

## بررسی اعمال قاعده عسر و حرج در طلاق

دکتر میترا حسینیان\*

چکیده:

طلاق از جمله مسائل حقوقی بغرنج در جامعه است که متأسفانه در حال حاضر بخش قابل توجهی از دعاوی مطروحه در محاکم خانواده را تشکیل می‌دهد. وقوع این پدیده نامیمون دارای علل مختلفی است؛ از جمله از دیدگاه جامعه‌شناسی، معلول مشکلات اقتصادی مانند فقر، بیکاری و مآلاً فروپاشی نظام اقتصادی خانواده و یا از بعد فرهنگی، ریشه در تزلزل مبانی اخلاقی و یا عدم تجانس روحی و فکری زوجین دارد. ولی از دیدگاه حقوقی نیز از موضوعات قابل تعمق می‌باشد.

در دو دهه اخیر طلاق به دلیل "عسر و حرج" موضوع مصوبات متعدد مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام و آرای محاکم بدوی، تجدیدنظر و شعب دیوان عالی کشور بوده که این نیز خود موجب تحولی در حقوق خانواده شده است. در این مقاله ضمن بررسی "مبانی عسر و حرج زوجه" از دیدگاه قانون مدنی و فقه اسلام، به تحلیل مفاد ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی ایران، پرداخته می‌شود.

کلید واژه‌ها: طلاق، قاعده اسلامی عسر و حرج، قانون مدنی ایران، فقه اسلامی، تساوی جنسیتی.

یکی از اهداف برابری جنسیتی در حقوق خانواده، یکسان سازی حقوق زن و مرد در عقد نکاح و همچنین انحلال عقد نکاح است. یعنی همانگونه که در ایجاد عقد نکاح، قصد و رضای هر یک از آنان شرط صحت نکاح است، در مورد انحلال نکاح، اعم از فسخ و طلاق نیز طرفین از حقوق و اختیارات یکسان برخوردار باشند. از این رو اگر محدودیت های قانونی نیز وجود دارد باید هر دو را دربرگیرد.

طرفداران تئوری برابری جنسیتی ضمن اعتراف و اقرار به تفاوت های فیزیکی و طبیعی بین زن و مرد، چنین استدلال می کنند که همانند سایر قراردادها و عقود که زن و مرد از حقوق و تعهدات یکسان برخوردارند، در انعقاد نکاح و انحلال آن نیز باید در جایگاه یکسانی قرار گیرند، به طوری که نه مرد بتواند هر لحظه که اراده نمود بدون هیچ عذر و دلیلی، زن خود را طلاق دهد و زندگی مشترک را از هم بپاشد و نه زن مجبور باشد به رغم میل خود و بر خلاف حقوق طبیعی اش، به یک زندگی مشقت بار و ناخواسته ادامه دهد. در واقع چنین نتیجه می گیرند که به زن و مرد باید از منظر معیارهای حاکم بر "حقوق بشری" نگریسته شده و سیستم قضایی نیز هر دو را به عنوان افراد موضوع حقوق بشر مورد توجه قرار دهد نه به عنوان زن و مرد.

تأکید بر اجرای تئوری برابری جنسیتی در موضوع طلاق به منظور برداشتن موانعی است که زوجه را برخلاف میل خود، ناچار به ادامه زندگی با مردی می کند که هر لحظه آن با مخاطرات گوناگونی همراه است. اما صرف نظر از صحت یا نقدپذیری مبانی تئوری فوق، قواعد عرفی حاکم بر جامعه و اصول مذهبی که باورهای زوجین را تشکیل می دهد، در پروسه قانونگذاری نباید مورد غفلت قرارگیرد.

به همین لحاظ قانون مدنی ایران با تأکید بر آراء فقهاء امامیه، در خصوص انحلال نکاح، تفاوت های اساسی بین حدود اختیار زوج و زوجه قایل شده است که صرف نظر از اختلافات موجود در موضوع فسخ نکاح، به نظر می رسد که در طلاقی که به خواسته زوجه و به دلیل عسر و حرج در ادامه زندگی مشترک، واقع می شود، با توجه به رویه

عملی محاکم دادگستری، حقوق زوج، پایمال شده و "عدالت" به مفهوم دقیق آن محقق نمی‌شود.

### الف - طلاق به درخواست زوج در قانون مدنی

در ابتدا لازم است اشاره ای گذرا به مواردی داشته باشیم که زوج مجاز به تقدیم درخواست طلاق به طور یکجانبه به دادگاه است.

با توجه به آیات متعدد قرآن کریم<sup>۱</sup> و حدیث معروف "الطلاق بید من اخذ بالساق"<sup>۲</sup> و اجماع فقهاء و با عنایت به ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی (قبل از اصلاح)، اصولاً اختیار طلاق با مرد است.<sup>۳</sup>

شاید به نظر برسد بعد از اصلاح ماده فوق در تاریخ ۸/۸/۸۱ و برداشتن اطلاق کلمه، اختیار مرد محدود شده ولی واقعیت این است که از حیث محتوی و رویه دادگاهها و احکام صادره، چندان تفاوتی با قبل رخ نداده است. زیرا بر اساس تبصره الحاقی به ذیل ماده ۱۱۳۳، به زوج با تمسک به مقررات مذکور در مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰، حق درخواست طلاق داده شده است که این، امر جدیدی نبوده و چنانچه ماده ۱۱۳۳ نیز اصلاح نمی‌شد، باز هم با تمسک به مواد سه گانه فوق الذکر، حق درخواست طلاق برای زوج محفوظ بوده است. نکته قابل توجه این که طرح تقاضای طلاق از طرف زوج منحصر به مواد سه گانه مارالذکر نیست.

برابر قانون مدنی ایران، زوج تحت هر یک از شرایط ذیل می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید که عبارتند از:

۱. آیه ۲۲۷، ۲۲۸ و ۲۳۱ سوره بقره، آیه ۱ و ۲ سوره طلاق

۲. شرح لمعه، جلد ششم، صفحه ۲۴

۳. ماده ۱۱۳۳ قبل از اصلاح: "مرد هر وقت بخواهد می‌تواند زن خود را مطلقه نماید".

ماده ۱۱۳۳ بعد از اصلاح در ۸/۸/۱۳۸۱: "مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.

تبصره - زن نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر در مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰ این قانون، از دادگاه تقاضای طلاق کند".

۱- بر طبق ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، اگر زوج چهار سال تمام غایب مفقودالاضر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند.

بر اساس این ماده: "هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاضر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند در این صورت بنا رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد."

۲- بر طبق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، طرفین عقد می‌توانند در ضمن نکاح یا عقد لازم دیگر هر شرطی را که خلاف مقتضای ذات عقد مزبور نباشد، قرار دهند تا در وقوع شرایط مزبور، زوج و کیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط، خود را مطلقه کند؛ اخذ وکالت حتماً نباید مقید به وقوع شرطی باشد بلکه ممکن است مطلق باشد.

۳- مورد دیگر استتکاف شوهر از دادن نفقه و نیز عجز شوهر از دادن نفقه است. بموجب ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی: "در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه."

۴- به موجب ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی: "در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوج باشد وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوج به ان حاکم شرع طلاق داده می‌شود."

۵- راه دیگری که بر طبق آن زوج می‌تواند طلاق بگیرد توسل به طلاق خلع است. بر طبق ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی اگر زنی از شوهر خود کراهت داشته باشد می‌تواند با دادن مالی به شوهر اعم از اینکه به میزان مهریه یا کمتر یا بیشتر باشد، رضایت شوهر را برای طلاق بگیرد. در این صورت جلب توافق و رضایت شوهر، ضروری می‌باشد. در غیر این صورت اگر چه زن راضی به دادن مهریه خود ولو بیشتر از

میزان مقرر باشد، ولی مرد می‌تواند با عدم اعلام موافقت، از صدور حکم طلاق جلوگیری نماید.

همانطور که از موارد پنج گانه بالا استنتاج می‌شود، چنانچه زوجه راضی به ادامه زندگی مشترک خود با زوج نباشد، جز در صورت "عدم دریافت نفقه" و "غیبت زوج آن هم بیش از چهار سال" عملاً راهی برای زوجه در طلاق گرفتن از شوهر خود متصور نمی‌باشد مگر اینکه:

الف: زوج در قبال دریافت مالی از زوجه به طلاق خلع رضایت دهد.

ب: تمسک به ماده ۱۱۱۹ نیز در صورتی امکان پذیر می‌باشد که با درج شروط ضمن‌العقد، "زوجه" وکیل زوج در طلاق باشد.

ج: دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد (ماده ۱۱۳۰).

در دو مورد اخیر نیز دادگاهها احکام طلاق خلع را جاری ساخته و زوجه علیرغم محق بودن در طرح تقاضای طلاق، باز هم باید از حقوق و مطالبات مالی خود، صرف‌نظر کند.

ب: بررسی علل اصلاح ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی پس از دو اصلاح مقدماتی در تاریخ ۶۱/۱۰/۸ و نیز ۷۰/۸/۱۴ چنین اشعار می‌داشت: "در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود."

هدف قانونگذار این بود که تشخیص مصادیق عسر و حرج بر عهده عرف گذاشته شود، اما برخوردها و سلیقه‌های متفاوت دادگاهها در تشخیص مصادیق عسر و حرج و صدور آرای متفاوت از سوی آنها در موارد مشابه، موجب گردید که مجلس شورای اسلامی با تصویب ماده واحده‌ای در تاریخ ۷۹/۲/۱۸، یک تبصره به ذیل ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اضافه نماید.

بر طبق این تبصره: "عسر و حرج 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 عسر و حرج محسوب می‌گردد:

- ۱- ترک عمدی همسر توسط زوج حداقل به مدت ۶ ماه بدون عذر موجه.
- ۲- اعتیاد مضر به یکی از انواع مواد مخدر.
- ۳- استنکاف از پرداخت نفقه و عدم امکان بر الزام او به تأدیه.
- ۴- ابتلای زوج به امراض مسری صعب‌العلاج یا هر عارضه دیگری که دوام زناشویی و سلامت زوجه را به خطر اندازد.
- ۵- عقیم بودن زوج به نحوی که مانع اولاد دار شدن زوج شود.
- ۶- سوء رفتار و معاشرت زوج در حدی که عرفاً با توجه به اوضاع و احوال اجتماعی، اخلاقی، روحی و از نظر مکانی و زمانی برای زوجه قابل تحمل نباشد.
- ۷- اختیار همسر دیگر در صورت عدم استطاعت بر اجرای عدالت.
- ۸- عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار و یا حرفه ای که منافی با مصالح خانوادگی و شؤون زوجه باشد.

اما مصوبه فوق در تاریخ ۷۹/۳/۴ در شورای نگهبان مطرح و به عقیده فقهای شورای نگهبان خلاف شرع تشخیص داده شده و رد گردید. این مصوبه مجدداً در تاریخ ۷۹/۴/۱۹ در مجلس ششم مطرح و با اصلاحاتی به تصویب رسید و برای بار دوم در جلسه ۷۹/۴/۲۹ شورای نگهبان مطرح و مجدداً رد شد و نظر به اینکه نمایندگان مجلس بر نظر خود باقی بودند، مصوبه مذکور به همراه نظریه شورای نگهبان به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال گردید و نهایتاً در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۲۹ مصادیق پنجگانه زیر توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب گردید.

- ۱- ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت ۶ ماه متوالی یا ۹ ماه متناوب در مدت یکسال بدون عذر موجه
- ۲- اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلای وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن

در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترک مجدداً به مصرف مواد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه طلاق انجام خواهد شد.

۳ - محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر

۴ - ضرب و شتم یا هر گونه سوء رفتار زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه تحمل نباشد.

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

بنابراین بعد از تصویب این تبصره توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، در حال حاضر در موضوع طلاق به دلیل "عسر و حرج" با دو متن قانونی و یک متن قراردادی مواجه هستیم:

برابر بندهای چهارده گانه ماده ۸ قانون حمایت مصوب ۱۳۵۲/۱۱/۱۵ و همچنین ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی و مصوبه مارالذکر مجمع تشخیص مصلحت نظام، زوجه می‌تواند با مراجعه به دادگاه به مراجعه بدلیل عسر و حرج و مستنداً به یک یا چند بند از موارد پیش‌بینی شده در قانون فوق‌الذکر تقاضای طلاق نماید.

گذشته از این دو متن قانونی، یک متن قراردادی نیز وجود دارد که در اسناد نکاحیه که توسط سازمان ثبت اسناد و املاک چاپ می‌شود، مشتمل بر شروط دوازده‌گانه‌ای می‌باشد که در صورت امضاء زوجین تعهد آور می‌باشد.

با ملاحظه شروط ضمن عقد نکاح و با توجه به بندهای پیش‌بینی شده در ماده ۸ قانون حمایت خانواده که تاکنون خلاف شرع بودن آن اعلام نگردیده است اساساً مصوبه اخیر مجمع تشخیص مصلحت نظام بعنوان یک ابداع جدید قانونی نباید تلقی گردیده و بلکه فقط نشانه حساسیت و توجه قانونگذار به مسأله "عسر و حرج زوجه" باید قلمداد شود.

در اینجا این نکته نیز نباید ناگفته بماند که بسیاری از علماء اسلام نیز بر اجرای قاعده "عسر و حرج" بعنوان مجوز اجرای طلاق، صحه گذارده‌اند.

به بیان دیگر، در واقع طلاق به دلیل عسر و حرج در شرایط فعلی هم دارای محمل قانونی بوده و هم دارای مجوز شرعی می‌باشد. از جمله :

امام خمینی "ره" در پاسخ به نامه فقهای شورای نگهبان می‌فرماید : "طریق احتیاط آن است که زوج را نصیحت والا الزام و وادار به طلاق نمایند در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع طلاق داده شود و اگر جرأت بود مطلبی دیگر بود که آسانتر است".<sup>۱</sup>

آیت الله فاضل لنکرانی می‌فرماید : "در موارد ثبوت عسر و حرج اگر زوج حقوق خود را به زوج بذل نماید حاکم شرع طلاق می‌دهد اگر چه زوج راضی نباشد".<sup>۱</sup>

مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی نیز چنین نظر داده‌اند : "...اگر زن از این جهت که خواسته های منطقی اش برآورده نشود و پرهیز از اینکه به معصیت بیافتد در عسر و حرج باشد و یا اینکه از نظر عاطفی و روحی نیاز به ازدواج دارد می‌تواند درخواست انحلال نکاح نماید حتی چنین نظریه‌ای را به مفقودی که علم به حیاتش نیز می‌باشد و همچنین مردی که به حبس ابد محکوم شده و آزادیش نیز ممکن نباشد سرایت داده و در چنین صورتی نیز اگر زن نتواند صبر کند و خوف به معصیت افتادن او باشد، قائل به حق طلاق برای وی شده‌اند".<sup>۲</sup>

آیت الله حلی از علمای معاصر نیز در کتاب حقوق الزوجیه، دخالت حاکم شرع و الزام مرد به طلاق را در مورد بدرفتاری با زن و عدم انجام وظایف و تکالیف زوجیت و یا به هر علت دیگری که مشتمل بر زیان بار بودن ادامه زندگی زناشویی برای زن باشد، مورد تأکید قرار می‌دهد.<sup>۳</sup>

### معنی و مفهوم عسر و حرج

عسر و حرج از دو واژه عسر و حرج ترکیب یافته است. "عسر" مصدر و به معنای دشوار شدن، دشواری، تنگی، سختی، تنگدستی می‌باشد.<sup>۴</sup>

۱. جامع المسائل؛ جلد اول؛ صفحه ۴۵۰؛ پاسخ سؤال ۱۵۹۱

۲. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، ملحقات عمده الوثقی، جلد ۲، انتشارات حیدری، صفحه ۶۸

۳. به نقل از استاد شهید مرتضی مطهری، نظام حقوق زن در اسلام، ص ۲۲۲

۴. معین، محمد، فرهنگ معین، انتشارات امیرکبیر، سال ۱۳۴۳، ص ۲۳۰۰



"حرج" اسم مصدر و به معنای تنگی، فشار، جا، مکان، تنگ و نیز به معنی گناه و بزه است. چنانکه گویند حرجی بر او نیست یعنی گناه و اعتراضی بر او نیست.<sup>۱</sup>

در تعریف "عسر و حرج" و رابطه آن دو گفته شده است: "... هر عملی که انسان را به تنگنا و ضیق اندازد، دشوار و سخت هم هست و بر عکس، هر کاری که انجام دادنش برای آدمی سخت و شاق باشد، موجب تنگی و اعمال فشار بر او نیز می‌شود. ضابطه تعیین مصداق "عسر و حرج"، عرف است که مطابق آن هر کاری که موجب مضیقه و تنگنا باشد حرج و دشواری نیز تلقی می‌شود."<sup>۲</sup>

در اصل قاعده "عسر و حرج" یکی از عناوین ثانویه ای است که بر حکم اولیه وارد شده تا اختیار مطلق مرد در امر طلاق نتواند مانع از اجرای عدالت در روابط زوجین گردد.

این حکم مستند به قاعده لاجرح است. مدلول این قاعده که مستند اصلی آن آیه ۷۸ سوره حج می‌باشد که می‌فرماید: "ما جعل لکم فی الدین من حرج، بر شما در دین حرجی قرار داده نشده است". هر گاه حکمی از احکام اولیه شرع مقدس برای فردی ایجاد مشقت شدید نموده و غیر قابل تحمل باشد، آن حکم رفع می‌گردد.

در ما نحن فیه نیز حکم اولیه آن است که اختیار طلاق با زوج بوده و هیچ کس نمی‌تواند او را مجبور به طلاق زوجه سازد. ولی در هر مورد که چنین اختیاری موجب حرج بر زوجه گردد. اختیار مزبور سلب گشته و زوج ملزم به طلاق می‌شود.<sup>۳</sup>

برابر احکام و آیات الهی نیز خداوند از هر فردی به اندازه گنجایشش تکلیف می‌خواهد. "لا یکلف الله نفساً الا وسعها".<sup>۴</sup> وسع انسان عبارت است از طاقت، ظرفیت و تحمل او. خداوند هیچگاه فراتر از این مقدار به بندگان تکلیف نمی‌کند، مسلماً آنچه

۱. معین، محمد، فرهنگ معین، انتشارات امیرکبیر، سال ۱۳۴۳، ص ۱۳۴۷

۲. محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه، بخش مدنی ۲، چاپ سمت، سال ۱۳۷۴، ص ۶۲

۳. محقق داماد، سید مصطفی؛ بررسی فقهی حقوق خانواده؛ مرکز نشر علوم اسلامی؛ بهار ۹۴ چاپ یازدهم؛

ص ۳۷۱

۴. سوره بقره؛ آیه ۲۸۵

تحملش باعث مشقت و حرج باشد، اجباری بدان نیست و عقل نیز آن را ناپسند می‌شمارد.

### اوصاف اختصاصی قاعده عسر و حرج

۱- حادث بودن قاعده عسر و حرج: قاعده عسر و حرج در همه مصادیق آن از نیاز و احتیاج برمی‌خیزد. بدیهی است که این نیاز باید حادث شود. حدوث عنصر اصلی، کاربرد قاعده عسر و حرج در همه ابعاد آن می‌باشد.

سببی که زندگی زناشویی را سخت و ناگوار کرده و ادامه آن را برای زن غیر ممکن و دشوار ساخته و موجب عسر و حرج شده است باید هنگام طرح دعوی و صدور حکم موجود باشد.

۲- اختلاف موارد مصادیق عسر و حرج: هم چنانکه معیار و مصادیق عسر و حرج در اعصار مختلف متفاوت است، نسبت به اشخاص و احوال آنان نیز متفاوت می‌باشد. بنابراین ممکن است امری نسبت به فردی عسر و حرج باشد اما همین امر نسبت به فرد دیگری، ایجاد عسر و حرج ننماید.

۳- ارجحیت قاعده عسر و حرج بر سایر قواعد فقهی: از خصوصیات شگرف قاعده عسر و حرج این است که بر سایر قواعد فقهی ارجحیت دارد و در صورت تعارض این قاعده با سایر قواعد، به قاعده عسر و حرج عمل خواهد شد. زیرا عسر و حرج مصادیق خاصی نداشته و افراد آن فراوان است. از این جهت رفع مشقت، عامل اصلی وضع این قاعده است.

۴- عسر و حرج توسط زن قابل اثبات باشد: وقتی قانونگذار از اثبات عسر و حرج زوجه سخن به میان می‌آورد، نظر به ادله اثباتی دارد که بر هر دعوی ناظر و حاکم است. (البینه علی المدعی).

### ضابطه عسر و حرج نوعی است یا شخصی است؟

ابتدا لازم است تعریفی از عسر و حرج نوعی و شخصی بیان شود. چنانچه میزان تحمل و صبر نوع افراد جامعه، ملاک سنجش "عسر و حرج" قرار گیرد، به "عسر و حرج نوعی" موسوم بوده و اگر ضابطه شناسایی "عسر و حرج" میزان ظرفیت و

تحمل شخص مبتلابه باشد، عسر و حرج شخصی نامیده می‌شود. به بیان دیگر، برای تشخیص عسر و حرج در فقره اخیر، وضع شخصی که دچار مشقت و رنج شده در نظر گرفته می‌شود.

اگر معیار را نوعی بدانیم ممکن است تکالیفی وجود داشته باشد که برای برخی افراد دشوارند ولی او باید آن تکلیف شاق را به جا آورد.

ملاک تشخیص عسر و حرج باید تلفیق نظریه نوعی و شخصی باشد. به بیان دیگر در تشخیص عسر و حرج جهت صدور مجوز طلاق، بایستی از یک طرف انسان متعارف را ملاک سنجش قرار داده و از طرف دیگر موقعیت و شرایط زوجه مورد توجه قرار گیرد. یعنی همان ملاکی که قانونگذار در سایر موارد از جمله اکراه مؤثر پذیرفته است. ماده ۲۰۲ قانون مدنی: "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 یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود".

#### ضرورت تعیین مصادیق عسر و حرج و مسؤولیت شناسایی آن

واقعیت این است که نمی‌توان مصادیق عسر و حرج را محدود و مدون در قانون کرد زیرا "عسر و حرج" امری حادث بوده و در قانون تنها می‌توان موارد معین و محدودی را از باب مثال ذکر نمود. عسر و حرج طبیعتاً مفهوم گسترده‌ای داشته و در تمام ازمنه و امکانه گوناگون قابلیت تغییر خواهد داشت. از این رو فقط می‌توان بعضی از مصادیق آن را در قانون تعیین نمود. ولی نمی‌توان آن را محدود ساخت.

از طرف دیگر عسر و حرج در افراد مختلف به تناسب ظرفیت‌های فردی و شخصی متفاوت است مثلاً یک شخص تحمل کمترین سختی و اذیت را نداشته ولی شخص دیگر با توجه به وضع مالی و خانوادگی خود، با وجود آزار و اذیت شدید، راضی به طلاق نبوده و حاضر به تحمل وضع موجود با تمام نامالیمات می‌باشد.

بنابراین اصلح آن است که شناسائی وضعیت زوجه بعنوان مصداق عسر و حرج بر عهده قاضی قرار گیرد. زیرا به مقتضای زمان، مصادیق عسر و حرج عوض

می‌شود. ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و تبصره ذیل آن نیز از همین منطق پیروی کرده‌است.

اما از طرف دیگر این نکته نیز نباید ناگفته باقی بماند که قراردادن تشخیص مصادیق عسر و حرج بر عهده قاضی، ممکن است که دارای نتایج و آثار سوئی باشد. به بیان دیگر در این حالت همه چیز منوط به شخصیت و نظام فکری قاضی گردیده و لذا اگر شخص قاضی برخوردار از تعهد و تخصص و تجارب کافی و همچنین پارسایی درونی نباشد، ممکن است با اعمال سلیقه‌های شخصی، امر را بسیار دشوار ساخته به گونه ای که یک قاضی امر ساده ای را موجب عسر و حرج تشخیص داده و در جایی دیگر امر دشواری را مصداق عسر و حرج تشخیص نداده و عدالت به طور یکسان اجرا نشود.

نکته دیگر آنکه از عوامل مؤثر در شناخت عسر و حرج، شناخت فرهنگ و آداب و رسوم اجتماعی شهرها و مناطق مختلف می‌باشد. فرهنگ اقوام مختلف و آداب و رسوم و عرف شهر و روستا با یکدیگر متفاوت است. تأثیر عرف و فرهنگ اجتماعی در تصمیم‌گیریهای قاضی اهمیت به‌سزایی دارد. در واقع عواملی همچون فرهنگ اجتماع، عرف جاری، شخصیت و وضعیت طرفین دعوی، جملگی از عوامل تأثیرگذار در ایجاد عسر و حرج برای زوجه در ادامه زندگی مشترک می‌باشند.

به نظر می‌رسد برای خروج از این بن‌بست باید از یک طرف معیارهای مشخص برای تشخیص عسر و حرج تعیین کرده که مورد شناسایی و موضوع قانونگذاری قرار گرفته و از طرف دیگر معیارهای تعیین شده نباید حصری بوده بلکه شناسایی و تصدیق ایجاد عسر و حرج در ادامه زندگی در سایر موارد بر عهده قاضی قرار گیرد. از باب مثال، سوء رفتار شوهر ممکن است به حقوق معنوی زن لطمه وارد آورد مانند اینکه شخصیت و اعتبار اجتماعی زن آسیب دیده و یا شوهر طوری با همسر خود برخورد کند (چه در پنهان و چه در آشکار) که شخصیت انسانی و اجتماعی او را به زیر سؤال برده و وجهه اجتماعی او را متزلزل سازد. و یا اقداماتی صورت دهد که زن نزد بستگان و آشنایان خود، احساس حقارت نماید.

در اینگونه موارد، ملاک تعیین عسر و حرج باید شخصی تلقی شده و قاضی محکمه با توجه دقیق به شرایط زندگی فردی و اجتماعی زوجه و مدافعات شوهر، تصمیم مقتضی اتخاذ نماید.

#### نتیجه :

قاعده عسر و حرج گامی است در جهت رفع اضطرار و دفع ضرر از زوجه و ایجاد توازن و تعادل حقوقی موقعیت زوجین در خانواده. از طرف دیگر عسر و حرج مفهومی است نسبی که با روحیات و شخصیت و اعتقاد و تعهد اشخاص، ارتباط مستقیمی داشته و بهمین لحاظ شناسائی و اثبات آن در عمل بامشکلاتی همراه می‌باشد. اشکالات فوق علی‌رغم تعیین بعضی از مصادیق عسر و حرج در تبصره الحاقی مورد بحث، باعث ایجاد تعارض در آراء محاکم گردیده به نحوی که در شرایط تقریباً مساوی شاهد صدور آراء مغایر با یکدیگر می‌باشیم.

علیرغم این موضوع که قانونگذار حق طلاق مطروحه را برای زوجه، به دلیل عسر و حرج در نظر گرفته است، اما هنوز تفاوت عمده‌ای بین درخواست طلاق از طرف زوج و یا زوجه از حیث دلایل طرح دعوی وجود دارد.

به همین جهت مخالفت زوجه با دعوی طلاق که از طرف زوج در محکمه اقامه شده است، علی‌الاصول فاقد وجهه قانونی بوده و دادگاه در صورت آمادگی زوج به پرداخت تمام حقوق مالی زوجه، حکم به طلاق صادر می‌نماید هر چند که زوج هیچ دلیلی برای طلاق ارائه نداده باشد.

ولی در خصوص دادخواست طلاق از طرف زوجه به دلیل عسر و حرج، زوجه باید عسر و حرج خود را با مشقت فراوان ثابت نموده و سپس از حقوق و مطالبات مالی خود (اعم از مهریه و یا نفقه ایام گذشته و ...) نیز صرفنظر کرده تا دادگاه اقدام به صدور حکم طلاق نماید. به بیان دیگر رویه قضایی فعلی، طلاق به دلیل عسر و حرج را داخل در شمول مقررات طلاق خلع دانسته و احکام آن را بر این نوع از طلاق، جاری می‌سازد. حال آن که رویه فعلی یعنی جاری ساختن مقررات طلاق خلع بر طلاق به دلیل عسر و حرج، تا چه اندازه بر مقررات شرع و موازین حقوقی، منطبق می‌باشد، خود بحث مستقلی است که باید به آن پرداخته شود.