

بررسی برخی از کاربردهای قاعده لاضرر در حقوق خانواده

امان الله علیمرادی^۱

رقیه ارژنگی پور^۲

چکیده

قاعده فقهی «لاضرر» بعنوان یکی از مبانی مستحکم فقهی و حقوقی مسائل مربوط به خانواده محسوب می گردد موضوع ضرر و زیان حیثیتی و مادی برای زن در صورت بودن زن باشوهر در یک منزل (ماده ۱۱۱۵ ق م) و استتکاف شوهر از ادای نفقه یا عجز او (ماده ۱۱۲۹ ق م) و آثار حقوقی آن و مسأله غیبت زیاد و غایب مفقود الاثر بودن شوهر (ماده ۱۰۲۹ ق م) قطعاً علاوه بر هر دلیل نقلی و عقلی دیگر ، از «قاعده لاضرر و لاضرار فی الاسلام» تبعیت می کند تطبیق قاعده لاضرر با مواد مذکور در کنار سایر ادله می تواند کارآیی و گستردگی فقه اسلام را نشان بدهد و بر بسیاری از شبهات مخصوصاً در حیطه ی امور خانواده پاسخ دهد.

واژگان کلیدی: قاعده ی لاضرر ، خانواده ، زوج و زوجه ، نفقه

^۱ - استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد بافت

^۲ - کارشناس ارشد رشته حقوق زن در اسلام

مقدمه

اندیشیدن در عالم آفرینش و پیچیدگی هایش و در عین حال نظم آن و بهره مندی از خلقت زیبا و شگفت آور برای انسانی که هنوز مراحل کمالات را نیاموده است و از اشرف مخلوقاتیش بهره چندانی نبرده بسیار دشوار است .

انسان از بدو تولد طبق آفرینش ، به فرامین سیستم مغزی خود اطاعت کرده و بدون هیچ دخل و تصرفی سر تعظیم فرود آورده و به فرمان مغز عمل مینماید. با کمی تامل در می یابیم که علاوه بر طبیعت که از بدو پیدایش کارشان اطاعت پذیری از قوانین حاکم بر نظم است ، فیزیولوژی انسان نیز دور از اطاعت پذیری از قوانین حاکم بر نظم نمی باشد .

سیستم داخلی انسان از مغز فرمان برده و به فرامین آن کاملاً مقید است . و همان مغز ، فرامینی صادر می کند که شخص را وادار می کند برای نیل به تکامل و پیشرفت در محیط اجتماعی با انسان های دیگر روابط برقرار سازد .

اما از جهتی انسانی که به سر حد کمالات نرسیده و درگیر هوای نفسانی ، خودخواهی ، تکبر و حسد و .. میباشد ، باید قوانینی وجود داشته باشد که در جهت نظم عمومی به کار آیند تا همگان در امنیت زندگی کنند . و مسلم است ، قانونگذار باید کسی باشد که انسان از او تبعیت کند و این قانونی نیست جز قانون الهی که خالق انسان است و به خوبی واقف شرح حال خلقتش می باشد . قوانینی که از سوی خالق هستی صادر می شود دارای ثبات و نظم است و تبعیت از آن هیچکس را متوجه ضرر و خسران نخواهد نمود .

خانواده نیز به عنوان اولین اساس جامعه مستثنی نبوده و برای استحکام و ثبات بنیانش می بایست از قوانین الهی تبعیت کرده تا نظم و آرامش در محیط خانوادگی حاکم شده و طبق «قاعده لاضرر و لاضرار» از ضرر و خسران پیشگیری نماید. هدف اصلی این تحقیق بررسی قاعده لاضرر در خصوص حقوق خانواده و گام نهادن در این زمینه که، فقها و علمای برجسته به خاطر اهمیت و ضرورت "قاعده" تفحص نموده اند بسیار مفید است

بررسی ماده ۱۱۱۵ قانونی مدنی:

هدف اصلی نکاح اینست که زن و مرد به واقع تشکیل خانواده بدهند، و رسیدن به این هدف با جدایی آنان امکان پذیر نیست. با اینکه ازدواج تنها به منظور ایجاد رابطه جنسی بین زن و شوهر بوجود نمی آید، بطور معمول این رابطه مهم ترین هدف آنست وزن شوهر، از نظر اخلاقی و حقوقی، مکلف به حفظ روابط جنسی با همسر خود و سکونت مشترک با او هستند. بنابراین زن باید در منزلی که شوهر تعیین میکند مسکن گزیند. (ماده ۱۱۱۴ ق.م) و شوهر نیز وظیفه دارد که او را در محل سکنای خود بپذیرد. قانون مدنی در باب وظیفه شوهر حکم صریح ندارد ولی عرف مسلم آن را از لوازم حسن معاشرت بازن می داند. حال اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضربدنی، یا مالی، یا شرافتی برای زن باشد، زن می تواند مسکن علیحده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه، حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد. مادام که زن در بازگشتن به منزل معذور است نفقه بر عهده شوهر خواهد بود (ماده ۱۱۱۵ ق.م). مبنای فقهی ماده فوق لاضرر است. که به موجب آن احکام و عموماً اولیه برداشته می شود در اینجا چون اطاعت از شوهر در خصوص سکونت در منزلی که شوهر تدارک دیده باعث ورود ضرر بر زوجه است، عموم و جوب

اطاعت رفع می گردد. (محقق داماد، منبع پیشین، صص ۳۱۲ و ۳۱۳) قانون مدنی در ماده فوق متعرض سه نوع ضرر شده است:

الف - ضرربدنی؛ مانند آنکه زن از ضرب و جرح شوهر و یا کسان او خائف باشد.

ب - ضررمالی؛ مانند آنکه زن خائف باشد زوج و یا کسان او اموال او را کرها بر بایند.

ج - ضرر شرافتی؛ مانند آنکه زوج به علت معاشرت و رفت و آمد دوستان ناباب زوج به منزل مسکونی او، از شرافت و حیثیت خویش خائف باشد.

از ظاهر ماده فوق چنین استنباط می گردد که زوج هنگام وجود ضرر بلافاصله می تواند از منزل خارج شود و نیازی به مراجعه به دادگاه و کسب مجوز ندارد ولی پس از خروج زن از منزل چنانچه زوج از پرداخت نفقه خودداری کند و زوج به جهت دریافت نفقه به دادگاه درخواست تقدیم نماید، یا آنکه زوج برای بازگشت زوج خویش به دادگاه درخواست دهد، دادگاه پس از رسیدگی در صورت ثبوت خوف ضرر، حکم به بازگشت نموده و زوج را به پرداخت نفقه ملزوم می سازد زیرا خروج زوج از منزل با مجوز قانونی صورت گرفته، بنابراین ناشزه محسوب نشده و حق دریافت نفقه دارد. باید توجه داشت که چون قانون مدنی منشا و طرف ایجاد بیم ضرر مشخص نکرده، لذا اختصاص ندارد به آنکه زن تنها از ناحیه شوهر خائف باشد بلکه اعم است از آنکه شخص شوهر قصد تعرض و ایراد خسارت داشته و یا کسان او و یا هر عامل دیگری که با خروج زن از منزل مزبور رفع گردد.

بررسی ماده ۱۲۹ قانون مدنی «استنکاف شوهر از ادای نفقه، یا عجز او»

«در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می نماید، همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه».

آنچه از این ماده استنباط می گردد این است که عدم انفاق ممکن است به علت استنکاف زوج باشد، یعنی زوج با وجود ملائت از پرداخت نفقه خودداری کند یا به دلیل اعسار و عجز، امکان عمل به تکلیف برای وی میسر نباشد به هر حال قانون گذار در ایجاد حق طلاق هیچ تفاوتی بین این دو قایل نشده است و عدم انفاق را موجب ایجاد اختیار طلاق برای زن می داند. که در ذیل هریک از این دو سبب را بررسی می نمایم:

الف) استنکاف شوهر از ادای نفقه:

از نظر فقهی این حالت از مصادیق نشوز زوج می باشد.^۱ (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص ۷۰۶) فقها مسلم دانسته اند که در این صورت زوجه فقط می تواند به دادگاه مراجعه نموده و درخواست حقوق خویش را بنماید و به هیچ وجه نمی تواند از ادای وظایف زوجیت امتناع ورزد و در واقع نباید چنین پنداشت که چون در صورت امتناع زوجه از ادای وظایف زوجیت مرد می تواند از ادای نفقه خودداری کند، پس بالعکس نیز چنانچه مرد از ادای نفقه خودداری کند، زوجه هم بتواند از انجام وظایف زناشوئی امتناع ورزد. بنابراین تنها راه مراجعه به دادگاه می باشد. (نجفی، ۱۳۷۷، ج ۳۱، ص ۲۰۷)

^۱ - شوهری که حقوق ناشی از نکاح را که برای زوجه حاصل شده ایفاء نکند این حقوق عبارت است از دادن نفقه و کسوه و حسن سلوک. که در اصطلاح فقه و حقوق ناشر گفته می شود

و در صورت امتناع زوج از اجرای صیغه طلاق، زن را مطلقه می نماید. مبناى فقهی این حکم رامی توان به اختصار چنین بیان نمود:

۱- آیات^۱: طلاق قابل رجوع دوبار است، پس باید یابه خوشی و سازگاری زن را نگهدارد و یابه خوبی او را رها کند». و همچنین آیه ۲۳۱ سوره بقره^۲ می فرماید: شوهر در زندگی مشترک با همسر خود باید یکی از این دوره را برگزیند، یا با وی به نیکی رفتار کند و یا او را طلاق دهد. ازین روشوهر نمی تواند هم از ایفای حقوق زوجه - از جمله نفقه - امتناع کند و هم از طلاق دادن او. (علوی قزوینی، بی تا، ص ۱۰۹)

۲- روایات: امام صادق (علیه السلام) فرمود: «هرگاه مردی همسرش را پوشاک و خوراک مناسب دهد، زن ملزم است به زندگی با وی ادامه دهد و گرنه مرد باید او را طلاق دهد.» (عاملی، بی تا، ج ۱۵، حدیث ۴ باب نفقات).

- روایت دیگر از ابی بصیر که می گوید: امام باقر (علیه السلام) فرمودند: «هرکس همسری دارد و او را خوراک و پوشاک ندهد، امام حق دارد بین آنها جدایی بیندازد.» (منبع پیشین، حدیث ۱۲).

روایات مذکور به خوبی نشان می دهد که مستنکف که از انفاق، استحقاق ادامه زوجیت با همسرش را ندارد. از این رو زن می تواند در این حالت جدایی اختیار کند نظریه این پشتوانه قرآنی و روایی و با توجه به نظریات فقها، ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی نیز این حق را به زوجه داده که در صورت عدم امکان الزام زوج به پرداخت نفقه، بتواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید.

^۱ - سوره بقره: آیه ۲۲۹: فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فان طلقها فلا جناح علیها ان یتراجعا ان ظلنا ان یقیما حدود الله.....

^۲ - سوره بقره: آیه ۲۳۱: و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن...

ب: عجز شوهر از ادای نفقه:

باید توجه داشت که در هنگام ازدواج، تمکن زوج نسبت به ادای نفقه شرط صحت ازدواج نمی باشد. کما اینکه مشهور فقها گفته اند که چنین تمکنی دخالتی در صدق کفو شرعی نیز ندارد. بلکه منظور از کفو که در فقه مطرح گردیده دارا بودن شرایط مذهبی و اخلاقی است. نه مسائل مادی و مالی (شهید ثانی، بی تا، ج ۲، ص ۸۵)^۱. بنابراین چنانچه زوجه با توجه به عدم تمکن مالی شوهر مبادرت به نکاح نماید، بی تردید حق هیچگونه شکایت و اعتراض نخواهد داشت، زیرا ضرری است که خود بدان اقدام نموده است ولی چنانچه زوج در هنگام ازدواج خود را به تمکن و یسار و انمود سازد و پس از آن معلوم گردد که از ادای نفقه از همان اول عاجز بوده است به نظری رسد داخل در احکام ماده ۱۱۲۸ ق.م می باشد به عبارت دیگر از موارد تدلیس و تخلف وصف است و زوجه حق خیار فسخ خواهد داشت. بنابراین میتواند به دادگاه مراجعه نموده و دادگاه نکاح آنان را فسخ نماید.

هرگاه زوج هنگام ازدواج قادر به پرداخت نفقه بوده و بعد از ادای آن ناتوان شده باشد زن حق خواهد داشت از دادگاه تقاضای طلاق نماید قانونگذار در این حکم تفاوتی بین زن ثروتمند و زن نیازمند قایل نشده است به عبارت دیگر چون علت تامه استحقاق زن نسبت به نفقه، عقد دائم و تمکین او از مرد است و عجز و ملائت زوج یا زوجه تاثیری در استحقاق وی ندارد، ایجاد حق درخواست طلاق برای زن منوط به نیازوی به نفقه نگردیده است در نتیجه زن ثروتمند که خود قادر به تامین نیازهای مالی خویش است نیز حق دارد در صورت عجز زوج از انفاق تقاضای طلاق نماید. این حکم

^۱ - و همچنین (نجفی ۱۳۷۷، ج ۳۰، ص ۱۰۳)

قانونگذار مورد انتقاد واقع گردیده و گفته شده است «اگر هدف قانونگذار حمایت از خانواده و حفظ همبستگی زن و شوهر است چرا باید زن ثروتمند بتواند به بهانه نداری شوهر از او طلاق بگیرد؟ آیا معنی شرکت در زندگی و همدلی این است که زن بجای یاری به شوهر و دستگیری او به هنگام تنگدستی همسر، برای طلاق به دادگاه رجوع کند؟ آیا دادن چنین حقی به زوجه با حسن معاشرت تعارض ندارد؟

(کاتوزیان، ۱۳۷۵، ص ۳۷۳)

بنابراین پیشنهاد شده است که «در صورتی عجز شوهر از دادن نفقه، از موجبات طلاق قرار گیرد که زن نیز نتواند هزینه زندگی مشترک را تامین کند این ماده نظر بامفاد ماده ۱۳۰ قانون مدنی سازگاری بیشتری دارد. زیرا تنها در این فرض است که عسر و حرج واقعی برای زن ایجاد می شود».

نتیجه: در نهایت میتوان گفت آنچه برای زوجه ایجاد حق درخواست طلاق می کند عدم ایفای حقوق اوست و شارع مقدس، این اختیار را از جهت جلوگیری از اضرار به زوجه مقرر نموده است، نه تنبیه و مجازات مرد لذا تقصیر زوج در عدم انفاق نمی تواند موثر در مقام باشد. شیخ حسین حلی نیز در بحوث فقهیه با استناد به عبارت «ولا تمسکوهن ضارارا لتعتدوا» از آیه ۲۳۱ سوره بقره اظهار می دارند که هر نوع نگهداری همسر که باعث ضرر و زیان زوجه شود، مشروع نیست، خواه این ضرر ناشی از تقصیر اختیاری شوهر باشد و یا ورود ضرر غیر اختیاری باشد مثل عنن طاری شوهر یا عجز و عدم قدرت او بر انفاق، لذا از نظر عرفی مستهجن نیست اگر گفته شود نگاه داشتن زنی که شوهر وی عاجز از ادای حقوق اوست، ستم بر همسر است زیرا کلمه «لتعتدوا» که به منزله تعلیل حکم، مزبور است نیز صرفاً به معنای تعدی و ستم

اختیاری نیست تامواردی که ورود ضرربه زوجه ناشی از امور غیر اختیاری بوده و از شمول آیه خارج شود. (حلی؛ ۱۹۹۳، صص ۱۸۶ و ۱۸۷)

سوالی که در اینجا می تواند مطرح شود این است که آیا ندادن نفقه گذشته نیز از موجبات طلاق است؟ آنچه که گفته شد در موارد مراجعه به حاکم و درخواست الزام زوج و در نهایت طلاق، مربوط به نفقه ایام آتی بود اما چنانچه زوجه به دادگاه مراجعه نماید و نسبت به خواسته نفقه زمان گذشته دادخواست دهد به نظر می رسد که حکم مسئله اندکی تفاوت داشته باشد به این معنا که زوجه در صورت عدم اجراء حکم دادگاه مبنی بر پرداخت نفقه مورد مطالبه، نمی تواند درخواست طلاق نماید. زیرا نفقه ایام گذشته زوجه همانند سایر دیون است، بدین صورت که در حالت یسار ملزم به پرداخت است و در صورت اعسار همانند سایر دیون بر ذمه او خواهد ماند تا عند الاستطاعه پرداخت نماید اما چنانچه در فرض یسار و استطاعت اجرای حکم دادگاه ممکن نباشد این امر مجوز طلاق وی نخواهد بود ظاهراً می توان گفت این صورت از ماده ۱۱۲۹ ق.م.خارج است. توجیه حقوقی این مسئله آن است که اجبار زوج بر طلاق در مورد استنکاف و یا عجز از نفقه ایام آتی بخاطر آن است که در فرض عدم طلاق، زوجه در عسر و حرج و زحمت و ضرر خواهد بود که شرع مقدس آن را اجازه نمی دهد ولی در مسئله فرض مانحن فیه که مرد از ادای نفقه زوجه که مدتی نپرداخته و در ذمه او قرار گرفته خودداری می ورزد، ولی نسبت به پرداخت مخارج آینده او کاملاً تسلیم است، ضرر و مشقتی نخواهد بود خلاصه آنکه نفقه زوجه نسبت به مدت گذشته در حکم سایر دیون است که در ذمه زوج مستقیم خواهد بود، و چنانچه زوج فوت کند مانند سایر دیون از ترکه او قبل از تقسیم خارج خواهد شد. (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۳۶۸)

بررسی ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی :

«هرگاه شخصی چهارسال تمام غایب مفقودالاثرباشد، زن او می تواند تقاضای

طلاق کند دراین صورت حاکم بارعایت ماده ۱۰۲۳ او را طلاق می دهد.»

براساس این ماده که مانند بسیاری از مواد قانون مدنی برگرفته ازفقه امامیه

است، برای جدائی زن از مرد به دلیل غیبت وی دو شرط لازم است:

• زوج غایب مفقودالاثرباشد: زمانی زوجه حق جدائی از شوهر دارد که همسروی

غایب مفقودالاثرباشد؛ یعنی هیچ خبری از زنده بودنش در دست نباشد. بنابراین اگر زوج

سال های متمادی غایب بوده ولی مشخص باشد که در قید حیات است، زوجه به استناد

این ماده نمی تواند طلاق بگیرد؛ زیرا در این حالت زوج در فقه مفقودالاثرمحسوب نشده

فاقد شرط اول طلاق است (صابری صفایی، ۱۳۴۵، ص ۵۹)

در فقه امامیه برای غایب سه وضعیت تعیین شده و فقط در یک حالت به زوجه ی

وی حق جدایی داده شده است (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۴۴):

الف) در صورتی که خبری از مرد غایب مبنی بر زنده بودن وی موجود باشد در این

صورت چنانچه مرد مالی داشت، نفقه زوجه از اموال او تامین می گردد در غیر این

صورت اگر شخصی نباشد که نفقه زن را پرداخت نماید، حاکم شرع تازمان مشخص

شدن وضعیت زن، از بیت المال نفقه وی را پرداخت می نماید.

ب) در صورتی که خبری از غایب موجود نباشد و زن نداند که مرد او زنده است یا

فوت کرده و زوج غایب دارای مالی بوده که پاسخگوی نفقه زوجه باشد و یا شخصی

به عنوان متولی امور غایب یا تبرعا وظیفه انفاق به زوجه را بر عهده بگیرد. فقهاء عقیده

دارند که در این حالت هر چند زمان زیادی هم طول بکشد، زن حق ازدواج ندارد تا این

که براو معلوم شود که همسرش فوت کرده است یا اینکه وی را طلاق داده.

ج) در صورتی که زوج غایب مفقودالاثربوده و فاقد اموالی باشد که بتوان از آن نفقه زوجه را پرداخت نمود و شخصی نباشد که متولی امور غایب بوده و از اموال وی یا تبرعا نفقه زن را پرداخت کند، اگر زوجه بخواهد می تواند با مراجعه به حاکم و طی تشریفات خاص از شوهر خود جدا شود.

چنانچه ملاحظه می گردد در ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، صرف غایب مفقودالاثربودن زوج، صرف نظر از این که مالی برای پرداخت نفقه زوجه موجود باشد یا نه، برای زن حق طلاق ایجاد می کند و قانون مدنی شرط انفاق به زن در دوره غیبت زوج را جزء شرایط طلاق به علت غیبت - که مورد قبول فقها است - نپذیرفته است؛ یعنی آن چه برای قانونگذار اهمیت دارد فقدان شوهر و عوارضی است که به علت غیبت او برای زن ایجاد می گردد که ممکن است یکی از آنها مشکلات مالی زوجه و هزینه زندگی او باشد اما صرف عدم انفاق به عنوان غیبت مرد مورد نظر قانونگذار نبوده است.

• چهار سال از غیبت زوج گذشته باشد زن زمانی میتواند به علت غیبت شوهر از وی جدا شود که چهار سال از زمان غیبت مرد گذشته باشد اما سوالی که در این خصوص مطرح است اینکه مبدا مدت چهار سال مذکور چه زمانی است؟ در این خصوص قانون مدنی ساکت است و در فقه هم مسئله، اختلافی است اکثریت فقها^۱ بر این اعتقادند که زمان شروع، وقتی است که زن به حاکم رجوع نماید و تا زمانی که به حاکم رجوع نکرده است - ولو صد سال هم طول بکشد - زمان چهار سال شروع نمی شود برای اثبات این ادعا به ظاهر روایت صحیحه بریدین معاویه (حرعاملی)، منبع پیشین، باب ۲۳، حدیث ۱) استناد کرده اند که در آن صراحت ارجاع امر به امام و تعیین مدت

^۱ - علامه حلی در قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲، طباطبایی در ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۳۷، شهید ثانی، فاضل لنکرانی و...

چهارسال توسط ایشان ذکرگردیده است. اما عده ای از فقها عقیده دارند که آنچه اهمیت دارد، گذشتن مدت چهارسال از زمان غیبت شوهر است خواه این زمان قبل از رجوع زن به حاکم باشد یا بعد از آن از جمله فقها می توان به طباطبایی یزدی، فیض کاشانی، و... اشاره نمود ایشان برای اثبات این نظریه به صحیحہ حلبی و خبر ابی الصلاح کنانی استناد کرده اند که در آن الزامی به گذشت مدت چهارسال از زمان رجوع به حاکم تعیین نگردیده است. (عاملی، منبع پیشین، باب ۲۳، حدیث ۵ و ۴)

باسکوت قانون مدنی، اختلاف عقیده موجود بین فقها، در نظریات حقوقدانان نیز دیده می شود برخی از شارحان قانون مدنی اعتقاد دارند که «جملات مندرج در ماده مذکور مطلق است و شامل صورتی هم که قبل از مراجعه به حاکم زوج غایب بوده است می شود حال آنکه مطابق فتوای اتفاقی فقها، مدت های قبل از مراجعه به حاکم منظور نخواهد شد ناچار باید اطلاق ماده را مطابق نظریه فقها تفسیر نمود و مبدأ چهارسال را تاریخ مراجعه زوج به دادگاه قرارداد. هرچند که چندین سال قبل از مراجعه زوج صبر کرده و مراجعه نکرده باشد (حائری شاه باغ، بی تا، ج ۲، ص ۸۷۱). اما اکثریت نویسندگان و شارحان قانون مدنی معتقدند که نظر قانون مدنی بر این است که قبل از رجوع به دادگاه، مدت غیبت قابل احتساب باشد (کاتوزیان، منبع پیشین، ص ۳۷۵).^۱

در تاثیر این نظرمی توان گفت صرف نظر از این که احتساب مدت چهارسال از زمان مراجعه زن به حاکم، در فقه اجماعی نیست و چنان که گفته شد نظرات مخالفی نیز در این خصوص موجود است، اصولاً اطلاق ماده ۱۰۲۹ در حالی که در مقام بیان بوده است و می توانسته است با توجه به نظر مشهور فقها مبدأ چهارساله را از زمان مراجعه زن

^۱ - و همچنین (صفایی و امامی، ۱۳۸۴، ص ۳۰۸)

به دادگاه تعیین کند، دلیل بر آن است که قانونگذار صرف گذشت مدت چهارسال از زمان غیبت را کافی میداند. بنابراین با توجه به آن چه گفته شد چنانچه قبل از مراجعه زن به دادگاه مدت چهارسال از غیبت زوج گذشته باشد، دادگاه با طی تشریفات مذکور در ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی اقدام به طلاق زوج می کند.

نتیجه:

برخی از تمسک به قاعده لاضرر با این ادعا که بقای زوجیت برای زنی که شوهر وی غایب مفقود الاثر است موجب ضرر است معتقدند حاکم می تواند با توجه به شرایطی زوج را طلاق دهد حتی در فرضی که به حاکم دسترسی نباشد یا حاکم موجود نتواند متصدی چنین اموری شود. سید محمد کاظم طباطبائی یزدی می نویسد: بنا بر شرط بودن مرافعه نزد حاکم، در صورتی که دسترسی به حاکم ممکن نباشد یا نتواند تصدی این امر را به عهده بگیرد، ظاهراً این است عدول مومنین قائم مقام حاکم خواهند بود و آنچه در مسالک آمده مبنی بر اینکه در چنین فرضی بنحاطر استصحاب بقاء زوجیت وی، باید تا زمان معلوم شدن وضعیت صبر کند با آنچه که گفته شد بر عهده عدول مومنین گذاشته شد، منافات دارد و هم چنین به دلیل قاعده لاضرر و لاجرح (طباطبائی یزدی، بی تا، ج ۱، ص ۷۱، مسئله ۱۳).

بررسی ماهیت نشوز زوج:

استناد به قاعده لاضرر در خصوص نشوز زوج در حالتی امکان پذیر است که این امر (نشوز) ضرر محسوب گردد. از این رو پاسخ به این سوال اهمیت دارد که آیا نشوز زوج موجب اضرار به زوج می گردد یا نه؟ با توجه به معنای ضرر که عبارت است از نداشتن و از دست دادن هر یک از مواهب زندگی، جان، مال حیثیت و هر چیز دیگری که از آن بهره مند می شویم و نظریه اینکه زوج در زندگی با مرد از حقوقی برخوردار است

وبهره منداست که زوج ملزم به رعایت آن حقوق میباشد و نشوزی عبارت از عدم انجام تکالیف ووظایف خود وعدم رعایت حقوق استحقاقی زوجه می باشد تردیدی باقی نمی ماند که نشوز زوج باعث اضرار زوجه بوده و مشمول قاعده لاضرر می باشد.

نحوه‌ی استناد به قاعده لاضرر در اثبات نشوز مرد و حق طلاق به نفع زوجه.

برای اثبات حق طلاق برای زوجه به استناد قاعده لاضرر گفته شده است باتوجه به این که مطابق روایات وارده، طلاق از اختیارات مرد است و سلطنت زوج بر طلاق وعدم آن در فرضی که وی نشوز کرده است موجب اضرار به زوجه می باشد، بنابراین با قاعده نفی لاضرر، حکم سلطنت شوهر بر طلاق منتفی و در نتیجه حاکم میتواند وی را مجبور به طلاق نموده و در صورت امتناع وی از انجام حکم قاضی، خودوی به عنوان ولی ممتنع طلاق را اجرامی کند (حلی، منبع پیشین، ص ۲۰۸) ایرادی که به این استدلال وارد شده است، این است که دلیل ورود ضرر به زوجه سوء اختیار شوهر است نه تسلط او به عدم طلاق؛ یعنی آنچه موجب شده است زوجه متضرر شود، نشوز زوج است و وجود اختیار طلاق در دست زوج موجب ضرری نشده است که بتوان این قاعده را در این خصوص جاری نمود (علوی قزوینی، منبع پیشین، ص ۳۰) به اضافه اینکه «از دلایل یاد شده، صرفاً چنین برمی آید که شارع تنها طلاق را از حقوق و اختیارات مرد قرار داده و فقط حکم مزبور از مجعولات شارع است، ولی سلطنت مرد بر عدم طلاق از احکام وضع شده از سوی شارع نیست بنابراین نمی توان به وسیله قاعده نفی ضرر آن را از بین برد.» (حلی، منبع پیشین، ص ۲۰۸) در پاسخ به این ایراد می توان گفت هرگاه عدم جعل حکمی از سوی شارع منشا ورود ضرری برای فرد یا افراد گردد، به کمک قاعده مزبور می توان حکمی را اثبات کرد که رافع ضرر باشد، به عبارت دیگر در چنین مواردی قاعده نفی ضرر کاشف از یک حکم اثباتی شرعی است در

خصوص نشوززوج نیزبا توجه به اینکه عدم اعطای حق طلاق به زوجه سبب ورودضرربرزوجه است می توان بااستنادبه این قاعده و برای رفع ضررمزبور،چنین حقی را برای زوجه در نظر گرفته وبه حاکم اجازه دادتابه این دلیل زن را طلاق دهد(منبع پیشین).

استدلال فوق، مطابق عقیده کسانی است که معتقدند قاعده ضرر علاوه بر اینکه نافی احکام ضرری است مثبت حکم نیز می باشد از جمله فقهایی که معتقدند به اثبات حکم ضرری باشد می توان به شیخ مرتضی انصاری، میرفتاح مراغه ای، مکارم شیرازی و... اشاره نمود اما با توجه به اینکه به عقیده برخی از فقها مانند، ملا احمد نراقی، میرزا حسن بجنوردی... قاعده لاضرر صرفاً نفی حکم ضرری می کند (ارک: القواعد الفقهیه، ج ۱) و توانایی اثبات حکم را ندارد، استدلال مذکور قابل قبول نیست براین اساس برخی از نویسندگان عقیده دارند که می توان از فقره «لاضرر» کمک گرفت؛ زیرا به عقیده برخی از فقها غرض اصلی شارع از بیان حرمت اضرار به غیر «حدوثا وبقائا» است که این عمل در خارج به هیچ وجه تحقق نیابد و شارع برای رسیدن به این مقصود می تواند از هرگونه ابزار و وسایل مناسب از قبیل جعل حرمت اضرار، عذاب اخروی، کیفر دنیوی، جبران زیان در موارد اتلاف و... بهره گیرد. در صورت عدم تاثیر یادشده، می تواند واکنش های شدیدتری از قبیل از بین بردن وسائل آلات اضرار، مانند احراق مسجد اضرار و قطع درخت سمره بن جندب انصاری نشان دهد. (لطفی، ۱۳۸۱، ص ۳۳)

نتیجه

در تایید این نظرمیتوان گفت با توجه به اینکه قاعده مذکور هرگونه ضرر را در تشریح نفی می کند باید هم نافی احکام ضرری باشد و هم بتواند سکوت قانونی مستوجب ضرر را با جعل از بین ببرد. اما اگر نخواهیم نظر کسانی را که معتقدند به امکان جعل حکم اسناد قاعده لا ضرر هستند بپذیریم، باز هم از این قاعده می توان برای اثبات حق طلاق برای زن به علت اضرار به وی استناد نمود و توضیح این که با توجه به اینکه وجود اختیار طلاق در دست مرد در مواردی که وی در مقابل زن نشوز پیشه کرده است، موجب اضرار به زوجه است، به استناد قاعده لا ضرر این حکم برداشته شده وزن حق طلاق پیدامی کند.

«نگاهی به ضرر و زیان معنوی در حقوق موضوعه»

انسان موجودی اجتماعی است و اجتماعی بودن وی باعث ایجاد حقوق و تکالیفی برای او در اجتماع و تعامل با هم نوعان می شود همانطور که تکالیف افراد در اجتماع را قانون مشخص می کند، حقوق افراد نیز از نظر قانون محترم شمرده شده است. بنابراین در نتیجه اعمال مقررات قانونی، یعنی انجام تکالیف قانونی و شرعی افراد و حفظ حقوق فردی و شهروندی به رعایت نظم اجتماعی می رسیم. با این وجود طبیعی است که در اثر ازدیاد جمعیت و گسترش جوامع بشری، گاه شاهد تزاخم میان حقوق افراد مختلف در یک جامعه هستیم. اگرچه رفع این تزاخمت در گذشته، از پیچیدگی چندانی برخوردار نبود، لکن با صنعتی شدن جوامع، جبران زیان هایی که ناشی از گسترش زندگی شهر نشینی و ماشینی بود باعث ایجاد قواعد «مسئولیت مدنی» گردید در اجتماعات اولیه انسانی، انواع خسارات محدود بوده و متناسب با فعالیت و زندگی اجتماعی مردم آن دوره بسیار ناچیزی نموده است. با پیشرفت تمدن

و افزایش اختراعات بشر، وقوع زیانهای احتمالی نیز بیشتر شد و هر اندازه که روابط حقوقی مردم در اثر ارزیابی وسایل تولید ترقی سطح زندگی وسیع ترمی شد بر تنوع ضرروزیان های حاصله نیز افزوده می شد مثلا شخصی در اثر سوء استفاده دیگری از حش، دچار آسیب می شود و طبعا برای تامین امنیت و حفظ نظم اجتماعی و رعایت عدالت، باید خسارات وارده و آنچه در آینده از آن خسارت ناشی خواهد شد جبران شود اما این ضرر و خسارت منحصر به ضررهای مادی و مالی نیست، انسان در برابر لطمات روحی، نیز آسیب پذیر است که این آسیب روحی گاهی توسط آسیب دیده التیام نمی یابد و در نتیجه روز به روز اثرات روانی جبران ناپذیرتری بر فرد به جای می گذارد. بنابراین علاوه بر ضررهای مادی، ضررهای معنوی وارده به اشخاص (که گاه از ضررهای مادی تاثیر بیشتری دارد) نیز باید مورد حمایت قانون بوده و وارد کننده ضرر ملزم به جبران آن شود. در حقوق موضوعه ایران، جبران خسارت معنوی مورد اشاره قرار گرفته است اما باین وجود، هنوز شرعی بودن یا نبودن مطالبه چنین خسارتی و همچنین نحوه جبران آن مورد اختلاف است این در حالی است که ضرروزیان معنوی ناشی از جرم بخش مهمی از ضرروزیان های وارده به اشخاص در اثر جرم را تشکیل می دهد.

در فقه، بحث مستقل و مجزایی برای ضرر (خسارت) و اقسام آن وجود ندارد ولی پاره ای از فقها به هنگام بحث درباره قاعده لاضرر یا دیگر قواعد اشارات پراکنده ای به موضوع خسارت معنوی کرده اند. در مورد بررسی موضع قوانین مختلف در خصوص جبران خسارت معنوی می توان به موارد زیر اشاره کرد:

• در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صراحت از ضرروزیان معنوی و لزوم جبران آن نام برده شده است دراصل یکصد و هفتاد و یکم چنین آمده است: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضع یا در حکم و یادرتطبیق حکم بر مورد خاص، ضررمادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصرتطبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می شود در هر حال از متهم اعاده حیثیت می شود.»

• در قانون مجازات اسلامی، نص صریحی که دلالت بر تجویز مطالبه ضرروزیان معنوی وجود ندارد ولی می توان بعضی موارد را تفسیر کرد به عنوان مثال راجع به ارش البکاره بحث شده است که این را می توان به نوعی، خسارت معنوی دانست چراکه به حیثیت و آبروی وی لطمه وارد شده است مطابق ماده ۴۱ این قانون «از بین بردن بکارت دختر با انگشت که باعث شود او نتواند ادرار را ضبط کند علاوه به دیه کامل زن، مهرالمثل نیز دارد» در این قانون موارد دیگری نیز میتوان یافت که در آنها، ورود ضرر معنوی به اشخاص به رسمیت شناخته شده است از جمله ماده ۸۵ ق.م.ا این ماده (... در موارد ضرر معنوی، چنانچه تقصیر یا اشتباه قاضی موجب هتک حیثیت از کسی گردد باید نسبت به اعاده حیثیت او اقدام شود.)

• خسارت معنوی در قانون مسئولیت مدنی: مطابق قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، متضرر از جرم می تواند از محکمه جزا، محکومیت مجرم رابه جبران ضرروزیان معنوی خویش بخواهد ذیلا به ذکر موادی از قانون مذکور که در آنها از خسارت معنوی نام برده شده است می پردازیم.

• ماده ۱- «هر کسی بدون مجوز قانونی عمدا یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری ویابه هر حق دیگری که به موجب

قانون برای افراد ایجاد گردیده، لطمه ای وارد نماید که موجب ضررمادی یا معنوی دیگری شود مسوول جبران ناشی از عمل خود می باشد.»

• ماده ۲- «درموردی که عمل واردکننده زیان موجب خسارت مادی یا معنوی زیان دیده شده باشد دادگاه بعد از رسیدگی و ثبوت امر، اورابه جبران مزبور محکوم می نماید و چنانچه عمل واردکننده زیان موجب یکی از خسارات مزبور باشد دادگاه اورابه جبران همان نوع خساراتی که وارد نموده محکوم خواهد نمود.»

• ماده ۹- «دختری که در اثر اعمال حیله یا تهدید و یا سوء استفاده از زیر دست بودن حاضر به همخوابگی نامشروع شده می تواند از مرتکب علاوه بر زیان مادی، زیان معنوی مطالبه نماید.»

• ماده ۱۰- «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی اولطمه واردمی شود، می تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد. هرگاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید دادگاه می تواند در صورت اثبات تقصیر علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی، حکم به زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید.»

نتیجه:

بنابراین آنچه که بیان شد، بدون تردیدی توان گفت که هم در شرع و هم قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران امکان ورود ضرر و زیان به رسمیت شناخته شده است و به متضرر این حق داده خواهد شد تا در کنار ضرر و زیان مادی، ضرر و زیان های معنوی را نیز که بروی وارد شده است مطالبه نماید و این امکان مطالبه خسارات معنوی، در رویه کنونی با توجه به قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ است. اما نکته

مهم قابلیت یا عدم قابلیت تقدیم ضرروزیان معنوی است چراکه ضرروزیان معنوی عینی و ملموس نیست بلکه لطمه ای است به اعتبار، حیثیت، موقعیت شغلی، اجتماعی فرد... و بنابراین سوالی که مطرح می شود این است که چگونه می توان به عنوان مثال لطمه ای که به آبروی فرد وارد شده را با پول و دیگر چیزهای مادی تقدیم کرد؟ شاید به همین خاطر باشد که علی رغم پذیرش ضرروزیان معنوی و امکان مطالبه آن در قوانین، محاکم در بسیاری از موارد از صدور حکم مبنی بر جبران این نوع ضرر خودداری می کنند، که این اقدام محاکم تا حدودی می تواند موجه باشد. بنابراین آنچه گفته شده این نتیجه می رسیم که با وجود پیش بینی امکان مطالبه ضرر و زیان معنوی و نص قانونی، صدور حکم مبنی بر پرداخت خسارت معنوی با مشکل مواجه است که این شکل معمولاً در مرحله تعیین میزان ضرر معنوی وارد نبوده و معیار صحیح و قابل اعتماد که قضات محاکم با اقناع وجدان به تعیین میزان خسارت معنوی بپردازند است. بنابراین در هر مورد خاص باید سنجید که با چه چیزی، مجنی علیه یا متضرر، تشفی خاطر می یابد و از او اعاده حیثیت می شود و نمی توان در این مورد یک حکم کلی صادر کرد که این کار حتی می تواند با اخذ نظر خود متضرر نیز صورت گیرد.

فهرست منابع:

منابع فارسی:

- ۱- قرآن کریم، ۱۳۷۷، ترجمه الهی قمشه ای چاپ دهم، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
- ۲- جعفری لنگرودی، م، ۱۳۸۵، ترمینولوژی حقوق، چاپ شانزدهم، تهران انتشارات گنج دانش
- ۳- حائری شاهیباغ، ع، ۱۳۷۶، شرح قانون مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش

۴-صابری، صفایی، ع ۱۳۴۵، موجبات و آثار طلاق در حقوق مدنی ایران و فرانسه، تهران انتشارات تهران

۵-کاتوزیان، ۱۳۷۵ مختصر حقوق خانواده، چاپ اول، تهران، نشر یلدا

۶-لطفی، ۱۳۸۱، قواعد فقه، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت

۷-محقق داماد، م، ۱۳۸۴، بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات علوم سیاسی

۸-مهرپور، ح، ۱۳۸۴، مباحثی از حقوق زن، چاپ اول، تهران، انتشارات اطلاعات.

۹-قانون مدنی

منابع عربی:

۱-بجنوردی، م، ۱۴۱۹، القواعد الفقهیه، چاپ اول، قم، نشر الهادی

۲-حلی، ح، ۱۹۹۳، بحوث الفقهیه، چاپ اول، بیروت، نشر لار الزهراء

۳-حرعاملی، ۱۴۱۴ق، هو سایل الشیعه، بی جا، بی تا

۳-طباطبایی یزدی، ک، (بی تا) تکمله العروه الوثقی، قم، مکتبه داودی

۴-مکارم شیرازی، ن، ۱۴۱۱، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم مدرسه الامام امیرالمومنین

۵-موسوی خمینی، ر، ۱۳۷۹، تحریر الوسیله، چاپ اول، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی،

ج ۲

۶-نجفی، م، ۱۳۷۴، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ چهارم، تهران، المکتبه

الاسلامیه

دراسة بعض من الاستعمالات في قاعدة لاضرر في حقوق العائلة

امان الله عليمرادی^۱

رقیه ارژنگی پور^۲

ملخص البحث

قاعدة لاضرر الفقهية تعد من احكم المباني الفقهية و الحقوقية المرتبطة بالعائلة ، و موضوع الضرر و الخسارة الشرفية و المادية للمرأة حينما تكون مع زوجها في البيت (مادة ۱۱۲۹ ق م) و استتکاف الزوج عن اداء النفقة و عجزه (مادة ۱۱۲۹ ق م) و الآثار الحقوقية المترتبة و مسألة كثرة الغيبة (عدم الحضور) و الغائب المفقود الاثر للزوج (مادة ۱۰۲۹) تتبّع علاوة عن كلّ حجة عقلية و نقلية عن قاعدة لاضرر و لاضرار في الاسلام و دراسة تطبيقية لقاعدة لاضرر مجاناً لسائر الأدلة تظهر طوال باع الاسلام و قابلية و يجيب الى كثير من الشبهات خاصة في مسائل الاسرة و العائلة .

الكلمات الرئيسية : قاده لاضرر، العائلة، الزوج و الزوجة، الفقة

^۱ - استاذ مساعد بجامعة آزاد الاسلامية واحد بافت

^۲ - خريج في مرحلة الماجستير في فرع حقوق المرأة في الاسلامية