

## بررسی فقهی و حقوقی چالش‌های بیماری‌های واگیردار با حقوق و تکالیف خانوادگی

معصومه مظاهری\*

### چکیده

بیماری‌های با قدرت سرایت بالا در عین تأثیر در تمام ابعاد زندگی بشر در روابط حقوقی میان آنها نیز مؤثر بوده و با برخی حقوق و تکالیف تعارض‌هایی را ایجاد کرده است. برای بررسی این موضوع لازم است به قواعد حل تعارض رجوع شود. قواعد حل تعارض میان ضرر رساندن به خود و اضرار به دیگری اقتضا می‌کند که ترک قرنطینه برای فرد مبتلا به چنین بیماری‌هایی به دلیل تقدم مصالح و سلامت جامعه بر فرد حرام باشد. از سوی دیگر، با نگاه تکلیف‌مدارانه به حضانت، وجوب حضانت کودک مبتلا به این‌گونه بیماری‌ها برای والدینی که افراد پرخطر محسوب می‌شوند، به دلیل حکومت قاعده‌ی لاضرر برداشته می‌شود، ولی با لحاظ ماهیت حق‌مدارانه‌ی حضانت و اطلاعات ادله‌ی ائثار ممکن است نتوان حکم به حرمت نگهداری از کودک داد. در نقطه‌ی مقابل نیز اگر والدین، مبتلا به این‌گونه بیماری‌ها شدند و کودک در معرض خطر آن بیماری قرار گرفت، قاعده‌ی لاضرر اقتضا می‌کند برای حفظ سلامتی کودک تا زمان سلامتی والدین، حضانت از آنها سلب شود. همچنین به دلیل حکومت قاعده‌ی لاضرر بر ادله‌ی اولیه، وظیفه‌ی وجوب نفقه از عهده‌ی زوج بیمار ساقط است و نهادهای حمایتی حکومت باید شرایط رفاهی فرد مبتلا به چنین بیماری‌ها یا مشاغلی که با ترک قرنطینه ملازمه ندارد را فراهم کنند. این پژوهش به صورت بنیادی و با روش جمع‌آوری کتابخانه‌ای در مباحث فقهی، حقوقی و مواد قانونی مرتبط تدوین شده است.

### واژگان کلیدی

لاضرر، تعارض ضررین، تزاحم، حضانت، نفقه، بیماری‌های واگیردار.

## ۱- مقدمه و بیان مسئله

بنا بر نظر متخصصان و پزشکان، در بیماری‌های واگیردار که باعث سرایت به افراد جامعه و ایجاد اختلال در نظام اجتماع می‌شود، تنها راه کنترل بیماری همان اقدامات سنتی بهداشت عمومی یعنی جداسازی و قرنطینه‌ی عمومی است (افراشته، علی محمدی و سپندی، ۱۳۹۹: ۲۱۱). قرنطینه کردن به معنای جداسازی و محدود کردن رفت‌وآمد افرادی است که بالقوه در معرض یک بیماری واگیردار قرار گرفته‌اند تا در صورت مشخص شدن بیماری از آلوده شدن سایر افراد جامعه جلوگیری شود (شهید و محمدی، ۱۳۹۹: ۱۸۷). با توجه به اینکه ممکن است در برخی از این بیماری‌ها بسیاری از افراد بدون علامت یا با علائم بسیار خفیف ناقل بیماری باشند و هر فرد ممکن است چندین نفر را بیمار کند؛ بنابراین لازم است تا حد امکان با قرنطینه کردن از خروج افراد مبتلا به سطح جامعه جلوگیری شود.

با لحاظ موارد فوق شبهه‌اتی در ابعاد فقهی - حقوقی تعاملات افراد به وجود می‌آید. در این مقاله، برخی از شبهه‌اتی که ممکن است نسبت به حقوق و تکالیف یک فرد نسبت به خود یا خانواده‌اش پیش آید، تحلیل و بررسی می‌شود.

۷۶

یکی از مسائلی که پس از به وجود آمدن این نوع بیماری‌ها مطرح می‌شود، حل تزامم ضررین از نظر فقهی و حقوقی است. مصادیق متعددی برای تزامم ضررین در این موضوع می‌توان مطرح کرد؛ برای نمونه مردی که به چنین بیماری‌ای مبتلا شده، ولی علایم خفیفی دارد و ناقل این بیماری است و از لحاظ پزشکی باید در قرنطینه بماند، اگر در مضیقه‌ی مالی شدیدی قرار گرفت که امکان تأمین سلامت جسم خود را نداشت و لازم بود برای تأمین ضروریات زندگی و حفظ جانش برای کسب درآمد از قرنطینه خارج شود، آیا حفظ جان او مقدم بر حفظ سلامتی افراد جامعه است؟

مورد دیگری که می‌توان برای این تزامم ضررین در حقوق خانواده مطرح کرد، این است که از نظر قانون مدنی والدین مکلف به حضانت و نگهداری کودک هستند<sup>۱</sup> و حق ندارند از این تکلیف امتناع کنند،<sup>۲</sup> حال دو سؤال پیش می‌آید: اول اینکه اگر کودکی به چنین بیماری‌هایی مبتلا شود و به مراقبت و نگهداری و قرنطینه در منزل نیاز داشته باشد، ولی به خاطر شرایط جسمی والدینش احتمال مبتلا شدن ایشان و به خطر افتادن جانشان وجود داشته باشد؛ برای مثال والدین کودک جزء افرادی هستند که این بیماری برای آنها خطر جانی دارد و از طرف دیگر،

۱- ماده ۱۱۶۸ ق.م: نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است.

۲- ماده ۱۱۷۲ ق.م: هیچ یک از ابوبین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده‌ی آنهاست از نگاهداری او امتناع کنند.

توان تأمین هزینه‌ی پرستار کودک را هم ندارند، کسی هم حاضر نیست کودک را در طول مدت بیماری تبرعی و مجانی پرستاری کند، تعارض ضررین پیش می‌آید مبنی بر اینکه والدین متقبل ضرر شوند و از کودک مراقبت کنند یا ضرر رساندن به خودشان حرام است و از آنها سلب تکلیف حضانت می‌شود؟ در تراجم ضرر خود و دیگری کدام مقدم است؟ جایگاه اصول اخلاقی مانند ایثار در این مسئله کجاست؟ سؤال دیگر موردی است که والدین بیمارند و کودک در حضانت آنهاست و باز با همان فروض بالا که امکان اجیرکردن فردی وجود ندارد، آیا تکلیف حضانت از والدین سلب موقتی می‌شود؟

مورد دیگر اینکه براساس قانون زوج باید نفقه‌ی زن و فرزندان را بدهد.<sup>۱</sup> در این صورت اگر زوج ناقل بیماری باشد، برای انجام دادن این تکلیف باید قرنطینه را ترک کند، آیا ضرری که به جامعه می‌زند مقدم است و به خاطر آن نباید قرنطینه را ترک کند یا اینکه تکلیف وجوب نفقه مقدم است و فرد برای تأمین نفقه می‌تواند قرنطینه را ترک کند؟ مقتضای اصول و قواعد فقهی و حقوقی در اینجا چیست؟

مسئله‌هایی از این قبیل با عنوان تعارض اضرار به نفس و اضرار به دیگری مطرح می‌شود که باید مبنایی و دقیق بررسی شود که کدام مقدم است؟ به چه دلیل؟

طرح چنین مسئله‌ای و دقت نظر در مبنایی و اصول فقهی و حقوقی مترتب بر آن ضرورت دارد. تبیین دقیق مبنایی و اصول و قواعد حاکم بر آن، مانع از طرح برخی اظهارنظرها و نوشته‌هایی که بیشتر جنبه‌ی استحسانی دارد و اصول فقهی آن مذاقه نشده است، خواهد شد.

این مقاله در قالب بنیادی کاربردی نگاشته شده و روش جمع‌آوری اطلاعات آن کتابخانه‌ای است. از آنجا که اصول و قواعد حاکم بر نظام حقوقی ایران منخذاً از فقه است و در فقه نیز اصول و قواعد حاکم بر آن از اصول فقه گرفته شده است، در این مقاله بیشتر منابع اصولی و فقهی است که قطعاً تبیین موضع فقه در این باره تأیید حقوق را در پی دارد. در این پژوهش، نگارنده به کتب حقوقی موجود - که شاید بخش‌هایی از آن با موضوع این مقاله مرتبط بوده است -<sup>۲</sup> مراجعه کرده و در آنها مطلبی که بتوان نتیجه‌ی استفاده کردنی‌ای در این موضوع گرفته شود، یافت نکرده است. سؤالات مطرح در این پژوهش عبارت است از اینکه آیا اصولاً اضرار به نفس و اضرار به غیر حرام است؟ پاسخ به این سؤال از این جهت مهم است که اگر نتوان اثبات کرد که هر دو حرام

۱- ماده ۱۱۰۶ ق.م: در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است. ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی: «نفقه فرزند بر عهده پدر است.  
۲- مانند کتبی که بزرگان حقوقی کشور مانند دکتر کاتوزیان و دکتر لنگرودی و... درباره‌ی حقوق خانواده یا اموال و مالکیت یا الزامات خارج از قرارداد نگاشته‌اند.

است، بحث تزامم بی‌معناست و وجه تقدم معنا ندارد. در صورت اثبات حرمت اضرار به نفس و اضرار به غیر باید بررسی شود که تعارض ضررین پیش آمده یا تزامم ضررین؟ چراکه قواعد حل هر کدام با دیگری متفاوت است. در صورت اثبات هر کدام باید راه حل اصولی که در آن مسئله مطرح می‌شود بیان و بر مصادیقی که بیان شد تطبیق داده شود. سپس رابطه‌ی لاضرر و احکامی مانند وجوب نفقه و وجوب حضانت بررسی و تقدم هر کدام تحلیل شود. دامنه‌ی هر کدام از این مباحث بسیار گسترده و مفصل است و در این مقاله تنها ادله و مبانی آن به اختصار بررسی می‌شود.

## ۲- دوران امر بین ضرر رساندن به خود یا به دیگران

اولین مطلبی که باید بررسی شود، این است که اگر امر دائر شود که فرد به خود ضرر بزند یا به دیگری، کدام مقدم است؟ در این قسمت ابتدا مبانی فقهی و اصولی این موضوع بررسی می‌شود و سپس براساس مبانی موجود تعارض یا تزامم بودن مشخص، وجه تقدم یکی بر دیگری مشخص خواهد شد.

### ۲-۱- بررسی مبانی

در این موضوع دو نوع ضرر مطرح است؛ ضرری که فرد به خود می‌زند و ضرری که به دیگری وارد می‌کند. حکم هر کدام براساس مبنایی که در فقه دارد باید بررسی شود.

### ۲-۱-۱- حکم اضرار به غیر و اضرار به نفس

فقه‌های امامیه به دلیل شمول قاعده‌ی لاضرر درباره‌ی حرمت اضرار به غیر اتفاق نظر دارند و اختلاف نظر خاصی در این باره وجود ندارد (خویی، ۱۴۱۹: ۶۲۰)، ولی در مورد حرمت اضرار به نفس این نظر مسلم و اتفاقی وجود ندارد؛ چراکه اضرار به نفس مراتبی دارد. گاهی فرد کاری می‌کند که به از بین رفتن جان یا عضو از اعضای بدنش منجر می‌شود. در این صورت، همه‌ی فقها به دلیل صراحت آیه ۱۹۵ سوره‌ی بقره<sup>۱</sup> و آیه ۲۹ سوره‌ی نساء<sup>۲</sup> قائل به حرمت این اضرار هستند. از سوی دیگر، از نظر فقها ضررهایی که انسان به جسم یا مالش وارد می‌کند اگر عرفاً ضرر مهمی نباشد، حرام نیست (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۱۶۶).

محل نزاع و اختلاف نظر ضررهایی است که انسان به خودش وارد می‌کند و باعث می‌شود مثلاً یکی از حواس پنجگانه‌اش از کار بیافتد یا اینکه در معرض بیماری قرار گیرد یا بسیاری از اموالش تلف شود. این موارد به صراحت، مشمول دو آیه‌ی فوق نمی‌شود (همان). برخی از فقها مانند مرحوم

۱- «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ».

۲- «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ».

محقق خوبی معتقدند، مطلق اضرار به نفس حرام نیست و فقط در مواردی که به هلاکت نفس یا قطع عضو منجر شود، حرام است، ولی در غیر از این موارد دلیلی بر حرمت اضرار نیست (خوبی، ۱۴۱۹: ۵۲۰). شیخ انصاری معتقد است، همان گونه که با ادله‌ی نقلی و عقلی می‌توان ثابت کرد که ضرر رساندن به دیگری حرام است، حرمت اضرار به نفس را هم می‌توان ثابت کرد (انصاری، ۱۴۱۶: ۵۳۵) محقق خوبی در نقد نظر شیخ انصاری می‌فرماید:

غیر از جایی که به هلاکت منجر نشود، عقل هیچ محذوری در ضرر رساندن انسان به مالش هرطور که مصرف کند- مادام که به اسراف یا تبذیر منجر نشود- نمی‌بیند. همچنین جایی که به بدن ضرر می‌رسد، اگر غرض عقلایی داشته باشد، عقل منعی نمی‌بیند، بلکه سیره‌ی عقلا بر آن جاری است (خوبی، ۱۴۱۹: ۵۲۰).

ایشان سفرهای بسیار پرخطر تجاری را که در سرما و گرمای شدید انجام می‌شود، بر کلام خود شاهد آورده و می‌گوید بر این سفرها اشکال عقلی نمی‌گیرند و دلیل نقلی هم بر حرمت آنها وجود ندارد (خوبی، ۱۴۱۹: ۵۲۰). به نظر می‌رسد، مقام معظم رهبری نیز با توجه به فتوایی که در بحث روزه دارند و فقط در مواردی روزه ضرری را حرام می‌دانند، مانند محقق خوبی معتقد به حرمت مطلق اضرار به نفس نباشند<sup>۱</sup> (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۰۰: ۷). در مقابل، مشهور فقها هر نوع ضرر رساندن به نفس را حرام می‌دانند و حتی برخی مانند صاحب ریاض ادعای اجماع کرده‌اند (طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸: ج ۱۳، ص ۴۳۷).

چون این بحث فقط برای اتخاذ مبنا مطرح می‌شود، در این مقاله ادله‌ی مشهور به اختصار و اجمال نقد و بررسی می‌شود و بحث‌های تفصیلی آن در پژوهش‌های دیگر بررسی خواهد شد. مشهور فقها برای حرمت مطلق ضرر رساندن به نفس به ادله‌ی نقلی و عقلی متعددی استناد کرده‌اند؛ از جمله ادله‌ی نقلی آیه‌ی ۱۷۳ سوره‌ی بقره است: «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَ مَا أَهْلَ بِهِ لغيرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ بِغَيْرِ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ»<sup>۲</sup>؛ به اعتقاد آنها آیه دال بر این است که اضطرار (که از ریشه‌ی ضرر گرفته شده) حرمت استعمال و اکل محرّمات را برمی‌دارد. مبنای این حکم، حرمت ضرر رساندن به نفس است؛ یعنی از آنجاکه ضرر رساندن به نفس حرام است، پس اگر ترک محرّمات دیگر مثل اکل حرام به ضرر رساندن

۱- فتوای ایشان - که به تازگی به چاپ رسیده - این است: «کسی که می‌داند روزه برای او ضرر دارد یا احتمال عقلانی می‌دهد که ضرر داشته باشد (یعنی خوف ضرر دارد) روزه بر او واجب نیست، بلکه در مواردی نیز حرام است».

۲- «همانا خداوند مردار و خون و گوشت خوک و آنچه را که (هنگام ذبح) نام غیر خدا بر آن برده شده، حرام کرده است، (ولی) آن کس که ناچار شد (به خوردن اینها) در صورتی که زیاده طلبی نکند و از حد احتیاج نگذرد، گناهی بر او نیست، همانا خداوند بخشنده و مهربان است».

نفس منجر شود، استعمال و اکل حرام جایز می‌شود و نباید به نفس ضرر رساند. آیه نسبت به مضطر مطلق است و هر نوع ضرری اعم از ضرر منجر به مرگ یا کمتر از مرگ را شامل می‌شود (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۱۸۰).

دلیل دیگری که به عنوان مهم‌ترین استدلال مطرح می‌شود، قاعده‌ی لاضرر است. در این قاعده چند مبنا وجود دارد که مهم‌ترین آنها دو مبناست: برخی «لا» را دال بر نهی دانسته‌اند (شیخ الشریعه اصفهانی، ۱۴۱۰: ۲۸؛ موسوی الخمینی، ۱۴۱۰: ج ۱، ص ۶۰۵).<sup>۱</sup> در این صورت ایراد هر نوع ضرر و ضراری حرام می‌شود، اعم از اینکه اضرار به غیر باشد یا به نفس. به اعتقاد برخی دیگر «لا» دال بر نفی است (انصاری، ۱۴۱۶: ۴۶۰؛ خراسانی، ۱۴۱۳: ج ۴، ص ۳۵۵؛ حسینی خامنه‌ای، جلسه ۹۵) و معنای قاعده این است که حکم ضرری در اسلام نفی شده است. در این صورت، باز هم با مبانی مختلف، حکم اضرار به نفس متفاوت می‌شود. بنا بر این مبنا که «اباحه» یک حکم شرعی است، می‌توان گفت، اضرار به نفس حرام است، ولی بر این مبنا که اباحه از احکام تکلیفی نیست و احکام تکلیفی چهارتاست، حرمت اضرار به نفس با قاعده‌ی لاضرر ثابت نمی‌شود.

اگر اباحه یک حکم شرعی و یکی از احکام تکلیفی پنج‌گانه باشد، وقتی کار مباحی که مستلزم ضرر است، انجام شود این حکم اباحه با قاعده‌ی لاضرر نفی می‌شود، چون قاعده‌ی لاضرر حکم شرعی ضرری را نفی می‌کند، بنابراین حکم اباحه باقی نمی‌ماند. از آنجاکه یکی از احکام پنج‌گانه بر هریک از افعال مکلف حمل می‌شود، وجوب و استحباب و کراهت که به طریق اولی ممکن نیست بعد از نفی اباحه باقی بماند، در نتیجه حکم بر حرمت آن فعل می‌شود. پس اگر اباحه را یک حکم شرعی بدانیم، اضرار بر نفس حرام می‌شود.

اگر اباحه یکی از احکام شرعی نباشد، با انجام دادن آن کار مباح حکم ضرری اتفاق نیفتاده که قاعده‌ی لاضرر بتواند آن را نفی کند.

مشهور فقها قائل‌اند که احکام تکلیفی پنج‌گانه بوده و با قاعده‌ی لاضرر نفی می‌شوند. در نتیجه، حکم حرمت اضرار به نفس ثابت می‌شود (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۱۸۱).

برخی در نقد نظریه‌ی مشهور نسبت به قاعده‌ی لاضرر معتقدند که از قسمت دوم حدیث «لاضرار فی الاسلام» می‌توان حرمت اضرار به غیر را برداشت کرد، ولی حرمت اضرار به نفس از این قاعده برداشت نمی‌شود، چون ضرر مصدر باب مفاعله است و مانند قتال و جدال در جایی مطرح می‌شود که فرد دیگری مطرح باشد و اینجا فقط خود فرد مطرح است (خویی، ۱۴۱۷: ۵۳۴).

۱- البته امام خمینی قائل به نهی حکومتی بودند.

۲- هر چند مرحوم آخوند نیز «لا» را دال بر نفی حکم می‌دانستند، ولی از دیدگاه ایشان نفی حکم موضوع به لسان نفی موضوع است.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت، ضرار ضرورتاً مصدر باب مفاعله نیست، بلکه می‌تواند مانند «قیام» مصدر ثلاثی مجرد باشد و در این جمله برای تأکید آمده باشد. بنابراین لازم نیست حتماً ضرر بین دو نفر مطرح شود (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۱۸۲).

البته روایات دیگری هم بر حرمت اضرار بر نفس دلالت می‌کند؛ از آن جمله روایاتی است که دال بر جواز افطار به دلیل بیماری است؛ مانند این روایت: «هر جایی که صوم ضرر دارد، افطار واجب است»<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۱۰، ص ۲۱۹). از این روایات ملاک وجوب افطار برای مریض که همان ضرر است، برداشت می‌شود (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۱۸۳) یا روایاتی که بر نهی از غسل و لزوم تیمم در خوف ضرر دلالت می‌کند<sup>۲</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۳، ص ۳۴۸)؛ با این استدلال که نهی از شیء موجب حرمت تکلیفی استعمال آب و فساد وضعی می‌کند (نجفی، ۱۴۲۱: ص ۳۸). پس اضرار به نفس حرام است. همچنین روایات متعدد مربوط به اطعمه و اشربه که در صورت ضرر داشتن حرام است<sup>۳</sup> (فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ج ۹، ص ۲۵) و یا روایاتی که در آن حرمت ضرر رساندن به همسایه به ضرر به نفس تشبیه شده است<sup>۴</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۵، ص ۴۲۸). پس باید حرمت ضرر رساندن به نفس مسلم باشد. همچنین روایاتی که به صراحت اضرار به بدن را مصداق اسراف حرام دانسته است (مجلسی، ۱۳۶۳: ج ۱۸، ص ۳۵۹). به هر حال ادله نقلی متعددی برای این حرمت مطرح شده است. از لحاظ عقلی نیز چون ضرر زدن به نفس مصداق ظلم است، عقلاً قبیح است و از باب ملازمه شرعاً هم قبیح است.

با این توضیحات به نظر می‌رسد، حرمت هرگونه ضرر رساندن به نفس ادله متعددی دارد که هرچند به برخی از آنها نقدهایی وارد شده، ولی در مجموع انکارناپذیر است.

## ۲-۱-۲- دامنه‌ی دلالت حرمت اضرار

برای تبیین دامنه‌ی دلالت حرمت اضرار ابتدا باید مشخص شود که برای اجرای قاعده‌ی لاضرر آیا صرف خوف ضرر عقلایی یا گمان رسیدن ضرر کافی است یا باید ضرر یقینی باشد؟ بررسی نظر فقها نشان می‌دهد که ترس ضرری مورد اعتنای عقلاست و قاعده‌ی لاضرر در آن

۱- «كَلِمًا أَضَرَ بِهِ الصَّوْمُ فَالْإِفْطَارُ لَهُ وَاجِبٌ».

۲- مانند این روایت «عن أبي عبد الله عليه السلام؛ في الرجل تصيبه الجنابة و به جروح أو قروح أو يخاف على نفسه من البرد، قال: «لا تغتسل و يتيمم».

۳- مانند این روایت: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام أخبرني جعلت فداك لم حرم الله الخمر و الميتة و الدم و لحم الخنزير - فقال إن الله تعالى لم يحرم ذلك على عباده و أحل لهم سواها من رغبة منه فيما حرم عليهم و لا زهداً فيما أحل لهم و لكنه خلق الخلق و علم تعالى ما يقوم به أبادانهم و ما يصلحهم فأحله لهم و أباحه تفضلاً منه عليهم به لمصلحتهم و علم ما يضرهم فنهاهم عنه و حرم عليهم ثم أباحه للمضطر...»

۴- «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن الجار كالفنس غير مضار».



جاری می‌شود و فقها مناط و ملاک در ضرر را خوف قابل اعتنای عقلایی می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۶: ۳۶۹؛ نجفی، ۱۴۲۱: ج ۵، ص ۱۰۲؛ یزدی، ۱۴۳۱: ج ۲، ص ۴۵۴).

در این مقاله اگر نگوییم ظن به ورود ضرر وجود دارد، حداقل می‌توان گفت، در ابتلای افراد جامعه به بیماری‌های واگیردار خوف ضرر عقلایی وجود دارد و همین احتمال عقلایی آن را مشمول قاعده‌ی لاضرر می‌کند.

## ۲-۲- تعارض و تزامم و تطبیق آن با دوران امر بین اضرار به نفس و اضرار به غیر

حال که مشخص شد مبنای بحث، حرمت اضرار به نفس است، ضروری است بررسی شود که در صورت وجود دو ضرر اضرار به نفس یا اضرار به دیگران، کدام ضرر ترجیح داده شود. پیش از ورود به بحث ابتدا باید مشخص شود که آیا این مورد از مصادیق تعارض است یا تزامم؟ بنابراین ابتدا فرق تعارض و تزامم بیان می‌شود و سپس براساس همان مبانی در موضوع مورد بحث، تعارض یا تزامم بودن بررسی می‌شود.

### ۲-۲-۱- شناخت تعارض و تزامم

برای مشخص شدن تعارض یا تزامم موضوع بحث ابتدا باید این دو اصطلاح تعریف و وجوه افتراق و اشتراک آنها بیان شود.

#### الف- تعریف تعارض و تزامم

در تعریف تعارض بین اصولیان اختلاف نظر است (انصاری، ۱۴۱۶: ۷۵۰؛ خراسانی، ۱۴۱۳: ج ۴، ص ۴۳۷)، ولی می‌توان تعارض را این‌گونه تعریف کرد که تعارض عبارت است از برخورد مدلول دو یا چند دلیل در مرحله‌ی جعل و انشا اعم از اینکه قابلیت جمع عرفی بین ادله موجود باشد یا نه (حسینی، ۱۳۸۸: ۵۶).

در تعریف تزامم نیز گفته شده که هرگاه بین مدلول ادله در مرحله‌ی تشریح و قانون‌گذاری تدافع و تمانع وجود نداشته باشد، ولی در مرحله‌ی امتثال و عمل به آن دو اجرای یکی مانع از دیگری باشد و اجرای هر دو با هم مقدور نباشد دو دلیل تزامم کرده‌اند (قمی، ۱۳۷۸: ۲۳۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۵۰).

#### ب- وجوه اشتراک و افتراق تعارض و تزامم

در بیان وجه شباهت تعارض و تزامم می‌توان گفت که برای هر دو، اجتماع دو حکم در فعلیت غیرممکن است و نمی‌توان در مقام فرمانبرداری از قانون‌گذار هر دو دلیل را انجام داد (خوبی، ۱۳۶۸: ج ۴، ص ۲۷۵)، اما تعارض و تزامم فرق‌های عمده‌ای با یکدیگر دارند؛ از جمله اینکه تعارض



در دو دلیل به وجود می‌آید و تراحم در دو حکم (محمّدی، ۱۳۸۰: ۴۳۶)؛ تعارض در مرحله‌ی جعل و وضع قانون است و تراحم در مرحله‌ی اجرا و عمل به قانون (قمی، ۱۳۷۸: ۲۶۳)؛ دو دلیل متعارض یکی صادق و دیگری کاذب است، ولی در تراحم هر دو دلیل ملاک دارد و صادق است (حیدری، ۱۴۱۳: ۲۲۹)؛ راه حل رفع تعارض در صورت امکان، جمع عرفی (تخصیص یا تقييد و.....) است (مظفر، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۲۰۵؛ خراسانی، ۱۴۱۳: ج ۴، ص ۴۹۸) و اگر امکان جمع عرفی نباشد، مشهور معتقد است که عقل راه تساقط را پیشنهاد می‌دهد (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۱۳۹؛ حسینی، ۱۳۸۸: ۱۰۴) و شرع در صورت فقدان مرجحات (مانند مرجح سندی، متنی و...) راه تخییر را بیان می‌کند (انصاری، ۱۴۱۶: ۷۸۳)، ولی در مورد تراحم اصولیان معتقدند، عقل به انجام دادن تکلیفی که نزد شارع مهم‌تر (اهم) است و در صورت تساوی رتبه‌ی اهمیت به تخییر حکم می‌کند (جمعی از محققان، ۱۳۸۹: ۳۰۵؛ مظفر، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۵۴۹)؛ راه حل رفع تراحم تقدیم اهم بر مهم و در صورت تساوی، تخییر است (مظفر، همان).

با توجه به ویژگی‌ها و تفاوت‌های بیان شده برای تعارض و تراحم باید بررسی شود که موضوع دوران امر بین اضرار به نفس یا اضرار به غیر تعارض است یا تراحم و قواعد کدام یک باید بررسی شود.

## ۲-۲-۲- تعارض یا تراحم بودن دوران امر بین اضرار به نفس و اضرار به غیر

### الف- نظریه‌ی تعارض ضررین

برخی از فقها معتقدند که می‌توان دوران امر بین اضرار به نفس و اضرار به غیر را تعارض ضررین دانست. چراکه تعارض در مقام جعل و وضع قانون پیش می‌آید و دو دلیل متعارض با یکدیگر تناقض دارند، به گونه‌ای که لازمه‌ی اثبات یکی رفع دیگری است و در عین حال در عالم تشریح و وضع قانون امکان ندارد هیچ کدام نباشد؛ در موضوع بیماری‌های واگیردار هم اگر شارع به واسطه‌ی قاعده‌ی لاضرر حکم کند به رفع حکم ضرری یعنی بگوید ضرر رساندن به نفس جایز نیست و قاعده‌ی لاضرر حکم جواز فعل را به خاطر ورود ضرر به نفس برداشته و آن را حرام می‌کند؛ لازمه‌ی این حکم اثبات حکم جواز اضرار به غیر است (انصاری، ۱۴۱۴: ۱۲۴؛ بجنوردی، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۲۳۹). ایشان در پاسخ به این اشکال که تعارض بین مدلول دو دلیل واقع می‌شود؛ مثلاً یک دلیل بگوید واجب و یک دلیل بگوید حرام، ولی اینجا تعارض دو حکم مدلول یک دلیل - یعنی قاعده‌ی لاضرر - است، می‌فرماید:

این مسئله در اصول سابقه دارد در تعارض دو استصحاب هم مدلول یک دلیل است ولی

دو استصحاب با یکدیگر تعارض می‌کنند (بجنوردی، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۲۴۰).

گاهی در یک مورد معین از دو جهت مختلف دو استصحاب قابل اجراست و آن دو استصحاب با یکدیگر در تعارض‌اند؛ مثل استصحاب سببی و مسببی (انصاری، ۱۴۱۶: ۷۳۶)؛ بنابراین اگر امر دائر بین اضرار به نفس و اضرار به غیر شد، از نظر این گروه باید قواعد حل تعارض جریان یابد.

#### ب- نظریه‌ی تراحم ضررین

بیشتر فقها دوران امر بین اضرار به نفس و اضرار به غیر را مصداق تراحم دانسته‌اند (خراسانی، ۱۴۱۳: ج ۴، ص ۳۸۳؛ موسوی الخمینی، ۱۴۱۸: ج ۳، ص ۶۱۹؛ خویی، ۱۴۱۷: ۶۵۲؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۱۶۴). این موضوع که در کتب اصولی و فقهی با تسامح تعارض ضررین مطرح شده است، ولی با راه‌حلی‌هایی که برای حل تعارضی مطرح شده است،<sup>۱</sup> مشخص می‌شود تسامح در تعبیر است و منظور همان تراحم است. آن‌گونه که در ویژگی‌های تراحم آمد، تمامی ویژگی‌های موضوع بیماری‌های واگیردار با تراحم تطبیق می‌کند و برای اثبات اینکه تعارض است - آن‌گونه که مرحوم بجنوردی معتقد بودند - تکلف لازم می‌آید؛ چراکه هم اضرار به نفس حرام است و هم اضرار به غیر. در موضوع این پژوهش که فرد مبتلا به بیماری اگر در قرنطینه بماند به خودش ضرر می‌رسد و اگر ترک قرنطینه کند به غیر ضرر می‌رساند، مکلف در مقام امتثال و اجرای این دو حکم سردرگم می‌شود و تراحم پیش می‌آید؛ بنابراین قواعد حل تراحم باید بررسی شود.

#### ۳-۲-۲- حل تعارض یا تراحم دوران امر بین اضرار به نفس و اضرار به غیر

پس از مشخص شدن مبانی مسئله باید دید چه راه‌حلی به کار می‌آید.

#### الف- نظریه‌ی تعارض ضررین

در موضوع پژوهش چنانچه به دوران امر بین اضرار به نفس و اضرار به غیر قائل شویم، تعارض است. راه حل رفع تعارض در مرحله‌ی اول جمع عرفی است؛ در موضوع بیماری‌های واگیردار امکان جمع عرفی وجود ندارد، زیرا مفاد دلیل لاضرر در این موضوع نه مانند استصحاب سببی و مسببی حاکم و محکوم است و نه تخصیص و تقیید و هیچ‌یک از مرجحات سندی، متنی، شهرت و... در اینجا موجود نیست. همچنین قاعده‌ی لاضرر امتنانی است و ترجیح هر کدام خلاف امتنان است، پس اجرای قاعده‌ی لاضرر در هر دو از حجیت افتاده و به ادله‌ی دیگر رجوع می‌شود (بجنوردی، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۲۴۰)؛ مانند جایی که تعارض دو بینه پیش می‌آید (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۱۷۵). در آنجا هم اگر مفاد شهادت یکی از اصحاب دعوا با مفاد شهادت شهود طرف دیگر دعوا تعارض پیدا کند، تساقط می‌شود. هر دو بینه ساقط و به دلیل دیگر رجوع می‌شود. در این موارد جای رجوع

به تخییر نیست، هر چند تخییر راه حل شرعی رفع تعارض است، چون دلیلی که قاعده‌ی لاضرر یا بینه را حجت قرار داده آن را به صورت تخییری حجت قرار نداده است؛ پس نمی‌توان به تخییر عمل کرد. هر دو حجیت دارند و با تعارض حجیت هر دو ساقط می‌شوند، چون امکان ترجیح هم وجود ندارد. با قائل شدن به تعارض ضررین بین اضرار به نفس و اضرار به غیر دیگر قاعده‌ی لاضرر حاکم نیست و باید دید می‌توان قواعد دیگری را حاکم کرد یا باید به اصول عملیه رجوع کرد؟ چه قاعده یا اصلی در اینجا جاری است؟

این موضوع بیشتر در مسائل مالی و تعارض ضرر با قاعده‌ی سلطنت مطرح شده است، بنابراین فقها در حالت تعارض و تساقط قاعده‌ی سلطنت را مقدم کرده‌اند. در موضوع این پژوهش که مسئله‌ی مالی نیست باید به اصول دیگری مانند تقدم حفظ مصالح نظام بر حفظ مصالح فردی مراجعه کرد (موسوی الخمینی، ۱۳۵۷: ۲۹). از آنجاکه بیمار کردن چندین نفر و به خطر انداختن مصالح جامعه و زیر پا گذاشتن قوانین جامعه در نگاه فقه حکومتی نسبت به مصالح فرد مصلحت بالاتری دارد؛ بنابراین از باب تقدم حفظ مصالح اجتماع بر مصلحت فرد، حکم به لزوم در خانه ماندن فرد و عدم جواز کسب درآمد می‌شود. هر چند ممکن است به فوت او بیانجامد. البته حکومت موظف است با اقدامات حسبیه برای تأمین معاش این‌گونه افراد اقداماتی را انجام دهد، ولی به هر حال فرد حق ندارد برای سلامتی خودش جامعه را به خطر بیاندازد.<sup>۱</sup>

#### ب- نظریه‌ی تزامم ضررین

اگر به تزامم ضررین قائل شویم، برای رفع تزامم ابتدا باید دید امکان جمع بین دو حق هست یا خیر (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ج ۵، ص ۱۳۴). در موضوع بیماری‌های واگیردار جمع بین دو حق امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین برای حل تزامم سه مبنا وجود دارد.

**مبنای اول:** برخی به خاطر امتنانی بودن قاعده‌ی لاضرر، اجرای قواعد حل تزامم و تقدیم اهم بر مهم را جاری نمی‌دانند و معتقدند اجرای قاعده‌ی لاضرر در یک طرف و تقدم طرفی که ضرر بیشتری دارد با امتنانی بودن قاعده سازگاری ندارد. ضرر از الفاظی است که هم بر ضرر قلیل و هم بر کثیر اطلاق می‌شود. حرمت به کل اجزای یک موضوع توزیع می‌شود. چه بگوییم «لا» در لاضرر دلالت بر نفی می‌کند چه نهی، هر دو ضرر، منفی و منهی عنه است؛ پس قاعده‌ی لاضرر

۱- لازم به ذکر است ورود حکومت با اقدامات حسبیه ناظر به معنای عام حسبیه است؛ یعنی اموری که شارع راضی به اهمال آن نیست و اقامه‌ی آن را ضروری می‌داند (خمینی، ۱۳۸۸: ج ۲، ص ۴۹۷). اقامه‌ی عدالت اجتماعی و بر عهده گرفتن کفالت افراد بر عهده‌ی حکومت اسلامی است (زرگوش نسب و دیگران، ۱۳۹۳: ۵۸۳). گرچه در برخی قوانین مانند ماده ۱ قانون امور حسبیه مصادیق امور حسبیه محدود به مواردی است که در آن ماده گفته شده مانند ولایت صغار و...

کارایی خود را در این باره از دست می‌دهد و از حجیت ساقط می‌شود و باید به اصول و قواعد دیگر رجوع شود (نراقی، ۱۳۷۵: ۲۱؛ ایرانی، ۱۳۷۹: ج ۱، ص ۴۶).

**مبنای دوم:** برخی دیگر معتقدند، باید ضرر کمتر را مقدم کرد (انصاری، ۱۴۱۴: ۱۲۴) و می‌گویند نفس دلیل لاضرر بر انجام ضرر کمتر دلالت می‌کند و این موضوع را به خوردن شراب در حال اضطرار تشبیه می‌کنند. با این توضیح که اگر فرد با خوردن یک جرعه شراب اضطرارش برطرف شود، هیچ‌گاه نمی‌گوییم فرقی بین یک جرعه و یک لیوان شراب نیست، بر جزء جزء این فطرات شراب صدق می‌کند و حرمت شامل تک‌تک اجزای این مایع می‌شود، می‌گوییم درست است که شراب حرام است، ولی ضرر کمتر که خوردن یک جرعه است بر ضرر بیشتر مقدم است. پس حرمت یک جرعه شراب به واسطه‌ی قاعده‌ی لاضرر برداشته می‌شود (مراغی، ۱۴۱۷: ج ۵، صص ۳۲۷-۳۲۵).  
**مبنای سوم:** گروه دیگری از فقها اشکال کرده‌اند که اجرای ضرر خفیف‌تر با اصول رفع تراحم و اهم و مهم سازگاری ندارد. باید دید کدام اقوی ملاکاً است. بنابراین باید علی‌القاعده برای رفع تراحم به ملاک اقوئیت رجوع کرد و آنچه که ملاک قوی‌تری دارد را مقدم کرد (بروجردی، ۱۴۱۲: ج ۲، ص ۳۳۹).

بنا بر هر سه مبنا اگر امر بین این‌که فرد برای حفظ جان خودش از خانه خارج شود و کسب درآمد کند یا اینکه در قرنطینه بماند و متحمل ضرر جسمی و یا حتی روحی و روانی شود، دایر شد، مصلحت جامعه مقدم است و برای حفظ مصالح جامعه حکم می‌شود که نباید قرنطینه را ترک کند. بنا بر مبنای اول در صورت ناکارآمد بودن لاضرر به عنوان قاعده‌ی فقهی قاعده‌ی حفظ نظام و مصالح جامعه مطرح می‌شود. همچنین بنا بر مبنای دوم، تقدم حفظ مصالح جامعه و نظام بر مصالح فرد ضرر کمتر است و هم بنا بر مبنای سوم تقدم حفظ مصالح جامعه اقوی ملاکاً است. چون ملاک حفظ نظام بر حفظ فرد تقدم دارد.

### ۳- دوران امر بین وجوب حضانت کودک بیمار و ضرر والدین

موضوع بعدی موردی است که امر دایر باشد بین وجوب حضانت، نگهداری و پرستاری از کودک بیمار یا سلب حضانت و حفظ سلامتی پدر و مادر کودک که احتمال مبتلا شدن به بیماری در آنها بسیار زیاد است.

قبل از پاسخ به این موضوع باید چند مبنا مشخص شود و براساس هر یک از مبانی گام به گام پاسخ به این مسئله مشخص شود. مبنای اول اینکه آیا بر فرد واجب است برای دفع ضرر دیگری خود را به خطر بیناندازد؟ مبنای دوم این است که در تعارض قاعده‌ی لاضرر و احکام اولیه

کدام مقدم است و مبنای سوم اینکه «لا» در لاضرر بعد از نفی حکم عزیمت است یا رخصت؟ در نهایت، جایگاه اصول اخلاقی در بحث تبیین می‌شود. این مباحث هر کدام بسیار مفصل است و برای رعایت اختصار تنها به ذکر مختصر نظرات اکتفا شده و اتخاذ مبنا می‌شود و از ذکر تفصیل بیشتر و ادله‌ی هر نظر خودداری می‌شود.

### ۳-۱- تحمل ضرر برای دفع ضرر دیگری

سؤال مطرح این است که آیا واجب است فرد برای دفع ضرر از دیگری خود متحمل ضرر شود؟ در پاسخ به این سؤال مباحث مختلفی مطرح شده، ولی مشهور معتقدند، واجب نیست فرد برای دفع ضرر از دیگری خود را به خطر بیندازد (موسوی الخمینی، ۱۴۱۸: ج ۳، ص ۶۱۵؛ تبریزی، ۱۳۶۹: ۴۲۸). مثال رایج در کتب اصولی این است که سیلی در حال جریان است آیا بر فرد واجب است برای اینکه سیل داخل خانه یا مغازه‌ی همسایه نرود، درب منزل یا مغازه‌ی خود را باز کند تا جلوی رسیدن سیل به منزل همسایه را بگیرد؟ فقها می‌فرمایند: «خیر لازم نیست» (موسوی الخمینی، ۱۴۱۰: ج ۱، ص ۶۴؛ اراکی ۱۳۷۵: ج ۲، ص ۲۶۱).

بنابراین اگر والدین احتمال زیاد می‌دهند که مراقبت و پرستاری آنها از کودکشان موجب رفع سریع‌تر بیماری از کودک می‌شود، آیا واجب است برای دفع و رفع ضرر از کودک خودشان متحمل ضرر شوند؟ پاسخ به این سؤال منفی است.

### ۳-۲- تعارض لاضرر و حضانت

بر اساس نتیجه‌ی قسمت قبل واجب نیست والدین برای دفع ضرر از کودک خود را به خطر بیندازند، ولی مسئله این است که حضانت کودک با مثال مشهور فقها متفاوت است، زیرا در آن مثال فرد هیچ تکلیفی در قبال همسایه‌ی خود ندارد و فقط درصدد انجام دادن یک کار اخلاقی است، اما در حضانت والدین وظیفه‌ی قانونی و شرعی نسبت به کودک دارند؛ بنابراین این مورد مصداق تعارض قاعده‌ی لاضرر و وجوب حضانت است. از سویی، مطابق قاعده‌ی لاضرر، نباید فرد به خودش ضرر بزند و اضرار به نفس حرام است، از سوی دیگر، ادله‌ی وجوب حضانت دال بر این است که پدر و مادر باید از این کودک نگهداری کنند.

از نظر فقها قاعده‌ی لاضرر حاکم بر کلیه‌ی ادله‌ی اولیه است (تبریزی، ۱۳۶۹: ۴۱۷)، یعنی حکم وجوب تمامی احکام اولیه که از طرف قانون‌گذار صادر می‌شود، زمانی که به ضرر منجر شود، برداشته می‌شود.

و جوب حضانت نیز یک حکم اولیه است که چنانچه به ضرر والدین منجر می‌شود و خوف عقلایی ضرر در آن وجود داشته باشد، حکم و جوب آن برداشته می‌شود؛ یعنی بر اساس هر کدام از مبانی که در معنای «لا»ی قاعده‌ی لاضرر بیان شده بود و «لا» دال بر نهی یا نفی باشد، و جوب حضانت از والدین برداشته می‌شود.

### ۳-۳- دلالت لاضرر بر رخصت یا عزیمت

بنابر آنچه آمد، و جوب حضانت از والدین برداشته شد، اما سؤال دیگر این است که آیا پدر و مادر می‌توانند به حضانت و نگهداری ادامه دهند یا به واسطه‌ی قاعده‌ی لاضرر و سلب حضانت ادامه‌ی حضانت و نگهداری از کودک بر آنها حرام می‌شود؟ آیا بعد از منتفی شدن حکم و جوب حضانت حکم به جواز داده می‌شود یا این نفی دال بر یک الزام و پای‌بندی به مفاد فعل منفی یا منهی است. در این باره باید براساس مبانی‌ای که در معنی «لا» قاعده‌ی لاضرر گفته شده پاسخ داد،<sup>۱</sup> ولی به اختصار و اجمال دو نظر وجود دارد:

برخی نفی حکم را یک ترخیص و تسهیل برای مکلف می‌دانند؛ بنابراین اگر حکم و جوب با قاعده‌ی لاضرر برداشته شود، معتقدند جواز فعل همچنان باقی است.<sup>۲</sup> برخی دیگر - که نظر آنها صحیح‌تر به نظر می‌رسد - معتقدند مد نظر قانون‌گذار از بیان «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» پای‌بندی به مفاد آن بوده نه نفی ضرر و اضرار. در غیر این صورت فلسفه‌ی وجودی این قاعده زیر سؤال می‌رود؛ مانند مدیری که بگوید در مجموعه نباید دور کاری کند، نه اینکه فقط و جوب دور کاری برداشته شده باشد. در موضوع مورد بحث هم وقتی قانون‌گذار می‌گوید در اسلام ضرر وجود ندارد معنایش این است که هیچ‌کس نباید کاری را که مستوجب ضرر یا اضرار به خود یا دیگری می‌شود انجام دهد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۱۳۵). به علاوه، بنا بر یک مبنا حکم و جوب یک حکم بسیط است که وقتی برداشته می‌شود امکان ندارد جوازش باقی بماند، بنابراین حکم به حرمت می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ج ۳، ص ۲۶۳).

بنابراین چنانچه بین قاعده‌ی لاضرر و حکم و جوب حضانت تعارض پیش آید، نه تنها حکم و جوب حضانت برداشته می‌شود، حضانت کودک بر والدین حرام می‌شود و باید نگهداری او را

۱- براساس اینکه لانی باشد یا نهی تشریحی یا نهی حکومتی و یا معنای دیگری که گفته‌اند پاسخ متفاوت خواهد شد.

۲- این مطلب را آیت‌الله سبحانی بر مبنای نظر شیخ انصاری مطرح کرده‌اند.

به جد پدری و در صورت نبود جد پدری - به ترتیبی که در قانون مشخص شده - به حاکم<sup>۱</sup> (یا نهادهای تعیین شده از سوی حکومت) واگذار کنند.

نکته‌ی مهم و حائز اهمیت این است که تمام این مطالب با لحاظ حکم اولیه است که حضانت تکلیفی برعهده‌ی پدرومادر است، لیکن با این نگاه که حضانت هم حق است و هم تکلیف و این حق با سایر حقوق تفاوت‌های جدی دارد؛ چراکه دو طرف من له‌الحق هستند و مانند حق مالکیت طرف مقابل من علیه‌الحق نیست. همچنین آثار روحی و روانی که این جداسازی بر روح و روان کودک خواهد گذاشت اقتضا می‌کند، در این باره تأملات عمیق‌تر و جدی‌تری شود.

### ۳-۴- حضانت و مراقبت والدین از کودک بیمار و مقایسه‌ی با آن با پزشکان و کادر درمانی

ممکن است با بیان نکته‌ای که در مورد سلب حضانت از پدرومادر گفته شد، این شبهه به وجود بیاید که پرستاران و پزشکان نیز به خاطر قاعده‌ی لاضرر نباید از بیماران مراقبت کنند؛ چراکه قاعده‌ی لاضرر حاکم است بر همه‌ی تکالیف و اگر پزشک و پرستار بر نگهداری از بیمار تعهدی داده‌اند، براساس قاعده‌ی لاضرر نباید وظایف خود را انجام دهند؛ مانند تکلیف حضانت که از پدرومادر سلب شد. در پاسخ به این شبهه باید گفت، قاعده‌ی لاضرر یک قاعده‌ی امتنانی است و مانند حدیث رفع در احکام و قضایایی جاری می‌شود که لایشروط است.<sup>۲</sup> این قاعده فقط بر احکامی حکومت دارد که از حیث تقید به ضرر لایشروط است، ولی احکامی مانند جهاد و زکات که موضوع آنها مقید به ضرر است، حکومت لاضرر بر ادله‌ی این احکام معنا ندارد (فانی اصفهانی، ۱۴۰۱: ج ۱، ص ۴۱۰). پس موضوع قاعده‌ی لاضرر در جایی مطرح می‌شود که به حسب ذات آن موضوع ضرری مترتب نیست، ولی به خاطر مسائل خارجی ضرر وارد شده است. آن وقت حکم ضرری برداشته یا نفی می‌شود و قاعده‌ی لاضرر بر آن حکم اولیه حاکم می‌شود (انصاری، ۱۴۱۶: ۴۶۸؛ بجنوردی، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۷۱). قاعده‌ی لاضرر موضوعی و تخصصی از احکامی که ذاتشان اقتضای ضرر دارد، خارج است. در مورد تعهد پزشکان و پرستاران و کادر درمان هم همین مطلب جاری است؛ ذات آن تعهد مانند جهاد ضرر دارد که البته با مصالح اخروی جبران می‌شود و در عالم واقع ضرر نیست، ولی به هرحال فردی که از ابتدا متعهد به چنین شغلی می‌شود، مانند سربازی که برای جهاد رفته خود را در معرض ضرر قرار داده و حکم تعهد به درمان او مانند حکم جهاد تخصصاً از قاعده‌ی لاضرر خارج است.

۱- ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی.

۲- برای اعمال حدیث رفع که آن هم امتنانی است، این شرط آمده که در صورتی می‌توان به حدیث رفع استناد کرد که لایشروط از عمد و خطا باشد (انصاری، ۱۴۱۶: ۳۲۲).



## ۳-۵- جایگاه اصول و قواعد اخلاقی در این موضوع

مطالب پیش گفته شده در باب اجرای قواعد فقهی حاکم بر موضوع حضانت و تعارض آن با بحث بیماری‌های واگیردار بود، ولیکن در این موضوع قواعد و اصول اخلاقی مانند ایثار و مواسات حاکم است که با حکم حرمت حضانت سازگاری ندارد.

سؤال اینجاست که در صورت قائل بودن به حرمت این حکم، چگونه می‌توان آن را با اطلاعات ادله‌ای که دال بر ایثار و از خودگذشتگی و مواسات با برادر ایمانی است، جمع کرد؟ پاسخ به این سؤال مقاله‌ای مجزا را اقتضا می‌کند، ولی به اختصار می‌توان چنین پاسخ داد:

**الف- مواسات:** با جست‌وجوی نگارنده در کلیه منابع فقهی این گونه به دست آمد که مواسات به معنای از مال خود به دیگری بخشیدن و او را در آن شریک گردانیدن است (ازهری، ۱۴۲۱: ج ۱، ص ۱۶۳)؛ بنابراین فقط در امور مالی کاربرد دارد و در امور غیرمالی اصلاً به کار نمی‌رود.<sup>۱</sup>

**ب- ایثار:** ایثار به معنای مقدم شمردن دیگری بر خود در کسب سود و منفعتی یا پرهیز از ضرر و زیانی است که نهایت برادری و دوستی بین دو نفر را نشان می‌دهد (جرجانی و ابن عربی، ۱۳۷۰: ۵۹). کسی که ایثار می‌کند، خود را به رنج و زحمت می‌افکند تا دیگران در رفاه و آسایش باشند. در آیات قرآن<sup>۲</sup> و نیز نهج‌البلاغه<sup>۳</sup> نمونه‌هایی از ایثار و ترغیب مسلمین به ایجاد این صفت در خود یافت می‌شود. در کتب حدیثی بابی به نام «استحباب الایثار علی النفس» به آن اختصاص یافته است (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۹، ص ۴۲۹)، اما در مورد قلمرو ایثار برخی معتقدند با جست‌وجو در استعمال ماده‌ی ایثار در کتب حدیث - مانند بحار الأنوار و وسائل الشیعه - می‌توان دریافت که همه‌ی آنها در مال استعمال شده و تقدیم چیزی بر چیزی و شخصی بر شخص دیگر است و موردی نیست که در آنها نفسی بر نفس دیگر مقدم شده باشد و این انسان را به شک می‌اندازد و بررسی بیشتر را می‌طلبد (دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۶: ج ۱، ص ۳۲۴). از این رو برخی در اصل اینکه ایثار را به واسطه‌ی در خطر قراردادن جان داخل در آیه‌ی ایثار و سایر ادله ایثار دانست، شبهه کرده‌اند. با فرض پذیرش اینکه ایثار جان نیز شامل ادله است - که حق هم این است -، در فقه دو نظر وجود دارد؛ برخی مانند صاحب جواهر معتقدند از نظر عقل و نقل، حفظ نفسی که انسان خدا را با آن می‌پرستد، بر دیگری مقدم است و ایثار افکندن نفس - به دست خویش - در هلاکت است (نجفی، ۱۴۲۱: ج ۳۶، ص ۴۳۳) برخی دیگر مانند شهید ثانی می‌گویند:

۱- لذا می‌بینیم در فقه، فلسفه‌ی وجوب نفقه‌ی اقارب و وجوب زکات، بر اساس مواسات وارد شده است (نجفی، ۱۴۲۱: ج ۳۱، ص ۳۷۵).

۲- مانند سوره یوسف، ۹۱؛ طه، ۷۲؛ حشر، ۹؛ نازعات، ۳۸؛ اعلی، ۱.

۳- نامه ۵۳ و کلمات قصار ۵۹.

به دلیل آیات و روایاتی که دال بر تقدم دیگری بر نفس است، در فرض تساوی و ترجیح نداشتن هیچ یک از دو نفر بر زنده ماندن<sup>۱</sup> ایثار جایز است (جبعی‌العالمی، ۱۴۱۳: ج ۲، ص ۱۲۲).

علت این اختلاف نظر تعارض در ادله‌ی ایثار است؛ از سویی، اضرار به نفس مطلقاً حرام است و از سوی دیگر، در ادله آمده متقی کسی است که نفس او به خاطر سختگیری‌های خودش در رنج است و مردم از ناحیه‌ی او در آسایش هستند (شریف رضی، ۱۳۷۲: ۲۲۴). میرزای قمی برای حل تعارض، ادله‌ی ترغیب کننده‌ی ایثار را مختص به مال دانسته و ادله‌ی عدم جواز ترجیح نفس به دیگری را مربوط به ایثار جان دانسته است (قمی، ۱۳۷۵: ج ۴، ص ۳۹۸). ولی علامه مجلسی معتقد است:

افراد و حالات آنها متفاوت است، کسی که توکلش بر خدا بیشتر باشد و قادر باشد که بر فقر و سختی و شدت صبر کند ایثار برای او جایز و مستحب است و الا جایز نیست که جسمش را به سختی بیاندازد (مجلسی، ۱۴۰۳: ج ۷۱، ص ۲۵۰).

این توجیه با این مبنا هم سازگار است که بقای حیات مؤمن گرچه بر حسنات او می‌افزاید و نامه‌ی اعمالش را سنگین می‌کند؛ لیکن چه بسا پاداش ایثار به نفس بیشتر از پاداش‌هایی باشد که انسان در باقی‌مانده‌ی حیاتش به دست می‌آورد؛ چنان‌که در جهاد و دفاع نیز چنین است. پس ارزنده بودن حیات مؤمن مانع از ایثار به نفس نیست و اگر شخصی دیگری را بر خویش ترجیح دهد، یکی از مظاهر بزرگ ارزش‌های اخلاقی را (ایثار) تجلی بخشیده است (دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۶: ج ۱، ص ۳۲۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۴۷).

حاصل اینکه با نگاه تکلیف‌مداری به حضانت، تعارض لاضرر با این حکم، حرمت را به دنبال دارد، ولیکن این حکم در ساحت اصول و قواعد اخلاقی با چالش‌هایی مواجه است که مطالعات عمیق‌تر و مبنایی‌تری را در فضای حاکمیت اخلاق بر حقوق خانواده می‌طلبد و لازم است در پژوهش‌های دیگر به تفصیل بررسی شود.

#### ۴- دوران امر بین وجوب حضانت از سوی والدین بیمار و اضرار به کودک

در موردی که امر بین سلب حضانت موقت از والدینی که مبتلا به بیماری هستند با حضانت کودک و احتمال بیمار شدن او دائر است، به نظر می‌رسد - با نگاه تکلیف‌مدارانه به حضانت - به دلیل تعارض قاعده‌ی لاضرر با حکم وجوب حضانت صدور حکم به سلب حضانت موقت برای

۱- فرض عدم تساوی جایی است که یکی پیامبر باشد و دیگری یک فرد معمولی و حفظ نفس پیامبر ترجیح دارد.

والدین روان تر و ملموس تر باشد به خصوص که مصلحت سلامتی کودک در خطر است و قانون مدنی هم تصریح کرده که در این صورت باید محکمه درباره‌ی حضانت کودک تصمیم بگیرد.<sup>۱</sup>

### ۵- دوران امر بین وجوب نفقه و ضرر رساندن به دیگران

مورد دیگری که در موضوع بیماری‌های واگیردار پیش می‌آید، تکلیف حقوقی و شرعی مرد نسبت به کسب درآمد و دادن نفقه‌ی زن و فرزندان است.<sup>۲</sup> اگر زوج به بیماری واگیردار مبتلا شود و لازمه‌ی شغلش خروج از خانه، ترک قرنطینه و ارتباط با افراد باشد، امر دائر است به اینکه دیگران را در معرض خطر بیماری قرار دهد و به دیگران ضرر برساند یا کسب درآمد کند و تکلیف نفقه را انجام دهد. لازم است بررسی شود که آیا این مورد از موارد تراحم ضررین (یا بنا بر نظر گروهی تعارض ضررین) است یا خیر؟

چنان‌که بیان شد، شرط ایجاد تعارض این است که دو دلیل با هم رابطه‌ی حاکم و محکوم یا تخصیص و تقیید نداشته باشند، درحالی‌که در این موضوع میان دلیل وجوب نفقه و قاعده‌ی لاضرر رابطه‌ی حکومت حاکم است. قاعده‌ی لاضرر حاکم بر کلیه‌ی ادله‌ی اولیه است. در موضوع قسمت اول (دوران میان اضرار به خود و اضرار به دیگری) فرد برای دفع ضرر از خود به دیگری ضرر می‌رساند، لازمه‌ی دفع ضرر از نفس اضرار به دیگری بود؛ بنابراین بحث تعارض یا تراحم ضررین مطرح می‌شد. در موضوع فعلی، حکم وجوب نفقه موجب اضرار به دیگری شده و چون قاعده‌ی لاضرر حاکم بر کلیه‌ی ادله‌ی اولیه است، این حکم برداشته می‌شود. یعنی اگر دادن نفقه بر زوج واجب است که ضرر نداشته باشد، هرگاه این نفقه مستوجب ضرر شود، وجوب نفقه برداشته می‌شود و زوج بیمار برای ترک قرنطینه هیچ مجوزی ندارد؛ چون موجب ضرر رساندن به دیگران می‌شود. از طرفی، حفظ مصالح اجتماع و نظام اقتضا می‌کند که نهادهای حمایتی و حکومت تا برطرف شدن بیماری زوج، براساس اقدامات حسبه و با کمک‌های معیشتی و نیز کمک در ایجاد مشاغل خانگی از این خانواده حمایت کند.

### جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

برخی از بیماری‌های واگیردار به دلیل قدرت سرایت بسیار زیاد و تهدید جانی که برای افراد جامعه ایجاد کنند، ممکن است با حقوق و تکالیف افراد در خانواده تعارض داشته باشند. تعارض

۱- ماده ۱۱۷۳: «هر گاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند».

۲- ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی: «در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است». ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی: «نفقه فرزندان بر عهده پدر است».

حقوق فردی و حقوق اجتماعی، همچنین تعارض وظایف اجتماعی با حقوق فردی مهم‌ترین سؤالاتی است که می‌توان آن را به بحث و بررسی گذاشت.

هنگام شیوع بیماری‌های واگیردار خطرناک، جداسازی بیماران مؤثرترین راهکار کنترل بیماری برای جلوگیری از شیوع گسترده‌ی آن است، ولی ممکن است فرد بیمار به دلیل در مضیقه بودن شرایط مالی و خوف بدتر شدن شرایط جسمی مجبور به ترک قرنطینه شود، در این صورت بنا بر این مبنا که اضرار به نفس و اضرار به دیگری هر دو حرام باشد و ترس عقلایی و قابل اعتنای عقلا برای جریان قاعده‌ی لاضرر کفایت کند، نظام حقوقی اسلام براساس قواعد حل تعارض یا حل تراحم بین دو ضرر، حفظ مصالح نظام و جامعه را بر حقوق فرد مقدم دانسته و با جلوگیری بیمار از ترک قرنطینه بیماری را در جامعه کنترل می‌کند. هر چند که با ترغیب آحاد جامعه به اصول اخلاقی همچون مواسات، افراد جامعه را به برطرف کردن مضیقه‌ها و تنگناهای اقتصادی آحاد مردم برای تأمین سلامت تک‌تک افراد جامعه مکلف می‌کند.

قرنطینه‌ی چنین بیمارانی با تکلیف حضانت والدین هم چالش برانگیز است. والدینی که متکفل حضانت کودک مبتلا به بیماری‌های واگیردار می‌شوند، براساس نگاه تکلیف‌مدارانه به حضانت، قاعده‌ی لاضرر اجازه‌ی حضانت این کودکان را از والدین سلب و نگهداری و مراقبت آنها را حرام می‌داند. هر چند حق بودن حضانت، تأمین نیازهای عاطفی و روحی کودک و همچنین پیوند ناگسستنی میان قواعد اخلاقی مانند ایثار با اصول حقوقی، تأمل بیشتری در این حکم را اقتضا می‌کند.

از طرفی، حکومت قاعده‌ی لاضرر وجوب تکلیف حضانت از والدینی که بیمار هستند را به دلیل در خطر قرارگرفتن کودک تحت حضانت آنها و نیز وجوب تکلیف نفقه نسبت به زوج بیماری که مکلف به دادن نفقه‌ی زوجه و فرزندان‌ش هست و کسب درآمد منوط به ترک قرنطینه هست، برای حفظ سلامتی افراد جامعه برداشته و به سلب حضانت موقت والدین و عدم وجوب نفقه حکم می‌کند. هر چند لازم است، نهادهای حمایتی حکومت تا حد امکان تأمین هزینه‌های معیشتی این گونه افراد را به عهده بگیرند و با تشویق مردم به مواسات و ایثار نهادهای مردم‌نهاد را در این زمینه فعال کنند.

## منابع

- ◀ اراکی، محمد علی، (۱۳۷۵). *أصول الفقه*، قم: در راه حق.
- ◀ ازهری، محمد بن احمد، (۱۴۲۱). *معجم تهذیب اللغة*، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ◀ افراشته، سیما؛ یوسف علی محمدی و مجتبی سبندی، (۱۳۹۹). «نقش جداسازی، قرنطینه و فاصله‌گذاری اجتماعی در مهار اپیدمی کووید-۱۹»، *طب نظامی*، ۲۲ (۲).
- ◀ انصاری، مرتضی، (۱۴۱۶). *فرانداصول*، قم: انتشارات اسلامی.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۴۱۴). *رسائل فقهیه*، قم: مجمع الفقه الاسلامی.
- ◀ ایروانی، علی، (۱۳۷۹). *حاشیة المكاسب*، قم: کتبی نجفی.
- ◀ بجنوردی، حسن، (۱۳۷۷). *القواعد الفقهیة*، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ بروجردی، حسین، (۱۴۱۲). *الحاشیة علی کفایة الأصول*، قم: انصاریان.
- ◀ تبریزی، موسی، (۱۳۳۹). *قاعدة لاضرر، الید، التجاوز و الصحة (أوثق الوسائل)*، قم: کتبی نجفی.
- ◀ جبعی‌العاملی، زین‌الدین، (۱۴۱۳). *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، قم: المعارف الإسلامیة.
- ◀ جرجانی، علی و محمد ابن عربی، (۱۳۷۰). *التعریفات*، تهران: ناصر خسرو.
- ◀ جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۳). *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
- ◀ جمعی از محققان مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، (۱۳۸۹). *فرهنگ‌نامه اصول فقه*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ◀ حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶). *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیها السلام).
- ◀ حسینی، محمدباقر، (۱۳۸۸)، *تعارض ادله (تعارض در مواد قانونی ادله‌ی اثبات دعوا و مفاد قرارداد)*، قم: آیین احمد.
- ◀ حسینی‌خامنه‌ای، سید علی، (۱۴۰۰). *رساله‌ی نماز و روزه*، تهران: انتشارات انقلاب اسلامی
- ◀ \_\_\_\_\_، کتاب القصاص، *تارنمای فرهنگی اطلاع‌رسانی تبیان در محیط مجازی*
- <https://hozeh.tebyan.net/newindex.aspx?pid=30621 &SessionID=9159>
- ◀ حیدری، علینقی، (۱۴۱۳). *اصول استنباط*، قم: شورای مدیریت حوزه علمیه.
- ◀ خراسانی (آخوند)، محمد کاظم، (۱۴۱۳). *کفایة‌الاصول (با حواشی مشکینی)*، قم: لقمان.
- ◀ خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۳۶۸). *اجود التقریرات*، قم: مصطفوی.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۴۱۹). *دراسات فی علم الأصول*، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۴۱۷). *مصباح الأصول (مباحث حجج و امارات)*، قم: مکتبه‌الداوری.

- ◀ دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، (۱۳۸۶). مسائل مستحاثه پزشکی، قم: بوستان کتاب.
- ◀ زرگوش‌نسب، عبدالجبار؛ امرالله معین و سیده معصومه غیبی، (۱۳۹۳). «مبانی فقهی مسئولیت دولت اسلامی در تأمین اجتماعی»، مجموعه مقالات هشتمین همایش سیاستهای مالی و مالیاتی ایران.
- ◀ سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۴۱۵). الرسائل الأربع، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- ◀ شریف‌الرضی، محمد، (۱۳۷۲). نهج البلاغه، تهران: بنیاد نهج البلاغه.
- ◀ شهیاد، شیما و محمدتقی محمدی، (۱۳۹۹). «آثار روانشناختی گسترش بیماری کووید-۹۱ بر وضعیت سلامت روان افراد جامعه: مطالعه مروری»، طب نظامی، ۲۲ (۲).
- ◀ شیخ‌الشریعه اصفهانی، فتح‌الله، (۱۴۱۰). قاعدة لاضرر، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ طباطبایی کربلایی، علی، (۱۴۱۸). ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
- ◀ فانی اصفهانی، علی، (۱۴۰۵). آراء حول مبحث الألفاظ فی علم الأصول، قم: رضا مظاهری.
- ◀ فیض کاشانی، محمد، (۱۴۰۶). الوافی، اصفهان: مکتبه الإمام أميرالمؤمنین علی (ع).
- ◀ قمی (میرزای قمی)، ابوالقاسم، (۱۳۷۵). غنائم الأيام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۳۷۸). قوانین الاصول، تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
- ◀ مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۳). بحار الانوار، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۳۶۳). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- ◀ محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۳). قواعد فقه (بخش جزایی)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۳۸۲). مباحثی از اصول فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ◀ محمدزاده، علی، (۱۳۹۹). «اثربخشی برنامه مراقبت بهداشتی و نظارت دارویی الکترونیکی جهت پیشگیری از ابتلا به کووید ۱۹ - و تبعیت از رژیم درمانی در بیماران مزمن قلبی - یک مطالعه پایلوت»، طب نظامی، ۲۲ (۲).
- ◀ محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۰). مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران: دانشگاه تهران.
- ◀ مراغی، میرعبدالفتاح، (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه، قم: النشر الإسلامی.
- ◀ مظفر، محمدرضا، (۱۳۸۶). اصول فقه، تهران: جهان.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۸). انوارالأصول، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۴۲۴). کتاب النکاح، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- ◀ موسوی خمینی، سید روح‌الله، (۱۴۱۸). تنقیح‌الأصول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۴۱۰). الرسائل، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۳۸۸). کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۳۵۷). ولایت فقیه، تهران: امیرکبیر.

- ◀ نجفی، محمد حسن، (۱۴۲۱). جواهر الکلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- ◀ نراقی، احمد، (۱۳۷۵). عوائد الأيام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ◀ یزدی، محمد کاظم، (۱۴۳۱). العروة الوثقی، قم: جامعة المفید.

