

چکیده:

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی به زوجه اجازه داده است در مواردی که ادامه زندگی زناشویی، وی را در وضعیت عسروخرج قرار دهد، با مراجعه به حاکم و اثبات حالت عسروخرج، درخواست طلاق نماید. عام بودن این ماده برای زن این امکان را قرار داده که بدون توجه به مبنای ایجاد عسروخرج، با اثبات علت موجد سختی و تنگی، خود را از علقه زوجیت رها سازد. اگر چه عام بودن ماده موضوع مورد بحث از مزایای مهم آن است، اما از سوی دیگر موجب سلیقه‌ای شدن کاربرد آن گردیده است. نگارنده معتقد است ایجاد و توسعه رویه قضایی در زمینه این ماده، تبیین مفهوم عسروخرج و آموزش آن به قضات و همچنین به کارگیری قضات زن به طور الزامی در دادگاه‌های خانواده، تا حدی موجب رفع مشکلات اجرایی این ماده خواهد شد.

ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مرد را مختار ساخته است که هرگاه بخواهد، زن خود را طلاق دهد، اما حق درخواست طلاق زن، محدود به موارد خاصی از جمله مواد ۱۰۲۹ (غیبت زوج) و ۱۱۲۹ قانون مدنی (ترک اتفاق توسط زوج) شده است. ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز یکی از موادی است که به زن حق درخواست طلاق از محکمه را داده است. این ماده بدون تقیید به شرط یا حالت خاص، معیار «عسروخرج» را به عنوان مفری برای رهایی زن از علقه زوجیت قرار داده است. این نوشتار به تبیین مفهوم عسروخرج، جایگاه این ماده و تحول آن در قوانین و مقررات کشور ما، بررسی علل عدم گرایش قضات به استفاده از آن پرداخته، و راهکارهایی در جهت نجات آن از رکود فعلی ارائه می‌دهد.

واژگان کلیدی

طلاق، عسروخرج، الحاکم ولی الممتنع، شرط ضمن عقد

مقدمه

همانطور که اشاره شد جوامع مختلف دیدگاه‌های متفاوتی نسبت به طلاق دارند و هر کدام فرضیات خاص خود را ارائه کرده‌اند. فرضیاتی چون: تساوی اختیارات زن و مرد در طلاق، تحریم طلاق به عنوان یک امر شیطانی و تقدس ازدواج، بی‌اهمیت بودن طلاق و برداشتن همه قید و بندها، اختصاص طلاق به مرد و بسته بودن دست زن در این زمینه و... . جامعه اسلامی نیز مانند دیگر جوامع رویکرد ویژه‌ای در مورد طلاق دارد "اینکه ازدواج، مقدس و کانون خانوادگی محترم و طلاق امری منفور مبعوصی است. اجتماع موظف است که علل وقوع طلاق را از بین ببرد. در عین حال قانون نباید راه طلاق را برای ازدواج‌های ناموفق ببندد. راه خروج از قید و بند ازدواج هم برای مرد باید باز باشد هم برای زن، اما راهی که برای خروج مرد از این بن بست تعیین می‌شود با راهی که برای خروج زن تعیین می‌شود دو تاست. راهی که برای مرد تعیین شده بر مبنای حدیث نبوی "الطلاق بیده من اخذ بالساق" است که حق اعمال طلاق را به مرد اعطا کرده است؛ و یکی از راه‌هایی که برای خروج زن از این بن بست تعیین شده است، طلاق با استناد به قاعده نفی عسرو حرج است.

در این نوشته قصد داریم به بررسی این قاعده و کاربرد آن در بحث طلاق بپردازیم. ابتدائاً به تعریف و تبیین این قاعده و سپس به کاربرد آن در طلاق و بررسی برخی از مصادیق آن خواهیم پرداخت.

بیان مساله:

موجبات طلاق بر اساس قانون مدنی سه دسته می‌باشند: طلاق به اراده مرد، طلاق به درخواست زن و طلاق توافقی. قانون مدنی در ماده ۱۱۳۳ به اختیار شوهر در طلاق اشاره کرده و به وی اجازه داده است، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.

همچنین مطابق تبصره ماده فوق زن نیز در موارد محدودی می‌تواند، از دادگاه تقاضای طلاق نماید که ذکر آن گذشت.

در این نوشتار به بررسی طلاق به دلیل عسر و حرج زن می‌پردازیم.

ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مرد را مختار ساخته است که هرگاه بخواهد، زن خود را طلاق دهد، اما حق درخواست طلاق زن، محدود به موارد خاصی از جمله مواد ۱۰۲۹ (غیبت زوج) و ۱۱۲۹ قانون مدنی (ترک انفاق توسط زوج) شده است. ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز یکی از موادی است که به زن حق درخواست طلاق از محکمه را داده است. این ماده بدون تقیید به شرط یا حالت خاص، معیار «عسرو حرج» را به عنوان مفری برای رهایی زن از علقه زوجیت قرار داده است.

سوالات تحقیق:

۱- آیا طلاق مندرج در ماده ۱۱۳۰ ق.م از نوع رجعی است یا بائن؟

۲- در ازدواج موقت هم عسر و حرج مصداق دارد و زوجه می تواند به این واسطه، به زندگی مشترک خود پایان دهد؟

۳- نشوز یا همان عدم تمکین شوهر هم می تواند دلیل طلاق زن به علت عسر و حرج باشد؟

۴- بر اساس قانون کراهت زوجه از شوهر هم عسر و حرج محسوب می شود؟

پیشینه تحقیق:

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 می آورند. 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 می شود و رضایت زن بر آن بی تأثیر است. (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 مفقود الاثر) عدم وجود حق توسل به طلاق برای زوجه، استثنایی بودن مواردی که زوجه می تواند طبق قانون درخواست طلاق نماید، و مشکلات ناشی از آن ایجاب می کرد 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

رای شعبه ۳۰ دیوان عالی کشور

((با توجه به اقرار زوج به این که قدرت مالی ندارد که بتواند مخارج زوجه و مسکن برای او تهیه کند مورد از مصادیق ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی می باشد، مضافاً بر این که در مورد پرونده بند ۱ و ۹ از شرایط ضمن عقد که به امضای زوجین رسیده تحقق پیدا کرده و با استعلام از مدت محکومیت زوج احیاناً بند ۶ نیز تحقق پیدا می کند * بنابراین دادنامه تجدید نظر خواسته که مراعات جهات فوق نشده نقض و به شعبه همعرض ارسال می شود)) (۳۰/۱۰۷۵/۷۱)

فروضیات تحقیق:

۱_ قاعده عسر و حرج با سایر احکام شرعی بطور مستقیم در رابطه میباش و همچنین مصادیق عسر و حرج به طور طبیعی و عوامل شخصی عوامل خارجی و واقعی عوامل طبیعی یا حقیقی تقسیم بندی میشوند.

۲_ جایگاه طلاق بر مبنای عسر و حرج کاملاً قانونی بوده و شرایط اعمال ماده ۱۱۳۰ در قانون مدنی واضح میباشد.

۳_ مستندات قاعده عسر و حرج به شرح منابع فقهی و قانون مدنی بسیار زیبا بیان شده است.

اهداف تحقیق:

- ۱_ بررسی قاعده عسر و حرج و احکام شرعی که در این مورد وجود دارد.
- ۲_ بررسی ماده ۱۳۰ قانون مدنی و شفاف سازی آن در حقوق زن و مرد.
- ۳_ محقق در تلاش به یافتن مستندات قاعده عسر و حرج در قانون و منابع فقهی بوده است.

روش تحقیق:

تحقیق بصورت فیش برداری و تحلیلی و کتابخانه ای میباشد.

ساماندهی تحقیق:

یکی از مصادیق قاعده موضوع بحث، نفی عسر و 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 می آورند. 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 می شود و رضایت زن بر آن بی تأثیر است

فصل اول

گفتار اول:

بخش ۱ : کلیاتی پیرامون قاعده عسر و حرج

تعریف لغوی عسر و حرج

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 سیاسات جاری است . در معنای این قاعده باید گفت عسر و حرج عبارتند از عناوین ثانویه ای که راه یافتن آنها در موضوع احکام تکلیفی الزامیه، موجب می گردد تا الزام و تکلیف ناشی از حکم از مکلفین برداشته شود به زبان ساده هرگاه از اجرای احکام اولیه مشقتی غیر قابل تحمل پدید آید، آن تکلیف برداشته می شود.

تعریف حقوقی قاعده

در تعریف آن گفته شده است : « هر عملی که انسان را به تنگنا و ضیق اندازد. دشوار و سخت هم هست و بر عکس، هر کاری که انجام دادنش، برای آدمی سخت و شاق باشد ، موجب تنگی و اعمال فشار بر او نیز می شود . بعلاوه ، ضابطه تعیین مصداق عسر و حرج ، عرف است که مطابق آن ، هر کاری که موجب مضیقه و تنگنا باشد ، حرج و دشواری نیز تلقی می شود».

همچنین در تعریف عسر و حرج به عنوان یک قاعده حقوقی آمده است: « قواعد حقوقی، به حکم طبیعت ویژه خود، به سوی عدالت گرایش دارند. ولی، عدالت مفهومی عام و در عین حال شکننده

است. گاه اجرای عدالت نوعی، که موضوع حکم نخستین است، در پاره ای شرایط با انصاف ناسازگار است و اجرای آن گران جلوه می کند. پس برای تعدیل احکام نخستین حقوقی، قواعدی تمهید شده است تا جانب انصاف نیز نگاه داشته شود. نفی عسر و حرج از این گونه قواعد است که، هر گاه مشقتی تحمل ناپذیر از اجرا یا احکام نخستین و نوعی به وجود آید، آن حکم را تعدیل می کند. پس، وظیفه هدایت قانونگذار ایجاب می کند که نه تنها امری بیرون از توان و تحمل را در زمره احکام نیاورد، بلکه به شدت وسختگیری نیز نپردازد.

مصادیق عسر و حرج

اختلاف سلیقه ها در تشخیص عسر و حرج و مسکوت ماندن ماده ۱۱۳۰ ق.م موجب شد مقنن در فکر چاره به تصویب طرح الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ روی آورد. این تبصره نهایتاً در ۸۱/۴/۲۹ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. این تبصره در بیان تمثیلی از عسر و حرج چنین مقرر می دارد: «یک تبصره به شرح ذیل به ماده ۱۱۳۰ ق.م مصوب ۱۴/۸/۷۰ الحاق می گردد.

تبصره: عسر و 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 عسر و حرج محسوب می گردد:

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 صعب العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب العلاج 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 سخت صادر نماید.»

علاوه بر این که دادگاهها این حق را خواهند داشت که هر کاری که انجام دادنش برای زوجه سخت و شاق و عادتاً غیرقابل تحمل باشد را از مصادیق عسر و حرج داشته و او را مطلقه نمایند در مجموع اهم مصادیق عسرو حرج را ناشی از سه عامل می توان دانست :

الف - عوامل طبیعی یا حقیقی:

۱- مانند اعتیاد که با تغییر وضعیت طبیعی و ارگانیکی شخص جسم و روح او را تغییر داده و شرایط بنیادین زمان عقد را از بین می برد.

۲- عقیم بودن مرد: طبیعی است هر دختری به امید مادر شدن و تربیت فرزندان صالح ازدواج نموده و به خانه شوهر می رود لذا حسرت مداوم ناشی از مادر نشدن غم و درد جانکاهی را دراو ایجاد می نماید که می تواند او را دچار عسر و حرج نماید.

۳- جلوگیری از بچه دار شدن: که در چنین صورتی مرد به صورت غیرمنطقی مانع از بچه دار شدن زن می گردد.

ب: عوامل خارجی و واقعی:

۱- حبس طولانی: دوری زوج از زوجه در مدت طولانی با فلسفه یک زندگی مشترک منافات داشته و برای زوجه مشقت آور خواهد بود.

۲- غیبت طولانی و ترک خانواده: این موضوع نیز به منزله فراموشی تعهداتی است که یک مرد با امضای مقدس ترین میثاق بشری یعنی میثاق ازدواج به آن، باید پایبند باشد لذا این موضوع در جایی که به صورت عمدی اتفاق بیفتد از حساسیت بیشتری برخوردار خواهد بود.

ج: عوامل شخصی:

۱- استنکاف از پرداخت نفقه: هر چند که طبق ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی اگر مردی مرتکب ترک نفقه گردد زن به استناد این ماده می تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید اما به دلیل اهمیت پرداخت نفقه از سوی مرد در صورتی که از پرداخت نفقه خودداری شود می تواند یکی از مصادیق عسر و حرج نیز به حساب آمده و براساس آن نیز زوجه تقاضای طلاق نماید.

۲- سوء معاشرت ۳- زناشویی غیرمتعارف ۴- اکراه شدید ۵- اختلاف سنی زیاد ۶- ازدواج مجدد بدون رضایت همسر اول ۷- جنون در صورتی که از موارد فسخ نباشد ۸- عدم رعایت شغل متناسب با حیثیت خانوادگی زوجه ۹- عقیم بودن مرد و بچه دار نشدن در طول ۵ سال و دهها یا صدها مورد دیگر می تواند از مصادیق عسر و حرج به حساب آید.

در مجموع این قانون هم برای دادگاهها راه گشا و هم زنان را از سردرگمی قبلی و بن بست بیرون آورده و هم تا حدودی از برخورد سلیقه ای قضات جلوگیری و آن را قانونمند نموده است، این نکته را نباید فراموش نمود که مصادیق عسر و حرج در زمانها و مکانهای متفاوت متغیر است و این دو عنصر در تعیین مصادیق مؤثر و مورد اجماع فقها می باشد لذا تعیین مصادیق با توجه به اوضاع و احوال یک نیاز حیاتی است و با نفوذ در احکام اولیه که متضمن سختی و مشقت مکلف باشد قاعده لاحرج حکم اولیه را بر می دارد. عسر و حرج در همه مصادیق آن از نیاز و احتیاج برمی خیزد لذا این نیاز باید حادث شود، پس حدوث عنصر اصلی کاربرد این قاعده در همه ابعاد آن است. با این وصف راه برای زنان جهت تمسک به هر عنوان مستحدث باز است و می توانند فقدان ناشی از اختیارات قانونی خود را در زمینه طلاق جبران نمایند.

محدوده قاعده عسرو حرج

هر مشقت و ضرری عسر و حرج به شمار نمی آید، چه مطلق مشقت در بسیاری از تکالیف وجود دارد. پس عسر و حرج عبارت از ضرر و مشقت شدید یا فاحش است که عادتاً قابل تحمل نیست. مرحوم ملا احمد نراقی در این خصوص می فرمایند: بسیاری از تکالیف بالطبع با مقداری سختی و مشقت همراهند، آنچه نفی گردیده است عسرو حرج مازاد بر سختی و مشقت طبیعی تکلیف است و ملاک آن طاقت متوسط مردم در حالت متعارف و عادی است. یعنی در حالتی که مبرا از مرض و عذر باشد، به این معنا که شارع عسرو حرج بر بندگان نمیخواهد مگر از جهت تکالیفی که بر اثر طاقت و توان اشخاص معمولی و متعارف در حال عادی ایجاد شده اند و عسرو حرج مازاد بر آن منتفی است. با این وصف مرجع تعیین معنای عسر و حرج عرف است.

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». 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.

خصوصیات قاعده نفی عسر و حرج

الف- عسر و حرج جنبه شخصی دارد نه جنبه نوعی و کلی، به این معنا که در یک موقعیت خاص ممکن است انجام تکلیفی مانند روزه گرفتن برای اغلب مردم بسیار دشوار و توأم با عسر و حرج باشد اما برای عده قلیلی به سبب حائز بودن شرایط خاص، چندان مشکل نباشد و یا بالعکس در موقعیتی انجام کاری برای اغلب مردم آسان و برای آنها شخصاً عسر و حرج وجود دارد و از عهده کسانی که قادر به انجام آن هستند ساقط نیست.

ب - نفی تکلیف به وسیله عسر و حرج موقتی و محدود است: به این معنا که تکلیف به اندازه ای که برای رفع حالت عسر و حرج لازم است، و تا زمانی که عسر و حرج وجود دارد، از عهده مکلف ساقط است و به محض رفع عسر و حرج، چنانچه امکان انجام تکلیف باقی باشد، باید آن را انجام دهد.

ج - قاعده نفی عسرو حرج در غیر مورد تکلیف مالایطاق، قاعدهای امتنانی است: به این معنا که نفی عسرو حرج از باب لطفی است که خداوند تعالی بر بندگان خود روا داشته است. بنابراین در صورتی تکلیف به سبب عسرو حرج ساقط می شود که سقوط آن لطف بر بندگان محسوب شود. به همین سبب آنجا که تحمل سختی و مشقت لازمه حفظ حیات فرد یا جامعه است، و یا برای تهذیب نفس و کسب کمالات ضرورت داشته باشد، رفع آن با امتنان توأم نیست، در نتیجه تکلیف توأم با چنین مشقتی به موجب قاعده نفی عسرو حرج ساقط نمی شود.

رابطه قاعده عسرو حرج با سایر احکام شرعی

سوالی که در اینجا مطرح میشود این است که چه رابطه ای بین ادله قاعده نفی عسرو حرج و سایر ادله احکام وجود دارد، و چرا در مقام تعارض بین قاعده نفی عسرو حرج و سایر احکام، قاعده مذکور ترجیح داده میشود.

سبب ترجیح ادله نفی حرج بر سایر ادله احکام حکومت ادله مذکور در ادله احکام است. به این معنی که عمومات و قواعد اثبات کننده تکلیف به حالتی که عسرو حرج وجود نداشته باشد تخصیص یافته و مقید شده اند. به عبارت دیگر، شارع عسرو حرج را در موضوع همه احکام خود اخذ نموده است به این صورت که مکلفین را به انجام اوامرو نواهی خود در غیر صورت عسرو حرج مأمور ساخته است. روایتی که در باب مسح در وضو برپا رچه ای که روی زخم بسته شده نقل گردیده است، بطور واضح بر این معنا دلالت دارد، زیرا با وجود وجوب مسح بر پوست بدن در وضو، امام (ع) حکم مسئله و مسایل نظیر آن را به عموم نفی حرج احاله مینماید و این نشان میدهد که ادله نفی حرج به خودی خود بر ادله سایر احکام حکومت دارند و نیازی به ملاحظه تعارض بین آنها و یا ترجیح یکی بر دیگری وجود ندارد.

کاربرد قاعده عسر و حرج

از مجموع آیات و روایاتی که به عنوان مدرک قاعده مورد استناد قرار گرفته اند چنین برمی آید که عنوان عسر و حرج تنها نافی تکلیف ناشی از احکام وجوبی است. سختی و مشقت به تنهایی موجب جواز ارتکاب اعمال حرام نمی گردد. مگر آنکه به حد اضطرار برسد در این باره از پیامبر اکرم نقل شده است که فرمود: « مانهیتکم عنه فاجتنبوه و ماأمرتکم به فافعلوا منه ما استطعتم ». بنابراین عنوان نافی تکلیف ناشی از احکام تحریمی اضطرار است نه عسر و حرج

فصل دوم

گفتار دوم

عسر و حرج در طلاق

یکی از مصادیق قاعده موضوع بحث، نفی عسرو حرج زوجه از ادامه زندگی زناشویی و تخصیص حدیث نبوی «الطلاق یبد من اخذ بالساق» است. مستثنیات اختصاص حق طلاق به زوجه در چهار 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)، ۱۰۲۹ (غایب مفقود الاثر) و ۱۱۱۹ (وکالت زوجه در طلاق).

جایگاه قانونی طلاق بر مبنای عسر و حرج

عدم وجود حق توسل به طلاق برای زوجه، استثنایی بودن مواردی که زوجه می تواند طبق قانون درخواست طلاق نماید، و مشکلات ناشی از آن ایجاب می کرد 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.

همچنین 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 صعب العلاج دوام زندگی زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد.

مقنن در این ماده به بیان حالاتی که می تواند موجب عسرت و سختی زوجه شود، پرداخته است؛ اما صریحاً به بروز عسرو حرج بعنوان علت طلاق اشاره ننموده است. عدم ایفاء حقوق واجبه زن می تواند

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 مقنن به دو گام اصلاحی مبادرت نمود: اول - اصلاح ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ به شرح ذیل: «در مورد زیر زن می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید. در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسروخرج است، می تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود»؛ دوم - جعل شروطی در نکاحنامه های رسمی که به موجب آن در موارد دوازده گانه به زوجه حق طلاق داده شده است. متن نکاحیه با شروط مذکور که به تصویب شورای عالی قضایی رسید، طی شماره های ۱/۳۴۸۲۳ - ۶۱/۷/۱۹ و ۱/۳۱۸۲۴ - ۶۲/۶/۲۸ به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ابلاغ گردید.

شروط فوق که تقریباً مشابه موارد احصا شده در ماده ۸ قانون حمایت خانواده می باشد، به زوجه اجازه می دهد 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 به شکل ذیل همت گمارد: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسروخرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسروخرج 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».

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 عسروخرج است قرار داد، اما از سوی دیگر زوجه

را از درخواست طلاق در مواردی که صرفاً نشوز زوج بوده صرف نظر از اینکه موجد عسرو حرج زوجه شده است یا خیر، محروم نموده است .

سرانجام قانونگذار در ۱۳۸۱/۴/۲۹ تبصره ای را به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی الحاق نمود، که مبین برخی از مصادیق عسر و حرج می باشد که شرح آن در موارد آتی خواهد آمد.

شرایط اعمال ماده ۱۱۳۰

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.

به بیان دیگر، در دعوای طلاق، گذشته آینه آینده است و تنها به این اعتبار مورد توجه قرار می گیرد، وگرنه، در موردیکه ثابت شود رفتار ناهنجار شوهر اصلاح شده یا تنگدستی و بیماری و گرفتاری او پایان یافته است، دادگاه حق ندارد شوهر را اجبار به طلاق کند زیرا، در چنین فرضی، نمی توان ادعا کرد که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است .

به نظر می رسد این موضوع، یکی از نتایج نفی تکلیف موقتی و محدود قاعده عسر و حرج است .

۲- 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 ننماییم. 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 می باشد 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 می نماید». ملاک عسر و حرج هم شخصی است هم نوعی ، شخصی بودن آن به مناسبت تنگ شدن عرصه بر فرد است که به مناسبت تحمل و بنیه و طاقت او و آستانه وقوع اختلاف فرق می کند و از آن نظر نوعی است که عموماً نمونه عنوان شده از طریق

دادگاه و به یاری کارشناس و اهل خبره قابل تشخیص و سنجش است . بنابراین باید به هر دو معیار توجه داشت اگرچه که جنبه شخصی آن ترجیح دارد.

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 عسرو حرج او را فراهم کند آیا زن می تواند برای رهایی خود از دادگاه الزام شوهر به بذل مدت را بخواهد؟

طبق نظری « درخصوص استفاده از قاعده عسر و حرج برای بذل باقیمانده مدت از طرف دادگاه قانونی وجود ندارد ولی با توجه به آنکه حاکم ولی ممتنع است و با توجه به ملاک ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در صورتی که حرج زوج به هر جهت برای دادگاه ثابت شود می تواند به بذل بقیه مدت اقدام نمایند» .

بر اساس نظری دیگر: هرچند تحقق عسر و حرج در مورد ازدواج موقت مشکل و غالباً غیرمتصور است زیرا که در غالب موارد در ازدواجهای موقت ، زوج به حدودی از آزادی بیشتری برخوردار بوده و حقوق و تکالیفی که در ازدواج دائم برعهده زن هست در ازدواج موقت نیست و یا خیلی کمتر است ولی درعین حال چنانچه در مواردی زوج به عسر و حرج (حرجی بودن ادامه زوجیت) روبرو شود و این موضوع بر دادگاه ثابت گردد در این صورت دادگاه می تواند از ملاک ماده ۱۱۳۰ ق . م . تنقیح مناط نموده و حکم به اجبار زوج به بذل بقیه مدت متعه و در صورت میسر نشدن این امر حکم به انحلال زوجیت و قطع بقیه مدت نکاح موقت صادر نماید .

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 می تواند با مراجعه به عمومات که همانا قاعده «نفی عسرو حرج» است، به الزام زوج به بذل بقیه مدت اقدام نماید و قائل

شدن تفصیل میان عقود موقت کوتاه مدت و بلند مدت فاقد وجاهت عقلی و منطقی بوده و صرفاً در تشخیص عسرو حرج زوجه می توان به مدت عقد نکاح توجه کرد .

۴- احراز عسرو حرج: این امر توسط دادگاه صورت می گیرد و مطابق قاعده «البینه علی المدعی» زن خود مدعی است و باید تمام ارکان آن را در دادگاه ثابت کند . به عبارت دیگر، اذن دادگاه به صدور حکم طلاق بر دو امر استوار است :

۱- ارائه دلیل اثباتی عسر و حرج از جانب زوجه. ۲- احراز وضعیت زندگی مشترک و عدم توانایی زوجه بر ادامه زندگی زناشویی وبعد از تحقق دو امر بالا اذن دادگاه تجلی مرحله اثباتی و ثبوتی است. قاعده عام عسر و حرج در ماده ۱۱۳۰ قانون حاکم، هیچ گونه عذر و بهانه ای را با وجود شرایط مشقت بار زوجه نمی پذیرد. در واقع منظور این نیست که با هر ادعای عسر و حرج راه طلاق هموار شود. ولی این به آن معنا هم نیست که با سختگیری بی وجه، زندگی مشقت بار زوجه به حال خود رها شود و امر شاق ادامه عسر و حرج مباح گردد .

البته باید به این مسأله توجه کرد که کراهت و نفرت زوجه به تنهایی عنوان عسر و حرج ندارد. مطابق نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه: «کراهت زوجه به تنهایی عنوان عسر و حرج ندارد و نمی تواند مصداق آن باشد ، عسر و حرج مذکور در ماده (۱۱۳۰) ق . م . با کراهت مذکور در مورد طلاق خلع و مبارات موضوع مواد ۱۱۴۶ و ۱۱۴۷ ق . م . متفاوت است ولی اگر دادگاه پس از رسیدگیهای لازم احراز نماید که نفرت به حدی است که ادامه زوجیت را برای زوجه غیرممکن می سازد و موجب عسر و حرج زوجه است می تواند برابر ماده ۱۱۳۰ اصلاحی ق . م . اقدام کند» .

با توجه به مطالب فوق می توان گفت طلاق به حکم دادگاه باین است نه رجعی .

در رویه عملی محاکم خانواده ، این نوع طلاق در قالب طلاق خلع واقع می شود. به این صورت که زوجه ملزم می گردد، تا مقداری از مهریه خود را بذل نماید، وبا این کار مادام که زن، به بذل رجوع نکرده است، شوهر حق رجوع ندارد. به این ترتیب طلاق باین می گردد .

در خصوص این نحوه عملکرد باید گفت :

اولاً ، طلاق بر مبنای عسر و حرج همیشه نمایان گر کراهت زن از شوهر نمی باشد، درحالی که عنصر اصلی طلاق خلع کراهت است . بنابراین مفهوم این دو نوع طلاق با هم منطبق نیست .

ثانیاً ، طلاق خلع نیازمند قبول بذل از ناحیه شوهر می باشد . البته در این خصوص می توان گفت : حاکم که ولی ممتنع (زوج) است، می تواند قبول بذل کند. «در این نوع طلاق حاکم از اختیارات حکومتی خود استفاده می کند و اصل طلاق را که به دست مرد است با وصف عدم امکان اجبار زوج به طلاق، انجام می دهد. قبول بذل که از متفرعات طلاق است، نیز می تواند توسط حاکم شرع انجام شود و این اشکال که حاکم نمی تواند قبول بذل کند، چون وکالت از سوی زوج ندارد، متفی است؛ زیرا در باب ولایت، وکالت سالبه به انتفاء موضوع است .

ثالثاً ، قاضی در مقام احقاق حق، نمی تواند حقی را از کسی بدون مبنای قانونی و شرعی ، ضایع کند . لذا الزام زن به بذل بخشی از مهریه خود، فاقد وجاهت قانونی است .

در پایان هر چند در خصوص تشخیص نوع این گونه طلاق خلأ قانونی احساس می شود ، لیکن تا زمان مرتفع شدن این مشکل، به نظر می رسد قضات می توانند از اختیار و الزام ناشی از اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی استفاده نمایند و بر اساس منابع معتبر اسلامی و نظریات حقوقدانان نوع طلاق را شناسایی و مورد رأی قرار دهند .

۲- آیا صدور حکم طلاق در صورت ثبوت عسر و حرج زوجه موقوف به پرداخت مالی از طرف زوجه ، به زوج می باشد؟

اداره حقوقی قوه قضاییه در پاسخ این گونه عنوان داشته است: « در مواردی که عسروخرج زوجه به نظر دادگاه ثابت است صدور حکم طلاق و اجبار زوج به طلاق مشروط به پرداخت مالی از طرف زوجه نخواهد بود و در این حالت چنانچه زوج حاضر به طلاق نشود، به تصریح ذیل ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، 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 ».

بدیهی است در صورت وقوع این گونه طلاق، هیچ گونه تغییری در حقوق مالی زوجه از جمله مهریه، واقع نمی شود، چرا که به حکم ماده ۱۰۸۲ ق.م: « به مجرد عقد، زن مالک مهر می شود ... » بنابراین باید مالکیت زن نسبت به مهر را استصحاب کنیم. لذا زوجه با وصف وقوع طلاق موصوف همچنان توانایی مطالبه حقوق خود را دارد، مگر آنکه با رضایت خود، از این نوع حقوق گذشت نماید.

۳- آیا در خصوص زوج غایب موضوع ماده ۱۰۲۹ ق.م می توان قبل از گذشت چهار سال به واسطه عسروخرج حکم بر طلاق صادر نمود؟ همچنین در خصوص ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی چنانچه عدم پرداخت نفقه موجب عسروخرج زوجه 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 عسروخرج حکم کلی و عمومی بوده، بر موارد عدیده صادق است. در هر حالتی که بتوان سختی و مشقت غیر قابل تحمل زوجه را احراز نمود، صرف نظر از علت ایجاد آن، اعمال ماده ۱۱۳۰ ق.م جایز است؛ لذا صدور حکم بر طلاق زوجه در مواردی که شوهرش غایب مفقود الاثر شده و مدت غیبت به حدی نرسیده که مشمول ماده ۱۰۲۹ ق.م شود یا در حالتی که زوجه به علت ترک اتفاق دچار عسروخرج 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 عسروخرج زوجه نشود و بالعکس.

حضرت امام خمینی (ره) در باب عسرو حرج زوجه

و اینکه آیا در مورد زوج غایب می توان قبل از گذشت مدت چهار سال به واسطه عدم اتفاق به زوجه توسط زوج یا دیگری حکم به طلاق زوجه را صادر نمود چنین می فرمایند: «در صورتی که زوجه برای نداشتن شوهر در حرج باشد نه از جهت نفقه، بطوری که در صبر کردن معرضیت فساد است حاکم پس از یأس، قبل از مضي 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 .

همچنان که ملاحظه می گردد حضرت امام خمینی (ره) به علت اهمیت مفسده ایجادی و جنبه عمومی آن برای حاکم حق می داند حتی بدون درخواست زوجه نسبت به طلاق وی اقدام نماید .

۴. آیا نشوز زوج بدون آنکه موجب عسر و حرج زن باشد، می تواند مجوز اعمال ماده ۱۱۳۰ ق.م. باشد ؟

در تبیین سوال فوق باید گفت که نشوز زوج و عسر و حرج زوجه همیشه ملازم هم نیستند. بنابراین ممکن است که با وجود نشوز زوج، زوجه در تنگنا و مضيقه قرار نگیرد . به عنوان مثال ممکن است مردی نفقه ندهد ولی نیازهای مالی زن توسط فرد دیگری تأمین شود، یا زن خود دارای توان مالی باشد. بنابراین بین نشوز زوج و عسر و حرج زوجه رابطه ، عموم و خصوص من وجه برقرار است . پس نباید این دو اصطلاح را مترادف پنداشت .

با مذاقه در فلسفه وجودی ماده ۱۱۳۰ ق.م که همان قاعده عسر و حرج می باشد، می توان گفت که اعمال این ماده مشروط به عسر و حرج واحراز آن است، در تأیید این سخن می توان به وجود قید «...موجب عسر و حرج زوجه باشد...» در صدر ماده اشاره کرد . لذا در حال حاضر هیچ مستند قانونی که بیانگر اعطای حق طلاق به زن به صرف نشوز زوج، بدون ایجاد عسر و حرج برای زن باشد، وجود ندارد .

البته در خصوص استتکاف شوهر از دادن نفقه، که نوعی نشوز محسوب می شود، قانون مدنی در مواد ۱۱۱۱، ۱۱۱۲ و ۱۱۲۹ خود، حکم خاصی را بیان کرده و حق درخواست طلاق را برای زوجه با شرایطی ملحوظ داشته است .

فصل سوم

گفتار سوم

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 و امامان معصوم دلالت بر نفی احکام

حرجی از عهده مسلمین دارد. امام جعفر صادق به نقل از رسول اکرم می‌فرمایند: «... 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 واکنشی 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 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).

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. 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 مفقود الاثر).

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 منافی 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 برخلاف 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 برنداشت. 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 عسرو حرج زوجه باشد احصاء کرد. و بر مبنای قاعده نفی عسرو حرج موارد سیزده‌گانه مندرج در ماده ۸ را وضع نموده بود. با رد این نظر، در پاسخ باید گفت موارد احصایی می‌تواند موجد عسرو حرج زوجه باشد، اما از آن جا که عسرو حرج 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 عسرو حرج 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 اتفاق 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 صعب العلاج 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 عسرو حرج بعنوان علت طلاق اشاره ننموده است. عدم ایفاء حقوق واجبه زن می‌تواند موجب عسرو حرج زوجه شود اما با توجه به ضرورت اعمال ضابطه شخصی در احراز عسرو حرج و همچنین غیر محصور بودن مصادیق عسرو حرج، 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 ۱۳۶۱/۵/۳۱ 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 زوج 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 عسرو حرج 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 زوج حق طلاق داده شده است. متن نکاحیه با شروط مذکور که به تصویب شورای عالی قضایی رسید، طی شماره‌های ۱/۳۴۸۲۳ - ۶۱/۷/۱۹ و ۱/۳۱۸۲۴ - ۶۲/۶/۲۸ 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 زوج 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 زوج وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داده شده تا در صورت انتخاب طلاق خلع و بذل، از سوی زوج قبول بذل نماید.

لحاظ اشکالات مندرج در ماده ۱۱۳۰ مصوب ۱۳۶۱

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 زوج به محکمه مقید به اثبات عسرو حرج 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 هیچ گاه 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 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، ۱۴۱۲هـ، 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 ۳۷۳). 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 ۱۳۷۰/۸/۱۴ 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 عسروخرج زوجه نبوده و هدف ماده موضوع بحث جلوگیری از خرج و ضرر موجود است، نه جبران ضررهای معنوی و مادی گذشته.

۲- ضابطه تشخیص عسروخرج زوجه، معیار شخصی است و با توجه به وضعیت مادی، روحی - روانی و شخصیت زوجه احراز می‌گردد. اما این مانع از آن نیست که در تشخیص تنگی و مشقت به عرف مراجعه ننماییم.

مرحوم امامی در این رابطه می‌گوید: «ملاک تشخیص آنکه چه امری سوء معاشرت است و تشخیص درجه‌ای که زن نمی‌تواند 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 می تواند با مراجعه به عمومات که همانا قاعده «نفی عسرو حرج» است، به الزام زوج به بذل بقیه مدت اقدام نماید و قائل شدن تفصیل میان عقود موقت کوتاه مدت و بلند مدت فاقد وجاهت عقلی و منطقی بوده و صرفاً در تشخیص عسرو حرج زوج می توان به مدت عقد نکاح توجه کرد.

۴- احراز عسرو حرج: این امر توسط دادگاه صورت می گیرد 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 عسرو حرج با دادگاه. پس زوج لازم نیست حالت عسرو حرج خویش را به دادگاه بنمایاند؛ بلکه کافی است دلایلی را که به ادعای وی موجب بروز عسرو حرج 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 می پردازد که آیا چنین عواملی بطور معمول و عادتاً موجب عسرو حرج زنی با این وضعیت و شخصیت می شود 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:

پاسخ به سؤالاتی پیرامون طلاق بر مبنای عسر و حرج

۱- آیا طلاق مندرج در ماده ۱۱۳۰ ق.م از نوع رجعی است یا بائن؟

این مسأله مورد اختلاف و قابل بحث است. اگر اصل رجعی بودن طلاق و موارد طلاق بائن مذکور در ماده ۱۱۴۵ ق.م را در نظر بگیریم، باید بگوییم طلاق که به درخواست زن و به موجب حکم دادگاه واقع می شود، اعم از اینکه خود شوهر بر اساس حکم و الزام دادگاه زن را طلاق داده باشد، یا طلاق به وسیله حاکم یا نماینده او واقع شود، رجعی است و شوهر می تواند در ایام عده رجوع کند. لیکن این نظر به دلایل ذیل قابل ایراد است:

اولاً، نقض غرض است که از یک سو شوهر به حکم دادگاه به طلاق ملزم و طبق آن طلاق واقع شود و از سوی دیگر شوهر در ایام عده به طلاق رجوع نموده، اثر آن را از بین ببرد. به دیگر سخن، با دادن حق رجوع به شوهر، در واقع حکم طلاق والزام شوهر به آن لغو و بی فایده خواهد بود.

ثانیاً، نظم عمومی و حرمت احکام طلاق ایجاب می کند که حق رجوع برای شوهر نباشد.

ثالثاً، وقتی که قانونگذار در طلاق خلع و مبارات که شوهر به اختیار خود آن را واقع ساخته است برای رعایت حال زن و جلوگیری از ضرر او طلاق را، مادام که زن رجوع به عوض نکرده، باین تلقی کرده است، به طریق اولی طلاق قضایی که شوهر به حکم دادگاه ملزم به آن شده باید باین باشد.

رابعاً، اصل رجعی بودن طلاق و روایاتی که مبنای آن می باشد مربوط به طلاق است که به اختیار واراده مرد واقع می شود، نه طلاقی که شوهر به حکم دادگاه ملزم به آن می گردد. به تعبیر دیگر، اصل رجعی بودن و روایات مربوط به آن منصرف از طلاق به حکم دادگاه است. فقط طلاق زوجه غایب مفقودالاثَر، با آن که به حکم دادگاه می باشد، با توجه به وضع خاص شوهر رجعی به شمار آمده است.

(ماده ۱۰۳۰ ق.م)

خامساً، ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی مفید حصر نیست و فقط ناظر به طلاق های باینی است که به اراده و اختیار و خواست شوهر واقع می شود.

مطابق نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه: « طلاقی که به موجب ماده ۱۱۳۰ ق. م. و به علت عسر و حرج زوجه واقع می شود، باین است و نمی تواند رجعی باشد زیرا در آن صورت رافع عسر و حرج زوجه نخواهد بود و بی نتیجه و عبث است بعضی از فقهای بزرگ معاصر نیز مانند آیت الله خوئی در منهاج الصالحین بدین گونه فتوا داده اند ». و در ادامه با تحلیل نظرات

در پاسخ دو نظر مخالف ارائه شده است. مطابق نظر اول چنین طلاقی باین 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 باین منحصر به موارد ذکر شده و مصرح است، لذا چنین طلاقی رجعی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ص ۲۱۹).

در بررسی دو نظر مزبور باید گفت نظر اول از نظر منطقی مقبول‌تر است و در پاسخ به طرفداران رجعی بودن چنین طلاقى باید گفت: «اصل رجعی بودن طلاق و منحصر بودن طلاق باین 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 باین 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.

بدین صورت مرد با قدرت تمام اثر حکم دادگاه را زائل می‌سازد و با تکرار این دور باطل، زن تا ابد در عسرو حرج خواهد ماند.

۲- 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 عسرو حرج زوجه کافی بوده، وکالت از سوی زوج در این خصوص، فاقد وجهت است. همچنین در طلاق خلع بنابر کراهت زوجه است و عسرو حرج 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.می‌توان قبل از گذشت چهار سال به واسطه عسروخرج حکم بر طلاق صادر نمود؟ همچنین در خصوص ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی چنانچه عدم پرداخت نفقه موجب عسروخرج زوج شود، می‌توان 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 عسروخرج 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 ایجادی آن، اعمال ماده ۱۱۳۰ ق.م.جایز است؛ لذا صدور حکم بر طلاق زوج در مواردی که شوهرش غایب مفقودالاثَر شده و مدت غیبت به حدی نرسیده که مشمول ماده ۱۰۲۹ ق.م.شود یا در حالتی که زوج به علت ترک اتفاق دچار عسروخرج 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 عسروخرج زوج نشود و بالعکس.

حضرت امام خمینی (ره) در باب عسروخرج زوج و اینکه آیا در مورد زوج غایب می‌توان قبل از گذشت مدت چهار سال به واسطه عدم اتفاق به زوج توسط زوج یا دیگری حکم به طلاق زوج را صادر نمود چنین می‌فرماید: «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 مضي مدت چهار سال می‌تواند 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 می‌گردد حضرت امام خمینی (ره) به علت اهمیت مفسده ایجادی و جنبه عمومی آن برای حاکم حق می‌داند حتی بدون درخواست زوج نسبت به طلاق وی اقدام نماید.

از مطالب فوق نتیجه می‌گیریم که نکاح سنت پیامبر اکرم بوده، و مبعوض‌ترین چیزها نزد آن بزرگوار، طلاق است. اما توجه دین خاتم به ضرورت وجودی طلاق، موجب بازگذاشتن 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 نمی‌تواند زن و شوهر را به یکدیگر متصل نماید.

استاد شهید مرتضی مطهری در این زمینه می‌فرماید: «خانواده از نظر اسلام یک واحد زنده است و اسلام کوشش می‌کند این موجود به حیات خویش ادامه دهد؛ اما وقتی که این موجود زنده مُرد، اسلام با نظر تأسف به آن می‌نگرد و اجازه دفن آن را صادر می‌کند؛ ولی حاضر نیست پیکره او را با مومیای قانون مومیایی کند» (مطهری، بی‌تا، ص ۳۳۱).

مطابق نظر مشهور امامیه و مستند به حدیث نبوی: «الطلاق بید من اخذ بالساق» این مرد است که می‌تواند طلاق دهد؛ اما با تکیه بر قواعد عمومی از جمله «لاضرر»، «لاخرج» و «المؤمنون عند شروطهم» برای زن نیز مفری از علقه زوجیت قرار داده شده است. ماده ۱۱۳۰ ق.م. یکی از راه‌های 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 می‌گردید؛ زیرا شروط درج شده در فرم نکاحنامه‌های رسمی، دارای جنبه پیشنهادی است و زوجین تکلیفی در امضای آن ندارند. از سوی دیگر تکلیف عقود 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 عسروخرج قرار گرفته صرف نظر از منشأ ایجاد عسروخرج، 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 «عسروخرج» است، در تشخیص آن سلیقه و نظر شخصی قابل اعمال است و به بیان دیگر سلیقه قضات در تشخیص عسروخرج، 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 مذکر 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 ۱۳۷۹/۷/۳ 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 ۸۱/۴/۲۹ 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.م.صوب ۱۴/۸/۷۰ 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 استمتأسفانه 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.

در پایان پیشنهاد می‌شود

نگارنده معتقد است گامهای نظام قضایی در نجات ماده ۱۱۳۰ ق.م 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 تمیز، خواه به صورت اصراری باشد، خواه به صورت لازم الاتباع»

(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» عادت 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 زوج است، باید گفت این تدبیر به معنای واگذاری کار به اهلیش 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، ۳)، 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 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 قضات شرعی جایگاهی در نظام قضایی ما ندارند و این قضات 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 بلامرجح شده‌ایم؟

در خصوص محور سوم یعنی آموزش قضات باید گفت تبیین معنای عسروخرج و آموزش آن به قضات علاوه بر اینکه از تشتت آراء جلوگیری می‌کند، راهگشای قاضی در تشخیص عسروخرج است. از آنجا که عسروخرج 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 عسروخرج به معنای تنگی است که عرفاً قابل تحمل نباشد؛ با این معنا هرگز نباید مترصد آن باشیم که زوج 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 زوج که هر دو منتهی به حکم محکومیت شده است، با بررسی وضعیت زوج نمی‌تواند موجب عسروخرج گردد؟ آیا دادگاه مکلف نیست در خصوص علل ارائه شده توسط زوج تحقیق کند و حتماً باید حکم بر محکومیت زوج به ضرب و جرح شدید زوج یا ترک انفاق طولانی مدت صادر شود؟ آیا سوابق مکرر اعتیاد زوج به مواد مخدر یا ارتکاب سرقت، عدم پرداخت نفقه و عدم احساس مسئولیت در برابر خانواده نمی‌تواند زن را در عسروخرج قرار دهد؟ معمولاً قضات با استناد به احتیاط و رعایت اصل «الطلاق بید من اخذ بالساق» تمایلی به توسل به استثناء وارده بر اصل (قاعده نفی عسروخرج) 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 عسروخرج 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).

منابع و مأخذ:

- اسدی، لیلا سادات، جایگاه عسر و حرج - قانون و رویه، فصلنامه فقه و حقوق، تابستان - پاییز ۱۳۸۳، ش ۳۵-۳۴
- امامی، اسد ا...، صفایی، سید حسین، مختصر حقوق خانواده، انتشارات میزان، چاپ هجدهم، پاییز ۱۳۸۸
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، بی جا، کتابفروشی اسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۶۸
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ارث، تهران، نشر گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۶۱
- همو، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۶۳
- همو، دایرة المعارف علوم اسلامی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۶۸
- سیاح، احمد، ترجمه فرهنگ بزرگ جامع نوین (المنجد)، تهران، انتشارات اسلام، چاپ شانزدهم، ۱۳۷۳
- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ دوم، ۱۳۶۸
- همو، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۱
- کریمی، حسین، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره)، قم، انتشارات شکور قم، چاپ اول، ۱۳۶۵
- کلینی، اصول کافی، ترجمه و شرح: مصطفوی، حاج سید جواد، تهران دفتر نشر فرهنگ اهل بیت علیه السلام، بی تا
- محقق داماد، سید مصطفی، حقوق خانواده، تهران، نشر علوم، چاپ دوم، ۱۳۶۷
- همو، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، چاپ اول، ۱۳۷۴
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ج ۱، قم ۱۳۸۲
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مجموعه نشست های قضایی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۲
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ پانزدهم، ۱۳۷۹
- موسوی، سید ابراهیم، قاعده نفی عسر و حرج، اسفند ۱۳۸۵
- موسوی بجنوردی، سه قاعده فقهی، فصل نامه مطالعات حقوقی و قضایی، تهران، روزنامه رسمی کشور، ۱۳۶۶
- همو، قواعد فقهیه، نشر معاد، چاپ دوم، پاییز ۱۳۷۲
- موگویی، حاجعلی، قاعده عسر و حرج و حق زنان در طلاق، انتشارات اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۸۷
- هدایت نیا، فرج ا...، ارزیابی قوانین خانواده (بخش پایانی)، کتاب زنان، زمستان ۱۳۸۳، ش