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

**جلسه344 – 30/ 06/ 1399 شمول لا ضرر نسبت به احکام عدمی /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته:**

بحث در شمول لا ضرر نسبت به احکام عدمیه بود . یکی از مثالهای مطرح شده در این بحث نفقه ندادن زوج است که چنانچه شارع به غیر زوج اجازۀ فسخ و طلاق را ندهد از عدم جعل حق طلاق یا فسخ توسط شارع برای غیر زوج، زوجه متضرر می شود. آقای سیستانی در این مثال بحث را در سه مرحله دنبال کرده اند :

1. مرحلۀ اول اقتضای طبیعت عقد نکاح بود که بحث از آن گذشت .
2. مرحلۀ دوم بحث از شمول لا ضرر نسبت به این مثال است که هم اکنون در مورد آن بحث می کنیم.
3. مرحلۀ سوم بحث از ادلۀ خاصه در این باب است که در آینده خواهد آمد.

در مرحلۀ دوم در جلسۀ گذشته دو تقریب از آقای سیستانی نقل کردیم برای این که حدیث لا ضرر بتواند حق طلاق یا فسخ را برای زوجه یا حاکم ثابت کند .

# اشکالی به کلام آقای سیستانی و پاسخ به آن

در جلسۀ گذشته به اشکالی به کلام آقای سیستانی اشاره شد که عبارتست از این که اگر چنانچه شارع برای عدم تضرر زوجه، حق طلاق یا فسخ را برای حاکم یا خود زوجه جعل نکند زوجه متضرر می شود و اگر جعل کند زوج متضرر می شود بنابراین این بحث از مصادیق تزاحم ضررین است خصوصا در حالت عدم تمکن زوجه چون اگر متمکن باشد ممکن است گفته شود مقصر خود اوست و لا ضرر در حقش جاری نمی شود.

پاسخ به این اشکال عبارتست از این که اگر در ذهن عقلای متشرعه حق زوج و قوام بودن او به نحو مطلق باشد ، شارع با جعل حق طلاق یا فسخ این حق را محدود ساخته و به وی ضرر وارد می کند چون ضرر در جاییست که جلوی اقتضای ذاتی حق شخص را بگیریم و لکن در اینجا چنین حقی برای زوج ثابت نیست چون اصل اولی بر آزادی زن و عدم سلطۀ زوج بر اوست که این آزادی به خاطر تحقق نکاح محدود شده و این زن تحت قیمومیت مرد در می آید ولی به ازای این سلب آزادی مرد موظف است حقوق این زن را ادا کند چرا که زن بردۀ شوهر محسوب نمی شود تا در هر شرائطی ولو بدون ادای حقش موظف باشد تحت اختیار شوهرش باشد لذا با عدم پرداخت نفقه به زن حقش ادا نشده و او متضرر می شود؛ از طرفی وجود حق در چنین ظرفی نه شرعاً و نه عقلائیاً برای مرد ثابت نیست تا ضرر در مورد وی محقق شود.خداوند که در قرآن می فرماید :

﴿الرِّجالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّساءِ بِما فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلى‏ بَعْضٍ وَ بِما أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوالِه... ﴾[[1]](#footnote-1)

﴿ الطَّلاقُ مَرَّتانِ فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْريحٌ بِإِحْسان ...‏﴾[[2]](#footnote-2)

ممکن است این دو آیه ناظر به همین مطلب باشند که قوامیت رجال در ازای انفاق است و در نتیجه در فرض عدم انفاق چنین حقی نداشته و لا ضرر در مورد ایشان جاری نمی شود تا تزاحم ضررین رخ دهد .

## تذکر چند نکته

1. ما نمی خواهیم مستقیماً به خود این آیات تمسک کنیم بلکه این آیات زمینه ساز فهم عرف متشرعه و ذهنیت مردم بوده که با این ذهنیت حقی و لو اقتضاءاً برای زوج قائل نیستند تا لا ضرر را شامل وی بدانند .
2. این بیانات در خصوص نفقه است و لکن در غیر نفقه باید به مجموع ادله رجوع نمود تا روشن شود شارع توسعه ای برای زوج قائل شده یا نه و این که چه ذهنیتی در مورد زوجیت وجود داشته است .
3. به دلیل وجود یک سری از نکات، نکاح نباید به راحتی و یدون سبب شرعی از بین برود لذا عقلاء به زن این اجازه را نمی دهند که به محض عدم پرداخت نفقه توسط شوهر فردای آن روز برای طلاق یا فسخ اقدام نماید و معنای امساک بمعروف یا تسریح به احسان و ... هم چنین چیزی نیست بنابراین باید زن به تعبیری به بن بست برسد تا بتواند برای طلاق و فسخ اقدام کند و در این گونه موارد می توان به نحوی تزاحم ضررین نبودن را تصویر کرد چون اگر قرار باشد شارع به محض عدم انفاق سریعاً به زن حق طلاق یا فسخ دهد مرد متضرر میشود و حقش ضایع میشود. آنچه حق قیمومیت مرد را مقید می کند این مقدار عدم پرداخت نفقه نیست بلکه باید به گونه ای باشد که زن دیگر راهی برای استیفاء حقش نداشته باشد و زن مستأصل شود ولو بخاطر عدم تمکن زوج از انفاق.

البته همانطور که گفته شد لا ضرر نسبت به این که چگونه این ضرر دفع شود ساکت بوده و بیان زائدی می طلبد چرا که رفع ضرر می تواند به انحاء مختلفی صورت گیرد .

سئوال : لا ضرر می تواند به زن اجازه دهد خودش به سر کار برود و نفقه خود را تامین کند و مثلا حق بیرون رفتن از خانه بدون اجازه شوهر را دارا شود لذا لزومی ندارد طلاق یا فسخ صورت گیرد .

پاسخ : برخی عامه شبیه این حرفها را دارند و لکن باید در فضای ادله ای مثل آیات مذکور مفهوم زوجیت را تحلیل کرد که به نظر می رسد از منظرعقلای متشرع قوام نکاح به انفاق است و در صورت عدم انفاق اصل نکاح متزلزل میشود .

خلاصه این که اشکال مذکور به کلام آقای سیستانی وارد نیست چرا که ثبوت چنین حقی برای زوج ثابت نیست همانطور که در قضیۀ سمره ایشان به این اشکال اینگونه پاسخ دادند که سلطنت سمره نسبت به درخت خود چنین اطلاقی ندارد که بتواند به واسطۀ آن به دیگران ضرر بزند.

1. این بیان با شرط ارتکازی بودن هم متفاوت است چون در اینجا این گونه نیست که بگوئیم طرفین علقه‌ی زوجیت خود را وابسته به انفاق کرده اند بلکه علقه ای که شارع ایجاد کرده یک نحو تقییدی به این دارد که باید امساک به معروف در آن رعایت شود .

البته اشکال اول ما به آقای سیستانی این بود که بین دو تقریب ایشان فرقی نیست از این جهت که طبق هر دو تقریب راه دفع ضرر متعین نبوده و باید از خارج ثابت شود چرا که دفع ضرر می تواند به جعل حق طلاق برای زوجه یا حاکم یا عدول مؤمنین یا ... باشد .

1. نکتۀ دیگر این که همانطور که آقای حائری در حاشیه فرمودند برای ضابطه مند شدن مسأله نباید این گونه باشد که زن هر موقع خودش تشخیص داد بتواند اقدام به طلاق کند چرا که در این صورت ممکن است زن یک ادعایی کند و مرد ادعایی دیگر لذا به حکم عقلاء زن اگر هم می خواهد نکاح را از بین ببرد و ضرر را از خود دفع کند نوعاً باید ادعای خود را به محکمۀ صالحه ببرد و از طریق قانونی اقدام نماید و امر به ید حاکم شرع است .

# مرحلۀ سوم بحث : بررسی ادلۀ خاصه

مرحلۀ بعدی بحث از ادله خاصه است .

در جامع احادیث ابواب النفقات جلد 26 روایت از روایت نه به بعد مربوط به بحث ماست که روایت اولش را آقای سیستانی تعبیر می کنند «بسند مخدوش»[[3]](#footnote-3) .

در اینجا به ذکر روایات می پردازیم :

1605- 39887- (9) كافى‏ 5/ 512: أبو على الأشعرى عن محمد بن عبد الجبار أو غيره عن ابن فضال عن غالب بن عثمان عن روح بن عبد الرحيم قال قلت لأبى عبدالله عليه السلام قوله عزوجل‏ «و من قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله» قال إذا أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة وإلا فرق بينهما . تفسير القمى‏ 2/ 375: أخبرنا أحمد بن إدريس عن أحمد ابن محمد عن الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن عاصم بن حميد عن أبى بصير عن أبى عبدالله عليه السلام فى قول الله عزوجل‏ «و من قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله» وذكر نحوه.[[4]](#footnote-4)

## چند نکته در مورد حدیث مذکور

1. شاید این روایت می گوید زوج اگر هم تنگدست است باید به حداقلی که خدا به وی داده و در توانش است انفاق کند و از قضا مورد روایت هم کسی است که تنگدست است .
2. تعبیر روایت ما یقیم ظهرها است که شاید اشاره به حداقل ما یحتاج زن باشد یعنی تا وقتی زن مستأصل نشده نمی تواند جدا شود.
3. در این روایت تعبیر «فرق بینهما» آمده ولی نگفته چه کسی باید این دو را جدا کند که باید این قرینۀ خارجی را به آن ضمیمه کنیم که حاکم شرع مسئول تفریق بوده و به او واگذار شده است .
4. جامع احادیث با سبکی که دارد این دو حدیث را به دلیل اتحاد متن از هم جدا نکرده است و یک آدرس داده ولی بهتر این بود که این دو به دلیل تفاوت روات از هم جدا شود و برای هر یک رقم جداگانه بزند البته در کنار هم ذکر شود . در اینجا اگر چه احتمال وحدت مجلس صدور روایت هست و لکن چون دو راوی این را نقل کردند بهتر است جدا شود البته یک بحث مفصل در جای خودش وجود دارد که آثار وحدت و تعدد روایت مربوط به وحدت و تعدد مجلس است و یا مربوط به راوی است که باید در جای خود بحث شود . البته مقصود بنده جایی نیست که دو راوی بصورت معطوف روایت را نقل کرده اند بلکه در جایی است که مربوط به دو منبع است .
5. این روایت از تفسیر علی بن ابرهیم قمی نقل شده است که لازم به ذکر است این تفسیر برای علی بن ابراهیم قمی نیست بلکه برای علی بن حاتم قزوینی است که مطالبش گاه از تفسیر قمی و گاه از غیر او اخذ شده و مورد مذکور از مواردی است که از غیر تفسیر قمی اخذ شده است .

در جلسۀ آینده بیش تر در این زمینه صحبت می کنیم .

1. النساء:34 [↑](#footnote-ref-1)
2. البقره:229 [↑](#footnote-ref-2)
3. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)، ص:306 [↑](#footnote-ref-3)
4. جامع أحاديث الشيعة (للبروجردي) ؛ ج‏26 ؛ ص936 [↑](#footnote-ref-4)