

## به نام خدای مهربان

### عسر و حرج از منظر قانون و رویه قضایی

#### تعریف

عسر در مقابل یسر به معنای تنگی و دشواری (سیاح، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۰۴۹)، تنگدستی، فقر و تهیدستی (معین، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۳۰۰) و «حرج» نیز در معنایی مشابه عسر یعنی تنگدستی و سختی (سیاح، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۸۴)، تنگدل شدن و به کار در ماندن (معین، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۳۴۷) قرار گرفته است. «نفی عسرو حرج» از قواعد فقهی پذیرفته شده است که بر پایه ادله چهار گانه (کتاب، سنت، اجماع و عقل) قرار گرفته است. معنای این قاعده که از عناوین ثانویه است، در تمام ابواب فقه از جمله عبادات، معاملات و سیاست جاری است. در معنای این قاعده باید گفت هرگاه از اجرای احکام اولیه مشقتی غیر قابل تحمل پدید آید، آن تکلیف برداشته می‌شود.

#### مبانی

مستندات قاعده فوق به شرح ذیل است:

۱- کتاب: شامل آیات ۷۸ سوره حج (جاهدوا فی الله حق جهاده هو اجتبیکم و ما جعل علیکم فی الدین من حرج)، ۲۸۵ سوره بقره (لا یکف الله نفسا الا وسعها) و آیات دیگری از جمله ۱۸۵ سوره بقره (یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر) است. در تمامی آیات فوق الذکر خداوند رحمان می‌فرماید هیچ حکمی در اسلام نیست که موجب عسرو حرج اشخاص باشد و کلیه احکامی که چنین خاصیتی دارند نفی شده است. علامه طباطبایی در تفسیر آیه ۲۸۵ سوره بقره می‌فرماید: «تمام حق خدا بر بنده این است که سمع و طاعت داشته باشد و معلوم است که انسان تنها در پاسخ فرمانی می‌گوید «طاعه» که اعضا و جوارحش بتوانند آن را انجام دهند (طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۶۸۴).

۲- سنت: روایات متعددی از پیامبر اکرم (۲) و امامان معصوم دلالت بر نفی احکام حرجی از عهده مسلمین دارد. امام جعفر صادق (u) به نقل از رسول اکرم (۲) می‌فرماید: «... ان الله تعالی کان اذا بعث نبیا قال له اجتهد فی دینک و لا حرج علیک و ان الله تعالی اعطی امتی ذلک حیث یقول ما جعل علیکم فی الدین من حرج». حدیث دیگر حدیث رفع است که «ما لا یطیقون» را از عهده امت برداشته است (کلینی، بی تا، ص ۲۰۴).

۳- عقل: مباحث تکلیف «ما لا یطاق» در نظر عقل، مبنای نفی حکم عسرو حرجی است. قاعده لطف نیز بر نفی حکم مشقت بار دلالت دارد؛ زیرا «سخت‌گیری‌های بیهوده و اکنشی نامطلوب به وجود آورده، انگیزه مخالفت با قانون و مقاومت در برابر آن را تقویت می‌کند و اشخاص را به گناه و عصیان وا می‌دارد. پس وظیفه هدایت قانونگذار ایجاب می‌کند که نه تنها امری بیرون از توان و تحمل را در زمره احکام نیاورد، به شدت و سختگیری نیز نپردازد» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۳۸۱).

۴- اجماع: اجماع فقهای امامیه که برگرفته از سنت معصومان (U) است، نیز بر نفی احکامی قرار گرفته است که موجب عسرو حرج مکلف می‌شوند (موسوی بجنوردی، ۱۳۶۶، ص ۳۵). بر مبنای نظر دیگر ادعای اجماع بر عدم جواز جعل حکم حرجی مقبول نیست. زیرا دلیل اجماع کنندگان در واقع آیات و روایات مربوط است و از سوی دیگر نظر بر اینکه اکثر علماء به این مسأله اشاره نکرده‌اند، ادعای استقرار چنین اجماعی مورد تردید است (محقق داماد، ۱۳۶۷، ص ۶۹).

### محدوده قاعده عسرو حرج

آیا عسرو حرج به معنای ضرر است؟ و آیا هر ضرری نفی حکم می‌نماید؟ بدیهی است بسیاری از تکالیف با مشقت و سختی همراهند. آنچه نفی شده است، سختی است که از حد طبیعی فراتر رود. معیار تشخیص مرز بین سختی معمولی با سختی فراتر از حد معمول، عرف است. مرحوم ملا احمد نراقی در این خصوص می‌فرماید: شارع عسرو حرج بر بندگان را نمی‌خواهد، مگر از جهت تکالیفی که بر حسب طاقت و توان اشخاص معمولی و متعارف در حال عادی ایجاد شده است (نراقی، ۱۳۸۰، ص ۲۲ - ۲۳). به عبارت دیگر باید گفت نسبت عسرو حرج با ضرر نسبت عموم و خصوص مطلق است، بدین معنا که «هر حرج ضرر است اما هر ضرر، حرج نیست» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۱، ص ۱۴۶۰). از سوی دیگر در دلالت قاعده نفی عسرو حرج باید گفت مفاد قاعده دلالت بر نهی دارد نه بر نفی که قهراً معنایش حرمت فعل است (موسوی بجنوردی، ۱۳۶۶، ص ۳۶).

### پیشینه کاربرد قاعده نفی عسرو حرج در امور خانوادگی در قانون ایران

یکی از مصادیق قاعده موضوع بحث، نفی عسرو حرج زوجه از ادامه زندگی زناشویی و تخصیص حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» است نکاح از عقود رضایی است و زن و مرد با بیان صریح اراده خویش و با توافق، آن را به وجود می‌آورند. البته مقنن به منظور حفظ نظم عمومی و سهولت اثبات عقد نکاح که آثار مهمی در جامعه دارد، مقرراتی را در جهت ثبت آن در نظر گرفته و جنبه تشریفاتی به عقد نکاح داده است. بر خلاف انعقاد عقد نکاح که منوط به رضایت و توافق طرفین است، در انحلال آن به زوج اختیارات بیشتری داده شده است و غیر از موارد فسخ که بطور محصور در قانون مدنی و شرع احصاء گردیده است و زن و مرد در این موارد حق فسخ نکاح را دارند، انحلال عقد نکاح با عنوان «طلاق» از حقوق زوج است و باید گفت ایقاعی است یک طرفه از ناحیه زوج. طلاق ایقاع است؛ زیرا صرفاً به اراده مرد یا نماینده او واقع می‌شود و رضایت زن بر آن بی‌تأثیر است [۲]. مستثنیات اختصاص حق طلاق به زوجه در سه مورد در فقه و به تبع آن در قانون مدنی مطرح گردیده است که عبارتند از مواد ۱۱۲۹ (ترک انفاق)، ۱۱۳۰ (بروز عسرو حرج برای زوجه از ادامه زندگی زناشویی) و ۱۰۲۹ (غایب مفقودالاثرت).

عدم وجود حق توسل به طلاق برای زوجه، استثنایی بودن مواردی که زوجه می‌توانست طبق قانون درخواست طلاق نماید، و مشکلات ناشی از آن ایجاب می‌کرد که مقنن راه حل مناسبی ارائه دهد. قبل از انقلاب اسلامی، قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ در ماده ۸ زوجین (زن یا مرد) را مجاز دانسته بود در صورت احراز موارد احصایی در چهارده بند این ماده با مراجعه به دادگاه مدنی خاص تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نمایند. این موارد

عبارت بودند از: توافق زوجین بر طلاق، امتناع زوج از انفاق به زوجه و عدم امکان الزام وی به تأدیه نفقه، عدم تمکین زن از شوهر، سوء معاشرت هریک از زوجین به حدی که غیر قابل تحمل باشد، ابتلاء به امراض صعب العلاج که زندگی را برای طرف دیگر مخاطره آمیز کند، جنون زوجین به گونه‌ای که موجب فسخ نکاح نباشد، عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار یا حرفه‌ای که منافای با مصالح خانوادگی یا حیثیات شوهر یا زن باشد، محکومیت قطعی هر یک از زوجین به گونه‌ای که منجر به بازداشت پنج سال یا بیشتر وی شود، اعتیاد مضر که موجب اختلال در زندگی زناشویی شود، ازدواج مجدد زوج یا عدم اجرای عدالت درباره همسران، ترک زندگی خانوادگی توسط هر یک از زوجین، محکومیت قطعی هر یک از زوجین در اثر ارتکاب به جرمی که مغایر با حیثیت طرف دیگر باشد، عقیم بودن یکی از زوجین، مفقود الاثر بودن یکی از زوجین وفق مقررات ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی. همچنین مطابق ماده ۴ قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۰، طرفین عقد ازدواج می‌توانستند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند، مثل اینکه شرط کنند هرگاه شوهر در مدت معینی غایب شده یا ترک انفاق کند یا بر علیه حیات زن سوء قصد کرده یا سوء رفتاری نماید که زندگانی زناشویی غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم قطعی، خود را به طلاق بائن مطلقه سازد. وضع ماده ۴ قانون ازدواج در هدایت زوجین به جعل شروط ضمن عقد نکاح دارای مبانی شرعی بود؛ اما با مذاقه در ماده ۸ قانون حمایت خانواده تزلزل یا بهتر بگوییم فقدان پایه شرعی بر آن، و همچنین تعارض آن با ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی بعنوان قانون مادر آشکار بود. ماده ۸ بر خلاف ماده ۱۱۳۳، حق طلاق زوج را منوط به موارد احصایی نموده بود، همچنین برای زوجه در سیزده مورد حق طلاق قائل شده بود که این نیز فاقد مبنای صحیح بود. با این وصف باید گفت از آنجا که وفق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، زوج بدون توجیه و بیان علت، حق طلاق داشت در جهت توسل به این حق، نیازی به اثبات تخلف مندرج در بندهای ماده ۸ قانون حمایت خانواده نداشت. از سوی دیگر، نظر بر اینکه مطابق ماده ۱۱۱۹ ق.م طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، بنمایند، ماده ۴ قانون راجع به ازدواج که تکرار ناقص ماده ۱۱۱۹ ق.م بود مطلب جدیدی را در بر نداشت. از مقنن تکرار مقررات بدون اخذ نتیجه مطلوب بعید است؛ زیرا صرفاً با افزایش حجم قوانین به تحصیل حاصل دست می‌یازد. شاید در توجیه عملکرد مقنن قبل از انقلاب اسلامی بتوان گفت او در جهت اعطای حق طلاق به زوجه، مواردی را که می‌تواند موجب عسروخرج زوجه باشد احصاء کرد. و بر مبنای قاعده نفی عسروخرج موارد سیزده‌گانه مندرج در ماده ۸ را وضع نموده بود. با رد این نظر، در پاسخ باید گفت موارد احصایی می‌تواند موجد عسروخرج زوجه باشد، اما از آنجا که عسروخرج با توجه به عرف و شخصیت و وضعیت خاص زوجه قابل سنجش است، لذا چنین نظری مردود است. چه بسا زنی به لحاظ شخصیت و موقعیت خانوادگی خویش از ازدواج مجدد زوج به تنگ آمده و در عسروخرج قرار گیرد و زن دیگر، حتی به ازدواج مجدد زوج بدون هیچ اکراهی رضایت دهد. همچنین سابقه ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی قبل از انقلاب اسلامی با بیان سه مورد برای زن حق طلاق قرار داده بود و حکم ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی (اجبار زوج تارک انفاق به طلاق زوجه توسط حاکم) را در سه حالت جاری ساخته بود؛

۱- در مواردی که شوهر سایر حقوق واجب زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفاء ممکن نباشد؛

۲- سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگانی زن را با او غیر قابل تحمل سازد؛  
۳- در صورتی که به واسطه امراض مسری صعب‌العلاج دوام زندگی زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد.

مقنن در این ماده به بیان حالاتی که می‌تواند موجب عسرت و سختی زوجه شود، پرداخته است؛ اما صریحاً به بروز عسروخرج بعنوان علت طلاق اشاره ننموده است. عدم ایفاء حقوق واجبه زن می‌تواند موجب عسروخرج زوجه شود اما با توجه به ضرورت اعمال ضابطه شخصی در احراز عسروخرج و همچنین غیر محصور بودن مصادیق عسروخرج، وضع ماده به این شکل چاره ساز نبود. پس از انقلاب اسلامی ایران، اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات را محدود به موازین شرعی نمود و با توجه به اوامر مورخ ۳۱/۵/۱۳۶۱ بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران مبنی بر اینکه به قوانین مخالف شرع نباید عمل شود، حذف قوانین خلاف صریح شرع ضروری به نظر می‌رسید. همچنین وفق تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ موارد طلاق به قانون مدنی و احکام شرع محدود گردید و این ماده به طور ضمنی ماده ۸ قانون حمایت خانواده را نسخ نمود. از سوی دیگر مشکلات عدیده‌ای که از دادن حق یک طرفه طلاق به زوج و عدم آشنایی عامه از حقوق خویش در وضع شروطی در ضمن عقد نکاح که به زوجه اختیار طلاق دهد، ایجاد شد موجب گردید مقنن به فکر چاره افتد. این چاره جویی با دو گام تحقق یافت: اول - اصلاح ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ به شرح ذیل: «در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید. در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسروخرج است، می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود»؛ دوم- جعل شروطی در نکاحنامه‌های رسمی که به موجب آن در موارد دوازده‌گانه به زوجه حق طلاق داده شده است. متن نکاحیه با شروط مذکور که به تصویب شورای عالی قضایی رسید، طی شماره‌های ۳۴۸۲۳/۱ - ۱۹/۷/۶۱ و ۳۱۸۲۴/۱ - ۲۸/۶/۶۲ به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ابلاغ گردید.

شروط فوق که تقریباً مشابه موارد احصا شده در ماده ۸ قانون حمایت خانواده می‌باشد، به زوجه اجازه می‌دهد در صورت تحقق هر یک با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز، پس از انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید. همچنین به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داده شده تا در صورت انتخاب طلاق خلع و بذل، از سوی زوج قبول بذل نماید.

به لحاظ اشکالات مندرج در ماده ۱۱۳۰ مصوب ۱۳۶۱، قانونگذار در سال ۱۳۷۰ به اصلاح ماده مزبور همت گمارد. این اشکالات را می‌توان به شرح ذیل برشمرد:

۱- جواز رجوع زوجه به محکمه مقید به اثبات عسروخرج در محکمه. در صدر ماده آمده است: «در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید» و معلوم نیست منظور از صورت زیر کدام است؟ بدیهی است صورتی که برای محکمه ثابت

شود، منظور نیست زیرا هیچ‌گاه جواز رجوع، معلق بر اثبات در محکمه نمی‌گردد  
این ایراد که ناشی از نقص ادبی ماده است، جنبه شکلی دارد.

۲- تغییر ماده به این صورت یک نتیجه مثبت و یک نتیجه منفی در بر داشت؛ از یک سو با عمومیت بخشیدن به بندهای سه گانه مندرج در ماده ۱۱۳۰ سابق، حق مراجعه زوجه به دادگاه را در تمامی حالاتی که ادامه زندگی زناشویی برای وی موجب عسرو حرج است قرار داد، اما از سوی دیگر زوجه را از درخواست طلاق در مواردی که صرفاً نشوز زوج بوده صرف نظر از اینکه موجب عسرو حرج زوجه شده است یا خیر، محروم نموده است. توضیح اینکه مطابق نظر فقهای امامیه، حاکم در برخورد با مواردی که از نشوز [۳] زوج محسوب می شود، با درخواست زوجه می تواند زوج را الزام به ایفای وظایف نماید و در صورت عدم امکان اجبار وی را تعزیر کند (نجفی، ۱۴۱۲ هـ ص ۲۴۹ - ۲۵۰).

بعضی از فقهای عظام در ادامه این ضمانت اجرا اضافه می نمایند که چنانچه زوج به حکم الزام دادگاه مبنی بر انجام وظایف زوجیت اعتنا نکند و به نشوز خویش ادامه دهد، دادگاه او را به طلاق الزام نموده و در صورت امتناع وی از طلاق، رأساً طلاق را جاری می سازد (محقق داماد، ۱۳۶۷، ص). بندهای ۱-۲ ماده ۱۱۳۰ سابق به حالات نشوز زوج اشاره نموده و در این موارد بدون نیاز به اثبات عسرو حرج، برای زن حق درخواست طلاق از حاکم را قرار داده بود. با اصلاح ماده در سال ۱۳۶۱ دامنه آن گسترده شد؛ اما حق درخواست طلاق زوجه مقید به بروز عسرو حرج وی از زندگی مشترک گردید.

به علت اشکالات انشایی در ماده ۱۱۳۰ مصوب ۱۳۶۱، قانونگذار در ۱۴/۸/۱۳۷۰ آن را به شکل زیر اصلاح نمود: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسرو حرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسرو حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود».

### شرایط و محدوده اعمال ماده ۱۱۳۰

با دقت در ماده ۱۱۳۰ ق.م و عموماً قاعده می توان شرایطی به شرح ذیل برای اعمال آن در نظر گرفت:

۱- سبب عسرو حرج باید در زمان درخواست طلاق موجود باشد: بنابراین زوجه نمی تواند به واسطه علتی که سابقاً موجب عسرو حرج وی از زندگی زناشویی شده است و در حال حاضر رفع گردیده، درخواست طلاق نماید. زیرا «هدف دادرسی کیفر دادن شوهر به دلیل رفتار ناشایست او در گذشته نیست؛ طلاق وسیله مجازات نیست، ریسمان رهایی است» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۳۸۶). علت درج چنین شرطی آن است که در چنین وضعیتی، دوام زوجیت موجب عسرو حرج زوجه نبوده و هدف ماده موضوع بحث جلوگیری از حرج و ضرر موجود است، نه جبران ضررهای معنوی و مادی گذشته.

### ۲- ضابطه تشخیص عسرو حرج زوجه

ضابطه تشخیص عسرو حرج زوجه، معیار شخصی است و با توجه به وضعیت مادی، روحی- روانی و شخصیت زوجه احراز می گردد. اما این مانع از آن نیست که در تشخیص تنگی و مشقت به عرف مراجعه نماییم. مرحوم امامی در این رابطه می گوید: «ملاک تشخیص آنکه چه امری سوء معاشرت است و تشخیص درجه ای که زن نمی تواند زندگانی

زناشویی را ادامه دهد، به نظر عرف می‌باشد که در هر مورد با در نظر گرفتن وضعیت روحی، اخلاقی و اجتماعی زوجین و همچنین وضعیت محیط از حیث زمان و مکان آن را تعیین می‌نماید» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۵، ص ۳۷).

### ۳- دائم بودن رابطه زوجیت

هیچ تردیدی نیست که با توجه به اختصاص طلاق به نکاح دائم اعمال ماده ۱۱۳۰ ق.م محدود به عقد نکاح دائم است. سؤال این است اگر زنی به نکاح موقت مردی در آید و رفتار مرد موجبات عسروخرج او را فراهم کند آیا زن می‌تواند برای رهایی خود از دادگاه الزام شوهر به بذل مدت را بخواهد؟

طبق نظری «قاعده عسروخرج به تمام عقود اشراف دارد و از آنجا که دادگستری طبق قانون اساسی مرجع رسیدگی به کلیه تظلمات می‌باشد. لذا در صورت تقدیم دادخواست مذکور، اگر با بررسی شرایط، عسر و حرج زن برای حاکم احراز شود، قبل از بیان پاسخ متذکر شویم که ایجاب هیچ گونه تعهدی برای مخاطب آن به وجود و اطلاق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، شوهر را به بذل بقیه مدت عقد موقت الزام و محکوم می‌نماید» (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۲، ج ۷، ص ۱۸۶).

عده‌ای نیز با استناد به قاعده لاضرر و ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی دادگاه را مجاز به اجبار زوج به بذل مدت نموده‌اند (همو، ص ۱۸۷).

نظر مخالف با تمسک به اینکه آثار عقد منقطع به نحوی است که عسروحرجی که در نکاح دائم بروز می‌کند در متعه بروز نخواهد کرد، قائل به عدم جواز چنین دعوی شده‌اند (همو، ص ۱۸۶).

عده‌ای نیز قائل به تفکیک شده و معتقدند فقط در عقد منقطع طولانی مدت است که می‌توان حکم اجبار زوج به بذل مدت را صادر نمود (همو، ص ۱۸۹).

در بررسی نظرات فوق باید گفت ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی با ذکر واژه «طلاق» حکم آن را مختص عقد نکاح دائم نموده است؛ اما از آنجا که وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی در موارد سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین مدون قاضی مکلف به مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر است تا حکم قضیه را بیابد، در پاسخ به سؤال فوق نیز دادگاه می‌تواند با مراجعه به عمومات که همانا قاعده «نفی عسروخرج» است، به الزام زوج به بذل بقیه مدت اقدام نماید و قائل شدن تفصیل میان عقود موقت کوتاه مدت و بلند مدت فاقد وجهت عقلی و منطقی بوده و صرفاً در تشخیص عسروخرج زوجه می‌توان به مدت عقد نکاح توجه کرد.

### ۴- احراز عسروخرج

این امر توسط دادگاه صورت می‌گیرد و مطابق قاعده «البینه علی المدعی» زن باید در جهت اثبات آن اقامه دلیل نماید تفکیک ظریفی در این باب لازم است و آن اینکه آوردن دلیل بر زن است و احراز عسروخرج با دادگاه. پس زوجه لازم نیست حالت عسروخرج خویش را به دادگاه بنمایاند؛ بلکه کافی است دلایلی را که به ادعای وی موجب بروز عسروخرج شده است، در محضر دادگاه اثبات کند و پس از اثبات این علل از جمله ترک انفاق، سوء معاشرت

غیر قابل تحمل زوج و غیره، دادگاه با توجه به وضعیت و شخصیت زن و دید عرف به بررسی این موضوع می‌پردازد که آیا چنین عواملی بطور معمول و عادتاً موجب عسروحرج زنی با این وضعیت و شخصیت می‌شود یا خیر؟

### چند نکته:

پس از بیان شرایط اعمال ماده ۱۱۳۰ ق.م. پرداختن به سؤالاتی در خصوص زمینه محدوده و آثار این ماده ضروری است:

۱- آیا طلاق مندرج در ماده ۱۱۳۰ ق.م از نوع رجعی است یا بائن؟ در پاسخ دو نظر مخالف ارائه شده است. مطابق نظر اول چنین طلاقى بائن است، زیرا هرگاه غیر از این باشد و برای مرد حق رجوع باشد، معنای وجودی طلاق به حکم دادگاه از بین خواهد رفت. نظر دیگر این است که با توجه به اصل رجعی بودن طلاق و اینکه طلاق بائن منحصر به موارد ذکر شده و مصرح است، لذا چنین طلاقى رجعی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ص ۲۱۹).

در بررسی دو نظر مزبور باید گفت نظر اول از نظر منطقی مقبول تر است و در پاسخ به طرفداران رجعی بودن چنین طلاقى باید گفت: «اصل رجعی بودن طلاق و منحصر بودن طلاق بائن به موارد خاص مذکور در قانون، با توجه به طبیعت طلاق است که در شرع و قانون مدنی پذیرفته شده و حتی در خلع و مبارات هم این مرد است که رضایت به قبول فدیة و تصمیم به طلاق می‌گیرد ولی وقتی شوهر، خود تصمیم به طلاق نمی‌گیرد بلکه به حکم قانون و طبق حکم دادگاه مکلف به دادن طلاق می‌شود و یا حتی در صورت امتناع او، حاکم طلاق را واقع می‌سازد، رجعی بودن طلاق مفهومی ندارد و باید گفت طبیعت طلاق در چنین موردی اقتضای بائن بودن و عدم امکان رجوع زوج را می‌نماید (مهرپور، ۱۳۷۰، ص ۶۲). پذیرفتن رجعی بودن چنین طلاقى این تالی فاسد را به دنبال دارد که زن پس از طی مراحل مختلف دادرسی، اخذ حکم طلاق از دادگاه و اجرای آن به خواست مرد (با رجوع) به حال اول باز می‌گردد و بدین صورت مرد با قدرت تمام اثر حکم دادگاه را زائل می‌سازد و با تکرار این دور باطل، زن تا ابد در عسروحرج خواهد ماند.

آیا زن می‌تواند پس از اخذ حکم دادگاه له خویش، در قالب طلاق خلع، قسمتی از حقوق خویش را به عنوان فدیة بذل نماید و در صورتی که پاسخ مثبت است، در غیاب زوج آیا دادگاه قادر به پذیرش فدیة از طرف وی می‌باشد یا خیر؟ از سویی می‌توان گفت حاکم نمی‌تواند از باب ولایت از طرف زوج قبول بذل نماید؛ زیرا صدور حکم بر اساس ماده ۱۱۳۰ ق.م بر عسروحرج زوجه کافی بوده، وکالت از سوی زوج در این خصوص، فاقد وجاهت است. همچنین در طلاق خلع بنا بر کراهت زوجه است و عسروحرج لزوماً با کراهت زوجه همراه نیست تا بذل و قبول بذل را به دنبال داشته باشد.

نظر قوی‌تر آن است که زوجه در هر مرحله‌ای می‌تواند حق و حقوق خود را بذل کند و حاکم که ولی ممتنع (زوج) است، می‌تواند قبول بذل کند. «در این نوع طلاق حاکم از اختیارات حکومتی خود استفاده می‌کند و اصل طلاق را که به دست مرد است با وصف عدم امکان اجبار زوج به طلاق، انجام می‌دهد. قبول بذل که از متفرعات طلاق است، نیز می‌تواند توسط حاکم شرع انجام شود و این اشکال که حاکم نمی‌تواند قبول بذل کند، چون وکالت از سوی زوج

ندارد، منتفی است؛ زیرا در باب ولایت، وکالت سالبه به انتفاء موضوع است (معاونت آموزش و تحقیقات، ۱۳۸۲، ج ۸، ص ۵۵).

۳- آیا در خصوص زوج غایب موضوع ماده ۱۰۲۹ ق.م.می توان قبل از گذشت چهار سال به واسطه عسرو حرج حکم بر طلاق صادر نمود؟ همچنین در خصوص ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی چنانچه عدم پرداخت نفقه موجب عسرو حرج زوج شود، می توان بدون اعمال مراحل اولیه ماده (الزام زوج به دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه یا احراز عجز زوج از پرداخت نفقه و اجبار زوج به طلاق) بر مبنای ماده ۱۱۳۰ حکم به طلاق داد؟ در پاسخ باید گفت عسرو حرج حکم کلی و عمومی بوده، بر موارد عدیده صادق است. در هر حالتی که بتوان سختی و مشقت غیر قابل تحمل زوج را احراز نمود، صرف نظر از علت ایجاد آن، اعمال ماده ۱۱۳۰ ق.م.جایز است؛ لذا صدور حکم بر طلاق زوج در مواردی که شوهرش غایب مفقودالثر شده و مدت غیبت به حدی نرسیده که مشمول ماده ۱۰۲۹ ق.م.شود یا در حالتی که زوج به علت ترک انفاق دچار عسرو حرج گردیده، منافاتی با قوانین مربوط ندارد. به عبارت دیگر، نسبت مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۲۹ ق.م. با ماده ۱۱۳۰، نسبت عموم و خصوص من وجه است. چه بسا مواردی که مشمول ماده ۱۰۲۹ و ۱۱۲۹ باشد، اما موجب عسرو حرج زوج نشود و بالعکس.

حضرت امام خمینی (ره) در باب عسرو حرج زوج و اینکه آیا در مورد زوج غایب می توان قبل از گذشت مدت چهار سال به واسطه عدم انفاق به زوج توسط زوج یا دیگری حکم به طلاق زوج را صادر نمود چنین می فرماید: «در صورتی که زوج برای نداشتن شوهر در حرج باشد نه از جهت نفقه، بطوری که در صبر کردن معرضیت فساد است حاکم پس از یأس، قبل از مزی مدت چهار سال می تواند طلاق دهد. بلکه اگر در مدت مذکور نیز در معرض فساد است و رجوع به حاکم نکرده است جواز طلاق برای حاکم بعید نیست در صورت یأس (کریمی، ۱۳۶۵، ص ۱۳۹). همچنان که ملاحظه می گردد حضرت امام خمینی (ره) به علت اهمیت مفسده ایجاد و جنبه عمومی آن برای حاکم حق می داند حتی بدون درخواست زوج نسبت به طلاق وی اقدام نماید.

از مطالب فوق نتیجه می گیریم که نکاح سنت پیامبر اکرم (۲) بوده، و مبعوض ترین چیزها نزد آن بزرگوار، طلاق است. اما توجه دین خاتم (۲) به ضرورت وجودی طلاق، موجب باز گذاردن راه رهایی زوجین از ورطه زندگی است که بر اساس تفاهم و عشق نبوده، سد راه هدف غایی آفرینش که همانا تکامل است شده باشد. طلاق حلال مبعوض است. از آن جهت حلال است که زندگی زناشویی بر خلاف عقود دیگر، یک علقه طبیعی است نه قراردادی و آن گاه که این علقه طبیعی از بین برود، هیچ قانونی نمی تواند زن و شوهر را به یکدیگر متصل نماید.

استاد شهید مرتضی مطهری در این زمینه می فرماید: «خانواده از نظر اسلام یک واحد زنده است و اسلام کوشش می کند این موجود به حیات خویش ادامه دهد؛ اما وقتی که این موجود زنده مُرد، اسلام با نظر تأسف به آن می نگرد و اجازه دفن آن را صادر می کند؛ ولی حاضر نیست پیکره او را با مومیای قانون مومیایی کند» (مطهری، بی تا، ص ۳۳۱). مطابق نظر مشهور امامیه و مستند به حدیث نبوی: «الطلاق بید من اخذ بالساق» این مرد است که می تواند طلاق دهد؛ اما با تکیه بر قواعد عمومی از جمله «لا ضرر»، «لا حرج» و «المؤمنون عند شروطهم» برای زن نیز مفری از علقه زوجیت قرار داده شده است. ماده ۱۱۳۰ ق.م. یکی از راه های گریز است. حال سؤال این است که اولاً- با توجه به ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی در جواز وضع شروط ضمن عقد نکاح، آیا نیازی به وضع ماده ۱۱۳۰ بوده است یا



خیر؟؛ ثانیاً - کاربرد عملی ماده ۱۱۳۰ چیست؟ در پاسخ به سؤال اول باید گفت با نسخ ماده ۸ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳، دستور العمل شورای عالی قضایی در درج شروط ضمن عقد در نکاحنامه‌های رسمی جایگزین آن شد؛ اما نیاز به مواد دیگری از جمله ماده ۱۱۳۰ احساس می‌گردد؛ زیرا شروط درج شده در فرم نکاحنامه‌های رسمی، دارای جنبه پیشنهادی است و زوجین تکلیفی در امضای آن ندارند [۴]. از سوی دیگر تکلیف عقودی که قبل از درج این شروط منعقد گردیده‌اند، چیست؟ با حذف ماده ۸ قانون حمایت خانواده، چه راه فرجی برای رهایی زوجه مستأصل از زندگی مشترک وجود خواهد داشت؛ بنابراین باید بر ضرورت وجودی ماده ۱۱۳۰ ق.م. صحه گذارد و تدبیر قانونگذار را در وضع این ماده ستود. همچنین عمومیت این ماده از این جهت که محدود به وضعیت خاصی نشده و برای زوجه‌ای که در عسرو حرج قرار گرفته صرف نظر از منشأ ایجاد عسرو حرج، حق طلاق قرار داده است نیز قابل ستایش است. عمومیت این ماده راه را بر اجرای عدالت باز می‌کند و قابلیت انعطاف پذیری به آن می‌دهد که در هر وضعیتی کاربرد داشته باشد.

علی‌رغم این مزایا، بررسی کاربرد عملی این ماده جای درنگ و تأمل دارد. از آنجا که زیر بنای این ماده، عبارت کلی «عسرو حرج» است، در تشخیص آن سلیقه و نظر شخصی قابل اعمال است و به بیان دیگر سلیقه قضات در تشخیص عسرو حرج، مدخل اجرای این ماده است و چنین مدخل متغیری، جای ایراد دارد. شاید بتوان گفت این عرف است که مصادیق عسرو حرج را روشن می‌سازد و قاضی نیز در عرف عام غوطه‌ور است و می‌تواند ضابطه نوعی را با وضعیت خاص زوجه متقاضی طلاق تطبیق دهد. چنین پاسخی معقول است، اما مشکلات عملی را توجیه نمی‌کند. آیا قاضی در تشخیص عرف همیشه موفق است؟ قاضی مذکور عرف را از دیدگاه چه کسی معنا می‌کند؛ زوج یا زوجه؟ اینکه تا چه حد می‌توان دیدگاه‌های جنسیتی را کنار گذاشت و به ملکه عدالت تکیه نمود، جای بحث دارد.

اختلاف سلیقه‌ها در تشخیص عسرو حرج و متروک ماندن ماده ۱۱۳۰ ق.م. موجب شد مقنن در فکر چاره به تصویب طرح الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ روی آورد. این ماده در تاریخ ۳/۷/۱۳۷۹ در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و به دلیل ایراد شورای نگهبان بر اساس اصل ۱۱۲ قانون اساسی برای مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال شد و با اصلاحاتی در ۲۹/۴/۸۱ به تصویب این مجمع رسید. این تبصره در بیان تمثیلی از عسرو حرج چنین مقرر می‌دارد: «یک تبصره به شرح ذیل به ماده ۱۱۳۰ ق.م. مصوب ۱۴/۷۰/ الحاق می‌گردد.

تبصره: عسرو حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه و تحمل آن را مشکل سازد. موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسرو حرج محسوب می‌گردد:

۱- ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی یا ۹ ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه.

۲- اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر یا ابتلای وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید یا پس از ترک، مجدداً به مصرف مواد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه طلاق انجام خواهد شد.

۳- محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر.

۴- ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد.

۵- ابتلاء زوج به بیماریهای صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.

موارد مندرج در این قانون مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسرو حرج زن در دادگاه احراز شود حکم طلاق صادر نماید.»

همچنان که ملاحظه می‌شود، موارد احصایی در این ماده همان شروط ضمن عقد نکاح است که توسط شورای عالی قضایی در عقد نامه‌ها گنجانده شده است. آیا نجات ماده ۱۱۳۰ ق.م.ا.ز محدوده کتاب قانون و احیای آن در عمل با چنین مصوبه‌ای ممکن است؟ متأسفانه پاسخ منفی است، زیرا اولاً - مصوبه فوق جنبه پیشنهادی دارد، نه تحکمی؛ و قضات مکلف به اجرای آن نیستند؛ ثانیاً - چنین روشی با روح ماده ۱۱۳۰، کلیت و قابلیت تطبیق آن با وضعیتهای خاص مغایر است. پس چاره چیست؟ آیا تعارض عرف و قانون موجب متروک ماندن ماده موضوع بحث است؟ نگارنده معتقد است گامهای نظام قضایی در نجات ماده ۱۱۳۰ ق.م.ا.ز باید بر سه محور استوار باشد:

۱- ایجاد رویه قضایی.

۲- دخالت قضات زن در رسیدگی و اتخاذ تصمیم.

۳- آموزش قضات.

در تحلیل محور اول باید گفت رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی در رفع ابهامات و تنویر افکار قضات نقش مهمی را ایفا می‌کند. رویه قضایی در معنای خاص عبارت است از «آراء صادر شده در هیأت عمومی تمییز، خواه به صورت اصراری باشد، خواه به صورت لازم‌الاتباع» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص ۳۴۰). و در معنای عام شامل مجموع آراء قضایی است. «رویه قضایی صورت خاصی از عرف است؛ جز اینکه عادت عموم مردم نیست و مبنای آن را رسمی تشکیل می‌دهد که دادرسان محاکم از آن پیروی می‌کنند» (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ص ۲۰۲). بعبارت دیگر «رویه قضایی» عاداتی است که دادگاه‌ها برای حل یکی از مسائل حقوقی به صورت خاص پیدا کرده‌اند. هر چند این عادت و راه حل نتیجه تکرار آرا است (همو).

در ضعف رویه قضایی در نظام قضایی کشور ما تردیدی نیست. در علل این ضعف شاید بتوان به توجه بیش از اندازه به وضع قانون، عدم توجه قضات محترم به انتقادات اساتید و اندیشمندان حقوق، عدم جهد و تلاش کافی در انشاء رأی که ناشی از کثرت دعاوی و مشغله کاری قضات است، اشاره نمود. آرائی سازنده رویه قضایی هستند که محکم و متقن باشند. توجه به کمیت‌ها (آمار) در دستگاه قضایی، ارزش کیفیت آراء را تحت تأثیر قرار می‌دهد و مشغله کاری، قضات را از غور در نظرات اندیشمندان حقوق باز می‌دارد رویه قضایی در رفع ابهام و اجمال قانون و تفسیر آن نقش مهمی بر عهده دارد؛ در مواردی که قانون باید تفسیر شود، قاضی با ملاحظه روابط اجتماعی، عرف مسلم را به دست می‌آورد و تمسک به آراء متقنی که بر گرفته از عرف و عادات مسلم جامعه است به میزان نفوذ رویه قضایی در نظام قضایی بستگی دارد.

در بررسی راه حل دوم که همانا دخالت دادن قضات زن در امر تشخیص عسرو حرج زوجه است، باید گفت این تدبیر به معنای واگذاری کار به اهلش است. آیا دادرس مرد می‌تواند احساس زنی را که شوهرش پس از سالها زندگی مشترک، زن دیگری را بر او برگزیده درک نماید؟ اگر چه مطابق آیه «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنی و ثلاث و رباع» (نساء)، مرد می‌تواند همسر دوم انتخاب نماید؛ اما آیا این حق ناقض حق زن اول در رهایی خویش از وضعیت اعسار ناشی از بی‌وفایی مرد است؟ کدام مردی می‌تواند بر سختی و مشقت زندگی زنی که شوهرش وی را مدت‌ها رها نموده، آگاه شود؟ عسرو حرج ناشی از عوامل مادی مانند ترک انفاق برای مرد نیز قابل تصور است؛ اما عسرو حرج ناشی از علل معنوی، تنها با احساس زنانه قابل درک است؟ ممکن است گفته شود حضور مشاوران زن در دادگاه خانواده توانسته است، این نقیصه را جبران نماید؛ اما عدم الزام به حضور مشاور قضایی زن، نقش مشورتی قضات زن در دادگاه خانواده [۵] و عدم تأثیر نظر ایشان به طور الزام آور در آراء، پاسخ فوق را مخدوش می‌نماید. این نوشتار محل ورود به بحث جواز قضاوت زن نمی‌باشد و این خود مقالی مفصل را می‌طلبد؛ اما در یک کلام باید گفت حتی اگر قائل به نظر آن دسته از فقهای معظم باشیم که قضاوت زن را جایز ندانسته‌اند، با توجه به اینکه امروزه قضاوت شرعی جایگاهی در نظام قضایی ما ندارند و این قضاوت عرفی هستند که مناصب قضاوت را تصدی نموده‌اند و نظر بر اینکه مصلحت ایجاب نموده که شرط اجتهاد از شرایط قضاوت حذف شود، همین مصلحت می‌تواند به حذف شرط ذکوریت نیز رأی دهد، پس چگونه است که ما قائل به ترجیح بلا مرجح شده‌ایم؟

در خصوص محور سوم یعنی آموزش قضات باید گفت تبیین معنای عسرو حرج و آموزش آن به قضات علاوه بر اینکه از تشتت آراء جلوگیری می‌کند، راهگشای قاضی در تشخیص عسرو حرج است. از آنجا که عسرو حرج با توجه به عرف، نسبت به شخصیت و موقعیت زن سنجیده می‌شود، گاه در تشخیص دیدگاه عرف در سختی و تنگی، ابهام و اختلاف نظر ایجاد می‌شود. قاضی امروزی باید بداند عسرو حرج به معنای تنگی است که عرفاً قابل تحمل نباشد؛ با این معنا هرگز نباید مترصد آن باشیم که زوجه از شدت ضیق در آستانه ابتلاء به بیماریهای جسمی و روانی قرار گیرد تا به دنبال علل نارسایی برخیزیم؟ آیا عدم پرداخت نفقه و ضرب و جرح زوجه که هر دو منتهی به حکم محکومیت شده است، با بررسی وضعیت زوجه نمی‌تواند موجب عسرو حرج گردد [۶]؟ آیا دادگاه مکلف نیست در خصوص علل ارائه شده توسط زوجه تحقیق کند و حتماً باید حکم بر محکومیت زوج به ضرب و جرح شدید زوجه یا ترک انفاق طولانی مدت صادر شود؟ آیا سوابق مکرر اعتیاد زوج به مواد مخدر یا ارتکاب سرقت، عدم پرداخت نفقه و عدم احساس مسؤولیت در برابر خانواده نمی‌تواند زن را در عسرو حرج قرار دهد [۷]؟ معمولاً قضات با استناد به احتیاط و رعایت اصل «الطلاق بید من اخذ بالساق» تمایلی به توسل به استثناء وارده بر اصل (قاعده نفی عسرو حرج) نداشته و حزم را توجیه‌گر عدم شجاعت قضایی می‌نمایند. حزم و احتیاط قضایی پسندیده است؛ اما در جایی که قاضی تمام توان خویش را در جهت وصول به حق به کار گرفته باشد. آن گاه که قاضی، از تشخیص مصادیق موجب حق قاصر است، چگونه می‌توان نام احتیاط و حزم بر عمل وی نهاد؟ آیا همین احتیاط ایجاب نمی‌کند زنی را که به علت عسرو حرج از تداوم زندگی زناشویی با مردی در پرتگاه مفسده قرار گرفته است، رها سازیم؟ جلوگیری از مفسده آن چنان مهم است که امام خمینی (ره) حتی در صورت عدم مراجعه زن به حاکم، از باب احتیاط بر حاکم واجب می‌داند رأساً اقدام نموده و زن را از قید زندگی زناشویی رها سازد (کریمی، ۱۳۶۵، ص ۱۳۹) نویسنده: مهدی مسعودی مهکی