

تحلیل فقهی - حقوقی پرداخت مقرری پس از طلاق در ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵

مهدی موحدی محب*

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۰/۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۱۱/۳۰)

چکیده:

طلاق، ایقاعی است که با اراده مستقل مرد، تحقق می پذیرد؛ اما این، ملازمه‌ای با اطلاق آن حق نداشته و در صورتی که طلاق زن در موقعیتی خاص، سبب وارد آمدن زبانی به او گردد، به استناد ادله نفی ضرر، طلاق دهنده ملزم به جبران خسارت - به روش مقتضی - خواهد بود. در راستای تبیین مبانی فقهی این مسأله و تنقیح مناط از حکم لزوم انفاق به زوجه افضا شده، ضمن مطالعه مفاد ماده ۱۱ قانون سابق حمایت خانواده، مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵، بروز رسانی ساختار و محتوا و گنجانیدن مضامین مندرج در آن را ضمن قانون جدید - در جهت تأمین هر چه بیشتر عدالت و کاهش آسیب‌های ناشی از طلاق - پیشنهاد می کنیم. بر اساس مفاد ماده مزبور، دادگاه می تواند به تقاضای هر یک از طرفین، در صورتی که صدور گواهی عدم امکان سازش، مستند به قصور طرف دیگر باشد، او را متناسب با اوضاع خاص قضیه، و با شرایطی، به پرداخت مقرری ماهانه متناسبی در حق طرف دیگر محکوم سازد.

واژگان کلیدی:

طلاق، تسبیب، زیان، جبران خسارت، قانون حمایت خانواده، ضرر، انفاق، مقرری.

۱- بیان مسأله

در نظام حقوق خانواده در فقه و به تبع آن قانون مدنی، اراده زوج در وقوع طلاق، مستقل بوده و از همین رو، طلاق، از ایقاعات به شمار می‌رود؛ فارغ از تحلیل مستند این حکم، که در پژوهشی جداگانه مورد تحقیق قرار گرفته (و از دیدگاه نگارنده، حکم مزبور متکی بر پایه حقیقت و اقتضای طبیعت نکاح و طلاق تشریح گردیده است)، پرسش اساسی این است که اگر به رسمیت شناختن حق مرد در طلاق و مطلق بودن حق اعمال آن، موجب ایراد زیان به زوجه- در شرایطی خاص- گردد، آیا باز هم مرد، بطور مطلق، چنین حقی خواهد داشت؟ و آیا می‌توان روشی برای دفع یا جبران زیان مزبور یافت؟

در فقه و حقوق مدنی، حق طلاق برای زوج، به طور مطلق به رسمیت شناخته شده است؛ بدین معنی که هرگاه زوج اراده کند، می‌تواند از این حق استفاده کرده، زوجه خویش را طلاق دهد. (امام خمینی، ج ۲، ص ۳۲۹؛ امامی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۸) البته برای انتظام امور و احراز عدم امکان سازش، مرد ملزم است فرایند طلاق را از مسیر دادگاه پیگیری کرده، دلایل خود را ارائه کند و چنان چه دادگاه به این نتیجه برسد که ادامه زندگی مشترک امکان پذیر نیست، با صدور گواهی عدم امکان سازش، اجازه اجرای صیغه طلاق و ثبت آن را صادر خواهد کرد (قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، ۱۳۷۱/۸/۲۸؛ نقل از: شهری، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۷۹۴). اما در رویه کنونی - در عین تمکین زوجه و عدم قصور در تکالیف زوجیت - با اصرار مرد به طلاق، دادگاه چاره‌ای جز صدور گواهی پیش گفته نداشته و مرد به هدف خود خواهد رسید.

در نوشته پیش رو، بر این باوریم که، اگرچه، مستفاد از روایت نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸، ج ۱۵، ص ۳۰۶، ح ۳؛ بیهقی، بی تا، ج ۷، ص ۳۶۰) این است که طلاق، ایقاعی است که منحصرأ توسط مرد انشا می‌شود و مانند نکاح یا عقود دیگر، نیازمند توافق دو اراده نیست؛ لکن، حقیقت یاد شده، هیچ‌گونه ملازمه‌ای با آزادی مطلق زوج در بهره جویی از این حق ندارد؛ بلکه بدون تردید، اگر با فراهم بودن دیگر شرایط، در اثر انشای صیغه طلاق از سوی مرد، زبانی متوجه زن گردد، حق مطالبه خسارت، برای زیان دیده محفوظ خواهد بود. مرد نمی‌تواند به استناد حق یاد شده، در هر شرایطی زن را طلاق داده و پاسخ گوی زیان‌های وارد شده بر او نباشد؛ بلکه در نگاه نخست می‌توان به حق مطلق مرد- در صورت ایراد زیان- به دیده تردید نگریست.

از میان کشورهای اسلامی، در کشور تونس، قانونی با مبنای نفی ضرر و مشابه با فرضیه این مقال به چشم می‌خورد؛ در فصل ۳۱ قانون احوال شخصیه تونس آمده است: «یحکم بالطلاق: عند رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبه الزوجه به و فی هاته الصورة یقرر الحاکم

ما تمتع به الزوجه من الغرامات المالیة لتعویض الضرر الحاصل لها أو ما تدفعه هی للزوج من التعویضات» (نقل از: کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۵۵).

بر این اساس، یکی از مواردی که دادگاه اجازه طلاق را صادر می‌کند، هنگامی است که زوج، مایل به انشای طلاق بوده یا طلاق به درخواست زوجه است؛ که در این صورت، قاضی ضمن صدور اجازه طلاق، خسارت‌های مالی زوجه را تعیین کرده و به جبران آن‌ها حکم می‌کند؛ یا به جبران زیان‌های زوج از سوی زوجه - در صورتی که در خواست طلاق از سوی او باشد - حکم خواهد کرد. بنابراین، با این تمهید، جبران زیان ناشی از طلاق، برای طرف مقابل پیش‌بینی شده است.

در این مجال، برآنیم تا پس از بررسی زیان‌های قابل تصور، ابتدا به استناد ادله نفی ضرر، لزوم جبران زیان زوجه را اثبات کرده، و سپس با تنقیح مناط از ادله لزوم انفاق به زوجه افضا شده، مفاد ماده ۱۱ قانون سابق حمایت خانواده - مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ ش. - را به عنوان روشی برای جبران خسارت، معرفی نموده و تصویب مجلد آن را پیشنهاد کنیم. بر اساس مفاد ماده مزبور، دادگاه می‌تواند به تقاضای هر یک از طرفین، در صورتی که صدور گواهی عدم امکان سازش، مستند به قصور طرف دیگر باشد، او را متناسب با اوضاع خاص قضیه، و با شرایطی، به پرداخت مقرری ماهانه متناسبی در حق طرف دیگر محکوم سازد.^۱

۲- بررسی زیان‌های قابل تصور

زیان‌هایی که در اثر طلاق، متوجه زن می‌گردد به دو دسته مادی و معنوی قابل تقسیم‌اند.

۲-۱- زیان‌های معنوی؛ از جمله سرخوردگی، شکست عاطفی و نظائر آن

باید گفت: زیان‌هایی این چنین، قابل مطالبه نیستند؛ اما نه به دلیل غیر مادی بودن؛ بلکه به دلیل آن که، این‌گونه موارد، جزء طبیعت طلاق و تأثیر قهری آن بر زن است و اساساً هر طلاق که یک طرفه باشد، چنین تبعاتی را در پی دارد؛ اگرچه در قرآن کریم، به‌طور مطلق توصیه شده است که طلاق با احسان همراه باشد: «... فإمساکُ بمعروفٍ أو تسریحٌ بإحسان» (بقره/ ۲۲۹). وانگهی، زیان‌هایی از این دست، قابل تقویم نیستند تا بتوان آن‌ها را جبران نمود و چه بسا اساساً قابل جبران نباشند.

از سوی دیگر، سراغ نداریم که در اثر این‌گونه موارد - که قدمتی مساوی با تاریخ نکاح و طلاق دارند - معصوم (ع) امر و جویی به جبران فرموده باشند؛ در حالی که در زمان شارع نیز

۱. یادآوری این نکته لازم است که اگرچه در این ماده، فرض پرداخت مقرری به هر یک از زوجین مطرح شده؛ لکن با عنایت به استقلال اراده مرد در انشای طلاق، و انفعال بیشتر زن، در این مسأله، بحث این نوشتار، بر زیان زوجه و جبران آن، متمرکز است.

طلاق رخ می‌داده و مواردی از این قبیل - که وابسته به خلقت زن و طبیعت رابطه او با مرد است - چیز جدیدی نیست و در طول زمان، کم‌تر دچار تبدل می‌گردد^۱. ضمن آن‌که اگر چنین چیزی را بپذیریم، باید علاوه بر زن، به فرزندان و دیگر افراد مرتبط نیز برای مطالبه جبران خسارت‌های معنوی - از باب تسبیب - حق داد؛ که اگرچه، موکول به صدق تسبیب است، اما التزام بدان خالی از تکلف نیست.

۲-۲- زیان‌های مادی؛ این موارد را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

الف - عدم النفع: به عنوان مثال، مرد در طول زندگی مشترک، حق منع زوجه را از اشتغال، داشته و بدین ترتیب، ممکن است موجب فوت فرصت‌های شغلی زن شده باشد؛ همین مطلب در مورد تحصیل و امثال آن نیز صادق است.

آیا زن می‌تواند ادعا کند که اگر فرصت اشتغال یا تحصیل از وی سلب نمی‌شد، به موقعیت مالی و اجتماعی خاصی می‌رسید؟ و آیا با این استدلال، می‌تواند عوض آن را از مرد مطالبه کند؟ آیا اساساً عوض آن، قابل محاسبه هست؟

بعید است که خسارت‌هایی از این دست، مصداق زیان باشند؛ اگر چه در صورتی که مرد، مصلحت زوجه و مصالح خانوادگی را در این‌گونه تصمیم‌ها رعایت نکرده و چنین چیزی به اثبات برسد، چه بسا عرف، از باب تسبیب و مشروط به صدق انتساب، او را مسؤول خسارت‌های وارد آمده - که مستقیماً از رهگذر تصمیم نادرستش ایجاد شده - بداند؛ که در آن صورت، به عنوان زیان مستقیم، قابل مطالبه خواهد بود.

ب - زیان‌های مادی بی واسطه؛ زن، با ازدواج با یک مرد خاص، از دیگر فرصت‌هایی که برای زندگی مشترک، پیش روی خود داشته، صرف نظر کرده و مرد پس از گذشت مدتی - بدون تصور وی در ایفای وظایف زوجیت، به هر دلیل - تصمیم به طلاق می‌گیرد. در این وضعیت، شرایط مالی و خانوادگی زن، تغییر کرده و پس از طلاق، زمینه ازدواج دوباره‌اش کم شده است؛ نفقه‌ای که به عنوان زوجه به او تعلق می‌گرفت، قطع شده و - حسب شرایط - زیان‌هایی متوجه او می‌گردد.

اگر طلاق، در شرایطی رخ دهد که فرصت ازدواج مجدد زوجه به لحاظ شرایط خاص محیطی و عرفی جامعه، به شدت کم شده یا از بین برود، به لحاظ عدم تأمین مخارج او و قطع نفقه (آن هم در شرایطی که ممکن است مانع ازدواج دوباره او، تنها مطلقه بودن باشد)، زیان

۱. اما در خصوص زیان‌های مادی باید گفت با عنایت به تغییر شیوه‌های زندگی، احتمال تبدل در موضوع، قابل درک است.

محسوب می‌شود. البته صدق عرفی زیان در این فرض، در صورتی است که، زوجه راه دیگری برای اعاشه نداشته باشد.

باید گفت مواردی از این دست، عرفاً زیان به شمار آمده و طبعاً به استناد عموم ادله نفی ضرر، قابل مطالبه‌اند. ضمن آن که ملاک در صدق زیان، عرف بوده و ضرر، عنوانی شرعی محسوب نمی‌گردد. بنابراین، هر یک از موارد پیش گفته که به عنوان نمونه‌هایی از ضرر مطرح‌اند، باید به عرف، عرضه شده و در صورت تشخیص زیان، اگر حقی که دستاویز ایراد ضرر قرار گرفته، سلب نشود، دست کم باید برای زیان دیده، حق مطالبه خسارت را به رسمیت شناخت.

در نکاح منقطع نیز - اگر چه انفاق از اقتضات آن نیست - اما اگر بذل مدت از سوی زوج در شرایطی رخ دهد که سبب ایراد زیان به زوجه شود، باید برای جبران آن تمهیدی اندیشید (حسب مورد، سلب موقت حق بذل یا الزام به جبران خسارت).

۳- لزوم جبران زیان طلاق، به استناد ادله نفی ضرر

در اسلام، حکم ضرری جعل و تشریح نشده است و اگر اعمال حق از سوی ذی حق، در شرایطی خاص، موجب زیان به دیگری گردد، به موجب قاعده لاضرر، باید جلوی ایراد زیان گرفته شود. البته ممکن است در شرایط گوناگون، جبران خسارت، به روش‌های متفاوتی صورت پذیرد. به هر روی، هیچ صاحب حقی نمی‌تواند آن را وسیله اضرار به دیگری قرار دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۱).

مستند فقیهان برای اثبات این قاعده، روایتی بدین مضمون است: سمره بن جندب، در حیات خانه مردی از انصار، نخلی داشت که بدون اجازه و سرزده، به بهانه سرکشی به درخت، به آن جا می‌رفت و تذکر مرد انصاری به او در اجازه گرفتن پیش از ورود، نتیجه‌ای نداشت؛ تا این که پیامبر (ص) از این ماجرا آگاه شدند و تلاش آن حضرت نیز برای مصالحه و متقاعد ساختن سمره در اجازه گرفتن، سودی نبخشید؛ در نهایت، پیامبر (ص) ضمن امر به کندن درخت، فرمودند: «لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام». (حرّ عاملی، بی تا، ج ۱۷، ص ۳۴۰) این روایت، نزد فریقین، مقبول بوده به حدی که حتی ادعای تواتر نیز در مورد آن شده است: «والضرر منفیّ بالحديث المتواتر» (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۴۸) و روایات بسیاری که در نفی ضرر وارد شده‌اند (حرّ عاملی، بی تا، ج ۱۷، ص ۳۱۹؛ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۱۶۴)، راه را بر هر گونه تشکیک و تردید می‌بندد.

آن چه کاربری و بهره قاعده لاضرر را فراگیر کرده و آن را از قید و بند تفسیرهای محدود به متونی خاص، رها می‌سازد، ابتدای آن بر حکم عقل و به شمار آمدن در زمره مستقلات عقلی است؛ چرا که عقل در درک قبح زیان رساندن، مستقل است. اگرچه، عنایت به موارد کاربرد آن

در روایات نیز، شمول یاد شده را تأیید می‌کند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۰۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۱۱).

در طلاق نیز چنین است؛ همان گونه که سمره، مالک نخل و مسلط بر اعمال حق مالکیت خود بود، زوج نیز مسلط بر حق طلاق بوده و اراده او در انشای صیغه و انحلال رابطه زوجیت، مستقل است. بنابراین، باید راه سوء استفاده او از این حق، مسدود گشته و اگر اعمال این حق، سبب وارد آمدن خساراتی به زن باشد، باید در مطلق بودن اختیار مرد تردید کرده و در این گونه موارد، حق او را مقید به جبران زیان‌ها دانست. البته ممکن است گفته شود که در نظر نگرفتن حادی برای عوض (فدیه) در طلاق خلع، از سوی شارع، (سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۳۶۷) خود، موجب زیان زوجه است. با پذیرش چنین زیان بزرگی، چگونه می‌توان از ضرر زوجه در مسأله طلاق و جبران آن از سوی زوج، سخن گفت؟ در پاسخ باید گفت:

اولاً- بحث در موردی است که با وجود تمایل زن به بقای رابطه زوجیت و عدم قصور وی از ایفای تکالیف خود، مرد مصرّ به طلاق باشد؛ حال آن که در طلاق خلع، زن، به واسطه کراهت از زوج، مایل به ادامه زندگی مشترک نیست. لذا برای آن که مرد از حق همیشگی خود بر بضع دست برداشته، او را طلاق دهد، باید رضایت او را جلب کند؛ مثل هر صاحب حق دیگری (مگر در موارد خاصی که این کار، از سوی حاکم صورت می‌گیرد).

ثانیاً- در مواردی که ادامه رابطه زوجیت، موجب عسر و حرج زوجه بوده و درخواست طلاق از سوی زن، ناشی از سوء رفتار یا قصور وی از تکالیف زوجیت نبوده و طلاق، از سوی حاکم صورت می‌گیرد نیز، باید حق مطالبه جبران خسارت را برای زوجه در نظر گرفت. اشکال دیگری که ممکن است مطرح شود، آن که:

این مسأله، نظیر آن است که در معامله‌ای، مشتری، اختیار فسخ داشته و پس از مدتی با کاهش قیمت مبیع در بازار، تصمیم به فسخ معامله بگیرد؛ در این حالت، نتیجه اعمال اختیار، ضرر بایع بوده و طبیعی است که این وضعیت برای او خوشایند نیست. آیا در این قبیل موارد، می‌توان به استناد قاعده لاضرر، حکم به اسقاط اختیار مشتری کرده یا وی را ملزم به جبران ضرر بایع دانست؟ و از آنجا که پاسخ، منفی است، در مسأله پیش رو نیز باید گفت: طلاق، حق مرد است و ایراد زیان به زوجه، اقتضای طبیعی استقلال مرد در انشای طلاق است. در جواب می‌گوییم:

اولاً- قیاس این دو با یکدیگر، ناصواب می‌نماید؛ چه آن که طلاق، ایقاعی مستقل است؛ اما اختیار، ناظر به عقد بوده و آن را فسخ می‌کند. مبنای اختیار نیز یا تراضی طرفین است (در اختیار شرط، موضوع ماده ۳۳۹ ق.م. و یا حفظ موازنه میان عوضین (در دیگر اختیارات).

ثانیاً- ذوالخیار، با فسخ عقد، زیانی را که مستقیماً متوجه اوست، از خود دفع می‌کند؛ حال آن که ممکن است با اعمال حق طلاق، در موقعیتی خاص، به زوجه زیان وارد آید نه آن که مرد، با طلاق، زیانی را که مستقیماً متوجه خود اوست، از خویش دفع کند. بنابراین، از آن جا که نمی‌توان حق طلاق را به استناد ضرری بودن، از زوج سلب کرد، باید او را مسؤول جبران خسارات مستقیم ناشی از آن دانست.

- استناد به قاعده لاضرر در مقام جعل حکم

در روایت پیش گفته، پیامبر اکرم (ص)، ضمن امر به کندن درخت، دلیل آن را نفی ضرر در اسلام بیان داشتند (حرّ عاملی، بی تا، ج ۱۷، ص ۳۴۰). در واقع، در این ماجرا، به استناد قاعده لاضرر، حقی که اعمال آن باعث ایراد ضرر به دیگری بوده، از صاحب آن، سلب گردیده است. برخی از فقیهان بر این باورند که به استناد قاعده لاضرر، تنها می‌توان، حقی موجود را، که اعمال آن، باعث ایراد ضرر است، رفع نمود؛ اما نمی‌توان به استناد آن - اگر خلأ قانونی، و عدم حکم شرعی، سبب ایراد خسارت باشد، برای جلوگیری از ضرر - حکمی را جعل کرد؛ چرا که این، موجب تأسیس فقه جدید و صدور انبوهی از احکام بی سابقه در نظام حقوقی اسلام خواهد شد (أنصاری، ۱۴۱۵، ص ۲۷؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۲۱). از این نگاه، در بحث طلاق نیز نمی‌توان به استناد این قاعده، برای زن، حق مطالبه خسارت در نظر گرفت. در مقام پاسخ و اثبات امکان جعل حکم به استناد قاعده لاضرر، یادآوری چند نکته لازم است:

۱- مستند اصلی و منحصر قاعده لاضرر، روایات نیستند تا براساس آن‌ها و لزوم پیروی از مضمون آن در ترسیم حدود قاعده، نتوان در موارد خلأ قانونی، به قاعده یاد شده تمسک جست؛ بلکه، مستند اصلی برای اثبات این قاعده، حکم عقل عملی به قبح ضرر است؛ و اساساً این از مستقلات عقلیه است (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۳۱) و عقل - بدون ملاحظه تفاوتی میان مقام جعل یا مقام رفع - ضرر و اضرار به دیگری را قبیح می‌داند. به دیگر سخن، فرقی نمی‌کند که ضرر، ناشی از سوء استفاده از حق موجود باشد یا در اثر نبودن حکمی خاص، ضرر ایجاد شود؛ بلکه در هر دو وضعیت، عقل، قبح ضرر را درک کرده و طبعاً به لزوم جبران آن حکم می‌کند. ضمن آن که، موارد زیادی از استناد به قاعده لاضرر، در مقام جعل حکم، در فتاوی فقیهان به چشم می‌خورد (أنصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۹۰؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۱۰۰، صص ۹-۲۹۸؛ طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۳۰۱).

۲- پیامبر اکرم (ص) حق شفعه را برای جلوگیری از ضرر شفیع جعل فرموده و در مقام تعلیل، قاعده لاضرر را بیان داشته‌اند (حرّ عاملی، بی تا، ج ۱۷، ص ۳۱۹، ح ۱). در حقیقت، اگر یکی از دو

شریک بتواند حصه مشاع خود را به فرد ثالثی بفروشد و شریک دیگر (شفیع) نتواند با پرداخت ثمن این معامله به خریدار، حصه فروخته شده را تملک کند، این، موجب وارد آمدن ضرر (تحمل شریک ناخواسته) به او می‌گردد. از این رو، پیامبر اکرم (ص) برای دفع و نفی این ضرر، حقی را به نام حق شفعه جعل فرموده‌اند و این، خود، گویای عدم انحصار این قاعده به موارد رفع حکم است.

۳- اگرچه اختصاص قاعده لاضرر، تنها به موارد رفع حکم، در نگاه نگارنده مورد پذیرش نیست؛ اما باید گفت: مسأله‌ای را که با بیان جعل حکم، ترسیم شده، می‌توان به شکل رفع حکم بیان کرد (أنصاری، ۱۴۱۵، ص ۲۸).

بدین ترتیب، در مسأله مورد بحث به جای این‌که به استناد قاعده لاضرر، برای زن، حق مطالبه خسارت و جبران زیان‌های وارده را جعل کنیم، حکم «برائت مرد از پرداخت خسارت به زن» را رفع می‌کنیم.

با این توضیح، حتی اگر حیطه دلالت قاعده لاضرر را محدود به موارد رفع حکم بدانیم، باز هم می‌توان در موارد یاد شده، به این قاعده استناد کرد.

۴- آن چه با این قاعده نفی می‌شود، نه تنها احکام جعل شده، بلکه هر چیزی است که در اسلام بدان معتقد و متدین شده و در شریعت و قانون اسلام، با آن، به تعامل می‌پردازیم؛ چه وجودی باشد، چه عدمی. بنابراین، همان‌طور که حکمت شارع، سبب می‌شود که احکام ضرری نفی شوند، به همان ترتیب، اقتضاء می‌کند که احکامی هم که فقدان و نبود آن‌ها موجب ایراد ضرر است، جعل گردند (أنصاری، ۱۴۱۵، صص ۲۸-۲۷).

در واقع، محیط تشریح و قانون‌گذاری، محیط حکومت شرع مقدس در تمامی شؤون است و همان‌طور که جعل قانون، ممکن است برای فرد یا جامعه زیان داشته باشد، سکوت و عدم جعل نیز چه بسیار زیان و خسران به بار آورد. وقتی حکومتی، زمام نظام جامعه و ملت را به دست دارد، هر گونه سوء جریان در روابط حقوقی اجتماعی، ناشی از عدم تدبیر اوست، خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد و خواه ناشی از عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۶۰). بنابراین، ضرر ناشی از فقدان حکم نیز بدون تردید منتسب به قانون‌گذار خواهد بود. بنابراین، قاعده لاضرر اختصاص به رفع حکم ضرری نداشته، مواردی را هم که فقدان قانون و نبود حکم شرعی، سبب ایراد ضرر است، شامل می‌گردد.

۴- چگونگی جبران زیان

بر اساس آن چه در مورد چگونگی استناد به قاعده لاضرر گفته شد، لزوم جبران خسارت‌های مادی، که از رهگذر طلاق به زن وارد می‌آید، مسلم است؛ اگر چه، کیفیت و روش جبران خسارت، بسته به مورد، ممکن است متفاوت باشد.

اگر گفته شود که با تناظر این مسأله با آن چه در روایت سمره در نفی ضرر وارد شده، در صورتی که طلاق، زیان‌هایی برای زن در پی داشته باشد، باید حق طلاق از مرد سلب شود، نه آن که بدون محدود کردن حق مرد، وی را ملزم به جبران ضرر بدانیم. در پاسخ خواهیم گفت:

اولاً: ملاک اصلی در نفی ضرر، حکم عقل به قبح آن است و عقل در خصوص شیوه دفع و جبران ضرر، توصیه خاصی ندارد. بنابراین، در هر مورد، دفع و جبران ضرر، با شیوه‌ای خاص، عملی و امکان‌پذیر است. حتی اگر شیوه پیشنهادی این نوشتار (پرداخت مقرری) نیز در عمل، با موانع و محذوراتی مواجه باشد، می‌توان روش دیگری را برای جبران زیان، جستجو کرد.

ثانیاً: ناگفته پیداست که به طبیعت حال و با توجه به نقش فعالی که مرد - به لحاظ خلقت و طبیعت خود - در رابطه عاطفی و جنسی با زن ایفا می‌کند، سلب این حق از مرد، به وارد آمدن خسارت به زن، در مقیاسی وسیع‌تر، نقض غرض و گرفتار شدن زن در حرج بیشتر خواهد انجامید؛ از این رو با در نظر گرفتن اقتضائات طبیعی مسأله، باید حق مرد را مقید به جبران زیان، به رسمیت شناخت. ضمن آن که جبران و نفی ضرر، در همه جا لزوماً به یک روش نیست؛ گو این که - در نگاه اول - اقتضای دفع ضرر از مرد انصاری در ماجرای سمره بن جندب نیز، قطع درخت نبوده است (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۵)؛^۱ اما چیزی که این تصمیم پیامبر اکرم (ص) را مبتنی بر قاعده لاضرر توجیه می‌کند، این است که، در هر مورد، با عنایت به جوانب ویژه آن و با در نظر گرفتن اطراف مسأله، باید برای دفع ضرر، تصمیمی متناسب، اتخاذ کرد و شرع، در خصوص شکل دفع ضرر، اصرار به شیوه خاصی ندارد.

در سال‌های اخیر، برای جلوگیری از آسیب‌های اجتماعی ناشی از حق مطلق مرد در طلاق، اقداماتی صورت گرفته است که اگر چه در راستای تعدیل شرایط و جبران زیان زوجه بوده، اما هیچ یک، جبران زیان ناشی از طلاق، به استناد قاعده لاضرر محسوب نمی‌شود.

۱. «و فی هذه القصه إشکال من حیث حکم النبى (ص) بقطع العدق، مع أن القواعد لا تقتضیه و نفی الضرر لا یوجب ذلک، لکن لا یخلل بالإستدلال».

به موجب تبصره ۶ از قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ مقرر گردیده که هرگاه وقوع طلاق، ناشی از قصور زوجه در ایفای وظایف زوجیت نباشد، زن می-تواند اجرة المثل کارهای منزل را که در ایام زوجیت، بدون قصد تبرع، انجام داده، مشروط به آن که از جمله وظایف او نبوده باشد (شهری، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۸۰۰) و نیز در صورتی که طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد (همان، پاورقی ۲-ب) مطالبه کند.

البته برابر رویه قضایی، اجرة المثل، فرع بر درخواست طلاق دانسته شده و اگر زوج از طلاق منصرف شود، زوجه نمی‌تواند درخواست صدور اجرائیه نسبت به اجرت المثل را بنماید (نظریه شماره ۷/۹۹۰۶ مورخ ۱۳۷۸/۷/۲۴ اداره حقوقی قوه قضائیه/نقل از: شهری، همان) که در جای خود، قابل نقد است.

روشن است که مستند شرعی این قانون، قاعده حرمت مال مسلمان است (حرعاملی، بی تا، ج ۸، ص ۶۱۰) و عمل انسان نیز بدون تردید، مال به شمار می‌رود؛ چرا که در ازای مال، قابل مبادله است (أنصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۷) و طبیعی است که اگر کسی کاری را که موظف به انجام آن نبوده، به درخواست دیگری و بدون قصد تبرع انجام دهد مستحق اجرت کار خود خواهد بود؛ و پرداخت اجرت المثل، ارتباطی به طلاق و تبعات آن نداشته، جبران زیان ناشی از طلاق محسوب نمی‌شود.

مورد دیگر آن که، به موجب شرط ضمن نکاح، هرگاه طلاق، ناشی از کوتاهی زن در وظایف زوجیت نبوده باشد و مرد رأساً تصمیم به طلاق همسر خود بگیرد، مرد موظف است در هنگام طلاق، تا نصف دارایی خود را که در ایام زوجیت کسب کرده، به صورت یک طرفه و بلاعوض به زوجه منتقل کند.

چه بسا مبنای تنظیم چنین شرطی آن است که مرد از رهگذر حضور زن در زندگی مشترک، به توفیقاتی در زمینه مالی دست یافته است. البته الزام به تنصیف دارایی، در صورتی است که مرد در قالب شرط ضمن عقد لازم، به آن متعهد شده باشد؛ که در این صورت، این الزام حقوقی، ناشی از تعهدی است که وی بر عهده خویش قرارداد است و طبعاً مانند هر تعهد دیگری، لازم‌الوفاست. اگرچه معتقدیم اساساً صحت چنین شرطی - به لحاظ مجهول بودن (سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۴۹۰) مقدار مالی که انتقال بلاعوض آن، تعهد می‌شود- با ایراد جدی مواجه است.

به هر روی، آنچه با این فرایند به زوجه تعلق می‌گیرد، به فرض اشتراط و صحت آن، جبران زیان ناشی از طلاق نیست.

نگارنده بر این باور است که اگر از تمامی ظرفیت نظام حقوقی اسلام بهره گرفته و در تنظیم قوانین، به بنیان‌های استوار فقه پویا توجه شود، محصول آن، قوانینی مشروع و کارآمد و

در راستای تأمین عدالت در جامعه خواهد بود. بر همین اساس، می‌توان با عنایت به ادله نفی ضرر و مطالعه مسأله لزوم انفاق به زوجه افضا شده و تنقیح مناط آن و تطبیق با مسأله مورد بحث، لزوم جبران خسارت ناشی از طلاق و چگونگی آن را نتیجه گرفت.

۴-۱- پرداخت مقرری به زوجه افضا شده

گذشته از قواعد لاضرر و تسبیب، بر این باوریم که می‌توان با تنقیح مناط، از حکم لزوم پرداخت مقرری به زوجه افضا شده- در عین منع از مواقعه با او (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۶، صص ۱۰۵-۱۰۴)^۱ - علاوه بر اثبات لزوم جبران خسارت، روش جبران را نیز نتیجه گرفت.

راوی می‌گوید: از امام صادق (ع) در مورد مردی که با زنی ازدواج کرده و مواقعه، به افضای زن انجامیده بود، پرسیدم؛ ایشان فرمودند: «اجراء در مورد زن (انفاق به او) بر عهده مرد است تا هنگامی که زن زنده است» (صدوق، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۱۳۴، ح ۵۲۹۳).^۲

ملاً محمد باقر مجلسی (ره) این حدیث را صحیح دانسته است. (مجلسی، ۱۴۰۷، ج ۱۶، ص ۵۳۱، ح ۱۷) مرحوم مجلسی اول نیز در مورد معنای واژه اجراء می‌نویسد: «علیه الإجراء، أى النفقة و الكسوة و ما يلزمه» (مجلسی، بی تا، ج ۱۰، ص ۳۹۷).

بر اساس این روایت، اجراء (پرداخت مقرری و تأمین مخارج زن)، بر عهده مرد قرار گرفته؛ و در عین حال، مواقعه با آن زن نیز برای همیشه بر وی حرام گردیده است.

البته، روایت دیگری با مضمون مشابه در این زمینه وجود دارد که در آن، این حکم را در مورد زوجه نابالغ مطرح کرده، اما مرحوم مجلسی دوم، آن را مجهول دانسته است. (مجلسی، ۱۴۰۷، ج ۱۶، صص ۵۳-۵۳۰، ح ۱۶)

نکته قابل ذکر آن که علامه حلی اعتقادی به لزوم پرداخت مقرری به زوجه بالغی که افضا شده ندارد؛ با این استدلال که، مرد، کاری را انجام داده که شرعاً مأذون در انجام آن بوده است: «وإن أفضاها الزوج بالوطى بعد البلوغ، فلا شيء عليه، لأنه فعل مأذون فيه شرعاً». (علامه، تحریر الأحكام، بی تا، ج ۲، ص ۲۷۱)

در پاسخ باید گفت: این مورد، شبیه ید صنعتگر است. اگر خیاطی که مأذون در تبدیل پارچه به پیراهن مناسب برای مشتری است، با وجود تلاش و دقت، پارچه را ضایع کند،

۱. فتحرم علیه مؤبداً لوأفضاها بالوطى ... و هل تخرج بذلك من حیالته؟ قولان: أظهرهما العدم. و على القولین یجب الإنفاق علیها حتى یموت أحدهما... و یجوز له طلاقها و لانسقط به (أی بالطلاق) النفقة و إن كان بانناً

۲. روی حماد عن الحلبي عن أبي عبدالله (ع) قال: سألته عن رجل تزوج جاریة فوقع بها فأفضاها، قال (ع): «عليه الإجراء علیها ما دامت حیة».

مشهور فقها او را ضامن می‌دانند^۱؛ با این استدلال که، اولاً کار او مصداق اتلاف است و ثانیاً او مأذون در اصلاح بوده نه افساد.

با همین استدلال، در مسأله مورد بحث نیز باید گفت: گذشته از آن که کار زوج، مصداق اتلاف است، نمی‌توان تنها به این دلیل که او شرعاً مجاز به واقعه بوده، او را در قبال افضا ضامن ندانست؛ ضمن آن‌که روایتی هم که مبنای این فتوا قرار گرفته، مجهول است (مجلسی، ۱۴۰۷، ج ۱۶، صص ۵۳۱-۵۳۰، ح ۱۶) و در مقابل، سند روایتی که این حکم را به طور مطلق ذکر کرده، صحیح می‌باشد (همان، ص ۵۳۱، ح ۱۷).

بنابراین، همان گونه که اگر طلاق زوجه، سبب ایراد ضرر غیر قابل جبران (از بین رفتن زمینه طبیعی ازدواج، به دلیل افضا)^۲ باشد، حق مرد در طلاق ساقط می‌گردد، در صورتی که زیان، قابل جبران بوده (به شرح مذکور در عنوان ۲- بررسی زیان‌های قابل تصور) یا منع زوج از طلاق، زیان بیشتری در پی داشته باشد، نفوذ طلاق را به ضمیمه حق مطالبه خسارت برای زوجه، می‌پذیریم.

۲-۴- تنقیح مناط

با عنایت به این که احکام شرعی در مسائل اجتماعی و معاملات، در زمره احکام تعبدی نبوده، بلکه تابع ملاک‌هایی عرفی و قابل فهم از سوی عقلاست، باید گفت: ملاک این حکم (الزام به انفاق) جلوگیری از زیانی است که به زوجه افضا شده وارد می‌آید. چه، او دیگر زمینه ازدواج نداشته و در اثر طلاق، زیان بزرگی به وی وارد خواهد آمد؛ لذا بر مرد است که مخارج او را تا آخر عمر تأمین کند.

با اتخاذ ملاک (نفی ضرر) از این حکم (الزام به انفاق به زوجه افضا شده)، می‌توان در مسأله مورد بحث، به این نتیجه رسید که اگر طلاق زوجه، سبب ایراد زیان به او گردد، مرد، ملزم به جبران آن، در قالب تأمین مخارج او بوده و با عنایت به این که منع زوج از طلاق، زیان بیشتری در پی دارد، باید نفوذ طلاق را به ضمیمه حق مطالبه خسارت برای زوجه پذیرفت.

نظر به حجیت ذاتی قطع، تنقیح مناط قطعی، معتبر است؛ اما تنقیح مناط ظنی، نیازمند جعل حجیت از سوی شارع. اما با عنایت به پیروی احکام معاملات از ملاک‌های عقلایی و قابل فهم

۱. إذا أفسد أجیر للخیاطة أو القصاره أو لتفصیل الثوب ضمن، و کذا الحجام إذا جنى فی حجامته، أو الختان فی ختانه ... إذا أفسده یكون ضامناً إذا تجاوز عن الحد المأذون فیه، إن كان بغير قصد، لعموم من أئلف ... (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، صص ۶۶-۶۷؛ هم چنین: محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۰۷).

۲. روشن است که فرض درمان پذیر بودن یا نبودن این مشکل و تأثیر آن در حکم مسأله، بحث مستقلاً است که این مقال، در مقام پرداختن بدان نیست؛ اگرچه باید گفت: در صورت درمان، با عنایت به از بین رفتن ملاک حکم و منتفی شدن موضوع، بعید است که حکم مزبور، استصحاب شود.

و ظنّی بودن اکثر بلکه همه تنقیح مناط‌های عقلا و ناممکن بودن دستیابی به مناط احکام آن گونه که به دقت عقلی، مورد نظر است (جز در موارد مصرّح)، می‌توان حجّیت این قبیل موارد را از باب استناد به سیره عقلا پذیرفت. در حقیقت، تنقیح مناط و تعمیم حکم به سایر مواردی که مناط حکم در آن‌ها وجود دارد، یک قیاس جلیّ است که قیاس به الغای فارق نیز خوانده می‌شود (قلعجی، ۱۴۰۸، ص ۳۷۲) و در حجّیت آن تردیدی نیست چرا که عدم جواز تسرّی حکم حتّی در این گونه موارد، به معنای اعتقاد به تعبدی بودن احکام معاملات است؛ که التزام بدان بسیار مشکل است.

ضمن آن که با ملاحظه مواردی از تنقیح مناط - که توسط فقهای امامیه انجام گرفته و چه بسا قطعی تلقی می‌شوند - نیز قطع به علت حکم، ایجاد نمی‌شود؛ مثل تسرّی حکم حرمت «رشوه دادن به قاضی»، به «هدیه دادن به او» از سوی شیخ انصاری، که دلیل آن را تنقیح مناط گفته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۴۶). مورد دیگر، تسرّی حکم لزوم یمین استظهاری در «دعوی بر میّت» به «عوی طفل» که شهید ثانی انجام داده و دلیل آن را اتحاد طریق دو مسأله بیان کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۰۵).

بر این اساس، مناط حکم (الزام به انفاق) را در مسأله افضا، نقش زوج در اتلاف منافع و لزوم جبران زیان زوجه و جلوگیری از ضرر او می‌دانیم. بنابراین، در مسأله مورد بحث نیز در مواردی که اعمال حق طلاق از سوی مرد، به ضرر زوجه انجامیده، یا عنوان تسبیب صادق باشد، مستند به ادله نفی ضرر و قاعده تسبیب، باید برای جبران آن، تمهیدی اندیشیده شود. نفی زیان در موقعیت‌های مختلف، لزوماً با روشی مشابه صورت نمی‌گیرد؛ بلکه متناسب با مورد، باید در خصوص آن، تصمیم گرفت. چه بسا در جایی، نفی ضرر با اسقاط حق صورت گیرد (مثل ماجرای سمره بن جندب، که حق مالکیت از وی سلب گردید) و در جای دیگر - که اسقاط حق، چه بسا زیان بیشتری را به دنبال دارد - خسارت به شکل دیگری، جبران گردد (که در مسأله مورد بحث، پرداخت مستمری به زوجه مطلقه است).

ممکن است این اشکال مطرح گردد که الزام به انفاق، حکمی شرعی بوده و از آثار نکاح صحیح است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۶، ج ۵، ص ۶۷) که برخی نیز آن را مشروط به تمکین کامل زوجه می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۱۰۳) و با قطع رابطه زوجیت، طبعاً آثار آن نیز از بین خواهد رفت. بنابراین، الزام زوج به ادامه انفاق پس از طلاق، فاقد وجه شرعی است.

در پاسخ باید گفت: آنچه در روایت مورد استناد آمده، «إجراء» است نه «انفاق مصطلح»؛ زیرا در روایت آمده: «علیه‌الإجراء علیها ما دامت حیة» (صدوق، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۱۳۴) که با اتخاذ ملاک و تنقیح مناط، آن را به هر طلاق‌ی که سبب وارد آمدن زیان به زوجه شود، تسرّی داده و

۱. از زبان‌های قابل تصور و مسؤولیت مرد در قبال آن، پیش‌تر - در عنوان شماره ۲ - سخن گفتیم.

تا هنگامی که زیان باقی است، برای دفع زیان و جبران خسارت، مخارج و هزینه‌های جاری زوجه بر عهده مرد خواهد بود.

بنابراین، در مسأله مورد بحث، نفقه، به عنوان یکی از آثار زوجیت، مطرح نیست؛ بلکه «اجراء» - با هدف جبران زیان ناشی از طلاق - مورد نظر است. به دیگر سخن، وقوع طلاق و از بین رفتن زمینه وجوب انفاق مصطلح، منافاتی با پدید آمدن سبب دیگری برای «وجوب اجراء» و پرداخت مقرری ندارد.

۵- ویژگی‌های مقرری در قانون حمایت خانواده

ماده ۱۱ قانون سابق حمایت خانواده، مصوب پانزدهم بهمن ۱۳۵۳ ش. مقرری می‌داشت:

«دادگاه می‌تواند به تقاضای هر یک از طرفین، در صورتی که صدور گواهی عدم امکان سازش، مستند به سوء رفتار و قصور طرف دیگر باشد، او را با توجه به وضع و سن طرفین و مدت زناشویی، به پرداخت مقرری ماهانه متناسبی در حق طرف دیگر، محکوم نماید مشروط بر این که عدم بضاعت متقاضی و استطاعت طرف دیگر، محرز باشد. پرداخت مقرری مذکور در صورت ازدواج مجدد محکوم‌له یا ایجاد درآمد کافی برای او یا کاهش درآمد یا عسرت محکوم علیه یا فوت محکوم له، به حکم همان دادگاه، حسب مورد، تقلیل یافته یا قطع خواهد شد.

در موردی که گواهی عدم امکان سازش، به جهات مندرج در بندهای ۵ و ۶ ماده ۸ [مرض یا جنون یکی از دو طرف]، صادر شده باشد مقرری ماهانه، با رعایت شرایط مذکور، به مریض یا مجنون نیز تعلق خواهد گرفت؛ مشروط به این که مرض یا جنون، بعد از عقد ازدواج حادث شده باشد و در صورت اعاده سلامت، به حکم دادگاه قطع خواهد شد.

در مورد ماده فوق، نکاتی قابل طرح است:

۱- حکم مذکور، منوط به تقاضای یکی از دو طرف بوده و این به معنای شخصی بودن این حق است.

۲- مستفاد از واژه "می‌تواند" آن است که دادگاه در حکم به پرداخت مقرری، مختار است؛ به این معنا که قانون گذار، این امکان را برای محکمه ایجاد کرده که با عنایت به اوضاع و احوال قضیه، اگر با پرداخت مقرری، جبران ضرر، صورت می‌گیرد، بتواند با درخواست طرف دیگر، چنین حکمی صادر کند.

۳- ادامه پرداخت مقرری تا ازدواج دریافت کننده آن و یا رفع عسرت او خواهد بود؛ این مسئله مؤید آن است که علت پرداخت، جبران زیان طرف دیگر بوده است.

۴- در ماده یاد شده، حق دریافت مقرری - با فراهم بودن شرایط - برای هر یک از طرفین، در نظر گرفته شده است. اگر چه با توجه به تسلط مرد بر طلاق، این مسأله در مورد زن، منطقی‌تر به نظر می‌رسد (حتی در صورتی که به واسطه عسر و حرج، درخواست طلاق، از سوی او بوده باشد).

ممکن است گفته شود: هنگامی که زوج، به هر دلیل، تصمیم به طلاق می‌گیرد، می‌تواند با سوء استفاده از اهرم طلاق و با اعمال فشار به زن، وی را مجبور به اسقاط حق مقرری (نفقه) کند؛ بنابراین، پیش‌بینی چنین قانونی، عملاً تأثیری در ایجاد موازنه عادلانه در مسأله طلاق نخواهد داشت.

در پاسخ باید گفت:

اولاً- پرداخت مقرری ماهانه، منوط به عدم بضاعت متقاضی و استطاعت طرف دیگر است؛ به دیگر سخن، این حق، تنها زمانی مطرح می‌گردد که، در عین ایفای وظایف زوجیت از سوی زوجه، طلاق، واقع شود و زیان نیز به لحاظ شرایط خاص زوجه، محرز باشد؛ نه آن که پرداخت مقرری، از آثار نفس طلاق دانسته شود. ضمن آن که اسقاط این حق، پیش از وقوع طلاق، «اسقاط ما لم یجب» به شمار آمده که صحت آن مورد اشکال است.^۱

ثانیاً - قانون‌گذار می‌تواند هرگونه تراضی بر خلاف این قانون را، بی اثر و نامعتبر اعلام کند؛ همان‌گونه که در مواردی چون حق کسب و پیشه چنین کرده است (ماده ۳۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶).^۲

ثالثاً - رسیدگی به زیان وارد آمده بر زن و برآورد خسارت‌های قابل مطالبه، پس از آن صورت می‌گیرد که طلاق، به طور منجز واقع گردیده و حتی عدّه زن نیز سپری شده باشد. در این وضعیت، هیچ راه سلطه‌ای بر زن باقی نیست تا مرد بتواند آن را وسیله اعمال فشار قرار دهد. به دیگر سخن، لازمه ارزیابی و برآورد خسارت‌های زن، واقع شدن طلاق و رهایی وی از قید زوجیت است. در این هنگام است که زیان‌های وارد شده بر او، رخ نموده و طبعاً قابل برآورد و مطالبه است.

بنابراین، ماده فوق بر مبنای قواعد لاضرر و تسبیب، و آنچه در تحلیل فقهی پرداخت مقرری گفته شد، قابل تحلیل بوده، با تصویب مجدد و اجرای آن، به نظر نمی‌رسد خلاف

۱. برای دیدن نظر قائل به صحت، رجوع شود به: (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، صص ۴-۲۲۳)؛ و برای دیدن نظر قائلین به بطلان، رجوع شود به: (محقق اردبیلی، ۱۴۱۶، ج ۱۴، صص ۳-۱۴۲ و ۲۲۹؛ هم چنین: خوبی، ۱۳۹۶، ج ۲، ص ۱۸۳؛ روحانی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۲۵۳).

۲. «کلیه طرق مستقیم یا غیر مستقیم که طرفین به منظور جلوگیری از اجرای مقررات این قانون اتخاذ نمایند، پس از اثبات در دادگاه، بلا اثر و باطل اعلام خواهد شد.»

شرعی صورت پذیرد؛ بلکه گنجاندن دوباره آن در مجموعه قوانین حمایت خانواده، اقدامی مبتنی بر اصول و قواعد فقه پویاست.

۶- جمع بندی و نتیجه

۱- استقلال اراده زوج در انشای صیغه طلاق، هیچ ملازمه‌ای با مطلق بودن این حق نسبت به فرض زیان زوجه ندارد؛ به این معنا که در صورت زیان زوجه، به استناد ادله نفی ضرر، حق زوج، مطلق نبوده، بلکه مقید به جبران خسارت است.

۲- قاعده لاضرر، ناظر به جبران مواردی است که عرفاً زیان به شمار می‌آیند، مانند زیان‌های مستقیم مادی؛ بنابراین، بعید است که شامل خسارت‌های عاطفی و موارد عدم النفع باشد؛ اگر چه در هر صورت، این مسأله، وابسته به صدق عرفی عناوین ضرر و تسبیب است.

۳- همان‌گونه که اگر طلاق زوجه، سبب ایراد ضرر غیر قابل جبران به او باشد (مثل طلاق زوجه‌ای که موقعه، به افضای او منجر شده)، حق مرد در طلاق، ساقط می‌شود؛ در صورتی هم که زیان، قابل جبران بوده یا منع زوج از طلاق، زیان بیشتری در پی داشته باشد، باید نفوذ طلاق را به ضمیمه حق مطالبه خسارت برای زوجه، پذیرفت.

۴- نفی زیان، در همه موارد، لزوماً با روش یکسانی صورت نمی‌گیرد؛ بلکه متناسب با مورد، باید تصمیم مقتضی (اسقاط حق یا الزام به جبران خسارت) اتخاذ شود. ملاک اصلی در نفی ضرر، حکم عقل به قبح آن است و عقل در خصوص شیوه دفع و جبران ضرر، حکم خاصی ندارد. بنابراین، در هر مورد، دفع و جبران ضرر، با شیوه‌ای مخصوص، امکان‌پذیر است. از آن جا که ممکن است در مسأله مورد بحث، سلب حق طلاق از مرد، موجب نقض غرض و گرفتار شدن زن در حرج بیشتر و ایراد ضرر به او در مقیاسی وسیع‌تر گردد، باید حق طلاق را به ضمیمه الزام مرد به جبران زیان پذیرفت؛ و حتی اگر شیوه پرداخت مقرری نیز در عمل، با موانع و محدودراتی مواجه باشد، می‌توان روش دیگری را برای جبران ضرر، جستجو کرد؛ همان‌طور که قانون‌گذار نیز با قید واژه «می‌تواند» تشخیص این امر را به دادگاه سپرده است.

۵ - ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ ش. که بر اساس آن، «... دادگاه می‌تواند به تقاضای هر یک از طرفین، در صورتی که صدور گواهی عدم امکان سازش، مستند به سوء رفتار و قصور طرف دیگر باشد، او را با توجه به وضع و سن طرفین و مدت زناشویی، به پرداخت مقرری ماهانه متناسبی در حق طرف دیگر محکوم نماید، مشروط به این که عدم بضاعت متقاضی و استطاعت طرف دیگر محرز باشد ...»، خلاف موازین شرع به نظر نرسیده، بلکه با عموم «ادله نفی ضرر» و اطلاق «دلیل لزوم اجراء» در زوجه افضا شده و تنقیح مناط آن،

قابل تحلیل است. بر این اساس، به روز رسانی ساختار و محتوا و گنجاندن مجدد مضامین مندرج در ماده مزبور را در قانون جدید حمایت خانواده - در جهت تأمین هر چه بیشتر عدالت و کاهش آسیب‌های ناشی از طلاق - پیشنهاد می‌کنیم.

منابع و مأخذ

الف - فارسی

- * قرآن کریم، تنزیل من رب العالمین.
۱. امامی، سید حسن (۱۳۷۸ ش)، حقوق مدنی، ۶ جلدی، چاپ سیزدهم، تهران: انتشارات اسلامی.
 ۲. شهری و دیگران، غلامرضا (۱۳۸۸ ش)، مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، ۲ جلدی، چاپ دوم، تهران: روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.
 ۳. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۳ ش)، قواعد فقه، ۴ جلدی، چاپ یازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
 ۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵ ش)، حقوق مدنی (خانواده)، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
 ۵. قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ ش).

ب - عربی

۱. اردبیلی، احمد (۱۴۱۶ق.)، مجمع الفائدة و البرهان (تحقیق: اشتهازی، عراقی، یزدی)، چاپ اول، قم: جماعه المدرسین.
۲. امام خمینی، سید روح الله (۱۳۹۰ق.)، تحریر الوسیله، ۲ جلدی، چاپ دوم، نجف: دار الکتب العلمیه.
۳. أنصاری، مرتضی بن محمد أمين (۱۴۲۰ق.)، المکاسب، (تحقیق: لجنة التحقیق)، ۶ جلدی، چاپ دوم، قم: المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری الثانیة لمیلاد الشیخ الأنصاری.
۴. _____ (۱۴۱۵ق.)، قاعدة نفی الضرر (تحقیق: لجنة التحقیق)، چاپ اول، قم: المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری الثانیة لمیلاد الشیخ الأنصاری.
۵. بجنوردی، سید محمد حسن (میرزا حسن) (۱۴۱۹ق.)، القواعد الفقهیه، ۷ جلدی، چاپ اول، قم: نشر الهادی.
۶. بیهقی، أحمد بن حسین بن علی (بی تا)، سنن کبری، ۱۰ جلدی، بی جا، بیروت: دار الفکر.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن (بی تا) وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، بی جا، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۸. حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹ق.)، الفقه، ۱۰۰ جلدی، چاپ دوم، بیروت: دار العلوم.
۹. حسینی مراغی، میر سید عبدالفتاح (۱۴۱۷ق.)، العناوین الفقهیه، ۲ جلدی، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۰. علامه حلّی، جمال الدین حسین بن یوسف بن مطهر (بی تا)، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه، بی جا، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۱۱. حلّی (فخرالمحققین)، فخر الدین أبوطالب محمد بن حسن (۱۳۸۷ق.)، إیضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد، ۴ جلدی، چاپ اول، بی جا: کوشانیور.
۱۲. روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۴ق.)، فقه الصادق، ۲۶ جلدی، چاپ سوم، قم: مؤسسه دار الکتب.
۱۳. سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ق.)، المختار فی أحكام الخیار، بی جا، قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع).
۱۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق.)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (تحقیق: سید محمد کلانتر)، چاپ اول، قم: انتشارات داوری.
۱۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۶ق.)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرایع الإسلام (تحقیق: شیخ محمود زنجانی)، ۱۵ جلدی، بی جا، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.

١٦. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن بابویه (١٤٠٤ق.)، فقیه من لایحضره الفقیه (تحقیق: علی اکبر غفاری) چاپ دوم، قم: جامعه المدرّسین.
١٧. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (١٤٢٠ق.)، العروة الوثقی، ٥ جلدی، چاپ اول، قم: النشر الإسلامي.
١٨. طباطبایی، سید علی (بی تا)، ریاض المسائل فی بیان أحكام الشرع بالدلائل، چاپ سنگی، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
١٩. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (١٣٧٦ش.)، سؤال و جواب (تحقیق: سید مصطفی محقق داماد)، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
٢٠. طوسی، أبو جعفر محمد بن حسن بن علی (١٣٦٥ش.)، تهذیب الأحكام فی شرح المقنعة (تحقیق: سید حسن خراسان)، ١٠ جلدی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
٢١. قلنجی، محمد (١٤٠٨ق.)، معجم لغة الفقهاء، چاپ دوم، طهران: دار الفائنس.
٢٢. کاشف الغطاء، محمد حسین (١٤٢٦ق.)، تحریر المجلة، ٥ جلدی، چاپ اول، قم: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامیة.
٢٣. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (١٤٠٧ق.)، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار (تحقیق: سید مهدی رجایی)، چاپ اول، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی.
٢٤. مجلسی، محمد تقی (١٣٩٨ق.)، روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، (تصحیح: سید حسین موسوی کرمانی، شیخ علی پناه اشتهاردی) بی جا، تهران: بنیاد فرهنگ اسلامی (کوشانیور).
٢٥. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (١٣٩٦ق.)، مانی تکملة المنهاج، ٢ جلدی، بی جا، قم: لطفی و دار الهادی.
٢٦. نجفی خوانساری، موسی بن محمد (١٤١٨ق.)، منیة الطالب فی شرح المکاسب (تقریرات أبحاث المیرزا النائینی)، ٣ جلدی، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
٢٧. نوری طبرسی، میرزا حسین (١٤٠٨ق.)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ١٨ جلدی، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
٢٨. یعقوبی اصفهانی، سیف الله (١٤١٤ق.)، نظام الطلاق (محاضرات الشیخ جعفر السبحانی)، چاپ اول، قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع).