



Interdisciplinary Legal Research

Jun 2023, 4(1): 56-70

Available online on: www.ilrjournal.ir

e-ISSN:2717-1795

ORIGINAL RESEARCH PAPER

Determining the Criteria of Hardship ('Usr wa Ḥaraj) Leading to Divorce in Light of Jurisprudential Opinions

Akram Mehraban¹, Mohammad Ali Kheirollahi^{2*},  Seyed Ebrahim Qodsi³

Received:

12 Dec 2022

Revised:

19 Feb 2023

Accepted:

17 Mar 2023

Available Online:

21 Mar 2023

Keywords:

Difficulty And
Hardship Leading
To Divorce,
Personal Hardship,
General Hardship,
Article 1130 of The
Civil Code,
Jurisprudence.

Abstract

Background and Aim: There is no doubt that the principle of 'Nafiy Usr wa Haraj' (the elimination of hardship and distress) is a principle of grace that the Merciful God has established for His servants. The foundation of establishing and legislating this principle is based on kindness and grace to the servants, so that for all the obligated individuals, the laws should not be burdensome and arduous. Whenever unbearable hardship arises from the enforcement of the initial and primary rules, this principle modifies that rule. In this regard, particularly in social and familial matters, clarifying the criterion and standard of hardship while determining the judges' ruling and precisely identifying instances of hardship hold special importance.

Materials and Methods: This research is a analytical-descriptive research.

Ethical Considerations: All ethical principles have been observed in the writing stages of this research.

Findings & Conclusion: After examining numerous jurisprudential opinions as well as the prevailing judicial practice, it has been concluded that both objective and subjective criteria, due to the corrupt consequences they entail, should be reconsidered by the legislator and, by extension, the courts. Instead, a middle-ground criterion should be adopted, meaning that not only the conventional understanding of "difficulty and hardship" ('Usr o ḥaraj) but also the opinion of the wife regarding the perception of such hardship should be considered by both the law and the courts.

1 Ph.D Student of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Babol Branch, Islamic Azad University, Babol, Iran.

2* Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Babol Branch, Islamic Azad University, Babol, Iran. (Corresponding Author)

Email: Dr.Kheirollahi@Hotmail.com Phone: +989111125032

3 Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

Please Cite This Article As: Mehraban, A; Kheirollahi, MA & Qodsi, SE (2023). "Determining the Criteria of Hardship ('Usr wa Ḥaraj) Leading to Divorce in Light of Jurisprudential Opinions". *Interdisciplinary Legal Research*, 4(1): 56-70.



This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

مقاله پژوهشی
(صفحات ۵۶-۷۰)

تعیین معیار عسرورج موجب طلاق در پرتو نظریات فقهی

اکرم مهربان^۱، محمدعلی خیرالهی^{۲*}، سید ابراهیم قدسی^۳

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد بابل، دانشگاه آزاد اسلامی، بابل، ایران.

۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد بابل، دانشگاه آزاد اسلامی، بابل، ایران. (نویسنده مسؤول)

Email: Dr.Kheirollahi@Hotmail.com

۳. دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۲۱ ویرایش: ۱۴۰۱/۱۱/۳۰ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۶ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۱

چکیده

زمینه و هدف: شکی نیست که قاعده نفی عسرورج از قواعد امتنانی است که خداوند رحمان بر بندگان جعل نموده است و اساس جعل و تشریع قاعده لطف و امتنان بر بندگان این است که برای تمام مکلفین نباید احکام حرجی و مشقت‌بار باشد و هرگاه مشقتی تحمل‌ناپذیر از اجرای احکام نخستین و اولیه به‌وجود آید، این قاعده آن حکم را تعدیل می‌نماید. در این مسیر به‌خصوص در مسائل اجتماعی و خانوادگی تبیین ضابطه و معیار عسرورج در تعیین وضعیت حکم قاضی و تعیین دقیق مصادیق عسرورج از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

مواد و روش‌ها: اطلاعات این مقاله به‌صورت کتابخانه‌ای گردآوری شده و به روش تحلیلی - توصیفی مورد بررسی قرار گرفته است.

ملاحظات اخلاقی: کلیه اصول اخلاقی حاکم در پژوهش، در نگارش این مقاله رعایت شده است.

یافته‌ها و نتیجه‌گیری: بعد از بررسی نظریات متعدد فقهی و همچنین رویه قضایی حاکم معلوم گردید که ضابطه عینی و شخصی به‌دلیل توالی فاسدی که دارند باید مورد تجدیدنظر قانون‌گذار و به‌تبع آن محاکم قرار بگیرند و ضابطه بینابین مورد پذیرش قرار بگیرد، به این معنی که نه‌تنها متعارف‌بودن عسرورج، بلکه نظر زوجه در تلقی‌کردن عسرورج نیز مد نظر قانون و محاکم قرار بگیرد.

کلمات کلیدی: عسرورج موجب طلاق، حرج شخصی، حرج نوعی، ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، فقه.

مقدمه

۱- بیان موضوع

طلاق^۱ در حقوق اسلام اصولاً مطابق روایت «الطلاق بید من أخذ بالساق»^۲ که حکم اولیه در مورد طلاق است، از اختیارات مرد است، این موضوع در قانون مدنی ایران (ماده ۱۱۳۳) نیز پذیرفته شده است، لیکن در موارد معدودی نیز زن می‌تواند درخواست طلاق بدهد، یکی از این موارد موضوع عسرورج می‌باشد که ریشه در فقه اسلامی دارد، درواقع عسرورج به‌عنوان یک حکم ثانویه دایره حکم اولیه اختیار مرد در طلاق را محدود می‌کند. «از آنجایی که در برخی موارد، پاره‌ای از قوانین اولیه به‌ویژه در امر طلاق تأمین‌کننده عدالت قضایی نیستند، این احکام ثانویه نقش مؤثر و حائز اهمیتی در پویایی فقه براساس مقتضیات زمان و مکان ایفا نموده و ظرفیت فراوانی برای تأمین حقوق خانواده اعطا می‌کند» (موسوی بجنوردی و همکاران، ۱۳۹۸: ۲). در بحث تقاضای طلاق از طرف زوجه، به‌دلیل عسرورج نمی‌توان مصادیق عسرورج را برشمرد، زیرا «عسرورج» امری مطلق بوده که مصادیق متعددی برای آن قابل تصور است و در قانون مدنی نیز مصادیقی از آن در تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بیان شده است. درواقع ظرفیت متفاوت انسان‌ها نسبی‌بودن عسرورج را توجیه می‌کند، به این نحو که بعضی از انسان‌ها با مراتبی کم از مشقت دچار حرج شده و بعضی دیگر ممکن است با تحمل مراتبی بیشتر از سختی دچار حرج نشوند. حال در زندگی زناشویی تفاوت جسمی و روانی زنان باعث می‌گردد که بعضی از زنان زندگی مشترک را غیرقابل تحمل بدانند و بعضی دیگر همان میزان سختی را قابل تحمل بدانند. حال موضوع مهم در رابطه با عسرورج این است که آیا زن صرفاً بیان‌کننده سختی و مشقت است و تشخیص مصداق عسرورج‌بودن برعهده قاضی است؟ یا می‌توان بیان معقول و منطقی زن را به‌مثابه اثبات عسرورج تلقی نمود؟

در فقه و رویه قضایی ایران در مورد اعمال ضابطه عینی عسرورج و یا ضابطه شخصی عسرورج اختلاف بسیار

است، ولی باوجود ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بیشتر ضابطه عینی مد نظر است و سعی بر این است که برای حفظ کیان خانواده و جلوگیری از فروپاشی آن متعارف‌بودن موارد عسرورج مورد نظر قضات باشد، امری که بدون تردید به‌دلیل وجود مفسده احتمال اعمال سلیقه مخالف حقوق انسانی زن و برخلاف عدالتی است که تمامی قوانین باید مبتنی بر آن باشند. از طرفی استناد به ضابطه شخصی ممکن است منجر به گسترش طلاق‌هایی که کمترین سختی و دشواری بر زوجه متحمل نشده باشد، گردد و کارکرد قوانین را به‌عنوان حافظ نظم عمومی مخدوش نمایند و تبدیل به‌وسیله‌ای شوند که زوجه بتواند در هر موردی با هر بهانه‌ای عسرورج مورد ادعا را وسیله جدایی خود قرار دهد، امری که تالی فاسد آن خصوصاً در مواردی که زوجین دارای فرزند باشند، سال‌ها باقی خواهد ماند. نکته مهمی که در نقد این دو ضابطه شناخته‌شده باید مورد بررسی قرار گیرد، این است که مواردی مانند مسائل جنسی (عدم رضایت جنسی از شوهر، رابطه جنسی غیرمتعارف، انتظارات غیرمتعارف از زوجه برای عمل جنسی و ...) از آنجا که برای برخی از زنان ایجاد حیا می‌کند که آن را مطرح نماید و درصورت مطرح‌شدن ممکن است به‌دلیل این‌که مصادیق افرادی که ممکن است چنین رفتاری در مورد آن‌ها موجب تحقق عسرورج گردد، کم باشد از جانب قضات مورد پذیرش نباشد، بنابراین ضابطه‌ای که پیشنهاد می‌شود و از طرفی تأمین‌کننده فلسفه دو ضابطه عینی و دینی هم می‌باشد، ضابطه بینابین است، ضابطه‌ای که به‌موجب آن نه‌تنها صرف متعارف‌بودن موضوع موجب عسرورج در آن منتفی است، بلکه نظر زوجه را نیز بدون بررسی نمی‌پذیرد، درواقع مطابق این ضابطه هم عدالت در حق زن رعایت می‌گردد و هم این‌که هر رفتاری نمی‌تواند عاملی برای تحقق عسرورج موجب طلاق باشد.

۲- بیان مفاهیم

عُسر در لغت به‌معنای دشوارشدن، دشواری، تنگی، سختی و تنگدستی (عمید، ۱۳۸۹: ۷۵۸؛ معین، ۱۳۸۱: ۱/۱۰۶۴)، ضیق و تنگی (راغب اصفهانی، ۱۳۸۱: ۳۳۴) و در معنای حرج تنگی، فشار، جای تنگ و ... (معین، ۱۳۸۱: ۱/۵۸۷) آمده و همچنین در معنای اصطلاحی عبارت است از هر عملی که

^۱ - Divorce

^۲ - در مورد اعتبار سندی این حدیث تردید شده است (محقق، ۱۳۹۹: ۲۱۳-۱۸۹).

۱- مبانی عسروحرج موجب طلاق

در ذیل این مبحث مبانی عسروحرج موجب طلاق مورد بررسی قرار می‌گیرد تا چرایی وضع چنین مقرره‌ای در فقه و قانون روشن گردد.

۱-۱- آزادی انسان و احترام به اختیار انسان‌ها

انسان آزاد به دنیا آمده و برای زیستن در این دنیا صرفاً ملزم به تبعیت از قوانینی است که منطبق بر قرارداد اجتماعی^۳ بر او و سایر شهروندان حاکم است و تحت هیچ‌گونه اجبار و مشقتی نباید باشد، چراکه اعتلای زندگی وی اقتضای این را دارد که هرگونه سختی و مشقت که رشد شخصی او را با مانع مواجه نماید، نفی گردد، یکی از مصادیق سختی و مشقت که بدون تردید زندگی شهروندان را تحت تأثیر قرار می‌دهد، مشقت دوران زندگی مشترک است که در آن ادامه زندگی مشترک را برای زوجه که قرار بوده است، در مسیر خوشبختی قرار دهد، با سختی و دشواری روبه‌رو کرده است، فلذا آزادی زوجه به‌عنوان یک شهروند می‌طلبد که هرگونه عسروحرج که ادامه زندگی را برای وی دشوار نماید نفی گردد و به وی این حق را بدهد که با جدایی از قید چنین زندگی مشقت‌باری آزادی ذاتی خود را بازیابد.

۱-۲- نهی از ضرر دیدن

یکی از قواعد اساسی و زیربنایی در اسلام قاعده «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» می‌باشد، این قاعده هرگونه ضررزدن به خود و دیگری را نفی می‌کند و این نفی عام‌الشمول بوده و تمامی جوانب زندگی انسان‌ها را دربر می‌گیرد؛ نفی عسروحرج نیز به این قاعده کلی بازگشت دارد، لذا مخالفت اسلام با ضرر دیدن و ضرر رساندن، ازجمله مبانی محکم برای تثبیت عسروحرج موجب طلاق می‌باشد، جایگاه قاعده لاضرر آنچنان در فقه و به تبع آن در حقوق مدنی ایران خصوصاً در بحث طلاق پررنگ است که در برخی از آراء^۴ به این قاعده به‌عنوان مستند و پشتوانه حکم استناد شده است. درواقع

انسان را در تنگنا قرار می‌دهد و انجامش سخت و دشوار باشد (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۲۸)؛ در بحث قاعده نفی حرج دو ضابطه نوعی^۱ و شخصی بودن^۲ عسروحرج مطرح است که در ذیل این مبحث مفهوم آن‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱- عسروحرج نوعی

نوعی بودن عسروحرج، اشاره به نوع فعل، قطع نظر از افراد یا اشخاص دارد. به عبارت دیگر حرج نوعی، شامل هر عملی می‌شود که برای عامه مردم در انجام دادن آن با مشقت همراه باشد، اگرچه برای بعضی از افراد حرجی نباشد، بدین ترتیب در ضابطه حرج نوعی خود فعل نوعاً حرجی و سخت است، ولی در ضابطه حرج شخصی انجام دادن عمل برای فاعل در شرایطی خاص و دشوار می‌باشد (هدایت‌نیا، ۱۳۸۳: ۲۵).

۲-۲- عسروحرج شخصی

شخصی بودن حرج به معنای انجام دادن یک کاری است که برای فرد تحت شرایطی سخت باشد، اگرچه ممکن است برای دیگران یا حتی برای همان شخص در شرایط دیگر حرجی نباشد. بنابراین «مراد از حرج شخصی حرجی است که برای خصوص ثابت است و مراد از حرج نوعی نیز حرجی است که برای نوع و غالب مردم ثابت است» (ایروانی، ۱۴۲۶: ۱۷۸/۱).

۳- روش پژوهش

روش تحقیق، در این پژوهش اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای گردآوری شده است و به روش تحلیلی - توصیفی موضوع مورد بررسی قرار گرفته است.

بحث و نظر

در این مقاله بعد از بیان مبانی عسروحرج موجب طلاق، جایگاه عسروحرج در منابع چهارگانه فقهی و نیز ضوابط عینی، شخصی و بینابین عسروحرج موجب طلاق مورد بررسی قرار گرفته است.

^۳- Social Contract

^۴- به عنوان مثال: شعبه هشتم دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۹۴/۰۲/۱۵ در دادنامه قطعی به شماره ۹۲۰۹۹۸۸۷۴۰۱۰۰۶۴۸ ضمن تأیید حکم طلاق زوجه به استناد عسروحرج، به قاعده لاضرر و لاضرار فی الاسلام استناد کرده است.

^۱- Objective Standard

^۲- Subjective Standard

عسروحرج، حتی اگر زوجه تحمل آن را بپذیرد و به اختیار آن را تحمل نماید همچنان نقض قاعده لاضرر محسوب می‌شود، لیکن زوجه در صورت تحمل عسروحرج نه تنها حق اعمال درخواست طلاق از دادگاه را دارد، بلکه مطابق قاعده لاضرر مکلف است خود را از تحمل دشواری‌ها برهاند.

۱-۳- منع رکود اجتماعی

یک قاعده عرفی در زندگی اجتماعی این است که پیشرفت و ترقی در تمامی ابعاد آن چه فردی و چه در خانواده و اجتماع صرفاً در سایه آسایش و امنیت حاصل می‌شود و در صورتی که سختی‌های ناروا بر زندگی فرد وارد شود، تحقق این پیشرفت دشوار و یا غیرممکن می‌گردد، حال در زندگی زن‌اشوبی و مشترک زن و شوهر اگر زوجه به دلایلی متحمل سختی و مشقت شود، مشقتی که عامل آن زوج باشد، در این صورت آن انتظار و میل به پیشرفت زن به‌عنوان فردی که باید پرورش‌دهنده نسل‌های آینده بشری باشد، غیرممکن می‌گردد، از طرفی بالغ‌شدن اجتماع و تحول آن نیازمند ورود زنانی است که در خانواده از آسایش کافی برخوردار بوده، در غیر این صورت جامعه از وجود این قشر از اجتماع محروم گشته و دچار رکود می‌گردد، رکودی که نه تنها به ضرر زن خانواده است، بلکه بیشترین ضرر آن به بنیان جامعه و خانواده می‌رسد، بنابراین یکی از مهم‌ترین مبانی و چرایی‌های عسروحرج موجب طلاق مسأله رکود اجتماعی و محرومیت اجتماع و خانواده از وجود زنانی است که اگر سختی و مشقت بر آنان عارض نمی‌شد، بدون تردید نقش مهمی را در راستای اعتلای جامعه ایفا می‌نمودند.

۲- جایگاه عسروحرج در اسلام

نفی حرج در آیات و روایات گاه به‌عنوان حکمت جعل احکام بیان شده و گاهی به‌عنوان عامل رفع احکام حرجی از آن یاد شده است و این بیان در آیات و روایات اطلاق دارد و شامل حرج جسمی و غیرجسمی می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۰۰)، لذا در ذیل این مبحث عسروحرج در منابع چهارگانه (قرآن، سنت، عقل، اجماع) فقه اسلامی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱- قرآن

۱- از مهم‌ترین آیاتی که به‌عنوان دلیل قاعده عسروحرج مورد استناد قرار می‌گیرد، آیه ۷۸ سوره حج است. خداوند سبحان پس از آن که در آیه ۷۷ سوره حج، مؤمنان را ملزم می‌کند که برای گشایش راه‌های فلاح و رستگاری به رکوع و سجود و پرستش پروردگارشان قیام کنند و فاعل خیر شوند، در آیه بعدی می‌فرماید: «و جاهدو فی الله حق جهاده هو اجتباکم و ما جعل علیکم فی الدین من حرج...»؛ در راه خدا جهاد بلیغ و تلاش فراوان کنید، خداوند از میان امت شما مسلمانان را برگزیده است و در احکام دین اسلام، حکمی حرجی بر شما مقرر نداشته است...»

۲- یکی دیگر از آیات مستند قاعده عسروحرج، آیه ششم سوره مائده است که متن آن بدین شرح است: «... و ان کنتم مرضی او علی سفر او جاء احد منکم من الغائط او لمستم النساء فلم تجدوا ماء فتیمموا صعيداً طیباً فامسحوا بوجوهکم و ایدیکم منه ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج و لکن یرید لیطهرکم و لیتم نعمته علیکم لعلکم تشکرون»، یعنی اگر جنب بودید، تطهیر کنید و اگر مریض یا در سفر بودید یا تقاضای حاجت کردید و یا با زنان همسر شدید و آب برای تطهیر نیافتید با خاک پاک تیمم کنید و صورت و دست‌های خود را مسح کنید، خداوند نخواست است که شما را در حرج قرار دهد، بلکه می‌خواهد شما را تطهیر کند و نعمت خود را بر شما مردم تمام سازد، شاید شما شکرگزار شوید.

۳- در آیات سوره بقره خداوند می‌فرماید: ۱- «یا ایها الذین آمنوا کُتب علیکم الصیام کما کُتب علی الذین من قبلکم لعلکم تتقون؛ ای اهل ایمان بر شما هم روزه‌داشتن فرض گردید، چنانکه امم گذشته را فرض شد و این دستور برای آن است که پاک و پرهیزکار شوید» (بقره/۱۸۳)؛ ۲- «... فمن شهد منکم الشهر فلیصمه و من کان مریضاً او علی سفر فعدة من ایام آخر یرید بکم الیسر و لا یرید بکم العسر و لتکملوا العدة و لتکبروا الله علی ما هدیکم و لعلکم تشکرون؛ چند روز معین را (باید روزه بدارید) و هرکس ناخوش یا در سفر باشد، به‌شماره آن چه روزه خورده است، از ماه‌های دیگر (روزه بدارد) که خداوند

۲-۲- روایات

۱- حدیث نبوی «بُعْتُ بِالْحَنِيفِيهِ السَّمْحَةِ السَّهْلَةِ الْبَيضَاءِ؛ مَبْعُوثٌ شَدِمَ بِهِ دِينَ حَنِيفٍ سَهْلٍ وَ آسَانَ» (فیض کاشانی، ۱۴۳۰: ۶/۶۹)؛ این حدیث که به طرق مختلف و با تغییرات جزیی روایت شده است یکی از مهم‌ترین روایات در نفی هرگونه دشواری و مشقت برای مردمی می‌باشد که تحت احکام اسلامی زیست می‌کنند و درواقع بیان‌کننده اعتقاد روشن و بدون ابهام پیامبر (ص) در راستای نفس هرگونه عسروجرعی است که در قرآن کریم نیز مورد اشاره قرار گرفته است، لذا باتوجه به اطلاق اصل شفقت و نبود دشواری در دین اسلام، این حدیث یکی از مهم‌ترین مدارک در تأیید نفی عسروجرع موجب طلاق می‌باشد.

۲- حدیث نبوی «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) فِيمَا أَوْصَى إِلَيْهِ يَا أَبَا ذَرٍّ إِنَّ اللَّهَ بُعِثَ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِالرُّهْبَانِيَةِ وَ بَعَثَ بِالْحَنِيفِيَةِ السَّهْلَةِ وَ حَبَّ إِلَى النِّسَاءِ وَ الطَّيِّبِ وَ جَعَلَ فِي الصَّلَاةِ قُرَّةَ عَيْنٍ؛ رَسُولُ خُدا (ص) در آنچه به او وصیت کرده است، می‌فرماید: ای ابوذر خداوند حضرت عیسی (ع) را با رهبانیت (وحشت) مبعوث کرد و من با حنیفه و آسان مبعوث شدم و زنان و عطر را دوست داشتم و نماز را خنکای چشمم قرار داد» (نوری، ۱۳۶۸: ۱/۴۱۹). در این روایت پیامبر (ص) دین اسلام را دین آسان‌گیری و سهل‌بودن معرفی می‌کند، سهل‌گیری که هم در احکام اسلامی است و هم در روابط بین انسان‌ها به این معنی که چون اساس دین را بر آسان‌گیری می‌داند، هرگونه عسروجرع و مشقت را نفی می‌نماید، لذا باتوجه به اطلاق این اصل اساسی می‌توان بیان داشت که عسروجرع موجب طلاق را نیز دربر می‌گیرد.

۳- حدیث نبوی «إِنَّ اللَّهَ بَعَثَنِي رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ، وَ لِأَمْحَقِ الْمَعَارِفِ وَ الْمَزَامِيرِ وَ أُمُورِ الْجَاهِلِيَةِ؛ خداوند مرا به‌عنوان رحمتی برای جهانیان برانگیخت و من سازها و نی‌ها و کارهای جاهلی را نابود (قدغن) می‌کنم» (محمّدی ری‌شهری، ۱۳۹۱: ۵۳۶/۸). بدون تردید این رحمتی که پیامبر خود را به‌عنوان آورنده آن برای جهانیان معرفی می‌کند، بر تمامی

برای شما حکم را آسان خواسته و تکلیف را مشکل نگرفته تا این‌که عدد روزه را تکمیل کرده و خدا را به عظمت یاد کنید» (بقره/۱۸۵).

براساس برخی از این آیات، خداوند در مقام جعل احکام دستورها و قوانینی را که برای نوع مردم مشقت‌بار است، جعل نکرده و درحقیقت نفی چنین حرجی حکمت تشریع قلمداد می‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲/۲۹۴)، در این مقام، ملاک جعل نکردن احکام حرجی، نوعی‌بودن آن‌هاست، بدین‌معنا که هرچند اصل ثبوت تکالیف برعهده بندگان باعث رشد و کمال آن‌ها شده و مطلوب است، خداوند احکامی را که بر نوع مردم مشقت‌بار است و از انجام آن‌ها به سختی و حرج شدید گرفتار می‌شوند، جعل نکرده است. ادله‌ای که در آن‌ها قصد نماز مسافر، برداشته‌شدن روزه او، برخی اختیارات مربوط به معاملات، اصالت صحت، عفو دایه طفل از تطهیر لباس خود، تشریع تقیه و ... بیان شده، مربوط به این مقامند. خداوند در مقام جعل احکام اولیه، اوضاع و احوال انسان‌های متعارف و متوسط که بیشتر انسان‌ها را تشکیل می‌دهند، لحاظ کرده و براساس توانایی و طاقت آن‌ها، احکام شرعی را جعل کرده است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲/۲۹۳). در عین حال خداوند در مقام امتثال مکلفان را به این نکته توجه داده که همین تکالیفی که جعل شده و برای نوع مردم حرج‌آور نیست، ممکن است انجام آن‌ها به‌سبب برخی عوامل، برای برخی افراد، سخت و مشقت‌بار باشد که در این صورت با قاعده نفی عسروجرع، چنین احکامی برداشته می‌شود.

معیار رفع تکلیف حرجی در مقام امتثال حرج شخصی است، زیرا اگر معیار قاعده نفی حرج در این مقام نیز حرج نوعی باشد، لازمه‌اش این است که درصورتی‌که نوع مردم از حکمی دچار مشکل شدید شدند، آن حکم از همه مکلفان برداشته می‌شود، حتی از کسانی که دچار حرج نشده‌اند، در مقابل اگر کسی در مورد انجام تکلیفی دچار سختی شدید شد تا این حکم برای عموم مردم مشکل‌ساز نشده و جنبه عمومی نیافته، از آن شخص نیز برداشته نمی‌شود، ولی اگر معیار رفع تکلیف در این قاعده، حرج شخصی باشد، ملاک ثبوت و رفع تکلیف، وضعیت هر شخص به‌طور جداگانه است.

۱- ترجمه برگرفته از سایت کتابخانه احادیث شیعه به آدرس ذیل می‌باشد:
<https://www.hadithlib.com/hadithtxts/view/25015492>

به دلیل وجود این مدارک (قرآن و سنت) نمی‌توان به آن متمسک شد.

۲-۴- عقل

عقل در اسلام یکی از مهم‌ترین منابع استنباط و استخراج احکام می‌باشد، به این معنی در بسیاری از موارد که در قرآن یا سنت پیامبر حکمی محقق نشده باشد، عقل انسان متعارف می‌تواند به حسن و قبح آن امر پی برده و به آن عمل یا عقلاً از آن منصرف شود. حال جایگاه عقل در استنباط احکام به دو گونه می‌باشد: ۱- مستقلات عقلی؛ ۲- غیرمستقلات عقلی.^۲ نفی هرگونه سختی و مشقت، از جمله مستقلات عقلی می‌باشد، به این معنی که عقل انسان بدون توسل به احکام دینی خود می‌تواند سختی و مشقت را رد نماید، بنابراین هر رفتاری را که موجب تحقق عسروخرج گردد، عقلاً مردود است، حال این عسروخرج چه در روابط زناشویی زن و مرد باشد یا در دیگر روابط اجتماعی موجود در جامعه، عقل آن را نفی می‌کند و به واسطه این حکم عقلی احکام عرفی و قانونی نیز اجرا می‌شوند. درواقع عقل انسان حکم می‌کند که زنی که در زندگی زناشویی با عسرورجی غیرقابل تحمل و غیرموردی مواجه می‌باشد، نه تنها نمی‌تواند کارکرد مادری و همسری خوبی در خانواده و اجتماع داشته باشد، بلکه حقوق انسانی وی چون حق احترام، حق آزادی و کرامت وی نادیده انگاشته می‌شود و عقل در چنین مواردی زن را مختار در قبول شرایط مشقت‌بار و رهایی از این شرایط با درخواست طلاق می‌داند.

۳- دلایل شخصی بودن عسروخرج زوجه

۱- دلیل این امر وجود عبارت «موجب عسروخرج زوجه» در صدر ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی است و در صدر این ماده چنین آمده است: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسروخرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه کند و تقاضای طلاق نماید.» نحوه نگارش و ظاهر صدر ماده ۱۱۳۰ و مفهوم آن

ابعاد زندگی بشر احاطه داشته و این رحمت نافی هرگونه سختی و مشقت بر بشر می‌باشد، بنابراین از این حدیث می‌توان به عنوان یکی از نمودهای بارز سنت اسلامی در نفی عسروخرج و به تبع آن ابزاری برای رهانیدن زن از سختی‌های غیرقابل تحمل از طریق طلاق بیان نمود.

۴- در روایتی از امام باقر (ع) نقل شده است که «هر شخصی متأهلی که به حال زنش رسیدگی نمی‌کند یا با لباس مناسبی او را نمی‌پوشاند و نفقه او را نمی‌پردازد، بر حاکم لازم است که آن‌ها را (به وسیله طلاق) از یکدیگر جدا کند» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۵۰۹/۲۱). این روایت به وضوح مواردی را بیان می‌نماید که دلالت بر عسروخرج دارند، رسیدگی نکردن جنبه سلبی و ترک فعلی است که زوج ممکن است نسبت به زوجه مرتکب شود و این عبارت عام است و هر ترک فعلی را که موجب شود از رفتارهای متعارف در برابر زوجه عدول کند در قلمرو عدم رسیدگی و متعاقباً تحقق عسروخرج قرار می‌گیرد، برای مثال عدم برقراری رابطه جنسی برای طولانی مدت، احترام نگذاشتن به زوجه، اهمیت ندادن به خواسته‌های مشروع زن و ... در قلمرو عدم رسیدگی قرار می‌گیرد. مورد دیگری که در این روایت موجب طلاق از جانب حاکم تلقی شده است، لباس نپوشانیدن بر زن است، این مورد بدون تردید از باب تمثیل و غلبه ذکر شده است، اما این مورد، گرچه ممکن است در دایره ترک انفاق قرار گیرد، ولی موارد ترک انفاق خود در دایره اصل عام‌تری به نام عسروخرج قرار می‌گیرند.

۲-۳- اجماع

اجماع به معنای اتفاق نظر فقها در مورد یک حکم شرعی است (نراقی، ۱۳۸۸: ۳۳۹/۱) و در فقه شیعه برای این که اجماع اعتبار داشته باشد، باید کاشف از نظر معصوم باشد، حال در مورد بعضی احکام به دلیل وجود مستندات و مدارک (قرآن و سنت) بر اعتبار یک حکم شرعی اتفاق نظر ممکن وجود داشته باشد، ولی به دلیل وجود این مدارک چنین اجماعی دارای حجیت نیست، این اجماع را اجماع مدرکی می‌نامند، حال در مورد عسروخرج نیز به دلیل مستندات فراوان در مورد حکم عسروخرج، گرچه فقها نیز بر آن تأکید کرده‌اند، اما

^۲ - «غیرمستقلات عقلی، مقابل مستقلات عقلی بوده و به قضایایی گفته می‌شود که مدرک آن‌ها عقل است و در صورت انضمام مقدمه شرعی به آن‌ها، صلاحیت استنباط حکم شرعی از آن‌ها وجود دارد» (<http://www.wiki.isca.ac.ir/wiki/index.php>).

^۱ - به نقل از سایت: <https://www.fa.wikishia.net/view/>.

که حرج، فقط شخصی باشد، نه نوعی، به عدم جریان این قاعده قائل باشیم، با عمومیت آن منافات دارد (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۲۵۰)، لذا باید این قاعده در حق هریک از اشخاص مکلفان و باتوجه به وضعیت شخصی آنان جاری دانست.

۵- مناسبت حکم و موضوع با نوعی بودن عسرو حرج منافات دارد (حکیم طباطبایی، ۱۴۱۸: ۶۰۸/۲)، با این توضیح که بی گمان قاعده نفی عسرو حرج، برداشتن احکام سخت و مشقت بار است. باوجود چنین ملاک و معیاری، چندان موجه نیست که تکلیفی که بر من سخت نیست، برداشته شود، هرچند برای نوع مردم حرجی باشد یا مشقت‌بار بودن تکلیفی برای من به علت نوعی بودن مشقت، همچنان برعهده من باقی بماند (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۲۵۰).

۶- مقصود از عناوینی که در شریعت ذکر شده‌اند، مانند عنوان ضرر و استطاعت، ظهور در عنوان‌های شخصی دارند نه نوعی، زیرا خطابات شرعیه به تک‌تک افراد مکلفان منحل شده تکالیف شرعیه به اشخاص مکلفان تعلق می‌گیرد. حال اگر معیار رفع تکلیف، حرج نوعی باشد، اختلاف در متعلق تکلیف رخ داده و صحیح نیست، به بیان دیگر رفع حکم شرعی به همان کیفیتی است که تعلق حکم شرعی بدان‌گونه است. باتوجه به این که تعلق حکم شرعی به شخص مکلف تعلق می‌گیرد، رفع آن نیز به شخص مکلف مربوط است.

۷- با دقت در روایات گذشته که مبانی قاعده نفی عسرو حرج قلمداد شد و در مقام تطبیق این قاعده بر موردی خاص هستند، روشن می‌شود که حرج مورد سؤال که به استناد «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» نفی شده است، از حرج‌های شخصی است، مانند رفع حکم وصف و تجویز تیمم بر جبیره، نفی حکم جهاد از سالمندان و بیماران، زیرا در اغلب روایات حرجی که نفی شده است، از حرج‌های شخصی است، با این حال در آن میان مواردی نیز وجود دارد که به موجب آن احکام حرجی ناظر به نوع مردم مورد نفی قرار گرفته و عسرو حرج و مشقت مردم به عنوان حکمت تشریع حکم مطرح شده است که در مورد اخیر عسرو حرج به اصطلاح از مقوله حکمت محسوب می‌شود، چون دلیل لاجرج بر ادله دیگر حکومت

بیانگر این معناست که قانون‌گذار در درجه نخست به توجه خاصی داشته است، چراکه ممکن است عوامل به وجود آورنده سختی و مشقت نسبت به یک شخص خاص سبب اختلال در دوام زندگی شود، درحالی که نسبت به فرد دیگر فاقد این ویژگی باشد و این نشان‌دهنده شخصی بودن عسرو حرج می‌باشد.

۲- همچنین به دلیل این که ادعای سختی و مشقت از جانب زن صورت می‌گیرد، بار اثبات آن نیز بر دوش خود اوست و باید آن را در دادگاه با دلایل مختلف اثبات دعوی، ثابت نماید.

۳- عسرو حرج به این معنا است که ادامه زندگی غیرممکن باشد، بلکه به استناد نص صریح صدر تبصره الحاقی، وضعیت سخت و مشکل، احراز عسرو حرج است. سختی زندگی برای زوجه ملاک تحقق عسرو حرج است نه لزوماً زوجین، احراز عسرو حرج باید از سوی دادگاه صالح صورت گیرد و به موجب حکم قطعی و یا گواهی عدم امکان سازش زمینه طلاق فراهم شود (ارجمند دانش، ۱۳۸۴: ۲۵۰).

۴- شکی نیست که قاعده نفی عسرو حرج از قواعد امتنایی است و باتوجه به ضمیر «کم» در آیه «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» این امتنان یا به دلالت مطابقی و یا با أخذ به ملاک احکام، شامل اشخاص مکلفان می‌شود (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۹۷). در مورد این که آیا حرج نوعی است یا شخصی نگاشته است: بدون هیچ شک و اشکالی مراد از حرجی که رافع تکلیف است، حرج شخصی است، چراکه تکلیف شخصی و خطابات شرعیه به سوی خطابات شخصیه نسبت به هریک از اشخاص انحلال پیدا می‌کند، درنتیجه تکلیف به تک‌تک اشخاص از مکلفین تعلق می‌گیرد زمانی که ملاک حرج نوعی در نظر گرفته شود، به خاطر اختلاف در متعلق نمی‌تواند رافع تکلیف شخصی باشد، زیرا «ما رفع بالحرَج: آن چه که به واسطه حرج برداشته می‌شود» به عنوان متعلق تکلیف در نظر گرفته نمی‌شود و «ما تعقل به التکلیف: آن چه که تکلیف به آن تعلق گرفته است» به واسطه حرج برداشته نمی‌شود، لذا چاره‌ای نیست که حرج شخصی باشد. بنابراین اگر در فرض

نسبت به اشخاصی که برای آنان حرجی نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۳۹۰). مطابق این نظریه حرج از قبیل حکم است نه علت آن (بجنوردی، ۱۳۸۹: ۲۱۲). توجه به این نکته لازم است وقتی که ملاک حرج شخصی باشد (نه نوعی) به این معنا است که مکلف با کوچک‌ترین بهانه‌ای ادعا کند که انجام‌دادن این تکلیف برای من مشقت دارد، اما چنان‌که در بحث مفهومی که گذشت، فقها ملاک رفع تکلیف اولیه را باوجود شخصی‌دانستن حرج، حرج فاحش یا حرج شدید دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۳۷۹: ۲۸/۳).

۵- معیار عسروخرج در قانون مدنی

ذکر برخی مصادیق عسروخرج در قانون مدنی به‌معنای حرج نوعی می‌باشد. به‌عنوان مثال اعتیاد زوج برای نوع زنان ایجاد عسروخرج می‌کند، اما مصادیق دیگر ممکن است فقط برای بعضی از زنان ایجاد عسروخرج نماید. به همین جهت مجلس شورای اسلامی درصدد برآمد تا مواردی که گمان می‌رود حرج آن نوعی باشد، به‌عنوان مصادیق عسروخرج در متن قانون ذکر کند، لذا شورای نگهبان با مصوبه مجلس مخالفت نمود و دلیل مخالفت خود را چنین بیان داشت: عناوین مذکور در طرح، خود به خود مساوی عسروخرج نیست.

درحقیقت شورای نگهبان مصادیق عنوان‌شده را مصادیق نوعی حرج در هر زمان و مکان و قابل تطبیق نسبه به همه افراد ندانسته است. از نظر شورای نگهبان، همراه‌شدن بعضی از این مصادیق با شرایط دیگر که مربوط به زوجه می‌باشد، موجب تحقیق حرج خواهد شد. با تصویب مجدد این طرح در مجلس و ارجاع آن به مجمع تشخیص مصلحت نظام مجمع، پنج مورد را به‌عنوان مصادیق عسروخرج پذیرفت، البته در پایان یادآور شد که موارد مندرج در این ماده، مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسروخرج در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید، یعنی در غیرمورد مذکور، در سایر موارد باید به ضابطه حرج شخصی عمل شود، به‌عنوان مثال درصورت احراز اعتیاد زوج (بند دوم مندرج در قانون مدنی) دادگاه با درخواست طلاق زوجه موافقت خواهد کرد، اما پس از احراز عقیم‌بودن زوج، دادگاه باید بررسی کند

دارد. بدیهی است جایی برای پذیرش حرج نوعی باقی نمی‌ماند، زیرا معنی حکومت از یک‌سو رفع حکمی است که موجب حرج باشد و از سویی دیگر بقای احکامی است که مقتضی حرج نباشد و این همان معنی شخصی‌بودن حرج است (سجادی امین، ۱۳۹۴: ۳۳).

۸- دلیل دیگر این است که همه عنوان‌های آمده در زبان ادله در مصادیق شخصی گنجانده شده است و اراده ضرر و حرج نوعی احتیاج به قرینه‌ای دارد که در مقام مفقود است (ابروانی، ۱۴۲۶: ۱۷۹/۱). در این زمینه نگاشته است که متبادر و آنچه که از لسان ادله فهمیده می‌شود، حرج شخصی است و حمل حرج بر حرج نوعی احتیاج به قرینه دارد. چنانچه مقتضی تمامی قضایای حقیقیه مد نظر قراردادن شخصی‌بودن حرج است و نوعی قراردادن آن نیازمند به قرینه می‌باشد (حکیم طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۶۷/۲). افزون‌براین، اساس جعل و تشریع قاعده «لطف و امتنان» بر بندگان است، پس باید برای تمام مکلفین لطف و امتنان باشد، اگر معیار را نوعی بدانیم با تکالیفی روبه‌رو می‌شویم که برای برخی از افراد دشوارند، ولی چون برای نوع افراد حرجی نیست او باید آن تکالیف حرجی را به‌جا آورد (فاضل مهر، ۱۳۹۶: ۱۲).

۴- دلایل نوعی‌بودن عسروخرج زوجه

آنچه برای قاضی باید در تشخیص عسروخرج مهم باشد، رجوع به وجدان در رجوع به عرف و نصب‌العین قراردادن شئون زن و قراردادن شأنیت زن به‌عنوان معیار و ملاک عسروخرج می‌باشد که در این راستا حکم قاعده انصاف و منطق درونی پیش از پیش پررنگ خواهد بود. برای مثال ممکن است برای زنی یک فعل زوج سوءرفتار تلقی شود، ولی باتوجه به این‌که زن دیگری با رسوم دیگر در عرف دیگر زندگی می‌کند و در وضعیت فرهنگی و اقتصادی اجتماعی متفاوتی است، دادگاه همان عمل را سوءرفتار (بدین معنی که موجبات موجه برای این‌که زن را در عسروخرج بدانیم) تلقی نکند، پس شفقت و سختی باید در عالم ثبوت برای زوجه مدعی محقق شده باشد و حالات روانی و روحی وی نیز با مساعدت و کسب نظر کارشناسان و مددکاران اجتماعی لحاظ شود، زیرا عسروخرج نوعی موجب رفع حکم است، حتی

که آیا عقیم‌بودن زوج برای زوجه ایجاد عسروخرج شخصی کرده است یا نه؟ (هدایت‌نما، ۱۳۸۸: ۳۱).

۶- نظرات فقها و حقوق‌دانان درخصوص ملاک تعیین عسروخرج

۱- بسیاری از فقها عسروخرج نفی‌شده در روایات را از نوع خرج شخصی می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۹: ۵۲؛ محقق داماد، ۱۳۸۱: ۳۲). مستفاد از اطلاق سخنان فقهای متقدم همچون (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۵۸/۱-۱۵۴/۲؛ ۳۴۲/۲) و سخنان فقهای متأخر همچون (محقق حلی، ۱۴۰۷: ۳۶۵/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۲: ۹/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۳۷/۱؛ مکی عاملی، بی‌تا: ۱۲۳/۱) و صریح سخنان تعداد کثیری از فقهای معاصر (حکیم طباطبایی، ۱۴۱۸: ۶۰۷/۲؛ ایروانی، ۱۴۲۶: ۱۷۸/۳؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۱۶۶؛ محمودی، ۱۴۲۹: ۲۶۳/۱؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۹۷). این است که عسروخرج نفی‌شده در روایات از نوع عسروخرج شخصی می‌باشد، البته به‌نظر مشهور فقها معیار و ملاک را تحقق خرج شخصی دانسته‌اند، به‌طوری‌که بنابر ادعای فقهای همچون آشتیانی، نراقی، مکارم شیرازی که دلایل آن‌ها در بخش شخصی‌بودن عسروخرج به تفصیل بیان شده است (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۱۴۷؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۵۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۵۹/۱؛ حکیم طباطبایی، ۱۴۱۸: ۶۰۸/۲-۶۰۷) می‌فرمایند: «مفاد اولیه بنابر تحقیق، رفع خرج شخصی است نه خرج نوعی و این همان چیزی است که مناسبت بین حکم و موضوع آن را اقتضا می‌کند. مقتضای همه تقاضای حقیقه ملاک قراردادن خرج شخصی است و نوعی بودن آن نیازمند به قرینه است» (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۱۶۷).

مستفاد از قول متقدمین همچون (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۵۴/۱-۱۵۴/۲) و متأخرین (محقق حلی، ۱۴۰۷: ۳۶۵/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۲: ۹/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۳۷/۱؛ مکی عاملی، بی‌تا: ۲۴۵/۱؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۷: ۲۵/۱؛ مکی عاملی، بی‌تا: ۲۵) و بسیاری از فقهای معاصر معتقدند ملاک‌بودن عسروخرج شخصی است.

۲- تعدادی از فقها نیز عسروخرج نفی‌شده را از نوع عسروخرج نوعی می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۹: ۲۵)، قائلین به

نوعی‌بودن خرج، به برخی آیات استناد کرده‌اند که در آن‌ها حکم خرجی به‌طور کلی برداشته شده و مشروط به تحقق عسروخرج برای تک‌تک اشخاص نشده است. برای نمونه خداوند حکم روزه را از بیمار و مسافر برداشته و علت رفع حکم را عدم جعل احکام خرجی از سوی خداوند دانسته است (بقره/۱۸۵). بنابراین، هرچند بیمار یا مسافر، روزه‌گرفتن خرج نداشته باشد، حکم وجوب آن برداشته شده است (سجادی، ۱۳۹۴: ۲۵). مکارم شیرازی در این خصوص می‌فرماید: «نیازمند قرینه‌ای است که در لسان ادله موجود نیست و روایاتی هم که ناظر به رفع خرج از نوع مردم است از مقوله حکمت حکم محسوب می‌شود» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۰: ۲۵/۱؛ نراقی، ۱۴۰۸: ۲۵).

۳- حقوق‌دانان معتقدند معیار تمیز عسروخرج هر دو جنبه نوعی و شخصی را داراست «عسروخرج یا ضرری که برای جلوگیری از آن حکم به طلاق داده می‌شود، از طرفی جنبه نوعی دارد، زیرا باید در نظر ادله زندگی طاقت‌فرسا باشد، چراکه نازک‌دلی که به اندک ناملایم دامن صبر می‌درد، نمی‌تواند به بهانه‌های نامتعارف از شوهر درخواست طلاق نماید»، اما چون در هر دعوی وضع خاص زن و شوهر و شرایط زندگی زناشویی آنان مطرح می‌شود، باید عسروخرج، انسانی متعارف در آن شرایط خاص معیار قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۵۴)، بدین ترتیب باید پذیرفت که معیار تمیز عسروخرج هر دو چهره نوعی و شخصی را دارد، نوعی است از این‌جهت که انسانی متعارف، طاقت او مورد نظر قرار می‌گیرد. شخصی است از این‌جهت که وضع «انسان متعارف» در شرایط ویژه زن معیار است نه به‌طور نوعی، مثلاً در طلاق به‌موجب عسروخرج، لحاظ شخصی آن از این نظر است که در هر ادعایی، وضع خاص زن و شوهر و اوضاع زندگی زناشویی آنان در نظر گرفته می‌شود و لحاظ جهت نوعی آن، از این نظر که زوجه، انسانی متعارف است و طاقت او مورد نظر قرار می‌گیرد. ضابطه تشخیص عسروخرج، اگرچه معیار شخصی است و باتوجه به وضعیت مادی روحی - روانی و شخصیت زوجه احراز می‌گردد، اما این مانع از آن نیست که در شرایط تنگی و مشقت به عرف مراجعه ننماییم، پس ملاک عسروخرج هم شخصی است و هم نوعی. شخصی‌بودن آن به

نوعی انگاری خود سرآغازی برای اختلافات و کج‌فهمی‌های بعدی است.

۷- معیار بینابین عسرورج

در لسان علمای اسلام در مورد معیار تعیین‌کننده عسرورج همان‌گونه که در مباحث قبلی مورد بحث قرار گرفت، دو معیار عسرورج عینی و عسرورج شخصی مورد نظر بوده است، در رویه قضایی بنابه دلایلی چون حفظ کیان خانواده و پیشگیری از فروپاشی آن معیار عینی بیشتر مورد نظر بوده و در آرای مختلفی مورد تأیید قرار گرفته است، ولی بنابه دلایلی نقد جدی بر این دو معیار وارد است: نقدی که بر معیار نوعی وارد است، این است که راه را برای اعمال سلاقی قضات دادگستری^۱ در تطبیق مورد بر موارد عسرورج باز می‌کند و این عین بی‌عدالتی است و مخالف فلسفه ذاتی قوانین، یعنی برابری و ایجاد آرامش برای شهروندان است. درواقع قابل تفسیربودن متن قانون موجب می‌شود که افراد مختلفی با پس‌زمینه فکری و ایدئولوژی‌های مختلف برداشت‌های مختلفی از آن داشته باشند و این برداشت‌ها خصوصاً در مورد مباحث مربوط به حقوق خانواده نه‌تنها موجب می‌گردد زوجه به حقوق خود نرسد، بلکه کیان خانواده را که بر مبنای تفاسیر سلیقه‌ای به ظاهر حفظ گردیده را مضمحل می‌کند. از طرفی نقدی که بر معیار شخصی عسرورج وارد است، این است که زوجه ممکن است به بهانه‌های مختلف و بدون آن‌که عسرورجی بر وی وارد شده باشد، درخواست طلاق بدهد امری که نه‌تنها به سرخه‌گرفتن قانون و دست‌گاره قضایی می‌باشد، بلکه توالی فاسدی چون نامعلوم‌بودن وضعیت فرزندان زیادی در جامعه (در فرضی که زوجین صاحب فرزند باشند)

مناسبت تنگ‌شدن عرصه بر فرد است که به مناسبت تحمل و بنیه و طاقت او و آستانه وقوع اختلاف فرق می‌کند و از آن نظر نوعی است که عموماً نمونه عنوان‌شده از طریق دادگاه و به یاری کارشناس و اهل خبره قابل تشخیص و سنجش است. بنابراین باید به هر دو معیار توجه داشت، اگرچه که جنبه شخصی آن ترجیح دارد. «تشخیص درجه‌ای که زن نمی‌تواند زندگانی زناشویی را ادامه دهد به‌نظر عرف می‌باشد که در هر مورد با در نظرگرفتن وضعیت روحی اخلاقی اجتماعی زوجین و همچنین وضعیت محیط از حیث زمان و مکان آن را تعیین می‌نماید» (امامی، ۱۳۷۵: ۲۹).

هرچند پذیرفتن هریک از این دیدگاه‌ها نقاط ضعف و قوتی دارد و باتوجه این‌که به عدالت مطلق نمی‌انجامد، اما کفه نقاط قوت آن سنگینی می‌نماید. با این اوصاف مسأله قابل تأمل در این است که مصادیق تضمین شده که عموماً شرط ضمن عقد در سند رسمی نکاح نیز انعکاس یافته‌اند و زوجه با اثبات آن‌ها قادر به مطلقه‌ساختن خویش خواهد بود، تنها به‌دلیل بعد حمایتی از زوجه و مفروض‌بودن مشقت نهفته در آن‌ها مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته‌اند تا صرف اثبات این امور، زوجه را از اثبات جداگانه عسرورج بی‌نیاز سازد و طبیعی است که این مصادیق نیز باید با معیار گزیده‌شده غربال گردند، هرچند با تدقیق در مستندات قاعده عسرورج به‌نظر می‌رسد پذیرش معیار شخصی درخصوص احراز عسرورج از وجاهت بیشتری برخوردار است، لیکن تردید نیست که چنین معیاری به‌جهت عدم برخورداری از صراحت و قطعیت لازم می‌تواند به‌جای حل‌وفصل مسائل سرآغازی برای بسیاری از اختلافات به‌شمار آید (ارجمندی دانش، ۱۳۸۴: ۲۸-۲۹).

باتوجه به این‌که تعیین دقیق مصادیق عسرورج امری ناممکن بوده و اصولاً تعیین حصری مصادیق آن به جمود این قاعده منتهی می‌گردد، شاید بهتر باشد که با نگاهی تلفیقی به تعیین معیار عسرورج پرداخته شود، بی‌شک مصادیق بیان شده در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی این قاعده را در چهارچوب خود زنجیر نمی‌کند و قانون‌گذار تنها به‌دلیل مفروض‌بودن مشقت آرا را کم می‌کند، دریغ از این‌که همین

۱- ازجمله مواردی که می‌توان اعمال سلیقه را در آرای دادگاه ملاحظه کرد، موارد زیر می‌باشند:

رای شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور، به شماره دادنامه قطعی ۳۰۰۶۹۰/۲۷۳۵۳۰۹۹۸۹۳ مورخه ۱۳۹۵/۰۵/۱۲ که یک فقره محکومیت زوج به پرداخت دیه به‌جهت ضرب و جرح نسبت به زوجه و همچنین توهین و تهدید نسبت به خانواده زوجه را از مصادیق عسرورج ندانسته (https://www.ara.jri.ac.ir/Judge/Text/29946)؛ در مقابل رای شعبه ۸ دیوان عالی کشور (شماره دادنامه: ۳۸۱۰۰۶۸۰۹۰۶۹۷۰۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۱) حکایت از تأیید رای دادگاه تجدید نظر مبنی بر تحقق عسرورج و حکم به طلاق به‌دلیل یک فقره ضرب و جرح عمدی موجب دیه زوجه از جانب زوج دارد (https://www.ara.jri.ac.ir/Judge/Text/22301).

در حقوق اسلامی براساس قاعده «الطلاق ید من أخذ بالساق» طلاق از اختیارات مرد است و این قاعده در مقام حکم اولیه در مورد طلاق می‌باشد، لیکن در مواردی قائل به اختیار زن برای درخواست طلاق از جانب حاکم شده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها عسرورج می‌باشد، امری که به‌عنوان یک حکم ثانویه دایره قاعده عام اختیار زوج در طلاق را محدود می‌نماید، گرچه عسرورج مورد پذیرش تمام فقها قرار گرفته است، لیکن اولین فقهی که عسرورج را موجب طلاق دانستند سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی بوده است (حبیبی و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۹۲؛ زنجانی و شریفی، ۱۳۹۴: ۱۱۱)، امام خمینی نیز از جمله فقهای متأخر هستند که عسرورج را موجبی برای طلاق زوج توسط حاکم دانسته‌اند (حبیبی و همکاران، ۱۴۰۱: ۲۰۷).

در فقه اسلام و مطابق منابع چهارگانه فقهی عسرورج به رسمیت شناخته شده است و این مقبولیت عسرورج مبتنی بر میانی چون احترام به آزادی انسان‌ها و جلوگیری از متضرر شدن آن‌ها و رکود اجتماعی می‌باشد، با بررسی نظرات فقهی فقهای متأخر و متقدم معلوم گردید که دو ضابطه شناخته‌شده عینی و شخصی عسرورج دارای موافقین و مخالفینی می‌باشند و هر کدام ادله‌ای را برای به کرسی نشاندن دیدگاه خود بیان نموده‌اند، همچنین در قانون مدنی قانون‌گذار در ماده ۱۱۳۰ و تبصره آن هر دو دیدگاه را مورد قبول قرار داده است، گرچه بیشتر به ضابطه عینی تمایل داشته است و شاید این حساسیت قانون‌گذار نشأت گرفته از نظر فقهایی بوده است که در زمان اصلاحات قانون مدنی بعد از انقلاب بر حفظ کیان خانواده، حتی در صورت نادیده گرفتن حقوق زنان تأکید داشته‌اند. با این حال مضرات این دو دیدگاه بر هیچ کسی پوشیده نیست، چراکه پذیرش ضابطه عینی موجب می‌شود که اعمال سلیقه از جانب قضات در تشخیص موارد عسرورج موجب نادیده‌انگاری حقوق زنان و خدشه به عدالت قضایی گردد و صرفاً با دلیلی مبهم، چون حفظ کیان خانواده و جلوگیری از فروپاشی آن در پی تأکید و تفسیر حداکثری از ضابطه عینی در مورد عسرورج موجب طلاق باشند. از طرفی تأکید بر ضابطه شخصی این خطر را دارد که زنان به هر بهانه‌ای، حتی نامعقول و غیرمنطقی در پی جدایی

خواهد داشت. بنابراین معیاری که قابل طرح است، این است که بینابین این دو نظر شخصی‌بودن و عینی‌بودن مد نظر قرار گیرد، به این نحو که هم متعارف‌بودن عسرورج مد نظر قرار گیرد و هم نظر شخص زوج، چراکه در بعضی امور مانند امور جنسی^۱ «دشواری اقامه دلیل برای اثبات حرج توسط زن، شرایط روانی زنان، حیا در اعلام نیاز جنسی خود، احراز آن را دشوار می‌نماید» (نظری توکلی و بهرامی، ۱۴۰۰: ۷۳). درواقع چنین امری ممکن است باوجود این که ذاتاً عسرورج تلقی می‌شوند و از شخصی به شخصی دیگر متفاوت است و شدت و ضعف دارد، از جانب بعضی از زنان یا بیان نشود یا در صورت بیان مقام قضایی به آن توجهی نکند، لذا بسیاری از امور من جمله مسائل جنسی باید به‌عنوان مواردی که ممکن است عامل متعارفی برای درخواست طلاق نباشد، در قوانین مورد اشاره قرار بگیرند تا در موارد مطروحه قضات با ارجاع موضوع به کارشناسی (روان‌شناس) صحت‌سنجی نموده و به صرف این که فلان درخواست زن امری متعارف نیست، درخواست وی را رد ننمایند. بنابراین با پذیرش این معیار نه تنها زوج مجبور نیست که عسرورج خود را ثابت نماید، بلکه دادگاه برای أخذ تصمیمی منطبق بر موازین عدل و انصاف موضوع را برای تصمیم‌گیری به کارشناسان مورد وثوق ارجاع می‌دهد.

نتیجه‌گیری

^۱ - برای مطالعه بیشتر در مورد عسرورج ناشی از امور جنسی مراجعه شود به: (نظری توکلی و بهرامی، ۱۴۰۰: ۸۰-۶۳).

^۲ - مثلاً در یکی از آرای دادگاه تجدید نظر استان تهران به شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۴۲۱ مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۲۴ بیان داشته است که صرف رابطه نامشروع به‌تنهایی مؤثر در مقام احراز سوءرفتار زوج نسبت به زوجه نیست و موجب تحقق عسرورج نیست (<https://www.ara.jri.ac.ir/Judge/Text/29104>). این درحالی است که جایگاه اجتماعی و خانوادگی افراد متفاوت است و زنی که چنین عاملی را به اطلاع محکمه می‌رساند تا طلاق بگیرد قطعاً با شخصی که ممکن است بارها این رفتار را دیده و تجربه کرده، ولی در پی طلاق نبوده است با هم برابر نیستند، از طرفی احساسات عاطفی متفاوت انسان‌ها می‌طلبد که در چنین مواردی نظریه بینابین پذیرفته شود، تا هم به غیرمتعارف‌بودن رفتار موجب درخواست طلاق توجه شود و هم به نظر شخصی که این رفتار را موجب عسرورج خود دانسته است. از طرفی برای پذیرش نظریه عینی که بیشتر مد نظر قانون و رویه قضایی است، در چنین مواردی متعارف چیست و انسان متعارف کیست؟!

- امامی، سیدحسین (۱۳۷۵). *حقوق مدنی*. جلد پنجم، تهران: انتشارات الاسلامیه.

- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۹). *فرائد الاصول*. جلد اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

- ایروانی، باقر (۱۴۲۶). *دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه*. جلد اول و سوم، قم: دارالفقه للطباعة و النشر.

- بجنوردی، میرزاحسن (۱۳۸۹). *قواعد الفقیهیه*. جلد اول، نجف: بی‌نا.

- حر عاملی (۱۴۰۹). *وسایل الشیعه*. جلد بیست‌ویکم، قم: مؤسسه آل‌البتیت الاحیاء التراث.

- حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح (۱۴۱۷). *العناوین الفقهیه*. جلد دوم، قم: انتشارات جامعه مدرسین.

- حکیم طباطبایی، سیدمحمدتقی (۱۴۱۸). *القرعه و الاجتهاد و التقليد الاصول العامه*. جلد دوم، قم: مجمع جهانی اهل بیت (ع).

- راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین (۱۳۸۱). *المفردات فی غریب القرآن*. قاهره: مکتبه و مطبعه مصطفى البالی الحلبی.

- زنجانی، جمال‌الدین و شریفی، محمودمصطفی (۱۳۹۴). «موارد طلاق زوجه توسط حاکم در فقه و قوانین مدنی». *پژوهشنامه میان‌رشته‌ای فقهی (پژوهشنامه فقهی سابق)*، ۴(۱): ۹۱-۱۱۵.

- سجادی امین، مهدی (۱۳۹۴). «تبیین مبانی فقهی مؤثر در تطبیق قاعده نفی عسرورج بر مسائل فقهی خانواده». *فصلنامه مطالعات جنسیت و خانواده*، ۳(۲): ۳۳-۶۱.

- شیخ طوسی، محمد (۱۴۰۷). *الخلافا*. جلد اول و دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۲۳). *انوارالبهیة فی القواعد الفقهیه*. قم: انتشارات محلاتی.

باشند، امری که توالی فاسدی چون افزایش کودکان طلاق، به سُخره‌گرفتن نظام قضایی را به‌دنبال خواهد داشت، لذا پیشنهاد می‌شود ضابطه بینابین مورد توجه قانون‌گذار و به‌تبع آن محاکم قرار گیرد تا هم حقوق زن تأمین شود و عدالت برقرار گردد و هم این‌که به هر بهانه‌ای زن نتواند با درخواست طلاق مبتنی بر عسرورج توالی فاسد مذکور فوق‌الذکر را به‌وجود آورد. درواقع در بعضی مسائل مانند مسائل جنسی دوران زناشویی متعارف‌بودن بعضی رفتارها قابل اثبات نیست و دادگاه‌ها نمی‌توانند حکم به عسرورج دهند، در چنین مواردی باید هم نظرات زوجه مورد توجه قرار گیرد و هم این نظر توسط کارشناسان (روان‌شناسان) مورد بررسی و صحت‌سنجی قرار گیرد.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

تعارض منافع: در این مقاله هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

سهم نویسندگان: نگارش مقاله مشترکاً توسط نویسندگان صورت گرفته است.

تشکر و قدردانی: از کلیه کسانی که در معرفی منابع و تهیه این مقاله ما را یاری رساندند، تشکر و قدردانی می‌نماییم.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش فاقد تأمین‌کننده مالی بوده است.

منابع و مأخذ

الف. منابع فارسی و عربی

- قرآن کریم.

- ارجمند دانش، جعفر (۱۳۸۴). *بررسی قاعده عسرورج*. تهران: انتشارات بهنامی.

- آشتیانی، میرزاحمدحسن (۱۴۲۵). *القضاء*. جلد اول، قم: انتشارات زهیر، کنگره علامه آشتیانی.

- علامه حلی، حسن (۱۳۷۹). *منتهی‌المطلب فی تحقیق المذهب*. جلد سوم، مشهد: آستان قدس رضوی، بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
- علامه حلی، حسن (۱۴۱۲). *منتهی‌المطلب فی تحقیق المذهب مجمع‌البعوت الاسلامیه*. جلد پنجم، مشهد: آستان قدس رضوی، بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
- علامه حلی، حسن (۱۴۱۳). *مختلف‌الشیعه فی احکام الشریعه*. جلد اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عمید، حسن (۱۳۸۹). *فرهنگ فارسی*. تهران: نشر راه رشد.
- فاضل مهر، علی (۱۳۹۶). *قاعده نفی عسرو حرج از منظر فقه و قانون*. شیراز: کنفرانس ملی تحقیقات علمی جهان در مدیریت، حسابداری حقوق و علوم اجتماعی.
- فقیه حبیبی، صدیقه؛ طباطبایی لطفی، عصمت‌السادات و عسگری، علیرضا (۱۴۰۱). «قلمرو الزام زوج بر طلاق در فقه مذاهب اسلامی». *مجله فقه*، ۲۹ (۱۱۲): ۱۸۵-۲۱۴.
- فیض کاشانی، محمد (۱۴۳۰). *الوافی*. جلد ششم، اصفهان: نشر عطر عترت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). *حقوق مدنی خانواده، نکاح و طلاق، روابط زن و شوهر*. جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق حلی، نجم‌الدین جعفر (۱۴۰۷). *المعتبر فی شرح المختصر*. جلد اول، قم: مؤسسه سیدالشهدا (ع).
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۱). *قواعد فقه، بخش مدنی*. تهران: انتشارات سمت.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۵). *قواعد فقه، بخش مدنی*. تهران: انتشارات سمت.
- محمدی ری‌شهری، شیخ محمد (۱۳۹۱). *میزان‌الحکمه*. جلد هشتم، قم: مؤسسه دارالحدیث العلمیه.
- محمودی، محمدرضا (۱۴۲۹). *مناسک عمره مفرده*. جلد اول، قم: نشر مشعر.
- مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱). *مائه قاعه فقهیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- معین، محمد (۱۳۸۱). *فرهنگ فارسی*. جلد اول، تهران: نشر آدنا (کتاب راه نو).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۹). *القواعد الفقهیه*. قم: علی ابن ابیطالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۰). *القواعد الفقهیه*. جلد اول، قم: علی ابن ابیطالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱). *القواعد الفقهیه*. جلد اول، قم: علی ابن ابیطالب (ع).
- مکی عاملی، محمد (بی‌تا). *القواعد و الفوائد*. قم: کتابفروشی مفید.
- مکی عاملی، محمد (بی‌تا). *رسائل*. قم: بوستان کتاب قم.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ مقدم‌فر، عطیه و عربیان، اصغر (۱۳۹۸). «بررسی عدم حصر مصادیق فقهی حرج زوجه در طلاق حرجی با رویکردی بر نظرات امام خمینی (س)». *پژوهشنامه متین*، ۲۱ (۸۲): ۱-۱۹.
- نراقی، ملااحمد (۱۴۰۸). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*. قم: نشر مکتبه البصیرتی.
- نراقی، ملااحمد (۱۴۱۷). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- نراقی، مهدی (۱۳۸۸). *انیس‌المجتهدین*. جلد اول، قم: نشر بوستان کتاب قم.

- نظری توکلی، سعید و بهرامی، لیلا (۱۴۰۰). «شمول‌پذیری «قاعده نفی حرج» نسبت به حرج جنسی و تأثیر آن بر درخواست طلاق قضایی». *خانواده‌پژوهی*، ۱۷(۱): ۸۰-۶۳.

- نوری، حسین (۱۳۶۸). *مستدرک الوسائل*. جلد اول، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).

- هدایت‌نیا، فرج‌اله (۱۳۸۳). «ارزیابی قوانین خانواده». *فصلنامه مطالعات راهبردی زنان*، ۷(۲۶): ۴۵-۱۱.

محقق، مریم‌السادات (۱۳۹۹). «بازپژوهی و اعتبارسنجی روایت «الطلاق بید من اخذ بالساق»». *مجله حقوقی د/دگستری*، ۸۵(۱۱۵): ۲۱۳-۱۸۹.

ب. منابع اینترنتی

- <https://www.ara.jri.ac.ir/Judge/Text/22301>.

- <https://www.ara.jri.ac.ir/Judge/Text/29104>.

- <https://www.ara.jri.ac.ir/Judge/Text/29946>.

- <https://www.hadithlib.com/hadithtxts/view/25015492>.

- <https://www.wiki.isca.ac.ir/wiki/index.php>.