

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2018Y3N8A25 ISSN-P: 2538-3701

بررسی تاثیر عسر و حرج بر حقوق زوجه در نظام حقوق مدنی ایران

سیاوش اسماعیلی^۱

دکتر حسین امینی اسدآبادی

دکتر الهه خاکساری

چکیده

قاعده عسر و حرج برگرفته از آیات قرآن و احادیث معصومین است که به عنوان یک اصل حاکم بر قواعد دیگر راهگشای بسیاری از مشکلات موجود خصوصاً در حیطه‌ی مسائل خانواده می‌باشد. مسئله‌ی که در این پژوهش در پی آنیم این است که در صورت اثبات عسر و حرج برای زوج، چه تأثیری بر حقوق زوجه از جمله نفقه، مهریه، حق دریافت اجرت‌المثل، دریافت نخله و اینکه عسر و حرج ناشی از رفتار زوجه در صورتی که منجر به وقوع طلاق شود، چه تأثیری بر شرط انتقال نصف دارایی بر جای می‌گذارد. این مسئله امروزه در بسیاری از خانواده‌ها رواج یافته است و تاکنون توسط حقوقدانان مورد بررسی قرار نگرفته است؛ به همین دلیل پژوهش در این باب ضرورت دارد. و در نهایت خواهیم گفت که همانطور که عسر و حرج ناشی از رفتار زوج دارای آثار حقوقی است، عسر و حرج ناشی از رفتار زوجه هم دارای آثار حقوق خواهد بود. که شیوه انجام پژوهش به صورت توصیفی-تحلیلی و به روش کتابخانه‌ای صورت گرفته است.

۱۲۹



واژگان کلیدی: عسر، حرج، اجرت المثل، نخله، نفقه

^۱ نویسنده مسئول

بخش اول: کلیات

قاعده فقهی یک اصل کلی محسوب می‌شود که فقها به واسطه‌ی آن حکم موارد جزئی را به دست می‌آورند. یکی از این قواعد مهم و اساسی، قاعده نفی عسر و حرج است که علاوه بر جریان آن در بسیاری از ابواب فقه، در قوانین موضوعه نیز تجلی یافته است. قاعده نفی عسر و حرج در حقوق خانواده بسیار کاربرد دارد و کلید گشایش بسیاری از مسائل است و تقریباً بیشترین اثر آن در طلاق نمود می‌یابد. در این رابطه برخی را عقیده بر این است که با توجه به مفاد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی که می‌گوید شوهر هر زمانی که بخواهد می‌تواند همسر خود را طلاق بدهد، می‌گویند که راه فرار از چنین وضعیتی یعنی زندگی حرجی برای مرد هموار است و هر زمان که بخواهد می‌تواند زوجه را طلاق دهد و آنچه قابل بررسی می‌باشد، عسر و حرجی است که زن در ادامه‌ی زندگی مشترک با همسر خود دچار آن می‌گردد و ناچار است، جهت اثبات آن، با طرح دعوا به قانون پناه ببرد؛ زیرا در تقاضای طلاق برای زنان، محدودیت‌های قانونی بیشتری وجود دارد. به عنوان مثال نفقه زن اعم از آنکه زن معسر باشد یا موسر، بر عهده شوهر است و در تعیین مقدار نفقه وضعیت و توان مالی شوهر ملاک است. فقهای مذاهب مختلف در این مورد اتفاق نظر دارند. اگر شوهر ناتوان از پرداخت نفقه شود، اکثر قریب به اتفاق فقها عقیده دارند، عقد نکاح قابل انحلال است؛ به این ترتیب که برخی عقیده دارند: زوجه می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند، و برخی معتقدند به درخواست زوجه، حاکم او را طلاق می‌دهد. اما حنفیه به استناد آیه: «... و ان كان ذوعسره فنظره الی میسره» عقیده دارند: در صورت اعسار شوهر، همسر او طلاق داده نمی‌شود؛ زیرا نفقه دین در ذمه زوج است و زوجه مأمور به انتظار است، در این صورت زن می‌تواند به قاضی رجوع کند تا بعد از تعیین نفقه و محکوم نمودن شوهر به ادای آن، به او اجازه دهد تا به حساب شوهر قرض کند و پرداخت طلب مقروض به شوهر حواله داده شود. با این وجود از آنجا که معمولاً کسی پیدا نمی‌شود تا زن از او قرض کند و نیاز زن به امرار معاش دائماً با قرض کردن رفع نمی‌شود، مشایخ حنفیه استحسان کرده‌اند که قاضی حنفی در این مورد ناییی از کسانی که مذهبشان جواز طلاق است به جای خود نصب کند، تا چنانچه زوج غایب نباشد بین آن دو جدایی ایجاد کند. به موجب ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی که از فقه امامیه اقتباس شده است: اگر شوهر از پرداخت نفقه استنکاف ورزد و یا توانایی پرداخت نداشته باشد می‌تواند به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را ملزم به طلاق نماید، همچنین به موجب ماده ۱۰۲۹ قانون مذکور، اگر شخصی



چهار سال تمام غایب مفقودالآثر باشد، زن او می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید و از دادگاه تقاضای طلاق نماید. علاوه بر موارد مذکوره که از مصادیق عسر و حرج هستند، ماده ۱۱۳۰ به طور کلی به زن اجازه داده است که چنانچه دوام زوجیت موجب عسر و حرج برای او باشد برای اجبار زوج به طلاق به دادگاه رجوع نماید و در صورت میسر نشدن اجبار زوج به طلاق، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده شود. هرچند درج مفاد قاعده عسر و حرج در مواد قانون از جمله ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی برای اصلاحات قانونی و با نظارت شورای نگهبان - از نظر انطباق آن با احکام شرعی - عملی شده است، حکم این ماده از نظر پیشینه تاریخی در فقه امامیه کم سابقه است و با نظریه مشهور فقها که غالباً مبنای نظریه مقنن قانون مدنی بوده است، تعارض دارد. سید یزدی اولین فقیهی است که در این باره با اعمال مفاد قاعده نفی عسر و حرج، انجام یافتن طلاق را از سوی حاکم پذیرفته است. به عقیده وی در صورت درخواست طلاق و عدم صبر زن، جواز صدور حکم طلاق بعید نیست. همینطور به عقیده ایشان هنگامی که حیات زوج مفقود، معلوم است، اما زوجه نمی‌تواند صبر کند و حتی در مورد زوج غیرمفقودی که معلوم باشد محبوس است، اما بازگشت او هرگز ممکن نیست و یا در موردی که شوهر حاضر است و به علت اعسار نمی‌تواند نفقه زوجه را پردازد و همسر او نیز در این حالت، توان صبر و انتظار ندارد، هرچند ظاهر کلمات فقها عدم جواز طلاق زوجه توسط حاکم است، می‌توان طلاق را به استناد قاعده نفی عسر و حرج و ضرر پذیرفت؛ به ویژه هنگامی که زن جوان باشد و صبر او در طول عمرش موجب آن شود که در مشقت شدید بیفتند. نظریه مذکور، با آنکه از سوی فقهای مشهور مطرح نگردیده و توسط فقهای بعد از مرحوم طباطبایی پذیرفته نشده است. قانون مدنی از آن تبعیت کرده است. ولی آنچه این مقاله در پی آن است اینکه قاعده از عمومیت برخوردار است و در بحث رابطه ی بین زوجین به حکم ماده ۱۱۳۳ و قاعده ی «الطلاق بید من اخذ بالساق» تنها به زوجه انصراف نمی‌یابد و در حقیقت می‌توان مصادیقی را یافت که مرد به عسر و حرج دچار می‌شود و از طرفی با طلاق مجبور به پرداخت تمام لوازم آن از قبیل مهریه و نفقه و ... می‌گردد که این امر با توجه به وضعیتی که زوجه او را در آن قرار داده نزدیک به عدالت نیست. آنچه را که در این پژوهش در صدد دستیابی به آن می‌باشیم این مطلب است که ملاک و مناط واقعی عسر و حرج زوج چه می‌باشد و در صورت تحقق این عنوان در حق زوج، چه اثراتی بر حقوق زوجه مترتب خواهد شد؟



بند اول: اهمیت بررسی موضوع

با توجه به اینکه قاعده‌ی لاجرج در روابط حقوقی زوجین کاربرد وسیع دارد و از طرفی به دلیل اطلاق ادله هم زوج و هم زوجه می‌توانند به آن تمسک جویند و در صورت تأیید آن بر حقوق طرف مقابل آثار و ثمراتی بار می‌شود، لذا در فرعی که زوج ادعای عسر و حرج می‌کند تا کنون پژوهش قابل اعتنا صورت نگرفته و از حیث قانونی باید گفت که اگر چه این قاعده در فقه ما وجود دارد و به علت اطلاق قاعده هم در رابطه با زوج و هم زوجه قابلیت اجرا دارد و مقنن تنها زمانی که زن دچار عسر و حرج می‌گردد را مطرح می‌سازد و اجازه طلاق را به او می‌دهد ولی در این رابطه اگر شوهر دچار عسر و حرج گردید، سکوت نموده است؛ به همین دلیل در این رابطه با خلأ قانونی مواجه هستیم؛ لذا ضرورت دارد که برای سهولت در قضاوت و حل مشکلات و تنقیح آثار مترتبه بر این امر، ملاکات و شرایط اثباتی آن بر اساس مبانی فقهی و مفاد قاعده‌ی عسر و حرج معین گردد تا قضاوت در مشکلات حقوقی زوجین در فرع مورد نظر بر اساس منطق و دلیل متفن، صورت پذیرد.

بند دوم: پیشینه علمی و تحقیقاتی پژوهش

با تحقیق و تقحصی که صورت گرفت، ملاحظه شد که در باب قاعده‌ی عسر و حرج و مصادیق متعدد آن در اثبات عسر و حرج زوجه، طلاق قضایی یا در قانون مدنی و در فقه امامیه، پایان نامه‌هایی نگاشته شده است ولی تا کنون پژوهش قابل اعتنایی در خصوص تأیید عسر و حرج زوج و آثاری که بر حقوق زوجه مترتب می‌شود، تدوین نشده است، و به همین دلیل است که مفاد این پژوهش پر کاربرد در حل مشکلات و متنازعات بین زوجین و نقص‌های تقنینی موجود در این باب، نظر راقم سطور را به خود جلب کرد. البته گفتنی است که در خصوص قاعده‌ی عسر و حرج مقالات متعدد و قابل اعتنای بسیاری به زیور طبع آراسته شده است.

۱. جمشیدی، ابوالفضل (۱۳۷۹)، عسر و حرج در حقوق مدنی ایران، پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز این پایان نامه تنها به حوزه‌ی حقوق خانواده اختصاص ندارد و تمامی مواضعی که در قانون با عسر و حرج مرتبط می‌باشد را احصاء نموده است و قانون را به صورت مبسوط شرح نموده است. این پژوهش به صراحت توانایی اثبات عسر و حرج زوج (به عللی که قبلاً بیان شد) را نفی نموده است.

۲. کرات، مرضیه (۱۳۸۸)، موارد کاربرد قاعده عسر و حرج در روابط حقوقی زوجین، پایان نامه ی کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور (وزارت علوم، تحقیقات، و فناوری) - مرکز پیام نور تهران - دانشکده الهیات و معارف اسلامی.

این پژوهش در ابتدا به بیان قاعده ی عسر و حرج پرداخته است و قاعده را از منظر فقهی و حقوقی به خوبی مورد مذاقه قرار داده است و در ادامه به بیان مواضع و شرایط عسر و حرج زن پرداخته اند و هیچ گونه اشاره ی به موضعی که مرد هم می تواند دچار عسر و حرج گردد، اشاره ی نکرده است.

۳. فحیمی، فرنوش (۱۳۹۳)، بررسی قاعده نفی عسر و حرج در طلاق قضایی، مقاله های همایش های ایران، کنگره بین المللی فرهنگ و اندیشه دینی. مرکز راهبری مهندسی فرهنگی شورای فرهنگ عمومی استان بوشهر؛

در این مقاله که بسیار مختصر می باشد تنها شرایط عسر و حرج زوجه بیان شده است که در صورت اثبات آن زن می تواند از دادگاه تقاضایی طلاق قضایی نماید.

در هیچ یک از پژوهش های فوق به عسر و حرج زوج و تاثیری که می تواند بر حقوق زوج داشته باشد اشاره ی صورت نگرفته است.

۱۳۳



الف) سوال پژوهش: در صورت اثبات عسر و حرج برای زوج، چه اثراتی بر حقوق زوج مترتب می شود؟

ب) فرضیه پژوهش: اثبات عسر و حرج زوج که توسط زوجه حادث شده است، بر حقوق زن از جمله مهریه اثر گذار است.

بخش دوم: تعریف لغوی عسر و حرج

عسر در مقابل یسر به معنای تنگی و دشواری (سیاح، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۰۴۹)، تنگدستی، فقر و تهیدستی (معین، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۳۰۰) و «حرج» نیز در معنایی مشابه عسر یعنی تنگدستی و سختی (سیاح، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۸۴)، تنگدل شدن و به کار در ماندن (معین، ۱۳۷۹، ج ۱، ص

۱۳۴۷) قرار گرفته است. «نفی عسرو حرج» از قواعد فقهی پذیرفته شده است که بر پایه ادله چهار گانه (کتاب، سنت، اجماع و عقل) قرار گرفته است. معنای این قاعده که از عناوین ثانویه است، در تمام ابواب فقه از جمله عبادات، معاملات و سیاسات جاری است. در معنای این قاعده باید گفت عسر و حرج عبارتند از؛ عناوین ثانویه ای که راه یافتن آنها در موضوع احکام تکلیفی الزامیه، موجب می گردد تا الزام و تکلیف ناشی از حکم از مکلفین برداشته شود به زبان ساده هرگاه از اجرای احکام اولیه مشقتی غیر قابل تحمل پدید آید، آن تکلیف برداشته می شود. تکالیف را از حیث سختی و سهولت انجام آن می توان به چهار دسته تقسیم کرد، ۱- تکالیفی که انجام آنها با سختی و مشقت توأم نیست. ۲- تکالیفی که انجام آنها صعوبت دارد، اما صعوبت آنها چندان شدید نیست به این معنا که مکلف در انجام آنها دچار مضیفه بسیار نمی گردد. ۳- تکالیفی که انجام آنها صعوبت شدید دارد و مکلف را سخت در مضیفه قرار می دهد. ۴- تکالیفی که انجام آنها غیرممکن و خارج از حد توان مکلف است. مقصود از قاعده نفی عسرو حرج آن است که در هر سه مورد اخیر تکلیف از مکلف برداشته می شود به عبارت دیگر، انجام عموم تکالیف مقید به موردی است که ملازم با عسرو حرج نباشد. به نظر می رسد که از حیث تاثیر بر احکام شرعی، بین مواردی که انجام تکلیف با عسر توأم است، با مواردی که انجام تکلیف مستلزم حرج است، تفاوت وجود دارد، زیرا؛ عسریا حرج از خارج بر حکم شرعی عارض شود و از اسباب اتفاقی ناشی شود. آیاتی از قرآن کریم از جمله آیه ۷۸ سوره حج که در آنها جعل حرج به طور صریحی نفی شده است، دلالت دارند بر اینکه حق تعالی حکمی را که ذاتاً توأم با حرج باشد به علت دشواری که در ذات این گونه تکالیف وجود دارد، موجب سقوط آنها نمی داند، اما اگر صعوبت یا حرج از اوضاع و احوال و اسباب خارج از حکم ناشی گردد، موجب ساقط شدن تکلیف می گردد.

بند اول: تعریف حقوقی قاعده عسر و حرج

در تعریف آن 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 می شود. بعلاوه، ضابطه تعیین مصداق عسر و حرج، عرف است که مطابق آن، هر کاری که موجب مضیفه و تنگنا باشد، حرج و دشواری نیز تلقی می شود.» همچنین در

تعریف عسر و حرج به عنوان یک قاعده حقوقی آمده است: «قواعد حقوقی، به حکم طبیعت ویژه خود، به سوی عدالت گرایش دارند. ولی، عدالت مفهومی عام و در عین حال شکننده است. گاه اجرای عدالت نوعی، که موضوع حکم نخستین است، در پاره‌ای شرایط با انصاف ناسازگار است و اجرای آن گران جلوه می‌کند. پس برای تعدیل احکام نخستین حقوقی، قواعدی تمهید شده است تا جانب انصاف نیز نگاه داشته شو. نفی عسر و حرج از این گونه قواعد است که، هرگاه مشقتی تحمل ناپذیر از اجرای احکام نخستین نوعی به وجود آید، آن حکم را تعدیل می‌کند. پس، وظیفه هدایت قانون‌گذار ایجاب می‌کند که نه تنها امری بیرون از توان و تحمل را در زمره احکام نیاورد، بلکه به شدت و سختگیری نیز نپردازد. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۸۱)

بند دوم: عسر و حرج در اصطلاح فقهی

در احکام اسلام به موجب قاعده نفی عسر و حرج در مواردی رفع احکام اولیه می‌شود چنان که اگر کسی نتواند نماز را در حالت ایستاده بخواند، می‌تواند در حالت نشسته بخواند و یا نتواند روزه بگیرد، می‌تواند در ماه دیگر بگیرد و یا اصلاً روزه نگیرد. در شریعت اسلام (عسر و حرج) منفی است، چنان که در سوره حج آیه ۷۸ آمده است: (ما جعل علیکم فی الدین من حرج) (خداوند) شما را به دین خود سرفراز کرده و در مقام تکلیف بر شما مشقت ننهاده است. مثلاً در وضوء، شستن بشره لازم است اما؛ اگر روی بعضی از اعضا وضو جیره‌ای است که کندن آن دشوار باشد، بنابر قاعده نفی عسر و حرج جایز است به جای شستن بشره، مسح جیره نمود؛ و از این باب است، قبول شهادت زن‌ها در امر نسب و ولادت و قبول شهادت اهل خبره اگر چه دارای وصف عدالت نباشد. (سجادی، ۱۳۶۲، ج ۳، ص ۹). پس ترکیب دو کلمه عسر و حرج به معنی تنگی و فشار و گناه خواهد بود. این که می‌گویند: عسر و حرج در دین نیست یعنی سختی و تنگی و مشقت در دین نیست. (شفایی، ۱۳۳۵، صص ۱۲۶-۱۲۷). عسر و حرجی که رافع تکلیف باشد، صرف مشقت و سختی نیست؛ چرا که در این صورت بسیاری از تکالیف شرعی یا قانونی برداشته خواهد شد؛ زیرا تکالیف غالباً با مشقت و سختی همراه هستند. به همین دلیل فقهاء وقتی از عسر و حرج بحث می‌کنند، هر کدام قید را نیز به آن ملحق می‌نمایند. به عنوان مثال، بعضی حرج را به شرط (فاحش) فقیه دیگری اظهار داشته است: (و هی ما یلزم منه مشقه شدیدة لا یتحملها الناس



عاده فی مقاصدهم). (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۸۲) منظور از حرج، مشقت شدیدی که عادت مردم تحمل آن را ندارند، می‌باشد. بعضی آن را مقید به (تشدید) کرده و معتقدند؛ باید بر حرج شدیدی که تحمل آن عمدتاً سخت است، اکتفا شود. صاحب‌العناوین الفقیهیه، برخی از احکام را که فقها با استناد به این قاعده منتفی دانسته‌اند بر می‌شمارد که به چند مورد از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱- صرف نظر کردن از نجاست لباس زن بچه دار، ۲- طهارت مخالفان، ۳- عدم لزوم خواندن صیغه در تمام معاملات، ۴- معتبر نبودن شک کثیر الشک، ۵- پاک بودن آب استنجاء (آبی که با آن طهارت گرفته می‌شود)، ۶- واجب نبودن خمس در میراث، ۷- شکستن نماز در سفر، ۸- جواز افطار روزه برای زن و مرد کهن سال، ۹- عدم وجوب روزه برای زن شیرده، ۱۰- مشروع بودن خیارات، ۱۱- مشروع بودن کفارات.....

پس استناد به این قاعده اختصاص به باب خاصی از ابواب فقه ندارد؛ بلکه در مباحث مختلف، اعم از عبادات و معاملات بدان تمسک شده است.

بخش سوم: اثر عسر و حرج زوج بر حقوق زوجه

در این بخش اثر عسر و حرج زوج بر حقوق زوجه مورد بررسی قرار گرفته است.

بند اول: اثر عسر و حرج زوج بر حق شرط انتقال تا نصف دارایی زوجه

یکی از شروط مندرج در عقدنامه‌های رسمی در مورد انتقال بخشی از اموال و دارایی شوهر است: «ضمن عقد ازدواج، زوج شرط نمود هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوءاخلاق و رفتار او نبوده، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را، طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید.» در تعریف شرط گفته شده است: «التزام و تعهد تبعی است که ضمن عقد معین و در کنار تعهد اصلی ایجاد می‌شود. چنین شرطی آن چنان با عقد مرتبط است که اگر عقد به جهتی از جهات منحل گردد، شرط نیز تبعاً منتفی خواهد شد.» همچنین در تعریف دیگری گفته شده است: «امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی به

آن بستگی دارد» و توافقی که به منظور آثار قرارداد انجام می‌شود، اگر ضمن همان قرارداد باشد در اصطلاح «شرط» نامیده می‌شود. و شرط به تعهدی گفته می‌شود که در ضمن عقد دیگری قرار گیرد و به معنی عهد و التزام می‌باشد در مورد جایگاه شرط در فقه دو نظریه‌ی عمده وجود دارد:

۱- شرط جزئی از عوضین است. ۲- شرط مستقل از عوضین است. بنابراین آثار شرط منوط است به تعلق آن به یکی از این دو نظر. در مورد شرط انتقال تا نصف دارایی حقوق دانان اظهارنظرهای متفاوتی کرده‌اند. برخی نویسندگان معتقدند: «شرطی که موضوع آن، در آینده مجهول و مبهم است به شدت مورد تردید است.» و در پاسخ به این ایراد گفته شده است: «هرگاه هدف شرط مجهول، مورد عقد نباشد، سرایت به عوضین نمی‌نماید و شرط و همچنین عقدی که شرط ضمن آن شده، صحیح خواهند بود؛ زیرا قانون، شرط مجهول را به طور مطلق از شروط باطله به شمار نیاورده است.» برخی در مورد شرط نصف دارایی معتقدند: «چنین شرطی موجب غرر و خطر نیست و به وسیله دادگاه قابل تعیین و تشخیص است. این شرط نه خلاف قانون و شرع است و نه به نظم عمومی و اخلاق حسنه لطمه می‌زند و نه شرطی است که موجب جهل به عوضین شود. یا با مقتضای ذات عقد مخالفت داشته باشد و اثر عقد را خنثی سازد؛ بلکه شرطی است که هم انجام آن مقدور خواهد بود و هم می‌تواند تا حدودی حقوق زوجه دائمی را به هنگام طلاق به اراده مرد، تأمین کند.» شرط نصف دارایی را نباید با رژیم اشتراک اموال زوجین در غرب یکسان دانست؛ زیرا شرط تنصیف اموال، نهادی قراردادی است و تابع اراده زوجین است. چنانچه زوجین از امضای شرط مذکور، استنکاف ورزند موجبی برای اشتراک اموال نخواهد بود. به علاوه امضای شرط مذکور، حق استفاده زن از اجرت‌المثل را از میان می‌برد که این امر قابل مقایسه با رژیم اشتراک مالی نیست. در حالی که رژیم اشتراک اموال، نهادی قانونی است و با فرهنگ و عرف اجتماعی ایرانیان تناسب چندانی ندارد. همچنین در تفاوت این دو نهاد می‌توان گفت نظام اشتراک اموال براساس برابری زن و مرد استوار است؛ در حالی که شرط نصف دارایی حقی است تبعی به نفع زن و مبنای آن برابری حقوق زن و مرد نیست؛ بلکه اختیاری است که زوج با عقد نکاح می‌تواند به آن ملتزم گردد. برخی فقهای معاصر در مورد شرط تنصیف دارایی تردید کرده‌اند؛ از جمله آیت‌الله مکارم شیرازی آن را مبهم دانسته و عقیده به مصالحه زوجین دارد.



بند دوم: شرایط استفاده از شرط تا نصف دارایی

شرایط استفاده از این شرط با توجه به مطالب بالا و تبصره "۶" ماده واحده، قانون اصلاح مقررات طلاق عبارتند از:

۱- امضای شرط فوق در هنگام عقد نکاح یا ضمن عقد خارج لازم دیگر: مطابق صدر متن نکاحیه مصوبه شورای عالی قضایی، بنابراین در صورتی زوج می‌تواند از این حق استفاده کند، که شرط فوق توسط طرفین امضاء شده باشد. و مفهوم این شرط برای طرفین تبیین شده باشد.

۲- طلاق مستند به تخلف زن از وظایف همسری یا سوء رفتار و اخلاق زوجه نباشد: بنابراین اگر به دلیل سوء اخلاق و رفتار زنی طلاق صورت گیرد، طبق این شرایط زوجه استحقاق استفاده از شرط «تا نصف دارایی» نخواهد بداشت. به طور مثال هرگاه زوج با عدم تمکین یا هر رفتاری که از مصادیق عسر و حرج است، زوج را به طلاق متمایل سازد و زوج بتواند علت ایجاد درخواست طلاق، یعنی سوء رفتار و اخلاق زوجه را به اثبات برساند. در این صورت زوجه استحقاق استفاده از شرط مذکور را از دست خواهد داد. البته به نظر میرسد قالبهای این حسن معاشرت و حسن اخلاق و رفتار را به دقت نمیتوان تعیین کرد و برای شناخت آن باید به عرف هر جامعه‌ای رجوع کرد که آیا رفتاری را از مصادیق سوء اخلاق میدانند یا خیر.

۳- اجرای شرط مالی توسط زن درخواست شود: حق استحقاق تا نصف دارایی، با شرایطی حق زوجه است. بنابراین طبق اصول کلی صاحب حق مختار است که از این حق استفاده کند یا از آن صر نظر کند. پس زوجه اگر بخواهد از این حق استفاده کند، باید آن را درخواست کند.

۴- عدم درخواست طلاق توسط زوجه: برای برخورداری زوجه از چنین حقی، زوج باید متقاضی طلاق باشد؛ زیرا در طلاق‌های توافقی که به درخواست زوجین است، زوجین در خصوص کلیه موارد از قبیل حضانت فرزندان، مهریه، نفقه، و حقوق مالی دیگر به توافق می‌رسند و طلاق را با توافق فیما بین جاری می‌سازند و بنابراین جایی برای اعمال بند الف و تنصیف دارایی نمی‌باشد.

۵. وقوع طلاق: شرط مندرج در بند «الف» عقدنامه‌ها، به صراحت به زمان تنصیف دارایی و چگونگی درخواست زوجه نسبت به آن اشاره نکرده است. متن شرط این شائبه را در ذهن ایجاد

می‌نماید که وقتی زوج درخواست طلاق از دادگاه بنماید، دادگاه ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش، تنصیف دارایی زوج را نیز در آن درج نموده اجرای صیغه طلاق را منوط به آن می‌نماید. اما پذیرش این نظر در عمل ایجاد مشکل می‌کند، زیرا تعیین دارایی زوج که در ایام زناشویی با زوجه به دست آورده است، کاری بس مشکل و مستلزم رعایت تشریفات حقوقی تقدیم دادخواست و رسیدگی است. ثانیاً چنانچه زوج، در میزان دارایی‌های کسب شده در ایام زناشویی با زوجه به توافق برسد، در اجرای شرط فوق، دو عمل می‌تواند انجام دهد: اول اینکه نصف عین اموال موجود خود را به زوجه تملیک نماید که این امر مستلزم رعایت تشریفات ثبتی به خصوص در املاک و برخی اموال منقول مثل خودرو است یا اینکه معادل نصف دارایی خود را که می‌تواند مثل یا بهای آن باشد، به زوجه بدهد؛ در هر دو حالت چنانچه اجرای شرط فوق همانند تادیه مهریه، نفقه ایام عده و اجرت المثل قبل از اجرای صیغه طلاق بدانیم، هرگاه پس از تملیک نصف دارایی زوج به زوجه، زوج از اجرای صیغه طلاق پشیمان شود یا پس از اجرای آن، در ایام عده رجوع کند، تملیک نصف دارایی به زوجه بی‌دلیل صورت گرفته است. بنابراین بهتر است قائل به این امر باشیم که اجرای شرط فوق بعد از طلاق ممکن است. در عمل نیز رویه قضایی براین نظر قرار گرفته است و پس از وقوع طلاق و گذشت ایام عده و عدم رجوع زوج که موجب قطعیت طلاق می‌گردد، چنانچه زوج بخواهد از حق مالی مندرج در بند «الف» برخوردار شود با تقدیم دادخواست حقوق و معرفی مال به دست آمده از دوران زندگی مشترک، از دادگاه درخواست صدور حکم بر مبنای شرط فوق می‌نماید. در ارزیابی شرط تنصیف دارایی زوج باید گفت که با توجه به اصل آزادی اراده افراد در تنظیم قراردادها (ماده ۱۰ قانون مدنی) باید به زوجین حق دهیم تا در هنگام انعقاد نکاح، هر شرطی که مورد توافق زوجین است، در ضمن عقد نکاح گنجانده و به این ترتیب حق و تکلیف برای هر طرف ایجاد شود. اما آنچه در مورد شرط ضمن عقد نکاح جای بحث دارد، لزوم آگاهی زوجین از متن و شروط و امضای آن با رضایت و اراده کامل است. ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی و ماده ۴ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰، به زوجین حق داده است که هر شرطی که خلاف مقتضای عقد نکاح نباشد، در ضمن عقد بگنجانند، اما عدم استقبال عموم از شرط پیشنهادی در موارد فوق، مقنن را بر آن داشت که در جهت رفع این اشکال، به درج شروطی در ضمن عقد نکاح اقدام نماید، تا بدین طریق بتواند حق طلاقی اضافه بر آنچه در قانون مدنی



آورده شده است، برای زوجه قرار دهد که دارای مبنای شرعی باشد و از طرف دیگر به حفظ حق زوجه‌ای که شوهرش بدون اینکه قصوری از او سر زده باشد، قصد بر طلاق وی نموده، و اقدام ورزد. هر چند اقدام شورا عالی قضایی در پیشنهاد گنجاندن شروط فوق در نکاحیه‌های رسمی، در عمل آثار و نتایج خوبی به بار آورد اما به دلایل ذیل جای سؤال دارد:

۱- از آنجا که مطابق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، طرفین عقد نکاح می‌توانند هر شرط صحیحی را در ضمن عقد بگنجانند، دیکته نمودن تعدادی شرط به زوجین با اصل آزادی آن‌ها منافات دارد.

۲- هر چند صدر مصوبه شورای عالی قضایی که در کلیه نکاحیه‌های رسمی درج شده است، سردفتر ازدواج را مکلف به تفهیم مورد شرط ضمن عق به زوجین نموده است؛ اما در عمل چنین نیست و با توجه به جو حاکم بر زمان تنظیم عقد نکاح، زوجین و به خصوص زوج بدون توجه به مفهوم شروط و حتی بدون توجه به اینکه دارد، شروط الزام آوری را امضا می‌کند، نسبت به امضای آن اقدام می‌نماید. از آنجا که اراده فرد، به شروط ضمن عقد نکاح مشروعیت می‌بخشد، باید در مشروعیت استناد به شروط مندرج در عقدنامه‌های رسمی و حق ناشی از آن برای زوج شک کرد. به نظر نگارنده، هر چند شروط فوق در عقدنامه‌ها، در ظاهر آثار مطلوبی به بار آورده است، اما چنانچه زنان را به خاصیت شروط ضمن عقد و تامین حقوق خویش از این طریق آگاه نماییم، به گونه‌ای که زوجین قبل از نکاح بر شروطی که مد نظر دارند، توافقی واقعی کرده سپس مبادرت به عقد نمایند، نتیجه معقول‌تری خواهیم گرفت. همچنین دقت سردفتران ازدواج در تفهیم شروط مندرج در عقدنامه‌ها به زوجین، قبل از اخذ امضای آنان در ذیل هر شرط، نیز می‌تواند احترام به اراده آزاد زوجین را تامین نماید.

بند سوم: اثر عسر و حرج زوج بر شرط انتقال تا نصف دارایی

در رابطه با شرایط تحقق تنصیف دارایی در زمان طلاق، یا اینکه زوجه چطور مستحق است تا نصف دارایی زوج را مطالبه کند، می‌توان گفت همان‌طور که در بند الف قباله ازدواج مطرح شده؛ اولاً طلاق نباید به درخواست زوجه باشد، دوماً نباید طلاق ناشی از سوء رفتار یا سوء اخلاق از جانب زوجه باشد، تا بتواند مستحق دریافت باشد. بنابراین اگر طلاق به درخواست زوج باشد، زوجه نمی‌تواند درخواست شرط انتقال تا نصف دارایی را بنماید. و از طرف دیگر اگر زوج درخواست طلاق دهد و این طلاق ناشی از عسر و حرج و در واقع ناشی از سوء رفتار یا سوء اخلاق

از جانب زوجه باشد. در این صورت نیز زوجه استحقاق درخواست شرط انتقال تا نصف دارایی را نخواهد داشت. البته این درست به نظر نمی‌رسد که ما زوجه را از این حق محروم کنیم چرا که شرط انتقال تا نصف دارایی به نظر ماهیتی جدا از عسر و حرج و سوء رفتار دارد. در واقع به نظر می‌رسد، همانطور که قانونگذار استحقاق دریافت اجرت المثل ایام زناشویی را در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ منوط به عدم سوء رفتار و عسر و حرج زوجه نکرده است. بر خلاف رویه گذشته که نظر مخالفی داشت. در مورد شرط انتقال تا نصف دارایی نیز به نظر نگارنده باید قائل به این نظر باشیم، که نباید استحقاق درخواست شرط انتقال تا نصف دارایی را منوط به عدم سوء رفتار و عسر و حرج زوجه نمود. در واقع باید شرط انتقال تا نصف دارایی را صرف از نظر هر شرط و قیدی برای زوجه در نظر گرفت.

بند چهارم: اثر عسر و حرج زوج بر حق دریافت اجرت المثل زوجه

اجر، ما به ازای عمل است (ابن منظور، ۱۴۰۸ ه.ق، ص ۷۷) و اجرت به مزد، مزدکار، حق القدم و دستمزد معنا شده است. (دهخدا، ج ۱، ۱۳۷۲، ص ۸۸۴) اجرت المثل در مقابل اجرت المسمی، یعنی اجرت مذکور در عقد اجاره است و به معنای اجرت منافع استیفا شده و یا تلف شده از مال یا عمل غیر است (لنگرودی، ج ۱، ۱۳۵۷، ص ۸۶) از آنجا که اجرت المثل بدل قیمت واقعی منافع است، باید با ملاحظه اجاره امثال مورد اجاره تعیین شود. (کاتوزیان، ج ۳، ۱۳۶۳، ص ۲۸۲) از تبصره شش قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، در صورت مطالبه «الف» برابر قسمت حق الزحمه توسط زوجه، در مقابل کارهایی که شرعاً به عهده وی نبوده، دادگاه با ملاحظه اجاره میزان اعمالی که زوجه در منزل شوهر انجام داده، اجرت المثل را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌کند.

بند پنجم: مبانی فقهی و حقوقی اجرت المثل

منابع قاعده احترام مال مسلم:

(الف) - روایات: تنها روایتی که دلالت صریحی بر این قاعده دارد، روایت ابی بصیر می‌باشد: قال رسول الله (ص): «سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و اكل لحمه معصیه و حرمة ماله كحرمة دمه». (حر عاملی، ۱۴۱۴: ج ۸، باب ۱۵۸) در این روایت حرمت مال به حرمت خون و جان تشبیه شده،



که حاکی از توجه و احترام به مال مسلم می‌باشد. زیرا فقه برای خون و جان اهمیت زیادی قائل شده است. (مصطفوی، ۱۴۱۷ق: ص ۲۴) لذا اثری که برای ریختن خون مسلم است، برای تعرض به مال وی هم وجود دارد. سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که؛ آیا قاعده احترام مال مسلم، فقط بیان می‌کند که تصرف در مال دیگران جایز نیست یا این که علاوه بر آن در صورت استفاده از مال یا عمل دیگری باید اجرت آن پرداخت شود؟ شیخ اصفهانی در جواب به سؤال فوق معتقد است: پرداخت اجرت عمل دیگری از طریق قاعده احترام مال مسلم نیست؛ بلکه از مجرای قاعده اتلاف قابل پرداخت است و در توضیح این جواب می‌فرماید: اضافه شدن کلمه «مال» به کلمه «مسلم» از نوع اضافه ملکی است که دو جهت و دو حیثیت دارد؛ اول: حیثیت ملکی، برای رعایت این نوع از حیثیت، لازم است آنچه که در تصرف فرد است، بدون اجازه او تصرف نشود. دوم: حیثیت مالی، رعایت این نوع از حیثیت به این است که با مال غیر معامله غیر مالی انجام ندهد. (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۹۵) اضافه شدن کلمه مال به لفظ مسلم که به صورت اضافه ملکی می‌باشد؛ این نوع از اضافه حیثیتی تقییدیه است و از نوع اضافه تعلیلیه نمی‌باشد؛ یعنی احترام به جهت مالکیت و سلطنت مسلم بر مالش می‌باشد. این نوع از مالکیت به این معنا است که تصرف مال منوط به اجازه مالک است، چون اثبات احترام برای مالی می‌کند که به مسلم اضافه شده است و منظور احترام به مال نیست، زیرا اگر منظور احترام به مال باشد، لازم می‌آید که ضرر به مال جبران شود. (اصفهانی، ۱۴۰۶ق، ص ۹۶؛ مصطفوی، ۱۴۱۷ق، صص ۲۶-۲۵) به همین جهت مفاد قاعده احترام بیان وظیفه قبل از تصرف می‌باشد و راجع به این که ضرر وارد شده، باید جبران شود، سخنی به میان نیامده است. اما مفاد قاعده «اتلاف» به وظیفه بعد از تصرف اشاره دارد و جبران خسارت وارد آمده از طریق قاعده اتلاف قابل پرداخت است. امام امام خمینی (ره) با استفاده از دلایل وارده در قاعده «سلطنت» و «احترام مال مسلم» و نیز «بناء عقلاء» بیان داشته‌اند که حیثه این دو قاعده منفک بوده و دو قاعده کاملاً مستقل می‌باشند و یکی دیدن و نزدیک دیدن این دو قاعده با یکدیگر مجاز نمی‌باشد؛ زیرا دلیل و مدرک این دو قاعده کاملاً متفاوت از یکدیگر است؛ ایشان در این رابطه می‌فرمایند:



«از شئون قاعده سلطنت این است که مالک بتواند هرگونه که می‌خواهد در مال تصرف کند که شارع آن را با عبارت مشهور نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» بیان نموده و عقلاء هم آن را پذیرفته‌اند. اما مفاد قاعده احترام این است که مال در حریم مالک واقع شده به گونه‌ای که کسی بدون اجازه نمی‌تواند در مال وی تصرف نماید و اگر تصرف کرد و آن را اتلاف نمود، ضامن عوض آن می‌باشد.» (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۲۴) بنابراین «احترام مال مسلم مانند احترام به خون اوست و همانطور که خونش نباید ریخته شود و اگر ریخته شد نباید هدر برود، مالش هم به همین صورت است. چون این تشبیه، تشبیه عامی است و این نکته موافق قاعده عقلائی است و چنانچه به نفی ضمان رأی داده شود، پسندیده نمی‌باشد.» (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۲۳)

ب)- بناء عقلا: برخی از علما احترام به مال را یک قاعده عقلائی دانسته که شامل مسلم و غیر مسلم می‌شود و آن را یک حکم تأسیسی نمی‌دانند و معتقدند: «اصل در اموال، منافع و اعمال متعلق به انسان این است که چیزی از تحت اختیار وی بدون اجازه‌اش خارج نشده و تصرف در آن هم بدون رضایت وی نباشد و این را جمیع عقلا در همه ملت‌ها و مذاهب‌ها می‌پذیرند و آنچه که در شرع مثل روایت «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» و ... وارد شده صرفاً بناء عقلا است و نظر ایشان نسبت به احترام اموال، منافع و اعمال تثبیت می‌کند که از احکام تأسیسی در اسلام نمی‌باشد و این معنای احترام به اموال از حقیقت ملکیت و تسلط انسان بر اموال بلکه بر منافع ناشی می‌شود و این نوع از سلطنت برای مالک سبب می‌شود، کسی بدون اجازه او مزاحمتش نگردد و هر مزاحمتی هم که به تلف مال یا عمل منجر شود، باید خسارت آن جبران گردد. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۲۱۸) همچنین «فرقی بین مال، اعمال و منافع نمی‌باشد؛ زیرا منافع هم مربوط به عین و مالی است که متعلق به مالک باشد و احترام به منافع، مانند احترام به مال است و اتلاف آن جایز نیست؛ جز اینکه مالک به آن رضایت بدهد و به همین جهت جبران خسارت هم لازم می‌باشد». همچنین فرقی بین مال و اعمال شخص آزاد نمی‌باشد، چون عمل فرد آزاد هم محترم است. بنابراین اگر شخصی فردی را به انجام عملی امر کند و قرینه‌ای بر انجام مجانی عمل وجود نداشته باشد، شکی نیست که مطابق آنچه که در میان بسیاری از صاحبان حرفه‌ها و شغل‌ها معمول است؛ باید اجرت‌المثل به وی پرداخته شود».



ج- سیره مشرعه: دلیل دیگری که برای اثبات این قاعده بیان شده سیره مشرعه است به این معنا که بدون اذن مالک نمی‌توان تصرف در مال وی نمود و با تصرف در مال مسلم متصرف مذموم شمرده می‌شود. (مصطفوی، ۱۴۱۷ق، صص ۲۶-۲۵) در زمان معاصر نسبت به سیره مشرعه تردید وجود دارد؛ زیرا معلوم نیست چنین عملی در زمان معصوم (ع) واقع شده و مورد تأیید معصومین قرار گرفته باشد؛ لذا سیره مشرعه قابل استناد نیست.

د- تسالم اصحاب: تسالم اصحاب به این معنا که بین فقها نسبت به مدلول قاعده «احترام مال مسلم»، تسالم است و اختلافی بین فقها نمی‌باشد. البته این سؤال باقی است که دایره احترام به مال و عمل مسلم آیا فقط نسبت به منافع مستوفات است یا منافع غیرمستوفات را هم شامل می‌شود؟ بین فقها در این مسئله اختلاف وجود دارد. نظر مشهور این است که علاوه بر منافع مستوفات، منافع غیر مستوفات هم ضمان دارد. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۰۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ص ۲۴۱) قاعده احترام به مال مسلم هم چنین موردی را تأیید می‌کند. مثلاً اگر کسی خانه شخص دیگری را غصب نماید و در آن ساکن نشود به تحقیق منافی است که برای مالک وجود داشته، تلف کرده است و حرمت این منفعت اقتضای آن را دارد که اجرت‌المثل به مالک پرداخت شود و سیره عقلاً هم چنین چیزی را تأیید می‌کند و شکی در پرداخت اجرت به ایشان نیست. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ص ۲۴۱) بنابراین مطابق نظر مشهور منافع و اعمالی که به امر و اذن مالک انجام شده باشد و منافی که تحت تسلط مالک بوده، اما فوت شده، دارای ضمان می‌باشد. اما منافی که بعد از عقد از تصرف مالک بیرون آمده باشد، هیچ تضمینی برای آن وجود ندارد. (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۰۰) بدین جهت تمسک به قاعده احترام به مال مسلم برای تعیین جواز پرداخت اجرت‌المثل امکان پذیر است. لذا همان‌طور که علمای حقوق هم بیان داشته‌اند، اجرای عدالت و احترام به عمل مسلم، ایجاب می‌کند که حتی اگر بین طرفین قراردادی منعقد نشده باشد، چنانچه از نظر عرف، حقی برعهده یکی از دو طرف آمده، به‌طور قهری ضامن پرداخت باشد یا جبران خسارت نماید.

اجرت‌المثل در اجاره شخص: اگر شخصی برای فرد دیگری عملی را انجام بدهد که با امر یا اجازه آن فرد باشد؛ چند حالت قابل تصور است:

۱- فرد اجیر قصد کرده که بدون دریافت مزد این کار را انجام بدهد. در این صورت اجرتی شامل حال وی نمی‌گردد، اگرچه آمر هم قصد داشته که به آن فرد اجرت بدهد. (حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ یزدی، ۱۴۰۱ق: ج ۲، ص ۶۲۲)

۲- فرد اجیر قصد کرده که مزد دریافت کند و کار هم از مواردی است که شأنیت اجرت گرفتن را دارد در این صورت حتی اگر آمر قصد مجانی بودن عمل را نماید، به عامل اجرت تعلق می‌گیرد و فرقی هم نمی‌کند که او شأنیت اجرت گرفتن را داشته یا نداشته باشد. (همان)

۳- اگر فرد اجیر قصد دریافت مزد یا عدم دریافت مزد نکند (بدون قصد و نیت کاری را انجام بدهد) در این حال اجرت المثل به اجیر تعلق می‌گیرد؛ زیرا عمل مسلم محترم است. (یزدی، ۱۴۰۱ق، ج ۲، ص ۶۲۲) حال اگر بین آمر و عامل در قصد دریافت مزد و عدم قصد مزد اختلافی رخ دهد، نظر عامل مقدم می‌شود؛ زیرا عمل مسلم محترم است و اصل، عدم قصد تبرع می‌باشد و شأنیت اجیر و عدم شأنیت آن در دریافت یا عدم دریافت اجرت اثری ندارد. البته اگر دلیل یا نشانی بر مجانی بودن عمل وجود داشته باشد یا در ابتدا شرط کرده باشد که این عمل را مجانی انجام دهد؛ در این صورت استحقاق اجرت ندارد. (همان) اجرت المثل کار زن در منزل شباهت زیادی به اجرت المثل در اجاره اشخاص دارد. در بحث اجاره اشخاص به کیفیت قصد آمر بر انجام کار و دخالت قصد مجانیت و عدم مجانیت برای انجام عمل در پرداخت اجرت اشاره می‌شود که بدین وسیله می‌توان در آن ملاک‌های تعیین استحقاق عامل در اخذ اجرت کار منزل زن را استخراج نمود.

بند ششم: بررسی شرط ضمن عقد در این راستا

راه دیگر برای تعلق اجرت المثل کار زوجه در منزل، شرط ضمن عقد می‌باشد. منظور از شرط ضمن عقد «التزامی است که ضمیمه تعهدهای اصلی عقود دیگر قرار می‌گیرد، حدود و شرایط آن تعهدها را کامل ساخته یا دگرگون می‌سازد». (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۳، ص ۱۲۴) این نوع از شرط دارای اقسامی است که از میان آنها به تناسب بحث، می‌توان به شرط صریح و ضمنی اشاره نمود.



الف)- شرط صریح: در تعریف شرط صریح آمده است: توافقی که به منظور تغییر آثار قراردادی انجام شود، اگر در ضمن همان قرارداد باشد، در اصطلاح شرط نامیده می‌شود». در این نوع از توافق، شرط در متن عقد ذکر شده است. «برای مثال اگر زن و شوهر در ضمن عقد نکاح قرار بگذارند که محل سکونت آنها را زن معین کند، می‌گویند ضمن عقد نکاح شرط شده است که تعیین محل سکونی با زن باشد». (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۲۴۵) در ماده ۱۱۱۹ ق.م. در رابطه با شرط ضمن عقد آمده است: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر، زن دیگر بگیرد، یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه زن سوء ظن یا سوء رفتاری نماید که زندگی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه نهایی خود را مطلقه سازد». در پذیرش شرط صریح و اثرات مترتب بر آن هیچ اختلافی وجود ندارد. لذا اگر در ضمن عقد نکاح زوج شرط کند که در صورت طلاق یا در صورت فوت شوهر مستحق اجرت‌المثل باشد یا در صورتی که کار منزل را انجام دهد مستحق اجرت‌المثل باشد؛ در این حال پرداخت اجرت بر عهده شوهر واجب می‌شود و در صورت عدم پرداخت اجرت، زوج می‌تواند مطابق ماده ۱۱۱۹ ق.م. عمل نماید و این در حقیقت نوعی شرط فعل است که همیشه با التزام و تعهد همراه است.

ب)- شرط ضمنی: در تعریف شرط ضمنی آمده است: «شرط ضمنی برای اموری بکار می‌رود که مدلول التزامی الفاظ قرارداد باشد. یعنی به حکم عقل، قانون یا عرف لازمه مفاد، توافق با طبیعت قرار گیرد». (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۳، ص ۱۳۰) البته شرط ضمنی به شرط ضمنی بنایی، ضمنی قانونی و ضمنی عرفی تقسیم می‌شود. از تعریف شرط ضمنی چنین استنباط می‌شود که مبنای ایجاد علاقه و وابستگی شرط ضمنی با مفاد عقد یکی از سه عامل عقل، قانون و عرف و عادت قراردادی می‌باشد. بنابراین در شرط ضمنی بنایی اگر طرفین عقد ازدواج نسبت به پرداخت اجرت‌المثل قبل از عقد توافق‌هایی کرده باشند یا عقد مبنی بر آن واقع شده باشد، التزام به پرداخت اجرت از توابع نکاح قرار می‌گیرد و زوج موظف به پرداخت آن می‌باشد. اما نسبت به شرط ضمنی عرفی قانونگذار می‌تواند مطابق مصلحت‌هایی که پیش‌بینی می‌کند، مواردی را به



عنوان تکمیل قانون در ضمن عقد بگنجانند که در این صورت هم به حکم قانونگذار، پرداخت اجرت‌المثل لازم می‌باشد. در ذیل به استفتای چند تن از فقها در این رابطه اشاره می‌شود:

سؤال: به طور معمول در عقد ازدواجی که میان مردم متعارف است. همه افراد خدمت زن به مرد در خانه و نیز شیردادن طفل و دیگر شئون مربوط به آن را از وظایف زن می‌دانند و لکن در عین تقیید عرف بر این معنا، عقود هیچ صراحتی در این امر نداشته و آن را شرط ضمنی نمی‌پندارند. خصوصاً اینکه می‌دانیم اگر چنین خدمتی توسط زن انجام نشود عموم مردم آن را زشت می‌پندارند علاوه بر این که اقدام زوج هم بر امر ازدواج به جهت انجام چنین خدماتی صورت گرفته است و حتی خود زن هم علم به این مسئله دارد که همه از او چنین انتظاری برای خدمت در منزل دارند. حال چرا خدمت زن در منزل به عنوان شرط ضمنی عرفی شناخته نمی‌شود؟ میرزا جواد تبریزی می‌فرمایند: «اعتقاد بر این است که اگر در عقد ازدواج ترک خدمت زن برای مرد شرط نشده باشد، زن موظف است، خدمت به زوج نموده و در مقابل آن اجرت دریافت کند». (رک. جواد تبریزی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۳۰۰) در این رأی، شرط ضمنی عرفی نسبت به خدمت زن در منزل پذیرفته شده، اما ضمن لزوم انجام آن برای زن، مرد را هم موظف به پرداخت اجرت‌المثل نموده‌اند. اما آیت الله خویی در این باره پاسخ داده‌اند: «در میان مردم متعارف است که زوجه بدون الزام و التزام، بلکه از روی رغبت خدمت در منزل را انجام می‌دهد. بنابراین نمی‌توان آن را از شروط ضمنی پنداشت که عقد مبتنی بر آن واقع شده باشد». (همان) با پذیرش نظر آیت الله خویی این نکته یادآوری می‌شود که: «بین عرف و عادت تفاوت وجود دارد. منشأ عادت عقل، خواهش های نفسانی، گاه طبیعت و در بعض مواقع حوادث خاص است. اما منشأ عرف عام فقط عقول عقلا و مردم است». (مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی (ره)، ۱۳۷۴، ج ۹، ص ۱۸۳) بدیهی است که انتظار زوج از زوجه و زن از خودش در انجام خدمات منزل عادت است. لکن لزوماً همان عرف نیست؛ زیرا عقل تأکید نمی‌کند که زن همیشه موظف به کار در منزل است، بلکه آنچه در شریعت اسلام و عقول عامه بر آن تأکید کرده‌اند، فقط نقش مادری و همسری زوجه است که باید همیشه محفوظ شود تا بنیان خانواده مستحکم بماند. علاوه بر این یک ازدواج سالم و متعادل در جامعه اسلامی، زن را خادم صرف برای اعضای خانواده نمی‌داند و مرد را هم



صرفاً خدمت‌رسان مالی نمی‌پندارد، بلکه وظایف متقابلی که زن و مرد در صحنه زندگی زناشویی دارند و رغبتی که برای تشکیل خانواده و حفظ و استحکام آن انتظار می‌رود؛ فلسفه تشکیل خانواده را به گونه‌ای دیگر رقم می‌زند و به تعبیر قرآن کریم، زن و مرد به منزله لباس یکدیگرند و در تکاپوی زندگی مشترک، تنها حس مشارکت و مسئولیت‌پذیری، آنان را به سوی کمال سوق می‌دهد. البته در موارد تخلف و سوء استفاده از حق پیش‌بینی قوانینی برای فرد متخلف لازم و ضروری است. آنچه به عنوان برخی مشکلات جامعه زنان از قبیل فقر مالی زنان بیوه، مطلقه و... در مقطعی از زمان موجب شد که قانونگذار، قانون اجرت‌المثل تدوین نماید، نباید موجب شود که اجرت کار زن در منزل به عنوان یک اصل در جامعه پذیرفته شده و ترویج و تثبیت یابد. زیرا اگر این سیاست در میان اقشار مردم گسترش یابد به طور غیر مستقیم کلیه خدمات منزل بر عهده زن خواهد آمد. زیرا فرض بر این است که در مقابل کارهای خود مزد دریافت می‌کند. این کار موجب می‌شود که زن در حد یک خدمتکار شناخته شود، لذا علاوه بر اینکه صحنه زندگی خانوادگی به معامله مالی زن و شوهر تبدیل می‌شود؛ تبعات غیرفرهنگی فراوانی به دنبال خواهد داشت. به هر حال، به نظر می‌رسد برای رسیدن به یک راه حل منطقی در این زمینه (شرط ضمن عقد ازدواج) علاوه بر تبیین مبانی فقهی و حقوقی باید به تبعات اجتماعی توجه داشت و پدیده‌های فرهنگی و اجتماعی آن را مورد شناسایی قرار داد. البته در صورت ضرورت وجود اجرت‌المثل در شرط ضمن عقد، شایسته است قانونگذار با تجزیه و تحلیل و بررسی علمی و اثرات جانبی آن در سطح جامعه، با تعیین مصادیق شروط ضمنی آن را در قالب قانون تعیبه نماید.

بخش چهارم: بررسی شرایط استحقاق اجرت‌المثل ایام زوجیت

در شرایط تعلق اجرت‌المثل ایام زوجیت به زن برخی شرایط مربوط به درخواست طلاق است که باید محقق شود تا دادگاه بتواند به اجرت‌المثل ایام زوجیت حکم دهد. این شرایط عبارتند از: ۱ تقاضای طلاق به درخواست زوجه نباشد؛ ۲ تقاضای طلاق ناشی از عدم انجام وظایف همسراری نباشد؛ ۳ تقاضای طلاق ناشی از سوءاخلاق و رفتار زوجه نباشد. هرکدام از این شرایط را به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم. شرایط دیگر هم مربوط به کار زوجه است که در صورت تحقق آنها دادگاه حکم به اجرت‌المثل ایام زوجیت می‌دهد. این شرایط عبارتند از ۱.



کارهای زوجه از وظایف شرعی او نبوده باشد ۲. کار به دستور زوج انجام گرفته باشد ۳. کار انجام شده به قصد تبرع نباشد. به شرح هریک از این شرایط می پردازیم:

الف: عدم تقاضای طلاق از ناحیه زوجه: با توجه به مقررات بند الف تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، اجرت المثل در صورتی به زوجه داده می شود که طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و چنانچه طلاق به درخواست زوجه باشد، از شمول قانون خارج است. به این شرط قانونی، انتقادهایی وارد شده است؛ از جمله این که اطلاق شرط مذکور با فلسفه وضع تبصره ۶ که حمایت از زنان مطلقه است، در تناقض است به نظر می رسد، مستحق اجرت المثل دانستن زنان در هر صورت حرف بدی نیست. اما این که تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، شرط مذکور را نپذیرفته، برای آن است که در این تبصره امتیازی برای زن در نظر گرفته است و آن این که وقتی مردی بخواهد بی دلیل زن خود را طلاق دهد، طلاق از ناحیه مرد را معلق به پرداخت اجرت المثل کرده است. اما وقتی زن طلاق میگیرد، نمیتوان اجرای صیغه طلاق را که به نفع زن است، معلق و منوط به پرداخت اجرت المثل توسط مرد به عنوان محکوم علیه کرد. البته این بند از قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق طبق قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) نسخ شده است. فلذا مطابق این قانون، شرط مزبور جزو شرایط دریافت اجرت المثل نخواهد بود.

۱۴۹

ب: عدم ارتباط طلاق با تخلف زوجه از وظایف همسررداری: قانونگذار زن را در طلاقی که به درخواست مرد است، ولی به دلیل کوتاهی او در انجام وظایف زوجیت صورت میگیرد، از دریافت اجرت المثل محروم کرده است. و مانند آن به طور مکرر استفاده شده «وظایف زوجیت» در قانون مدنی از عبارت قانونگذار بدون بیان یک ضابطه معین، مکرراً از این اصطلاح استفاده کرده است که فهم مراد قانونگذار بدون مراجعه به مبانی فقهی دشوار است. هستند، در اکثریت است. بنابراین میتوان نتیجه گرفت که اکثر فقها تمکین را به معنای انجام وظایف مربوط به استمتاع از آمیزش جنسی و سایر استمتاعات میدانند که اگر زنی در انجام این وظایف کوتاه کند، دیگر مستحق نفقه و اجرت المثل نخواهد بود و نمی توان زنی را که در انجام سایر وظایف کوتاه میکند، ناشزه شمرد. این شرط هم از شرایطی است که مطابق قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) نسخ شده



است. ولی به هر حال فهم مراد از وظایف زوجیت که به طور مکرر در قانون آمده است، ضرورت دارد که در منابع فقهی مورد بررسی قرار گیرد تا در موارد دیگر بتوان به آن استناد کرد.

ج: عدم ارتباط طلاق با سوء اخلاق و رفتار زوجه: خانواده سازمانی است مخلوط از قواعد حقوقی و اخلاقی و در این اختلاط نیز غلبه با اخلاق است. در این رابطه، سخن از عواطف انسانی، عشق، صمیمیت و وفاداری است و حقوق برای حکومت بر آنها ناتوان است. به زور اجرائیه دادگاه، نه مرد را میتوان به حسن معاشرت با زن واداشت و نه زن را به اطاعت از شوهر و وفاداری اجبار کرد. بنابراین اگر به دلیل سوء اخلاق و رفتار زنی طلاق صورت گیرد، طبق این شرط زن مستحق اجرت المثل نخواهد بود. البته به نظر میرسد قالبهای این حسن معاشرت و حسن اخلاق و رفتار را به دقت نمیتوان تعیین کرد و برای شناخت آن باید به عرف هر جامعه‌ای رجوع کرد که آیا رفتاری را از مصادیق سوء اخلاق میدانند یا خیر. این شرط هم طبق قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) نسخ شده است.

بند اول: شرایط مربوط به کار زوجه

پس از شرح و بررسی شرایط مربوط به درخواست طلاق، در اینجا به بررسی شرایطی می-پردازیم که مرتبط با کار زوجه است:

الف. خروج کارهای انجام شده توسط زوجه از وظایف زوجیت: بر اساس تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، شرط استحقاق اجرت المثل این است که کارهای انجام شده از سوی زوجه، جزو تکالیف یا وظایف او نباشد. به این معنا که آن دسته از کارهای انجام شده اجرت دارد، که زوجه مکلف به انجام آن نباشد. قانون در این که انجام چه کارهایی شرعاً وظیفه زن است و چه کارهایی خارج از وظیفه شرعی اوست، مسکوت است. در اینجا باید برای روشن شدن مطلب به منابع فقهی رجوع کنیم.

ب: دستور زوج بر انجام کار: الزام به پرداختن اجرت المثل در صورتی ایجاد می‌شود که اقدام عامل به امر استیفا کننده باشد، و گرنه اقدام به کاری خودسرانه اصولاً برای دیگران تعهد ایجاد نمیکند، هر چند که از آن مستفید شوند.

یکی دیگر از شرایط لازم جهت تحقق حق الزحمه خانه داری که هم در ماده ۳۳۶ قانون مدنی و هم در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق می آید، این است که کارهایی را که زوجه انجام داده است، به دستور زوج باشد.

ج: عدم قصد تبرع: یکی دیگر از شرایط استحقاق حق الزحمه، شرط عدم قصد تبرع است. این قید در ماده ۳۳۶ قانون مدنی و قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق آمده است. نکته‌ای که باید مورد بررسی قرار بگیرد، این است که اصل اولی در مورد قصد تبرع چیست؟ از قانون مدنی استفاده میشود که در دعوی بین تبرع و عدم آن، اصل عدم تبرع است که این اصل مطابق اصل عدم در شرع است. قسمت اخیر ماده ۳۳۶ قانون مدنی میگوید: عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته ...» خلاف اصل بودن قصد تبرع از این عبارت به خوبی قابل فهم است.

بخش پنجم: تاثیر عسر و حرج زوج بر حق دریافت اجرت المثل

ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱ موضوع اجرت المثل را به تبصره الحاقی ماده ۳۳۶ ارجاع داده است. طبق این تبصره شرایط تعلق اجرت المثل به زوجه عبارتست از: دستور زوج به انجام دادن عمل؛ عدم قصد تبرع از سوی زوجه در حین انجام دادن کار؛ عمل صورت گرفته از جمله اموری باشد که شرعاً بر عهده زوجه نبوده است؛ در عرف برای آن عمل اجرت وجود داشته باشد. نکته قابل تأمل در این شرایط، احراز دستور زوج و قصد عدم تبرع زوجه از سوی دادگاه است، این قید مانع جدی در رسیدن زوجه به حق مالی اجرت المثل محسوب می شود و قابلیت تأمین هدف قانونگذار از تصویب این تبصره را ندارد؛ تا آنجا که می توان گفت مواد عامی چون ماده ۳۳۶ و ۳۶۷ در اثبات این حق قابلیت بیشتری دارند تا تبصره ماده ۳۳۶ ق. م. که به طور خاص برای این منظور به تصویب رسیده است. ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده به موضوع اجرت المثل در زمان طلاق پرداخته است. از این قرینه می توان به دست آورد که ماده مذکور همچون تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، به اجرت المثل در زمان طلاق نظر داشته است. اما با توجه به عموم تبصره الحاقی ماده ۳۳۶ ق. م. می توان گفت که این تبصره در سایر زمان ها نیز قابلیت اعمال دارد. بنابراین زوجه می تواند در طول دوران زندگی زناشویی هر زمان که اراده کرد و حتی بعد از مرگ زوج، برای دریافت اجرت



المثل اقدام کند. بنابراین می‌توان گفت که مطابق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ حتی اگر طلاق مرتبط با سوء اخلاق و رفتار زوجه و یا مرتبط با تخلف زوجه از وظایف همسرمداری باشد یا تقاضای طلاق از ناحیه زوجه باشد برخلاف تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق که در این صورت زوجه استحقاق دریافت اجرت المثل را از دست می‌داد، زوجه با وجود شرایط مذکور هم استحقاق دریافت اجرت المثل را خواهد داشت. چرا که برخی از مفاد تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق با تصویب قانون حمایت خانواده نسخ شده است. بنابراین محدودیت‌هایی از قبیل لزوم درخواست طلاق از طرف مرد و بی‌تقصیر بودن زوجه در حدوث طلاق به نحوی که درخواست طلاق از طرف مرد ناشی از سوء رفتار و تخلف زن از وظایف همسری تأثیری در دریافت اجرت المثل نخواهد داشت. به نظر نگارنده، رویکرد اتخاذی جدید منطقی‌تر به نظر می‌رسد زیرا اجرت المثل که براساس استیفا توجیه می‌گردد، حقی است برای زن و به گردن مرد، در قبال خدماتی که به دستور او در طول زندگی زناشویی نموده‌اند؛ و این حق نبایستی به علل نامرتبط من جمله سوء رفتار زن و یا عدم انجام وظایف زناشویی نادیده انگاشته شود. خودداری زوجه از انجام وظایف قانونی و شرعی و سوء رفتار وی، ضمانت اجرای خاص خود را دارد؛ بدین صورت که طبق مسلمات فقهی صدق عنوان ناشزه بر یک زن وی را از دریافت نفقه محروم می‌کند و می‌توان اسباب درخواست طلاق توسط زوج باشد. لذا قانونگذار سابق با محروم ساختن زن از دریافت اجرت المثل در تبصره ۶ ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱، در صورتی که طلاق ناشی از تقصیر زن باشد، فی‌الواقع مجازات جدیدی بر زوجه تحمیل می‌نمود که هم اکنون با نسخ تبصره مذکور، این امر به جایگاه فقهی و حقوقی مناسب خود برگشته است. بنابراین عسر و حرج زوج که منشا آن به زوجه می‌گردد، دیگر نمی‌تواند حق اجرت المثل را زائل کند. و زوج نمی‌تواند با استناد به عسر و حرج از ادای این حق خودداری کند.

بخش ششم: اثر عسر و حرج زوج بر حق دریافت نخله زوجه

نخله عطیه‌ای است که در مقابل آن ثمن و عوض نمی‌باشد. (طریحی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۸۲) راغب معنای اصلی نخله را زنبور عسل گرفته و معتقد است: مهریه را از آن جهت نخله می‌گویند که عطیه مرد مثل عطیه زنبور عسل عوض مالی ندارد. (همان) فراهیدی در معنای نخله می‌نویسد:

«نحله آن است که تو به انسانی چیزی بدهی بدون اینکه عوض طلب کنی». (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۲۳) در لسان العرب هم به همین مضمون آمده است: «نحله از جانب پروردگار برای زنان قرار داده شده به این صورت که مردان چیزی به عنوان صدق به ایشان بپردازند و برای زنان چیزی از انواع غرامت را قرار نداده است». (ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۱۱، ص ۶۵)

بند اول: اثر عسر و حرج زوج بر حق دریافت حق نحله

مطابق بند «ب» تبصره ۶ ماده واحده مصوب ۱۳۷۱، در غیر مورد بند «الف» یعنی هنگامی که زوج حق دریافت اجرت المثل را ندارد، زوج با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوج در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش برای زوج تعیین می‌نماید. بنابراین می‌توان گفت که زوج در صورتی استحقاق دریافت نحله را خواهد داشت، که دادگاه او را مستحق اجرت المثل نداند. حال همانطور که مورد بررسی قرار گرفت، اجرای این تبصره، در موردی است که طلاق به درخواست زوج باشد، همچنین تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد، پس در صورتی که طلاق به درخواست زوج باشد، زوج استحقاق دریافت نحله را نخواهد داشت. و از طرف دیگر اگر طلاق از ناحیه زوج، ولی تقاضای طلاق ناشی تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی، باز هم زوج استحقاق دریافت نحله را نخواهد داشت. حال با توجه به اینکه برخی مصادیق عسر و حرج زوج در مباحث قبل، مطرح شد، نهایتاً به این نظر خواهیم رسید که اگر طلاق به واسطه عسر و حرج زوج که ناشی از سوء اخلاق و رفتار زوج باشد، صورت گیرد. در این صورت زوج استحقاق دریافت نحله را نخواهد داشت. پس عسر و حرج زوج حق دریافت نحله زوج را ساقط می‌کند، و زن دیگر نمی‌تواند درخواست حق نحله را بنماید و از طرف دیگر این نکته نیز باید مورد توجه قرار گیرد که، که هرچند قانونگذار برخی از مفاد ماده واحده طلاق را نسخ کرده است. از جمله عدم تاثیر تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی بر حق دریافت اجرت المثل، لیکن با این حال در مورد نحله ما باید همچنان مفاد ماده واحده طلاق را ساری بدانیم. پس از آنچه در این مبحث مورد بررسی قرار گرفت، نتیجه این شد که عسر و حرج زوج بر حق دریافت نحله تاثیر دارد و حق دریافت نحله را ساقط می‌نماید.



بند دوم: اثر عسر و حرج بر حق نفقه زوجه

قانون مدنی ایران نیز در ماده‌ی ۱۱۰۷ به پیروی از نظریات مشهور فقها، نفقه را شامل مجموع نیازمندیهای فوق دانسته و لباس و مسکن را جزو نفقه بر شمرده است نه جدای از آن:

«نفقه عبارت است از مسکن، البسه، غذا، و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم، در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان اعضاء» در این ماده از سایر چیزهایی که عرفاً مورد احتیاج زن می‌باشد، مانند: هزینه های دارو، درمان، وسایل نظیف و آرایش سخنی به میان نیامده و شاید تصویب این ماده مطابق با این نظریه بوده که: یا قبول موارد مذکور جزو نفقه محسوب نشده که این نظر بر خلاف مصلحت جامعه بوده و با ذوق سلیم و عرف هم سازگار نیست و یا اینکه ماده‌ی ۱۱۰۷ حصری نبوده بلکه تمثیلی است و باید هر چیزی را که بر حسب عرف مورد احتیاج زن می‌باشد جزو نفقه دانست. ابهامات موجود در این ماده که با اصلاح آن در تاریخ ۱۳۸۸/۸/۱۹ صورت گرفت رفع گردید که به بیان آن می‌پردازیم:

«نفقه عبارت است از همه ی نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث البیت و هزینه های درمانی و بهداشتی و خادم، در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض»

۱۵۴



بند سوم: مبانی مسؤلیت پرداخت نفقه

در این بخش به بررسی مبانی و علل استقرار و جوب پرداخت نفقه‌ای که بر عهده‌ی یک زوج می‌باشد، می‌پردازیم.

الف) مبانی حقوقی: مبانی حقوقی حکم مورد بحث در حقوق ایران، ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی می‌باشد. قانون‌گذار در این ماده به طور صریح و بدون هیچ گونه ابهامی، نفقه‌ی زوجه را بر عهده‌ی زوج (در نکاح دائم) قرار داده است. اما در ماده‌ی ۱۱۱۳ در بحث مربوط به عقد موقت این حکم را مبتنی بر درج شرط ضمن العقد و یا تراضی طرفین به گونه‌ای که عقد مبتنی بر آن درج شده باشد قرار داده است. پس می‌توان این گونه نتیجه گرفت که در عقد دائم لزوم پرداخت

نفقه ناشی از حکم قانون است ولی در عقد منقطع ناشی از تراضی طرفین است. به همین دلیل بعضی از حقوق دانان معتقدند که چون در نکاح دائم پرداخت نفقه از حکم قانون ناشی می‌شود؛ لذا طرفین نمی‌توانند ضمن عقد نکاح یا پس از آن تکلیف مرد را در این باب ساقط کنند. اما به نظرمی رسد که این نظریه صحیح نباشد؛ زیرا اولاً هر چند مقنن به پیروی از فقه امامیه در نکاح دائم مسئولیت پرداخت نفقه زوجه را برعهده زوج قرار داده است؛ اما این حقی برای زوجه بوده و مانند سایر حقوق قابل اسقاط می‌باشد کما اینکه نفقه زمان گذشته که بر ذمه زوج مستقر شده و قابل وصول از طرف زوجه است، و قابل اسقاط می‌باشد.

ثانیاً همانطور که در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی اشاره شده:

«طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا ...» عقد لازم دیگری بنمایند.

بدیهی است که شرط اسقاط پرداخت نفقه و عدم مسئولیت مرد در این باب، مخالف با مقتضای ذات عقد نکاح نبوده تا مطابق با بند اول ماده ۲۳۳ قانون مدنی، باعث بطلان عقد شود.

ب) مبنای فقهی: مبنای فقهی الزام مرد به پرداخت نفقه زوجه دائمه، مستند به آیات و احادیث متعدد و معتبر می‌باشد که حقوق مدنی ایران نیز به پیروی از فقه امامیه، همین حکم را در مجموعه مقررات خود آورده است.

آیات قرآن کریم:

بعضی از آیات قرآن، صراحتاً دلالت بر وجوب نفقه دارد و برخی دیگر به کمک روایات و تفاسیر، بر این مطلب دلالت می‌کند.

۱- خداوند در سوره بقره آیه ۲۲۹ دو راه حل برای مردان پیشنهاد میکند: یا زنان را به نیکی نگاه دارند و یا به خوشی آنان را رها کنند. نگاه داشتن به نیکی، مستلزم پرداختن هزینه های زندگی آنان است و رها کردن به خوشی نیز مستلزم حمایت مادی از آنان در موارد خاص است.



۲- زنان مطلقه را در منزل خود جای دهید و به آن‌ها زیان نرسانید و اگر باردار باشند نفقه آنها را پردازید تا وضع حمل کنند و اگر برا شما فرزندی را شیر می دهند پاداش آنها را پردازید.

۳- کسانی از شما که در آستانه مرگ قرار می گیرند و همسرانی از خود به جای می گذارند باید برای همسران خود وصیت کنند که تا یک سال آنها را با پرداختن هزینه زندگی بهره مند سازند به شرط اینکه آن‌ها از خانه شوهر بیرون نروند و اقدام به ازدواج مجدد ننمایند.

روایات: روایات بسیاری بر وجوب نفقه زوجه دلالت میکند که ما به ذکر دو مورد از آنها می- پردازیم.

پیامبر اکرم در خطبه‌ی حجه‌ الوداع پس از بیان حقوق مردان بر زنان و همسران خود، به ذکر حقوق زنان بر همسران پرداخته و فرمودند: «پس روزی و پوشاک همسران به شایستگی بر عهده شما (زوج) است».

امام صادق (ع) از پیامبر (ص) نقل می کند که آن حضرت فرمودند: «مورد لعن و نفرین و ملعون است کسی که خانواده و عائله خویش را ضایع کند» یعنی حقوق آنان را تضییع کرده و هزینه های زندگی آنان را تأمین نکند.

بند چهارم: شرایط پرداخت نفقه

شرایطی که با حصول آن، زوج مکلف به پرداخت نفقه زوجه می باشد عبارتند از:

- ۱- زوجیت: ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی: «همین که نکاح به طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می شود.»
- دکتر کاتوزیان معتقد است: «تکلیف به دادن مهر و نفقه از تاریخ نکاح شروع می شود، هر چند که در اثر عواملی، مانند نشوز یا طلاق پیش از نزدیکی، تمام یا بخشی از تکالیف از بین برود. همچنین ضرورتی ندارد که ایجاد حقوق و تکالیف زناشویی، موضوع قصد انشاء قرار گیرد یا دو طرف به آن توجه داشته باشند و حتی تراضی بر خلاف ایجاد آن نافذ نیست، مگر اینکه خود قانون اجازه داده باشد.»



۲- تمکین: این واژه از فقه اسلامی وارد حقوق ایران شده و فقها در مورد آن اینگونه گفته اند «مراد از تمکین آن است که تخلیه کند (یعنی آزاد گذارد) میان خود و شوهر در هر جا و در هر حال و خود را به دست او دهد مگر در مواردی که قانون او را معذور شمرده است: ایام حیض و احرام و مرض مانع تمکین.» تمکین در اصطلاح فقهی به اظهار اطاعت زوجه از زوج تعبیر می‌شود و این اطاعت اختصاص به امر استمتاع جنسی نداشته و به همین جهت، خروج زوجه از منزل بدون اذن زوج، خروج از اطاعت زوج محسوب شده و ناشزه به شمار تمکین در اصطلاح فقها دارای دو معنای عام و خاص می‌باشد:

تمکین عام که به حسن معاشرت زن با شوهر و اطاعت از او در روابط خانوادگی و خوش رفتاری و خوش رویی و سکونت در یک منزل با شوهر و خارج نشدن از منزل بدون اذن شوهر مگر در موارد معینه قانونی.

ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی:

«اگر بودن زن با شوهر در یک منزل، متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علی حده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است نفقه بر عهده شوهر خواهد بود.»

۱۵۷



«بیم ضرر مالی و بدنی و شرافتی تنها عذر موجهی نیست که زن را از سکونت با شوهر معاف میکند. اگر محلی را که شوهر برگزیده با شوون زن و زندگی خانوادگی مناسب نباشد و عرف آن را مناسب نداند (مانند سکونت مشترک با زن دیگرشوهر)، زن می‌تواند از رفتن به آن خانه امتناع کند.»

تمکین خاص: آمادگی زن جهت نزدیکی جنسی با شوهر می‌باشد که همیشه باید آماده اجابت درخواست مرد باشد مگر آن که عذر شرعی داشته و یا بیمار باشد.

سؤالی که ممکن است در اینجا مطرح شود این است که با وجود این نوع از تمکین آیا تأدیه‌ی نفقه به مجرد عقد نکاح بر زوج واجب میشود یا اینکه حتماً باید تمکین صورت گیرد تا زوجه مستحق دریافت نفقه گردد؟

در صورت شرط بودن تمکین، اگر زوج نفقه ندهد و مدعی باشد که تمکین حاصل نشده است، زوجه باید حصول تمکین را ثابت کند؛ زیرا اصل با قول شوهر است که هنوز تمکین حاصل نشده است و زوجه که مدعی حصول آن است، باید حصول آن را اثبات کند.

ولی در صورت مانع بودن نشوز، اگر زوج نفقه را نپردازد و مدعی نشوز زوجه باشد، زوج باید با بینه، نشوز وی را ثابت کند؛ زیرا اصل، وجوب نفقه و انتفای مانع است و شوهر مدعی خلاف اصل می‌باشد و باید طبق قاعده کلی «البینه علی المدعی» بینه بیاورد.

در مقابل تمکین، نشوز قرار دارد، نشوز در لغت به معنای بلند شدن، ارتفاع و سرکشی می‌باشد و ناشزه به زنی اطلاق می‌شود که از اطاعت شوهر خودداری می‌کند. در اصطلاح فقها نشوز به عدم انجام وظایف ناشی از زوجیت و زناشویی از طرف زن یا شوهر اطلاق می‌شود.

محقق در شرائع، پس از تردید در مسأله فوق، شرط بودن تمکین را ترجیح می‌دهد و این قول را اظهر م‌داند. میرزا قمی می‌نویسد: «مشهور میان علماء این است که تمکین شرط وجوب نفقه است.»

اما گروهی دیگر از فقها، نشوز را شرط می‌دانند؛ یعنی به مجرد عقد، نفقه واجب می‌شود؛ ولی نشوز مانع از تحقق آن است. تا نشوز حاصل نشده، تأدیه نفقه واجب است و پس از تحقق نشوز، ساقط می‌گردد. آیت الله خوئی می‌نویسد: «مشهور آن است که وجوب نفقه، مشروط به عدم نشوز است.»

بند پنجم: اثر عسر و حرج زوج بر حق نفقه زوجه

همانطور که در مباحث قبلی مطرح شد، زوجه در صورت عدم اطاعت از زوج (که مستلزم نشوز می‌شود) مستحق نفقه نخواهد بود؛ زیرا وی حق شوهر را ادا نکرده است تا شوهر حق او را ادا کند. بنابراین زوجه در صورتی استحقاق دریافت نفقه را خواهد داشت که بدون دلیل از تمکین خودداری نکند. به دلیل اینکه حق دریافت نفقه در برابر تمکین قرار دارد، اگر زوجه از تمکین امتناع کند، در این صورت ناشزه خواهد بود و متعاقب آن حق دریافت نفقه را نخواهد داشت. بنابراین می‌توان گفت که یکی از مصادیق عسر و حرج زوج که ناشی از رفتار زوجه می‌باشد، عدم

تمکین است که زوج را به سختی و با مشکلاتی روبرو خواهد نمود. پس می‌توان قائل به این نظر شد که نشوز زوجه از مصادیق عسر و حرج زوجه است و در صورت نشوز، حق دریافت نفقه ساقط خواهد شد. بنابراین عسر و حرج زوج که ناشی از عدم تمکین زوجه است از مسقطات حق دریافت نفقه زوجه خواهد بود.

نتیجه گیری

در حقوق خانواده همچون بسیاری رشته‌ها، آنطور که باید و شاید به راه‌حل‌ها و بازنگری‌های مقتضی جهت کارآمدی و تعالی این نهاد مهم اجتماعی پرداخته نشده است. موضوعی که در مبحث عسر و حرج باید به آن پرداخته شود، بررسی آثار عسر و حرج زوج است، چرا که عسر و حرج زوج نیز دارای آثار حقوقی بر حق زوجه است. از جمله این آثار که مورد بررسی قرار گرفت، اثر عسر و حرج زوج بر حق دریافت اجرت المثل ایام زناشویی، حق دریافت نخله، حق نفقه و حق انتقال نصف دارایی است. همانطور که بررسی شد، عسر و حرج زوج بر حق انتقال نصف دارایی، اثر می‌گذارد و سبب سقوط این حق را برای زوجه فراهم می‌کند. همان‌طور که در بند الف قباله ازدواج مطرح شده؛ اولاً طلاق نباید به درخواست زوجه باشد، دوماً نباید طلاق ناشی از سوء رفتار یا سوء اخلاق از جانب زوجه باشد، تا بتواند مستحق دریافت باشد. بنابراین اگر طلاق به درخواست زوج باشد، زوجه نمی‌تواند درخواست شرط انتقال تا نصف دارایی را بنماید. و از طرف دیگر اگر زوج درخواست طلاق دهد و این طلاق ناشی از عسر و حرج و در واقع ناشی از سوء رفتار یا سوء اخلاق از جانب زوجه باشد. در این صورت نیز زوجه استحقاق درخواست شرط انتقال تا نصف دارایی را نخواهد داشت. البته این درست به نظر نمی‌رسد که ما زوجه را از این حق محروم کنیم چرا که شرط انتقال تا نصف دارایی به نظر ماهیتی جدا از عسر و حرج و سوء رفتار دارد. در مورد حق دریافت نفقه نیز همانطور که بحث شد؛ می‌توان گفت که یکی از مصادیق عسر و حرج زوج که ناشی از رفتار زوجه می‌باشد، عدم تمکین است که زوج را به سختی و با مشکلاتی روبرو خواهد نمود. پس می‌توان گفت که نشوز زوجه از مصادیق عسر و حرج زوجه است و در صورت نشوز، حق دریافت نفقه ساقط خواهد شد. بنابراین عسر و حرج زوج که ناشی از عدم تمکین زوجه است از مسقطات حق دریافت نفقه زوجه خواهد بود. مورد



حق دریافت اجرت المثل ایام زوجیت نیز باید، قائل به این نظر باشیم که نظر قانونگذار در قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ مبنی بر این که حتی اگر طلاق مرتبط با سوء اخلاق و رفتار زوجه و یا مرتبط با تخلف زوجه از وظایف همسررداری باشد یا تقاضای طلاق از ناحیه زوجه باشد برخلاف تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق که در این صورت زوجه استحقاق دریافت اجرت المثل را از دست می‌داد، درست است. و زوجه با وجود شرایط مذکور هم استحقاق دریافت اجرت المثل را خواهد داشت. چرا که برخی از مفاد تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق با تصویب قانون حمایت خانواده نسخ شده است. بنابراین محدودیت‌هایی از قبیل لزوم درخواست طلاق از طرف مرد و بی‌تقصیر بودن زوجه در حدوث طلاق به نحوی که درخواست طلاق از طرف مرد ناشی از سوء رفتار و تخلف زن از وظایف همسری تأثیری در دریافت اجرت المثل نخواهد داشت. به نظر نگارنده، رویکرد اتخاذی جدید منطقی‌تر به نظر می‌رسد زیرا اجرت المثل که براساس استیفا توجیه می‌گردد، حقی است برای زن و به گردن مرد، در قبال خدماتی که به دستور او در طول زندگی زناشویی نموده اس؛ و این حق نبایستی به علل نامرتب من جمله سوء رفتار زن و یا عدم انجام وظایف زناشویی نادیده انگاشته شود. خودداری زوجه از انجام وظایف قانونی و شرعی و سوء رفتار وی، ضمانت اجرای خاص خود را دارد؛ بدین صورت که طبق مسلمات فقهی صدق عنوان ناشزه بر یک زن وی را از دریافت نفقه محروم می‌کند و می‌توان اسباب درخواست طلاق توسط زوج باشد. لذا قانونگذار سابق با محروم ساختن زن از دریافت اجرت المثل در تبصره ۶ ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱، در صورتی که طلاق ناشی از تقصیر زن باشد، فی الواقع مجازات جدیدی بر زوجه تحمیل می‌نمود که هم اکنون با نسخ تبصره مذکور، این امر به جایگاه فقهی و حقوقی مناسب خود برگشته است. بنابراین عسر و حرج زوج که منشا آن به زوجه می‌گردد، دیگر نمی‌تواند حق اجرت المثل را زائل کند. و زوج نمی‌تواند با استناد به عسر و حرج از ادای این حق خودداری کند. در مورد حق دریافت نخله هم می‌توان گفت، مطابق بند «ب» تبصره ۶ ماده واحده مصوب ۱۳۷۱، در غیر مورد بند «الف» یعنی هنگامی که زوجه حق دریافت اجرت المثل را ندارد، زوجه با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش برای زوجه تعیین می‌نماید. بنابراین می‌توان گفت



که زوجه در صورتی استحقاق دریافت نحله را خواهد داشت، که دادگاه او را مستحق اجرت المثل نداند. از آنچه در این پایان‌نامه مورد بررسی قرار گرفت، باید بگوییم که قانونگذار به صراحت، عسر و حرج زوجه را مورد حمایت قرار داده است و آثار آن را بیان کرده است و اثر آن را تا حدی دانسته، که حق طلاق را برای زوجه در صورت اثبات عسر و حرج قرار داده است. ولی عسر و حرج زوج را به صراحت مورد حمایت قرار نداده است و شاید در نگاه اول گفته شود که چرا قانونگذار به تبیین عسر و حرج پردازد، در حالی که زوج، حق طلاق را دارد و برای تحقق آن نیازی به اثبات عسر و حرج ندارد. لیکن در پاسخ به این نظر باید گفت که آنچه مدنظر نگارنده در این پژوهش بوده این است، که طلاق دارای آثار حقوقی است، که برخی از این حقوق به نفع زوجه قرار داده شده است. و زوج در صورت درخواست طلاق تکلیف به ادای آن‌ها خواهد داشت، ولی اگر طلاق ناشی از دلالتی باشد که طلاق را از طرف زوج موجه سازد، در این صورت باید در برخی از حقوق، که برای زوجه در نتیجه طلاق به درخواست زوج بدون داشتن هیچ دلیل موجهی قائل شدیم، تجدیدنظر شود. پس اگر طلاق ناشی از عسر و حرج زوج باشد، ادای برخی از حقوق زوجه، از عهده‌ی زوج برداشته خواهد شد و دیگر زوج مکلف به ادای آن نخواهد بود. ولی آنچه پژوهش در این زمینه را برای نگارنده توجیه کرد لزوم بازنگری در برخی از قوانین حقوق خانواده در زمینه طلاق ناشی از عسر و حرج بوده و در این مقاله نیز سعی شد بررسی عسر و حرج زوج و اثر آن بر حقوق زوجه به گونه‌ای مطرح شود که این نظر را توجیه کند و در پایان نیز می‌توان گفت، آنچه باید در سطح قانونگذاری مورد توجه قانونگذار قرار گیرد، توجه به عوامل تحولات حقوقی، از جمله نیازهای زمان، تغییر سیاست‌های فرهنگی، تاثیر مقررات و سازمان‌های بین‌المللی است. و دیگر اینکه باید موانع تحولات حقوقی از جمله عرف و عادت و سنت‌های غلط را کنار زد و سعی شود، متناسب با تحولات، تغییرات را در حقوق ایجاد کرد. چرا که امروزه دائم در حال تغییر نسل هستیم، و نمی‌توان یک قانون واحد را برای چندین نسل بدون توجه به فلسفه قانونگزاری به اجرا در آورد.



منابع و ماخذ

منابع عربی

۱. انصاری، مرتضی، المکاسب، الحدیثه، قم، ۱۴۱۵ق، چ ۱.
۲. بجنوردی، سید محمد حسن، منته الاصول، قم، کتاب فروشی بصیرتی، بی تا، چ ۲.
۳. خوانساری، سید احمدف جامع المدارک فی الشرح مختصر المنافع، محقق، علی اکبر غفاری، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق، چ ۲.
۴. علم الهدی، سید مرتضی، الانتصار، قم، موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق، چ ۱.
۵. فراهیدی، خلیل ابن احمد، العین، موسسه دار الحجره، ۱۴۱۰ق، چ ۲.
۶. کلینی، محمد ابن یعقوب ابن اسحاق، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق
۷. مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، بیروت، موسسه الوفاء، ۱۴۰۴ق، چ ۲.
۸. مظفر، شیخ محمد رضا، اصول الفقه، قم، موسسه اسماعیلیان، بی تا، چ ۵.

منابع فارسی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲، چ ۶.
۲. حکمت نیا و همکاران، محمود، فلسفه حقوق خانواده ۲، روابط عمومی شورای فرهنگی و اجتماعی زنان، ۱۳۸۶، چ ۱.
۳. خمینی، روح الله الموسوی، صحیفه نور، تهران، انتشارات شرکت سهامی چاپخانه وزارت ارشاد، ۱۳۶۵.
۴. دهخدا، علی اکبر، فرهنگ لغت دهخدا، دانشگاه تهران، ۱۳۳۸.
۵. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۲، چ ۲۶.
۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران،



۷. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، خانواده، انتشارات بهمن برنا، ۱۳۷۸، چ ۵.
۸. کریمی، حسین، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، انتشارات شکور، ۱۳۶۵، چ ۱
۹. کشوری، دکتر عیسی، کاربرد قواعد فقه در حقوق، نشر غیاث، ۱۳۷۴، چ ۱.
۱۰. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، چ ۱.
۱۱. گلپایگانی، محمدرضا موسوی، مجمع المسائل، دارالقرآن کریم، ۱۴۰۹ق، چ ۲.
۱۲. هدایت نیا، فرج الله، فلسفه حقوق خانواده ۳، روابط عمومی شورای فرهنگی و اجتماعی

مقالات

۱. اسدی، لیلا، آثار حقوقی طلاق به درخواست زوجین، فصلنامه ندای صادق، ۱۳۸۱.
۲. آقایی، کامران، مصادیق عسر و حرج زوجه، مجله کانون وکلا، ۱۳۸۱.
۳. مجموعه آرای فقهی و قضایی در امور حقوقی، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۱، چ ۱.

