



بررسی فقهی حقوقی قاعده لاضرر در تعیین حضانت کودکان بعد از طلاق والدین

پدیدآورنده (ها) : شکوهی، حسن؛ بابایی ساخمرس، مرتضی

میان رشته ای :: نشریه آفاق علوم انسانی :: دی ۱۴۰۲ - شماره ۸۱ (جلد اول)

صفحات : از ۳۷ تا ۵۰

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/2108984>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۴/۰۸/۰۵

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- بررسی تمایز مفهوم ضرر و عدم النفع از منظر قلمرو شمول قاعده لاضرر با تکیه بر مستندات فقهی - حقوقی
- بررسی قوانین مربوط به حضانت کودکان پس از طلاق در نظام حقوقی ایران
- بررسی فقهی و حقوقی سوء رفتار با کودکان؛ در لایحه حمایت از اطفال و نوجوانان و جایگاه آن در اسناد بین‌المللی
- بررسی تعارض قاعده فراش و آزمایش ژنتیک از منظر فقهی و حقوقی
- زنده ماندن قاتل بعد از اجرای قصاص نفس؛ بررسی فقهی حقوقی ماده ۴۳۸ قانون مجازات اسلامی
- بررسی فقهی و حقوقی نظریه طلاق قضایی در صورت عجز طاری زوج از پرداخت نفقه
- بررسی فقهی و حقوقی انکار بعد از اقرار در امور مدنی
- بررسی احکام فقهی - حقوقی کودکان متولد شده از رحم جایگزین
- بررسی احکام فقهی - حقوقی کودکان ناشی از اهدای جنین، موضوع ماده ۳ قانون نحوه ی اهدای جنین به زوجین نابارور
- بررسی فقهی و حقوقی مرز «کودک آزاری» و «تنبیه کودک از سوی والدین»

بررسی فقهی حقوقی قاعده لاضرر در تعیین حضانت کودکان بعد از طلاق والدین

حسن شکوهی^۱

مرتضی بابایی ساخمرس^۲

چکیده:

مقاله حاضر به بررسی فقهی حقوقی قاعده لاضرر در تعیین حضانت کودکان بعد از طلاق والدین می پردازد لذا در این پژوهش سوال اصلی مورد نظر این است قاعده لاضرر چگونه در تعیین حضانت کودکان بعد از طلاق والدین موثر است؟ مهمترین هدفی که در این مقاله دنبال می شود تبیین و شناسایی تاثیر قاعده لاضرر در تعیین حضانت کودکان بعد از طلاق والدین می باشد: حضانت اطفال موضوع مهمی است که از دیرزمان مورد بحث و بررسی فقیهان و حقوق دانان بوده است. در این پایان نامه به اثبات رسیده است که حضانت نوعی از ولایت است که شارع متعال برای پدر و مادر در طول یکدیگر قرار داده است و «حق» نیست که قابل اسقاط باشد، بلکه یک «تکلیف» است و آنان نمی توانند از خود سلب مسئولیت نمایند. اگر چه شیردادن حق است و مادر می تواند آن را اسقاط نماید، ولی قانونگذاری مواردی را برای سقوط حضانت پیش بینی کرده است؛ و نیز با بیان مطالب مربوطه دیگر، به اثبات رسیده است که حضانت اولاد نامشروع بر عهده پدر و مادر طبیعی اوست نه آحاد جامعه و یا دولت اسلامی؛ فقط بین آنها توارث وجود ندارد و در سایر احکام مانند اولاد قانونی است.

کلید واژه ها: حضانت، ولایت اطفال، اولاد نامشروع، مسئولیت. طلاق

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بافت، Hasan_shokohe@gmail.com

^۲ استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد بافت (نویسنده مسئول) m.babaeesakmars@gmail.com

۱- بیان مسئله

اطفال بخش بزرگی از افراد جامعه میباشند و قوانین موضوعه هر کشور الزاماً برای تحقق جامعیت خویش باید به این گروه، توجه ویژه ای کند و منافع و مصالح ایشان را تأمین کند. از آنجا که یکی از اهداف زوجین در امر تشکیل خانواده به دنیا آوردن فرزند میباشد و آنها تلاش می کنند تا کودکی سالم به دنیا بیاورند لذا هر کودکی به دلیل اقتضاء جسمی و روحی، نیاز مند نگهداری و تربیت میباشد و با تولد هر کودک مسئولیت جدیدی بر عهده هریک از والدین اضافه می شود که یکی از این مسئولیت های خطیر مسئله حضانت و نقش والدین در نگهداری و تربیت کودک میباشد به طوریکه اگر به کودک علت حضانت بد و عدم توجه صدمه ای وارد شود فردی که حضانت او را برعهده گرفته است مسئول جبران خسارات میباشد و همچنین فرد حضانت کننده مسئول جبران تمامی خساراتی میشود که از سوی فرزند او به دیگران وارد گردیده است و به استناد قانون، از کسی که حضانت را بر عهده می گیرد بر مبنای تقصیر در نگهداری و تربیت می شود مطالبه خسارت کرد علاوه بر این تمامی مسئولیت های ناشی از تکلیف مربوط به نگهداری و مواظبت بر عهده حضانت کننده است و وی مسئول جبران زیان اشخاص ثالث است (محمدی، ۱۴۰۱). بنابراین اگر هدف از تربیت افراد تنها پرورش قوای بدنی و ذهنی و کسب معلومات جهت شغل باشد دیگر نیازی به کانون خانواده احساس نمیشود زیرا این هدف در مؤسسات عمومی بهتر میسر میباشد.

با در نظر گرفتن مطالب بالا مشخص می گردد که موضوع حضانت اطفال از حیث دین، حقوق و اجتماع واجد اهمیت ویژه ای میباشد اهمیت دینی آن بدان جهت میباشد که کودک امانتی الهی به والدین به طور مستقیم و به جامعه و دولت به طور غیر مستقیم میباشد. بنابراین والدین، جامعه و دولت هر کدام به نوعی در جهت گیری افکار طفل مؤثر هستند

اهمیت آن به لحاظ حقوقی بدان علت میباشد که هدف از شکل گیری قوانین حقوقی، اجرای نظم و برقراری عدالت در جامعه و حمایت از حقوق کلیه اقشار جامعه میباشد و کودک که در این میان به دلیل عدم تکامل رشد جسمی و فکری قادر به دفاع از حقوق خویش نمیباشد مستلزم مراقبت و سرپرستی ویژه می گردد تا در برابر زورگویان و نقض کنندگان قانون و سهل انگاران مورد حمایت خاص باشد از این نظر مسئولیت سنگینی بر دوش قانونگذاران در جهت حمایت از کودک میباشد.

اهمیت اجتماعی موضوع، از آن جهت میباشد که کودکان هر جامعه، آینده سازان آن جامعه هستند و باید در نگهداری و تربیت آنها نهایت دقت صورت گرفته شود زیرا روش و چگونگی تربیت کودک بر تمامی اعمال و رفتار آینده او تأثیر دارد بیشتر بزهکاری ها و انحرافات که در افراد جامعه روی می دهد حاصل صدمات جسمی و روحی میباشد که در دوران کودکی و زمان شکل گیری شخصیت طفل به آنها وارد شده است. بنابراین هرگونه سهل انگاری و بی مبالاتی در امر نگهداری و تربیت کودک عواقبی وخیم برای طفل و اجتماع در بر خواهد داشت که می تواند جامعه را به انحراف سوق دهد.

اما اهمیت بحث حضانت در بین حقوق مدنی نیز، امری قابل اغماض نمیباشد. کمترین دلیلی که بر این مدعا می توان بیان کرد اختصاص یک باب خاص در قانون مدنی به این مسئله میباشد که با توجه به تعداد مواد مربوطه و نیز قوانین مشابه از قبیل قانون حمایت خانواده و برخی از قوانین خاص حضانت، دلالت بر اهمیت این بحث میباشد. همچنین ایجاد بسترهای مناسب برای رشد اطفال، تأمین جایگاه مناسب و توجه کافی و لازم به خصوص ایشان، به منظور پرورش صحیح آنان برای ورود به عرصه های مختلف اجتماعی، یکی از وظایف مقنن میباشد که به طور جدی باید تعقیب، و حدود و ثغور آن به طور دقیق مشخص گردد (میرکمالی، ۱۳۹۴).

این تحقیق به بررسی و تبیین فقهی حقوقی قاعده لاضرر در تعیین حضانت کودکان بعد از طلاق والدین بحث می کند و تلاش دارد با تجزیه و تحلیل جایگاه و نقش قاعده لاضرر در حقوق زوجین پس از طلاق به چالش های موجود در طلاق متقابل زوجین پاسخ دهد تا این نتیجه حاصل شود که قاعده لاضرر توانایی دارد در طلاق نیز تعدیل کننده حقوق زن و مرد شود. امید است این تحقیق بتواند با شناسایی مواردی از حقوق و تکالیف مالی و غیر مالی زوجین بعد از طلاق که محل بحث هست و در حقوق و روایی قضایی موجبات عدم تعادل حقوق زوجین را فراهم کند

۲- معرفی اجمالی قاعده لاضرر

قاعده لاضرر و لاضرر نیز یکی دیگر از قواعد معروف فقه اسلامی است. با تتبع در موارد عدیده تقریباً اطمینان پیدا می شود که حدیث شریف «لاضرر و لاضرر» از پیامبر اکرم (ص) وارد شده است و از جمله کلام آن حضرت است و شخص ایشان و ائمه اطهار (ع) موارد متعددی را بر این حدیث تطبیق فرموده اند. حتی بعضی از فقها مانند فخرالمحققین - قدس سره - در ایضاح ادعای تواتر معنوی - بلکه به یک معنی، لفظی - در مورد این روایت دارند. (جوان، ۱۳۲۶: ۶۶)

۳- معنای ضرر و ضرار

بررسی موارد استعمال واژه های ضرر و ضرار در منابع اسلام نشان می دهد که «ضرر» شامل کلیه خسارت ها و زیان های وارد بر دیگری است، ولی «ضرار» مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد سازد که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی به «سوء استفاده از حق» تعبیر می شود. رسول اکرم (ص) سمره را «مضار» خواند، و ناگفته پیداست که وی با استفاده از حق خود می خواست به صاحب منزل زیان وارد سازد.

۴- معنای «لا» در قاعده لاضرر

اصولاً «لا» در معنای حقیقی خود برای نفی جنس به کار می رود و بر سر هر جمله ای که بیاید دلالت دارد که مدخول لا - یعنی آنچه بعد از «لا» قرار می گیرد - به کلی در عالم خارج وجود ندارد.

بطور مثال «لَارْجُلَ فِی الدَّارِ» یعنی هیچ مردی در خانه نیست. «لا» در جمله مذکور، امکان هر مردی را در منزل نفی می کند و از این جمله، شنونده در می یابد که قطعاً هیچ مردی در منزل نیست (اخوان مقدم، ۱۳۹۳).

حال باید دید وقتی گفته می شود: «لاضرر و لاضرار» آیا مفهوم و معنایش این است که پس از گرویدن مردم به اسلام، دیگر به طور خارجی و عینی میان آنان ضرر وجود ندارد؟ به طور قطع چنین برداشتی از جمله نادرست است؛ زیرا به وضوح می بینیم که در عالم خارج میان مسلمانان ضرر وجود دارد و ابناهی بشر به انحاء گوناگون هر روز منشأ ایراد ضرر به یکدیگر میشوند. وانگهی اگر از جمله بالا چنین برداشت شود که ضرر در عالم خارج وجود ندارد، این موضوع چه ارتباطی به شارع پیدا می کند. شارع چه وظیفه ای دارد که خارجیات را توصیف کند؟ و اصولاً فلسفه صدور آن چه می تواند باشد؟ با بروز این گونه اشکالات، فقها تلاش کرده اند ابعاد و زوایای گوناگون «لا»ی مذکور در حدیث را به گونه ای تفسیر و تعبیر کنند که اقرب به نظر شارع باشد. (امامی، ۱۳۸۱: ۸۹)

۵- بررسی روایات در مورد قاعده لاضرر

در خصوص لاضرر، روایات بسیار زیادی وارد شده که از فرط تعدد به صورت تواتر اجمالی درآمده اند؛ به این معنا که هر چند همه روایات مذکور به یک لفظ نیستند، ولی مضمون واحدی دارند. چون ذکر همه آنچه فقها و محدثان در باب قاعده لاضرر به صورت روایت نقل کرده اند، غیر ممکن است، اجمالاً به ذکر شمه ای از آنها می پردازیم.

معروف ترین حدیث در این مورد، مربوط به داستان سمره بن جندب است که در ذیل آن، جمله «لاضرر و لاضرار» دیده می شود. این داستان به طرق گوناگون نقل شده و مشایخ ثلاثه که تدوین کنندگان کتب اربعه شیعه هستند نیز آن را نقل کرده اند. (حکمت نیا، ۱۳۸۸: ۷۴)

در بعضی از اسناد جمله «فی الاسلام» نیز آمده است. وصول روایات با تعبیرهای مختلف ناشی از نقل به معنا است، ولی مضمون قاعده لاضرر به حال خود محفوظ است. (مهریزی، ۱۳۸۲: ۳۸)

جمله لاضرر و لاضرار در ذیل روایات گوناگونی دیده می شود که از جمله، ذیل روایت شفعه است که مرحوم کلینی از عقبه بن خالد و او از حضرت صادق (ع) نقل کرده است: که آن حضرت (ع) فرمود: «وَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ بِالْشُّفْعَةِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَالْمَسَاكِينِ وَ قَالَ: لَا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ» یعنی حضرت رسول خدا (ص) در مورد شفعه بین شرکاء در زمین و مسکن قضاوت کرد و فرمود لاضرر و لاضرار.

از این حدیث معلوم می شود که علت و حکمت اعتبار حق شفعه در حقوق اسلامی برای شریک همان لزوم نفی ضرر و ضرار است؛ زیرا انسان به هر شریکی راضی نیست. این سخن در اموال مشاعی که قابل قسمت باشد، قبل از تقسیم مصداق دارد و لذا بعد از افراز و تقسیم، دیگر حق شفعه مطرح نیست. در دنباله حدیث پیغمبر (ص) می فرمایند: «إِذَا رَقَّتِ الْأَرْفُ وَ حُدَّتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ» یعنی اگر در زمین علامت گذاشته شده، و حدود مالکیت ها تعیین گردید، دیگر شفعه ای در کار نیست.

حدیث دیگر، روایت دعائم الاسلام است از حضرت صادق (ع) بدین شرح: از حضرت (ع) پرسیده شد دیواری بین دو خانه حد فاصل و ساتر بوده که خراب شده و مالک دیوار حاضر نیست آن را دوباره بنا کند. آیا به درخواست همسایه مجاور می توان مالک دیوار را به تجدید بنای دیوار ملزم ساخت؟ حضرت (ع) پرسید، آیا مالک بنا بر حق یا شرطی متعهد به این کار است؟ و چون پاسخ منفی داده شد، فرمود: چنین الزامی وجود ندارد و همسایه مجاور میتواند به منظور ایجاد ساتر برای ملک خود، دیوار را دوباره به هزینه خودش بسازد. در همین مورد از حضرت صادق (ع) پرسیده شد در چنین فرضی بدون اینکه دیوار خود به خود خراب شود، آیا مالک دیوار بدون هرگونه ضرورتی حق دارد به منظور اضرار به همسایه، آن را خراب کند؟ حضرت (ع) فرمود: چنین حقی ندارد، زیرا بنا به فرموده رسول اکرم (ص) لاضرر و لا ضرار.

در روایاتی که نقل شد به نوعی، جمله «لا ضرر و لا ضرار» به چشم می خورد. باید دانست روایات دیگری نیز از ائمه اطهار (ع) نقل شده اند که هرچند در آنها جمله فوق الذکر نیامده، ولی روایت از نظر معنا و مدلول بر آن استوار است (سبزواری، ۱۴۰۶: ۱۵۴).

به موجب روایت دیگری که مرحوم کلینی نقل کرده: شخصی به نام محمد بن حسینی می گوید: به حضرت ابی محمد (ع) نوشتم که شخصی قناتی دارد و دیگری در جوار او قصد حفر قنات دارد. با توجه به وضعیت محل چه مقدار باید رعایت حریم کند که به صاحب قنات دیگر ضرر نرساند. حضرت (ع) در پاسخ نوشت: «عَلَى حَسَبِ أَنْ لَا تَضُرَّ أَحَدِيَهُمَا بِالْآخِرَى» یعنی به گونه ای که یکی به دیگری ضرر نرساند.

از سوال و پاسخ معلوم است که در ذهن سوال کننده لزوم عدم اضرار به غیر، جزء باورش بوده و به همین علت می پرسد چقدر فاصله بگیرد که موجب ضرر دیگری نشود؟ یعنی سؤال از اصل حکم نیست که آیا عمل میتواند موجب اضرار باشد یا خیر، بلکه فقط می پرسد چه مقدار باید فاصله بگیرد؟ و عبارت دیگر، شبهه، حکمیه نیست، بلکه مصداقیه است. منشأ این سابقه ذهنی، متداول بودن مفهوم عدم جواز از اضرار در عرف جامعه بوده؛ یعنی عقلای جامعه بر اعتبار این اصل عقلی مهر تأیید زده بوده اند و سؤال کننده یکی از آحاد جامعه، به متابعت از این مفهوم و اعتقاد تثبیت شده به طرح سؤال پرداخته است. البته ممکن است این مفهوم، ریشه شرعی نیز داشته باشد.

روایت دیگر نیز در وسائل الشیعه است، بدین مضمون که شیخ صدوق از رسول اکرم (ص) روایت می کند که پرسیده شد اگر شخصی به زن خود ضرری برساند تا با تسلیم مال درخواست طلاق کند، حکم قضیه چیست؟ حضرت (ع) فرمود: خدا در مورد چنین کسی جز به آتش، عقوبت دیگری نمی دهد و اضافه فرمود کسی که به مسلمانی ضرر برساند، از ما نیست و ما هم در دنیا و آخرت از او نیستیم.

فخر المحققین در کتاب ایضاح الفوائد فی شرح القواعد در باب رهن، ادعای تواتر این گونه احادیث را میکند و شیخ حر عاملی در کتاب وسائل الشیعه بابتی به نام باب «انه لا يجوز الاضرار بالمؤمن» ترتیب داده و تعدادی از احادیث را همان جا نقل کرده و تعدادی دیگر را در ابواب احیای موات و شفعه و سایر ابواب نقل کرده است. (شریف لاهیجی، ۱۳۷۳: ۸۰)

قاعده لاضرر در قانون مدنی و اساسی ایران

قانون مدنی ایران در معارضه اعمال حق و قاعده لاضرر، حاکمیت "لاضرر" را پذیرفته است و در این خصوص موارد زیر را برای مثال می توان ارائه داد:

الف) وقفی را که به قصداً ضرر دَیّان واقع شده، منوط به اجازه دیان کرده است (ماده ۶۵).

ب) اجبار شریک را برای تعمیر دیوار مشترک در صورتی که دفع ضرر به طریق دیگری ممکن نباشد، مجاز شناخته است (ماده ۱۱۴).

ج) اجبار صاحب دیوار مُشرِف به خرابی را به تخریب آن، به علت خوف اضرار به غیر پذیرفته است (ماده ۱۲۲).

د) تصرف مالک را در ملک خود در صورت استلزام تضرر همسایه ممنوع کرده است، جز در شرایط معین (ماده ۱۳۲).

هـ) تصرف در حریم را به منظور جلوگیری از ضرر به صاحب حریم منع کرده و میزان حریم را به اندازه ای معین کرده که برای دفع ضرر کافی باشد (مواد ۱۳۸ و ۱۳۹).

و) استفاده از آب رودخانه برای احیای اراضی جدید را منوط به عدم تضییق و اضرار به صاحبان اراضی سابق کرده است (ماده ۱۵۹).

ز) تقسیم مال مشترک را در صورتی که متضمن ضرر شریک باشد، بدون رضای شریک متضرر، ممنوع کرده است (مواد ۵۹۱ و ۵۹۲).

ح) در تنقیه یا تعمیر قنات مشترک برای دفع ضرر، اجباراً شریک ممتنع را به شرکت در تنقیه و تعمیر یا اجاره یا فروش سهم او اجازه داده است (ماده ۵۹۴).

ط) برهم زدن تقسیم را به لحاظ ظهور عیب در حصه یک یا چند نفر از شرکا به لحاظ ضرر وارد شده، روا دانسته است (ماده ۶۰۰).

ی) تأخیر اعلام رد یا قبول موصی له را در صورتی که موجب تضرر ورثه باشد، موجب اجبار او از طرف حاکم بر اعلام تصمیم شناخته است (ماده ۸۳۳).

ک) ورود ضرر را به زوجه از موارد اجبار شوهر به طلاق معین کرده است (ماده ۱۱۳۰).

۶- ارتباط قاعده با برخی از قوانین مسؤلیت مدنی و قانون اساسی

۱) قانون مسؤلیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۲/۷

ماده ۱ هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسؤول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد.

۲) موجبات ضمان

ماده ۳۱۶ جنایت اعم از اینکه به مباشرت انجام شود یا به تسبیب یا به اجماع مباشر و سبب موجب ضمان خواهد بود.

۳) مسؤولیت مدنی صغیر ماده ۱۲۱۶ ق.م.

هرگاه، صغیر، اعم از ممیز و غیر ممیز، زبانی به دیگری وارد کند، مسئول است. ماده ۱۲۱۶ ق.م. مقرر می دارد «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر غیر شود ضامن است» این ماده از فقه اسلامی اقتباس شده است.

۴) اصل چهلم قانون اساسی

در اصل چهلم قانون اساسی آمده است: «هیچکس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

۷- کارکردهای قاعده لاضرر در فقه و حقوق خانواده

در بخش حقوق خانواده وجود موادی از قانون مدنی مثل مواد ۱۰۲۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰، ۱۱۱۷، ۱۱۱۵ قانون مدنی نشان از حاکمیت قاعده «لاضرر» دارد. در فقه امامیه نیز مواردی یافت می شود که در بخش حقوق خانواده به قاعده لاضرر استناد شده است. در ادامه به موارد مهم آن اشاره می شود:

۸- سقوط ولایت در صورت امتناع ولی از تزویج سفیه به موجب قاعده لاضرر

سقوط ولایت ولی در ازدواج سفیه

در صورتی که سفیه نیاز به ازدواج داشته باشد و ولی وی از تزویج او سر باز زند، در اینکه وی در ازدواج مستقل عمل کند یا دیگری متولی این امر گردد، علامه حلی با تردید در قواعد می گوید: «سفیه می تواند خود اقدام به ازدواج نماید، زیرا در غیر این صورت "ضرر" متوجه وی می گردد که توسط پیامبر (ص) چنین ضرری نفی گردیده است.

فخر المحققین در اینجا به قاعده نفی حرج استناد می کند و با نقل قول مخالف می گوید: «به خاطر آنچه که گفته شد، نظر صحیح تر نزد من جواز بعهد گرفتن سفیه نسبت به کارهای خودش می باشد» (قائمی، ۱۳۶۳: ۵۹)

۹- قاعده لاضرر و سقوط حق حضانت طفل توسط مادر

برخی از فقیهان درخصوص حضانت مادر نسبت به طفل و مسئله شیردادن وی در مواردی به استناد قاعده نفی ضرر و نفی حرج می گویند، حق حضانت مادر ساقط می‌گردد. شهید اول در فرضی که مادر طفل تقاضای اجرت می کند و دیگر (مرضعه دیگر) اجرت کمتری می گیرد می گوید: پدر می تواند طفل را از مادر بگیرد و به مرضعه بسپارد.

شهید ثانی در رابطه با موضوع بحث و استناد به قاعده لاضرر توجیه دیگری ارائه داده و می گوید: « در چنین فرضی قدم اول آن است که در صورت امکان، مرضعه پیش مادر طفل بیاید و او را شیر بدهد و در صورت عدم امکان آمدن مرضعه، تنها به اندازه شیر خوردن طفل به مرضعه سپرده شود، اما در صورتی که هیچ کدام از این موارد ممکن نباشد بهتر آن است که حق مادر نسبت به حضانت طفل به دلیل قاعده نفی حرج و ضرر ساقط گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹: ۷۰)

۱۰- سقوط حضانت طفل توسط مادر از دیدگاه فقه و قانون مدنی

کلمه حضانت (به فتح و کسرحاء) در لغت به معنای نگهداری است. معنی اصطلاحی آن نیز از معنوی لغوی دور نیفتاده است. قانون مدنی این کلمه را تعریف نکرده، لیکن بعضی از فقهای امامیه در تعریف آن چنین گفته اند: «حضانت عبارتست از ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و متعلقات آن از قبیل نگهداری کودک، گذاردن او در بستر، سرمه کشیدن، پاکیزه کردن، شستن جامه های او و مانند آن» به تعبیر دیگر می توان گفت: حضانت نگهداشتن طفل، مواظبت و مراقبت او و تنظیم روابط او با خارج است، با رعایت حق ملاقات که برای خویشان نزدیک طفل شناخته شده است.

بنابراین حضانت بیشتر ناظر به حمایت جسمی از کودک است، هرچند که حمایت روحی و اخلاقی طفل نیز در این نهاد حقوقی، هم در حقوق اسلام و هم در حقوق جدید ایران، منظور بوده است. همچنین بعضی از فقهای امامیه گفته اند: مادری که عهده دار حضانت است نمی تواند طفل را از شهر به روستا ببرد، زیرا تعلیم و تربیت کودک در شهر بهتر از روستا تأمین میگردد. وانگهی کلمه تربیت که فقهاء در تعریف حضانت بکاربرده اند دارای دو جنبه جسمی و روحی، مادی و معنوی است و اختصاص به پرورش جسمی ندارد.

ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز به جنبه معنوی و اخلاقی حضانت اشاره می کند، چه این ماده مقرر می دارد که هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، دادگاه میتواند هر تصمیمی را که درباره حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند. (سبزواری، ۱۴۰۶: ۱۲۸)

۱۱- مسئولیت ناشی از حضانت

چنان که روشن شد، حضانت کودک تنها حق پدر و مادر نیست، مانند حق الرضاعه که قابل اسقاط باشد، بلکه نوعی از ولایت و اقتداری است که خداوند متعال بر اساس حکمت و مصلحت اجتماعی برای پدر و مادر در راستای طبیعت آنان، به منظور نگهداری و تربیت فرزند و رشد و تعالی جامعه انسانی جعل کرده است و از این ولایت نوعی وظیفه و تکلیف شرعی و اخلاقی و اجتماعی برای پدر و مادر به وجود می آید؛ و اگر گاهی در مباحث حقوقی و یا فقهی صحبت از حق می شود، منظور توانایی است که قانونگذار برای اجرای تکالیف و وظایف خویش به پدر و مادر در برابر دیگران داده است؛ بنابراین در تعبیر ماده «۱۶۸ق م» که اعلام می کند نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است، نباید چنین پنداشت که نویسندگان آن

دچار تردید و تناقض گویی شده اند.

نگهداری کودک در زمره تکالیف پدر و مادر است. پدر و مادر حق دارند آنچه به عهده دارند. انجام دهند و از کودک و سایرین بخواهند مانع اجرای وظیفه آنان نشوند و به لوازم آن گردن نهند (همان، ص ۲۷۳)

بحث مسئولیت ناشی از حضانت، در حقیقت ثمره عملی بین دومیابی است که در بحث های قبلی به آن اشاره شد و آن اینکه: اگر گفتیم حضانت ولایت است. نه قابل اسقاط است و نه می شود به دیگری واگذار کرد و خود را از زیر بار مسئولیت رها کرد، و نه می توان بر اجرای این وظیفه و تکلیف الهی مطالبه اجرت کرد؛ اما بر اساس نظریه ای که حضانت را حق دانسته است، می تواند اسقاط کند و از خود سلب مسئولیت نماید و اجبار پدر و مادر هم غیر ممکن است و نیز بر پدر و مادر واجب نیست حضانت کودک را قبول کنند؛ اگرچه بعضی از فقها واجب دانسته اند و دلیل آن را هم فرموده اند: از باب ضایع شدن فرزند است، اما شهید ثانی فرموده اند: اگر هم واجب باشد، از باب وجوب کفایی است و اختصاصی به ذی الحق ندارد، بلکه نگهداری این کودک هم مانند سایر مضطربین است؛ مثل دیوانگان که نگهداری آنان بر همه مسلمانان واجب است، اما بر اساس نظریه مختار باید بگوییم از ابتدا حضانت و نگهداری کودکان یک تکلیف قطعی و واجب الهی است و هیچ گاه پدر و مادر نمی توانند شانه از زیر بار این مسئولیت خالی کنند؛ زیرا حضانت کودک واجب عینی و بر عهده آنان است (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۲۱ / ج ۲، ص ۱۶۳)

اکنون که روشن شد قانونگذار نگهداری کودکان را وظیفه و تکلیف شرعی و قانونی پدر و مادر می داند، باید گفت: آنان حق ندارند کودک خود را رها سازند و یا او را مهمل گذارند؛ و اگر طفل را در زمان حضانت رها کنند و از این راه صدمه ای به او وارد شود، علاوه بر ارتکاب کار خلاف و غیر مشروع، یعنی حرمت تکلیفی، مسئول هر گونه خسارات ناشی از ناسپاسی و بی رحمی خود نیز خواهند بود.

در ماده ۱۱۷۸ ق م آمده است: پدر و مادر مکلف هستند در حدود توانایی خود به ترتیب اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند (حجتی و اشرفی، ۱۳۷۱، ص ۲۴۳).

اگر چه قانونگذار نسبت به ضمانت اجرایی و مسئولیت ناشی از تخلف پدر و مادر سکوت کرده است، ولی این سکوت به معنای مصون ماندن آنان نیست، بلکه به این سبب است که نیازی به آن نبوده است؛ زیرا محبت طبیعی پدر و مادر بهترین ضمانت اجرایی تکالیف اخلاقی آنان است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۷۷)؛ از این رو می توان گفت: در صورت تخلف عمدی از مسئولیت حضانت و یا مسئولیت دیگر مانند ندادن نفقه، آنان مسئولیت شرعی و قانونی دارند و قابل مجازات خواهند بود؛ چون تقصیر در نگهداری کودک مبنای مسئولیت سرپرست صغیر و مجنون و از جمله پدر و مادری است که حضانت را بر عهده دارند؛ بنابراین اگر پدر و مادری فرزند خود را در کوچه و خیابان و یا در صحرا و بیابان رها کنند و از این راه خسارتی بدنی و یا جانی بر او وارد شود، ضامن خواهند بود و قابل تعقیب و مجازات می باشند؛ ضمن آنکه حاکم شرع می تواند پدر و مادر را تعزیر کند؛ چنان که فقیهان امامیه فرمودند: «اگر کسی مرتکب حرامی از محرمات الهی شود، باید او را تعزیر کنند» (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۹۵ / فخرالمحققین، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۲۶۳)

اما اینکه آیا ادعای فرزند علیه پدر و مادر، مبنی بر اینکه آنان مرا نگهداری نکرده اند و یا به خوبی مرا تربیت نکردند و بر اثر انجام ندادن وظیفه، خساراتی بر من وارد شده است و یا مثلاً اگر مرا وادار به تحصیل کرده بودند؛ اکنون من یک مهندس و یا پزشک و شخصیت دیگری بودم، ولی اکنون بی سواد هستم و امثال این ادعاها و از دادگاه بخواهد پدرش را تعقیب قانونی بکند، آیا او حق دارد یا خیر؟ و آیا دعوای او در دادگاه پذیرفته می شود یا خیر؟ این مبحثی است که فقیهان و حقوق دانان در آن بحثی نکرده اند، ولی جای این بحث در مباحث حقوقی و پژوهشی وجود دارد و باید بحث و بررسی شود؛ ولی چون از حوصله این مقاله بیرون است، ما آن را به زمان دیگری موکول می نماییم ولی بد نیست به طول اختصار به نکته ای اشاره نماییم و آن اینکه: ممکن است گفته شود اگر چه فرض پدر و مادری وظیفه حضانت را انجام نداده اند و از تکلیف سرپیچی کرده اند، اما حسابشان روز قیامت با خداوند است و شأن پدری و مادری و اهمیت حقی که بر عهده فرزند دارند، اقتضا نمی کند فرزند علیه پدر و مادر خودش این گونه شکایت کند؛ چنان که بعضی از حقوق دانان گفته اند: «دادرسی بین پدر و فرزند نیست» و یا در بعضی از روایات آمده است: «انت و مالک لایبک»: تو و هر چه داری، از آن پدر توست؛ بنابراین هیچ فرزندی نمی تواند ادعایی از این ناحیه علیه پدر و مادرش داشته باشد (حر عاملی، ۱۳۹۱ق، ج ۲، ۱۹۷-۱۹۶).

با این همه می توان گفت: از آنجایی که تخلف از وظیفه شرعی و قانونی با تقصیر، مبنای حقوقی مسئولیت مدنی و تعقیب و مجازات است و مفروض این است که این پدر و مادر در نگهداری فرزند تقصیر کردند، بعید نیست گفته شود برای حفظ نظم در جامعه و عدم تکرار مورد مشابه آن، اگر فرزند با ادله ی قطعی شکایت کند که پدر و مادر از این وظیفه استنکاف کرده اند و از این طریق بر این فرزند خسارتی وارد شده باشد، بتوانند حکم به تعقیب و مجازات بدهند (امینی، ۱۳۹۱)؛ ولی در قانون مجازات اسلامی در حمایت کودک در رابطه با حضانت و هزینه زندگی او چند ماده قانونی آمده است: در ماده ۶۳۳ می خوانیم: «هر گاه کسی شخصاً یا به دستور دیگری، طفل یا شخصی را که قادر به محافظت خود نمی باشد، در محلی که خالی از سکنه است رها نماید، به حبس از شش ماه تا دو سال و یا جزای نقدی از سه میلیون تا دوازده میلیون ریال محکوم خواهد شد و اگر در آبادی و جایی که دارای سکنه باشد، رها کند تا نصف مجازات مذکور محکوم خواهد شد و چنانچه این اقدام سبب وارد آمدن صدمه و یا آسیب بدنی و یا فوت شود، علاوه بر مجازات حسب مورد به قصاص و یا دیه و یا ارش نیز محکوم خواهد شد» (مجموعه قانون مجازات اسلامی).

ماده فوق اشعار می دارد: اگر عمل والدین منجر به این شود که کودک خود را مهمل و رها سازند، چه در جایی که خالی از سکنه است و یا در جایی که خالی از سکنه نیست، علاوه بر محکومیت به حبس و جزای نقدی مذکور در اصل ماده، مشمول ادله قصاص و دیات هم خواهند شد و مستند آن هم اطلاعات و عمومات ادله قصاص و دیات است؛ بنابراین اگر فرزند با ادله ی قطعی علیه پدر و مادرش شکایت کند، دادگاه باید به آن ترتیب اثر بدهد؛ ولی این بحث نیازمند تحقیق و بررسی بیشتری است که باید در پژوهش های دیگری به آن پرداخت.

نتیجه گیری

"قاعده لاضرر" از قواعد اساسی فقه اسلامی و حقوق ایران است که در ابواب مختلف فقه اعم از عبادات و معاملات، عقود و ایقاعات ضمان قهری، جزائیات و در بخشهای مختلف حقوقی از جمله حقوق خانواده کاربرد دارد.

امروزه نقش قاعده لاضرر در زمینه مسائل حقوقی در عرصه ایست که در حقوق اروپا و در حقوق سایر نقاط دنیا از آن به عنوان "مسئولیت مدنی" یا "Responsabilite civil" شناخته می شود و شامل هر موردی است که شخص به علت تخلف از قرار داد یا مسئولیتهای خارج از قرارداد مسئول جبران خسارت شخص دیگری است.

در حقوق اروپا در بیشتر نظام های حقوقی دنیا تحت تأثیر مستقیم یا غیر مستقیم "حقوق رم"، "نظریه تقصیر" را مبنای مسئولیت مدنی می دانند و این اصل در متن بیشتر قوانین مدنی دنیا و از جمله در ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه ذکر شده است.

اولاً - هیچ بابی از ابواب فقه نیست مگر آنکه در صورت پیش آمدن ضرر مشمول قاعده لاضرر قرار می گیرد. ثانیاً - از آنجا که مفهوم قاعده لاضرر، نفی حکم ضرری است لذا قاعده مزبور اقتضا دارد که هیچ ضرری مورد تأیید و تصویب شارع قرار نگیرد مگر احکام نادری که با فرض مقدار پیش بینی شده ای از ضرر، تشریع شده اند، مثل خمس یا زکات یا حج ولی این نکته را نیز باید در نظر داشت که:

۱. اگر ضرری بیش از حد متعارف و مورد نظر پیش آید این ضرر اضافی مورد تصویب شارع نیست. مثل سفر حجی که خوف زیان جانی یا مالی غیر عادی مثل نا امنی و نظائر آن داشته باشد.

۲. هر ضرری که از سوی شخصی بر دیگری پیش آید مستلزم ضمان است و هیچ مبنای منحصری از قبیل "تقصیر" یا "قصد اضرار" یا غیر اینها در فقه اسلام و در حقوق ایران وجود ندارد و تنها ملاک، ورود ضرر و احراز رابطه سببیت است.

۳. لازمه حکومت قاعده لاضرر این است که باید جزء علت تامه ضرر برداشته شود. لذا گاهی این منظور با قائل شدن حق فسخ بدست می آید. مثل خیار غبن، خیار عیب و نظائر اینها. گاهی با عدم نفوذ عمل حقوقی حاصل می شود مثل مواردی که در عمل حقوقی "عیب رضا" وجود دارد مثل معامله اکراهی یا فضولی، که با تشریع حق رد یا تنفیذ معامله برای ذینفع، راه ورود ضرر بسته می شود. با توجه به قاعده لاضرر اگر خواسته باشیم در حقوق اسلام و ایران نیز معیار و ضابطه ای برای ضمان قهری یا مسئولیت مدنی قائل شویم میتوانیم ضابطه مزبور را ضابطه "نفی ضرر" بدانیم، زیرا از نظر فقه اسلامی و قانون مدنی و بنای عقلا هیچ ضرری نباید بدون جبران بماند، خواه در ورود آن ضرر "قصد اضرار" یا حتی "تقصیر" نقشی داشته یا نقشی نداشته باشد، و فرقی نمی کند که ضرر متوجه جامعه باشد یا افراد خانواده باشد و از حیث معنوی بودن یا مادی بودن ضرر نیز تفاوتی نمی باشد. به هر شکلی که تصور شود ضرر وارده باید جبران گردد.

خداوند در آیه ۲۳۳ سوره بقره می‌فرماید: «لاتضار والده بولدها ولا مولود له بولده» مادری که فرزند خود را شیر می‌دهد نباید به کودک شیرخواره خود ضرر بزند در غیر این صورت برای دفع ضرر حضانت مادر ساقط شده و کودک شیرخواره به مرضعه دیگری سپرده می‌شود و یا اینکه در آیه ۲۳۱ سوره بقره می‌فرماید «ولاتمسکوهن ضاراً لتعتدوا»، یعنی نگاه ندارید آن زنان را تا تعدی کنید.

آنچه که از آیه ۲۳۳ سوره بقره حاصل می‌شود آن است که انسان در هر برهه از زمان با استفاده از قوه عقلانی و بهره‌مندی از فرامین الهی که از طریق فرستادگانش بدست آورده در اینکه شیر مادر، برای کودک بعنوان بهترین شیر محسوب می‌شود هیچ تردیدی ندارد و از آنجا که شیر دادن امری است واجب، ولی مادر مجبور نیست کودک خود را شیر دهد. البته بر هر عاقلی واضح است، مهر مادری اجازه نمی‌دهد شاهد گرسنه ماندن کودک شیرخواره اش باشد. ولی گاه در مواقع بروز اختلافات زوجین و از هم پاشیدن زندگی زناشویی هستند کودکان شیرخواره‌ای که قربانی خودخواهی والدین قرار گرفته و متضرر می‌شوند. خداوند از طریق آیه شریف ۲۳۳ سوره بقره در چنین مواقعی وظایفی را بر پدر و مادر تکلیف می‌فرماید. به طور کلی از مباحث ذکرشده در این نوشتار، مسائلی روشن می‌گردد که به اختصار به آنها اشاره می‌کنیم:

۱. حضانت بر اساس فطرت و طبیعت پدر و مادر تشریع شده و خود دلیلی بر علم و حکمت و لطف خدای متعال است و هیچ فرد دیگری غیر از والدین، چه از خویشاوندان و بیگانگان صلاحیت این امر را ندارند.

۲. حضانت از نوع ولایت و اقتداری است که شارع متعال بر اساس مصلحت کودک و به منظور حفظ و نگهداری و تربیت صحیح در مرتبه اول برای مادر و در مرتبه دوم برای پدر و در طول یکدیگر قرار داده است، و قول کسانی که آن را از نوع حقوق دانسته‌اند، صحیح به نظر نرسید و به دلایل آنان پاسخ داده شد و چنان که در اصل مقاله بیان شد، قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز که مبنای عمل در محاکم قضایی است، از همین نظریه مختار پیروی کرده است.

۳. کسانی که عهده دار حضانت کودک می‌شوند، مانند مادر دارای شرایط اعتقادی و اخلاقی ویژه‌ای هستند که ما آنها را از زبان شهید ثانی، شارح کلام محقق حلی بیان کردیم.

۴. بر اساس ولایت بودن حضانت پدر و مادر، علاوه بر حکم تکلیفی الهی، دارای مسئولیت‌هایی نیز می‌باشند و حق ندارند فرزند خود را رها سازند یا آنها را مهمل بگذارند، بلکه واجب است در حفظ و تربیت کودک خود نهایت سعی را مبذول دارند و اگر به تکلیف و حکم الهی عمل نکنند، حاکم شرع و قاضی اسلام می‌تواند آنها را الزام کرده و آنان را نیز مجازات کند.

۵. به مناسبت طرح بحث حضانت کودک شرعی و قانونی، حضانت کودک نامشروع نیز مورد بحث قرار گرفت و روشن شد حضانت و تربیت و هزینه زندگی او بر عهده پدر طبیعی اوست؛ چون عدم الحاق این کودک به پدرش مربوط به مسئله ارث و بعضی امور دیگر است؛ اما در بعضی از مسائل باید به پدر و مادر طبیعی

خودش وابسته باشد و دلیلی ندارد حضانت و یا مخارج زندگی او را به عهده دولت و جامعه مسلمانان قرار دهیم.



