

## قلمرو مصلحت و عدالت در تزامم احکام و حقوق زنان

سید حمید جزایری\*

محمد عشایری منفرد\*\*

### چکیده

تنافی‌های فقهی و حقوقی که در وضع، کشف و اجرای احکام و حقوق فردی و اجتماعی انسان‌ها (و از آن جمله حقوق زنان) بروز می‌کند از یک سنخ نیستند. گونه‌شناسی این تنافی‌ها سه نوع تنافی را نشان می‌دهد. اینکه هر یک از تنافی‌ها چه تفاوتی با دیگری دارد و سازوکار برون‌رفت از هر یک از آنها چیست پرسش مهمی است که این مقاله با تأکید بر یکی از این سه نوع تنافی (تزامم امتثالی) به آن پرداخته و گسترده‌انگاری قلمرو قانون اهم و مهم را - که مبتنی بر مصالح احکام است - به چالش کشیده و در بخشی از تزامم‌ها به جای قانون اهم و مهم سازوکار دیگری را برای برون‌رفت از تنافی ارائه کرده است. جایگاه‌شناسی قانون عدل و انصاف در تزامم حقوق نیز مسئله‌ی دیگری است که در این مقاله به آن پرداخته شده است.

### واژگان کلیدی

تزامم احکام مکشوف، تزامم حقوق زنان، قاعده‌ی اهم و مهم، قاعده‌ی عدل و انصاف.

---

\*- عضو هیئت علمی جامعه‌ی المصطفی و مدیر گروه فقه و حقوق

\*\* - پژوهشگر و مدرس سطوح عالی حوزه‌ی علمیه قم

تاریخ دریافت: ۹۰/۱۰/۱۷ تاریخ تأیید نهایی: ۹۰/۱۱/۳۰

### مقدمه

در دانش فقه و اصول فقه از چند گونه تنافی یاد می‌شود که یکی از آنها تراحم است. برای اینکه بین تراحم و دیگر گونه‌های تنافی گسست روشنی ایجاد شود باید همه‌ی این تنافی‌ها را در کنار هم بازتعریف کرد تا مرز بین آنها شفاف و مفهومشان از یکدیگر گسسته شود. پیش از بازتعریف دقیق این تنافی‌ها باید روند وضع، کشف و اجرای قانون‌های شرعی را در سه مرحله از یکدیگر تفکیک کرد و سپس توضیح داد که هر کدام از این تنافی‌های بومی کدام یک از این سه مرحله است.

### الف- مرحله‌ی وضع قوانین توسط خداوند

خداوند حکیم برای تأمین سعادت انسان در گذار او از گذرگاه پر پیچ و خم دنیا به سوی آخرت برنامه‌ی مدونی در نظر گرفته است. او این قانون‌ها را بر اساس مصالح و مفاسد وضع کرده است. خروجی این مرحله مجموعه‌ای است متشکل از آموزه‌هایی درباره‌ی رفتارهای مجاز و غیرمجاز، رفتارهای راجح و مرجوح انسانی به همراه گزاره‌هایی اعتباری و وضعی که به این مجموعه «شریعت» می‌گویند. هر چند تنها بخشی از این شریعت که از مسلمات عقلی است خود به خود برای انسان آشکار است، اما کلیت شریعت که «لوح محفوظ» نیز نامیده می‌شود، برای انسان‌ها عیان نیست بلکه این قرآن کریم، سنت و عقل خداداد است که به فقیه کمک می‌کند تا آن شریعت پنهان را برای بندگان خدا عیان کند.

### ب- مرحله‌ی کشف احکام شرعی توسط فقیهان

دانشی که انسان را در روند کشف احکام این شریعت پنهان کمک می‌کند دانش فقه است. دانشوران این دانش پیچیده و مرکب با بهره‌مندی از چندین دانش مقدماتی بر اساس پارادایم روشن و روش‌مندی به نام اجتهاد و با تکیه بر چهار سند معروف فقاقت (قرآن کریم، عقل، سنت و اجماع) در صدد هستند که این برنامه‌ها و قانون‌ها را از دل شریعت کشف کرده و در اختیار انسان قرار دهند. خروجی این دانش هر چه باشد دستگاهی از گزاره‌های مترابط است که «احکام فقهی» نام دارد.

### ج- مرحله‌ی اجرای این قوانین توسط متشرعان یا حاکمان دینی

بخشی از این مقررات مکشوف دستورالعمل‌هایی برای شیوه‌ی حکومت است که به حاکمان دینی مربوط می‌شود، بخش دیگری نیز مربوط به متشرعان است که باید آنان در پرتو عمل به آنها به سعادت‌مندی دنیوی و اخروی برسند.

طُرفه آنکه در هر یک از سه مرحله چیزهایی وجود دارند که ممکن است با یکدیگر تنافی حاصل کنند. پرسشی که در اینجا وجود دارد، این است که کدام یک از این تنافی‌ها بومی باب تراحم است؟ آیا وقتی به باب تراحم برمی‌خوریم برای برون‌رفت از تراحم در تراحم حقوق و تراحم احکام سازوکار مشترکی وجود دارد؟

### ۱) تنافی‌های مرحله‌ی جعل احکام (تزام ملاکی)

در مرحله‌ی قانون‌گذاری وضع احکام - بنا بر اعتقاد عدلیه - تابع مصالح و مفاسد است. در این مرحله قانون‌گذار موضوعی را که می‌خواهد درباره‌ی آن حکمی را وضع کند واکاوی می‌کند تا اگر مصلحت الزام‌آوری در آن وجود داشت، یا دست کم مصلحت الزام‌آوری در خود جعل وجود داشت برای تحصیل آن مصلحت، قانونی را وضع کند یا اگر مفسده‌ی الزام‌آوری در آن وجود داشت، برای دفع آن مفسده قانون دیگری را وضع کند؛ برای مثال مصالح موجود در حاکمیت انسان عاقل بالغ بر امور شخصی خودش اقتضا می‌کند که یک دختر باکره‌ی رشیده خودش بر امر انتخاب همسر خویش حاکم باشد، اما پیچیدگی‌های جامعه، بی‌تجربگی دختران جوان - که موجب ناآشنایی آنها با دنیای ناشناخته‌ی مردان می‌شود - و امکان سوء استفاده‌ی مردان از احساسات دوره‌ی جوانی آنها ایجاب می‌کند که دختران در انتخاب همسر آینده‌شان تنها رها نشوند. در اینجا دو مصلحت رویاروی یکدیگر قرار می‌گیرند؛ یکی قانون‌گذار را به سوی استقلال دختر در انتخاب همسرش می‌کشاند و دیگری قانون‌گذار را از استقلال او باز می‌دارد. شارع مقدس در کشاکش تزام این دو مصلحت تعیین‌کننده‌ی جانب هر دو مصلحت را رعایت کرده یعنی امر را به دست خود دختر سپرده، اما اذن پدر (ولی) را که هم با دنیای مردان آشناست و هم دلسوز و خیرخواه دخترش است در این انتخاب شرط کرده است. نباید پنداشت جعل این قانون برای محدود دخترانی

که خود با دنیای مردان شناخت بیشتری دارند فاقد هرگونه مصلحت است، زیرا در قانون‌گذاری نگاه قانون‌گذار معطوف به مصلحت‌های شخصی آن تعداد معدود نیست بلکه معطوف به مصالح نوعی کل جامعه است.

این ناسازگاری که در مرحله‌ی وضع قانون در بین مصالح و مفسد موجود در متعلق احکام به وجود می‌آید در ادبیات شهید صدر تزام ملاکی نامیده شده است. به نظر وی در این گونه از تزام رتق و فتق تزام تنها بر عهده‌ی قانون‌گذار است و هیچ ارتباطی به فقیهان یا مکلفان ندارد. علاوه بر شهید صدر بزرگان دیگری مانند شیخ انصاری و محقق خوئی نیز تصریح کرده‌اند ملاک‌های اساسی قانون‌گذار برای وضع احکام به هیچ وجه از مفاهیم خریدیاب نیست تا در تیررس درک عقل باشد (صدر ۱۴۱۷: ج ۷، صص ۱۴۳ و ۱۴۴).

## ۲) تنافی‌های مرحله‌ی کشف احکام (تعارض)

در بیان مراحل سه‌گانه گذشت که شارع، شریعت را به مثابه نهم‌خانه‌ی احکام شرعی بر ساخته و فقیه در تلاش‌های فقهی خود در صدد است تا با تکیه بر اسناد چهارگانه (کتاب و سنت و عقل و اجماع) احکام پنهان در شریعت را استخراج کند. در مرحله‌ای که فقیه با واکاوی اسناد چهارگانه در جست‌وجوی احکام شریعت است ممکن است بین دو دلیلی که می‌خواهند یکی از احکام شرعی را حکایت کنند ناسازگاری به وجود بیاید. فقیهان و حدیث‌پژوهان از دیرباز به بررسی این نوع از ناسازگاری - که در ادبیات

فقهی و اصولی ما «تعارض» نام یافته - توجه کرده‌اند. در دانش اصول باب تعادل و ترجیح و در دانش‌های حدیثی "علم مختلف الحدیث" برای بررسی همین ناسازگاری پی‌ریزی شده است؛ برای مثال درباره‌ی زن غیرباکره‌ای که پیش از این یک مرتبه ازدواج کرده این پرسش وجود دارد که آیا برای ازدواج دومش هم اذن ولی شرط است؟ فقیهی که می‌خواهد بداند خداوند در شریعتش برای این مسئله چه حکمی را وضع کرده به اسناد فقهی مراجعه می‌کند و می‌بیند روایات فراوانی دلالت می‌کنند که اذن ولی شرط نیست (طوسی: ۱۳۹۰: ۲۳۴، باب ۱۴۳، ح ۶-۱)، اما در آن میان روایت دیگری را هم می‌یابد که برای ازدواج چنین زنی اذن ولی را شرط می‌کند (همان: ح ۷). در اینجا بین این روایت و روایات پیش گفته تعارض وجود دارد، حل مشکل تعارض تنها به دست فقیه است و اوست که باید یکی از دو طرف تعارض را ترجیح دهد. فقیه در اینجا بر اساس مبنایی که در دانش اصول اتخاذ کرده یا فقط به مرجحات روایی (مرجحات منصوص) عمل می‌کند یا مرجحات غیرمنصوص را نیز مبنای عمل خود قرار می‌دهد (خراسانی: ۱۴۰۹: ۴۴۶). روشن است که این گونه از تنافی جای سنجش مصلحت نیست و برای برون‌رفت از آن نمی‌توان از الگوی سنجش مصالح استفاده کرد.

### ۳) تنافی‌های مرحله‌ی امتثال و اجرای احکام (تزام احکام مکشوف)

چنانچه گذشت، فقیه در فرایند استنباط در صدد کشف احکام پنهان در شریعت است و پس از کشف آن را برای اجرا و امتثال در اختیار جامعه

قرار می‌دهد. در اینجا ممکن است برای کاربران این احکام مکشوف شرایط خاصی پیش بیاید که در آن شرایط، هم موظف به اجرای هر دو حکم از احکام الهی شوند و هم اجرای هم‌زمان این دو حکم برایشان میسر نباشد. دو حکم منافی با یکدیگر به گونه‌ای هستند که اگر این شرایط خاص، مکلف را از انجام دادن هر دو وظیفه‌اش ناتوان نکرده بود، خودشان خود به خود با همدیگر ناسازگاری نداشتند.

یکی از مثال‌های این تنافی، پزشکی است که بیمارش یک خانم باردار باشد و بیماری‌اش نیز به گونه‌ای باشد که اگر جنینش را سقط نکنند، به یقین خودش می‌میرد؛ یعنی یا باید مادر بمیرد تا جنین زنده بماند یا جنین بمیرد تا مادر زنده بماند. در اینجا از سویی حفظ جان مادر بر پزشک واجب است و از سویی هم کشتن جنین بر پزشک حرام است، چنان‌که حفظ جان جنین بر او واجب و کشتن مادر حرام است. این نوع تنافی را تزامم نامیده‌اند که با دو نوع تنافی پیش‌گفته تغایر دارد.

نخستین بار شیخ اعظم انصاری از دوگانگی تزامم احکام مکشوف (که مربوط به مرحله‌ی سوم است) با تعارض (که مربوط به مرحله‌ی دوم است) سخن به میان آورد (انصاری: ۱۱۵)، اما خود به اندازه‌ی کافی از تفاوت‌های این دو تنافی سخن نگفت. پس از او شاگرد چالش‌ساز او محقق خراسانی سخن او را در کتاب *کفایه الاصول* به بحث گذاشت و تزامم را به دغدغه‌ای برای حاشیه‌پردازان این کتاب تبدیل کرد (خراسانی ۱۴۰۹: ۱۵۴ و ۱۵۵). با این

حال محقق نائینی چيستی‌شناسی باب تزاحم و احکام آن را در حدی توسعه داد که امروزه در دانش اصول نظریه‌ی تزاحم را تنها به او اسناد می‌دهند، خود او نیز می‌گوید:

... بد نیست بحث مفصلی از تزاحم و احکام آن ارائه کنیم، چرا که بزرگان این امر را رها کرده‌اند در حالی که از مسائلی است که فروع فراوانی دارد و سزاوار بوده است که در کتب اصولی عنوان مستقلی داشته باشد (نائینی ۱۴۱۷: ج ۱، ص ۳۱۷).

#### ۴) مفهوم‌شناسی باب تزاحم احکام و شرایط آن

گسست باب تزاحم از ابواب مشابه از بایسته‌های فقهی است. پیش از آنکه محقق نائینی باب تزاحم را تعریف کند مرز بین باب تزاحم با باب تعارض گاهی آن قدر دیرپای می‌شد که حتی شیخ انصاری - که خود از متفاوت بودن این دو باب دم زده بود - نیز گاه باب تزاحم را با باب تعارض یکی می‌انگاشت (خوانساری: ۱۳۱). بنابراین در واکاوی قواعد باب تزاحم حقوق و تزاحم احکام پیش از هر چیز باید به وضوح حداکثری معنای باب تزاحم اهتمام ورزید.

#### ۴-۱) تعریف باب تزاحم

بین دیدگاه محقق خراسانی و محقق نائینی در تعریف باب تزاحم تفاوت‌هایی وجود دارد، اما آنچه امروز در دانش فقه و اصول فقه پذیرفته



شده همان تعریفی است که محقق نائینی ارائه کرد. از نظرگاه محقق نائینی در تزام بین دو حکم شرعی یک تنافی غیردائمی وجود دارد، اما این تنافی ریشه در مقام قانون‌گذاری ندارد بلکه دو حکم پس از کشف توسط فقیه تنها در مقام فعلیت و تحقق موضوعشان به ناسازگاری افتاده‌اند. هر چند محقق نائینی خاستگاه تزام احکام مکشوف را منحصر در عجز مکلفان و اجرا کنندگان احکام نمی‌دانست، اما شاگردان محقق نائینی روشن کردند که ریشه‌ی این نوع تنافی تنها این است که مکلف در شرایطی خاص از انجام دادن وظایف خود عاجز می‌شود و همین عجز موجب بروز تنافی بین دو وظیفه‌ی او می‌شود. (خوبی ۱۴۱۹: ج ۳، ص ۳۲).

در باب تزام احکام پیش از بررسی سازوکارهای برون‌رفت از تزام باید به برداشت دقیق‌تری از باب تزام دست یافت. برای اینکه مسئله‌ای داخل در باب تزام بشود شرایطی لازم است که این شرایط در نهان‌خانه‌ی ذهن اصولیان باقی مانده و بر قلمشان جاری نشده تا در دانش اصول تبیین و دسته‌بندی شود، اما در کشاکش بحث‌های فقهی گاه شرطی از شرایط تزام از ذهنشان بر قلمشان جاری شده است. صاحب این قلم در اینجا به پاره‌ای از این شرایط به صورت گذرا اشاره می‌کند و بحث تفصیلی از این شرایط را به مجال مناسب وامی‌گذارد.

### الف- اطلاق دو حکم

اگر یکی از دو حکم مکشوف، مقید به دیگری باشد، به هیچ وجه بین

آنها تنافی به وجود نمی‌آید؛ برای مثال ممکن است کسی که دین حالی داشته باشد، مالی هم داشته باشد که با آن یا می‌تواند سفر حج را انجام دهد یا بازپرداخت دین را، هر چند برخی فقیهان پیشین این مسئله را بومی باب تزاحم دانسته و در آن احکام باب تزاحم را اجرا کرده‌اند (نراقی ۱۴۱۵: ج ۱۱، ص ۴۳)، اما فقیهان متأخر روشن کرده‌اند که وجوب حج اطلاق ندارد، بلکه مشروط به استطاعت است؛ یعنی کسی که دین حال بر عهده دارد استطاعتی ندارد تا حج بر او واجب شود. بنابراین در واقع دو حکم وجود ندارد تا تزاحم روی بدهد (طباطبایی حکیم ۱۴۱۶: ج ۱۰، ص ۹۹).

#### ب- گستره‌ی اطلاق دو حکم

گاهی گستره‌ی اطلاق دو حکم در حدی نیست که شامل محل تنافی هم بشود؛ برای مثال در مسئله‌ی زنی که خودش روزه است اما شوهرش روزه نیست و از او تقاضای تمکین می‌کند، تمکین از سویی بر زن واجب است از سوی دیگر چون موجب شکستن روزه‌اش می‌شود بر او حرام است. اگر این مسئله بومی باب تزاحم باشد، هر کدام از این دو حکم که اهم باشد باید مقدم شود، اما این مسئله از باب تزاحم نیست، زیرا هر چند ادله‌ی وجوب تمکین اطلاق دارند، اما آن قدر اطلاق ندارند (آملی ۱۳۸۰: ج ۸، ص ۲۰۶) که حتی مصادیق حرام تمکین را نیز شامل بشوند. مسئله‌ی دیگر مربوط به این شرط وقتی است که مردی از همسرش تمکین‌های نامتعارفی تقاضا می‌کند؛ از سویی تحمل برخی از انتظارات نامتعارف شوهر برای زن دشوار است و

قاعده‌ی تسلط زن بر خویشتن خویش (طباطبایی حکیم ۱۴۱۶: ج ۱۰، ص ۱۷) هم به او اجازه‌ی امتناع داده است، اما از سویی هم تمکین بر او واجب است. حال فقیهانی که ادله‌ی وجوب تمکین را به حدی مطلق می‌دانند که حتی تمکین در برابر انتظارات غیرمتعارف شوهر را هم شامل شود این مسئله را بومی باب تزامم می‌دانند و در تزامم هم تمکین را چون اهم می‌دانند مقدم می‌کنند، اما فقیهانی مانند حضرات آیات عظام خامنه‌ای، تبریزی، سیستانی، صافی (واحد پاسخ به سئوالات جامعه الزهرا ۱۳۸۸: ۲۲۲ و ۲۲۳) و مکارم شیرازی (مکارم شیرازی ۱۴۲۸: ۱۷۲) و مرحوم بجنوردی (بجنوردی ۱۴۱۹: ج ۷، ص ۱۳۹) که ادله‌ی تمکین را چنین مطلق نمی‌دانند به هیچ وجه مسئله را بومی باب تزامم ندانسته و از همان آغاز حکم به لازم نبودن چنین تمکین‌هایی می‌کنند.

### ج - هماهنگی دو حکم در الزام یا عدم الزام

بسیاری از فقیهان در تنافی بین یک حکم غیرالزامی و یک حکم الزامی (مثل تنافی یک مستحب با یک حرام) مسئله را بومی باب تزامم نمی‌دانند (انصاری ۱۴۱۵: ج ۱، ص ۳۰۹). با این حال محقق خوئی در این زمینه تفصیلی دارد که تبیین آن در تنگنای این مقال نمی‌گنجد (خوئی: ۳۱۶ و ۳۱۷). برای همین است که وقتی بین حج مستحبی زن و وفا به حقوق واجب شوهرش تنافی در می‌گیرد فقیهان بدون اینکه این مسئله را بومی باب تزامم کنند واجب را بر مستحب مقدم می‌کنند (اردبیلی ۱۴۰۳: ج ۶، ص ۱۰۳).

#### د- مستقل بودن دو حکم

در دانش اصول واجبات را به واجبات ضمنی و استقلالی تقسیم نکرده‌اند، تنها در مبحث مقدمه‌ی واجب مقدمات داخلی را به بحث گذاشته‌اند (خراسانی ۱۴۰۹: ۹۱). همین نشانه‌ی این است که می‌توان بین واجباتی مانند قرائت و رکوع که ضمن نماز واجب می‌شوند و واجبات دیگر فرق گذاشت. محقق نائینی تنافی واجبات ضمنی را از مسائل باب تزاحم می‌داند و در آنها احکام باب تزاحم را اجرا می‌کرد (یزدی ۱۴۱۹: ج ۲، ص ۴۸۵؛ همان: ۳۸۴)، اما برخی پیروان او تنافی بین دو واجب ضمنی یا یک واجب ضمنی با یک واجب استقلالی را بومی باب تزاحم نمی‌دانند بلکه بومی باب تعارض می‌دانند (خوئی ۱۴۱۹: ج ۲، ص ۱۲؛ صدر ۱۴۱۷: ج ۷، صص ۱۲۵ و ۱۲۶).

#### ه- نفسی بودن دو حکم

اصولیان احکام را به احکام نفسی و احکام غیرنی تقسیم کرده‌اند. واجباتی را که به خاطر واجب دیگری واجب شده باشند واجب غیرنی نامیده و واجبات دیگر را واجب نفسی نامیده‌اند (خراسانی ۱۴۰۹: ۱۰۷). برخی شاگردان محقق نائینی تنافی بین احکام غیرنی یا تنافی بین یک حکم غیرنی و یک حکم نفسی را بومی باب تزاحم نمی‌دانند (خوئی ۱۴۱۷: ج ۳، ص ۲۲۸).

#### و- اتفاقی بودن تنافی بین دو حکم

در مدرسه‌ی نائینی پافشاری شده است که باید ناسازگاری دو حکم

متنافی، ناسازگاری اتفاقی باشد و گرنه اگر ناسازگاری شان همیشگی باشد دو حکم سر از باب تعارض درمی آورند، زیرا دائمی بودن تنافی دو حکم نشانه‌ی آن است که آن دو حکم در همان مرحله‌ی قانون‌گذاری با هم تنافی داشته‌اند (صدر ۱۴۱۷: ج ۷، صص ۱۰۹ و ۱۱۰).

### ز- ناتوانی مکلف از جمع بین دو تکلیف

گاه بین یک واجب تخییری و یک واجب تعیینی یا بین یک واجب موسع و یک واجب مضیق تنافی بدوی به وجود می‌آید. هر چند که در مثال نخست واجب تعیینی بر وجوب تخییری و در مثال دوم واجب مضیق بر واجب موسع مقدم می‌شود، اما مسئله این است که آیا این تنافی از مسائل باب تزامم به شمار می‌آید؟ برخی ارباب دانش اصول این تنافی‌ها را جزء باب تزامم نمی‌دانند، زیرا ملاک باب تزامم این است که برای مکلف امکان جمع بین دو تکلیف وجود نداشته باشد در حالی که در اینجا امکان جمع بین دو تکلیف برایش وجود دارد. برای همین است که این محققان تنافی بین واجب کفایی و واجب عینی را هم جزء باب تزامم نمی‌دانند و به طور کلی در هر تنافی دیگری که مکلف خودش با انتخاب راه‌های نادرست خودش را گرفتار تزامم کرده باشد، قواعد باب تزامم را اجرا نمی‌کنند؛ برای مثال هنگامی که بین موقوف علیهم به خاطر اختلاف در نحوه‌ی بهره‌مندی از موقوفه نزاعی مرگ‌بار درگیرد و تنها راه فیصله دادن نزاع فروش مال موقوفه و تقسیم سهم موقوف علیهم باشد. پیش از آنکه محقق نائینی نظریه‌ی جدید

تزام را مطرح کند ناسازگاری بین حکم و جوب حفظ موقوفه و حکم و جوب حفظ جان موقوف علیهم از مسائل باب التزام انگاشته شده است و در نتیجه فروش موقوفه در چارچوب قانون اهم و مهم برای پیشگیری از خونریزی جایز شمرده می‌شد (عاملی ۱۴۱۰: ج ۱، ص ۲۸۰)، اما پس از طرح نظریه‌ی التزام در مدرسه‌ی نائینی روشن شد که چون این نزاع و خونریزی به اختیار خود موقوف علیهم درگرفته، مسئله بومی باب التزام نیست و نمی‌توان چنین حکمی برای موقوفه صادر کرد (نائینی ۱۳۷۳: ج ۱، ص ۳۵۲). اگرچه پیش از محقق نائینی نیز با اینکه در مباحث اصولی به این موضوع توجه نمی‌شد، اما باز هم گاه در مباحث فقهی تصریح شده است که مرجحات باب التزام بومی تنافی‌هایی هستند که در آن تنافی‌ها امکان جمع بین دو حکم وجود نداشته باشد (حلی ۱۳۸۷: ج ۲، ص ۸۰).

بر این اساس به نظر می‌رسد بسیاری از تنافی‌هایی که در اجرای احکام مکشوف خانواده‌ها یا ادای حقوق متقابل اعضای خانواده بروز می‌کند - چون برآمده از رفتارهای نادرست اعضای خانواده‌هاست و به اختیار خودشان می‌تواند از بین برود - از باب التزام نباشد.

### ح- وحدت مکلف

در التزام باید دو حکم متزام متوجه به یک مکلف باشد. بدین ترتیب در مواردی که وظیفه‌ی یک مکلف با وظیفه‌ی مکلفی دیگر تنافی پیدا کند این تنافی داخل در باب التزام نمی‌شود. حرمت همکاری با سلاطین

ستم‌پیشه از مسلمات اسلام است، اما گاهی پیشگیری از رواج منکرات در میان مردم وابسته به همکاری با آنها می‌شود و در نتیجه بین دو حکم (حرمت همکاری با ظالمان و وجوب پیشگیری از رواج گناه) تنافی در می‌گیرد. این تنافی را بسیاری از فقیهان بومی باب تزامم دانسته‌اند، اما امام خمینی رحمته‌الله در اینکه این مسئله از باب تزامم باشد تردید دارد، زیرا وی وحدت مکلف را از شرایط باب تزامم می‌داند. از منظر وی در اینجا دو حکم متوجه به یک مکلف نشده است تا مسئله بومی باب تزامم شود (خمینی ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۱۹۵)؛ برای نمونه در همان مثال پیش‌گفته‌ی مادر و جنین، مادر در شرایطی قرار می‌گیرد که اگر جنینش را (پس از چهار ماهگی) سقط نکند خودش می‌میرد. اگر هم خودش بماند جنین می‌میرد؛ در اینجا پزشک (یک مکلف) با دو تکلیف روبه‌روست؛ یکی وجوب نجات جان مادر و دیگری وجوب نجات جان جنین، که این دو حکم با یکدیگر تزامم یافته‌اند و هیچ یک از آنها هم مرجحی ندارد؛ یعنی پزشک نه می‌تواند جان مادر را فدای جنین کند نه جان جنین را فدای جان مادر، برای همین است که بسیاری از فقیهان فتوا داده‌اند که پزشک باید صبر کند تا مرگ طبیعی یکی از آنها خود به خود فرا رسد (یزدی ۱۴۱۹: ج ۲، ص ۱۳۷)، اما مادر فقط با یک حکم (وجوب نجات جان خود) روبه‌روست زیرا ادله‌ی وجوب نجات جان دیگران (حتی فرزندان) اطلاقشان در حدی نیست که بتوانند حتی «نجات جان دیگران از طریق فدا

کردن جان خود» را نیز دربرگیرند،<sup>۱</sup> بنابراین در جایی که مادر می‌داند برای نجات جان جنینش باید خودش بمیرد درباره‌ی حفظ جان جنین تکلیفی ندارد. تفاوت مادر با پزشک در این است که در وظایف پزشک دو تکلیف (وجوب حفظ جان مادر و وجوب حفظ جان جنین) متوجه یک مکلف شده است، اما درباره‌ی مادر فقط یک تکلیف متوجه او شده و تکلیف دوم (حفظ جان جنین) متوجه دیگران شده است. بنابراین هر چند در مسئله‌ی مادر نیز دو تکلیف وجود دارد، ولی چون مکلف این دو تکلیف واحد نیست مسئله‌ی مادر بومی باب تزاحم نمی‌باشد. برای همین است که بسیاری از فقیهان پزشک را (که در باب تزاحم گرفتار است و مرجّحی هم ندارد) مجاز به ترجیح جان مادر (و سقط کردن جنین) ندانسته‌اند، اما برخی تصریح کرده‌اند که مادر می‌تواند روش سقط کردن را بیاموزد و خودش آن را انجام دهد (فیاض کابلی: ج ۲، ص ۲۷۰). با این حال نمی‌توان این نکته را از نظر دور داشت که از منظری دیگر مادر هم گرفتار نوعی تزاحم است، زیرا او نیز می‌خواهد برای انجام دادن یک واجب (حفظ جان خود) از یک مقدمه‌ی حرام (کشتن جنین) استفاده کند که در اینجا بین این مقدمه‌ی حرام و آن ذی‌المقدمه که واجب است تزاحم در گرفته است چنان‌که در ماجرای نجات غریقی که تنها راه نجات جان او تصرف در ملک دیگران است همین گونه از

۱- هر چند کسانی که جان خود را به خاطر نجات دیگران به مخاطره می‌افکنند در نزد خدا پاداش عظیمی خواهند داشت، اما در جایی که انسان علم دارد با نجات دیگران جان خودش را از دست خواهد داد اقدام به نجات دیگران واجب نیست.



تزامم دیده می‌شود. محقق خوئی متوجه این تزامم بوده و برای برون‌رفت از آن نیز سازوکاری پیشنهاد کرده است (خوئی ۱۴۱۸: ج ۹، ص ۳۱۷).

#### ۲-۴) سازوکار برون‌رفت از تزامم

در تزامم یک حکم مکشوف با یک حکم مکشوف دیگر، اصولیان ابتدا به تأسیس اصل پرداخته‌اند تا اگر مرجّحی برای مقدّم کردن یکی از دو طرف تزامم یافت نشد به این اصل عمل کنند. بدیهی است قانون‌گذار اجرای هر دو حکم را از مکلف عاجز نمی‌خواهد بنابراین مکلف باید برای مقدم کردن یکی از دو تکلیف مرجّحی بیابد، اما اگر مرجّحی یافت نشد به صورت تخییر یکی از دو حکم را برگزیند؛ برای مثال در همان مسئله‌ی پزشک و مادر و جنین که پزشک برای حفظ جان مادر یا حفظ جان جنین مرجّحی ندارد می‌تواند یکی از آنها را به صورت تخییری نجات دهد، ولی چون نجات هر یک با کشتن دیگری محقق می‌شود اگر پزشک هیچ کاری هم نکند باز هم به زودی یکی از آن دو با مرگ طبیعی فدای دیگری خواهد شد، فقیهان حکم کرده‌اند که پزشک صبر کند تا یکی از آنها بمیرد و بعد دیگری را نجات دهد.

در عین حال اصولیان برای تقدم یکی از دو تکلیف مرجّحاتی را پیشنهاد

کرده‌اند که به سه مورد از آنها اشاره می‌شود:

### الف- نبود جایگزین

اگر بین وضوی واجب یک نماز با وجوب حفظ جان یک انسان تراحم دربگیرد، باید وضو را که جایگزین (تیمم) دارد کنار نهاد و وجوب حفظ جان دیگران را که جایگزین ندارد مقدم کرد. اصولیانی که تنافی واجبات غیري را جزء باب تراحم نمی‌دانند، این قبیل تنافی‌ها را از مسائل باب تراحم نمی‌دانند تا بخواهند تقدم یکی از آنها (وجوب حفظ جان انسان) بر دیگری (وجوب وضو) را از مرجحات باب تراحم قلمداد کنند. دیگر اصولیان نیز برای اثبات اینکه صرف نبود جایگزین مرجح باشد راه دشواری در پیش دارند. شهید صدر هم علی‌رغم تلاش فراوان موفق به اثبات اعتبار این مرجح به صورت مرجحی مستقل نمی‌شود و به ناچار این مرجح را نیز یکی از مصادیق "قانون ترجیح حکم اهم بر حکم مهم" قلمداد می‌کند (صدر ۱۴۱۷: ج ۷، صص ۸۲ و ۸۳)؛ یعنی حتی در اینجا هم وجوب حفظ جان انسان به خاطر آنکه حکم رقیبش جایگزین دارد مقدم نمی‌شود، بلکه چون مبتنی بر مصلحت مهم‌تری است مقدم می‌شود.

### ب- سبق زمانی

وقتی دو حکم شرعی با هم تنافی پیدا کنند، اما زمان واجب شدن یکی از آنها پیش از دیگری باشد حکم سابق مقدم و حکم رقیب کنار گذاشته می‌شود (نائینی ۱۳۶۸: ج ۱، ص ۱۲۸). از آنجا که مدیریت خانواده بر عهده‌ی مرد است قانون به وی اختیار می‌دهد که زنش را از اشتغال به مشاغل منافی

با مصالح خانوادگی یا حیثیت اجتماعی شان بازدارد (م ۱۱۱۷ ق.م). از سوی دیگر ممکن است زن قبل از عقد نکاح در عقد اجاره‌ای اجیر یک شخصیت حقیقی یا حقوقی شده باشد، حال اگر مرد پس از عقد نکاح اشتغال همسرش به آن شغل را منافی با مصالح خانوادگی بداند، زن از سویی باید حق قانونی شوهرش را که او را از ادامه‌ی کار منع می‌کند بپذیرد و از سوی دیگر پیش از عقد نکاح در قرارداد اجاره تعهد داده است که برای کارفرما کار کند. یکی از محققان با ترجیح سبق زمانی نوشته است: «مرد با تمسک به ماده‌ی ۱۱۱۷ نمی‌تواند قرارداد اجاره‌ای را که زن قبل از عقد نکاح منعقد کرده باطل کند، چون زناشویی مؤخر در اجاره‌ی مقدم تأثیری ندارد» (امامی: ج ۲، ص ۱۷). افزون بر متون حقوقی جستارهای فقهی نیز نشان می‌دهد که ترجیح حکمی که زودتر واجب شده در دانش فقه هم مرجح کم طرفداری نیست.

واقعیت این است که سبق زمانی هم تا به «قانون تقدیم اهم بر مهم» باز نگردد مرجح مطمئنی نیست (اصفهانی ۱۴۰۹: ۱۸۵؛ رشتی: ۲۶۱)، زیرا به قول سید طباطبایی هیچ خردمندی نمی‌پذیرد که برای مثال وقتی دو نفر در حال غرق شدن هستند نجات غریق اول - فقط به خاطر اینکه زودتر از دیگری شروع به غرق شدن کرده است - باید مقدم شود (یزدی ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۱۶۳).

افزون بر این دو مرجح، عوامل دیگری نیز هستند که برخی اصولیان به عنوان مرجح از آنها یاد کرده‌اند، اما اصولیان امروز با بازگرداندن همه‌ی آنها به قانون اهم و مهم تنها مرجح معتمد را همین قانون می‌دانند (عشایری منفرد

۱۳۹۰: ۱۰۹-۱۱۴).

### ج- قانون اهم و مهم

یافته‌های جدید دانش اصول حاکی است که تنها مرجح مطمئن در تراحم احکام «قانون اهم و مهم» است. قانون اهم و مهم - که مبتنی بر مصالح احکام است - بیان می‌کند که اگر در نزد شارع ملاک یکی از دو حکم از ملاک حکم دیگر قوی‌تر باشد، همان حکم بر حکم دیگر مقدم می‌شود. یکی از مصادیق قانون اهم و مهم همان قانون دفع افسد به فاسد است که چیزی جز اهمیت‌سنجی اعمال حرام نیست. بنابراین ماهیت قانون اهم و مهم همان تشخیص مصلحت و مفسده‌ی موجود در احکام و سنجش آنها با یکدیگر است. درباره‌ی قانون اهم و مهم چند بحث وجود دارد:

- چرایی اعتبار قانون اهم و مهم: لزوم تقدم حکم اهم بر حکم مهم در جایی که امکان انجام دادن هر دو حکم وجود ندارد چنان و وضوحی دارد که یکی از فقیهان آن را از فطریات دانسته است (سبزواری ۱۴۱۳: ج ۲، ص ۲۳۶).  
تقدیم اهم بر مهم را قرآن، سنت، عقل و اجماع تأیید کرده‌اند. سند قرآنی قانون اهم و مهم کارکرد جناب خضر در رخنه افکندن به کشتی بینوایان برای نگهداری آن از چنگ حاکمی زورگوست. جناب خضر در آنجا مهم (سلامت ظاهری کشتی) را فدای اهم (باقی ماندن کشتی در ملکیت مالکش) کرد و خداوند هم در آیه‌ی ۷۹ سوره‌ی مبارکه‌ی کهف آن را تأیید کرد (مکارم شیرازی ۱۴۲۱: ج ۹، ص ۳۳۱؛ صادقی تهرانی ۱۴۱۹: ۳۰۲). وقتی توطئه‌های

دشمن علیه زراره چنان اوج گرفت که بیم آن می‌رفت به خاطر گرایش به امام صادق علیه السلام به شهادت برسد، امام علیه السلام ابتدا در بیانیه‌ای که از طریق ابوبصیر منتشر کردند زراره را طوری نکوهش فرمودند تا دشمن گمان کند زراره دیگر از یاران امام صادق علیه السلام نیست، اما سپس در نامه‌ی محرمانه‌ای از طریق فرزند زراره از زراره دلجویی کرده و ضمن متنی بلیغ و شیوا دلیل این امر را حفظ جان زراره بیان کردند. اتفاقاً امام علیه السلام در این نامه ضمن یادآوری آیه‌ی رخنه افکندن جناب خضر به کشتی بینویان خطاب به زراره فرمودند: «...به خدا قسم تو از محبوب‌ترین یاران من هستی... چون برترین کشتی این دریای توفانی تو هستی ولی پادشاه ظالم و غاصبی به دنبال توست که می‌خواهد همه‌ی کشتی‌های هدایت را غصب و اهالی آن را دستگیر کند...» (کشی ۱۴۹۰: ۱۴۱-۱۳۸). از متن نامه‌ی امام علیه السلام برداشت می‌شود که ایشان نیز کار جناب خضر را در رخنه افکندن به کشتی از مصادیق قانون اهم و مهم انگاشته‌اند.

به عنوان سند روایی قانون اهم و مهم افزون بر رفتار امام صادق علیه السلام با زراره، از دو روایت معتبر دیگر نیز می‌توان یاد کرد که نشان می‌دهند امام علی علیه السلام بر کسی که مستحق اجرای حد شرعی بود، اما در منطقه‌ای زندگی می‌کرد که با اجرای حد شرعی امکان رنجیدگی و در نتیجه پیوستن او به دشمنان و هم‌دستی و هم‌داستانی‌اش با آنها وجود داشت، حد شرعی را جاری نکرده و بدین ترتیب حکم مهمی (و جوب اجرای حد) را فدای یک

حکم اهم (حرمت تقویت جبهه‌ی دشمن) کردند (عاملی ۱۴۰۹: ج ۲۸، صص ۲۴ و ۲۵، ح ۳۴۱۲۳ و ۳۴۱۲۴).

سند دیگری که برای اعتبار این قانون وجود دارد عقل است. در تزامم احکام مکشوف عقل حکم می‌کند که آنچه در نظر شارع اهم است باید مقدم شود، چرا که در کنار "تقدیم حکم اهم" سه گزینه‌ی رقیب وجود دارد؛ یکی تقدیم حکم غیراهم بر حکم اهم، دوم انجام دادن یکی از دو حکم بدون توجه به اهم و مهم بودنشان و سوم ترک هر دو وظیفه. بر اساس درک عقل همه‌ی گزینه‌های رقیب قبیح هستند، بنابراین تنها گزینه‌ی ممکن همان تقدیم حکم اهم بر حکم مهم است. آخرین سندی که می‌توان برای اعتبار این مرجح ارائه کرد نیز اجماع است. جستارهای فقهی نشان می‌دهد که با این قانون هیچ فقیهی مخالفت نکرده است (علیدوست ۱۳۸۹: ۴۴۰).

- روش‌شناسی فهم اهمیت اهم: اهم بودن یک حکم در نزد شارع وابسته به این است که ملاک آن حکم برای شارع مهم‌تر از ملاک حکم دیگر باشد، تشخیص اینکه قانون‌گذار ملاک کدام یک از دو حکم متزاحم را اهم می‌داند نه تنها کار ساده‌ای نیست، بلکه از استنباط خود احکام نیز دشوارتر است، چرا که فقیه در استنباط احکام فقط در جست‌وجوی یک حکم شرعی است، اما در تشخیص ملاک یک حکم باید به مقایسه بپردازد. دشواری این کار در این است که از سویی بسیاری از ادله درصدد بیان ملاک‌های احکام نبوده‌اند بلکه درصدد بیان خود احکام بوده‌اند، از سوی دیگر ادله‌ی محدودی که

بیانگر ملاکات احکام هستند نیز اغلب در صدد مقایسه‌ی ملاک‌ها نیستند. این همه موجب می‌شود که فقیه در تشخیص مصلحت مهم‌تر نتواند به مدلول مطابق نصوص شرعی بسنده کند، بلکه باید از دلالت‌های تنبیه و اشاره و اقتضا و نیز از تناسب حکم و موضوع و الغای خصوصیت و تخریح مناظ و .... بهره ببرد. گاهی با همه‌ی این رویکردها هم کار به سامان نمی‌رسد و فقیه ناچار می‌شود ادله‌ی پراکنده‌ای را از ابواب مختلف فراهم آورد و با چیدمان خاصی که به آنها می‌دهد و از تعاملی که در بین آنها ایجاد می‌کند دستگاه دلالت‌کننده‌ای پدید بیاورد تا به وسیله‌ی آن حکم اهم را تشخیص دهد. آیت‌الله خامنه‌ای در درس‌های خارجشان از چنین سازوکاری برای تشخیص حکم اهم بهره برده‌اند (خامنه‌ای: ۷۹/۸/۸). مشکل فقیه وقتی پیچیده‌تر می‌شود که هیچ‌یک از این سازوکارها منجر به تشخیص حکم اهم نشود؛ این هنگام، هنگام به هنگامه در آمدن عقل است که بسیاری از فقیهان گمیتش را در فهم مناظات احکام لنگ دانسته و از این رو کار را بر خود دشوارتر کرده‌اند، اما واکاوی آثار فقهی همین فقیهان نشان می‌دهد که حتی همین فقیهان هم گاه در کشاکش دانش فقه از درک عقل بهره برده‌اند (علیدوست: ۱۳۸۱: ۱۲۷-۱۲۵).

سازوکارهای درک اهمیت اهم را با مثال‌های فقهی متنوع و بسط بیشتر در جای خود بررسی شده است (عشایری منفرد: ۱۳۹۰: ۱۱۷-۱۰۹). صرف نظر از اینکه مناظات احکام به وسیله‌ی عقل قابل درک قطعی باشد یا نباشد اما همین که اهم بودن یکی از دو حکم به صورت محتمل نیز قابل درک باشد

کافی است، زیرا فقیه حتی اگر به اهم بودن یکی از دو حکم متزاحم علم پیدا نکند بلکه فقط احتمال اهم بودن آن را هم دریابد باز هم نتیجه‌ی تلاشش راه‌گشاست، زیرا در باب تزاحم همان طور که اهم بودن یقینی مرجح است اهم بودن احتمالی هم مرجح شمرده می‌شود.

### ۵) مقدمه‌ای بر تزاحم حقوق

چنان‌که احکام شرعی با یکدیگر تزاحم پیدا می‌کنند، گاه وفا کردن به حقی که انسان در مقابل یک ذی‌حق دارد با وفا کردن به حق دیگری که در مقابل همان ذی‌حق یا ذی‌حق دیگری دارد نیز تزاحم می‌یابد. واکاوی تزاحم یک حق با حقی دیگر در دانش فقه بسامد بالا و دیرینه‌ی دیرینی دارد؛ حتی در روزگاری که هنوز چیستی تزاحم و مرجحات آن به مثابه یک مسئله‌ی پژوهشی (problem) وارد دانش اصول نشده بود و تنها به صورت مسئله‌های از هم گسسته‌ای بررسی می‌شد در دانش فقه از تزاحم حقوق در کنار تزاحم احکام بحث می‌شد. شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد که بعدها به دست شاگردش فاضل مقداد در قالب کتاب *نضد القواعد الفقہیہ* آراسته و پیراسته گردید فصلی را به تزاحم حقوق اختصاص داد و در این فصل علاوه بر بررسی تزاحم موجود در بین حقوق انسان‌ها از تزاحم حق الله (که همان تزاحم احکام است) نیز سخن گفت (عاملی: ج ۱، ص ۳۲۴؛ فاضل مقداد: ۱۴۰۳: ۲۹۶).

فقه‌آشنایان می‌دانند فقیهان در دانش فقه از احکامی مانند نماز و روزه



که محض حق الله هستند و احکام دیگری مانند وجوب پرداخت نفقه که متضمن حق الناس هم هستند به فراوانی سخن گفته‌اند (هاشمی شاهرودی و دیگران ۱۴۲۳: ج ۱، ص ۴۴۹). حتی گاهی به روشنی از ضرورت فرق نهادن بین این دو نوع حکم نیز سخن گفته‌اند (رشتی: ۲۶۰) با این حال احکام در دانش اصول به احکام حقوقی و احکام غیرحقوقی تقسیم نشده‌اند، در نتیجه نه در تعریف تزامم بین تزامم احکام و تزامم حقوق گسستی ایجاد شده و نه در بحث از مرجحات بین مرجحات این دو نوع تزامم گسستی ایجاد شده است. بسیاری از فقیهان برای برون‌رفت از تزامم حقوق نیز درست همان قواعدی را اجرا می‌کنند که برای برون‌رفت از تزامم احکام اجرا می‌کنند (رشتی: ۴۷۴؛ اصفهانی ۱۴۱۸: ج ۳، ص ۱۹۴). برخی از آنها گاهی حتی تقسیم شدن مجعولات خداوند به حق و حکم را هم برننافته‌اند (خوئی: ج ۲، ص ۴۷). به هر حال اینکه چرا در دانش اصول تزامم حقوق از تزامم احکام گسسته نشده است ممکن است پیامد دو عامل زیر باشد:

الف- چنان‌که گذشت، در دانش اصول نخستین کسی که به متفاوت بودن باب تزامم احکام مکشوف و باب تعارض اشاره‌ای گذرا کرد شیخ اعظم انصاری بود، اما در کلمات او به صراحت تزامم دو واجب و تزامم دو حق در کنار هم قرار گرفته و به ظاهر یکسان انگاشته شد (انصاری: همان) در گفتمان فقهی او هم اغلب تعبیر «تزامم حقین» به معنای تزامم احکام به کار می‌رفت (انصاری ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۸۰). شاید همین امر به نحوی موجب شد

که از آن روزگار تا به امروز غالب دانشوران فقه تزامم حقوق را با تزامم احکام یکی بدانند.

ب- عامل دیگری که ممکن است نبود تفکیک تزامم حقوق از تزامم احکام را در ذهن و زبان فقیهان رقم زده باشد این است که هر جا حقی وجود داشته باشد در کنارش یک حکم شرعی (وجوب ایفای آن حق) نیز وجود دارد. فقیهان شاید همین که می‌دیدند حقوق از احکام شرعی جدا نیستند به این نتیجه رسیده باشند که در اجرای قواعد تزامم نیز گسست تزامم حقوق از تزامم احکام شرعی ضرورتی ندارد.

حقیقت این است که مرجحات ارائه شده در دانش اصول، فقط برای برونرفت از تزامم احکام غیرحقوقی مفید است و در سازوکارهای برونرفت از تزامم باید بین تزامم احکام و تزامم حقوق فرق نهاد. از این رو برخی فقیهان در کشاکش مباحث فقهی‌شان برای برونرفت از تزامم حقوق گاه سازوکاری متفاوت با سازوکارهای برونرفت از تزامم احکام ارائه کرده‌اند که نمونه‌هایی از آن در ادامه‌ی همین مقاله خواهد آمد. این مقاله برای واکاوی تزامم حقوق در دو بخش ادامه خواهد یافت؛ یکی تزامم بین احکام حقوقی و احکام غیرحقوقی و دیگری تزامم احکام حقوقی با یکدیگر.

## ۶) تزامم حقوق

حق گاهی با یک حکم صرفاً شرعی که دربردارنده‌ی حق‌الناس نیست

و گاهی هم با یک حق دیگر تنافی می‌یابد، در اینجا هر یک از این دو گونه تنافی جداگانه بررسی می‌شود:

### ۱-۶) تزام احکام حقوقی با احکام غیرحقوقی

گاه یک حکم شرعی محض با یک حکم شرعی حقوقی تزام می‌یابد؛ برای مثال وقتی زنی به گونه‌ای اقرار به زنا می‌کند که باید اعدام شود اجرای حد زنا بر او یک حق الله است، اما اگر همین زن باردار باشد چون اعدام او حق حیات جنین را سلب می‌کند حق الله با حق جنین تزام می‌یابد. روایاتی وجود دارد که نشان می‌دهد اگر زن بارداری به زنا اقرار کند اجرای حد او باید تا پایان دوره بارداری و شیردهی به تأخیر افتد. در یکی از این روایات آمده است؛ خلیفه‌ی دوم می‌خواست بر چنین زنی حد جاری کند امام علی علیه السلام به او فرمودند: «گیرم تو بر این زن حق [اجرای حد] داشته باشی، بر این جنین چه حقی داری؟! خداوند فرموده است: هیچ کس بار گناه دیگری را بر دوش نمی‌کشد (فاطر: ۱۸)...» (عاملی ۱۴۰۹: ج ۲۸، ص ۱۰۸). بر همین اساس فقیهان نیز در چنین تزام‌هایی حق حیات جنین (حق الناس) را بر وجوب اجرای حدود که حق الله است ترجیح داده‌اند (فاضل لنکرانی ۱۴۲۲: ۱۹۶ و ۱۹۷؛ عاملی ۱۴۱۳: ج ۱۴، ص ۳۷۷).

برای برون‌رفت از تزام یک حکم حقوقی (که حق الناس است) با یک حکم غیرحقوقی (که فقط حق الله است) سه گزینه در پیش روست:

### الف- تقدیم حق الناس بر حق الله

چنان‌که در برخی تعابیر نیز به صورت مطلق از لزوم تقدم حق الناس بر حق الله یاد شده است (یزدی: ۱۴۱۹: ج ۲، صص ۳۳۳ و ۳۴۹).

### ب- تقدیم حق الله بر حق الناس

حق الله در برخی روایات به صراحت از حق الناس مهم‌تر دانسته شده است؛ برای مثال در صحیح‌ه‌ی عبیدبن زراره مفسده‌ی ترک نماز از آنجا که منجر به کفر می‌شود از مفسده‌ی خوردن مال یتیمان نیز مهم‌تر قلمداد شده است (کلینی: ۱۴۰۷: ج ۲، صص ۲۷۸، ح ۸).

### ج- تفصیل بین موارد

فقیهانی را نیز می‌توان یافت که تقدیم حق الناس بر حق الله به مثابه قاعده‌ای همیشگی در اندیشه‌ی آنها جایگاهی ندارد؛ برای مثال سید یزدی تقدم حق الناس بر حق الله را گاهی پذیرفته (یزدی: ۱۴۱۹: ج ۳، صص ۹۶) و گاهی رد کرده است (همان: ج ۴، صص ۳۸۰ و ۳۸۱).

برای پرهیز از مباحث لازمی که تنگنای این مقال مجالی برای آن فراهم نمی‌آورد خلاصه‌وار باید دو مقام را از هم تفکیک کرد؛ یکی مقام سنجش مهم بودن یا اهم بودن خود حق که بر اساس مصلحت یا مفسده‌ی موجود در آن سنجیده می‌شود و دیگری سهولت یا دشواری مؤاخذه و عقاب آن. روشن است شدت و سخت‌گیری در مؤاخذه‌ی یک حق لزوماً نشانه‌ی

اهمیت مصالح موجود در آن حق نیست. بر این اساس نمی‌توان با تمسک به ادله‌ای که مؤاخذه و عقاب حق‌الناس را در مقایسه با حق‌الله دشوارتر ارزیابی کرده‌اند مصلحت و مفسده‌ی موجود در حق‌الناس را هم مهم‌تر از مصلحت و مفسده‌ی موجود در حق‌الله دانست، چرا که مؤاخذه و عقاب ممکن است با مصلحت موجود در خود حق ارتباطی پیدا نکند بلکه بر اساس میزان رأفت و مهربانی و بخشش خداوندی تسهیل و تشدید شود، و گرنه تردیدی نیست که حقوق الهی از نظر میزان اهمیت ذاتی خود با حقوق انسان‌ها مقایسه کردنی هم نیست.

از سوی دیگر - چنان‌که پیش از این نیز اشاره شد - همراه با هر حق‌الناسی یک وجوب شرعی وفای به آن نیز وجود دارد. از همین روست که تباه‌کننده‌ی حق انسان‌ها علاوه بر پاسخ‌گو بودن در برابر خود آن انسان‌ها - که ذی‌حق هستند - در برابر خداوند نیز که وفای به حقوق آنان را طلب کرده بود مسئول هستند، اما تباه‌کننده‌ی حق‌الله فقط در برابر خداوند مسئول است. از این رو باید پذیرفت که حق‌الناس چون با یک حق‌الله هم‌زاد است دو بُعدی شمرده می‌شود و در نتیجه دو مصلحت دارد، اما حق‌الله فقط مشتمل بر یک مصلحت است. همین دو بُعدی بودن حق‌الناس موجب می‌شود که به صورت یک قاعده‌ی کلی (اما قابل تخصیص) حق‌الناس را مهم‌تر از حق‌الله بدانیم، چرا که حق‌الناس با این دو بُعدی بودن اگر یقین به اهم بودنش حاصل شود که اهم است، اگر هم یقین به اهم بودنش حاصل نشود همین که احتمال

اهم بودنش می‌رود کافی است تا از باب «ترجیح محتمل الاهی» مقدم شود. با این حال نمی‌توان از نظر دور داشت که ممکن است برخی از حق‌های خداوند آن قدر حق مهمی باشند که همان یک بُعدشان هم از حقوق دویعدی انسان‌ها اهمیت بیشتری داشته باشد. چنان‌که در صحیح‌هی عبیدبن زراره مفسده‌ی ترک نماز از آنجا که منجر به کفر می‌شود از مفسده‌ی خوردن مال یتیمان نیز مهم‌تر قلمداد شده است (کلینی: همان) و اینجا همان نقطه‌ای است که باید آن قاعده‌ی کلی را تخصیص زد.

کوتاه سخن آنکه باید حق‌الناس را بر حق‌الله مقدم دانست مگر در مواردی که از دلیل معتبری (عقلی یا نقلی) فهمیده شود که مصلحت موجود در حق‌الله مهم‌تر است.

#### ۶-۲) تزامم احکام حقوقی با یکدیگر

کودکی را فرض کنید که به حکم شرع و قانون تحت حضانت مادر است. در اینجا حضانت فرزند (نگهداری فرزند و تربیت کردن او) حق مادر است (م ۱۱۶۸ ق.م). برای همین است که اگر ملاقات فرزند با افراد شرور و معتاد و ... را با تربیت او ناسازگار بدانند می‌تواند بلکه باید از این ملاقات‌ها جلوگیری کند. از سوی دیگر قانون‌گذار پدر را هم صاحب این حق دانسته که گاهی با فرزندش ملاقات کند (م ۱۱۷۴ ق.م)، حال اگر مادر ملاقات کودک با پدرش را از مصادیق ملاقات‌هایی بدانند که با تربیت فرزند ناسازگارند بین حق حضانت مادر و حق ملاقات پدر تزامم بروز کرده است. آیا در این

تزامم‌ها هم باید از قانون اهم و مهم تبعیت کرد؟!

پیش از واکاوی دقیق‌تر تزامم احکام حقوقی بهتر است از فقیهانی یاد شود که برای برون‌رفت از تزامم حقوق گاه به سازوکاری غیر از قانون اهم و مهم گرایش نشان داده‌اند:

#### الف- چند مسئله از تزامم حقوق مالی

- اگر نزد یک ودیعه‌پذیر، شخصی دو درهم و شخص دیگری هم یک درهم به ودیعه بگذارند و این سه درهم با هم مخلوط شود سپس یک درهم از این سه درهم تلف شود با توجه به روایات باب صلح (عاملی ۱۴۰۹: ج ۱۸، صص ۴۵۱ و ۴۵۲، باب ۱۱ و ۱۲) دیدگاه مشهور این است که زیان ناشی از تلف شدن درهم سوم بین هر دو ودیعه‌گذار تقسیم شود به طوری که نیمی از زیان متوجه ودیعه‌گذار اول و نیم دیگر متوجه ودیعه‌گذار دوم شود؛ یعنی از دو درهم باقی‌مانده یک و نیم درهم به ودیعه‌گذار اول و نیم درهم به ودیعه‌گذار دوم بازگردانده می‌شود (بجنوردی ۱۴۱۹: ج ۵، ص ۳۸).

- میتی که پیش از پرداخت زکاتِ واجبش از دنیا رفته، از سویی حق مستحقان زکات به ترکه‌ی او تعلق گرفته و از سوی دیگر چون مقروض نیز بوده حق بستانکاران هم به ترکه‌اش تعلق گرفته و در نتیجه بین حق مستحقان زکات و حق بستانکاران تزامم درگرفته است. یکی از فقیهان در مورد این تزامم نوشته است: «هر چند در باب تزامم اگر ترجیحی وجود نداشته باشد مقتضای قاعده‌ی عقلی تخییر است، اما حکم تزامم حقوق مالی

به یقین تخییر نیست، بلکه باید از همان قاعده‌ای که برخی آن را عدل و انصاف نامیده‌اند استفاده کرده و تَرَکَهِی میت را به میزان حقی که دارند بین آنها تقسیم کرد...» (روحانی قمی ۱۴۱۸: ج ۲، ص ۱۱۳۸). وی در جاهای دیگری نیز تصریح کرده است که در تراحم حقوق مالی باید در چارچوب قاعده‌ی عدل و انصاف از الگوی ادای بخشی از حقوق همه‌ی حق‌داران استفاده کرد (روحانی قمی ۱۴۲۲: ۱۳۷ و ۲۲۶).

- کسی که بخشی از اموالش ارث پدری است (که خمس ندارد) ممکن است به عمد بخواهد در هزینه‌های جاری زندگی‌اش فقط از اموال دیگرش استفاده کند و اموال ارثی‌اش را پس‌انداز کند تا بدین ترتیب در هنگام پرداخت خمس از اموال غیرارثی‌اش چیزی باقی‌نمانده باشد که بخواهد خمس زیادی بپردازد. فقیهان چنین ترفندی را برای کاهش خمس ممنوع نمی‌دانند، اما سید طباطبایی معتقد است احتیاط مستحب این است که خمس‌پرداز برای مؤنه‌ی زندگی‌اش هم از اموال خمس‌دارش استفاده کند و هم از اموال بی‌خمسش (یزدی ۱۴۰۹: ج ۲، ص ۳۹۵). شارحان عروة الوثقی اغلب به این احتیاط سید روی خوشی نشان نداده‌اند، اما یکی از ایشان در توجیه این احتمال نوشته است: «در اینجا فقیه اگر بخواهد از حق خمس‌پرداز جانبداری کند او را در نحوه‌ی استفاده از اموالش آزاد می‌گذارد هر چند این آزادی و اختیار او موجب کاهش خمس شود، اما اگر بخواهد از حق مستحقان خمس جانبداری کند باید او را از حصرگرایی در هزینه‌های زندگی‌اش نهی کند. به هر حال در تراحم



بین حق مالک خمس با حق مستحقان خمس، احتیاط این است که به طور نسبی حق هر دو را رعایت کند» (آملی ۱۳۸۰: ج ۱، ص ۱۲۸). یکی از شارحان نیز در نقد این احتیاط‌گرایی سید می‌گوید: «هر چند قاعده‌ی عدل و انصاف قاعده‌ی مقبولی است، اما این مسئله محل اجرای این قاعده نیست» (فیاض کابلی: ج ۷، ص ۱۵۱).

#### ب- دو مسئله از تزامم حقوق غیرمالی

- سید کاظم طباطبایی رحمته‌الله درباره‌ی زنی که در یک قرارداد اجاره موظف شده است کودکی را به عنوان دایه شیر بدهد، اما عمل به وظایف اجاره‌اش با تمکین در برابر شوهرش منافات پیدا کرده حق مستأجر را (شاید به خاطر سبق زمانی‌اش) بر حق شوهر مقدم دانسته است (یزدی ۱۴۰۹: ج ۲، ص ۶۱۹). شارحان *عروة الوثقی* این سخن او را به چالش کشیده‌اند. آیت الله فاضل لنکرانی رحمته‌الله احتمال داده است که این تنافی به هیچ وجه از مصادیق باب تزامم نباشد تا بتوان حقی را که زودتر حادث شده (سبق زمانی) مقدم دانست، بلکه ممکن است از مصادیق قاعده‌ی عدل و انصاف باشد (یزدی/فاضل لنکرانی: ج ۲، ص ۵۰۹).

- همین مسئله را امام خمینی رحمته‌الله نیز بررسی کرده و در جایی که اجاره‌ی زن مانع از وفا به حقوق همسرش شود صحت اجاره را منوط به اذن شوهر دانسته است (خمینی: ج ۱، ص ۵۸۲). آیت الله فاضل لنکرانی در شرح این سخن استادش نوشته است: «هر چند این مسئله را بسیاری از بزرگان

از باب تراحم دانسته و تصریح کرده‌اند که باید قانون اهم و مهم را در این مسئله جاری کرد، اما باید توجه کرد که قانون اهم و مهم فقط در باب تراحم تکالیف کاربرد دارد نه در باب تراحم حقوق؛ بلکه در تراحم حقوق تا جایی که ممکن است باید بر اساس قاعده‌ی عدل و انصاف جانب هر دو حق را رعایت کرد چنان‌که در مسئله‌ی شخص ودیعه‌پذیر که دو نفر هر کدام یک درهم در نزد او به امانت نهاده بودند نیز وقتی که او یکی از دو درهم را گم کرده بود در بازگرداندن یک درهم باقی مانده قانون اهم و مهم اجرا نمی‌شود بلکه از روی عدل و انصاف، درهم باقی مانده در بین آنها تقسیم می‌شود» (عاملی ۱۴۰۹: ج ۱۸، صص ۴۵۱ و ۴۵۲، باب ۱۱ و ۱۲). وی در پایان برای باورپذیر کردن دیدگاه خود این مثال را مطرح کرده است که واقعا وقتی یک میت بدهی‌های متعددی داشته باشد، اما اموال بر جای مانده‌اش کفاف همه‌ی بدهی‌هایش را ندهد آیا باید با اجرای قانون اهم و مهم فقط برخی از بستانکاران را (که اهم هستند) به حق خود رساند و بقیه را (که مهم هستند) از حق خود محروم کرد یا اینکه با اجرای قاعده‌ی عدل و انصاف هر یک از بستانکاران را به بخشی از حق خود رساند (فاضل لنگرانی ۱۴۲۴: ۴۹۷)؟! وی احتمال عمل به قرعه را نیز در اینجا بررسی می‌کند و می‌نویسد: «بر اساس نظر مشهور که قرعه به اینجا ربطی ندارد، اما بر اساس سخن حقی که سید استاد ما [امام خمینی] ارائه کرده نیز هر چند قرعه بومی تراحم حقوق است اما باز هم در مسئله‌ی فوق نمی‌توان قرعه را جاری کرد زیرا قرعه مربوط

به امور مشکلی است که راه‌حلی در آنها وجود نداشته باشد اما در اینجا که قاعده‌ی عدل و انصاف راه‌حل مناسبی است نوبت به قرعه نمی‌رسد» (همان: ۴۹۹). با این حال همین فقیه در مورد مسئله‌ی مشابه دیگری در تزامم حقوق به جای اجرای قاعده‌ی عدل و انصاف همان قانون اهم و مهم را اجرا کرده است (فاضل لنکرانی ۱۴۲۵: ۴۹۵) و در مورد مشابه سومی نیز تصریح کرده است که روایت درهم و دعی برخلاف قاعده است، چندان‌که حتی از مورد خودش هم نمی‌توان تعدی کرد تا چه رسد به اینکه بتوان از آن ضابطه‌ای به دست آورد و نام آن را قاعده‌ی عدل و انصاف نهاد (فاضل لنکرانی ۱۴۲۴: ۱۹۲). در بحث‌های خمس نیز بر قاعده‌ی عدل و انصاف تاخته است که به هیچ وجه چنین قاعده‌ای نه در شرع و نه در عرف ثابت نشده است (فاضل لنکرانی ۱۴۲۳: ۲۳۲).

برای یافتن سازوکارهای برون‌رفت از «تزامم احکام حقوقی» بهتر است توجه شود که ماهیت احکام حقوقی با احکام غیرحقوقی تفاوت دارد، زیرا در احکام غیرحقوقی فقط یک تکلیف بر عهده‌ی مکلف آمده است و این تکلیف نیز در بردارنده‌ی حق الناس نیست بلکه تنها در بردارنده‌ی حق مولویت مولا است، اما در احکام حقوقی مکلف در برابر حق یک انسان دیگر مسئول است و چون وفا نکردن به آن حق ظلم به بندگان خدا شمرده می‌شود در برابر خدا هم مسئول می‌شود. بنابراین در احکام حقوقی دو حق بر عهده‌ی مکلفان می‌آید؛ یکی حق الناس و دیگری حق مولویت مولا که

برآمده از همان حق الناس است؛ برای مثال "و جوب رعایت کردن حرمت شخص مسلمان" یک حکم حقوقی است که در آن مکلف علاوه بر مسئول بودن در برابر یک مسلمان دیگر در برابر خداوند نیز مسئول است.

اجرای قانون اهم و مهم در تزام احکام غیرحقوقی موجب برکنار شدن حکم غیراهم می شود و کنار نهاده شدن حکم غیراهم نیز موجب می شود که حق مولویت مولا - که باید با امتثال همان حکم غیراهم برآورده می شد - در حیطه‌ی همان حکم غیراهم ضایع شود. در تزام حقوق هم اجرای قانون اهم و مهم موجب کنار رفتن یک حق (حق غیراهم) می شود، اما حق ضایع شده حق مولا نیست بلکه حق یک انسان است.

حال مکلف عاجزی که در تزام احکام غیرحقوقی یک حق مولا را فدای حق مهم تر او می کند چون بیش از این قدرتی ندارد بنا به حکم عقل مستحق نکوهش نیست، اما مکلفی که در تزام حق یک انسان با حق انسانی دیگر حق یکی را (که خودسرانه آن را غیراهم یافته) فدای حق انسان دومی (که آن را هم خودسرانه اهم یافته) می کند نیز بنا به حکم عقل نکوهش کردنی نیست!؟

برای پاسخ به این پرسش باید توجه کرد که بین حق الناس و حق الله از

چند جهت تفاوت وجود دارد:

الف- سهولت محور بودن حق الله و احتیاط محور بودن حق الناس

هیچ اختلافی بین فقیهان اسلام وجود ندارد که حق الناس مبتنی بر

دشواری و حق الله مبتنی بر آسان‌گیری است. قاعده‌ی درء که فقط در حق الله جاری می‌شود و اصل برائت که فقط در تکالیف شرعی اجرا می‌شود و به طور کلی اندک توجهی به رویه‌ی قانون‌گذاری شارع و جستار کوچکی در گستره‌ی فقه به روشنی نشان می‌دهد که شارع در حقوق آفریدگانش بسیار سخت‌گیر و در مقابل در حقوق اختصاصی خود بسیار رئوف و غفور است. شاید اینکه فقیهان به راحتی در باب تزامم با اجرای قانون اهم و مهم ضایع شدن حکم غیراهم را پذیرفته و به جبران نشدن آن نیز قانع شده‌اند بی‌توجه به این نکته نباشد.

اصل در حق الناس ادای حق مبتنی بر احتیاط است، از این رو ممکن است شخص حق‌گزار را از راه‌های دیگری وادار کرد تا آن حقی را که در حال حاضر نمی‌تواند ادا کند در آینده بتواند جبران کند. چرا باید در تزامم احکام حقوقی حق‌گزار به دلیل ناتوانی فعلی در ادای حق غیراهم دیگران به راحتی برای همیشه بریء الذمه شود؟ مگر نمی‌توان ادای عین حق دیگران یا حق دیگری مثل آن حق را به عنوان دینی بر ذمه‌ی او نهاد و حتی پس از مرگش هم وارثان او را وارث دین او دانست؟ مگر نمی‌توان از طریق مصالحه رضایت نسبی هر دو ذی‌حق را جلب کرد؟ با توجه به اینکه اسلام راضی به ضایع شدن برخی از حقوق مسلمانان نیست مگر نمی‌توان جبران حق ذی‌حق یا راضی کردن او را برای مثال بر عهده‌ی حاکم شرع دانست؟ مگر نمی‌توان در باب تزامم حقوق حق‌گزار را مانند ودعی وادار به پرداخت

بخشی از حق هر کدام از حق‌داران کرد؟

ب- شرط بودن قدرت در ادای حق‌الله

قدرت یکی از شرایط عمومی تکلیف است یعنی در ادای حق‌الله قدرت مکلف شرط شده است. از این رو بسیاری از تکالیف الهی از افراد کم‌توان یا ساقط می‌شوند یا با توانایی آنها متناسب می‌شوند. این نشانه‌ی آن است که خداوند وقتی می‌خواهد حقوق خودش را از مکلفان استیفا کند ناتوانی یا کم‌توانی مکلف را عذر مقبولی می‌داند. در باب تراحم نیز راز اینکه یکی از دو تکلیف به راحتی از دوش مکلف برداشته می‌شود همین است که قدرت مکلف محدود است و او فقط توانایی انجام دادن یکی از دو تکلیف را دارد، اما در تراحم حقوق موضوع ادای حقوق الهی توسط بندگان نیست تا عجز و قدرت حق‌گزار در مسئولیت او نقشی داشته باشد، بلکه موضوع ادای حق‌الناس توسط مکلفان است؛ لذا معلوم نیست که ناتوانی یا کم‌توانی حق‌گزار بتواند موجب سلب مسئولیت از او شود، چرا که اسلام در بسیاری از موارد ادای حق‌الناس را مشروط به قدرت نکرده است.

ج- اعتبار یا بی‌اعتباری علم حق‌گزار به اهم بودن اهم

یکی از مراحل مهم اجرای قانون اهم و مهم تشخیص حکم اهم از حکم غیراهم است. پرسش مهم موجود در این مرحله این است که برای تشخیص اهم از غیراهم باید علم چه کسی را ملاک قرار داد؟ در تراحم احکام

غیرحقوقی که خداوند ذی‌حق است منظور از حکم اهم نیز همان حکمی است که در نزد خداوند مصلحت اهمی داشته باشد. کسی که می‌تواند اهم بودن مصلحت یکی از دو حکم و در نتیجه اهم بودن آن حکم را دریابد نیز مجتهد اعلم است، زیرا خود ذی‌حق (خداوند) معیار را علم مجتهد به اهم بودن اهم قرار داده است. از همین رو مکلف درباره‌ی چرایی انتخاب حکم اهم در نزد خداوند عذر کافی دارد، زیرا به تشخیص کسی حکم اهم را انتخاب کرده که خداوند (ذی‌حق) خودش تشخیص او را معتبر کرده بود. در تزامم حقوق بندگان خدا ذی‌حق هستند؛ لذا برای اینکه رضایت کامل یا نسبی فرد یا افراد ذی‌حق جلب شود در تشخیص اهم از غیراهم باید علم کسی را ملاک قرار داد که ذی‌حق علم او را معتبر بداند و گرنه نمی‌توان او را راضی کرد. بنابراین باید معلوم شود که منظور از حق اهم حقی است که حق‌گزار خودش آن را مهم بداند یا حقی است که ذی‌حق آن را اهم بداند؟ کوتاه سخن اینکه، در تزامم حقوق الهی چون مکلف برای اجرای قانون اهم و مهم بر اساس برداشت فقیه اعلم عمل می‌کند در برابر شارع حجت شرعی دارد، اما در حق‌الناس برداشت شخصی حق‌گزار از اهم بودن حق اول ممکن است مقبول صاحب حق دوم نباشد (بلکه اغلب هم مقبول او نیست) و رضایت او را جلب نکند. بنابراین معلوم نیست که حق‌گزار با ادای حقی که خود آن را اهم یافته بود در برابر ذی‌حقی که حقش (به دلیل اهم شناخته نشدن) ضایع شده است عذر کافی داشته باشد. برای همین است که

فقیه نه می‌تواند خودش را مرجع تعیین حق اهم بداند و نه می‌تواند اجازه دهد که حق‌گزار بر اساس برداشتی که خودش از اهم بودن یکی از دو حق دارد عمل کند.

#### د- وحدت ذی‌حق در تزامم غیر حقوقی

در «تزامم احکام غیر حقوقی»، مکلف یک حق خداوند (مهم) را فدای حق دیگر او (اهم) کرده است و طبیعی است که خداوند خودش هم وقتی می‌بیند که مکلف قادر به ایفای هر دو حق او (مهم و اهم) نیست به راحتی راضی می‌شود که دست کم حق اهمش را استیفا کند، اما در تزامم احکام حقوقی وقتی که هر یک از دو حق متعلق به ذی‌حق جداگانه‌ای باشد با ادای حق اهم نیز صاحب حق اهم راضی می‌شود، اما معلوم نیست که صاحب حق مهم راضی باشد که همه‌ی حقش فدای ادای همه‌ی حق شخص دیگری شود. شیخ اعظم انصاری نیز در جمع بین بی‌نه‌های متنافی، با تکیه بر همین استدلال که در حق‌الله ذی‌حق، واحد است معتقد است مقدم کردن یک خبر بر خبر دیگر مشکلی ندارد، اما در بی‌نه‌های مربوط به حق‌الناس که ذی‌حق، متعدد است وی اجازه نمی‌دهد حق یکی به طور کامل فدای حق دیگری شود بلکه معتقد است که باید بی‌نه‌ها را با هم جمع کرد (انصاری ۱۴۱۹: ج ۴، صص ۳۰ و ۳۱).

از تفاوت‌هایی که بین احکام حقوقی و احکام غیرحقوقی یافت شد می‌توان به دو نتیجه‌ی زیر دست یافت:



- اصل در تزامم احکام حقوقی تخییر نیست.

- تزامم احکام حقوقی جای اجرای قانون اهم و مهم نیست.

ره آورد تفاوت‌های چهارگانه‌ی فوق این است که مهم‌ترین دلیل اعتبار قانون اهم و مهم (عقل) در احکام حقوقی نمی‌تواند اعتبار این قانون را اثبات کند و فقط تزامم احکام غیرحقوقی می‌تواند اعتبار این قانون را اثبات کند. وقتی در تزامم احکام حقوقی دلیل عقل اعتبار این قانون را اثبات نکند ادله‌ی دیگری که برای اعتبار قانون اهم و مهم ارائه شد (قرآن و روایت) نیز- اگر اطلاق داشته باشند- اطلاقشان با همین دلیل عقل مقید به تزامم احکام غیرحقوقی می‌شود.

آنچه باور کردن ادعای فوق را دشوار می‌کند این است که برای مثال اگر شخصی به دو نفر بدهکار باشد ولی فقط توانایی پرداخت یکی از بدهی‌هایش را داشته باشد، از طرفی بداند که یکی از بستانکاران برای درمان بیماری‌اش آن قدر به این پول نیاز دارد که اگر این پول به دستش نرسد خواهد مرد ولی بستانکار دیگر مشکل خاصی ندارد، آیا در اینجا هم حکم به عدل و انصاف و توزیع بالنسبه می‌کنید؟! پاسخ این است که اولاً قاعده‌ی عدل و انصاف همیشه به تساوی حکم نمی‌کند، ثانیاً ممکن است بستانکار اول با مطلع شدن از بیماری پرهزینه‌ی بستانکار دوم خودش هم به رجحان بستانکار بیمار راضی شود و بدین ترتیب هم بستانکار بیمار مداوا شود و هم قانون عدل و انصاف رعایت شود، ثالثاً در رعایت حقوق دیگران قرار نیست

همه‌ی مشکلات بستانکار بیمار با استیفای همین مطالبه‌اش حل شود. او به اندازه‌ای که قاعده‌ی عدل و انصاف حکم می‌کند از بدهکار پول می‌گیرد و مابقی هزینه‌ی درمانش را از جای دیگر تأمین می‌کند.

پس از روشن شدن اینکه اصل تخییر و قانون اهم و مهم بومی باب تراحم احکام حقوقی نیستند باید سازوکار مناسبی برای برون‌رفت از این تراحم یافت.

## ۷) سازوکار برون‌رفت از تراحم احکام حقوقی

برای برون‌رفت از این قبیل تراحم‌ها دو سازوکار متصور است؛ یکی قرعه و دیگری قاعده‌ی عدل و انصاف که تنگنای این مقاله فرصت بررسی سازوکار نخست را از نگارنده سلب می‌کند از این رو این مقاله تنها به بررسی سازوکار دوم می‌پردازد:

### بررسی قاعده‌ی عدل و انصاف

بر اساس بحث‌های پیشین، تراحم حقوق جای اجرای قانون اهم و مهم نیست، چراکه در تراحم حقوق بدون رضایت نسبی حق‌داران نمی‌توان از رضایت خداوند آسوده خاطر شد. رضایت نسبی حق‌داران نیز با مقدم کردن تمام حق یکی از حق‌داران بر تمام حق دیگری میسر نیست. تنها راه ممکن برای جلب رضایت حق‌داران آگاه کردن حق‌دار یا حق‌داران از ناتوانی یا کم‌توانی حق‌گزار در ادای حقشان و روی آوری به نوعی مصالحه‌ی عادلانه

و منصفانه با جلب توافق آنهاست. در مورد حقوقی که امکان بدهکاری وجود دارد (مانند حقوق مالی) نیز این احتمال هست که حق گزار نسبت به بخشی از حقی که بر عهده‌اش آمده بود و قادر به ادای آن نیست بدهکار باقی بماند.

نیاید پنداشت که فقیهان در همه‌ی گونه‌های تزامم همان قانون اهم و مهم را اجرا می‌کنند، زیرا برخی از آنان در تزامم حقوق، بین تزامم حقوق مالی و حقوق غیرمالی گسست افکنده و در تزامم حقوق مالی قانون عدل و انصاف را پذیرفته‌اند، اما چون نتوانسته‌اند همین قانون را در تزامم حقوق غیرمالی نیز اجرا کنند به ناچار به همان قانون اهم و مهم گرایش یافته‌اند. محقق خوئی از فقیهانی است که بر نظریه‌ی اختصاص داشتن قاعده‌ی عدل و انصاف به حقوق مالی پافشاری کرده‌اند (خوئی: ج ۷، ص ۲۹۱). برخی از شاگردان محقق خوئی نیز از این نظریه دفاع کرده‌اند (روحانی قمی ۱۴۲۲: ۲۲۶)، با این حال - چنان‌که گذشت - آیت الله فاضل لنکرانی دست کم در یکی از آثارش این اختصاص را شکسته و قانون عدل و انصاف را به تزامم حقوق غیرمالی نیز کشانده است (فاضل لنکرانی ۱۴۲۴: ۴۹۷).

با این حال اجرای قانون عدل و انصاف در محدوده‌ی تزامم حقوق مالی بی‌مخالف هم نیست؛ سید محسن حکیم رحمته‌الله قاعده‌انگاری عدل و انصاف را حتی در محدوده‌ی حقوق مالی نیز برناتافته است. وی با تمسک به برخی روایات که در مورد تزامم حقوق مالی (میراث غرقى و مهدوم‌علیهم)

صادر شده‌اند اما در آنها به جای عدل و انصاف بر اساس قرعه حکم شده است، نتیجه می‌گیرد که در تعالیم امامان شیعه عدل و انصاف کلیت لازم را ندارد تا بتوان به آن نگاه قاعده‌گونه کرد (طباطبایی حکیم ۱۴۱۶: ج ۱۴، ص ۲۵۱). در برابر سخن ایشان گفته شده است: «قاعده‌ی عقلایی تنصیف از حکم عقلی اقتضائی ناشی شده نه از حکم عقلی فعلی؛ لذا امکان جعل حکم مخالف از سوی شارع در این موارد وجود دارد. گاه شارع با عنایت به مصالح مهم‌تر، از قاعده‌ی تنصیف رفع ید می‌کند، بنابراین اگر حکم شرعی مخالف ثابت شود از قاعده‌ی اقتضائی فوق دست می‌کشیم و گرنه این قاعده متبع است» (زنجانی ۱۴۱۹: ج ۹، ص ۳۰۲۲). با این حال این محقق فرزانه در این مخالفت خود چندان قاطعیتی هم نداشته، زیرا خود در جای دیگری امکان قاعده‌سازی از روایات را در حد یک احتمال مطرح کرده است (طباطبایی حکیم ۱۴۱۶: ج ۹، ص ۳۷۸).

آنچه موجب شده است برخی فقیهان نتوانند قانون عدل و انصاف را در تراجم حقوق غیرمالی اجرا کنند موارد زیر است:

#### الف - ابهام تئوریک

نخستین مانع موجود که محقق نائینی (نائینی ۱۴۱۷: ج ۴، ص ۶۸۰) و آقاضیا عراقی (عراقی ۱۴۱۷: ج ۵، ص ۱۰۷) نیز به آن تصریح کرده‌اند این است که در دانش اصول و فقه مرزهای بین قاعده‌ی قرعه، قاعده‌ی احتیاط و قاعده‌ی عدل و انصاف شفاف نشده است. این ابهام موجب می‌شود که فقیهان با

گرایش به گونه‌ای از احتیاط، قاعده‌ی عدل و انصاف را فقط در جایی اجرا کنند که تاکنون مشهور فقیهان جاری می‌کرده‌اند.

### ب- مشکل روایات

مانع دیگر این است که مستند قانون عدل و انصاف روایاتی مانند روایت درهم و دَعی است که در جوامع روایی در باب صلح گنجانده شده‌اند. قاعده‌ای که از این روایت به دست می‌آید به دو دلیل نمی‌تواند از حقوق مالی تجاوز کند:

- ضعف سند روایات و عدم همراهی مشهور: روایاتی مانند درهم و دَعی که در سندشان (به خاطر وجود نوفلی که توثیق نشده است) ضعف جدی وجود دارد فقط با عمل مشهور (آن هم طبق برخی دیدگاه‌ها) جبران می‌شوند. مشهور هم به این روایات فقط در تزامم حقوق مالی عمل کرده‌اند و در حقوق غیرمالی به آن عمل نکرده‌اند، بنابراین چنین روایاتی در حقوق غیرمالی پشتوانه‌ی عمل مشهور را از دست می‌دهند و از این رو تمسک کردنی نیستند (سبزواری ۱۴۱۳: ج ۲۹، صص ۳۰، ۲۶۲ و ۳۲۵).

- محدودیت مورد روایات: از آنجا که این روایات در محدوده‌ی خاصی (حقوق مالی) صادر شده‌اند اطلاقی ندارند که بتوان آنها را از محدوده‌ی صدورشان به حقوق غیرمالی هم تسری داد (خوئی: ج ۴۲، ص ۵۱۵؛ آملی ۱۳۹۵: ج ۴، ص ۳۳۰).

در تزامم احکام غیرحقوقی قانون اهم و مهم بدون مانع و مشکلی اجرا

می‌شود. در تزامم حقوق مالی نیز قانون عدل و انصاف با مانعی مواجه نیست. مشکل اصلی در تزامم حقوق غیرمالی است که از یک سو قانون اهم و مهم در آن کارگشا نیست و از سوی دیگر برخی فقیهان ادله‌ی قانون عدل و انصاف را دارای چنان اطلاقی ندانسته‌اند که شامل این تزامم نیز بشود. مانعی که فقیهان یاد شده اطلاق قانون عدل و انصاف را با آن مواجه یافته‌اند مانع درک کردنی است، اما حقیقت این است که قانون عدل و انصاف غیر از روایاتی که ضعیف انگاشته شده‌اند به مستندات دیگری نیز تکیه دارد که از آن میان می‌توان به روایات معتبری مانند صحیح‌هی عبدالله بن مغیره از امام صادق علیه السلام اشاره کرد (صدوق ۱۴۱۳: ج ۳، ص ۳۵). از سوی دیگر اعتبار این قانون در قلمرو حقوق مالی و غیرمالی مستند به درک قطعی عقل (صدر ۱۴۲۰: ج ۸، صص ۲۵۷ و ۲۶۳) و سیره‌ی عقلا که فی‌الجمله به تأیید شرع رسیده (خوئی ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۶۲) نیز هست؛ با این حال پیشنهاد نگارنده این است که در انگاره‌ی محدودانگاری قاعده‌ی عدل و انصاف به حقوق مالی درنگ بیشتری بشود.

اگر در مستند قاعده‌ی عدل و انصاف به این عناصر نیز توجه شود، ممکن است دیدگاهی که این قانون را ویژه‌ی تزامم حقوق مالی می‌دید جای خود را به همان دیدگاه آیت الله فاضل لنگرانی که این قانون را اعم از حقوق مالی و غیرمالی می‌دانست بدهد. در پایان شوقی که صاحب این قلم برای گستراندن چتر قانون عدل و انصاف بر سر حقوق غیرمالی دارد تنها به

وسيله‌ی خوف مخالفت با دیدگاه مشهور از رسیدن به فرجام باز می‌ماند، اما طرح این پرسش و کشیده شدن این مسئله تا همین نقطه نیز شروع مناسبی برای راهبردی بلندمدت است که اگر قله‌نشینان فقاقت به آن توجه کنند به فرجام مطلوبی می‌رسد.

### نتیجه‌گیری

برخی از تنافی‌های دانش فقہ (تزامم ملاکی) بومی عالم جعل و قانون‌گذاری هستند که رتق و فتق آن تنها به دست قانون‌گذار است. گونه‌ی دوم از این تنافی‌ها (تعارض) بومی مرحله‌ی کشف احکام است که برون‌رفت از آن در چارچوب مرجحات منصوص و غیرمنصوص بر عهده‌ی فقیه است. با این حال تنافی سومی نیز وجود دارد که در بین احکام مکشوف بروز می‌کند. محقق نائینی و پیروان او در این گونه تنافی مرجحاتی مانند نبود جایگزین، سبق زمانی و ... را جاری می‌کنند، اما سازوکار برون‌رفت از این التزام نیز فقط قانون اهم و مهم است و مرجحات دیگر اگر مصداق این قانون نباشند مقبول نیستند. از سوی دیگر روشن شد که قانون اهم و مهم نیز بومی التزام احکام حقوقی (حقوق مالی و حقوق غیرمالی) نیست بلکه فقط در التزام احکام تکلیفی اجرا شدنی است. برای برون‌رفت از التزام حقوق مالی و غیرمالی پیشنهاد این مقاله اجرای قانون عدل و انصاف است که این پیشنهاد در حقوق مالی با موافقت مشهور و در حقوق غیرمالی با مخالفت مشهور روبه روست با این حال این مقاله مخالفت مشهور را به

اختصار ریشه‌یابی و با مشکل مواجه کرده است. اینک جای آن است که در حوزه‌های تخصصی فقهت مشکلاتی که این مقاله دیدگاه مشهور را با آن مواجه یافته است، توسط شایستگی از خیل فقهت بررسی شده و در راهبردی بلند مدت حل شوند.

### منابع

- ◀ قرآن کریم.
- ◀ آملی، میرزا محمد تقی ۱۳۸۰ ق. مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، تهران، مؤلف.
- ◀ آملی، میرزا هاشم ۱۳۹۵ ق. مجمع الأفكار، علمیه.
- ◀ اردبیلی، احمد بن محمد ۱۴۰۳ ق. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، اسلامی.
- ◀ اصفهانی، محمد حسین ۱۴۰۹ ق. الإجارة، قم، اسلامی.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۱۸ ق. حاشیة کتاب المکاسب، قم، انوار الهدی.
- ◀ امامی، سید حسن. حقوق مدنی، تهران، اسلامیة.
- ◀ انصاری، مرتضی. مطارح الأنظار، قم، مؤسسه آل البيت علیه.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۱۵ ق. کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۱۹ ق. فرائد الاصول، قم کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ◀ بجنوردی، سید حسن ۱۴۱۹ ق. القواعد الفقهیة، قم، الهادی.
- ◀ حکیم، سید محسن طباطبایی ۱۴۱۶ ق. مستمسک العروة الوثقی، قم، دارالتفسیر.
- ◀ حلی، مقداد بن عبدالله السیوری ۱۴۰۳ ق. نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة، قم،



کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.

← \_\_\_\_\_ فخرالمحققین ۱۳۸۷ق. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان.

← خامنه‌ای، سید علی ۱۳۷۹ش. درس خارج مقام معظم رهبری مدظله، (۷۹/۸/۸)، (www.leader.ir/langs/fa).

← خراسانی (آخوند)، محمداکظم ۱۴۰۹ق. کفایة الأصول، قم، آل البيت علیه السلام.

← خمینی، سید روح الله ۱۴۱۵ق. المكاسب المحرمة، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.

← \_\_\_\_\_ تحرير الوسيلة، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم.

← خوانساری، محمد. الحاشیة الأولى على المكاسب (للخوانساری).

← خوئی، سید ابو القاسم ۱۴۱۷ق. محاضرات فی الأصول، قم، انصاریان.

← \_\_\_\_\_ ۱۴۱۸ق. مصباح الأصول، قم، داوری.

← \_\_\_\_\_ مبانی تکملة المنهاج.

← \_\_\_\_\_ ۱۴۱۹ق. دراسات فی علم الأصول، دائرة المعارف فقه اسلامی.

← رشتی، میرزا حبیب الله. کتاب الإجارة.

← روحانی قمی، سید محمد ۱۴۲۲ق. المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الخمس، قم، مولود الكعبه.

← \_\_\_\_\_ ۱۴۱۸ق. المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الزکاة، تهران، الجلیل للتحقیقات الثقافية (دار الجلی).

- ◀ سبزواری، سید عبدالاعلی ۱۴۱۳ ق. مهذب الأحكام، قم، المنار.
- ◀ شبیری، زنجانی، سید موسی ۱۴۱۹ ق. کتاب نکاح (زنجانی)، قم، رای پرداز.
- ◀ صادقی تهرانی، محمد ۱۴۱۹ ق. البلاغ فی تفسیر القرآن بالقرآن، قم، مؤلف.
- ◀ صدر، سید محمد ۱۴۲۰ ق. ماوراء الفقه، بیروت، دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع.
- ◀ صدر، سید محمد باقر ۱۴۱۷ ق. بحوث فی علم الأصول، دائرة المعارف فقه اسلامی.
- ◀ صدوق قمی، محمد بن علی بن بابویه ۱۴۱۳ ق. من لایحضره الفقیه، قم، اسلامی.
- ◀ طباطبایی حکیم، سید محسن ۱۴۱۶ ق. مستمسک العروة الوثقی، قم، دار التفسیر.
- ◀ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم ۱۴۱۰ ق. حاشیة المکاسب (للیرزدی)، قم، اسماعیلیان.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۰۹ ق. العروة الوثقی (للسید الیرزدی)، بیروت، الأعلمی للمطبوعات.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۱۹ ق. العروة الوثقی (المحشی)، قم، اسلامی.
- ◀ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم / فاضل لنکرانی. العروة الوثقی مع تعلیقات الفاضل، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.
- ◀ طوسی، محمد بن حسن ۱۳۹۰ ق. الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران، دار الکتب الإسلامیة.
- ◀ عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. القواعد و الفوائد، قم، مفید.
- ◀ عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی ۱۴۱۰ ق. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، داوری.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۱۳ ق. مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، قم، المعارف الإسلامیة.

- ◀ عاملی، شیخ حر ۱۴۰۹ ق. وسائل الشیعة، قم، آل البيت علیه السلام.
- ◀ عراقی، آقا ضیاء الدین ۱۴۱۷ ق. نهاییه الأفكار، قم، اسلامی.
- ◀ عشایری منفرد، محمد ۱۳۹۰ ش. مرجحات باب تزامم، رساله‌ی سطح سه حوزه‌ی علمییه قم.
- ◀ علیدوست، ابوالقاسم ۱۳۸۱ ش. فقه و عقل، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۳۸۹ ش. فقه و مصلحت، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه.
- ◀ فاضل لنکرانی، محمد ۱۴۲۴ ق. تفصیل الشریعة - الإجارة، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۲۲ ق. تفصیل الشریعة - الحدود، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۲۳ ق. تفصیل الشریعة - الخمس و الأنفال، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.
- ◀ فاضل مقداد ۱۴۰۳. تقد القواعد الفقهیه.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۲۴ ق. تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة و ...، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۲۵ ق، جامع المسائل، قم، امیر قلم.
- ◀ فیاض کابلی، محمد اسحاق. تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقی (للفیاض)، قم، محلاتی.
- ◀ کشی، ابو عمر محمدبن عمر ۱۴۹۰ ق. رجال الکشی، مشهد، دانشگاه مشهد.
- ◀ کلینی، ابو جعفر محمدبن یعقوب ۱۴۰۷ ق. الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامیه.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر ۱۴۲۱ ق. الأمثل فی تفسیر کتاب الله المنزل، قم، مدرسه امام

فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده

علی بن ابیطالب علیه السلام.

- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۲۸ ق. احکام بانوان (مکارم)، قم، مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام.
- ◀ نائینی، محمد حسین ۱۳۶۸ش. اجود التقریرات، قم، مصطفوی.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۴۱۷ ق. فوائد الأصول، قم، اسلامی.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۳۷۳ ق. منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران، المكتبة المحمدية.
- ◀ نراقی، ملا احمد ۱۴۱۵ ق. مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، قم، آل البيت علیهم السلام.
- ◀ واحد پاسخ به سوالات جامعه الزهرا علیها السلام ۱۳۸۸ش. گزیده‌ی احکام مبتلی به در احکام بانوان، قم، جامعه الزهرا.
- ◀ هاشمی شاهرودی، سید محمود و دیگران ۱۴۲۳ ق. موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام، قم، دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.