

## حکمت و نهاد داوری در حل تعارض بین زوجین: مقایسه تطبیقی در فقه

امامیه (با تأکید بر ادله مبتنی بر وحی) و حقوق موضوعه

زهرا گلزاری<sup>۱</sup>، رحمت‌اله شریعتی<sup>۲</sup>، الهام شریعتی<sup>۳</sup>، سیده فائزه صفدرزاده<sup>۴</sup>

### چکیده

«حکمت» شیوه‌ای خاص از داوری در قرآن کریم است که در موارد اختلاف و نشوز طرفینی زوجین عمل به این راهکار و حیانی می‌تواند به اصلاح ذات‌البین منتهی شود. پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی، از مجموعه ادله کتاب و سنت، حکمت و داوری مطرح شده در قرآن کریم را به‌عنوان الگویی اسلامی برای رفع تنازع میان زوجین بررسی کرده و سپس با مقایسه بین این راه حل قرآنی و آنچه بر اساس قانون جدید حمایت خانواده در دادگاه‌ها در حال اجراست، در صدد نشان دادن عدم انطباق برخی روشهای معمول فعلی با الگوی قرآنی آن بر آمده است. نتایج نشان داد که برخلاف تلاش‌های قابل ستایش قانونگذار در سال‌های اخیر، همچنان آمار بالای طلاق در جامعه ایران به دلیل عدم بازدارندگی کافی روش‌های موجود، حاکی از وجود نقایصی در راهکارهای ارائه شده است که بخشی از آنها به خاطر عدم اجرای صحیح دستورات دین در این عرصه از جمله موضوع حکمت است که بایستی با تطبیق بیش از پیش شرع و قانون و بکارگیری روش‌های پیشگیرانه اولیه به موازات اقدامات درمانی در سیر رویه قضایی، برای رفع این اشکالات قدم برداشت. واژگان کلیدی: حکمت، داوری، شقاق، نشوز، زوجین، خانواده، حکمین.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رئیس‌جمهور  
مجمع علوم انسانی

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱۳ تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۳/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۰۱

۱. کارشناس ارشد مطالعات زنان، گرایش حقوق زن در اسلام، دانشگاه الزهراء، تهران، ایران.

Email: golzaryzahra@gmail.com

۲. دکترای فلسفه و کلام اسلامی، استادیار گروه فلسفه، دانشکده حقوق، الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه آزاد

اسلامی واحد نجف‌آباد، نجف‌آباد، اصفهان، ایران. Email: [shariati@phu.iaun.ac.ir](mailto:shariati@phu.iaun.ac.ir)

۳. دکترای فقه و حقوق خصوصی، استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصاد، دانشگاه الزهراء، تهران،

ایران. (نویسنده مسئول) Email: [e.shariati@alzahra.ac.ir](mailto:e.shariati@alzahra.ac.ir)

۴. کارشناس ارشد مطالعات زنان، گرایش حقوق زن در اسلام، دانشگاه الزهراء، تهران، ایران.

Email: sfsafdarzadeh@gmail.com

خانواده جایگاهی برای آرامش است، اما گاهی با تنش‌هایی میان اعضا مواجه می‌شود. تنش‌هایی که گاه زندگی را به‌سوی پرتگاه طلاق می‌کشاند. از این رو، باید سازوکاری متناسب با جایگاه خانواده در پیش‌گرفت که از سطح تنش‌ها در خانواده کاسته و آن را به مسیر تعادل هدایت کند. در جامعه‌ای که قواعد آن مبتنی بر قوانین الهی است شناخت دستورالعمل منطبق با نظر شارع بسیار اهمیت دارد. در نظام حقوقی اسلام، نهاد حکمیت نقش مؤثری در رفع مشکلات خانوادگی دارد. در پژوهش حاضر با تکیه بر ادله نقلی، متون تفسیری و نظر فقها، حکمیت و نهاد داوری در حل تعارض بین زوجین تحلیل و تبیین می‌شود. این کار از آن رو ضرورت دارد که شعار اصلی قوانین جمهوری اسلامی ایران حرکت بر مدار شریعت است و آن را بهترین راه برای پرهیز از آسیب یا حل آسیب‌ها می‌داند.

پس از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ درباره جلوگیری از طلاق، تلاش‌های بسیاری شده است. در سال‌های اخیر با اجرای طرح مصلحین و همچنین با تغییرات اساسی در زمینه ثبت دادخواست طلاق و ارجاع به مشاوره خانواده قبل از هرگونه ورود به محاکم قضایی در استان تهران (معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم دادگستری استان تهران، ۱۳۹۸/۵/۲۲، [tehranpishgiri.eadl.ir](http://tehranpishgiri.eadl.ir)) قانون‌گذار در صدد رفع اختلاف بین زوجین در محیطی دور از تنازعات قضایی برآمده که نادیده‌گرفتن آنها دور از انصاف است. با وجود چنین برنامه‌ریزی‌هایی، آمار فزاینده طلاق نشان می‌دهد که راه‌کارهای فعلی، بازدارندگی لازم در رفع اختلافات زناشویی را ندارند. شاید بخشی از آنها به دلیل عدم اجرای مناسب و بخشی دیگر به دلیل عدم به‌کارگیری راه‌حل صحیح و بر مدار دستورات شریعت اسلامی است.

هدف اصلی پژوهش حاضر رهیافتی است بر الگوی پیشنهادی اسلام برای حل تعارض بین زوجین و ترسیم شفاف این الگو در مقام شاخص و معیار جامعه دینی. در کنار آن، بررسی تطبیقی بین ساختار حاکم و رفع تعارض بین زوجین در مقررات ایران و فقه امامیه لازم است تا از این رهگذر میزان تطبیق یا انحراف معیار نیز مشخص شود. در برخی از کتب و مقالات حقوقی، موضوع حکمیت و داوری بیان شده است که تنها تعداد معدودی از آنها به طور خاص درباره حل تعارضات خانوادگی نوشته شده‌اند. پژوهش حاضر از نظر محتوا، روند تحلیل حکمیت و داوری و تطبیق آن در فقه و حقوق فاصله معناداری با تحقیقات صورت گرفته دارد. برای نمونه مقاله ماهیت داوری در دعوی طلاق با بررسی مواد ۲۷ و ۲۸ قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱ و براساس مطالعه رویه قضایی موجود، داوران را تنها به عنوان یک میانجی‌گر می‌داند که نتیجه اقدامات خود را در قالب نظریه به دادگاه خانواده اعلام می‌کنند. توسط این تدبیر، اشخاص منتخب از سوی زوجین یا منصوب از سوی دادگاه برای ایجاد اصلاح ذات‌البین فقط میانجی‌گری می‌کنند. (سرخوش و دیبافر، ۱۳۹۷) گستره موضوع پژوهش حاضر تنها یکی از وجوه افتراق بین این دو مقاله است.

مقاله واکاوی داوری در حل و فصل اختلافات خانوادگی با رویکردی به قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱ با بیان اهمیت ارجاع اختلافات به داوری براساس شرایطی که در سوره نساء آمده، معتقد است که رویکرد قانون‌گذار با تدبیر پیشگیرانه قرآن کریم نسبت به حل و فصل اختلافات خانوادگی قرابت چندانی ندارد. این مقاله با بررسی رویکردهای موجود در این زمینه، امکان یا عدم امکان همسویی رویکرد قوانین با رویکرد قرآنی داوری در اختلافات خانوادگی را مطالعه کرده است (خدادادپور، ۱۳۹۳) که با وجود شباهت در تطبیقی‌بودن روش تحقیق از نظر محتوایی و نوع پردازش موضوع و به‌ویژه نتایج و راهکارهای پیشنهادی با پژوهش حاضر تفاوت دارد. جعفری (۱۳۸۶) در مقاله داوری در

دعاوی خانوادگی، قوانین موضوعه و رویه قضایی با بررسی اهمیت و نقش داوری در اسلام، مشکلات موجود در رویه قضایی محاکم خانواده را ارزیابی کرده و ایجاد مراکز تخصصی داوری در معیت محاکم خانواده را برای ثمردهی بیشتر داوری پیشنهاد کرده است. این مقاله نیز از نظر عدم بررسی تطبیقی قوانین با منابع فقهی و راهکارهای متفاوت ارائه شده، با پژوهش حاضر هم‌راستا نیست. در مقاله نقد حکمیت در دعاوی خانوادگی از مقررات تا اجرا نیز مفهوم و ماهیت حکمیت، سیر تحول داوری، موضوع و قلمرو داوری، نحوه انتخاب داوران در قرآن و منابع فقهی و قوانین موضوعه بررسی شده است و با بیان نواقص قانونی با تأکید بر ناکارآمدی این قوانین، پیشنهادهایی برای اصلاح قانون حکمیت ارائه شده است (هدایت‌نیا، ۱۳۸۴). تفاوت اصلی آن با پژوهش حاضر در بررسی تطبیقی حکمیت در فقه و حقوق موضوعه است.

## ۲. چارچوب نظری پژوهش

### ۲-۱. مفهوم‌شناسی متغیرها

#### ۲-۱-۱. حکمیت

حکمیت از ماده حکم به ضم حاء مشتق شده است. حکم در لغت یعنی، دانش، فقه و داوری به عدالت و آن مصدر حَكَمَ، یَحْكُمُ است. (ابن منظور، ۱۴۱۴ هـ.ق، ۱۲/۱۴۱) حکومت و داوری را نزد قاضی بردن و برگزیدن شخصی از سوی مرد و شخص دیگری از سوی زن، تحاکم است. حَكَمَ به کسی می‌گویند که مرد و زن او را بر جدایی یا سازش، صاحب اختیار می‌دانند (طریحی، ۱۴۱۶ هـ.ق، ۶/۴۵). تحکیم و حکمیت در اصطلاح به معنای داوری است؛ یعنی دو شخص که با هم مرافعه و دعوا دارند کسی را برای داوری قرار می‌دهند و امر خود را به او وامی‌گذارند که از جمله این موارد بروز اختلاف بین زن و شوهر است (مشکینی، بی تا). برخی از حَکَمَ باعنوان قاضی تحکیم یادکرده‌اند و در تعریف آن گفته‌اند: «قاضی

تحکیم، آن قاضی است که طرفین دعوی به داوری و حکمیت او در میان خود رضایت دهند تا خلاف را فیصله دهد» (منتظری، ۱۴۰۹ هـ.ق، ۴۳۴/۸).

## ۲-۱-۲. داوری

داور واژه‌ای فارسی است و می‌تواند به همراه یاء نسبت به‌کار رود. واژه داور در اصل، داور بر وزن دادگر به معنای صاحب داد، قاضی و عادل و نیز به معنای حکم‌کردن و محاکمه‌کردن آمده است. در طول زمان به دلیل کثرت استعمال و تسهیل در تلفظ و تخفیف در نگارش، دال ثانی به‌مرور حذف و به داور تبدیل شده است. (دهخدا، ۱۳۷۷) برخی از حقوق‌دانان در تعریف اصطلاحی داوری می‌گویند: «داوری رفع اختلاف از طریق حکمیت اشخاصی است که اصحاب دعوا به تراضی انتخاب کرده یا مراجع قضایی به قید قرعه برگزیده‌اند» (مدنی، ۱۳۷۲، ۶۶۸/۲). «معادل عربی داور و داوری‌کردن به ترتیب، حکم و حکمیت است. بنابراین، مراد از داوری‌کردن همان حکمیت است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲). داوری در فقه با عنوان تحکیم شناخته می‌شود و تفاوت موجود در داوری و حکمیت بیشتر به ساختار شکلی و شیوه اجرایی آن بازمی‌گردد بدون اینکه در ماهیت، تفاوت چشمگیری وجود داشته باشد.

## ۲-۱-۳. شقاق

شقاق واژه‌ای عربی است که در قرآن نیز آمده است. از این رو، فهم معنای لغوی و اصطلاحی آن ضرورت دارد؛ «الشَّقَاقُ: الخِلاف» (فراهیدی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ۷/۵). «وَالْمُشَاقَّةُ وَالشَّقَاقُ: الخِلافُ وَالْعِدَاوَةُ» (جوهری، ۱۴۱۰ هـ.ق، ۱۵۰۳/۴). «شقاق یعنی، دشمنی بین دو گروه و مخالفت بین دو نفر» (ابن منظور، ۱۴۱۴ هـ.ق، ۱۸۳/۱۰). از قید خلاف معلوم می‌شود که نرسیدن به درک مشترک و دوگانگی عقیده و رفتار، شقاق محسوب می‌شود (حمیری، ۱۴۲۰ هـ.ق). پس از تبیین مفهوم لغوی شقاق به دلیل اهمیت واژه و هدف پژوهش

حاضر، این مفهوم در کتاب و سنت بررسی می‌شود. اساس بحث شقاق برگرفته از آیه ۳۵ سوره نساء است و از نظر اصطلاحی، منشأ قرآنی دارد. بنابراین، برای فهم بهتر این اصطلاح به برخی از اندیشه‌های قرآن پژوهان اشاره می‌شود:

- شقاق حالتی است که نفرت شدید از سوی زوجین باشد؛ (ابن‌کثیر، ۱۴۲۲هـ.ق،

(۲۹۶/۲)

- شقاق به معنای قهرکردن و عداوت است. خدای سبحان برای مواردی که احتمال برود

کار زن و شوهر به دشمنی بیانجامد دستور داده است یک حکم از طرف زن و یک حکم از طرف مرد به مسئله رسیدگی کنند. (طباطبایی، ۱۴۱۷هـ.ق، ۲۶/۴)

برخی از روایات درباره شقاق که فقها به آن استناد کرده‌اند عبارتند از:

- عیاشی در تفسیر خود از زراره و او از امام باقر(ع) نقل می‌کند: «هرگاه زن نشوز

کند، پس آن خلع است و اگر هم زن و هم مرد نشوز کنند، آن شقاق است». (عاملی،

۱۴۰۹هـ.ق، ۳۵۱/۲۱)

- ابی حمزه می‌گوید که از امام صادق (ع) درباره «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا

مِنْ أَهْلِهِ» پرسیدم. امام (ع) فرمود: «حکمین شرط می‌گذارند که اگر خواستند، جدایی افکنند

و اگر بخواهند، سازگاری دهند که هر دو جایز است». (کلینی، ۱۴۰۷هـ.ق، ۱۴۶/۶)

شقاق در اصطلاح فقها وقتی است که ناسازگاری یا نشوز بین زوجین شکل بگیرد.

(عاملی، ۱۴۱۳هـ.ق) شقاق بر وزن فعال که از ماده شُقُّ به معنای سو و جانب گرفته شده

است زمانی به وجود می‌آید که زوجین هرکدام به سویی غیر از جهت دیگری متمایل باشد

(علامه حلی، ۱۴۲۰هـ.ق؛ محقق حلی، ۱۴۰۸هـ.ق). شیخ اعظم، نشوز زن را پرهیز از

تمکین و نشوز مرد را پرهیز از متونه می‌داند. ایشان می‌فرماید: «واجب است بر زوجه،

تمکین بر کامجویی شوهر از وی و پرهیز از امور نفرت‌آور. همچنین واجب است بر زوج،

تأمین نیازهای اصلی زندگی زوجه» (انصاری، ۱۴۱۵هـ.ق). «اگر نشوز از زوجین واقع شود به طوری که خوف شقاق و جدایی بین آنها باشد و امر آنها به حاکم شرع کشانده شود باید دو حکم تعیین کند: حکمی از طرف شوهر و حکمی از طرف زن که برای اصلاح و رفع اختلاف آنچه را که صلاح می‌بینند از باهم بودن یا جدا بودن آنها انجام دهند» (خمینی، ۱۴۲۵هـ.ق، ۵۴۷/۳). «در جایی که کراهت و تنفر از ادامه زندگی دوطرفی باشد از آن تعبیر به شقاق می‌شود» (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹هـ.ق، ۷۷۱۷/۲۵). این عبارت به روشنی می‌رساند که نفرت از ادامه زندگی اگر از طرف مرد و زن باشد شقاق صورت گرفته است. بنابراین، فقها اتفاق نظر دارند که شقاق یعنی، نشوز طرفینی زوجین نسبت به یکدیگر.

#### ۲-۱-۴. نشوز

در روایات و سخن فقها شقاق به معنی نشوز طرفینی آمده است. النَّشْرُ وَالنُّشُوزُ در لغت یعنی، ارتفاع، جایگاه عالی و مرتفع. (ابن فارس، ۱۴۰۴هـ.ق، ۴۳۰/۵) النَّشُوزُ یعنی، بدآیندی همسران از یکدیگر و بدی معاشرت با هم (ابن اثیر، بی تا، ۵۶/۵). واژه و مشتقات نشوز چهاربار در قرآن به کار رفته است که در دوجا به نشوز زوجین دلالت دارد (رک، نساء: ۳۴ و ۱۲۸). با عنایت به معنای لغوی نشوز، مفهوم نشوز در آیات مرتبط با موضوع بحث چنین است: ترفع و زیربار دیگری نرفتن و ناسازگاری میان هر کدام از زن و شوهر. به تعبیر یکی از اندیشمندان، کلمه نشوز به معنای عصیان و استکبار از اطاعت است و خوف نشوز یعنی، علائم آن به تدریج ظاهر شود و معلوم شود که زن قصد ناسازگاری دارد. علامه طباطبایی می‌فرماید: «آنان را پند و اندرز دهید، شاید که دست از ناسازگاری بردارند و بین علاج‌های سه‌گانه (موعظه، قهر و زدن) ترتیب وجود دارد» (طباطبایی، ۱۴۱۷هـ.ق، ۵۳۲/۵).

براساس بیان فقها اصل نشوز به معنای ارتفاع است و در فقه یعنی، پیروی نکردن بدین معنای یکی از زوجین از حق و اطاعت دیگری سرکشی کند. (عاملی، ۱۴۱۳هـ.ق)

نشوز در زوجه، خروج او از اطاعت شوهر است در مواردی که بر زن واجب شده مانند اینکه تمکین نکند و چیزهایی را که با تمتع و لذت بردن از او ضدیت دارد از خود برطرف نکند مانند ترک نظافت و آرایش و همچنین است خروج از خانه زوج بدون اذن شوهر. البته مواردی که اطاعت از زوج واجب نیست ترک آن موجب تحقق نشوز نمی‌شود، پس اگر زن از خدمات خانه و حوائج مرد که به تمتع بردن او ارتباط ندارد، خودداری کند، نشوز تحقق پیدا نمی‌کند مانند جارو کردن، خیاطی، طبخ غذا و پهن کردن رختخواب (خمینی، ۱۴۲۵هـ.ق). نشوز از جانب زوج نیز زمانی است که زن برای مرد جاذبه‌ای ندارد و می‌خواهد از او جدا شود و زن به شوهرش می‌گوید: «مرا طلاق نده، مهریه‌ام را به تو بخشیدم و حق همخوابگی را هم از الان بر تو حلال کردم» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳هـ.ق). هرگاه زن نشوز کند همچون نشوز مرد، پس آن خلع است. هرگاه نشوز از جانب زن باشد وقتی است که در بستر از مرد اطاعت نکند (شیخ صدوق، ۱۴۱۳هـ.ق). بنابراین، می‌توان نشوز را سرپیچی از حقوق واجب همسری دانست که با عدم قیام یکی از زوجین نسبت به وظایف همسری حاصل می‌شود (شریعتی و ولی حصار، ۱۳۹۶). هرچند نشوز مرد، مطلق کراهت و بی‌رغبتی او عنوان شده است.

۲-۲. حکمیت و نقش آن در رفع شقاق بین زوجین  
 از جمله مسائل قابل تأمل در خانواده‌ها وجود سطحی از تعارض‌های فراتر از عادت و طبیعت است که اگر ظهور یابد می‌تواند باعث ناپایداری و تزلزل در خانواده شود. نشوز مهمترین عنوانی است که در فرهنگ قرآنی به این گونه از تعارض‌ها اشاره کرده است و در صورت طرفینی بودن، از آن با عنوان شقاق یاد می‌شود: «در خانواده‌ای که بر پایه لرزان نشوز و شقاق قرار دارد، یا مرد از حسن معاشرت و نفقه سر باز می‌زند یا زن از قنوت و تمکین. اگر گریز از یک طرف باشد، نشوز و اگر از هر دو طرف باشد شقاق نامیده می‌شود» (بهشتی،



۱۳۸۵). در این موارد یکی از فرامین الهی، رجوع به شخص ثالث با ویژگی‌های خاص و با عنوان حکم است تا میان زوجین اصلاح ذات‌البین کند.

آیه شقاق برای رفع ناسازگاری بین زوجین پنج راهکار ارائه می‌کند که فقها از آن احکامی تکلیفی استنباط کرده‌اند. این آیه دستور می‌دهد برای رسیدگی به امر شقاق، حکمین را برگزینید. این تکلیف بی‌گمان مخاطبی دارد که مکلف به اجرای این دستور است. بعث حکمین یک حکم اجتماعی است، پس نیازمند ساز و کارهای مدنی، حقوقی و ضمانت اجراست و گرنه اجرای دستور تضمین نشده و امر به آن، عبث و بیهوده خواهد بود. رهنمود آیه شریفه شقاق بر این است که هنگام پدیداری نشانه‌های سرکشی و ناسازگاری زوجین، حکمی از طرف مرد و حکمی دیگر از سوی زن برگزینند تا به این وضعیت نامطلوب پایان دهد و با تدبیری مبتنی بر تحقیق و موشکافی علل اختلاف، یا بین زوجین وفاق برقرار کند یا به جدایی آنها حکم دهد. (ر.ک.، طبرسی، ۱۳۸۰، ۷۱/۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۷هـ.ق، ۲۶/۴)

## ۲-۳. تبیین حکم انتخاب حکمین در رفع شقاق بین زوجین

نخستین مسئله، شناخت موضوع و متعلق حکم «فابعثوا» است؛ یعنی مکلف به این حکم چه موقع مواجه با تکلیف می‌شود تا در پی‌گزینش حکمین اقدام کند. توضیح اینکه وقتی از حکم فقهی سخن می‌رود دو چیز دیگر را باید در نظر گرفت: یکی موضوع حکم و دیگری مصداق موضوع. براساس دیدگاه مشهور، موضوع، متعلق و حکم، سه ضلع یک گزاره شرعی یا قانونی است که ثبات و قوام احکام به آنها بستگی دارد. چیزی که حکم برای آن وضع می‌شود یا بدان تعلق می‌گیرد موضوع یا متعلق حکم نامیده می‌شود که ممکن است مصداق حقیقی و خارجی آن، عین موضوع باشد یا غیر موضوع؛ یعنی موضوع و مصداق حکم، دو چیز متفاوت باشد. حال با توجه به ظهور آیه شقاق به نظر می‌رسد که موضوع حکم به بعث یعنی، ترس از به‌وجود آمدن شقاق در بین زوجین. اگرچه برخی به این مطلب اشکال

کرده‌اند؛<sup>۵</sup> زیرا دیدگاه اصلی فقها بر این است که حکم را برای شقاق موجود باید برگزید نه اینکه امر به برانگیختن حکم به نگرانی و ترس از شقاق آینده تعلق گرفته باشد. (سبزواری، ۱۴۱۳)

خوف از شقاق یعنی، ترس و نگرانی از لوازم و تبعات ناشی از شقاق موجود. (طوسی، ۱۳۸۷، ۴/۴۱۷؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹هـ.ق، ۲۵/۷۷۲۴؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ۲/۲۶۵؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱هـ.ق، ۱/۴۳۰) متعلق ترس، شقاق آینده و غیر موجود نیست که لازم باشد حکمینی از سوی طرفین برگزیده شوند بلکه آنچه باعث انتخاب حکمین می‌شود شقاق موجود محقق است و همه فقها هم فقط درباره شقاق به وجود آمده سخن گفته‌اند. از نظر عقلی هم ایجاب می‌کند که شقاق باید صورت گرفته باشد و آنگاه لزوم بعث حکمین و مراحل رسیدگی به آن آغاز شود. چون وقتی شقاق نیست یعنی، موضوع هم نیست تا نوبت به حکم تکلیفی الزام آور برسد. بنابراین، ظهور آیه حکم به شقاق ناموجود با رویکرد فقها یعنی، حکم به شقاق موجود، همسان نیست و متناقض است؛ با این بیان که در اینجا هم معنای «وان خفتم شقاق بینهما»، خوف داشتن از شقاق موجود است به اعتبار ترس از عوارضی است که شاید به دنبال مطلق کراهت بین زوجین پیش آید (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹هـ.ق، ۲۵/۷۷۲۴). بدین معنا که شاید در اثر شقاق موجود، آثار ناخوشایندی دامنگیر خانواده شود که یکی از آنها مسئله طلاق و فروپاشی بنیان خانواده است. بنابراین، وجود شقاق بین زوجین یا ترس از بالاگرفتن مسئله شقاق، موضوع حکم به بعث است نه علم به وجود صرف کراهت بین طرفین؛ زیرا هر نوع کراهتی بین زوجین، شقاق نیست.

## ۲-۴. مخاطب حکم به بعث

۵. اشکال این است که ظاهر آیه بیان می‌کند اگر از تحقق شقاق ترسیدید (ترس از به وجود آمدن شقاق) چنان کنید، اما در عمل بین زوجین، شقاق حاصل شده و این نوعی تناقض در ظهور آیه و واقعیت عینی است.

با توجه به اینکه هر تکلیفی مخاطبی دارد باید گفت که امر «فابعثوا» بر دوش چه کسانی قرار گرفته است و ضمیر متصل جمع مذکر مخاطب (...وا) چه کسانی را خطاب قرار می‌دهد. فقها در این باره پنج قول مطرح کرده‌اند:

#### ۲-۴-۱. حاکمان

این نظر مشهور در این باره است (طوسی، ۱۴۰۷هـ.ق، ۴/۴۱۷)؛ یعنی حاکمان باید با برانگیختن حکمی از جانب مرد و حکمی دیگر از سوی زن به دنبال اصلاح و سازش زوجین برآیند (فاضل، بی‌تا؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸هـ.ق، ۱۲/۹۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰هـ.ق).

#### ۲-۴-۲. زوجین. (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸هـ.ق، ۱۲/۹۷)

#### ۲-۴-۳. بستگان. (نجفی، ۱۴۰۴هـ.ق، ۳۱/۲۱۲)

#### ۲-۴-۴. حاکمان و زوجین

یعنی، هر کدام انجام دهند از عهده دیگری ساقط می‌شود. این قول به شکل دیگری نیز آمده است: «برگزیدن حکمین، وظیفه زوجین است و اگر نکردند، وظیفه حاکم خواهد بود» (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹هـ.ق، ۲۵/۷۷۲۴).

#### ۲-۴-۵. همگان

بنا بر وجوب کفایی (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹هـ.ق، ۲۵/۷۷۲۴)؛ یعنی همه مکلفین وظیفه دارند برای رفع شقاق بین زوجین اقدام کنند. مبنای این دیدگاه، امر به معروف و نهی از منکر است (سبزواری، ۱۴۱۳هـ.ق). به نظر می‌رسد قول برگزیده، قول مشهور است یعنی، قول نخست. بسیاری از فقها مانند صاحب ریاض با استناد به کتاب مسالک به این مسئله تصریح کرده‌اند. (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸هـ.ق، ۱۲/۹۷) حتی قول به عدول مؤمنین نیز

مشروط به نبود حاکم است. صاحب جواهر در این باره می‌فرماید: «هرگاه حاکم نباشد نوبت به مؤمنین عادل می‌رسد» (نجفی، ۱۴۰۴هـ.ق، ۲۱۲/۳۱). یکی از اندیشمندان معاصر در این باره می‌گوید: «دستوری که در قرآن در زمینه اجرای قاعده حکمیت در حقوق خانواده وارد شده یک قانون عمومی و ناظر به دستگاه قضایی است و دادگاه باید براساس این قاعده حقوقی، حکمیت را در مواردی که در آیه آمده است، اجرا کند» (عمید زنجانی، ۱۴۲۱هـ.ق).

## ۲- ۵. ماهیت حکمیت (تحکیم یا توکیل)

درباره ماهیت حکمین این سؤال پیش می‌آید که آیا انتخاب آن دو از باب قضاوت تحکیم است یا از باب توکیل. اگر از باب تحکیم باشد هر حکمی که بدهند باید اجرا شود، اما اگر از باب توکیل باشد رأی وکیل، لازم‌الاجرا نیست مگر به اذن و اجازه موکل خود. در این باره دو دیدگاه وجود دارد: فقهای امامیه برآنند که بعث حکمین در مسئله شقاق از باب تحکیم است و برخی از مذاهب عامه می‌گویند از باب توکیل (ابن قدامه، بی‌تا، ۱۶۹/۸). استدلال فقهای امامیه این است که ظهور آیه: «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا» در تحکیم است؛ زیرا امر به بعث وکیل در آیه مطرح نیست؛ افزون بر آنکه خطاب اگر درباره حکم کردن باشد به پیشوایان دین و قاضیان انصراف دارد: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا؛ و مرد دزد و زن دزد، دستشان را ببرید به سزای کاری که کرده‌اند» (مائده: ۳۸). «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا؛ زن زناکار و مرد زناکار را تازیانه بزنید» (نور: ۲). در اینجا نیز چنین است و خطاب نسبت به زوجین نیست؛ زیرا اگر خطاب متوجه زوجین بود برای بعث حکم می‌فرمود: «فَابْعَثُوا». در جای دیگر آمده است: «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا؛ اگر قصد اصلاح داشته باشند، خداوند میان آن دو سازگاری ایجاد می‌کند» (نساء: ۳۵) و خواست و اراده را به حکمین اضافه کرد (طوسی (ب)، ۱۴۰۷هـ.ق، ۴۱۶/۴؛ ابن براج، ۱۴۰۶هـ.ق، ۲۶۶/۲؛ حلی ۱۴۱۰هـ.ق، ۷۳۰/۲؛ طبرسی، ۱۴۱۰هـ.ق، ۱۷۹/۲؛ محقق حلی،

۱۴۰۸هـ.ق، ۲/۲۸۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰هـ.ق، ۳/۵۹۹؛ نجفی، ۱۴۰۴هـ.ق، ۳۱/۲۱۴). حاصل سخن اینکه فقهای امامیه با ابتناء بر ظهور آیه شریفه شقاق، بعث حکمین را از باب تحکیم دانسته‌اند نه توکیل. همچنین شأن این‌گونه اوامر، اختصاص داشتن به امر و حاکمان و قاضیان است؛ زیرا در امور اجرایی، بسط ید دارند و حکمشان نافذ است.

## ۲-۶. مولوی یا ارشادی بودن امر به بعث

مولوی و یا ارشادی بودن، سؤال دیگری است که ثمره آن، وجوب یا استحباب موضوع است؛ یعنی اینکه آیا امر به بعث جزء فرائض است یا سنن. برخی از فقها معتقدند: «امر در آیه ظهور دارد بر وجوب مولوی. همان‌طور که در دیگر موارد از کتاب و سنت، اوامر همین نقش را دارند، اما شاید گفته شود که این امر در آیه شقاق ارشاد است» (سبزواری، ۱۴۱۳). برخی نیز بر این باورند که وجوب بعث حکمین براساس ظهور آیه و لفظ فابعثوا به دست می‌آید (اصفهانی، ۱۳۹۳) و این وجوب گاهی مؤکد می‌شود و آن وقتی است که قاضی علم پیدا کند که در اثر این شقاق، یکی از زوجین به کار حرامی افتاده است (سبحانی، بی‌تا).

## ۲-۷. شرایط حکمیت

۲-۷-۱. شرط تحقق حکمیت: رضایت یا عدم رضایت زوجین در بعث حکم منظور از شرط تحقق یعنی، اصل حکمیت برای موجودیت خود نیازمند چه شرط یا شرایطی است. آیا رضایت زوجین برای وجوب بعث حکمین جایگاهی دارد یا نه؟ پاسخ بستگی به مبنا درباره حکمین دارد. اینکه آیا از باب تحکیم است یا توکیل. اگر از باب تحکیم باشد رضایت زوجین نه درباره بعث حکمین شرط است و نه درباره تصمیم و حکمی که به آن رسیده‌اند؛ زیرا اقتضای تحکیم در گام نخست، بعث از سوی حاکم است نه خود زوجین و در گام بعد، استقلال در تصمیم و حکم حکمین است که بنابر قائل شدن به تحکیم، قضاوت امر پذیرفته شده‌ای خواهد بود. (سبزواری، ۱۴۱۳) با این وصف، شرط تحقق حکمیت همان علم حاکم به وجود شقاق بین زوجین است. بنابراین، حاکم خود حکمینی را از سوی زوجین

برمی‌گزینند تا به امور آنها رسیدگی کند، چه زوجین اجازه بدهند و چه ندهند و چه به این موضوع توجه داشته باشند یا خیر.

## ۲-۷-۲. شرایط حکمین

آیا با توجه به عبارت‌های «من اهلها» و «من اهل» حکمین باید از بستگان باشند یا افراد غریبه هم می‌توانند حکم شوند. برای یافتن پاسخ توجه به واژه اهل اهمیت زیادی دارد. بسیاری از لغت‌شناسان اهل را به همسر معنا کرده‌اند و در مرتبه بعد به کسی اهل می‌گویند که پیوند ویژه‌ای با شخص دارد که نسبت خویشاوندی از مهمترین آن است. (فراهیدی، ۱۴۱۰هـ.ق، ۸۹/۴؛ زبیدی، ۱۴۱۴هـ.ق، ۳۵/۱۴؛ جوهری، ۱۴۱۰هـ.ق، ۱۶۲۸/۴؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴هـ.ق، ۲۹/۱۱؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲هـ.ق) بنابراین، شرط حکم، وجود رابطه خویشاندی است، البته برخی انتخاب حکم از غیر اهل را نیز جایز می‌دانند. به تعبیر دیگر، انتخاب از بین اهل از باب استحباب ترجیح دارد نه ضرورت و وجوب (ابن براج، ۱۴۰۶هـ.ق، ۲۶۶/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰هـ.ق، ۵۹۹/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴هـ.ق، ۲۱۴/۳۱). برخی دیگر، جواز انتخاب از غیر اهل را بنا بر نبود اهل می‌دانند (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶هـ.ق؛ مطهری، بی‌تا؛ مشکینی، بی‌تا؛ سبحانی، بی‌تا).

چه حکمین از بستگان زوج و زوجه انتخاب شوند یا از غیر آنان، لازم است واجد شرایط دیگری نیز باشند. مجموع شروطی که فقها ذکر کرده‌اند عبارتند از: عقل<sup>۶</sup>، حریت<sup>۷</sup>، عدالت<sup>۸</sup> (خمینی، ۱۴۲۴هـ.ق)، ذکوریت<sup>۹</sup>، بلوغ<sup>۱۰</sup> و اسلام. علاوه بر اینها شرط دیگری برای حکمین بیان شده که برخاسته از آیه شقاق است و آن، داشتن حسن نیت یا اراده بر اصلاح بین زوجین است (قرائتی، ۱۳۸۳).

۶. حکمین نباید دیوانه باشند اعم از ادواری و اطبایی.

۷. مملوک نباشد.

۸. «عدالت عبارت است از حالتی نفسانی که باعث می‌شود انسان همیشه تقوایی داشته باشد که مانع از ترک واجبات یا انجام محرمات شرعی شود. برای احراز آن، حسن ظاهر کافی است.»

۹. مرد باشد.

۱۰. حکم باید بلوغ شرعی داشته باشد؛ از این رو صغیر، اعم از ممیز و یا غیر ممیز را نمی‌توان داور قرار داد.

## ۲-۸. ناسازگاری زوجین و موضوع داوری در قوانین ایران

پس از بررسی نهاد داوری در فقه امامیه باید دانست که آیا در قوانین موضوعه، این راهکار مورد توجه قرار گرفته است و آیا قانونی برای رفع ناسازگاری بین زوجین منطبق بر رهیافت قرآنی حکمیت وجود دارد یا نه. اصل چهارم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و... باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است». بنابراین، تمام قوانین و مقررات در جمهوری اسلامی ایران باید مبتنی بر موازین شریعت باشد و مخالفتی با آن نداشته باشد. عبارت «کلیه قوانین و مقررات مدنی» شامل قوانین ناظر بر خانواده و مناسبات آن است که از جمله آنها موضوع ناسازگاری بین زوجین یا همان شقاق است.

با وجودی که فقها موضوع شقاق را در ملحقات نکاح بررسی کرده‌اند، موضوع ناسازگاری بین زوجین در قانون مدنی در فصول مرتبط با طلاق آمده است. ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام، موضوع داوری در امر شقاق را به زوج‌هایی منتسب می‌کند که قصد جدایی دارند. همچنین قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در هفت فصل و ۵۸ ماده به قوانین مرتبط با حوزه خانواده می‌پردازد. ماده یک و چهار این قانون، رسیدگی به اختلافات زناشویی و دعاوی خانوادگی را در صلاحیت دادگاه می‌داند و ماده هشتم تصریح می‌کند که تشریفات دعاوی خانوادگی تابع مواد آیین دادرسی مدنی نیست. این قانون در مواد ۱۶، ۱۷، ۱۸ و ۱۹ با هدف ارائه شیوه‌ای برای تحکیم مبانی خانواده و جلوگیری از اضمحلال آن به طرح موضوع ایجاد مراکز مشاوره خانواده می‌پردازد که نشان‌دهنده اهمیت مقنن به ایجاد وفاق و حل مشکلات اعضای خانواده است و از این منظر با موضوع پژوهش حاضر مرتبط است. همچنین مواد ۲۷ و ۲۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به مورد داوری اشاره می‌کند و با آن،

شرط تأهل و اهلیت داور را متذکر شده است و از زوجین می‌خواهد یکی از نزدیکان خود را با رعایت شرط سنی به دادگاه معرفی کند. تصریح قانون‌گذار در این مواد چنین است:

- ماده ۲۷. در تمام موارد درخواست طلاق به‌جز طلاق توافقی، دادگاه باید برای ایجاد صلح و سازش، موضوع را به داوری ارجاع کند. دادگاه در این موارد باید باتوجه به نظر داوران، رأی صادر کند و اگر آن‌را نپذیرد نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند.

- ماده ۲۸. پس از صدور قرار ارجاع امر به داوری، هریک از زوجین مکلفند ظرف یک هفته از تاریخ ابلاغ، یک نفر از اقارب متأهل خود را که حداقل سی سال داشته و آشنا به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی باشد به عنوان داور به دادگاه معرفی کنند.

این مواد نشان می‌دهند که قانون‌گذار تلاش کرده است با تجانس با فقه به اتخاذ روش قرآنی برای رفع ناسازگاری بین زوجین بپردازد. البته به غیر از لزوم درخواست طلاق از سوی زوجین، موارد دیگری مانند ارجاع به داوری با شرط تأهل با در نظر گرفتن اولویت آنها بر بیگانگان با مبانی فقهی علما سازگاری اجمالی دارد. براساس ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ اجرای داوری در دعوای طلاق قبل از انشای هرگونه رأی الزامی است. قانون‌گذار این الزام را برای به تأخیر انداختن طلاق و برای امکان ایجاد صلح و سازش و انصراف هر یک از زوجین از تقاضای طلاق و در نهایت جلوگیری از گسستن قانون خانواده و حمایت از کودکان آن مقرر کرده است. (سرخوش و دیبافر، ۱۳۹۷) لازمه این امر استفاده از اشخاص امین در خانواده زوجین و بهره‌گیری از ارتباطات خویشاوندی در به‌هم پیوستگی بیش‌ازپیش روابط زناشویی است که متأسفانه در روند قضایی مشاوره‌های پیش از طلاق در دادگاه‌های خانواده چنان‌که باید و شاید دیده نمی‌شود.

۲-۹. مقایسه حکمیت در فقه امامیه و نهاد داوری در قوانین ایران



اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر لزوم انطباق همه قوانین و مقررات با موازین اسلامی، حتی در عموماًت و مطلقات پافشاری کرده است، پس باید دید که در موضوع مورد بحث، کیفیت انطباق قوانین و مقررات به ویژه قانون حمایت خانواده بر موازین شرعی چگونه است. برای یافتن پاسخ این سؤال می‌توان وجوه تمایز حکمیت و نهاد داوری در بستر فقه و قانون را بررسی کرد.

۲- ۹- ۱. وجوه تمایز و افتراق میان حکمیت در فقه امامیه و نهاد داوری

اول) لزوم ارائه دادخواست و تقدم آن بر رسیدگی به اختلاف زوجین

بر اساس ماده ۸ قانون حمایت خانواده، ورود حاکم به موضوعات خانوادگی مانند اختلاف میان زوجین، منوط به تقدیم دادخواست است. در حالی که ذیل ماده عنوان می‌دارد این رسیدگی بدون رعایت سایر تشریفات آیین دادرسی مدنی است. همچنین ماده ۹ این قانون، تشریفات و نحوه ابلاغ را تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی می‌داند. صرف نظر از اینکه به اعتقاد برخی حقوق دانان برای تسهیل در فرآیند رسیدگی، بهتر آن بود که قانون‌گذار به جای دادخواست، کلمه درخواست کتبی را به کار می‌برد (صفایی و امامی، ۱۳۹۲). گزاره‌های فقهی در این باره عاری از چنین الزاماتی است و رسیدگی را وابسته به علم حاکم شرع بر ظهور و استمرار شقاق تلقی می‌کند. همچنین ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۷۱/۰۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام، امر رسیدگی به ناسازگاری بین زوجین را منوط به قصد طلاق با ارائه دادخواست به دادگاه می‌داند در صورتی که از نظر فقهی، حاکم باید با اماره یا خبر یا هر راه معمول و عرفی یا سازوکاری مدنی به این موضوع پی‌برد و تا زوجین تصمیم به طلاق نگرفته‌اند برای آنها چاره‌ای بجوید. به تعبیر دیگر، روح حاکم بر احکام ناظر بر شقاق، ایجاد وفاق و نرسیدن به مرحله فروپاشی و طلاق است، اما در قوانین موضوعه، رسیدگی منوط به دادخواست طلاق عنوان شده است. البته به نظر می‌رسد لزوم ارائه دادخواست و رعایت سایر تشریفات قانونی مانند ابلاغ، ضامن اجرای نظم در دادرسی‌ها و برقراری عدالت است به ویژه به دلیل

افزایش جمعیت، گسترش شهرنشینی و کثرت مشکلات و مرافعات، حاکم‌گریزی از الزام به طی شدن این فرایند ندارد. البته ایجاد سازوکاری مدنی به‌ویژه با استفاده از برخی قابلیت‌ها مانند میز خدمت در مساجد می‌توان تدبیری اندیشید تا شکاف ایجادشده میان زوجین پای ایشان را به محاکم نگشاید.

لازم به ذکر است تدبیر قانون‌گذار از وضع مواد ۱۶ تا ۲۰ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ برای تحکیم مبانی خانواده و جلوگیری از افزایش اختلافات خانوادگی و طلاق در ایجاد مراکز مشاوره خانواده اقدامی همسو برای جلوگیری از فروپاشی خانواده است، ولی عدم نظارت بر شیوه عملکرد این مراکز می‌تواند موضوع را مورد هجمه قرار دهد. در حال حاضر و از تاریخ ۱۳۹۷/۹/۱ براساس توافق حاصله میان دادگستری کل استان تهران و اداره کل بهزیستی درباره اجرای مفاد ماده ۲۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ ثبت دادخواست طلاق توافقی در دفاتر خدمات الکترونیک قضایی فقط با تسلیم گواهی عدم انصراف از طلاق، صادره از سوی مراکز مشاوره خانواده بهزیستی به دفاتر فوق‌الذکر میسر خواهد بود. (معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم دادگستری کل استان تهران، ۱۳۹۸/۵/۲۲، [tehranpishgiri.eadl.ir](http://tehranpishgiri.eadl.ir)) ارجاع به مراکز مشاوره چه قبل از ثبت رسمی دادخواست طلاق و چه بعد از آن، زمانی است که زوجین به سرحد عدم تحمل رسیده و برای درخواست جدایی اقدام کرده باشند، البته این امر نیز برخلاف رویه مورد انتظار در شریعت الهی است. بنابراین، گسترش شبکه‌های ارتباطی مشاورین امین، مستقر در سطح محلات و شناسایی خانواده‌های دچار مشکل در مراحل اولیه و قبل از اقدام برای طلاق با حق‌الزحمه حداقلی برای پوشش حداکثری جمعیت منطقه مانند طرح پزشک خانواده علاوه بر بازدارندگی از طلاق قضایی باعث عدم ایجاد طلاق و فاصله عاطفی میان زوجین نیز می‌شود. در این مورد می‌توان از مشاورین متخصص و متعهد خانواده در قالب طرح‌های جهادی، تبلیغی و خادم‌یاری استفاده کرد.

دوم) عمومیت ارجاع به داور در تمام اقسام طلاق به استثناء طلاق توافقی

براساس ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در تمام موارد درخواست طلاق به جز طلاق توافقی، دادگاه ملزم است با هدف ایجاد صلح و سازش میان زوجین، موضوع را به داوری ارجاع دهد. این امر باتوجه به اینکه راه حل مستفاد از آیات قرآن، لزوم بعث حکم در موارد خوف بر شقاق بین زوجین است، پس شامل عدم شقاق، خواه با بروز نشوز از سوی زوج و یا زوجه، نمی‌شود. بنابراین، تعمیم ابتدای ماده مخدوش است. همچنین استثناء عبارت ماده و خارج کردن طلاق توافقی نیز زیر سؤال می‌رود؛ زیرا علت طلاق توافقی می‌تواند نشوز و عدم سازگاری طرفینی زوجین باشد. نکته مهم دیگر ذیل ماده فوق‌الاشعار است آنجا که می‌گوید: «دادگاه باید باتوجه به نظر داوران، رأی صادر کند و اگر آن را نپذیرد نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند». از آنجا که براساس مبانی فقهی، حاکم می‌تواند رأساً و بدون توجه به نظر مشاور حکم کند این الزام از وجوه دیگر تمایز محسوب می‌شود. همچنین مغفول ماندن موضوعی دیگر نیز جزء تمایزات است و آن اینکه آیا داوران می‌توانند رأساً حکم به طلاق کنند یا نه. پاسخ این سؤال با توجه به روایات متعدد از جمله روایتی از امام صادق (ع) روشن می‌شود. «ایشان درباره آیه «فابعثوا حکماً» سؤال کردند و این پاسخ را دریافت کردند که حکمین نمی‌توانند به طلاق و جدایی حکم کنند مگر آنکه از طرفین اجازه داشته باشند» (کلینی، ۱۴۰۷ هـ.ق، ۱۴۶/۶)، ولی مقررات موضوعه در این باره ساکت است.

## ۲-۱۰. شروط داوری

برخی از شروط داوری با شروط گفته شده در مبانی فقهی همسانی ندارد و یا دست کم ردیابی از آن در فقه یافت نمی‌شود.

## ۲-۱۰-۱. شرط تأهل

در هیچ‌یک از مبانی فقهی چنین شرطی برای داوران ذکر نشده است، اما در ماده ۲۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ یکی از شرایط داور، متأهل بودن است. همچنین متأهلی که دچار تجرد شده است مانند اینکه همسرش را به‌نوعی از دست داده، خواه به‌واسطه فوت یا طلاق در حکم افراد متأهل می‌داند. (تبصره ۱ ماده ۲۸ قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱) این درحالی‌است که به‌نظر می‌رسد توجه به روح حاکم بر قانون حمایت خانواده و قواعد موجود در دانش اصول فقه، عدم تجویز به‌کارگیری عنوان متأهل برای چنین شخصی مناسب‌تر و موافق با استعمال حقیقی است.

#### ۲-۱۰-۲. شرط سنی

براساس ماده ۲۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ داور یا حکم باید حداقل سی‌سال سن داشته و به مسائل شرعی، خانوادگی و اجتماعی آشنا باشد. نتیجه اینکه هرچند در تحکیم مصطلح و داوری ادعا این است که هدف، اصلاح و سازش بین زوجین است، اما به‌نظر می‌رسد ساختار و سازوکار عملی هر کدام با دیگری تفاوت‌هایی دارد. به‌گونه‌ای که بنابر روش قرآنی در موضوع شقاق، زوجین با اقدامی پیشگیرانه روبه‌رو هستند، درحالی‌که در نظام داوری، داوران بیشتر در نقش بازوی اجرایی قاضی برای احراز عدم سازش عمل می‌کنند و در بهترین حالت حتی در زمان ارجاع اولیه به مشاوره که اقدامی درمانی است نه پیشگیرانه، شاید در موارد زیادی باعث عدم اعتماد مجدد زوجین به حفظ بقای زندگی از جانب دیگری یا همان عدم امنیت شود.

#### ۲-۱۰-۳. فرار روبه‌جلو داوری در قانون حمایت از خانواده

به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار به‌تبع شرایط موجود میان بافت و ساختار جدیدی که خانواده را به‌سوی مدرنیته پیش می‌برد و احکام و مقررات شرعی، سرگردان شده است. از سویی می‌خواهد به نزاع پایان دهد و از دیگری سو می‌خواهد این کار را از راه مقررات شرعی به

سرانجام برساند. از این رو، در جامعه‌ای که نظام فرهنگی و بافت منطبق بر تعالیم اسلامی وجود ندارد و شهروندان در مواردی دچار دوگانگی هویت شده‌اند قانون‌گذار نیز تکلیف خود را به روشنی در نمی‌یابد و نهاد داوری مبتنی بر خویشاوندمحوری را وا نهاده و نتایج مطلوبی را از دست می‌دهد؛ زیرا در سبک ارتباطی جدیدی که در برخی خانواده‌ها شیوع یافته است حاکم در بسیاری مواقع، زمانی از نزاع و تنش بین زوجین مطلع می‌شود که ایشان با پای خود به محاکم قضایی مراجعه کرده‌اند و شرحی از وضعیت خود را در قالب دادخواست طلاق ارائه داده‌اند. بدین رسیدگی به نزاع بین زوجین را از زمان خوف استمرار شقاق و رسیدن آن به نهایت مرحله ناسازگاری به زمان نهایی و واقع شدن زوجین در آخرین مرحله ناسازگاری کشانده است و از مرحله تأثیرگذاری برای زوجین بازمانده و نقطه آغاز خود را از نقطه پایان مسئله شقاق در نظر گرفته است.

### ۳. بحث و نتیجه‌گیری

انطباق مسئله شقاق با قوانین عادی، امری قضایی و حقوقی نیست بلکه وابستگی شدیدی به نظام یکپارچه و درهم‌تنیده‌ای دارد که اسلام برای تعامل و ارتباط بین خانواده‌ها و خویشاوندان و در نهایت، سطح ارتباطی بین مؤمنین ترسیم کرده است، پس تا وقتی الگوی ارتباطی موجود در فضای خانواده و جامعه با الگوی تعریف‌شده اسلامی منطبق نباشد قوانین مرتبط با این حوزه نیز با چالش‌های جدی و دست‌اندازها و خلأهای مهمی روبه‌روست. دیگر اینکه اگر در جامعه غیرمنطبق با معیارها و سنجه‌های دینی، قوانین الهی راهی از پیش نمی‌برند، نمی‌شود بدون درنگ و بررسی درست، دین و قوانین آن را به ناکارآمدی متهم کرد. اتهام اصلی به بافت فرهنگی موجود جامعه بازمی‌گردد و باید دید تا چه اندازه از وضعیت معیار دینی منحرف شده و فاصله گرفته است. بنابراین، برای دوری از سرازیر شدن موارد نزاع و تخاصم و تنش‌ها به نظام قضایی باید به اصلاح فرهنگ عمومی منطبق با ملزومات

دینی و ملی پرداخت. آنچه در مقاله حاضر در مقایسه میان نهاد داوری در قوانین ایران و ارجاع به محکمه صلح خانوادگی حکمیت، رهیافت آیه ۳۵ سوره نساء که به عنوان یکی از شاهکارهای اسلام برای زمانی که علایم ناسازگاری میان زوجین پدیدار می‌شود، قابل استنتاج است در قالب موارد زیر ارائه می‌شود:

- براساس مقررات داخلی حقوق ایران، رسیدگی به ناسازگاری زوجین نیاز به تقدیم دادخواست دارد. درحالی‌که در فقه، رسیدگی وابسته به علم حاکم شرع بوده و با هر شیوه‌ای امکان‌پذیر است؛

- براساس مقررات داخلی حقوق ایران، ارجاع به داوری در تمام اقسام طلاق به استثنای طلاق توافقی پیش‌بینی شده است. درحالی‌که چنین استثنایی در ادله فقهی وجود ندارد؛

- براساس مقررات داخلی حقوق ایران، داور باید واجد شرایطی مانند تأهل، سن و آگاهی به مسائل شرعی و خانوادگی باشد، ولی مستفاد از ادله قرآنی، داوران باید هر دو از فامیل، مورد اعتماد طرفین و خیرخواه ایشان و دارای مهارت اصلاح‌گری باشند.

آنچه از مفهوم حکمیت در شرع مقدس انتظار می‌رود، حل و فصل نزاع زوجین در نزدیک‌ترین حالتی است که احتمال بازگشت به زندگی را در پی دارد و این در شرایطی رخ می‌دهد که هنوز پای هیچ‌کدام از طرفین به محاکم قضایی و یا حتی دفاتر خدمات قضایی برای ثبت دادخواست یا طرح درخواست جدایی باز نشده است. باوجود تأثیرات مثبت اقدامات اخیر قوه قضائیه و لزوم حفظ این روند، همچنان به نظر می‌رسد ساز و کاری نزدیک‌تر به زندگی روزمره و نیازهای روحی روانی خانواده‌های ایرانی لازم است مانند گسترش شبکه‌های ارتباطی مشاورین امین مستقر در مراکز بهداشت، خانه‌های سلامت، میز خدمت در مساجد، فرهنگ‌سراها، سراهای محله، شهربانوها و شناسایی خانواده‌های دچار

مشکل در سطح اولیه، قبل از اقدام برای طلاق با حق الزحمه حداقلی برای پوشش حداکثری جمعیت منطقه؛

- پرورش و آموزش عمومی اقشار مختلف مردم در امر تحکیم و حل مشکلات زناشویی برای رفع و حل و فصل مسائل خانوادگی در مراحل اولیه؛

- تجمیع، به‌کارگیری و استفاده از نیروهای جهادی متخصص و متعهد در قالب طرح‌های تبلیغی؛

- لزوم استفاده از اشخاص امین در خانواده زوجین و بهره‌گیری از ارتباطات خویشاوندی برای تحکیم، تعالی و رفع تنازعات خانوادگی.

#### فهرست منابع

قرآن کریم (۱۳۸۲). فولادوند، محمد مهدی. قم: کتابخانه بزرگ قرآن کریم.

۱. ابن اثیر، مجدالدین (بی‌تا). النهایه فی غریب الحدیث والاثر. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۲. ابن براج، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶هـ.ق). المهدب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۳. ابن فارس، ابوالحسین (۱۴۰۴هـ.ق). معجم مقاییس اللغه. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی

حوزه علمیه.

۴. ابن کنیر، اسماعیل (بی‌تا). تفسیر القرآن العظیم. بیروت: دارالکتب العلمیه.

۵. ابن منظور، محمد (۱۴۱۴هـ.ق). لسان العرب. بیروت: دارالفکر للطباعه.

۶. اصفهانی، سیدابوالحسن (۱۳۹۳). وسیله النجاه (المحشی بقتاوی الکلیپگانی). قم: مطبعه مهر

استوار.

۷. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵هـ.ق). کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم

انصاری.

۸. بهشتی، احمد (۱۳۸۵). خانواده در قرآن. قم: بوستان کتاب.

۹. پرتال معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم دادگستری استان تهران: [tehranpishgiri.eadl.ir](http://tehranpishgiri.eadl.ir)، مشاهده شده در تاریخ ۱۳۹۸/۵/۲۲.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۱. جعفری، عباس (۱۳۸۶). داوری در دعاوی خانوادگی، قوانین موضوعه و رویه قضایی. نشریه فقه و حقوق خانواده، ۴۷، ۹۵-۱۲۱.
۱۲. جوهری، اسماعیل (۱۴۱۰هـ.ق). الصحاح- تاج اللغة و صحاح العربیه. بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۳. حائری طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۸هـ.ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۱۴. حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰هـ.ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۱۵. حلی، حسن (۱۴۲۰هـ.ق). تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۱۶. حلی، نجم‌الدین (۱۴۰۸هـ.ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۷. حمیری، نشوان (۱۴۲۰هـ.ق). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم. بیروت: دارالفکر المعاصر.
۱۸. خدادادپور، منیره، و جلالی، محمود (۱۳۹۳). واکاوی داوری در حل و فصل اختلافات خانوادگی با رویکردی به قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱. نشریه مطالعات راهبردی زنان، ۶۴، ۲۰۷-۲۴۰.
۱۹. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷). لغتنامه. تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۲۰. راغب اصفهانی، حسین (۱۴۱۲هـ.ق). مفردات الفاظ القرآن. لبنان: دارالعلم.



۲۱. زبیدی، محب‌الدین (۱۴۱۴هـ.ق). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دارالفکر للطباعه و النشر و التوزیع.
۲۲. سبحانی، جعفر (بی تا). نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء. قم: بی نا.
۲۳. سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳هـ.ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: مؤسسه المنار.
۲۴. سرخوش، جواد. و دیبا، سهیلا (۱۳۹۷). ماهیت داوری در دعوی طلاق. نشریه پژوهش حقوق خصوصی، ۲۳، ۱۱۶-۹۵.
۲۵. شبیری زنجانی، سیدموسی (۱۴۱۹هـ.ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۲۶. شریعتی، الهام، و ولی حصار، مرضیه (۱۳۹۶). حقوق جنسی زوجین در فقه و حقوق موضوعه. تهران: خرسندی.
۲۷. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۶هـ.ق). هدایه العباد. قم: دارالقرآن الکریم.
۲۸. صدوق، محمد (۱۴۱۳هـ.ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۹. صفایی، سید حسین، و امامی، اسدالله (۱۳۹۲). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان.
۳۰. طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۴۱۷هـ.ق). المیزان فی تفسیر القرآن. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
۳۱. طبرسی، فضل (۱۳۸۰). تفسیر مجمع البیان. تهران: کتاب‌فروشی اسلامی.
۳۲. طبرسی، فضل (۱۴۱۰هـ.ق). المؤلف من المختلف بین ائمه السلف. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.
۳۳. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶هـ.ق). مجمع البحرین. تهران: کتاب‌فروشی مرتضوی.
۳۴. طوسی، ابوجعفر (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.

۳۵. طوسی، ابوجعفر (۱۴۰۷هـ.ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳۶. طوسی، ابوجعفر (۱۴۰۷هـ.ق). فقه استدلالی تطبیقی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳۷. عاملی، حر (۱۴۰۹هـ.ق). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل البیت (ع).
۳۸. عاملی، یاسین (۱۴۱۳هـ.ق). الاصطلاحات الفقهیه فی الرسائل العملیه. بیروت: دارالبلاغه للطباعه و النشر و التوزیع.
۳۹. عاملی، زین‌الدین (۱۴۱۳هـ.ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۴۰. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۴۲۱هـ.ق). فقه سیاسی. تهران: امیر کبیر.
۴۱. فاضل، جواد (بی‌تا). مسالک الافهام الی آیات الأحکام. بی‌جا: بی‌نا.
۴۲. فراهیدی، خلیل (۱۴۱۰هـ.ق). العین. قم: نشر هجرت.
۴۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. مشاهده شده در <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/97937>
۴۴. قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق. مشاهده شده در <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/97937>
۴۵. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی. مشاهده شده در <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/97937>
۴۶. قانون حمایت خانواده. مشاهده شده در <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/97937>
۴۷. قانون مدنی. مشاهده شده در <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/97937>
۴۸. قرائتی، محسن (۱۳۸۳). تفسیر نور. تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن.

۴۹. کلینی، محمد (۱۴۰۷هـ.ق). الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۵۰. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۷۲). آیین دادرسی مدنی. تهران: گنج دانش.
۵۱. مشکینی، میرزاعلی (بی تا). مصطلحات الفقه. بی جا: بی نا.
۵۲. مطهری، مرتضی (بی تا). فقه و حقوق (مجموعه آثار). بی جا: بی نا.
۵۳. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی (۱۴۰۹هـ.ق). مبانی فقهی حکومت اسلامی. قم: مؤسسه کیهان.
۵۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۴هـ.ق). توضیح المسائل. قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۵۵. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۵هـ.ق). تحریرالوسیله. مترجم: اسلامی، علی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۵۶. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴هـ.ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۵۷. هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۸۴). داوری اجباری در دعاوی خانوادگی. نشریه حقوق اسلامی، ۷، ۱۰۵-۱۳۲.
۵۸. هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۸۴). نقد داوری در دعاوی خانوادگی، از مقررات تا اجرا. نشریه مطالعات راهبردی زنان، ۲۷، ۲۷-۱۱۲-۷۶.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی