



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۲۹ آذر ۱۳۹۹

مصادف با: ۴ جمادی الاول ۱۴۴۲

موضوع جزئی: مسئله ۲۲- مستثنیات حرمت نظر و لمس - ادله استثناء - ادله عامه - دلیل پنجم: قاعده اهم و مهم

و بررسی آن - دلیل خاص: روایت ابو حمزه ثمالی

جلسه: ۵۵

سال سوم

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

بحث در ادله استثناء معالجه از حرمت نظر و لمس بود. تا اینجا چند دلیل بر استثناء ذکر شد و حدود و ثغور دلالت این ادله مورد بررسی قرار گرفت.

دلیل پنجم: قاعده اهم و مهم

بر اساس این قاعده عقلی که بنای عقلا هم بر آن است، هر چیزی که اهم باشد بر مهم مقدم می‌شود. ترجیح اهم بر مهم به عنوان یک کبری، مورد ادراک حکم عقل است و این از مدرکات عقلیه است و سیره عملی عقلا هم بر آن استوار است و در شرع هم موارد فراوانی از تقدیم اهم بر مهم را چه به صورت بیان یک کبرای کلی و چه در جزئیات و به عنوان صغری می‌بینیم. خیلی نمی‌خواهیم وارد بحث از این قاعده و وجه حجیت آن شویم؛ اینها بحث‌هایی است که باید در علم اصول درباره آن بحث کرد که این قاعده آیا یک قاعده‌ای است که حتی می‌توانیم مصلحت را هم در دل آن بگنجانیم؛ آن وقت بر این اساس اگر شمول و گستردگی این قاعده را در نظر بگیریم، باید در خصوص معالجه حتی در فرض مصلحت بتوانیم قائل به استثناء شویم.

این دلیل متشکل از یک کبری و صغری است؛ صغری آن است که معالجه اهم است در نظر شارع از رعایت حرمت نظر و لمس. کبری این است که اهم بر مهم مقدم می‌شود؛ نتیجه، تقدیم معالجه بر حرمت نظر و لمس است. این دو مقدمه منتج به جواز نظر و لمس در مورد معالجه می‌شود، به این اعتبار که معالجه اهم است.

همانطور که اشاره شد، کبرای این استدلال و دلیل در جای خود ثابت شده است؛ صغری هم چیزی است که تشخیص آن به عهده افراد است؛ اینکه این مورد را اهم بدانند، این هم باید ثابت شود تا آن نتیجه فراهم شود.

اگر ما این استدلال را بپذیریم، قهراً دیگر مسأله منحصر در معالجه نیست؛ سایر موارد هم می‌تواند در ذیل این قاعده اثبات شود. در بین فقها طبیعتاً یک دخالت‌هایی صورت گرفته برای بیان اهمیت معالجه، یا به تعبیر دیگر شرایطی که معالجه را اهم از حرمت نظر و لمس می‌کند؛ یعنی حدود و ثغوری از این جهت برای آن تصویر می‌شود. اینکه در صغری بعضاً شروطی گذاشته می‌شود یا حتی اختلاف واقع شده، این دیگر لطمه‌ای به کبری نمی‌زند. مثلاً در مورد معالجه در همین متن تحریر دو یا سه شرط ذکر شده است؛ یکی اینکه طبیب مماثل نباشد. طبیعتاً بودن طبیب مماثل ممکن است آن اهمیت را نسبت به معالجه از بین ببرد؛ یا ابزاری که به واسطه آن ابزار بتوان این کار را انجام داد که دیگر نیازی به نظر و لمس نباشد، قهراً این یک محدودیتی برای این مسأله تعیین می‌کند. یا مثلاً بعضی از شافعیه شرط گذاشته‌اند که اگر معالجه نشود به نحوی که موجب

فوات عضو باشد، آن گاه است که نظر و لمس جایز می‌شود. یعنی شرط گذاشته‌اند برای جواز نظر و لمس علاوه بر فوت و هلاکت نفس، اینکه مثلاً باید به نحوی باشد که اگر معالجه صورت نگیرد، منجر به از بین رفتن و هلاکت عضو شود؛ در این صورت جواز نظر و لمس وجود دارد. و الا اگر یک بیماری باشد که اگر علاج نشود، منجر به فوت عضو نمی‌شود، اینجا می‌گویند باید حرمة النظر و اللمس را رعایت کند و سراغ طبیب غیر مماثل نرود.

بررسی دلیل پنجم

این دلیل هم از ادله عامه است. اگر بخواهیم این دلیل را مورد بررسی قرار دهیم، قهراً به چند مطلب باید توجه کنیم.

۱. یک مطلب همان است که در ابتدای بحث عرض کردم و آن اینکه اگر پای تقدیم اهم بر مهم به میان آید، یکی از عرصه‌های تقدیم اهم بر مهم، مسأله مصلحت است. مسأله مصلحت متفاوت از عنوان ضرر و ضرورت و اضطرار است. مصلحت با عنوان حرج، متفاوت است؛ یعنی وقتی سخن از مصلحت به میان می‌آید، ممکن است هیچ یک از آن عناوین در آن وجود نداشته باشد. بله، رفع ضرر خودش یک مصلحت است؛ رفع اضطرار خودش یک مصلحت است. ضرورت یا رفع حرج، اینها همه به یک معنا مصلحت است، اینکه انسان گرفتار عسر و حرج نشود. اما یک فرضی را هم می‌شود تصویر کرد که هیچ یک از این عناوین نباشد و در عین حال مصلحت باشد؛ حالا این مصلحت البته در جای خودش باید مورد بررسی قرار بگیرد که منظور چیست. آیا منظور منفعت عینی و خارجی و شخصی است، یا یک منفعت عمومی است؟ منفعت مادی است یا معنوی؟ منفعت دنیوی است یا اخروی؟ ولی اجمالاً باید بپذیریم که چه‌بسا جایی عنوان مصلحت پیدا شود و هیچ یک از این عناوین هم نباشد. پس در آن صورت هم باید بگوییم قاعده تقدیم اهم بر مهم اقتضا می‌کند معالجه مقدم بر رعایت حرمت نظر و لمس شود.

۲. دوم اینکه آیا همه موارد دیگر را می‌توانیم به این مورد برگردانیم؟ ما به خصوص در خصوص معالجه بحث می‌کنیم؛ ابتدای سخن هم گفتیم که برای استثناء معالجه دو دسته ادله وجود دارد؛ یک سری ادله عامه و یک سری خاصه. گرچه این ادله عامه بعضاً در سایر مقامات هم مورد استناد قرار می‌گیرد. اما آیا این قاعده و قانون می‌تواند جامع همه آن عناوین باشد؟ یعنی مقام الضرورة را هم دربرگیرد، مقام تحمل و اداء شهادت را در بر بگیرد، آیا این در ذیل این قانون قرار می‌گیرد؟ جواز النظر لمن یرید تزویجها، آیا این هم در ذیل همین قاعده قرار می‌گیرد؟

سؤال:

استاد: صحیحه ابی حمزه ثمالی را داریم. دو دسته دلیل داریم؛ می‌گوییم مقام معالجه استثناء شده است. ... وقتی می‌خواهیم بگوییم مثلاً در مقام معالجه به این ادله استثناء شده نظر و لمس، چه اشکال دارد که هم به ادله خاصه و هم به ادله عامه تمسک کنیم؟ ... می‌گوییم لو فرض روایتی که مبین عنوان به خصوصه هست، اصلاً از نظر دلالتی و سندی مشکل داشته باشد؛ این دلیل هم هست. ... در خیلی از موارد در مقام استدلال حتی به اصل عملی تمسک می‌کنیم. ... این نحوه استدلال برای یک حکم شرعی و بررسی آن از جوانب و جهات مختلف مرسوم است و در همه فروع این بحث هست. این هیچ مانعی ندارد و اینطور نیست که اگر شما دلیل خاص داشتید، دیگر نتوانید سراغ ادله عام بروید. ... به هر حال این موضوع اگر استثناء شده باشد، به هر عنوانی کأن این شرایط یک مصداقی برای این است. یعنی آقایان اگر دلیل متضمن عنوان اولی را هم نداشته باشند، کأن این

را به عنوان یک مصداقی از مصادیق آن فرض کرده‌اند؛ لذا دیگر بحث ندارد.

من یرید تزویجها یا الامة التي یرید شراءها، اینها همه می‌شود مصداق این قاعده؛ آیا این چنین است؟ یعنی مردی که می‌خواهد با یک زن ازدواج کند، می‌تواند او را ببیند؟ این می‌تواند بر اساس مصلحت جایز شود؛ اگر در مصادیق اینها اشکالی نداشته باشیم، اینجا را هم می‌تواند شامل شود. همچنین من یرید شراءها، مقام التحمل اداءً و شهادةً؛ نساء اهل ذمه، قواعد من النساء و آنهایی که یأس از نکاح برای آنها هست. اینکه ما بعضی از این مصادیق را مصداق مصلحت قرار دهیم یا ندهیم، این امری است که اینجا حداقل خیلی نیازی به بحث از آن نیست. اینها بحث مصداقی است؛ ممکن است در مصادیق اختلاف باشد. بله، ما می‌گوییم نظر به نساء اهل ذمه در غیر از وجه و کفین، چون اصلاً بحث در غیر وجه و کفین است، آن مواضعی که آشکار بودن آنها متعارف و معتاد است، این اصلاً ربطی به مصلحت ندارد. یک کسی ممکن است بگوید همین جا هم مصلحت است؛ بدین معنا این مصلحتی است که برای مکلفین و مسلمین است؛ اگر آنها می‌خواستند از این نظر ممنوع شوند، گرفتار مشقت و سختی و حرج می‌شوند. یا در مورد قواعد من النساء هم همین طور که ممکن است کسی بگوید اینجا هم مصلحت است از این زاویه که عدم جواز النظر مستلزم مشکلات و مشقت‌هایی است. اینها بحث‌هایی است که به اختلاف در مصداق برمی‌گردد.

سؤال:

استاد: ادله داشتیم یعنی مصلحت و قاعده اقتضا می‌کند که می‌توانیم این کار را انجام دهیم. حرمة النظر و اللمس به حسب اولی بیان شده و ثابت شده است. ... پس تخصص نیست؛ عمومات حرمت نظر و لمس اقتضا می‌کند نظر به غیر مماثل به غیر از وجه و کفین جایز نباشد؛ از این، گروه‌هایی استثنا شده‌اند، مثل قواعد من النساء. ما دلیل می‌آوریم بر استثنا و تخصیص و اینها را خارج می‌کنیم. ادله‌ای که برای اخراج اینها می‌آوریم، چند دلیل می‌تواند باشد؛ هم می‌تواند دلیل اولی باشد و هم به عنوان ثانوی. ... می‌گوییم منع و اشکالی از این جهت وجود ندارد که ما به ادله متعدد که سنخ‌هایشان متفاوت است تمسک کنیم. ... الان اینجا صحیحه ابی حمزه ثمالی در کنار این چند دلیل، مثل ادله اضطرار حکم را ثابت می‌کند. شما استدلال به حدیث رفع و به ادله اضطرار را در اینجا قبول ندارید؟ ... استدلال به قاعده تقدیم اهم بر مهم را در معالجه قبول دارید؟ ... اینجا مرحوم سید نساء اهل ذمه و من یرید تزویجها را ذکر نکرده و ما به ایشان اشکال کردیم که قواعد من النساء را نباید در اینجا می‌گفت. صبی غیر ممیز را هم نباید اینجا می‌گفت؛ کما اینکه امام در تحریر نگفته‌اند. اما راجع به تحمل و اداء شهادة، ... آنجا نص خاص نداریم و اگر هم داشته باشیم ممکن است در یک مواردی خاصی برده باشد. فرق می‌کند با مواردی مثل قواعد من النساء و نساء اهل ذمه. می‌خواهم عرض کنم هیچ اشکالی ندارد که ما برای اثبات یک حکم به ادله اولیه و ثانویه تمسک کنیم؛ موارد این چینی زیاد داریم که هم دلیل اولی داریم و هم دلیل ثانوی، به جهت اینکه دلیل ثانوی منطبق می‌شود بر آن مورد. ... بالاخره در مورد قاعده تقدیم اهم بر مهم این ملاحظات وجود دارد که اولاً صغری باید احراز شود؛ اهم و مهم بودن معلوم شود. ثانیاً دامنه تقدیم اهم بر مهم را که شامل مصلحت هست، را در مورد معالجه هم بپذیریم؛ در حالی که این خودش شاید جای بحث دارد که باید معلوم شود این مصلحت چه مصلحتی است؛ آیا همه موارد معالجه را دربرمی‌گیرد؟ معالجه برای حفظ نفس عن الهلاکة، اهم است؛ معالجه برای حفظ نفس یا عضو عن الفوت و الهلاکة، اهم است؛ معالجه برای دفع حرج، اهم است؛ معالجه برای دفع ضرر، اهم است. بالاخره معالجه برای اینکه انسان بی‌جهت گرفتار بعضی مشکلات نشود، این اهم است. کسی

گرفتار تب شده، این تا صبح در تب بسوزد تا صبح پیش یک دکتر مماثل برود؛ خود این یک مصلحتی است که اقتضا می‌کند مراجعه کند. بله، اگر همان زمان طبیب مماثل وجود دارد و قابل اعتماد است، نمی‌تواند به غیر مماثل رجوع کند. لذا اگر پای این قاعده به میان آمد، تطبیق آن از حیث اصل علاج و شروطی که در اینجا لازم است، برمی‌گردد به اینکه ما در مورد اصل علاج یک مصلحتی ببینیم و اینکه اگر پای مصلحت به میان آمد، طبیعتاً می‌توانیم بگوییم چه بسا حتی دایره‌اش از ضرر، ضرورت، اضطرار، حرج و همه اینها، اوسع می‌شود. در عین حال محدودیت‌های خاص خودش را هم دارد.

اینها مجموع ادله‌ای بود که ما در مورد معالجه ذکر کردیم. ادله عامه شامل پنج دلیل شد. براساس ادله عامه، طبیعتاً مقام معالجه اقتضا می‌کند نظر و لمس جایز باشد. آنگاه بعضی از این ادله به وضوح این محدودیت‌هایی که امام(ره) اینجا فرموده‌اند را ثابت می‌کند؛ «إِذَا لَمْ يَكُنْ طَبِيبٌ مِمَّاثِلٌ»، اگر طبیب مماثل نباشد؛ «أَوْ لَمْ يَكُنْ آتَةً»، آلتی نباشد که مثل درجه اندازه دمای بدن مریض را نشان دهد. چون اگر مثلاً طبیب مماثل باشد یا آلتی برای اندازه‌گیری دمای بدن باشد، اینجا حق ندارد این طبیب لمس یا نظر کند؛ چون دلیل اضطرار، دلیل لاضرر، حدیث رفع، حتی قاعده تقدیم اهم بر مهم، اینها اقتضا می‌کند در حدی که رفع اضطرار و ضرر شود، در حدی که مصلحت ایجاب می‌کند حرمت نظر و لمس برداشته شود. لذا این قیود و شروطی که در اینجا ذکر شده، اینها از خود این ادله قابل استفاده است و دیگر نمی‌خواهد دلیل دیگری برای این قیود و شروطی که در متن ذکر شده بیاوریم. در متن تحریر این چنین آمده است: «یستثنی من حرمة النظر و اللمس فی الأجنبي و الأجنبية مقام المعالجة إذا لم يمكن بالمماثل»، اگر معالجه با مماثل ممکن نباشد. «كمعرفة النبض إذا لم تمكن بآلة نحو الدرجة و غيرها»، مثل شناختن نبض افراد، در صورتی که با آلت ممکن نباشد، مثل درجه و غیرها. عمده این است که شرط گذاشته که «إذا لم يمكن بالمماثل و لم تمكن بالآلة»، اگر ابزاری نباشد یا مماثلی نباشد، این جایز می‌شود.

دلیل خاص: صحیحہ ابی حمزہ ثمالی

علاوه بر این ادله عامه، دلیل خاص هم داریم و آن روایتی از ابی حمزہ ثمالی است که صحیحہ است و قبلاً به مناسبت استثناء وجه و کفین از حرمت نظر به زن به این روایت استناد شده است. این روایت را بخوانیم و بعد تقریب استدلال به این روایت و اشکالاتی که ممکن است به این روایت مطرح شود را بیان کنیم.

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبِي حَمَزَةَ الثَّمَالِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ يُصِيبُهَا الْبَلَاءُ فِي جَسَدِهَا إِمَّا كَسْرًا وَإِمَّا جُرْحًا فِي مَكَانٍ لَا يَصْلُحُ النَّظَرُ إِلَيْهِ يَكُونُ الرَّجُلُ أَرْفَقَ بِعَلَاجِهِ مِنَ النِّسَاءِ أَوْ يَصْلُحُ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا قَالَ إِذَا اضْطُرَّتْ إِلَيْهِ فَلْيَعَالَجْهَا إِنْ شَاءَتْ». ^۱ ابی حمزہ ثمالی از امام باقر(ع) نقل می‌کند و می‌گوید من از ایشان درباره زن مسلمانی پرسیدم که بلا و مشکل در بدن او پیدا شده است، یا شکستگی یا زخم؛ و این شکستگی یا زخم در جایی است که نگاه به آنجا جایز نیست. به همین موضع استدلال شد برای جواز نظر به وجه و کفین که گفتند پس معلوم می‌شود در جسد المرأة مکان‌هایی هست که يصلح النظر إليه؛ برخی این را پذیرفته‌اند و برخی این را نپذیرفته‌اند که این بحث‌ها مطرح کردیم. مثلاً روی بازوی زن این زخم وجود دارد؛ یک مردی است که بهتر مداوا می‌کند؛ آیا

۱. کافی، ج ۵، ص ۵۳۴، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، باب ۱۳۰ از ابواب مقدمات نکاح، ص ۲۳۳، ح ۱.

آن مرد می‌تواند به این زن نگاه کند؟ یعنی به آن موضعی که لایصلح النظر الیها. امام(ع) فرمود اگر اضطراب به آن پیدا کرد، پس می‌تواند معالجه کند، اگر بخواهد.

البته در بعضی نسخه‌ها یک نقل دیگری هم از این روایت ذکر شده است، که «إذا اضطرت الیه» در سؤال سائل هم آمده است؛ کأن سائل پرسیده است «سألته عن المرأة المسلمة یصیبها البلاء فی جسدها، إما کسر أو جراح فی مکان لا یصلح النظر الیه و یكون الرجل أرفق بعلاجه من النساء، أ یصلح له أن ینظر الیها إذا اضطرت الیه». بعد امام(ع) فرموده: «إذا اضطرت الیه فلیعالجه إن شاءت». فرق در ذکر قید «إذا اضطرت» در سؤال سائل است. در واقع خیلی فرقی بین اینها نیست و احتمال اینکه در هنگام استتساخ تکرار پیش آمده زیاد است. مخصوصاً اینکه از نظر معنایی خیلی فرقی بین اینها نیست؛ اینکه امام(ع) هم همان فرض سؤال راوی را تکرار کرده، در واقع منظور خاصی نداشته که بخواهد به سائل بفهماند مهم مسأله اضطراب است و نه چیزهای دیگر؛ نمی‌خواهد بگوید مثلاً اینکه در کجا واقع شده، اینها مهم نیست. فقط موقعی که اضطراب پیدا شده جایز است. چون یک احتمال این است که کسی بگوید که طبق این نقل کأن راوی و سائل در مقام تشریح شرایط و موقعیت چند مسأله را گفته است. یکی اینکه زخم و شکستگی در مکانی است که لایصلح النظر الیه؛ یکی اینکه می‌گوید رجل ارفق بعلاجه، یکی مسأله اضطراب را مطرح کرده است. امام(ع) می‌گوید با آنها کار نداشته باش؛ فقط و فقط وقتی اضطراب پیش آمد، فلیعالجه. واقع این است که اینها با هم فرقی ندارد؛ اگر مسأله اضطراب مطرح باشد که خود امام(ع) هم در پاسخ اضطراب را مطرح کرده، دیگر فرقی نمی‌کند سائل آنها را گفته باشد یا نگفته باشد.

تقریب استدلال به این روایت را در جلسه آینده دنبال خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»