

واکاوی قواعد حاکم بر داوری در حقوق خانواده

فرزام جهانی‌فر^۱ / عاطفه لورکجوری^۲

* نوع مقاله: پژوهشی / تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۲۰ / تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۱۷

کدمقاله: JHVMN-۲۵۰۳-۱۲۸۲

چکیده

خانواده به‌عنوان بنیادی‌ترین نهاد اجتماعی، نقشی اساسی در شکل‌گیری شخصیت افراد و بنیان‌های جامعه ایفا می‌کند. حمایت از حقوق اعضای خانواده و حل‌وفصل مؤثر اختلافات خانوادگی، نه تنها به تحکیم بنیان خانواده، بلکه به تحقق عدالت اجتماعی و صلح پایدار کمک می‌کند. در نظام حقوقی ایران، داوری و میانجی‌گری به‌عنوان ابزارهایی برای حل‌وفصل اختلافات خانوادگی مورد توجه قرار گرفته‌اند. این پژوهش با هدف بررسی جایگاه داوری در حقوق خانواده ایران، کارکردهای میانجی‌گری در حل اختلافات زوجین و ضرورت بازطراحی این نهادها با تأکید بر اصلاح فرآیندهای موجود و ارائه الگویی کارآمد انجام شده است. بررسی‌ها نشان می‌دهد که با وجود ظرفیت‌های قانونی موجود، اجرای داوری و میانجی‌گری در دعاوی خانوادگی با چالش‌هایی همچون عدم انسجام در رویه‌های اجرایی، ضعف در نظارت و کمبود متخصصان در این حوزه مواجه است. اصلاح ساختارهای قانونی و اجرایی، تقویت صلاحیت داوران و میانجی‌گران، و بهره‌گیری از الگوهای موفق بین‌المللی می‌تواند به کارآمدتر شدن این نهادها در حل اختلافات خانوادگی منجر شود.

واژگان کلیدی: داوری، میانجی‌گری، حقوق خانواده، طلاق، اختلافات زوجین.

^۱ استادیار، گروه حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران. (نویسنده مسئول)
farzamjahanifar@gmail.com

^۲ استادیار، گروه حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران. a.lorkojuri@yahoo.com



مقدمه

افزایش بیش از پیش دعاوی خانوادگی و ویژگی های خاص این دسته اختلافات موجب شده در دهه های گذشته قانونگذاران در بسیاری از کشورها به استفاده از روش های دوستانه حل اختلافات خانوادگی به ویژه میانجیگری توجه خاصی نشان دهند. میانجیگری روشی است که در آن میانجیگر به عنوان شخص ثالث بی طرف کمک می کند تا از طریق گفتگو و سنجشی راه حل های گوناگون اختلاف خود را به طور دوستانه و بر مبنای توافق حل و فصل کنند. مهرترین روش های حل دوستانه اختلافات خانوادگی که در کشورهای دنیا رواج دارد عبارتند از میانجیگری سازشی مشاوره (خانوادگی) مذاکره داوری و دادرسی مشارکتی در این میان میانجیگری از جایگاه و کارآمدی بالایی برخوردار است. در داوری، فرد ثالث بی طرف، داور نام دارد و اختلاف را همانند دادرسی با صدور رای داوری لازم الاجرا حل و فصل می کند. هر چند طرفین با توافق خود داور را تعیین می کنند و به نتیجه آن متعهد می شوند اما هدف فرایند داوری رسیدن به راه حل مورد توافق طرفین نیست. از این رو ضرورتی ندارد داورها توافق طرفین را برای رای صادره جلب نمایند. در مقابل در میانجیگری و سازش پذیرش نظر شخص ثالث برای طرفین الزامی نبوده بلکه کار میانجیگر و سازشگر فراهم کردن امکان مذاکره طرفین و کشف دقیق موارد اختلاف و رسیدن آنها به بهترین راه حل ممکن است. به دیگر سخن در میانجیگری و سازش را محل اختلاف با مذاکره و توافق طرفین (نه تصمیم فرد ثالث) به دست می آید. ویژگی دیگر داوری این است که رای صادره از سوی داوران باید مستند به اصول و سیای حقوقی باشد. البته چون داوری یک رسیدگی خصوصی است ممکن است طرفین این اجازه را به طرفین داده باشند که دعوا را بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه حل و فصل نمایند. به نظر می رسد داوری و میانجیگری در قانون حمایت از خانواده از نظر حقوقی جایگاه قابل توجهی داشته و جایگاه آن بیشتر معطوف است به حل و فصل اختلافات زوجین در مرحله جدایی و طلاق و الزامی بودن استفاده از ظرفیت داوری، نحوه استفاده از داوری، تعیین شخص داور از اقارب متاهل، داشتن حداقل سی سال سن، پیش بینی شرایطی که داوری با این شرایط وجود نداشته باشد و غیره از جمله تشریفات مربوط به داوری در نهاد خانواده است.

هدایت نیادر مقاله ای با عنوان داوری اجباری در دعاوی خانوادگی، داوری (حکمیت) تدبیری قرآنی برای حل مناقشات خانوادگی است. این حکم قرآن کریم مورد توجه قانون گذار قرار گرفته و مقرراتی در همین خصوص وضع شده است. تفاوت دیدگاه های فقهی و تغییر شرایط اجتماعی موجب شده است که قوانین موضوعه ما در زمینه داوری دچار تحولاتی شود. به عنوان مثال، داوری در دعاوی



خانوادگی که زمانی اختیاری بوده، در حال حاضر اجباری شده است. البته اجبار به داوری ممکن است ناشی از قانون و یا قرارداد طرفین باشد. این نوشتار، ضمن مطالعه تحولات مربوط به داوری اجباری در قوانین مربوط به خانواده، مبانی فقهی «اجبار ناشی از قانون» و «اجبار ناشی از قرارداد» را مورد مطالعه قرار می‌دهد

علی محمدی در مقاله‌ای با عنوان بررسی فقهی و حقوقی نهاد داوری در قانون حمایت از خانواده، تهران، نشر طراحان: در این کتاب آمده است که خانواده در همه جوامع، مهم‌ترین نهاد اجتماعی محسوب می‌شود و تمام ادیان و اندیشمندان به حفظ این نهاد اهتمام داشتند. با در نظر گرفتن این مهم در جامعه ما هم نیز سیاست‌های پیشگیرانه و حمایتی وجود دارد یکی از مهم‌ترین آنها نهاد داوری است که بر اساس نص صریح قرآن چهره قانونی گرفته و مسیر داوری اگر چه سابقه نسبتاً طولانی دارد و به قبل از انقلاب بر می‌گردد در عین حال دستخوش تغییراتی گشته و سیر تحولی داشته این سیر اگر چه دارای نقاط مثبتی بود و به آن رسمیت بخشیده و آن را با نهاد مشاوره تایید و تقویت کرده در عین حال خالی از ایراد هم نبوده از مهمترین آنها می‌توان به محدودیت داوری در دعاوی خانوادگی اشاره کرد و این از آن جهت اهمیت دارد که گسترش حوزه داوری به همه دعاوی خانوادگی هم با احکام شریعت اسلامی (آیه ۳۵ سوره نساء) و هم با روح این شریعت سازگارتر است، کتاب حاضر به بررسی همه جانبه مهم‌ترین قوانین ایران در این رابطه، یعنی قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ و مصوب ۱۳۹۱ پرداخته، نقاط قوت هر کدام را همراه با مبانی فقهی آنان واکاوی کرده است.

۱- داوری در حقوق

تحکیم در اصطلاح تولیت و انتصاب کسی به عنوان حاکم از سوی طرفین خصم و دعوا است تا بین آنها حکم کند و مراد از حاکم متصدی امر داوری است که میتواند اعم از یک نفر یا بیشتر باشد. (علی حیدر، ۱۹۹۱، ۴، ۵۷۸) همان طور که در قول خدای تعالی آمده است. «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ خَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا». «سوگند به پروردگارت درحقیقت ایمان نیاورند، مگر آنکه در اختلافی که بین آنان در گرفت تو را داور کنند. آنگاه از آنچه حکم کردی در خود هیچ دل تنگی نیابند و کاملاً گردن نهند.» (انصاری، طاهری، ۱۳۸۹، ۸۸) تعریفات صاحب نظران حقوق داوری غالباً حول بعضی محورهای داوری دور می‌زنند شامل توافق بر ارجاع اختلافات حاصله بین افراد در خصوص اجرای قراردادی معین یا ارجاع یک اختلاف بالفعل



به یک یا چند نفر که داور (محکم) اختلاف به جای اینکه مرجع قضایی ذیصلاح در آن رسیدگی و حکم صادر کند. در اینجا تعاریف ارائه شده توسط بعضی حقوقدانان مطرح جهان عرب ذکر می‌گردد.

«اتفاق علی طرح النزاع علی شخص معین أو اشخاص معینین لیفصلوا فیه دون المحکمة المختصة به.» (ابوالوفاء، ۱۹۸۳، ۱۵) توافقی است بر واگذار کردن نزاع به شخص یا اشخاص معین برای اینکه آن را حل و فصل کنند، بدون دادگاه صالح.

«فالتحکیم اذن هو أسلوب اتفافی لحل النزاع عن طریق التحکیم بدلاً من القضاء، سواء كانت الجهة التي تتولى اجراءات التحکیم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركزاً دائماً للتحکیم أو محکماً عادياً یختاره الفرقاء وفقاً لمجرد اختیار هم.» (ناصر، ۲۰۱۲، ۱۳) داوری روشی توافقی برای حل اختلاف از طریق داوری به جای قضاوت است. چه اینکه مرجعی که به اقتضای توافق طرفین عهده دار رسیدگی‌های داوری است سازمان یا مرکزی دائمی برای داوری باشد یا داوری عادی که طرفین به صرف اختیار خود او را انتخاب می‌کنند.

«الاتفاق علی طرح النزاع علی محکم أو أكثر شرط أن یكون عددهم وترأ لیفصلوا فیه بدلاً من المحکمة المختصة» (الثلاثاء، ۲۰۱۴، ۱۴) توافق برکنار گذاشتن اختلاف بر عهده‌ی یک یا چند داور به شرطی که تعدادشان فرد باشد. تا بجای دادگاه صالح در آن اختلاف به حل و فصل بپردازند.

۲- مزایا و معایب داوری

۲-۱- مزایای داوری

داوری از مهم‌ترین وسایل حل و فصل منازعات بین دولت‌ها با بین دولت‌ها و افراد و یا بین افراد، صرف نظر از اینکه دارای تابعیت یکسان باشند یا نه به ویژه در عرصه‌ی تجارت بین المللی می‌باشد که برای طرفین یک رابطه‌ی حقوقی دارای مزایایی خواهد بود که به بعضی از آنها ذیلاً اشاره می‌شود.

۱- سرعت: داور به آیین رسیدگی‌های قضایی معمول و مواعید و مهلت‌های مقرر در آن پایبند نیست و می‌تواند صرفاً به دعوایی که به او عرضه می‌شود رسیدگی نماید، برعکس دادگاه که غالباً به طور همزمان به دعاوی متعددی رسیدگی می‌کند نیز اینکه رسیدگی‌های قضایی با یک مرحله رسیدگی مختومه نمی‌شوند، بلکه حداقل دو درجه‌ای هستند، لیکن داوری ماهیناً رسیدگی یک درجه‌ای است هر چند طرفین حق اعتراض به رأی داور داشته باشند و اعتراض هم بنمایند. (المنجد، ۲۰۱۳، ۶۵)

۲- هزینه رسیدگی کمتر: در غالب موارد هزینه‌های داوری بسیار ناچیز است مخصوصاً وقتی که داوری آزاد و غیرسازمانی باشد؛ این درحالی است که رسیدگی قضایی مستلزم تحمل هزینه‌های زیادی شامل اوراق قضایی، ق الوکاله هزینه دادرسی حق الزحمه کارشناس و غیره در کنار مدت طولانی قضاوت است.

۳- حفظ رابطه‌ی بین طرفین اختلاف: در داوری طرفین نزاع قبلاً با رضایت و از روی طیب خاطر آنچه را که داور یا هیأت داوری در نهایت حکم به آن می‌کنند پذیرفته‌اند و این امر برای حفظ و استقرار رابطه‌ی بین آنها متناسب تر است. در واقع بازرگانان در جستجوی عدالت با حفظ روابط حسنه‌ی خود با یکدیگر هستند. (صفایی، ۱۳۹۰، ۶۹-۶۶)

۴- سری بودن: سری بودن از مهمترین محاسن داوری است که در نقطه‌ی مقابل علنی بودن رسیدگی‌های قضائی عادی قرار دارد و به استمرار روابط طرفین کمک می‌کند. که این ویژگی بخصوص در اختلافات تجاری اهمیت بیشتری دارد؛ چرا که تجار علاقه مندند تا حتی الامکان اسرار کار تجاری خود را پنهان نگاه دارند. (المنجد، ۲۰۱۳، ۶۶)

۵- تشویق و توسعه‌ی تجارت بین المللی: داوری و التزام به آن موجب تشویق امر تجارت در سطح ملی و بین المللی می‌شود. النجاء به داوری موجب ایجاد وثوق و اطمینان بیشتر در عرصه‌ی معاملات بین المللی شده و تجارت بین کشورها را تشویق می‌نماید و بازرگان خارجی را از خوف و نگرانی مراجعه‌ی به سیستم قضایی ملی و اجرای احکام داخلی و طولانی بودن رسیدگیها و گمان جانب داری قاضی داخلی از هم وطنانش از بین طرفین نزاع اطمینان خاطر می‌بخشد؛ در کنار اینکه سرمایه گذار و صادر کننده‌ی خارجی به قوانین داخلی آگاهی و شناخت ندارد. در واقع افزایش ارتباطات تجاری در عرصه‌ی بین المللی نیاز به آزادی از قیود قوانین داخلی کشوری را که قواعد تعارض قوانین آن را تعیین می‌کند آشکار ساخته است. رسیدگی به دعاوی ناشی از تجارت بین الملل مستلزم آگاهی به عرف تجارت بین الملل و قواعد و اصول حاکم بر آن و تخصص و تجربه در زمینه‌ی رسیدگی به آن است که البته برای محاکم داخلی چندان که باید وجود ندارد. (البوی، ۲۰۱۲، ۴۱)

۶- حل مشکل تعارض قوانین: به دلیل عدم وجود مقررات عام در تجارت بین الملل که دارای ضمانت اجراهای قوی در کشورهای مختلف باشد و نیز به خاطر اختلاف قوانین داخلی کشورها داوری که قواعد و مقررات خود را از توافق طرفین بر مبنای حاکمیت اراده می‌گیرد برای تجار و بازرگانان از کشورهای مختلف با رفع نگرانی از اجرای جانب دارانه‌ی قوانین ملی از سوی قضات کشور متبوع هر



یک از طرفین و نیز مشکلات ناشی از تعارض قوانین تضمینات مطمئن تری را برای فعالیت گسترده تر در عرصه ی تجارت بین الملل به همراه دارد. (سامی، ۲۰۱۲، ۱۷)

۷- حاکمیت اراده ی طرفین: از ویژگی های مهم داوری همچنین می توان به رضائی بودن و ابتدائی آن به رضایت طرفین در همه ی ابعاد دعوا اشاره کرد چه در تعیین محدوده ی رسیدگی و موضوع کار داور چه انتخاب و تعیین داور، چه انتخاب و تعیین قانون لازم الاجراء و غیره مسلم است که نفس انتخاب داور موجب اطمینان خاطر و امنیت افکار طرفین اختلاف می باشد. بالاخص وقتی که داور از میان خبرگان موضوع نزاع انتخاب می شود؛ امری که در قضاء عادی کمتر دیده می شود که موجب ارجاع امر از سوی قضات محترم به کارشناسان می گردد. (المنجد، ۲۰۱۳، ۶۶)

۸- تسهیل اجرای حکم: اعتماد و اطمینان طرفین به داور منتخب و مرضی الطرفین موجب اعتبار بیشتر رأی صادره ی داور و تمکین و اجرای آسان تر آن از سوی طرفین نزاع می باشد.

۲-۲- عیوب داوری

۱- احکام داوری ابتدا به ساکن قابل اعتراض نیستند بلکه اصولاً نهایی و قطعی می باشند. درحالی که احکام قضایی اصولاً دو درجه ای هستند و اگر داور اشتباه کند وسایل جبران و اصلاح آن همانند قضاوت مهیا و معد نیست. به عبارت دیگر در داوری طرفین پیشاپیش از برخی طرق شکایت انصراف داده اند.

۲- اگر طرفین بر داوری در یک سازمان بین المللی توافق کرده باشند متحمل هزینه گزافی علی رغم قیمت ناچیز خواسته ی دعوا خواهند شد.

۳- فرایند حل و فصل نزاع بسیار طولانی خواهد شد. اگر کسی که از نتایج حاصله از داوری متضرر شده است. طرح دعوی بطلان حکم داوری را بنماید؛ هرچند در داوری های بین المللی بیش از نود درصد آرای داوری طوعاً اجرا می شود. (شمس، ۱۳۸۶، ۳، ۵۰۴)

۳- ماهیت و رویکردهای داوری در نهاد خانواده

از جمله چالش های مهمی که در خصوص نهاد داوری در حوزه امور خانوادگی وجود دارد بحث ماهیت داوری و اختلاف نظر در خصوص ماهیت داوری است چرا که در خصوص شناسایی ماهیت داوری در

نهاد خانواده دو نظریه مهم وجود دارد یک نظر قائل به ماهیت قضایی برای داوری است و در مقابل نظریه دیگری قائل به ماهیت قراردادی داوری است که در ادامه این نظریات و استدلال قائلین به آنها را مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

۳-۱- رویکرد قائل به قراردادی بودن داوری

به موجب این نظریه داوران آیین رسیدگی مکان داوری قانون حاکم بر داوری شناسایی موجبات جهت داوران با توافق طرفین مشخص می‌شود بر این اساس رای داور درباره طرفین دعوا و قائم مقام آنها نافذ است ولی این نفوذ فقط ناشی از حاکمیت اراده ایشان است. (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ۱۳۵) چنین نقش حیاتی که توافق اراده‌ها در ایجاد هدایت و انحلال یک دیوان داوری می‌کند ماهینی قراردادی از داوری به ذهن متبادر می‌کند.

به موجب این نظریه طرفین با انتخاب داور واحد و یا انتخاب داور اختصاصی و انتخاب سر داور با توافق طرفین دعوا در خصوص رسیدگی به حل و فصل اختلاف به داوران اعطای وکالت می‌نمایند از میان علمای اسلامی، فقط برخی از فقهای عامه قائل به ماهیت قراردادی داوری می‌باشند مرحوم فاضل هندی این نظر را به مذهب مالکی و برخی از شافعیه نسبت داده (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۵۲۲) اما شیخ طوسی آن را متعلق به ابو حنیفه دانسته است. (طوسی، ۱۴۰۷، ۴۱۶) در نظام حقوقی ایران یکی از نویسندگان اظهار نظر نموده است که در دکترین نظریه غالب در مورد تعریف و تعیین ماهیت داوری هم این است که آن را توافقی و قراردادی می‌دانند. (سیفی، ۱۳۷۷، ۵۶)

صاحب نظر دیگری نیز ماهیت قراردادی را به نظر مشهور نسبت داده معتقد است که بنابر نظر مشهور قرارداد داوری نوعی وکالت است. به موجب این قرارداد اشخاص به وکلای خود اختیار میدهند درباره اختلافات آنان داوری کنند ولی در ادامه این دیدگاه را مورد نقد قرار می‌دهد نویسنده دیگری داوری که دارای اختیار صلح باشد را از یک سو داور و از سوی دیگر وکیل در مصالحه معرفی نموده است. نظریه قراردادی توسط شماری از صاحب نظران فرانسوی نیز مطرح شده است. قائلین به نظریه قراردادی برای اثبات نظر خود به ادله‌ای استناد کرده اند، از جمله عدم اشتراط وصف اجتهاد در داور و ماموریت ناشی از توافق طرفین. (صفایی، ۱۳۷۷، ۲۶)



۳-۲- رویکرد قائل به قضایی بودن داوری

انتقادات وارده بر نظریه قراردادی بودن داوری این باور را ایجاد کرد که داور وکیل با نماینده طرفین نیست و باید مستقل از معرفی کننده باشد و در حال رسیدگی و رای نیز باید بی طرف باشد. (مجبی، ۱۳۷۸، ۴۵) به این ترتیب زمینه برای طرح نظریه قضایی داوری فراهم شد.

به موجب این نظریه داوری به حکم قانون جلوه خاصی از سازمان قضایی و ابزاری جهت اجرای عدالت و انجام یک وظیفه عمومی و نتیجه حاصل از آن به یک تصمیم قضایی تشکیل می‌شود. بنابراین قضاوت داوران پذیرفته نخواهد شد، مگر اینکه این نهاد یک جزء جدایی ناپذیر از سازمان قضایی دانسته شود. بر این اساس اجرای ماموریت داور مستلزم این است که داور مستقل و بی طرف باشد و باقی بماند و اینها حوزه‌های است که فقط به قاضی قابل انتساب است. در سال ۱۷۰۱ نیز جان فره به عنوان یکی از قائلین به نظریه قضایی بودن داوری اظهار نظر نموده است که داوران قضات واقعی هستند و هر آنچه که در مورد قضات گفته‌ایم در مورد داوران نیز صدق می‌کند. در نهایت نویسنده نتیجه می‌گیرد که داوران بایستی با همان احتیاط بی طرفی و دوراندیشی عمل کنند به نحوی که هیچ گونه سوءظن موجهی برای طرفین نسبت به داوران ایجاد نشود. بر این اساس باید گفت شخص خصوصی منتخب به طرفین دعوا مانند یک قاضی دادگاه دولتی است نظریه قضایی بودن داوری در بین دکتترین حقوقی ایران نیز مطرح شده است. یکی از نویسندگان در این خصوص اظهار نظر نموده است که داور هر چند منتخب طرف دعوا و اختصاصی باشد. نماینده او نیست بلکه نوعی قاضی است که حل و فصل اختلاف و اجرای عدالت را به عهده دارد. نویسنده دیگری نیز به ذکر عبارت داوری در اختلافات مردم صرفاً امری قضایی است اکتفا نموده است. (نیکبخت، ۱۳۹۱، ۷۵)

اعتقاد به قضایی بودن داوری تا آنجا پیش رفته که ادعا شده است که تقریباً تمامی نظام‌های حقوقی به طور قطع پذیرفتند که داور همان قاضی باشد. قائلین به این نظریه به ادله‌هایی نظیر آیه ۳۵ سوره نساء و استعمال الفاظ و عبارات مختص دادگاه دولتی در قواعد راجع به داوری، استناد نموده‌اند.

۳-۳- رویکرد قائل به ماهیت مختلط قضایی و قراردادی

بر اساس انتقاداتی که بر نظریه های قراردادی یا قضایی وارد است و به منظور برقراری آشتی بین این دو نظریه باید گفت که این دو تئوری به تنهایی قادر به تبیین تمام جلوه های نهاد داوری نیستند لذا گروهی دیگر از صاحب نظران تئوری سومی تحت عنوان نظریه مختلط با مرکب را مطرح نمودند.

به موجب این نظر که قائل به نقش توأمان دو رکن قراردادی و قضایی در امر داوری می‌باشد، هر دیوان داوری مخلوط توافق اراده متداعبین می‌باشد بر مبنای این توافق یک مسئولیت قضایی به داور محول می‌شود که بر اساس آن مبادرت به فصل خصومت می‌نماید. به عبارت دیگر داوری از رکن قراردادی تحقق داوری و اداره جریان دادرسی و از رکن قضایی اصول راهبردی دادرسی اعتبار امر قضاوت شده و قاعده فراغ دادرسی را به عاریه می‌گیرد. این دو رکن مکمل یکدیگر برای وصول به هدف نهاد داوری می‌باشد به نحوی که تحقق آن بدون هر یک از این دو ممکن نیست. بر اساس همین دیدگاه اظهار نظر شده است که داوری دارای یک ماهیت مرکب منحصر به فرد می‌باشد که برخی ویژگی‌ها را از حقوق قراردادهای و برخی دیگر را از حقوق دادرسی و عاریه می‌گیرد ماهیت واجد یک جنبه قراردادی به واسطه قراردادی که دیوان داوری را به وجود می‌آورد جنبه قضایی به واسطه رای که به داوری خاتمه می‌دهد و جنبه دادرسی به واسطه جریان یک دادرسی داوری واقعی بدون اینکه به طور کامل فقط به یک جنبه قراردادی یا قضایی داوری تکیه کند می‌باشد. (شمس، بطحایی، ۱۳۹۴، ۱۲)

۳-۴- قواعد حاکم بر طرق حصول توافق بر داوری میان زوجین

در این قسمت تمرکز بحث بر روی این نکته خواهد بود که زوجین از چه طرقی می‌توانند در مورد داوری و اینکه اختلاف خود در خصوص مشکلات خانواده و طلاق و جدایی را از طریق داوری حل و فصل کنند توافق کنند.

۳-۵- قواعد حاکم بر توافق داوری در ضمن عقد نکاح

مقصود از توافق داوری در عقد نکاح وقوع آن به صورت شرط ضمن عقد است که در اصطلاح شرط ارجاع به داوری نامیده می‌شود. زوج و زوجه در ضمن عقد نکاح توافق می‌کنند که اختلافات احتمالی آینده در زندگی مشترک را از طریق داوری حل و فصل نمایند. هدف اصلی طرفین از گنجاندن شرط ارجاع به داوری در قراردادهای نقی صلاحیت دادگاه‌های دادگستری است تردیدی نیست که شروط مذکور در عقد نافذ است و این جای بحث ندارد.

شیخ انصاری در بیان شرایط اعتبار شرط می‌گوید طرفین باید به شرط در متن عقد ملتزم شوند: «آن ملتزم به فی متن العقد.» (انصاری، ۱۴۲۰، ۶، ۵۴) بنابراین اگر طرفین در ضمن عقد نکاح در ارجاع کلیه اختلافات آینده یا اختلافات خاصی توافق نمایند این توافقها لازم الاجرا و نافذ است. قانون مدنی به طور کلی در مورد اعتبار شروط ضمن عقد در ماده ۱۱۱۹ می‌گوید: طرفین عقد ازدواج می‌توانند

هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود. یا ترک اتفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد.

۳-۶- قواعد حاکم بر توافق داوری مرتبط با عقد نکاح

ممکن است طرفین عقد نکاح در مذاکرات پیش از عقد بر حل اختلافات احتمالی آینده از طریق داوری توافق کنند و عقد را مبتنی بر این توافق جاری سازند. در فقه و حقوق به چنین شرطی «شرط بنایی» یا «شرط تبنایی» می‌گویند.

توافق طرفین عقد بیع راجع به زمان تحویل کالا یا مکان آن پیش از معامله یا توافق طرفین عقد نکاح راجع به میزان مهریه و ماهیت آن از این موارد است در عقد ازدواج مرسوم است که زوجین پیش از عقد راجع به مهریه و بعضی مسائل دیگر توافق می‌کنند و عقد را مبتنی بر آن جاری می‌سازند. آنان در این صورت خود را بی‌نیاز از ذکر مجدد موارد توافق شده در عقد می‌دانند. حال پرسیدنی است که آیا چنین شرطی در باب نکاح نافذ و لازم الاجرا است؟ در بحث ما اگر توافق نامه داوری به صورت شرط بنایی واقع شود لازم الوفا است؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که به نظر بسیاری از فقها شرط بنایی در باب نکاح اعتبار ندارد صاحب حدائق می‌گوید: از کلام اکثر اصحاب فهمیده می‌شود که شرط در صورتی قابل اعتنا و لازم الوفاء است که بین ایجاب و قبول واقع شود تا جزئی از عقد لازم گردد. بنابراین اگر شرط پیش از عقد یا پس از آن واقع شود جزء عقد محسوب نمی‌شود و اعتبار ندارد. فقهای بر ضرورت ذکر شروط عقد نکاح بین ایجاب و قبول تأکید نموده‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۰، ۱۸۳) به نظر می‌رسد که عبارات فقها در نفی اعتبار شروط غیر مذکور در متن عقد، شامل شرط بنایی نمی‌شود. از این جهت که این گونه شروط به دلیل ارتباطی که با عقد دارند و عقد مبتنی بر آن جاری شده است در حکم شرط مذکور در متن عقدند.

به نظر جمعی از فقهای معاصر شروط بنایی در باب نکاح لازم الوفا هستند که به عنوان نمونه به بعضی از فتاوا اشاره می‌شود. مرحوم امام خمینی در پاسخ به این استفتاء که مرسوم است در مذاکرات مقدماتی بین خانواده، درباره مهریه و سایر شروط توافقی می‌شود لیکن در موقع اجرای صیغه عقد

نکاح و ثبت قبالة ازدواج احیاناً در آن شروط- از جمله در نوع و مقدار مهریه - تغییراتی داده می‌شود آیا یکی از طرفین می‌تواند با عدول از مندرجات عقد و شروط ضمن عقد به استثنای مذاکرات قبلی که ممکن است در نوشته ای عادی منعکس شده باشد ادعای جدیدی بنماید نوشته‌اند آنچه در ضمن عقد با رضایت طرفین قرارداد شده نافذ است و نیز اگر عقد مبنی بر شرط واقع شده باشد شرط بنایی مذکور هم نافذ است و غیر آن نفوذ ندارد. (خمینی، ۱۳۸۱، ۳، ۱۰۷)

از آیت الله فاضل لنکرانی استفتایی بدین شرح شده است زن به مرد می‌گوید در صورتی که جدای از مهریه مقداری معین طلا به من بدهی حاضر به ازدواج با تو هستم و مرد قبول می‌کند بعد از ازدواج مرد زن را طلاق می‌دهد. آیا زن می‌تواند جدای از مهریه آن مقدار طلا را هم مطالبه کند؟ ایشان در پاسخ نوشته‌اند: اگر چنین شرطی در ضمن عقد ازدواج شده باشد یا عقد مبنی بر آن واقع شده که به منزله شرط ضمنی بوده است واجب الوفاء است و زن میتواند علاوه بر مهریه طلا را هم بگیرد ولی اگر شرط ابتدایی بوده است واجب الوفاء نیست و زن حق مطالبه الزامی طلا را ندارد گر چه بهتر است زوج به شرط عمل کند. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۰، ۲، ۳۸۵) همان طور که مشاهده می‌شود در فتوای فوق شرط بنایی به منزله شرط ضمنی دانسته شده و لازم الوفا خوانده شده است بنابراین میتوان نتیجه گرفت که اگر شرط رجوع به داوری در اختلافات خانوادگی به صورت شرط بنایی واقع شده باشد نافذ بوده و اعتبار دارد.

۳-۷- قواعد حاکم بر شرایط داوران در قانون حمایت از خانواده

شرایط در نظر گرفته شده برای داوران در قانون حمایت خانواده عبارت است از مواردی نظیر اینکه او باید:

- ۱- متاهل باشد.
- ۲- حداقل سی سال سن داشته باشد.
- ۳- آشنا به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی باشد.
- ۴- از اقارب زوجین باشد.

۳-۸- قواعد حاکم بر داوری در نهاد خانواده، ضمانت‌های اجرایی و موانع

۳-۸-۱- قواعد حاکم بر عدم اهمیت زن یا مرد بودن داور

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

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

از بحث قرآنی و روایی که بگذریم و به آرای فقها و مفسرین اسلام نظر کنیم می بینیم بسیاری از ایشان تصریح می کنند که حکمین باید هر دو ذکور باشند. از طرفی آن دسته از فقها و مفسرین اسلام نیز که بر لزوم رحلیت حکمین تصریح نکرده اند ابدأً متعرض این فرع که زن نیز می تواند حکم قرار گیرد نشده اند. از آنجا که تصریح کنندگان بر لزوم مرد بودن دو حکم به مستند فتوای خود اشاره نکرده اند از این رو با فرض مشهور بودن این فتوا و جابریت فتوای مشهور نمیتوان ضعف مرسله منقول در فقه الرضا (ع) را به استناد آن جبران نمود. در بعضی منابع اهل سنت در مقام استدلال بر لزوم مرد بودن داوران چنین استدلال شده است که داوری نیاز به دقت و اظهار نظر در ماهیت امر را دارد و گویی نزد ایشان زنان از چنین ویژگی برخوردار نمی باشند. (دادمرزی، ۱۳۹۰، ۱۴)

ممکن است گفته شود اگر تحکیم از باب وکالت باشد زن نیز علی القاعده میتواند عهده دار انجام آن شود. زیرا جنسیت در اهلیت قراردادهای به جز نکاح دخالت ندارد و اگر از بابت حکومت باشد چون



قضاء و حکومت زن در فقه پذیرفته نشده است لذا زن نمی‌تواند حکم قرار گیرد حتی از طرف زوجه لکن اشکال این احتمال آن است که ملازمه بین حکومت دانستن ماهیت تحکیم و لزوم اشتراط شرایط قضاوت برای داوران مسلم نیست. لذا با آنکه بسیاری فقهای امامیه داوری را نیز از باب تحکیم می‌دانند به حدی که صاحب جواهر - بنا بر ادعای شیخ در مبسوط آن را اشهر و مقاضای مذهب معرفی می‌کند لکن در عبارت بسیاری از ایشان تصریح شده است که وجود اجتهاد در داوران لازم نیست یکی از فقهای اهل سنت با تاکید بر اشتراط چنین امری اظهار می‌دارد: «حکم حکمی که فقه و اطلاع دقیق از احکام مربوط به نشوز و خیر و شر امور مربوط به زن و شوهر را ندارد باطل می‌باشد؛ زیرا شرط حکومت هر کسی که عهده دار این منصب در هر کاری می‌شود آن است که نسبت به آن مورد علم داشته باشد. بعضی دیگر از فقهای اهل سنت با پیش کشیدن همان تفصیل معروف در مورد تحکیم با توکیل بودن داوری می‌گویند: «اگر آن دو را حاکم بدانیم قطعاً باید فقیه باشند ولی اگر آن دو را وکیل از جانب زوجین می‌دانیم نیازی به این شرایط نبوده و می‌توانند از مردم عامی باشند». با این حال چنین تفصیل و برقراری ملازمه میان حکومتی دانستن داوری و لزوم رعایت تمام شرایط قاضی در داور نزد فقهای امامیه مسلم دانسته نشده است لذا در لسان بسیاری از فقهای امامیه از این شرط به عنوان «بصیر بودن حکمین در کار خود یا الاهتداء الی ما هو القصود من بعثها یاد شده است. به نظر می‌رسد عمده ترین دلیل بر لزوم وجود این شرایط این باشد که عقل حصول غرض مورد انتظار از بعث حکمین را منوط می‌داند به قدرت و آگاهی حکمین در انجام مسئولیتی که عهده دار انجام آن شده اند. یعنی اطلاع از مسائل خانوادگی. (دادمرزی، ۱۳۹۰، ۱۵)

۳-۸-۲- امتیاز داور خانوادگی

دادگاه خانواده امتیازهای بسیاری بر محاکم عرفی و دولتی دارد چه افراد فامیل به ریشه سرگردانی‌ها و بیزاری‌ها آشناترند اسرار مردم نیز در این محکمه بیشتر مصون می‌ماند و هزینه کمتری برای جامعه در بردارد و از تشریفات و اطلاع دادرسی در محاکم رسمی به دور است خانواده کانون احساس و عواطف است و مسائل خانوادگی را نمی‌توان با امر و نهی و دستورهای خشک و مکتوب فیصله داد زیرا صلح و سازشی که در زندگی زناشویی باید حاکم باشد. با صلح و همیاری دو شریک و همکار متفاوت است موافقت در زندگی زناشویی مانند تعامل پدران و مادران با فرزندان است که با گذشت و فداکاری برابر است و به تعبیر استاد مطهری از صلح مسلح کاری ساخته نیست و برابر رهنمود قرآن در صورت امکان باید مسائل زوجین را از راه گفتگوهای درون فامیلی حل و فسخ کرد. (سیفی، ۱۳۷۸)

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

فلسفه اینکه در مرتبه اول باید داوران از میان خانواده زن و شوهر برگزیده شوند این است که نزدیکان مرد و زن از رویدادهای جاری میان آن دو آگاه‌ترند و نیز علاقه آنها به اصلاح به دلیل خویشاوندی بیشتر از بیگانه است. افزون بر آن زوجین اسرار دل خود را در نزد خویشاوند بهتر از بیگانه آشکار می‌کنند و رازهایی را که آماده نیستند به بیگانه بگویند به خویشاوند ابراز می‌کنند تجربه نشان داده است که به موازات توسعه جوامع و افزایش نهادهای دادرسی آمار طلاق‌ها افزایش یافته و نگرانی‌ها و دردمندی‌های خانوادگی دامن گسترانده‌اند، پیشگیری از ایجاد اختلاف و گزینش داوران شایسته و دلسوز از میان افراد خانواده و دادن اختیارات لازم به آنان از دامنه نگرانی‌ها می‌کاهد و از گسترش طلاق‌ها جلوگیری و صلح و صفا را در خانواده برقرار می‌کند. این شعار نیست و گواه آن سیره مسلمان درازای تاریخ است مسلمانان در همه ادوار از داوران خانوادگی کم و بیش استفاده کرده‌اند و بهره‌های خوبی هم برده‌اند ولی اکنون به دلیل زندگی شهری این مسئله در میان مسلمانان کم‌رنگ شده است و پی آمدهای ناگواری را هم در پی داشته است. (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۵۰۲)

شهید مطهری در سال‌های پیش از انقلاب اسلامی نسبت به گسترش طلاق در جامعه اسلامی ایران ابراز نگرانی کرده است و مردم را به اصل قرآنی حکمیت خانوادگی و مشاوران خانواده توجه داده است و احیای آن را از عوامل کند شدن روند طلاق و جدایی‌ها برشمرده است ایشان به نقل از تفسیر المنار در اهمیت حکمیت نوشته است. آنچه عملاً در میان مسلمانان وجود ندارد خود این کار و استفاده از مزایای بی پایان آن حکمیت خانوادگی است. طلاقها مرتب صورت می‌گیرد و خلافها و شقاقها در خانه‌ها راه می‌یابد بدون آن که از اصل حکمیت که نص قرآن کریم است کوچکترین



استفاده‌ای بشود. تمام نیروی علمای مسلمین صرف بحث و جدل در اطراف وجوب و استحباب این کار شده است... اگر بناست عمل نشود و مردم از مزایای آن استفاده نکنند چه فرقی می‌کند که واجب باشد یا مستحب. (مطهری، ۱۳۹۱، ۱۱۹)

۳-۸-۳- قواعد حاکم بر حق الزحمه داوری در نهاد خانواده

در هر موردی که داوران یا یکی از آنان درخواست حق الزحمه داوری نمایند دادگاه حق الزحمه متناسبی برای وی تعیین و دستور اخذ آن و پرداخت به داور را خواهد داد حق الزحمه مقرر در وهله اول از شخصی که داور از سوی وی انتخاب یا برای وی نصب شده باشد دریافت خواهد شد و چنانچه دادگاه مقتضی بداند دستور وصول آن را بالمناصفه از طرفین یا از متقاضی طلاق خواهد داد.

۳-۸-۴- قواعد حاکم بر عدم امکان ارجاع اصل طلاق به داوری

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

۳-۸-۵- قواعد حاکم بر ضمانت اجرای مقررات داوری خانواده

۱. قواعد حاکم بر ضمانت اجرای داوری در قوانین پیشین

پرسشی که در این بحث قابلیت طرح دارد این است که اگر دادگاه بدون رعایت مقررات و تشریفات داوری، اقدام به صدور حکم طلاق نماید. آیا حکم صادر شده صحیح است؟ به عبارت دیگر ضمانت اجرای مقررات مربوط به حکمیت چیست؟ در پاسخ باید گفت در قانون یا آیین نامه اجرایی آن در این باره مطلبی نیامده است. با وجود این دیوان عالی کشور در آرای خود احکام طلاق صادر شده بدون رعایت مقررات حکمیت را باطل اعلام نموده است و بر این اساس ضمانت اجرای مقررات حکمیت بطلان حکم طلاق است. به عنوان نمونه شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۷۲/۵/۷

در رأی شماره ۴۲۷ اقدام به صدور رأی به شرح زیر نموده است چون از ناحیه دادگاه جهت ایجاد سازش و حل مشکل از طریق مذاکره و ارجاع به داوری اقدامی صورت نگرفته و از حکم صادره نتیجه مثبتی حاصل نمی‌گردد. فلذا دادنامه صادره را نقض و رسیدگی مجدد نیز به نزدیکترین دادگاه مدنی خاص ارجاع می‌شود. (بازیگر، ۱۳۸۹، ۱۰۶) همین شعبه در رأی دیگر مقرر داشته است چون ارجاع امر به داوری در ما نحن فیه وظیفه شرعی و قانونی دادگاه بوده و با اقدام در این زمینه و بذل اهتمام و کوشش در اصلاح ذات البین امکان برطرف شدن نزاع و شقاق می‌باشد ... فلذا دادنامه صادره بدون انجام مراتب فوق واحد نقص رسیدگی اعلام و با نقض آن رسیدگی مجدد به همان دادگاه محول می‌شود. (بازیگر، ۱۳۸۹، ۱۰۶)

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

در این قسمت تلاش خواهیم داشت تا به بررسی بحث ضمانت اجرای رای داوری و چالش‌های مربوط به داشتن ضمانت اجرا و یا نداشتن ضمانت اجرای دقیق و موثر بپردازیم گاهی گفته می‌شود که چون داوری خارج از نظام قضایی انجام می‌شود تصمیمات و آراء داوری استحکام رای دادگاه را ندارد و بعضاً قضاات با دیده تردید به رای داوری می‌نگرند و به همین لحاظ اجرای آن با دشواری‌هایی مواجه است و به هر حال به آسانی اجرای محاکم دادگستری نیست.

پاسخ جامع به این انتقاد محتاج مقایسه بین شیوه داوری و رسیدگی قضایی محاکم است که در جای خود باید بحث شود. در اینجا به همین مقدار بسنده می‌کنیم که با کمی تامل معلوم می‌شود که از قضا یکی از امتیازات شیوه داوری در مرحله اجرای آراء داوری است و انتقاداتی که در مورد دشواری‌های اجرای آراء داوری مطرح می‌شود. بیشتر ناشی از ناآشنایی قضاات دادگستری با سازوکار داوری حرفه‌ای و عدم همکاری بخشی از دستگاه قضایی با نهاد داوری است. رفع این مشکل محتاج آموزش قضاات در مورد اهمیت داوری است. انصاف این است که بخشی دیگر از دشواری‌های اجرای رای داوری نیز ناشی از عملکرد بد پاره‌ای از داور یا داوران و ناآشنایی آنها با موازین حقوق داوری است. اینکه گفته می‌شود داوری همانقدر خوب و کارآمد است که داوران خوب و کارآمد باشند سخن درستی است زیرا بخش عمده‌ای از امتیازات داوری و کفایت و مطلوبیت آن برای حل و فصل دعاوی در گرو دانایی تخصص و کفایت و درست عمل کردن کسانی است که به عنوان داور منصوب می‌شوند. (هاشمی، ۱۳۹۰، ۴۴)

۳. قواعد حاکم بر اجرای اختیاری رای داور

اصولاً در داوری به مفهوم حقیقی قصد طرفین از مداخله شخص ثالث تحت عنوان داور تعیین راه حلی الزام‌آور از سوی او است هر چند که طرفین بعد از اعلام این راه حل بخواهند آن را با توافق کنار نهند از سوی دیگر راه حل الزام‌آور باید به منظور 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. (بخشی، ۱۳۹۲، ۲۶) در این صورت اگر رای داوری موجه و مدلل بوده و موافق با قوانین موجد حق صادر شده باشد معتبر و لازم الاجرا است (مواد ۴۸۲ و ۴۸۹ ق.آ.د.م.) حتی اگر داوران اختیار صلح را از سوی طرفین دعوا کسب کرده باشند. بایستی موافق با شرایط مرضی الطرفین دعوا را بر مبنای صلح خاتمه دهند. در این صورت، صلح نامه‌ای که به امضای داوران رسیده است معتبر و قابل اجرا خواهد بود. (ماده ۴۸۳ ق.آ.د.م.) (سرخوش، دیبافر، ۱۳۹۷، ۱۰۹)

در داوری مورد نظر قانون حمایت از خانواده بحث رای داوری و لازم الاجرای بودن آن مطرح نیست چرا که داوران بر مبنای حق صلحی که شرع و قانون به آنان اعطا کرده مساعی خود را تنها برای وقوع سازش بین زوجین به کار برده و از این طریق کدورت و تفریقی که بین آنان حاصل شده است را با توافق آنان برطرف می‌نمایند. ولی حق صدور هیچگونه رای الزام‌آوری را ندارند (ماده ۲۷ ق. ح خ و ماده ۱۴ آیین نامه اجرایی ق ح خ) چنانچه بین زوجین سازش میسر گردد داوران می‌توانند بر اساس سازش نامه‌ای 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 فی ما بین زوجین و مذاکره با آنان در جهت رفع آن به نحو سازش به دادگاه اعلام نظر یا «اظهار نظر» می‌نمایند. حال اینکه نظر داوران تا چه اندازه برای طرفین دعوا و دادگاه قابل پذیرش و لازم الاتباع 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 دعوی طلاق به داوری و اخذ نظریه آنان را پیش از صدور هرگونه رایی استنباط نمود. به عبارت دیگر لزوم توجه دادگاههای خانواده به نظریه داوران حاکی از لزوم ارجاع دعوی 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 لازم الاتباع 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 به طلاق زیرا مبنای داوری در این نوع دعوا ایجاد صلح و سازش بین زوجین است. چنانچه رای آنان اصلاح بود نافذ است و اگر جدایی بود باید از زن و شوهر در طلاق اذن بگیرند، ولی اگر دادگاه اصلاح و طلاق را به داوران واگذار کند آنان میتوانند آنچه را که صلاح می‌دانند عمل نمایند. (خمینی، ۱۳۹۰، ۴، ۱۰۵) اگر در اظهار نظر داوران اختلاف وجود داشته باشد چنانکه یکی به اصلاح و دیگری به جدایی زوجین نظر دهد، نظر هیچ یک نافذ نیست و گرنه ترجیح بلا مرجح است و جمع نقیضین لازم می‌آید. با وجود این رویه برخی از دادگاه‌های خانواده این است که با برگزاری یک جلسه فوق العاده و دعوت از داوران دلیل و استدلال نظریات متناقض آنان را جویا شده و با توجه به اظهارات زوجین و دلایل موجود در پرونده ممکن است با توجه به نظر یکی از داوران رای قاطع را صادر کند. برخی دیگر صلاحیت داوران در اصلاح زوجین و جلوگیری از شقاق را منافاتی با اظهار نظر آنان در موضوع دعوا نمی‌دانند بلکه معتقدند آنچه از نظر دادگاه قابل توجه و اهمیت است عدم مغایرت و یا مخالفت نظر داوران با قوانین موجد حق است در غیر این صورت تکلیف مقرر در ماده ۲۷ ق خ ح توجه نمودن به نظر داوران در هنگام صدور رای از دادگاه ساقط می‌گردد. (صفایی، امامی، ۱۳۹۱، ۲۳۶)

به طور مثال مردان به موجب ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی در امر طلاق مبسوط الید هستند لذا نظر داوران به تداوم زندگی در دعوای طلاقی که به خواسته مرد است و او بر طلاق اصرار داشته باشد تأثیری ندارد، زیرا دادگاه باید با توجه به قوانین موجد حق به خواسته وی عمل نماید. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۲، ۳۴۴) با توجه به آرای فوق اصولاً دادگاه‌های خانواده باید حتی المقدور نسبت به اصلاح زوجین اقدام و مانع جدایی آنان شوند. بدین جهت ابتدا تکلیف استماع اظهارات طرفین اختلاف و دادن فرصت دفاع به هر طرف متوجه دادگاه است. در صورت عدم موفقیت در سازش طرفین تکلیف بعدی دادگاه ارجاع موضوع دعوای طلاق به داوری است. زیرا از این طریق بیشتر بر ماهیت دعوای طلاق اشرف پیدا کرده و بهتر می‌تواند در احراز وجود شقاق یا عدم آن تصمیم‌گیری نماید. (سرخوش، دیبافر، ۱۳۹۷، ۱۲۲)

۴. قواعد حاکم بر اجرای اجباری رای داور

در صورتی که رای داوری به صورت اختیاری اجرا نشود اجرای اجباری آن مورد حمایت قانون است و از ضمانت اجرای قانونی برخوردار است. اما امتیاز داوری در مرحله اجرای رای فقط محدود به این نیست که هرگونه رای داوری فوری و بدون چون و چرا اجرا شود بلکه وجه مهمی از این امتیاز در



این واقعیت نهفته که بتوان جلوی اجرای رای داوری مخدوش یا رایبی را که آشکارا بر خلاف واقعیات یا قانون صادر شده است گرفت. به عبارت دیگر، درست است که در آراء داوری اصل بر اجرا است و عدم اجرا استثناء است اما امتیاز داوری از حیث اجرای رای در صورتی کامل و قابل دفاع است که مبتنی بر نظام متوازن و متعادلی از ضمانت اجراهای قاوتی برای حفظ هر دو طرف رای محکوم علیه و محکوم له باشد به نحوی که هم ضمانت اجراهای لازم را برای اجرای رای داوری در اختیار محکوم له قرار دهد و هم برای محکوم علیه یا حتی شخص ثالث این فرصت را ایجاد کند که اگر رای داوری فاقد ارکان یک رای صحیح و عادلانه است یا اگر دچار آسیبهای جدی حقوقی و قانونی است مانند رایبی که بر اساس مدارک مجعول یا متقلبانه صادر شده بتواند جلوی اجرای آن را بگیرد.

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



نتیجه گیری

داوری در نهاد خانواده دارای سابقه تقنینی مفصلی است که پس از طرح در ماده واحده قانون اصلاح مقررت مربوط به طلاق در سال ۱۳۷۱، آخرین آن، در مواد ۲۷ و ۲۸ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ منعکس است. پذیرش نظر داوری در دعاوی خانوادگی امری الزامی و اجباری با وضع ضمانت اجرای قوی نیست، اصولاً چنین الزامی نیز در مباحث خانوادگی با بحث داوری مغایرت دارد، در نتیجه پذیرش این رای برای زوج یا زوجه اختیاری است. زیرا آنطور که شواهد و قرائن حاکم بر وضع قانون و شرایط حاکم بر تصویب و دغدغه قانون‌گذار نشان می‌دهد، پیش‌بینی نهاد داوری در خانواده، جهت جلوگیری از بروز طلاق‌های بدون علت موجه و از سر شور و هیجان و لجبازی‌های جوانی در پنج سال نخست زندگی زناشویی بوده است که از این طریق تلاش شده است با استفاده از ظرفیت داوری و اقارب زوجین، شرایطی را به وجود بیاورند که با توجه به اهمیت و ضرورت جایگاه خانواده در جامعه و نقش آن در تربیت فرزندان و اهمیت شرعی و اخلاقی جلوگیری از ازدیاد فرزندان طلاق و توابع اجتماعی آن، از میزان فروپاشی خانواده کاسته شود.



منابع

- ۱- دادمرزی، سید مهدی (۱۳۹۰)، شرایط داوران در داوری خانوادگی، نشریه حوراء، شماره ۱۴
- ۲- رسایی، محمد، یعقوبی، راضیه (۱۳۹۵)، جستاری تازه در ماهیت نهاد داوری از منظر فقه خانواده، نشریه معارف فقه علوی، شماره ۳.
- ۳- ساردویی نسب، محمد و سماواتی پور، محمدرضا (۱۳۹۳)، ضرورت تسلیم رای در مدت داوری، نشریه دیدگاه‌هایی حقوق قضایی، شماره ۶۷.
- ۴- سرخوش، جواد و دیبافر، سهیلا (۱۳۹۷)، ماهیت داوری در دعوی طلاق، نشریه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۳.
- ۵- سیفی، سیدجمال (۱۳۷۷)، قانون داوری تجاری بین المللی ایران همسو با قانون نمونه آنسیترال، نشریه حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۲۳.
- ۶- شمس، عبدالله و بطحایی، سید فرهاد (۱۳۹۴)، ماهیت حقوقی داوری، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۰.
- ۷- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳) مسالک الافهام، قم، نشر اسماعیلیان.
- ۸- شیخ صدوق، (۱۴۰۳) الخصال، قم، نشر جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۹- صفایی، سید حسین (۱۳۷۷)، سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین المللی، نشریه حقوق دانشگاه تهران، شماره ۴۰
- ۱۰- طرابلسی، أبو الحسن علاء الدین علی بن خلیل الطرابلسی الحنفی (بی تا)، معین الحکام فیما یتردد بین الخصمین من الأحکام، دار الفکر، بدون طبعه.
- ۱۱- طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، نشر المکبه المرتضویه.
- ۱۲- طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۴۰۷)، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.



۱۳- قماشی، محمد سعید (۱۳۷۶)، قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی سازی قضاوت، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱۰.

۱۴- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، نشر کانون وکلای دادگستری مرکز.

۱۵- محبی، محسن (۱۳۷۸)، نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی، نشریه حقوقی دفتر حقوقی بین المللی، شماره ۲۴.

۱۶- هاشمی، سیدرضا (۱۳۹۰)، ضمانت اجرای آرای داوری داخلی، نشریه حقوق، قضاوت، شماره ۷۱.

۱۷- هدایت نیا، فرج الله (۱۳۸۴)، داوری اجباری در دعاوی خانوادگی، نشریه حقوق اسلامی، شماره ۷.

۱۸- هدایت نیا، فرج الله (۱۳۹۵)، طرح تلفیق داوری و مشاوره در دادگاه خانواده، نشریه تخصصی دین و قانون، شماره ۱۳.



Analysis of the Rules Governing Arbitration in Family Law

Farzam Jahanifar^۱ / Atefe Lorkojori^۲

Article Number: JHVMN-۲۵۰۳-۱۲۸۲

Abstract

As the most fundamental social institution, the family plays a crucial role in shaping individuals' personalities and forming the foundations of society. Protecting the rights of family members and effectively resolving family disputes not only strengthens the family structure but also contributes to social justice and lasting peace. In Iran's legal system, arbitration and mediation have been recognized as key mechanisms for resolving family disputes. This study aims to examine the role of arbitration in Iranian family law, the functions of mediation in resolving marital disputes, and the necessity of redesigning these institutions with an emphasis on improving existing procedures and proposing an efficient model. Findings indicate that despite existing legal frameworks, the implementation of arbitration and mediation in family disputes faces challenges such as inconsistencies in procedural practices, weak oversight, and a lack of specialized professionals in this field. Reforming legal and procedural structures, enhancing the qualifications of arbitrators and mediators, and adopting successful international models can contribute to the effectiveness of these mechanisms in resolving family conflicts.

Keywords: Arbitration, mediation, family law, divorce, marital disputes.

^۱. Assistant Professor, Law Department, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran. (Corresponding Author) farzamjahanifar@gmail.com

^۲. Assistant Professor, Law Department, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran. a.lorkojuri@yahoo.com

