

## استناد به قواعد فقهی در آراء قضایی خانواده

لیلا ثمنی<sup>۱</sup>

معصومه شهریار<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۴/۱۳

تاریخ داوری: ۱۴۰۳/۵/۱۷

### چکیده

نظر به اینکه قواعد فقهی در موارد زیادی به مثابه مبنا در مقام وضع قوانین و یا به منزله دلیل در مقام دادرسی دعاوی خانوادگی، مورد استناد است، هدف از این پژوهش بررسی وضعیت بکارگیری قواعد فقهی در مستندات آراء قضایی صادره در دعاوی خانوادگی و امکان سنجی توسعه بخشی به آن در راستای ایجاد وحدت رویه بیشتر در اجرای مفاد اصل ۱۶۷ قانون اساسی است. دامنه جمع‌آوری اطلاعات، آراء قضایی دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر خانواده و در برخی موارد آراء دیوان، در بازه‌ی سال‌های بین ۱۳۹۱ تا ۱۳۹۳ است که در سامانه آراء قضایی پژوهشگاه قوه قضائیه در دسترس عموم است. یافته‌ها حاکی از آن است که رویکرد قضات به استخدام قواعد فقهی در مستندات به صورت دلیل و موید به دو صورت تصریحی و نقل مضمون است و در برخی موارد علی‌رغم امکان استناد، مغفول مانده است. تطبیق قواعد فقهی در دعاوی خانواده در حال حاضر اگرچه تا حدی قابل قبول است؛ اما گستره‌ی امکان این به‌رمندی بیش از وضعیت موجود بوده و قابلیت و ضرورت توسعه بخشی آن ثابت می‌شود. لذا پیشنهادهای در خصوص شناسایی و تبیین هرچه بهتر قواعد فقهی دارای کاربرد در آراء قضایی و تاکید بر استعمال قواعد فقهی بصورت عام‌تر و حرکت به سمت وحدت رویه قضایی در دادگاه خانواده ارائه شد.

**واژگان کلیدی:** قواعد فقهی، تطبیق قاعده، دعاوی خانواده، آراء قضایی، وحدت

رویه.

۱. عضو هیات علمی پژوهشکده زنان دانشگاه الزهرا (س)، تهران، ایران (نویسنده مسئول) samani@alzahra.ac.ir

۲. کارشناس ارشد فقه و حقوق خانواده، مدرسه عالی شهید مطهری، تهران، ایران.

## بیان مسئله

مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی موظف است کوشش کند که اگر حکم دعوایی در قوانین مدونه یافت نشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم صادر نموده و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا یا صدور حکم امتناع ورزد. بر مبنای این اصل در دعاوی خصوصی از جمله در دعاوی خانوادگی که در بسیاری از آن‌ها قوانین مدونه پوشش لازم و کافی برای رسیدگی به دعوا را ندارند، قاضی ملزم به استناد به منابع معتبر اسلامی است اما با وجود محدودیتهایی از قبیل کمبود زمان رسیدگی به پرونده‌ها و عدم امکان اشراف به منابع اسلامی در همه قضات؛ بررسی وضعیت بکارگیری قواعد فقهی در مستندات آراء قضایی صادره در دعاوی خانوادگی و امکان سنجی توسعه بخشی به آن در این پژوهش مورد نظر قرار داده شد. از این رو آراء قضایی دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر خانواده و در برخی موارد آراء دیوان، در بازه‌ی سال‌های ۱۳۹۱ تا ۱۳۹۳ که در سامانه آراء قضایی پژوهشگاه قوه قضائیه در دسترس عموم است، مورد مطالعه و بررسی قرار داد شد تا ضمن تبیین وضعیت فعلی، تحلیلی در خصوص وضعیت مطلوب استعمال قواعد فقهی در آراء قضایی دادگاه خانواده صورت گیرد و امکان بکارگیری وسیع‌تر قواعد فقهی در آراء صادره در محاکم خانواده نیز بررسی شود. با این پیش فرض که به‌کارگیری قواعد فقهی توسط قضات دادگاه‌های خانواده امکان ایجاد وحدت رویه در تفسیر قوانین و همچنین زمینه سازی وصول به رای صائب در موارد فقدان نص قانونی (مشارالیه در اصل ۱۶۷ قانون اساسی) را تسهیل می‌نماید.

قواعد فقهی، احکام کلی و عام فقهی هستند (مکارم، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۲۳)<sup>۱</sup> که اگر قابل تطبیق بر مصادیق دعاوی خانواده باشند از آن‌ها به قواعد فقهی خانواده یاد می‌شود (ثمنی، ۱۳۹۹، ص ۲۷). از این رو یکی از مستندات در مقام ارائه دلیل یا موید حکم در مقام صدور آراء قضایی خانواده<sup>۲</sup> قواعد فقهی است که البته این امر نزد زوجین و وکلای آن‌ها نیز معمول و

۱. «ان القواعد الفقهية هي احكام عامة فقهية تجرى في ابواب مختلفة و موضوعاتها»

۲. طبق ماده ۴ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ رسیدگی به ۱۸ مورد از دعاوی خانوادگی در صلاحیت دادگاه خانواده است: ۱. نامزدی و خسارات ناشی از برهم زدن آن؛ ۲. نکاح دائم، موقت و اذن در نکاح؛ ۳. شروط ضمن عقد نکاح؛ ۴.

مشهود است؛ زیرا یکی از مبانی مهم تقنین و قضاوت در نظام حقوقی اسلام، از زمان حضرت رسول ﷺ تا کنون، قواعد فقهی بوده و هست<sup>۱</sup>. لذا علم قواعد فقهی در میان علوم فقهی پیشینه‌ای طولانی و جایگاهی رفیع دارد و منابع مفصل و زیادی به بحث از قواعد فقهی اختصاص دارند؛ اما تفکیک قواعد فقهی با محوریت حوزه خانواده در پژوهش‌های معدودی مورد توجه قرار گرفته است؛ از جمله خدیجه مرادی در کتاب «کاربرد فقه قضایی در حقوق خانواده» به بررسی قواعد بینة، اقرار و ولایت حاکم در حقوق خانواده پرداخته است. سیدابوالقاسم نقیبی در سال ۱۳۸۹ در مقاله «قواعد عام فقه و کاربرد آن در حقوق خانواده» به تحلیل کاربرد قواعد فقهی «لاضرر، لاجرح، شروط غرور و الزام» و در ۱۳۹۰ ضمن مقاله «قواعد اختصاصی فقه خانواده و کاربرد آن در قانون مدنی» به بررسی ۳ قاعده از قواعد خاص خانواده یعنی «رضاع»، «فراش» و «المطلقه الرجیعه کزوجه الحقیقه» و در سال ۱۳۹۲ در مقاله‌ای تحت عنوان «قواعد فقه قضایی و کاربرد آن در حقوق خانواده، به بررسی قواعد «بینة» و «اقرار» پرداخته است؛ اما در خصوص تامین هدف این مقاله نسبت به ارزیابی کاربرد قواعد فقهی در آراء قضایی خانواده مطالعه خاصی مشاهده نشد. بنابراین در این پژوهش ضمن بررسی دعاوی زوجین که در آراء قضایی آنها به قواعد فقهی استناد شده است به بررسی شرایط توسعه بخشی به استعمال قواعد در آراء قضات دادگاه‌های خانواده پرداخته می‌شود

### قواعد لاضرر و لاجرح

اگرچه برخی دو قاعده لاضرر و لاجرح را عام مطلق می‌دانند؛ اما به نظر می‌رسد رابطه این دو عموم خصوص من وجه است؛ زیرا طبق قاعده لاضرر ایجاد هرگونه ضرر و مضیقه و فشار بر دیگران یا بر جامعه و محیط زیست ممنوع است. بر این اساس، هرگاه تصرف کسی - گرچه در

ازدواج مجدد؛ ۵. جهیزیه؛ ۶. مهریه؛ ۷. نفقه زوجه و اجرت المثل ایام زوجیت؛ ۸. تمکین و نشوز؛ ۹. طلاق، رجوع، فسخ و انفساخ نکاح، بذل مدت و انقضای آن؛ ۱۰. حضانت و ملاقات طفل؛ ۱۱. نسب؛ ۱۲. رشد، حجر و رفع آن؛ ۱۳. ولایت قهری، قیمومت، امور مربوط به ناظر و امین اموال محجوران و وصایت در امور مربوط به آنان؛ ۱۴. نفقه اقارب؛ ۱۵. امور راجع به غایب مفقودالاثار؛ ۱۶. سرپرستی کودکان بی سرپرست؛ ۱۷. اهدای جنین؛ ۱۸. تغییر جنسیت  
۱. همچنانکه در مستندات روایی و قرآنی قواعد فقهی نیز مشهود است. (ر. ک. ثمنی، ۱۳۹۹).

ملك يا حق خود- به ديگري يا بر اجتماع اسلامي ضرر برساند يا فشار و مضيقه ايجاد کند از تصرف او جلوگیری شده و تسلطش از مال سلب می گردد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ش، ص ۳۵-۸۹) اما طبق قاعده لاجرح، تکلیفی که موجب تحمل سختی و مشقت زیاد باشد، از عهده ی فرد برداشته می شود؛ به گونه ای که در اسلام اگر حکمی مستلزم مشقت شدیدی باشد، به نحوی که فردی به دلیل شرایطی که دارد برای امتثال حکم به حرج و سختی بیافتد، الزام انجام آن به دلیل قاعده لاجرح برداشته می شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۳۴). بنابراین در برخی موارد هر دو قاعده قابلیت جریان دارند اما در برخی آراء قضایی فقط یکی از دو قاعده مجراست؛ اما باید توجه داشت هر دو قاعده بر این امر دلالت دارند که اسلام، دین سهله و سمحه است. (طباطبائی، ۱۳۶۶، ج ۱۴، ص ۵۸۲)

در آراء قضایی خانواده، مواردی همچون ضرب و شتم زوج و اعتیاد وی ولو منجر به حکم محکومیت نشده باشد (رای دادگاه بدوی خانواده به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۱۴۶۷ مورخ ۹۳/۰۸/۱۳۹۳؛ جدایی ۶ ساله زوجین و ازدواج مجدد زوج (پرونده شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۷۶۱ مورخ ۹۳/۰۷/۱۳۹۳)؛ عدم رعایت عدالت میان دو زوجه و بی توجهی و عدم زندگی مشترک (مضاجعه) با یکی از دو زوجه (رای شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۲۰۰۱۸۱ مورخ ۹۳/۰۷/۱۳۹۲) و یا عدم پرداخت نفقه به زوجه (در رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۰۰۸۲ مورخ ۹۳/۰۱/۱۳۹۳)؛ از موجبات اثبات عسرو حرج زوجه شمرده شده که قاضی مربوطه با استناد به قواعد فقهی «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» و لاجرح به اینکه شارع حکیم تکلیف بمالایطاق نمی فرماید، زوج را به مطلقه نمودن زوجه ملزم و محکوم نموده اند. یکی از امارات مهم در اثبات و احراز عسرو حرج زوجه، بذل مهریه توسط زوجه است که عرفاً و عادتاً نشان دهنده اوج عسرو حرج زوجه در تداوم زندگی دانسته می شود.

حکم طلاق در دادگاه ایران به دلیل وقوع طلاق در خارج از ایران با استناد به قاعده لاجرح صادر شده است (شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۵۲۸ مورخ ۹۳/۱۱/۱۳۹۲). به عبارت دیگر عدم تنفیذ طلاقی که در خارج از کشور واقع شده است، برابر این است که طبق قانون ایران هنوز زن و شوهر محسوب می شوند؛ اما وضعیت حادث بر زندگی زوجه پس از انحلال رابطه

زوجیت توسط دادگاه محل اقامت او در خارج از کشور، از مصادیق عسر و حرج است و بلا تکلیفی زوجیت فی مابین در پنج سال و حرجی بودن تداوم علقه زوجیت مندرج در سند نکاحیه، علاوه بر این استدلال که تحقق موارد عسر و حرج در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی به تشخیص دادگاه بوده و جنبه احصایی ندارد، وضعیت حادث بر زندگی زوجه پس از انحلال رابطه زوجیت او و زوج توسط دادگاه محل اقامت او و عدم تنفیذ آن در ایران، از مصادیق عسر و حرج تشخیص داده شد و مستنداً به قاعده لاجرح حکم به طلاق صادر شده است.

هم چنان که در پرونده ای با شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۵۳۶ مورخ ۲۸/۰۸/۱۳۹۳ درخواست طلاق به دلیل متواری شدن و فرار زوج به جهت ترس از اجرای حکم مهریه و حبس ناشی از آن، موجب تحقق عسر و حرج دانسته شده است. در واقع چنانچه زوج به جهت ترس از اجرای حکم مهریه و حبس ناشی از آن متواری شود این امر می تواند از موجبات تحقق عسر و حرج باشد که با قابلیت استناد به قاعده لاجرح حکم به طلاق داده شده است.

علاوه بر آن قاعده لاضرر موجب حکم به عدم تجویز ازدواج مجدد به دلیل عدم استطاعت مالی زوج برای دو همسر شده است؛ (شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۱۹۲۰ مورخ ۲۴/۱۰/۱۳۹۱) زیرا تجویز ازدواج مجدد زوج، موجب اضرار به همسر اول و فرزندانش و همچنین همسر دوم است هر چند که زوجه اول تمکین هم نداشته باشد. در پرونده دیگری (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۲۰۰۹۹۱ مورخ ۰۷/۱۰/۱۳۹۲) با استناد به قاعده لاضرر حکم به طلاق قضایی صادر شده است؛ زیرا قاضی مربوطه نصب دوربین مدار بسته فیلم برداری در اتاق خواب و سالن منزل مسکونی و فیلم برداری از روابط خاص زناشویی را اقدام علیه حریم خصوصی زوجه توسط زوج دانسته و با احراز آن به عنوان مصادیق عسر و حرج، مستنداً با قاعده فقهی (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) حکم به نقض حریم خصوصی زوجه و صدور طلاق قضایی نموده است. در برخی پرونده ها نیز اگرچه در استناد به قاعده لاضرر به نفع زوج تصریح نشده است؛ اما رأی بر مبنای آن صادر شده است. از جمله در رأی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۱۵۵۲ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۳ که آمده است «در فرض طلاق از جانب زوج به دلیل بدرفتاری زوجه و ترک زندگی خانوادگی

توسط وی، اگر مهریه‌ای که به زوجه پرداخت می‌گردد زیاد باشد، نحله به زوجه تعلق نمی‌گیرد».

در مواردی نیز علی‌رغم اینکه رأی پرونده قابلیت تصریح به استناد به قاعده لاضرر را داشته، مغفول مانده است. مانند مورد پرونده با شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۱۱۰۳ مورخ ۱۳۹۲/۶/۶ که حکم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه نفقه داده شده است که بعد از محکومیت زوج به پرداخت نفقه و تأخیر در پرداخت آن، قابل مطالبه است. نکته مهم اینکه طلاق که به استناد قواعد لاضرر و لاجرح واقع شده باشد، بائن است؛ زیرا اگر رجعی باشد، رافع عسر و حرج زوجه نخواهد بود به همین دلیل بی‌نتیجه و عبث می‌شود چرا که با رجوع زوج نسبت به طلاق وضعیت سابق عسر و حرج زوجه تکرار خواهد شد و این امر نقض غرض بوده و صحیح نیست. (۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۲۰۰۶۶۸ مورخ ۱۳۹۲/۰۷/۰۷)

### قاعده فراش

فراش در این قاعده به معنای بستری است که فرزند در آن رشد کرده و به دنیا آمده است. در این قاعده فرزند متولد شده متعلق به مردی است که مادرش با او رابطه جنسی مشروع دارد و فرزند در طول آن رابطه زوجیت به دنیا آمده و رشد کرده است. لذا هر یک از زوجین فراش یکدیگر محسوب می‌شوند و فراش به‌عنوان اماره‌ای برای اثبات نسبت میان فرزند و پدر استفاده می‌شود. (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۳۲۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵، ص ۳۰۰) نسب عامل ارث بری و در اصطلاح حقوقی امری است که به واسطه انعقاد نطفه به وجود می‌آید. مادر با توجه به زنی که فرزند از او متولد شده است، قابل شناسایی است؛ اما ممکن است به دلایلی مانند وطی به شبهه، تجاوز به عنف یا به هر دلیل عقلانی موجّه یا غیرموجه، به انتساب فرزند به شوهر شرعی زن شک شود؛ در این صورت با کمک قاعده فراش فرزند منتسب به شوهر شرعی زن می‌شود. لذا قاعده فراش برای تعیین پدر بکار می‌رود و طبق این قاعده پدر طفل، کسی است که مادر در عقد و فراش اوست. کاربرد قاعده فراش در قانون مدنی در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ و ۱۱۶۲ و ۱۱۶۷ و ۱۳۲۲ مشهود است و ماده اخیر صراحتاً فراش را از امارات قانونی دانسته است.

با توجه به پیشرفت علمی و امکان اثبات نسب از طریق آزمایش خون و DNA اگر نتایج این آزمایش‌ها مخالف با اجرای قاعده فراش باشد باید گفت؛ این آزمایش‌ها در برخی موارد قطعی و صد درصد نیست، لذا گویا تعارض دو اماره می‌شود و در این موارد اماره شرعی مقدم است، یعنی قاعده فراش حاکم است. اگر بعد از شک، آنچه موجب علم می‌شود پیش آید، مثلاً بر اساس آزمایش‌های دقیق و بدون خلاف و اشتباه پزشکی، معلوم شود که طفل متولد شده از آن شوهر نیست، دیگر در این گونه موارد اصولاً شکی باقی نمی‌ماند تا در ظرف آن، قاعده فراش اجرا شود؛ بنابراین اگر برای قاضی با توجه به نتیجه آزمایش یقین حاصل شود که فرزند متعلق به پدر نیست، می‌تواند در نفی ولد مؤثر باشد و بر قاعده فراش مقدم شود اما در حال حاضر در اکثر موارد به دلیل قطع‌آور نبودن جواب آزمایش DNA نمی‌توان از آن برای نفی نسب بهره جست.

همچنان‌که در دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۰۷۱ مورخ ۲۹/۰۷/۱۳۹۱ در خصوص تعارض قاعده فراش و آزمایش DNA حکم داده شده است که اگر طفل در فراش زوج متولد شده باشد و زوج مطابق با قانون مدنی هیچ اقدامی جهت نفی نسب انجام نداده باشد، طفل بدون توجه به آزمایش DNA و با لحاظ قاعده فراش و مفاد ماده ۱۵۸ قانون مدنی منتسب به زوج است. خصوصاً اینکه آزمایش DNA قابلیت استناد در موارد دیگر را هم ندارد به عنوان نمونه در دادنامه (۳۰/۰۲/۱۳۹۳ مورخ ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۷۰۰۱۰۴) عدم اثبات رابطه پدر و فرزندی از راه آزمایش DNA در مرجع غیررسمی و ادعای انجام موفقیت آمیز عمل واژکتومی توسط زوج که در مرجع رسمی تأیید نشده است را نمی‌توان سندی برای اثبات انجام بزه زنا با تعریف قانونی و شرعی آن توسط زوجه تلقی نمود و از این رو حکم دادگاه مبنی بر برائت از اتهام زنا محصنه مستنداً به قاعده درأ با امکان اجرای قاعده فراش صادر شده است.

نکته دیگر در قاعده فراش این است که این قاعده در ازدواج موقت هم جاری است و پدر نمی‌تواند به استناد اینکه فرزندش حاصل ازدواج موقت وی بوده است، دعوای نفی نسب مطرح نماید (دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۰۹۲۲ مورخ ۰۲/۰۷/۱۳۹۳). همچنانکه دعوای نفی ولد از سوی غیر پدر غیر مسموع تلقی شده و چنین حکم شده است که «طرح دعوای نفی ولد از سوی غیر پدر مسموع نبوده و صرفاً از سوی پدر، در حین حیات و در مهلت قانونی مندرج در

قانون مدنی قابل طرح است». در این دادنامه‌ها امکان استناد به عدم اجرای قاعده فراش نیز وجود دارد. (۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۲۰۰ مورخ ۲۷/۰۵/۱۳۹۲)

خلاصه یکی از شروط مهم در این دعاوی و اعمال قاعده فراش و الحاق طفل به شوهر، قدرت باروری هردوی زوجین است؛ بنابراین در غیر این صورت اگر در انتساب طفل، ایراد وارد شود آن ایراد قابل بررسی است؛ زیرا طبق قاعده فراش فرزند متولد شده، در صورتی ملحق به شوهر است که در زمان زوجیت از همسرش متولد یافته باشد مفهوم این ماده این است که شوهر قدرت باروری و زن قدرت حفظ و زایش آن را داشته باشد و اگر یکی از آن‌ها قادر به این امر طبیعی نباشند و در انتساب ولد، ایراد وارد شود، آن ایراد قابل بررسی است؛ اگر چه «الولد للفراش و للعاهر الحجر» خصوصاً که اگر دلیلی قطعی مانند گواهی معتبر پزشک قانونی بر عقیم بودن و عدم قدرت به باروری زوج وجود داشته باشد. (دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۱۴۰۲ مورخ ۲۱/۰۸/۱۳۹۳) بنابراین با ادعای ورود ادله اثبات عقیم بودن زوج بر ادله قاعده فراش، استناد به قاعده فقهی فراش مردود شده است.

کاربرد قاعده فراش فقط در نفی ولد منحصر نبوده و در موارد دیگری همچون رد دعوی فسخ نکاح نیز قابلیت استناد دارد. به عنوان نمونه در دعوی فسخ نکاح به دلیل باکره نبودن زوجه قبل از عقد، اثبات باکره نبودن زوجه بر عهده مدعی یعنی زوج است و اذعان زوج به خلوت با زوجه در طول دو هفته که خود مؤید ازاله بکارت زوجه در زمانی است که در فراش زوج بوده، انتساب به غیر را فاقد وجاهت شرعی و قانونی می‌نماید. (دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۲۶۶ مورخ ۱۴/۰۷/۱۳۹۲)

### قاعده رضاع

رضاع در اصطلاح فقهی، به معنی شیر خوردن طفل زیر دو سال از سینه مادر است که اگر شرایط لازم را داشته باشد، موجب محرمیت شیرخوار با برخی افراد می‌شود و ازدواج آنها حرام می‌شود. محرمیت‌هایی که از رضاع ایجاد می‌شود، ۱۲ دسته‌اند (نقیبی، ۱۳۹۰)، ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی به تبع این قاعده فقهی به شرایط تحقق رضاع تصریح کرده است: ۱- مشروع بودن



بارداری منجر به شیردهی ۲- مکیدن شیر مستقیماً از سینه ۳- شیر خوردن به مدت یک شبانه روز یا پانزده دفعه متوالی ۴- شیردهی قبل از اتمام دوسالگی نوزاد ۵- شیر خوردن از یک زن و شوهر واحد ۶- زنده بودن زن شیرده (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ص ۲۴؛ نقیبه، ۱۳۹۰)

کاربرد این قاعده در دعاوی خانوادگی در موارد متعددی مشاهده می‌شود؛ از جمله در حکم به بطلان نکاح به دلیل وجود محرمیت رضاعی میان زوجین مستنداً به قاعده رضاع (دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۱۹۷ مورخ ۲۰/۰۶/۱۳۹۱) به این شکل که ترتیب اثر به شهادت شهود، در رابطه با احراز قرابت رضاعی و اعلام حرمت و بطلان نکاح، به عنوان بینه شرعی مطرح است نه به عنوان مطلع؛ لذا لازم است شرایط شهادت رعایت و عدالت شهود طبق قانون احراز گردد.

### قاعده غرور

منظور از قاعده غرور این است که هرگاه عملی از فردی صادر شود حتی اگر بدون قصد و علم باشد اما باعث فریب خوردن و ورود ضرر و زیان به انسانی شود که نسبت به آن بی‌اطلاع بوده، فرد اول (غاز) ضامن است و باید خسارتی را که به فرد دوم (مغرور) وارد کرده است، جبران کند. برای اینکه حکم به تحقق غرور و لزوم جبران خسارت و ضمانت غار داده شود لازم است موارد زیر احراز شوند ۱. تحقق فریب و نیرنگ ۲. ورود ضرر ۳. سببیت میان عمل غار و ضرر وارده ۴. جهل مغرور البته علم یا جهل غار، تأثیری در ضمانت او ندارد. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۴۱) با نظر به اینکه مبنا و بازگشت قاعده غرور قاعده لاضرر است؛ لذا ممکن است قاعده غرور را از فروع قواعد لاضرر و اتلاف و تسبیب دانست. تدلیس در نکاح که موجب فریب و ضرر برای یکی از زوجین علیه دیگری می‌شود، در پرونده‌های متعددی موجب حکم به فسخ نکاح می‌شود.

تدلیس در نکاح عبارت است از غرور و خدعه در عیب و یا صفت کمال طرف عقد. مثلاً در موردی که مرد هنگام عقد، در عقد نکاح با دیگری بوده و خود را مجرد اعلام کرده باشد، از مصادیق تدلیس در نکاح بوده و موجب فسخ نکاح است و برابر ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی «چنانکه هر یک از زوجین قبل از عقد ازدواج طرف خود را به امور واهی از قبیل داشتن

تحصیلات عالی، تمکن مالی، موقعیت اجتماعی، شغل و سمت خاص مجرد و امثال آن فریب دهد و عقد بر مبنای هر یک از آن‌ها واقع شود مرتکب به حبس از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد». همانطور که رفتار کسی که با ادعای نداشتن زوجه با زنی دیگر ازدواج کند و بعداً معلوم شود در زمان عقد متاهل بوده است، مصداق تدلیس در ازدواج است (۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۱۰۰۳۸۴ مورخ ۲۵/۰۴/۱۳۹۲). از این رو در پرونده (۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۲۰۰۰۶۰ مورخ ۲۵/۰۴/۱۳۹۲) تدلیس زوج به جهت ادعای مجرد محرز شده است و مستنداً به قاعده غرور به ۶ ماه حبس محکوم شده است. برخلاف کتمان نامزدی قبلی که موجب تحقق تدلیس نیست؛ (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۲۲۴ مورخ ۲۷/۰۵/۱۳۹۲) زیرا تحقق عملیات و ارکان تدلیس باید احراز شود. اما شرط جریان حق فسخ نکاح در خصوص عیوب زوجین با مستند تدلیس در مواردی است، که مسئله مورد تدلیس صراحتاً یا متبایناً در عقد شرط شده باشد. همان طور که در بسیاری از آراء قضایی چنین تأکیدی صورت گرفته است که مصادیق عیوب موجب حق فسخ نکاح، جنبه حصری دارند و مواردی مثل ریزش مو یا سوختگی بدن را شامل نمی‌شود. (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۲۴۶ مورخ ۳/۰۶/۱۳۹۲)

در برخی دعاوی دادگاه خانواده نیز عدم تحقق غرور مبنای صدور حکم قرار گرفته است. مثلاً در (۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۳۴۱ مورخ ۱۵/۱۰/۱۳۹۲) آمده است که مجرد باکره نبودن مجوز فسخ نکاح نیست؛ بلکه در صورتی می‌تواند موجب فسخ باشد که در ضمن عقد نکاح، لفظاً باکره بودن شرط شده باشد و بعد معلوم شود باکره نبوده یا عقد نکاح مبنیاً بر باکره بودن جاری شود. بنابراین در صورتی باکره نبودن می‌تواند موجب فسخ نکاح شود که در ضمن عقد نکاح لفظاً شرط کرده باشند و بعد معلوم شود باکره نبوده یا عقد نکاح مبنیاً بر باکره بودن جاری شود.

ملاک در امکان صدور حکم فسخ نکاح در خصوص غرور و فریب و تدلیس، امکان جریان قاعده غرور است. مثلاً اختلال در تکلم (۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۸۰۴ مورخ ۱۷/۰۹/۱۳۹۲) از موارد ایجادکننده حق فسخ نکاح نیست؛

اما کتمان بیماری پوستی زوجه حین نکاح، در صورت لاعلاج بودن آن و قابلیت انتقال ژنتیکی به فرزند، می‌تواند از مصادیق تدلیس موجب فسخ نکاح باشد (۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۵۸۴)

مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۱۹) چون غرور در آن محقق شده است و مجرای قاعده غرور است. یا کتمان بیماری لویوس که مربوط به سیستم ایمنی بدن است و برای زوجه و جنین وی خطرناک محسوب می شود از موارد تدلیس در نکاح است و حکم به فسخ نکاح داده شده است. (دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۸۴۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۲۷) همچنان که اگر زوج در اعلام شغل خود مرتکب تدلیس شود و مثلاً به صورت غیر واقعی خود را پزشک معرفی کند، زوجه حق فسخ عقد نکاح را خواهد داشت عرفاً و مبنیاً بر شرط واقع. (دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۷۲۶ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۱۸)

### قاعده رجوع

طلاق رجعی یکی از اقسام طلاق است. پس از وقوع طلاق رجعی مانند دیگر طلاق‌ها زوجه موظف است که عده نگه دارد؛ ولی تفاوت آن با طلاق‌های بائن در این است که با انشای صیغه ی طلاق بائن، زن و شوهر از یکدیگر جدا شده و برای اینکه دوباره بتوانند رابطه زوجیت برقرار کنند، باید نکاح جدیدی انشا کنند؛ اما در طلاق رجعی تا زمانی که مدت عده باقی است، شوهر می‌تواند بدون اینکه عقد جدیدی انشا کند، به زوجه رجوع کند و در صورتی که مرد رجوع کند، زن باید تمکین نماید. رجوع در عده طلاق رجعی با قول یا فعلی صورت می‌گیرد که دلالت بر رجوع شوهر به زن و تمایل او به ادامه زوجیت داشته باشد (حرعاملی، ۱۴۰۴، ج ۱۵، ص ۲۹۶) که در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی نیز به آن اشاره شده است. در ایام عده طلاق رجعی، برخی از حقوق و تکالیف زوجین از قبیل رابطه توارث، حق نفقه، عدم جواز ازدواج با خواهر مطلقه رجعیه، همچنان جریان دارد؛ یعنی با وجود اینکه صیغه طلاق جاری شده و زن و شوهر نامحرم شده‌اند؛ اما هنوز زن مطلقه زوجه است؛ لذا قاعده رجوع می‌گوید: «المطلقه الرجعیه کزوجه الحقیقیه» زیرا هنوز جدایی حاصل نشده و بلکه زوجیت در معرض زوال است و اگر زوج رجوع نکند، با تمام شدن عده، زوجیت نیز تمام می‌شود. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳ق، ج ۵، ص ۱۱۴) کسانی که قائل هستند مطلقه رجعیه در حکم زوجه است، تأثیر طلاق را از زمان انشای طلاق میدانند و کسانی که قائل به این هستند که مطلقه رجعیه، زوجه حقیقی است؛ شروع اثر

انشای طلاق را منوط به اتمام عده می دانند. همچنین این قاعده اشاره به حق عاطفی زوجه نیز دارد.

استناد به قاعده رجوع در آراء قضایی خانواده از جمله در حکم به عدم امکان رجوع است؛ مانند آنکه قاضی حکم داده که تا زمانی که صیغه طلاق جاری نشده، زوج می تواند از طلاق توافقی منصرف شود؛ اما در صورت اجرای حکم، دیگر نمی تواند از طلاق صادره رجوع کند مگر آن که زوجه، به فدیة رجوع کند؛ زیرا پس از صدور حکم طلاق خلعی، صیغه طلاق از نوع خلع جاری و به ثبت می رسد و در طلاق خلع مادامی که زوجه به ما بذل رجوع نکند امکان رجوع برای زوج فراهم نیست. (دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۴۴۴ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۰۳)

باید توجه داشت که رجوع آثاری نیز دارد؛ مثلاً در صورت استفاده زوجه از یکی از شروط ضمن عقد و صدور حکم قطعی جهت اعمال وکالت در طلاق و رجوع و برگشت زوجه به زندگی پس از طلاق، موجب می شود تا دیگر نتواند از همان شرط استفاده کند. یعنی با توجه به اینکه زوجه از این حق خود یک مرتبه استفاده نموده، استفاده مجدد از این شرط پس از رجوع، توجیه قانونی ندارد. (دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۳۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۰۶)

رجوع از بذل همیشه پس از تحقق طلاق خلع نیست و ممکن است زوجه در طول زندگی، به منظور استحکام خانواده، مهریه خود را بذل نموده باشد و آن گاه چنانچه شوهر از این موضوع سوءاستفاده کرده و درخواست طلاق نماید زوجه می تواند به مهریه خود رجوع کند و آن را مطالبه کند؛ چرا که با درخواست طلاق از طرف زوج و درخواست رجوع از بذل توسط زوجه توافق اولیه بین طرفین در خصوص بذل به هم خورده و اقاله شده است؛ بنابراین زوجه مستحق مطالبه مهریه مربوطه است. (دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۴۸۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۱۱)

### قاعده شروط

قاعده شروط به این امر اشاره دارد که مؤمنان باید به شروطی که مقرر می کنند، پایبند بمانند. اگر شرط ضمن عقد لازم باشد و امکان تحقق پیدا نکند و مشروط علیه نتواند آن را انجام دهد، برای مشروط له خیار اشتراط ایجاد می شود. (نراقی، ۱۴۰۸، ص ۱۳۸-۱۴۰)

همچنین اگر شرطی متعذر شود، شرط ساقط نمی‌شود؛ یعنی اگر مشروطه له از خیار اشتراط استفاده نکرد و عقد را فسخ نکرد و بعداً امکان تحقق شرط برای مشروط علیه به وجود آمد، همچنان شرط پابرجاست و لازم است در اولین زمان ممکن به شرط عمل کند. (کاشانی، ۱۴۰۴، ص ۳۵) شرط به اعتبارهای مختلف اقسام مختلفی دارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۰-۶۷) اما عمل به شرط ضمن عقد لازم، الزامی است. مانند شرط حق خروج از منزل برای زوجه ضمن عقد نکاح در این صورت زوج نمی‌تواند بعد از عقد مانع تحصیل زن شود. علاوه اینکه شرط در صورتی صحیح و الزام‌آور است که امکان تحقق داشته باشد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۴ق، ص ۳۵) مخالف با کتاب و سنت نباشد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ص ۳۳، ج ۲) مخالف مقتضای ذات عقد نباشد (کاتوزیان، ۱۳۷۵) و معلوم باشد.

اگرچه در آراء قضایی خانواده قاعده شروط کاربرد زیادی دارد؛ اما تصریح به آن کمتر مشاهده می‌شود. بیشترین کاربرد این قاعده در خصوص شروط ضمن عقد سند نکاحیه است که در ۱۲ مورد به زوجه وکالت در اجرای صیغه طلاق را با حق توکیل به غیر اعطا می‌کند. اما در اینکه با اعطای این وکالت نوع طلاق چگونه تعیین می‌شود با توجه به اینکه رجعی بودن طلاق با احتمال رجوع، نقض غرض محسوب می‌شود، باید طلاق خلعی صورت گیرد؛ لذا در پرونده (۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۱۴۲۲ مورخ ۲۵/۰۸/۱۳۹۳) آمده است که بند دوازدهم شروط ضمن عقد نکاح مبنی بر تحقق وکالت در طلاق به دلیل ازدواج مجدد زوج، شامل ازدواج موقت و ازدواج دائم است و دادگاه با توجه به ازدواج موقت زوج بدون رضایت زوجه و تحت تمکین بودن زوجه و به لحاظ عسر و حرج شدید زوجه در ادامه زندگی مشترک با وی و در نهایت به لحاظ احراز بند ۱۲ از شرط ضمن عقد مندرج در سند نکاحیه، استیذان اعمال وکالت برای مطلقه نمودن زوجه را قبول کرده و با نظر به اینکه زوجه در قبال طلاق نیزه عدد سکه تمام بهار آزادی از مهریه‌اش را به زوج بذل نموده است، حکم به طلاق خلع داده است.

یک نکته مهم در خصوص اعمال قاعده شروط در درخواست اعمال وکالت در طلاق بر مبنای شروط سند نکاحیه مطرح می‌شود این است که زوجه به جهت تخلف شوهر از شروط ضمن



عقد نکاح، نباید درخواست طلاق کند؛ بلکه خواسته دعوا باید صدور حکم به احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق باشد نه صدور گواهی عدم امکان سازش. بنابراین در دادنامه (۱۳۴۱/۰۱۳۴۷۰۲۲۴۷۰۹۹۷۰۹۳۰ مورخ ۱۱/۰۸/۱۳۹۳) با توجه به اینکه تقاضای طلاق زوجه صرفاً به علت عسر و حرج بوده و ادعای تحقق شروط ضمن عقد مطرح نشده است، دادگاه خود را مجاز به ورود به تحقق شرایط ضمن عقد ندانسته است. همچنانکه امکان استفاده مجدد از همان شرط ضمن عقد نکاح جهت اعمال وکالت در طلاق برای زوجه پس از رجوع در بار اول، وجود ندارد؛ (۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۳۹۳ مورخ ۰۶/۰۷/۱۳۹۳) زیرا در صورت استفاده زوجه از یکی از شروط ضمن عقد و صدور حکم قطعی جهت اعمال وکالت در طلاق و برگشت زوجه به زندگی، موجب می‌شود که دیگر نتواند از همان شرط استفاده کند. لذا در این صورت دادگاه حکم به بطلان درخواست طلاق مجدد زوجه می‌دهد؛ زیرا یکبار از حق طلاق خود با شرط سند نکاحیه استفاده کرده بود.

از دیگر موارد استناد به قاعده شروط، رد دعوای فسخ نکاح به دلیل مخفی کردن ازاله بکارت است (۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۱۴۰۵ مورخ ۲۹/۰۸/۱۳۹۲) زیرا اخفاء ازاله بکارت از طریق عمل جراحی و تظاهر به باکره گی فی نفسه موجب تحقق خیار فسخ نکاح نمی‌شود، مگر بکارت زوجه صراحتاً شرط شده باشد یا عقد مبتنی بر آن واقع شده باشد؛ اگر چه این امر تدلیس محسوب می‌گردد ولی تدلیسی که موجب خیار فسخ نکاح باشد، نیست مگر اینکه صفت باکره بودن به یکی از انحاء ثلاثه شرط در ضمن عقد نکاح صریحاً شرط شود و یا توصیف گردد و با اینکه در گفتگوهایی مقدماتی مطرح و بر آن توافق نمایند، سپس عقد نکاح مبنیاً بر آن توافق قبلی اجرا و واقع شود.

اگر حق تعیین مسکن به عنوان شروط ضمن عقد باشد، هیچ تعارض یا تراحمی با تمکین نداشته و مانع از صدور حکم الزام به تمکین برای زوجه نمی‌شود. بنابراین در پرونده (۱۳۴۰/۰۱۳۴۷۰۲۲۰۲۰۱۵۱۳ مورخ ۰۴/۰۹/۱۳۹۳) ادعای زوجه برای عدم تمکین جهت منزل فاقد امکانات لازم جهت زندگی مشترک زوجین، رد اعلام شده است و حکم به تمکین زوجه شده است؛ زیرا غرض شارع در تشریح مقررات حاکم بر روابط خانوادگی، ایجاد محیط امن برای

زوجین است، در صورت وجود جو آشفته و متزلزل در روابط زوجین، عدم امکان آماده سازی فضای امن و صمیمانه و در شرایطی که الزام به تمکین موجب تشدید بحران شود، دعوی الزام به تمکین با حکم بطلان روبرو می شود. در واقع وقتی صدور حکم تمکین و اجرای آن مشکل خانواده را حل نکرده و بلکه آن را با خطرات احتمالی مواجه سازد، وظیفه دادگاه خانواده ایجاد محیط امن برای ادامه زوجیت طرفین است. به همین جهت در پرونده باشماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۱۴۷۶ مورخ ۱۳۹۳/۲۸/۸ که صدور رأی به تمکین و یا رد دعوی در صورت عدم امکان آماده سازی فضای امن و صمیمانه، نقض غرض محسوب می شود، دادگاه حکم به بطلان دعوی زوج مبنی بر درخواست الزام زوجه به حضور در منزل تهیه شده و تمکین نسبت به زوج را نموده است.

طبق مفاد آراء قضایی ترک اعتیاد بر وکالت در طلاق حاصل از اعمال قاعده شروط موثر نیست. در واقع احراز اعتیاد زوج، شرط وکالت در طلاق، موضوع بند ۷ از موارد ۱۲ گانه سند نکاحیه را محقق کرده و با ترک اعتیاد بعدی زوج، اعمال حق وکالت در طلاق منتفی نمی شود. زیرا زوجه مطابق شرط ب ضمن عقد، از زوج وکالت بلاعزل تحصیل نموده است که در صورت تحقق یکی از موارد ۱۲ گانه ذیل شرط مذکور تحقق یافت، زوجه بتواند خود را مطلقه با انتخاب نوع طلاق نماید. در پرونده (۹۳۰۹۹۷۰۹۲۵۶۰۰۹۷ در تاریخ ۱۳۹۳/۰۹/۰۴) با توجه به ادعای زوجه که گفته است زوج سوابق کیفری در محاکم نظامی و دادگاه انقلاب جمهوری اسلامی دارد و نسبت به زوجه سوء رفتار و سوء معاشرت داشته و زوجه در عسر و حرج قرار گرفته است و زوج هم اقرار کرده که در هفت سال اخیر شیشه مصرف می کرده و در حال حاضر پاک شده است و اعتیادی ندارد، در حقیقت اقرار بر حقانیت زوجه برای استفاده از وکالت بلاعزل موضوع شرط ب ضمن العقد نموده است و دادگاه خود را بی نیاز از رسیدگی به جهات دیگری که زوجه برای استحقاق خود بر طلاق مطرح ساخته است، می داند و حکم به طلاق داده است. چنانچه مشهود است در این پرونده بطور غیر مصرح به قواعد شروط و اقرار و لاجرح استناد شده است.



### قاعده صحت

قاعده صحت یا تجاوز و فراغ به این معناست که وقتی عملی از دیگری صادر شود، محکوم به صحت است و باید آثار صحت بر آن جاری شود تا وقتی که بطلان آن روشن شود (آشتیانی، ۱۴۰۳، ص ۲۰۶؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۹۴) طبق این قاعده هرگاه در صحت یا جواز عملی شک شود، باید بنا را بر صحت و جواز آن گذاشت. قاعده در دو قالب معنایی به کار گرفته می‌شود: ۱- صحت به معنای جواز نقطه مقابل حرمت: طبق این معنی، قاعده صحت مبتنی بر مصالح مسلمین است؛ زیرا اگر در زندگی روزمره و زندگی مشترک زوجین، بنا بر صحت و جواز اعمال نباشد، برای درک صحت یا فساد اعمال، افراد ناگزیرند در همه امور تجسس کنند و همواره در شک و تردید در جواز یا عدم جواز اعمال باشند که در این صورت قوام و استقرار نظام مدنیت از بین می‌رود و در کار روزمره مردم، اشکالات اساسی ایجاد می‌شود. ۲- صحت به معنای اثربخشی: به این معنا که آثار و نتایج عملی حقوقی بر عقد یا ایقاع انجام شده توسط افراد، مترتب شود. برای مثال اثر وضعی عقد نکاح، ایجاد محرمیت و رابطه زوجیت میان زن و شوهر است. طبق قاعده صحت در معنای وضعی، باید عقد و ایقاع انجام گرفته حمل بر صحت شود، مگر اینکه عدم صحت آن ثابت شود؛ بنابراین وقتی ایجاب و قبول میان زن و مرد محقق شد، قاعده صحت اقتضا می‌کند که زوجیت و محرمیت میان آن دو ایجاد شده باشد. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۹۸-۲۱۲) اگرچه برخی معتقدند معنای مورد نظر از قاعده صحت، همین معنای حکم وضعی آن است؛ اما به نظر می‌رسد هر دو معنای صحت در قاعده صحت جاری است.

حکم به مشروعیت طلاق غیر رسمی به دلیل اختیار قانونی زوج در طلاق، امکان استناد به قاعده صحت را دارد. دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۶۱۲ مورخ ۱۷/۱۰/۱۳۹۲ برای مبنا که طلاق از اختیارات قانونی زوج است و حتی در صورت اعمال آن به طریقی غیر از مراجعه به دادگاه نیز دارای اعتبار شرعی بوده و با اثبات آن مشروعیت پیدا می‌کند، حکم به مشروعیت طلاق غیررسمی زوجین داده است. در این پرونده زوج مدعی شده است که اجرای صیغه طلاق همانند اجرای عقد نکاحی است که به صورت عادی واقع شده است و تنها طریق ثبت قانونی



آن اثبات بدوی وقوع عقد نکاح بصورت عادی است که بعد از ثبت رسمیت آن، امکان استناد به آن در مراجعه به مراجع قضایی ممکن می‌شود. طلاق نیز از اختیارات قانونی زوج است که در صورت اثبات آن به طریق غیر از مراجعه دادگاه و از طریق عادی نیز دارای اعتبار شرعی است و لذا در این پرونده هم، مدعی طلاق با تقدیم دادخواست به خواسته اثبات واقعه طلاق، ثابت نموده که تقاضای ثبت طلاق واقع شده را دارد تا واجد آثار و اعتبار شرعی و قانونی مربوط به طلاق شود. با این بیان ورود دادگاه به استناد و رابطه زوجیت با ردّ طلاق بدون اینکه مورد خواسته به طرق قانونی قرار گرفته باشد محل ایراد قانونی است به عبارت دیگر همانگونه که اثبات وقوع عقد نکاح (زوجیت) در تاریخ وقوع آن و ثبت آن در محضر رسمی نکاح است و اثبات آن در دادگاه کاشف از زوجیت طرفین در تاریخ اجرای عقد نکاح است و با اثبات آن بقاء نکاح استمرار دارد مگر اینکه خلاف آن با وقوع طلاق یا فسخ ثابت گردد و حکم به طلاق داده شده است، استدلال دادگاه بدوی مبنی بر عدم وقوع طلاق بدون اینکه در قالب قانونی طرح شده باشد، قابل قبول نیست. لذا دادگاه در نهایت حکم به مشروعیت طلاق غیررسمی زوج نموده است؛ اما به نظر می‌رسد این رای قابل نقض بوده و با نظر به اینکه این رای فتح باب اختلال در نظام طلاق می‌نماید لازم است مورد بررسی و دقت نظر بیشتری قرار داده شود.

### قاعده احترام

احترام در اصطلاح فقهی به معنای رعایت حرمت و حریم هر چیزی است. به این معنا که مال و جان و آبروی مسلمانان مصون از تصرف و تجاوز است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۶، ص ۱۳۴)؛ و تعدی و تجاوز نسبت به آن جایز نیست؛ بنابراین در فرض وقوع تعدی و تجاوز، فرد متجاوز، مسئول و ضامن است. بیشترین کاربرد قاعده احترام در فقه، در مواردی است که فقها برای تمسک به قاعده ضمان ید، اتلاف و تسبیب با مشکل روبرو می‌شوند. در آراء قضایی خانواده نیز ظرفیت استناد به این قاعده وجود دارد اگرچه کمترین قاعده مورد توجه قرار داده شده است. به عنوان نمونه در پرونده (۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۱۱۱۷ مورخ ۱۵/۰۷/۱۳۹۳) امکان اجرای قاعده احترام برای اثبات عدم مجانیت کار زوجه و سپس حکم به لزوم پرداخت اجرت المثل ایام

زوجیت از میراث زوج متوفی را دارد. در این پرونده حکم به رد خواسته اجرت المثل ایام زندگی مشترک شده است با این استدلال که چون اجرت المثل ایام زوجیت از ورثه زوج مطالبه گردیده است، علاوه بر لزوم اثبات دلیل مبنی بر دستور زوج، به جهت طرح دعوا علیه میت، نیازمند سوگند مدعی است و اگر چه اصل بر عدم تبرع است؛ ولی لازم است تا اثبات شود که اصل انجام کار به دستور شوهر بوده است و چون در مستندات پرونده دلیلی بر اثبات آن وجود ندارد و دلیلی هم از سوی زوج در این خصوص اقامه نشده است و در واقع دعوی علیه میت است؛ لذا علاوه بر لزوم اقامه بینه ضم یمین (سوگند مدعی) نیز لازم است و در پرونده حاضر نه بینه‌ای اقامه شده است و نه ضم یمینی صورت گرفته است و اساساً به لحاظ عدم اقامه بینه، ضم یمین موضوعاً منتفی است و سپس به رد خواسته اجرت المثل ایام زندگی مشترک طرفین حکم شده است.

#### قاعده میسور

قاعده المیسور لایسقط بالمعسور جهت تسقیط مهریه غیر قابل پرداخت بصورت نقدی استفاده شده است اما کمتر مورد توجه و تصریح در آراء قضایی مرتبط قرار گرفته است. در واقع با توجه به اینکه تعیین مبلغ بالا و غیرمتعارف به عنوان مهریه، اماره‌ای بر آگاهی زوجین و ارتکاز ذهنی آنان بر ناتوانی در پرداخت مهریه محسوب می‌شود و بر این پایه اعسار زوج از پرداخت یکجای آن، نوعاً محرز است، با استناد به قاعده «المیسور لا یسقط بالمعسور» حکم به تقسیط بدهی شده است. (۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۱۰۶۶۴ مورخ ۲۸/۰۸/۱۳۹۳)

#### قاعده بینه

هر دعوایی اعم از دعاوی خانواده، با یک ادعا شروع می‌شود؛ مثلاً زن ادعا می‌کند که شوهر مهریه یا نفقه او را نمی‌دهد یا شوهر ادعا می‌کند که زوجه تمکین نمی‌کند همچنین ممکن است زوجه ادعا کند که زوج او را مورد ضرب و شتم قرار داده یا زوج ادعا کند زوجه به او خیانت کرده و روابط نامشروع برقرار کرده است. در همه ی این موارد لازم است مدعی بینه ارائه کند؛ که

به طور کلی ادله اثبات دعوا در قانون ایران؛ اقرار، سند، شهادت، سوگند، اماره، علم قاضی، قسامه و لعان است. معتبرترین بینه طبق آیه ۲۸۲ سوره بقره سند است. برخی برای تشخیص مدعی، ملاک‌های سه گانه‌ای را مطرح کردند: ۱- مدعی کسی است که اگر ادعای خویش را رها کند اصل نزاع از بین می‌رود. ۲- مدعی کسی است که ادعای او خلاف ظاهر است. ۳- مدعی کسی است که ادعای او خلاف اصل است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، صص ۱۰۹-۱۱۲) در نهایت باید افزود مرجع شناخت مدعی، عرف است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۰، ص ۳۷۶؛ بجنوردی، ۱۴۲۸، ص ۶۵) پس از شناخت مدعی، طبق قاعده بینه، مدعی باید برای اثبات ادعای خود دلیل ارائه کند و اگر نتوانست دلیل قابل قبولی ارائه کند، منکر قسم می‌خورد که اتهام بر او وارد نیست؛ در این صورت ادعا رد شده و دعوا تمام می‌شود. تطبیق این قاعده در دعاوی خانواده شاهد مثالهای متعددی دارد.

از جمله در دعاوی مطالبه مهریه عندالاستطاعه، اصل بر عدم استطاعت زوج است و زوجه به عنوان مدعی تمکن مالی زوجه بر پرداخت مهریه، باید با ارائه بینه (دلیل) تمکن مالی شوهر را برای مطالبه مهریه عندالاستطاعه اثبات نماید (۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۰۵۶۲ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۰۸). در جریان پرونده با عنوان درخواست فسخ نکاح به علت کتمان ازدواج سابق، با شماره دادنامه (۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۰۹۵۰ مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۱۱) عدم اعلام ازدواج سابق از سوی زوجه، از موجبات فسخ نکاح است. درخواست اعلام فسخ نکاح به لحاظ تدلیس و فریب زوجه در ازدواج با توجه به ارائه بینه در ثبوت ازدواج سابق از جمله تصویر مصدق سند نکاحیه و شناسنامه مصدق زوجه و اقرار طرفین، وجود علقه زوجیت بین طرفین را محرز دانسته و زوجه قبل از ازدواج با زوج فعلی، ازدواج دیگری داشته که آن را کتمان کرده است و با توجه به اخذ شناسنامه المثنی که در آن نام شوهر قبلی خود را حذف کرده است و در سند نکاحیه خود را دوشیزه معرفی کرده است، اما چون زوجه مدعی است که زوج از عقد سابق اطلاع داشته باید بینه ارائه کند ولی از اقامه بینه عاجز است و بحکم قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی المنکر» حق احلاف زوج را بر عدم علم دارد و در نهایت با قسم زوج، دادگاه حکم به فسخ نکاح داد.

همچنان که در پرونده‌ای دیگر قاضی با استناد به قاعده «لانعلم الا من قبله» و «یمین»

برای الزام زوج به پرداخت اجرت المثل بجای نحله به دلیل اینکه تعیین نحله از سوی دادگاه مربوط به موردی است که زوجه کارهایی را که انجام داده به قصد تبرع باشد و در غیر این صورت دادگاه باید بجای نحله به اجرت المثل ایام زوجیت رأی دهد «القول قولها مع یمینها» زوج را به پرداخت اجرت المثل ملزم کرده است (۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۱۲۴ مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۲۵). حکم به بی حقی زوج نسبت به دعوای استرداد هدایا نیز بطور غیرمصرح مستندا به قاعده بینة صادر شده است با این بیان که امکان رجوع از هبه در شرایطی که زوجه به طور کلی منکر وجود آن بوده و برای اثبات آن سوگند ادا نماید و زوج نیز دلیلی بر بقاء آن ارائه نکند، وجود ندارد (۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۱۱۸۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۶).

مدعی رجوع در زمان عده، برای اثبات رجوع باید بینة ارائه کند که می‌تواند با معرفی شاهدی باشد که به صراحت بر رجوع در زمان عده شهادت دهد. در درخواست ثبت رجوع، اصل وقوع طلاق دانسته شده و اثبات با شهادت دو مرد واقع می‌شود که اظهارات شهود باید دلالت بر اینکه رجوع در زمان عده حادث شده است نماید و صرف اظهار اینکه بین طرفین رابطه ایی وجود داشته است، نمی‌تواند مثبت دعوی باشد. (۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۱۰۸۹ مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۲۵)

### قاعده لزوم

طبق قاعده لزوم، تعهدات باید ثابت، پیوسته و ماندگار باشند به این معنی که طرفین عقد حق برهم زدن آن را ندارند؛ طبق قاعده لزوم هر عقدی محکوم به لزوم است مگر اینکه جوازی یا خیاری بودن آن معلوم باشد که از این امر به «قاعده لزوم» تعبیر می‌شود. در قانون ایران نیز ضمن ماده ۲۱۹ قانون مدنی به قاعده لزوم اشاره شده است. با توجه به اجرای قاعده لزوم در همه ی عقود، برای فسخ عقد لازم، نیاز به سبب خاصی است که در شرع و قانون آمده باشد؛ عقد نکاح نیز عقدی لازم است و طرفین حق برهم زدن آن را ندارند مگر اینکه سبب خاصی وجود داشته باشد. موارد ذیل به عنوان سبب خاص برای فسخ عقود معرفی شده است: ۱- اقاله که در ماده ۲۸۳- ۲۸۸ ق.م به آن اشاره شده است. ۲- فسخ به علت قانونی، مانند وقوع

تدلیس، وجود عیب یا اثبات غبن که موجب خیار به هم زدن عقد برای طرف مغبون و متضرر می شود. در نکاح نیز، عیوب موجب فسخ و تدلیس، از عوامل انحلال نکاح شمرده می شوند. ۳- فسخ به علت حق ایجاد شده به صورت شرط ضمن عقد؛ اما در نکاح، شروط ضمن عقد، موجب حق فسخ نیست بلکه ایجادکننده ی حق زن، در درخواست و اجرای طلاق است و شرط خیار در نکاح وجود ندارد (محقق داماد، ۱۳۷۹، ص ۱۹۰) ۴- فسخ عقد خودبه خود به جهت علتی خارج از عقد مانند اینکه مادر زن به نوه شیر دهد و داماد و دخترش نامحرم شوند یا مواردی که معلوم شود زوجین محرم بوده اند. ۵- طلاق. کاربرد این قاعده در حقوق خانواده در اصل لزوم عقد نکاح است (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۳۱) به این معنا که تا وقتی که یکی از اسباب خاص که مجوز انحلال نکاح است، ایجاد نشود، نکاح عقدی لازم است و هیچ یک از طرفین نمی توانند آن را به هم بزنند. عقد نکاح جزء عقود است که اگر هر دو طرف هم بر به هم زدن عقد توافق داشته باشند، لازم است تشریفات طلاق توافقی را طی کنند و صرف توافق در انحلال عقد کفایت نمی کند، لذا عقد نکاح قابل اقاله نیست.

عیوب موجب حق فسخ نکاح، حصری و استثنایی بوده، و عیب یا بیماری دیگری (از جمله درد معده یا صرع) نمی تواند موجب ایجاد حق فسخ شود و لذا هر مریضی از جمله عیوب موجب فسخ نکاح که در شرع و قانون احصاء گردیده نمی باشد (۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۲۷۳) مورخ ۲۲/۰۷/۱۳۹۲ در این پرونده ذکر شده است که قید سلامت زوجه در خصوص نداشتن درد معده جزو شروط ضمن عقد به صورت لفظی نبوده و اجرای عقد مبنیاً بر آن نیز فاقد ادله و مدارک اثباتی قابل استناد است و زوج در صورت جلسه دادگاه اعلام نموده که پنج یا شش ماه پس از عقد متوجه بیماری معده زوجه شده اما مع ذالک پس از اطلاع به زندگی مشترک ادامه داده و برابر مدارک ارائه شده طی سه اظهارنامه تقاضای برگشت زوجه را به زندگی نموده که با اعمال فوریت فسخ در تعارض است.

طبق قاعده لزوم دعوی تنفیذ فسخ نکاح، دعوی صحیحی نیست؛ زیرا در عقدنامه برای طرفین چنین خیار فسخی وجود ندارد تا پس از اعلام فسخ از یک طرف با ارسال اظهارنامه بتواند تقاضای تنفیذ فسخ را بکند؛ بلکه در زوجین می توانند از محاکم صالحه، تقاضای فسخ

نکاح را بکنند نه اینکه خودشون فسخ کنند و تقاضای تنفیذ آن را بنمایند.  
(۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۱۲۰۹ مورخ ۱۶/۰۷/۱۳۹۳)

تقاضای فسخ نکاح به علت عقب ماندگی ذهنی زوجه در دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۲۰۰۰۷۱ مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۱۹ رد شده است با این استدلال که عقب ماندگی ذهنی از موارد فسخ نکاح نیست، مگر آنکه عقد متبانیاً بر صحت منعقد شده و این امر نیز به اثبات برسد؛ اما در این پرونده که زوج مدعی جنون زوجه نیست بلکه مدعی عقب ماندگی ذهنی اوست و این عیب از موارد فسخ نکاح نیست (خمینی، ره توشه قضایی، ص ۴۹۹) و در صورتی که زوج مدعی وجود شرط سلامت جسمی یا روحی زوجه باشد ولو بصورت شرط مبنایی، لازم است که دلیلی بر آن اقامه نماید و در صورت فقد بینه بر اشتراط، باید با تحلیف منکر حل و فصل شود.

#### قاعده ولایت حاکم بر ممتنع

طبق این قاعده حاکم ولی ممتنع است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ص ۳۷۲) یعنی اگر کسی با وجود تمکن، از ادای حقوق دیگران امتناع ورزد، حاکم ابتدا باید او را اجبار به ادای حق نماید و اگر باز هم امتناع کرد، خودش به عنوان ولی او ورود کرده و حق را به ذی حق برساند. در قوانین کنونی ایران، منظور از حاکم قاضی است. ممتنع به کسی گفته می شود که از ادای حق یا تسلیم مال غیر یا انجام آنچه بر عهده دارد، خودداری می ورزد. بر اساس این قاعده، چنانکه شخصی از ادای حقوق دیگران یا انجام تکلیف خویش امتناع ورزد حاکم پس از احراز امتناع به جهت جلوگیری از هرج و مرج و حفظ نظم عمومی و اجرای عدالت اجتماعی نسبت به ادای حقوق رأساً اقدام می نماید. از آنجائی که امتناع و استنکاف در فرآیند دادرسی احراز می شود قاعده الحاکم ولی الممتنع (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۲۵۹)، قاعده ای قضایی است یعنی حاکم پس از رسیدگی به درخواست شخصی که حقوق وی تضییع شده است از باب ولایت مداخله می نماید. اعمال ولایت وی تنها در قدر متقین ادله متصور است و نسبت به موارد مشکوک باید اصل عدم ولایت را جاری ساخت. در بسیاری از پرونده های خانواده، این قاعده جریان دارد؛ اما تقریباً جز در موارد معدودی به این قاعده تصریح نمی شود. در تمام مواردی که زوجه با اثبات عسر و حرج

تقاضای طلاق قضایی می‌نماید در واقع ورود قاضی از باب قاعده ولایت حاکم بر ممتنع است. همچنین در تمام مواردی که زوج از استیفای حقوق مالی و غیرمالی زوجه امتناع می‌کند زوجه باید به حاکم رجوع کند و در این صورت حاکم بر زوج ولایت خواهد داشت که او را ملزم نماید یا راساً موجبات احقاق حق زوجه را مهیا نماید. مواد ۱۰۲۹ قانون مدنی در خصوص زوجی که مفقود الاثر شده است؛ ۱۱۲۹ قانون مدنی در صورت عدم پرداخت نفقه توسط زوج دارای تمکن مالی؛ ۱۱۳۰ در مورد عسر و حرج زوجه از این قبیل هستند.

به عنوان نمونه در پرونده شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۷۶۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۰۸ بذل تمام مهریه و جدایی چند ساله زوجین، نشان دهنده اوج عسر و حرج زوجه در تداوم زندگی دانسته و وقتی ادامه این وضعیت برای زوجه مشقت بار و تحمل آن سخت و دشوار بوده و عرفاً و عادتاً موجب عسر و حرج وی خواهد بود و تداوم این وضع وقوع خطر و ضرر محتمل را در پی خواهد داشت، قاعده لاحرج و لاضرر ایجاب می‌نماید که با وقوع طلاق بین زوجین از طریق اعمال مقررات الحاکم ولی الممتنع، زوجه از این وضعیت مشقت بار رهایی یابد و در نهایت حکم بر الزام و اجبار خواننده به طلاق زوجه در یکی از دفاتر رسمی ثبت طلاق صادر تا زوجه با توجه به وکالت بلاعزل با حق توکیل به غیر پس از انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید یا در موارد دیگری حکم به الزام زوج به طلاق زوجه داده می‌شود.

### قاعده اقدام

طبق قاعده اقدام، هر کس اقدامی انجام دهد که منجر به ورود ضرر (علیه اموال یا حقوق خود) به خودش شود، این اقدام برای او و بر عهده‌ی کسی، مسئولیت مدنی ایجاد نمی‌کند (مانند مورد ذکر شده در ماده ۴۳۶ ق.م) و موجب از بین رفتن ضمان علیه دیگری و یا سلب حق از خود می‌شود؛ مانند آنکه اگر زن قبل از دریافت مهریه، تمکین خاص نماید، حق حبس او از بین خواهد رفت؛ همچنین اگر زوج با علم به عدم بکارت زوجه با او ازدواج نماید، حق فسخ به جهت تدلیس را نخواهد داشت. در تعارض میان قاعده اقدام و قاعده ضرر، قاعده اقدام حاکم است؛ اما باید توجه داشت که قاعده اقدام نسبت به مال و حق مورد قبول است نه جان و آبرو.

به عنوان نمونه در دعوی فسخ نکاح به دلیل باکره نبودن زوجه قبل از عقد، اثبات باکره نبودن زوجه برعهده مدعی یعنی زوج است؛ اما قاضی اذعان زوج به خلوت با زوجه در طول دو هفته را مؤید ازاله بکارت زوجه توسط زوج دانسته با این استدلال که ازاله بکارت می‌توانسته در زمانی باشد که زوجه در فراش زوج بوده و انتساب به غیر، فاقد وجاهت شرعی و قانونی است و لذا دعوی فسخ نکاح به جهت تدلیس را رد کرده است (۲۶۶۰۰۹۹۰۰۹۹۷۰۹۲۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۷/۱۴) در واقع قاضی از مفهوم قاعده اقدام بهره برده است؛ اما نامی از این قاعده ذکر نکرده است. نمونه دیگر حکم در خصوص هبه‌ای است که در قبال رضایت متهم به ایجاد رابطه زوجیت منعقد شده باشد و هبه معوض محسوب می‌شود و پس از انعقاد عقد نکاح، امکان رجوع از آن وجود ندارد؛ بنابراین هرچند زوج دادخواست طلاق داده باشد؛ ولی چون تقدیم هدایا در قبال رضایت طرف به ایجاد زوجیت بوده و عقد دائم نیز بین طرفین منعقد شده و در واقع هبه معوض محسوب می‌شود؛ پس دعوی استرداد هبه، رد می‌شود (۲۲۳۲۰۰۸۸۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۲۶) این استدلال قاضی به نحوی، مضمون قاعده اقدام را در بردارد.

### قاعده اقرار

یکی از قواعدی که کاربرد زیادی در امور قضایی دارد، قاعده اقرار است. طبق این قاعده، اقرار هر کس علیه خودش قابل قبول و نافذ است. در این صورت لازم نیست مدعی دلیل بیاورد و اقرار مدعی علیه برای اثبات ادعای مدعی کافی است. مثلاً اگر در دعوی نفقه میان زوجین، شوهر اعتراف کند که نفقه همسرش را به دلیل عدم تمکین او پرداخت نکرده است؛ دیگر لازم نیست زوجه برای اثبات ترک انفاق زوج، سند و دلیلی به دادگاه ارائه کند. البته باید توجه داشت که اقرار شوهر علیه خود در عدم پرداخت نفقه پذیرفته می‌شود؛ ولی برای اثبات عدم تمکین زوجه باید دلیل ارائه کند و ثابت نماید که زوجه، ناشزه بوده و نفقه به او تعلق نمی‌گرفته است. شرط جریان قاعده منجز بودن، به نفع غیر بودن، مضربودن برای مقر، اهلیت و اختیاری بودن است. مواد قانونی ۳۶۵ آیین دادرسی مدنی ۱۲۵۹ و ۱۲۷۸ قانون مدنی ناظر به این قاعده است. اما باید توجه داشت که اقرار به شیء، اقرار به لوازم آن است؛ اقرار بعد از انکار پذیرفته





نیست و اگر کسی ابتدا انکار کند ولی بعد به آنچه انکار کرده است، اقرار کند، اقرارش پذیرفته می‌شود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۲۷۰) اما در حجت دانستن اقرار به قدر متیقن اکتفا می‌شود و به مشکوک اعتنا نمی‌شود (عاملی، بی تا، ص ۲۷۰)

و هر کس به امر مبهمی اقرار کند خودش می‌تواند آن را تفسیر کند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲) یعنی اگر اقرار کسی، دو احتمال داده شد، در تعیین احتمال درست، باید حرف و تفسیر مقرر پذیرفت و نمی‌توان احتمالی خلاف آنچه مقرر می‌گوید را پذیرفت و ترتیب اثر داد.

در دعاوی زوجین، اقرار به زوجیت محمول بر زوجیت دائم است و عدم تعیین مهریه نیز گزینه‌ای بر اثبات زوجیت دائم است. خصوصاً اگر مهریه نیز تعیین نشده و عقدنامه‌ای هم تنظیم نگردیده باشد. در این صورت قاضی حکم به زوجیت دائم میان زوجین می‌دهد نه موقت (۱۳۹۹/۰۸/۲۹ مورخ ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۲۱۲) و در واقع قاعده اقرار در این حکم بصورت ضمنی مورد بهره‌برداری قرار گرفته است.

### نتایج تحقیق

قواعد فقهی مورد استناد توسط قضات استخراج شد و امکان سنجی کاربرد قواعد فقهی عام و خاص خانواده در آراء صادره در این بازه زمانی مورد بررسی قرار گرفت. برخی قواعد فقهی از قبیل لاضرر و لاجرح مستقیماً و با ذکر نام در آراء قضایی بکار رفته‌اند و برخی قواعد از قبیل قاعده رجوع بصورت غیرمستقیم و ضمن اشاره به مواد قانونی یا به صورت نقل مضمون در آراء قضات دادگاه‌های بدوی، تجدیدنظر و دیوان در خصوص دعاوی خانواده مورد استفاده قرار گرفته‌اند. از طرفی قواعد مهم و پرکاربرد از قبیل قاعده احترام که ظرفیت خوبی برای استفاده در مستندات آراء مرتبط با دعاوی خانواده را دارند، مغفول مانده‌اند.

در برخی موارد می‌توان با استفاده از قواعد فقهی آراء متقن و بهتری صادر کرد؛ چراکه برخی مواد قانونی بر اساس قواعد فقهی تنظیم و تصویب شده‌اند؛ مانند ماده ۱۱۲۱ در خصوص عیوب موجب فسخ نکاح و ۱۱۲۹ در خصوص استنکاف شوهر از دادن نفقه زوجه مبتنی بر قاعده لاضرر؛ ماده ۱۱۳۰ از مصادیق صریح عسرو حرج است ۱۱۵۸ قاعده فراش و شرایط جریان آن است و لذا

قاضی گاهی مستقیماً به مواد استناد می‌کند مانند ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی که بر مبنای لاضرر و لاجرح مقرر داشته اگر بودن زن و مرد در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد زن می‌تواند مسکن علی حده اختیار کند. تصریح به قواعد فقهی که عملاً قضات دادگاه خانواده از آن استفاده می‌کنند، موجب می‌شود تا آراء به لحاظ استنادی قال درک بوده و در چارچوب علمی ساماندهی شوند؛ زیرا مطابق اصل صد و شصت و هفتم قانون اساسی، قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد و لذا یکی از بهترین راه‌ها استناد به قواعد فقهی است که مسلم و پذیرفته شده است و قابلیت بهره‌وری در آراء قضایی را دارد. برخی از این قواعد به طور معمول در آراء مورد استناد قرار داده شده‌اند

علم قواعد فقهی همواره علمی کارگشا و سودمند محسوب می‌شده؛ ولی مورد بهرمندی کمی قرار داده شده است. ظرفیت موجود در برخی قواعد فقهی از جمله قواعد احترام، احسان، تبعیت عقد از قصد می‌تواند در خصوص دعاوی که فاقد پشتیبانی قانونی بوده یا ضمانت اجرای لازم را ندارند، مستند به اصل ۱۶۷ قانون اساسی مورد استفاده و استناد قرار گیرند که قطعاً حرکت خوبی در خصوص ایجاد وحدت رویه قضایی در آراء قضایی بخصوص در حوزه خانواده که از اهمیت بسزایی برخوردار است، محسوب خواهد شد. خصوصاً که یکی از معضلات مهم در سیستم قضایی کنونی کشور، فقدان مستندات فقهی موثر در دسترس قضات دادگاه‌هاست که مکلف به صدور حکم، حتی در صورت فقد قانون کافی و لازم هستند. از این رو پیشنهاد می‌شود که شیوه‌نامه‌ای در خصوص ظرفیتهای استناد به قواعد فقهی در آراء قضایی خانواده تدوین و به قضات دادگاه‌ها ابلاغ شود. این امر علاوه بر توسعه دایره مستندات قضات، موجب وحدت رویه قضایی میان دادگاه‌های خانواده خواهد شد. تطبیق قواعد فقهی در دعاوی خانواده در حال حاضر اگرچه تاحدی قابل قبول است اما گستره‌ی امکان این بهرمندی بیش از وضعیت موجود بوده و قابلیت و ضرورت توسعه بخشی آن ثابت می‌شود.



## منابع

۱. قانون اساسی
۲. قانون مدنی
۳. قانون آیین دادرسی مدنی
۴. قانون مجازات اسلامی
۵. آراء قضایی سامانه پژوهشگاه قوه قضائیه
۶. آشتیانی، میرزا محمدحسن، (۱۴۰۳ق)، بحر الفوائد في شرح الفرائد، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
۷. بجنوردی، محمدحسن، (۱۴۲۸ق)، القواعد الفقهیه، دو جلدی، قم، دلیل ما.
۸. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، (۱۴۰۳ق)، بلغة الفقيه، ۴ جلد، تهران، منشورات مکتبه الصادق، چاپ چهارم.
۹. ثمنی، لیلا، (۱۳۹۹)، قواعد فقهی خانواده، قم، نشر ادیان.
۱۰. حرعاملی، ابوجعفر، (۱۴۰۴ق)، وسائل الشیعه، ۳۰ جلدی، قم، مؤسسه آل البيت.
۱۱. حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح، (۱۴۱۷)، العناوین، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
۱۲. صفایی، سیدحسین؛ امامی، اسدالله، (۱۳۹۲)، مختصر حقوق خانواده، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ ۴۹.
۱۳. طاهری، حبیب الله، (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۱۴. طباطبائی یزدی، محمدکاظم، (۱۴۲۳ق)، العروة الوثقی، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
- چاپ اول.
۱۵. طباطبائی، سید محمد حسین، (۱۳۶۶ش)، ترجمه تفسیر المیزان، ۲۰ جلدی، قم، دارالعلم.
۱۶. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۵ق)، سؤال و جواب، در یک جلد، تهران، مرکز نشر العلوم الإسلامی، چاپ اول.



۱۷. عاملی، محمد بن مکی، (بی تا)، القواعد و الفوائد، قم، مکتبه المفید، چاپ اول.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۵)، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۹. کاشانی، حبیب الله بن علی مدد، (۱۴۰۴ق)، تسهیل المسالک الی مدارک فی رووس القواعد الفقهیه، قم، المطبعه العلمیه.
۲۰. کاشف الغطاء، محمد حسین، (۱۴۲۲ق)، تحریر المجله، ۵ جلدی، نجف، مؤسسه الامام الصادق علیه السلام.
۲۱. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۲. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۷۹)، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، یک جلد، قم، مرکز نشر اسلامی، چاپ اول.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۰ش)، القواعد الفقهیه، دو جلدی، قم، مدرسه الامام علی بن ابیطالب ع.
۲۴. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۴ق)، کتاب النکاح، ۶ جلد، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام، چاپ اول.
۲۵. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۲ش)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ۴۳ جلدی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
۲۶. نراقی، ملا احمد، (۱۴۰۸ق)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، مکتبه البصیرتی.
۲۷. نقیبی، سید ابوالقاسم، (۱۳۹۰)، قواعد اختصاصی فقه خانواده و کاربرد آن در قانون مدنی، فقه و حقوق خانواده، پاییز و زمستان، ش ۵، سال ۱۶.