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

**جلسه341 – 25/ 06/ 1399 شمول لا ضرر نسبت به احکام عدمی /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث درباره اثبات حکم به لا ضرر بود. دومین مثالی که آقای سیستانی درباره آن بحث کرده، اثبات حق طلاق در صورت امتناع زوج از نفقه است. استاد دام ظله در این جلسه این بحث را ادامه داده سپس معنای جدیدی را برای «لا ضرر و لا ضرار» بیان می کنند.

# اثبات حق طلاق در صورت امتناع زوج از انفاق

بحث در این باره که اگر زوج حاضر به پرداخت نفقه زوجه نباشد، زوجه حق فسخ پیدا می کند؟ حال چه به خودی خود چه با با مراجعه به حاکم. آقای سیستانی بحث را در سه مرحله دنبال کردند. مرحله اول: آیا طبیعت عقد نکاح اقتضای ثبوت حق فسخ را دارد؟ مرحله دوم: آیا «لا ضرر و لا ضرار» حق را برای زوجه ثابت می کند؟ مرحله سوم: مفاد روایات خاصه در مسأله چیست؟

## مرحله اول: شرط ارتکازی در ضمن عقد نکاح

ایشان در مرحله اول، قائل شد، شرط ارتکازی در ضمن انشاء نکاح وجود دارد که اقتضا می کند التزام زوجین به عقد در صورتی باشد که زوج به وظیفه انفاق عمل کند. ایشان مباحثی را در این زمینه فرمودند که در جلسات قبل دنبال شد.

بیان شد: ممکن است برای شرط ارتکازی حق طلاق، به روایاتی تمسک شود که از آنها استفاده می شود در ضمن صیغه عقد، عقد بر پایه آیه شریفه «فامساک بمعروف او تسریح باحسان» خوانده می شده است. بنابر روایات موجود در مسأله، یکی از مصادیق امساک بمعروف، نفقه است. در روایت ابی القاسم الفارسی آمده است:

قال قلت للرضا ع: جعلت فداك إن الله يقول في كتابه: «فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ» و ما يعني بذلك قال: أما الإمساك بالمعروف- فكف الأذى و إجباء النفقة، و أما التسريح بإحسان فالطلاق على ما نزل به الكتاب‏[[1]](#footnote-1)

در مطالعه روایاب باب نفقات، به برخی از روایات برخورد شد که به هنگام بیان وظیفه نفقه برای زن یا مطلّقه، تعبیر شده است: نفقه بالمعروف واجب است. به نظر می رسد قید «بالمعروف» برگرفته از تعبیر «فامساک بمعروف» در آیه شریفه باشد. البته ظهور ذاتی «فامساک بمعروف» نفقات را شامل است. پس علاوه بر ظهور ذاتی، مؤیدات خارجی وجود دارد که آیه شریفه درباره نفقه است. در ادامه به بخری از این موارد اشاره می شود.

«لَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ.»[[2]](#footnote-2) که در خطبه پیامبر ص در حجه الوداع وارد شده است. «فَعَلَيْكُم‏ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»[[3]](#footnote-3) «الْحَامِلُ أَجَلُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا وَ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا بِالْمَعْرُوفِ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا.»[[4]](#footnote-4) « لِلْمُطَلَّقَةِ نَفَقَتُهَا بِالْمَعْرُوفِ»[[5]](#footnote-5)

به نظر می رسد مجرّد اینکه چند روایت وارد شده که در ضمن صیغه عقد نکاح «علی ما امر الله» قید شده، باعث نمی شود این امر شرط ارتکازی باشد. بله در خصوص روایت امام باقر ع و امام جواد ع و به صورت احتمالی در روایت امام سجاد ع (علی شرط الله) این امر قید شده است اما از آن شرط ارتکازی موجود در تمام موارد استفاده نمی شود. به خصوص امام جواد ع که شاید در مقام تلطیف باشند و به این مطلب اشاره کنند که ازدواج بر اساس امساک بمعروف است و من به وظیفه خودم آگاهم که یا باید امساک بمعروف کنم یا تسریح باحسان داشته باشم زیرا امام جواد ع دختر مأمون را به ازدواج خویش در می آورد و اشاره به وظیفه در تلطیف فضا می تواند مؤثر باشد. پس نمی توان به طور کلی اثبات کرد خطبه نکاح مبنی بر چنین شرطی است.

شاید به همین جهات آقای سیستانی در مباحث بعدی، این روایات را به عنوان دلیل مستقل بیان کرده نه به عنوان شرط ارتکازی. ایشان از این روایات برداشت می کند که اگر شوهر امساک بمعروف نکند و لو از روی عجز، باید شق دوم واجب تخییری که تسریح باحسان است را انجام دهد و در صورت امتناع، حاکم شرع به عنوان ولی الممتنع می تواند طلاق را انجام دهد.

## دلالت روایات بر لزوم طلاق در فرض عدم انفاق

البته این مطلب نیازمند بحث است که آیا می توان به این روایات بر این مطلب استدلال کرد؟ به نظر می رسد ولیّ الممتنع در جایی است که حکمی وضعی ثابت است و برای کسی حقی ثابت است که شخص از اعطای حق خودداری می کند. اگر از عبارت «فامساک بمعروف او تسریح باحسان» حق برای زوجه استفاده شود، حاکم شرع می تواند این حق را در جایی که زوج از اداء حق خودداری می کند، استیفا کند اما اگر صرفا حکمی تکلیفی باشد، مشکل است از این روایات بتوان ثبوت حق طلاق را برای زوجه استفاده کرد.

به نظر می رسد از این روایات حق اثبات می شود. در خطبه امام جواد ع وارد شده: «فَرَضَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ لِلْمُسْلِمَاتِ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ مِنْ إِمْسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَان‏»[[6]](#footnote-6) از این تعبیر و مانند آن استفاده می شود، خداوند حقی برای مسملات به گردن مسلمین ثابت کرده است. پس می توان به این روایات برای وجود حق برای زوجه تمسک کرد. در مرحله اول، وظیفه زوج است که این حق زوجه را اداء کند. اگر زوج از اداء حق زوجه امتناع کرد، حاکم شرعی می تواند یا وظیفه دارد حق زوجه را در صورت مطالبه با طلاق اجباری، استیفا کند. در این موارد، حاکم به هر دو شقّ اجبار بر انفاق و اجبار بر طلاق اختیار ندارد و وابسته به درخواست ذی حق است. درباره غائب بیان شده: در مرحله اول اگر زوج غائب مالی داشت، از مال او برداشته می شود و به زوجه انفاق می شود. در مرحله دوم اگر مال ندارد و زوجه مستأصل بماند، می تواند مطالبه طلاق کند و حاکم او را طلاق می دهد.

# مرحله دوم: اثبات حق طلاق با تمسک به «لا ضرر و لا ضرار»

مرحله دوم بحث این است که آیا می توان با توجه به قاعده لا ضرر و لا ضرار، حق طلاق یا فسخ را برای زوجه ثابت کنیم؟

## معنای هیئت ترکیبی «لا ضرر و لا ضرار»

پیش از ورود به بحث به این نکته اشاره می شود: در بحث از معنای «لا ضرر و لا ضرار» بیان کردیم صرفا تحریم اضرار استفاده می شود اما پس از تأمل بیشتر روشن شد این مطلب صحیح نیست. بیان کردیم این نوع ترکیب ها دو نوع استعمال دارد:

گاه فرد یا صنفی از طبیعت مدخول لای نفس جنس قرار گرفته که در این فرض، حکم طبیعت از برخی از افراد یا اصناف نفی می شود مانند «لا ربا بین الوالد و ولده» «لا صلاه الا بطهور»

گاه خود طبیعت مدخول لای نفی جنس قرار گرفته است، که در استعمالات موردی مشاهده نشده که در غیر نهی و عدم مشروعیت به معنای عام به کار رفته باشد. مرحوم شیخ الشریعه نیز همین مطلب را ذکر کرده، مثال های مختلفی را بیان می کنند. مانند «فلا رفث و لا فسوق و لا جدال فی الحج» «لا طاعه فی مخلوق فی معصیه الخالق» به این معنا که مخلوق نباید در معصیت خالق اطاعت شود و اطاعت مخلوق در معصیت خالق، جایز نیست. «لا هجر بین المسملین فوق ثلاثه ایام» به این معنا که هجر بین مسلمین حرام است. ما نهی را به معنای عام تری معنا می کردیم که این ترکیب دالّ بر نفی مشروعیت به معنای عام است. نفی مشروعیت در عبادات به معنای باطل بودن است و در معاملات به معنای عدم ترتّب اثر بر آن می باشد.

اما پس از آن این نکته به ذهن رسید که «لا ضرر» با این ترکیبات متفاوت است چنانچه آقای سیستانی نیز به آن اشاره کرده است. در توضیح باید گفت:

گاه فعلی از افعال مدخول لای نفی جنس قرار گرفته است مانند طاعت مخلوق، هجر بین مسلمین، رفث و فسوق، اعم از آنکه فعل به صورت عبادت انجام شود یا به صورت معامله انجام شود یا به صورتی دیگر باشد، در این موارد نفی فعل به این هدف است که شخص را از انجام عمل به آن عنوان باز دارد.

«لا ضرار» اگر تنها بود می توانست به همین صورت و نهی از اضرار باشد. اما در روایت «لا ضرر» وارد شده است و ضرر با توجه به مباحث مفصّلی که انجام شد، ضرر به قرینه ضرار به معنای تضرّر و متضرّر شدن است. متضرّر شدن فعلی از افعال نیست و نمی توان گفت: تضرّر مشروع نیست. متضرّر شدن حالتی است که مکلّف پیدا می کند. بله با واسطه، ضارّ این تضرّر را بر متضرّر ایجاد کرده است ولی این که «لا ضرر» نهی از سبب تضرّر باشد، خلاف ظاهر است. زیرا در این فرض، خطاب به دیگران گرفته شده است نه خود مکلّف به این معنا که مفاد «لا ضرر» این باشد که دیگران را از ضرر زدن به شخص نهی کرده است.

با توجه به این فرض، باید دید معنای «لا تضرّر» بدون واسطه به چه معناست؟

به نظر می رسد مفاد حدیث این است که شارع می خواهد جلوی تضرّر را بگیرد. در این صورت باید به نحوی «لا ضرر» را معنا کرد که با این مطلب متناسب باشد.

اولین معنا شبیه به معنایی است که در کلام مرحوم شیخ بیان شده که شارع کاری نمی کند که شخص متضرّر شود به این معنا که احکام شارع منشأ تضرّر عباد نیست و حکمی که به تضرّر عباد می انجامد، نفی شده است.

دومین معنا این است که شارع می خواهد جلوی تضرّر را بگیرد نه اینکه احکام او مقتضی تضرّر نیست. شبیه تعبیر آقای سیستانی در «لا ضرار»، ما «لا ضرر» را تسبیب به عدم تضرّر معنا می کنیم.

شاید اگر «لا ضرر» که به معنای «لا تضرّر» است به تنهایی بود، مردّد بین این دو معنا بود. اما با توجه به «لا ضرار» که در کنار آن آمده، به نظر می رسد هر دو قطعه در مقام تسبیب به عدم آن شیء است.

آقای سیستانی «لا ضرر و لا ضرار» را دو معنای مختلف معنا کرده که ارتباط نزدیکی به یکدیگر ندارند. اما به نظر ما «لا تضرّر» مقدمه «لا اضرار» است به این معنا که شارع می گوید: همچنان که من کاری می کنم توی مکلّف متضرّر نشوی، کاری می کنم تو دیگری را متضرّر نکنی. شبیه این مطلب که آنچه را برای تو نمی پسندم برای دیگران نیز نمی پسندم. پس شارع کاری می کند که مکلّف متضرّر نشود و از جانب دیگران ضرری به او وارد نشود و به مکلّف نیز چنین اجازه ای نمی دهد و کاری می کند که به دیگران ضرر وارد نکند.

باید دقت داشت: معنا کردن «لا ضرر» به نفی حکم منشأ ضرر خلاف ظاهر است زیرا ظهور دلیل در این جهت نیست که خود شارع به عباد ضرر نمی زند و فضای روایت درباره ضرر زدن افراد به یکدیگر است. چنانچه «لا ضرار» به این معنا نیست که شارع اجازه نمی دهد عباد به خداوند ضرر وارد کنند، «لا ضرر» نیز به این معنا نیست که شارع به عباد ضرر وارد نمی کند. پس مستبعد است روایت به این صورت معنا شود که من به شما ضرر نمی زنم. پس شما نیز به همدیگر ضرر نزنید. به خصوص روایت «لا ضرر و لا ضرار» در قضیه سمره که مورد اصلی روایت است، در این فضا نیست که شارع بگوید من به شما ضرر می زنم یا ضرر نمی زنم. بلکه فضای حاکم بر قضیه این است که می خواهد فضای روانی مناسبی را برای حکم سنگین ایجاد کند.

در نتیجه استظهار مرحوم آقای داماد و حاج آقای والد که روایت مربوط به حق الناس است با توجه به مجموع قرائن استظهار صحیحی است اما تکیه ما در حال حاضر این است که ظاهر روایت این است که شارع بیان می کند: همچنانچه جلوی متضرّر شدن شما را می گیرم، جلوی این که شما به دیگران ضرر وارد کنید را نیز می گیرم. اما جلوگیری از متضرّر شدن شخص به چه نحو است؟

در جلسات گذشته بیان شد: با توجه به این که شارع جلوی تمام راه هایی که امکان دارد شخص متضرّر شود را نگرفته است، پس این روایت به این معنا نیست که شارع تمام راه های جلوگیری از متضرّر شدن را جعل نکرده است. در نتیجه؛

اگر در موردی خاص شارع راهی را پیموده باشد، این راه ثابت خواهد شد.

اگر شارع در موردی خاص راهی را برای جلوگیری از تضرّر دنبال نکرده باشد، روایت می تواند ناظر به راه های عقلایی باشد که عقلا برای جلوگیری از تضرّر آن را طیّ می کنند.

استفاده این معنا از حدیث صحیح به نظر می رسد.

حال با توجه به این مطلب بحث را باید چگونه دنبال کرد؟ در جلسه آینده در این زمینه بحث خواهیم کرد.

1. تفسير العياشي ؛ ج‏1 ؛ ص117، ح 365 جامع الاحادیث؛ ج 26، ص: 578، ح 39894، باب 1 از ابواب النفقات ح 14 [↑](#footnote-ref-1)
2. دعائم الاسلام؛ ج2، ص: 254 [↑](#footnote-ref-2)
3. تحف العقول؛ ص: 33 جامع الاحادیث؛ ج 26، ص: 575 ح 39883 رقم 5 باب و ج 26، ص: 579 ح 39896 رقم 18 باب [↑](#footnote-ref-3)
4. الکافی؛ ج 6، ص: 103 جامع الاحادیث؛ ج ۲۶، ص 581، ح ۳۹۸۹۹، باب ۲ از ابواب النفقات، ح ۲. [↑](#footnote-ref-4)
5. دعائم الاسلام؛ ج 2، ص: 289 جامع الاحادیث؛ ج 26، ص: 583، ح 39910 رقم 13 باب [↑](#footnote-ref-5)
6. من لا یحضره الفقیه؛ ج 3، ص: 389 [↑](#footnote-ref-6)