

The Criteria to Discover Importance to Find the Superior Preference from the Perspective of Usul Fiqh (the Principles of the Jurisprudence) Based on the Ideas of Main Islamic Sects

Ruhollah Raees al-Sadat,¹ Mohammad Hassan Rabbani Birjandi,² Sayyid Mohsen Hosseini Faqih³

Abstract

Objective examples of two conflicting verdicts are abundant in many subjects, and the examination of criteria to find the superior preferences reveals that it has not been accurately analyzed. With a brief look at the issues of the principles of jurisprudence, it appears that some issues such as: conflict and preference have been discussed in a scattered manner. The axial issue in this article is the position of the most important subjects of Usul Fiqh to find the preference and importance based on Islamic sects and their Usul Fiqh studies. The author's idea is to re-examine the content of the theories, not just to find common titles. Because of the lack of similarity between the title of Tazahum (emulation in acting) in relation to the two schools of Imamiyyah and Sunni and their Usul Fiqh, it is necessary to study principled-jurisprudential content of the materials that are likely related to this article's title. With this approach, the criteria do not result in scientific conclusions merely, but help to explain the practical aspect of these titles, and also because of these evaluations, the verbal and semantic commonalities have been explained based on main Islamic sects ideas in the subject of Usul Fiqh. Therefore, in this article, the researcher has chosen a descriptive-analytical method. Research findings show that In the "Principles of Jurisprudence", based on the ideas of Islamic sects, such rules like "avoiding the corruption is more important than gaining the benefits", the similarity between the verdict and the subject, and the purposes of religion have a special role in the discovery of importance and preferences. There are also two important origins in the discussion of Tazahum (emulation in acting) in the Ahl al-Sunnah principles, namely: The jurisprudence of the preferences and the jurisprudence of the balanced matter were studied. Although there are more differences in terms of titles, but in terms of content and concepts, there are many similarities.

Keywords: Tazahum (emulation in acting), preferences, importance, benefits, purposes.

1. The graduated student of the 4th level of Khorasan Seminary. mahdi19970606@gmail.com

2. Professor of Kharij Lessons of Khorasan Seminary. hozehjournais@gmail.com

3. Professor of Kharij Lessons of Khorasan Seminary. hosseini@gmail.com

سنجه‌های کشف اهمیت در «مرجح اهم»

از منظر اصول فقه فریقین^۱

روح‌الله رئیس‌السادات^۲

محمدحسن ربانی بیرجندی^۳

سیدمحسن حسینی فقیه^۴

چکیده

نمونه‌های عینی دو حکم «متزاحم» در مصادیق فراوانی دیده می‌شود و لزوم واریسی معیارهای تشخیص حکم مهم‌تر را آشکار می‌کند؛ اما با نگاهی اجمالی به مباحث «اصول فقه»، این نکته رخ می‌نماید که از برخی مباحث، مانند تزاحم و مرجح اهم و مهم، به صورت پراکنده بحث شده است. مسئله محوری در این نوشتار، جایگاه مهم‌ترین مباحث اصولی مرتبط و دخیل در کشف اولویت و اهمیت، در اصول فقه فریقین است. ایده نگارنده در واکاوی این مسئله، به جای اشتراک‌یابی در عناوین، بازپژوهی بر روی محتوای انگاره‌ها است؛ با این توضیح که به دلیل عدم اشتراک عنوان تزاحم در اصول فقه دو مکتب امامیه و اهل تسنن، برای واریسی سنجه‌ها می‌بایست سراغ محتوای اصولی فقهی مطالبی رفت که احتمال ارتباط با مبحث کشف اهمیت و اولویت دارند. یافته‌های این تحقیق که با روش توصیفی تحلیلی صورت گرفته، نشان می‌دهد، در اصول فقه فریقین مباحثی همچون قاعده «درء المفسده اولی من جلب المصالح»، مناسبت حکم و موضوع و نیز مقاصد شریعت، جایگاه خاصی در کشف اهمیت دارند. همچنین در این مقاله، دو خاستگاه مهم بحث تزاحم در مبانی اهل تسنن یعنی «فقه الأولویات» و «فقه الموازنات» بررسی شده و هر چند از حیث عناوین، تفاوت بیشتری ملاحظه می‌شود، ولی از حیث محتوا اشتراکات فراوانی وجود دارد.

کلیدواژه‌ها: تزاحم، مرجحات، اهمیت، مصلحت، مقاصد.

۱. این مقاله از رساله سطح چهار حوزه علمیه خراسان استخراج شده است.

۲. دانش آموخته سطح چهار حوزه علمیه خراسان. (نویسنده مسئول) mahdi19970606@gmail.com

۳. مدرس دروس خارج حوزه علمیه خراسان. hozehjournais@gmail.com

۴. مدرس دروس خارج حوزه علمیه خراسان. hosseini@gmail.com

مقدمه

«تراحم» و مرجحات آن، با معانی اصطلاحی خاص خود، در علم اصول پیشینه طولانی ندارد؛ هرچند مباحثی که خاستگاه آن به شمار می‌رود، مطرح بوده است؛ مانند اجتماع امر و نهی، دلالت امر بر نهی از ضد و ترتب. مطالعه منابع اصولی امامیه نشان می‌دهد که نخستین بار شیخ انصاری تراحم را به عنوان اصطلاحی اصولی و به معنای «تنافی دو حکم دارای ملاک»، مطرح کرد. (انصاری، ۱۴۱۶ق: ۵۲/۴) سپس آخوند خراسانی در کفایة الاصول به طور گسترده و جدی بحث تراحم را مطرح کرده (خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۱۵۵) و مرحوم نائینی و شارحان بعدی آن کتاب نیز مباحث دیگری بر آن افزودند و درباره آن به صورت مستقل بحث کردند.

اصولیان امامیه به مناسبت بحث تراحم، «مرجح اهم و مهم» را مطرح کرده‌اند؛ از جمله میرزای نائینی، شهید صدر و آیت الله خوئی به مرجحات تراحم، مثل مرجح تقدیم اهم بر مهم، پرداخته‌اند. (نائینی، ۱۳۷۶: ۳۲۲/۱؛ صدر، ۱۴۱۷ق: ۸۷/۷؛ خوئی، ۱۴۲۸ق: ۴۷۶/۱) مرحوم مظفر نیز به صورت مختصر این مرجح را مطرح کرده و به ذکر راه‌های شناخت اهمیت و اولویت، مانند مناسبت حکم و موضوع و شناخت ملاک‌های احکام از راه دلایل نقلی، می‌پردازد و بعد مثال‌هایی در این زمینه، مانند حکم «محافظة بر بیضة اسلام» یا حق الناس را ذکر می‌کند. (مظفر، ۱۴۳۰ق: ۲۱۹/۳)

در هر حال، هدف، پژوهشی است که به مشخص کردن دامنه و توسعه کلیدواژه‌ها برسد تا دستیابی به سنجه‌های مشابه در اصول فقه فریقین، در محتوای مشابه، آسان شده و به پژوهشگران در این حوزه کمک شود. در مورد پیشینه بحث به جز مطالب مذکور، به صورت مستقل می‌توان به مقاله‌های زیر اشاره کرد:

«ارزیابی مقایسه‌ای ادله و مبانی مذاهب پنج‌گانه فقهی در باب قاعده اهم و مهم»، (خادمی، ۱۳۹۷) «تبیین قاعده اهم و مهم و جایگاه آن در فقه و قانون مجازات اسلامی»، (روضه‌سرا و حسین نژاد کریمی، ۱۳۹۶) «مبانی فقهی قاعده اهم و مهم»، (سترگ، ۱۳۹۰) «راهکار حل تراحم حقوق از دیدگاه مذاهب خمس و حقوق موضوعه ایران»، (مراضی،

۱۳۹۳) «اجرای تراحم در احکام حقوقی»، (خردمندی، ۱۳۹۲) «نقش قاعده اهم و مهم در حل تراحمات اخلاق امنیتی»، (طجری، ۱۳۹۴) «فقه و مقاصد شریعت»، (علی دوست، ۱۳۸۴) «بررسی تراحم اهم و مهم در فعالیت‌های اطلاعاتی» (طالبی، ۱۳۹۶) و «مبانی قرآنی و حدیثی کاربرد قاعده اهم و مهم در بهداشت و سلامت». (یوسفی، ۱۳۹۷)

اما نوآوری این مقاله در ضمن چند مطلب ذکر می‌شود: الف) در آثاری که ذکر شد، عموماً در مورد دلایل حجیت قاعده اهم و مهم بحث شده و بسیار کم در مورد راه‌های کشف اهمیت و اولویت، بحث کافی دیده می‌شود؛ در حالی که در این مقاله به صورت مستقل و مفصل به راه‌های کشف اهمیت پرداخته شده است. ب) در همان موارد نادری که در آن مقاله‌ها به تبیین راه‌های کشف اهمیت پرداخته شده، به ذکر کلیات بسنده شده است؛ حال آنکه در این مقاله به تنقیح قواعد و مسائل مختلف اصولی که در راه کشف اهمیت مؤثر است، پرداخته شده است؛ البته اشاراتی از این مسائل در کتب اصولیان وجود دارد، ولی این جستار، به نظر اولین اثر مستقل در این زمینه است که مسائل دخیل در کشف اهمیت در آن گردآوری شده است. ج) پژوهش تحلیلی و مقارنه‌ای در آثار اهل تسنن، به ویژه معاصران ایشان، صورت نگرفته است؛ چرا که عنوان تراحم در منابع اهل تسنن به معنای مصطلح اصولی امامیه وجود ندارد و یا بسیار کم به کار رفته است.

۱- کلیات

۱-۱- تعریف تراحم

تراحم در لغت به معنای «گرد آمدن گروهی بر چیزی، تلاطم امواج و راندن برخی از آن‌ها برخی دیگر را در یک تنگنا»، آمده است. (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۲۶۲/۱۲)

مؤلف مقایسه اللغه در مورد ریشه تراحم، یعنی «زحم»، معنایی را بیان می‌کند که عبارت است از: انضمام، باهم آمدن و ازدحام مردم با قید شدت و تأکید. (ابوالحسین، ۱۴۰۴ق: ۴۹/۳)

تراحم در اصطلاح، «تنافی دو حکم دارای ملاک، در مقام امتثال» است، به سبب آنکه مکلف، قادر به انجام هر دو در یک زمان نیست. (خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۱۷۴؛ نائینی، ۱۳۷۶:

۳۱۷/۱؛ صدر، ۱۴۱۷ق: ۲۶/۷)

عنوان تراحم به معنای اصطلاحی از عناوین مختص اصولیان امامیه متأخر از زمان شیخ انصاری، آخوند خراسانی و محقق نائینی، به بعد است. نگارنده بر این باور است که مفهوم تراحم در کلمات متقدمان اصولی امامی و اهل تسنن فراوان دیده می‌شود؛ اما به بندرت اصولیان معاصر سنی، مطابق همان عنوان تراحم تعاریفی را ارائه می‌دهند که از جمله می‌توان به این مورد اشاره کرد: «هرگاه تعارض دو حکم شرعی در واقع عملی رخ دهد، به گونه‌ای که مکلف از جمع بین آن دو عاجز باشد، پس در این حالت مکلف اضطراراً یکی را و به جهت اولویت آن انتخاب می‌نماید.» (و کیلی، ۱۴۲۰ق: ۱۲۲؛ قحطانی، ۱۴۲۵ق: ۲۳۵/۲۹)

۲-۱- اقسام تراحم

پیش از ورود به بحث ذکر این مطلب ضروری است که تراحم اقسامی دارد: الف. تراحم امثالی: دو حکم متوجه مکلف شده و تراحم در دو عمل است که مشکل از ناحیه مکلف بوده و در واقع او در تطبیق مصداق بین دو طرف، به دلیل عدم قدرت، دچار «تنافی» شده است. (نائینی، ۱۳۵۲: ۱۸۳/۱)

ب. تراحم ملاکی: دو حکم متوجه مکلف شده و تراحم در یک عمل است، ولی از دو جهت دارای مصلحت و مفسده است و مشکل از ناحیه ملاک است که در واقع بین دو ملاک، تنافی واقع شده است. (طباطبائی حکیم، ۱۴۱۴ق: ۲۷/۶)

ج. تراحم حفظی: تنافی میان احکام واقعی در موارد مشتبه، در مقام محافظت از اغراض تشریح است و یا به عبارتی، تنافی میان اغراض احکام تشریحی در مقام پیروی از اغراض تشریح داده است؛ برخی از اصولیان، فلسفه جعل احکام ظاهری (اصول عملیه) را از راه تراحم حفظی تبیین کرده‌اند. (صدر، ۱۴۱۷ق: ۳۲۵/۴)

تراحم حفظی که مربوط به عالم تشریح است، به بحث مرجحات تراحم (تکلیف مکلف بر گزینش و ترجیح حکمی از دو حکم است) ارتباطی ندارد؛ اما در تراحم امثالی و ملاکی، به نظر بانداکی تفاوت، مرجح اهم و مهم در هر دو قسم کاربرد دارد.

۳-۱- تعریف مرجح اهمیت (اهم و مهم)

لزوم مقدم کردن حکم مهم تر بر مهم، هنگام تراحم آن‌ها در مقام امثال و پیروی از حکم،

یعنی: در موردی که نمی‌توان، هم به اهم و هم به مهم عمل کرد، باید به اهم عمل کرد و مهم را فرو گذاشت. (نائینی، ۱۳۷۶: ۱/۳۲۲؛ صدر، ۱۴۱۷ق: ۷/۸۷؛ خوئی، ۱۴۲۸ق: ۱/۴۷۶) وجه امتیاز مرجح «تقدیم اهم بر مهم» از میان دیگر مرجحات باب تراحم، عبارت است از: اولاً، کاربرد این مرجح بسیار وسعت دارد و قابل قیاس با دیگر مرجحات، مانند مرجح «واجب مضیق» بر «واجب موسع» نیست و ثانیاً، مشهور، دیگر مرجحات را نیز به مرجح اهمیت برمی‌گردانند. (نائینی، ۱۳۷۶: ۱/۳۹۹؛ اصفهانی (کمپانی)، ۱۴۰۹ق: ۱۸۵؛ رشتی، ۱۳۱۱ق: ۲۶۱؛ یزدی، ۱۴۱۰ق: ۲/۱۶۳)

۱-۴- خاستگاه تراحم در اصول فقه

اهمیت، اولویت و مصلحت اهم، عناوینی است که در اصول و فقه فریقین در بحث مرجحات باب تراحم استفاده می‌شود؛ اما عنوان تراحم و مرجحات آن در اصول فقه اهل تسنن مطرح نیست، مگر افراد نادری از معاصران که عنوان تراحم را به معنای اصطلاحی امامیه مطرح کرده‌اند. (وکیلی، ۱۴۲۰ق: ۱۲۲؛ قحطانی، ۱۴۲۵ق: ۲۹/۲۳۵)

اما مفهوم تراحم و مرجحات آن در اصول فقه اهل تسنن در مباحث مختلفی مطرح است؛ مانند مقاصد الشریعه، مصلحت و مفسده، تعارض، استحسان، مصالح مرسله و به‌ویژه در آرای معاصران از حنابله و سلفی‌ها در مباحث فقه الاولویات، فقه الموازات و فقه الواقع. (ملهی الحجری، ۱۴۳۹ق: ۴۴)

خاستگاه تراحم در اصول فقه امامیه مباحثی همچون اجتماع امر و نهی، دلالت نهی بر فساد و... است و به دلیل آنکه در مورد آن پژوهش‌های فراوانی صورت گرفته، از تکرار آن پرهیز می‌کنیم؛ اما چون در مورد خاستگاه بحث تراحم و مرجحات آن در اصول فقه و فقه اهل تسنن پژوهشی صورت نگرفته، دو خاستگاه مهم آن بیان می‌شود:

۱-۴-۱- فقه الاولویات

این اصطلاح بین قدمای اصولی اهل تسنن رایج نیست؛ ولی در بین معاصران آن‌ها این واژه رایج است. قرضای در تعریف آن می‌گوید: «قراردادن هر شیء اعم از احکام و اعمال در مرتبه خودش به صورت عادلانه، پس آنچه اولویت دارد مقدم می‌شود»؛ (قرضای،

۱۴۱۶ق: ۹) اهل تسنن معاصر در این زمینه کتاب‌های مفصلی نگاشته‌اند.

البته در فقه الاولویات، تمام آنچه به‌نوعی در معارف اهمیت بیشتری دارد، به‌ترتیب اولویت بیان می‌شود؛ اعم از اینکه دارای دو طرف باشد و نزاعی در میان باشد، یعنی مباحث مربوط به «تعادل و تراجیح» و در اصطلاح، تعارض ادله، یا جایی باشد که دو تکلیف در مقام امتثال با هم تراحم کنند و یا اینکه یک‌طرفی باشد و نزاعی در بین نباشد.

۱-۴-۲- فقه الموازات

این اصطلاح نیز در بین قدما رایج نبوده است؛ به‌عنوان نمونه برخی چنین می‌گویند: «چنین اصطلاحی را در بین متقدمین از علمای اصول نیافتیم؛ بلکه معنای آن از لابه‌لای کلام ایشان در بحث تعارض و ترجیح بین مصالح و مفسد دیده می‌شود؛ مانند عبارت جوینی و دیگران.» (ملهی الحجری، ۱۴۳۹ق: ۲۶)

در میان تعاریفی که برای فقه الموازات، ذکر شده، به نظر می‌رسد این تعریف کامل‌تر باشد: «علم به احکام شرعی‌ای است که مصالح و مفسد متعارض و متزاحم، به‌جهت تقدیم راجح از آن دو مورد سنجش قرار می‌گیرند.» (ملهی الحجری، ۱۴۳۹ق: ۲۷) در فقه الموازات نیز تمام سنجه‌ها و ملاک‌هایی که در سنجش بین دو حکم، موجب امتیاز یکی از طرف‌ها می‌شود، چه بحث تعارض ادله و چه بحث تراحم اصطلاحی، مطرح شده است.

پس از بیان کلیات که در آن مفهوم تراحم در اصول فقه فریقین و خاستگاه تراحم در اصول فقه اهل تسنن و ارسی شد، اصل موضوع این تحقیق در ضمن دو مطلب نگاشته می‌شود.

۲- سنجه‌های کشف اهمیت

پیش از پرداختن به اصل بحث، این تذکر ضروری به نظر می‌رسد که مراد از مسائل اصولی دخیل در کشف اهمیت، نفس مرجحات باب تراحم نیست؛ چراکه مرجحات باب تراحم بنا بر مشهور عبارت است از: تقدیم واجب بدون بدل بر بدل‌دار، تقدیم واجب مضیق بر موسع، تقدیم واجبی که مشروط به قدرت عقلی باشد بر واجبی که مشروط به قدرت شرعی است و تقدیم اهم بر مهم؛ پس مراد از مباحثی که در ادامه خواهد آمد فقط مربوط به

مرجح اهم و مهم است و همچنين مباحثي است که در اصول فقه فریقین برای کشف اهميت یکی از دو یا چند حکم متزاحم به آن پرداخته شده است؛ نه اینکه ادعای نگارنده این باشد که موارد زیر باید جزء مرجحات باب تزاحم به شمار آیند؛ بنابراین مرجح، همان «تقدیم اهم بر مهم» است و مواردی که ذکر خواهد شد، فقط کاشف اهميت یا اولويت یکی از اطراف تزاحم است.

۲-۱- قاعده «درء المفاسد أولى من جلب المصالح»

مصلحت یعنی آنچه با مقاصد انسان در امور دنیوی، یا اخروی و یا هر دو، موافق بوده و نتیجه آن به دست آوردن منفعت و یا دفع ضرر است. (حلی (محقق)، بی تا: ۲۲۱؛ قمی، ۱۳۷۸: ۹۲/۲) در مورد جایگاه مصلحت در اصول فقه امامیه باید گفت که «معلل بودن شریعت به مصالح»، امری مورد توافق فقهای متقدم و متأخر امامیه است. (عاملی (شهید اول)، ۱۴۰۰ق: ۱۳۸/۲؛ نائینی، بی تا: ۳۶)

علمای فریقین در تعریف این قاعده، این گونه نگاشته‌اند: هرگاه نزد مکلف، مفسده و مصلحت در امری از امور دینی یا دنیایی تعارض کرد، اصل در حق مکلف، دفع مفسده است؛ زیرا دفع مفسده مهم‌تر از جلب منفعت است. (علی دوست، ۱۳۸۸: ۵۱۹؛ ابن نجیم، ۱۴۱۳ق: ۹۹)

فقهای امامیه به این قاعده در آثار خویش پرداخته‌اند (حلی (علامه)، ۱۴۲۵ق: ۶۵/۲؛ خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۲۷۷؛ حکیم، ۱۴۲۹ق: ۱۳۹) و همچنین در کتب اهل تسنن نیز به این قاعده پرداخته شده است. (سبکی، ۱۴۱۱ق: ۱۰۵/۱؛ زرقاء، ۱۴۲۰ق: ۵۹۴/۲) هر چند امامیه بر این باورند که این قاعده کلیت ندارد؛ زیرا چه بسا عقلاً جلب مصلحت زیاد را بر دفع مفسده اندک، مقدم بدانند؛ (حکیم، ۱۴۱۳ق: ۵۴۴) اما به طور کلی در مبحث تزاحم و مرجح اولویت و اهميت، از این مسئله بهره‌ها جسته‌اند. (فاضل مقداد، ۱۴۰۳ق: ۴۹۳؛ خمینی، ۱۳۹۰ق: ۴۴۸/۱ و ۱۳۷۸: ۴۵۲/۲۰)

این مسئله همچنین در آثار اهل تسنن، جایگاه بسیار مهمی دارد؛ تا جایی که فنوحی حنبلی

می گوید:

«کاربرد این قاعده در فقه حدوحصر ندارد و چه بسا نصف فقه را در بر بگیرد؛ زیرا احکام یا برای جلب منافع است یا دفع مفسد؛ بنابراین حفظ ضروریات پنج گانه (دین، نفس، عقل، نسب و مال) در این قاعده داخل می‌شود؛ زیرا محل اعمال این قاعده در تعارض مصالح و مفسد است؛ بنابراین قاعده مشتمل بر مقاصد شریعت و در حمایت از مصالح خلق و دفع ضرر از ایشان است و از این رو در فقه مقاصد، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.» (فتوحی حنبلی، ۱۴۰۰ق: ۴/۴۴۳)

نگارنده بر این باور است که اشتراکات فراوانی بین دو مبحث مقاصد شریعت و مصلحت در مبانی اهل تسنن وجود دارد. از طرفی با توجه به کلیت نداشتن این قاعده می‌بایست هر مورد جدا سنجیده شده و به وسیله دیگر راه‌های کشف اهمیت، ارزیابی شود. مطلب دیگر، جایگاه تشخیص این مصلحت‌سنجی‌ها است که آیا بر طبق مبانی صحیح شرعی و بدون دخالت آرای بشری و هوای نفسانی نتیجه‌گیری می‌شود، یا اینکه وسیله برای هدف، توجیه می‌شود. در مورد ارتباط قاعده یادشده و کاشفیت اهم نیز باید گفت: فارغ از اختلاف نظری که در مورد کلیت نداشتن این قاعده وجود دارد، به صورت موردی می‌توان ادعا کرد که در برخی موارد تراحم، این قاعده اقتضا دارد که از یکی از اطراف تراحم، کشف اهمیت کند.

۲-۲- مصالح مرسله

علمای فریقین مصالح مرسله را این گونه تعریف کرده‌اند: امور حافظ مقاصد مهم شرع و فاقد نص شرعی بر اعتبار آن‌ها را «مصالح مرسله» و استنباط حکم شرعی از طریق این مصالح را «استصلاح» گویند. (حکیم طباطبایی، ۱۴۱۸ق: ۳۸۱؛ غزالی، ۱۴۱۳ق: ۱/۴۱۶)

آنچه در اینجا مورد نظر است، مصالح ضروری و ارتباط احتمالی آن با قاعده اهم و مهم است. برای مصالح مرسله ضروری، جنگی را مثال زده‌اند که کفار، گروهی از مسلمانان اسیر را سپر خود می‌کنند و در صورت هدف قرار ندادن آن‌ها، تمام مسلمانان کشته خواهند شد. در اینجا مصلحت قطعی و کلی که مربوط به همه مسلمانان است، اقتضا می‌کند که آن اسیران مسلمان کشته شوند. البته اعتبار این مصلحت از جانب شارع مقدس معلوم و مسلم

نیست؛ چون قتل مسلمان بی گناه در شرع معهود نیست؛ الغای آن از سوی شارع نیز محرز نیست. (آمدی، ۱۴۰۰ق: ۱۹۵/۴) در اینجا بعید نیست از باب دفع افسد به فاسد و ترجیح اهم بر مهم، عمل مذکور صحیح باشد؛ البته در این صورت به عقل یا سنت باز خواهد گشت و از این جهت، مصالح مرسله دلیل مستقلى برای استنباط حکم شرعی محسوب نخواهد شد.

۲-۳- مقاصد شریعت

مقاصد ضروری شریعت را در پنج چیز خلاصه کرده‌اند: حفظ دین، حفظ جان، حفظ عقل، حفظ نسب و حفظ مال؛ (کمالی، ۱۴۲۱ق: ۱۴۵) البته برخی حفظ عرض و آبروی مسلمان را نیز اضافه کرده و آن را بر حفظ مال مقدم می‌دانند. (اصفهانی (کمپانی)، ۱۴۱۸ق: ۴۷/۱) حال برخی، حفظ نسب را به معنای حفظ ناموس تأویل کرده‌اند (غزالی، ۱۴۱۷ق: ۱۷۴) و برخی حفظ عرض را اضافه نموده‌اند؛ در نتیجه مقاصد در نزد ایشان ۶ مورد است. (قرافی، ۱۴۲۰ق: ۱۷۰/۴)

این مسئله در کلمات بسیاری از بزرگان فقهای امامیه، از قدما و معاصران نیز دیده می‌شود (عاملی (شهید اول)، ۱۴۰۰ق: ۳۶/۱؛ احسائی، ۱۴۱۰ق: ۴۵؛ طباطبائی، ۱۴۱۹ق: ۴۳۴/۵؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق: ۱۵/۱؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۴ق: ۹۳؛ بروجردی، ۱۴۲۷ق: ۹/۱ و ۱۶) و ایشان همچنین جایگاه ویژه‌ای برای حفظ آبروی مؤمن در مباحث فقهی قائل‌اند. (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق: ۴۳۲/۴ و ۴۵۰؛ اردبیلی (مقدس)، ۱۴۰۳ق: ۵۰۱/۱۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ۶۵۳/۴۱) واضح است که یکی از ثمرات مهم بحث مقاصد شریعت، تعیین تکلیف و تشخیص مرجع اهم برای برون‌رفت از تراحم است. از طرفی رابطه تنگاتنگی بین مبحث مقاصد و مصلحت و «مذاق الشریعه» وجود دارد.

به نظر می‌رسد دلیل اینکه اهل تسنن زودتر سراغ نگاه مقاصدی به احکام رفته‌اند، از طرفی فقدان نصوص بوده است و از طرفی چون قیاس را حجت می‌دانسته‌اند و قیاس هم آرای بشری است، بنابراین، هم با تعارضات فراوانی در ادله مواجه شده‌اند و هم در مقام تراحم به‌ناچار برای برون‌رفت از آن زودتر درب نگاه مقاصدی را گشوده‌اند.

۲-۴- مذاق شریعت

با آنکه مذاق شریعت اصطلاحی جدید است، ولی پیشینه آن در کلام بزرگان دیده می‌شود. مرحوم کاشف‌الغطاء در توضیح آن می‌فرماید: «مذاق شرع، فهم و درک جدیدی است که فقیه با بهره‌گیری از ذوق سلیم و درک منضبط، پس از جست‌وجو در مجموع ادله، به آن دست می‌یابد.» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق: ۱/۱۸۷)

یکی از کاربردهای مهم این مسئله در تشخیص اهم در مرجح اهم و مهم است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق: ۵۰۶) و در بعضی مسائل، به‌ویژه مسائل مستحدثه که ممکن است نصوص خاصی در مورد آن وجود نداشته باشد و فقیه در ارزیابی آن به تراحم بر بخورد، یکی از راه‌هایی است که می‌توان با آن، کشف اهمیت نمود. دیگر اینکه از مذاق شریعت می‌توان برای تعیین اصلح و افسد، بهره جست و در واقع مذاق شریعت، مکمل قاعده «درء المفسده اولی من جلب المنفعه»، دفع افسد به فاسد و تشخیص مصلحت نظام و مقاصد شریعت است. به‌عنوان مثال، مرحوم آقا ضیاء عراقی در تراحم فردی که در مکان غضبی، نماز بر او واجب شده است، مفسده غضب را قوی‌تر از مصلحت نماز یافته‌اند و آن را مستند به مذاق شارع نموده (عراقی، ۱۴۱۷ق: ۲/۴۳۴) و امام خمینی نیز در کتاب البیع این فرع فقهی را می‌آورند: «در شرع مقدس فروش قرآن به کفار به جهت تسلط آن‌ها بر مصحف و مس آن حرام است... اما چون مذاق شریعت مقدسه، لزوم تبلیغ دین اسلام و گسترش احکام و لزوم هدایت مردم است، بنابراین در تراحم بین این دو حکم، این مصالح مذکور از مفسده احتمال مس قرآن توسط کفار، قوی‌تر و اقوی است.» (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲/۷۲۶)

۲-۵- مناسبت حکم و موضوع

مناطها، روابط و مناسبت‌هایی است که در دید عرف میان هر حکم و موضوع آن وجود دارد. این مناسبت‌ها در گذار زندگی، در ذهن اهل عرف جامعه‌ای خاص رسوخ کرده است؛ به گونه‌ای که به‌عنوان دلیلی شرعی و لفظی، گاهی سبب تخصیص و گاهی سبب تعمیم حکم می‌شود. (صدر، ۱۴۱۷ق: ۱/۲۵۷)

این مناسبت، یکی از راه‌های کشف اولویت در موارد تراحم است؛ (مظفر، ۱۴۳۰ق:

۲۱۹/۳) به عنوان نمونه شهید صدر این مثال را برای تشخیص اهم به وسیله بحث مناسبت حکم و موضوع آورده است:

«در تزامم بین حرمت غضب و حفظ نفس محترمه با توجه به مناسبت حکم و موضوع، اهم بودن و اولویت حفظ نفس محترمه برداشت می شود، گرچه حفظ نفس محترمه موجب تلف مال غیر یا تصرف در مال غیر گردد؛ زیرا این مطلب از لحاظ عرفی و عقلایی ثابت است که ملاک حفظ مال و عدم جواز تصرف غیر در آن بدون اذن صاحبش، از شئون و توابع احترام غیر و مال غیر است؛ بنابراین معقول نیست که این احترام مال غیر با حفظ اصل وجود و نفس انسان دیگر بتواند مزاحمت ایجاد کند و عرف و عقلا اهمیت حفظ نفس محترمه را بیشتر می دانند.» (صدر، ۱۴۱۷ق: ۹۸/۷)

در آرای اهل تسنن نیز مناسبت مسلکی از مسالک علت به شمار می رود که در واقع یکی از اقسام قیاس بوده و در تشریح حکم و مصلحت دخیل است (غزالی، ۱۴۱۷ق: ۳۱۱) و می تواند یکی از راه های برون رفت در تزامم بین احکام باشد.

نگارنده بر این باور است که مناسبت مسلکی فارغ از اینکه نزد امامیه فاقد حجیت است، اما از جهتی با بحث مناسبت حکم و موضوع، شباهت دارد؛ البته تفاوت هایی دقیق و علمی بین این دو وجود دارد که برخی از محققان معاصر به این تفاوت ها پرداخته اند. (علی شاهی قلعه جوئی، ۱۳۹۱: ۶۷)

۲-۶- تنقیح مناط

علمای فریقین «تنقیح مناط» را این گونه تعریف نموده اند: در اصطلاح وصفی است که حکم از نظر وجود و عدم به آن وابسته است و چون معمولاً حکم به علت منوط است، به آن مناط گویند؛ بنابراین تنقیح مناط همان تعیین علت است. (حلی (محقق)، ۱۳۶۴: ۱۲۵/۲؛ شبلی، بی تا: ۲۲۱؛ شوکانی، ۱۴۱۲ق: ۲۲۱/۷)

البته تعریف تنقیح مناط در بین امامیه متفاوت است. شهید ثانی می فرماید: «تنقیح مناط عبارت است از راه یابی به متعلق حقیقی حکم و تبیین و استخراج آن از درون نصوص و

تعبیرات ظاهری، به کمک نصوص.» (عاملی (شهید ثانی)، ۱۳۶۰: ۲۲۴/۱)

نگارنده بر این باور است که مسئله تنقیح مناط یا الغای خصوصیت، در مسئله تراحم و تشخیص اهم، از دو راه به فقیه یاری می‌رساند: الف) تشخیص علت و ملاک احکام؛ ب) تشخیص موضوع؛ زیرا یکی از موارد پر کاربرد تنقیح مناط، مسائل فقهی نوپیدا و مستحدثه است و گاهی آن مسئله مستحدثه از موارد تراحم است؛ بنابراین الغای خصوصیت، برای تشخیص موضوع به فقیه کمک می‌کند.

بنابراین تراحم در مسائل مستحدثه و نوپیدا، اقتضائات زمان و مکان، و فقه‌الواقع در فقه اهل تسنن، کاربرد فراوانی دارد؛ اما باید توجه کرد که این تنقیح ملاک و علت، قطعی و منصوص یا «منصوص العله» باشد؛ زیرا اگر ظنی باشد، وارد مقوله قیاس خواهد شد که موردنهی روایات معصومان (علیهم‌السلام) و فقهای امامیه است.

برای تبیین نقش تنقیح مناط در کشف اهمیت، نمونه‌ای ذکر می‌شود:

«در بحث قواعد فقهی ناظر بر تکثیر موالید و کنترل جمعیت، در تراحم بین فرزندآوری بانوان با مشاغل اجتماعی ایشان، برخی برای اولویت داشتن و اهم بودن شأن مادری و تولید و تکثیر نسل مادران، از راه تنقیح مناط دلیل آورده‌اند؛ به این بیان که: مسئله حفظ نسل که از فروعات حفظ نفس است، به‌عنوان مناط اصلی است؛ از این رو، نسل جامعه باید باقی و سالم بماند و آیندگان باید مصونیت جانی و روانی داشته باشند. در این رابطه هر آنچه به سلامت نسل لطمه زند، از جمله عقیم‌سازی، مذموم است. به این ترتیب از آنجا که محور تنقیح مناط، بحث علت است و محور الغای خصوصیت، موضوع حکم است، می‌گوییم: در مسئله حفظ نسل به‌عنوان یکی از مقاصد شریعت توسط دو ابزار عقل و عرف از طریق تنقیح مناط، یعنی با منقح کردن و پاک کردن علت حکم، چنین استنباط می‌شود که در هر شرایطی حفظ نسل، اهم است.» (مظاهری و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۳۶)

۲-۷- قیاس اولویت

عموم فقها و اصولیان امامیه، قیاس تشبیه و تمثیل را نپذیرفته‌اند، ولی قیاس منصوص العله و قیاس اولویت را قبول کرده‌اند. قیاس مستنبط العله نیز از سوی اندیشمندان اصولی پذیرفته نشده است. (جناتی، ۱۳۷۰: ۲۶۵ و ۲۶۹ و ۳۰۲؛ نمله حنبلی، ۱۴۲۰ق: ۱۹۲۱/۴) در قیاس اولویت، چنانچه دو شرط «سنخیت حکم» و «اقوی بودن ملاک» محقق باشد و بتوان صورت‌هایی را فرض کرد که تزام اصطلاحی رخ داده باشد، مثلاً فرد ناگزیر از یکی از دو حالت «أف گفتن» یا آزار دادن والدین باشد، در این صورت قاعده اهم و مهم به معنای اصطلاحی به جریان می‌افتد و أف گفتن اولویت می‌یابد. در اینجا اولویت نه به معنای لغوی (صرف برگزیدن یکی از دو طرف)، بلکه به معنای اصطلاحی (برگزیدن یکی از دو حکم متزاحم در مقام عمل) است. (خادمی، ۱۳۹۷: ۲۱۵)

۲-۸- استحسان

استحسان به معنای خارج شدن از مدلول دلیل کلی به واسطه وجود مصالح موردی و جزئی است. به این دلیل که گاهی احکام حاصل از ادله عقلی و قیاس، خشک و انعطاف‌ناپذیر است، به طوری که عمل به آن باعث بروز مفاسدی می‌شود و با تمسک به استحسان، این نتایج تلطیف و به مصلحت تبدیل می‌شود. (ولائی، ۱۳۸۷: ۵۷) اگر معنای استحسان را «اخذ به اقوی الدلیلین» بگیریم، خود استحسان یکی از مرجحات تزام خواهد بود. (حکیم، ۱۴۱۸: ۳۶۳)

فارغ از اینکه استحسان را یکی از منابع مستقل اجتهاد بدانیم یا نه، آنچه در بحث استحسان به عنوان مبنای قاعده اهم و مهم می‌تواند مطرح باشد و در پیشامدها و مسائل مستحدثه به ما یاری رساند، استحسان به ضرورت و مصلحت است؛ یعنی «ترک عمل به دلیل» یا قیاس خاص و «عمل به دلیل» یا قیاس قوی‌تر در مقام تزام، به جهت مصلحت یا به اقتضای ضرورت. البته در این صورت، به نظر می‌آید که دیگر دلیل مستقلی به نام استحسان نخواهیم داشت؛ بلکه مستند به ضرورت و مصلحت خواهد بود. همچنین اگر استحسان را به دلایلی دیگر، چون اجماع یا عرف و عادت، قبول داشته باشیم، با توجه به اینکه دلایل مذکور دلایل مستقلی

هستند، با وجود آن‌ها نیازی به استحسان نخواهد بود. (خادمی، ۱۳۹۷: ۲۰۱)

نگارنده بر این باور است که استحسان در بحث اهم و مهم، با مبانی امامیه شباهت دارد؛ از جهت توجه به عرف و مصلحت‌سنجی که اگر مراد این باشد، وارد بحث مصلحت و مفسده می‌شود؛ ولی نکته اینجاست که در استحسان، خروج از مدلول دلیل مطرح است، حال اگر دلیل، نص باشد، «اجتهاد در مقابل نص» خواهد بود که مورد قبول امامیه نیست.

۲-۹- سد ذرایع

اصطلاح «سد ذرایع»، یعنی ممانعت از هر کاری که به‌طور طبیعی مفسده‌ای را به دنبال دارد. (نملة حنبلی، ۱۴۲۰ق: ۱۰۱۷/۳) بیشتر دانشمندان اهل تسنن به استناد اصل سد ذرایع، هر عملی را که مقدمه حرام باشد، ممنوع می‌دانند. (نملة حنبلی، ۱۴۲۰ق: ۱۰۱۶/۳) هر ذریعه پیش از مقدمه‌شدن، دارای حکمی از جنس و جوب یا حرمت بوده است؛ اما پس از ذریعه و مقدمه‌شدن، حکم دیگری (از باب مقدمه‌بودن) بر آن بار می‌شود که در مقابل حکم قبلی است. در این حالت، مکلف با تراحم احکام در مقام امتثال مواجه می‌شود و چون قابل جمع نیستند، باید بر اساس شناخت ملاک‌های اهمیت، یکی از دو حکم را برگزیند.

برای مثال، ورود به منزل دیگری بدون اذن جایز نیست؛ اما چنانچه شخصی در آتش‌سوزی منزلش گرفتار شود و تنها راه نجاتش ورود به منزل دیگری باشد، از باب مقدمه واجب، ورود بدون اذن حتی واجب می‌شود. این حکم با حکم حرمت پیشین تراحم پیدا می‌کند و بدیهی است که با تقدیم اهم بر مهم، در مقام عمل بر آن رجحان می‌یابد. (خادمی، ۱۳۹۷: ۲۱۵)

نگارنده بر این باور است که مصداق دیگری را هم می‌توان ذکر کرد که به مبانی امامیه نزدیک است: طبق تعریف، سد ذرایع به معنای بستن راهی است که به‌صورت طبیعی منجر به مفسده شود و باید جایی را در نظر گرفت که احتمال ورود به مفسده وجود دارد؛ به‌عنوان مثال، «اصلاح ذات‌البین» در میان اقوام بر شخصی واجب شده و ناگزیر باید دخالت کند و از طرفی نیز احتمال عقلایی می‌دهد که با این دخالت او ممکن است خون یا عرض و ناموس مسلمانی به خطر بیفتد؛ به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت زیاد «دماء، عرض و مال مؤمن» و سفارش فقها به احتیاط در این سه گزاره، می‌بایستی احتیاط کرده و راه مفسده را ببندد.

به عبارتی، مکلف نباید در این نزاع ورود پیدا کند و وجوب اصلاح ذات‌البین به دلیل اولویت احتیاط در خون مسلمان و مؤمن، از گردن او ساقط می‌شود. البته این احتیاطی که امامیه در بحث دماء مؤمن به آن قائل‌اند، به دلیل نصوص است و دایره‌اش محدود است؛ ولی سد ذرایع پشتوانه حجیت ندارد.

۲-۱۰- اقتضائات زمان و مکان

تحولات زمان و مکان مورد توجه امامیه است و یکی از کاربردهای آن در تراجم بین احکام و حقوق است. این بحث در مبانی امامیه، به‌ویژه معاصران، در مباحث موضوع‌شناسی مسائل مستحدثه و نوپیدا مطرح است. در نظرات اهل تسنن نیز «فقه الواقع» یا «فقه النوازل» یا «فقه الأحداث» پدیده‌ای نوظهور است که در بین معاصران اهل تسنن رواج دارد؛ مثل فقه‌الاولویات و فقه‌الموازانات که اصطلاحی گرفته‌شده از کلمات متقدمان است.

در تعریف آن گفته شده است: «آنچه در زندگی بشر جریان پیدا می‌کند از پدیده‌های مختلف، چه مسائل مربوط به معیشت، عادت‌ها و تقلیدها، چه آن پدیده‌هایی که به صورت جدید و مستحدثات برای بشر اتفاق می‌افتد». (بوعود، ۲۰۰۶: ۲) به عبارتی علم به تمام جوانب موضوعات مسائل، با توجه به علم روز و تغییر زمان و مکان.

در موازنه بین دو حکم متراحم با نگرش فقه مقاصدی و فقه‌الواقع و فقه پویا بایستی توجه داشت که این نگرش منجر به ایجاد فقه جدید و دین جدید و بدعت نشود. (علی‌دوست، ۱۳۸۴: ۴۱؛ البانی، ۲۰۰۶: ۲۴) در واقع آنچه در برخی موارد موجب کشف اولویت در بین دو حکم می‌شود، توجه به اقتضائات زمان و مکان است که بسیار نزدیک به مناسبت حکم و موضوع و مباحث تشخیص مصلحت است و فقه‌الواقع یا فقه پویا خاستگاه آن در مباحث فقهی است.

نگارنده بر این باور است که می‌توان مسائل دخیل در کشف اولویت را این‌گونه جمع‌بندی کرد: برخی از موارد ریشه در نصوص دارد و حجیت آن عقلی، عقلایی، نقلی، قطعی و نیز از بخشی یا از مجموعه معارف دین است؛ مانند: مقاصد الشریعه، مذاق شریعت، مصلحت‌سنجی و قیاس منصوص‌العله. برخی از موارد نیز ظنی و به آرای بشری و شخصی

متکی است؛ مانند: استحسان، سد ذرایع و مناسبت مسلکی (قیاس مردود). برخی موارد هم مباحث عقلایی و ارتکازی است که به‌ویژه برای تشخیص موضوعات و مصادیق و مسائل مستحدثه در موارد تراحم و تشخیص اهم، فقیه یا مکلف را یاری می‌رساند؛ مانند: فقه‌الواقع یا توجه به اقتضائات زمان و مکان و نیز مناسبت حکم و موضوع.

۳- تطبیقات فقهی

حال در اینجا به‌غیر از تطبیقات فقهی که در بعضی از موارد بالا یادآوری شد، به برخی از تطبیقات فقهی مرجح تقدیم اهم بر مهم در منابع فریقین، جهت نمونه اشاره می‌شود:

۳-۱- تراحم حفظ نظام با حقوق اشخاص

در برخی موارد ممکن است بین حقوق اشخاص با حق حاکمیت، یا حقوق عمومی و اجتماعی با حفظ نظام اسلامی، تراحم به وجود آید؛ کدام‌یک ترجیح دارد و مقدم است؟ در واکاوی این مسئله و رسیدن به اقوال فقهای امامیه، نکته‌ای اساسی باید ملاحظه شود که «وجود موضوع» برای این بحث است؛ یعنی در اعصار گذشته به‌دلیل اینکه موقعیتی برای تشکیل نظام اسلامی نبوده و طبعاً نظامی وجود نداشته است، چنین فرع فقهی در بین آرای مشهور فقها به‌صورت گسترده و دقیق و مستقل مطرح نبوده است؛ هرچند در لابه‌لای کلمات فقهای بزرگ در این زمینه مطالبی ذکر شده است. (کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۳ق: ۲۸۷/۴؛ حلی (علامه)، ۱۴۲۱ق: ۷۹/۲؛ نائینی، ۱۴۱۹ق: ۳۹ و ۸۱؛ حائری، ۱۴۱۵ق: ۱۵؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ق: ۹۹)

در عصر حاضر، امام خمینی مصلحت حفظ نظام اسلامی را قاعده‌زیربنایی در فقه حکومتی و سیاسی اسلام مطرح کرده‌اند که به‌عنوان واجبی عقلی و ضرورتی شرعی نیازی به دلیل ندارد؛ از این رو حفظ دین و نظام اسلامی از روشن‌ترین مصادیق «ما لایرضی الشارحُ بترکه» است؛ یعنی آنچه شارع مقدس راضی به ترک آن نیست؛ بنابراین در تراحم آن با دیگر واجبات و حقوق حفظ اسلام، «بیضه اسلام» و «نظام اسلامی» مقدم است. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۴۶/۲)

به‌عنوان مثال: اگر مصلحت حفظ نظام و امنیت ملی و عمومی در مواردی اقتضا کند که از برخی افراد شنود صورت گیرد، هرچند اصل این عمل از باب تجاوز به حریم خصوصی افراد و تجسس حرام است، ولی به‌دلیل اهم بودن حفظ نظام (البته با رعایت ضوابط خاص و اصول اخلاقی) جایز خواهد بود. (ر.ک. طجری، ۱۳۹۲: ۲۱/۱۸؛ طالبی، ۱۳۹۶: ۱۱/۲)

البته در این مسئله برخی از اهل تسنن دچار افراط نیز هستند؛ یعنی حتی اطاعت از نظام و حکومتی که از راه غلبه به حکومت برسد و از ابتدا مخالف شریعت شکل گرفته باشد را لازم می‌دانند و در تراحم حقوق اشخاص با حکومتی که اصطلاحاً طاغوت باشد و یا حکومتی باشد که بر اساس شریعت بر سر کار آمده، اما بعداً دچار انحراف از مسیر شریعت شده، حکم حکومت و اطاعت از آن را مقدم می‌دانند. (قاضی ابی‌یعلی، ۱۳۸۰ق: ۱۱؛ باجوری، ۱۴۲۹ق: ۲۵۶/۲؛ قلقشندی، ۱۴۲۷ق: ۷۱/۱؛ غزالی، ۱۴۲۱ق: ۹۷؛ شمس‌الدین، ۱۴۲۰ق: ۱۱۷)

صحیح است که بر مبنای امامیه چنین حکومتی طاغوت و اطاعت از آن معصیت است، ولی نگارنده بر این باور است که اگر از افراط این قول صرف‌نظر کنیم، قدر متیقن آن این است که اگر نظامی اسلامی بر سر کار آید که بنای آن پیروی از شریعت مقدس باشد، طبق مبنای مشهور اهل تسنن نیز اطاعت از آن از مهم‌ترین واجبات است و طبعاً در صورت تراحم حق حفظ نظام و برخی حقوق اشخاص، حفظ نظام به‌دلیل مرجح تقدیم اهم بر مهم، ترجیح دارد.

۳-۲- سقط جنین

فقه‌های بزرگ امامیه در زمینه سقط جنین مباحث مفصلی را از گذشته مطرح کرده‌اند. (مفید، ۱۴۱۳ق: ۸۷؛ طوسی، ۱۴۰۷ق: ۷۲۹/۱؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق: ۴۴/۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ۳۷۶/۴) از منظر فقه شیعی، سقط جنین برای حفظ سلامتی جسمی و روانی مادر، قبل از دمیده شدن روح، تنها به‌استناد قاعده «نفی عسر و حرج» و قاعده «لاضرر» امکان‌پذیر است؛ آن‌هم در صورتی که بقای جنین مستلزم نقص عضو یا درد تحمل‌ناپذیری برای مادر باشد و زنده نگه‌داشتن جنین در خارج رحم نیز میسر نباشد. (خمینی، ۱۴۲۲ق: ۲۸۱/۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق: ۴۳۶)

در واقع بین حفظ جان مادر و حفظ جنین، تراحم به وجود می‌آید و طبق قاعدهٔ اهم و مهم، حفظ جان مادر، اهم است و بعد از دمیده شدن روح، به دلیل اینکه این دو قاعده، در حق تمامی مکلفان است، نمی‌تواند به نفع مادر و ضرر جنین مورد استناد قرار گیرد. بعضی نظرات مذاهب اربعه اهل تسنن نیز مانند نظر فقهای امامیه است. (بغوی، ۱۴۱۸ق: ۱۱۷/۶؛ مرداوی، ۱۹۷۸: ۳۸۶/۱؛ جوینی (ابوالمعالی)، ۱۴۲۸ق: ۳۳۷/۱۴؛ بخاری، ۱۴۲۴ق: ۳۷۴/۵؛ رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق: ۱۷۹/۹؛ رعینی، ۱۴۱۲ق: ۴۷۷/۳)

۳-۳- کالبدشکافی، پیوند اعضا و اهدای عضو

در واکاوی و رسیدن به اقوال فقهای امامیه در این مسئله نیز باید «وجود موضوع» را در نظر گرفت؛ یعنی در اعصار گذشته، به دلیل نرسیدن علم پزشکی به این موفقیت، مسئله پیوند یا اهدای اعضای مردگان (تشریح و ترقیع) در منابع دسته‌اول فقهی فریقین مطرح نبوده است. در هر صورت دلیل عمدهٔ موافقان برداشت عضو از مردگان به منظور پیوند به بیماران مسلمان و نجات جان آنان، قاعدهٔ تراحم است.

یکی از این اقسام تراحم بین مقدمه و «ذی‌المقدمه»، در مواردی است که فعل حرامی مقدمه عمل واجبی باشد، یا عمل به امر واجبی مستلزم عمل حرامی باشد؛ مانند نجات نفس محترمه‌ای که از نارسایی قلبی رنج برده، در شرف مرگ است و تنها راه نجات او، برداشت قلب از بدن مردهٔ مسلمان در دسترس است و می‌دانیم که قطع اعضای مردگان مسلمان، مغایر با احترام مسلمان و در حکم مثله و حرام است. با مراجعه به مرجحات باب تراحم، این نتیجه حاصل می‌شود که حکم با اهمیت بیشتر، بر حکم دیگر مقدم است و حفظ جان مسلمانان از اهم واجبات است. (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۳۳۷/۲۹؛ خوئی، ۱۴۲۷ق: خمینی، بی تا: ۶۲۴/۲؛ سیستانی، ۱۴۲۲ق: ۵۷۴؛ بحرانی، ۱۴۲۳ق: ۳۳)

در منابع اهل تسنن نیز، در بین معاصران ایشان، به ویژه در فقه جدید، (فقه‌النوازل) مفصل به این مسئله پرداخته شده است. (بعضی از طالبان علم، ۱۴۳۱ق: ۱/۲۵)

۴-۳- جواز عدم هم‌سانی جنسیتی پزشکی و بیمار در ضرورت

در فقه امامیه یکی از احکام مورد اتفاق، رعایت و ملاحظه هم‌سانی پزشکی و بیمار در جنسیت است. این حکم اولیه است؛ اما فقها در شرایط خاص و در نبود پزشک هم‌جنس،

با رعایت مسائلی که در کتب فقهی ذکر شده و البته تا جایی که مقدور باشد، حکم به عدم اشکال مراجعه به پزشک جنس مخالف داده‌اند. در بررسی حکم فقها، دلیلی که مطرح شده، اضطرار و ضرورت است. (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۱۶۱/۴؛ حلی (ابن‌ادریس)، ۱۴۱۰ق: ۶۰۸/۲؛ حلی (علامه)، ۱۳۸۸ق: ۵۷۳؛ حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق: ۷/۳)

برخی از بزرگان نیز تصریح کرده‌اند که به دلیل دَوْران امر بین اهم و مهم و ترجیح اهم (حفظ جان و صحت)، این مورد از موارد استثنائیه حرمت نظر به نامحرم است. (خوئی، ۱۴۱۸ق: ۶۵/۳۲؛ اراکی، ۱۴۱۹ق: ۱۹)

علمای اهل تسنن نیز نگاه پزشک به جنس مخالف را در ضرورت جایز می‌دانند. (ابن حجر هیتمی، ۱۳۵۷ق: ۴۱۷/۵؛ بجیرمی مصری، ۱۳۶۹ق: ۹۷/۳؛ عینی، ۱۴۲۰ق: ۱۳۸/۱۲؛ ابومالک، ۲۰۰۳: ۴۷/۳)

نتیجه‌گیری

۱. شباهت‌ها و تفاوت‌ها بین نظرات فریقین، در مسائل دخیل در کشف اهمیت در مرجع اهم، عبارت است از: الف) از جهت عنوان: در موارد قاعده «درء المفسده اولی من جلب المنفعه»، «دفع افسد به فاسد»، «مقاصد شریعت»، «قدمای امامیه تعبیر به مقاصد الشریعه می‌کنند و برخی معاصران مثل شهید صدر، تعبیر به اهداف شریعت می‌کنند» «تقیح مناط» و «قیاس اولویت»، شباهت وجود دارد. اهل تسنن به جای توجه به اقتضائات زمان و مکان و فقه نوپیدا و پویا، تعبیر به فقه‌الواقع کرده‌اند و به جای مناسبت حکم و موضوع، تعبیر به «مناسبت مسلکی» می‌کنند. ب) از حیث محتوا: میان عناوین مقاصد الشریعه و مصلحت و بین عناوین فقه‌الواقع، توجه به اقتضائات زمان و مکان و فقه پویا شباهت فراوانی است. از لحاظ محتوایی نیز یکی از تعاریفی که برای استحسان به کار برده شده، با بحث تراحم تطبیق دارد.

۲. در پایان از آنجا که تراحم حقوق یکی از بحث‌های مهم است، به‌ویژه به پژوهشگران در علم حقوق مصطلح، پیشنهاد می‌شود که در مورد تفاوت‌ها و شباهت‌های راه‌های برون‌رفت در تراحم حقوق در فقه اسلامی و حقوق بشر مصطلح، پژوهش دقیقی صورت دهند.

فهرست منابع

* قرآن كريم

١. ابن حجر هيثمي، احمد بن محمد، ١٣٥٧ق، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، مصر: المكتبة التجارية الكبرى.
٢. ابن منظور، محمد بن مكرم، ١٤١٤ق، لسان العرب، ج٣، بيروت: دارالفكر - دارصادر.
٣. ابن نجيم مصرى، زين الدين بن ابراهيم، ١٤١٣ق، الأشباه و النظائر، بيروت: دارالكتب العلمية.
٤. ابوالحسين، احمد بن فارس بن زكريا، ١٤٠٤ق، معجم مقائيس اللغة، قم: دفتر تبليغات اسلامى.
٥. أبو مالك، كمال بن السيد سالم، ٢٠٠٣، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، قاهره: المكتبة التوفيقية.
٦. احسايى، ابن ابى جمهور، محمد بن على، ١٤١٠ق، الأقطاب الفقهية على مذهب الإمامية، قم: كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى.
٧. احمد بن حنبل، ابو عبد الله أحمد بن محمد، ١٤١٩ق، مسند احمد بن حنبل، بيروت: عالم الكتاب.
٨. اراكى، محمد على، ١٤١٩ق، كتاب النكاح، قم: نورنگار.
٩. اردبيلى (مقدس)، احمد بن محمد، ١٤٠٣ق، مجمع الفائدة و البرهان فى شرح إرشاد الاذهان، قم: اسلامى.
١٠. اصفهانى، محمد حسين، ١٤٠٩ق، الإجارة، قم: اسلامى.
١١. البانى، محمد بن ناصر الدين، ٢٠٠٦، سؤال و جواب حول فقه الواقع، بى جا: مكتبة الاسلاميه.
١٢. انصارى، مرتضى بن محمد امين، ١٤١٦ق، فرائد الأصول، ج٥، قم: اسلامى.
١٣. آشتيانى، ميرزا محمد حسين، ١٤٢٥ق، كتاب القضاء، قم: زهير-المؤتمر العلامة الآشتيانى.

۱۴. آمدی، علی بن محمد، ۱۴۰۰ق، الإحكام فى اصول الأحكام، بيروت: دارالكتب العلمية.
۱۵. باجورى، ابراهيم بن محمد، ۱۴۲۹ق، حاشية الباجورى على شرح الغزى، رياض: دارالعصماء.
۱۶. بجيرمى المصرى، سليمان بن محمد، ۱۳۶۹ق، التجريد لنفع العبيد، بي جا: مطبعة الحلبي.
۱۷. بحر العلوم بروجرى، سيدمهدى، ۱۴۲۷ق، مصابيح الأحكام، قم: ميثم التمار.
۱۸. بحراني، محمد، ۱۴۲۳ق، فقه الطب و التضخم النقدي، بيروت: ام القرى.
۱۹. بخارى ابن مازة، محمود بن احمد، ۱۴۲۴ق، المحيط البرهاني فى الفقه النعماني، بيروت: دارالكتب العلمية.
۲۰. بعضى از طالبان علم، ۱۴۳۱ق، بحوث لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، سعودى: مكتبة الشاملة.
۲۱. بغوى شافعى، محمد بن القراء، ۱۴۱۸ق، التهذيب فى فقه الإمام الشافعى، بيروت: دارالكتب العلمية.
۲۲. بو عوه، احمد، ۲۰۲۰، فقه الواقع: اصول و ضوابط، ج ۲، مصر: دارالسلام.
۲۳. جناتى، محمد ابراهيم، ۱۳۷۰، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامى، تهران: كيهان.
۲۴. جوينى، أبوالمعالى، يوسف بن محمد، ۱۴۲۸ق، نهاية المطلب فى دراية المذهب، بي جا: دارالمنهاج.
۲۵. حائرى، سيد كاظم، ۱۴۱۵ق، القضاء فى الفقه الاسلامى، قم: مجمع الفكر الاسلامى.
۲۶. حكيم طباطبايى، سيد محمد تقى، ۱۴۱۸ق، اصول العامة فى الفقه المقارن، ج ۲، قم: مجمع جهانى اهل بيت (عليه السلام).
۲۷. حكيم، طباطبايى، محمد سعيد، ۱۴۱۴ق، المحكم فى اصول الفقه، قم: مؤسسة المنار.
۲۸. -----، ۱۴۲۹ق، قواعد العامة فى الفقه المقارن، تهران: مجمع تقريب مذاهب.

٢٩. حلى (محقق)، جعفر بن حسن، ١٤٠٨ق، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعيليان.
٣٠. -----، بى تا، معارج الاصول، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٣١. -----، ١٣٦٤، المعبر فى شرح المختصر، قم: مؤسسه سيدالشهدا عليه السلام.
٣٢. حلى (علامه)، حسن بن يوسف، ١٤٢١ق، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية، قم: مؤسسه الامام الصادق عليه السلام.
٣٣. -----، ١٣٨٨ق، تذكرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٣٤. -----، ١٤٢٥ق، نهاية الوصول الى علم الاصول، قم: مؤسسه الامام الصادق.
٣٥. حلى (فخرالمحققين)، محمد بن الحسن، ١٣٨٧ق، ايضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد، قم: اسماعيليان.
٣٦. حلى (ابن ادريس)، محمد بن منصور، ١٤١٠ق، السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى، ج ٢، قم: اسلامى.
٣٧. حلى (فاضل)، مقداد بن عبدالله سيورى، ١٤٠٤ق، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، قم: كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى.
٣٨. خادمى، مريم، پاييز و زمستان ١٣٩٧، «ارزيابى مقياسه اى ادله و مباني مذاهب پنج گانه فقهى در باب قاعده اهم و مهم»، پژوهش نامه مذاهب اسلامى، س ٥، ش ١٠.
٣٩. خراسانى (آخوند)، محمد كاظم بن حسين، ١٤٠٩ق، كفاية الاصول، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٤٠. خمينى (امام)، سيدروح الله، ١٤٢١ق، كتاب البيع، قم: اسلامى.
٤١. -----، ١٩٨٦، تحرير الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
٤٢. -----، ١٤٢٢ق، استفتائات، ج ٥، قم: اسلامى.
٤٣. خوئى، سيدابوالقاسم، ١٤١٨ق، موسوعة الإمام الخوئى، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئى.

۴۴. -----، ۱۴۲۷ق، فقه الاعذار الشرعية و المسائل الطيبة (المحشى)، قم: دارالصدیقة الشهيدة بیت
۴۵. -----، ۱۴۲۸ق، غاية المأمول، قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۴۶. رافعی قزوینی، محمد بن عبدالکریم، ۱۴۱۷ق، العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الکبیر، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۴۷. رشتی، میرزا حبیب الله، ۱۳۱۱ق، الإجارة، بی جا.
۴۸. رعینی مالکی، محمد بن عبدالرحمن، ۱۴۱۲ق، مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل، بی جا: دارالفکر.
۴۹. زرقاء، مصطفی احمد، ۱۴۲۰ق، المدخل الی نظریة الالتزام العامة فی الفقه الاسلامی، دمشق: دارالقلم.
۵۰. سبزواری، سید عبدالاعلی، ۱۴۱۳ق، مهذب الاحکام فی الحلال و الحرام، ج ۴، قم: مؤسسة المنار.
۵۱. سبکی، تاج الدین بن علی، ۱۴۱۱ق، الأشباه و النظائر، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۵۲. سیستانی، سیدعلی، ۱۴۲۲ق، مسائل المنتخبة، قم: دفتر آیت الله سیستانی.
۵۳. شافعی، ابو عبدالله محمد بن ادیس، ۱۴۲۲ق، الأم، قاهرة: دارالوفاء.
۵۴. شبلی، محمد مصطفی، بی تا، اصول الفقه الاسلامی، بیروت: دارالهدنة.
۵۵. شمس الدین، محمد مهدی، ۱۴۲۰ق، نظام الحکم و الادارة فی الإسلام، بیروت: مؤسسة الدولية.
۵۶. شوکانی، محمد، ۱۴۱۲ق، إرشاد الفحول، بی جا: مؤسسة الکتب الثقافیة.
۵۷. صدر (شهید)، سید محمدباقر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، بیروت: دارالاسلامیة.
۵۸. -----، ۱۳۶۱، الإسلام یقود الاحیاء، قم: مرکز الدراسات للشهید صدر.
۵۹. طالبی، علی نقی و صادق محمدپور و ولی محمدی، ۱۳ دی ۱۳۹۶، «تراحم اهم و مهم در فعالیت های اطلاعاتی»، راسخون: rasekhoon.net.
۶۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۹ق، العروة الوثقی، قم: اسلامی.

۶۱. طجری، علی بهرام، پاییز ۱۳۹۴، «نقش قاعده اهم و مهم در حل تراحمات اخلاق امنیتی»، معرفت اخلاقی، س ۶، ش ۲.
۶۲. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ق، الخلاف، قم: اسلامی.
۶۳. -----، ۱۳۸۷ق، المبسوط فی الفقه الامامية، ج ۳، تهران: مکتبه المرتضوية لاحیاء آثار الجعفرية (ع.ج).
۶۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۳۶۰، الروضة البهیة، تهران: علمیه اسلامیة.
۶۵. -----، ۱۴۱۴ق، حاشیة الإرشاد، قم: اسلامی.
۶۶. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، بی تا، القواعد و الفوائد، قم: کتاب فروشی مفید.
۶۷. -----، ۱۴۱۴ق، الدروس الشرعية فی الفقه الامامية، ج ۲، قم: اسلامی.
۶۸. عراقی (آقا ضیاء)، ضیاء الدین، ۱۴۱۷ق، نهاية الأفكار، ج ۳، قم: اسلامی.
۶۹. علی شاهی قلعه جوئی، ابوالفضل، زمستان ۱۳۹۱، «مناسبت حکم و موضوع؛ کارکردها و سازوکارهای تشخیص در بیان فقیهان»، مطالعات اسلامی فقه و اصول، سال ۴۴، ش ۹۱.
۷۰. عینی، احمد بن حسین، ۱۴۲۰ق، البناية شرح الهدایة، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۷۱. علی دوست، ابوالقاسم، ۱۳۸۸، فقه و مصلحت، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۷۲. غزالی، محمد بن محمد، ۱۴۱۷ق، المستصفی فی علم الأصول، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۷۳. -----، ۱۴۲۱ق، الإقتصاد فی الاعتقاد، بیروت: دارالمکتبة الحلال.
۷۴. فتوحی حنبلی، ابن النجار، ۱۴۰۰ق، شرح الکوکب المنیر، دمشق: دارالفکر.
۷۵. قاضی ابی یعلی، محمد بن حسین، ۱۴۱۴ق، الأحکام السلطانية، بیروت: دارالفکر.
۷۶. قحطانی، مسفر بن علی بن محمد، جمادی الثانی ۱۴۲۵ق، «فقه الأولویات أهمیته و ضوابطه فی الشریعة الاسلامیة»، الحکمة، ۲۹.

٧٧. قرافي، احمد بن ادريس، ١٤٢٠ق، نفائس الاصول في شرح المحصول، بيروت: المكتبة العربية.
٧٨. قرضاوى، يوسف، ١٤١٦ق، في فقه الاولويات دراسة جديدة في ضوء القرآن و السنة، ج٢، قاهره: مكتبه و هبة.
٧٩. قلقشندى، احمد بن على، ١٤٢٧ق، مآثر الانافة في معالم الخلافة، بيروت: عالم الكتب.
٨٠. قمى (ميرزا)، ابوالقاسم بن محمد حسن، ١٣٧٨، قوانين الاصول، تهران: مكتبة العلمية الإسلامية.
٨١. كمالى، عبدالله يحيى، ١٤٢١ق، مقاصد الشريعة الاسلامية فى ضوء فقه الموازنات، بيروت: دار ابن حزم.
٨٢. مرداوى، على بن سليمان، ١٩٧٨، الإنصاف، ج٢، بيروت: دار احياء التراث العربى.
٨٣. مظاهرى، معصومه، ١٣٩١، «قواعد ناظر بر تكثير مواليد»، مطالعات راهبردى زنان، ش ٥٧.
٨٤. مظفر، محمدرضا، ١٤٣٠ق، اصول الفقه، ج٥، قم: اسلامى.
٨٥. مفيد (شيخ)، بغدادى، محمد بن محمد، ١٤١٣ق، المقنعة، قم: كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد.
٨٦. مكارم شيرازى، ناصر، ١٤٢٢ق، بحوث فقهية هامة (لمكارم)، قم: مدرسة الإمام على بن أبى طالب (عليه السلام).
٨٧. ملهى الحجرى، عرف احمد محمد، ١٤٣٩ق، فقه الموازنات فى الشريعة الاسلامية و تطبيقاته المعاصرة، ج٢، دمشق: مكتب الثقافة.
٨٨. نائينى، محمد حسين، ١٤١٩ق، تنبيه الإسلام و تنزيه الملة، قم: مؤسسه احسن الحديث.
٨٩. -----، ١٣٧٦، فوائد الأصول، قم: جامعه مدرسين.
٩٠. -----، ١٣٥٢، أجود التقريرات، قم: مطبعة العرفان.
٩١. نجفى (كاشف الغطاء)، جعفر بن خضر، ١٣٨٣، كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء، قم: بوستان كتاب.

٩٢. نجفی، محمدحسن، ١٤٠٤ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار
إحياء التراث العربی.
٩٣. نملة حنبلی، عبدالکریم بن علی بن محمد، ١٤٢٠ق، المهذب فی اصول الفقه
المقارن، ریاض: مكتبة الرشد.
٩٤. وکیل، محمد، ١٤٢٠ق، فقه الأولویات دراسة فی الضوابط، بی جا: المعهد العالمی
للفکر الاسلامی.



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
رتال جامع علوم انسانی