

## ماهیت داوری در دعوای طلاق

جواد سرخوش<sup>۱</sup>، سهیلا دیبافر<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۴/۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۴/۲۰

### چکیده

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ بنا بر دستور شرع مقدس اسلام، ارجاع دعوای طلاق به داوری را الزامی دانسته است. این الزام شرعی و قانونی به منظور ایجاد صلح و سازش بین زوجین متنازع و حمایت از کانون خانواده‌ای است که در شرف از هم گسیختگی می‌باشد. پرسش قابل طرح این است که ماهیت تدبیر مورد نظر شرع و قانون مزبور چیست؟ آیا آن را می‌توان داوری به معنای حقیقی تلقی کرد؟ با بررسی اوصاف آن، به ویژه نقش اشخاصی که تحت عنوان داور اقدام می‌نمایند، تدبیر مزبور در قالب و شکل داوری است ولی با ماهیت میانجی‌گری، اشخاص حقیقی منتخب از سوی زوجین یا منصوب از سوی دادگاه خانواده تنها بایستی با قصد ایجاد صلح و سازش در دعوای طلاق مداخله کرده و مساعی خود را در ایصال آنان بکار برند. با میانجی‌گری این اشخاص، زوجین می‌توانند با توافق اختلاف خود را از طریق صلح و سازش حل و فصل نمایند؛ بنابراین، داوران مد نظر قانون حمایت خانواده بدون این که بر مبنای مر قانون و قواعد حقوقی به ماهیت دعوای طلاق رسیدگی کنند و رای لازم‌الاجرائی را صادر نمایند، تنها نتیجه اقدامات خود را در قالب «نظریه» به دادگاه خانواده اعلام می‌کنند.

**واژگان کلیدی:** ماهیت داوری، دعوای طلاق، دادگاه خانواده، صلح و سازش، میانجی‌گری.

---

۱. دانشیار فقه و حقوق خصوصی دانشگاه الزهرا (نویسنده مسئول) J.Sarkhosh@alzahra.ac.ir  
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال dibafar.lawyer@yahoo.com

## مقدمه

نهاد داوری، مکانیسم دیگری برای حل و فصل اختلافات اشخاص است اصولاً این نهاد خصوصی با رضایت طرفین اختلاف شکل می‌گیرد. داوران آن با رضایت طرفین منصوب می‌گردند و بر اساس اختیاری که به آنان داده می‌شود به ماهیت اختلاف طرفین رسیدگی و رای لازم‌الاجرائی را صادر می‌نمایند. این روش قضاوت خصوصی که بر اساس توافق طرفین اختلاف، دارای صلاحیت رسیدگی می‌گردد، دو ویژگی اساسی دارد که آن را از سایر روش‌های حل و فصل اختلاف<sup>۱</sup> و نهاد عمومی دادگستری مجزا می‌سازد: ۱- ویژگی قراردادی ۲- ویژگی قضاوتی نهاد مزبور قراردادی است، چون بر اساس توافق حداقل دو اراده آزاد محقق می‌شود. ویژگی قضاوتی آن مبتنی بر این است که داور منتخب از سوی طرفین اختلاف یا منصوب از سوی دادگاه با توجه به اختیارات مقرر شده از سوی آنان، در خصوص موضوع دعوا صالح به رسیدگی شده و با صدور رای لازم‌الاجرا، ترفع ایجادشده را فیصله می‌دهد. این رای برای طرفین داوری لازم‌الاتباع است، در غیر این صورت محکوم‌له رای داوری می‌تواند شناسایی و اجرای آن را از نهاد عمومی دادگستری تقاضا نماید. بنابراین، اصل آزادی اراده یا حاکمیت اراده طرفین اختلاف در انتخاب نهاد داوری، ماهیت قضاوتی آن و صدور رای قاطع و لازم‌الاجرا از محورهای اساسی آن می‌باشد. اگر طرفین برای حل و فصل اختلاف خود بر داوری تراضی نمایند، مرجع حل اختلاف آنان لاجرم داوری است و ملتزم به اجرای آن هستند، مگر به موجبی صلاحیت داوری سلب و دادگاه عمومی صالح به رسیدگی گردد.

حال آیا «داوری» در دعوی طلاق همان مفهوم حقیقی است که در بالا بیان شد یا اساساً از ماهیت دیگری برخوردار است؟ شاید گفته شود ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۳ پاسخ پرسش مذکور را به صراحت داده است زیرا مقرر نموده که «داوری در این قانون تابع شرایط مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌باشد». به طور مثال، چنانچه هر یک از زوجین از پرداخت حق‌الزحمه داوری در فرجه قانونی استنکاف نماید، دادگاه با استناد به تبصره ۲ از ماده ۲۸ و ماده ۵ از قانون حمایت خانواده مکلف است راساً داور را تعیین کند. لذا، عدم پرداخت

۱. ADR: Alternative Dispute Resolution.

هزینه داوری مزبور از موجبات رد دعوا نیست.<sup>۱</sup> باوجوداین، به نظر می‌رسد برای یافتن پاسخی روشن، ضروری است با توجه به مبنای شرعی و قانونی داوری مورد نظر قانون حمایت از خانواده از طریق تحلیل اوصاف و ویژگی‌های مربوط به آن از جمله نقش اراده طرفین دعوای طلاق و اشخاص ثالثی که به عنوان داور در دعوای طلاق دخالت می‌کنند، بتوان به ماهیت آن پی برد. در این تحقیق سعی شده از تکرار مباحث مربوط به سیر تقنینی- تاریخی داوری در قوانین آیین دادرسی مدنی، حمایت از خانواده و سایر مقررات مربوطه که در سایر مقالات آمده است، خودداری گردد و به محور اصلی این تحقیق (شناسایی ماهیت داوری در دعوای طلاق) با توجه به اصول و ضوابط داوری حقیقی پرداخته شود. بررسی مزبور از طریق مطالعه مقارنه‌ای آیاتی از قرآن کریم و مقررات خاص داوری مورد نظر قانون‌گذار در مواد ۲۷ و ۲۸ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ و نیز مقررات عام داوری در باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی به نحو همزمان صورت می‌گیرد.<sup>۲</sup>

### ۱- اوصاف داوری در دعوای طلاق

بی‌شک هر جا که اختلاف وجود دارد، داوری به عنوان یکی از ساز و کارهای سریع، امن و مقرون به‌صرفه قادر است به نحو مطلوب و صحیحی عمل نماید. اختلافات خانوادگی نیز از این امر مستثنی نیست به‌ویژه آن جا که موضوع انحلال و از هم پاشیدگی کانون خانواده در میان باشد، شریعت اسلام لازم دانسته است محکمه صلح خانوادگی متشکل از زوجین و داوران آنان بر پا و داوری انجام شود. در این باره قرآن کریم می‌فرماید:

«وإن خفتن شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها إن یریدا إصلاحا

یوفق الله بینهما إن الله کان علیما خبیرا» (سوره النساء: ۳۵/۴)

یعنی اگر از شکاف و جدایی میان زن و شوهر بیم داشتید، پس یک داور از خانواده شوهر و یک داور از خانواده زن [برای رفع اختلاف] برانگیزید که اگر هر دو داور قصد اصلاح داشته

۱. دادنامه شماره ۲۰۱۱۳۳/۲۲۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۶ صادره از شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مجموعه آرای دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، صص ۶۰۰-۵۹۹.

۲. در این مقاله، کلمات اختصاری قانون حمایت از خانواده و قانون آیین دادرسی مدنی به ترتیب (ق.ح.خ.) و (ق.آ.د.م.) بکار رفته است.

باشند، خداوند میان دو داور توافق و سازگاری ایجاد می‌کند [تا به صلاح زن و شوهر نظر دهند]، یقیناً خدا [به نیات و اعمال شما] دانا و آگاه است.

حکم این آیه، مستند وضع ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ و هم‌اکنون ماده ۲۷ ق.ح.خ. قرار گرفت و مقرر شد: «در کلیه موارد درخواست طلاق به جز «طلاق توافقی» دادگاه باید به منظور ایجاد صلح و سازش موضوع را به داوری ارجاع دهد. دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رای صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند».

با توجه به آیه شریفه قرآن کریم و ماده ۲۷ ق.ح.خ. تحلیل اوصاف و ویژگی‌های داوری در دعوای طلاق کمک‌شایانی در احراز ماهیت آن کرده و مشخص می‌نماید آیا این نوع داوری متمایز از داوری به مفهوم حقیقی<sup>۱</sup> است و اگر نیست از چه ماهیتی برخوردار است؟

#### ۱-۱ لزوم اجرای داوری در دعوای طلاق

همان‌طور که قبلاً گفته شد، به طور کلی اساس داوری مبتنی بر توافق اراده‌های آزاد طرفین متقاضی آن است. به موجب ماده ۴۵۵ ق.آ.د.م. اشخاص می‌توانند در ضمن معامله یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف ناشی از روابط حقوقی خود، آن را به داوری ارجاع دهند. در این صورت، مرجع صالح به رسیدگی داوری است و طرفین اختلاف ملزم هستند اختلاف خود را تنها از طریق داوری حل و فصل نمایند، مگر این که با تراضی کتبی آن را لغو نمایند (بند ۱ از ماده ۴۸۱ ق.آ.د.م.).

اما همان‌طور که در شرع و قانون گفته شده صراحت دارد، اجرای داوری در دعوای طلاق امری است لازم و اجتناب‌ناپذیر و در این خصوص بین فقهای امامیه و حقوقدانان بحث و گفتگوی فراوانی شده که آیا الزام ناشی از قانون مذکور امری است واجب یا مستحب؟ قائلین به لزوم اجرای آن، از آیه شریفه مذکور دو مبنا استخراج نموده‌اند: اولین مبنا که به اساس لزوم ارجاع دعوای طلاق به داوری اشاره دارد، عبارت است از «و إن خفتم شقاق».

۱. همان‌طور که در مقدمه این تحقیق گفته شد، رکن اساسی داوری به مفهوم حقیقی، توافق طرفین برای ارجاع حل اختلاف خود به داوری است. حال در مواردی که قانون داوری را بر طرفین اختلاف تحمیل می‌نماید و از آن به «داوری اجباری» یاد می‌شود، آیا می‌توان در این نوع داوری در دعوای طلاق از توافق طرفین سخن گفت؟ در این خصوص بحث خواهد شد.

عبارت «شقاق» مصدر است بر وزن فعال و از شق گرفته شده است. در کتب لغت به معانی مختلفی از جمله دشمنی و اختلاف یا آزار و اذیت غیر قابل تحمل<sup>۱</sup> و نیز جدایی و نفاق ترجمه گردیده است.<sup>۲</sup> مراد آیه مزبور از عبارت «وان خفتم شقاق»، بیم از جدایی ناشی از استمرار ناسازگاری و اختلافی است که بین زن و شوهر وجود دارد.<sup>۳</sup> پس اگر خوف از شقاق بین زن و شوهر وجود دارد، باید آن را به داوری ارجاع داد؛ چراکه عدم جلوگیری از استمرار ناسازگاری‌ها، جدایی آنان را قطعی خواهد نمود؛ خواه ناسازگاری از جانب هر دو باشد (نشوز طرفینی) و خواه ناسازگاری از جانب طرفی باشد که زندگی را بر دیگری سخت و ناگوار کرده است.<sup>۴</sup>

مبنای دیگر برای لزوم اجرای داوری در دعوی طلاق که بیشتر محمل مناقشه است، عبارت است از «فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها»؛ یعنی «یک داور از طرف شوهر و یک داور از طرف زن انتخاب کنید». اعتقاد همگان بر این است که شارع با انشای فعل «ابعثوا»<sup>۵</sup> به اجرای داوری امر نموده اما این که امر مزبور امری وجوبی است یا استحبابی، اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند: «اگر استنباط ما از صیغه امر، وجوبی باشد، ارجاع اختلاف به داوری قاعده امری بوده و الزام قانونی برای رعایت آن وجود دارد ولی اگر فعل امر در آیه فوق امر استحبابی باشد، آیه صرفاً متضمن مفاد یک قاعده اخلاقی خواهد بود که برای کمال طلاق مناسب است».<sup>۶</sup> برخی دیگر غرض از داوری را یک امر دنیوی دانسته و ارجاع آن را یک امر ارشادی تلقی کرده‌اند. باوجوداین، معتقدند اگر داوری راه منحصر در ایجاد صلح و سازش و رفع حالت شقاق بین زن و

۱. طبرسی، حسن، مجمع البیان، ج ۱، مؤسسه اعلمی المطبوعات، ۱۴۱۵، ص ۴۰۶؛ مصطفوی، حسن، تفسیر روشن، ج ۵، انتشارات کتاب، ۱۳۸۰، ص ۳۶۸.

۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، انتشارات اشجع، ص ۷۳۹.

۳. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، انتشارات میزان، ۱۳۸۹، ص ۲۳۵.

۴. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، مؤسسه المطبوعات الدینیه، ص ۲۸۳؛ عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع، ج ۸، انتشارات معارف الاسلامیه، ۱۴۱۳، ص ۳۶۴؛ نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، ج ۳۱، انتشارات دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴، ص ۲۰۹ به بعد.

۵. کلمه «بعث» به معنای برانگیختن یا انتخاب کردن است و فعل «ابعثوا» به معنای «برانگیزید» می‌باشد.

۶. دیانی، عبدالرسول، «داوری در طلاق»، مجله دادرسی، ۱۳۸۳، صص ۱۳ و ۱۶.

شوهر باشد، ارجاع اختلاف به داوری واجب است.<sup>۱</sup> در این خصوص شهید ثانی می گوید:

«هل بعث الحكمين واجب او مندوب؟ قولان، من دلالة ظاهر الامر على الوجوب و كون الظاهر من حال الشقاق وقوع الزوجين او احدهما في المحرم فيجب تخليصهما منه حسبه و من امكان الاصلاح بدون ذلك فلا يكون واجبا و ان كان راجحا نظرا الى ظاهر الامر و الوجه بنا على ان البعث من وظائف الحاكم الوجوب و لو جعلنا متعلق الامر الزوجين فالاستحباب أوجه، لا يمكن رجوعهما الى الحق بدون الحكمين. نعم، لو توقف الرجوع الى الحق عليهما وجب بعثهما مطلقا من باب المقدمه».

در پیروی از نظر اخیر هم گفته شده اگر داوری تنها راه منحصر برای ایجاد صلح و سازش بین زن و شوهر باشد، ارجاع دعوی طلاق به داوری واجب است؛ در غیر این صورت با وجود راه‌های دیگر برای سازش، دلیلی برای لزوم داوری وجود ندارد.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد، از عبارت «ابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها» امر وجوبی استنباط می‌گردد زیرا عبارت مذکور امر به بعث داور از جانب هر یک از طرفین اختلاف می‌کند (صغری). هر امری ظهور در وجوب متعلق آن دارد (کبری) بنابراین، «ابعثوا حکما...» ظهور در وجوب متعلق آن (یعنی بعث داور) دارد؛ زیرا حمل امر بر وجوب به چیزی جز صدور امر از عالی (شارع) نیاز ندارد اما حمل امر به استحباب به نصب قرینه‌ای دال بر استحباب از سوی عالی نیازمند است. پس تا زمانی که چنین قرینه‌ای در دست نباشد باید امر را بر وجوب حمل نمود. حمل امر بر وجوب مقتضای حکم عقل به لزوم فرمان‌برداری از عالی است. از طرفی، فعلیت حکم تابع فعلیت موضوع آن است. پس کافی است موضوع حکم یعنی امر عالی حاصل شود و حکم یعنی وجوب نیز بلافاصله فعلیت خواهد یافت. از این رو، عالی به هر طریقی که خواسته‌ی خود را اظهار کند برای حکم یاد شده کافی است. در مبحث ما نیز عالی خواسته‌ی خود را از طریق انشای امر «ابعثوا» اظهار کرده است. در نتیجه، بعث داور از سوی هر یک از طرفین به حکم عقل واجب است و اگر کسی این امر را بر استحباب حمل می‌کند باید دلیل متقن اظهار کند نه باذوق خویش

۱. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، منبع پیشین، ص ۳۶۶؛ بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناظره فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۴، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵، صص ۶۳۶-۶۳۵.

۲. هدایت‌نیا، فرج الله، «داوری اجباری در دعوی خانوادگی»، مجله قرآن، فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۸.

فلسفه‌ای برای امر یاد شده بیافد و بر اساس آن داوری را استجابی تلقی نماید. البته ناگفته نماند و خوب اجرای داوری در دعوای طلاق هنگامی موضوعیت پیدا می‌کند که درخواست طلاق از مواردی باشد که شخص ثالث بتواند زمینه‌های سازش را بین دو طرف دعوا ایجاد کند؛ در غیر این صورت، الزام به اجرای داوری در این گونه موارد غیر معقول و بیهوده است.<sup>۱</sup>

مسئله‌ی دیگری که در داوری برای دعوای طلاق مطرح است، بحث ارجاع دهنده‌ی آن دعوا به داوری است. آیا تنها در صلاحیت دادگاه است و امر مزبور حکم تلقی می‌شود یا این که زوجین در اجرای یکی از حقوق خصوصی خود به تراضی می‌توانند داوری را اجرا نمایند؟

## ۲-۱ لزوم ارجاع امر به داوری توسط دادگاه

اصولاً یکی از عناصر اساسی حلول داوری، عنصر «توافق طرفین» است. اگر بدون آن داوری محقق شود، داوری اجباری است؛ یعنی یک نوع داوری که در آن قانون جانشین توافق طرفین می‌گردد.<sup>۲</sup> در موضوع بحث حاضر، همان طور که گفته شد، برای جلوگیری از شقاق بین زوجین که شأن نزول آیه‌ی شریفه و علت حکم ماده ۲۷ ق.ح.خ. بوده است، شارع مقدس اجرای داوری در دعوای طلاق را الزامی می‌داند؛ ولی اختلاف است که صلاحیت اجرای آن به عهده‌ی کیست؟

عده‌ای از فقیهان و مفسران، تعیین داور را در شأن و اختیار حکومت (دادگاه) دانسته‌اند و

۱. اصولاً ارجاع دعوای طلاق به داوری الزامی است ولی از شرایط ماهوی صحت طلاق نمی‌باشد. همان طور که گفته شده است ارجاع دعوای طلاق به داوری در دادگاه‌های خانواده از شرایط شکلی دادرسی به آن دعوا محسوب می‌شود که باید در مرحله‌ی قبل از تحصیل اذن یا صدور حکم انجام پذیرد [کاتوزیان، امیرناصر، حقوق خانواده، ج ۲، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴، ص ۳۴۵]. ولی این که رعایت این الزام قانونی در تمام موارد درخواست طلاق مفید باشد، قابل بحث است، مثلاً در مورد درخواست طلاق‌های توافقی، یا طلاق‌ی به درخواست زنی که به استناد محکومیت قطعی شوهر به مجازات حبس یا ابتلای او به جنون یا ارتکاب جرمی که با حیثیت خانوادگی و شئون او مخالف است یا اعتیاد زوج یا در مورد دعوای طلاق غیابی، آیا اجرای داوری اساساً کاری مفید است؟ نظر برخی از حقوق‌دانان بر این بوده که ارجاع این گونه دعوای طلاق به داوری مؤثر نبوده و فایده‌ی عملی بر آن‌ها بار نیست، بهتر است الزام قانونی ارجاع به داوری در مورد دعوای طلاق باشد که امکان برقراری صلح و سازش بین زن و شوهر وجود دارد (کاتوزیان، امیرناصر، منبع پیشین، ص ۳۴۴، دیانی، عبدالرسول، منبع پیشین، صص ۱۶ و ۱۷). نظریه‌های مشورتی متعددی در این خصوص صادر گردیده مبنی بر این که در ارجاع این دسته از دعوای به داوری، نتیجه‌ی مناسبی حاصل نخواهد شد. با وجود این، ماده ۲۷ ق.ح.خ. در خصوص لزوم ارجاع کلیه درخواست‌های طلاق به داوری به استثنای «طلاق توافقی» اطلاق دارد و به نظر می‌رسد نفس اجرای داوری از سوی شرع و قانون الزامی شناخته شده است.

۲. بخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعوای مربوط به آن در رویه قضایی، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، ص ۲۵.

معتقدند هنگامی که قرآن کریم احکام شرعی را بیان می‌دارد اگر خطاب‌های آن بدون قید باشد و به صورت مطلق بیان شود، مخاطب آن حاکمان شرع (دادگاه‌ها) است. همچنین در روایات ائمه (ع) در تفسیر آیه ۳۵ از سوره نساء آمده: «هو السلطان الذی یترا افغان الیه» یعنی «مأمور به تعیین داوری، حاکمی است که مرافعه نزد او برده می‌شود».<sup>۲</sup>

در مقابل، دیگر فقها مخاطب آیه را زوجین و حاکمان می‌دانند. بدین توضیح که اگر بیم تداوم شقاق برود، هر یک از زن و شوهر داور خود را بر می‌گزینند و چنانچه از تعیین داور امتناع کند، حاکم داوران آنان را تعیین خواهد کرد: «فاذا خشی الاستمرار بعث کل منهما حکما من اهله؛ و لو امتنع الزوجان بعثهما الحاکم و یجوز أن یکونا اجنبین».<sup>۳</sup> در این باره، ایراد گرفته شده است که اگر انتخاب داوران به عهده زوجین باشد، در این صورت شکی نیست که داوران وکیل آنان خواهند بود: «هل مبعوثان وکیلان من جهة الزوجین، ام حاکمان مولیان من جهة الحاکم؟ فیه قولان مرتبان علی کون الباعث الحاکم، اذا لو جعلنا بعثهما من الزوجین فلا شبهه فی کونه توکیلا، لأنهما لیسا من أهل التفویض فی الحکم الکلّی و ان کان متعلقه جزئیا».<sup>۴</sup> لیکن، افراد منتخب از سوی زوجین به منظور ایجاد صلح و سازش تحت عنوان داور مداخله می‌کنند نه به عنوان وکیل: «و بعثهما تحکیم لا وکیل»<sup>۵</sup>؛ چراکه بین داوری و وکالت تفاوت‌های اساسی وجود دارد، از جمله ذات داوری نمایندگی نیست، بلکه قضاوت است که قانون به طور موقت و در مورد خاص به شخص خصوصی واگذار می‌نماید. همچنین در وکالت، وکیل باید صلاح و غبطه موکل خود را در نظر داشته و در راستای حفظ منافع او تلاش نماید؛ در حالی که داور در برابر طرفین دعوا شخصیت مستقل دارد و مأمور حق‌گزاری است و جهت رفع اختلاف حاصله میان آنان باید ضمن رعایت بی‌طرفی کامل خود اقدام نماید. علاوه بر این، اصیل باید از عهده مورد وکالت برآید، در حالی که انتخاب‌کنندگان داور صلاحیت رسیدگی به اختلاف خود به منظور انشای رای لازم-

۱. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، منبع پیشین، ص ۳۶۴؛ صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، منبع پیشین، ص ۲۳۵.
۲. عاملی (شهید ثانی)، منبع پیشین، ص ۳۶۵.
۳. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، مختصر النافع فی فقه الامامیه، ج ۱، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ص ۱۹۱؛ بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، منبع پیشین، ج ۲۴، ص ۶۲۹؛ طبرسی، حسن، منبع پیشین، ج ۳، ص ۸۰ و ۱۰۵.
۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، منبع پیشین، ص ۳۶۶.
۵. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، منبع پیشین، ج ۱، ص ۱۹۱؛ نجفی، شیخ محمدحسن، منبع پیشین، ج ۳۱، ص ۲۱۳۲۱۵.



الاجرا و فصل خصومت را ندارند، وانگهی در مواردی که ارجاع امر به داوری یا تعیین داور اجباری است، چگونه می‌توان سمت چنین داوری را با وکالت قیاس کرد؟<sup>۱</sup>

از مجموع آرای گفته‌شده، این نتیجه به دست می‌آید که تنها مرجع صالح رسیدگی به ماهیت دعوی طلاق، دادگاه است. هنگامی که درخواست طلاق از جانب هر یک از زوجین نزد دادگاه مطرح می‌شود، آن مرجع در روند رسیدگی به دعوی طلاق، به حکم شرع و قانون بایستی قبل از صدور هر رأی، موضوع را جهت رفع کدورت و اصلاح ذات‌البین به داوری ارجاع دهد (ماده ۲۷ ق.ح.خ؛ و ماده ۱۴ آیین‌نامه اجرایی ق.ح.خ.). در واقع، با توجه به ظاهر مواد قانونی مورد اشاره، داوری موضوع قانون حمایت خانواده بایستی در طی روند رسیدگی به «دعوی طلاق» و قبل از انشای هرگونه رای توسط دادگاه انجام پذیرد.<sup>۲</sup> با وجود این، اگر پیش از اقامه‌ی دعوی طلاق در دادگاه خانواده، داوری بر اساس توافق زوجین مطابق شرایط مقرر در ماده ۲۸ ق.ح.خ. انجام شود، آیا اجرای این داوری و اظهارنظر داوران آن برای دادگاه معتبر خواهد بود یا خیر؟

### ۳-۱ امکان تراضی طرفین در اجرای داوری

برخی از حقوقدانان ما با توجه به ظاهر آیه شریفه و با قبول این که خطاب آیه تنها متوجه قضات است، اصولاً رضای زوجین به اجرای داوری و تعیین داوران منتخب از سوی دادگاه را شرط ندانسته‌اند.<sup>۳</sup> در واقع، می‌توان از سخن این بزرگان این گونه استنباط نمود چنانچه هر یک از زوجین درخواست طلاق خود را نزد دادگاه مطرح نماید، ارجاع امر به داوری از سوی دادگاه، منوط به رضایت زوجین نیست و توافق زوجین برای رجوع به داوری در واقع تحصیل حاصل است،<sup>۴</sup> زیرا شارع اجرای داوری در دعوی طلاق را واجب دانسته و توافق طرفین در این باره

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۳، انتشارات امیرکبیر، ص ۴۳۷؛ کاتوزیان، امیرناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، انتشارات دادگستر، ص ۱۳۵.

۲. در این خصوص آرای بی‌شماری از دادگاه‌های تجدیدنظر و دیوان عالی کشور صادر شده است که به‌طور نمونه به برخی از آنها اشاره می‌شود: دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۶۵۶ صادره از شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور دعوی طلاق در رویه دادگاهها، صص ۴۱ و ۴۰] و دادنامه شماره ۱۲۳۵ مورخ ۱۳۸۵/۶/۸ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران [رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور خانواده، صص ۱۱۰ و ۱۰۹].

۳. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، منبع پیشین، ص ۲۳۵.

۴. هدایت نیا، فرج اله، منبع پیشین، ص ۱۲۲.

بی تأثیر خواهد بود.

در مقابل، برخی دیگر معتقدند: «امر داوری در دعوی طلاق، یک امر واجب کفایی می‌باشد که این امر به عنوان یک تکلیف بر عهده آحاد امت اسلامی از جمله زوجین و قاضی نهاده شده است. پس هر کس از بین جامعه اسلامی این وظیفه مهم را با شرایطی که قانون‌گذار ذکر کرده انجام دهد، از عهده دیگران ساقط خواهد شد؛ بنابراین، اقوام زوجین اگر بیم شقاق بین زوجین را داشته باشند، آن گاه باید در همه این موارد به عنوان یک واجب کفایی نسبت به اصلاح ذات‌البین اقدام نمایند. اگر کسی در این زمینه اقدام ننمود، خود زوجین لازم است مداخله «شخص ثالثی» را خواستار شوند.<sup>۱</sup> چنانچه زوجین، نزدیکان آنان و جامعه اسلامی نیز اقدامی در این زمینه نکردند، در این صورت دادگاه نسبت به انتخاب داور اقدام خواهد کرد. بر اساس این نظر، اگر دادگاه احراز نمود که ارجاع به داور قبلاً با شرایط لازم آن محقق شده است، دیگر نباید دادرسی را بدون دلیل برای انجام مجدد این مهم، طولانی کند و مرحله دیگری را به آن اضافه نماید.<sup>۲</sup>

در واقع، مطابق اصول و ضوابط داوری حقیقی، اجرای داوری موردنظر شارع را می‌توان پیش از اقامه دعوی طلاق در دادگاه، توسط اقوام، خویشان یا دوستان واجد «شرایط قانونی»<sup>۳</sup> انجام داد چون آنچه مدنظر شارع و قانون‌گذار بوده ضرورت انجام داوری، تعیین داوران طبق شرایط موردنظر شرع و قانون و تلاش در اصلاح زوجین و رفع خوف شقاق بین آنها است و نه صدور حکم الزام‌آور مبنی بر طلاق یا گواهی عدم امکان سازش زیرا انجام این امر مهم به جهت حمایت از کانون خانواده و حفظ نظم عمومی تنها در صلاحیت دادگاه عمومی است و داوران چنین اختیاری ندارند بنابراین، اجرای داوری به جهت حل سریع مرافعات خانوادگی پیش از طرح دعوی طلاق در دادگاه خانواده به تدبیر شرع اسلام بسیار نزدیک‌تر خواهد بود چون اجرای داوری پس از اقامه دعوی طلاق در دادگاه، ضمن ورود فشارهای روانی، تشنج و اضطراب در کانون خانواده و در نتیجه شقاق عمیق‌تر، اصلاح ذات‌البین را مشکل و حتی منتفی خواهد نمود. با وجود این، صراحت بیان حکم ماده ۲۷ قانون حمایت از خانواده راجع به اجرای داوری در روند

۱. قبل از تصویب قانون حمایت از خانواده به موجب ماده ۶۷۶ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸ ارجاع اختلافات بین زن و شوهر به داوری به درخواست آنان واگذار شده بود.

۲. دینانی، عبدالرسول، منبع پیشین، ص ۱۶.

۳. مطابق ماده ۲۸ ق.ح.خ؛ و تبصره‌های ذیل آن، داور هر یک از طرفین باید متأهل بوده و حداقل سی سال سن داشته باشند. علاوه بر این، باید به مسائل شرعی، خانوادگی و اجتماعی آشنا باشند.

رسیدگی دادگاه به دعوی طلاق و امری تلقی شدن آن، مانع تفسیر مزبور می‌شود. مبحث بعدی که ماهیت داورى در دعوی طلاق را بیشتر مشخص می‌نماید، نقش اشخاص «حقیقی»<sup>۱</sup> به عنوان داور در دعوی طلاق است. در این خصوص، تبیین موضوع و مبنای رسیدگی و اعتبار نظری که آنان صادر می‌نمایند، در احراز ماهیت آن مؤثر خواهد بود.

## ۲- نقش داوران در دعوی طلاق

مطابق آیه ۳۵ از سوره نساء و ماده ۲۷ ق.ح.خ. اصولاً اجرای داورى در دعوی طلاق قبل از انشای هرگونه رای<sup>۲</sup> الزامی است. قانون‌گذار این الزام را برای به تأخیر انداختن طلاق به منظور امکان ایجاد صلح و سازش و انصراف هر یک از زوجین از تقاضای طلاق و در نهایت جلوگیری از گسستن کانون خانواده و حمایت از کودکان آن مقرر نموده است. در این صورت نقش داوران در دعوی طلاق، از اهمیت بسزایی برخوردار است و به نظر می‌رسد نباید با توجه به تأکیدى که قرآن کریم در اجرای داورى در امر طلاق داشته، به این قضیه سهل‌نگریست؛ چراکه شارع با

۱. داورى در امر طلاق، از خصائص اشخاص حقیقی است. آیه ۳۵ از سوره نساء بر این که داوران از بستگان زوجین باشند، تأکید دارد. همچنین ماده ۲۷ ق.ح.خ. نیز در تعیین داوران به اشخاص حقیقی نظر دارد. لذا ارجاع امر به داورى به مؤسسات حقوقی چه دولتی و چه غیر دولتی از جمله کمیسیون امور بانوان صحیح نبوده و مطابق قانون نیست. نشست قضایی دادگستری استان بوشهر، فروردین ۱۳۸۲، دعوی طلاق در رویه دادگاه‌ها، گروه پژوهشی انتشارات چراغ دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۵، ص ۱۶۸.

۲. در این خصوص دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۶۵۶ صادره از شعبه ۲۴ دیوانعالی کشور قابل توجه است: «... قبل از آن که دادگاه تصمیم به رد یا طلق اتخاذ نماید، ارجاع به داورى باید صورت گیرد تا چنانچه اصلاح ذات‌البین ممکن باشد، شقاق برطرف گردد و با رد دعوی طلاق از سوی دادگاه اختلاف بین زوجین حل می‌شود و نیازی به رسیدگی در دادگاه نمی‌بود، بنابراین استدلال دادگاه بدوی که تا موجبات قانونی طلاق برای زوجه در دادگاه محرز نشود، موجبى برای ارجاع به داورى نخواهد داشت، توجیه شرعی و قانونی ندارد. ...» (گروه پژوهشی انتشارات چراغ دانش، آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، صص ۴۱-۴۰)، همچنین دادنامه شماره ۱۲۳۵ مورخ ۱۳۸۵/۶/۸ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌گوید: «... حتی اگر دادگاه صادرکننده رای بدوی عقیده‌ای بر صدور گواهی عدم امکان سازش به لحاظ احراز عدم شقاق نداشته، لیکن چون همین مقدار اختلاف زوجین سبب کدورت شده باید در جهت ارتفاع آن تلاش می‌کرد. لذا دادگاه بدوی تکلیف داشته با ارجاع امر به داورى از طریق اقران مصلح در جهت رفع این کدورت و اختلاف اقدام کند؛ بنابراین، چون دادگاه بدوی این مهم را ترک نموده است، دادگاه رأی صادره را ماهیتی تلقی نمی‌نماید، زیرا در دعوی طلاق خلاف دیگر دعاوی، فقط با ارجاع امر به داورى، قاضی ماهیت دعوی را لمس و بعد از آن می‌تواند در خصوص احراز شقاق یا عدم آن اظهار نظر کند و هرگونه اقدام و اظهار عقیده قبل از ورود در ماهیت دعوی از طریق صدور ارجاع امر به داوران امری نظری غیر ماهوی تلقی خواهد شد. ...» (رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور خانواده، صص ۱۰۹۱۱۰).

انشای دو قید علیم و خبیر در انتهای آیه ۳۵ از سوره نساء (ان یرید اصلاحا یوفق الله بینهما ان الله کان علیما خبیرا)، به داوران تذکر داده این کار را سبک نشمارند و تمام سعی و تلاش خود را در جهت اصلاح ذات‌البین و رفع شقاق بین زوجین بکار برند که خداوند از کارشان آگاه و مطلع است.<sup>۱</sup> بدین جهت، در راستای تبیین نقش داوران در داوری موضوع قانون حمایت از خانواده، موارد ذیل قابل‌بررسی است: ۱- اصل استقلال و بی‌طرفی داوران ۲- موضوع و مبنای رسیدگی داوران ۳- اعتبار و لازم‌الاتباع بودن نظر داوران.

### ۱-۲ اصل استقلال و بی‌طرفی داوران

یکی دیگر از اصول و ضوابط داوری حقیقی، اصل استقلال و بی‌طرفی داوران نسبت به طرفین اختلاف است. «بی‌طرفی داور» مستلزم این است که او نفع شخصی در منتفع شدن یک طرف دعوا یا رفتار تبعیض‌آمیز به نفع او نداشته باشد؛ چون طرفداری داور مانع از قضاوت عادلانه وی خواهد شد. این اصل ایجاب می‌کند داور هرگونه رابطه مؤثر و با اهمیتی که با یک طرف دعوا داشته یا دارد و ممکن است بر بی‌طرفی او تاثیر گذارد را هنگام انتخاب و قبول داوری به طرف دیگر افشا نماید.<sup>۲</sup> «استقلال داور» نیز مستلزم عدم وجود رابطه نسبی یا سببی یا عدم وجود ارتباط کاری یا استخدامی بین داور و فرد منتخب اوست.<sup>۳</sup> داور مکلف است در هنگام اتخاذ رای تنها قانون و وجدان خود را بر اعمال خود حاکم کند و توجهی به خواسته‌ها و نظرات دیگران از جمله فردی که او را انتصاب کرده، نداشته باشد. همچنین از زمان انتصاب و در طول جریان داوری تا صدور رای هرگونه اوضاع و احوالی که منجر به بروز تردیدهای موجهی در مورد عدم استقلال او شود را بایستی آشکار نماید؛ بنابراین، نقض هر یک از اصول استقلال و بی‌طرفی داور، موجب جرح او و ابطال رای داوری خواهد شد.

اما در داوری مورد بحث قانون حمایت از خانواده، قانون‌گذار به پیروی از آرای برخی از فقها از تفسیر آیه شریفه ۳۵ از سوره نساء، ضمن رعایت حق طرفین اختلاف در انتخاب داور خود،

۱. نجفی، شیخ محمدحسن، منبع پیشین، ج ۳۱، ص ۲۱۳.

۲. موری، الهیار، «استقلال و بی‌طرفی داور»، انتشارات مرکز منطقه‌ای داوری تهران، ۱۳۸۸، ص ۸۸، امیرمعزی، احمد، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۸، صص ۲۰۶ تا ۲۰۹؛ نکیخت، حمیدرضا، داوری تجاری بین‌المللی - آیین داوری، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۰، ص ۳۷۲.

۳. موری، الهیار، منبع پیشین، ص ۸۸؛ امیرمعزی، احمد، منبع پیشین، صص ۲۰۶ تا ۲۰۹؛ شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین‌المللی، انتشارات سمت، ۱۳۹۱، ص ۱۶۷.

تکلیف نموده که داور باید واجد شرایط قانونی از حیث سنی، آشنا به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی بوده و ابتدا از میان اقارب متاهل آنان انتخاب شود. سپس در صورت نبود فرد واجد شرایط در بین اقارب یا عدم دسترسی به ایشان یا استنکاف آنان از پذیرش داوری، نوبت به افراد واجد صلاحیت دیگری می‌رسد (ماده ۲۸ ق.ح.خ؛ و تبصره‌های ۱ و ۲ آن ماده و نیز ماده ۱۲ آیین‌نامه اجرایی ق.ح.خ.).

به عبارت دیگر، برخلاف داوری حقیقی که وجود رابطه نسبی و سببی بین داور و طرف او ممکن است شائبه عدم استقلال و بی‌طرفی او را 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 به احوال و روحیات و شیوه زندگی زوجین آشنایی بیشتر داشته و با جدیت تمام برای رفع کدورت و اصلاح آنان اقدام خواهند کرد. ثانیاً) در داوری حقیقی، داوران به قضاوت می‌پردازند و بر اساس قواعد حقوقی رای صادر می‌نمایند؛ پس باید مستقل از طرفین اختلاف بوده و بی‌طرفانه رسیدگی و قضاوت کنند. برعکس، در داوری برای دعوی طلاق داوران به منظور صدور رای قضایی به حل و فصل اختلافات بین زوجین نمی‌پردازند، بلکه باهدف اصلاح آنان وارد عمل می‌شوند 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 می‌رسد تدبیر مورد نظر شارع (جلوگیری از شقاق) محقق نشده و اجرای داوری را بیهوده خواهد ساخت. بدین جهت، سزاوار آن است که داوران زوجین، نیت خود را از هرگونه تعصب و طرفداری بیجا خالص کنند و هدف آنان تنها اصلاح ذات‌البین باشد. به بیان دیگر، رعایت اصول حسن نیت و بی‌طرفی برای صلح و سازش در دعوی طلاق بر داوران زوجین نیز لازم است که اگر چنین باشد، خدای تعالی آنان را در کار خود موفق می‌گرداند، همچنان که بخشی از آیه ۳۵ از سوره نساء به این معنا اشاره دارد: «ان یرید اصلاحا یوفق الله بینهما»<sup>۱</sup>.

## ۲-۲ موضوع و مبنای بررسی داوران

به طور قطع، موضوع داوری در قانون حمایت از خانواده «دعوی طلاق» است اما آنچه باید

۱. موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریرالوسیله، ج ۴، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، بیتا، ص ۱۰۵.

موضوع بررسی داوران قرار گیرد و شقاق بین زوجین را احراز کنند، اساس اختلافاتی است که موجب دعوی طلاق گردیده و بایسته است داوران علل اختلافات را از زوجین جویا شده و پس از تلاش مستمر برای رفع کدورت و جدیت برای اصلاح آنان، اظهارنظر نمایند.<sup>۱</sup>

حال، اختیارات داوران در دعوی طلاق و اظهارنظر نسبت به آن تا چه حدودی است؟ در این خصوص برخی اعتقاد دارند داوران تنها می‌توانند در محدوده موضوعی که دادگاه مشخص نموده بررسی و اظهارنظر نمایند. برای مثال، اگر موجب درخواست طلاق از سوی شوهر عدم تمکین زن باشد یا موجب درخواست طلاق از سوی زن سؤ رفتار شوهر باشد، داور بایستی پس از تحقیق و بررسی‌های خود، صادقانه اظهارنظر نماید که به نظر او رفتار شوهر ناپسند و ادامه زندگی را برای زن غیر قابل تحمل کرده است یا این که زن از شوهر خود تمکین نمی‌کند.<sup>۲</sup> پس داوران برای دستیابی به نتایج فوق تنها با بررسی علل اختلاف منجر به دعوی طلاق، بایستی در رفع آن تلاش کرده و از این طریق مقدمات صلح و سازش را برای زوجین مهیا نمایند؛ اما به موجب قانون<sup>۳</sup> حق ندارند در باب طلاق و تطبیق مورد نزاع با ماده قانونی تصمیم بگیرند؛ زیرا صدور حکم به اجبار طلاق یا اذن در طلاق در صلاحیت خاص دادگاه‌های خانواده است.<sup>۴</sup>

از سوی دیگر، طبق دستور اکید شرع و قانون حمایت از خانواده، هدف داوری در دعوی طلاق، ایجاد صلح و سازش بین زوجین متخاصم است. صلح و سازش مورد نظر قانون‌گذار، صلح و سازشی است که بایستی ناشی از گذشت، فداکاری و علاقه‌مندی زوجین به سرنوشت یکدیگر و شکستن حصار دوگانگی و سعادت یکدیگر باشد. پس صلح و سازش به مفهومی که میان دو همکار، دو شریک یا دو همسایه که عبارت از عدم تعرض یا عدم تجاوز به حقوق یکدیگر است، نیست.<sup>۵</sup> با وجود این، برقراری صلح و سازش بدون تغییر در وضعیت و خیم بین زن و شوهر و نیز بدون داشتن ضمانت اجرا، نتیجه‌ای در بر نخواهد داشت و دیری نخواهد گذشت که تیرگی روابط آنان بدتر از قبل خواهد شد. همچنین، واقع ساختن صلح و سازش بین زن و شوهر از روی

۱. همان، ص ۱۰۴.

۲. کاتوزیان، امیرناصر، حقوق خانواده، ج ۲، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۷۸، ص ۳۴۴.

۳. ماده ۲۴ از قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱: «ثب طلاق و سایر موارد انحلال نکاح ... در دفاتر رسمی از دواج و طلاق حسب مورد پس از صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم طلاق از سوی دادگاه مجاز است».

۴. کاتوزیان، امیرناصر، منبع پیشین، صص ۳۴۴-۳۴۳، دیانی، عبدالرسول، منبع پیشین، ص ۱۷.

۵. مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، انتشارات صدرا، ص ۳۲۸. تاریخ قید شود

ناچاری یا جبر یا از روی فریب و نیرنگ و صوری بودن آن، به صرف استمرار همزیستی آنان، قوام و اعتباری نخواهد داشت.

بنابراین، داوران با حق صلحی که قانون‌گذار به آنان اعطا نموده است، می‌توانند راهکارهای مسالمت‌آمیز مؤثری را در جهت کمک به کاهش یا رفع اختلافات آنان پیشنهاد نمایند و امکان سازش آنان را با تراضی هر دو طرف فراهم کنند. در این خصوص گفته شده در راستای اصلاح میان زوجین، داوران اختیار کامل دارند شروطی را که مخالف شریعت نباشد به زوجین بقبولانند؛ اگرچه آن شروط ممکن است مورد توافق زن یا شوهر نباشد. اگر آن شرط برای همزیستی زوجین روا و ضروری باشد لازم‌الاجرا می‌گردد؛ مانند این که شرط کنند زن در شهر دیگری با همسرش مسکن‌گزیند یا با خانواده شوهر زندگی نکند.<sup>۱</sup> با وجود این، داوران باید اختلافات زوجین را بر مبنای صلح و سازشی که مورد رضایت و توافق آنان است، حل و فصل نمایند و به صرف ادامه همزیستی محض به هیچ یک از طرفین حرجی را تحمیل نکنند.

### ۳-۲ اعتبار و لازم‌الاتباع بودن نظر داوران

اصولاً در داوری به مفهوم حقیقی، قصد طرفین از مداخله شخص ثالث تحت عنوان داور، تعیین راه‌حلی الزام‌آور از سوی اوست؛ هرچند که طرفین بعد از اعلام این راه‌حل بخواهند آن را با توافق کنار نهند.<sup>۲</sup> از سوی دیگر، راه حل الزام‌آور باید به‌منظور حل و فصل اختلاف طرفین باشد. پس تصمیمی که شخص ثالث اتخاذ می‌نماید و به «رای داوری» موصوف است، باید هر دو وصف مذکور (یعنی الزام‌آور بودن رای داوری و حل و فصل اختلاف) را در بر داشته باشد.<sup>۳</sup> در این صورت، اگر رای داوری موجه و مدلل بوده و موافق با قوانین موجد حق صادر شده باشد معتبر و لازم‌الاجرا 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 مرضی‌الطرفین، دعوا را بر مبنای صلح خاتمه دهند. در این صورت، صلح‌نامه‌ای که به امضای داوران رسیده است، معتبر و قابل اجرا خواهد بود (ماده ۴۸۳ ق.آ.د.م.).

۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، منبع پیشین، ص ۱۰۴.

۲. در این باره ماده ۴۸۲ از قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه طرفین، رأی داور را به اتفاق به طور کلی و یا قسمتی از آن را رد کنند، آن رأی در قسمت مردود، بلااثر خواهد بود».

۳. بخشی، عبدالله، منبع پیشین، ص ۲۶.

در داوری مورد نظر قانون حمایت از خانواده، بحث رای داوری و لازم‌الاجرائی بودن آن مطرح نیست؛ چراکه داوران بر مبنای حق صلحی که شرع و قانون به آنان اعطا کرده مساعی خود را تنها برای وقوع سازش بین زوجین بکار برده و از این طریق کدورت و تفریقی که بین آنان حاصل شده است را با توافق آنان برطرف می‌نمایند؛ ولی حق صدور هیچ‌گونه رای الزام‌آوری را ندارند (ماده ۲۷ ق.ح.خ؛ و ماده ۱۴ آیین‌نامه اجرائی ق.ح.خ). چنانچه بین زوجین سازش میسر گردد، داوران می‌توانند بر اساس سازشنامه‌ای 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 فی‌مابین زوجین و مذاکره با آنان در جهت رفع آن به نحو سازش، به دادگاه «اعلام نظر» یا «اظهار نظر» می‌نمایند. حال، این که نظر داوران تا چه اندازه برای طرفین دعوا و دادگاه قابل پذیرش و لازم‌الاتباع است، ماده ۲۷ ق.ح.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 نمی‌دهد.

برخی از علمای فقه و حقوق، معیار اعتبار و لازم‌الاتباع بودن نظر داوران را بیشتر در حدود اختیارات آنان در بررسی موضوعی که دادگاه به آنان ارجاع داده است، می‌نگرند. بدین شرح که اگر موضوع ارجاع به داوری و اختیارات داوران مطلق باشد، داوران صرفاً می‌توانند رای به سازش و ادامه زندگی زناشویی دهند نه 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.<sup>۱</sup> 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

۱. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، منبع پیشین، ج ۸، صص ۵۷۲، ۵۷۳؛ موسوی خمینی، سیدروح الله، منبع پیشین، ج ۴، ص ۱۰۵.



مرجح است و جمع نقیضین لازم می‌آید.<sup>۱</sup> با وجود این، رویه برخی از دادگاه‌های خانواده این است که با برگزاری یک جلسه فوق‌العاده 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 اظهارنظر آنان در موضوع دعوا نمی‌دانند، بلکه معتقدند آنچه از نظر دادگاه قابل توجه و اهمیت است، عدم مغایرت و یا مخالفت نظر داوران با قوانین موجد حق است؛<sup>۲</sup> در غیر این صورت تکلیف مقرر در ماده ۲۷ ق.ح.خ. (توجه نمودن به نظر داوران در هنگام صدور رای) از دادگاه ساقط می‌گردد. به طور مثال، مردان به موجب ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی در امر طلاق مبسوط الید هستند. لذا، نظر داوران به تداوم زندگی در دعوی 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.<sup>۳</sup>

با توجه به آرای فوق، اصولاً دادگاه‌های خانواده باید حتی‌المقدور 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 دعوی طلاق به داوری است؛ زیرا از این طریق بیشتر بر ماهیت دعوی طلاق اشراف پیدا کرده و بهتر می‌تواند در احراز وجود شقاق یا عدم آن تصمیم‌گیری نماید.<sup>۴</sup> بدین جهت، اصولاً اتخاذ تصمیم دادگاه در دعوی طلاق بدون کسب نظریه کتبی داوران شرعاً و قانوناً امکان‌پذیر نیست.<sup>۵</sup> لذا، دادگاه‌های خانواده با لحاظ جمیع اظهارات طرفین، اظهارنظر

۱. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، منبع پیشین، ص ۲۳۶.

۲. کاتوزیان، امیرناصر، حقوق خانواده، ج ۲، ص ۳۴۴

۳. متأسفانه ارجاع به داوری در این گونه دعوی، فقط یک امر صوری و تشریفاتی است!

۴. دادنامه شماره ۱۲۳۵ مورخ ۱۳۸۵/۶/۸ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران [رویه قضایی در دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور خانواده، صص ۱۱۰، ۱۰۹].

۵. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۴۶۴ مورخ ۱۳۹۲/۴/۴ صادره از شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران [مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، ص ۳۵۵]، همچنین دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۱۲۴۶ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۹ صادره از شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران قابل توجه است: «... بر اساس ماده ۲۷ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ دادگاه مکلف است در دعوی طلاق نظریه داوران منتخب طرفین را کتبا 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 رأی در آن را نداشته

داوران و دلایل مثبت در پرونده دعوی طلاق، مطابق قانون به ماهیت دعوی طلاق رسیدگی و رای صادر می‌نمایند. در این خصوص بخشی از رای شماره ۸۲-۶۴۴ مورخ ۱۳۸۲/۳/۳۱ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران قابل ملاحظه است:

« ... هیات قضات شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با برگزاری جلسات دادرسی و بعد از استماع اظهارات طرفین و با توجه به اظهارات داوران طرفین و این که زوج نیز اقرار به افراط کاری و تندرو نموده، لذا به نظر دادگاه حتی اگر زوج بنا بر ادعای خود اصلاح هم شده باشد، اعمال و رفتار و انکار او اثر سؤ خود را بر زوجه گذارده و اتصال و مواسات زوجین به نظر متعذر است. لذا دادگاه با احراز عسر و حرج زوجه ناشی از سؤ رفتار و سؤ 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 می‌نماید. ...»<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

با بررسی و تبیین ویژگی‌های داوری مطرح در قانون حمایت از خانواده راجع به دعوی طلاق، به ویژه نقش و عملکرد اشخاص حقیقی به عنوان داور، ماهیت واقعی آن داوری به مفهوم حقیقی نیست؛ بلکه به توسط این تدبیر، اشخاص منتخب از سوی زوجین یا منصوب از سوی دادگاه به منظور ایجاد اصلاح ذات‌البین، تنها به «میانجی‌گری» می‌پردازند. میانجی‌گری، فرایندی است که با مدیریت و تدبیر شخص ثالث به نام میانجی، علل و آثار اختلاف حاصله بین متنازعين در فضای مناسب بررسی می‌گردد و در صورت حصول سازش، تعهدات و حقوق آنان تعیین می‌شود.<sup>۲</sup> داوران در دعوی طلاق در واقع با ایفای نقش یک میانجی، مساعی خود را در اصلاح طرفین بکار می‌برند؛ چراکه دخالت شخص ثالث به عنوان داور در داوری برای جلب رضایت

است... [مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، ص ۵۹۹]، همچنین اهمیت جلب نظر داوران حتی در رسیدگی به دعوی بذل مدت نکاح موقت در دادنامه شماره ۵۲۳-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۰۵ مورخ ۱۳۹۲/۴/۹ صادره از شعبه ۴۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران قابل ملاحظه است [مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، ص ۳۵۹].

۱. رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور خانواده، صص ۳ و ۲.  
 ۲. میانجی‌گری، یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات است که به موجب آن شخص ثالث بی‌طرفی (میانجی)، طرف‌های اختلاف را در حل و فصل اختلافشان یاری و مساعدت نموده و میانجی‌گری را اداره می‌کند (بند ۳ از ماده یک آیین‌نامه‌ی قواعد میانجی‌گری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران).

طرفین یا ارائه پیشنهاد مسالمت‌آمیز برای کاهش اختلاف، اگر الزام‌آور نباشد، نمی‌تواند داوری تلقی گردد.<sup>۱</sup>

از سوی دیگر، داوران در دعوای طلاق رسیدگی ترافیعی به مفهوم قضایی آن نمی‌نمایند. به این معنا که آنان هرگز در جایگاه مقام قضاوت بر اساس قانون و قواعد حقوقی به ماهیت دعوای طلاق رسیدگی نکرده و رای لازم‌الاجرائی را صادر نمی‌کنند؛ بلکه به قصد ایجاد مر صلح و سازش بین زوجین در خصوص موضوع مورد نظر آنان میانجیگری کرده و با رعایت اصول استقلال و بی‌طرفی و عدالت، در حصول رضایت و گذشت هر طرف از مواضع خود تلاش نموده و بر اساس اظهارات و مستندات آنان چنانچه پیشنهادی برای حل و فصل موضوع اختلاف داشته باشند به آنان ارائه خواهند داد ولی این پیشنهاد فاقد ضمانت اجراست و پذیرش آن بستگی تام به توافق طرفین اختلاف دارد.<sup>۲</sup> در نهایت، میانجی‌ها نظریه خود را بر اساس شرایط سازش مورد توافق طرفین یا عدم امکان سازش آنان به اطلاع دادگاه می‌رسانند. دادگاه در صورت عدم مخالفت نظر مزبور با شرع و قوانین موجد حق و واقعیات موجود در دعوای طلاق، رای قاطع صادر می‌نماید؛ چون تنها مرجعی است که از حیث فنی و تخصص حقوقی صلاحیت تشخیص موضوع دعوا را دارد و صالح به صدور رای قضایی در دعوای طلاق می‌باشد.<sup>۳</sup> پس دادگاه خانواده در دعوای طلاق به نظر فنی و تخصصی داوران در خصوص موضوع اختلاف نیازی ندارد؛ بلکه با ارجاع امر به داوری فرصتی که شرع و قانون ضروری دانسته است، در اختیار زن و شوهر گذاشته تا با مساعدت و یاری اشخاص معتمد و صالح، اختلاف خود را از طریق صلح و سازش حل و فصل نمایند.<sup>۴</sup>

بر اساس آیه شریفه ۳۵ از سوره نساء و ماده ۲۷ ق.ح.خ. ارجاع موضوع اختلاف به داوری قبل از صدور هرگونه رای از دادگاه‌های خانواده، به منظور احراز خوف شقاق حاصله بین زوجین و

۱. بخشی، عبدالله، منبع پیشین، ص ۲۶.  
 ۲. در فرایند میانجی‌گری، اصل بر گفتگوی میان طرفین و تلاش آنان برای تبادل نظر و رسیدن به توافق است. میانجی وظیفه مدیریت این فرایند و تسهیل آن را برعهده دارد (بند ۲ از ماده ۶ آیین‌نامه‌ی قواعد میانجی‌گری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران).  
 ۳. کاتوزیان، امیرناصر، حقوق خانواده، ج ۲، صص ۳۴۴ و ۳۴۳.  
 ۴. اعتقاد برخی بر این است که شرایط حکمین و اختیارات آنان و نیز مبانی حکمیت در دعوای خانوادگی با نهاد کارشناسی سازگاری بیشتری دارد [هدایت‌نیا، فرج‌الله، «ماهیت حکمیت در دعوای خانواده»، مجله قرآن، فقه و حقوق اسلام، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، سال اول، شماره یک، ص ۱۷۹].

در صورت امکان اصلاح ذات‌البین ضروری و واجب است و به منظور حفظ نظم عمومی تنها از طریق طرح دعوی طلاق در دادگاه خانواده امکان‌پذیر خواهد بود بنابراین، روند داوری مورد نظر قانون حمایت از خانواده و احراز صلاحیت داوران بایستی تحت نظارت کامل آن دادگاه صورت گیرد. با وجود این، از آن جا که قانون حمایت از خانواده، حق انتخاب داور را ابتدا به زوجین اعطا کرده است، به نظر می‌رسد زوجین می‌توانند قبل از طرح دعوی طلاق، داوری مورد نظر آن قانون را عملی سازند؛ ولی برای رعایت امر شارع مقدس و قانون‌گذار و پیش‌گیری از اطاله زمان در رسیدگی به دعوی طلاق، دادگاه‌های خانواده می‌توانند همان داوران را منصوب کنند و از آنان تحقیق و اعلام نظر مجدد نمایند.<sup>۱</sup>

علاوه بر این، با توافق زوجین می‌توان کلیه مناقشات زمینه‌ساز شقاق را به داوری ارجاع داد؛<sup>۲</sup> ولی ممکن است گفته شود، به موجب مواد ۱ و ۴ ق.ح.خ. رسیدگی به امور و دعوی خانوادگی در حیطه و صلاحیت دادگاه‌های خانواده قرار گرفته و در این خصوص، توافق زوجین در انتخاب داوری نه تنها در دعوی طلاق بلکه در سایر اختلافات خانوادگی بی‌تأثیر است. با وجود این، به نظر می‌رسد قانون‌گذار به موجب «قانون خاص» دادگاه‌های خانواده را جهت رسیدگی به امور و دعوی خانواده تعیین نموده اما آیا تعیین چنین دادگاه‌هایی به معنای ممنوعیت اعمال سایر شیوه‌های حل و فصل اختلاف است؟ مراد از وضع چنین قانونی علاوه بر اختصاص برخی از دادگاه‌های عمومی جهت رسیدگی به مرافعات خانوادگی، ایجاد حریمی امن برای طرف‌های این‌گونه دعوی از جمله زنان و کودکان است. بدیهی است که بسیاری از امور و دعوی احصا شده در ماده ۴ از قانون حمایت خانواده باید در دادگاه رسیدگی شود و تصریح قانون‌گذار در ارجاع دعوی طلاق به داوری از طریق دادگاه نیز بدین خاطر بوده است ولی به استناد قاعده «اثبات شیء نفی ما عده نمی‌کند» می‌توان اختلافاتی که در آینده ممکن است زمینه‌ساز شقاق بین زن و شوهر گردد را به داوری ارجاع داد که از نظر برخی از حقوقدانان ما این داوری می‌تواند مطابق ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی یک داوری حقیقی تلقی شود<sup>۳</sup> که از طریق شناسایی و نظارت کامل دادگاه‌های خانواده آرای این داوری نیز قابل اجرا خواهد بود.

۱. در این خصوص بین دادگاه‌های خانواده اختلاف نظر وجود دارد و نظر برخی از آن‌ها منطبق با این نظر است.

۲. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، منبع پیشین، ص ۲۳۹.

۳. همان، ص ۲۳۹.

## منابع

- امير معزى، احمد، *داورى بين المللى در دعاوى بازرگانى*، (تهران، انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۸).
- بخشى، عبدالله، *حقوق داورى و دعاوى مربوط به آن در رويه قضايى*، (تهران، انتشارات شركت سهامى انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۲).
- بحرانى، آل عصفور، يوسف بن احمد بن ابراهيم، *الحدايق الناظره فى احكام العتره الطاهره*، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵.
- جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، *دانشنامه حقوقى*، (تهران، انتشارات اميركبير، ۱۳۷۴).
- ديانى، عبدالرسول، «داورى در طلاق»، تهران، مجله دادرسى، (۱۳۸۳).
- دعاوى طلاق در رويه دادگاهها*، (گروه پژوهشى انتشارات چراغ دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۵).
- زندى، محمدرضا، *رويه قضايى دادگاههاى تجديدنظر استان تهران در امور خانواده*، (تهران، انتشارات جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۱).
- شيروى، عبدالحسين، *داورى تجارى بين المللى*، (تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۹۱).
- صفايى، سيد حسين و امامى، اسدالله، *مختصر حقوق خانواده*، (تهران، انتشارات ميزان، چاپ اول، ۱۳۸۹).
- طبرى، حسن، *مجمع البيان*، (بيروت، مؤسسه اعلمى المطبوعات، ۱۴۱۵).
- عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، (قم، انتشارات معارف الاسلاميه، ۱۴۱۳).
- كاتوزيان، اميرناصر، *اعتبار امر قضاوت شده در دعواى مدنى*، (تهران، انتشارات دادگستر، چاپ پنجم، ۱۳۷۶).
- كاتوزيان، اميرناصر، *حقوق مدنى - خانواده*، جلد ۲، (تهران، انتشارات شركت سهامى انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۷۸).
- معين، محمد، *فرهنگ فارسى معين*، (تهران، انتشارات اشجع، چاپ چهارم، ۱۳۸۸).
- مصطفوى، حسن، *تفسير روشن*، (تهران، انتشارات كتاب، چاپ اول، ۱۳۸۰).
- محقق حلى، نجم الدين جعفر بن الحسن، *شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام*، (قم، مؤسسه المطبوعات الدينيه، ۱۴۰۸).
- محقق حلى، نجم الدين جعفر بن الحسن، *مختصرالنافع فى فقه الاماميه*، (قم، مؤسسه

المطبوعات الدینیه، ۱۴۱۸).

موری، الهیار، «استقلال و بی طرفی داور»، تهران، مرکز منطقه ای داورى تهران، (۱۳۸۸).  
موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسيله*، (قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، بیتا).  
مطهری، مرتضی، *نظام حقوق زن در اسلام*، (تهران، انتشارات صدرا، چاپ دوم، ۱۳۷۰).  
مجموعه آرای قضایی دادگاه های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، (اداره انتشار رویه قضایی کشور، ۱۳۹۲).

نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرائع الاسلام*، (بیروت، انتشارات دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴).

نیکبخت، حمیدرضا، *داوری تجاری بین المللی- آیین داورى*، (تهران، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۹۰).

هدایت نیا، فرج الله، «داوری اجباری در دعاوی خانوادگی»، تهران، مجله قران، فقه و حقوق اسلامی، (۱۳۸۴).

هدایت نیا، فرج الله، «ماهیت حکمیت در دعاوی خانواده»، تهران، مجله قران، فقه و حقوق اسلامی، (۱۳۹۳).

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی