

Jurisprudence and Private Law Quarterly, Year 1, No:1, Spring 2024

Certificate of Incompatibility based on Mutual Consent and Its Enforcement in Conformity with Jurisprudence and Positive Laws

Leila Sadat Asadi¹

Abstract: Mutual consent divorce is one major cause behind issuing certificate of incompatibility that upon the very consent, the court is free to avoid entering into the nature of the dispute. The family law, ratified in 2012, while stipulating a time span for issuing certificate of incompatibility based on mutual consent, has conditioned its enforcement to the request by the husband. Therefore, a single request by the wife cannot be legally sufficient for the enforcement of the law. Such a preference is synonymous with spoiling the financial rights of the wife and this makes the wife's will in mutual consent divorce ineffective. There is also ambiguity in the nature of divorce based on mutual consent and the type of divorce contract, which this paper intends to study.

Keywords: certificate of incompatibility, financial rights of wife, voluntary dispossession of rights, irrevocable rights.

1. Ph.D. Graduate in Criminal Law and Criminology, University of Tehran, Tehran, Iran. (leilasadat.asadi@gmail.com)

فصلنامه فقه و حقوق خصوصی
سال دوم، شماره ۵، بهار ۱۴۰۴
(صص ۱۴۸-۱۲۲)

گواهی عدم امکان سازش بر مبنای تراضی زوجین و اجرای آن در انطباق با فقه و حقوق موضوعه

لیلا سادات اسدی^۱

چکیده: از مجاری صدور گواهی عدم امکان سازش، طلاق به توافق زوجین است که به لحاظ تراضی، دادگاه از ورود به ماهیت اختلاف معاف می‌باشد. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ ضمن تعیین مدت اعتبار برای گواهی عدم امکان سازش صادره بر مبنای توافق زوجین، آن را صرفاً به درخواست زوج قابل اجرا دانسته و در مقابل، اجرای یک طرفه گواهی از سوی زوج را میسر نمی‌داند. چنین ترجیحی، تضييع حقوق مالی زوج را در پی دارد و نتیجه آن، بی‌اثر شدن حاکمیت اراده زوج در طلاق توافقی است. هم‌چنین ماهیت طلاق توافقی و نوع صیغه طلاق، از موارد ابهام است که این مقاله، در پی پاسخ به آن است.

کلیدواژه‌ها: گواهی عدم امکان سازش، حقوق مالی زوج، خلع، مبارات، بائن.

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

(leilasadat.asadi@gmail.com)

مقدمه

اصطلاح «گواهی عدم امکان سازش» نخستین بار به موجب ماده ۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶^۱ وارد ادبیات حقوقی ایران شد که متعاقباً در ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳^۲ تکرار شد. از آنجا که در این قانون، حق تقاضای طلاق برای زن و مرد به طور مساوی پذیرفته شده بود، قانون‌گذار برای تمامی موارد درخواست طلاق، از اصطلاح گواهی عدم امکان سازش استفاده نمود.

ویژگی اصلی قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳) در موضوع طلاق، فارغ شدن از مقررات شرعی و تغییر ماهیت طلاق از حق به حکم^۳ بود. به همین جهت، حتی در «رجوع» که حقی برای مرد محسوب می‌شود و صرفاً در طلاق رجعی موضوعیت می‌یابد^۴، امکان رجوع را به توافق کتبی طرفین منوط نمود.^۵

با تصویب قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص در سال ۱۳۵۸، تبصره ۲ ماده ۳ این قانون^۶، با بازگشت به مقررات قانون مدنی و احکام شرع در خصوص حق طلاق، به حاکمیت ماده ۸ قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳) و گواهی عدم امکان سازش موضوع این قانون پایان داد و متعاقباً ماده

^۱ «هرگاه یکی از طرفین به نظر داور معترض بوده یا در موعد مقرر جوابی ندهد یا رأی داور مغایر قوانین موجد حق باشد، دادگاه به موضوع رسیدگی نموده و حسب مورد رأی مقتضی یا گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد.»
^۲ «در موارد زیر زن یا شوهر حسب مورد می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید و دادگاه در صورت احراز آن موارد گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد...»

^۳ حق در مقابل حکم، عبارت از اموری است که در قانون پیش‌بینی شده و افراد مجاز باشند که به قصد خود برخی از آنها را تغییر دهند. این امور قابل تغییر را حق گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۱۶). حکم نیز عبارت از مقررات شرعی است که متضمن مصلحت اکید مردم است و اراده افراد بر خلاف جهت آنها نافذ نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۴۳).

^۴ ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عدّه حق رجوع است.»

^۵ تبصره ماده ۸ قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳): «طلاق که به موجب این قانون و بر اساس گواهی عدم امکان سازش واقع می‌شود، فقط در صورت توافق کتبی طرفین در زمان عدّه قابل رجوع است.»

^۶ «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده...»

واحدۀ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱، بار دیگر، عنوان گواهی عدم امکان سازش را احیا نمود.

به کار بردن اصطلاح گواهی عدم امکان سازش بدون تفکیک طلاق‌ها از جهت درخواست‌کننده آن و نیز بدون توجه به ماهیت طلاق به درخواست زوجین (طلاق توافقی)، تشتت آرا و مشکلاتی در نظام قضایی ایران ایجاد کرد و قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به منظور رفع این مشکلات، در ماده ۱۲۶ تصمیمات دادگاه در موضوع طلاق را به دو نوع حکم و گواهی عدم امکان سازش تفکیک کرد و طلاق از ناحیۀ زوجه را مستلزم صدور حکم دانست، اما در طلاق به درخواست زوج یا زوجین، صدور گواهی عدم امکان سازش را تجویز نمود.

مباحث مربوط به تبیین آثار ناشی از تفکیک حکم از قرار، بر گواهی‌های صادره از سوی دادگاه و از جمله بر گواهی عدم امکان سازش قابل انطباق نیست، لذا در تشخیص ماهیت گواهی عدم امکان سازش با مشکل مواجه می‌شویم. تشریفات بودن ایقاعی تحت عنوان طلاق که از آن جمله، ضرورت تحقق آن با صیغۀ شرعی و شرایط حضور عدلین است، اجرای این گواهی را با ابهامات دیگری مواجه می‌سازد؛ این ابهامات ناشی از ملازمۀ اجرای صیغۀ طلاق با پرداخت حقوق مالی زوجه است که در ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)^۲ مورد تصریح قرار گرفته است. با این وصف، مسأله پیش روی این نوشتار، نحوه اجرای گواهی عدم امکان سازش و مشکلات ناشی از آن در راستای حفظ حقوق مالی زوجه است. لذا لازم است با تبیین ماهیت گواهی عدم امکان سازش، مقررات مربوط به اجرای آن را بررسی کرده و ایرادهای وارد بر آن، ناشی از عدم انطباق با موازین شرعی و قوانین مرتبط را طرح نموده و پاسخ دهیم.

^۱ در صورتی که طلاق، توافقی یا به درخواست زوج باشد، دادگاه به صدور گواهی عدم امکان سازش اقدام و اگر به درخواست زوجه باشد، حسب مورد مطابق قانون به صدور حکم الزام زوج به طلاق یا احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق مبادرت می‌کند.

^۲ «دادگاه ضمن رأی خود با توجه به شروط ضمن عقد و مندرجات سند ازدواج، تکلیف جهیزیه، مهریه و نفقه زوجه، اطفال و حمل را معین و هم‌چنین اجرت‌المثل ایام زوجیت طرفین مطابق تبصره ماده (۳۳۶) قانون مدنی تعیین ... می‌کند ... ثبت طلاق موکول به تأدیه حقوق مالی زوجه است. طلاق در صورت رضایت زوجه یا صدور حکم قطعی دایر بر اعسار زوج یا تقسیط محکوم به نیز ثبت می‌شود. ...»

۱- مفهوم و ماهیت گواهی عدم امکان سازش

مطابق ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ تصمیمات دادگاه خانواده بر طلاق در دو قالب حکم و گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود؛ این در حالی است که آرای صادره از دادگاه‌ها در دو عنوان حکم و قرار تقسیم‌بندی شده است که مطابق ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ رأی دادگاه چنانچه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن باشد، حکم است و در صورت فقدان هر یک از این دو ویژگی و یا هر دو وصف مذکور، عنوان قرار به خود می‌گیرد. با این حال، باید قائل به آن بود که قانون‌گذار گواهی را از جمله مصادیق رأی اعلام نکرده است؛ این در حالی است که امروزه گواهی نیز به عنوان یکی از تصمیمات نهایی مراجع قضایی شناخته شده است و از آن جمله می‌توان به گواهی (تصدیق) انحصار وراثت اشاره کرد که در قانون تصدیق انحصار وراثت مصوب ۱۳۰۹ در ردیف آرای مراجع قضایی آورده است.

با توجه به تعریف و ارکان هر یک از حکم و قرار، این پرسش مطرح می‌شود که ماهیت گواهی عدم امکان سازش چیست. آیا حکم است یا قرار و یا نوع سومی از تصمیمات قضایی است که در هیچ یک از دو عنوان مذکور جای نمی‌گیرد؟ شارحین حقوق در خصوص ماهیت گواهی عدم امکان سازش سخنی به میان نیاورده‌اند؛ برخی تنها اقسام احکام و قرارها را احصا نموده‌اند (بهرامی، ۱۳۸۷ ج ۲: ۱۵۷) و گروهی نیز صرفاً به تعریف و تفکیک این دو قسم تصمیم قضایی پرداخته‌اند. در کتب ترمینولوژی نیز، گواهی به معنای عرفی آن یعنی تصدیق یا شهادت دادن به کار رفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۵۸۳-۵۸۴). در معنای کلی، گواهی تصدیقی است که به صاحب حق داده می‌شود و بر این مبنا می‌توان گفت گواهی عدم امکان سازش تصدیقی است که دادگاه به صاحب حق طلاق می‌دهد و بدین گونه حق احراز شده وی در دادگاه را گواهی می‌نماید تا بتواند از آثار آن مانند اجرای صیغه طلاق و ثبت رسمی آن بهره‌مند شود.

^۱ «چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن به طور جزئی یا کلی باشد حکم، و در غیر این صورت قرار نامیده می‌شود» (ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی).

در جایگاه صدور گواهی عدم امکان سازش و ماهیت این گواهی، توجه به دو فرض به شرح زیر لازم است:

فرض اول جایی است که دادگاه با ورود به ماهیت، احراز حق طلاق نموده و با صدور حکم به این مبنا، به منظور استفاده خواهان از این حق، گواهی عدم امکان سازش را صادر و تسلیم صاحب حق می‌نماید. این فرض که گواهی عدم امکان سازش را در طول حکم طلاق قرار می‌دهد، کم‌تر به کار گرفته شده است، اما اداره حقوقی قوه قضاییه به موجب برخی نظرات، در راستای توجیه قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش مصوب ۱۳۷۶ به آن اشاره کرده است.^۱

در فرض دوم، گواهی عدم امکان سازش در مقابل حکم طلاق و به موازات آن قرار می‌گیرد؛ به این معنا که دادگاه در مواجهه با درخواست طلاق، حسب درخواست کننده طلاق (زوج یا زوجه و یا هر دو) تصمیم خود را در قالب حکم یا گواهی انشا می‌نماید.

معنای مندرج در فرض دوم که طبق آن گواهی عدم امکان سازش دارای ماهیتی مستقل از حکم است، در قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) و رویه قضایی پذیرش شده است. البته در نظام حقوقی ایران، گواهی دارای هر دو مصداق است؛ از جمله گواهی انحصار وراثت، تصمیمی است که دادگاه پس از رسیدگی به دلایل و مدارک خواهان بر وجود رابطه توارث و حصول اطمینان ظاهری از اینکه افراد دیگری وارث نمی‌باشند، صادر می‌نماید. لذا گواهی انحصار وراثت به عنوان تصمیم نهایی دادگاه است که وضعیت موجود یعنی وراثت حین فوت را مشخص می‌نماید و در معنای دوم موضوع بحث است. هم‌چنین گواهی رشد در معنای نخست صادر می‌شود؛ یعنی دادگاه در پایان رسیدگی به توانایی مدعی رشد در تشخیص سود و زیان خود در امور مالی و ورود به ماهیت حق وی، حکم رشد صادر می‌نماید و سپس در راستای استفاده خواهان از آثار این حکم، گواهی رشد به او ارائه می‌دهد و محکوم له می‌تواند تا زمان شمول اماره رشد بر خود (رسیدن به سن هجده سالگی) از این گواهی استفاده نماید.

^۱ در نظر مشورتی شماره ۷/۶۳۳ مورخ ۱۳۸۱/۸/۳۰ اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است: «نظر به اینکه صدور گواهی عدم امکان سازش باید مستند به رأی دادگاه مبنی بر احراز عدم سازش زوجین و متعاقب قطعیت یافتن رأی صادره صورت گیرد، لذا صدور گواهی عدم امکان سازش موقوف به قطعی شدن رأی دادگاه است و سه ماه مقرر در ماده واحده قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش از تاریخ ابلاغ آن به خواهان طلاق است».

هم‌چنانکه بیان شد، در جایگاه گواهی عدم امکان سازش با توجه به دو معنای مذکور، باید به مفهوم مستقلی قائل شد و در فهم علت این انتخاب، تبیین مجاری صدور گواهی عدم امکان سازش مفید است. به موجب ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) در صورتی که طلاق، توافقی یا به درخواست زوج باشد، دادگاه به صدور گواهی عدم امکان سازش اقدام می‌نماید. رویه قضایی محاکم خانواده پیش از تصویب این قانون نیز بر همین قرار گرفته بود (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۸: ۶۰). در طلاق به درخواست زوجه موضوع مواد ۱۰۲۹، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی، زوجه صرفاً حق درخواست الزام زوج به طلاق را دارد. قاضی یا حاکم نیز پس از احراز ادعای زوجه و احراز جهات طلاق (غیبت زوج، عدم پرداخت نفقه توسط زوج و یا عسر و حرج زوجه از ادامه زندگی مشترک) «حکم» طلاق را صادر و در صورت استنکاف زوج از اجرای صیغه طلاق، به ولایت از وی طلاق را واقع می‌سازد. هم‌چنین در طلاق بر اساس شروط ضمن عقد نکاح، زوجه از دادگاه می‌خواهد تحقق وکالت خود به طلاق از ناحیه زوج را احراز نماید تا بتواند با ارائه حکم دادگاه، وکالت خود در طلاق را اجرا نماید. بنابراین مجرای صدور گواهی عدم امکان سازش، دادخواست زوج بر طلاق و امر طلاق توافقی است. در خصوص طلاق به درخواست زوج باید به نظر فقهای اسلامی تمسک نمود. به استناد برخی ادله از آیات^۱ و روایات،^۲ اختیار طلاق در انحصار مرد است. پس طلاق از ناحیه زوج، فی نفسه دعوا نیست، بلکه زوج می‌تواند رأساً و حتی بدون اطلاع زوجه، صیغه طلاق را جاری سازد و صرفاً از جهت رعایت تشریفات مقرر قانونی برای ثبت واقعه طلاق و عدم تحمل مجازات موضوع ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)^۳ درخواست خود را به دادگاه تقدیم نماید. بر این اساس، تصمیمی که دادگاه در این خصوص اتخاذ می‌کند، گواهی عدم امکان سازش است نه حکم. این فرض در مرحله اجرای گواهی نیز با ابهامی مواجه

^۱ از جمله: تحریم: ۵؛ طلاق: ۱؛ احزاب: ۴۹.

^۲ از جمله حدیث نبوی: «الطلاق بید من اخذ بالساق» (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۳: ۵).

^۳ «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری کند یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود...».

نیست؛ زیرا خواهان طلاق، زوج است و خود او نیز می‌تواند اجرای آن را مطالبه کند و یا از اجرای آن انصراف نماید. مجرای دوم برای صدور گواهی عدم امکان سازش، طلاق به تراضی زوجین است که جای بحث بیش‌تری دارد.

۲- ماهیت طلاق به تراضی زوجین

در فقه امامیه و قانون مدنی عنوان طلاق توافقی پیش‌بینی نشده است، اما عناوین خلع و مبارات در فقه قابلیت انطباق با این اصطلاح را دارد. هم‌چنین شارحین حقوق به تعیین ماهیت آن ورود کرده‌اند که در این قسمت به آن می‌پردازیم.

۲-۱- در فقه

اگر مقصود از طلاق با توافق، این باشد که اراده زن مانند اراده مرد و به همان اندازه در طلاق مؤثر باشد و طلاق یک قرارداد بین زوجین تلقی شود، یا آنکه صرف توافق اراده زن و شوهر، مبنای حکم دادگاه به طلاق قرار گیرد، طلاق با توافق بدین معنی در فقه امامیه (قول مشهور) پذیرفته نشده است، لیکن اگر مفهوم گسترده‌تری برای توافق زوجین و طلاق با توافق قائل شویم، طلاق خلع و مبارات را می‌توان نوعی طلاق با توافق محسوب داشت؛ زیرا این نوع طلاق، اگرچه ایقاع است، ولی بر اساس توافق زوجین واقع شده است.

در خصوص ماهیت خلع که عقد است یا ایقاع، میان فقهای امامیه اختلاف است: گروهی از فقها آن را تابع قواعد معاوضه شمرده^۱ و از آن نتیجه گرفته‌اند که اگر فدیة عین معین باشد و از آن غیر درآید، طلاق نیز باطل است (شهید ثانی، ۱۳۸۰، ج ۱۰: ۳۲۲؛ هم‌چنین ر.ک: امامی، ۱۳۶۸، ج ۵: ۵۴-۵۵)؛ طبق این نظر، خلع نوعی معاوضه است که به صرف توافق و پرداخت فدیة از سوی زوجه و قبول آن از ناحیه زوج محقق می‌شود. گروه دیگر بخشیدن فدیة را جزء ماهیت خلع ندانسته و بطلان آن را به طلاق سرایت نداده‌اند (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۲: ۳۳۳) و طبق این نظر خلع عقد محسوب نمی‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۴: ۱۶۳) و گروه سوم در عین حال که رابطه بین فدیة و طلاق را به منزله معاوضه ندانسته‌اند، معتقدند که باید بین موردی که شوهر با علم به بطلان فدیة

^۱ الخلع من عقود المعاوضات.

طلاق خلع می‌دهد، با صورتی که به اعتقاد درست بودن فدیة، طلاق واقع می‌شود، تفاوت قائل شد. در مورد نخست، طلاق باطل است، زیرا شوهر اراده طلاق خلع را که باید در برابر تملک فدیة باشد، نکرده است، ولی در مورد جهل به بطلان، طلاق صحیح است و باید مثل یا قیمت فدیة که منظور دو طرف بوده است به شوهر داده شود. پیروان این نظر، محقق حلّی، صاحب جواهر و علامه حلّی می‌باشند. مشهور فقها خلع را به تنهایی برای جدایی زوجین کافی دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۳۳: ۱۰۷).

در تفاوت خلع و مبارات باید گفت: مبارات در جایی است که کراهت و انزجار طرفینی است. از این رو مبلغ عوض در مبارات نباید بیش از مهریه‌ای باشد که شوهر به زن داده است. در مبارات نیز همانند خلع، صیغه طلاق باید به دنبال اعلام بذل از سوی زوجه آورده شود (شهید اول ۱۳۸۷، ج ۲: ۹۰). پس می‌توان طلاق خلع و مبارات را از نوع توافقی دانست. هم‌چنین لازم است ذکر شود که اصطلاح «طلاق به عوض» نیز در فقه جایگاه داشته و ضمن تأکید بر صحت آن (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۹: ۱۴۷) قائلین به این طلاق، رکن کراهت را برای طلاق لازم ندانسته‌اند. اما مشهور، طلاق به عوض را نپذیرفته و بر آن می‌باشند که به عوض در صورت نبود کراهت، خلع واقع نمی‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۴: ۱۶۷).

۲-۲- در حقوق موضوعه

بیان شد که شارحین حقوق به ماهیت طلاق توافقی ورود کرده‌اند. طبق یک نظر، طلاق خلع و مبارات را می‌توان توافقی نیز به شمار آورد؛ زیرا اگرچه ایقاع محسوب می‌شود، اما بر اساس توافق زوجین واقع شده است (صفایی و امامی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۲۵۱). برخی نیز اصطلاحی با این نام را قابل شناسایی ندانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۴۳). به هر حال، آنچه امروزه طلاق توافقی نامیده می‌شود، بر حالتی تعریف می‌شود که زوجین در شرایط طلاق به توافق رسیده‌اند و نیازی به بیان و توجیه علت آن نیست. لذا با ارائه درخواست طلاق با امضای زوجین و توافق پیرامون مصادیق حقوق مالی زوجه و فرزندان مشترک، دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند.

پاسخ این سؤال که آیا دادگاه می‌تواند به رغم توافق زوجین بر طلاق، از صدور گواهی عدم امکان سازش خودداری نماید، منفی است؛ زیرا در نظام حقوقی ایران، طلاق حق است، نه حکم؛

و اگر رویکرد متقن در ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) را که برای نظر داوران اعتباری در حد نظر کارشناسی تعیین نموده،^۱ مؤید حکم بودن طلاق بدانیم، باز هم باید گفت که استثنای طلاق توافقی از ارجاع به داوری، مانع از ورود این ابهام به حوزه چنین طلاق می‌شود. به هر حال، قانون حمایت خانواده، طلاق به تراضی را از مصادیق صدور گواهی عدم امکان سازش دانسته است؛ زیرا در این نوع طلاق، زوجین در خصوص طلاق و شرایط آن به توافق رسیده‌اند و دادگاه صرفاً با ارجاع موضوع به مرکز مشاوره خانواده بر اساس تکلیف مندرج در ماده ۲۵ قانون حمایت خانواده، سعی در ریشه‌یابی اختلاف می‌نماید.

در خصوص اینکه آیا توافق کتبی زوجین بر طلاق که به نوعی سازش تلقی می‌شود، زمینه صدور گزارش اصلاحی را برای دادگاه فراهم می‌آورد یا خیر، باید گفت گزارش اصلاحی، نه حکم است و نه قرار، بلکه عنوان خاصی است که طبق ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی^۲ وضع شده است.^۳ با توافق زوجین بر طلاق، دادگاه نمی‌تواند گزارش اصلاحی صادر نماید؛ زیرا حق طلاق از اموری نیست که به سازش بتوان به دیگری واگذار نمود. در مواردی که زوجه به استناد شرط ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم دیگر، بر طلاق اختیار می‌یابد، این اختیار از جانب زوج و در قالب شرط ضمن عقد الزام‌آور است، اما سازش فی‌نفسه چنین قابلیت ندارد. به عبارتی، توافق زوجین بر طلاق که منتهی به صدور گواهی عدم سازش شود، صرفاً تعهد زوج به اجرای صیغه طلاق با شرایط مورد توافق با زوجه است و

^۱ «... دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رأی صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند.»

^۲ «دادگاه پس از حصول سازش بین طرفین به شرح فوق، رسیدگی را ختم و مبادرت به صدور گزارش اصلاحی می‌نماید. مفاد سازش‌نامه که طبق مواد فوق تنظیم می‌شود، نسبت به طرفین و وراثت و قائم‌مقام قانونی آنها نافذ و معتبر است و مانند احکام دادگاه‌ها به موقع اجرا گذاشته می‌شود؛ چه مورد سازش مخصوص به دعوی مطروحه بوده یا شامل دعوی یا امور دیگری باشد.»

^۳ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز طی نظر مشورتی شماره ۷/۴۸۲ به تاریخ ۱۳۸۳/۷/۴ چنین آورده است: «گزارش اصلاحی نه حکم است و نه قرار، بلکه طبق ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (۱۳۷۹) عنوان آن سازش‌نامه است و مانند احکام قطعی دادگاه‌ها به موقع اجرا گذاشته می‌شود و لذا می‌توان گفت سازش‌نامه از نظر اجرایی در ردیف احکام قطعی دادگاه‌هاست.»

الزامی بر آن بار نیست.

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ گواهی عدم امکان سازش را صرفاً از ناحیهٔ زوجه (در صورت انصراف زوج) قابل اجرا ندانسته است، این حکم با ماهیت گواهی عدم امکان سازش منطبق است اما فرض معکوس آن، یعنی اجرای گواهی عدم امکان سازش به نحو یک طرفه از ناحیهٔ زوج، با این ماهیت همخوانی ندارد و ایرادهای وارد بر آن را در قسمت اجرای گواهی عدم امکان سازش مورد بحث قرار خواهیم داد.

ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضائیه نیز همین نظر را پذیرفته و با توجه به مقررات قانونی در امر طلاق، امکان صدور صلح‌نامه مطابق مواد قانون آیین دادرسی مدنی را منتفی دانسته و با جملهٔ «امر طلاق مربوط به دادگاه می‌باشد»، صرفاً در صورت تمایل طرفین پروندهٔ طلاق، امکان سازش در امور دیگر غیر از طلاق را ممکن دانسته است.^۱

۳- شرایط لازم جهت اجرای گواهی عدم امکان سازش

در این قسمت به دو شرط لازم که به طور کلی برای اجرای گواهی عدم امکان سازش لازم است، می‌پردازیم که عبارتند از: رعایت مدت اعتبار و ارائهٔ گواهی به دفترخانهٔ رسمی طلاق ظرف این مهلت؛ و شرط عدم انصراف زوج که به لحاظ اهمیت، ذیل قسمتی مستقل از آن بحث خواهیم کرد.

۳-۱- مدت اعتبار برای اجرای گواهی عدم امکان سازش

پیشینهٔ تعیین مهلت برای اجرای گواهی عدم امکان سازش، به قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و مادهٔ ۲۱ آن برمی‌گردد که مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش را سه ماه از تاریخ صدور دانسته و چنانچه ظرف این مدت گواهی به دفتر طلاق تسلیم نمی‌گردید، آن را از درجه اعتبار ساقط می‌دانست. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، مادهٔ ۲۱ قانون حمایت خانواده به صورت صریح نسخ نشد و از جهت مغایرت با شرع مورد ایراد فقهای شورای نگهبان واقع نگردید، اما در عمل متروک ماند. متعاقباً قانون تعیین مدت اعتبار گواهی‌های عدم امکان سازش مصوب ۱۳۷۶ به

^۱ نظر مشورتی شمارهٔ ۸/۱۲۶ به تاریخ ۱۳۷۶/۶/۱۸.

صورت ماده واحده‌ای در سه بند، برای گواهی عدم امکان سازش مدت اعتبار مقرر نمود و مطابق صدور این ماده واحده: «گواهی صادره از مراجع قضایی در خصوص عدم امکان سازش بین زن و شوهر، چنانچه ظرف مدت سه ماه از تاریخ ابلاغ به دفتر ثبت تسلیم نشود، از اعتبار ساقط خواهد بود...». این شیوه با اصل دائمی بودن تصمیمات محاکم مغایر است و قاعده فراغ دادرس را - که در سطور بعد مورد بحث قرار می‌گیرد - مخدوش می‌سازد.

پیش‌بینی مدت اعتبار برای اجرای گواهی عدم امکان سازش، با برخی عموماً و قواعد حاکم بر تصمیمات دادگاه مغایر است که از جمله عبارتند از: اصل دائمی بودن تصمیمات دادگاه و قاعده فراغ دادرس، فرض صحت احکام ایجاب می‌نماید تا پس از دادرسی و اتخاذ تصمیم، مفتوح شدن پرونده یا طرح مجدد دعوا ممکن نباشد. به همین جهت، تصمیمات دادگاه از اعتباری برخوردار است که همان مرجع یا مرجع دیگر نمی‌تواند تصمیمی مخالف آن اتخاذ کند و آثار آن را از بین ببرد. تصمیم‌هایی که دادگاه در راه تمیز حق می‌گیرد و با آن دعوا را فصل می‌کند، به طور مطلق از اعتبار قضیه محکوم‌بها برخوردار است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۵) اما گواهی از چنین ویژگی برخوردار نیست؛ زیرا تنها «گواهی وضعیت موجود» است که می‌تواند باز هم محقق شود. به واقع، گواهی عدم امکان سازش در صدد اعلام این مطلب است که در حال حاضر امکان سازش بین زوجین منتفی است. از آنجا که عدم سازش امری حادث است و وضعیت فوق می‌تواند به سازش و اصلاح روابط زوجین منتهی شود و به عنوان مثال، ممکن است زوجین حین درخواست طلاق از دادگاه، با یکدیگر سازش نداشته باشند و دادگاه با صدور گواهی، این وضعیت را تصدیق نماید و پس از آن، به جهاتی سازش حاصل شود و آنها با انصراف از طلاق، زندگی مشترک را ادامه دهند؛ در این صورت، چنانچه مجدداً اختلاف حاصل شد، می‌توانند صدور گواهی عدم امکان سازش را درخواست نمایند. شاید گفته شود این حالت مشمول قضیه محکوم‌بها نیست؛ زیرا آنچه موجب صدور گواهی عدم امکان سازش در سابق بوده، اختلاف حادث در آن زمان است و حال اختلاف جدیدی حاصل شده است و لذا آنچه مورد رسیدگی دادگاه قرار می‌گیرد، موضوع جدیدی است؛ اما با مراجعه به عناصر لازم برای شمول اعتبار قضیه محکوم‌بها شامل وحدت سبب، وحدت طرفین دعوا و وحدت موضوع و هم‌چنین تعاریفی که حقوق‌دانان از این سه ارائه داده‌اند (ر.ک: مدنی، ۱۳۷۲، ج ۲: ۵۲۷)، باید گفت در مثال مذکور نیز وحدت هر سه رکن محقق است و در توجیه تعارض میان تعیین مدت اعتبار برای گواهی عدم امکان سازش با قضیه اعتبار محکوم‌بها،

باید قائل بر این بود که مدت دار بودن گواهی عدم امکان سازش، حکمی استثنایی دارد. تعیین مدت اعتبار برای گواهی عدم امکان سازش، به ظاهر با قاعده فراغ دادرس نیز در تغایر است. طبق این قاعده، پس از اتخاذ تصمیم نهایی، دادرس مجاز در تغییر رأی نیست.^۱ ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸^۲ به قاعده فراغ دادرس تصریح نموده بود. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در این خصوص تصریحی ندارد، اما درج استثنای وارد بر این قاعده در خصوص اصلاح رأی،^۳ بر حاکمیت قاعده فراغ بر آرای صادره از سوی دادگاه دلالت دارد. با این توضیح که ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (۱۳۷۹) در مواردی که در انشای رأی سهو قلم رخ داده است، به دادرس اجازه داده پس از صدور رأی، به اصلاح آن پردازد. مفهوم مخالف این ماده آن است که در غیر از موارد سهو قلم، دادرس اختیار تغییر در رأی را ندارد.

بیان شد که گواهی عدم امکان سازش از قاعده فراغ دادرس پیروی نمی‌کند، لذا چنانچه قاضی احراز نماید که در صدور آن اشتباهی رخ داده است، می‌تواند از آن عدول کند و یا مفاد آن را تغییر دهد. شمول اعتبار امر مختوم و اعتبار قضیه محکوم‌بها ایجاب می‌نماید که حکم دارای اثر دائمی باشد^۴ و اعتبار آن محدود به زمان نباشد. این در حالی است که اثر گواهی عدم امکان

^۱ در تفاوت دو قاعده «فراغ دادرس» و «اعتبار قضیه محکوم‌بها» گفته شده است: در اولی، دادگاه صادرکننده رأی حق تغییر آن را ندارد، اما مرجع بالاتر شامل دادگاه تجدید نظر یا دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی به اعتراض، از چنین اختیاری برخوردار است و تصمیم دادگاه بدوی برای آنان لازم‌الاتباع نیست. هم‌چنین قاعده فراغ دادرس شامل احکام صادره از محاکم بدوی و مرجع تجدیدنظر، هر دو می‌شود و دادگاه تجدیدنظر نیز پس از صدور رأی، حق تغییر آن را ندارد، اما اعتبار قضیه محکوم‌بها صرفاً در آرای قطعی کارساز است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲).

^۲ «دادگاه پس از امضای رأی، حق تغییر آن را ندارد».

^۳ ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «هرگاه در تنظیم و نوشتن رأی دادگاه سهو قلم رخ دهد، مثل از افتادن کلمه‌ای یا زیاد شدن آن و یا اشتباهی در محاسبه صورت گرفته باشد تا وقتی که از آن درخواست تجدیدنظر نشده، دادگاه رأساً یا به درخواست ذی‌نفع، رأی را تصحیح می‌نماید...».

^۴ مع‌هذا ماده ۳۳ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) برای نخستین بار برای حکم نیز مهلت اعتبار شش ماهه قرار داد: «مدت اعتبار حکم طلاق شش ماه پس از تاریخ ابلاغ رأی فرجامی یا انقضای مهلت فرجام‌خواهی است...».

سازش دائمی نبوده و اعتبار آن مقید به زمان است. ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)^۱ برای گواهی عدم امکان سازش مدت اعتبار قائل شده و برخلاف قانون تعیین مدت اعتبار گواهی‌های عدم امکان سازش که صرفاً یک مهلت سه ماهه برای تسلیم گواهی به دفتر رسمی طلاق مقرر نموده بود، دو مهلت زمانی سه ماهه را پیش‌بینی کرده است: نخست، مهلت سه ماهه برای تسلیم گواهی عدم امکان سازش به دفترخانه که مبدأ محاسبه آن، تاریخ ابلاغ رأی قطعی یا قطعی شدن رأی است. دوم، مهلت سه ماهه برای حضور و ارائه مدارک جهت اجرای صیغه طلاق. لذا این سؤال مطرح است که در زمان حاکمیت قانون قبلی مبنی بر اینکه اگر تسلیم کننده گواهی به دفترخانه، از پی‌گیری آن خودداری کند، آیا با هر فاصله زمانی از تسلیم، می‌تواند اجرای آن را پی‌گیری نماید، در قانون حمایت از خانواده جدید پاسخ داده شده که عدم رعایت هر یک از دو مهلت مذکور موجب ساقط شدن گواهی از درجه اعتبار است. با توجه به حرف «یا» در سطر آخر این ماده^۲ می‌توان گفت انجام یکی از دو اقدام شامل حضور در دفترخانه یا ارائه مدارک از ناحیه تسلیم کننده گواهی به دفترخانه برای تعریف مهلت سه ماهه کافی است، لذا این ایراد به ماده وارد است که یک‌بار حضور در دفترخانه پس از تسلیم آن، موجب قطع مهلت سه ماهه و دائمی شدن اعتبار گواهی می‌شود. از این رو، اتصال دو اصطلاح «حضور» و «ارائه مدارک» با حرف عطف «و» به یکدیگر، این ایراد را برطرف می‌سازد. ماده ۶۲ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده (۱۳۹۳)^۳ سردفتر طلاق را مکلف نموده است مراتب تسلیم گواهی عدم امکان سازش به دفترخانه را گواهی نماید. این گواهی باید حین اجرای صیغه طلاق به دفترخانه ارائه شود و در این صورت، تاریخ

^۱ «مدت گواهی عدم امکان سازش برای تسلیم به دفتر رسمی ازدواج و طلاق، سه ماه پس از تاریخ ابلاغ رأی قطعی و قطعی شدن رأی است. چنانچه گواهی مذکور ظرف این مهلت تسلیم نشود یا طرفی که آن را به دفترخانه رسمی طلاق تسلیم کرده است ظرف سه ماه از تاریخ تسلیم در دفترخانه حاضر نشود یا مدارک لازم را ارائه نکند، گواهی صادر شده از درجه اعتبار ساقط است. تبصره ...».

^۲ «ظرف سه ماه از تاریخ تسلیم در دفترخانه حاضر نشود یا مدارک لازم را ارائه نکند».

^۳ «سردفتر مکلف است تسلیم گواهی عدم امکان سازش به دفترخانه را با قید تاریخ و طرفی که آن را تسلیم کرده کتباً تأیید کرده و به وی تحویل نماید تا در زمان اجرای صیغه طلاق و ثبت آن به دفترخانه ارائه شود. چنانچه در زمان اجرای صیغه طلاق و ثبت آن، گواهی کتبی مذکور به دفترخانه ارائه نشود، تاریخ حضور یا ارائه مدارک، تاریخ تسلیم گواهی عدم امکان سازش تلقی می‌شود».

گواهی مبنای محاسبه مهلت سه ماهه برای اجرای گواهی است. عدم ارائه این گواهی از سوی متقاضی (در طلاق به درخواست زوج) یا متقاضیان (در طلاق توافقی) موجب می‌شود دفترخانه تاریخ حضور یا ارائه مدارک را تاریخ تسلیم گواهی عدم امکان سازش تلقی نماید.

۲-۳- ارائه دهنده گواهی عدم امکان سازش

ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) از فعل «تسلیم نشود» استفاده کرده که به گواهی عدم امکان سازش برمی‌گردد؛ لذا معلوم نیست چه کسی گواهی را تسلیم دفترخانه نموده است. این سؤال در اجرای گواهی‌های صادر شده با توافق زوجین مطرح می‌گردد. با این توضیح که اگر زوجه گواهی را ظرف سه ماه تسلیم کند، آیا حق پی‌گیری سه ماهه منحصر به اوست یا زوج نیز می‌تواند در مهلت سه ماهه دوم حضور یابد و مدارک را ارائه کند. از بخش دوم این ماده که مقرر می‌دارد: «یا طرفی که آن را به دفترخانه رسمی طلاق تسلیم کرده، ظرف سه ماه از تاریخ تسلیم در دفترخانه حاضر نشود یا مدارک ارائه نکند»، می‌توان استنباط نمود که صرفاً تسلیم‌کننده گواهی به دفترخانه می‌تواند از مهلت سه ماهه بعدی بهره‌مند شود. پس لازم است مسئول دفتر رسمی طلاق نام ارائه دهنده گواهی را ثبت کند و هر یک از زوجین نیز برای بهره‌مندی از مهلت سه ماهه دوم، ملزم به تقدیم گواهی عدم امکان سازش به دفترخانه طلاق می‌باشند و البته این حکم مانع از آن نیست که زوجین به اتفاق گواهی را تسلیم دفترخانه نمایند.

در پاسخ به این سؤال که آیا شخص دیگری غیر از زوجین که عنوان ثالث بر آن بار می‌شود، می‌تواند گواهی را به دفترخانه تحویل دهد، باید قائل به عدم پذیرش چنین فرضی شد؛ زیرا ماده ۳۴ از واژه «طرفی» استفاده کرده که شامل ثالث نمی‌شود، اما از آنجا که طرف دعوی می‌تواند وکیل معرفی کند، پس وکلای زوجین نیز می‌توانند گواهی را تسلیم و پی‌گیری نمایند.

۴- اثر انصراف یکی از زوجین یا هر دو، از اجرای گواهی عدم

امکان سازش

تا پیش از تصویب قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)، یکی از مباحث مطرح در خصوص اجرای تصمیم دادگاه بر طلاق، انصراف یکی از زوجین در طلاق توافقی پس از صدور گواهی عدم امکان سازش و پیش از اجرای صیغه و نیز امکان اجرای صیغه طلاق در طلاق‌های به درخواست

یکی از زوجین بدون حضور طرف دیگر بود. قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش (۱۳۷۶) به تاسی از ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳) چنین امکانی را فراهم آورده بود.^۱ ترتیبات مندرج در این قانون برای اجرای صیغه طلاق بدون حضور طرف دیگر، مشکلات و ابهاماتی را در رویه قضایی ایجاد کرده بود که به متروک ماندن قانون فوق منتهی گردید. فراغت قانون گذار پیش از انقلاب از بایسته‌های شرعی، با توجه به ماده ۸ قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳)، اجرای تبصره این ماده را نیز توجیه می‌کرد، اما بازگشت به مقررات قانون مدنی در خصوص طلاق در قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص، ایجاب می‌نمود تدوین و تصویب قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (۱۳۷۱) و نیز قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش (۱۳۷۶) با دقت بیش‌تری صورت گیرد. مشکل اجرایی قانون اخیر در طلاق توافقی و طلاق از ناحیه زوج بود. در طلاق توافقی اجرای صیغه طلاق در صورت انصراف زوج از طلاق، با ایراد شرعی مواجه بود. هم‌چنین اجرای صیغه طلاق در صورت انصراف زوجه از توافق خود با زوج، اگرچه فاقد ایراد شرعی است، اما مخالف مفاد تبصره ۳ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (۱۳۷۰) بود که در ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) تکرار شد.

گواهی عدم امکان سازش که بر اساس توافق زوجین صادر شده است، بر اراده هر دو طرف عقد نکاح استوار است. به واقع، اگرچه که حق طلاق با زوج است، اما زوج که حاضر به اعمال

۱. مطابق این ماده واحده: «در صورتی که ظرف مدت مقرر، گواهی یاد شده جهت اجرای طلاق تسلیم دفتر

ثبت طلاق شود، سردفتر مکلف است به طرفین اعلام نماید تا جهت اجرای صیغه طلاق و ثبت آن حضور یابند. در صورت عدم حضور هر یک از طرفین در وقت مقرر، برای مرتبه دوم، حداکثر ظرف مدت یک ماه از آنان دعوت شده و به شرح ذیل عمل خواهد شد:

الف) در صورت امتناع زوجه از حضور، زوج صیغه طلاق را جاری و پس از ثبت به وسیله دفترخانه به اطلاع زوجه رسانده می‌شود.

ب) در صورت امتناع زوج از حضور و اجرای طلاق، دفتر مراتب را تأیید و به دادگاه صادر کننده گواهی اعلام می‌دارد. دادگاه به درخواست زوجه، زوج را احضار و در صورت امتناع از حضور، دادگاه با رعایت جهات شرعی، صیغه طلاق را جاری و دستور ثبت و اعلام آن را به دفتر ثبت طلاق صادر می‌کند.

ج) «در صورتی که زوج به دفترخانه مراجعه، ولی از اجرای صیغه طلاق امتناع نماید، مطابق بند (ب) عمل خواهد شد.»

یک طرفه طلاق نبوده، با بذلی که از سوی زوجه واقع شده، رضایت به اجرای صیغه طلاق داده است و به واقع، رابطه‌ای دو طرفه ایجاد شده است که یک طرف، پیشنهاد بذل حقوق مالی از سوی زوجه است و طرف دیگر، قبول بذل از سوی زوج. لذا باید قائل به آن بود که تداوم این گواهی بر اراده زوجین استوار است. به رغم استدلال پیش گفته، قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) حکمی خلاف این ضرورت وضع نموده که در این قسمت به آن می‌پردازیم.

۴-۱- انصراف زوجین

قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) در خصوص اثر انصراف زوجین بر گواهی عدم امکان سازش ساکت است، اما ماده ۳۴ این قانون^۱ که حکم بر بی‌اعتباری گواهی عدم امکان سازش در صورت عدم تسلیم آن ظرف مدت سه ماه به دفترخانه داده است، به طور ضمنی دلالت بر اعتبار انصراف زوجین از اجرای گواهی دارد. به واقع، مهلت سه ماهه‌ای که توسط قانون گذار برای اعتبار گواهی عدم امکان سازش مقرر شده است، با فرض عدم توافق زوجین بر بی‌اعتباری گواهی تداوم می‌یابد و چنانچه هر دوی زوجین از اجرای آن منصرف شده و بر ادامه زندگی مشترک توافق نمایند، قائل شدن اعتبار برای گواهی عدم امکان سازش فاقد مبنای قانونی است.

۴-۲- انصراف یکی از زوجین

با توجه به استدلال پیش گفته در خصوص استواری گواهی عدم امکان سازش بر اراده هر دو طرف باید قائل به آن بود که انصراف هر یک از این دو به تنهایی، باید موجب بی‌اعتباری گواهی گردد و به واقع توافق زوجین به طلاق، توافقی استمراری است نه بدوی. در عالم حقوق، هر نهادی که بر اساس اراده و قصد طرفین ایجاد می‌شود، بر همان اراده استوار می‌ماند. قانون حمایت خانواده، حکمی مغایر این ضرورت پیش‌بینی کرده که با توجه به طرفی که از اجرای گواهی منصرف شده، به تفکیک مورد بحث قرار می‌گیرد.

^۱ «هرگاه گواهی عدم امکان سازش صادر شده بر اساس توافق زوجین به حکم قانون از درجه اعتبار ساقط شود، کلیه توافقاتی که گواهی مذکور بر مبنای آن صادر شده است ملغی گردد».

۱-۲-۴- انصراف زوجه

قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) اجرای گواهی عدم امکان سازش را که بر اساس توافق زوجین صادر شده است منوط به رضایت زوج به اجرای آن نموده است. بنابراین چنانچه زوج تا پیش از اجرای صیغه طلاق از اجرای گواهی عدم امکان سازش منصرف شود، جهتی برای اجرای آن پیش‌بینی نشده است، مگر آنکه زوجه در این خصوص وکالت بلاعزل داشته باشد. مطابق ماده ۳۵ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱):

هرگاه زوج در مهلت مقرر به دفتر رسمی ازدواج و طلاق مراجعه و گواهی عدم امکان سازش را تسلیم کند، در صورتی که زوجه ظرف یک هفته در دفترخانه حاضر نشود، سردفتر به زوجین اخطار می‌کند برای اجرای صیغه طلاق و ثبت آن در دفترخانه حاضر شوند. در صورت عدم حضور زوجه، صیغه طلاق جاری و پس از ثبت به وسیله دفترخانه، مراتب به اطلاع زوجه می‌رسد.

این ماده اطلاق دارد و حاکی از آن است که عدم حضور زوجه مانع از اجرای گواهی عدم امکان سازش به درخواست زوج نیست.

امکان اجرای گواهی عدم امکان سازش که بر اساس توافق زوجین صادر شده توسط زوج و بدون حضور زوجه، اگرچه منطبق با حق انحصاری و بدون قید زوج بر اختیار طلاق است، اما با حقوق مالی زوجه در تعارض است؛ زیرا چنانچه عدم حضور زوجه برای اجرای گواهی عدم امکان سازش، ناشی از انصراف او از توافق پیشین باشد، باید گفت گذشت زوجه از حقوق مالی یا غیر مالی خود در قبال طلاق بوده و حال با انصراف وی از طلاق، باید توافق صورت گرفته درباره حقوق مذکور را نیز غیر قابل اجرا دانست. هم‌چنین در طلاق توافقی، توافق باید تا زمان اجرای صیغه طلاق موجود باشد و با انصراف هر یک از طرفین توافق، طلاق یک طرفه محسوب می‌شود و باید با تقدیم دادخواست مجزا و به صورت توافقی مورد رسیدگی قرار گیرد.

۲-۲-۴- انصراف زوج

با توجه به اطلاق ماده واحده قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش مصوب ۱۳۷۶ که پیش از تصویب قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) حاکمیت داشت، اجرای گواهی عدم امکان سازش ناشی از تراضی زوجین به درخواست زوجه ممکن بود، اما رویه قضایی برداشت‌های متفاوتی از این قانون داشت که منطبق با حکم مقرر در قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) بود. برخی معتقد بودند

که طلاق حق ذاتی مرد است و فقط طلاق حاکم استثناء شده است که زوج با اثبات یکی از علل مندرج در مواد ۱۱۳۰، ۱۱۲۹ و ۱۰۲۹ قانون مدنی حق طلاق پیدا می‌کند. هم‌چنین اعطای وکالت در طلاق توسط زوج به زوجه در قالب شروط ضمن عقد، با توجه به اصل «آزادی اراده طرفین» مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده ۱۱۱۹ همان قانون، از موارد دیگری است که زوج حق خود را در طلاق به زوجه تفویض می‌نماید. بنابراین، چنانچه گواهی عدم امکان سازش بر مبنای توافق طرفین صادر شده باشد، زوجه نمی‌تواند بدون رضایت زوج، درخواست اجرای صیغه طلاق را بنماید و اعزام نماینده به دفترخانه خلاف حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» است (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷، ج ۴۰: ۱۱۳). برخی دیگر معتقدند که در طلاق توافقی، زوجین به اتفاق بر جدایی موافقت می‌کنند. لذا رضایت زوج به طلاق، مجوز اعزام نماینده از سوی دادگاه برای اجرای صیغه طلاق در صورت استنکاف بعدی وی است. در تأیید این نظر گفته شده است:

امکان فسخ پس از اعلام توافق وجود ندارد. به لحاظ اینکه مبنای طلاق، توافق و رضایت آنان بوده است و نمی‌توان از رضایت و توافق عدول نمود. به عبارتی، عدول احدی از طرفین بدون رضایت طرف مقابل مسموع نمی‌باشد و فقط توافق طرفین می‌تواند موجب فسخ توافق اولیه باشد و چنانچه قائل به فسخ از ناحیه یکی از طرفین شویم، دیگر نمی‌توان برای توافقات اصحاب دعوی اعتبار قطعی قائل شد و مبنای توافقات متزلزل می‌گردد (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷، ج ۴۰: ۱۱۳).

نظر سوم نیز بر آن بود که توافق زوجین به طلاق در دادگاه، صرفاً تعهد به اجرای صیغه طلاق است. لذا بر اساس گواهی عدم امکان سازش، زوجه متعهد می‌شود تمام یا قسمتی از مهریه خود یا مال دیگری را در مقابل طلاق بذل نماید و زوج نیز متعهد به اجرای صیغه طلاق با قبول بذل می‌شود. با این تعهد، نه بذلی از طرف زوجه محقق شده و نه صیغه طلاقی اجرا گردیده است. بنابراین، هر یک از زوجین می‌توانند از اجرای آن خودداری کنند. در تأیید این نظر آمده است: «توافق، زمانی نهایی و قطعی می‌شود که صیغه طلاق اجرا و قرائت گردد و تا زمانی که اجرا و قرائت نشده، می‌شود آن را با اعلام یکی از طرفین فسخ نمود» (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷، ج ۴۰: ۱۱۳).

اداره حقوقی قوه قضاییه در این خصوص نظرات متفاوتی صادر کرده است. در برخی نظرات بدون تفکیک انواع طلاق با توجه به درخواست‌کننده آن، اجرای قانون تعیین مدت اعتبار گواهی

عدم امکان سازش را در خصوص اعزام نماینده میسر دانسته است.^۱ در جایی دیگر، گواهی عدم امکان سازش را گواهی بر اساس حکم دادگاه بر طلاق دانسته و قانون پیش گفته را بر تمام گواهی‌ها حاکم می‌داند.^۲ در یک نظر، عدم حضور زوجه را برای اجرای صیغه طلاق در موردی هم که وی به همراه زوج خواهان دعوی طلاق بوده، مانع اجرای طلاق ندانسته است.^۳

اختلاف رویه محاکم خانواده در نحوه اجرای گواهی عدم امکان سازش و مشکلات ناشی از آن، قوه قضاییه را وادار به صدور بخشنامه شماره ۱۳۳۶۳/۱۷۷/۱ به تاریخ ۱۳۷۷/۱۲/۹ نمود که بر

^۱ از جمله نظر مشورتی شماره ۷/۱۰۱۴۳ به تاریخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۵: «با توجه به صدور ماده واحده قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش، گواهی مذکور باید ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ به دفتر ثبت طلاق تسلیم شود و الا از اعتبار ساقط است. بنابراین با ثبت گواهی در دفتر، در صورتی که به جهت پاره‌ای از اختلافات طلاق محقق نگردد، گواهی اعتبار قانونی خود را دارد و دفتر طلاق با توجه به قسمت دوم ماده واحده و صدور دعوت‌نامه مجدد برای حضور، در صورت عدم حضور طبق بندهای «الف»، «ب» و «ج» ذیل ماده واحده با رعایت جهات شرعی حسب مورد عمل می‌نماید» (میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۱۵۸۶).

^۲ نظر مشورتی شماره ۷/۳۳۰۶ به تاریخ ۱۳۸۳/۵/۱۱: «گواهی عدم امکان سازش پس از رسیدگی و بر اساس رأی قطعی دادگاه صادر می‌شود و با رأی دادگاه که ممکن است اجازه طلاق (به درخواست زوج) و یا حکم طلاق (به تقاضای زوجه) باشد، تفاوت دارد. طبق قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش، گواهی مزبور سه ماه اعتبار دارد؛ در حالی که حکم دادگاه مادام که به طرق قانونی فسخ یا نقض نشود، معتبر است ...» (میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۱۵۸۷). هم‌چنین است نظر مشورتی شماره ۷/۱۹۶۸ مورخ ۱۳۸۳/۳/۲۰ (میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۱۵۸۷).

^۳ نظر مشورتی شماره ۷/۵۸۹۶ به تاریخ ۱۳۸۲/۸/۲۴: «در صورتی که گواهی عدم امکان سازش ظرف سه ماه تسلیم دفترخانه شده، اما صیغه طلاق جاری نگردیده باشد و زوجه برای اجرای طلاق حاضر نمی‌شود، باید مطابق ماده واحده قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش و نوع طلاق که خلعی و بائن اعلام شده و شقوق «الف»، «ب» و «ج» آن ماده اقدام شود و دادخواست مجدد لزومی ندارد» (میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۱۵۸۸).

^۴ «... نظر به اینکه قانون مذکور (قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش) پس از تصویب مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۷۶/۸/۲۸ به تأیید شورای محترم نگهبان رسیده و فاقد ابهام و اجمال می‌باشد، لذا دادگاه‌ها طبق اصل یک‌صد و شصت و هفتم قانون اساسی مکلف به رعایت آن می‌باشند و تخلف از اجرای صحیح قانون، موجب تعقیب انتظامی خواهد بود. بدیهی است در هر مورد که در اجرای قانون برای دادگاه‌ها مشکل یا شبهه شرعی پیش آید، می‌تواند مراتب را به قوه قضاییه اعلام نمایند و عنداللزوم نظر فقهای محترم شورای نگهبان نسبت به انطباق یا عدم انطباق با موازین شرع استفسار خواهد شد».

اجرای بند «ب» قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش و اعزام نماینده توسط دادگاه از ناحیه زوج مستنکف تأکید داشت.

ماده ۳۶ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)^۱ امکان اجرای گواهی عدم امکان سازش بدون حضور زوج را منوط به اعطای وکالت بلاعزل از سوی زوج دانسته است. این ماده دارای مفهوم مخالف است مبنی بر اینکه گواهی عدم امکان سازش که بر اساس توافق زوجین صادر شده است به درخواست زوجه (به تنهایی) قابل اجرا نیست. عبارت «یا به موجب سند رسمی» در ماده مذکور، با این ابهام مواجه است که آیا وکالت اعطا شده از سوی زوج به موجب سند رسمی باید مربوط به گواهی عدم امکان سازش صادره از سوی دادگاه باشد، یا وکالتی را که پیش از مراجعه زوجین به دادگاه و به طور کلی برای طلاق اعطا شده است هم شامل می‌شود.

به نظر می‌رسد با توجه به صدر ماده که به «توافق زوجین» تصریح نموده، وکالت رسمی نیز باید برای اجرای این توافق داده شده باشد؛ مگر آنکه زوج حین صدور گواهی عدم امکان سازش، وکالت قبلی را درباره این گواهی مجری بداند. استدلال ذیل این نظر آن است که اگر وکالت بلاعزل مذکور در ماده ۳۶ را شامل وکالت پیش از توافق زوجین بر طلاق بدانیم، آنگاه باید قائل به این باشیم که در صورت اعطای وکالت کلی که طی آن زوج به زوجه اختیار می‌دهد بدون تحقق هیچ شرطی با حضور در دادگاه و سپس دفترخانه و انتخاب نوع طلاق و قبول مابذل (در صورت انتخاب طلاق خلع) خود را مطلقه نماید، زوجه می‌تواند در قالب طلاق توافقی از دادگاه بخواهد که گواهی عدم امکان سازش صادر نماید؛ در حالی که مورد اخیر، طلاق یک طرفه از ناحیه زوجه محسوب می‌شود که طبق ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)، از جهات صدور «حکم» طلاق است.

^۱ «هرگاه گواهی عدم امکان سازش بنا بر توافق زوجین صادر شده باشد، در صورتی که زوجه بنا بر اعلام دادگاه صادر کننده رأی و یا به موجب سند رسمی در اجرای صیغه طلاق وکالت بلاعزل داشته باشد، عدم حضور زوج، مانع اجرای صیغه طلاق و ثبت آن نیست.»

۵- تأثیر انصراف زوج از اجرای گواهی عدم امکان سازش، در نوع طلاق و حقوق مالی زوجه

در خصوص نوع صیغه طلاق در طلاق توافقی باید گفت طبق قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳)، صیغه طلاق با توافق، می‌توانست صورت خلع یا مبارات نداشته و رجعی باشد. تبصره ماده ۸ این قانون که مقرر می‌دارد: «طلاق که به موجب این قانون و بر اساس گواهی عدم امکان سازش واقع می‌شود، فقط در صورت توافق کتبی طرفین در زمان عدّه قابل رجوع است»، مؤید این استنباط است.

۵-۱- ماهیت طلاق خلع

حقوق‌دانان ایران، طلاق خلع و مبارات را به دو عمل حقوقی تحلیل می‌کنند: نخست، ایقاعی که سبب جدایی زن و شوهر است. دوم، قراردادی که سبب تملیک فدیّه به شوهر می‌شود و در مقابل، حق رجوع شوهر را از بین می‌برد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۴۰۰-۳۹۹).

آنها معتقدند این دو عمل را که در خلع و مبارات با هم مخلوط می‌شوند نباید به منزله دو رکن توافق در یک عقد به شمار آورد و آثار تعهد متقابل را بر آنها بار کرد. یکی از دلایل مهم معاوضی نبودن خلع، منحل نشدن آن در اثر رجوع به فدیّه است؛ زیرا مقتضای معاوضه این است که از بین بردن یکی از دو عوض، تعهد متقابل را نیز منتفی می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۴۱۰).

بیان شد که در فقه، طلاق به عوض از نوع خلع و مبارات است؛ زیرا زوجه با بذل مال، زوج را راغب به طلاق می‌کند و زوج با قبول فدیّه، صیغه طلاق را جاری می‌سازد. در اینجا لازم است ذکر شود که طلاق به درخواست زوجه نیز می‌تواند قالب خلع به خود بگیرد و از جمله طلاق قضایی است که در حقوق ایران به درخواست زوجه و بر اساس شروط ضمن عقد نکاح واقع می‌شود. با توجه به صدر بند «ب» نکاح‌نامه‌های رسمی، در مواردی که زوجه از زوج وکالت در طلاق دارد، در قبول بذل و انتخاب نوع طلاق نیز وکالت دارد. بنابراین زوجه می‌تواند به هر یک از انواع طلاق تمسک جوید. نظر مشورتی شماره ۷/۸۰۰۴ مورخ ۱۳۷۸/۱۱/۵ اداره حقوقی قوه قضاییه آورده است:

طلاق‌هایی که به استناد مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی داده می‌شود، بائن است، ولی

طلاق موضوع ماده ۱۱۱۹ که زوجه به وکالت از زوج از آن استفاده می‌کند، مثل این است که خود زوج، زوجه را مطلقه کرده باشد و از حیث رجعی یا بائن بودن، تابع وکالتی است که داده شده است. در طلاق خلعی، بذل مهریه منوط به اراده زوجه و قبول بذل منوط به رضایت شخص زوج است و اراده زوجه یا رضایت یک جانبه، کفایت برای صدور طلاق خلعی ندارد. (معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، ۱۳۸۶، ج ۱، ۶۲۶).

در مواردی هم که حاکم به ولایت از زوج ممتنع طلاق می‌دهد، این حاکم است که با قرار گرفتن در جایگاه زوج ممتنع، از کلیه اختیاراتی که زوج در طلاق دارد بهره‌مند شده و می‌تواند با قبول بذل، طلاق خلع دهد یا غیر آن.^۱ البته در این مورد نظر مخالف نیز ارائه شده و گفته‌اند که حاکم نمی‌تواند به ولایت یا قائم مقامی زوج، بذل را قبول کند. در نظر مشورتی شماره ۷/۴۶۶۷ مورخ ۱۳۷۹/۷/۴ اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است: «در صورتی که زوج غایب باشد، نمی‌توان حکم به طلاق خلع داد؛ زیرا حاکم دادگاه نمی‌تواند به ولایت یا قائم مقامی زوج، بذل را قبول کند و هم‌چنین نمی‌توان زوج را به قبول مال ملزم کرد».^۲

در جمع‌بندی مطالب پیش‌گفته باید گفت قوانین ایران در خصوص نوع طلاق به تراضی زوجین ساکت است؛ اما نظر اقوی، بائن دانستن طلاق است که بر اساس گواهی عدم امکان سازش ناشی از توافق زوجین اجرا می‌شود؛ زیرا در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی آمده است که مرد این اختیار را دارد که بدون بذلی از ناحیه زوجه، طلاق را واقع سازد. در این صورت، دادگاه حین صدور گواهی عدم امکان سازش، در خصوص حقوق مالی زوجه به‌ویژه حقوق مالی که در موارد طلاق به درخواست زوج موضوعیت می‌یابد، مانند تملیک تا نصف دارایی زوج به زوجه وفق بند «الف» نکاح‌نامه‌های رسمی نیز تعیین تکلیف می‌نماید؛ اما در طلاق به تراضی، خلاف قاعده پیش‌گفته، زوجه با تعهد بر بذل مالی به زوج، او را شایق به اجرای صیغه طلاق می‌نماید. امروزه زوجین به منظور عدم طی تشریفات دادرسی مربوط به طلاق یک طرفه، با یکدیگر

^۱ برخی قائل به رجعی بودن طلاق به واسطه غیبت مرد می‌باشند (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۳: ۶۱۱).

^۲ (ر.ک: معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷، ج ۴۰: ۹۱-۹۲) هم‌چنین است نظر مشورتی شماره ۴۰۶۷ مورخ ۱۳۸۱/۶/۳ (معاونت آموزش قوه قضاییه: ۱۳۸۷، ج ۴۰: ۹۲-۹۳).

درباره طلاق به توافق می‌رسند و چگونگی این توافق مهم نیست. چه بسا زوجین در خصوص طلاق رجعی به توافق رسیده باشند (اگرچه غالباً غیر این است) و در این حالت، زوج با پرداخت کلیه حقوق مالی زوجه، وی را طلاق می‌دهد. نظر مورخ ۱۳۵۰/۷/۷ اداره حقوقی دادگستری نیز همین معنا را می‌رساند. مطابق این نظر، طلاق که به استناد گواهی عدم امکان سازش مذکور در ماده ۹ قانون حمایت خانواده (طلاق به توافق بین زن و شوهر) واقع می‌گردد، به طور کلی بائن نیست، مگر اینکه در طلاق‌نامه به آن تصریح شده باشد. (ر.ک: معاونت آموزش قوه قضاییه ۱۳۸۷، ج ۴: ۶۲).

رویه فعلی دادگاه‌های ایران بر صدور گواهی عدم امکان سازش بر اساس توافق زوجین بر طلاق با ایرادهایی مواجه است؛ زیرا در عمل، غالب طلاق‌های توافقی به صورت خلع اجرا می‌شود. این در حالی است که یکی از ارکان خلع، کراهت زوجه است و چه بسا در طلاق‌های توافقی چنین کراهتی موجود نباشد و آنچه زوجین را به سمت توافق بر طلاق سوق داده، کراهت از طی تشریفات طلاق یک طرفه باشد.

هم‌چنانکه بیان شد، فقهای امامیه که به طلاق توافقی پرداخته‌اند، آن را در قالب خلع و مبارات و غیر رجعی به شمار آورده‌اند. از جمله، برخی اطلاق عنوان «طلاق به عوض» را به کار برده و آن را از انواع طلاق بائن دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۹: ۱۴۷). مشهور فقهای امامیه، طلاق به عوض را در صورتی که منطبق با خلع و مبارات باشد، صحیح دانسته‌اند؛ اما چنانچه از سوی زوجه بذل مال به عنوان عوض طلاق نشده باشد، آن را در قالب طلاق رجعی یا بائن قرار داده‌اند و برای این نوع طلاق، ماهیتی مستقل از طلاق بائن دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۳۳: ۵۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۳: ۶۲۹). فقهای معاصر نیز در این خصوص نظر داده‌اند و از جمله، برخی طلاق توافقی را صرفاً در قالب خلع و مبارات دانسته‌اند، به این جهت که اراده هر دوی زوجین در آن دخیل است.

در ارزیابی نظرات پیش‌گفته باید به آیه ۲۲۹ سوری مبارکه بقره اشاره داشت که خوف از اقامه حدود الهی را موجب ضرورت قبول بذل از سوی زوج دانسته و به واقع، حکم به بائن بودن طلاق توافقی داده است.

آنچه بیان شد در خصوص نوع صیغه در طلاق به تراضی زوجین بود، اما در موضوع مورد بحث، یعنی اجرای گواهی عدم امکان سازش که بر اساس توافق زوجین صادر شده است به صرف درخواست زوج باید گفت در قریب به اتفاق طلاق‌های توافقی، زوجه از کلیه حقوق مالی خود

گذشت می‌کند و انصراف وی از اجرای طلاق، به منزله انصراف از بذل می‌باشد و در این حالت باید قائل به زایل شدن توافق بر طلاق بود و چنانچه زوج بخواهد به نحو یک طرفه صیغه طلاق را اجرا کند، مطابق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) باید حقوق مالی زوجه را پرداخت نماید. از سوی دیگر، وقتی در طلاق خلع و مبارات پس از اجرای صیغه طلاق، حق رجوع به ما بذل را برای زوجه قائلیم، این غیر معقول است که پیش از اجرای صیغه طلاق، چنین حقی را از وی سلب نماییم.

اداره حقوقی قوه قضاییه که با ایقاع دانستن طلاق، در طلاق توافقی انصراف زوجه را مانع از اجرای صیغه طلاق توسط زوج ندانسته، مشخص نکرده است که صیغه طلاق قابل اجرا توسط زوج، از نوع رجعی است یا بر اساس همان توافق صورت گرفته با زوجه است که معمولاً از نوع خلع می‌باشد.

چنانچه قائل به رجعی بودن طلاق باشیم، با اجرای آن، از حکم مندرج در ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) تخطی نموده‌ایم؛ زیرا تعیین حقوق مالی زوجه به‌ویژه نحل و یا تملیک تا نصف دارایی زوج به زوجه، موضوع بند «الف» نکاح‌نامه‌های رسمی مستلزم رسیدگی در دادگاه با تمامی تشریفات لازم برای آن، از جمله تشکیل جلسه رسیدگی، شناسایی اموال زوج و احراز میزان تمکن مالی وی، ارجاع امر به کارشناس در صورت اختلاف زوجین در این امور و مانند آن است که نهایتاً منتهی به صدور رأی و طی مراحل تجدید نظر و فرجام‌خواهی است.

در مقابل، چنانچه قائل به اجرای صیغه طلاق بر اساس توافق زوج با زوجه در خصوص بذل مال و نوع طلاق (خلع یا مبارات) باشیم، قصد و رضای زوجه بر بذل فدیة باید حین اجرای صیغه طلاق نیز موجود باشد؛ این در حالی است که با انصراف زوجه، چنین قصد و رضایی مفقود گردیده و لذا اجرای صیغه خلع، فاقد وجاهت شرعی و قانونی است.

نتیجه‌گیری

۱- گواهی عدم امکان سازش از نظر شکلی بر حکم یا قرار به عنوان دو قالب شناخته شده از سوی قانون‌گذار بر آرای محاکم منطبق نیست و باید آن را تصدیقی دانست که دادگاه به صاحب حق طلاق می‌دهد تا بتواند از آثار آن بهره‌مند شود.

۲- از ابهامات موجود در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (۱۳۷۱)، مجاری صدور گواهی عدم امکان سازش بود که با ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) رفع ابهام گردید و صدور این گواهی در طلاق به درخواست زوج و طلاق به تراضی زوجین پذیرش شد.

۳- طلاق توافقی از نظر ماهیت، همان طلاق خلع و مبارات در فقه است.

۴- پذیرش امکان اجرای یک طرفه گواهی عدم امکان سازش که مبنای آن تراضی زوجین است، با ماهیت طلاق توافقی منطبق نیست و لذا قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) که اجرای گواهی مذکور را از سوی زوج و بدون رضایت زوجه میسر دانسته: اولاً، تضييع کننده حقوق مالی زوجه است؛ ثانیاً، ترجیح بدون مرجح است. زیرا وقتی زن پس از اجرای صیغه خلع یا مبارات می‌تواند در مدت عده به ما بذل رجوع کند چگونه است که نمی‌تواند از تعهد ابتدایی و فاقد ضمانت اجرای خود بر بذل مال در قبال طلاق انصراف دهد؟

۵- قانون حمایت خانواده که اجرای گواهی عدم امکان سازش ناشی از تراضی زوجین را به نحو یک طرفه از سوی زوج میسر دانسته، در خصوص نوع طلاق ساکت است. لذا مشخص نیست که آیا زوج به لحاظ عدم تراضی با زوجه، ملزم به اجرای صیغه طلاق رجعی است یا آنکه حسب توافق قبلی با زوجه، می‌تواند مبادرت به اجرای صیغه خلع یا مبارات نماید. پذیرش هر یک از این دو نظر با ایراد مواجه است؛ زیرا:

اولاً، اجرای صیغه طلاق رجعی وفق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) منوط به پرداخت حقوق مالی زوجه است که مقدمه آن رسیدگی در دادگاه به ویژه در خصوص حقوقی چون نحل و تملیک تا نصف دارایی زوج به زوجه است.

ثانیاً، اجرای صیغه طلاق خلع و مبارات، مستلزم بذل از ناحیه زوجه است. با توجه به انصراف زوجه از اجرای گواهی، چنین بذلی به عمل نیامده است.

۶- با توجه به مراتب فوق پیشنهاد می‌شود با اصلاح قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) اجرای گواهی عدم امکان سازش صادره بر مبنای توافق زوجین، صرفاً با حضور هر دو طرف میسر گردد و در صورت انصراف هر یک از آنها، طرف دیگر ملزم به تقدیم دادخواست طلاق یک طرفه شود.

منابع

- امامی، سیدحسن. (۱۳۶۸) حقوق مدنی، تهران: کتاب فروشی اسلامیة، چاپ چهارم.
- بهرامی، بهرام. (۱۳۸۷) آیین دادرسی مدنی - علمی کاربردی، تهران: نگاه بینه، چاپ دهم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۰) ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ پنجم.
- شهید اول، زین الدین بن علی مکی عاملی. (۱۳۸۷) ترجمه کتاب لمعه، شرح: علیرضا فیض و علی مهذب، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه، چاپ دوازدهم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی عاملی. (۱۳۸۰) شرح اللعنه، ترجمه و تبیین: علی شیروانی و محمد مسعود عباسی، قم: مؤسسه انتشارات دارالعلم.
- _____ . (۱۴۱۶ق). الروضة الهیبة فی شرح المعه الدمشقیة، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- صفایی، سید حسین و اسدالله امامی. (۱۳۷۸) حقوق خانواده، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سی ام.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۱) حقوق مدنی - خانواده، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم.
- _____ . (۱۳۸۳) اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، تهران: میزان، چاپ ششم.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۲) بررسی فقهی حقوقی خانواده - نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دهم.
- مدنی، سید جلال الدین. (۱۳۷۲) آیین دادرسی مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
- معاونت آموزش قوه قضاییه. (۱۳۸۶) مشاوره قضایی تلفنی، قم: قضا، چاپ نخست.
- _____ . (۱۳۸۷) رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده، تهران: انتشارات جنگل، چاپ نخست.
- _____ . (۱۳۸۸) نحوه رسیدگی به دعاوی طلاق در دادگاه‌های خانواده، محقق: احمد بوربور، تهران: جاودانه، چاپ نخست.
- معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه (۱۳۸۶) مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، تهران: انتشارات روزنامه رسمی، چاپ نخست.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۳۶۸) ترجمه تحریر الوسیله، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
- میرزایی، علیرضا. (۱۳۸۹) محشی قوانین و مقررات حقوقی، تهران: بهنامی، چاپ نخست.
- نجفی، محمد حسن. (۱۳۷۴) جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه.