال سن داشته باشند و آشنا به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی باشند. البته شرط تأهل در خصوص داور زوج در شرایطی برداشته شده و به موجب تبصره ۱ این ماده محارم زوجه که همسرشان فوت کرده یا از هم



جدا شده باشند در صورت وجود سایر شرایط میتوانند به عنوان داور انتخاب شوند. به نظر می رسد دلیل این امر به نحوی حمایت ویژه تر از زوجه طرف دعوی نسبت به زوج و با در نظر گرفتن ویژگیهای روحی و عاطفی زنان باشد چرا که زن ممکن است تمایل داشته باشد یکی از محارمش که به نحو دقیق تری در جریان مسائل زندگی اوست و حس عاطفی قوی تری نسبت به سایرین با او دارد به عنوان داورش انتخاب شود تا بتواند حمایت لازم و تصمیم گیری صحیح تری نسبت به وضعیت او انجام دهد. البته ممکن است در اقارب طرفین فرد واجد شرایطی وجود نداشته باشد با امکان دسترسی به چنین شخصی نباشد یا خود او تمایلی به پذیرش داوری نداشته باشد که در این صورت هر یک از زوجین می توانند داور خود را از بین افراد واجد صلاحیت دیگر تعیین و معرفی کنند. چنانچه زوجین خودشان از انتخاب داور امتناع کنند یا به دلیلی توانایی انجام این کار را نداشته باشند از طرف دادگاه رأساً یا به درخواست هر یک از طرفین داور تعیین می شود.

نکته ای که قانونگذار برای اولین بار در این قانون مطرح کرده است لزوم رعایت نظر داوران در صدور حکم دادگاه و یا رد نظر داوران با ذکر دلیل است. بر این اساس قاضی نمی تواند بی جهت و بدون ذکر دلیل نظر نهایی داوران را نپذیرد و اگر به هر دلیل تصمیم به عدول از این نظر را دارد می بایست دلیل خود را برای رد نظر ایشان اعلام کند. این الزام در حالی است که قانونگذار در خصوص مشاوران خانوادگی چنین الزامی را قرار نداده است و قاضی حتی در ارجاع با عدم ارجاع پرونده به این مراکز مختار است. این نحوه برخورد قانونگذار با داوری اهمیت این نهاد در اختلافات خانوادگی را بیشتر نمودار می کند. در حقیقت سرنوشت یک زندگی به دست داوران سپرده میشود؛ باید در انتخاب آنها دقت ویژه ای شود و خود ایشان نیز نسبت به اهمیت مسئولیتی که بر عهده آنها گذاشته شده واقف شوند هدایت نیا، ۱۳۹۵ ص ۱۳۳).

۵. قواعد حاکم بر داوری در نهاد خانواده ضمانت های اجرایی و موانع

در این مبحث هم به قواعد حاکم بر داوری به صورت اختصاصی در نهاد خانواده خواهیم پرداخت و هم ضمانت اجرای داوری و البته موانع پیش روی داوری در نهاد خانواده را مورد مطالعه قرار خواهیم داد.



۱-۵. قواعد حاکم بر داوری در نهاد خانواده

در این قسمت به بحث و بررسی در مورد شروط حاکم بر داوری در محاکم خانواده اشاره خواهیم کرد و آنها را مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

۱-۱-۵. قواعد حاکم بر خویشاوند بودن داور با زوجین

در این خصوص پرسیدنی است که آیا لازم است حکمین با زوجین قرابت سببی یا نسبی یا رضاعی داشته باشند، یعنی حکم مرد از فامیل مرد و حکم زن از ارقاب زن باشد یا اگر از غیر اقارب هم باشند ایرادی ندارد؟ یا وجه دیگری در این بین وجود دارد؟ بعضی از علمای عامه معتقدند ابتدائاً نمی توان حکمین را از غیر خویشان زوجین انتخاب نمود بلکه در وهله اول باید سراغ حکمین دارای شرایط لازمه را از جمع فامیل زوجین گرفت، اما اگر از این جستجو نسبت به هر دو یا یکی از ایشان مأیوس شدیم، آنگاه می توانیم اقدام به تعیین حکمین از غیر اقارب ایشان نماییم در وجه تقدم اقارب نیز گفته شده است که فامیل زوجین از دیگران نسبت به باطن قضیه و اوضاع و احوال مربوطه آگاهتر میباشند و از دلسوزی بیشتری برخوردارند. همین ویژگی باعث شده که در فرض عدم وجدان حکمین در میان خویشان زوجین گفته شود که مستحب است که آن دو را از میان همسایگان ایشان انتخاب نماییم این دسته آیه مربوطه را که در آن تصریح شده که حکمین از اهل زن و شوهر باشند حمل به مورد امکان یافتن حکمین در بین خویشان زوجین نموده اند. دسته ای دیگر از علمای عامه در فرضی هم که بتوان از میان خویشان زوجین دو حکم را برگزید، رجوع به اجانب را جایز می شمردند اگرچه مراجعه به خویشان را اولی معرفی میکنند و در مقام استدلال می گویند: قرابت نه در حکومت و نه در وکالت شرط نیست و اگر هم قرآن تصریح به بعث حکمین از میان خویشان زوجین دارد، امر آن ارشادی است و ناظر به مستحب بودن این کار است. عجیب آن است که از جانب عامه نقل شده است که عده ای از علمای ایشان همچون این حاجب منحصرأ میگویند حکمین باید از غیر اقارب زوجین انتخاب شوند در حالی که این قول به هیچ عنوان با آیه مربوطه هماهنگی ندارد.

در میان فقهای شیعه نیز جمعی همچون ابن ادریس با تکیه به ظاهر قرآن که در آن حکما من أهله و حکما



من أهلها (نساء (۳۵) آمده است معتقدند که حکمین باید از اقارب زوجین باشند. چنان که دیگری در تقریب همین قول گفته است تقیید به اهل در قرآن کریم افاده عدم جواز بعث مصلح اجنبی می کند.

اگر از این قول که قائل چندانی ندارد بگذریم بسیاری از فقهای امامیه معتقدند که از ابتدا می توان حکمین یا یکی از آن دو را از غیر اقارب زوجین انتخاب نمود اگرچه انتخاب ایشان را از میان خویشان زوجین اولی و متسحب معرفی می نماید. همین قول است که صاحب منهاج آن را مشهور میان اصحاب معرفی می کند. عده ای از قائلین به این قول امر قرآنی را که ظاهر در لزوم بعث حکمین از بیان اقارب زوجین است. حمل به ارشاد و استحباب می نمایند.

بعضی دیگر نیز آن را ناظر به مورد اغلب و عرف و عادت دانسته و می گویند چون نوعاً خویشان زوجین هستند که تمایل شدید به برخوردی اصلاح گرایانه با ایشان دارند لذا قرآن حکمین را منصف به اهل زوجین بودن نموده است. جمعی دیگر از فقهای شیعه همچون ابن فهد حلی جواز انتخاب اجنبی را به عنوان حکم، زمانی تجویز میکنند که نتوانیم از میان خویشان زوجین حکمین را برگزینیم

حضرت امام خمینی (ره) نیز با توجه به این نظر است که احوط را رجوع به اقربای زوجین در تعیین حکمین دانسته و تنها در فرض عدم وجود خویشاوند با خویشاوندی صالح است که انتخاب از غیر ایشان را جایز می شمرد.

خویشاوند بودن از این بابت اهمیت دارد که انتقال برخی مسایل به افراد غریبه از سوی زوجین مقدور نیست و جنبه خصوصی دارد مخصوصاً برای زوجه بیان برخی مشکلات چالش برانگیز خواهد بود لذا قانونگذار این مورد را پیش بینی کرده است حتی در دادگاه خانواده نیز این حساسیت با الزامی کردن مشاور قاضی زن لحاظ شده است چرا که در بسیاری موارد زنان از بیان آنچه موجب اختلاف است به قاضی مرد شرم دارند. به همین جهت به طرح مسائل روبنایی اکتفاء میکنند و این امر موجب ناموفق بودن قاضی رسیدگی کننده در ریشه یابی اختلافات است.



حضور مشاور قضایی زن در دادگاه خانواده زمینه طرح مسائل خصوصی را که گاه حیا مانع از بیان آن می شود فراهم می سازد و مشاور قضایی زن علاوه بر اینکه در کشف واقعیت به قاضی کمک می کند. در بیان و تشریح عواملی که صرفاً با شم و احساس زنانه قابل کشف است و در تصمیم قاضی نیز مؤثر می باشد، دخالت دارد. این نقش با توجه به موسع بودن برخی واژه ها و عبارات در قوانین خانواده وضوح می یابد. به عنوان مثال عبارت مصلحت تبصره ماده ۱۱۶۹ و ماده ۱۱۱۷ ق.م. (عسر و حرج (ماده ۱۳۰ ق.م) حسن معاشرت « تشدید مبانی خانواده « مظنه ضرر ماده ۱۱۰۴ ق.م) و انطباق این اصطلاحات با مصادیق نیازمند نگاهی دو سویه از دید هر دو طرف دعوی است. انطباق حالت عسر و حرج بر وضعیت زن متقاضی طلاق تشخیص مصلحت طفل بالای هفت سال در واگذاری حضانت او به پدر یا مادر، تشخیص مصلحت خانواده در اعطای حق منع اشتغال زوجه به زوج و... همگی نیازمند نگاهی عاطفی و انعطاف پذیر به هر دو طرف دعوی است و این امر لزوم و ضرورت حضور مشاور قضایی زن را روشن می سازد.

الزامی نبودن حضور قاضی مشاور زن در دادگاههای خانواده تا قبل از تصویب قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ مسئولان قضایی را از برنامه ریزی برای برخورداری از قضات زن بی نیاز ساخته بود. اما با توجه به اطلاق و صراحت قانون جدید مبنی بر تشکیل دادگاه خانواده با حضور قاضی مشاور زن در خصوص ضرورت حضور وی در جلسه دادرسی اختلافی مشاهده نشده است. تا قبل از این اقدام قانونگذار با توجه به قید حتی المقدور در تبصره ۳ ماده واحده قانون اختصاص تعدادی از دادگاه های موجود به دادگاه موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی دادگاه خانواده مصوب ۱۳۷۶ و تأکید و تکرار این حکم در بند ب ماده ۱۴ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، چنانچه مشاور قضایی برای شعبه تعیین می شد باز هم رویه قضایی در خصوص ضرورت حضور وی در جلسات دادرسی اختلافی نداشت چه آنکه با حذف این قید و حتی ضروری شدن تعیین قاضی مشاور در دادگاه خانواده حضور وی در کلیه جلسات دادرسی فاقد ابهام است.



۲-۱-۵. قواعد حاکم بر عدم اهمیت زن یا مرد بودن داور

در این خصوص سوال این است که آیا لازم است حکمین هر دو مرد باشند یا چنین چیزی لازم نبوده و هر دو میتوانند زن باشند و یا آنکه حکم زن زن و حکم شوهر مرد باشند و بالعکس آنچه که از آیه مربوطه بر می آید این است که خداوند در این آیه از لفظ حکم استفاده کرده است و با فرض مذکر بودن این لفظ از آنجا که روال قرآن بر این بوده که نوعاً به صیغه مذکر احکام را تشریع نماید لذا نمی توان خصوص رجل بودن حکم را از این آیه استفاده کرد.

اما در مورد روایات باید بگوییم که در روایات منقول از ائمه (ع) تصریحی بر لزوم مرد بودن حکمین نشده است و حداکثر آن است که در آنها از صیغه مذکر در مورد حکمین آنها استفاده شده است. البته در این میان فقط یک روایت است که به صورت مرسله از کتاب منسوب به حضرت رضا (ع) به نام فقه الرضا نقل و در آن تصریح بر مرد بودن هر یک از دو حکم زوجین شده است. روایت مزبور این است: یختار الرجل رجلاً و المراه تختار رجلاً اگر سند این روایت را تمام بدانیم و اطلاق حاصل از روایت دیگر را منصرف به خصوص مرد بودن داوران ندانیم و مطلقاً متعدد را با یک مقید قابل تقیید قلمداد نماییم می توان اطلاق آن روایات را به قید «رجل» بودن که در این روایت آمده است مقید نمود، لکن حداقل آن است. که حجیت تمام روایات موجود در کتاب فقه الرضا مسلم دانسته نمیشود و این روایت از جهت سند قابل مناقشه است و شاید به همین لحاظ باشد که جناب شیخ حر از ذکر آن در کتاب وسائل خودداری نموده است.

از بحث قرآنی و روایی که بگذریم و به آرای فقها و مفسرین اسلام نظر کنیم می بینیم بسیاری از ایشان تصریح می کنند که حکمین باید هر دو ذکور باشند از طرفی آن دسته از فقها و مفسرین اسلام نیز که بر لزوم رجلیت حکمین تصریح نکرده اند ابداً متعرض این فرع که زن نیز می تواند حکم قرار گیرد نشده اند. از آنجا که تصریح کنندگان بر لزوم مرد بودن دو حکم به مستند فتوای خود اشاره نکرده اند از این رو با فرض مشهور بودن این فتوا و جابریت فتوای مشهور نمی توان ضعف مرسله منقول در فقه الرضا (ع) را به استناد آن جبران نمود. در بعضی منابع اهل سنت در مقام استدلال بر لزوم مرد بودن داوران چنین استدلال شده است که



داوری نیاز به دقت و اظهار نظر در ماهیت امر را دارد و گویی نزد ایشان زنان از چنین ویژگی برخوردار نمی باشند (دادمرزی، ۱۳۹۰، ص ۱۴)

ممکن است گفته شود اگر تحکیم از باب وکالت باشد زن نیز علی القاعده می تواند عهده دار انجام آن شود، زیرا جنسیت در اهلیت قراردادهای به جز نکاح دخالت ندارد و اگر از بابت حکومت باشد چون قضاء و حکومت زن در فقه پذیرفته نشده است لذا زن نمی تواند حکم قرار گیرد حتی از طرف زوجه لکن اشکال این احتمال آن است که ملازمه بین حکومت دانستن ماهیت تحکیم و لزوم اشتراط شرایط قضاوت برای داوران مسلم نیست لذا با آنکه بسیاری فقهای امامیه داوری را نیز از باب تحکیم می داند به حدی که صاحب جواهر - بنا بر ادعای شیخ در مبسوط - آن را اشتهر و مقاضای مذهب معرفی می کند، لکن در عبارت بسیاری از ایشان تصریح شده است که وجود اجتهاد در داوران لازم نیست. یکی از فقهای اهل سنت با تاکید بر اشتراط چنین امری اظهار میدارد حکم حکمی که فقه و اطلاع دقیق از احکام مربوط به نشوز و خیر و شر امور مربوط به زن و شوهر را ندارد باطل می باشد؛ زیرا شرط حکومت هر کسی که عهده دار این منصب در هر کاری میشود آن است که نسبت به آن مورد علم داشته باشد.

بعضی دیگر از فقهای اهل سنت با پیش کشیدن همان تفصیل معروف در مورد تحکیم با توکیل بودن داوری می گویند اگر آن دو را حاکم بدانیم قطعاً باید فقیه باشند ولی اگر آن دو را وکیل از جانب زوجین می دانیم نیازی به این شرایط نبوده و میتوانند از مردم عامی باشند.

با این حال چنین تفصیل و برقراری ملازمه میان حکومتی دانستن داوری و لزوم رعایت تمام شرایط قاضی در داوری نزد فقهای امامیه مسلم دانسته نشده است لذا در لسان بسیاری از فقهای امامیه از این شرط به عنوان بصیر بودن حکمین در کار خود یا الاهتداء الی ماهو القصود من بعثها یاد شده است. به نظر می رسد عمده ترین دلیل بر لزوم وجود این شرایط این باشد که عقل حصول غرض مورد انتظار از بعث حکمین را منوط میداند به قدرت و آگاهی حکمین در انجام مسئولیتی که عهده دار انجام آن شده اند. یعنی اطلاع از مسائل خانوادگی داد مرزی، ۱۳۹۰، ص ۱۶)



۳-۱-۵. امتیاز داور خانوادگی

دادگاه خانواده امتیازهای بسیاری بر محاکم عرفی و دولتی دارد چه افراد فامیل به ریشه سرگردانیها و بیزاریها آشناترند اسرار مردم نیز در این محکمه بیشتر مصون می ماند و هزینه کمتری برای جامعه در بردارد و از تشریفات و اطاله دادرسی در محاکم رسمی به دور است. خانواده کانون احساس و عواطف است و مسائل خانوادگی را نمی توان با امر و نهی و دستورهای خشک و مکتوب فیصله داد، زیرا، صلح و سازشی که در زندگی زناشویی باید حاکم باشد با صلح و همیاری دو شریک و همکار متفاوت است. موافقت در زندگی زناشویی مانند تعامل پدران و مادران با فرزندان است که با گذشت و فداکاری برابر است و به تعبیر استاد مطهری از صلح مسلح کاری ساخته نیست و برابر رهنمود قرآن در صورت امکان، باید مسائل زوجین را از راه گفتگوهای درون فامیلی حل و فسخ کرد.

افزون بر آن زوجین در محکمه عادی برای دفاع از خود ناگزیرند اسرار پنهانی خود را فاش سازند و برون افتادن رازهای خانوادگی احساسات رقیب را جریحه دار و راه را بر سازش دشوار می کند. اصولاً یکی از زمینه های پیدایش شقاق این است که زن یا مرد اسرار خانواده را با نزد نامحرم فاش کند. ولی در این محکمه ویژه ناگفته ها پنهان می ماند و نیازی به گفتن سخنها سر به مهر نیست و اگر لازم باشد گفته شود پی آمدهای سوئی که افشای راز در نزد بیگانه در بردارد در نزد خویشاوند نخواهد داشت. همچنین از آنجا که داوران خویشاوند در سود و زبان آشتی و فراق زوجین شریکند در پایان دادن به این بحران دلسوزتر از بیگانگان اند و همه توان خود را در راه آشتی میان آن دو به کار میگیرند. ولی دیگر داوران در برابر صلح و شقاق افراد بی تفاوتند و ماجرا به هر شکل پایان یابد، برای آنان تفاوتی ندارد.

تأثیر سخن خویشاوند به ویژه اگر از افراد سرشناس و بزرگ فامیل باشد به مراتب از رایزنی با افراد غریبه افزون تر است و نیازی به استدلال ندارد.

فلسفه اینکه در مرتبه اول باید داوران از میان خانواده زن و شوهر برگزیده شوند. این است که نزدیکان مرد و زن از رویدادهای جاری میان آن دو آگاه ترند و نیز علاقه آنها به اصلاح، به دلیل خویشاوندی، بیشتر از



بیگانه است.

افزون بر آن زوجین اسرار دل خود را در نزد خویشاوند بهتر از بیگانه آشکار می کنند و رازهایی را که آماده نیستند به بیگانه بگویند به خویشاوند ابراز میکنند. تجربه نشان داده است که به موازات توسعه جوامع و افزایش نهادهای دادرسی آمار طلاقها افزایش یافته و نگرانیها و دردمندی های خانوادگی دامن گسترانده اند پیشگیری از ایجاد اختلاف و گزینش داوران شایسته و دلسوز از میان افراد خانواده و دادن اختیارات لازم به آنان از دامنه نگرانی ها میکاهد و از گسترش طلاقها جلوگیری و صلح و صفا را در خانواده برقرار میکند. این شعار نیست و گواه آن سیره مسلمان درازای تاریخ است. مسلمانان در همه ادوار از داوران خانوادگی کم و بیش استفاده کرده اند و بهره های خوبی هم برده اند ولی اکنون به دلیل زندگی شهری این مسئله در میان مسلمانان کمرنگ شده است و پی آمدهای ناگواری را هم در پی داشته است.

شهید مطهری در سالهای پیش از انقلاب اسلامی نسبت به گسترش طلاق در جامعه اسلامی ایران ابراز نگرانی کرده است و مردم را به اصل قرآنی حکمیت خانوادگی و مشاوران خانواده توجه داده است و احیای آن را از عوامل کند شدن روند طلاق و جداییها برشمرده است ایشان به نقل از تفسیر المنار در اهمیت حکمین نوشته است:

آنچه عملاً در میان مسلمانان وجود ندارد خود این کار و استفاده از مزایای بی پایان آن (حکمیت خانوادگی است. طلاقها مرتب صورت میگیرد و خلافها و شقاقها در خانه ها راه می یابد، بدون آن که از اصل حکمیت که نص قرآن کریم است کوچکترین استفاده ای بشود تمام نیروی علمای مسلمین صرف بحث و جدل در اطراف وجوب و استحباب این کار شده است... اگر بناست عمل نشود و مردم از مزایای آن استفاده نکنند چه فرقی میکند که واجب باشد یا مستحب (مطهری، ۱۳۹۱، ص ۱۱۹).

۴-۱-۵. قواعد حاکم بر حق الزحمه داوری در نهاد خانواده

در هر موردی که داوران یا یکی از آنان درخواست حق الزحمه داوری نمایند دادگاه حق الزحمه متناسبی



برای وی تعیین و دستور اخذ آن و پرداخت به داور را خواهد داد. حق الزحمه مقرر در وهله اول از شخصی که داور از سوی وی انتخاب با برای وی نصب شده باشد دریافت خواهد شد و چنانچه دادگاه مقتضی بداند دستور وصول آن را بالمناصفه از طرفین یا از متقاضی طلاق خواهد داد (داد مرزی، ۱۳۹۰ ص ۴۳).

۵-۱-۵. قواعد حاکم بر عدم امکان ارجاع اصل طلاق به داوری

مطابق ماده ۶۷۵ قانون مدنی دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق و فسخ نکاح و نسب قابل ارجاع به داوری نیست. منظور از اصل طلاق دعاوی راجع به وجود یا صحت نکاح و طلاق و فسخ نکاح و نسب است. به طور مثال اگر یک طرف مدعی بطلان طلاق به علت عدم رعایت شرایط اساسی آن باشد یا ادعا کند که اصلاً طلاقی واقع نشده است و طرف دیگر منکر آن باشد دعاوی مربوط به اصل طلاق است که نمی توان آن را به داوری ارجاع کرد. دلیل این استثناء نیز مشخص است زیرا فلسفه پیش بینی داوری این است که اختلاف زن و شوهر برای طلاق به سازش و آشتی منجر گردد و در مورد اصل طلاق و نکاح موضوعیتی ندارد (هاشمی، ۱۳۹۰، ص ۴۶).

۵-۲. قواعد حاکم بر ضمانت اجرای مقررات داوری خانواده

مقررات داوری در نهاد خانواده برای آنکه از سوی طرفین اختلاف مورد پذیرش قرار گیرد، نیازمند ضمانت اجرا است به همین دلیل در این قسمت به بررسی ضمانت های اجرایی مقررات داوری در قوانین پیشین و قوانین نوین در این حوزه اشاره خواهیم کرد.

۵-۲-۱. قواعد حاکم بر ضمانت اجرای داوری در قانون حمایت از خانواده

در این قسمت تلاش خواهیم داشت تا به بررسی بحث ضمانت اجرای رای داوری و چالش های مربوط به داشتن ضمانت اجرا و با نداشتن ضمانت اجرای دقیق و موثر بپردازیم گاهی گفته می شود که چون داوری خارج از نظام قضایی انجام میشود تصمیمات و آراء داوری استحکام رای دادگاه را ندارد و بعضاً قضات با دیده تردید به رای داوری مینگرند و به همین لحاظ اجرای آن با دشواریهایی مواجه است و به هر حال به



آسانی اجرای محاکم دادگستری نیست.

پاسخ جامع به این انتقاد محتاج مقایسه بین شیوه داوری و رسیدگی قضایی محاکم است که در جای خود باید بحث شود. در اینجا به همین مقدار بسنده میکنیم که با کمی تامل معلوم میشود که از قضا یکی از امتیازات شیوه داوری در مرحله اجرای آراء داوری است و انتقاداتی که در مورد دشواری های اجرای آراء داوری مطرح می شود بیشتر ناشی از ناآشنایی قضات دادگستری با سازوکار داوری حرفه ای و عدم همکاری بخشی از دستگاه قضایی با نهاد داوری است.

رفع این مشکل محتاج آموزش قضات در مورد اهمیت داوری است. انصاف این است که بخشی دیگر از دشواریهای اجرای رای داوری نیز ناشی از عملکرد بد پاره ای از داور یا داوران و ناآشنایی آنها با موازین حقوق داوری است. اینکه گفته میشود داوری همانقدر خوب و کارآمد است که داوران خوب و کارآمد باشند سخن درستی است زیرا بخش عمده ای از امتیازات داوری و کفایت و مطلوبیت آن برای حل و فصل دعاوی در گرو دانایی تخصص و کفایت و درست عمل کردن کسانی است که به عنوان داور منصوب میشوند (هاشمی، ۱۳۹۰، ص ۴۴)

۲-۲-۵. قواعد حاکم بر اجرای اختیاری رای داور

اصولاً در داوری به مفهوم حقیقی قصد طرفین از مداخله شخص ثالث تحت عنوان داور، تعیین راه حلی الزام آور از سوی او است هر چند که طرفین بعد از اعلام این راه حل بخواهند آن را با توافق کنار نهند. از سوی دیگر راه حل الزام آور باید به منظور حل و فصل اختلاف طرفین باشد. پس تصمیمی که شخص ثالث اتخاذ می نماید و به رای داوری موصوف است باید هر دو وصف مذکور (یعنی الزام آور بودن رای داوری و حل و فصل اختلاف را در بر داشته باشد خدابخشی ۱۳۹۹، ص ۲۶) در این صورت اگر رای داوری موجه و مدلل بوده و موافق با قوانین موجد حق صادر شده باشد معتبر و لازم الاجرا است (مواد ۴۸۲ و ۴۸۹ ق.آ.د.م. حتی اگر داوران اختیار صلح را از سوی طرفین دعوا کسب کرده باشند، بایستی موافق با شرایط مرضی الطرفین دعوا را بر مبنای صلح خاتمه دهند. در این صورت صلح نامه ای که به امضای داوران رسیده است



معتبر و قابل اجرا خواهد بود. ماده ۴۸۳ ق.آ.د.م) (سرخوش، ۱۳۹۷، ص ۱۰۹).

در داوری مورد نظر قانون حمایت از خانواده بحث رای داوری و لازم الاجرائی بودن آن مطرح نیست، چرا که داوران بر مبنای حق صلحی که شرع و قانون به آنان اعطا کرده مساعی خود را تنها برای وقوع سازش بین زوجین به کار برده و از این طریق کدورت و تفریقی که بین آنان حاصل شده است را با توافق آنان برطرف می نمایند ولی حق صدور هیچگونه رای الزام آوری را ندارند (ماده ۲۷ ق ج خ؛ و ماده ۱۴ آیین نامه اجرایی ق.ج.خ).

چنانچه بین زوجین سازش میسر گردد داوران می توانند بر اساس سازش نامه ای که با شرایط مشروع و مورد توافق طرفین تنظیم شده است. نتیجه را به دادگاه اعلام کنند ماده ۴۸۳ ق.آ.د.م). در هر حال داوران پس از بررسی علل بروز اختلاف فیما بین زوجین و مذاکره با آنان در جهت رفع آن به نحو سازش به دادگاه اعلام نظر یا اظهار نظر می نمایند. حال اینکه نظر داوران تا چه اندازه برای طرفین دعوا و دادگاه قابل پذیرش و لازم الاتباع است ماده ۲۷ ق ج خ مقرر داشته است دادگاه در این موارد کلیه موارد درخواست طلاق باید با توجه به نظر داوران رای صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند از این حکم قانونی تنها میتوان لزوم ارجاع دعوای طلاق به داوری و اخذ نظریه آنان را پیش از صدور هرگونه رای استنباط نمود.

به عبارت دیگر لزوم توجه دادگاههای خانواده به نظریه داوران حاکی از لزوم ارجاع دعوای طلاق به داوری مورد بحث است ولی معیاری را برای پذیرش یا رد نظر داوران به دست نمی دهد. برخی از علمای فقه و حقوق معیار اعتبار و لازم الاتباع بودن نظر داوران را بیشتر در حدود اختیارات آنان در بررسی موضوعی که دادگاه به آنان ارجاع داده است می نگرند. بدین شرح که اگر موضوع ارجاع به داوری و اختیارات داوران مطلق باشد داوران صرفاً میتوانند رای به سازش و ادامه زندگی زناشویی دهند به طلاق زیرا مبنای داوری در این نوع دعوا ایجاد صلح و سازش بین زوجین است. چنانچه رای آنان اصلاح بود. نافذ است و اگر جدایی بود باید از زن و شوهر در طلاق اذن بگیرند ولی اگر دادگاه اصلاح و طلاق را به داوران واگذار کند آنان



میتوانند آنچه را که صلاح میدانند عمل نمایند (امام خمینی، ۱۴۰۹ق: ۱۰۵).

اگر در اظهار نظر داوران اختلاف وجود داشته باشد چنانکه یکی به اصلاح و دیگری به جدایی زوجین نظر دهد نظر هیچ یک نافذ نیست و گرنه ترجیح بلا مرجح است و جمع نقیضین لازم می آید. با وجود این رویه برخی از دادگاههای خانواده این است که با برگزاری یک جلسه فوق العاده و دعوت از داوران دلیل و استدلال نظریات متناقض آنان را جویا شده و با توجه به اظهارات زوجین و دلایل موجود در پرونده، ممکن است با توجه به نظر یکی از داوران رای قاطع را صادر کند برخی دیگر، صلاحیت داوران در اصلاح زوجین و جلوگیری از شقاق را منافاتی با اظهار نظر آنان در موضوع دعوا نمی دانند، بلکه معتقدند آنچه از نظر دادگاه قابل توجه و اهمیت است عدم مغایرت و یا مخالفت نظر داوران با قوانین موجد حق است در غیر این صورت تکلیف مقرر در ماده ۲۷ ق ج خ توجه نمودن به نظر داوران در هنگام صدور رای از دادگاه ساقط میگردد (صفایی و امامی، ۱۳۹۵، ص ۲۳۶)

به طور مثال مردان به موجب ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی در امر طلاق مبسوط الید هستند. لذا، نظر داوران به تداوم زندگی در دعوای طلاقی که به خواسته مرد است و او بر طلاق اصرار داشته باشد تأثیری ندارد زیرا دادگاه باید با توجه به قوانین موجد حق به خواسته وی عمل نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۳۵۹)

با توجه به آرای فوق اصولاً دادگاههای خانواده باید حتی المقدور نسبت به اصلاح زوجین اقدام و مانع جدایی آنان شوند. بدین جهت ابتدا تکلیف استماع اظهارات طرفین اختلاف و دادن فرصت دفاع به هر طرف متوجه دادگاه است. در صورت عدم موفقیت در سازش طرفین تکلیف بعدی دادگاه ارجاع موضوع دعوای طلاق به داوری است زیرا از این طریق بیشتر بر ماهیت دعوای طلاق اشراف پیدا کرده و بهتر می تواند در احراز وجود شقاق یا عدم آن تصمیم گیری نماید.

بدین جهت اصولاً اتخاذ تصمیم دادگاه در دعوای طلاق بدون کسب نظریه کتبی داوران شرعاً و قانوناً امکان پذیر نیست.



در این خصوص دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۴۶۴ مورخ ۱۳۹۲/۴/۴ صادره از شعبه ۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران همچنین دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۱۲۴۶ مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۷ صادره از شعبه ۲۴ دادگاه تجدید نظر استان تهران قابل توجه است. ... بر اساس ماده ۲۷ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ دادگاه مکلف است در دعاوی طلاق نظریه داوران منتخب طرفین را کتباً جلب کند و پیوست نماید و نظر به این که دادگاه برخلاف نص ماده قانونی مذکور اقدام قانونی خود را در این جهت انجام نداده بنابراین دادگاه بدوی قبل از صدور قرار ارجاع امر به داوران طرفین و جلب نظر ایشان حق ورود به ماهیت دعوا و صدور روی در آن را نداشته است..... همچنین اهمیت جلب نظر داوران حتی در رسیدگی به دعاوی بذل مدت نکاح موقت در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۰۵۲۳ مورخ ۱۳۹۲/۴/۹ صادره از شعبه ۴۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران قابل ملاحظه است (مجموعه آرای قضایی دادگاه های تجدید نظر استان تهران ۱۳۹۲، ص ۳۵۹).

لذا دادگاههای خانواده با لحاظ جمیع اظهارات طرفین اظهار نظر داوران و دلایل مثبت در پرونده دعاوی طلاق مطابق قانون به ماهیت دعاوی طلاق رسیدگی و رای صادر می نمایند. در این خصوص بخشی از رای شماره ۶۴۴-۸۲ مورخ ۱۳۸۲/۳/۳۱ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه تجدید نظر استان تهران قابل ملاحظه است هیات قضات شعبه ۲۶ دادگاه تجدید نظر استان تهران با برگزاری جلسات دادرسی و بعد از استماع اظهارات طرفین و با توجه به اظهارات داوران طرفین و اینکه زوج نیز اقرار به افراط کاری و تندروی نموده، لذا به نظر دادگاه حتی اگر زوج بنا بر ادعای خود اصلاح هم شده باشد اعمال و رفتار و انکار او اثر سوء خود را بر زوجه گذارده و اتصال و مواسات زوجین به نظر متعذر است. لذا دادگاه با احراز عسر و خرج زوجه ناشی از سوء رفتار و سوء معاشرت زوج به استناد بند شرایط ضمن عقد نکاح و ملاحظه ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی با قبول اعتراض زوجه دادنامه بدوی را در این خصوص نقض و گواهی عدم امکان سازش صادر می نماید.

اصولاً یکی از امتیازات داوری معطوف به اجرای داوری است آنکه بسیاری از آراء داوری به صورت اختیاری اجرا می شود دوم آنکه قانون از اجرای اجباری رای داوری حمایت می کند. اولین ضمانت اجراء آراء داوری داخلی در اجرای کلیه آراهای موجود و قانونی از جمله رای داوری داخلی عدل و انصاف است. در حقوق ایران عدل و انصاف به مفهوم ناشی از وجدان و فطرت آمده و محل قاعده عدل و انصاف



مواردی است که حس برقراری موازنه حقوق در انسان تحریک میشود و حکم عقل و وجدان در چنین صورتی قاعده عدل و انصاف را تشکیل می‌دهد.

به نظر می‌رسد که اولین عامل و ضمانت اجراء هر رأی وجدان و عدالت و انصاف است و جمله مشهور وجدان یگانه محکمه‌ای است که احتیاج به قاضی ندارد اولین ضمانت اجرای درونی اجرای آراء داوری منبعث از عدالت و انصاف است. گفتیم که مهترین ضمانت اجرای آراء داوری اجرای اختیاری رأی است که خود از امتیازات اساسی داوری به شمار می‌رود.

از لحاظ حقوقی توافق و تراضی به داوری متضمن این تعهد ضمنی است که طرفین ملزم به اجرای رأی باشند. در عمل هم چون طرفین با رغبت به داوری مراجعه کرده‌اند معمولاً محکوم علیه رأی را طوعاً اجرا می‌کند و کمتر پیش می‌آید که محکوم له ناگزیر شود برای اجرای رأی داوری به محاکم دادگستری متوسل شود. زیرا از نظر طرفین فرض بر این است که رأی یا تصمیم داور یا داورانی را که خودشان انتخاب و منصوب کرده‌اند یک تصمیم مطلوب و قابل قبول است و دلیلی ندارد که از آن عدول نمایند. اجرای اختیاری رأی داوری به عنوان قاعده هم علت تراضی طرفین در رجوع به داوری است و هم نتیجه رسیدگی یعنی رأی داوری را محترم شمارند و اجرا نمایند. اگر قرار شود پس از انجام داوری و صدور رأی برای اجرای آن به محاکم دادگستری رجوع کنند و موضوع دعوی همچنان ادامه یابد، ارزش ذاتی داوری و فلسفه وجودی آن با سوال مواجه می‌شود برای اجرای اختیاری آراء داوری به ویژه در داوری‌های تجاری علل و موجبات دیگری هم وجود دارد. اولین و مهمترین ضمانت اجرای رأی داوری به صورت اختیاری کیفیت خود رأی داوری است چنانچه پیش از این گفتیم شیوه داوری و رأی داوری همانقدر خوب و کارآمد است که داوران درست انتخاب شده باشند و درست عمل کرده باشند (هاشمی، ۱۳۹۰، ص ۴۵)

وجود مقررات و قوانین داخلی یا کنوانسیون‌های دوجانبه و چند جانبه که در مورد اجرای آراء داوری و ضمانت اجراهایی قانونی انگیزه مهمی در ترغیب طرفین به اجرای اختیاری رأی است.



۳-۲-۵. قواعد حاکم بر اجرای اجباری رای داور

در صورتی که رای دآوری به صورت اختیاری اجرا نشود اجرای اجباری آن مورد حمایت قانون است و از ضمانت اجرای قانونی برخوردار است. اما امتیاز دآوری در مرحله اجرای رای فقط محدود به این نیست که هرگونه رای دآوری فوری و بدون چون و چرا اجرا شود بلکه وجه مهمی از این امتیاز در این واقعیت نهفته است که بتوان جلوی اجرای رای دآوری مخدوش یا رایبی را که آشکارا بر خلاف واقعیات یا قانون صادر شده است گرفت. به عبارت دیگر درست است که در آراء دآوری اصل بر اجرا است و عدم اجرا استثناء است. اما امتیاز دآوری از حیث اجرای رای در صورتی کامل و قابل دفاع است که مبتنی بر نظام متوازن و متعادلی از ضمانت اجرای قانونی برای حفظ هر دو طرف رای محکوم علیه و محکوم له باشد. به نحوی که هم ضمانت اجرای لازم را برای اجرای رای دآوری در اختیار محکوم له قرار دهد و هم برای محکوم علیه یا حتی شخص ثالث این فرصت را ایجاد کند که اگر رای دآوری فاقد ارکان یک رای صحیح و عادلانه است. یا اگر دچار آسیبهای جدی حقوقی و قانونی است مانند رایبی که بر اساس مدارک مجعول یا متقلبانه صادر شده بتواند جلوی اجرای آن را بگیرد.

وجه اول این نظام متعادل اجرای آراء دآوری همان مقررات مربوط به اجرای اجباری احکام است و وجه دوم همان مقررات مربوط به اعتراض به اجرای رای با درخواست ابطال رای است که در قانون معمولاً تحت عنوان موارد رد درخواست اجرای رای دآوری با موارد بطلان رای از آن نام برده می شود. بر خلاف آنچه ممکن است در نگاه اول به نظر رسد که اعتراض به اجرای رای دآوری و امکان ابطال آن از اشکالات شیوه دآوری است و باعث تاخیر در حل و فصل دعوی می شود اتفاقاً وجود مقرراتی در قوانین داخلی یا کنوانسیونهای بین المللی اجازه میدهد جلوی آراء دآوری مخدوش یا نادرست گرفته شود و حتی رای ابطال گردد. مهم ترین امتیاز اسلوب دآوری از حیث اجرای رای دآوری است رای دآوری به طور مطلق و همیشه و در هر حال قابل احترام و لازم الارعایه نیست همچنان که حکم دادگاه همیشه چنین نیست مگر اینکه منطبق با توافق طرفین و نیز منطبق با اصول و موازین دادرسی صحیح و قانونی صادر شده باشد کنترل قضایی رای دآوری در مرحله اجرا مهمترین وسیله برای تضمین سلامت دآوری و قابل اعتماد بودن آن است.



نتیجه گیری

با توجه به اهمیت روز افزون داوری، آشنایی با این نهاد اهمیت ویژه ای دارد. داوری یکی از ریشه دارترین شیوه های حل و فصل دعاوی و اختلافات در میان مردم است که دارای اقسام مختلفی است.

داوری فرایندی است که به موجب آن اختلاف طرفین نسبت به حقوق و تکالیف قانونی خود از طریق قضاوت یک یا چند نفر به جای دادگاه حل و فصل می گردد و تصمیم مزبور لازم الاجراست. امروزه علل و مزایای رجوع به داوری امری انکارناپذیر است، دادرسی در دادگاهها کند بوده و تشریفات دست و پاگیری دارد، اما در داوری سرعت در رسیدگی در کنار اختیار طرفین در تعیین و انتخاب داور، انتخاب آیین رسیدگی، اجتناب از رسیدگی علنی از مزایای داوری است.

داوری از اولین نهادهای حقوقی و قضایی مستقل از حکومت ها در دوران قدیم بوده که شخص بی طرف و غیروابسته به حکومت به سمت داور انتخاب می شده است و داوری عبارت است از فصل اختلاف بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاصی که طرفین یا ثالث آنها را در این جهت انتخاب نموده اند باشند. از این تعریف این گونه استنباط می شود که داوری که به منظور رفع اختلاف به وسیله دادرسی غیر از دادرسی در دادگاه صورت می گیرد و شخص یا اشخاصی می توانند داور را به انتخاب خود مشخص نمایند و البته ثالث هم (که در داوری ممکن است دادگاه یا شخص دیگری که مستقیماً در اختلاف نقش نداشته باشد) حق انتخاب داور را خواهد داشت که به جهت ارجاع اختلاف به داوری طرفین دعوا بایستی با یکدیگر ترتیبی را اتخاذ نمایند که به موافقت نامه داوری موسوم است دارای تعریف خاص و انواع گوناگون و شرایط مشخص می باشد.

داوری اقدام به رسیدگی خارج از محکمه است که طرفین اختلاف می توانند با معرفی فرد یا افرادی به عنوان داور که مورد قبول طرفین می باشد موضوع متنازع فیه را به او ارجاع نمایند از این رو انتخاب داور با توافق طرفین حاصل می گردد و افرادی انتخاب می شوند که مورد اطمینان، اعتماد و احترام طرفین بوده و بهتر آن است که متخصص در امور مورد اختلاف مستحده باشند.



در مواردی، قانون به دلیل پاره ای مصالح، لازم می بیند که دعوی به روش غیر قضایی حل و فصل گردد و در نهایت، اگر تلاشهای داوران به نتیجه سازش منجر نشد، دادگاه مداخله نماید. گاهی، 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.

داوری را نمی توان با یکی از دو نهاد وکالت و قضاوت انتخابی (تحکیم) منطبق کرد و از جهاتی با هر یک از این دو متفاوت است بنابراین باید در پی یافتن مبنایی دیگر در خصوص ماهیت این نوع داوری باشیم.

نکته ای که در اینجا لازم به ذکر می رسد، آن است که داوری در اختلافات خانوادگی را نباید با داوری به موجب قانون آیین دادرسی مدنی که می توان از آن تعبیر به داوری عام کرد، یکی دانست.

داور در اختلافات خانوادگی تنها صلاحیت رسیدگی به اختلافات زوجین را دارد لذا قلمرو رسیدگی داوران محدود به اختلافات زوجین است؛ در حالی که در قانون آیین دادرسی مدنی صلاحیت داوران محدودیتی ندارد و تنها چند مورد خاص (همچون دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق) از حدود صلاحیت آنها خارج شده است و در سایر موارد صلاحیت داوری دارند. (ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه ای عمومی و انقلاب در امور مدنی). به علاوه داورانی که به موجب قانون آیین دادرسی مدنی اقدام به حل اختلاف می کنند، از نظر تعداد باید فرد (طاق) باشند در صورت اختلاف نظر اکثریت ملاک باشد اما در خصوص داوران در اختلافات خانوادگی به موجب ماده ۲۸ قانون حمایت خانواده که آخرین قانون مصوب در زمینه داوری در اختلافات خانوادگی است، هر یک از زوجین باید داوری را از بین اقارب خود با شرایط مندرج در قانون معرفی کنند که با این وصف، تعداد داوران زوج بوده و دو نفر هستند. همینطور در داوری عام، اختیار داور، صدور حکم است و حکم داور مانند رای دادگاه قابلیت اجرایی دارد اما در داوری خاص اختلافات خانوادگی صدور رای از اختیارات دادگاه است و داوران تنها باید نظریه خود را به دادگاه بدهند و دادگاه با توجه به نظر آنها اقدام به صدور رای کند.

بر این اساس می توان گفت داوری در دعاوی خانوادگی که قرآن کریم از آن به حکمیت تعبیر می کند



(برگرفته از تعبیر آیه ۳۵ سوره نساء مبنی بر حکم دانستن داوران) یک نهاد اختصاصی برای اختلافات خانوادگی است که دارای ماهیتی خاص و متفاوت از نهادهای وکالت، قاضی تحکیم یا نهاد داوری مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی است.

اساساً این نهاد با توجه به ماهیت خاص نهاد خانواده و ویژگی‌های آن شکل گرفته و بیش از آن که سعی در فصل خصومت داشته باشد، به منظور ایجاد صلح و سازش بین زوجین ایجاد شده و بر همین مبناست که برخی از آن به محکمه صلح خانوادگی تعبیر کرده‌اند.