

موانع قانونی تحدید کننده اراده مرد در امر طلاق با تأکید بر مقررات مربوط به طلاق مصوب سال ۱۳۷۱ خصوصاً

تبصره ۳ و ۶ این قانون^۱

دکتر عبدالرسول دیانی، وکیل پایه یک دادگستری و استادیار دانشگاه

در مقاطع مختلفی قانونگذار ایران خواسته در امر طلاق وارد شده و برای پیشگیری از رشد ناشی از سوء استفاده مردان در این امر، اراده مرد را محدود نماید و آنرا به یک «تصمیم قضائی» نزدیک سازد. یعنی برای گشودن عقدی که قاعدتاً اراده یک طرفه مرد به تنهایی کفایت می‌کند، دست قدرت حاکمه را نیز دخالت دهد. ما این لزوم مداخله قانونگذار را بی تأثیر از حقوق کشورهای بیگانه بخصوص فرانسه بطور مستقیم یا غیر مستقیم نمی دانیم یعنی چه بسا مقتضیات زمان در درجه دوم از تأثیر گذاری در تدوین این قوانین بوده اند. متأسفانه در این مداخلات، قانونگذار کمتر به ماهیت نکاح و طلاق توجه نموده زیرا نکاح قبل از اینکه یک نهاد حقوقی باشد، یک تأسیس اخلاقی است و مهمتر از آن، یک پای آن در طبیعت، خلق و منش نوع انسان است که بنا به طبایع مختلف متفاوت می‌گردند. لذا قانون واحد نمی‌تواند در این امر پاسخگوی به تمامی حالات و وضعیات متصور باشد. روانشناسان^۲ می‌گویند در انسان بیش از ۲۰۰۰۰ بُعد وجودی است که نتیجه ترکیب و شدت و ضعف آنها این می‌شود که هیچ دو انسانی با هم برابر نباشند. از اینجا معلوم می‌شود که تدوین قانون واحد برای نوع انسان تا چه حد مشکل و انجام نشدنی است. مداخلات قانونگذار در امر طلاق، یکی از آنهاست که به قول مرحوم شهید مرتضی مطهری «معمولاً هر وقت یک بیماری مورد توجه قرار می‌گیرد و مساعی مادی و معنوی برای مبارزه و جلوگیری از آن بکار می‌رود، از میزان تلفات آن کاسته می‌شود و احياناً ریشه کن می‌گردد اما بیماری طلاق بر عکس است^۳».

چرا در مورد طلاق سرکنگبین صفرا فزاید و روغن بادام خشکی می‌نماید؟

دلیل آن همان طور که اشاره شد، این است که ما انسان را نشناخته ایم.

خوب، حالا که از قدرت شناخت انسان عاجزیم، چه باید کرد؟

عده ای می‌گویند خداوند خالق انسان است و عالم به صلاح و فساد وی و قانونی را که برای نوع انسان وضع می‌کند (که حسب اعتقاد آنها همین قانون اسلام و چه بسا همین مذهب شیعه اثنی عشری است)، متعلق به همه زمان ها و تمامی مکان ها است و لایتغیر بوده و طابق النعل بالنعل باید اجرا شود و استناد می‌کنند به این روایت که می‌گوید: حرام محمد حرام الی یوم القیامه و حلالها حلال الی یوم القیامه^۴. هر چند ما در اصل ایده با ایشان همراهیم که خدا خالق ما انسان ها است، قانونش نیز در خصوص همین انسان ها، بیشتر به واقع نزدیک است همان طوری که یک سازنده تلویزیون در ارائه قانون استفاده از تلویزیون احق به سائیرین است و قانون بشری بدلیل عدم شناخت انسان بدون نقص نمی‌تواند باشد، ولی باید مقتضیات زمان را در قلمرو قانون دخیل دانست. اما شرطی که در این رابطه وجود دارد، این است که هر گونه دخل و تصرف در قالب روح و فلسفه همان قانون باید باشد و الا ترکیبی نامتجانس را عرضه خواهد نمود. هیکلی را ترسیم خواهد کرد که مثلاً سر بزرگ داشته باشد. هر چند داشتن سر بزرگ فی نفسه بد نیست اما باید تحمل پا و ستون فقرات را نیز در نظر گرفت که اگر پا نتواند بار سنگین سر را بر دوش کشد، همان سر بزرگ که کمالی محسوب می‌شد، بزمین خواهد خورد و خواهد شکست! اگر ستون فقرات و پا بشکنند، سر، هر چند سالم باشد، هیچ گونه کارائی نخواهد داشت. این است که قانون گذار باید در تدوین قوانین، به هماهنگی سائر اجزاء و تطابق آنها با مجموعه سیستم حقوقی توجه کافی مبذول دارد و قانونی تصویب ننماید که با روح سنت ها و قوانین ما در تعارض باشد.

۱- چاپ شده در فصلنامه تخصصی علوم انسانی مجله مجتمع آموزش عالی قم شماره ۶ و همچنین در ماهنامه دادرسی شماره ۲۲ سال چهارم

مهر و آبان ۱۳۷۹

۲- نقل از استاد دکتر علی قائمی، تقریرات درس جامعه شناسی مقطع لیسانس فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تهران

۳- استاد مطهری، نظام حقوق زن در اسلام، ص. ۲۵۷ انتشارات ملامصدرا

۴- اصول کافی، ج ۲، ص ۱۷

پس از بیان این مقدمه، به مطالعه ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۷۱ می‌پردازیم و در این خصوص در مقام پاسخ به دو سری سؤال بر می‌آئیم :

سری سؤال اول این است که آیا محدودیت های ایجاد شده توسط این قانون، تصمیم بر طلاق را مبدل به یک تصمیم قضائی نمی‌نماید؟ و به اصطلاح آیا نهایتاً این دادگاه است که طلاق می‌دهد یا زوج؟

و ثانیاً آیا اگر به قاضی اجازه دهیم در امر تعدیل قراردادهای خصوصی وارد شود، می‌تواند قدرت مزبور را در امر تعدیل آثار اسف بارناشی از انحلال نکاح نیز بکار بندد؟

سری سؤال بعدی این است که روابط مالی زوجین چگونه باید در هنگام طلاق تنظیم شود؟ آیا می‌توان عقد نکاح را نیز تابع قواعد عمومی قراردادهای و یا قواعد عمومی مربوط به مسئولیت مدنی ساخت. و یا شوهر را در استفاده از حق طلاق زن خود که توسط قانون الهی به او داده شده، ممنوع نمود به این دلیل که از چنین حقی سوء استفاده می‌نماید؟

ثانیاً اگر اساساً از باب عدم امکان سوء استفاده از حق وارد شویم، نتیجه تمسک به قاعده مزبور این می‌شود که به مرد اصولاً اجازه استفاده از حق خود در امر طلاق زوجه اش را ندهیم یا در اندیشه نحوه جبران خسارت وارده بر زوجه در صورت استفاده از چنین حق مشروع زوج باشیم؟ یعنی در صورتی که مرد بدون دلیل موجه زن خود را طلاق بدهد، او راملزم به جبران خسارات وارده نمائیم؟

ثالثاً اگر قرار باشد اصولاً علاوه بر مهر در هنگام طلاق به زن چیزی پرداخت شود، از چه باب است؟ آیا این قاعده مفاد یک حکم استثنائی است؟ و اگر لزوم قاعده استثنائی مقتضی ورود این احکام شده اند، چنین الزاماتی بیشتر از ناحیه دلائل اجتماعی بوده اند یا الزامات حقوقی نیز مشوق قانونگذار در تدوین این قوانین بوده اند؟

یک نکته دیگر را نیز نباید از نظر دور داشت که ما در این مجال به طلاقیه که اساساً در دست مرد است اشاره خواهیم نمود. البته شکی نیست که وفق مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ (ق.م.) اگر دوام زوجیت مستلزم عسر و حرج باشد، زوجه می‌تواند به دادگاه مراجعه و با اثبات وقایعی که عسر و حرج وی را به اثبات می‌رساند، طلاق بگیرد که در این رابطه بد نیست اشاره کنیم اخیراً مجلس شورای اسلامی در صدد تعیین مصادیق عسر و حرج نیز برآمده است که مخالفت شورای نگهبان را برانگیخته و نهایتاً کار به مداخله مجمع تشخیص مصلحت نظام خواهد کشید. در این موارد، حکم اولیه اسلام که طلاق را بدست مرد قرارداده، عنوان ثانوی پیدا خواهد کرد و موقتاً حکم ثانوی اجرا خواهد شد یعنی قاضی نیز حق خواهد یافت در امر طلاق مداخله نماید و از امتناع های ناجوانمردانه مردان در ادامه نکاح هائی که بارقه امیدی به تداوم آنها نیست، بکاهد.

البته در این موارد نیز در بدو امر قاضی تلاش می‌کند که مرد را متقاعد کند زن خود را طلاق بدهد و در نهایت پس از عجز از اجبار مرد به اجرای صیغه طلاق، دادگاه از باب الحاکم ولی الممتنع و تمسک به حکم ثانوی، مبادرت به اجرای صیغه طلاق خواهد نمود که از بحث ما خارج است.

ما در این مطالعه، قانون حمایت از خانواده و ماده واحده سال ۱۳۷۱ را بخصوص مورد مطالعه قرار می‌دهیم. البته همان طور که از عنوان این مقاله بر می‌آید، قصد ما بیشتر متوجه بیان نقاط ضعف و نواقص این قانون است که طبعاً بجز یک وجه مثبت، تحلیل کلی ما هم بلحاظ اجتماعی و هم بلحاظ حقوقی نسبت به این قانون، منفی است.

اما بپردازیم به تحلیل مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام که اساس موضوع اصلی این مقاله را تشکیل می‌دهد. ماده واحده این قانون مقرر می‌دارد :

از تاریخ تصویب این قانون، زوج هائی که قصد طلاق و جدائی از یکدیگر را دارند، بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه و حکمین از دو طرف که برگزیده دادگاهند (آنطور که قرآن کریم فرموده است)، حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش، آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر رسمی طلاق حق ثبت طلاق هائی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است، ندارند. در غیر اینصورت، از سر د فتر خاطی سلب صلاحیت بعمل خواهد آمد.

ما از این پس در این مقاله از ماده فوق تحت عنوان ماده واحده یاد خواهیم نمود.

طلاق قضائی یا یک تصمیم خصوصی؟

در مقاطع مختلفی قانونگذار ایران خواسته در امر طلاق وارد شده و برای پیشگیری از رشد ناشی از سوء استفاده مردان در این امر، اراده مرد را محدود نماید و آنرا به یک تصمیم قضائی نزدیک سازد. یعنی برای گشودن عقدی که قاعدتاً اراده یک طرفه مرد به تنهائی کفایت می‌کند، دست قدرت حاکمه را نیز دخالت دهد که تصویب ماده واحده یکی از این مقاطع است. ممکن است گفته شود وفق این ماده، قدرت حاکمه بدون واسطه اعمال اراده نمی‌کند بلکه بطور غیر مستقیم با الزام زوجین به مراجعه به دادگاه و اخذ گواهی عدم سازش و الزام دفاتر ازدواج و طلاق به ثبت طلاق هائی که مسبوق به اخذ چنین گواهی هستند، فقط محدودیت هائی در این زمینه ایجاد نموده، ولی هنوز تصمیم بر طلاق را از یک تصمیم خصوصی دور نساخته است.

براساس این استدلال، اگر دادگاه با عدم صدور گواهی عدم سازش، عملاً اذن به طلاق ندهد، باین حال با رعایت مواد قانون مدنی و شرع، طلاقی واقع شود، این طلاق از نظر مدنی و شرعی نافذ خواهد بود، هرچند از نظر کیفی مجازات هائی برای عدم ثبت چنین طلاقی در نظر گرفته شده باشد. بنابراین، داشتن اذن از دادگاه، شرط ماهوی صحت ایقاع طلاق نیست. در ایراد به این نظر ممکن است گفته شود بالاخره دادگاه ها و مراجع دولتی به طلاق ثبت نشده ترتیب اثر می‌دهند یا خیر؟ و اگر ترتیب اثر نمی‌دهند، سؤال می‌شود این چه حقی است که در مرحله پیدایش ممکن التحقق ولی در مرحله بروز اثر ممنوع الاثر اعلام می‌شود؟ آیا اصولاً منع حق در مرحله بروز اثر، اصل پیدایش آنرا زیر سؤال نمی‌برد؟^۵

ظاهر امر اینست که ماده واحده در خصوص ترتیب اثر به آثار چنین طلاقی اظهار نظر ننموده است و البته حتی در قوانین قبل نیز قانونگذار چنین جراتی بخود نداده بود که از نکاح و طلاق ثبت نشده در محاکم، سلب اثر قانونی نماید. بهر حال، اگر چنین استنباط شود که از طلاق ثبت نشده نفی اثر گردیده، نمی‌توانیم معتقد شویم که ثبت طلاق، شرط ماهوی صحت ایقاع طلاق نیست زیرا بطور قطع این سؤال متعاقباً مطرح می‌شود که این چه حقی است که در مرحله پیدایش بلا مانع ولی در مرحله بروز اثر ممنوع اعلام گردد؟ یعنی به یک اعتبار شاید بتوان گفت این دو مرحله با هم پیوند ناگسستنی داشته و اصلاً حقی که نتواند اثر خود را بروز دهد، حق نیست.^۶

پس، از آنجائی که قانونگذار در خصوص بروز اثر اعلام صریحی ندارد، باید ایراد مزبور را وارد ندانست و معتقد شد که ثبت طلاق شرط ماهوی صحت این عمل حقوقی نیست و طبعاً در صورت جمع شرایط موجود در قانون مدنی، چنین طلاقی، آثار شرعی منتظره را دارد و تردید در آن با تمسک به اصاله الصحه مندفع است. مضاف بر اینکه ظاهر احکام اسلام، به اطلاق یا به عموم جز در موارد وصول به مرز حکم اولیه و جریان احکام ثانویه، مخالف طلاق قضائی هستند زیرا این امر با حدیث نبوی معروف الطلاق بید من اخذ بالساق^۷، در تعارض آشکار قرار می‌گیرد.

برای همین است که قانونگذار در امر طلاق ثبت نشده صرفاً به مجازات های کیفری اکتفا نموده و در ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی طلاق دهنده را به مجازات تعزیری تا یکسال قابل مجازات دانسته است. سئوالی که در این رابطه مطرح می‌شود اینست که اگر مردی با مراعات قوانین شرع و قانون مدنی در ماده ۱۱۳۳ که طلاق را بدست مرد قرار می‌دهد، زن خود را مطلقه سازد و

^۵- این سئوالی است که در مقاطع مختلف با شیوه های مختلف مطرح شده است که از آن جمله عقود مربوط به اموال غیر منقولی است که در دفتر خانه به ثبت نرسیده اند ولی در خصوص اموال غیر منقول قانونگذار صریحاً در ماده ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت عقد ثبت نشده را فاقد اثر دانسته است.

^۶- البته نباید این نظریه را با آنچه در حقوق رم وجود دارد که بر مبنای آن هر چه را که نتوان اثبات کرد، حق نیست، اشتباه کرد. در حقوق رم، نظریه فوق از یک تفکر عینی در باب منشأ پیدایش حقوق ریشه می‌گیرد. ما بر این نظریه در حقوق موضوعه خود ایراد وارد نموده ایم (ر.ش. جزوه ادله اثبات دعوی دکتر عبدالرسول دیانی، انتشارات دانشگاه آزاد واحد تهران شمال و مرکز). اما تفاوت های مثال متن با آنچه در حقوق رم وجود دارد اینست که در اینجا در اصل پیدایش حق، تردیدی نمی‌شود ولی از همان اول پیدایش، بروز اثر آن را با مانع مواجه می‌سازد در حالیکه در حقوق رم بدلیل عدم اثبات عملی، در پیدایش حق تردید وارد می‌شود.

^۷- این روایت را که به پیامبر اکرم (ص) نسبت داده شده است، شیخ طوسی در خلاف بنقل از ینابیع الفقهیه ج ۳۹ ص ۴۵ و ۵۷ و همچنین ابن ادریس حلی در کتاب سرائر بنقل از ینابیع الفقهیه ج ۱۹ ص ۴۱۸ و ج ۲۰ ص ۳۰۹ و ۳۲۴ نقل کرده اند.

مجازات کیفری را نیز بر آمد و شد در پیچ و خم دادگاه ها ترجیح دهد، نهایتاً نمی‌تواند از دادگاه الزام به ثبت واقعه طلاق را بر طبق مقررات شرع انجام گرفته را بخواهد؟

ظاهر امر این است که چنین حقی برای وی محفوظ است و در چنین موردی دادگاه باید سر دفتر اسناد را ملزم به ثبت واقعه طلاق انجام گرفته نماید و اصولاً راهی جز این بنظر نمی‌رسد. این تمهید موجب می‌شود که مرد از شرط مندرج در تبصره ۳ ماده واحده فوق الذکر مبنی بر پرداخت حقوق قانونی زوجه، برهد. البته در صدر تبصره ۳، هم اجرای صیغه طلاق و هم ثبت آن موکول به پرداخت حقوق زوجه شده ولی از آنجا که برای اجرای صیغه طلاق ضمانت اجرای مؤثری پیش بینی نشده است و مثلاً برای شهود و یا انشاء کننده ایقاع طلاق، مجازات دیگری از جهت اجرای آن در نظر گرفته نشده است، عملاً تنها مانع مؤثر برای طلاق که در آن حقوق زوجه پرداخت نمی‌شود، همان عدم ثبت در دفترخانه است که آنهم در عمل با تحمل مجازات کیفری، راه فرار از آن، ممکن است.

اما از ظاهر تبصره ۳ ماده واحده، استنباط دیگری نیز متصور است که بر آن اساس می‌توان طلاق ثبت نشده را فاقد اثر قانونی دانست. یعنی همان طور که در این ماده آمده است، "عدم تأدیه حقوق شرعی زوجه"، مانعی برای ایقاع طلاق است. در حقیقت برای هر معلولی سه عنصر برای تحقق علت تامه آن متصور است مقتضی و شرط و عدم مانع. در این رابطه مقتضی، اراده مرد بر طلاق و شرط نیز وجود "دو شاهد عادل" و "جریان صیغه" و مانع هم مثلاً "نبودن زن در طهر مواقعه" می‌باشد. حال باید دید "عدم تأدیه حقوق شرعی زوجه" در قالب کدامیک از اجزاء علت تامه می‌گنجد. اگر "عدم تأدیه حقوق قانونی زوجه" بخواهد عنوان "مانع" اصطلاحی را پیدا کند، باید تحقق طلاق را در مرحله پیدایش، با مانع مواجه سازد. یعنی قانونگذار باید در ماده ای نظیر ماده ۱۱۴۱ (ق.م.) صریحاً مانع بودن چنین امری را برای ایقاع طلاق تصریح کند که چنین ماده ای وجود ندارد.

اما همان طوری که از تبصره ماده واحده بر می‌آید، "پرداخت حقوق قانونی زوجه"، یک نوع "شرط ماهوی" برای اجرای صیغه طلاق بنظر می‌رسد. بدین ترتیب، که هر جا هم که "عدم پرداخت حقوق زوجه" بعنوان "مانع" ذکر شده، آن را بصورت یک شرط وجودی تحت عنوان "پرداخت حقوق زوجه" تأویل نمائیم و آن را نیز در زمره شرائط صحت ایقاع طلاق بدانیم. بنابراین، می‌توان گفت یک شرط به شرائط دیگر مندرج در قانون مدنی در خصوص طلاق اضافه شده است. زیرا این شرط نه در مقام بروز اثر بلکه در مقام شکل گیری عمل حقوقی طلاق، وارد شده است. ولی این بیان نیز بعید بنظر می‌رسد مورد نظر قانونگذار باشد یعنی تفسیر فوق با روح قانون و یا با فلسفه قانون بنوعی سازگاری ندارد چون وفق قانون اسلام که قانون مدنی نیز از آن الهام گرفته است، سبق وجود رابطه دائن و مدیونی بین زوجین، فی نفسه مانعی برای طلاق نیست. البته اگر قانون در مقام اضافه کردن شروط ماهوی طلاق باشد، این تغییرات باید در قانون مدنی نیز بیاید. یعنی در خود قانون مدنی نیز در باب شرائط ماهوی مربوط به طلاق، این شرط اضافه شود.

پس از پاسخ به این سؤال، به سری دوم از سئوالات می‌پردازیم که عمدتاً متوجه تنظیم مسائل مالی بعد از طلاق است.

تنظیم مسائل مالی بعد از طلاق

از آنجا که مقررات حقوق اسلام در خصوص امور مالی خانواده، تابع احکام مهر، نفقه و نهایتاً ارث می‌باشد و در خارج از این چهار چوب، زن مستحق چیزی نیست^۸، در مقاطع مختلف قانون گذار برای جبران بی عدالتی و یا جبران شرائط نابرابری که بر یکی از زوجین در اثر طلاق تحمیل می‌شود و البته وجدان هر انسانی را بفکر چاره جوئی وا می‌دارد، وارد شده و خواسته بنحوی حقوق فرد متضرر از این وضعیت که در غالب موارد زوجه است، را رعایت کرده باشد.

هر چند مطلق و ذوق بودن^۹ در شرع مقدس نهی اکید شده ولی ضمانت اجرائی مؤثری برای اینکار منظور نشده است. یعنی ضمانت‌ها از حد ضمانت های اخلاقی فراتر نمی‌رود. البته، قانون گذار نیز هنوز جرأت آن را پیدا نکرده برای کسی که زن خود

۸- شاید یکی از دلایلی که قانون فوق از مصوبات مجمع تشخیص مصلحت بوده، همین باشد چون به احتمال قوی حتی در صورت تصویب مجلس شورا، با مخالفت شورای نگهبان مواجه می‌گردید. لذا احتمالاً برای جلوگیری از اتلاف وقت مستقیماً لایحه قانونی فوق به مجمع تشخیص برده شده است (البته اگر باخوشبین بوده و ایرادات متخصصین حقوق عمومی را از جهت جایگاه مجمع تشخیص وارد ندانیم)

۹- وسائل الشیعه، کتاب الطلاق، باب کراهه طلاق الزوجه الموافقه و عدم تحریمه، بخصوص احادیث ۲ و ۳ و ۶ و ۸ در حدیث ۲ آمده است ما من شیء ابغض الی الله عزوجل من الطلاق و در حدیث ۳ آمده است ان الله یبغض کل مطلق و ذوق در حدیث ۶ آمده است ان الله عزوجل یبغض او

را بی جهت طلاق می‌دهد، مقررات کیفری وضع نماید هر چند برای عدم ثبت آن مقررات کیفری نیز وضع شده باشد. زیرا این مقررات بمنظور انتظام بخشیدن به جامعه وضع گردیده‌اند. فمینیست‌ها ۱۰ بدانند که در هیچ کشوری تا آنجا که نویسنده مطلع است، مقررات کیفری در خصوص طلاق دادن زن وضع نشده است بلکه در فکر چاره‌ای برای جبران خسارات وارده به طرف دیگر بوده‌اند. اگر این جماعت لحظه‌ای بیندیشند، شاید متوجه شوند که چه بسا در امر طلاق، اولین گناه در اکثر موارد، متوجه خود زنان باشد که در جلب محبت شوهر به خطا می‌روند.

از طرفی جبران خسارت بخصوص در جایی که عواطف و احساسات آدمی و پایگاه اجتماعی انسان مورد هجوم واقع می‌گردد و به فرد خسارات جبران ناپذیر روحی وارد می‌شود، ممکن نیست. اینجا باید پرسید اگر پیوندها سست شد و ارزش‌ها در جریان بی بند و باری‌های اخلاقی و یا در اثر آسیب‌های اجتماعی یا بی تجربگی زوجین، رنگ باخت، چه نیروئی می‌تواند آب از جوی رفته را جوی باز گرداند؟ کدام اکسیر است که بتواند انجماد ایجاد شده در روابط زوجین را آب کند؟ مگر نه این است که محبت امری قلبی است؟

پس ب فکر جبران قطعی و یقینی نباید بود و اصولاً این امر غیر ممکن است زیرا نمی‌توان برای محبت ارزش مالی قائل شد بلکه باید در اندیشه جایگزین مالی بود که بنحوی این نابرابری پیش آمده را جبران سازد و الا اگر در زندگی مشترک در اثر بی‌علاقگی، دیگر احساس مسئولیت نشد، هیچ امری می‌تواند جایگزین عشق و محبت حقیقی شود.

در زمینه جبران خسارات با پرداخت مالی از طرف شوهر به زن، دو ماده قانونی وارد شده که اولین آن، ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده است که وفق نظر استادان دکتر صفائی و دکتر کاتوزیان هنوز نسخ نشده است و دومین آن، تبصره ۶ قانون اصلاح پاره از مقررات طلاق است که در آن آمده است :

پس از طلاق، در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه کارهایی که شرعاً بعهده وی نبوده است، دادگاه بدو از طریق مصالح نسبت به تأمین خواسته وی اقدام می‌نماید. و در صورت عدم امکان مصالح، چنانچه ضمن عقد خارج لازم، در خصوص امور مالی شرطی شده باشد، طبق آن عمل می‌شود. در غیر این صورت، هر گاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد، و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد، به ترتیب زیر عمل می‌شود :

الف- چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً بعهده وی نبوده به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و بپرداخت آن حکم می‌نماید.

ب- در غیر مورد بند "الف" 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 (نَحْلَه) برای زوجه تعیین می‌نماید.

و در ماده ۱۱ قانون حمایت از خانواده آمده است :

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 باتوجه به وضع سن طرفین و مدت زناشویی بپرداخت مقرری ماهانه متناسبی در حق طرف دیگر محکوم نماید، مشروط بر اینکه عدم بضاعت متقاضی و استطاعت طرف دیگر محرز باشد...

برای مطالعه بیشتر لازم می‌دانیم از نظر حقوقی مبنای الزام به جبران خسارات را در این دو ماده به بررسی بگیریم.

یلعن کل ذواق من الرجال و کل ذواقه من النساء ودر حدیث ۸ آمده ان الله لا یحب الذواقین والذواقات. ذواق بمعنای کثیر النکاح والطلاق است. و مطلق نیز صیغه مبالغه از واژه مطلق (بکسر لام) بمعنای کسی که زیاد زن خود را طلاق می‌دهد، آمده است. رش به لسان العرب، ذیل واژه طلق. بدیهی است کسی که زیاد زن طلاق دهنده باشد، نباید دلیل موجهی برای طلاق زنان خود داشته باشد لذا می‌توان مطلق را بمعنای کسی که بی جهت زن را طلاق می‌دهد نیز دانست. گو اینکه داستانی که مقدمه این روایت است نیز می‌تواند قرینه خوبی برای این معنای اخیر باشد زیرا پیامبر از احوالات همسر مردی از اصحاب خود پرسید او جواب داد همسر من را طلاق دادم چند روز بعد از احوال همسر دوم وی سؤال کرد صحابی جواب داد که او را نیز طلاق دادم حضرت با توجه به اینکه از ایمان و عفاف آن زنان مطلع بود، عذر آن مرد را در طلاق دادن زنان موجه ندانست و این بود که فرمود خدا لعنت کند کسی که زیاد زن طلاق دهنده است. ذواقات نیز که مؤنث ذواق است، در روایت دیگر در کنار ذواقین مورد لعن قرار گرفته‌اند. لذا با توجه به اینکه اساساً طلاق بدست زن نیست، زن بی جهت کاری می‌کند که مرد او را طلاق دهد و لذا بی جهت طلاق گرفتن و بدون عذر موجه طلاق دادن، می‌تواند در معنای مطلق، مستتر باشد.

^{۱۰}- بر گرفته از Féminisme بمعنای نهضتی در اروپا که برای تساوی حقوق زن و مرد بوجود آمد.

مبنای الزام یکی از طرفین به پرداخت مبلغ در دو ماده فوق الذکر

اگر مبنای الزام یکی از طرفین به پرداخت مال را روشن سازیم، متوجه خواهیم شد که آیا فقط زوج باید این مبلغ را به زن بپردازد و یا عنداللزوم چنین تکلیفی بر عهده زوجه نیز گذاشته می‌شود؟

قبل از بیان مبنای الزام، به مقایسه ماده ۱۱ قانون حمایت از خانواده با تبصره ۶ ماده واحده مصوب ۱۳۷۱ می‌پردازیم. در ماده ۱۱، درخواست الزام به پرداخت مبلغ را منحصر به یکی از طرفین ننموده است. معلوم می‌شود چنین حقی برای هر دوی زوجین محفوظ است در حالی که وفق تبصره ۶ ماده واحده چنین درخواستی فقط از جانب زوجه مسموع است. مثلاً اگر زوج شنیدن ناز و عشوه و تفاخر خانوادگی و یا الزام به پرداخت هزینه های سنگین آرایش و سفر زوجه برایش غیر ممکن شود و نشنیدن سرکوفت لا ینقطع زوجه را بر رنج ناشی از عزالت مجرد ترجیح دهد و بالاخره زنش را طلاق دهد، در اینجا نیز وفق ماده ۱۱ می‌توان زوجه را در صورتی که استطاعت مالی داشته باشد، ملزم به پرداخت مبلغ نمود و از چنین زوجی دستگیری کرد. یا اگر زوجه در اثر تماس های مشوکش شوهر را از خود دلزده کرد که او را طلاق دهد، در صورت جمع سائر شرایط مندرج در این ماده می‌بایست دادگاه زوجه را محکوم به پرداخت مقرری مزبور بنماید.

از مقایسه این دو ماده معلوم می‌شود که مبنای پرداخت مبلغ در این دو متن یکی نیست. بنظر می‌رسد در ماده ۱۱ قانون حمایت از خانواده، **جبران خسارت ناشی از بر هم خوردن یک تعهد دو طرفه** (اگر در چهارچوب قواعد عمومی قراردادهای فکر کنیم) و یا از باب **عدم سوء استفاده از حق** و یا تکلیف عمومی **عدم اضرار بغیر** (اگر در وادی قواعد مربوط به مسئولیت مدنی^{۱۱} ببیندیشیم) را ملاک قرارداده و از این رو برای هر دو طرف عقد نکاح مطالبه چنین حقی را قائل شده است که بصورت نفقه ماهیانه حتی بعد از طلاق به طرف دیگر، مبلغی را بپردازد.

هر چند این مبنا، مبنای خوبی است ولی در صورتی می‌توان چنین فرضی را محتمل دانست که احکام نکاح را در قواعد کلی تابع اصول و قواعد عمومی قراردادهای بدانیم، با این استدلال که قاعده استثنائی برای تضییق و یا توسیع یا توضیح یا تطبیق آن قواعد کلی در باب نکاح، نداریم. ولی همان طور که می‌دانیم قواعد عمومی قراردادهای و یا مسئولیت مدنی مثل اصل عدم اضرار بغیر و قاعده تسبیب، در مورد عقد نکاح با همان خشکی و شدت اعمال نمی‌شوند^{۱۲} و اصولاً نکاح دارای احکام استثنائی است^{۱۳}. گرچه شاید در تدوین قانون حمایت از خانواده بتوان به تأثیر قوانین خارجی از جمله قانون کشور فرانسه^{۱۴} اشاره کرد و قوانین موجود در کشورهای عرب مثل مصر^{۱۵} و تونس^{۱۶} را نیز متأثر از حقوق کشور فرانسه دانست^{۱۷} ولی این تأثیر بر قانونگذار ایران

۱۱- اگر بخواهیم در این قالب مرد را مکلف به جبران خسارت بنمائیم، باید مرد در استفاده از حق طلاق زوجه خود مرتکب تقصیر (مستفاد از ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی) شده یا از حدود متعارف تخطی نموده باشد (بنا به وحدت ملاک ماده ۱۳۲ ق.م. یا جریان اصل ۴۰ قانون اساسی).

۱۲- اگر هم بخواهند اعمال بشوند شاید بتوان گفت حد اکثر میزان خسارت ممکن به طرف مقابل، می‌تواند ضمن خود مهر که نوعی شرط جزائی و یا وجه التزام است، پیش بینی شود و لذا حد اقل، زن (در موردی که طرف ضعیف و متضرر قرارداد، او باشد)، مستحق چیزی جز آنچه بصورت وجه التزام تحت عنوان صدق برای وی مد نظر قرار گرفته، نیست.

۱۳- همانطور که در فقه گفته شده قوانین مربوط به نکاح، از جمله حقوق نیستند بلکه حکم شرعی می‌باشند که قابل نقل و اسقاط و سقوط و ارت نمی‌باشند و به اصطلاح حقوقی از جمله قواعد آمره هستند که اصل حاکمیت اراده در خصوص آنها اعمال نمی‌شود.

14- *Juris-Classeur de droit comparé, mise à jours 8-1995 & 2-1998, France -Répertoire encyclopédique Dalloz, Procédure civile de divorce.* برای مطالعه بیشتر ر.ش. دکتر عبدالرسول دبانی، حقوق خانواده، ص ۱۸۷ به بعد.

15 *Juris-Classeur de droit comparé, mise à jours 2-1996, Egypte*

16 *Juris-Classeur de droit comparé, mise à jours 8-1997, Tunisie*

۱۷- یکی از فوائد آشنائی از حقوق سائر ملل همین شناخت تأثیرات متقابل این سیستم ها بر یکدیگر است. در فرانسه برای جبران این خسارات واژه ای تحت عنوان *Prestation compensatoire* را می‌آورند. *compenser* یعنی *contrebalancer* که بمعنای متوازن کردن یا خنثی کردن یک وضعیت با امر یا یک وضعیت دیگر می‌باشد و *Prestation* هم بمعنای موضوع یک تعهد که متضمن دادن امتیازی (چیزی، خدمتی) باشد، آمده است. این در حالی است که در قانون قبل از سال ۱۹۷۵، عبارت *pension alimentaire* بود بمعنای نفقه ای که بیشتر جنبه خوراکی دارد، آمده است. لذا می‌توان گفت فلسفه جعل این مقررات پرداخت مبلغی از باب جبران این نابرابری ناشی از یک بهم خوردن یک قرارداد می‌باشد.

در تدوین تبصره ۶ ماده واحده خیلی کم رنگ تر بوده است. یعنی اگر اصل ایده را دارای منشا غربی بدانیم، در تدوین این تبصره مقتضیات فقه اسلام در نظر گرفته شده و با الهام از آن وضع شده است. قانون گذار خواسته نه تیغ اتهام فرهنگ گریزی و اسلام ستیزی متوجه او شود و نه مخالفتی با مقتضیات زمان نموده باشد. هرچند مخالفت حکم مندرج در این ماده با احکام اولیه اسلام بدیهی بوده که کار به مداخله مجمع تشخیص مصلحت برای تصویب آنها کشیده شده است. که بنظر می رسد همان ملاک عدم سوء استفاده از حق، ملاک قرار گرفته باشد.

بهر حال، مبنای حکم مندرج در تبصره ۶ با ماده ۱۱ قانون حمایت از خانواده یکسان نیست. در تبصره ۶ برخلاف ماده ۱۱، عنوان حق الزحمه کارهایی که زوجه در منزل زوج بدون قصد تبرع انجام داده آمده است. یعنی استفاده مجانی از عمل غیر یا استیفاء بلا جهت، مبنای حکم موجود در تبصره ۶ می باشد.

مستند تبصره ۶ از فقه اسلام این است که زن می تواند برای کارهایی که در منزل زوج انجام می دهد مثل شیر دادن به کودک و نظافت و غذا پختن، مطالبه اجرت نماید، زیرا وظیفه اصلی وی که بر او واجب است، تمکین در قبال زوجه بویژه تمکین خاص است.

این تبصره در قسمت که شروط در ضمن عقد نکاح را در باره پرداخت خسارات و یا پیش بینی خسارات الزام آور می داند، نکته تازه ای ندارد و تکرار همان قواعد عمومی قراردادهاست^{۱۸}، ولی اگر مبنای این تبصره در قسمت اخیر که به زن اجازه مطالبه اجره المثل ایام زوجیت را می نماید، استفاده از عمل غیر باشد، سؤال می شود که مگر ماده ۳۳۶ (ق.م.) ما را بی نیاز از بیان حکم طویل مندرج در این ماده نمی ساخت؟ آیا این تکرار همان ماده ۳۳۶ است یا مصداقی از مصادیق آن بشمار می رود؟ اگر قانونگذار در مقام تعیین موضوع حکم ماده ۳۳۶ (ق.م.) بوده است، با فلسفه وضع این قانون در تعارض است زیرا این قانون در مقام اضافه کردن چیزی به حقوق زن است نه کاستن از حقوق وی. بعلاوه تعبیری در این قانون بکار رفته که بوی روابط کارگر و کارفرما می دهد^{۱۹} و شأن و منزلت زن را در حد یک کارگر حقوق بگیر پائین می آورد.

یعنی می توان گفت ظاهراً حکم مندرج در تبصره ۶، حکم عام موجود در ماده ۳۳۶ (ق.م.) را تخصیص می زند^{۲۰}. زیرا در تبصره ۶، حکم الزام زوج به پرداخت اجره المثل ایام زوجیت، منوط به وقوع طلاق و بی گناهی زن شده است. بنابراین، در صورت سوء معاشرت زن یا سوء اخلاق وی و جاری شدن طلاق، از زن چنین حقی سلب شده است برای اینکه وفق مفهوم مخالف این قانون، اگر حکم دادگاه بر طلاق بدلیل سوء اخلاق زن باشد، و یا شرط در ضمن عقدی پیش بینی خسارات وارده را ننموده باشد، آن زن حقی در گرفتن اجرت المثل کارهایی که واقع شده را ندارد در حالی که استیفاءی از عمل غیر، وفق قاعده عمومی مندرج در ماده ۳۳۶ (ق.م.) مأجور است.

در ماده ۳۳۶ (ق.م.) آمده است :

هر گاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده یا شخص عادتاً مهبای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت المثل عمل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته است.

۱۸- البته تبصره ۶ ماده واحده کوشش در جهت تأمین خواسته زوجه را اصل می شمرد و در صورت عدم امکان تصالح بین زوجین، دادگاه به شروط ضمن العقد توجه می کند (یکی از شروط ضمن العقد که بعضاً بصورت اجباری در قباله های نکاحیه درج می شود این است که در چنین صورتی مرد باید نصف اموالی را در طول دوران زوجیت خود با زوجه بدست آورده است را به زوجه بدهد).

۱۹- دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، ص ۲۹۲ چاپ ۱۳۷۵

۲۰- برای استدلال بر تخصیص، می توان به حجت بودن مفهوم شرط تمسک نمود. هم در صدر تبصره شش و هم در ذیل آن عباراتی وجود دارد که مفهوم شرط را می رساند. در صدر تبصره شش عبارت "پس از طلاق" و در ذیل آن تبصره، آمده است "هر گاه طلاق بنا بدرخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد...". بنابراین، نمی توان گفت دریافت اجرت در جایی که بحث طلاق در میان نباشد، منوط به درخواست خود زوجه ولی در جایی که پای طلاق بنا بدرخواست مرد بمیان آمده باشد، دادگاه رأساً نسبت به محاسبه و پرداخت اجره المثل اقدام می نماید چه زن درخواست کرده باشد یا بعلت غفلت و یا عوامل دیگر درخواست نکرده باشد.

بدیهی است هرکس از عمل دیگری استفاده کند، این شخص شوهر باشد یا دیگری، باید اجرت المثل عمل منتفع به را بدهد.^{۲۱} بهتر بود قانونگذار در تدوین این ماده شتاب بخرج نمی‌داد، و قضاة محترم در این امر پیش دستی می‌نمودند و نهایتاً با صدور یک رأی وحدت رویه، دامنه خسارات قابل جبران را نیز به خسارات ناشی از انجام وظایف غیر واجب بر زوجه، نیز توسعه می‌داد^{۲۲} و چنین درخواستی را منوط به وجود شرط در ضمن عقد و یا جاری شدن طلاق ناشی از خطای زوجه نمی‌نمود و بدین وسیله نظم منطقی و انسجام قانون مدنی را مخدوش نمی‌ساخت.^{۲۳}

البته در استفساری^{۲۴} از مجمع تشخیص مصلحت در خصوص عبارت "پس از طلاق" مندرج در صدر تبصره ۶ شده است، حق مطالبه اجرة المثل را حتی به قبل از طلاق یعنی پس از گواهی عدم سازش نیز سرایت داده که بیشتر بدلیل بروز مشکلات مربوط به آئین دادرسی بوده است و تکلیف دادرسی را در مورد ماهیت حق مطالبه اجرة المثل ایام زوجیت در صورتی که گواهی عدم سازش داده نشود و یا طلاق واقع نگردد، مشخص نمی‌کند.^{۲۵}

عده ای در مقام دفع این ایراد گفته اند تا رابطه زوجیت منجزاً قطع نشده، امید برقراری مجدد روابط زناشویی می‌رود و عنوان کردن مسائل مالی به این امید لطمه می‌زند^{۲۶}. هر چند این پاسخ خوبی است ولی پاسخ حقوقی نیست و بیشتر جنبه اجتماعی و اخلاقی دارد و معلوم نیست زن قبل از طلاق می‌تواند وفق قانون جدید مطالبه اجرة المثل نماید یا نه. بهرحال، همان طور که استاد دکتر صفائی می‌فرماید: "رسیدگی به اختلافات مالی در حین رسیدگی به اختلافات زناشویی از اطاله و تکرار دادرسی جلوگیری کرده و عامل بازدارنده طلاق از جانب شوهر نیز می‌باشد".

اثبات قصد تبرع

یکی از مهمترین اشکالاتی که در اجرای این ماده پیش می‌آید، اثبات قصد تبرع است. قصد تبرع یعنی انجام کار بدون چشم داشت دریافت عوض مادی و مثلاً برای جلب رضای الهی یا پاسخ به ندای وجدان. بند الف تبصره ۶ مقرر می‌دارد: چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده، به دستور زوج و با اجرة المثل کارهای انجام گرفته را با جلب نظر کارشناس یا بکمک عوامل دیگر محاسبه و زوج را به پرداخت آن ملزم می‌نماید.

ببینیم برای حل این مشکل عمده که در باب پرداخت اجرة المثل ایام زوجیت مطرح است، چه باید کرد. می‌دانیم که در مراجعه به شرع، جز تمکین خاص، همه اعمالی که زن در خانه مرد انجام می‌دهد، می‌توانند مأجور باشند. حال اگر قصد تبرع در انجام این اعمال محرز نباشد، آیا قصد تبرع زن باید اثبات شود؟ وظیفه اثبات دستور مرد به انجام کارهای خارج از وظیفه شرعی بر عهده کیست؟

این سؤال به بحث ادله اثبات دعوی ارتباط پیدا می‌کند یعنی به تحمل بار اثبات دلیل بر می‌گردد.

مادر فقه قواعدی برای شناخت مدعی از منکر و وظیفه اثبات دلیل داریم. یکی از راه‌های شناخت مدعی از منکر این است که مدعی کسی است که سخنش خلاف اصل باشد^{۲۷} و یا در تعریف دیگر گفته شده مدعی کسی است که قول وی خلاف ظاهر

۲۱- دکتر کاتوزیان، همان مصدر

۲۲- البته قانونگذار در این زمینه فقط پیش دستی نموده است. جا داشت که خود دیوان عالی کشور در این باره دست بکار می‌شد و رأیی بصورت وحدت رویه صادر می‌نمود آنهم نه از باب تخصیص ماده ۳۳۶(ق.م.)، بلکه از باب تعیین یکی از مصادیق آن.

۲۳- البته قانونگذار ما خواسته است بنحوی این ظلم به زن را جبران کرده باشد ولی این ماده خواهی نخواهی عضو از پیکره حقوق مدنی ما را تشکیل می‌دهد و نظم و انسجام مجموعه حقوق مدنی را از آن می‌گیرد.

۲۴- در نظر مجمع آمده است: منظور از کلمه پس از طلاق در ابتدای تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت پس از احراز عدم امکان سازش توسط دادگاه است بنابراین طبق موارد مذکور در بند ۳ عمل خواهد شد.

۲۵- بهر حال، این استفساریه فقط تکلیف مفهوم شرط موجود در صدر تبصره ۶ را روشن می‌کند ولی وضعیت مفهوم شرط مذکور در دنباله این ماده را معین نمی‌کند. رجوع شود به پاورقی شماره ۱۶

۲۶- بنقل از دکتر سید حسین صفائی و دکتر اسدالله امامی دوره مختصر حقوق خانواده ص ۲۴۳

۲۷- شهید اول، اللعنه الدمشقیه، بنقل از شرح آن در ص ۷۶ ج ۳ از شروح ده جلدی

باشد^{۲۸}. حال اگر قول یکی از متداعیین مخالف ظاهر بود و دیگری مخالف اصل، باید معتقد شد که مدعی کسی است که قولش مخالف ظاهر است و او باید بعنوان مدعی دلیل بیاورد، هر چند سخن وی موافق اصل باشد.

در مورد اثبات قصد تبرع، هر چند اصل عدم تبرع حاکم است و تا زمانی که قصد تبرع بمدد دلائل ثابت نشده، این اصل حکومت دارد ولی در ما نحن فیه خصوصیتی است که نمی‌توان بار اثبات تبرع را بر عهده مدعی گذاشت که در مورد مذکور شوهر می‌باشد. بلکه در اینجا ظاهر امر این است که زن در خانه شوهر تبرعاً کار می‌کند و قصد دریافت مابه‌ازائی برای تربیت فرزندان و ارتضاع آنها ندارد. یعنی در مقام تعارض اصل با "ظاهر حال" که نوعی اماره محسوب می‌شود، اماره مقدم داشته می‌شود همان طور که در ترتیب دلائل مقرر است^{۲۹}. بنابراین، در اینجا زن باید ثابت کند که در انجام کارهایی که در منزل شوهر نموده است، قصد تبرع نداشته است یعنی باید اثبات کند در انجام آن کارها مأمور از جانب شوهر بوده و قصد انجام یک عمل مجانی را نداشته است.

در تبصره ۶ قانونگذار حاضر الذهن به جبران خسارات وارده بر زوجه خواسته به هر طریق ممکن این امر محقق گردد که اگر با تصالح و یا با شروط در ضمن عقد و یا محاسبه اجره المثل ایام زوجیت نشد این نظر را تأمین نمود، آخر الامر با یک نوع بخشش اجباری (نحله) به منظور فوق نائل شد.

بخشش اجباری (نحله)

بند ب تبصره ۶ ماده واحده مقرر می‌دارد:

در غیر مورد الف 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 (نحله) برای زوجه تعیین می‌نماید.

در این تبصره مشخص است که قانون گذار می‌خواهد به هر وجه ممکن نابرابری ناشی از طلاق جبران شود و در آخر که دستش به هیچ کجا نمی‌رسد و وجه شرعی برای آن پیدا نمی‌کند، از باب بخشش اجباری وارد شده است که آنهم فاقد مستند شرعی است. البته کلمه نحله در قرآن کریم در آیه ۴ سوره نساء (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً) بکاررفته است، ولی نه در معنای بخشش اجباری. نحله دارای دو معنی مختلف است:

- معنی اول نحله، بدهی است یعنی باید مهریه زن از باب بدهی به زن پرداخت شود و گمان نشود که مثلاً وجه زوری است که به زن پرداخت می‌شود. بعلاوه، مالک این مهر، خود زن است نه اولیای وی^{۳۰}.

- هر چند این کلمه در خصوص پرداخت مهر وارد شده است و شامل سائر بدهی‌ها نمی‌شود، یک ایراد دیگر هم دارد و آن اینکه "نحله" بیشتر به معنای بخشش همراه با طیب نفس آمده است^{۳۱}. اگر نحله را ظاهر در معنای بخشش بدانیم که نوعی

۲۸- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۷۶ از لمعه های ده جلدی

۲۹- ر.ش. جزوه اول ادله اثبات دعوی از انتشارات دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز و تهران شمال. اجمالاً اینکه ظاهر حال اگر نوعی اماره قانونی محسوب نگردد، حد اقل نوعی اماره قضائی است. در حقوق موضوعه وفق ماده ۱۳۲۴ (ق.م.) به تبعیت از حقوق فرانسه، امارات قضائی (موضوع ماده ۱۳۵۳ کد سیویل) در ردیف ادله اثبات دعوی آمده اند. شاید بتوان در فقه نیز مبنای حجیت امارات قضائی را حصول "ظن متأخم به علم"، برای قاضی دانست. چنین ظنی باید عنوان ظن نوعی بخود بگیرد یعنی مفید ظنی باشد که برای نوع مردم حاصل شود. البته اگر اماره قضائی مفید علم باشد، حجیت و اعتبار آن از باب اماره بودنش نیست بلکه از باب علمی است که برای قاضی ایجاد می‌کند و حجیت علم نیز ذاتی است. گو اینکه در فقه حجیت اماره فقط از این حیث اخیر مد نظر قرار گرفته است. در فقه موارد استفاده از ظاهر حال بعنوان دلیل، وجود دارد. مثلاً در باب احراز عدالت شاهد، ظاهر حال، هر چند تعبداً، دلیل بر عدالت گواه دانسته شده است.

۳۰- صاحب لسان العرب می‌گوید نحله ای اذا لم ترد منها عوضاً و در خصوص مهر می‌گوید این نحله ای از طرف خداوند است که در عوض آن برای زن ما به ازائی را قرار نداده است فتلك نحله من الله للنساء فريضة لهن على الأزواج

۳۱- استاد مرتضی مطهری، نظام حقوق زن در اسلام ص ۲۰۴- سید قطب، تفسیر فی ظلال القرآن، ج ۱ ص ۵۸۵ وی می‌گوید نحله ای هبه خالصه لصاحبها یعنی این بخشش باید فقط به دست خود زن برسد نه به اولیای وی و مهمتر از همه اینکه هبه مزبور باید از روی طیب خاطر داده شود.

عقد است و باید قاعداً از روی طیب نفس داده شود، انتخاب عنوان نحلّه برای بخشش اجباری صحیح نیست زیرا سبب استهجان عرفی خواهد بود که بگوئیم مرد باید اجباراً از روی طیب نفس مالی را به همسرش ببخشد.^{۳۲}

با توجه به این محذور، بعضی از حقوقدانان برای تأمین حقوق زن به ضوابط حقوقی دیگری نظیر قواعد عمومی جبران خسارت یش بینی شده در قانون مسئولیت مدنی و ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده استناد می کنند.^{۳۳} ولی باید توجه داشت که اگر مقررات موجود در ماده ۱۱ قانون حمایت از خانواده با تبصره ۶ ماده واحده نسخ ضمنی نشده باشد، حداقل قابل جمع نیستند. یعنی نمی توان هم زوج را محکوم به پرداخت نحلّه نمود و هم محکوم به پرداخت مبلغی بعد از طلاق بعنوان نفقه. ظاهر امر این است که تبصره ۶ در مقام بیان تنها وجه جبران خسارات وارده به زوجه بوده و تنها از این طریق خواسته منافع زن که در اثر بهم خوردن عقد نکاح بخطر افتاده تأمین شود لذا بنظر ما ماده ۱۱ قانون حمایت از خانواده نسخ ضمنی شده است.

از طرفی قانونگذار این وجه پرداخت خسارت را بهترین شیوه جبران خسارت دیده است. بدین صورت که زوج برای همیشه با پرداخت مبلغی بصورت معین و مشخص خود را از قید ازدواج برای همیشه خلاصی دهد و هر بار و یا هر ماه با پرداخت مبلغ زوری تحت عنوان مقرری، خاطرات تلخ شکست در ازدواج که موجب نوعی سرخوردگی و یأس در زندگی او شوند را تجدید ننماید. بعلاوه خیال قاضی هم راحت می شود و مواجه با سیل عظیم پرونده های ناشی از عدم پرداخت بموقع مقرری و یا درخواست تجدید نظر در میزان آن با توجه به تغییرات پیش آمده در وضعیت یکی از زوجین بدلیل ازدواج و یا ازدست دادن شغل و کاهش در آمد، نمی شود. خلاصه کار را یکسره نموده و یک بار و برای همیشه پرونده تلخ طلاق بسته می شود.

نگاه کلی و نتیجه گیری

این گام لنگان به سوی حمایت از حقوق زن و یا الزام به گواهی عدم سازش حتی در موارد طلاق توافقی بنظر نگارنده، کاهش آمار ازدواج خواهد بود نه کاهش آمار طلاق. یعنی بجای اینکه تعداد روز افزون موارد طلاق رو به کاهش نهد، بجای اینکه مانعی برای گسیخته شدن پیوند زناشویی شود، در مرحله شکل گیری این نهاد مقدس را با مانع دچار می سازد و اصولاً اگر یک نوع تلقی صرفاً از دیدگاه حقوق خصوصی به قضیه داشته باشیم، زوجین ویا زوج حق دارند بدانند در صورت ورود در این قرارداد که همان طور که گفتیم ماهیتاً مثل سائر قراردادها نوعی عقد خصوصی است، چه تعهدات و چه حقوقی را دارا می گردند؟ بخصوص شوهر نمی خواهد خود را در تاریکی و ابهام گرفتار کند. از طرفی مگر ما به احکام اسلام در این زمینه تردید داریم که در جستجوی شیوه ای استثنائی برای جبران خسارت هستیم. ما اگر ازدواج و طلاق را باهمدیگر، نه بعنوان دو عمل حقوقی مستقل در نظر بگیریم، مگر نمی توان در ضمن عقد پیش بینی های لازم را نمود و در تعیین مهر که می تواند نوعی وجه التزام تلقی شود موضوعاً مجالی را برای طرح نحلّه اجباری فراهم نیاورد؟ بدین صورت آثار انحلال این تأسیس با اراده مرد، را از قبل با سیستم مهریه و شروط در ضمن عقد پیش بینی نمود. یعنی زن می پذیرد که و با علم به اینکه حق طلاق بدست مرد است، وارد این قرارداد می شود و لذا باید از همان اول ب فکر انحلال یک جانبه آن بدست مرد باشد و طی شروط در ضمن عقد آثار آن را متوازن نماید که دولت از باب اعمال حاکمیت نتواند به ایجاد توازن در این نهاد که اصولاً از نهادهای حقوق خصوصی است دست یازد.

نگارنده که غوری در حقوق مربوط به احوال شخصیه کشورهای اروپائی بخصوص در زمینه طلاق و نکاح نموده، یکی از عمده ترین عوامل کاهش آمار ازدواج در کشورهای غربی سخت شدن مقررات مربوط به طلاق می داند. شاید همین علت، دلیل بالا رفتن سن ازدواج در ایران نیز باشد. کافی است نگاهی اجمالی به آمار طلاق در سه ماهه اول ۱۳۷۸ بیفکنیم. در این فصل ۱۱۰۲۳ مورد طلاق ثبت شده وجود داشته است. این رقم حسب اداره آمار ۱۶٪ افزایش را نشان می دهد.

در خصوص فلسفه وضع این قوانین باید گفت اگر هدف قانونگذار کاهش دادن آمار طلاق در جامعه است، باید ب فکر اصلاحات اجتماعی بیفتد زیرا این اجبارها موجب می شود ناهنجاری ها از جای دیگر بروز کند. مردی که خود را از پرداخت هزینه سنگین مبلغی تحت عنوان بخشش اجباری ناتوان می بیند، نهایتاً فرار را بر قرار اینچنینی و تحمل رنج زندگی بر خلاف میل

۳۲- البته هر چند علی القاعده هبه باید از روی طیب نفس باشد واز جمله شرائط عمومی صحت عقد، رضایت است ولی اجبار بر بخشش منافات با مقتضای ذات هبه ندارد چنانچه موارد صدقه واجبه در شرع و مانند آن نیز وجود دارد.

۳۳- دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مختصر حقوق خانواده و دکتر سید حسین صفائی، دوره مختصر حقوق خانواده.

خود ترجیح و به ادامه یک زندگی ننگین و فلاکت بار ادامه می‌دهد و تلخی و مرارت زندگی تحمیلی او را از خدمت به اجتماع و مردمش باز می‌دارد.

مسئولین امر اگر می‌خواهند این آمار کاهش داده شود، بایستی در درجه اول بفرآیند شغلی و قضائی و سیاسی افراد جامعه باشند. اگر به علل این طلاق‌ها بپردازند، مشاهده می‌شود، در اکثر موارد فقر مالی و عدم امنیت شغلی سیاسی و اجتماعی ریشه تمامی این گرفتاری‌هاست. آسیب‌های اجتماعی علت العلل است. البته قانونگذار هم باید برای جبران نابرابری بوجود آمده باشد ولی نه اینکه وضع این قوانین وسیله‌ای باشد برای جلوگیری از افزایش آمار روز افزون طلاق.

از طرفی این قانون بر خلاف ماده ۱۱ قانون حمایت از خانواده کمتر به حقوق مرد توجه دارد در حالی که جا داشت نسبت به این امر نیز اظهار نظری می‌کرد. مثلاً آیا زوج می‌تواند در قبال انجام کارهایی که زوجه شرعاً موظف به انجام آن بوده و انجام نداده، مثل وظیفه تمکین خاص مطالبه خسارتی بکند؟ البته عدم پرداخت نفقه، بنحوی بمعنای الزام زوجه به انجام وظیفه تمکین خاص خواهد بود ولی اگر بدلائلی زوج از این حق خود استفاده نمود و از عدم تمکین زوجه متضرر شد، جای طرح این سؤال باقی است که آیا می‌تواند در هنگام طلاق از زوجه مطالبه خسارت بکند.

بعلاوه، در بند مربوط به نحله اجباری ناشی از زندگی مشترک، گرچه سنوات زندگی، نوع اشتغال زن در منزل و قدرت مالی شوهر تا حدودی ملاک تعیین میزان و مقدار مالی است که زوج باید به زوجه خود بپردازد ولی "برای جلوگیری از تشتت آراء و

ایجاد امنیت قضائی و حقوقی لازم است معیارهای دقیقتری در نظر گرفته شود تا حقوق زن بنحو شایسته تأمین گردد"^{۳۴}.

به هر حال، همان‌طور که اشاره مختصر شد، این قانون مذکور در ماده واحده نسبت به پرداخت مقرری ماهیانه موضوع ماده قانون حمایت از خانواده بهتر است. زیرا خاطرات تلخ زندگی مرد هر بار در هنگام پرداخت ماهانه مقرری ماهانه تجدید نمی‌شود و پرونده طلاق برای همیشه بسته شده مشکلاتی نظیر ازدواج مجدد زن و کاهش ارزش پول و نیاز برای به روز نمودن مبلغ مقرری نیز پیش نمی‌آید.

والسلام