

شاخص‌های مبتنی بر مصلحت در ساحت حقوق خانواده برای برون رفت از تراحم

حسین جاوړ

چکیده

تنافی بین حقوق زوجین، اولاد و اشخاص ثالث از چالش‌هایی محسوب می‌شود که در ساحت خانواده، پیشینه‌ای طولانی دارد و به دلیل اهمیت موضوع و شیوع گستره موارد شایسته بررسی است (ضرورت پژوهش) پرسش اصلی این است که در صورت پیدایش تنافی در قلمرو حقوق افرادی که در خانواده ارتباط دارند، شاخص‌های مبتنی بر مصلحت، چه راهکاری برای برون رفت از تراحم فراروی ما قرار می‌دهد (مسئله پژوهش) در پرتو روش تحلیلی-اسنادی (روش پژوهش) معلوم شد، اولاً، بر اساس نظریه مشهور، احکام، به صورت نفس الامری بر مصالح و مفاسد مبتنی است؛ ثانیاً، با حصول شرایطی از جمله، اطلاق دو حکم، هماهنگی دو حکم در الزام یا عدم الزام، مستقل بودن دو حکم، نفسی بودن دو حکم، اتفاقی بودن تنافی بین دو حکم، ناتوانی مکلف از جمع بین دو تکلیف، وحدت مکلف، امکان تحقق تراحم وجود دارد؛ ثالثاً، در تقدم اقسام مصالح، سنجه‌های متعددی قابل استفاده است. مصلحت شخصی و نوعی و تقدم مصالح نوعی، موقعیت مصلحت در حقوق و تکالیف و تقدم مصالح بنیادی‌تر، معیار ناهم‌ترازی برخورداران از مصلحت و تقدم مصلحت افراد با موقعیت ضعیف (آسیب‌پذیر)، معیار میزان تنش ناشی از اجرای حق یا تکلیف و تقدم تنش کم‌تر، جانشین‌پذیری یا جانشین‌ناپذیر حقوق متراحم و تقدم حقوق جانشین‌ناپذیر، درجه الزام جلب مصلحت یا دفع مفاسد و تقدم مصالح لازم التحصیل و مفاسد لازم

الترک، اولویت مصلحت جان بر دیگر مصالح، مصلحت مهم و مصلحت اهم و تقدم (استثنای پذیر) مصلحت اهم، از جمله شاخص‌هایی است که در برون رفت از تنافی به کار می‌آید (دستاوردهای پژوهش).

کلیدواژگان:، تراحم ملاکی، تراحم امثالی، جلب مصلحت، دفع مفسده، حقوق خانواده، شاخص مبتنی بر مصلحت، ضابطه‌الاهم فالاهم.

۱. مقدمه

در بحث‌های حقوقی و فقهی، مصلحت، گفتمان رایجی است و تأثیر آن نیز، امری انکارناپذیر است؛ با دقت بیشتر، ملاحظه می‌شود، مصلحت در قلمرو حقوق خانواده، از دو جهت شایان توجه است؛ نخست آنکه بر اساس رأی مشهور، اصولاً، احکام جدی، متکی بر جلب مصلحت یا دفع مفسده، جعل شده‌اند (اصفهانی، ۱۴۲۹، ۲۱۱ / انصاری، ۱۴۲۸، ۲۷۳ / خراسانی، بی تا، ج ۲، ۲۳۲ / سبحانی، ۱۴۲۳، ۲، ۳۹۵ / حسینی فیروزآبادی، بی تا، ۱، ۲۴۹). گاهی نیز مصلحت در لسان دلیل و ادبیات قانون‌گذار منعکس شده است به‌گونه‌ای که در برخی مقررات، عنصر مصلحت در احکام سلبی و ایجابی مقررات خانواده، صریحاً، بیان شده است. ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی^۱ و نیز مواد، ۲۹۲،

۱. «برای حضانت و نگهداری اطفالی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. تبصره: بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد.»

۲. «... همچنین دادگاه باید با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت طفل، ترتیب، زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین کند.»

۴۱^۱، ۴۲^۲، ۴۳^۳ و ۴۵^۴ قانون حمایت خانواده، از این جمله‌اند.

یکی از ابعاد مساله، تبیین شرایط تراحم است. یکی از پرسش‌هایی که نوشتار حاضر به آن پاسخ می‌دهد، چگونگی پیدایش تراحم است. بعد دیگر مسئله، شیوه‌های برون رفت از تنافی‌ها در پرتو عنصر مصلحت است. اینکه در مقام تنافی و تراحم، ملاک بنیادین برای رفع تراحم و ملاک‌های فرعی‌تر کدام است، در این نوشتار بررسی شده است.

در قلمرو مصلحت، پژوهش‌های بسیار ارزشمندی انجام شده است. از جمله مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به کتاب ارزشمند فقه و مصلحت، اثر ابوالقاسم علیدوست اشاره کرد که در نوع خود بدیع و راهنمای پژوهش‌های دیگر محسوب می‌شود. بعلاوه مقالات متعددی نیز در این باره نگاشته شده است. از جمله مقاله «جایگاه مصلحت در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا» اثر آقایان علی محمدی جورکویه و علی زارع قراملکی و مقاله «قلمرو مصلحت و عدالت در تراحم احکام و حقوق زنان» اثر آقایان حمید جزایری و محمد عشایری منفرد و مقالات دیگری که به صورت موضوعی و موردی عنصر مصلحت در موارد خاص بررسی شده است. در عین حال

۱. «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسئول حضانت، از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند.»

۲. «صغیر و مجنون بدانند و با در نظر گرفتن حق ملاقات اشخاص ذی حق این امر را اجازه دهد. دادگاه در صورت موافقت با خارج کردن صغیر و مجنون از کشور، بنابر درخواست ذی نفع، برای تضمین بازگرداندن صغیر و مجنون تأمین مناسبی اخذ می‌کند.»

۳. «حضانت فرزندی که پدرشان فوت شده با مادر آن‌ها است مگر آنکه دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد.»

۴. «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است.»

ضرورت دارد عنصر مصلحت در رتبه معیاری کلی و به عنوان یک شاخص در حل مسائل خانواده و درجه بندی و تشخیص موارد مقدم بررسی شود که در این نوشتار تلاش شده است این مهم بررسی شود.

به منظور تبیین بیشتر مصلحت در حقوق خانواده و بررسی تأثیر آن در تحدید اراده زوجین و اعضای خانواده، ضمن پرهیز از بحث‌هایی که ارتباط مستقیمی به مسئله نوشتار حاضر ندارد، در بررسی نقش مصلحت، نخست، لازم است به صورت مختصر، مفهوم مصلحت و متعلق آن شناخته و به مناسبت مفهوم مفسده نیز اشاره شود. سپس ابتدای نفس الامری احکام بر مصالح و مفسدات پیشینی به عنوان یکی از مبانی مهم و تعیین‌کننده مورد توجه قرار گیرد و سپس در بحث تراحم‌ها، نقش مصلحت و سنجه‌های تقدم مورد بازبینی قرار گیرد. این موارد و نکات بیشتر، ذیلاً، بررسی خواهد شد.

۲. مفهوم مصلحت و مفسده

در بحث از مفهوم شناسی مصلحت، نخست، مفهوم خود مصلحت و سپس و به مناسبت، مفهوم مفسده، بررسی خواهد شد.

۲.۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی مصلحت

مفهوم شناسی مصلحت با نگاهی اجمالی به مفهوم لغوی و سپس با نگاهی دقیق‌تر به مفهوم اصطلاحی مصلحت، ذیلاً، بیان می‌شود.

مصلحت از ماده (صلح) گرفته شده (فیومی، بی تا، ۲، ۳۴۵) و آن را در صواب، شایستگی، صلاح، صلاح کار، نیکی، خیرخواهی و نیک اندیشی و نظیر آن تایید کرده و مصلحت‌اندیشی یا صلاح‌اندیشی را به «خیر و صلاح خویش در نظر گرفتن»، معنا

کرده‌اند. (دهخدا، ۱۳۷۷، ۱۲، ۱۸۵۶۶ / طریحی، ۱۴۱۶، ۲، ۳۸۹ / فیومی، بی تا، ۳۴۵ / مصطفوی، ۱۴۰۲، ۶، ۲۶۵). نهایت، با شیوه تعریف به ضد یا نقیض، مصلحت را، عمدتاً، ضد و گاهی نقیض مفسده، محسوب کرده‌اند. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۳۸۴؛ شرتونی، ۱۴۰۳، ۶۵۶؛ جوهری، ۱۴۰۷، ۲، ۵۱۹؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ۳، ۳۳۵؛ طریحی، ۱۴۱۶، ۳، ص ۴۰۱؛ فیومی، بی تا، ۳۴۵؛ مصطفوی، ۱۴۰۲، ۶، ۲۶۵؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ۲، ۴۵۲؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۴۸۹؛ جوهری، ۱۴۰۷، ۱، ۴۳۲).

مصلحت در معنای اصطلاحی، تناسب زیادی با معنای لغوی خود دارد. با این تفاوت که در معنای اصطلاحی درون دینی، متعلّق منافع، جهت دار و حدالامکان، به جمع منافع دنیوی و اخروی نظر دارد. از این رو در بیان آن گفته شده است، «مصلحت در اصل، عبارت است از جلب منفعت و یا دفع ضرر. جلب منفعت و یا دفع ضرر؛ یعنی حفظ مقاصد شرع که مهم‌ترین آن حفظ دین، نفس، نسل، عقل و مال انسان‌ها است» (غزالی، ۱۴۱۴، ۱، ۱۴۰). بنابراین، هرچه در بردارنده حفظ و برپایی این اصول باشد، مصلحت و هرچه از این اصول بکاهد و موجب نقص در آنها شود مفسده است (غزالی، ۱۴۱۴، ۱، ۱۴۰).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در تعریف رایج، منفعت، محوری‌ترین نکته در تعریف مصلحت است؛ در معنای ایجابی، مصلحت متضمن کسب سود و در معنای سلبی آن در بردارنده دفع ضرر است. رکن اساسی در تشخیص سود و زیان‌های روزمره از مصالح و مفاسد که مبنای وضع احکام شرعی است، مقصود شرع و قانون‌گذار است؛ زیرا هر منفعتی نمی‌تواند از دیدگاه شارع معتبر باشد همچنان‌که هر ضرری با این نگاه، مفسده نیست. گاه ضررهایی همراه درد و رنج فراوان وجود دارد که منافع بسیاری دارد مانند جهاد در راه خدا. از سوی دیگر، برخی منافع نیز زودگذر هستند مانند سود

ناشی از گرفتن ربا. به هر حال مقصود از مصلحت، سود و خیر دنیوی و اخروی است که ماهیت مصلحت نیز همین مورد است (حبیب‌نژاد، ۱۳۸۳، ۱۲). از این رو بهتر آن است که گفته شود، احکام شریعت دائر مدار «مصلحت و مفسده» است نه «منفعت و ضرر»؛ زیرا، بسیاری از احکام در عین حال که دارای مصلحت‌اند، با ضرر مالی ظاهری یا ضرر جانی نیز همراه هستند (مثل واجبات مالی یا جهاد) و بر عکس، برخی محرمات ممکن است با پاره‌ای منافع همراه باشند (فیاض، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۴۰۲۴۰۵). بنابراین شایسته است گفته شود، مصلحت، جلب منفعت و دفع ضرر، در حدودی است که مقاصد شرع و قانون حفظ گردد (اویسی کهن، امین؛ کیخا، محمدرضا؛ سالار زایی، امیر حمزه، ۱۳۹۹، ۱۴۷). در مجموع، «منظور از مصلحت، تأمین مقصود و هدف شرع است»

با این توضیح که نفع و ضرر، بدون قیدهایی که فقیهان بیان کرده‌اند، مُعَرَّفِ مصلحت و مفسده نیست؛ بلکه، جلب منفعت و دفع ضرر، در گستره مقاصد شرع و اهداف قانون‌گذار و با جمع سعادت دنیوی و اخروی است که می‌تواند مفهوم مصلحت و مفسده را رقم بزند تعابیر گوناگونی از فقیهان بزرگ امامیه وجود دارد که مؤید این دیدگاه است. تعابیری مثل «هر حکم شرعی که غرض مهم و اصلی آن جلب نفع یا دفع ضرر باشد، مصلحت نامیده می‌شود» (عاملی (شهید اول)، بی تا، ۲، ۳۵؛ میرزای قمی، ۱۳۹۶، ۲، ۹۲؛ حلی، ۱۴۰۳، ۱۲۲۱) و به هر حال، از این منظر، نفع و ضرر، با ملاحظه اعتبار شرعی و عقلایی (در انطباق با مقاصد شریعت) ملاحظه می‌شود (میرزای قمی، ۱۳۹۶، ۵، ۱۸۵).

۲.۲. مفهوم لغوی و اصطلاحی مفسده

فساد در لغت، گاه در معنای «تباهی و ضد صلح» (فراهیدی، ۲۳۱، ۷) و گاه در معنای

«خروج از حدّ اعتدال به کار می‌رود (ابن منظور، ۳، ۳۳) ابن منظور فساد هر چیزی، به حسب ماهیت و اوصاف آن معلوم می‌شود. به طور مثال، فساد در «عمل اشخاص»، به معنای ناتمام بودن و نبود برخی اجزا یا شرایط است و گاه به معنای خروج از اعتدال و میانه روی بیان شده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۳۷۹).

در مهم‌ترین و شایع‌ترین تعریفی که از مفسده ارائه شده است، مفسده به ضد مصلحت تعریف شده است، به موجب این تعریف، تقابل این دو مفهوم و مشتقات آن^۱. در ادبیات قرآنی و روایی نیز فراوان به چشم می‌خورد (عبدالسلام، ۱۹۹۸، ۵).

۳. مفهوم تراحم ملاکی و امثالی

تراحم، گاهی به فرآیند قانونگذاری و وضع قانون مربوط است. این نوع تراحم در مرحله الزام به فعل یا ترک فعل و امر و نهی توسط قانونگذار موضوعیت پیدا می‌کند. در این نوع تراحم، تشخیص مصلحت، مفسده و تنظیم مناسبات قانونی ناشی از سنجش شدت و ضعف در ناحیه مصلحت و مفسده و نیز تقدم و تاخرهای ناشی از آن، از سوی قانونگذار انجام می‌شود (خویی، ۱۴۲۲، ۳، ۳۵۳ و ۳۳۹). از این رو می‌توان گفت، تراحم ملاکی، تراحم دو ملاک در یک عمل است؛ مانند این که مصلحتی، وجوب و الزام را اقتضا کند و یا برعکس، مفسده ای وجود داشته باشد که حرمت و ترک آن را اقتضا می‌کند و یا در یک عمل دو مصلحت وجود داشته باشد که یک مصلحت وجوب آن را و مصلحت دیگر اباحه آن را اقتضا کند. این نوع تراحم به حاکم بمعنی ااعم مربوط می‌شود که بر اساس ملاک غالب حکم مقتضی صادر می‌شود اما درجایی که منشأ تراحم، از جمله عجز مکلف باشد، تراحم امثالی شکل

۱. «وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ: خدا تباهکار را از درست‌کار بازمی‌شناسد» (بقره، ۲۲۰)؛ «وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا: و در زمین پس از اصلاح آن فساد مکنید» (اعراف، ۵۶)؛ «إِنَّ اللَّهَ لَا يُصْلِحُ عَمَلَ الْمُفْسِدِينَ: خدا کار مفسدان را تأیید نمی‌کند» (یونس، ۸۱).

می‌گیرد (خویی، ۱۴۱۷، ۳، ۲۰۵-۲۰۴؛ خوئی، ۱۴۲۲، ۳، ۳۵۴ و ۳۵۳) بنابراین در تراحم امتثالی، در مقام جعل بین حکم تنافی وجود ندارد ولی به جهت عجز مکلف در مقام امتثال، تنافی رخ می‌دهد؛ اعم از آن که دو تکلیف وجوبی بر یک عنوان باشد یا بر دو عنوان مختلف یا تکلیف وجوبی در کنار تکلیف تحریمی باشد. در حقیقت، چون در مرحله قانونگذاری تراحم، در حقیقت به ملاکات احکام مربوط است، در اصطلاح، این نوع تراحم، تراحم ملاکی نامیده می‌شود. به علاوه، ممکن است، به ویژه در مقام امتثال، بین دو حکم (مهم و مهم‌تر)، اعم از حق یا تکلیف، مزاحمت و تنافی دوجانبه به وجود آید (جمعی از محققان ۱۳۸۹، ۲، ۶۱۳؛ شاهرودی، ۱۴۲۶، ۲، ۴۵۶) به این وضعیت، در اصطلاح، «تراحم امتثال» می‌گویند. تراحم امتثال را در اصطلاح و به تعبیر دقیق، تنافی دو حکم لازم‌الاجرا و دارای ملاک، اعم از دو تکلیف، دو حق یا یک حق و یک تکلیف، در مقام پیروی، به اسبابی از قبیل عدم توانایی مکلف برای انجام هر دو در زمان واحد، تعریف کرده‌اند (علی‌آبادی؛ اسفندیاری (اسلامی)، ۱۳۹۴، ۲۳ و ۲۴) کاربست قاعده اهم و مهم در این ساحت، مربوط به موارد تراحم ملاکات احکام در مقام عمل به آنهاست؛ یعنی جایی که مکلف نمی‌تواند به دو حکم شرعی اهم و مهم عمل کند و از این رو باید به اخذ اهم و ترک مهم اقدام کند (علیدوست، ۱۳۸۸، ۳۵).

یکی از مباحث مرتبط با بحث، در مسأله تبعیت احکام از مصالح، کانون اختلاف این است که آیا حکم شارع، با قطع نظر از دلیل آن، مصلحت پیشینی دارد یا خیر؟ به نحوی که بگوییم، حکم بر اساس آن مصلحت بنا شده است. در تبعیت احکام از مصالح یا عدم تبعیت، باورهای مختلفی وجود دارد. اشاعره، به طور مطلق، توجیه مصلحت پیشین را در احکام انکار می‌کنند (رازی، ۱۴۱۴ج ۱۱، ۱۲۷؛ عابدی، ۱۳۷۶، ۱۷۴)، معتزله (شبلی، ۱۴۰۱، ۹۸) و اگر نگوییم مشهور فقیهان امامیه (علیدوست، ۱۳۹۰، ص ۱۵۵ / اصفهانی، ۱۴۲۹، ۲۱۱ / انصاری، ۱۴۲۸، ۲۷۳ / خراسانی، بی تا، ۲ / ۲۳۲ /

سبحانی، ۱۴۲۳، ۲، ۳۹۵ / حسینی فیروزآبادی، بی تا، ۱، ۲۴۹)، دست کم می توان گفت گروه پرشماری از آن‌ها، از اندیشه تبعیت احکام از مصالح و مفاسد نفس الامری و پیشینی در «متعلق احکام» طرفداری می کنند (طوسی، ۱۴۰۶: ۱۱۲؛ حلبی، ۱۴۰۴: ۷۷؛ حلبی، ۱۴۱۹: ۴۴۲؛ سیوری، ۱۴۰۵، ۲۷۵؛ حلبی، ۱۴۱۴، ۱۰۰؛ بحرانی، ۱۴۰۶، ۱۱۷). برخی دیگر تبعیت را در ناحیه جعل می دانند و برخی (خراسانی، ۱۳۸۴: ۲۵۱) نیز فی الجمله، یا در ناحیه متعلق یا در ناحیه جعل می دانند (علیدوست، ۱۳۸۴، ۹).

در دامنه شمول مسأله تبعیت نیز اختلاف نظرهایی وجود دارد؛ قدر متیقن آن، «احکام تکلیفی»، «مقام ثبوت» و «احکام واقعی» است و در احکام وضعی و ظاهری، ممکن است مصلحت در جعل باشد و نه متعلق آن (خراسانی، ۱۳۸۴، ۲۵۱) بهرحال تبعیت احکام جدی از مصالح در میان فقهای متأخر امامیه، به رغم اختلافی که در هسته مصلحت دارند، از مقبولیت زیادی برخوردار است به تعبیر شهید صدر، احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد و ملاکاتی است که بر اساس حکمت و رعایت حال بندگان جعل شده است، و گزافی یا دل خواهانه نیست (صدر، ۱۴۱۸، ۱، ۳۶۲).

در اندیشه اصولی محقق خراسانی نیز، وجود مصالح و مفاسد پیشینی پذیرفته شده و بلکه لازم شمرده شده است. در حقیقت، پیش از آنکه حکم شرعی وضع شود، در اشیا یا در فعل اشخاص، مصلحت و مفاسد ای وجود دارد که جعل حکم تکلیفی یا وضعی مناسب با آن را موجب شده است و بدین ترتیب، هر حکمی، دارای ملاکی است که از آن تبعیت می کند. به هر روی، فی الجمله می توان گفت، احکام شرعی بنا بر مصالح و مفاسد تشریح گردیده و واجد «مصلحت پیشینی» است (وطنی، حیدرزاده، ۱۳۹۴، ۵۵۹). البته به این نکته مهم نیز باید توجه داشت که تشریح خداوند تابع غرض و انگیزه است و این غرض چیزی جز مصلحت مکلفان نیست،

لکن تأمین آن تنها به این نیست که خداوند به کارهایی که مصلحت ملزمه دارد، امر و از کارهایی که مفسده حتمی دارد نهی کند، بلکه گاهی تأمین مصلحت فوق در نفس تشریح و صرف امر کردن یا نهی کردن است بدون این که مصلحت یا مفسده‌ای از قبل در متعلق حکم یا حتی مصلحتی در امتحان مکلف باشد، چنان که گاه مصلحت در تشریح و امتحان مکلف است بدون این که در اقدام وی یا متعلق امر یا نهی مصلحت یا مفسده‌ای باشد (اوامر و نواهی امتحانی از این گروه است) و گاهی تأمین مصلحت فوق به تشریح و انقیاد و اقدام مکلف و انجام متعلق امر و اجتناب از متعلق نهی است بدون این که مصلحت یا مفسده‌ای از قبل در متعلق امر و نهی وجود داشته باشد، نظیر اوامر و نواهی واقعی که به قصد تربیت و پرورش روحیه تعبد و سرسپردگی مکلفان در عبادات و حتی گاه در معاملات از سوی شارع مقدس صادر می‌شود، گویا نفس سلوک و عمل بر طبق فرمان او مصلحت دارد، هر چند در متعلق عمل از قبل مصلحت یا مفسده‌ای وجود ندارد. بنابراین، احکام شرعی الزاما از مصالح و مفسد واقعی در متعلق متابعت نمی‌کند و نباید حکم شرعی را دلیل بر چنین مصلحت یا مفسده‌ای دانست. به عنوان مثال اگر روزه ماه رمضان واجب و روزه عید فطر حرام می‌گردد، آن را دلیل بر وجود مصلحتی ملزمه در اول و مفسده‌ای حتمی در دوم دانست (علیدوست، ۱۳۹۰، ۱۵۸-۱۶۱)

البته در عین حال که، مصلحت، نقش ممتازی در پشتیبانی از احکام ایفا می‌کند و پیش فرض ما این است که احکام بر پایه مصالح پیشین در جلب مصلحت یا دفع مفسده بنیان‌گذاری شده است، اما اثباتاً و در مرحله استنباط احکام شرعی بر پایه مصلحت، باید با اقتناع کافی عمل کرد (مظفر، ۱۳۸۶، ۳۱۳) و صرفاً بر پایه گمان و احتمال وجود مصلحت یا مفسده، نفیاً یا اثباتاً، سلباً یا ایجاباً، نمی‌توان حکمی را به شارع نسبت داد.

۴. تراحم و سنجه‌های تقدیم مصالح در فرض تراحم بین اقسام مختلف مصالح

از آنجایی که احکام تحت شرایطی ممکن است در تراحم با یکدیگر قرار گیرند، نخست به صورت گذرا، شرایط تحقق تراحم و سپس، فرض‌های تراحم و سنجه‌های برون رفت از آن مطرح خواهد شد.

۴٫۱. شرایط تحقق تراحم

شمارش مصالحی که در قلمرو خانواده مطرح می‌شود و بیان همه احکام و جزئیات آن از رسالت نوشتار حاضر خارج است اما به مناسبت بحث از مصلحت، می‌توان اقسامی از دسته‌بندی‌ها را مطرح و برای پرهیز از تکرار، ضابطه نوعی در تقدم هر کدام را در فرض تراحم با یکدیگر مطرح کرد. بی‌تردید، همان‌طور که یکی از فقیهان معاصر، که غنی‌ترین منبع را در رابطه «فقه و مصلحت» فراروی محققان قرار داده است، تذکر می‌دهد: «باید پذیرفت دیدگاه فقهی فقیهان در ترتیب مصالح، در استنباط احکام و اجرای آن‌ها، تابع بسیاری از مولفه‌ها و شاکله‌های فکری است و انتظار توحید دیدگاه در این مجال به غایت ساده اندیشی است؛ هرچند کوشش در تقریب دیدگاه‌های ایشان نیز بی‌تأثیر نیست؛ بر این بنیان، بر فقیهان عهده‌دار استنباط و حاکمان مجری احکام شرع است که تا حد امکان، دیدگاه خود را در ترتیب مصالح از تبعیت عوامل به‌ناحق دخیل، برهانند، و تنها در این صورت است که آن‌چه استنباط کرده و انجام داده‌اند، حجت شرعی بر خود و دیگران خواهد بود؛ از این رو آن‌چه در ترتیب مصالح باید مطمح نظر قرار گیرد، اعتماد به اسناد معتبر است» (علیدوست، ۱۳۹۰، ۳۵۱).

«اگر بین دو حکم شرعی یک تنافی غیردائمی وجود داشته باشد، اما این تنافی نه در مقام قانون‌گذاری بلکه در مقام فعلیت و تحقق موضوع ریشه داشته باشد، با شرایطی، تراحم به وجود می‌آید» (جزایری، عشایری منفرد، ۱۳۹۰، ۱۷). لازم است، هرچند به صورت

مختصر، شرایط تزاحم مورد اشاره قرار گیرد. بر اساس جستارهای اصولی، رخداد تزاحم به شرایط زیر منوط شده است (ر.ک: جزایری، عشایری منفرد، ۱۳۹۰، ۱۷).

- هماهنگی اطلاق دو حکم و گستره اطلاق؛ دو حکمی که بایکدیگر تزاحم پیدا می کنند هم در اطلاق و هم در گستره اطلاق باید در حدی باشند که به تنافی منجر شود. اگر یکی از دو حکم، مقید به دیگری باشد، تنافی بین دو حکم منتفی است. به طور مثال، بین نفقه زوجه و نفقه اقارب، تنافی به وجود نمی آید، زیرا، تکلیف به نفقه اقارب زمانی به زوج توجه پیدا می کند که با وصف پرداخت نفقه زوجه، امکان پرداخت نفقه دیگر اشخاص را داشته باشد. بعلاوه سعه اطلاق نیز باید در حدی باشد که به تنافی منجر شود. گاهی گستره اطلاق دو حکم در حدی نیست که شامل محل تنافی هم بشود (آملی، ۱۴۱۳، ۸، ۲۰۶)؛
- هماهنگی دو حکم در الزام یا عدم الزام (انصاری، ۱۴۱۵، ۱، ۳۰۹)؛ ممکن است اشتغال غیر ضروری و مازاد زوج با نیازهای معنوی و حسن معاشرت وی در تمشیت امور خانواده در تنافی باشد، در این مورد می توان گفت، اساساً بین این دو مورد تنافی و تزاحمی وجود ندارد تا نیاز باشد به سنجه های حل تنافی در تزاحم تمسک کرد.
- مستقل بودن دو حکم؛ (تنافی بین دو واجب ضمنی با واجب ضمنی با واجب استقلالی دیگر نباشد) (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۴۸۵/ همان، ص ۳۸۴/ خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۹)، ۲، ۱۲/ صدر، ۱۴۱۷، ۷، ۱۲۵ و ۱۲۶ به نقل از جزایری و عشایری منفرد، ۱۳۹۰، ۱۷ به بعد)؛
- نفسی بودن دو حکم؛ تنافی بین احکام غیرری یا تنافی بین یک حکم غیرری و یک حکم نفسی را تزاحم تلقی نمی کنند (خویی، ۱۴۱۷، ۳، ۲۲۸)؛
- اتفاقی بودن تنافی بین دو حکم؛ به این معنا که تنافی دائمی بومی باب تعارض

است (صدر، ۱۴۱۷، ۷، ۱۰۹ و ۱۱۰)؛

• ناتوانی مکلف از جمع بین دو تکلیف؛ ملاک تحقق تراحم ناتوانی مکلف از جمع بین دو تکلیف است بنابراین در مواردی مثل تنافی بین تکلیف موسع و تکلیف مضیق به دلیل عدم نشئت از عجز مکلف در جمع بین این دو تراحم تلقی نمی‌شود. (نائینی، ۱۳۷۳، ۱، ۳۵۲)؛

• وحدت مکلف، «به این معنا که منافات بین دو تکلیف، فقط در صورتی بومی باب تراحم است که هر دو تکلیف متنافی، بر عهده یک ملف آمده باشد» (عشایری، ۱۴۰۳، ۱۲) به طور مثال اگر در دوران حیات مادر و جنین، اگر از منظر پزشک معالج به مساله نگاه شود، مکلف، واحد است و تکلیف به نجات مادر و تکلیف به نجات جنین باید یکدیگر تراحم پیدا می‌کند اما در مورد مادر، تکلیف حفظ جان خودش متوجه او شده اما تکلیف حفظ جنین متوجه مکلف دیگر (پزشک معالج) می‌شود حاصل این دیدگاه این است که پزشک چون در باب تراحم گرفتار است و مرجحی هم ندارد، مجاز به ترجیح جان مادر (و اسقاط جنین) نیست اما مادر می‌تواند روش اسقاط جنین را بیاموزد و خود آن را انجام دهد (عشایری، ۱۴۰۳، ص ۱۲؛ فیاض کابلی، بی تا، ۲، ۷۰)

۴.۲. سنجه‌های تقدم در اقسام مصالح

ذیلاً، فرض‌های عمومی مطرح در باب تراحم مطرح می‌شود و در نهایت، معیار جامعی که در حل تراحم مطرح می‌شود، مختصراً، بررسی خواهد شد.

۴.۲.۱. مصلحت فردی و اجتماعی و تقدم مصلحت اجتماعی

برخی مصلحت‌ها، صرفاً، به یک فرد مربوط است، که در اصطلاح «مصلحت فردی»

نامیده می‌شود. قلمرو تأثیر چنین مصلحتی، جز در فرض تزامم، فقط، به خود فرد بر می‌گردد. گاه نیز مصلحتی که وجود دارد به اجتماع بر می‌گردد. این مصلحت در برابر مصالح فردی، گاه، «مصالح نوعی» هم نامیده می‌شود (میبیدی، ۱۳۷۸، ۳۲۱). لحاظ مصلحت نوعی، نوعی نگرش عالی و فراتر از مصالح فردی است که تضمین آن در گرو حفظ نظام اجتماع است. این‌گونه مصالح، در ساحت‌هایی کاربرد دارد که رابطه اشخاص با یکدیگر و یا رابطه اشخاص با اجتماع مطرح می‌شود. عنوان مصلحت نظام، در بسیاری از موارد، پیوسته و هم بسته با اموری است که نگهداشتن آنها به سود و صلاح جامعه و از موجبات تنظیم و تنسيق صحیح امور جامعه اسلامی است (گرجی، ۱۳۷۵، ۲، ۷۸)؛ البته همبستگی امور جامعه با این قبیل به معنای آن نیست که ضرورتاً با از دست رفتن هرکدام از این موارد به فساد یا از هم گسیختگی جامعه منجر شود (کلانتری، ۱۳۷۶، ۲۲۴). در ساحت مصلحت اجتماعی دو نکته مهم نهفته است؛ نخست آنکه، اجتماع و امور مرتبط با آن اصالت دارد دوم اینکه، منافع جمعی، در درجه اول، باید بر اساس مصلحت اجتماعی ساماندهی شود.

در ادبیات فقیهان، اصطلاح مصلحت نظام، اغلب عنصر «حفظ نظام» ارتباط داده شده است (کلانتری، ۱۳۷۶، ۱۲۷). در این ارتباط، مصلحت با تعابیر گوناگون و البته با تفاوت‌هایی در معنا به کار رفته است. یکی از این تعابیر، «حفظ کیان اسلام» یا حفظ وطن است. در این تعبیر، به تقابل کیان اسلام و کیان غیر اسلام (کفر)، توجه می‌شود و مضمون این مصلحت، «نگهداری حاکمیت اسلامی و جلوگیری از خدشه دار شدن آن به دست دشمنان داخلی و خارجی اسلام» است (نایینی، ۱۳۸۲، ۵). مصلحت در این معنا، به معنی امری ضروری و مورد اتفاق فقهای شیعه و اصل حاکم بر سایر ادله احکام است و گاهی منظور از مصلحت، مفهومی است که در برابر «اختلال نظام» و «از هم گسیختگی و هرج و مرج» به کار می‌رود. در این تعبیر، منظور از مصلحت،

«نگهداری آراستگی در درون جامعه اسلامی و به سامان کردن روابط بین مردم و تنظیم صحیح مناسبات بین سازمان‌ها و نهادهای اجتماعی» است. (کلانتری، ۱۳۷۶، ۱۲۷ و ۱۲۸؛ عزیزی، فلاح‌زاده، ۱۴۰۰، ۹۸) در برخی نوشته‌های امام راحل، جلوگیری از هرج و مرج و حفظ نظام به معنای دوم، یکی از فلسفه‌های تشکیل حکومت قلمداد شده است (خمینی (امام)، ۱۳۶۸، ۲، ۴۶۱).

گاه مصلحت اجتماع با مصالح خصوصی در تراحم قرار می‌گیرد. از جمله سنجه‌های ترجیح مصلحت، ارتباط مستقیم یکی از دو سوی مصلحت‌های متعارض، با اجتماع، نظام‌های اجتماعی و حاکمیت است. به همین دلیل، مصلحت حفظ نظام نوع انسان‌ها و حفظ نظامات اجتماعی بر بسیاری از مصالح مقدم می‌شود. در نتیجه، در مقام تعارض مصلحت فردی با مصالح نوعی، مصالح نوعی و اجتماعی بر مصالح فردی تقدم دارد. بدین ترتیب، «در مقایسه میان وجوب حفظ نظام، به معنای اساس اسلام با وجوب حفظ نظام، به معنای نظام اجتماعی با وجوب حفظ نظام به معنای نظام سیاسی، اولی بر دومی و دومی بر سومی، تقدم دارد. در دوران بین حفظ اسلام و حفظ نظام اجتماعی یا نظام سیاسی، حفظ اسلام مقدم است. چنان‌که در دوران بین حفظ نظام اجتماعی و حفظ نظام سیاسی، حفظ نظام اجتماعی تقدم دارد، مگر آنکه نظام سیاسی، فاقد مشروعیت بوده و مصداق حکومت جائری باشد که مفسد بقای آن بیش از مفسده اختلال نظام اجتماعی باشد. سیره ائمه گواه بر این مطلب است» (ورعی، ۱۳۹۳، ۳۰؛ مطهری، بی تا، ۲۱، ۲۹۰). از این منظر، تقدم مصلحت عموم، جلوه‌ای از از قاعده اهم و مهم محسوب می‌شود (مطهری، ۱۳۸۰، ۱، ۱۳۹)، از این رو، تنها در صورتی می‌توان مصلحت اجتماع را بر مصلحت فرد، مقدم کرد که مصلحت اجتماع مهم‌تر و گریزناپذیر باشد. بدین ترتیب، تقدم مصلحت اجتماع بر مصلحت افراد، در جایی است که ضرورت عمل به مصلحت اجتماعی محرز باشد؛ به نحوی

که عقل ترک مصلحت فردی را تجویز کند. در این صورت بر اساس قاعده «الضروره تتقدر بقدرها» در ترک مصلحت فردی و تقدم مصلحت اجتماعی باید به قدر ضرورت، بسنده کرد (مخلصی، ۱۳۷۸، ۱۶۰). بدین ترتیب، یعنی جواز کنار گذاشتن مصلحت فردی، نمی‌تواند مطلق و دائمی باشد، بلکه باید موقت و متناسب با میزانی باشد که حالت ضرورت را برطرف کند (عزیزی؛ فلاح‌زاده، ۱۴۰۰، ۹۸). بدین ترتیب، عمومی بودن و ارتباط مصلحت با اجتماع، از عوامل ترجیح بر مصالح فردی و جزئی محسوب می‌شود. این تقدم، به صورت موقت و تا زمانی است که مصلحت اجتماعی که عامل تقدم و کنار گذاشتن مصالح فردی بوده است، همچنان برقرار باشد.

۴.۲.۲. مصلحت شخصی و نوعی و تقدم مصالح نوعی

مصلحت، بسته به اینکه قلمرو برخورداران از مصلحت چگونه باشد، به مصلحت شخصی و نوعی تقسیم شده است. در حقیقت، ممکن است، قلمرو افرادی که مصلحت آن‌ها با حکمی از احکام درگیر می‌شود، در نسبت با یکدیگر، کم یا زیاد باشد. هرچه افرادی که مصلحت مورد بحث به آن‌ها مربوط است بیشتر و بیشتر باشند، مصلحت مورد بحث نیز نوعی‌تر و از جنبه عمومی‌تری برخوردار است. در نتیجه، نوعی بودن یا شخصی بودن در این تقسیم، چون در مقایسه با یکدیگر لحاظ می‌شود، کاملاً، جنبه نسبی دارد. براین اساس، هرچه قلمرو برخورداران از عنصر مصلحت، نسبت به مورد دیگر، بالنسبه، کم‌تر باشد، با آن مثل مصلحت شخصی در نسبت به مصلحت نوعی برخورد می‌شود و در تزامن با مصلحتی که عمومی‌تر و گسترده‌تر است، مصلحت گسترده‌تر مقدم می‌شود (علیدوست، ۱۳۹۰، ۵۴۱) از این رو، برخی از تقدم‌هایی که در تزامن «حفظ جان و حفظ دین» بیان شده، به همین معیار باز می‌گردد و در این باره هویت مستقلاً ندارد؛ به‌طور مثال، محقق خویی، در تزامن

میان حفظ جان و حفظ دین، حفظ دین را، عقل‌پسند، دوست داشتنی و در نتیجه مقدم می‌داند. روش مسلمانان هم به همین صورت بوده و امیر مؤمنان نیز در قضیه غصب خلافت، همین راستا از حق خود گذشت (خمینی، ۱۳۷۸، ۱، ۱۲۱) و صبر پیشه کرد. در ساحت خانواده نیز در مورد هر یک از اعضای خانواده (مثل زن، شوهر و هرکدام از فرزندان)، مصلحت هرکدام از آن‌ها، در نسبت به نهاد خانواده، جنبه شخصی دارد و از این رو به‌طور مثال، در تراحم حق بر اشتغال هر یک از زوجین و مصلحت مربوط به حیثیت خانوادگی، دومی مقدم داشته می‌شود و ماده ۱۱۱۷ را می‌توان با همین ضابطه تفسیر کرد. به موجب این ماده، «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافعی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند».

بدین ترتیب، «قاعده مصلحت به معنی رعایت مصلحت عمومی در برابر مصالح فردی و صنفی بر مبنای جمع‌گرایی و تقدم مصالح عمومی بر مصالح فردی است که می‌تواند در عبور از تنگناها، به هنگام دشوار بودن اجرای احکام اولیه، به خاطر جنبه فردی یا گروهی پیدا کردن این احکام در شرایط خاص اجتماعی مورد استفاده قرار گیرد» (شعبان پور و دیگران، ۱۳۹۸، ۷۰).

در تفاوت دو مورد اخیر می‌توان گفت، در قسم اول، فقط مناسبت فرد با جامعه ملاحظه می‌شود؛ اما در قسم دوم، بر اساس جامعه برخورداران و با وصف نسبت بین برخورداران و درجه پذیری مصلحت نوعی ملاحظه شده است.

۴،۲،۳. موقعیت مصلحت در حقوق و تکالیف و تقدم مصالح بنیادی تر

وقتی سلسله مراتب حق‌ها، تکالیف‌ها و مصلحت‌ها و مفسده‌های مبنای احکام بررسی می‌شود، ملاحظه می‌شود، همه آن‌ها در یک رتبه از اهمیت و ارزش قرار

ندارند؛ بنابراین لازم است با تعیین جایگاه حق یا تکلیف در سلسله مراتب حق‌ها و تکالیف در هندسه هنجارهای حقوقی و بنیادهای ارزشی آنها و تعیین اینکه حق یا تکلیف‌های مزاحم یکدیگر از حق‌ها و تکلیف‌های اصلی‌اند یا فرعی، و به طور مشخص موقعیت آنها در طبقه بندی حق‌ها و تکلیف‌ها در نظام هنجاری حقوقی مورد قبول، کجاست، در مقام تزاخم به داوری پرداخت (دیلمی؛ جلیلی مراد، ۱۳۹۹، ص ۱۱) مثلاً ممکن است در بحث تزاخم حریم خصوصی زوجه و ریاست مرد بر خانواده، به دلیل بنیادی تر بودن حق بر حریم خصوصی زوجه و ارتباط آن با حریت و شخصیت وی، آن را مقدم دانست (قنوتی و دیگران، ۱۳۹۳، ۱۴۷) البته تقدم یاد شده منوط است به این که حق تقدم زوج، منصوص نباشد.

علاوه بر آن چه در مورد موقعیت مصلحت در ابعاد تقنینی و اجرایی بیان شد، به مناسبت، شایسته است به نقش مصلحت در مورد مسائل قضایی خانواده نیز اشاره کوتاهی صورت گیرد. گاهی قانون‌گذار، تشخیص مصلحت را در اختیار محاکم قرار داده است. به طور مثال، در ماده ۸ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست، «سپردن سرپرستی افراد موضوع این قانون در صورتی مجاز است که دارای یکی از شرایط ذیل باشند: ... د- هیچ یک از پدر، مادر و جدپدری آنان و وصی منصوب از سوی ولی قهری صلاحیت سرپرستی را نداشته باشند و به تشخیص دادگاه صالح این امر حتی با ضم امین یا ناظر نیز حاصل نشود. تبصره ۱- چنانچه پدر یا مادر یا جدپدری کودک یا نوجوان و وصی منصوب از سوی ولی قهری مراجعه کنند، دادگاه در صورتی که آنان را واجد صلاحیت لازم ولو با ضم امین یا ناظر تشخیص دهد و مفسده مهمی نیز کودک یا نوجوان را تهدید نکند؛ با اخذ نظر سازمان با رعایت حق حضانت مادر و تقدم آن نسبت به استرداد آنان حکم صادر می‌کند در غیر این صورت حکم سرپرستی ابقاء می‌شود» در این ماده به وضوح به نقش دادگاه در تشخیص مصلحت

یا مفسده راجع به طفل بی سرپرست یا بد سرپرست اشاره شده است.

یا به طور خاص در مورد نکاح دختران در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، دو عنصر « اذن ولی قهری» و نیز «تشخیص دادگاه و مصلحت سنجی» رکن ماده یاد شده است. در این باره لازم است « بلوغ فکری و جسمی دختر»، «رضایت و آگاهی کودک در نکاح»، «احراز صلاحیت زوج» «تشخیص مصلحت و منفعت آمیز بودن نکاح برای دختر» و «با «معیار شخصی» احراز شود و به صرف وجود عرف محل مبنی بر جواز نکاح در خردسالی اتکا نشود (آذری، میراحمدی، ۱۳۹۸: ۱-۲۸)

در بسیاری از مواقع، در محکمه مواردی از تراحم به وجود می‌آید که به مدد ضابطه تشخیص مصلحت برتر و مهم‌تر، اختلاف طرفین فیصله می‌یابد. مثلاً اگر زوجه بر اثر خوف جانی از حضور در منزل زوج امتناع کند، به دلیل برتری مصلحت جان، رفتار وی از مصادیق نشوز محسوب نمی‌شود یا در جایی که وجود فرزند در نزدیکی از والدین مضر به حال او باشد دادگاه به منظور رعایت مصلحت طفل می‌تواند اقدام مقتضی را در این باره انجام دهد یا دادگاه در صورتی که اطاله دادرسی را در امر طلاق و استمهال را در این باره به مصلحت تحکیم خانواده بداند، ممکن است در این باره صدور حکم به عدم سازش را با مقداری تأخیر انجام دهد یا در باره پاره‌ای جرائم مثل ترک انفاق یا نزاع‌های خانوادگی و جرائمی مثل توهین که دو طرف آن دارای روابط خویشاوندی نزدیک هستند، در نحوه مواجهه با متشاک، مصلحت خانواده را در نحوه صدور حکم مدنظر قرار دهد

گاه مصلحت‌هایی وجود دارد که شریعت اسلام یا قانون‌گذار راضی به ترک یا معطل گذاردن آنها نیست و هر کجا احراز شود، باید در ایجاد و حفظ آن کوشید (عمید زنجانی، ۱۳۷۳، ج ۹، ۳۴ و ۳۵) که در اصطلاح گاه از آن به مصلحت لازم التحصیل

یا مصلحت ملزمه یاد می‌شود و در ناحیه مفسده هم به همین کیفیت ممکن است مفسد باشد که تحقق آن به هیچ وجه پذیرفته نیست و باید در دفع و رفع آن کوشید. حال اگر در مقابل این‌ها، به حسب مورد، مصالح ضعیف‌تر یا مفسد رقیق‌تری باشد، طبعاً، تکلیف تقدم روشن خواهد بود

۴،۲،۴. معیار ناهم تراز بر خورداران از مصلحت و تقدم مصلحت افراد با موقعیت ضعیف (آسیب پذیر) (کودکان و محجوران)

گاه ملاحظه می‌شود، موقعیت حق داران و برخورداران از مصلحت، به نوعی ناهم‌ترازی و ضعف و قوت دچار است؛ به کیفیتی که می‌توان ادعا کرد، یکی در طرف ضعیف رابطه و دیگری در طرف قوی رابطه قرار دارد. بر اساس تئوری عقلایی حمایت از طرف ضعیف، در بسیاری از مناسبت‌ها و روابط حقوقی، اندیشه حمایت از طرف ضعیف رواج دارد و از جمله در حقوق خانواده، مواردی را می‌توان به همین ضابطه نسبت داد. به طور مثال، از آنجا که کودکان نیاز به حمایت زیادی دارند تا علایق و حقوق آنها مورد احترام قرار گیرد و از تضییع حقوق آنان جلوگیری شود، می‌توان با مدد گرفتن از مصلحت‌اندیشی و غلبه رعایت جانب غبطه کودک را در رفع نیازهای زیستی و جسمانی، عاطفی، روانی، اجتماعی و جنبه‌های عالی رشد، مدنظر قرار داده و با رعایت موازین فقهی و عقلی به درستی به نفع کودک از آن استفاده کرد. مثل دخالت مصلحت کودک در وضعیت توافق والدین بر حضانت یا اسقاط حضانت که به طور خاص در ادامه بحث خواهد شد و ارتباط نتیجه بحث با معیار پیش‌گفته مشخص خواهد شد.

به عنوان نمونه حمایتی دیگر می‌توان به نحوه اعمال ولایت قهری بر پایه معیار شخصی اشاره کرد. از آن جایی که در خانواده از یک سو، اشخاصی مثل صغیر غیرممیز قادر

به اداره امور خود نیستند و از سوی دیگر اداره امور این اشخاص نمی‌تواند بدون مدیریت صحیح و مطلوب رها شود، شارع مقدس نهادی را به نام ولایت قهری و شخصی را به عنوان ولی قهری برای تدبیر امور این قبیل اشخاص و تأمین مصالح آن‌ها در نظر گرفته است. قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۸۳ مقرر می‌دارد: «در کلیه امور مربوطه به اموال و حقوقی مالی مولی علیه، ولی، نماینده قانونی او می‌باشد.» حمایت جدی و همه‌جانبه از مولی علیه و تأمین و تحقق مصالح وی در کانون وضع این نهاد قرار دارد. اگرچه شارع مقدس بر مبنای رابطه طبیعی اُبُوْت، ولایت قهری را وضع کرده است (محقق کرکی، ۴۱۴، ج ۱۱، ۲۷۵).

در مورد جایگاه مصلحت در اقدامات ولی قهری، باورهای فقهی مختلفی وجود دارد؛ اما دو دیدگاه از بقیه مشهورتر است. مطابق دیدگاه اول، نفوذ تصرفات ولی قهری مثل بقیه کسانی که به نیابت عمل می‌کنند، منوط و مشروط به رعایت مصلحت است (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۸۷: ۴) و بر اساس دیدگاه دوم، نفوذ اقدامات ولی قهری به نبود مفسده مشروط است و لازم نیست اقدام وی ملازم با مصلحت باشد. بنابراین بر اساس این دو مبنای اقدامات ولی قهری در مدیریت مولی علیه و تنظیم و تنسيق امور مالی و غیر مالی او باید در چارچوب مصلحت مولی علیه باشد (علامه حلی، ۱۴۲۲، ۱۲، ۲۳۴) و یا دست کم به گونه ای باشد که مفسده ای را برای وی به دنبال نداشته باشد (خمینی (امام)، ۲، ۲۵۵). از دید این گروه، «در نفوذ تصرفات پدر و جد پدری وجود مصلحت شرط نیست بلکه نبود مفسده کافی است» ولی قهری باید در حد متعارف تلاش کند تا اقدامی که انجام می‌دهد در راستای مصلحت مولی علیه باشد؛ هرچند بعداً، مصلحت آمیز نبودن آن اثبات شود. البته ملاک، همان مصلحت ظاهری است که به ملاک متعارف باید برای ولی قهری احراز شود و بیش از آن ضروری به نظر نمی‌رسد. قانون مدنی نیز به گونه ای شرط مصلحت را در نحوه اقدامات ولی

قهری لحاظ کرده است باتکیه بر این نکته، چنانچه ولی قهری با اتکا به اختیارات قانونی خود و بدون در نظر گرفتن واقعی مصالح کودک، اقدامی را به ضرر مولی علیه سامان دهد، وی کند؛ به نحوی که، آسیب‌های مالی، جسمی، روحی یا اجتماعی متوجه مولی علیه شود، چون ارکان مسئولیت مدنی وجود دارد، مسئولیت مدنی ولی قهری را می‌توان بر این اساس پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۲۸۰؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ۴۳۷). در حقیقت، کودک، به دلیل عدم اهلیت حقوقی، قادر به دفاع از منافع خود نیست، اگر ولی قهری در استفاده از این قدرت قانونی دچار سوء اختیار یا غفلت شود، مسئول خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۲۸۰؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ۴۳۷). بعلاوه، به موجب ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی، «هرگاه ولی قهری طفل رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه گردد به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضایی، پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می‌نماید...» و افزون بر آن، به موجب ماده ۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان، پاره ای اقدامات ولی قهری جرم‌انگاری شده که برای غیرموجه بودن و قرار گرفتن در فرآیند ضمان کفایت می‌کند و با حصول سایر شرایط می‌توان به جبران خسارت‌های معنوی و مادی ناشی از آن حکم داد.

به منظور امکان تأمین مصالح مولی علیه، امکان برنامه‌ریزی صحیح مالی و تربیتی و جهت‌دهی صحیح به برنامه‌های تربیتی و تمشیت صحیح امور وی برای ولی قهری شرایطی بیان شده است. شرط اسلام (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲، ۲۶۷)، شرط رشد و فقدان اوصافی مثل جنون در ولی قهری (ماده ۱۱۸۵)، شرط عدالت ولی قهری از منظر برخی فقیهان (طوسی، ۱۳۸۷، ۴، ۵۱؛ حلی، ۱۴۱۳، ۲، ۵۶۴) البته به معنای رفتار همراه با عدالت در خصوص تصرف در اموال و شئون مولی علیه، همگی در راستای جلب

مصلحت مولی علیه و دفع مفاسد احتمالی در مسیر اعمال ولایت ولی قهری است. در حقیقت، تحقق حکمت و مصلحت لازم الرعایه در جعل ولایت قهری در گرو تحقق شرایط یادشده است.

البته باید توجه داشت شروط یاد شده در رتبه تأثیر مقتضی لحاظ می‌شود. چون به صرف رابطه طبیعی و تکوینی ولایت قهری محقق است و موارد یادشده، در رتبه مانع عمل می‌کند و به محض رفع شده مانع، مقتضی اثر خود را مجدداً برقرار می‌کند (اذا ارتفع المانع اثر المقتضی اثره).

۴،۲،۵. معیار میزان تنش ناشی از اجرای حق یا تکلیف و تقدم تنش کم‌تر

بررسی عواقب ناشی از تحدید و یا نقض هر یک از حق‌ها و تکلیف‌های متزاحم نیز می‌تواند در تشخیص حق یا تکلیف اهم مؤثر باشد. در صورتی که اعمال یکی از حق‌ها یا تکلیف‌ها در مقابل حق یا تکلیف دیگر منجر به تنش‌های ناگوار گردد، ولی اعمال دیگری، این آثار را نداشته باشد، می‌توان حق یا تکلیف کم تنش را مقدم داشت (دیلمی، جلیلی مراد، ۱۳۹۹، ۱۱) بر اساس همین استدلال نمی‌توان با تمسک به اشتغال یکی از افراد خانواده، اجازه داد در سطح خانواده تنش رو به تزاید ایجاد شود.

۴،۲،۶. جانشین‌پذیری یا جانشین ناپذیر حقوق متزاحم و تقدم حقوق جانشین ناپذیر

یکی از ملاک‌های تقدیم و تأخیر حق‌ها و تکلیف‌ها، بررسی این نکته است که آیا حقوق و تکالیف متزاحم، بدل و جانشین دارند و یا مصداق انتخاب شده از سوی صاحبان حق و تکلیف، مصداق منحصر اجرای حق و تکلیف هستند؟ (دیلمی، جلیلی مراد، ۱۳۹۹، ۱۱) در این صورت، به عنوان معیار گفته شده است: «مصلحتی که در «مالیس له البدل» وجود دارد بر «ماله البدل» مقدم است؛ یعنی، مصلحت حکم

که بدل نداشته باشد، مقدم بر حکمی است که بدل داشته باشد» (یزدی، ۱۴۰۹، ۱، ۴۷۷؛ صدر، ۱۴۱۷، ۷، ۸۲؛ دیلمی، جلیلی مراد، ۱۳۹۹، ۲۴).

۴،۲،۷. اولویت مصلحت جان بر دیگر مصالح

تمامیت جسمانی و حفظ جان در نزد شارع مقدس و قانون‌گذار از اهمیت به سزایی برخوردار است و به نظر می‌رسد، جز بر مصلحت حفظ دین و کیان اسلام و وطن، بر بقیه مصالح اساسی پیش‌گفته، مقدم است. برخی دانشمندان اصولی، نمونه‌هایی از موارد اولویت دار و سنجه‌های تقدم مصلحت را ذکر کرده است که از جمله آن می‌توان به اولویت حفظ جان و ناموس بر حفظ مال اشاره کرد (مظفر، محمدرضا، ۱۳۷۰، ۲، ۲۲۰) روایاتی مثل «قَتَلَ الْمُؤْمِنَ أَعْظَمُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ زَوَالِ الدُّنْيَا. کشتن مؤمن در نظر خداوند، بزرگتر (پراهمیت تر) از نابودی دنیاست. (المتقی الهندی، ج ۱۵، ص ۱۹) و «لَزَوَالِ الدُّنْيَا أَهْوَنُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ قَتْلِ رَجُلٍ مُسْلِمٍ؛ پیامبر خدا صلی الله علیه و آله نابود شدن دنیا نزد خدا، سبک تر از کشتن مردی مسلمان است (ابن محمد (قوام السنه)، ۳، ۲۹۳) لَزَوَالِ الدُّنْيَا جَمِيعًا أَهْوَنُ عَلَى اللَّهِ مِنْ دَمِ سُفْيَانَ بَغِيرِ حَقِّ پیامبر خدا صلی الله علیه و آله: اگر همه دنیا نابود شود، نزد خدا اهمیتش کمتر از خونی است که به ناحق ریخته شود (همان) و تقدم عرض بر مال در برخی روایات مثل «حصنوا الاعراض بالاموال: به وسله اموال از آبرو محافظت کنید»؛ (خوانساری، ۱۴۰۵، ۷، ۴۰۶) مؤید همین مطلب است. از این رو به رغم اینکه بر زندگی مشترک زوجین و حفظ کیان خانواده تأکیدهای فراوانی وجود دارد، در صورت «وجود خوف ضرر جانی»، حفظ جان مقدم است و در این موارد جواز ترک منزل به زوجه داده است. به موجب ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی، «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی و یا مالی یا شرافتی برای زن باشد زن می‌تواند مسکن علیحده اختیار کند و در صورت ثبوت

مظنه ضرر مزبور محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است نفقه برعهده شوهر خواهد بود».

۴،۲،۸. مصلحت مهم و مصلحت اهم و تقدم (استثناپذیر) مصلحت اهم

«یافته‌های جدید دانش اصول حاکی است که تنها مرجح مطمئن در تراحم احکام قانون اهم و مهم است. قانون اهم و مهم که مبتنی بر مصالح احکام است بیان می‌کند که اگر در نزد شارع ملاک یکی از دو حکم از ملاک حکم دیگر قوی‌تر باشد، همان حکم بر حکم دیگر مقدم می‌شود. یکی از مصادیق قانون اهم و مهم همان قانون دفع افسد به فاسد است که چیزی جز اهمیت سنجی اعمال حرام نیست؛ بنابراین ماهیت قانون اهم و مهم همان تشخیص مصلحت و مفسده موجود در احکام و سنجش آنها با یکدیگر است» (جزایری، عشایری منفرد، ۱۳۹۰، ۱۶) براین اساس، «باب تراحم، محل تصادم مصالح اهم و مهم است و باید با سنجش مصالح و مفاسد هر یک، آنها که دارای مصلحت بیشتری است، مقدم داشته شود. این تراحم در قلمرو مفاسد نیز، اتفاق می‌افتد؛ یعنی این قاعده در مفهوم عام شامل قاعده «دفع افسد به فاسد» هم می‌گردد» (علی‌آبادی؛ اسفندیاری، ۱۳۹۴، ۲۳ و ۲۴) روایتی که مضمون آن این شمول را تایید می‌کند نیز وجود دارد. امام صادق (علیه‌السلام) فرمودند: «عاقل کسی نیست که میان خوب و بد فرق قائل شود، بلکه عاقل فردی است که از میان بدها بهترین را برگزیند». پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) نیز در این خصوص فرمودند: «إذا اجتمعت الحرمتان طرحت الصغرى للكبرى؛ وقتی دو امر واجب الاحترام جمع شد، امر کوچک‌تر برای انجام امر بزرگ‌تر کنار گذاشته می‌شود» (ابن اثیر، ۱۳۶۷، ۱، ۳۷۴). در واقع اهم یعنی مهم‌تر و به امری که دارای مصلحت بیشتری و ضرر کمتری نسبت به دیگری باشد، اهم می‌گویند و در برابر آن «مهم» قرار دارد.

در جایی که با تنافی بین دو حکم مواجه باشیم و هیچ کدام از دیگری مهم تر نباشد، مجرای باب «تخیر» است و اصولاً هیچ کدام بر دیگری، ترجیحی ندارد. اما چنان چه یکی «مهم تر» باشد، تقدم با همان است. یکی از معیارهای مهم و اصول و ابزارهای کلیدی، کارآمد و عقلایی در دست فقیهان (مطهری، ۱۳۸۰، ۱، ۲۱) در بحث از تزامم مصالح، ضابطه «درجه اهمیت مصالح» است که گاه از آن به قانون اهمیت یاد می شود. اصل این ضابطه، به رغم ابتدای این ضابطه بر دلایل متعدد نقلی آن قدر وضوح دارد که بی نیاز از استدلال است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲، ۵۰۵؛ شیرازی، ۱۴۱۳، ۱۴۱۱۴۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۳، ۳، ۵۰۰) و در حقیقت، «قاعده اهم و مهم از مستقلات عقلی است که در آن به اخذ اهم و ترک مهم در فرض تزامم اهم با مهم حکم شده است» (علیدوست، ۱۳۹۰، ۲۱) و از مصادیق ملازمه بین عقل و دین است. از این رو «اعتماد به عقل در درک مصالح و مراتب آن، تا جایی است که حتی برخی اصولیان که عقل را از درک مصالح و مفاسد مورد نظر شارع عاجز می بینند و صغریایی برای قانون «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» نمی شناسند، اعتماد مزبور را می پذیرند و به هنگام تزامم ملاک ها و احکام، عقل را حاکم بر لزوم اخذ به اهم و قادر بر تشخیص اهم و تمییز آن از مهم می دانند» (جزایری؛ عشایری منفرد، ۱۳۹۰، ۱۸).

شایان ذکر است، «همین که اهم بودن یکی از دو حکم به صورت محتمل نیز قابل درک باشد، کافی است؛ زیرا فقیه، حتی اگر به اهم بودن یکی از دو حکم متزامم علم پیدا نکند، بلکه فقط احتمال اهم بودن، آن را هم دریابد باز هم نتیجه این تلاش راهگشاست؛ زیرا در باب تزامم، اهم بودن احتمالی نیز مرجح شمرده می شود» (جزایری؛ عشایری منفرد، ۱۳۹۰، ۳۰).

در حقیقت، «عرف خردمندان، افزون بر آنکه مرجع تشخیص موضوعات و مصادیق

آنها به شمار می‌آید، می‌تواند در باب تراحم بناگذاری کند؛ بی‌معنا که اگر دو حکم متزاحم بر عرف عرضه شوند، با احراز درجه اهمیت، حکم یا حق اهم را مقدم دارد که به آن توفیق عرفی می‌گویند» (جزایری؛ عشایری منفرد، ۱۳۹۰، ۱۹؛ صفار، ۱۴۲۹، ۲۰۴).

نتیجه‌گیری

با این پیش فرض که احکام، «در مرحله اقتضا»، فی‌الجمله یا بالجمله، بر مصالح و مفاسد نفس‌الامری، بناگذاری شده است، عنصر مصلحت در این باره، «ملاک (مناط) حکم شرعی» و «علل و مقتضیات احکام» را رقم می‌زند و الا «مستلزم انتخاب گزینه وجوب، حرمت، استحباب و کراهت به اراده شارع است بدون اینکه جهت و علت خاصی باعث این انتخاب باشد و این پدیده چیزی جز ترجیح بدون مرجح نیست». بعلاوه، ابتناء احکام بر جلب مصلحت یا دفع مفسده سهولت پذیرش و اتکاپذیری عقلایی تکالیف و احکام را نیز به دنبال دارد در عین حال، ممکن است در نسبت بین مصالح یا مفاسدی که دائرمدار احکام است، ناسازگاری‌هایی بروز کند. یکی از بحث‌های مهم در خانواده، چگونگی پیدایش تنافی در ساحت خانواده و مبتنی بر آن، راه‌های برون رفت از تنافی است. اینکه در مقام رفع تنافی، ملاک بنیادین و ملاک‌های فرعی تر کدام است.

تراحم، در دو ساحت قابل طرح است. یکی در ساحت قانون‌گذاری و وضع احکام است که در آن رتبه، تراحم، در حقیقت به ملاکات احکام مربوط است. در اصطلاح، این نوع تراحم، تراحم ملاکی نامیده می‌شود. اما «اگر بین دو حکم شرعی یک تنافی غیردائمی وجود داشته باشد، اما این تنافی در مقام فعلیت و تحقق موضوع ریشه داشته باشد، با شرایطی، تراحم امتثالی به وجود می‌آید»

در تحقق تنافی، اطلاق دو حکم، هماهنگی دو حکم در الزام یا عدم الزام، مستقل بودن دو حکم، نفسی بودن دو حکم، اتفاقی بودن تنافی بین دو حکم، ناتوانی مکلف از جمع بین دو تکلیف و نیز وحدت مکلف، از جمله شرایط مهمی است که باید احراز شود.

معیار محوری در میان سنجه‌های مصلحت، معیار اهمیت‌سنجی است؛ یعنی، مصلحت مهم و تقدم (استثنانپذیر) مصلحت اهم بر مصلحت‌های مهم. یعنی مصلحتی که در نگرش عالی‌تر و در موقعیت ممتازتری قرار دارد. بر اساس این معیار، معیارهای فنی برای تشخیص مصلحت اهم، مطرح شده است. «معیار موقعیت مصلحت و تقدم مصالح بنیادی‌تر»، معیار ناهم‌ترازی برخورداران از مصلحت و تقدم مصلحت افراد با موقعیت ضعیف (آسیب‌پذیر) (مثل حضانت)، «معیار میزان تنش ناشی از اجرای حق یا تکلیف و تقدم تنش کم‌تر»، «جانشین‌پذیری یا جانشین‌ناپذیر حقوق متزاحم و تقدم حقوق جانشین‌ناپذیر»، «درجه الزام جلب مصلحت یا دفع مفسده و تقدم مصالح لازم‌التحصیل و مفاسد لازم‌الترک» «اولویت مصلحت جان بر دیگر مصالح»، از جمله این موارد است

منابع

- ۱- ابن اثیر جوزی، مبارک بن محمد (۱۳۶۷). النهایه، ج ۱، قم: اسماعیلیان.
- ۲- ابن عاشور، محمد طاهر (۱۴۱۸). مقاصد الشریعه، بی جا: بی نا.
- ۳- ابن فارس، احمد (۱۴۰۴). معجم مقائیس اللغة، تصحیح هارون عبدالسلام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۴- احمدی، حسین بن علی (۱۳۸۷). نقش مصلحت نظام در فقه اسلام، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۵- آذری، هاجر؛ میراحمدی، منیره؛ رویکردهای فضایی به تشخیص مصلحت در ازدواج کودکان)، فصلنامه زن و جامعه دوره ۱۰، شماره ۴۰، مردشت: دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۸، صص ۱-۲۸.
- ۶- اصفهانی، محمد تقی (۱۴۲۹). هدایه المسترشدین فی شرح اصول معالم الدین، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۷- انصاری، مرتضی (۱۴۲۸). فرائد الاصول، قم: نشر اسلامی.
- ۸- اویسی کهن، امین؛ کیخا، محمدرضا؛ سالارزایی، امیرحمزه (۱۳۹۹). نقش مصلحت و مفسده در تحدید و توسعه خانواده، فصلنامه علمی جامعه شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره سوم (پیاپی) ص ۱۴۷. (ص ۱۴۵-۱۶۲)
- ۹- این منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴). لسان العرب، تحقیق جمال الدین میرداماد، بیروت: دارصاد.
- ۱۰- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵). الحدائق الناظره، قم: انتشارات اسلامی
- ۱۱- بهشتی، محمد حسین (۱۳۶۷). حکومت در اسلام، تهران: سروش.
- ۱۲- بوطی، محمد سعید رمضان (۱۴۱۲). ضوابط المصلحة فی الشریعه الاسلامیه، بیروت: مؤسسه الرساله، دار المتحد.
- ۱۳- جزایری، سید حمید؛ عشایری منفرد، محمد؛ (قلمرو مصلحت و عدالت در تراحم احکام و حقوق زنان)، مطالعات راهبردی زنان، فصلنامه شورای اجتماعی زنان و خانواده، سال ۴، ش ۵۴، تهران: شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، ۱۳۹۰، ص ۷-۵۸.
- ۱۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، تهران: گنج دانش.
- ۱۵- جمعی از محققان (۱۳۸۹). فرهنگ نامه اصول فقه، ج ۲، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۱۶- جوهری، اسماعیل (۱۴۰۷). الصحاح، تحقیق عبدالغفور عطار، بیروت: دارالعلم للملایین.
- ۱۷- حر عاملی، محمد (۱۴۰۹). وسائل الشیعه، ج ۱۷، قم: مؤسسه آل البیت.

- ۸۱- حسن‌زاده، اسماعیل (۱۳۸۸). مصلحت عمومی در اندیشه سیاسی خواجه رشیدالدین فضل‌الله همدانی، تهران، مطالعات تاریخ فرهنگ.
- ۱۹- حسینی فیروزآبادی، مرتضی (بی تا). عنایه الاصول فی شرح کفایه الاصول، ج ۱، بی جا: بی نا.
- ۲۰- حلبی، ابوالصلاح (۱۴۰۴). تقریب المعارف فی علم الکلام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۱- حلبی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۲). خلاصه الاقوال فی معرفه الرجال، بی جا: نشر الفقاهه
- ۲۲- حلبی (محقق)، جعفر (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۲۳- حلبی (محقق)، جعفر (۱۴۰۳). الاجتهاد و تقلید (معارض الاصول)، قم: مؤسسه آل البيت.
- ۲۴- حلبی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳). قواعد الاحکام، قم: انتشارات اسلامی.
- ۲۵- حلبی، جعفر بن حسن (۱۴۱۴). المسلك فی اصول الدین، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه.
- ۲۶- حلبی، حسن بن یوسف (۱۴۱۹). كشف المراد، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۷- خراسانی، محمدکاظم (بی تا). کفایه الاصول، قم: آل البيت.
- ۲۸- خمینی، سید روح‌الله موسوی (۱۴۱۵). تحریر الوسیله، قم: دارالعلم
- ۲۹- خمینی، سید روح‌الله (۱۳۶۸). صحیفه نور، ج ۱ و ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۳۰- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲). مصباح الاصول، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- ۳۱- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷). محاضرات فی الأصول، ج ۳، قم: انصاریان.
- ۳۲- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۹). دراسات فی علم الأصول، ج ۲، بی جا: دائرة المعارف فقه اسلامی.
- ۳۳- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). لغت نامه دهخدا، تهران: دانشگاه تهران، ص ۱۸۵۴۱.
- ۳۴- دیلمی، احمد؛ آیت‌الله جلیلی مراد؛ (قاعده اهم و مهم و کارکردهای حقوقی آن، حقوق اسلامی)، سال ۱۷، ش ۶۶، ۱۳۹۹، قم: پژوهشگاه فرهنگ. اندیشه اسلامی، صص ۷-۲۶
- ۳۵- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲). مفردات الفاظ القرآن، لبنان: دارالعلم.
- ۳۶- زبیدی، سید محمد مرتضی (۱۴۱۴). تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دارالفکر.
- ۳۷- سبحانی، جعفر (مقرر)، تهذیب الاصول، تقریر ابحات امام خمینی، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۳۸- سیوری حلبی، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۵). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- ۳۹- سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۵). ارشاد الطالبین فی شرح المسترشدين، قم، مکتبه آیه الله

المرعشی.

- ۴۰- شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۶). فرهنگ فقه، ج ۲، قم، مؤسسه دایره المعارف اسلامی.
- ۴۱- شرتونی، سعید (۱۴۰۳). اقرب الموارد، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- ۴۲- شعبان پور، محمد؛ زهرا بشارتی و محمد مهدی ولدخانی (۱۳۹۸). تبیین مؤلفه‌های قرآنی قوامیت مردان با تأکید بر کاربست «سنجه‌های مصلحت» در فقه شیعه، دو فصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، سال ۲۴، شماره ۷۰، ص ۶۷-۹۸.
- ۴۳- شیرازی، سید محمد (۱۴۱۳). القواعد الفقهیه، بیروت: مؤسسه امام رضا.
- ۴۴- صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۸). دروس فی علم الاصول، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۴۵- صدر، سید محمد، (۱۴۱۸). ماوراء الفقه، بیروت: دارالاضواء.
- ۴۶- صدر، محمدباقر (۱۴۱۷). بحوث فی علم الاصول، ج ۷، دائرة المعارف فقه اسلامی.
- ۴۷- صفار، فاضل (۱۴۲۹). فقه المصالح و المفاسد، لبنان: دارالعلوم.
- ۴۸- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۹). العروة الوثقی، ج ۲، قم: اسلامی.
- ۴۹- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶). مجمع البحرین، تهران: مکتبه المرتضویه.
- ۵۰- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: المکتبه المرتضویه.
- ۵۱- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۶). الاقتصاد فیما يتعلق بالاعتقاد، بیروت: دارالاضواء.
- ۵۲- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (بی تا). القواعد والفوائد، تحقیق دکتر سید عبدالهادی حکیم، قم: منشورات مکتبه المفید.
- ۵۳- عبدالسلام، عزالدین (۱۹۸۶). قواعد الاحکام فی مصالح الآنام، راجعه طه عبدالرؤوف سعد، ج ۱، القاهرة: مکتبه الکلیات الازهریه.
- ۵۴- عزیزی، حسین، علی محمد فلاح زاده؛ (مصلحت اجتماعی در فقه امامیه)، از مفهوم تا ضابطه، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال دهم، ش ۳۲، تهران: پژوهشگاه شورای نگهبان، ۱۴۰۰، صص ۸۵-۱۰۴
- ۵۵- علی آبادی، عبدالصمد، رضا اسفندیاری (اسلامی) (۱۳۹۴). واکاوی قاعده دفع افسد به فاسد از دیدگاه مذاهب فقهی، پژوهشنامه مذاهب اسلامی، ش ۳، صص ۹۳۲.
- ۵۶- علیدوست، ابوالقاسم؛ (تبعیت یا عدم تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی)، مجله فقه و حقوق اسلامی، شماره ۶، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴، صص ۹-۳۲
- ۵۷- علیدوست، ابوالقاسم؛ (مصلحت در فقه امامیه، حقوق اسلامی)، دوره ۵، ش ۱۸، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸، صص ۳۵-۵۸.

- ۵۸- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۰)؛ فقه و مصلحت، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۵۹- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۳). فقه سیاسی، ج ۹، تهران: امیرکبیر.
- ۶۰- غروی تبریزی، میرزاعلی (۱۴۱۰). التنقیح فی شرح العروه الوثقی، قم: موسسه آل البيت علیهم السلام.
- ۶۱- غزالی، محمد (۱۴۱۴). کتاب المستصفی، ج ۱، بیروت: دارالفکر.
- ۶۲- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰). کتاب العین، تحقیق مهدی المخرومی و ابراهیم السامرائی، قم: دارالهجره.
- ۶۳- فیاض، محمد اسحاق (۱۴۱۰). محاضرات فی اصول الفقه (تقریرات درس آیت الله خویی)، قم: دارالهادی.
- ۶۴- قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۶). جامع الشتات، تهران: مؤسسه کیهان
- ۶۵- قنواتی، جلیل و دیگران؛ (میان کنش قاعده لا ضرر و حریم خصوصی خانواده)، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ش ۲، دوره ۶، شیراز: دانشگاه شیراز، ۱۳۹۳، صص ۱۲۵-۱۵۳.
- ۶۶- قوام السنه، اسماعیل بن محمد (بی تا). الترغیب و الترهیب، با تصحیح شعبان، ایمن بن صالح، قاهره: دارالحديث
- ۶۷- کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۴۰۹). فوائد الأصول، ج ۴، تقریر بحث آیه الله محمد حسین غروی نائینی، تعلیق: آغا ضیاء الدین العراقي، قم: انتشارات اسلامی
- ۶۸- کلانتری، علی اکبر (۱۳۷۶). فقه و مصلحت نظام، فقه، ش ۱۱ و ۱۲، صص ۲۱۶۲۹۲.
- ۶۹- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، الکافی، تصحیح علی اکبر غفاری، ج ۲، تهران: دارا کتب الاسلامیه.
- ۷۰- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۵). مقالات حقوقی، ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۷۱- الممتقی الهندی، علی ابن حسام الدین (۱۴۱۹). کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال، بیروت: دارالکتب العلمیه
- ۷۲- محقق ثانی، علی بن حسن (۱۴۱۴). جامع المقاصد، قم: موسسه آل البيت
- ۷۳- محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۳). الاجتهاد و التقليد (معارج الاصول)، قم: مؤسسه آل البيت.
- ۷۴- مخلصی، عباس (۱۳۷۸)، بازشناسی فقه اجتماعی امام خمینی، فقه، کاوشی نو در فقه اسلامی، ش ۲۱ و ۲۲، صص ۱۶۰۲۰۸.
- ۷۵- مصطفوی، حسن (۱۴۰۲). التحقیق فی کلمات القرآن، ج ۶، تهران: مرکز کتاب لترجمه و النشر.
- ۷۶- مطهری، مرتضی (بی تا). مجموعه آثار، ج ۶۱، قم: صدرا.

- ۷۷- مطهری، مرتضی (۱۳۶۲). فلسفه اخلاق، قم: بنیاد ۱۵ خرداد.
- ۷۸- مطهری، مرتضی (۱۳۸۰). اسلام و مقتضیات زمان، تهران: صدرا.
- ۷۹- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰). اصول الفقه، ج ۲، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۸۰- مقری فیومی، احمد بن محمد (بی تا). المصباح المنیر، قم، منشورات دار الرضی.
- ۸۱- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۳). انوار الفقاهه، قم: مدرسه امیر المؤمنین.
- ۸۲- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲). بحوث فقهیه هامه، قم: مدرسه امیر المؤمنین.
- ۳۸- میبدی، فاکر (۱۳۷۸). مصلحت نظام در اندیشه امام خمینی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۸۴- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۹۶). قوانین الاصول، تحقیق رضا حسین صبح، ج ۲، قم: دار زین العابدین
- ۸۵- نائینی، میرزا حسین (۱۴۲۴). منیه الطالب، ج ۲، تقریرات آقا موسی خوانساری، قم: النشر الاسلامی.
- ۸۶- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام، بیروت: دارالعلم.
- ۸۷- ورعی، سید جواد، قاعده اختلال نظام «مفاد و قلمرو آن در فقه»، فصلنامه حکومت اسلامی، ش ۷۱، قم: دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، ۱۳۹۳، صص ۵-۳۲.
- ۸۸- وطنی، امیر؛ علیرضا حیدرزاده؛ (مبانی اعتبار مصلحت در استنباط حکم شرعی)، فصلنامه مطالعات معرفتی در دانشگاه اسلامی، سال ۱۹، شماره ۴، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و معارف اسلامی، ۱۳۹۴، ۵۴۷-۵۶۲.
- ۸۹- یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹). عروه الوثقی، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات