

دوفصلنامه بین المللی تحقیقات حقوق قضایی

License Number: 86227 Article Number: YQ2786300285 ISSN-P: 2717-1132

داوری در طلاق

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۷/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۲/۱۲)

دکتر خلیل الله احمدوند^۱

استادیار گروه الهیات، دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران

سپیده جلیلیان

دانشجوی کارشناسی ارشد/فقه و حقوق/الهیات، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران

چکیده

داوری برای حل اختلافات بین زن و شوهر است و از دیرباز مورد استفاده بوده و بیشتر برای جلوگیری از طلاق به کار می رفته است. در اسلام هم ارجاع به داوری برای حل اختلافات بیان شده (آیه ۳۵ سوره نساء). از نظر اسلام داوری در طلاق امر مطلوبی است، به این علت که باعث تاخیر در طلاق می شود و طبق دستور شرع ارجاع به داوری اجباری است این اجبار برای صلح و سازش بین زوجین می باشد. و ماهیت داوری به عنوان ماهیت حقیقی آن نمی باشد. بلکه این افراد به عنوان داور عمل می کنند. در واقع بین طرفین میانجی گری می کنند. با هدف ایجاد صلح و سازش. و به ماهیت دعوای طلاق رسیدگی نمی کنند، فقط نتیجه اقدامات خود را در قالب یک نظریه به دادگاه خانواده اعلام می کنند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

واژگان کلیدی: دعوای طلاق، ماهیت داوری، صلح و سازش، شقاق، دادگاه خانواده

^۱ نویسنده مسئول

مقدمه

داوری روشی است که یک یا چند شخص، یک یا دونفر را برای حل و فصل خصومت بین خود انتخاب می کنند. اکنون می خواهیم بررسی کنیم که اگر از معرفی داور خودداری کردند، به چه شکلی خواهد بود؟ اگر طرفین نزاع داور انتخاب نکنند دادگاه با استناد به تبصره ۲ ماده ۲۸ و ماده ۵ از قانون حمایت خانواده مکلف است رأساً داور را تعیین کند. اکنون می خواهیم در این مقاله، با در نظر گرفتن شرع و قانون داور(قانون حمایت خانواده)، اوصاف و ویژگی های مربوط به داور در طلاق و قصد و اراده طرفین در انتخاب داوران و ورود اشخاص ثالث به عنوان داور در دعوای طلاق، اعتبار رای داور، و اینکه آیا میشود دو داور از غیر خویشاوندان طرفین دعوا باشند، را بررسی می کنیم.

ترجمه و تفسیر سوره نساء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا

ترجمه: و اگر از سر ناسازگاری و اختلاف میان آنان بیم داشتید یک داور از خانواده شوهر و یک داور از خانواده زن برانگیزد، اگر آن دو اصلاح بخواهند خداوند آنان را موفق می دارد؛ به راستی خداوند دانا و آگاه است.

درباره تفسیر آیه نکته ای وجود دارد:

۱- مقصود از خوف شقاق(اختلاف و دشمنی) بیم از استقرار 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 می کند.

۲- در اینکه مخاطب آیه زوجین یا خانواده آنان و یا حکام شرع (قضات هستند) اختلاف است. قول اخیر از حضرت باقر و صادق(ع) روایت شده و اکثر فقهای امامیه آنان را پذیرفته اند. (سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۲۵۷)

بخش اول: شان نزول آیه مربوط به حکمیت(داوری)

شان نزول آیه، مربوط به حکمیت اختلافات خانوادگی است و روایات دیگر دائر بر الصلح خیر(صلح بهتر است) الصلح سیدالاحکام(صلح و سازش سرور همه احکام است) و یا رحم

الله من ترک الجدل(خداوند رحمت کند کسی را که جدال و نزاع را ترک کند) و احادیث و روایات دیگر، که همه و همه نشان دهنده اهمیت حکمیت و داوری در اسلام است. و در موازین اسلامی تشکیل این گونه نهادها و رواج فرهنگ صلح و سازش در هر زمینه ای، موافق عقل سلیم و شارع مقدس است. لذا با عقاید مذهبی ما سازگاری دارد. زیرا حل سریع مرافعات باعث تخلیه فشارهای روحی روانی مردم شده و در نتیجه تامین کننده امنیت ملی و استحکام نظام اسلامی را در پی خواهد داشت. (حسن حمیدیان، حقوق خانواده، ص ۱۳۸)

بخش دوم: تعریف داوری

۱- داوری در لغت به معنای قضاوت، حکمیت، محاکمه، حکومت و حکم است. گفته شده که داور در اصل دادور بوده، به معنای صاحب داد که برای آسانی تکلم دال دوم آن حذف شده است. یکی از صفات خداوند داور بودن است زیرا خداوند در روز جزا در خصوص اعمال بندگان قضاوت می کند. (عبدالحسین شیروی، داوری تجاری بین المللی، ص ۸)

۲- داور در اصطلاح کسی است که برای داوری انتخاب شده است و داوری (یا حکمیت) عبارت است از فصل خصومت (ماده ۶۳۲ ق.آ.د.م) به توسط یک یا چند نفر. موضوع مورد اجاره به داوری اعم است از اینکه قابل طرح در دادگاه های داخلی باشد یا نباشد. (محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۲۸۳)

۳- برخی از حقوقدانان داوری را به اختصار به «فصل خصومت توسط غیرقاضی بدون رعایت تشریفات رسیدگی دعاوی» تعریف کرده اند.

فرایندی است که از طریق آن دعوا یا اختلاف بین ۲ یا چند نفر در خصوص حقوق و تعهدات قانونی آنها به جای ارجاع به دادگاه قانونی، به یک یا چند نفر (هیئت داوران) محول می شود که ب صورت قضایی و از طریق اعمال قانون اختلافات را حل و فصل کنند به نحوی که تصمیم آنها لازم الاجرا باشد. (عبدالحسین شیروی، داوری تجاری بین المللی، ص ۹)

بخش سوم: تعریف طلاق

طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن شوهر، به اذن یا حکم دادگاه همسر دائمی خود را رها می سازد. (ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ص ۲۱۹)

تاریخچه ی شوراهای حل اختلاف در ایران: اولین بار در ایران مسئله داوری در قانون حکمیت اجباری سالهای ۱۳۰۶ و ۱۳۰۷ و ۱۳۰۸، مدنظر قانون گذار قرار گرفته تا آنکه در سال ۱۳۴۴ مربوط به خانه های انصاف مورد تصویب قرار گرفته و در سال ۱۳۴۵ نیز قانون شورای داوری به تصویب رسید.

بعد از انقلاب اسلامی یعنی در سال ۱۳۵۸ با تشکیل دادگاه های حقوقی و کیفری ۱ و ۲ خانه های انصاف و شوراهای داوری منسوخ شد. تا اینکه با تصویب ماده ۱۸۹ قانون برنامه توسعه ی اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، در سال ۱۳۷۹ توسط مجلس شورای اسلامی دوباره این نهاد به شیوه جدید آن احیاء شده است.

طبق ماده ۱۸۹ به منظور کاهش مراجعات مردم به محاکم قضایی و در راستای توسعه ی مشارکت های مردمی، حل و فصل اموری که ماهیت قضایی نداشته و یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار باشند، به شوراهای حل اختلاف واگذار می شوند. (حسن حمیدیان، حقوق خانواده، ص ۱۴۰)

فلسفه ارجاع به دادرسی به این دلیل است که شیوه های حل اختلاف غیرقضایی همواره، موفق و تذکرات اخلاقی و روانشناسانه اش، بیشتر از الزامات سخت قانونی بوده است. (حسنی حمیدیان، حقوق خانواده، ص ۱۹)

صلح و سازش اولین قانون طبیعی خلقت بوده و اولین شکل دادرسی و شوراهای حل اختلاف تشکیل می داند، نهاد داوری در یونان قدیم یک نهاد بسیار مهم محسوب می شد. داوران سوگند یاد می کردند که بر مبنای حق و عدل داوری کنند، فقدان سوگند در داوری موجب ابطال رای داوران می شد.

ارسطو در مورد اهمیت و نقش داوری می گوید: «قاضی قانون را اجرا می کند و داور عدالت را، علاوه بر این داور می تواند خلاء های قانونی را نیز پر کند.» (حسن حمیدیان، حقوق خانواده، ص ۱۳۷)

بخش چهارم: شقاق و داوری

نشوز از طرف زن و شوهر را «شقاق» گویند به گونه ای بیم جدایی رود و در این صورت حاکم دو داور تعیین می کند. (تحریر الروضه فی شرح اللمعه، علیرضا امینی، سید محمدرضا آیینی، ص ۱۳۲)

رای داور-ماهیت داوری: بنابراین نظر مشهور، قرارداد داوری نوعی وکالت است. به موجب این قرارداد، اشخاص به وکلای خود اختیار می دهند که درباره ی اختلافات آنان داوری کنند. رای داور درباره ی طرفین دعوا و قائم مقام آنها نافذ است، ولی این نفوذ ناشی از حاکمیت اراده ایشان است. اگر قبول کنیم که قرارداد در رابطه ی ۲ طرف به منزله قانون و الزام آور است، در موردی که ۲ تن به میل خویش داوری شخصی را گردن می نهند، اطاعت از رای او بر آنان واجب است. (ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی ص ۱۲۹)

بخش پنجم: شرایط داوران

۱- دو داور باید بالغ عاقل و عادل و نسبت به آنچه که به آن ارجاع شده صاحب نظر باشند، ولی مجتهد بودن آنها الزامی نیست. (متون فقه پیشرفته، مهدی صیادی، جواد عرب عامدی، ص ۵۱۶)

۲- الف) مسلمان

ب) آشنایی نسبی به مسائل شرعی، خانوادگی و اجتماعی

ج) حداقل ۴۰ سال تمام

د) متاهل و معتمد

ه) عدم اشتها به فسق و فساد (حقوق خانواده، حسن حمیدیان، ص ۱۷۰)

قابل ذکر است که دیوان عدالت اداری در رای شماره ۳۶ مورخ ۱۳۸۲/۲/۱۳ بند ۳ از ماده ۴ آئین نامه اجرایی بصره یک ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق را که شرط چهل سال برای داوران مقرر داشته بود، ابطال کرده بود. بنابراین داور لازم نبود که دارای چهل سال تمام باشد. حداقل داشتن ۳۰ سال سن کفایت می کند. (سیدحسین امامی، اسدالله امامی، ص ۲۶۰)

در اینکه تعیین داوران واجب است یا مستحب چند نظر وجود دارد:

۱- نظر بهتر، وجوب آن است؛ زیرا عمل بر ظاهر امر در آیه چنین اقتضایی دارد.

دو داور به عنوان تحکیم اند یا توکیل؟

دو داور مزبور می توانند از خویشان زن و شوهر و یا غیر از اینها باشند. آن هم به عنوان تحکیم: نه توکیل؛ زیرا خداوند در آیه، در تعیین داور، حاکمان را مخاطب خود ساخته و آن دو را حکم قرار داده است و اگر این عمل، توکیل بود، هرآینه به زن و شوهر خطاب می

کرد. افزون برآن، دو داور اگر مصلحت را در سازش میان زن و شوهر دیدند، بدون نیاز به اذن آن دو بر این مهم اقدام می کنند و تنها اگر رای به جدایی دادند، انجام آن منوط به اذن ایشان است. (سیدمهدی دادمرزی، ترجمه تحریرالروضه فی شرح ال؟؟؟؟، ص ۴۷۸ و ۴۷۹)

۲- میان علماء اختلاف است، محققین عقیده دارند این کار وظیفه حکومت است و واجب است. شهید ثانی در مسالک صریحاً فتوا می دهد که داوری واجب و ضروری است و وظیفه حکام است که همواره این کار را بکنند. (نظام حقوق زن در اسلام، مرتضی مطهری، ص ۳۳۳)

۳- اگر داوری تنها راه منحصر برای ایجاد صلح و سازش بین زن و شوهر باشد، ارجاع دعوای طلاق به داوری واجب است؛ در غیر این صورت با وجود راه های دیگر برای سازش دلیلی برای لزوم داوری وجود ندارد.

سوال: چرا طبق آیه قرآن کریم گفته شده که یک داور از طرف مرد و یک داور از طرف زن؟ همانطور که قرآن کریم فرموده (و إن خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً من أهله و حکماً من أهلهما) یعنی یک داور از طرف مرد و یک داور از طرف زن تعیین خواهد شد. زیرا بستگان و اقربا به دلیل شناخت از روحيات و خصوصیات اخلاقی فرزندان خود و اینکه در نهایت بار جدایی آنها بر دوش خسته فرزندان خواهد بود، دلسوزی بیشتری برای آینده آنان خواهند داشت. در صورتی که دسترسی به اقربا مقدور نباشد و یا اقرب از پذیرفتن استتکاف کنند هریک از زوجین می توانند داور خود را از بین افراد دیگری که واجد صلاحیت هستند تعیین کنند. و در صورت امتناع و یا عدم توانایی در معرفی داور ظرف ۲۰ روز دادگاه راساً از بین افراد واجد شرایط مبادرت به تعیین داور یا داوران خواهد کرد. (حسن حمیدیان، حقوق خانواده، ص ۱۷۰)

آیا می توان داور را از غیر خانواده زن و شوهر تعیین کرد؟
برخی گفته اند: گزینش داور از غیر خانواده جایز است. زیرا غرض سازش زن و شوهر است. و از این لحاظ فرقی بین عضو خانواده و بیگانه نیست و آیه ارشادی است نه برای وجوب. این قول مشهور بین مفسران و فقهای امامیه است.

البته اگر انتخاب داور از خویشان شخص، متعذر باشد در جواز انتخاب بیگانه، بحث و اشکالی نیست. (سید حسین صفایی، اسدالله امامی، ص ۲۵۸)

سید محمدرشید رضا صاحب تفسیر المنار پس از آنکه رای می دهد که تشکیل حکمیت واجب است، به این اختلاف علمای اسلامی راجع به وجوب و استحباب این کار اشاره می

کند و سپس می گوید: آنچه عملاً در میان مسلمین وجود ندارد خود این کار و استفاده از مزایای بی پایان آن است، طلاق ها مرتب صورت می گیرد و شقاق ها و خلاف ها در خانه ها راه می یابد بدون آنکه از اصل حکمیت که نص قرآن کریم است استفاده ای بشود، تمام نیروی علمای مسلمین صرف بحث و جدل در اطراف وجوب و استحباب این کار شده است. (شهید ثانی راجع به شروطی که داورها به خاطر اصلاح میان زوجین می توانند به زوج تحمیل کنند اینطور می گوید: «مثلاً داوران زوج را ملزم می کنند که زوجه را در فلان شهر یا فلان خانه سکنی دهد، یا اینکه فی المثل مادر خود را یا زن دیگر خود را در خانه او در اتاق جداگانه سکنی ندهد. یا مثلاً مهر زن را که بر ذمه گرفت است نقد بپردازد. یا اگر پولی از زن به قرض گرفته است بپردازد.» (مرتضی مطهری، نظام حقوقی زن در اسلام، ص ۳۳۴))

آیا اجتماع یعنی آن هیئتی که به نام محکمه و غیره نماینده اجتماع است، حق دارد در امر طلاق که از نظر اسلام مغبوض است و منفور است مداخله کند، به این صورت که از تسریع در تصمیم مرد به طلاق جلوگیری کند؟

جواب این است: البته می تواند چنین کاری کند: زیرا همه ی تصمیم هایی که بطلاق گرفته می شود نشانه های مرگ واقعی ازدواج نیست، به عبارت دیگر همه ی تصمیم هایی که درباره ی طلاق گرفته می شود دلیل خاموش شدن کامل شعله محبت مرد و سقوط زن از مقام و موقع طبیعی خود و عدم قابلیت برای نگهداری از زن نیست. غالب تصمیمات در اثر یک عصبانیت و یا غفلت و اشتباه پیدا می شود.

جامعه به هر اندازه و به هر وسیله اقداماتی به عمل آورد که تصمیمات ناشی از عصبانیت و غفلت عمی نشود بجاست و مورد استقبال اسلام است.

ومحاکم به عنوان نمایندگی از اجتماع، می توانند متصدیان دفاتر طلاق را از اقدام به طلاق، تا وقتی که محکمه عدم موفقیت خود را در ایجاد صلح و سازش میان زوجین به اطلاع آنها نرسانده است منع کند.

محاکم کوشش خود را در ایجاد صلح و سازش میان زوجین به عمل می آورند و فقط هنگامی که بر محکمه ثابت شد که امکان صلح و سازش میان زوجین نیست گواهی عدم امکان سازش صادر و به اطلاع صاحبان دفاتر می رساند. (مرتضی مطهری: نظام حقوق زن در اسلام، ص ۳۳۵ و ۳۳۴)

طبق ماده ۲۷ ق.ج.ح.خ در کلیه موارد درخواست طلاق، به استثنای طلاق توافقی، ارجاع امر به داوری از طرف دادگاه الزامی است و دادگاه در این مورد باید با توجه به نظر داوران رأی صادر کند و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند. (سیدحسین صفایی، اسداله امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۳۵۷)

بخش ششم: نحوه رسیدگی داوری

رفتار با طرفین باید به نحو مساوی باشد و به هر کدام از آنان فرصت کافی برای طرح عوا یا دفاع و ارائه دلایل داده شود. (عبدالحسین شیروی، داوری تجاری بین المللی، ص ۳۴۶)

فرق داوری با دادرسی این است که داور اصولاً به وسیله اصحاب دعوا انتخاب می شود و به تعبیر دیگر، داوران اصولاً قضات منتخب اصحاب دعوی هستند، در حالی که دادرسی به وسیله مقامات عمومی منصوب می گردد. به علاوه داور دارای سمت قضایی و مکلف به رعایت تشریفات و آئین دادرسی مدنی نیست. (سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، ص ۲۵۶)

بخش هفتم: تفاوت عقد وکالت و قرارداد داوری

وکیل کسی است که از طرف موکل مامور حفظ منافع خاص اوست و هرچه که می کند به نیابت از جانب او انجام می گیرد. در حالی که، داور در برابر اصحاب دعوا شخصیت مستقل دارد و مامور حقگزاری و داوری است. داور موظف به رعایت غبطه خواهان یا خوانده نیست، باید با بی طرفی کامل در میان دو خصم حکومت کند. در حقیقت وظیفه داور بیشتر از قانون ناشی می شود. (ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، ص ۱۳۰)

در داوران عقل و بلوغ و کاردانی شرط است، بعضی هم اسلام را شرط دانسته اند.

و این قول در مورد اختلاف بین زن و شوهر مسلمان نیکو است ولی در غیر ایشان خالی از اشکال نیست. برخی گفته اند: عدالت و حریت هم در داوران لازم است؛ لیکن صاحب جواهر اشکال می کند به اینکه شرط این صفات در حاکم شرع دلیل اعتبار آن ها در حکم (داور) نیست و می توان آن را منع کرد. (مختصر حقوق خانواده، سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، ص ۲۵۸)

بخش هشتم: آئین دادرسی (جلوگیری از شقاق)

در دعوای طلاق، با اینکه زن و شوهر در باب امکان جدایی اختلاف دارند، دادرسی پایبند به دلایل و مدافعات نیست. و «... تشریفات آئین دادرسی مدنی لازم الرعایه نیست و ترتیب

رسیدگی تابع مقررات شرع خواهد بود.» (ماده ۸ اصلاح شده در ۵۹/۲/۲۴ دادگاه مدنی خاص) با وجود این برای شروع به دادرسی، اصحاب دعوی مستقیماً به دفتر دادگاه دادخواست می دهند و درخواست شفاهی پذیرفته نمی شود.

در تبصره ۲ از ماده ۳ قانون دادگاه مدنی خاص، الزام رجوع به داوری برای جلوگیری از شقاق مخصوص موردی بود که شوهر درخواست کننده طلاق باشد، ولی این نقص را ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق جبران کرده است. در حقوق کنونی ارجاع به داوری الزامی است، خواه درخواست کننده طلاق شوهر باشد یا زن.

پیش از تصویب ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، درباره قلمرو صلاحیت داوران تردیدهایی وجود داشت، ولی تبصره ۲ ماده واحده، نظر داوران منتخب را «گزارش کتبی مبنی بر عدم امکان سازش» تعبیر کرده است و نشان می دهد که تصمیم نهایی درباره ی اذن به طلاق با دادگاه است. (ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ص ۲۳۹)

در فقه نیز داوران از صدور حکم به طلاق منع شده اند. (شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۱۵)

ماده مربوطه: در ماده ۶۷۶ ق.آ.د.م رجوع به داوری اختیاری و منوط به درخواست یکی از دو طرف دعوا است و این حکم در سایر اختلاف های زن و شوهر (مانند سوء رفتار و عدم تمکن نفقه) غیر از طلاق رعایت می شود.

آیا رضای زوجین به داوری و تایید داوران از طرف آنان شرط است یا نه؟

مسئله اختلافی است. با توجه به ظاهر آیه (سوره نساء) و با قبول اینکه خطاب در آیه شریفه متوجه قضا است و عدم اشتراط قوی است.

اکثر فقهای امامیه برآنند که اشخاص برگزیده شده حکم (داور) هستند و در آیه شریفه هم کلمه حکم به کار رفته است و داورانی که از طرف قاضی انتخاب می شوند نیازی به رضایت زوجین ندارند. (سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۲۵۷)

آیا داوران می توانند رای به جمع (ادامه زندگی) یا تفریق (طلاق) بدون اذن زوجین بدهند؟

برخی به استناد اینکه رضای زوجین شرط است و داوران وکیل زن و شوهر هستند به این سوال پاسخ مثبت داده اند. برخی دیگر گفته اند داوران می توانند رای به جمع بدهند نه

تفریق، مگر اینکه از زن در بذل و از شوهر در طلاق، در صورتی که به صورت خلع باشد، اذن بگیرد. این قول مشهور بین فقهای امامیه است. لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص هم ظاهراً این نظریه را پذیرفته بود زیرا در صورت عدم امکان سازش، مقرر شده بود که به شوهر اجازه طلاق داده می شود، که می تواند اقدام به طلاق زن خود کند و این اختیار را به داوران نداده بود.

بعضی دیگر از فقهای امامیه گفته اند: اگر حاکم اصلاح و طلاق را به حکمین واگذار کند آنان می توانند آنچه را که صلاح می دانند اجرا کنند. ولی اگر ارجاع به داوری و اختیار داوران مطلق باشد، تفریق به وسیله آنان مجاز نیست، مگر بعد از اذن گرفتن از زوجین. اگر زوجین اختلاف داشته باشند، چنانکه یکی رای به اصلاح و دیگری رای به طلاق دهد، رای هیچ یک نافذ نیست و گرنه ترجیح بلامرجح و جمع بین نقیضین لازم می آید. (سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۲۵۸)

برابر بند ۸ ماده ۵۸ ق.ج.خ. ماده واحده مزبور و آئین نامه اجرایی آن صریحاً نسخ شده و ماده ۲۸ ق.ج.خ. در زمینه داوری مقرر داشته است: «پس از صدور قرار ارجاع به امر داوری، هریک از زوجین مکلفند ظرف یک هفته از تاریخ ابلاغ، یک نفر از اقارب متاهل خود را که حداقل ۳۰ سال داشته و آشنا به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی باشد، به عنوان داور به دادگاه معرفی کند(البته تشخیص اوصاف و صلاحیت قانونی داورهای منتخب با دادگاهاست). (سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده ص ۲۵۹)

بخش نهم: وظیفه دادگاه و نحوه عمل داوران

پس از معرفی و انتخاب داوران، دادگاه بلافاصله جلسه توجیهی تشکیل و وظیفه داوران را به آنان گوشزد و ارشادات لازم را خواهد کرد و داوران منتخب یا منصوب مکلف هستند با تشکیل حداقل دو جلسه با حضور زوجین در رفع اختلافات و اصلاح ذات البین اهتمام کرده و در نهایت نظر خود را بر امکان یا عدم امکان سازش در مهلت مقرر تعیین شده به دادگاه تسلیم کند. (حسن حمیدیان، حقوق خانواده، ص ۱۷۰)

صلاحیت قانونی داورهای منتخب با دادگاه است و آئین نامه اجرائی آن می بایست توسط وزیر دادگستری تهیه و به تصویب رییس قوه قضائیه برسد. (سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۲۵۹)

در قانون ۱۳۷۱، نحوه عمل حکمین، در صورت به نتیجه نرسیدن مذاکرات و عدم توافق داورها در سازش، مشخص و مقرر گردیده بود که در گزارش حکمین مبنی بر عدم امکان سازش، باید کلیه شروط ضمن عقد نکاح مطالب مندرج در اسناد ازدواج و تکلیف سرپرستی فرزندان و صلاحیت زوجین برای سرپرستی اطفال و چگونگی حل و فصل امور مالی زوجین در نظر گرفته شود و گزارش مزبور باید علاوه بر امضاء حکمین به امضای زن و شوهر نیز برسد.

بخش دهم: اعتبار رای داور

رای داور در صورتی محترم است که در حدود اختیار او و در مدت داوری او صادر شده باشد. همچنین، اگر مفاد رای برخلاف نظم عمومی باشد، برطبق قواعد کلی باطل است.

ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی در این باره مقرر می دارد:

رای داور در موارد زیر باطل است و قابلیت اجرایی ندارد: (اعتراض به رای داور)

۱- رای صادره مخالف، قوانین موجد حق باشد.

۲- داور نسبت به مطلبی که موضوع داوری نبوده رای صادر کرده است.

۳- داور خارج از حدود و اختیارات خود رای صادر نموده باشد. در این صورت، فقط آن قسمت از رای که خارج از اختیارات داور است ابطال می گردد.

۴- رای داور پس از انقضای مدت داوری صادر و تسلیم شده باشد.

۵- رای داور با آنچه که در دفاتر املاک یا بین اصحاب دعوا در دفتر اسناد رسمی ثبت شده و دارای اعتبار قانونی است، مخالف باشد.

۶- رای به وسیله داورانی صادر شده که مجاز به صدور رای نبوده اند.

۷- قرارداد رجوع به داوری بی اعتبار بوده باشد.

در این موارد، هریک از طرفین می توانند از دادگاهی که دعوا را به داوری ارجاع کرده، یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، حکم به بطلان رای دارو را بخواهد و دادگاه نیز اگر تقاضا را موجه و رای را باطل بیابد حکم به بطلان آن می دهد. (ناصر

کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی خاص ۱۳۱)

آیا رای داور عمل قضایی است؟

رای داور عمل قضایی نیست، زیرا از طرف شخصی اعمال می شود که سمت عمومی ندارد.

همچنان که نظر داور به خودی خود قدرت اجرایی ندارد. پس، سخن گفتن از اعتبار آن بیهوده است.

این دستور دادگاه و نظر قاضی عمومی است که به آن قدرت اجرایی می بخشد و رای از اعتبار امر قضاوت شده بهره مند می سازد.

بی گمان عملی می تواند جنبه ث قضایی داشته باشد که مامور عمومی در انجام دادن آن دخالت کند.

همچنین مسلم است که اقتدار داو ناشی از توافق دو طرف دعواست. به همین جهت «هرگاه طرفین» رای داور را به اتفاق به طور کلی و یا قسمتی از آن را رد کنند، آن رای در قسمت مردود بلاثر خواهد بود.» (م ۴۶۸ ق.آ.د.م) ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، ص ۱۳۰)

در ماده ۸ آئین نامه سابق، حق الزحمه داوران و نحوه وصول و پرداخت آن پیش بینی شده بود.

بر طبق این ماده: در هر موردی 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. حق الزحمه مقرر در وهله اول از شخصی که داور از سوی وی انتخاب و یا برای وی نصب شده است، دریافت خواهد شد و چنانچه دادگاه مقتضی بداند دستور وصول آن را بالمنصفانه از طرفین و یا از متقاضی طلاق خواهد داد. (سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۲۶۰)

بخش یازدهم: رای دادگاه و گواهی عدم امکان سازش

در قانون حمایت خانواده اعتبار گواهی عدم امکان سازش محدود به مدت ۳ ماه بود. (ق.ح.خ.م. ۲۰) و پس از آن نفوذ خود را از دست می داد. ولی در قانون مدنی (ماده ۱۱۳۰ اصلاح شده) و لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص و قانون اصلاح مقررات طلاق مدتی برای پایان اعتبار اذن یا حکم دادگاه پیش بینی نشده است. بنابراین، احتمال دارد شوهر اذن دادگاه را در طلاق زن تحصیل کند لیکن آن را اجرا نکند و این امتیاز را وسیله فشار و تهدید بر او سازد و هم چنین زن نیز ممکن است حکم اجبار شوهر به طلاق را وسیله همین گونه سو استفاده ها قرار دهد و کانون خانوادگی را در حال تزلزل نگاه دارد.

رویه قضایی بایستی به گونه ای از این نتیجه پرهیز کند و غفلت نویسندگان قانون را جبران سازد.

۱- اذنی که پس از پایان داوری می دهند ویژه همان شقاقی است که بنیان خانواده را تهدید می کند. اگر درخواست کننده از اختیار طلاق استفاده نکند و زن و شوهر دوباره به الفت گرایند و زندگی مشترک را ادامه دهند، بایستی گفت موضوع اذن از بین رفته و اختیار ناشی از آن پایان یافته است.

پس هرگاه شقاقی، دوباره الفتی را ایجاد شده تهدید کند و شوهر خواستار طلاق باشد، باید به دادگاه رجوع کند و پس از تلاش داوران در رفع نثار کنونی، اذن جدید برای طلاق بگیرد. (ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ص ۲۴۱ و ۲۴۰)

بخش دوازدهم: شکل و محتوای رای

- ۱- رای باید به صورت کتبی باشد و به امضای داور یا داوران برسد.
- ۲- کلیه دلایلی که رای به آنها مبتنی است، باید در متن رای آورده شود، مگر اینکه طریقین توافق کرده باشند که دلایل رای ذکر نشود.
- ۳- رای باید حاوی تاریخ و محل داوری باشد.
- ۴- پس از امضای آنها (رای) رونوشت رای باید به هریک از طرفین ابلاغ شود. (عبدالحسین شیروی، داوری تجاری بین المللی، ص ۳۵۰)

بخش سیزدهم: اصل استقلال و بی طرفی داوران

یکی دیگر از اصول و ضوابط داوری حقیقی، اصل استقلال و بی طرفی داوران نسبت به طرفین اختلاف است. «بی طرفی داور» مستلزم این است که او نفع شخصی در منتفع شدن یک طرف دعوا یا رفتار تبعیض آمیز به نفع او نداشته باشد؛ چون طرفداری داور مانع از قضاوت عادلانه وی خواهد شد. این اصل ایجاب می کند داور هرگونه رابطه ی موثر و با اهمیتی که با یک طرف دعوا داشته یا دارد و ممکن است بر بی طرفی او تاثیر گذارد را هنگام انتخاب و قبول داوری برطرف دیگر افشا نماید.

«استقلال داور نیز» مستلزم عدم وجود رابطه نسبی یا سببی یا عدم وجود ارتباط کاری یا استخدامی بین داور و فرد منتخب اوست.

داور مکلف است در هنگام اتخاذ رای تنها قانون وجدان خود را بر اعمال خود حاکم کند و توجهی به خواسته ها و نظرات دیگران از جمله فردی که او را انتخاب کرده، نداشته باشد. همچنین از زمان انتصاب و در طول جریان داوری تا صدور رای هرگونه اوضاع و احوالی که منجر به بروز تردیدهایی موجهی در مورد عدم استقلال او شود را بایستی آشکار نماید؛ بنابراین، نقض هریک از اصول استقلال و بی طرفی داور، موجب جرح او و ابطال رای داور خواهد شد. (جواد سرخوش، سهیلا دیباfer، ماهیت داوری در طلاق، ص ۱۰۶)

بر خلاف داوری حقیقی که وجود رابطه نسبی و سببی بین داور و طرف او ممکن است شائبه عدم استقلال و بی طرفی ایجاد کند، شارع بر رابطه فامیلی داوران با طرفین اختلاف تاکید دارد و آنان را نسبت به اشخاص دیگر مقدم داشته است زیرا اولاً داوران به جهت آن رابطه و احوال و روحیات و شیوه زندگی زوجین آشنایی بیشتری داشته و با جدیت تمام برای رفع کدورت و اصلاح آنان اقدام خواهند کرد. ثانیاً در داوری حقیقی، داوران به قضاوت می پردازند و بر اساس قواعد حقوقی رای صادر می نمایند؛ پس باید مستقل از طرفین اختلاف بوده و بی طرفانه رسیدگی و قضاوت کنند. برعکس، در داوری برای دعوای طلاق داوران به منظور صدور رای قضایی به حل و فصل اختلافات بین زوجین نمی پردازند، بلکه با هدف اصلاح آنان وارد عمل می شوند و ممکن است در روند بررسی اختلافات و ارائه راهکار جهت ایجاد صلح و سازش، هر داور از منافع و حقوق طرف خود جانبداری نماید. لیکن اگر این جانبداری بیجا و بر اساس تعصب و مغرضانه باشد، به نظر می رسد تدبیر مورد نظر شارع (جلوگیری از شقاق) محقق نشده و اجرای داوری را بیهوده خواهد ساخت. بدین جهت، آن است که داوران زوجین، نیت خود را از هرگونه تعصب و طرفداری بیجا خالص کنند و هدف آنان تنها اصلاح ذات البین باشد. به بیان دیگر، رعایت اصول حسن نیت و بی طرفی برای صلح و سازش در دعوای طلاق بر داوران زوجین نیز لازم است که اگر چنین باشد، خدای تعالی آنان را در کار خود موفق می گرداند، همچنین که بخشی از آیه سوره نساء (۳۵) به این معنا اشاره دارد. (موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، ج ۴، ص ۱۰۵)

بخش چهاردهم: ختم رسیدگی

رسیدگی داور با صدور رای نهایی یا به موجب دستور داور در موارد زیر خاتمه می یابد:

- ۱- استرداد دعوا توسط خواهان مگر اینکه خوانده بدان اعتراض نماید و داور برای وی منافع قانونی و موجهی در حل و فصل نهایی اختلافات احراز نماید.
- ۲- عدم امکان و یا عدم لزوم ادامه رسیدگی به دلیل دیگر به تشخیص داور.
- ۳- توافق طرفین در ختم رسیدگی. (عبدالحسین شیروی، داوری تجاری بین المللی، ص ۳۵۰)

نتیجه گیری

در حقوق امروز هرگاه شوهر بخواهد زن خود را طلاق دهد باید به دادگاه خانواده مراجعه کند اگر اختلاف به وجود آمده بین آنها از طریق دادگاه حل نشد، رسیدگی آن به داوری ارجاع می شود (البته جز در مورد طلاق توافقی) در صورتی که زوجین نتوانند داور انتخاب کنند، دادگاه راساً از بین افراد واجد شرایط داوران را انتخاب می کند. ارجاع بر داوری فقط خاص طلاق نیست بلکه در جائیکه اختلاف و ناسازگاری بین زن و شوهر وجود دارد ممکن است به داوری ارجاع داده شوند. و داوران مکلفند سعی کنند که زوجین را اصلاح کنند و در صورتی که تلاش آنها برای ایجاد صلح بین زوجین بی نتیجه ماند، باید رای خود را مبنی بر عدم امکان سازش بدهند. ارجاع به داوری فقط مختص به درخواست طلاق از طرف مرد نمی باشد، در صورتی هم که زن خواستار جدایی از شوهر خود باشد بازهم ارجاع به داوری لازم است. راجع به اینکه آیا تشکیل حکمیت واجب است یا مستحب میان علماء اختلاف بوده، محققین عقیده دارند این کار واجب است و وظیفه حکومت است. شهیدثانی در مسالک صریحاً فتوا می دهد که داوری واجب و ضروری است. و ۲ داور باید از خویشان زن و شوهر باشند بنا بر نص قرآن کریم آیه ۳۵ سوره نساء و اگر دسترسی به اقربا مقدور نباشد و یا اقارب از پذیرفتن داوری استنکاف کنند هریک از زوجین می توانند داور خود را از بین افراد دیگری که واجد صلاحیت هستند تعیین و معرفی کنند. زیرا غرض سازش زن و شوهر است و از این لحاظ فرقی بین عضو خانواده و بیگانه نیست و آیه ارشادی است نه برای وجوب، این قول مشهور بین مفسران و فقهای امامیه است.

در پاسخ به این سوال که آیا داوران می توانند رای به جمع (ادامه رندگی) یا تفریق (طلاق) بدهند؟

برخی گفته اند داوران می توانند رای به جمع بدهند نه تفریق مگر اینکه از زن در بذل و از شوهر در طلاق، در صورتی که به صورت خلع باشد اذن بگیرد، این قول مشهور بین فقهای امامیه بود.

و در ماده ۸ آئین نامه سابق حق الزحمه داوران در وهله اول از شخصی که داور از سوی وی انتخاب شده است و دریافت خواهد شد و اگر دادگاه لازم بداند از طرفین و یا از متقاضی طلاق خواهد گرفت.

درباره قلمرو صلاحیت داوران تردیدهایی وجود داشت ولی تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و نظر داوران منتخب را «گزارش کتبی مبنی بر عدم امکان سازش» تعبیر کرده و تصمیم نهایی درباره اذن به طلاق با دادگاه می باشد. و در فقه هم داوران از صدور حکم به طلاق منع شده اند. رای داور عمل قضایی نیست زیرا داور سمت عمومی ندارد. و نظرش به خودی خود قدرت اجرایی ندارد.

با بررسی ویژگی ها و تعریف داوری در قانون حمایت خانواده، ماهیت واقعی داوری به مفهوم حقیقی نیست؛ و فقط برای ایجاد صلح به میانجی گری می پردازند.

در نتیجه دادگاه خانواده باید نسبت به اصلاح زوجین اقدام و مانع جدایی آنان شود. در ابتدا دادگاه باید اظهارات طرفین را استماع کند و به هر ۲ طرف فرصت کافی برای دفاع بدهد. و هراقدامی که سبب تاخیر در تصمیم بطلاق شود، از نظر اسلام عمل صحیحی و مطلوبی است.

منابع و مأخذ

- قرآن کریم، سوره نساء، آیه ۳۵
- امینی، علیرضا و آیتی، محمدرضا، تحریر الروضه فی شرح اللمعه (تهران، سمت، ۱۳۸۷)
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، (تهران؛ گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۲)
- حمیدیان، حسن، حقوق خانواده، (تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۰)
- دادمرزی، سیدمهدی، فقه استدلالی، (ترجمه تحریرالروضه فی شرح؟؟؟؟)، (قم: طه، ۱۳۹۲)
- سرخوش، جواد، دیباچه، سهیلا، مقاله ماهیت داوری در طلاق (سال ششم، شماره ۲۳، ۱۳۹۷)
- شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین المللی، (تهران: انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۹۱)
- صفایی، سیدحسین، و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده (تهران: نشر میدان، ۱۳۹۶)
- عاملی (شهیدثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام الی تنقیح شرایع الاسلام (قم: انتشارات معارف ۱۴۱۳)
- کاتوزیان، امیر ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعاوی مدنی (تهران: میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۳)
- کاتوزیان، امیر ناصر، دوره مقدماتی حقوق خانواده، (تهران: میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۹)
- موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، (قم: موسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول)
- مطهری، مرتضی، نظام حقوقی زن در اسلام، (تهران: انتشارات صدرا، چاپ دهم، ۱۳۷۰)
- هدایت نیا، فرج الله، داوری اجباری در دعاوی خانوادگی، (تهران، مجله قرآن، فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۸۴)