**اصول، جلسه 6: 23/6/۱۳۹۹، استاد سید محمد جواد شبیری**

**اعوذ بالله من الشیطان الرجیم**

**بسم الله الرحمن الرحیم**

و به نستعین انه خیر ناصر و معین الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آله الطاهرین

و اللعن علی اعدائهم اجمعین من الآن الی قیام یوم الدین

آقای سیستانی در این بخش این‌که آیا به وسیلة لا ضرر و لا ضرار می‌توانیم حق فسخ برای زوجه قائل بشویم؟ بحث را در سه مقام دنبال کردند. این‌که آیا حق فسخ برای زوجه به ملاحظة طبیعت عقد نکاح ثابت می‌شود یا نمی‌شود. مرحلة دوم این‌که آقای حق فسخ اطلاق برای حاکم به ملاحظة لا ضرر یا لا ضرار ثابت می‌شود یا نمی‌شود. مطلب سوم حکم مسئله به ملاحظة ادلة خاص است. در بحث اوّل تقریبی را ذکر می‌کنند که بگوییم حق فسخ برای زوجه ثابت هست، چون یک شرط ارتکازی ضمنی اینجا در ضمن عقد وجود دارد و آن این است که زوج متعهد می‌شود که انفاق کند به زوجه و نفقة زوجه را بپردازد، ولو زوجیت یک زوجیت دائمیه انشاء بشود ولی مقید به پرداخت نفقه به حدود شرعی‌اش هست. در مورد این وجه دو تا اشکال مطرح شده. شبیه همین هم در مورد حق، دو تا اشکال مطرح شده بود، یکی این‌که بین بیع و نکاح فرق هست و در نکاح حق فسخ نمی‌توانیم بگوییم هست، چون حق فسخ در جاهایی هست که مشکل برای ارکان عقد باشد. ارکان عقد هم در نکاح زوجین هستند. غیری اگر مربوط به زوجین باشد، چون تدلیس در مورد اوصاف زوجین باشد، آنجا را ممکن است حق فسخ قائل بشویم. البته روایات محدودة این حق فسخ را تعیین کرده. ولی در مورد جایی که احکام شرعیه‌ای که مربوط به این هست نمی‌شود حق فسخ قائل شد. این یک وجه، یک اشکال.

اشکال دوم این‌که شرط ارتکازی در صورتی مؤثر است که اگر تصریح بکنید که آن شرط اثرگذار باشد و اینجا اگر تصریح کنیم به این شرط مؤثر نیست، چون این‌که این شرطی را که شما می‌گویید بازگشت به این می‌کند که اگر انفاق نکرد خیار برای زوجه ثابت باشد و اثبات خیار برای زوجه این مسلم هست که در نکاح خیاربردار نیست. ایشان می‌فرماید یک تعلیلی که بعضی از فقها کردند برای این‌که چرا نمی‌شود در نکاح شرط خیار کرد، آن می‌گویند اجماعاً شرط خیار در نکاح صحیح نیست ولو به تخلف وقت و شرط و امثال اینها، موارد خاصه‌ای شارع اختیار کرده آنها هیچی، ولی ذاتاً نمی‌شود خیار شرط کرد. می‌گوید مرحوم شیخ انصاری بعد از این‌که فرمودند که خیار شرط در نکاح اتفاقاً داخل نمی‌شود، تعلیلشان این هست که لعله لتوقف ارتفاعه شرعا علی الطلاق و عدم مشروعیة التعامل فی ایجاد. نشد در وسائل نگاه کنم عبارت تعامل آنجا هست. لعله لتوقف ارتفاعه شرعا علی الطلاق و عدم مشروعیة التعامل فی ایجاد. نوشته لاحظ المکاسب صفحة ۲۳۳. احتمالاً باید از این مکاسب‌های طاهر خوشنویس باشد، یک جلدی‌های بلند باشد.

شاگرد: تقایل دارد

استاد: همان تقایل، دنبال همان واژه‌اش بودم. تعامل باید غلط باشد. دنبال واژه‌اش می‌گشتم، واژه‌ای که شبیه تعامل باشد. ایشان می‌گویند که طرفین عقد نمی‌توانند با هم قرار بگذارند که عقد نکاح را به هم بزنند. عقد نکاح خاصیتش، خاصیتی هست که مزیلش فقط طلاق هست. یک مدلی نیست که بقائش به اختیار طرفین باشد که این به هم زدن بعدی را بتوانیم به وسیلة عقد آن را جعل کنیم. این اشکالی هست که اینجا مطرح شده. البته آقای سیستانی از اینها جواب می‌دهند، می‌فرمایند که آن مطلب اوّلی که شما گفتید که در نکاح این شرط ارتکازی وجود ندارد، بعد از اقوام دیگر، انفاق لازم نیست بر زوج، زوجین هر دو زندگی را می‌چرخانند، بعد از اقوام بدویه اصلاً حکایت شده که اینها زوجه گردانندة خانه هست و نفقه را متکفل هست. اینها منافات با بحث ما ندارد. ما نمی‌خواهیم بگوییم یک شرط ارتکازی در جمیع مجتمعات و عند جمیع ارباب الملل و النحل هست. نه، در مجتمع اسلامی بحث انفاق به عنوان یک بحث مطرح هست و این باعث می‌شود که به عنوان شرط ارتکازی مطرح بشود.

شاگرد: مرتکز نباید قبل از شرع باشد؟

۹:۰۰

استاد: نه، لازم نیست. با توجه به شرع ممکن است مرتکز باشد. لازم نیست ارتکاز قبل از شرع باشد.

شاگرد:

استاد: بله. حالا آنهایش یک مراحل دیگر بحث است. کأنّ مبنی علیها هم هست. ایشان می‌فرمایند که ارتکازیت این شرط در ضمن جواب از وجه ثانی معلوم می‌شود که نه این شرط، شرط ارتکازی هست و اینها.

در مورد وجه ثانی ایشان می‌فرمایند که هیچ گونه اجماعی بر عدم ثبوت خیار تخلف رفع و شرط در نکاح نیست. آن که هست صرفاً این‌که خیار را نمی‌شود اشتراط کرد. اشتراط خیار در نکاح صحیح نیست. بلکه یک عده‌ای از فقهای عامه و خاصه قائل هستند که وقتی زوج معسر شد بقاءاً، زوجه خیار فسخ پیدا می‌کند. پس بنابراین حتی اگر ما بگوییم که خیار تخلف شرط و وصف هم داخل نمی‌شود نسبت به خصوص بحث اعسار و به خصوص این بحث دیگر ادعای اجماع نمی‌شود کرد چون مخالفینی در مسئله وجود دارد. بعد ایشان فکر می‌کند عبارت‌های فقها را از عبارت محقق در شرایع تعبیر می‌کند که:

«لو تجدد عجز الزوج عن النفقة هل تتسلط الزوجة على الفسخ فيه روايتان أشهرهما إنه ليس لها ذلك» اشهرهما، کأنّ کلام مشهور هست هم یک قول دیگری هم هست که خلاف اشهری هم هست که قائل هستند که زوجه تتسلط علی الفسخ. در المسالک نقل شده که المشهور این هست که، پس بنابراین غیر مشهور هم یک فسخ می‌تواند بکند.

عبارت ابن ادریس را می‌آورم که از عبارت ابن ادریس استفاده می‌شود که، یسار شرط صحت عقد نیست، بلکه یسار شرط، با عدم یسار مثبت خیار فسخ می‌شود و تعبیر هم کرده به بحث ضرر، ضرر منفی بودن و به لا ضرر و اینها ایشان تمسک کرده، و علامه هم این مطلب را پذیرفته. البته به لا ضرر علامه تمسک کرده. علامه می‌گوید لا ضرر و اینها اقتضاء می‌کند که اگر اعسار برای زوج حاصل شد زوجه خیار فسخ داشته باشد و از ابن جنید هم نقل می‌کند که قائل به خیار هست. یک عبارتی اینجا ایشان نقل کرده، من عبارت را بخوانم. ایشان می‌گوید: (قال ابن الجنيد بالخيار لرواية عن الصادق و لاشتماله على الضرر إذ لا يمكنها الإنفاق فلو لم يجعل لها الخيار لزم الحرج المنفي بالإجماع).

این عبارت ۲، ۳ نکته در موردش هست. یک نکتة خاص. این اشتماله علی الضرر ... لزم الحرج المنفی بالإجماع، اوّل بحث ضرر را مطرح کرده، ذیل بحث حرج را مطرح کرده. ولی یک نکتة کلی‌تر می‌خواهم بگویم، قال ابن الجنید بالخیار لروایة عن الصادق، اینها معلوم نیست این استدلال‌ها را خود ابن جنید کرده باشد. نوعاً این استدلال‌ها، استدلالاتی که علامه برای آن قول منقول از ابن جنید نقل می‌کند. اینها چه بسا استدلالات خود مرحوم علامه باشد.

بعد ایشان می‌فرماید که مرحوم شهید ثانی هم در مسالک ظاهرش این هست که در مسئله توفق کرده و صاحب مدارک نوة شهید ثانی هم در شرح نافع. می‌گوید کما عن السید السند فی شرح النافع. سید سنه مراد صاحب مدارک است، شرح نافع هم نهایة المرام است. نهایة المرام فی شرح مختصر الشرایع الاسلام، که همین نافع باشد.

شاگرد:

استاد: مدارک الاحکام بله، ولی مدارک الاحکام این بحث‌ها را ندارد. مدارک الاحکام عبارات.

شاگرد: شرایع با مختصر

استاد: بله مختصر شرایع. مدارک، شرح شرایع است، نهایة المرام شرح نافع است. بعد ایشان عبارت‌های عامه را ذکر می‌کنند. عبارت مغنی ابن قدامه را می‌خوانم: «إن الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرته و عدم ما ينفقه فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه و بين فراقه، و روى نحو ذلك عن عمر و علي و أبي هريرة و به قال سعيد بن المسيب و الحسن، و عمر ابن عبد العزيز و ربيعة و حماد، و مالك، و يحيى القطان، و عبد الرحمن بن مهدي، و الشافعي، لإسحاق، و أبو عبيد، و أبو ثور، و ذهب عطاء و الزهري، و ابن شبرمة، و أبو حنيفة، و صاحباه إلى إنها لا تملك فراقه[[1]](#footnote-1) بذلك و لكن يرفع يده عنها لتكتسب.»

صاحبان ابو حنیفه، محمد بن حسن شیبانی و قاضی ابویوسف است.

شوهر باید اجازه بدهد که زن برای خودش کاسبی کند و اجازة کسب را به او بدهد. و بعد عبارت‌هایی را ذکر می‌کنند، از نیل الأوطار. یک عبارتی را هم از مغنی دوباره نقل می‌کنند. من این عبارت مغنی را هم عرض می‌کنم، می‌گوید:

«و في المغني «كل موضع يثبت لها الفسخ لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم الحاكم. فإذا فرق بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه و بهذا قال الشافعي و ابن المنذر، و قال مالك: هو تطليقة و هو أحق بها إن أيسر في عدتها.»»

ایشان می‌فرماید که «فظهر بذلك إنه لا إجماع هناك في عدم خيار تخلف الشرط الضمني الارتكازي و الصريح في عقد النكاح» بعد می‌گوید البته این مطلب مخالف روایت‌های عادی هست، از روایت‌های بعدی استفاده می‌شود که زن حق فسخ پیدا نمی‌کند. حاکم بین اینها جدایی می‌اندازد. اختیار فسخ با حاکم هست. ایشان می‌خواهد بگوید ممکن است ما بگوییم آن شرط مرتکز همین است که زن اختیار دارد مراجعه کند به حاکم شرع و حاکم شرع فسخ کند. اگر حاکم شرع متمکن نشد از رجوع به حاکم شرع خودش بتواند فسخ کند. شرط ارتکازی این باشد، نه شرط ارتکازی این باشد که مستقیما بتواند خودش فسخ کند. و حالا ایشان می‌فرمایند که بنابراین شرط ارتکازی با آن روایات هم می‌گوییم منافات ندارد، اگر حالا کسی گفت نه به هر حال با روایات منافات دارد، روایات می‌خواهد بگوید حتی اگر نتواند به حاکم مراجعه کند، اختیار فسخ تنها با حاکم است، خودش هیچگونه اختیار فسخ ندارد، پس تا در ظرف عدم امکان مراجعة به حاکم هم اختیار برای زوجه ثابت نمی‌شود، از روایات برداشت هم بکنیم فوقش این است که این روایات مانع ماست، و الا ذاتاً مشکلی در بحث وجود ندارد که اینجا باید لولا الروایات ما قائل به حق فسخ می‌بودیم برای زوجه. این فرمایشات آقای سیستانی.

اوّل یک نکتة عرض بکنم. آقای سیستانی در ذیل جواب از وجه اوّل از اشکال می‌فرمایند که «سوف یظهر ارتکازیة هذا الشرط مما یأتی فی جواب الوجه الثانی. که این شرط یک شرط ارتکازی است در جواب وجه ثانی استفاده می‌شود.

من نفهمیدم از کجای این بیان ارتکازی بودن کجای این توضیحاتی که ایشان دادند استفاده می‌شود که این بحث ارتکازی است؟ آن که در بحث ایشان هست این‌که اجماع بر خلاف نیست. اجماع نداریم که در مسئله شرط، اگر شرطی بکنند، صریحاً شرط بکنند که در صورت عدم انفاق مثلاً زوجه بتواند حق فسخ داشته باشد، این بر خلاف اجماع. عبارتی که از کلام شیخ انصاری برداشت شده بود اجماع در این مطلب هست، ایشان با آمدن عبارت‌های عامه و خاصه و اینها می‌فرمایند اجماع در مسئله نیست. اما این‌که یک شرط ارتکازی است، از کجای این عبارت‌ها

شاگرد:

استاد: نه، حالا به چی تمسک کردند، خود عامه هم بحث اختلافی است. به چی تمسک کردند من نمی‌دانم. به آنها تمسک نکردند. معلوم نیست استدلالشان به اینها باشد. معلوم نیست به خاطر این‌که قول صحابی، استدلالشان به قول صحابی معلوم نیست این باشد.

شاگرد: کسی مخالفت نکرده

استاد: مخالف بودند دیگر. یک گروهی این طرف بودند، یک گروه آن طرف بودند، اختلافی بود. عطا؟؟؟ ابو حنیفه، شاگردهای ابوحنیفه اینها مخالف بودند. یک گروهی این طرف بودند، یک گروهی آن طرف بودند، مسئله اجماعی نبود. تازه اگر هم اجماعی باشد شرط مرتکز باشد این از کجا در می‌آید. فوقش این است نظر اینها این است که حکم شرعی مسئله این هست ولی به عنوان یک شرط مرتکز از کجای این عبارت‌ها ایشان این مطلب را استفاده کرده، من متوجه نشدم که به چه جهتی اینها ؟؟؟ ۲۲:۳۳. اما اصل این مطلب، نکته‌ای که مرحوم شیخ انصاری مطرح کردند که ارتکاز متشرعه‌ای هست که نکاح یک چیزی هست که مزیلش طلاق است. این‌که بخواهد در غیر عیوب فسخی وجود داشته باشد خود این‌که یک شرط ارتکازی وجود داشته باشد خیلی مشکل است. این‌که شاید آن طرف قضیه باشد، شرط ارتکازی این هست، یعنی ذهنیت متشرعه‌ای هست آن این است که بدون طلاق نمی‌شود ازدواج را به هم زد و فسخ در یک موارد خاصه‌ای هست در خصوص عیوب زوجین هست و چیزهایی که خصوصیاتی که مربوط به اوصاف زوجین هست اما در مورد غیر آنها ما بخواهیم بگوییم شرط ارتکازی. بله یک بحث این است که لازم هست که زوج انفاق بکند. ولی مجرد این‌که لازم هست زوج انفاق بکند، معنایش این است که کأنّ ارتکازی هست، اینها به نظرم نمی‌رسد قابل اثبات باشد که یک شرط ارتکازی ضمنی هست.

شاگرد: عدمش اگر نباشد

استاد: بله، ارتکاز بر عدمش اگر نباشد ایشان به این بیان دارند من خیلی، صغرای یک چنین شرط ارتکازی بودنش خیلی محل تأمل است. یک سری چیزهای دیگری هست ممکن است از بعضی روایات یک مؤیداتی آورده بشود ولی نه بر خصوص حق فسخ، بله در این‌که اگر مرد نتواند انفاق کند واجب است زنش را طلاق بدهد. واجب است زنش را طلاق بدهد اگر نتواند آن نفقه را بدهد. این را ممکن است از بعضی روایات این برداشت را داشت. این را ممکن است شخصی بگوید به عنوان یک شرط ارتکازی در ضمن عقد هست. در خطبه‌هایی که از ائمة معصومین علیهم السلام وارد شده، در این خطبه‌ها یک سری‌اش به این مطلب اشاره شده که، من بعضی از خطبه‌ها را بخوانم. در اثبات الوصیة این روایت هست. عن علی بن ابراهیم بن هاشم عن ابیه عن الریان بن شبیب خال المأمون قال لما اراد المأمون ان یزوج ابا جعفر علیه السلام ابنته، این را که من یادداشت کردم.

شاگرد:

استاد: اشتباه یادداشت نکرده باشم، ممکن است سهو از من باشد. جلد ۲۵. این اینجوری تعبیر دارد. قال المأمون قال لما اراد المأمون ان یزوج ابا جعفر علیه السلام ابنته قال المأمون تخطب یا ابا جعفر لنفسک فقام علیه السلام فقال» بعد خطبة حضرت را نقل کرد. بعد «هذا امیر المؤمنین زوجنی ابنته علی ما جعل الله للمسلمات علی المسلمین امساک بعروف او تسریح باحسان و قد بذلت لها من الصداق ما بذله» جامع الاحادیث، جلد ۲۵، صفحة ۱۷۳، حدیث ۳۶۷۸۵، باب ۴۵ از ابواب التزویج.

در دلائل الامامة، جمع ؟؟؟ فاطمه، از بعدش، از فقیه هم این مطلب در ذیلش نقل شده. در فقیه هم خطبة امام جواد علیه السلام آمده. هذا امیر المؤمنین زوجنی ابنته علی ما فضل الله علی حده للمسلمات علی المؤمنین، دارد. که آن مسلمین بود، شاید مسلمین بهتر باشد. من امساک بمعروف او تصریح باحسان.

بعد در صفحة بعد همین صفحة ۱۷۴، حدیث ۳۶۷۸۷، حدیث ۱۸، روایت جعفریات را که از جعفریات نقل کرده، خطبة امام باقر علیه السلام را که می‌گوید ان فلان ابن فلان قد ذکر فلانه بنت فلان فزوجوه علی ما امر الله به من امساک بمعروف او تصریح باحسان و اینجوری.

در صفحة ۱۷۵ حدیث ۳۶۷۸۷، رقم ۱۹، در روایت قداح عن ابی عبد الله علیه السلام خطبة امام سجاد علیه السلام را دارد. می‌گوید حضرت خیلی خطبة کوتاهی می‌خواند، فما یزید علی ان یقول، یک خط جمله دارد، و قد زوجناک علی شرط الله. من حدس می‌زنم مراد از شرط الله همین فامساک بمعروف او تصریح باحسان هست که اشاره به این دارد. و خود این امساک بمعروف را در بعضی روایات اشاره کرده که این امساک بمعروف یکی از چیزهایش همین است که نفقه داده بشود.

حالا این بحث را ملاحظه بفرمایید. ممکن است ما یک همچین چیزی را کسی در مورد این‌که ملزم بودم مردم به طلاق بگوییم این یک شرط ارتکازی هست. آن بحث دیگر است، آن را ان‌شاءالله در جلسة بعد.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

پایان

1. باید فراقها باشد. [↑](#footnote-ref-1)