

## تزام اصل قوامیت و قواعد لاضرر و لاجرح در اعمال حق طلاق زوج

رکسانا بوغاز\*<sup>۱</sup>

کبری پور عبدالله<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۸/۱۴، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۳/۵

### چکیده

بررسی مسئله اختیار زوج در اقدام به طلاق بدون نیاز به آوردن دلیل و ضرری که از قبل این امر متوجه زوجه می‌شود، موضوع اصلی این پژوهش است. بنابراین با توجه به کثرت رویه قضایی در این باره و با استفاده از قواعد فقهی لاضرر و لاجرح، این امر به اثبات می‌رسد که در صورت تعارض ضرر مالی زوج مبنی بر پرداخت نفقه و ضرر غیرمالی زوجه یعنی ضرر روانی و حیثیتی در صورت تمسک زوجه به زندگی مشترک، قواعد مزبور کدام یک را منتفی می‌کنند. بنا به یافته‌های پژوهش، ضرر غیرمالی زوجه در صورت وجود ملاک می‌تواند بر ضرر مالی زوج مقدم شود. افزون بر این، در صورتی که قانونگذار برای مردی که بدون دلیل همسرش را طلاق می‌دهد، موانعی ایجاد کند یا هزینه‌هایی بر او تحمیل کند، بازدارندگی از این امر را به دنبال خواهد داشت. تحقق این نظریه می‌تواند گامی مؤثر در استحکام خانواده و کاهش آسیب‌های روانی و حیثیتی زنان شود.

### کلیدواژه‌ها

اصل قوامیت، حق طلاق، قاعده تسلیط، لاجرح، لاضرر.

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق<sup>(ع)</sup>، پردیس خاوران. تهران. ایران.

r.boazar@isu.ac.ir

۲. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق<sup>(ع)</sup>، پردیس خاوران. تهران. ایران.

poorabdollah@isu.ac.ir

## مقدمه

حق طلاق مطابق شریعت اسلام و قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در اختیار مرد است؛ اما چنانچه زوج با اجرای این حق، باعث ضرر رساندن به زوجه شود یا با قصد ضرر رساندن اقدام به این کار کند، تکلیف چیست؟ برای پاسخ به این سؤال لازم است گستره قواعد لاضرر و لاجرح از ابعاد مختلف واکاوی شود. در این خصوص، قانون‌گذار بحثی نکرده و این امر سبب وجود آراء متفاوت در این حوزه شده است؛ زیرا بسیاری از قضات با استناد به ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید»، حق طلاق را به‌طور مطلق و بی‌قید و شرط در اختیار زوج می‌داند و در نتیجه قصد اضرار یا ورود ضرر نامتعارف را عاملی نمی‌داند که بتواند حق زوج را محدود کند. در مقابل هرچند رویه قضایی چندانی در این باره وجود ندارد؛ لیکن برخی از قضات معتقدند که بعضی از قیود و شرایط، موجب محدودیت در اعمال حق طلاق از جانب زوج می‌شود؛ از جمله رأی که از شعبه چهارم دادگاه خانواده شهرستان اسلام شهر با شماره ۸۳-۹۶/۷/۲۳ مبنی بر بطلان دعوای طلاق با استناد به ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی صادر شده است. صدور این حکم در تقابل با رویه جاری در محاکم کشور است؛ رویه‌ای که طبق آن زوج می‌تواند با پرداخت حقوق مالی زوجه از وی جدا شود. به عبارت دیگر مخالفت زوجه با طلاق اثری در پرونده ندارد و در صورت اصرار زوج، در نهایت دادگاه ناگزیر به صدور حکم طلاق خواهد بود. در رأی مزبور با استناد به حاکمیت قاعده لاضرر، اصل چهارم قانون اساسی، اهمیت حقوق و مصلحت فرزندان و خانواده، حاکمیت قاعده لاضرر و لاجرح بر ادله اثباتی حق طلاق زوج، مخالف بودن مطلق رهایی اختیارات با نظر شریعت، موظف بودن نهادهای قانونی به حفظ و استواری نهاد خانواده، درخواست طلاق زوج توسط دادگاه رد شده است (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷، ص ۸۸). همچنین در رأی شماره ۷۷-۱۷/۱/۷۲ دادگاه مدنی خاص شهرستان شهرضا و در فرضی که شوهر درخواست گواهی عدم امکان سازش، کرده است، دادگاه اعلام می‌کند: «بنابر اصل چهارم قانون اساسی، هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد. بنابراین اجرای ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی نمی‌تواند بدون توجه به

موازین فوق الذکر و ملاک ماده ۱۳۲ قانون مدنی بدون قید و شرط و صرفاً براساس میل زوج صورت پذیرد.

لازم به ذکر است که در این آراء، سخن متمایز بودن خواسته و درخواست در امر طلاق جایگاهی ندارد؛ زیرا طبق قانون مدنی ایران طلاق یا به خواسته مرد است یا به درخواست زن. معنی و مفهوم طلاق به خواسته مرد این است که مرد طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی هر وقت بخواهد می‌تواند همسرش را طلاق دهد، حتی اگر تقصیری متوجه همسر او نباشد و دست دادگاه‌ها نیز در رد خواسته مرد بسته است؛ زیرا طلاق بنا به خواسته مرد مطرح می‌شود نه به درخواست او. به عبارت دیگر، دادگاه‌ها در قبول خواسته مرد یک وظیفه تکلیفی دارند و بدون آنکه وارد رسیدگی ماهیتی شوند، باید به خواسته مرد گردن نهند و حکم طلاق را صادر کنند؛ لیکن در رسیدگی ماهیتی دادگاه‌ها می‌توانند امری را با بررسی قانونی خود بپذیرند و یا آن را رد کنند. این در حالی است که در طلاق مربوط به زنان، طلاق به درخواست زنان مطرح است (مجموعه مقالات حقوق خانواده، ۱۳۸۴، ص ۱۶۸).

به نظر می‌رسد شارع با قراردادن حق طلاق به‌طورمطلق برای مردان، متعاقب آن هیچ ضرر و حرجی را برای زنان ندیده است و طلاق‌دهنده را مردی می‌داند که با رعایت مصلحت زن و فرزندان و جامعه اقدام به طلاق می‌کند. این در حالی است که آثار و پیامدهای این پدیده بر ابعاد اجتماعی، فرهنگی، روانی - عاطفی و همچنین اقتصادی امری انکارناپذیر است (نظری، ۱۳۹۴، ص ۴-۱۲). نظر به حرج و ضرر ناشی از این اقدام و همچنین نمونه آراء مزبور و ادله ارائه‌شده توسط دادگاه‌های صادرکننده این آراء به‌سختی می‌توان پذیرفت که قانون‌گذار به پیروی از فقه در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی دست شوهر را به‌طورمطلق در اجرای حق خویش بدون در نظر گرفتن ضرر و حرج زن باز گذاشته است. با توجه به شمار زیاد دعاوی طلاق بدون دلیل در دادگاه‌های خانواده و کاربرد وسیع قواعد فقهی لاضرر و لاجرح در حقوق خانواده، بررسی موضوع واجد نوآوری و ضرورت است و پرداختن به آن گام مؤثری جهت استحکام بنیان خانواده و کاهش آسیب‌های روانی زنان است که تاکنون با این نگاه، پژوهشی صورت نگرفته است. مسئله پژوهشی مقاله حاضر این است که آیا می‌توان با توجه به مبانی فقهی و حقوقی و همچنین ضرورت استحکام بنیان خانواده، طلاق به خواسته زوج را منوط به آوردن دلیلی موجه از جانب وی دانست؟

نویسندگان این مقاله با استناد به دلایل فقهی معتبر و رویه قضایی در ضمن بررسی تأثیر قواعد لاضرر و لاجرح بر اطلاق حق طلاق زوج، درصدد اثبات این امر هستند که در صورت اقامه دعوی طلاق از جانب زوج، محکمه باید درخواست دلیل کند و حاکم بدون دلیل موجه نمی‌تواند وی را طلاق دهد.

### گستره و قیود لاضرر

توجه به مواد قانونی موجود در حوزه خانواده نشان از حاکمیت قواعد لاضرر و لاجرح در تقنین قوانین خانواده و تدبیر قانون‌گذار جهت جلوگیری از سوءاستفاده زوجین از حق طلاق است. البته پیش از تشریح این مواد قانونی، قانون‌گذار در اصل ۴۰ قانون اساسی چهارچوب و اصل کلی را که مدنظر وی در تشریح قوانین بوده، مطرح کرده است؛ بنابراین یقیناً هیچ یک از زوجین نمی‌توانند جهت اعمال حقوق ناشی از زوجیت، حق طرف مقابل را نادیده بگیرند و استیفای حقوق خود را وسیله‌ای برای اضرار به او قرار دهند(بهرامی احمدی، ۱۳۷۷، ص ۸۶؛ امامی و صفایی، ۱۳۷۸، ص ۲۰۷؛ تاجمیری، ۱۳۸۳، ص ۱۸۸؛ خدادپور؛ و دیلمی، ۱۳۸۸، ص ۷۵). اصولاً حقوق در یک جامعه مطلوب ذاتی نیست، بلکه وجود آن، هم در شرع و هم در قانون برای مقاصد ضروری و رفع حرج و ضرر از زندگی اجتماعی و بسترسازی برای تکامل و غنای آن است. حال اگر وجود یک حق یا نحوه اعمال آن با مقاصد عالی در تعارض باشد، قاعدتاً نمی‌تواند محترم تلقی شود، چه آنکه می‌تواند به ابزاری جهت سوءاستفاده افراد تبدیل شود(توجهی، ۱۳۸۹، ص ۲۴۹؛ مهاجری؛ و مظاهری، ۱۳۹۱، ص ۱۲؛ رامین‌پور؛ و باداد، ۱۳۸۹، ص ۱۳؛ افضل‌قادی، ۱۳۸۸، ص ۴؛ اکبرینه، ۱۳۹۰، ص ۲۰).

این مقاله درصدد بیان این نکته است که آیا قواعد مزبور می‌توانند در تقابل با اطلاق حق طلاق زوج قرار بگیرند و عمومات ادله جواز طلاق توسط مرد را از اثر بیندازند؟ پیش از پاسخ به سؤال مزبور باید یادآور شد که قواعد لاضرر و لاجرح جهت حکومت بر سایر ادله، واجد معیارها و ضوابط خاصی هستند که شناخت و رعایت این معیارها، گستره و چارچوب و محدوده اعمال و اجرای قواعد مزبور را تبیین می‌کند و مانع از استنادات نابه‌جا و نادرست به قواعد «لاضرر» و «لاجرح» می‌شود. ازجمله این ضوابط، ضابطه نوعی و شخصی بودن، ضابطه مالی و غیرمالی بودن است؛ بنابراین این مقاله برای پاسخ به سؤال فوق به بررسی

تأثیر ضوابط مزبور در مسئله اطلاق حق طلاق زوج می‌پردازد.

### ۱. ضرر نوعی و ضرر شخصی

ممکن است زن خاصی در شرایطی خاص از عسر و حرج قرار داشته باشد که طلاق از جانب زوج هرچند بدون دلیل موجه باشد، به ضرر وی نباشد، به عبارت دیگر طلاق از جانب زوج، باعث شود که از ورود ضرر و مشقت بیشتر به زن جلوگیری به عمل آید، اما برای نوع زنان ضرر داشته باشد. از سوی دیگر ممکن است، طلاق، برای نوع زنان ضرر نداشته باشد، اما زن خاصی در شرایطی باشد که از طلاق متضرر شود، مانند زنی که در رأی دادگاه مدنی خاص اسلامشهر اشاره شد؛ در این صورت، باید بررسی شود که قاعده لاضرر کدام یک از این ضررها را منتفی می‌کند؟

بنابه اعتقاد شیخ انصاری، از طرف شارع اسلام هیچ حکمی وضع نشده است که ضرر داشته باشد و مقتضای قاعده لاضرر این است که جایز نیست شخصی برای دفع ضرری که متوجه اوست به دیگری ضرر برساند و واجب نیست که شخصی از دیگری با اضرار خودش دفع ضرر کند، چون در فرض اول جواز و در فرض دوم وجوب، حکم ضرری است که با استناد به قاعده لاضرر نفی شده است (انصاری، ۱۴۱۵ هـ الف، ص ۳۷۴). از پنج نظریه مشهور پیرامون ضابطه قاعده لاضرر، برداشت رایج و مشهور چنین است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و این عدم مشروعیت ضرر، هم شامل مرحله قانون‌گذاری و هم شامل مرحله اجرای قانون می‌شود و کلمه لا در جمله «لاضرر و اضرار»، اولاً؛ نافیه است و نه ناهیه (موسوی خمینی، ۱۳۴۲ ق، ج ۲، ص ۴۹) و اختصاص به ضرر شخصی ندارد، بلکه ضرر نوعی را هم شامل می‌شود؛ ثانیاً احکام شریعت اسلام - اعم از تکلیفی و وضعی - مبتنی بر نفی ضرر نوعی و عمومی است و در احکام اولیه اسلام به‌طور کلی این اصل، یعنی عدم زیان عامه رعایت شده است و در روابط اجتماعی مردم نیز هرگونه اقدام زیان‌بار مورد امضای شارع مقدس نیست؛ بنابراین قاعده لاضرر علاوه بر آنکه در موارد ضرر شخصی به‌عنوان دلیل ثانوی می‌تواند دایره ادله اولیه را محدود سازد، حاکی از خط‌مشی کلی در تشریح احکام اولیه است و بر این امر دلالت دارد که احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی بر مبنای نفی ضرر بر مردم وضع شده است و چنانچه شمول قوانین و مقررات اجتماعی در موارد خاصی موجب زیان بعضی توسط

بعضی دیگر شود، آن قوانین مرتفع خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۵۰-۱۵۱)؛ این برداشت دقیقاً مطابق با تفسیر مشهور فقها و اصولی‌ها است (انصاری، ۱۴۱۹ق ب، ص ۱۸۰؛ آخوند خراسانی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۸۹؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۲۷۴).

بسیاری از بزرگان فقه شیعه بین عبادات و معاملات، تفصیل قائل هستند و بر آن‌اند که قاعده لاضرر در احکام تکلیفی عبادی، ضرر شخصی و در احکام تکلیفی غیرعبادی (معاملات) ضرر نوعی را نفی می‌کند (مامقانی، ۱۳۵۰، ق، ص ۳۳۴). در مقابل، بسیاری از فقیهان شیعه لاضرر را نافی ضرر شخصی می‌دانند نه ضرر نوعی (انصاری، ۱۴۱۹ق ب، ج ۲، ص ۴۶۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۳۷-۲۳۸).

در آراء دادگاه‌ها و دیدگاه حقوقدانان نیز نسبت به شخصی یا نوعی بودن ضابطه ضرر رویه واحدی مبنی بر ترجیح هر یک از این موارد بر دیگری وجود ندارد و تشخیص اینکه در هر مورد کدام یک ملاک عمل باشد به یاری کارشناسان و اهل خبره و قاضی صادرکننده حکم خواهد بود. در نتیجه در تمام مواردی که مبنای مسئله مطرح شده در دادگاه ضرر طرفین یا یکی از آنها باشد، قاضی صادرکننده حکم با توجه به جوانب امر و شرایط اقامه دعوی و وضعیت طرفین تصمیم خواهد گرفت که ملاک عمل خود را نوع افراد جامعه یا شرایط شخص متضرر در دعوی مطرح شده قرار دهد. باید متذکر شد که اگر قاعده لاضرر نافی ضررهای شخصی باشد، حکم ضرری را فقط از همان شخصی که ضرر متوجه او شده است نفی می‌کند؛ یعنی اگر طلاق بدون دلیل موجه از جانب زوج، حکمی باشد که فقط موجب زیان‌رساندن به برخی از زنان می‌شود، این حکم فقط از همان زنان نفی می‌شود و نمی‌توان حکم مزبور را به صورت کلی از همه زنان رفع کرد؛ ولی از آنجا که حکم طلاق بدون علت از جانب زوج، اگر نگوییم به طور قطعی بلکه در اکثریت غالب، منجر به زیان‌رساندن به زوجه و به موازات آن فرزندان و جامعه می‌شود، در نخست با استفاده از ملاک نوعی و سپس ملاک شخصی را نسبت به همان زوجه با چنان اوضاع و شرایط در نظر گرفت.

## ۲. ضرر مالی و ضرر غیرمالی

هنگامی که زوج بدون دلیل اقدام به طلاق‌دادن زوجه خود می‌کند، در طی این اقدام از نظر روحی یا حیثیتی به وی ضرر می‌رساند و او را در تنگنا می‌اندازد. از طرف دیگر مردی که

بنابه دلایلی، از جمله عدم علاقه به همسر، قصد طلاق دارد، باید به زوجه‌ای که تمایل به ادامه زندگی با وی را ندارد، نفقه بپردازد؛ به عبارت دیگر، ضرر مالی به زوج وارد می‌شود. بنابراین در اینجا دو ضرر وجود دارد: یکی مالی (به زوج) و دیگری غیرمالی (به زوجه). اینک باید روشن شود در تعارض این دو ضرر، قاعده لاضرر کدام یک را منتفی می‌کند؟

بنا به نظر امام خمینی، ضرر و ضرار و مشتقات آنها در زیان‌های مالی به کار می‌رود، ولی ضرار در مورد زیان‌های معنوی و ضیق و حرج به کار رفته است (موسوی خمینی، ۱۳۴۲ ق، ج ۱، ص ۲۸). در قرآن مجید هم هر جا کلمه ضرر به کار رفته، به معنای ضرر مالی و جانی بوده است، ولی هر جا کلمه ضرار آمده به معنای تضییق و ایصال حرج است؛ مانند آیه شریفه «و لا تضاروهن لتضیقوا علیهن» (طلاق، ۶)؛ یعنی به زنان (از جهت مسکن و نفقه) آسیب نرسانید، تا کار بر آنها تنگ شود و مجبور به ترک منزل شوند (طبرسی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۲۷). در این آیه هم ضرار به معنای سختی و مشقت به کار رفته است چنانچه برداشتی از قاعده لاضرر این امکان را فراهم می‌کند تا مشکلات روحی و روانی و حیثیتی فراروی زوجه و فرزندان به خاطر اقدام زوج به طلاق بدون دلیل موجه، حتی اگر زوجه راضی به طلاق باشد، از مصادیق ضرر یا ضرار غیرمالی شمرده شود.

در مقابل این برداشت، برخی ضرر را فقط به معنای نقصانی می‌دانند که در مال یا آبروی کسی ایجاد شود، حتی اگر به صورت غیر عمدی و غیر ارادی باشد، اما ضرار را به معنای زیان زدن عمدی و ارادی می‌دانند (نائینی، ۱۳۷۳ ق، ج ۲، ص ۱۹۹). بر این اساس اقدام زوج به طلاق بدون دلیل موجه، از مصادیق ضرر و همچنین ضرار (به دلیل ارادی و عمدی بودن) شمرده می‌شود؛ چرا که این اقدام از مصادیق ضرر آبرویی یا به عبارت دیگر غیرمالی است. در عین حال پرداخت نفقه از جانب زوجی که علاقه‌ای به ادامه زندگی با همسرش را ندارد، از مصادیق ضرر مالی به شمار می‌آید.

قاعده کلی در مورد تعارض یا التزام دو ضرر این است که دو موردی که تعارض دارند با هم سنجیده می‌شوند و چنانچه ترجیحی برای هر یک از آن دو وجود داشته باشد، همان مورد مرجح انتخاب می‌شود و اگر ترجیحی در بین نباشد، در آن صورت تخییر است (بهرامی احمدی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۷۲)؛ یعنی در مسئله مورد بحث شاید بتوان گفت که قاضی می‌تواند هر یک از دو ضرر مالی زوج و ضرر غیرمالی (آبرو و حیثیت زوجه) را واجد اهمیت بیشتر بداند و بر

دیگری ترجیح دهد و در اینجا می‌توان گفت چون ضرر غیرمالی اصولاً از خصوصیت جبران‌ناپذیری و تحمل‌ناپذیری برخوردار است، می‌تواند بر ضرر مالی مقدم شود. حتی اگر دو ضرر مزبور دارای اهمیت یکسان باشند، در مورد تعارض دو حکم ضرری نسبت به دو نفر، عقیده غالب، اعمال ضابطه فوق‌الذکر است؛ یعنی باید دو ضرر را از لحاظ شدت و ضعف در نظر گرفت؛ زیرا مقتضای قاعده لاضرر که امتنان و لطف بر بندگان است، ایجاب می‌کند که شارع به حکمی که ضرر آن زیاده‌تر است، راضی نباشد (انصاری، ۱۴۱۵هـ ب، ص ۳۷۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ ق، ج ۲، ص ۲۲۳). البته باید این نکته را هم متذکر شد که ضابطه تشخیص میزان ضرر به عقیده غالب فقها، ضابطه شخصی است؛ یعنی سبکی و سنگینی هر ضرر را با توجه به همان شخص باید سنجید. چه‌بسا ضرری که در رابطه با وضعیت یک شخص، سبک و بی‌اهمیت است، ولی همان ضرر با توجه به وضعیت شخص دیگر سخت و گران محسوب می‌شود که در این بحث کمتر توجه‌ای پیدا می‌شود که از طلاق بدون دلیل از جانب زوج متضرر نشود. در مقابل این برداشت برخی در تعارض دو ضرر قاعده لاضرر را قابل اعمال نمی‌دانند؛ بنابراین باید دنبال دلیل دیگری برای حل مسئله گشت و این دلیل می‌تواند سیره عقلا باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ ق، ص ۹۲-۹۳). سیره عقلا بر این جاری است که اگر دو ضرر وجود داشته باشند که با هم در تعارض باشند، باید ضرر بزرگ‌تر را رفع کرد. بنابراین هر دو قول مذکور، در تعارض دو ضرر مزبور (ضرر مالی زوج، یعنی پرداخت نفقه به زوج، و ضرر غیرمالی زوج) به شکلی که نفی یکی، مستلزم وجود دیگری است. ضرر مالی که قاعده‌تاً کمتر از ضرر حیثیتی (ضرر غیرمالی) است، انتخاب می‌شود و صاحب آن، ضرر مزبور را تحمل خواهد کرد. البته باید توجه داشت که این راه‌حل، مخصوص موردی است که زوج تعدی و تفریط نکرده باشد. همچنین هر نوع ضرر غیر مالی بر هر نوع ضرر مالی مقدم نمی‌شود، بلکه باید ضرر غیرمالی مزبور از درجه اهمیت بالاتر و همچنین ملاک قوی از جمله جبران‌ناپذیر بودن برخوردار باشد که در اینجا ملاک تشخیص درجه اهمیت اصولاً مراجعه به عرف است.

## گستره و قیود لاجرج

### ۱. حرج نوعی و حرج شخصی

بسیاری از فقها با استناد به ظاهر آیات و روایات و دلایل دیگر، حرج نفی شده را شخصی



می‌دانند، به این دلیل که عناوین وارد شده در لسان ادله دارای مصادیق شخصی است و اراده حرج نوعی، نیازمند قرینه‌ای است که در این ادله موجود نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ ق، ص ۱۹۸؛ نراقی، ۱۴۱۷ ق، ص ۱۵۹؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ ق، ص ۲۵۰؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ ق، ص ۱۴۶). در مقابل رأی به شخصی بودن حرج، دیدگاه مشهور مبنی بر نوعی دانستن حرج نیز وجود دارد که به دلیل قوت ادله ایشان و تناسب با آرای حقوقی و قوانین در حقوق موضوعه می‌توان رأی به نوعی بودن حرج را اقوی دانست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲، ص ۱۰۱)، لیکن تمایل بیشتر در حقوق بر این است که حرج را اعم از نوعی و شخصی بداند. در تأیید این موضوع گفته شده است: عسر و حرجی که برای جلوگیری از آن به قاعده لاجرج استناد می‌شود، جنبه نوعی دارد. باید در نظر عرف ادامه و وضعیت فرد طاقت فرسا و مشقت بار باشد، منتها باید حرج انسانی متعارف در آن شرایط خاص معیار قرار گیرد. بدین ترتیب باید پذیرفت که معیار تمییز، هر دو چهره نوعی و شخصی را دارد، نوعی است از این جهت که انسانی متعارف و طاقت او مورد نظر قرار می‌گیرد؛ شخصی است بدین اعتبار که وضع «انسان متعارف» در شرایط ویژه معیار است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۴۳-۳۴۴)؛ بنابراین در حرج شخصی لازم است که برای تحقق حرج، خصوصیات زمانی، مکانی و دیگر شرایط ممکن را برای شخص معین در نظر گرفت (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ص ۱۲۹).

## ۲. حرج مالی و حرج غیرمالی

رابطه مصادیق عسر و حرج، تساوی است؛ زیرا هر عملی که انسان را به تنگنا و ضیق اندازد، دشوار و سخت هم هست و برعکس، هر کاری که انجام دادن آن برای آدمی سخت و شاق باشد، موجب تنگی و اعمال فشار بر او نیز می‌شود. به علاوه، ضابطه تعیین مصداق عسر و حرج، عرف است که مطابق آن، هر کاری که موجب مضیقه و تنگنا باشد، حرج و دشواری نیز تلقی می‌شود؛ لیکن با توجه به تفاسیر آیاتی که مبنای لاجرج هستند<sup>۱</sup>، این واژه در همه جا به معنی «تنگی و ناچاری و مشقت» است و خداوند متعال به صراحت می‌فرماید

۱. مانند تفسیر آیه «ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج» (مائده، ۶)؛ یعنی خداوند خواهان تنگی برای شما نیست (طباطبایی، ۱۴۱۲ هـ ص ۴۱۲)؛ و همچنین اعراف، ۲؛ التوبه، ۹۱؛ الحج، ۷۸؛ النور، ۶۱؛ الفتح، ۱۷؛ النساء، ۶۵.

که در چنین حالتی، افراد هیچ تکلیفی ندارند.

از طرفی دیگر چون یکی از معانی ضرار، ضیق و تنگی است، بعضی در حدیث «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام» (عاملی، ۱۴۱۴ ق، ص ۲۲۳). فظ ضرار را در همین معنا متعین دانسته‌اند. یکی از مبانی عمده قاعده نفی عسر و حرج هم همین حدیث محسوب می‌شود. باین حال می‌توان گفت کلمه ضرار به معنای تضییق و ایصال حرج است، مانند آیه شریفه «لا تضار والده بولدها» (بقره، ۲۲۳). در واقع موضوع حرج همان طور که در آیات به صراحت آمده، گرچه مطلق سختی و دشواری را در بر می‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۴۲ ق، ص ۷۳-۷۴؛ قرشی، ۱۳۸۱، ج ۲، جزء ۴۰)؛ اما غالباً حرج غیرمالی را در نظر دارد، همان گونه که عسر و سایر مشتقات آن غالباً در معنی گرفتاری مالی است و صاحب صحاح و راغب نیز «عسره» را به معنای دشواری در مال دانسته‌اند (جوهری، ۱۴۰۴ ق، ص ۳۴۲؛ راغب اصفهانی، ۱۳۸۷، ص ۲۳۴)؛ مثل آیه «و ان كان ذو عسره فنظرة الى ميسره» (بقره، ۲۸۰)؛ یعنی: اگر بدهکار تنگدست باشد، حکم آن مهلت‌دادن تا هنگام گشایش و توانایی مالی است (طباطبایی، ۱۴۱۲ ق، ص ۱۴۳۵). البته طبری عسر را به معنای مطلق صعوبت و دشواری امر گرفته است (طبری، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۲۷)؛ بنابراین منظور از حرج، هرگونه مشقتی است، خواه عرفاً تحمل‌پذیر باشد و خواه نباشد؛ خواه مالی باشد، خواه غیرمالی (نظر نخست)؛ لیکن بنابر نظر دومی، پاره‌ای از فقها حرج را شدیدتر از ضیق و مشقت می‌دانند، که معمولاً تحمل‌پذیر هم نیست (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۵، ص ۱۱۴؛ عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص ۱۱۱)؛ و عده‌ای دیگر (نظر سوم) حد وسط و مرتبه میانی بین تکالیف مالایطاق و تکالیف طاقت‌پذیر را محل اجرای قاعده لاجرح می‌دانند (مراغی، ۱۴۱۷ ق، ص ۲۸۴)؛ مطابق با نظر نخست می‌توان گفت در تعارض دو موردی که یکی مالی است و دیگری غیرمالی، با توجه به کاربرد رایج معنای مطلق مشقت، به نظر می‌رسد از آنجا که هر دو امر حرجی هستند، در تعارض این دو امر هم باید هر دو حرج (مالی و غیرمالی) را از لحاظ اهمیت سنجید و موردی را که دارای اهمیت بیشتر است، مقدم دانست؛ منتها بنابر قول دوم و سوم، حرج‌هایی که تحمل‌پذیر نباشند و به درجه مالایطاق نرسیده باشند، مشمول قاعده لاجرح هستند، ولی در حدود سختی و مشقت این دو امر، اقوی اقتضای بر حدی است که عادتاً تحمل‌پذیر نباشد. ضابطه برحسب مورد نوعی یا شخصی و بر مبنای عرف تعیین

می‌شود و مطابق آن هر کاری که موجب مضیقه و تنگنا باشد، حرج و دشواری نیز تلقی می‌شود. در ترجیح هر کدام بر دیگری نیز مطابق عرف با ملاحظه درجه اهمیت عمل می‌شود.

## تعارض لاضرر و لاجرح

بحث دیگری که در زمینه قاعده لاضرر به وجود می‌آید، این است که در صورت تعارض قاعده لاضرر با قاعده لاجرح، کدام یک را باید مقدم دانست؟ به عبارت دیگر اگر جریان لاضرر در یک طرف، موجب حرج دیگری شود، یا اینکه جریان لاجرح در طرفی موجب ضرر بر شخص دیگری شود، مقتضای قاعده چیست؟

در رابطه با قاعده لاضرر با دیگر ادله احکام، عقیده‌ها و نظرهای مختلفی، از جانب فقها ابراز شده است. برخی از فقها احتمال داده‌اند که در صورت تعارض میان قاعده لاضرر و قاعده لاجرح، قاعده لاجرح حاکم بر قاعده لاضرر باشد (انصاری، ۱۴۱۹ق الف، ص ۳۱۲). در حالی که بعضی دیگر از فقها معتقدند اصولاً جایی برای تقدم قاعده لاجرح بر لاضرر وجود ندارد (نائینی، ۱۳۷۳ ق، ص ۱۹۱) و این دو قاعده را در عرض یکدیگر دانسته و معتقد به تساقط آنها شده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۴ ق، ص ۱۳۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ ق، ص ۱۹۹-۲۰۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ ق، ص ۲۵۸).

به عقیده کسانی که قائل به عدم رجحان قاعده نفی حرج بر لاضرر هستند، این دو قاعده از احکام امتنانی‌اند و اصولاً در مواردی که از اجرای آنها، امر خلاف امتنان لازم آید، جاری نمی‌شود و دلیلی وجود ندارد یکی از آن دو را بر دیگری مقدم بدانیم تا اینکه در صورت بروز تعارض و التزام بین آنها نیاز به حاکم‌دانستن یکی از آن دو بر دیگری باشد. به علاوه نحوه بیان هر دو قاعده یکی است و مفادشان نفی حکم است. هر دو بر احکام اولیه حکومت دارند و معمول این احکام را محدود و مضیق می‌کنند؛ بنابراین دلیلی برای برتری و حکومت یکی از آن دو بر دیگری وجود ندارد؛ در نتیجه، در فرض وجود تعارض، به واسطه عدم رجحان، هر دو ساقط می‌شوند و برای حل مشکل نیز به احکام اولیه رجوع می‌شود (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۳، ص ۴۰۹-۴۲۶). بنابراین قول مزبور در موضوع مورد بحث زوج بر اساس حکم اولی (حق طلاق خویش) می‌تواند اقدام به طلاق زوجه خود کند.

## تأثیر لاضرر و لاجرح بر حق طلاق زوج

در بررسی رابطه لاضرر و لاجرح با مسئله حق طلاق زوج می‌توان گفت هنگامی که زوج بدون دلیل موجه و قانع‌کننده وجدان قاضی اقدام به طلاق زوجه خود کند، سه فرض مطرح می‌شود:

فرض اول: اگر مرد اقدام به طلاق همسرش نکند، موجب جرح وی می‌شود؛

فرض دوم: اگر مرد بی‌جهت طلاق همسرش را خواستار شود و دچار ضرر و جرح وی نشود؛

فرض سوم: اگر مرد بر مبنای قاعده تسلیط اقدام به طلاق همسرش کند، همسرش متضرر می‌شود.

### ۱. بررسی فرض اول

اگر مرد اقدام به طلاق همسرش نکند، از یک طرف، موجب جرح برای خودش می‌شود و طبق قاعده لاجرح و برای دفع جرح از خودش می‌تواند همسرش را طلاق دهد؛ از طرف دیگر، قاعده لاضرر که او را از اضرار به همسرش منع می‌کند، اجرای حق طلاق بدون دلیل موجه را منتفی می‌کند. در تعارض این دو قاعده هرچند که بعضی همچون شیخ در ادامه مباحث خود احتمال تقدیم لاجرح را نیز مطرح کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۹ ق ب، ج ۲، ص ۴۶۷)؛ برخی دیگر چنین مطرح کرده‌اند که در تعارض بین دو دلیل لاجرح و لاضرر نمی‌توان یکی را بر دیگری مقدم ساخت؛ زیرا این دو قاعده از احکام امتنانی‌اند و دلیلی بر ترجیح یکی بر دیگری وجود ندارد. در این صورت هر دو دلیل در مقام معارضه ساقط می‌شوند و به هیچ‌کدام از آن دو نمی‌توان استناد کرد (موسوی خمینی، ۱۴۱۴ ق، ص ۱۳۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ ق، ص ۱۹۹-۲۰۰؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ ق، ص ۲۵۸). نتیجه این تساقط نیز بازگشت به حکم اولی است، یعنی زوج به همان حالت فرض نبود ضرر برمی‌گردد و می‌تواند همسرش را طلاق دهد؛ البته در آراء معاصران رأی به تعیین اقوی از جرح و ضرر به چشم می‌خورد و گفته شده است که این دو قاعده از جهت اینکه هیچ‌یک بر دیگری حکومت ندارند و هر دو دارای مصلحت و ملاک هستند، باید در صورت امکان، به هر دو عمل کرد و در صورت عدم امکان، به قدر امکان عمل کرد و نمی‌توان هر دو را رها

کرد؛ بنابراین، بایستی حرج‌ها و ضررها را مقایسه کرد، هرکدام از آنها اقوی بود، آن را رعایت و دیگری را رها کرد؛ و اگر دارای ملاک مساوی بودند و تشخیص داده نشدند، در این صورت بنا به قرعه که برای رفع مشکل تشریح شده، رجوع کرد و یکی از آنها را تعیین کرد. به نظر می‌رسد براساس استدلال معاصران لازمه چنین نگاهی این است که در صورت اجرای قواعدی مانند لاضرر و لاجرح در حقوق افراد، باید تقدم را در حق آن عضوی جاری کرد که با ضرر و حرج بیشتری مواجه است؛ پس در تعارض این دو قاعده راه حل مناسب، همان عمل کردن به اقوی است و اقوی در مسئله مزبور (طلاق دادن زوجه به دست زوج بدون دلیل موجه)، همان ضرر روحی و حیثیتی است که در نتیجه طلاق بر زن متحمل می‌شود. ضرر مزبور تا حدود زیادی جبران‌ناپذیر است. در اسلام نیز ضرر غیرمتدارک که ترتیب جبران آن داده نشود، وجود ندارد (مراغی، ۱۴۱۷ ق، ج ۱، ص ۳۰۴)؛ برخلاف حرج مرد که گذرا و موقتی و رفع‌پذیر است. اگر هم تقدم ضرر وارد شده بر زن را از باب تقدم ضرر غیرمالی بر ضرر مالی نپذیریم، به دلیل استحکام خانواده و دفع ضرر وارد شده به فرزندان، مرد نمی‌تواند با استناد به ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، بدون دلیل موجه همسر خود را طلاق دهد؛ بلکه در ماده مزبور آمده است: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در قانون با مراجعه به دادگاه همسرش را طلاق دهد»؛ که مراجعه به دادگاه و ترافیعی بودن موضوع، حاکی از لزوم رعایت سایر مقررات قانونی و اختیار قانونی دادگاه در پذیرش یا عدم‌پذیرش است؛ بنابراین دادگاه زمانی می‌تواند تقاضای زوج را در طلاق بپذیرد که زوج مصلحتی مهم‌تر از حقوق فرزندان و خانواده را مطرح کند. افزون‌براین، ازدواج پیوندی یک‌سویه نیست تا زوج تنها بادر نظر گرفتن شرایط خود، بتواند این پیوند را قطع کند. اگر برای زوجی که علاقه به ادامه زندگی با زوجه خویش را ندارد ضرر مطرح است، برای زوجه نیز ضرر مطرح است و اگر او می‌خواهد خود را از ضرری که معمولاً تحمل‌پذیر است، رها کند، اجازه نخواهد داشت با اقدام خود طرف دیگر را در ضرری جبران‌ناپذیر قرار دهد (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹ ق، ص ۳۹۷). تاجایی که برخی از فقها بر این عقیده‌اند که هر ضرری، رفع حکم نمی‌کند و برخی ضررها را بادر نظر گرفتن ملاک شخصی بودن بایستی تحمل کرد؛ زیرا برخی ضررها از جمله ضرر مالی زوج صرف‌نظر از اینکه تحمل‌ناپذیر باشد یا نباشد، اگر بخواهیم به مرتفع کردن آن به وسیله طلاق حکم دهیم، چنین ضرری به خودی خود ضررهای متعددی را بر زوجه و فرزندان وارد می‌کند و چه بسا ضرر مزبور پس از گذشت زمان ممکن

است با بهبودیافتن اوضاع و احوال بین زوجین مرتفع شود. علاوه بر این، وقتی به چهارچوب و محیط شرعی سفارش‌های اسلام درباره زنان نظر بیاوریم، از ظلم به آنان نهی شده است. هنگامی که زوج با استفاده از حق طلاق که در منابع شرعی<sup>۱</sup> و قوانین ایران به وی داده شده است، زوجه خود را طلاق می‌دهد، به یقین ظلم و ضرری آشکار است که دین بدان راضی نیست و آن را تنفیذ نمی‌کند و در روایات بسیاری<sup>۲</sup>، معصوم از این امر نهی می‌کند. در چنین شرایطی ممکن است غیر از ضرر و زیان متعارف و ملحوظ در ذات حق طلاق که به زوجه وارد می‌آید، از جمله از دست دادن سرپناه و تأمین معاش زندگی و سایر نیازهای عاطفی زوجه، زیان‌هایی نیز به فرزندان رسد، مگر آنکه ثابت شود که مرد تحت هیچ شرایطی علاقه به ادامه زندگی مشترک ندارد، به گونه‌ای که ادامه زندگی ممکن است آثار اخلاقی برای طرفین به دنبال داشته باشد که در این صورت، طلاق امری موجه خواهد بود؛ لیکن در بدو امر باید فرصتی مناسبی به زوجین داده شود و در صورت عدم امکان صلح و سازش تصمیم به طلاق اتخاذ کرد.

## ۲. بررسی فرض دوم

در این فرض به اقتضای قاعده لاضرر باید رأی به عدم جواز طلاق بدون دلیل موجه از جانب مرد داد؛ زیرا هنگامی که مرد بدون دلیل اقدام به طلاق همسر خویش می‌کند و خود را صاحب مطلق حق می‌داند، باعث ضرر رساندن به همسر خود می‌شود. روشن است که این موضوع از مصادیق سوءاستفاده از حق است (مطهری، ۱۳۷۶، ص ۲۸۲؛ لطفی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۵۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۳۲۳-۳۲۴) و قاعده لاضرر راه حلی است که اسلام جهت

۱. معروفترین روایت در این باره از پیامبر (ص) است که فرمود: «الطلاق بید من اخذ بالساق» (عاملی، ۱۳۷۴، ق،

ج ۲، ص ۲۴۰؛ محدث نوری، ۱۴۱۱، ق، ج ۳، ص ۸).

۲. برای نمونه پیامبر می‌فرماید: زنان را جز از روی شک (یافتن قرائنی مبنی بر فساد اخلاقی آنان) طلاق مدهید که خداوند مردان و زنان خوشگذران را دوست ندارد (مقداد، ۱۳۱۱، ق، ج ۲، ص ۲۵۰). امام صادق نیز می‌فرماید: خداوند مرد هوسبازی را که مرتباً طلاق می‌دهد، دشمن می‌دارد. زنان نیز نمی‌توانند بی دلیل و از روی هوس، تقاضای طلاق کنند (کلینی، ۱۳۷۶، ج ۶، ص ۵۴).

پیشگیری از این امر در چهارده سده پیش ارائه داده است. به موجب این قاعده نه تنها سوءاستفاده از حق ممنوع است، بلکه اساساً مطلق ضرر یا اضرار به دیگری ممنوع است. به استناد این قاعده، بسیاری از قوانین شرعی بیانگر محدودیت‌های صاحبان حق است. قاعده لاضرر نیز همان‌گونه که در روایت سمره بن جندب<sup>۱</sup> آمده است به‌طورکلی از اضرار به دیگری نهی می‌کند. در این روایت سمره حق خود را مطلق می‌دانسته و عقیده داشته که وقتی مالک درخت است و حق تردد به طرف درختش را دارد، دیگر هیچ قید و مانعی برای اعمال این حق، وجود ندارد و او می‌تواند به هر شکل که بخواهد، حق خود را اعمال کند، هرچند این اعمال حق مستلزم خسارت برای دیگری باشد (بهرامی احمدی، ۱۳۷۷، ص ۷۵).

#### ۴. بررسی فرض سوم

در مباحث حقوق خانواده، تعارض لاضرر با قاعده تسلط که مفاد آن دال بر سلطنت مالک بر اموال و حقوق خود است، می‌تواند در موضوع حق ریاست زوج بر خانواده به کار رود. قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم و اموالهم و حقوقهم» (مجلسی، ۱۴۰۳ ق، ج ۲، ص ۲۷۳) که نزد فقها به قاعده سلطنت معروف است (نجفی، ج ۲۴، ص ۱۳۸) مبتنی بر چند آیه از قرآن کریم<sup>۲</sup> است که مفاد آن به مالک را از هرگونه تصرف نامشروع ممنوع ساخته است. مطابق با ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است»، که به نحوی در تشریح ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی اثرگذار است؛ بنابراین مرد با استناد به ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی و همچنین ماده ۱۱۳۳ قانون مزبور می‌تواند زن خود را طلاق دهد و نیازی به اقامه دلیل موجه از جانب وی نیست.

آنچه در فقه و حقوق اسلامی تحت عنوان قوامیت و ریاست زوج بر زن آمده است، به‌طور عمده برگرفته از آیه «الرجال قوامون علی النساء (نساء، ۳۴)» است. واژه‌های قوام و

۱. امام در خصوص تکلیف صاحب خانه فرمود: به او چنین اجازه‌ای داده نمی‌شود؛ زیرا پیامبر (ص) فرمود: «لاضرر و لاضرر»؛ بنابراین اگر صاحب دیوار آن را خراب کند، او را ملزم می‌کنند تا دوباره بسازد» (کلینی، ۱۳۷۶، ج ۵، حدیث ۴).

۲. در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که مستند قاعده تسلط هستند؛ از جمله آیه «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم» (نساء، ۲۹) و آیه «... فلکم رؤس اموالکم، لا تظلمون و لا تُظلمون» (بقره، ۲۷۹) است.

قوامه و قیمومت هم که در متون اسلامی برای بیان ریاست شوهر به کار رفته، از همین آیه ناشی شده است؛ این آیه که که مهم‌ترین مدرک شرعی برای ریاست شوهر است، اتفاق مرد بر همسرش را مبنا و دلیل ریاست وی برشمرده است<sup>۱</sup> (طبرسی، ۱۴۰۵، ق، ج ۱، ص ۲۵۹؛ باجوری، ص ۳۸). مرد حتی اگر در سطح بالایی از عقل و رشد قرار داشته باشد و از توانایی و قدرت مناسب برای اداره خانواده برخوردار باشد، باز هم نمی‌تواند با سوءاستفاده از قاعده تسلط که موجب اشراف و تسلط او بر همسرش و برخورداری از حق طلاق می‌شود، به همسر و فرزندان خود ضرر وارد کند؛ بلکه تنها زمانی شایسته ریاست بر خانواده می‌شود که استعدادها و نیروهای خدادادی خویش را در جهت خدمت به همسر و فرزندان خود و رفع نیازهای آنان به کار گیرد و در حمایت و رعایت مصلحت خانواده و اعضای آن اهتمام ورزد، چه اینکه جوهره ریاست در خانواده چیزی غیر از این نیست (امامی، ۱۳۶۸، ج ۵، ص ۲۱۹؛ طباطبایی، ۱۴۱۲، ق، ص ۷۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۲۰۵؛ صفایی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۱۵۹؛ لطفی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۵۵-۵۴؛ قوامی، ۱۳۸۳، ص ۲۹۵).

به عبارت دیگر می‌توان گفت که در اینجا دو صلاحیت مدنظر است: ۱. صلاحیت برای اداره زندگی مشترک و روند عادی اعضای خانواده شامل مخارج خانواده و وجود شرایط سرپرستی برای اعضای خانواده به گونه‌ای که خانواده دوام پیدا کند؛ ۲. صلاحیت تشخیص اولویت انحلال نکاح که قاعداً نمی‌توان گفت مردی که صلاحیت اول را دارا است، صلاحیت دوم را نیز دارد. از نظر امام خمینی، قاعده لاضرر با هیچ یک از قاعده‌های دیگر معارضه‌ای ندارد تا بر آنها مقدم شود، بلکه فقط می‌تواند با قاعده تسلط معارضه کند که در این صورت بر آن مقدم می‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۴۲، ق، ج ۱، ص ۶۳). بنابراین قول مزبور، قاضی نمی‌تواند مردی را که به رغم برخورداری از اهلیت و اراده، بدون دلیل موجه اقدام به اضمحلال بنیان خانواده و عدم رعایت غبطه افراد تحت ریاست و سرپرستی خود می‌کند، صالح و لایق برای تصمیم‌گیری در امر طلاق و اجرای حق خود بداند؛ چون حفظ استواری و استحکام نهاد خانواده علاوه بر زوجین، وظیفه نهادها و قانونی است. بنابراین اگر دادگاه

۱. فقها «باء» را در «بمالتفقوا من اموالهم» سببیه دانسته‌اند.



چنین شخصی را شایسته برای ادامه زندگی نداند، تصمیم‌گیری بر امر طلاق از جانب دادگاه امری موجه خواهد بود.

باید توجه داشت که طلاق در اسلام امری ناپسند است و مرد مسلمان نباید از روی هوی و هوس و بدون دلیل موجه اقدام به طلاق زن خود کند. به دیگر سخن، اسلام طلاق را در مواردی تجویز کرده است که تنها راه چاره، جدایی است. در عین حال اسلام مرد را از سوء استفاده از حق خویش منع کرده است. با این حال صرف قواعد اخلاقی برای جلوگیری از طلاق‌های ناروا کافی نیست، بلکه باید ضمانت اجرای حقوقی برای جلوگیری از سوء استفاده زوج از اختیار طلاق، به کار گرفته شود؛ مثلاً قانون برای مردی که بدون دلیل همسرش را طلاق می‌دهد موانعی ایجاد کند یا هزینه‌هایی بر او تحمیل کند، مثل اجرایی شدن کامل شرط تنصیف دارایی هنگام طلاق و امثال آن؛ به عبارت دیگر، میزان سخت‌گیری دادگاه در صدور چنین اجازه‌ای علاوه بر نص قانون، به روان‌شناسی قضایی برمی‌گردد؛ زیرا اجازه در صورتی داده می‌شود که دلیل محکمی برای این امر وجود داشته باشد و به‌رغم وجود دلیل، دادگاه از اصلاح بین زن و شوهر مأیوس شود و شکست زندگی مشترک را حتمی بداند.

### یافته‌های پژوهش

۱. با توجه به عمومات لاضرر و لاجرح، در التزام قواعد لاضرر و لاجرح و اصل قوامیت، این قواعد بر اصل مزبور حاکم خواهند بود؛ مگر آنکه ثابت شود که مرد تحت هیچ شرایطی علاقه به ادامه زندگی مشترک ندارد؛ به‌گونه‌ای که ممکن است ادامه زندگی آثار اخلاقی بدی برای طرفین به دنبال داشته باشد که در این صورت طلاق امری موجه خواهد بود.
۲. یکی از دلایل اعطای حق طلاق به زوج، ضرورت حفظ مصالح خانواده است؛ همین امر می‌تواند مبنایی باشد تا زوج دلیلی موجه برای طلاق بیاورد. پس اگر مرد این اختیار را به ناحق به کار برد و محرک او در طلاق دادن همسر، امیال نامشروع و خواسته‌های غیرانسانی یا تنها اضرار به زن و خانواده او باشد، باید خسارات ناشی از کار خود را بپردازد. دادگاه می‌تواند با ارزیابی دلایل شوهر و توجه به عادات و رسوم و اخلاق عمومی، تشخیص دهد که آیا او مجاز در استفاده از این اختیار بوده و آن را به‌جا استفاده کرده است یا نه؟ با وجود

آنکه در قانون مدنی چنین تدابیری به وضوح پیش‌بینی نشده است، لیکن اصل ۴۰ قانون اساسی و عموماً قواعد لاضرر و لاجرح، مرد را از سوءاستفاده از حق خویش منع می‌کند. به همین خاطر ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی در تاریخ ۸۱/۸/۱۹ به شرح زیر اصلاح شد: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید». با وجود این، به نظر می‌رسد که ماده ۱۱۳۳ اصلاحی قاعده تازه‌ای ایجاد نکرده است و گرچه رجوع به دادگاه ملازمه با رسیدگی به موضوع و بررسی دلایل دارد؛ لیکن ممکن است این ابهام را برای قضات ایجاد کند که صرفاً مبادرت زوج به طلاق، باید از طریق دادگاه باشد، حتی اگر زوج دلیلی برای این اقدام خویش نداشته باشد.

۳. آراء مذکور در مقاله علاوه بر آنکه پشتوانه غنی فقهی دارند، بر اساس موازین قانونی و قواعد حقوقی صادر شده‌اند و بر منطق حقوق استوارند. به نظر می‌رسد این آراء همگام و هم‌سو با اعمال سیاست‌های کلان مقام معظم رهبری و تأکید ایشان بر استحکام خانواده است و علاوه بر بعد حقوقی که بر مبنای اصل ۴۰ قانون اساسی، اعمال حقوق از سوی اشخاص را تنها در صورت عدم سوءاستفاده از حق محترم شمرده‌اند، در بعد خانوادگی و اجتماعی نیز به‌طور دقیق و ویژه از فرزندان هم حمایت کرده‌اند. ارتباط قواعد حاکم بر خانواده با نظم عمومی نیز بی‌اعتباری طلاق خودسرانه را توجیه می‌کند. البته نباید از این نکته غافل ماند که گرچه عموماً قاعده لاضرر و لاجرح بر عموم ادله حق طلاق زوج حکومت می‌کند، اما در حاکمیت قواعد مزبور و عمومیت آنها باید موردی عمل کرد؛ یعنی ضابطه اعمال قواعد مزبور شخصی باشد، به‌گونه‌ای که حاکمیت این قواعد را در موضوع حق طلاق زوج، و ضرر و حرج ناشی از این حق به زوجه، نسبت به همان زوجه با اوضاع و شرایط وی در نظر گرفت.

۴. با وجود کثرت پرونده‌های طلاق در مراجع قضایی خانواده و ختم این دعاوی به طلاق، بدون درخواست دلیل موجه از زوج، به‌جز دو رأی مذکور صادر شده از دادگاه مدنی خاص شهرستان اسلامشهر و شهرضا، رویه قضایی مستندی در این خصوص به چشم نمی‌خورد. در پایان پیشنهاد می‌شود که با توجه به اهمیت موضوع و لزوم انطباق قانون با شرع، ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، مورد بازنگری و ارزیابی قرار گیرد.

۵. در تعارض دو ضرر یا حرج مالی و غیرمالی، قاضی می‌تواند هر یک از دو ضرر مالی

نفقه‌دادن توسط زوج) و غیرمالی (آبرو و حیثیت زوجه) را واجد اهمیت بیشتر بدانند و بر دیگری ترجیح دهد. می‌توان گفت چون ضرر غیرمالی اصولاً جبران‌ناپذیر و تحمل‌ناپذیر است، می‌تواند بر ضرر مالی مقدم شود.

## منابع

### قرآن مجید

- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۳۸۷). *کفایه الاصول*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- افضلی قادی، فرحناز (۱۳۸۸). بررسی قاعده لاضرر و لاضرر در طلاق به درخواست زوجه. *فصلنامه شورای فرهنگی و اجتماعی زنان*. (۱۰)، ص ۱-۲۱.
- اکبرینه، پروین (۱۳۹۰). منع سوءاستفاده از حقوق خانواده. *مجله زن و مطالعات خانواده*. (۱۳)۵، ص ۷۴-۹۲.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۸). *حقوق مدنی*، تهران: اسلامیة.
- امامی، سیدحسن؛ و صفایی، اسدالله (۱۳۷۸). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: نشر دادگستر، چاپ دوم.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق الف). *رسائل الفقهیه*. قم: بی‌نا.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵ق ب). *کتاب المکاسب*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹ق الف). *فرائد الاصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹ق ب). *ملحقات مکاسب (رساله لاضرر)*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ (۱۴۱۹هـ). *القواعد الفقهیه*. قم: الهادی.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۷). *سوءاستفاده از حق مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی*. تهران: انتشارات اطلاعات، چاپ سوم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶). *قواعد فقه (قاعده لاضرر با تطبیق بر قوانین و مطالعه تطبیقی)*. تهران: دانشگاه امام صادق(ع).
- تاجمیری، امیر تیمور (۱۳۸۳). *فرهنگ عبارات و اشارات حقوقی*. تهران: سیاره.
- توجهی، عبدالعلی (۱۳۸۹). لزوم جرم‌انگاری نشوز زوج *مجله مطالعات راهبردی زنان*. ۱۲ (۴۸)، ص ۲۱۹-۲۵۲.

- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۴ ق). *تاج اللغة و صحاح العربیه*. بیروت: دار العلم للملایین، بیروت، لبنان.
- خدادپور، منیره؛ و دیلمی، احمد (۱۳۸۸). *سوءاستفاده از حق طلاق و راهکارهای قانونی* مقابله با آن. *فصلنامه خانواده‌پژوهی*، ۵(۱۷)، ص ۹۲-۷۴.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ ق). *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه معارف اسلامی، چاپ نخست.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴ ق). *وسایل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه*. بیروت: دار احیاء التراث العربی. خوانساری، سید محمد بن یوسف (۱۴۰۵ ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. قم: اسماعیلیان.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۳۸۷). *المفردات فی غریب القرآن*. قم: دفتر نشر نوید اسلام. رامین‌پور، سعید و باداد، لایلا (۱۳۸۹). *بررسی مشروعیت تقاضای طلاق توسط زوجه با استناد به قاعده لاضرر*. *دو فصلنامه علمی تخصصی علامه*، ۱۰(۲۹)، ص ۲۲-۱.
- شهابی، محمود (۱۳۶۸). *دو رساله*. تهران: انتشارات فکر اسلامی، چاپ نخست.
- صفایی، سیدحسن (۱۳۸۹). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: میزان.
- طباطبایی، سیدمحمد حسین (۱۴۱۲ ق). *المیزان فی تفسیر القرآن*. قم: اسماعیلیان، چاپ پنجم.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۰۹ ق). *العروه الوثقی فیما تعم البلوی*. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ دوم.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۰۵ ق). *جوامع الجامع فی تفسیر القرآن المجی*. بیروت: دار الاضواء.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۰). *تفسیر مجمع البیان*. قم: انتشارات فراهانی، چاپ نخست.
- فاضل لنکرانی، محمد جواد (۱۴۲۵ ق). *ثلاث رسائل*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵). *قاعده لاضرر*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- قرشی، سید علی اکبر (۱۳۸۱). *قاموس القرآن*. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- قوامی، منوچهر (۱۳۸۳). *مجموعه اطلاعات قضایی*. قم: انتشارات بکاء.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). *حقوق مدنی - خانواده*. تهران: شرکت انتشار و بهمن برنا.

\_\_\_\_\_ (۱۳۹۴). دوره حقوق مدنی، نکاح و طلاق. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ

چهارم.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۷۶). *الفروع من الکافی*. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.

لطفی، اسدالله (۱۳۸۹). *حقوق خانواده*. تهران: انتشارات خرسندی.

مامقانی، عبدالله بن محمد حسن (۱۳۵۰ق). *حاشیه علی رساله لاضرر*. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، چاپ نخست.

مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۳ق). *بحار الانوار*. بیروت: مؤسسه وفا.

محدث نوری، حسین (۱۴۱۱ق). *مستدرک الوسائل*. قم: مؤسسه آل البیت.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۳ق). *قواعد فقه*. تهران: سمت، چاپ نخست.

مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *عناوین الفقهیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم: چاپ نخست.

مطهری، مرتضی (۱۳۷۶). *نظام حقوق زن در اسلام*. تهران: صدرا، چاپ بیست و سوم.

معاونت آموزش قوه قضاییه (۱۳۸۷). *رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده (۲)*. تهران: جنگل.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). *القواعد الفقهیه*. قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)، چاپ سوم.  
موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۴ق). *بدائع الدور*. تهران: مؤسسه چاپ و نشر آثار امام خمینی (ره).

\_\_\_\_\_ (۱۳۴۲ق). *الرسائل*. قم: انتشارات مهر.

مهاجری، مریم و مظاهری، معصومه (۱۳۹۱). از نوخوانی ظرفیت فقهی قاعده لاضرر در انحلال نکاح. *ماهنامه کانون*، ۱۰ (۳۰)، ص ۱۳۵-۱۶۴.

نائینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳ق). *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*. تهران: المکتبه المحمدیه.

نجاری، محمد حسن و وزیرپور، شهناز (۱۳۹۵). شیوه‌های پیشگیرانه سوءاستفاده زوج از حقوق خود، *دوفصلنامه علمی ترویجی ندای صادق*، ۲۱ (۶۴)، ص ۱۷۷-۱۵۳.

نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.

نراقی، ملا احمد (۱۴۱۷ ق). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*. قم: اسلامی.

نظری، ساره (۱۳۹۴). بررسی آثار و پیامدهای طلاق بر خانواده و جامعه. کنفرانس سالانه رویکردهای نوین پژوهی در علوم انسانی.