

ترتیب مقاصد قانونگذاری در اسلام و سنجه‌های رفع تعارض میان آنها

محمد مهدی عزیزاللهی*

بدیع فتحی**

مهدی ناصری دولت‌آبادی***

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۱/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۹/۰۱

چکیده

بی‌گمان، عمل قانونگذاری بدون توجه به غایاتی که حکم به جهت ذاتشان به آنها تعلق می‌گیرد، آشوب‌زا و غیرحکیمانه می‌باشد. در شریعت اسلامی که شریعت مبتنی بر حکمت است، فن مقاصد در جهت تبیین غایات احکام تشریح اسلامی می‌باشد. در این میان برخی مقاصد تشریح را شامل پنج مقصد حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال دانسته‌اند و برخی عرض را هم به عنوان مقصدی در کنار این مقاصد یاد می‌کنند. صرف‌نظر از این که برخی این مقاصد را ناکافی پنداشته و جایگاه مواردی همچون «عدالت»، «نوع‌دوستی» و «امنیت» را خالی می‌دانند، پرسش این است که ترتیب مقاصد تشریح در دین اسلام چگونه است؟ در مقام رفع تعارض، در میان مقاصد پنج‌گانه یا شش‌گانه کدام یک مقدم می‌شود؟ چه سنجه‌هایی برای رفع تعارض میان مصلحت‌ها و مفسده‌های ناشی از مقاصد یاد شده وجود دارد؟ و ما در این مقاله به چنین پرسش‌هایی می‌پردازیم.

واژگان کلیدی: مقاصد، مصالح، شریعت، تعارض مصالح.

*استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم (نویسنده مسؤول).

mm.azizollahi@gom.ac.ir

**دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم.

bazm.2636@yahoo.com

***دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه عدالت.

naserimahdi88@yahoo.com

مقدمه

مقاصد تشریح و قانونگذاری، فنی در علوم اسلامی می‌باشد که از گذشته تا اکنون جایگاه رفیعی میان فقها داشته است (مختار الخادمی، ۴۲۹ق، ص ۱۲) و اهل سنت اهتمام جدی نسبت به آن داشته‌اند و آنچه که با عنوان «نظریه مقاصد» یا «فقه مقاصدی» یا «اجتهاد مقاصدی» و یا «مقاصد شریعت» بیان می‌شود، همه درصدد تبیین این بحث هستند. کوشش در خصوص مقاصد شریعت، به صدر اسلام باز می‌گردد. «از قرن دوم هجری برخی کوشیدند مقاصد شریعت را معین کنند و این کوشش‌های پراکنده در آثار امام الحرمین جوینی (متوفای ۴۷۴ق) شکل تازه‌ای به خود گرفت» (اسلامی، ۱۳۷۴، ص ۳۰۴). فقهای امامیه هم «تحت عنوان مذاق شریعت یا مذاق فقه، از نظریه مقاصد استفاده می‌کنند. بسیاری از فقهای امامیه با این که از حیث نظری تأثیر مقاصد شریعت در استنباط احکام را نمی‌پذیرند، در عمل از مقاصد شریعت در استنباط احکام استفاده کرده‌اند» (حاجیان فروشانی و دیگران، ۱۳۹۳، ص ۹۶).

در خصوص مقاصد، بحث و جدل‌های فراوانی در فقه و اصول می‌توان دید. برخی، احکام دین را غیرقابل تعلیل و حکمت‌یابی می‌دانند و گروهی تنها عبادات را غیرقابل تعلیل می‌دانند و گروهی دیگر، هم معاملات و هم عبادات را قابل تعلیل و حکمت‌یابی می‌دانند (اسلامی، ۱۳۷۴، ص ۳۰۳). فارغ از این اختلاف‌ها، قرآن نیز در چند جا حکمت احکام شریعت را بیان می‌کند؛ مانند حکمت نماز، بازداشتن از فحشا و منکر و حکمت روزه تقوا (بقره: ۱۸۳، مائده: ۹۷ و عنکبوت: ۴۵).

در بیشتر متون فقهی، از مقاصد مصلحت به عنوان مقاصد پنج‌گانه یاد می‌شود که عبارتند از: حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال (غزالی، ۱۴۳۳ق، ج ۱، ص ۳۱۳ و شاطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۱، ص ۳۸، ج ۲، ص ۱۰ و ج ۴، صص ۳۲-۲۷) و برخی نسل را خارج کرده و با ترتیبی دیگر «عرض» را جایگزین کرده‌اند (ابن تیمیه، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۴۳ و الاسنوی، ۱۳۴۳ق، ج ۴، صص ۷۵ و ۸۴-۸۲). حفظ عرض و حفظ نسل را هر دو در کنار سایر مقاصد لحاظ می‌کنند و شش مقصد قائل هستند (ابن السبکی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۸۱). برخی بر این باورند که محصور کردن مقاصد به پنج یا شش مقصد صحیح نیست و جایگاه مقاصد همچون محبت خداوند و خشیت الهی و امید به رحمت خداوند و حقوق همسایگان و صلح رحم و ... در میان مقاصد ذکر شده خالی می‌باشد (ابن تیمیه، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲، ص ۲۳۴). برخی هم، اموری مانند خانواده، عدالت، امنیت، حفظ عقل جمعی و مقاصد

متعلق به جامعه جهانی را در نظریه مقاصد خالی دیده‌اند و لذا در کنار مقاصد، از حوزه‌های چهارگانه «فرد»، «خانواده»، «ملت» و «جامعه انسانی» سخن می‌رانند (محمد عطیه، ۱۳۷۴ق، ص ۳۰۴).

فارغ از این قال و مقال‌ها باید دید که ترتیب مقاصد بیان شده، چگونه است و در مقام تعارض، چه سنجه‌هایی برای گذر از تعارض‌ها وجود دارد و ما در این پژوهش پس از تعریف مقاصد تشریح به سراغ سنجه‌های قابل اعمال می‌رویم و روشن است که پیش از پرداختن به سنجه‌ها باید تقسیم مقاصد را دانست.

۱. تعریف مقاصد تشریح و قانونگذاری و انواع مقاصد

۱-۱. تعریف مقاصد تشریح و قانونگذاری

قدما تعریفی از مقاصد شریعت ارائه نکرده‌اند، اما معاصران تلاش‌هایی در جهت ارائه تعریف آن داشته‌اند. برخی برای مقاصد دو معنای عام و خاص قائل هستند. در «معنای عام، معانی و حکمت‌هایی هستند که در همه یا بیشتر احوال تشریح مورد نظر قانونگذار بوده به گونه‌ای که اختصاص به نوعی خاص از احکام شریعت نداشته باشد» (ابن عاشور، ۱۳۶۶ق، ص ۵۱). همچنین، گفته شده است که «مقاصد در معنای عام، غایاتی هستند که ورای افعال مدنظر می‌باشد و در معنای خاص مقاصد که افعالی هستند که حکم به جهت ذاتشان به آنها تعلق می‌گیرد، خواه به جهت آن که مصلحت یا مفسده در بردارنده ذات آن افعال باشند و خواه مستقیماً بدون وساطت فعل دیگری به آن دلالت کند» (مخدوم، به نقل از مختار الخادمی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۶).

۲-۱. انواع مقاصد قانونگذاری

برای روشن شدن ترتیب مقاصد و ارائه سنجه و معیار میان آنها در صورت تعارض، نخست باید انواع تقسیم‌بندی ارائه شده در خصوص مقاصد را بررسی کرد. مقاصد قانونگذاری به اعتبارهای مختلفی قابل تقسیم‌اند. برخی، مقاصد را به دو دسته بزرگ مقاصد خلق و مقاصد شرع تقسیم کرده‌اند (محمد عطیه، ۱۳۷۴ق، ص ۱۰۶). برخی آن را به چهار دسته بزرگ تقسیم کرده‌اند که شامل تقسیم به اعتبار آثار آن در قوام امر اجتماع به ضروری و حاجتی و تحسینی می‌باشد و از حیث تعلق آن به عموم جامعه یا گروه‌ها و یا افرادی از آن، به مقاصد کلی و مقاصد جزئی و از حیث روشن بودن آن، نیاز به جلی و خفی و از حیث قطعیت، به قطعی و ظنی و موهومی و از حیث

شمول آن، به عالی‌ه و عامه و خاصه و جزئی‌ه تقسیم کرده‌اند (دردور، ۱۴۳۶ق، ص ۲۴۸). برخی ضمن اذعان به تقسیم‌های مختلف، مقاصد قانونگذاری اسلامی را به شش اعتبار شامل نخست به اعتبار مرجع صدور آن، به مقاصد شارع و مقاصد مکلف؛ دوم به اعتبار میزان نیاز آنها، به ضروری و حاجتی و تحسینی؛ سوم به اعتبار تعلق آن به عموم یا اغلب ابواب شریعت، به مقاصد عامه و مقاصد خاصه و جزئی‌ه؛ چهارم به اعتبار قطع و ظن، به مقاصد قطعی و ظنی و موهوم؛ پنجم به اعتبار تعلق آن به عموم افراد جامعه، به مقاصد کلیه و بعضیه و ششم به اعتبار بهره‌مندی مکلف از آنها، به مقاصد اصلیه و مقاصد تابعه تقسیم‌بندی کرده‌اند (مختار الخادمی، ۱۴۲۹ق، صص ۱۶-۱۴).

۱-۲-۱. مقاصد شارع و مقاصد مکلفین

به اعتبار مرجع صدور، مقاصد را می‌توان به مقاصد قانونگذار و مقاصد مکلفین تقسیم‌بندی کرد. مقاصد قانونگذار یعنی مقاصدی که قانونگذار در وضعشان شریعت را لحاظ کرده است و مقاصد مکلفین مقاصدی هستند که مقصود آنها مکلفین بوده است که در سایر اعمال خود چه عقاید و آرایبی را باید لحاظ کنند (شاطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۲، ص ۳ و مختار الخادمی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۶).

۱-۲-۲. مقاصد ضروری، حاجتی و تحسینی^۱

مقاصد به اعتبار درجه نیاز به آن به سه دسته شامل مقاصد ضروری، مقاصد حاجتی (مورد نیاز) و مقاصد تحسینی تقسیم می‌شوند (محمد عطیه، ۱۳۷۴ق، صص ۱۲۸-۱۲۲) و هر کدام این مقاصد خود نیز دارای متمم و مکمل‌هایی هستند. این تقسیم‌بندی و اصطلاحات آن نخستین بار توسط جوینی (متوفای ۴۷۴ق) ارائه شده است (ریسونی، ۱۳۷۶، ص ۶۸).

جوینی در یک تقسیم‌بندی کلان احکام را به دو دسته شامل «قابل حکمت‌یابی» و «غیرقابل حکمت‌یابی» تقسیم می‌کند و سپس آن را به پنج دسته تقسیم می‌کند: «یکم، احکام مربوط به ضرورت‌ها مانند قصاص و حکمت این‌گونه احکام حفظ خون بی‌گناهان می‌باشد. دوم، احکام مربوط به حاجیات (نیازمندی‌های عمومی) که به حد

۱. برخی مقسم این را مصلحت از جهت تأثیرگذاری بر استواری امت می‌دانند (ابن عاشور، ۱۳۶۶ق، صص ۷۹ به بعد).

ضرورت نمی‌رسند مانند معاملات. سوم، احکام مربوط به اموری که به حد ضرورت نمی‌رسد و مورد نیاز عموم نیز نیست و در حقیقت، ناظر به کمالیات است مانند طهارت. چهارم، احکام مربوط به آنچه که نه ضروری است و نه مورد نیاز عموم و به درجه کمالیات نمی‌رسد، هرچند که از همان مقوله است مانند مستحبات و پنجم، آنچه که تعلیل ناپذیر است و حکمت روشنی ندارد و تحت هیچ یک از موارد نمی‌گنجد. تصور چنین احکامی سخت دشوار و امکان آن نادر است، مانند عبادات بدنی که اصل نماز قابل تعلیل است اما حکمت تعداد رکعات آن مشخص نیست» (اسلامی، ۱۳۷۴، ص ۳۰۴).

این تقسیم‌بندی اساس کار نظریه‌پردازان «مقاصد» بعد از جوینی قرار گرفت و از جمله شاگرد او غزالی این اصطلاحات را از استاد خود اخذ کرد و مقاصد را به سه دسته به نام ضروریات و حاجیات و تحسینیات تقسیم کرد که تاکنون در میان نظریه‌پردازان مقاصد، اصلی‌ترین و مهم‌ترین تقسیم‌بندی می‌باشد و در تعریف آنها گفته شده است که منظور از ضروریات آن است که نظام زندگی مردم در دو جهان به آنها وابسته است و بدون آنها زندگی سامان نمی‌گیرد و این مقاصد همان مقاصد پنج‌گانه هستند (غزالی، ۱۴۳۳ق، ج ۱، ص ۳۱۳ و شاطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۲، ص ۴ به بعد). حاجیات (نیازمندی‌ها) امور هستند که برای وسعت امور و رفع گرفتارهای شدید و عسر و حرج، به آنها نیاز است و تحسینیات، اموری هستند که برای رفع گرفتاری‌ها و عسر و حرج و مشقت به کار گرفته نمی‌شوند، بلکه رعایت آنها برای مکارم اخلاق و محاسن العادات می‌باشد و ترک آنها غالباً منجر به گرفتاری و مشقت نمی‌شود (مختار الخادمی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۶). برای مثال، غذا یکی از اموری است که برای مقصد حفظ نفس لازم است. بنابراین، به دست آوردن غذا در صورتی که فرد در حال هلاک شدن است حتی اگر همراه خشونت باشد، از ضروریات است، اما به دست آوردن آن به صورت مناسب برای رفع گرسنگی از حاجیات است و نحوه رعایت آداب غذا خوردن از تحسینیات می‌باشد (محمد عطیه، ۱۳۷۴ق، صص ۵۴-۵۳). همین‌طور در مورد مسکن که از وسایل حفظ نفس می‌باشد، وجود آن در حد غار و کوخ و خیمه از ضروریات است، اما وجود آن به نحوی که درهای محکمی داشته باشد و لوله کشی باشد و دارای سیستم روشنایی باشد از ضروریات است و تزیین منزل و وجود باغ در جلوی منزل از تحسینیات می‌باشد.

برخی، از عبارت سیوطی در کتاب «الاشباه و النظائر» چنین استنباط کرده‌اند که به جای سه قسم یاد شده، پنج قسم به شرح ضروری، حاجتی، مرتبه منفعت، مرتبه زینت

و مرتبه فضول وجود دارد (علی جمعه به نقل از محمد عطیه، ۱۳۷۴ق، ص ۵۷). مرحله ضروری مرحله‌ای است که شخص اگر چیزی نخورد می‌میرد یا آن که به درجه هلاک شدن نزدیک می‌شود، که در این مرحله خوردن مال حرام جایز است. مرتبه حاجت مانند گرسنه‌ای است که اگر چیزی پیدا نکند هلاک نمی‌شود اما به سختی و مشقت می‌افتد و در این مرتبه حرام جایز نیست اما فرد می‌تواند روزه خود را بخورد و در تقسیم مراتب به سه‌گانه، این مرتبه جزء ضروری حساب می‌شود. مرتبه منفعت مرتبه‌ای است که شخص گرسنگی خود را با گوشت گوسفند فرو نشاند و این مرتبه در تقسیم سه‌گانه جزء مرتبه حاجیات می‌آید مانند کسی که گرسنگی خود را با شیرینی فرو نشاند یا لباسی از حریر و کتان بپوشد. مرتبه زینت مانند این است که در جلوی منزل خود باغ درست کند و مرتبه فضول وقتی است که فرد، مال حرام یا شبهه بخورد (سیوطی، ۱۴۱۵ق، ص ۶۱).

در این که معیار تشخیص مرتبه ضروریات و حاجیات و تحسینیات چه می‌باشد اختلاف نظر است که آیا باید معیار حکم تکلیفی‌ای را که متعلق به آن می‌باشد ملاک قرار داد (یعنی اگر نهی یا امر شدید باشد از نوع ضروریات می‌باشد و اگر امر یا نهی غیر مشدد باشد یا مستحب یا مکروه باشد از نوع حاجیات و اگر از نوع مباح باشد از نوع تحسینیات باشد) و در واقع، معیار شکلی در پیش گرفته شود. یا این که معیار موضوعی را اعمال کرد و به درجه مصلحت و مفسده که حکم تکلیفی به آن تعلق گرفته باشد نگریست و اگر خیلی مهم باشد از ضروریات و اگر مهم باشد از حاجیات و اگر کم اهمیت باشد از تحسینیات باشد. یا آن که باید بین معیار شکلی و موضوعی جمع کرد (برای مطالعه تفصیل نظرات بنگرید به محمد عطیه، ۱۳۷۴ق، صص ۷۰-۶۱).

۱-۲-۳. مقاصد عام، خاص و جزئی

مقاصد به اعتبار تعلق آنها به عموم اشخاص یا امور و یا برخی از آنها به سه قسمت قابل تقسیم است (مختار الخادمی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۷ و ریسونی، ۱۳۷۶، ص ۳۸).

مقاصد عام، در همه یا اغلب مسائل یا موضوعات قانونگذاری و فقه توسط شارع در نظر گرفته می‌شوند. برخی این قسم از مقاصد را عالی‌ه نامیده‌اند و ضمن اذعان و آوردن نقل‌های مختلف درباره تعداد آنها مثال‌هایی مانند عدالت، برابری، آزادی و جلب منافع و دفع مفاسد را نقل می‌کنند (محمد عطیه، ۱۳۷۴ق، صص ۱۲۱-۱۰۹). اما مقاصد خاص، در

یک یا چند باب معین و نزدیک به هم رعایت می‌شوند مانند مقاصد و مصالح مخصوص حقوق خانواده یا حقوق اموال و مالکیت، مقاصد مخصوص ادله اثبات دعوا و مقاصد خاص جرایم و مجازات‌ها. مقاصد جزئی هم چرایی و علت و مصلحت یک حکم خاص توسط شارع می‌باشد مانند چرایی تلف مبیع قبل از قبض.

۴-۲-۱. مقاصد کلیه و بعضیه

مقاصد به اعتبار تعلق آن به عموم اشخاص دو قسم می‌باشند شامل یکی مقاصد عمومی، که به همه اشخاص تعلق می‌گیرند مانند حفظ نظم و عقود و قراردادهای و روح تعاون و وجود اخلاق در جامعه^۱ و دیگری مقاصد خصوصی، که به همه اشخاص تعلق نمی‌گیرند، بلکه به بعضی اشخاص نفع و خیر آنها می‌رسد مانند انتفاع از بیع و مهریه (مختار الخادمی، ۱۴۲۹ق، صص ۱۸-۱۶).

۵-۲-۱. مقاصد قطعی و ظنی و موهوم

مقاصد قطعی مقاصدی هستند که دلایل فراوانی بر اثبات آنها وارد شده است مانند امنیت و حفظ اموال و اعراض. مقاصد ظنی مقاصدی هستند که به مرتبه قطع نمی‌رسند و پیرامون آنها اختلاف وجود دارد و مقاصد موهوم مقاصدی هستند که توهّم خیر بودن آنها می‌رود در حالی که خیر نیستند و علماً هم اصطلاحاً آنها را «مصلح ملغاه» نام نهاده‌اند (مختار الخادمی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۷)، مانند استفاده از مواد مخدر که اگرچه برخی را خوش آید ولی در آن صلاحی نیست (الحسنی، ۱۳۸۳، ص ۳۲۰).

۶-۲-۱. مقاصد اصلی و تبعی

برخی، مقاصد را به اعتبار بهره‌مندی مکلف از آنها به مقاصد اصلی و تابعه تقسیم کرده‌اند. مراد از مقاصد اصلی مقاصدی هستند که مکلف از آنها بهره‌مند نیست مانند غالب امور تعبدی و مقاصد تبعی آنها می‌باشند که بهره‌مندی مکلف معلوم است مانند ازدواج و بیع (الحسنی، ۱۳۸۳، ص ۱۸).

۱. همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، آنچه اینجا مقاصد کلیه نامیده شده، در کلام برخی به مقاصد عالیّه تعبیر شده است.

۲. ترتیب مصالح و سنجه‌های رفع تعارض میان آنها

میان مقاصد و مصالح تشریح و قانونگذاری ممکن است تعارض رخ دهد. در این صورت پرسش این است که چه معیارهایی برای ترجیح میان آنها وجود دارد؟

در دوره‌های مختلف تاریخ فقه همواره تلاش‌هایی برای ترتیب مصالح و سنجه‌های رفع تعارض میان آنها داشته‌اند و «مدی نخستین کسی است که مقایسه مقاصد را به حوزه فقه مقاصدی وارد کرد (اسلامی، ۱۳۷۴، ص ۳۰۷). پس از او عز بن عبد/اسلام نیز در فصلی تحت عنوان «تفاوت رتب المصالح» مصالح را به حسن و الاحسن و الفاضل و الافضل و مفاسد را به قبیح و الاقبح و الرذیل و ارذل تقسیم‌بندی می‌کند و برای هر کدام مرتبه عالی، دانی، متوسط و متساوی و غیرمتساوی در نظر گرفته و سپس به‌طور مفصل به تعارض مصالح می‌پردازد (ابن عبد/اسلام، ۱۴۱۷ق، صص ۱۸ به بعد). پس از ابن عبد/اسلام، شاطبی نیز تلاش‌های گسترده‌تری در این باره انجام داده است (شاطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۲، صص ۸ به بعد). اما در این میان، بیش از همه شیخ محمد بن طاهر بن عاشور در کتاب «مقاصد شریعت» چنین تلاشی را داشته و اعلام نموده است که در تعارض میان دو مصلحت، مصلحت بزرگ‌تر را باید مقدم داشت و ملاک‌های مصلحت بزرگ‌تر را بیان داشته است و در نهایت اعلام داشته که اگر از همه حیث مصالح مساوی باشند، تخییر جاری می‌شود. البته، تخییر بعد از فحوص زیاد و حصول یأس در شناخت مصلحت بزرگ‌تر جاری می‌شود (ابن عاشور، ۱۳۶۶ق، صص ۷۷ به بعد).

آنچه که میان دانشمندان فقهی در جهان اسلام قبل از شیخ عاشور و بعد از وی در خصوص نحوه رفع تعارض میان دو مصلحت یا دو مفسده و یا یک مصلحت و یک مفسده بیان شده است را می‌توان به شرح زیر بیان کرد.

فقه‌ها نخست از راه تعیین جایگاه مصالح پنج‌گانه یا شش‌گانه نسبت به یکدیگر اقدام می‌کنند و در مرحله بعد با به‌کارگیری معیار تقدیم مصالح ضروری بر حاجیات و خواسته‌های تحسینی و نیز تقدیم حاجیات بر تحسینیات، عمل می‌کنند. در فرضی که تعارض میان یک مقصد از یک مرتبه (مانند ضروریات) باشد در این صورت، معیارهای دیگری مانند تقدیم مصالح عمومی بر غیر عمومی، مصالح دائم بر موقت، تقدیم مصلحت کبیر نسبت به صغیر، مصلحت یقینی نسبت به موهوم، تقدیم اهم بر مهم و ... ارائه داشته‌اند. ما در ادامه به سنجه‌های ارائه شده می‌پردازیم.

۲-۱. ترتیب مقاصد

غزالی نخستین کسی است که مقاصد تشریح را رتبه‌بندی کرده است. از نظر او مقاصد پنج مرتبه هستند که به ترتیب عبارتند از دین، نفس، عقل (سیوطی، ۱۳۷۴، ص ۲۳۴) و نسل و مال (غزالی، ۱۴۳۳ق، ج ۱، ص ۳۱۳). بیضاوی نیز ترتیب بین مصالح را عبارت از حفظ نفس، دین، عقل، مال و نسب می‌داند (جزری، ۱۴۱۳ق، ص ۵۹) و در این ترتیب، حفظ نفس بالاتر از دین قرار می‌گیرد.

ابن سبکی به جای پنج مقصد، از شش مقصد به ترتیب زیر یاد می‌کند: حفظ دین، نفس، عقل، نسب، مال و عرض (ابن السبکی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۸۱). امام فخر رازی، نفس (سیوطی، ۱۳۷۴، ص ۲۳۴) و عقل را مقدم بر دین داشته و نیز مال را بر نسب مقدم داشته است (فخر رازی، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۶۰). برخی دیگر ترتیب مقاصد را عبارت از حفظ نفس، مال، عرض، عقل و دین می‌دانند؛ یعنی حفظ نسل را از مقاصد مصلحت و شریعت نمی‌دانند و حفظ عرض را جایگزین می‌کنند (ابن تیمیه، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۴۳ و الاسنوی، ۱۳۴۳ق، ج ۴، صص ۷۵ و ۸۴-۸۲).

شاطبی ترتیب معینی را اتخاذ نکرده است؛ چراکه در یک جا از دین، نفس، نسل، مال و عقل صحبت می‌کند (شاطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۱، ص ۱۹، ج ۲، ص ۵؛ ج ۳، ص ۵ و ج ۴، صص ۱۳ به بعد). در جایی دیگر دین، نفس، عقل، نسل و مال (شاطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۳، ص ۲۱) و در موضعی دیگر دین، نفس، نسل، عقل و مال را می‌آورد (شاطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۲، ص ۹۹). ابن عاشور دین، جان، عقل، ثروت و نسل را از اهداف ضروری شریعت می‌داند و عرض و نسب را در محدوده حاجیات می‌داند و نه ضروریات (الحسنی، ۱۳۸۳، صص ۳۱۸-۳۱۷).^۳

غزالی در مقال دیگری بیان می‌دارد که در تعارض مصالح و مقصودها باید آن را که

۱. به باور ما تلاش خود فرد برای حفظ این مقاصد به تنهایی کافی نیست بلکه دولت نیز وظیفه اصلی در حفظ و گسترش و شکوفایی این مقاصد دارد و مواردی مانند اجباری کردن آموزش و پرورش و واکناسیون اجباری اطفال و یا انجام آزمایش‌های پیش از ازدواج مثال‌هایی در راستای انجام این وظیف دولت می‌باشد.

۲. توجیه ایشان در تقدم حفظ نفس این است: «لان النفس محل ورود الاحکام فانعدامها انعدام من یتدین».

۳. البته گویا در ترجمه اشتباهی رخ داده است؛ چراکه ابن عاشور در صص ۸۱ تا ۸۲ کتاب «مقاصد الشریعه»، ضمن توضیح در خصوص انگیزه علما در خصوص انتخاب تعبیر علما، نسل را از ضروریات معرفی کرده و این در حالی است که در متن ترجمه، نسب یا نسل از ضروریات محسوب شده‌اند.

قوی‌تر است ترجیح داد و به همین جهت در صورت اکراه، گفتن کلمه‌ای که دال بر ارتداد او کند و یا شرب خمر، اکل مال غیر و ترک روزه و نماز، مباح است؛ زیرا پرهیز از سفک دم، شدیدتر از این امور می‌باشد. اما اکراه مباح‌کننده، زنا و قتل نمی‌باشد؛ زیرا محذوری که اکراه‌کننده، اکراه‌شونده را به آن تهدید می‌کند از قتل و زنا بالاتر نیست (غزالی، ۱۴۳۳ق، ج ۱، ص ۳۲۱). در این نظر غزالی دو اشکال وجود دارد؛ نخست آن که غزالی در سلسله مراتب مقاصد، مقصد دین را بر نفس ترجیح می‌دهد، در حالی که در اینجا هرچند نماز و روزه جزء دین هستند، برای حفظ نفس، ترک آنها تحت اکراه را پذیرفته است و بنابراین، تقدیم نفس بر دین رخ داده است. دوم آن که، هرچند غزالی عرض را جزء مقاصد و مصلحت‌های پنج‌گانه نیاورده اما اعلام داشته است که اکراه، مباح‌کننده زنا نمی‌باشد و در حقیقت، عرض را مقدم بر حفظ نفس دانسته است.

شاطبی دلیلی برای اختیار کردن این ترتیبات و تقدم و تأخر آنها ذکر نمی‌کند و تنها می‌گوید که دین بزرگ‌ترین چیز است و به همین جهت جان، مال و ... در راه آن داده می‌شود و بعد از دین، حفظ نفس مهم می‌باشد و قوام نسل، عقل و مال برای آن داده می‌شود (شاطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۲، ص ۹۹).

به نظر می‌رسد که این ترتیب در همه جا نمی‌تواند صادق باشد. برای مثال، اموری مانند امنیت ملی کشور و یا حفظ تمامیت ارضی کشور در کجا قرار می‌گیرند؟ افزون بر اینها، گاهی ممکن است میان دین یک شخص با جان هزاران شخص دیگر تعارض رخ دهد و لذا آیا در اینجا نیز باید دین را مقدم داشت یا آن که مقصد دین هنگامی مقدم بر سایر مقاصد می‌شود که ذات دین به‌طور کلی برای مدت طولانی در خطر باشد و نه نماز و روزه و حج یک شخص یا یک اجتماع؟

بنابراین، ترتیبات پنج‌گانه یاد شده، افزون بر ناکافی بودن و عدم هماهنگی با مفهوم ملت-کشور، گاه در همان بافت تقسیم جهان به دو دار کفر و اسلام نیز گم-راه‌کننده می‌باشد. یکی دیگر از عیب‌های این ترتیب مقاصد مواردی مانند مجازات زنا، محصنه می‌باشد که برای حفظ نسل است و از آنجا که مجازات آن سلب جان می‌باشد لذا باید بتوان این امر را توجیه کرد که چرا حفظ نسل بر حفظ نفس مقدم داشته نشده است. یکی از توجیه‌ها این می‌تواند باشد که زنا، هم از ضروریات دین است و هم از ضروریات حفظ نسل و لذا کسی که زنا انجام می‌دهد ضروریات دین را نقض کرده و در مقام تعارض دین بر نفس، مقدم می‌شود. اما اگر کسی دین را در مرتبه بعدی از حفظ نفس

قرار داده باشد در پاسخ به تکلف می‌افتد مگر آن که همگام با برخی فقها بر این باور باشد که مجازات زناى محصنه در هر صورت صد تازیانه می‌باشد.^۱ خلاصه آن که، فقهای قائل به نظریه مقاصد سعی کرده‌اند تا تعارض میان مقاصد را از طریق این که از کدام یک از مقاصد پنج‌گانه یا شش‌گانه می‌باشد، رفع کنند (ابن عاشور، ۱۳۶۶ق، ص ۹۰). اما ممکن است که تعارض میان دو مصلحت یا مفسده، از یک مقصد مانند دین، نفس، عقل، مال و ... باشد. در این صورت چه باید کرد؟ بنابراین، در اینجا تقسیم‌های دیگری مانند مقاصد ضروری، حاجتی و تحسینی نقش خود را باز می‌یابند.

۲-۲. تقدیم مصالح ضروری بر حاجتی و تحسینی

غزالی مصالح موردنظر شریعت را به ضروریات و حاجیات و تحسینیات تقسیم می‌کند و در مرتبه ضروریات به پنج هدف از شریعت یعنی حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال مردم اشاره می‌نماید و مثال‌های وجوب جهاد و قتل مرتدین و کفار از جمله مقرراتی است که به انگیزه حفظ دین صورت گرفته است. جعل قصاص به دلیل حفظ جان و احترام نهادن به خون انسان‌ها است. تحریم مسکرات به انگیزه حفظ عقل (که ملاک تکلیف است) و تحریم زنا به انگیزه حفظ نسل و وجوب مجازات سارق برای حفظ اموال می‌باشد. او همچنین، در مرتبه حاجیات از اذن ولی در نکاح فرزند صغیر خود (اعم از دختر و پسر) نام می‌برد (غزالی، ۱۴۳۳ق، ج ۱، ص ۳۱۳ به بعد). از کلام غزالی فهمیده می‌شود که میان این مرتبه‌ها سلسه مراتبی وجود دارد، اما ضابطه‌ای برای این تقدم ارائه نمی‌دهد. ضابطه سنجش میان مصالح را/بن عاشور به تفصیل بیان کرده است و در توضیح این که چرا در مقام تعارض مصالح ضروری و حاجتی و تحسینی، مصلحت ضروری بر حاجتی و مصلحت حاجتی بر تحسینی مقدم داشته می‌شود، بیان می‌دارد که با اختلال مصالح ضروری، مصالح حاجتی و تحسینی نیز اختلال می‌یابند و ضروری، اصل مقصود و حاجتی و تحسینی فرع می‌باشند (ابن عاشور، ۱۳۶۶ق، ص ۸۰).

بنابراین، در مقام حل تعارض میان مصالح، مباحث ارائه شده تا اینجا را می‌توان این‌گونه ارائه کرد که، چنانچه این تعارض‌ها در یک مقصد از رتبه‌های متفاوت رخ دهد

۱. ر.ک: موسوی بجنوردی، مصاحبه با روزنامه اعتمادی ملی در هفتم مرداد ماه ۱۳۸۶؛ نقل از وبلاگ ایشان به نشانی: <http://mousavibojnordi.blogfa.com/post-11.aspx>.

در این صورت به ترتیب ضروریات، حاجیات و تحسینیات مقدم می‌شوند. بنابراین، ضروری دین مقدم بر حاجتی دین می‌شود. چنانچه تعارض میان دو مقصد از مراتب یکسان باشد (مانند تعارض میان حفظ جان مادر که از مرتبه ضروریات مقصد حفظ نفس می‌باشد و جان جنین^۱ که از مرتبه ضروریات مقصد نسل می‌باشد) در این صورت، ترتیب مقاصد راهگشا است و اشخاصی که معتقدند که مقصد جان بالاتر از مقصد نسل قرار دارد، بر تقدم حفظ جان مادر باور خواهند داشت.

اگر تعارض میان دو مقصد از مرتبه‌های مختلف باشد ضابطه مراتب تعیین‌کننده است، مانند آن که کسی دیگری را تهدید به قتل کند در صورتی که کفر بر زبان نیاورد. در این صورت، اگر اکراه‌شونده در قلبش ایمان به خداوند باشد، می‌تواند کفر بر زبان جاری سازد. در حقیقت، در تعارض ضروری نفس و حاجی دین، ضروری نفس مقدم می‌شود.

اما اگر تعارض میان مصالح هم‌رتبه از یک مقصد باشد (مانند تعارض میان دو ضروری از مقصد حفظ دین) معیارهای ترتیب مقاصد و رتبه‌بندی آنها ناکارآمد است. لذا باید در جستجوی معیارهای دیگری برآمد. این خلأ را فقهای تقصیدی‌نگار در ادوار بعدی متوجه شدند و گفتند که اگر تعارض در میان یک مقصد و با رتبه‌های یکسان رخ دهد، مصلحت قوی‌تر مقدم داشته می‌شود (ابن قیم جوزیه، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۲۲).

ضابطه‌های متعدد دیگری نیز برای تشخیص مصلحت قوی‌تر ارائه شده است که در ادامه به برخی ملاک‌های مصلحت قوی‌تر و توضیح مختصری در مورد آنها می‌پردازیم.

۲-۳. تقدیم اهم بر مهم

برخی در باب تعارض مصالح گفته‌اند که باید اهم را بر مهم مقدم داشت و برای نمونه اعلام داشته‌اند که مصلحت حفظ اسلام بر همه مصالح، مصلحت حفظ حقوق مردم بر

۱. البته در فقه برخی قائل هستند که میان حالتی که در جنین روح دمیده شده با وضعیتی که روح دمیده نشده است باید تفاوت گذاشت و جنینی که روح در وی دمیده شده انسانی کامل است که دم وی محترم می‌باشد. اما ماده ۳۰۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قتل جنینی را که روح در وی دمیده شده است مستوجب تعزیر دانسته است و نه قصاص. در تبصره ماده ۷۱۸ این قانون نیز گفته شده است که «هرگاه جنینی که بقای آن برای مادر خطر جانی دارد به منظور حفظ نفس مادر سقط شود، دیه ثابت نمی‌شود».

۲. «الا من اکره و قلبه مطمئن بالايمان» (نحل: ۱۰۶).

غیر آن و در حقوق مردمان حفظ تمامیت جسمانی بر غیر آن مقدم است (کاظمی، ۱۴۱۶ق، صص ۳۳۵-۳۲۱).^۱

در قوانین نیز نمونه‌هایی از تقدیم اهم بر مهم دیده می‌شود از قبیل اجازه به وسایل نقلیه امدادی به انجام اعمالی مانند «توقف در محل ممنوعه»، «تجاوز از سرعت مجاز و سبقت از سمت راست وسیله نقلیه دیگر»، «عبور از طرف چپ راه و همچنین دور زدن در نقاط ممنوعه» و «گذشتن از چراغ قرمز...».^۲

۲-۴. ترجیح مصالح دائم بر مصالح موقت

منظور از مصلحت دائم مصلحتی دراز مدت نسبت به مصلحت معارض خود می‌باشد (علی‌دوست، ۱۳۹۰، صص ۵۴۲-۵۴۱).

آنچه که امروزه تحت عنوان «توسعه پایدار» از آن یاد می‌شود نمونه‌ای از ترجیح مصلحت دائم بر مصالح موقت است.^۳ در حقیقت، در این نوع نگاه تأکیدها بر مدیریت با دقت منابع با لحاظ نسل‌های آینده می‌باشد. برای مثال، جنگل‌ها بدین منظور که بتوانند نیاز انسان را برای چوب، اسباب‌خانه، تولید کاغذ و اسباب این‌چنینی تأمین کنند مورد نگهداری قرار نمی‌گیرند، بلکه برای نسل‌های آینده و حفظ محیط زیست و گونه‌های مختلف گیاهی، جانوری و ... و در نهایت تحقق عدالت زیست محیطی در کنار توسعه می‌باشد (گرگی‌فرد، ۱۳۹۲، صص ۳ و ۳۴ به بعد).

بنابراین، هرچند که استخراج، تحصیل و تقسیم منابع ملی جزء یکی از مقدمات پیشرفت کشور و نسل حاضر می‌باشد اما استخراج نکردن آن در مدتی کوتاه در مقایسه با حفظ مصالح نسل‌های آینده، این مصلحت زود گذر می‌نماید (علی‌دوست، ۱۳۹۰، صص ۵۴۲-۵۴۱).

به همین جهت در اصل پنجاهم قانون اساسی گفته شده است که «در جمهوری اسلامی، حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات اجتماعی

۱. «ماکان لحفظ بیضة الاسلام يقدم على كل شيء و ماکان من حقوق الناس يقدم على غيره، كما أن ماکان من تبيل الدماء و الفروج يقدم على غيره».

۲. بندهای الف تا ت ماده ۱۸۶ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی مصوب ۱۳۸۴/۳/۱۸ هیأت وزیران.

۳. بدیهی است که در این معنا مصلحت یک امر نسبی می‌شود، بدین معنا که همان مصلحت کوتاه مدت نسبت به کوتاه‌تر از خود، مصلحت دراز مدت می‌شود.

رو به رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌گردد. از این رو فعالیتهای اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است.»

۲-۵. تقدیم مصالح عمومی بر مصالح فردی

این ملاک را شاطبی در کتاب «موافقات» ارائه می‌دهد (شاطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۲، صص ۱۹۵ به بعد). او در مقام تعارض میان یک موضوع کلی و یک موضوع جزئی، موضوع کلی را مقدم داشته است؛ زیرا جزئی تنها جزئی از موضوع را شامل می‌شود که با انتفاء مصلحت جزئی تمام نظام موضوع از بین نمی‌رود، در حالی که امر کلی تمام کلی را در بر گرفته و با انتفاء موضوع کلی تمام موضوع از بین می‌رود و یا آسیب می‌بیند (شاطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۱، ص ۱۷۲).^۱

در اینجا برای نمونه می‌توان به «حق مالکیت» اشاره کرد. حق مالکیت اشخاص بر اموال خود یکی از حقوق مسلم پذیرفته شده در اسلام و ایران است و بدون رضایت مالک نمی‌توان در ملک غیر تصرف کرد و این تصرف شرعاً و قانوناً باطل بوده و مشمول شدیدترین حمایت‌ها شناخته شده است. مالکیت در جهان به نام غصب می‌باشد و حفظ مال نیز یکی از مقاصد پنج‌گانه قانونگذاری است. اما با این همه، توسعه راه‌ها و ساخت مراکز عمومی چون بیمارستان‌ها، مدارس، دانشگاه‌ها و پادگان‌ها، از مصالح عمومی است که بدون آنها زندگی بدون آسایش خواهد بود. به همین جهت، قانونگذار مصلحت مالکیت اشخاص را در صورت تعارض با این مصالح نادیده گرفته است و در «لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت» مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷،^۲ و «قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی

۱. ادا تعارض امر کلی و امر جزئی، فالکلی مقدم.

۲. به موجب ماده ۱ این قانون آمده است: «هرگاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی وزارتخانه‌ها یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، همچنین شهرداریها و بانکها و دانشگاه‌های دولتی و سازمانهایی که شمول قانون نسبت به آنها مستلزم ذکر نام باشد و از این پس "دستگاه اجرایی" نامیده می‌شوند به اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و اعتبار آن قبلاً وسیله "دستگاه اجرایی" یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تأمین شده باشد "دستگاه اجرایی" می‌تواند مورد نیاز را مستقیماً یا به وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند بر

موردنیاز شهرداریها» مصوب ۱۳۷۰/۸/۲۸ این امر را به خوبی می‌توان مشاهده کرد. همچنین، وضع مالیات نمونه‌ای از تعارض مصالح عمومی و فردی می‌باشد و دولت‌ها در این مسیر، مالکیت فردی اشخاص را نادیده می‌گیرند. اما در جایی که تعارض میان منافع دو فرد رخ می‌دهد، به نظر می‌رسد که اگر تعارض میان جان هر دو نفر باشد در اینجا معمولاً هر شخصی خود را نجات خواهد داد مگر آن که ایثار کند. البته، این نجات دادن نباید منجر به سلب جان دیگری برای نجات جان خود باشد.^۱ اما اگر شخصی می‌تواند از اموال خود بگذرد و یا بدون ضرر، جان شخصی را نجات دهد در این صورت اخلاق حکم می‌کند که وی برای نجات جان دیگری تلاش کند.^۲

۲-۶. تقدیم مصلحت دینی بر دنیوی

برخی بر این باورند که دین مهم‌ترین رکن است و در مقام تعارض با مصالح دیگر مصلحت دینی مقدم می‌شود (غزالی، ۱۴۳۳ق، ج ۱، ص ۲۵۸ و ابن عبدالاسلام، ۱۴۱۷ق، ص ۱۱۸). اما به نظر می‌رسد که برای تعیین ضابطه دینی بودن یک مصلحت نمی‌توان به‌طور قاطع نظر داد. برخی اعلام داشته‌اند که برای تشخیص مصالح دینی باید به شرع مراجعه کرد و برای تشخیص مصالح دنیا باید معیار تجربه را به کار گرفت (ابن عبدالاسلام، ۱۴۱۷ق، ص ۱۲۰). اما این را که خود شرع و دین چه می‌باشد، بیان نکرده‌اند. به نظر می‌رسد مواردی که جنبه عبودی محض دارند همچون نماز و ایمان قلبی به یگانگی

طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید.»

۱. در فقه ما در خصوص پذیرش اضطرار در قتل اختلاف وجود دارد و این اختلاف در میان حقوقدان‌ها هم به علت عدم تصریح قانونی دیده می‌شود (ر.ک: شاکری و علیپور، ۱۳۹۱، صص ۱۲۳-۱۰۳).
۲. به موجب بند ۱ قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۱۳۵۴/۳/۵ آمده است: «هرکس شخص یا اشخاصی را در معرض خطر جانی مشاهده کند و بتواند با اقدام فوری خود یا کمک طلبیدن از دیگران یا اعلام فوری به مراجع یا مقامات صلاحیتدار از وقوع خطر یا تشدید نتیجه آن جلوگیری کند بدون اینکه با این اقدام خطری متوجه خود او یا دیگران شود و با وجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری نماید به حبس جنحه‌ای تا یک سال و یا جزای نقدی تا پنجاه هزار ریال محکوم خواهد شد. در این مورد اگر مرتکب از کسانی باشد که به اقتضای حرفه خود می‌توانسته کمک مؤثری بنماید به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده هزار ریال تا یکصد هزار ریال محکوم خواهد شد...»

خداوند را می‌توان دینی نامید و لذا اکثر قریب به اتفاق احکام شرع برای مصالح خلق آمده است و دنیوی هستند. بنابراین، در خصوص موضوعی مانند جهاد می‌توان گفت که جهاد انواعی دارد و دقت در انواع آن یک هدف کلی را تحقق می‌بخشد و آن حفظ جامعه است. این هدف بیش از آن که دینی باشد دنیوی است، حتی جهاد ابتدایی. بنابراین، تقدیم ضابطه دینی بر دنیوی واجد اشکال می‌باشد؛ زیرا در صورت تعارض جهاد با نماز و روزه، جهاد بر آنها مقدم است (علی‌دوست، ۱۳۹۰، ص ۵۰۴). در حقیقت، در بسیاری موارد خداوند مصالح خلق را بر مصالح دین خود مقدم داشته است^۱ و لذا این سنجه را می‌توان این‌گونه بیان کرد که، در مقام تعارض مصالح راستین بندگان و دین، خداوند اهل سخت‌گیری بر بندگان خود نبوده و مصالح آنان را بر مصالح دین خود مقدم داشته است. اما موضوعی مانند ایمان به یگانگی خداوند، با آن که دینی محض است، بر تمام مصالح دینی دیگر سایه می‌اندازد و البته که ایمان قلبی مراد است که هیچ‌گاه با چیزی معارض نمی‌شود و نه ایمان زبانی که تقدیمی بر مصالح دیگر ندارد.

۲-۷. تقدیم مصلحت یقینی بر ظنی و تقدیم مصلحت ظنی بر مصلحت موهوم

در مقام تعارض، مصلحت یقینی بر ظنی مقدم است. برای نمونه، مصرف خمر با آن که منافعی در آن (به تعبیر قرآن)^۲ وجود دارد اما در نهایت یقیناً ضررهای انکارناپذیری بر رشد فردی و نیز در صورت شیوع افراطی آن، بر پیشرفت‌های اجتماع دارد. همچنین، در مقام تعارض مصلحت ظنی با مصالح موهوم، مصالح ظنی مقدم می‌شوند و این تقدم اجماعی است (ابن عاشور، ۱۳۶۶ق، ص ۹۰).

۲-۸. ترجیح مصلحت صغار و محجورین بر اشخاص رشید

صغیر و محجور، از تشخیص مصلحت خود و تلاش در جهت جلب مصلحت یا دفع مفسده از خود ناتوان می‌باشند و لذا در مقام تعارض میان مصلحت ایشان و کبیر، اخلاق حکم می‌کند که حقوق آنها پایمال نشود. اما اگر این تعارض در جان باشد در این صورت صغیر و محجور، رشید انگاشته می‌شوند و انتظار نمی‌رود که رشید برای نجات

۱. برای دیدن نظر موافق و مثال‌هایی مانند شکستن روزه در فرض نجات غریق و عدم روزه در فرض بیماری ر.ک: الاسنوی، ۱۳۴۳ق، ج ۳، صص ۱۸۷ و ۲۸۷.

۲. «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا...» (بقره: ۲۱۹).

جان صغیر، جان خود را به خطر اندازد. نمونه‌ای از ترجیح مصلحت صغیر بر مصلحت کبیر را می‌توان در دادنامه شماره ۹۲۰۱۴۱۱-۹۲/۹/۳۰- صادره از شعبه ۲۳۳ دادگاه خانواده تهران مشاهده کرد که حاکی از آن است که زوج به جهت اعتیاد شوهرش دعوی طلاق مطرح می‌نماید و دادگاه دعوی وی را با دو استدلال محکوم به بطلان می‌کند؛ نخست به جهت عدم ارائه دلیل و دوم این که، زوجین فرزند مشترک ۲۱ ماهه دارند و طلاق را به مصلحت آنها نمی‌داند. به موجب این دادنامه آمده است: «در خصوص دادخواست تقدیمی خانم خ.ح. فرزند ع. متولد ۱۳۵۱ به طرفیت همسرش آقای ب.م. فرزند ه. به خواسته صدور حکم طلاق توجهاً به اوراق و محتویات پرونده نظر به اینکه خواهان در مورد اعتیاد زوج به مواد مخدر هیچ‌گونه دلیل و مدرکی ارائه نداده و در مورد تأدیه و تأمین نشدن نفقه نیز می‌توانست شکایت کیفری و حقوقی نماید ضمن اینکه فرزند مشترک ۲۱ ساله [ماهه] دارند و طلاق به مصلحت آنها نیست علی‌هذا خواسته موجه نبوده استناداً به مواد ۱۲۵۷ قانون مدنی بطلان دعوی مشارالیه را صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره حضوری بوده و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل اعتراض در محاکم تجدیدنظر استان تهران و سپس قابل فرجام در دیوان عالی کشور است». بر طبق این دادنامه (که عیناً در شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۱۹۸۴۰۲۲۲۶۰۹۹۷۰۹۲۰ تاریخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۰ تأیید شده است)، دادگاه «مصلحت» صغیر را بر «حق» رشید ترجیح داده است.^۱

۲-۹. درأ المفاسد اولی من جلب المنافع (تعارض مصلحت و مفسده)

در ماده ۳۰ «قانون المجلة عثمانی» آمده است که «درأ المفاسد اولی من جلب المنافع» و مانند این جمله از سعدی است که «دروغی مصلحت‌آمیز به که راستی فتنه‌انگیز» و یا از قبیل انکار ودیعه است هنگامی که غاصبی به زور می‌خواهد آن را برگیرد؛ چراکه انکار ودیعه در این صورت حفظ خود مال محسوب می‌شود.

۱. این رأی پرسش‌های مختلفی را مطرح می‌کند مانند آن که، این مصلحت به فرض واقعی بودن تا چند سال می‌تواند مانع اعمال «حق» مادر شود؟ آیا اگر طرف دعوا والدین طفل نبودند باز هم دادگاه مصلحت صغیر را بر حق رشید ترجیح می‌داد؟ اگر پدر خواستار طلاق بود چطور؟ ما در این مقال در مقام ارزیابی این رأی نیستیم اما دلیری دل این دادگاه می‌تواند منشأ قوانینی در این مورد باشد که ضمن رعایت مصلحت، در چنین مواردی «حق» نیز به کلی زائل نشود.

اما باید توجه داشت که در بسیاری از امور، مصلحت و مفسده به هم آمیخته هستند و نمی‌توان برای درأ مفسده کوچکی، جلب منفعت بزرگی را رها کرد. به همین جهت باید با کسانی همگام شد که بر این باورند که در تعارض میان مفسده و مصلحت، غالب آن مقدم می‌شود (ابن عبدالاسلام، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۶۸)؛ زیرا هرچند توجه شرع به دفع مفسده بیشتر از جلب منفعت می‌باشد اما در مقام ترجیح مصلحت‌ها و مقاصد باید سنجه‌های مختلف را کنار هم دید.

اگر جلب منفعت و درأ مفسده هر دو مساوی باشند در اینجا اختلاف نظر وجود دارد که کدام یک بر دیگری مقدم خواهد شد (دردور، ۱۴۳۶ق، ص ۲۹۱).

به باور ما، در هنگام تعارض یک مصلحت با یک مفسده باید سنجه‌های زودگذر را رها کرد. بنابراین، اگر برگزیدن یک سیاست اقتصادی موجب رسیدن به منافعی در کوتاه مدت شود اما در بلند مدت کشور را به تورم یا رکود دچار کند، بی‌تردید باید آن را رها کرد.

۲-۱۰. تعارض میان دو مفسده

گاه تعارض میان دو مفسده رخ می‌دهد و در این میان باید دید که میزان کدام ضرر بلند مدت وارده از هر مفسده از حیث کمی و کیفی بیشتر است و آن را کنار زد. در فقه ما گفته شده است که اگر گروهی در مضیقه قرار گیرند که راه نجات آنها قتل و خوردن یکی از آنها باشد که ریختن خورش جایز نیست، این امر جایز نمی‌باشد حتی اگر کافر ذمی یا معاهد باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۵) و نیز گفته شده است که هرگاه گروهی در دریا دچار حادثه دریایی شوند و نجات آنها در گرو انداختن یکی از سرنشین‌های کشتی در آب باشد این امر جایز نیست (غزالی، ۱۴۳۳ق، ج ۱، ص ۱۰۱).

در عین حال این حکم هم آمده است که چنانچه کفار که در هنگام جنگ مسلمین را سپر انسانی خود قرار دهند (ترس)، با این که حفظ جان از مرتبه ضروریات است، باید ضرر ناشی از عدم کشتار کفار و ضرر کشتار مسلمین را بررسی کرد؛ در صورتی که این امر منجر به شکست مسلمین شود یا موجب تصرف سرزمین‌های اسلامی شود، مجوز هجوم به دشمنان ولو به قیمت به مخاطره افتادن جان مسلمانان داده می‌شود. این که این ناهمخوانی را چگونه می‌توان جمع کرد، به نظر می‌رسد که در قضیه ترس، تعارض میان ذات دین به‌طور کلی و جان برخی مسلمانان باشد و در اینجا دین مقدم داشته

شده است. اما در مثال‌های دیگر، تقدیم جان عموم بر یک نفر مطرح است که مقدم داشته نمی‌شود؛ چون همه آنها نفس واحده هستند.^۱

مثال‌های زیادی در این باره در کتاب «جواز» عز بن عبد‌الاسلام می‌توان یافت، مانند جواز خوردن مال یتیم در صورت ضرورت، یا شهادت کذب یا حکم غیر حق در صورت اکراه به قتل مشروط بر آن که شهادت منجر به قتل یا هتک عرض نشود (ابن عبد‌الاسلام، ۱۴۱۷ق، ص ۱۱۸).

۲-۱۱. سایر سنجه‌ها

در کنار سنجه‌های فوق می‌توان سنجه‌های قابل اعمال دیگری را نیز معرفی کرد که عبارتند از: سهولت مصلحت برای مکلف، موسع بودن یکی از مصالح، ترجیح عمل مؤکد شارع، ترجیح اصل بر فرع (الحسنی، ۱۳۸۳، ص ۳۷۷ و شاطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۲، صص ۱۹۵ به بعد)، موافقت مصلحت با تکوین و فطرت و نزدیکی مصلحت به مقاصد کلان شریعت (علی دوست، ۱۳۹۰، صص ۵۴۵-۵۵۲).

۱. «فَكأنما قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً» (مائده: ۳۲).

نتیجه

مقاصد تشریح، در اصل نظریه‌ای است برای تعلیل‌پذیری احکام اسلامی و به‌کارگیری درست آن و توسعه آن به فراتر از مقاصد پنج‌گانه (دین، جان، عقل، نسل و مال) و یا شش‌گانه (مقاصد پنج‌گانه به اضافه عرض) می‌تواند همسویی بیشتری میان نیازها با ضرورت‌ها ایجاد کند. جا دارد مقاصدی مانند عدالت، نظم، کرامت انسانی و نوع‌دوستی نیز جای خود را در میان این مقاصد باز کنند و کلیت آن با مفهوم دولت-کشور هماهنگ شده و مواردی مانند امنیت ملی و حفظ تمامیت ارضی نیز در این مقاصد نقش داشته باشند.

در وضعیت کنونی در ترتیب مقاصد به نظر می‌رسد که دین به معنای ذات دین و کلیت آن در اسلام از اهم مقاصد است و مقدم بر سایر مقاصد می‌باشد. از آنجا که بیشتر احکام اسلام (حتی خمس و زکات) بیش از آن که جنبه الهی محض داشته باشند جنبه اجتماعی دارند، مراد ما از دین در این مقال، امور صرفاً عبادی مانند ایمان به یگانگی خداوند می‌باشد. پس از دین، حفظ جان مقصد بعدی می‌باشد و حفظ دین افراد جامعه به نحوی که به موجودیت دین در جامعه خدشه‌ای اساسی وارد نکند بعد از حفظ جان قرار می‌گیرد. پس از مقصد حفظ جان، حفظ عقل مقصد بعدی است اما تنها عقل فردی منظور نمی‌باشد و عقل جمعی را نیز باید در نظر داشت. در همین راستا دولت بایستی برنامه‌های گسترش علم و نیز حمایت از اختراعات و مخترعین را به کمال انجام دهد تا دانش در جامعه توسعه یابد. پس از حفظ عقل، حفظ نسل مطرح است و مراد از نسل، تنها نسل یک فرد نمی‌باشد و دولت در این راه، برنامه‌هایی مانند واکسناسیون عمومی و الزام به انجام آزمایش بیماری‌های مسری و نیز سیاست‌های جمعیتی را باید دنبال کند. پس از همه اینها مقصد حفظ مال قرار می‌گیرد که ثروت‌های ملی را نیز در بر می‌گیرد. این مقاصد هر کدام سه مرتبه ضروری و حاجی و تحسینی را دارا می‌باشند و در این میان در مقام تعارض مقاصد، خواه در یک مقصد و خواه در مقصدهای مختلف، نخست باید مرتبه ضروری بودن یا حاجی بودن یا تحسینی بودن آنها را در نظر گرفت و مرتبه ضروری بر حاجی و مرتبه حاجی بر تحسینی مقدم می‌شود. بنابراین، در تعارض میان ضروری ذات دین و ضروری جان، ضروری دین مقدم می‌شود، چنانکه در تعارض ضروری جان و حاجی دین، ضروری جان مقدم می‌شود. اما اگر تعارض میان یک مقصد در رتبه‌های یکسان باشد، مصلحت قوی‌تر مقدم داشته می‌شود و برای تشخیص

مصلحت قوی‌تر سنجه‌هایی همچون تقدیم مصالح اهم بر مهم، ترجیح مصالح دائم بر مصالح موقت، تقدیم مصالح عمومی بر مصالح فردی، تقدیم مصلحت دنیوی بر دینی، تقدیم مصلحت یقینی بر ظنی و تقدیم مصلحت ظنی بر مصلحت موهومی، ترجیح مصلحت صغار و محجورین بر افراد رشید، موافقت مصلحت با تکوین و فطرت و نزدیکی مصلحت به مقاصد کلان شریعت و ... مطرح است.

فهرست منابع

الف. منابع فارسی

۱. اسلامی، سیدحسن؛ *اهداف دین در زندگی: درنگی بر نظریه المقاصد عند الامام الشاطبی*، فلسفه و کلام نقد و نظر، شماره ۵، ۱۳۷۴.
۲. حاجیان فروشانی، زهره؛ *مظهر قرامکی، علی و امام، سیدمحمد رضا؛ بررسی حجیت استقرا در کشف مقاصد شریعت، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۴۷، شماره ۱، ۱۳۹۳.*
۳. الحسنی، اسماعیل؛ *مقاصد شریعت از نگاه ابن عاشور*، ترجمه مهدی مهریزی، صحیفه خرد، قم، ۱۳۸۳.
۴. ریسونی، احمد؛ *اهداف دین از نگاه شاطبی*، برگردان سیدحسن اسلامی و سیدمحمدعلی ابهری، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۵. شاکری، ابوالحسن و علیپور، عادل؛ *حکم قتل عمدی ناشی از اضطرار در حقوق ایران و استرالیا*، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱.
۶. علی دوست، ابوالقاسم؛ *فقه و مصلحت*، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم، تهران، ۱۳۹۰.
۷. گرجی فرد، حمیدرضا؛ *جرم‌شناسی سبز و جرایم زیست محیطی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.
۸. موسوی بجنوردی، مصاحبه با روزنامه اعتمادی ملی در هفتم مرداد ماه ۱۳۸۶ به نقل از <http://mousavibojnordi.blogfa.com/post-11.aspx>.

ب. منابع عربی

۹. ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم؛ *فتاوی الکبری*، تحقیق و تعلیق و تقدیم محمد عبدالقادر عطا و مصطفی عبدالقادر عطا، بی‌نا، بیروت، بی‌تا.
۱۰. ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم؛ *مجموع فتاوی: ... من الفهارس العامه و التقریب*، جلد ۲، جمع و ترتیب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمی النجدی الحنبلی، ساعده ابنه محمد، مؤسسة الرسالة، بیروت، ۱۴۱۸ق.
۱۱. ابن عاشور، محمد الطاهر؛ *مقاصد الشریعة الاسلامیة*، المطبعة الفنية، الطبعة الاولى، تونس، ۱۳۶۶ق.

۱۲. ابن عبدالاسلام، عز (=۱۹۹۷م)، *مختصر الفوائد فی الاحکام المقاصد (القواعد الصغری)*، تقدیم و تحقیق و تعلیق: صالح بن عبدالعزيز بن ابراهیم آل منصور، دار الفرقان لنشر و التوزیع، طبعة الاولى، ریاض، ۱۴۱۷ق.
۱۳. الاسنوی، عبدالرحیم بن حسن؛ *نهايت السؤل فی شرح منهاج الاصول ناصرالدين عبدالله بن عمر البيضاوی*، مع حاشیه محمد بخیت المطیعی، جلد ۳ و ۴، عالم الکتب، بیروت، ۱۳۴۳ هـ ق.
۱۴. الجزری، شمس‌الدین محمد بن یوسف؛ *معراج المنهاج: شرح منهاج الوصول الى علم الاصول للقاضي ناصر الدين البيضاوی*، حققه و قدم له شعبان محمد اسماعیل، دار ابن حزم، بیروت، ۱۴۲۴ق.
۱۵. الجوزیه، شمس‌الدین ابی عبدالله محمد بن قییم؛ *مفتاح دار السعادة و منشورات ولاية العلم و الارادة*، حققه و خرج احاديثه و علق عليه بشیر محمد عیون، جلد ۲، مكتبة دار البيان، دمشق، ۱۴۱۹ق.
۱۶. السبکی، عبدالوهاب بن علی؛ *جمع الجوامع*، ضمن حسن بن محمد عطار، (حاشیه العطار علی جمع الجوامع)، جلد ۲، دار الکتب العلمیة، بیروت، بی تا.
۱۷. السیوطی، جلال‌الدین؛ *الاشباه و النظائر فی الفروع و شرحية المواهب السنیة و الفرائد البهیة*، طبعة الدار الفکر، بیروت، ۱۴۱۵ق.
۱۸. العاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ *مسالك الافهام*، جلد ۱۲، مؤسسة المعارف الاسلامیة، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.
۱۹. دردور، الیاس؛ *محاضرات فی مقاصد الشریعة*، دار ابن حزم، طبعة الاولى، بیروت، ۱۴۳۶ق.
۲۰. رازی، فخرالدین؛ *المحصول فی علم اصول الفقه*، جلد ۵، دراسه و تحقیق طه جابر فیاض العلوانی، مؤسسة الرسالة. بی تا.
۲۱. شاطبی، ابراهیم بن موسی بن محمد؛ *المواقفات*، جلد ۱ الی ۴، شركة ابناء شریف الانصاری، الطبعة الاولى، بیروت، ۱۴۳۲ق.
۲۲. عطیه، جمال‌الدین محمد؛ *نحو تفعيل مقاصد الشریعة*، المعهد العالمی للفکر الاسلامی، طبعة الثانية، فرجینیا، آمریکا، ۱۴۲۹ق.

۲۳. غزالی، ابو حامد محمد بن محمد؛ *المستصفی من علم الاصول*، جلد ۱ و ۲، شرکه ابناء شریف الانصاری، بیروت، ۱۴۳۳ق.
۲۴. کاظمی خراسانی، محمدعلی؛ *فوائد الاصول / من افادات محمدحسین الغروی النائینی*، جزء ۱-۲، جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
۲۵. مختار الخادمی، نورالدین؛ *ابحاث فی مقاصد الشریعة*، مؤسسة المعارف، الطبعة الاولى، بیروت، ۱۴۲۹ق.

**Order of Legislation Purposes in Islam and the Standards for
their Conflicts**

Mohammadmahdi Azizollahi *

Badie Fatfi **

Mahdi Naseri Dowlatabadi ***

Received: 22/11/2017

Accepted: 18/02/2018

Abstract

Without any doubt, the act of legislation, without considering the purposes that by their nature, the decree belonged to, is troublemaking and unreasonable. In Islamic law, which is based on wisdom, the “art of purposes” used for explanation of the aims of Islamic principles. Some scholars consider protection of religion, life, wisdom, generation and property as five purposes of legislation while some others also add respectability to this list. However, according to the opinions of a group of scholars, such purposes are inadequate because the list does not include justice, altruism and security. Apart from the type and number of purposes, what is the order of legislation purposes in Islamic law? In case of conflict between such purposes, which one prevails? And, what standards existed for tackling the conflict between the expedient and harmful effects of such purposes? This article tries to answer the aforementioned questions.

Key words: *Legislation Purposes, Expedient and Harmful Effects, Legislation, Conflict in Effects of Legislation Purposes.*

* Assistant Professor at Law Faculty of Qom University.
mm.azizollahi@qom.ac.ir

** Ph.D Student of Private Law at Qom University.
bazm.2636@yahoo.com

*** Ph.D Student of Private Law at University of justice.
naserimahdi88@yahoo.com