

بررسی برخی از کاربردهای قاعده لاضرر در حقوق خانواده

امان الله علیمرادی^۱

رقیه ارزنگی 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 استنکاف 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 نپیموده 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 و زن و 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 سکونای 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، منع 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 زوجه 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 زوجه 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 زوجه به جهت دریافت نفقه به دادگاه درخواست تقدیم نماید، یا آنکه زوج برای بازگشت زوجه خویش به دادگاه درخواست دهد، دادگاه پس از رسیدگی در صورت ثبوت خوف ضرر، حکم به بازگشت ننموده و زوج را به پرداخت نفقه ملزوم می سازد زیرا خروج زوجه 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 ۱۱۲۹ قانون مدنی «استنکاف شوهر از ادای نفقه، یا عجز او»

«در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه والزام 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 نماییم:

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 زناشویی 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 ناشز گفته می شود

و در صورت امتناع زوج از اجرای صیغه طلاق، زن را مطلقه می نماید. مبنای 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 دو راه 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. ازین رو زن می تواند در این حالت جدایی اختیار کند نظیر به 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 حتی تنکح زوجاً غیره فان طلقها فلا جناح علیها ان یتراجعا ان ظنا 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 در ابودن 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 وانمود سازد و پس از آن معلوم گردد که از ادای نفقه از همان اول عاجز بوده است به نظرمی رسد داخل در احکام ماده ۱۱۲۸ ق.م می باشد به عبارت دیگر از موارد تعدیس 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 به مفاد 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 ضرارا 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 صرفا به معنای تعدی و ستم

اختیاری نیست تامواردی که ورودضرربه زوجه ناشی ازامورغیراختیاری بوده وازشمول آیه خارج شود.(حلی؛۱۹۹۳، صص ۱۸۶و۱۸۷)

سوالی که دراینجا می تواند مطرح شوداین است که آیا ندادن نفقه گذشته نیزازموجبات طلاق است؟ آنچه که گفته شددرمواردمراجعه به حاکم ودرخواست الزام زوج ودرنهایت طلاق، مربوط به نفقه ایام آتی بوداما چنانچه زوجه به دادگاه مراجعه نمایدونسبت به خواسته نفقه زمان گذشته دادخواست دهدبه نظرمی رسدکه حکم مسئله اندکی تفاوت داشته باشدبه این معنا که زوجه درصورت عدم اجراءحکم دادگاه مبنی برپرداخت نفقه مورد مطالبه،نمی توانددرخواست طلاق نماید. زیرانفقه ایام گذشته زوجه همانندسایردیون است،بدین صورت که درحالت یسارملزم به پرداخت است و در صورت اعسارهمانندسایردیون برذمه اوخواهدمانداعندالاستطاعه پرداخت نمایداما چنانچه درفرض یسارواستطاعت اجرای حکم دادگاه ممکن نباشد.این امرمجوزطلاق وی نخواهد بودظاهراً می توان گفت این صورت از ماده ۱۱۲۹ق.م خارج است.توجیه حقوقی این مسئله آن است که اجبارزوج برطلاق درمورد استنکاف ویا عجزازنفقه ایام آتی بخاطرآن است که در فرض عدم طلاق،زوجه درعسر وحر ج وزحمت وضررخواهدبودکه شرع مقدس آن را اجازه نمی دهدولی در مسئله فرض مانحن فیه که مردازادای نفقه زوجه که مدتی نپرداخته ودرذمه اوقرارگرفته 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 درحکم سایدیون است که درذمه زوج مستقیم خواهدبود،وچنانچه زوج فوت کندمانندسایردیون ازترکه او قبل ازتقسیم 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 از فقه امامیه است، برای جدائی زن از مرد به دلیل غیبت وی دو شرط لازم است:

- زوج غایب مفقودالاثرباشد: زمانی زوج حق جدائی از شوهر دارد که همسر وی 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، زوج 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)

درفقه امامیه برای غایب سه وضعیت تعیین شده و فقط در یک حالت به زوج 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 زوج از اموال او تامین می گردد در غیر این صورت اگر شخصی نباشد که نفقه زن را پرداخت نماید، حاکم شرع تا زمان 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 زوج باشد و یا شخصی به عنوان متولی امور غایب یا تبرعا وظیفه انفاق به زوج را برعهده بگیرد. فقهاء عقیده دارند که در این حالت هر چند زمان زیادی هم طول بکشد، زن حق ازدواج ندارد تا این که بر او 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 اموال وی یا تبرعا نفقه زن را پرداخت کند، اگر زوجه بخواهد می تواند با مراجعه به حاکم وطی 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 ذکر گردیده 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 صحیحی 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 اتفافی 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 زوجه به دادگاه قرارداد. هر چند که چندین سال قبل از مراجعه زوجه 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).

در تائید این نظریه می 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 چهار سال از زمان غیبت را کافی میدانند. بنابراین با توجه به آن چه گفته شد چنانچه قبل از مراجعه زن به دادگاه مدت چهار سال از غیبت زوج گذشته باشد، دادگاه با طی تشریفات مذکور در ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی اقدام به طلاق زوجه می کند.

نتیجه:

برخی از تمسک به قاعده لاضرر باین ادعا که بقای زوجیت برای زنی که شوهر وی غایب مفقود الاثر است موجب ضرر است معتقدند حاکم می تواند با توجه به شرایطی زوجه 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 متصدی این امر را به عهده بگیرد، ظاهر این است عدول مومنین قائم مقام حاکم خواهند بود و آنچه در مسالک آمده مبنی بر اینکه در چنین فرضی بخاطر 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 زوجه 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 زوجه در زندگی با مرد از حقوقی برخوردار است

وبهره منداست که زوج ملزم به رعایت آن حقوق میباید و نشوزوی عبارت از عدم انجام تکالیف ووظایف خود وعدم رعایت حقوق استحقاقی زوجه می باشدتردیدمی باقی نمی ماند که نشوز زوج باعث اضرار زوجه بوده ومشمول قاعده لاضررمی 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 لاضررگفته شده است باتوجه به این که مطابق روایات وارده، طلاق ازاختیارات مرد است و سلطنت زوج برطلاق وعدم آن درفرضی که وی نشوزکرده است موجب اضرار به زوجه می باشد،بنابراین با قاعده نفی لاضرر،حکم سلطنت شوهربرطلاق منتفی ودر نتیجه حاکم میتواند وی را مجبوربه طلاق نموده ودر صورت امتناع وی از انجام حکم قاضی، خودوی به عنوان ولی ممتنع طلاق را اجرامی کند(حلی،منبع پیشین،ص۲۰۸)ایرادی که به این استدلال وارد شده است، این است که دلیل ورودضرربه زوجه سوء اختیارشوهراست نه تسلط اوبه عدم طلاق؛ یعنی آنچه موجب شده است زوجه متضررشود،نشوززوج است و وجود اختیارطلاق در دست زوج موجب ضرری نشده است که بتوان این قاعده رادراین خصوص جاری نمود(علوی قزوینی،منبع پیشین، ص ۳۰) به اضافه اینکه «ازدلایل یاد شده،صرفا چنین برمی آیدکه شارع تنهاطلاق را ازحقوق واختیارات مردقرار داده و فقط حکم مزبورازمجموعات شارع است،ولی سلطنت مردبرعدم طلاق ازاحکام وضع شده ازسوی شارع نیست بنابراین نمی توان به وسیله قاعده نفی ضررآن را ازبین برد.»(حلی، منبع پیشین،ص۲۰۸) درپاسخ به این ایرادمی توان گفت هرگاه عدم جعل حکمی ازسوی شارع منشاوردضرری برای فردیا افرادگردد، به کمک قاعده مزبور می توان حکمی را اثبات کردکه رافع ضررباشد،به عبارت دیگردرچنین مواردی قاعده نفی ضررکاشف ازیک 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 ضررمی 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 و بقاء» 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 اضراریه وی استناد نمود 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 ضرروزیان 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. باین 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 مثلاً شخصی در اثر سوء استفاده دیگری از حقش، دچار آسیب می شود و طبیعتاً 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 لطامات 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 یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر طبق 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 کرده به عنوان مثال راجع به ارزش 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 ۴۴۱ این قانون «از بین بردن بکارت دختر یا انگشت که باعث شود او نتواند ادرار را ضبط کند علاوه به دیه کامل زن، مهر المثل 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 عمدیا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری و 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 مسوول جبران ناشی از عمل خود می باشد.»

• ماده ۲- «در موردی 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 او لطمه وارد می 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 تردید می 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 اقتناع 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 کارحتی 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 شهاباغ، ع ۱۳۷۶، شرح قانون مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش

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

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

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

۷-محقق داماد، 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