

داوری در طلاق

دکتر عبدالرسول دینانی (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی و وکیل پایه یک دادگستری)

مقدمه

یکی از پیش شرط‌هایی که قانونگذار شرعی برای تحقق طلاق معین فرموده و البته مورد پذیرش قانونگذار عرفی نیز واقع گردیده، ارجاع امر به داوری می‌باشد. طبیعی است زوجین در بدو زندگی مشترک زناشویی و یا حتی پس از آن ممکن است در اثر عدم تجربه کافی و غلبه احساسات و عکس‌العمل‌های تلافی‌جویانه ناشی از عدم شناخت روحيات متقابل مختص زن و مرد و برخوردارنبودن از پختگی لازم، تصمیم مهمی مبنی بر انحلال رابطه زناشویی خود بگیرند که اگر این تصمیم بر پایه عقل و منطق صحیح استوار نباشد، چه بسا یک عمر پشیمانی و حسرت به همراه داشته باشد. بسیاری از زنان و مردانی که پا اندر فراق نهاده‌اند، پس از این عمل متوجه شده‌اند چه سرمایه گرانبهائی را از دست داده‌اند؛ اما متأسفانه، همیشه عدول از این تصمیم و اعاده وضعیت سابق و زناشویی قبلی ممکن نیست. اهمیت دقت وافر در این تصمیم در آنجا که پای آینده کودکان معصومی در کار باشد، مضاعف می‌شود. در حقیقت، قربانیان اصلی از هم گسیختگی رابطه زناشویی همان کودکان معصومی هستند که در زمانی که در وجود خود بیشترین نیاز عاطفی و روحی به حضور پشتیبانی معتمد و دلسوزی صمیمی احساس می‌کنند، خود را همچون گوشت قربانی در دست اقوام و یا اغیاری می‌بینند که اگر توجهی به آنها می‌کنند تنها دلیل آن بر انگيخته‌شدن حس ترحم آنهاست و نه عشق و

۲

محبت ناشی از یافتن ادامه حیات خود در حیات آنها و ملاحظه وجود خود در تماشای گل وجود آنها! معمولاً زوجین در تب و تاب ناشی از برانگیخته شدن احساسات خود غافل از توجه به عواقب و تبعات منفی انحلال رابطه زناشویی خود در روابط شخصی و همچنین روابط فرزندشان می‌شوند. پس لزوم یک یادآوری کننده و هشدار دهنده در بدو بروز شقاق و دشمنی بین زوجین لازم و ضروری می‌نماید. گاه چنان غلبه احساسات، زوجین را به مرز تعقل ناپذیری می‌رساند که مداخله افرادی که با اطلاعات و تجارب کافی خود از دیگران ممتاز شده‌اند، به عنوان تذکردهنده عواقب ناشی از انحلال روابط زناشویی لازم می‌گردد. باید دانست بسیاری از عوامل شقاق به دلیل عدم عمق بهراحتی قابل برطرف شدن هستند و بیشتر مسائل اختلاف برانگیز در همه خانواده‌ها با تفاوت‌های اندک وجود دارند. چه بسا با مداخله چنین تذکر دهنده‌ای از گسیخته شدن یک اجتماع انسانی نافع پرهیز شود. رسالت انبیای الهی نیز همین تذکر است؛ زیرا که «فذكر انما انت مذكر» و تذکر پیامبرگونه در بردارنده منفعت برای مومنین است «**فان الذكري تنفع المومنین**».

ما در این مقاله به مسائلی که در خصوص نقش این تذکر دهندگان است می‌پردازیم، که قانون از آنها به عنوان حَکَم و داور یاد کرده است. در این رابطه به چند سؤال اساسی پاسخ می‌دهیم که عبارتند از اینکه آیا ارجاع به داوری ضرورتی دارد؟ چه کسی باید داور را انتخاب کند؟ آیا وجود یک داور کافی است یا باید از هر دو طرف، داورهای مستقل انتخاب شوند؟ شرایط داورها چیست؟ و در نهایت اینکه، آیا داورها می‌توانند بابت داوری خود مستحق اجرتی بشوند؟

لزوم ارجاع امر به داوری

الزام و مستند ارجاع به داوری، حکم آیه شریفه قرآن کریم در آیه ۴۰ سوره نساء می‌باشد، که می‌فرماید: «فان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً من اهلہ و حکماً من اهلها فان یریدا اصلاحاً یوفق الله بینهما ان الله کان علیماً خبیراً» یعنی؛ اگر از اختلاف و دشمنی بین زوجین می‌ترسید، داوری از میان خویشان زوج و داوری از میان خویشان زوجه برگزینید که اگر بخواهند آشتی برقرار نمایند، خداوند آنها را موفق می‌دارد. همانا خداوند گشایش‌دهنده داناست.

لازم به ذکر است که آیه قرآن در اینجا مستقیماً قابل استناد می‌باشد و از این حیث، آیه مذکور قابلیت اجرایی مضاعف پیدا کرده است. یکی از این جهت که قرآن کریم به اطلاق و یا به عموم وفق اصل چهارم قانون اساسی، بر کلیه قوانین مملکتی حکومت دارد و دیگر از این جهت که در حقوق موضوعه مملکت ما مستقیماً عین عبارات این آیه قرآن در بین نصوص قانونی آمده است. بنابراین، برای فهم حدود دلالت این آیه باید از اصول و قواعد فقهی در تفسیر بهره جست.

برای شناخت اینکه آیا ارجاع امر به داوری شرط ماهوی صحت ایقاع طلاق است یا نه، باید صیغه امر «فابعثوا» را در این آیه مورد بررسی قرارداد. سؤال این است که آیا صیغه امر مذکور در این آیه دال بر وجوب است یا استحباب؟

در پاسخ باید گفت، که اگر استنباط ما از این صیغه، امر وجوبی باشد، ارجاع به حکمیت قاعده امری بوده و الزام قانونی برای رعایت آن وجود دارد؛ ولی اگر امر مندرج در آیه فوق

۴

را امر استحبابی بدانیم، آیه صرفاً متضمن مفاد یک قاعده اخلاقی خواهد بود که برای کمال طلاق مناسب است، وجود داشته باشد.

در این رابطه باید متذکر شد که هر چند اساساً طبق قاعده اصولی، صیغه امر دلالت بر وجوب دارد، ولی عموماً از این آیه - بخصوص قبل از انقلاب - استفاده استحباب می‌شد؛ اما بعد از انقلاب، از آن استفاده وجوب شد و تفسیری که ارجاع امر به حکمین را لازم می‌شمرد قوت گرفت؛^(۱) و این بود که در اکثر قوانین مربوط به طلاق که بعد از انقلاب به تصویب رسیده است، همین تفسیر مد نظر قرار گرفت و ارجاع به داوران به عنوان یک قاعده کلی و لازم قلمداد گردید. اولین قانون بعد از انقلاب که ارجاع به داوران را لازم شمرد، تبصره "۲" ماده (۳) لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ بود، که در آن هم ارجاع به داوران و هم اخذ گواهی عدم امکان سازش به عنوان دو مرحله اجباری قرار داده شد؛ منتها این لایحه استثنائاً ارجاع به حکمیت و یا مراجعه به دادگاه در موردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد را لازم ندید؛^(۲) اما در اصلاحات وارد شده توسط ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام سال ۱۳۷۷ حتی موارد طلاق توافقی را نیز منوط به مراجعه به دادگاه نمود، که طبعاً برای صدور گواهی عدم امکان سازش، مداخله داور را نیز به عنوان یک مرحله اجباری در همه اقسام طلاق قرار داد.^(۳) به هر حال، باید توجه داشت که اساساً ارجاع به داور ناظر به مواردی است که طلاق بنا به خواسته مرد صورت می‌گیرد؛ یعنی مرد با پرداخت حقوق زوجه خود، او را طلاق می‌دهد؛ زیرا قانونگذار شرعی بنا به روایت

نبوی معروف «الطلاق بید من اخذ بالساق» اصولاً طلاق را به دست مرد قرار داده است و در چنین شرایطی ارجاع به حکمین را لازم شمرده است.

سؤال بعدی که مطرح می‌گردد، این است که آیا ارجاع به حکمین شرط ماهوی صحت طلاق است یا خیر؟ بدون ورود در گرداب هولناک^(۴) شناخت ماهیت امر حقوقی، منظور ما از شرط ماهوی، امری است که بدون آن صحت عقد زیر سؤال برود؛ یعنی بدون شرط، آن ماهیت در عالم خارج محقق نگردد. استنباط ما از مقررات مربوط به داوری در شرع و قانون بنابر ماده واحده مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، این است که ارجاع به داوری با شرایط مذکور آن به عنوان یک مرحله قبل از طلاق، شرط ماهوی صحت طلاق است.

اما سؤال دیگر این است که آیا قاضی در صدور گواهی عدم امکان سازش ملزم به تبعیت از نظر داوران می‌باشد یا خیر؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت، رویه عملی دادگاه‌های ما این است که در طلاق به خواسته مرد، ارجاع به داوری صرفاً در حد یک مداخله صوری تلقی گردیده و در صورتی که زوج مصرّ به طلاق باشد، نظر داوران مورد توجه قرار نگرفته و الزامی برای قاضی به وجود نمی‌آورد.^(۵) یعنی چنانچه زوج صرفاً به دلیل ذوّاق و مطلاق^(۶) بودن بخواهد زن خود را طلاق دهد، هیچ مانع شرعی برای وی موجود نیست، حتی اگر داوران حکم به امکان ملایمت اخلاقی و قایل به نفی هر گونه شقاق بشوند. پشتوانه این نظر، استدلال به عبارت “هر وقت که بخواهد” مندرج در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی است. قانون مدنی در

این ماده، استفاده از اختیار طلاق را به عنوان یک حق مدنی برای مرد، محدود به هیچ مانعی ننموده است.

اما به نظر ما در تحلیل این مسئله باید تبصره “۲” ماده (۳) لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ و ماده واحده مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۰ را بررسی کنیم. تبصره “۲” مقرر می‌داشت، در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق به زوج خواهد داد. و ماده واحده نیز می‌گوید: چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه و حکمین از دو طرف که برگزیده دادگاهند (آن‌طور که قرآن کریم فرموده است) حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش، آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. در این دو ماده، “حل اختلاف عملی و مؤثر” ملاک قرار گرفته است، نه “امکان حل اختلاف”. بنابراین، می‌توان استنباط نمود که چنانچه داورها بر امکان ملایمت اخلاقی نظر دادند و زوج با وجود این، اصرار به طلاق داشته باشد، اتباع نظر داورها لازم نیست و نظر زوج مبنی بر اصرار بر طلاق باید محترم داشته شود. این نظر هر چند در کلیت خود ایرادی ندارد، ولی در عمل موجب می‌شود قضات محترم در مواردی که طلاق بنا به خواسته مرد است، دقت وافی در انتخاب داورها و احراز شرایط آنان به عمل نیاورند و آن را در حد یک مداخله صوری تلقی نمایند؛ در حالی که همان‌طور که بیان شد، ارجاع به داور با شرایط آن، شرط ماهوی صحت طلاق است.

در اینجا سؤال دیگری که مطرح می‌شود این است که نقش دادگاه در طلاقی که بنا به اراده مرد صورت می‌گیرد، چیست؟ آیا این نقش بی‌رنگ نشده است؟ اگر این‌طور باشد قضات محترم دادگاه خانواده باید از خود بپرسند چه لزومی دارد در امری که اساساً آخذ

بالساق - که شوهر باشد - حرف اول و آخر را می زند، مداخله کنند؟ چه دلیلی وجود دارد که در تأسیسی که اساساً از تأسیسات حقوق خصوصی و تابع روابط فیما بین است، خود را درگیر کنند؟

در کنار این سئوالات، سؤال دیگری نیز وجود دارد که آیا می توان قلمرو عدم امکان سوء استفاده از حق را به مورد استفاده شوهر از حق طلاق همسر خود سرایت داد و به قاضی این امکان را داد که در صورت سوء استفاده شوهر از این حق، مانع تحقق طلاق شود؟

پاسخ این سئوالات دشوار است؛ زیرا از طرفی نمی توان فارغ از شرایط جهانی و نهضت‌های فمینیستی، نص ماده (۱۱۳۳) ق.م. را مد نظر قرار داد و سئوالات نوع اول را مطرح نمود و از طرف دیگر هم نمی توان قلمرو “ممنوعیت سوء استفاده از حق” یا به قول استاد کاتوزیان “خطا در اعمال حق” را به مورد استفاده از حق طلاق سرایت داد؛ زیرا این مفهوم هنوز جایگاه کلی خود را در حقوق ما باز نکرده، چه برسد به اعمال آن در مقررات مربوط به طلاق. به هر حال، به نظر ما برای یافتن توجیه شرعی دیگری برای نقش مداخله گرانه دادگاه در امر طلاق بنا به خواسته مرد، دادگاه باید از بررسی تأمین حقوق زوجه فراتر رفته و بدو از طریق خودش و یا از طریق داورها تلاش برای اصلاح ذات البین بنماید و در امر احراز و تحقق شقاق واقعی بکوشد. نباید نقش دادگاه را در موردی که طلاق بنا به خواسته مرد می باشد، محدود به بررسی رعایت حقوق زوجه نمود، بلکه مهم ترین مأموریت دادگاه، احراز همین دشمنی و شقاق واقعی است.

پی نوشت‌ها:

۱ - برای دیدن نظرات مختلف فقهی نگاه کنید به: استاد شهید مرتضی مطهری، نظام حقوقی زن در اسلام، ص ۳۰۲.

همچنین به نظریه مشورتی شماره ۷/۱۹۴-۱۳۷۲/۱/۱۵ که در آن آمده است: صدور گواهی عدم امکان سازش بدون ارجاع امر به داوری صحیح نیست.

۲ - این تبصره مقرر می‌داشت: موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده. ولی در مواردی که شوهر به استناد ماده (۱۱۳۳) قانون مدنی، تقاضای طلاق می‌کند، دادگاه بدواً حسب آیه کریمه «فان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً من اهلہ و حکماً من اهلها فان یریدا اصلاحاً یوفق الله بینهما ان الله کان علیمّاً خبیراً» موضوع را به داور ارجاع می‌کند 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.

۳ - ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مقرر می‌دارد: «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 دعوا نمایند. چنانچه اختلاف فی‌مابین از طریق دادگاه و حکمین از دو طرف که برگزیده دادگاهند (آن‌طور که قرآن کریم فرموده است) حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش، آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر رسمی طلاق حق ثبت طلاق‌هایی که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است، را ندارند؛ در غیر این صورت از سر دفتر خاطی سلب صلاحیت به عمل خواهد آمد.»

۴ - اصطلاح از دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دایره المعارف حقوقی، ج ۵، ص ۲۷۰، ذیل ماهیت حقوقی.

۵ - رویه عملی واصله از طریق بیان شفاهی ریاست محترم مجتمع قضایی خانواده تهران، جناب آقای حسن حمیدیان.

۶ - ذوات یعنی بسیار چشنده و مطلق یعنی بسیار زن طلاق‌دهنده. بدیهی است ذوات و مطلق، هوسران نیز هست و حقوق زوجات را نادیده می‌گیرد. این است که مشمول لعن الهی از زبان پیغمبر اکرم واقع شده‌اند ر.ش. دکتر عبدالرسول دینانی، حقوق خانواده، ازدواج و انحلال آن ص ۱۵۸.

مخاطب صیغه امر

سؤال بعدی که در این رابطه وجود دارد، این است که آیا خطاب صیغه امر در آیه مبنی بر گزینش داور متوجه کیست؟ آیا این قضات هستند که باید داور انتخاب کنند یا مخاطب این آیه، کل جامعه اسلامی به عنوان انجام یک واجب کفایی است و یا اینکه خطاب متوجه خود زوجین است و بر آنهاست که راساً قبل از مراجعه به دادگاه، مبادرت به انتخاب داور نمایند؟

از ظاهر ماده واحده مقررات مربوط به طلاق چنین استنباط می شود که خطاب آیه متوجه قضات است زیرا در این ماده آمده است: «چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه و حکمین که برگزیده دادگاهند، (آن طور که قرآن کریم فرموده است) حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفاتر طلاق خواهد فرستاد.» بر اساس نظر فوق، این امر بر عهده قاضی است که در بدو امر مسئله را به دو نفر حکم (داور) واگذار کند که در این خصوص تصمیم بگیرند و به اصطلاح از شقاق (دشمنی و اختلاف) جلوگیری نمایند. البته در فقه، در اینکه حکم (داور)ها باید با توافق طرفین انتخاب شوند یا نه، اختلاف نظر وجود دارد. نظر مشهور این است که خطاب آیه مبنی بر انتخاب داوران، متوجه قضات است^(۷) و نیازی به توافق زوجین در امر انتخاب داورها وجود ندارد. اما ماده (۲) آیین نامه اجرایی تبصره «۱» این ماده مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ در خصوص نحوه دعوت و بررسی صلاحیت داور مقرر می دارد: «پس از صدور قرار ارجاع امر به داور، هر یک از زوجین مکلفند ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ (تصمیم دادگاه) یک نفر از بین

اقارب خود را که واجد شرایط لازم در این آیین‌نامه هستند، به عنوان داور به دادگاه معرفی نمایند. در ماده (۳) آیین‌نامه آمده است: «در صورتی که در بین اقارب، فرد واجد شرایط نباشد یا اقارب از پذیرش داوری امتناع نمایند، هر یک از زوجین می‌تواند داور خود را از بین افراد دیگر که واجد صلاحیت هستند، تعیین و معرفی نماید و در صورت امتناع یا عدم تمایل وی در معرفی داور، دادگاه راساً از بین افراد واجد شرایط مبادرت به تعیین داور خواهد کرد.»

به این ترتیب، آیین‌نامه مربوط، حق انتخاب داورها را به خود زوجین داده است. طبعاً این راه حل، حکم داور را از ضمانت اجرایی بیشتری از جهت تن در دادن طرفین به آن، برخوردار می‌نماید.

اما به نظر ما، ارجاع به داوری یک واجب کفایی است که به عنوان یک تکلیف بر عهده آحاد امت اسلامی نهاده شده است که زوجین و قاضی رسیدگی‌کننده یکی از آنها می‌باشند؛ پس هر کس از بین جامعه اسلامی این وظیفه مهم را با شرایط آتی الذکر انجام داد، از عهده دیگران ساقط خواهد شد.

بنابراین نظر، اگر خویشاوندان زوجین و یا جامعه اسلامی متوجه شقاق بین زوجین شدند و اختلافات بالا گرفت، باید در همه این موارد به عنوان یک واجب کفایی نسبت به اصلاح ذات‌البین اقدام نمایند. اگر کسی در این زمینه اقدام ننمود، خود زوجین لازم است اقدام و مداخله ثالث را خواستار شوند. اگر نه خود زوجین و نه اقربای آنها نه جامعه اسلامی اقدامی در این زمینه نکردند، دادگاه باید نسبت به انتخاب داور اقدام نماید. براساس این نظر، اگر دادگاه احراز نمود که ارجاع به داور قبلاً با شرایط آن انجام گرفته،

دیگر نباید دادرسی را بدون دلیل برای انجام مجدد این مهم طولانی نموده و مرحله دیگری را به آن اضافه نماید. البته همان طور که اشاره شد، باید بر دادگاه مسلم شود که داورى با شرایط لازم آن محقق شده است.^(۸)

پس از دانستن الزامات قانونی مندرج در آیه و تبصره “۳” ماده واحده، باید به این مطلب اشاره نمود که آیا اساساً فارغ از الزامات فقهی و قانونی فوق، ارجاع به داورى امری مفیدی است و آیا از چند درصد از پرونده های طلاق در طی این مرحله مؤثراً جلوگیری خواهد شد؟ آیا قانونگذار باید فارغ از درجه تأثیرگذاری قانون، صرفاً به رعایت جنبه های شرعی و قانونی و الزامات مندرج در کتب قانون به صورت کلمه به کلمه، خود را دل خوش کند؟ برای پاسخ به این سؤال باید از اطلاعات آماری مطلع بود، که نویسنده اطلاع دقیق از آمار مربوطه ندارد و گویا اصولاً چنین آماری نیز نمی تواند در دسترس باشد؛ زیرا در اکثر موارد با توجه به اهمیتی که در جامعه ما برای روابط زناشویی وجود دارد، در هنگام بروز شقاق و دشمنی بین زوجین، خانواده های طرفین برای ایجاد الفت، اقدامات مؤثری به عمل می آورند و توسل به دادگاه در حقیقت آخرین چاره و اقدام برای زوجین محسوب می شود. از آنجا که قبل از اقدام دادگاه برای تعیین داور، ارجاع به داورى صورت می گیرد، انجام مجدد داورى جز اطاله دادرسی ثمره ای در بر نخواهد داشت. اما ممکن است گفته شود با توجه به بلوغ فکری زوجین و گسترش فردگرایی در بین آحاد مردم ما، مداخله داورى اساساً کاری عبث و بیهوده است؛ چرا که اگر زوجین خود نتوانند مشکلاتشان را از طریق مذاکره در یک محیط آرام حل و فصل نمایند، به طریق اولی چنین کاری از دیگران ساخته نیست.

برای این سؤال، نویسنده پاسخ روشنی در دست ندارد؛ زیرا همان‌طور که گفتیم، اولاً: دسترسی به اطلاعات ممکن نبوده؛ ثانیاً: تحقیق در این زمینه مستلزم مطالعات روانشناسانه و جامعه‌شناسانه جامعه ایرانی، آن‌هم به‌طور جداگانه در محیط‌های شهری و روستایی می‌باشد که به هر حال نویسنده فاقد ابزار لازم برای دستیابی به چنین اطلاعاتی می‌باشد. شاید اگر ثابت شود افراد جامعه ما نیز به چنین رشد فکری رسیده که خود بتوانند مشکلات زندگی زناشویی و بن‌بست‌های آن را تشخیص داده و راساً صلاح و فساد خود را تشخیص دهند، طبقاً الزام به گذران یک مرحله تحت عنوان داوری خالی از فایده خواهد بود. در فرانسه نیز قبل از اصلاحات سال ۱۹۷۵ م، الزام به مصالحه در همه انواع دعاوی طلاق به صورت یک مرحله اجباری وجود داشت؛^(۹) ولی با همین استدلال و همچنین عدم وصول به مصالحه حقیقی در بیش از نود درصد موارد، قانونگذار فرانسوی بعد از سال ۱۹۷۵ م، این مرحله را برای دو نوع از انواع طلاق از اجباری بودن خارج نموده و به صورت یک مرحله اختیاری قابل تحقق در جریان دادرسی قرار داد. این دو نوع طلاق توافقی^(۱۰) و طلاق در خواست شده توسط یکی از زوجین و قبول شده توسط دیگری^(۱۱) می‌باشند. بدیهی است برای دو نوع طلاق دیگر، یعنی طلاق به دلیل خطا^(۱۲) و طلاق به واسطه از هم گسیختگی زندگی مشترک،^(۱۳) الزام قانونی مبنی بر ارجاع به داوری مندرج در ماده (۲۵۱) کد سیویل، هنوز به قوت خود باقی است.^(۱۴)

سؤالی که باقی می‌ماند این است که آیا ارجاع به داوری موضوع تبصره “۳” مقررات مربوط به طلاق، با ماده (۴۹۶) قانون آیین دادرسی مدنی تعارضی ندارد؟ در ماده

(۴۹۶) آ.د.م. جدید، بند دو آمده است: «دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب، قابل ارجاع به داوری نیست.»

به نظر می‌رسد، تعارضی بین این ماده با مقررات مربوط به الزام ارجاع به داوری در ماده واحده وجود ندارد؛ زیرا ماده (۴۹۶) قانون آیین دادرسی مدنی، در بین مقررات مربوط به داوری آمده است که اساساً با مقررات مربوط به داوری در طلاق متفاوت است. یعنی مقررات مربوط به داوری در طلاق، از مقررات مربوط به داوری در قانون آ.د.م. جدید، تبعیت نمی‌کند. مثلاً در ماده (۴۹۶) ق.آ.د.م، عده‌ای را از مداخله به عنوان داور منع نموده است که از آن جمله اقربای سببی و نسبی و قیم و کفیل یکی از طرفین و یا کارمندان دولت می‌باشند؛ و در ماده (۴۷۰) صریحاً قضات و کارمندان دادگستری را از داور قرار گرفتن منع نموده است، در حالی که طبق مقررات مربوط به داوری در طلاق اساساً باید شخص داور از بین اقربای زوجین باشد و چه بسا اگر در بین خویشان، فردی که قاضی دادگستری و یا کارمند اداری شاغل در امر قضا است، بهترین فرد برای چنین مداخله‌ای باشد. بنابراین، به نظر ما هیچ مانعی وجود ندارد که داور در امر طلاق، قاضی دادگستری باشد. البته نه همان قاضی مداخله کننده در امر طلاق یا کارمندان شعبه مربوط.^(۱۵)

وفق تبصره ماده واحده آیین‌نامه اجرایی تبصره ۱۴ ماده واحده مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، داوری در طلاق مشتمل بر قواعد استثنایی می‌باشد؛ یعنی اگر حکم داور در آیین دادرسی مدنی برای قاضی الزام آور است، چنین الزامی در مقررات مربوط به طلاق دیده نمی‌شود. در داوری طلاق، داور فقط نظر مشورتی خود را می‌دهد، ولی صدور گواهی عدم سازش تابع نظر دادگاه است؛ یعنی داوری در

طلاق فقط ناظر به بررسی امکان مصالح بین زوجین و رفع شقاق است، نه صدور حکم مبنی بر عدم سازش و یا طلاق.

شرایط داورها

مهم‌ترین شرط وفق آیه ۳۵ سوره نساء این است که داورها باید در درجه اول از اهل زوج و زوجه باشند. «اهل» در لغت نامه لسان العرب به معنی «ذو قریب» و «اخص الناس به»^(۱۶) می‌باشد که به معنی خویشاوندان خیلی نزدیک زوجین است. طبعاً اقربا در امر داوری از نفوذ کلام بیشتری بر زوجین برخوردارند و زوجین به آنها اعتماد کرده و اسرار زندگی خود را به آنها می‌گویند. شرایط دیگر داورها را آیین‌نامه در ماده (۴) ذکر کرده که از آن جمله‌اند: اسلام، داشتن چهل سال تمام، تأهل، معتمد بودن، آشنایی نسبی به مسایل شرعی و خانوادگی و اجتماعی و عدم اشتغال به فسق. نکته مهم اینکه داورها هم باید با زوجین و هم با داور طرف مقابل جلسات متعدد داشته باشند، نه اینکه در پشت در دادگاه با چند لحظه صحبت اجمالی با زوجین، مأموریت خود را پایان یافته بدانند.

وفق ماده (۵) آیین‌نامه، پس از معرفی و انتخاب داوران، دادگاه بلافاصله در وقت فوق‌العاده جلسه توجیهی تشکیل داده و وظایف آنان را گوشزد و ارشادات لازم را می‌نماید. آنگاه از آنها خواسته شود در مهلتی که از طرف دادگاه تعیین می‌گردد نظر خود را ارائه نمایند. داوران می‌توانند از دادگاه تقاضای تمدید مهلت نمایند و در صورتی که دادگاه درخواست را ضروری تشخیص داد مهلت را تمدید می‌نماید. (ماده ۶ آیین‌نامه) داوران منتخب در انجام وظیفه خود مکلفند با تشکیل حداقل دو جلسه با حضور زوجین

سعی و اهتمام در رفع اختلاف و اصلاح ذات‌البین نمایند و در صورتی که رفع اختلاف به عمل نیامد، یا یکی از زوجین از حضور در جلسات دادگاه خودداری نمود، با تشکیل جلسات دیگر با حضور زوجین یا یکی از آنها یا بدون حضور آنان نسبت به موارد اختلاف بررسی نموده و نظر خود را مبنی بر امکان یا عدم امکان سازش در مهلت معین به دادگاه تسلیم نمایند. (ماده ۷ آیین‌نامه)

حق الزحمه داور

وفق ماده (۸) آیین‌نامه، در صورتی که داور یا یکی از آنان درخواست حق‌الزحمه داورى نماید، دادگاه حق‌الزحمه مناسبی برای وی تعیین و دستور پرداخت آن را به داور خواهد داد. حق‌الزحمه داور در وهله اول از شخصی که داور از سوی وی انتخاب یا برای وی نصب شده است، دریافت خواهد شد. چنانچه دادگاه مقتضی بداند، دستور وصول آن را بالمنصفه از طرفین و یا از متقاضی طلاق خواهد داد.

البته اخیراً در محل دادگاه خانواده، قسمتی تحت عنوان داورى تأسیس شده است که در آن عده‌ای از افراد معتمد و دارای تجربه کافی به امر داورى ارجاعی از دادگاه خانواده اشتغال دارند؛ ولی این افراد جز و پرسنل قوه قضاییه نمی‌باشند و طبعاً باید وقتی وجهی بابت داورى آنها به قوه قضاییه پرداخته می‌گردد با رعایت کسورات قانونی و عرفی به آنها پرداخت گردد. البته قوه قضاییه در بخشنامه مورخه ۸۰/۹/۲۸، در کلیه مواردی که خواسته غیر مالی است مبلغ حق‌الزحمه داورى را به‌طور معین پنجاه هزار ریال تعیین نموده است و اضافه کرده چنانچه کمیت با کیفیت کار اقتضای حق‌الزحمه بیشتری داشته

باشد، طبق نظر دادگاه تعیین می گردد.^(۱۷)

به عنوان نتیجه متذکر می گردد، ارجاع به داوری، از شرایط صحت طلاق است و چنانچه داوری با شرایط آن محقق نشده باشد، از موجبات فسخ دادنامه طلاق تحت عناوین تجدید نظر یا فرجام خواهی خواهد بود. البته در فرانسه در مواردی که ارجاع به داوری اجباری شناخته شده، عدم رعایت مقررات مربوط، وفق ماده (۱۱۰۸) قانون آیین دادرسی مدنی آن کشور، موجبات بطلان دادرسی به واسطه برخورد با نظم عمومی را فراهم می کند.

۷ - صفایی، دکتر سید حسین، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۲۷۲.

۸ - با توجه به اهمیت امر طلاق و ارتباطات نزدیک خانواده های ایرانی، سایر افراد خانواده در امر طلاق بی تفاوت نیستند و برای رفع کدورتها و دشمنی ها مؤثراً مداخله می کنند و مراجعه به دادگاه پس از یأس از همه پا درمیانی ها و مداخلات ریش سفیدان قوم است و تجربه نشان داده همین که پای طرفین به دادگاه باز شد، بالأخره دیر و یا زود طلاق نیز مطرح می گردد.

۹ - La phase de la conciliation.

۱۰ - Le divorce par consentement mutuel.

۱۱ - Le divorce sur demande acceptée.

۱۲ - Le divorce pour faute.

۱۳ - Le divorce pour rupture de la vie commune.

۱۴ - برای مطالعه بیشتر ر.ش: ۳۵۴ ۱۹۹۱ n. ۲ éd. Montchrestien Gérard Cornu, Droit civil La famille,

Paris

همچنین به Encyclopédie Dalloz, Procédure de divorce

۱۵ - البته اداره حقوقی دادگستری در تاریخ ۱۳۵۴/۷/۳۰، خود ممنوعیت انتخاب داور را از بین قضاات دادگاه خانواده مطرح نموده است. مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری در مسائل مدنی، با همکاری آقایان محمود سلجوقی و یدالله امینی. در این رابطه بخشنامه اخیر ریاست محترم قوه قضاییه نیز کارمندان قضایی و اداری قوه قضاییه را از داور قرار گرفتن در پرونده های طلاق منع نموده است.

۱۶ - ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۱ ص ۲۸.

۱۷ - بخشنامه شماره ۱/۸۰/۱۸۳۶۲ رئیس قوه قضاییه. با توجه به عنوان این بخشنامه می توان آن را شامل حق الزحمه داور در امر طلاق نیز دانست.