



قواعد فقه حاکم بر خانواده

دکتر سیده زهرا موسوی
استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد قزوین
دکتر زهرا فهرستی
استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز



پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

پاییز ۱۴۰۱

موسوی، سیده زهرا، ۱۳۵۵ -
قواعد فقه حاکم بر خانواده / سیده زهرا موسوی، زهرا فهرستی - قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۴۰۱.
۲۸۰ ص. (پژوهشگاه حوزه و دانشگاه: ۶۴۵؛ فقه و حقوق اجتماعی: ۷۵).
ISBN: 978-600-298-430-2
بها: ۱۰۳۰۰۰۰ ریال
فهرست‌نویسی بر اساس اطلاعات فیفا
کتابنامه ص. [۲۶۱]-۲۸۰؛ همچنین به صورت زیرنویس.
حقوق خانواده (فقه) -- ایران Domestic relations (Islamic law) - Iran
فهرستی، زهرا، ۱۳۴۱ - پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
رده‌بندی کنگره BP ۱۸۹ رده‌بندی دیویی ۲۹۷/۳۶ شماره کتاب‌شناسی ملی ۹۰۲۲۲۵۵



قواعد فقه حاکم بر خانواده

مؤلفان: دکتر سیده زهرا موسوی و دکتر زهرا فهرستی

ناشر: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

صفحه‌آرایی: نظم قلم

چاپ اول: پاییز ۱۴۰۱

تعداد: ۳۰۰ نسخه

لینتوگرافی: سعیدی

چاپ: قم- سبحان

قیمت: ۱۰۳/۰۰۰ تومان

کلیه حقوق برای پژوهشگاه حوزه و دانشگاه محفوظ و نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

قم: ابتدای شهرک پردیسان، بلوار دانشگاه، نیش میدان علوم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۰۲۵-۳۲۱۱۱۱۱۰۰

(انتشارات ۳۲۱۱۱۳۰۰) نمابر: ۳۲۸۰۳۰۹۰، ص. پ. ۳۱۵۱-۳۷۱۸۵

تهران: خ انقلاب، بین وصال و قدس، کوی اُسکو، پلاک ۴، تلفن: ۶۶۴۰۲۶۰۰

www.rihu.ac.ir

info@rihu.ac.ir

فروشگاه اینترنتی: <http://rihu.ac.ir/fa/book>

مرکز پخش: قم، خیابان معلم، مجتمع ناشران، طبقه همکف، پلاک ۲۷، تلفن: ۰۲۵-۳۷۸۴۲۶۳۵-۶

سخن پژوهشگاه

پژوهش در علوم انسانی به منظور شناخت، برنامه‌ریزی و ضبط و هدایت پدیده‌های انسانی در راستای سعادت واقعی بشر ضرورتی انکارناپذیر است و استفاده از عقل و آموزه‌های وحیانی در کنار داده‌های تجربی و در نظرگرفتن واقعیت‌های عینی، فرهنگ و ارزش‌های اصیل جوامع شرط اساسی پویایی، واقع‌نمایی و کارایی این‌گونه پژوهش‌ها در هر جامعه است.

پژوهش کارآمد در جامعه ایران اسلامی در گرو شناخت واقعیت‌های جامعه از یک‌سو و اسلام به‌عنوان متقن‌ترین آموزه‌های وحیانی و اساسی‌ترین مؤلفه فرهنگ ایرانی از سوی دیگر است؛ از این‌رو، آگاهی دقیق و عمیق از معارف اسلامی و بهره‌گیری از آن در پژوهش، بازنگری و بومی‌سازی مبانی و مسائل علوم انسانی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است.

توجه به این حقیقت راهبردی از سوی امام خمینی «ره»، بنیان‌گذار جمهوری اسلامی، زمینه شکل‌گیری «دفتر همکاری حوزه و دانشگاه» را در سال ۱۳۶۱ فراهم کرد و با راهنمایی و عنایت ایشان و همت استادان حوزه و دانشگاه، این نهاد علمی شکل گرفت. تجربه موفق این نهاد، زمینه را برای گسترش فعالیت‌های آن فراهم آورد و با تصویب شورای گسترش آموزش عالی در سال ۱۳۷۷ «پژوهشکده حوزه و دانشگاه» تأسیس شد و در سال ۱۳۸۲ به «مؤسسه پژوهشی حوزه و دانشگاه» و در سال ۱۳۸۳ به «پژوهشگاه حوزه و دانشگاه» ارتقا یافت.

پژوهشگاه حوزه و دانشگاه تاکنون در ایفای رسالت سنگین خود خدمات فراوانی به جامعه علمی ارائه نموده است که از آن جمله می‌توان به تهیه، تألیف، ترجمه و انتشار بیش از ۶۴۰ عنوان کتاب و شش نشریه علمی اشاره کرد.

این اثر به‌عنوان منبع درسی برای دانشجویان رشته‌های حقوق خانواده، فقه و مبانی حقوق و مطالعات زنان و خانواده در مقطع کارشناسی ارشد تألیف شده و نیز برای دیگر علاقه‌مندان قابل استفاده است.

از استادان و صاحب‌نظران ارجمند تقاضا می‌شود با همکاری، راهنمایی و پیشنهادهای اصلاحی خود، این پژوهشگاه را در جهت اصلاح کتاب حاضر و تدوین دیگر آثار مورد نیاز جامعه دانشگاهی یاری دهند.

در پایان پژوهشگاه لازم می‌داند از تلاش‌های مؤلفان محترم اثر، خانم دکتر سیده زهرا موسوی و خانم دکتر زهرا فهرستی و نیز از ارزیاب محترم، آقای دکتر حسین قافی سپاسگزاری کند.

فهرست مطالب

فصل اول: کلیات.....	۱
مقدمه	۱
خانواده	۳
ضرورت و اهمیت	۵
۱. تعریف قاعده	۶
۲. تعریف قاعده فقهی	۷
۳. جایگاه قواعد فقهی در تشریح احکام	۸
۴. تفاوت قاعده فقهی با سایر مفاهیم مرتبط	۹
۴-۱. فرق قاعده فقهی با مسئله فقهی	۹
۴-۲. تفاوت قاعده فقهی با مسئله اصولی	۹
۴-۳. تفاوت قاعده فقهی با ضابط فقهی	۱۰
۵. تقسیم‌بندی و تنوع قواعد فقهی	۱۱
۵-۱. قواعد عام و قواعد خاص	۱۱
۵-۲. قواعد حاکمه و غیر حاکمه	۱۲
۵-۲-۱. حکومت	۱۲
۵-۳. قواعد منصوصه و قواعد اصطیادی	۱۳
۵-۴. قواعد معهوده و غیر معهوده	۱۴
۶. خانواده از نگاه جامعه‌شناسی	۱۵
۷. خانواده به مثابه نهادی حقوقی	۱۶
۸. اصل اولیه؛ بقا و استحکام خانواده	۱۷

۹. سیاست‌های کلان تقیینی در زمینه خانواده..... ۱۹
- ۹-۱. قانون اساسی ۱۹
- ۹-۲. منشور حقوق شهروندی..... ۲۰
- ۹-۳. سیاست‌های کلی برنامه توسعه ۲۰
- ۹-۴. سیاست‌های کلی خانواده ۲۱

فصل دوم: قواعد معهوده..... ۲۳

- قاعده لاضرر (لاضرر و لاضرار فی الاسلام) ۲۳
- بخش اول: آشنایی با قاعده..... ۲۳
۱. اهمیت و تعریف قاعده ۲۳
۲. مستندات قاعده لاضرر ۲۴
- ۲-۱. کتاب ۲۴
- ۲-۲. سنت ۲۷
- ۲-۳. اجماع ۲۸
- ۲-۴. عقل ۲۸
۳. معنای ضرر..... ۲۹
- ۳-۱. گستره مفهومی ضرر ۲۹
- ۳-۲. ضابطه ضرر؛ نوعی یا شخصی؟ ۳۰
- ۳-۳. عدم النفع ۳۲
- الف) منافع ممکن الحصول ۳۲
- ب) منافع محتمل الحصول ۳۲
- بخش دوم: کارکرد قاعده لاضرر در حقوق خانواده..... ۳۴
۱. حق طلاق برای زوجه مفقود الاثر ۳۵
۲. استتکاف از پرداخت نفقه ۳۶
۳. ابتلای به امراض مقاربتی ۳۷
۴. مسکن متضمن خطر ۳۷

۳۸.....	۵. عقیم بودن زوج
۳۸.....	۶. عدم صلاحیت والدین.....
۳۹.....	۷. اسقاط ولایت ولی ممتنع.....
۳۹.....	۸. به روز کردن مهریه به دلیل سقوط ارزش پول
۴۰.....	۹. ممانعت شوهر از اشتغال نامناسب زوجه
۴۰.....	۱۰. فسخ نکاح در صورت عیوب مجوز فسخ
۴۱.....	۱۱. تفاوت عده زن حامله با سایر زنان.....
۴۱.....	۱۲. رفتار جنسی غیر متعارف و غیر نرمال
۴۳.....	۱۳. تفاوت مدت حضانت دختر و پسر.....
۴۴.....	۱۴. لزوم شیردهی مادر در صورت نیاز طفل.....
۴۴.....	۱۵. نصب قیم و امین در صورت تحقق ضرر برای مَوْلَى علیه
۴۵.....	۱۶. محجوریت صغار و مجانین.....
۴۵.....	۱۷. صلاحیت قیم و نظارت بر عملکرد او از جانب مدعی العموم.....
۴۶.....	۱۸. سهم الارث حداکثری برای جنین و غایب
۴۶.....	بخش سوم: موارد قابل تأمل.....
۴۷.....	۱. طلاق به عنوان حق انحصاری زوج
۴۷.....	۲. مطلق دانستن حق مالکیت زوجه.....
۴۷.....	۳. ناتوانی جنسی زوج
۴۸.....	۴. رجوع بدون قصد رجوع
۴۹.....	۵. تنبیه طفل جهت تأدیب.....
۴۹.....	۶. عدم ولایت نسبت به نوجوانان.....
۵۰.....	۷. سهم الارث زوجین به عنوان تنها وارث
۵۱.....	قاعده شرط (المؤمنون عند شروطهم)
۵۱.....	بخش اول: آشنایی با قاعده.....
۵۱.....	مقدمه.....

۵۱	۱. معنا و مفهوم شرط.....
۵۲	۲. مضمون قاعده شرط.....
۵۲	۳. مستندات قاعده شرط.....
۵۲	۳-۱. کتاب.....
۵۳	۳-۲. سنت.....
۵۳	بخش دوم: انواع شرط از حیث ارتباط با عقد.....
۵۴	۱. شروط ابتدایی.....
۵۴	۱-۱. تحلیل و بررسی شروط ابتدایی.....
۵۶	۲. شروط تبانی یا بنایی.....
۵۷	۲-۱. اعتبار شرط تبانی.....
۵۸	۲-۲. شرط تبانی از منظر قانون مدنی.....
۶۰	۳. شروط ضمن عقد.....
۶۰	۳-۱. شروط ضمن عقد نکاح.....
۶۲	بخش سوم: کارکرد قاعده شرط در حقوق خانواده.....
۶۲	۱. شرط صفت آثار و تخلف از آن.....
۶۳	۲. شرط فعل و آثار تخلف از آن.....
۶۴	۲-۱. شرط انتخاب مسکن، شهر یا محل زندگی مشترک.....
۶۴	۲-۲. شرط تنصیف اموال.....
۶۵	۲-۳. شرط عدم ازدواج مجدد.....
۶۷	۲-۴. شرط خوداری از روابط جنسی.....
۶۹	۳. شرط نتیجه و آثار تخلف از آن.....
۷۱	۳-۱. وکالت مقید و مطلق.....
۷۱	۳-۱-۱. وکالت مطلق زوجه در طلاق.....
۷۳	۳-۱-۲. وکالت مقید زوجه در طلاق.....
۷۳	۴. شروط مبطل در عقد نکاح.....

۷۴	۵. شروط باطل در ازدواج
۷۴	۱-۵. شرط مخالف مقتضای عقد
۷۵	۲-۵. شرط ابطال نکاح در صورت عدم تأدیه مهر
۷۵	۳-۵. شرط مخالف شرع
۷۶	قاعده نفی سبیل (لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)
۷۶	بخش اول: آشنایی با قاعده نفی سبیل
۷۶	مقدمه
۷۷	۱. مضمون قاعده نفی سبیل
۷۸	۲. مستندات قاعده نفی سبیل
۷۹	بخش دوم: کارکرد قاعده نفی سبیل در حوزه خانواده
۸۰	۱. سقوط ولایت ولی قهری
۸۲	۲. سلب حق حضانت از والدین کافر
۸۳	۳. سلب وصایت از وصی کافر
۸۴	۴. محرومیت از ارث
۸۵	۵. ممنوعیت نکاح مسلمان با غیر مسلمان
۸۵	۱-۵. نکاح زن مسلمان با مرد کافر
۸۶	۲-۵. نکاح مرد مسلمان با زن کافر غیرکتابی
۸۷	۳-۵. نکاح مرد مسلمان با زن کافر کتابی
۹۰	قاعده نفی عسر و حرج (وما جعل علیکم فی الدین من حرج)
۹۰	بخش اول: آشنایی با قاعده
۹۰	مقدمه
۹۱	۱. مفهوم عسر و حرج
۹۱	الف) عسر و حرج در لغت
۹۲	ب) مفهوم اصطلاحی قاعده
۹۳	۲. مستندات قاعده نفی عسر و حرج

۹۳	۱-۲. کتاب
۹۴	۲-۲. سنت
۹۴	۳-۲. عقل
۹۵	۳. ملاک حرج، نوعی یا شخصی
۹۶	۴. دایره شمول قاعده لاجرح
۹۷	بخش دوم: کاربرد قاعده نفی عسر و حرج در حقوق خانواده
۹۷	۱. طلاق به استناد عسر و حرج
۹۹	بخش سوم: طبقه‌بندی موجب عسر و حرج در زندگی زناشویی
۹۹	۱. عسر و حرج زوجه در نتیجه عوامل طبیعی (عسر و حرج حقیقی)
۹۹	الف) اعتیاد مضر و غیر قابل تحمل
۱۰۰	ب) عقیم بودن زوج
۱۰۰	۲. عسر و حرج در نتیجه عوامل خارجی (عسر و حرج واقعی)
۱۰۰	الف) حبس قطعی و طولانی
۱۰۱	ب) غیبت طولانی شوهر
۱۰۱	ج) ترک زندگی خانوادگی از ناحیه شوهر
۱۰۲	د) جلوگیری از بچه‌دار شدن زوجه
۱۰۳	۳. عسر و حرج براساس موقعیت زوجه
۱۰۴	الف) استتکاف یا عجز شوهر از نفقه
۱۰۵	ب) سقط جنین
۱۰۵	یک) کتاب
۱۰۶	دو) سنت
۱۰۷	سه) عقل
۱۰۷	چهار) اجماع
۱۰۷	سقط درمانی به استناد قاعده لاجرح
۱۱۰	ج) الزام به انفاق اقارب

فصل سوم: قواعد غیر معهوده.....	۱۱۳
قاعده کرامت ذاتی انسان (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ).....	۱۱۳
بخش اول: آشنایی با قاعده.....	۱۱۳
مقدمه.....	۱۱۳
۱. مفهوم کرامت.....	۱۱۴
الف) کرامت در لغت.....	۱۱۴
ب) کرامت در قرآن.....	۱۱۴
ج) کرامت در اصطلاح فقهی و حقوقی.....	۱۱۵
۲. اقسام کرامت.....	۱۱۷
۱-۲. کرامت ذاتی یا خدادادی.....	۱۱۷
۲-۲. کرامت اکتسابی.....	۱۱۷
۳. خاستگاه قاعده کرامت.....	۱۱۹
۴. مبانی فقهی قاعده کرامت.....	۱۲۰
۱-۴. کتاب.....	۱۲۰
۲-۴. سنت.....	۱۲۱
۳-۴. عقل.....	۱۲۲
۵. حاکمیت قاعده کرامت ذاتی انسان.....	۱۲۳
۶. قاعده کرامت انسانی در اسناد بین المللی.....	۱۲۴
بخش دوم: کارکرد قاعده کرامت ذاتی انسان در حوزه خانواده.....	۱۲۶
۱. وجوب و لزوم احترام متقابل.....	۱۲۶
۲. پرهیز از خشونت.....	۱۲۷
۳. حق حیات جنین و حرمت سقط جنین.....	۱۲۸
۴. رعایت هنجار جنسی.....	۱۳۱
۱-۴. ناهنجاری جنسی (وطی در دبر).....	۱۳۲
۵. تربیت و تنبیه فرزندان در چهارچوب کرامت انسانی.....	۱۳۵

۱۳۹	۶. تنبیه زنان؛ خشونت خانگی
۱۴۲	۱-۶. دیدگاه‌های متفاوت در مورد زدن زنان
۱۴۲	الف) جواز تنبیه و زدن زنان
۱۴۳	ب) زدن منوط به فرهنگ و عرف زمان و مکان
۱۴۳	ج) مهربانی یا ترک خانه
۱۴۴	د) نَسْخ تمهیدی
۱۴۵	ه) شرایط بحرانی جنگ احد
۱۴۵	۲-۶. رواج خشونت خانگی
۱۴۷	قاعده عدالت
۱۴۷	بخش اول: آشنایی با قاعده
۱۴۷	مقدمه
۱۴۷	۱. قاعده عدل و انصاف
۱۴۸	۲. عدالت در اصطلاح فقهی مقابل فسق
۱۵۰	۳. دشواری‌های طرح قاعده عدالت
۱۵۲	۴. تعریف عدالت
۱۵۲	۴-۱. تعریف عدالت در اصطلاح فقهی و حقوقی
۱۵۳	۵. قاعده عدالت، معیار استنباط صحیح
۱۵۵	۶. دلایل و مستندات قاعده عدالت
۱۵۵	۱-۶. کتاب
۱۵۸	۲-۶. سنت
۱۵۸	۳-۶. عقل
۱۵۹	۷. مبانی نظری قاعده عدالت
۱۶۲	بخش دوم: کاربرد قاعده عدالت در حوزه خانواده
۱۶۲	۱. عدالت شرط جواز تعدد زوجات
۱۶۵	۱-۱. دیدگاه‌های متفاوت فقهی پیرامون تعدد زوجات

الف) رأی مشهور (مقید به رعایت عدالت).....	۱۶۵
ب) احاله به محال.....	۱۶۷
ج) مشروط به شرایط جسمی و جنسی.....	۱۶۸
د) به عنوان حکم ثانوی.....	۱۶۸
ه) تعدد زوجات؛ راهکار حقوقی انسان دوستانه در جهت حمایت از ایتم و زنان بی سرپرست.....	۱۶۹
۲. حق تنبیه و تأدیب زن.....	۱۷۳
۳. رفتار با فرزندان.....	۱۷۴
۴. استتکاف از پرداخت مهریه.....	۱۷۴
۵. حق فسخ نکاح برای زوج و زوجه در صورت وجود عیوب مجوز فسخ.....	۱۷۶
۶. سطح و کیفیت نفقه بر اساس موقعیت زوجه.....	۱۷۶
۷. قطع کردن نفقه زن بیوه.....	۱۷۷
قاعده مصلحت.....	۱۷۹
بخش اول: آشنایی با قاعده.....	۱۷۹
مقدمه.....	۱۷۹
۱. مفهوم مصلحت.....	۱۸۰
۲. تعریف قاعده مصلحت.....	۱۸۱
۳. مستندات قاعده مصلحت.....	۱۸۳
۳-۱. سیره عقلا.....	۱۸۳
۳-۲. قاعده ملازمه.....	۱۸۴
۳-۳. مصلحت، مبنای احکام ثانویه.....	۱۸۴
بخش دوم: کارکرد قاعده مصلحت در حقوق خانواده.....	۱۸۵
۱. الزام به بخشش (نحله) به زوجه مطلقه.....	۱۸۶
۲. مهریه عندالمطالبه یا عندالاستطاعه.....	۱۸۸
۳. حق فسخ نکاح در عیوب قابل درمان.....	۱۸۹

۴. رعایت مصلحت مولی علیه در نکاح و طلاق ۱۹۲
- ۴-۱. فسخ نکاح صغار بعد از بلوغ ۱۹۲
۵. ولایت و وصایت بر کودک با رعایت مصلحت (غبطه) ۱۹۴
- قاعده معروف (وَعَاثِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) ۱۹۸
- بخش اول: آشنایی با قاعده ۱۹۸
- مقدمه ۱۹۸
۱. مفهوم واژه معروف ۲۰۰
- ۱-۱. رابطه عرف با معروف ۲۰۱
۲. مبانی و مستندات قاعده معروف ۲۰۲
- ۱-۲. کتاب ۲۰۲
- ۱-۲-۱. آیه ۱۹ سوره نساء، سلوک شایسته در دوران زناشویی ۲۰۳
- ۱-۲-۲. آیه ۲۲۹ سوره بقره؛ رجوع و آشتی به نحو شایسته ۲۰۵
- ۱-۲-۳. آیه ۲۳۱ سوره بقره؛ جدایی به نحو شایسته ۲۰۷
- ۱-۲-۴. آیه ۲۳۶ سوره بقره؛ هدیه جدایی قبل از زناشویی (مهر المتعه) ۲۰۸
- ۱-۲-۵. آیه ۲۴۱ سوره بقره؛ هدیه بعد از طلاق ۲۱۰
- ۱-۲-۶. آیه ۲۳۳ سوره بقره؛ تأمین شایسته نیازمندی‌های مادر ۲۱۰
- ۱-۲-۷. آیه ۱۵ سوره لقمان؛ همنشینی شایسته با والدین ۲۱۲
- ۱-۲-۸. آیه ۲۳۴ سوره بقره؛ رفتار شایسته بعد از وفات شوهر ۲۱۳
- ۲-۲. سنت ۲۱۵
- ۱-۲-۲. روایات ناظر به سلوک شایسته مرد ۲۱۵
- ۲-۲-۲. روایات ناظر به سلوک شایسته زن ۲۱۸
- بخش دوم: کاربرد قاعده معروف در حقوق خانواده ۲۲۰
۱. سکونت مشترک ۲۲۱
۲. حسن معاشرت ۲۲۲
۳. معاضدت در تشدید مبانی خانواده و تربیت فرزند ۲۲۴

۲۲۵.....	۴. وفاداری.....
۲۲۷.....	بخش سوم: موارد قابل تأمل.....
۲۲۷.....	۱. حق طلاق در صورت عجز از پرداخت نفقه.....
۲۲۸.....	۲. امتناع از شیردهی.....
۲۳۰.....	۳. تمکین عام.....
۲۳۱.....	۴. نفقه متعارف و هزینه‌های درمانی.....
۲۳۴.....	قاعده موازنه حق و تکلیف (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)
۲۳۴.....	بخش اول: آشنایی با قاعده.....
۲۳۴.....	مقدمه.....
۲۳۶.....	۱. تبیین مفاهیم.....
۲۳۶.....	۱-۱. حق.....
۲۳۶.....	الف) مفهوم لغوی حق.....
۲۳۶.....	ب) مفهوم اصطلاحی حق.....
۲۳۷.....	۱-۲. تکلیف.....
۲۳۷.....	الف) مفهوم لغوی تکلیف.....
۲۳۷.....	ب) مفهوم اصطلاحی تکلیف.....
۲۳۸.....	۲. رابطه حق و تکلیف.....
۲۴۰.....	۳. مستندات قاعده.....
۲۴۰.....	۳-۱. کتاب.....
۲۴۴.....	۳-۲. سنت.....
۲۴۵.....	۳-۳. عقل.....
۲۴۶.....	۳-۴. قاعده لاضرر.....
۲۴۶.....	بخش دوم: جریان قاعده موازنه حق و تکلیف در خانواده.....
۲۴۷.....	۱. حقوق و تکالیف مشترک زوجین.....
۲۴۷.....	۱-۱. حسن معاشرت.....

۲۴۷.....	۲-۱. نگهداری اطفال
۲۴۸.....	۳-۱. حق حضانت
۲۵۰.....	۲. حقوق و تکالیف اختصاصی زوجین
۲۵۰.....	۱-۲. حقوق و تکالیف اختصاصی مردان
۲۵۱.....	۱-۱-۲. حق تمکین
۲۵۱.....	۲-۱-۲. حق طلاق
۲۵۲.....	۳-۱-۲. حق ولایت بر فرزندان
۲۵۲.....	۲-۲. حقوق و تکالیف اختصاصی زنان
۲۵۳.....	۱-۲-۲. حق مهریه
۲۵۳.....	۲-۲-۲. حق نفقه
۲۵۴.....	۳. حقوق فرزندان - والدین
۲۵۵.....	۱-۳. حقوق فرزندان
۲۵۵.....	۱-۱-۳. حق نسب
۲۵۶.....	۲-۱-۳. حق داشتن نام نیکو
۲۵۶.....	۳-۱-۳. حق برخورداری از تعلیم و تربیت
۲۵۷.....	۴-۱-۳. حق تأمین معاش و نفقه
۲۵۸.....	۲-۳. حقوق والدین
۲۵۸.....	۱-۲-۳. حق تأدیب فرزندان
۲۵۹.....	۲-۲-۳. حق نفقه
۲۶۱.....	فهرست منابع
۲۶۱.....	منابع فارسی
۲۶۷.....	منابع عربی
۲۷۸.....	مجلات

فصل اول: کلیات

مقدمه

از آغازین لحظه‌هایی که اولین ندای دعوت به دین اسلام در سرزمین وحی الهی انجام گرفت، کمتر کسی می‌توانست در باورهای خویش بیندازد که روزی این شریعت بنیان‌گذار سبک و شیوه‌ای برای چگونگی زیستن باشد. در عصر کنونی علی‌رغم دستاوردهای بیکران اقتصادی، رفاهی و مادی که پنداشته می‌شد می‌تواند تمامی نیازمندی‌های انسان دوران کنونی را برآورده سازد، اما سرزمین‌های بسیاری سوختند و کاشانه‌های فراوانی ویران گردیدند و کاخ‌های بی‌شماری از آمال و عاطفه، فرو ریختند.

بخش قابل توجهی از این حقایق تلخ در اثر ارج نهادن و بی‌توجهی به بنیاد و اساس خانواده رقم خورد. انگاره‌ها و اندیشه‌هایی که بی‌توجهی به هویت و شأن و منزلت آدمی، با آزادی‌های بی‌حد و حصر همراه با ترویج بی‌بندوباری و از طرف دیگر زیرپا نهادن کرامت اشرف آفریدگان و نگرش یک‌سویه و ماشین‌محور به انسان باعث شد تا گنجینه‌های بیکرانی که در سرشت آسمانی به ودیعه نهاده شده بود، به تاراج جهالت برود.

اندیشه سبک زندگی ایرانی - اسلامی تلاش و مهندسی مجددی است برای غنی نمودن دوباره گنجینه سرشت آسمانی انسان ماشین‌زده امروز. طبیعی است در اساسی‌ترین گام باید نهاد خانواده را از زوایای علوم مختلف به‌ویژه علم فقه مورد بازبینی مجدد قرار داد؛ زیرا خانواده، حائز کارکردهای جایگزین‌ناپذیری است، کارکردهایی همچون تولید مثل و بقای نسل، تأمین طبیعی نیازهای عاطفی و روانی اعضا، تربیت و رشد فطرت، مراقبت از اعضای خردسال

و حمایت از اعضای کهنسال، تحکیم ارزش‌ها، انتقال فرهنگ و تلقین و تعلیم فرهنگ‌پذیری و جامعه‌پذیری.

در میان مجموعه قوانین فقهی و حقوقی، خانواده از اهمیت خاصی برخوردار است، زیرا خانواده شالوده جامعه انسانی است، به طوری که هرگونه تحول و تطور در آن بر دیگر بخش‌های اجتماعی تأثیر می‌گذارد.

در این میان قرآن کریم به عنوان اولین و اصلی‌ترین منبع معارف اسلامی بخش مهمی از آیات را به خانواده و احکام آن اختصاص داده است. در کنار آن، سنت معصومان (ع) نیز حکایت از توجه ویژه به خانواده دارد.

قوانینی که در منابع دینی وجود دارد، بسیار غنی بوده و می‌تواند حقوق همه افراد خانواده اعم از زن و مرد و کودکان را به نحو احسن تأمین کند. این در حالی است که دنیا در زمینه تشریح و قانونگذاری احکام عادلانه و اخلاقی در حوزه خانواده همچنان در گیرودار آزمون و خطا و نیازمند کمک و مساعدت است.

به دور از انصاف خواهد بود اگر قوانین دنیای متمدن امروزی با تمام دستاوردهای علمی و فنی و تجربیات حکومتی‌اش در حوزه خانواده را به طور کامل و صددرصد نادیده بگیریم، اما تصویر روتوش شده و پر زرق و برقی که همه روزه از ده‌ها و صدها کانال تلویزیون و ماهواره منتشر می‌شود هم نتوانسته نقایص و مشکلات و معضلات دنیای غرب با کانون خانواده را کتمان کند. این نقایص و مشکلات ناشی از انحطاط فرهنگ غربی و نداشتن منابع غنی برای قانونگذاری و عدم توجه به اصول اخلاقی است، در حالی که فقه اسلامی از غنای محتوایی کامل برخوردار است؛ زیرا مهمترین و چاره‌سازترین درمان درد بشریت قرآن کریم است و درک و تبیین قواعد فقهی و حقوقی حاکم بر حقوق خانواده از این خزانه همیشه تازه با استعانت از کلام معصومین علیهم السلام که خود قرآن ناطقند، امری ضروری و پر منفعت است، چراکه تمسک به قرآن کریم توصیه شده «فَاذِ التَّبَسُّتِ عَلَیْکُمْ الْفِتْنُ کَقَطْعِ اللَّیْلِ الْمُظْلِمِ فَعَلَیْکُمْ بِالْقُرْآنِ؛ هرگاه آشوب‌ها چون شب تار شمارا فرا گرفت به قرآن روی آورید»^۱ و استخراج و استنباط اصول و قواعد سبک صحیح زندگی اسلامی از این دریای معرفت و گنجینه بی‌انتهای حکمت و دانش

۱. کلینی، الکافی (ط - الاسلامیة)، ج ۲، ص ۵۹۹.

تنها راه هدایت است. «القرآن هُدى مِنَ الضَّلالِ وَ تَبیان مِنَ العَمی وَ اسْتِقَالَةٌ مِنَ العَثرةِ وَ نور مِنَ الظُّلْمَةِ، قرآن راهنمای گمراهی است و بینایی از هر کسوری است و سبب گذشت از لغزش‌ها است و روشنی در هر تاریکی است»^۱. اما منقح کردن احکام آن، به‌روز کردن آنها و تبیین قواعد کلی از احکام جزئی و توجه به مقاصد شریعت در قانونگذاری امری پویا، ضروری و اجتناب‌ناپذیر است که در این صورت احکام فقهی می‌تواند ضامن حقوق همه جانبه افراد در روابط خانوادگی باشد.

خانواده

خانواده اولین و مهم‌ترین نهاد اجتماعی است که صلاح و فساد جامعه و تعالی یا افول تمدن‌ها را رقم می‌زند و صد البته بقا، پیشرفت، ترقی، سلامت و توسعه پایدار یک جامعه در تمام شئون و جوانب آن مرهون استواری و استحکام خانواده است. این استواری و استحکام همچون تمام نهادهای اجتماعی دیگر، نیازمند وضع و اجرای قوانین صحیح و همه جانبه‌نگر از یک‌طرف و ارتقای میزان آگاهی و دانش عموم جامعه از وظایف و حقوق خود، از سوی دیگر است.

در حال حاضر بر نظام خانواده در جامعه اسلامی ایران قوانین و ضوابطی مبتنی بر فقه امامیه حکم‌فرما است، اما به دلیل نوپا بودن حکومت دینی و نداشتن الگوی حاکمیتی دین‌مدار در سده‌های اخیر برخی قوانین، کامل و بعضاً همسو و مجرب نیستند که با توجه به شرایط زمان و مکان و تجربه‌های به دست آمده به‌ویژه با در نظر گرفتن اهداف کلی که شارع در حوزه مسائل خانوادگی مد نظر دارد، باید مورد بازبینی قرار گیرند. امروزه تغییر شرایط زندگی بشریت و تبدیل جامعه جهانی به دهکده جهانی و سهولت ارتباطات، موجب هجوم‌های فراوان به مسائل خانواده و حقوق زنان و کودکان شده است و نقاط ضعف، تناقض‌ها و بن‌بست‌های عملی در آنها را آشکار کرده است، به‌گونه‌ای که با وجود قوانین بی‌شماری که در زمینه مسائل خانواده وجود دارد، گاهی عدم هماهنگی قوانین با سیاست‌های کلی نظام اسلامی و با سایر ضوابط و اصول دینی مشاهده می‌شود و به همین جهت متأسفانه شاهد آسیب‌های بی‌شمار و روز افزونی در مسائل خانوادگی هستیم.

به نظر می‌رسد برای برون‌رفت از هجده‌ها و معضلات کنونی و جلوگیری از تضعیف نهاد خانواده، لازم است تا در کنار سایر تلاش‌ها، سازوکارهای قانونی و فقهی مجدداً مورد بازنگری قرار گیرد که تدوین، تصحیح، تنظیم قوانین جدید و به‌روز در حوزه خانواده و توجه به قواعد حاکمه بر حوزه خانواده که موجب تطبیق قوانین با اهداف کلان شرع مقدس به خانواده و روابط فی‌مابین افراد در حوزه خانواده می‌شود، از ملزومات اولیه آن است.

هرگونه توفیقی در تنظیم قوانین، قبل از هر چیز و در درجه اول نیازمند نگاه نظام‌مند به کل احکام شریعت است. همانطور که لازم است نگاهی نظام‌مند به حوزه‌های مختلف فقهی و حقوقی مانند حقوق خانواده نیز داشته باشیم.

روشن است که هر سیستم حقوقی وقتی کارآمد است که همه قوانین آن در هماهنگی کامل با هم عمل کرده و در جهت رسیدن به اهداف کلی و چشم‌اندازهای قانونگذاران آن تشریح شوند. نظام حقوقی اسلام نیز از این قاعده مستثنا نیست.

بدین منظور ضروری است تا در همه حوزه‌های فقهی و حقوقی به‌ویژه حقوق خانواده ابتدا همان سیاست‌های کلان یا اهداف کلی شارع و به تعبیر دیگر «خطوط کلی شریعت» در مسائل خانواده تبیین شود.

قواعد فقه متکفل بیان همان چشم‌اندازهای کلی شریعت‌اند که به‌عنوان اصول حقوقی یا فراموضوعه در سایر سیستم‌های حقوقی شناخته می‌شوند و دارای چندین نقش و تأثیرند؛ زیرا از طرفی این قواعد، ضوابط کلی هستند که قوانین جزئی بر پایه آنها و هماهنگ با آنها تشریح می‌شوند و از طرف دیگر نقش هماهنگ‌کننده را دارند و جلوی تعارضات قانونی را در کل سیستم حقوقی می‌گیرند.

وجود انتقادات بی‌شماری که در رسانه‌ها و شبکه‌های اجتماعی متوجه خانواده می‌شود، ضرورت بازنگری، تبیین، تدوین و جمع‌آوری قواعد مرتبط با نهاد پراهمیت خانواده در جامعه را به وضوح نشان می‌دهد. گرچه توجه و تدوین قواعد فقهی در کتاب‌های مستقل از فقه و سایر علوم اسلامی سابقه دیرینه دارد، اما تبیین و جمع‌آوری قواعد مرتبط با حوزه حقوق خانواده سابقه‌ای ندارد.

کتاب حاضر در نظر دارد به انگیزه پاسخ‌گویی به مسائل مستحدثه و به‌واسطه ظهور و بروز نیازها و ضرورت‌های به وجود آمده برای خانواده امروزی و ایرادات متوجه قوانین خانواده، علاوه بر بهره‌گیری از قواعد فقهی عام موجود، با تکیه بر قرآن عظیم و منابع غنی روایی به استخراج و گردآوری قواعد خاص خانواده در یک مجموعه منسجم پردازد و پایه‌گذار و آغازگر راهی برای یافتن قواعد فقهی جدید و مورد نیاز باشد.

ضرورت و اهمیت

بدیهی است قانونگذاری صحیح و اصولی بدون داشتن چشم‌اندازی روشن از اهداف مورد نظر و قواعد و ضوابط حاکم بر آن حوزه امکان‌پذیر نیست و حوزه حقوق خانواده نیز از این امر استثنای پذیر نیست. در علم فقه این امر مورد توجه قرار نگرفته است و شاید علت آن بداهت و روشنی این مسئله در اذهان فقهای نامدار امامیه بوده است. اما امروزه با توجه به پیچیدگی روابط انسانی و به تبع آن روابط درون خانواده و بروز سبک‌های جدیدی از زندگی خانوادگی لازم است تلاش مضاعف در جهت قانونگذاری صحیح و قابل قبول صورت گیرد تا همه افراد خانواده از حقوق متعارف و عادلانه برخوردار گردند. از این رو به نظر می‌رسد جمع‌آوری و تبیین قواعد فقهی و حقوقی حاکم بر روابط خانوادگی خود از مهم‌ترین مبانی و مرجع قانونگذاری صحیح و اصولی محسوب می‌شود.

این زایندگی و پاسداشت در سایه ابداع و ارائه و عرضه و معرفی سبکی نوین از زندگانی برای جوامع انسانی و نَفَس‌ها و نَفَس‌های خسته از ایسم‌های از پا درآمده‌ای می‌باشد که هر از گاهی زهر تلخ ناکامی و سپه‌روزی را با رنگ و لعاب‌هایی پرطمطراق به کام او ریخته‌اند. چشم امید انسان امروزی در عرصه رقابت میان ملل در تدوین سبکی نوین برای زندگانی است که بتواند از همه داشته‌های روحی و معنوی و مادی او بهره‌گیرد. از این رو پردازش و روشنگری سبک زندگی به‌عنوان یک ضرورت و نیاز اساسی در عصر کنونی ماست و ملت‌هایی که خسته و گرفتار در دنیای سرعت، جامانده از هویت زندگانی و همچون تشنه‌ای کوزه به دست آب را می‌جویند و از پس قرن‌ها فریاد خویشتن‌خواهی و به بی‌راه رفتن‌های بزرگ راه مدرنیته، دوباره به سوی آرامش بخش‌های آسمانی و الهی روی آورده‌اند.

چنین مجموعه‌ای می‌تواند درک روشنی از سیاست‌های کلان اسلام و قانونگذار ایرانی در حوزه حقوق و تکالیف خانوادگی پیش‌روی دست‌اندرکاران امر قرار دهد. گرچه برخی قواعد، در متون فقهی (آیات و روایات) وجود دارد، اما جهت فکری فقهای بزرگوار در بررسی آنها بیشتر معطوف به جریان آنها در معاملات و عبادات بوده و کمتر از جریان قواعد در حوزه خانواده بحث و بررسی به میان آمده است. به علاوه مجموعه مدونی از قواعد فقه حاکمه، ویژه خانواده که احکام اولیه را نیز تحت الشعاع خود قرار می‌دهد، تاکنون تنظیم و نگارش نشده است و این امر، ضرورت تحقیق و پژوهش در این مورد را دوچندان می‌کند.

۱. تعریف قاعده

«قاعده» در لغت دارای دو معناست؛ یکی به معنای اساس و پایه یک شیء (خواه امری مادی باشد یا معنوی) به گونه‌ای که با از بین رفتن اساس و پایه، خود آن شیء نیز از بین می‌رود، مانند اساس و پایه ساختمان که با از بین رفتن آن، ساختمان نیز از بین می‌رود. ابن‌منظور در کتاب لغت خود، قاعده را چنین معنا می‌کند: «القاعدة أصل الأُس والقواعد الاساس وقواعد البيت اساسه، وفي التنزيل: "وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ" قَالَ الزَّجَّاجُ: الْقَوَاعِدُ اسَاطِينُ الْبِنَاءِ الَّتِي تَعْمَدُ...»^۱ قاعده به معنای پایه و اساس یک شیء است و قواعد ساختمان همان پایه‌های اوست و در قرآن کریم آمده است که ابراهیم (ع) پایه‌های خانه کعبه را بالا آورد. زجاج گفته است: قواعد ساختمان همان پایه‌های آن است که ساختمان بر آن بنا شده و به آن متکی و وابسته است. دیگر لغویان نیز «قاعده» را به معنای اساس و ریشه دانسته‌اند.^۲

در معنای دوم به گزاره‌های عام یا کلی که منطبق بر جزئیات بی‌شمار باشند، قاعده گفته شده است.^۳ معنای اصطلاحی قاعده، رابطه تنگاتنگی با معنای لغوی آن دارد. تهانوی در توصیف معنای اصطلاحی قاعده می‌گوید: «أنها امر کلی منطبق علی جمیع جزئیاته عند تعریف احکامها منه؛

۱. بقره، آیه ۱۲۷.

۲. ابن‌منظور، لسان العرب، ج ۳، ص ۳۶۱.

۳. واسطی زبیدی، تاج العروس، ج ۵، ص ۲۰۱.

۴. محقق داماد، قواعد فقه، ص ۲۱.

قاعده امری است کلی که در هنگام شناسایی احکام آن، بر تمامی جزئیات خود منطبق باشد.^۱ از این رو، قاعده‌ای که در علوم رایج است، کلی یا غالبی است به گونه‌ای که با انتفای آن، اصل آن علم نیز منتفی می‌گردد و معلوم است که با انتفای یک امر جزئی، اساس علم منتفی نمی‌شود.

۲. تعریف قاعده فقهی

قاعده فقهی از هر دو معنای لغوی قاعده دور نیفتاده و به هر دو معنای «اساس فقه» و «گزاره‌های عام فقهی» است؛ با این حال در تعریف قاعده فقهی میان فقیهان اتفاق نظر وجود ندارد؛ چون هر یک از تعاریفی که ارائه شده به یکی از جنبه‌های تمایز قاعده فقهی با سایر قواعد اشاره دارد که در ذیل برخی از آنها بیان می‌شود.

برخی در تعریف قاعده فقهی گفته‌اند: «القواعد الفقهية هي أحكام عامة فقهية تجرى في أبواب مختلفة»؛^۲ یعنی قواعد فقهی احکامی کلی هستند که در باب‌های گوناگون فقه به کار می‌روند.

برخی گفته‌اند: «قاعده فقهی قضیه‌ای است که حکم محمولی آن به فعل یا ذاتی خاص متعلق نباشد بلکه بسیاری از افعال یا ذوات متفرق را که عنوان حکم محمولی بر آنها صادق است، شامل باشد، خواه آن حکم محمولی حکم واقعی اولی باشد از قبیل قاعده "ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده" و عکس آن "ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده" که شامل انواع معاوضه‌های متفرقه است یا حکم واقعی ثانوی باشد از قبیل قاعده "لا ضرر" و قاعده "لا حرج" که در همه ابواب فقه ممکن است مورد پیدا کند و اجرا شود و یا حکم ظاهری باشد از قبیل قاعده "تجاوز".^۳

همچنین گفته شده است: قاعده فقهی حکمی کلی فقهی است که در ابواب مختلف فقه یا موضوعات متعدد به کار می‌رود؛ مثلاً لا ضرر قاعده‌ای است فقهی، این قاعده در باب بیع، اجاره، نکاح، طلاق و خیلی از ابواب فقهی دیگر به کار می‌رود.^۴

۱. تهانوی، کشف اصطلاحات الفنون و العلوم، ج ۲، ص ۱۲۹۵.

۲. مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ج ۱، ص ۲۳.

۳. شهابی، قواعد فقه، ص ۹.

۴. محمدی، قواعد فقه، ص ۱۴.

یکی از تعاریف جامع در این زمینه، این تعریف است که می‌گوید: قواعد فقه، فرمول‌های بسیار کلی هستند که منشأ استنباط قوانین محدودتر می‌شوند و به یک مورد ویژه اختصاص ندارند، بلکه مبنای قوانین مختلف و متعدد قرار می‌گیرند.^۱

۳. جایگاه قواعد فقهی در تشریح احکام

فقه اسلامی بیانگر تمامی احکام و مسائل مربوط به افعال مکلفین در جنبه‌های مختلف شخصی و اجتماعی است، به طوری که در هر عرصه از امور و افعال مکلفین چون عرصه‌های سیاسی، اقتصادی، حقوق و ... قابلیت پاسخ‌گویی به احکام شرعی مرتبط با آنها را دارد. حال با روشن شدن جایگاه فقه، اهمیت جایگاه قواعد فقه را نیز می‌توان احراز نمود؛ چرا که قواعد فقه زیربنا و اساس فقه و حقوق اسلامی را تشکیل می‌دهد که شناخت و تسلط بر آن، در جهت رسیدن به مرحله استنباط و درک مسائل فقهی خصوصاً استنتاج احکام شرعی مسائل مستحدثه، دارای اهمیتی فوق العاده است، به طوری که کیفیت قدرت استدلال و تجزیه و تحلیل فقهی و حقوقی را وسعت می‌دهد و از آنجایی که این قواعد به مثابه ضابطه و مقصد کلی شریعت در مسائل فقهی هستند، فقه‌پژوهان را قادر می‌سازد که در سطح عالی به دانش فقه همت گمارند و بلکه اجتهاد فقهی را کسب کنند. قاعده فقهی برخلاف قاعده اصولی، از این ویژگی برخوردار است که اجرای آن میان مجتهد و مقلد مشترک است و خود مکلف هم می‌تواند قاعده فقهی را بر مصادیق آن تطبیق دهد. در همین راستا از دیر باز تلاش فقیهان بر این بوده که مسائل فقهی را تحت قواعد کلی درآورند و شعاع هر قاعده‌ای را مشخص کنند؛ زیرا آنان به دلیل آشنایی با نیازهای روز، به درستی دریافته بودند که برای گره‌گشایی از زندگی اجتماعی و سیاسی مردم، باید از قواعد کلی نشئت گرفته از ادله اربعه، قوانین جزئی را استخراج و به کار بگیرند تا هم نیاز جامعه برطرف گردد و هم فقه در عرصه زندگی، حضور چشمگیر و فعال داشته باشد.

۱. محقق داماد، قواعد فقه، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۲.

۴. تفاوت قاعده فقهی با سایر مفاهیم مرتبط

۴-۱. فرق قاعده فقهی با مسئله فقهی

قاعده فقهی حکمی کلی است، در حالی که مسئله فقهی حکمی جزئی و خاص است و تفاوت این دو در همین است. برای مثال قاعده لاضرر حکم فقهی است که بر تمام موارد ضرر منطبق است، اما اگر گفته شود «چنانچه شخصی در ملک خویش به نحوی تصرف کند که موجب ورود خسارت و ضرر به همسایه شود باید از عهده آن برآید»، این یک مسئله فقهی است.^۱

۴-۲. تفاوت قاعده فقهی با مسئله اصولی

مسئله اصولی قاعده‌ای کلی است که برای رفع نیاز فقیه در تشخیص تکالیف کلی مکلفان آماده و فراهم شده باشد؛ به عبارت دیگر قواعدی که برای استنباط احکام شرعی فرعی از ادله تفصیلی آنها آماده شده است.^۲

قواعد اصولی، مبنایی، نظری و تئوری هستند و به عمل نزدیک نیستند، یعنی جنبه علمی دارند و مستقیماً به مرحله عمل نمی‌رسند و تطبیق آنها بر موارد عملی با فاصله انجام می‌گیرد در حالی که قواعد فقهی مربوط به مرحله عمل است و در مقام بیان کاری است که کسی انجام داده و یا می‌خواهد انجام دهد.

به تعبیری دیگر قاعده فقهی حکم کلی مرحله عمل و کار مردم است که با یک فاصله به مرحله اجرا می‌رسد. قواعد فقهی به مرحله عمل نزدیک هستند شما را مستقیماً وارد عمل می‌کند.^۳

تفاوت این دو را می‌توان به شرح ذیل توضیح داد:

۱- از منظر نحوه کاربرد: قاعده فقهی، مستقیماً به عمل مکلف تعلق می‌گیرد برخلاف

مسئله اصولی که تعلق آن با واسطه به فعل مکلف است.^۴

۱. بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۱، ص ۲۶۶ و ۲۶۵.

۲. قمی، قوانین الأصول، ص ۵.

۳. محمدی، قواعد فقه، ص ۱۶.

۴. حکیم، الأصول العامة للفقهاء المقارن، ص ۴۳.

۲- از حیث کارکرد اجتهادی و تقلیدی: نتیجه قاعده اصولی برای مجتهد سودمند است، اما قاعده فقهی را به دست مکلف مقلد نیز می‌توان سپرد.^۱

۳- از جهت کارکرد استنباطی: قاعده اصولی در فرآیند استنباط حکم الهی به کار می‌رود، اما قاعده فقهی خود، حکم شرعی است.^۲

۴-۳. تفاوت قاعده فقهی با ضابط فقهی

قاعده فقهی با ضابط فقهی دو تفاوت عمده دارد:

تفاوت اول در این است که ضابط فقهی به قضیه‌ای گفته می‌شود که در مقام بیان ملاک و شرایط برای تحقق موضوع است، در حالی که قاعده فقهی در صدد بیان موضوع نیست بلکه در صدد بیان حکم کلی است که ارتباط به احکام دارد نه موضوعات احکام.^۳

تفاوت دوم این است که لازم نیست ضابط فقهی به شارع نسبت داده شود یا از ادله شرعی اخذ گردد؛ بلکه بسیاری از ضوابط از عرف یا مسائل مختلف علمی و فقهی اخذ می‌گردد، در حالی که قواعد فقهی بایستی مستندات شرعی داشته باشد تا بتوان آنها را به شارع نسبت داد و یا از ادله شرعی استخراج نمود.^۴

همچنین در تفاوت بین این دو گفته شده: قاعده فقهی وسیع‌تر و در حقیقت اعم از ضابط فقهی است؛ به این معنا که قاعده فقهی مختص باب خاصی نیست و در ابواب گوناگون کاربرد دارد، مانند قاعده «نفی عسر و حرج» یا قاعده «لاضرر»، در حالی که ضابط فقهی کاربردش محدود به یک باب از ابواب فقهی است، مانند قاعده «لا شک لکثیر الشک» که تنها در عبادات و خصوصاً نماز کاربرد دارد.^۵

۱. انصاری، فرائد الأصول، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۹.

۲. سیحانی، تهذیب الاصول، ج ۱، ص ۱۹ و ۲۰.

۳. فاضل لنکرانی، قواعد فقهیه، ص ۱۱.

۴. همان، ص ۱۳.

۵. فهرستی، قواعد فقه جزای اختصاصی، ص ۱۵-۱۶.

قدما تفاوت بین این دو اصطلاح را در تعبیر خود رعایت می‌کردند، اما امروزه نویسندگان خود را مقید به رعایت تفاوت مذکور نمی‌دانند و منظورشان از قواعد فقهی چیزی اعم از قاعده و ضابطه فقهی است.

۵. تقسیم‌بندی و تنوع قواعد فقهی

۵-۱. قواعد عام و قواعد خاص

هر یک از باب‌های گوناگون فقه و حقوق، قاعده یا قواعدی مرتبط و هم‌سو با موضوع خود دارد که با معیارهای گوناگونی تقسیم شده‌اند.

از حیث گستره کاربرد می‌توان قواعد فقهی را به دو دسته قواعد عام و قواعد خاص دسته‌بندی کرد.

منظور از قواعد عام، قواعدی است که در همه ابواب فقه اعم از ابواب معاملات، جزائیات، عبادات و... به کار می‌رود که البته در حقوق خانواده نیز ساری و جاری است مثل قاعده «لا حرج و لا ضرر». در مقابل، قواعدی که فقط در ابواب خاصی کاربرد دارند، به آنها قواعد خاص گفته می‌شود، مانند قاعده «تسلیط» که در باب ویژه مسائل اقتصادی و بازرگانی به کار می‌آید و یا قاعده «لوث و قسامه» که در جنایات به کار می‌رود. از این دست قواعد در حوزه حقوق خانواده، می‌توان از قواعدی چون «رضاع» و «فراش» نام برد که تنها در حقوق خانواده کاربرد دارند و قواعد اختصاصی خانواده تلقی می‌شوند.^۱

هدف از نگارش کتاب حاضر پرداختن به مهم‌ترین قواعدی است که دارای کارکرد مؤثر و مهم در حوزه خانواده و روابط حقوقی حاکم بر افراد خانواده است، اعم از اینکه از جمله قواعد عام باشند و یا کاربردشان مختص به حقوق و تکالیف خانوادگی باشد؛ از این رو، قواعد خانواده در دو فصل جداگانه جمع‌آوری و ارائه شده است؛ یک فصل به قواعد مشهور و معهوده و فصل دیگر به قواعد غیر معهوده اختصاص یافته است.

۱. طاهری، قواعد فقه، ج ۱، ص ۲۳.

۵-۲. قواعد حاکمه و غیرحاکمه

قواعد فقه را می‌توان از لحاظ قدرت و نفوذ بر احکام اولیه، به حاکمه و غیر حاکمه تقسیم نمود. گفته شده «منظور از قواعد حاکمه قواعدی هستند که بر قواعد دیگر حاکم‌اند و با اجرای آنها، اثر قاعده نخست از میان می‌رود و بدین سبب آنها را (قواعد حاکمه) می‌خوانند»^۱ بدین معنا که قاعده فقهی حاکمه، دلیل قوی‌تر و حاکم بر دیگری است و در موضوع آن دخل و تصرف کرده آن را توسعه می‌بخشد و یا تضییق می‌کند.

۵-۲-۱. حکومت

مراد از حکومت، این است که یکی از دو دلیل، ناظر و مفسر دیگری باشد، یعنی یک دلیل، به حال و وضع دلیل دیگر، نظر داشته باشد و مضمون آن را شرح و تفسیر کند. دلیل ناظر را حاکم و دلیل دیگر را محکوم می‌نامند و فرق نمی‌کند که دلیل حاکم، موضوع دلیل دیگر را، معنا و تفسیر کند یا محمول آن را، چنان‌که فرق نمی‌کند دلیل دیگر را با تفسیر خود، توسعه و تعمیم دهد یا در آن محدودیت و اختصاص به وجود آورد. مثلاً در دلیلی آمده است: «الخمیر حرام» و دلیلی دیگر می‌گوید: «الفقاعُ خمیر»، در اینجا دلیل دوم ناظر به دلیل نخست است و موضوع آن را تفسیر می‌کند و توسعه می‌دهد.^۲

اصطلاح «حکومت» در اینجا دور از اصطلاح اصولی آن نیست. اما واقعیت این است که قواعد حاکمه قواعدی هستند که بر ادله احکام اولیه حکومت پیدا می‌کنند؛ بدین توضیح که به خاطر اهمیتی که در نزد شارع دارند قدرت پیدا می‌کنند تا بتوانند محدوده احکام اولیه را تنگ و کوچک کنند یا توسعه دهند.

قواعد فقهی حاکمه از قدرت زیادی برخوردارند؛ زیرا بیانگر اهداف کلان شریعت هستند و به همین دلیل بر سایر احکام شریعت حکومت دارند و می‌توانند احکام اولیه الهی را متوقف کنند، مثل قاعده لاضرر یا قاعده نفی عسر و حرج که روی احکام اولیه حکومت دارد و هیچ

۱. اسعدی، قاعده منع استیلائی کفار بر مسلمانان، ص ۱۸.

۲. فیض، مبادی فقه و اصول، ص ۲۱۵.

حکمی از احکام شریعت از سیطره این دو خارج نیستند. به استناد همین دو قاعده حکم و جوب روزه در سوره بقره محدود به حالت غیرضرری و غیرحرجی می‌شود.

در حوزه خانواده نیز می‌تواند هرگونه حکم ضرری در رابطه با زن، شوهر و یا فرزندان را ممنوع اعلام کند، گرچه در شرایط عادی امری مجاز و حتی واجب باشد؛ مانند شیر دادن به کودک که مادران به غریزه مادری آن را برای خود وظیفه می‌دانند، ولی در عین حال این امر نباید به مادر زیان برساند.

قواعد فقهی غیرحاکمه نقطه مقابل قواعد حاکمه هستند؛ به آن معنا که گرچه آنها گزاره‌های کلی قابل انطباق بر مصادیق متعدد فقهی هستند، ولی بر ادله احکام اولیه حکومت ندارند، مانند قاعده طهارت و قاعده صحت.

کتاب حاضر منحصرأً به بررسی و تبیین قواعد حاکمه بر حوزه خانواده می‌پردازد و قواعدی مانند قاعده رضاع «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» و قاعده فراش «الولد للفراش و للعاهر الحجر» و... از آن جهت که حاکمه نیستند از موضوع این کتاب خارج‌اند.

۵-۳. قواعد منصوبه و قواعد اصطیادی

منظور از قواعد منصوبه آن است که عنوان قاعده بعینه در نصوص (آیات یا روایات) موجود باشد، مثل قاعده شرط که عنوان آن دقیقاً متخذ از روایت نبوی «المؤمنون عند شروطهم» با همین تعبیر است.

اما در قواعد اصطیادی برخلاف قواعد منصوبه، نص قرآنی یا روایی که تمام مفاد قاعده را دربر بگیرد، وجود ندارد و فقه‌پژوهان آنها را از مجموعه‌ای از آیات و روایات که من حیث المجموع مفاد قاعده را ثابت می‌کند، اصطیاد می‌کنند. قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» یک قاعده اصطیادی است که از مجموعه‌ای از پاسخ‌های حضرات معصومین (ع) در موارد متعدد فقهی و حقوقی استخراج شده است.

۴-۵. قواعد معهوده و غیر معهوده

تقسیم قواعد فقهی به قواعد معهوده و غیر معهوده در کتاب‌ها و تألیفات مربوط به قواعد فقهی سابقه ندارد. گرچه اصطلاح غیر معهوده در پاره‌ای از کتاب‌های فقهی و حقوقی، در مورد عقود جدید و نامعین در مقابل عقود معین به کار رفته است.

عقود معینه عقود هستند که از دیرباز بین افراد، متداول بوده و در فقه و قانون مدنی دارای نام مشخص هستند و به لحاظ اهمیت و کثرت استعمال آن در عرف، آثار و احکام خاصی در قانون مدنی برای آنها پیش‌بینی شده و به محض توافق طرفین این آثار و احکام بر آن مستقر می‌شود، مانند بیع، اجاره، قرض، صلح، شرکت، ضمان و...؛ در نقطه مقابل آن عقود غیر معین قرار دارد و آن عبارت است از عقود که در قانون عنوان و صورت خاص ندارد و شرائط و آثار آن بر طبق قواعد عمومی تعیین می‌شود، مانند قرارداد مربوط به طبع و نشر کتاب و تبلیغ درباره کالای معین و اقامت در مهمانسرا.^۱

نویسندگان کتاب با الهام از به کارگیری این اصطلاح در باب عقود، همین اصطلاح را در قواعد فقهی به کار گرفته و با توجه به همین تقسیم‌بندی، قواعد ارائه شده در کتاب حاضر را به دو فصل قواعد معهوده و قواعد غیر معهوده تقسیم کرده‌اند.

منظور از قواعد معهوده قواعدی هستند که در کتاب‌های قواعد فقهی، اسم و عنوان مشخصی دارند، مثل قاعده شرط، قاعده نفی سیل، قاعده نفی عسر و حرج و مانند آنها. اما قواعدی که در کتب قواعد فقه دارای نام و عنوان مشخصی نیستند و مبنا و مستندات آن کمتر مطرح یا بررسی شده است، گرچه مطالبی درباره آنها به‌طور پراکنده در متون فقهی وجود دارد، قواعد غیر معهوده محسوب می‌شوند، مثل قاعده کرامت ذاتی انسان، قاعده عدالت، قاعده مصلحت، قاعده معروف و قاعده موازنه حق و تکلیف.

در کتاب حاضر علاوه بر معرفی قواعد جدید تحت عنوان قواعد غیر معهوده و اعتباربخشی به آن، قواعد معهوده نیز با دیدگاهی جدید و متمرکز بر حوزه خانواده مورد توجه قرار گرفته است.

۱. کاتوزیان، حقوق مدنی، ص ۳۰.