

بررسی مبانی و راهکار مقابله با ضررهای ناروای سوء استفاده از

اعمال حق طلاق

سید محمد صادق موسوی^۱

محمد روشن^۲

محمد امین فرد^۳

حمید فرشی^۴

چکیده

با توجه به اختیار زوج در حق طلاق و مطابق موازین فقهی و قانون، زوج هر زمان که خواست می‌تواند تقاضای طلاق نموده و زوجه را طلاق بدهد حتی اگر اعمال حق طلاق موجب ضرر برای زوجه باشد، اما هر

۱ - دانشیار دانشگاه شهید مطهری

۲ - دانشیار دانشگاه شهید بهشتی

۳ - دانشیار دانشگاه شهید مدنی آذربایجان

۴ - دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی

چند حکم شرعی حق طلاق نسبت به زوجه ضرری وضع شده است، در عین حال ضرر ناشی از طلاق می‌بایست لازمه اعمال حق و فقط ضرر ناشی از طبیعت طلاق باشد؛ لذا در صورتی که اعمال حق طلاق نامتعارف و به قصد اضرار باشد دادگاه می‌تواند با توجه به آیه ۲۳۱ سوره بقره و آیه ۲ سوره طلاق و با استناد به قاعده لاضرر و منع سوء استفاده از حق (اصل ۴۰ قانون اساسی) و لزوم جبران ضرر ناروا به مقابله با چنین ضرری بپردازد و تمهیداتی بیندیشد، از جمله: محدود ساختن تعداد رجوع، حکم به توارث، به تاخیر انداختن وقوع طلاق؛ مسئول شناختن زوج و ملزم ساختن او به جبران ضرر. از این رو دادگاه می‌تواند در صورتی که زوج اقدام به سوء استفاده از حق طلاق خود مینماید با تمهیداتی به مقابله با آن بپردازد و او را در قبال ضررهای ناروای ناشی از سوء استفاده از حق طلاق مسئول بداند.

اما در هیچ حالتی نمی‌توان اصل حق زوج مبنی بر طلاق دادن را از بین برد و تنها می‌تواند در خصوص نحوه اعمال آن یا در جهت کاستن از نتایج زیان بار غیر متعارف آن اقدام نمود همانگونه که شارع مقدس اسلامی در مورد طلاق و رجوع مکرر و طلاق مریض تدابیری مقتضی اندیشیده است.

واژگان کلیدی: اعمال حق، ضرر، طلاق، محدودیت.

*** مقدمه:**

مباحث مربوط به حق طلاق یکی از مهمترین و کاربردی ترین مباحث مربوط به حقوق خانواده است که نه تنها مورد توجه خاص قانون گذار و محاکم قضایی بوده و در آثار صاحب نظران به آن پرداخته شده است، بلکه افکار عمومی نیز همواره علاقه خاص به آن نشان داده است، زیرا بحث طلاق و نحوه اعمال آن و میزان تاثیر اراده هر یک از زوجین در آن، جایگاه مهمی در حقوق زوجین و زندگی زناشویی ایشان دارد.

در فقه اسلامی و سیستم حقوقی ایران حق طلاق از آن مرد است و از اختیارات او به حساب می آید اما تحت شرایط خاص اختیار زوج در طلاق محدود شده و انحصار او نسبت به حق طلاق از بین می رود؛ آنچه در این خصوص به طور تفصیل مورد بررسی صاحب نظران قرار گرفته است و زوایای آن مورد کنکاش قرار گرفته در مورد محدودیت زوج در عدم اعمال و استفاده نکردن از حق طلاق است، این که زوج نمی خواهد از حق طلاق خود استفاده کند و زوجه را طلاق دهد اما قانونگذار با نادیده گرفتن اختیار و اراده او زوجه را مطلقه می سازد (یعنی مباحث

مربوط به طلاق قضایی)؛ در تحقیق حاضر این مسئله مورد بررسی قرار گرفته است که اگر زوج خواهان طلاق دادن باشد آیا حاکم (دادگاه) می-تواند مانع این کار شود و محدودیت برای آن قائل شود یا زوج را ضامن خسارات ناشی از طلاق بداند. این مسئله مصداقی بغرنج از تراحم حقوق است از یک سو زوج حق طلاق دارد و می خواهد آن را اعمال نماید از سوی دیگر زوجه حق دارد در زندگی زناشویی امنیت روانی و اطمینان خاطر از ادامه موفق زندگی مشترک داشته باشد و می بایست دید کدام حق بر دیگری مقدم است.

برای مشروعیت ضامن دانستن زوج و محدود کردن حق طلاق او می-توان به بررسی دلایلی از قرآن کریم و اصول کلی فقهی و حقوقی از جمله قاعده لاضرر و نفی سوء استفاده از حق و نیز نفی عسر و حرج را مورد بررسی قرار داد.

سوال اصلی تحقیق حاضر این است که در مواردی که طلاق صرفاً برای اذیت و زیان رساندن به زوجه است آیا دادگاه می تواند علی رغم اراده زوج دادخواست طلاق او را رد کند؟ و آیا می توان زوج را به جهت خسارات به وجود آمده ناشی از طلاق مسئول شناخت؟ با چه مبنایی؟ چه تمهیداتی برای مقابله با سوء استفاده از اعمال حق طلاق می توان به کار برد؟

در پاسخ به این سوالات می‌بایست به بررسی سیره شارع اسلامی و روش قانون گذار در این خصوص پرداخت و همچنین ادله‌ای که می‌توان به آنها استناد نمود اعم از آیات قرآنی که امر به این دارند که زنان به شیوه‌ای نیکو رها، و طلاق داده شوند و نیز قاعده لا ضرر و اصل چهل قانون اساسی و منع سوء استفاده از حق و همچنین قاعده عسر و حرج مورد بررسی قرار گیرد. هدف از این پژوهش تحلیل مبانی فقهی و حقوقی برای مقابله با سوء استفاده از حق طلاق و ارائه راهکار مناسب در این خصوص است.

* سیر تاریخی و وضعیت قانون گذاری در خصوص محدود ساختن اعمال حق طلاق و مقابله با ضررهای ناروای سوء استفاده از حق طلاق:

از نظر اخلاقی و تعالیم اسلامی طلاق که بدون دلیل موجه باشد مکروه بوده و مذمت شده است و بدترین حلال‌هاست در کلام بزرگان دین توصیه به حسن معاشرت و جلوگیری از طلاق‌های ناروا، مکرر بیان شده است، و مرد از روی هوا و هوس یا به قصد اضرار به زوجه نمی‌بایست

اقدام به طلاق نماید؛ در این راستاست که قانون‌گذار با الزامی ساختن مراجعه به داوری یا مشاوره سعی در جلوگیری از طلاق و رعایت قواعد اخلاقی دارد. اما سوال این است که آیا می‌توان بر قامت این قواعد اخلاقی، احکام قانونی پوشانید و ضمانت اجرایی برای آن قائل شد.

قانون‌گذار در سابق در این جهت تلاش کرده است و در ماده ۱۰ قانون حمایت خانواده سابق مصوب ۱۳۵۳ مقرر داشته بود «... متقاضی گواهی عدم امکان سازش باید تقاضا نامه‌ای به دادگاه تسلیم نماید که در آن علل تقاضا به طور موجه قید گردد...» آنچه از این ماده برداشت می‌شود این است که در صورتی که تقاضای طلاق مستند به علل موجه نباشد گواهی عدم امکان سازش صادر نخواهد شد، لذا در عمل چه زوج و چه زوجه به دلخواه و بدون داشتن دلیل موجه نمی‌توانستند اقدام به طلاق نمایند؛^۵ از این رو امکان این وجود داشت که دادگاه تقاضای طلاق زوج را نپذیرد. در خصوص جبران ضرر و رفع آثار نامطلوب ناشی از طلاق نیز ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ برای موارد خاص همچون مستند بودن طلاق به سوء رفتار و در مورد مریض و مجنون، حکم به وضع

۵ - ماده ۸ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ دلایلی را که بر اساس آن می‌شد تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نمود را بر شمرده بود که برخی از آنها عبارت بودند از: سوء رفتار و یا سوء معاشرت هر یک از زوجین، عدم تمکین زن از شوهر، ابتلای هر یک از زوجین به امراض صعب‌العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای طرف دیگر در مخاطره باشد، جنون هر یک از زوجین در مواردی که فسخ نکاح ممکن نباشد، ابتلا به هرگونه اعتیاد مضر که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل آورد و ادامه زندگی زناشویی را غیر ممکن سازد، ترک زندگی خانوادگی، عقیم بودن و موارد دیگر.

مقرری ماهانه کرده بود. بازتاب این ماده و حکم به جبران ضرر را شاید بتوان در شروط ضمن عقدی که در سند نکاحیه مندرج است یافت در مورد شرطی که اگر زوج بدون دلیل زوجه را طلاق دهد نصف اموال حاصله از زمان عقد به بعد به زوجه تملیک شود.

با بررسی تالیفات فقهی می‌توان ادعا کرد که قانون‌گذار اسلامی نیز در برابر سوء استفاده از اختیاری که به زوج داده است ساکت نیست و در فقه مواردی به چشم می‌خورد که در واقع تعدیل‌کننده این اختیار مطلق است به عنوان مثال در طلاق شخصی که در مرض متصل به موت است زوجه تا یکسال بعد از طلاق، مشروط بر اینکه ازدواج نکرده باشد یا به طور مطلق تا زمانی که ازدواج نکرده است، می‌تواند از زوج متوفی ارث ببرد (ر.ک: شیخ طوسی، بی تا، ج ۵، ص ۶۸ و محقق حلی، ۱۴۰۹ه، ج ۳، ص ۵۹۱ و شهید ثانی، ۱۴۱۳ه، ج ۹، ص ۱۵۳ و نجفی، بی تا، ج ۳۲، ص ۱۴۷-۱۴۸ و فاضل هندی، ۱۴۲۰ه، ج ۸، ص ۶۵) و این در حالی است که علقه زوجیت به طور کلی بین ایشان از بین رفته است و توارث در این مسئله توجیهی ندارد جز اینکه این حکم را تمهیدی بدانیم که قانون‌گذار اسلامی برای مقابله با سوء استفاده از حق طلاق و محروم ساختن زوجه از ارث اتخاذ کرده است. قابل ذکر است که برخی از فقها طلاق در

زمان مرض متصل به موت را جایز ندانسته‌اند هر چند که چنین طلاق‌ی واقع شود (قاضی بن براج، ۱۴۰۶ه، ج ۲، ص ۲۸۹).

عدم امکان رجوع در طلاق سوم و نیاز به محلل را نیز می‌توان مثال دیگری از تمهیدات قانونگذار اسلامی برای جلوگیری از سوء استفاده از حق طلاق دانست شان نزول و مفاد آیات ۲۲۹^۶ و ۲۳۰^۷ سوره مبارکه بقره به وضوح نشانگر اراده شارع مقدس در مبارزه با عرف زمان و جلوگیری از سوء استفاده از حق طلاق و اذیت و زیان رساندن به زوجه است (ر.ک: طباطبایی، بی تا، ج ۲، ص ۲۳۳ - ۲۳۴ و الطبرسی، ۱۴۱۵ه، ج ۲، ص ۱۰۳).

در حال حاضر هرچند از ظاهر ماده ۱۱۳۳^۸ قانون مدنی این معنا مستفاد نیست که دادگاه ملزم به پذیرش تقاضای طلاق مرد باشد و نحوه اصلاح آن نیز موید همین امر است،^۹ لکن روح قوانین حاکم بر این امر و پشتوانه فقهی آن موجب شده است که در عمل و رویه قضایی دادخواست طلاق زوج هیچگاه رد نشود و کمتر کسی تردید در این مطلب دارد که اگر زوج بخواهد زوجه را طلاق دهد بتوان تقاضای طلاق او را رد کرد. از

۶ - «الطلاق مرتان فإمساک بمعروف أو تسریح بإحسان...»

۷ - «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجا غیره...»

۸ - مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید. تبصره: زن نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر در مواد (۱۱۱۹)، (۱۱۲۹) و (۱۱۳۰) این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید. (اصلاحی سال ۱۳۸۱)

۹ - ماده ۱۱۳۳ سابق مصوب ۱۳۱۴: مرد می‌تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق بدهد.

این روی اصلاح ماده مذکور و لزوم تقاضای طلاق از دادگاه را می‌بایست ناظر به محدودیت‌های صوری دانست نه محدودیت ماهوی و می‌توان گفت که اصلاح این ماده و الزام به مراجعه به دادگاه و طی تشریفات قانونی و اداری در خصوص نحوه اعمال حق طلاق تنظیم شده است و اعمال حق را محدود ساخته است نه خود حق را.

هرچند که الزام مراجعه به دادگاه و اخذ اجازه برای طلاق یا اخذ گواهی عدم امکان سازش محدودیت‌هایی برای اعمال حق طلاق ایجاد نموده است اما با توجه به اینکه در قوانین کنونی زوج ملزم به ارائه دلیل برای طلاق نیست و بدون دلیل موجه نیز هر زمان که خواست می‌تواند زوجه را طلاق دهد لذا در عمل و از دید رویه قضایی بر خلاف عدم اعمال حق طلاق که به وسیله طلاق قضایی محدود شده است، اعمال آن از سوی زوج به جز طی روند قضایی و اداری همچون تقدیم دادخواست، تعیین تکلیف حقوق مالی زوجه و حضانت اطفال و اشهاد و مانند اینها با محدودیت خاصی مواجه نیست.

*** بررسی مبانی و ادله‌ای که برای نفی سوء استفاده از طلاق قابل استناد هستند:**

در مقام نظر، برخی از اساتید حقوقی صحت اعمال محدودیت و ممانعت از طلاق دادنی که بر مبنای امیال غیر انسانی و صرفاً به قصد اضرار به

زوجه است را محتمل دانسته‌اند، دکتر کاتوزیان پس از تاکید بر لزوم جبران خسارات ناشی از بکارگیری نابجای حق طلاق توسط مرد در صورتی که محرک او در طلاق دادن، امیال نامشروع و خواسته‌های غیر انسانی یا تنها اضرار به زن و خانواده او باشد، می‌نویسد: «از نظر اصول حقوقی، از این هم پیش‌تر می‌توان رفت و ادعا کرد که اگر دادگاه جبران خسارت زن را منوط به جلوگیری از طلاق بداند، می‌توان از صدور گواهی عدم سازش خودداری کرد» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، ص ۲۴۸) ایشان برای این نظر استناد به مفاد ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی^{۱۰} کرده است که در آن، قانون دست دادگاه برای تعیین طریقه و کیفیت جبران خسارت را باز گذاشته است.

قبول اعمال محدودیت برای طلاق دادن و مسئول دانستن زوج برای خسارات ناشی از طلاق هر چند در بادی امر بعید به نظر می‌آید اما دور از ذهن و خالی از وجه نیست؛ در ادامه دلایلی که می‌توان به آنها جهت اثبات نظر فوق اتکاء کرد و نقد آنها پرداخته خواهد شد:

۱- آیات: جهت مقابله با طلاق ناروا می‌توان به آیات ذیل استناد

نمود:

۱۰- ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی: دادگاه میزان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد ...

آیه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ...»

آیه ۲۳۱ سوره مبارکه بقره: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ...»

آیه ۲ سوره مبارکه طلاق: «فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ...»

نحوه استدلال به آیات:

می‌توان گفت طلاق بدون دلیل یا طلاقی که با قصد ضرر زدن به زوجه است با این آیات و حکم به «تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» و «سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» و «فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» در مغایرت است. قرآن کریم دستور داده است که طلاق دادن و مفارقت از زنان می‌بایست پسندیده و همراه با احسان باشد، می‌توان چنین استدلال کرد که طلاق دادن بدون دلیل و از روی هوا و هوس که هم از لحاظ مالی و هم از لحاظ روانی و حیثیتی موجب ضرر و حرج زوجه شود در مغایرت با این آیات است. علاوه بر این حکم «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا»^{۱۱} که مورد استفاده جهت اثبات مشروعیت

۱۱ - زنان خود را به گونه‌ای زیان‌آور نگه‌داری نکنید تا به ایشان ستم روا دارید.

طلاق قضایی و اجبار زوج به طلاق دادن است، معیاری است کلی که طلاقی که برای ضرر و تعدی باشد را نیز شامل می‌شود.

نکته‌ای که می‌بایست به آن توجه کرد این است که در آیات فوق ضمانت اجرایی نهی شارع از طلاق غیر معروف بیان نشده است. گذشته از مباحث مفصلی که در مورد دلالت داشتن نهی بر فساد و رد و قبول‌های موجود در این مورد وجود دارد، سیاق آیات بطلان طلاق واقع شده را نمی‌رساند، برداشت فقهای اعلام در خصوص حکم طلاق مریض نیز که در مورد آن ادعای اجماع و عدم خلاف هم وجود دارد موید همین معنا است زیرا آن دسته از علمایی هم که طلاق مریض را جایز ندانسته‌اند عدم جواز را نه به معنای بطلان که در معنی کراهت و معصیت گرفته‌اند و معتقدند که طلاق انجام یافته، واقع می‌شود و باطل نیست (ر.ک: قاضی بن براج، ۱۴۰۶هـ، ج ۲، ص ۲۸۹ و نجفی، بی تا، ج ۳۲، ص ۱۴۷) از این رو می‌توان گفت شارع اسلامی از طلاق غیر معروف نهی کرده است اما ضمانت اجرایی این نهی بطلان نیست بلکه با تمهیداتی دیگر می‌بایست ضرر ناشی از این کار را جبران کرد که حکم به توارث در طلاق مریض نمونه‌ای از این تمهیدات است. این مطلب با عقل سلیم نیز سازگارتر است زیرا چگونه می‌توان توقع داشت کسی که به نیکی و متعارف طلاق نمی‌دهد در زندگی مشترکی که مجبور به آن شده با حسن معاشرت و

نیکی رفتار نماید، ممانعت دادگاه از طلاق دادن و الزام زوج به ادامه زندگی مشترک با کسی که می‌خواسته طلاق دهد خود ضرر و مشکلی بزرگتر برای زوجه است؛ لذا ضمانت اجرایی حکم به طلاق معروف و همراه با احسان را می‌بایست در موارد جستجو کرد که تعدیل کننده ضرر ناشی از طلاق هستند نه در ممانعت از طلاق دادن.

نقد استدلال:

ایرادی که در استناد به آیه ۲۳۱ سوره بقره و آیه ۲ سوره طلاق به ذهن می‌رسد این است که مضمون این دو آیه در مورد رجوع از طلاق است نه خود طلاق؛ آیه ۲۳۱ می‌فرماید: «و هنگامی که زنان را طلاق دادید و به پایان عده خود رسیدند یا به طور شایسته آنها را نگاه دارید و یا به طرز پسندیده‌ای آنها را رها سازید...» یعنی حکمی که آیه دارد برای بعد از طلاق و هنگام اتمام عده است و این مطلب غیر از محل بحث است؛ همین اشکال برای آیه ۲ سوره طلاق هم صادق است: «و چون عده آنها به پایان نزدیک شود، یا آنها را به طرز شایسته‌ای نگه دارید یا به طرز شایسته‌ای از آنان جدا شوید»^{۱۲} نحوه استعمال تسریح در آیات که در معنای عدم رجوع در مدت عده به کار رفته است (طباطبایی، بی تا، ج ۲، ص ۲۳۳) نیز موید همین امر است.

۱۲ - ترجمه های مذکور، ترجمه آیت الله العظمی مکارم شیرازی است

پاسخ به ایراد: در پاسخ به این ایراد، می‌توان گفت آنچه مورد نظر شارع بوده است حکم به رعایت احسان و عرف در مفارقت است و مفارقت اعم از طلاق دادن یا عدم رجوع بعد از طلاق است مستفاد از معنای لغوی تسریح که مطلق رها ساختن است نیز همین است فی الواقع طلاق با اتمام عده کامل می‌شود و آیات معیاری کلی جهت انحلال علقه نکاح وضع کرده‌اند؛ و حتی اگر معنای آیات را مختص به قطعیت مفارقت ناشی از عدم رجوع بدانیم می‌توان قائل بر این شد که به طریق اولی مفارقت به طلاق نیز مشمول حکم می‌شود زیرا عدم رجوع از طلاق فرع بر اصل طلاق است.

اشکال دیگری که به ذهن می‌رسد این است که در مورد حکم آیه ۲۳۱ سوره بقره مبنی بر نهی از نگه داشتن زنان به خاطر زیان رساندن که محل استناد برای مشروعیت اجبار زوج به طلاق دادن است، می‌توان مدعی بود که چون آیه در مقام بیان است و تنها نگه داشتن به منظور زیان رساندن را منع کرده است و اشاره‌ای به منع از طلاق دادن برای زیان رساندن ندارد، پس نهی و بطلان چنین عملی مد نظر شارع اسلامی نبوده است. پس با استناد به این آیات نمی‌توان حق طلاق زوج در جایی که می‌خواهد زوجه را طلاق دهد را انکار کرد،

این اشکال هم ایراد صغروی دارد هم ایراد کبروی زیرا علاوه بر اینکه در مقام بیان بودن شارع و انحصار بیان در آیه مذکور دلیل متقنی ندارد و ادعایی است که نیازمند اثبات است؛ شارع مقدس در آیات دیگر از طلاق غیر معروف نهی کرده است؛ هرچند که ضمانت اجرایی نهی در اینجا بطلان نیست.

جمع بندی در مورد استناد به آیات مذکور: در مقام نتیجه گیری باید گفت که برای نفی طلاق ناروا و مسئول شناختن زوج نسبت به ضررهای ناشی از آن نمی توان به آیه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره استناد کرد زیرا انصاف این است که در سنت معصومین علیهم السلام چنین برداشتی از "تسریح به احسان" دیده نمی شود و آنچه در روایات و منابع تفسیری بیان شده این است که منظور از رها ساختن به احسان طلاق السنه به معنای خاص یعنی سه بار طلاق دادن جهت از بین رفتن حق رجوع و نیاز به محلل برای ازدواج مجدد است، و طلاق مطابق ضوابط شرعی و همراه با ادای حقوق زوجه است: به عنوان مثال می توان روایت ابی بصیر از امام باقر علیه السلام اشاره کرد: ((عن ابی بصیر عن ابی جعفر علیه السلام قال إن الله يقول: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فِإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» قال التسريح باحسان التطلقه الثالثه)) (الحر العاملی، ۱۴۱۴هـ، ج ۲۲، ص ۱۲۲).

اما استدلال به آیه ۲۳۱ سوره مبارکه بقره و آیه ۲ سوره مبارکه طلاق صحیح و تمام است و آنچه از معنای معروف بودن طلاق استنباط می‌شود می‌تواند محل استناد باشد زیرا معروف آن چیزی (شیوه‌ای) است که ذوق عمومی مردم به جهت نوع زندگی اجتماعی متداول به آن آشناست و خو گرفته است (طباطبایی، بی تا، ج ۲، ص ۲۳۲) همانگونه که علامه طباطبایی بیان داشته است در بحث طلاق قرآن کریم بر "معروف بودن" تاکید خاصی دارد به نحوی که در آیات مربوط به طلاق ۱۲ بار ذکر شده است و معنای معروف متضمن معقول بودن و مطابقت با عرف شرعی و حسن خلق و ادب است (طباطبایی، بی تا، ج ۲، ص ۲۳۲)؛ بر این اساس شارع مقدس در مقام مبارزه و نهی از طلاق غیر متعارف و طلاق که متضمن منکر باشد است؛ و این آیات می‌تواند مبنا برای مقابله با ضررهای ناشی از طلاق ناروا باشد.

۲- قاعده لاضرر و اصل چهل قانون اساسی

دلیل دومی که می‌توان به آن استناد کرد و بر اساس آن زوج را به جهت زیان‌های به وجود آمده ناشی از طلاق ناروا مسئول شناخت و تمهیداتی برای مقابله با این ضررها اندیشید، تمسک به قاعده لاضرر و اصل چهلیم قانون اساسی است.

نحوه استدلال:

با توجه به اینکه قاعده لاضرر حاکم بر احکام اولیه است می‌توان چنین استنتاج نمود که در هر موردی که اعمال حق طلاق موجب ضرر یا برای ضرر زدن به زوجه باشد قاعده لاضرر مبنایی است برای تعدیل نحوه اعمال حق طلاق و مسئول شناختن زوج در قبال ضررهای ناروای ایجاد شده. قانون اساسی هم بر همین مبنا مقرر داشته است که «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» (اصل چهل قانون اساسی). پس در صورتی که زوج طلاق دادن را وسیله ضرر زدن به زوجه قرار دهد می‌بایست از اعمال حق جلوگیری شود.

نقد استدلال: در نقد این استدلال پنج اشکال قابل ذکر است:

اول: آنچه در باب معانی ضرر و اضرار بیان شده است نشانگر این است که ضرر بیشتر برای نقصان مال و جان استعمال می‌شود و البته شامل حیثیت و آبرو نیز می‌شود و یک طرفه است و هم اضرار عمدی و هم غیر عمدی را شامل است، و از اضرار نیز با توجه به اینکه باب مفاعله است دو طرفه بودن عمل فهم می‌شود که شامل موردی است که اضرار به عمد و در پاسخ به عمل طرف مقابل انجام گرفته است و اغلب در معنای

ضیق و ایصال و حرج استعمال می‌شود (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۹۱، ص ۱۳۷-۱۳۹)؛ بر این اساس ضرری که برای زوجه در طلاق می‌توان در نظر گرفت اعم از ضرر مالی، ضرر معنوی و عاطفی و همچنین لطمه به حیثیت خانوادگی و جایگاه اجتماعی او و هر نوع حرج و تنگنایی است؛^{۱۳} مستفاد از معنای لغوی ضرر نیز همین است و در تعریف ضرر بیان شده است: «الظاهر من لفظ الضرر عرفا هو نقص فی ماله، أو عرضه، أو نفسه، أو فی شیء من شوونه بعد وجوده» (بجنوردی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۱۴) از این رو علی القاعده دامنه اضرائی که بتوان با تمسک به آن اعمال حق طلاق را متوقف کرد به قدری وسیع است که با منطبق حقوقی و قواعد کلی طلاق و حقوق خانواده همخوانی ندارد به ویژه که جهت تحقق ضرر^{۱۴} وجود قصد اضرائ شرط نیست (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۴، ص ۱۲۳) پس شمول قاعده تمامی موارد فوق در جایی که زوج در طلاق دادن قصدی بر ضرر رساندن هم ندارد را در بر می‌گیرد.

علاوه بر مطلب فوق معنای ضرر متضمن این است که متضرر حقی از او ضایع شود در حالی که در طلاق فرض بر این است که در صدور گواهی

۱۳ - در تعریف ضرر معنوی بیان شده است: صدمه به منافع عاطفی و غیر مالی است مانند احساس درد جسمی و رنج‌های روحی، از بین رفتن آبرو و حیثیت و آزادی و ایجاد شرمساری (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۴۴) تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری زبان معنوی را چنین تعریف کرده است: «زبان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است...»

۱۴ - در معنای ضرر وجود قصد اضرائ مستتر است اما ضرر هم شامل اضرائ عمدی و هم اضرائ غیر عمدی است

عدم امکان سازش کلیه حقوق زوجه اعم از نفقه، مهر، حضانت و غیرهم در حکم دادگاه لحاظ و تعیین تکلیف شده است.

دوم: طلاق موجب انحلال زوجیت و از بین رفتن آثار نکاح است از این رو حداقل ضرری که در تمامی طلاق‌ها برای زوجه متصور است ضرر مالی به جهت از بین رفتن تکلیف زوج به پرداخت نفقه است لذا هیچ طلاق‌ی را نمی‌توان تصور کرد که در آن ضرر به زوجه نمی‌رسد و اگر بنا بر این باشد که لاضرر مقدم بر حکم اولیه طلاق باشد در عمل این حکم از بین می‌رود و زوج هیچ‌گاه نمی‌تواند از حق طلاق خود استفاده نماید.

به عبارت دیگر بر خلاف رابطه حکم طلاق و عسر و حرج که در مرحله وضع تعارضی با هم ندارند و طلاق دادن لزوماً منجر به عسر و حرج نمی‌شود، لاضرر و حکم به اختیار زوج در طلاق در مرحله وضع با هم در تعارض هستند و از این روی لاضرر نمی‌بایست حاکم بر حکم اولیه طلاق باشد زیرا در صورت حکومت لاضرر دیگر هیچ موردی برای اعمال حق طلاق باقی نخواهد ماند.

سوم: در میان نظرهای موجود در مورد اینکه لاضرر تنها احکام الزامی اعم از وجوب و حرمت را نفی می‌کند یا ضرر ناشی از جواز و اباحه را نیز شامل می‌شود آنچه صحیح‌تر به نظر می‌رسد این است که قاعده لاضرر تنها احکام الزامی را شامل است؛ برخی از صاحب نظران همچون

شیخ انصاری معتقد هستند که لاضرر فقط احکام الزامیه را رفع نمی‌کند بلکه شامل ترخیص و جواز و اباحه نیز هست (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۴ه، ص ۱۲۴) لکن برخی دیگر از جمله محقق خویی عقیده دارند که لاضرر تنها احکام الزامی خواه و جوب باشد و خواه حرمت را شامل است و ضرر ناشی از جواز یا اباحه را که اعمال حق طلاق هم مصداقی از آن است و فرقی ندارد که حق طلاق را حق بدانیم یا حکم، شامل نمی‌شود به جهت اینکه ترخیص، مکلف را ملزم به ارتکاب نمی‌کند تا ترخیص ضرری باشد، بلکه مکلف به اختیار خود آن را انجام می‌دهد یا ترک می‌کند از این رو ضرر مستند به فعل مکلف است نه مستند به ترخیصی که مجعول شارع است، به عبارت دیگر ضرر در اینجا منتسب به مباشر است نه شارع و حکم شرعی، پس توسط لاضرر مرتفع نمی‌شود زیرا لاضرر احکام ضرری را نفی می‌کند نه افعال مکلفین را (ر.ک: خویی، ۱۴۱۷ه، ج ۲، ص ۵۳۳). لذا حکومت لاضرر بر حق طلاق زوج که از جمله احکام جوازیه است صحیح نیست و حتی اگر طلاق دادن موجب ضرر زوجه شود باز نمی‌توان به استناد لاضرر جلوی آن را گرفت و قانونگذار در مقابله با ضرر می‌بایست تدبیر دیگری اتخاذ نماید.

لازم به ذکر است که این نظر مبتنی بر قبول نفی بودن مفاد لاضرر است به این توضیح که هر جا حکمی ضرری وجود داشته باشد لاضرر آن را نفی

می‌کند که ایراد آن ذکر شد. اما اگر لا را لای نهی بدانیم طبق نظر شریعت اصفهانی لا ضرر ارتباطی به سایر احکام اولیه ندارد و نظارت و حکومتی بر آنها ندارد و طبق نظر مرحوم امام خمینی لا ضرر تنها با تسلیط در تعارض است و در مورد سایر احکام می‌بایست به ادله خاص رجوع نمود (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۹۱، ص ۱۵۲-۱۵۳) که در مورد طلاق دادن دلیل خاص وجود ندارد.

چهارم: بر فرض قبول شمول لا ضرر نسبت به ترخیص و نیز بر فرض قبول نهی بودن لا ضرر و دلالت آن بر نهی از ضرر رساندن باز هم نمی‌توان اعمال حق طلاق به واسطه استناد به لا ضرر را با اشکال مواجه کرد زیرا احکام مربوط به طلاق از ابتدا نسبت به زوجه ضرری وضع شده است و خروج احکام طلاق از شمول قاعده لا ضرر تخصیصی است نه تخصیصی همانگونه که در مورد جهاد، خمس و زکات چنین است و اساسا لا ضرر شامل احکامی است که می‌توانند ضرری یا غیر ضرری باشند (ر.ک: خویی ۱۴۱۷ه، ج ۲، ص ۵۳۹) و این احکام را در صورت ضرری بودن نفی یا نهی می‌کند و شامل احکامی که ذاتا ضرری هستند نمی‌شود از این رو در مورد اختیار طلاق زوج که نسبت به زوجه ضرری وضع شده است لا ضرر حاکمیتی ندارد.

پنجم: در فرضی که بقای زوجیت و عدم طلاق دادن موجب ضرر زوج است و اعمال حق طلاق موجب ضرر زوجه؛ حمایت از حقوق ایشان در تعارض قرار گرفته است و ترجیح هر یک بر دیگری ترجیح بلامرجح است و لا ضرر نسبت به هیچ کدام اجرا نمی‌شود (ر.ک: بجنوردی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۳۸) و می‌بایست توجه داشت که از نظر شرعی کسی ملزم به تحمل ضرر برای خود جهت دفع ضرر از دیگری نیست هر چند که ضرر وارده به او کمتر باشد (انصاری، ۱۴۱۴ه، ص ۱۲۲).

پاسخ به اشکالات: همانگونه که بیان شد تعلق حق طلاق به زوج نسبت به زوجه ضرری وضع شده است و قاعده لاضرر با این حکم شرعی که طلاق در اختیار زوج است در مرحله وضع در تعارض است از این رو با اتکای به لاضرر نمی‌توان حق طلاق زوج را از بین برد از این رو در مواردی که ضرر وارده ناشی از طلاق متعارف و لازمه استفاده از حق طلاق باشد همچون ضرر مالی ناشی از عدم دریافت نفقه برای زوجه نمی‌توان زوج را از طلاق دادن منع کرد یا او را مسئول ضرر وارده دانست اما اگر اعمال حق به قصد اضرار و غیر متعارف باشد ضررهای ناروایی که خارج از طبیعت طلاق هستند قابل مطالبه بوده و قانونگذار می‌تواند با وضع قواعدی نسبت به جلوگیری یا جبران آنها اقدام نماید، به عنوان مثال زن در حال تصدی شغلی است که دارای شرط تاهل می-

باشد و زوج به قصد ممانعت از این کار و ضرر زدن به او وی را طلاق می‌دهد یا زنی که در انتخابات کاندیدا شده و شوهر در آستانه انتخابات او را طلاق می‌دهد و با ضربه‌ای که به حیثیت و جایگاه اجتماعی او وارد می‌کند وی را از ادامه مسیر باز می‌دارد در این موارد ضرر ایجاد شده برای زوجه متعارف و ناشی از طبیعت حق طلاق نیست؛ لذا به نظر می‌رسد دادگاه می‌تواند به نحو مقتضی با این ضرر ناروا مقابله کند مثلاً صدور حکم طلاق را به تعویق بیندازد؛ این راهکار بدعتی بی سابقه نیست بلکه ماده ۱۰ قانون حمایت خانواده^{۱۵} از به تاخیر انداختن جلسه دادرسی برای فراهم کردن فرصت صلح و سازش استفاده نموده است پس چه مانعی دارد که برای جلوگیری از ضرر ناروا هم از آن استفاده کرد؛ از این رو دادگاه می‌تواند به طور موقت جلوی اعمال حق طلاق را بگیرد، یا هر تدبیر دیگری را که صحیح تشخیص دهد به کار بگیرد. بنابراین دامنه استفاده از لاضرر در مورد حق طلاق تنها در مورد ضررهای ناروای ناشی از طلاق غیر معروف خواهد بود و منافاتی با ضرری بودن حکم طلاق نسبت به زوجه نخواهد داشت زیرا ضرری که در این فرض ایجاد می‌شود خارج از ذات و طبیعت طلاق است.

۱۵ - دادگاه می‌تواند برای فراهم کردن فرصت صلح و سازش جلسه دادرسی را به درخواست زوجین یا یکی از آنان حد اکثر برای دوبار به تاخیر اندازد

مطلب دیگری که می‌بایست مورد بررسی قرار داد نظریه منع سوء استفاده از حق که می‌توان گفت بیان دیگری از اصل چهل قانون اساسی است می‌باشد. به طور کلی حق و اعمال آن همواره با محدودیت‌هایی همراه بوده و در برخی موارد اعمال آن در تعارض با حقوق دیگران یا موجب اضرار به غیر است از این رو قانونگذار در تبعیت از فقه تلاش نموده است با اعمال حقی که وسیله ضرر رساندن به دیگران باشد مبارزه نماید و برای اعمال حقوق ضوابطی وضع کند و محدودیت‌هایی قائل شود و اجازه ندهد که افراد حق خود را در اضرار به دیگران به کار گیرند، البته با در نظر داشتن این مطلب که «پاره‌ای از افعال با اینکه موجب زیان دیگران است چون لازمه اجرای حقی است که قانون به شخص داده است مسئولیتی به بار نمی‌آورد و همه آن را مباح می‌شمرند» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۱۴۵-۱۴۶).

مطابق قوانین زوج نسبت به طلاق ذی حق است پس می‌تواند هر موقع خواست از این حق خود استفاده نماید اما با توجه به اصل چهلیم قانون اساسی و منع سوء استفاده از حق هر جایی که اعمال حق طلاق مورد سوء استفاده قرار گیرد می‌توان محدودیت‌هایی برای آن قائل شد؛ اما می‌بایست توجه داشت که هر چند نظریه منع سوء استفاده از حق زاییده و پرورش یافته حقوق مغرب زمین است (نبوی زاده، ۱۳۹۰، ص ۲۳) و تا

حدی با نظام حقوقی ما سازگاری دارد، اما می‌توان گفت فی الواقع بیان و چهره‌ای از قاعده لا ضرر است. یکی از ابهاماتی که در مورد نظریه سوء استفاده از حق و تاثیری که می‌تواند در اعمال حق طلاق داشته باشد وجود دارد، ابهام در تشخیص معیار سوء استفاده از حق است، برخی مکاتب و حقوق دانان غربی ضابطه اصلی را وجود قصد اضرار دانسته‌اند، و برخی دیگر تقصیر و اقدام نامتعارف را به عنوان ملاک معرفی کرده‌اند؛ همچنین تجاوز از مبانی و غایت اجتماعی حق به عنوان ملاک معرفی شده است (نبوی زاده، ۱۳۹۰، ص ۳۰-۳۲).

قانون مدنی در مورد مالکیت و تصرف در ملک، معیاری به دست می‌دهد که گذشته از اینکه این معیار را تا چه اندازه بتوان در مورد طلاق و حقوق خانواده ملاک قرار داد عبارت است از اینکه: تصرف به قدر متعارف باشد، و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد، در صورت وجود این شرایط تصرف مجاز خواهد بود هرچند مستلزم تضرر غیر شود.^{۱۶} قانون مجازات اسلامی نیز در مورد استفاده و تصرفات فرد در ملک خود یا مکان مجاز دیگر، در قالب مثال روشن کردن آتش، علم بر

۱۶ - ماده ۱۳۲ ق.م: کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.

اینکه آتش به جایی سرایت نمی‌کند و در عمل هم شرایط به گونه‌ای باشد که غالباً سرایت نکند را موجب عدم ضمان دانسته است.^{۱۷}

بر این اساس می‌توان گفت در استفاده از حق، این ملاک‌ها بایستی رعایت شود: عدم وجود قصد اضرار و سوء استفاده از حق، استفاده متعارف، استفاده از حق برای رفع حاجت یا ضرر از خود. البته در مورد وجود قصد اضرار به نظر می‌رسد در صورتی که شرایط به گونه‌ای باشد که اعمال حق غالباً ضرر را به دیگران سرایت دهد می‌بایست وجود قصد اضرار را مفروض گرفت؛ شاید بتوان همه این ملاک‌ها را در همان اصطلاحی که قرآن کریم به کار برده است یعنی "تعدی" خلاصه کرد به این معنا که فرد در اعمال حق خود نباید تعدی کند با این توضیح که منظور از تعدی « تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۵۷)

اگر همین ملاک‌ها را برای اعمال حق طلاق نیز در نظر بگیریم، زوج در اعمال حق طلاق خود نمی‌بایست تعدی نماید یعنی می‌بایست حق طلاق خود را بدون قصد اضرار و در حد متعارف اعمال نماید؛ در غیر این

۱۷ - ماده ۵۲۱ قانون مجازات اسلامی: هرگاه شخص در ملک خود یا مکان مجاز دیگری آتشی روشن کند و بداند که به جایی سرایت نمی‌کند و غالباً نیز سرایت نکند لکن اتفاقاً به جایی دیگر سرایت نماید و موجب خسارت و صدمه گردد ضمان ثابت نیست و در غیر این صورت ضامن است

صورت می‌توان زوج را نسبت به ضررهای نامتعارف و ناروای طلاقی که از روی تعدی است دانست.

جمع بندی در مورد لاضرر و اصل چهل: بنا بر مطالبی که ذکر شد قاعده لاضرر و منع سوء استفاده از حق مبنایی است برای مقابله با سوء استفاده از حق طلاق و مقابله با ضررهای ناروا و خارج از طبیعت و ذات طلاق، و قانون گذار و محاکم می‌تواند حسب مورد تصمیم مقتضی برای مقابله با ضررهای ناروای ناشی از سوء استفاده از حق طلاق اتخاذ نمایند؛ اما باید توجه داشت که در هیچ حالتی اصل حق و اختیار زوج در طلاق دادن از بین نمی‌رود و تنها می‌توان با تمهیداتی برای جلوگیری یا جبران ضرر اقدام نمود.

۳- قاعده نفی عسر و حرج

نحوه استدلال:

با توجه به نفی عسر و حرج در فقه و قوانین موضوعه و حاکمیت آن بر ادله احکام اولیه در صورتی که طلاق موجب ایجاد عسر و حرج برای زن شود می‌توان حکم اولیه اختیار زوج در طلاق دادن را نادیده گرفت و همانگونه که دادگاه در صورتی که بقای زوجیت موجب عسر و حرج زوجه شود می‌تواند بر خلاف اختیاری که زوج در طلاق دارد او را اجبار

به طلاق نماید و اگر اجبار ممکن نبود خود، زوجه را مطلقه سازد در فرضی هم که طلاق دادن موجب عسر و حرج باشد دادگاه می‌تواند جلوی زوج را بگیرد و تقاضای طلاق او را رد کند، یا زوج را ملزم به پرداخت مبلغی برای جلوگیری از عسر و حرج نماید.

نقد استدلال:

استدلال فوق را نمی‌توان پذیرفت و نکته ظریفی که می‌بایست به آن توجه کرد این است که حکم قانونگذار مبنی بر اختیار زوج در طلاق دادن تلازمی با عسر و حرج ندارد و می‌توان گفت حرج منتسب به حق طلاق زوج نیست تا در مبارزه با عسر و حرج حق طلاق نفی شود بلکه طلاق دادن علت به وجود آمدن عامل عسر و حرج است، و معلول حکم است که ایجاد عسر و حرج می‌کند نه خود حکم؛ از این روی آنچه می‌بایست نفی شود معلول حکم است، یعنی عاملی که عسر و حرج را به وجود آورده است. به عنوان مثال زوج زوجه را طلاق داده است و در اثر فقر ناشی از عدم دریافت نفقه یا بیماری و هزینه‌های درمان زوجه دچار عسر و حرج شده است یعنی عسر و حرج معلول فقر است نه معلول اختیار زوج در طلاق، از این رو می‌توان گفت فقر می‌بایست برطرف شود نه حکم اختیار زوج در طلاق. لذا در مواردی که طلاق دادن موجب عسر و حرج زوجه است دادگاه نمی‌تواند حق طلاق زوج را از بین ببرد و دادخواست طلاق را رد کند بلکه به نظر می‌رسد می‌تواند با تمهیداتی همچون تعیین مبلغی پول برای زوجه یا الزام او برای پرداخت حق بیمه

درمانی زوجه جلوی عسر و حرج را بگیرد. البته در این مورد محکوم کردن زوج به پرداخت پول نیز چندان با معیارهای قانونی سازگار نیست زیرا از یک سو وجود رابطه سببیت در مورد ضرر مالی مورد تردید است و از دیگر سو رسیدگی به شهروندان بی بضاعت و تامین هزینه‌های زندگی و درمان وظیفه‌ای است که بر عهده دولت است و نمی‌توان آن را به زوج تحمیل کرد، این مطلب مورد تایید قانونگذار نیز هست زیرا با

نسخ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳

در قانون حمایت خانواده جدید هیچ اشاره‌ای به لزوم پرداخت مقرری ماهیانه نشده است و قانونگذار مقررات ماده ۱۱^{۱۸} قانون سابق را به طور کلی کنار گذاشته است.

لازم به توضیح است آنچه در بحث طلاق قضایی بر اساس عسر و حرج موجب صدور حکم الزام به طلاق بود این است که برای از بین بردن عسر و حرج چاره‌ای نیست جز از بین بردن علقه نکاح؛ اما در فرض مسئله مورد بحث، عسر و حرج را بدون تصرف در حکم قانون گذار مبنی بر حق طلاق زوج نیز می‌توان از بین برد و همانگونه که بیان شد (بر

۱۸ - ماده ۱۱: دادگاه می‌تواند به تقاضای هر یک از طرفین در صورتی که صدور گواهی عدم امکان سازش مستند به سوء رفتار و قصور طرف دیگر باشد او را با توجه به وضع و سن طرفین و مدت زناشویی به پرداخت مقرری ماهانه متناسبی در حق طرف دیگر محکوم نماید مشروط به این که عدم بضاعت متقاضی و استطاعت طرف دیگر محرز باشد. پرداخت مقرری مذکور در صورت ازدواج مجدد محکوم‌له یا ایجاد درآمد کافی برای او کاهش درآمد یا عسرت محکوم علیه یا فوت محکوم‌له به حکم همان دادگاه حسب مورد تقلیل یافته یا قطع خواهد شد. در موردی که گواهی عدم امکان سازش به جهات مندرج در بندهای ۵ و ۶ ماده ۸ صادر شده باشد مقرری ماهانه با رعایت شرایط مذکور به مریض یا مجنون نیز تعلق خواهد گرفت مشروط به این که مرض یا جنون بعد از عقد ازدواج حادث شده باشد و در صورت اعاده سلامت به حکم دادگاه قطع خواهد شد.

خلاف طلاق قضایی) از بین بردن عسر و حرج در اینجا تلازمی با نفی حق طلاق زوج ندارد. لذا به استناد به قاعده نفی عسر و حرج نه تنها امکان رد دادخواست طلاق زوج اثبات نمی‌شود بلکه رفع عسر و حرج نیز بر عهده زوج نیست.

جمع بندی در مورد عسر و حرج: با توجه به اینکه طلاق دادن تلازمی با عسر و حرج ندارد از این رو قاعده نفی عسر و حرج را نمی‌توان مبنایی برای مقابله با سوء استفاده از حق طلاق قرار داد.

* نتیجه گیری:

آنچه مسلم است حکم اولیه قانونگذار این است که حق طلاق جزو حقوق زوج است و هر موقع خواست می‌تواند اعمال حق نماید، هر چند که اعمال این حق مستلزم اضرار به غیر شود اما در عین حال اعمال حق طلاق می‌بایست متعارف باشد و ضرری که از آن حادث می‌شود لازمه اعمال حق و مطابق با طبیعت طلاق باشد، از این رو هر چند زوج در مقابل خسارات متعارف ناشی از اعمال حق طلاق مسئول نیست، در صورتی که طلاق دادن همراه با تعدی و سوء استفاده باشد دادگاه می‌تواند به مقابله با آثار زیان بار آن بپردازد و با تمهیداتی جلوی ضرر ناروا را بگیرد، فرد با سوء استفاده از حق طلاق خود و طلاق دادن ناروا در واقع مرتکب تقصیر شده است از این رو خساراتی را که مستند به تقصیر

اوست می‌بایست جبران سازد و جواز طلاق دادن به معنای این نیست که امکان وجود تقصیر در طلاق دادن وجود ندارد. اما در هیچ حالت نمی‌تواند اصل حق زوج بر طلاق دادن را از بین ببرد و او را به طور کلی از طلاق دادن منع کرد. آنچه از آیات و سوابق فقهی این بحث بر می‌آید این است که شارع اسلامی به زوج حق داده است که هر زمان خواست زوجه را طلاق دهد و بر خلاف اختیار زوج در طلاق ندادن، در هیچ موردی از این نظر خود عدول نکرده و استثنایی قائل نشده است، اما هر جا که مرد اقدام به سوء استفاده از آن کند با تمهیداتی جلوی این سوء استفاده را گرفته است برای مبارزه با موردی که مردان زنان را مکرر طلاق می‌دادند و رجوع می‌کردند قرآن کریم با لحنی تند این عمل را به استهزاء گرفتن آیات الهی دانسته و جلوی امکان سوء استفاده را با محدود کردن دفعات رجوع گرفته است و در مورد طلاق دادن زن برای محروم ساختن او از ارث قوانین مربوط به توارث و لزوم وجود رابطه سببی یا نسبی برای ارث بردن را نادیده گرفته است تا حق زوجه را مورد حمایت قرار دهد این شیوه قانون گذار طریقی است برای مبارزه با سوء استفاده از حق و دو مورد مذکور موضوعیت ندارند. از این رو ممنوع کردن زوج از طلاق دادن با سیره اسلامی و روح قوانین مربوط به طلاق سازگار نیست و هیچ دلیل متقنی نمی‌توان برای آن اقامه کرد، اما جلوگیری از سوء استفاده از اعمال حق با توجه به آیات قرآنی و قاعده لاضرر و اصل چهل قانون

اساسی با تمهیداتی معقول و تلاش برای جبران ضرر انطباق کامل با روش قانونگذار اسلامی دارد و این نقش نانوشته رعایت انصاف است که ذهن را به این سمت (جبران ضرر نا متعارف) سوق می‌دهد. از این رو پیشنهاد می‌گردد قانونگذار با وضع قوانینی اختیار محاکم در بررسی دادخواست طلاق ارائه شده از سوی زوج را افزایش داده و امکان صدور حکم برای جبران ضررهای ناروا و غیر متعارف حاصل از سوء استفاده از حق طلاق را فراهم آورد.

فهرست منابع

قرآن کریم

- ۱- قانون آیین دادرسی کیفری
- ۲- قانون اساسی
- ۳- قانون حمایت از خانواده سابق مصوب ۱۳۵۳
- ۴- قانون حمایت خانواده
- ۵- قانون مجازات اسلامی
- ۶- قانون مدنی
- ۷- قانون مسئولیت مدنی
- ۸- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۴ه)، رسائل فقهیه، قم.
- ۹- بجنوردی، سید محمد حسن (۱۳۸۲)، القواعد الفقهیه، قم، دلیل ما، ج ۱،
- ۱۰- الحر العاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۴ه)، وسائل الشیعه، بی جا، موسسه آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ج ۲۲،
- ۱۱- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ه)، مصباح الاصول، تقریر محمد سرور الواعظ الحسنی البهسودی، قم، مکتبه الداوری، ج ۲،
- ۱۲- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ه)، مسالک الافهام، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ج ۹،
- ۱۳- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن (بی تا)، المبسوط، بی جا، المکتبه المرتضویه، ج ۵،

- ۱۴- طباطبایی، سید محمد حسین (بی تا)، *المیزان*، قم، منشورات جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة، ج ۲،
- ۱۵- الطبرسی، ابی علی فضل بن حسن (۱۴۱۵هـ)، *مجمع البیان*، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ج ۲،
- ۱۶- فاضل هندی، شیخ بهاء الدین محمد بن حسن (۱۴۲۰هـ)، *کشف اللثام*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ج ۸،
- ۱۷- قاضی بن براج، عبد العزیز (۱۴۰۶هـ)، *المهذب*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ج ۲،
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *الزامات خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی)*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۱،
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)*، تهران، میزان،
- ۲۰- محقق حلی، ابو القاسم نجم الدین (۱۴۰۹هـ)، *شرایع الاسلام*، تهران، استقلال، ج ۳،
- ۲۱- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۱)، *قواعد فقه بخش مدنی ۱*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی،
- ۲۲- نبوی زاده، آیت الله (۱۳۹۰)، *سوء استفاده از حق در حقوق قراردادی*، تهران، انتشارات جنگل،
- ۲۳- نجفی، شیخ محمد حسن (بی تا)، *جواهر الکلام*، تهران، المكتبة الاسلامیة، ج ۳۲،