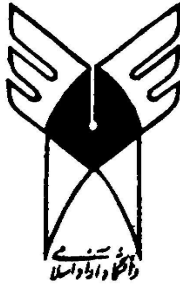


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه آزاد اسلامی
واحد تهران مرکزی
دانشکده ادبیات و علوم انسانی، گروه الهیات

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)

گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان :

جایگاه قاعده لاضرر در حقوق خانواده

استاد راهنما :

دکتر زهرا فهرستی

استاد مشاور :

دکتر جمشید معصومی

پژوهشگر :

آزاده عبدی ابیانه

زمستان ۱۳۹۱

تقدیم به آنان که دوستشان دارم ،

به خدای مهربان که اگر معنای عشق را دریافتم به برکت وجود اوست ،

تقدیم به پدرم که هرچه دارم از همراهی همیشگی اوست ، او که با حضورش شوق ادامه

دادن را در من آشکار کرد و چون کوه تکیه گاه همیشگی من است ،

تقدیم به مادرم که آینه عاطفه و پارسایی است ، او که نگاهش سراسر مهر است و دعایش

پیشکش راه من

و تقدیم به همسر و فرزند مهربانم که محبتشان را در تمامی مراحل زندگی نثارم نموده

و همچون همراهی دلسوز و صمیمی همواره مشوق من بوده اند.

تقدیر و تشکر

من لم یشکر المخلوق، لم یشکر الخالق

باسپاس بی کران بر علیم بی همتا، خالق شگفتی های بی جواب، زیبایی های بی مانند و آیات بی مثال

نگارش این پایان نامه و امدار زحمات استاد محترم راهنما سرکار خانم دکتر فهرستی استاد فرزانه و فرهیخته که با رهنمودها و توصیه های علمی و ارزشمند خود در تمامی مراحل انجام این پایان نامه بدون ذره ای منت، اینجانب را یاری نمودند، باشد که این یادآوری نمایانگر سپاس بی پایان من نسبت به کمک های بی دریغ ایشان به شمار آید. استاد محترم مشاور جناب آقای دکتر معصومی که همیشه اینجانب را مورد لطف و نکته سنجی های خود قرار می دادند.

بسمه تعالی

تعهد نامه اصالت پایان نامه کارشناسی ارشد

- اینجانب آزاده عبدی ابیانه دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته به شماره دانشجویی ۸۹۰۹۳۸۲۲۲۰۰ در رشته الهیات- فقه و مبانی حقوق اسلامی که در تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۴ از پایان نامه خود تحت عنوان : جایگاه قاعده لاضرر در حقوق خانواده با کسب نمره ۱۸/۵۰ و درجه عالی دفاع نموده ام بدین وسیله متعهد می شوم :
۱. این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه ، کتاب ، مقاله و ...) استفاده نموده ام ، مطابق ضوابط و رویه های موجود ، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست ذکر و درج کرده ام.
 ۲. این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح ، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاهها و مؤسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
 ۳. چنانچه بعد از فراغت از تحصیل ، قصد استفاده و هر گونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه داشته باشم ، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.
 ۴. چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را بپذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچ گونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی :

تاریخ و امضاء :

بسمه تعالی

در تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۴

دانشجوی کارشناسی ارشد خانم آزاده عبدی ابیانه از پایان نامه

خود دفاع نموده و با نمره ۱۸٫۵ بحروف *خوبه در سطح* و با درجه عالی
مورد تصویب قرار گرفت.

امضاء استاد راهنما



فهرست مطالب

صفحه	عنوان
	چکیده
	پیشگفتار
	فصل اول: کلیات قاعده لاضرر
۲	بخش اول - طرح تحقیق
۲	۱-۱ طرح مسأله
۲	۱-۱-۱ بیان مسأله
۳	۲-۱ اهداف و اهمیت تحقیق
۳	۱-۲-۱ هدف از انجام این تحقیق
۴	۳-۱ اهمیت تحقیق و انگیزه انتخاب آن
۵	۴-۱ سؤالات و فرضیه های تحقیق
۵	۱-۴-۱ سؤالات تحقیق
۵	۲-۴-۱ فرضیه های تحقیق
۶	۵-۱ روش تحقیق
۶	۶-۱ ابعاد کاربردی نظری و عملی
۶	۱-۶-۱ بعد نظری
۶	۲-۶-۱ بعد عملی
۷	۷-۱ پیشینه تحقیق
۸	۸-۱ محدودیتهای تحقیق
۹	بخش دوم : مفهوم شناسی واژه های کلیدی
۹	۲-۱ واژه شناسی
۹	۱-۲-۱ مفهوم قاعده
۹	۱-۱-۲-۱ مفهوم لغوی قاعده
۹	۲-۱-۲-۱ مفهوم اصطلاحی قاعده
۱۰	۲-۲-۱ مفهوم قواعد فقهی

۱۱ تفاوت قاعده فقهی و ضابطه فقهی
۱۳ تفاوت قاعده فقهی و نظریه فقهی
۱۴ قاعده فقهی و مسأله فقهی
۱۴ قاعده فقهی و قاعده اصولی
۱۶ اقسام قاعده فقهی
۱۶ انواع تقسیم بندی قواعد فقه
۱۷ مفهوم لاضرر
۱۷ مفهوم لا
۱۷ مفهوم لغوی ضرر
۱۸ مفهوم لغوی ضرار
۲۰ مفهوم ضرر در قرآن
۲۰ آیه لاتضار
۲۱ آیه لایضار
۲۱ آیه ضرار
۲۱ آیه مسجد ضرار
۲۲ مفهوم اصطلاحی لاضرر
۲۴ مفهوم حقوق
۲۴ مفهوم لغوی حقوق
۲۴ مفهوم اصطلاحی حقوق
۲۴ مفهوم احوال شخصیه
۲۵ مفهوم خانواده
۲۶ بخش سوم: تاریخچه
۲۸ بخش چهارم: جایگاه بحث

فصل دوم: ماهیت، مبانی و قلمرو قاعده لاضرر در حقوق خانواده

۳۲ بخش اول: ماهیت قاعده لاضرر
۳۲ ۱-۲- ماهیت قاعده لاضرر
۳۲ ۱-۱-۲- تعریف قاعده لاضرر
۳۲ ۱-۱-۱-۲- ضرر زدن
۳۳ ۲-۱-۱-۲- غیر مجاز

۳۳ بی‌اثر ۳-۱-۱-۲
۳۴ ملاک ضرر در حقوق خانواده ۲-۱-۲
۳۵ بخش دوم: مبانی فقهی قاعده لاضرر ۳-۱-۲
۳۵ قرآن ۱-۳-۲-۲
۳۵ روایات ۲-۳-۲-۲
۳۷ اجماع ۳-۳-۲-۲
۳۸ عقل ۴-۳-۲-۲
۳۹ بخش سوم: قلمرو و کاربرد قاعده لاضرر ۳-۱-۲
۳۹ نَهی از اضرار ۱-۴-۳-۲
۴۰ نَفی احکام ضرری ۲-۴-۳-۲
۴۱ بررسی ادله طرفین ۳-۴-۳-۲
۴۱ دلایل طرفداران نفی ۱-۳-۴-۳-۲
۴۱ لای نفی جنس ۱-۱-۳-۴-۳-۲
۴۲ مورد حدیث ۲-۱-۳-۴-۳-۲
۴۳ دلایل طرفداران نهی ۲-۳-۴-۳-۲
۴۳ کاربرد نفی به معنای نهی ۱-۲-۳-۴-۳-۲
۴۴ نامناسب بودن نفی با زبان عرفی دین ۲-۲-۳-۴-۳-۲
۴۷ اثبات احکام ضد ضرر ۵-۳-۲
۴۸ دلیل موافقین ۱-۵-۳-۲
۴۹ دلیل اول ۱-۱-۵-۳-۲
۴۹ دلیل دوم ۲-۱-۵-۳-۲
۵۰ دلیل مخالفین ۲-۵-۳-۲
۵۲ همه انواع ضرر ۶-۳-۲
۵۳ ضرر به خود ۱-۶-۳-۲
۵۴ عدم نفع ۷-۳-۲
۵۵ وجوب جبران ۸-۳-۲
۵۶ رضایت ضرر دیده ۹-۳-۲
۵۷ تعارض ضررها ۱۰-۳-۲
۵۹ دفع ضرر از غیر ۱۱-۳-۲

فصل سوم: بررسی فقهی و حقوقی قاعده لاضرر در حقوق خانواده

- بخش اول: بررسی قاعده لاضرر در نکاح..... ۶۱
- ۳-۱-۱- وظایف خانواده..... ۶۱
- ۳-۱-۲- بررسی "قاعده" در ولایت..... ۶۳
- ۳-۱-۳- بررسی "قاعده" در مهریه..... ۶۴
- ۳-۱-۴- بررسی "قاعده" در نفقه..... ۶۵
- ۳-۱-۵- بررسی "قاعده" در عزل..... ۶۸
- ۳-۱-۵-۱- ادله "حرمت"..... ۶۸
- ۳-۱-۵-۲- ادله "جواز"..... ۶۹
- ۳-۱-۶- بررسی "قاعده" در عیوب مجوز فسخ..... ۷۱
- ۳-۱-۷- بررسی "قاعده" در تخلف شرط..... ۷۳
- ۳-۱-۸- بررسی "قاعده" در نکاح فضولی..... ۷۴
- ۳-۱-۹- بررسی "قاعده" در نکاح منقطع..... ۷۴
- بخش دوم: بررسی قاعده لاضرر در طلاق..... ۷۷
- ۳-۲-۱- موجبات طلاق..... ۷۸
- ۳-۲-۱-۱- اراده مرد..... ۷۸
- ۳-۲-۱-۲- طلاق به توافق زوجین..... ۸۰
- ۳-۲-۱-۲-۱- از طریق خلع و مبارات..... ۸۰
- ۳-۲-۱-۲-۲- از طریق وکالت..... ۸۲
- ۳-۲-۱-۲-۳- مستند جواز وکالت در طلاق..... ۸۲
- ۳-۲-۲- طلاق قضایی..... ۸۴
- ۳-۲-۲-۱- موجبات طلاق قضایی..... ۸۵
- ۳-۲-۲-۲-۱- موجبات خاص..... ۸۵
- ۳-۲-۲-۲-۱-۱- نشوز شوهر..... ۸۵
- الف- ترک نفقه..... ۸۷
- ب- ترک موافقه..... ۹۰
- ج- ترک حق قسم..... ۹۳
- د- سوء معاشرت شوهر..... ۹۴

۱۲۴	بخش چهارم : بررسی قاعده لاضرر در ارث زوجین
۱۲۵	۳-۴-۱- ارث زوجین در قانون مدنی
۱۲۶	۳-۴-۱-۱- اصلاح قانونی نحوه تقسیم ارث زوج و زوجه در مجلس
۱۲۷	۳-۴-۲- ارث زوجه
۱۲۸	نظراول - ارث از عین کلیه ماترک
۱۲۸	۳-۴-۲-۱- قرآن
۱۲۸	۳-۴-۲-۲- روایات
۱۳۰	نظر دوم- ارث از عین اموال منقول و قیمت اموال غیر منقول
۱۳۰	نظر سوم- مشهور فقهاء
۱۳۰	۳-۴-۲-۳- روایات
۱۳۸	۳-۴-۲-۴- اجماع
۱۳۸	۳-۴-۲-۴-۱- نتیجه اجماع
۱۴۱	۳-۴-۳- زوج یا زوجه تنها وارث
۱۴۲	۳-۴-۴- زوجة ذات ولد
۱۴۷	نتایج
۱۴۹	کتابنامه
۱۴۹	منابع عربی
۱۵۵	منابع فارسی
۱۵۶	مجلات

چکیده

قاعده لا ضرر از جمله قواعدی است که پویایی و جامعیت سیستم حقوقی اسلام را تامین کرده است و می تواند راهگشای مشکلات نو پیدا باشد.

در طول تاریخ فقهت این قاعده همواره مورد توجه فقها بوده است و اجمالا تشریح بسیاری از احکام عبادی و معاملی بر اساس آن صورت گرفته است. همچنین تاثیر این قاعده در قوانین مدنی ایران غیر قابل انکار است.

با این وجود تا کنون پژوهش مستقلی جهت احصاء احکام و قوانینی که مبتنی بر قاعده مزبور بوده اند صورت نگرفته است. پژوهش حاضر در صدد بر آمده تا احکام و قوانینی که فقها و حقوقدانان اسلامی بر اساس این قاعده در حوزه حقوق خانواده بویژه در چهار نهاد نکاح، طلاق، حضانت و ارث استنباط و قانونگذاری کرده اند را جمع اوری کند.

بعلاوه در پژوهش حاضر مشکلات موجود در حوزه خانواده که قاعده لا ضرر پاسخ مناسبی برای حل آنهاست نیز مطرح شده و پیشنهادهای نیز ارائه گردیده است که بنظر می رسد گستردگی و حاکمیت این قاعده بر احکام اولیه بتواند راه حل مناسب و منطبق با شریعت اسلامی جهت برن رفت از معضلات موجود در حوزه حقوق خانواده باشد.

امید است تا این تحقیق مورد استفاده پژوهشگران جوان برای تحقیقات بعدی قرار گیرد. همچنین نظرات جدید و پیشنهادهای که ارائه گردیده مورد توجه دست اندر کاران امر قانونگذاری قرار گیرد.

واژگان کلیدی:

قواعد فقهیه، لا ضرر، حقوق خانواده، نکاح، طلاق، حضانت، ارث، زوجین، حکم ضرری

پیش گفتار

نقش نهاد خانواده در رفاه و سالم زیستن اعضای آن، تاثیر و تاثر هر یک از اعضا از یکدیگر و نیز اثر گذاری خانواده ها بر اجتماع و تاثیر آنها از جامعه و آسیب پذیری هر یک از دو نهاد جامعه و خانواده از وضعیت کیفی و کمی یکدیگر و تعامل این دو بر کسی پوشیده نیست.

پیامبران الهی بویژه رسول اکرم (ص)، ائمه معصومین (علیه السلام) و علمای دینی درباره اهمیت و ضرورت ازدواج و تشکیل خانواده و بقای نسل انسان و تعلیم و تربیت فرزندان صالح، کلام بسیار دارند که الهام بخش آنها، وحی الهی و بخصوص قرآن کریم است که آیات متعددی در این باره دارد.

هر دو منبع یاد شده، مبنای وضع و تدوین مقررات و قوانینی است که همزیستی و بهزیستی انسانها را طبق فرهنگهای گوناگون اقوام و ملل تنظیم کرده تا تمام افراد بشر بتوانند، آزادی، حقوق و رفاه نسبی داشته باشند.

اگر چه راجع به ابعاد گوناگون نهاد خانواده، پژوهش های متعددی منتشر شده ولی بیشتر آنها با سطحی نگری به بیان ویژگیهای نهاد خانواده پرداخته و در واقع پژوهشی فراگیر که ابعاد حقوقی، جامعه شناختی و روان شناختی، فقهی، اقتصادی و ... خانواده را شامل شود و با اوضاع و احوال روز منطبق و با مقررات دیگر کشورها و کنوانسیونهای معتبر بین المللی تطبیق شده باشد، در دسترس نیست.

در تمام ادیان الهی و کتب آسمانی که منبع آنها وحی خداوندی است، احکامی درباره اداره امور خانواده و تکالیف اعضای آن وجود دارد.

در قدیمی ترین قانون در دسترس که در زمان حمورابی، پادشاه بابل، تدوین و اجرا گردیده، مقرراتی راجع به حقوق متقابل اعضای خانواده، وضع شده است.

درباره اهمیت خانواده به صورت تک رشته ای با رویکرد های گوناگون، تحقیقات متنوعی در بسیاری از کشورها انجام شده و کتابهای متعددی نوشته اند. سرانجام، در سال ۱۹۷۹ میلادی

کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زنان در مجمع عمومی سازمان ملل متحد و همچنین کنوانسیون حقوق کودک در سال ۱۹۸۹ تصویب گردید ولی دین مقدس اسلام متجاوز از ۱۴۰۰ سال قبل (قرن ششم میلادی) زن و مرد را نزد خداوند متعال مساوی دانسته و ملاک امتیاز افراد را اعم از مرد و زن تقوا اعلام کرده و پدرانی که دختران خود را زنده به گور می کردند، گناهکار معرفی نموده و آغاز رعایت حقوق کودک را، از هنگام ازدواج پدر و مادر، مقرر داشته است.

در فقه اسلامی و قوانین کشور ما که برگرفته از فقه اسلامی است برای زنان، شوهران و فرزندان در خانواده، حقوقی مقرر گردیده که اگر حقوق معین شده در دین مقدس اسلام با آنچه در حقوق کشورهای دیگر و کنوانسیون یاد شده آمده، مقایسه گردد معلوم می شود که در حقوق اسلام و جمهوری اسلامی ایران در تشکیلات خانواده، عدالت به مراتب فراگیرتر و دقیق تر از سایر کشورها رعایت شده است.

پژوهش حاضر با استفاده از تالیفات متعدد در زمینه های فقهی - حقوقی و توجه ویژه بر جریان قاعده لاضرر و تاثیرات مهم آن بر حقوق و تکالیف افراد، در حوزه خانواده، نگارش یافته است.

فصل اول

کلیات

بخش اول - طرح تحقیق

۱-۱ طرح مسأله

۱-۱-۱- بیان مسأله

نقش و تاثیر قواعد فقه و گستره آن در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران و اهمیت و کارآمدی آن را نمی توان نادیده گرفت.

برای حل مشکلات نظام حقوقی، لازم است به متون فقهی اسلام، مراجعه شود. انصاف این است که در، متون حقوقی اسلام به خصوص فقه پربر جعفری، قواعدی وجود دارد که توجه به آنها و اهتمام به کاربردی نمودن آنها در قانونگذاری و رویه جاری نظام قضایی ایران، می تواند به نحو مطلوب و شایسته ای روابط زوجین را تنظیم نموده و حقوق آنان را در نظر بگیرد. بسیاری از مشکلات موجود در دادگاهها را رفع و از حجم پرونده های انباشته شده بکاهد و بدینوسیله می توان خدمات حقوقی قابل توجهی به مردم ارائه نمود.

این تحقیق به بررسی و تبیین جایگاه فقهی - حقوقی قاعده لاضرر در مسائل خانواده می پردازد. رسالت این پایان نامه و تلاش نگارنده بر این بوده است که با انگیزه ارائه مطلبی ناچیز در تحلیل، تجزیه و تفسیر متون فقهی و قاعده لاضرر، منبعث از مبانی فقهی قاعده مذکور و بهره گیری از متون معتبر فقهی - حقوقی تلاشی در جهت حل مسائل خانواده صورت گیرد و حتی الامکان به دور از پیچیدگی مشهود در کتب و رسائل تفصیلی فقهی و با روش نوین و نیز

مکتوبات برخی کتب قواعد فقهیه و بیانی صحیح، ارائه گردد به نحوی که بتوان با بکارگیری و استفاده از این قاعده مسلم فقهی، بسیاری از مشکلات و معضلات ابواب مختلف فقهی حقوقی مرتبط با مسائل خانواده را حل کرده و راه حل های جدیدی، ارائه نمود. امید است این پژوهش، سرآغازی برای تحقیق و تفکر پژوهشگران جوان تر باشد.

۱-۲- اهداف و اهمیت تحقیق

۱-۲-۱- هدف از انجام این تحقیق

- ۱- شناخت و بررسی قاعده لاضرر و بررسی نقش آن، در استنباط احکام شرعی خانواده
- ۲- دستیابی و تبیین جامعی از قاعده لاضرر در حقوق اسلامی و فقه حقه امامیه
- ۳- نشان دادن گستره این قاعده در ابواب مختلف حقوقی خصوصا در ابواب مرتبط با حقوق خانواده و احوال شخصیه به منظور راه گشایی معضلات موجود و ارائه راه حل های نوین
- ۴- جمع آوری و احصاء اهم موارد در حقوق خانواده که فقهاء و حقوقدانان با استناد به قاعده لاضرر بیان کرده اند.
- ۵- کاربرد قاعده لاضرر، معضلات حقوق خانواده از جمله امراض مستحدثه مانند: ایدز، سفلیس، هپاتیت و استنباط احکام شرعی در موارد چالش برانگیز حقوق زوجین بر اساس قاعده لاضرر

۱-۳- اهمیت تحقیق و انگیزه انتخاب آن

قاعده لاضرر در میان کتب قواعد فقه و اصول فقه مورد بحث قرار گرفته است ولی بطور خاص ، در حقوق خانواده مبحث تفصیلی جامع و موارد مستند به این قاعده که مورد احصاء و بررسی قرار گرفته باشد مشاهده نگردید.

فقهاء امامیه ، قاعده لاضرر را به عنوان یک قاعده مستقل متذکر شده اند و همچنین در ارتباط این قاعده با مباحث دیگر فقهی و اصولی تحقیق و بررسی صورت گرفته است ولی در ارتباط با حقوق خانواده جای تحقیق و بررسی بیشتری دارد که در این تحقیق به این زمینه پرداخته می شود .

اهمیت و کاربرد ویژه قاعده لاضرر چنانچه از شواهد فقهیه آن در بسیاری از کتب فقهی استنباط می شود، بر کسی پوشیده نیست و نیاز به بررسی و مطالعه دقیق تر در این زمینه احساس می گردد.

دلیل انتخاب موضوع تحقیقی قاعده لاضرر در حقوق خانواده را می توان در راه گشا بودن آن در مسائل زیادی در حوزه حقوق خانواده دانست. به طور مثال، می توان امراض غیر قابل علاج و یا حتی صعب العلاجی که در مدت بیماری موجب ضرر برای یکی از زوجین می شود ولی در فقه و قوانین به آن اشاره نشده ، در حالی که اهمیت و ضروری بودن آن از امراض احصاء شده در فقه ، کمتر نمی باشد و یا برعکس امراضی که در فقه مطرح شده ولی در حال حاضر با توجه به پیشرفت علم پزشکی قابل علاج بوده ولی همچنان این امراض در عداد امراض و عیوب قابل فسخ نکاح می باشد را مورد بررسی قرار داد .