

واکاوی مصادیق قاعده دفع افسد به فاسد در حقوق مدنی ایران با رویکردی بر فقه امامیه

زهرة سادات میری^۱

چکیده

یکی از مهمترین مسأله مورد توجه اسلام قوام جامعه و برقراری نظم اجتماعی و توقف تکلیف بر قدرت انسان است. برای جلوگیری از فروپاشی نظم جامعه در زمان حدوث نزاحمات به لحاظ شرایطی مانند محدودیت زمان، عاجز بودن مکلف از امتثال دو تکلیف، عقل حکم می کند برای پرهیز از انجام فعل افسد، فعلی را که مفسده کمتری دارد انجام دهد که به آن «دفع افسد به فاسد» میگویند. قاعده دفع افسد به فاسد یک قاعده فقهی است و مجرایش باب نزاحم است و در تمام ابواب فقه جاری می شود. بر تبعیت احکام از مفسد و مصالح مبتنی است.

۱. سطح سه تفسیر و علوم قرآنی؛ فقه و اصول مجتمع آموزش علوم اسلامی کوثر؛

مفاد قاعده، جواز ارتکاب فاسد در صورت اضطرار به ارتکاب فاسد و افسد، است. اگر شخص در تزامم فاسد و افسد، افسد را انجام دهد، معصیت کرده است، زیرا فاسد، فعل حرامی است که به منظور دفع افسد، مباح شده و با وجود فعل مباح، انجام فعل حرام جایز نیست. مصادیق قاعده دفع افسد به فاسد در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران بر اساس روش کتابخانه‌های و روش تلفیقی (توصیفی - تحلیلی) مورد بررسی قرار گرفته است. برای اثبات قاعده فوق میتوان به کتاب، سنت و عقل استناد کرد. از مصادیق این قاعده در فقه امامیه، دفع ضرر و مفسده سحر با سحر، نجات غریق که مستلزم لمس نامحرم است، جواز شکافتن شکم مادر فوت شده برای نجات فرزند و ... می باشد. و ماده ۸۸، ۳۴۹ و ۴۸۵ حقوق مدنی ایران از مصادیق این قاعده می باشد.

واژگان کلیدی: قاعده، دفع، افسد، فاسد، حقوق مدنی ایران، قاعده دفع افسد

به فاسد

مقدمه

قاعده دفع افسد به فاسد از جمله کاربردیترین قواعد فقهی است که در اکثر ابواب فقه جاری است. مفاد قاعده این است: گاهی انسان بر سر یک دو راهی قرار میگیرد که هر دو ناخوشایند است، ولی یکی از دیگری ناخوشایندتر است. در چنین

مواردی، عقل حکم میکند که برای پرهیز از امر ناخوشایندتر، انسان به استقبال امری که ناخوشایند است، برود. مفاد این قاعده جواز ارتکاب فاسد در صورت اضطرار به ارتکاب فاسد و افسد، است.

وسعت دامنه قاعده دفع افسد به فاسد و کاربردی بودن آن در بسیاری از ابواب فقه و حقوق، جایگاه آن را در نظر فقها و حقوقدانان بسیار ویژه نموده و گستردگی بهره‌برداری از آن در مواقع اضطرار پیش آمده، نقش بسیار مهم در مباحث فقهی و حقوقی به آن داده است. بنابراین، هنگام تزامن دو چیزی که حرام شده یا دارای مفسده است آنچه درجه آن کمتر است انتخاب میشود و در صورتی که بتوان به طریق صحیح از هر دو چیزی که حرام شده، پرهیز کرد جایی برای کاربرد این قاعده وجود ندارد. در خصوص قاعده دفع افسد به فاسد مقالات و پایان‌نامه‌هایی نوشته شده است ولی تحقیق جامع و مستقلی در خصوص مصادیق این قاعده در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران صورت نگرفته است.

قاعده دفع افسد به فاسد

از قاعده دفع افسد به فاسد با عناوینی مانند: "الضرر الاشد یزال بالضرر الاخف"، "یختار اهون الشرین"، "یدفع اعظم الضررین بارتکاب اخفهما" (زحیلی، ۱۴۲۷هـ.ق، ج ۱، ص ۲۱۹) تعبیر میشود، گاهی انسان بر سر یک دو راهی قرار میگیرد که هر دو ناخوشایند است، ولی یکی از دیگری ناخوشایندتر است. در چنین

مواردی، عقل حکم میکند که برای پرهیز از امر ناخوشایندتر، انسان به استقبال امری که ناخوشایند است، برود (السعیدان، بی تا، ج ۳، ص ۱۱) و این همان چیزی است که به عنوان «دفع افسد به فاسد» معروف است. مفاد قاعده فوق جواز ارتکاب فاسد در صورت اضطرار به ارتکاب فاسد و افسد، است.

هنگام تزامم دو چیزی که حرام شده یا دارای مفسده است آنچه درجه آن کمتر است انتخاب میشود و در صورتی که بتوان به طریق صحیح از هر دو چیزی که حرام شده، پرهیز کرد جایی برای کاربرد این قاعده وجود ندارد. بنابراین، نمونه های ذیل از تحت این قاعده خارج است:

الف. جایی که دو مفسده شدید و ضعیف بر دو نفر واقع شود؛

ب. جایی که دو مفسده بر یک نفر واقع شود، اما فسادشان مساوی باشد؛

ج. جایی که بتوان از انجام دادن دو مفسده خلاصی جست؛

د. جایی که مکلف نسبت به یک طرف مفسده مضطر و مجبور به انجام دادن

آن شود.

تعریف قانون و حقوق مدنی

قانون مدنی مجموعه ای از مواد قانونی است که اساسی ترین قواعد قانونی

حاکم بر ارتباطات اشخاص با یکدیگر را در جامعه بیان می کنند. حقوق مدنی مهم

ترین شاخه حقوق خصوصی است که به بررسی و تنظیم روابط افراد جامعه با

یکدیگر صرف نظر از عنوان و موقعیت اجتماعی آن‌ها می‌پردازد. مهمترین مسائلی که در قانون مدنی هر کشور به آن‌ها پرداخته می‌شود، عبارتند از: احوال شخصیه اعم از اهلیت و وضعیت، قراردادها و عقود، مسئولیت مدنی، حقوق تعهدات و حقوق خانواده اعم از ازدواج و طلاق.

حکم فقهی ارتکاب فاسد

در تزامن حکم اهمّ با مهمّ و فاسد با افسد بدون شک به حکم عقل، ارتکاب اهمّ بر مهمّ و فاسد بر افسد مقدم میشود. در تزامن دو حرام با فاسد و افسد، در برخی محرمات شرعی، فتوای فقها این است که در صورت صدق عنوان مصلحت یا مصلحت اهمّ، حرمت محرمات ساقط می‌شود و به جواز تبدیل می‌گردد. برای مثال، دروغ حرام است، اما هنگام ضرورت جایز است. به این دلیل که "الضرورات تبيح المحظورات"؛ ضرورت‌ها آنچه را ممنوع است مباح می‌کنند و بر جواز دروغ برای دفع ضرر مالی و جانی از خود یا دیگری اخبار مستفیض یا در حد تواتر وارد شده است و عقل در تزامن محرمات مستقلاً حکم می‌کند به ارتکاب آنچه که قبح کمتری دارد. فعل فاسد نیز در این فرض دارای مصلحت می‌شود، زیرا به واسطه آن مفسده بزرگ تر دفع می‌گردد. (انصاری، بی تا، ج ۱، ص ۲۱)

کاربرد قاعده دفع افسد به فاسد به هنگام اضطرار به ارتکاب محرمات و مفسد است، به طوری که مکلف در مقام عمل توانایی ترک هر دو حرام و مفسده را

ندارد. زیرا اضطرار صفتی است که در اثر قرارگرفتن شخص در آن شرایط و موقعیت، بر وی عارض می شود، و روی آوردن مضطر به فعلی، در شرایط عادی و غیر اضطراری، حرام و محظور است. (محقق دادماد، ۱۴۰۶ هـ ق، ج ۴، ص ۱۲۵) در قاعده دفع افسد نیز شخص در موقعیتی است که ناگزیر است یکی از دو طرف حرام و مفسده را مرتکب شود.

حال اگر مکلف فاسد را ترک کند و فعل افسد را انجام دهد عصیان کرده و باید مجازات شود. زیرا فاسد فعل حرامی است که به منظور دفع افسد، مباح شده است و در این وضعیت تراحم بین فعل مباح و حرام است و علما چنین تراحمی را قبول ندارند و روشن است که مکلف باید فعل مباح را مرتکب شود. لذا گفته اند اگر کسی به جای عمل به اهم، مهم را امثال کند عصیان کرده و باید مجازات شود. (الصفار، ۱۴۲۹ هـ ق، ص ۵۶۱)

برای جاری شدن قاعده دفع افسد به فاسد شروطی مانند تراحم، ناتوانی مکلف از ترک دو تکلیف، اشتراک حکم، نبود جایگزین لازم است.

مبانی قاعده دفع افسد به فاسد

برای اثبات حجیت این قاعده از آیات قرآن به آیهی ۲۱۷ سوره بقره، آیهی ۱۴۸ سوره نساء، آیهی ۳ سوره مائده، آیهی ۷۹ سوره کهف، آیهی ۹ سوره حجرات و از سنت به مسوغات کذب در موارد خاص، سیرهی عملی رسول اکرم (صلی الله

علیه و آله و سلم) در کندن درخت سمره بن جندب، سیره‌ی امام صادق(علیه السلام) در دفع خطر از اصحاب و شیعیان خود به واسطه نکوهش کردن و طعن وارد کردن بر آنها، قبول ولایت عهدی سلطان جائری چون مأمون توسط امام رضا(علیه السلام) استدلال نموده‌اند.

علاوه بر آیات و روایات، عقل و سیره عقلا نیز بر تقدیم فاسد بر افسد دلالت دارد. چرا که اگر انسان در ارتکاب بین دو قبیح، مضطر گردد بدون شک، عقل به جواز بلکه وجوب ارتکاب کمترین قبیح، حکم خواهد کرد و سیره عقلاء نیز بر همین رویه منعقد است.

مصادیق قاعده دفع افسد به فاسد در فقه امامیه

در دین مقدس اسلام بسیاری از احکام در باب تزاحم و مانند آن به استناد قاعده دفع افسد به فاسد صادر شده و ارتکاب قبیح کمتر جایز شمرده شده است. محدودیت امکانات و وسعت احتیاجات و ضرورت رفع حوائج، در بسیاری از روابط اجتماعی، تزاحم پیش می‌آورد که جز با همین قاعده قابل معالجه نیست. در ذیل به برخی از مصادیق این قاعده در فقه امامیه اشاره می‌گردد:

۱. دفع ضرر و مفسده سحر با سحر

سحر در لغت به معنای خدعه و نیرنگ، چشم بندی، اظهار باطل در چهره حق، برگرداندن چیزی از مسیر درست آن و هر چیزی که منشأ و سبب آن دقیق و

(لطیف باشد. برخی لغویان گفته اند: اصل سحر تبدیل چیزی از حقیقت خود به غیر آن است و به عمل ساحر از این جهت که باطل را به صورت حق نشان می دهد و چیزی را در خیال افراد، خلاف حقیقت آن نمایان می سازد، سحر گفته اند.) (ابن منظور، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۴، ص ۳۴۸)

از بررسی حدود ۵۱ مورد، کلمه «سحر» و مشتقات آن در سوره های قرآن از قبیل: طه، شعراء، یونس، اعراف، و ... راجع به سرگذشت پیامبران خدا: موسی، عیسی، و پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) به این نتیجه می رسیم که سحر از نظر قرآن به دو بخش تقسیم می شود:

الف. سحر کاذب: آنجا که مقصود از آن فریفتن و تردستی و شعبده و چشم بندی است و حقیقتی ندارد چنان که می خوانیم: «فَلَمَّا أَلْقَوْا سَحَرُوا أَعْيُنَ النَّاسِ وَ اسْتَرْهَبُوهُمْ» (اعراف، ۱۱۶)؛ «هنگامی که ریسمان ها را انداختند چشم های مردم را سحر کردند و آنها را ارباب نمودند». در آیه دیگر آمده است: «... فَاذَا حَبَّالَهُمْ وَ عَصِيَّهُمْ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سَحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى» (طه، ۶۶)؛ «ریسمان ها و عصاهای جادوگران زمان موسی در اثر سحر، خیال می شد که حرکت می کنند». و از این آیات روشن می شود که سحر دارای حقیقتی نیست، که بتواند در اشیا تصرفی کند و اثری بگذارد بلکه این تردستی و چشم بندی ساحران است که آن چنان جلوه می

دهد.

ب. **سحر واقعی:** در قرآن آیاتی داریم که می‌رساند یک نوع از سحر و واقعیت دارد چنان که می‌خوانیم: «فَقَالَ إِن هَذَا إِلا سِحْرٌ يُؤْثِرُ» (مدثر، ۲۴)؛ «این نیست جز سحر جالب» از این آیه در می‌یابیم یک نوع سحر مؤثر، که به راستی روی اشیا نیز اثر می‌گذارد وجود دارد.

سحر و جادو فی الجمله حرام است و از گناهان کبیره به شمار می‌رود. در حرمت آن میان فقها هیچ اختلافی نیست، بلکه از ضروریات دین است. (انصاری، ۱۴۱۵ هـ ق، ج ۱، ص ۲۵۷)

در مورد یادگرفتن سحر و عمل به آن دیدگاه فقهای اسلام، این است: «تعلم السحر و تعلیمه و التکسب به و أخذ الاجرۃ علیه حرام محظور» (طوسی، ۱۴۰۰ هـ ق، ج ۱، ص ۳۶۶)؛ یاد گرفتن جادوگری حرام و آموزش دادن و آموختن آن به منظور به کار بستن و نیز دریافت اجرت در ازای یاد دادن آن حرام و باطل است؛ چنانچه «أما تعلمه لانه من العلوم أو لأنه قد یحتاج إلی عمله و لو عند الاضطرار فالظاهر جوازه» (نجفی، ۱۴۰۴ هـ ق، ج ۲۲، ص ۷۸)؛ یادگرفتن سحر به خاطر ابطال سحر ساحران باشد اشکالی ندارد. لیکن به تصریح برخی، آموختن سحر به انگیزه دانستن و نه عمل کردن و یا به کار بستن آن هنگام ضرورت، جایز است.

بلکه گاهی به عنوان واجب کفایی می‌بایست عده‌ای سحر را بیاموزند، تا اگر مدعی دروغگویی خواست از این طریق مردم را اغفال یا گمراه نماید، سحر و

جادوی او را باطل نماید و دروغش را فاش سازد. برخی گفته اند: یاد گرفتن سحر به انگیزه حفظ خود از سحر شدن توسط دیگری و دفع زیان آن از خود و مسلمانان و نیز دفع شر کسی که بدان وسیله ادعای پیامبری می کند، جایز، بلکه در مورد آخر، واجب کفایی است. (عاملی جزینی، بی تا، ج ۳، ص ۱۶۴)

وجه استدلال: انسان برای دفع سحری که بر علیه او صورت گرفته میتواند با توسل به سحر و جادو ضرر و زیان را از خود دور سازد، در این مسئله با دو مفسده روبرو هستیم اولی انجام عمل سحر و جادو، که از اعمال حرام و مورد نکوهش اسلام است و دیگری بیاعتنایی به عمل سحری که بر روی شخص صورت گرفته و موجب متضرر شدن او میگردد. به حکم قاعده دفع افسد به فاسد انجام کاری که مفسده کمتری دارد، بر ترک کاری که مفسده بیشتری دارد ترجیح داده میشود.

۲. مدح به ناحق اشخاص به جهت دفع شر

مدح نمودن کسی که استحقاق آن را ندارد یا مستحق مذمت می باشد عقلاً قبیح بوده لاجرم شرعاً نیز باید حرام باشد. و ادله شرعیه آیات و اخبار نیز بر آن دلالت دارند. از آیات قرآن میتوان به آیه ۱۱۳ سوره هود اشاره کرد؛ «وَلَا تَرْكَبُوا إِهْلِي الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ»؛ «اعتماد و استناد به ظالمین نکنید که آتش شما را درمی یابد». در این آیه خداوند حق تعالی اعتماد به ظالمین که از مصادیق آن مدح و ثناء

ایشان باشد را مذموم و فاعل را اهل آتش معرفی فرموده است پس کسی که شایستگی مدح و ثناء را ندارد نمی توان مورد مدح قرار داد.

از روایات می توان به موارد ذیل اشاره کرد: پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) می فرماید: «من عظیم صاحب دنیا و أحبّه لطمع دنیا سنخط الله علیه، و کان فی درجته مع قارون فی التّابوت الأسفل من النّار» (حرّالعاملی، بی تا، ج ۱۷، ص ۱۸۲)؛ «کسی که صاحب دنیا را تعظیم کرده و بهخاطر طمع دنیایش او را دوست بدارد حق تعالی بر او غضب کرده و درجه و رتبه اش با قارون در تابوت اسفل از آتش می باشد». در روایت دیگر که در حدیث مناهی است از حضرت رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) منقول است: «من مدح سلطاناً جائراً أو تخفّف، أو تضعضع له طمعا فیه کان قرینه فی النّار» (همان، ص ۱۸۳)؛ «کسی که سلطان ظالمی را مدح کرده یا گرد او بگردد و یا به طمع مقام دنیوی او برایش تواضع و فروتنی کند در آتش همتای او خواهد بود».

مقتضای این ادله آن است که مدح شخص به جهت طمع در او حرام می باشد ولی اگر مدح به منظور دفع شرّ باشد نه تنها حرام نیست بلکه امری است واجب و در اخبار عدیده وارد شده که بدترین مردم کسانی هستند که به منظور محفوظ ماندن از شرّشان مورد اکرام واقع شوند (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹ هـ ش، ج ۳، ص ۹۶۰). در حالت کلی مدح و ثنای کسی که مستحق مدح نیست و به عبارتی مستحق

ذمّ و نکوهش است، حرام و منفور است، مگر در جایی که مدح وی موجب دفع شر و بدی شود.

وجه استدلال: مدح افرادی که لایق مدح و ثنا نیست بالذات حرام و ممنوع

است. اما برای دفع شرّ و بدی جواز مدح وی بدون تردید واجب است. بدین طریق با انجام کاری که مفسده کمتری دارد از اتفاق افتادن امری که مفسده بیشتری دارد، جلوگیری کرده‌ایم که این امر از مصادیق قاعده دفع افسد به فاسد می‌باشد.

۳. پذیرش به ناحق سمت حکومتی از طرف حاکم ظالم

سلطنت حقیقی بر خلق در اصل از آن خداوند است؛ زیرا همه مخلوقات مقهور قدرت او و نیازمند به او هستند. خداوند این مقام و منصب را به اولیای خود؛ یعنی پیامبران و اوصیای آنان عطا کرده است. بدین جهت بر آنان نیز عناوین سلطان، سلطان عادل و سلطان حق اطلاق شده است. در جبهه مقابل آنان، سلاطین جور قرار دارند که با زور و قهر و غلبه و یا با تزویر و نیرنگ و بدون داشتن اذن و نیابتی از جانب خداوند بر مردم حکومت می‌کنند. بنابراین، همه کسانی که حکومتشان مبنای شرعی ندارد؛ یعنی مأذون از جانب خدا نیستند، سلاطین جور به شمار می‌روند؛ خواه مسلمان باشند یا غیر مسلمان. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۵ هـ.ش، ج ۴، ص

به تصریح قرآن کریم «وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُم مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءٍ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ» (هود، ۱۱۳)؛ و بر ظالمان تکیه ننمایید، که موجب می شود آتش شما را فرا گیرد؛ و در آن حال، هیچ ولی و سرپرستی جز خدا نخواهید داشت؛ و یاری نمی شوید.

گرایش و میل به زمامداران ستمگر، حرام و از گناهان کبیره است (نجفی، ۱۴۰۴ هـ ق، ج ۱۳، ص ۳۱۲). بر این اساس، بدون ضرورت، پذیرش هر نوع پست و منصبی، همچون قضاوت، تولیت و تصدی جمع آوری زکات و ... از مصادیق گرایش به ظالم محسوب میشود و حرام است (همان، ج ۲۲، ص ۱۵۶)، مگر آنکه با پذیرش منصب بتواند به مصالح مؤمنان و ستمدیدگان قیام کند و حق را بر پا دارد و به ستیز با باطل اهتمام داشته باشد، یا آنکه در پذیرش آن مجبور باشد؛ به گونه‌ای که اگر نپذیرد جان و مال او و یا نزدیکان او مانند پدر و فرزند از سوی سلطان جائز به خطر بیفتند؛ جز نسبت به کشتن فرد بیگناه که در هیچ شرایطی جایز نیست. (انصاری، ۱۴۱۵ هـ ق، ج ۲، ص ۶۹)

وجه استدلال: پذیرش سِمَت حکومتی از حاکم ظالم حرام است و در صورت امکان باید از پذیرش آن خودداری کرد چرا که چنین پذیرشی به معنی تأیید و تصدیق اعمال و اقوال حاکم ظالم است و چه بسا منجر به تحکیم حکومت وی شود ولی اگر شخصی بترسد که از ناحیه حاکم به او آسیبی برسد در این صورت

به دلیل ترس از آسیبی که به او وارد میشود و تهدیدی که متوجه او میشود قباحه و حرمت عمل به جهت دفع مفسده زائل میشود و شخص بایستی با استناد به قاعده دفع افسد به فاسد، با عمل به مفسده اخفّ که همان پذیرش حکم حکومتی است از مفسده بزرگتر که او را تهدید میکند جلوگیری نماید. و این جواز پذیرش مقام حکومتی از باب دفع افسد به فاسد است.

۴. جواز سخن چینی

نیمه و سخن چینی با استناد به ادله چهارگانه (کتاب، سنت، عقل و اجماع) حرام است و معنای آن نقل قول غیر به کسی است که این حرف و قول درباره او گفته شده است؛ برای مثال ناقل به مقول فیه میگوید: فلانی درباره تو چنین و چنان گفت. برای مثال به او بگوید: درباره تو گفت: تو بد اخلاق و عبوس هستی. (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹ هـ ش، ج ۳، ص ۹۸۰)

سخن چینی از گناهان کبیره است و خداوند درباره‌ی نیمه فرموده است: «و

یقطعون ما امر الله به ان یوصل و یفسدون فی الارض، اولئک لهم اللعنه و لهم سوء الدار» (رعد، ۲۵)؛ «ایشان آنچه را که خداوند امر به وصلش امر کرده، قطع کرده و عمل نکرده‌اند و در زمین فساد می‌کنند، برایشان لعنت حقّ و گرفتاری در شدائد آخرت باد».

تقریر استدلال به این آیه این گونه هست: خداوند در این آیه شریفه برای کسانی که آنچه را که خدا امر به وصلش نموده قطع می نمایند و مرتکب فساد می شوند عذاب آخرت را ثابت و حتمی نموده و پرواضح است شخص نمّام از کسانی است که آنچه خداوند متعال امر به وصلش نموده قطع کرده و در زمین فساد می نماید لاجرم مشمول آیه قرار می گیرد. (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹ هـ.ش، ج ۳، ص ۹۸۱)

وجه استدلال: در برخی مواقع بهخاطر برخی از مصالحی که اقوی و آکد از مفسده افشاء سرّ هستند نیمه مباح و مشروع می گردد. بعضی از علماء فرموده اند: گاهی بهخاطر ایقاع فتنه بین مشرکین واجب می گردد.

۵. جواز شکافتن شکم مادر فوت شده برای نجات فرزند

برای اثبات حرمت تشریح به احادیث متعددی تمسک شده است از جمله روایتی که از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است: «أنه قال: قطع رأس الميت أشد من قطع رأس الحي» (حرّالعاملی، بی تا، ج ۲۹، ص ۳۲۸)؛ طبق این دسته از احادیث، قطع کردن اعضای مرده موجب هتک حرمت او می گردد و حرام است و از آن جا که لازمه تشریح نیز قطع عضو است، جایز نیست.

روایاتی است که بر تحقق دیه بر ذمه شخصی که اعضای میت را قطع کند یا بر جسد او جراحی وارد آورد، دلالت می کند. «سئل أبو عبدالله (علیه السلام) عن رجل قطع رأس ميت فقال: إن الله حرم منه ميتا كما حرم منه حيا، فمن فعل بميت

فعلا يكون في مثله اجتياح نفس الحي فعليه الديه» (همان، ص ۳۲۹)؛ ثبوت ديه بر ذمه اين شخص كاشف از حرمت عمل تشریح است.

وجود ضرورت و تراحم در حكم و پيش آمدن برخى مصلحت ها سبب رفع حكم اولى تشریح كه حرمت است، مى شود و حتى در مواردى نه تنها موجب جواز بلكه وجوب تشریح مى گردد. همه فقهای معاصر بر جواز تشریح برای حفظ جان مسلمان فتوا داده اند. تشریح مرده مسلمان، حرام و موجب ثبوت ديه است، مگر آنكه ضرورت ايجاب كند، مانند آنكه نجات جان مسلمانى منوط بر تشریح وى باشد و امكان تشریح مرده غير مسلمان يا راه ديگرى وجود نداشته باشد. در اين صورت، كالبه شكافى مسلمان، جازى بلكه واجب است. (خمينى، ۱۳۹۰ هـ ش، ج ۲، ص ۶۲۴)

برای اثبات این رأی می توان به این ادله استناد کرد: در روایتی از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است: «عن أبى عبدالله (علیه السلام) قال: قال أمير المؤمنين (علیه السلام) إذا ماتت المرأة وفى بطنها ولد يتحرك شقّ بطنها ويخرج الولد»؛ در صورتی كه زنى باردار مرده باشد و بچه در شكم او زنده باشد، برای نجات بچه زنده شكافتن شكم جازى بلكه واجب است. (همان، ج ۲، ص ۴۷۰)

وجه استدلال: مسئله تشریح از مصادیق دو حكم متراحم است؛ پزشك دو وظیفه دارد: ۱- نجات انسان زنده ای كه مرگ تهدیدش مى كند، ۲- احترام به جسد

مسلمان و عدم هتک حرمت او. در وهله اول وی مکلف است حداقل امکان هر دو وظیفه را به جای آورد و در صورت عدم امکان، بر او واجب است وظیفه مهم تر را - که نجات یک انسان است - ترجیح بدهد و مرده مسلمان را تشریح کند.

به عبارتی دو مفسده در امتثال عمل در تراحم همدیگر هستند؛ مفسده اول جراحت بر مرده و مفسده دوم مرگ یک انسان که در شکم مادر است، نجات جان فرزند نه تنها از مفسده کمتری برخوردار است بلکه به اجماع فقها واجب است، چرا که مرگ فرزند در شکم مادر، مفسده اش بیشتر از شکافتن شکم مادر است.

۶. نجات غریق و لمس نامحرم

ادله شرعیه آیات و اخبار بر حرمت لمس نامحرم دلالت دارند. «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ»؛ «و به زنان با ایمان بگو: دیدگان خود را از نامحرم فرو بندند و دامان خویش را حفظ کنند و زینت خود را جز آنچه نمایان است مانند دست و صورت آشکار نسازند»؛ «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ»، «به مردان با ایمان بگو: دیده از نامحرم فرو نهند و پاکدامنی خود را حفظ کنند»؛ «وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ» (نور، ۳۱)؛ «پس به ناز سخن نگویند، تا آن کس که در دلش بیماری است طمع ورزد»؛ این آیات بر نهایت رعایت عفت

میان مرد و زن و لزوم دوری جستن زن و مرد از نامحرم دلالت دارد که به اولویت قطعی استفاده می شود که شارع اسلام لمس بدن نامحرم یا عضوی از اعضای وی را نیز بر زن و مرد حرام کرده است.

در روایتی آمده است: «عن سماعه بن مهران قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن مصافحة الرجل المرأة، قال: لا يحل للرجل أن يصافح المرأة إلا امرأة يحرم عليه أن يتزوجها اخت أو بنت أو عمه أو خاله أو بنت اخت أو نحوها، وأما المرأة التي يحل له أن يتزوجها فلا يصافحها إلا من وراء الثوب ولا يغمز كفها» (حرّالعاملي، بی تا، ج ۲۰، ص ۲۰۸)؛ «از سماعه بن مهران نقل شده است: از امام صادق (عليه السلام) در مورد دست دادن مرد با زن سؤال کردم، حضرت فرمود: جایز نیست مرد با زنی مصافحه کند مگر اینکه محارم او چون خواهر، دختر، عمه، خاله و خواهرزاده و مثل اینها باشد و لذا مصافحه با زن نامحرمی که ازدواج با او حرام نیست جایز نمیباشد مگر از زیر لباس و البته نباید دستش را فشار دهد».

فقیهان نیز به این مطلب تصریح دارند که لمس تمام مواضع بدن نامحرم که نگاه به آن جایز نیست، جایز نخواهد بود. صاحب جواهر مدعی شده اند که در این مسئله خلافتی نیست (نجفی، ۱۴۰۴ هـ ق، ج ۲۹، ص ۱۰۰). شیخ انصاری نیز به این مطلب تصریح دارد که اگر نگاه به نامحرم حرام باشد، لمس آن نیز به طور یقین حرام خواهد بود. (انصاری، ۱۴۲۴ هـ ق، ص ۶۸)

آنچه تاکنون برای حرمت مصافحه با نامحرم بیان شد مربوط به شرائط عادی و به عنوان بود اما حکم حرمت در حالت ضرورت برداشته می شود و اگر کسی به لمس نامحرم مضطر شود، حرمت آن برداشته، این عمل مجاز می شود.

وجه استدلال: نجات یک انسان از اهمّ واجبات است و لمس بدن نامحرم از محرّمات میباشد. در مواقع اضطرار مفسده لمس بدن نامحرم برداشته میشود. با استناد به قاعده دفع افسد به فاسد نجات یک انسان در حال غرق، هر چند که نامحرم باشد جایز و بلکه واجب است و حرمت لمس بدن نامحرم به سبب اهمیت موضوع زائل میشود.

۷. معالجه پزشک نامحرم

با توجه به مباحثی که در مورد قبل ذکر شد فرد نامحرم مجاز به لمس بدن نامحرم نیست و لمس و نگاه کردن پزشک معالج به بیمار نامحرم در غیر ضرورت، جایز نیست. (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۳۱، ص ۲۵۰)

«و أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها، اما كسر و إما جرح في مكان لا يصلح النظر اليه يكون الرجل أرفق بعلاجه من النساء، أ يصلح له النظر إليها؟ قال: اذا اضطرت اليه فليعالجها إن شاءت» (حرّالعاملي، بی تا، ج ۲۰، ص ۲۳۳)؛ ابو حجزه ثمالی از امام باقر (علیه السلام) پرسید: زن مسلمانی به بدنش آسیبی رسیده، جایی از بدنش که نگاه به آن

جایز نیست شکسته یا جراحت برداشته، مرد برای معالجه آن‌ها بهتر است آیا می‌تواند به آن مواضع نظر کند؟ امام فرمود: اگر مضطرباً باشد مانعی ندارد.

وجه استدلال: در مواقعی که نجات جان بیمار منوط به معالجه پزشک نامحرم

هست با دو مفسده مواجه هستیم: ۱- مفسده عدم اعتنا به مریض بودن یک شخص و آزار و اذیت وی از بیماری و ۲- مفسده لمس بدن نامحرم. با استناد به قاعده دفع افسد به فاسد حکم به عمل معالجه توسط پزشک نامحرم که فسادش در برابر رهایی شخص و عدم اعتنا به مریض بودن یک شخص و آزار و اذیت وی از بیماری، کمتر است داده میشود.

مصادیق قاعده دفع افسد به فاسد در حقوق مدنی ایران

قانون مدنی ایران بر مبنای فقه اسلامی و به طور مشخص بر اساس فقه امامیه نوشته شده است. بنابراین قاعده دفع افسد به فاسد در بسیاری از مواد قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته و بدون آن که اسمی از این قاعده به میان آید طبق اقتضای آن عمل شده است. در ذیل به برخی از این موارد اشاره می‌گردد:

۱. بررسی ماده ۸۸

بیع وقف در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی

گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد در صورتی جایز است که عمران آن

متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.

وقف حبس و بازداشت عین مال از نقل و انتقال است و نباید موقوفه از

وضعیت وقفی خود خارج شود. (امامی، ۱۳۸۴ هـ.ش، ج ۱، ص ۹۰)

وجه استدلال: مقنن در حقیقت در این ماده وظیفه متولی را که بین دو مفسده،

مفسده فروش وقف و خراب شدن آن، گیر کرده است، فروش وقف که مفسده

کمتری دارد، دانسته و فروش آن را جایز شمرده است.

بررسی ماده ۳۴۹

بیع مال وقف، صحیح نیست مگر در موردی که بین موقوف علیهم، تولید

اختلاف شود به نحوی که بیم سفک دماء (ریختن خون) رود یا منجر به خرابی مال

موقوفه گردد. (همان، ص ۹۲)

وجه استدلال: در این ماده مکلف با دو مفسده مواجه است، یک مفسده فروش

وقف و مفسده دیگر نزاع و درگیری. فروش وقف که مفسده کمتری دارد را در

صورتی که بقاء وقف، مستلزم نزاع و درگیری باشد و مفسده بیشتری دارد، به جهت

دفع افسد با فاسد، جایز دانسته است.

۲. بررسی ماده ۴۸۵

بر طبق ماده ۴۸۴ مؤجر نمیتواند در مدت اجاره، در عین مستأجره تغییری دهد

که منافی مقصود مستأجر از استیجار باشد. طبق این ماده، مؤجر نمیتواند در مدت

اجاره، تعمیراتی که با حق مستأجر منافات دارد، در عین مستأجره انجام دهد. ولی

در ماده ۴۸۵ مقرر کرده است اگر در مدت اجاره، در عین مستأجره تعمیراتی لازم آید که تأخیر در آن موجب ضرر مؤجر باشد مستأجر نمیتواند مانع تعمیرات مزبور گردد اگرچه در مدت تمام یا قسمتی از زمان تعمیر نتواند از عین مستأجره کلاً یا بعضاً استفاده نماید، در این صورت حق فسخ اجاره را خواهد داشت. (همان، ج ۲، ص ۳۱)

وجه استدلال: در این ماده در حقیقت وظیفه مکلف را در وضعیت تزامم فاسد و افسد بیان کرده است. زیرا منع حق مستأجر، فاسد و تخریب عین مستأجره، افسد است. فلذا طبق قاعده دفع افسد به فاسد، مستأجر حق منع از تعمیر ندارد که در حقیقت فاسد بر افسد مقدم شده است.

نتیجه

از قاعده دفع افسد به فاسد که یک قاعده فقهی است، با عناوینی مانند: "الضرر الاشد یزال بالضرر الاخف"، "یختار اهون الشرین"، "یدفع اعظم الضررین بارتکاب اخفهما" تعبیر می شود، مفاد این قاعده آن است که هرگاه به لحاظ محدودیت‌های زمانی و ... در مقام امتثال و انجام دو تکلیف شرعی تزامم رخ دهد، یعنی مکلف از امتثال دو تکلیف که یکی از آن دو ناخوشایند (فاسد) و دیگری ناخوشایندتر (افسد) است؛ عاجز باشد، در چنین مواردی، عقل حکم می کند که برای پرهیز از امر ناخوشایندتر، انسان به استقبال امری که ناخوشایند است، برود و

اگر مکلف فاسد را ترک کند و فعل افسد را انجام دهد عصیان کرده و باید مجازات شود. زیرا فاسد فعل حرامی است که به منظور دفع افسد مباح (به معنای اعم) شده است و در این وضعیت تراحم بین فعل مباح و حرام است و علما چنین تراحمی را قبول ندارند و روشن است که مکلف باید فعل مباح را مرتکب شود. لذا گفته اند اگر کسی به جای عمل به اهم، مهم را امثال کند عصیان کرده و باید مجازات شود. برای اثبات حجیت قاعده دفع افسد به فاسد در قرآن به آیاتی مانند: آیه ۲۱۷ سوره بقره، آیه ۱۴۸ سوره نساء، آیه ۳ سوره مائده، آیه ۷۹ سوره کهف، آیه ۹ سوره حجرات، در سنت به مسوغات کذب در موارد خاص، سیره‌ی عملی رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) در کندن درخت سمره بن جندب، سیره‌ی امام صادق (علیه السلام) در دفع خطر از اصحاب و شیعیان خود به واسطه نکوهش کردن و طعن وارد کردن بر آنها، قبول ولایت عهدی سلطان جائری چون مأمون توسط امام رضا (علیه السلام) استدلال نموده‌اند. علاوه بر آیات و روایات، عقل و سیره عقلا نیز بر تقدیم فاسد بر افسد دلالت دارد. چرا که اگر انسان در ارتکاب بین دو قبیح، مضطر گردد بدون شک، عقل به جواز بلکه وجوب ارتکاب کمترین قبیح، حکم خواهد کرد و سیره عقلاء نیز بر همین رویه منعقد است. از مصادیق این قاعده در فقه امامیه، می‌توان به دفع ضرر و مفسده سحر با سحر، نجات غریق که مستلزم لمس نامحرم است، جواز شکافتن شکم مادر فوت شده برای نجات

فرزند و پذیرش حکومت از جانب حاکم جائز، جواز سخن چینی، ... اشاره کرد. قاعده دفع افسد به فاسد در بسیاری از مواد قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته و بدون آن که اسمی از این قاعده به میان آید طبق اقتضای آن عمل شده است. مثلاً بیع موقوفه که در شرع مقدس جایز نیست، در ماده ۸۸ مقرر کرده است که در صورتی که موقوف در شرف خراب شدن یا خوف خراب شدن باشد و انتفاع از آن ممکن نشود، بیع آن جایز است. همچنین ماده ۳۴۹ که فروش وقف را در صورتی که بقاء وقف، مستلزم نزاع و درگیری باشد به جهت دفع افسد، جایز دانسته است. طبق ماده ۴۸۴، موجر نمیتواند در مدت اجاره، تعمیراتی که با حق مستأجر منافات دارد، در عین مستأجره انجام دهد. ولی در ماده ۴۸۵ مقرر کرده است که اگر عین مستأجره در حال تخریب باشد، مستأجر نمیتواند مانع تعمیر گردد و تنها میتواند اجاره را فسخ نماید.

منابع

• قرآن کریم

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴) هـ ق، *لسان العرب*، بیروت: دار صادر
۲. امامی، حسن، (۱۳۸۴) هـ ش، حقوق مدنی، چاپ هجدهم، تهران: کتابفروشی

۳. آمدی، عبدالواحد بن محمد، (۱۴۱۰) هـ ق، *غررالحکم*، قم: دارالکتاب

الاسلامی

۴. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵) هـ ق، *مکاسب*، قم: مجمع الفکر الاسلامی

۵. حرّالعملی، محمد بن حسن، (بی تا)، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل

البيت (عليهم السلام) لاحیاء التراث

۶. خمینی، روح الله، (۱۳۹۰) هـ ش، *تحریرالوسیله*، ج ۲، چاپ سوم، قم:

دارالکتب العلمیة

۷. ذهنی تهرانی، محمدجواد، (۱۳۶۹) هـ ش، *تشریح المطالب*؛ شرح فارسی بر

مکاسب، ج ۳، چاپ اول، قم: حاذق

۸. زحیلی، محمدمصطفی، (۱۴۲۷) هـ ق، *القواعد اللفقیه و تطبیقاتها فی*

المذاهب الاربعه، دمشق دارالفکر

۹. السعیدان، ولید، (بی تا)، *تلقیح الافهام العلیة بشرح القواعد الفقیهیه*، بی جا

۱۰. الصفار، فاضل، (۱۴۲۹) هـ ق، *فقه المصالح و مفسد*، لبنان: دارالعلوم

۱۱. طوسی، علی بن حسن، (۱۴۰۰) هـ ق، *النهایه*، ج ۱، چاپ دوم، بیروت:

دارالکتاب العربی

۱۲. عاملی جزینی (شهید اول)، ابو عبدالله محمد بن مکی، (بی تا)، *الدروس*

الشرعیه فی فقه الامامیه، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی

۱۳. محقق دادماد، مصطفی، (۱۴۰۶) هـ ق، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران:

نشر اسلامی

۱۴. مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام) زیر

نظر محمود هاشمی شاهرودی، (۱۳۸۵) هـ ش، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل*

بیت (علیهم السلام)، چاپ دوم، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی

۱۵. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴) هـ ق *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*،

چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی