

بررسی کاربرد قواعد فقهی در حقوق خانواده

حسین غفوری چرخابی^۱، محمد قدرتی^۲

چکیده

جستار حاضر با استفاده از روش کتابخانه‌ای و اسنادی در گردآوری اطلاعات، می‌کوشد با روش توصیفی-تحلیلی، عناوین اصلی و کلیات بحث را توصیف کرده و سپس به تبیین کاربرد قواعد فقهی لاضرر، عسر و حرج و شروط، در خانواده بپردازد. نتایج بیانگر آن است که باتوجه به قاعده شروط طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج قرار دهند و طبق ماجرای سمره می‌توان بعنوان یک قاعده کلی در روابط میان شهروندان در نظر گرفت و می‌توانیم اجرای طلاق اجباری را نزد حاکم شرع با تمسک به نفی ضرار مورد پذیرش قرار دهیم. بدین جهت زوج به زوجه خویش زیان می‌رساند و تحت کبرای کل لاضرر قرار می‌گیرد بدین‌وسیله باب طلاق اجباری گشوده می‌شود و بر همین اساس زوجین مجاز نیستند که یکدیگر را در تنگنا و مشقت قرار دهند و هرگاه دوام زناشویی برای زن موجب مشقت شدید باشد و شوهر نیز حاضر نشود که زنش را طلاق دهد، زن طبق «قاعده لاضرر» می‌تواند بعنوان قاعده ثانوی، از حاکم تقاضای طلاق نماید و حاکم، شوهر را به طلاق اجبار کند و اگر شوهر علی‌رغم دستور حاکم از طلاق خودداری کند، حاکم به نمایندگی قانونی از شوهر، زن را طلاق می‌دهد. و اسلام رعایت فرموده درباره زنان نسبت به امر زواج و نکاح‌شان اعتبار کفویت و مماثلت را که ولی او را به غیر همسر و کفو مماثل و برابر شوهر ندهد تا موجب زحمت و باعث ذلت و مهانت او گردد.

واژگان کلیدی: شروط، لاضرر، لاضرر، خانواده، زوجین

^۱ دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، استادیار دانشکده روانشناسی و علوم تربیتی دانشگاه اردکان

^۲ دانشجوی کارشناسی‌ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه اردکان mohamad.ghoodrati1373@gmail.com

مقدمه

از مهمترین مسائلی که تحقیق و بحث درباره آن بر فقیه واجب است، «قواعد فقهی» است که وسیله‌ای برای رسیدن به احکام فراوانی در تمام ابواب فقه بوده، و در مباحث و ابواب مختلف فقه، فروع مهمی بر آن مبتنی است (مکارم شیرازی (ب)، ۱۳۹۰: ۱۰). قواعد فقهی به اقسام مختلفی تقسیم می‌شود:

۱- قواعدی که اختصاص به باب خاصی از فقه ندارد، بلکه در تمامی ابواب فقهی جاری است، مگر مانعی در کار باشد؛ مثل قاعده لاضرر، و قاعده لاجرح، و قواعد قرعه و صحت، بنابر قولی؛ این گروه از قواعد فقهی را قواعد عامه می‌نامیم؛

۲- قواعدی که مختص ابواب معاملات بالمعنی الأخص است، و در غیر این ابواب جاری نمی‌شود؛ مانند قاعده تلف در زمان خیار، و قاعده مایضمن و ما لایضمن، و قاعده عدم ضمان امین، و امثال آن؛

۳- قواعدی که مختص ابواب عبادات است، مثل قاعده لاتعداد، و قاعده تجاوز، و فراغ، بنابر قول معروف، و امثال آن؛

۴- قواعدی که در ابواب معاملات بالمعنی الأعم جاری است؛ مانند قاعده طهارت، و امثال آن؛

۵- قواعدی که برای کشف موضوعات خارجی که در ادله احکام واقع شده، ایجاد شده‌اند؛ مثل حجیت بینه، و حجیت قول ذی‌الید، و کافی بودن یا نبودن قول یک عادل در موضوعات؛ این قواعد همانند اماراتی است که در باب احکام به آنها استناد می‌شود، و فرق بین این دو این است که آن امارات برای کشف احکام کلی ایجاد شده، و این قواعد فقهی برای کشف موضوعات (همان، ۲۹).

اسلام بعنوان یک مکتب انسان‌ساز، بیشترین عنایت را به تکریم، تنزیه و تعالی خانواده دارد و این نهاد مقدس را کانون تربیت و مهدویت و رحمت می‌شمارد و سعادت و شقاوت جامعه انسانی را منوط به صلاح و فساد این بنا می‌داند و هدف از تشکیل خانواده را تأمین نیازهای مادی، عاطفی و معنوی انسان از جمله دستیابی به سکون و آرامش برمی‌شمارد. خانواده بنیادی‌ترین نهاد در جامعه انسانی است که وظیفه تربیت و سازندگی افراد و انسان‌ها را برعهده دارد و اگر افراد نتوانند خانواده‌ها را تحکیم بخشند و افرادی با ایمان در آن پرورش دهند نمی‌توانند جامعه‌ای ایده‌آل برای نسل آینده بسازند و از فرهنگ ایمانی خود بجا مانده و به اهداف متعالی خود نمی‌رسند (حسن‌زاده، ۱۳۹۳).

گرچه امروز مسأله ازدواج آنقدر در میان آداب و رسوم غلط و حتی خرافات پیچیده شده که به صورت یک جاده صعب‌العبور یا غیرقابل عبور برای جوانان درآمده است، ولی قطع نظر از این پیرایه‌ها، ازدواج یک حکم فطری و هماهنگ قانون آفرینش است که انسان برای بقاء نسل و آرامش جسم و روح و حل مشکلات زندگی احتیاج به ازدواج سالم دارد (امینی گلستانی، ۱۳۸۷، ۱۸). از دلایل عظمت تعلیمات اسلام این است که این مسأله مهم زندگی را با دقت و موشکافی عجیبی مورد بررسی قرار داده، و برای تشکیل خانواده سالم و خالی

از هرگونه کژی و ناموزونی، از هیچ برنامه موثری فروگذار ننموده، از نخستین گام برای تشکیل خانواده، هدف‌های اصلی این کار و ارزش‌های والای حاکم بر آن را مورد توجه قرار داده (مکارم شیرازی(الف)، ۱۳۸۱: ۳۰)، افراد در انتخاب همسر، آزادی کامل دارند و عقد نکاح وابسته به رضایت طرفین است. اما آثار این عقد از طرف قوانین معین می‌شود. همین که نکاح به درستی واقع شد، حقوق و تکالیفی برای زن و شوهر ایجاد می‌کند که حقوقدانان از آن به آثار نکاح تعبیر می‌کنند. طبق ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی: همین که نکاح بطور صحیح واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود روابط زوجیت دارای معنای گسترده است و همه روابط غیرمالی و مالی زوجین را دربر می‌گیرد (فهرستی و چاوشی‌ها، ۱۳۸۷: ۵۶). جستار حاضر با استفاده از روش کتابخانه‌ای و اسنادی در گردآوری اطلاعات، می‌کوشد با روش توصیفی-تحلیلی، عناوین اصلی و کلیات بحث را توصیف کرده و سپس به تبیین کاربرد قواعد فقهی لاضرر، عسر و حرج و شروط در خانواده بپردازد.

قاعده شروط

شروطی را که در ضمن عقد گنجانده می‌شوند شروط ضمن عقد می‌نامند. شروط ضمن عقد گاهی مرتبط با محتوای عقدند، مثل شرط تسلیم مبیع در محل خاص یا شرط بیمه مبیع و امثال آن و گاه مفاد شرط هیچ ۷۷ ارتباطی با محتوای عقد ندارند، مثل آنکه در ضمن عقد بیع منزل شرط شود که بایع یا مشتری یک دست لباس برای دیگری بدوزد. توافقی که به منظور تغییر آثار قرارداد انجام می‌شود اگر ضمن همان قرارداد باشد در اصطلاح شرط نامیده می‌شود برای مثال اگر زن و شوهر ضمن عقد نکاح قرار بگذارند که محل سکونت مشترک آنان را زن معین کند می‌گویند ضمن عقد نکاح شرط شده است که تعیین محل سکنی با زن باشد یا اگر وصفی در مهر یا یکی از زوجین شرط شود یا به منظور بدست آمدن نتیجه قرارداد تبعی ضمن عقد نکاح یا ضمن عقد لازم دیگری باشد این قرارداد را شرط می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۴۵).

شرط به اعتبار چگونگی بیان اراده، به «شرط صریح» و «شرط ضمنی» تقسیم می‌شود. شرط صریح تعهدی است تبعی که در متن عقد بیان می‌گردد و هریک از طرفین موظف است طبق شرط مذکور در عقد رفتار کند؛ بدین معنا که متعهد نمی‌تواند از ایفای شرط تصریح شده در عقد، شانه خالی کند. اما شرط ضمنی تعهدی است که در متن عقد ذکر نمی‌شود، اعم از آنکه پیش از عقد ذکر شود که به آن «شرط ضمنی بنایی» می‌گویند و یا اینکه هرگز ذکر نشود و از اوضاع و احوال و سیره عرفی و سایر قرائن، مفادش استنباط گردد که به آن «شرط ضمنی عرفی» گفته می‌شود در صحت و اعتبار شرط ضمنی، بین فقیهان اسلام اختلاف نظر شدیدی وجود دارد، اما در قانون مدنی این نوع از شرط، معتبر شمرده شده است.

در ماده ۲۲۵ ق.م آمده است: متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوریکه عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است (فهرستی و چاوشی‌ها، پیشین: ۵۷).

۱- مفهوم شرط

شرط در لغت به معنای علامت و نشانه است (ابن‌فارس، ۱۲۹۹: ۲۶۰)، و همچنین آنچه وقوعش منوط به وقوع چیز دیگری می‌باشد (راغب، ۱۴۱۲: ۴۵۰). در اصطلاح علم حقوق شروط دارای دو معناست؛ نخست امری که وقوع یا تأثیر عمل حقوقی متوقف بر آن است. دوم آنچه که عقد متضمن آن است (علامه، ۱۳۸۷: ۱۴)، در اصطلاح شرعی، گاهی شرط به معنای مطلق عهد آمده است (معین، ۱۳۷۵: ۲۰۳۷). معنای دیگر آن الزام و التزامی است که در ضمن عقد درج شده باشد. گفته‌اند: الشرط الزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه (ابن‌منظور، ۱۴۰۵: ۳۲۹)، شرط امری است مربوط به آینده که حدوث یا زوال تعهد منوط به آن است (سنهوردی، ۱۹۷۰: ۷۰). شیخ انصاری (ره) در مورد معنای شرط می‌فرماید که شرط بر دو معنی اطلاق می‌شود یکی از معانی آن عبارت است از همان معنای حدثی، که شرط به این معنی مصدر شرط است یعنی الزام و التزام به چیزی، که اسم فاعل آن شارط و اسم مفعول آن مشروط می‌باشد. شرط دارای معانی عدیده می‌باشد: ۱- شرط امریست که در ایجاد شیء دیگری تأثیری داشته باشد، بطوریکه از وجودش وجود آن شیء لازم نیاید ولی از عدم‌اش عدم آن لازم آید. شرط در اصطلاح اهل معقول در این معنی استعمال می‌شود؛ ۲- شرط در مقابل جزاء می‌باشد و آن کلمه‌ایست که پس از ادوات شرط در جمله قرار می‌گیرد. شرط در اصطلاح نحویین در این معنی استعمال می‌شود؛ ۳- شرط به معنی عهد و التزام می‌باشد و اصطلاحاً شرط به تعهدی گفته می‌شود که در ضمن عقد دیگری قرار گیرد. شرط مزبور در معنی مصدری و حدثی استعمال شده است، یعنی ملتزم کردن و ملتزم شدن به امری، چنانکه گویند بر او شرط کرد یعنی او را ملتزم کرد، و برای او شرط کرد یعنی به نفع او شخصی را ملتزم نمود تعهد گاهی مستقلاً مورد قرارداد و عقد قرار می‌گیرد و گاه دیگر در ضمن قرارداد و تعهد مستقل دیگری بوجود می‌آید و در اثر این امر جنبه تبعی بخود خواهد گرفت که آن را شرط ضمن عقد گویند (امامی (الف)، بی‌تا: ۲۶۹).

۷۸

۲- انواع شرط از نظر ارتباط به عقد

- شروط ابتدایی: شروط ابتدایی، شروطی هستند که در متن عقد ذکر نشده بلکه تعهدات و التزاماتی هستند که بدون اینکه عقدی به دنبال آن بیاید یکی از طرفین معامله برای دیگری می‌کند، که حکم آن، عدم التزام به اینگونه شرط‌هاست.

- شروط تبانی: شروط تبانی شروطی هستند که قبل از عقد بر آن تبانی و توطئه صورت گرفته لکن به هنگام عقد ذکری از این شروط نشده است. در تعریف دیگر از شرط ابتدایی آمده است: شرط عبارت از تعهد یک

طرفی است و آن تعهدی است که شخص به قصد یک طرفی، خود علیه خود ایجاد می‌کند (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲۷۵).

- شروط ضمن عقد: شروطی هستند که در ضمن عقد لازم است ذکر شوند. هر شرطی که به موجب عقد به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر شده باشد شرط ضمن عقد نامیده می‌شود ولو آنکه مذاکره راجع به شرط قبل از انعقاد باشد و عقد با توجه به مذاکره قبلی منعقد گردد در مقابل شرط ابتدایی استعمال شده است.

۳- اقسام شرط ضمن عقد نکاح

شروط ضمن عقد نکاح منقطع بر سه دسته می‌باشد: الف) شرط خیار فسخ؛ ب) شرط صفت؛ ج) شرط فعل یا شرط نتیجه.

الف) شرط خیار فسخ

شرط خیار فسخ در نکاح باطل است، زیرا جنبه اجتماعی نکاح آن را از تحت آزادی اراده خارج نگاه داشته و دستخوش میل زوجین قرار نداده است، بدین جهت است که زوجین نمی‌توانند نکاح را اقاله نمایند، و در این امر نکاح دائم و منقطع یکسان می‌باشد. بطلان شرط خیار تأثیر در عقد نمی‌نماید و نکاح صحیح خواهد بود. آنچه گفته شد نظر ابن‌ادریس است، ولی شیخ در مبسوط و عده‌ای از فقهای متأخرین بر آنند که عقد نکاح ۷۹ مانند شرط نیز باطل است، زیرا نکاح دارای جنبه عبادی است و از عقود تجاری بشمار نمی‌رود تا قابلیت درج خیار شرط را داشته باشد. بنابراین درج شرط خیار فسخ، وصف عبادی را از آن سلب می‌نماید و در حقیقت برخلاف مقتضای عقد است. شرط خیار فسخ مهر در نکاح منقطع نیز باطل است، زیرا مهر رکن اساسی نکاح منقطع می‌باشد. بنابراین نتیجه شرط فسخ در مهر شرط فسخ در نکاح خواهد بود و با فسخ آن نکاح منقطع منحل می‌شود. برخلاف آنچه در نکاح دائم است که فسخ مهر موجب انحلال نکاح نمی‌گردد. طبق ماده ۱۰۶۹ ق.م: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است، مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آنست که اصلاً مهر ذکر نشده باشد» (امامی (ب)، بی تا: ۱۱۱). همانگونه که در قانون مدنی آمده است شرط خیار نسبت به صداق در عقد نکاح دائم مانعی ندارد؛ مثل آنکه زوج شیء را بعنوان مهر معین کند و در ضمن عقد برای یکی از زوجین یا هر دو، نسبت به فسخ شیء مزبور شرط خیار شود (طاهری، ۱۴۱۸: ۱۲۸)، واقع این است که در نکاح نمی‌توانند شرط خیار کنند تا هر زمان که خواست فسخ کند، چون این کار با روح عقد نکاح سازگار نیست و با طلاق فرقی ندارد، در حالیکه شارع اختیار طلاق را به دست زوج داده است، در باب نکاح تخلف شرط یا تعذر شرط (عمل نکرد یا نتوانست) خیار شرط نمی‌آورد مگر در یکجا که اگر افعالی مثل ترک حق القسم، اشتغال مرئه، سکونت

در منزل ابوبین و ... را شرط کند، امام (ره) فرمودند که تخلف این شرایط موجب خیار شرط نمی‌شود و فقط وجوب تکلیفی است یعنی اگر به شرط عمل نکردند حاکم شرع می‌تواند آنها را تحت فشار قرار دهد (مکارم شیرازی (د)، ۱۴۲۴: ۱۰۳).

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 ندارد لذا حق خیار در آن معنی ندارد و صاحب جواهر بیان می‌کند که خلاف این نظر را پیدا نکرده است و بر این مورد نیز اجماع صورت گرفته است (نجفی، ۱۳۶۶: ۱۰۵).

بطور کلی توجیهات فقها در بطلان خیار در عقد نکاح عبارتست از: الف) نکاح صرفاً یک معاوضه نیست، بلکه جنبه عبادی و بعد روحانی آن قوی‌تر است و در عبادات شرط خیار معنا ندارد؛ ب) فسخ نکاح موجب تضرر زوجه است؛ زیرا سبب خسارت معنوی به اوست؛ لذا بخاطر جبران همین خسارت است که شارع مقدس در مورد طلاق قبل از آمیزش، حکم به پرداخت نیمی از مهر را نموده است؛ ج) لزوم عقد نکاح، ناشی از حکم شارع و قانونگذار است، نه از حقوق و اراده طرفین عقد؛ لذا جنبه امری دارد نه قراردادی تا بتوان با شرط خیار لزوم آن را زایل نمود. در نکاح دائم مقتضای طبع و ذات عقد، دوام است و شرط خیار به معنای آن است که زوجیت، محدود و موقت و منتهی به زمان فسخ است. در عقد منقطع نیز مقتضای طبع عقد بقای آن تا انقضای کامل اجل تعیین شده است و شرط خیار خلاف مقتضای عقد است (طاهری، پیشین: ۱۳۱).

ب) شرط صفت

به دستور ماده ۱۲۲۸ ق.م: «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». ماده مزبور مطلق است و شامل نکاح دائم و منقطع می‌شود و از نظر تحلیلی از جهت درج شرط صفت، آن دو یکسان می‌باشند. مثلاً هرگاه در عقد انقطاع، شرط شود که شوهر دارای معلومات عالیه باشد و زن دارای دیپلم دکترای پزشکی و پس از عقد معلوم شود که هیچ‌یک دارای وصفی که شرط شده نمی‌باشد، هر یک می‌تواند از حق فسخ خود استفاده نموده نکاح را بر هم زند. هرگاه یکی از آن دو حق خیار خود را ساقط کند حق دیگری باقی می‌ماند و می‌تواند عقد را منحل سازد (امامی (ب)، پیشین: ۱۱۱).

ج) شرط فعل یا شرط نتیجه

درج شرط فعل و شرط نتیجه که مخالف با مقتضای ذات نکاح منقطع نباشد ضمن عقد مزبور صحیح است، ولی در موارد تخلف از شرط، مشروطه حق فسخ نکاح را ندارد، زیرا طبیعت نکاح که مولد سلول اولیه اجتماع

می‌باشد دستخوش آزادی اراده قرار نگرفته است تا با اراده زوجین منحل شود، بنابراین چنانچه ضمن عقد نکاح شرط انجام امری به عهده یکی از زوجین قرار گیرد در صورت تخلف و عدم قدرت بر اجبار مشروط علیه، طرف دیگر نمی‌تواند نکاح را فسخ نماید، و فقط می‌تواند خسارت خود را از او مطالبه کند. همچنین است هرگاه تحقق امری ضمن عقد نکاح شرط شود و پس از عقد معلوم شود آن امر محقق نشده است. علت آنکه در تخلف از شرط صفت مشروطه می‌تواند نکاح را فسخ نماید آنست که صفت مورد شرط در یکی از زوجین، از مشخصات آنها و مورد نظر اساسی در نکاح می‌باشد و در صورت تخلف، منظور مشروطه از نکاح انجام نشده، لذا می‌تواند آن را فسخ کند، برخلاف شرط فعل و نتیجه که جنبه فرعی در نکاح را دارا می‌باشد و تأثیری در شخصیت زوجین ندارد (همان، ۱۱۲).

۴- تقسیم‌بندی محقق کرکی

محقق کرکی در جامع المقاصد، تقسیم‌بندی متفاوتی پیرامون شروط در نکاح انجام می‌دهد (نجفیان و هدایت-نیا، ۱۳۹۶: ۳۷). ایشان شروط در عقد نکاح را به سه صورت تقسیم می‌کند: **قسم اول**؛ شروطی هستند که به مقصود از عقد نکاح خلل وارد می‌کند همانند شرط طلاق و شرط عدم وطی. ایشان این شروط را فاسد و مفسد عقد می‌داند و می‌فرماید هم شرط و هم نکاح هردو باطل می‌باشند و علت را در منافات بین ثبوت شرط و رفع نکاح می‌داند به این معنا که مقتضای نکاح، ثبوت شرط و مقتضای ثبوت شرط، رفع نکاح می‌باشد و این دو با هم منافات دارد لذا اینگونه شروط بطلان و فساد عقد را در بردارد و خود نیز باطل است. **قسم دوم**؛ شروطی هستند که اقتضای عقد نکاح را دارد چه ضمن عقد نکاح شرط بشود و چه شرط نشود. زیرا باید متعاقبین به آن ملتزم باشند لذا فایده شرط کردن این موارد صرفاً تأکید موارد مذکور خواهد بود همانند شرط نفقه و شرط اینکه زن بدون اذن شوهر از منزل خارج نشود. اینها مواردی است که بدون شرط هم بر طرفین لازم است مراعات نمایند بعنوان مثال به محض اینکه عقد نکاح منعقد شد نفقه زوجه بر گردن زوج خواهد بود و زوجه نیز حق ندارد در غیر موارد ضرورت، بدون اجازه زوج از منزل خارج شود. حال چه شرط بشود و چه شرط نشود. شرط کردن این موارد تأکید پرداخت نفقه توسط زوجه و اذن گرفتن زوجه از زوج برای خروج از منزل را در بر دارد. **قسم سوم**؛ شروطی هستند که یا مخالف شریعت است و یا موافق آن و یا شروطی که متعلق غرض قرار نمی‌گیرند. ایشان شرط ترک تزوج و تسری را از شروط مخالف با شریعت می‌داند. در این صورت شرط باطل ولی عقد نکاح صحیح خواهد بود (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۳۸۸).

الف) مواردی از شرط خلاف کتاب و سنت

۱- هرگاه در نکاح زوجه دوم شرط کند که بعد از ازدواج با او اموالش به او منتقل شود این شرط باطل است زیرا که انتقال مالکیت یک عمل حقوقی است که تحت شرایط خاص یا اراده و اختیار متعاقدن انجام می‌شود.

۲- اگر زوجه ضمن عقد نکاح از زوج بخواهد که ولایت فرزندان را که از آنها به وجود می‌آیند با او باشد و زوج که پدر است نسبت به فرزندان خود در این مورد حقی نداشته باشد این شرط باطل است زیرا که ولایت پدر بر اولاد به حکم شارع است و بنابر قول حقوقدانان از قوانین آمره است و اراده افراد در آن موثر نیست اساساً ولایت پدر نسبت به فرزند حق نیست تا قابل اسقاط و انتقال باشد.

۳- هرگاه زوج شرط کند که زوجه حق نفقه نداشته باشد و زوجه هم بپذیرد این شرط باطل است نفقه دادن وظیفه و تکلیف و حق زوجه است و زوجه می‌تواند نفقه گذشته را اسقاط کند ولی نفقه‌ای که هنوز به او تعلق نگرفته قابل اسقاط نیست و نفقه در مقابل تمکین است و اسقاط آن نسبت به آینده (اسقاط مالم یجب) است و جایز نمی‌باشد و زن می‌تواند پس از آنکه نفقه به او تعلق گرفت یعنی استحقاق دریافت آن را پیدا کرد آن را به زوج ببخشد (میرشمسی، ۱۳۸۷: ۱۴۷).

ب) کاربرد شروط در خانواده

۸۲ هر چند نکاح از جمله عقود معینه بشمار است، ولی اهمیت و اعتبار ویژه و موقعیت ممتاز آن در میان سایر عقود بر کسی پوشیده نیست، چرا که بنیاد جامعه بر خانواده و بنیان خانواده بر ازدواج استوار است، لذا قانونگذار توجه خاصی نسبت به آن مبذول داشته؛ چنانکه در مورد شروط ضمن‌العقد با وجود بیان حکم کلی آن برای همه عقود، اختصاصاً در باب نکاح (یا در پاره‌ای مواد) بر این موضوع تکیه کرده و به تفصیل آن را بیان نموده است. من جمله می‌توان به شرایط صحت عقد نکاح و وکالت در نکاح اشاره نمود. این خود نشان اهمیتی است که قانونگذار برای نکاح قائل بوده است.

البته تجدید بیان قانونگذار به معنی خروج نکاح از قواعد کلی جز در مواردی که صراحتاً حکم دیگری بیان شده است، نیست. و چون نکاح یکی از عقود است و احکام راجع به شرائط ضمن عقد درباره آن جاری است، لذا شرایط ضمن عقد نکاح نیز واجد همان خصوصیات است که در احکام کلی آن مقرر می‌باشد. بنابراین تقسیم شرایط به فاسد و مفسد و صحیح در این عقد نیز صادق است. در نتیجه شرایط ضمن عقد نکاح می‌بایست: اولاً غیرمقدور نباشد. اگر شرط غیرمقدور باشد باطل، ولی بطلان آن به صحت عقد لطمه نمی‌زند؛ ثانیاً دارای نفع و فائده عقلانی باشد. در غیر اینصورت باز شرط باطل ولی مبطل عقد نیست؛ ثالثاً نامشروع نباشد. شرط خلاف شرع و یا خلاف قوانین آمره فاسد، ولی مفسد عقد نخواهد بود؛ رابعاً شرط خلاف مقتضای عقد نباشد. چنین شرطی باطل و مبطل عقد نکاح می‌باشد، بنابراین اگر ضمن عقد شرط شود که زوجیت

یعنی مقتضای عقد نکاح حاصل نگردد، این شرط باطل و عقد نیز فاسد است. چون عقد نکاح عقدی نیست که عوضین در آن مصداق پیدا کند، لذا شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود که در سایر عقود موجب بطلان است، در نکاح دائم عنوانی ندارد؛ بنابراین فرضاً اگر شرط مجهول باشد، منحصراً خود شرط باطل است. اما در نکاح منقطع چنین شرطی قابل تصور و موجب بطلان عقد است. زیرا در نکاح منقطع مهر عوض است؛ و اگر شرط مجهول موجب جهل به مهر شود، مهر ساقط و با سقوط مهر عقد نیز باطل می‌گردد. غیر از شرایطی که فوقاً ذکر شد، سایر شرایط ضمن عقد صحیح خواهد بود.

امروزه، در عقدنامه‌ها سیزده شرط نوشته شده که بعنوان شرایط ضمن عقد است و امضای آن هم اجباری نیست دوازده شرط محدودیت برای زوج است. مثلاً اگر زوج نفقه ندهد یا معتاد شود یا جنایتی کند که چند سال زندانی شود و یا بدون موافقت او همسری بگیرد زوجه وکالت دارد که خودش را مطلقه کند یعنی زوج در ضمن عقد نکاح به زن وکالت طلاق را در این فروض می‌دهد و وکالت هم بلاعزل است، چون عقد نکاح التزام‌آور است و وکالت در ضمن آن هم بلاعزل خواهد شد در عین اینکه وکالت قابل عزل است (مکارم شیرازی (ب)، پیشین: ۱۱۵). دوازده شرط آن در واقع وکالت است که اگر مثلاً شوهر زندانی یا معتاد شد، زن بتواند خود را مطلقه کند و شرط آخر این است که اگر بعداً طلاق واقع شد، تمام اموالی که در فاصله میان

عقد و طلاق کسب کرده، نصف آن برای زوجه است. آیا این شرط صحیح است یا نه؟ ما در این شرط مقداری ۸۳ شبهه داریم و می‌گوئیم مصالحه کنند تا مدیون نباشند، پس شرط ضمن‌العقد شدیداً محل ابتلاست. در مسئله اول مرحوم امام چهار حکم را در کنار هم ذکر کرده‌اند؛ مرحوم صاحب جواهر هم در بحث ابواب مهوور تمام مباحث شروط را به تناسب ابواب مهوور ذکر کرده است (همان، ۱۰۰). از آنجا که در حقوق امامیه طبق نظر مشهور از فقها تعهد ابتدایی الزام‌آور نیست، هرگاه کسی بخواهد تعهدی بنماید باید آن را به صورت یکی از عقود معینه در بیاورد و یا به صورت شرط در ضمن عقد قرار دهد؛ این است که در حقوق امامیه شروط ضمن عقد مورد توجه ویژه قرار گرفته است (طاهری، پیشین: ۸۹).

به نظر می‌رسد که شرط ضمن عقد بطور مطلق لازم‌الوفاست؛ خواه عقد لازم باشد و خواه جایز؛ بدین معنا که شرط ضمن عقود جایز، مادام که عقد فسخ نشده، لازم‌الوفاست و متعهد نمی‌تواند از انجام دادن مفاد آن تخلف کند، اگرچه چنین شرطی با انتفای موضوع خود، یعنی انحلال عقد، منتفی می‌شود، اما مادام که عقد معتبر است، جایز بودن شرط بطور مستقل معنا ندارد. به سخن دیگر، شرط یا باطل است و وفای به آن لازم نیست و یا آنکه صحیح است و لازم‌الوفاست. اگر شرط صحیح باشد جواز آن بلا وجه است؛ زیرا معنی جواز شرط آن است که شرط مستقلاً قابل فسخ است؛ بدون آنکه عقد اصلی فسخ شود و ادله نفوذ شروط که قبلاً مورد بحث قرار گرفت، دال بر لزوم وفا به مدلول شرط است.

باتوجه به ماده ۱۱۱۹ ق.م: «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 هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد، یا در مدت معینی غایب شود، یا ترک انفاق نماید، یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند، یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد»، همه اقسام شرط در شرایط ضمن عقد نکاح جاری است، هرچند که ماده ۱۱۱۹ ق.م تنها مصادیقی از شرط فعل را نام برده است، لذا در ماده ۱۱۲۸ ق.م صریحاً حکم شرط صفت نیز بیان شده است؛ چنانکه دارد: «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 متبایناً بر آن واقع شده باشد». البته طبق ماده ۱۰۶۹: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است، مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد؛ و بعد از فسخ، مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد». علت بطلان این شرط نیز روشن است و آن اینکه این شرط مغایر با قوانین آمره است؛ چرا که موارد فسخ نکاح در مواد ۱۱۲۱-۱۱۳۲ قانون مدنی معین شده است و شرط خیار با مواد مزبور که از قوانین آمره است مغایرت دارد؛ یعنی شرط برخلاف شرع و حکم الهی است؛ زیرا به هم زدن عقد نکاح حق نیست، بلکه حکم است که در بعضی از موارد برای رفع ضرر جعل شده است (همان، ۹۰).

۸۴

قاعده لاضرر

۱- مفهوم‌شناسی

در معنای ضرر، کلمات لغویین به این شرح است: صحاح (إنه خلاف النفع)؛ مخالف نفع را ضرر گویند، القاموس (إنه ضد النفع و إنه سوء الحال)؛ ضرر، به معنی ضد نفع، و بدحالی است، النهایه و مجمع‌البحرین: (إنه نقص فی الحق)؛ به نقصی که در حق وارد شود ضرر گویند، المصباح (إنه فعل المکروه بأحد، و النقص فی الأعیان)؛ ضرر، انجام کار ناپسند در مورد افراد و ایراد نقص در مورد اشیاء است مفردات (إنه سوء الحال ...) ضرر به معنای بدحالی است؛ و بدحالی در نفس به خاطر کمی دانش و فضل است، و در بدن به خاطر آسیب یا نقص است و در روحیه به خاطر کمی جاه و مقام است. به نظر می‌رسد اختلاف در این تعبیرات به سبب وضوح معنای کلمه ضرر است، نه به جهت اختلاف در معنای آن (مکارم شیرازی (ب)، پیشین: ۱۰۶). ابن‌اثیر چهار معنا برای ضرر ذکر کرده است: ۱- مجازات بر ضرری که از جانب دیگری وارد شده است؛ ۲- ضرر رساندن متقابل دو نفر؛ ۳- ضرری که نفعی برای ضرر رساننده در آن نیست؛ ۴- معنای واحد ضرر و ضرار که برای تاکید تکرار شده است. امام خمینی (ره) در فرق بین ضرر و ضرار چنین می‌فرماید: غالب استعمالات

ضرر و اضرار و مشتقات آنها مالی یا نفسی است، ولی کاربرد ضرار و مشتقاتش در تضییق، اهمال، حرج، سختی و کلفت شایع و رایج است: و در قرآن کریم هم هر جا کلمه ضرر استعمال شده به معنای ضرر مالی و جانی آمده است، ولی کلمه ضرار در همه موارد به معنای تضییق و ایصال حرج است (طاهری، پیشین: ۲۳۵). اهمیت این قاعده به اندازه‌ای است که برخی از آن بعنوان رمز هماهنگی اسلام با پیشرفت‌ها و توسعه فرهنگ یاد کرده‌اند و آنرا از قواعد حاکمی دانسته‌اند که بر سرتاسر فقه حکومت دارد و کار آن کنترل و تعدیل قوانین دیگر است (مطهری، ۱۳۵۱: ۳۶).

۲- مستندات قاعده

از مستندات قاعده لاضرر می‌توان به آیات قرآن اشاره کرد، همانگونه که خداوند در آیه (وَ لَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَ لَا شَهِيدٌ) می‌فرماید: آنها که دین را می‌نویسند و یا شهادت بر آن می‌دهند در صدد ضرر رساندن نباشند و در آیه (وَ لَا تُضَارُّ وَالِدَةٌ بَوْلِدَهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدَهُ) این نکته را بیان می‌کند که هیچ مادری به فرزندش زیان نزند و نه پدری نسبت به فرزندش. و در آیه (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَ لَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا) می‌فرماید: زمانی را که طلاق می‌دهید دوباره با رجوع‌تان بگونه‌ای نگه ندارید که قصد زیان زدن به آنها را داشته باشید که این عمل تجاوز است. و در آیه (وَ لَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيِهِنَّ) می‌فرماید: همسرانتان را که طلاق می‌دهید زیان و آزار نرسانید و در مضیقه و رنج نیفتانید، و از مهمترین روایاتی که به آن استناد می‌شود روایت جندب می‌باشد که ابن‌بکیر از زراره و او از امام محمد باقر (ع) نقل کرده که آن حضرت فرمود: سمره بن جندب درخت خرمايي در باغچه مرد انصاری داشت و راه آن از خانه مرد انصاری می‌گذشت. سمره می‌آمد و به باغچه می‌رفت و از انصاری اجازه نمی‌گرفت. انصاری به سمره گفت: تو می‌آیی و به باغچه می‌روی و ممکن است ما در حالتی باشیم که نمی‌خواهیم تو ما را به آن حالت ببینی. بنابراین هر موقع خواستی بیایی خبر بده تا خودمان را آماده کنیم و سپس به تو اجازه آمدن بدهیم. سمره گفت درخت مال من است و هر وقت خواستم به آن سر می‌زنم و هیچ وقت از شما اجازه نمی‌گیرم. انصاری نزد پیامبر (ص) آمد و گفته سمره را بازگو کرد. حضرت به دنبال سمره فرستاد. پیامبر (ص) به او فرمود اجازه بگیر. سمره از قبول آن امتناع کرد و همان جوابی را که به انصاری داده بود به پیامبر (ص) نیز داد. حضرت پیشنهاد کرد که سمره آن درخت را به قیمت بفروشد، اما سمره

^۱ بقره/۲۸۲

^۲ بقره/۲۳۳

^۳ بقره/۲۳۱

^۴ طلاق/۶

قبول نکرد. حضرت قیمت را بالا می‌برد و سمره امتناع می‌کرد. وقتی حضرت وضعیت را چنین دید به سمره فرمود در عوض این درخت یک درخت در بهشت مال تو باشد. باز هم سمره امتناع کرد. حضرت به انصاری دستور داد که آن درخت را کنده و به سوی سمره بیندازد و فرمود: لاضرر و لاضرار. حضرت امام (ره) در خصوص اعتبار روایت می‌فرمایند: مشایخ ثلاثه (شیخ صدوق، شیخ کلینی و شیخ طوسی) این روایت را با سندهای مختلف نقل کرده‌اند و همین امر موجب اطمینان به صدور آن از پیامبر (ص) می‌گردد. اما آنچه که در متون روایات نقل شده اختلاف‌هایی است که در برخی از آنها جمله‌ای وجود دارد که در روایت دیگر یافت نمی‌شود، ولی ضرری به اصل بحث نمی‌زند. زیرا اختلاف‌ها صوری هستند و اختلاف جوهری نیستند. و این اختلاف ناشی از نقل حدیث به مضمون و معنی و مختلف بودن انگیزه‌های نقل می‌باشد. و چه بسا انگیزه نقل بیان تمام خصوصیات آن بوده است و در یک یا چند جنبه بحث مورد نظر بوده است (موسوی خمینی (د)، ۱۳۸۲: ۸۳).

۳- دیدگاه فقها

مبنای فقها از این قاعده عبارتست از:

الف) مبنای شیخ انصاری: وی بر این باور است که حدیث لاضرر تنها احکامی را که عمل به آنها موجب ضرر می‌شود نفی می‌کند. چگونگی نفی عبارت است از نفی سبب (حکم) به لسان نفی مسبب (ضرر). شیخ می‌نویسد: مدلول قاعده، نفی حکم شرعی است که موجب ضرر می‌شود. بنابراین در حدیث با نفی مسبب (ضرر) نفی سبب ضرر (احکام ضرری) شده است و مراد از «لاضرر و لاضرار» این است که در اسلام حکم ضرری وضع نشده است، یعنی شارع مقدس نه در احکام تکلیفیه و نه در احکام وضعیه، حکمی را جعل نکرده است که از ناحیه آن مکلف ضرر ببیند. مثل: وجوب وضو برای کسی که تهیه آب برای او ممکن نباشد مگر به پرداخت پول بسیار زیاد که موجب ضرر باشد، در این صورت شارع حکم به وجوب وضو نکرده است (انصاری دزفولی (ب)، ۱۴۱۹: ۵۳۵).

ب) مبنای شیخ الشریعه: مدلول حدیث، نهی تکلیفی از ضرر رساندن به دیگران است؛ زیرا اگرچه جمله «لاضرر» خبریه است لیکن چون در مقام انشاء است دلالت بر نهی می‌کند؛ مانند جمله «بعید» که در مقام انشاء، دلالت بر وجوب اعاده می‌کند. او در اینباره می‌نگارد: مدلول قاعده، نهی تکلیفی و حرمت ضرر رساندن است. از دیدگاه شیخ الشریعه، مفاد حدیث لاضرر، این است که ضرر زدن به دیگران، شرعا حرام و مستوجب عقوبت است. وی شواهدی از کتاب و سنت می‌آورد که، لا، به معنای نهی آمده است. مثل آیه شریفه «فلا

رَفَتْ وَ لَا فُسُوقَ وَ لَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ»^۱ که به معنای نهی از بدکاری و آمیزش با زنان و ستیزه‌جویی در حج است (نمازی اصفهانی، ۱۴۱۰: ۲۴۱).

ج) مبنای آخوند خراسانی: نفی حکم ضرری شده بر زبان ادعای نفی موضوع آن؛ مانند «لاشک لکثیر الشک». ایشان می‌نویسد: مدلول حدیث، نفی احکام ضرری بر زبان نفی موضوعات ضرری ادعائاً است. از دیدگاه آخوند خراسانی هر حکمی که حکم‌اش نفی شده به خاطر نفی ضرر، این حکم حکمی ثابت است ولی برای افعال و اعمال به همراه عناوین‌اش و یا برای شخصی که در هنگام ضرر دچار اشتباه شده است ولی اگر فقط عنوان باشد بدون افعال در این صورت این حکم ثابت نیست زیرا واضح است که علت تنها برای نفی آمده و امکان ندارد که موضوع جلوی حکم را بگیرد و آن را نفی کند بلکه آن را ثابت می‌کند و اقتضای آن را دارد (خراسانی، ۱۴۱۰: ۴۶۵).

د) مبنای فاضل تونی براساس نقل شیخ انصاری: ضرری که در اسلام جبران نشده باشد وجود ندارد. براساس این مبنا هر جا احکام شرعی موجب ضرر باشند شارع آن را جبران کرده است. وی در اینباره می‌گوید: مدلول حدیث، نفی ضرری است که از نظر شارع جبران و تدارک نشده باشد.

ه) از دیدگاه صاحب مقامات الاصول مصادیق ضرر تفاوتی ندارد در اینکه نفی در مصادیق ثابت بشود و در

اینکه آیا ضرر آن کمتر باشد و یا بیشتر بلکه بعد از صدق عرفی ضرر به یک شکل محسوب می‌شود و باتوجه ۸۷ به اینکه از لحاظ شرعی نیز نفی شده است و تنها تفاوت در ضرر در این است که بعضی از ضررها کمتر از سایر ضررها می‌باشد. بلکه تنها در هنگام تعارض آنچه که ضررش کمتر است و فسادش کمتر است آن مقدم می‌شود نسبت به جائیکه ضررش بیشتر باشد همانند صلح کردن با مشرکین که اگرچه صلح با مشرکین برای مسلمانان ضرر دارد ولی ترک صلح دارای ضرر بیشتری است و باعث قتل مسلمانان می‌شود و از اینرو صلح بر جنگ مقدم می‌شود و همچنین کمک گرفتن از شراب برای جلوگیری از وفات کردن شخصی زیرا که دارای ضرر کمتری هست (عراقی، ۱۴۲۰: ۳۳).

و) امام خمینی (ره) ضرر را تنها شامل نقص در مال و بدن می‌دانند و (تضییق)، (اهمال)، (حرج) و (ضرر غیرمادی) را از معانی ضرر بر می‌شمرند. به علاوه ایشان معتقدند که استعمال ضرر در معنای تضییق و حرج و سختی است و در قرآن کریم نیز اغلب موارد به همین معانی بکار رفته است نه به معنای ضرر مالی یا بدنی. از نظر امام خمینی از حدیث لاضرر که پیامبر آن را در ذیل حکم خود درباره سمره بن جندب ذکر کرده دو نکته استفاده می‌شود: ۱- تحریم آسیب مالی و جانی به دیگران؛ ۲- ممنوعیت ایجاد فشارهای روحی و به وجود آوردن تنگنا و سختی برای دیگران (موسوی خمینی ج، ۱۴۲۲: ۵۲۰).

ز) آیت‌اله سیستانی در مورد ماده «ضرر» می‌فرماید: به حسب هیأت، «ضرر» اسم حدث است و اسماء احداث به سه قسم: دال بر معنی مصدری، دال بر معنی اسمی و دال بر معنی اسمی و مصدری مشترکاً، تقسیم می‌شوند. به گفته ایشان فرق معنوی معنای مصدر «زیان زدن» با اسم مصدر زیان این است که در معنای مصدری یک نوع نسبت تقییدیه ناقص وجود دارد؛ ولی در معنای اسم مصدری چنین نسبتی نیست بلکه خود معنا مراد است. پس نسبت مصدر به اسم مصدر، نسبت «ایجاد» و «وجود» است که در خارج یکی هستند ولی در عالم اعتبار مختلف‌اند. مثلاً وقتی می‌گوئیم: «زیان زدن» یعنی کسی این زیان زدن را انجام داده است؛ ولی وقتی می‌گوئیم: «زیان» دیگر نسبتی در آن نیست و از هر فاعلی به هر مفعولی ممکن است صورت بگیرد. یا مثلاً وقتی «علم: دانستن» بدون در نظر داشتن نسبت آن به عالم و معلوم ملاحظه شود، در اینجا معنای اسمی دارد چنانچه در مفعول مطلق می‌آید، می‌گوئیم: «علمت علماً» یعنی دانستم دانستنی که مطلق دانش منظور است؛ ولی اگر در هیأت منسوب به عالم ملاحظه شود، معنای مصدری دارد مثل «علمٌ زید بكذا محرزٌ» یعنی علم زید به فلان مطلب محرز است. این فرق معنوی مصدر و اسم مصدر بود اما فرق لفظی آن در زبان فارسی روشن است زیرا معمولاً مصدر به حرف «نون» ختم می‌شود مثل: رفتن و رفتار، گفتن و گفتار، گشتن و کشتار، کردن و کردار، گردیدن و گردش ولی در زبان عربی غالباً به لحاظ لفظی فرقی ندارند و هر دو معنا با یک لفظ استعمال می‌شوند و باید از خصوصیات کاربرد، مصدر را از اسم مصدر تشخیص دهیم (سیستانی حسینی، ۱۴۱۴: ۱۱۶-۱۱۵).

۴- کاربرد قاعده لاضرر در خانواده

زن نیز مانند هر انسان دیگری حقوق مادی و معنوی دارد. پس اگر بخشی از این حقوق در معرض نقص قرار گیرد، منجر به سختی وضعیت و بدحالی او می‌شود و چه بسا بعضی از مصادیق اعتباری نقص و ضرر از مصادیق مادی آن واضح‌تر باشند (صدر، ۱۴۲۰: ۳۰۱). می‌توانیم اجرای طلاق اجباری را نزد حاکم شرع با تمسک به نفی ضرر مورد پذیرش قرار دهیم زیرا زوج اگر به حقوق زوجه خویش قیام نکند یا اینکه حاکم شرع او را به رعایت حقوق او امر نموده، امتناع بورزد و حاکم شرعی نیز نتواند او را اجبار نماید اصرار زوج بر عدم رعایت حقوق زوجه نظیر اصرار سمره بر ورود به خانه مرد انصاری است بدین جهت زوج به زوجه خویش زیان می‌رساند و تحت کبرای کل لاضرر قرار می‌گیرد بدین وسیله باب طلاق اجباری گشوده می‌شود و امر دوران پیدا می‌کند بین دو حالت یا حاکم شرعی او را بر طلاق اجبار نماید تا زوجه را رها سازد یا حاکم شخصاً طلاق را بدست گیرد و در صورت امتناع زوج از اجرای طلاق آن را قهراً علیه زوج جاری نماید زیرا حاکم ولی ممتنع است (حلی(ب)، ۱۴۱۵: ۲۰۹). براساس ماده ۱۱۴ق.م: زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد و همچنین براساس ماده ۱۱۵ق.م:

اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد زن می‌تواند مسکن علیحده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است نفقه برعهده شوهر خواهد بود و باتوجه به ماده ۱۱۱۷ ق.م: شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند که مطابق با این ماده حفظ زیان معنوی مورد تاکید قرار گرفته است. می‌توان مبنای فقهی حق فسخ در موارد عیوب در مواد ۱۱۲۲ تا ۱۲۷ ق.م را نیز قاعده لاضرر دانست.

در ماده ۱۱۲۲ ق.م عیوب ذیل در مرد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود: ۱- خصا؛ ۲- عنن به شرط اینکه ولو یکبار عمل زناشویی را انجام نداده باشد؛ مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد (اصلاحی مطابق قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰) ماده ۱۱۲۳ ق.م: عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود: ۱- قرن؛ ۲- جذام؛ ۳- برص؛ ۴- افضا؛ ۵- زمین‌گیری؛ ۶- نابینایی از هر دو چشم. ماده ۱۱۲۴ ق.م: عیوب زن در صورتی موجب حق فسخ برای مرد است که عیب مزبور در حال عقد وجود داشته است. ماده ۱۱۲۵ ق.م: جنون و عنن در مرد هرگاه بعد از عقد هم حادث شود موجب حق فسخ برای زن خواهد بود. ماده ۱۱۲۶ ق.م: هر یک از زوجین که قبل از عقد عالم به امراض مذکوره در طرف دیگر بوده بعد از عقد حق فسخ نخواهد داشت. ماده ۱۱۲۷ ق.م: هرگاه شوهر بعد از عقد مبتلا به یکی از ۸۹ امراض مقاربتی گردد زن حق خواهد داشت که از نزدیکی با او امتناع نماید و امتناع بعلت مزبور مانع حق نفقه نخواهد بود.

طبق ماجرای سمره می‌توان بعنوان یک قاعده کلی در روابط میان شهروندان در نظر گرفت و برهمین اساس زوجین مجاز نیستند که یکدیگر را در تنگنا و مشقت قرار دهند. بدلیل برخورداری مردان از قدرت بیشتر و برعهده داشتن مدیریت خانواده زمینه اعمال فشار و سختی در آنها بیشتر است و در قرآن کریم نیز مردان از ایجاد درد و رنج بر همسران خود منع شده‌اند. مثلاً هرگاه شوهر الکلیک باشد و اغلب شبها مست به خانه بیاید و عربده‌جویی کند و فحاشی نماید و زن را کتک بزند و یا آنکه با اعمال زشت و ناشایست معتاد باشد و ترک ننماید، زن می‌تواند دادخواست به دادگاه بدهد و بخواهد که دادگاه شوهر را محکوم نماید که او را طلاق دهد (امامی(ب)، پیشین: ۳۷). باتوجه به آیه: (أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُوهُنَّ لَتَضَيَّوْا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَآتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فُسِّتَرُوعٌ لَهُ الْأُخْرَى) ^۱ خداوند در مورد زنان مطلقه می‌فرماید: آنها زنان مطلقه را هر جا که خودتان سکونت دارید و در توانایی شماست سکونت دهید؛ و به آنها زیان نرسانید تا آنها را در

تنگنا قرار دهید و مجبور به ترک منزل شوند در آیه شریفه از اینکه در مسکن و نفقه زنان مطلقه در ایام عده، تنگ گرفته و از این جهت به آنها ضرر وارد شود، نهی شده است (مکارم شیرازی(ب)، پیشین: ۳۶). باتوجه به تفسیر آیه واجب است که مسکن، مناسب شأن زن باشد و برای (نیازهای) او کفایت کند، تا ضرری که در آیه از آن نهی شده است (وَلَا تُضَارُّوهُنَّ)، منتفی گردد و زن مطلقه حامله، مستحق سکنی و نفقه است اجماعاً باین باشد یا رجعی، دلیل آن نیز اطلاق آیه است که هیچ نوع قیدی برای آن نیامده است. و وقتی زن حامله، وضع حمل کند و عده او تمام شود، شیر دادن طفل بر او واجب نیست، و نفقه او نیز، با تمام شدن مدت عده، ساقط می‌شود. حال اگر مجاناً به طفل شیر دهد که بحثی نیست، و الا بر پدر واجب است که مزد شیر دادن را به او بپردازد (حلی(الف)، بی تا: ۷۰۷).

خداوند در آیه: (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا)^۱ می‌فرماید: هرگاه زنان را طلاق دادید و موقع عده آنها رسید، یا از آنها به خوبی نگهداری کنید و یا به خوبی جلوشان را باز بگذارید. مبدا برای اینکه به آنها ستم کنید آنها را به شکل زیان‌آوری نگهداری کنید. هر که چنین کند باید بداند که به خویشتن ستم کرده است. از این آیات یک اصل کلی استفاده می‌شود و آن اینکه هر مردی در زندگی خانوادگی یکی از دو راه را باید انتخاب کند: یا تمام حقوق و وظایف را به خوبی و شایستگی انجام دهد (امساک به معروف نگهداری به شایستگی) و یا علقه زوجیت را قطع و زن را رها نماید (تسریح به احسان رها کردن به نیکی). شق سوم یعنی اینکه زن را طلاق ندهد و به خوبی و شایستگی هم از او نگهداری نکند، از نظر اسلام وجود ندارد. جمله (وَ لَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا) همان شق سوم را نفی می‌کند. و بعید نیست که جمله فوق مفهوم اعمی داشته باشد؛ هم شامل مواردی بشود که زوج عمدتاً و تقصیراً زندگی را بر زن سخت و زیان‌آور می‌کند، و هم شامل مواردی بشود که هرچند زوج تقصیر و عمدی ندارد ولی به هر حال نگهداری زن جزء زیان و ضرر برای زن چیزی نیست. این آیات هرچند در مورد عده و رجوع و عدم رجوع مرد وارد شده و تکلیف مرد را روشن می‌کند که رجوع او باید برپایه اساسی باشد، به خاطر این باشد که بخواهد از زن به شایستگی نگهداری کند نه به خاطر اینکه بخواهد زن بیچاره را اذیت کند، اما اختصاص به این مورد ندارد؛ یک اصل کلی است و حقوق زوجیت را در همه وقت و همه حال بیان می‌کند یعنی زوج بطور کلی در زندگی باید یکی از دو راه گذشته را انتخاب کند و راه سومی برایش وجود ندارد (مطهری، پیشین: ۲۹۲). استدلال به این دو آیه، بسته به آن است که آیات (لَا تُضَارُّوهُنَّ وَالِدَةَ بَوْلِدِهِنَّ ...) و (لَا تُضَارُّوهُنَّ) چونان علت باشد برای آنچه در آیه آمده است؛ چه، در آیه حکم گردیده که حق شیر دادن و هزینه‌های زندگی مادران را تا پایان شیردهی، باید پرداخت و نیز هزینه‌های زن طلاق گرفته باردار؛ چرا که

۹۰

ندادن این هزینه‌ها، زیان رساندن به ایشان بوده و حرام است، خواه از نظر حکم تکلیفی و خواه وضعی. بدین‌سان، می‌توان دریافت که حق شیر دادن و ضامن بودن هزینه‌های زندگی، در این مدت از آن‌روست که زبانی به آنان نرسد. این گفته که دستور پرداخت هزینه‌ها، چیزی بیش از واجب بودن تکلیفی را نمی‌رساند و نه ضامن بودن وضعی، سخنی نادرست است؛ زیرا در نگاه عرف و عقلا، دستور به پرداخت هزینه‌ها همراه با استحقاق آن بوده و در نتیجه ضامن ثابت می‌شود و نه تنها حکم تکلیفی. از این گذشته، تعبیر: «بر پدران است خوراک و پوشاک آنان ...» یا «بر وارث نیز مانند آن ثابت است ...» صریح در ضامن بودند و حکم وضعی است که همان ثابت بودن هزینه‌های خوراک و پوشاک در عهده پدر یا وارث و ثابت بودن حق شیردهی فرزند است (شاهرودی، ۱۴۱۹: ۱۵۷).

خداوند متعال در آیه ۲۳۳ سوره بقره می‌فرماید: نباید بر مادر و فرزندش به خاطر یکدیگر زبانی وارد شود؛ و نه بر پدر و فرزندش از ناحیه یکدیگر ضرری وارد آید: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ) در این آیه خداوند سبحان، مادر را نهی فرموده از اینکه به خاطر اختلافاتی که با پدر بچه دارد، لجاجت‌بازی کرده و شیر دادن به بچه را رها کند، تا بدینوسیله به بچه ضرر وارد شود. و همچنین پدر را نهی می‌کند از اینکه به خاطر اختلافاتی که با مادر بچه دارد، لجاجت‌بازی کرده و خرج زن را در مدت شیردهی ۹۱ او ندهد، که در این صورت نیز زن نمی‌تواند به وظیفه خود عمل کرده و به بچه ضرر وارد می‌شود (مکارم شیرازی(ب)، ۱۳۹۰: ۳۵). براساس صریح آیه؛ مادران، فرزندان خود را دو سال تمام شیر می‌دهند، این برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند و بر آنکس که فرزند برای او متولد شده، تأمین خوراک و پوشاک مادر بطور شایسته، لازم است. هیچکس موظف به بیش از مقدار توانایی خود نیست. نباید مادر به سبب فرزندش ضرر ببیند و پدر نیز نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند؛ به موجب این آیه و در قالب نفی ضرر، در صورتی که اعمال حقوق فرزندان، در نهایت، منجر به ورود ضرر به والدین گردد، حق والدین مقدم خواهد بود (جاور و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۲۴). از نظر امام خمینی (ره) مضار در این آیه ضرر مالی و جانی نیست بلکه به معنای افتادن مرد و زن در مشقت و سختی است.

شیخ انصاری می‌گوید: اگر ولی دختر او را به ازدواج مردی خصی یا عنین یا مجنون درآورد دختر به دلیل عموم قاعده نفی ضرر حق اعتراض دارد (انصاری(الف)، ۱۴۱۵: ۱۷۵). در استفتائی از امام خمینی (ره) پرسیده- اند: زنی که شوهرش تارک‌الصلاه و دائم‌الخمر است در حال مستی زنش را کتک می‌زند یا اصرار دارد که او هم مشروب بخورد و در صورت امتناع زنش را مورد ضرب و شتم قرار می‌دهد تکلیف زن را روشن بفرمائید؟ امام پاسخ داده‌اند: اگر بودن زن در منزل شوهر مزبور حرج است می‌تواند از منزل او برود و در جای دیگر

زندگی کند (موسوی خمینی(ب)، ۱۴۱۴: ۳۲۰). از آیت‌اله خوبی استفتاء کرده‌اند: زنی پس از بیست سال زندگی با همسرش و داشتن دو فرزند از بداخلاقی شوهر به ستوه آمده و او را رها کرده تا شاید اصلاح شود ولی شوهر نه به سراغ او آمده و نه نفقه‌ای داده است برای زن اینگونه زندگی تحمل‌ناپذیر است آیا می‌تواند درخواست طلاق دهد؟ ایشان جواب داده‌اند: اگر زن ناشزه نباشد از همسر خود درخواست نفقه و مسکن بدون ناراحتی می‌کند و در صورت خودداری همسر، از او درخواست طلاق می‌کند و اگر طلاق نداد به کسی که در امور حسبیه وکالت دارد مراجعه می‌کند و او طلاق‌اش می‌دهد و این طلاق بائن محسوب می‌شود (خویی(ب)، ۱۴۱۶: ۳۸۷). از امام خمینی (ره) استفتاء کرده‌اند: اینجانب شوهری دارم که در ضمن بداخلاقی با من و چند دفعه کتک کاری سرانجام اجباراً مرا از خانه اخراج نموده، و مدت سه ماه است که بدون نفقه در منزل پدرم بسر می‌برم، نه حاضر است مرا به خانه‌اش ببرد و نه طلاق می‌دهد، لذا تقاضا مندم تکلیف بنده را روشن فرمائید؟ ایشان فرموده‌اند: می‌توانید به دادگاه اسلامی شکایت کنید تا شوهر را اجبار به انجام وظیفه شرعی نماید (موسوی خمینی(ب)، پیشین: ۲۰۱).

از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمودند: به زن بارداری که طلاق گرفته است باید نفقه داد، تا فرزندش را به دنیا آورد. آنگاه او خود برای شیر دادن به فرزندش در برابر آنچه زنی دیگر دریافت می‌کند، شایسته‌تر است. خداوند بزرگ و بلند مرتبه می‌فرماید: هیچ مادری از جهت فرزند نباید زیان ببیند و هیچ پدری نیز نباید زبانی از جهت فرزند ببیند و بر وارث نیز مانند همین لازم است. ظاهر روایت آن است که آیه را برای هر دو حکم یاد شده در سخن امام، گواه گرفته است و نه تنها حکم دوم. بدین‌سان، دلالت بر این خواهد داشت که پرداخت هزینه‌های زن باردار از قاعده «هیچ مادری از جهت فرزندش نباید زیان ببیند» استفاده می‌شود، بلکه اگر هم آیه را تنها برای حکم دوم گواه می‌گرفت، باز هم دلالت بر آن داشت که مزد شیر دادن برای مادر، به دلیل قاعده لاضرر ثابت است که این نیز حکمی وضعی است و نه تنها تکلیفی. بنابراین، روایت به روشنی دلالت بر استفاده احکام وضعی از قاعده لاضرر و لاضرر داشته و می‌رساند که افزون بر حرام بودن، زیان رساندن به دیگری، شخص زیان رساننده ضامن کار خویش نیز خواهد بود تا دیگری از سوی او دچار ضرر نگردد. زن باردار نیز چون بارداری او از سوی شوهرش بوده و فرزند نیز از آن اوست، هزینه‌های هنگام بارداری و شیردهی به عهده شوهرش خواهد بود، تا مادر زبانی نبیند (شاهرودی، پیشین: ۱۵۸).

قاعده لاجرح

از قواعد معروف و مهم فقهی که مورد بحث علما و بزرگان قرار گرفته، قاعده لاجرح یا قاعده نفی عسر و حرج است که در تمامی ابواب فقه اعم از عبادات، معاملات و سیاسات جاری می‌شود و فقهای امامیه و عامه به این قاعده استدلال نموده‌اند. بررسی این قاعده فواید زیادی را به دنبال دارد (محقق داماد(ب)، ۱۳۶۵:

۶۱۰؛ بعنوان مثال: در پرتو این قاعده، روشن می‌شود که شریعت اسلام، تنگ‌نظر و سخت‌گیر نبوده و احکام‌اش مطابق و موافق فطرت انسانی است. از سوی دیگر، به برکت این قاعده، استفاده می‌کنیم که سستی در احکام الهی نیز مردود است. به عبارت دیگر، این قاعده دو مطلب عمده را به اثبات می‌رساند: نخست آنکه در دین اسلام احکام حرجی وجود ندارد و دیگر آنکه به صرف وجود مشقت و سختی، تعطیلی احکام شرع جایز نیست (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵: ۲۰). حرج در انسان، حالتی معنوی و روحی ایجاد می‌کند که از تکلف و تحمل مشقت زیاد در نفس و صدر انسان پدید می‌آید و از آثار آن تنگی حیرت و اضطراب است و در مقابل آن وسعت طمأنینه و شرح صدر بکار می‌رود (مصطفوی، ۱۳۸۲: ۱۸۸). ولی واژه عسر هم شامل مشقت مادی است و هم مشقت معنوی و روحی است (همان، ۱۲۵). به نظر می‌رسد رابطه مصادیق عسر و حرج، تساوی است زیرا هر عملی که انسان را به تنگنا و ضیق اندازد، دشوار و سخت هم هست و برعکس، هر کاری که انجام دادنش برای آدمی سخت و شاق باشد، موجب تنگی و اعمال فشار بر او نیز می‌شود. به علاوه، ضابطه تعیین مصداق عسر و حرج، عرف است که مطابق آن، هر کاری که موجب مضیقه و تنگنا باشد، حرج و دشواری نیز تلقی می‌شود. عسر و حرج در اصطلاح عبارتست از عناوین ثانویه‌ای که راه یافتن آنها در موضوع احکام تکلیفی الزامیه موجب می‌گردد تا الزام و تکلیف ناشی از حکم، از دوش مکلفین برداشته شود (نراقی، پیشین: ۶۰).

۹۳

از سخنان بسیاری از فقیهان بدست می‌آید که این قاعده را در حقوق نیز جاری می‌دانند برای نمونه برخی از فقیهان در باب حق حضانت گفته‌اند که اگر مادر برای شیر دادن کودک اجرت هنگفتی درخواست کند پذیرش آن بر پدر واجب نیست بلکه می‌تواند کودک را به دایه دیگری تحویل دهد در اینصورت حق حضانت به آن استناد شده، قاعده نفی عسر و حرج است با این توضیح که قول به عدم سقوط حق حضانت مادر مستلزم رجوع و تردد و گردش کودک از دایه به مادر است و چه بسا این تردد و گرد در یک شبانه روز در مرتبه‌های فراوانی باشد به ویژه در ماه‌های نخست که کودک نیاز بیشتری به شیر دارد و پرواضح است که این عمل از مصادیق روشن حرج است (سجادی امین، ۱۳۹۴: ۱۲). به عقیده شیخ انصاری، مفاد قاعده نفی عسر و حرج نیز مانند قاعده لاضرر، نفی حکم حرجی در دین است؛ به این نحو که در اسلام هیچ حکم حرجی که موجب مضیقه و در تنگنا افتادن مکلفان باشد، تشریح نشده است. به موجب نظریه محقق خراسانی، با دلیل نفی حرج، ادعای نفی حقیقی موضوع حرجی شده است و در نتیجه، حکم مترتب بر آن نیز نفی می‌شود. به همین دلیل از این نظریه به نظریه «نفی حکم به لسان نفی موضوع» تعبیر می‌شود.

نائینی، قائل به نفی حکم به نحو حقیقی می‌باشد که مقصود او نفی حقیقی حکم در عالم تشریح است (نائینی غروری، ۱۳۷۳: ۳۹۰). به عقیده برخی دیگر از فقها، مفاد دلیل لاضرر و نفی حرج، نهی سلطانی یا حکومتی

است. طبق این نظریه احکامی از قبیل لاضرر و لاجرح از مقام و منصب سلطنت و حکومت پیامبر عظیم‌الشأن اسلام نشأت گرفته و به منظور اداره جامعه و حکومت صادر شده است و به عبارت دیگر، مفاد آن نهی سلطانی و حکومتی است، نه نهی شرعی. در حوادث بین‌المللی و نیز حقوق داخلی بسیاری از کشورها نظریه‌ای تحت عنوان (نظریه اوضاع و احوال) یا (نظریه حوادث پیش‌بینی نشده مطرح است که شباهت زیادی با قاعده نفی عسر و حرج در فقه و حقوق اسلامی دارد (موگویی، ۱۳۷۹: ۱۸). برای تشخیص مصداق حرج باید توجه داشت که با قاعده نفی عسر و حرج تکالیفی برداشته می‌شود که سختی و شدت آنها به حدی باشد که عادتاً تحمل نمی‌شوند (موسوی خمینی(ب)، ۱۴۱۴: ۵۲۱)، بنابراین با استناد به این قاعده نمی‌توان تکالیفی را که سختی ضعیفی دارند و عادتاً چنین سختی‌هایی در راستای امتثال احکام الهی تحمل می‌شوند برداشت در نتیجه ضابطه در قاعده نفی حرج، مطلق مشقت و عسر موجود در بیشتر تکالیف نیست بلکه مشقت شدیدی که بطور معمول در مانند آن فعل تحمل نمی‌شود موردنظر است (سجادی امین، پیشین: ۴۷).

بزرگانی چون صاحب فصول معتقدند: قاعده لاجرح، جزء قواعد مسلمی است که عقل به صورت مستقل آنها را درک، و به آن حکم می‌کند و بزرگانی مانند شیخ حر عاملی و مقدس اردبیلی بطورکل وجود چنین قاعده‌ای را انکار کرده و می‌گویند: از آنجا که کلمه حرج اجمال دارد، قاعده‌ای به نام قاعده لاجرح نداریم؛ از سوی دیگر، این قاعده مستلزم آن است که تمام تکالیف شارع از بین برود (فاضل لنکرانی، پیشین: ۲۵).

۹۴

– مستندات قاعده

اگرچه این قاعده (نفی حرج) مانند قاعده «لاضرر و لاضرار» وارد نشده است (موسوی خمینی(الف)، بی‌تا: ۱۰۴۲)؛ یعنی صورت مزبور در مدارک فقهی برای قاعده نفی حرج وجود ندارد، ولی جملاتی که قاعده را از نظر معنی اثبات کند، هم در آیات قرآنی و هم در روایات معتبر وارد شده است. آیاتی که حرج را در دین اسلام نفی می‌کند به قرار ذیل است:

الف) مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَ لَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ^۱ (خداوند نمی‌خواهد برای شما حکم مشقت‌بار مقرر نماید، بلکه می‌خواهد شما را تطهیر کند).

ب) وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ^۲ (و چنین نیست که خداوند در دین برای شما مشقتی را مقرر بدارد).

^۱ مائده/۶

^۲ حج/۷۸

ج) ما كَانَ عَلَى النَّبِيِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ اللَّهُ لَهُ سُنَّةَ اللَّهِ فِي الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلُ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ قَدَرًا مَقْدُورًا^۱ (بر پیامبر مشقّتی نیست در آنچه که خدا برای او فریضه قرار داده است، این سنّت خداوندی است پیش از این گذشته‌اند و امر خداوندی قدری معین بوده است).

کلمات نفی که متعلق به حرج است در جملات مزبوره مطابق قانون ادبی که می‌گوید: اگر کلمه نفی به نکره وارد شود (نکره در سیاق نفی) دلالت بر عموم می‌کند، اثبات می‌کند که حرج هم مانند ضرر و ضرار بطور عموم منفی است، لذا می‌توان گفت که جمله «لا حرج فی الدین» قانونی است که از قرآن استفاده شده است. روایت‌های متعددی نیز از معصومان (ع) نقل شده که مبنای قاعده نفی عسر و حرج قرار گرفته است از جمله روایت عبدالاعلی «قلت لأبي عبدالله عليه السلام عثرت فانقطع ظفري فجعلت علي اصبعي مراره فكيف اصنع بالوضوء؟ قال يعرف هذا و اشباهه من كتاب الله عزوجل: قال الله ما جعلَ عَلَيكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ، امسح عليه». در این روایت، راوی به امام صادق (ع) می‌گوید که به زمین افتاده و ناخن وی جدا شده و انگشت خود را با پارچه بسته است، حال چگونه باید وضو بگیرد. امام (ع) می‌فرماید: حکم این قضیه و نظایر آن از کتاب خدا روشن می‌شود؛ زیرا خداوند فرموده است که در دین بر شما حرجی قرار داده نشده است؛ پس بر آن مسح کن. از این پاسخ امام (ع) این نکته استنتاج می‌شود که نفی حرج یک قاعده کلی است و طبق رهنمود

امام (ع) می‌توان از آن برای رفع احکامی که برای مکلفان مضیق‌ساز و مشقت‌آورند، استفاده کرد. و همچنین ۹۵ حدیث مشهور نبوی که فرمودند: «بعثت بالحنيفية السمحة السهلة» یعنی مبعوث شدم به دین حنیف سهل و آسان. اگر احکام حرجی و عسرآفرین در دین وجود می‌داشت، صحیح نبود که حضرت (ص) دین را به مجموعه‌ای سهل و آسان توصیف کند (همان، ۸۷). بنای عقلا نیز قائم بر عدم تجویز تشریح احکام حرجیه در تمامی ابعاد است و شارع مقدس که خود رئیس عقلاست نمی‌تواند تخطی از یک سیره مسلم عقلائی بکند. به تعبیر دیگر، مدرکات عقل عملی که همان آرای محموده باشد، حکم به عدم تجویز حکم حرجی می‌کند (لاینبغی فعله) و شارع مقدس، پس از کشف این مطلب که در متعلق حکم حرجی مفسده وجود دارد، قهرا آن حکم را فاقد ملاک و بنابراین مرفوع اعلام می‌کند. آیات شریفه و روایات وارده هم موید این معنی است (موسوی بجنوردی، پیشین: ۳۶۸).

کاربرد قاعده لاجرج در خانواده

برخی از مصادیق قاعده لاجرج در زندگی زناشویی عبارتست از: عقیم بودن زوج، جلوگیری زوج از بچه‌دار شدن زوجه، تغییر رفتاری زوج، حبس طولانی، غیبت طولانی، استنکاف شوهر از پرداخت نفقه، بیماری

صعب‌العلاج. عسر و حرج دارای درجات متفاوت است گاهی کاری آنچنان دشوار می‌شود که انجام آن غیرمقدور می‌گردد اینگونه موارد تحت عنوان (تکلیف ملایطاق و غیرمقدور) قرار می‌گیرد و این از قاعده لاجرح خالی است مانند وجوب فعلی پرداخت نفقه بر شوهر که معسر باشد (محمدی، ۱۳۸۵: ۱۸۵).

در حقوق اسلامی امتیاز بیشتری به زوج برای برهم زدن زندگی مشترک زناشویی نسبت به زوجه داده شده است بدین ترتیب بررسی معدود موارد برهم زدن زندگی زناشویی و رها شدن از تکالیف این عقد توسط زوجه اهمیت بیشتری می‌یابد چرا که اگر زوجه از زندگی خویش رضایت نداشته باشد نمی‌تواند به سهولت زوج از قید و بند زندگی زناشویی خلاص شود، بلکه باید شرایط خود را با یکی از موارد تعیین شده توسط قانونگذار برای طلاق به درخواست زوجه تطبیق دهد. مواردی چون غیبت طولانی و بی‌خبر شوهر، استنکاف و عجز از پرداخت نفقه و یا بروز عسر و حرج برای زوجه در صورت ادامه یافتن زندگی زناشویی.

براساس ماده ۱۱۳۰ ق م در صورتیکه دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. قانونگذار در تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۰ مصوب ۱۳۸۱/۰۴/۲۶ مصادیق عسر و حرج را در موارد زیر شمارش نموده است:

الف) ترک زندگی خانوادگی توسط زوج، حداقل به مدت ۶ ماه متوالی و یا نه ماه متفاوت در مدت یکسال بدون عذر موجه؛

ب) اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلای وی به مشروبات الکلی که براساس 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 و در صورتیکه زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترک مجدداً به مصرف مواد مذکور روی آورد بنا به درخواست زوجه طلاق انجام خواهد شد؛

ج) محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر؛
د) ضرب و شتم و یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که صرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد؛
ه) ابتلای زوجه به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا هرگونه عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید موارد مندرج در این ماده مانع از این نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود حکم طلاق صادر نماید (مکارم شیرازی (ج)، ۱۳۹۰: ۱۵۸).

ذکر این موارد از آن روست که وقوع چنین مواردی معمولاً سبب حرج زوج می‌شود و اصطلاحاً از امارات نوعیه حرج است در رابطه با این تبصره توجه به دو نکته لازم است: الف) منافات نداشتن مصادیق مذکور در تبصره با موارد دیگر؛ اگر موارد دیگر همچون تنفر و کراهت از شوهر، عقیم بودن زوج یا ناتوانی در ارتباط جنسی باعث عسر و حرج زوجه شود و ادامه زندگی برای او مشقت‌بار باشد جواز درخواست طلاق را به دنبال خواهد داشت؛ ب) لزوم تحقق فعلی حرج زوجه در این موارد؛ موارد گفته شده در این تبصره از امارات نوعیه به تحقق

خرج در زندگی زوج است و می‌تواند با وجود آنها درخواست طلاق کند ولی باتوجه به لزوم تحقق خرج شخصی در قاعده نفی خرج لازم است زوج در این موارد بالفعل دچار عسر و حرج نیز باشد تا طلاق از نظر شرعی نافذ باشد (سجادی امین، پیشین: ۵۰).

در توضیح بند اول باید اذعان نمود چنانچه غیبت شوهر موجه تشخیص داده شود زن نمی‌تواند با استناد بر آن درخواست طلاق کند (ابهری و طهماسبی، ۱۳۸۸: ۴۶). ترک زوج از این بابت مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است که زوج از روی عمد و بدون عذر موجهی زندگی خانوادگی را ترک کرده باشد منظور از عذر موجه دلیلی است که قانون آن را موجه بداند مثلاً زوج برای ادامه تحصیل به خارج از کشور رفته باشد اما به دلیل زلزله در آن کشور و مجروح شدن امکان برگشت او تا مدتی امکانپذیر نباشد و مدت زمان ترک زندگی خانوادگی از سوی زوج ۶ ماه متوالی یا ۹ ماه متناوب در یکسال بدون عذر موجه باشد پس اگر زوج بطور عمد زندگی مشترک را ترک کرده باشد مثلاً زوج برای زندگی با شخص دیگری زندگی خانوادگی را ترک کند زوج حق دارد طبق تبصره این ماده طلاق خود را به دادگاه درخواست کند (خوبی (الف)، ۱۴۱۰: ۷۴).

در مورد بند دوم علاوه بر مشکل اثبات اعتیاد زوج، زوج باید اثبات کند اعتیاد شوهر به اساس زندگی زناشویی خلل وارد آورده و از طرفی امکان ترک اعتیاد توسط شوهر وجود ندارد که اثبات این مسائل نیز مشکل است (همان، ۴۶) و اعتیاد زوج باید به یکی از انواع مخدر یا مشروبات الکلی باشد لذا مواد مخدر در ۹۷ مواردی با خواص دارویی هستند که با سوء مصرف یا مصرف بیش از اندازه آن به منظور کسب لذت به شیوه‌های مختلف از قبیل تزریق، استنشاق، مورد استفاده قرار می‌گیرد و اعتیاد زوج به مواد مخدر باید طوری باشد که به اساس زندگی خانوادگی زوجین خلل وارد کند. و در توضیح بند سوم این نکته لازم است که قانونگذار در مقام بیان، صرف صدور حکم قطعی را مبنای حکم طلاق دانسته و استفاده از مرخصی در طول مدت حبس یا آزادی مشروط، مانعی جهت صدور حکم طلاق نمی‌باشد اما آنچه موجب امیدواری به اجرای مطلوب ماده مورد بحث می‌شود بند آخر تبصره الحاقی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام است که می‌گوید: موارد مندرج در این ماده از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود حکم طلاق صادر نماید (همان، ۴۷).

یکی از مواردی که زن می‌تواند از دادگاه اجبار شوهر را به طلاق بخواهد سوء معاشرت شوهر است. سوء معاشرتی که به زن اجازه می‌دهد از دادگاه اجبار شوهر را بطلاق بخواهد باید به حدی باشد که زن نتواند آن را تحمل کند و زندگانی زناشویی را با آن وضعیت ادامه دهد. بنابراین چنانچه بتوان شوهر را وادار به حسن معاشرت نمود، مانند آنکه تعهد نماید که از این پس رفتار خود را تغییر دهد و سوء معاشرت را کنار گذارد و به تعهد خود وفا کند، دادگاه نمی‌تواند به سبب سوء معاشرت زمان گذشته شوهر را اجبار به طلاق زن خود

نماید (امامی (الف)، پیشین: ۳۷). قانون تعریف بیماری صعب‌العلاج را ننموده است. آنچه از نظر حقوقی می‌توان گفت بیماری مسری صعب‌العلاج، بیماری است که در اثر معاشرت و همزیستی زناشویی زوجین با یکدیگر و یا نزدیکی جنسی، از شوهر به زن سرایت کند و او را نیز مبتلا گرداند و مداوای آن مواجه با دشواری شود و مدتی بطول انجامد و الا چنانچه مسری باشد ولی مداوای آن دشوار و مدتی طولانی نخواهد و یا آنکه دوام زناشویی برای زن موجب مخاطره نباشد مانند گریپ، تیفوئید، تیفوس و امثال آن، زن نمی‌تواند درخواست طلاق از دادگاه بنماید. تشخیص آنکه بیماری شوهر مسری و صعب‌العلاج می‌باشد و دوام زناشویی برای زن موجب مخاطره است، با پزشک متخصص می‌باشد، زیرا با پیشرفت روزافزون دانش در کشف دارو برای مداوای بسیاری از بیماری‌ها که معروف بودند صعب‌العلاج هستند یا غیرقابل مداوا می‌باشند، نمی‌توان بیماری مخصوصی را نام برد و آن را برای همیشه صعب‌العلاج معرفی کرد. بنابراین چنانچه زن بخواهد به استناد بیماری مسری صعب‌العلاج که دوام زناشویی، صحت او را به مخاطره می‌اندازد، شوهر را اجبار به طلاق کند، دادخواستی که گواهی پزشک متخصص حاکی بر این امر پیوست داشته باشد به دادگاه تقدیم می‌نماید. دادگاه پس از رسیدگی، در صورت لزوم، رجوع به کارشناس فنی کرده و هرگاه دعوی زن را ثابت دانست رأی به محکومیت شوهر بطلاق دادن زن می‌دهد. پس از صدور اجرائیه و گذشتن ده روز چنانچه شوهر او را طلاق نداد و اجبار او هم به طلاق ممکن نبود، دادگاه به نماینده خود دستور می‌دهد که حکم را به موقع اجرا گذارد. نماینده با ابراز دستور دادگاه در دفتر رسمی حاضر شده زن را طلاق می‌دهد (همان، ۳۸). به مقتضای ادله اولیه امر طلاق منحصر در دست زوج است «الطلاق بید من اخذ بالساق» و موثقه ابن‌بکیر در کافی مذکور است: «عن ابی عبدالله (ع) ... و قضی ان علی الرجل الصداق، و ان بیده الجماع و الطلاق و تلک السنه». لکن باتوجه به اینکه ادامه زوجیت از برای زوجه حرجی است، در صورتیکه یگانه راه رهایی وی از مشقت و حرج، طلاق باشد؛ به مقتضای قاعده لاجرح انحصار امر طلاق به ید زوج مرفوع است و منفی می‌شود و حاکم شرع ابتدائاً زوج را اجبار به طلاق می‌کند و چنانچه نپذیرد حاکم شرع برای جلوگیری از حرج و مشقت خود ایقاع طلاق می‌کند. بنابراین با استناد به قاعده لاجرح، شرطیت انحصار امر طلاق در دست زوج ساقط می‌شود. به این ترتیب، مفاد قاعده نفی عسر و حرج به صورت منصوص در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اعمال شده است و به موجب آن، حکم اولیه «الطلاق بید من اخذ بالساق» که برپایه آن اختیار گسستن پیوند ازدواج فقط به دست زوج داده شده است، در صورت تحقق و اثبات موجبات عسر و حرج زوجه، به حکم ثانوی نفی عسر و حرج از میان رفته است (محقق داماد (الف)، ۱۴۰۶: ۱۰۴). مقصود از «عسر و حرج» در این ماده، مشقت شدیدی است که عادتاً تحمل آن مشکل است. «قاعده عسر و حرج»، یا به تعبیر دیگر: «قاعده لاجرح» از جمله قواعد معروف فقهی و از قواعد ثانویه است. قاعده اولیه در مورد طلاق این است که اختیار طلاق در دست شوهر است، و این شوهر است که زن را طلاق می‌دهد (حلی (الف)، بی تا: ۵۷)؛ لکن هرگاه دوام زناشویی

برای زن موجب مشقت شدید باشد و شوهر نیز حاضر نشود که زنش را طلاق دهد، زن طبق «قاعده لاجرح» می‌تواند بعنوان قاعده ثانوی، از حاکم تقاضای طلاق نماید و حاکم، شوهر را به طلاق اجبار کند و اگر شوهر علیرغم دستور حاکم از طلاق خودداری کند، حاکم به نمایندگی قانونی از شوهر، زن را طلاق می‌دهد. و تشخیص اینکه ادامه زندگی زناشویی برای زن، غیرقابل تحمل می‌باشد، با قاضی است (طاهری، پیشین: ۲۵۹). اسلام رعایت فرموده درباره زنان نسبت به امر زواج و نکاحشان اعتبار کفویت و مماثلت را که ولی او را به غیر همسر و کفو مماثل و برابر شوهر ندهد تا موجب زحمت و باعث ذلت و مهانت او گردد؛ و در تحت فاسق و یا کافر و منافق، جوهر نفیس دیانت و مذهب او به سبب محکومیت از دست برود و در کلفت و مشقت افتد؛ حتی به درجه‌ای این قسمت را شارع مهربان اهمیت داد که فرمود: «من تزوج کریمته شارب الخمر فکأنما قادهای الزنا»؛ یعنی هر ولی و بزرگتری که دختر خود را به شارب الخمر تزویج نماید، چنان است که به دست خود دخترش را به زنا داده باشد. و این منتهای تکریم و تعظیم است از طرف شارع اسلام نسبت به موقعیت زنان (جعفریان، ۱۴۲۸: ۸۶۱).

طبق ماده ۶ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱، مادر یا هر شخصی که حضانت طفل یا نگهداری شخص محجور را به اقتضاء ضرورت برعهده دارد، حق اقامه دعوی برای مطالبه نفقه طفل یا محجور را نیز دارد. در این صورت، دادگاه باید در ابتداء ادعای ضرورت را بررسی کند و همچنین طبق ماده ۵۳ هرکس با داشتن ۹۹ استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزائی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود. علت هر دو قانون را می‌توان به رفع حرج در زن دانست که در زندگی خود دچار مشقت و سختی نباشند.

نتیجه‌گیری

عقد نکاح یک مجموعه هماهنگ است و اگر شروطی در آن گنجانده شود جزئی از آن می‌باشد و براساس (اوفوا بالعقود) لازم‌الوفاست و زوجین می‌توانند شروطی را که باطل و فاسد نباشد در ضمن عقد بگنجانند و براساس نظر عقلا و دین اسلام هر شرطی معتبر و نافذ نیست تا وفای به آن لازم باشد و تنها شروطی که سلامت خانواده را حفظ کند نافذ است. و یکی از شروطی که در بین فقها درباره آن اختلاف است شرط عدم ازدواج مجدد است که این شرط نه مخالف با مقتضای عقد است و نه مخالف با شرع. و باتوجه به قاعده لاضرر اگر زوجین نسبت به حقوق یکدیگر اقدام نکنند و موجب خسارت و ضرر نسبت به یکدیگر شوند می‌توانند به حاکم شرع رجوع کنند و در شرع و در قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران امکان ورود ضرر و زیان به

رسمیت شناخته شده است و در حوزه تربیت و خانواده و حوزه‌های دیگر، هم جسم هم روان آنها از هرگونه لطمه و آزار باید مصون بماند و تکریم و رعایت احترام افراد از جمله حقوق مسلم شهروندی است. براساس قاعده لاضرر، افراد از هرگونه رفتاری که موجب ضرر یا حرج بر دیگری باشد باز می‌دارد و حیثیت و کرامت انسانی از مهمترین سرمایه‌های معنوی افراد خانواده به شمار می‌رود هرگاه ضرری روانی و یا خدشه‌دار کردن کرامت افراد خانواده به وجود آید با قاعده لاضرر منافات دارد زیرا در این قاعده ضرر دیدن و ضرر زدن نهی شده است و شامل ضرر مادی و معنوی می‌شود و در شرع و در قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران امکان ورود ضرر و زیان به رسمیت شناخته شده است و خداوند متعال فرزندان آدم را ذاتا مورد تکریم و آنان را بر مقداری فراوان از کائنات برتری داده است به همین دلیل قاطع و صریح افراد انسانی باید بر این کرامت و حیثیت را برای همدیگر بعنوان یک حق بشناسند و اگر این کرامت نفسانی و شخصیت انسانی او نادیده گرفته شود، احساس خود کم‌بینی و کوچکی می‌کند و توان و نیروی ایستادگی در برابر پیش‌آمدها و مشکلات را از دست می‌دهد و از پیشرفت و رشد در تمام زمینه‌ها باز می‌ماند. امید و انگیزه تلاش در وجود او پژمرده می‌شود و نگرش سازنده و مثبت او به نگرشی منفی تبدیل می‌شود و به راستی کیان و هستی او دچار ناتوانی، سستی و خمودگی می‌گردد و براساس قاعده لاضرر، افراد از هرگونه رفتاری که موجب ضرر یا حرج بر دیگری باشد باز می‌دارد و همچنین به موجب قاعده عسر و حرج هر عملی که در زندگی موجب مشقت و سختی زوجین گردد نفی شده است.

فهرست منابع

- ۱- القرآن الکریم.
- ۲- ابن فارس، احمد (۱۲۹۹)، معجم مقاییس اللغه، قم: انتشارات دارالفکر.
- ۳- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۵)، لسان العرب، قم: نشر ادب الحوزه.
- ۴- ابهری، حمید و طهماسبی، جواد (۱۳۸۸)، «موجبات طلاق به درخواست زوجه در حقوق ایران و فقه امامیه»، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، س ۶، ش ۱۸.
- ۵- امامی (الف)، سیدحسن (بی تا)، حقوق مدنی: تهران: انتشارات اسلامی.
- ۶- امامی (ب)، سیدحسن (بی تا)، فقه استدلالی، تهران: انتشارات اسلامی.
- ۷- امینی گلستانی، محمد (۱۳۸۷)، آداب ازدواج و زندگی خانوادگی، قم: انتشارات سپهر آذین.
- ۸- انصاری دزفولی (الف)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵)، النکاح، چ ۱، قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
- ۹- انصاری دزفولی (ب)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۹)، فرائد الاصول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.

- ۱۰- جاور، حسین و همکاران (۱۳۹۳)، «میان کنش قاعده لاضرر و حریم خصوصی خانواده»، **مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز**، دوره ۶، ش ۷.
- ۱۱- جعفریان، رسول (۱۴۲۸)، **رسائل حجابیه**، چ ۲، قم: انتشارات دلیل ما.
- ۱۲- حسن‌زاده، صالح (۱۳۹۳)، «عوامل تحکیم خانواده در فرهنگ اسلامی»، **طرح پژوهشی دانشگاه علامه طباطبایی**.
- ۱۳- حلی(الف)، مقداد بن عبدالله سیوری (بی‌تا)، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، مترجم: عبدالرحیم بخشایشی، قم: پاساژ قدس.
- ۱۴- حلی(ب)، حسین (۱۴۱۵)، **بحوث فقهیه**، بی‌جا: موسسه المناره.
- ۱۵- خویی(الف)، ابوالقاسم (۱۴۱۰)، **منهاج الصالحین**، قم: نشر مدینه العلم.
- ۱۶- خویی(ب)، ابوالقاسم (۱۴۱۶)، **مرآة النجاه**، قم: مکتب نشرالمنتخب.
- ۱۷- راغب اصفهانی، حسین (۱۴۱۲)، **المفردات**، بیروت: انتشارات دارالعلم.
- ۱۸- سجادی، امین مهدی (۱۳۹۴)، «تبیین مبانی فقهی موثر در تطبیق قاعده نفی عسر و حرج بر مسائل فقهی خانواده»، **فصلنامه مطالعات جنسیت و خانواده**، س ۳، ش ۲.
- ۱۹- سنهوردی، عبدالرزاق احمد (۱۳۸۲)، **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**، مترجم: علی مرزی، قم: انتشارات دانشگاه قم.
- ۲۰- سیستانی حسینی، سیدعلی (۱۴۱۴)، **قاعده لاضرر و لاضرار**، چ ۱، قم: انتشارات دفتر آیت‌اله سیستانی.
- ۲۱- شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۹)، **بایسته‌های فقه جزا**، چ ۱، تهران: انتشارات میزان.
- ۲۲- صدر، سیدمحمد باقر (۱۴۲۰)، **قاعده لاضرر و لاضرار**، قم: دارالصادقین للطباعه و النشر.
- ۲۳- طاهری، حبیب‌اله (۱۴۱۸)، **حقوق مدنی**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۴- عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، چ ۱۳، قم: انتشارات آل‌البيت.
- ۲۵- عراقی، آفاضیاء الدین (۱۴۲۰)، **قاعده نفی الضرر و الاجتهاد و التقليد (مقامات الاصول)**، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۲۶- علامه، سیدمهدی (۱۳۸۷)، **شروط باطل و تأثیر آن در عقود**، تهران: انتشارات بنیاد حقوقی میزان.
- ۲۷- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۸۵)، **قاعده لاضرر: تقریرات دروس**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
- ۲۸- فهرستی، زهرا و چاوشی‌ها، مریم (۱۳۸۷)، «شروط مندرج در سند ازدواج بررسی و تحلیل»، **فصلنامه بانوان شیعه**، س ۵، ش ۱۷.
- ۲۹- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، **حقوق خانواده**، چ ۵، تهران: انتشارات سهامی.
- ۳۰- محقق داماد(الف)، سیدمصطفی (۱۴۰۶)، **قواعد فقه**، چ ۱، تهران: نشر علوم اسلامی.

- ۳۱- محقق داماد(ب)، سیدمصطفی (۱۳۶۵)، تحلیل فقهی حقوق و خانواده، تهران: نشر علوم اسلامی.
- ۳۲- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۵)، قواعد فقه، چ ۹، تهران: کتابخانه ملی.
- ۳۳- مصطفوی، فریده (۱۳۸۲)، زن از منظر اسلام، قم: بوستان کتاب.
- ۳۴- مطهری، مرتضی (۱۳۵۱)، فقه و حقوق (مجموعه آثار)، چ ۱، قم: انتشارات صدرا.
- ۳۵- معین، محمد (۱۳۷۵)، فرهنگ فارسی، تهران: انتشارات امیرکبیر ایران.
- ۳۶- مکارم شیرازی(الف)، ناصر (۱۳۸۱)، شیوه همسری در خانواده نمونه، قم: انتشارات نسل جوان.
- ۳۷- مکارم شیرازی(ب)، ناصر (۱۳۹۰)، قواعد فقهی (قاعده لاضرر)، قم: انتشارات امام علی بن ابیطالب(ع).
- ۳۸- مکارم شیرازی(ج)، ناصر (۱۳۹۰)، قاعده لاضرر، مترجم: محمدجواد بنی سعید لنگرود، قم: انتشارات امام علی بن ابیطالب(ع).
- ۳۹- مکارم شیرازی(د)، ناصر (۱۴۲۴)، النکاح، قم: انتشارات امام علی بن ابیطالب(ع).
- ۴۰- موسوی بجنوردی، محمدبن حسن (۱۴۰۱)، قواعد فقهیه، چ ۳، تهران: موسسه عروج.
- ۴۱- موسوی خمینی(الف)، روح‌اله (بی‌تا)، تحریر الوسیله، نجف اشرف: دارالکتب العلمیه.
- ۴۲- موسوی خمینی(ب)، روح‌اله (۱۴۱۴)، بدائع الدرر فی قاعده نفی الضرر، قم: نشر آثار امام خمینی(ره).
- ۴۳- موسوی خمینی(ج)، روح‌اله (۱۴۲۲)، استفتائات، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۴- موسوی خمینی(د)، روح‌اله (۱۳۸۲)، القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (تهذیب الاصول)، چ ۱، قم: دارالفکر.
- ۴۵- موگویی، حاج علی (۱۳۷۹)، قاعده عسر و حرج و حق زنان در طلاق، تهران: انتشارات اطلاعات.
- ۴۶- میرشمسی، فاطمه (۱۳۸۷)، «شروط ضمن عقد نکاح بررسی و مقارنه مواردی از آن در فقه امامیه و اهل سنت»، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، ش ۱.
- ۴۷- نائینی غروری، محمدحسین (۱۳۷۳)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المکتبه المحمديه.
- ۴۸- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۶)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: المکتبه الاسلامیه.
- ۴۹- نجفیان، امین و هدایت‌نیا، فرج‌اله (۱۳۹۶)، «مبانی مشروعیت شرط عدم طلاق در عقد نکاح»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، س ۱۳، ش ۴۹.
- ۵۰- نراقی، مولی احمدبن محمد مهدی (۱۴۱۷)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۵۱- نمازی اصفهانی، شیخ الشریعه فتح‌اله (۱۴۱۰)، قاعده لاضرر، قم: دفتر انتشارات اسلامی.