**اصول، جلسه 9: 29/6/۱۳۹۹، 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

صحبت سر این بود که اگر مرد از پرداخت نفقه به زن خودداری کند، حالا این خودداری‌اش چه به خاطر این باشد که توانایی پرداخت نفقه را ندارد یا توانایی دارد ولی نمی‌پردازد. آیا حق طلاق یا حق فسخ برای زن یا حاکم ثابت می‌شود یا ثابت نمی‌شود؟

آقای سیستانی در سه مرحله بحث را دنبال فرمودند. مرحلة اوّل این‌که آیا طبیعت عقد نکاح یک چنین اقتضایی دارد یا ندارد. مرحلة دوم آیا با تمسک به قاعدة لا ضرر و لا ضرار می‌شود چنین حقی را اثبات کرد. مرحلة سوم روایات خاصه‌ای که در مرحله هست.

بحث مرحلة اوّل گذشت. در مرحلة دوم آقای سیستانی می‌فرمایند دو تا تقریب اینجا می‌شود در این بحث ذکر کرد. تقریب اوّل برای اثبات حق فسخ برای زوجه هست. تقریب را اینجور فرمودند که می‌گویند مشابه این تقریب در بحث خیار غبن هم در جایی که مغبون اقدام به غبن نکرده باشد شبیه همین را گفتند. تقریب این هست که، این‌که شارع مقدس بعد از فسخ زوجه حکم کند هنوز زوجیت استمرار دارد که معنایش لزوم عقد نکاح هست و عدم تأثیر فسخ در ازالة عقد نکاح، این ضرری هست به زن، لا ضرر آن ضرر را منفی قرار داده. بنابراین این تقریب در واقع به وسیلة لا ضرر حکمی نفی می‌شود. یک حکم وجوبی منشاء ضرر هست، با این تقریب آن حکم نفی می‌شود. این تقریب به محل بحث ما ارتباطی ندارد. چون محل بحث ما از اینجا بود که آیا می‌توانیم با لا ضرر یک حکمی را اثبات کنیم. حکمی که اگر نباشد ضرر حاصل می‌شود. ولی به هر حال این هم یک تقریبی است.

یک سری بحث‌هایی ایشان می‌کنند، با آن ان قلت و قلت‌هایش کاری ندارم، این تقریب اوّل هست. ایشان می‌فرمایند که این تقریب تام است. ولی روایاتی در مسئله هست که این روایات از آن اقتضا می‌کند که نه آن کسی که در اینجا حق دارد این عقد ازدواج را به هم بزند خود زن نیست، حاکم شرع هست. این روایات این مطلب را اثبات می‌کند.

تقریب دوم این هست که اگر شارع مقدس برای غیر زوج سلطنتی قرار نداده باشد زوج، یعنی برای غیر زوج سلطنتی بر ازالة عقد زوجیت و طلاق و اینجور چیزها قرار نداده باشد، زوجه متضرر می‌شود، یعنی شارع با عدم جعل حق و سلطنت برای غیر زوجه تسبیب به ضرر زوجه کرده. کارش تسبیب به ضرر زوجه است. پس بنابراین از لا ضرر ما می‌فهمیم که یک چنین حقی برای حاکم شرع ثابت کنیم.

ایشان یک ریزه‌کاری‌هایی در این مطلب دارند که حالا به آنهایش کار ندارم، ایشان می‌فرمایند این تقریب به وسیلة لا ضرر و لا ضرار ما اثبات حکم کردیم، نه نفی حکم. و بعد یک توضیحی می‌فرمایند. می‌فرمایند بین رفع حکم به لا ضرر و اثبات حکم به لا ضرر فرق هست. جایی که ما می‌خواهیم به لا ضرر یک حکمی را رفع کنیم، مطلب واضح است، یک حکم مشخصی هست، این حکم منشاء ضرر هست، با لا ضرر این حکم را نفی کنیم. اما وقتی می‌خواهیم به وسیلة لا ضرر یک حکم اثبات کنیم، خیلی وقت‌ها آن حکمی که به وسیلة آن حکم ضرر منتفی می‌شود متعین نیست، مردد بین احکام عدیده است، به خلاف آن قسم اوّل. قسم اوّل که می‌خواستیم یک حکمی را نفی کنیم، حکمی که عموم یا اطلاقش اقتضای ضرر داشت، منشاء ضرر بود، آن حکم را ما نفی می‌کنیم. اما در مورد لا ضرر مطلب چنین نیست.

در ما نحن فیه ایشان می‌فرماید اگر بخواهد لا ضرر حکمی را اثبات کند، این حکم متعین نیست. چون مردد بین اموری هست. ممکن است حکمی که برای رفع ضرر جعل شده باشد ثبوت حق طلاق برای حاکم باشد، ثبوت حق فسخ برای حاکم باشد، ثبوت حق طلاق برای زوجه باشد. ثبوت حق فسخ برای زوجه باشد. همة اینها صلاحیت دارند که آن ضرری که زوجه متوجه‌اش می‌شود، آن را مرتفع کنند. این‌که یکی از اینها تعیّن پیدا کند، این نیازمند به یک مؤنة زائده هست و بیان دیگری را می‌طلبد. بعد ایشان با بیانات دیگری می‌خواهند این را اثبات کنند که آن که ثابت هست حق طلاق است. با این بیان که از ادلة عامه استفاده می‌شود که زوج وظیفه‌اش احد الامرین است. اما امساک لمعروف او تسریح باحسان. اگر امساک بمعروف نکرد، ولو این امساک بمعروف نکردنش به خاطر عدم توانایی بر امساک بمعروف هست، ولو آن باشد وظیفه‌اش این هست که تسریح به احسان کند و بعضی روایت خاصه هم به این مطلب تسریح شده که اگر نفقه نداد باید طلاق بدهد. اگر زوج حاضر به طلاق دادن نباشد، حاکم شرع ولی الممتنع هست و این طلاق را جاری می‌کند. و یک شواهدی هم بر این مطلب ایشان دارند که حالا آن شواهد بماند. بحث را هم ادامه دارند، نکاتی هم در ادامة بحث دارند. ایشان یک بحث در مورد لا ضرر کردند، یک بحث در مورد لا ضرار کردند. لا ضرر در این بحث چقدر تأثیرگذار هست، لا ضرار چقدر تأثیرگذار هست، حالا آن ادامة بحث را بعداً عرض می‌کنم.

این مقدار از بحثی که ایشان مطرح فرمودند اینجا دو نکته مد نظر هست، باید در موردش صحبت کنیم. یک نکته این‌که ایشان می‌فرمایند این‌که شارع حکم بکند به استمرار زوجیت حتی بعد از فسخ زوج به این ضرر بر زوجه هست، این مطلب ناتمام است. در صورتی ضرر به زوجه هست که حق طلاق به زوجه نداده باشد و حق طلاق به حاکم نداده باشد. و حق فسخ به حاکم نداده باشد. مجرد این‌که زوجیت استمرار داشته باشد، با فسخ زوجه آن منشاء ضرر نیست. این‌که شارع مقدس از یک طرف گفته باشد زوجیت باقی است و هیچگونه سلطنتی برای کسی بر ازالة این زوجیت قرار نداده باشد، این است که ضرر ایجاد می‌کند. همان نکته‌ای که در تقریب دوم ایشان اشاره کردند که آن چیزی که باعث می‌شود ضرر مرتفع بشود، یک حکم متعین نیست، وقتی این احکام عدیده هر کدامشان صلاحیت دارند ضرر را مرتفع کنند، پیداست که تأثیر داشتند در متضرر شدن. این اگر تأثیر نداشته باشند در متضرر شدن که نمی‌توانند ضرر را مرتفع کنند. پس چرا شما اینجوری تقریب می‌کنید، استمرار زوجیة حتی بعد فسخ الزوج لها. آن هم از میان دو تا حکم طلاق و فسخ، خصوص فسخ را در نظر می‌گیرید. آن هم فسخ را فسخ زوجه در نظر می‌گیرید، فسخ حاکم در نظر نمی‌گیرید. این چه وجهی دارد این‌که خصوص این حق را در نظر بگیرید. خود آقای سیستانی هم اشاره می‌کنند که بین طلاق و فسخ فرق است. طلاق احیاناً ممکن است رجعی باشد. طلاق که رجعی شد، در بین طلاق اگر زوج از آن حالت اعسارش خارج شد، یا نفقه‌اش را پرداخت کند، باز آن زوجیت برمی‌گردد.

شاگرد: نفقه را هم پرداخت نکند زوجیت برمی‌گردد. زوجه هم اگر طلاق بگیرد این ؟؟؟ ولو، باقی است

۱۳:۵۵

استاد: نه، حالا فرض کنید که

شاگرد:

استاد: البته غیر از این حکمی که ایشان بین فسخ و طلاق فرق گذاشتند، طلاق و فسخ احکام دیگرش هم فرق دارد. مثلاً طلاق قبل از دخول منصف مهر است، ولی طلاق فسخ منصف نیست. چنین احکام دارند.

شاگرد:

استاد: حالا آنهایش هم هست احکام دیگری که حاکم شرع، طلاق باشد آن شرایط خاصه باشد در فسخ می‌شود. تفاوت‌هایی بین اینها وجود دارد و این تفاوت‌ها باعث می‌شود که فرق داشته باشد. عرضم این هست که بین این دو تا تقریب فرق نیست. اشکالی شما دارید مطرح می‌کنید، اگر قرار باشد برای زوجه حق طلاق ثابت بشود این چه فایده‌ای دارد. این اشکال به تقریب ثانی هست، ما می‌گوییم بین این دو تا فرق نیست. اگر ثبوت حق طلاق برای زوجه مشکل را حل کند، در تقریب اوّل هم باید پایش کشیده بشود، بین این دو تا تقریب تفاوتی نیست که اینها را بخواهید با همدیگر فرق بگذارید. این یک اشکال.

یک اشکال دیگری اینجا به ذهنم می‌رسد که اصلاً اصل این دو تا تقریب را ما ببینیم می‌توانیم. اینجا در واقع یک وظیفه‌ای، حالا بعضی تقریبات دیگر را کنار بگذارید. اصل این مطلب را ما یک مقداری تحلیل بکنیم. اینجا اگر حق فسخ یا طلاق به نفع زوجه وجود داشته باشد، زوجه متضرر نمی‌شود. ولی زوجه متضرر نمی‌شود، زوج متضرر می‌شود. زوجی که زنش ازش جدا می‌شود ضرر است دیگر. ضرر این است یک چیزی که زوجی که زوجه‌اش را از او می‌گیرند متضرر شده. چرا اینجا تضرر زوجه را در نظر می‌گیرید. فرض کنید حالا به خصوص در جایی که تمکن از نفقه ندارد را در نظر بگیرید. جایی که تمکن از نفقه داشته باشد آن حالا ممکن است یک جوری مطلب را بگوییم این‌که زوج متضرر شده به خاطر این است که خودش از انجام وظیفه‌اش خودداری کرده. اختیار زوج و قدرت زوج در متضرر شدنش دخالت دارد. می‌توانسته کاری بکند که متضرر نشود، نفقه را بدهد متضرر نشود. جایی که زوج قدرت دارد، آن را نمی‌خواهم عرض کنم. عمدة بحثم اینجا در جایی هست که زوج قادر به پرداخت نفقه نیست. زوجی که قادر به پرداخت نفقه نیست اگر ما بگوییم حاکم شرع یا خود زوجه حق طلاق یا حق فسخ دارد، این متضرر می‌شود. در واقع تعارض ضررین است. ضرر زوجه و ضرر زوج هر دو با هم متعارض هستند. چه جهتی دارد که شما بحث ضرر زوجه را فقط مطرح می‌کنید.

شاگرد: اول زوجین متضرر می‌شود، بحث ضررین موجب یک ضرر دیگر می‌شود

استاد: نه هر دو متضرر می‌شوند.

شاگرد: هر دو نفر ضرر می‌کنند.

استاد: بحث سمره که آن اختیاری است. نه، در جاهایی که غیر اختیاری است آنجاها هم همیشه این مشکل هم هست، چه کار کنیم؟ اینجا. بله. ممکن است آن تقریب دیگری که آقای سیستانی مطرح کردند، آن تقریب را به عنوان یک تقریب مستقل ذکر بکنیم. منهای بحث لا ضرر و لا ضرار. آن تقریب که مستفاد به ادلة عامه این هست که زوج وظیفه‌اش احد الامرین است. یا امساک بالمعروف او تسریح باحسان. همین‌که به احد الامرین قدرت داشته باشد کافی است بر این‌که این وظیفه به عهده‌اش بیاید. لازم نیست به هر دو شق واجب تخییری انسان قدرت داشته باشد که تا تکلیف متوجه‌اش بشود. یک واجب تخییری دو شق داشته باشد، به یکی از آنها قدرت داشته باشد آن جامع به عهده‌اش می‌آید، آن واجب تخییری فعلیت پیدا می‌کند. فعلیت پیدا کرد بگوییم امساک. این شارع مقدس گفته یا باید امساک بمعروف کند او تسریح باحسان. ولو این‌که نمی‌توانی امساک بمعروف کنی به خاطر قدرت نداشتن، تسریح احسان که می‌توانی بکنی. دیگر آن نیاز به لا ضرر ندارد. خودش فی نفسه یک تقریب قابل توجه و تقریب تامی هست که به نظر می‌رسد باید بیشتر به آن تقریب تکیه کرد تا بحث لا ضرر و لا ضرار.

شاگرد: اینجا ترک واجب می‌کند، تسریح باحسان ؟؟؟ واجب تخییری نمی‌کند

استاد: وظیفه‌اش این است که طلاق بدهد.

شاگرد: نمی‌دهد

استاد: نمی‌دهد حاکم ولی ممتنع است. حاکم از جهت او چیز می‌کند.

شاگرد: چون راه منعطف کرده.

استاد: وظیفه‌اش یکی از این دو تاست

شاگرد: منحصر کرده، اگر بخواهد هر کدام تخطی کند حاکم می‌تواند

استاد: اعمال آن یکی بکند. فرض این است که حاکم نمی‌تواند مجبورش کند امساک بمعروف، اگر بتواند مجبورش کند به امساک بمعروف، یعنی اجبار به نفقه دادن، آن مقدم است. ولی نه، اجبار به نفقه حاکم شرع هم نمی‌تواند بکند. نمی‌شود آن را مجبور به نفقه دادن کرد. طبیعتاً حاکم شرع آن شقش را انتخاب می‌کند.

شاگرد: غیر بحث ضرری، سببی و مسببی هم

استاد: آن سبب و مسببی نیست، آن حرف درست نیست. این به نظر می‌رسد که چیز خاصی عمده‌اش همین بحث تقریب دیگری که ایشان ذکر کردند، آن تقریب را باید دنبال کرد و آن مهم است.

آقای سیستانی در ادامه یک سری شواهدی را هم ذکر می‌کنند به عنوان مؤیدات این مطلب که در آن جایی، تقریب دومش را که ایشان ذکر می‌کنند برای این‌که اثبات کنند آن چیزی که اینجا هست بحث طلاق نیست، بحث فسخ است، آن هم این فسخ به ید زوجه نیست، به ید حاکم هست. برای این‌که این مطلب را اثبات کنند، شواهدی را ضمیمه می‌کنند. این شواهد شاید بیشتر جنبة مؤید باید به آن نگاه کرد، تا جنبة دلیل و امثال اینها. ایشان می‌گویند که در بحث مفقود، در ادلة ما هست که مفقودی که در آن شرایطی که با آن شرایط خاص خودش، ولی مفقود آن زوجه را طلاق بدهد. ولو این‌که حاکم شرع مجبور می‌کند آن ولی را طلاق بدهد، اگر ولی باز حاضر به طلاق دادن نشد خود حاکم شرع طلاق می‌دهد. از این استفاده می‌شود که اوّلاً طلاق مطرح است نه فسخ. ثانیاً خود زوجه عهده‌دار این مطلب نمی‌شود. حاکم شرع عهده دار می‌شود. ولو حاکم شرع به اجبار ولی. اگر اجبار هم نشد به این‌که خودش آن طلاق را عهده‌دار بشود. این خودش نشانگر این‌که. از آن طرف در بعضی روایات هست که در جایی که زن بخواهد ولایت طلاق را با شرط به دست بیاورد، در ضمن عقد نکاح شرط کند که من حق طلاق داشته باشم، طلاق برای من باشد، این صحیح نیست. این شرط مخالف کتاب هست و در بعضی روایات

«أَنَّهُ قَضَى فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَ أَصْدَقَتْهُ هِيَ وَ اشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ أَنَّ بِيَدِهَا الْجِمَاعَ وَ الطَّلَاقَ قَالَ خَالَفَتِ السُّنَّةَ وَ وُلِّيَتْ حَقّاً لَيْسَتْ بِأَهْلِهِ فَقَضَى أَنَّ عَلَيْهِ الصَّدَاقَ وَ بِيَدِهِ الْجِمَاعَ وَ الطَّلَاقَ وَ ذَلِكَ السُّنَّة»

کأنّ از این استفاده می‌شود که شارع مقدس می‌خواهد طلاق بید زوجه نباشد. یعنی بید زوجه نبودن طلاق از باب اقتضاء العدم است. از باب لا اقتضاء نیست که با شرط بشود اقتضاءدار بشود. در بحث شرط مخالف کتاب و سنت گفته شده بعضی وقت‌ها بعضی چیزها هست که لا اقتضاء است احکام اولیه نسبت به آنها. اینجور چیزها شرط‌بردار هستند. ولی چیزهایی که شرط‌بردار نیستند آنهایی هستند که ادلة اوّلیه اقتضاء العدم دارند نسبت به آنها. شرط نمی‌تواند اقتضاء العدم را تغییر بدهد. آن تحلیل خود آن روایت است. از تحلیل این روایت‌ها ایشان کأنّ اینجور استفاده می‌کنند که این‌که طلاق به دست زن باشد، اقتضاء العدم در موردش وجود دارد. اوّلاً این طلاق شاید خصوصیت از آن استفاده نشود، فسخ هم از آن استفاده بشود. اینجور نیست که زن بگوید که من طلاق به دستم نباشد فسخ به دستم باشد. این خیلی خصوصیت از آن نسبت به طلاق فهمیده نمی‌شود. فسخ هم استفاده می‌شود نباید به دست زن باشد. از این ادله استفاده می‌شود که حتی با شرط هم نمی‌تواند طلاق به دست زن باشد. اما این‌که طلاق به دست حاکم شرع در یک شرایط خاصه نباشد از این روایت استفاده نمی‌شود. از آن طرف آن روایت هم ازش استفاده می‌شد که در مورد مفقود حاکم شرع طلاق بدهد. از اینها هم ایشان می‌خواهند این برداشت را بکنند که اینجا آن که هست، حاکم شرع اعمال قدرت می‌کند و اعمال ولایت می‌کند و این اعمال ولایت بر طلاق هست.

یک نکتة دیگری هم در ادامة بحث ایشان دارند. ایشان به وسیلة لا ضرار هم همین مطلب را که حاکم شرع حق طلاق دارد را اثبات می‌کنند. ولی به وسیلة لا ضرار در مواردی که زوج از پرداخت نفقه با وجود قدرت خودداری کند استفاده می‌کنند. مبنای آقای سیستانی این هست که از لا ضرار استفاده می‌شود که حاکم شرع می‌تواند برای جلوگیری از تحقق ضرار با بهترین روش و کم مؤنه‌ترین و کم آسیب‌ترین راه ممکن آن مشکل ضرار را برطرف کند و اینجا بعد از یک سری مقدماتی که مثلاً زوج را مجبور کنند به طلاق، زوج پرداخت نکند، بعد از یک سری مقدمه‌چینی‌هایی که تا حد امکان طلاق صورت نگیرد، دیگر به آخر خط که رسید بحث طلاق زوجه را حاکم شرع می‌تواند انجام بدهد که این را تشبیه می‌کنند شبیه آن قلع نخلة سمره توسط انصاری هست که به وسیلة لا ضرار می‌شود آن را اثبات کرد. این روی مبنای ایشان هست که خود لا ضرر مستقیماً ثبوت حق برای حاکم شرع از آن استفاده می‌شود که آن بحث‌های مبنایی هست که در این بحث وجود دارد.

این چکیدة این بحث‌ها. دیگر بحث خاصی در این قسمت نیست می‌رویم بحث بعدی، در مورد روایات خاصة مسئله که ببینیم از روایات خاصة مسئله چه چیزی در این استفاده می‌شود. آقای سیستانی این روایت‌ها را نیاوردند، ۲-۳ روایت آوردند. فکر کنم یک بار کل روایاتی که در این زمینه هست بخوانیم مناسب باشد و در مورد بعضی‌هایش هم یک سری بحث‌های سندی را انجام بدهیم مناسب هست.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

پایان