

# ابهام زدایی از تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی ناظر به طلاق قضایی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۴/۲۳

تاریخ تأیید: ۱۴۰۲/۲/۱۱

## جواد حبیبی تبار

عضو هیئت علمی جامعه المصطفی العالمیه و استاد حوزه علمیه قم

### چکیده

یکی از عوامل ارادی انحلال نکاح، طلاق است که به طلاق قانونی و قضایی تقسیم می‌شود. قانون مدنی ایران در مواد ۱۰۲۹، ۱۰۳۰ و ۱۱۳۰ قانون مدنی به مصادیق طلاق قضایی پرداخته و در اصلاحات اعمال شده در این قانون با الحاق تبصره ای ذیل ماده ۱۱۳۰ به تعریف عسرو حرج مورد نظر مقنن و نیز تخصیص مصادیقی از عسرو حرج زوجه پرداخته است. این تبصره الحاقی موجب شده افراط و تفریط در تفسیر موضوع عسرو حرج تا حدودی برطرف شود؛ لیکن ابهامات دیگری در این راستا برای قاضیان محترم محاکم خانواده پدید آمده است. از جمله این ابهامات شخصی بودن یا نوعی بودن ملاک قاعده نفی عسرو حرج در مصادیق تبصره و نیز اماره قانونی بودن یا فرض قانونی بودن این مصادیق است. همچنین روشن نشده اگر منشأ عسرو حرج زوجه، خود او باشد و نه زوج، آیا امکان اعمال قاعده در طلاق قضایی خواهد بود یا نه؟ از سویی مصادیق پنج گانه ترک زندگی، اعتیاد مرد به مواد مخدر یا الکل، محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر، سوء رفتار مستمر زوج و ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری، خود دچار ابهاماتی است. در این نوشتار به این نتیجه رسیده‌ایم که مصادیق ذیل تبصره یاد شده اماره قانونی است و حرج ناشی از خود زوجه نیز می‌تواند موجب ترتب آثار حرج بر او باشد و نیز دیگر ابهامات مورد اشاره تفسیر شده است.

### واژگان کلیدی:

انحلال نکاح، طلاق قضایی، عسرو حرج، تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی.

## ۱. بیان مسئله

عقد نکاح همانند عقود دیگر در پی عوامل گوناگونی منحل می‌شود. بعضی از این عوامل، ارادی و برخی دیگر غیرارادی هستند. عوامل ارادی انحلال نکاح شامل طلاق، فسخ و بذل مدت در نکاح متعه است و در مورد عوامل غیرارادی می‌توان به لعان، ارتداد، رضاع طاری و فی‌الجمله تغییر جنسیت اشاره کرد.

طلاق که از عوامل ارادی انحلال نکاح است، به نوبه خود دارای تقسیماتی است. از دیدگاه فقهی، طلاق به طلاق سنی و بدعی و طلاق سنی به طلاق رجعی و بائن و طلاق رجعی به طلاق عدی و غیرعدی و طلاق بائن به طلاق بائن دارای عده و فاقد عده تقسیم می‌شوند (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۰۵ / حبیبی تبار، ۱۳۹۹، ص ۳۵۵).

از دیدگاه حقوقی، طلاق به طلاق قانونی و طلاق قضایی تقسیم می‌شود و در حال حاضر اصطلاح طلاق توافقی و غیرتوافقی نیز رایج شده است. طلاق قضایی از منظر قانونی شامل طلاق زوجه به سبب ترک انفاق زوج، طلاق زوجه غایب مفقودالاثر و طلاق به سبب ابتلای زوجه به عسرو حرج ناشی از زندگی مشترک با شوهر می‌شود؛ گرچه از منظر فقهی، طلاق قضایی می‌تواند مصادیق دیگری همچون طلاق عقیب ایلاء و طلاق عقیب ظهار را شامل شود.

در قانون مدنی ایران راجع به مصادیق طلاق قضایی به همان سه مورد بسنده شده است. اینکه قاعده نفی عسرو حرج از قواعد معتبره فقهی و حقوقی و قلمرو آن شامل عدمیات احکام نیز می‌شود، پیش‌فرض این نوشتار است (بنابراین پیش‌فرض این مقاله آن است که حتی در مواردی که در شریعت و قانون، حکم مسئله‌ای نیامده است، به استناد قاعده نفی عسرو حرج می‌توان حکم موضوعی را که نفی و اثبات نداشته، به دست آورد؛ مانند موضوع طلاق حاکم در مورد عسرو حرج زوجه که در لسان شریعت، نفی و اثبات نشده است). آنچه در اینجا بحث و بررسی می‌شود، تحلیل و بررسی تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی برای رفع برخی ابهامات از آن است. آنچه در مورد این تبصره مبهم فرض شده، بر اساس مواردی است که برای قاضیان محترم محاکم خانواده در سراسر کشور، سؤال پیش آمده که در برخی موارد، این ابهامات با مختصر توضیحی زوده می‌شود و در برخی موارد به تحلیل بیشتری نیاز دارد.

قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۳۰ اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴ مقرر داشته: «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. در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود.

سپس تبصره الحاقی مورخ ۱۳۸۱/۴/۲۹ مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام به ماده یادشده الحاق شده که چنین مقرر می دارد: «عسرو 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 عسرو حرج محسوب می گردد». سپس طی پنج بخش، مصادیقی از ابتلای زن به عسرو حرج را به نحو تمثیل بیان کرده است. در این نوشتار در صدد تحلیل فقهی - حقوقی این تبصره و بخش های ذیل آن هستیم. نظر به اینکه مقنن در ماده یادشده، سابقاً حرج را صعوبت تحمل ناپذیر دانسته؛ ولی در اصلاحات به عمل آمده در آن، حرج را صعوبتی دانسته که تحمل آن دشوار باشد، در این نوشتار باید به این مسئله پاسخ دهیم که مبانی فقهی - حقوقی عدول مقنن از مبانی «تحمل ناپذیر بودن زندگی مشترک» برای تحقق عسرو حرج زوجه به «همراه با مشقت بودن زندگی مشترک و دشوار بودن تحمل آن» چه بوده و بخش های پنج گانه که ذیل تبصره یادشده آمده، چه ضرورتی در تنصیف آن بوده و آیا به عنوان اماره قانونی وضع شده یا به عنوان فرض قانونی تصویب شده است.

اگر در دادگاه صالح اثبات شد که زندگی مشترک بانویی با شوهرش منطبق بر یکی از این بخش های پنج گانه است، آیا ابتلای او به عسرو حرجی که مسوغ طلاق قضایی باشد، بدون امکان مناقشه در آن ثابت است یا خواننده دعوی حق اقامه دلیل در دفاع از خود تحت این عنوان که به رغم تحقق یکی از این بخش های پنج گانه، زوجه او در عسرو حرج نیست را دارد؟ در این زمینه گرچه راجع به ملاک نوعی یا شخصی بودن عسرو حرج برخی از فقها در گذشته، حرج را نوعی دانسته اند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۲۹۴)؛ در مقابل نوع فقهی معاصر آن را شخصی دانسته اند (آشتیانی، ۱۳۸۳، ص ۱۴۷/ حکیم، ۱۴۲۹ق، ص ۱۹۰/ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۳۷)؛ اما اینکه بین مقام ثبوت و مقام اثبات از این منظر به تفاوت قائل شویم، تفصیلی است که در این مقاله به آن پرداخته می شود و راجع به اینکه مصادیق ذیل تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مصداق فرض قانونی است تا در این مصادیق، قاضی موظف باشد زوجه را در عسرو حرج بداند، بدون اینکه

دفاعیات شوهر مؤثر در مقام باشد یا اماره قانونی است که قاضی به رغم تحقق یکی از مصادیق یادشده، موظف به توجه به دفاعیات شوهر باشد تا چنانچه به رغم تحقق یکی از مصادیق تبصره یادشده، اثبات شود زوجه در عسر و حرج نیست، به آن ترتیب اثر دهد، تاکنون تحلیل حقوقی ملاحظه نشده است. اما در خصوص متن مصادیق پنج گانه الحاقی به تبصره یادشده گرچه استعلامات قاضیان و پاسخ‌های اداره حقوقی قوه قضائیه را داریم؛ ولی جامعیت طرح ابهامات و پاسخ به آنها در آن مشاهده نمی‌شود. لازم به ذکر است منطق چیش این مباحث مبتنی بر نظم موجود در ماده ۱۱۳۰ از قانون مدنی است. ضمناً در خصوص پیش فرض این نوشتار راجع به سرایت قاعده نفی حرج به عدمیات احکام، قبلاً مقاله‌ای انتشار یافته است (حیبی تبار، ۱۴۴۴ق، ص ۵).

## ۲. تعریف واژگان کلیدی

### ۲-۱. اماره

#### ۲-۱-۱. اماره در لغت:

اماره در لغت به معنای علامت و نشانه و جمع آن «امارات» است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ذیل ماده «امر»/ ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ذیل ماده «امر»/ طریحی، ۱۴۰۸ق، ذیل ماده «امر»).

#### ۲-۱-۲. اماره در اصطلاح حقوقی:

پدیده‌ای است که بنا بر ظاهر و سیر طبیعی امور، نشانه وجود واقعه‌ای باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص ۳۵۵).

#### ۲-۱-۳. اماره در اصطلاح اصولی:

به هر چیزی که در مقام استنباط حکم شرعی توسط شارع اعتبار شده باشد، مثل خبر واحد و ظواهر اطلاق می‌شود (نائینی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۴۸۱).

#### ۲-۱-۴. اماره در اصطلاح فقهی:

در اصطلاح فقهی، اماره چیزی است که اولاً جنبه کاشفیت از چیز دیگری داشته باشد؛ ثانیاً این کاشفیت قطعی نبوده، بلکه ظنی باشد؛ مانند اماره تصرف که کاشف از مالکیت دانسته شده است (موسوی خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۲۷۹). در تعریف دیگر، اماره چیزی است که موجب ظن متأخم به علم است (وحید بهبهانی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۰۵). البته در اصطلاح فقهی، اماره به اماره حکمی و اماره موضوعی تقسیم می‌شود که اماره حکمی وسیله کشف حکم شریعت در شبهه‌های حکمی است؛ ولی اماره موضوعی وسیله کشف واقع در شبهه‌های موضوعیه است،

مثل اماره ید (طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۳، ص ۱۱۹/ اصفهانی، بی تا، ج ۲، ص ۲۶۶).

#### ۲-۱-۵. اماره قانونی:

در اصطلاح حقوقی، اماره به اماره قانونی و اماره قضایی تقسیم می‌شود. اماره قانونی اماره‌ای است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده باشد. مقنن در ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی، اماره قانونی را اموری می‌داند که به حکم قانون، دلیل بر امری شناخته شده است؛ مثلاً در ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت شمرده شده؛ مگر آنکه خلاف آن اثبات شود.

بنابراین اماره قانونی آن اماره‌ای است که گرچه مقنن چیزی را به عنوان جانشین دلیل اثبات قرار داده است؛ اما این موضوع مدعی را از اثبات وضع حقوقی خود که مطابق با اماره قانونی است، معاف می‌کند. با وجود این هرگاه دلیلی علیه آن اماره اقامه شود، دیگر نمی‌توان به آن اماره قانونی استناد کرد؛ مثلاً اگر اماره فراش جریان داشته باشد، چنانچه فرزندی در فراش مردی متولد شود، اگر او نسب کودک خود را تصدیق کند، از او دلیلی مطالبه نمی‌شود؛ ولی اگر بر خلاف مؤدای اماره، نسب طفل را نفی کند، مدعی قلمداد می‌شود و باید آن را اثبات کند. فقها برای این نوع از اماره به اماره ید مثال می‌زنند که اقامه بینة شرعیه بر خلاف مؤدای آن، این اماره را بی‌اثر می‌کند (طوسی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۵۰/ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، م ۵/ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۴۵۲/ بحر العلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۳۱۵).

اماره قانونی را بر اساس مبنای اعتبار آن می‌توان به اماره قانونی نوعی و نیمه‌نوعی تقسیم کرد. اینکه مقنن در ماده ۱۰۹ قانون مدنی، وجود دیواری بین دو زمین که هریک متعلق به مالک جداگانه‌ای است را اماره قانونی اشتراک در مالکیت می‌داند یا احداث بنا به نحو ترصیف را در ماده ۱۱۰ همان قانون، دلیل اختصاصی مالکیت می‌شمرد، مبتنی بر نوعیت خارجی است. با وجود این مقنن در مواردی باینکه بر اساس نوعی بودن امری، آن را اماره قانونی قرار داده؛ لیکن نیم‌نگاهی نیز به شخص خارجی موضوع افکنده است. مثلاً قانون‌گذار در ماده ۲۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی، ابراز نکردن دفترهای تجاری توسط بازرگانی که در دادگاه علیه او به این دفترها استناد شده را اماره قانونی علیه آن بازرگان دانسته است. طبعاً این اماریت علیه بازرگان مبتنی بر نوعیت است؛ زیرا نوع بازرگانان ابایی از ارائه دفتر تجاری‌ای که خودشان آن را تنظیم کرده‌اند، ندارند. با وجود این در ذیل همان ماده، مقنن نگاهی به وضع شخص بازرگان داشته و در موردی که بازرگان بتواند

اثبات کند که دفتر تجاری او تلف شده (مانند آنچه در موضوع اسفناک ساختمان پلاسکو رخ داد)، این اماریت قانونی بر اساس وضع شخصی زایل می‌شود.  
 ۶-۱-۲. اماره قضایی: اوضاع و احوالی است که به نظر قاضی، دلیل بر امری شناخته شود؛ یعنی قاضی از آن اوضاع و احوال به امر مجهول، قطع و یقین یابد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۶۰۹).

در مقررات مختلف به این امارات اشاره شده است؛ مانند معاینه محل و تحقیق محلی (استطلاع) موضوع ماده ۲۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی یا نظریه کارشناس در صورتی که با اوضاع و احوال محقق و مسلم مورد کارشناسی به نظر قاضی منطبق باشد (ماده ۲۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی). در تعارض اماره قضایی با اماره قانونی، اماره قضایی مقدم می‌شود (امامی، ۱۳۹۳، ج ۳، ص ۲۲۳).

## ۲-۲. فرض قانونی

فرض قانونی<sup>۱</sup> یعنی در مواردی قانون‌گذار برای دست‌یافتن به نتیجه مطلوب، از حقیقت دست بر می‌دارد و به مجاز متوسل می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰، ماده «فرض قانونی»). این پدیده حقوقی در مقررات گوناگون وجود دارد؛ مثلاً بر اساس ماده ۳۰۸ قانون مدنی، اثبات ید بر مال غیر در حکم غصب دانسته شده یا بر اساس ماده ۳۱۰ همین قانون، انکار ودیعه یا امانت از تاریخ انکار در حکم غصب است و نیز در ماده ۵۸۴ این قانون، شریکی که مال‌الشرکه در ید اوست، امین دانسته شده یا در ماده ۶۳۱ آن، مستأجر در حکم امین شمرده شده است. همان‌طور که در مقررات جزایی نیز فروش مال غیر در حکم کلاهبرداری (قانون فروش مال غیر، مصوب ۱۳۰۸/رأی وحدت رویه شماره ۵۹۴ - ۱۳۷۳/۹/۱ عمومی دیوان عالی کشور/ ماده ۱۱ قانون کاهش حبس مصوب ۱۳۹۹/۲/۲۳) و اعلام نظر کارشناس رسمی بر خلاف واقع، در حکم جعل در سند رسمی شمرده است (ماده ۳۷ قانون کارشناسان رسمی دادگستری). در ماده ۳ قانون تجارت نیز معاملات غیرتجاری بین بازرگانان در حکم معاملات تجاری است (ماده ۳ قانون تجارت).

## ۲-۲-۱. مقایسه اماره قانونی با فرض قانونی

گرچه اماریت امارات قانونی به سبب جعل و وضع مقنن است، با وجود این اماره قانونی

1. Fiction Law.

ماهیتی متفاوت از فرض قانونی دارد. اماره قانونی راهی هر چند غیرمستقیم برای کشف واقع است؛ لذا اقامه دلیل بر خلاف مؤدای آن پذیرفته می‌شود؛ ولی فرض قانونی نوعی تجویز حقوقی است که به موجب آن، مقنن برای حصول نتیجه مورد نظر خود، خواسته از واقع عدول کند. از دیگر سو اماره قانونی وسیله‌ای است که واقع را کشف کند تا بر اساس آن به واقع ترتیب اثر داده شود؛ ولی فرض قانونی، تأسیس مجازی است که برای ترتیب اثر دادن بر امری غیر واقعی طبق آنچه واقعی است، تصویب شده است. بنابراین وقتی تحقق یک مجاز حقوقی معلوم شد، نمی‌توان برای مترتب کردن آثار حقوقی به اینکه این پدیده منطبق با واقع حقوقی نیست، اقامه دلیل کرد؛ مثلاً دادرس دادگاه نمی‌تواند به این دلیل که عمل کارشناس رسمی دادگستری در اعلام گزارش خلاف واقع به دادگاه ارکان بزه جعل در سند رسمی را ندارد، با استدلال خود، آن عمل را در حکم جعل در سند رسمی نداند.

#### ۲-۲-۲. مقایسه اماره قضایی با فرض قانونی

اماره قضایی مانند نتیجه معاینه یا تحقیق محلی (استطلاع) یا نظر کارشناس و خبره در مجموع و با تراکم امارات و انطباق آن با اوضاع و احوال پرونده، چنانچه دادرس را به علم یا ظن متأخم به علم برساند، به میزان دلیل اثبات و قسیم ادله دیگر اثبات مانند اقرار و بنیه می‌تواند موضوعات را اثبات کند؛ اما فرض قانونی، جعل مجاز حقوقی است و اینکه مقنن چیزی را در حکم چیز دیگری قرار می‌دهد. حتی اگر قاضی بنا به علم و قطع خود، وجهی برای این مجوز قائل نباشد، نمی‌تواند فرض قانونی را نادیده بگیرد.

#### ۲-۲-۳. مقایسه اماره قانونی با اماره قضایی

تعیین و معرفی امارات قانونی بر عهده مقنن است. بر این اساس عدد امارات قانونی حصری و محدود است؛ بر خلاف امارت قضایی (ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی). از سوی دیگر در امارات قانونی، کسی که اماره به نفع او باشد، از آوردن دلیل معاف و تا دلیلی خلاف آن قائم نشود، لازم‌الاتباع است؛ ولی ارزش اثباتی اماره قضایی به نظر دادرس دادگاه است (ماده ۱۳۲۴ قانون مدنی / کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۱-۱۲). از نظر مبنای اعتبار نیز صحت اماره قانونی نوعی است و اعتبار آن نیازی به حصول قناعت وجدانی دادرس ندارد؛ در حالی که اماره قضایی زمانی معتبر است که موجب یقین قاضی شود (امامی، ۱۳۹۳، ج ۶، ص ۲۲۱)؛ بنابراین امارات قانونی لزوماً کاشف از حق نیستند و برای فصل خصومت جعل شده‌اند؛ در حالی که امارات قضایی جنبه کاشفیت از واقع دارند. بر همین اساس است که اماره قانونی نمی‌تواند اماره قضایی را نفی کند؛

ولی اماره قضایی می تواند اماره قانونی را نفی نماید. همانند آنچه در ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی راجع به اماره فراش آمده است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۲ «الف»، ج ۳، ش ۳۳۹). در این ماده قانونی در مورد بانویی که قبلاً شوهر داشته و بلافاصله پس از طلاق و پایان یافتن عده، شوهر کرده و سپس زایمان کرده و بر اساس ضوابط اماره فراش، این کودک را می توان به هریک از دو شوهر الحاق کرد، مقنن تصریح نموده کودک به شوهر دوم الحاق می شود؛ لیکن تصریح کرده اگر امارات قطعیه (امارات قضایی) بر الحاق این فرزند به شوهر اول دلالت کند، کودک به او ملحق خواهد شد. بنابراین از دیدگاه مقنن، امارات قضایی اماره قانونی فراش را تحت الشعاع خود قرار می دهد.

### ۲-۳. عسرو حرج

#### ۲-۳-۱. عسرو حرج در لغت

از منظر لغوی به مشقت و صعوبت شدید، «عسر» اطلاق می شود (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۱۹/ ابن اثیر، ۱۳۹۹ق، ج ۳، ص ۲۳۵/ ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ج ۴ ص ۵۶۳). البته برخی واژه شناسان عسر را به گونه ای معنا کرده اند که از آن صرفاً صعوبت مادی استفاده می شود (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۲۶)؛ ولی به نظر می رسد مفهوم عسر اعم از صعوبت مادی، معنوی و روحی است.

اما «حرج» در لغت به معنای تنگی، ضیق و نیز به معنای گناه آمده است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۲ ص ۵۰). به نظر می رسد حرج در معنای اصلی آن، انبوهی و اجتماع هر چیز است (همان) که در مقابل آن وسعت و شرح صدر است (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۲، ص ۱۸۸). بنابراین حرج به وصفی اطلاق می شود که انبوهی مشکلات و تحمل مشقت زیاد در انسان ایجاد می کند که انسان در مضیقه و تنگنا قرار می گیرد؛ بنابراین حرج مترادف با ضیق نیست؛ بلکه مراد از آن ضیق شدید است (ابوهلال عسکری، ۱۴۱۲ق، ص ۱۸۱).

#### ۲-۳-۱-۱. مقایسه عسر با حرج

بر اساس آنچه واژه شناسان آورده اند، گرچه بین عسرو حرج از جهت معنا، تفاوت چندانی وجود ندارد؛ ولی می توان چنین نتیجه گرفت که لفظ حرج ناظر به مشقت روحی است؛ بنابراین هرگاه بر مشقت های جسمانی، لفظ حرج اطلاق شود، از این جهت است که این وضع به فشار روحی و روانی بر شخص منجر می شود (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۲، ص ۱۸۸). بر همین اساس است که بعضی از حضرات فقها نیز به این نتیجه رسیده اند که حرج و عسر



تقارب معنوی دارند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۲۸۵) و اینکه برخی فقها حرج را مخصوص به مشقت‌های جوارحی دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۱۹۴)، از منظر لغوی، قابل دفاع نیست.

از سوی دیگر اینکه از جهت شدت و ضعف و مراتب صعوبت، میان حرج و عسر، تفاوت وجود دارد یا نه، بعضی از فقها حرج را مرتبه شدیدتری از صعوبت نسبت به عسر دانسته‌اند و بین آن دو قائل به رابطه عموم و خصوص مطلق شده‌اند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۸۶). براین اساس حرج صرفاً می‌تواند بر صعوبت بسیار شدید یعنی بر نهایت دشواری صدق کند؛ بر خلاف عسر که بر هر نوع صعوبت شدیدی صادق است. محقق نراقی معتقد است از جهت درجه سختی یا آسانی برای عمل، چهار درجه می‌توان تصور کرد:

اول. تکالیفی که به آسانی می‌توان انجام داد. دوم. تکالیفی که سختی آن موجب تنگنا و ضیق است که به آن «اعمال عسری» گفته می‌شود. سوم. تکالیفی که گرچه به شدت دشوار و در نهایت صعوبت است؛ اما مکلف قدرت اتیان آن را دارد که به آن «اعمال حرجی» گفته می‌شود. چهارم. تکالیفی که انجام آن مقدور مکلف نیست که به چنین وضعی «تکلیف بمالایطاق» اطلاق می‌شود (همان). بنابراین آنچه در خصوص عنوان عسرو حرج محل بحث است، این است که تکلیف مورد نفی در رابطه با عسرو حرج مورد دوم یا سوم است؛ و گرنه تکلیف سهل یا تکلیف بمالایطاق از محل بحث خارج است.

#### ۲-۳-۱-۲. مقایسه ضرر با حرج

ضرر در لغت به معنای نقص آمده و رابطه آن با حرج، عموم و خصوص من وجه است (ایروانی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۱۷۵)؛ زیرا ممکن است به رغم تحقق ضرر، حرج در کار نباشد؛ مثلاً مردی یک نوبت به همسرش آسیب بدنی وارد کرده و موجب بیماری او شده که زن در این فرض، گرچه متضرر شده؛ ولی این آسیب بدنی، او را در وضع حرجی قرار نداده است. از سوی دیگر ممکن است در موردی حرج موجود باشد؛ ولی ضرر اصطلاحی در کار نباشد؛ مثل اینکه مردی به همسرش اهانت و بدرفتاری منجر به حرج او داشته باشد؛ بدون اینکه موجب نقضی در او بشود. همان‌طور که ممکن است ضرر با حرج توأم باشد؛ مانند اینکه مردی با ایراد آسیب بدنی مکرر به همسرش، او را ناقص کرده و زندگی را نیز بر او حرجی کرده باشد.

#### ۲-۳-۲. عسرو حرج در اصطلاح فقهی

در فقه، واژه عسر و نیز واژه حرج را به معنای مشقت آورده‌اند. البته برخی مانند محقق

نراقی، مشقت در حرج را شدیدتر از مشقت در عسر دانسته و بین آنها به رابطه عموم خصوص مطلق قائل شده‌اند؛ به این معنا که هر حرجی عسر است؛ ولی هر عسری حرج نیست (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۸۶). با وجود این برخی دیگر مانند میرعبدالفتاح مراغی بین عسر و حرج، تفاوت چندانی قائل نیستند. مراغی می‌فرماید در لغت هم بین عسر و حرج از جهت شدت و سختی، تفاوت چندانی وجود ندارد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۲۸۵).

گرچه بعضی از فقها نفی عسرو حرج را یک قاعده فقهی ندانسته‌اند؛ ولی از آنجا که اکثریت فقها آن را قاعده فقهی می‌دانند و در مقام تطبیق آن، صدق عسر را برای اعمال قاعده کافی می‌شمارند و در جایی برای تطبیق عنوان حرج و اعمال قاعده نفی حرج، شدتی بالاتر از عسر را شرط نکرده‌اند؛ لذا تقارب معنوی لفظ عسر با واژه حرج قابل دفاع است. به‌ویژه که ملاک تعیین مصادیق عسرو حرج، عرف است و عرف از این جهت بین عسر و حرج، تفاوتی نمی‌بیند. البته این مطلب به آن معنا نیست که عسرو حرج با تکلیف بمالایطاق یک چیز است یا در میان اعمال گوناگون، درجه سختی و مشقت آنها یکسان است؛ بلکه چه واژه عسر، چه واژه حرج، در جایی قابل اطلاق است که به‌رغم اینکه از نظر عقلی و عادی، انجام آن عمل مقدور است؛ ولی دارای مشقت و سختی باشد؛ به‌گونه‌ای که انجام آن توسط مکلف، صعوبت شدید افزون بر سختی نفس انجام آن عمل داشته باشد که این دشواری، انجام آن عمل را همراه با صعوبت بسیار می‌کند. بنابراین امر به انجام عملی که از اصل نامقدور باشد، از شارع حکیم صادر نمی‌شود؛ ولی امر به عملی که انجام آن می‌تواند صعوبت‌آفرین باشد، محال نیست. لذا نظر شیخ حر عاملی که خلاف این است، به نظر تمام نیست (حر عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۶۲۶).

### ۳-۲. عسرو حرج در اصطلاح حقوقی

بر اساس تعریف عسرو حرج، در تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، عسرو حرج مشقت شدیدی است که تحمل آن وضع دشوار باشد؛ بنابراین از نظر قانونی، عسرو حرج لزوماً وضع تحمل‌ناپذیر نیست. گرچه در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴، عسرو حرج وضعی تعریف شده که تحمل آن برای زوجه ناممکن باشد؛ ولی با توجه به اصلاح مقررات ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام به نظر می‌رسد موضع‌گیری مقنن راجع به مفهوم عسرو حرج تغییر کرده است. البته هم‌اکنون نیز در بخش ۴ ذیل تبصره الحاقی به ماده یادشده «ضرب و شتم و یا هرگونه سوءرفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد»، ملاک تحقق مصداق عسرو حرج قرار گرفته است؛ ولی با توجه به صدر

تبصره که مقرر داشته: «عسرو 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»، باید منظور مقنن در بخش ۴ ذیل تبصره را بر همین معنا حمل کرد.

#### ۲-۴. طلاق قضایی (طلاق حاکم)

لفظ طلاق مصدر فعل مجرد و اسم مصدر برای فعل مزید فیه است که به معنای رها کردن آمده است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ذیل ماده «طلاق»). در اصطلاح فقهی به ازاله علقه زوجیت (ناشی از نکاح دائم) با صیغه خاص طالق و مانند آن اطلاق می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، ص ۲). طلاق یک عمل حقوقی یک‌سویه و دارای ماهیت ایقاع است؛ بنابراین تحقق آن مانند هر ایقاع دیگر نیازمند به قبول نیست؛ بلکه در آن، ایجاب کفایت می‌کند که آن هم از سوی مرد واقع می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۲/عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۵). مایز طلاق از فسخ، وابستگی طلاق به صیغه خاص به خود از قبیل طالق است (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۳۲۹/سیحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۶۸)؛ اما طلاق قضایی<sup>۱</sup> به طلاقی گفته می‌شود که مرد به مطلقه کردن زن خود در دادگاه محکوم می‌شود و اگر خودش داوطلبانه آن را اجرا نکند، به انجام طلاق اجبار می‌شود و اگر در این مرحله نیز به طلاق همسرش اقدام نکند، دادگاه از باب ولی ممتنع به مطلقه کردن همسر او اقدام می‌نماید (ر.ک: قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱).

این تعریف از طلاق قضایی شامل طلاق به سبب ترک انفاق شوهر به زن (موضوع ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی) و نیز طلاق زوجه به سبب عسرو حرج او در زندگی مشترک با شوهر (موضوع ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی) می‌شود؛ اما طلاق قضایی مصداق دیگری نیز دارد و آن در موردی است که شوهر، غایب مفقودالاثرا شود که دادگاه با رعایت مقررات ماده ۱۰۲۳ همان قانون از باب ولایت بر غایب، زوجه را مطلقه می‌کند. در مقابل طلاق قضایی، اصطلاح «طلاق قانونی»<sup>۲</sup> را داریم که ایقاع طلاق با رضایت و توسط خود شوهر به انجام می‌رسد.

#### ۳. پیشینه موضوع طلاق عسرو حرجی در فقه و حقوق

در اینجا نگاهی مختصر به پیشینه طلاق قضایی از نوع طلاق عسرو حرجی می‌اندازیم تا

1. Judicial Divorce.

2. Legal Divorce.

هر چند به اختصار روشن شود چه تطوراتی در این رابطه رخ داده است.

### ۳-۱. پیشینه فقهی

انحلال نکاح زوجه بدون رضایت شوهرش در قالب فسخ زوجه یا طلاق توسط حاکم شرع در فروعی از جمله در فرض امتناع زوج از پرداخت نفقه زوجه، فی الجمله مورد پذیرش جمعی از فقها قرار گرفته است (ابن جنید اسکافی، به نقل از علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۳۲۷/ سیوری، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۱۰۸/ فاضل هندی، ۱۴۳۵ق، ج ۷، ص ۹۱). مشهور علمای اهل تسنن نیز همین مبنا را پذیرفته‌اند (دسوقی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۵۱۸/ شافعی، ۱۴۲۳ق، ج ۵، ص ۲۹۰/ ابن قیم جوزی، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۳۳۷) و نیز انحلال نکاح زوجه غایب مفقود الاثر فی الجمله و با شرایطی مورد پذیرش جمع کثیری از فقهای شیعه و مفتیان اهل تسنن واقع شده است (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۵۳۸/ ابن ادریس حلی، ۱۴۰۱ق، ص ۳۴۰/ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۳۹/ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۳۳۸/ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۳۲۴، صدوق، ۱۴۱۵ق، ص ۱۱۹/ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۵۰).

اما درباره طلاق قضایی توسط حاکم شرع مبتنی بر قاعده نفی عسرو حرج حضرات فقها اختلاف نظر دارند و به نظر می‌رسد منشأ اختلاف راجع به قلمرو قاعده نفی عسرو حرج از این منظر است که آیا این قاعده در عدمیات احکام نیز جریان دارد یا خیر. بعضی از فقها معتقدند این قاعده صرفاً آن دسته از احکام موجود در شریعت را که موجب ابتلای مکلف به حرج و مشقت شدید می‌شود، بر می‌دارد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۳۹/ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۱۱۳). ولی به استناد آن نمی‌توان چیزی را که در شریعت، ایجاباً یا تحریماً نیامده و مشمول افعال یا لاتفعل نشده است، به سبب این قاعده، مجعول شارع دانست و آن را نفی و اثبات کرد (نائینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۹۴).

اما اینکه آیا به سبب این قاعده می‌توان جعل حکم کرد؛ یعنی در جایی که در شریعت، حکمی وجود ندارد، به سبب این قاعده، حکمی را ایجاباً یا تحریماً به شارع نسبت داد، محل اختلاف است. بعضی از فقها آن را نپذیرفته و پذیرش آن را مستلزم تأسیس دین جدید دانسته‌اند (همان). بر همین اساس برخی از فقهای معاصر نیز با امکان طلاق زوجه توسط حاکم به سبب ابتلای زوجه به عسرو حرج به شدت مخالفت کرده‌اند (تبریزی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۳۸۴)؛ در مقابل جمعی از فقها عدمیات احکام را نیز داخل در قلمرو قاعده نفی عسرو حرج دانسته‌اند و طلاق زوجه به سبب عسرو حرج او را صحیح شمرده‌اند (حائری

طباطبایی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۷۵ / موسوی خمینی، بی تا، ص ۲۴۴ / فاضل لنکرانی، ۱۳۸۶، ص ۴۴۱ / مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص ۱۰۴ / سیستانی، ۱۳۹۶، ص ۳۰۲).  
البته برخی از فقها اینکه در فرض ابتلای زوجه به عسرو حرج بتوان شوهرش را به طلاق واداشت را از حقوق زوجه ندانسته‌اند؛ بلکه آن را از حقوق حاکم به منظور حفظ نظم و انتظام جامعه برشمرده‌اند (حلی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۹۸).

### ۳-۲. پیشینه حقوقی

در اینجا نگاهی به پیشینه قانونی ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی خواهیم داشت.

#### ۳-۲-۱. قانون مصوب ۱۳۱۴

نخستین مصوبه در مورد طلاق قضایی به سبب ابتلای زوجه به عسرو حرج در زندگی مشترک، ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ ناظر به ماده ۱۱۲۹، همین قانون است. ماده ۱۱۲۹ مقرر می‌دارد در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و نبود امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را به طلاق وادار می‌کند. همچنین است در صورت ناتوانی شوهر از دادن نفقه. ماده ۱۱۳۰ مصوب سال ۱۳۱۴ بیان می‌داشت: «حکم ماده پیش (ماده ۱۱۲۹) در موارد زیر نیز جاری است:

۱. در مواردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم ممکن نباشد.
۲. سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگی زن با او را غیر قابل تحمل سازد.
۳. در صورتی که به واسطه امراض مسریه صعب‌العلاج، دوام زندگی زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد».

همان‌طور که ملاحظه شد، بند اول ذیل ماده مزبور از این حیث که به نحو اطلاق، ترک هر حقی از حقوق زوجه توسط شوهر را با این قید که اجبار او به عمل به حق مقدور نباشد، هر چند زن از این وضع در عسرو حرج قرار نگیرد، موجب صدور حکم طلاق قضایی دانسته، از جهت فقهی دچار اشکال است؛ چون بر اساس این اطلاق، اگر شوهری که دو زن دارد، برای مدتی رعایت قسم با بی‌توجه نکند و اجبار او به انجام آن نیز مقدور نباشد، اگر زن از دادگاه، درخواست طلاق کند - اگرچه محرز باشد زن از این وضع در هیچ عسرو حرجی نیست - طلاق او از سوی حاکم لازم است. در حالی که این با اصول و قواعد فقهی سازگار نیست؛ زیرا مصادیق طلاق حاکم در فقه و قانون، حصری است که شامل

طلاق زوجه غایب مفقودالاثر، طلاق به جهت ترک انفاق شوهر به زن و طلاق زوجه به سبب ابتلا به عسرو حرج می شود.

از سوی دیگر در بخش دوم، سوء معاشرت شوهر را به فرضی موجب صدور حکم طلاق قضایی دانسته که این سوء معاشرت به حدی شدید باشد که ادامه زندگی زناشویی برای زن را تحمل ناپذیر کند که این با ملاک بخش اول به شدت ناسازگار است. در بخش اول حتی ابتلای زوجه به نحوی فی الجمله حتی در این معنا که زن در مشقت شدید باشد را لازم ندانسته؛ ولی در بخش دوم نه تنها باید عسرو حرج محقق باشد؛ بلکه باید به شدتی باشد که ادامه زندگی زناشویی برای زوجه را کلاً نامقدور کند. این در حالی است که همان گونه که گذشت، آنچه را که به سبب قاعده نفی عسرو حرج می توان برداشت، وجوب عملی است که انجام آن به شدت دشوار باشد؛ نه آنکه کلاً نامقدور باشد.

#### ۲-۲-۳. قانون مصوب ۱۳۶۱

مقنن در تاریخ ۱۳۶۱ به نحو آزمایشی، ماده ۱۱۳۰ را بدین شرح اصلاح کرد:  
«در موارد 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 عسرو حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید. در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود.»

همان طور که ملاحظه شد، بخش های ذیل ماده ۱۱۳۰ مصوب ۱۳۱۴ توسط مقنن حذف شده و از این نظر، مصادیق امکان صدور حکم طلاق قضایی توسعه یافته؛ اما در همه موارد، شرط صدور حکم طلاق، ابتلای زوجه به عسرو حرج است. با وجود این نه تعریفی از عسرو حرج شده و نه نمونه هایی از آن معرفی شده است.

#### ۲-۲-۳. قانون مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴

قانون گذار در سال ۱۳۷۰ ماده ۱۱۳۰ مصوب آزمایشی ۱۳۶۱ را عیناً تصویب و ابلاغ کرده است؛ بنابراین در تغییرات سال ۱۳۷۰ ماده مزبور از قانون آزمایشی به قانون قطعی تبدیل شده؛ و گر نه تغییری در محتوای آن پدید نیامده است.

#### ۲-۲-۴. قانون مصوب ۱۳۸۱/۴/۲۹

در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۲۹ در مجمع تشخیص مصلحت نظام، الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی به تصویب رسیده است. در این تبصره، اولاً عسرو حرج تعریف شده و ملاک

آن از نبود امکان تحمل و نامقدور بودن وضع شوهر برای زن (که در قانون مصوب ۱۳۱۴ آمده بود) به ملاک مشقت شدید که تحمل آن برای زن دشوار باشد، تغییر یافته و تصریح شده موارد عسرو حرج حصری نیست؛ با وجود این نمونه‌هایی را برای ابتلای زن به عسرو حرج در این تبصره تنصیب به ذکر کرده است.

این تبصره الحاقی به‌رغم اینکه بعضی ابهامات را در خصوص صدور حکم طلاق قضایی به سبب عسرو حرج زوجه رفع کرده؛ لیکن در خصوص آن در محاکم قضایی کشور، ابهامات گسترده‌ای وجود دارد که در این نوشتار به بیان این ابهامات می‌پردازیم و دو مورد از این ابهامات یعنی نوعی و شخصی بودن عسرو حرج و اماره یا فرض قانونی بودن مصادیق پنج‌گانه ذیل تبصره را بررسی خواهیم کرد؛ گرچه به ابهامات دیگر نیز اشاره‌ای خواهد شد.

#### ۴. تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی

در قانون مدنی ایران - چنان‌که در پیشینه آن گذشت - به اصل تجویز طلاق زوجه توسط حاکم به سبب ابتلای زوجه به عسرو حرج تصریح شده و مقنن در ماده ۱۱۳۰ این قانون، چنین مقرر داشته است: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسرو حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسرو حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید. در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود».

حال با توجه به تصریح تجویز طلاق عسرو حرجی در قانون مدنی، چه نیازی به الحاق یک تبصره ذیل این ماده قانونی بوده است؟ به نظر می‌رسد مقنن پس از باز خوردگیری نحوه تعامل محاکم با پدیده طلاق عسرو حرجی به ضرورت اصلاح و تکمیل این قانون پی برده است؛ زیرا در محاکم قضایی کشور از جهات گوناگونی راجع به طلاق عسرو حرجی اختلاف رویه پیدا شد. از سوی دیگر نظر به اینکه تغییرات حاصله در این ماده و تبصره ذیل آن مصوب مجلس شورای اسلامی از نظر شورای نگهبان، مخالف با شرع تشخیص داده شد و مجلس بر مصوبه خویش اصرار کرد، مصوبه به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال و بنا به ضرورت تصویب شد.

#### ۴-۱. ابهام در مفهوم عسرو حرج

از این جهت که آن عسرو حرجی که مجوز صدور حکم طلاق است، تا چه حد باید شدید

باشد، برخی از محاکم مدنی خاص و بعدها محاکم خانواده معتقد بودند این عسرو حرج باید به اندازه‌ای شدید باشد که برای زوجه اصلاً تحمل‌پذیر نباشد و به عنوان نشانه این حد از عسرو حرج، اگر زن به سبب سوء معاشرت شوهر، خودکشی می‌کرد را می‌پذیرفتند؛ ولی برخی شعب دیگر محاکم معتقد بودند شدت عسرو حرج اگر به قدری برسد که صعوبت شدید در پی داشته باشد، کافی است و لازم نیست به سرحد تحمل‌ناپذیری برسد؛ بنابراین دادگاه‌ها در تشخیص و تعیین مصادیق عسرو حرج زوجه که بر اساس آن بتوان زوجه را مطلقه کرد، دچار افراط و تفریط شدند (حبیبی تبار، ۱۳۹۹، ص ۳۸۱/ رک: معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۵۸ به بعد).

البته برداشت معنای تحمل‌ناپذیر بودن برای عسرو حرج توسط برخی محاکم می‌تواند ناشی از ذهنیتی باشد که بخش دوم ذیل ماده ۱۱۳۰ مصوب ۱۳۱۴/۱/۲۰ تولید کرده است. مقنن در این بخش، یکی از مصادیق تحقق عسرو حرج مسوِّغ طلاق را این‌گونه بیان می‌داشت: «سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگی زن را با او غیرقابل تحمل سازد». اما امروزه با توجه به اصلاحات معموله و الحاق تبصره یادشده به ماده یادشده که مقرر می‌دارد: «عسرو 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...»، این ابهام رفع شده و براین اساس محدوده شدت عسرو حرج که مسوِّغ طلاق حاکم است، صعوبت شدید است و نه تحمل‌ناپذیر بودن زندگی.

به نظر می‌رسد در مقام تصور، سه احتمال راجع به مصادیق تکالیف حرجی مطرح است: اول اینکه بگوییم شدت آن عمل باید به قدری باشد که اصلاً تحمل آن مقدور انسان نباشد؛ کما اینکه برخی بزرگان شیعه به دلیل مجمل دانستن مراد شارع از نفی عسرو حرج در آیات و روایات فرموده‌اند که باید به قدر متیقن از آن بسنده کرد که همان عملی است که نامقدور باشد. بنابراین با ادله نفی عسرو حرج، صرفاً تکالیفی از انسان‌ها برداشته می‌شود که انجام آن برای انسان نامقدور باشد (حر عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۶۲۶). احتمال دوم این است که تکلیف عسرو حرجی به معنای عملی باشد که دارای سختی و صعوبت است. احتمال سوم آن است که منظور از تکلیف عسری یا حرجی، آن اعمالی است که انجام آن برای انسان، موجب مشقت شدیدی زاید بر سختی متعارف اصل آن عمل است. به نظر می‌رسد احتمال اول درست نیست؛ زیرا اولاً به موجب آنچه از لغت و اصطلاح



فقهی نقل شد، تکلیف حرجی آن عملی است که عقلاً و خارجاً ممکن است؛ ولی در آن، سختی و مشقت فراوان باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۱۱۳).

ثانیاً ادله نفی عسرو حرج از ادله امتنانی است و اینکه خداوند بر بندگان منت بگذارد که تکلیف بمالایطاق نکرده، ناصواب است؛ چون تکلیف بمالایطاق امری است که علی‌الاصول از حکیم صادر نمی‌شود و صدور آن قبیح است و معنا ندارد شارع به سبب صادر نکردن چنین امری بر بندگان منت بگذارد.

از سویی احتمال دوم نیز نادرست است؛ زیرا همان‌طور که روشن است، در نوع تکلیف شرعی فی‌الجمله صعوبت و سختی وجود دارد و اگر بنا باشد این نحوه تکالیف با قاعده نفی عسرو حرج برداشته شود، دیگر چیزی به نام تکلیف شرعی باقی نمی‌ماند که بطلان آن واضح است؛ لذا تغییر حاصله در تبصره الحاقی، لازم و منطبق بر قول صواب است.

#### ۲-۴. ابهام راجع به برخی مصادیق عسرو حرج

ابهام دیگری که در اجرای قانون یادشده پیش از الحاق تبصره به آن به وجود آمد، این بود که آیا عواملی همچون ترک زندگی خانوادگی از سوی زوج، اعتیاد زوج، محکومیت زوج به تحمل حبس، سوء معاشرت شوهر و ابتلای او به بیماری‌های صعب‌العلاج روحی و جسمی، مصداق ابتلای زوج به عسرو حرجی که مسوِّغ طلاق حاکم باشد، هست یا نه؟ و اگر فی‌الجمله این عوامل می‌توانند موجب عسرو حرج زوج شوند، چه قیودی در مسئله دخیل است؟ آیا ترک زندگی خانوادگی، اعتیاد، حبس، سوء رفتار و بیماری صعب‌العلاج می‌تواند عامل آن عسرو حرجی باشد که مجوز صدور حکم طلاق قضایی است یا کمیت و قیودی در مسئله دخیل است؟

با مراجعه به آرای محاکم روشن می‌شود در این زمینه، سختگیری‌ها و سهل‌انگاری‌هایی بنا به ذوق و سلیقه و فهم قضایی قاضیان محترم صورت گرفته است که در نهایت مقنن با تصویب و الحاق بندهای ذیل تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، بخش عمده‌ای از این ابهامات را زدوده است. مقنن در ذیل تبصره الحاقی مقرر داشته: «موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسرو حرج محسوب می‌گردد» و در ذیل ماده نیز آورده: «موارد مندرج در این ماده، مانع از آن نیست که دادگاه سایر مواردی که عسرو حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید».

بنابراین مقنن تصریح کرده آنچه ذیل این تبصره به عنوان مصادیق عسرو حرج آورده،

جنبه تمثیلی دارد و حصری نیست. با توجه به پرسش‌های پیاپی قاضیان محترم از سراسر کشور و نیز ملاحظه آرای قضایی صادرشده پس از اصلاحات قانون یادشده، مشخص می‌شود همچنان ابهاماتی در مورد تبصره الحاقی مزبور وجود دارد که در ادامه به این ابهامات در مصادیق پنج‌گانه یادشده می‌پردازیم.

#### ۱-۲-۴. مصادیق اول: ترک زندگی خانوادگی

بخش اول در مصادیق منصوصه عسرو حرج زوجه در این تبصره عبارت است از: «ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه».

گرچه مقنن در این بخش تبصره از اینکه ترک زندگی خانوادگی با شرایطی، مصادیق عسرو حرج است و زوجه بر اساس آن می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق کند، رفع ابهام کرده؛ اما خود تبصره از جهاتی به نظر قاضیان محترم محاکم خانواده بر اساس پرسش‌های رسیده از آنها دچار ابهام است. این ابهامات از این قرار است:

۱. ترک زندگی خانوادگی چه زمانی صادق است و آیا رکن عمد در آن دخیل است یا نه؟ در پاسخ باید گفت عبارت ترک زندگی خانوادگی در این ظهور دارد که زوج عمداً زندگی خانوادگی را ترک کند.

۲. با فرض اینکه عنصر عمدی بودن در ترک زندگی خانوادگی دخیل است، اثبات عمدی بودن آن بر عهده کیست؟ به نظر می‌رسد اصل در اعمال اشخاص - چه فعل مثبت چه فعل منفی - بر عمدی بودن است و خلاف آن به اثبات نیاز دارد. بنابراین اثبات عمدی نبودن آن بر عهده شوهر است.

۳. اگر شوهر عمداً زندگی خانوادگی را ترک کرد، آیا عذر موجه او در مسئله تأثیری دارد یا نه؟ در پاسخ باید گفت اگر شوهر مثلاً به برای ضرورت کسب درآمد با ترک زندگی خانوادگی به مسافرت رفته باشد، موضوع مصادیق موجب صدق عسرو حرج برای زوجه نیست؛ گرچه در مقابل ممکن است استدلال شود وقوع زن در عسرو حرج به حسن‌نیت شوهر در ترک زندگی مشترک ربطی ندارد.

۴. اگر عذر موجه در موضوع تأثیرگذار است، اثبات اینکه شوهر در ترک زندگی خانوادگی دارای عذر موجه بوده یا نه، بر عهده کیست؟ به نظر می‌رسد اصل در ترک تکلیف بر آن است که مبتنی بر عذر موجه نبوده و این وجود عذر موجه است که باید

توسط شوهر اثبات شود.

۵. سرانجام ابهامی که در این بخش و بخش‌های دیگر مشترک است، این است که ترک زندگی خانوادگی اماره بر عسرو حرج زوجه است یا به نحو فرض قانونی جعل شده که بحث آن خواهد آمد.

#### ۲-۴. مصداق دوم: اعتیاد مرد به مواد مخدر یا الکل

مقنن در بخش دوم این تبصره چنین آورده است: «اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر یا ابتلای وی به مشروبات الکلی که بر 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 و یا پس از ترک، مجدداً به مواد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد».

همان‌طور که از این بخش از تبصره روشن شد، آنچه در اینجا مصداق وقوع زن در عسرو حرج دانسته شده، اعتیاد شوهر به مواد مخدر یا الکل است؛ اما در این خصوص نیز ابهاماتی وجود دارد.

۱. منظور از مواد مخدر شامل مواد مخدر نوظهور از جمله مواد مخدر صنعتی از قبیل کریستال، گل و... می‌شود یا نه؟ و اگر مردی به استفاده از ترکیبات برخی داروها که می‌تواند تأثیرات مواد مخدر را داشته باشد؛ ولی در تعریف مواد مخدر نمی‌گنجد، معتاد شد، این مورد مصداق این تبصره است یا نه؟ چه‌بسا بتوان گفت مناط اینکه چیزی ماده مخدر باشد، همان است که در قانون تشدید مبارزه با مواد مخدر مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام آمده که بر اساس آن شامل هر نوع ماده مخدر نوظهوری است که ملاک آن فهرست منتشره از سوی وزارت بهداشت و درمان است؛ حتی اگر ترکیبات دارویی باشد.

۲. در این بخش، اقدامات اخلاقی و درمانی برای معتاد پیش‌بینی شده؛ مثلاً اینکه معتاد نزد پزشک برای ترک اعتیاد هدایت شده باشد یا از او تعهدی مبنی بر ترک اعتیاد گرفته شده باشد؛ ولی روشن نیست این اقدامات از جهت اینکه وضع مرد معتاد که فرض این است که اثبات شده اعتیاد او به اساس زندگی مشترک خلل وارد می‌آورد، چه تأثیری در صدق عسرو حرج در زندگی مشترک زوجه با او دارد. البته بعید نیست ادعا شود منظور مقنن این است که در فرضی اعتیاد مرد را مخل به اساس زندگی مشترک زناشویی می‌داند که معتاد به درمان تن ندهد.

۳. سرانجام اینکه اعتیاد مرد اماره قانونی برای ابتلای زن به عسرو حرج است یا به عنوان فرض قانونی مطرح شده که بحث آن خواهد آمد.

#### ۳-۲-۴. مصداق سوم: محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر

در بخش سوم ذیل تبصره الحاقی مزبور، مصداق دیگری از موارد ابتلای زوجه به عسرو حرج در زندگی مشترک چنین بیان شده است: «محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر». این بخش از این جهت که اگر مردی چه در جرایم عمدی یا غیر عمدی به حبس قطعی پنج سال یا بیشتر محکوم شود، مصداق برای عسرو حرج زوجه خواهد بود، رفع ابهام کرده است. اما از جهات دیگری خود دچار ابهام است؛ از جمله اینکه پس از صدور محکومیت قطعی، اگر اجرای حبس آغاز نشده باشد، صدور حکم طلاق به سبب عسرو حرج زوجه چه حکمی دارد؟ یا اینکه اگر از ابتدا بدانیم این محکومیت پنج ساله به جهت شمول عفو یا آزادی مشروط یا هردو عملاً به تحمل یک یا دو سال حبس منجر می شود، آیا تأثیری در تصمیم دادگاه خواهد داشت یا خیر یا اینکه اگر مدت حبس پایان یافت و پس از تحمل آن، مرد از زندان آزاد شد، در این مرحله، آیا او می تواند به دلیل حبس پایان یافته، درخواست صدور حکم طلاق قضایی کند یا نه؟ البته ممکن است گفته شود به حسب اطلاق این بخش راجع به محکومیت قطعی به تحمل حبس، آغاز شدن حبس موضوعیت ندارد؛ ولی این تحلیل با لزوم فعلی بودن حرج بر اساس توقیف فعلیت حکم به فعلیت موضوع سازگار نیست (آملی، ج ۲، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۳۴۹/ صدر، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۲۱/ خرازی، ۱۳۷۹، ص ۴۴).

البته اینکه احتمال عفو و آزادی مشروط در میان باشد، مؤثر در مقام نیست؛ چون فرض این است که مقنن با علم به این احتمالات، حکم به پنج سال حبس قطعی را مصداق عسرو حرج زوجه دانسته است. اما درباره اینکه پس از آزادی شوهر از زندان، زن بخواهد به استناد حبس گذشته، درخواست صدور حکم طلاق قضایی کند، با لزوم فعلیت حرج سازگار نیست. در نهایت اینکه محکومیت پنج ساله شوهر اماره بر عسرو حرج زوجه است یا به عنوان فرض قانونی محل بحث است.

#### ۴-۲-۴. مصداق چهارم: سوء رفتار مستمر زوج

قانون گذار در بخش چهارم ذیل تبصره یاد شده چنین آورده است: «ضرب و شتم یا هرگونه رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه، قابل تحمل نباشد». این بخش نیز از

جهت اینکه سوءرفتار مستمر شوهر می‌تواند مصداق تحقق عسرو حرج برای زوجه باشد، ابهام‌زدایی کرده؛ ولی از جهات دیگری تولید ابهام کرده است؛ از جمله:

۱. ضرب و شتم که به یکدیگر عطف شده‌اند، آیا توأمان مؤثر در تولید حرج هستند یا هریک به تنهایی مؤثرند؟

۲. قید استمرار که در سوءرفتار آمده است، چه زمانی محقق می‌شود؟

۳. ضرب و شتم و سوء رفتاری که موجب تحقق حرج است، آیا باید قبلاً در دادگاه صالح اثبات شده باشد یا اگر در دادگاه خانواده در پرونده طلاق رسیدگی و اثبات شود، کافی است؟

۴. با توجه به اینکه در صدر تبصره الحاقی عسرو حرج موضوع ماده ۱۱۳۰ وضعی دانسته شده که به موجب آن، ادامه زندگی برای زوجه با مشقت همراه و تحمل آن دشوار باشد، پس چرا در بخش چهارم، سوء معاشرتی از سوی زوج موجب عسرو حرج دانسته شده که برای زوجه تحمل‌پذیر نباشد؟

ولی در این بخش بر خلاف بخش‌های اول تا سوم، تصریح شده ملاک تحقق حرج برای زوجه، نیمه‌نوعی است، نه نوعی؛ چون مقنن مقرر کرده اگر سوءرفتار زوج با زوجه به گونه‌ای باشد که عرفاً «با توجه به وضع زوجه» تحمل‌ناپذیر باشد، مصداق عسرو حرج است؛ ولی در مورد اینکه ماهیت جعل مصداق در این بخش برای عسرو حرج زوج از باب امارت است یا فرض قانونی، از ذیل این بخش استفاده می‌شود که ملاک امارت است، نه فرض قانونی که توضیح آن خواهد آمد.

#### ۲-۴-۵. مصداق پنجم: بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری

ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل کند، به موجب بخش پنجم ذیل تبصره یادشده مصداق عسرو حرج زوج دانسته شده و روشن کرده این وضع می‌تواند عامل عسرو حرج زوج باشد و نیز روشن کرده منظور از بیماری، مطلق بیماری‌هایی است که صعب‌العلاج باشند و در این راستا، تفاوتی میان بیماری‌های جسمی و روحی از یک سو و ساری و غیرساری از سوی دیگر وجود ندارد. با وجود این ابهام‌هایی در این بخش وجود دارد؛ از جمله ملاک اینکه یک بیماری صعب‌العلاج باشد، چیست و نیز ملاک اینکه بیماری در زندگی مشترک تولید اختلال کند، چیست؟ و بالاخره اینکه بر این بخش، ملاک نوعی حاکم است یا شخصی و جعل این مصداق از باب امارت است یا فرض قانونی، روشن نیست.

#### ۴-۲۶. مصادیق دیگر

بنا به صریح ذیل تبصره مزبور که مقرر داشته: «موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسرو حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید»، مصادیق پنج‌گانه ذیل تبصره جنبه تمثیلی دارند و نه حصری؛ از این رو قطعاً موارد عسرو حرج زوجه به موارد پنج‌گانه یادشده منحصر نیست و ما در اینجا به بیان برخی مصادیق مشابه می‌پردازیم که می‌تواند موجب عسرو حرج زوجه در زندگی مشترک با شوهرش شناخته شود:

۱. اگر بانویی در راستای اعمال ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی از حق حبس خود استفاده کند و مهریه تقسیم شده باشد و مدت اقساط به اندازه‌ای باشد که انتظار وصول مهریه به تمام عمر زوجه مستوعب می‌شود.
۲. اگر مردی در برابر همسر خود از انجام وظایف خاص زوجیت (موقعه) خودداری کند یا ناتوان باشد؛ چه در مصادیق عمدی مثل ایلاء وظهار و چه در مصادیق ناشی از عذر و ناتوانی.
۳. تجدید فراش شوهر اگر موجب ناراحتی روحی بسیار سخت برای همسر اول باشد.
۴. اشتغال شوهر به شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیت زن باشد و الزام شوهر به ترک آن نیز مقدور نباشد.
۵. اصرار شوهر به ارتکاب فعل حرام یا ترک واجب شرعی در حالی که همسر او بانوی متدینی است و از این وضع، رنج شدید می‌برد؛ مثل اینکه شوهر تارک الصلوة یا شارب الخمر باشد.
۶. چنانچه شوهر مرتکب جرمی شود که با حیثیت خانوادگی زوجه منافات داشته باشد؛ حتی اگر منجر به پنج سال حبس قطعی نشود.
۷. چنانچه شوهر مرتباً از داروهای روان‌گردان مخرب استفاده کند؛ حتی اگر به آن اعتیاد نداشته باشد و به آن مواد مخدر یا الکل جامد نیز گفته نشود.
۸. عقیم بودن شوهر در صورتی که زن به گونه‌ای به فرزنددار شدن وابسته باشد که این وضع از جهت روحی، او را در آسیب شدید قرار دهد.
۹. جلوگیری شوهر از فرزنددار شدن همسرش از او به‌رغم توانمندی در بارور کردن زوجه در فرضی که زوجه را از نظر روحی، شدیداً مورد آزار قرار دهد.

۱۰. چنانچه شوهر بیش از یک همسر داشته باشد و رفتار تبعیض آمیز او میان همسران موجب رنجش شدید یکی از همسران او شود.

#### ۵. ابهام در نوعی یا شخصی بودن مصادیق ذیل تبصره

اگر ملاک در مصادیق تبصره مزبور نوعی باشد، یعنی همین که عرفاً این موارد معمولاً هر بانویی را به عسرو حرج می‌اندازد، برای در عسرو حرج دانستن بانویی که پرونده او در حال رسیدگی است، کافی است؛ حتی اگر شخص او ناشی از این عامل در عسرو حرج نباشد. اما اگر ملاک شخصی باشد، این یعنی گرچه نوع بانوان با این عوامل در عسرو حرج واقع می‌شوند؛ ولی در مورد اینکه حاکم بخواهد حکم طلاق قضایی صادر کند، باید این زوج به‌ویژه ناشی از آن عامل در عسرو حرج باشد؛ چه دیگران نیز با این وضع دچار حرج بشوند یا نشوند. حال سخن این است که در موارد مصرحه در تبصره، ملاک نوعی حاکم است یا ملاک آن شخصی است؟

#### ۵-۱. تحلیل فقهی

برخی از حضرات فقها درباره قلمرو قاعده نفی عسرو حرج - از این جهت که شخصی یا نوعی است - آن را نوعی دانسته‌اند. مستند این قول برخی آیات قرآن مجید است؛ از جمله آیاتی که خدای متعال حکم وجوب صوم را از شخص بیمار و مسافر برداشته است (بقره: ۱۸۵). وجه استدلال به آیه شریفه این است که برداشتن حکم صوم از مسافر مشروط به حرجی بودن صیام برای تک تک مسافران نشده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۳۷).

دلیل دیگری که برای نوعی بودن این قاعده استدلال شده، امتنانی بودن آن است. وقتی خدای سبحان می‌فرماید «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج: ۷۸) یا می‌فرماید «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (مائده: ۶)، ضمیر «کم» در این آیات به دلالت مطابقی یا با اخذ ملاک احکام، همه افراد مکلف را در بر می‌گیرد. اگر ملاک نفی عسرو حرج شخصی باشد، این ادله امتنان بر همه مکلفان نخواهد بود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۱۴۶).

از سوی دیگر مشهور فقهای معاصر قلمرو قاعده نفی عسرو حرج را شخصی دانسته‌اند. مستند این دسته از فقها استنباط از روایات در مصادیق احکامی است که تکلیف مکلفان به جهت نفی عسرو حرج از آنها برداشته شده است؛ مثلاً رفع حکم وضوی حرجی و تجویز تیمم یا نفی حکم جهاد از شیخ و شیخه از همین قبیل است و معنا ندارد به سبب حرج دیگران، تحصیل طهارت مائیه بر کسی که بر او حرج ندارد، برداشته شود یا حکم جهاد از

کسی که شیخوخت موجب ناتوانی او از جنگ و جهاد نشده، برداشته شود. مستند دیگر این قول این است که مناسبت حکم و موضوع با شخصی بودن حرج در راستای نفی تکلیف سنخیت دارد؛ یعنی اینکه قاعده نفی عسرو حرج مقتضی برداشتن مشقت است، اقتضا می‌کند تکالیف از کسی که بر او مشقت دارد، برداشته شود، نه به نحو مطلق (آشتیانی، ۱۳۸۳، ص ۲۵۰). همچنین فرموده‌اند از آنجا که خطابات شرعی به یکایک مکلفان منحل می‌شود و به هریک از آنها جداگانه تعلق می‌گیرد، از همین رهگذر، رفع تکلیف نیز ناظر به یکایک آنهاست.

البته این به آن معنا نیست که اگر شخصی تکلیف ساده‌ای را بر خود صعب می‌انگارد، به موجب قاعده از او رفع تکلیف شود؛ بلکه تکلیف باید عرفاً دارای مشقت فاحش (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۲۸) و به بیان دیگر حرج شدید (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۱۱۳) باشد.

به نظر می‌رسد همان‌طور که مرحوم مراغی توضیح داده (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۲۹۴)، نفی عسرو حرج در شریعت به دو صورت متصور است: صورت اول آن است که خود شارع در مقام جعل و تشریح احکام از ابتدا تکلیف حرجی را برداشته و به جای آن، بدیل سهلی را مقرر فرموده است؛ مثل جعل حکم تیمم به جای وضو یا جعل حکم روزه در غیر رمضان به جای صوم رمضان در موارد خاص.

صورت دوم آن است که مراد از نفی عسرو حرج مربوط به مقام امتثال است؛ یعنی شارع مقدس صرف نظر از حرجی شدن یا نشدن یک تکلیف، راجع به آن دستوری صادر کرده؛ اما در مقام امتثال آن تکلیف، اگر عمل به آن برای مکلف موجب حرج باشد، به نحو کلی امتثال تکلیف حرجی را برداشته است.

آنچه از ادله استنادی طرفین در دو قول یادشده به دست می‌آید، این است که اگر رفع تکلیف حرجی در مقام جعل و تشریح باشد، ملاک آن نوعی است؛ یعنی وقتی شارع مثلاً صوم رمضانیه را از مسافر برداشته است، این رفع تکلیف عمومی است؛ حتی درباره شخصی که اتیان صوم رمضانیه برای او حرجی نباشد. اما اگر رفع حکم حرجی مربوط به مقام امتثال باشد، طبعاً حکم از کسی برداشته می‌شود که دچار حرج شده است. از آنجا که موضوع قاعده نفی حرج صرفاً ناظر به صورت اول یعنی مقام جعل و تشریح نیست؛ بلکه ناظر به مقام امتثال نیز می‌شود، آنچه مشهور متأخران راجع به شخصی بودن ملاک قلمرو نفی عسرو حرج مطرح کرده‌اند، درخور دفاع است.



## ۵-۲. تحلیل حقوقی

در برخی آثار حقوق دانان معاصر آمده است که عسرو حرج جنبه نوعی دارد؛ یعنی باید در نظر عرف، طاقت فرسا و مشقت بار باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲ «ب»، ج ۱، ص ۳۸۶). با وجود این در دعاوی، از آنجا که وضع یک انسان متعارف ملحوظ نظر واقع می شود، باید عسرو حرج انسانی متعارف در آن شرایط خاص ملاک قرار گیرد (همان).

گرچه برخی حقوق دانان در گذشته نیز ملاک تحقق عسرو حرج ناشی از سوء معاشرت شوهر را امری نوعی و مبتنی بر فهم عرفی دانسته اند (امامی، ۱۳۹۳، ج ۵، ص ۴۴)؛ اما نگاهی به شخص قضیه نیز داشته اند؛ از این رو در همین راستا گفته اند چنان که بتوان شوهر را به حسن معاشرت وادار کرد، مانند آنکه تعهد نماید از این پس رفتار خود را تغییر دهد و سوء معاشرت را کنار بگذارد و به تعهد خود وفا کند، دادگاه نمی تواند به سبب سوء معاشرت گذشته، شوهر را به طلاق زن خود اجبار کند (همان). گرچه از این عبارت، ملاک فعلیت عسرو حرج مستفاد می شود، از آن خصوصیت فردی زن و شوهری که موضوع آنها در پرونده قضایی مطرح است نیز استفاده می شود.

به نظر می رسد از نظر شخصی یا نوعی بودن قلمرو عسرو حرج، از آنجا که مقنن در مقام تقنین بوده و به جهت ضرورت حل تخاصم و مرافعه میان افراد به ملاک غالبی و عرفی توجه می کند، بر این اساس در مقام تنصیب مصادیقی که زن در زندگی مشترک با شوهرش دچار عسرو حرج می شود، باید نوعیت را مورد توجه قرار دهد. ولی اثر این ملاک نوعی تعیین مدعی و بازشناسی آن از منکر است؛ یعنی بانویی که وضع او با یکی از مصادیق بخش های ذیل تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی منطبق باشد، وقتی در دادگاه مطرح کند که در عسرو حرج است، همین که برای دادگاه محرز شود که وضع آن زن با یکی از بخش های تبصره یاد شده منطبق است، این زن نیازی به اثبات وقوع خود در عسرو حرج ندارد.

چه بسا اینکه در بعضی آثار حقوقی آمده که «باید پذیرفت که معیار عسرو حرج هردو چهره نوعی و شخصی را دارد: نوعی است از این جهت که انسان متعارف و طاقت او را در نظر می گیرد. شخصی است به این اعتبار که وضع انسان متعارف در شرایط ویژه زن معیار است، نه به طور نوعی» (کاتوزیان، ۱۳۸۲ «ب»، ج ۱، ص ۳۸۶)، به نیمه نوعی بودن این معیار اشاره دارد.

فلسفه این نظریه نیز روشن است؛ زیرا مقنن نمی تواند در مقام تقنین، وضع خاص هر مراجعه کننده به دادگاه را روان کاوی کند و به ناچار باید تقنین بر اساس داوری عرف

صورت بگیرد که ملاک آن ظاهر حال مدعی خواهد بود. اما دادگاه در مقام رسیدگی به خصوص یک دعوی می‌تواند شرایط زندگی و روحیات طرفین را ملاحظه کند و وضع متعارف را با ملاحظه آن خصوصیات، شناسایی کند.

این ملاک نیمه‌نوعی را می‌توان در مقررات گوناگونی از قوانین ملاحظه کرد. از جمله در ماده ۲۰۲ قانون مدنی در خصوص بحث اکراه چنین آمده است: «اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در شخص باشعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند؛ به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه آمیز، سن و شخصیت و اخلاق و مرد و زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود» یا در مواردی که در موضوع مسئولیت مدنی، بحث تقصیر مطرح است، اینکه تقصیر به چه چیزی اطلاق می‌شود، معیار آن رفتار انسانی متعارف دانسته شده است؛ اما رفتار انسانی متعارف در شرایط خواننده دعوی ملاک است. این مطلب از برخی مواد قانون مدنی (مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۱۲۱۶) استفاده می‌شود که در آثار حقوقی موجود نیز به مصادیق آنها پرداخته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ش ۲۶۹-۲۷۲/ همو، ۱۳۶۹، ش ۱۰۴-۱۰۵).

#### ۶. ابهام در فرض قانونی یا اماره قانونی بودن مصادیق ذیل تبصره

چنانچه بخش‌های ذیل تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی را فرض قانونی بدانیم، به این معنا خواهد بود که مقنن بر اساس ملاک نوعی و به نحو مجاز حقوقی، هر بانویی را که وضع او منطبق با یکی از بخش‌های ذیل تبصره یادشده باشد، دچار عسر و حرجی می‌داند که مسوِّغ صدور حکم طلاق قضایی است و بر این اساس استدلال شوهر مبنی بر دچار نبودن همسرش به عسر و حرج پذیرفته نخواهد بود؛ اما اگر ماهیت این بخش‌ها را اماره قانونی بدانیم - مانند امارات قانونی دیگر - زنی که وضع او منطبق با یکی از بخش‌های تبصره یادشده باشد، نیازی به اثبات وقوع خود در عسر و حرج ناشی از آن وضع ندارد. با وجود این دادرس باید در مقام رسیدگی به اظهارات و ادله شوهر او مبنی بر اینکه به‌رغم انطباق وضع زوجه با یکی از آن بخش‌ها، او دچار عسر و حرج نیست، توجه کند و در فرض مقبولیت به آن ترتیب‌اثر دهد.

#### ۶-۱. تحلیل فقهی فرض‌انگاری مصادیق تبصره

در بیان فقها به مصادیق فراوان به مجاز فقهی برخورد می‌کنیم و به بیان دیگر چیزی در حکم چیز دیگری دانسته شده است. مثلاً همان‌طور که می‌دانیم، امانت واقعی به موجب عقد ودیعه حاصل می‌شود که ودیعه نیز استنابه در حفظ مال است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷،

ص ۲۶). ودیعه عبارت است از اینکه شخص به موجب عقد، مالی را برای نگهداری به دیگری بسپارد که اذن مالک به نگهداری مال به شکل رایگان برای مالک از سوی مستودع، ارکان این امانت را تشکیل می‌دهند و چنانچه ید امانی شکل بگیرد، مشمول عموماً «لیس علی المؤمن ضمان» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳۸) یا «لیس علیه غرم بعد ان یکون الرجل امیناً» (همان) خواهد بود و از نظر نحوه دادرسی و ادله اثبات دعوی نیز اگر مستودع بگوید مال ودعی را به مودع رد کرده است، از او بینه خواسته نمی‌شود؛ بلکه او منکر قلمداد می‌شود و سوگند متوجه اوست. دلیل این مطلب نیز روایت نبوی «لیس علی الامین الا الیمین» (همان) است که مخصص منفصل قاعده بینه است. بر اساس ضوابط کلی، وقتی هریک از دو عنصر، سپردن مال از سوی مالک همراه با اذن در نگهداری و نیز نگهداری رایگان مال توسط مستودع برای مودع در کار نباشد، امانتی در کار نیست و وقتی امانتی در کار نبود، بر متصرف ضمان خواهد بود.

با وجود این ما با مراجعه به متون فقهی در می‌یابیم بر اساس منابع و مستندات فقهی حضرات فقها، اشخاصی را که به‌رغم نبود برخی عناصر امانت، امین شمرده‌اند و گرچه آثار ید امانی را در عقد ودیعه مطرح کرده‌اند، از جمله فرموده‌اند «فکیف کان فلا یلزمه ای المستودع در کما لو تلفت من غیر تعد فیها ولا تفریط» (همان)، با وجود این در ابواب گوناگون فقهی، این آثار مختص به ودیعه را به مصادیق دیگری تعمیم داده‌اند که از آن به امانت حکمی تعبیر می‌شود یا مثلاً فقها در تعریف غصب فرموده‌اند: «الغصب هو الاستیلاء علی مال الغیر عدواناً» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۱۲۸). بر اساس این تعریف، یکی از عناصر غصب آن است که از ابتدا ید غاصب بر مال بدون اذن مالک باشد. حال اگر ید شخص نسبت به مال ید مأذونه بود (مثل مستأجری که - به سبب عقد اجاره - در خانه مالک ساکن است؛ ولی در پایان مدت اجاره، آن را تخلیه نکرده؛ آیا از زمان تخلیه نکردن، غاصب است؟)، فقها چنین فرضی را در حکم غصب دانسته‌اند.

با توجه به نمونه‌هایی که گذشت، وجود پدیده مجاز فقهی در ابواب گوناگون فقهی ما امری قطعی و مسلّم است. حال پرسش این است که در رابطه با تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی می‌توان مصادیق ذیل آن را مجاز فقهی قلمداد کرد؟ با توجه به تتبع در متون و منابع فقهی، ما به ادله و نصوصی برخورد نکردیم که بتوان مصادیق ذیل تبصره را از باب مجاز فقهی در حکم ثبوت عسرو حرج زن دانست.

## ۲-۶. تحلیل حقوقی فرض‌انگاری مصادیق تبصره

سخن در این است که آیا به حسب قواعد حقوقی می‌توان مصادیق تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی را فرض قانونی دانست که در نتیجه اثبات خلاف آن ممکن نباشد؟

### ۲-۶-۱. سابقه فرض قانونی در تقنین

در مقررات موضوعه، موارد متعددی از مصادیق فرض قانون را می‌توان یافت که به برخی مصادیق آن صرفاً اشاره می‌شود:

اول. قانون مدنی در ماده ۱۲۱۰، عدم بلوغ را مستلزم عدم رشد قرار داده است. این موضوع قطعاً به نحو اماره قانونی نیست؛ زیرا اگر در دادگاه اثبات شود که طفل صغیر رشید است، امکان صدور حکم رشد او وجود ندارد.

دوم. گرچه به موجب قانون تجارت، تاجر تعریف خاصی دارد؛ با وجود این مقنن معاملات غیرتجاری میان خود تجار را در حکم معاملات تجاری قرار داده است (ماده ۳ قانون تجارت). سوم. اثبات ید بر مال غیر در حکم غصب شناخته شده است (ماده ۳۰۸ قانون مدنی). انکار ودیعه یا امانت از تاریخ غصب در حکم غصب (ماده ۳۱۰ قانون مدنی)، تصرف شریک در مال شرکت مدنی در حکم امانت (ماده ۵۸۴ قانون مدنی) و تصرف مستأجر در عین مستأجره را امانی (ماده ۶۳۱ قانون مدنی) قلمداد کرده است.

بنابراین اصل وجود مصادیق فرض قانونی در بین مقررات، امری قطعی و مسلم است. پرسش این است که آیا در تبصره الحاقی ذیل ماده ۱۱۳۰ مصادیقی که به عنوان موارد عسرو حرج زوجه ذکر شده، فرض‌انگاری شده یا از باب اماره قانونی است؟

همان‌طور که اشاره شد، با مراجعه به متون حقوقی و آرای حقوق‌دانان محترم در می‌یابیم از نظر آنها مصادیق عسرو حرج زوجه به ملاک نیمه‌نوعی وضع شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۲ «ب»، ج ۱، ص ۳۸۶). از آنجاکه این تقسیمات یعنی نوعی، شخصی یا نیمه‌نوعی ذیل اقسام اماره قانونی است و نه فرض قانونی، نیز از آنجایی که حقوق‌دانان محترم برای دادرس، حق ارزیابی و ارزش‌گذاری به تحقیقات و اقدامات دادرس در تشخیص عسرو حرج زوجه پس از آنکه اصل انطباق وضع او با موضوع یکی از بخش‌های تبصره را مسلم دانسته و به او داده‌اند، کاملاً روشن می‌شود که آنها مصادیق تبصره را اماره قانونی دانسته‌اند و مراد از آن فرض قانونی نیست. برای اینکه مصادیق تبصره را نمی‌توان از باب فرض قانونی دانست، دلایل ذیل را می‌توان اقامه کرد:

از آنجا که فرض قانونی بر اساس تعریف آن عبارت از آن است که مقنن برای دست یافتن به نتیجه مطلوب، دست از حقیقت بر می‌دارد و به مجازات متوسل می‌شود، اگر در تبصره ذیل ماده ۱۱۳۰ قانون یادشده، مصادیق پنج‌گانه آن از باب فرض قانونی باشد، این یعنی قاضی با تحقق این مصادیق، حق بررسی وضع زوج و استماع دفاعیات زوج مبنی بر اینکه با وجود صدق یکی از مصادیق تبصره یادشده، همسر او در عسرو حرج نیست را ندارد و این مطلب نه در رویه قضایی پذیرفته است و نه مبنای فقهی قابل دفاعی دارد؛ مثلاً اگر شوهر شش ماه متوالی زندگی مشترک را ترک کرده باشد و در دادگاه روشن شود به‌رغم این ترک زندگی مشترک، از آنجا که زوج دارای بیماری مانع از مقاربت بوده یا از نظر جنسی، دچار سردمزاجی و تنفر از مواجهه بوده و نیز شوهر از نظر مالی به تکلیف انفاق خود عمل کرده و یا جهات لازم‌الرعاية دیگر را رعایت کرده و در نتیجه زوج در عسرو حرج نبوده است، آیا دادگاه می‌تواند به استناد اینکه مقنن در قانون برای چنین زنی، فرض عسرو حرج کرده، این بانو را به سبب عسرو حرج با حکم قضایی مطلقه کند؟

در صدر تبصره الحاقی آمده است: «عسرو حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوج به مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد...». لفظ زوج در این عبارت، هر زن در زندگی مشترک خود با شوهر خودش است؛ و گرنه علی‌القاعده باید تعبیر مقنن چنین بود: «عسرو حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی مشترک را برای نوع زنان در زندگی مشترک با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد».

تمام فرض‌های پنج‌گانه در تبصره یادشده، دارای حکم یکسانی است؛ یعنی چنین نیست که در یک بخش آن فرض قانونی و در بخش دیگر آن اماره قانونی مطرح باشد. این در حالی است که مقنن در بخش ۴ ذیل تبصره یادشده می‌گوید: «ضرب و شتم یا هر گونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوج، قابل تحمل نباشد». از بخش اخیر این عبارت یعنی «با توجه به وضعیت زوج» و دخالت دادن حکم عرف در مسئله، معلوم می‌شود مقنن به قرینه وحدت سیاق در تمام این بخش‌ها اولاً ملاک نیمه‌نوعی وضع شخصی را ملاحظه کرده و ثانیاً واگذار کردن موضوع به عرف با صدق فرض قانونی انطباق ندارد؛ زیرا در عدول از معنای حقیقی و جعل معنای مجازی، خود قانون‌گذار وضعی را فرض می‌کند و در آن احاله به عرف نمی‌شود.

## ۷. ابهام در منشأ حرج زوجه

یکی از ابهاماتی که به نحو کلی در مورد عسرو حرج وجود دارد، این است که اگر منشأ ابتلا به حرج، اقدامات خود شخص مبتلا باشد، چه حکمی دارد؟ راجع به مصادیق تبصره مزبور اگر منشأ عسرو حرج زوجه، تنفر و کراهت زوجه از شوهرش باشد، نه رفتار شوهر با او و تحقق مصداق تبصره نیز ناشی از آن باشد، چه حکمی دارد؟

ممکن است زوجه به سبب اینکه عاشق شخص دیگری شده، از شوهر خود به شدت منزجر و متنفر شده باشد، به نحوی که زوجه برای خلاصی از علقه زوجیت، اقدام به خودکشی ناموفق نیز کرده باشد؛ اما منشأ این حرج، رفتار شوهر نباشد یا در مورد مصادیق تبصره نیز مثلاً اگر زن به دلیل کراهت شدید از شوهر، عمداً یا به نحو غیر عمد، خود موجبات اعتیاد همسرش را فراهم آورد یا معلوم شود که ابتلای شوهر به بیماری صعب‌العلاج، نتیجه رفتار زوجه است تا از این طریق بتواند عذری برای درخواست طلاق قضایی پیدا کند، در این صورت آیا اثری بر عسرو حرج زوجه مترتب می‌شود یا خیر؟

### ۷-۱. تحلیل فقهی منشأ حرج

اگر بانویی از شوهر خود کراهت داشت، بنا به برخی فتاوای فقهی، با فرض شدت این کراهت (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۳۵۲) و بنا بر برخی فتاوای دیگر با فرض تحقق مطلق کراهت زوجه - هر چند به بیان الفاظی که حکایت از شدت کراهت از سوی او داشته باشد، منجر نشود و حتی کراهت زوجه اشد از وضعی نباشد که خوف عدم اطاعت از حدود الهی در روابط زناشویی را ایجاد نماید (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۳، ص ۴۲/ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۵۳/ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۴۰۹/ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹ق، ص ۲۴۰) - برای تحقق طلاق خلع کافی است. البته نباید از نظر دور داشت که اگر شوهری با سوء معاشرت، بد رفتاری، ضرب و شتم و آزار و اذیت‌های گوناگون سعی کند در همسرش نسبت به خود تولید نفرت و کراهت کند تا او با بخشش مهریه یا بیشتر از آن، درخواست طلاق کند و مرد پس از این مراحل، او را طلاق بدهد، طلاق واقع شده به عنوان طلاق رجعی، صحیح است و فداء بخشیده شده یا مأخوذه برای شوهر مصداق سحت است و باید آن را پس دهد (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۳۵۲). اما با فرض تحقق کراهت (که منشأ آن نخواستن از سوی زن باشد و نه رفتار عمدی شوهر)، به حدی که طلاق خلع را تصحیح کند، آیا این طلاق بر شوهر واجب می‌شود یا نه؟ در مسئله دو قول است:

برخی از فقها به ویژه اگر کراهت زوجه شدید باشد که به تعدی قولی یا فعلی او منجر شود، طلاق خلع را بر شوهر واجب دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۵۲۹/ حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۰۷/ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۷۴)؛ اما بعضی دیگر از فقها این طلاق را واجب ندانسته و حتی برای استحباب آن نیز وجهی قائل نشده‌اند؛ از جمله علامه حلی که این قول را به ابن براج نسبت داده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۳۸۳).

#### ۷-۱-۱. حکم مسئله با فرض وجوب طلاق خلع

اگر طلاق خلع در فرض کراهت زوجه از شوهرش را بپذیریم که طبعاً ناظر به سوء معاشرت عمدی شوهر نیست، این طلاق که به درخواست زوجه صورت می‌گیرد، خود از مصادیق طلاق قضایی خواهد بود و زمانی که دادگاه شوهر را به مطلقه کردن همسرش به طلاق خلع محکوم کرد، اگر شوهر از حکم دادگاه تبعیت نکرد و الزام او نیز ممکن نشد، حاکم او را از باب ولایت بر ممتنع طلاق خواهد داد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۳۰۹، انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۳۰۶/ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۴۸) و نوبت به اعمال قاعده عسرو حرج برای وقوع چنین طلاقی نخواهد رسید.

#### ۷-۱-۲. حکم مسئله با فرض عدم وجوب طلاق خلع

اگر طلاق خلع را واجب ندانیم، در فرض که زن از شوهر کراهت یا حتی تنفر شدید دارد و حاضر به ادامه زندگی مشترک با او نیست، آیا با فرض ابتلای زن به عسرو حرج در این زندگی، حاکم حق دارد پس از درخواست طلاق از سوی زوجه، او را پس از اثبات عسرو حرج مزبور مطلقه کند؟

در حد تتبع ما، حضرات فقهای شیعه سابقاً به این فرع که اگر کراهت زوجه از شوهرش موجب حرج او باشد، بدون اینکه منشأ این کراهت رفتار شوهر باشد، نپرداخته‌اند؛ اما برخی از معاصران کراهت زن از شوهرش را (چه منشأ آن رفتار شوهر باشد و چه نباشد) از مصادیق عسرو حرج زوجه دانسته و طلاق حاکم در این فرض را مشروع دانسته‌اند (گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۳۶/ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ص ۲۱۲، س ۷۲۳/ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، س ۶۴۳۹).

در مقابل بعضی از فقها فرموده‌اند صرفاً اگر حرجی بودن زندگی با زوج مستند به شوهر باشد، طلاق حاکم صحیح است و در فرضی که منشأ این حرج، ربطی به شوهر نداشته باشد، طلاق حاکم مشکل است (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۰۹).

به نظر می‌رسد قول به صدق عسرو حرج حتی اگر ناشی از رفتار و شخصیت شوهر

نباشد، مبنی بر امتنانی بودن قاعده است. این مسئله شبیه آن است که کسی می‌داند اگر بدون همراه داشتن آب و غذا به صحرائی بی‌آب و علف برود که می‌داند ناچار به خوردن میته و نوشیدن مایع نجس می‌شود، با این حال بدون توشه راه به کویر برود و برای حفظ جان‌ش نیازمند به آن اکل و شرب حرام شود، این فرض مسئله چه حکمی دارد؟ آیا چون خودش با اطلاع، خود را گرفتار اضطرار کرده است، حکم اضطرار بر او مترتب نیست؟ یا اینکه بگوییم گرچه اینکه او - بی‌سبب - خود را به این وضع اضطراری دچار کرده، تکلیفاً حرام است؛ اما از نظر قلمرو قاعده اضطرار، چنین جایی مشمول قاعده است و فعلاً اکل و شرب مزبور بر او جایز است.

در ما نحن فیه نیز چنانچه زنی می‌داند اگر شوهرش معتاد شود، توالی فاسده تحمل ناپذیری برای خود زوجه دارد که او را دچار عسرو حرج می‌کند؛ ولی به دواعی گوناگون، شوهرش را به مصرف مواد مخدر معتاد کرده و همین اعتیاد موجب شده بعداً زن در عسرو حرج قرار گیرد، بعید نیست گفته شود گرچه ارتکاب زن به مبتلا کردن شوهرش به اعتیاد، حرمت تکلیفیه داشته؛ ولی موجب نمی‌شود اثر وضع صحت طلاق حاکم در فرض ابتلای زوجه به عسرو حرج فعلی ناشی از همان اعتیاد شوهر برداشت شود. البته تفصیل فقهی بحث مستلزم نقض و ابرام ادله طرفین است که از حوصله این مقاله خارج است.

#### ۲-۷. تحلیل حقوقی منشأ حرج

در ماده ۱۱۳۳ مصوب ۱۳۱۴/۱/۲۰ قانون مدنی آمده بود مرد هر وقت که بخواهد، می‌تواند زن خود را طلاق دهد؛ اما در اصلاحات مورخه ۱۳۸۱/۸/۱۹، مفاد این ماده به این شرح اصلاح شد: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه، تقاضای طلاق همسرش را بنماید».

ذیل این ماده به موجب اصلاحات اعمال شده در سال ۱۳۸۱ یک تبصره نیز به این شرح الحاق شد: «زن نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر در مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰ این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید».

به نظر می‌رسد مقنن درباره احصای مواردی که زن می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق کند، در صدد احصا و حصر موارد نبوده یا از شمردن بعضی موارد غفلت کرده است؛ از جمله به موجب ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، زوجه غایب مفقودالاثر نیز می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق کند که در این اصلاحات به آن اشاره نشده است.



در خصوص طلاق خلع نیز در ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی آمده: «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد، در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد، طلاق بگیرد؛ اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن یا بیشتر از مهر باشد». در بخش ۳ ذیل ماده ۱۱۴۵ قانون مزبور نیز طلاق خلع مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد، از جمله طلاق‌های بائن شمرده شده است؛ اما در خصوص اینکه اگر زنی که از شوهرش کراهت دارد، به دادگاه مراجعه کند و کراهت شدید او نیز در دادگاه اثبات شود و از دادگاه درخواست طلاق کند، دادگاه بتواند شوهر او را به طلاق الزام کند و اگر شوهر ملزم نشد، دادگاه خود، زوجه او را مطلقه نماید، در مقررات مدنی ما مطلبی نیامده است.

از آنجا که در موارد مصادیق درخواست طلاق از سوی زن که در تبصره ذیل ماده ۱۱۳۳ آمده، راجع به درخواست طلاق از سوی زن به سبب صرف کراهت از شوهر، مطلبی نیامده است؛ بنابراین چنانچه بانویی از شوهرش متنفر باشد، به شدتی که ادامه زندگی مشترک با شوهرش برای او موجب عسرو حرج شود تا موضوع منطبق با عسرو حرج موضوع ماده ۱۱۳۰ باشد، زوجه می‌تواند به دادگاه مراجعه و درخواست صدور حکم طلاق قضایی کند. در غیر این صورت صرف کراهت زوجه از شوهرش مسوِّغ صدور حکم طلاق قضایی نیست؛ بنابراین می‌توان استنباط کرد که قانون مدنی منشأ عسرو حرج را در رفتار شوهر، مجوز طلاق قضایی دانسته است.

### نتیجه‌گیری

الحاق تبصره‌ای ذیل ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی گرچه از این حیث که ابهام در تفسیر مفهوم عسرو حرج مسوِّغ طلاق را برطرف کرد، از جهات دیگری دچار ابهاماتی است؛ از جمله ابهام در حدود، شرایط و نحوه اثبات بخش‌های پنج‌گانه ذیل تبصره یادشده و نیز از این نظر که ملاک عسرو حرج زوجه، نوعی یا شخصی است و نیز اینکه بخش‌های مزبور به نحو اماره قانونی وضع شده‌اند یا به نحو فرض قانونی. همچنین ابهام در اینکه اگر منشأ حرج زوجه، رفتار شوهر نباشد، چه حکمی دارد؟ در ارتباط با نوعی یا شخصی بودن ملاک عسرو حرج با استدلال به امتنانی بودن قاعده نفی عسرو حرج، آن را نیمه‌نوعی دانستیم؛ با این بیان که گرچه در مقام تقنین، ملاک آن نوعی و متعارف است؛ اما در مقام اثبات به وضع شخص قضیه نیز توجه می‌شود. در خصوص اینکه این بخش‌ها مصداق اماره قانونی یا فرض قانونی است، آن را اماره قانونی دانستیم. در نتیجه اثبات اینکه با وجود

انطباق وضع زوجه با یکی از بخش‌های ذیل تبصره یادشده، او در عسرو حرج نیست، متصور است. راجع به منشأ حرج نیز صرف نظر از اینکه وضع حرجی موجود ناشی از رفتار خود زوجه باشد یا شوهر، آن را مجوز طلاق قضایی دانستیم.

## منابع و مأخذ

### \* کتابها

### \* قرآن کریم.

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد الجزری؛ *النهاية*؛ ج ۳، بیروت: المكتبة العلمية، ۱۳۹۹ق.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور؛ *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*؛ قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۱ق.
۳. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز؛ *المهذب*؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۴. ابن حمزه الطوسی، محمد بن علی؛ *الوسيلة الى نيل الفضيلة*؛ قم: منشورات مكتبة آيت الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ق.
۵. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی حسینی؛ *غنية النزوع الى علمى الاصول والفروع*؛ قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ق.
۶. ابن فارس، احمد بن زکریا؛ *معجم مقائیس اللغة*؛ قم: مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
۷. ابن قیم الجوزی، محمد بن ابی بکر؛ *زاد المعاد*؛ ج ۵، بیروت: مؤسسه الرسالة، ۱۴۱۵ق.
۸. ابن منظور، محمد بن مکرم؛ *لسان العرب*؛ ج ۱۵ و ۳۵، بیروت: دار التراث عربی، ۱۴۰۸ق.
۹. ابو هلال عسکری، حسن بن عبدالله؛ *معجم الفروق اللغویه*؛ قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم، ۱۴۱۲ق.
۱۰. اصفهانی، سید ابوالحسن؛ *وسيلة النجاة*؛ ج ۳، ج ۲، نجف: کتاب الوقف، [ابی تا].
۱۱. امامی، سید حسن؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۱۵ و ۳۵، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۹۳.
۱۲. انصاری دزفولی، مرتضی؛ *کتاب المکاسب*؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۱۳. ایروانی، باقر؛ *دروس تمهیدیة فی القواعد الفقہیة*؛ ج ۳، قم: دار الفقه للطباعة والنشر، ۱۴۲۶ق.
۱۴. آشتیانی، محمد حسن بن جعفر؛ *الرسائل التسع*؛ قم: کنگره علامه آشتیانی، ۱۳۸۳.
۱۵. آملی، میرزا هاشم؛ *مجمع الافکار ومطرح الانظار*؛ مقرر: محمد علی اسماعیل پور قمشه ای؛ قم: المطبعة العلمية، ۱۳۹۵.
۱۶. بحر العلوم، سید محمد؛ *بلغة الفقیه*؛ ج ۳، ج ۴، تهران: مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ق.

۱۷. تبریزی، جواد؛ استفتائات جدید؛ قم: سرور، ۱۳۸۵.
۱۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دانشنامه حقوقی؛ تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰.
۱۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق؛ ج ۴، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸.
۲۰. حائری طباطبایی، سیدعلی بن محمد؛ تکملة العروة الوثقی؛ بیروت: دار الصفوه، ۱۴۳۰ق.
۲۱. حبیبی تبار، جواد؛ «توسیع نطاق قاعدة نفی الحرج الی الاحکام العدمیه»؛ المنهج الفقہی من منظار اهل البيت علیہم السلام، ش ۵، ۱۴۴۴ق.
۲۲. حبیبی تبار، جواد؛ گام به گام به حقوق خانواده؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۹.
۲۳. حر عاملی، محمد بن حسن؛ الفصول المهمه؛ قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیہ السلام، ۱۴۱۸ق.
۲۴. حکیم، محمدتقی؛ القواعد العامة فی فقه المقارن؛ تهران: مجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۹ق.
۲۵. حلبی، تقی الدین؛ الکافی فی الفقه؛ ج ۱، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیہ السلام، ۱۴۰۳ق.
۲۶. حلّی، حسین؛ بحوث الفقہیہ؛ بیروت: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ق.
۲۷. محقق حلّی، جعفر بن حسن؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام؛ ج ۳، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۲۸. علامه حلّی، حسن بن یوسف؛ مختلف الشیعه فی احکام الشریعه؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
۲۹. علامه حلّی، حسن بن یوسف؛ منتهی المطلب فی تحقیق المذهب؛ مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ق.
۳۰. خرازی، سیدمحسن؛ «کنترل جمعیت و عقیم سازی»؛ قم: مجله فقه اهل بیت علیہم السلام (فارسی)، ش ۲۲، تابستان ۱۳۷۹.
۳۱. دسوقی، محمد بن احمد؛ حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر؛ بیروت: مؤسسه التاريخ العربی، ۱۴۳۰ق.
۳۲. سبحانی، جعفر؛ نظام الطلاق؛ قم: مؤسسه امام صادق علیہ السلام، ۱۴۱۴ق.

۳۳. سیستانی، سیدعلی حسینی؛ *قاعده لاضرر ولاضرار* (تقریرات)؛ مترجم: اکبر نایب‌زاده؛ تهران: خرسندی، ۱۳۹۶.
۳۴. سیوری، مقداد بن عبدالله حلی؛ *تنقیح الرائع*؛ ج ۱، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله المرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
۳۵. شافعی، محمد بن ادريس؛ *الأم*؛ بیروت: دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۳ق.
۳۶. صدر، سیدمحمدباقر؛ *بحوث فی علم الاصول؛ الحلقة الاولى والثانية*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ق.
۳۷. صدوق، محمد بن علی بن الحسین؛ *المقنع*؛ ج ۱۴، قم: مؤسسه الامام هادی علیه السلام، ۱۴۱۵ق.
۳۸. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی؛ *حقوق خانواده*؛ ج ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
۳۹. طباطبایی یزدی، محمدکاظم؛ *ملحقات العروه*؛ قم: مکتبه الداوری، [بی تا].
۴۰. طریحی، فخرالدین؛ *مجمع البحرین*؛ بیروت: مرکز النشر الثقافه الاسلامیه، ۱۴۰۸ق.
۴۱. طوسی، محمد بن حسن؛ *النهايه فی مجرد الفقه والفتاوى*؛ بیروت: دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ق.
۴۲. طوسی، محمد بن حسن؛ *الخلاف*؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.
۴۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*؛ قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۴۴. فاضل لنکرانی، محمد؛ *تفصیل الشریعه*؛ کتاب «الطلاق والمواریث»، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ق.
۴۵. فاضل لنکرانی، محمد؛ *ثلث رسائل*؛ قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۵ق.
۴۶. فاضل لنکرانی، محمد؛ *رساله توضیح المسائل*؛ قم: آدینه سبز، ۱۳۸۶.
۴۷. فاضل لنکرانی، محمد؛ *گنجینه آرای فقهی قضایی*؛ قم: دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی، معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۵.
۴۸. فاضل هندی، محمد بن حسن اصفهانی؛ *کشف اللثام عن قواعد الاحکام*؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۳۵ق.
۴۹. فراهیدی، خلیل بن احمد؛ *العین*؛ ج ۲، قم: منشورات دار الهجرة، ۱۴۱۰ق.

۵۰. کاتوزیان، ناصر؛ اثبات و دلیل اثبات؛ ج ۲، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۲ «الف».
۵۱. کاتوزیان، ناصر؛ اعتبار امر قضاوت شده؛ ج ۴، تهران: کانون و کلاهی دادگستری، ۱۳۷۴.
۵۲. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق خانواده؛ ج ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲ «ب».
۵۳. کاتوزیان، ناصر؛ ضمان قهری و مسئولیت مدنی؛ تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
۵۴. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۷، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۵۵. کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۵۶. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۵۷. گلپایگانی، سیدمحمد رضا؛ مجمع المسائل؛ قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ق.
۵۸. محقق حلی، جعفر بن حسن؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۵۹. مراغی، سیدمیر عبدالفتاح؛ العناوین الفقهیة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۶۰. مصطفوی، حسن؛ التحقیق فی کلمات القرآن الکریم؛ تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰.
۶۱. معاونت آموزش قوة قضاییه؛ رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه های خانواده؛ ج ۴، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.
۶۲. مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهیة؛ قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ق.
۶۳. مکارم شیرازی، ناصر؛ استفتائات جدید؛ قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۲۷ق.
۶۴. مکارم شیرازی، ناصر؛ کتاب النکاح؛ قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ق.
۶۵. منتظری، حسینعلی؛ استفتائات؛ تهران: نشر سایه، ۱۳۸۴.
۶۶. موسوی بجنوردی، سیدحسن؛ قواعد الفقهیة؛ ج ۷، قم: الهادی، ۱۴۱۹ق.
۶۷. موسوی خمینی، سیدروح الله؛ الرسائل؛ ج ۱، قم: انتشارات طباطبایی، [بی تا].
۶۸. موسوی خمینی، سیدروح الله؛ تحریر الوسیله؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.
۶۹. موسوی خمینی، سیدروح الله؛ کتاب البیع؛ ج ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.

۷۰. نائینی، محمدحسین؛ منیة الطالب؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۹۲.
۷۱. نائینی، میرزا محمدحسین؛ فوائد الاصول؛ مقرر محمدعلی کاظمینی؛ قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق.
۷۲. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام؛ ط ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۷۳. نراقی، احمد بن محمد؛ عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۷۴. وحید بهبهانی، محمدباقر؛ الفوائد الحائریه؛ قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
۷۵. قوانین
۷۶. تبصرة الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، ۱۳۸۱.
۷۷. قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، ۱۳۷۹.
۷۸. قانون تجارت، مصوب ۱۳۱۱.
۷۹. قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱.