

نوع طلاق ناشی از عسر و حرج زوجه

مهدی کارچانی*

گلناز رحیم‌پور**

هدی مددی***

در ادامه سلسه جلسات نشست نقد رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تاریخ ۱۴ مهر ماه ۱۳۹۷ نشستی با موضوع «نوع طلاق ناشی از عسر و حرج زوجه»، توسط پژوهشکده حقوق خصوصی با حضور آقایان اهواری (معاون قضایی رئیس دادگستری تهران)، کیاستی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)، تقی‌زاده (عضو هیئت علمی دانشگاه علامه طباطبایی)، خانم عارفه مدنی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران) و جمعی از پژوهشگران در محل پژوهشگاه برگزار گردید.

۱. طرح بحث

وفق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی زوجه در صورت اثبات عسر و حرج خود، می‌تواند با مراجعه به محکمه، تقاضای صدور حکم طلاق نماید. از دیگر سو، وفق ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی طلاق صرفاً بر دو قسم بائن یا رجعی است. بنا به نص ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی و احصاء موارد طلاق بائن غالب حقوقدانان، اصل را بر طلاق رجعی و طلاق بائن را خلاف اصل می‌دانند.

محل تأمل است که حکم طلاق صادره بر مبنای ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مشمول طلاق رجعی است یا بائن. آراء محاکم حاکی از اختلاف نظر در این خصوص می‌باشد. به نظر می‌رسد پیش فرض برخی از محاکم رجعی بودن طلاق موصوف بوده لکن جهت حل این مشکل، با بذل مهریه آن را بائن به حساب می‌آورند. درحالی‌که برخی شعب دیوان عالی کشور طلاق صادره را به صراحت طلاق بائن می‌دانند.

* دانشجوی دوره دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی دانشگاه شهید بهشتی

karchanimahdi@gmail.com

g.rahipur@gmail.com

hoda_madadi@yahoo.com

** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبایی

*** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

نظر به مطالب فوق، پرسش مورد بررسی در این نشست این است که طلاق صادره بر مبنای ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی از نوع بائن است یا رجعی.

۲. آراء مورد نقد

پرونده نخست

مشخصات رأی

دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۶۰۰۷۴۱

تاریخ صدور: ۱۳۹۳/۰۵/۱۳

مرجع صدور: شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

دیدگاه: در صورت احراز عسر و حرج زوجه، امکان صدور حکم بر الزام زوج به طلاق زوجه از نوع خلع با بذل مهریه (بائن) وجود دارد.

دادنامه بدوی

در خصوص دادخواست خانم م.ق. با وکالت آقای م.د. و خانم ن.ع. به طرفیت همسرشان آقای ر.م. با وکالت خانم ط.الف. به خواسته طلاق، آنچه که زوجه در تبیین خواسته بیان نموده اجمالاً بدین شرح است: «در تاریخ ۱۳۸۹/۰۲/۱۷ با زوج ازدواج کردم و هنوز زندگی مشترک را شروع نکرده‌ایم و در دوران عقد هستیم لکن روابط زناشویی با یکدیگر داشته‌ایم همسر ۳ سال است مرا در بلاتکلیفی نگاه داشته و نفقه من را نمی‌دهد، حتی وام ازدواج گرفته است و من باید اقساط آن را پرداخت کنم. به تازگی تقاضای تمکین کرده که حکم تمکین صادر شده ولی برای رفع تکلیف منزلی در دهات در اطراف کرج گرفته است. من را نمی‌خواهد ولی به ظاهر می‌گوید همسرم را می‌خواهم. خود او و وکیل وی پیغام داده‌اند مهریه‌ات را ببخش تا طلاق بدهیم ولی انصاف نیست همه مهریه را ببخشم چون ایشان روابط زناشویی داشته و من دیگر باکره نیستم با این حال از چهارصد سکه حاضر ۳۵۰ سکه طلای بهار آزادی مهریه را در قبال طلاق بذل نمایم.» زوج نیز دفاعاً بیان داشته است: «با طلاق موافق نیستم خانه تهیه کردم. اثاث‌البیت هم کامل است ولی نیامد و حاضر به تمکین نشد. حکمی به من ابلاغ نشد تا به ایشان نفقه بپردازم والا حاضر به پرداخت نفقه هستم تقاضای رد دعوی ایشان را دارم.» دادگاه بدواً موضوع را به داوری ارجاع نمود که داوران زوجین توفیقی در جهت رفع اختلافات و اصلاح ذات‌البین حاصل ننموده، نظریه داوری خود را کتباً به دادگاه ارائه کرده‌اند. زوجه جهت اثبات ادعای خود شهودی اقامه نمود که شهود با حضور در دادگاه اظهارات مشارالیه را مورد تأیید قرار داده‌اند. به نظر دادگاه عسر و حرج عبارت از به وجود آمدن شرایطی است که در آن تحمل ادامه زندگی مشترک را برای زوجه بسیار دشوار می‌نماید. در مانحن‌فیه زوجین در تاریخ ۱۳۸۹/۰۲/۱۷ با یکدیگر ازدواج

کرده‌اند. در واقع ۳ سال از تاریخ ازدواج زوجین گذشته و زوجین هنوز موفق به تشکیل زندگی مشترک نشده‌اند، که همین امر بیانگر وجود اختلافات فی‌مابین است که مانع از توافق زوجین به شروع زندگی مشترک شده است. اگرچه زوجه در روابط زناشویی از زوج تمکین نموده، زوج بیان کرده است: «به من حکمی ابلاغ نشده تا به ایشان نفقه بپردازم». ضمن این که اگرچه حکم به تمکین زوجه صادر شده است لیکن تاریخ صدور حکم تمکین در محکمه بدوی ۱۳۹۲/۰۸/۲۵ می‌باشد که معلوم می‌شود زوج در طی دو سال و اندی پس از وقوع علقه زوجیت اقدام قانونی معمول داشته و به عبارت دیگر شروع زندگی مشترک برای وی دارای اهمیت زیادی نبوده است. در غیر این صورت بسیار زودتر از تاریخ یادشده سعی و تلاش خود را برای حداقل تعیین تکلیف زندگی با زوجه به عمل می‌آورد. علی‌هذا دادگاه نظر به مراتب مذکوره، دوام زوجیت را موجب عسر و حرج زوجه می‌داند. با ثابت دانستن دعوی وی مستنداً به مواد ۱۱۴۶ و ۱۱۳۰ و ۱۱۱۹ قانون مدنی و مواد ۳۴ و ۲۹ و ۲۷ و ۲۶ و ۲۴ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱، حکم به الزام زوج به طلاق زوجه صادر می‌نماید. بر این اساس دادگاه به زوجه اجازه می‌دهد با مراجعه به یکی از محاضر رسمی طلاق، با بذل تعداد ۳۵۰ عدد سکه طلای تمام بهار آزادی و کالتاً از طرف زوج قبول بذل نموده و وفق مقررات قانونی نسبت به اجراء صیغه طلاق خلع و ثبت آن اقدام نماید. کلیه محاضر رسمی طلاق، مأذون در ثبت و اجراء صیغه طلاق خلع به شرح فوق برابر مقررات موضوعه می‌باشند. زوجین از یکدیگر فرزندی ندارند. این رأی حضوری بوده ظرف بیست روز قابل اعتراض در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

رییس شعبه ۲۶۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران

دادنامه تجدیدنظر

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای ر.م. با وکالت خانم ط.الف. به طرفیت خانم م.ق. از دادنامه شماره ۹۳۰۳۲۷-۹۳۰۳/۱۹-۹۳/۳ صادره از شعبه ۲۶۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران خانواده که به موجب آن حکم اجبار و الزام تجدیدنظرخواه به طلاق تجدیدنظرخوانده از نوع خلع با بذل ۳۵۰ عدد سکه تمام بهار آزادی از ۴۰۰ سکه مهریه مافی‌القباله، از سوی مشارالیهها صادر یافته، توجهاً به جامع اوراق و محتویات پرونده نظر به این‌که اولاً تاریخ اجاره‌نامه پیوست بوده و حکم تمکین زوجه نیز در تاریخ ۱۳۹۲/۰۸/۲۵ صادر و در تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۳۰ توسط شعبه ۶۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است و از ناحیه مشارالیه هیچ مدرک و دلیلی بر این‌که تا تاریخ اجاره‌نامه مسکنی تهیه و یا نفقه رأی به مشارالیهها پرداخت شده باشد ارائه نشده است و این حکایت از بلا تکلیفی زوجه را بیش از دو سال دارد. ثانیاً اعلام بذل بخش قابل توجه از مهریه ۳۵۰ عدد سکه از ۴۰۰ عدد و ادامه اختلافات که در این تاریخ بیش از سه سال می‌باشد حاکی از عسر و حرج تجدیدنظرخوانده است و تشخیص دادگاه محترم بدوی و احراز عسر و حرج نامبرده صحیح بوده و در نتیجه رأی صادره بر وفق موازین شرعی و قانونی صادر یافته و ایراد اساسی بر آن وارد نیست.

علی‌هذا استناد به ذیل ماده ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ ضمن رد اعتراض معترض، رأی تجدیدنظرخواسته را عیناً تأیید و ابرام می‌نماید مدت اعتبار حکم طلاق از تاریخ قطعیت این رأی ظرف شش ماه است و زوج از تاریخ اجرای طلاق به مقدار سه طهر عده دارند. به‌موجب مواد ۳۶۸-۳۹۷ از قانون مذکور رأی صادره حضوری بوده و ظرف ۲۰ از تاریخ ابلاغ قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی محترم کشور می‌باشد. رییس شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

پرونده دوم

مشخصات رأی

دادنامه شماره: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۲۰۷

تاریخ صدور: ۱۳۹۳/۰۳/۳۱

مرجع صدور: شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور

دیدگاه: طلاق که با درخواست زوج بر اثر عسر و حرج باشد، از نوع بائن است.

رأی دیوان

رأی مورد اعتراض واجد اشکالات زیر است: ۱- برخلاف آنچه در متن رأی راجع به اظهارنظر داوران «بر جدائی زوجین» آمده، داور زوج چنین اظهارنظری نکرده است (برگ ۷۱ پرونده). ۲- حکم الزام زوج به طلاق بنا به درخواست زوجه بر اثر عسر و حرج صادر گردیده و علی‌الاصول باید «بائن» تلقی شود و حال آن‌که در رأی صادره «رجعی» اعلام شده است. این امر رافع عسر و حرج زوج نخواهد بود زیرا در صورت اقدام زوجه به طلاق، از جانب زوج بلاثر و فاقد اعتبار می‌گردد. ۳- خواهان مدعی است که شوهر او معتاد به مصرف شیشه و مواد روان‌گردان بوده است، بالعکس زوج منکر صحت این ادعا است. با توجه به این‌که حسب اظهار زوجه، او شوهرش را در تهران به کلینیک ترک اعتیاد برده است اقتضاء داشت اولاً زوج برای انجام آزمایش و اعلام نتیجه به مرجع ذی‌ربط معرفی می‌شد. ثانیاً با راهنمایی خواهان، سوابق مربوط به اعتیاد زوج، از کلینیک مورد نظر و یا مرکز ترک اعتیاد دیگری که احتمالاً مشارالیه مراجعه کرده است، استعلام می‌گردید. در وضعیت فعلی تحقیقی در خصوص اعتیاد زوج صورت نگرفته است. ۴- با قید عبارت «... سایر حقوق مانند جهیزیه ...» در بند ششم قسمت پایانی رأی دادگاه، معلوم نیست که زوج غیر از «جهیزیه» کدام حقوق دیگر را باید مسترد نماید. بررسی لازم و تصریح به این حقوق ضرورت داشته است تا فصل خصومت امکان‌پذیر باشد. علی‌ای‌حال، تحقیقات انجام‌شده ناقص تشخیص و مستنداً به بند ۵ ماده ۳۷۱ و بند «الف» ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن نقض دادنامه فرجام‌خواسته، رسیدگی مجدد را به همان شعبه صادرکننده رأی منقوض ارجاع می‌نماید.

رئیس شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور - مستشار

پرونده سوم

مشخصات رأی

دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۳۲۰

تاریخ صدور: ۱۳۹۲/۰۹/۰۵

مرجع صدور: شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور

دیدگاه: زوجه‌ای که مدعی عسر و حرج است باید تمام مهریه یا لاقل قسمت عمده آن را در قبال طلاق بذل کند تا اولاً قرینه‌ای بر صحت ادعای عسر و حرج وی بوده و ثانیاً مستلزم عسر و حرج زوج نباشد.

رأی دیوان

با توجه به محتویات پرونده درخصوص اعتراض و فرجام‌خواهی (زوج) آقای ع.ر. فرزند م. با وکالت خانم و.خ. به طرفیت فرجام‌خوانده (زوجه) خانم س.ر.نسبت به دادنامه شماره ۰۲۳۱۰ - ۱۳۹۱/۰۹/۲۸ صادره از شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی که در تأیید دادنامه ۰۱۳۹۲ - ۱۳۹۱/۰۷/۰۴ صادره از شعبه ۱۳ دادگاه عمومی مشهد، با توجه به این که هشت سال از تاریخ عقد ازدواج زوجین می‌گذرد، زوجه هنوز باکره است، زوج از جهت غریزی هنگام هم‌بستر شدن خود را ارضاء می‌کند و این زوجه است که در فشار غریزی قرار گرفته و ظاهراً همان‌طور که دادگاه ذکر نموده زوجه در عسر و حرج است، لذا به دلیل حرج زوجه اصل حکم به الزام زوج به طلاق موجه و قابل ابرام است ولیکن چون علاوه بر الزام زوج به طلاق که موجب متلاشی شدن خانوادگی و زندگی مشترک می‌شود الزام زوج به پرداخت مهریه نیز مستلزم عسر و حرج گردیده، که آن نیز مشمول قاعده حرج است لذا می‌بایست زوجه‌ای که مدعی عسر و حرج است همه مهریه‌اش را در قبال طلاق بذل کند یا لاقل قسمت عمده آن را بذل نماید تا اولاً قرینه باشد بر صحت ادعای عسر و حرج که معمولاً زن‌هایی که خود را در عسر و حرج می‌بینند می‌گویند مهرم حلال جانم آزاد. ثانیاً مستلزم عسر و حرج زوج نباشد. لذا ضمن نقض دادنامه فرجام‌خواسته به استناد بند ج ماده ۴۰۱ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی پرونده به شعبه دیگر ارجاع می‌شود.

رئیس شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور - عضو معاون

۳. متن نشست

آقای احوار کی (دبیر جلسه):

در قانون مدنی دو نوع طلاق وجود دارد. نخست طلاق رجعی و دوم طلاق بائن. از مقررات قانون مدنی استنباط می‌شود که اصل بر رجعی بودن طلاق است و بائن بودن یک استثنا است. لیکن در رابطه با طلاق قضایی قانون مدنی ساکت است. هیچ

ماده‌ای درخصوص آن که این نوع طلاق بائن یا رجعی است وجود ندارد. به عبارت گویاتر زوجه به موجب ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و در صورت اثبات عسر و حرج خود می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند. به نظر می‌رسد علی‌القاعده باید این طلاق را از نوع طلاق بائن دانست زیرا زوجه پس از طی راه ناهموار و طولانی برای اثبات عسر و حرج، از دادگاه حکم قضایی گرفته است و به موجب حکم دادگاه نه با ارادهٔ زوج، مطلقه شده است. بنابراین اگر این نوع طلاق رجعی باشد مرد می‌تواند با رجوع خود این اقدام را خنثی کند و فلسفهٔ صدور حکم و رسیدگی قضایی زیر سؤال می‌رود.

در رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر چنین استدلالی موجود نیست. در بسیاری آرا به جهت جلوگیری از رجعی بودن، زوجه را مکلف به بذل تمام یا قسمتی از مهریه می‌کنند تا تحت عنوان طلاق خلع (بائن) باشد؛ درحالی‌که اگر خود طلاق قضایی به لحاظ عسر و حرج ماهیتاً بائن باشد لزومی به تکلیف زوجه به بذل مهریه نخواهد بود.

در رأیی که مورد نقد است شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر در مقام تجدیدنظرخواهی از رأی صادره از شعبه ۲۶۱ دادگاه خانواده است. در رأی دادگاه بدوی و نیز در رأی دادگاه تجدیدنظر اشاره‌ای به بائن بودن نوع طلاق نشده بلکه گفته شده است: «با بذل تعداد ۳۵۰ عدد سکه طلای بهار آزادی خودش را مطلقه کند».

در رأی دیگر که از دیوان عالی کشور صادر گردیده، اشاره شده که حکم الزام زوج به طلاق بنا به درخواست زوجه بر اثر احراز عسر و حرج بوده و علی‌الاصول باید بائن تلقی شود. در طلاق خلع حتماً باید بذل صورت بگیرد، در غیر این صورت طلاق خلع واقع نشده است. به علاوه اگر در طلاق ناشی از عسر و حرج، زن قسمتی از مهریهٔ خود را هم بذل کند، هیچ اشکالی ندارد. زن می‌تواند برای اثبات عسر و حرج مهریهٔ خود را ببخشد، نه این که دادگاه از زن بخواهد مهریه را ببخشد تا از این طریق عسر و حرج احراز شود. چنانچه زن بگوید من حتی قسمتی از مهریهٔ خودم را هم بذل می‌کنم، این به معنای خلع نیست، چون طلاق که تقاضا شده در مسیر عسر و حرج است. پس اگر زوجه رأساً برای اثبات عسر و حرج خویش قسمتی از مهریه را بذل کند اشکالی وجود ندارد. در واقع طلاق قضایی نوع خاصی از طلاق است که باید از جمله طلاق‌های بائن محسوب شود.

در مجموع تفاوت‌های بسیاری در درخواست طلاق از جانب زوج و زوجه وجود

دارد. تا قبل از اصلاح ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، دادگاه نمی‌توانست درخواست مرد مبنی بر طلاق را رد کند، اما در اصلاح ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی درج شده که «با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق نماید» پس تا حدودی برای دادگاه مقدر گشته است تا در صورت غیرمنطقی بودن، دعوای طلاق را رد کند. شایان ذکر است برای زن شرایطی وجود دارد ولی برای مرد جز ارجاع به داور شرط دیگری نیامده است. شرط داوری در ایران چندان موفق اجرا نشد و داوران به جای این که وظایف خود را به درستی انجام دهند به سمت یک کار شکلی رفته‌اند. در این رابطه یک رأی از دادگاه مشهد در خصوص عدم پذیرش تقاضای مرد مشاهده شده است.

با توجه به موارد مذکور و آراء مورد بحث، پرسش آن است که رأی دادگاه مبنی بر طلاق زوجه به لحاظ عسر و حرج بائن است یا رجعی. شایان ذکر است آرا از جهت شکل، استدلال و ماهیت بررسی می‌گردد.

خانم عارفه مدنی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران):

بائن بودن طلاق ناشی از عسر و حرج

طلاق ناشی از عسر و حرج رجعی نبوده زیرا اولاً فرض بر این است که شارع و قانون‌گذار حکیم هستند و کار عبث نمی‌کنند. در صورتی که این طلاق رجعی فرض شود، موجب می‌شود از یک طرف زوجه با رسیدگی‌های طولانی حکم طلاق بگیرد و از دیگر سو در ایام عده، مرد امکان رجوع داشته باشد. اساساً طلاق‌هایی که به درخواست زوج است طلاق‌های رجعی هستند اما هیچ متن صریحی مبنی بر این که طلاق به درخواست زوجه رجعی تلقی شود وجود ندارد مگر در خصوص زوج غایب مفقودالاثار که به خاطر مصالحی طلاق رجعی تلقی شده است.

ماده ۱۴۴۵ قانون مدنی که طلاق‌های بائن را معرفی می‌کند مفید حصر نیست. ممکن است موارد دیگر در آن داخل شوند که از آن جمله طلاق ناشی از عسر و حرج است. باید گفت طلاق ناشی از عسر و حرج بائن است. محتاج ذکر است در یک مورد که مسئله مسکوت گذاشته شد، دیوان متعرض شد و اعلام نمود طلاق از نوع خلع است. به نظر می‌رسد به لحاظ عسر و حرج زوجه، زوج نباید امکان رجوع داشته باشد. به عبارت گویاتر همانطور که قانون، شرع و عرف طلاق به جهت عسر

و حرج را موجه دانسته‌اند، باید مانع رجعی بودن آن نیز باشند. در خصوص تفاوت در درخواست طلاق توسط زوج و زوجه نیز، معمولاً درخواست مرد پذیرفته می‌شود و نیاز به اثبات ندارد. مرد چگونه می‌تواند چنین امری را اثبات کند؟ اصلاح قانون صرفاً ظاهر ماده پیشین را آراسته است. در عمل با همان شرایط سابق درخواست داده می‌شود و دادگاه هم می‌پذیرد. در یک مورد دادگاه تقاضای طلاق مرد را رد کرده بود که شکایت انتظامی صورت گرفت. النهایه کیفرخواستی صادر شد، مبنی بر آن که دادگاه حق مرد را ضایع کرده است.

آقای آهنگر (پژوهشگر):

بائن بودن طلاق ناشی از عسر و حرج به استناد ضرورت

پرسشی مطرح است که آیا طلاق که به حکم دادگاه و درخواست زن است حتماً باید در قالب خلع مطرح شود یا نهادی جدید است. ظاهراً نهاد جدیدی است. اگر نهاد جدید نبود دو ماده از قانون مدنی به آن اختصاص نمی‌یافت. منتهی تا حد اطلاع موجود، فقها در این خصوص بحث نکرده‌اند. یعنی دیدگاهی از سمت فقها در خصوص بائن یا رجعی بودن این طلاق نیامده است. البته در سوابق فقهی طلاق به‌عنوان «عسر و حرج» وجود نداشته و به این جهت فقهاء متقدم در این خصوص مطلبی ذکر نکرده‌اند. اما این موضوع مانع ایجاد نهادی جدید نخواهد بود. لذا از باب ضرورت و به جهت آن که منطبق حکم قانون‌گذار بلااستفاده نماند، این طلاق باید بائن باشد. نیازی نیست که در فرض مورد بحث، طلاق از باب خلع تلقی شود و زن موظف به بذل بخشی از حقوق مالی خویش گردد. به‌علاوه رجعی بودن این طلاق، نقض غرض است. زوجه‌ای که قادر به ادامه زندگی مشترک نیست، سپس او از دادگاه حکم طلاق بگیرد و مرد مجدد رجوع کند.

دکتر تقی‌زاده (عضو هیئت علمی دانشگاه علامه طباطبایی):

بائن بودن طلاق ناشی از عسر و حرج با استناد به تغییر نظام تقنینی

واضح است که قانون مدنی فعلی بر اساس طلاق در سیستم فقه امامیه وضع شده است. بر اساس روایاتی که مشخص نیست تا چه میزان معتبر یا غیر معتبر هستند، طلاق از حقوق و اختیارات منحصر مرد بوده است که آن قاعده یا روایت در ماده ۱۱۳۳ سابق قانون مدنی منعکس شده بود. به این صورت که مرد هر وقت

بخواهد می‌تواند زن خود را طلاق دهد. یعنی سرنوشت طلاق از آغاز تا انجام در اختیار مرد بود. نظام قانون مدنی نیز بر اساس همین تفکر شکل گرفته بود. بنابراین همه مواد بعد از ماده ۱۱۳۳ بر این اساس تنظیم شدند.

رأیی در همین موضوع از جانب یکی از قضات در اطراف تهران صادر شده و درخواست طلاق مرد رد شده بود. البته این رأی در مرحله تجدیدنظر نقض شد. این موارد نشانه‌ای از تفاسیر مختلف از قانون است. خلاف تلقی سرکار خانم مدنی، ماده اصلاحی صرفاً دگرگونی ظاهری نیست، بلکه از اساس آن سیستم «الطلاقُ بیدٍ مِنْ أَخَذِ بِالسَّاقِ» را به طلاق به دست دادگاه تبدیل کرد. لازم است به فلسفه اصلاح ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی و چرایی دخالت قانون توجه شود. نیک پیدا است که متلاشی شدن نهاد خانواده قواعدی و مقرراتی دارد. غرض این نیست که به زور زوجیت باقی بماند اما به راحتی هم نمی‌توانند یکدیگر را رها کنند. قانون‌گذار به حق، این سیستم را تغییر داده و به محکمه سپرده و دادگاه دارای نقشی کلیدی و اساسی است. دادگاه باید به دلایل رسیدگی کند، اگر دادگاه احراز کند که مرد حقیقتاً زوجه را نمی‌خواهد باید با همین استدلال با طلاق موافقت کند چراکه قاضی قانع شده است، ولی این که مردی تقاضاء طلاق کند و نیازی به اثبات نباشد، خلاف ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی است.

اگر در قانون مدنی از انواع طلاق بحث شده و در ماده ۱۱۴۳ قانون دو نوع طلاق را به رسمیت شناخته است، بی‌ارتباط با ماده ۱۱۳۳ و آن تفکیک نبوده است. به تعبیر دیگر انواع طلاق بر اساس فقه شکل گرفته بود. نیک پیداست که آن اساس به هم ریخته است. در نظام تقنینی ایران آن تفکر آرام آرام به حاشیه رفت. در نظام حقوقی و نیز از منظر قانون‌گذار، از زمانی به بعد دخالت و نقش زن در طلاق پذیرفته شد. قانون‌گذار این تفکر را با تدوین ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، اصلاح ماده ۱۱۳۳ و مواردی دیگر به منصفه ظهور رساند. مرحله پایانی این تحول با اصلاح ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی کامل شد. شایسته بود و بایسته است، همان‌گونه که قانون‌گذار ماده ۱۱۳۰ را وضع و ماده ۱۱۳۳ را اصلاح کرد، باب انواع طلاق را هم اصلاح کند. نوع طلاق در حال حاضر بر اساس سیستم (طلاق به اختیار مرد) بنا شده و نیازمند اصلاحات است. آیا صحیح است که در برهه کنونی نیز طلاق بر دو

نوع تلقی شده و گونه‌ای دیگر برای آن تصور نشود؟ نتیجه وضعیت فعلی قانون اختلاف نظر در محاکم خواهد بود. مواد ۱۱۴۳ قانون مدنی به بعد، به طور ضمنی نسخ شده است. به این نحو که تحت الشعاع اصلاح ماده و تزلزل در تفکر اختیار مطلق مرد در طلاق، باید آن ماده را نیز منسوخ قلمداد نمود.

در سیستم پیشین مرد هر وقت مایل بود، زن را طلاق می‌داد. قانون‌گذار فرصتی نیز جهت بازگشت به رابطه زوجیت در صورت تمایل، به وی اعطا کرده بود. اینک سیستم چنین نیست. مرد در امر طلاق اختیار مطلق ندارد. مرد اگر طلاق بخواهد باید بر اساس فرآیندی، طبق شرایط مقرر، به دادگاه مراجعه کند. لذا دسته‌بندی‌های سابق در طلاق دچار تحول شده و لازم است رویه قضایی نیز به موازات آن اصلاح شود. لزوم این مسئله به‌ویژه در رأی شعبه ۱۰ دیوان که ظاهراً خودش متقاعد است و تصریح می‌کند این طلاق باید باین باشد، هویدا است. ممکن است تمامی صاحب‌نظران به آشفته‌گی سیستم فعلی اذعان داشته باشند اما از بیان صریح دیدگاه خویش بپرهیزند. علی‌القاعده امروزه نهادی به نام طلاق رجعی وجود ندارد. قاعده‌ای که «مرد هر وقت بخواهد بتواند همسر خود را طلاق دهد» نیز وجود ندارد. حتی در صورتی که طلاق به درخواست زوج باشد، توسط زوج واقع نمی‌گردد. زوج متقاضی طلاق است اما در نهایت مجوز را دادگاه صادر می‌کند. حتی در این موارد نیز رجعی دانستن طلاق، به سخره گرفتن دستگاه قضایی، نهادهای قضایی، بودجه، نظم عمومی و جامعه است. زیرا مرد متقاضی طلاق می‌شود و دادگاه رسیدگی می‌کند. امکانات و هزینه‌ها انجام شده و تقاضا مورد اجابت قرار می‌گیرد، سپس بازگشت به زوجیت توسط زوج مطرح می‌شود. این موضوع هم به همان میزان که اگر متقاضی زن بود، به سخره گرفتن دستگاه قضایی است. این طلاق نباید رجعی باشد. البته تلقی محاکم مبنی بر رجعی بودن طلاق مذکور، بحثی جداگانه است.

طلاق رجعی منحصر به سیستم قبلی بود. البته در جایی که هر دو طرف راضی باشند که امکان بازگشت به رابطه زوجیت وجود داشته باشد، طلاق رجعی مفید خواهد بود. به علاوه در این فرض به اصل استحکام خانواده نیز کمک خواهد شد و فرصتی به طرفین اعطا می‌شود (با کیفیت خاصی که ایشان راضی باشند) که امکان رجوع وجود داشته باشد. لذا با منطقی‌سازی اصل استحکام خانواده، رجعی تلقی

شدن طلاق اخیر صحیح است. در عین حال طلاق را یک‌جانبه رجعی تلقی کردن چندان درست نیست.

رأی شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر که تقاضا طلاق را از طریق خلع کردن، از نوع بائن تلقی کرده است، تأمل‌برانگیز است. چنانچه به استناد ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، تقاضا طلاق شده و شرایط نیز احراز شده است، معلوم نیست اجبار به بخشیدن حقوق مالی با کدام یک از موازین حقوقی سازگار است. الزام به بخشش محلی از اعراب ندارد. این‌که زوجه وادار به بخشیدن مهریه شده تا طلاق خلع واقع شود، (چراکه خلع از انواع بائن است) محل تأمل است.

در رأی اول زوجه ۳۵۰ سکه خویش را بذل می‌کند. دادگاه از این طریق می‌خواهد طلاق را خلع کند تا بر این مبنا بائن شود. طلاق خلع آدایی دارد. یکی از آن آداب توافق طرفین است. رأی‌های این‌چنینی خلاف تمام موازین حقوقی، انصاف و عدالت است. طلاقی که بر اساس ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی تقاضا می‌شود تابع احکام و مقررات خاص خود است و اگر ادله کافی باشد دادگاه مجاب می‌شود و حکم طلاق صادر می‌کند.

به‌علاوه اگر در این نوع طلاق دادگاه حکم به طلاق رجعی دهد مانند آن است که حکم طلاق صادر نشده است. مطلقه رجعی در حکم زوجه می‌باشد، یعنی هنوز رابطه زوجیت متلاشی نشده است. در صورتی که زوجه دلایلی مبنی بر لزوم قطع زوجیت ارائه کرده است. بنابراین اگر دادگاه ادله را کافی دانست و عسر و حرج را احراز کرد باید حکم به طلاق دهد و پس از طی مراحل لازم حکم قطعی شود. رجعی دانستن از جهت آیین دادرسی هم دارای اشکال است..

آقای اهوراکی:

مخالفت با بائن تلقی شدن طلاق از جانب مرد و رجوع توافقی

بنا به اعتقاد برخی حتی اگر طلاق به درخواست مرد باشد و دادگاه حکم صادر کند، این طلاق باید بائن باشد چراکه گرچه مرد تقاضا طلاق کرده ولی دادگاه حکم را صادر کرده است. در پاسخ باید گفت اگر مرد از دادگاه تقاضا کند دادگاه حکم به طلاق نمی‌دهد بلکه طلاق را تجویز می‌کند. در مواقعی که هم زن و هم مرد هر دو متقاضی باشند، دادگاه «گواهی عدم امکان سازش» صادر می‌کند.

بنابراین در فرضی که مرد خواهان طلاق باشد، دادگاه بررسی کرده و با توجه به آن که امکان ادامه زندگی وجود ندارد، اجازه جاری شدن صیغه طلاق را صادر می‌کند. پس طلاق‌دهنده همچنان مرد است و دادگاه حکم صادر نمی‌کند.

پیش از قانون اصلاح مقررات راجع به طلاق، مرد هر موقع می‌خواست زوجه را طلاق می‌داد لذا برای جلوگیری از طلاق‌های احساسی و آنی سعی شد مانعی ایجاد شود. حال جای تأمل است که چرا اگر مردی زنش را به‌موجب مجوز دادگاه طلاق داد باید مانع حق رجوع وی شد. بنابراین اگر در این فرض طلاق رجعی قلمداد نشود، اصل را عوض کرده و به یک‌باره جایگاه طلاق رجعی کاملاً محدود شده است.

آقای کیاستی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان):

نقد شکلی و ماهوی رأی شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور

نخست آن که رأی شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور به نحوی انشا شده که در آن جانبداری دادگاه از زوج مشاهده می‌شود. در رأی چنین آمده: «...ولکن چون علاوه بر الزام زوج به طلاق که موجب متلاشی شدن خانواده و زندگی مشترک می‌شود، الزام زوج به پرداخت مهریه نیز مستلزم عسر و حرج آن بوده و مشمول قاعده حرج است...». از رأی چنین برداشت می‌شود که اگر مرد به پرداخت مهریه محکوم شود لزوماً موجب حرج و عسر مرد است. به نظر می‌رسد دادگاه جانبدارانه انشاء رأی کرده و نحوه نگارش رأی ادبی نیست. برای نگارش رأی باید استانداردهای صورت بگیرد. قانون‌گذار است که باید مداخله کند و قاضی را ملزم به تبعیت از دیدگاه خویش نماید، در غیر این صورت قاضی الزامی به تبعیت ندارد.

دوم این که در این رأی بیان شده که «معمولاً زن‌هایی که خود را در عسر و حرج می‌بینند می‌گویند مهرم حلال و جانم آزاد»، این یک عبارت عامیانه و غیرحقوقی است. قانون‌گذار تصریح کرده که زن در قبال عوضی که می‌دهد، خود را مطلقه می‌کند پس یعنی زن مستحق مهریه بوده زیرا به مجرد وقوع عقد زن مالک مهریه می‌شود. بنابراین در طلاق خلع این عوض می‌تواند کمتر، معادل و یا بیشتر از مهریه باشد. به نحوی مانند تهاتر است. طلبی وجود دارد و مقداری از آن بخشیده می‌شود، این به عنوان بذلی است که در طلاق خلع لازم است.

سوم این که در این رأی عدالت رعایت نشده است زیرا مرد به مجرد وقوع عقد

نکاح مکلف است که مهریه زن را بپردازد. بنابراین پرداخت مهریه امری خارج از قواعد قانونی نیست که موجب ایجاد عسر و حرج باشد. عسر و حرج در مواردی است که نقض مقررات قانونی صورت بگیرد نه الزاماتی که ناشی از قانون است.

چهارم، قاضی در مقام انشاء رأی مکلف است به قانون، اصول حقوقی، قواعد و متون فقهی مراجعه کند. اگر خارج از آن رأی انشا کند، موجب محکومیت انتظامی وی و بی‌اعتباری رأی است. بنابراین مطالبی که در بحث تحلیل قانون بیان شد صحیح است اما دادگاه نمی‌تواند از چارچوب قانون خارج شود و فرضاً به حقوق فرانسه مراجعه کند یا با وجود تصریح قانون تقسیم‌بندی بائن و رجعی را کنار بگذارد. قضات صرفاً می‌توانند در مقام انشاء رأی تا جایی که قانون تاب تفسیر دارد، آن را تفسیر کنند.

در ماده ۱۱۴۴ قانون مدنی در طلاق بائن برای شوهر حق رجوع نیست و به همین علت باید این نوع طلاق را بائن حساب کرد نه رجعی، تا شوهر حق رجوع نداشته باشد، زیرا عسر و حرج کماکان باقی می‌ماند.

شایان ذکر است که گرچه ماده ۱۱۴۵ به صورت احصایی انشا شده و موارد طلاق بائن روشن شده است اما می‌توان موارد دیگری هم اضافه نمود و چنین استنباط کرد که قانون‌گذار در زمان انشاء این ماده موجودیتی برای سایر طلاق‌ها قائل نبوده تا موارد دیگر را بیافزاید. لذا به علت آن که ماده ۱۱۳۰ و طلاق توافقی و ... سابقه فقهی ندارند می‌توان ماده ۱۱۴۵ را حصری تفسیر نکرد.

با عنایت به استنباط فوق قضاتی که سعی کردند این طلاق را در دایره طلاق خلع قرار داده و بائن تلقی کنند استنباط صحیحی ندارند زیرا طلاق خلع تعریف دارد. در منطق و اصول از تعریف و معرف مشخص است. نمی‌توان عنوانی را وارد یک تعریف کرد درحالی که معرفی در موردش وجود ندارد. طلاق خلع به واسطه کراهت است و زوجه مالی را در عوض بذل می‌کند. برای این که طلاق خلع نامیده شود دو شرط لازم است: ۱. کراهت و ۲. بذل عوض. ممکن است در عسر و حرج هیچ کراهتی نباشد چه بسا زنی شوهرش را دوست دارد ولی شوهر دارای اعتیاد است و نمی‌تواند زندگی را ادامه دهد. اصراری نیست که لزوماً این طلاق خلع باشد، بلکه بهتر است در رویه قضایی یک مورد به طلاق‌های بائن اضافه شود.

دکتر تقی زاده:

در رابطه با مباحث مطرح‌شده دو نکته قابل توجه است. نخست آن که طلاق

که با دخالت قضا و دادگستری واقع می‌شود طلاق قضایی است. ممکن است گفته شود طلاق قضایی، طلاقی است که زن متقاضی طلاق باشد و نهایتاً دادگستری آن تقاضا را اجابت کند اما هیچ کجا چنین تعریفی ارائه نشده است. آنچه از طلاق قضایی به ذهن متبادر می‌شود آن است که در مقابل طلاقی است که توسط مرد انجام می‌پذیرفت. به لحاظ نظری و در نظام کنونی هیچ طلاقی امکان وقوع بدون دخالت دستگاه قضایی را ندارد. تمامی طلاق‌ها چه آن‌ها که با تقاضاء مرد شروع می‌شود، چه آن‌هایی که با تقاضاء زن یا با تقاضاء مشترک زن و مرد شروع می‌شود باید تأیید و مجوز دستگاه قضایی یعنی محاکم و دادگاه‌های خانواده را داشته باشند. پس به نظر می‌رسد در همه موارد طلاق قضایی است. گویی گواهی عدم امکان سازش ماهیتاً با حکم طلاق فرق چندانی ندارد. شایان ذکر است اتفاق نظر بر آن بود که طلاق قضایی طلاق رجعی نیست چراکه اگر باین تلقی نشود نقض غرض قانون‌گذار و برخلاف نظم عمومی خواهد بود.

دوم این که اعتقاد به این موارد که نظام کنونی حقوقی نظام نوشته بوده است و وظیفه قضات اعمال و اجراء قوانین موضوعه است و قضات در صورت خلأ سکوت، ابهام و تعارض قوانین حتی به فقه نیز مراجعه می‌کنند، کاملاً صحیح است. اما امروز این سیستم تغییر کرده است، ولی بدان معنا نیست که قضات خلاف قوانین رأی دهند. قضات موظف به اجراء قوانین هستند ولی بر اساس همان قانون اساسی که چنین امری را الزامی کرده، تفسیر از قوانین هم بر عهده قضات است. باید توجه داشت که اکنون هیچ نظام حقوق نوشته‌ای در آن معنای مرسوم کلمه که همه چیز در قالب قانون باشد و وظیفه همه شهروندان و قضات را از آغاز تا انجام روشن کرده باشد، نه وجود دارد و نه امکان وجود آن هست. خاستگاه نظام‌های حقوقی مکتوب کشورهای مثل فرانسه، بلژیک، سوییس و ... بودند که اکنون آن‌ها نیز قوانین را با تفاسیر قضایی و دکتترین می‌آمیزند. قانون در زمانی که وضع می‌شود، صرفاً چند کلمه است و روح ندارد. تفسیر به قانون روح می‌دمد، کار خلاف قانون نیست و موجب پویایی یک نظام حقوقی بوده و قضات باید به نقش خود در این حوزه واقف باشند.

توجه به این مطلب ضروری است که ظاهر ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی احصاء حصری است نه تمثیلی، ولی بایسته است که تمثیلی باشد.

سخن دیگر آن که یکی از معضلات فعلی حتی در اجراء قوانین موجود نیز، فقدان دادگاه خانواده است. دادگاه خانواده تشکیل نشده است. در حال حاضر در سیستم قضایی، قانون حمایت خانواده اجرا نمی‌شود. با یک مجوز اجراء قانون به تأخیر افتاد و اکنون دادگاه خانواده وجود ندارد. دادگاه خانواده یعنی همان دادگاهی که ارکانش را قانون حمایت خانواده ۹۱ تعریف کرده است. فصل اول قانون حمایت از خانواده، با عنوان «دادگاه خانواده» بدین نحو آغاز می‌شود: «ماده ۱. به منظور رسیدگی به امور و دعاوی خانوادگی، قوه قضائیه موظف است ظرف ۳ سال از تاریخ تصویب این قانون در کلیه حوزه‌های قضایی شهرستان به تعداد کافی شعبه دادگاه خانواده تشکیل دهد...». ماده ۱ این معنای را در بر دارد که دادگاه خانواده وجود نداشته است، در غیر این صورت قانون‌گذار مجدد تکلیف برای تشکیل شعب خانواده تعیین نمی‌کرد. در مواد بعدی ارکان، اجزا و ترکیب این دادگاه مشخص می‌شود. مفهوم قانون آن است که دادگاه خانواده در زمان فعلی وجود ندارد و قوه قضائیه ظرف سه سال باید شعب خانواده را تشکیل دهد. استعلام قوه قضائیه هم در راستای عدم انجام وظیفه مذکور ظرف سه سال، انجام پذیرفت.

آقای اهوراکی:

ماهیت دادگاه خانواده

رأی شعبه ۱۲۶ دادگاه بدوی واجد ایراد شکلی است. هم در رأی دادگاه بدوی و هم در رأی دادگاه تجدیدنظر عبارت «دادگاه عمومی حقوقی» قید شده است. دادگاه عمومی حقوقی صلاحیت رسیدگی به دعوی طلاق را ندارد. این دادگاه، دادگاه عمومی حقوقی نبوده و به اشتباه خویش را چنین توصیف کرده است. شعبه ۲۶۱ دادگاه تهران دادگاه خانواده است. دادگاه‌های خانواده دادگاه‌های عمومی حقوقی نیستند. دادگاه خانواده دادگاهی با صلاحیت ذاتی است و به موارد خاصی رسیدگی می‌کند. رأی وحدت رویه این موضوع را به خوبی تبیین کرده است.^۱

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۶۹-۱۳۹۷/۴/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطابق بند سوم اصل بیست و یکم قانون اساسی و ماده ۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان خانواده ضرورت دارد و تشکیل آن با رعایت ضوابط قانونی به قوه قضائیه محول شده است و چون موارد صلاحیت دادگاه خانواده در ماده ۴ این قانون صراحتاً بیان شده است لذا این دادگاه که با رعایت ترتیبات معین قانونی تشکیل می‌شود دادگاه اختصاصی محسوب می‌گردد و صلاحیت آن نسبت به دادگاه‌های عمومی ذاتی است و

دادگاه‌های خانواده دارای صلاحیت ذاتی هستند، بنابراین مسأله یک تقسیم داخلی بین دادگاه‌های عمومی نیست بلکه صلاحیت ذاتی است.

در جمع‌بندی کلی نکات ذیل حائز اهمیت است:

۱. تقریباً اکثریتی که در جلسه کتونی حاضر هستند طلاق قضایی را طلاق می‌دانند که دادگاه حکم می‌دهد، نه هر طلاق که مسیر دادگاه را طی کند. پس با این وصف طلاق‌های موضوع ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی جزء طلاق‌های قضایی است ولی صدور گواهی عدم امکان سازش و مواردی که متقاضی طلاق مرد است و قانون مراجعه به دادگاه را تکلیف کرده است، طلاق قضایی نخواهد بود.

۲. ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی مربوط به زمان خود بوده و قانون‌گذار در خصوص طلاق قضایی تصریحی به نوع طلاق نکرده است، اما با توجه به تفاسیر و استدلال‌هایی که در جلسه بیان شد نباید تردید کرد که طلاق به موجب ماده ۱۱۳۰ جزء طلاق‌های بائن است. در واقع بهتر است گفته شود ماده ۱۱۴۵ نسخ نشده، اما دامنه ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی وسیع‌تر گشته است و طلاق قضایی از مصادیق طلاق بائن به حساب می‌آید.

۳. باید بین طلاق ناشی از عسر و حرج و طلاق خلع تفاوت قائل شد. زوجه نباید لزوماً تمام یا قسمتی از مهر خود را بذل کند. خلع طلاق دیگری است و اگر زوجه ادعای طلاق خلع داشت، باید در آن قالب مطرح شود. امید است که در رویه قضایی زین پس چنانچه حکم طلاق به لحاظ عسر و حرج صادر شد، بی‌آن‌که زن به بذل مهریه رهنمون گردد، اصالتاً بائن قلمداد شود. این رویکرد گامی بزرگ به سمت رأی وحدت رویه است. امروزه در عمل نمی‌توان تقاضای

مطابق اصول کلی حاکم بر تشکیلات دادگستری، محاکم اختصاصی غیر از آنچه قانون صراحتاً اجازه داده است به هیچ امر دیگری حق رسیدگی ندارند. در این وضعیت با حدوث اختلاف بین دادگاه خانواده و دادگاه عمومی مستقر در حوزه قضایی یک استان، مرجع حل اختلاف در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دیوان عالی کشور است. بنابراین رأی شعبه پنجم دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی در اجراء مقررات ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

رأی وحدت رویه کرد، زیرا هیچ دادگاهی به صراحت باین بودن را اعلام نکرده و هیچ دادگاهی نیز آشکارا آن را رجعی ندانسته است.

در خصوص ماهیت صلاحیت دادگاه خانواده می‌توان گفت: از لحاظ نظری صلاحیت دادگاه خانواده اختصاصی است. رأی وحدت رویه نیز اختلاف را حل کرده است. لکن از نظر عملی این که در تهران دادگاه خانواده تشکیل شده یا نه، محل تردید است. دادگاه‌های شهرستان‌ها قاضی مشاور دارند. ترکیب دادگاه خانواده همان است که قانون حمایت خانواده در ماده ۱ و ۲ پیش‌بینی کرده است. گرچه در قانون حمایت خانواده، دادگاه خانواده با ترکیبی خاص پیش‌بینی شده است، اما پیش‌تر نیز در قوانینی پیش‌بینی شده بود. دادگاه خانواده دادگاهی است اختصاصی با صلاحیت ذاتی و صلاحیت آن صلاحیت عمومی نیست.

گروهی بر این عقیده هستند که دادگاه خانواده از جنس دادگاه‌های عمومی است که یک صلاحیت حقوقی و یک صلاحیت اضافی خانواده دارد. در نتیجه دادگاه خانواده منعی جهت رسیدگی به دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ندارد، ولی دادگاه‌های دیگر نمی‌توانند به موضوع خانواده رسیدگی کنند. به عقیده آنان دادگاه خانواده از قسم دادگاه‌های عمومی حقوقی است.

در این رابطه توجه به ماده ۱۴ اصلاحی تشکیل دادگاه‌های عمومی انقلاب، لازم به نظر می‌آید. قبل از این قانون، دادگاه‌ها مدنی خاص و حقوقی بودند. بعدها همگی تبدیل به دادگاه عمومی شدند. این قانون تصریح کرد که دادگاه‌ها به این کیفیت است:

۱. دادگاه‌های عمومی حقوقی ۲. دادگاه امور جزایی ۳. دادگاه خانواده. دادگاه خانواده به این‌گونه تعریف شد: دادگاه خانواده حتی‌المقدور با حضور مشاور زن تشکیل می‌شود. لذا دادگاه خانواده از حیث تبیین و استناد قانونی متکی به قانون حمایت خانواده نیست. آن چیزی که از مقام معظم رهبری استجازه شد، ناظر بر این نیست که دادگاه خانواده فعلاً به این کیفیت تشکیل نشود، بلکه صرفاً لازم است آن بخش از قانون حمایت خانواده در خصوص حضور مشاور به صورت اجباری به تأخیر افتد. در قانون تصریح شده است که مشاور زن حضور داشته باشد و جایی که مشاور زن نیست، مشاور مرد، لکن این خود مسئله را پیچیده‌تر کرده است چراکه این‌گونه نیست که مشاور مرد زیاد باشد که در فرض کمبود مشاور زن، از مردها استفاده شود.

پس قبل از قانون حمایت خانواده، بند «ب» ماده ۱۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب وجود داشته است. دادگاهی که به‌عنوان دادگاه خانواده امروزی در حال رسیدگی به امور هستند به استناد بند «ب» قانون تشکیل فعالیت دارند، نه قانون حمایت خانواده، زیرا بند «ب» ماده ۱۴ قانون تشکیل، دادگاه‌ها را تبیین کرده است. لذا به‌موجب قانون و نه اختیار رئیس حوزه قضایی مبنی بر تقسیم کار از حالت عمومی به سمت دادگاه‌های تخصصی حرکت شده است.

در باب ماهیت اختصاص شعب دادگاه عمومی به خانواده، پرسشی مطرح می‌شود که آیا وقتی قانون‌گذار شعبی را جدا کرد، شعب موصوف همچنان ماهیت سابق را دارند یا ماهیت جدید یافته‌اند؟ پاسخ آن است که ماهیت جدید پیدا می‌کنند. قانون‌گذار تصریح کرد که شعبی از دادگاه تجدیدنظر استان اختصاص به رسیدگی به این دعوای پیدا می‌کنند و نام آن را دادگاه کیفری استان قرار داد. آیا دادگاه‌های کیفری استان همان دادگاه‌های تجدیدنظر هستند؟ دادگاه‌های کیفری استان مدعی بودند که دادگاه عالی هستند نه دادگاه بدوی، چون از جنس دادگاه تجدیدنظر هستند. لکن دیوان عالی کشور بر این استدلال خط بطلان کشید. در مقام حل اختلاف معلوم شد دادگاه کیفری استان وقتی از دادگاه تجدیدنظر جدا شد یک ماهیت جدید پیدا کرد، پس در این قیاس وقتی شعبی به دادگاه خانواده اختصاص یافتند، دیگر نمی‌توان گفت هنوز دادگاه عمومی حقوقی هستند.

درخصوص بحث ابلاغ مسأله این است که آیا صلاحیت را قانون تعیین می‌کند یا ابلاغ؟ بسیاری از قضات که اینک در شعب کیفری دو هستند ابلاغ ایشان دادگاه عمومی جزایی است. آیا در رأی رئیس شعبه دادگاه عمومی جزایی یا کیفری دو درج می‌شود؟ قانون تعیین صلاحیت می‌کند نه ابلاغ. بنابراین با توجه به ماهیت دادگاه، صلاحیت مشخص می‌شود.