

مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره بیست‌وشش، پاییز و زمستان ۱۳۹۹، ص ۳۲-۹

تحلیل عسر و حرج به عنوان مبنایی برای طلاق قضایی^۱

علیرضا باریکلو

استاد پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران

زهرا سادات راثی ورعی^۲

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران

چکیده

هدف اصلی در این تحقیق تحلیل مبنای طلاق قضایی می‌باشد تا اشکالات و نواقص آن بررسی شود. لذا مبنای طلاق قضایی باید به‌گونه‌ای باشد که از سویی مطابق ادله شرعی و حمایت از حقوق زن و از سوی دیگر، بنیان خانواده را تا حدودی در نظر داشته باشد. با تأمل در ادله نفی عسر و حرج و نیز نظرات فقهی و تفسیری، این نتیجه حاصل شد که عسر و حرج یک قاعده عام نمی‌باشد، بلکه بیشتر توجیهی برای احکام می‌باشد. هم‌چنین اعمال آن در حوزه خانواده بیشتر منجر به افزایش طلاق در جامعه می‌شود که هم با ادله شرعی و هم با سیاست‌های اجتماعی مغایر است. لذا با توجه به لزوم حمایت از زوجه، لزوم تطابق این حمایت با ادله شرعی و نیز حمایت در پرتو اصل استحکام خانواده، الزام شوهر به ایفای وظایف زناشویی و اعمال قاعده الحاکم ولی الممتنع مناسب‌تر می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: طلاق قضایی، عسر و حرج، حاکم، حقوق خانواده.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۸/۷/۲۹؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۹/۱۲/۲۷

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): z.s.varaei@gmail.com

مقدمه

خانواده مهم‌ترین و اساسی‌ترین بنیاد اجتماعی است که با انعقاد عقد نکاح دائم بین زن و مرد تشکیل می‌شود. جهت حمایت از این نهاد، طلاق به‌عنوان می‌غوض‌ترین عمل مشروع شناسایی شده ولی اعمال آن منحصرأً به دست زوج می‌باشد. اختیار طلاق که به زوج واگذار شده، حق نیست بلکه اختیاری ناشی از مسئولیت و وظیفه می‌باشد. به این توضیح که زوج مسئول خانواده قرار داده شده و از این حیث وظیفه تأمین نیاز مالی اعضا را دارد و از حیث روحی نیز موظف به رعایت موازین رفتار نیک و حسنه شده است. اما اگر به دلایلی مرد آمادگی مالی یا روحی انجام این وظیفه را نداشته باشد، باید زوجه را طلاق دهد و نمی‌تواند او را معلق و بلا تکلیف رها کند.

متأسفانه علی‌رغم این حکم صریح، مواردی مشاهده می‌شود که زوج به هیچ‌کدام از این وظایف عمل نمی‌کند و در نتیجه زن در حالت سرگردانی و ناچاری قرار می‌گیرد که برای حمایت از او لازم است راه‌حل حقوقی انتخاب شود. طلاق قضایی تنها راهکاری است که در این زمینه تا حدی قابل اعمال است ولی موضوع اساسی مبنای طلاق قضایی است که به چه وجهی استوار است و چگونه می‌توان با اعمال طلاق قضایی از بنیان خانواده حمایت کرد به‌گونه‌ای که منجر به طلاق زایی نشود و در حد ضرورت به آن استناد شود.

در زمینه‌ی طلاق قضایی آثار زیادی به رشته‌ی تحریر درآمده و به تبیین طلاق قضایی پرداخته‌اند. یکی از مسائلی که در این زمینه زیاد به آن پرداخته شده بحث عسر و حرج در طلاق قضایی است، خصوصاً پس از اصلاحاتی که در قانون مدنی در زمینه‌ی طلاق عسر و حرجی صورت گرفت و مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۸۱ یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی افزود و ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی به‌صورت فعلی درآمد.^۱ در این آثار و

۱. ماده ۱۱۳۰ «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. تبصره

تألیفات، طلاق قضایی را بر مبنای عسر و حرج پذیرفته‌اند و تنها در مصادیق آن اختلاف دارند. اما در این مقاله ابعاد فقهی و حقوقی عسر و حرج به‌عنوان مبنایی برای طلاق قضایی مورد بررسی و نقد قرار گرفته است.

۱. مبنای طلاق قضایی

«طلاق» در ادبیات فقهی به ازاله رابطه زوجیت و زناشویی به انشای خاص (نجفی، بی تا، ج ۲، ص ۳۲) تعبیر شده و در حقوق موضوعه نیز برخی معتقدند طلاق عبارت است از ایقاعی تشریفاتی که از جانب مرد یا نماینده او صورت می‌گیرد و سبب انحلال نکاح دائم می‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۹۲ش، ص ۲۲۱). «قضاء» نیز در لغت به معنای حکم است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ص ۱۸۶). هرگاه شوهر از ادای وظایف زوجیت تخلف کند و اجبار او به ایفاء ممکن نباشد، حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌کند و در صورت امتناع شوهر از طلاق، حاکم زن را طلاق می‌دهد (صفایی و امامی، ۱۳۹۲ش، ص ۲۳۲). در نتیجه، طلاق

عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌گردد: ۱. ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه. ۲. اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلاء وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و 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 موارد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد. ۳. محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر. ۴. ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد. ۵. ابتلاء زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید. موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید».

قضایای طلاق است که به تقاضای زوجه و به حکم دادگاه صالح انشاء شود. مراد از مبنای طلاق قضایی این است که اختیار مطالبه طلاق توسط زوجه و اختیار دادگاه صالح در الزام شوهر به طلاق مبتنی بر چه نظریه و دلیلی می‌باشد. چرا دادگاه متعرض رابطه زن و شوهر شده و آن را منحل می‌کند. اصولاً مبنای هر مقرراتی، به‌عنوان زیربنای امنی می‌باشد که در صورت استحکام و قوی بودن مبنای، احکام و مقررات از پایداری حقوقی برخوردار می‌شوند. بنابراین، با توجه به ادله گرا بودن سیستم حقوقی اسلام از سویی و تأسیسی بودن احکام خانواده خصوصاً طلاق از سوی دیگر، مبنایی برای طلاق قضایی مناسب است که علاوه بر این که طلاق قضایی را توجیه عقلایی کند، با ادله شرعی نیز تعارضی نداشته باشد و بتوان ادله وارده را از سویی و نظریه عقلایی را از سوی دیگر با هم منطبق کرد. دو نظریه عسر و حرج زوجه و امتناع شوهر از ایفای زناشویی دو نظریه مطرح است که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲. نظریه عسر و حرج

نظریه عسر و حرج یکی از نظریات مطرح است که به‌عنوان مبنای طلاق قضایی در حقوق موضوعه پذیرفته شده است. برای تشخیص تناسب این نظریه برای توجیه طلاق قضایی لازم است ابتدا مفهوم، مستند و جایگاه عسر و حرج مورد بررسی قرار گیرد که به هر کدام اشاره می‌شود.

۲.۱. مفهوم عسر و حرج

«حرج» در لغت به معنای ضیق، تنگی، تنگنا، گناه و حرام است. لذا واژه حرج در اصل به مکان تنگ و پر درخت که چرنده به آن راه پیدا نمی‌کند اطلاق شده است (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۳۲۱). برخی نیز حرج را تنگ‌ترین تنگنا دانسته‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲ش، ج ۳، ص ۳۶۲). واژه‌ی «عسر» ضد «یسر» یا راحتی و در اصل به معنای تنگی، دشواری و

سختی آمده است (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۱۵). اما اصطلاحاً درباره مراد از نفی عسر و حرج وجوه متفاوتی مطرح شده به عنوان مثال، بعضی، مراد از نفی عسر و حرج را رفع مطلق سختی دانسته که در مقابل آن، سهولت و آسانی است و به این معناست که خداوند در دین حکمی را وضع نکرده است که منجر به حرج مکلف شود و تمام احکام آسان می‌باشند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ص ۲۵۶). این وجه قابل اعتماد نیست؛ زیرا پذیرش این وجه مستلزم تعطیلی تمام احکام است و هیچ تکلیفی نیست که کم‌ترین مشقتی برای انجام دهنده نداشته باشد و نمی‌توان تکلیف را بدون مشقت فرض کرد.

وجه دیگری که برای عسر و حرج ذکر کرده‌اند مشقت غیرقابل تحمل می‌باشد. مثلاً به نظر فقهای بزرگی مانند صاحب جواهر و شهید ثانی، هر مشقتی عسر و حرج به شمار نمی‌آید؛ زیرا مطلق مشقت در بسیاری از تکالیف وجود دارد و در زندگی خانوادگی هم چه بسا نوعی مشقت دیده شود که نمی‌توان آن را از موجبات طلاق دانست. پس، عسر و حرج عبارت است از مشقت شدید یا فاحش که عادتاً قابل تحمل نمی‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، صص ۱۸۱-۱۸۲). این دیدگاه با اطلاق ادله منطبق نیست؛ زیرا از ظاهر آیات قرآن چنین برداشت می‌شود که خداوند مشقتی بر شما در دین قرار نداده است، در حالی که طبق این دیدگاه خداوند مشقت غیر عادی را بر بندگانش تحمیل نمی‌کند. برخی نیز حرج را به معنای تنگی صدر معنا کرده‌اند (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۲۷۹). هر تکلیفی دارای مشقت است و تنها مقدار آن در تکالیف مختلف متفاوت می‌باشد. طبق این معنا، آیات نفی عسر و حرج نفی مشقتی می‌کند که توسط شیطان و نفس به مکلف القاء می‌شود و این آیات مرتبط با این مشقتی است که در ذهن ایجاد شده تا مکلف را از اجرای اصل تکلیف منصرف نماید. بنابراین، از مجموع نظریات استفاده می‌شود که عسر و حرج به معنای سختی و تنگنایی است که نقطه مقابل آن راحتی و آسانی است، ولی در این مورد که مراد نفی چه نوع حرجی است و چه حدی و چه شدتی از سختی موضوع ادله نفی حرج است، اختلاف وجود دارد و نمی‌توان به ملاک واحدی اعتماد کرد.

۲.۲. تحلیل جایگاه نفی عسر و حرج

مراد از جایگاه این است که آیا نفی عسر و حرج یک قاعده یا توجیه فقهی برای احکام می‌باشد. هر چند برای اثبات قاعده بودن عسر و حرج به ادله چهارگانه یعنی کتاب، سنت، عقل و اجماع استناد شده ولی مشهور فقه در غیر از موارد منصوصه آن را اعمال نکرده و موردی را نمی‌توان یافت که به استناد کلیت عسر و حرج حکمی از احکام رفع یا نفی شده باشد. به هر حال، در قرآن کریم در موارد متعددی واژه‌ی «حرج» به کار رفته که عمدتاً به سه آیه برای اثبات قاعده بودن عسر و حرج استناد شده است. نخست آیه ۷۸ سوره حج است که خطاب شده: «وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَ فِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيْكُمْ وَ تَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَ آتُوا الزَّكَاةَ وَ اعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَانَكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَ نِعْمَ النَّصِيرُ» (و در راه خدا جهاد و تلاش کنید، تلاشی که شایسته اوست. او شما را برگزید، و در دین (اسلام) کار سنگین و سختی بر شما قرار ندارد. آیین پدرتان ابراهیم می‌باشد. او شما را از قبل "مسلمان" نامید و در این کتاب تا پیامبر گواه بر شما باشد، و شما گواهان بر مردم باشید. پس نماز را برپا دارید و زکات را بدهید و به خدا تمسک جوئید که او مولا و سرپرست شماست. چه مولای خوب، و چه یاور شایسته‌ای».

مخاطب این آیه طبق نظر اکثر مفسرین عموم مردم و مؤمنین هستند و خداوند به عموم مردم می‌فرماید باید حق جهاد را انجام دهید (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴ش، ج ۱۴، ص ۱۸۱؛ طباطبائی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۴، ص ۴۱۳؛ حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۳). اما درباره مراد از جهاد در این آیه چهار وجه مطرح شده. اول این که منظور، جهاد به معنای اخص؛ یعنی جهاد با کفار است. این نظر را طبرسی از ضحاک نقل می‌کند (طبرسی، ۱۳۷۲ش، ج ۷، ص ۱۵۴؛ حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۳). اشکالی که به این نظر گرفته شده این است که سوره مبارکه حج از سوره‌های مکی قرآن است؛ در حالی که امر به جهاد و قتال بعد از هجرت پیامبر (ص) صادر شده است. از این رو، جهاد در این آیه شریفه، تنها ناظر به

جهاد با کفار نمی‌تواند باشد (آلوسی، ۱۴۱۵ق، ج ۹، ص ۱۹۸). اشکال دوم این است که در قرآن کریم مواردی که مسأله جنگ و مقاتله با کفار مطرح می‌شود، غالباً با مشتقات «قتل» ذکر می‌شود، درحالی‌که در این آیه چنین لفظی نیامده است (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۵ش، ص ۳۳).

دوم مراد از جهاد، جهاد با هوی و نفس است که این نظر را آلوسی به نقل از عبدالله ابن المبارک نقل کرده است (آلوسی، ۱۴۱۵ق، ج ۹، ص ۱۹۸). سوم مراد از جهاد، اعم از جهاد با کفار، شیطان و نفس می‌باشد (همان؛ طباطبائی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۴، ص ۴۱۱)، چون مخالفت با نفس جهاد اکبر توصیف شده است. مؤید این نظر عبارت «فی الله» است که به خوبی این عمومیت از آن فهمیده می‌شود؛ زیرا این آیه جهاد را بر کاری که در راه خدا انجام شود متعلق کرده است. این وجه دلالت بر این دارد که منظور از نفی حرج، نفی تنگنای ذهنی است که شیطان و نفس اماره، با دشوار و انمود کردن تکالیف مکلف را از اجرای آن منصرف می‌کنند. چهارم نظری است که اکثر مفسرین آن را ذکر کرده‌اند که به قرینه آیه پیشین و قرینه‌ای که در ذیل همین آیه شریفه وجود دارد، منظور از جهاد اعم از جهاد اصطلاحی است و شامل همه واجبات و ترک تمامی محرّمات می‌شود (طوسی، بی تا، ج ۷، ص ۳۴۴؛ طبرسی، ۱۳۷۲ش، ج ۷، ص ۱۵۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴ش، ج ۱، ص ۱۶۳). به عبارت دیگر، «جاهدوا» یعنی: همه آن چه را که خداوند به شما فرمان داده، انجام دهید و از همه آن چه که نهی فرموده، دوری کنید.

عبارت «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» در این آیه مهم‌ترین مستند قاعده نفی عسر و حرج توصیف شده و در بسیاری از اخبار نیز، گاهی به عنوان حکمت تشریح و گاهی به عنوان علت تشریح، در نفی حرج به این آیه استناد شده است، اما در مورد مراد از آن اختلاف است که به مهم‌ترین وجوه اشاره می‌شود.

یک وجه این است که در دین اسلام کاری که آدمی را در تنگنا و سختی قرار دهد، به‌گونه‌ای که نتواند چاره‌ای برای رهایی از آن پیدا کند، وجود ندارد، بلکه راه توبه و کفاره و

رد مظالم برای همه باز است. مطابق این وجه خداوند برای افراد معصیت کار راه توبه را باز گذاشته است یا کسی که مرتکب جنایت شده می‌تواند ارش، دیه یا کفاره بپردازد (آلوسی، ۱۴۱۵ق، ج ۹، ص ۱۹۹؛ طبرسی، ۱۳۷۲ش، ج ۷، ص ۱۵۴؛ طوسی، بی تا، ج ۷، ص ۳۴۴؛ زمخشری، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۷۳). این تفسیر مؤید این است که مراد از حرج، تنگنای ذهنی و به تعبیر قرآن تنگنای صدری است؛ زیرا توبه و رد مظالم تکلیفی است که مستلزم مشقت واقعی است و آنچه توسط انجام و اجرای این دو تکلیف منتفی باشد، تنگنای ذهنی یا صدری است. مطابق این وجه، نفی عسر و حرج توجیهی جهت تشویق و ترغیب به تبعیت از احکام الهی است و در قالب قاعده نمی‌تواند ظاهر شود.

وجه دوم این است که حرج مترادف «إِصْر» و به معنای فشار و سنگینی است. طبق این وجه، مراد این است که خداوند احکام مشقت بار را از امت مسلمان برداشته، در مقابل ادیان قبلی که احکام سخت و دشواری را داشتند. خداوند به قرینه «هُوَ اجْتَبَكُم» می‌فرماید که امت مسلمان را از میان سایر امت‌ها برگزیده‌ام. حرجی نیز که بر بنی اسرائیل بوده از مسلمانان نفی می‌کند و این سختی برای مسلمانان جعل نشده است (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۸۵ش، ص ۳۶؛ حکیم، ۱۴۱۳ق، ج ۴، صص ۳۴۵-۳۴۶). طبق این برداشت، نظریه نفی عسر و حرج یک قاعده نیست بلکه امتنانی است، چون سخت‌گیری‌هایی که خداوند نسبت به بنی اسرائیل داشته از امت اسلام رفع کرده است.

وجه سوم این است که جهادی که در توانتان است به جا آورید؛ زیرا اعمالی که در شأن خداوند است نمی‌توانید انجام دهید (طبرسی، ۱۳۷۲ش، ج ۷، ص ۱۵۴). این نظر نیز می‌تواند مؤید رفع تنگ‌نظری در دین باشد؛ زیرا بیان می‌دارد تمام توان خود را به کار گیرید تا تکالیف محوله را انجام دهید و در انجام آن‌ها کوتاهی نکنید و تنگ‌نظری در دین نداشته باشید که تکالیف دینی دشوار است و کسی از عهده آن بر نمی‌آید. این وجه نیز مخالف نظریه قاعده نفی عسر و حرج می‌باشد؛ زیرا به استناد آن، تمام تکالیف در حیطةی وسع و توانایی مکلف می‌باشد.

در نتیجه، اگر به ابتدا و انتهای آیه با هم توجه شود احراز می‌گردد که مقصود شارع نفی حرج ذهنی می‌باشد چون در صدر آیه دستور به تلاش و کوشش شده، نمی‌توان نفی حرج در این آیه را حمل بر نفی حرج و سختی واقعی در دین کرد؛ زیرا قسمت آخر آیه نباید طوری تفسیر شود که دستور به تلاش در صدر آن را بی اثر کند.

آیه دوم، آیه ۶ سوره مائده می‌باشد که خطاب شده است:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُنِزِلَ عَلَيْكُمْ رِجْسًا غَيْرَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ» «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، هنگامی که به نماز می‌ایستید، صورت و دست‌ها را تا آرنج بشویید و سر و پاها را تا مفصل مسح کنید و اگر جنب باشید، خود را بشویید (غسل کنید) و اگر بیمار باشید که آب برای شما ضرر داشته باشد یا مسافر باشید، یا یکی از شما قضای حاجت کرده یا آمیزش جنسی کرده‌اید، و آب نیابید، با خاک پاکی تیمم کنید و از آن، بر صورت و دست‌ها بکشید. خداوند نمی‌خواهد سختی برای شما ایجاد کند، بلکه می‌خواهد شما را پاک سازد و نعمتش را بر شما تمام نماید، شاید شکر او را به‌جا آورید».

عبارت مورد استناد در این آیه، «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» می‌باشد که وجوهی در مراد از آن مطرح شده است. طبق وجه اول، این عبارت به کل آیه بر می‌گردد. خداوند متعال نمی‌خواهد به وسیله حکم وضو، غسل و تیمم در موقع نبودن آب یا معذور بودن استعمال آن، شما را دچار سختی و زحمت کند. پس، خداوند احکام را برای سخت‌گیری مردم وضع نکرده است. طبق این تفسیر، منظور از «وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ» این است که خداوند به وسیله وضو و غسل و تیمم شما را از آلودگی گناهان پاک می‌کند. هدف از تشریح وضو و غسل و تیمم تنها ایجاد طهارت است و این طهارت علاوه بر پاکیزگی

ظاهری، طهارت روحی را هم شامل می‌شود (طبرسی، ۱۳۷۲ ش، ج ۳، ۲۵۹؛ طوسی، بی تا، ج ۳، ص ۴۵۸؛ حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ ق، ج ۱، ص ۴۸؛ راوندی، ۱۴۰۵ ق، ج ۶، ص ۸۸). بعضی این معنا را به همه مفسرین نسبت داده و (طبرسی، ۱۳۷۲ ش، ج ۳، ص ۲۵۹) شیخ طوسی نیز، آن را به حضرت علی (ع) منتسب کرده است (طوسی، بی تا، ج ۳، ص ۴۵۸).

مطابق این وجه، آیه ارتباطی با لاجرح ندارد و تنها اراده تطهیر را بیان می‌دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ ق، ج ۱، صص ۱۷۱-۱۷۲). لذا، حرج نفی شده، مطلق حرج و مشقت نیست، بلکه حرج و مشقتی است که خالی از فایده و مصالح عالی است. پس، برای اثبات قاعده لاجرح نمی‌توان به این آیه تمسک جست و یک قاعده کلی از آن استنباط کرد (همان، ص ۱۶۴). اشکال وارده بر این دیدگاه این است که تمام احکام الهی و حتی مباحث دارای مصلحت می‌باشند. پس چگونه می‌توان قاعده نفی حرج را حمل بر مشقت خالی از فایده کرد (علیدوست، ۱۳۹۰ ش، ۱۵۸ به بعد).

وجه دوم این است که به تیمم بر می‌گردد و به وضو و غسل ارتباطی ندارد. طبق این وجه، اگر تمکن از آب نداشتید، شما را به سختی و مشقت نمی‌اندازیم که مثلاً چاهی حفر کنید تا آب پیدا شود؛ بلکه تیمم کنید. لذا شارع به علت رفع حرج به تیمم دستور داده است و در هر موردی که استعمال آب برای مکلف سخت و حرجی باشد، وضو و غسل تبدیل به تیمم می‌شود و مختص به بیماری یا مسافرت نمی‌باشد (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، صص ۱۴، ۲۷-۲۸؛ زمخشری، ۱۴۰۷ ق، ج ۱، ص ۶۱۲). طبرسی نیز با این که در کتاب مجمع البیان به صراحت وجه اول را پذیرفته، در کتاب جوامع الجامع به وجه دوم آیه را تفسیر کرده است (طبرسی، ۱۳۷۷ ش، ج ۱، ص ۳۱۶؛ مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۱، صص ۲۰-۲۱). اما در مورد دایره اعمال این آیه دو نظر وجود دارد. برخی معتقدند که قاعده لاجرح در این آیه در مورد هر عمل و تکلیفی اعمال می‌شود چون جنبه تعلیلی دارد و در هر موردی که تکلیف به حد حرج برسد این علت، حکم حرجی را بر می‌دارد (نراقی، ۱۴۱۷ ق،

ص ۱۷۴). برخی دیگر، با استناد به آیه ۷۸ سوره مبارکه حج که در رابطه با آن، روایات متعددی نقل شده بود و به حرج موجود در آیه استناد کرده بودند، اما روایتی در زمینه‌ی حرج موجود در این آیه وارد نشده نتیجه گرفته که از این آیه در مورد حرج نمی‌توان حکم کلی گرفت و به همین دلیل، آن را تنها محدود به وضو و غسل کرده‌اند (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۸۵ش، ص ۷۶). به هر حال، از این آیه نمی‌توان حکم کلی استنباط کرد چون فلسفه جعل تیمم یا جعل احکام، طهارت و اکمال نعمت توصیف شده است نه این‌که صرف مشقت و زحمت دادن به مکلفین باشد.

سومین آیه، آیه ۱۸۵ سوره بقره می‌باشد که خطاب شده: «شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ فَمَن شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَ مَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَ لِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَ لِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَيْتُكُمْ وَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ» «ماه رمضان است ماهی که قرآن، برای راهنمایی مردم و نشانه‌های هدایت و فرق میان حق و باطل، در آن نازل شده است. پس آن کس از شما که در ماه رمضان در حضر باشد، روزه بدارد و آن کس که بیمار یا در سفر است، روزهای دیگری را به جای آن، روزه بگیرد. خداوند راحتی شما را می‌خواهد، نه زحمت و سختی شما را و هدف این است که این روزها را تکمیل کنید و خدا را بر این‌که شما را هدایت کرده، بزرگ بشمرید. باشد که شکرگزاری کنید».

درباره عبارت «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» دو وجه مطرح است: نخست این است که منظور از این آیه سهل بودن حکم خداوند در مورد شخصی است که مریض یا مسافر بوده و نمی‌تواند روزه بگیرد. طبق این دیدگاه، استدلال به این آیه برای قاعده نفی عسر و حرج صحیح نمی‌باشد چون مختص به روزه است؛ زیرا این عبارت علت حکم نیست تا از آن بتوان حکم کلی استنباط کرد، بلکه حکمت حکم می‌باشد. اگر علت حکم باشد باید با تغییر آن، معلول و حکم نیز تغییر کند و حال آن‌که طبق این آیه مسافر باید روزه خود را بخورد، حتی اگر روزه گرفتن برای او عسری نداشته باشد (ایروانی، ۱۴۲۸ق، ج ۱،

ص ۱۷۳؛ حکیم، ۱۴۱۳ق، ج ۴، صص ۳۴۴-۳۴۵).

وجه دوم این است که مراد از آن آسان بودن حکم خداوند در تمام امور است (طبرسی، ۱۳۷۲ش، ج ۲، ص ۴۹۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، صص ۱۶۴-۱۶۵). در نتیجه نمی‌توان از این آیه اطلاق گرفت و آن را در سایر تکالیف حاکم دانست. به هر حال از هیچ کدام از این آیات قاعده بودن عسر و حرج استفاده نمی‌شود.

علاوه بر آیات قرآن کریم، در روایات زیادی ائمه (ع) به آیه نفی عسر و حرج استناد نموده‌اند که از هیچ کدام از آن‌ها، قاعده فقهی بودن نفی عسر و حرج استنباط نمی‌گردد که به مهم‌ترین آن اشاره می‌گردد تا مقصود از نفی عسر و حرج از دیدگاه ائمه نیز مشخص شود.

روایت اول، شخصی از امام صادق (ع) سؤال می‌کند که مُحرمی هنگام وضو آب را به صورت کامل به چهره و دست‌های خود می‌رساند و این امر سبب می‌شود که یک یا دو مو از ریشش بیفتد، آیا اشکال دارد؟ امام (ع) در پاسخ او فرمودند: کار حرامی نکرده و کفاره نیز ندارد؛ زیرا در دین حرج جعل نشده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۳، ص ۱۷۲). با توجه به این که یکی از محرمات احرام کندن مو از بدن است که کفاره دارد، برای سائل این شبهه ایجاد شده که اگر در هر وضو چندین مو از ریشش سقوط کند باید روزانه چقدر کفاره بدهد. امام (ع) با استناد به آیه شریفه «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» تنگ نظری را نفی می‌کند؛ زیرا آن چه سبب وجوب کفاره می‌شود کندن و نه افتادن مو است. تصور این که افتادن مو نیز سبب ایجاد کفاره برای فرد محرم شود، توهمی اشتباه و تنگ‌نظری در دین محسوب می‌گردد.

روایت دوم، محمد بن میسر از امام صادق (ع) سؤال کرده در مورد مرد جنبی که در راه به آب قلیلی می‌رسد و می‌خواهد با آن غسل کند، در حالی که ظرفی همراه خود ندارد و دو دستش نیز نجس است؟ حضرت (ع) فرمودند: دستانش را به همین آب بزند و بعد وضو بگیرد و پس از آن نیز غسل کند؛ چرا که خداوند فرموده است: «در دین برای شما حرج

قرارداده نشده است» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۵۲).

برخی گفته‌اند ممکن است مراد از قذارت در این آیه، قذارت شرعی و نجاست نباشد، بلکه منظور از آن، قذارت عرفی است (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۱، ص ۱۲۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۱۶۹). نظر دیگری که مطرح گردیده این است که مراد از آب قلیل آبی است که به اندازه کر رسیده، اما میزان آن کم است. این دو احتمال بر خلاف ظاهر روایت بوده و قابل قبول نمی‌باشند (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۵۲). علمای اهل سنت قائلند که آب قلیل در صورت ملاقات با نجاست تا زمانی که بو یا رنگ یا طعمش تغییر نکند، نجس نمی‌شود (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۷۶). اما مشهور امامیه معتقدند که آب قلیل به محض ملاقات با نجاست نجس می‌شود و نیاز نیست که حتماً رنگ یا بو یا طعم آب تغییر کند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۷۶؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۷). لذا این روایت موافق با عامّه است، باید بر تقیه حمل شود (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۷۷؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، پیشین) و نمی‌تواند مستند نظریه نفی عسر و حرج قرار گیرد.

روایت سوم، ابوبصیر از امام صادق (ع) سؤال کرده در مورد مرد جنبی که ظرف آبی را حمل، و انگشتش را داخل آن می‌کند، برای غسل چه کند؟ فرمودند: اگر دستش نجس بوده و داخل ظرف کرده، آب را دور بریزد و اگر نجاست به آب اصابت نکرده، از آن غسل کند؛ زیرا این، از مواردی است که خداوند متعال می‌فرماید: «در دین بر شما سختی و مشقتی قرار نداده است» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۵۴). از این روایت نیز بیشتر نفی تنگ نظری استنباط می‌شود، چون اگر نجاست به آب نرسیده باشد وجهی برای تردید و شک باقی نمی‌ماند، مگر تنگ‌نظری و وسواسی که این روایت آن را نفی کرده است. لذا بعضی معتقدند وجه استناد امام (ع) به لاجرج برای جواز تطهیر با آب قلیلی که انگشت در ظرف آن کرده و لو نجاست به آن نرسیده باشد، نفی نجاستی است که وجودش در بدن جنب توهم شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۱۶۸). طبق این برداشت، مراد از تنگنا، تنگ‌نظری در دین می‌باشد.

روایت چهارم، ابوبصیر از امام صادق(ع) سؤال کرده در سفرها به برکه‌هایی بر می‌خوریم که آب باران در آن‌ها جمع شده و در کنار آبادی است و انواع نجاسات در آن یافت می‌شود؛ با آن‌ها چه کنیم؟ امام(ع) فرمودند: اگر در دل شبهه‌ای دارید این چنین کنید: آب را کنار بنزید و سپس وضو بگیرید؛ زیرا، در دین تنگنا و سختی نیست. پس همانا خداوند می‌فرماید: «در دین بر شما سختی و مشقتی نیست» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۶۳). این روایت نیز از جمله روایاتی است که برخی از فقها به عنوان مستند قاعده نفی عسر و حرج بیان کرده‌اند، در حالی که نمی‌توان چنین برداشتی از آن کرد. چون، با توجه به رویه آن زمان، برکه‌هایی که در اطراف آبادی‌ها بوده، معمولاً گودال‌های بزرگی بوده و آب آن‌ها به اندازه کر یا بیشتر بوده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۶۳). با توجه به این مقدمه، این روایت ظهوری در نفی حکم حرجی ندارد و بیان کننده این است که دین اسلام دینی آسان و بدون ضیق است (حکیم، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۴۸). در نتیجه، این روایت بر نفی حکم حرجی دلالت ندارد و اگر آب برکه‌ها آب قلیل باشد با توجه به عبارت امام(ع) که فرمودند: «إِنْ عَرَضَ فِي قَلْبِكَ مِنْهُ شَيْءٌ»، روایت ناظر بر حرج تنگ نظری در دین و آلودگی توهمی و احتمالی می‌باشد.

روایت پنجم، از امام صادق(ع) سؤال شد از جنبی که با ظرفی از آب غسل می‌کند و هنگام غسل مقداری از آب غسلش به زمین می‌خورد و در ظرف آب ریخته می‌شود؟ امام(ع) در جواب فرمودند اشکالی ندارد و این، در زمره قول خداوند است که فرمودند «برای شما در دین حرج قرار داده نشده است» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۲۱۱). به نظر می‌رسد امام یک ملاک کلی در این روایت مطرح کرده که خداوند در دین برای شما آن قدر که تصور می‌کنید، سختی نگرفته و مشقت واهی را از خود دور نماید.

روایت ششم، شخصی به زمین خورده و ناخنش قطع شد و پارچه‌ای را بر آن بسته و از امام سؤال کرده برای وضو چه کند؟ امام صادق(ع) فرمودند: حکم این پرسش و امثال آن از کتاب خدا به دست می‌آید؛ زیرا خداوند فرموده که «در دین بر شما حرجی قرار داده نشده

است». پس بر پارچه مسح کن (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۶۳؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۴۶۴).

در این روایت، اصل وجوب مسح برداشته نشده، بلکه چون امکان مسح پوست نیست پارچه‌ای روی آن گذاشته و روی آن را مسح می‌شود. بنابراین، این روایت دلالت بر قاعده نفی عسر و حرج نمی‌کند؛ بلکه امام در مقام رفع تنگ‌نظری در دین فرموده‌اند که حکم این موارد در کتاب خدا روشن است؛ زیرا دین اسلام، دین عقل و منطق است و مبتنی بر توهمات و تنگ‌نظری نیست؛ چون اگر کسی ناخنش شکست و به خون آلوده شد، آیا جایز است به حکم عقل که دست تمیز را به خون نجس آغشته کند و بعد طهارت حاصل شود.

روایت هفتم، در مورد مردی که یک قطعه پوستینی از بازار خریده و نمی‌داند که از حیوان تذکیه شده است یا نه، احمد بن محمد سؤال می‌کند که آیا می‌تواند در آن نماز بخواند؟ امام (ع) در پاسخ می‌فرمایند: «بله، شما وظیفه پرسش ندارید و نیاز به سؤال از تذکیه حیوان نیست». ایشان در ادامه از امام باقر (ع) نقل می‌کنند که فرموده‌اند: «خوارج به سبب جهالتی که در مورد دین داشتند، بر خودشان خیلی تنگ می‌گرفتند، درحالی‌که دین خیلی وسیع‌تر از آن است» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۳۶۸؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۴۹۱). این روایت دلیلی بر رفع تنگ‌نظری است، چون بیان گردیده که خوارج به سبب جهالتی که داشتند به خود سخت گرفتند و خود را در تنگنا قرار دادند.

بنابراین، از مجموع روایات استفاده می‌شود هیچ کدام از آنها نمی‌تواند به‌عنوان مستند قاعده نفی عسر و حرج قرار گیرد؛ زیرا هیچ‌کدام از روایات حکمی را نفی نمی‌کند، بلکه حرج مذکور دلالت بر این دارد که در دین اسلام تنگ‌نظری وجود ندارد و نباید توهمات ذهنی، اجرای احکام دین را با مشقت همراه سازد.

البته برخی معتقدند که در زمینه‌ی نفی حرج بین مسلمین اجماع وجود دارد (طباطبائی، ۱۲۹۶ق، ص ۵۳۵؛ حائری اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ص ۳۳۴؛ انصاری، ۱۴۱۴ق، ص ۳۲۷). اما در این مورد می‌توان گفت اولاً اجماع مدرکی است ثانیاً قدماً به آن استناد

نکرده و حتی بعضی مانند صاحب وسائل ادله نفی عسر و حرج را مجمل دانسته و فقط در تکلیف ما لایطاق قابل استناد توصیف کرده است. برخی دیگر به عقل استناد کرده که تکلیف به اموری که حرج آور باشد عقلاً قبیح است و خداوند چنین تکلیفی نکرده است (هدایت نیا، ۱۳۹۲ش، ص ۱۷۵). اما اگر قاعده نفی حرج یک قاعده عقلی باشد در این صورت نباید در هیچ یک از ادیان الهی چنین تکالیفی تشریح شده باشد؛ در حالی که در ادیان گذشته تکالیف حرجی بوده و خداوند آن را از امت پیامبر به دلیل امتنان برداشته است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، پیشین). در نتیجه، نمی توان برای اثبات لاجرح به دلیل عقلی تمسک نمود.

۳. عدم توانایی عسر و حرج در توجیه طلاق قضایی

پس از بررسی مستندات ادله نفی عسر و حرج، جایگاه آن در حوزه خانواده خصوصاً نکاح مورد بررسی قرار می گیرد. لذا ابتدا بررسی می شود که نظریه طلاق بر مبنای عسر و حرج از چه زمانی وارد ادبیات فقهی شد. سپس نحوه ورود این نظریه به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مورد بررسی قرار می گیرد. اولین مورد طلاق قضایی طلاق زوجه غایب مفقود الاثر می باشد. مشهور فقها معتقدند اگر مردی غایب مفقود الاثر باشد و زوجه او از حاکم مطالبه نفقه کند، ولی مرد به دادن نفقه الزام و اگر ولی نفقه را بدهد، زن باید صبر نماید و نمی تواند طلاق بگیرد اما اگر ولی نداشته باشد یا مالی از غایب نباشد که از آن، نفقه زن تأمین شود در این صورت، حاکم چهار سال فحوص و جست و جو می نماید. اگر خبری از مرد بیاید، زن نمی تواند طلاق بگیرد و تا برگشت مرد نفقه او از بیت المال تأمین می شود. اگر پس از چهار سال حاکم خبری از مرد غایب پیدا نکند، زن را طلاق می دهد و او باید عده وفات نگه دارد (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۵۳۸؛ عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۶۵؛ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۵۳۷؛ خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۰۰). هر چند بعضی مدت چهار سال را از تاریخی که شوهر مفقود شده، حساب کرده اند (فیض کاشانی، بی تا، ج ۲، ص ۳۵۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق،

ج ۲۵، ص ۴۸۵؛ طباطبائی یزدی، بی تا، ج ۲، ص (۷۱). این نظریه، مستند به روایات خاص است و مشهور به ادله عام نفی عسر و حرج استناد نکرده‌اند، اما صاحب عروه الوثق اولین فقیهی است که طلاق قضایی خارج از مورد نص را به نفی عسر و حرج شدید توجیه کرده است.^۱ لذا از سویی معتقدند اگر شرایط مورد نظر مشهور مانند عدم وجود نفقه دهنده نباشد، مشروعیت طلاق توسط حاکم قبل از چهار سال بعید نیست. از سوی دیگر، حکم جواز طلاق زوجه غایب را به محکوم حبس ابد و نیز معسر حاضری که توانایی پرداخت نفقه ندارد و زن نیز نمی‌تواند بر این شرایط صبر نماید، توسعه داده‌اند. علی‌رغم این‌که ایشان این توسعه را به استناد نفی حرج و روایات خاصه‌ای که در این زمینه وجود دارد مطرح کرده، اما در نهایت نتیجه گرفته که اگر ادامه زوجیت مستلزم گرفتاری قهری یا اختیاری زوجه در حرام باشد، به طریق اولی حاکم اختیار طلاق دارد، بلکه رهایی زن از قید زوجیت به سبب

۱. «فی المفقود الذی لم یعلم خبره و ائّه حیّیّ أو میتّ إذا لم یکن إعمال کیفیات المذكورة فی تخلص زوجته لمانع من الموانع و لو من جهة عدم النفقه لها فی المده المضروبة، و عدم وجود باذل من متبرّع أو من ولیّ الزوج، لایبعد جواز طلاقها للحاکم الشرعی مع مطالبتها و عدم صبرها، بل و کذا المفقود المعلوم حیاته مع عدم تمکن زوجته من الصبر، بل و فی غیر المفقود مّن علم ائّه محبوس فی مکان لا یکن مجیوه أبدا، و کذا فی الحاضر المعسر الذی لا یتمکن من الإنفاق مع عدم صبر زوجته علی هذه الحالة، ففی جمیع هذه الصور و أشباهها و إن کان ظاهر کلماتهم عدم جواز فکها و طلاقها للحاکم لأنّ الطلاق یبید من أخذ بالساق، إلاّ ائّه یکن أن یقال: بجوازه لقاعدة نفی الحرج و الضرر، خصوصا إذا کانت شابة و استلزم صبرها طول عمرها و وقوعها فی مشقة شديدة». ایشان پس از نقل چند روایت در این مورد که اگر مرد نفقه زن خود را ندهد باید او را طلاق دهد، می‌گوید: «فیستفاد من هذه الاخبار أنّ مع عدم النفقه یجوز إيجاب الزّوج علی الطّلاق، و إذا لم یکن ذلك لعدم حضوره للإمام أن یتولّاه و الحاکم الشرعی نایب عنه فی ذلك، و إذا کان عدم طلاقها و إبقاؤها علی الزوجیه موجبا لوقوعها فی الحرام قهرا أو إختیارا فأولی، بل اللّازم فکها حفظا لها عن الوقوع فی المعصیه، و من هذا یمكن أن یقال فی مسأله المفقود إذا أمکن إعمال کیفیات المذكوره من ضرب الأجل و الفحص لکن کان موجبا للوقوع فی المعصیه یجوز المبادره إلی طلاقها من دون ذلك».

حفظ او از وقوع در حرام است. از این حیث نیز می‌توان نظریه مشهور را تعدیل کرد که اگر جست‌وجوی چهار ساله موجب وقوع زوجه در حرام شود، می‌توان قبل از آن اقدام به طلاق نمود (طباطبائی یزدی، بی تا، ج ۲، صص ۷۵-۷۶). لذا از نظریه نفی عسر و حرج به نظریه لزوم ممانعت از وقوع حرام و نجات زوجه از ارتکاب حرام عدول کرده است.

امام خمینی (ره) نیز با الهام از نظر صاحب عروه الوثقی معتقدند اگر زوجه به علت نبود شوهر در حرج باشد به طوری که صبر کردن زن سبب سقوط در فساد شود، حاکم در صورت یأس بعد از چهار سال می‌تواند طلاق دهد. حتی اگر قبل از گذشت چهار سال در معرض فساد قرار گیرد، و لو به حاکم رجوع نکرده، در صورت یأس حاکم از پیدا شدن زوج، جواز طلاق حاکم را بعید ندانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۱۴۵). اما در پاسخ به نظر شورای نگهبان از این وجه عدول کرده و طلاق قضایی را به امتناع شوهر از انجام وظیفه، رفتار نیکو با زوجه یا طلاق به احسان او که در چندین آیه قرآن به آن تصریح شده و ولایت حاکم بر ممتنع یا قاعده الحاکم ولی الممتنع توجیه کرده‌اند. به‌عنوان مثال، هنگام اصلاح قانون مدنی و ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی فقهای شورای نگهبان در مورد حرج منفی با هم اختلاف داشتند. بعضی معتقد بودند آن چه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نکاح است و بر فرض حاکمیت ادله نفی حرج، باید لزوم عقد منتفی و برای زن حق فسخ ایجاد شود. اما با توجه به این که موارد فسخ، اجماعاً محدود است و این مورد جزء آن موارد نیست، پس زوجه نمی‌تواند به استناد ادله نفی حرج عقد نکاح را فسخ کند. اما عده دیگر معتقد بودند علت حرج لزوم عقد نیست، بلکه انحصار طلاق به دست مرد منشأ حرج است و به ادله نفی حرج، این انحصار منتفی می‌شود. لذا با مراجعه زوجه به حاکم و اثبات موضوع، مرد به طلاق الزام می‌شود و یا حاکم زوجه را طلاق می‌دهد. لذا با ارسال نامه‌ای خواهان اظهار نظر ایشان به منظور پیروی از آن می‌شوند.

حضرت امام (ره) در پاسخ نامه مذکور اظهار می‌کنند: «طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت و الا با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم

شرع طلاق داده شود. و اگر جرئت بود، مطلبی دیگر بود که آسان‌تر است» (موسوی خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۱۴۵). ایشان در جواب، به ادله نفی حرج استناد نکرده‌اند، بلکه الزام زوج به طلاق را مطرح کرده‌اند که در صورت امتناع از طلاق، حاکم طلاق را انشاء نماید. پس بیشتر بر اصل «الحاکم ولی الممتنع» تمرکز کرده‌اند. در نتیجه، هرچند در نامه شورای نگهبان امکان رفع لزوم نکاح مطرح شده است، ولی از جانب امام قرار نگرفته است. آنچه در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته، مطابق با نظر مشهور و حتی امام نیست؛ زیرا اگر مطابق نظر امام ماده تدوین می‌شد، این نظر از پشتوانه ادله شرعی بهره‌مند بود زیرا در قرآن وظیفه مرد نسبت به زن رفتار به نیکویی یا طلاق به احسان مقرر شده است. لذا، اگر مرد از انجام وظیفه خود امتناع کند، به استناد ادله لزوم جلوگیری از ظلم و ستم که در حد تواتر، بلکه از ضروریات حقوق اسلام است و نیز چون عدم اعطای حقوق زن یا تضييع حقوق او از منکران و بدیها می‌باشد، به ادله لزوم نهی از منکر، حاکم می‌تواند مرد را وادار به ایفای وظیفه کند. اگر به امتناع خود اصرار کرد، چون از انجام وظیفه رفتار به نیکی و وظایف شخصی و مباشرتی شوهر است، به علت غیرمقدور بودن منتفی می‌شود ولی طلاق به احسان چون طلاق از اعمال حقوقی قابل نیابت است، به استناد قاعده الحاکم ولی الممتنع می‌تواند زوجه را طلاق دهد. این دیدگاه مناسب‌ترین دیدگاهی است که از طرفی زن را از حالت ظلم و ستم و بلا تکلیفی نجات می‌دهد و از طرف دیگر هیچ‌گونه شک و شبهه مغایرت با موازین شرعی ندارد.

اما اگر به استناد ادله نفی حرج طلاق انجام شود اشکالات زیادی بر این وجه وارد است زیرا اولاً در مراد از حرج منفی اختلاف است که آیا حرج توهمی و تصویری را نفی کرده و یا حرج و مشقت واقعی را که در فرض اخیر اختلاف شدید است که چه حدی از مشقت منتفی شده، غیرقابل تحمل، غیرعادی یا مطلق مشقت منتفی شده است (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۲۷۹؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۶۰؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۸۶۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، صص ۱۶۰-۱۶۱؛ حسینی مراغی،

۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۲۸۵). ثانیاً فقه عهده‌دار احکام شرعی است و حرج از موضوعات عرفی است لذا این دیدگاه باید نظر آخوند خراسانی را قبول کند که معتقد به نفی حکم به لسان نفی موضوع است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۸۱). ولی باز مشکل حل نمی‌شود زیرا حکم نکاح عبارت از صحت و لزوم است و به اتفاق صحت برداشته نمی‌شود و ناچاراً باید لزوم برداشته شود، اگر لزوم عقد برداشته شود، مستلزم این است که عقد خیاری شود، وجهی که قابل اعتماد نیست و در قانون نیز پذیرفته نشده است. اگر لزوم وفای به وظیفه منتفی شود مستلزم این است که زن وظیفه به تمکین نداشته باشد که ایفای این وظیفه در خیلی از موارد منتفی به انتفای موضوع است و نیازی به ادله نفی حرج نیست. اگر انحصار اختیار مرد به طلاق را رفع کند این وجه که ظاهر قانون مدنی پذیرفته، با چند اشکال اساسی مواجه است. نخست این که طلاق از مشروعات مغبوض است و نباید در ادله آن توسعه داد و تفسیر موسع کرد. دوم این که چون زوجه در حرج است، لازمه رفع انحصار طلاق به اختیار مرد به ادله نفی حرج، در این است که زن نیز اختیار طلاق داشته باشد. در نتیجه، نمی‌توان به استناد این وجه برای حاکم یا دادگاه اختیار طلاق را اثبات کرد.

ثانیاً استناد به ادله حرج مستلزم این است که موضوع آن یعنی حرج زن محقق و احراز شود یا به عبارت دیگر ملاک نفی حرج چون امتنانی و حمایتی است شخصی و موردی می‌باشد، در حالی که در تبصره ماده ۱۱۳۰ از ملاک نوعی استفاده شده و صرف وقوع اتفاقی دلیل بر حرج زوجه محسوب شده که این ملاک، فقط با مشقت غیرعادی مطابقت دارد، در حالی که ملاک باید حرج شخصی باشد. بنابراین، ابتدای طلاق قضایی بر ادله لزوم وفای شوهر به وظیفه زناشویی یا طلاق به احسان زن و ولایت حاکم از زوج ممتنع کاملاً مطابق با قواعد فقهی است که باید مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد.

نتیجه

عسر و حرج نمی‌تواند مبنای مناسبی برای طلاق قضایی شمرده شود، چون هر چند معنای

لغوی عسر و حرج مشقت و سختی می‌باشد و اکثر نظریات فقهی مراد از آن را به مشقت واقعی حمل کرده‌اند، اما از سویی در حدود و درجه مشقت با هم اختلاف دارند و از سوی دیگر، در فروعات احدی در موارد غیرمنصوص به آن فتوا نداده و از ادله به استناد نفی حرج منتفی نشمرده‌اند و حتی سید یزدی نیز که به عمومات نفی حرج استناد کرده، آن را زمینه‌ساز دخالت حاکم در رابطه زناشویی توصیف نمود چون معتقد بود اگر زن در حرج روحی قرار گیرد طوری که بیم وقوع در حرام داشته باشد و نتواند صبر و تحمل کند، حاکم می‌تواند به استناد ادله لزوم جلوگیری از منکر زن را طلاق دهد. امام خمینی نیز، علی‌رغم این‌که نامه شورای نگهبان حکایت از اتفاق آنان بر حکومت نفی حرج ولی اختلاف در تأثیر نفی حرج دارد، وارد این حوزه نشده و با طرح دیدگاه ولایی خود نظر دیگری را مطرح کرده‌اند که به ادله شرعی قابل توجیه و حمایت می‌باشد.

مفسرین نیز با بررسی سیاق کلی آیاتی که در این زمینه است و روایاتی که از ائمه (ع) در مورد عسر و حرج نقل گردیده معتقدند که مراد از نفی عسر و حرج، مشقتی که توسط شیطان و نفس به مکلف القاء می‌شود می‌باشد. لذا این آیات و روایات مرتبط با مشقتی است که در ذهن ایجاد شده تا مکلف را از اجرای اصل تکلیف منصرف نماید. هم‌چنین، با بررسی آیاتی که در مورد عسر و حرج استناد شده، این نتیجه حاصل شد که حرج ذکر شده نمی‌تواند مستند قاعده نفی عسر و حرج باشد، خصوصاً آیه ۷۸ سوره حج که به‌عنوان مستند اصلی قاعده نفی عسر و حرج ذکر می‌گردد. در این آیه شریفه پس از دستور به تلاش و کوشش، بیان شده که برای شما حرج قرار داده نشده است. حرج ذکر شده در این آیه را نمی‌توان حمل بر نفی حرج و سختی واقعی در دین کرد؛ زیرا در تمام تکالیف دینی به‌نوعی مشقت یافت می‌شود و اگر با نفی حرج این مشقت منتفی شود، آنگاه تمام تکالیف از میان برداشته می‌شود. لذا اکثر مواردی که در تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی به‌عنوان مصادیق عسر و حرج ذکر گردیده علاوه بر این‌که از جهت مبنایی امکان اعمال عسر و حرج در زمینه‌ی طلاق وجود ندارد، مخالف امتنانی بودن قاعده نفی عسر و حرج و سبب طلاق زایی در

جامعه می‌شود و قابل اعمال نیستند. پس مناسب است که مطابق دیدگاه الزام شوهر به وظایف زناشویی یا طلاق و ولایت حاکم از شوهر ممتنع عمل شود.

منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- انصاری، مرتضی، رسائل فقهیه، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۴ق.
- ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه، ج ۱، قم، مؤسسه الفقه للطباعه و النشر، ۱۴۲۸ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- آلوسی، سید محمود، روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم، ج ۹، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره، ج ۲۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- حائری اصفهانی، محمد حسین، الفصول الغریبه فی الأصول الفقهیه، قم، دار احیاء العلوم الإسلامیه، ۱۴۰۴ق.
- حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱، ۳ و ۱۳، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- حسینی جرجانی، سید امیرابوالفتح، تفسیر شاهی، ج ۱ و ۲، تهران، انتشارات نوید، ۱۴۰۴ق.
- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین الفقهیه، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- حکیم، سید عبد الصاحب، متقی الاصول، ج ۴، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۳ق.
- حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- راوندی، قطب الدین، فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام، ج ۶، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ق.
- زبیدی، مرتضی، تاج العروس من الجواهر القاموس، ج ۷ و ۳، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- زمنشیری، محمود، الکشاف عن حقائق غوامض القاموس، ج ۳ و ۱، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۷ق.
- صفایی، سید حسین و امامی، اسد الله، مختصر حقوق خانواده، میزان، ۱۳۹۲ش.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، ملحقات العروه الوثقی، ج ۲، قم، داوری، بی تا.
- طباطبائی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

- طباطبائی، محمد بن علی، مفاتیح الأصول، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۲۹۶ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، تفسیر جوامع الجامع، ج ۱، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ش.
- همو، مجمع البیان، ج ۲، ۳ و ۷، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲ش.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، استبصار فیما اختلف من الاخبار، ج ۱، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۰ق.
- همو، التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۳ و ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- همو، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۰ق.
- همو، تهذیب الأحکام، ج ۲، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- همو، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۱، تهران، المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۶، قم، داوری، ۱۴۱۰ق.
- علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰ش.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد جواد، قاعده لاحرج، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۳۸۵ش.
- فیض کاشانی، محسن، الوافی، ج ۱، اصفهان، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی (ع)، ۱۴۰۶ق.
- همو، مفاتیح الشرائع، ج ۲، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
- مفید، محمد بن محمد بن نعمان، المقتعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، زبدة البیان فی أحكام القرآن، ج ۱، تهران، المکتبه الجعفریه لإحیاء الآثار الجعفریه، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ج ۱، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۱۱ق.
- همو، ناصر، تفسیر نمونه، ج ۱ و ۱۲، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۷۴ش.
- موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، ج ۱، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
- موسوی خمینی، سید روح الله، استفتانات، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ق.
- همو، کتاب الطهاره، ج ۲، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، بی تا.
- میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن گیلانی، رسائل المیرزا القمی، ج ۲، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ق.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

۳۲ / مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره بیست و شش، پاییز و زمستان ۱۳۹۹

نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
هدایت نیا، فرج الله، عناوین ثانوی و حقوق خانواده، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی،
۱۳۹۲ش.

همدانی، آقا ضیاء، مصباح الفقیه، ج ۱، قم، مؤسسه الجعفریه لإحياء التراث و مؤسسه النشر الاسلامی،
۱۴۱۶ق.