

نگرشی بر طلاق مبتنی بر «عسر و حرج زوجه» در پرتوی فقه و قانون

حمیدرضا ترک زاد^۱، جواد نادری عوج بغزی^۲، سامان اوجاقلو شهابی^۳

^۱ کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

^۲ طلبه دروس خارج حوزه علمیه قم، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه تهران، پردیس بین المللی ارس، ارس، ایران

^۳ دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

چکیده

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی به زوجه اجازه داده است در مواردی که ادامه زندگی زناشویی، وی را در وضعیت عسر و حرج قرار دهد، با مراجعه به حاکم و اثبات حالت عسر و حرج، درخواست طلاق نماید. عام بودن این ماده برای زن این امکان را قرار داده که بدون توجه به مبنای ایجاد عسر و حرج، 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. این نوشتار به تبیین مفهوم عسرو حرج، جایگاه این ماده و تحول آن در قوانین و مقررات کشور ما، بررسی علل عدم گرایش قضات به استفاده از آن پرداخته و راه کارهایی در جهت نجات آن از رکود فعلی ارائه می‌دهد. نگارنده معتقد است ایجاد و توسعه رویه قضایی در زمینه این ماده، تبیین مفهوم عسر و حرج و آموزش آن به قضات و همچنین به کارگیری قضات زن به طور الزامی در دادگاه های خانواده، تا حدی موجب رفع مشکلات اجرایی این ماده خواهد شد.

واژه‌های کلیدی: طلاق، عسرو حرج، الحاکم ولی الممتنع، شرط ضمن عقد

مقدمه

عسر و حرج عبارت از به وجود آمدن وضعیتی است که ادامه زندگی برای خانم با مشقت همراه باشد و او نتواند این وضعیت را تحمل کند که در پنج مورد خلاصه می‌شود^۱:

۱. ترک زندگی خانوادگی توسط مرد به مدت شش ماه متوالی یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه
۲. اعتیاد به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلا به مشروبات الکلی که به اساس خانوادگی خلل وارد کند و امتناع یا عدم امکان الزام زوج به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده و اگر زوج به تعهد خود عمل نکند و یا دوباره پس از ترک به این مواد رو آورد بنا بر درخواست زوجه طلاق انجام خواهد شد.
۳. محکومیت قطعی زوج به حبس (پنج سال یا بیشتر)
۴. ضرب و شتم که از مصداق بارز سوء معاشرت یا عسر و حرج می باشد و یا هر گونه سوء رفتار مرد که عرفاً با وضعیت زن قابل تحمل نباشد.
۵. ابتلای زوج به بیماریهای صعب العلاج روانی و یا هر ضایعه صعب العلاج دیگری که زندگی مشترک را دچار مشکل کند که البته قاضی موارد دیگری را می تواند با علم خویش موجب عسر و حرج زن بداند و حکم طلاق بدهد. 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 «عسر و حرج» را به عنوان راهی برای رهایی زن از علقه زوجیت قرار داده است.

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 عسر و 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 هرگاه از اجرای احکام اولیه مشقتی غیر قابل تحمل پدید آید، آن تکلیف برداشته می شود.

مبانی قاعده

کتاب

۱. آیه ۷۸ سوره حج (وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...)
- این آیه یکی از مهمترین آیاتی است که به عنوان دلیل قاعده نفی عسر و حرج از آن یاد می شود.
- خداوند در این آیه ابتدا مسلمانان را به جهاد دعوت می کند و از آنها می خواهد آنگونه که شایسته جهاد است جهاد کنند. سپس طی حکمی عام، افرادی را که انجام جهاد برای آنها موجب حرج است از شمول حکم خارج می نماید.
- در تفسیر این آیه آمده است ((نفی حرج به معنی سخت نبودن احکام الهی نیست زیرا در همین آیه که می فرماید جهاد کنید آنگونه که حق جهاد است و ناگفته پیداست که جهاد کار بس سختی است. پس مراد از نبودن حرج در دین آن است که اسلام بن بست ندارد. مثلاً در فرمان جهاد افراد بیمار، لنگ، نابینا، سالمند و زنان و کودکان و ناتوانان معافند، ولی دفاع با همه سختی آن وظیفه است)) (تفسیر نور الثقلین، عبد علی بن جمعه العروسی حویزی)
۲. آیه ۶ سوره مائده (...مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ...)

ماده واحده الحاق به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی^۱

خداوند در این آیه پس از بیان وجوب وضو قبل از به جا آوردن نماز و ذکر شرایط آن می فرماید ((خداوند نمی خواهد که شما را در تنگی قرار دهد)) در تفسیر این قسمت از آیه آمده است: "جمله (مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ) گرچه در ذیل احکام مربوط به غسل و وضو و تیمم ذکر شده، اما یک قانون کلی را بیان می کند، که احکام الهی در هیچ مورد به صورت تکلیف شاق و طاقت فرسا نیست بنابراین اگر مشاهده کنیم که پاره ای از تکالیف در مورد بعضی از اشخاص صورت مشقت باری به خود بگیرد و غیر قابل تحمل می شود آن حکم در مورد آنها - بدلیل همین آیه - استثناء می خورد و ساقط می شود، مثلاً اگر روزه برای افرادی همچون پیرمردان و پیرزنان ناتوان و امثال آنها مشقت بار گردد، بدلیل همین آیه روزه بر آنها واجب نیست. (ناصر مکارم شیرازی، تفسیر نمونه)

۳. آیه ۱۸۵ سوره بقره (...يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...)

علامه طباطبائی در تفسیر این آیه می فرماید: "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 انجام دهند." (علامه طباطبائی، تفسیر المیزان، ج ۲) تمامی آیات فوق موید این امر هستند که خداوند حکمی را که موجب عسرو حرج افراد باشد در اسلام قرار نداده است و کلیه احکامی که چنین خاصیتی دارند نفی شده اند.

سنت

روایات متعددی از معصومین (ع) دلالت بر نفی احکام حرجی از مسلمین دارد، از جمله:

۱. روایت عبدالعلی مولی آل سام

۱. روایت عبدالعلی مولی آل سام. "قلت لابی عبدالله علیه السلام عثرت فانقطع ظفري فجعلت علی اصبعی مراره اصنع بالوضوء؟ قال يعرف هذا و اشباهه من كتاب الله عز و جل: قال الله ما جعل عليكم في الدين من حرج، امسح عليه". (شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱، ابواب الوضوء، باب ۳۹، ح ۵) در این روایت راوی به امام صادق (ع) می گوید: کسی به زمین خورده و ناخن وی جدا شده و انگشت خود را با پارچه بسته است، حال چگونه باید وضو بگیرد، امام (ع) می فرماید: حکم این قضیه و نظایر آن از کتاب خدا روشن می شود، زیرا خداوند فرموده است که: در دین برای شما حرجی قرار داده نشده است، پس بر آن مسح کن. از این پاسخ امام (ع) نکات زیر استنتاج می شود: الف. نفی حرج یک قاعده کلی است و طبق رهنمود امام (ع) می توان از آن برای رفع احکامی که برای مکلفان مشقت بار و مضیقه ساز است استفاده کرد.

ب. از اینکه امام (ع) به جای نفی حرج ذیل آیه وضو-آیه ۶ سوره مائده-، که تناسب بیشتری با سوال دارد، به نفی حرج مذکور در آیه ۷۸ سوره حج استناد می کند، این طور بر می آید که لا حرج مذکور در آیه اخیر از عمومیت و شمول بیشتری برخوردار است و مربوط به موارد حرج عرفی است. برخلاف لاجرح مذکور در آیه ۶ سوره مائده که مربوط به مسائل ذاتی وضو است و دایره عمومیت آن چندان گسترده نیست.

۲. روایت ابوبصیر از امام صادق (ع)

"ان الدين ليس بمضيق، فان الله يقول: ((ما جعل عليكم في الدين من حرج)) به راستی، دین تنگ نیست، چرا که خداوند می فرماید: ((خداوند در دین حرجی بر شما قرار نداده است)) (همان، ابواب الماء المطلق، باب ۹، ح ۱۴)

۳. روایت فضل بن یسار:

عن ابي عبدالله-عليه السلام- في الرجل الجنب فيغتسل فينتضح ن الماء في الاناء فقال: لا بأس ((ما جعل عليكم في الدين من حرج)) (همان، ابواب الماء المضاف، باب ۹، ح ۵) از امام صادق (ع) در مورد شخصی چنین سوال شد که آب غسل او به درون ظرف آب، ترشح می کند، حضرت فرمود: مانعی نیست ((خداوند در دین حرجی بر شما قرار نداده است)).

۴. مرسله صدوق

۴. مرسله صدوق که در آن از قول علی (ع) آمده است: "أحبّ دينكم إلى الله الحنيفية المسحمة السهلة" (همان، باب ۸، ح ۳) محبوب ترین شما نزد خداوند، دینی است که صحیح آسان و هموار باشد.

۵. مضمهره محمد بن ابی نصر:

"سألته عن الرجل يأتي السوق فيشتري جبة فراء لا يدري أذكية هي أم غير ذكية، أيسلّي فيها؟ فقال نعم، ليس عليكم المسئلة، ان ابا جعفر -عليه السلام- كان يقول: ان الخوارج ضيقوا على انفسهم بجهالتهم ان الدين اوسع من ذلك." (همان، ابواب النجاسات، باب ۵۰، ح ۳)

از او در مورد مردی پرسیدم که به بازار می‌رود و ردایی از جنس خز می‌خرد، در حالی که نمی‌داند آن خز، تذکیه شده یا نه، آیا می‌تواند در آن ردا نماز بخواند؟! حضرت فرمود: بله، این پرسش بر شما لازم نیست. امام باقر علیه السلام - می‌فرمود: خوارج به سبب نادانی، زندگی را بر خود تنگ کردند. دین، وسیع‌تر و آسان‌تر از چیزی است که آنان می‌گویند.

۶ - روایت حمزه بن طیار:

عن ابی عبدالله -عليه السلام- قال لی: اكتب فأملی علی: ان من قولنا ان الله يحتجّ علی العباد بما آتاهم و عرفهم ثم أرسل اليهم رسولاً و أنزل عليهم الكتاب فأمر فيه و نهی، أمر فيه بالصلاة و الصيام فنام رسول الله -صلی الله علیه و آله- عن الصلاة فقال أنیمک و أنا أوقظک فاذا قمت فصلّ لیعلموا اذا اصابهم ذلك كيف يصنعون، ليس كما يقولون: اذا نام عنها هلك و كذلك الصيام انا أمرضک و أنا أصحک فاذا شفیتک فاقضه، ثم قال ابو عبدالله -عليه السلام-: و كذلك اذا نظرت فی جميع الاشياء لم تجد احداً فی ضیق و لم تجد احداً، الا و لله علیه الحجة و لله فيه المشیئة و لا اقول: انهم ما شاؤوا صنعوا ثم قال: ان الله یهدی و یضلّ و قال: و ما أمروا الا بدون سعتهم، و کلّ شیء أمر الناس به فهم یسعون له، و کلّ شیء لا یسعون له فهو موضوع عنهم، ثم تلا -عليه السلام- «ليس علی الضعفاء و لا علی المرضى و لا علی الذین لا یجدون ما ینفقون حرج» (محمد بن یعقوب کلینی، اصول کافی، ج ۱)

حمزه بن طیار می‌گوید: امام صادق علیه السلام - به من فرمود: بنویس، سپس حضرت چنین املا فرمود: از جمله سخنان ما این است که خداوند احتجاج می‌کند بر بندگان به آنچه که به ایشان داده و آنچه به آنان شناسانده، سپس پیامبری به سویشان گسیل داشت و کتاب بر آنان فرو فرستاد و در آن کتاب، امر و نهی فرمود، امر به نماز و روزه، به هنگام نماز پیامبر را خواب در ربود، پس خداوند به او فرمود: من تو را به خواب می‌برم و از خواب بیدار می‌کنم؛ پس هرگاه برخاستی نماز بخوان، تا مردم تکلیف خود را در چنین پیش‌آمدی، بدانند، سخن آنان درست نیست که می‌گویند: هرگاه پیامبر به هنگام نماز خواب رود، یا روزه او قضا شود، هلاک می‌گردد، بیماری و بهبودی تو از من است، پس هرگاه بهبودی یافتی، کار فوت شده خود را قضا کن.

حمزه بن طیار می‌گوید: پس از این بیان امام صادق -عليه السلام- فرمود: و به همین ترتیب هرگاه در همه امور نگاه کنی، هیچ فردی را در تنگنا نمی‌بینی، و هیچ کس را نمی‌یابی، مگر این که خداوند بر او حجت دارد و مشیت خدا درباره او جاری است.

...و مردم نسبت به آنچه به آن فرمان داده شده‌اند، در فراخی و وسعت هستند و هر تکلیفی که بیرون از سعه و توان آنان باشد، از آنان برداشته شده. سپس حضرت این آیه را تلاوت کرد «بر ناتوانان و بیماران و کسانی که چیزی برای انفاق کردن ندارند، حرجی نیست.»

اجماع

اجماع به عقیده علمای شیعه عبارت است از اتفاق جماعتی، که اتفاق آنها کاشف از رأی معصوم باشد، بر امری از امور دینی. حجیت اجماع در مذهب شیعه بواسطه خود آن نیست بلکه زمانی می‌تواند در ردیف کتاب سنت و عقل، از مبانی استنباط احکام اسلامی قرار گیرد که، کاشف از رأی معصوم باشد. «بدین ترتیب در اثبات قاعده نفی عس و حرج اگر گفته شود که یکی از مبانی فقهی آن اجماع علمای اسلام بر عدم جواز جعل حکم حرجی است، چنین ادعایی مقبول نیست؛ چرا که دلیل اجماع کنندگان در واقع همان

آیات و روایاتی است که در مباحث قبل مورد بررسی قرار گرفت. به علاوه چون اکثر علما به این مسئله اشاره نکرده اند ادعای استقرار چنین اجماعی مشکل و مورد تردید است.^۲

عقل

برای اثبات قاعده نفی عسرو حرج به عنوان دلیل عقلی به طور کلی به دو دلیل استناد شده است:

الف) بنای عقلا

ب) قاعده لطف

بنای عقلا:

انگیزه جعل تکلیف از سوی شارع مقدس اطاعت و انقیاد نوع بشر است. اما جعل حکم حرجی نه تنها موجب اطاعت نمی شود بلکه باعث سرپیچی از آن نیز می گردد. بنابراین جعل احکامی از سوی شارع که موجب مشقت است، نوعی نقض غرض به نظر می رسد و عقلاً محال است. علاوه بر این، انگیزه اکثر مردم از فرمانبرداری حضرت حق، تنها رهایی از عذاب الهی است نه جلب رضایت او و اگر عذابی در پیش نبود هرگز به فرامین خداوند عمل نمی کردند. در چنین وضعیتی قرار دادن احکامی که رعایت آنها موجب سختی و مشقت است، باعث امتناع افراد از رعایت آن می گردد. بدین ترتیب مرتکب معصیت شده و مورد غضب الهی قرار می گیرند. ولی حکم عقل چنین نیست و خداوند را از تکلیف به اموری که موجب عصیان عمومی می گردد مبرا می داند.

قاعده لطف:

تکلیف به آنچه موجب مشقت و سختی مکلف است، موجب افتادن او در دام معصیت می گردد و خلاف لطف است. از آنجا که اطاعت از فرامین الهی از سوی مردم بیشتر به علت رهایی از عذاب الهی است و کمتر کسی با انگیزه جلب رضایت خداوند از او اطاعت می کند، اگر به امر سختی مکلف شوند از انجام آن امتناع کرده، مرتکب معصیت شده و در پی آن مورد خشم خداوند قرار می گیرند. بنابراین تشریع چنین احکامی موجب دوری بندگان از درگاه او می گردد و با لطف خداوند سازگار نیست.

محدوده قاعده عسرو حرج

آیا عسرو حرج به معنای ضرر است؟ و آیا هر ضرری نفی حکم می نماید؟ 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 می فرماید: شارع عسرو حرج بر بندگان را نمی خواهد، 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 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.

سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش ۲، ص ۲۹

طلاق ایقاع است؛ زیرا صرفاً به اراده مرد یا نماینده او واقع می شود و رضایت زن بر آن بی تأثیر است.^۳ 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، ۱۱۳۰ و ۱۰۲۹.^۴ 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. 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 گونه ای که موجب فسخ نکاح نباشد، عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار یا حرفه ای که منافعی با مصالح خانوادگی یا حیثیات شوهر یا زن باشد، محکومیت قطعی هر یک از زوجین به گونه ای 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 می توانستند 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 می توانند 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 می یازد. شاید در توجیه عملکرد مقنن قبل از انقلاب اسلامی بتوان گفت او در جهت اعطای حق طلاق به زوجه، مواردی را که می تواند موجب عسرو حرج زوج باشد احصاء کرد. و بر مبنای قاعده نفی عسرو حرج موارد سیزده گانه مندرج در ماده ۸ را وضع نموده بود. با رد این نظر، در پاسخ باید گفت موارد

ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۱/۸/۱۹: «مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق^۳

همسرش را بنماید.»

ترک انفاق^۴

بروز عسرو حرج برای زوجه از ادامه زندگی زناشویی^۵

(غایب مفقود الاثر)^۶

احصایی می تواند موجب 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^۸ 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.

مقتن 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 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 می رسید. 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 عدیده ای 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 مقتن 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 می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید. در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسرو حرج 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 و ۶۱/۷/۱۹ و ۱/۳۱۸۲۴ و ۶۲/۶/۲۸ به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ابلاغ گردید.^۹ به لحاظ اشکالات مندرج در ماده ۱۱۳۰ مصوب ۱۳۶۱، قانونگذار در سال ۱۳۷۰ به اصلاح ماده مزبور همت گمارد. این اشکالات را می توان به شرح ذیل برشمرد:

۱. جواز رجوع زوجه به محکمه مقید به اثبات عسرو حرج در محکمه. در صدر ماده آمده است: «در مورد زیر زن می تواند 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 نمی گردد. 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

^۸ اجبار زوج تارک انفاق به طلاق زوجه توسط حاکم

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^۹ 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.

است قرار داد، اما از سوی دیگر زوجه را از درخواست طلاق در مواردی که صرفاً نشوز زوج بوده صرف نظر از اینکه موجد عسرورج 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، 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 ۳۷۳). بندهای ۱-۲ ماده ۱۱۳۰ سابق به حالات نشوز زوج اشاره نموده و در این موارد بدون نیاز به اثبات عسرورج، 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 عسرورج 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 عسرورج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسرورج 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 عسرورج باید در زمان درخواست طلاق موجود باشد: بنابراین زوجه نمی تواند به واسطه علتی که سابقاً موجب عسرورج 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 عسرورج زوجه نبوده و هدف ماده موضوع بحث جلوگیری از حرج و ضرر موجود است، نه جبران ضررهای معنوی و مادی گذشته.

۲. ضابطه تشخیص عسرورج 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 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» (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 عسرورج او را فراهم کند آیا زن می تواند برای رهایی خود از دادگاه الزام شوهر به بذل مدت را بخواهد؟

طبق نظری «قاعده عسرورج به تمام عقود اشراف دارد و از آنجا که دادگستری طبق قانون اساسی مرجع رسیدگی به کلیه تظلمات می باشد. 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 می نماید» (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۲، ج ۷، ص ۱۸۶). عده ای نیز با استناد به قاعده لاضرر و ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی دادگاه را مجاز به اجبار زوج به بذل مدت نموده اند (همان، ص ۱۸۷). نظر مخالف با تمسک به اینکه آثار عقد منقطع به نحوی است که عسرورجی که در نکاح دائم بروز می کند در متعه بروز نخواهد کرد، قائل به عدم جواز چنین دعوی شده اند (همان، ص ۱۸۶).

عده ای نیز قائل به تفکیک شده و معتقدند فقط در عقد منقطع طولانی مدت است که می توان حکم اجبار زوج به بذل مدت را صادر نمود (همان، 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 زوجه 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 عسر و حرج زنی با این وضعیت و شخصیت می شود یا خیر؟

پس از بیان شرایط اعمال ماده ۱۱۳۰ ق.م. پرداختن به سؤالاتی در خصوص زمینه محدوده و آثار این ماده ضروری است: 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 می گیرد ولی وقتی شوهر، خود تصمیم به طلاق نمی گیرد بلکه به حکم قانون و طبق حکم دادگاه مکلف به دادن طلاق می شود و یا حتی در صورت امتناع او، حاکم طلاق را واقع می سازد، رجعی بودن طلاق مفهومی ندارد و باید گفت طبیعت طلاق در چنین موردی اقتضای بائن بودن و عدم امکان رجوع زوج را می نماید (مهرپور، ۱۳۷۰، ص ۶۲). پذیرفتن رجعی بودن چنین طلاقى این تالی فاسد را به دنبال دارد که زن پس از طی مراحل دادرسی، اخذ حکم طلاق از دادگاه و اجرای آن به خواست مرد (با رجوع) به حال اول باز می گردد و بدین صورت مرد با قدرت تمام اثر حکم دادگاه را زائل می سازد و با تکرار این دور باطل، زن تا ابد در عسرو حرج خواهد ماند.

آیا زن می تواند 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 می باشد یا خیر؟ از سویی می توان گفت حاکم نمی تواند 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 وجاهت 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 قوی تر آن است که زوجه در هر مرحله ای می تواند حق و حقوق خود را بذل کند و حاکم که ولی ممتنع ائست، 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، منتفی است؛ زیرا در باب ولایت، وکالت سالبه به انتفاء موضوع است (معاونت آموزش و تحقیقات، ۱۳۸۲، ج ۸، ص ۵۵).

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 زوج شود، می توان بدون اعمال مراحل اولیه 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 ایجاد آن، اعمال ماده ۱۱۳۰ ق.م جایز است؛ لذا صدور حکم بر طلاق زوج 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 زوج به علت ترک انفاق 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 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 فرمایند: «در صورتی که زوج به جهت 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 (کریمی، ۱۳۶۵، ص ۱۳۹).^{۱۲}

از مطالب فوق نتیجه می گیریم که نکاح سنت پیامبر اکرم (ص) بوده، و مبعوض ترین چیزها نزد آن بزرگوار، طلاق است. اما توجه دین خاتم (ع) 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 نمی تواند زن و شوهر را به یکدیگر متصل نماید.

استاد شهید مرتضی مطهری در این زمینه می فرمایند: «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 «لاضرر»، «لاخرج» 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 نکاحنامه های رسمی جایگزین آن شد؛ اما نیاز به مواد دیگری از جمله ماده ۱۱۳۰ احساس می گردید؛ زیرا شروط درج شده در فرم نکاحنامه های رسمی، دارای جنبه پیشنهادی است و زوجین تکلیفی در امضای آن ندارند.^{۱۳} از سوی دیگر تکلیف عقود که قبل از درج این شروط منعقد گردیده اند، چیست؟ با

الزام زوج به دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه یا احراز عجز زوج از پرداخت نفقه و اجبار زوج به طلاق^{۱۴}

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^{۱۲} درخواست زوج به نسبت به طلاق وی اقدام نماید.

صدر دستور العمل شورای عالی قضایی به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور چنین است: «سر دفتر ازدواج مکلف است شرایط مذکور در این قباله^{۱۳} را مورد به مورد به زوجین تفهیم و آن شرطی معتبر است که مورد توافق زوجین واقع و به امضاء آنان رسیده باشد.

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 زوجه ای که در عسر و حرج قرار گرفته صرف نظر از منشأ ایجاد عسر و حرج، حق طلاق قرار داده است نیز قابل ستایش است. عمومیت این ماده راه را بر اجرای عدالت باز می کند و قابلیت انعطاف پذیری به آن می دهد که در هر وضعیتی کاربرد داشته باشد.

علی رغم این مزایا، بررسی کاربرد عملی این ماده جای درنگ و تأمل دارد. از آنجا که زیر بنای این ماده، عبارت کلی «عسر و حرج» است، در تشخیص آن سلیقه و نظر شخصی قابل اعمال است و به بیان دیگر سلیقه قضات در تشخیص عسرو حرج، مداخل اجرای این ماده است و چنین مداخل متغیری، جای ایراد دارد. شاید بتوان گفت این عرف است که مصادیق عسرو حرج را روشن می سازد و قاضی نیز در عرف عام غوطه ور است و می تواند ضابطه نوعی را با وضعیت خاص زوجه متقاضی طلاق تطبیق دهد. چنین پاسخی معقول است، اما مشکلات عملی را توجیه نمی کند. آیا قاضی در تشخیص عرف همیشه موفق است؟ قاضی مذكر عرف را از دیدگاه چه کسی معنا می کند؛ زوج یا زوجه؟ اینکه تا چه حد می توان دیدگاه های جنسیتی را کنار گذاشت و به ملکه عدالت تکیه نمود، جای بحث دارد.

اختلاف سلیقه ها در تشخیص عسر و 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 می دارد: «یک تبصره به شرح ذیل به ماده ۱۱۳۰ ق.م.مصوب ۱۴/۸/۷۰ الحاق می گردد.

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 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 صادر نماید.»

همچنان که ملاحظه می شود، موارد احصایی در این ماده همان شروط ضمن عقد نکاح است که توسط شورای عالی قضایی در عقد نامه ها گنجانده شده است. آیا نجات ماده ۱۱۳۰ ق.م. از محدوده کتاب قانون و احیای آن در عمل با چنین مصوبه ای ممکن است؟ متأسفانه پاسخ منفی است، زیرا اولاً مصوبه فوق جنبه پیشنهادی دارد، نه حکمی؛ 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؟

گامهای نظام قضایی

گامهای نظام قضایی در نجات ماده ۱۱۳۰ ق.م. باید بر سه محور استوار باشد:

۱ ایجاد رویه قضایی.

۲ به کارگیری قضات زن در رسیدگی و اتخاذ تصمیم.

۳ آموزش قضات.

در تحلیل محور اول باید گفت رویه قضایی و اندیشه های حقوقی در رفع ابهامات و تنویر افکار قضات نقش مهمی را ایفا می کند. رویه قضایی در معنای خاص عبارت است از «آراء صادر شده در هیأت عمومی تمییز، 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 می دهد که دادرسان محاکم از آن پیروی می کنند» (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ص ۲۰۲). بعبارت دیگر «رویه قضایی» عادت است که دادگاه ها برای حل یکی از مسائل حقوقی به صورت خاص پیدا کرده اند. 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 کمیت ها (آمار) در دستگاه قضایی، ارزش کیفیت آراء را تحت تأثیر قرار می دهد و مشغله کاری، قضات را از غور در نظرات اندیشمندان حقوق باز می دارد 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 می آورد 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 می تواند احساس زنی را که شوهرش پس از سالها زندگی مشترک، زن دیگری را بر او برگزیده درک نماید؟ اگر چه مطابق آیه «فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع» (نساء، ۳)، مرد می تواند همسر دوم انتخاب نماید؛ اما آیا این حق ناقض حق زن اول در رهایی خویش از وضعیت اعسار ناشی از بی وفایی مرد است؟ کدام مردی می تواند 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^۴ و عدم تأثیر نظر ایشان به طور الزام آور در آراء، پاسخ فوق را مخدوش می نماید. این نوشتار محل ورود به بحث جواز قضاوت زن نمی باشد و این خود مقالی مفصل را می طلبد؛ اما در یک کلام باید گفت حتی اگر قائل به نظر آن دسته از فقهای معظم باشیم که قضاوت زن را جایز ندانسته اند، با توجه به اینکه امروزه قضات شرعی جایگاهی در نظام قضایی ما ندارند و این قضات عرفی هستند که مناصب قضاوت را تصدی نموده اند و نظر بر اینکه مصلحت ایجاد نموده که شرط اجتهاد از شرایط قضاوت حذف شود، همین مصلحت می تواند به حذف شرط ذکوریت نیز رأی دهد، پس چگونه است که ما قائل به ترجیح بلامرجح شده ایم؟

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 می کند، راهگشای قاضی در تشخیص عسر و حرج است. از آنجا که عسر و حرج با توجه به عرف، نسبت به شخصیت و موقعیت زن سنجیده می شود، گاه در تشخیص دیدگاه عرف در سختی و تنگی، ابهام و اختلاف نظر ایجاد می شود. قاضی امروزی باید بداند عسر و 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

تبصره ۳ ماده واحده قانون تشکیل دادگاه خانواده: «هر دادگاه خانواده حتی المقدور با حضور مشاور قضایی زن شروع به رسیدگی نموده و احکام^۴

پس از مشاوره با مشاوران قضایی زن صادر خواهد شد».

جرح زوجه که هر دو منتهی به حکم محکومیت شده است، با بررسی وضعیت زوجه نمی تواند موجب عسرو حرج گردد؛^{۱۵} 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 نمی تواند زن را در عسر و حرج قرار دهد؟^{۱۶} معمولاً قضات با استناد به احتیاط و رعایت اصل «الطلاق بید من اخذ بالساق» تمایلی به توسل به استثناء وارده بر اصل گذاشته و حزم را توجیه گر عدم شجاعت قضایی می نمایند. 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 می توان نام احتیاط و حزم بر عمل وی نهاد؟ آیا همین احتیاط ایجاب نمی کند 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 می داند رأساً اقدام نموده و زن را از قید زندگی زناشویی رها سازد (کریمی، ۱۳۶۵، ص ۱۳۹).

مصادیق عسر و حرج زوجه

مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورخ ۱۳۸۱/۴/۲۹ «قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی» را که مورد اختلاف مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان بود به تصویب رساند. صرفنظر از موضوعاتی که مجلس شورای اسلامی آن را از مصادیق عسر و حرج دانسته بود و ایرادهایی که شورای نگهبان به مصادیق یاد شده وارد دانسته است این نوشتار به آن قانونی میپردازد که در نهایت در مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسیده است.

محتوای مصادیق عسر و حرج در الحاقیه

مجمع تشخیص مصلحت در آغاز به تعریف عسر و حرج پرداخته است، براساس تعریف این قانون «عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب میگردند» همان گونه که مشخص است قانونگذار بر آن بوده است که تعریف جامع و مانعی از عسر و حرج ارائه کند. اما صرفنظر از این مساله که با توجه به ماده ۱۱۳۰ و از حیث فن انشا تعریف میبایست در خود ماده ذکر میشد نه به عنوان یک تبصره از آن، ملاکی که قانونگذار از عسر و حرج در نظر گرفته است تا حد زیادی با خواست او متفاوت است. توضیح مطلب آنکه اصولاً ضابطه به کار رفته در قوانین یا نوعی است و یا شخصی. نوعی به این معناست که نوع افراد اشاره شده با تحقق این موارد آیا دچار عسر و حرج قلمداد میگردند یا خیر، ملاک شخصی در هنگامی است که یک زن خاص را مورد مطالعه قرار میدهم. برای مثال نوع زنان با ارباب و تهدید غیرعملی خود را در حالت عسر و حرج نمیدانند اما با توجه به وضعیت یک زن خاص نظیر حساسیت فوقالعاده، نوع تربیت و میزان تحصیلات و شخصیت ممکن است این زن با تهدید و ارباب در حالت عسر و حرج قرار گیرد

رأی شماره ۴۱-۸۰/۱۰/۳۰-۱ صادر از شعبه ۱۷۰۵ دادگاه عمومی تهران حکم محکومیت زوج به پرداخت نفقه معوقه زوجه و همچنین پرداخت دیه به^{۱۵} وی به علت ضرب و جرح را به علت جزیی بودن صدمات وارده موجب عسرو حرج ندانسته و رأی مورخ ۷۵/۲/۱۶ صادره از شعبه ۱۵۸ صرف تقدیم گواهی پزشکی قانونی را از علل بروز عسرو حرج محسوب داشته است (بازگیر، ۱۳۸۲، ص ۹۴ - ۱۰۴).

دادگاه بدوی به استناد سوابق اعتیاد زوج به مواد مخدر و ارتکاب سرقت و ترک انفاق و عدم احساس مسؤولیت از بدو زندگی که به استناد سوابق^{۱۶} محکومیت و گزارش مفصل دایره مددکاری احراز گردیده است، حکم به طلاق زوجه مستنداً ماده ۱۱۳۰ ق.م صادر نموده است و با اعتراض زوج به حکم، دادگاه تجدید نظر اساس حکم صادره را مؤید و مدلل ندانسته و حکم را نقض می نماید (طباطبایی، ۱۳۸۱، ص ۵۲۱)

قاعده نفی عسرو حرج^{۱۷}

قانونگذار از سویی عبارت « ادامه زندگی را برای زوجه » به کار برده است که بیشتر ناظر بر ملاک شخصی است و از سوی دیگر به ترکیب « تحمل آن مشکل باشد » توسل جسته است که ملاک نوعی را به ذهن متبادر میکند . به هر حال قانونگذار این موارد را از مصادیق عسر و حرج دانسته است :

۱. ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت ۶ ماه متوالی و ۹ ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه . این مصداق که در بند ۱۱ ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ ذکر شده بود مقرر میداشت که اگر « هر یک از زوجین زندگی خانوادگی را ترک کند » همسر وی حق درخواست طلاق را پیدا میکند . ملاحظه میشود که مصداق جدید مقید به زمان شده است ؛ یعنی ۶ ماه متوالی یا ۹ ماه متناوب باید ظرف یک سال باشد بدون عذر موجه . به این ترتیب چنانچه شخص در طی سالهای مکرر به نحوی زندگی خانوادگی را ترک کند که به حد نصاب مذکور نرسد زوجه حق تقاضای طلاق ندارد . از سوی دیگر قانونگذار به عدم عذر موجه تصریح کرده است که چند مساله در خصوص آن قابل توجه است ؛ نکته اول آنکه با وجود این قید از حیث اثباتی زوجه نه تنها زمانهای یاد شده را باید اثبات کند بلکه همچنین باید اثبات کند که عذر زوج در ترک زندگی موجه نبوده است که این موضوع تا حدودی با اهداف قانونگذار که ذکر مصادیق عسر و حرج بوده است منافات دارد . نکته دیگر این که چنانچه ترک زندگی با عذر موجه بود ، این بدین معناست که زوجه دیگر در حالت عسر و حرج قرار ندارد . همانطور که از تعریف قانونگذار و مقدمه ما برمیآید عسر و حرج به آگاهی و فقدان آن ارتباطی ندارد . بنابراین چنانچه از غیبت زوج هر چند مشروع زوجه در حالت عسر و حرج قرار گیرد حق دارد که از دادگاه تقاضای طلاق کند . البته قید مذکور این مشکلات را دارد که وضع آن با تعریف قانونگذار از عسر و حرج و هدف او از تصویب این قانون تعارض دارد ، زیرا غیبت موجه ۶ و ۹ ماهه دیگر از مصادیق عسر و حرج نیست . برای حل مشکل ناشی از نکته اول به نظر میرسد که قانونگذار ۶ و ۹ ماهه را اماره حق طلاق توسط زوجه بداند مگر آنکه زوج موجه بودن غیبت خود را در دادگاه اثبات کند ، اما مشکل ناشی از نکته دوم همچنان حل نشده باقی میماند . البته چنانچه گذشت قانونگذار با وضع این مصداق تردیدها را درخصوص حق تقاضای طلاق در مواردی به غیر از ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی کاملاً برطرف میسازد .

۲. اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلاء وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و 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 نکند و یا پس از ترک به مصرف موارد مذکور روی آورد بنابه درخواست زوجه طلاق انجام خواهد شد . بند ۹ ماده ۸ قانون حمایت خانواده به این ترتیب تصویب شده بود « ابتلا به هر گونه اعتیاد مضری که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زناشویی را غیرممکن سازد ، مجوز طلاق است » . در بند ۲ الحاقیه صرفاً از مشروبات الکلی و مواد مخدر نام برده شده است در صورتی که اعتیادهای دیگری نیز بعضاً در محاکم طرح میگردند که جزء این دو مورد نیستند . به هر حال قانونگذار مستند دعوا را در این بند عبارت از اجتماع چند رکن دانسته است . نخست آنکه زوج به اعتیاد مبتلا باشد و دوم آنکه این اعتیاد به اساس زندگی خانوادگی خلل آورد . اما اثبات این دو رکن کافی برای تقاضای طلاق نیست . حسب تصریح قانونگذار در چنین صورتی با صلاحدید پزشک برای زوج مهلتی در نظر گرفته میشود تا اعتیاد خود را ترک گوید و چنانچه در مهلت تعیین شده از ترک اعتیاد امتناع کند و یا الزام وی به ترک امکانپذیر نباشد عسر و حرج محقق خواهد شد .

در انتهای بند حکم دیگری نیز وضع شده است . این بند اشعار میدارد چنانچه زوج به تعهد خود عمل نکند و یا پس از آنکه ترک اعتیاد گفت مجدداً به آن روی آورد زوجه میتواند طلاق بخواهد .

اصولاً نحوه این تعهد روشن نیست یعنی زوج چه تعهدی میدهد ؟ به نظر میرسد که منظور از این قید در آنجاست که زوج با حضور در دادگاه متعهد میگردد که اعتیاد را کنار گذارد و پرونده با توجه به همین تعهد و البته پذیرش خواهان از جریان رسیدگی خارج شود . مگر آنکه این فرض مطرح باشد که پس از اثبات اعتیاد و اختلال در زندگی ، به هر حال ورود در مرحله بعد مشروط به آن است که زوج متعهد گردد که در مهلت تعیین شده از اعتیاد کناره گیرد و در غیر این صورت چنانچه در همان آغاز رفتار زوج نشان

دهد که بر اعتیاد خود اصرار دارد توجیهی برای اعطا مهلت وجود ندارد. نکته نظرگیر دیگری که در این بند مشاهده میشود ایجاد قاعدهای در زمینه دادرسی است. مفاد این بند از جهت رسیدگی به این ترتیب خواهد بود که با اثبات اعتیاد و اختلال ناشی از این وضعیت دادگاه باید قراری صادر کند و مهلتی را برای زوج در نظر بگیرد تا اعتیاد خود را ترک کند و چنانچه زوج به این تکلیف عمل کند، درخواست طلاق منتفی است و در صورت امتناع، شرایط طلاق محقق میشود.

از جهت عناوین کلی نیز باید گفت که اعتیاد اولاً خود امارهای کامل برای عسر و حرج است و ثانیاً چنانچه اختلال در زندگی نیز به ترتیبی که در قانون ذکر شده است اثبات گردد قطعاً مجالی برای تداوم زندگی وجود نخواهد داشت. علیالاصول تدوین قانون باید به نحوی باشد که حالت تحذیری و پیشگیری در آن مراعات شود یعنی کسانی که در وسوسه استفاده از این مواد به سر میبرند خطر آن را به جان نخرند حال آنکه در این بند وضعیت این گونه نیست. از طرف دیگر قانونگذار ظاهراً درصدد حمایت از حقوق زنان بوده است اما در واقع تدوین قاعده به نحوی است که معتادان از آن منتفع میشوند و از این پس آنان باکی از اعتیاد خود نخواهند داشت. برای مثال چگونگی وضع این بند به نحوی است که قانونگذار اصل را بر این نهاده است که با طی تشریفات بیان شده طلاق محقق نشود و این تشریفات به نحوی است که گویا قانونگذار تمام مشکلات ناشی از اعتیاد زوج را اعم از اینکه وی فردی باشد بیمسؤولیت یا قربانی، بر شانههای خسته زنی آوار کرده است که از شدت بینوایی و یاس و بیپناهی به دادگاه التجا جسته است، حال آنکه این وظیفه نهادهای مختلف اجتماع است که به بازپروری این اشخاص بپردازند.

۳. محکومیت قطعی زوج به حبس ۵ سال یا بیشتر. این بند مطابق با بند ۸ ماده ۸ قانون سال ۱۳۵۳ است. به موجب این بند از قانون سال ۱۳۵۳ در صورت «محکومیت زن یا شوهر به حکم قطعی به مجازات ۵ سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به پنج سال بازداشت شود یا حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به پنج سال یا بیشتر حبس یا بازداشت شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد»، طرف دیگر عقد اعم از زوج یا زوجه حق تقاضای طلاق را خواهد داشت.

مصادقی که در بند ۳ الحاقیه ذکر گردیده است از جهت تضمینی مصداقی کاملاً عینی را دربر میگیرد به این معنا که چنانچه زوج به ۵ سال حبس قطعی محکوم شود فرض آن است که زوجه در عسر و حرج است و میتواند طلاق بخواهد. اما غیر از این جنبه مثبت و ملموس قانونگذار در تدوین این بند به بعضی از مسائل بذل توجهی نشان نداده است. میدانیم که در نظامهای کیفری معاصر علی الاصول مجازاتهای بدنی نظیر قصاص یا اجرای برخی اقسام حدود وجود ندارد. این مجازاتها که براساس نظام جزایی شریعت اسلام در قوانین موضوعه کشور درج شده اند، غالباً موجد مسوولیتی بیش از حبس است که موردنظر قانونگذارهای عرفی است. برای مثال محارب که با اسلحه ایجاد رعب و هراس در جامعه میکند، با وجود مجازاتهای دیگر ممکن است به نفی بلد و یا قطع دست راست و پای چپ محکوم شود^{۱۸} همچنین است حکم مربوط به سرقت مستوجب حد (ماده ۱۹۸) و یا قصاص نفس و اطراف. بر طبق همین معیار بوده که صاحب شریعت برای اثبات این دسته جرایم مقررات دشواری را وضع کرده است. مساله قابل طرح اینکه قانونگذار ما در مصوبه اخیر توجهی به گونه مجازاتها نشان نداده است، در صورتی که از حیث اجتماعی جرایم یاد شده آثار سوء به مراتب بیشتری دارد.

نکته دیگری که در این بند مبهم میماند معیار قانونگذار در وضع این مصوبه است. اصولاً روشن نیست که این بند به این دلیل در الحاقیه درج گردیده است که ارتکاب جرایم مذکور با توجه به شدت مجازات آنها مغایر با شان و منزلت خانوادگی و اجتماعی زوجه است یا از این جهت که چون زوج در محکومیت قطعی به حبس حضور موثری در زندگی مشترک ندارد چنین قلمداد میشود که زوجه در حالت عسر و حرج قرار دارد. با توجه به سیاق مصوبه دیدگاه دوم موجهرتر به نظر میرسد، اما در صورت پذیرش این دیدگاه

از سوی دیگر، از محتوای این بند برمیآید که اگر زوج به تعهد خود عمل نکند یا مجدداً به مصرف مواد مخدر روی آورد، صرف اثبات این موارد^{۱۸} مصداق عینی عسر و حرج است و ضرورتی نیست که زوجه شرط اختلال را نیز اثبات کند.

ماده ۱۹۰ قانون مجازات اسلامی^{۱۹}

در بیان مصداقهای الحاقیه کاستی بارزی به چشم می‌آید که میباید با تدوین مقررات به رفع آن اقدام کرد. این مطلب مورد توجه قانونگذار در قانون حمایت از خانواده بود. بر طبق بند ۱۲ ماده ۸ این قانون محکومیت قطعی زن یا شوهر به جرمی که مغایر حیثیت خانوادگی و شوون طرف دیگر باشد مستند تقاضای طلاق است.

از سوی دیگر قانونگذار در بند ۳ از عبارت «محکومیت قطعی» استفاده کرده است. قطعی صفت محکومیتی است که با صدور حکم قاضی علیالاصول قابل اجراست، برای مثال چنانچه کسی به عنوان خیانت در امانت محکومیت قطعی پیدا کند به عنوان محکومعلیه حکم زندان در مورد او اجرا میگردد. اما مطلبی که موضوع بحث ما است آنکه در بسیار از عناوین مجرمانه احکام حبس دارای دامنه زمانی هستند، برای مثال در ماده ۵۵۸ قانون مجازات اسلامی، مجازات کسانی که به تخریب آثار فرهنگی و تاریخی ثبت شده مبادرت میورزند بین یک تا ده سال حبس است، یا قانونگذار در ماده ۵۲۴ مجازات کسانی را که به اعتبار مقام رهبر و روسای قوای سهگانه امضا یا مهر یا فرمان آنان را جعل میکنند ۳ تا ۱۵ سال حبس در نظر گرفته است.

حال با توجه به این مطلب ممکن است دو نفر به اتهام کلاهبرداری که مجازات قانونی آن ۳ تا ۷ سال حبس است محکوم شوند، اما در یک شعبه مجازات کمتر از ۵ سال باشد و در دیگری بیش از آن، در صورتی که عنوان مجرمانه یکی است و میدانیم که عنوان تخفیف نیز در اینجا به کار نمی‌آید زیرا حقوقدانان تخفیف را، تبدیل مجازات به کیفری مناسبتر و یا اعمال مجازات کمتر از حداقل تعریف میکنند که در بحث ما این گونه نیست.

۴. ضرب و شتم یا هر گونه سوءرفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد. در بند ۴ ماده ۸ قانون حمایت خانواده چنین قید شده بود: «سوء رفتار و یا سوء معاشرت هر یک از زوجین به حدی که ادامه زندگی را برای طرف دیگر غیرقابل تحمل نماید» همان گونه که ملاحظه میشود بند ۴ الحاقیه از حیث تعیین مصادیق با عباراتی نظیر: «ضرب و شتم»، «سوءرفتار مستمر» وضعیتی بهتر از قانون سابق دارد و از این حیث که ترکیبی از ملاک نوعی و شخصی را بیان میکند کاملاً بر آن راجح است.

از حیث مسایلی که حاکم بر این قانون است چند مطلب را میتوان بیان کرد:

۱. از جهت انشا تدوین مقررات استحکام ادبی چندانی ندارند، برای مثال میتوان صدر الحاقیه را به نحوی مختصرتر بیان کرد؛ چنان که بگوییم: «عسر و حرج عبارت از وضعیتی است که به توجه به وضعیت زوجه تداوم زندگی مشترک از جانب او را عرفاً با مشقت همراه میسازد و موارد زیر از مصادیق آن است» و یا در مورد بند ۵ «ابتلا به بیماریهای صعبالعلاج از جمله روانی یا ساری که زندگی مشترک را مختل سازد».

۲. از جهت تعیین مصادیق نیز به غیر از بند ۱ و ۳ هیچ یک از موارد مصادیقی کاملاً مشخص نیست و حتی بند ۱ نیز با قید «غیرموجه» از مصداق واقعی بودن خارج میشود. این نکته با توجه به انتهای مصوبه سراسر الحاقیه را به یک قانون کمتر قابل استناد تبدیل کرده است.

۳. ذکر بعضی از مصادیق نیز به وزن قانون میافزود، برای نمونه عقیم بودن زوج در صورت تمایل زوجه به داشتن فرزند با توجه به توصیههایی که در این باب وجود دارد میتواند مصادیقی از عسر و حرج قلمداد شود یا همان گونه که میدانیم حقوق و تکالیف ناشی از عقد نکاح بسیار متنوع و متکثر است در مصوبه به برخی از آنها از جمله عدم ترک منزل و حسن معاشرت اشاره شده است، اما برخی دیگر جز با تفسیر بسیار موسع از نظر قانونگذار برداشت نمیشود. همانند هنگامی که زوج به نهاد خانواده وفادار نیست و یا به تکالیف خود در مورد تربیت فرزندان و استوار داشتن خانواده عمل نمیکند. همچنین است آن عیوبی که بعد از عقد حادث میشود اما از موجبات فسخ نیست حال آنکه موجب طلاق میتواند بود.

نتیجه گیری

قانونگذار ایران با تصویب قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی درصدد بیان آن مصادیقی بوده است که حکم ماده مذکور آنها را دربر میگیرد. مصادیق مذکور طی پنج بند به تصویب رسیده است و هر یک دارای شرایط و ارکان مخصوص به خود است. به رغم مطالب فوق در این مقاله تلاش شده است که ضمن ارائه تحلیلی علمی از یکایک بندها و مقدمه و موخره الحاقیه، به این سوال پاسخ داده شود که آیا این مصوبه به توفیق مورد انتظار نایل میشود؟ در بررسی قوانین دو درجه از هم قابل تشخیص است. در واقع این نوشته در مقام روشن ساختن نگاه معرفتی قانونگذار است. برای مثال وقتی در مصوبه مورد بحث مواردی که زوجه حق طلاق دارد تا این اندازه محدود در نظر گرفته میشود میتوان گفت که چشم انداز واضعان قانون در تعارض میان مسایل جدید و مقررات از قبل موجود، کاملاً به نفع چشم انداز سنتی عمل کرده است.

در درجه دیگر، به منطق درونی توجه می شود. به عبارتی ملاکهای مسلم و مورد توافق ضابطه بررسی و تحلیل است. برای نمونه وقتی از ملاک نوعی و شخصی سخن به میان میآید و کاربرد آن در قانون مصوب به بحث گذارده میشود و یا هنگامی که به اسلوب صحیح انشاء قانون اشاره میشود، هر حقوقدانی با توجه به ذهنیت حقوقی خویش آن را درک میکند. در مقاله مذکور نیز همین بُعد مورد توجه بوده است و در نهایت در مقام پاسخ گفته شده است که مصوبه مذکور تکافوی سوالهای متعدد جامعه را نمی کند.

منابع

۱. ابن محمد، محمدبن مکی، القوائد و الفوائد، ترجمه تحت عنوان قواعد فقه، ترجمه و نگارش صانعی، سید مهدی، جلد اول، انتشارات دانشگاه فردوسی، چاپ اول، مشهد ۱۳۷۲.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، تهران ۱۳۷۰.
۳. بجنوردی، آیت الله سیدمحمد، قواعد فقهیه، انتشارات میعاد، چاپ دوم، تهران ۱۳۷۲.
۴. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، انتشارات میزان، چاپ اول، تهران ۱۳۸۱.
۵. صفایی، سیدحسین - امامی، دکتر سیداسدالله، حقوق خانواده، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، تهران ۱۳۸۰.
۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد اول، انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ پنجم، تهران ۱۳۷۸.
۷. گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوقی جزای عمومی، نشر میزان، چاپ اول، تهران ۱۳۷۷.
۸. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، انتشارات سمت، چاپ اول، تهران ۱۳۷۴.
۹. نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات کانون وکلای دادگستری مرکز، چاپ اول، تهران ۱۳۶۹.
۱۰. بجنوردی، سیدمیرزا حسن، القوائد الفقهیه، الجزء الاول، انتشارات موسسه اسماعیلیان، الطبعة الثانية، قم ۱۳۸۰.
۱۱. موسوی، سیدابراهیم، قاعده نفی عسرو حرج، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۴، بهار ۱۳۸۰.
۱۲. نوربها، رضا، تعدیل مجازات (تخفیف کیفر)، مجله تحقیقات حقوقی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۳ و ۳۴، سال ۱۳۸۰.
۱۳. بازگیر، یدالله، آراء قطعی یافته دادگاه ها در امور مدنی، تهران، نشر بازگیر، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۱۴. جابری عربلو، محسن، فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی، تهران، انتشارات سپهر، چاپ اول، ۱۳۶۲.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ارث، تهران، نشر گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۶۱.
۱۶. همو، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۶۳.
۱۷. همو، دایرة المعارف علوم اسلامی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۶۸.
۱۸. سیاح، احمد، ترجمه فرهنگ بزرگ جامع نوین (المنجد)، تهران، انتشارات اسلام، چاپ شانزدهم، ۱۳۷۳.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، انتشارات بهمن برنا، چاپ بیست و یکم، ۱۳۷۵.
۲۰. همو، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۱.

۲۱. کریمی، حسین، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره)، قم، انتشارات شکور قم، چاپ اول، ۱۳۶۵
۲۲. کلینی، اصول کافی، ترجمه و شرح: مصطفوی، حاج سید جواد، تهران دفتر نشر فرهنگ اهل بیت علیه السلام، بی تا
۲۳. علامه طباطبایی، محمد حسین، تفسیر المیزان، ترجمه: موسوی همدانی، سید محمد باقر، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳
۲۴. طباطبایی، سید عبدالرضا، گزیده ای از موارد تجدید نظر فوق العاده در امور مدنی، تهران، روزنامه رسمی، چاپ اول، ۱۳۷۸
۲۵. محقق داماد، سید مصطفی، حقوق خانواده، تهران، نشر علوم، چاپ دوم، ۱۳۶۷
۲۶. همو، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، چاپ اول، ۱۳۷۴
۲۷. مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، تهران، چاپخانه ارتش جمهوری اسلامی ایران، بی تا
۲۸. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مجموعه نشست های قضایی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۲
۲۹. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ پانزدهم، ۱۳۷۹
۳۰. موسوی بجنوردی، "سه قاعده فقهی"، فصل نامه مطالعات حقوقی و قضایی، تهران، روزنامه رسمی کشور، ۱۳۶۶
۳۱. مهرپور، حسین، مجموعه نظریات شورای نگهبان، تهران، مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۳۷۱
۳۲. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، بیروت، مؤسسه المرتضی العالمیه، ۱۴۱۲ هـ