

## مبانی فقهی تشریفات ثبت رسمی ازدواج و طلاق با تأکید بر قاعده «نفی اختلال در نظام»

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۰۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۱۵

محبوبه ملکی<sup>۱</sup>

امراه نیکومنش<sup>۲</sup>\*

هادی عظیمی گرکانی<sup>۳</sup>

DOI: 10.30497/flj.2022.243220.1802

### چکیده

قانون‌گذار برابر فواید بسیاری که بر ثبت اعمال حقوقی مترتب است و آثار حقوقی و قانونی مثبتی که اعمال حقوقی ثبت شده دارند، دایره نفوذ اصل حاکمیت اراده را درباره موضوع ثبت اعمال حقوقی محدود کرده و ثبت برخی اعمال حقوقی را ضروری دانسته است. سختگیری‌های قانون‌گذار در رابطه با ضرورت رسمی کردن برخی اعمال حقوقی از جمله ازدواج و طلاق، از مظاهر تمدن و عوامل پیشرفت و توسعه فرهنگی است. همچنین موجب خواهد شد حقوق مربوطه در هنگام ثبت این اعمال حقوقی در دفاتر اسناد رسمی، به میزان مقرر قانونی و بدون امکان گریز از پرداخت، به موقع وصول شود. از طرف دیگر، با تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی، مردم از مزایای فراوان اسناد رسمی از جمله لازم‌الاجرا بودن مفاد اسناد مزبور بدون نیاز به حکم محاکم و کاهش میزان اختلافات و دعاوی ناشی از توافقات و قراردادهای عادی بهره‌مند شوند. علی‌رغم اینکه ثبت رسمی ازدواج و طلاق از پدیده‌های نوظهور حقوقی است و سابقه چندانی در فقه ندارد، می‌توان از قواعد فقهی برای اعتبار بخشیدن به آن استفاده کرد. مهم‌ترین قاعده فقهی‌ای که به عنوان مبانی ضرورت ثبت رسمی اسناد می‌توان به کار برد، قاعده «نفی اختلال نظام» است. قاعده نفی عسر و حرج، قاعده مصلحت، قاعده لا ضرر و قاعده وجوب دفع ضرر به عنوان دیگر قواعد مبنایی در این زمینه کاربرد دارند که در این مقاله، به روش توصیفی - تحلیلی و با ابزار کتابخانه‌ای به این موضوع پرداخته شده است.

### کلیدواژه‌ها

ثبت رسمی، اعمال حقوقی، قواعد فقهی، قاعده «نفی اختلال در نظام».

۱. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، تهران، ایران.

mahbub.maleki78@gmail.com

۲. (نویسنده مسئول) استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، تهران، ایران.

a\_nikoomanesh@yahoo.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، تهران، ایران.

garekani1339@yahoo.com

## مقدمه

تشکیل خانواده و تداوم نسل از نیازهای اساسی انسان به شمار می‌آید و ازدواج ابزار این نیاز اساسی است که در هر جامعه‌ای آداب و رسوم مختلفی دارد. با وجود اینکه ازدواج و طلاق امری کاملاً شخصی است و تابع اصل آزادی و حاکمیت اراده طرفین می‌باشد، حفظ نظم اجتماعی، اخلاق حسنه و حقوق عمومی و مالی، موجب گردیده است که در جوامع مختلف، الزاماتی برای این مهم اندیشه شود. این الزامات اصولاً از قواعد آمره محسوب می‌شود که تخلف از آنها حسب مورد، می‌تواند مسئولیت مدنی یا کیفری برای افراد در پی داشته باشد. لذا به جهت ایجاد و تثبیت این گونه اعمال حقوقی، چاره‌ای جز رعایت تشریفات ثبت رسمی نیست.

در فقه امامیه نیز، با عنایت به آیه ۲۸۲ سوره بقره، ریشه قرآنی بودن ثبت آشکار می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۲، صص ۵۵ - ۵۷). ثبت هر عمل حقوقی، از جمله ازدواج و طلاق، علاوه بر آنکه ریشه در فرهنگ قرآنی دارد، دارای رعایت تشریفات خاصی نیز برای ثبت است؛ طوری که وجود تشریفات در تبیین قراردادها از اهمیت بسیاری برخوردار است و رعایت تشریفات می‌تواند به کاهش دعاوی، کاهش هزینه‌های دولتی و شخصی، رفع بلا تکلیفی مردم، ایجاد نظم و انسجام اجتماعی و اقتصادی، به‌ویژه در امر ازدواج و طلاق، بینجامد.

همچنین این تشریفات می‌تواند نقشی حمایت‌گر در حقوق سایرین (اشخاص ثالث و فرزندان) ایفا کند؛ زیرا تشریفات امری است که از ناحیه قانون‌گذار بر وضعیت روابط حقوقی اشخاص بار می‌شود و در نتیجه، طرفین عقد ملزم به رعایت قوانین و مقررات می‌شوند که در صورت تخلف از آنها با ضمانت اجرای مدنی یا کیفری مواجه می‌شوند.

در فقه امامیه، به پیروی از قرآن کریم و سنت اهل بیت، اعمال حقوقی تابع اراده بوده و آنچه ملاک اصلی وقوع اعمال حقوقی است، قصد انشاست. «لذا حاکمیت اراده در قانون مدنی ایران به‌عنوان یک اصل انعکاس یافته و برای قصد انشا به‌عنوان خالق عقد و تعیین‌کننده توابع و حدود و آثار آن نقش اصلی و تعیین‌کننده شناخته می‌شود و دلالت دارد که عقد تابع اراده باطنی است؛ زیرا فقط تلفظ الفاظ عقد سبب عقد نیست تا اگر کسی که قصد عقد ندارد، آن را ادا کند، عقد واقع شود» (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۲، ص ۲۶۶). قاعده «العقود تابعه للقصد»، همچنین روایات «انما الاعمال بالنیات» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۴۸) و «انما لكل امرء ما نوى» (همان، ۴۹) و آیه

شریفه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» بر این امر دلالت دارند. بنابراین تشریفات نقش درجه دوم دارد و نقش اصلی با اراده است.

ثبت رسمی عمل حقوقی ازدواج و طلاق سابقه‌ای در فقه اسلامی ندارد. در ایران فقط ازدواج‌هایی به رسمیت شناخته می‌شوند که در قانون ثبت شوند و از آنجایی که طبق قانون مجازات اسلامی، از جمله ماده ۸۷۱، ازدواج و طلاق باید در دفاتر اسناد رسمی ثبت شود و در غیر این صورت، جرم می‌باشد و هر جرمی هم مجازات دارد، برای تحقق یافتن عمل مجرمانه لازم است که عناصر تشکیل دهنده جرم تحقق پیدا کند. به این دلیل، قانون‌گذار برای عدم ثبت ازدواج، مجازات و ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته و با این کار، حقوق کیفری را وارد حوزه خانواده کرده که در قانون مجازات، این ضمانت اجرای عدم ثبت، ناظر بر مردان است (علیشاهی قلعه جوقی و اسکندری، ۱۳۹۷، ص ۱۲۱).

البته در برخی مقالات و پژوهش‌ها، از جمله در مقاله «مبانی قاعده نفی اختلال نظام در فقه اسلامی و حقوق موضوعه» (۱۳۹۵)، به موضوع ثبت تا حدودی پرداخته شده است. باقی‌زاده و امیدفر (۱۳۹۳) پژوهشی با عنوان «ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه» انجام دادند و به این نتیجه رسیده‌اند که بررسی و تأمل در کتب فقهی، این نظریه را در ذهن تقویت می‌کند که قواعد فقهی و دلایل شرعی، همه در یک سطح قرار ندارند؛ بلکه برخی زیربنایی‌تر و کلی‌تر از دیگران هستند. همچنین از سوی دیگر، دلیل‌های فراتر از قواعد معمولی فقه وجود دارد که گرچه آنها هم عنوان قاعده فقهی دارند، تأثیرشان بر فقه بسیار فراتر است و به نوعی بیانگر نگاه و اصول کلی و اصلی شارع و بیان‌کننده اهداف و مقاصد شریعت‌اند که هر یک از آنها ممکن است خودشان زیربنای مسائل و حتی قواعد دیگری باشند. قاسمی سعادت‌آبادی (۱۳۹۱) پژوهشی با هدف بررسی قاعده فقهی اختلال نظام در فقه امامیه انجام داده است. هدف از این پژوهش اثبات قاعده حرمت اختلال نظام به عنوان یکی از اهم قواعد فقهی، تبیین مفاد قاعده بر مبنای ادله آن و استخراج، تقسیم‌بندی و تحلیل مواضع کاربردی این قاعده در کلام فقها و تعمیم و گسترش موضوع با توجه به ابعاد سیاسی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و ... نظام اسلامی می‌باشد. وجه تمایز مقاله حاضر با پژوهش‌های مذکور، استخراج مبانی فقهی با تمرکز بر قاعده نفی اختلال در نظام (که تأییدکننده ضرورت ثبت ازدواج و طلاق از میان قواعد حقوقی است) می‌باشد.

**مفهوم‌شناسی مصطلحات****۱. قاعده «نفي اختلال نظام»**

مقصود از قاعده «نفي اختلال نظام» نفي و کنار گذاشتن هر امری است که موجب اختلال در نظام معیشت مردم گردد. به عبارت دیگر، شارع مقدس حکم موجب اختلال در نظام زندگی مردم را تشریح نکرده است؛ از این روست که اگر موضوعی به حکم اولیه خویش، سبب ایجاد اختلال در نظام مردم گردد، با عنایت به قاعده، باید چنین نتیجه گرفت که چون در اصل تشریح، حکم موجب اختلال در نظام نیامده، حکم اولیه موجب اختلال نظام برداشته می‌شود (کلانتری، ۱۳۸۷، ۲۱۲).

**۲. قاعده نفي عسر و حرج**

مقصود از قاعده نفي عسر و حرج نفي هر حکم مستلزم ثبوت حرج بر بندگان است. طبق این قاعده، وجوب وضو یا غسل و ... در صورتی که الزام به آن مستلزم حرج باشد، رفع می‌شود (بجنوردی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۳۶۹؛ ایروانی، ۱۴۳۲، ق، ج ۱، ص ۱۷۲). حرج در اصل به معنای تنگنا و ضیق است و به گناه و حرام نیز حرج گفته می‌شود (ابن اثیر جزری، ۱۳۶۷، ج ۱، ص ۳۶۱). عسر معنایی نزدیک به حرج دارد و چنین برمی‌آید که مجرد صعوبت در تکالیف سبب نفي حکم شده است نه اینکه امر زایدی مانند تکراری که سبب ضیق شود، در این باره معتبر باشد (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۶۷). از سوی دیگر، تلقی عرف نیز این چنین است که به هر کار مشقت‌آوری ضیق و تنگنا گفته می‌شود که طبق قاعده عسر و حرج نفي شده است.

**۱. قاعده «نفي اختلال نظام»****۱-۱. دلایل فقهی بودن قاعده «نفي اختلال نظام»**

قاعده «نفي اختلال نظام» قاعده‌ای فقهی است. دلایل فقهی بودن قاعده را در موارد زیر می‌توان یافت:

اولاً در بررسی موارد استعمال قاعده فوق‌الذکر ملاحظه می‌شود که قاعده نفي اختلال نظام حکم به شمار می‌رود؛<sup>۱</sup> زیرا این قاعده متضمن مصلحتی است که عاید اجتماع انسان‌ها شده و

۱. حکم در لغت به معنای متعددی استعمال شده است، مانند منع از فساد، قضاوت و فیصله دادن به دعوا؛ قطعیت در هر امری را چه در فصل خصومت و چه در غیر آن، حکم می‌نامند و همچنین سلطه حاکمیت و ولایت را حکم می‌نامند؛ اما در اصطلاح، حکم را دستور مقتن اسلام درباره افعال مکلفان، خواه الزامی باشد و خواه نباشد، گویند. در اصطلاح عام‌تر، حکم عبارت است از قانون شرعی شامل احکام تکلیفی و وضعی یا آنچه از مقررات شرعی که متضمن مصلحت اکید مردم است و اراده فرد برخلاف آنها نافذ نیست، حکم نامیده می‌شود که در این صورت، در مقابل حق به کار می‌رود و دارای سه اثر حق یعنی قابلیت اسقاط، نقل و انتقال نیست (صرافی، ۱۳۷۳، صص ۴۶ و ۴۷).

اراده و توافق افراد برخلاف آن نافذ نیست. قاعده فقهی نفی اختلال نظام از جمله قواعدی است که به صراحت در متون قرآنی یا احادیث نیامده، اما نگرش کلی به ابواب مختلف فقه، شیوه و فلسفه قانون‌گذاری در اسلام و همچنین اقسام مختلف قوانین اسلامی، ذهن را به طرح چنین قاعده‌ای رهنمون می‌کند.

ثانیاً هدف از کاربرد قاعده «نفی اختلال نظام» تلاش بر اثبات حجیت یا عدم حجیت احکام الهی نیست؛ بلکه با تمسک به قاعده و تطبیق موارد بر آن، می‌توان به حکم‌سازی دست زد و حکم بسیاری از موارد ناشناخته را دریافت.

در معاملات خصوصی افراد اجتماع را چگونه می‌توان توجیه کرد؟ قطعاً چنین اقدامات و دخالت‌های دولت نادیده انگاشتن آزادی معاملاتی افراد است. این‌گونه دخالت‌ها در اعمال حقوقی مردم بی‌شک می‌تواند مصداق بارزی از توسل به قاعده «نفی اختلال نظام» باشد؛ چرا که هرگونه اهمال دولت‌ها در اعمال حقوقی و معاملات افراد اجتماع و نامحدود گذاردن آزادی معاملاتی افراد سودجو نتیجه‌ای جز اختلال در نظام زندگی و معیشت مردم نخواهد داشت و از این روست که اعطای چنین مجوزهایی به دولت در ملحوظ داشتن محدودیت بر آزادی معاملاتی، نتیجه اعمال قاعده فوق است. بنابراین نقش اصلی قاعده نفی اختلال نظام، علاوه بر حکم بودن خود آن، حکم‌سازی است. به همین دلیل، به جرئت می‌توان این قاعده را از جمله قواعد فقهی دانست و نه قاعده اصولی.

## ۱-۲. نظم عمومی

دولت‌ها با نام ایجاد رفتار عادلانه در اجتماع، روابط ایجادشده بین افراد را در نظارت و رهبری خود می‌گیرند. مبنای دخالت دولت در امور خانواده، نظم عمومی است و لذا آن را نظم عمومی دخالتی هم می‌گویند که باعث ایجاد جامعه‌ای ایمن برای روابط خانوادگی است و نظمی را برقرار می‌کند که قراردادها باید پیرو آن باشند.

ثبت رسمی از مهم‌ترین ابزار ایجاد نظم عمومی است. ثبت نهاد جدیدی در حقوق ایران است که همگام با فرهنگ اروپایی وارد سرزمین ما شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶، ج ۱، ص ۱)؛ به‌طوری که اولین قانون ثبت در سال ۱۲۹۰ در ۱۳۹ ماده به تصویب رسید و متعاقباً در سال ۱۳۰۲، قانون دیگری در ۱۲۶ ماده تصویب شد که مربوط به ثبت املاک بود. سابقه الزام ثبت نکاح در قانون به سال ۱۳۱۰ برمی‌گردد و قانون ثبت احوال که رسماً متصدی ثبت وقایع چهارگانه (ولادت، ازدواج، طلاق و وفات) بود، در سال ۱۳۵۵ تصویب و اجرا گردید. تصویب

و اجرای این مواد قانونی حاکی از یک نظم عمومی است. به نظر می‌رسد رابطه‌ای بین نظم عمومی و قاعده نفي اختلال نظام به شرح دلایل زیر وجود داشته باشد:

الف. براساس مفهوم نظم عمومی که حالت برخواسته از ترتیب موجود بین سازمان‌های حقوقی جامعه است که آن را حقوق تضمین کرده، می‌توان مفهومی مشابه را در قاعده نفي اختلال نظام یافت؛ چرا که مفهوم و معنای قاعده، چیزی جز مردود دانستن هر آنچه نظام اجتماع را بر هم می‌زند، نیست و از آنجایی که جامعه از سازمان‌های مختلفی تشکیل یافته که بقای اجتماع منوط به حفظ و حراست از این سازمان‌ها و ترتیب و تنظیم آنهاست، هر آنچه ترتیب و تنظیم را دستخوش اختلال و بی‌ترتیبی کند، مردود است (خورسندیان و شرعی، ۱۳۹۵، ص ۹۸). به عبارت دیگر، نظم عمومی در تلاش است که ترتیب سازمان‌های حقوقی موجود در جامعه را حفظ کند و قاعده نفي اختلال نظام نیز با نفي هر آنچه نتیجه‌اش ایجاد بی‌ترتیبی، دگرگونی و برهم‌ریختگی نظامات جامعه است، سعی در حفظ حیات اجتماعی افراد دارد.

ب. یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های نظم عمومی نسبت به مفهومی است؛ به این معنی که نظم عمومی بر حسب زمان و مکان متغیر است؛ زیرا امری که در زمان و مکان خاص مشمول مفهوم نظم عمومی است، شاید در زمان یا مکان دیگر مشمول مفهوم نظم عمومی نباشد؛ بنابراین قواعد نظم عمومی در مورد آن لازم‌الرعايه نیست. چنین ویژگی‌ای در قاعده نفي اختلال نظام نیز به روشنی قابل مشاهده است. از سوی دیگر، نتیجه رعایت قاعده نفي اختلال نظام، نظم است که نهایتاً عموم مردم از آن منتفع می‌شوند؛ زیرا در حفظ نظام زندگی اجتماعی، یکی از مهم‌ترین مصالح عمومی رعایت شده است و این یکی از ویژگی‌های نظم عمومی نیز می‌باشد؛ چنان‌که ویژگی دیگر نظم عمومی رعایت مصلحت عموم افراد است.

ج. شناخت و اعمال مصادیق نظم عمومی همچون مصادیق قاعده نفي اختلال نظام، در دست فردی است که به روح قوانین یا فقه‌آشنایی داشته باشد؛ چرا که بسیاری از تأسیسات مشمول نظم عمومی در قوانین صراحتاً ذکر نشده و این قاضی و حقوق‌دان است که باید با آشنایی با اصول و قواعد مسلم حقوقی، مصادیق مفهوم نظم عمومی را تشخیص دهد؛ چنان‌که تشخیص احکام مشمول قاعده در صلاحیت کسی است که به مذاق شریعت و روح شرع آشنایی داشته باشد. بنابراین از این جهت، تفاوتی بین دو مفهوم نیست.

د. نظم عمومی از قواعد امری است که اصولاً تخلف‌بردار نیست (مگر در موارد استثنایی

چون حفظ جان و ...). لذاست که در صورت تعارض با سایر قواعد و قوانین، بر آنها تفوق و برتری می‌یابد. از همین روست که نظم عمومی به‌عنوان یکی از استثنائات حاکم بر اصل آزادی اراده، قراردادی قلمداد شده است؛ چرا که براساس این اصل مسلم حقوقی، افراد در انعقاد و انتخاب شرایط قراردادها آزادند؛ لیکن در صورتی که این توافقاتی خاص‌های خصوصی منجر به برهم ریختن نظم عمومی گردد، رعایت مفهوم نظم عمومی که منجر به حفظ مصلحت عموم افراد می‌شود، مقتضی ایجاد محدودیت بر توافقات افراد خصوصی است. در قاعده نفي اختلال نظام نیز، این قاعده در فرض تعارض با سایر احکام، بر آنها حاکم می‌شود و آنها را به‌عنوان دلیل احکام محکوم کنار می‌زند و از این روست که بر آن احکام اولیه، تفوق و برتری می‌یابد که مشابه کاربرد قاعده در ابواب مختلف فقه به‌وفور یافت شده است.

د. در قسمت آثار نظم عمومی، از بطلان قراردادهای مخالف نظم عمومی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین آثار بحث شد؛ اما در مورد قاعده نفي اختلال نظام که هر چند ابتدائاً قاعده به‌خودی‌خود، مستلزم بطلان قراردادهای مشمول قاعده و نفي شده نیست، توجه به مفهوم قواعدی چون نقض غرض و ... به‌عنوان مکمل قاعده نفي اختلال نظام، مستلزم قبول بطلان قراردادهایی است که براساس قاعده نفي اختلال نظام، مردود می‌باشند. بنابراین اثر بطلان قراردادهای مخالف نظم عمومی و مخالف نظام را می‌توان از شباهت‌های دو مفهوم دانست؛ اما در مورد ثبوت احکام وضعی دیگری چون مطالبه خسارت و ...، براساس قاعده نفي اختلال نظام، نمی‌توان ابتدائاً به ثبوت چنین احکامی حکم کرد، مگر در شرایطی که مبنایی دیگر مقتضی ثبوت احکام راجع به خسارت و سایر موارد باشد.

در رابطه با نظم عمومی نیز، ملاحظه کردید که نمی‌توان حکم به ثبوت خسارت در قراردادهای مخالف نظم عمومی داد. در نتیجه مفهوم نظم عمومی و لزوم رعایت آن در حقوق، با مفهوم قاعده نفي اختلال نظام متحد است و تنها تفاوت در شکل بیان این دو است؛ چرا که لزوم رعایت نظم عمومی به شکل مثبت و نفي اختلال نظام به شکل منفي بیان شده است و الا از جهت مصادیق و سایر موارد، تفاوتی ملاحظه نمی‌گردد. از این روست که هر آنچه نظام جامعه را مختل کند، مخالف نظم عمومی بوده و لذا مطرود است.

قاعده نفي اختلال نظام را می‌توان به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مبانی فقهی ضرورت ثبت رسمی اعمال حقوقی برشمرد. در دنیای امروز و به‌ویژه با لحاظ گستردگی ارتباطات بین افراد و همچنین اهمیت حفظ حقوق افراد ثالث، بدیهی است که عدم ثبت رسمی اعمال حقوقی سبب

بر هم خوردن نظم عمومی و اختلال در نظام خواهد شد. لذا چاره‌ای جز محدود کردن اصل رضایی بودن عقود و تبدیل بسیاری از عقود به عقود تشریفاتی وجود ندارد.

«شکل‌گرایی مثبتی» یک نهاد حقوق مدنی است که در خدمت اشخاص به منظور تضمین صحت اطلاعات آنها می‌باشد و از طریق اعطای ضمانت‌اجرای مناسب و احتیاط‌ها و دقت‌های ضروری جهت جلوگیری و حل و فصل تعارضات عمل می‌کند و به‌عنوان مثال، با انتخاب یکی از ادعاهای متعارض، وضعیت حقوقی اموال را از لحاظ تعیین هویت مالک مشخص می‌کند.

علی‌الاصول قانون‌گذاران با مقرر نمودن فرم و شکلی معین برای اعمال حقوقی، در عین حال که حمایت از فاعل عمل حقوقی را مدنظر دارند، حمایت از برخی اشخاص معین از متعاملین را نیز مورد هدف قرار می‌دهند که عدم رعایت آن فرم خاص و انجام عمل به‌صورت رضایی ممکن است آنان را در معرض خطر قرار دهد.

گاهی «شکل» از اشخاصی حمایت می‌کند که در عمل حقوقی مداخله ندارند، لیکن در آن ذی‌نفع هستند؛ مثلاً لزوم تنظیم سند رسمی در هبه در حقوق فرانسه، نه تنها به‌منظور حمایت از واهب، بلکه به‌جهت حمایت از خانواده او که در عمل مزبور دخالتی ندارند، صورت می‌گیرد. با لزوم مداخله سردقتر در عمل حقوقی مزبور، مقنن به دنبال آن است که توجه واهب را به منفعت خانواده‌اش جلب نماید. در واقع، مقنن بدین‌وسیله خانواده واهب را در مقابل محرومیت‌های ناشی از بذل و بخشش‌های نامطلوب مصون می‌دارد. همچنین دلیل کافی برای اثبات میزان اموال موضوع هبه و جلوگیری از تعرض به اموال باقی‌مانده واهبی را که فوت کرده است، فراهم می‌کند. علاوه بر آن، ضرورت رعایت یک شکل مشخص مانع از آن می‌شود که عموم مردم جامعه در اثر ناآگاهی از وقوع اعمال حقوقی رضایی یا مفاد دقیق و کامل آنها، که معمولاً به اطلاع دیگران نمی‌رسد، اقدام نمایند (قاسمی، ۱۳۹۵، صص ۲۳۸ و ۲۳۹).

## ۲. قاعده نفی اختلال نظام و ارتباط آن با حفظ مصالح و نظم عمومی

هر عملی که موجب اختلال در نظام مسلمین شود، مثل تنظیم قراردادهای خصوصی که خلاف نظم عمومی است، به حکم عقل و همچنین با در نظر گرفتن قاعده ملازمه، به حکم شرع، حرام است و اثر وضعی بطلان دارد. لذا به‌طور قطع، ملاک الزام به ثبت رسمی اعمال حقوقی، همان حکم عقل است که یعنی «زیان مردم و اختلال در نظام اجتماعی مسلمین» (محقق داماد، ۱۳۶۲، ص ۵۱).

حفظ نظام یکی از مهم‌ترین مسائل حکومت اسلامی است و حفظ نظام از واجبات اکید و



اختلال در امور مسلمانان و هرج و مرج از امور مغبوضه است (موسوی خمینی، ۱۳۹۷، ص ۴۶۱). حفظ نظام در یک معنای وسیع به معنی حراست و پاسبانی از کیان حکومت اسلامی در مقابل دشمنان اسلام است و در یک معنی خاص تر، به معنی نظم و انتظام دادن به نمادها و ساختارهای جامعه و ایجاد ارتباط معقول و منطقی میان این ساختارهای حکومتی با مردم است که ارمغان این نظم میان نمادها و ارتباط ساختارها و مردم، آرامش و نظم فراگیر در جامعه است.

به نظر فقهای شیعه امامیه و حتی معتزله، احکام شرعی همگی تابع مصلحت و مفسده است و این مفسده و مصلحت باید نفس الامری باشد؛ یعنی مصلحت مردم در این حکم موردنظر باشد یا مفسده‌ای که موجب به هلاکت افتادن آنها می‌شود، ملحوظ نظر شارع بوده است و به تعبیر بعضی از نویسندگان، «قوانین اسلامی به اصطلاح امروز، در عین اینکه آسمانی است، زمینی است؛ یعنی براساس مصالح و مفاسد موجود در زندگی بشر است؛ بدین معنا که جنبه مرموز و صددرصد مخفی و رمزی ندارد که بگوید حکم خدا به این حرف‌ها بستگی ندارد، خدا قانون وضع کرده و خودش از رمز آن آگاه است، لذا اسلام اساساً خودش بیان می‌کند که من هرچه قانون وضع کرده‌ام، براساس همین مصالحی است که یا به جسم شما مربوط است یا به روح شما؛ یعنی یک امور به اصطلاح مرموزی که عقل بشر به آن راه دانسته باشد، نیست» (مطهری، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۷).

این نکته که گفته شد: احکام تابع مصالح و مفاسد می‌باشند، به این معنا نیست که در همه مواقع، این مصلحت در مورد یک یک افراد جامعه جاری باشد؛ بلکه در بسیاری از موارد، مصالح نوعیه یعنی مصالح امت اسلامی مدنظر قرار گرفته می‌شود. «چه بسیار مصلحتی که برای امت اسلامی در نظر گرفته شده، برای فردی ضرر و حرج داشته باشد» (موسوی خمینی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۳۵۷). همچنین اگرچه احکام شرعی دایر مدار مصلحت و همگی تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند، همین مصالح و مفاسد، دائمی و همیشگی نیستند؛ بلکه بسیاری از اینها بستگی به شرایط زمانی و مکانی دارند و چه بسا امری در زمانی مصلحت داشته باشد و در یک زمان دیگر، تبدیل به مفسده شود که این مطلب ارتباط با احکام ثانویه دارد.

یکی از وجوهی که برای حجیت افعال عقلا قائل می‌شوند، حفظ مصالح عمومی و پیشگیری از اختلال نظام اجتماع بشری است که عنوان انگیزه حکم عقلا در چنین بناهایی مطرح می‌شود و هر آنچه در تأمین این جهت دخالت داشته باشد، مطلوب شارع است و شاهد این امر احکام ثانویه است که شارع جهت حفظ مصلحت و جلوگیری از اختلال نظام جعل یا امضا نموده

است که به همه احکام اولیه نیز حکومت دارد. از آنجا که در بسیاری از احکام معاملات و اجتماعی اسلام، ملاک عمومی و انگیزه اصلی برای جعل و تشریح از جانب شارع، حفظ نظام و مصالح عمومی بشر است، در واقع همین انگیزه و ملاک موجب آن شده تا شارع بر بنای عقلا تأکید نماید و بر این اساس، حفظ مصالح عمومی به عنوان یک ملاک مستنبط در محدوده مسائلی که صرفاً مربوط به جامعه بشری است و جنبه معیشتی دارد، معرفی شده است (تقوی، ۱۳۷۸، صص ۶۲-۶۷).

اشخاص در قراردادهای شخصی آزادند که این خود یکی از اصول مهم در زندگی انسان به شمار می‌رود؛ ولی رعایت نظم عمومی و بر هم نزدن آن در رتبه مهم‌تری قرار دارد و اصولاً به آن، مسئله مهم می‌گویند و در تراحم مسائل مهم و اهم، چون هر دو مقدور مکلف نیست، مسئله اهم بر مهم مقدم است و این یک اصل حائز اهمیت عقلی است. لذا هرگاه دو حکم لازم‌الاتباع شرعی در یک موضوع و مصداق تراحم کنند، حکم عقلی نسبت به امر اهم، ترجیح قائل می‌شود. در جامعه، همواره مصالح متفاوتی در تراحم و تعارض با یکدیگر هستند و قطعاً در تراحم مصالح نوعیه با شخصیه، مصالح نوعیه تقدم و رجحان دارند و حفظ نظام معاش و زندگی مردم عقلاً و شرعاً ضروری است.

### ۳. مقایسه قاعده نفی اختلال نظام با قاعده نفی عسر و حرج

پس از شناخت قاعده نفی اختلال نظام، اکنون به مقایسه آن با قواعدی که ممکن است مشابهت‌هایی وجود داشته باشد، پرداخته خواهد شد. در جهت روشن شدن رابطه دو قاعده «نفی اختلال نظام» و «نفی عسر و حرج»، بیان دو مقدمه زیر لازم است.

#### الف. معیار شخصی یا نوعی در قاعده لاحرج

مقصود از حرج شخصی این است که حرج ثابت شده مخصوص آن شخص باشد؛ به این معنا که اگر تکلیف فرد سبب قرار گرفتن در حرج و ضیق باشد، به گونه‌ای که تحمل آن غیرممکن باشد، تکلیف از عهده او برداشته می‌شود ولو در انجام همین تکلیف نسبت به سایرین حرجی نباشد؛ به این بیان می‌گویند که ملاک در قاعده لاحرج معیار شخصی است. اما اگر تکلیفی از تکالیف نسبت به اغلب مکلفین حرجی باشد، آن تکلیف از عهده جمیع مکلفین برداشته می‌شود، حتی اگر نسبت به آنان حرجی نباشد. ملاک قاعده در اینجا نوعی است؛ یعنی اگر تکلیفی نسبت به ۸۰ درصد از مکلفین حرجی باشد، آنگاه از ۱۰۰ درصد مکلفین رفع تکلیف می‌شود (موحدی لنگرانی، ۱۳۸۴، صص ۱۴۴-۱۴۵). اما کدام یک از این دو معیار در تمسک به قاعده لاحرج چاره‌ساز است؟

چون دلیل لاجرح بر ادله دیگر حکومت دارد، بدیهی است که جایی برای پذیرش حرج نوعی باقی نمی‌ماند؛ زیرا معنی حکومت از سویی، رفع هر حکمی است که موجب حرج است و از سوی دیگر، بقای احکامی است که مقتضی حرج نباشد و این همان معنی شخصی بودن حرج است (محقق داماد، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۹۵). از این روست که با عنایت به اهم دلایل برخی از فقها در استدلال‌های خویش درمی‌یابیم که به صورت ضمنی به شخصی بودن ملاک حرج اشاره کرده‌اند؛ از جمله شیخ انصاری در کتاب رسائل الفقهیه بیان می‌دارد: «لَيْسَ الْمَقَامُ مِمَّا يَتَّضِعُ الْحَرْجُ بِتَشْرِيعِ الْمَوَاسَعَةِ فِي جَمِيعِ الْأَفْرَادِ حَتَّى مَعَ عَدَمِ الْحَرْجِ بَانَ يَكُونُ الْحَرْجُ مُؤَسَّسًا لِلْحَكْمِ» (انصاری، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۲۷): «جایی نیست که لزوم حرج سبب تشریح احکام دارای وسعت نسبت به همه افراد شود به گونه‌ای که لزوم حرج مؤسس حکم باشد».

### ب. مراتب ضیق در تکالیف و قاعده لاجرح

برخی از اندیشمندان و فقها تکالیف را از جهت مراتب حرج و سختی تفکیک کرده‌اند. از این رو مناسب است که ابتدائاً به مراتب مختلف ضیق و سختی و سپس به تطبیق لاجرح با یکی از این مراتب پرداخته شود.

**مرتبه اول:** مرتبه مالایطاق و به اندازه‌ای که مکلف طاقت تحمل آن را نداشته باشد و به عبارت دیگر، مشقت کثیر است. خداوند می‌فرماید: «رَبَّنَا لَا تُحْمِلُنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ» (بقره، ۲۸۶): «پروردگارا آنچه طاقت تحمل آن را نداریم بر ما تحمیل نکن» (حسینی شیرازی، ۱۴۲۱ ق، ص ۳۰).

**مرتبه دوم:** مرتبه‌ای است که از نظر شدت، از مرحله اول کمتر است ولی تحمل مشقت موجب اختلال نظام است.

**مرتبه سوم:** مرتبه‌ای از مشقت که مالایطاق نیست و به حد اختلال نظام نمی‌رسد، ولی مستلزم ضرر در نفس یا عرض و ... است.

**مرتبه چهارم:** مرتبه‌ای از مشقت که موجب هیچ‌یک از موارد فوق نیست، بلکه مجرد مشقت و سختی است که از عمل به تکلیف حاصل می‌شود.

در خروج مرتبه اول از محل بحث شکی نیست؛ به دلیل اینکه در قاعده لاجرح، بحث از تکالیف ممکن و موجب حرج است؛ در حالی که تکالیف مالایطاق تکالیف غیرمقدور است و عقلاً مکلف دانستن افراد به آن محال؛ چنان‌که در کتب کلامی و برخی از کتب اصولی نیز، در این باره بحث شده است. اما در اینکه مرتبه دوم نیز از بحث قاعده نفی حرج خارج است، تردیدی نیست؛ زیرا کلمات و عبارات فقها از این قسم انصراف دارد؛ به دلیل آنکه قبح تکالیفی

که موجب اختلال نظام می‌شوند، واضح و بی‌نیاز از استدلال است؛ زیرا مقصود شارع مقدس از تشریح نمودن احکام، ابطال نظام جامعه و تعطیل نمودن زندگی افراد آن نیست؛ بلکه برعکس، غرض از تشریح بسیاری از تکالیف فقط حفظ این نظام به بهترین وجه است. با این حساب، چگونه می‌توان پذیرفت که شارع مقدس مردم را به اموری تکلیف کند که موجب اختلال نظام می‌شود؟ در مورد مرتبه سوم نیز، باید این قسم را داخل در قاعده لاضرر دانست.<sup>۱</sup> بنابراین تنها مرتبه چهارم (که افعال حرجی و دارای مشقتی را شامل می‌شود که به حد مالایطاق نمی‌رسند و موجب اختلال نظام و ضرر در مال یا نفس نیستند) تحت شمول قاعده نفی عسر و حرج قرار می‌گیرد. در بیان رابطه دو قاعده «نفی عسر و حرج» و «نفی اختلال نظام» نتایج ذیل حاصل می‌شود.

پس از بیان مقدمات فوق، در بیان تفاوت‌های دو قاعده، نتایج ذیل حاصل می‌گردد:

اولاً چنان‌که ملاحظه شد، معیار تشخیص حرج جهت تمسک به قاعده لاجرح، معیار شخصی است و نه معیار نوعی. ولی در قاعده نفی اختلال نظام، بحث بر سر سختی‌ای است که در ضمن اختلال در نظام جامعه انسانی، عموم مردم به آن مبتلا شده‌اند. حال اگر قرار باشد حرج ایجاد شده برای عموم مردم را مصداقی از قاعده لاجرح بدانیم، بایستی تک‌تک افراد مردم را با خصوصیات و ویژگی‌های شخصیتی، جنسیتی و ... مورد لحاظ قرار داده، آنگاه حکم کنیم که آیا مجرای اعمال قاعده نفی عسر و حرج و در نتیجه نفی حکم اولیه وجود دارد یا خیر. این در حالی است که در قاعده «نفی اختلال نظام»، معیار تمسک به قاعده، اختلالی است که دامن‌گیر ارکان و نظامات کلی و عمومی جامعه می‌شود و در نتیجه سبب حدوث اختلال و مشقت در زندگی عموم مردم می‌شود. برای مثال، معتبر ندانستن قاعده سوق سبب مختل شدن بازار (اقتصاد) مسلمانان، یعنی یکی از مهم‌ترین ارکان نظام زندگی مردم می‌شود. در این اختلال، نوع مردم در سختی و مشقت قرار می‌گیرند و چه بسا تعدادی دیگر از مردم در مشقت قرار نگرفته باشند؛ لیکن حکم عموم را به آنان که اصلاً در مشقت قرار نگرفته‌اند نیز، قابل تسری می‌دانیم؛ چرا که معیار اصلی در تمسک به این قاعده (قاعده نفی اختلال نظام)، اختلال

۱. بین حرج و ضرر تفاوت است؛ ضرر عبارت است از نقص؛ خواه در مال یا در بدن یا غیر آن. پس آنچه نقص نمی‌باشد، ضرری نیز نیست و این برخلاف حرج است؛ چرا که حرج مشقت است؛ اگرچه مشتمل بر نقص نباشد، مانند وضو با آب سرد در زمستان که در این صورت، وضو به حد مشقت شدید می‌رسد، بدون اینکه تحمل آن سبب بروز نقص در بدن باشد (ایروانی، ۱۴۳۲ق، ج ۱، ص ۱۷۵).

حاصل شده در نظام اجتماع انسانی است که در نتیجه آن، جریان زندگی عموم مردم از مسیر اصلی خود خارج و موجب مشقت و سختی عموم مردم می شود. از این روست که ملاک اصلی در قاعده نفی اختلال نظام، معیاری نوعی است و نه شخصی؛ اما معیار مورد عنایت در قاعده لاجرح، معیاری شخصی می باشد.

ثانیاً مشقت و سختی تکالیف اولیه در قاعده لاجرح به صورت مستقیم و بدون واسطه مورد توجه است؛ مثلاً در وضوی حرجی، صرف اینکه وجوب وضو گرفتن در شرایط خاص (مانند برودت شدید هوا) سبب حرج و مشقت فرد شود، معیار تمسک به قاعده نفی عسر و حرج است؛ اما در قاعده نفی اختلال نظام، آنچه به صورت مستقیم و ابتدائاً مورد توجه است، اختلال در ارکان و زیربنای نظام زندگی و معیشت مردم است و سختی ای که احیاناً در نتیجه اختلال نظام به وجود می آید، در مرتبه ثانوی توجه است.

ثالثاً مهم تر از دو استدلال فوق این است که موضوع قاعده نفی عسر و حرج از موضوع قاعده نفی اختلال نظام کاملاً متمایز است؛ زیرا چنان که ملاحظه کردید، مشقت حاصل از تکالیف اولیه دارای مراتب مختلف است. در مرتبه دوم، تحمل حکم اولیه موجب اختلال نظام و لذا عقلاً قبیح است. شارع مقدسی که احکام متفاوت جزایی، معاملی، خانوادگی و ... را با هدف حفظ اموال، انفس، اعراض و ... بشریت وضع کرده، بعید است افراد را نسبت به تکلیفی که تحمل و عمل آن، خود موجب اختلال نظام است، مؤاخذه کند. اما تکالیفی که تحت شمول قاعده نفی عسر و حرج قرار می گیرند، تکالیف مقدوری است که در شرایط ویژه، تنها به دلیل مشقت و سختی ای که در مکلف پدید می آورند، مردود شناخته شده اند، بدون اینکه تحمل آنها اختلالی در نظام معیشت مردم به وجود آورد. بنابراین موضوع حرج عموم مردم (با فرض اینکه برای یکایک آنها حرج و مشقت حاصل شود) اگر تحت شمول قاعده لاجرح قرار گیرد، از قاعده نفی اختلال نظام، خروج موضوعی دارد. به بیان دیگر، موضوع این دو قاعده از هم جداست و بنابراین فرض یکی دانستن آنها متغی است.

#### ۴. قاعده «مصلحت»

یکی دیگر از قواعد بسیار مهمی که به خصوص درباره ثبت ازدواج و طلاق قابل طرح است، قاعده «مصلحت» می باشد.

قاعده مصلحت به معانی ذیل در کتب فقهی بیان شده است:

الف. قاعدهٔ مصلحت به معنای رعایت منافع عمومی در برابر منافع فردی و گروهی: قاعدهٔ مصلحت به معنای رعایت منافع عمومی در برابر منافع فردی و گروهی در واقع مبنای آن بر جمع‌گرایی و تقدم مصالح عمومی بر مصالح فردی و گروهی در اسلام است. از جمله مرحوم نجفی در کتاب گران‌قدر خویش در خصوص اجبار محترک بر فروش به دلیل رعایت مصلحت عموم، می‌نویسد: «الخروج عن قاعدة عدم جبر المسلم... باقتضاء المصلحة العامة والسياسة ذلك في كثير من الأزمنة والأمكنة» (نجفی، ۱۴۲۲ ق، ج ۲۲، ص ۴۸۵): «در بسیاری از زمان‌ها و مکان‌ها، مصلحت عمومی و سیاست اقتضا می‌کند از قاعدهٔ "عدم جبر مسلم" خارج شویم».

امام خمینی نیز در بیان گوشه‌ای از اختیارات حاکم اسلامی چنین می‌فرماید: «امام و والی مسلمین می‌تواند هر امری را که به صلاح مسلمانان است، انجام دهد؛ اموری مانند تثبیت قیمت یا صنعت یا محدود کردن تجارت و یا ... یعنی هر کاری را که در صلاح جامعه دخیل است» (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۶۲۶).

روشن است که در عینیت بخشیدن به این نوع مصلحت عمومی، لازم نیست همهٔ افراد جامعه به‌طور مساوی و به‌گونهٔ بالفعل از آن سود ببرند. هرچند به دلیل فقدان شرایط یا وجود موانعی نمی‌توانند از آن بهره‌مند شوند، استفاده از آن برای عموم به‌طور بالقوه یکسان در نظر گرفته شده است (عمید زنجانی، ۱۳۸۴، ج ۹، ص ۱۱۲).

ب. مقایسهٔ قاعدهٔ «مصلحت» و قاعدهٔ «نهی اختلال نظام»: برخی از محققان از جمله زیرمجموعه‌های مهم قاعدهٔ مصلحت را مصلحت حفظ نظم عمومی جهت پرهیز از اختلال نظام زندگی مردم و ایجاد هرج و مرج در جامعه می‌دانند.<sup>۱</sup> براساس این نظر، مصلحت نظم عمومی در واقع زیرساخت همهٔ مصالح عمومی است و بدون آن، همهٔ سازمان‌دهی‌های عمومی براساس مصالح خاص آنها در هم می‌ریزد. در نتیجه رابطهٔ بین دو قاعدهٔ مصلحت و نهی اختلال نظام، عموم و خصوص مطلق است؛ اما به دلایل ذیل، به نظر می‌رسد که چنین تلقی‌ای صحیح نباشد:

اولاً، چنان‌که در معنای لغوی مصلحت ذکر شد، اکثر قریب به اتفاق لغت‌دانان این واژه را به

۱. قاعدهٔ نظم عمومی و رعایت نظام شایستهٔ زندگی بشری که فقها به‌جای تعبیر مثبت از این اصل، معمولاً به تعبیر منفی «اختلال نظام» جهت نفی هر حکمی که موجب مختل شدن نظام شایستهٔ اجتماعی می‌گردد، اکتفا می‌نمایند (عمید زنجانی، ۱۳۸۴، ج ۹، ص ۳۴؛ صابریان، ۱۳۸۶، ص ۲۷).

معنای خیر و نفع دانسته‌اند. در روایات و در کلام فقهای عظام نیز، این واژه به همین معنای خیر و منفعت به کار برده شده است. بنابراین به کار بردن واژه مصلحت در معنایی غیر از آنچه برای آن وضع شده، استعمال مجازی و نیازمند وجود قرینه‌ای در کلام است که بر آن معنای مجازی دلالت داشته باشد؛ چراکه متبادر از کلمه مصلحت تنها معنای منفعت و خیر است و براساس آنچه در علم اصول<sup>۱</sup> می‌بینیم، اطراد و شیوع کاربرد در این معنا و عدم صحت سلب معنای ذکرشده برای مصلحت، دلیل بر حقیقی بودن استعمال این لفظ در معنای خیر و منفعت است. در نتیجه اگر قرار باشد معنایی افزون بر معنای حقیقی بر واژه مصلحت بار شود، نیازمند دلیل است. پس قائل شدن ابتدائاً به اینکه معنای مصلحت می‌تواند حفظ نظام معیشت مردم (نظم عمومی) باشد، پسندیده نیست؛ چرا که مصلحت در اموری مطرح است که بی‌اعتنایی به آن امور نهایتاً موجب فوت منفعت است و نه موجب ایجاد اختلال و هرج و مرجی که در قاعده «نهی اختلال نظام» مطرح می‌شود و حمل بر این مقصود بدون دلیل نادرست است.

ثانیاً امری که سبب مقدم شدن امور مصلحت‌دار بر غیر آن می‌باشد، رعایت قاعده «اهم و مهم» یا قاعده «دفع افسد به فاسد» است؛ به این توضیح که گاه دو حکم در مقام اجراء، یکی دارای مصلحت و دیگری با مصلحت کمتر یا حتی بدون مصلحت برابر یکدیگر قرار می‌گیرند، به‌گونه‌ای که عمل به یکی مانع از عمل به دیگری می‌شود. چنین وضعیتی ایجادشده‌ای را در علم اصول تراحم می‌نامند. در اینجا به‌موجب عقل، حکم مصلحت‌دار اهمیت بیشتری نسبت به حکم دیگر که مصلحت کمتری دارد، پیدا کرده، بر آن مقدم می‌شود؛ بدون آنکه حکم دارای مصلحت کمتر به کلی بی‌اعتبار باشد.

اما در قاعده نفی اختلال نظام، وضعیت به گونه دیگری است؛ زیرا در این قاعده، بحث بر این است که اصلاً احکام دارای ویژگی مختل‌کننده نظام معیشت و زندگی مردم تشریح نشده‌اند (نفی احکام منخل نظام) و لذا تمسک و تقدم قاعده نفی اختلال نظام فقط مربوط به مرحله اجرای حکم نیست؛ بلکه به کلی حکم منخل نظام را بی‌اعتبار می‌کند، شبیه آنچه در قاعده لاضرر

۱. اگر استعمال حقیقی یا مجازی واژه‌ای در معنایی شک شود، در علم اصول، روش‌هایی جهت این تشخیص ارائه شده است؛ از جمله این روش‌ها تبادر است؛ به این توضیح که معنایی که زودتر به ذهن خطور می‌کند، معنای حقیقی است. همچنین اگر نتوان معنا را از واژه‌ای جدا و سلب کرد، چنین معنایی، معنای حقیقی می‌باشد؛ مانند معنای حیوان درنده از لفظ اسد. شیوع و اطراد معنایی برای لفظ نیز دلیل حقیقی بودن آن معنا برای آن لفظ می‌باشد (مظفر، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۳).

(که نفی هر حکم ضرری است) یا قاعده لاجرح (که نفی حکم حرجی است) شاهد آن هستیم. اصولیون این مقام را حکومت قاعده لاضرر، لاجرح و نفی اختلال نظام نامیده‌اند. در نتیجه علی‌رغم وجود نظراتی که یکی از موارد قاعده مصلحت را رعایت نظم عمومی و نفی اختلال نظام می‌داند، به دلایل مطرح‌شده در فوق، رابطه این دو قاعده تبیین است و لذا این دو قاعده از هم مجزاست. بنابراین قاعده مصلحت را نیز به‌عنوان یکی از قواعد فقهی مبنایی ضرورت ثبت رسمی اعمال حقوقی می‌توان برشمرد؛ به این دلیل که عدم ثبت رسمی اعمال حقوقی با به خطر انداختن منافع متعاقدین از یک سو و اشخاص ثالث از سوی دیگر، سبب ایجاد هرج‌ومرج و بی‌ثباتی و ناامنی اقتصادی در جامعه می‌شود. لذا قاعده مصلحت اقتضا می‌کند که منافع عمومی را بر منافع شخصی اولویت داد و با محدود کردن عقود رضایی، بر دامنه عقود تشریفاتی افزود؛ چرا که دولت نیز در حال تغییر و گسترش مفاهیم حقوقی است و اجرای منویات حاکمیت دولت در قراردادهای خصوصی سبب محدودیت حاکمیت اراده می‌شود. بنابراین جهت حفظ نظم اجتماعی جامعه، تمامی قراردادها و عقود باید براساس نظامی هماهنگ به سمت شکل‌گرایی واحدی پیش روند که تنها مرجع شایسته ثبت رسمی عقود و قراردادها دفاتر اسناد رسمی و ادارات ثبت اسنادند.

### ۵. قاعده «نفی ضرر»

با توجه به اینکه این قاعده یکی از مهم‌ترین قواعد فقه اسلامی است که در همه ابواب فقه اعم از عبادات و معاملات، بازتاب داشته و از زمان پیامبر اسلام (ص) تاکنون مورد توجه مسلمانان و همه فرقه‌های اسلامی بوده است و همچنین واقعه ازدواج و طلاق نیز از جمله وقایع مهم بشری هستند، لذا قانون‌گذار براساس نظامات دولتی و حکومتی و به دلیل دفع ضرر متعاقدین، ثبت رسمی هر یک را الزامی و عدم ثبت آنها را جرم دانسته است.

**الف. مضمون قاعده «نفی ضرر»:** مفهوم قاعده از موضوعات مورد اختلاف بین بسیاری از فقهای عظام بوده و سبب بروز اختلافات نظراتی در این باره گردیده است که در ادامه به اهم آنها اشاره خواهد شد.

نظر اول: نظریه شیخ انصاری و ماحصل سخن ایشان اینکه مقصود از عبارت «لا ضرر و لا ضرار» باقی دانستن لای نفی جنس به حال خود است و همانا آنچه نفی شده، حکم شرعی‌ای است که از آن، ضرر بر بندگان لازم می‌آید. در نتیجه کل احکام ضرری در شریعت نفی شده است (انصاری، ۱۴۱۹ ق، ج ۲، ص ۵۳۴).



نظر دوم: بدین ترتیب که استعمال «لا» در جمله لا ضرر در معنای اصلی (لای نفی جنس) است؛ لیکن مقصود از ضرر، ضرر غیرمتدارک است؛ یعنی در اسلام ضرر غیرمتدارک وجود ندارد؛ به این بیان که شارع مقدس ضرر غیرمتدارک را جایز نمی‌داند و در عالم تشریح، آن را نفی کرده و آن را به منزله معدوم دانسته است (تونلی، ۱۴۱۲ ق، ص ۷۹؛ بجنوردی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۲۵۷).

نظر سوم: نظریه شیخ الشریعه اصفهانی که براساس آن، مقصود از «لا» در عبارت «لا ضرر و لا ضرار»، نهی از اضرار است. به عبارتی «لا» به صورت مجازی به صورت نفی به کار برده شده و درحقیقت در معنای نفی است. از این رو، ضرر رساندن، نهی تحریمی الهی دارد (اصفهانی، ۱۴۲۴ ق، ص ۲۵).

نظر چهارم: که آن را محقق خراسانی عنوان کرده و براساس آن، مقصود از روایت، نفی حکم به لسان نفی موضوع است (خراسانی، ۱۴۱۸ ق، ص ۳۸۱)؛ اما این نظریه در عرض سه نظر دیگر نیست، بلکه خود وجه دیگری از نظر نخست می‌باشد؛ به جز اینکه فرق بین این نظر و نظر شیخ انصاری در طریق استفاده نفی احکام ضرری از متن روایت است (که براساس نظر شیخ انصاری، حکم ضرری برداشته و نفی شده، ولی براساس نظر مرحوم خراسانی، موضوع موجب ضرر در احکام نفی شده است).

امام خمینی<sup>(ره)</sup> در خصوص قاعده «لاضرر» می‌فرماید: پیامبر<sup>(ص)</sup> دارای سه مقام است: الف. مقام نبوت و رسالت که احکام خدا را به مردم می‌رساند. ب. دیگری مقام حکومت و سیاست که از این نقطه نظر اعلام جنگ و پیکار می‌کند، متخلفان از احکام الهی را مجازات می‌کند و دیگر اموری را که لازمه حکومت است، انجام می‌دهد، از این جهت، پیامبر<sup>(ص)</sup> لازم‌الاطاعه است و این اطاعت مستقیماً اطاعت از خود پیامبر محسوب می‌شود. به همین علت است که قرآن کریم می‌فرماید: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ»<sup>۱</sup> (نساء، ۵۹). در این آیه، خدا همان‌طور که به اطاعت خود دستور داده، به اطاعت از پیامبر و اولی الامر به عنوان اولیای امت نیز دستور داده است و از همین روست که در قرآن می‌فرماید: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا»<sup>۲</sup> (احزاب، ۳۶). ج. مقام قضاوت است که براساس آن، فصل خصومت می‌نماید. این

۱. خدا و پیامبر و اولی الامر خود را اطاعت کنید.

منصب گاهی در یک شخص جمع است؛ مثل پیامبر (ص) و گاهی این مناصب از یکدیگر تفکیک و جدا می‌شوند. نتیجه آنکه هر یک از این مناصب آثاری دارد: رسول‌الله هم نبی است و هم حاکم و هم قاضی.

پس از روشن شدن مناصب سه‌گانه، هر جا در روایات در مورد فرموده پیامبر (ص) و علی (ع)، «امر» یا «قضی» آمده، ظاهر در این است که ایشان به‌عنوان امیر و حاکم چنین دستوری داده‌اند نه به‌عنوان بیان‌کننده احکام و هرگونه تعبیری غیر از این، نیازمند دلیل است. لذا معنی لاضرر و لاضرار، نهی از اضرار است؛ اما نه به معنای نهی الهی که از قبیل اکثر نواهی در کتاب و سنت باشد؛ بلکه به معنای نهی حکومتی است و از آنجا که این نهی از طرف پیامبر (ص) مفترض الطاعه بوده، باید از آن پیروی کرد.

لاضرر همواره نقش حکومتی دارد و احکام حکومتی را بیان می‌کند؛ اما توجه به قاعده نفی اختلال نظام نشان می‌دهد که این قاعده علاوه بر اینکه می‌تواند در امور حکومتی استعمال شود، در غیر آن نیز کاربرد دارد و منحصر دانستن قاعده تنها در امور حکومتی مقبول نیست. بنابراین بدیهی است که قاعده لاضرر نیز یکی از قواعد فقهی مبنایی برای ضرورت ثبت رسمی اعمال حقوقی و از جمله واقعه ازدواج و طلاق است و به این جهت، باید از ایجاد ضرر دوری شود؛ مثلاً اگر حکم به رضایی بودن عقود سبب اضرار به اشخاص و برهم خوردن نظم معیشتی و نظام خانوادگی جامعه شود، باید از این حکم اجتناب شود.

## ۶. قاعده وجوب دفع ضرر محتمل

با اینکه قاعده دفع ضرر محتمل از قواعد عقلی است، از دلایل قرآنی نیز بهره می‌گیرد: «بگو: به من خیر دهید، اگر [قرآن] از نزد خدا [آمده] باشد و آن را انکار کرده باشید، چه کسی گمراه‌تر از آن کس خواهد بود که به مخالفتی درودراز [دچار] آمده باشد؟» (فصلت، ۴۵). قاعده دفع ضرر محتمل از چنان منطق قوی و آشکاری برخوردار می‌باشد که تقریباً در تمام شئون زندگی فردی و اجتماعی اشخاص ریشه دوانده و نهادینه شده است. قفل کردن خودرو به‌منظور پیشگیری از سرقت، قرار دادن پول و اشیای قیمتی در محل امن، شکل‌های مختلف بیمه، بستن کمر بند ایمنی، واکسیناسیون، وضع قوانین در جامعه و مثال‌هایی از این قبیل، همگی از همان قاعده عقلی دفع ضرر محتمل پیگیری می‌نمایند؛ هرچند ممکن است تحت عناوین

۲. و هیچ مرد و زن مؤمنی را در کاری که خدا و رسول حکم کنند، اراده و اختیاری نیست (که رأی خلافی اظهار نمایند) و هر کس نافرمانی خدا و رسول او کند، دانسته به گمراهی سختی افتاده است.

دیگری مانند پیشگیری وضعی از وقوع جرم، پیشگیری بهداشتی، تدبیر برای حفظ مال و ... از آن اسم برده شود.

ثبت رسمی اسناد املاک و اموال و اعمال حقوقی نظیر ازدواج و طلاق نیز از مصادیق بارز اقدام عقلی برای حفظ مال، آبرو، حیثیت اجتماعی و خانوادگی و دفع ضرر محتمل ناشی از آن است؛ به عنوان مثال، چنانچه شخصی اقدام به خرید ملکی کند، با وجود اماره تصرف، بهترین راه حفظ مالش در مقام احقاق حق، دفاع در مقابل معارضضان و اقناع مسئولان، ارائه سند مالکیت رسمی است. همچنین تسهیل در اثبات نکاح و طلاق را می توان مبناى اصلی لزوم ثبت آن دانست و با توجه به اهمیت این وقایع در زندگی زوجین، فرزندان مشترک و گاه اشخاص ثالث، ثبت نکاح موقت همراه با ضمانت‌اجراهای قوی نیز، به دلیل وجوب دفع ضرر محتمل، لازم و ضروری باشد.

با استفاده از قاعده و وجوب دفع ضرر محتمل و قواعد «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» و «کل ما حکم به الشرع حکم به العقل»، می توان به اثبات ثبت رسمی بدین شرح زیر پرداخت. **الف. دلیل مستقل عقلی:** صغرای قضیه: جلوگیری از بروز نزاع و اختلاف احتمالی در معاملات از طریق ثبت رسمی و تحصیل دلایل عقلاً واجب است. کبرای قضیه: هر چیزی را که عقل به آن حکم کند، شرع نیز به آن حکم می کند. نتیجه: ثبت رسمی اسناد برای جلوگیری از اختلافات احتمالی، شرعاً واجب است.

**ب. دلیل غیرمستقل عقلی:** صغرای قضیه: حفظ و نگهداری اموال و حقوق ناشی از روابط بین افراد، مالکیت و منافع آنها برای صاحبش [از نظر دلایل مالکیت] شرعاً واجب است. کبرای قضیه: هر فعل واجب شرعی عقلاً مستلزم وجوب مقدمه آن است. نتیجه: مقدمه این واجب شرعی نیز عقلاً واجب است؛ یعنی ثبت رسمی اسناد مالکیت به منظور حفظ اموال و حق و حقوق ناشی از روابط بین افراد و دلایل مالکیت واجب می باشد.

### یافته‌های پژوهش

با عنایت به اینکه آزادی اراده در عقود و ایقاعات یک اصل پذیرفته شده است، یکی از مظاهر مشهود نقض اصل رضایی بودن عقود و ایقاعات مداخله دولت‌ها در شکل‌گرایی و تشریفات نوشتاری از قبیل تنظیم اسناد عادی یا رسمی می باشد که ابزار مناسبی جهت محدود کردن اصل حاکمیت اراده و آزادی‌های فردی است و می توان به واقعه ازدواج و طلاق به عنوان عقود

شکلی اشاره کرد که در این عقود نیز، تشریفات قانونی در حقیقت جزء قیود اراده محسوب می‌شوند.

همچنان‌که نظام‌های حقوقی از یک طرف، بر آزادی اراده اشخاص و از طرفی دیگر، بر هدایت و کنترل آن به واسطه وضع قوانین و مقررات امری تأکید دارند، نظام تشریفات با توجه به نقش حمایتی خود از اراده فردی و یاری رساندن به آن و آگاهی رساندن به افراد به منظور پرهیز از تعهدات نابخردانه و جلوگیری از ایجاد روابط ناسالم در کنار نظام اصالت‌الرضا، موجب آگاه‌تر شدن مردم و روشنی بیشتر مفاد قراردادهای خصوصی و اراده‌های حقوقی می‌شود؛ مانند لزوم تنظیم سند رسمی و ثبت یا تودیع نسخه‌ای از آن در دفاتر رسمی که موجب اطلاع‌رسانی دقیق به اشخاص ثالث می‌شود و مانع از آن می‌شود که اشخاص در دام توافقات معارض گرفتار شوند. بنابراین می‌توان گفت که تشریفات جزء قیود اراده است، لیکن نه تنها در تقابل با حاکمیت اراده نیست، بلکه تقویت‌کننده و کامل‌کننده آن نیز می‌باشد و در این مقاله، سعی شده است با نگرشی بر قواعد فقهی، از جمله نفی عسر و حرج، مصلحت، نفی ضرر، و جوب دفع ضرر محتمل با تأکید بر قاعده نفی اختلال در نظام به جهت اهتمام شارع در حفظ نظام و پرهیز از امور مختل‌کننده، به لزوم ثبت رسمی تشریفات ازدواج و طلاق پرداخته شود.

این قاعده، علی‌رغم شباهت‌های ظاهری که با سایر قواعد مذکور دارد، مهم‌ترین مبنای فقهی جهت تأیید ضرورت ثبت رسمی ازدواج و طلاق است. اگرچه قواعد فقهی دیگری نیز در این امر سهیم هستند.

تاکنون به این ظرافت به این مطلب پرداخته نشده است که حقوق غنی اسلامی به نظامات زندگی اجتماعی اعم از خانوادگی و ... اهتمام خاص دارد و مفهوم نظم عمومی قبل از آنکه از سیستم‌های اروپایی به حقوق ما راه یابد، در حقوق اسلامی و اندیشه فقهای اسلامی مورد توجه بوده، مورد استناد نیز واقع می‌شده است. از این رو، با تکیه بر قاعده مذکور و ضمن رعایت شرایط قاعده، می‌توان محدود کردن اصل رضایی بودن عقود و ضرورت ثبت رسمی واقعه ازدواج و طلاق را اثبات نمود. هدف از شرح و تحلیل و شکافتن موضوع مقاله حاضر بهره‌مندی خوانندگان و علاقه‌مندان به اهمیت ثبت رسمی واقعه ازدواج و طلاق بوده و پیشنهاد و راهکاری جز تأکید بر لزوم ثبت رسمی این وقایع، در مراجع رسمی، که دارای آثار و فواید بسیاری است، لحاظ نشده است.

## منابع

- قرآن کریم.
- ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد (۱۳۶۷). *النهایه فی الغریب الحدیث و الاثر*، جلد ۱. قم: نشر اسماعیلیان.
- اصفهانی (شیخ الشریعه)، فتح‌الله (۱۴۲۴ ق.). *قاعده لاضرر*. قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الإسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۴ ق.). *رسائل الفقہیہ*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹ ق.). *فرائد الاصول*، جلد ۲. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ایروانی، باقر (۱۴۳۲ ق.). *دروس التمهیدیہ فی القواعد الفقہیہ*، جلد ۱. قم: دار الفقه للطباعه و النشر.
- بجنوردی، سید محمد (۱۳۹۶). *قواعد فقہیہ*، جلد ۱. تهران: انتشارات مجد.
- تقوی، سید محمدناصر (۱۳۷۸). *حکومت و مصلحت*. تهران: امیرکبیر.
- تونی، محمدفاضل (۱۴۱۲ ق.). *الوافیہ فی الاصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- جعفری لنگرودی، جعفر (۱۳۵۶). *حقوق اموال*. تهران: نشر مؤلف و چاپ مشعل آزادی.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ ق.). *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه*، جلد ۳. بیروت: مؤسسه آل‌البیت.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۲۱ ق.). *الفقه المروور*. بیروت: مؤسسه المجتبی.
- خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۸ ق.). *قاعده لاضرر و الاجتهاد و التقليد (کفایه الاصول)*. بیروت: مؤسسه آل‌البیت.
- خورسندیان، محمدعلی و شرعی، الهام (۱۳۹۵). «مبانی قاعده نفی اختلال نظام در فقه اسلامی و حقوق موضوعه». *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۴۹(۱)، ص ۸۱-۱۰۴.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). *تشکیل قراردادها و تعهدات*. تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم.
- صابریان، علیرضا (۱۳۸۶). «مصلحت و جایگاه آن در حکومت اسلامی». *نشریه حقوق اساسی*، سال هشتم.
- صراف، سیف‌اله (۱۳۷۳). «احکام حکومتی و مصلحت». *مجله راهبرد*، ۴(۴)، ص ۶۳-۹۲.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۴). *قواعد فقه سیاسی (مصلحت)*، جلد ۹. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- قاسمی، محسن (۱۳۹۵). *تشکیل‌گرایی در حقوق ملنی*. تهران: نشر میزان.
- قاسمی سعادت‌آبادی، مجتبی (۱۳۹۱). *بررسی قاعده فقهی اختلال نظام در فقه امامیه*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق. دانشکده الهیات و معارف اسلامی.
- کلانتری، علی‌اکبر (۱۳۸۷). *حکم ثانوی در تشریح اسلام*. قم: بوستان کتاب.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۲). *احتکار از نظر اسلام*. تهران: نشر اندیشه‌های نو در علوم اسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۵). *قواعد فقه*، جلد ۲. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۰). *اسلام و مقتضیات زمان*، جلد ۲. تهران: انتشارات صدرا.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۸). *اصول فقه*، جلد ۱. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- موحدی لنگرانی، محمدفاضل (۱۳۸۴). *ثلاث رسائل*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۸). *کتاب البیع*، جلد ۱. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲). *تحریر الوسیله*، جلد ۲. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۷). *طلب و اراده*. ترجمه سید احمد فهری. تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۲۲ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۲۲. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، احمد بن محمد (۱۳۷۵). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، مرکز انتشارات.
- علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل و اسکندری، فرزانه (۱۳۹۷). «بررسی فقهی - حقوقی ثبت نکردن ازدواج در دفاتر اسناد رسمی». *مجله فقه و حقوق خانواده*، ۲۳ (۶۹)، ص ۱۲۱-۱۴۳.

