

## جستاری تازه در ماهیت نهاد داوری از منظر فقه خانواده<sup>۱</sup>

دکتر محمد رسایی<sup>۲</sup>

دکتر راضیه یعقوبی گلوردی<sup>۳</sup>

دکتر محمدتقی طبرسا<sup>۴</sup>

### چکیده

استفاده از نهاد داوری در حل اختلافات زناشویی ریشه در عرف و آموزه‌های دین اسلام دارد. شارع مقدس ذیل آیه ۳۵ سوره نساء، این شیوه حل اختلاف را مورد تأیید قرار می‌دهد. ماهیت این نهاد، متمایز از ماهیت نهادهای قضایی و شبه قضایی حل اختلاف است، لذا در واقع نهادی صلح بنیاد است که با هم‌اندیشی خویشاوندان دلسوز، باتدبیر و مورداعتماد با حضور زوجین، جهت ریشه‌یابی و حل مشکلات با هدف سازش و به دور از دخالت مستقیم مراجع قضایی تشکیل می‌شود و از این جهت به نهادهای فرهنگی-اجتماعی نزدیک است. در طول جریان داوری ضمن آنکه سعی می‌شود از حقوق زوجین حمایت شود، حفظ مصالح خانواده در اولویت قرار می‌گیرد و از اخلاق مداری به جای قانون سالاری استفاده می‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** نهادداوری، ماهیت، حکمیت، شقاق

<sup>۱</sup> - تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۲/۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۳/۲۹

<sup>۲</sup> - استادیار دانشگاه شهید مطهری تهران.

<sup>۳</sup> - دانشجوی دکتری دانشگاه آزاد قم، مدرس دانشگاه فرهنگیان قم.

<sup>۴</sup> - مدرس مرکز علمی- کاربردی دادگستری قم. tabarsa۶۵@gmail.com

## مقدمه

خانواده مهم ترین نهاد اجتماعی است که در رشد و پیشرفت هر کشور، نقش منحصر به فردی را دارد؛ لذا مباحث حوزه «خانواده» از دیرباز مورد توجه اندیشمندان و سیاستمداران در نقاط مختلف دنیا بوده است. در آموزه‌های دین مقدس اسلام نیز برای ازدواج و حفظ این بنای مقدس اهمیّت زیادی قائل شده است، تا آن جا که روایت نبوی طلاق را حلالی می‌داند که عرش خدا را به لرزه می‌افکند و آیاتی چون آیه ۱۲۸ سوره نساء زوجین را به صلح و سازش فرا می‌خواند. از سویی در دین اسلام، صلح و تسالم، جایگاه ویژه‌ای دارد تا آنجا که حتی در کتب فقهی بایی تحت عنوان صلح وجود دارد که از آن به عنوان عقدی مستقل یاد می‌شود. در مباحث مربوط به دعاوی زناشویی نیز به دلیل حساسیت موضوع، استفاده از ساز و کار صلح از سوی شارع پیشنهاد می‌شود، البته ذکر این نکته خالی از لطف نیست که استفاده از حکمیت در حل دعاوی زناشویی به ویژه در فرهنگ کشور های شرقی ریشه در عرف این جوامع داشته و در واقع این همان شیوه حل منازعات با پا در میانی ریش سپیدان است که شارع آنرا امضا کرده و با اضافه شدن قیود و شروطی، اعتبار شرعی و قانونی پیدا کرده است. قانونگذار ما از گذشته تاکنون سعی فراوانی مبذول داشته تا با توجه به مفاد آیه ۳۵ سوره نساء استفاده از نهاد داوری را در دستور کار خود قرار دهد؛ اما متأسفانه در هیچ دوره‌ای شاهد نهاد داوری کارآمد در دستگاه قضایی نبوده‌ایم و عملاً داوری در دعاوی طلاق، تبدیل به قانونی، تشریفاتی و اجباری شده است که جز اطلاع دادرسی، هدر رفت وقت و هزینه، نتیجه دیگری برای اصحاب دعا و دستگاه قضایی در پی نداشته است. ریشه این ناکار آمدی را باید در فقدان نگرشی صحیح، به ماهیت نهاد داوری در فقه اسلامی جستجو کرد، به طوری که نظرات قدما در این مسأله، از گذشته تاکنون نه فقط مورد پذیرش و تأیید فقهای متأخر و معاصر قرار گرفته، بلکه به سبب ارتباط تنگاتنگ میان فقه و حقوق موضوعه ایران وارد حوزه حقوق خانواده شده و در نهایت قوانینی الزام آور، مبتنی بر آن دیدگاه به تصویب رسیده است. حال،

با توجه به تمایل شارع مقدس بر استفاده از روش‌های حل اختلاف صلح محور به خصوص در دعاوی زناشویی و ناکارآمدی فعلی این نهاد در دستگاه قضایی کشور همچنین، اهمیت حفظ بنیان خانواده و آمار بالای ازدواج‌هایی که به طلاق‌های زود هنگام ختم می‌شود، ضرورت دارد این شیوه حل اختلاف مورد واکاوی قرار گیرد تا با تبیین صحیح ماهیت این نهاد از منظر فقه و حقوق اسلامی، جایگاه و کارکرد واقعی آن مشخص و احیا شود.

### سؤال اصلی پژوهش

ماهیت نهاد داوری در فقه خانواده چیست؟

### فرضیه اصلی

نهاد داوری در فقه ماهیتی متمایز و غیر قضایی دارد.

### پیشینه پژوهش

باتوجه به اینکه در فقه و حقوق اسلامی، ماهیت این نهاد با قضاوت تحکیم مطابقت داده شده، در کتب فقهی و حتی بیشتر آثار حقوقی حوزه خانواده، ماهیت مستقلی برای آن تبیین نشده است. فقهای قدیم در کتب خود ذیل باب شقاق به مسأله حکمیت پرداخته اند، صاحب جواهر در جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۰۹ می‌نویسد: «فإذا كان النشوز منهما و خشى الشقاق بينهما بعث الحاكم حكما من أهل الزوج و آخر من أهل المرأة ... هنگامی که زوجین نشوز نمایند و ترس از وقوع شقاق میان آن دو احساس شود، حاکم اقدام به بعث حکمی از خویشاوندان زوج و زوجه می‌نماید» در میان پژوهشگران معاصر، کتاب داوری در حقوق خانواده نوشته دکتر فرج الله هدایت نیا اثر ارزشمندی است که به زوایای مختلف نهاد داوری در حقوق خانواده پرداخته است، ایشان در کتاب خود، برای این نهاد ماهیتی متمایز قائل شده‌اند: «به نظر می‌رسد که نهاد داوری در دعاوی خانوادگی، یک نهاد ویژه با ماهیتی مستقل و متمایز

از تحکیم وکالت باشد...» (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ۹۰) با این وجود ارکان و ویژگی‌های اختصاصی این نهاد به طور مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است.

### مبحث نخست - مفهوم شناسی داوری

از آنجا که داور و داوری از مهمترین کلید واژه‌های موضوع نهاد داوری در حقوق خانواده است، آشنایی مختصر با تعاریف لغوی و اصطلاحی آنها ضرورت میابد.

#### الف- تعریف لغوی

داور در لغت بر وزن خاور، واژه‌ای فارسی است که دراصل داور بر وزن دادگر بوده است و به مرور ایام، جهت رعایت فصاحت کلام و سهولت در تلفظ، تخفیف داده شده، دال آن حذف گردیده است (دهخدا، ۱۳۳۸، ج ۲، ص ۲۳)؛ همچنین، داور یکی از نام‌های خداوند تعالی است و به قاضی، پادشاه، حاکم عادل، کسی که میان مردم فصل دعوی می‌نماید، انصاف دهنده، حاکم شرع یا عرف نیز گفته می‌شود. (معین، ۱۳۶۰، ج ۲، ص ۱۲۸).

#### ب- تعریف در فقه

در بیشتر کتب فقهی، موضوع نهاد داوری، ذیل مباحث مربوط به شقاق آورده شده است هرچند هیچ یک به صورت اختصاصی، تعریفی از این نهاد ارائه نداده‌اند، اما از مطالعه مباحث مربوط به داوری، چنین به دست می‌آید، که مراد فقها از حکمیت، انتخاب دو داور از میان خویشاوندان زوجین یا افراد دارای صلاحیت (در صورت ترس از وقوع شقاق) و ارجاع زوجین، نزد داوران می‌باشد. صاحب جواهر پس از تعریف واژه شقاق می‌نویسد: «... فإذا كان النشوز منهما و خشي الشقاق بينهما بعث الحاكم حكما من أهل الزوج و آخر من أهل المرأة...» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۲۰۹).... پس اگر نشوز از سوی هردو (زن و شوهر) صورت پذیرد و ترس از وقوع شقاق، وجود داشته

باشد، حاکم موظف است یک داور از میان اقوام شوهر و یک داور از میان خویشان زن برگزیند.

### مبحث دوم - نظریات فقها در ماهیت نهاد داوری

در مورد ماهیت نهاد داوری در فقه، دو نظر وجود دارد؛ مشهور فقها، نهاد داوری را نوعی قضاوت تحکیم می‌دانند، نظریه دیگر، ماهیت وکالت برای نهاد داوری است که در کتب فقهی مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

#### الف - نظریه قضاوت تحکیم

در بیشتر آثار فقهی، ماهیت داوری در پاسخ به این سؤال مورد بررسی قرار گرفته است که «بعث حکم به نحو تحکیم است یا وکالت؟» این شباهت کلام فقها در طرح مسأله حکمیت، چنین به ذهن متبادر می‌نماید که از نگاه مشهور فقها، برای نهاد حکمیت در دعاوی خانوادگی ماهیتی غیر از قضاوت تحکیم و یا وکالت تصور نشده است، که بیشتر آنان، نظریه تحکیم را پذیرفته‌اند، صاحب جواهر ضمن اشاره به این دو نظر، نظریه تحکیم را با اقتضای ظاهر ادله کتاب و سنت سازگار دانسته و با رأی مشهور فقها مطابقت داده است: «هل بعثهما علی سبیل التحکیم أو التوکیل قولان إلا أن الأظهر منهما والأشهر بل المشهور... أنه تحکیم لأنه مقتضى تسميتهما حکمین فی الکتاب و السنه» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۲۱۴)؛ برخی نیز گفته‌اند: «والأكثر علی کونه تحکیماً» (شهید ثانی، ج ۸، ۳۶۷)؛ کم‌ترین اثر پذیرش این نظر این است که همه چالش‌ها و سؤالاتی که در مورد قاضی تحکیم و اعتبار آن مطرح می‌گردد به بحث حکمیت در دعاوی خانوادگی نیز سرایت نماید؛ به علاوه، نتیجه نظریه «قضاوت تحکیم» این است که شارع مقدس در بحث نهاد داوری در دعاوی خانوادگی در مقام ایجاد یک نهاد ویژه برای حل منازعات خانوادگی نبوده است، بلکه حکمیت در نهاد داوری نیز شاخه‌ای از قضاوت تحکیم و نوعی قضاوت خصوصی بوده و نهاد داوری نهادی قضایی یا شبه قضایی است، لذا بسیاری از شرایطی که در قاضی تحکیم معتبر دانسته

شده، باید در حکمین نیز معتبر دانسته شود. چنانچه فقها نیز به آن اشاره داشته‌اند، از آنجا که ادله ارجحیت قضاوت تحکیم در کلام فقها ضمن نقد نظریه وکالت مطرح شده، در ادامه به دلایل رجحان قضاوت تحکیم و اشکالات نظریه وکالت با هم اشاره می‌شود.

### ب- نظریه وکالت

بر اساس این نظریه؛ داوران در حقیقت وکلای زوجین هستند که از طرف آنها برای حل اختلاف، اجازه داوری خواهند داشت. ظاهراً مطرح کننده این نظریه در فقه، قاضی ابن برّاج است که در کتاب «الکامل» خود آن را آورده اما در کتاب المذهب از نظر خود عدول نموده و مطابق مشهور، نظریه قضاوت انتخابی را بر می‌گزیند: «ذکرنا فی کتابنا «الکامل فی الفقه» فی هذا الموضوع، انه علی طریق التوکیل، و الصحیح انه علی طریق الحکم» (ابن برّاج، ۱۴۰۶، ج ۲، ۲۶۶). علی رغم اینکه در فقه امامیه نظریه وکالت تنها یک قائل داشته و ایشان نیز در کتاب دیگر خود به صراحت از این نظر عدول نموده‌اند (ابن برّاج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۶۶). فقها تمایل به بررسی ابعاد این احتمال داشته‌اند تا با نقد و رد نظریه وکالت، نظریه قضاوت تحکیم را قوت بخشند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ۳۳۹)؛ چنانچه، فاضل مقداد در کنزالعرفان، صاحب حدائق الناضره، شهیدثانی در مسالک، سبزواری در مذهب الاحکام و بسیاری دیگر از فقها نیز همین رویه را برگزیده‌اند.

بیشتر دلایل رد نظریه وکالت و تقویت نظریه تحکیم به نوعی مستفاد از آیه ۳۵ سوره نساء می‌باشد؛ از جمله ظاهر آیه شریفه که امر به بعث حکم نموده لذا فرموده: «فابعثوا حکماً» و اگر مقصود شارع انتخاب وکیل برای زوجین بود باید می‌فرمود: فابعثوا وکیلاً (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ۴۱۶) دلیل دیگر اینکه مخاطب حکمیت در آیه شریفه زوجین نیستند، بلکه بنا به نظر مشهور، مخاطب بعث حاکم است و اگر مقصود شارع، بعث وکیل از سوی زوجین بود، می‌فرمود: فابعثوا وکیلاً (حلی، ۱۴۲۵، ج ۲، ۲۱۳) همچنین اگر داوران وکلای زوجین باشند ملزم هستند از حدود اختیاراتی که زوجین به آنان داده‌اند تجاوز ننمایند (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۲۷۱)، لذا هم در حکم به وفاق هم در

طلاق نیاز به اجازه زوجین خواهند داشت؛ در حالیکه مستفاد از روایات، داوران تنها برای حکم به طلاق به اجازه زوجین نیاز دارند. (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۶۲۷-۶۲۹). از طرفی داوران در حکمیت ملزم به رعایت مصالح طرف خود نمی‌باشند بلکه وظیفه دارند مصالح خانواده و هر دو طرف را در نظر بگیرند و در جهت ایجاد وفاق تلاش نمایند؛ در حالی که وکیل لازم است مصلحت موکل خود را مقدم بدارد. (هدایت نیا، ۱۳۸۷، ۸۹) به علاوه باید در همه موارد، تابع مقررات و شرایط وکالت باشد. (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ۲۶۶)

### مبحث سوم - نظریه سوم؛ ماهیت متمایز نهاد داوری در فقه

از آنجا که کارآمدی و چگونگی بهره‌مندی از این نهاد حل اختلافات خانوادگی تا حدود زیادی به تبیین صحیح ماهیت این نهاد بستگی خواهد داشت، ضرورت دارد این فرضیه مورد بررسی قرار گیرد که نهاد داوری از منظر شارع مقدس، چیزی غیر از وکالت و تحکیم است، به طوری که می‌توان ارکان و ویژگی‌هایی انحصاری و اختصاصی برای آن در نظر گرفت، چنانچه برخی از نویسندگان نیز بر این امکان اشاراتی داشته‌اند. (هدایت نیا، ۱۳۸۷، ۹۰)

### الف - تفاوت نهاد قضاوت تحکیم با نهاد داوری در دعاوی خانوادگی

با توجه به اینکه مشهور فقها نظریه قضاوت تحکیم را در باب نهاد داوری پذیرفته‌اند و نظریه وکالت در باب ماهیت یک قائل بیشتر نداشته که آن هم از نظر خود عدول نموده است، از ذکر مطالب اضافی اجتناب کرده و تفاوت نهاد قضاوت تحکیم با نهاد داوری بررسی می‌شود؛ از جمله این تفاوت‌ها در قلمرو موضوع این دو نهاد حل اختلاف است. در مورد محدوده کاربرد قضاوت تحکیم، فقها نظرات مختلفی ارائه کرده‌اند؛ برخی آن را صرفاً در دعاوی خصوصی و محدوده حق الناس جائر دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۳۳) برخی مشروعیت آن را در حقوق عمومی نیز پذیرفته‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۹، ۴۰۹) این مباحث نشان می‌دهد، قلمرو قضاوت تحکیم، اختصاصی به دعاوی خاص نداشته و قاضی تحکیم بنا به تراضی طرفین در مصادیق و موضوعات

متنوعی اجازه ورود خواهد داشت، اما با توجه به اینکه آیه ۳۵ سوره نساء تصریح نموده که هرگاه خوف شقاق میان زوجین می‌رود اقدام به تشکیل نهاد داوری شود، قلمرو موضوع نهاد داوری در حقوق خانواده، دعوای طلاق و یا حداکثر دعوای مربوط به اختلافات خانوادگی میان زوجین خواهد بود (هدایت‌نیا، ۱۳۶، ۱۳۸۷).

نکته قابل توجه این است که، حل اختلافات خانوادگی و دعوای طلاق نیز در قلمرو قضاوت تحکیم می‌تواند قرار گیرد، لذا مانعی نیست، زوجین با رضایت متقابل برای حل اختلاف، به قاضی تحکیم رجوع کنند. شاید همین امکان باعث شده باشد تا مشهور فقها ماهیت نهاد داوری که موضوع آیه شریفه است را با قضاوت تحکیم یکی بدانند؛ اما، چنانچه خواهد آمد نهاد داوری در حقوق خانواده دارای وجه متمایزهایی است که ماهیت آن را از قضاوت تحکیم جدا می‌سازد.

تفاوت دیگر در ضمانت اجرای این دو نهاد است، در قضاوت تحکیم، مشهور فقها رأی قاضی تحکیم را لازم الاجرا می‌دانند، شیخ طوسی در کتاب الخلاف، در این زمینه می‌نویسد: چنانچه دو نفر شخصی را با تراضی به عنوان قاضی برگزینند و او میان آن دو حکمی صادر کند لازم الاجراست و آن دو خیار در برهم زدن حکم ندارند. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۲۴۱، ۶)؛ اما در دعوای مربوط به اختلافات میان زوجین، با توجه به ماهیت غیر قضایی نهاد داوری، چنین ضمانت اجرای قضایی برای نظر داوران وجود ندارد، شاید تنها ضمانت اجرای اخلاقی بتوان برای آن در نظر گرفت، بدین صورت که اگر داوران با بررسی زمینه‌های ایجاد اختلاف بتوانند گره از مشکل طرفین بکشایند، خود به خود طرفین تمایل به سازش پیدا می‌نمایند، به طوری که گرفتن تصمیم به جدایی بدون وجود موضوع مورد اختلاف، کاری خلاف اخلاق، وجدان و عقل می‌نماید به خصوص اینکه معمولاً داوران از میان افراد مورد اعتماد طرفین انتخاب می‌شوند که نظر آنان مورد توجه و احترام زوجین می‌باشد؛ از آن طرف اگر داوران تشخیص به مفارقت هم نمایند کسی نمی‌تواند زوجین را به این امر مجبور سازد؛ در واقع این امر نشان از نقش ارشادی داوران در حل منازعات خانوادگی دارد.



وجه دیگری که سبب تمایز این دو نهاد می‌شود؛ شرایط قاضی تحکیم و داوران می‌باشد، در مورد قاضی تحکیم، بسیاری از فقها قائلند، باید بیشتر شرایط قاضی منصوب همچون: بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، حریت، طهارت مولد و حتی اجتهاد را داشته باشد (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۳، ۱۰)، از آنجا که در فقه، ماهیت نهاد داوری با تحکیم تطبیق داده شده است، بیشتر فقها، در مورد حکمین رعایت بسیاری از شرایط قاضی تحکیم را لازم دانسته‌اند (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ۲۷۲) تنها برخی از فقها، لزوم شرط اجتهاد و عدالت را برای حکمیت لازم ندانسته‌اند. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ۲۱۴) اما، با توجه به اینکه مهم ترین دلیل حجیت نهاد داوری، آیه ۳۵ سوره نساء است، از آیه شریفه جز شرط قرابت چیز دیگر استنباط نمی‌شود؛ حداکثر شرایط عامه تکلیف یعنی بلوغ و عقل و شرط خبرویت که برخی به آن اشاره کرده‌اند، به دلالت عقلی لازم شمرده شود، اما شروطی چون ذکورت، اجتهاد و عدالت نه از مفاد آیه شریفه استفاده می‌شود و نه پشتوانه عقلی دارد.

نکته مهم این است که بسیاری از فقهای بنام، شروط قاضی منصوب را برای حکمین لازم دانسته‌اند اما خلاف ظاهر آیه شریفه که انتخاب حکمین از بین خویشاوندان را ذکر کرده است، شرط قرابت را لازم ندانسته‌اند!

## ب- تبیین ارکان و ویژگی های ممتاز نهاد داوری

### ۱- نهاد داوری، نهادی صلح بنیاد

بدون شک، یکی از ارکان ماهیت نهاد داوری، صلح و سازش است. معمولاً بنای صلح، بر محکومیت کسی نیست، بلکه طرفین در مورد کم و کیف سازش و حل مسالمت آمیز اختلاف با یکدیگر گفتگو می‌نمایند در نهایت با گذشت متقابل طرفین از برخی حقوق مادی و معنوی، توافق حاصل می‌شود. در دعاوی زناشویی نیز دقیقاً شارع به دنبال به وجود آوردن چنین امکانی برای زوجین بوده است، تا در فضایی خارج از حکومت قانون، با ورود خویشاوندانی مصلح، با تدبیر و قابل اعتماد، اولاً ریشه مشکلات شناخته شود،

ثانیاً برای طرفین امکان توافق و سازش وجود داشته باشد، لذا دلالت آیه شریفه و کلام بسیاری از فقها در لزوم تلاش داوران بر ایجاد وفاق نشان می‌دهد نهاد داوری، نهادی صلح بنیاد است که غرض از تشکیل آن عدم مداخله حاکمان و مراجع قضایی بوده است در مقابل، نهاد قضاوت تحکیم، نهادی قضایی است که بنیاد آن بر فیصله دعوا گذاشته شده است نه سازش و توافق و چنانچه پیشتر گفته شد در قضاوت تحکیم سازش موضوعیت ندارد، پایان دعوا دغدغه قاضی است که معمولاً در آن، یک طرف به حکم قانون و موازین شرع محکوم خواهد شد، لذا تلاش برای سازش از وظایف قاضی تحکیم شمرده نمی‌شود بلکه او موظف است همانند قاضی منصوب بر اساس کتاب و سنت و ادله شرعی میان دو نفر حکم نماید. و اگر مراد آیه شریفه از ارجاع زوجین به نهاد داوری همان قاضی تحکیم بوده باشد، مطرح نمودن دوباره آن از سوی شارع کاری عبث خواهد بود که صدور آن از مولای حکیم سزاوار نیست.

همچنین مفاد آیه شریفه ۱۲۸ سوره نساء نیز، بر صلح بنیاد بودن این نهاد صحه می‌گذارد: «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ..» اگر زنی از شوهر خویش بیم ناسازگاری یا رویگردانی داشته باشد، بر آن دو گناهی نیست که از راه صلح با یکدیگر آشتی نمایند که سازش بهتر است». در این آیه شریفه به جای اینکه زوجه به استفاده از ابزارهای قانونی احقاق حق دعوت شود به صلح و سازش دعوت می‌شود. این نوع جهت‌گیری شارع در حل اختلافات، از مضمون آیات و روایات فراوانی که در آنها مؤمنین از جمله زوجین به تسالم فرا خوانده می‌شوند، بسیار دیده می‌شود؛ که به نمونه‌هایی از آن در ادامه اشاره خواهد شد.

## ۲- داوری در دعاوی زناشویی، نهادی غیر قضایی

ویژگی دوم ماهیت نهاد داوری در دعاوی زناشویی، غیرقضایی بودن این نهاد است. با اندکی تأمل در فلسفه تشکیل این نهاد می‌توان دریافت، شارع، در صدد بنیان نهادن یک محکمه قضایی جدا، برای حل چنین منازعاتی نبوده، بلکه مقصود اصلی شارع،

جلوگیری از ورود و دخالت محاکم قضایی در مسائل حوزه خانواده و زندگی زناشویی، با ایجاد یک محکمه صلح خانوادگی است تا از اثرات نامطلوب دخالت قضایی پیشگیری کند، زیرا، اقتضای مراجعه به محاکم قضایی، حکومت قانون بر مناسبات میان زوجین خواهد بود.

توجه به این نکته ضروری است که نهاد داوری، آن طور که مقصود شارع بوده، به نهاد های اجتماعی نزدیک تر است (تا به نهاد های قضایی) به بیانی دیگر، نهاد داوری، نهادی اجتماعی- فرهنگی و خویشاوندی است که خاستگاه اصلی آن عرف و رویه عملی اقوام و خانواده‌ها می‌باشد و شارع مقدس با اعمال اصلاحاتی، به این نهاد حل اختلاف خانوادگی، جنبه دینی و شرعی بخشیده است. هرچند، وضع قوانین برای استفاده از نهاد داوری در جریان رسیدگی به اختلافات زناشویی، اشکالی نداشته و این تلاش قانونگذار در جهت عملی ساختن نیت شارع قابل ستایش است، اما حقیقت این است که چون ماهیت نهاد داوری، از اساس، ماهیتی غیر قضایی می‌باشد، هر قدر به آن رنگ و لعاب قضایی داده شود، از کارآمدی آن بیشتر کاسته خواهد شد.

نهادی که شارع برای حل اختلاف میان زوجین بنا نهاده، نهادی است که همه مراحل اجرایی و عوامل تشکیل دهنده آن، درون نظام خانواده (به معنایی گسترده) تعریف می‌شود و ورود افراد بیگانه، منوط به نبودن خویشاوندانی که عهده دار مسؤلیت داوری شوند، می‌باشد. برخی فقها نیز به این مسأله در نوشته‌های خود اشاراتی داشته‌اند (رک: شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۳۶۶)

### ۳- نقش محوری خویشاوندان

یکی از ویژگی‌های منحصر به فرد این نهاد که سبب تمایز آن از سایر ساز و کارهای رفع اختلاف می‌شود، نقش آفرینی ویژه خانواده‌های زوجین است. صراحت آیه شریفه در

انتخاب داوران از میان خویشاوندان زوجین نشان از اهمیت این مساله نزد شارع دارد. اگرچه بسیاری از فقها، رعایت این شرط را لازم ندانسته‌اند، صاحب جواهر در این زمینه می‌نویسد: «فی کون الحکمین من الأهلین، ضرورة عدم اعتبار القرابة فی الحکومة، و الغرض يحصل بالأجنبي كما يحصل بها، و الآیة مسوقة للإرشاد، فمع عدم انحصار الأمر فیهم يجوز الأجنب» به نظر ایشان ضرورتی در رعایت شرط قرابت نبوده، به این دلیل که غرض از تشکیل نهاد داوری، حصول وفاق است که با انتخاب داور از غیر خویشاوندان نیز امکان پذیر است، لذا امر آیه جنبه ارشادی داشته و الزامی در پی ندارد.

در نقد این نگاه می‌توان گفت، حمل دستور به انتخاب حکم از میان خویشاوندان، به امر ارشادی خلاف ظاهر آیه است. لذا امر مولوی تناسب بیشتری با آن دارد. (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ۲۲۸) و بر اساس قواعد اصولی، صیغه امر اگر قرینه‌ای همراه نداشته باشد حمل بر وجوب می‌شود نه استحباب که در این جا نیز شارع امر به بعث حکم از میان خویشاوندان کرده و دلالت بر وجوب دارد. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۷۰) نکته دیگر حصول غرض شارع است که با شرط قرابت، ارتباط مستقیم دارد. فلسفه نهاد داوری حل دعاوی زناشویی با تشکیل یک اتاق فکر فامیلی است که با حضور بستگان مورد اطمینان و با تدبیر زوجین امکان پذیر است. به بیانی دیگر ورود سازنده خویشاوندان در حل منازعات زناشویی بدون دخالت مراجع قضایی و افراد بیگانه، برای شارع موضوعیت داشته که در آیه شریفه صراحتاً به آن اشاره کرده است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ۲۱۲)؛ لذا تنها زمانی انتخاب داور از غیر خویشاوندان پذیرفته می‌شود که فرد واجد شرایط میان نزدیکان وجود نداشته باشد.

در مورد اینکه، چه کسانی باید اقدام به بعث حکم نمایند، به اصطلاح مخاطب بعث چه کسانی هستند، نظرات مختلفی ارائه شده است. بیشتر فقها مخاطب بعث را حاکم گرفته‌اند؛ اما با توجه به آنچه گفته شد، جایگاه ورود این نهاد فرهنگی - اجتماعی، در حل دعاوی زناشویی، پیش از ورود مراجع قضایی است. بنابراین، اگر مخاطب آیه شریفه را خویشاوندان و یا آشنایان مطلع زوجین بدانیم، با ظاهر آیه سازگار تر خواهد بود (رک:

هدایت نیا، ۱۴۹، ۱۳۸۷) به علاوه، به دلیل محبوبیت ذاتی برقراری صلح و سازش نزد شارع مانعی ندارد، در صورت نبودن خویشاوندانی دلسوز و با تدبیر که مطلع از مشکلات زوجین باشند، در مرحله ابتدایی، دوستان و سایر کسانی که به نوعی در جریان مشکلات زوجین قرار گرفته‌اند عهده‌دار انجام مقدمات تشکیل نهاد داوری شوند؛ چنانچه اعتبار این مساله نیز از عمومات آیات و روایات مربوط به صلح و سازش نیز استفاده می‌شود، و روایتی از حضرت علی (ع) نیز می‌تواند موید این مطلب باشد؛ نقل شده است: «روزی زوجی نزد امیرالمؤمنین وارد شدند که همراه هر یک گروهی از مردم حضور داشتند، حضرت برای (حل اختلاف میان زوجین) به همراهان دستور فرمودند، از میان خویشاوندان زن یک حکم و از میان خویشاوندان مرد نیز یک حکم برگزینند تا در مورد موضوع داوری کنند، در روایت ظاهراً نشانه‌ای از اینکه همراهان (که مخاطبین کلام امام قرار گرفتند) اقوام زوجین بوده‌اند یا نه، وجود ندارد. بلکه چه بسا اگر نسبت خویشاوندی وجود داشت راوی از عبارت اهل به جای فئام من الناس استفاده می‌نمود، بنابراین منعی برای اینکه مخاطب بعث آشنایان دلسوز و مطلع از موضوع زوجین باشند نیز وجود ندارد که حداقل برای مقدمات تشکیل نهاد داوری تلاش نمایند. (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ۲۲۹)

#### ۴- اخلاق مداری در حل اختلافات زناشویی

یکی از مهم‌ترین اهداف شارع در تشکیل نهاد داوری، حکومت اخلاق به جای قانون بر خانواده و روابط زوجین است، به بیانی دیگر هرچند شارع برای حفظ حقوق زوجین و برقراری نظم، قوانین مختلفی قرارداد داده است، اما مجموع آموزه‌های دینی حکایت از محبوبیت اخلاق مداری در مناسبات زناشویی از منظر شارع دارد. لذا در آیه ۲۱ سوره مبارکه رم، فلسفه ازدواج را آرامش زوجین معرفی می‌نماید که دستیابی و تداوم آن در سایه مودت، رحمت و گذشت و مهربانی ممکن خواهد بود نه تکالیف و الزامات قانونی. در واقع رابطه زوجین باید به نوعی باشد که خود مراقب رعایت حقوق اخلاقی، شرعی و

قانونی یکدیگر باشند و بالاتر از آن، با انجام فعالیت‌هایی خارج از وظایف قانونی، در جهت پویایی و استحکام هر چه بیشتر نهاد مقدس خانواده قدم بردارند. روایاتی که فعالیت بانوان در داخل خانه را ستایش کرده و چنین زانی را مستحق پاداش معنوی بسیار می‌داند و یا تحسین مردانی که علی‌رغم مشغله‌های فراوان، در امورات منزل کمک می‌نمایند، نیز مؤید این مطلب است؛ اما اگر به هر دلیل یکی از طرفین با امتناع از انجام تکالیف، حقوق طرف مقابل را زیر پاگذارد، قدم اول مداخله محاکم قضایی نخواهد بود، بلکه این نیروی فکر و تدبیر خویشاوندی است که باید وارد عمل شود.

شاید اگر مخاطب بعث را خویشاوندان یا عموم مؤمنین بگیریم (همان) در حقیقت شارع یک نوع مسئولیت شرعی بر عهده خویشاوندان و یا دوستان دلسوز گذاشته تا نسبت به نشانه‌های شقاق در روابط زوجین بی‌تفاوت نباشند و ضمن رعایت حریم خصوصی زوجین، سعی بر اصلاح روابط آنان نمایند.

چنانچه پیشتر اشاره شد، آیه ۱۲۸ سوره نساء، زوجین را به جای مراجعه به دادگاه دعوت به تصالح می‌نماید، همچنین، دعوت مردان به حسن معاشرت با همسر «وعاشروهن بالمعروف»، زن و مرد را بسان لباس و پوشاننده عیوب برای یکدیگر دانستن «هِنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ» (بقره: ۱۸۷)، و آیات زیادی که دعوت به برقراری صلح و سازش میان برادران دینی می‌نماید، مانند آیه ۱۰ سوره حجرات که می‌فرماید: «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ» و روایاتی که بر خوش رفتاری با اهل و عیال تأکید کرده است، همچون روایت پیامبر اکرم (ص) که می‌فرماید: «برادرم جبرئیل به من خبر می‌داد و همواره سفارش زنان را می‌نمود تا آنجا که من گمان کردم برای شوهر، جایز نیست به زنش «اف» بگوید. [بدانید که] شما زنان را به عنوان امانت خدا گرفته‌اید» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۴، ۲۵۱)؛ مؤید این مطلب می‌باشد که مشی شارع بر حل و فصل دعاوی زناشویی با سازوکارهای مبتنی بر صلح است؛ لذا یکی از حکمت‌های طرح تشکیل این نهاد از سوی شارع، عدم مداخله زود هنگام و غیر ضرور محاکم در حل دعاوی زناشویی است. به بیانی دیگر ارجاع زوجین به نهاد داوری، مرحله‌ای پیش از

دخالت مراجع قضایی خواهد بود، حال اگر برای این نهاد، ماهیتی قضایی قائل شویم در واقع قانون را بر مناسبات زوجین حاکم نموده‌ایم که از اساس با فلسفه تشکیل این نهاد منافات خواهد داشت.

### نتیجه گیری

با توجه به مهم‌ترین فلسفه تشکیل نهاد داوری در فقه خانواده که حل مناقشات زناشویی با استفاده از ظرفیت‌های بالقوه خویشاوندی با ساز و کاری غیر قضایی است، باید برای این نهاد، ماهیتی متمایز از وکالت و قضاوت تحکیم در نظر گرفت. هرچند نظر مشهور فقها در باب ماهیت نهاد داوری قضاوت تحکیم است اما تفاوت‌هایی که در حوزه قلمرو قضاوت تحکیم و نهاد داوری، ضمانت اجرای رأی داوران در دو نهاد، تفاوت در وظایف و شرایط داوران و قضات تحکیم و ارکان ویژگی‌های دو نهاد وجود دارد، تمایز ماهیت این دو نهاد حل اختلاف را بیش از پیش آشکار می‌سازد، همچنین، تلاش برای برقراری صلح و سازش، حضور خویشاوندان دلسوز، عدم دخالت مراجع قضایی و اخلاق مداری، از مهم‌ترین ارکان و ویژگی‌های ممتاز نهاد داوری به شمار می‌آید.

در نهایت باید گفت، یکی از مهم‌ترین دلایل ناکارآمدی این نهاد در دستگاه‌های اجرایی، درک اشتباه از ماهیت این نهاد بوده است، قانون‌گذار با توجه به امر آیه شریفه، تشکیل نهاد داوری را از وظایف مراجع قضایی دانسته و آن را به مثابه یک نهاد شبه قضایی حل اختلاف در مراحل حل دعاوی طلاق در دستور کار قرار داده است؛ در حالی که از اساس شارع درصدد بنیان گذاشتن نهادی قضایی یا شبه قضایی نبوده است به همین دلیل، نهاد داوری بیش از آنکه به نهادهای قضایی حل اختلاف شبیه باشد به نهادهای اجتماعی و صلح بنیاد نزدیک است که حاصل همفکری فامیلی می‌باشد و ظاهر آیه ۳۵ سوره نساء نیز بر مولوی بودن امر شارع بر انتخاب حکمین از میان خویشاوندان دلالت دارد که خود اقوام و نزدیکان زوجین باید به انتخاب آنان مبادرت ورزند؛ بنابراین پیش از آنکه مراجع قضایی برای حل اختلاف ورود پیدا کند، خویشاوندان و آشنایان دلسوز باید به تشکیل نهاد داوری مبادرت ورزند و مسؤولیت شرعی متوجه آنان است و این

مسأله بیش از ملاحظات و الزامات قانونی به برنامه‌ریزی و فرهنگ سازی مسؤلان ذیربط نیاز دارد تا بستری مناسب برای اجرای این نهاد حل اختلاف خانوادگی ایجاد شود و قانون برای حکومت باید نقشی حمایتی تعریف نماید به طوری که خود در امر اجرا و تشکیل نهاد دخالت نداشته باشد.





## منابع

- ۱- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ ه.ق)، کفایه الأصول، چاپ اول قم، موسسه آل البيت عليهم السلام.
- ۲- ابن براج، قاضی، عبد العزيز (۱۴۰۶ ه.ق)، المذهب (لابن البراج)، چاپ اول قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ ه.ق)، حدائق الناضره، چاپ اول قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴- حلبی، ا (۱۴۱۷ ه.ق) غنیه النزوع، چاپ اول قم: موسسه امام صادق.
- ۵- حلی، مقداد بن عبد الله (۱۴۲۵ ه.ق)، آیات الأحكام، چاپ اول، قم، انتشارات مرتضوی.
- ۶- دهخدا، علی اکبر (۱۳۳۸). لغت نامه دهخدا، تهران: انتشارات سیروس.
- ۷- شهید ثانی، عاملی، ز (۱۴۱۳ ه.ق). مسالک الافهام، چاپ اول قم: موسسه اسماعیلیان.
- ۸- شیخ طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ه.ق). المبسوط، چاپ سوم، تهران: مکتبه المرتضویه.
- ۹- شیخ طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ه.ق). الخلاف، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی.
- ۱۰- عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ ه.ق) مفتاح الکرامه، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۱- محقق سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ ه.ق)، کفایه الاحکام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۲- معین، محمد (۱۳۶۰). فرهنگ فارسی، چاپ چهارم تهران: انتشارات سپهر.
- ۱۳- نجفی، صاحب جواهر، محمد حسن (۱۴۰۴ ه.ق) جواهر الکلام، چاپ هفتم بیروت: دار احیاء التراث.
- ۱۴- نوری، حسین (۱۴۰۸)، مستدرک الوسائل، چاپ اول، قم، موسسه آل بیت.
- ۱۵- هدایت نیا، فرج الله (۱۳۸۷)، داوری در حقوق خانواده، چاپ اول، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.