**درس خارج اصول استاد سید محمد جواد شبیری(دام ظله)**

**جلسه340 – 23/ 06/ 1399 شمول لا ضرر نسبت به احکام عدمی /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث درباره شمول «لا ضرر» نسبت به عدمیات و اثبات حکم با تمسک به «لا ضرر» بود. آقای سیستانی پس از اتمام بحث کبروی، وارد بحث در مثال های این بحث شده، دو مثال را مورد بررسی قرار می دهند. دومین مثال، اثبات حق طلاق در صورت امتناع زوج از نفقه است. در این جلسه استاد دام ظله، کلام آقای سیستانی درباره این مسأله را بیان کرده، بررسی می کنند.

# اثبات حق طلاق با تمسک به «لا ضرر»

## کلام آقای سیستانی

آقای سیستانی در این بحث که آیا می توان به وسیله «لا ضرر و لا ضرار» برای زوجه حق فسخ قائل شویم، در سه مقام بحث کرده اند.

مرحله اول: آیا فسخ به ملاحظه طبیعت عقد نکاح برای زوجه ثابت می شود؟

مرحله دوم: آیا حق فسخ یا طلاق به ملاحظه «لا ضرر و لا ضرار» برای حاکم ثابت می شود؟

مرحله سوم: حکم مسأله با توجه به ادله خاصه چیست؟

### مرحله اول: بررسی اثبات حق فسخ به ملاحظه طبیعت عقد نکاح

ایشان در مرحله اول تقریبی را برای ثابت بودن حق فسخ برای زوجه بیان کرده است که شرط ارتکازی ضمنی در ضمن عقد وجود دارد. شرط ارتکازی این است که زوج متعهّد می شود به زوجه انفاق کند و نفقه زوجه را بپردازد. هر چند زوجیت، زوجیت دائمی انشاء می شود اما مقیّد به پرداخت نفقه به حدود شرعی است.

دو اشکال به این مطلب بیان شده است:

اشکال اول: بین بیع و نکاح تفاوت وجود دارد و نمی توان در نکاح حق فسخ را ثابت دانست. زیرا حق فسخ در جایی است که مشکل از ناحیه ارکان عقد باشد. در نکاح، زوجین ارکان عقد هستند و اگر مشکلی از ناحیه زوجین وجود داشته باشد، حق فسخ می تواند ثابت شود. روایات نیز محدوده حق فسخ را بیان کرده است. در حالی که در مورد بحث، مشکلی از ناحیه زوجین وجود ندارد.

اشکال دوم: شرط ارتکازی در صورتی مؤثر است که اگر به آن شرط تصریح شود، اثر گذار باشد ولی در مورد بحث، تصریح به شرط مؤثر نیست زیرا این شرط به این مطلب بازگشت دارد که در صورت عدم انفاق، برای زوجه خیار ثابت باشد و مسلّم است که نکاح خیار بردار نیست. آقای سیستانی می فرماید: تعلیلی که برخی از فقها برای عدم صحت خیار در نکاح بیان کرده اند، اجماع است هر چند به تخلّف شرط و وصف بازگشت داشته باشد. بله در موارد خاصی شارع خیار را قرار داده است اما خیار محدود به این موارد است و نمی توان ذاتا خیار را اثبات کرد. مرحوم شیخ پس از بیان اجماع در خیار بردار نبودن عقد نکاح می فرماید: و لعلّه لتوقّف ارتفاعه شرعاً على الطلاق و عدم مشروعيّة التقایل فيه[[1]](#footnote-1) به این معنا که طرفین عقد نمی توانند با همدیگر قرار بگذارند که عقد نکاح را به هم بزنند. مزیل عقد نکاح تنها طلاق است و بقاء آن به اختیار طرفین نیست تا به هم زدن بعدی را بتوان به وسیله عقد جعل کرد.

آقای سیستانی به این دو اشکال پاسخ داده، می فرماید:

در اشکال اول بیان شده در نکاح شرط ارتکازی وجود ندارد و شاهد آن این است که برخی از اقوام، انفاق را بر زوج لازم نمی دانند و زوجین هر دو زندگی را اداره می کنند یا از برخی از اقوام بدویه حکایت شده که زوجه نفقه را پرداخت می کند. اما این مطالب با بحث حاضر منافاتی ندارد زیرا در مقام اثبات وجود شرط ارتکازی در جمیع ابواب الملل و النحلل نیستیم و تنها دنبال اثبات این مطلب هستیم که در مجتمع اسلامی، نفقه بر زوج لازم است و می توان شرط نفقه را بر زوج به عنوان شرط ارتکازی، مطرح کرد. ایشان می فرماید: ارتکازی بودن این شرط در ضمن جواب از وجه دوم، معلوم می شود.

آقای سیستانی درباره وجه دوم می فرماید:

هیچ گونه اجماعی بر عدم ثبوت خیار تخلّف وصف و شرط در نکاح وجود ندارد. تنها این مطلب وجود دارد که در عقد نکاح اشتراط خیار صحیح نیست. بلکه عده ای از فقهای عامه و خاصه قائل هستند که در صورت معسر شدن زوج بقاءً، زوجه خیار فسخ پیدا می کند. پس حتی اگر خیار تخلّف شرط و وصف در عقد نکاح وجود نداشته باشد، نسبت به خصوص بحث اعسار نمی توان ادعای اجماع کرد زیرا در این مسأله مخالف وجود دارد. ایشان در ادامه عبارات فقها را نقل می کند. محقق در شرایع می فرماید:

لو تجدد عجز الزوج عن النفقة هل تتسلط الزوجة على الفسخ فيه روايتان أشهرهما إنه ليس لها ذلك[[2]](#footnote-2)

از اشهرهما استفاده می شود قول غیر اشهری وجود دارد که زوجه تسلط بر فسخ دارد. شهید ثانی در مسالک قول مشهور را عدم تسلط زوجه بر فسخ دانسته که از آن استفاده می شود قول غیر مشهور، تسلّط زوجه بر فسخ است.[[3]](#footnote-3) ابن ادریس بیان می کند: یسار شرط در صحت عقد نیست بلکه عدم یسار، مثبت خیار فسخ است.[[4]](#footnote-4) علامه نیز این مطلب را پذیرفته، بر این مطلب به «لا ضرر» تمسک کرده است.[[5]](#footnote-5) از ابن جنید نیز نقل شده که قائل به خیار بوده است. آقای سیستانی این عبارت را نقل کرده است: قال ابن الجنيد بالخيار لرواية عن الصادق و لاشتماله على الضرر إذ لا يمكنها الإنفاق فلو لم يجعل لها الخيار لزم الحرج المنفي بالإجماع[[6]](#footnote-6)

#### توضیح کلام ابن جنید

دو نکته درباره عبارت منقول از ابن جنید وجود دارد.

اول: ابتدا بیان کرده «لاشتماله علی الضرر» اما در ذیل بیان کرده «لزم الحرج المنفی بالاجماع». کدام یک مورد نظر ایشان است؟

دوم: در نوع موارد استدلال ها در کلام ابن جنید وارد نشده است و علامه برای قول منقول از ابن جنید، استدلال را بیان کرده است. در این مورد نیز روشن نیست ابن جنید به روایت و لا ضرر یا لا حرج تمسک کرده باشد.

آقای سیستانی در ادامه می فرماید: ظاهر شهید ثانی در مسالک، توقف در مسأله است. سید سند (صاحب مدارک) در شرح نافع (نهایه المرام) نیز به کلام ابن جنید مایل شده است. ایشان در ادامه عبارت های عامه را نقل کرده است. عبارت مغنی ابن قدامه به این صورت است:

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 (محمد بن حسن شیبانی و قاضی ابو یوسف) إلى إنها لا تملك فراقه (باید فراقها باشد) بذلك و لكن يرفع يده عنها لتكتسب (شوهر باید اجازه کسب را به زن بدهد)

آقای سیستانی در ادامه عبارتی را از نیل الاوطار نقل کرده است و پس از آن عبارت دیگری را از مغنی نقل می کند:

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 در انتها می فرماید:

از روایات بعدی استفاده می شود که زن حق فسخ پیدا نمی کند و حاکم بین زن و مرد جدایی می اندازد و اختیار فسخ با حاکم است. ایشان می فرماید: ممکن است گفته شود شرط مرتکز این است که زن اختیار دارد به حاکم شرع مراجعه کند و حاکم شرع عقد را فسخ کند. اگر زوجه نتوانست به حاکم شرع رجوع کند، خود زوجه می تواند عقد را فسخ کند. بنابراین شرط ارتکازی با روایات نیز منافات ندارد. اگر گفته شود: شرط ارتکازی با روایات منافات دارد زیرا در روایات بیان شده: اختیار فسخ تنها با حاکم است و حتی در ظرف عدم امکان مراجعه به حاکم، زوجه اختیار فسخ ندارد. در این صورت، تنها مانع برای حق فسخ برای زوجه روایات است و لولا الروایات باید قائل به حق فسخ برای زوجه می شدیم نه آنکه حق فسخ ذاتا صحیح نباشد.[[7]](#footnote-7)

#### بررسی کلام آقای سیستانی

##### نقد اول: عدم امکان استفاده ارتکازی بودن شرط با وجود اختلاف

آقای سیستانی ذیل جواب از وجه اول اشکال فرمود: و سوف يظهر ارتكازية هذا الشرط مما يأتي في جواب الوجه الثاني. اما روشن نیست از کجای توضیحات آقای سیستانی در جواب از وجه دوم، ارتکازی بودن این شرط روشن شد؟ آقای سیستانی تنها با نقل عبارات عامه و خاصه، ادعای اجماعی که از کلام شیخ انصاری برداشت می شد را نفی کرده است اما شرط ارتکازی بودن این مطلب، از کجای این عبارات استفاده می شود؟ آیا می توان از مطلبی که عامه و خاصه در آن اختلاف دارند، ارتکازی بودن شرط را برداشت کرد؟ حتی اگر اجماع بر حق فسخ برای زوجه وجود داشته باشد، اما از آن استفاده نمی شود که شرط نفقه، شرطی ارتکازی است.

##### نقد دوم: ارتکاز متشرعه بر خیار بردار نبودن نکاح

اما اصل مطلب این است که مرحوم شیخ انصاری این نکته را مطرح کردند: ارتکاز متشرعه وجود دارد که نکاح امری است که مزیل آن تنها طلاق است و اثبات حق فسخ در غیر عیوبی که شارع بیان کرده، بسیار مشکل است و ذهنیت متشرعه این است که بدون طلاق، نمی توان ازدواج را به هم زد و فسخ تنها در موارد خاص عیوب زوجین و اوصاف مربوط به زوجین است. بله این مطلب وجود دارد که لازم است زوج بر زوجه انفاق کند، اما مجرّد وجوب انفاق بر زوج، به این معنا نیست که شرط ارتکازی وجود دارد. پس قابل اثبات نیست که شرط ارتکازی ضمنی درباره انفاق وجود داشته باشد حتی ممکن است ارتکاز بر عدم آن وجود داشته باشد.

#### امکان دلالت روایات بر لزوم طلاق در صورت امتناع از نفقه

ممکن است از برخی روایات، برداشت شود که اگر مرد نتواند انفاق کند، طلاق بر او واجب است. اما این روایات دلالت ندارد که زن حق فسخ دارد. پس امکان دارد وجوب طلاق بر مرد را شرط ارتکازی تلقّی کرد.

در برخی از خطبه های منقول از حضرات معصومین ع به این مطلب اشاره شده است. در اثبات الوصیه آمده است:

عن علي بن إبراهيم بن هاشم عن أبيه عن الريان بن شبيب خال المأمون قال: لمّا أراد المأمون أن يزوّج أبا جعفر عليه السّلام ابنته اجتمع إليه خواصه الادنون من بني هاشم‏ ... و قال المأمون: تخطب يا أبا جعفر لنفسك. فقام عليه السّلام فقال: الحمد للّه منعم النعم برحمته و الهادي الي فضله بمنته و صلّى اللّه على محمّد خير خلقه .. الذي جمع فيه من الفضل ما فرّقه في الرسل قبله، و جعل تراثه الى من خصه بخلافته، و سلّم تسليما، و هذا أمير المؤمنين زوّجني ابنته على ما جعل اللّه للمسلمات على المسلمين «امساك بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ» و قد بذلت لها من الصداق ما بذله رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله لأزواجه و هو خمسمائة درهم، و نحلتها من مالي مائة ألف درهم. تزوّجني يا أمير المؤمنين؟؟ ...[[8]](#footnote-8)

در فقیه نیز خطبه امام جواد ع نقل شده است:

وَ هَذَا أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ زَوَّجَنِي ابْنَتَهُ عَلَى مَا فَرَضَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ لِلْمُسْلِمَاتِ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ مِنْ إِمْسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ‏ بِإِحْسَان‏[[9]](#footnote-9) البته به نظر می رسد «علی المسلمین» بهتر از «علی المؤمنین» باشد.

در جعفریات خطبه امام باقر ع این گونه نقل شده است:

إِنَّ فُلَانَ بْنَ فُلَانٍ قَدْ ذَكَرَ فُلَانَةَ بِنْتَ فُلَانٍ فَزَوِّجُوهُ عَلَى مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ مِنْ إِمْسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَان‏[[10]](#footnote-10)

در روایت قداح عن ابی عبد الله ع خطبه امام سجاد ع نقل شده است که حضرت خطبه کوتاهی می خواندند:

أَنَّ عَلِيَّ بْنَ الْحُسَيْنِ ع كَانَ يَتَزَوَّجُ وَ هُوَ يَتَعَرَّقُ عَرْقاً يَأْكُلُ مَا يَزِيدُ عَلَى أَنْ يَقُولَ الْحَمْدُ لِلَّهِ وَ صَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَ آلِهِ وَ يَسْتَغْفِرُ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ وَ قَدْ زَوَّجْنَاكَ‏ عَلَى شَرْطِ اللَّهِ ثُمَّ قَالَ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ ع إِذَا حَمِدَ اللَّهَ فَقَدْ خَطَبَ.[[11]](#footnote-11)

به نظر می رسد «شرط الله» اشاره به «إِمْسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَان» دارد. در برخی از روایات اشاره شده: یکی از مصادیق امساک بمعروف، پرداخت نفقه است.

پس ممکن است ملزم بودن مرد به طلاق در صورت عدم انفاق را شرط ارتکازی بدانیم که در جلسه آینده در این باره بحث خواهیم کرد.

1. كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)؛ ج‌5، ص: 151 در تقریرات چاپ شده آقای سیستانی مشکل تایپی به هنگام نقل عبارت مرحوم شیخ وجود دارد و به جای «التقایل»، «التعامل» آمده است. [↑](#footnote-ref-1)
2. شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام؛ ج‌2، ص: 244 [↑](#footnote-ref-2)
3. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج‌7، ص: 407 [↑](#footnote-ref-3)
4. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج‌2، ص: 557 [↑](#footnote-ref-4)
5. مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج‌7، ص: 300

   و أمّا اعتبار اليسار: فلو نكحت المرأة ابتداء بفقير عالمة بذلك، صحّ نكاحها إجماعا، و لو كانت الكفاءة شرطا، لم يصح، و إذا صحّ مع العلم، وجب أن يصحّ مع الجهل، لوجود المقتضي السالم عن معارضة كون الفقر مانعا. نعم أثبتنا لها الخيار، دفعا للضرر عنها، و دفعا للمشقة اللاحقة بها بسبب احتياجها مع فقره الى مئونة يعجز عنها و لا يمكنها التزوّج بغيره، فلو لم يجعل لها الخيار، كان ذلك من أعظم الضرر عليها، و هو منفي إجماعا. [↑](#footnote-ref-5)
6. مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج‌7، ص: 327 [↑](#footnote-ref-6)
7. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني؛ ص:296- 301 [↑](#footnote-ref-7)
8. اثبات الوصیه؛ ص: 223، جامع الاحادیث؛ج 25، ص: 173، ح 36785 باب 45 از ابواب التزویج [↑](#footnote-ref-8)
9. من لا يحضره الفقيه ؛ ج‏3 ؛ ص398 [↑](#footnote-ref-9)
10. الجعفريات (الأشعثيات) ؛ ؛ ص93، جامع الاحادیث؛ ص: 174، ح 36787 رقم 18 [↑](#footnote-ref-10)
11. الكافي (ط - الإسلامية) ؛ ج‏5 ؛ ص368، جامع الاحادیث؛ ص: 175 ح 36788 رقم 19 [↑](#footnote-ref-11)