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

**جلسه345 – 01/ 07/ 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 احکام عدمی بود. یکی از تطبیقات، جعل حق طلاق یا فسخ برای زوجه یا حاکم در فرض امتناع زوج از نفقه بود. مرحله سوم بحث، تمسک به روایات خاصه در مسأله بود که برخی از روایات در جلسه قبل مورد اشاره واقع شد. در این جلسه، بقیه روایات این مسأله بیان می شود و درباره سند و دلالت آنها بحث خواهد شد.

## روایت جمیل

روایت هایی را مرور می کردیم که از آنها استفاده می شود مرد موظف است نفقه زن را پرداخت کند و اگر نفقه را پرداخت نکند، بین آن دو جدایی می افتد. یکی از این روایات، روایت جمیل بود.

### بررسی سند روایت

سند روایت به این صورت بود:

جعفر بن محمد بْنُ قُولَوَيْهِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نَهِيكٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَلِيٍّ عَنْ جَمِيلٍ[[1]](#footnote-1)

بیان شد: جعفر بن محمد، جعفر بن محمد بن ابراهیم موسوی است که مرحوم آقای خویی در معجم رجال اشاره می کند: محمد بن عثمان استاد نجاشی گاه از او الشریف الصالح تعبیر می کند و همین میزان در اثبات وثاقت کافی است.[[2]](#footnote-2) البته آقای خویی محمد بن عثمان را به خاطر استاد نجاشی بودن توثیق می کند و ما به خاطر اکثار نجاشی او را ثقه می دانیم نه صرف شیخوخیّت برای نجاشی.

عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نَهِيكٍ، اشتباه است و عبید الله صحیح است که مراد از او عبید الله بن احمد بن نهیک است که در اسناد زیادی واسطه بین ابن قولویه و ابن ابی عمیر قرار گرفته است. در اسناد نجاشی و طرق او نیز فراوان وارد شده و توثیق صریح دارد.

 عن علیّ در سند زائد است و در نقل های دیگر وجود ندارد. وجه احتمالی اضافه شدن علی را نیز در جلسه قبل بیان کردیم.

سند بعدی این روایت به این صورت است:

عَنْهُ (الحسین بن سعید) عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحَدِهِمَا ع أَنَّهُ قَالَ:[[3]](#footnote-3)

این سند تا جمیل صحیح است و پس از او مرسل است.[[4]](#footnote-4)

لَا يُجْبَرُ الرَّجُلُ إِلَّا عَلَى نَفَقَةِ الْأَبَوَيْنِ وَ الْوَلَدِ قَالَ قُلْتُ لِجَمِيلٍ فَالْمَرْأَةُ قَالَ قَدْ رَوَى أَصْحَابُنَا عَنْ أَحَدِهِمَا ع أَنَّهُ قَالَ إِذَا كَسَاهَا مَا يُوَارِي عَوْرَتَهَا وَ أَطْعَمَهَا مَا يُقِيمُ صُلْبَهَا قَامَتْ مَعَهُ وَ إِلَّا طَلَّقَهَا

هر چند محلّ بحث روایت ذیلی است که جمیل نقل کرده اما شاید با توجه به اینکه جمیل و ابن ابی عمیر، بعض اصحابنا را معتبر می دانستند، بتوانیم بعض اصحابنا را تصحیح کنیم. «روی اصحابنا» در ذیل روایت را نیز ممکن است تصحیح کنیم به این بیان که «روی اصحابنا» ظهور در نقل افراد متعدّد در عرض هم از احدهما ع دارد و همین کافی برای اعتبار است. هر چند «روی اصحابنا» می تواند به این معنا باشد که این روایت نقل شده نه آنکه راوی متعدد باشد اما در مورد بحث با توجه به وجود روایات زیاد در مسأله از امام باقر و امام صادق ع، ظهور در تعدّد راوی دارد. البته در روایات متعدّد «فرّق بینهما» نقل شده نه «طلّقا»

در ادامه روایت آمده است: قَالَ قُلْتُ لِجَمِيلٍ فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى نَفَقَةِ الْأُخْتِ قَالَ إِنْ أُجْبِرَ عَلَى نَفَقَةِ الْأُخْتِ كَانَ ذَلِكَ خِلَافَ الرِّوَايَةِ.

این ذیل نیز نشان می دهد، جمیل روایت «روی اصحابنا» را معتبر می داند و اصحاب ناقل روایت، اصحاب معتبر می باشد.

ذیل نقل کافی آمده است: قُلْتُ لِجَمِيلٍ وَ الْمَرْأَةُ قَالَ قَدْ رُوِيَ عَنْ عَنْبَسَةَ- عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع‏[[5]](#footnote-5)

در نقل دیگری که تهذیب از کافی نقل کرده اما به این سند در کافی نیست، این گونه آمده:

محمد بن يعقوب عن محمّد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان عن ابن أبى عمير عن جميل مثله غير أ نّه قال قلت لجميل فالمرأة قال قد روى أصحابنا وهو عنبسة بن مصعب وسورة بن كليب عن أحدهما ع.[[6]](#footnote-6)

به نظر می رسد، نقل های مختلف نشانگر این است که می توان نقل قَدْ رَوَى أَصْحَابُنَا عَنْ أَحَدِهِمَا ع را تصحیح کرد. عنبسه بن مصعب و سوره بن کلیب نیز قابل توثیق هستند. آقای سیستانی نیز که تعبیر کرده روایت معتبر است، به خاطر «روی اصحابنا» است که شاید بتوان آن را اعتبار بخشید. نفس نقل ها و نحوه آنها، نشان می دهد جمیل نقل عنبسه و سوره را معتبر می دانسته است.

### مضمون روایت

مضمون این روایت این گونه فهم می شود که: مرد درباره ابوین و ولد به صورت تعیینی بر انفاق اجبار می شود اما درباره زوجه، به خصوص نفقه مجبور نمی شود و بر جامع انفاق و طلاق اجبار می شود. حاکم زوجه را مجبور به احدهما می کند به این صورت که یا نفقه بده یا طلاق بده. از این روایت استفاده نمی شود که اگر زوج از نفقه و طلاق امتناع کرد، حاکم کدام یک را از طرف زوج انجام می دهد؟ پس تفاوت بین والدین و ولد از یک سو و زوجه از سوی دیگر این است که در والدین و ولد، اجبار بر خصوص نفقه است و در زوجه، اجبار بر احدهماست.

در جمع بندی سند روایات مسأله باید گفت:

اولا: تعدّد روایات با وجود تفاوت هایی در متن، باعث قطع به صدور فی الجمله این روایات می شود.

ثانیا: سند برخی از این روایات معتبر است.

## بررسی اعراض اصحاب از روایات مسأله

آقای سیستانی از مرحوم نائینی نقل می کند که این روایات از دو جهت قابل اسناد نیست.

اول آنکه، معمول بها نیستند چون قدمای ما دو گروه هستند برخی قائلند زن باید صبر کند و برخی مانند ابن جنید قائلند زن حق فسخ عقد دارد. اما ثبوت حق طلاق بین قدما قائل ندارد. آقای سیستانی می فرماید: شاید توقف علمایی که در مسأله توقف کرده اند، به خاطر عدم اطلاع بر صحت سند این روایات باشد همانگونه که صاحب حدائق نیز به این مطلب اشاره کرده است. آقای سیستانی می فرماید: ظاهرا شیخ صدوق و کلینی که این روایت را نقل کرده اند، به مضمون آن عمل کرده اند. از برخی از فقهای دیگر ظاهر می شود که به این روایت عمل کرده اند. از برخی از علمای ما نقل شده که حاکم شرع بین زن و شوهر جدایی می اندازد. پس این گونه نیست که روایات غیر معمول بها باشد.[[7]](#footnote-7)

اولین فقیهی[[8]](#footnote-8) که جدایی بین زن و مرد توسط حاکم را مطرح کرده، ابن ادریس در سرائر است:

و متى لم يقم الرجل بنفقة زوجته و كسوتها و سكناها، و كان متمكنا من ذلك، ألزمه الإمام النفقة و القيام بجميع ذلك، أو الطلاق، فإن لم يكن متمكنا انظر، حتى يوسّع اللّه عليه، على الأظهر من أقوال أصحابنا، و قال بعضهم: يبينها الحاكم منه، و الأول هو المذهب، لأنّ اللّه تعالى قال «وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ» و ذلك عام في جميع الأشياء، و الأحكام.[[9]](#footnote-9)

قسمت ابتدایی کلام ابن ادریس، عبارت نهایه است با تغییراتی در آن.[[10]](#footnote-10)

بعد از ابن ادریس، در ایضاح الفوائد آمده است:

و نقل شيخنا نجم الدين بن سعيد عن بعض علمائنا ان الحاكم يفرّق بينهما[[11]](#footnote-11)

شیخنا نجم الدین بن سعید، محقق حلی است که نویسنده شرایع و مختصر النافع است اما نمی دانم محقق حلی در چه کتابی این مطلب را نقل کرده است. احتمال دارد محقق به اعتبار نقل ابن ادریس این مطلب را نقل کرده باشد. محقق در نکت النهایه این مسأله را مورد بررسی قرار داده است. در خلاف نیز بحثی در زمینه این روایت وجود دارد.

در هیچ یک از این مباحث علما، اشاره ای به روایات متعدّد موجود در مسأله نشده است. شاید مورد این روایات را متمکّن می دانستند. صاحب حدائق نیز این روایات را بر صورت موسر حمل کرده است. آقای سیستانی می فرماید: ظاهرا این روایات اطلاق دارد و به خصوص موسر اختصاص ندارد. مناسب است عبارت شیخ طوسی در خلاف و محقق در نکت النهایه نقل شود.

### کلام شیخ طوسی در خلاف

شیخ طوسی در خلاف این مسأله را مطرح کرده که از آن برداشت می شود این مسأله از قدیم اختلافی بوده است. شیخ طوسی در مسأله 15 می نویسد:

إذا أعسر، فلم يقدر على النفقة على زوجته، لم تملك زوجته الفسخ، و عليها أن تصبر إلى أن يوسر. و به قال من التابعين الزهري، و عطاء بن يسار، و اليه ذهب أهل الكوفة ابن أبي ليلى، و ابن شبرمة، و أبو حنيفة، و أبو يوسف، و محمد.

محمد، محمد بن حسن شیبانی است که شاگرد ابوحنیفه بوده است.

و قال الشافعي: هي مخيرة بين أن تصبر حتى إذا أيسر استوفت ما اجتمع لها، و بين أن تختار الفسخ، فيفسخ الحاكم بينهما.

اختیار فسخ زوجه و لو با مراجعه به حاکم و اعمال فسخ توسط حاکم است.

 و كذلك إذا أعسر بالصداق‌ قبل الدخول، فالاعسار عيب بذمته، فلها الفسخ. و به قال في الصحابة على ما رووه علي عليه السلام، و عمر، و أبو هريرة، و في التابعين سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار، و عطاء بن أبي رباح، و في الفقهاء حماد بن أبي سليمان، و ربيعة بن أبي عبد الرحمن، و مالك، و أحمد، و إسحاق.

دليلنا: قوله تعالى «وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ» و لم يفصل،

به این معنا که بین مردی که بدهکار زنش است و سایر بدهکاران تفصیل قائل نشده است.

 و قال تعالى «وَ أَنْكِحُوا الْأَيامى مِنْكُمْ وَ الصّالِحِينَ مِنْ عِبادِكُمْ وَ إِمائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَراءَ يُغْنِهِمُ اللّهُ مِنْ فَضْلِهِ» فندب الفقراء إلى النكاح، فلو كان الفقر سببا تملك به فسخ النكاح، ما ندب الى النكاح من يملك الفسخ عقيب النكاح. و أخبار أصحابنا واردة بذلك، و قد ذكرناها في مواضعها.[[12]](#footnote-12)

#### بررسی دلالت آیه «یغنهم الله من فضله» بر وجوب صبر زوجه

تمسک به این آیه روشن نیست. «یغنهم الله من فضله» ناظر به متعارف است که ازدواج باعث گشایش می شود و روشن نیست ناظر به مواردی باشد که پس از ازدواج، گشایش در زندگی حاصل نشود. البته از این آیه استفاده می شود که فقیر ازدواج کند و خداوند به او مال می دهد. اما به این معنا نیست که بلافاصله خداوند به او مال بدهد. پس از این آیه استفاده می شود زن بلافاصله پس از ازدواج با فرد معسر، حق فسخ ندارد. شاید مرحوم شیخ نیز به این آیه استدلال می کنند که به مجرّد اعسار، حق فسخ ندارد و به تعبیر ما باید کارد به استخوان برسد تا حق طلاق یا فسخ داشته باشد. پس مورد بحث باید اعسار مستقر قرار داده شود که شرایط به نحوی است که مهلت داده شده و زمینه گشایش وجود ندارد. در نتیجه استدلال به این آیه فی الجمله صحیح است هر چند تمام مدعی را اثبات نمی کند. به نظر می رسد مراد کسانی که در اعسار، حق فسخ یا طلاق را مطرح کرده اند نیز، اعسار مستقر باشد.

#### بررسی دلالت آیه «وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ» بر وجوب صبر زوجه

استدلال به آیه «وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ» بر وجوب صبر زوجه صحیح نیست. امکان این مطلب این گونه تحلیل شود که رابطه بین آیه قرآن و روایات موجود در مسأله، اعم و اخص مطلق است و روایات آیه را تخصیص می زند.

اما تخصیص آیه به وسیله «لا ضرر و لا ضرار» مشکل است زیرا امر به صبر کردن طلبکار، نوعی متضرّر شدن طلبکار است. پس این آیه نوعی تخصیص برای «لا ضرر و لا ضرار» است و نمی تواند به واسطه «لا ضرر» تخصیص بخورد.

تحلیل دیگری که می توان برای عدم صحت استدلال به آیه بیان کرد این است که در آیه نسبت به نفقات گذشته، بیان شده: «نظره الی میسره» اما نسبت به نفقات آینده که مرد پس از این نیز نمی تواند ادا کند، دلالت ندارد که واجب است طلبکار صبر کند تا بدهکاری بدهکار بیشتر شود. پس می توان گفت: آیه اساسا مورد بحث را شامل نیست زیرا مورد بحث درباره نفقات آینده است و آیه درباره دین گذشته است. علاوه بر اینکه در مسأله مورد بحث، راهی برای تخلّص وجود دارد. پس آیه ظهور ندارد در مواردی که راه برای تخلّص وجود دارد، صبر کردن تا میسره و افزایش بدهی، واجب است.

### کلام محقق در نکت النهایه

شیخ طوسی در النهایه می نویسد:

و متى لم يقم الرّجل بنفقة زوجته و بكسوتها، و كان متمكّنا من ذلك، ألزمه الإمام النّفقة أو الطّلاق. و إن لم يكن متمكّنا، أنظر حتّى يوسّع اللّه عليه، إن شاء اللّه[[13]](#footnote-13)

ذیل این عبارت در نکت النهایه آمده است:

كيف هذا؟ و قوله عليه السلام: «لا ضرر و لا إضرار» و قوله «تعالى»: «وَ ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ».

الجواب: أما إلزامه بالإنفاق أو الطلاق مع اليسار، فلأن النفقة واجبة على الزوج، فمع الامتناع يجبر عليها إلا أن يتخلص بالطلاق.

و من طريق الرواية ما رواه حماد بن عثمان و خلف بن حماد عن ربعي و الفضيل بن يسار جميعا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن أنفق عليها ما يقيم خلتها مع كسوة، و إلا فرق بينهما.

در نقل اصلی روایت، «یقیم صلبها» است که در کلام نکت النهایه به «خلتها» تبدیل شده است. ایشان این روایت را حمل بر موسر کرده است.

و أما أنه يجب الانظار مع العسر، فلقوله «تعالى»: «وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ» و لأن امرأة استعدت على زوجها عند علي عليه السلام، و ذكرت أنه لا ينفق عليها، فأبى أن يحبسه، و قال: إن مع العسر يسرا.[[14]](#footnote-14)

حضرت علی ع به واسطه شکایت زن، مرد را حبس نکرده و فرموده: «ان مع العسر یسرا»

و أما قوله: يلزم منه الإضرار بالزوجة، و الضرر منفي بقوله عليه السلام: لا ضرر و لإضرار، فنقول: ليس كل ضرر بمنفي إلا مع سلامته عن وجوب التحمل، و قد بينا ذلك بالآية و الرواية.

فهم از این عبارت این است که در صورتی ضرر منفی است که دلیلی بر وجوب تحمّل ضرر نداشته باشیم. گویا «لا ضرر و لا ضرار» عامی است که قابل تخصیص است و از آیه و روایات، تخصیص این عام استفاده می شود. بنابراین به شرطی که دلیل بر وجوب تحمّل نباشد، ضرر منفی است. دلیل بر وجوب تحمّل نیز این آیه شریفه و روایت است.

1. تهذيب الأحكام (تحقيق خرسان) ؛ ج‏6 ؛ ص293 [↑](#footnote-ref-1)
2. معجم‏رجال‏الحديث ج : 4 ص : 102 [↑](#footnote-ref-2)
3. تهذيب الأحكام (تحقيق خرسان) ؛ ج‏6 ؛ ص347 [↑](#footnote-ref-3)
4. سند اول نیز پس از جمیل مرسل است (مقرّر) [↑](#footnote-ref-4)
5. الكافي (ط - الإسلامية)، ج‏5، ص: 512 [↑](#footnote-ref-5)
6. جامع أحاديث الشيعة (للبروجردي)، ج‏26، ص: 938، ح 39890 [↑](#footnote-ref-6)
7. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 306 [↑](#footnote-ref-7)
8. ظاهرا مراد استاد دام ظله، طرح جدایی بین زن و مرد در فرض اعسار است و گرنه مطابق نقل خود استاد، شیخ طوسی پیش از ابن ادریس در فرض موسر بودن، طلاق را مطرح کرده است. (مقرّر) [↑](#footnote-ref-8)
9. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج‌2، ص: 592 [↑](#footnote-ref-9)
10. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: 475 و متى لم يقم الرّجل بنفقة زوجته و بكسوتها، و كان متمكّنا من ذلك، ألزمه الإمام النّفقة أو الطّلاق. و إن لم يكن متمكّنا، أنظر حتّى يوسّع اللّه عليه، إن شاء اللّه [↑](#footnote-ref-10)
11. إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد؛ ج‌3، ص: 24 [↑](#footnote-ref-11)
12. الخلاف؛ ج‌5، ص: 117 [↑](#footnote-ref-12)
13. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: 475 [↑](#footnote-ref-13)
14. نكت النهاية؛ ج‌2، ص: 334 [↑](#footnote-ref-14)