

واکاوی جواز ازدواج مجدد مرد در صورت عدم تمکین زوجه با استناد به قاعده لاضرر

مریم حامدی (نویسنده مسئول)^۱ طاهره سالاری نژاد^۲

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق گرایش حقوق خانواده، دانشگاه امام صادق علیه السلام، پردیس خاوران تهران.

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق گرایش حقوق خانواده، دانشگاه امام صادق علیه السلام، پردیس خاوران تهران.

چکیده

حکم اولیه ی ازدواج مجدد مرد در نظام حقوقی ایران که منبعث از فقه امامیه می باشد به طور مطلق اباحه است. و مردی که توان اجرای عدالت بین زوجین خویش را دارا باشد نمیتوان از این حق محروم ساخت و حکم بر بی حقی او صادر نمود. مطابق ماده ۱۶ ق حمایت از خانواده نیز در فرضی که همسر اول تمکین نکند مرد با اخذ اجازه از دادگاه میتواند همسر دومی اختیار نماید.

پژوهش حاضر در پی نقد یکی از آراء صادره من باب خواسته ی زوج به ازدواج مجدد میباشد که دادگاه با احراز عدم توانایی مرد به انفاق و به استناد به قاعده "لاضرر و لاضرار فی الاسلام" ازدواج مجدد زوج را اضرار به همسر اول، فرزندان مشترک و حتی زوجه بالقوه ثانوی تلقی نموده و موضوع را از مصادیق ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده تشخیص نداده و حکم به بطلان دعوای زوج صادر نموده است.

اکنون پرسشی که قابل طرح است آنست که شمول و محدوده ی قاعده لاضرر آیا موردی که زوج به دلیل عدم تمکین زوجه اول بالاجبار برای حفظ خود از گناه و داشتن کانون خانواده (که حق هر انسانی است) متقاضی ازدواج مجدد است را نیز در برمیگیرد یا خیر؟ و اینکه آیا امکان منع زوج از ازدواج مجدد در فرض عدم تمکین زوجه و عدم استطاعت مالی زوج به استناد این قاعده وجود دارد؟

روش گردآوری این پژوهش اسنادی کتابخانه ای میباشد و نوع تحقیق توصیفی تحلیلی به روش تحلیل محتوا است و مجموعه ای از منابع فقهی حقوقی و آرای قضایی پیرامون قاعده لاضرر و حق زوج برای استمتاع از زوجه، برای دستیابی به پرسش طرح شده، مورد بررسی قرار گرفته اند و نهایتاً با نقد رای مذکور به نظر میرسد محروم ساختن زوج از حق او به استناد لاضرر، مشروعیت نداشته و از آنجا که با وجود الزام به تمکین زوجه اول امتناع نموده لذا به استناد قاعده لاضرر نمیتواند از استیفای حق زوج جلوگیری کند.

کلید واژه ها: تمکین زوجه، ازدواج مجدد، نفقه، الزام به تمکین، لاضرر، ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده

مقدمه :

خانواده به عنوان اولین و مهمترین کانون پرورش انسانی محلی برای انس و آرامش اعضای خود فراهم میکند تا در سایه آن هریک به تکامل برسند. اما گاه عواملی که ریشه در سو اخلاق دارند همچون؛ عدم مسئولیت پذیری ، خودپرستی ، غرور و تکبر ، عدم گذشت و وفاداری و... موجب تعارض و تزاخم در ایفای حقوق افراد و مانع از ایفا صحیح حقوق انسانی در کانون خانواده میگردد.

در قران نیز از عقد نکاح با عبارت "میثاقا غلیظا"(نساء/۲۱) یاد شده که نشان از اهداف متعالی و خاص ربانی در حفظ استمرار چهارچوب آن دارد لذا برخلاف سایر عقود معاملاتی صرف ، هیچ یک از طرفین نمیتوانند یکطرفه این عقد را فسخ یا با تراضی یکدیگر راهکار اقاله را درپیش گیرند. بلکه حین بروز اختلاف فیما بین زوجین قران کریم راهکارهایی را برای اصلاحات تدریجی پیش بینی نموده تا استحکام این کانون در حد ممکن حفظ شده وبا بهانه های واهی، فروپاشی آن رخ ندهد. به علاوه همزمان از ورود ضرر به هریک از اعضای خانواده نیز جلوگیری گردد.

دین مبین اسلام درچنین مواقعی با بیان اصولی همچون اصل عمل مطابق معروف ، ایجاد صلح ، درپیش گیری مودت و رحمت و گذشت و احسان و ایجاد صلح بین طرفین ابتدا روش مدارا و سازش زوجین با یکدیگر را ارجح میداند که مجری آن خود زوجین هستند. اما اگر این طرق بی حاصل و تاثیر بودند به وسیله ی حکمین و خویشاوندان دلسوز سعی در جلوگیری از نشوز و شقاق بین طرفین میشود و در نهایت برای خاتمه دادن به ظلم و جور و ایذاء مومن توسل به قدرت حاکم برای فیصله ی درگیری ها پیش بینی شده است.

در کلیه ی مراحل مذکور اهتمام بر آن بوده که تا حد ممکن ضرری متوجه زوجین نگردد و حین تعارض دو ضرر با یکدیگر یا زمانی که یکی از طرفین با سو اختیار و سوء استفاده از حق خود موجبات ضرر به دیگری را فراهم کرده باشد ، حاکم شرع با توجه به هدف غایی حفظ و تحکیم خانواده و برای رفع ضرر در تعارض یا تزاخم ضررین ورود کرده و با تشخیص مصلحت اهم تدابیر ویژه ای درپیش گرفته و حکم میکند.

در موارد اختلاف میان زوجین مخصوصا در احکام مرتبط با نشوز دستگاه قضایی در جریان صدور احکام قضایی از یک طرف میبایست منشا ایجاد اختلافات خانوادگی را مورد توجه قرار داده و از طرف دیگر در حکم به اعمال حق توسط یکی از طرفین ورود ضرر به طرف دیگر را در نظر گرفته و تفحص نماید که در فرض وجود تزاخم:

- آیا تزاخم ضررین بر یک شخص وارد آمده یا بیشتر؟

- در صورت تزاخم ضرر بین دو شخص آیا یکی از این دو صاحب حق هستند یا هر دو آنها؟

- در صورت صاحب حق بودن هر دو آیا هر دو حقی است که از حکم تکلیفی ناشی شده است یا یکی از آنها حکم تکلیفی است؟

- اگر اعمال حق یکی از این دو متضمن ورود ضرر به شخص دیگر باشد، آیا او می تواند در هر صورت حق خود را اعمال کند یا ضوابطی در این باره مقرر است؟

- در صورت سوء استفاده ی صاحب حق از حق خود قاعده لاضرر در مورد او چگونه حکم خواهد داد؟

الف) شرح رای دادگاه

الف-۱- رای دادگاه بدوی

درخصوص دادخواست (ح.ه. فرزندان ع.) به طرفیت (الف. ر. ح.) فرزندان س. ج.) به خواسته تجویز ازدواج مجدد با احتساب هزینه دادرسی خواهان اظهار داشته است، خوانده علی رغم صدور حکم تمکین و صدور اجرائیه حاضر به

تمکین نمی باشد، لذا تقاضای صدور اجازه ازدواج دارم حدود (۳/۵۰۰/۰۰۰) ریال درآمد دارم؛ درآمد غیر از این ندارم و بایستی خانه سازمانی را نیز تحویل دهم، خوانده نیز در مقام دفاع اظهار داشته است حقوق ایشان (۳/۵۰۰/۰۰۰) ریال است که بایستی نفقه فرزندان مشترک را پرداخت نماید، حال دادگاه با عنایت به قاعده «لاضرر و لا ضرر فی الاسلام»؛ ازدواج ثانوی خواهان را موجب اضرار به همسر اول و فرزندان خواهان و نیز اضرار به همسری که ازدواج ثانوی با وی صورت گیرد می داند، لذا دادگاه موضوع را از مصادیق ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده نمی داند، لذا حکم به بطلان دعوی صادر و اعلام می نماید. رأی صادره حضوری ظرف بیست روز قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان تهران است. (رئیس شعبه ۲۷۴ دادگاه خانواده تهران - ترکی)

الف-۲- رأی دادگاه تجدیدنظر استان

تجدید نظرخواهی آقای (ح.ه.) به طرفیت خانم (الف. ر.ح.) نسبت به دادنامه شماره ۱۳۴ مورخ ۹۱/۱/۳۰ صادره از شعبه ۲۷۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران که براساس آن حکم بر بطلان دعوی تجدیدنظرخواه به خواسته تجویز ازدواج مجدد صادر گردیده است وارد و موجه نمی باشد، زیرا دادنامه تجدیدنظر خواسته وفق مقررات و براساس محتویات پرونده صادر شده و از ناحیه تجدیدنظرخواه علل و جهات موجهی که موجبات نقض و از هم گسیختن دادنامه تجدیدنظرخواسته را فراهم نماید، ابراز و اقامه نشده است؛ براین اساس تجدیدنظرخواهی خارج از شقوق مندرج در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی تشخیص و به استناد ذیل ماده ۳۵۸ همان قانون، با رد تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید می شود. رأی صادره قطعی است. (مستشاران شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران توحیدی - لواسانی)

الف-۳- خلاصه ادله استنادی دادگاه بدوی

دادگاه ازدواج مجدد زوج را در این فرض در حکم اضرار به زوجه ی اول و فرزندان مشترک و همچنین زوجه بالقوه دوم دانسته و با استناد به قاعده لاضرر و لا ضرر فی الاسلام زوج را از ازدواج مجدد نهی نموده زیرا تنها نفقه ی زوجه اول با عدم تمکین او منتفی می گردد و زوج میبایست نفقه فرزندان را در هر حال پرداخت کند ولی با توجه به حقوق لندک زوج خود را به وسیله ازدواج با زوجه دوم از دادن نفقه فرزندان معسر مینماید و باعث ورود ضرر به فرزندان میشود زیرا نفقه زوجه طبق قانون و فقه امامیه بر فرزندان اولویت میابد. از طرف دیگر با ازدواج با همسر دوم با وجود این حقوق اندک و نداشتن خانه و فرزندی از ازدواج اول به او نیز ضرر وارد میشود.

خلاصه ادله استنادی دادگاه بر عدم جواز ازدواج مجدد مرد و رد دادخواست وی به قرار زیر است :

۱. ایجاد اضرار برای همسر اول به واسطه ازدواج مجدد مرد
۲. ایجاد اضرار برای فرزندان به واسطه ازدواج مجدد مرد
۳. ایجاد اضرار برای همسر دوم که مرد قصد ازدواج با وی را دارد به واسطه ازدواج مجدد مرد
۴. موضوع پرونده از مصادیق ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ نیست

قبل از ورود به بحث اصلی تحلیل و بررسی مستندات دادگاه بدوی، میبایست به بررسی قاعده لاضرر از حیث مفهومی و مستندات فقهی قاعده و همچنین ازدواج مجدد و دیدگاه قانون و فقه در خصوص ازدواج مجدد مرد پرداخته و با تکیه بر مبانی موجود در خصوص رای دادگاه مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد.

ب) مبانی فقهی مرتبط به رای

ب-۱-قاعده لاضرر

یکی از مهمترین قواعد فقهی که در مباحث مختلف فقه و حقوق آثار فراوانی به همراه دارد، قاعده «لاضرر» می باشد. بسیاری از فقها در مباحث مختلف و برخی به صورت مستقل جنبه های مختلف این قاعده را مورد دقت و بررسی قرار داده اند. اهمیت قاعده لاضرر به عنوان یکی از قواعد بسیار مهم و مشهور فقهی به اندازه ای است که در بیشتر ابواب فقهی از عبادات گرفته تا معاملات مورد استناد استفاده قرار می گیرد. قاعده لاضرر برگرفته از حدیث نبوی «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» می باشد که به طور اجمالی می توان این قاعده را اینگونه تعریف نمود: هر حکمی که مستلزم ضرر و منشا ضرر باشد آن حکم در اسلام نفی شده است.

اکنون به دلیل اهمیت بسیار زیاد این قاعده و استفاده قاضی از این قاعده در ادله استنادی خود در حکم پرونده مذکور، لازم است به بررسی قاعده مذکور پرداخته و مبانی فقهی و مستندات آن را مورد مطالعه قرار دهیم .

ب-۱-۱-معنای ضرر

اهل لغت برای لفظ «ضرر» که اسم از مصدر ضر و ریشه فعلی آن ضرر است، معانی متعددی که ذکر کرده اند که به چند مورد اشاره می شود: در یک معنا ضرر را خلاف نفع می داند؛ ضرر را به معنای نقض حق میداند؛ (جوهری، بی تا، ج ۲، ص ۷۱۹) ضرر را به معنای بدی حال دانسته اعم از اینکه بدی حال نسبت به نفس به خاطر کمی دانش و فضیلت بوده و یا بدی حال نسبت به بدن به علت فقدان عضوی از اعضا و یا به لحاظ کمی مال و آبرو باشد (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۴۲۸). همچنین به معنای عمل ناپسند نسبت به یک شخص یا نقص در اعیان نیز آمده است (القیومی المقری، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۸۶).

در مجموع به نظر می رسد کلمه «ضرر» در بیشتر موارد برای نفس و مال استفاده می شود و کاربرد آن در مورد آبرو و شخصیت افراد کمتر است.

صاحب عوائد الایام (رحمة الله علیه) می گوید در احادیث الفاظ، ضرر ضار آمده است و این الفاظ اگرچه از نظر معنای لغوی تفاوت هایی با هم دارند، ولی موجب متفاوت شدن احکام مربوط به آن نمی شود. (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۴۸) فقها برای واژه های ضرر و ضار معنایی غیر از معنای لغوی ذکر نکرده اند. به عنوان مثال امام خمینی (قدس السره) در این باره می فرماید: «در غالب موارد استعمال ضرر و مشتقات آن در مورد مال یا نفس به کار رفته است ولی ضرار و مشتقات آن در معنای حرج تضییق اھمال و سختی رایج می باشد». (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۱)

مرحوم بجنوردی (رحمة الله علیه) نیز پس از بیان معانی مختلف «ضرر» و «ضرار» و اصرار بر اینکه معنای ضرار همان ضرر زدن طرفینی است می گوید: مفهوم لفظ «ضرر» و «ضرار» در نزد عرف کاملاً واضح است و چنین مفاهیمی قابل تعریف نیستند و آنچه در مورد آنها گفته شود، شرح لفظ است.

بررسی موارد استعمال واژه های ضرر و ضرار در منابع اسلامی نشان می دهد که «ضرر» شامل کلیه خسارت ها و زیان های وارد بر دیگری است، ولی ضرار مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد سازد که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی به «سوء استفاده از حق» تعبیر می شود. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۴۱).

ب-۱-۲-مستندات قاعده لاضرر

در قرآن مجید آیات بسیاری وجود دارد که با تصریح به واژه ضرر و مشتقاتش در موارد خاص احکامی را ارائه کرده که از باب تعلیق حکم بر وصف حاوی معنای عامی است و لاضرر را به صورت یک قاعده می‌تواند تثبیت کند که به ذکر چند نمونه از آیات می‌پردازیم:

«لَا تَضَارَّ وَالِدَةَ وَابْنَهُ وَلَا مَوْلُودَهُ لَهْ يُولَدُ» (بقره، ۲۳۳) یعنی نباید مادری به فرزندش ضرر برساند و نیز نباید پدری به فرزندش زیان بزند. در این آیه مادران تهی شده اند که با قطع شیر موجب ضرر و زیان فرزند خود شوند.

«وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا» (همان، ۲۳۱) ظاهراً گروهی از مردان زنان خود را طلاق داده سپس به آنها رجوع می‌کردند و این رجوع مجدد نه به خاطر رغبتی بود که به آنها داشتند بلکه با نیت تجاوز و تعدی و شاید پایمال کردن حقوق مالی ناشی از زوجیت بود که به زنان مطلقه تعلق می‌گرفت قرآن مجید در این آیه مردان را از این عمل نهی و منع کرده است. نظر به اینکه در دوران جاهلیت طلاق و رجوع از طلاق را وسیله انتقام جویی قرار داده بودند، لذا آیه شریفه با لحن قاطعی بیان میکند نگهداری زن در قید زوجیت نایستی به منظور آزار و تعدی با شد چنانچه کسی قصدش از رجوع ضرر رساندن و آزار زن باشد گناهکار است. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۳۳)

دیگر آیه این است که: «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ...» (نساء، ۱۲) پس از انجام دادن و وصیتی که کرده است و نیز پس از ادای دینش بی آنکه برای وارثان زیانمند باشد... آیه شریفه حکایت از آن دارد که بعد از آنکه و وصیت یا دینی که «غیر مضار است از ترکه خارج گردید؛ ترکه بین ورثه تقسیم می‌شود، یعنی وصیتی که موصی به ورثه ظلم نکرده و ضرر نزده باشد؛ چون ممکن است موصی به قصد اضرار به ورثه به دینی اقرار کند و بدین وسیله ورثه را از میراث ممنوع و محروم نماید. (همان)

«وَلَا يَضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ» (بقره، ۲۸۲) یعنی کاتب و گواهی دهنده دین نباید ضرر برساند؛ بدین معنا که کاتب و تنظیم کننده دین و معامله نباید امری را که غیر واقع است بنویسد و هم چنین شاهد باید دقیقاً به چیزی که اتفاق افتاده گواهی دهد و چیزی از آن نکاهد. (همان)

در کلام معصومین (علیهم‌السلام) نیز در خصوص لا ضرر روایات بسیار زیادی وارد شده است که معروفترین حدیث در این مورد، مربوط به داستان سمره بن جندب است: می‌گوید شخصی به نام «سمره بن جندب» درخت خرمايي در خانه یکی از انصار کاشت و گاهی برای سرکشی به درخت خود به خانه مرد انصاری می‌رفت بدون اینکه اجازه بگیرد. مرد انصاری شکایت خود را نزد رسول خدا (صلی الله علیه وآله) برد و پیامبر (صلی الله علیه وآله) سمره را فرا خواند و با پیشنهاد های مختلف مثلاً پیامبر (صلی الله علیه وآله) فرمودند: از این درخت صرف نظر کن و در عوض درختی در بهشت بگیر! تلاش کرد تا مشکل را حل کند اما سمره دست به لجبازی زد تا سرانجام پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله) به مرد انصاری فرمود: «اذهب فاقطعها و ارم بها إلیه فانه لا ضرر و لا ضرار؛ درخت او را بکن و نزد او بینداز؛ زیرا ضرر و ضراری وجود ندارد.» (کلینی، ۱۳۶۵، ج ۵، ص ۲۹۲)

آیت الله خوئی (رحمة الله علیه) نیز با اشاره به اتفاق سندی حدیث لاضرر و لا ضرار در داستان سمره بن جندب می‌فرماید: سزاوار نیست در صحت سند این روایت تردید کنیم؛ زیرا این روایت از روایات مستفیض و مشهور در بین شیعه و سنی است و در بعضی از سلسله‌ها سند این روایت صحیح یا موثق است؛ پس اگر روایت مورد بحث متواتر و قطعی الصدور نباشد، لا اقل به صدور آن از معصوم (علیه السلام) اطمینان وجود دارد. (خوئی، بی تا، ج ۳، ص ۵۱۸)

اجماع فقهای امامیه، بلکه فقهای اسلام بر حجیت این قاعده است و مستندشان نیز همین روایت (لا ضرر و لا ضرار) است. علمای عامه نیز به این روایت استناد می‌کنند و در مسند امام احمد بن حنبل و دیگر کتب روایت خود آن را

ذکر کرده اند. البته این اجماع اصولی، اصطلاحی که محقق سنت باشد محسوب نمی گردد؛ زیرا اجماع مذکور با توجه به این ادله مدرکی است و هیچ گونه ارزش فقهی و حقوقی ندارد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ص ۱۹۰)

دلیل دیگر برای نفی ضرر و ضرار عقل است در واقع باید گفت که مدلول این قاعده جزء «مستقلات عقلیه» است که عبارتند از اموری که بدون حکم شرع خود عقل به آنها می رسد. (میرزای قمی، بی تا، ج ۲، ص ۲۰)

ب-۱-۳- معنای "لا" در قاعده لاضرر

یکی از موارد اختلافی بین فقها در خصوص معنای لا در قاعده لاضرر و حدیث لاضرر و لاضرار است که لای موجود در این حدیث به چه معناست؟ آیا در معنای حقیقی خود که نفی جنس است به کار رفته است و یا معنای مجازی برای آن وجود داشته و در تقدیر است؟ پاسخ به این پرسش ها در فهم قاعده لا ضرر بسیار کمک کننده بوده و مفهوم این قاعده را برای ما روشن می سازد، لذا با بررسی کتب قواعد فقهی پنج نظریه در این خصوص یافت می گردد که در ادامه به بیان هریک از آنها پرداخته خواهد شد:

نظریه اول: نظریه مرحوم شیخ انصاری

شیخ انصاری (ره) می فرماید: "لا" در لاضرر و لا ضرار لای نفی جنس حقیقی نمی باشد به این دلیل که ضرر و زیان واقعا در خارج وجود دارد و اگر قرار باشد که "لا"، لای نفی جنس باشد باید در عالم خارج به طور کل هیچ ضرری وجود نداشته باشد چون لای نفی جنس بر سر هر جمله ای وارد شود دلالت می کند بر اینکه مدخول لا به کلی در عالم خارج وجود ندارد، در حالیکه ما شاهد وجود ضرر در خارج هستیم پس "لا" نمی تواند به معنای نفی جنس باشد بلکه کلمه حکم در تقدیر بوده و لذا مقصود لا ضرر و لا ضرار این است که لا حکم ضرری؛ یعنی حکم ضرری در دین اسلام نیست و هر حکمی که مستلزم و منشا ضرر باشد آن حکم در اسلام نفی شده است (انصاری، ۱۴۱۴، ص ۱۱۵). بنابر این طبق دیدگاه شیخ انصاری "لا" به معنای نفی هست اما نفی حقیقی منظور نیست بلکه نفی حکم ضرری مراد است.

نظریه دوم: نظریه مرحوم محقق خراسانی

مرحوم محقق خراسانی در خصوص معنای "لا" در حدیث سمره معتقد اند که "لا" به معنای نفی می باشد اما به نظر ایشان جمله لاضرر، نفی حکم است به لسان نفی موضوع به این بیان که هر جا موضوعی موجب ضرر گردد، حکم برداشته می شود و قاعده لاضرر مستقیما نفی حکم نکرده بلکه نفی حکم به لسان نفی موضوع کرده است (آخوند خراسانی، بی تا، ج ۲، ص ۲۶۸).

نظریه سوم: نظریه مرحوم نراقی

طبق دیدگاه مرحوم نراقی "لا" در جمله لاضرر و لاضرار، در معنای اصلی خود به کار رفته است اما با قید غیر متدارک، به این معنا که ضرر غیر متدارک در اسلام وجود ندارد و مقصود از تدارک نیز جبران است و در اسلام ضرری که جبران نشده و غیر متدارک است، نفی شده است. طبق دیدگاه ایشان خداوند متعال با حکم لاضرر و لاضرار، افراد را ملزم به جبران ضرر نموده و چنانچه شخصی موجب ضرر و زبانی به شخص دیگر شود باید آن ضرر را جبران نماید و شارع ضرر غیر متدارک را جایز نمی داند (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۴۴-۴۳).

نظریه چهارم: نظریه مرحوم شیخ شریعت اصفهانی

محقق اصفهانی در خصوص معنای "لا" در جمله لاضرر و لا ضرار قائل اند به اینکه "لا" دلالت بر نفی نمی کند بلکه به معنای نهی است و در واقع "لا" در معنای مجازی خود استعمال شده است و مراد نهی از ضرر است و ایشان در

ادامه برای اثبات دیدگاه خود نمونه هایی از کتاب و سنت را بیان می کنند که در آنها نیز "لا" به معنای نهی می باشد و طبق دیدگاه ایشان مقصود از نهی ، نهی تشریعی است نه چیز دیگر (شریعت اصفهانی، ۱۴۰۵ق، ص ۲۵)

نظریه پنجم: نظریه امام خمینی رحمه الله علیه

امام خمینی از بین چهار دیدگاه بیان شده در خصوص معنای "لا" با دیدگاه شریعت اصفهانی موافق تر بوده اما نقدی نیز بر آن وارد می نمایند. در اقع امام خمینی (ره) معتقد اند که "لا" در لاضرر و لا ضرار لای نافی نیست بلکه "لا" ناهیه است اما مقصود از نهی در این روایت نهی تشریعی نیست همانطوری که شریعت اصفهانی قائل بودند بلکه امام خمینی نهی را نهی حومتی دانسته و می گویند: نهی اینجا نهی سلطانی و حکومتی است و این نهی از جانب پیامبر به این علت که حاکم بودند صادر شده است (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۱-۴۰). امام خمینی در تبیین دیدگاه خود می فرمایند پیامبر اسلام سه منصب و مقام دارند؛ منصب نبوت و رسالت، منصب قضاوت و منصب حکومت و از ظاهر عباراتی که در روایت سمره بن جندب آمده می توان چنین نتیجه گرفت که پیامبر بنا بر مقام و منصب حکومتی خود حکم به لاضرر و ضرار را صادر نموده اند چون عباراتی از جمله قضی، امر و حکم در روایت ذکر شده که این عبارات ظهور در حکم حکومتی یا قضایی را در و از آنجایی که مورد از جمله موارد قضاوت نبوده در نتیجه حکم پیامبر، حکم حکومتی بوده و پیامبر به عنوان رهبر و حاکم جامعه اسلامی مردم را از ضرر و اضرار به همدیگر نهی کرده و اطاعت از فرمان و دستور ایشان نیز بر همگان واجب است (همان، ص ۵۵-۵۴).

از مجموع نظرات گفته شده می توان اینگونه جمع بندی نمود که دو دیدگاه کلی در معنای "لا" وجود دارد برخی "لا" را لای نافی و برخی لای ناهیه دانسته اند و اینکه مراد نفی و نهی چیست مورد اختلاف است اما آیت الله محقق داماد در کتاب خود اینگونه نظریه مورد اختیار خود را بیان می دارند: با استفاده از تمام نظریات گذشته به نظر می رسد که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد، ولی عدم مشروعیت ضرر، هم شامل مرحله قانون گذاری می شود و هم شامل مرحله اجرای قانون. رسول اکرم (ص) با جمله «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام»، وجود ضرر را در محیط تشریع معدوم اعلام کرده و بنابراین همان طور که کلام رسول الله (ص) حکایت از مرحله انشای قوانین دارد، در مرحله اجرا یعنی در موارد خاص روابط اجتماعی مردم با یکدیگر، چنانچه عملی منجر به اضرار فردی به دیگری می گردد، مورد امضای شارع قرار نخواهد گرفت.

به دیگر سخن، جمله پیامبر هم می رساند که خداوند در مقام تشریع اولیه احکام اسلامی، هیچ حکم ضرری وضع نکرده است و هم می رساند که چنانچه حکمی از احکام الهی که از نظر کلی و نوعی ضرری نیست، در مقام اجرا برای فردی از افراد مسلمان ضرر می باشد، به طور موردی مرتفع می گردد. بدین ترتیب، نتیجه این می شود که اولاً کلمه «لا» در جمله لاضرر و لاضرار، نافی است و نه ناهیه؛ ثانیاً اختصاصی به ضرر شخصی ندارد بلکه ضرر نوعی را هم شامل می شود؛ و ثالثاً احکام شریعت اسلام اعم از تکلیفی و وضعی مبتنی بر نفی ضرر عمومی و نوعی است و در احکام اولیه اسلام به طور کلی این اصل یعنی عدم زیان عامه رعایت گردیده و همچنین در روابط اجتماعی مردم نیز هر گونه اقدام زیان بار مورد امضای شرع مقدس نیست.

بنابراین قاعده لاضرر علاوه بر آنکه در موارد ضرر شخصی به عنوان دلیل ثانوی می تواند دایره ادله اولیه را محدود سازد، حاکی از خط مشی کلی در تشریع احکام اولیه است. به دیگر سخن، قاعده لاضرر در مقام بیان حکم تکلیفی بر مبنای نهی مردم از اضرار به یکدیگر و ترتب عقاب بر اعمال زیان بار نیست، بلکه مفید آن است که اولاً احکام الهی اعم

از وضعی و تکلیفی بر مبنای نفی ضرر بر مردم وضع گردیده و ثانیاً چنانچه شمول قوانین و مقررات اجتماعی در موارد خاصی موجب زیان بعضی توسط بعض دیگر گردد، آن قوانین مرتفعند (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۹۱-۱۹۰).

ب-۱-۴- تقدیم قاعده لاضرر بر ادله احکام اولیه

اختلاف نظری که در مفهوم قاعده لاضرر بین فقها موجود است که بخشی از این اختلافات در قسمت بررسی مفهوم "لا" بیان شد، سبب می گردد در خصوص رابطه قاعده لاضرر با ادله سایر احکام، تفاوت دیدگاه بین فقها ایجاد شود اما در وجه تقدیم قاعده لاضرر بر ادله احکام اولیه، معروف این است که این تقدیم از باب حکومت است؛ و این دو (قاعده لاضرر و ادله احکام) از قبیل متعارضین نیستند تا بخواهیم نسبت بین آن دو را بررسی کرده و در پی مرجحات باشیم (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ص ۱۶۵) که مشهور فقهای شیعه از جمله شیخ انصاری هم بر همین عقیده اند که قاعده لاضرر بر کلیه احکام اولیه که ضرری است، حکومت دارد (انصاری ۱۴۱۴، ص ۳۷۳) و قاعده لاضرر ناظر بر کلیه احکام ضرری است و همه آنها را در مقام تعارض منتفی می سازد اما طبق دیدگاه محقق خراسانی هر جا که موضوع متضمن ضرر شود، حکم متعلق به آن موضوع برداشته می شود و طبق دیدگاه ایشان تحقق موضوع ضرری شرط است. البته طبق دیدگاه امام خمینی (ره) که مفهوم ضرر را نهی حکومتی می داند، قاعده لاضرر صرفاً حاکم بر قاعده تسلیط و ادله آن است و هنگامی که تعارض بین قاعده تسلیط و قاعده لاضرر ایجاد شود، محدوده دایره تسلطی که از احکام اولیه است محدود می شود و این قاعده با ادله دیگر برخوردی ندارد، برخلاف دیدگاه های فوق طبق دیدگاه مرحوم شریعت اصفهانی قاعده لاضرر هیچ ربطی به سایر احکام اولیه پیدا نمی کند به این علت که لا در این حدیث لای نافیه نیست بلکه ناهیه است به همین جهت لای موجود در حدیث نمی تواند حکم دیگری را بردارد (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۹۳-۱۹۲)

ب-۱-۵- تعارض بین دو ضرر

در برخی موارد بین دوضر تعارض ایجاد می گردد و موجب می شود لاضرر موجود در یک شخص با لاضرر مستقر در طرف شخص دیگر با هم تعارض کنند یعنی به موجب ایجاد یک وضعیت و حالتی شخص طرف الف دچار ضرر شده و قاعده لاضرر در خصوص او جاری است و از طرف دیگر به موجب همان وضعیت امکان جریان قاعده لاضرر برای طرف ب نیز جاری است و این درحالیست که امکان جریان دو ضرر همزمان وجود ندارد و تنها می توان جانب ضرر یک طرف را لحاظ نمود و برای همان یک طرف قاعده لاضرر را جاری نمود البته صورتی هم وجود دارد که هر دوی ضرر ها متوجه یک شخص باشد حال سوال اینجاست که در این فروض تکلیف چیست و بر چه اساسی باید عمل نمود ؟ در اینجا سه صورت کلی را می توان تصور نمود :

الف) گاهی دوران امر میان دو ضرر بر یک نفر است چه شخص خودم که مثلاً امر دائر است بین این که بالای دیوار بمانم تا ویران شود و نابود شوم یا این که خودم را پرت کنم و احیاناً دست یا پایم بشکند؛ یا ضرر بر شخص دیگر باشد که دوران امر است میان اینکه ضرر آبرویی به او وارد آورم یا ضرر مالی یا مال کمتری از او بگیرم یا بیشتر؟ در اینگونه موارد تکلیف روشن است و آن انتخاب کاری است که ضررش کمتر (أقل) باشد اگر دو ضرر مساوی بودند جای تخییر عقلی است.

ب) گاهی دوران امر میان دو ضرر بر دو شخص است. مثلاً یا باید به فلانی یک ضرر مالی وارد کنم و یا به دیگری ضرر مالی دیگر وارد کنم یا مثال معروف که گاو شخصی سر در خمره دیگری نموده و امر دایر است بین این که خمره

دیگری را بشکنیم تا گاو سالم بماند یا گاو این شخص را سر ببریم تا خمره و کوزه سالم بماند. حکم همان است که در صورت اول ذکر شد که اختیار ضرر کمتر (اقل) باشد و در فرض تساوی جای تخییر است.

ج) گاهی دوران امر است میان اینکه خودم متضرر شوم و تحمل ضرر نمایم یا دیگری متضرر شود و این ضرر را به او وارد کنم و از ابتدا در عرض هم، من مکره شده ام که یا از فلانی مبلغی را دریافت کنم یا از جیب خود باید بپردازم در اینجا آیا بر من لازم است که خود ضرر را متحمل شوم تا از دیگری رفع ضرر کنم؟ در اینجا گفته شده است که لازم نیست تحمل ضرر کند، بلکه می تواند ضرر را به دیگری وارد کند؛ حتی اگر ضرری که متوجه او است کمتر است و ضرر متوجه دیگری خیلی بیشتر است و دلیل بر عدم لزوم تحمل ضرر این است که قانون نفی ضرر در مقام امتنان بر امت اسلامی وارد شده است و در چنین مواردی اگر بخواهد از دیگری رفع ضرر کند در حق او امتنان حاصل شده است ولی خود متضرر شده و در حق خود منتهی نخواهد بود، بنابراین «لا ضرر» من با «لا ضرر» او تعارض می کنند و جای لا ضرر نیست .

فرض بیان شده مربوط به حالتی است که از ابتدا دو ضرر در عرض هم متوجه دو نفر شود اما سوال دیگر این است که اگر ابتداء ضرر متوجه شخص باشد آیا او حق دارد ضرر را از خودش دفع نماید و ضرر را بر دیگری ضرر وارد نماید؟ به طور مثال سیلی در راه است و به طرف ملک شخص در حرکت است و او با خراب کردن سد یا برداشتن مانع سیل را به سمت ملک دیگری هدایت کند که در این حالت گفته شده است که او چنین حقی ندارد؛ به این دلیل که این کار ظلم در حق دیگری است و ظلم جایز نیست و آن چیزی که در صورت سوم بیان شد که از حیث امتنانی بودن قاعده لاضرر لزومی به تحمل ضرر برای دفع ضرر از دیگری نیست ، باید اینگونه پاسخ داد که درست است که «لا ضرر» در مقام امتنان وارد شده است اما به لحاظ شخص نیست بلکه به لحاظ نوع امت است و در دوران امر میان دفع ضرر قلیل از خود یا دفع ضرر کثیر از دیگری انتخاب ضرر قلیل و تحمل آن به لحاظ نوع امت منت است و باید چنین کرد و حق ندارد به دیگری ضرر وارد کند البته اگر ضرر ها مساوی بود بحثی وجود ندارد و مخیر است.(محمدی خراسانی، ۱۳۹۱، ج ۳، ص ۱۸۵-۱۸۶)

ب-۲- مبانی فقهی تعدد زوجات و جواز ازدواج مجدد مرد

در خصوص جواز تعدد زوجات یا تضييع آن بر مبنای مصلحت اجتماعی از دیدگاه فقهی، آراء و نظرات فقها گوناگونی دارد . برخی قائل به اباحه مطلق ، برخی اباحه مشروط و حتی برخی حکم آن را حرمت مطلق بیان نموده اند.

ب-۲-۱- قول اباحه مطلق

اباحه مطلق تعدد زوجات به عنوان مشهورترین رأی فقها در زمینه تعدد زوجات به شمار میرود، چنانکه در کتب فقهی بیشتر از تحدید و استیفای عدد (نجفی، ۱۴۱۰، ج ۳۰، ص ۲) و مسائل گوناگون پیرامون آن بحث و بررسی مطرح گشته و اصل تعدد زوجات را در نظر پیش فرضی مسلم مطرح نموده اند (حلی، ۱۴۱۱، ص ۵۳۸؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۶، ص ۳۴۷). در این بین گروهی از فقها حکم استحباب ازدواج را به تعدد تسری داده اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ص ۷۶۹) و تعدادی نیز تک همسری را اولی و مستحب عنوان کرده اند.

معتقدین به اباحه مطلق، در استدلال خود این امر را بدهی دانسته و علت های گوناگونی مانند امکان عقیم بودن زن ، یائسه شدن او ، اکثر بودن عداد زنان در مقایسه با مردان (مهریزی، ۱۳۸۵، ص ۴۷۶) و احتیاج جامعه به افزایش جمعیت و محدودیت هر زن در آبستنی را برشمردند (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۲۵۲). این در حالی است که این علل در جواز مشروط تعدد زوجات کارآیی دارند نه اباحه مطلق آن و تعدد زوجات را در شرایطی خاص جایز مینمایند، در حالی که مشهور

فقها آن را به صورت عام بیان نموده اند. در حالی که استدلال و علت حکم اخص است پس باید حکم هم تضییق و تحدید شود.

ب-۲-۲- قول حرمت مطلق

عده از فقها چند همسری را خلاف استحکام خانواده دانسته و به این استدلال که سعادت و خوشبختی زوجین تنها با صفا، صمیمیت، گذشت، وحدت و یگانگی محقق میشود و همه اینها با تعدد زوجات مرد با اختلال روبه رو میشود قول ممنوعیت مطلق تعدد زوجات را برگزیدند.

قائلین این نظرگاه در تبیین نظر خویش چنین مینویسند:

این عده در تقویت استدلال خود بیان میدارند که با توجه به اوضاع و احوال عرب جاهلی و زمان تشریع حکم تعدد زوجات، اسلام از ابتدا در پی تحدید و ایجاد چهارچوب و حصر این امر برآمده. چرا که عرف اعراب آن زمان به گونه ای بوده که زنان بسیاری اختیار میکردند و در تعداد همسر به رقابت میپرداختند. به علاوه گروهی که ازدواج بی حد و حصر داشتند برای تامین مخارج به سراغ اموال بچه های یتیمی که با مادرشان ازدواج کرده بودند رفته و این اموال را از روی ظلم مصرف میکردند که قرآن در آیه سوم سوره نساء از همه این موارد صراحتاً نهی کرد (طوسی، ۱۳۸۳، ص ۱۰۴). و از آن پس افرادی که مسلمان میشدند مازاد بر ۴ همسر خود را به امر پیامبر طلاق می دادند و بعد از گذر از مرحله ی ایجاد تحدید عددی، این امر مشروط به رعایت عدالت بین زوجات میشود (نساء، ۳) (ابوحیان، ۱۴۲۰، ص ۵۰۳) و در مرحله بعدی قرآن کریم صراحتاً بیان میدارد: «رعایت عدالت برای شما ممکن نیست.»

نکته حائز اهمیت آنکه طبق نظر قائلان این قول امروزه به بخشی از سوره که فرموده است اگر کنیزی دارید به آن اکتفا کنید عمل نمیشود زیرا که با پیشرفت جوامع بشری و اقدامات اسلام در جهت امحاء بردگی، امروزه دیگر این احکام کارایی ندارند و طرح آنها در آن زمان نه به معنای تایید بلکه صرفاً در جهت تعیین تکلیف وضعیت موجود بوده است چرا که اسلام دین جامعی است که از بیان هیچ مسئله ای غفلت ننموده.

نتیجتاً اباحه تعدد زوجات تا چهار همسر نیز باید با توجه به مصلحت و رعایت مسائل انسانی صورت گیرد. چرا که رویکرد اسلام به این حکم همانگونه که بررسی شد اباحه در جهت تضییق است. پس حصر ازدواج به یک همسر، پس از ۱۵ قرن، انتقالی طبیعی در همان مسیری که اسلام آغاز کرده بود میباشد.

ب-۲-۳- قول اباحه مشروط

در نظر تعدادی از فقها اصل تعدد زوجات توسط احکام اسلامی امضا شده است اما این جواز مشروط بوده نه مطلق و تنها اختصاص به موقعیت های ضروری دارد.

عده ای با تأکید بر ادله برون دینی همچون نادر بودن تحقق عدالت میان همسران، فساد بیش از مصلحت تعدد زوجات و تالی فاسدهای چند همسری معتقدند «از باب مدیریت اجتماعی این مسئله باید به حداقل برسد.» مهمترین ادله گروه اول این است که؛ «شرط تعدد، عدالت است و تحقق رعایت این شرط، بسیار نادر است. دین برای مصلحت جامعه آمده و میخواهد جلوی ضرر را سد کند، ولی فساد تعدد زوجات بیش از مصلحت آن است. تعدد زوجات سبب عداوت و دشمنی میان فرزندان میشود.» (مهریزی، ۱۳۸۵، ۴۷۷-۴۷۸). دسته ی دوم معتقدند «در صورتیکه زن در مقام همسری ویژگیهای خاص کفویت را داشته باشد، و به وظایف زناشویی خود مانند تمکین به درستی عمل کند، ازدواج مجدد مرد ممنوع است.» گروه سوم میگویند: «چون در آیه سخن از یک امر اجتماعی است، اگر شرایط جامعه چنان باشد که چند همسری برخلاف عدالت نباشد، جایز است» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۶۷۷)

گروه چهارم با تأکید بر مسائل عصر نزول آیات مانند استضعاف یتیمان و مورد ظلم واقع شدن آنها و... قائل اند: «هرگاه غرض عقلایی ای چون شرایط جنگی خاص، توقف قیام به امور یتیمان بر تعدد زوجات و... وجود داشته باشد، تعدد مجاز می شود» (مجلسی، ۲۰۰۳، ص ۱۵۸). گروه پنجم معتقدند: «مجموعه آیات قرآن درباره ازدواج، بررسی عرف عصر نزول، فلسفه اصلی ازدواج، فلسفه امضای چندهمسری و اصول حاکم بر احکام نشان میدهند که مطلوبیت و اصالت با تک همسری است و در موارد بسیار استثنایی و خاص که حل معضلی صرفاً مبتنی بر تعدد زوجات باشد، با احراز شرایطی حکم به اباحه میشود. (صدر، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۷۷) از جمله این شرایط از طرفی رضایت همسر اول یا جبران خسارت او و از طرف دیگر عدالت میان همسران و نیز معاشرت به معروف با آنهاست. شیخ طوسی فتوا میدهد که تعدد زوجات جایز است، اما مستحب است که به یک زن اکتفا شود. ایشان این قول را مورد قبول همه فقها دانسته است. (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۴) محقق اردبیلی نیز احتمال داده است که شیخ در عبارت خود، نظر به کراهت تعدد زوجات داشته است (اردبیلی، ۱۴۰۲، ص ۵۰۹).

علاوه بر شیخ طوسی، برخی فقهای دیگر نیز فتوا به استحباب اقتضار به یک زن داده اند (نوری طبرسی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۸۸) گرچه در نقطه مقابل این دیدگاه، برخی فقهای متقدم و متأخر نیز اصل در تعدد زوجات را براستحباب دانسته و آنرا مانعاً از ازدواج، مستحب میدانند (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۴۱؛ تبریزی، ۱۴۲۷، ج ۶، ص ۲۰). قرآن کریم در آیه سوم سوره نساء، موضوع تعدد زوجات را مشروط به عدالت نموده است. با توجه به آیه ۱۲۹ سوره نساء، برای تعدد زوجات شرط رعایت عدالت مالی و اخلاقی و جسمی الزامی است (مطهری، ۱۳۹۱، ص ۱۰۵). اما عدالت در تمایلات قلبی که مراعات آن از قدرت انسان بیرون است، از شرایط تعدد زوجات نیست و در فقه تنها عدالت در جنبه های عملی مدنظر بوده است. (سعیدی گراغانی، کیخا، امیر پور، ۱۴۰۰، ص ۱۲۴-۱۲۶)

مشهور فقها تمکن مالی مردی که میل به ازدواج مجدد دارد را از شروط این ازدواج دانسته اند، تمکن شوهر در حدی که بتواند نیازهای مادی و معیشتی همسران خود را در حد متعارف و متناسب با شخصیت فردی، موقعیت و شان اجتماعی آنان تأمین نماید. این نیز الزاماً به مفهوم برابری و مساوات نخواهد بود (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۴۷). در حقیقت در نظر مشهور فقها یکی از ظواهر و قرائن تأمین عدالت، پاسخ مقتضی شوهر به نیازهای معیشتی و زندگی مادی زنان اعم از منزل، لباس، غذا و حتی خادم و اثاثیه زندگی و... می باشد. (جعفر نژاد، ۱۳۹۶، ص ۷۰) اما در فرض رای مورد بررسی در مقاله حاضر، درخواست زوج مبنی بر ازدواج مجدد به دلیل عدم تمکین زوجه اول از او بوده فلذا ملات و تمکن مالی که از شرایط چند همسری در اینجا لازم به نظر نمیرسد. چرا که مرد از استمتاع زوجه اول محروم بوده و زوجه اول به علت عدم تمکین و نشوز مستحق دریافت نفقه نیست. به علاوه این مورد در رویه قضایی دادگاه های ایران نیز به وضوح مشخص است که به استناد ماده ۱۷ و بند ۳ ماده ۱۶ [قانون حمایت خانواده](#) عدم تمکین و نشوز زوجه اول، مجوز ازدواج مجدد زوج است و در فرض اثبات تحقق نشوز زوجه، نیازی به احراز و اثبات استطاعت و تمکن مالی زوج برای اداره دو زندگی و رعایت عدالت از جانب وی نیست. (دادنامه قطعی دادگاه تجدید نظر استان به تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۴)

به نظر میرسد در بین عقاید مطرح شده در خصوص اباحه و حرمت تعدد زوجات، نظریه اباحه مشروط با مصلحت اجتماع سازگارتر باشد. چرا که براساس این نظریه، تعدد زوجات مشروط و منوط به وجود برخی شرایط و ضرورت ها شده است از جمله اینکه؛ عدالت بین همسران که البته امری دشوار است رعایت گردد، زن در مقام همسری وظایف و مسئولیتهای خود که مهمترین آن تمکین است را رعایت نکند، با اهداف و غرض های عقلایی همراه باشد مانند

استضعاف یتیمان ، مورد ظلم واقع شدن آنها و یا توقف قیام به امور یتیمان بر تعدد زوجات ، رضایت همسر اول جلب شده باشد. با این اوصاف ، این نظریه قابل دفاع و مورد نظر نویسندگان میباشد

ب-۲-۴- ازدواج مجدد مرد در قانون ایران

با بررسی قوانین ایران به این نتیجه خواهیم رسید که در قانون مدنی که مهم ترین قانون در ایران است صراحتاً هیچ گونه اشاره ای به جواز یا عدم جواز ازدواج مجدد مرد نشده در خصوص اصل جواز ازدواج مجدد مرد مسکوت بوده اما برخی مواد مانند ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی به طور ضمنی اشاره به موضوع ازدواج مجدد مرد نموده است و بیان می دارد : « هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد»، همچنین در اینباره به مواد ۹۰۰، ۹۰۱، ۹۴۲، ۱۰۴۸ و ۱۴۹ استناد شده است (کرمی و سجادی امین، ۱۳۸۹، ص ۸۹) (کاکاوند و احمدی فر، ۱۴۰۰، ص ۲۴۷-۲۵۱)

قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ ازدواج مجدد مرد را در صورت داشتن همسر ممنوع اعلام کرده است و برابر با ماده ۱۶ قانون مذکور مرد در صورت داشتن زن، حق ندارد همسر دوم اختیار کند.

به نظر میرسد با وجود جواز اولیه ی ازدواج مجدد مرد در شریعت اسلام، مبنای این عدم جواز حکومتی اتخاذ شده در قانون حمایت خانواده ۵۳ از سمت قانونگذار ، دفع ضرر حکومتی از جامعه مسلمین و جلوگیری از انحلال قانون خانواده مسلمین به عنوان یک حکم ثانویه حکومتی بوده است.

برخی حقوق دانان معتقدند که مشروعیت چند همسری از نظر قرآن موکول به اجرای عدالت است و احراز این توانایی امری است که اگر بدون دخالت دستگاه قضایی انجام گیرد، با توجه به اینکه قصد انتفاع خود مرد در میان است، ممکن است با دقت انجام نگیرد؛ بنابراین لازم است موادی نظیر مقررات قانون حمایت خانواده برای تنظیم مسأله ازدواج مجدد و از جمله احراز عدالت مرد به تصویب برسد و با توجه به اینکه برای احراز عدالت در ازدواج مجدد مرد، هیچ کس به اندازه زن اول صلاحیت تشخیص آن را ندارد، می توان مقرراتی در این جهت تنظیم نمود و این گونه مسائل مالی و حقوقی را به دادگاه واگذار کرد. (حاجیعلی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۳)

البته با وجود اینکه قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ مخالف ازدواج مجدد مرد بود اما در صورت وجود شرایطی، اجازه ازدواج مجدد را به مرد داده که آن شرایط عبارت اند از : رضایت همسر اول، عدم توان همسر اول به ایفاء وظایف ناشویی ، عدم تمکین زن از شوهر ، ابتلای زن به جنون یا امراض صعب العلاج موضوع بندهای ۵ و ۶ ماده ۸ ، محکومیت زن وفق بند ۸ ماده ۸ ، ابتلای زن به هرگونه اعتیاد مضر برابر بند ۹ ماده ۸ ، ترک زندگی خانوادگی از طرف زن ، عقیم بودن زن ، غایب یا مفقود الاثر شدن زن برابر بند ۱۴ ماده ۸ . که همانطور که مشخص است یکی از موارد جواز ازدواج مجدد مرد عدم تمکین زن از شوهر است که ماده با صراحت تمام در صورت تحقق این شرایط به مرد اجازه ازدواج مجدد را می دهد .

در سال ۱۳۹۱ قانون حمایت خانواده جدید تصویب شد . در لایحه پیشنهادی این قانون در ماده ۲۳ به موضوع ازدواج مجدد مرد پرداخته شده بود که این ماده در متن نهایی قانون حذف گردید و اکنون می توان گفت که قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ در خصوص ازدواج مجدد مرد بر خلاف قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳، سکوت اختیار کرده و در این خصوص با قانون سال ۱۳۵۳ متفاوت است و همین موضوع سبب گردیده که در بین حقوق دانان در خصوص نسخ و عدم نسخ ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ اختلاف دیدگاه ایجاد گردد و برخی از حقوق دانان مانند دکتر روشن معتقد اند که قانون سال ۳۵ نسخ نشده است و هنوز بر قوت خود باقیست اما گروهی دیگر قائل بر نسخ آن بوده

و نهاد ازدواج مجدد را کاملاً منسوخ شده می دانند (صابری، ۱۳۹۳، ص ۸۷) (کاکاوند و احمدی فر، ۱۴۰۰، ص ۲۴۷-۲۵۱)

البته نکته ای بسیار مهم در قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ وجود دارد و آن این که اصل اولی حکومتی طبق قانون در خصوص ازدواج مجدد مرد، عدم جواز است اما با ایجاد یک سری شرایط، قانون از حکم اولی خود دست برداشته و حکم ثانوی جواز ازدواج مجدد مرد را بیان می دارد که باید بررسی نمود علت صدور این حکم ثانوی چیست؟ آیا مبنای آن یک قاعده کلی و عام به نام قاعده لاضرر است و یا مبانی دیگری در این خصوص وجود دارد. که در ادامه به بررسی این موضوع پرداخته خواهد شد.

با توجه به مستندات جواز ازدواج مجدد مرد در فقه و همچنین نظر قانون مبنی بر جواز ازدواج در صورت وجود شرایطی از جمله عدم تمکین زوجه از زوج، می توان گفت که ازدواج مجدد مرد در شرایط خاصی جایز بوده و مغایر با شرع و قانون نمی باشد اما اینکه آیا شرایط جواز ازدواج مجدد در واقع محقق گردیده یا نه نیاز به بررسی و احراز حاکم و یا قاضی دارد که در پرونده مذکور قاضی با بررسی شرایط موجود قائل به عدم جواز ازدواج مجدد برای مرد شده است و درخواست وی را در این خصوص رد نموده است که لازم است به منظور دستیابی به نظر درست در این زمینه ادله دادگاه مورد مطالعه و واکاوی قرار گیرد لذا در ادامه به نقد و بررسی ادله استنادی در رای دادگاه خواهیم پرداخت.

ج) نقد ادله استنادی دادگاه در خصوص عدم جواز ازدواج مجدد

همانگونه که در پیش بررسی شد، طبق نظر مورد اختیار از معنای قاعده ی لاضرر خداوند در مقام تشریع و قانونگذاری اولیه احکام اسلامی هیچ حکم ضرری وضع ننموده اما چنانچه حکمی که از نظر کلی و نوعی ضرری نیست، در مقام اجرا برای فردی ضرری باشد به طور موردی مرتفع میشود.

قاضی محترم در بطلان خواسته زوج به ازدواج مجدد به ورود ۳ ضرر اشاره نموده و به استناد آنکه در اسلام هر حکمی که مستلزم و منشا ضرر باشد نفی شده است، حکم به بطلان خواسته او صادر نموده است

ج-۱- عدم جریان قاعده لاضرر در خصوص همسر اول

در حکم دادگاه ذکر شده است که ازدواج مجدد زوج سبب اضرار به همسر اول او می گردد چرا که طبق ماده ۱۱۰۶ نفقه زوجه در عقد نکاح دائم بر عهده زوج می باشد و زن واجب النفقه مرد است برای بررسی دیدگاه دادگاه لازم است سبب نفقه زوجه مورد بررسی قرار گیرد.

برای سبب نفقه زوجه بین فقها و بالتبع آن حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد و می توان گفت دو دیدگاه کلی در اینجا مطرح است:

الف) مشهور فقها قائل اند به اینکه سبب نفقه زوجه تمکین است و وجوب نفقه متوقف بر تمکین است نه صرف عقد (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۲۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۹۱).

ب) گروه دیگری از فقها قائل اند که نفقه زن به محض وقوع عقد نکاح بر ذمه مرد می آید و منوط به تمکین نیست و تنها در صورتی که نشوز زوج ثابت گردد، نفقه از او ساقط می گردد و الا وجوب نفقه به صرف وقوع عقد است (سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۲۹۷).

در بین حقوقدانان نیز در خصوص سبب استحقاق نفقه بر زن اختلاف نظر وجود دارد که به تبع اختلاف دیدگاهی است که در این موضوع بین فقها وجود دارد، البته قول اقوا بین حقوقدانان این است که به موجب ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی، سبب نفقه زوجه عقد نکاح می باشد؛ و تمکین شرط استحقاق نفقه نیست چرا که ماده مذکور بیان می دارد که: «

همین که نکاح به طور صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می شود» لذا تکلیف به دادن نفقه به محض وقوع عقد بر ذمه مرد آمده و طبق ماده ۱۱۰۸ صرفاً عدم تمکین زوجه مانع از نفقه می گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۴۱).

مطابق این دیدگاه به دلیل که سبب نفقه، عقد نکاح است، لذا سبب نفقه آینده زوجه اکنون موجود است (نکاح موجود است) بنابراین امکان ضمانت برای نفقه آینده زن از مرد وجود دارد قرار دادن مالی برای رهن به منظور تأمین نفقه آینده زن ممکن است و تمام این فروض در صورتی است که زن ناشزه نباشد به بیان دیگر، قانونگذار، مرد را موظف به دادن نفقه می کند و رابطه زن و شوهری را سبب دین شوهر می داند همچنین در این خصوص عرف نیز این رابطه و تناسب را می پذیرد، چرا که به طور معمول و طبیعی و در اغلب موارد، نکاح، منتهی به زندگی مشترک زناشویی و تکفل و تأمین معاش خانواده می شود ولی این احتمال نیز وجود دارد که موردی ایجاد شود و نشوز زن مانع از ثبوت دین بر ذمه مرد شود. بنابراین، وجود این احتمال نامتعارف نباید حقوقدانان را از ارتباط عرفی بین نکاح و الزام به انفاق غافل کرده و این توهم را ایجاد نماید که نکاح و تمکین مجموعاً سبب نفقه است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۲۸۰).

در نهایت بنابر آنچه گفته شد می توان اینگونه نتیجه گرفت که بر طبق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی که زن زمانی مستحق دریافت نفقه است که ناشزه نباشد؛ یعنی از تکلیفی که در اثر نکاح در مقابل شوهر دارد سرپیچی نکند (امامی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۵۰۶) و به این دلیل که هیچ ارتباط و تناسبی بین استحقاق نفقه و تمکین وجود ندارد در حالیکه بین نکاح و نفقه ارتباط آشکاری به چشم می خورد، سبب دین مربوط به نفقه را باید نکاح دانست و تمکین در زمره موانع یا شرایط تأثیر سبب است (همان، ص ۲۸۸).

بنابراین طبق آنچه که بیان شد از دیدگاه قانون مدنی زن ناشزه یعنی زنی که بدون وجود مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مانند آنکه به نحو غیرقانونی خانه شوهر را ترک کند، مستحق نفقه نیست بنابراین در فرض پرونده مذکور با توجه به اینکه زوج بیان می دارد که زوجه علی رغم حکم تمکین و صدور اجرائیه حاضر به تمکین نمی باشد، مسلم است که عدم تمکین زن غیرقانونی و غیر مشروع است و لذا ناشزه محسوب می گردد با فرض ناشزه بودن زوجه استناد دادگاه به قاعده لاضرر به منظور دفع ضرر از جانب زوجه اول با ازدواج مجدد مرد نادرست می باشد چرا که در واقع زوجه در اینجا حقی به جهت نفقه ندارد که دادگاه بخواهد در مقابل ازدواج مجدد زوج از حق زوجه دفاع کند و مانع ایراد ضرر بر او شود چرا که زوجه با عدم تمکین خود سبب شده که استحقاق نفقه از او ساقط شود و دیگر مستحق نفقه نباشد و از این جهت تکلیف از مرد برداشته شده و قاعده لاضرر را نمی توان مقدم بر جواز ازدواج مجدد مرد دانست در واقع زوجه اول با اقدام خود سبب و منشأ ورود این ضرر به خودش بوده که با وجود حکم دادگاه به تمکین و صدور اجرائیه از تمکین امتناع کرده و به مرد ضرر وارد کرده و حال مرد در مقام دفع ضرر از خود ناچار به ازدواج مجدد شده است لذا نهایتاً با احراز موضوع ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ در این مجال میتوان حکم به جواز ازدواج مجدد زوج نمود.

ج-۲- بررسی قاعده لاضرر در خصوص همسر دوم بالقوه

از جمله دلایلی که دادگاه مبنی بر منع و عدم تجویز ازدواج مجدد مرد در رای خود بیان داشته است وجود اضرار به همسر دوم در صورت ازدواج مجدد می باشد. دادگاه بیان می دارد که به جهت عدم تمکن مالی کافی از جانب زوج، ازدواج مجدد او سبب ایجاد ضرر برای همسر دوم می شود و مرد نمی تواند نفقه او را که طبق ماده ۱۱۰۶ بر عهده اش است، تأمین نماید. در این خصوص باید بیان داشت که قاعده لاضرر به منظور دفع ضررهای احتمالی و قطعی که به

موجب اعمال حق از جانب افراد بر دیگران که خود صاحب حق هستند، اعمال می گردد و سبب ایجاد محرومیت در اعمال حق در یک طرف به منظور دفع ضرر از طرف دیگر می گردد، اما این نکته هم حائز توجه است که اگر طرف مقابل از حقوق خود بگذرد دیگر لاضرر سالبه به انتفاع موضوع می گردد. توضیح بیشتر آنکه درست است که یکی از حقوق زن در زندگی مشترک حق نفقه و در مقابل وظیفه و تکلیف مرد پرداخت نفقه همسر است اما آیا این امکان وجود ندارد که زوجه از این حق خود بگذرد و ذمه مرد را بری کند؟ و یا امکان دارد زوجه به صورت شرط ترک فعل اقدام به مطالبه نفقه ننماید ؟

به نظر میرسد با فرض قبول شرایط مالی زوج از جانب زوجه دوم شرایط اعمال قاعده اقدام بر علیه خود، وجود دارد زوجه دوم با رضایت و آگاهی کامل از شرایط مالی مرد از دریافت نفقه خود گذشته و مانعی برای ازدواج مجدد مرد وجود ندارد و می توان حکم به تجویز ازدواج مجدد او نمود چرا که او خود با اطلاع از عدم قدرت مرد بر انفاق اقدام به ازدواج با او نموده است .

چرا که آیت الله مکارم شیرازی در خصوص اسقاط حق نفقه می فرمایند: زن می تواند ملتزم شود که حقوق مربوط به نفقه خود را مطالبه نکند ولی اسقاط آن جایز و صحیح نیست که این بیان اشاره به شرط ترک فعل دارد.

(<https://www.makarem.ir/ahkam/fa>)

در قانون مدنی ماده ۲۳۴ مقرر میدارد که : « شرط بر سه قسم است: شرط صفت، شرط نتیجه، شرط فعل اثباتاً یا نفیاً. شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله ، شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج، شرط شود و شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود». همچنین در ماده ۲۳۷ آمده است : « هرگاه شرط در ضمن عقد، شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً، کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف، طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید.»

از برآیند این دو ماده می توان اینگونه نتیجه گرفت که هرگاه در ضمن یک عقد، شرط ترک فعل به عنوان یک شرط اخذ شود وفاء به آن شرط لازم بوده و در صورت تخلف امکان دادخواهی وجود دارد که این موضوع نشان می دهد موضع قانون در خصوص شرط ترک فعل مثبت بوده و آن را می پذیرد .

از منظر فقهی نیز می توان دلایلی را برای صحت شرط ترک فعل بیان نمود همانطوری که برخی از فقها در خلال بحث های مرتبط با این موضوع (شرط عدم فروش مبیع و هبه) ، به صحت چنین شرطی اشاره نموده اند و شرط عدم فروش مبیع و هبه را از مصادیق شرط ترک فعل بیان کرده اند و هر کدام دلایل خاص خود را در این زمینه ذکر نموده اند ؛ مانند اینکه محقق اردبیلی معتقداند که به مقتضای آیات و روایات و اصول موجود، جایز است هر شرطی را طرفین در ضمن عقد شرط کنند و این جواز در صورتی باطل می گردد که با ادله عقلی و یا نقلی معلوم گردد که در آن خصوص چنین چیزی ثابت نبوده است (اردبیلی، ۱۴۱۱، ج ۸، ص ۱۵۰).

همچنین صاحب جواهر معتقد اند که چنین شروطی مخالف مقتضای عقد یا شرع نیست چرا که در فرض شرط عدم فروش مبیع و هبه ، مشروط علیه بدون درنظر گرفتن شرط تنها می تواند از فروش یا هبه مال خودداری کند و با شرط نیز او ملتزم می گردد که از فروش و هبه آن خودداری نماید، لذا با شرط ذکر شده حلال الهی حرام و حرام الهی حلال نمی گردد. همچنین به نظر صاحب جواهر اجماع و عدم خلاف درباره شرط ترک فعل مورد قبول نبوده و محل تردید است و در مقابل ظن قوی بر خلاف این اجماع وجود دارد به خصوص که روایت هایی از امام صادق (ع) بیان شده است

که صراحتاً شرط عدم فروش و عدم هبه را تجویز کرده اند و صرفاً شرط عدم توارث را منع نموده اند (نجفی ۱۳۶۵، ج ۲۳، ص ۲۰۱).

همچنین مرحوم نراقی در مخالفت با کسانی که شرط عدم فروش و هبه را مخالف با احکام شرعی دانسته و این شروط را باطل می دانند، می گویند: چنین شرطی مخالف با کتاب و سنت نیست چرا که در کتاب و سنت خود تصرف ذکر نشده است تا شرط عدم تصرف، مخالف با کتاب و سنت گردد، بلکه آن چیزی که در کتاب و سنت بیان شده، جواز تصرف است که مخالف آن شرط عدم جواز تصرف است، نه شرط عدم تصرف، و شرط اخیر مستلزم عدم جواز تصرف نیست (نراقی، ۱۳۷۵، ۱۴۸-۱۴۵).

در مجموع با توجه به آنچه فقها در این زمینه ذکر کرده اند و با توجه به دیدگاه قانون در این خصوص می توان گفت که شرط ترک فعل در ضمن عقد نکاح معتبر بوده و زوجه دوم می تواند شرط کند که مطالبه نفقه ننماید همانطوری که آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ با سوال مذکور به همین مورد اشاره نموده اند. بنابراین در پرونده مذکور زوجه دوم می تواند با علم به عدم توانایی مرد از پرداخت نفقه، ملتزم شود که نفقه خود را از مرد مطالبه نکند و در حقیقت شرط ترک فعل شود در این صورت دیگر مجالی برای تمسک به قاعده لا ضرر وجود ندارد و ضرری متوجه زن دوم نبوده و می توان به استناد ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ حکم به تجویز ازدواج مجدد مرد به منظور دفع ضرر که به جهت عدم تمکین همسر او بر وی عارض می شود، نمود.

ج-۳- بررسی شرایط تحقق وجوب پرداخت نفقه فرزندان

ج-۳-۱- شرایط وجوب پرداخت نفقه اقارب در فقه

شرایط نفقه گیرنده

در وجوب نفقه اقارب، فقیر و نیازمند بودن آنان شرط است، یعنی نفقه گیرنده، روزی نداشته باشد. در شرط بودن فقر منفق علیه، اختلافی میان علمای امامیه نیست اما سخن در این است که آیا عجز منفق علیه از کسب هم شرط است یا نه؟ بیشتر علمای امامیه بر این باورند که عجز نفقه گیرنده از کسب شرط وجوب نفقه برای اوست؛ زیرا نفقه اقارب نیازمند کمکی به آنها است تا گرسنگی خود را برطرف کنند حال کسی که توانایی بر کسب داشته باشد، مانند شخص بی نیاز است و برای چنین شخصی گرفتن زکات و کفاره منع شده است، پس وجوب نفقه آنها مشروط به فقرشان است. (نجفی، ۱۴۱۰، ج ۳۱، ص ۱۷۱) و همچنین فرد روزی روزانه خود را نداشته باشد نفقه او بر اقارب توانمند مشخص شده از سوی شرع واجب میشود. (حلی، ۱۳۸۹، ج ۳، ص ۲۸۴) شهید ثانی نیز واجب النفقه را کسی میداند که روزی خود و عیالش را نداشته باشد (جبلی عاملی ۱۳۶۱، ص ۱۲۹) به نظر میرسد عجز از کسب شرط مناسبی برای وجوب نفقه اقارب نباشد؛ چرا که ممکن است فردی هیچ کسبی نداشته اما مال فراوانی در داشته باشد که در این صورت نفقه اش بر دیگری واجب نیست پس بهتر آن است که تنها فقر را شرط وجوب نفقه اقارب دانست. (کریمی و نوروزی، ۱۳۹۸، ص ۵۰-۵۲)

شرایط نفقه دهنده

بر هر انسانی نخست تهیه قوت لایموت خودش واجب است و اگر بیش از نیاز حیاتی روزانه خود داشته باشد، باید نفقه زوجه اش را بپردازد اگر از نیازهای زندگی خود و همسرش بیشتر داشت، در صورت نیازمندی حفظ النفسی خویشاوندان واجب النفقه باید نفقه آنها را تأمین کند، پس اگر انسان تنها به اندازه نیازهای حیاتی خود توانایی داشته باشد نفقه هیچ کسی بر او مقدم نیست و حفظ نفس خویشتن مقدم بر همه است. اگر تنها به اندازه هزینه روزانه خود و همسرش داشته باشد دیگر تأمین روزی فرزندان و والدین نیازمندش بر او واجب نیست، گرچه آنان از شدت نیاز در برآورده ساختن

حداقلی روزیشان در مانده باشند و اگر بیش از روزی خود و همسرش داشته باشد و اقارب واجب النفقه نیازمندی داشته باشد، نفقه آنان نیز بر او واجب میشود. محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۵۷۴)

اگر منفق نیاز به ازدواج داشته باشد و توان مالی او به اندازه ای نباشد که هم هزینه های ازدواجش را کفایت کند و هم بتواند نیازهای اقارب نیازمندش را تأمین کند، در این صورت علمای امامیه قائلند که هزینه ازدواج او بر هزینه نفقه اقارب مقدم است؛ گرچه علم و بلکه یقین دارد که ازدواج او موجب ناتوانی در پرداخت نفقه اقارب نیازمندش می شود؛ چرا که نفقه اقارب مواسات و معاونت است و هنگامی واجب میشود که منفق توانمند و متمکن باشد، در حالی که ازدواج او امری جایز و بلکه واجب است در فرض مسئله او با امثال یک واجب دیگر تمکن مالی ندارد تا وجوبی برگردن او باشد (شهیدثانی، ۱۴۱۶، ص ۵۵۸) امام خمینی (ره) در این باره میفرماید: «اگر شخصی نیازمند ازدواج است به طوریکه اگر ازدواج نکند در معصیت قرار میگیرد ازدواج او مقدم است و الا باید نفقه اقارب را بپردازد». (موسوی خمینی، ۱۴۰۹، ص ۳۲۱). (کریمی و نوروزی، ۱۳۹۸، ص ۵۰-۵۲)

این مباحث نیز به روشنی بر بحث ما دلالت میکند چرا که حتی در فرض بدون نفقه ماندن فرزندان و ضرر آنها بر مرد واجب نیست ضرر ایشان را بر ضرر خود مقدم نماید و از ازدواج مجدد خودداری کند.

ج-۳-۲- شرایط استحقاق نفقه اولاد در قانون ایران

طبق ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی نفقه اولاد بر عهده پدر است، پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به اتفاق به عهده اجداد پدری با رعایت الاقرب فالاقرب در صورت نبودن پدر و اجداد پدری یا عدم قدرت آنها نفقه بر عهده مادر است.

طبق ماده مذکور نفقه فرزندان بر عهده پدر قرار داده شده است و ماده ۱۱۹۸ کسی را ملزم به انفاق می داند که متمکن از دادن نفقه باشد، یعنی بتواند نفقه بدهد بدون اینکه از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد. بنابراین شرط اساسی برای تکلیف پرداخت نفقه فرزندان بر پدر، توانایی مالی او و تمکن او می باشد، لذا اگر پدر توانایی پرداخت نفقه را نداشته باشد دادگاه نمی تواند او را ملزم به پرداخت نفقه نماید. ماده قانونی مذکور از این حیث که آیا پدر موظف است شرایط تمکن مالی خود را ایجاد و حفظ نماید مسکوت است و قانونگذار پدر را صراحتاً مکلف به ایجاد تمکن و حفظ آن ننموده است و فقط در صورت داشتن تمکن او را ملزم به پرداخت نفقه اولاد نموده است. لذا می توان در این مورد بیان نمود که با وجود استطاعت کم زوج از حیث مالی نمی توان ازدواج مجدد او را به دلیل کم شدن توان مالی او مانع شد که چرا که قانونگذار چنین تکلیفی را بر او بار نکرده است.

از طرف دیگر می توان اینگونه استدلال نمود که با توجه به اولویت انفاق زوجه بر فرزندان، ازدواج مجدد مرد سبب ضعیف شدن توان مالی او و در نتیجه عدم توانایی و معسر شدن او از پرداخت نفقه فرزندان می شود لذا دادگاه همین جنبه را مورد توجه قرار داده و قاعده لا ضرر فرزندان را مقدم بر ضرری که به زوج از جهت عدم ازدواج وارد میشود دانسته و حکم به عدم اجازه ازدواج مجدد مرد به منظور دفع ضرر از جانب فرزندان نموده است.

از طرفی عدم ازدواج مجدد مرد، موجب وارد شدن ضرر به زوج می گردد چرا که زوج نیاز به برقراری روابط زناشویی با همسر خود دارد اما همسر، حاضر به تمکین از وی نیست و عدم تمکین او ضررهایی را از این حیث بر مرد وارد می نماید و مرد خواستار دفع این ضررها با اجازه دادگاه به ازدواج دوم خود می باشد، و نهایتاً حتی با فرض ورود ضرر به فرزندان، دو ضرر متصور است. ضرر مرد از نداشتن کانون خانواده که با ضرر فرزندان تعارض میکند و در فرض تعارض اگر قائل به تساقط این دو ضرر گردیم باید به سراغ قاعده اهم و مهم برویم و راه جایگزینی را برای خروج از این مسئله پیدا

نماییم. و در نهایت اگر حاکم شرع مطابق ملاکات تشخیص مصلحت، این دو ضرر را مساوی بداند مخیر است در انتخاب یکی و اگر مسئله اقل و اکثر باشد میبایست ضرر و مفسده کمتر ارجحیت داده شود. به منظور دستیابی به راه حل مناسب برای تامین نفقه فرزندان به دو صورت میتوان اقدام کرد اول آنکه طبق ماده ۱۱۹۹ با فرض اعسار پدر، پرداخت نفقه فرزندان را بر عهده ولی قهری یا نهایتاً در فرض فوت یا عدم تمکن مالی او بر عهده ی مادر که خود نیز منشا ورود این ضرر به فرزندان بوده قرار داد. به عبارتی حتی در فرض فوت یا معسر بودن هر دو (هم پدر و هم ولی قهری) مادر ملزم به پرداخت نفقه فرزندان است و در هر حال شارع آنها را بدون نفقه وانگذاشته و ضرری از این باب مورد توجه فرزندان نخواهد شد.

و دوم آنکه می توان به ماده ۷۶۸ قانون مدنی اس.تناد نمود و پرداخت نفقه را در فرض عدم تولدایی و اعسار پدر بر عهده شخص ثالث قرار داد. به این ترتیب که طبق قوانین، این امکان وجود دارد که شخص ثالث از شخص ملزم به انفاق ضمانت نماید و در قالب عقد صلح شخص را ملزم کرد که نفقه ثالثی را تا مدت معینی یا تا زمان فوت او بپردازد. ماده ۷۶۸ قانون مدنی می گوید: در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می گیرد متعهد شود که نفقه معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تادیه کند این تعهد ممکن است به نفع طرفین مصالحه یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود لذا در این فرض که تعارض بین دو ضرر وجود داشت می تواند با عقد صلح و واگذاری نفقه بر عهده شخص ثالث ضرر جانب اولاد را از ازدواج مجدد مرد دفع نمود و از طرفی دیگر مانعی برای ازدواج مجدد مرد وجود نداشته باشد. بنابراین دادگاه میتواند با در نظر گرفتن کلیه جوانب و اتخاذ این مسیر نفقه فرزندان را بر عهده مادر یا ثالث قرارداده و حکم به جواز ازدواج مجدد زوج صادر و از او دفع ضرر کند.

البته این راه حل می تواند در خصوص نفقه زوجه دوم هم مورد استفاده قرار گیرد به این نحو که شخص ثالثی نفقه زوجه را ضمن عقد ازدواج تعهد نماید و شخص ثالث ضمانت نفقه زوجه را بنماید و در این صورت دیگر نگرانی بابت ازدواج مجدد مرد در خصوص نفقه زوجه دوم وجود ندارد. از طرفی اگر فرزندان مالی داشته باشند دیگر نفقه آنها بر عهده پدر نمی باشد لذا در پرونده ی حاضر قاضی موظف است با نگاهی همه جانبه اقدام به بررسی شرایط مالی فرزندان نماید که آیا دارا هستند یا دارا؟ چرا که به موجب ماده ۱۱۹۷ قانون مدنی کسی مستحق نفقه است که ندار بوده و نتواند به وسیله اشتغال به شغلی وسایل معیشت خود را فراهم کند و در صورتی که فرزندان نیازمند نبوده و برای مثال مالی به آنها هبه شده است یا جد پدری مالی را برای آنها جدا در نظر گرفته است، دیگر مستحق دریافت نفقه از جانب پدر نیستند. و نتیجتاً ازدواج مجدد پدر تاثیری در امورات مالی آنها نخواهد داشت. لذا احراز تحقق شرایط استحقاق نفقه فرزندان توسط دادگاه نیز الزامی است.

نتیجه گیری

۱. تصور وجود ضرر برای زوجه اول ممکن نیست به این دلیل که با فرض عدم تمکین زن و تحقق نشوز در وی، دیگر مستحق دریافت نفقه نمی باشد و استناد دادگاه بر اینکه در صورت ازدواج مجدد، مرد توانایی پرداخت نفقه همسر اول خود را از دست می دهد لذا ازدواج مجدد او سبب ضرر به همسر اول است و به موجب حکومت قاعده لاضرر بر احکام اولیه، حکم به عدم جواز ازدواج مجدد مرد باید نمود، صحیح نیست چرا که همسر اول ناشزه است و طبق نظر مشهور فقها و قانون نشوز مانع تحقق نفقه و سبب اسقاط نفقه است.

۲. همسر دوم با علم به شرایط مادی مرد و عدم ملائت او از پرداخت نفقه اقدام به ازدواج با وی می نماید همچنین امکان دارد که با أخذ شرط ترک فعل از او و اینکه ملتزم شود که درخواست نفقه ننماید مشکل حل شود بنابراین تصور وجود ضرر در ازدواج وی با مرد وجود نداشته و قبول شرایط از جانب همسر دوم راه را برای جریان قاعده لاضرر در حق همسر دوم مسدود می نماید .

۳. بنا به نظر فقهای امامیه نفقه اقارب از باب مواسات و معاونت است و در فرضی که ازدواج مجدد مرد سبب می گردد که مرد معسر از پرداخت نفقه اقارب شود و ضرری از ازدواج مجدد مرد بر فرزندان و اقارب ایجاد شود، لزومی به حکم به عدم ازدواج مجدد مرد نیست چرا که ازدواج مجدد برای مرد در فرض پرونده مذکور جایز و چه بسا واجب است چرا که همسر وی تمکین نکرده و مرد از برطرف کردن نیازهای جنسی و عاطفی معمول خود محروم است و چنانچه حکم به عدم جواز ازدواج مجدد وی شود ، ضررهای عظیمی بر وی مترتب شده که دفع آن از طریق دیگری ممکن نیست اما تامین نفقه فرزندان در صورت معسر بودن مرد از راه های دیگری مانند پرداخت از طریق جد پدر و یا مادر ممکن بوده و سبب سازی برای اعسار در فرض پرونده مذکور به دست مرد نیست بلکه عامل اصلی سبب سازی همسر اول وی می باشد که تمکین نمی نماید لذا در ابتدای امر تعارضی هم بین ضرر ها وجود ندارد بلکه حق در جانب مرد است اما اگر قائل به تعارض دو ضرر باشیم ، ضرر جانب مرد معظم و اکثر بوده لذا دفع ضرر از وی با حکم به جواز ازدواج مجدد، مقدم می گردد.

۴. نیازی به اثبات ملائت برای جواز ازدواج مجدد مرد در حالیکه همسر اول وی تمکین نمی کند و ناشزه است، نیست و موضوع پرونده از مصادیق ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ می باشد و با قبول دیدگاهی که ماده مذکور را همچنان با تصویب قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ بر قوت خود باقی می داند و فسخ آن را نمی پذیرد باید اینگونه نتیجه گرفت که بند ۳ ماده مذکور محقق گردیده و مرد می تواند با داشتن همسر اول ، همسر دیگری را اختیار نماید و مانعی از این حیث وجود ندارد لذا به جهت وجود ضرر در جانب مرد به علت عدم تمکین زوجه، قاعده لاضرر به نفع زوج اجرا می گردد و لازم است دادگاه در حکم خود تجدید نظر نموده و حکم به تجویز ازدواج مجدد زوج را صادر نماید.

۵. دادگاه در پرونده مذکور تمام جوانب موجود را بررسی نکرده چرا که تنها ضرر جانب همسران و فرزندان را مورد توجه قرار داد که با توجه به آنچه بیان شد ضررهای مذکور قابل رفع و در برخی موارد اصلا ضرری وجود ندارد در نتیجه حکم دادگاه با دقت کافی نبوده و حتی قاضی محترم می توانست به گونه ای رای دهد که سبب تحکیم و حفظ بنیان خانواده شود؛ مانند اینکه با کمک گرفتن از مرکز مشاوره و ملزم کردن طرفین به حضور در جلسات مشاوره با تعداد و مدت معین به اصلاح روابط فیما بین زوجین و بازسازی نظام خانواده کمک می نمود و با بررسی علل روانشناسی عدم تمکین زن و رفع آنها در جلسات مشاوره، از ضرر های احتمالی در آینده جلوگیری می نمود و در حقیقت با حکم به لزوم مشاوره می توانست سبب ایجاد ضرر که همسر اول و عدم تمکین وی است را رفع نماید و موجبات سازگاری زن و حسن معاشرت وی با شوهرش را فراهم نماید چرا که دادگاه و قاضی در مقام حاکم شرع در اولین قدم وظیفه اصلاح و حفظ روابط بین زوجین را دارد و با این تدبیر هم کانون خانواده حفظ می گردد و هم نیاز زوج و فرزندان مورد توجه قرار خواهد گرفت .

منابع

- ۱) قران کریم
- ۲) ابن ادریس، حلی (۱۴۱۰ ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳) ابوحیان، محمد بن یوسف (۱۴۲۰). البحر المحیط فی التفسیر. ج ۳. بیروت: دارالفکر.
- ۴) احمدی فر، رسول؛ کاکاوند، محمد (۱۴۰۰). مطالعه و بررسی امکان صدور مجوز تعدد زوجات زوج بعد از تصویب قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، فقه و حقوق خانواده، شماره ۷۵
- ۵) آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، بی تا، کفایه الاصول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث
- ۶) اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳). مجمع الفائدة و البرهان، ج. قم: جامعه المدرسين.
- ۷) امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی، تهران: اسلامی، چ ۱۶
- ۸) انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۴). رسائل الفقهیه، قم: مجمع فکر الاسلامی
- ۹) تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۷). صراط النجاه. قم: دارالصدیقه الشهیده.
- ۱۰) جبلی عاملی، زین الدین (شهید ثانی) (۱۳۶۱). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه. بیجا: مکتب الاعلام الاسلامی
- ۱۱) جبلی عاملی، زین الدین (شهید ثانی) (۱۴۱۶). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- ۱۲) جعفر نژاد، محمد (۱۳۹۶). بررسی فقهی و حقوقی شروط ازدواج مجدد با تاکید بر شرط عدالت. (پایان نامه کارشناسی ارشد). دانشکده حقوق و علوم انسانی دانشگاه آزاد، ماکو، ایران
- ۱۳) جوهری، اسماعیل، بی تا، صحاح اللغة، قاهره: دار الاحیاء الکتب العربی
- ۱۴) حاجیعلی، فریبا، مبانی فقهی و حقوقی نظام تعدد زوجات در خانواده فقه و حقوق خانواده، ۱۳۸۸ - شماره ۵۰
- ۱۵) حلی، ابن ادریس (۱۴۱۱). السرائر. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ۱۶) حلی، ابو القاسم (۱۳۸۹). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. نجف اشرف: مطبعه الاداب.
- ۱۷) حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان، چ ۲
- ۱۸) حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: موسسه النشر الاسلامی
- ۱۹) خوئی، ابوالقاسم، بی تا، مصباح الاصول، قم: مکتب الداوری.
- ۲۰) سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳). کفایه الاحکام، قم: موسسه النشر الاسلامی
- ۲۱) سعیدی گراغانی، رحمت الله؛ کیخا، محمدرضا؛ امیر پور، حیدر (۱۴۰۰). مصلحت و نقش آن در قبض و بسط احکام فقهی حقوقی تعدد زوجات، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۶۳
- ۲۲) شریعت اصفهانی، فتح الله (۱۴۰۵). قاعده لاضرر، قم: مؤسسه النشر الإسلامی
- ۲۳) صابری، علی (۱۳۹۳). منسوخ یا معتبر بودن قانون حمایت از خانواده ۱۳۵۳، فصلنامه رأی، ۳(۸)، ص ۸۵ - ۸۸.
- ۲۴) طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۰۹). عروه الوثقی. بیروت: مؤسسه الاعلمی.
- ۲۵) طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المسبوط فی فقه الامامیه. تحقیق محمد باقر بهبودی. قم: مکتبه مرتضویه.
- ۲۶) طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۳). رجال. نجف: المکتبه المرتضویه.
- ۲۷) فیروزآبادی، مجد الدین (۱۴۱۵). القاموس المحیط، بیروت: دارالعلم العلمیه
- ۲۸) القیومی المقری، احمد بن محمد (۱۴۱۸). لبنان: المکتبه العصریه، چ ۲

- ۲۹) کاتوزیان ، ناصر (۱۳۸۲). دوره مقدماتی حقوق مدنی(خانواده)، تهران:میزان، چ ۳
- ۳۰) کاتوزیان ، ناصر (۱۳۸۹). عقود معین، تهران :میزان، چ ۶
- ۳۱) کرمی، محمدتقی ؛ و سجادی امین، مهدی (۱۳۸۹). نقد و بررسی ماده ۲۳ لایحه حمایت از خانواده، مجله مطالعات راهبردی زنان، (۴۸)، ص ۸۵ - ۱۳۲
- ۳۲) کریمی، مریم؛ نوروزی، سمیه (۱۳۹۸). تفاوت نفقه زوجه و اقارب در فقه امامیه . پژوهش های فقهی زنان و خانواده، شماره ۲
- ۳۳) کلینی ، محمد بن یعقوب (۱۳۶۵) ، اصول کافی، ۱۳۶۵ ، تهران : دار الکتب الاسلامیه .
- ۳۴) مجلسی، محمدباقر (۲۰۰۳). بحار الانوار، ج ۶. بیروت : دار احیاء التراث العربی .
- ۳۵) محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۳). قواعد الفقه بخش مدنی، تهران : نشر علوم اسلامی .
- ۳۶) محمدی خراسانی، علی (۱۳۹۱). شرح کفایه الاصول ، قم : الامام الحسن ابن علی (ع)، چ سوم
- ۳۷) مطهری، مرتضی (۱۳۸۰). اسلام و مقتضیات زمان . ج ۲. تهران : نشر صدرا.
- ۳۸) مکارم شیرازی، ناصر(۱۳۹۰). قاعده لاضرر ترجمه القواعد الفقهیه (محمد جواد بنی سعید، مترجم) ، قم : امام علی بن ابی طالب علیه السلام
- ۳۹) مهریزی، مهدی (۱۳۸۵). شخصیت و حقوق زن در اسلام . تهران : انتشارات علمی فرهنگی .
- ۴۰) موسوی خمینی ، السید روح الله (۱۴۱۰). الرسائل، قم : اسماعیلیان
- ۴۱) موسوی بجنوردی ، سید محمد(۱۳۸۵). قواعد فقهیه ، تهران : مجد.
- ۴۲) موسوی خمینی، روح الله (۱۴۰۹ق). تحریر الوسيله. قم: اسماعیلیان.
- ۴۳) میرزای قمی ، ابوالقاسم ، بی تا، قوانین الاصول، قم : مکتبه العلمیه الاسلامیه .
- ۴۴) نجفی، محمدحسن بن باقر(۱۳۶۵). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، قم: حیدری، چ هشتم
- ۴۵) نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۳۷۵). عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام ومهمات مسائل الحلال و الحرام، قم :دفتر تبلیغات اسلامی
- ۴۶) نوری طبرسی، میرزا حسین (۱۴۰۸). مستدرک الوسائل . ج ۱۳. قم : مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- ۴۷) قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران
- ۴۸) <https://www.makarem.ir/ahkam/fa>