

قواعد عام فقه و کاربرد آن در حقوق خانواده^۱

سید ابوالقاسم نقیبی^۲

چکیده

قواعد فقه خانواده، مجموعه قواعدی هستند که مبنای برخی از قوانین و مقررات در حقوق خانواده هستند یا در آنها مؤثر واقع می‌شوند. از منظری قواعد فقه خانواده به دو دسته عام و اختصاصی تقسیم می‌گردند. مراد از قواعد عام، قواعدی است که علاوه بر حقوق خانواده، در دیگر معاملات یا عبادات نیز کاربرد دارند؛ مانند قاعده لاضرر، لاجرح، شروط غرور و الزام. در مقابل، قواعدی چون رضاع و فراش که تنها در حقوق خانواده کاربرد دارند، قواعد اختصاصی خانواده تلقی می‌شوند. در این مقاله، مهم‌ترین قواعد عام خانواده و برخی رهیافتهای کاربرد آنها در حقوق ایران ارائه می‌گردد. بعضی از احکام و گزاره‌های ناظر به حقوق خانواده مانند «رجوع» و «الطلاق بید من اخذ بالساق» ضابطه فقهی خانواده تلقی می‌گردند. جمع‌آوری قواعد و ضوابط فقهی و شناسایی بسترهای کاربرد آنها، امکان شکل‌گیری رویه قضایی را در موارد فاقد نص قانونی به دست می‌دهد. و رهیافتهای لازم برای تفسیر برخی قوانین را فراهم می‌آورد.

واژگان کلیدی

قاعده فقهی، حقوق خانواده، شروط لاضرر، لاجرح، الزام، غرور

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۹/۱۰/۲۶؛ پذیرش مقاله: ۱۳۸۹/۱۲/۲۰

۲- دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشیار و معاون پژوهشی دانشگاه شهید مطهری

مقدمه

احکام شرعی اعم از ظاهری و واقعی دارای موضوع هستند؛ چنانچه موضوع حکم، عام و منطبق بر موارد و مصادیق متعدد باشد به صورتی که حکم همه آن موارد و مصادیق در یک گزاره بیان شود، قاعده فقهی خوانده می‌شود؛ مانند «المؤمنون عند شروطهم»، «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب». برخی از گزاره‌های متضمن حکم شرعی که دارای موضوع عام هستند، از چنان شمولی برخوردارند که در عبادات و معاملات کاربرد دارند؛ قواعدی چون لاضرر و لاجرح از آن جمله‌اند. در مقابل بعضی از آن‌ها مانند قاعده طهاره اختصاص به باب خاص دارند. اکنون این سؤال مطرح می‌شود آیا می‌توان برای نهاد خانواده، قواعدی را مورد شناسایی قرار داد؟ بدون تردید بر مناسبات و روابط اعضای خانواده نیز احکامی حاکم است که برخی از آن احکام از موضوعی عام و کلی برخوردارند. به احکام حاکم بر روابط میان زن و شوهر و پدر و مادر با فرزندان در برابر هم که از موضوعی عام و کلی برخوردار باشند، قواعد فقه خانواده اطلاق می‌گردد. قواعد فقهی خانواده را می‌توان به دو دسته اختصاصی و عام تقسیم کرد. مراد از قواعد فقه عام، قواعدی هستند که علاوه بر مناسبات اعضای خانواده در دیگر معاملات یا عبادات کاربرد دارند؛ مانند قواعد لاضرر، لاجرح، شروط، غرور و الزام، که علاوه بر حقوق خانواده در معاملات دیگر نیز کاربرد دارند؛ ولی قواعد فقه اختصاصی خانواده، قواعدی هستند که تنها در مناسبات و روابط اعضای خانواده مؤثر می‌افتند. قواعدی چون رضاع، و فراش، از جمله قواعد اختصاصی خانواده به شمار می‌آیند. مقاله حاضر ضمن تبیین مفاد قواعد عام و گستره آن‌ها به این سؤال پاسخ می‌دهد که بسترهای کاربرد قواعد عام در حقوق خانواده اعم از قانون مدنی و دیگر قوانین چیست؟ بررسی قواعد اختصاصی فقه در حقوق خانواده از محدوده این مقاله خارج است و مجال دیگری را برای بحث و بررسی می‌طلبد.

مبحث اول: قواعد فقه عام و کاربرد آن در حقوق خانواده

۱- قاعده شروط

الف- مفاد قاعده شروط

شرط به معنای مطلق الزام و التزام است. ادله لزوم وفای به شرط از چنان شمولی برخوردارند که علاوه بر شروط ضمن عقد، شروط ابتدایی یعنی غیر مندرج در ضمن عقد را نیز شامل می‌شوند. آیه «*وفوا بالعقود*» (مائده، ۱) و دیگر آیات (بقره، ۱۷۷؛ مؤمنون، ۸) بر لزوم وفای به عقود دلالت دارد؛ زیرا کلمه شرط در این آیات، مطلقاً به معنای عهد به کار رفته است. علاوه بر آیات مذکور، اخبار و روایات متعدد مشتمل بر معنی «*المسلمون عند شروطهم*» (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۱، ص ۲۷۶؛ کلینی، ۱۴۰۷ هـ ج ۵، ص ۱۶۹؛ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۲۲). از جمله مستندات قاعده شروط به شمار می‌آید. برخی از مستندات روایی قاعده ناظر به شروط ضمن عقد نکاح می‌باشد. چنان که ابی‌العباس از امام صادق^۷ روایت کرده است در مورد مردی که زنی را به ازدواج خویش در آورد و شرط کند که زن را از شهرش خارج نسازد. امام در این زمینه فرمود: مرد باید به این شرطی که به نفع زن کرده وفا نماید (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۱، ص ۲۷۶) یا این‌که فرمود: بر مرد این شرط لازم می‌شود (کلینی، ۱۴۰۷ هـ ج ۵، ص ۴۰۲). شیخ انصاری بر این باور است گزاره‌هایی چون «*وفوا بالعقود*» بر حکم تکلیفی وجوب وفا به قراردادهای و شروط از ناحیه مؤمنان دلالت دارد که با حکم وضعی لزوم ملازمه دارد (انصاری، ۱۴۱۵ هـ ج ۵، ص ۱۹). در مقابل بعضی از عالمان معتقدند که گزاره مذکور با جعل مستقل، مشتمل بر حکم وضعی لزوم است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ هـ ج ۱۲، ص ۲۶۸؛ خوئی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۴۲).

ب- کاربرد قاعده شروط در حقوق خانواده

از جمله بسترهای مهم کاربرد قاعده شروط در حقوق خانواده، شرایط ضمن عقد نکاح است. ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند؛ مثل این‌که شرط شود هر گاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب

شود یا ترک انفاق کند یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد». آنچه به عنوان قید وکالت در این ماده آمده است، به عنوان نمونه است و دو طرف به تراضی می‌توانند شرط دیگری برای تحقق نیابت زن در طلاق معین کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۶۶).

ج- انواع شروط ضمن عقد نکاح

شروط ضمن عقد نکاح را می‌توان به سه قسم باطل غیرمبطل، باطل و مبطل و صحیح تقسیم‌بندی نمود. شرایط صحت شرط عبارتست از: ۱- مخالف کتاب و سنت نباشد؛ ۲- جهل به آن موجب جهل به عوضین نشود؛ ۳- مقدر باشد ۴- خلاف مقتضای عقد نباشد؛ ۵- موجب حلیت حرام و حرمت حلال نشود؛ ۶- جایز باشد؛ ۷- منفعت عقلایی داشته باشد؛ ۸- مستلزم محال نباشد؛ ۹- التزام به آن در عقد لحاظ شده باشد. با عنایت به شرایط صحت و اندراج برخی از آنها در برخی دیگر، می‌توان شروط فاسد را در این موارد جمع‌بندی نمود: ۱- شروط مخالف با کتاب و سنت ۲- شروط مجهول بودن که موجب جهل به عوضین گردد ۳- شروط خلاف مقتضای عقد بودن ۴- شروط غیرمقدور بودن ۵- شروط فاقد منفعت عقلایی بودن.

اول- شرط باطل غیرمبطل: شرط غیرمقدور مانند تعهد زوج فاقد تحصیلات ابتدایی به اهدای اختراع خود در فیزیک هسته‌ای به زوجه، و شرط فاقد نفع عقلایی مانند تعهد زوجه به ریختن یک سطل آب در حیاط منزل در هر روز، و شرط نامشروع یا خلاف قوانین آمره مانند شرط عدم حق شوهر در طلاق زوجه، از جمله شروطی هستند که باطلند ولی بطلان آنها موجب بطلان عقد نمی‌شود و حتی برای مشروطه حق فسخ نکاح ایجاد نخواهد کرد؛ زیرا موارد فسخ نکاح در مواد ۱۱۲۱ الی ۱۱۳۲ قانون مدنی معین شده است. همچنین به موجب ماده ۱۰۶۹ شرط خیار فسخ در عقد نکاح باطل است، ولی عقد را فاسد نمی‌کند. لذا این شروط را باید از امور فرعی به شمار آورد نه قید تراضی (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۲۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص ۱۳۱؛ امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۳۶۵). برخی از حقوق دانان علت بطلان شرط فسخ نکاح را مغایرت آن با قوانین آمره دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۶۵، ص ۳۲۸).

نکاح رابطه‌ای حقوقی - عاطفی است که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و البته با قرارداد مالی یکسان نیست. لذا همه خیاراتی که در قراردادهای مالی پیش‌بینی شده است در نکاح مطرح نمی‌شود. همچنین نکاح دائم رابطه‌ای است که برای تشکیل خانواده، با عقد میان زن و شوهر شکل می‌گیرد. لذا استواری، پایداری و تثبیت خانواده مورد نظر قانون‌گذار بوده و بدین‌جهت موارد انحلال آن را محدود کرده است. بنابراین، خیار شرط که مبتنی بر توافق طرفین در مورد به‌هم زدن قرارداد است، در نکاح راه نمی‌یابد. عده‌ای از فقیهان علت بطلان این شرط را الحاق نکاح به عبادت و عدم مشروعیت شرط در عبادات دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ هـ.ج. ص ۱۵۰). صاحب جواهر شرط خیار فسخ را باطل و مبطل عقد می‌داند وی معتقد است که شرط خیار در نکاح خلاف مقتضای عقد نکاح است، به علاوه، موارد فسخ نکاح محدود است و نیز در نکاح شائبه عبادت وجود دارد. لذا حق خیار در آن معنی ندارد (نجفی، ۱۳۹۴ هـ.ج. ص ۳۱). بر اساس قسمت اخیر ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی در نکاح دائم شرط خیار در خصوص صداق و مهر جایز است مشروط بر این‌که مدت آن معین باشد و بعد از فسخ، مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد. لذا شرط خیار در فسخ مهر را باید شرط صحیح و نافذ به شمار آورد. ولی شروط خیار راجع به مهر در نکاح منقطع درست نیست و به منزله شرط خیار در نکاح است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۷۷).

دوم- شرط باطل و مبطل: شرط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح فاسد و مفسد عقد است؛ مانند این‌که زوجه در ضمن عقد نکاح شرط کند که زوجیت که مقتضای عقد نکاح است، حاصل نگردد. حال اگر زوجه در ضمن عقد نکاح شرط کند که زوج با او برای همیشه نزدیکی نکند، از آنجا که لازمه زوجیت، نزدیکی است و هدف از نکاح، نزدیکی مشروع است؛ لذا شرط مذکور خلاف مقتضای ذات عقد و در نتیجه فاسد و مفسد عقد نکاح خواهد بود (نجفی، ۱۳۹۴ هـ.ج. ص ۳۱). برخی از حقوقدانان بر این باورند که شرط مذکور اگر هم فرضاً خلاف مقتضای عقد نباشد، مسلماً خلاف قانون آمره و لذا باطل است (محقق داماد، ۱۳۶۵، ص ۲۲۸).

در مقابل، عده‌ای از فقیهان معتقدند که مطلق شرط عدم استمتاعات جنسی صحیح است و آن‌ها در صحت عقد نکاح، ترتب دیگر غرض‌های عقلایی از قبیل وصلت با

خانواده شریف و با اعتبار و... را کافی می‌دانند (خمینی، ۱۴۲۱ هـ ج ۵، ص ۲۸۲). بر اساس چنین تلقی نباید این شرط را باطل و مبطل تلقی نمود. برخی حقوق‌دانان بر این باورند که روابط زناشویی از جمله حقوقی است که مربوط به زوجین می‌باشد و آنان می‌توانند هرگونه بخواهند در آن توافق نمایند. شرط مزبور برخلاف مقتضای عقد نکاح و قوانین آمره نیز نمی‌باشد (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۴۴۱). براساس چنین تلقی نباید این شرط را باطل و مبطل تلقی نمود.

سوم- شرط صحیح: اگر در ضمن عقد نکاح، زوج شرط کند که زوجه باکره باشد، این شرط صحیح است؛ لذا چنانچه بعد از ازدواج، خلاف آن ثابت شود زوج حق فسخ دارد (مغنیه، ۱۴۲۰ هـ ج ۵، ص ۱۸۷). شروط صحیح ضمن عقد نکاح، دارای انواع زیر است:

شروط صحیح ضمن عقد نکاح، به صورت شرط نتیجه یا شرط فعل یا شرط صفت پیش‌بینی می‌شود.

- شرط نتیجه: در صورتی که زوجه ضمن عقد نکاح با محل شرط نماید از ناحیه او وکیل باشد خود را مطلقه نماید، وکالت او به صورت شرط نتیجه محقق می‌شود و زوج نمی‌تواند او را عزل کند. لذا پس از انجام عمل زناشویی و جاری نمودن صیغه طلاق و رعایت عده می‌تواند با زوج نخست ازدواج نماید. فقیهان در اعتبار این شرط اتفاق نظر ندارند؛ چنانکه مرحوم شیخ طوسی در مبسوط با این شرط، مخالفت کرده است (طوسی، ۱۳۸۷ هـ ج ۵، ص ۲۹).

در مقابل، برخی دیگر از فقیهان این شرط را صحیح و وکالت را محقق می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ هـ ج ۶، ص ۱۸۷). محقق حلی، در شرایع، وکالت زوج و زوجه را جایز دانسته است. صاحب جواهر ضمن تبیین ادله جواز، احتیاط را شایسته دانسته است (نجفی، ۱۳۹۴ هـ ج ۳۲، ص ۲۵) امام خمینی نیز بر همین نظرند (خمینی، ۱۴۰۴ هـ ج ۲، ص ۲۹۴).

- شرط فعل: چنانچه زوجه در ضمن عقد نکاح شرط نماید که اگر شوهر او را طلاق دهد - بدون این‌که تخلفی از او سر زده باشد - زوج موظف است نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده است یا معادل آن را طبق نظر دادگاه، بلاعوض به زن منتقل نماید، این شرط، شرط فعل می‌باشد.

همچنین اگر زوجه در ضمن عقد نکاح شرط نماید که زوج، زوجه دیگری را اختیار نکند، این شرط از مصادیق شرط ترک فعل است. فقیهان در زمینه این شرط، اتفاق نظر ندارند و سه‌گونه نظر داده‌اند: ۱- شرط فاسد و مفسد عقد نکاح است چون خلاف کتاب و سنت است شارع به مرد اجازه داده است چهار همسر اختیار کند (شهید ثانی، ۱۴۱۰هـ ج ۵، ص ۳۶۳). ۲- شرط صحیح است و اگر زوج از آن تخلف کند، ازدواج مجدد وی نیز صحیح است (خوئی، ۱۴۱۰هـ ج ۲، ص ۱۸۱). ۳- شرط صحیح است، اما در صورت تخلف زوج از این شرط، ازدواج مجدد او باطل خواهد بود (حکیم، ۱۴۱۰هـ ج ۲، ص ۲۹۶). برخی حقوقدانان نیز بر این باورند که دو طرف نمی‌توانند ضمن عقد نکاح، حق زن گرفتن دوباره را از شوهر سلب کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۶۸؛ امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۳۶۶)؛ زیرا به استناد ماده ۹۵۹ هم، هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.

- شرط صفت: از جمله شروط ضمن عقد، شرط صفت است. ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد».

بنابراین اگر در ضمن عقد نکاح، شوهر دارا بودن صفت فرزندآوری را برای زوجه شرط کرده باشد، این شرط، شرط صفت است. چنانچه بعد از عقد معلوم شود که زوجه فاقد وصف مذکور است، زوج از حق فسخ نکاح برخوردار خواهد بود. اکنون این سؤال مطرح می‌شود که آیا فقدان هر صفت مشروط موب حق فسخ خواهد شد؟ عقیم بودن و ناتوانی در فرزندآوری زوجه از عیوب فسخ نکاح نیست؛ زیرا عیوبی که استمرار عقد نکاح را با تزلزل مواجه می‌سازد، به موارد معینی غیر از عقم، محصور گردیده است. چنانچه عقیم نبودن در ضمن عقد شرط شده باشد از مصادیق شرط صفت است و در صورت تخلف از وصف، خیار تخلف از وصف برای زوج ثابت می‌شود. صاحب جواهر تخلف از شرط ضمن عقد را موجب حق فسخ مشروط له می‌داند و از ابن ادریس نقل اجماع نموده است. او دلیل حق فسخ مشروط له را قلب عقد لازم به جایز دانسته

است (نجفی، ۱۳۹۴ هـ، ج ۳۰، ص ۳۶۶). همچنین شرط در عقد نکاح می‌تواند به صورت بنائی باشد یعنی وجود صفت قبل از عقد مورد توافق صریح طرفین واقع شده و زمان عقد بنای طرفین بر آن باشد یا از مذاکره قبلی و اوضاع و احوال قضیه بر حسب عرف استنباط شود که صفت، مورد نظر طرفین بوده و عقد براساس آن واقع شده است؛ مثلاً دختری که شوهر نکرده است، بر حسب عرف و عادت اجتماعی، باکره بودن او هنگام عقد مورد نظر است. اگر بعد از عقد آشکار گردد که باکره نبوده است، شوهر حق فسخ نکاح را خواهد داشت. یا اگر مرد بی‌سوادی خود را مهندس الکترونیک معرفی نماید و بر این مبنا عروسی سر گیرد و پس از عقد معلوم شود که او شاگرد الکترونیک یک مغازه تعمیراتی وسایل الکترونیکی است، چون عقد متبایناً بر آن واقع شده است، فقدان این وصف به دختری که فریب خورده حق فسخ می‌دهد. امام خمینی در پاسخ به استفتایی صحت و سلامتی زن را اگر به نحو اشتراط یا توصیف در عقد ذکر شده و یا عقد مبنی بر آن واقع باشد در صورت خلاف، به طوری که تدلیس بر آن صدق کند و تدلیس سبب شده باشد که شوهر گول بخورد، موجب فسخ می‌داند (خمینی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۱۵).

۲- قاعده لاضرر

از جمله قواعد مؤثر در حقوق خانواده، قاعده لاضرر است. آیات و روایات فراوانی بر نفی ضرر در اسلام دلالت دارند که بخش متنابهی از این ادله ناظر به مناسبات خانوادگی است. در آیه ۲۳۴ سوره بقره آمده است مادر نباید به خاطر فرزندش ضرر ببیند (ضرر برساند) پدر نیز نباید به خاطر فرزندش ضرر ببیند (ضرر برساند). آیه ۶ سوره طلاق می‌فرماید: با تحت فشار قرار دادن زنان مطلقه به آنان ضرر نرسانید، و آیه ۲۳۱ سوره بقره می‌فرماید: وقتی زنان را طلاق دادید و عده آن‌ها رسید، یا از راه نیکی و رغبت رجوع کنید یا ایشان را به نیکی رها سازید. به قصد اضرار و تعدی به ایشان رجوع ننمایید که ستمکار شویید».

علاوه بر آیات، روایات فراوانی بر قاعده لاضرر دلالت دارند که معروفترین آن‌ها داستان سمرة بن جندب است که از تواتر معنوی برخوردار است. تعبیر «لاضرر و لا

ضرار» (کلینی، ۱۴۰۷ هـ ج ۵، ص ۲۹۲ - ۲۹۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۶، ص ۱۴)، و «لاضرر ولا ضرار علی مؤمن» (کلینی، ۱۴۰۷ هـ ج ۵، ص ۲۹۴) از مفاد واحدی حکایت دارند.

فقیهان امامیه در مفاد قاعده اتفاق نظر ندارند. شیخ فتح الله شریعت اصفهانی، نفی را حمل بر نهی الهی کرده است که مدلول حدیث لاضرر حکم تکلیفی است نه وضعی؛ یعنی ضرر زدن افراد به یکدیگر حرام است (شریعت اصفهانی، بی تا، ص ۲۸) و امام خمینی آن را بر نهی حکومتی حمل نموده است؛ یعنی در حوزه حکومت من هیچ کس حق ندارد به دیگری ضرر بزند (خمینی، بی تا، ج ۳، ص ۱۱۷). مرحوم نراقی نیز معتقد است که نفی در حدیث به معنای نفی ضرر غیر تدارک است؛ یعنی هر کس که موجب ضرر و زیانی به غیر شود، جبران آن را باید تدارک کند. زیرا ضرر غیر متدارک در شرع اسلام تجویز نشده است (نراقی، ۱۲۴۵ هـ ص ۱۸). شیخ انصاری معتقد است که هیچ حکم ضرری در اسلام وضع نشده است اعم از این که ضرر ناشی از خود حکم باشد مانند لزوم عقد، یا به اعتبار متعلق حکم باشد مانند وضو یا حج (انصاری، ۱۴۱۹ هـ ج ۲، ص ۴۶۰). آخوند خراسانی، نفی را به معنای نفی حکم به زبان نفی موضوع دانسته است؛ یعنی در جایی که وضو ضرر دارد، وجوب آن برداشته می شود؛ ولی در بیع ضرری که موضوع یعنی «بیع» ضرر ندارد بلکه حکم یعنی «لزوم» ضرر دارد، مشمول قاعده لاضرر نخواهد بود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ هـ ص ۳۷۱). فقیهان امامیه در زمینه اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر نیز اختلاف دارند؛ برخی مانند صاحب عناوین قائل به اثبات حکم از ناحیه قاعده لاضرر هستند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ هـ ج ۱، ص ۳۱۷ - ۳۲۳). در مقابل فقیهان بسیاری قائل به عدم اثبات حکم از ناحیه قاعده لاضرر هستند مرحوم نائینی معتقد است که نمی توان به استناد قاعده لاضرر، حکم به جبران ضرر به وسیله ضرر زنده کرد (نائینی، ۱۳۵۷، ج ۲، ص ۲۳۱).

کاربرد قاعده لاضرر در حقوق خانواده

قاعده لاضرر مبنای برخی از مواد قانونی در حقوق خانواده است؛ براساس ماده ۱۱۱۴ ق - م انتخاب مسکن با شوهر است؛ لذا زوجه موظف است در مکانی که زوج تدارک دیده است، اقامت کند. اگر سکونت در منزل مسکونی شوهر متضمن خوف ضرر

بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، اختیار مسکن علی حده برای زن مورد پذیرش است. ماده ۱۱۱۵ ق - م مقرر می‌دارد: «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علی حده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه حکم به بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد. مادامی که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است نفقه برعهده شوهر خواهد بود». مفاد این ماده، مبین این معنی است که حق تعیین مسکن نباید مورد سوءاستفاده قرار گیرد. از این رو، شوهر باید محلی را انتخاب کند که با وضع اجتماعی زوج و نیازهای خانواده تناسب داشته باشد و آن را وسیله اضرار و اذیت زوج قرار ندهد (تقیی، ۱۳۸۶، ص ۲۴۲). بدون تردید، قاعده لاضرر را باید از جمله مبانی فقهی ماده مذکور به شمار آورد. زیرا قاعده لاضرر در مورد خوف ضرر بدنی، مالی یا شرافتی برای زوج بر ادله متضمن شناسایی حق انتخاب مسکن شوهر حکومت دارد؛ یعنی شوهر تنها حق انتخاب مسکنی را دارد که خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زوج نداشته باشد.

ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند» مقصود از حرفه و صنعت منافی با مصالح خانوادگی، هر امری است که موجب سستی بنیان خانواده یا اخلاق در تربیت فرزندان می‌شود و منظور از منافی با حیثیات زن و شوهر امری است که از نظر آداب و رسوم جامعه مغایر با حیثیات آنها باشد. بنابراین به استناد این ماده شوهر می‌تواند از زیان معنوی که از حرفه یا صنعت زن به مصالح خانوادگی، یا حیثیت زوج یا زوج وارد می‌شود، جلوگیری کند. مبنای فقهی این ماده نیز قاعده لاضرر است.

همچنین براساس ماده ۱۱۸۴ ق. م. اصلاحی ۱۳۷۹/۳/۱ چنانچه ولی قهری طفل رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه گردد، به تقاضای یکی از خویشاوندان وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضائی پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل، فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می‌نماید. بنابراین، قانون‌گذار به استناد قاعده لاضرر

سوء استفاده از حق ولایت قهری را از اسباب سلب صلاحیت به شمار آورده که دادگاه می‌تواند ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع نماید. علاوه بر مواد یاد شده، مبنای فقهی برخی موارد ماده ۸ قانون حمایت از خانواده برای صدور گواهی عدم امکان سازش قاعده لاضرر است. همچنین می‌توان مبنای فقهی حق فسخ در موارد عیوب در مواد ۱۱۲۲ تا ۱۱۲۷ ق.م را قاعده لاضرر دانست. تجمیع تمامی مواد قوانین مربوط به خانواده و تبیین کیفیت استدلال به قاعده لاضرر به عنوان مبنای فقهی هر یک، نوشتار دیگری را می‌طلبد.

۳- قاعده نفی عسر و حرج

الف- مفاد قاعده نفی عسر و حرج

حرج در لغت به معنای ضیق، تنگی، تنگنا، گناه و حرام است و عسر در معنی صعب، تنگ، دشوار، بدخویی، مشکل، سخت و سخت شدن روزگار به کار رفته است. عملی که آدمی را به تنگنا و ضیق افکند، دشوار و سخت نیز هست و فعلی که انجام آن برای انسان سخت باشد، مایه تنگی و ضیقی نیز می‌شود. هر حرج نوعی ضرر است، اما هر ضرری لزوماً حرج نیست. بدین جهت می‌توان گفت که نسبت بین حرج و ضرر عموم و خصوص مطلق است. آیات ۷۸ سوره حج (خداوند در دین برای شما حرجی قرار نداده است)، ۶ مائده (خداوند نخواسته است که شما را در حرج قرار دهد)، ۱۸۵ بقره (خداوند برای شما آسانی می‌خواهد و مشقت و عسر را برای شما نمی‌خواهد) و همچنین روایت عبد الاعلی مولى آل سام (حراملى، ۱۴۰۹هـ ج ۱، ص ۴۶۴؛ کلینی، ۱۴۰۷هـ ج ۳، ص ۳۳). روایت ابوبصیر (مجلسی، ۱۴۰۳هـ ج ۲، ص ۲۷۳)، روایت محمدبن مسلم (حراملى، ۱۴۰۹هـ ج ۱، ص ۱۵۲). موثقه ابی‌بصیر (همان، ص ۱۵۴) و حدیث مشهور نبوی «أحبّ دینکم الی الله الحنفیة السمحة السهلة» (همان، ص ۲۱۰) از جمله مستندات قاعده نفی عسر و حرج به شمار می‌آیند. عقل و بنای عقلا نیز عسر و حرج ناشی از یک تکلیف خارج از طاقت انسان یا موجب اختلال نظام زندگی فردی و اجتماعی را بر نمی‌تابند. البته فقیهان در زمینه مفاد قاعده نفی عسر و حرج مانند قاعده لاضرر اتفاق نظر ندارند.

ب- شمول قاعده نفی عسر و حرج بر امور عدمی

قاعده نفی حرج مانند قاعده لاضرر، احکام وجودی را شامل می‌شود؛ یعنی قاعده لاجرح بر ادله اولیه حکومت داشته، آن را رفع می‌کند. حکم لزوم دوام زوجیت در فرض غیبت طولانی بیش از چهار سال شوهر موجب تحمیل عسر و حرج زوجه می‌شود. قاعده نفی عسر و حرج، استمرار زوجیت را رفع می‌کند؛ یعنی مبنایی برای رهایی و طلاق زن از ناحیه حاکم شرع می‌گردد. ولی سخن در فرضی است که از عدم یک حکم، عسر و حرج بر یک شخص تحمیل شود آیا قاعده نفی عسر و حرج می‌تواند حرج ناشی از عدم یک حکم را بردارد؟ در پاسخ به این سؤال عده‌ای از فقیهان مانند میرزای نائینی نوشته‌اند: «قاعده نفی عسر و حرج شامل احکام عدمی نمی‌شود. چون قاعده نفی حرج در حقیقت حکم شرعی مستلزم حرج را نفی کرده است؛ اما عدم یک حکم خود یک حکم شرعی نیست تا با قاعده نفی حرج، نفی شود» (نائینی، ۱۴۳۱ هـ.ج، ص ۲۳۱). در مقابل، عده‌ای از فقها بر این باورند که عدم جعل حکم در موضوعی که قابلیت جعل دارد، در حقیقت جعل آن حکم است؛ یعنی عدم حکم در فرض مذکور، خود حکمی مجعول است چون قانون‌گذار اسلام هیچ چیز را بدون حکم رها نکرده است (خویی، ۱۴۱۷ هـ.ج، ص ۵۶۰). سید محمد کاظم یزدی در ملحقات عروه الوثقی حکم عدمی مستلزم حرج را با قاعده لاجرح نفی کرده است. وی در موردی که زوج کمتر از چهار سال مفقود باشد و نفقه زوج پرداخت نشود، عدم جواز طلاق برای حاکم را موجب ضرر و حرج زوجه دانسته و در طرد و نفی چنین حرجی به قاعده نفی عسر و حرج استدلال کرده است. نتیجه رفع آن حکم عدمی، اثبات جواز طلاق زوجه به وسیله حاکم است (تقیی، ۱۳۸۴، ص ۱۵۵).

ج- نسبت عسر و حرج با اضطرار

اضطرار حالتی است که خود انسان در شرایط سختی، امری را انتخاب و بدان مبادرت نماید. بنابراین، هر اضطراری ملازمه با حرج دارد. می‌توان گفت نسبت میان اضطرار و حرج عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر حرجی را نمی‌توان اضطرار تلقی نمود، ولی هر اضطراری از مصادیقی حرج به شمار می‌رود. اضطرار مانند آن است که کسی در

بیابانی درمانده و گرسنه باشد و جز مردار، غذایی که سد جوع کند نیابد؛ در چنین مواردی تکلیف حرمت خوردن مردار ساقط می‌گردد. بنابراین، در اضطرار، مجموع شرایط طوری پیش می‌آید که وضع نامطلوبی را بر انسان تحمیل می‌کند و مضطر برای آن‌که آن وضع را «رفع» کند یعنی آنچه را که وجود دارد، مرتفع سازد، ناچار است برخلاف وظیفه اصلی خود عمل کند. اختیار از اموری است که شرط تکلیف است. بنابراین با تحقق اضطرار، تکلیفی چون حرمت خوردن مردار ساقط و حکم واقعی ثانوی جواز جایگزین آن می‌گردد. شرط بودن اختیار برای تکلیف در تمامی ابواب فقه کاربرد دارد، از جمله در حقوق خانواده. بنابراین در مواردی که وجوب وفا زوجیت مستلزم تحمیل اضطرار بر زوجه باشد، وجوب رفع می‌شود. اگر قانون بخواهد به حمایت مضطر برخیزد، باید امکان رفع اضطرار را امتناناً فراهم نماید و لزوم عقد را به جواز منقلب کند تا زوجه بتواند خود را از اضطرار برهاند. شاید بتوان امکان طلاق قضایی را براساس چنین تفسیری از آثار اضطرار توجیه نمود. ولی از آن‌جا که این هدف قانون‌گذار با عنوان عسر و حرج تأمین می‌گردد، تأسیس عنوان اضطرار ضرورت نمی‌یابد.

د- کاربرد قاعده نفی عسر و حرج در حقوق خانواده

بر اساس ماده ۱۱۳۰ق.م در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود. مراد از عسر و حرج در ماده مذکور به وجود آمدن وضعیتی است که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه سازد به نحوی که تحمل آن مشکل باشد. مبنای ماده ۱۱۳۰ق.م قاعده نفی عسر و حرج است؛ بدین بیان که حکم اولیه اختیار طلاق به دست زوج موجب حرج بر زوجه می‌شود. لذا حکم مزبور رفع و او ملزم به طلاق می‌گردد و در صورت عدم امکان اجبار، به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود. در فقه امامیه سید محمد کاظم طباطبایی یزدی فقیهی است که انجام طلاق از ناحیه حاکم را به استناد قاعده نفی عسر و حرج مورد

پذیرش قرار داده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ هـ ج ۶، ص ۱۱۵). قانون‌گذار در تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۰ مصوب ۱۳۸۱/۴/۲۶، مصادیق عسر و حرج را در موارد زیر شمارش نموده است^۱:

«۱- ترک زندگی خانوادگی توسط زوج، حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متفاوت در مدت یک سال بدون عذر موجه.

۲- اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلای وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترک، مجدداً به مصرف موارد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد.

۳- محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر.

۴- ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که صرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد.

۵- ابتلای زوجه به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید. موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود حکم طلاق صادر نماید».

عسر و حرج یا ضرری که برای رفع آن، حکم به طلاق داده می‌شود، جنبه نوعی دارد. یعنی باید در وجدان عموم افراد و عرف، استمرار زوجیت طاقت‌فرسا و مشقت‌بار باشد و نیز باید عسر و حرج انسان متعارف در آن شرایط خاص ملاک قرار گیرد. دادگاه با احراز تحقق سبب عسر و حرج حکم طلاق را صادر می‌نماید. لذا دارای چهره شخصی نیز است.

حقوق‌دانان در زمینه بائن یا رجعی بودن طلاق مندرج در ماده ۱۱۳۰ ق.م. اتفاق نظر

۱- برای مطالعه تفصیلی در زمینه گستره کاربرد قاعده عسر و حرج در نظام حقوقی خانواده بنگرید به: فائزه عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه، دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ش ۹، پاییز و زمستان ۸۷، ص ۲۵-۲۰.

ندارند. برخی آن را بائن دانسته‌اند؛ زیرا در صورت امکان رجوع، فلسفه وجودی طلاق به حکم دادگاه از بین خواهد رفت. در مقابل بعضی دیگر با عنایت به اصل رجعی بودن طلاق و انحصار طلاق بائن به موارد معین و مصرح در قانون. معتقدند باید مطرح می‌توان طلاق حاکم را طلاق رجعی دانست. به نظر می‌رسد فلسفه پیدایی و شناسایی طلاق حاکم و طبیعت آن اقتضای بائن بودن را دارد؛ زیرا با رجعی تلقی کردن آن، امکان رجوع برای زوج فراهم می‌شود و او با رجوع خود عسر و حرج را استمرار می‌بخشد. به تعبیر دیگر، با شناسایی حق رجوع شوهر در طلاق قضایی، حکم طلاق و الزام شوهر به آن، لغوخواهد بود؛ ثانیاً اصل رجعی بودن طلاق با توجه به طبیعت طلاق است چون طبیعت اولیه این است که مرد طلاق می‌دهد، لذا او می‌تواند رجوع کند. ولی در طلاق حاکم، چون مرد تصمیم به طلاق نمی‌گیرد بلکه به اراده قانون‌گذار و به حکم دادگاه ملزم به طلاق می‌گردد یا در فرض امتناع او، حاکم طلاق را واقع می‌سازد، اصل، اقتضای بائن بودن طلاق را دارد؛ یعنی طبیعت چنین طلاقی اقتضای بینونت را دارد^۱.

۴- قاعده غرور

الف- مفاد قاعده غرور

اگر با عمل شخصی، شخص دیگر فریب خورده و در نتیجه ضرر و زیانی به او وارد شود زیانکار باید از عهده آن خسارت برآید فریبکار را غار و فریب‌خورده را مغرور و قاعده متضمن این مفاد را قاعده غرور می‌گویند.

ب- مستندات قاعده غرور

خبرمرسل معروف «المغرور یرجع الی من غرّه»، بنای عقلا و اجماع از مستندات قاعده غرور به شمار می‌آیند (بجنوردی، ۱۳۹۱هـ ج ۱، ص ۲۷۰). برخی از فقیهان، قاعده تسبیب و قاعده لاضرر را در زمره مستندات قاعده غرور بحث نموده‌اند (نائینی، ۱۳۱۳هـ ج ۲، ص ۲۷۴).

۱- برای مطالعه بیشتر بنگرید به: اسدی، لیلا سادات، «جایگاه عسر و حرج - قانون و رویه»، دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ش ۳۴ - ۳۵، تابستان و پائیز ۱۳، ص ۹-۲۹.

علاوه بر مستندات مذکور، روایات خاصه نیز بر این قاعده دلالت دارند روایات مزبور، مربوط به نکاح و حقوق خانواده است. برخی از فقیهان این روایات را تنها دلیل بر قاعده غرور به شمار آورده‌اند (خوئی، ۱۳۶۵، ج ۲، ص ۴۵۴). چنان که در روایت صحیح حلی از امام صادق^۷ آمده است «مردی دختری را از خاندانی به زوجیت گرفته است که از یک چشم نابیناست، در حالی که به وی نگفته بودند معیوب است. امام علیه‌السلام در این مورد فرمود: مرد حق فسخ نکاح را ندارد و اختیار فسخ نکاح در موردی است که زن مبتلا به پیسی، جذام، دیوانگی یا غده رحمی باشد. عرض کردم در این مورد اگر با زن نزدیکی کرده باشد مهریه‌اش را چه کند؟ فرمود: زن مهریه را برای کامیابی که از او شده، طلبکار است و البته ولی زن که بدون اطلاع زوج از عیب، عمداً دختر را به حباله نکاح مرد درآورده است، باید غرامت کشد و هر مقدار که مرد به زوجه‌اش به عنوان مهر داده، بپردازد» (صدوق، ۱۴۰۴ هـ، ج ۳، ص ۴۳).

و نیز محمد بن مسلم نیز از امام صادق^۷ نقل کرده است که آن حضرت فرمود: «در کتاب علی^۷ آمده است هر کس زنی را به عقد دیگری درآورد در حالی که عیبی در وی وجود داشته باشد و برای شوهرش بیان نکند و آن را بپوشاند، زوج می‌تواند آن مقدار از مهر را که بابت این کتمان اضافه پرداخته است، پس بگیرد و ضمان به عهده کسی است که عیب را بیان نکرده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۲۱، ص ۲۱۴).

ج- شرایط و قلمرو اعمال قاعده

قاعده غرور در فرضی که مغرور علم و آگاهی به تدلیس و خدعه مغرورکننده (غار) داشته باشد، جاری نمی‌شود. زیرا قاعده اقدام مانع جریان قاعده غرور می‌گردد بنابراین جهل مغرور از جمله شرایط اعمال قاعده غرور است. فقیهان در زمینه ضرورت علم مغرورکننده اختلاف نظر دارند برخی علم وی را در صدق عنوان غرور شرط ندانسته‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ هـ، ج ۲، ص ۴۴۱) این دسته از فقها معتقدند عبارتهایی چون «لانه دلسه» و «کما غر الرجل و خدعه» در روایات متضمن مفاد قاعده از اطلاق برخوردار است. و در مقابل بعضی قاعده غرور را مختص به مغرورکننده عالم به شمار آورده‌اند (طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص ۲۶۹)؛ زیرا با

جهل و غفلت غار، صدق خدعه و تدلیس مشکوک است و با وجود شک، اصل اقتضای عدم خدعه و تدلیس را دارد.

بعضی از قاعده‌نویسان، حرمت تکلیفی را مشروط به علم غار دانسته‌اند، ولی حکم به ضمان را نیازمند وجود علم غار تلقی ننموده‌اند؛ یعنی اگر غار جاهل باشد و عمل او سبب خسارت مغرور گردد، اگرچه حرامی را مرتکب نشده باشد، مع‌الوصف ضامن است (رحمانی، ۱۳۷۶، ش ۱۰، ص ۱۹۵). روایات متضمن حکم ضمان طیب و بنای عقلا، از عدم نیاز حکم ضمان به علم غار حکایت می‌نمایند. بنابراین قصد خدعه و اضرار در ضمان غار دخالت ندارند.

بر اساس مفاد قاعده غرور، فقیهان معتقدند چنانچه مادر با ادعای وکالت از ناحیه پسرش برای او زن بگیرد در حالی که چنین وکالتی نداشته و اقدام او مقبول پسر نباشد، عقد باطل است. برخی از آن‌ها مادر را ضامن نصف مهر زوجه دانسته‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ هـ ج ۵، ص ۱۵۱).

د- کاربرد قاعده غرور در حقوق خانواده

از جمله آثار قاعده غرور در حقوق خانواده، پیدایش حق فسخ نکاح است. اگر زن یا شوهر یا هر دو دارای عیب مشترک (جنون) باشند یا مرد دارای عیوب اختصاصی مرد (عنن، خضاء، مقطوع بودن آلت تناسلی) یا زن دارای عیوب اختصاصی (قرن، جذام، برص، افضاء، زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم) باشد و آن را از دیگری پنهان نماید، دیگری حق دارد عقد نکاح را به استناد قاعده غرور فسخ نماید. یا یکی از زوجین خود را دارای صفات کمالی معرفی کند یا در مراسم خواستگاری یکی از زوجین متصف به صفتی شده باشد و بعد مشخص شود که این صفت وجود ندارد، برای طرف مقابل خیار تخلف از شرط وصف ایجاد می‌شود. ماده ۱۱۲۸ ق.م.مقرر می‌دارد: «هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شود و بعد از عقد معلوم گردد که طرف مذکور فاقد وصف مقصوده بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود. خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد».

اشتراط صفت خاص یا انجام عقد مبتنیاً بر صفت، همواره مستلزم وجود تدلیس

نیست. مع الوصف بسیاری از مصادیق آن همراه با تدلیس و فریب است. بدین جهت برخی از فقیهان تدلیس را به طور مطلق موجب خیار ندانسته‌اند، بلکه در صورت وجود اشتراط قائل به خیار شده‌اند (حلی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲، ص ۵۴۴). این که تدلیس توأم با اشتراط در ضمن عقد، اعم از آن که تدلیس در عیب، یا در صفت کمال و یا حسب و نسب، موجب خیار است، مورد اتفاق فقیهان است. قانون‌گذار قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، در ماده ۶۴۷ از تدلیس جرم‌انگاری نموده است.

ه- قاعده الزام

الف- مفاد قاعده الزام

قاعده الزام یعنی ملزم نمودن پیرو یک دین یا مذهب در مناسبات اجتماعی با پیرو مذهب امامیه به حکمی که خود بدان التزام دارد. این قاعده فرمولی است که برای همزیستی پیروان مذهب امامیه با پیروان ادیان و مذاهب دیگر پیش‌بینی شده است. اگرچه قاعده الزام در بسیاری از مناسبات مالی و غیرمالی بین پیروان مذهب امامیه با پیروان ادیان و مذاهب اسلامی مؤثر می‌افتد، ولی مهم‌ترین حوزه کاربرد این قاعده مسائل مربوط به احوال شخصی و حقوق خانواده است. قاعده الزام، ساز و کار حل تعارض حقوق خانواده‌ای را که اعضای شکل‌دهنده آن از مذهب امامیه و دیگر مذاهب اسلامی یا ادیان الهی هستند، به دست می‌دهد. بر اساس این قاعده، اگر مردی مسیحی به اسلام گرویده باشد، علقه زوجیت او با زوجه مسیحی‌اش استمرار می‌یابد. در زمینه احوال شخصیه، احکامی که زن بدان التزام دارد، بر او الزام‌آور است. برخی نویسندگان، قاعده الزام را به معنای آثار وضعی و عملی می‌دانند که مترتب بر پیروی از دینی باشد هر پیرو دینی که شخص بدان معتقد است؛ در حالی که مغایر با مذهب امامیه و بر خلاف مصلحت مخالف باشد مانند احکام ارث، طلاق و نکاح (جناتی، ۱۳۹۳ هـ ص ۹؛ ایروانی، ۱۴۱۸ هـ ص ۱۳۳). بعضی دیگر معتقدند که قاعده الزام به معنای ترتیب آثار بر اعتقادات مخالفان است. در صورتی که مغایر با اهل بیت علیهم‌السلام باشد مانند الزام آنان به احکام شفعه، میراث، طلاق و مانند آن‌ها (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ هـ ص ۲۳ - ۲۴). این قاعده از چنان گستره‌ای

برخوردار است که تمامی موارد احوال شخصیه اعم از نکاح، طلاق، ارث و وصیت را شامل می‌شود.

ب- مستندات قاعده الزام

فقه‌های امامیه برای اثبات حجیت قاعده الزام، به کتاب، سنت، اجماع، عقل و سیره متشرعان استناد نموده‌اند. برخی از علمای امامیه روایات را تنها دلیل حجیت قاعده الزام دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۶هـ ص ۲۷۱). آیات ۶ سوره کافرون، ۲۲ غاشیه، ۴۵ ق، ۲۵۶ بقره، ۴۴ و ۴۷ مائده از ناحیه برخی فقها برای اثبات حجیت قاعده الزام مورد استناد قرار گرفته است (حسینی شیرازی، ۱۴۱۴هـ ص ۶۹). در حالی که آیات مزبور، ناظر به اصول اعتقادات هستند و به مفاد قاعده دلالت ندارند.

مهم‌ترین مستند حجیت قاعده الزام، روایاتی است که از معصومان علیهم‌السلام در دست است و به دو دسته روایات عام و خاص تقسیم می‌شوند:

از جمله روایات عام، روایت محمدبن مسلم از امام باقر(ص) است که می‌گوید: از حضرت درباره احکام معینی سؤال کردم؛ فرمود: بر اهل هر دینی جایز است آنچه که در دینش حلال است (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۹، ص ۳۲۲). و امام صادق(ص) فرمود: «کسی که به دین قومی باور دارد، باید به احکام آن پایبند باشد» (حرعاملی، ۱۴۰۹هـ ج ۲۲، ص ۷۴). چنانچه مراد از دین در روایات مذکور، دین آسمانی باشد، این روایات تنها شامل ادیان می‌شود. نویسندگان قواعد فقه، به شمول و فراگیری روایات عام بر همه ادیان آسمانی اذعان نموده‌اند (فاضل انکرانی، ۱۴۱۶هـ ص ۱۷۳).

علاوه بر روایات عام، روایات بسیاری در ابواب نکاح (همان، ج ۲۱، ص ۱۹۹-۲۰۰) و طلاق (همان، ص ۷۳) وجود دارد که خاص است. از جمله این روایات روایت عبدالله بن طاوس است که می‌گوید به حضرت رضا(ص) عرض کردم که برادرزاده‌ای دارم که با دخترم ازدواج کرده درحالی‌که شراب می‌نوشد و بارها سخن از طلاق به زبان می‌آورد. حضرت فرمود: «اگر از شیعیان است طلاق واقع نشده، اما اگر از آنان (اهل تسنن) است دختری را از او جدا کن؛ زیرا که آن مرد قصد جدایی را کرده است» به حضرت عرض کردم: «آیا از حضرت صادق(ص) روایت نشده است که فرمود: از زنان سه طلاقه در یک

مجلس بهره‌یز زیرا آن‌ها شوهر دارند». حضرت در جواب فرمودند: «این امر مربوط به جایی است که آن مرد از شیعیان باشد نه از اهل تسنن، کسی که به دین قومی پایبند باشد، اجرای احکام آن دین بر او الزامی است» (حرعاملی، ۱۴۰۹هـ ج ۲۱، ص ۷۵).

ج- ماهیت حکم ناشی از قاعده الزام

فقیهان امامیه در زمینه ماهیت حکم ناشی از قاعده الزام، اختلاف نظر دارند. برخی معتقدند مفاد ادله‌ی الزام تنها اباحه شرعی برای طرف شیعی است؛ یعنی این قاعده فقط متضمن حکم تکلیفی اباحه است، ولی حکم وضعی همان حکم واقعی فساد است. بر اساس این نظریه، حکم واقعی بطلان طلاق به سبب اعتقاد باور سنی به صحت تغییر نمی‌یابد و زن مطلقه همچنان به زوجیت خویش باقی می‌ماند. نهایت این‌که شارع از باب لطف، امتنان ازدواج با این زن را برای آن مرد شیعی مباح می‌داند (بجنوردی، ۱۳۸۹هـ ج ۱، ص ۱۶۳-۱۶۴). بعضی دیگر معتقدند مفاد ادله الزام، حکم واقعی اولی بطلان را به حکم واقعی ثانوی یعنی صحت «حکم وضعی» و جواز «حکم تکلیفی» منقلب می‌سازد (حلی ۱۴۱۶هـ ص ۱۸۰؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶هـ ص ۱۸۰). برخی دیگر هم بر این باورند که قاعده الزام در حقیقت متضمن دو قاعده الزام و التزام است (آصفی، ۱۳۷۴، ص ۱۸-۱۴۷)؛ قاعده الزام در موردی جاری است که یک طرف پیرو مذهب امامیه و طرف دیگر پیرو مذهب اهل سنت باشد. این قاعده مشتمل بر اباحه شرعی است، ولی قاعده التزام اختصاص به مواردی دارد که دو طرف از پیروان مذاهب مختلف اهل سنت باشند که متضمن حکم واقعی ثانوی است. از نظریات ارائه شده، نظریه انقلاب حکم واقعی اولی به حکم واقعی ثانوی قابل پذیرش است (نقیبی، ۱۳۸۴، ص ۸۱).

د- برخی مصادیق تأثیر قاعده الزام بر حقوق خانواده در مناسبات پیروان مذاهب

- به فتوای علمای اهل سنت در صحت عقد نکاح شرط است که موقع اجرای صیغه عقد نکاح، دو شاهد بالغ، عاقل و عادل حاضر باشند؛ اما به فتوای علمای شیعه این شرط معتبر نیست (مغنیه، ۱۴۲۰هـ ص ۲۹۷-۲۹۶). بنابراین اگر مردی از اهل سنت بدون حضور دو شاهد عادل در امامیه را به عقد خویش درآورد، این عقد باطل است و آن زن همسر وی

محسوب نمی‌شود. در این صورت، یک شیعی می‌تواند بر طبق قاعده‌ی الزام آن زن را به عقد خود درآورد.

- به فتوای علمای اهل سنت اگر کسی به نوشته، زنش را طلاق دهد، طلاق واقع می‌شود، اما بر طبق مذهب شیعه با نوشته طلاق واقع نمی‌شود. بنابراین اگر مرد سنی زوجه شیعه خود را با نوشته طلاق دهد، آثار صحت بر آن مترتب می‌گردد. در نتیجه مطابق قاعده الزام یک مرد شیعی می‌تواند با زن مطلقه با نوشته پس از ایام عده ازدواج کند (حلی، ۱۴۱۶ هـ ص ۲۹۹ - ۲۹۸).

- به فتوای علمای حنفی کسی که به اکراه زنش را طلاق دهد، آن طلاق صحیح است؛ اما به فتوای علمای امامیه طلاق که با اکراه واقع شود، باطل است. بنابراین طلاق که از ناحیه زوج حنفی نسبت به زوجه امامیه او به اجبار و اکراه واقع می‌شود، به استناد قاعده الزام صحیح و معتبر می‌باشد (بجنوردی، ۱۳۸۹ هـ ج ۱، ص ۱۷۰).

- به فتوای فقهای اهل سنت، زنازاده مانند ولد ملامنه از پدرش ارث نمی‌برد ولی از مادرش ارث می‌برد، اما به فتوای فقهای شیعه، زنازاده نه از مادر ارث می‌برد و نه از پدر (مغنیه، ۱۴۲۰ هـ ص ۳۱۰). بنابراین اگر مردی از اهل سنت با زنی از اهل سنت زنا کند و ثمره این عمل نامشروع فرزندی باشد که دارای مذهب امامیه باشد، حال اگر این زن بمیرد، در این صورت طبق قاعده الزام، آن فرزند شیعه از مادرش ارث می‌برد.

- به فتوای علمای اهل سنت، زن، از اموال شوهر متوفای خود ارث می‌برد، اعم از این‌که اموال، پول نقد باشد یا منقول باشد یا غیر منقول؛ اما به فتوای علمای شیعه زوجه از زمین ارث نمی‌برد ولی بنابر قول مشهور، از قیمت توابع و ملحقات آن مانند درخت و بنا ارث می‌برد. بنابراین اگر زن شیعه باشد و شوهر سنی، طبق قاعده الزام این زن می‌تواند از زمین (املاک) شوهر ارث ببرد (ایروانی، ۱۴۱۸ هـ ص ۱۳۵ - ۱۳۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ هـ ص ۱۸۹).

ه- کاربرد قاعده الزام در حقوق خانواده

بر اساس اصل دوازدهم قانون اساسی، مذاهب اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی، زیدی دارای احترام کامل هستند. از جمله مصادیق احترام کامل، شناسایی تنظیم مناسبات مربوط به احوال شخصیه یعنی ازدواج، طلاق، ارث و وصیت است. بر اساس

احکام پذیرفته‌شده در آن مذاهب است. اصل سیزدهم نیز حاکمیت قواعد دینی پیروان ادیان در احوال شخصیه را برای آنها مورد شناسایی قرار داده است. علاوه بر اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی، ماده واحده رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم، مصوب دهم مرداد ۱۳۱۲ یکی از مهم‌ترین بسترهای اجرای قاعده الزام است.

یافته‌های پژوهش

- ۱- مبنای فقهی برخی از مواد قانونی در قوانین ناظر به خانواده، قواعد فقه است که به دو دسته قواعد اختصاصی خانواده و قواعد عام تقسیم می‌شوند، قواعد اختصاصی مانند قاعده فراش و قاعده رضاع؛ و قواعد عام مانند قاعده لاضرر، لاجرح، الزام، و شروط.
- ۲- شناخت گستره کاربرد قواعد فقه در حوزه حقوق خانواده در شکل‌گیری نظریات حقوقی و رویه قضایی مؤثر می‌افتد.
- ۳- تدوین قواعد فقه خانواده و به‌دست دادن کاربرد آن در حقوق ایران، برای پژوهشگران و دانشجویان حقوق خانواده کارگشا خواهد بود.
- ۴- برخی از احکام و گزاره‌های ناظر به حقوق خانواده مانند رجوع تحت عنوان ضابطه فقهی خانواده قابل شناسایی هستند.

منابع و مأخذ

- ✓ قرآن کریم
- ✓ آخوند خراسانی، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ هـ چاپ اول
- ✓ — *کفایه الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ هـ چاپ اول
- ✓ آصفی، محمد مهدی، «*همزیستی فقهی مذاهب و ادیان*»، فقه اهل البيت، ۱۳۷۴، سال اول، شماره دوم.
- ✓ ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ هـ چاپ دوم
- ✓ — *المبسوط فی فقه الامامیه*، المكتبه المرتضویه، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷ هـ
- ✓ اصفهانی، شیخ الشریعه، *قاعده لاضرر*، موسسه النشر الاسلامی، قم، بی تا
- ✓ امام خمینی، کتاب البیع، تهران، موسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ هـ
- ✓ — *استفتاءات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۲، چاپ اول
- ✓ — *تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ هـ
- ✓ — *تهذیب الاصول*، مقرر جعفر سبحانی، قم، دار الفکر، بی تا
- ✓ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۸، چاپ چهارم
- ✓ انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ هـ چاپ اول
- ✓ — *فرائد الاصول*، قم، کنگره شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۹ هـ چاپ اول
- ✓ ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیه*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ هـ چاپ اول
- ✓ بجنوردی، میرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ هـ چاپ اول
- ✓ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق خانواده*، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۸
- ✓ — محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۳، چاپ اول
- ✓ جناتی، *قاعده الالتزام*، نجف اشرف، مطبعة القضاء، ۱۳۹۳ هـ
- ✓ حسینی شیرازی، محمد، *القواعد الفقهیه*، المركز الثقافی الحسینی، بی جا، ۱۴۱۴ هـ

- ✓ حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷هـ چاپ اول
- ✓ حرعاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹هـ چاپ اول
- ✓ حکیم، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار التعاریف للمطبوعات، ۱۴۱۰هـ چاپ اول
- ✓ حکیم، سید محسن، *نهج الفقاهه*، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا، چاپ اول
- ✓ حلّی، حسین، *بحوث فقهیه*، قم، مهر، ۱۴۱۶هـ
- ✓ حلّی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام*، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹هـ چاپ دوم
- ✓ خوئی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، (مقرّر محمد علی توحیدی)، بی تا، بی جا، بی تا
- ✓ *مصباح الاصول*، قم، مکتبه الداوری، چاپ پنجم، ۱۴۱۷هـ
- ✓ *محاضرات فی الفقه الجعفری*، (تقریرات درس فقه آیه الله خوئی)، به قلم سید علی حسینی شاهرودی، دار الکتب الاسلامی، ۱۳۶۵
- ✓ رحمانی، محمد، «*قاعده غرور*»، فقه اهل البيت، شماره ۱۰، سال سوم، تابستان ۱۳۷۶
- ✓ شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، قم، منشورات مکتبه الداوری، ۱۴۱۰هـ چاپ اول
- ✓ طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، *عروة الوثقی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳هـ چاپ اول
- ✓ طباطبائی حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶هـ چاپ اول
- ✓ طباطبائی، سید علی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴هـ چاپ اول
- ✓ طوسی، محمدبن حسن، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷هـ چاپ چهارم
- ✓ فاضل لنکرانی، محمد، *القواعد الفقهیه*، قم، مهر، ۱۴۱۶هـ
- ✓ کلینی، محمد بن یعقوب، *کافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷هـ چاپ چهارم
- ✓ محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵، چاپ اول

- ✓ _____ بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵، چاپ اول
- ✓ _____ قواعد فقه بخش مدنی ۲، تهران، سمت، ۱۳۷۴، چاپ اول
- ✓ معرفت، محمد هادی، قاعده الزام، بی‌جا، فکر الاسلامی، ۱۴۲۰هـ
- ✓ معلوف، لویس، المنجد، تهران، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۲، چاپ اول
- ✓ مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق، انتشارات انصاریان، ۱۴۲۰هـ چاپ اول
- ✓ نائینی، محمد حسین، المكاسب و البیع (مقرر میرزا محمد تقی آملی)، قم، دفتر انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۳هـ چاپ اول
- ✓ _____ منیه الطالب، نجف، ۱۳۵۷هـ
- ✓ _____ منیه الطالب فی شرح المكاسب، قم، جامعه المدرسین بقم المشرفه، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۳۱هـ.
- ✓ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ هـ چاپ ششم
- ✓ نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام، تهران، بی‌نا، ۱۲۴۵ هـ چاپ سنگی
- ✓ نقیبی، سید ابوالقاسم، «قاعده الزام و کاربرد آن در زمینه حقوق خانواده در مناسبات پیروان مذاهب»، فصلنامه خانواده پژوهی، شماره اول، دوره اول، بهار ۱۳۸۴
- ✓ _____ خسارت معنوی در حقوق اسلام، ایران، نظامهای حقوقی معاصر، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۶

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.