



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

تاریخ: ۳۰ شهریور ۱۴۰۰

موضوع کلی: نکاح

مصادف با: ۱۴ صفر ۱۴۴۳

موضوع جزئی: مسئله ۲۴ - عدم جریان احکام نظر و لمس در غیر ممیز - بررسی معنای ممیز و غیرممیز

حق در مسئله

جلسه: ۵

سال چهارم

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

خلاصه جلسه گذشته

بحث در ملاک و معیار تمیز بود و اینکه حق در ملاک و معیار تمیز و عدم تمیز کدام است. آنچه در کلمات فقها در این رابطه ذکر شده بود را بیان کردیم؛ به استعمالات قرآنی و روایی این واژه هم اشاراتی داشتیم. سرانجام به طور کلی دو احتمال در باب معنای تمیز ذکر کردیم؛ یکی اینکه در متون و منابع دینی آنچه به عنوان معنای تمیز ذکر شده صرفاً تطبیقات و بیان مصادیق حقیقت تمیز است؛ احتمال دوم اینکه آنچه ما از معنای تمیز در روایات و کتب فقهی آمده، ملاک‌ها و معیارهای تمیز و عدم تمیزند نه اینکه مصادیق و تطبیقات باشند.

حق در مسأله

مقتضای تحقیق در این مسأله کدام است؟ ملاحظه فرمودید که در مجموع کتاب‌های فقهی چند ملاک برای تمیز ذکر شده است.

جمع بندی ملاک‌های تمیز

۱. یک دسته از عبارات تمیز را به معنای تشخیص حُسن و قبح، و خوب و بد دانسته‌اند. یعنی اینکه کسی بتواند خوب و بد را از هم تشخیص دهد، حسن و قبح را از هم تمیز دهد؛ تمیز یعنی جدا کردن حسن و قبح از یکدیگر، تفکیک خوب و بد از یکدیگر. این در عبارات بسیاری از فقها ذکر شده و شاید بتوانیم بگوییم تا حدی شهرت هم دارد. این در رساله‌های عملیه و در کتب استدلالی نوعاً ذکر شده است.

۲. برخی معنا و ملاک تمیز را تشخیص نفع از ضرر دانسته‌اند. اینکه کسی اگر بتواند نفع و ضرر را از هم تشخیص دهد، این ممیز محسوب می‌شود و کسی که به این مرحله نرسیده، اهل تمیز نیست.

۳. دسته سوم ملاک و معیار را عبارت از تشخیص خیر و شر دانسته‌اند؛ یعنی اگر کسی بتواند خیر و شر را از هم تمیز دهد ممیز است. تشخیص خیر و شر ممکن است به نوعی به همان ملاک اول برگردد، یعنی حسن و قبح. این دو هم می‌توانند بر هم منطبق شوند و هم به جهاتی قابل تفکیک از هم می‌باشند؛ چون هر دو در کلمات ذکر شده است؛ هم حسن و قبح ذکر شده و هم خیر و شر؛ می‌تواند معنای هر دو یکی باشد و می‌تواند از هم جدا فرض شود.

۴. ملاک‌های دیگر یا تعبیرات دیگری که برخی ذکر کرده‌اند و ما بعضی این را در اینجا بیان کردیم، مثل «الذی لایقدر علی حکایة ما یری»، این در کلمات شهید ثانی بود، در کلمات کاشف اللثام بود، صاحب جواهر هم این را ذکر کرده است؛ این هم خودش می‌تواند یک معیار مستقل باشد و هم می‌تواند برگردد به همان معیار اول - یعنی تشخیص خوب و بد - . چطور می‌تواند به آن برگردد؟ به این بیان که اگر کسی بتواند آنچه را که می‌بیند حکایت کند، این قهراً در مورد عورات زنان بالاخره

به این حد از درک و فهم رسیده که توصیف کند و بفهمد و وقتی می‌فهمد و می‌تواند توصیف کند، یعنی کآن تمیز می‌دهد بین اعضا و جوارح کسی که به او نگاه می‌کند؛ بالاخره می‌فهمد که مثلاً بین ثدی و فرج و ید و رجل یک تفاوتی وجود دارد؛ در توانایی برای حکایت آنچه که می‌بیند، کآن آن جهت تشخیص حسن و قبح یا خیر و شر، به یک معنا ممکن است نهفته باشد. لذا امکان رجوع این ملاک به حسن و قبح یا خیر و شر، وجود دارد. یک احتمال هم این است که بگوییم این هیچ ارتباطی با آن ندارد؛ کسی که بتواند چیزی را که می‌بیند توصیف کند، ممیز است و این خودش یک ملاک و معیاری است جدای از آن معیارهایی که گفته شد.

۵. البته عده‌ای هم به طور کلی مسأله تمیز را یک امر عرفی دانسته‌اند و گفته‌اند مرجع تفسیر تمیز را باید عرف بدانیم و این را به عرف واگذار کنیم؛ این از مفاهیمی است که خود شارع مبادرت به بیان آن نکرده، طبیعتاً این نگاه کآن به طور کلی اینکه این مفهوم یک مفهومی باشد که در شریعت معنای خاصی برای آن ذکر شده باشد یا در کتاب‌های فقهی اصطلاحی خاصی برای آن باشد را نفی می‌کند.

سؤال:

استاد: آن وقت بعضی آقایان در اینکه این عرف چیست و چه عرفی ملاک است، می‌گویند اینها تابع شرایط زندگی، عادات و آداب و سنن اجتماعی است که طفل در آن زندگی می‌کنند. ممکن است در یک قوم و محیطی یک شرایطی حاکم باشد و در محیط دیگر شرایط دیگر. اینطور نیست که مثلاً به خصوص بتوانیم یک چیزی را ذکر کنیم که برای تمیز باید به این حد برسد. وقتی به عرف واگذار می‌شود، دیگر نمی‌گوید متشرعه و متدینین؛ وقتی واگذار به عرف می‌شود طبیعتاً باید تنوع و تفاوت عرف‌ها در این مسأله پذیرفته شود؛ تمیز چیزی نیست که بگوییم در آن باید عرف متشرعه را ملاک قرار دهیم. ... من نمی‌خواهم بگویم که این حرف درست است یا نه. ... اصلاً این اشکال دارد؛ یعنی همانطور که شاید بعضی‌ها هم اشکال کرده باشند، این واقعاً احاله امر به یک مسأله‌ای است که شاید مبهم و مجهول باشد و ضابطه‌پذیر نباشد. این چیزی است که حتی اگر نهایتاً آن را بپذیریم می‌توانیم بگوییم در شریعت برای آن یک قیودی ذکر شده، یعنی به نوعی از الفاظ و واژه‌هایی است که شارع هر چند یک حقیقتی برای آن اختراع نکرده، اما یک قیودی را برای آن چه‌سا ذکر کرده باشد. لذا به طور کلی این دیدگاه دخالت شارع را در تبیین معنای تمیز نفی می‌کند. به طور کلی اینها مجموع ملاک‌هایی است که تا اینجا ذکر شده است.

اشکال به کاشف اللثام

در تعبیری هم که از کاشف اللثام ملاحظه فرمودید «الذی لم یطلعوا علی عورات النساء» ایشان یک قسم از اطفال را کسانی دانسته که لم یظهروا علی عورات النساء؛ یعنی اطلاع بر عورت‌های نساء پیدا نمی‌کنند. این معنایش آن است که اگر اطلاع بر عورات نساء پیدا کنند، جزء آن گروهی که از آیه «لایبیدن زینتهن الا ما ظهر منها» استثنا شده‌اند، قلمداد نمی‌شوند. البته پذیرش این هم مشکل است؛ یک اشکالی که به کاشف اللثام وارد است، این است که چرا بین «الذی لم یظهروا علی عورات النساء» و بین «من لایقدر علی حکایة ما یری» تفکیک کرده است. یعنی اقسام چهارگانه‌ای که در کلام کاشف اللثام ذکر شده، به نظر می‌رسد که دو قسم آن در هم قابل ادغام است؛ چون وقتی می‌گوییم کسی لایقدر علی حکایة ما یری و قدرت حکایت آن چیزی را که می‌بیند ندارد، این در واقع متضمن «الذی لم یظهروا علی عورات النساء» هم هست. کسی که اطلاع بر عورات

نساء پیدا نکرده، یعنی فرقی بین عورات النساء و غیر عورات النساء را نمی‌فهمد، برای او هیچ تفاوتی بین اعضا وجود ندارد. این آدم در حقیقت یعنی همان کسی است که لایقدر علی حکایه ما یری؛ کسی هم که لایقدر علی حکایه ما یری، همان کسی است که لم یظهوروا علی عورات النساء. کسی که نمی‌تواند آنچه را که می‌بیند توصیف کند، در واقع اطلاع بر عورات النساء هم نمی‌تواند پیدا کند؛ این دو به نوعی به هم قابل بازگشت هستند، و این «من لایقدر علی حکایه ما یری» که در تعبیرات برخی از فقها آمده، به یک معنا تفسیر آن آیه است که «لم یظهوروا علی عورات النساء». حتی برخی از فقیهان این عبارت را ذکر کرده‌اند، این را در مقام تبیین آن گروه ارائه کرده‌اند. لذا به نظر می‌رسد اینکه کاشف اللثام در اینجا چهار قسم کرده، وجهی ندارد؛ حداقل این است که این ملاک اخیر بازگشت به ملاک دوم - که ما گفتیم «من لایقدر علی حکایه ما یری» - دارد.

این مجموع ملاک‌ها و معانی است که برای تمیز ذکر شده است. حالا مسأله سن را بعداً عرض می‌کنیم؛ چون در عبارات فقها سنین مختلفی برای تمیز ذکر شده است؛ این یک بحث جداگانه دارد که این را بعداً عرض می‌کنیم. حالا می‌خواهیم ببینیم با توجه به آنچه در روایات آمده و آنچه که فقها در کتاب‌ها و ابواب مختلف فقهی ذکر کرده‌اند، حق در مسأله چیست.

حق در ملاک تمیز

به نظر می‌رسد که الزامی نداریم برای اینکه تمیز را در همه این ابواب به یک معنا بدانیم و یک ملاک ارائه دهیم، و آنچه که در باب عبادات به عنوان ملاک تمیز معرفی شده مساوی بدانیم با آنچه که در باب طلاق به عنوان ملاک و معیار تمیز ارائه شده است. التزام به تفاوت ملاک تمیز در ابواب مختلف، یک چیزی است که هم روایات مساعد آن است و هم از کتاب‌های فقهی می‌توان آن را استفاده کرد. بله، همین جا هم ممکن است بگوییم یک معنای کلی در ذهن فقها بوده و این معنای کلی را به حسب آن مورد تفسیر کرده‌اند؛ همانطور که در روایات این اتفاق افتاده است. این همان احتمالی بود که ما عرض کردیم از ابتدا این احتمال وجود دارد، ضمن اینکه احتمال اختلاف مرتبه هم هست.

قبل از اینکه بخواهیم به روایات و عبارات فقهی اشاره کنیم، اساساً ببینیم آیا واقعاً خود این تعبیری که در روایات وارد شده یا آنچه که فقها ذکر کرده‌اند، اینها در عداد هم و در یک مرتبه و سطح قرار دارند یا نه. مثلاً در باب پذیرش اسلام ممیز، در کتاب‌های فقهی مطرح کرده‌اند که اسلام ممیز یعنی اینکه کسی بتواند اجمالاً یک استدلالی بر مبدأ و معاد اقامه کند. در باب عبادت صبی، یکی تعلیم است، یکی تمرین و دیگری تصحیح است؛ در رابطه با عبادت صبی سه مقوله داریم. حالا صرف نظر از اینکه هر کدام از اینها یک سنی برایش ذکر کرده‌اند، مثلاً برای تعلیم یک سنی را گفته‌اند، برای تمرین یک سنی را گفته‌اند و برای تصحیح هم بعضاً یک اشاراتی به سن شده است. اما ملاحظه فرمودید که در روایات، فهم و درک عبادت به عنوان یک مبنا و میزان ذکر شده است. در باب نجاسات ملاحظه فرمودید که فقها گفته‌اند که نجاست را از طهارت تمیز دهد؛ در باب طلاق هم سن ذکر شد - که فعلاً با آن کار نداریم - و عمده این است که فهم و درک طلاق ذکر شده است. در باب ذبیحه سخن از فهم و درک به یک معنا نیست، اما این چیزی گفته شده، لازمه‌اش فهم و درک آن حقیقت است. حتی اگر بپذیریم که فهم و درک این حقایق به عنوان ملاک و معیار تمیز شمرده می‌شود، اما درک حقیقت عبادت با درک حقیقت طلاق در یک زمان اتفاق می‌افتد؟ ذبیحه را در روایات داشتیم، طلاق و صدقه را داشتیم، عبادت را داشتیم؛ اگر حتی بگوییم که اینها همه اشاره به آن حد درک و فهم این حقایق دارند و این در حقیقت ملاک تمیز است؛ یعنی فهم و درک حقیقت صدقه، طلاق، ذبح، نگاه به

نامحرم. آیا اینها واقعاً در یک ردیف هستند؟ یعنی آن حدی که برای فهم عبادت و نماز و پرستش و خضوع در برابر خداوند، این حدش با حد اموری که به نوعی با ارتباطات اجتماعی او سروکار دارد، با ... چه در معاملات بالمعنی الاخص و چه در مثل نکاح و طلاق معاملات بالمعنی الاعم باشد، اعم از عقود و ایقاعات؛ اینها در یک حد است؟ بالاخره چه چیزی را باید ملاک قرار دهیم؟ چه الزامی داریم که تمیز را در همه این موارد یکی بدانیم؟ اگر مثلاً در مورد عبادت صبی گفته می‌شود که کبی نماز بخواند و امام (ع) می‌فرماید «إذا عقل الصلاة» یعنی وقتی نماز را درک کند؛ درک نماز برای یک بچه‌ای یک حدی چه بسا اتفاق می‌افتد اما ممکن است او هیچ تصویری از حقیقت طلاق و نکاح نداشته باشد. یعنی واقعاً نمی‌توانیم حد درک طلاق را که متفرع بر حد درک زوجیت و نکاح است، با حد درک صلاة یکی بدانیم. یا درک حقیقت صدقه را ... اینکه کسی می‌خواهد صدقه بدهد باید موضعش را بشناسد، حقش را بشناسد و بداند که این صدقه دادن یعنی اینکه چیزی از مال خودش بلاعوض و صرفاً فی سبیل الله به یک شخص نیازمند با شرایطش بدهد. این بالاخره مسأله نفی و ضرر را باید بفهمد؛ اینکه در مالش نقص ایجاد می‌شود ولو به میزان کم؛ و اینکه حس همکاری و کمک و مساعدت به دیگران باید برای او فهم شود. بله، درست است که اطفال در گذشتن از آن چیزی که در اختیار دارند به سهولت این کار را می‌کنند و گاهی هم البته در یک شرایطی خیلی در حفظ آنچه که دارند سختی به خرج می‌دهند. اما بالاخره نمی‌توانیم بگوییم حد فهم درک صدقه با حد فهم و درک نکاح و طلاق، و با حد فهم و درک معامله - مثل بیع و شراء و امثال اینها - و با حد فهم و درک پرستش و عبادت یکسان است. یا حتی پذیرش اسلام؛ واقعاً پذیرش اسلام و اینکه می‌گوییم اسلام ممیز قبول است، آیا صرفاً همین قدر کسی به او تلقین کند که شهادتین را جاری کن و او هم بدون اینکه حقیقت این شهادتین را بداند این را بر زبان جاری کند، می‌توانیم بگوییم مسلمان است؟ یعنی احکام اسلام بر او جاری می‌شود؟ مسلماً حد فهم حقیقت این امر در حد خودش، نمی‌تواند با آنها در یک ردیف قرار بگیرد.

لذا ما از مجموع آنچه که از روایات بدست می‌آید، می‌توانیم یک معیار کلی بدهیم و آن اینکه تمیز دارای حد یکسان نیست؛ حداقل باید بگوییم تمیز در ابواب و امور مختلف با هم متفاوت است. در عبادات، به این است که حقیقت عبادت و پرستش را درک کند نه اینکه به عمقش پی ببرد؛ بالاخره اجمالاً بفهمد که یک رابطه عبودیت و خضوع و پرستش در برابر خداوند تعالی دارد. در مورد معاملات، چه بالمعنی الاخص و چه بالمعنی الاعم، بالاخره باید آن حقیقت را درک کند؛ نکاح و طلاق را درک کند، صدقه را درک کند.

گفته نشود که آنچه که در باب معاملات گفته شده با آنچه که در باب عبادات گفته شده نتیجه‌اش یک چیز است و آن هم فهم و درک حقیقت کاری است که می‌خواهد انجام دهد و این یک معیار است؛ بله، به این معنا می‌توانیم بگوییم یک معیار داریم؛ وجه مشترک همه اینها آن است که آنچه را که می‌خواهد مبادرت به آن کند، درک کند. البته درکی که او دارد، نه در یک حدی که چه بسا برای بالغین هم حاصل نشود؛ نه، درک او در واقع یعنی درک ابتدایی و روشن از آن عملی که می‌خواهد انجام دهد. عبادت چون بندگی و پرستش است، باید این را درک کند؛ در ذبح باید بتواند این عمل را درک کند و اسم خدا را جاری کند؛ در مورد نکاح و طلاق و صدقه، باید حقیقت اینها را به نوعی که اینها را از غیرش تشخیص دهد درک کند. وقتی که می‌خواهد صدقه بدهد باید بداند که این با چیزی که ممکن است به یک همبازی خودش در بازی، آن هم از روی عطف و جلب نظر به

او می‌دهد، فرق می‌کند. ممکن است یک بچه دو ساله را بگویید که این چیزی را که داری بده من و او هم به شما بدهد؛ این را نمی‌توانیم بگوییم صدقه است. وقتی می‌گوییم صدقه یعنی صدقه منسوب به او را می‌خواهیم ببینیم آیا مقبول است یا نه. وقتی می‌توانیم از پذیرش این صدقه سخن بگوییم که او این حقیقت را درک کند. به این معنا، ملاک تمیز یک ملاک است.

اگر بخواهیم یک ملاک کلی برای تمیز ذکر کنم که در همه موارد جاری باشد، تمیز عبارت است از حد فهم و درک آن کاری که طفل می‌خواهد انجام دهد و البته این طبیعتاً دو مراتب می‌شود؛ حد فهم و درک نکاح و طلاق که اگر ما اگر طلاق ممیز را صحیح بدانیم، وقتی است که او حقیقت طلاق را درک کند. حد صدقه او وقتی است که صدقه را درک کند. قطعاً اینها در یک سطح نیستند؛ حد فهم و درک عبادت و صدقه و اسلام و ذبح و طلاق، اینها یکسان نیست. اگر مثلاً می‌گوییم که به صبی ممیز می‌شود نگاه کرد یا نه، اینجا ممیز چیست. درست است که فرقی از نظر حکم با غیر ممیز ندارد؛ ما ادله روشن داریم که این احکام مخصوص بالغین است؛ اما بالاخره ملاک ممیز و غیرممیز چیست در باب نظر و در باب لمس؟ یا حتی در باب طفل ممیز برخی ممنوع کرده‌اند نظر به او را؛ چون بحث نظر به عورت هم مطرح است؛ اینجا اصلاً دو تا بحث داریم، یکی نظر به عورت آنهاست و یکی نظر به غیر عورت. یعنی حد تمیز را در این مقوله چه قرار دهیم؟ اینجا «الذی لم یظهوروا علی عورات النساء» یا به تعبیر دیگر «من لایقدر علی حکایة ما یری» را می‌توانیم یک تفسیر دیگری از درک این حقیقت قرار دهیم.

سؤال:

استاد: یعنی در چه حدی ممیزی است که مثلاً زن می‌تواند به او نگاه کند یا نمی‌تواند؛ وقتی او به حدی برسد که مثلاً آنچه را که می‌بیند بتواند حکایت کند؛ یعنی اعضا را از هم تمیز دهد. لذا اصلاً وجهی ندارد که ما یک سن برای طفل قرار دهیم و بگوییم این سن تمیز است. حتی کسانی که ملاک واحد را معرفی می‌کنند، نمی‌توانند یک سنی را برای این جهت ذکر کنند؛ همانطور که بلوغ به حسب افراد مختلف است. اگر نشانه‌های طبیعی بلوغ را ذکر می‌کنیم و می‌گوییم اگر در کسی این نشانه‌ها پیدا نشد و به پانزده سالگی رسید حتماً بالغ است یا در دختران به سن نه سالگی، اما اگر قبل از پانزده سالگی یکی از نشانه‌ها تحقق پیدا کند ... این ممکن است در ۱۲ سالگی پیدا شود؛ همانطور که خود بلوغ ... لذا در حقیقت سنی نمی‌شود برایش تعیین کرد در مورد افراد بالغ، در مورد تمیز هم همینطور است. حد تمیز متفاوت است؛ درست است که آنجا نشانه‌های طبیعی یکی است ...

به نظر ما آنچه از روایات استفاده می‌شود، به یک معنا این است: تمیز عبارت است از حد فهم و درک و تعقل آن شیء، حالا این در امور مختلف متفاوت است. ... یعنی ممیز کسی است که بفهمد این عورت است یا غیر عورت ... نکاح طفل مگر باطل است؟ ... در مورد اینکه صبی ممیز خودش نکاح کند ... بله می‌گویند باطل است، ولی می‌خواهم عرض کنم که آن چیزی که اینجا معیار برای بحث است این است که این را فهم کند؛ ما فعلاً موضوع را منقح می‌کنیم ... هر کجا که تمیز ذکر شده و معیار برای یک حکم قرار گرفته، آنجا که یقین داریم که هیچ تأثیری ندارد بحث نمی‌کنیم. می‌خواهیم ببینیم آنجایی که تمیز یک تأثیری دارد به عنوان یک فارق می‌توان ذکر کرد و طفل را به حسب آن به دو قسم تقسیم کرد، می‌خواهیم ببینیم ملاکش چیست؛ این موضوع را می‌خواهیم بشناسیم ... آقایان همه دارند می‌گویند تمیز یعنی الذی یعرف الحسن من القبح، الذی یعرف الخیر من الشر. ... در همین مسأله طلاق روایت داریم شش سالگی، هشت سالگی، ده سالگی، سه جور هم فتوا داده‌اند که

معیار طلاق ... صاحب حدائق می گوید هشت سالگی ... این عبارت علامه است: «اذا بلغ الطفل سبع سنين كان على ابيه أن يعلمه الطهارة و الصلاة و يعلمه الجماعة و حضورها ليعتادها، لان هذا السن يحصل فيه التميز من الصبي في العبادة؛ و لذا بلغ عشر سنين ضرب عليها، و ان كانت غير واجبة لاشتماله على اللطف و هو الاعتیاد و التمرن». ایشان می گوید این سن، سنی است که او به مرحله تمیز می رسد؛ تمام مواردی که سن را ذکر کرده اند، اینها در حقیقت چیزهای خودشان بوده که گفته اند در این سن مثلاً عبادت را درک می کند می خواهم عرض کنم که معلوم می شود که سنین مختلف را برای امور مختلف ذکر کرده اند. در طلاق اینطور فتوا نمی دهد، در مورد وصیت اینطور فتوا نمی دهد. مسأله سن را بعداً بررسی می کنیم؛ ولی به نظر ما این معیار است و این در ابواب مختلف متفاوت است، دارای مراتب است.

«والحمد لله رب العالمين»