

ره‌یافتی نو به ضوابط تشخیص مصلحت، از ضابطه تا فرآیند

عطاءالله بیگدلی^{۵۴}، علی اصغر فرجپور^{۵۵}

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۱/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۴/۱

چکیده

تشخیص مصلحت و ضوابط آن به خصوص پس از انقلاب اسلامی مورد دقت و توجه بسیاری از صاحب‌نظران بوده است، وجود سابقه‌ای طولانی در فقه اهل سنت و نو بودن این موضوع در فقه شیعی و حقوق ایران، مطالعات میان رشته‌ای فراوانی را باعث شده است. در این میان ضوابط فراوانی برای تشخیص مصلحت ارائه شده است. در این مقاله، ابتدا، نویسندگان با مقدمه‌ای تاریخی در ضرورت ارائه‌ی ضابطه برای مصلحت به تبیین و نقد دوازده ضابطه مشهور در مورد مصلحت پرداخته‌اند و سعی نموده‌اند همگی این ضوابط را با خدشه مواجه نمایند، سپس با تنقیح محل نزاع و روشن نمودن معنای مصلحت و محدود نمودن آن به موارد تزامم احکام و مصالح سعی کرده‌اند با نگاهی نو برای تشخیص مصلحت نه ضوابط بلکه فرایندی را پیش‌نهاد دهند تا تشخیص‌دهندگان مصلحت با طی آن فرایند بتوانند یقین عرفی داشته باشند که مصلحت را صحیح تشخیص داده‌اند.

واژگان کلیدی: تشخیص مصلحت، قاعده‌ی اهم و مهم، ضوابط تشخیص مصلحت، تشخیص

فرایندی مصلحت.

۵۴. دانشجوی دکتری حقوق دانشگاه امام صادق علیه السلام.

۵۵. دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق علیه السلام (farajpour87@gmail.com)

مقدمه

از مجموعه‌ی مباحث با ارزش و چالشی عصر کنسونی، بررسی راه‌های احتمالی و قطعی تشخیص مصالح اجتماعی طبق ضوابط و معیارهای آن به وسیله‌ی حاکم اسلامی و نهادهای اساسی حاکمیت است که در لابلای مباحث متنوع فقه حکومتی و حقوق عمومی و علوم سیاسی، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار بوده و تاکنون از سوی پژوهشگران گرانقدر، مطالب ارزنده‌ای در راستای آن به رشته تحریر درآمده است؛ در مقام اجرا و عمل و از منظر حقوق اساسی نیز نهادهائی چون مجمع تشخیص مصلحت نظام تشکیل شد تا با توجه به مصالح و ضرورت‌های نظام آنچه را که ضروری و لازم می‌داند تصویب نموده و بین مجلس و شورای نگهبان، حل اختلاف نمایند. این مقاله پس از آنکه ضوابط ارائه شده توسط اندیشمندان حوزه مصلحت را بررسی می‌نماید، در آنها تشکیک نموده و خود در مقام ارائه ضابط و معیاری نو و کاربردی تر برای تشخیص مصلحت است چراکه مفهوم مصلحت مفهوم بی ثبات و متغیری است و به لحاظ تفسیری دامنه وسیعی دارد. پس از انقلاب اسلامی، فقه شیعه با پدیده دولت مدرن و اداره آن مواجه شد، دولت دینی، و هم چنین سیاستی که عین دیانت قلمداد می‌شد و دولتمردانی که در عصر جهانی شدن با جهان مدرن و عقلانیت عصری مواجه بودند، دیگر نمی‌توانستند با قالب‌های سنتی به سئوال‌ها و ضرورت‌ها پاسخ گویند. (وکیل زاده، ۱۳۸۱، ص ۱۸۹) دولتمردان ناگزیر بر مبنای عقلانیت متعارف به اداره امور می‌پرداختند، و چون سازمان فقهی به نهاد دولت گره خورده بود، نمی‌توانست عقل متعارف را نادیده بگیرد. دولت دینی نیز ملزم بود برای دوام، رفتاری عقلایی و عقلانی داشته باشد، آنهم در میدان رقابت‌های جهانی و مناسبات بین‌المللی که بدون اتکاء بر عقل متعارف شکست و انزوای آن قابل پیش بینی بود. این آغاز یک دوگانه بود، از سوئی نهاد سنتی دین نوعی ثبات و آرمان را اقتضا داشت و از سوئی اداره امر عمومی نوعی عقلانیت مدرن را می‌طلبد. مصلحت حاصل این دوگانه است، در فقه سنتی، عقل مرادف

مصلحت و استصلاح معرفی می‌شد، عقل فقهی، به معنای تطابق آرای عقلاء «بماهم عقلا» و معد برای حضور علم و ادراک نزد نفس است (مشکینی، ۱۴۱۶، ص ۱۷۰) یا عقل قطعی با توضیحات قاعده ملازمه، تعریف می‌شد، این تعاریف با همه اهمیت و فایده‌ای که داشت، نمی‌توانست از عهده پاسخ به پرسش‌ها و نیازها برآید. به خصوص در شرایطی که دلیل عقل فقهی در طول سه دلیل عمده دیگر قرار می‌گرفت و نه در عرض سایر ادله است و کاشف از نقل محسوب می‌شود بر خلاف نگاه مدرن که عقل، خودبنیاد جدای از وحی و نقل و مستقل و جاعل است و صرفاً با عقل کاشفی که در منابع فقهی از آن سخن می‌گوئیم اشتراک لفظی دارد بر پایه دگرگونی و تحول در دستگاه فقه شیعه و به خصوص اقتضای کارآمدی احکام فقهی در دوران معاصر، نیاز به عنصر دیگری پدید آمده بود. (اصغری، ۱۳۸۴، صص ۱۸۹ و ۱۹۱) نهادی که به سیل شتابان سؤال‌ها پاسخ درخور و مناسب و در عین حال سریع و صریحی بدهد و آن، عنصر مصلحت بود.

فصل اول- مفهوم شناسی و تبیین ضرورت بحث از ضوابط تشخیص مصلحت

میرزای قمی در قوانین در تعریف مصلحت می‌فرماید: «مراد از مصلحت، دفع ضرر و کسب منفعت برای آخرت و دنیا است» (قمی، ۱۳۰۳ق، ص ۸۵) بعضی از معاصرین معتقدند: «مصلحت هم به لحاظ وزن ادبیاتی و هم در معنا، مانند منفعت است» و برخی دیگر می‌گویند: مصلحت در لغت بمعنای منفعت است و در اصطلاح علمای شریعت عبارت است از منفعتی که شارع مقدس آنرا برای حفظ دین و نفوس و عقول بندگان مورد توجه قرار داده است. (مرعشی، ۱۳۷۱، ص ۱۲-۱۵)

برخی نیز دایره آن را وسیع گرفته و ادعا کرده‌اند که مصلحت در مقابل مفسده به معنای خیر، صلاح و منفعت است؛ مصالح، جمع مصلحت به معنای نیکی‌ها است؛ یعنی آنچه

موجب آسایش و سود باشد. (شرتونی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۶۵۶) برخی نیز مصلحت را نوعی سود و فایده دانسته‌اند که پس از آگاهی بر مقدمات علمی و به کارگیری عملی آنها، نصیب انسان می‌شود. در حقیقت؛ مصلحت نوعی منفعت است که در میدان عمل، در قالب فدا شدن برخی از تکالیف، حقوق و احکام، برای حفظ اصول و پایه‌های اساسی دین، محقق می‌شود. به لحاظ تاریخچه مصلحت در فقه امامیه باید اشاره کرد که مصلحت را شیخ مفید در فقه امامیه پی نهاد، شهید اول با بررسی آن در قواعد فقهی بدان تعمیم بخشید و آن را روشمند ساخت و صاحب جواهر رابطه ولایت فقیه و مصلحت را نمایاند و امام خمینی (ره) در آن طرحی جامع در انداخت و آن را به صورت یک نظریه درآورد. از نگاه امام، مصلحت به معنای منفعی است که به جامعه باز می‌گردد و قلمرو وسیعی دارد؛ به گونه‌ای که منافع دنیوی، اخروی و فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و ... را در بر می‌گیرد و این معنا بسی با مصالح مرسله اهل سنت نیز متفاوت است. مصلحت به این معنا از مهمترین ضوابط احکام حکومتی است و رهبران جامعه باید در تصمیم‌گیری‌های خود به آن توجه کنند. (عالمیان، ۱۳۸۷، ص ۱ حسینی، ۱۳۸۰، ص ۲-۶)

در وهله اول باید مسأله ارتباط اصل مصلحت را با ولایت فقیه و نظام اسلامی تبیین کرد؛ از دیدگاه امام خمینی در کتاب ولایت فقیه و از دید فقهای که در عرصه فقه حکومتی تئوری پردازی می‌کنند این چنین است که پیامبر خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) سه منصب داشتند ۱- پیام آوری و تبلیغ احکام الهی: بیان کردن آنچه واجب است و آنچه حلال و ... و این مسؤولیتی است که از طبیعت مقام رسالت و نبوت سرچشمه می‌گیرد و ویژه پیامبر خدا است. ۲- قضاوت میان مردم: پیامبر دارای منصب قضاوت است؛ از این رو حکم او نافذ است و اجرای آن بر مسلمانان لازم.

۳- زعامت و رهبری جامعه اسلامی، پیامبر راهبر، ولی و پیشوای جامعه اسلامی است و حفظ مصلحت امت اسلامی و رشد و بالندگی آن در گرو احکامی است که وی - نه به عنوان مبلغ دین

خدا و نه به عنوان قاضی - صادر می‌کند و برخی از فقها نیز بر این تئوری صحه گذاشته اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۰ ق، صص ۵۴۰-۶۰۰ و منتظری، ۱۴۱۱، صص ۲۲-۵۷) امام خمینی به نقش مصلحت اشاره کرده است؛ فقها هر جا و هر زمان که مصالح مسلمانان اقتضا کند، در حدود و اختیارات خود، احکامی صادر می‌کنند که همگان باید از ایشان پیروی کنند. (خمینی، ۱۳۶۹، ص ۳۵) بنابراین، اهمیت مصلحت در نظام ولایی و حکومت دینی اهمیت دو چندان پیدا می‌کند، زیرا حکومت اسلامی متضمن احکام ثابت و متغیری است که با حفظ ثابتهای دین، خود را مسئول حل بحران در زمان‌های مختلف می‌داند. ولی فقیه به عنوان مرجع تشخیص مصلحت در عصر غیبت، این کار را از طریق مکانیسم بیرونی یعنی مجمع تشخیص مصلحت نظام و مکانیسم درونی با توجه به توانایی‌های علمی خود انجام دهد. (فتیحی، ۱۳۸۷، صص ۱۵-۱۹)

فصل دوم- تبیین و نقد ضوابط تشخیص مصلحت

هنگامی که بر مبنای مصلحت، تصمیمی گرفته می‌شود و به کاری امر می‌شود امر باید ضوابط زیر را کاملاً در نظر داشته باشد و در صورتی که از وی توضیح خواسته شد، بتواند آن را بدون ابهام تشریح کند (فرساد، ۱۳۸۸، ص ۹؛ صرّامی، ۱۳۸۰، ص ۲۵۵ به بعد؛ بوطی، ۱۳۸۴، صص ۱۰۱-۱۷۲؛ افتخاری، ۱۳۸۴، صص ۲۳۶-۲۴۱)

ضابطه اول: مصلحت به منابۀ منفعت

متعلق مصلحت یعنی تصمیم و امر آمر، مربوط به تأمین مصلحت کدام یک از موارد شش گانه «دین، نفس، نسل، عقل و یا مال» مأمور یا مأمورین یا مصلحت خواهان می‌باشد؟ اصولاً تعاریف ارائه شده از سوی برخی پژوهشگران برای مفهوم مصلحت تماماً بر حول یک محور واحد قرار دارند و آن هم مفهوم «منفعت» می‌باشد. مصلحت بر این اساس عبارت است از تأمین نفع به گونه‌ای که در مجموع اهداف پنج گانه ذیل تأمین و تحصیل شود: حفظ دین، جان، عقل،

نسل و مال (افتخاری و عوض جعفر، ۱۳۷۷، صص ۹۵-۹۸) اصولیون با استقرار جزئیات و تأمل در حکمت احکام شرعی گفته‌اند که: احکام الهی برای تأمین مصالح بندگان خدا در موارد شش گانه فوق- که همه مصالح را بر می‌گیرد- تشریح شده است. مثلاً برای حفظ دین و مصالح دینی، دعوت، و جهاد به خاطر حمایت از ارزش‌های عقیدتی، واجب شده؛ به صبر در مقابل ایذاء فرمان داده شده؛ ارتداد حرام گشته و هکذا... حال هر مصلحت دیگری که موجب تصمیم و برنامه‌ای می‌شود، باید معلوم باشد که به کدامیک از موارد شش گانه تعلق دارد. (البته منظور این نیست که حکم با برنامه در آن واحد نمی‌تواند تأمین کننده چند مصلحت باشد). غزالی نیز در این باره می‌نویسد: «مصلحت به معنای جلب منفعت و دفع ضرر... بوده و مراد ما از مصلحت، تأمین مقصود و هدف شرع است و مقصود شرع نسبت به خلق پنج امر حفظ دین، عقل، جان، نسل و اموال می‌باشد. پس آنچه در جهت حفظ این اصول پنجگانه باشد، مصلحت و آنچه موجب تفویت آنها باشد، مفسده نامیده می‌شود» (غزالی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۷۴)

برخی فقها نیز این ضابطه را وارد تعریف خود از مصلحت کرده‌اند و یا در مقام احصا منافع برآمده‌اند و نوشته‌اند: «مصلحت در اصطلاح علمای دین اسلام، شامل منافی می‌شود که شارع حکیم برای بندگانش لحاظ نموده. این منافع به ترتیب عبارتند از: حفظ دین، جان، عقل، نسل و اموال، منفعت نیز شامل لذت یا وسیله آن و برطرف کردن آلام یا وسیله رفع آلام است.» (قمی،

۱۳۰۳ق، ج ۲، ص ۸۵)

نقد ضابطه

به نظر می‌رسد به ضابطه فوق اشکالاتی وارد است:

ضابطه از آن روی که ضابطه است ناظر به تبیین ماهیت و قابلیت حل در مقام تعارض است. در این تقریر لفظ مصلحت بیشتر از منظر معناشناختی در حوزه فکری فقه عامه معنا شده است و آن گاه که در ادبیات جاری فقه سیاسی انقلاب اسلامی از مصلحت سخن گفته می‌شود منظور این

سنخ مصلحت که همگی احکام به نوعی دایر مدار آن است نیست. به عبارتی در اختلاف کلامی موجود بین اشاعره و معتزله، دایر مدار احکام بر مصالح و مفساد واقعی مورد واکاوی قرار می‌گیرد و این مصلحت با مصلحتی که اکنون در پی ارائه ضابطه بر آن هستیم اشتراک لفظی است. از منظر شیعه احکام دائرمدار مصالح و مفساد واقعی هستند و دلیل، حول حکمت الهی سامان می‌یابد در حالی که سخن ما در مصلحت مصطلح و متعارف نوعی حل تعارض و قاعده حل تعارض «مصالح» است.

مصلحتی که برشمرده‌اند حصری است یا استقرائی؟ روشن است که مصالح یادشده استقرائی است و استقراء نمی‌تواند مبنایی برای مصلحت باشد، به خصوص آن که ما به دنبال ارائه ضابطه‌ای در تعارض این مصالح هستیم و یک ضابطه باید بتواند، ترتیب اهمیت مصالح و مفساد واقعی را نشان دهد. اموری هم چون حفظ نظام اسلامی و بیضه اسلام، حفظ جان امام معصوم، حفظ ناموس و شرف و آبرو و... نشان می‌دهد که این ضابطه نیازمند تدقیق بیشتر است. کسی منکر نیست که احکام شریعت دایرمدار حفظ این منافع (مصالح) است اما اولاً بسیاری از احکام را نمی‌توان به صورت مستقیم علت حفظ یکی از این مصالح دانست به عبارتی عقل بشری قادر نخواهد بود به ملاکات احکام و غایات و علل آن پی برد و ثانیاً ترتب این مصالح و جایگاه حکم حکومتی، احکام ثانویه و... در این ضابطه روشن نیست، در این سخنی نیست که هر حکم شارع مصلحتی دارد، سخن آن است که در تعارض مصالح چه باید کرد و چه ضابطه و قاعده‌ای ارائه نمود. لذا به نظر می‌رسد این ملاک با توجه به تقریر مرکزی آن توسط غزالی قابل اعمال و قبول نیست و عملاً ضابطه‌ای ارائه نمی‌نماید.

ضابطه دوم: مصلحت به مثابه ضرورت

یعنی پس از روشن شدن متعلق مصلحت، باید دید که تأمین این مصلحت، ضروری است یا حاجی (احتیاجی) یا تحسینی؟ مراد از ضروری این است که بدون تأمین آن مصلحت، متعلق آن

تحقق نمی‌یابد یا از دست می‌رود، و فرد باید آن را داشته باشد. اما تأمین حاجیات برای رفع عسر و حرج است و شارع برای رفع تنگنا و بهبود احوال مردم این حد را که بر آوردن حاجات روزمره است بر آن تأکید کرده است تا افراد برای نیل به وضعیت مطلوب با مشکلی مواجه نشوند. تحسینیات، هر چیزی که بعد از این دو مطرح باشد و مواردی در این گنجانده می‌شود که اگر ترک شوند به هیچ وجه فرد را دچار تضییق نمی‌کنند، لیکن وجودشان موجب بهبودی است و در مقایسه با دو شق دیگر، تحسینیات طوری است که تشریح آن‌ها به عنوان مکارم اخلاق و محاسن عادات است و عدم جعل آنها حرجی در پی نخواهد داشت. به طور مثال برای طبقه‌بندی مشاغل هم می‌توان از این تقسیم‌بندی استفاده کرد. یعنی بنگریم که چه شغل‌هایی ضروریات مجتمع انسانی را تأمین می‌کند، و چه شغل‌هایی احتیاجات، و چه شغل‌هایی موجب بهتر شدن زیست جمعی می‌شود. روشن است که ترتیب ارزشی آنها هم، بهمین ترتیب است. و به همین دلیل است که کار یک کارگر با کار یک پزشک متخصص، هم ارزش است. (بوطی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۴؛ رهبر، ۱۳۸۲، ص ۱۴۹؛ سلیمی، ۱۳۷۹، ص ۵)

نقد ضابطه

به نظر می‌رسد به ضابطه فوق اشکالاتی وارد است:

معلق نمودن معنای مصلحت به ضرورت، نوعی دور و ابهام‌معنایی دارد. به عبارتی گفته می‌شود مصلحت چیست و در پاسخ گفته می‌شود آن چه ضروری است، حال چه چیزی ضروری است؟ اولاً احواله یک معنا به معنای دیگری که از آن مبهم‌تر است روش صحیحی نیست و ثانیاً در پاسخ چیستی ضرورت عملاً به مفهوم مصلحت اشاره می‌شود که نوعی دور است (مخصوصاً در معنای مصلحت نزد غزالی که حفظ ضروریات خمسه یا سته است).

برخلاف ادعا، ضرورت و مصلحت از قبیل عموم و خصوص مطلق هستند نه انطباق، هر ضرورتی مصلحت است اما هر مصلحتی ضرورت نیست، گاهی مصلحت اولویت تعیینی دارد و

گاهی اولویت تفصیلی و ضرورت صرفاً در اولویت تعیینی است (نیکزاد، ۱۳۸۵، ص ۱۳۳) لذا ما با تشخیص ضرورت امری صرفاً ضرورت آن را تشخیص داده‌ایم و این که این ضرورت لزوماً منجر به مصلحت شود و ما را وادار به اقدام و اخذ تصمیم نماید را روشن نمی‌کند، حتی شاید بتوان گفت ضرورت مشکک است و به این ترتیب رابطه این دو مفهوم عموم و خصوص من وجه می‌شود، یعنی برخی ضرورت‌ها به دلیل ضرورت بالاتر و به تبع مصالح بالاتر در دائره مصالح قرار نخواهند گرفت.

این ضابطه اصولاً جا به جایی لفظ و بحث است، گوئی ضرورت مفهومی روشن‌تر و ضابطه‌مندتر از مصلحت است که آن را به ضرورت احاله و ارجاع دهیم. لذا هم در اصل احاله و کیفیت ضرورت و مصلحت ابهام وجود دارد و هم در خود مفهوم ضرورت و با این نوع احوال و ارجاع عملاً ضابطه‌ای به دست نمی‌آید. البته باید در نظر داشت در نظر گرفتن مفهوم ضرورت در ضابطه‌شناسی مصلحت گام در خور و موثری است و باید از آن بهره برد کما این که در نهایت از آن بهره خواهیم برد.

ضابطه سوم: مصلحت به مثابه دامنۀ تأثیر کمی

مراد آن است که این تصمیم، مصلحت مورد نظر را برای چه تعدادی از افراد تأمین می‌کند؟ فرد، جمع، اقلیت، اکثریت، همه، حاضران، آیندگان و...؟ از تعاریف مختلف که بگذریم، مصلحت همان منفعت است که در آن بیشتر مصالح عامه مورد نظر است تا مصلحت فردی. غلظت عنصر مصلحت در حقوق خصوصی و در احکام غیرعبادی افزایش می‌یابد. در عرصه حقوق عمومی که بر روابط شهروندان (مکلفان) و دولت ناظر است، غلظت مصلحت بیشتر از حقوق خصوصی است. در نهایت، در مناسبات و حقوق بین الملل (اعم از بین الملل عمومی و حتی خصوصی) که تنظیم کننده روابط کشورها و دولت‌ها است، بیشترین مقدار مصلحت به چشم می‌خورد و مصلحت جایگاه بس رفیعی را کسب می‌کند. در این عرصه، روابط اغلب عرفی

و عقلایی می‌باشد و حاکم اسلامی باید نهایت دقت را در تشخیص مصلحت به کار گیرد تا در این عرصه خطیر جامعه مسلمین را به سر منزل خود برساند. البته باید توجه داشت که باید بین «مصلحت عمومی» و «مصلحت خصوصی» تمیز قائل شد. از یکسو نباید «مصلحت عمومی» را به جمع مصلحت‌های فردی تقلیل داد. از سوی دیگر، نمی‌توان مصلحت عمومی را تعدیل مصلحت‌های فردی به گونه‌ای که بهترین نتیجه را برای جمع داشته باشد، تعبیر کرد. (معینی علمداری، ۱۳۷۸، صص ۱۵۹-۱۶۳؛ فرساد، ۱۳۸۸، ص ۵؛ معینی، ۱۳۷۸، ص ۱۹۷)

نقد ضابطه

در مورد این ضابطه نکاتی به نظر می‌رسد:

اصل این سخن قابل توجه است که اصولاً مصلحت دایرمدار بیشترین نفع عمومی است، به عبارتی ارائه دهندگان این ضابطه در مقام تعارض مصالح که موضوع مصلحت است، وجه ترجیح یک مسأله را بر خورداری از خیر عمومی‌تر، دانسته است و عمومیت را نیز کاملاً کمی در نظر گرفته‌اند. یعنی در تعارض دو عمل عملی مقدم است که تعداد بیشتری از افراد از آن سود ببرند، از این نظر این ضابطه روشن و قابل استفاده است.

اما این نکته ابهامات این ضابطه را رفع نمی‌کند، اولاً گره‌زدن مصلحت به منفعت و هم معنا دانستن این دو ابتدای بحث است. ثانیاً فهم دقیق و ضابطه‌مند منافع اکثریت مشکل است زیرا اولاً مفهوم اکثریت مبهم است و ثانیاً کشف این منفعت هزینه‌بر و زمان‌بر و عادتاً غیرممکن است، به عنوان مثال برای هر فرد مصلحت نمی‌توان رفت‌وآمد و انتخابات برگزار نمود و احاله تشخیص مصلحت عموم به حاکم و دولت ابتدای مناقشات است زیرا این نیز ملاکی ندارد و از مرحله ظن تجاوز نخواهد کرد. ثالثاً ممکن است ولو با مکانیسمی بتوان نظر عموم را راجع به مصلحتی دریافت اما شاید در واقع و از منظر حاکم اسلامی، نظر اکثریت صحیح نباشد و در واقع مصلحت عامه چیزی جز آن باشد که خود می‌پندارند، به عنوان مثال ممکن بود اگر برای طرحی

هم چون هدفمندی یارانه‌ها رفراندوم برگزار می‌شد عموم مردم به عدم مصلحت آن، رأی می‌دادند. در حالی که، حکومت آن را خیر عمومی و برای اقتصاد کلان جامعه، نافع و ضروری می‌دانست؛ لذا به نظر می‌رسد کشف نظر عامه مشکل است و نظر عامه نیز لزوماً بیان‌گر مصلحت عمومی‌تر نیست. ارجاع تشخیص عام بودن یک منفعت و خیر به حاکم نیز محل مناقشه است و حاکم برای آن به خصوص در موارد مشتبه و مشکل نیازمند ضابطه است و این ما را در دور و تسلسلی از ضابطه‌ها قرار می‌دهد.

ضابطه چهارم: مصلحت به مثابه دامنه تأثیر کیفی

یعنی اگر مجموعه مصلحت یک متعلق که باید تأمین شود، مثلاً ده واحد، یا هر مقیاس دیگری باشد، این تصمیم یا برنامه، چه حجمی از این مقیاس را تأمین می‌کند؟ در کتابهای اصول، از دامنه تأثیر کیفی به عمق تعبیر شده است. هرگاه قصد تحقق مصلحتی را در قالب اقدام و یا عدم مبادرت به اقدام و یا نحوه ایفا و به منصفه ظهور رساندن و یا تعیین تکلیف داشته باشیم، باید دید مصلحت مورد نظر چند در صد برنامه و مسأله ما را تحت پوشش خود قرار می‌دهد و عمق مسئله و یا شامل بودن آن تا چه حدی است و اگر این مصلحت حجم زیاد و موارد متعددی از برنامه و مسأله را در بر گرفت به انجام آن مبادرت بورزیم. (فرساد، ۱۳۸۸، ص ۴؛

صابری، ۱۳۸۴، صص ۲۰۶-۲۱۰)

نقد ضابطه

اشکالات وارد بر ضابطه سوم در این ضابطه به نحو بیشتری قابل ایراد است: ۱- منظور از نگاه کیفی آن است که اگر متعلق مصلحت مثلاً در مورد حفظ یک مال است، تصمیمی که مقدار بیشتری از آن مال را حفظ کند به مصلحت‌تر است. یا در جنگ هنگامی که دو راه پیش رو داریم که یکی منجر به کشته شدن ۱۰ نفر و دیگری منجر به کشته شدن ۱۰۰ نفر می‌شود، راه اول مصلحت‌تر و در نتیجه مصلحت واقعی در انتخاب راه اول است. ناگفته پیداست که در

فهم کیفی با توجه به دخالت عوامل و عناصر متعدد کشف مصلحت از فهم کمی مشکل‌تر است. این ملاک در واقع ملاک تمام انتخاب‌های عقلانی ما است و چیزی علاوه بر آن به ما نمی‌گوید، هر عاقلی در انتخاب‌های خود راه‌های پیش رو را می‌سنجد و سعی می‌کند بیشترین نفع و کمترین ضرر را با توجه به معانی نفع و ضرر در نظام فکری خود انتخاب کند، لذا در مثال جبهه جنگ ممکن است فرمانده به دلیل خیر دیدن اصل شهادت و مهم بودن هدف موردنظر راه دوم را انتخاب کند. تعدد این مداخله‌گرها عملاً تشخیص مصلحت را به امر کارشناسی آن حوزه تصمیم رجوع می‌دهد و ضابطه جداگانه‌ای نیست، یعنی می‌گوید در هر موضوع عملی که طبق نظر کارشناسان میزان بیشتری از هدف را محقق می‌کند مصلحت است و باید آن تدبیر و عمل را در نظر گرفت.

وارد کردن اثر فعل مصلحت‌آمیز در ضابطه تشخیص مصلحت، مشکل است زیرا، غالباً اثر و میزان تأثیر فعل از قبل روشن نیست و کار کارشناسی نمی‌تواند میزان اثر را به دقت مشخص کند لذا دائرمدار نمودن مصلحت به صرف میزان اثر فعل، مبهم و قابل قبول نیست.

ضابطه پنجم: مدت زمان ایجاد اثر

یعنی عمل به تصمیم آمر یا برنامه برنامه‌ریز، پس از چه زمانی مصلحت عامل را تأمین می‌کند؟ تأکید کرده‌اند که هر تصمیم‌گیری از این فاکتور، به شدت بی‌اعتبار و بیهوده است. نقد این ضابطه روشن است، با توجه به جامعیت دین مبین اسلام در بعد زمانی و نگاه ما به آخرت و به ماورای این دنیا برای ما اهمیتی ندارد که زمان ایجاد اثر مصلحت چه زمانی خواهد بود؛ چه بسا در نظام دینی چیزی مصلحت باشد که دامنه اثر آن به قیامت بازگردد و واقعاً نیز مصلحت باشد ولو در ظاهر همراه دامنه تأثیر کوتاه مدت نباشد، مانند شهادت و جهاد با ظاهر نتیجه منجر به شکست، البته در مقام تعارض دو مصلحت کاملاً مساوی این ملاک می‌تواند مورد

نظر باشد. در نقد این ضابطه این سخن را بسط می‌دهیم (فرساد، ۱۳۸۸، ص ۵-۶ و بوطی، ۱۳۸۴، ص ۳۵-۴۷ و حسینی، ۱۳۸۸، ص ۱۴-۱۷)

ضابطه ششم: مدت زمان بقاء اثر

یعنی پس از ایجاد اثر، زمان این اثر تا کی باقی است؟ به تعبیر دیگر مصلحتی موقت است یا دائمی؟ کوتاه مدت است یا بلند مدت؟ مربوط به همین حیات است یا تا حیات ابدی امتداد می‌یابد؟ (فرساد، ۱۳۸۸، ص ۶-۷)

نقد ضوابط پنجم و ششم

همان گونه که در نقد ضابطه چهارم گفتیم، اثر سنجی از یک عمل مشکل است و حداکثر ظن ما دائرمدار اثر آن عمل می‌شود. به طریق اولی، زمان باقی ماندن اثر به خصوص، با توجه به عدم دسترسی عقل به ملاکات احکام و وجود آثار اخروی برای اعمال، مشخص نمودن این که عملی تا چه حدود زمانی برای مصلحت است مشکل است. البته در مقام تعارض دو عمل این ملاک می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد و با سنجش دو عمل، آن را که میزان بیشتری از تأثیرگذاری ... دارد مورد توجه و انتخاب قرار داد. ولی به هر حال، ضعف و عدم امکان دقیق این ضابطه از ضعف‌های آن است.

ضمناً، آنچه برای ما اهمیت دارد این است که آیا ما در تشخیص مصلحت ضوابط آن را رعایت کرده‌ایم یا خیر؟ در این صورت پس از آگاهی از صحت مصلحت با توجه به ملاک-های موجود، دیگر بر ما ملامتی نخواهد بود که بر طبق آن عمل کنیم و حتی فراتر از آن برای ما تکلیف هست که بر طبق آن عمل کنیم و نباید به مدت زمان ایجاد اثر آن بنگریم که چقدر است، چراکه این کار، ضعف در موضع ما را، که بر مصلحتی پس از ممارست‌های فراوان دست یافته‌ایم را، نشان می‌دهد.

ضابطه هفتم: سازگاری مصلحت اندیشی‌ها و دستورهای شریعت

بین مصلحت اندیشی‌ها و دستورهای شریعت، نباید ناسازگاری باشد. در مورد مصلحت‌سنجی‌های حاکم اسلامی و بایستگی عدم تعارض آنها با دستورات شریعت مقدس، امام خمینی ره، در جای جای کتاب ولایت فقیه و کتاب البیع، بر این معیار تأکید می‌کند: «حکومت در اسلام، به معنای تبعیت از قانون است و فقط قانون است که بر جامعه حکم فرمایی دارد، آن جا هم که اختیارات محدودی از سوی خداوند به رسول اکرم (ص) و ولات داده شده، از طرف خداوند است.»

بنابراین، مخالفت با احکام شریعت، به هیچ روی روا نیست. چون که به مصلحت‌سنجی‌های حاکم اشاره کردیم، این نکته را در خور تذکر و یادآوری است که تقدیم و پیش داشتن احکام حکومتی بر احکام اولیه نیز، در چارچوب شریعت انجام می‌گیرد و مخالفت با احکام شریعت به شمار نمی‌آید. (مرینانی، ۱۳۸۷، ص ۷؛ بوطی، ۱۳۸۴، صص ۱۱۳-۱۳۴) در عرصه فقه حاکمیتی، ما از این مهم فراتر رفته و بر اساس مطالب فوق ادعا می‌کنیم که علاوه بر آن که نباید مصلحت‌سنجی‌ها مخالفتی با دستورات شارع نباید داشته باشد بلکه نباید از آن‌ها جدا باشند، ما نه با لایسیزه کردن و مخالفت با شریعت مقدس موافقیم و نه عرفی سازی و سکولاریزاسیون در عرصه تشخیص مصلحت. (افتخاری، ۱۳۹۰، صص ۱۶۳-۱۶۷)

از آنچه آوردیم بی‌پایگی سخنان و شبهات منور الفکرهای سکولار که قائل‌اند مصلحت موجب سکولاریزاسیون دین می‌شود روشن می‌شود.

نکته مهم‌تری که در مصلحت‌سنجی در اتخاذ حکم حکومتی باید اشاره کرد و آن را می‌توان با استناد به اندیشه‌های دیگر امام برشمرد آن است که امام ولایت مطلقه را یعنی ولایت صدور حکم حکومتی را هم بر مدار مصالح عمومی می‌دانند یعنی مرز ولایت مطلقه مفهوم مصلحت است. (منصورنژاد، ۱۳۷۸، ص ۱۶۶؛ سلیمی، ۱۳۷۹، ص ۷)

نقد ضابطه

یکی از ضوابطی که در بحث مصلحت، مکرر توسط اندیشمندان، تقریر شده است، سازگاری مصلحت با شرع است، حاکم باید منطبق بر شریعت حکم مصلحتی را صادر نماید و این مهمترین ملاک صحت حکم مصلحتی است (با در نظر گرفتن این نکته که احکام ثانوی خلاف شرع نیستند و راهکاری شرعی محسوب می‌شوند) این ملاک گرچه درست است اما ملاک نیست زیرا:

روشن است که در نظام مبتنی بر دین و فقه هر عملی باید اینگونه باشد و توصیه به اینکه اعمال دینی باید دینی باشد یا حاکم اسلامی باید اسلامی عمل کند هر چند توصیه خوبی است اما کلی و تحصیل حاصل است و اصولاً فرض ما آن است که حاکم اسلامی باید در چهارچوب شریعت، عمل نماید و الا حاکم اسلامی نخواهد بود.

موضع مصلحت آن جایی رخ خواهد داد که احکام معمول و عادی شریعت از کارآمدی ساقط شده‌اند یا امر اهمی مانع اجرای مهم شده است. لذا، به نظر می‌رسد اصولاً موضوع مصلحت عمل به خلاف ظاهر اولیه احکام است، چه اگر این نبود این همه مناقشه در نمی‌گرفت، در نظریه مصلحت، ما گروهی از احکام یا اعمال را بر گروه دیگر ترجیح می‌دهیم و سخن از ملاک و ضابطه این ترجیح است و الا موضوع مصلحت همواره نوعی مخالفت با دسته‌ای از احکام شریعت را در خود دارد، اصل موضوع مصلحت این است که آیا متروک نمودن برخی از احکام به نفع دسته‌ای دیگر از احکام آیا دلیل شرعی و دینی دارد یا خیر، سؤال مصلحت از دلیل شرعی این ترجیح است.

ضابطه هشتم: ملائمت و هماهنگی مصلحت با اهداف و مقاصد شریعت

این در صورتی محقق می‌گردد که مصلحت مغایرتی با اصلی از اصول یا ادله شرعی نداشته باشد بلکه با مصالح شرعی همگون و یا نزدیک بوده باشد و این امر در قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران مورد توجه و عنایت شورای محترم نگهبان است زیرا برای تأیید نظرات مجلس شورای اسلامی عدم مغایرت آنها را با موازین شرعی کافی می‌دانند. آیات و روایات هم این مطلب را اثبات می‌کند که مصلحت‌اندیشی در جامعه باید در جهت اهداف معین باشد و هم آن اهداف را تعریف و مشخص می‌کند. (صرامی، ۱۳۸۳، صص ۹۳-۹۸؛ بوطی، ۱۳۸۴، صص ۱۰۴-۱۱۲؛ صابری، ۱۳۸۴، ص ۲۱۶)

نقد ضابطه

اصولاً بحث اهداف شریعت و مقصودهای دین (مقاصد الشریعه) به دلایل تاریخی از سوی اهل سنت مطرح و در فقه شیعی وارد شده است. هر چند اصل بحث مورد قبول و استفاده است اما این نوع نگاه به دلایل مورد توجه خاص علمای شیعه قرار نگرفته است و مبنای صدور حکم و فتوا واقع نشده است. شاید دو دلیل از میان آنها مهم باشد اولاً، هرگاه شریعت دلیل حکمی را روشن کند و نص در دلیل وجود داشته باشد می‌توان بنا به دلیل دایره حکم را وسعت داد یا مضیق نمود و این دست احکام منصوص العله، اندک هستند. ثانیاً، منظور از حکم بر اساس مقاصد الشریعه غالباً آن جایی است که حکمی وجود ندارد و بنابر مقاصد عالی و هدف شریعت قصد صدور حکم داریم (نه آنکه حکم منصوص العله‌ای وجود داشته باشد) مثل آن که در یابیم هدف شریعت گسترش عدالت است و متکی بر این هدف غائی حکم به محدود شدن مالکیت خصوصی بدهیم. روشن است که این نوع استفاده از مقاصد شریعت موجب اختلاف شدید است زیرا ممکن است فقهی با همین مقصد حکم به لغو مالکیت عمومی و خصوصی‌سازی دهد و معتقد باشد این روش برای وصول به عدالت بهتر است و این مجال وسیعی برای عرفی‌سازی و

واسپاری فقه به دانش‌های بشری و عصری است. لذا، اولین گام پس از استدلال به کمیت عدالت و آغاز مرحله جزئی نمودن نظریه و اجرای آن ابتدای اختلافات گسترده خواهد بود. اما در مورد ضابطه بودن مقاصد الشریعه در مصلحت:

کسی مخالف آن نیست که مصلحت باید با اهداف شریعت سازگار و هماهنگ باشد و اگر مصلحتی با اهداف کمی شریعت همساز نباشد مصلحت مشروع نیست، اما اولاً کشف مقصد شارع و ثانیاً مخالفت مصلحت با این هدف کلی بسیار مشکل است. مخصوصاً آنکه اهداف شریعت آن قدر کلی است (مانند تحقق عدالت، اقامه نماز واحکام الهی و...) که بعید است بتواند ملاک روشن و مشخصی برای نفی و طرد یک مصلحت در اختیار بنهد، بلکه اگر علت تشریح، یقینی بود و مخالفت یقینی بود این ملاک قابل استفاده است.

همان گونه که در سالیان اخیر و در اجرای قانون اساسی جمهوری اسلامی روشن شده است دو نگاه مطابقت- و عدم مخالفت در انطباق مسائل روز با احکام شرعی رخ نموده است. اینکه، آیا قوانین و مصالح باید منطبق بر شرع باشند یا نباید با آن مخالف باشند و صرف عدم مخالفت کافی است، خود محل نزاع است. فلذا، تناسب و هماهنگی مصلحت با غایات شارع امری مبهم و حدأقل نیاز به اتخاذ روش بحث در مبنا است.

این ضابطه صرفاً نفی کننده است و می گوید مصلحت، نباید مخالف با مقاصد قطعی شریعت باشد، هر چند این نگاه صحیح است اما ضابطه تا آن جایی که ممکن است، باید ایجابی باشد. البته، نباید، فراموش کرد که توجه به مقاصد شریعت امری درخور توجه است و این ضابطه در کنار سایر ضوابط می تواند مفید باشد و از نگاه جزئی و مقطعی ما را رها سازد و نگاهی جامع و کلی بدهد.

ضابطهٔ نهم: مصلحت ذاتاً معقول باشد.

یعنی بگونه‌ای باشد که وقتی آن را بر عقول سلیم عرضه نمایند آن را تلقی بقبول نمایند. کتاب و سنت، وقتی از تشریح قانونی خبر داد و در متن قانون هدف آن را تصریح کرد، ذکر هدف صریحاً نشانه آن است که بخش خالی از قانون را که بر حسب مصلحت زمان در نظام اسلامی متغیر و متحول است، چگونه می‌توان با قانون‌هایی برگرفته از هدف بوسیله عقل پُر کرد. (صدر، بی تا، ص ۴۷؛ مزینانی، ۱۳۸۷، ص ۴؛ وکیل زاده، ۱۳۸۱، ص ۲۸۵) در مورد رابطه مصلحت با عقل شایان ذکر است که فقیهان امامیه، با وجود اختلافی که در پذیرش برخی عناصر، چون اجماع به عنوان سند و دلیل استنباط و تفاوت دیدگاهی که در تفسیر عقل دارند، در عدم پذیرش «مصلحت» و مفاهیمی شبیه آن به عنوان منبع و سند کشف و استنباط حکم، اتفاق نظر دارند. جست‌وجو در آثار فقهای شیعه ثابت می‌کند که صرف مصلحت هیچ‌گاه در استنباط ایشان کاربرد استقلالی نداشته است و آن گونه که قرآن، سنت معصوم(ع)، اجماع و عقل به عنوان مدارک و ادلهٔ اجتهاد به شمار می‌روند، به حساب نمی‌آید. اگر در متن و نگاشته‌ای از این گروه، این کارایی برای این عنوان یا مشابه آن ذکر گردیده، به عنوان مؤید و مقرب حکم بوده است یا تسامحی در تعبیر بیش نیست و دلیل اصلی حکم امر دیگری خواهد بود. و گرنه باور قطعی همهٔ فقیهان امامیه این است که صرف مصلحت و امثال آن سند حکم در هیچ مسئله‌ای نخواهد بود. ولی فقیهان امامیه در پذیرش «عقل عملی» به عنوان یکی از اسناد معتبر کشف، اتفاق نظر دارند، و این در حالی است که مبنای درک عقل و داوری آن، سنجش ملاکات و مصلحت‌ها است و این وجود مصلحت یا مفسده در انجام عمل است که پایه و اساس برای درک عقل از حسن فعل یا قبح آن می‌گردد و به دلیل ملازمه بین درک عقل و حکم شرع، حکم شرعی ثابت می‌شود؛ فقه دینی محاط و محفوف به ایمان و وحی است، اما کاربرد آن زمینی است، و در عین آسمانی بودن با شروط و لوازم عقلانیت نیز همراهی می‌گردد. این

عقلانیت را نهادها و تأسیس‌های اصولی و فقهی و کلامی مانند: خود عقل به عنوان منبع استنباط، مصلحت و عناوین دیگری از این قبیل، آشکار می‌کنند. (هیأت تحریریه مجله فقه و حقوق، ۱۳۸۴، ص ۵)

پس ورود عنصر مصلحت در قانونگذاری و تفقه، از مقومات اندیشه و عمل عقلانی است. محمد عبده از یاران و شاگردان سیدجمال الدین اسدآبادی معتقد است در تطبیق شریعت اسلامی بر اوضاع و احوال جهان امروز (عقلانیت معاصر)، دو اصل را باید به کار بست: نخست، اصل مصلحت یا استصلاح، که مذهب مالکی به طور وسیعی از آن استفاده می‌کند و دوم، اصل تلفیق (غرض آمیختن و سازگار کردن احکام مذاهب چهارگانه اهل سنت در حل مسائل اجتماعی است) اصل مصلحت همان ورود عنصر مصلحت در قانونگذاری و تفقه، از مقومات اندیشه و عمل عقلانی است. (اصغری، ۱۳۸۴، ص ۱۹۸)

نقد ضابطه نهم

بحث عقل و دائره حجیت آن و نسبت آن با شرع از مباحث مفصل و شدیداً اختلافی است و البته طرح آن در اصول فقه شیعه مربوط به قرون اخیر است. (صابری، ۱۳۸۹، ص ۱۸۵) به خصوص، قاعده تلازم قاعده‌ای جدید است. (عزتی، ۱۳۸۸، ص ۹۵) به هر حال، به قول محقق خوئی در مصباح الاصول، هر چند که کبرای این قضیه صحیح است، اما، مصداق و صغرائی برای آن یافت نمی‌شود. زیرا فهم حکم عقلی قطعی و حکمت احکام بر ما پوشیده است. (به نقل از: علی دوست، ۱۳۸۸، ص ۴۰۴) مهمترین اشکال به این ضابطه، کشف حکم عقل است. علی رغم وضوح اولیه، تدقیق فلسفی و سیری در تاریخ بحث حکم عقل در فلسفه غرب، اسلام و مخصوصاً اصول فقه روشن می‌سازد که حکم قطعی عقل در کمال ابهام است و نمی‌توان چیزی را یقیناً به عقل نسبت داد. به عبارتی، با توجه به اختلاف در مصادیق، هر چند کبرای این مسأله صحیح است و حکم عقل و نقل در واقع امر یکی هستند. اما، در مقام اثبات نمی‌توان این تلازم را نشان داد. این ضابطه از این رو ضابطه‌ای ناکارآمد است و مانند آن است که کسی بگوید

«مصلحت باید خوب» باشد، روشن است که این نوع ضابطه‌ها مفید به علم و قابل اعمال نیستند، ضمن آن که ضابطه عقلانی بودن (عقلانی بودن، منطبق بر سیره عقلا بودن و هر تعبیری از این دست که به نظر ما تفاوت چنانی ندارند) به خصوص اگر مانند آنچه اصولیون متأخر انجام داده و دلیل عقل را به سیره عقلاء بما هم عقلاء تأویل نموده‌اند، بسیار مبهم و عملاً با ضابطه نفع اکثریت یا نظر اکثر عقلاء و اشکالات مربوط به آن و معضله استقراء مواجه می‌شود.

ضابطه دهم: رعایت قانون اهم و مهم

رعایت اهم و مهم در اصول فقه، در باب تزاحم مطرح شده است. تزاحم در اصطلاح، مربوط به مرحله امتثال است بر خلاف تعارضی که مربوط به مرحله جعل است. این قاعده مبنای عقلایی، بلکه عقلی دارد و برای هیچ عاقلی در مقام عمل قابل انکار نیست. شاید مهم‌ترین و اساسی‌ترین مرحله در سنجش مصلحت‌ها، شناخت و رعایت این اصل باشد، عالمان اصولی، در باب (تزاحم) از این معیار بحث کرده‌اند. (مظفر، ۱۳۸۹، ص ۵۴۷) امام خمینی، در صدور احکام حکومتی به این قاعده اهمیت ویژه‌ای می‌دهد. گاه با آن که عمل به مصلحت اهم، برای او همانند نوشیدن جام زهر آلود بود (خمینی، ۱۳۶۵، ج ۲۰، صص ۲۳۹) بود، با این حال، چشم‌پوشی از آن را روا نمی‌دانست. تأکید امام بر پیش داشتن حفظ نظام و مصلحت نظام بر همه مصلحت‌ها در همین راستا قرار دارد: «طلاب عزیز، ائمه محترم جمعه و جماعات، روزنامه‌ها و رادیو و تلویزیون، باید برای مردم، این قضیه ساده را روشن کنند که در اسلام، مصلحت نظام از مسائلی است که مقدم بر هر چیز است و همه باید تابع آن باشیم...» (خمینی، ۱۳۶۵، ج ۲۱، ص ۱۱۲)

در صحنه فردی، این عقل فرد است که در مقام تزاحم به کار می‌رود؛ اما آیا در صحنه جامعه هم عقل یک فرد است که عمل می‌کند؟ اگر در مبنای مشروعیت و شرعی حکومت اسلامی، اصالت را سرانجام به جایگاه فرد بدهیم، در اینجا نیز باید در نهایت عقل همو را معیار قرار دهیم؛ هر چند ممکن است آن فرد در جایگاه رهبر یا ولی جامعه، صلاحیت‌ها و اختیارات خود

را متناسب با نیازها، توانایی‌ها و تخصص‌ها به افراد و دستگاه‌های گوناگون واگذارد؛ اما اگر اصالت را سرانجام به جامعه دادیم، باید برای تشخیص در کاربرد قانون اهم و مهم، یک عقل جمعی تعریف کنیم. از سوی دیگر، در تطبیق قانون اهم و مهم در صحنه جامعه باید به اهمیت و اولویت حقوق عامه که تحت عنوان مصالح جامعه، منافع ملی و مانند آن قابل درک است و بر حقوق فردی، صنفی و قشری تقدم دارد، توجه کافی مبذول داشت. (بوطی، ۱۳۸۴، صص ۱۵۴-۱۶۲؛ افتخاری، ۱۳۹۰، ص ۹۸؛ صابری، ۱۳۸۴، ص ۲۱۵)

گروهی چون این قاعده و معیار عقلی و شرعی را نشناخته‌اند، پنداشته‌اند که پیش داشتن مصلحت نظام بر پاره‌ای از احکام شرعی به هنگام تزامم، قربانی کردن شریعت به پای مصلحت و یا سکولاریزه کردن دین است. پیش داشتن حکم حکومتی بر احکام اولیه به هنگام تزامم، به معنای تعطیلی کلی و یا نسخ آن حکم شرعی نیست و یا به معنی جعل حکم در عرض شرع و یا بالاتر از آن نیست، بلکه دستور به اجرا در نیاروندن کوتاه مدت آن است. حکومت که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول الله (ص) است، یکی از احکام اولیه است و مقدم بر تمام احکام فرعیه حتی نماز و روزه و حج است. (رحمانی، ۱۳۸۵، ص ۹۷) این حق را، هم عقل و هم شرع به حاکم اسلامی داده است. پیامبر اسلام (ص) و علی (ع) بارها از این حق استفاده کرده‌اند. بنابراین، پیش داشتن حکم حکومتی بر حکم اولیه، در پاره‌ای از موارد نه تشریح است و نه فوق فقه و شریعت بلکه عمل کردن و نه قربانی کردن شرع به پای مصلحت، بلکه رعایت منطقی سنجش مصلحت‌ها است که در خود شریعت پیش بینی شده است. (مزینانی، ۱۳۸۷، ص ۹)

نقد ضابطه

قاعده‌ای که در تطبیق قانون اهم و مهم به صورت یکی از ضوابط تشخیص مصلحت باید مورد توجه قرار گیرد، این است که این قانون را باید هم برای اهداف و خواسته‌های کلی شارع، منتظر قرار داد و هم برای رعایت احکام شرعی و دستورات شارع. اما در مقایسه این دو سنخ با هم

یعنی اهداف و اصول کلی و احکام شرعی، ممکن است ابتدا به نظر آید که اهداف و مقاصد عامه شرع، همواره بر احکام شرعی مقدم است؛ ولی به نظر می‌رسد هدف و مقصد کلی بودن در مطلوب‌های شرعی فقط یک قرینه و معیار است که می‌تواند ترجیح آن را بر حکم شرعی در مقام تزامن با آن رقم زند؛ اما می‌توان تصور کرد که برخی از احکام معین شرعی چنان اهمیتی دارند که ممکن است برخی از اهداف را تحت‌الشعاع خود قرار دهند. (علیدوست، ۱۳۸۸، ص ۴۴۵؛ صرامی، ۱۳۸۳، ص ۹۸)

البته باید اذعان نمود یکی از بهترین و مهمترین ضوابط در بحث مصلحت ضابطه اهم و مهم است. زیرا به نظر می‌رسد اصولاً بحث مصلحت، دایرمدار حل تعارض و از قواعد حل تعارض است و یکی از مهمترین مباحث ناظر به حل تعارض قاعده اهم و مهم است. به گونه‌ای که شاید بتوان کل نظریه مصلحت را یکی از شعب قاعده اهم و مهم و ترجیح اهم برای حفظ نظام دانست. اما این مسأله از انتقادات به این ضابطه نمی‌کاهد:

بی شک کبرای مسأله قابل قبول است و البته قبول آن نه به دلیل معرفت‌زا بودن آن بلکه به خاطر حمل اولی و توتولوژیک بودن آن است، آن گاه که می‌گوئیم اهم بر مهم ارجح است. اهم چیزی جز ارجح بودن نیست، اهم مقدم بر مهم است از آن روی که اهم است. به عبارتی اهم چیزی جز ارجح نیست و این جمله مانند آن است که گفته شود اهم اهم است یا ارجح ارجح است. لذا اصل قاعده، حمل اولی است و هر حمل اولی بالضروره صحیح اما غیر معرفت‌زا است. مشکل از آنجا آغاز می‌شود که در مقایسه امور، اهم‌ها را تشخیص دهیم، دیدیم که در یک تقسیم بندی کلی فقهای عظام اموری را که علم فقه به آن ناظر است به حفظ دین، جان، ناموس و مال تقسیم نموده‌اند و کمابیش از این تقسیم بندی نوعی ترتیب و اهم و مهم بودن را نیز مدنظر داشته‌اند. (پارساپور، ۱۳۸۹، ص ۱۴۲؛ مهموری، ۱۳۸۰، ص ۱۰۴) اما عدم حصر عقلی این امور و موارد استثنای فراوانی که به آن وارد شده این ترتیب و اهمیت را از کلیت و در

نتیجه ضابطه دقیق بودن ساقط نموده است. به عنوان مثال مطرح شدن مصداق‌هایی همچون حفظ نظام اسلامی، تلقی سنتی از «دین» را در مفهوم بالا مورد خدشه قرار داده است یا استثنای مهم تقیه به گونه‌ای که حفظ جان را در بسیاری از موارد مقدم بر حفظ دین به معنای اعمال عبادی و احکام جزئی دانسته است، مفهوم دین را با ابهام مواجه نموده است. (شریعتمدار جزایری، ۱۳۹۰، ص ۱۴۰) کما این که فقها آن جا که یکی از احکام مهم و اصیل اسلام در معرض خطر است، تقیه را جائز نمی‌دانند. (شریعتمدار جزایری، ۱۳۹۰، ص ۱۴۳) و برای تفکیک احکام اهم و مهم اسلام به زحمت افتاده‌اند و عملاً دچار «دور» شده‌اند و حتی برای جمع این روایات با روایاتی که تقیه را در احکام نه چندان مهم (مانند بلند گفتن بسم الله و کشیدن مسح بر کفش و...) حرام می‌دانند به زحمت و تلاش افتاده‌اند، لذا به نظر می‌رسد اولاً خود این مصالح و امور حصری نیستند و ممکن است به آن‌ها افزود و ثانیاً موارد استثنای فراوانی در تقدم و تأخر هر یک بر دیگری وارد شده است (مانند ابهام در موارد مهم دینی در حفظ جان، تقیه، ابهام در تقدم جان یا ناموس، حفظ جان معصوم و مقدم بودن آن بر احکام دینی، حفظ نظام و مقدم بودن آن بر احکام اولی اسلام مانند نماز و حج و یا عدم این تقدم، ابهام در تفکیک احکام مهم دین و احکام غیر مهم آن مخصوصاً با توجه به احادیث متعارض این سخن و...)

تشخیص مصداق اهم و مهم معمولاً وابسته به شرایط بیرونی و مؤلفه‌های دخیل در موضوع هستند که احصاء و مرتب‌سازی آن تقریباً غیرممکن است، تعدد این مؤلفه‌ها و کثرت آن‌ها و متغیر بودن عوامل دخیل در تصمیم‌گیری و تشخیص اهم، معمولاً بسیار فراوان و روابط این مؤلفه‌ها پیچیده است. فلذا، به نظر می‌رسد، نمی‌توان ضابطه‌ای دقیق برای تشخیص اهم ارائه نمود. چه رسد، به آن‌که، این شاخص را مؤلفه و ضابطه کلیدی مصلحت قرار دهیم.

ضابطه یازدهم: رعایت خبرویت و کارشناسی

دوازدهمین ضابطه ادعا شده در تشخیص مصالح، رعایت خبرویت و کارشناسی است. در حقیقت، پیکره اصلی تشخیص مصلحت از همین ضابطه ناشی می‌شود. مصلحت به معنای خیر، صلاح و سعادت است. در جنبه‌های گوناگون حیات بشری برای این که خیر انسان تشخیص داده شود، باید حداکثر توانایی علمی و تخصصی به کار رود. این تشخیص اگر به خیر و صلاح جامعه مربوط باشد، به‌طور طبیعی باید در قالب تشخیص نخبگان و بهترین متخصصان هر زمینه‌ای از زمینه‌های گوناگون اجتماعی، سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و... باشد. طبیعی است که هر دستگاه مدیریتی در هر جامعه‌ای برای تشخیص مصالح خود دانش و خبرویت جامعه خود را به کار می‌بندد. باید با نهایت برخورداری و استفاده از دانش‌های تخصصی بشر، تا آن‌جا که پیشرفت دانش اجازه می‌دهد، به درک مصالح نائل آمد. در یک نتیجه‌گیری می‌توان گفت: مصلحت جامعه از روی دانش‌های بشری به سمت و سوی اهداف از پیش تعیین شده اسلامی نائل می‌شود و با توجه به احکام شرعی و طیّ قانون اهمّ و مهم صیقل می‌خورد و در جایگاه مهم‌ترین عنصر احکام حکومتی که ابزار اداره جامعه است، در جهت تحقق و عمل‌قرار می‌گیرد. (صرامی، ۱۳۸۳، صص ۹۳-۹۸)

در سیره رهبر کبیر انقلاب و در آثار ایشان در بحث مرجعیت تشخیص مصالح به نمونه‌ای از کتاب البیع می‌توان اشاره کرد که در آن از ضرورت سپردن کارها به کارشناسان و متخصصان فنّ سخن گفته شده است. (خمینی، ۱۴۱۰ق، ص ۴۹۸) در جای دیگر، آن بزرگوار، به مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام سفارش می‌کند که از کارشناسان و متخصصان متعهد و زبردست بهره ببرند. (خمینی، ۱۳۶۵، ج ۱۹، ص ۶ و ج ۲۱، ص ۶۱) و از طرفی اصاله الاحتیاط که اصل شناخته شده در اصول عملیه هست در اصل عقلایی مصلحت‌اندیشی ورود پیدا کرده و به این مورد مار الذکر می‌پردازد.

البته در اینجا، به دو نکته ای که اصل احتیاط متذکر شده و ارتباط با این مورد دارد باید توجه شود:

الف. دقت و کارشناسی در شناخت واقعیات و تشخیص مصلحت‌ها در این کار به اطلاعات و آگاهی‌های برگرفته از ریزنی با کارشناسان اجتماعی و سیاسی، نیاز دارد. ب. باید توجه داشت که احتیاط‌های استصلاحی، مادام المصلحه و موقت و موردی هستند و هیچ گاه، قانونی فراگیر نمی شوند. (حسینی، ۱۳۸۲، ص ۵۶)

نقد ضابطه

ماحصل بحث این که، رجوع به متخصص و استفاده از دانش روز بشری، نهایتاً به عنوان یکی از منابع، برای مصلحت سنجی حاکم به شمار می آید، به گونه‌ای که در مسیر استفاده صحیح و برداشت صواب از عرف و بنای عقلا به عنوان یک ابزار، می‌تواند حقایق موجود در جامعه را شناسایی کند و راه را برای استناد صحیح به عرف هموار سازد و به همین جهت، این که برخی از محققان ادعا کرده‌اند حاکم اسلامی در تشخیص مصالح اجتماعی، باید بر عقل جمعی اتکا داشته باشد و از آرای عمومی متخصصان استفاده کند، اجمالاً نظریه‌ای قابل قبول است، منتها در این راستا باید به نکاتی توجه شود:

همواره دین و حاکمیت دینی بر حسن و قبح عرفی و عرف، اگر در مقام تعارض و تهافت با ادله شرعی نباشد، اعتماد نموده و از دیدگاه‌های موجود در آن استفاده می‌کند. پذیرش این معنا، به معنای عرفی شدن فقه نیست و ارتباطی با آن ندارد. در این باره مطالب زیر را می‌توان مطرح کرد، زیرا چنانکه از مباحث پیشین فهمیده شد، حاکم اسلامی، در تمام وقایع، با توجه به چارچوب اصول قطعی اسلام و عناوین اولی و ثانوی احکام شریعت، به مصلحت سنجی پرداخته و در شناخت موضوعات، از عرف و بنای عقلا یاری می‌طلبد. از این رو، نباید میان مصلحت سنجی ولی فقیه و عرف‌گرایی (عرف‌زدگی) خلط شود و هر دو در یک

راستا و به یک مفهوم تلقی کردند، زیرا سنجش مصالح اجتماعی از سوی حاکم اسلامی، مرتبه‌ای بالاتر از عرف و تحسین و تقبیح عرفی است و حاکم تنها در برخی موارد، از عرف و کارشناسی آن در موارد تخصصی، استفاده ابزاری می‌کند تا بدین وسیله موضوعات را به خوبی بشناسد و از افتادن به اشتباهات در امان بماند. (ایزدپور، ۱۳۸۶، ص ۶۳) و علاوه بر این که استفاده از خبره ابزار است، تبعیت از وی در همه موارد بر حاکم واجب نیست، نهایت امر این مورد را به عنوان یک وسیله در تشخیص مصلحت می‌توان شمرد.

اما از سوئی، ارجاع امر مصلحت به کارشناسان، عملاً رفع ید از دادن ضابطه برای مصلحت و واگذاری امر به متخصصان مختلف علوم و دانش‌های بشری است. ضمن آن که ملاکی نیز برای فقیه برای رد و طرد این نظریات ارائه نداده‌ایم بر این امر اختلاف کارشناسی را نیز باید افزود. می‌دانیم که تقریباً در هیچ موضوعی کارشناسان یک فن اجماع قطعی ندارند و معمولاً بر سر تمامی مسائل اختلاف نظر از اختلافات جدی و شدید تا مخالفت‌های سطحی وجود دارد. مثلاً در مورد ارتباط با آمریکا گروهی از کارشناسان سیاسی مذاکره را مصلحت‌کشور می‌دانند و گروهی به شدت مخالف‌اند، سؤال آن است که در مقام اختلاف که اتفاقاً مقام رایجی است چه باید کرد؟

هر چند نظارت عالی فقیه تا حدودی مانع علم‌زدگی و عرفی‌سازی است. اما، با توجه به ماهیت غالب علوم مدرن بر روزگار ما و با توجه به شیوع غرب‌زدگی و رواج علوم پوزیتیویستی غربی به خصوص در بدنه کارشناسی کشور، احاله امر مصلحت به کارشناسان هر چند ممکن است نظراً، قابل کنترل باشد. اما، عملاً موجب سکولاریسم و علم‌زدگی خواهد شد. این توصیه شاید در آن جا که علم بومی و دینی تولید شده باشد مورد توجه و قبول باشد. ولی، در شرایط فعلی و در طول زمان و مرور ایام به ناچار به غلبه نگاه علم زده و پوزیتیویستی منجر خواهد شد و مقبول نخواهد بود.

معمولاً کارشناسان دید بخشی و جزئی دارند در حالی که مصلحت متعلق امر کلی و جامع است، اهم و مهم در دید کلان و فرابخشی معنا دارد و نظر خبرگان و کارشناسان نمی‌تواند ملاک مصلحت کلی باشد. لذا، هر چند ولی جامعه از نظرات کارشناسان باید مطلع باشد، اما، ضابطه تشخیص مصلحت و اهم و مهم چیز دیگری است. ضمن آنکه تأکید می‌شود، ارجاع ضابطه مصلحت به کارشناسی اصولاً ضابطه نیست و احاله به امر دیگری است که هیچ ضابطه‌ای ندارد.

ضابطه دوازدهم: اجتماعی بودن حکم

مصلحت اندیشی‌های حاکم اسلامی، اجتماعی است، از این روی، حکم حکومتی حاکم، در همین قلمرو ارزش دارد و در حوزه مسائل عبادی، مصلحت اندیشی راه ندارد، مگر این که یک حکم عبادی در تزاحم، با حکمی مهم تر قرار گیرد. (مزینانی، ۱۳۸۷، ص ۵؛ صابری، ۱۳۸۴، ص ۳۳؛ افتخاری، ۱۳۹۰، صص ۵۴-۱۱۲) فقیهان شیعه، از جمله امام خمینی ره، در امور تعبدی، برای کشف ملاک‌ها سهمی قائل نیستند: «ضرورة عدم طریق للعقول الی فهم مناطات الاحکام التعبدیة والآ فای فارق عند العقول بین الّدم و غیره و بین مقدار الدرهم و اقلّ منه و بین دم القروح و الجروح و غیره الی ذلک من التعبدیات، فالفقیه کلّ الفقیه من یقف علی التعبدیات و لایستبعد شیاً منها بعد مارأی روایة ابان فی الدیة» حتی عقل نیز به عنوان ابزار شناخت، راهی برای شناخت ملاک‌های احکام تعبدی ندارد و گرنه، چه فرقی بین خون و چیزهای دیگر و یا بین یک درهم و کم‌تر از آن و میان خون دمل و جراحت و دیگر خون‌ها از دید عقل وجود دارد. فقیه، کسی است که در امور تعبدی درنگ کند، به ویژه پس از آن که روایتی مانند روایت ابان را در دیه دیده است، هیچ حکم تعبدی را دور نشمارد.

بسیاری از عالمان اهل سنت نیز، برای تشخیص مصلحت در این محدوده اعتباری قائل

نیستند. (محمصانی، ۱۳۸۶، ص ۱۶۵)

نقد ضابطه

این سخن مقبول است که مصلحت در عرصهٔ اجتماعی ظهور دارد، اما: این مانع تحقق اصل مصلحت و ضابطهٔ آن در امور فردی نمی‌شود چه مانعی دارد که مصلحت فردی و جمعی باشد و ملاک، شامل هر دو نوع مصلحت، کما اینکه ما در زندگی فردی خود نیز با موارد فراوان تعارض و اهم و مهم مواجه می‌شویم و مجبور به اخذ تصمیم و مصلحت‌سنجی هستیم. انحصار بحث به تصمیم ولی جامعه، در مورد امور اجتماعی انحصاری ناصواب است و ضابطه تا جایی که می‌تواند باید شامل و جامع باشد.

تفکیک زندگی جمعی و فردی از ثمرات نگاه مدرن است و در نگاه دینی این تفکیک وجود ندارد. کما اینکه نقل قول‌های ارائه شده نیز تفکیک عبادات و غیرعبادات را مدنظر داشت نه اجتماعی یا فردی بودن حکم را، کما این که به نظر می‌رسد عبادات نیز مؤلفه خوبی برای تفکیک نیست زیرا عبادات نیز فردی و جمعی دارد لذا اصل تفکیک نیز مبهم است.

اگر منظور از این ضابطه آن است که هرگاه مصالح جمعی مسلمین با مصلحت یک فرد تعارض کند، مصلحت عامه مقدم است، این ضابطه جدیدی نیست و در ضوابط گذشته از آن سخن گفتیم، اگر منظور آن است که فقیه نمی‌تواند در حوزهٔ شخصی افراد تعیین تکلیف نماید این ابتدای بحث است، مخصوصاً اگر احوال شخصیه فردی (مانند نکاح و طلاق) با مصالح عمومی مرتبط باشد. حتی، در نظام‌های سکولار قانون در این امور دخالت می‌کند (نکاح با اتباع بیگانه، ازدواج کنسول‌ها و...) و فرقی بین امور شخصی و عمومی در این خصوص وجود ندارد. اگر منظور آن است که برای ورود فقیه به عرصهٔ خصوصی افراد حتماً مؤلفهٔ اجتماعی و ربط و سنخیت با مصالح عامه باید وجود داشته باشد، این ابتدای بحث است و باید حدود ولایت را در نظریهٔ ولایت فقیه جستجو نمود نه در ضوابط مصلحت.

ضابطه سیزدهم: ارزش علمی تشخیص در هر کدام از موارد فوق، و در نتیجه‌گیری نهایی

یعنی مصلحت‌اندیشان باید در وقت تشخیص هر کدام از موارد، و در نتیجه‌گیری و جمع‌بندی نهایی تعیین کنند که رأی و نظرشان موهوم است یا مشکوک یا مظنون یا مقطوع؟ با توجه به مجموع اینها است که می‌شود صورت واقع قضیه را به درستی فهمید، و بعد در کنار ادله تفصیلی و دیگر اصول مذکور در اصول فقه و قواعد فقهی، و عمومات کتاب و سنت، حکم جلب مصلحتی یا دفع مفسده‌ای را استنباط کرد. با توجه به آن که نمی‌توان از فرد فرد ضوابط بالا، مصلحت را تشخیص داد. لذا، فقیه با استفاده از «مجموع ضوابط» ارائه شده باید مصلحت را تشخیص دهد. یعنی ما برای تشخیص مصلحت نمی‌توانیم یک ملاک و ضابطه روشن ارائه دهیم و باید با توجه به مجموع ضوابط، مصلحت را تشخیص دهیم. ضوابط، برخی نفی و ردی و برخی، ایجابی هستند (مانند عدم مخالفت با قوانین شرعی، لزوم جلب منافع عمومی، اهم بودن و...) فقیه با مدنظر قرار دادن مجموع این ضوابط، می‌تواند مصلحت را تشخیص دهد. (فرساد، ۱۳۸۸، ص ۶؛ افتخاری، ۱۳۹۰، ص ۹۵؛ بوطی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۳ و صص ۱۵۷-۱۶۰)

نقد ضابطه

این ضابطه، هر چند ضابطه نیست اما راهبردی مقبول است. معمولاً هر گاه در تشخیص امری فرایندهای ساده پاسخ گو نباشد، ناچار باید به سوی فرایندهای پیچیده‌تر رفت، لذا دخیل نمودن و لحاظ مجموع ضوابط می‌تواند فقیه را در تشخیص مصلحت یاری رساند، اما نکاتی نیز به نظر می‌رسد:

هر گاه ضعف یک یک ضوابط روشن شد، دلیلی ندارد که جمع جبری این ضوابط از ضعف آن بکاهد، هر چند در نظر داشتن مجموع ضوابط، سختی درست است اما، نباید بیش از حد به آن اعتماد نمود. جمع ضوابط، لزوماً، پاسخ صحیحی را در نتیجه به ما نخواهد داد.

آن گونه که روشن بود در بین خود ضوابط ارائه شده اهم و مهم وجود داشت برخی ضوابط کاربردی‌تر و مهم‌تر بودند، به نظر می‌رسد صرف ارجاع به مجموع ضوابط کارگشا نیست و باید نظامی برای رجوع به ضوابط تهیه نمود.

ضوابط، استقرائی است و ممکن است با اضافه یا کاسته شدن از این ضوابط نظام ارائه شده مخدوش گردد. لذا، باز، جستجو از یک ضابطه یا یک نظام عقلی و غیراستقرائی مطلوب است.

فصل سوم- درآمدی بر ضابطه تشخیص مصلحت

نویسندگان مقاله تا جائی که ممکن بود، نظریات حوزه ضابطه و ملاک‌های تشخیص مصلحت را احصاء نموده و هر یک را نقد نمودند و حال نوبت به ارائه درآمدی بر ضابطه‌ای در این مورد و اتخاذ تصمیم و رأی است، به این منظور، باید مقدمات و پیش فرض‌هایی را تصریح نمود، تا بحث روشن‌تر گردد.

اصل بحث مصلحت و ضرورت انطباقات دین و دوران و قرار گرفتن دین در شرایطی که مجبور است خود را دائماً از گزند مهاجمان دور بدارد مربوط به اعصار و ایامی است که دین در مرحله تمدن‌سازی و قدرت واقع نشده بلکه ایام ابلیسی و طاغوتی حاکم بوده و دین منفعل است. لذا شاید، اصل این مباحث با این گستردگی و احساس نیاز به مسأله مصلحت تا این میزان از شدت و گستردگی محصول تلاقی دین با دنیای مدرن در صد ساله اخیر بوده است. لذا، فقهای عظام سابق در این مسأله کمتر وارد شده‌اند زیرا محل نزاع و نیاز نبوده است و دین در عرصه‌های مختلف اجتماعی فعال و تعیین کننده بوده و لذا مکانیسم انطباق دین بر تحولات دوران امری بی‌معنا بلکه نزدیک به انکار دین بوده است، اگر قرار است چیزی بر چیزی منطبق شود زمانه و اجتماع و مردم و دوران است که باید منطبق بر دین باشد نه برعکس. اما اکنون دین‌داری در موضع ضعف است و نظام کفر جهانی بر دینداری و دینداران سیطره تمدنی و فرهنگی دارد لذا است که این مسأله رخ داده است. توجه به این نکته که، سؤال از مصلحت

اصولاً (با این گستردگی حکمی و موضوعی) ریشه در برخورد با تجدد دارد راهگشا است و ما را به این سخن رهنمون می‌کند که پرداختن به مصلحت از روی مصلحت است و امر موقت و در دوران شکوفایی و ظهور، مسأله‌ای به این نام وجود نخواهد داشت.

بحث مصلحت عموماً در عالم اهل سنت رشد کرده و با توجه به مقتضیات تاریخی - حکومتی اهل سنت و ضرورتی که در انطباق موازین شرعی با حکومت داری و بعدها نظام متجدد که زودتر از ما با آن آشنا شدند مباحثی چون مصالح مرسله، استصلاح، قیاس و... در آن سنت فقهی مورد توجه قرار گرفت. لذا، این مسأله برای فقه شیعه نیز تا حدودی تازه و مسأله‌ای مستحدثه است و تا به حال با این عمق و گستره مطرح نبوده است.

موضوع مصلحت چیست؟ به عبارتی در این مقاله و ارائه ملاک ما کدام معنا از مصلحت را اراده می‌کنیم. مصلحت، از معانی عام و دارای مصادیق فراوان تا معانی مضیقی را شامل می‌شود، مخصوصاً اهل سنت گاه معانی بسیار گسترده‌ای را برای مصلحت در نظر می‌گیرند که شامل حفظ مصالح خمس (دین، دم، مال، جان، ناموس) می‌شود و تمامی احکام شارع را در واقع ذیل یکی از این مصالح می‌دانند، مصلحت در این معنا علل الشرایع و غایت الشریعه است و معنایی عام دارد. اما هنگامی که ما از مصلحت سخن می‌گوئیم منظورمان امری مضیق‌تر است. به نظر می‌رسد مصلحت اصولاً در مقام تعارض و اضطراب معنا دارد و برای حل یک معضل و ترجیح برخی احکام بر برخی دیگر یا اخذ تصمیمی برای ترک پاره‌ای از احکام مورد پیدا می‌کند. توضیح آن که این نوع مصلحت با یک شبکه مفهومی و نظریه پردازی خاص در تماس و تلائم است. هر نظریه فقهی و هر فقهی برای خود کل نظام اجتماعی را طبقه‌بندی می‌نماید و اهم و مهم و نظام اولویت‌ها را مشخص می‌کند و به امور اجتماعی، فردی و... ضریب اهمیت می‌دهد و مصداق آن را مشخص می‌کند. به نظر می‌رسد رفع ید از احکام ناظر به مراتب پایین‌تر به نفع مراتب بالاتر و با هدف حفظ مراتب بالاتر، دائرمدار مصلحت است. به عنوان نمونه در نظام

فکری حضرت امام نظام جمهوری اسلامی (به عنوان مصداق دین) مهمترین جایگاه و اولویت را دارد و پس از آن حفظ سایر احکام دینی، حفظ عزت و استقلال، حفظ جان و سرانجام حفظ مال قرار می‌گیرد. در مواقع عادی که این مؤلفه‌ها و تحقق عینی هر کدام از این امور با هم تنافی و تنافری ندارند، بحث مصلحت موردی ندارد (حکم مصلحت موضوع ندارد) موضوع مصلحت از آن جا رخ می‌نماید که این مراتب اهمیت با یکدیگر در تعارض قرار گیرد و ما نتوانیم دو طرف مسأله را تأمین کنیم. در اینجا ناچار باید دست به انتخاب بزنیم. این انتخاب موضوع مصلحت است.

دلیل عدم امکان تأمین دو طرف تعارض در مسأله گذشته، یا خارجی است یا داخلی. و در هر دو حال یا سخت است یا نرم. یعنی دلیل آن که ما نمی‌توانیم به عنوان مثال هم نظام را حفظ کنیم هم اموال را یا تهدید سخت خارجی است (جنگ) یا تهدید نرم خارجی است (جنگ رسانه‌ای و ماهواره‌ای) یا تهدید سخت داخلی است (شورش و فتنه) یا تهدید نرم داخلی است (نارضایتی عمومی و ایجادزمینه فروپاشی داخلی) به عنوان مثال اگر برای نظام اسلامی تهدید سخت خارجی پیش آید و نظام در معرض نابودی قرار گیرد، در نظام فکری امام تمام موارد مادون آن، اعم از احکام شرعی، اموال و نفوس و... باید برای حفظ آن فدا شود. اما، اگر ما با مشکل مالی مواجه شویم (مثلاً تحریم) فدا کردن احکام شرعی یا نفوس مصلحت نیست و جوازی ندارد.

پس، تا اینجا گفته شد که موضوع مصلحت انتخاب بین اهم و مهم به دلائل بیرونی و داخلی سخت یا نرم است. حال سخن اصلی آن است که ما برای این انتخاب نباید به دنبال یک ملاک و ضابطه باشیم، بلکه باید یک «فرایند» را طراحی نماییم. به عبارتی پیشنهاد این مقاله طراحی یک فرایند و نظام برای تشخیص مصلحت است که شامل مراحل و دو راهی‌ها و طی

فرایندهایی است و به نظر می‌رسد می‌توان با طی این فرایند، از حصول به مصلحت اطمینان عرفی حاصل نمود. این فرایند شامل مراحل زیر است:

سلسله بندی و تعیین اهم و مهم در امور منظور فقه براساس یک نظریه فقهی یا قانون اساسی: توضیح آن که، خود نظریه مصلحت از تعیین محدوده اموری که فقه ناظر به آن است و سلسله بندی و درجه بندی این امور عاجز است و این دو رکن باید در یک نظریه دیگر مطرح و سامان دهی شود. به عنوان مثال، از منظر حضرت امام با توجه به کلیه آثار ایشان، فقه ناظر به تمامی شئون اجتماعی و فردی مکلف (فقه حدأکثری) است و مراتب امور مهم نیز به ترتیب زیر است:



به این ترتیب، در مقام تعارض مراتب پایین را باید فدای مراتب بالاتر نمود. روشن است که ممکن است فقهی احکام و فروعات فقهی را در اولویت تام بداند و نظام اسلامی را نیز برای رعایت این احکام لازم بداند و در مقام تعارض، اولویت را به احکام بدهد. این اولویت بندی ناظر به نظریه فقهی فقیه است و باید در علم فقه روشن شود.

تشخیص تهدیدات، نوع آن، مدت و عمق تأثیر آن و اخذ تصمیم مناسب: در گام دوم عنصر دوم مصلحت یعنی «مانع» باید شناسایی شود. در این مرحله تعارض پیش آمده تحلیل می‌شود و روشن می‌شود دلیل عدم امکان جمع بین مراتب بالا چیست و این مانع تا چه حد جدی، مؤثر و طولانی مدت و عمیق است. به نظر می‌رسد، تشخیص این مرحله از فرایند به عهده کارشناسان حوزه‌های مختلف و ناظر به تحلیل وضعیت آن حوزه است و فقیه و ولی در مقام جمع بندی و تصمیم گیری است. به عنوان مثال: اگر کارشناسان نظامی، با توجه به رصد دائم دشمن، به این نتیجه رسیدند که جمهوری اسلامی در معرض یک جنگ زود هنگام، گسترده و طولانی است و برای ولی فقیه نیز این امر با توجه به شواهد معمول در علوم نظامی به یقین عرفی بدل شد و از سوئی یقین حاصل شد که با تعطیلی موقت یا دائمی یکی از احکام شرعی مانند حج، این خطر مرتفع می‌گردد. به نظر می‌رسد، «مصلحت» مقتضی تعطیل آن فرع فقهی است. یا اگر برای فقیه، یقین عرفی حاصل شد که یکی از فروع فقهی موجب نارضایتی مؤثر در مردم شده است و بیم آن می‌رود که این نارضایتی موجب بی نظمی و اختلال در نظام و تضعیف نظام اسلامی گردد (تهدید داخلی نرم) و این یقین از طریق علوم اجتماعی و پیمایش‌های متعارف حاصل شده باشد و قرائن علمی نیز بر مؤثر بودن واقعی این نارضایتی در تضعیف نظام و ایجاد آشوب دلالت داشته باشد. به نظر می‌رسد، فقیه می‌تواند حکم به تعطیلی موقت تا اطلاع ثانوی آن فرع فقهی بدهد (مانند تعطیلی حجاب یا خمس یا تفکیک جنسیتی) به هر حال، به نظر می‌رسد، در این گام ما باید به دنبال احصاء ضوابط و ملاک‌های تهدیدات و انواع و تأثیر آن

باشیم و ظاهراً این ملاک‌ها در علوم موضوع آن تهدید باید مورد واکاوی قرار گیرد. برای رهایی از عرفی شدن و سکولاریسم، باید، زنجیره این علوم، اسلامی باشد تا جای ممکن وصف و تجویز دینی نماید و بتواند عمق و نوع تهدید را خوب تبیین کند (مثلاً به محض تهدید دشمن به جنگ نهراسد و بتواند بلوف را از واقعیت تشخیص دهد) به این ترتیب ما نظام و مجموعه‌ای از ضوابط را در یک فرایند، خواهیم داشت.

تدبیر تغییر و رفع مانع: با شناسایی مانع و میزان آن باید تدابیری اخذ شود که مانع مرتفع گردد و موضوع مصلحت از بین رفته و منتفی شود. به عبارتی نباید در برابر موضوع مصلحت منفعل بود و باید سعی در تغییر آن و اجرای حد اکثری نظام اهم و مهم را نمود. به عنوان مثال در مورد حجاب، بر فرض تهدید بودن نرم و داخلی باید با انواع کارهای فرهنگی و انتظامی و اطلاعاتی نسبت و تلقی اجتماعی نسبت به حجاب را تغییر داد.

رصد و پالایش و اصلاح: پس از مشخص شدن نظام اهم و مهم و سپس تشخیص نوع مانع و میزان اهمیت آن و انتخاب اهم با توجه به نوع مانع، باید مانع اجتماع امور مدام رصد شود تا با تغییر میزان آن، تصمیم اتخاذی اصلاح شود. به عنوان مثال در مورد حجاب باید مدام رصد شود که تغییرات اجتماعی تا چه حد حجاب را پذیرفته و دیگر تهدید نرم داخلی محسوب نمی‌شود و با توجه به آن در شیب ملایم یا تصمیمی دفعی فرع فقهی حجاب مجدداً حاکم گردد.

به گونه‌ای خلاصه می‌توان فرایند پیشنهادی را این گونه ترسیم کرد:



به این ترتیب مجمع تشخیص مصلحت یا هر نهاد متولی مصلحت ابتدا، باید نظام اولویت و اهمیت خود را روشن سازد و در گام بعد، وجود مانع را با توجه به ملاک‌های موجود علمی واقعاً نشان دهد و سپس از احکام فرودستی رفع ید نماید، تا به دامن مصلحت‌سنجی‌های غیرضروری نیفتد. این مقاله گامی بود در راستای پیشنهاد فرایندی دقیق‌تر برای تشخیص مصلحت و حرکت از نگاه ضابطه‌محور به نگاه فرایند محور.

منابع

- قران کریم.
- نهج البلاغه.
- اصغری، سید محمد، فقه و عقلا نیت، فصلنامه پژوهشی اندیشه نوین دینی، شماره ۲، پائیز ۱۳۸۴.
- افتخاری، اصغر ؛عوض جعفر، هشام احمد، مصلحت شرعی و حاکمیت سیاسی در آمدی بر جایگاه و نقش مفهوم مصلحت در حکومت اسلامی، مجله حکومت اسلامی ، شماره ۹، پاییز ۱۳۷۷ .
- افتخاری، اصغر، مصلحت و سیاست: رویکردی اسلامی، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۸۴.
- افتخاری، اصغر، مصلحت(مجموعه مفاهیم بنیادین علوم انسانی اسلامی)، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۰.
- ایزدپور، محمدرضا، راهکارهای تشخیص مصلحت، فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۴۳، ۱۳۸۶.
- بوطی، محمدسعید رمضان، اصغر افتخاری، ضوابط المصلحة فی الشریعه الاسلامیه، گام نو، ۱۳۸۴.
- پارساپور، محمد، اضطرار در حقوق مسؤولیت مدنی، فصلنامه نامه مفید، شماره ۴۰، ۱۳۸۹.
- حسینی، سید ابو القاسم، مقصدهای شریعت، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
- حسینی، سید احمد احتیاط‌های روا و ناروا؛ ریشه ها و عوامل، دفتر دوم، مجله کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۳۶، تابستان ۱۳۸۲ .

- حسینی، علی، نظریه مصلحت از دیدگاه امام خمینی، قسمت اول، اندیشه صادق، شماره ۵، زمستان ۱۳۸۰.
- خمینی، روح‌الله، شئون و اختیارات ولی فقیه، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۹.
- خمینی، روح‌الله، کتاب البیع، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۰ق.
- خمینی، صحیفه نور (مجموعه رهنمودهای امام خمینی)، انتشارات مرکز مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۵.
- رحمانی، محمد، مصلحت در حکومت نبوی، مجله حکومت اسلامی، شماره ۴۲، زمستان ۱۳۸۵
- رهبر، مهدی، مقایسه جایگاه مصلحت در فقه امامیه و اهل سنت، مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق(ع)، شماره ۱۷، بهار ۱۳۸۲.
- سلیمی، موسی، مصلحت اندیشی و تکلیف محوری در اندیشه و سیره امام علی (ع)، مجله اندیشه صادق، شماره ۱، زمستان ۱۳۷۹.
- شرتونی، سعید، اقرب‌الموارد، قم، مکتبه آیه الله مرعشی، چ اول، ۱۴۰۳ق.
- شریعتمداری جزائری، سید نورالدین، تقیه، فصلنامه شیعه شناسی، شماره ۸، ۱۳۹۰.
- صابری، حسین، فقه و مصالح عرفی، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۴.
- صابری، حسین، گزارشی تحلیل از دلیل عقل در اصول فقه شیعه، مشکات، شماره ۱۳۸۹، ۵۹.
- صدر، محمد باقر، ترجمه: جمال موسوی، صورة عن اقتصاد المجتمع الاسلامی: تصویری از اقتصاد جامعه اسلامی انتشارات بنیاد بعثت، بی تا.
- صرامی، سیف‌الله، درآمدی بر جایگاه مصلحت در فقه، مجله قبسات، شماره ۳۲، تابستان ۱۳۸۳.
- صرامی، سیف‌الله، احکام حکومتی و مصلحت، مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۸۰.

- عالمیان، علی اکبر، از فقه جواهری تا فقه المصلحه، اندیشه قم نقد و بررسی مطبوعات، ۱۳۸۷.
- عزتی، ابوالفضل، بررسی تطبیقی نقش عقل در نظام حقوق غرب و اسلام، مجله پژوهه، شماره سوم، ۱۳۸۸.
- علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
- غزالی، ابو حامد محمد، المستصفی، بیروت، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- فتحی، یوسف، مناسبات مصلحت و تکلیف در اندیشه سیاسی امام خمینی، فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات انقلاب اسلامی، شماره ۱۳، تابستان ۱۳۸۷.
- فرساد، فاروق، ضوابط تشخیص مصلحت در شریعت، مجموعه مقالات، دفتر اول، نشر عابد، فروردین ۱۳۸۸.
- قمی، میرزا، قوانین الأصول، جلد دوم، چاپخانه حاج ابراهیم، ۱۳۰۳ق.
- محمصانی، صبحی، ترجمه: اسماعیل گلستانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، امیرکبیر، ۱۳۸۶.
- مرعشی، سید محمد حسن، مصلحت و پایه‌های فقهی آن، مجله حقوقی و قضائی دادگستری، شماره ۶ زمستان ۱۳۷۱.
- مزینانی، محمد صادق، مصلحت نظام از دیدگاه امام خمینی، مجلد دوم، باشگاه اندیشه جوان، مرداد ۱۳۸۷.
- مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول و معظم ابجاثها، نشر الهادی، چاپ ششم، ۱۴۱۶.
- مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، چاپ هفتم، انتشارات بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۹.
- معینی علمداری، جهانگیر، رابطه مصلحت عمومی و آزادی فردی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۴، تابستان ۱۳۷۸.

- معینی، جهانگیر، پارادوکس‌های نظریه مصلحت عمومی، مجله نامه فلسفه، شماره ۸، زمستان ۱۳۷۸.

- مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقهیه، انتشارات مدرسه الامام امیرالمومنین قم، در سال ۱۴۱۰ ق.
- منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه دفتر تبلیغات اسلامی قم، دارالفکر، ۱۴۱۱ ه. ق.

- منصورنژاد، محمد، بررسی تطبیقی مفهوم مصلحت از دیدگاه امام خمینی (ره) و اندیشمندان غرب، مجله حکومت اسلامی، شماره ۱۲، تابستان ۱۳۷۸.

- مهموری، محمد حسین، حفظ نظام، مجله حکومت اسلامی، شماره ۲۰، تابستان ۱۳۸۰،
- نیکزاد، عباس، جایگاه مصلحت در بستر قانونگذاری حکومت اسلامی، مجله کتاب زنان، شماره ۳۳ پاییز ۱۳۸۵.

- وکیل زاده، رحیم، بررسی رابطه مصلحت با چند اصطلاح، مجله علامه، شماره ۳، زمستان ۱۳۸۱.

- وکیل زاده، رحیم، مصلحت و جایگاه آن در حقوق اسلام، موسسه تحقیقات علوم اسلامی انسانی، ۱۳۸۱.

- هیأت تحریریه، فقه و مصلحت، مجله فقه و حقوق سال دوم، شماره ۶، پاییز ۱۳۸۴.

New approach to the criteria of the expediency from the criteria to process

A.Bigdeli, A.Farajpour

Abstract

Expediency and its criteria for the diagnosis of public interests after the islamic revolution was considered by many experts. There is a long history in iranian law, which led many interdisciplinary studies. Many criteria have been proposed for Expediency. In this paper, firstly, the authors address with historical introduction in the necessity of provide the criteria of expediency, the expression and criticism on the famous twelve criteria and have tried to review all these criteria. Then, by revision of the dispute and clarify the meaning of public interests and limitation it to cases of contention, have tried with a new look to Expediency to propose a process not regulation the criteria to experts believe that expediency are correct.

Keywords: *Expediency, Priority rule, criteria of expediency, Procedural expediency.*

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی