



## درس فارح فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۲۲ آذر ۱۳۹۹

مصادف با: ۲۶ ربیع الثانی ۱۴۴۲

موضوع جزئی: مسئله ۲۲- مستثنیات حرمت نظر و لمس - اقوال و انظار در مورد ملاک استثناء -

دسته‌بندی دیدگاه‌ها

جلسه: ۵۰

سال سوم

# «الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد وآله الطاهرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین»

### اقوال و انظار در ملاک استثناء

در مسأله ۲۲ هم نظر امام(ره) را توضیح دادیم و هم کلام مرحوم سید را و تفاوت آن با متن تحریر اجمالاً مورد اشاره قرار گرفت و ملاحظاتی که در این مقام قابل ذکر است تا حدودی مورد بحث قرار گرفت.

قبل از اینکه وارد مستندات این مسأله شویم، اشاره‌ای به اقوال و انظار فقها در این موضوع لازم است، از این جهت که می‌تواند راهگشای ما در بررسی ادله باشد. ملاحظه فرمودید در تحریر عمدتاً روی دو عنوان تکیه شده است؛ مقام المعالجة و مقام الضرورة. در عروه روی سه عنوان تکیه شده است؛ مقام المعالجة، مقام الضرورة و مقام المعارضة.

به عبارات فقهای پیشین که رجوع می‌کنیم، عناوین کمی متفاوت است؛ یعنی به غیر از مقام ضرورت و احیاناً معالجه و یا حتی معارضة کل ما هو اهم عند الشارع، مقام الحاجة هم ذکر شده است. این یک مقداری نسبت‌ها را دستخوش تغییر می‌کند. از کسانی که عنوان مقام الحاجة در عبارت او ذکر شده، شهید ثانی در مسالک است. یک مروری کنیم و ببینیم چه کسانی به مسأله ضرورت اشاره کرده‌اند و چه کسانی به مسأله حاجت اشاره کرده‌اند.

### قول اول (محقق حلی)

مرحوم محقق در شرایع می‌فرماید: «و یجوز عند الضرورة»، عند الضرورة نظر مرد به زن و زن به مرد جایز است. آن وقت به عنوان مثال و مصداق ضرورت، در ادامه می‌فرماید: «كما إذا اراد الشهادة علیها»؛ اراده شهادت بر زن را به عنوان یکی از مصادیق ضرورت ذکر کرده است.

### قول دوم (شهید ثانی)

صاحب مسالک در ادامه این سخن محقق صاحب شرایع می‌فرماید: «المعاملة معها لیعرفها إذا احتاج إليها»؛ ضمن اینکه ایشان درباره شهادت این را فرموده و تصریح می‌کند که فرقی بین مقام تحمل و مقام ادا نیست، بعد معامله با زن را هم اضافه می‌کند. تعبیر ایشان این است که نظر جایز است للحاجة؛ آن وقت می‌فرماید: «إن من ذلك النظر الی من یرید نکاحها أو شراءها»، از موارد نظر للحاجة این است که به کسی که می‌خواهد با او ازدواج کند، نظر کند؛ یا کسی را که می‌خواهد بخرد، به او نظر کند. اینها را هم داخل در محدوده حاجت قرار می‌دهد.

در کلام مرحوم محقق صاحب شرایع عنوان ضرورت آمده؛ آن وقت مسأله شهادت را مصداق آن دانسته است. صاحب مسالک عنوان حاجت را آورده است. البته مسأله معالجه در کلمات مرحوم محقق صاحب شرایع هم آمده است؛ منتهی باید ببینیم

معالجه را بر چه اساسی آورده است. ایشان در ادامه آن عبارت می‌فرماید: «و يجوز عند الضرورة كما اذا اراد الشهادة عليها و يقتصر الناظر منها على ما يضطر الى الاطلاع عليه كالطبيب إذا احتاجت إليه للعلاج ولو إلى العورة دفعاً للضرر». می‌گوید کسی که می‌خواهد ببیند باید اکتفا کند به مقدار اضطرار، آن مقداری که اضطرار به اطلاع بر آن دارد؛ مثل طبیب که اگر زن به این طبیب برای علاج احتیاج پیدا کند، باید به مقدار اضطرار اکتفا کند. در نظر برای علاج باید اکتفا کند به مقدار ضرورت و اضطرار.

شهید ثانی در ذیل این عبارت مرحوم محقق می‌فرماید: «و لو أمكن الطبيب استنابة امرأة أو محرم أو الزوج في موضع العورة في لمس المحلّ و وضع الدواء و جب تقديمه على مباشرة الطبيب».<sup>۲</sup> ولی خود ایشان یک نظر دیگری می‌دهد و می‌گوید: «و الأقوى اشتراط عدم إمكان المماثل المساوی له في المعرفة أو فيما تندفع به الحاجة»، اقوی این است که امکان مماثل شرط نیست. ظاهر عبارت ایشان این است که ایشان مسأله را دایرمدار حاجت کرده است؛ البته قبل از این تصریح کرده و اینجا هم حتی در مسأله معالجه ملاک را روی حاجت برده است. از آن عبارت محقق صاحب شرایع استفاده می‌شود که ایشان کأن ملاک را همان ضرورت می‌داند، حتی در مسأله علاج. پس کأن دو عنوان داریم؛ یکی ضرورت و دیگری حاجت. مسأله علاج را هم یا ذیل عنوان ضرورت قرار داده‌اند یا ذیل عنوان حاجت.

#### قول سوم (صاحب جواهر)

صاحب جواهر اینجا نظر دیگری دارد؛ ایشان می‌فرماید حق آن است که ملاک ضرورت است و نه حاجت. «و الذي يقوى في النظر الجواز للضرورة دون الحاجة»، ملاک جواز نظر، ضرورت است و نه حاجت. ما اینجا را ذکر می‌کنیم برای اینکه با چشم باز وارد ادله شویم؛ چه اجماع، چه روایات و چه دلیل عقلی که اینجا گفته شده است. ایشان معتقد است حاجت از ضرورت اعم است؛ دایره حاجت اوسع از ضرورت است. به نظر شهید ثانی که این عبارت را از او نقل کردیم، حاجت کفایت می‌کند و لازم نیست به حد ضرورت برسد. چون می‌گوید مماثل شرط نیست؛ خود عدم اشتراط مماثل ظهور در آن دارد که ملاک حاجت است و نه ضرورت. لذا شرط مماثل مشعر به این است که ملاک ضرورت است. لذا در عبارت تحریر امام(ره) شروطی را در مورد مقام معالجه ذکر کرده که از آنها برمی‌آید که ایشان ملاک را ضرورت می‌داند. عبارت ایشان این بود: «مقام المعالجة إذا لم يمكن بالمماثل كمعرفة البض إذا لم تمكن بألة نحو الدرجة و غيرها»، از این فهمیده می‌شود که معالجه در صورتی نظر و لمس را جایز می‌کند که این شروط باشد؛ مماثل نباشد و وسیله‌ای که بتوان با آن اندازه گرفت نباشد؛ اینها همه قرینه بر این است که مقام المعالجة که در کلام امام(ره) ذکر شده، در واقع ذیل عنوان ضرورت قرار می‌گیرد و نه عنوان حاجت.

صاحب جواهر می‌گوید ملاک برای جواز نظر، ضرورت است. دلیلی که ایشان ذکر می‌کند، یکی روایات است؛ می‌گوید نصوص و روایات همه بر این دلالت می‌کند که ملاک جواز نظر، ضرورت است. البته در غیر آن عناوینی که بخصوصه در روایات ذکر شده است. ایشان نفی نمی‌کند و نمی‌گوید فقط ضرورت ملاک است؛ می‌گوید در روایات می‌بینیم یک عناوینی ذکر شده لذا آن عناوین به خاطر اینکه منصوص است، خودش مستقلاً موضوع برای جواز و استثناء نظر است. اما به غیر از آن، آنچه که ملاک است اضطرار و ضرورت است؛ و این ضرورت هم فرقی نمی‌کند که عنوان معارضه ما هو اهم فی نظر الشارع بر آن صدق کند

یا نکند. چون ممکن است ضرورت عرفی عند الشارع اهم نباشد؛ عنوان معارضة ما هو اهم فی نظر الشارع بر آن صدق نکند. می‌گوید مهم نیست؛ اگر اضطرار عرفی باشد کافی است. عبارت ایشان را ملاحظه فرمایید: «فالأولی الاقتصار فی الجواز علی خصوص ما فی النصوص، و علی ما قضت به السیرة المعتد بها، و علی ما یتحقق معه اسم الاضطرار عرفاً»؛ می‌گوید اولی این است که در جواز اکتفا کنیم به خصوص آنچه که در نصوص وارد شده و آنچه که سیره معتدبه به آن حاکم است و آنچه که اسم اضطرار عرفاً بر آن صدق می‌کند. «سواء کان ذلك بمعارضة ما هو اهم فی نظر الشارع من مراعاة حرمة النظر و اللمس من واجب أو محرم أو لا»<sup>۳</sup> اعم از اینکه این اضطرار و ضرورت عرفی مصداق ما هو اهم فی نظر الشارع باشد یا نباشد؛ چون یک چیزی ضرورت عرفی هست و در عین حال مصداق ما هو اهم فی نظر الشارع هم هست؛ مثل استنقاذ از غرق شدن، که هم اضطرار عرفی بر آن صادق است و هم ما هو اهم فی نظر الشارع. اما گاهی ممکن است اضطرار عرفی بر آن صدق کند ولی در عین حال ما هو اهم فی نظر الشارع نباشد؛ می‌گوید ما کار نداریم، آن چیزی که اضطرار عرفی بر آن صدق می‌کند ولو اینکه عند الشارع اهم نباشد؛ اضطرار عرفی که فی نظر الشارع اهم نباشد مثل علاج بغیر المماثل. کسی که مریض می‌شود و می‌خواهد معالجه کند، علاج او اضطرار عرفی دارد؛ مثلاً طبیب مرد او را معالجه کند، نبض او را بگیرد، معاینه کند. اما تا مادامی که امکان دارد با درجه معاینه کند، این در نظر شارع اهم نیست. می‌گوید وقتی می‌توانی این را با درجه انجام بدهی یا مماثلی هست که این کار را انجام دهد، لازم نیست این کار صورت بگیرد. بعد ایشان می‌گوید: «فیکون ذلك حينئذ هو المدار فی الجواز»<sup>۴</sup>.

#### اشکال صاحب جواهر به شهید ثانی

پس صاحب جواهر ملاک را ضرورت قرار می‌دهد و حاجت را نمی‌پذیرد. آن وقت در مقام اشکال به صاحب مسالک می‌فرماید بله، اگر این اجماع تمام باشد بحثی در آن نیست، ولی به نظر می‌رسد کسی که نقل اجماع کرده، این را از مواردی که در بعضی از نصوص ذکر شده، استنباط کرده است. در حالی که اجماع بر جواز نظر در مقام حاجت درست نیست؛ چون مبتنی بر استنباط مدعی اجماع است و اینها موجب نمی‌شود که ملاک را حاجت قرار دهیم.

بعد صاحب جواهر اشکالی را در مورد من یرید نکاحها أو شراءها مطرح می‌کند. در مسالک آمده بود که «إن من ذلك النظر الی من یرید نکاحها أو شراءها»؛ یعنی از آن مواردی که احتیاج به آن است و چه بسا مثلاً ضرورت باشد این است که کسی که می‌خواهد با دیگری ازدواج کند او را ببیند؛ نظر به من یرید نکاحها أو شراءها را صاحب مسالک جایز دانسته است. صاحب جواهر می‌فرماید نظر به من یرید نکاحها أو شراءها، ضرورت ندارد و این از مصادیق اضطرار نیست، بلکه اگر قائل به جواز شدیم، این دلیل خاص است و لذا می‌گوییم جایز است؛ هرچند کسی باشد که او را ببیند و توصیف کند. چون اگر دایرمدار اضطرار بود، در صورتی که دیگری می‌توانست توصیف کند، اضطرار مرتفع می‌شد و دیگر حق نداشت که نگاه کند. اضطرار معنایش این است که اگر جایگزین نداشته باشد باید به سراغ این بیاییم. اما می‌بینیم در این مورد چون روایت و نص خاص داریم، می‌گوییم جایز است؛ لذا حتی اگر کسی هم باشد که این را توصیف کند، باز هم می‌گوییم جایز است، چون دایرمدار

۳. جواهر، ج ۳۰، ص ۱۵۴.

۴. همان.

اضطرار نیست بلکه دایرمدار نص خاص است. لذا در مقام تحمل و اداء شهادت هم ایشان می‌گویند اگر نسبت به آنها هم قائل به جواز شویم، بخاطر نص خاص و روایت است و نه از باب اضطرار.

### جمع‌بندی دیدگاه‌ها

پس ملاحظه فرمودید بالاخره کسانی مثل شهید ثانی عنوان حاجت را ذکر کرده‌اند. وقتی که به عبارات نگاه می‌کنیم، چند عنوان می‌بینیم؛ عنوان ضرورت که محقق صاحب شرایع آن را ملاک جواز نظر دانسته است. طبق این ملاک، آنچه که امام اینجا فرموده‌اند در واقع مصداق ضرورت می‌شود؛ مقام معالجه هم با این شروطی که ذکر کرده‌اند، مقام ضرورت می‌شود. آن وقت جای این اشکال به امام (ره) هست که ذکر مقام ضرورت کفایت می‌کرد و دیگر نیازی به ذکر مقام معالجه نبود. مگر اینکه بگوییم چون روایات به خصوص این را ذکر کرده، امام هم آن را بیان کرده است. لذا طبق این بیان، می‌تواند مقام معالجه مصداقی از مصداق مقام ضرورت باشد؛ در این صورت، دیگر نسبت اعم و اخص من وجه یا عام و خاص نیست؛ نسبت مصداق و کلی است. در مورد حاجت هم صاحب مسالك فرمودند نسبت حاجت و ضرورت اعم و اخص است؛ چون کل ضرورت حاجه اما کل حاجه لم تكن بضرورة؛ هر حاجتی ضرورت نیست.

در کنار اینها، عنوان ما هو اهم فی نظر الشارع من مراعاة حرمة اللمس و النظر هم هست. نسبت ما هو مراعاته اهم فی نظر الشارع با حاجت و ضرورت چیست؟ الان سه عنوان در اینجا داریم؛ ما هو اهم فی نظر الشارع که در عبارات آمده است. ما هو اهم مطلقاً چه فی نظر الشارع و چه فی غیر نظر الشارع، هر چه اهم است عقلاً. یک عنوان ضرورت داریم و یک عنوان حاجت. اگر بخواهیم عناوین را ذکر کنیم، در واقع چهار عنوان می‌شود؛ یک سری عناوین خاص است که صاحب جواهر و امثال ایشان می‌گویند که اینها را باید از روایات استفاده کرد. باید ببینیم روایات چه عناوینی را مستثنی قرار داده است. به غیر از آن عناوین خاص که بعضی مثل صاحب جواهر این عناوین خاص را جدا از آن عناوین عام و کلی محاسبه می‌کند؛ یک کسی مثل صاحب جواهر کأن می‌گوید دو جور عنوان داریم که استثنا شده است؛ یک سری عناوین خاص است، مثل من یرید نکاحها؛ یک سری هم عناوین عام است و آن هم موارد اضطرار عرفی است. پس یک عنوان خاص داریم و یک عنوان عام اضطرار عرفی داریم؛ یک عنوان اضطرار و ضرورت به نحو مطلق داریم. گاهی ضرورت به نحو مطلق استعمال می‌شود؛ این ضرورت به نحو مطلق هم شامل ضرورت عرفی می‌شود و هم شامل ضرورت شرعی؛ بعضی‌ها اینطور مطرح کرده‌اند. یک عنوان حاجت هم داریم؛ عنوان حاجت هم نسبت به عنوان ضرورت اعم و اوسع است از حیث مفهوم. یک عنوان ما هو اهم هم داریم؛ باز ما هو اهم در بعضی از کلمات فی نظر الشارع کنارش آمده مثل صاحب جواهر که این را ایشان ملاک ندانسته و می‌گویند ضرورت عرفی چه فی نظر الشارع اهم باشد و چه نباشد، قهراً موارد ما هو اهم فی نظر الشارع، بالاخره جزء موارد استثنا می‌شود. یک عبارت و عنوان داریم ما هو اهم عقلاً، یعنی همان اهم و مهم مطلقاً؛ هر چیزی که از دید عقل اهم باشد.

### دسته‌بندی دیدگاه‌ها

با وجود این عناوین، دو نگاه نسبت به موارد استثنا ذکر شده است.

**دیدگاه اول:** یک نگاه این است که آنچه استثنا شده یک عنوان عام است و همه موارد دیگر مصداق‌ها و مثال‌های این عنوان عام هستند. البته در این عنوان عام اختلاف است؛ یکی می‌گوید این عنوان عام حاجت است و دیگری می‌گوید این عنوان عام ضرورت است، یکی هم می‌گوید این عنوان عام اهم است. با قطع نظر از اختلاف در خود عنوان عام، یک دسته از فقها آنچه

که استثنا شده را یک عنوان عام دانسته‌اند و همه موارد ذکر شده در روایات و عبارات فقها را مثال‌ها و مصادیق این عنوان عام دانسته‌اند. اگر بخواهیم از گروه اول نام ببریم، مثل شهید ثانی در مسالک و از معاصرین هم مثل مرحوم آقای فاضل و آقای مکارم، البته با اختلافی که خود اینها در عنوان دارند.

**دیدگاه دوم:** یک دسته می‌گویند عناوین خاص به جای خود هست و در کنار این یک عنوان عام هم داریم، مثل صاحب جواهر که می‌گوید عناوین خاص را از روایات بدست می‌آوریم و عنوان اضطرار عرفی هم داریم. اینکه کسی تمام موارد استثنا را فقط منحصر در عناوین خاص کند و بگوید غیر از عناوین خاص اصلاً استثنایی نداریم و هیچ عنوان عامی وجود ندارد که استثنا شده باشد، ظاهراً در بین اقوال و انظار یافت نمی‌شود.

این دسته‌بندی اقوال و انظار و اینکه تمرکز این اقوال روی کدام یک از این جهاتی که عرض کردیم، به ما یک دیدی می‌دهد که ادله را بهتر و دقیق‌تر مورد ارزیابی قرار دهیم. با بررسی‌ای که پیرامون این اقوال و انظار به میان آمد، حالا خودمان سراغ ادله می‌رویم و ببینیم واقعاً کدام یک از ادله را می‌توان در اینجا استفاده کرد. آیا ادله عامه اضطرار در اینجا قابل استناد است؟ حدیث رفع قابل استناد است؟ قاعده لاضرر قابل استناد است؟ بعد از اینکه اینها را بررسی کردیم، در آخر خواهیم گفت که آنچه استثنا شده عناوین خاص است یا عنوان عام است؛ اگر عنوان عام است، کدام استثنا شده است.

«والحمد لله رب العالمین»