



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۱۶ دی ۱۳۹۹

موضوع جزئی: مسئله ۲۲- مستثنیات حرمت نظر و لمس - ادله استثناء - کلام صاحب جواهر و بررسی آن

مصادف با: ۲۱ جمادی الاول ۱۴۴۲

سال سوم

جلسه: ۶۲

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

کلام صاحب جواهر

قبل از مسأله ۲۳ لازم است پیرامون مطلبی که مرحوم صاحب جواهر اینجا فرموده مطالبی را عرض کنیم. قبلاً به مناسبتی سخن صاحب جواهر را نقل کرده بودیم و وعده دادیم که این سخن را مورد ارزیابی قرار دهیم.

صاحب جواهر به طور کلی برای استثنا دو یا سه ملاک ارائه داده است. می‌فرماید جواز نظر و لمس یا به واسطه نصوص است یا براساس آن چیزی است که سیره معتدبه به آن حکم می‌کند و یا براساس اضطرار عرفی است. عبارت ایشان چنین است: «فالأولی الاقتصار فی الجواز علی خصوص ما فی النصوص، و علی ما قضت به السیره المعتد بها، و علی ما یتحقق معه اسم الاضطرار عرفاً»، این سه معیاری است که ایشان داده است؛ اکتفا شود در جواز بر خصوص ما فی النصوص، آنچه سیره معتدبهها به آن حکم می‌کند و آنچه که بر آن عنوان اضطرار عرفاً صدق می‌کند. بعد در ادامه می‌فرماید: «سواء کان ذلك بمعارضة ما هو أهم فی نظر الشارع مراعاة من حرمة النظر و اللبس من واجب أو محرم أولاً»، چه این اضطرار به جهت معارضه ما هو اهم فی نظر الشارع باشد، چه نباشد. یعنی در واقع اضطرار را از مدار تقدیم اهم بر مهم خارج می‌کند؛ ممکن است طبق این بیان بعضی موارد اضطرار باشد اما عنوان اهم صدق نکند؛ اضطرار عرفی باشد اما ما هو اهم فی نظر الشارع بر آن صادق نباشد. «فیکون ذلك حیثئذ هو المدار فی الجواز».

می‌خواهیم ببینیم این مطلبی که ایشان فرموده اکتفاء بر نصوص و سیره المعتدبهها و اضطرار، اینها درست است یا نه. بعد اینکه ایشان اضطرار را با تقدیم الاهم علی المهم کأن نسبتش را عام و خاص من وجه می‌داند؛ یک جایی اضطرار عرفی هست، اهم هم هست؛ یک جایی اضطرار هست و اهمی نیست و البته این را تصریح نکرده ولی حتماً در مواردی هم هست که اهم فی نظر الشارع هست و مصداق اضطرار نیست. این روشن است، گرچه اینجا نگفته ولی کأن نسبت اینها را عموم و خصوص من وجه می‌داند.

یک مطلبی را هم در مقام اشکال به شهید ثانی در مسالک فرموده که شهید ثانی از کلماتش استفاده می‌شود که صرف حاجت کافی است؛ یعنی برای جواز نظر و لمس صرف حاجت کافی است و معلوم است که حاجت از ضرورت اعم است و این را مورد اشکال قرار می‌دهد. می‌گوید نمی‌توانیم حاجت را ملاک قرار دهیم، بلکه ملاک ضرورت است. عبارت ایشان را در این رابطه برای شما بخوانم؛ بعد از نقل کلام صاحب شرایع و نقل کلام شهید ثانی می‌فرماید: «قلت: ینبغی أن یعلم أولاً أنه لا فرق فیما ذکره أولاً بین اللبس و النظر، و ثانیاً أن ظاهر کلامه السابق کفاية الحاجة، و هی أوسع دائرة من الضرورة، بل ربما نافاه اشتراط عدم إمكان المماثل»؛ دو تا اشکال می‌کند به شهید ثانی در مسالک؛ اشکال اول این است که ایشان در واقع به حاجت

اکتفا کرده است؛ ظاهر کلام سابق ایشان کفایة الحاجة. بعد «بل ربما نافاه اشتراط عدم إمكان المماثل»، بلکه چه بسا این سخن، کلام سابقش را نفی می‌کند. چون شهید ثانی گفته «و الاقوى اشتراط عدم امکان المماثل المساوى له فى المعرفة أو فيما تندفع به الحاجة»، اقوى این است که مماثل مساوی در معرفت بیماری یا در آن چیزی که حاجت به سبب آن دفع می‌شود، وجود نداشته باشد؛ معنای این سخن که مماثل نباشد، این است که مسأله حاجت کافی نیست، بلکه ضرورت باید باشد. آن وقت صاحب جواهر نظر می‌دهد که «و الذى يقوى فى النظر الجواز للضرورة دون الحاجة»، ملاک جواز، ضرورت است. «لأنها هى التى دلت عليها النصوص بخلافها، إذ لم نثر على ما يدل على جعلها عنوانا فى الجواز فى شيء مما وصل إلينا من الأخبار»، می‌گوید ما در این روایات چیزی که در آنها حاجت به عنوان یک ملاک و معیار برای جواز نظر و لمس ذکر شده باشد نیافتیم. پس ملاک می‌شود اخبار و در اخبار آنچه ملاک قرار گرفته، ضرورت است.

البته در ادامه ایشان استدراک می‌کند و می‌گوید: بله، من شنیده‌ام که اجماع حکایت شده، یعنی اجماع بر جواز نظر و لمس عند الحاجة؛ می‌گوید اگر چنین باشد این حجت است ولی اگر نباشد که نیست چون من گمان می‌کنم که مستنبط با استقراء بعضی از موارد، خودش عنوان حاجت را اصطیاد کرده است. «نعم قد سمعت الإجماع المحكى»، یعنی اجماع حکایت شده بر اینکه ملاک برای جواز، حاجت است. «فإن تم كان هو الحجة و إن كان المظنون أن حاكبه قد استنبطه من استقراء بعض الموارد التى ذكرت فى النصوص»، ولی مظنون و آن چیزی که به ظن و گمان ما می‌آید این است که حاکی اجماع عنوان حاجت را از استقراء بعضی از مواردی که در نصوص ذکر شده، استقراء کرده است. «مضافا الى ما يستعمله الناس فى القصد و نحوه، إلا أن ذلك كله لا يقتضى جعل العنوان الحاجة، كما هو واضح»، ولی اینها هیچ کدام باعث نمی‌شود که ما عنوان و ملاک عنوان مجوز نظر و لمس را حاجت قرار دهیم. چون در روایات که نیامده بلکه حاکی اجماع خودش از استقراء موارد این را استفاده کرده است.

بررسی کلام صاحب جواهر

اینجا چند ملاحظه نسبت به کلمات صاحب جواهر وجود دارد.

اولاً اینکه ایشان ملاک را این سه چیز قرار داده است؛ یکی نصوص، یکی ما قضت به السيرة المعتدبها و یکی هم اضطرار. در مورد اضطرار بحثی نداریم؛ گرچه ایشان می‌گوید: «صدق عليه الاضطرار عرفاً». اما اینکه آیا نصوص و روایات و سیره به تنهایی خودش یک عناوینی است در عرض عنوان اضطرار، یا اینها در واقع مبین همان عنوان اضطرار هستند؛ یعنی آنها هم همه هر موردی را که ذکر کردند، اشاره به همان مصادیق اضطرار دارند. باید بگوییم ظاهراً ملاک از نظر ایشان همان اضطرار است، منتهی نصوص و سیره هم در واقع مؤید و پشتیبان است؛ کأن ایشان برای جواز استناد می‌کند به ادله عامه اضطرار، به نصوص خاصی که در این موارد وارد شده، مثل معالجه و اینها که برای اضطرار است، و سیره که آنها هم در مورد اضطرار است. در ابتدا ظاهرش این است که سه مدار و ملاک در عرض هم نیست؛ یعنی نصوص را در عرض ضرورت قرار نمی‌دهد؛ ظاهرش این است که آنچه از سیره استفاده می‌شود، غیر از مدار ضرورت و اضطرار نیست. عبارت محقق صاحب شرایع را نقل می‌کند، که می‌گوید «و يجوز مع الضرورة». بعد می‌گوید کما اینکه در مقام شهادت این جایز است؛ یعنی کأن مقام شهادت را مثال و مورد برای ضرورت و اضطرار ذکر می‌کند. با اینکه خودش روایت هم دارد؛ جواز النظر فى مقام الشهادة تحملاً و اداءً، این را به عنوان مثال و مورد برای ضرورت ذکر می‌کند.

سؤال:

استاد: خود صاحب جواهر اتفاقاً می‌گوید که محقق این کار را کرده است؛ خود صاحب جواهر این استفاده را می‌کند که اساساً ذکر این به عنوان مصداق و مثال برای ضرورت است. بعد سخن صاحب مسالک را می‌گوید که او وارد مسأله احتیاج می‌شود. تصریح می‌کند صاحب جواهر که محقق صاحب شرایع این را به عنوان مصداق و مثال برای ضرورت گفته و نه تشبیه. در مقام معالجه هم عبارت محقق را که نقل می‌کند و به دنبالش عبارت شهید ثانی در مسالک را که می‌آورد، از مجموع مطالب ایشان استفاده می‌شود که کأن معالجه هم در مقام ضرورت و به عنوان ضرورت استثنا شده است. پس از عبارات صاحب جواهر استفاده می‌شود که نصوص در بعضی موارد به عنوان مبین مصداق ضرورت مورد استناد قرار می‌گیرد؛ مثل مقام شهادت و مقام معالجه.

اما در مورد بعضی از نصوص می‌گوید که آن نصوص و روایاتی که مربوط به نگاه و جواز نظر به من یرید نکاحها او شراها است دائر مدار ضرورت نیست؛ عبارت ایشان اینجا این است: «و لیس من الضرورة النظر الی من یرید نکاحها او شراها بل ذلک لدلیل خاص و لذا جاز ولو تمکن من وصف الغیر و نحوه مما یرتفع به الاضطرار بل جاز فی غیر محل الاضطرار»، در مورد کسانی مثل من یرید نکاح المرأة که قائل به جواز نظر شده‌اند، می‌گوید این از باب ضرورت نیست، به واسطه روایت است؛ چون حتی اگر کسی بتواند برای او توصیف کند و این بدون اینکه آن زن را ببیند آشنا شود به خصوصیات و جزئیات، باز می‌تواند نگاه کند. این نشان می‌دهد در غیر محل اضطرار هم برای او جایز است. این در مورد من یرید شراء المرأة هم همین است؛ آنجا هم حتی اگر کسی باشد که این را برای او توصیف کند، باز می‌گوید برایش جایز است که نظر کند. این حاکی از آن است که در این موارد ملاک نصوص است، ملاک اضطرار و ضرورت نیست؛ چون بر اساس این نصوص حتی در غیر صورت ضرورت و اضطرار هم یجوز النظر.

پس بعضی از نصوص به نظر ایشان مبین جواز نظر به عنوان الاضطرار و الضرورة است؛ مثل مقام شهادت. یعنی در واقع این را به گردن صاحب شرایع و مرحوم محقق می‌گذارد، ولی می‌خواهد بگوید همه جا اینطور نیست. نصوص همه جا این چنین نیست که مبین جهت ضرورت باشد، بلکه یک مواردی هست که به واسطه دلیل خاص نظر جایز شده اما مصداق اضطرار و ضرورت نیست. پس تا اینجا دو تا ملاک می‌شود، یکی روایات و دیگری ضرورت.

سؤال:

استاد: همان‌جا برخی گفته‌اند جایز است. یا مثلاً در مورد شهادت بر ولادت و رضاع هم می‌گوید «إن امکن اتیانهما ..» از صاحب مسالک نقل می‌کند و بعد می‌گوید آنجا هم مسأله ضرورت است. یعنی کأن برای شهادت همان ملاک اضطرار را ایشان پذیرفته است، اما در این موارد من یرید نکاحها او شراها؛ بعد آن بحث قواعد من النساء و اینها را هم داریم، آنها را هم به عنوان دلیل خاص می‌پذیرد.

اما در مورد سیره، ما قضت به السیره المعتدبها، ما باید اکتفا کنیم به این؛ آیا سیره معتدبه غیر از اینها داریم؟ سیره معتدبه که در بین عرف و متشرعه باشد و امضا یا عدم ردع شارع را استفاده کرده باشیم. آن هم اگر باشد، باز برمی‌گردد به همین نصوص؛ یک ملاک مستقلی نیست. کأن به نظر صاحب جواهر دو ملاک برای استثنا داریم؛ یکی ضرورت و دیگری نصوص. حتی معارضة ما هو اهم فی نظر الشارع را هم ایشان اینجا نیاورده، هر چند ظاهرش این است که مفروغ عنه است.

استاد: در عبارات اینجا نیاورده، می‌گوید الاقتصار علی فلان الی آخر. حالا ممکن است بگوییم اینکه می‌گوید «سواء كان ذلك بمعارضة ما هو اهم في نظر الشارع»، ... این را بگوییم اشعار به این دارد که این ملاک ما هو اهم فی نظر الشارع هم هست. این را بعید است که بخواهد ذکر نکند ولی تصریح به این نکرده است.

این توضیحی بود که راجع به این ملاک‌ها لازم بود داده شود که بالاخره نصوص برخی اساساً بر مدار و محور اضطرار نیستند، لذا مورد نص و منصوص هر چه باشد، آن ملاک است. اضطرار خودش یک ملاک است؛ حالا ما هو اهم فی نظر الشارع هم یک ملاک است.

اما سؤال این است که آیا این نصوصی که مبین موارد خاص هستند، یعنی این ملاکات در آنها نیست، ما اینها را جزء این مستثنیات باید بیاوریم یا مستقلاً ذکر کنیم. ما راجع به نساء اهل ذمه هم داریم، راجع به بادیه نشین‌ها هم داریم، راجع به من یرید نکاحها هم داریم؛ اینها بعضاً مخلوط شده است. مرحوم سید بعضی‌ها را اینجا ضمن مستثنیات آورده و بعضی‌ها را نیاورده است؛ ما قبلاً هم گفتیم چه فرقی است بین قواعد من النساء و نساء اهل ذمه. اگر بحث جواز نظر است، هر دو جایز است؛ چه فرقی است بین من یرید نکاحها أو شراءها و بین قواعد من النساء. لذا حق این است که آن موارد خاصی که نظر به آنها جایز است و استثنا شده و دلیل خاص بر آنها داریم، آنها را جداگانه بیاوریم به عنوان دلیل خاص. اینجا وقتی در مقام استثنا بحث می‌کنیم، در واقع مستثنیات کلی که با ملاک‌های کلی وجود دارد باید بیاوریم، همانطور که اصل حرمة النظر به صورت کلی بیان شد، اینجا در مستثنیات هم به صورت کلی باید یک ملاک کلی بدهیم. بالاخره یا باید همه را اینجا بیاوریم یا اینها را تفکیک کنیم؛ اینکه امام(ره) در متن تحریر اینها را جدا کرده، به نظر من درستش همین است. مرحوم سید بعضی‌ها را اینجا آورده و بعضی‌ها را جداگانه آورده است. لذا مسأله نص خاص و نصوص خاص بالاخره آنها را باید به عنوان گروه‌ها و اصنافی که نظر به آنها جایز است در نظر گرفت. چون بحث لمس هم نیست، فقط بحث نظر است؛ من یرید نکاحها یا شراءها یا قواعد من النساء یا نساء اهل ذمه، اینها گروه‌هایی هستند که فقط نظر به آنها جایز است و لمس آنها جایز نیست. بحث ما در اینجا بیشتر درباره آن موارد کلی و عمومی است که استثنا از حرمت نظر و لمس می‌شود که ملاحظه فرمودید که نصوص هم دو دسته هستند و ملاکش هم ضرورت است.

خود مرحوم صاحب جواهر در این عبارتی که خواندم می‌گوید «و الذی یقوی فی النظر الجواز للضرورة دون الحاجة لأنها هی التي دلت علیها النصوص»، یعنی لأن الضرورة چیزی است که نصوص بر آن دلالت می‌کند. یعنی کأن به نظر ایشان آن نصوصی که استثنا از آنها استفاده می‌شود همه بر مدار ضرورت است. اگر این است، پس آن مواردی که مثل من یرید نکاحها نظر به آنها جایز است، آنها دیگر باید به کلی جدا شود، لذا خود ایشان در ادامه این را فرمود که «و لیس من الضرورة النظر الی من یرید نکاحها أو شراءها». پس کأن ملاک و مدار در نصوص هم بر مدار ضرورت است، طبق همین بیان. ولی خود ایشان در ادامه می‌گوید کأن بعضی از نصوص هم بر پایه ضرورت نیست. این هم مؤید همان مطلبی است که من عرض کردم. این یک مطلب که درباره ملاک‌ها و معیارهای استثنا از نظر ایشان لازم بود توضیح داده شود و ملاحظه‌ای که اینجا وجود دارد.

اما مطلب دیگر مربوط می‌شود به اشکالی که ایشان به شهید در مسالک کرده است. من ناچارم عبارت محقق در شرایع را بخوانم، عبارات مسالک را هم بخوانم که خود صاحب جواهر آورده و بعد ببینیم این اشکالی که ایشان به مسالک کرده، وارد

است یا نه. البته آن اجماعی که ایشان نقل کرده، از خود صاحب مسالک نقل کرده است. عبارت ایشان این است، (بعد از آن بحثی که راجع به شهادت و اینها می‌کند) می‌گوید: غیر از شهادت برای معامله هم می‌تواند نظر کند، «المعاملة معها ليعرفها اذا احتاج اليها»^۱ بعد اجماع بر جواز نظر للحاجة را ذکر می‌کند و آنگاه نظر به کسی که اراده نکاح یا خرید او را دارد، جایز می‌داند و ملاک را همین حاجت می‌داند؛ می‌گوید نظر به من یرید نکاحها جایز است للحاجة، نظر به من یرید شراءها جایز است للحاجة؛ یعنی اینها را مصداق این قرار می‌دهد. تا اینجا عبارت همین است که اساساً ملاک جواز نظر، حاجت است و اساساً حکایت اجماع می‌کند؛ ایشان می‌گوید «حکی الاجماع»، اجماع محکی وجود دارد بر اینکه نگاه کردن برای حاجت جایز است. حاجت هم می‌دانید اوسع از ضرورت است؛ چون حاجات انسان دو دسته است - به بیان صاحب جواهر - گاهی حاجات ضروری است و گاهی غیر ضروری است. عبارت محقق این است: «و يقتصر الناظر منها على ما يضطر الى الاطلاع عليه كالطبيب اذا احتاجت اليه للعلاج ولو الى العورة دفعا للضرر»، بعد از اینکه می‌گوید ملاک برای جواز نظر، ضرورت است، می‌فرماید ناظر باید اکتفا کند به آن مقداری که اضطرار به اطلاع بر او دارد، مثل آن زن که احتیاج پیدا کند به طبیب برای علاج دفعا للضرر. محقق صاحب شرایع احتیاج زن به علاج را محدوده کرده دفع ضرر.

پس محقق صاحب شرایع مثال زده به حاجت ولی این را مقید کرده به ضرر که آن وقت صدق اضطرار می‌کند؛ یعنی صاحب شرایع ملاک را ضرورت و اضطرار می‌داند، و در مقام معالجه هم که مثال زده، درست است که گفته «إذا احتاجت الى الطبيب للعلاج»، ولی دفعا للضرر آورده و لذا مطلق حاجت ملاک نیست.

سؤال:

استاد: اینطور نیست که بگویند إذا احتاجت اليه ولو اینکه ضرر نداشته باشد، ولو اینکه حرج نباشد. ... پس احتیاجی هست و احتیاج آن هم ضروری است. ... اینکه به واسطه ترک علاج مشقت پیدا شود یا مثلاً دیرتر خوب شود، اینها هم مصداق اضطرار است. ... ضرر معتدبه اضطرار است. ... قبلش می‌گوید «و يجوز مع الضرورة كمقام الشهادة و يقصر الناظر على...» بعد دارد مثال می‌زند و می‌گوید ناظر بر آن چیزی که اضطرار به اطلاع بر آن پیدا کرده اکتفا کند، «كالطبيب إذا احتاجت اليه للعلاج دفعا للضرر». اصلاً این را محقق صاحب شرایع برای اضطرار می‌گوید؛ آن وقت ما بگوییم منظورش اضطرار نیست؟! ... عبارت خیلی روشن است که این را محدود می‌کند به مسأله اضطرار.

پس محقق صاحب شرایع بر همان مدار اضطرار رفته و اصلاً کاری به احتیاج ندارد. اما صاحب مسالک اینجا در توضیح این عبارت محقق یک مطلبی دارد که باید این مطلب را ببینیم و بعد ببینیم اشکال صاحب جواهر به شهید ثانی وارد است یا نه.

«والحمد لله رب العالمين»