بسم الله الرحمٰن الرحيم

**تقریر بحث فقه**

**جلسه 763**

بحث در اين مسأله بود که اگر قبل از حکم حکمين، زوجين يا يکی از آنها غايب شوند، آيا حکمين می­توانند در غياب آنها حکم به استمرار نکاح يا تفريق بين آنان بکنند يا خير؟ و گفتيم که شيخ در مبسوط حکم به عدم جواز کرده و وجه آن را اين گونه بيان کرده که حکم بر غايب اگرچه ممکن است اما وجهی برای صحت حکم برای غايب وجود ندارد و چون در نزاع بين زوجين تداعی وجود دارد، بنابر اين هر دو مدعی بوده و حکم برای آنها در غيابشان ممکن نيست.

و گفتيم که محقق قائل به جواز حکم در اين صورت شده و در تعليل برای آن فرموده است که اگر حکم به اصلاح شود منعی از جهت مذکور در کلام شيخ وجود نخواهد داشت، هرچند حکم به تفريق بدون اذن زوجين جايز نيست.

صاحب مسالك با اشکال بر استدلال محقق می­فرمايد: «فيه نظر، لجواز أن يشتمل الحكم مع الإصلاح على شرط لأحدهما، فيكون حكماً للغائب وإن حصل معه الإصلاح.»[[1]](#footnote-1)

اما صاحب جواهر به مانند محقق قائل به جواز حکم در اين فرض شده و در تعليل برای آن ضمن نقد استدلال محقق می­فرمايد: «لو قيل بالجواز كان حسناً، لا لما ذكره المصنّف ـ من أنّ حكمهما مقصور على الإصلاح أمّا التفرقة فموقوفة على الإذن ـ ضرورة عدم انطباق ذلك على حجّة المدّعي، بل لمنع عدم جواز الحكم للغائب وعليه في المقام، لإطلاق الأدلّة الذي لا يعارضه القياس على حكم الفقيه للغائب لو سلّم المقيس عليه، ولذا لا يكون الغائب منهما على حجّته في المقام بخلافه هناك.

ودعوى عدم معلوميّة بقاء الشقاق بينهما مع الغيبة خروج عن عنوان البحث الذي هو الحكم عليهما من حيث الغيبة التي يمكن أن تجامع العلم ببقاء الشقاق بينهما. على أنّ الاستصحاب كافٍ وإن كان قد يقوى عدم نفوذ الحكم عليهما لو فرض تأخّره عن ارتفاع الشقاق بينهما.

وكذا الحكم فيما لو سكت أحدهما، بل لا يبعد نفوذ حكم الحكمين فيما لو خرجا أو أحدهما عن قابليّة التكليف بجنون أو إغماء فضلاً عن الغيبة، لإطلاق الأدلّة.»[[2]](#footnote-2)

اما در اشکال بر مدعای صاحب جواهر می­توان گفت: اخذ به اطلاق ادله منوط بر اين است که احراز شود که متکلم از جهت غيبت يا حضور زوجين در مقام بوده است، در حالی که اين مطلب قابل احراز نيست. به همين خاطر در خصوص حکم برای غايب در قاضی منصوب نيز اشکال شده است، وگرنه در ادله قاضی منصوب نيز می­توان ادعای اطلاق از اين جهت را نمود.

بنابر اين آنچه که در اين مقام می­توان گفت اين است که اگر غيبت زوجين يا يکی از آنها قبل از استيذان حکمين از آنها باشد، حکمين امکان حکم کردن نخواهند داشت، زيرا سابقاً گفتيم که هر حکمی از جانب حکمين اعم از حکم به استمرار نکاح يا حکم به تفريق، نيازمند استيذان سابق از زوجين است.

و اگر غيب بعد از استيذان اتفاق افتاده باشد، چنانچه اطلاع يافتن حکمين از شرائط و احوالات زوجين و خصوصياتی که سبب وقوع شقاق بين آنان شده است، منوط بر حضور هر دوی آنها باشد، در اين صورت با غيبت يکی از آنها يا هر دوی آنها، از آنجا که امکان کسب اطلاع حکمين از خصوصيات مورد از بين می­رود، امکان حکم نيز برای آنها وجود نخواهد داشت.

بلکه حتی اگر تحصيل علم به خصوصيات مورد منوط بر حضور زوجين نيز نباشد، از آنجا که حکميت برای رفع نزاع و شقاق بين زوجين است و با غيبت يکی از آنها ديگر زندگی مشترکی بين آنان وجود نخواهد داشت تا اين که موضوعی برای شقاق وجود داشته باشد، بنابر اين حکم کردن برای رفع شقاق وجهی نخواهد داشت.

اگر گفته شود: با استصحاب بقاء شقاق بعد از حضور فرد غايب، حکمين می­توانند به جهت منع از آن حکم کنند.

پاسخ اين است که اگر هم اصل استصحاب استقبالی را دارای اشکال ندانسته و بپذيريم، اشکال آن در اين مقام اين است که اتصال مقام يقين به مقام شک در آن وجود ندارد. علاوه بر اين که ظاهر از آيه شريفه اين است که حکميت برای رفع شقاق فعلی است نه برای منع از شقاق استقبالی.

بله، اين مطلب در جايی است که بدانيم زوجين در حال زندگی با يکديگر نيستند، مثل اين که يکی از آنها غايب شده و ديگری حاضر باشد. اما اگر هر دوی آنها غايب شدند در حالی که می­دانيم هنوز در حال زندگی با يکديگر هستند يا با شک در اين که با هم زندگی می­کنند يا خير، بقاء آن را استصحاب کرديم، در اين صورت موضوع شقاق منتفی نخواهد بود و اگر هم شک در بقاء شقاق داشتيم، می­توان با تمسک به استصحاب آن را احراز کرد.

بنابر اين در اين فرض بايد گفت: چون حکميت بين زوجين فقط برای رفع شقاق است و بحث مدعی و منکر در آن مطرح نيست ـ فلذا حکمين بر اساس مصلحت در آن حکم می­کنند نه بر اساس بينه و سوگند ـ بنابر اين با احراز اين که رضايت زوجين به حکميت حکمين در حين حکم آنها وجود داشته ـ ولو به واسطه استصحاب اذن سابق آنها ـ می­توان قائل به نفوذ حکم آنها در اين مورد شد.

1. ـ مسالك،ج8،ص370. [↑](#footnote-ref-1)
2. ـ جواهر،ج31،ص218. [↑](#footnote-ref-2)