



دانشگاه شاهرود

دانشکده علوم انسانی

گروه فقه و حقوق اسلامی

پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد

رشته فقه و حقوق خصوصی

عنوان

**تبیین جایگاه قاعده لاضرر در توسعه موارد انحلال عقد نکاح**

استاد راهنما

دکتر سعید سید حسینی

دانشجو

محمد حسین نادری

بهمن ۱۳۹۷



معاونت پژوهش و فناوری دانشکده علوم انسانی  
 صورتجلسه دفاع پایان نامه کارشناسی ارشد

جلسه دفاع پایان نامه کارشناسی ارشد آقای محمدحسین نادری دانشجوی کارشناسی ارشد رشته فقه و حقوق  
 خصوصی به شماره دانشجویی ۹۵۷۵۶۷۵۰۲ رأس ساعت ۱۰ صبح مورخ ۹۷/۱۱/۱۴ در محل سالن دفاع ۲  
 دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد،

تحت عنوان:

"تبیین جایگاه قاعده لاضرر در توسعه موارد انحلال عقد نکاح"

تشکیل گردید.

کمیته داوری پایان نامه کارشناسی ارشد، پس از استماع دفاعیات و طرح پرسش های لازم در زمینه علمی و تحقیقاتی مرتبط با پایان نامه نامبرده،  
 ارزشیابی نهایی خود را به شرح ذیل، اعلام نمودند:  
 پایان نامه نامبرده در جلسه دفاع با نمره ۱۸ (به عدد) و بسیار خوب (به حروف) و با درجه بسیار خوب مورد تایید قرار  
 گرفت / نگرفت.

نامر نامی شماره ۹۷۱۱۲۷ مورخ ۹۷/۱۱/۲۷ معاون پژوهشی دانشکده، نمره پژوهشی اختصاص یافته به نامبرده ۲۰ (به عدد) بسیار خوب (به حروف) می باشد و نمره نهایی پایان نامه دانشجوی ۱۸ (به عدد) و بسیار خوب (به حروف) و با درجه بسیار خوب مورد تایید می باشد.

امضاء نماینده معاون پژوهش  
 تاریخ: ۹۷/۱۱/۲۷

امتیازات، طبق ماده ۲۰ آیین نامه آموزشی دوره کارشناسی ارشد، مصوب جلسه ۷۱۴ مورخ ۸۸/۱/۱۵ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری؛  
 عالی: ۲۰-۱۰-۱۹، بسیار خوب: ۱۸-۹۹ تا ۱۸، خوب: ۱۷-۹۹ تا ۱۶، قابل قبول: ۱۵-۹۹ تا ۱۴، غیر قابل قبول: نمره کمتر از ۱۴

اعضای کمیته داوری پایان نامه کارشناسی ارشد				
عنوان	نام و نام خانوادگی	مرتبه علمی	نام دانشگاه	امضاء
استاد راهنمای اول	دکتر سعید سیدحسینی	استادیار	شاهد	
استاد راهنمای دوم (در صورت وجود)	-	-	-	-
داور داخلی	دکتر حسین ردایی	استادیار	شاهد	
داور داخلی دوم (در صورت وجود)	-	-	-	-
داور خارجی	دکتر داووزنی	استادیار	تهران	
داور خارجی دوم (در صورت وجود)	-	-	-	-
نماینده تحصیلات تکمیلی (بدون نمره)	دکتر محمد افکانه	استادیار	شاهد	

توضیحات ناظر تحصیلات تکمیلی:


نام و نام خانوادگی ناظر تحصیلات تکمیلی:

محمد افکانه

تاریخ:

۹۷/۱۱/۱۴

امضاء

شماره:	اظهارنامه دانشجو	
تاریخ: ۹۷/۱۱/۱۹		

اینجانب محمد حسین نادری دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد، گواهی میدهم که پایاننامه تدوین شده حاض با عنوان: «تبیین جایگاه قاعده لاضرر در توسعه موارد انحلال عقد نکاح» به راهنمایی استاد محترم جناب آقای دکتر سعید سید حسینی توسط شخص اینجانب انجام و صحت و اصالت مطالب تدوین شده در آن، مورد تایید است و چنانچه هر زمان دانشگاه کسب اطلاع کند که گزارش پایاننامه حاضر صحت و اصالت لازم را نداشته، دانشگاه حق دارد مدرک تحصیلی اینجانب را مسترد و ابطال نماید؛ همچنین اعلام میدارد در صورت بهره‌گیری از منابع مختلف شامل: گزارش تحقیقاتی، رساله، پایان‌نامه، کتاب، مقالات تخصصی و سایر منابع اطلاعاتی، به منبع مورد استفاده و پدیدآورنده آن به طور دقیق ارجاع داده شده و نیز مطالب مندرج پایاننامه حاضر تاکنون برای دریافت هیچ نوع مدرک یا امتیازی توسط اینجانب و یا سایر افراد به هیچ کجا ارائه نشده است. در تدوین متن پایاننامه حاضر، چاقوب مصوب تدوین گزارشهای پژوهشی تحصیلات تکمیلی دانشگاه شاهد به طور کامل مراعات شده و نهایتاً این که، کلیه حقوق مادی ناشی از گزارش پایاننامه حاضر، متعلق به دانشگاه شاهد میباشد.

نام و نامخانوادگی دانشجو محمد حسین نادری

امضای دانشجو محمد حسین نادری

تاریخ: ۹۷/۱۱/۱۴

تقدیم به

تقدیم به همسر فداکار و مهربانم به خاطر تمام پشتیبانی‌ها و حمایت‌هایش

## سپاسگزاری

از استاد محترم جناب آقای دکتر سعید سیدحسینی که دلسوزانه در تمام مراحل نگارش این پایان نامه هدایت علمی فرمودند و نیز پدر مادر گرامی به خاطر تشویقها و هدایت‌های معنوی

## چکیده:

قاعده لا ضرر از جمله قواعدی است که پویائی و جامعیت نظام حقوقی اسلام را تا حد زیادی تأمین کرده است و می‌تواند راهگشای مشکلات نو پیدا باشد. در طول تاریخ فقهات این قاعده همواره مورد توجه فقها بوده است و اجمالاً تشریح برخی از احکام عبادی و معاملی بر اساس آن صورت گرفته است. در قانون مدنی ایران به عنوان ترجمان فقه امامیه مواد متعددی وجود دارد که یا مستقیماً برگرفته از قاعده لا ضرر بوده و یا در وضع آن‌ها به این قاعده توجه شده است. مانند مباحث مالکیت و اموال، اختیارات، عقود معین، حقوق خانواده و غیره. ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز از جمله مسائلی است که مستند فقهی آن قاعده لا ضرر می‌باشد. طبق این ماده هر زمانی که زندگی مشترک با سختی و ضرر ناشی از مشقت همراه شود، زوجه می‌تواند با اثبات ادعای خود تقاضای انحلال نکاح نماید. این پژوهش با روش کیفی و شیوه توصیفی-تحلیلی در صدد آن است تا با استفاده از جمع آوری اطلاعات از طریق مراجعه به کتابخانه و فیش برداری و تعمق در آیات و روایات؛ به نگرش صحیح اسلامی به تأثیر جایگاه قاعده لا ضرر در گسترش و توسعه موارد انحلال عقد نکاح بپردازد و اثبات نماید که می‌توان به استناد این قاعده موارد انحلال عقد نکاح را به جز موارد مصرح و مذکور در شرع و قانون مدنی بسط داد.

**کلیدواژه: انحلال نکاح، لا ضرر، عسر و حرج، قواعد فقه، حقوق خانواده.**

## فهرست مطالب

### فصل اول: کلیات و مفاهیم..... ۱۰

۱-۱. بیان مسئله ..... ۱

۲-۱. اهداف پژوهش: ..... ۴

۱-۲-۱. هدف اصلی: ..... ۴

۲-۲-۱. اهداف فرعی: ..... ۴

۳-۱. سوالات تحقیق: ..... ۴

۱-۳-۱. سوال اصلی: ..... ۴

۲-۳-۱. سوالات فرعی: ..... ۴

۴-۱. اهمیت و ضرورت تحقیق ..... ۵

۱-۴-۱. فایده نظری: ..... ۵

۲-۴-۱. فایده عملی: ..... ۵

۵-۱. روش تحقیق و تحلیل داده‌ها ..... ۵

۶-۱. مبانی نظری و پیشینه تحقیق ..... ۶

۲-۲. مفاهیم ..... ۱۲

۱-۲-۲. انحلال نکاح: ..... ۱۲

۲-۲-۲. لاضرر: ..... ۱۳

۳-۲-۲. عسر و حرج: ..... ۱۴

۱۶

### فصل دوم: قاعده لاضرر ..... ۱۶

۱-۲. مستندات قاعده لاضرر ..... ۱۸

۱-۱-۲. عقل: ..... ۱۸



- ۲-۱-۲. کتاب ..... ۱۸
- ۳-۱-۲. روایات ..... ۱۹
- ۴-۱-۲. بنای عقلا در مورد قاعده ضرر ..... ۲۲
- ۲-۲. مفاد قاعده و معنای ضرر و ضرار ..... ۲۳
- ۱-۲-۲. قید «فی الاسلام» و «علی مؤمن» ..... ۲۳
- ۲-۲-۲. معنای ضرر ..... ۲۴
- ۳-۲-۲. معنای ضرار ..... ۲۵
- ۵-۲-۲. مراد از جمله «لاضرر و لاضرار» ..... ۳۰
- ۳-۲. بررسی تقدیم قاعده لا ضرر بر ادله احکام اولیه ..... ۳۹
- ۴-۲. آیا قاعده لا ضرر نفی حکم میکند یا اثبات حکم؟ ..... ۴۲
- ۱-۴-۲. بررسی امکان اثبات حکم باتوجه به استنباط مختلف فقیهان از قاعده لا ضرر ..... ۴۴
- ۲-۴-۲. استدلال طرفداران اثبات حکم به وسیله قاعده لا ضرر ..... ۴۵
- ۳-۴-۲. استدلال طرفداران نفی حکم به وسیله لا ضرر ..... ۴۷
- ۴-۴-۲. نتیجه گیری ..... ۵۱
- ۵۲ فصل سوم: انحلال نکاح** .....
- ۱-۳. اسباب انحلال: ..... ۵۳
- ۱-۱-۳. تفاوت انحلال و بطلان نکاح: ..... ۵۳
- ۲-۱-۳. شروط مربوط به انحلال نکاح: ..... ۵۴
- ۲-۳. مبنای فسخ نکاح ..... ۵۶
- ۱-۲-۳. ماهیت و شرایط وقوع فسخ: ..... ۵۶
- ۲-۲-۳. تفاوت فسخ نکاح و طلاق ..... ۵۸
- ۳-۳. تعریف و خصوصیت‌های طلاق ..... ۵۹
- ۱-۳-۳. مفاهیم گوناگون طلاق: ..... ۶۱
- ۲-۳-۳. طلاق در قوانین خارجی ..... ۶۳

۳-۳-۳. موجبات طلاق .....	۶۵
۳-۳-۴. طلاق قضایی از منظر فقه امامیه .....	۶۷
.....	۷۱
<b>فصل چهارم: نقد و تحلیل ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بر مبنای قاعده لاضرر .....</b>	<b>۷۱</b>
۱-۴. تأثیر قاعده لاضرر در حقوق خانواده .....	۷۲
۲-۴. نحوه اثرگذاری لاضرر در انحلال عقد نکاح و مبنای فقهی ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی .....	۷۳
۳-۴. مدلول ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و نگاهی به سیر تغییر و تحول آن .....	۷۶
۱-۳-۴. پیشینه تاریخی: .....	۷۶
۳-۳-۴. بررسی حذف کلمه «ضرر» در اصلاحیه ماده ۱۱۳۰ .....	۸۱
۴-۳-۴. نظریه شورای نگهبان پیرامون ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی .....	۸۲
۵-۳-۴. شرایط اجرای ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی: .....	۸۶
۶-۳-۴. نقش روی ۵ قضایی در اجرای ماده ۱۱۳۰ .....	۸۹
۷-۳-۴. ماهیت طلاق قضایی ماده ۱۱۳۰ .....	۹۰
<b>فصل پنجم: نتیجه گیری .....</b>	<b>۹۵</b>
منابع: .....	۱۰۶

# فصل اول

## کلیات و مفاهیم

عقد نکاح اگر چه از جمله عقود است که در شرع اسلام تحکیم شده است و دأب شارع مقدس بر حفظ حداکثری آن به خاطر حفظ اجتماع و بنیان خانواده بوده است اما گاهی موقعیتی در زندگی به وجود می‌آید که تدام رابطه زوجیت موجب عسر و حرج و ضرر یکی از زوجین یا هردوی آنان می‌شود و ناچاراً باید این علقه را گسست اما گاهی زوجه به دلیل نداشتن اختیار طلاق و مورد ظلم قرار گرفتن از جانب زوج حق فسخ یا طلاق نداشته و متضرر می‌شود. یا حتی گاهی زوج با اینکه حق طلاق را در اختیار دارد اما به دلایلی متضرر شده و اگر بخواهد از حق طلاق استفاده نماید محکوم به پرداخت مهریه است و می‌خواهد با استفاده از ایجاد حق فسخ نکاح را پایان دهد. خلاصه اینکه موارد محدود و معین انحلال نکاح از یکسو و ایجاد ضرر و عسر و حرج برای زوجین از سویی دیگر ما را بر آن داشت تا با تمسک به قاعده لاضرر راهی را بیابیم که بتوان موارد انحلال عقد نکاح را توسعه داد و زوجین را از ضرر به وجود آمده رهانید. این پایان‌نامه مشتمل بر پنج فصل و با بررسی‌های فقهی پیرامون قاعده لاضرر و نیز فحوص حقوقی پیرامون انحلال نکاح و جمع بین آن دو در سدد بیان این مطلب است.

### ۱-۱. بیان مسئله

ازدواج یکی از مهمترین پدیده‌های اجتماعی است که آثار حقوقی بسیاری به دنبال خود می‌آورد. عقد نکاح از جمله عقود معینی است که انعقاد و انحلال آن تابع تشریفات خاصی است که قانون‌گذار حدود و ثغور آن را در قانون مشخص کرده. در مورد طلاق باتوجه به لازم بودن عقد نکاح و توثیق آن در شرع و قوانین موضوعه به این صورت نیست که هرزمان طرفین اراده کردند بتوانند عقد را برهم بزنند؛ بلکه تابع شرایط و مقدماتی است که توسط شارع مقدس یا قانون‌گذار وضع شده. عقد نکاح به سه طریق منحل و رابطه زناشویی قطع می‌گردد: طلاق، فسخ و بذل مدت<sup>۱</sup>. در این زمینه قاعده کلی فقهی و حقوقی آن است که طلاق به ید زوج است مگر آنکه آن را به زوجه مطلقاً یا مقیداً وکالت داده باشد و یا در مواردی برای زوجه حق فسخ ایجاد شود.

---

<sup>۱</sup> ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی

## فصل اول: کلیات و مفاهیم

علاوه بر این در ماده ۱۱۳۰ ق.م.مصوب ۱۳۷۰ عسر و حرج را به عنوان ملاک و مناط جدیدی برای ایجاد حق فسخ و انحلال زوجیت برای زوجه می‌افزاید که مبنای فقهی آن قاعده نفی حرج و ضرر در شرع مقدس است. این ماده بیان می‌دارد: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.» در سال ۱۳۸۱ مجمع تشخیص مصلحت، پس از مباحثات فراوان تبصره‌ای به این ماده افزود و ضمن تعریف عسر و حرج به عنوان «به‌وجود آمدن وضعیتی که ادامه‌ی زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد»، مصادیقی را برای آن برشمرد و در انتها بیان داشت: «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».<sup>۱</sup>

مبحث انحلال نکاح و مواد مذکور بویژه ماده‌ی اخیر چالش‌های فراوانی را پیش روی حقوق‌دانان و فقها قرار داده است. نخست اینکه آیا انحلال نکاح به دلیل عسر و حرج در چارچوب فسخ نکاح است یا چنانکه در متن قانون آمده، الزام به طلاق یا طلاق قضایی می‌باشد؟ دیگر اینکه چرا قانونگذار حق مزبور را تنها در اختیار زوجه قرار داده است و آیا با الغاء خصوصیت می‌توان حکم را به زوج نیز تسری داد؟ همچنین آیا باید تقصیر زوج، سبب ایجاد عسر و حرج شده باشد یا اگر زوج بی‌تقصیر باشد، یا مسبب آن زوجه باشد، دادخواست طلاق عسر و حرج مسموع است؟ چالش دیگر این است که آیا وجود مصادیق ذکر شده در تبصره ماده ۱۱۳۰ (نظیر ضرب و شتم) قاضی را مکلف به صدور رای عسر و حرج می‌نماید یا تشخیص آن با قاضی است و می‌تواند با وجود آن، عسر و حرج را ثابت نداند؟

در این موضوع یکی از قواعد مشهور که در بیشتر ابواب فقه به آن استناد می‌شود، قاعده‌ی لاضرر است.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی

<sup>۲</sup> محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۰)، قواعد فقه، ج ۱، ص ۱۳۴.

## فصل اول: کلیات و مفاهیم

ماده ۱۱۳۰ ق.م قبل از اصلاح در سال ۱۳۷۰ به تعبیری آمده بود که نشان دهنده استناد به قاعده لاضرر و نفی حرج برای اجبار شوهر به طلاق یا اختیار حاکم برای طلاق زوجه بوده. تعبیر قانون قبل از اصلاح ۱۳۷۰ این گونه بود:

«در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید: در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.»

البته ماده فوق الذکر که در سال ۱۳۶۱ به تصویب رسیده، در سال ۱۳۱۴ به گونه دیگر بوده است که در آن عبارت نیز می‌توان استناد به قاعده لاضرر را فهمید.

به نظر می‌رسد انتخاب این رویه توسط قانون مدنی برگرفته از فتاوی فقهای همچون سید محمدکاظم یزدی است که معتقدند اگر ادامه زناشویی و باقی ماندن بر زوجیت باعث قرار گرفتن زوجه در گناه (به صورت اختیاری یا قهری) شود، برای حفظ او و اجتناب از گناه می‌توان وی را طلاق داد. یا درمبحث مربوط به غایب مفقود الاثر در صورت عدم امکان جدایی زن از شوهر، همچنین در مسئله عدم پرداخت نفقه و حاضر نبودن دیگران (مثل ولی یا شخص متبوع) برای پرداخت آن، معتقد است می‌توان با استناد به قاعده نفی ضرر و حرج به حاکم برای طلاق مراجعه کند.<sup>۱</sup>

با وجود اشکال‌هایی که در مورد شمول قاعده لاضرر نسبت به موارد مزبور مطرح شده است<sup>۲</sup>، وجود آیات متعدد قرآن که در موضوع حقوق خانواده به این قاعده استناد شده<sup>۳</sup> گویای این مطلب است که در رفع بسیاری از مشکلات حقوقی و فقهی مرتبط، می‌توان به این قاعده تمسک جست. از این جهت است که برخی فقها به استناد لاضرر در موارد مشابه حکم به جدایی میان زوج و زوجه داده‌اند.<sup>۴</sup>

از این رو اگرچه به نظر می‌رسد فقهای محترم شورای نگهبان در تصویب ماده ۱۱۳۰ ق.م نسبت به استناد آن به لاضرر اشکالاتی داشته‌اند و ماده را خلاف شرع دانسته‌اند، اما شاید بتوان با تحلیلی درست از قاعده مزبور برای بسیاری از ابهامات به وجود آمده پاسخی درخور یافت. به این منظور نخست لازم

<sup>۱</sup> طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص ۷۵ (مسأله ۳۳)

<sup>۲</sup> موسوی خلیلی، سید مرتضی، قاعده لاضرر و لاضرر (تقریرات شیخ ضیاءالدین العراقی)، ص ۱۸۲ - ۱۸۴

<sup>۳</sup> بقره آیات ۲۳۱ و ۲۳۳، طلاق آیه ۶

<sup>۴</sup> سیستانی، سید علی (۱۴۱۴)، قاعده لاضرر و لاضرر، ص ۲۸۸

## فصل اول: کلیات و مفاهیم

است قاعده لاضرر را - بویژه از آن جهت که با موضوع در ارتباط است- مورد بررسی و تحقیق قرار داد. لذا باید مسائلی همچون دایره شمول این قاعده بر موارد فسخ و انحلال نکاح، اشکالات وارد شده بر قاعده در این خصوص و تفاوت آن با قاعده لاجرح مورد ارزیابی قرار گیرد. سپس بر اساس آن به حکمی جامع در خصوص انحلال نکاح در شرایط وجود ضرر در ادامه زوجیت دست یافت.

لذا سؤال این است که آیا می توان با تمسک به قاعده لاضرر موارد مطروحه در ماده ۱۱۳۰ ق.م.را به دلیل وجود ضرر گسترش داد و به فسخ نکاح حکم کرد؟ آیا حکم شرعی و قانونی وجود ضرر برای زوجین، فسخ نکاح است یا اجرای طلاق میان آنها؟ و در هر صورت چه آثاری مترتب می شود؟ با توجه به اینکه مستند مواد یاد شده، قاعده عسر و حرج است، آیا با بررسی دقیق تر می توان از قاعده لاضرر در این موارد بهره برد و آن را در اختیار قضات و وکلاء قرار داد؟ و در نهایت جایگاه قاعده لاضرر در توسعه موارد انحلال عقد نکاح چیست؟

### ۱-۲. اهداف پژوهش:

#### ۱-۲-۱. هدف اصلی:

تبیین جایگاه قاعده لاضرر و اثر گذاری آن در توسعه موارد انحلال عقد نکاح.

#### ۱-۲-۲. اهداف فرعی:

۱. بازخوانی قاعده لاضرر در موارد مرتبط با ضرری بودن ادامه زوجیت.
۲. حل مشکلات دادگاه های خانواده و رفع اشکالات و ابهامات ماده ۱۱۳۰ ق.م.

### ۱-۳. سوالات تحقیق:

#### ۱-۳-۱. سوال اصلی:

جایگاه قاعده لاضرر در توسعه موارد انحلال عقد نکاح چیست؟

#### ۱-۳-۲. سوالات فرعی:

میزان و نحوه اثرگذاری قاعده لاضرر در صورت ضرری بودن تداوم زوجیت چگونه است؟

## فصل اول: کلیات و مفاهیم

راه حل رفع ابهام و اجمال ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و نیز راهکار پیشنهادی به محاکم دادگستری برای برون رفت از مشکلات پیش آمده در پرونده های مربوطه چیست؟

### ۱-۴. اهمیت و ضرورت تحقیق

#### ۱-۴-۱. فایده نظری:

- ۱- توسعه دایره دانش پیرامون حقوق خانواده و خاصه مبحث انحلال عقد نکاح.
- ۲- افزایش آگاهی های فقهی و حقوقی نسبت به قاعده لاضرر و محدوده حاکمیت این قاعده.
- ۳- گسترش بررسی های انجام گرفته حول محور قوانین با موضوع انحلال عقد نکاح به ویژه ماده ۱۱۳۰ ق.م.
- ۳- زمینه سازی بستری برای پژوهش های آتی پیرامون حقوق خانواده.

#### ۱-۴-۲. فایده عملی:

- ۱- استفاده از قاعده لاضرر جهت دستیابی به حقی برای یکی از زوجین تا در مواقع مواجهه با بن بست های حقوقی راهی برای برون رفت از وضعیت موجود و جلوگیری از تضییع حقوق آنها بیابیم.
- ۲- ارائه راهکارهایی مستدل و برآمده از بررسی فقهی و حقوقی به قضات جهت صدور حکم در پرونده های مربوطه.
۳. کمک به قانون گذار جهت وضع قانون جامع و مطابق شرع.

### ۱-۵. روش تحقیق و تحلیل داده ها

روش تحقیق ما در این پایان نامه توصیفی و مبتنی برتحلیل مفهومی به گونه ارزیابی ساختار مفهوم می باشد.

با بررسی منابع و جمع آوری مطالب مورد نظر به تحلیل داده ها پرداخته و سپس اقدام به بیان تعاریف و مبانی نظری کرده و متعاقباً با دقت تر شدن در موضوع پروپزال و تطبیق مبانی با آنها به تحلیل و تجزیه و بیان مسئله به صورت استدلالی خواهیم پرداخت.



## ۱-۶. مبانی نظری و پیشینه تحقیق

### حق فسخ یکی از اسباب انحلال نکاح

در قرآن کریم با وجود این که احکامی از نکاح و طلاق در سوره‌های مختلف چون بقره، نساء و طلاق بیان شده است از فسخ نکاح به وسیله یکی از زوجین سخنی به میان نیامده است، ولی در روایات منقوله از ائمه، به مواردی که می‌شود نکاح را رد یعنی فسخ نمود اشاره می‌شود. در این روایات منقوله تصریحی به وجود حق فسخ برای زن در مورد برخی عیوب چون نابینایی و زمین‌گیری و... نشده است. در بعضی از روایات هم پس از شمردن برخی از عیوب مرد چون جنون، خصاء، عنن و این که زن در این موارد می‌تواند نکاح را رد کند، تصریح شده که به غیر از این عیوب، نکاح رد نمی‌شود. اصل اولی هنگام بروز شک در بقای زوجیت به جهت وجود عیبی قبل از عقد، در زن یا مرد استصحاب لزوم است، ولی ادله لفظی مانند روایات تدلیس و لاضرر و غیره مانع جریان این اصل می‌گردند. روایات تدلیس در موارد صدق عرفی تدلیس و قاعده لاضرر در تمامی مواردی که عیب قبل از عقد وجود داشته است، حق فسخ در عقد نکاح را اثبات می‌نمایند. اما در خصوص عیوب زن، روایات خاصی وجود دارد که تنها برخی از عیوب زن را که قبل از عقد وجود داشته سبب تحقق خیار فسخ برای مرد برشمرده است و این روایات، قاعده لاضرر را تخصیص می‌زند، در حالیکه عمومیت قاعده در مورد عیوب مرد پابرجاست، پس زن با وجود هر عیبی در مرد که از نظر عرفی ازدواج را به مخاطره می‌اندازد مانند ایدز حق فسخ دارد، ولی مرد تنها در عیوب خاصی که در روایات ذکر شده دارای حق فسخ است و این تفاوت بدین جهت است که مرد با وجود حق طلاق نیاز چندانی به حق فسخ ندارد. قاعده لاضرر و تدلیس شامل عیوب بعد از عقد نمی‌گردد و روایات خاصی وجود دارد که برخی از عیوب مردان و برخی از عیوب زنان را از اسباب حق فسخ شمرده است و هر یک از این روایات قابل بررسی سندی و دلالتی است. این روایات متعدد و هر کدام به عیب خاصی اشاره دارد.

### قاعده لاضرر توسعه دهنده موارد حق فسخ

در مورد قاعده لاضرر علی‌رغم وجود آیات و روایات متعدد پیرامون قاعده مزبور، دلائل عقلی محکمی نیز وجود دارد که می‌توان ادعا کرد، این قاعده در زمره مستقلات عقلیه قرار می‌گیرد. در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که به روشنی بر قاعده لاضرر دلالت دارد؛ آیات ۲۸۲، ۱۹۶، ۲۳۱، ۲۳۳، و ۱۷۳ سوره

## فصل اول: کلیات و مفاهیم

بقره، آیه ۱۲ سوره نساء و آیه ۶ سوره طلاق گویای این مطلب هستند. در مورد قاعده لاضرر روایات فراوانی داریم که از طرف شیعه و اهل سنت نقل شده است که اگر چه الفاظ و کلمات روایات به یک شکل نقل نشده؛ اما به صورت نقل به مضمون می توان مدعی تواتر مضمونی بود. مهم ترین روایت در این خصوص روایت مربوط به داستان سمره بن جندب است. روایت «لاضرر و لاضرار» از پیامبر صلی الله علیه و آله نقل شده است که آن را در مورد قضیه سمره بن جندب فرمودند.<sup>۱</sup> براساس نظر بسیاری از فقها قاعده لاضرر می تواند حکم ساز هم باشد و تنها در نفی حکم و استثناء بر احکام اولیه منحصر نشود. از این رو در مواردی که ادامه زوجیت ایجاد ضرر می کند، به استناد لاضرر می توان حکم به انحلال نکاح داد.

### اجماعی بودن ایجاد حق فسخ در برخی عیوب

در این که عیوب موجب فسخ نکاح کدامند، میان فقها اختلاف زیادی وجود ندارد اما اختلافاتی نیز در موارد مختلف آن وجود دارد که قابل بررسی است. فقهای امامیه و اهل سنت اتفاق نظر دارند که وجود پاره ای از عیوب در یکی از زوجین موجب فسخ نکاح برای دیگری است (نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۰۸). عیوب ذکر شده در کتب فقهی در دو دسته ویژه زنان و ویژه مردان قرار می گیرند؛ البته بعضی از فقها برخی از این عیوب را مشترک دانسته اند. نکته دیگری که قابل بحث است، زمان رخ دادن این عیوب در فرد است؛ این که آیا عیب موجود باید پیش از عقد وجود داشته باشد یا هر زمان که حادث شد، طرف مقابل حق فسخ خواهد داشت؛ مجموعه مواردی است که باید مورد بررسی قرار گیرد. در میان مراجع معاصر نیز عمل و حکم بر خلاف نصوص، کمتر اتفاق افتاده است و ایشان نیز متعبد بر حصر عیوب هستند. فخرالمحققین با استناد به قاعده لاضرر می گوید در صورتی که فرد سفیه نیاز به ازدواج داشته باشد و ولی وی از تزویج سرباز زند در این که وی در ازدواج مستقل عمل کند یا دیگری متولی این امر گردد با توجه به تردید علامه حلی در قواعد می گوید: سفیه می تواند خود اقدام به ازدواج نماید زیرا در غیر این صورت ضرر متوجه وی می گردد که توسط پیامبر (صلی الله علیه و آله) چنین ضرری نفی گردیده است. چه این که ایشان در ادامه به قاعده نفی حرج نیز استناد می کند و با نقل قول مخالف می گوید: «و الاصح عندی جواز ان یتولاه بنفسه لما ذکرنا.»

---

<sup>۱</sup> کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۲۹۲

## فصل اول: کلیات و مفاهیم

در نتیجه ایشان با استناد به قاعده لاضرر و نفی حرج و همچنین اولویت حفظ دین نسبت به حفظ مال، می‌گوید سفیه می‌تواند ازدواج نماید.<sup>۱</sup> البته این شرط اعم از آن است که در متن عقد ذکر شده باشد یا شرط بنایی باشد و یا از مرتکراتی که متعاقدین بر آن اساس عقد را جاری می‌کنند؛ بدین معنا که در صورت آگاهی از مسأله اقدام به آن نمی‌کردند.<sup>۲</sup> با این وجود باید توجه داشت که مشهور فقها شرط بنایی را لازم‌الوفا نمی‌دانند.<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد که مفاد قاعده لاضرر و حدیث معروف لاضرر و لاضرار آن است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و این عدم مشروعیت مطلق بوده و مرحله تشریح و اجرای قواعد و قوانین را شامل می‌گردد. به عبارت دیگر پیامبر (صلی الله علیه و آله) ضرر را در مرحله تشریح منتفی می‌داند و در مرحله روابط بین افراد اجتماع نیز اگر کسی به دیگری ضرری وارد کرد، مورد امضای شارع نخواهد بود. به تعبیر یکی از حقوق‌دانان: اولاً کلمه «لا» در جمله لاضرر و لاضرار نافیه است نه ناهیه و ثانیاً اختصاصی به ضرر شخصی ندارد بلکه نسبت به ضرر نوعی عام و شامل بر نفی ضرر عمومی و نوعی است و در احکام اولیه اسلام بطور کلی این اصل یعنی عدم زیان عامه رعایت گردیده و همچنین نیز در روابط اجتماعی مردم هر گونه اقدام زیانکارانه مورد امضای شرع مقدس نمی‌باشد.

در هر حال فقهای اسلام در مراتب مختلف به قاعده لاضرر استناد کرده‌اند برای مثال اگر کسی که حج بر وی واجب گردیده و برای رفتن به حج علم به ضرر یا گمان ضرر وجود داشته باشد، با استناد به قاعده لاضرر، وجوب حج را منتفی می‌داند. یا در صورتی که وضو برای بدن شخص مضر باشد با استناد به قاعده مذکور، وجوب وضو را منتفی می‌دانند. علاوه بر این که در صورت ضرر زدن یکی به دیگری نیز به این قاعده استناد شده است.

### حکم عقل به توسعه موارد حق فسق

جلوگیری از ضرر و دفع یا رفع آن که مقتضای قاعده عقلی است موجب می‌گردد تا در صورتی که بعد از نکاح معلوم گردد که عیبی در هر یک از زوجین بوده و آنان علم به آن نداشته‌اند بتوانند نکاح را فسق کنند. چرا که در صورت علم به عیب مشمول قاعده اقدام شده و نمی‌توانند عقد را بر هم بزنند

<sup>۱</sup> فخر المحققین، ابن علامه، ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۱۹

<sup>۲</sup> ریاض المسائل، ج ۲، ص ۱۱۸

<sup>۳</sup> شیخ انصاری، مرتضی، رساله فی التحريم من جهة المصاهرة، ص ۲۸۲

## فصل اول: کلیات و مفاهیم

و وفای به عقد که مامور عقل و شرع است بر جای خود باقی است. بنابراین عقل حکم می‌کند از آنجا که فلسفه ازدواج و نکاح تمتع و ارضای نیازهای جنسی و عاطفی است در صورتی که بعد از ازدواج معلوم گردد وجود مانعی رسیدن به این هدف را غیر ممکن می‌سازد بتوان این عقد و علقه را بر هم زد چرا که شرایطی خلاف مقتضای ذات عقد و فلسفه وجودی نکاح به وجود آمده و تداوم آن نفعی غرض محسوب می‌گردد.

### پیشینه تحقیق

۱- فاطمه حبیبی (۱۳۸۹): "مبانی فسخ نکاح ناشی از عیوب در حقوق ایران" که در این پایان نامه به نظر نگارنده مهم ترین فلسفه تشریح فسخ نکاح به سبب عیوب، جلوگیری از ضرر و حرج است که مطابق قواعد فقهی «لاضرر» و «لاحرَج» نباید هیچگونه ضرر و حرجی به کسی وارد آید. با استمداد از این مبانی می‌توان عنوان داشت که قانونگذار تنها از باب تمثیل به ذکر عیوب موجب فسخ نکاح پرداخته و نیز قائل به توسعه عیوب مصرح موجب فسخ نکاح شد. با اتخاذ این راهکار شاید بتوان گفت که بر طبق قواعد فقهی «لاضرر» و «لاحرَج» بین زن و مرد در استفاده از حق فسخ نکاح تفاوت نیست و به هر دو طرف آنها می‌توان در صورت وجود عیوب و بیماریهای مسری و خطرناک و لاعلاج حق فسخ نکاح را داد. ایشان در این تحقیق به انحلال نکاح صرفاً از نظر عیوب پرداخته و نه بررسی تطبیقی با فقه اسلامی.

۲- زهرا خانی (۱۳۹۲): "بررسی مبانی فقهی و حقوقی تأثیر تکنولوژی بر حق فسخ نکاح" در این پایان نامه می‌خوانیم عقد نکاح مانند سایر عقود از چند طریق قابل ابطال خواهد بود. یکی از این طرق حق فسخ می‌باشد که به سبب تدلیس، تخلف از شرط و عیوب برای هر یک از طرفین ایجاد می‌شود. نگارنده در این رساله به بررسی مواردی از جمله ترمیم پرده بکارت، جراحی های زیبایی، قابل درمان بودن عیوب فسخ و بررسی بیماری های مستحذته از جمله ایدز، هپاتیت و ... پرداخته است. بنابر تحقیقات به عمل آمده، قانون مدنی در مورد موارد فوق سکوت کرده است ولی با توجه به جمع آوری آراء فقها، ترمیم پرده بکارت جایز دانسته شده است به شرط آنکه از بین رفتن پرده بکارت بر اثر زنا و با اختیار شخص نباشد و علت را حفظ آبرو دانسته‌اند. عمدتاً فقهای امامیه درباره‌ی حکم شرعی جراحی زیبایی جهت درمان عیوب و زشتی‌های پدید آمده‌ی ناشی از حوادث قایل به جواز شده‌اند و انجام