

# داوری در طلاق<sup>۱</sup>

دکتر عبدالرسول دینانی وکیل پایه یک دادگستری و استادیار دانشگاه

مقدمه

یکی از پیش شرطهای شکلی که قانونگذار شرعی برای تحقق طلاق معین فرموده و البته مورد پذیرش قانونگذار عرفی نیز واقع گردیده، ارجاع امر به داوری می باشد. 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 عکس العمل های تلافی جویانه ناشی از عدم شناخت روحيات متقابل مختص زن و مرد و برخوردار نبودن از پختگی لازم تصمیم مهمی مبنی بر انحلال رابطه زناشویی خود بگیرند که اگر این تصمیم بر پایه عقل و منطق صحیح استوار نباشد، ممکن است یک عمر پشیمانی و حسرت به همراه داشته باشد. بسیاری از زنان و مردانی که پا اندر فراق نهاده اند، پس از این عمل متوجه شده اند چه سرمایه گرانبهائی را از دست داده اند 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 می شود. 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 می کنند، خود را همچون گوشت قربانی در دست اقوام و یا اغیاری می بینند که اگر توجهی به آنها می کنند تنها دلیل آن برانگیخته شدن حس ترحم آنها است و نه عشق و 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 تبعات منفی انحلال رابطه زناشویی خود در روابط شخصی و همچنین روابط فرزندشان می شوند لذا لزوم به ورود یک یادآوری کننده و هشدار دهنده در بدو بروز شقاق و دشمنی بین زوجین لازم و ضروری می نماید. گاه چنان غلبه احساسات زوجین را به مرز تعقل ناپذیری می رساند که مداخله افرادی که با اطلاعات و تجارب کافی خود از دیگران ممتاز شده اند به عنوان تذکر دهنده عواقب ناشی از انحلال روابط زناشویی لازم می گردد. باید دانست بسیاری از عوامل شقاق به دلیل عدم عمق براحتی قابل بر طرف شدنند و بیشتر مسائل اختلاف بر انگیز در همه خانواده ها با تفاوت های اندک وجود دارند. چه بسا با مداخله چنین تذکر دهنده ای از گسیخته شدن یک اجتماع انسانی نافع پرهیز شود. رسالت انبیاء الهی نیز همین تذکر است زیرا که فذکر انما انت مذکر و تذکر پیامبر گونه در بردارنده منفعت برای مومنین است فان الذکری تنفع المومنین.

ما در این مقاله به مسائلی که در خصوص نقش این تذکر دهندگان می پردازیم که قانون از آنها به عنوان حکم و داور یاد کرده است. در این رابطه به چند سؤال اساسی پاسخ می دهیم 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 زوجین داورهای مستقل انتخاب شوند؟ شرایط داورها چیست؟ آیا داورها می توانند 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 می باشد که می فرماید: فان

<sup>۱</sup> - چاپ در ماهنامه دادرسی شماره های ۴۳ فروردین و اردیبهشت ۸۳ و شماره ۴۴ خرداد و تیر ۱۳۸۳

خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً من اهلہ و حکماً من اهلها فان یریدا اصلاحاً یوفق اللہ بینهما ان اللہ کان علیماً خبیراً اگر از اختلاف و دشمنی بین زوجین می ترسید داوری از میان خویشان زوج و داوری از میان خویشان زوجه برگزینید که اگر بخواهند آشتی بر قرار نمایند، خداوند آنها را موفق می دارد همانا خداوند گشایش دهنده دانا است.

لازم به ذکر است که آیه قرآن در اینجا مستقیماً قابل استناد می باشد و از این حیث این آیه قرآن کریم قابلیت اجرایی مضاعف پیدا کرده است. یکی از این جهت که قرآن کریم به اطلاق و یا به عموم وفق اصل ۴ قانون اساسی بر کلیه قوانین مملکتی حکومت دارد و دوم از این جهت که خود قانون موضوعه مملکت مستقیماً آیه قرآن را در بین نصوص قانونی خود آورده 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 بر استحباب؟

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

هر چند اساساً طبق قاعده اصولی صیغه امر دلالت بر وجوب دارد، ولی عموماً از این آیه بخصوص قبل از انقلاب استفاده استحباب می شد اما بعد از انقلاب از آن استفاده وجوب شد و تفسیری که ارجاع امر به حکمیت را لازم می شمرد قوت گرفت<sup>۲</sup> 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 منتهی این لایحه استثنائاً ارجاع به حکمیت و یا مراجعه به دادگاه در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد را لازم ندید<sup>۳</sup> اما در اصلاحات وارده 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 مداخل داور نیز به عنوان یک مرحله اجباری در همه اقسام طلاق قرار داد<sup>۴</sup>.

<sup>۲</sup> - برای دیدن نظرات مختلف فقهی نگاه کنید به استاد شهید مرتضی مطهری نظام حقوق زن در اسلام ص ۳۰۲ همچنین به نظریه مشورتی شماره ۱۳۷۲/۱/۱۵-۷/۱۹۴ که در آن آمده است صدور گواهی عدم امکان سازش بدون ارجاع امر به داوری صحیح نیست

<sup>۳</sup> - این تبصره مقرر می داشت 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 می کند دادگاه بدو حسب آیه کریمه فان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً من اهلہ و حکماً من اهلها فان یریدا اصلاحاً یوفق اللہ بینهما ان اللہ کان علیماً خبیراً) موضوع را به داور ارجاع می کند در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق به زوج خواهد داد در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شد باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست

<sup>۴</sup> - ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مقرر می دارد از تاریخ تصویب این قانون زوج هایی 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 حکمیت از دو طرف که برگزیده دادگاهند (آنطور که قرآن کریم فرموده است) حل و فصل نگردید، دادگاه با

به هر حال، باید توجه داشت اساساً ارجاع به داوری ناظر به مواردی است که طلاق بنا به خواسته مرد صورت می گیرد یعنی مرد با پرداخت حقوق زوجه خود، او را طلاق می دهد زیرا قانونگذار شرعی بنا به روایت نبوی معروف الطلاق بید من اخذ بالساق، اصولاً طلاق را بدست مرد قرار داده است و در چنین شرایطی ارجاع به حکمین را لازم شمرده است.

سؤالی که مطرح می گردد این است که آیا ارجاع به حکمین شرط ماهوی صحت طلاق است یا خیر؟ بدون ورود در گرداب هولناک<sup>۵</sup> 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 که 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 بعدی این است که آیا قاضی در صدور گواهی عدم امکان سازش ملزم به تبعیت از نظر داوران می باشد یا خیر؟ رویه عملی دادگاه های 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 مصر به طلاق باشد، نظر داوران مورد توجه قرار نگرفته و الزامی برای قاضی بوجود نمی آورد<sup>۶</sup>. یعنی چنانچه زوج صرفاً به دلیل ذواق و مطلق<sup>۷</sup> بودن بخواهد زن خود را طلاق دهد، هیچ مانع شرعی برای وی موجود نیست حتی اگر داوران حکم به امکان ملائمت اخلاقی و نفی هر گونه شقاق بنمایند. 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.

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 به بررسی بگیریم. تبصره ۲ مقرر می داشت در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق به زوج خواهد داد. و ماده واحده نیز می گوید: 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 موثر" ملاک قرار گرفته است نه "امکان حل اختلاف". بنابراین، می توان استنباط نمود که چنانچه داورها بر امکان ملائمت اخلاقی نظر دادند و زوج با این وجود، مصر به طلاق 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 می شود قضات محترم در مواردی که طلاق بنا به خواسته مرد است، دقت وافی در انتخاب داورها و احراز شرایط آنان به عمل نیاورند و آنرا در حد یک مداخله صوری تلقی نمایند در حالیکه همانطور که بیان شد ارجاع به داوری با شرایط آن شرط ماهوی صحت طلاق است.

---

صدور گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر رسمی طلاق حق ثبت طلاقی 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.

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

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

۷ ذواق یعنی بسیار چشنده و مطلق یعنی بسیار زن طلاق دهنده. بدیهی است ذواق و مطلق، هوسران نیز هست و حقوق زوجات را نادیده می گیرد. این است که مشمول لعن الهی از زیان پیغمبر اکرم واقع شده اند. رش. دکتر عبدالرسول دبانی، حقوق خانواده، ازدواج و انحلال آن ص ۱۵۸

در اینجا سؤال دیگری که مطرح می شود این است که نقش دادگاه در طلاق که بنا به اراده مرد صورت می گیرد چیست؟ آیا این نقش بی رنگ 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 تاسیسی که اساساً از تاسیسات 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 مهمترین مأموریت دادگاه، احراز همین دشمنی و شقاق واقعی است.

### 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 آنها است 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، (آنطور 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<sup>۸</sup> و لذا نیازی به توافق زوجین در امر انتخاب داورها وجود ندارد. اما ماده ۲ آئین نامه اجرائی 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 ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ (تصمیم دادگاه) یک نفر از بین اقارب خود را که واجد شرایط لازم در این آئین نامه هستند، به عنوان داور به

دادگاه معرفی نمایند. در ماده ۳ آئین نامه آمده است در صورتی که در بین اقارب فرد واجد شرایط نباشد با اقارب از پذیرش داوری امتناع نمایند، با عدم هر یک از زوجین می تواند داور خود را از بین افراد دیگر 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.

با این ترتیب، آئین نامه 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 می نماید.

اما به نظر ما ارجاع به داوری یک واجب کفائی است که به عنوان یک تکلیف بر عهده آحاد امت اسلامی نهاده شده است که زوجین و قاضی رسیدگی کننده یکی از آنها می باشند لذا 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 کفائی نسبت به اصلاح ذات البین اقدام نمایند. اگر کسی در این زمینه اقدام نمود، 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. بر اساس 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 همانطور که اشاره شد باید بر دادگاه مسلم شود که داوری با شرایط لازم آن محقق شده است.<sup>۹</sup>

پس از دانستن الزامات قانونی مندرج در آیه و تبصره سه ماده واحده، باید به این مطلب اشاره نمود که آیا اساساً فارغ از الزامات فقهی و قانونی فوق، ارجاع به داوری امری مفیدی است و آیا از چند درصد از پرونده های طلاق در طی این مرحله موثراً جلوگیری خواهد شد؟ آیا قانونگذار باید فارغ از درجه تاثیر گذاری قانون، صرفاً به رعایت جنبه های شرعی و قانونی و الزامات مندرج در کتب قانون به صورت کلمه به کلمه، دل خود را 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 موثری به عمل می آورند و توسل به دادگاه در حقیقت آخرین چاره و اقدام برای زوجین محسوب می شود. لذا از آنجا که قبل از اقدام دادگاه برای تعیین داور، ارجاع به داوری صورت می گیرد، انجام مجدد داوری جز اطلاع دادرسی ثمره ای در بر نخواهد داشت. اما ممکن است گفته شود با توجه به بلوغ فکری زوجین و گسترش فرد گرایی در بین آحاد مردم ما، مداخله داوری اساساً کاری عبث و بیهوده است چرا که اگر زوجین خود نتوانند مشکلاتشان را از طریق مذاکره در یک محیط آرام و حل و فصل نمایند، به طریق اولی چنین کاری از دیگران ساخته نیست.

---

۹ - 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 موثراً مداخله می کنند و مراجعه به دادگاه پس از یاس از همه پا در میانی ها و مداخلات ریش سفیدان قوم است و تجربه نشان داده همین که پای طرفین به دادگاه باز شد، بالاخره دیر و یا زود پای طلاق نیز مطرح می گردد.

برای این سؤال نویسنده پاسخ روشنی در دست ندارد زیرا همانطور که گفتیم اولاً دسترسی به اطلاعات ممکن نبوده و ثانیاً تحقیق در این زمینه مستلزم مطالعات روانشناسانه و جامعه شناسانه جامعه ایرانی آنهم به طور جداگانه در محیط های شهری و روستایی می باشند که به هر حال نویسنده فاقد ابزار لازم برای دستیابی به چنین توانایی می باشد. شاید اگر ثابت شود افراد جامعه ما نیز به چنین رشد فکری رسیده که خود بتوانند مشکلات زندگی زناشویی و بن بست های آنرا تشخیص داده و راساً صلاح و فساد خود را تشخیص دهند، طبعاً الزام به گذران یک مرحله تحت عنوان داوری خالی از فایده خواهد بود. در فرانسه نیز قبل از اصلاحات سال ۱۹۷۵ الزام به مصالحه در همه انواع دعاوی طلاق به صورت یک مرحله اجباری وجود داشت<sup>۱۰</sup> ولی با همین استدلال و همچنین عدم وصول به مصالحه حقیقی در بیش از ۹۰ درصد موارد، قانونگذار فرانسوی بعد از سال ۱۹۷۵ 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<sup>۱۱</sup> و طلاق در خواست شده توسط یکی از زوجین و قبول شده توسط دیگری<sup>۱۲</sup> می باشند. بدیهی است برای دو نوع طلاق دیگر یعنی طلاق به دلیل خطا<sup>۱۳</sup> و طلاق به واسطه از هم گسیختگی زندگی مشترک<sup>۱۴</sup> الزام قانونی مبنی بر ارجاع به داوری مندرج در ماده ۲۵۱ کد سیویل هنوز به قوت خود باقی است<sup>۱۵</sup>.

سؤالی که باقی می ماند این است ک آیا ارجاع به داوری موضوع تبصره ۳ مقررات مربوط به طلاق با ماده ۴۹۶ قانون آئین 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 می رسد 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 آدم جدید تبعیت نمی کند. مثلاً در ماده ۴۹۶ (قانون آ.د.م.) عده ای 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 می باشند 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 اقربا فردی که قاضی دادگستری و یا کارمند اداری شاغل در امر قضا بهترین فرد برای چنین مداخله ای 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 مربوطه<sup>۱۶</sup>.

10- La phase de la conciliation

11- Le divorce par consentement mutuel

12-Le divorce sur demande acceptée

13- Le divorce pour faute

14-Le divorce pour rupture de la vie commune

۱۵ - برای مطالعه بیشتر ر.ش.

Gérard Cornu, Droit civil La famille, 2 éd. n. 354 1991 Montchrestien Paris

همچنین به Encyclopédie Dalloz, Procédure de divorce

۱۶ - البته اداره حقوقی دادگستری ۱۳۵۴/۷/۳۰ خود ممنوعیت انتخاب داور را از بین قضات 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

وفق تبصره ماده واحده آئین نامه اجرایی تبصره ۱ ماده واحده مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام داوری در طلاق مشتمل قواعد استثنایی می باشد. یعنی اگر حکم داور در آیین دادرسی مدنی برای قاضی الزام آور است، چنین الزامی در مقررات مربوط به طلاق دیده نمی شود. در داوری طلاق، داور فقط نظر مشورتی خود را می دهد ولی صدور گواهی عدم سازش تابع نظر دادگاه است. یعنی داوری در طلاق فقط ناظر به بررسی امکان تصالح 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 قریبه" و "اخص الناس به"<sup>۱۷</sup> می باشد 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 می گویند. شرایط دیگر داورها را آیین نامه در ماده ۴ ذکر کرده که از آن جمله اند: اسلام، داشتن ۴۰ سال تمام، تأهل، معتمد بودن، آشنایی نسبی به مسایل شرعی و خانوادگی و اجتماعی و عدم اشتها به فسق. نکته مهم اینکه داورها هم باید با زوجین و هم با داور طرف مقابل جلسات متعدد داشته باشند نه اینکه در پشت درب دادگاه با چند لحظه صحبت اجمالی با زوجین، ماموریت خود را پایان یافته ببینند.

وفق ماده ۵ آئین نامه پس از معرفی و انتخاب داوران، دادگاه بلافاصله در وقت فوق العاده جلسه توجیهی تشکیل داده و وظایف آنان را گوشزد و ارشادات لازم را بنماید. آنگاه از آنها خواسته شود در مهلتی که از طرف دادگاه تعیین می گردد نظر خود را ارائه نمایند. داوران می توانند از دادگاه تقاضای تمدید مهلت نمایند و در صورتی که دادگاه درخواست را ضروری تشخیص داد مهلت را تمدید می نماید (ماده ۶ آئین نامه). داوران منتخب در انجام وظیفه خود مکلفند با تشکیل حداقل دو جلسه با حضور زوجین سعی و اهتمام در رفع اختلاف و اصلاح ذات البین 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 تعیین شد به دادگاه تسلیم نمایند (ماده ۷ آئین نامه).

### حق الزحمه داور

وفق ماده ۸ آئین نامه، در صورتی که داور یا یکی از آنان درخواست حق الزحمه داوری نماید، دادگاه حق الزحمه مناسبی برای وی تعیین و دستور پرداخت آنرا به داور خواهد داد. حق الزحمه 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 بالمناصفه از طرفین و یا از متقاضی طلاق خواهد داد.

البته اخیراً در محل دادگاه خانواده قسمتی تحت عنوان داوری تاسیس شده است که در آن عده ای از افراد معتمد و دارای تجربه کافی به امر داوری ارجاعی از دادگاه خانواده اشتغال دارند ولی این افراد جزء پرسنل قوه قضاییه نمی باشند و طبعاً باید در صورتی که وجهی بابت داوری آنها به قوه قضاییه پرداخته می گردد به رعایت کسورات

---

ریاست محترم قوه قضاییه نیز کارمندان قضایی و اداری قوه قضاییه را از داور قرار گرفتن در پرونده های طلاق منع نموده است.

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 حق الزحمه داوری را بطور معین ۵۰۰۰۰ ریال تعیین نموده است و اضافه کرده چنانچه کمیت با کیفیت کار اقتضای حق الزحمه بیشتری داشته باشد، طبق نظر دادگاه تعیین می گردد.<sup>۱۸</sup>

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 مربوطه، وفق ماده ۱۱۰۸ قانون آئین دادرسی مدنی آن کشور، موجبات بطلان دادرسی به واسطه برخورد با نظم عمومی را فراهم می کند.

---

<sup>۱۸</sup> بخشنامه شماره ۱/۸۰/۱۸۳۶۲ رئیس قوه قضاییه. با توجه به عنوان این بخشنامه می توان آنرا شامل حق الزحمه داور در امر طلاق نیز دانست.