

متن پیاده سازی شده جلسه بیست و چهارم خارج فقه القضا 17 آبان 1399

بسم الله الرحمن الرحيم

چند سؤال رسیده است و ما هم قول داده ایم که پاسخ دهیم.

یکی از اعزه سؤال کرده اند که شما گفتید اضطرار حکم تکلیفی را برمی دارد نه حکم وضعی را در حالی که ما می بینیم در شریعت مطهر اضطرار طهارت نماز را برای نماز برمی دارد با این که حکم وضعی است.

دو نکته: یکی این که می گویند اضطرار حکم تکلیفی را برمی دارد نه حکم وضعی را پشت سرش یک دلیل می آورند، می گویند چون اضطرار به برداشته شدن حکم وضعی نخورده است. مثلاً در میته وقتی شخص ناچار می شود بخورد، اضطرار به خوردن پیدا کرده است، اضطرار ندارد که دهانش را نشوید یا اضطرار تعلق گرفته است به اکل مال غیر که اگر حرام باشد نمی تواند بخورد پس این حرمت را برمی دارد اما برای چه ضمان را بردارد؟ این است که دقیق این حکم این است که اضطرار به هر چه بخورد آن را برمی دارد اما اضطرار به احکام وضعی نمی خورد یعنی هیچ گاه اضطرار نمی گوید این شیء نجس پاک شد ولی می گوید این شیء حرام الاکل شد حلال. به علاوه می دانید که خیلی از اوقات آقایانی هستند که احکام وضعی را به احکام تکلیفی بر می گردانند یعنی می گویند این که در نماز شرط است لباس طاهر باشد (نظر شیخ انصاری این است) یعنی واجب است با لباس پاک نماز خوانده شود. اگر اضطرار دارید این وجوب برداشته می شود یعنی ماهیت این ها را در تحلیل لا معنا للحکم الوضعی الا ما انتزع من الحکم التکلیفی که شعار شیخ است.

یکی از آقایان پرسیده اند که شما قبلاً گفتید مگر ما چقدر مجتهد داشته ایم در گذشته و حال و همیشه ما مجتهد برای قضاوت کم داریم، اگر این شرط را بگذاریم واقعا در مطلب می مانیم و شریعت هم برای جامعه ی هست آمده است نه برای جامعه ی باید و ایده آل. در حالی که در گذشته مجتهد زیاد بوده است و پرونده کم و کار با سرعت تمام میشده است.

اولاً من بر روی حرف خودم هستم و در گذشته هم اینطور نبوده است که قضات مجتهد زیاد باشند. واقع این است که در گذشته اجتهاد را به قدری ساده معنا می کردند که مثل برخی از کشورها که گاهی شوخی می کنند و می گویند هر کسی که با کاغذ سر و کار داشته باشد را ممکن است به او بگویند علامه اینطور بوده است و در یک جامعه ای که اکثر مردم بی سواد و کم سواد بودند افرادی که یک اطلاعات اجمالی داشتند به عنوان مجتهد مشخص می شدند اما اصل مطلب من نباید فدای این جزئیات بشود، ما دلیلی نداریم و دلیلی نمی بینیم. الآن اگر به کسی گفته شود مجتهد باید از عهده ی این بحث ها بریاید یا نه؟ یا می خواهید بگویید یک عامی را بداند و یک مطلق و تمام؟ باید از پس تعارضات، روایات تقیه غیر تقیه، روایات عام خاص و حتی نظر های دقیق اصولی که کارگشا است، جریان اصول عملی جریان علم اجمالی بریاید یا نه؟ ما این ها را برای قضاوت ضروری نمی بینیم. ما نمی خواهیم در این جا شما را به عنوان قاضی پرورش دهیم بلکه می خواهیم به صورت عملی نه به صورت انتزاعی و فرضی و مدرسه ای بلکه بگویم ببینید در دادگاه ها چه می گذرد و قاضی ما باید به چه سلاخی مجهز باشد و نیاز به چه دارد. این منظور ما بوده است و لذا عمده دلیل ما این است که نه دلیلی داریم و نه می توانیم داشته باشیم. یکی از آقایان گفته بودند شما می گویند اجتهاد در قانون شرط است، ما همین را کپی می کنیم و می گوئیم در گذشته اجتهاد در فقه شرط بوده است.

این اجتهاد در قانون که من می گویم شرط است یعنی قانون را بفهمد، تعارضات قانون را بفهمد در گذشته هم اگر بخواهیم معادل یابی کنیم باید اگر گفتیم مقلد هم می تواند قضاوت کند باید کتابی که مبنا قرار می دهد مثلاً مقلد شیخ انصاری است و او

کتابی دارد یا صاحب جواهر کتابی دارد، باید کتاب او را به خوبی بفهمد، مگر عروة الوثقی مگر منهاج الصالحین مگر تحریر الوسيله اجتهاد نمی خواهد در حد خودش؟ این ها اجتهاد می خواهد اما این که علاوه بر این برود سند این احکام را هم استخراج کند لازم نیست. یعنی در واقع اجتهاد در قانون معادلش مجتهد بودن در احکام نیست معادلش این است که بتواند جمع و جور کند و متن کتابی را که می خواهد بر اساسش قضاوت کند را بفهمد مثلا اگر می خواهد بر اساس ریاض قضاوت کند باید بتواند نظرات صاحب ریاض را استخراج کند بداند این بزرگ چه می گوید، اگر کلامش تعارض دارد تعارض را حل کند و بیشتر از این نیاز نیست.

یکی از آقایان گفته اند که جناب آقای لنگرودی کلمه ی عین را معنا کرده است. ایشان گفته است کلمه ی عین انصراف به عین خارجی دارد لذا اگر یک عینی باشد که خارجی نباشد یا وابسته باشد مثل پشم گوسفند تا وقتی که از گوسفند جدا نشده است به آن عین گفته نمی شود.

من به این شکل پیدا نکردم، ایشان گفته است عناصری که در عین معتبر است این است که مال باشد، قابل تبدیل به پول باشد، بر عهده ی فرد دیگر نباشد و الا دین است، هدف باشد نه وسیله. که برخی از این ها بحث دارد و مناقشه دارد. هدف باشد نه وسیله می خواهد بگوید مثلا طلا و نقره باشد نه اسکناس که مناقشه دارد. مراد از عین خارجی هم یعنی وقتی تجسم می یابد عین خارجی است مثلا منفعت نیست، دین نیست. لذا بعید می دانم سکه ای که در ذمه باشد را ایشان عین نداند. اگر هم نداند ما با ایشان مناقشه داریم.

### بسم الله الرحمن الرحيم

یک پرونده ای داریم که فراز و نشیب زیادی پیدا کرده است. داستان این پرونده این بوده است: خانمی کلیه ی حقوق مالی و اجتماعی خودش را حتی مهریه حتی نفقه بذل کرده است به شوهر در مقابل حضانت دائمی فرزند مشترک را زوج به زوج و اگذار کرده است. بعد وکیل این خانم گفته است چون زوج متقاضی طلاق بوده است باید حقوق زوج را بپردازد. گویا می خواهد بگوید زوج وقتی از این حقوق مجبور بود بگذرد که متقاضی طلاق باشد، زن که متقاضی طلاق نبوده بلکه زوج متقاضی طلاق بوده پس باید مهریه ی زن را که هفتصد تا سکه بوده به او بدهد. اگر بگویید بخشیده است این وکیلی گفته است طبق ماده 803 قانون مدنی واهب می تواند از هبه اش برگردد و این خانم برگشته است همانطور که طبق ماده ی 1145 زن می تواند در طلاق خلع از پولی که به زوج داده است برگردد البته هرچند وقتی برگردد طلاق خلع از باین می شود رجعی (این ها از بنده است که دارم اضافه می کنم) ولی می تواند برگردد و این خانم برگشته است. حضانت هم نمی خواهد بعد ظاهرا ادامه ی حرف وکیل است و وکیل می گوید حضانت طبق ماده ی 1168 حق و تکلیف است، قابل اسقاط و معامله نیست که خانم بگوید من هفتصد تا سکه را نمی خواهم، شما حضانت را به من بده. این مطلب در دادگاه مطرح شده است. ظاهرا دادگاه گفته مهریه بی مهریه، مهریه خاتمه یافته طلقی شود. راجع به طلاق هم گفته برود شورای حل اختلاف تا در آن جا تصمیم بگیرند. این پرونده به شورای حل اختلاف می رود و شورای حل اختلاف می گوید که این ها نمی توانند سازش کنند. باید دادگاه تشکیل شود وقتی دادگاه تشکیل می شود دادگاه می گوید مهریه بی مهریه، حضانت طفل هم برای پدر. طبیعی است که زوج و وکیلش اعتراض کنند، مهریه اش رفته، حضانت هم به پدر داده شده و طلاق هم دارد واقع می شود. به عبارت دیگر هر سه خواسته ی زوج واقع شده است. در این جاست که وکیل زوج درخواست تجدید نظر می کند. می رود دادگاه تجدید نظر، دادگاه تجدید نظر حکم دادگاه بدوی را تأیید می کند. در اینجا وکیل زوج فرجام خواهی می کند و پرونده می رود به دست شعبه ی دیوان عالی کشور که فوق دادگاه بدوی و تجدید نظر است. دیوان عالی کشور می گوید اعتراض وکیل وارد است. لذا مهریه زنده می شود. من عین عبارت را می خوانم: «مستفاد از صدر و ذیل اقرار نامه (یعنی اقراری که زوج کرده است) آن است که بذل مهریه و سائر حقوق زوج مطلق نبوده، بلا عوض نبوده، در قبال حضانت فرزند مشترک بوده، مشروط به این بوده، نمی توانید بگویید زوج به بذل کرده است، تمام؛ حضانت هم که فاسد است واگذارش به زوج، تمام؛ بنابر این اولاً مهریه از سوی زوج مشروط به عوض و در قبال حق الحضانه بوده که اگر این حق واگذار می شد این بذل هم بود ولی معاوضه ی حق الحضانه بالمال باطل است زیرا حق الحضانه مانند حق الولاية قابل نقل و انتقال نیست. در واقع این خانم یک بذلی کرده است در مقابل یک شرط فاسد و خلاف شرع، شرط که باطل شود بذل هم باطل می شود. به علاوه بذل مثل هبه است از عقود است می شود زن برگردد بعد هم گفته اند تلقی دادگاه بدوی و تجدید نظر بر این که این ابراء و ایقاع است اشتباه است. می دانید که شعبه ی دیوان عالی کشور نمی تواند

پرونده را نهایی کند، حواله می دهد به دادگاه هم عرض، باید برود به دادگاه هم عرض دادگاه بدوی و تجدید نظر، آن رسیدگی کند لذا گفته است: پرونده جهت رسیدگی نهایی به شعبه دیگر دادگاه تجدید نظر ارجاع می شود. این است که گاهی اوقات پرونده ها چند سال طول می کشد.

به این پرونده ی رأی نهایی برخی ایراد گرفته اند. دو ایراد گرفته اند:

اولا حضانت ولایت نیست بلکه تکلیف و حق است و وقتی شد حق و تکلیف از ویژگی های بارز حق این است که قابل معامله است، قابل اسقاط است حال شوهر این کار را کرده است فقط پدر باید مراقب باشد که اگر پول می گیرد، اگر واگذار می کند به مادری واگذار کند که مصالح بچه را رعایت می کند ولی می تواند پول بگیرد.

ثانیا کاری که زن انجام داده است بذل مهر برای تحصیل طلاق بوده که خلاف شرع نیست نه بذل مهر برای اسقاط حق حضانت تا بگویند که بذلش اثر ندارد چون مقابل شرط فاسد است. بذل برای تحصیل طلاق بوده، اسقاط حق حضانت شرط بذل است یعنی در واقع مرد می گوید می خواهی تحصیل طلاق؟ مهریه ات را بذل کن. زن هم می گوید من بذل می کنم به شرطی که حضانت بچه را به من بدهی او هم می گوید باشد. بنابر هیچ جزئی از بذل در مقابل اسقاط حق حضانت نبوده است تا گفته شود این شرط فاسد است پس بذل هم فاسد است.

روی این دو اشکال تأمل کنید.

**الحمد لله رب العالمین**