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

**جلسه343 – 29/ 06/ 1399 شمول لا ضرر نسبت به احکام عدمی /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث درباره اثبات حکم به وسیله «لا ضرر و لا ضرار» بود. برای این بحث، دو تطبیق بیان شده است. تطبیق دوم، ثبوت حق طلاق یا فسخ برای زوجه یا حاکم در صورت خودداری زوج از انفاق است. آقای سیستانی این بحث را در سه مرحله بررسی کرده که بحث از مرحله اول در جلسات گذشته، مطرح شد. در این جلسه مرحله دوم نقل شده، مورد بررسی قرار می گیرد.

# ثبوت حق طلاق یا فسخ با امتناع زوج از انفاق

صحبت در این باره بود که اگر مرد از پرداخت نفقه به زن خودداری کند، اعم از آنکه توانایی پرداخت نفقه را نداشته باشد یا با وجود توانایی، نفقه را نمی پردازد، آیا حق طلاق یا فسخ برای زن یا حاکم ثابت می شود؟

آقای سیستانی بحث را در سه مرحله دنبال فرمود. مرحله اول: آیا طبیعت عقد نکاح اقتضای فسخ را دارد؟ مرحله دوم: آیا با تمسک به قاعده «لا ضرر و لا ضرار» می توان چنین حقی را اثبات کرد؟ مرحله سوم: مفاد روایات خاصه در مسأله چیست؟ بحث درباره مرحله اول گذشت.

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

در مرحله دوم آقای سیستانی می فرماید: دو تقریب می توان برای تمسک به «لا ضرر و لا ضرار» ذکر کرد.

### تقریب اول: ضرری بودن حکم به بقاء زوجیت پس از فسخ زوجه

تقریب اول، برای اثبات حق فسخ برای زوجه است که مشابه این تقریب در بحث خیار غبن در جایی که مغبون اقدام به غبن نکرده باشد، نیز جاری است. در این تقریب گفته می شود: حکم شارع مقدس پس از فسخ زوجه به بقاء و استمرار زوجیت که به معنای لزوم عقد نکاح و عدم تأثیر فسخ در عقد نکاح است، حکمی است که موجب ضرر برای زوجه است و «لا ضرر» این حکم ضرری را نفی کرده است. در این تقریب به واسطه «لا ضرر» حکم وجودی منشأ ضرر، نفی می شود. روشن است این تقریب به محل بحث ارتباطی ندارد زیرا بحث در این بود که آیا می توان با «لا ضرر» حکمی را اثبات کرد که نبود آن موجب تضرّر است؟ ایشان مباحثی را ذیل این تقریب بیان کرده، که وارد بحث از آنها نمی شویم.

آقای سیستانی بیان می کند: هر چند این تقریب تام است اما روایاتی در مسأله وجود دارد که اقتضا می کنند، خود زن حق ندارد عقد نکاح را فسخ کند و حاکم شرع، حق به هم زدن نکاح را دارد.

### تقریب دوم: ضرری بودن عدم جعل سلطنت بر ازاله زوجیت

تقریب دوم به این بیان است که اگر شارع مقدّس برای غیر زوج سلطنتی بر ازاله عقد زوجیت یا طلاق قرار نداده باشد، زوجه متضرّر می شود. پس شارع با عدم جعل حق و سلطنت برای غیر زوجه، تسبیب به ضرر زوجه کرده است. بنابراین از «لا ضرر» استفاده می شود سلطنت برای ازاله زوجیت برای حاکم شرع، ثابت است.

ایشان می فرماید: در این تقریب به وسیله «لا ضرر و لا ضرار» اثبات حکم شده است نه نفی حکم. ایشان در توضیح می فرماید: بین رفع حکم به «لا ضرر» و اثبات حکم به «لا ضرر» فرق وجود دارد. رفع حکم به «لا ضرر» واضح است که در آن حکم مشخصی وجود دارد که منشأ ضرر است و با «لا ضرر» این حکم رفع می شود. اما بسیاری از مواقع، در فرض اثبات حکم با «لا ضرر»، حکمی که از آن ضرر ایجاد می شود متعیّن نیست و بین احکام عدیده، تردّد دارد. بر خلاف نفی حکم به «لا ضرر» که حکم مشخصی که اطلاق یا عموم آن منشأ ضرر است، نفی می شود. در مورد بحث، اثبات حکم با «لا ضرر» متعیّن نیست و مردّد بین اموری است. حکمی که برای رفع ضرر جعل شده، ممکن است یکی از این امور باشد: ثبوت حق طلاق برای حاکم، ثبوت حق فسخ برای حاکم، ثبوت حق طلاق برای زوجه، ثبوث حق فسخ برای زوجه. تعیّن پیدا کردن یکی از این احکام، نیازمند مؤونه زائده است و نیازمند بیان دیگری می باشد. ایشان در ادامه با بیانات دیگری در مقام اثبات این مطلب هستند که حق طلاق ثابت است به این بیان که از ادله عامه استفاده می شود، وظیفه زوج احد الامرین «امساک بمعروف او تسریح باحسان» است به این معنا که اگر زوج، امساک به معروف نکند و لو ترک امساک بمعروف به خاطر عدم توانایی بر آن باشد، وظیفه دارد تسریح به احسان کند. در روایات خاصه نیز به این مطلب تصریح شده که اگر زوج نفقه ندهد، زوج باید زوجه را طلاق دهد. حال اگر زوج حاضر به طلاق دادن نباشد، حاکم شرع ولیّ ممتنع است و طلاق را جاری می کند. ایشان شواهدی را بر این مطلب بیان کرده است. ایشان به صورت مجزا درباره میزان تأثیر «لا ضرر» و «لا ضرار» بحث کرده است.[[1]](#footnote-1)

#### بررسی کلام آقای سیستانی

دو اشکال درباره این مقدار بحثی که آقای سیستانی مطرح کرده، مد نظر است.

##### اشکال اول: ضرری نبودن حکم به استمرار زوجیت با سلطنت دادن برای ازاله زوجیت

آقای سیستانی فرمود: حکم شارع به استمرار زوجیت حتی پس از فسخ زوجه، ضرر بر زوجه است. اما این مطلب ناتمام است زیرا حکم شارع به استمرار زوجیت در صورتی ضرر بر زوجه است که حق طلاق به زوجه یا حاکم داده نشده باشد یا شارع حق فسخ به حاکم نداده باشد. پس مجرّد استمرار زوجیت با فسخ زوجه، منشأ ضرر نیست. بلکه ضرر بودن بقاء زوجیت در صورتی است که شارع هیچ گونه سلطنتی برای ازاله زوجیت برای کسی قرار نداده باشد. پس همان نکته ای که ایشان در تقریب دوم اشاره کرده، باعث ایجاد ضرر است. ایشان در تقریب دوم بیان کرد: چیزی که باعث رفع ضرر می شود، حکم متعیّن نیست و هر یک از احکام عدیده صلاحیت دارند ضرر را مرتفع کنند. در نتیجه، عدم هر یک از این احکام عدیده در متضرّر شدن زوجه تأثیر دارند و اگر تأثیر نداشته باشند، نمی توانند موجب رفع ضرر باشند. پس چرا این گونه تقریب شده که استمرار زوجیت حتی پس از فسخ زوجه، موجب ضرر است؟ چرا خصوص فسخ در نظر گرفته شده است؟ چرا فسخ حاکم در نظر گرفته نشده است؟ آقای سیستانی نیز اشاره کرده که بین طلاق و فسخ فرق وجود دارد. یکی از اقسام طلاق، طلاق رجعی است و اگر زوج در عده، نفقه را پرداخت کند، زوجیت بر می گردد. احکام دیگر طلاق و فسخ نیز با هم متفاوت است. طلاق قبل از دخول، مهریه را نصف می کند در حالی که فسخ منصّف مهر نیست. در طلاق شرایط خاصی وجود دارد که این شرایط در فسخ وجود ندارد.

اگر این گونه اشکال شود که اثبات حق طلاق برای زوجه، موجب مرتفع شدن ضرر نیست زیرا طلاق رجعی است و حق رجوع برای زوج و لو بدون پرداخت نفقه، ممکن است.

در پاسخ گفته می شود: بحث ما این است که آقای سیستانی حق طلاق را در تقریب دوم به عنوان یکی از راه های رفع ضرر بیان کرده است. اگر حق طلاق موجب نفی ضرر است، باید در تقریب اول نیز به حق طلاق اشاره می شد و بین دو تقریب از این ناحیه تفاوتی وجود ندارد.

##### اشکال دوم: تضرّر زوج با طلاق در فرض عدم تمکّن از انفاق

اشکال دوم این است که هر چند وجود حق فسخ یا طلاق به نفع زوجه، باعث رفع تضرّر زوجه است اما موجب متضرّر شدن زوج می شود زیرا همسرش از او جدا شده است و همین ضرر بر زوج است. با این فرض، چرا تنها تضرّر زوجه در نظر گرفته شده است؟ به خصوص در جایی که زوج تمکّن از پرداخت نفقه نداشته باشد.

در صورتی که زوج متمکّن از پرداخت نفقه باشد اما از پرداخت آن خودداری کند، زوج اختیار داشته و اختیار او در متضرّر شدن دخالت دارد و می توانست با پرداخت نفقه متضرّر نشود. پس تقدیم حق زوجه در این صورت، قابل توجیه است. اما در صورتی که زوج قادر به پرداخت نفقه نیست، حق طلاق یا حق فسخ داشتن حاکم شرع یا زوجه، موجب تضرّر زوج است و مورد از موارد تعارض ضررین است. چه وجهی وجود دارد که تنها تضرّر زوجه مطرح شده است؟

##### اثبات سلطنت بر ازاله زوجیت با امر تخییری به امساک بمعروف و تسریح باحسان

بله امکان دارد تقریب دیگری که آقای سیستانی مطرح کردند، به عنوان تقریب مستقل ذکر شود بدون در نظر گرفتن «لا ضرر و لا ضرار». ایشان فرمود: مستفاد از ادله عامه این است که وظیفه زوج احد الامرین است «امساک بمعروف او تسریح باحسان» و همین که زوج بر احد الامرین قدرت داشته باشد، برای به عهده آمدن وظیفه کافی است و در واجب تخییری لازم نیست بر هر دو امر قدرت داشته باشد، تا وجوب فعلی شود. بلکه قدرت بر یکی از دو امر، قدرت بر جامع است و وجوب تخییری فعلیت پیدا می کند. در این فرض نیز هر چند زوج بر امساک بمعروف قدرت ندارد اما بر تسریح باحسان قدرت دارد و به همین دلیل، واجب تخییری بر عهده او می آید. حال به علت مال نداشتن، حاکم نمی تواند زوج را اجبار بر انفاق کند، اما می تواند او را بر طلاق اجبار کند و در صورت امتناع، خود حاکم زوجه را طلاق دهد. همانگونه که روشن است این تقریب وابسته به «لا ضرر و لا ضرار» نیست و تقریبی مستقل است.

#### شواهد دالّ بر حق طلاق داشتن حاکم نه حق فسخ

آقای سیستانی پس از ذکر تقریب دوم، برای اثبات این مطلب که در مسأله طلاق وجود دارد نه فسخ و این طلاق به ید حاکم است نه زوجه، شواهدی را بیان کرده که بیشتر باید به عنوان مؤید به آنها نگاه کرد. ایشان بیان کرده: در ادله وجود دارد که ولیّ مفقود با شرایط خاص، زوجه را طلاق می دهد. اگر ولیّ حاضر به طلاق دادن نشد، خود حاکم شرع زوجه را طلاق می دهد. از این دلیل استفاده می شود، طلاق مطرح است نه فسخ و همچنین خود زوجه عهده دار طلاق نیست و حاکم شرع عهده دار طلاق می شود هر چند ابتدا ولیّ را بر طلاق مجبور کند و در صورت عدم امکان، خود عهده دار طلاق شود. از طرفی دیگر، در برخی از روایات صحت شرط حق طلاق برای زوجه در ضمن عقد نکاح، نفی شده و این شرط، مخالف کتاب و سنت شمرده شده است. در روایت آمده است:

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[[2]](#footnote-2)

از این روایات استفاده می شود، شارع نمی خواهد حق طلاق به ید زوجه باشد و به ید زوجه نبودن طلاق از باب اقتضاء العدم است و از باب لا اقتضاء نیست که با شرط بتوان اقتضای آن را ایجاد کرد. در بحث شرط مخالف کتاب و سنت بیان شده: مواردی که احکام اولی نسبت به آنها لا اقتضاء است، شرط بردار هستند اما مواردی که احکام اولی نسبت به آنها اقتضاء العدم دارند، قابلیت شرط بودن را ندارند. ایشان از این روایات استفاده کرده: اقتضاء العدم درباره این وجود دارد که طلاق به ید زوجه باشد. اما طلاق خصوصیت ندارد و فسخ نیز نمی تواند به ید زوجه باشد. پس از این روایات استفاده می شود که فسخ نیز نباید به ید زوجه باشد. همچنین از این ادله استفاده می شود طلاق حتی با شرط نیز نمی تواند به ید زوجه باشد اما از آنها برداشت نمی شود که طلاق نمی تواند با شرایط خاصی به ید حاکم شرع باشد. از سویی دیگر، از روایت استفاده می شود که در مفقود، حاکم شرع طلاق می دهد. آقای سیستانی از این موارد استفاده کرده: حاکم شرع اعمال ولایت بر طلاق می کند نه اعمال ولایت بر فسخ.[[3]](#footnote-3)

ایشان در ادامه بحث به وسیله «لا ضرار» نیز همین مطلب را که حاکم شرع حق طلاق دارد را اثبات می کند. البته ایشان در بحث «لا ضرار» تنها در مواردی که زوج با وجود قدرت از پرداخت نفقه خودداری کند، حق طلاق را برای حاکم اثبات کرده است. حق طلاق داشتن حاکم برای جلوگیری از ضرار با بهترین روش و کم آسیب ترین راه پس از مقدمه چنیی ها تا حد امکان است. در مراحل ابتدایی زوج بر انفاق اجبار می شود و در مرحله آخر، حاکم شرع زوجه را طلاق می دهد. ایشان طلاق را به قلع نخله انصاری تشبیه کرده که به وسیله «لا ضرار» حق طلاق ثابت می شود.

در این بحث، مباحث مبنایی وجود دارد که ایشان به وسیله «لا ضرار» حق طلاق را ثابت می داند.

مرحله بعد درباره روایات خاصه مسأله است. آقای سیستانی تنها به چند روایت اشاره کرده در حالی که روایات بیشتری در مسأله وجود دارد که تمام این روایات را مرور کرده، درباره سند برخی از این روایات بحث خواهیم کرد.

1. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 303 [↑](#footnote-ref-1)
2. من لا يحضره الفقيه، ج‏3، ص: 425 [↑](#footnote-ref-2)
3. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 305 [↑](#footnote-ref-3)