

www.csr.ir

## مصلحت و جایگاه فقهی آن

علی دارینی

و حتی در بین مالکی‌ها به عنوان مؤسس و طرفدار مصلحت‌سنجی نیز، اتفاق نظر وجود ندارد.

مباحث فقهی مصلحت بصورت منسجم تدوین نشده است و به صورت پراکنده در ابواب مختلف فقهی مثل جهاد، بیع، مکاسب، محرمة، وقف، ولایت و... آمده است. مصلحت در فقه شیعه، جلوه‌ای از کارکرد دلیل عقل است و خود مستقلاً منبع استنباط احکام نمی‌باشد. فقه عامه با داشتن تجربه عملی و حکومتی کامل‌تر از فقه شیعه به مصلحت اجتماعی و حکومتی پرداخته است و شایسته است فقهای شیعه در راستای غنای هر چه بیشتر مباحث اجتماعی و سیاسی فقه خویش، با طرح ابواب «مصلحت اجتماعی» و «مصلحت

### چکیده

مصلحت هم معنای منفعت است و منفعت هر چیزی است که در آن نفع و فایده باشد. مصلحت علاوه بر مفهوم ایجابی فوق، دارای جنبه سلبی دفع مفسدت و مضرت نیز می‌باشد. اصل فایده‌گرایی، امروزه هر چیزی را تحت الشعاع خویش قرار داده است.

مباحث مصلحت در علوم اسلامی، در شاخه‌های فقه و اصول و کلام بیشتر مطرح شده است و مبانی کلیه احکام شرعی بر مصلحت استوار است.

در تبیین جایگاه فقهی مصلحت، باید به نقش آن در وضع یا تشریح احکام جداگانه از نقش آن در استنباط و اجرای احکام توجه شود. مصلحت در فقه یک مسئله اختلافی است

حکومتی» یا «مصلحت نظام» همت گمارند.

### مقدمه

موضوع «مصلحت» در بسیاری از علوم انسانی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. مصلحت هر چیزی است که در آن نفع و فایده باشد و هدف بسیاری از علوم، به تأمین منافع مادی و معنوی ختم می‌شود. امروزه اصل فایده‌گرایی هر چیزی را تحت الشعاع خویش قرار داده است. مباحث مربوط به مصلحت را در میان علوم اسلامی باید در فقه و کلام و اصول جستجو کرد؛ مصلحت در متون فقهی به صورت پراکنده در ابواب مختلفی همچون جهاد، بیع، مکاسب محرمه، وقف، ولایت بر مجبورین، ... دیده می‌شود. فقهای زیادی رعایت مصلحت مولی علیه و چگونگی و جوانب آن را تشریح نموده‌اند. نکته حایز اهمیت در تبیین جایگاه فقهی مصلحت تفکیک جنبه تشریعی و استنباطی مصلحت در مقام وضع، و تقنین احکام و جنبه اجرایی آن در مرحله اعمال و اجرای احکام است. مصلحت به صورت محدود به عنوان مبنای جواز برخی احکام و اعمال در فقه مورد بررسی قرار گرفته است که البته احراز شرایط و قرائن و اوضاع و احوال خاصی را می‌طلبد. برای مثال: دروغ با داشتن نهایت قباحت شرعی و اخلاقی و کلید معاصی بودن، در شرایط خاصی جایز شمرده شده است و اصطلاح عامیانه «دروغ مصلحتی» ریشه در همین جواز شرعی دارد.

نظام حقوقی اسلام به برکت فقه غنی آن، با

گذرا از دوران طلایی و پربرکت نبوت و امامت، به همت فقهای سترگ خویش در بسیاری از زمینه‌ها، رشد چشم‌گیری داشته است، ولی فقدان تجربه کافی در استنباط و اجرای احکام عمومی و اجتماعی اسلام، و عدم تشکیل یک حکومت مستمر و منسجم اسلامی باعث شده است که مباحث «مصلحت عمومی و اجتماعی» به نحو شایسته مورد تحلیل قرار نگیرند؛ به نحوی که اختلافات اندیشمندان اسلامی و مشکلات عملی و اجرایی تشخیص مصلحت ریشه در همین مسایل دارد. مثلاً «مصلحت نظام» از مصادیق بارز ترجیح مصالح اجتماعی و عمومی بر مصالح فردی و خصوصی است که می‌توان به مبانی شرعی و عقلی آن دست یافت و در نتیجه فلسفه وجودی نهادی همچون «مجمع تشخیص مصلحت نظام» به عنوان نهادی مؤثر و مفید در راستای تشخیص مصلحت و تبیین سیاست‌های کلان نظام و رفع اختلاف نمایان می‌شود. البته ایرادات و انتقاداتی در ارتباط با جایگاه حقوقی و نحوه عمل آن وارد شده است.

به نظر می‌رسد که مفهوم و ماهیت مصلحت و جایگاه واقعی آن هنوز در حاله‌ای از ابهام قرار گرفته است، و بر محققان است که جایگاه فقهی و حقوقی مصلحت را به صورت منسجم بررسی نمایند تا نظام حقوقی اسلام بتواند به عنوان نظامی مستقل و پویا، همگام با نیازها و مقتضیات زمان، پاسخگوی جامعه بشری باشد. در این نوشتار بعد از تعریف کوتاهی از مصلحت، اجمالاً جایگاه فقهی مصلحت در

فقه عامه و امامیه مورد بررسی قرار می‌گیرد و تبیین جایگاه حقوقی مصلحت، مخصوصاً جایگاه مصلحت در نظام حقوقی ایران را به مقاله دیگری موکول می‌نماییم.

## تعریف مصلحت

مصلحت، هم وزن و هم معنای منفعت است و البته این تعریف شامل جنبه اثباتی مصلحت است چرا که مصلحت در جنبه سلبی آن همان دفع مفسده و مضرت می‌باشد. مصلحت مترادف منفعت است و منفعت هر چیزی است که در آن نفع و سود و فایده باشد.

مصلحت ممکن است به تحصیل فواید و لذات یا دفع مضرات و مفسد منجر شود. به نظر «بنتام» تمام حیات و افکار و قضاوت‌های ما تحت تأثیر همین لذت و رنج قرار دارد و این دو احساس ابدی و لایزال باید مورد بررسی و توجه فلاسفه اخلاق و قانونگذاران قرار گیرد.

فایده‌گرایی به عنوان یک اصل مهم، تمام افراد و جوامع و علوم را تحت تأثیر قرار داده است، به نحوی که تحمل ظاهری هر رنجی و اغماض از هر لذتی حتماً برای نیل به لذت و نفع مهم‌تر و خلاص از رنجی شدیدتر است.

مصلحت اصطلاحاً در علم کلام «تأمین اهداف و اغراض شارع مقدس» است که بحثی غیر اختلافی است، ولی مفهوم و ماهیت فقهی و اصولی مصلحت در مذاهب و مکاتب مختلف، محل اختلاف است؛ برای مثال مجتهد در فقه عامه با تکیه بر مصلحت‌سنجی به تحقیق و تفحص علل و اهداف احکام می‌پردازد و

مصلحت‌سنجی به عنوان یک دلیل مستقل ولی تبعی و فرعی پذیرفته می‌شود، ولی در فقه شیعه مصلحت‌سنجی از کارکردهای دلیل عقل است و زیرمجموعه آن حساب می‌شود و عقل است که از منابع اربعه استنباط احکام به حساب می‌آید نه مصلحت.

## مصلحت و شریعت

انسان به طور غریزی و فطری در تکاپوی تحصیل منافع و مصالح خویش است. این مصالح و منافع ممکن است شخصی یا خصوصی و عمومی یا نوعی باشد و در سایه این مصالح است که تکامل انسان تأمین می‌شود، و چون شریعت نیز در پی کمال انسان است و این هدف در بطن تمامی احکام شریعت متبلور است، بر این اساس، مصلحت در مقابل مفسده، پایه و اساس تمامی احکام شریعت است و مورد اتفاق تمام مذاهب و فرق اسلامی نیز می‌باشد. پس هر آنچه از طرف شارع واجب شمرده شده است دارای مصلحت است و در مقابل آنچه حرام شده دارای مفسده و مضرات می‌باشد.<sup>(۱)</sup>

در ارتباط با رابطه تنگاتنگ شریعت و مصلحت «ابن قیم» می‌گوید: شریعت روشن اسلامی متکفل عالی‌ترین مصالح انسانیت است و هرگز سختی و مشقت به همراه ندارد. کلیه احکام شرع تابع مصالح و مفسد است که حکم بر آن واقع شده است و شریعت در مقایسه با قوانین بشری به صورت عام‌تری به مصلحت توجه دارد به نحوی که کلیه مصالح دنیوی و اخروی بندگان را مورد توجه قرار می‌دهد.

حقوق تک تک افراد و جلوگیری از تنش‌های اجتماعی است.

شریعت اسلام در راستای حفظ تعادل جوامع بشری، با ترسیم محدودیت‌هایی در روابط انسان‌ها و ترجیح مصالح اجتماعی و عمومی بر مصیحت فردی و شخصی، جامعه بشری را در مسیر تکامل سامان می‌بخشد.

آیات زیادی از قرآن مجید به رعایت مصالح اجتماعی و فرمان شارع مقدس در لزوم برپایی آن و مراعات مصالح‌بندگان اختصاص یافته است.<sup>(۳)</sup>

مصیحت در شریعت، با نسبی بودن عناصر متشکله آن، شارع را بر آن داشته است که با تکیه بر اهم منافع و اهم مفاسد، حکم به وجوب و حکم به حرمت دهد؛ پس بدون شک شریعت با مراعات مصالح، شکل و سامان یافته است. احادیث و قواعد زیادی شاهد این مدعاست مانند «حدیث لاضرر» که اثبات ابتدای شریعت بر نفع و مصیحت عباد است. به هر حال جعل هر حکم ضرری در دایره شریعت منتفی است. معلل بودن و هدف‌داری کلیه احکام شریعت را می‌توان در همین مبتنی بودن احکام بر مصالح و مفاسد موجود در آنها دانست.

یکی از نویسندگان<sup>(۴)</sup> تقسیم معاصی را ناشی از آثار و مفاسد منتج از آنها بر عباد و جوامع بشری می‌داند همان‌طور که در ادامه عدم اشتراط تکلیف در احکام ضمان‌آور را در توجه و تأکید بر مصیحت اجتماعی و دفع ضرر از مردم در نظر گرفته است. مثلاً رعایت شرط عقل و بلوغ، ممکن است باعث فوت مصالح

رعایت مصالح در شریعت، در راستای تقرّب به غرض شارع مقدس است و «غزالی» مقاصد شرع را بر مصیحت دین، جان، عقل، نسل و مال استوار می‌کند. مصیحت در شریعت حالت مطلق ندارد که همیشه مبتنی بر نفع مطلق یا ضرر مطلق باشد، بلکه یک حکم شرعی ممکن است از جهتی دارای مصیحت و از جهتی دارای مفسدت باشد. پس «اگر مصیحت در مقایسه با مفسدت عادتاً غلبه داشته باشد، شرعاً آن مصیحت مورد نظر است و امر شارع برای تحصیل آن متوجه مردم شده است و اگر مشقت و مفسده زیادتری در پی داشته باشد شرعاً رفع آن مفسده مقصود است».<sup>(۵)</sup>

مصیحت در شریعت مانند جایگاه عرفی آن یک «عنصر مرکب» است که نفع و ضرر، عناصر سازنده آن می‌باشند و معیار ترجیح، غلبه یکی بر دیگری است و این عناصر همیشه ثابت و محدود و محصور نمی‌باشند. ممکن است امری دارای چندین مصیحت و مفسدت باشد. در شریعت اسلام اشاره شده است که ضرر شراب و قمار از سود آن بیشتر است و شاهد قرآنی آن آیه ذیل است: «قل فیهما اثم کبیر و منافع للناس و اثمهما اکبر من نفعهما» (سوره مبارکه بقره، آیه ۲۱۹).

تبعاً احکام شریعت به عنوان یک شریعت هدف‌دار، مبتنی بر مصالح و مفاسد است. مصیحت در احکام تبعی و عبادی جلب رضایت پروردگار است و در قسم احکام معاملاتی و غیر تبعی - که در ارتباط با رابطه بین انسان‌ها با همدیگر و گروه‌های اجتماعی است - حفظ

مردم واضرار مردم باشد. در این صورت این شروط منتفی است. احکام زیادی در شریعت مشروط به تکلیف محکوم علیه نمی باشد؛ مانند غرامت در اتلاف، دیه در قتل، مهرالمثل در نکاح فاسد و...

### تشخیص مصلحت

راه های تشخیص و دستیابی به مصلحت احکام و قوانین شرعی در علوم اسلامی مورد بحث واقع شده و جایگاه ویژه ای در علم کلام دارد. اراده خالق در تشریح هر قانون شرعی دخیل است و هر حکم شرعی به عنوان فعل خداوند مطرح است.

بعضی افعال، صرف نظر از این که اراده خدا بر آن قرار گرفته باشد یا خیر، ذاتاً خوب و عدل است و این همان حسن و قبح ذاتی است که برای کشف آنها پای عقل و استدلال عقلی به میان می آید.

معتزله با طرفداری از عدل و اختیار، مسئله «مستقلات عقلیه» را مطرح کرده است که طبق نظر آنها عقل بدون ارشاد شارع می تواند این حقایق را درک کند.<sup>(۷)</sup>

عقل و استنباط های عقلانی، در کشف مصالح و مفاسد و جعل حکم ملاک، قرار می گیرد و هدف داری و معلل بودن احکام شرع محرز می شود. انسان به مدد عقل خویش، فطرتاً دنبال جلب منفعت و دفع ضرر است و مصلحت را تشخیص می دهد.

اهمیت عقل در تشخیص مصلحت به حدی است که شیعه آن را به عنوان یکی از ادله اربعه استنباط احکام پذیرفته است، ولی جدایی عقل و شرع در نظام های حقوقی غربی به وضوح

شریعت اسلامی با احترام وافر به عرف و امضای بسیاری از آداب و رسوم معاملات و اجتماعی، در جهت تأمین مصالح مردم، فلسفه تشریح را بر حفظ مصالح فردی و اجتماعی و دنیوی و اخروی استوار نموده است: «المعروف عرفاً کالمشروط شرعاً». پیوند شریعت و عرف و مصالح اجتماعی به حدی است که یکی از بزرگان، «فقه اسلامی» را در چارچوب بناء عقلاء یک حقوق عرفی تمام عیار نامیده است.<sup>(۵)</sup> در سایه معلل بودن و هدفداری احکام شرعی می توان با اعتقاد به ختم نبوت و امامت مستمر، اعتقاد به بقا و ثبات احکام شرعی، و تکیه بر مصلحت سنجی همراه اجتهاد مستمر، با وجود تغییرات زمانی و مکانی برای هریک از احکام اسلام، موضوعات جدید بیابیم و یا موضوعاتی را از احکام سلب نماییم. در این صورت است که با فقهی پویا می توان پاسخگویی تمام مسایل مستحدثه بود و جامعیت و بقای دین نیز تأمین می شود.

خلاصه آن که شریعت مبتنی بر مصلحت است و به نظر فقه شیعه، احکام شرعی تابع مصالح و مفاسدند. بدین معنی که احکام شرعی اعم از حلال و حرام، واجب و مستحب، مکروه و مباح، کلاً بر اساس وجود ملاک هایی که همان مصالح و مفاسد بندگان است، مقرر

گسترده‌تر تشریح شده است. توانایی عقل در کشف مصالح و مفاسد احکام شرع یا مناط و ملاک احکام، امروزه بیشتر مورد توجه فقها است. عده‌ای حسن و قبح عقلی را معادل مفسده و مصلحت عقلی قرار داده‌اند؛ عقل به عنوان وسیله‌ای جهت درک و تشخیص مصالح و مفاسد نیازمند این مقدمه است که متعلق احکام شرع دارای مصالح و مفاسدند و شارع هیچ امری را واجب یا حرام نمی‌کند مگر آن که در متعلق آنها مفسدت و یا مصلحت ملزمه‌ای باشد.

البته تشخیص مصلحت نمی‌تواند بهانه‌ای باشد که هر کسی به سلیقه شخصی خود دست به مصلحت‌سنجی بزند، بلکه تشخیص مصلحت و اجتهاد احکام شرعی وظیفه یک گروه خاص است که با آشنایی بر اصول و مبانی کلی شریعت و شرایط و مقتضیات زمان و مکان با هم فکری و مشورت و تبادل نظر تصمیم بگیرند.

در جوامع، امروزی با رشد روزافزون علوم و فنون، تشخیص مصلحت توسط یک گروه متخصص از طریق مشورت، ضروری به نظر می‌رسد و این ضرورت در نظام حقوقی ایران عامل تشکیل نهاد مؤثر «مجمع تشخیص مصلحت نظام» است که به‌عنوان یکی از بازوان حکومتی رهبر به مشکلات نظام و تبیین سیاست‌های کلان مملکت و رفع اختلاف مجلس و شورای نگهبان می‌پردازد. این مجمع مستقلاً صلاحیت قانونگذاری نداشته و هم عرض مجلس نیست، ولی بر اساس مصلحتی که تشخیص می‌دهد، می‌توان با تأیید رهبری مصوبات آن را به

قابل درک است، به نحوی که نظام حقوقی در مقابل حقوق کلیسایی و شرعی قد علم کرده است. یکی از اساتید حقوق در ارتباط با تشخیص مصلحت در مرحله استنباط احکام اولیه می‌گوید: تشخیص مصالح و مفاسد تابع ادله‌ای است که شرع معین کرده و چنانچه فقیه از ادله شرعی مصالح و مفاسدی را که علل احکام بوده‌اند بدست آورد می‌تواند احکام را وجوداً و عدماً دایر مدار آن قرار دهد و این همان قاعده‌ای است که تحت عنوان «العله تعمیم و تخصص» در میان فقهاء معروف است. براب مثال اگر در متن ذیل چنین آمده است که «الخمر حرام لانه مسکر»، چنین درک می‌شود که علت و ملاک حرمت خمر، همان سکرآور بودن است و مفسده سکرآوری عامل حرمت خمر است. فقیه می‌تواند در کلیه مواردی که اسکار وجود دارد اعم از مورد خمر یا موارد دیگر حرمت را توسعه دهد.

به نظر فقهای سایر مکاتب اسلامی، تشخیص مصلحت و راه به‌دست آوردن علت حکم وسعت بیشتری دارد و برخلاف عقیده فقهای امامیه اختصاص به منصوص بودن در متن ادله شرعی ندارد، بلکه فقیه از هر طریق که علت حکم و مصلحت و مفسده‌ای را که مناط حکم است، به‌دست آورد می‌تواند بر مبنای آن عمل کند و به این ترتیب قواعدی مانند قیاس و استحسان در منابع فقه آنان جای می‌گیرد که در فقه امامیه نیست.

حجیت و اعتبار عقل و نقش آن در تشخیص مصلحت به وسیله فقهای معاصر شفاف‌تر و

عنوان حکم حکومتی لازم الاجرا دانست. البته در شرایط عادی که بعضاً مجمع بدون هیچ ضرورتی اقدام به قانونگذاری کرده است در واقع برخلاف جایگاه واقعی و قانونی خود عمل نموده است.

### مصلحت در فقه عامه

مصلحت و مفسدت متعلق احکام در فقه عامه ممکن است از هر طریقی بدست آید، چه منصوصه باشد چه مستنبطه. تمام ادله فرعی استنباط احکام در فقه عامه به نحوی به کشف مصلحت منتهی می‌شوند؛ مانند قیاس، استحسان، مصالح مرسله و سد ذرایع.

ابوحنیفه و شاگردانش با اهمیت شایانی که برای عقل و استدلال‌ات عقلی قایل بودند شرعیت اسلام را مبتنی بر پایه‌های عقلی و منطقی دانسته و احکام را معلول علت‌هایی می‌دانستند که در نظر شارع برای زندگی مادی و معنوی انسان‌ها دارای ارزش بوده است.<sup>(۸)</sup>

همکاری متقابل حکومت و فقه عامه، به عنوان یک امتیاز برجسته، عاملی بوده است که اندیشمندان آن بیشتر به تأمل در راستای حل مشکلات و معضلات اجتماعی و حکومتی پردازند. آنها با تبیین سلسله‌ای از اصول و مبانی، به منابع جدیدی دست یافتند. حنفی‌ها «استحسان» و مالکی‌ها «مصلح مرسله» را برگزیدند.

از مجموع آرای مالکی‌ها، پایبندی آنها به اصول و قواعدی اساسی استنتاج می‌شود، مانند: معقول بودن مصالح، عمومیت و شمولیت مصالح، عدم شخصی و فردی بودن مصالح،

عدم گروهی و حزبی بودن مصالح، لازم و ضروری بودن مصالح و اصل هماهنگی مصلحت با اهداف و قواعد کلی شریعت.<sup>(۹)</sup> در ارتباط با جایگاه و رعایت مصلحت در مکتب مالکی یکی از نویسندگان می‌گوید: «باید اجتهاد فقهی مبتنی بر اصل استصلاح و مصلحت‌یابی و فهم متون و استنباط از آنها بر اساس مقاصد آنها یعنی جلب مصالح و دفع مفسدت باشد و قیاس بر آن نیز با رعایت این اصل همراه است، یعنی صرف پذیرش مصلحت مرسله در جایی که نه نص است و نه قیاس، مردود می‌باشد و دستیابی به مصلحت به هنگام فهم نص و اجرای قیاس است.»<sup>(۱۰)</sup>

«مالک» در جایی که قیاس مخالف مصلحت، هم سوی مقاصد شارع باشد آنرا ترک می‌کند و استحسان مصلحتی را می‌پذیرد.

به نظر می‌رسد که استحسان غالباً برخلاف یک قیاس یا دلیل دیگر است، ولی استصلاح، رعایت مصلحت است بدون اینکه به مخالفت آن با قیاس، توجهی شود.<sup>(۱۱)</sup>

«نجم‌الدین طوفی» از فقهای حنبلی معتقد است که مصلحت بر نص و اجماع نیز مقدم است؛ زیرا در حجیت اجماع اختلاف شده است، ولی در حجیت مصلحت اختلافی نیست و تمسک به امر اتفاقی بر امر اختلافی ارجح و اولی است.<sup>(۱۲)</sup> به هر حال بعید به نظر می‌رسد که او هر مصلحتی را مقدم بر نص بداند، شاید او نوع خاصی از مصالح را در مقام تراحم مصالح ترجیح می‌داده است، مانند مصلحت دین، مصلحت اجتماعی و مصلحت نظام اسلامی.

ضرر و مفسدت عنصر سلبی می‌باشد و سد ذرایع چیزی فراتر از عنصر سلبی مصلحت نیست، بنابراین دارای چنان اهمیت و آثاری نمی‌باشد که بتوان به عنوان اصلی مستقل در کنار اصل مصلحت به حساب آورده شود.

مصلحت در فقه عامه از نظر درجه اعتبار و ارزش نیز بررسی شده است، مثلاً مصالحی را شارع مهر تأیید زده است و مصالحی را الغای فرموده است و مصالح دیگری مطرح است که هیچ تصریح و اشاره ظاهری و ضمنی شارع را ندارد. در علم اصول به مصالحی که اعتبار و الغای آنها هیچ تصریح و اشاره شرعی ندارد، «مصالح مرسله» می‌گویند؛ این مصالح متعلق به وقایعی هستند که از جانب شارع «مسکوت عنه» می‌باشند و چون نظیر و مانندی ندارند قابل قیاس نیستند ولی به علت داشتن وصف مناسب می‌توان حکم معینی برایشان وضع کرد. این حکم در چارچوب جلب منفعت و دفع ضرر می‌باشد، مانند مصلحت جمع‌آوری قرآن، تدوین دواوین، تضمین صنایع و قتل جماعتی در اثر شرکت آنان در قتل یک نفر، و کلیه مصالح عمومی.<sup>(۱۳)</sup>

در فقه عامه برخی مصالح را «ضروریات» نامیده‌اند که زندگی انسان کاملاً به آنها وابسته است و بدون آنها زندگی مادی و معنوی انسان نبود می‌شود مثل واجبات و محرمات.

مصالحی که از درجه تأثیر کمتری برخوردار هستند «حاجیات» نامیده‌اند که فقدان آنها عامل عسر و حرج و مشقت انسانها و جوامع بشری است.

مصلحت در فقه عامه برای حنفی‌ها اعتبار خاص و قابل توجهی نداشته و غالباً به جای آن به استحسان روی آورده‌اند.

«غزالی» از شافعیون، مصالح ضروری و قطعی و کلی را حجت و معتبر دانسته است. او مقصود شرع از خلق را به ترتیب حفظ مصلحت دین، جان، عقل، نسل و مال می‌داند.<sup>(۱۴)</sup>

مصلحت در فقه عامه یک مسئله اختلافی از تمام جوانب است و نظرات مختلفی از تعریف و ماهیت و قلمرو و ضوابط و ادله حجیت آن به چشم می‌خورد. حتی بین مالکی‌ها به عنوان مؤسس و طرفدار مصلحت‌یابی نیز اتفاق نظر وجود ندارد. عده‌ای در مصالح مرسله به مقاصد و اهداف کلی شریعت تکیه دارند و عده‌ای مصلحت را در صورت عدم تعارض با نص یا اصول شریعت می‌پذیرند و گروهی به مصلحت به طور مطلق عمل می‌کنند و به لزوم عدم تعارض مصالح مرسله با نص توجهی ندارند.

در فقه مالکی اصل مصلحت با اصل سد ذرایع پیوند می‌خورد که در واقع اصل اخیر اجرای عملی اصل مصلحت است. ذریعه به معنی وسیله و طریقه است و اصطلاحاً اگر مصلحتی به عنوان بهانه رسیدن به مفسده‌ای قرار گیرد، برای پیشگیری و از بین بردن کلیه زمینه‌های فساد به آن استناد می‌شود. سد ذرایع زمینه فرار برخی احکام شرعی یا کلاه شرعی را نابود می‌سازد.

در تعریف و ماهیت مصلحت به عناصر ایجابی و سلبی سازنده مصلحت اشاره کردیم که جلب منفعت و سود عنصر ایجابی و دفع

مصلحتی که پایین ترین درجه تأثیر را دارا می‌باشند و فقط جنبه تشریفاتی و تزئینی و تحسینی دارند به «تحسینیات» مشهورند.

در فقه عامه مصادیق مصلحت‌سنجی را در ابواب مختلفی می‌توان جستجو کرد و فتاوی زیادی مبتنی بر مصلحت‌سنجی صادر شده است. مثلاً با وجود نهی معاملات غرری می‌توان فتوی به جواز آن را بر اساس مصلحت‌سنجی در فقه مالکی دید.

«مالک» در معاملات معاطاتی نیز با استناد به عرف و مصالح عمومی حکم به صحت داده است.

«مالک» در مورد مالکیت معادن با تأکید و احترام به مصلحت عمومی و اجتماعی، معادن را متعلق به حکومت اسلامی می‌داند، زیرا ممکن است افرادی ناخلف بر معادن مسلط شوند و فتنه و هرج و مرج ایجاد نمایند.<sup>(۱۴)</sup>

فقه مالکی با تکیه بر اصل مصلحت‌سنجی و تضییق قاعده تسلیط، با ترجیح منافع اجتماعی بر منافع فردی، به تأمین مصلحت اجتماعی و عموم همت گماشته است.

در فقه عامه دخالت امام یا دولت اسلامی در برخی امور شخصی و خصوصی - که باعث توسعه حقوق عمومی و محدودیت حقوق خصوصی شده است - عموماً با اتکا به ترجیح مصالح اجتماعی صورت گرفته است و تجربه فقه حکومتی عامه آنرا تشدید کرده است.

اقدامات حاکم شرع در فقه حکومتی عامه تقریباً با تصرفات دولت در نظام‌های حقوقی معاصر قابل تطبیق است و توسعه اختیارات و

صلاحیت حاکم شرع در فقه عامه مخصوصاً مالکی‌ها با اتکا به اصل مصلحت‌سنجی صورت می‌گیرد.

قبلاً نیز اشاره کردیم که استناد به مصلحت در فقه عامه محل مناقشه و اختلاف است و شافعی‌ها مصالح‌مرسله را رد نموده‌اند و حنفی‌ها استحسان را ترجیح داده‌اند و مالکی‌ها با پذیرش حسن و قبح عقلی یا ذاتی، به تدوین مصالح‌مرسله پرداخته‌اند، ولی هرگز عقل را به عنوان مبنای مصالح و به عنوان منبع مستقل اجتهادی مطرح نکرده‌اند.

از امتیازات ویژه فقه عامه در مقام ترجیح مصالح با تجربه قوی فقه عملی و حکومتی، دستیابی به قواعدی است که بسیار مشکل‌گشا است و در مواقع لزوم از آنها بهره می‌گیرد که به اهم آنها فهرست وار اشاره می‌کنیم:

**الف:** دفع مفسدت مقدم بر جلب منفعت است.

**ب:** مصلحت پایین تر فدای مصلحت بالاتر می‌شود.

**ج:** ضرورت ممنوعیت را لغو و ممنوع را مباح می‌گرداند.

**د:** مصلحت عام بر مصلحت خاص مقدم است.

**ه:** دفع ضرر اشد با ضرر شدید مجاز است.

**و:** دفع ضرر با ضرر همسان مردود است.

از مهم‌ترین قواعد کاربردی فوق «اصل تقدم مصلحت جمع بر مصلحت فرد است» و «مالک» با تکیه بر آن، مالکیت معدن را به دولت اسلامی تسری می‌دهد و فتوی به جواز اقرار گرفتن از متهمین را با هر وسیله ممکن می‌دهد.

از منابع اربعه استنباط احکام بر شمرده است و مصلحت مهم‌ترین کارکرد دلیل عقل است. به عقیده شیعه تمام احکام، تابع مصالح و مفاسدند که بدون آن ملاک‌ها، هرگز شارع مقدس این احکام را تشریح نمی‌نمود.

مصلحت در فقه شیعه به عنوان مبنای ترجیح دو حکم متزاحم نیز مورد بحث واقع شده است. اعتبار قیاس منصوص العله در اصول فقه شیعه بر پایه دلیل و مصالح منصوص شرعی استوار است.

فقه پویا و پرمحتوای شیعه با گذر از دوران طلایی نبوت و امامت و با تکیه بر اجتهاد مستمر به همت علمای وزین و نکته‌سنج قادر است از مقوله مصلحت در راستای استقرار و استمرار نظریه «ولایت فقیه» و «تشکیل حکومت اسلامی» بهره‌بردار. باید با شجاعتی فقهی و حفظ اصول و مبانی شریعت، «مباحث مصلحت» به عنوان مهم‌ترین کارکرد دلیل عقل در تطبیق قوانین شرعی با شرایط زمان و در مقام پاسخگویی و گره‌گشایی نیازهای جدید و حکومتی، دوباره مورد تحقیق و تفحص قرار گیرد.

برخی فقهای شیعه اساس احکام ثابت و متغیر را بر مصلحت پایه‌گذاری نموده‌اند و عده‌ای بدون اعتنا و طرح مباحث ثابت و متغیر، با تکیه بر مصلحت‌سنجی به توسعه و تضيیق احکام پرداخته‌اند. مقصود واقعی از این بحث‌اثبات حمل یا سلب برخی موضوعات از احکام است، سلب موضوع دایره حکم را تضيیق و بروز موضوعات جدید دایره حکم را توسعه می‌دهد.

«مالک» در معاملات همیشه اصل را بر تأمین مصالح و منافع عمومی استوار می‌نماید.

مصلحت در فقه عامه نظر به درجه اهمیت آن به ضروری، حاجی و تزئینی تقسیم شده است و مصلحت دین، عقل، نفس، نسل، مال به ترتیب در قسم نخست جای می‌گیرد؛ طبق قاعده والاهم فالاهم یا الاصلح فالاصح.

مصلحت دین در رأس هرم مصالح جای می‌گیرد، به نحوی که تقدم مصلحت اجتماعی بر مصلحت فردی نیز به مصلحت دین برمی‌گردد و ضرر شخصی و فردی در مقام جلب منفعت اجتماعی قابل تحمل می‌شود و طبیعی است که جلب مصلحت بالاتر، با از دست رفتن مصلحت پایین‌تر مهیا می‌شود و ضرر اجتماعی به مراتب شدیدتر از ضرر فردی است و طبق اصول و مبانی مصلحت‌سنجی در فقه عامه، می‌توان ضرر اشد را با ضرر شدید رفع نمود. ماده ۲۶ قانون‌المجمله اشعار می‌دارد: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.<sup>(۱۵)</sup>

### مصلحت در فقه شیعه

مصلحت در فقه شیعه به صورت منسجم و کامل و مدون بحث نشده است. فقها به صورت پراکنده در ابواب مختلف فقهی و برخی معاملات و بحث ولایت و همچنین در رد و انکار مصالح مرسله به مصلحت‌سنجی اشاره نموده‌اند، ولی شایسته است که فقهای شیعه مباحث مصلحت را - که بارزترین مظهر و مصداق دلیل عقل می‌باشد - به نحو مطلوب تدوین نمایند. فقه شیعه، عقل را به عنوان یکی

معموماً فقهای شیعه در رد و انکار مصالح مرسله به مصلحت سنجی اشاره نموده اند و فقهای اصولی شیعه با استناد به ظنی بودن مصالح مرسله به رد آن پرداخته اند. فقهای متأخر شیعه، همگام با ظهور مشکلات اجتماعی و سیاسی برای حفظ آبرو و کيان اسلام در مقام عدم امکان اجرای برخی احکام اسلامی با تمسک به اصل مصلحت، بعضی تغییرات در احکام اسلامی را پذیرفته اند. با این توضیح که امروزه با تغییرات و تحولات اجتماعی و رشد روزافزون اقتصادی و سیاسی و تشکیل نهادها و سازمان‌های حکومتی و بین‌المللی، عملاً زمینه‌های اجرایی برخی احکام اسلامی غیر ممکن شده است.

امام‌راحل با دخالت دادن سه عنصر «زمان»، «مکان» و «مصلحت» چاره‌جویی نمود، ولی غفلت و اهمال فقها عملی بوده است که ما شاهد نوعی جمود و اعراض از مواجهه با مسایل مورد نیاز دوران معاصر باشیم، به نحوی که در قرن گذشته بسیاری از مقررات کیفی اسلام، قربانی این اهمال شد و بعضاً مقررات ناقص اروپایی جانشین آن گشته است. جهان اسلام به همت فقهای ژرف‌اندیش و روشنگر خویش، نیازمند یک «نهضت قانونگذاری» است. ممکن است یک ماده قانونی بر پایه یک اصل مسلم فقهی پایه‌گذاری شده باشد، ولی به علت تحولات اجتماعی قابلیت اجرا نداشته باشد. بدیهی است وجود آن در قوانین کشورهای اسلامی هیچ فایده عملی و اجرایی ندارد و حتی جمود و ارتجاعی بودن قوانین اسلامی را نیز

می‌رساند و از سوی دیگر بهانه‌ای برای مغرضان جهت انتقاد و توهین به احکام اسلامی نیز می‌شود. من باب مثال: طبق منابع معتبر فقهی هر کس زمینی را احیا کند، حق تملک یا حق اولویت پیدا می‌کند و بر این اساس موادی در قانون مدنی ایران هم‌اکنون نیز جای دارد. بدیهی است فلسفه وجودی چنین نهادی محصور در عصری بوده است که توان انسان برای زیر کشت بردن و احیای زمین محدود بوده است، ولی در عصر حاضر که با تحولات علوم و فنون و ارتباطات، هر فرد در مدت کوتاهی قادر بر احیای اراضی وسیعی است، چگونه مواد قانونی فوق توانسته است زمینه اجرایی خویش را ضبط کند؟ عمل به مواد فوق خود عامل جنجال و بی‌نظمی است و عملاً در جامعه ایران با وضع قوانین خاص و جدید هیچ‌کس بدون اجازه دولت قادر بر احیای اراضی موات نمی‌باشد و مواد فوق در قانون مدنی قابلیت اجرا ندارد. آیا حذف امثال مواد فوق از قانون مدنی با وجود داشتن مبنای فقهی، توهین به فقه است و یا بقای آن در قانون بدون وجود زمینه‌های اجرایی؟

مقصود از نهضت قانونگذاری در جهان اسلام حذف اصول و مبانی شریعت نیست، بلکه غرض حذف مقرراتی غیر قابل اجرا و جایگزین کردن آن با قوانینی است که در عین حفظ مبانی شریعت پاسخگوی نیاز روز جوامع بشری باشد.

با تحولات مستمر جوامع بشری ممکن است مصالحی که مردم از اجرای قانونی خاص

خود، وظیفه وضع قوانین و مقررات اجتماعی و حل و فصل دعاوی و گسترش عدالت را بر عهده دارد، که در ایفای وظایف فوق در موارد عدیده‌ای باید مصلحت جمع را بر مصلحت فرد ترجیح دهد، به نحوی که امروزه بسیاری از نهادهای خصوصی، حتی در کشورهای اسلامی، تبدیل به نهادهای عمومی شده است.

دولت اسلامی ما بسیاری از قراردادهای خصوصی را به صورت قرارداد «کپی» و از پیش تعیین شده تدوین کرده که بعضاً با اصول مسلم فقهی مانند قاعده تسلیط در تعارض است. در روابط کارگروکارفرما و موجر و مستأجر، بسیاری از مقررات سنتی فقهی کارایی ندارد. در عقد ازدواج ما شاهد الزام به ثبت و تشریفات قانونی هستیم که ریشه فقهی ندارد.

عمومی کردن حقوق خصوصی مبتنی بر ترجیح مصلحت اجتماعی بر مصلحت شخصی است و شایسته است فقهای شیعه مبانی فقهی این ترجیح را بیابند.

قبلاً اشاره کردیم که فقهای شیعه مصلحت را به عنوان مهم‌ترین مظهر کارکرد دلیل عقل تشریح کرده‌اند. از مباحث دیگری که مصلحت مبنای حکم قرار گرفته «باب تزاحم» احکام است. عقلاً حکم اهم بر مهم ترجیح دارد و اهم حکمی است که بیشتر در جلب منفعت و دفع ضرر مؤثر باشد و اهم حکمی است که مصلحت بیشتری داشته باشد.

در تزاحم احکام هر دو حکم مطلوب‌اند ولی یکی مقدور است که اگر هیچ ترجیحی نباشد مکلف، مخیر است و در صورت ترجیح،

مدنظر داشته‌اند نیز روزی از موضوعیت بیفتند و این وظیفه فقهای روشن بین است که با نگاهی نو به مقوله مصلحت، به مصالح جدید مردم توجه داشته و گره‌گشایی نمایند.

یکی از فقهای معاصر شیعه<sup>(۱۶)</sup> با استناد به حدیثی از امام جعفر صادق (ع) و ادعای صحت سند آن می‌گوید: اگر از اجرای احکام اسلام انتزاع بد شود و سمعه مشوهی در خارج تلقی شود و باعث شود اسلام در نظر دیگران مشوه و بد جلوه کند دیه یک ذمی مساوی با دیه یک مسلمان است.

امام جعفر صادق (ع) بنیانگذار فقه جعفری با فرض «مصلحت»، تغییر حکم ثابتی را اجازه فرموده‌اند، پس فقیه نیز می‌تواند برای حفظ مصلحت اسلام و بقای نظام و حکومت اسلامی تغییراتی را در احکام اسلامی بپذیرد.

تغییر زمینه‌های اجرایی برخی احکام، ضرورت نگاهی دوباره به مقوله مصلحت را مطرح می‌کند و فقیه باید بانگاهی عمیق و نو به فلسفه احکام و توجه به مقتضیات زمان و مکان و شأن نزول آیات و روایات در کنار حفظ اصول و مبانی، تغییرات جزئی در احکام اسلامی را بپذیرد.

فقهای شیعی معاصر با تشکیل حکومت دینی مبتنی بر فقه شیعه، ناگزیر شده‌اند بابتی جدید و مستقل در «مصلحت اجتماعی» بگشایند و به اثبات ارجح بودن آن در مقابل مصلحت فردی و شخصی بپردازند.

دولت اسلامی مانند هر دولت دیگری علاوه بر حفظ مرزها و امنیت داخلی و خارجی

اهم بر مهم، ارجح است. برخی فقها مصلحتی را که به حد ضرورت می‌رسد ارجح دانسته و نفع و ضرر پایین‌تر از ضرورت را مرجوح می‌دانند. تقدّم اهم بر مهم، یا قاعده ترتّب، مسئله‌ای اختلافی در فقه است. جایگاه فقهی مصلحت در باب تراحم با تعارض فرق دارد.

تعارض وضعیت دو دلیل، و تراحم وضعیت دو حکم است که اولی در مرحله جعل و وضع قانون و دیگری در مرحله اجرای آن می‌باشد. مصلحت در تعارض ادله، عامل رفع یک حکم می‌شود و یک دلیل را معتبر و دیگری را الغا می‌کند. ولی مصلحت در تراحم احکام، عامل تقدم در اجرای یکی از احکام است، مثلاً اگر مانعی وجود دارد که هر دو حکم باهم غیر قابل اجرا باشند با رفع مانع اجرای هر دو حکم میسر می‌شود.

فقهای شیعه در قلمرو احکام عبادی و تعبدی به بعضی مصلحت‌سنجی‌ها - که مبنای شرعی نیز دارد - اشاره فرموده‌اند، مانند ترجیح مصلحت جانی بر مصلحت مالی، ترجیح حکم مطلق بر حکم مشروط، ترجیح حکمی که قابل جایگزینی نیست در مقابل حکم قابل جایگزینی، مثل ترجیح واجب عینی بر واجب کفایی.

مصلحت‌اندیشی فقهای شیعه، عموماً محدود به روابط خالق و مخلوق و در حیطه احکام عبادی و تعبدی بوده است که جنبه شخصی و فردی دارد، و فقه شیعه در محدوده مصلحت اجتماعی به علت عدم تجربه کافی در تشکیل حکومت اسلامی مبتنی بر فقه شیعه،

جایگاه پایین‌تری از فقه عامه دارد. فقهای شیعه به صورت جدی و منسجم هنوز مباحث مصلحت را در تراحم احکام اجتماعی مطرح نکرده‌اند، به نحوی که مقوله مصلحت اجتماعی در فقه شیعه چهره‌ای جدید دارد.

طبیعی است که در اداره یک حکومت اسلامی مبتنی بر فقه شیعه، در مقام اجرای قوانین همواره تراحم بین حقوق افراد، و بین حقوق افراد و اجتماع حاصل می‌شود و فقهای معاصر باید ضوابط و حدود مصلحت عام و مصلحت خاص را تبیین کنند. فقه عامه به علت درگیری بیشتر با نظام‌های سیاسی در ترجیح مصالح جمع بر فرد، به قواعدی دست یافته است و به منابع تبعی استنباط مثل مصالح مرسله، استحسان، قیاس سد ذرایع تمسک جسته است و فقه شیعه نیز باید در زیرمجموعه دلیل عقل، ابوابی جدید در مصلحت اجتماعی، مصلحت نظام و... بگشاید.

از مهم‌ترین ایرادات فقه شیعه ضعف سیاسی و ضعف اجتماعی منابع آن است. اکثر فقهای مقلد، پیرو اسلاف و فقط در مقام افتا بوده‌اند و به همین علت فقه شیعه انعطاف و پویایی لازم را در مقابله با مسایل اجتماعی ندارد.

در میان فقهای معاصر شیعه، نقش حضرت امام (ره) در تئوری و عمل چشمگیر است. او عملاً با تکیه بر زمان و مکان و مصلحت، تشکیل حکومت اسلامی را مبنی بر نظریه ولی فقیه در یک قالب فقهی و اصولی توجیه نمود.

او به صراحت در مقام تراحم، مصلحت اجتماعی را ترجیح داده است و در ارتباط با نقش دولت، محدوده تصرفات حکومت اسلامی را امور نوعی مردم دانسته است. «حکومت اصولاً قائم به تصرفاتی است که در

امور نوعی مردم به عمل می‌آید و در مقام تعارض و برخورد با حقوق فردی و احیاناً جمعی، حفظ نظام و مقررات حاکم به مصلحت عموم مقدم است. قبول ترجیح مصلحت عمومی بر مصلحت خصوصی در فقه شیعه نه به عنوان یک قاعده و اصل، بلکه از آثار کارکردهای دلیل عقل است که فقه شیعه به علت فقدان تجربه فقه عملی و حکومتی در تعیین معیارها و موازین تشخیص مصلحت عمومی قابل انتقاد است.

استاد مطهری در خصوص غفلت فقه شیعه از پرداختن به مسایل اجتماعی و اصل عدالت اجتماعی می‌فرماید: اصل عدالت اجتماعی با همه اهمیت آن در فقه شیعه مورد غفلت واقع شده و از آیاتی چون «و بالوالدین احساناً» و «اوفوا بالعبود» عموماتی به دست می‌آید، ولی علی‌رغم تأکید قرآن بر این مسئله از آن به عنوان یک قاعده و اصل عام در فقه استنباط نشده است و این عامل رکود تفکر اجتماعی فقهای شیعه است.<sup>(۱۸)</sup>

اجتماع از مهم‌ترین عناصر مباحث مبانی و هدف علم حقوق در مکاتب مختلف است، چرا که هدف قاعده حقوقی به تأمین آسایش و نظم عمومی و اجرای عدالت ختم می‌شود و اسلام در باب اصالت فرد و یا اصالت جمع

نظریه بینابینی را پذیرفته است که به اصالت فرد در عین اصالت جمع، و اصالت جمع در عین اصالت فرد تعبیر شده است، که هیچ‌کدام صرفاً اصیل یا انتزاعی حساب نمی‌شود.<sup>(۱۹)</sup>

قرآن کریم در آیات زیادی فطری بودن زندگی اجتماعی و گرایش به جمع را بیان فرموده است. استاد مطهری ترکیب فرد و اجتماع را به عنوان حقیقتی جدید تعبیر به «روح جمعی» می‌کند که ترکیبی از روح‌ها، اندیشه‌ها، عاطفه‌ها و خواست‌ها است و نوعی ترکیب فرهنگی است نه صرفاً ترکیب تن‌ها و اندام‌ها.<sup>(۲۰)</sup>

اسلام در مرحله تشریح و تقنین، به حقوق فرد و اجتماع توأمان نظر داشته و در مرحله اجرای حکم، عموماً حقوق اجتماعی را بر حقوق فردی ترجیح داده است. استاد علامه طباطبائی می‌فرماید: رابطه حقیقی که بین فرد و اجتماع موجود است موجب یک سلسله قوا و خواص اجتماعی می‌گردد که از هر جهت بر قوا و خواص فردی برتری دارد و در صورت تعارض حتماً بر آن غالب گشته و آن را می‌سازد.

فرد همیشه تابع سیر اجتماع بوده و هست و اصولاً جامعه قدرت هر گونه فکر و شعوری را از افراد تشکیل دهنده خود سلب می‌کند. ملاک اهمیتی که اسلام به اجتماع داده این است که تربیت اخلاق و غرایز که در افراد موجود است و باعث تکون خاصه‌های اجتماعی قوی می‌گردد، محال است که در مقابل اخلاق و

توجیه شرعی پیدا کرد.

بقا و مصلحت حکومت اسلامی بر هر مصلحت اجتماعی و فردی مقدم است و دستور حاکم اسلامی به عنوان یک حکم حکومتی مبتنی بر اصل مصلحت است.

مگر نه این است که مصلحت دین در رأس هرم مصالح است و فلسفه وجودی حکومت دینی اجرای دین است و نظارت بر حسن اجرای احکام دینی. پس مصلحت حکومتی، پیوندی تنگاتنگ با مصلحت دین دارد و حفظ مصلحت نظام اسلامی از اهمیت فوق العاده‌ای برخوردار می‌شود.

چگونگی تشخیص مصلحت در نظام حکومتی و تعیین نهادی که این وظیفه را بر عهده گیرد و بحث احکام حکومتی در فقه شیعه باید مورد بازنگری و تأمل قرار گیرد.

برخی متون فقهی به تعریف احکام حکومتی پرداخته‌اند و ارجاع برخی امور حسبی به حاکم در کتب فقهی دیده می‌شود؛ صاحب جواهر حکم حکومتی را یک دستور و فرمان اجرایی از جانب حاکم اسلامی در خصوص احکام شرعی می‌داند.<sup>(۲۲)</sup>

تشکیل حکومت اسلامی با ادعای اداره جامعه بشری توسط دین است و حاکم دینی صلاحیت صدور حکم حکومتی را دارد و فقها اجماعاً پذیرفته‌اند که حکم حکومتی مبتنی بر اصل اساسی مصلحت است.

عده‌ای حکم حکومتی را در محدوده احکام متغیر پذیرفته‌اند، که حاکم اسلامی بر حسب نیازها و مقتضات هر دوره به وضع آن

غرایز مخالف و نیرومندی که در اجتماع تکوین یافته است به نتیجه برسند. لذا می‌بینیم که اسلام مهم‌ترین دستورات خود از قبیل حج و نماز و جهاد و انفاق و بالاخره هر گونه تقوای دینی را بر اساس اجتماع بنیان‌گذاری فرموده است.<sup>(۲۱)</sup> شارع مقدس اسلام برای عقاب بعضی از تخلفات صرفاً عبادی و فردی، تظاهر اجتماعی را شرط دانسته است مانند تظاهر به روزه خواری.

تمام مطالب فوق در راستای توجه خاص اسلام به مقوله مصلحت اجتماعی است و وقت آن رسیده است که فقه شیعه با طرح دوباره «اصل مصلحت اجتماعی»، ضوابط و قلمرو آن را به صورت منسجم تدوین نموده و در قالب قاعده‌ای مستقل، مصادیق آن را به صراحت بیان کرده تا در مواقع لزوم با استناد به آنها چاره‌اندیشی شود.

علاوه بر ضعف اجتماعی فقه شیعه به علت غفلت فقها از پرداختن به مباحث مصلحت اجتماعی و عدالت اجتماعی، می‌توان ادعا کرد که فقه شیعه به دلایل و پیشینه تاریخی و عدم تجربه حکومتی دارای «ضعف سیاسی» نیز هست.

فقهای شیعه باید با شجاعتی فقهی از مقام صرفاً افتا و تقلید از اسلاف خارج شده و با اتکاء به همان تجربه کوتاه حکومتی صدر اسلام، مباحث «مصلحت حکومتی» و «مصلحت نظام» را مطرح نمایند.

برای ترجیح مصلحت نظام با استقراء در بعضی نمونه‌های عملی در تاریخ اسلام، می‌توان

اقدام می‌نماید.

عامه و عالیه فقیه حاکم، از طرف شارع به او واگذار شده است.

شهید صدر حق تقنینی حاکم اسلامی را در دایره مباحثات پیش‌بینی می‌کند. امام خمینی (ره) صدور احکام حکومتی را در صلاحیت فقیه حاکم و مبتنی بر اصل مصلحت می‌داند. او با تشکیل یک نظام سیاسی مستقل اسلامی با تکیه بر سه عنصر زمان، مکان و مصلحت و اتکا به اصل ولایت فقیه، افکار خویش را جنبه عملی بخشید. بر اساس اندیشه حضرت امام، احکام حکومتی اعتبار خود را از حکومت و ولایت فقیه می‌گیرند و حکومت شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول‌الله است، پس ولی فقیه در صورت صلاحدید و مصلحت‌اندیشی حتی می‌تواند احکام اولیه اسلام را نیز موقتاً تعطیل نماید.

علامه طباطبائی احکام حکومتی را تصمیماتی می‌داند که ولی امر در سایه قوانین شریعت و رعایت موافقت آنان بر حسب مصلحت وقت اتخاذ می‌کند و طبق آن مقرراتی وضع نموده و به اجرا در می‌آورد.<sup>(۲۴)</sup> مقررات نامبرده، لازم‌الاجرا و مانند خود شریعت معتبر می‌باشند ولی قابل تغییرند، زیرا ثبات و بقای آنان تابع مصلحتی است که آنان را به وجود آورده است، و لذا چون جامعه انسانی مدام در تحول و رو به تکامل است، طبعاً این مقررات تدریجاً تبدیل کرده و جای خود را به بهتر از خود خواهند داد.<sup>(۲۵)</sup>

یکی از اساتید ممتاز ایران<sup>(۲۶)</sup> احکام شرعی را به شخصی، فردی، خصوصی و عمومی تقسیم نموده و احکام عمومی را احکامی می‌داند که موضوع آن جامعه است و اگر افراد نیز موضوع آن قرار گیرند این شمول به اعتبار آن است که آنان عناصر تشکیل‌دهنده جامعه می‌باشند و البته جامعه غیر از مجموع است، چرا که جامعه خود یک عنوان انتزاعی است. به نظر ایشان همین احکام عمومی را می‌توان احکام حکومتی نامید.

به نظر می‌رسد که احکام حکومتی مبتنی بر مصلحت حکومتی و مصلحت نظام اسلامی، از درجه اهمیت بالاتری از احکام مبتنی بر مصلحت افراد و گروه‌ها برخوردار است.

احکام حکومتی مبتنی بر مصلحت نظام، دارای پیشینه طولانی در فقه شیعه می‌باشد.

یکی از فقها معاصر شیعه مصلحت نظام را مافوق مصلحت افراد و گروه‌ها دانسته و چنین تحلیل می‌کند که در رأس حکومت اسلامی، امام و مجتهد صالحی قرار دارد که اداره امور جامعه به او واگذار شده است. او در مقام زعامت مسلمین، اختیارات گسترده‌ای دارد و اعتبار کل حکومت و تشکیلات، ناشی از حاکمیت ولی فقیه است. او باید مصلحت امت را در نظر گیرد و در واقع خدا او را سرپرست امت قرار داده است و اراده او در حق همه جاری است و هرآنچه به مصلحت امت برمی‌گردد به ولی امر سپرده شده است.<sup>(۲۳)</sup> به نظر می‌رسد که طبق نظرفوق کلیه احکام حکومتی فی‌الواقع از سوی خود شارع مقدس وضع شده است؛ چرا که زعامت و ریاست

پیامبر به عنوان اولین تشکیل دهنده حکومت اسلامی در مقام پیشوای جامعه مسلمین، احکام حکومتی فراوانی صادر فرموده‌اند. حضرت امام تمام احکامی را که در دوران طلایی نبوت و امامت از جانب معصوم با عبارات قضی، حکم و امر صادر شده است، احکام حکومتی دانسته‌اند. فقه شیعه با اعتقاد به امامت و اجتهاد مستمر، اعمال مصالح در ملاکات احکام و صدور احکام حکومتی را در صلاحیت فقیه حاکم می‌داند و به محض تشکیل حکومت مستقل اسلامی کلیه احکام رنگ حکومتی می‌گیرد.

به نظر حضرت امام (ره) هر یک از فقها که حکومت اسلامی تشکیل دهد بر سایر فقهاست که از او اطاعت کنند. در نظام حکومتی اسلامی، ممکن است بسیاری از احکام در قالب قانون درآید و در سرتاسر بلاد اسلامی اجرا شود و در موارد لایصلیه، دستگاه تقنینی به قول برگزیده لباس قانون می‌پوشاند، ولی با وجود آن فقیه حاکم می‌تواند در کلیه امور فردی و عمومی با اتکاء به مصلحت امت و حکومت دخالت نموده و حتی با مصالحی که تشخیص می‌دهد احکام اولیه شرع را موقتاً تعطیل کند.

این صلاحیت خاص ولی فقیه از باب افتا و مرجعیت نیست، بلکه از باب حاکمیت است. فتوای فقیه، فقط برای خود و مقلدانش نافذ است، اما حکم فقیه حاکم، در حق عموم مردم جامعه و حتی مجتهدین اعلم دیگر نیز نافذ است و این تفاوت اساسی فتوی و حکم است.<sup>(۲۷)</sup>

حکم حکومتی بعد از تشخیص مصلحت توسط ولی فقیه صادر می‌شود و بعید است که در شرایط امروزی با تحولات عظیم اجتماعی و سیاسی و بین‌المللی، ولی فقیه از عهده تشخیص تمام مصالح امت برآید. مضافاً اینکه او موظف است کلیه شئون دین و دنیای امت اسلام را مدنظر داشته باشد، لذا به نظر برخی فقها «مصلحتی که مشخصه دایره تصرفات ولی فقیه است، باید با مشورت مشخص شود.<sup>(۲۸)</sup> البته لزوم مشورت یا تشکیل شورای مصلحتی، معادل لزوم تبعیت ولی فقیه از نظر شورای مصلحتی نیست. آرای شورا استطلاعی است و جهت اطلاع ولی فقیه است و در صورت تأیید ایشان حالت استصوابی به خود می‌گیرد.

بدون شک آرای فوق در تشکیل شورای محترم نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام دخالت داشته است و در مباحث جایگاه حقوقی مصلحت و نقش آن در نظام حقوقی ایران، باید جداگانه به آن پرداخت. ولی در پایان ذکر این نکته را ضروری می‌دانیم که شایسته است فقهای ژرف‌نگر شیعه، با تعیین ضوابط و قلمرو مصلحت اجتماعی، و تدوین منسجم مباحث مصلحت و عدالت اجتماعی، و طرح مسایل مربوط به مصلحت حکومتی و ضوابط و چگونگی تشخیص مصلحت نظام، در راستای اعتلای وجهه اجتماعی و سیاسی منابع فقه شیعه اقدامات مؤثری انجام دهند.

## پانویست‌ها

- ۱- ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران)، ۱۳۷۵، ص ۱۷۸.
- ۲- احمد ریسونی، اهداف دین از دیدگاه شاطبی، ترجمه سیدحسن اسلامی و سیدحسن ابهری، (قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶)، ص ۳۱.
- قرآن مجید: سوره بقره، آیات ۱۸۳، ۱۸۵، ۱۷۹، ۲۲۰؛ سوره مائده، آیه ۶، سوره انبیاء، آیات ۷۸ و ۱۰۷؛ سوره اعراف، آیات ۱۷۰ و ۱۸۵، سوره عنکبوت، آیه ۴۵؛ سوره حج، آیات ۲۷ و ۲۸؛ سوره توبه، آیه ۱۰۳.
- ۳- قرآن مجید: سوره بقره، آیات ۱۸۳، ۱۸۵، ۱۷۹، ۲۲۰؛ سوره بقره، آیه ۶ مائده، آیات ۷۸ و ۱۰۷؛ سوره انبیاء، آیات ۱۷۰ و ۱۸۵؛ سوره اعراف، آیه ۴۵؛ سوره عنکبوت، آیات ۲۸ و ۲۷؛ سوره حج و آیه ۱۰۳؛ سوره توبه.
- ۴- استاد محمد سعید رمضان بوطی، ضوابط المصلحه فی الشریعه الاسلامیه چاپ پنجم، (بیروت: مؤسسه الرساله، ۱۴۰۵ ه.ق)، ص ۸۰-۸۱.
- ابه نقل از پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی تحت عنوان مفهوم مصلحت و جایگاه آن در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران - شهرام حسن پور، دانشگاه امام صادق (ع) سال ۱۳۷۷
- ۵- سیدمصطفی محقق داماد، «نقش عنصر زمان و مکان در اجتهاد شیعی»، مجله دانشگاه انقلاب، شماره ۱۰۵ (تابستان ۷۴)، ص ۵۱.
- ۶- همان، ص ۵۱.
- ۷- استاد شهید مرتضی مطهری، عدل الهی، چاپ اول، (انتشارات صدرا، ۱۳۶۹)، مقدمه.
- ۸- محمدی، پیشین، ص ۱۸۹.
- ۹- آیه ۱... محمدحسن مرعشی، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، چاپ اول، (نشر میزان، ۱۳۷۳)، ص ۵۴.
- ۱۰- ریسونی، پیشین، ص ۱۰۳.
- ۱۱- محمدی، پیشین، ص ۱۹۲.
- ۱۲- ابوحامد محمد غزالی، المستصفی، (بیروت: مؤسسه دارالفکر)، ص ۲۸۸.
- ۱۳- آیه ۱... مرعشی، پیشین، ص ۵۱.
- ۱۴- حسین صابری، خاستگاه اختلاف در فقه مذاهب به قلم مصطفی ابراهیم الزلمی، (مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، سال ۱۳۷۵)، ص ۴۸۳.
- ۱۵- استاد سلیم رستم بازالبنانی، شرح المجله، چاپ سوم، (احیاء التراث العربی ۱۳۰۵ ه.ق)، ماده ۲۶.
- ۱۶- آیه ۱... معرفت، پرسش و پاسخ در زمینه علوم اسلامی، (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۷۵)، شماره ۷۹.
- ۱۷- حضرت امام خمینی قدس سره الشریف، کتاب البیع، جلد اول، (قم: مؤسسه اسماعیلیان)، ص ۳۵۷.
- ۱۸- استاد شهید مرتضی مطهری، «اسلام و مقتضیات زمان»، جلد دوم، (انتشارات صدرا، ۱۳۷۰)، ص ۱۴۱-۱۳۷.
- ۱۹- استاد شهید مرتضی مطهری، فلسفه تاریخ، (انتشارات صدرا، ۱۳۶۹)، ص ۱۴۲.
- ۲۰- استاد شهید مرتضی مطهری، جامعه و تاریخ، (انتشارات صدرا)، ص ۱۸.
- ۲۱- استاد علامه طباطبائی، تفسیرالمیزان، جلد چهارم، (قم: مؤسسه اسماعیلیان)، ص ۱۶۶.
- ۲۲- «اما الحکم فهو انشاء انفاذ من الحاکم لحکم شرعی او وضعی او موضعیهما فی شی مخصوص»
- ۲۳- آیه ۱... مؤمن، مجله فقه اهل بیت، سال دوم شماره ۶-۵، ص ۷۷.
- ۲۴- استاد علامه طباطبائی، بررسی‌های اسلامی، جلد اول، (قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم)، ص ۱۸۷.
- ۲۵- استاد علامه طباطبائی، معنویت تشیع، جمع‌آوری و تنظیم محمد بدیعی، (قم: انتشارات تشیع)، ص ۶۵.
- ۲۶- استاد دکتر ابوالقاسم گرجی، «مباحث علمی در حوزه»، روزنامه جمهوری اسلامی، ۲۱ بهمن ۱۳۷۶.
- ۲۷- آیه ۱... سیدابوالقاسم خوئی، مبانی تکمله المنهاج، جلد اول، (بیروت: انتشارات دارالزهرا)، ص ۳.
- ۲۸- آیه ۱... معرفت، پیشین.