



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۲۵ آذر ۱۳۹۹

مصادف با: ۲۹ ربیع الثانی ۱۴۴۲

موضوع جزئی: مسئله ۲۲- مستثنیات حرمت نظر و لمس - ادله استثناء - ادله عامه - نتیجه ادله سه گانه -

دلیل چهارم و بررسی آن

جلسه: ۵۳

سال سوم

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

خلاصه جلسه گذشته

عرض شد در مورد مستثنیات حرمت نظر و لمس دو دسته دلیل وجود دارد؛ یک دسته ادله عامه است که خود این ادله به چند دلیل تقسیم می شود. سه دلیل را ذکر کردیم؛ یکی روایات باب اضطرار بود. دوم، روایتی که صاحب جواهر به آن استدلال کردند. سوم، حدیث رفع بود. یک اشکالی مرحوم آقای خوبی به روایات باب اضطرار کردند که البته به حسب اینکه موضوع دلیل دوم و سوم هم اضطرار است، قهراً اشکال ایشان، به استدلال به آن دو دلیل دیگر هم وارد می شود. این اشکال را پاسخ دادیم و عرض کردیم مشکلی در استدلال به این روایات نیست.

نتیجه ادله سه گانه

فقط قبل از اینکه سراغ دلیل چهارم برویم، یک جمع بندی از مدلول این ادله و روایات داشته باشیم و ببینیم آنچه که با این ادله ثابت می شود چیست. ملاحظه فرمودید که در این ادله، مدار جواز لمس و نظر، اضطرار است، و اگر اضطرار مریض کشف او را در برابر طبیب غیر مماثل جایز کند، جواز نظر و لمس برای طبیب هم ثابت می شود. لکن مسأله این است که در مورد معالجه، حد آن اضطراری که می تواند مجوز نظر و لمس باشد، کدام است. چون عرض کردیم اضطرار بالنسبة به معالجه تارة در خود علاج است و اخری در شرایطی که برای علاج در حال اضطرار ذکر شده است. این دو مهم است؛ می خواهیم ببینیم آن معالجه ای که مسأله اضطرار در آن دخیل است و به ملاک اضطرار استثناء شده، کدام است؟ معالجه بما هی معالجه طبق این ادله ملاک نیست؛ این ادله نهایتاً اثبات می کند معالجه به عنوان یک مصادیق اضطرار استثناء شده است.

حدود جواز معالجه براساس اضطرار

پس اگر ملاک و مدار بر اضطرار باشد، آن وقت باید حدود و ثغور این اضطرار را به دقت معلوم کنیم.

جهت اول

در ساحت اول، اضطرار در معالجه به این است که شخص به بیماری ای گرفتار شده که اگر علاج نشود موجب هلاکت او می شود؛ این قطعاً از مصادیق اضطرار و ضرورت است. لکن ممکن است بیماری باشد که اگر علاج هم نشود موجب هلاکت نیست. یک بیماری ای است که اصل علاج را ضروری می کند؛ این هم در محدوده استثناء قرار می گیرد. به عبارت دیگر وقتی می گوئیم اصل علاج، اضطراری و ضروری باشد، این اضطرار و ضرورت صرفاً مربوط به بیماری ای نیست که موجب هلاکت شود؛ اگر فرضاً کسی یک مشکلی در یکی از اعضای او پیدا شده که اگر علاج نکند، نقص عضو ایجاد می شود؛ این هم به هر حال هلاکت عضو است و اینجا هم اصل علاج ضروری است. حتی ممکن است کسی یک مشکلی پیدا کند که اگر علاج نشود،

گرفتاری‌هایی را برای او ایجاد می‌کند؛ ولی موجب هلاکت نفس و نقص عضو نیست. اینجا می‌توانیم بگوییم اصل علاج ضروری و اضطراری است؟

به نظر می‌رسد در این موارد ملاک تشخیص عرف است؛ اگر معالجه را به عنوان اضطرار - با این ادله - استثنا کنیم از حرمت نظر و لمس، در جایی که اصل علاج ضروری و اضطراری باشد، حرمت نظر و لمس برداشته می‌شود. ملاک تشخیص آن چیست و چه کسی باید تشخیص دهد اصل علاج ضروری و اضطراری است؟ عرف. لذا وقتی ملاک تشخیص ضرورت و اضطرار برای علاج را عرف قرار می‌دهیم، این هم شامل آنجایی می‌شود که علاج برای جلوگیری از هلاکت نفس است و هم شامل آنجایی می‌شود که علاج برای جلوگیری از فوت و از بین رفتن عضوی از اعضا است و هم شامل آنجایی می‌شود که اگر علاج نشود، مشکلاتی را ایجاد می‌کند. مثلاً اگر علاج نشود، حرج را در پی دارد. آیا عرف در جایی که چیزی حرجی بشود، این را مصداق ضرورت می‌داند یا نه؟ حرج یک مشقتی است که برخلاف روال عادی زندگی است؛ چون حرج بر دو نوع است، حرج شدید و حرج متعارف. حالا اگر کسی خیلی حساس و نازک‌نارنجی باشد که هر چیزی را برای خودش حرج بداند، این غیرمتعارف است. مثلاً در قدیم آب نبود و در زمستان‌ها باید از رودخانه آب می‌آوردند؛ حالا یک کسی صبح زمستان می‌خواست وضو بگیرد و نماز بخواند. اینکه بخواهد در سرمای زمستان از رودخانه آب بیاورد، این حرج و مشقت بود؛ لذا این شخص می‌تواند تیمم کند. البته این جا فقط حرج هم نیست؛ خوف ضرر هم دارد. چون دو عنوان در اینجا می‌تواند پیش آید؛ یک وقت خوف ضرر است و یک وقت حرج است. می‌خواهیم ببینیم اگر ملاک برای تشخیص اضطرار و ضرورت عرف باشد، عرف در چنین مواردی حکم می‌کند به اینکه اینجا اضطرار یا ضرورت پیش آمده؟ به این وسعت بعید است که عرف این را مصداق ضرورت و اضطرار بداند.

به هر حال این سه دلیل، ملاک جواز نظر را اضطرار یا به تعبیری ضرورت قرار می‌دهد. اگر ملاک این باشد، هر جا عرف تشخیص داد علاج ضروری است، نظر و لمس جایز است. لذا حتی ممکن است یک جایی عرف علاج را ضروری بداند و مریض را مضطر به معالجه بداند، ولی خوف هلاکت نفس یا نقص عضو هم نباشد. دیگر آن وقت اینجا هر علاجی استثنا نشده است؛ چون معالجه بما هو معالجه ملاک نیست. این دایرمدار ضرورت و اضطرار می‌شود.

جهت دوم

حالا فرض کنیم اصل علاج ضروری است، اما آیا با وجود طبیب مماثل می‌تواند سراغ غیر مماثل برود؟ آیا با وجود ابزارهایی که می‌تواند کمک کند تا لمس اتفاق نیفتد، می‌تواند لمس کند؟ این برمی‌گردد به اینکه در موارد ضرورت باید اکتفا کرد به مقدار ضرورت؛ چیزی که امام(ره) در ذیل عبارت تحریر به آن اشاره کرده‌اند. اگر مسأله ضرورت و اضطرار ملاک قرار بگیرد، چنانچه با این ادله تقریباً این مسلم شد که اضطرار و ضرورت یکی از مقاماتی است که حرمت نظر و لمس در آن استثنا شده است؛ ولی باید به مقدار ضرورت اکتفا شود. پس حدود و ثغور استثنای معالجه بما أنه من مصادیق الضرورة و الاضطرار، هم در مورد اصل علاج و هم در شرایط آن، معلوم می‌شود. یعنی با این ادله هم اصل استثنا را ثابت می‌کنیم و وقتی هم ملاک اضطرار شد، دیگر حدود و ثغورش هم معلوم است که اصل علاج باید صدق کند ضروری باشد و در ضرورت و اضطرار هم باید به مقدار ضرورت و اضطرار اکتفا شود. بر این اساس تا اینجا با این ادله علاج برای زیبایی استثنا نمی‌شود.

سؤال:

استاد: آن را قبلاً گفتیم که محل اشکال است و اساساً صدق عنوان علاج بر آن محل اشکال است. مثلاً عمل زیبایی بینی می‌کنند ولی می‌گویند انحراف بینی یا پولیپ بینی دارد که این باعث مشکلات تنفسی می‌شود یا در موقع خواب مشکلاتی ایجاد می‌کند. ... این تابع نظر عرف است. ... حتی اگر معالجه بما هو معالجه هم استثنا شود، شامل اینطور علاج‌ها و عمل‌ها نمی‌شود.

به هر حال طبق آنچه که از این سه دلیل استفاده می‌شود، مادامی که علاج به حد ضرورت نرسد، جواز نظر و لمس در آن ثابت نمی‌شود.

دلیل چهارم: قاعده لاضرر

مرحوم آقای حکیم به قاعده لاضرر استناد کرده‌اند که نظر و لمس را جایز می‌کند. می‌گوید اگر مریض در صورت عدم علاج ضرر کند، او می‌تواند به طبیب رجوع کند و طبیب هم او را معالجه کند و در این جهت، نظر و لمس هم اگر لازم باشد، مانعی ندارد. ایشان در واقع بین قاعده لاضرر و روایات مربوط به اضطراب تفصیل می‌دهد. کأن در مورد آنها می‌گوید نمی‌توان به طبیب اجازه نظر و لمس داد؛ چون روایات باب اضطراب نهایتاً رجوع به طبیب را برای بیمار زن جایز می‌کند؛ اما به طبیب اجازه نمی‌دهد که مریض را معاینه و لمس کند و او را ببیند. گویا همان اشکالی که مرحوم آقای خوئی گفتند، حالا آقای حکیم متقدم بر ایشان است ولی مطلب همین است که کأن مرحوم آقای حکیم بین این دو صورت تفصیل می‌دهد. مرحوم آقای حکیم می‌گوید روایات باب اضطراب تنها برای بیمار تجویز کشف و رجوع را ثابت می‌کند. اما طبیب اضطراب به معالجه که ندارد، لذا با مسأله اضطراب نمی‌توان جواز نظر و لمس طبیب را ثابت کرد. اما ضرر اینطور نیست؛ می‌گوید اگر لاضرر اجازه رجوع به طبیب را به بیمار زن می‌دهد، این اقتضا می‌کند که طبابت طبیب برای او جایز باشد؛ چون او کأن می‌خواهد جلوی ضرر را بگیرد و لاضرر اقتضا می‌کند که برای جلوگیری از ضرر، برای طبیب هم جایز باشد که نگاه و لمس کند تا این زن علاج شود. اگر بگوییم جایز نیست که طبیب او را معالجه کند، این در واقع با لاضرر سازگار نیست. لاضرر همانطور که به زن اجازه می‌دهد به طبیب مراجعه کند تا ضرر پیش نیاید، همین لاضرر اقتضا می‌کند طبیب مرد او را معالجه کند و اگر نیاز است او را لمس کند یا ببیند. اگر بگوییم این جایز نیست، در واقع کأن لاضرر را نادیده گرفته‌ایم و این موجب ضرر می‌شود و این با ادله لاضرر که می‌خواهد مانع ضرر باشد، سازگار نیست. لذا حکم به عدم جواز معالجه توسط طبیب مرد منافات دارد با ادله لاضرر. مرحوم آقای حکیم دلیل می‌آورد برای جواز نظر و لمس و استئنا و می‌گوید «لعموم ما دلّ علی الجواز للضرورة مثل قاعدة لا ضرر و لا ضرار»، برای اینکه ادله جواز عام است و شامل این مورد می‌شود؛ ادله‌ای که در مقام ضرورت محرّمات را جایز می‌کند، اینجا را در برمی‌گیرد. به این نکته هم عنایت داشته باشید که می‌گوید «مثل قاعدة لا ضرر»؛ برای ضرورت مثال می‌آورد به قاعده لاضرر. در ادامه می‌فرماید: «و أما قوله (ع): ما من شيء إلا وقد أحله الله تعالى لمن اضطر اليه، فيختص بالمضطر ولا يشمل الطبيب»؛ آن ادله مختص به مضطر است و شامل طبیب نمی‌شود. تعبیر ضرورت به کار برده است؛ می‌گوید «لعموم ما دلّ علی الجواز للضرورة»^۱، همه ادله‌ای که دلالت بر جواز می‌کند، به واسطه ضرورت شامل اینجا هم می‌شود.

استاد: ضرر را مصداق ضرورت دیده ولی باید دید رابطه ضرورت و اضطرار چیست؟ عام و خاص. یعنی کأن یک مواردی هست که ضرورت هست ولی اضطرار نیست. ولی عکس آن اینطور نیست که جایی اضطرار باشد و ضرورت نباشد. ... در مورد مقام ضرورت این را برده در بحث مزاحمت و معارضه. البته ادله به حسب موارد متفاوت است؛ یعنی مثلاً آنجایی که بحث معالجه پیش آمده یک دلیل آورده‌اند؛ آنجایی که بحث ضرورت است یک دلیل آورده‌اند؛ برای معارضه هم یک دلیل دیگر. مسأله ضرورت را مرحوم آقای خوئی برده در دایره مزاحمت اهم و مهم؛ یعنی آن هم مصداق ضرورت است. ما اینها را بعداً خواهیم گفت. اما از این عبارت اینطور فهمیده می‌شود که هر چه که دلالت می‌کند بر جواز للضرورة، قبلاً هم گفتیم تعابیر مختلف است. ضرورت گفته‌اند، اضطرار هم گفته‌اند، از این عبارت استفاده می‌شود که ضرورت اعم از اضطرار است.

به هر حال بین ضرورت و اضطرار، نسبت عموم و خصوص مطلق است؛ کل ضرورة لیس با اضطرار اما کل اضطرار ضرورة. ... می‌گوید به این دلیل آن چیزهایی که دال بر جواز است للضرورة می‌شود استناد کرد، مثل قاعده لاضرر که آن را برده تحت عنوان ضرورت. ... من هم این را می‌گویم که در اینجا از دید ایشان کاملاً روشن است که به ادله و روایات باب اضطرار نمی‌شود استناد کرد چون اضطرار را در رابطه با طبیب ثابت نمی‌کند. ولی به عنوان ضرورت می‌شود تمسک کرد؛ یعنی هر دلیلی که به نوعی از باب ضرورت جایز می‌داند محرمات را، الضرورات تبيح المحظورات، به آنها می‌شود تمسک کرد. پس یک وقت مسأله را می‌بریم در عنوان ضرورت، اضطرار هم یک ضرورت است؛ منتهی ما همین فرد را نه از باب اضطرارش، از باب ضرورت می‌گوییم يجوز؛ طبیب هم می‌تواند معالجه کند و نظر و لمس برای او جایز است. اینجا کاملاً روشن است؛ به هر حال به نظر می‌رسد نسبت بین ضرورت و اضطرار عام و خاص مطلق باشد. اینجا ایشان می‌خواهد بگوید به دلیل اضطرار نمی‌توانیم تمسک کنیم اما به دلیل ضرورت و به ادله‌ای که تحت عنوان ضرورت قرار می‌گیرد می‌توانیم تمسک کنیم. ... ایشان می‌گوید قاعده لاضرر همانطور که اقتضا می‌کند ضرر باید برداشته شود و این زن برای دفع ضرر از خودش به طبیب می‌تواند رجوع کند. طبیب هم می‌تواند او را معالجه کند؛ چون اگر این کار را نکند، ضرر برای او پیش می‌آید. ... این تابع آن است که ببینیم آیا واقعاً قاعده لاضرر می‌تواند اینجا کمکی کند یا نه. ظاهراً این است که طبیب هم می‌تواند معالجه کند و نظر و لمس برای او جایز است، چرا؟ چون اگر مجاز نباشد و اگر نظر و لمس برای او جایز نباشد و قهراً نتواند معالجه کند، این موجب ضرر بر غیر می‌شود؛ در حالی که لاضرر هر نوع ضرری برمی‌دارد. پس این کار این هم برای اینکه منجر به ضرر بر او نشود، به واسطه لاضرر برداشته می‌شود. ...

البته آقای حکیم در مورد روایت ابو حمزه ثمالی می‌گوید ممکن است شامل شود که البته هنوز ما وارد آن نشده‌ایم.

اشکال محقق خوئی

مرحوم آقای خوئی می‌گوید قاعده لاضرر هم نمی‌تواند مجوز معالجه طبیب و جواز نظر و لمس برای او باشد. مرحوم آقای خوئی فرقی بین روایات باب اضطرار و قاعده لاضرر نمی‌بیند. ایشان می‌گوید: «و لا يخفى أنه لا مجال للتمسك لإثبات الحكم بقاعدة نفي الضرر، أو قوله (عليه السلام): ليس شيء مما حرم الله إلّا وقد أحله لمن اضطر إليه...»^۲ باز ایشان اینجا

۲. مبانی العروة، ج ۲۲ (کتاب النکاح)، ص ۶۲.

هیچ توضیحی نمی‌دهد و فقط می‌گوید فرقی نمی‌کند قاعده لاضرر هم فقط مجوز کشف مریض نفسها در مقابل طبیب را می‌دهد؛ یعنی او می‌تواند رجوع کند و ساتر را بردارد و اجازه بدهد که دیگران لمس کنند یا نظر کنند برای علاج. ولی دیگر توضیح نداده، در قاعده لاضرر هم می‌گوید نمی‌شود؛ فرقی نمی‌کند، نه اضطرار و نه این، هیچ کدام مسأله را نسبت به طبیب اثبات نمی‌کند. علی الظاهر منظورشان این است که لاضرر در واقع نفی حکم ضرری می‌کند؛ یعنی در شریعت هیچ حکمی که موجب ضرر بر مکلف شود جعل نشده است. لاضرر و لاضرار معنایش این است که شارع هیچ حکمی را که موجب ضرر بر مکلفین شود، جعل نکرده است. پس آن ضررهایی که با لاضرر نفی می‌شود چه ضررهایی است؟ ضررهایی است که از ناحیه شارع ایجاد شود، از ناحیه قانون الهی بر دیگران تحمیل شود. مثلاً شارع وضویی که موجب ضرر باشد را واجب نکرده است؛ غسلی که موجب ضرر باشد را واجب نکرده است. اما ضررهایی که به شریعت مربوط نیست، با لاضرر برداشته نمی‌شود. ضرری که خود این شخص در ایجاد آن دخیل نبوده، واجب نیست برداشتنش؛ طبیب چه دخلی در ایجاد ضرر دارد؟ او که موجب ضرر نشده است. بله، برای خود مکلف همانطور که اگر وضو ضرری باشد برداشته می‌شود، اگر علاج هم نکند عدم العلاج هم موجب ضرر می‌شود یا به تعبیر دیگر حرمة اللمس و النظر اگر بخواهد موجب ضرر بر او شود برداشته می‌شود، اما این در مورد طبیب چنین اقتضایی ندارد. این در مورد زن می‌گوید بله، اگر تو داری ضرر می‌کنی من حرمت نظر و لمس را به خاطر دفع ضرر از تو برمی‌دارم. اما در مورد طبیب چطور؟ او مشمول این قاعده نیست. به عبارت دیگر دفع ضرر عن الغیر برای طبیب واجب نیست. طبق قاعده لاضرر دفع ضرر موجود واجب نیست. بله، اگر طبیب بخواهد کاری کند که آن هم موجب ضرر بر غیر شود، آن هم برداشته می‌شود؛ اما ضرری که برای او آمده، دفعش برای این طبیب واجب نیست و اصلاً این مشمول قاعده لاضرر نیست.

این اشکالی است که نسبت به این دلیل وجود دارد. آیا می‌توانیم این اشکال را پاسخ دهیم؟ همانطور که در مورد آن سه دلیل گفتیم. این را در جلسه آینده بیان خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»