

ماهیت حکمیت (در دعاوی خانواده) در آیه ۳۵ سوره نساء

فرج‌الله هدایت‌نیا*

چکیده

به طور معمول در روابط میان زن و شوهر اختلافاتی بروز می‌کند که می‌تواند به متارکه منجر شود. قرآن کریم از این اختلاف به «شقاق» تعبیر کرده است و تعیین دو حکم از خویشان زن و شوهر برای رفع آن را توصیه نموده است. در خصوص ماهیت حکمیت از نظر فقهی نظریاتی مطرح شده است؛ فقهای عظام عمدتاً آن را «تحکیم» شمرده، بعضی نیز آن را «توکیل» نامیده‌اند. این مقاله ضمن بررسی و ارزیابی این دو نظر، نظر سومی را با عنوان «کارشناسی» مورد بررسی قرار می‌دهد.

واژگان کلیدی: حکمیت، شقاق، قضاوت، وکالت، کارشناسی، دعاوی، خانواده.

مقدمه

اسلام برای خانواده قداست و منزلت خاصی قائل شده است؛ از سویی به استواری روابط خانوادگی فرمان داده است و از سوی دیگر، از هر فعل یا قولی که باعث سستی این رابطه مقدس گردد، نکوهش نموده است. بر این اساس، برای حفظ قداست خانواده، استواری روابط خانوادگی و پیشگیری از انحلال نکاح، توصیه‌های اخلاقی و الزامات حقوقی متعددی را مطرح کرده است. از جمله تدابیر مهم قرآن کریم برای تحکیم خانواده و مدیریت اختلاف‌های میان زوجین، حکمیت یا داوری است. در آیه ۳۵ سوره مبارکه نساء آمده است:

وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا: اگر از شقاق میان زن و شوهر بیمناک هستید، داوری از خانواده مرد و داوری از خانواده زن برگزینید. اگر بنای آن دو به اصلاح باشد، خدای تعالی بین‌شان را توافق پدید می‌آورد که خدا همواره دانایی باخبر است.

درباره آیه مذکور مباحث فراوانی میان مفسران و فقهای عظام درگرفته است و احکام متعدد و متفاوتی از آن استخراج شده است. یکی از مباحث مهم مربوط به آن، ماهیت حکمیت می‌باشد. بعضی حکمیت را از نوع تحکیم دانسته‌اند. این نظریه رویکرد غالب میان دانشمندان اسلامی است؛ ولی بعضی آن را به لحاظ ماهیت، توکیل شمرده‌اند. روشن است که این بحث صرفاً یک مناقشه علمی نیست و ثمرات عملی قابل توجهی دارد. اگر حکمی قاضی تحکیم باشد، در تعیین آن باید شرایط قضاوت رعایت گردد و رأی وی درباره اختلاف میان زوجین از اعتبار رأی قاضی برخوردار خواهد بود، در حالی که اگر حکمین وکیل زوجین باشند، مسئله به کلی متفاوت خواهد شد و مقررات عقد وکالت بر روابط میان زوجین و حکمین حاکم می‌گردد.

نگارنده معتقد است حکمیت غیر از قضاوت و وکالت است و ماهیت متمایزی دارد. بررسی‌های ما درباره ماهیت حکمیت نشان می‌دهد که این نهاد بیشترین شباهت را با نهاد «کارشناسی» دارد. اثبات این نظریه تأثیر و تحول جدی در فقه خانواده بر جای می‌گذارد و به لحاظ کاربردی بعضی مشکلات مربوط به نهاد حاکمیت در دعاوی

خانوادگی را حل می‌کند. این تحقیق می‌کوشد مبانی نظریات قضاوت و وکالت را بررسی و ارزیابی نماید و سرانجام، ادله نظریه کارشناسی را نیز تبیین نماید.

۱. مفهوم‌شناسی

دو واژه «حکمیت» و «شقاق»، واژه‌های کلیدی تحقیق کنونی می‌باشند. در بخش نخست نوشتار، مفهوم این واژه‌ها و عناوین مرتبط با آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. مفهوم حکمیت و عناوین مرتبط

در این قسمت نخست مفهوم واژه «حکمیت» و سپس واژه‌های مرتبط با آن یعنی «تحکیم» و «توکیل» تبیین می‌گردند.

۱-۱-۱. حکمیت

حکمیت مصدر جعلی از «حکَم» و آن در لغت به معنای «منع» است. البته نه مطلق منع، بلکه منعی که با هدف اصلاح و تصحیح کجی صورت می‌گیرد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۲۴۸). از این رو، به لگام چهارپا «حکمة الدابة» می‌گویند؛ زیرا مانع سرکشی وی می‌شود و حیوان را رام و مطیع می‌سازد (همان). در سایر مشتقات این واژه نیز همین معنا به اضافه خصوصیتی که از وزن و قالب خاص آن ناشی می‌شود، وجود دارد؛ «حِکْمَت» دانشی است که مانع کج روی انسان می‌شود (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۲، ص ۲۶۴). «حُکْم» قضاوت و داوری میان حق و باطل و به نوعی ممانعت از غلبه کجی بر راستی است. حاکم کسی است که میان متنازعان داوری می‌کند و حکم به فصل خصوصیت می‌دهد و دیگر مشتقات.

۱-۱-۲. عناوین مرتبط با حکمیت

اشاره شد که حکمیت و به تبع آن حکم، بر سه عنوان فقهی یا حقوقی قابل تطبیق می‌باشد. لازم است مفهوم و ماهیت این سه اصطلاح تبیین گردد.

الف) تحکیم: همان‌گونه که پس از این خواهیم گفت، مشهور فقها حکمیت را بر

تحکیم تطبیق داده‌اند. در این صورت، حکم در اصطلاح فقها همان «قاضی تحکیم» است. از نظر فقهی قضاوت بر دو قسم می‌باشد: «قضاوت انتصابی» و «قضاوت انتخابی». قضاوت انتصابی آن است که شخص واجد شرایط قضاوت، از سوی امام معصوم^{علیه السلام} به نصب خاص یا عام به قضاوت منصوب شده باشد. قاضی منصوب مشروعیت قضاوت خود را از نصب امام می‌گیرد. در مقابل قاضی منصوب، قاضی منتخب یا «قاضی تحکیم» قرار دارد؛ یعنی فردی که طرفین نزاع با توافق یکدیگر، وی را برای داوری میان خود برگزیده‌اند، بدون اینکه این شخص از سوی امام به طور خاص یا عام به قضاوت منصوب شده باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۰۹).^۱ با وجود این، فرد منتخب ولایت بر قضا دارد و خصوصیت انتخاب موجب نمی‌گردد که سمت وی از نوع وکالت باشد (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۵۷۵).^۲

ب) توکیل: بعضی حکمیت را بر توکیل منطبق ساخته‌اند. وکالت در لغت به معنای اعتماد کردن به دیگری و واگذار کردن کار خود به اوست و وکیل در معنای مفعول می‌باشد و به کسی اطلاق می‌گردد که کاری به او واگذار شده است (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۱۸۴۴ / راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۸۸۲ / مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۱۳، ص ۱۹۳). مفهوم فقهی وکالت با مفهوم لغوی آن هماهنگ است. فقها وکالت را به «استنباه در تصرف» معنا کرده‌اند (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۵۱). مطابق این تعریف، موکل وکیل را نایب خود قرار می‌دهد و اقدام او را به منزله اقدام خود می‌داند. باید توجه داشت که موضوع وکالت فقط اعمال حقوقی مانند بیع یا اجاره است و واگذاری انجام یک کار مادی مثل تعبیر یا تخریب بنا در مفهوم اصطلاحی وکالت قرار نمی‌گیرد.

۱. در این مأخذ آمده است: «قاضی التحکیم هو شخص أو أشخاص، یتراضی به أو بهم طرفا النزاع، أن یتراضیا عنده أو عندهم و أن یقبل قوله أو قولهم و یعمل بذلک». براساس این تعریف، قاضی تحکیم ممکن است بیش از یک نفر باشد؛ یعنی طرفین دعوی ممکن است دو نفر یا گروهی از افراد را به داوری در مورد نزاع میان خود برگزینند.

۲. در این مأخذ آمده است: «إیکال الأمر إلى الغير قدیکون بالإذن له فقط و قد یکون بالاستنباه بأن یکون النائب وجوداً تنزیلیاً للمنوب عنه و كأن العمل عمل المنوب عنه و قد یکون بإحداث الولاية والسلطة المستقلة للغير مع قبوله».

ج) کارشناسی: ممکن است حکمیت بر نهاد کارشناسی قابل تطبیق باشد. کارشناس کسی است که به مناسبت خیره بودن در فنی می تواند در مسائل مربوط به فن خود اظهار نظر کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۹۸۸). او شخص ثالث بی طرفی است که بر مبنای تخصص خود و نه قواعد حقوقی یا موازین قضایی، نظر فنی می دهد (مصلحی و صادقی، ۱۳۸۳، ص ۱۳۱). به عبارت دیگر، آنچه وی درباره آن اظهار نظر می کند، مسئله ای قضایی یا تصمیمی حقوقی نیست، بلکه نظری فنی درباره امر موضوعی است. در متن فقهی از کارشناس به «اهل خبره» تعبیر می شود که به عنوان یکی از راه های اثبات موضوع احکام شرعی^۱ در باب های گوناگون فقهی سخن رفته است. به لحاظ واژه شناسی، خبره به کسی گفته می شود که اهل اطلاع و دقت باشد (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۳، ص ۹). در فقه از خبره همین معنا اراده می شود و در قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران نیز خبره به همین معنا تعریف شده است. در آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و چگونگی رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی (مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱) در تعریف خبره آمده است: «صاحب فنی که به جهت مهارت خود در موضوعات مربوط به فن خود صاحب نظر باشد». با این بیان معلوم می شود که کارشناسی مفهوم متمایزی از مفاهیم سابق است؛ زیرا در مفهوم کارشناسی ولایت یا نیابت وجود ندارد.

۲-۱. مفهوم شقاق و نسبت آن با نشوز

موضوع حکمیت «خوف شقاق» بوده، لازم است این واژه تعریف شود. همچنین، لازم است نسبت شقاق با نشوز نیز تبیین گردد.

۱. موضوعات متعلق احکام شرعی دو قسم است؛ نخست، موضوعاتی که تبیین آنها وظیفه شارع است مانند نماز، روزه، زکات، حج و دیگر عناوین عبادات و دوم، موضوعاتی که شارع درباره آنها نظری ندارد و فقط حکم آنها را بیان کرده است. روش شناخت و تشخیص این گونه موضوعات، روش معمول عقلایی است که رجوع به اهل خبره یکی از راه های آن می باشد.

۱-۲-۱. تعریف شقاق

به لحاظ واژه‌شناسی شقاق ممکن است از شقّ و شقیق به معنای نصف و دو نیم شدن باشد. به همین دلیل، به ترک و کوفتگی دست و پای حیوانات شقاق اطلاق می‌گردد (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۱۵۰۲). به تناسب همین معنا، شقاق زوجین می‌تواند به معنای جدایی ناشی از اختلاف، ضدیت و عداوت باشد (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۲۵۱). در معنای دیگر، شقاق به معنای مشقّت است و شقاق زوجین حالتی است که آنان یکدیگر را به زحمت انداخته، برای یکدیگر مشقّت ایجاد می‌کنند. در احادیث ما این واژه در هر دو معنا به کار رفته است؛ مانند حدیث نبوی «فَتَصَدَّقُوا وَلَوْ بِشِقِّ التَّمْرَةِ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۹، ص ۳۸۱) یا «وَأَتَّقُوا النَّارَ وَلَوْ بِشِقِّ التَّمْرَةِ» (همان) و نیز مانند حدیث دیگری از رسول گرامی اسلام که فرمود: «لَوْ لَا أَنْ أَشُقَّ عَلَى أُمَّتِي لَأَمَرْتُهُمْ بِالسَّوَاكِ مَعَ كُلِّ صَلَاةٍ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۲۲). آنچه واژه‌نامه‌های قرآنی (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۴۵۹ / مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۶، ص ۹۳) و منابع تفسیری (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۳۴۶ / مشهدی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۴۴۴ / فیض کاشانی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۴۴۹ / طوسی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۴۸۴ / طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۷۰ / فخر رازی، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۹۶) درباره مفهوم شقاق بیان داشته‌اند، به یکی از دو معنای پیش‌گفته بازمی‌گردد. باید توجه داشت موضوع حکمیت «خوف شقاق» است و آن با مشاهده برخی نشانه‌های ناسازگاری و علائم جدایی حاصل می‌گردد. از این رو، می‌توان موضوع حکمیت را مطلق اختلافات یا دعاوی خانوادگی دانست و تخصیص آن به دعاوی طلاق وجهی ندارد؛ زیرا هرگونه اختلافی در روابط زوجین خوف شقاق می‌آورد. شایان ذکر است در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، موضوع حکمیت فقط دعاوی طلاق است. در ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق تصریح شده است:

... زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند باید جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فیمابین از طریق دادگاه و حکمین از دو طرف که برگزیده دادگاه‌اند (آن‌گونه که قرآن

کریم فرموده است) حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد

اما قلمرو داوری در قوانین پیش از انقلاب اسلامی وسیع تر از قوانین پس از انقلاب اسلامی بوده است. در ماده ۶۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ چنین مقرر شده بود:

در موارد اختلاف میان 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 هریک از زوجین طرح شود، دادگاه‌ها می‌توانند به درخواست هریک از طرفین، دعوی را ارجاع به داوری نموده و در صورت عدم تراضی آنها در تعیین داور، دست‌کم دو نفر از بین اقربای طرفین و در صورتی که در محل سکونت خود اقربا نداشته باشند، از اشخاصی که با آنها معاشرت و دوستی دارند تعیین کنند. داورها مکلف‌اند حتی‌الامکان سعی در اصلاح بین زوجین نموده و در صورتی که قادر به اصلاح نشوند، رأی خود را در تشخیص ذی‌حق بودن یکی از طرفین و تعیین میزان هزینه زن یا طفل در صورتی که موضوع دعوی هزینه زن باشد، به دادگاه تقدیم دارند

۲-۱-۲. نسبت شقاق و نشوز

نشوز در لغت به معنای برتری، برآمدگی و ارتفاع است (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۲۳۲) و به همین دلیل به مکان یا هر چیز برآمده و مرتفع نشز اطلاق شده است (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۸۹۹ / ابن‌منظور، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۴۱۷ / طریحی، ۱۳۶۷، ج ۴، ص ۳۱۲). واژه نشوز در قرآن کریم به طور خاص در روابط زوجین به کار رفته است و مفسران عمدتاً آن را به تناسب معنای لغوی، به عصیان معنا کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۳۴۵ / طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۶۹ / راوندی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۱۹۲). بسیاری از فقها در تعریف یکسانی از نشوز زوجین و به تناسب معنای لغوی، آن را به تمرد و سرکشی معنا کرده، تأکید می‌نمایند ضابطه نشوز زوجین یک چیز و آن «خروج از طاعت واجب» است (سبحانی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۳۰۲). البته مقصود از اطاعت نیز فقط اطاعت در امور واجب است (حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۹۱ / فاضل‌آبی، ۱۴۱۷، ج ۲،

ص ۱۹۴ / حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۸۲ / همو، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۵۹۶ / عاملی، ۱۴۱۰، ص ۱۸۷ / حائری طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۲، ص ۹۱ / نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۱، ص ۲۰۰).
 با توجه به آنچه بیان شد، میان شقاق و نشوز زوج یا زوجه ملازمه وجود ندارد؛ ولی گروهی از فقها شقاق را به «نشوز متقابل زوجین» معنا کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۴ / خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۴۳۳ / نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۱، ص ۲۰۰-۲۰۴).
 بر این اساس، اگر نشوز زوجین به صورت متقابل باشد، شقاق خواهد بود.^۱

۲. بررسی نظریات فقهی درباره ماهیت حکمیت

بررسی و پی‌جویی آرای فقها درباره ماهیت حکمیت ما را به دو نظریه می‌رساند؛ تحکیم و توکیل. در این قسمت تحقیق، ادله این دو نظریه مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۲-۱. بررسی نظریه تحکیم

مهم‌ترین و تأثیرگذارترین نظریه‌ای که درباره ماهیت حکمیت ابراز شد، نظریه تحکیم است. در این قسمت جایگاه فقهی نظریه تحکیم، ادله و لوازم آن بررسی و ارزیابی می‌گردد.

۲-۱-۱. جایگاه فقهی نظریه تحکیم

نظریه تحکیم در منابع قدیمی فقه امامیه مشاهده می‌شود؛ در بعضی منابع آمده است: تعیین حکم در شقاق بر مبنای تحکیم است، نه توکیل (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۱۶). مقصود از تحکیم، «قاضی تحکیم» یا قاضی منتخب اصحاب دعوی است. همان‌گونه که

۱. بعضی نیز آن را به «کراهت متقابل زوجین» معنا کرده‌اند (ابن‌زهره حلبی، ۱۴۱۷، ص ۲۳۵۳ / مروارید، ۱۴۱۰، ج ۱۹، ص ۵۴۴ / سبزواری، [بی‌تا]، ص ۱۹۰ / بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۶۲۲). بعضی حقوقدانان مبتنی بر همین معنا، شقاق را معادل مبارات گرفته‌اند؛ زیرا در طلاق مبارات، زوجین به طور متقابل از یکدیگر کراهت دارند؛ در مقابل طلاق که کراهت فقط از سوی زوجه می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۲۲۹۸).

بعضی تصریح کرده‌اند، این نظر رأی مشهور فقها می‌باشد (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۷ / بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۶۲۹). شهرت این نظریه به اندازه‌ای است که یافتن مخالفی برای آن دشوار است. شیخ در المبسوط آن را موافق و مقتضای مذهب شمرده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۴۰)؛ ولی خواهیم دید از سوی فقهای امامیه انتقاداتی نیز به این نظریه صورت گرفته است.

۲-۱-۲. ادله نظریه تحکیم

آنچه باعث شد حکمیت در دعاوی خانواده بر تحکیم منطبق شود، شواهد و قراینی در متن آیه ۳۵ سوره مبارکه نساء است. شیخ طوسی پس از تحکیم شمردن حکمیت، دلایل و شواهد آن را ذکر کرده است که به شرح ذیل می‌باشد (همو، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۱۶):

الف) نخستین دلیل تطبیق حکمیت بر تحکیم، واژه «حکم» در آیه مبارکه است. شیخ طوسی در این باره نوشته است: دلیل ما سخن خدای متعال است که فرمود: «فابعثوا حکماً...». این جمله ظهور در تحکیم دارد؛ زیرا خداوند نفرمود: «فابعثوا وکیلاً».

ب) دلیل دوم نظریه تحکیم آن است که خطابات قرآن کریم در بیان احکام، هرگاه به صورت مطلق بیان شوند، منصرف به امامان و قضات‌اند؛ مانند خطاب «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا...» (مائده: ۳۸) و «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا...» (نور: ۲). در آیه مورد بحث نیز خطاب مطلق است و مخاطب آن زوجین نیستند؛ بنابراین حکمین وکلای زوجین نیستند. همچنین، خطاب در آیه مورد بحث متوجه زوجین نیست؛ زیرا اگر خطاب متوجه زوجین بود، باید می‌فرمود: «فابعثوا وکیلاً»، در حالی که فرموده است: «فابعثوا حکماً».

ج) دلیل دیگر مسئله، بخشی از آیه مبارکه می‌باشد که فرمود: «إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا». از این جمله فهمیده می‌شود که حکمین وکلای زوجین نیستند؛ زیرا فاعل فعل «یریدا» در جمله مذکور، حکمین‌اند، در حالی که اگر حکمین وکلای زوجین بودند، باید فعل اراده به زوجین اضافه می‌شد.

د) حکم حکمین به جز در افتراق نافذ است و همین خصوصیت دلیل آن است

که حکمین وکیل نیستند؛ زیرا اگر آنان وکلای زوجین باشند، در همه تصمیمات خود باید بر مبنای نظر موکلان خود عمل نمایند.

۳-۱-۲. لوازم نظریه تحکیم

اگر حکمیت در دعوی خانوادگی را به لحاظ ماهیت تحکیم به شمار آوریم، باید به لوازم این نظریه ملتزم شویم. از جمله لوازم نظریه تحکیم یا قضاوت انتخابی، امور ذیل می‌باشد:

(الف) بر مبنای نظریه تحکیم، حکمین باید شرایط قضاوت را دارا باشند. فقهای امامیه میان قاضی منصوب از سوی امام و قاضی منتخب اصحاب دعوی در شرایط تفاوت قائل نشده و نوشته‌اند: در قاضی تحکیم همان شرایط قضاوت منصوب از سوی امام شرط است (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۸۶۱ / همو، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۳۸ / عاملی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۶۸ / همو، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۶۸ / اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲، ص ۱۷). شرایط قضاوت از نظر فقه اسلامی عبارت است از بلوغ، کمال عقل، ایمان، عدالت، حلال‌زاده‌بودن، اجتهاد و مردبودن (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۵۹)؛ بنابراین حکمین نیز باید دارای همین شرایط باشند، در نتیجه مثلاً نمی‌توان زنی را به عنوان حکم برگزید.

(ب) یکی دیگر از لوازم نظریه تحکیم «اعتبار قضایی رأی حکمین» است. براساس این نظریه رأی حکمین از اعتبار آرای قضایی برخوردار خواهد بود. به تعبیر حقوقی رأی قاضی از اعتبار امر مختومه برخوردار است (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۳۷)؛ اولاً، این رأی بر اصحاب دعوا نافذ و لازم‌الاجراست؛ ثانیاً، وقتی قاضی رأی را صادر کرد، به جز در موارد خاص نمی‌تواند از رأی خود برگردد؛ ثالثاً، قضات دیگر نیز نمی‌توانند رأی وی را نقض نمایند یا همان موضوع را با همان خصوصیات مجدداً مورد رسیدگی قرار دهند. این اوصاف اجمالاً مورد پذیرش بعضی فقها قرار گرفته است (نجفی، [بی‌تا]، ج ۴۰، ص ۴۳). حال اگر حکمیت نیز ماهیتاً قضاوت باشد، رأی حکمین از همین اعتبار برخوردار خواهد بود.

۴-۱-۲. نقد نظریه تحکیم

آنچه در اثبات نظریه تحکیم بیان گردید، قادر به اثبات این نظریه نیست. تمام ادله‌ای که

شیخ و دیگران اقامه کرده‌اند در حقیقت شواهد و قراینی است که فقط ثابت می‌نماید حکمین وکیل زوجین نیستند؛ سپس از این نفی، نتیجه ایجابی گرفته شده، تحکیم اثبات می‌گردد، در حالی که بر فرض تمام‌بودن شواهد ذکرشده در نفی نظریه توکیل، میان این نفی و آن اثبات هیچ تلازمی نیست. ممکن است حکمیت نه تحکیم و نه توکیل، بلکه ماهیت سومی باشد که بعداً آن را بررسی خواهیم کرد. افزون بر اشکال پیش‌گفته، به دلیل تفاوت حکمیت با تحکیم در موارد ذیل، التزام به لوازم نظریه تحکیم دشوار است: الف) هیچ دلیلی وجود ندارد که ثابت کند شرایط حکمین همان شرایط قضاات است، بلکه نمی‌توان برای حکمین جمیع شرایط قضاات را لازم شمرد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۲۳۱ / فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۴۹۷). به طور خاص میان شرط قرابت میان زوجین و حکمین که در قرآن کریم با تعبیر «أهله» و «أهلها» بیان گردید، با شرایط اجتهاد هیچ تناسبی نیست. مبتنی بر نظریه تحکیم باید مجتهدی از فامیل زوجین را برای حکمیت میان دعوای آنان برگزید. روشن است که در فامیل کمتر می‌توان یک فرد واجد شرایط قضای اسلامی یعنی مرد عادل مجتهد یافت.

ب) شیوه تعیین حکمین با روش انتخاب قاضی تحکیم متفاوت است. قاضی تحکیم، فردی است که دو طرف دعوا بر قضاوت او توافق نموده‌اند، در حالی که در حکمیت، هرکدام از اصحاب دعوا به طور مستقل اقدام به تعیین حکم خود می‌کند و در انتخاب حکم طرف مقابل دخالتی ندارد. اگر هم حکمین را فامیل طرفین یا دادگاه تعیین کند، هیچ‌یک از طرفین در تعیین آن نقشی ندارند. بعضی فقهای معاصر با اشاره به همین تفاوت گفته‌اند: تعبیر حکم در قرآن کریم دلیل بر ثبوت قاضی تحکیم و مشروعیت آن نخواهد بود و میان این دو مسئله ارتباطی نیست (همان).

ج) اختیارات حکمین با تحکیم قابل انطباق نیست. مطابق آنچه در روایات ذکر شده است، حکمین جز با اذن و اجازه زوجین نمی‌توانند رأی به افتراق صادر کنند. مطابق روایتی از امام صادق علیه السلام، حکمین حق تفریق ندارند، مگر اینکه اذن گرفته باشند و شرط کرده باشند که اگر خواستیم میان‌تان جمع یا تفریق کنیم:

لَيْسَ لِلْحَكَمَيْنِ أَنْ يُفَرِّقَا حَتَّى يَسْتَأْمِرَا الرَّجُلَ وَالْمَرْأَةَ وَ يَشْتَرِطَا عَلَيْهِمَا: إِنْ شِئْنَا جَمَعْنَا وَإِنْ

شَتْنَا فَرَقْنَا ... (ابن‌بابویه قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۲۱).

روایت مذکور و نظایر آن مبنای فتوای فقهای عظام قرار گرفته و نوشته‌اند: اگر حکمین بر تفریق توافق کردند، صحیح نیست، مگر به اذن زوج در طلاق و اذن زوجه در بذل در صورتی که طلاق خلع باشد (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۸۳ / عاملی، ۱۴۱۰، ص ۱۸۷). این حکم با تحکیم سازگاری ندارد؛ زیرا قاضی ولایت بر حکم دارد و حدود اختیار وی به غیر طلاق محدود نیست.

د) رأی حکمین درباره افتراق بدون اذن سابق زوجین اعتباری ندارد، در حالی که اگر آنان قاضی تحکیم باشند، دلیلی بر تحدید اختیار آنان در رأی به طلاق و موکول کردن آن به اذن زوجین وجود ندارد؛ زیرا اگرچه قضات تحکیم منتخب طرفین هستند؛ ولی حدود اختیار آنان را شرع مقدس تعیین کرده است.

افزون بر مطالب پیش گفته، بعضی از فقها در اصل مشروعیت قاضی تحکیم یا نفوذ حکم وی اشکال کرده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۴۹۷ / معاونت آموزش قوه قضائیه، گنجیه آرای فقهی، قضایی، سؤال ۵۲۸۸) و به نظر بعضی دیگر، قاضی تحکیم نهادی ویژه زمان پیامبر ﷺ یا عصر حضور امام معصوم علیه السلام است و در دوران غیبت تصور نمی‌شود؛ زیرا در دوران غیبت امام معصوم علیه السلام، تمام فقیهان به نصب عام به قضاوت منصوب شده‌اند؛ بنابراین عملاً هر مجتهدی در زمان ما قاضی منصوب است و در این صورت قضاوت تحکیمی مصداق نمی‌یابد (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۷۰ / همو، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۳۳ / سبزواری، [بی‌تا]، ص ۲۶۲ / خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۶، ص ۱۰).^۱

۲-۲. بررسی نظریه توکیل

نظریه دیگر درباره ماهیت داوری وکالت است. در ادامه نوشتار، جایگاه علمی نظریه توکیل، ادله و لوازم آن بررسی و ارزیابی می‌گردد.

۱. درباره این نظریه مناقشاتی وجود دارد که بیان آن خارج از حوصله این نوشتار است (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۸۰).

۱-۲-۲. جایگاه فقهی نظریه توکیل

از میان فقها فقط ابن‌براج در بعضی آثار خود نظریه توکیل را پذیرفته است؛ ولی وی نیز از این نظریه عدول کرده، نظریه تحکیم را قبول نموده است. ایشان به این تغییر نظر اذعان نموده و می‌نویسد:

ما در کتاب «الکامل فی الفقه» خود در این رابطه ذکر کرده‌ایم که این امر به صورت توکیل است و صحیح آن است که به صورت تحکیم می‌باشد؛ زیرا اگر توکیل باشد، هر آینه تابع مقررات وکالت و شرایط آن خواهد بود (ابن‌براج طرابلسی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۶۶).

بعضی نیز قائل به تفصیل شده، نوشته‌اند: اگر حکمین مبعوث حاکم باشند، تحکیم محض خواهد بود؛ ولی اگر منتخب زوجین باشند، از نوع توکیل خواهد بود (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۴۳۱).

بعضی حقوقدانان معاصر نوشته‌اند: بنا بر نظر مشهور، قرارداد داوری نوعی وکالت است. داوران به موجب قرارداد، به وکلای خود اختیار می‌دهند که درباره اختلافات آنان داوری کنند. رأی داور درباره طرفین و قائم مقام آنها نافذ است؛ ولی این نفوذ ناشی از حاکمیت اراده ایشان است (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۳۵). ظاهراً مقصود آنان مشهور حقوقدانان است و منظور آنان از داوری نیز داوری در آیین دادرسی مدنی است که به منازعات مدنی و تجاری مربوط می‌باشد و بعید است سخن ایشان ناظر به مطلق داوری از جمله داوری در دعاوی خانواده باشد. اگرچه توکیل شمردن ماهیت داوری در آیین دادرسی نیز موجه به نظر نمی‌رسد.

۲-۲-۲. ادله نظریه توکیل

دلایلی که ممکن است در تأیید و تقویت نظریه توکیل مورد استناد قرار گیرد، به اختصار بیان می‌گردد:

الف) زوجین هر دو بالغ و رشیدند و هیچ‌کس بر آن دو ولایت ندارد؛ بنابراین فقط کسانی می‌توانند در مورد روابط میان‌شان مداخله کرده و تصمیم بگیرند که از سوی آنان اجازه داشته باشند. شهید ثانی با اشاره به این مطلب می‌نویسد: بضع حق زوج و

مال (مهر و نفقه) حق زوجه است و زوجین هر دو بالغ و رشیدند و هیچ‌کس بر آن دو ولایت ندارد (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۷ / بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۶۲۹).

ب) حکمین قاضی نیستند؛ زیرا قاضی (اعم از قاضی منصوب و منتخب) باید مجتهد باشد؛ حال اگر حکمین نیز قاضی باشند، آنان نیز باید شرط اجتهاد را دارا باشند، در حالی که در حکمیت اجتهاد شرط نیست (همان).

۲-۲-۳. لوازم نظریه توکیل

با توجه به ماهیت عقد وکالت و اوصاف و احکام آن در فقه اسلامی، تطبیق حکمیت بر توکیل لوازمی به شرح ذیل خواهد داشت:

الف) قابلیت عزل حکمین: وکالت عقدی جایز است و موکل هر زمان که اراده کند، می‌تواند وکیل خود را از سیمتش برکنار نماید. حال اگر حکمیت ماهیتاً وکالت بوده و حکمین وکلای کسانی باشند که آنان را برگزیده‌اند، آنان هر زمان که اراده کنند، می‌توانند حکمین را عزل نمایند.

ب) محدودیت اختیارات حکمین در حدود اذن: یکی دیگر از لوازم نظریه وکالت، محدودیت اختیارات حکمین به حدود اذن است؛ زیرا وکلا خارج از حدود اذن اختیاری ندارند و تصمیمات آنان نافذ نیست.

ج) لزوم رعایت غبطه زوجین: وکیل در تمام اقدامات خود باید مصلحت و غبطه موکل خود را در نظر بگیرد. حال اگر حکمیت از نوع وکالت باشد، هریک از حکمین باید مصالح و منافع کسی که از سوی وی تعیین شده است را در آرا و تصمیم‌های خود مد نظر قرار دهد.

۲-۲-۴. نقد نظریه توکیل

نهاد حاکمیت با وکالت نیز سازگار نیست و ادله‌ای هم که برای این نظریه بیان شد، فقط نظریه تحکیم را نفی می‌کند و از نفی تحکیم، توکیل ثابت نمی‌شود. درست است که زوجین هر دو بالغ و رشیدند و کسی بر آنان ولایت ندارد؛ ولی باید توجه داشت که در حالت شقاق و اصرار بر آن، زوجین هر دو ممتنع از انجام وظایف شرعی

محسوب می‌شوند و حاکم بر ممتنع ولایت دارد و می‌تواند وی را به تمکین مجبور نماید. در این مسئله نیز ممکن است گفته شود با اصرار زوجین بر شقاق، حاکم اقدام به تعیین حکم می‌کند و زوجین را به پذیرش رأی حکمین مجبور خواهد نمود (حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۳۹۶). استدلال دوم نیز از قوت لازم برخوردار نیست و نظریه توکیل را ثابت نمی‌کند؛ اولاً، بعضی فقهای مدافع نظریه تحکیم، شرط اجتهاد را در حکمین لازم نمی‌دانند؛ به این دلیل که مورد آن امر جزئی است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۷). از این رو، نمی‌توان گفت چون در حکمین اجتهاد شرط نیست، پس آنان وکیل‌اند؛ ثانیاً، این استدلال فقط تحکیم را نفی می‌کند و دلیل بر توکیل نخواهد بود؛ زیرا با طرح احتمال سومی که پس از این بیان می‌گردد، میان نفی تحکیم و اثبات توکیل ملازمه‌ای نخواهد بود.

صرف نظر از همه آنچه بیان شد، حکمیت را در صورتی می‌توان با وکالت مقایسه کرد که حکمین منتخب زوجین باشند؛ ولی اگر مطابق نظر بعضی فقها تعیین آنان بر عهده خویشان زوجین یا حاکم شرع باشد، در این صورت با عقد وکالت کاملاً بیگانه است.

مطابق بعضی از روایات، مخاطب فعل «ابعثوا» خویشان زوجین‌اند. در روایتی از محمدبن‌سیرین از عبیده آمده است:

زن و مردی نزد امام علیؑ آمدند، در حالی که همراه هریک گروهی از مردم بودند. امام به همراهان زوجین فرمود: حکمی از اهل زن و اهل مرد برگزینید: «أَتَى عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ - مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِتْنَةٌ مِنَ النَّاسِ. فَقَالَ عَلِيٌّ ابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۳۵۴).

مبنتی بر این روایت، حکمین نمی‌توانند وکلای زوجین باشند؛ زیرا وکالت عقدی میان موکل و وکیل است و کسی جز به رضایت دیگری بر وی وکالتی نخواهد داشت.

۲-۳. بررسی نظریه کارشناسی (خبرویت)

ممکن است حکمیت در دعاوی خانوادگی بر هیچ‌یک از نظریات تحکیم و توکیل

منطبق نبوده، ماهیت متمایزی داشته باشد. نگارنده از این ماهیت متمایز به «کارشناسی» تعبیر می‌نماید. تا آنجا که بررسی گردید، نظریه کارشناسی در منابع فقهی ذکر نشده است؛ فقط می‌توان از بعضی منابع تمایلی به این نظریه مشاهده کرد. سید عبدالاعلی سبزواری درباره مفهوم حکم نوشته است: مراد از حکم در مقام، حاکم شرعی نیست، بلکه این کلمه از احکام یعنی منع از تنافر و تخاصم میان زوجین است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۲۳۱)؛ یعنی کسی که توانایی رفع شقاق و ایجاد وفاق را داشته باشد. ایشان همچنین نوشته است: حکمین باید در جهت اصلاح میان زوجین «خبره» باشند (همان).

حکمیت به لحاظ شرایط حکمین و مبانی آن با کارشناسی قرابت بسیار دارد. در ادامه نوشتار، ادله تطبیق حکمیت بر نظریه کارشناسی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۳. انطباق شرایط حکمین با کارشناسی

شرایطی که از آیه مورد بحث برای حکمین استنباط می‌گردد، با شرایط کارشناس منطبق است. همان‌گونه که پیش از این در مفهوم واژه حکم بیان گردید، حکم در اصل به معنای منع می‌باشد؛ منعی که برای اصلاح صورت می‌گیرد. در قرآن کریم واژه حکم گاهی به معنای داوری و گاهی به معنای ایتقان و استواری آمده است؛ مانند «فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ» در آیه ۱۱۳ سوره مبارکه بقره و «يُحْكِمُ اللَّهُ آيَاتِهِ» در آیه ۵۲ سوره مبارکه حج. فعل «يَحْكُمُ» به معنای حکم کردن و داوری نمودن؛ ولی فعل «يُحْكِمُ» به معنای استوار ساختن و محکم نمودن است؛ بنابراین واژه «حکم» غیر از معنای حاکم شرع، معنای دیگری نیز دارد و آن منع، استواری و تحکیم است که اتفاقاً همین معنای اخیر می‌تواند معنای اصلی و ریشه واژه «حکم» در آیه مورد بحث باشد. در نتیجه، از این تعبیر می‌توان شرط «خبرویت» را برای حکمین استنباط کرد. به جز این شرط و شرط «قرابت» که آیه به آن تصریح کرده، شرط دیگری ذکر نشده است؛ با اینکه ظاهراً آیه مبارکه در مقام بیان بوده است؛ بنابراین دلیلی بر اعتبار شروط دیگر نظیر مرد بودن یا اجتهاد وجود ندارد (همان، ص ۲۳۰)، در حالی که اگر حکمیت را بر تحکیم منطبق سازیم، ناگزیر

باید بر شرایط مذکور در آیه موارد دیگری را اضافه کنیم.

۲-۳-۲. انطباق مبانی حکمیت با کارشناسی

انتظار می‌رود به اختلافات میان اشخاص از جمله منازعات خانوادگی، قضات محاکم رسیدگی نمایند؛ ولی قرآن کریم بر لزوم تشکیل نشست چهارنفره‌ای با حضور زوجین و حکمین برگزیده آنان از میان خانواده یا خویشان برای رسیدگی به اختلاف زوجین و حل و فصل آن تأکید نموده است. به نظر می‌رسد مبنای توصیه به حکمیت در دعاوی خانواده به جای رجوع به قضات محاکم، تأثیر اندک شیوه قضایی در حل مسائل و مناقشات خانواده است، بلکه در برخی موارد، شیوه حقوقی و قضایی برای حل مسئله آن را پیچیده خواهد کرد. آنچه در ذیل می‌آید، ضرورت رسیدگی به دعاوی خانواده به روش غیرقضایی^۱ را اثبات می‌نماید.

الف) مشکلات غیرحقوقی خانواده: برخی مشکلات نهاد خانواده ماهیت غیرحقوقی دارد و به همین دلیل، شیوه قضایی قادر نیست این‌گونه مشکلات را مدیریت نموده، برای آن راه‌حل ارائه کند؛ زیرا قضاوت مبتنی بر مستندات قانونی و قواعد حقوقی است، در حالی که ماهیت بسیاری از مشکلات خانواده «اخلاقی» است؛ به طور مثال، سوء رفتار زوج با همسر تا وقتی به حرج زوجه منتهی نگردد، برای آن راه‌حل حقوقی و قضایی وجود ندارد. سخت‌گیری‌های زوج در امور مالی تا زمانی که ترک انفاق به شمار نیاید، راه‌حل حقوقی و قضایی ندارد. در جانب رفتار زوجه نیز مطلب به همین صورت است. سوء معاشرت زوجه با شوهر فقط وقتی راه‌حل حقوقی و قضایی دارد که به «نشوز» وی منتهی گردد و سایر مشکلات در روابط میان اعضای خانواده جنبه اخلاقی و عاطفی دارد و در این حوزه، ابزار خشک حقوقی کارآمدی چندانی ندارد، بلکه روش‌های حقوقی که قهری و انعطاف‌ناپذیر است، در حریم خانواده بی‌فایده و

۱. در زمان ما از این روش‌ها به روش جایگزین حل و فصل اختلافات تعبیر می‌شود که به اختصار (ADR) یعنی Alternative Dispute Resolution نامیده شده است (در این باره، ر.ک: هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۵۹).

گاهی زیانبار می‌باشد. کم نیست اختلافات میان زوجین یا والدین و فرزندان که با زبان ملایم و مؤثر موعظه رخت برمی‌بندد و حال آنکه اگر حقوق و دادگاه مداخله نماید، فقط به تشدید اختلاف می‌انجامد.

ب) مشکلات پنهانی خانواده: بخش قابل توجهی از مسائل حوزه خانواده جنبه پنهانی دارد. در این صورت، حقوق و قضا برای حل آن ابزارهای اثباتی در اختیار ندارد؛ مانند مردی که در حریم خانواده با تیغ سخن، به همسرش توهین رومی دارد و وی را آزار می‌دهد یا از وی تقاضاهای نامتعارفی دارد؛ ولی در محکمه آن را انکار می‌کند. این امور اگرچه ماهیت حقوقی دارد؛ ولی زوجه برای اثبات مدعای خود دلیلی ندارد و برای محکمه نیز برای ورود به حریم خصوصی زوجین راهی نیست. در نتیجه طرح دعوی در دادگاه بی‌نتیجه خواهد ماند، در حالی که حکمین با زوجین رابطه خویشی دارند و آنان در ارتباط نزدیک با زوجین‌اند و به همین دلیل در صورت برخورداری از قدرت تشخیص و توان درمان، به آسانی می‌توانند این‌گونه مشکلات را مدیریت نمایند.

ج) لزوم حفظ قداست خانواده: در محاکم قضایی، طرفین دعوا ناچارند برای دفاع از خود هرگونه اسراری را فاش سازند. روشن است که بیان اسرار خانوادگی نزد بیگانه و اجنبی باعث جریحه‌دار شدن احساسات زن و شوهر خواهد شد. در چنین حالتی، اگر هم زن و شوهر به حکم دادگاه و به اجبار به خانه بازگردند، دیگر از آن محبت و صمیمیت و وحدت معنوی سابق خبری نخواهد بود. تجربه نشان داده است زن و شوهری که راهی دادگاه شده‌اند، دیگر آن زن و شوهر سابق نیستند. روشن است که در محکمه صلح خانوادگی، اسرار خانوادگی به خاطر شرم حضور فامیل یا مطرح نمی‌شود و یا اگر مطرح شود، چون در برابر فامیل یا آشناست، اثر سوئی نخواهد داشت.

د) اهتمام حکمین به بقای خانواده: حکمین با زوجین رابطه خویشی دارند و همین امر موجب می‌شود که با انحلال خانواده جز در موارد ضرورت موافقت نکنند؛ زیرا می‌دانند که ادامه اختلاف یا جدایی زوجین چه پیامدهایی در روابط متقابل و سرنوشت فرزندان بر جای خواهد گذاشت. به همین دلیل نمی‌توانند به سرنوشت آنان بی‌تفاوت

باشند. اگرچه قضات محاکم نیز به دلیل برخورداری از شایستگی اخلاقی بالا، نسبت به سرنوشت زوجین و فرزندان آنان دلسوزند؛ ولی در هر حال، آنان بیگانه محسوب می‌شوند و با زوجین منافع مشترک ندارند (مکارم شیرازی، سال ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۳۷۶)؛ بنابراین حکمین به مراتب بیشتر از قضات به دنبال بقای خانواده‌اند.

نتیجه

تحقیق حاضر سه احتمال درباره ماهیت حکمیت در دعاوی خانوادگی را مورد بررسی قرار داده، به نتایج ذیل دست یافته است:

الف) اگرچه نظریه پذیرفته‌شده در فقه امامیه، تطبیق حکمیت بر تحکیم است؛ ولی این نظریه ادله قابل اعتمادی ندارد و التزام به این نظریه دشوار است. نظریه توکیل نیز جایگاه فقهی روشنی ندارد و ادله‌ای که برای اثبات آن اقامه می‌شود، ارزش اثباتی ندارد. ب) نظریه کارشناسی در فقه مورد توجه قرار نگرفته است؛ ولی شرایط حکمین و اختیارات آنان و نیز مبانی حکمیت با نهاد کارشناسی سازگاری بیشتری دارد. مبتنی بر این نظریه، حکمین کارشناسانی‌اند که از سوی زوجین یا خویشان آنان یا محاکم خانواده برگزیده می‌شوند تا ریشه شقاق را شناسایی کرده، برای سازش آنان تدبیری اتخاذ نمایند. رأی آنان برای زوجین الزام‌آور نیست، مگر اینکه از پیش شرط کرده باشند. محاکم قضایی نیز به صدور اجرائیه بر مبنای نظریه حکمین ملزم نیستند و با تصمیم آنان مانند نظریات سایر کارشناسان برخورد می‌شود.

منابع

١. ابن بابويه قمى (شيخ صدوق)، محمد بن على؛ من لا يحضره الفقيه؛ ج ٢، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ١٤١٣ق.
٢. ابن براج طرابلسى، عبدالعزيز؛ المهذب؛ قم: جامعه مدرسين، ١٤٠٦ق.
٣. ابن زهره حلبى، حمزة بن على؛ غنية النزوع إلى علمى الأصول والفروع؛ ج ١، قم: مؤسسه امام صادق ؑ، ١٤١٧ق.
٤. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم؛ لسان العرب؛ ج ١، [بى جا]: دار احياء التراث العربى، ١٤٠٥ق.
٥. اردبيلى، احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة والبرهان فى شرح إرشاد الأذهان؛ ج ١، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ١٤٠٣ق.
٦. بحراني، يوسف بن احمد؛ الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة؛ ج ١، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ١٤٠٥ق.
٧. جعفرى لنگرودى، محمد جعفر؛ مبسوط در ترمينولوژى؛ ج ١، تهران: كتابخانه گنج دانش، ١٣٧٨.
٨. جوهرى، اسماعيل بن حماد؛ الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية؛ ج ١، بيروت: دارالعلم للملايين، ١٤١٠ق.
٩. حائرى طباطبايى، سيد على؛ رياض المسائل؛ ج ١، قم: مؤسسه آل البيت ؑ، ١٤١٨ق.
١٠. حرّ عاملى، محمد بن حسن؛ وسائل الشيعه؛ ج ١، قم: مؤسسه آل البيت ؑ، ١٤٠٩ق.
١١. حلى، جعفر بن حسن؛ المختصر النافع فى فقه الإمامية؛ ج ٦، قم: مؤسسه المطبوعات الدينية، ١٤٠٨ق.

۱۲. حلی، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۳. حلی، جعفر بن حسن بن مطهر اسدی؛ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۱۴. حلی، جعفر بن حسن بن مطهر اسدی؛ تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية؛ ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۱۵. حلی، جعفر بن حسن بن مطهر اسدی؛ مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۶. خوانساری، سیداحمد؛ جامع المدارک فی شرح مختصر المنافع؛ ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
۱۷. راغب اصفهانی، حسین بن محمد؛ مفردات ألفاظ القرآن؛ ج ۱، سوریه: دارالعلم - الدار الشامیة، ۱۴۱۲ق.
۱۸. راوندی، قطب الدین؛ فقه القرآن فی شرح آیات الأحكام؛ ج ۲، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ق.
۱۹. زبیدی واسطی، سیدمحمد؛ تاج العروس من جواهر القاموس؛ ج ۱، بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۱۴ق.
۲۰. سبحانی تبریزی، جعفر؛ نظام النکاح فی الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ۱، قم: [بی نا]، [بی تا].
۲۱. سبزواری (محقق)، محمدباقر؛ کفایة الأحكام؛ ج ۱، اصفهان: انتشارات مهدوی، [بی تا].
۲۲. سبزواری، سیدعبدالاعلی؛ مهذب الأحكام؛ ج ۴، قم: مکتبة آیت الله سبزواری، ۱۴۱۳ق.
۲۳. طباطبایی، سیدمحمدحسین؛ تفسیر المیزان؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۴. طبرسی، فضل بن حسن؛ مجمع البیان فی تفسیر القرآن؛ ج ۳، تهران: انتشارات

- ناصر خسرو، ١٣٧٢.
٢٥. طريحي، فخرالدين؛ مجمع البحرين؛ ج ٢، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامي، ١٣٦٧.
٢٦. طوسي، محمد بن حسن؛ التبيان في تفسير القرآن؛ ج ١، بيروت: مكتب الإعلام الإسلامي، ١٤٠٩ق.
٢٧. طوسي، محمد بن حسن؛ الخلاف؛ ج ١، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٧ق.
٢٨. طوسي، محمد بن حسن؛ المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ٣، تهران: المكتبة المرتضوية، ١٣٨٧.
٢٩. عاملي (شهيد اول)، محمد بن مكّي؛ الدروس الشرعية في فقه الإمامية؛ ج ٢، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٧ق.
٣٠. عاملي (شهيد اول)، محمد بن مكّي؛ اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية؛ ج ١، بيروت: دار التراث - الدار الإسلامية، ١٤١٠ق.
٣١. عاملي (شهيد ثاني)، زين الدين بن علي؛ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية؛ ج ١، قم: كتابفروشي داوري، ١٤١٠ق.
٣٢. عاملي (شهيد ثاني)، زين الدين بن علي؛ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ١، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ١٤١٣ق.
٣٣. عاملي، سيد محمد؛ نهاية المرام؛ ج ١، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٣ق.
٣٤. فاضل آبي، حسن بن ابى طالب؛ كشف الرموز في شرح مختصر النافع؛ ج ٣، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٧ق.
٣٥. فاضل لنكراني، محمد؛ تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة (النكاح)؛ ج ١، قم: مركز فقه الاثمة الاطهار، ١٤١٢ق.
٣٦. فخر رازي، امام محمد؛ تفسير الكبير؛ بيروت: دار الفكر، ١٤١٥ق.
٣٧. فراهيدي، خليل بن احمد؛ كتاب العين؛ ج ٢، قم: نشر هجرت، ١٤١٠ق.
٣٨. فيض كاشاني، مولى محسن؛ الصافي في تفسير كلام الله؛ ج ١، مشهد: دار المرتضى للنشر، [بى تا].

۳۹. کاتوزیان، ناصر؛ اعتبار امر قضاوت‌شده در دعاوی مدنی؛ چ ۴، تهران: کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۷۳.
۴۰. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
۴۱. مروارید، علی اصغر؛ سلسله الینایع الفقهیة؛ چ ۱، بیروت: مؤسسه فقه الشیعة، ۱۴۱۰ق.
۴۲. مشهدی قمی، میرزا محمد؛ تفسیر کنز الدقائق؛ چ ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۰۷ق.
۴۳. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم؛ فقه القضاء؛ چ ۲، قم: [بی‌نا]، ۱۴۲۳ق.
۴۴. هدایت‌نیا، فرج‌الله؛ داوری در حقوق خانواده؛ تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷.

