

# داوری اجباری در دعاوی خانوادگی

فرج‌الله هدایت‌نیا\*

## چکیده

داوری (حکمت) تدبیری قرآنی برای حل مناقشات خانوادگی است. این حکم قرآن کریم مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته و مقرراتی در همین خصوص وضع شده است. تفاوت دیدگاه‌های 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.

**واژگان کلیدی:** حکمت، داوری اجباری، حقوق خانواده، دعاوی خانوادگی، طلاق

## مقدمه

نهاد خانواده از مهم‌ترین نهادهای اجتماعی است و به همین دلیل، قوانین و مقررات مربوط به خانواده نیز اهمیت خاصی دارد. در میان قوانین مربوط به خانواده، مقررات مربوط به حکمت یا داوری نیز واجد اهمیت است، زیرا هدف آن استواری روابط خانوادگی و قداست

\* عضو هیأت علمی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

آن است. قانون‌گذار برای نیل به هدف مذکور و به منظور یافتن راه حلی که بهتر بتواند استحکام روابط خانوادگی را تأمین نماید، مقررات مربوط به داوری در حقوق خانواده را بارها تغییر داده و این بخش از قوانین ما پیوسته در حال تغییر بوده است. تغییرات صورت گرفته، گاهی مربوط به مقررات شکلی داوری و گاهی نیز به مقررات ماهوی آن مربوط بوده است. از جمله این تغییرات، اجباری نمودن داوری در دعاوی خانوادگی است که در این نوشتار مورد مطالعه قرار خواهد گرفت. در این تحقیق، داوری اجباری را در دعاوی خانوادگی مطالعه خواهیم نمود. نخست مفهوم داوری، انواع داوری و مبانی آن را بررسی می‌کنیم و سپس اجبار ناشی از «قانون» و «قرارداد» را بیان خواهیم کرد.

### گفتار یکم: مفاهیم و مبانی

پیش از ورود به اصل مباحث لازم است تعریفی از داوری ارائه کنیم و به اموری راجع به آن اشاره نماییم.

### بند اول: تعریف داوری و انواع آن

#### الف. تعریف داوری

در مورد داوری تعریفهای متعددی وجود دارد؛ نظیر تعریف زیر که گفته است:

داوری آن است که افراد از مداخله مراجع رسمی (قضایی) در قطع و فصل دعاوی مربوط به حقوق خصوصی خودشان صرف نظر نمایند و به حکومت خصوصی اشخاصی که از نظر معلومات و اطلاعات فنی یا درستکاری و امانت مورد اعتماد آنها هستند تسلیم شوند (متین دفتری، ۱۳۷۸: ۷۶).

تعریف فوق و تعریفهای دیگری که از ذکرشان خودداری شد (مدنی، ۱۳۷۲: ۶۶۸؛ محمدزاده اصل، ۱۳۷۹: ۲۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۴۳۷؛ بازگیر، ۱۳۷۷: ۲۵)، در اموری نظیر قراردادی یا غیر قراردادی بودن، مردمی یا غیر مردمی بودن، اجباری یا غیر اجباری بودن، ابتدای داوری بر وجود اختلاف یا عدم آن، با یکدیگر متفاوت هستند. در تحلیل تفاوت‌های ذکر شده و بیان علت آن می‌توان گفت: حقوقدانان هر کدام داوری را با توجه به نظم حقوقی زمان خود تعریف نموده‌اند، یعنی به مقررات داوری در قوانین موضوعه زمانی که در آن می‌زیسته‌اند نگاه کرده و داوری را تعریف کرده‌اند.

قرآن کریم از داوری در دعاوی خانواده به «حکمت» تعبیر کرده است. واژه «حکم» در اصل از آیه ۳۵ سوره مبارکه نساء گرفته شده است. در این آیه دستور داده شده که در صورت وقوع اختلاف بین زن و شوهر، حکمی از دو طرف برگزیده شود: «فابعثوا حکماً من اهلہ و حکماً من اهلها». این کلمه در اصل به معنای «منع» است؛ منعی که با هدف اصلاح صورت می‌گیرد. در مفردات راغب چنین آمده است: «حکم اصله: منع منعاً لاصلاح، و منه سُمیت اللجام حکمة الدابة» (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴: ۱۲۶).

بنا بر این افسار چهارپا را از آن رو «حکمة الدابة» می‌گویند که مانع سرکشی حیوان می‌شود و حیوان را رام و مطیع می‌سازد.

## فصل حقوق

### ب. انواع داوری

داوری در یک تقسیم به اختیاری و اجباری قابل تقسیم است. مقصود از داوری اختیاری، آن است که هیچ یک از طرفین دعوی الزامی ندارند که به حکمت یک یا چند داور جهت رسیدگی به دعوی میان خود مراجعه نمایند. در مقررات مربوط به داوری که از آغاز تا کنون به تصویب رسیده است، در بعضی موارد، قانون‌گذار مراجعه به داوری را به خواست و اراده اصحاب دعوی موکول کرده است.

در مقابل داوری اختیاری، داوری اجباری قرار دارد. داوری اجباری از حیث منشأ اجبار انواعی دارد که در زیر بیان می‌شود:

- اجبار ناشی از قانون. اجباری بودن داوری ممکن است ناشی از قانون باشد. در مواردی، قانون به دلیل پاره‌ای مصالح، لازم می‌بیند که دعوی به روش غیر قضایی حل و فصل گردد و در نهایت، اگر تلاشهای داوران به نتیجه سازش منجر نشد، دادگاه مداخله نماید. از تبصره (۲) ماده ۵ لایحه دادگاه مدنی خاص، الزامی بودن داوری در دادخواست طلاق استنباط می‌شود. در بخشی از این قانون چنین آمده است:

در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می‌کند، دادگاه بدو ... موضوع را به داوری ارجاع می‌کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق به زوج خواهد داد ...

- اجبار ناشی از قرارداد. الزام به داوری ممکن است به دلیل توافق اصحاب دعوی باشد؛ اعم از اینکه موافقت‌نامه داوری پیش از وقوع منازعه صورت بگیرد یا پس از آن. ماده نخست قانون حکمیت - مصوب ۱۳۱۳ - می‌گوید:

کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند، می‌توانند به تراضی اختلافات و منازعه خود را ... به حکمیت یک یا چند نفر رجوع کنند.

- اجبار ناشی از درخواست طرف مقابل. ماده نخست قانون حکمیت، مصوب ۱۳۰۶، مقرر داشته بود، اگر یکی از دو طرف درخواست داوری کند، طرف دیگر به پذیرش آن ملزم خواهد شد:

هرگاه در دعاوی حقوقی، یکی از متداعیین محکمه صلح، بدایت و تجارت از محکمه تقاضا کند قطع دعوی به طریق حکمیت انجام گیرد، محکمه طرف دیگر دعوی را به موافقت با این تقاضا تکلیف و مطابق مواد ذیل رفتار خواهد کرد....

### بند دوم: شرایط اجبار به داوری

قرآن کریم با فعل «ابعثوا» به حکمیت فرمان داده است. کلمه «بعث» به معنای برانگیختن یا انتخاب کردن است و «ابعثوا» فعل امر از همین معناست. اما آیا فعل امر در این آیه به معنای وجوب است؟ به بیان دیگر، مطابق این آیه، ارجاع موضوع اختلاف به داوران اجباری است یا اختیاری؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت: حکمیت یا داوری در دعاوی خانواده در شرایط خاص واجب و الزامی می‌شود. در ادامه این بحث، شرایط الزامی شدن حکمیت بیان می‌شود.

#### ۱. متوقف بودن سازش بر داوری

در باره وجوب یا استحباب حکمیت، مفسران و فقیهان اتفاق نظر ندارند. بعضی از آنان، حکمیت را بر اساس آیه ۳۵ سوره مبارکه نساء واجب دانسته‌اند. بعضی از فقها حتی رضایت زوجین را در مداخله حکمین نیز شرط ندانسته‌اند. این گروه برای مدعای خود به دلایل ذیل استناد کرده‌اند:

الف. فعل «ابعثوا» امر است و امر ظهور در وجوب دارد.

ب. در حالت شقاق، زوجین یا یکی از آنها فعل حرام انجام داده‌اند؛ در این صورت، به استناد ادله نهی از منکر، اقدام برای نجات آن دو و رفع شقاق واجب خواهد بود.

ج. امام (حاکم)، متخلف از حکم داوران را به پذیرش رأی داوران ملزم می‌سازد و متمرّد را مؤاخذه می‌کند. حال اگر داوری واجب نباشد، اجبار به قبول رأی داوران و عقاب فرد متخلف، معنا نخواهد داشت.\*

در مقابل، بعضی دیگر از مفسران و فقیهان، ارجاع به داوری را مستحب دانسته‌اند. دلایل نظریه استصحاب نیز به شرح ذیل است:

الف. اصلاح میان زن و شوهر واجب است، اما دلیلی وجود ندارد که این کار باید از طریق داوری و حکمیت صورت گیرد. به بیان دیگر، از ادله و جوب نهی از منکر، حداکثر و جوب اصلاح و رفع حالت شقاق قابل استنباط است و این هدف ممکن است از راههای گوناگون حاصل شود؛ مانند آنکه طرفین به دادگاه مراجعه نمایند تا دادگاه میانشان داوری نماید؛ یا فرد واجد شرایط قضاوت را به داوری بپذیرند (قاضی تحکیم)\*\* و به قضاوت وی گردن نهند؛ یا از طریق میانجی‌گری و وساطت یک مصلح، دست از منازعه بردارند؛

ب. غرض از حکمیت، یک امر دنیوی است، بنا بر این امر به داوری ارشادی خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۶۶؛ بحرانی، بی تا: ۶۳۵ - ۶۳۶).

داوری در کلیه اختلافات، به ویژه در دعاوی خانوادگی امری مطلوب و ممدوح است. مزایای فراوان داوری آن را در جایگاهی برتر از رسیدگیهای قضایی قرار داده است.\*\*\* با وجود این، داوری در صورتی واجب می‌شود که سازش متوقف بر آن باشد. به عبارت دیگر، اگر حکمیت راه منحصر برای صلح و سازش باشد، واجب خواهد بود. اما با فرض وجود راههای دیگری برای سازش، دلیلی برای وجوب حکمیت وجود ندارد. به طور مثال، اگر با وساطت فردی امین و موجه، اختلاف زن و شوهر حل شود و آنان دست از نزاع بردارند، در این صورت لزومی ندارد که انتخاب دو حکم الزامی باشد. وجوب حکمیت در مواردی که راه

\* این استدلال قابل انتقاد است؛ زیرا ممکن است داوری در آغاز اختیاری باشد، ولی پس از توافق طرفین بر داوری، به پذیرش رأی داوری ملزم شوند.

\*\* قاضی تحکیم، قاضی منتخب دو طرف دعواست؛ فردی که طرفین نزاع با توافق یکدیگر، وی را برای داوری میان خود برگزیده‌اند، بدون اینکه این شخص از سوی امام یا حاکم مسلمانان به طور خاص یا عام به قضاوت منصوب شده باشد.

\*\*\* برای دیدن مزایا و معایب روشهای غیر قضایی حل و فصل اختلافات (ADR) مراجعه شود به: مصلحی، ۱۳۸۳: ۱۴۳ - ۱۴۷.

منحصر در ایجاد سازش و رفع حالت شقاق باشد، مورد قبول قائلان به استحباب نیز می‌باشد. به همین جهت است که شهید ثانی می‌نویسد: «لو توقّف الرجوع الی الحقّ علیهما وجب بعثهما مطلقاً من باب المقدّمه.» (مکی عاملی، پیشین)

## ۲. وجود داور واجد شرایط

دیدگاه‌های فقهای امامیه و اهل سنت در مورد شرایط حکمین متنوع است. بعضی از فقها شرایط متعددی را برای حکمین بر شمرده‌اند؛ از قبیل بلوغ، عقل، اسلام، عدالت، حریت، ذکورت، فقاقت و اهل بودن. در اشتراط بلوغ و عقل تردیدی وجود ندارد (نجفی، ۱۳۷۴: ۲۱۴؛ مکی عاملی، پیشین: ۳۶۷). در بسیاری از منابع بلوغ و عقل جزء شرایط حکمین ذکر نشده است، ولی عدم ذکر این دو شرط از سوی آنان به دلیل بداهت مسئله بوده است. فقهای اهل سنت به اشتراط این دو تصریح کرده‌اند: «فان الحکمین لایکونان الا عاقلین بالغین» (ابن قدامه، بی تا: ۱۶۹). بعضی نیز شرط «رشد» را به شرایط بلوغ و عقل افزوده‌اند (زیدان، ۱۴۲۰: ۴۲۰). لزوم شرایط بلوغ، عقل و رشد در حکمین به حکم عقل است، زیرا در غیر این صورت، آنان قادر به رفع شقاق نخواهند بود.

یکی دیگر از شرایطی که اعتبار آن در حکمین ذکر شده است، «اسلام» است (مکی عاملی، پیشین). در منابع اهل سنت نیز مسلمان بودن حکمین لازم دانسته شده است (ابن قدامه، پیشین؛ بهوتی، ۱۴۱۸: ۲۴۰؛ سید سابق، بی تا: ۳۰۸). صاحب جواهر اعتبار شرط اسلام را در صورتی که زن و شوهر هر دو مسلمان باشند تأیید کرده و در غیر این صورت، اعتبار این شرط را خالی از نظر ندانسته است (نجفی، پیشین). سخن صاحب جواهر مقرون به صحت به نظر می‌رسد، زیرا وقتی زوجین مسلمان نباشند، دلیلی ندارد که حکمین مسلمان باشند.

مشهور فقهای امامیه، حکمین را قاضی تحکیم می‌دانند و به همین دلیل عدالت را شرط دانسته‌اند، ولی صاحب جواهر در این مطلب تردید کرده و گفته است: حتی در فرضی که حکمین قاضی تحکیم باشند نیز رعایت شرط عدالت ضروری نیست. ایشان می‌نویسد: «...امکان منع اعتبار ذلک علی الاول ایضاً، و ما دل علی اعتبارهما فی الرئیس العام لایقتضیه فی مثل المقام المجبور بنظر الرئیس (نجفی، پیشین: ۲۱۴).

مقصود ایشان این است که ادله‌ای که بر اعتبار شرط عدالت و حریت دلالت می‌کند، ناظر به ریاست عامه است و با محل بحث ما تفاوت دارد. بدین ترتیب، در قاضی منصوب عدالت

شرط است، ولی در حکمیت که زیر نظر قضات منصوب عمل می‌کند، رعایت این شرط ضرورت ندارد (ر.ک: ابن قدامه، پیشین: ۱۶۹ و ۱۷۰؛ بهوتی، پیشین: ۲۴۰؛ سید سابق، پیشین: ۳۰۸). از شرایطی که بعضی از فقیهان، اعتبار آن را در حکمین لازم دانسته‌اند، شرط مرد بودن است. در *فقه الرضا* در این باره چنین آمده است:

یختار الرجل رجلا، و المرأة تختار رجلا فیجتمعان علی فرقة أو علی صلح (ابن بابویه، ۱۴۰۶: ۲۴۵؛ صدوق، ۱۴۱۵: ۳۵۰)؛ شوهر مردی را انتخاب می‌کند و زن نیز مردی را بر می‌گزیند و این دو بر جدایی یا سازش توافق می‌کنند.

## ۱۱۱ فقه حقوق

اشترط ذکورت حکمین در منابع دیگر نیز آمده است: «و یكون الحکمان حمرین ذکرین عدلین» (طوسی، ۱۳۷۸: ۳۴۰؛ حلی، ۱۴۱۳: ۹۷؛ ابن براج، ۱۴۱۲: ۲۶۶). فقهای امامیه حکمیت را از باب قضاوت پذیرفته‌اند و به همین دلیل رعایت شرایط قضاوت را در حکمین لازم دانسته‌اند. بدین ترتیب، ذکر شرط ذکورت از سوی بعضی از آنان در زمره شرایط حکمین دور از انتظار نیست. فقیهان سنی می‌گویند حکمین بایستی مرد باشند (نووی، بی‌تا: ۴۵۴؛ بهوتی، پیشین: ۲۴۰؛ سید سابق، پیشین: ۲۹۱). بعضی نویسندگان آنان گفته‌اند: بهتر است حکمین از میان مردان انتخاب شوند، مگر اینکه مردان واجد شرایط در میان بستگان زن و شوهر یافت نشوند که در این صورت انتخاب داور زن واجد شرایط از میان کسان زوجین مانعی ندارد، زیرا غرض از حکمیت با این انتخاب حاصل خواهد شد. از نظر اینان، اگر امر بین انتخاب داور مرد از غیر فامیل یا انتخاب داور زن از میان فامیل دایر شود، انتخاب داور زن ترجیح دارد (زیدان، پیشین: ۴۲۱).

در اعتبار شرط ذکورت در قضات منصوب نیز تردید وجود دارد و بر اعتبار آن در حکمین نیز دلیل قابل اتکایی در دست نیست (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵؛ قمی، ۱۴۱۷: ۶۷۲؛ جوادی آملی، ۱۳۷۵: ۳۴۸ - ۳۵۲؛ محمدی گیلانی، ۱۳۷۸: ۴۳؛ مرعشی، ۱۳۷۹: ۱۷۹ - ۱۸۸؛ مکی عاملی، ۱۴۱۱: ۷۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۸: ۵؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۴۷).

از نظر فقهی، در اعتبار شرط فقاها در قضاوت شرعی تردیدی وجود ندارد؛ اگر چه بعضی از فقها اجتهاد مطلق را در این مورد لازم نشمرده و اجتهاد در بعضی ابواب فقهی را کافی دانسته‌اند (موسوی گلپایگانی، بی‌تا: ۵۸؛ نووی، پیشین: ۴۵۱؛ بهوتی، پیشین). از آنجا که فقها حکمیت را نیز قضاوت می‌دانند، دور از انتظار نیست که آنان فقاها را در حکمین شرط

بدانند؛ همان‌طور که جمعی از فقهای اهل سنت بر اعتبار این شرط تصریح کرده‌اند (نووی، پیشین؛ بهوتی، پیشین). در بعضی از منابع نیز به جای تعبیر فقاہت یا اجتهاد آمده است: «حکمین باید عالم به جمع و تفریق باشند.» (ابن قدامه، پیشین: ۱۶۹) بعضی نیز بصیرت در فقه (البصر بالفقه) را از جمله شرایط حکمین قرار داده‌اند (قرطبی، ۱۴۰۵: ۱۷۵) که بعید نیست مقصود آنان از این تعبیر همان فقاہت (و لو در بعضی ابواب فقه) باشد. صاحب جواهر از کسانی است که بر عدم اعتبار شرط فقاہت تصریح کرده است. وی می‌نویسد:

كما أن عدم اعتبار الاجتهاد فيهما لا ينافي مضي حكمهما، لان محله أمر معين جزئي يجوز تفويض أمره إلى الاحاد كقضاة، و ليس هو من الرئاسة العامة التي يعتبر فيها الاجتهاد (نجفی، پیشین: ۲۱۴).

مقصود ایشان این است که موضوع داوری میان زن و شوهر جزئی و معین است و در این گونه موارد نیازی به مجتهد بودن حکمین نیست. به نظر می‌رسد که حق با ایشان باشد. حتی اگر حکمیت همان تحکیم باشد، باز هم دلیلی بر اعتبار شرط فقاہت در این مورد وجود ندارد. حکمیت میان دو نفری که در مسئله مشخص دچار اختلاف شده‌اند، از اشخاص با دانش اندک هم بر می‌آید. از بعضی روایات نیز عدم اعتبار شرط اجتهاد قابل استنباط است؛ مانند روایتی که در زیر می‌آید:

و أتى على بن ابى طالب عليه السلام رجل و امراته على هذه الحال فبعث حكماً من أهله و حكماً من أهلها، و قال للحكيمين: هل تدریان ما تحكمان احكما ان شئتما فرقتما و ان شئتما جمعتما ... (عروسی حویزی، ۱۴۱۲: ۴۷۹ و نیز ر.ک. به: حر عاملی، بی‌تا، ۹۴).

همان‌طور که مشاهده می‌شود، امام علی (ع) از حکمین می‌پرسد: «هل تدریان ما تحكمان؟» آیا می‌دانید که چگونه حکم نمایید؟ این پرسش نشان می‌دهد که حکمین اشخاص عادی بوده‌اند، زیرا معنا ندارد که امام از اشخاص عالم و فقیه چنین پرسشی بکند.

تنها شرطی که در قرآن کریم در مورد حکمین بیان شده است، شرط «اهل» بودن است: «فابعثوا حكماً من أهله و حكماً من أهلها». در اینکه انتخاب حکم از میان کسان زن و شوهر واجب و الزامی است یا خیر، در میان فقها و مفسران وحدت نظر وجود ندارد. بر اساس نقل صاحب حدائق، در مورد این شرط فقهای امامیه دو نظریه دارند. جمعی قائل به وجوب اهل بودن حکمین هستند (حلی، ۱۴۱۰: ۷۲۹؛ حلی، ۱۴۱۲: ۴۰۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۹: ۴۸۰؛



حلی، ۱۴۰۹: ۵۶۱؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۴۲۱؛ مکی عاملی، ۱۴۱۰: ۴۲۹؛ مکی عاملی، پیشین: ۱۷۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۹: ۳۰۷؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۲۵۸). مشهور فقهای امامیه و عامه انتخاب حکم از فامیل و اهل را مستحب دانسته‌اند (بحرانی، پیشین: ۶۳۴؛ مؤمن سبزواری، بی تا: ۱۹۰؛ ابن قدامه، پیشین: ۱۷۰ و ۱۷۱؛ زیدان، پیشین: ۴۱۹). شیخ طوسی می گوید:

و المستحب علی القولین معاً أن یحکم الزوج من أهله، و حکم المرأة من أهلها (طوسی، پیشین: ۳۴۰؛ و ر.ک: ابن براج، پیشین: ۲۶۶)؛ بنا بر هر دو قول (قضاوت حکمین یا وکالت آنان)، مستحب است که حکم زوج و زوجه از اهلشان باشند.

۱۱۳

فقه حقوق

داوری اجباری در دعاوی خانوادگی

ما بر این باور هستیم که شرایط معتبر در انتخاب حکمین، تنها «خبرویت» و «خویشاوندی» است. لزوم اهل بودن داور به صراحت در قرآن آمده و شرط خبرویت نیز از واژه «حکم» قابل استنباط است. توضیح مطلب این است که حکم در آیه مورد بحث ممکن است به معنای حاکم شرعی نباشد (آنطور که مشهور می گویند)، بلکه این کلمه از «احکام» به معنای منع است. همانطور که پیش از این گذشت، اصل و ریشه «حکم»، «مَنَع» است، آن هم منع برای اصلاح (تحکیم). در قرآن کریم نیز واژه «حکم» گاهی به معنایی غیر از حکم نمودن و داوری آمده است:

وما أرسلنا من قبلك من رسول ولا نبی إلا إذا تمنى ألقى الشیطان فی أُمْنِیْتِه فینسخ اللّهُ ما یلقى الشیطان ثمّ یحکم اللّهُ آیاته و اللّهُ علیم حکیم (حج: ۵۲)؛ و پیش از تو هیچ رسول و پیامبری را نفرستادیم جز اینکه هر گاه چیزی تلاوت می نمود، شیطان در تلاوتش القای [شبهه] می کرد. پس خدا آنچه را شیطان القا می کرد محو می گردانید، سپس خدا آیات خود را استوار می ساخت، و خدا دانای حکیم است.

همانطور که مشاهده می شود، فعل «یُحکِمُ» در آیه فوق به معنای محکم ساختن و استوار نمودن و مانع شدن از نابودی است. بدین ترتیب معلوم می شود که واژه «حکم» غیر از معنای حاکم شرع، معنای دیگری نیز دارد و آن منع، استواری و تحکیم است که اتفاقاً همین معنای اخیر، معنای اصلی و ریشه‌ای واژه «حکم» است:

ولیس المراد من الحکم فی المقام الحاکم الشرعی كما هو واضح، بل هو من الأحکام أی المنع من تحقق المنافرة و المخاصمة بینهما كما یقال حکمت الدابة أی منعها (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۳۱).

مطابق این برداشت از آیه، دیگر دلیلی ندارد که در حکم شرایط حاکم شرعی را لازم بدانیم؛ آنچه ضرورت دارد، توانایی حکم در ایجاد وفاق و ممانعت از جدایی است. به عبارت

دیگر، وی باید در این کار «خبره» باشد (همان؛ ابن قدامه، پیشین: ۱۷۰) و جز این، شرط دیگری لازم نیست. هر کسی بتواند سازش ایجاد نماید، می‌تواند حکم باشد (موسوی سبزواری، پیشین). علاوه بر دلالت ظاهر آیه بر اعتبار شرط «خبرویت»، عقل نیز بر اعتبار این شرط دلالت دارد. به حکم عقل کسی باید به عنوان حکم برگزیده شود که توانایی رفع شقاق و ایجاد وفاق را داشته باشد.

بنا بر این مباحث می‌گوییم: حکمیت در صورتی واجب خواهد شد که داور واجد شرایط (خبره و اهل) وجود داشته باشد؛ زیرا قدر متیقن از وجوب حکمیت، همین فرض است و در مورد وجوب حکمیت در صورت نبودن اشخاص واجد شرایط دلیلی در دست نیست.

## گفتار دوم: داوری اجباری در قوانین خانواده

### الف. سیر تحول اجباری شدن داوری در قوانین خانواده

مقررات مربوط به داوری در قوانین خانواده، در دو مقطع پیش از انقلاب اسلامی و پس از آن، از حیث اختیاری یا اجباری بودن با یکدیگر متفاوت هستند. مروری بر این قوانین از آغاز تا کنون درستی این ادعا را ثابت می‌نماید.

#### ۱. قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸

در این قانون مقررات مفصلی راجع به داوری بیان شده است. ماده ۶۷۶ این قانون راجع به داوری در اختلافات خانوادگی به شرح زیر است:

در موارد اختلاف بین زن و شوهر راجع به سوء رفتار و عدم تمکین و نفقه و کسوه و سکنی و نیز هزینه طفلی که در عهده شوهر و در حضانت زن باشد، از طرف هر یک از زوجین طرح شود، دادگاهها می‌توانند به درخواست هر یک از طرفین، دعوی را ارجاع به داوری نموده و در صورت عدم تراضی آنها در تعیین داور لاقفل دو نفر را از بین اقرباء طرفین و در صورتی که در محل سکونت خود اقرباء نداشته باشند از اشخاصی که با آنها معاشرت و دوستی دارند تعیین کنند....

در این قانون به مسائل متعددی در باره داوری در دعاوی خانوادگی اشاره شده که از جمله آن غیر الزامی بودن داوری است. به موجب این قانون، دادگاهها «می‌توانند» به درخواست هر یک از زن یا شوهر دعوی را به داوری ارجاع دهند. از ظاهر عبارت قانون چنین بر می‌آید که

دادگاه پس از درخواست زن یا شوهر اقدام می‌کند و بدون درخواست آنان، دعوی را به داوری ارجاع نخواهد کرد. نکته دیگر این است که دادگاه در ارجاع دعوی به داوری پس از درخواست زوجین نیز اجباری ندارد. عبارت «دادگاهها می‌توانند... دعوی را ارجاع به داوری نموده» در اختیاری بودن داوری صراحت دارد. بنا بر این داوری در قانون آیین دادرسی مدنی سابق اختیاری بوده است.

## ۲. قانون حمایت خانواده، مصوب سال ۱۳۵۳

قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵) نیز به داوری اشاره نموده است. در ماده پنجم این قانون چنین آمده است:

دادگاه در صورت تقاضای هر یک از طرفین مکلف است، موضوع دعوی را به استثناء رسیدگی به اصل نکاح و طلاق به یک تا سه داور ارجاع نماید. همچنین دادگاه در صورتی که مقتضی بداند رسماً نیز دعوی را به داور ارجاع خواهد کرد...

این متن در دو قسمت تنظیم شده است: در قسمت نخست، ارجاع پرونده به داوری در صورت درخواست زوج یا زوجه الزامی دانسته شده است. در قسمت دوم، به دادگاه اختیار داده شده که اگر به مصلحت ببیند (در صورتی که مقتضی بداند)، پرونده را به داوری ارجاع نماید، حتی اگر هیچ یک از زوجین آن را درخواست نکرده باشند.

## ۳. لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، مصوب ۱۳۶۰

قانون‌گذار در همان نخستین سالهای پس از انقلاب، اقدام به اصلاح مقررات مربوط به داوری در دعاوی خانواده نموده است. در تبصره ۲ ماده ۵ (الحاقی ۱۳۶۰/۷/۲۱) لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص چنین آمده است:

... در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ ق.م. \* تقاضای طلاق می‌کند، دادگاه بدو حسب آیه کریمه: (و ان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها ان یریدا اصلاحا یوفق الله بینهما ان الله کان علیما خبیراً؛ نساء: ۳۵) موضوع را به داوری ارجاع می‌کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق به زوج خواهد داد؛ در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست.

\* ماده ۱۱۳۳ ق.م.: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد.»

همان‌طور که مشاهده می‌شود، در این قانون در فرضی که تقاضای طلاق از سوی زوج به دادگاه ارائه شده باشد، داوری اجباری شده است. بر اساس این قانون، در مورد طلاقهای توافقی مراجعه به دادگاه لازم نبوده و در نتیجه، تشریفات مربوط به داوری نیز در مورد این قبیل طلاقها رعایت نخواهد شد. این قانون در مورد درخواست طلاق از سوی زوج و اینکه آیا ارجاع به داوری لازم است یا خیر حکمی ندارد.

#### ۴. ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، مصوب ۱۳۷۱

آخرین قانونی که در مورد داوری تصویب شده است، قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق است. این قانون در تاریخ ۱۳۷۰/۱۲/۲۱ در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید. بخشهایی از این قانون با ایراد شورای نگهبان مواجه شد و مجلس شورای اسلامی، مصوبه خود را جهت داوری به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال کرد و مجمع نیز با تغییراتی در مصوبه مجلس، آن را در تاریخ ۱۳۷۱/۷/۲۸ به تصویب رساند. این قانون در باره داوری گفته است:

از تاریخ تصویب این قانون زوجهایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند، بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه و حکمین از دو طرف که برگزیده دادگاهند (آن طور که قرآن کریم فرموده است) حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفتر رسمی طلاق حق ثبت طلاقهایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است، ندارند. در غیر این صورت از سردفتر خاطی سلب صلاحیت به عمل خواهد آمد. این قانون که در حال حاضر در محاکم خانواده اجرا می‌شود، ارجاع پرونده‌های طلاق را به داوری (حکمیت) تکلیف دادگاه دانسته و بدین ترتیب آن را اجباری نموده است.

### ب. داوری اجباری در نظم حقوقی کنونی

#### ۱. حصر داوری به دعوی طلاق

موضوع داوری یا حکمیت، مرافعات و منازعات خانوادگی است. ولی اختلافات خانوادگی نظیر طلاق، نفقه، مهریه، حضانت، اجرت حضانت، اجرت رضاع و ... متنوع و متکثر هستند. پرسشی که در جای خود اهمیت دارد این است که موضوع حکمیت در قوانین فعلی چیست.

آیا هر نوع مناقشه‌ای قابل ارجاع به حکمیت است؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت: با توجه به قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، موضوع داوری دادخواست طلاق است و قلمرو آن نیز به دعاوی طلاق محدود می‌شود. این مطلب از عبارت «... زوجیهایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند ...»، به روشنی فهمیده می‌شود. در هیچ دعاوی دیگری غیر از طلاق، داوری شکل نخواهد گرفت. به عنوان مثال، در دادخواست زوجه به جهت نفقه یا حضانت فرزند، قانون، حکمیت را لازم ندانسته است؛ اگر چه منعی نیز در این باره وجود ندارد.

قانون فعلی از حیث موضوع حکمیت و قلمرو آن با قوانین پیش از انقلاب متفاوت است. قلمرو داوری در قوانین پیش از انقلاب اسلامی وسیع‌تر از قوانین پس از آن بوده است. در قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸)، موضوع داوری مطلق اختلافات میان زن و شوهر بوده است. به موجب این قانون، مواردی چون «اختلاف بین زن و شوهر راجع به سوء رفتار و عدم تمکین و نفقه و کسوه و سکنی و نیز هزینه طفل» قابل ارجاع به داوری بوده است. از نحوه تنظیم ماده ۶۷۶ فهمیده می‌شود که موضوع داوری در این قانون «اختلاف بین زن و شوهر» است. این تعبیر عام بوده و شامل هر نوع دعوی میان زوجین می‌شود. مواردی که در متن ماده ذکر شده است، از باب مثال بوده و مصادیق اختلاف بین زن و شوهر محسوب می‌شود. بنا بر این مواردی نظیر دعاوی مهریه، حضانت طفل و ... نیز به داوری قابل ارجاع بوده است. قانون حمایت خانواده نیز موضوع داوری را بسیار وسیع در نظر گرفته بود. در ماده ۵ این قانون، تنها رسیدگی به دعاوی راجع به «اصل نکاح و طلاق» از ارجاع به داوری استثنا شده بود. بدین ترتیب معلوم می‌شود که قانون‌گذار، موضوع عام داوری در قوانین پیش از انقلاب را در اصلاحات پس از انقلاب محدود کرده است.

## ۲. لزوم ارجاع مطلق دعاوی طلاق به داوری

می‌دانیم که دعاوی طلاق انواعی دارد. انواع طلاق با توجه به مستندات قانونی مربوط به هر کدام به شرح زیر است:

۱. طلاق به درخواست مرد. بر اساس قوانین موجود، شوهر می‌تواند با رعایت شرایط مذکور در قانون درخواست طلاق نماید. در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی (اصلاحی ۱۳۸۱/۹/۴) چنین آمده است: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.»

۲. طلاق به درخواست زن. قانون برای زن هم در مواردی حق درخواست طلاق پیش‌بینی کرده است. در تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی آمده است:

تبصره: زن نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر در مواد (۱۱۱۹)، (۱۱۲۹) و (۱۱۳۰) این قانون، از دادگاه تقاضای طلاق نماید.

ماده ۱۱۱۹ راجع به طلاق وکالتی از طریق شرط ضمن عقد، ماده ۱۱۲۹ راجع به ترک انفاق، و ماده ۱۱۳۰ راجع به عسر و حرج است. ممکن است زوجه از شوهرش کراهت داشته باشد که در این صورت به استناد ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی\* می‌تواند درخواست طلاق نماید. همچنین در مورد غیبت زوج نیز قانون‌گذار به زوجه حق داده است در صورتی که شوهرش چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد، از دادگاه درخواست طلاق نماید.\*\*

۳. طلاق توافقی (مبارات) نیز نوع دیگری از طلاق است. هرگاه زن و شوهر از یکدیگر کراهت داشته باشند، می‌توانند به استناد ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی\*\*\* به صورت توافقی از یکدیگر جدا شوند.

ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق بین انواع طلاق فرق نگذاشته و به طور مطلق بیان داشته است که دعوی طلاق باید به حکمیت ارجاع شود. در ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۹) به این مطلب تصریح شده است. در این ماده چنین آمده است:

نسبت به درخواستهای طلاق که از طرف زوجین یا یکی از آنها به دادگاه مدنی خاص تسلیم می‌شود، چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه حل و فصل نگردید، رسیدگی به موضوع با صدور قرار به داوری ارجاع می‌گردد.

بنا بر این، مطابق قانون فعلی، دعوی طلاق باید به حکمیت ارجاع شود، خواه از سوی زوج یا زوجه مطرح شده باشد، یا به صورت توافقی باشد. این در حالی است که در لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص، طلاقهای توافقی از شمول اصل داوری مستثنا شده بود.

\* ماده ۱۱۴۶: «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد طلاق بگیرد، اعم از این که مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد.»

\*\* ماده ۱۰۲۹: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد.»

\*\*\* ماده ۱۱۴۷: «طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد، ولی در این صورت عوض باید زائد بر میزان مهر نباشد.»

### ۳. ضمانت اجرای مقررات داوری

در بند سابق بیان شد که حکمیت در دعاوی طلاق الزامی است. پرسشی که در این بحث قابلیت طرح دارد این است: 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 آیین‌نامه 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 (بازگیر، ۱۳۷۷: 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 واجد نقص رسیدگی اعلام و با نقض آن رسیدگی مجدد به همان دادگاه محول می‌شود (بازگیر، ۱۳۷۶: ۴۷).

همچنین شعبه هفتم دیوان عالی کشور، در رأی شماره ۱۸۲۱ مورخ ۱۳۷۲/۴/۳۰ در خصوص تجدید نظرخواهی آقای ... به طرفیت ... نسبت به دادنامه شماره ۵۹۵ صادر شده از شعبه ۱۱ دادگاه مدنی خاص کرمانشاه، رأیی به شرح زیر صادر نموده است:  
نظر به مجموع محتویات پرونده چون دعوی به داوری ارجاع نشده و تکلیف بذل از نظر قبولی زوج روشن نگردیده است، لهذا تجدید نظرخواهی وارد بوده و با نقض دادنامه صادره رسیدگی به شعبه دیگر دادگاه مدنی خاص کرمانشاه محول می‌گردد.

### ۴. نقد و بررسی

از آنچه بیان شد معلوم گردید که در نظم حقوقی کنونی، داوری در حقوق خانواده اختصاص به دعوی طلاق دارد و در سایر دعاوی خانوادگی جریان ندارد. از سوی دیگر،

قانون‌گذار بین انواع طلاق فرق نگذاشته و حکم را به صورت کلی بیان نموده است؛ بنا بر این در تمامی انواع طلاق، مقررات دآوری اعمال خواهد شد. به نظر می‌رسد که قانون در هر دو جهت قابل انتقاد باشد. دلایلی وجود دارد که حکمیت اختصاص به دعاوی طلاق ندارد و در کلیه اختلافات زناشویی می‌تواند محقق شود. برای تأیید و تقویت این نظریه می‌توان به نکات زیر اشاره نمود:

۱. یکی از معانی شقاق، مشقت است. این معنا در مقابل معنای دیگر شقاق است که از ریشه «شق» به معنای انشقاق و مفارقت می‌آید. شقاق در معنای مشقت و سختی در کلیه اختلافات زناشویی وجود دارد. در مواردی که زن یا شوهر با یکدیگر مشکلی دارند و بر سر موضوعی میانشان مرافعه‌ای در می‌گیرد، تا زمانی که این مرافعه رفع نشده باشد، آن دو از یکدیگر در زحمت و مشقت هستند. آنان در این شرایط یکدیگر را آزار می‌دهند. بدین ترتیب، موضوع حکمیت محقق شده است.

۲. اگر شقاق از ریشه انشقاق و به معنای مفارقت و جدایی باشد، باز هم نمی‌توان موضوع حکمیت را تنها دعوای طلاق دانست؛ زیرا موضوع حکمیت از نظر قرآن «شقاق» نیست، بلکه «خوف شقاق» است. در این صورت هر گونه مرافعه و نزاعی می‌تواند خوف شقاق ایجاد نماید و در صورتی که برای رفع آن چاره اندیشی نشود، ممکن است به شقاق و جدایی منتهی شود.

۳. صحیح است که اقدام اطرافیان زن و شوهر به تشکیل محکمه صلح خانوادگی، در صورت مشاهده کوچک‌ترین نشانه ناسازگاری، مداخله در زندگی دیگران محسوب می‌شود، و چه بسا این عمل آنان، مشکل را پیچیده‌تر می‌کند، و به همین دلیل ما مسائل جزئی و اختلافات معمولی را از موضوع دآوری خارج می‌دانیم، ولی این نکته نیز قابل توجه است که مداخله اطرافیان برای دآوری و حل اختلافات، نباید پس از عمیق شدن اختلاف و تصمیم جدی طرفین برای جدایی باشد. زیرا حکمیت یک اقدام پیشگیرانه است و زمانی نتیجه می‌دهد که دو طرف هنوز به یکدیگر علاقه‌مند باشند. بنا بر این مداخله اطرافیان با هدف سازش و رفع نزاع، پس از تصمیم دو طرف برای جدایی، در اکثر موارد بی‌اثر خواهد بود. ظاهراً تعبیر قرآن کریم از موضوع حکمیت به «خوف شقاق»، اشاره به همین مطلب باشد. لذا دعاوی طلاقی که از سوی دادگاه به دآوری ارجاع می‌گردد، کمتر به سازش منتهی می‌شود؛ زیرا زن و شوهری که اختلافات آنان به جایی رسیده که برای طلاق راهی دادگاه شده‌اند و علیه یکدیگر



طرح دعوا کرده‌اند، امکان سازش و منصرف نمودن آنان ضعیف است. علاوه بر این، شقاق و شکاف واقعاً به وجود آمده و تعبیر «خوف شقاق» بی‌معناست. بنا بر این زمان حکمیت و داوری در قرآن، محدوده‌ای بین جدی شدن اختلاف و قبل از تصمیم نهایی دو طرف برای جدایی است.

اجباری نمودن داوری به طور مطلق و در کلیه دعاوی طلاق نیز قابل انتقاد است. زیرا طلاق همیشه و در همه حال امر مذمومی نیست، بلکه گاهی هم ممدوح است. از جهت فقهی، طلاق به «بدعی» و «سنی» تقسیم می‌شود. مقصود از طلاق بدعی، طلاق حرام است، در مقابل طلاق سنی که به معنای جواز (به معنای عام) است. طلاق سنی خود بر سه قسم است: واجب، مستحب و مکروه. طلاق در صورتی واجب می‌شود که مردی همسرش راظهار کند، یا سوگند یاد نماید که با وی همبستر نشود. در فرض نخست، اگر زن مظاهره به حاکم مراجعه نماید، حاکم مرد مظاهر را مخیر می‌کند که یا کفاره بپردازد و سپس به همسرش رجوع کند یا وی را مطلقه سازد. بنا بر این، در فرضی که مرد حاضر به پرداخت کفاره و رجوع نشود، طلاق واجب می‌شود (موسوی خمینی، پیشین: ۳۵۶). همچنین است در مورد ایلاء که با رجوع زن به حاکم، دادگاه شوهرش را مخیر به حنث سوگند و پرداخت کفاره یا طلاق می‌کند. در این مورد هم اگر مرد حاضر به حنث سوگند نشود، طلاق واجب می‌شود (همان: ۳۵۸).

طلاق در صورتی مستحب است که زوجین با هم اختلاف دارند و به اصطلاح در حال «شقاق» هستند و امیدی به آشتی وجود ندارد. همچنین در فرضی که زوجه پاکدامن نباشد، طلاق ممدوح خواهد بود. شهید ثانی در این خصوص چنین می‌گوید: «... أم محیوباً كالطلاق مع الشقاق و عدم رجاء الوفاق، و إذا لم تکن عقیفة یخاف منها إفساد الفرائض.» (مکی عاملی، پیشین، ۹: ۱۱۹؛ سبحانی، ۱۴۱۴: ۱۴۷).

قسم سوم، طلاق مکروه و مذموم است. در صورتی که زوجین با یکدیگر سازش دارند و مشکلی میان آنان وجود ندارد، طلاق مکروه است. روایاتی که در مذمت طلاق وارد شده است ناظر به همین قسم است (رک: نقوی، ۱۴۰۶: ۲۳۰؛ احسائی، ۱۴۰۳: ۱۳۹). طلاق در فرض ناسازگاری زوجین و امید به سازش نیز از مصادیق طلاق مکروه خواهد بود.

بنا بر آنچه گذشت، طلاق در مواردی که زوجین با یکدیگر سازش ندارند و امیدی هم به سازش نیست، مستحب است. حال ارجاع این گونه پرونده‌ها به حکمیت، جز اتلاف وقت و

هدر دادن امکانات برای یک عمل مذموم نتیجه‌ای ندارد. بدین ترتیب، برای پیشگیری از طولانی شدن روند دادرسی و عدم تحمیل هزینه‌های اضافی به زوجین، بهتر است با اصلاح قوانین موجود، داوری فقط در صورتی که قاضی آن را مفید تشخیص دهد یا در صورت درخواست زوجین، الزامی باشد.

### گفتار سوم: داوری اجباری قراردادی\*

قرارداد یا موافقت‌نامه داوری در عقد نکاح از حیث موضوع مورد توافق به چند شکل قابل تصور است:

۱. قرارداد رجوع به داوری در دعوی طلاق. ممکن است محتوای موافقت‌نامه، رجوع به داوری در دعوی طلاق باشد؛ به این بیان که طرفین در ضمن قرارداد توافق نمایند، در صورتی که قصد متارکه داشته باشند، به جای رجوع به محاکم قضایی، به داوری مراجعه کنند. نکته قابل توجه در مورد این قبیل موافقت‌نامه‌ها این است که بر اساس ماده واحده «قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق» که در حال حاضر اجرا می‌شود، دعاوی طلاق باید به داوری (حکمیت) ارجاع شود. بنا بر این، داوری در دعوی طلاق الزامی است و این الزام ناشی از قانون است. با توجه به این مطلب، معلوم می‌شود که موافقت‌نامه رجوع به داوری در دعوی طلاق بی‌فایده بوده و تحصیل حاصل است. با وجود این، تعیین داور یا داوران در دعوی طلاق احتمالی، یا بیان اختیارات داوران در ضمن عقد نکاح مفید خواهد بود.
۲. رجوع به داوری در مطلق اختلافات خانوادگی. ممکن است مفاد توافق‌نامه داوری، رجوع به داوری در کلیه اختلافات خانوادگی باشد. در این صورت، این موافقت‌نامه مفید و مهم است. بر اساس قوانین فعلی، به جز دعوی طلاق، سایر دعاوی خانوادگی در محاکم قضایی رسیدگی می‌شود. موافقت‌نامه داوری، طرفین قرارداد را ملزم می‌کند که در صورت بروز هرگونه اختلافی در دوران زندگی مشترک، به داوری مراجعه نمایند و اختلاف را به روش غیرقضایی حل و فصل نمایند.
۳. توافق بر داور یا داوران. در قرارداد داوری، ممکن است علاوه بر توافق راجع به اصل داوری، راجع به داور یا داوران نیز توافق صورت بگیرد.

\* در مورد صلاحیت دادگاه در رسیدگی به دعوی موضوع موافقت‌نامه داوری مراجعه شود به: شمس، ۱۳۸۲، ۱۵.

۴. تعیین اختیارات داور یا داوران. در قرارداد داوری، همچنین ممکن است راجع به میزان اختیارات داوران توافق صورت بگیرد.

همچنین قرارداد داوری، از حیث نحوه ارتباط آن با عقد نکاح نیز بر چند نوع است. گاهی قرارداد داوری به طور مستقل مورد توافق قرار می‌گیرد و گاهی نیز در ضمن عقد نکاح به صورت شرط مورد توافق قرار می‌گیرد. در مواردی نیز توافق داوری پیش از عقد نکاح صورت می‌پذیرد و عقد مبتنی بر آن صورت می‌گیرد. این تقسیمات اختصاص به عقد نکاح ندارد و کلیت دارد. موافقت‌نامه داوری با توجه به معیار «ذکر در عقد یا خارج آن» و معیار «پیش از اختلاف یا پس از آن» تقسیم می‌شود که در مجموع می‌توان به چهار نوع موافقت‌نامه اشاره کرد:

۱. موافقت‌نامه‌ای که در ضمن قرارداد دیگری به صورت شرط ضمنی است.
  ۲. موافقت‌نامه‌ای که به صورت جداگانه و به طور مستقل باشد.
  ۳. موافقت‌نامه‌ای که پیش از منازعه صورت گرفته و در آن بر ارجاع اختلافات احتمالی آینده توافق می‌شود.
  ۴. موافقت‌نامه‌ای که پس از اختلاف صورت می‌گیرد و در آن طرفین توافق می‌کنند دعوی خود را نزد یک یا چند داور مرضی الطرفین ببرند.
- موافقت‌نامه‌های داوری از حیث اعتبار با یکدیگر متفاوت هستند و لازم است به طور جداگانه مورد مطالعه قرار گیرند.

### بند اول: 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 (Arbitration Clause) 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 قراردادها، نفی 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: «أن يلتزم به فی متن العقد» (انصاری، ۱۴۲۰: ۵۴). بنا بر این، اگر طرفین در ضمن عقد نکاح در ارجاع کلیه اختلافات آینده یا اختلافات خاصی توافق نمایند،

این توافقات لازم الاجرا و نافذ است. قانون مدنی به طور کلی در مورد اعتبار شروط ضمن عقد در ماده ۱۱۱۹ می گوید:

طرفین عقد ازدواج می توانند 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 انفاق 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.

### بند دوم: 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 تبانی» می گویند. 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 می کنند و عقد را مبتنی بر آن جاری می سازند. آنان در این صورت خود را بی نیاز از ذکر مجدد موارد توافق شده در عقد می دانند. آیا چنین شروطی در باب نکاح نافذ و لازم الاجراست؟ در بحث ما، اگر توافق نامه داوری به صورت شرط بنایی واقع شود، لازم الوفاست؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت: به نظر بسیاری از فقها، شرط بنایی در باب نکاح اعتبار ندارد. صاحب حدائق می گوید: از کلام اکثر اصحاب فهمیده می شود که شرط در صورتی قابل اعتنا و لازم الوفاء است که بین ایجاب و قبول واقع شود تا جزئی از عقد لازم گردد. بنا بر این، اگر شرط پیش از عقد یا پس از آن واقع شود جزء عقد محسوب نمی شود و اعتبار ندارد. فقهای چون شهید ثانی (مکی عاملی، پیشین، ۷: ۴۵۷)، محمد حسن نجفی (پیشین، ۳۰: ۱۸۳) و شیخ انصاری در کتاب *النکاح* (انصاری ۱۴۱۵: ۲۲۵) بر ضرورت ذکر شروط عقد نکاح بین ایجاب و قبول تأکید نموده اند.

به نظر می رسد که عبارات فقها در نفی اعتبار شروط غیر مذکور در متن عقد، شامل شرط بنایی نمی شود. 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 لازم‌الوفا هستند که به عنوان نمونه به بعضی از فتاوا اشاره می‌شود. مرحوم امام خمینی در پاسخ به این استفتا که مرسوم است در مذاکرات مقدماتی بین خانواده، در باره 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 نوشته‌ای 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 (موسوی خمینی، ۱۳۸۱: 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، واجب‌الوفاء است و زن می‌تواند علاوه بر مهریه، طلا را هم بگیرد. ولی اگر شرط ابتدایی بوده است واجب‌الوفاء نیست و زن حق مطالبه الزامی طلا را ندارد؛ گر چه بهتر است زوج به شرط عمل کند (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۰: ۳۸۵).

همان‌طور که مشاهده می‌شود، در فتوای فوق، شرط بنایی به منزله شرط ضمنی دانسته شده و لازم‌الوفا خوانده شده است. بنا بر این، می‌توان نتیجه گرفت که اگر شرط رجوع به داوری در اختلافات خانوادگی، به صورت شرط بنایی واقع شده باشد، نافذ بوده و اعتبار دارد.

### بند سوم: توافق مستقل داوری

توافق داوری ممکن است به نحوی صورت گیرد که بین آن و عقد نکاح هیچ ارتباطی برقرار نباشد؛ اعم از این که این توافق پیش از عقد نکاح باشد یا پس از آن. به این گونه توافق‌نامه‌های مستقل در فقه و حقوق، «شرط ابتدایی» یا «شرط بدوی» گفته می‌شود. شرط ابتدایی ممکن است به صورت یک قرارداد مستقل باشد؛ مانند آن که شخصی در مقابل یک

مؤسسه خیریه متعهد شود مبلغی به آن کمک نماید. همچنین ممکن است ناظر به قرارداد دیگر باشد، ولی بین شرط و آن قرارداد ارتباط برقرار نشده باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۸۵)؛ مانند آنکه دختری پیش از عقد ازدواج با مرد خواستگار توافق کند که به تحصیل خود ادامه بدهد. آن دو پس از آن عقد نکاح را جاری می‌کنند، بدون آنکه شرط سابق را در نظر داشته باشند. به همین دلیل، فقها شرطی را که پیش از عقد ذکر شده، ولی طرفین در زمان اجرای عقد آن را فراموش کرده‌اند، در زمره شروط ابتدایی آورده‌اند (همان؛ موسوی خویی، ۱۳۷۱: ۳۳۵). با توجه به آنچه بیان شد، شروط مذکور در متن عقد، در هیچ فرضی شرط ابتدایی محسوب نمی‌شوند. همچنین شرطی که پیش از عقد ذکر شده و عقد مبتنی بر آن منعقد می‌شود، شرط ابتدایی نخواهند بود.

آنچه بیان شد، مورد قبول همگان نیست و دیدگاه‌های دیگری نیز وجود دارد. بعضی از فقها گفته‌اند: شرط اگر در متن عقد ذکر شود و ارتباط آن با عقد به نحوی باشد که جزء مبیع محسوب گردد و تخلف از شرط موجب حق خیار برای مشروط‌له بشود، شرط ضمن عقد است؛ اما اگر چنین ارتباطی وجود نداشته باشد، شرط ابتدایی است، حتی اگر در عقد ذکر شده باشد (یزدی، ۱۳۷۸: ۱۱۹). همچنین بعضی معتقدند شرطی که در عقد ذکر نمی‌شود، در هر حال شرط ابتدایی است، حتی اگر عقد مبتنی بر آن واقع شده باشد (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۴۹). مشهور فقهای امامیه معتقدند که شروط ابتدایی لازم‌الوفای نیستند (انصاری، ۱۴۲۰: ۵۴). بعضی نیز در عدم اعتبار شروط ابتدایی ادعای اجماع نموده‌اند (بجنوردی، پیشین). به نظر آنها شرط ابتدایی در حقیقت شرط نیست. شرط در لغت به معنای «الزام و التزام مذکور در عقد» است (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۸۲). بنا بر این، الزام و التزام غیر مذکور در عقد، شرط نامیده نمی‌شود و اطلاق شرط بر آن مجازی است. آنان سپس نتیجه می‌گیرند که ادله وجود وفا به شرط شامل شرط ابتدایی نخواهد شد (نجفی، پیشین، ۳: ۱۸۳؛ بجنوردی، پیشین: ۲۵۵ و ۲۵۶؛ آملی، ۱۴۱۳: ۱۵۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۷۰).

در این نکته که شرط در لغت به معنای الزام و التزام مذکور در عقد باشد تردید وجود دارد. به نظر بعضی از فقها، شرط به معنای «مطلق الزام و التزام» است و اطلاق لفظ شرط بر شرط ابتدایی حقیقی است (انصاری، پیشین: ۱۱؛ یزدی، پیشین: ۱۰۶؛ موسوی خویی، پیشین: ۲۶۳). به همین دلیل، بعضی از فقها شرط ابتدایی را نافذ دانسته و در تحقق اجماع بر عدم اعتبار

چنین شرطی تردید کرده‌اند (نراقی، ۱۴۰۸: ۴۷). از جهت حقوقی نیز شرط ابتدایی معتبر است و بر اعتبار آن دلایل متعددی وجود دارد. از جمله ماده ۱۰ قانون مدنی می‌گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.»

همچنین ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز بر اعتبار موافقت‌نامه داورى که به صورت مستقل صورت می‌گیرد تصریح کرده است. در این قانون آمده است:

متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داورى مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند.

حتی اگر شرط ابتدایی را در قراردادها نافذ بدانیم، در عدم اعتبار این گونه شروط در عقد نکاح تردید وجود ندارد. این مطلب مورد اتفاق و اجماع فقها بوده و نظر مخالفی دیده نشده است. مدرک این اجماع روایات متعددی است که در این مورد وجود دارد و قدر متیقن از دلالت این روایات، شرط ابتدایی است. به نمونه‌هایی از این روایات اشاره می‌شود. در حدیثی امام صادق (ع) می‌فرماید:

ما کان من شرط قبل النکاح هدمه النکاح ، وما کان بعد النکاح فهو نکاح (اشعری، ۱۴۰۸: ۸۷) ؛ آنچه از شروط که پیش از [عقد] نکاح ذکر شده باشد، [عقد] نکاح آن را از بین می‌برد و آنچه پس از [عقد] نکاح باشد، جزء نکاح خواهد بود.

در مستدرک الوسائل آمده است: عبارت «بعد النکاح» در حدیث فوق، به «بعد الایجاب» حمل شده است و بنا بر این، مقصود از آن شروط مذکور در عقد است (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۴۶۲).

در حدیث دیگری از امام صادق (ع) آمده است: اگر پیش از عقد نکاح شرایطی مورد توافق قرار گرفته و سپس عقد جاری شده باشد، باید مجدداً همان شروط ذکر شوند و مورد توافق قرار گیرند، در غیر این صورت اعتباری ندارند:

إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به و أوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الا اول بعد النکاح، فإن أجازته فقد جاز و إن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النکاح (کلینی، ۱۳۸۸: ۴۵۶).

از آنچه بیان شد نتیجه می‌گیریم که اگر موافقت‌نامه داوری در نکاح، به صورت شرط ابتدایی و یک تعهد مستقل واقع شود، اعتباری ندارد.

## نتیجه‌گیری

از آنچه در این تحقیق بیان شد، نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. داوری را در دعاوی خانوادگی در صورتی می‌توان اجباری نمود که شرایط آن موجود باشد. این شرایط عبارت است از:
  - الف. متوقف بودن سازش به داوری و فقدان راه‌های دیگر؛
  - ب. وجود داوران واجد شرایط؛
  - ج. مذموم بودن طلاق (در مواردی که طلاق واجب یا مستحب باشد، حکمیت موضوع خود را از دست خواهد داد).
۲. داوری در دعاوی خانواده در نظم حقوقی کنونی، منحصراً در دعاوی طلاق اجباری است و در سایر دعاوی خانواده جریان پیدا نمی‌کند.
۳. ضمانت اجرای مقررات داوری در دعاوی طلاق، بطلان حکم طلاق است.
۴. اطلاق قانون مبنی بر ضرورت ارجاع کلیه انواع دعاوی طلاق به داوری با مبانی فقهی ناسازگار است.
۵. قراردادهای داوری در صورتی که به صورت شرط ابتدایی و یک قرارداد مستقل (خارج از عقد نکاح) میان زوجین مورد توافق قرار گیرد، اعتباری نخواهد داشت.

۱۲۸

فصل حقوق

سال دوم / زمستان ۱۳۸۴



## منابع

۱. ابن بابویه قمی، علی، *فقه الرضا (ع)*، قم، آل البيت، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
۲. ابن براج طرابلسی، عبد العزیز، *المهذب*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۶ ق، ج ۲.
۳. ابن فهد حلی، جمال الدین ابی العباس احمد بن محمد، *المهذب البارع*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ ق، ج ۳.
۴. ابن قدامه، عبدالله، *المغنی*، بیروت، دار الكتاب العربی، بی تا، ج ۸.
۵. ابن منظور، ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق، ج ۷.
۶. احسائی، ابن ابی الجمهور، *عوالی اللثالی*، قم، سید الشهداء، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق، ج ۲.
۷. اردبیلی (مقدس اردبیلی)، احمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۳ ق، ج ۱۲.
۸. اشعری، احمد بن عیسی، *النوادر*، قم، مؤسسه الامام المهدی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
۹. اصفهانی، شیخ محمد حسین، *حاشیة المکاسب*، علمیه، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق، ج ۵.
۱۰. آملی، شیخ محمد تقی، *کتاب المکاسب و البیع* (تقریر بحث آیت الله نائینی)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲.
۱۱. انصاری، المکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق، ج ۶.
۱۲. انصاری، شیخ مرتضی، *القضاء و الشهادات*، قم، باقری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
۱۳. انصاری، شیخ مرتضی، *کتاب النکاح*، قم، باقری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
۱۴. بازگیر، یدالله، *آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی ۳*، انتشارات ققنوس، چاپ اول، سال ۱۳۷۷.
۱۵. بازگیر، یدالله، *داوری و احکام راجع به آن*، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۱۶. بجنوردی، سید محمد حسن، *القواعد الفقهیة*، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق، ج ۳.
۱۷. بحرانی، یوسف، *الحدائق الناظرة*، قم، جماعة المدرسین، بی تا، ج ۲۴.
۱۸. بهوتی، منصور بن یونس، *کشاف القناع*، بیروت، دار الکتب العلمیة، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق، ج ۵.

۱۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دانشنامه حقوقی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۷۵، ج ۳.
۲۰. جوادی آملی، عبدالله، *زن در آینه جلال و جمال*، قم، مرکز نشر اسراء، چاپ اول، ۱۳۷۵.
۲۱. حرّ عاملی، محمد بن الحسن، *وسائل الشیعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا، ج ۱۵.
۲۲. حسینی نقوی، سید حامد، *خلاصه عقبات الانوار*، قم، سید الشهداء، ۱۴۰۶ ق.
۲۳. حسینی عاملی، سید جواد، *مفتاح الکرامه*، بیروت، دار التراث، ۱۴۱۸ ق، ج ۲۰.
۲۴. حلی (محقق)، ابو جعفر نجم الدین جعفر بن الحسن، *شرائع الاسلام*، قم، امیر، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق، ج ۲.
۲۵. حلی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر، *قواعد الأحکام*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق، ج ۳.
۲۶. حلی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر، *مختلف الشیعه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق، ج ۷.
۲۷. حلی، احمد بن ادريس، *السرائر*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق، ج ۲.
۲۸. حلی، *قواعد الاحکام*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات فی غریب القرآن*، دفتر نشر کتاب، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
۳۰. روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق*، قم، مؤسسه دار کتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۲ ق، ج ۲۲.
۳۱. زیدان، عبد الکریم، *المفصل فی احکام المرأة و بیت المسلم*، بیروت، مؤسسه الرساله، چاپ سوم، ۱۴۲۰ ق، ج ۸.
۳۲. سبحانی، جعفر، *نظام الطلاق*، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. سید سابق، *فقه السنه*، بیروت، دار کتاب العربی، بی تا، ج ۲.
۳۴. شمس، عبدالله، «موافقت نامه داوری و صلاحیت دادگاه»، *مجله تحقیقات حقوقی*، سال ۱۳۸۲.
۳۵. صدوق، محمد بن علی بن حسین، *المقنع*، قم، مؤسسه الامام الهادی، ۱۴۱۵ ق.
۳۶. طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۰.

۳۷. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی، المبسوط، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷ ق، ج ۴.
۳۸. عروسی حویزی، عبد علی بن جمعه، نورالنفلیین، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۲ ق، ج ۱.
۳۹. فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، قم، امیر العلم، چاپ دهم، ۱۳۸۰، ج ۲.
۴۰. قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لاحکام القرآن، بیروت، مؤسسة التاریخ العربی، ۱۴۰۵ ق.
۴۱. قمی، میرزا ابوالقاسم، غنائم الایام (چاپ سنگی)، خراسان، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
۴۲. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، دار الکتب الاسلامیة، چاپ سوم، ۱۳۸۸ ق، ج ۵.
۴۳. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۷۸، ج ۱.
۴۴. محقق حلی، ابی القاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام، تهران، انتشارات استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
۴۵. محمد زاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران، تهران، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۴۶. محمدی گیلانی، محمد، قضا و قضاوت در اسلام، تهران، نشر سایه، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۴۷. مدنی، سید جلال الدین، آیین دادرسی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲.
۴۸. مرعشی، سید محمد حسن، دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۹، ج ۲.
۴۹. مصلحی، علی حسین و صادقی، محسن، «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات»، نامه مفید، سال ۱۳۸۳، شماره ۴۶.
۵۰. مکی عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین، اللمعة الدمشقیة، قم، دار الفکر، چاپ اول، قم، ۱۴۱۱ ق.
۵۱. مکی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، شرح اللمعة، قم، انتشارات داوری، اول، ۱۴۱۰ ق، ج ۵.
۵۲. مکی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق، ج ۸.

۵۳. موسوی خمینی، سید روح الله، *استفتائات*، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۱، ج ۳.
۵۴. موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیلة*، نجف الاشرف، آداب، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق، ج ۲.
۵۵. موسوی سبزواری، سید عبد الاعلی، *مهذب الأحكام*، قم، مکتبه آیه الله السید السبزواری، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق، ج ۲۵.
۵۶. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، *کتاب القضاء*، قم، دار القرآن الکریم، بی تا، ج ۱.
۵۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهة*، وجدانی، چاپ سوم، ۱۳۷۱، ج ۵.
۵۸. مومن سبزواری، محمد باقر، *کفایة الاحکام*، قم، مهر، بی تا.
۵۹. مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ۱۳۵۳ - ۱۳۶۶، ج ۳.
۶۰. نجفی خوانساری، شیخ موسی، *حاشیة المکاسب*، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق، ج ۳.
۶۱. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، تهران، المکتبه الاسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۷۴، ج ۳ و ۳۰ و ۳۱.
۶۲. نراقی، مولی احمد، *عوائد الایام*، قم، مکتبه البصیری (چاپ سنگی)، ۱۴۰۸ ق.
۶۳. نوری طبرسی، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل*، بیروت، آل البيت، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق، ج ۱۴.
۶۴. نووی، محی الدین بن شرف، *المجموع*، دار الفکر، بی تا، بی جا، ج ۱۶.
۶۵. یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیة المکاسب*، اسماعیلیان، ۱۳۷۸، ج ۲.