بسم الله الرحمٰن الرحيم

**تقریر بحث فقه**

**جلسه 764**

گفتيم که اگر زوجين پس از دادن اذن به حکمين هر دو غايب شدند، حکم حکمين پس از جريان استصحاب در خصوص بقاء شقاق و نيز بقاء رضايت آنان به حکميت، در مورد آنها نافذ خواهد بود.

اگر گفته شود: با عدم علم به بقاء رضايت زوجين و شک در رجوع آنها از اذن سابق، مورد از موارد تعارض اصل و ظاهر حال خواهد بود، زيرا ظاهر حال در جايی که زوجين قبل از حکميت غايب شوند اين است که به حکميت رضايت نداشته­اند.

پاسخ اين است که اولاً: وجود چنين ظاهر حالی در جميع موارد محل کلام و اشکال است.

و ثانياً: بر فرض وجود ظاهر حال نيز از آنجا که سابقاً گفتيم که تقديم ظاهر حال بر اصل فقط در موارد تعيين مدعی و منکر در دعاوی است و در غير آن، دليلی برای اين مطلب و عدم اعتبار اصل وجود ندارد، پس اخذ به استصحاب بقاء رضايت زوجين و عدم رجوع آنان از اذن سابق، اشکالی نخواهد داشت.

**قال المحقّق الحلّي:** «**مسألتان:**

**الأُولى: ما يشترطه الحكمان يلزم إن كان سائغاً وإلا كان لهما نقضه.**»[[1]](#footnote-1)

شيخ در مبسوط می­فرمايد: «إذا شرط الحكمان شرطاً نظر فيه؛ فإن كان ممّا يصلح لزومه في الشرع، لزم، وإن كان ممّا لا يلزم ـ مثل أن شرطا عليه ترك بعض النفقة أو القسم أو شرطا عليه ألا يسافر بها ـ فكلّ هذا لا يلزم الوفاء به، وإن اختار الزوجان المقام على ما فعله الحكمان كان جميلاً، وإن اختارا أن يطرحا فعلا.»[[2]](#footnote-2)

ظاهر کلام ايشان اين است که حکمين فقط چيزی را می­توانند بر زوجين الزام کنند که شرعاً بر آنها لازم باشد، وگرنه چنانچه قبل از حکم حکمين چيزی بر آنان شرعاً لازم نباشد، با حکم حکمين نيز بر آنها لازم نمی­گردد.

ولی اشکال اين مدعا اين است که در اين صورت، حکمين فقط اختيار بيان حکم شرعی را خواهند داشت نه اختيار حکم در قضيه خارجيه را. مضافاً بر اين که اين مطلب با آنچه که در اخبار آمده مبنی بر اين که حکمين حق تفريق را دارا می­باشند، سازگار نيست، زيرا فرقه بين زوجين چيزی نيست که شرعاً لازم باشد.

شهيد ثانی نيز فرموده است: «إذا شرط الحكمان شرطاً نظر فيه؛ فإن كان ممّا يصلح لزومه شرعاً لزم وإن لم يرض الزوجان، كما لو شرطا عليه أن يسكنها في البلد الفلاني أو المسكن المخصوص، أو لا يسكن معها في الدار أمة ولو في بيت منفرد، أو لا يسكن معها الضرّة في دار واحدة، أو شرطا عليها أن تؤجّله بالمهر الحالّ‌ إلى أجل، أو تردّ عليه ما قبضته منه فرضاً ونحو ذلك، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» وقد جعل إليهما الحكم.

وإن كان غير مشروع ـ كما لو شرطا عليها ترك بعض حقّها من القسم أو النفقة أو المهر، أو عليه أن لا يتسرّى أو لا يتزوّج عليها أو لا يسافر بها ـ لم يلزم ذلك بلا خلاف.»[[3]](#footnote-3)

ايشان نيز هرچند به مانند شيخ مدعای خود را مطرح کرده­اند اما فرق بين موارد جواز و عدم جواز را در اين دانسته­اند که در مواردی که به عنوان موارد جايز مثال زده­اند، الزام به غير مشروع صورت نمی­گردد در حالی که در مواردی که به عنوان موارد غير جايز مثال زده­اند، الزام به غير مشروع صورت می­پذيرد.

اما آنچه که به عنوان موارد الزام به غير مشروع مطرح کرده­اند، موارد صحيحی نيست، زيرا اگر مراد از آن اين است که در اين موارد الزام شرعی قبل از حکم وجود ندارد و الزام توسط حکم سبب تضييق حقی می­شود که شرع آن را انجام نداده است، در اين صورت چه فرقی وجود دارد بين اين که الزام به ترک حقی مثل قسم و نفقه و مهر صورت بپذيرد يا الزام به ترک حق در دريافت نفقه حالّ؟

و اگر منظور اين است که اين اعمال اعمالی هستند که فی حد نفسه جايز نيستند فلذا امکان الزام به انها وجود ندارد، اشکال آن اين است که موارد مذکور در مثال هيچ يک از اين قسم نيستند.

بنابر اين حق در مسأله اين است که گفته شود: اگر آنچه که حکم­ها به آن الزام می­کنند از اموری است که في حد نفسه جايز نيست ـ مثل الزام به فعل حرام يا ترک واجب ـ و يا از اموری باشد که با جعل شرعی در منافات است ـ مثل نفی حق نکاح مجدد برای زوج ـ در اين صورت الزام حکم­ها فاسد بوده و نيازمند به نقض نيز نمی­باشد، بلکه به جهت غير مشروع بودن نفوذ ندارد ولو زوجين نيز به آن راضی باشند.

اما چنانچه از اموری باشد که في حد نفسه جايز است ـ مثل محدود کردن حق آنها در اتيان عمل مباح ـ در اين صورت مشکلی در آن حکم نبوده و نافذ خواهد بود.

البته معلوم است که محدود کردن حق، خود عملی است که فی حد نفسه دارای مفسده است و حکمی که شامل چنين مطلبی باشد، بايد مصلحتی را تأمين نمايد که اهميت آن از مفسده موجود در آن بيشتر باشد.

به همين جهت صاحب جواهر نيز در مدعای شيخ و صاحب مسالك اشکال گرفته­اند که جلسه آينده آن را مطرح خواهيم کرد ان شاء الله.

1. ـ شرائع،ج2،ص283. [↑](#footnote-ref-1)
2. ـ مبسوط،ج4،ص341. [↑](#footnote-ref-2)
3. ـ مسالك،ج8،ص371. [↑](#footnote-ref-3)