

فقه حکومتی فرامذهبی با واکاوی مصادیق فقهی و حقوقی استصلاح در پرتو مصلحت عمومی

خدیجه افشین^۱

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۳/۶، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۳۱)

چکیده

پیشرفت و توسعه جامعه انسانی سبب بروز نیازهای جدید به ویژه در عرصه موضوعات اجتماعی می‌گردد که ضرورت پاسخ‌گویی به آنها با حفظ مقاصد الشریعه در صورتی که مصلحت محرز گردد، مورد تأیید شرع است. پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی به دنبال پاسخ‌گویی به این پرسش اساسی است که: مصلحت عمومی چه جایگاهی در احکام استصلاحی دارد که منتج به فقه حکومتی فرامذهبی می‌شود؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد گسترش اجتماع انسانی بالتبع پرداختن به مسائل مستحدثه که مبتنی بر مصلحت عمومی هستند را می‌طلبد. در این راستا به‌کار بستن استصلاح ضابطه‌مند که تحت حاکمیت روح شریعت قرار دارد، شرعی و عقلی است و لذا این‌گونه کارکرد استصلاح از صغریات سنت و یا عقل به‌شمار می‌آید که احکامی اجتماعی دایرمدار مصالح عامه را صبغه فرامذهبی می‌بخشد و بنابراین گرچه استصلاح منبعی غیرمنصوص است، لکن سازوکاری است که کلیت شریعت بر آن حکومت داشته و بر همین اساس است که برخی فقهای امامیه در موضوعاتی نظیر بیمه، احتکار و مالکیت معنوی و قانونگذاران در مباحث منافع عمومی و مسائل مستحدثه حقوقی که جنبه حکومتی دارند به اتکای مصالح عامه، استصلاح را در قالب سنت و یا عقل به‌کار می‌بندند.

۱. دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، مدرس دانشگاه فرهنگیان /

کلیدواژه‌ها: استصلاح، فقه حکومتی، موضوعات اجتماعی و حکومتی، مصالح عامه، فرامذهبی، روح شریعت.

طرح مسئله

مصالح مرسله از منابع استنباط حکم شرعی اهل سنت است که با تعبیری نظیر استدلال (جوینی، ۱۴۱۸ق، ۱۶۲/۲)، استدلال مرسل (غزالی، ۱۴۱۹ق، ۳۱۵)، استصلاح (جوینی، ۱۴۱۸ق، ۵۸/۲؛ غزالی، ۱۴۱۳ق، ۲۸۴/۱۰؛ سیوطی، ۱۴۲۶ق، ۳۲۷/۲) و... در کتبشان دیده می‌شود. تمامی فرق اهل سنت قائل به پذیرش مصالح مرسله نیستند لکن برخی مذاهب به جای مصالح مرسله تعبیر پیش‌گفته بالا را به‌کار می‌گیرند که کارکردی مشابه دارد. به‌کارگیری مصالح مرسله از سوی موافقان در جهت پاسخ‌گویی به حکم موضوعات نوینی انجام گرفته که در منابع اصلی نصی برای آنها در دسترس نبود و لذا فقیه با رعایت قواعد شرع و تمسک به عقل و استنباط از کلیت منابع، سعی می‌کرد موضوع جدید را حل نماید. مشهور فقهای امامیه برای مصالح مرسله شأنی قائل نیستند، زیرا اولاً پذیرش آن، خلأیی در شریعت به‌شمار می‌آید؛ ثانیاً منابع فقه پاسخ‌گوی همه موضوعات است؛ ثالثاً مصالح مرسله ظنی‌الدلاله است و اعتبار ندارد (مظفر، ۱۳۷۰ش، ۲۹۱/۱؛ سبحانی، ۱۳۸۳ش، ۱۸۹). توسعه و پیشرفت اجتماع انسانی، ضرورت پرداختن به موضوعات نوین به‌ویژه در حوزه‌های اجتماعی و سیاسی را در پی دارد گرچه مشهور فقهای امامیه مصالح مرسله را رد کرده‌اند، لکن با توجه به تعاریف دقیق ارائه‌شده از سوی موافقان استصلاح و تعیین ضوابط برای آن، آراء فقیهان متأخر امامی که با جرح و تعدیل همراه است، قابل تأمل می‌باشد و به‌علاوه قانونگذار نیز در مباحث حقوق داخلی و بین‌الملل، استصلاح را به‌کار گرفته است و بنابراین مصالح مرسله حسب مقتضیات اجتماع با رعایت حدود شرعی بر مبنای استنباط فقیه از مصلحت روز، امکان ظهور می‌یابد. مصلحت به ویژه بعد عمومی آن، رکن مهم صدور فتوا و وضع قانون در موضوعات اجتماعی است که حکومت مسئول تأمین و محافظت از آن را بر عهده دارد. در باب استصلاح غالباً پژوهش‌های انجام‌گرفته این نهاد را از جهت اعتبار ارزیابی کرده‌اند. لکن پژوهشی که اهمیت مصلحت عمومی، وجوه اعتبار و ثمرات نهفته در بعد احکام فرامذهبی مبتنی بر آن را بررسی نماید، مشاهده نگردید. ساختار پژوهش متشکل از سه بخش است: بخش اول به ملزومات و مؤلفه‌های تشکیل فقه حکومتی می‌پردازد و در ذیل

آن عمومیت مصلحت تبیین می‌گردد. بخش دوم جایگاه مصلحت و کارکرد آن در فرامذهبی‌شدن حکومت بررسی می‌شود. بخش سوم وجاهت یا عدم وجاهت وضع قانون در منطقه‌الفراغ را تحلیل نموده تا ارتباط آن با استصلاح و مصلحت عمومی آشکار گردد و در بخش پایانی مصادیق فقهی و حقوقی آراء استصلاحی ذکر و تحلیل می‌شود تا وجه ممیزه فتاوی و دیدگاههای استصلاحی در هریک از آنها روشن گردد. پژوهش سعی دارد برای تحقق اهداف خویش و اثبات آنها به اندازه وُسع به این سؤالات پاسخ گوید:

۱- مصلحت به ویژه مصلحت عمومی چه جایگاهی در فتاوی و دیدگاههای فقهی و حقوقی دارد؟

۲- فقه حکومتی فرامذهبی چگونه محقق می‌شوند؟

مفهوم‌شناسی پژوهش

۱. مصلحت در لغت

جمع مصلحت، مصالح است و معنای صلاح و خیر می‌دهد. ابن‌منظور مراد از مصلحت را نیک عمل کردن می‌نویسد (ابن‌منظور، بی‌تا، ۵۱۷/۲). دهخدا معانی صلاح کار و نیک‌اندیشی را مناسب این کلمه دانسته و مصلحت‌اندیشی را رعایت اقتضای حال معنا می‌کند (دهخدا، ۱۳۷۳ش، ۱۸۵۶۶/۱۲).

۲. مصلحت در اصطلاح

مصلحت، جلب منفعت یا دفع ضرر است و در اصطلاح پاسداری از مقاصد و آرمانهای شرع می‌باشد (غزالی، ۱۴۱۳ق، ۱۷۹/۱-۱۷۸). آن چیزی که مقاصد دنیوی یا اخروی انسان و یا هر دو موافق با وی است که منتج به کسب منفعت یا دفع مضرت شود، مصلحت نام دارد (محقق حلی، بی‌تا، ۲۲۱). نجفی نیز در تعریف مصلحت نظر به فوائد دنیوی و اخروی دارد (نجفی، بی‌تا، ۳۴۴/۲۲). مقاصد و مصلحت‌سنجی‌های آفریدگان سبب جلب منفعت یا دفع ضرر می‌شود، اما مصلحت، محافظت بر مقصود شرع است که شامل حفظ دین، نسل، نفس، عقل و مال افراد می‌گردد پس هر آنچه این اصول را تضمین کند، مصلحت و هر آنچه آنها را تقویت نماید، مفسده است (حکیم، ۱۴۱۸ق، ۳۸۱). می‌توان گفت تعاریف فوق از مصلحت به صورت استقرائی بیشتر نظر به منفعت (دنیوی) دارند تا به مصلحت که تعبیری غیرمادی است و به عبارت دیگر منفعت و بُعد مادی با هم عجین هستند. این دیدگاه این‌گونه تقویت

می‌شود که مصلحت و مفسده غالباً از سنخ منفعت و ضرر نیستند، زیرا احکام شرعی تابع منافع و ضررها نبوده و تابع مصالح و مفساد در متعلقشان قرار دارند. معلوم است که مصلحت و مفسده مساوی ضرر و منفعت نیست چرا که بسیاری از واجبات نظیر خمس، حج و جهاد با ضررهای مالی یا بدنی همراه هستند و برخی محرمات، منفعت مالی یا بدنی دارند و لذا واجبات و محرمات از مصالح و مفساد (نفس الامری) تبعیت می‌کنند (خویی، بی تا، ۴/۴۰۵-۴۰۴) و بنابراین «مصلحت» و «منفعت» از حیث معنای اصطلاحی متباین هستند، زیرا مصلحت در امور غیرمادی و با دقت در شرایط حاکم به واسطه شِم ادراکی و فهم فرد معنا می‌یابد و لکن منفعت غالباً در امور محسوس و ملموس کاربرد دارد و از لحاظ مصداقی رابطه‌ای منوجه میان آن دو برقرار است.

۳. استصلاح

تحصیل مصلحت (جوهری، ۱۴۰۴ق، ۳۸۴/۱؛ ابن منظور، بی تا، ۳/۳۳۵)، خواست اصلح (قلعه‌جی، ۱۴۰۸ق، ۶۲) است و جایگاه آن در فقه حکومتی فریقین است. «العمل بمقتضی المصالح المرسله (و هی المصالح التي لا نص علی اعتبارها و لا علی منعها) إذا لم یصادم نصاً» (همان‌جا). صفار به نقل از دوالیبی می‌نویسد: استصلاح در حقیقت نوعی از حکم مستند به رأی مبتنی بر مصلحت در مسائلی که مسکوت شرعی هستند و دارای همانندهایی نیست تا بر آنها قیاس شود بلکه حکم در آنها بر قواعدی کلی استوار است که به روشنی می‌گوید هر مسئله‌ای که از چارچوب مصلحت بیرون باشد از شرع نیست، پس فقیه در دادن حکم در هر موردی که مصلحتی در آن ببیند، آزاد و مختار است (صفار، ۱۴۲۹ق، ۴۹۸). برخی ماهیت استصلاح را نزدیک به تعریف فوق آورده و با عنوان «اعمال مصالح مرسله» یاد می‌کنند، علی‌رغم اینکه عبارت مصالح مرسله نوعی پیش‌داوری منفی در مورد اعمال مصلحت را در ذهن تداعی می‌کند لکن تعریف دوالیبی را بیشتر ترسیم‌کننده حقیقت سازوکار استنباط فقهی است که البته پایه احکام سلطانیه در فقه حکومتی اهل سنت بوده و شیعه هم در رویکرد فقه حکومتی، گزیری جز آن نمی‌بیند. استصلاح در بینش مذاهب اهل سنت، کاملاً واضح نیست اما از فحوای تعاریف می‌توان تفاوتی میان مصلحت مرسله و استصلاح را به دست آورد که استصلاح جنبه سیاسی و در فقه حکومتی فریقین اهمیت دارد ناظر به بعد

اجرا و عمل می‌باشد لکن مصالح مرسله از رویکرد استنباطی برخوردار است و لذا رابطه منطقی میان مصالح مرسله با استصلاح را می‌توان عموم و خصوص مطلق در نظر گرفت.

۴. مصلحت عمومی

اقداماتی است که خواست انسان را به مشارکت مثبت و سازنده در تمدن ارتقا می‌دهد و در جهت خدمت و نفع او قرار دارند، زیرا منتج به خیر همه می‌گردند (راسخ، ۱۳۸۱ش، ۱۱۷). هم‌چنین تأمین حقوق، حفظ ارزشها و تحقق اهداف انسانی در موقعیتهای گوناگون، مصالح عمومی نامیده می‌شوند (حسن‌زاده، ۱۳۸۸ش، ۵۳). در ادبیات فقهی و سیاسی غرب، حمایت از خیر و صلاح مشترک و مصالح مجموع افراد جامعه که متضمن مساوات میان مردم، جانبداری نکردن از یک گروه خاص و عدم غفلت از حقوق سایر اعضای جامعه است، مصالح عمومی تلقی می‌گردد (کیالی، ۱۹۹۰م، ۳/۵۴۹). اعمال و اقداماتی که در رساندن عموم افراد جامعه به هدف غایی خلقت و تحقق مقاصد شارع مؤثر هستند (علیدوست، ۱۳۸۸ش، ۸۷).

۵. فقه حکومتی

فقه موجود در لابه‌لای کتاب القضاء، کتاب الجهاد، کتاب الحدود و... که فقیه متصدی کشف و استنباط آن از منابع معتبر است (اسلامی، ۱۳۸۷ش، ۲۵-۲۴). فقهی سیاسی و اجتماعی که محل پاسخ‌گویی حوادث واقعه نظیر مسایل مستحدثه‌ای نظیر مهندسی زاد و ولد، ژنتیک، فقه دیپلماسی و... که نیازمند به اجتهاد است (رشاد، ۱۳۸۱ش، ۵۸-۴۸) و یا وصف فراگیر و محیط بر تمامی بخشهای فقه (عبادی، اجتماعی، فردی و...) که معیارهای آن عبارتند از: حکومت، تأمین مصلحت عمومی افراد جامعه و تحقق عدالت اجتماعی، هماهنگی با تحولات جامعه انسانی (مهریزی، ۱۳۷۶ش، ۱۴۷-۱۴۶). تعریف کامل فقه حکومتی چنین است: وصف تمامی ابواب فقهی که ناظر به مقام اثبات و ثبوت است و هر دو موضوع فرد و جامعه را با رویکرد به‌کارگیری در حکومت و لحاظ شئون مختلف آن استنباط می‌کند، به‌طوری که هدفش سرپرستی و مدیریت نظام اسلامی و تحقق ارزشهای دینی و رشد انسانها و به کمال رساندن ایشان در همه شئون و دستیابی به نظام و جامعه نمونه اسلامی در مقابله با نظامهای مادی مستکبر از طریق وضع، اجرا و تفسیر (قضاوت) قانون و احکام اسلامی با ولایت فقهی جامع‌الشرایط در رأس حکومت است (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۵ش، ۴۳) و لذا فقه

حکومتی، روش استنباطی احکام فقهی در موضوعات اعم از فردی و اجتماعی جهت رعایت و تأمین مصلحت عمومی است.

۶. سیاست شرعی

منقول از ابن عقیل در تعریف این اصطلاح، چیزی است که مردم و جامعه را به صلاح نزدیک و از فساد دور نماید هرچند که بر سنت متکی نبوده و یا وحی در موردش نازل نشده باشد (ابن قیم جوزیه، ۱۳۱۷ق، ۱۳).

مؤلفه‌ها و ملزومات تشکیل فقه حکومتی

۱. حکومت زمینه‌ساز و بستر فقه حکومتی

نیاز طبیعی و عامل پایداری زندگی انسان، حکومت است (شاکری، ۱۳۸۴ش، ۱۷)، زیرا ضرورت تأسیس جامعه سیاسی به لحاظ مدنی‌الطبع بودن انسان، احتیاج وی به تمدن و نظم اجتماعی، قانون و... است (نراقی، ۱۳۸۵ش، ۴۴) و لذا می‌بایست مردم برای خویش حکومت تشکیل و حاکمی را تعیین کنند که مصلحت همگانی را بخواهد (طوسی، ۱۴۰۹ق، ۵۲۲/۶-۵۲۱). تشکیل حکومت مطابق فرمایش امام حسن علیه السلام مسئولیت الهی (قمی، ۱۴۱۴ق، ۱۹۸/۲) و از حقوق نوعیه و اجتماعی است (نائینی، ۲۰۱۴م، ۱۲-۱۰ و ۱۶ و ۱۸). زحیلی تشکیل حکومت اسلامی را فریضه می‌شمارد، زیرا اسلام نظام دینی و مدنی کاملی است که با وجود مسلمانان ملازمت دارد (زحیلی، بی‌تا، ۶۳۱۴/۸). در همین راستا ابن تیمیه نیز ولایت امر (حکومت) را از بزرگترین واجبات دینی می‌داند که بر مصلحت و رفع نیاز بنی آدم مبتنی است. وی به فرمایش پیامبر صلی الله علیه و آله در تعیین رییس در جمع سه نفره استناد می‌کند (ابن تیمیه، ۱۴۱۸ق، ۱۲۹). تشکیل حکومت، موضوعی فراگیر است که به ملتهای مسلمان منحصر نمی‌شود، زیرا مصلحت بنی آدم و مدنی بودن نظام انسانی اقتضای این امر را دارد. ماکسیم رودنسون در مقایسه اسلام و مسیحیت یکی از امتیازات اسلام را علاوه بر جهان‌شمولی، تأسیس حکومت دینی می‌داند، زیرا اجرایی کردن تمام و کمال زندگی تنها در سایه تشکیل حکومت دینی میسر است که برای ما غربیان در انقلاب اسلامی نمود یافت (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ۵۵۵-۵۵۴). دین اسلام، وجود حکومت در میان مسلمین را امضاء قطعی نموده است (طباطبایی، ۱۳۸۸ش، ۱/۱۶۱)، زیرا صبغه اجتماعی دین و اقامه آن برعهده عموم مردم (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ۱۹۲/۴-۱۹۱) و حقی دینی و اجتماعی است

(طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ۲۶۴/۹؛ خمینی، بی تا، ۴۶۴/۲) و لذا تشکیل حکومت منتج به اجرایی شدن تعالیم و تجلی دین می گردد. امام خمینی بقاء احکام الهی را وابسته به حکومت و ولایت می شمارد (خمینی، بی تا، ۶۳۳/۲) چون اسلام چیزی جز حکومت نیست و احکام شرعی یکی از شئون حکومت (همان، ۴۷۲/۵) و حکومت اسلامی تابع قانون الهی است (همان، ۴۶۰/۲). ماهیت و ابعاد متعدد احکام و قوانین شرع و اجرای حدود الهی، ضرورت و لزوم برپایی حکومت اسلامی را تشکیل می دهند (مفید، ۱۴۱۰ق، ۸۱۰) و به علاوه پیاده سازی کامل فقه در تمامی ابعاد زندگی بشر فلسفه عملی حکومت است، زیرا حکومت، جنبه عملی فقه را در معضلات اجتماعی و سیاسی، فرهنگی و نظامی نشان می دهد و لذا فقه تئوری واقعی اداره انسان از گهواره تا گور است که می خواهیم آن را در عمل فرد و جامعه اجرا و برای پیش آمدها جواب داشته باشیم. در همین راستا وجود نظام اجتماعی و حکومتی که حافظ حقوق همه افراد باشد و مصالح همگانی آنها را تحت لوای حکومت رعایت نماید، ضروری است، چنان که در همه زمانها و حتی در جنگها نیز حکومت و دولت وجود داشته است (منتظری، ۱۳۷۰ش، ۴/۱). شایان توجه اینکه مقصود از «ولایت» در حدیث دعائم الاسلام^۲ «حکومت» است، زیرا حکومت همراه با سیاست عادلانه مجری مسائل شرعی و منتج به اقامه نماز، روزه و... می شود (خمینی، ۱۳۸۹ش، ۲۰/۱۱۵-۱۱۳). شاگرد امام معتقد است نماز، روزه و... از احکام عملی هستند و ولایتی که هم ردیف با آنهاست باید اجرایی و عملی (حکومت) باشد، زیرا تحت لوای حکومت، سایر فرایض اقامه می شوند (منتظری، ۱۳۷۰ش، ۱۸۸-۱۸۹). دیدگاه امام نیز که حکومت را از احکام اولیه اسلام و مقدم بر همه احکام فرعی (نماز، روزه و...) مؤید این مسئله است. برخی نیز ضرورت حکومت را موضوعی عقلی می دانند که عقل بشری به خوبی آن را درک می کند، زیرا بقاء نظم و استمرار معیشت مردم بر وجود سلطه سیاسی متوقف است (نائینی، ۲۰۱۴م، ۸۳).

۲. حاکم مقنن و مجری احکام فقه حکومتی

هرگاه مجموعه ای شکل گیرد، تعیین حاکم یا رییس ضرورتی غیر قابل انکار است. در همین راستا خداوند می فرماید: «قُلْ لَوْ كَانَ فِي الْأَرْضِ مَلَائِكَةٌ يُمَشُّونَ مُطْمَئِنِّينَ لَنَزَّلْنَا عَلَيْهِم مِّن

۲. بنی الاسلام علی خمس: علی الصلاه و الزکاه و الصوم و الحج و لم یناد بشيء کما نودی بالولایه

(کلینی، ۱۳۶۵ش، ۱۸/۲).

السَّمَاءِ مَلَكًا رَسُولًا: بگو: اگر در زمین [به جای بشر] فرشتگانی بودند که با آرامی راه می رفتند، یقیناً فرشته‌ای را از آسمان برای آنان به پیامبری نازل می‌کردیم [زیرا هدایتگر هر گروهی باید از جنس خودشان باشد]» (اسراء، ۹۵). طباطبایی در تفسیر آیه تعیین حاکم را از ویژگی‌های زندگی مادی می‌داند (طباطبایی، ۱۳۹۰، ق، ۲۰۵/۱۳). تعبیر مستفاد از ناظر فی امور المسلمین (مفید، ۱۴۱۰، ق، ۶۷۳ و ۶۷۵ و ۶۶۹). سلطان‌الزمان (همان، ۵۳۷ و ۸۰۹). سلطان الاسلام^۳ (همان، ۸۱۰-۷۹۷). در بیان مفید، حاکم حکومت است که عباراتی هم‌چون امرها الی سلطان‌الزمان (همان، ۸۱۰) به پاسخ‌گویی مسائل و رسیدگی به موضوعات پیش‌آمده عصر خویش می‌پردازد. حاکم اسلامی با واسطه منصوب الهی است که اختیاراتی جهت انجام امور تحت حاکمیت خویش دارد با بررسی موضوعات مطرح در حوزه اختیار والی از منظر فقها به ویژه مفید به دست می‌آید که در مسئله‌ای به ظاهر غیرجمعی هم‌چون وصیت و موضوع عمومی هم‌چون اقامه و اجرای حدود، والی حکومت بسط ید دارد که در هر موضوعی (و لو شخصی) که صبغه عمومی و یا مرتبط با مصلحت همگانی است، ورود یابد. بنابراین تشکیل حکومت و تعیین رییس از ملزومات مبنایی در شکل‌گیری فقه حکومتی هستند.

۳. ولایت قوه مسلط بر ابواب فقه حکومتی

احکام شرعی منطبق با فطرت هستند که ولایت از ضروریات و واضحات آنهاست (طباطبایی، ۱۳۸۸، ش، ۱/۱۶۰)، زیرا ولایت، مسئله‌ای بدیهی است (طباطبایی، ۱۳۹۰، ق، ۱۹۶/۴) که به استناد «وَمَا مُحَمَّدٌ إِلَّا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ أَفَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ انْقَلَبْتُمْ عَلَىٰ أَعْقَابِكُمْ وَمَنْ يَنْقَلِبْ عَلَىٰ عَقْبَيْهِ فَلَنْ يَضُرَّ اللَّهَ شَيْئًا وَسَيَجْزِي اللَّهُ الشَّاكِرِينَ: و محمد جز فرستاده‌ای از سوی خدا که پیش از او هم فرستادگانی [آمده و] گذشته‌اند، نیست یقیناً خدا سپاسگزاران را پاداش می‌دهد» (آل عمران، ۱۴۴) والی به حسب مقتضیات زمانی و مکانی، احکام یا فرامینی صادر و یا مجری قوانین ثابتة در دین است (طباطبایی، ۱۳۸۸، ش، ۱/۱۶۳). به‌علاوه آیاتی از قبیل «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ: پیامبر، نسبت به مؤمنان از خودشان اولی و سزاوارتر است» (احزاب، ۶)، «إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا: من تو را برای

۳. کسی که از جانب ائمه علیهم‌السلام یا امراء و حاکمان نصب شده است، سلطان اسلام یا حاکم اسلام نامیده می‌شود (مفید، ۱۴۱۰، ق، ۸۱۰).

همه مردم پیشوا و امام قرار دادم» (بقره، ۱۲۴)، «لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ: يقيناً برای شما در [روش و رفتار] پیامبر خدا الگویی نیکویی است» (احزاب، ۲۱) و آیات مشابه دیگر، سنگ بنای حکومت عامه رسول الله ﷺ بر جامعه اسلامی اصل ولایت است که متقن و به دور از هرگونه ابهام مطرح شده اما شأن مقام ولایت به جانشینان ذی صلاح که همان ائمه معصومین ﷺ هستند با نزول آیاتی هم چون «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ؛ ای اهل ایمان! از خدا اطاعت کنید و [نیز] از پیامبر و صاحبان امر خودتان [که امامان از اهل بیت اند و چون پیامبر دارای مقام عصمت می باشند] اطاعت کنید» (نساء، ۵۹) تسری داده شد، زیرا ولایت و حکومت از حقوق و شئون قطعی امام معصوم ﷺ، غیر پیامبر ﷺ نیز هست و لذا در هر عصری لازم است حاکمی جهت اداره امور تحت حاکمیت خویش حضور داشته باشد، چنانکه امام زمان ﷺ در عصر غیبت صغری از طریق نواب اربعه به مسائل رسیدگی و امت اسلام را در مسیر حق رهبری می‌کرد و در حال حاضر حکومت و مقام ولایت به فقهای جامع‌الشرایط به گونه‌ای نامعین و عمومی سپرده شده است (منتظری، ۱۳۶۷ ش، ۱۲/۱-۱۰). امام نیز اعتقاد به ولایت را از جهت تعیین خلیفه برای حکومت امری عقلی می‌داند که تشریح یا اجرای قوانین را در سایه حکومت عهده‌دار است و بدین ترتیب ایشان «ولی امر» را متصدی قوه مجریه می‌شمارد (خمینی، ۱۳۷۴ ش، ۲۱-۲۰). ولایت برای فقیه موضوعی جعلی اعتباری است، یعنی حاکم دارای اختیارات امامان معصوم ﷺ در همه مسائل مرتبط با حکومت و امت است لذا متناسب با حکومت و مقصود از «ولایت حاکم» همانا «ولایت سیاسی» می‌باشد (خمینی، بی‌تا، ۴۹۷/۲). کاملترین و بهترین بیان در اثبات مسئله ولایت و وجوب اطاعت از والی آیه «وَكُلُّوا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ؛ و اگر خدا [تجاوز و ستم] برخی از مردم را به وسیله برخی دیگر دفع نمی‌کرد» (بقره، ۲۵۱) است (طباطبایی، ۱۳۹۰ ق، ۳/۲۳۱). ولایت مبتنی بر فطرت و مهمترین حکم فطری است که ملغی و استثنا نمی‌گردد و در همه جوامع و اعصار وجود داشته و دارد (طباطبایی، ۱۳۸۸ ش، ۱/۱۵۶). هم‌چنین ثبوت ولایت فقها و نواب عام جهت حفظ نظام اسلامی و تدبیر امور مسلمین در عصر غیبت از قطعیات مذهب است (منتظری، ۱۳۶۷ ش، ۱۸۷). زمان حضور، خود رسول الله ﷺ مسئول رسیدگی و فیصله‌دادن امور جامعه بودند و در بعد از حیات ایشان نیز لازم است شخصی متصدی مسائل باشد (طباطبایی، ۱۳۹۰ ق، ۶/۷۰). حیات جامعه اسلامی به حضور ولایت پابرجا می‌ماند، زیرا که ولایت

عامل زنده ماندن اجتماع است (طباطبایی، ۱۳۸۸ش، ۱/۱۷۴) و لذا دین اسلام با چنین گستردگی معارف و با وصف جهانی و جاودانگی لازم است والی داشته باشد که امور مجتمع اسلامی را تدبیر و اداره نماید (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ۶/۷۰). دین، فطری و دربردارنده قوانین ثابت است و لذا مقام ولایت حق نسخ یا ورود به احکام ثابت الهی را ندارد، زیرا این قسم احکام به پشتوانه آیاتی از قبیل «اتَّبِعُوا مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ: آنچه را از سوی پروردگارتان به جانب شما نازل شده پیروی کنید» (اعراف، ۳)، «وَلَا يَحْرُمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ: و آنچه را خدا و پیامبرش حرام کرده اند، حرام نمی شمارند» (توبه، ۲۹) و... از واجبات و ضروریات هستند که همه افراد خواه ولی امر مسلمین خواه عموم مسلمانان در برابر این احکام یکسان اند (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ۲/۱۳۹). انسان در مسیر زندگی خویش با موضوعات نوپدید می مواجه می شود و از آنجایی که شارع واضع موضوعات نیست و در آنها دخالتی ندارد، حکمت الهی اقتضاء می کند که به واسطه اصل ولایت که به منابه بازویی محکم برای پیشبرد و پیشرفت جامعه انسانی است، عمل نماید (طباطبایی، ۱۳۸۸ش، ۴/۱۹۰). بدین جهت حاکم اسلامی (به اتکاء ولایت) بر حسب ضرورتها و اقتضات زندگی مسلمانان و به جهت تسهیل و تیسیر امور از جمله مسائل اقتصادی، معابر، حمل و نقل عمومی و... در محدوده حکومت خویش تصرف نموده و قوانینی وضع نماید (طباطبایی، ۱۳۸۷ش، ۱۱۴). بنابراین جهت اداره و پاسخ گویی به نیازمندیها و مسائل پیش روی جامعه انسانی و اسلامی لازم است قوه ای وجود داشته باشد تا حاکم به اتکا آن مجوز تدبیر و تصرف در مسائل زندگی تحت حاکمیت خویش را جهت تشخیص مصالح جمعی از طریق به روزرسانی فقه داشته باشد.

عموم مجموعی یا استغراقی مصلحت در فقه حکومتی فرامذهبی

باتوجه به طرح مصلحت عمومی و لزوم رعایت آن در احکام و قوانین حکومتی که با محوریت موضوعات اجتماعی صادر می شوند، جهت تبیین و اثبات عمومیت مجموعی یا استغراقی مصلحت در فقه حکومتی لازم است مطالبی از قبیل: ۱- اصالت فرد ۲- اصالت جامعه ۳- اصالت فرد و جامعه مطرح تا وجه اشتراک مصلحت با یکی از اقسام عام واضح گردد.

۱. اصالت فرد و ارتباط آن با نوع عمومیت مصلحت

دیدگاه دکارت فردگرا این بود که جامعه چیزی جز جمع افراد و ارتباطات نیست و لذا جامعه به خودی خود واقعییتی ندارد (مصباح یزدی، ۱۳۹۱ ش، ۴۰). مصباح یزدی از طرفداران فردگرایی است که تعلق انسان به یک گروه یا کشور یا جامعه یا دین یا مذهب و... را موجب تعدد نمی‌داند و با نقد جامعه‌گرایی و با رد استدلال‌ات فلسفی و عقلی، شواهد علمی و تجربی و ادله نقلی قائل به فردگرایی می‌شود (همان، ۱۲۵-۹۵) و لذا جامعه بر اساس فردگرایی، موضوعی اعتباری است، زیرا در حقیقت جامعه متشکل از افراد و روابط میان آنهاست.

۲. اصالت جامعه و ارتباط آن با نوع عمومیت مصلحت

جامعه‌گرایان وجود انسان را قبل از ورود به جامعه بالقوه می‌دانند که تنها در اجتماع شخصیت و هویت می‌یابد (دوورژه، ۱۳۶۶ ش، ۱۸). آنان شکل‌گیری افکار و احساسات انسان را متأثر از شرایط اجتماعی به‌شمار می‌آورند که اراده فرد توان مقاومت در برابر جامعه را ندارد (سوزنچی، ۱۳۸۵ ش، ۴۴). دورکیم جامعه را به‌مثابه دستگاهی متشکل از ترکیب ویژگی‌های افراد محسوب می‌کند (دورکیم، ۱۳۵۵ ش، ۱۳۰).

۳. اصالت فرد و جامعه و ارتباط آنها با نوع عمومیت مصلحت

برخی اندیشمندان قائل به اعتبار فرد و جامعه باهم هستند و مصداق این مسئله را به مباحث فلاسفه در باب وحدت در عین کثرت و بالعکس ارجاع می‌دهند (صدر، ۱۳۷۹ ق، ۷۲؛ مطهری، ۱۳۶۱ ش، ۴۱؛ طباطبایی، ۱۳۹۰ ق، ۹۶/۴؛ خمینی، ۱۳۸۹ ش، ۲۳۰/۴) و آیاتی از قبیل «فَإِذَا جَاءَ أَجْلُهُمْ لَأَ يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَ لَأَ يَسْتَقْدِمُونَ: برای هر امتی زمانی [معین و اجلی محدود] است، هنگامی که اجلشان سرآید، نه ساعتی پس می‌مانند و نه ساعتی پیش می‌افتند» (اعراف، ۳۴) و «و لِكُلِّ أُمَّةٍ أَجْلٌ إِذَا جَاءَ أَجْلُهُمْ فَلَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَ لَأَ يَسْتَقْدِمُونَ: برای هر امتی سرآمدی معین و اجلی محدود است، هنگامی که اجلشان سرآید، نه لحظه‌ای پس می‌مانند و نه پیش می‌افتند» (یونس، ۴۹) را به عنوان مؤیدی بر اصالت جامعه آورده‌اند؛ چنان‌که از اضافه اجل به امت وجود مجموعی فهمیده می‌شود و نه شخص منفرد که بر وجود اجتماعی افراد دلالت دارد (صدر، بی‌تا، ۴). حقیقی یا اعتباری دانستن جامعه، مسئله‌ای اعتقادی نیست تا ظواهر الفاظ در چند آیه و روایت بر حقیقی بودن آن دلالت کند، بلکه لازم است از طریق براهین عقلی اثبات شود. بنابراین در مبانی هستی‌شناختی وحدت مساوق با

وجود است، زیرا وحدت و وجود اموری تشکیکی و دارای مرتبه‌اند که امامت و ولایت، عامل تحقق عینی جامعه و منتج به پیوند آحاد آن می‌گردد و لذا تصور وجود عینی جامعه خلاف دلیل عقلی نخواهد بود (جوادی آملی، ۱۳۸۷ ش، ۳۲۳). به نظر می‌رسد میان اصالت فرد با عموم مجموعی یا استغراقی مصلحت مناسبتی برقرار نباشد و قیاسی مع الفارق است به عبارت دیگر چنین موازنه‌ای سالبه به انتفاء موضوع است زیرا فرد، تناسبی با عمومیت ندارد در همین راستا صدر اکتفا به فرد متدین و وظایفش را وجه ناقص و محدود شریعت محسوب نمود (صدر، ۱۴۰۳ ق، ۶۲-۶۱) و اما پذیرش جامعه به عنوان واقعیتی اصیل و عینی را می‌توان با عموم استغراقی مرتبط دانست گرچه اصل بر عمومیت استغراقی است لکن لحاظ و رعایت مصلحت از سوی والیان اسلامی بر تک‌تک افراد جامعه امری میسر و ممکن نیست، لذا چنین می‌نماید که تطبیق عمومیت مصلحت بر عام استغراقی منطقی و مقبول نباشد، حتی در مورد «مکلف» در فقه سنتی نمی‌توان تنها به یک حکم یا فتوا اکتفا نمود، زیرا هم‌چنان که میان مکلفان در انجام تکلیف و چگونگی آن وحدتی تصور نمی‌شود بلکه فراهم نمودن مصلحت نیز مصداقی از این مسئله است و بنابراین مراعات مصلحت تک‌تک افراد حکومت اسلامی میسر نیست و از آنجایی که رویکرد به فقه، حکومتی است لازمه آن نگرشی کل‌نگر می‌باشد که با عام استغراقی سازگاری ندارد.

بنابر واقعیت داشتن جامعه به عنوان اصل، عمومیت مصلحت در بُعد مجموعی صادق می‌نماید، زیرا حاکم اسلامی، مصلحت جمعی افراد تحت حاکمیت خویش را می‌خواهد و برای مصلحت فردی جایگاهی در حکومت تصور نمی‌شود و در نتیجه با توجه به اصالت جامعه، مصلحت در قالب عام مجموعی ظهور و بروز می‌یابد و به علاوه سنخ مصلحت در فقه حکومتی متناسب با مجموعه افراد به صورت هماهنگ و منسجم است که منتج به مصلحتی کلان می‌گردد، زیرا قلمرو فقه حکومتی وسیع است و این رویکرد فقهی مانند روح در تمامی مسائل فقهی که صبغه‌ای حکومتی بیابند، نفوذ و رسوخ پیدا می‌کند و لذا عدم توجه به بُعد حکومتی فقه در موضوعات اجتماعی محال به نظر می‌رسد؛ چنان‌که گفته‌اند: قید «عمومی» در «مصالح عمومی» قیدی وصفی است که معنای توسعه مفهوم مصالح به عامه یا اکثریت مردم به صورت بالقوه یا بالفعل را می‌رساند (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ ش، ۵۶۴؛ مصباح یزدی، ۱۳۹۱ ش، ۴۸). هنگامی که مصلحت اکثریت جامعه با اقلیتی از افراد و جناحها و... در تعارض قرار می‌گیرد اهمیت و اولویت با مصلحت عموم یا اکثریت افراد است (فتاحی

زفرقندی، ۱۳۹۵ش، ۵)، زیرا اساس اقامه اسلام و وجه کامل شریعت، اجتماع می‌باشد (صدر، ۱۴۰۳ق، ۶۲-۶۱).

جایگاه و کارکرد مصلحت در فرامذهبی شدن حکومت

اصولیان شیعه و سنی مشروعیت استنباطات اجتهادی در اشکال مختلف -از قبیل اعتبار ظنون خاص یا عام براساس دلیل انسداد، استحسان، مصالح مرسله، سد ذرایع، ماهیت و هویت فقه اسلامی- را بر اصل مصلحت استوار می‌دانند (خمینی، بی‌تا، ۶۰/۲؛ آخوند خراسانی، بی‌تا، ۶۸؛ جرجانی، ۱۳۲۵ش، ۲۳۲/۸؛ قرافی، بی‌تا، ۱۷/۳؛ ریسونی، ۱۴۲۰ق، ۳۱-۳۴؛ قرضاوی، ۱۴۱۸ق، ۷۵-۷۲). اسلام تنها دینی است که پایه‌های آن بر اجتماع بنا شده و در همه شئون به آن توجه دارد (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ۹۴/۴). مبنای تشکیل حکومت اسلامی در زمان غیبت برای دیگران منوط به مصلحت است. نجفی داوری شخص فاقد را از باب مصلحت‌اندیشی امام جایز می‌داند (نجفی، بی‌تا، ۶۸/۴۰) و نیز وظایف متولی وقف بنا بر وجه احتیاط و رعایت مصلحت غیرمعین می‌گردد. مؤسس حوزه علمیه نجف به استناد مصلحت به امام اجازه دادن جزیه (مال) به مشرکان می‌دهد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۱۶۲/۲). مصلحت مورد نظر شرع، مصلحت جمعی است و نه مصلحت فردی یا شخصی یا فرقه‌ای و... در همین راستا افلاطون و ارسطو نیز بر تأمین مصلحت عمومی به عنوان هدف اصلی اجتماع تأکید داشتند (حقیقت، ۱۳۹۴ش، ۹۰). پرداختن و اهمیت دادن حاکم به مصلحت عمومی در آراء و فتاوی‌های فقهای متقدم نیز وجود دارد (حسینی عاملی، بی‌تا، ۶۵۱/۱۷؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ۲۵/۹). هم‌چنین امام خمینی حکومت مطلوب را حکومتی می‌داند که مطابق مصلحت عمومی باشد. مصلحت همگانی مهم‌ترین موضوع در تعالیم اسلامی است، زیرا تمام احکام اجتماعی مبتنی بر صلاح افراد می‌باشد. امام در امور سیاسی و اجتماعی دو نکته را مهم می‌دانست: ۱- واقعیتهای عینی جامعه؛ ۲- مصلحت روز و شرایط زمان و معتقد بود کسی که بر مسلمین و جامعه بشری حکومت دارد همیشه باید جهات عمومی و منافع عامه را در نظر گیرد (خمینی، ۱۳۷۴ش، ۸۵) و بنابراین در انجام امور سیاسی و اجتماعی (حکومت‌داری و کشورداری) آنچه اولویت و اهمیت دارد، یافتن مصلحت عمومی فارغ از هر ملاک دیگر است، حتی تشریح حدود الهی از منظر امام منشعب از مصلحت جامعه است و به‌علاوه عملکرد کارگزاران دولت اسلامی نباید در تعارض با مصالح اسلام،

کشور و یا ملت باشد (خمینی، ۱۳۸۹ش، ۴۶۷/۱۸)، لذا مصلحت اجتماعی مؤلفه شناور در موضوعات مرتبط با امور عامه است و بر همین اساس شیخ فضل‌الله نوری امور عامه را امور اجتماعی و سیاسی مرتبط با همه افراد در همه سطوح جامعه می‌داند که تأمین‌کننده مصالح عمومی صرف‌نظر از مذهب، ملیت و قومیت آنهاست (ترکمان، ۱۳۶۲ش، ۲۷/۱). می‌توان گفت مصلحت مسئله‌ای شناور در موضوعات غیرعبادی است که حاکم اسلام با درنظرگرفتن مصلحت جمعی به تقنین یا اجرای احکام اجتماعی-سیاسی می‌پردازد و به عبارت دیگر این نوع مصلحت مبنای تصمیم‌گیری و اتخاذ رأی والی می‌باشد، اما نکته حائز اهمیت این است که مصلحت در عبادیات نفس‌الامری، پیشینی و در اختیار شارع است و لکن در غیرعبادیات وابسته به مقتضیات زمان، پسینی و به حاکم اسلامی تفویض گردیده است. مؤید این مطلب دیدگاه طباطبایی است که احکام یا قوانین برحسب اجتماع وضع شده‌اند، لذا اعتبار آنها وابسته به بقاء و زوال مصلحت موجد است (طباطبایی، ۱۳۸۸ش، ۱۶۵/۱). جامعه انسانی اقتضای صدور حکم یا وضع قوانینی را دارد که می‌بایست قبل از آن معیارهایی مدنظر قرار گیرد که اهم آنها صلاح حال مسلمین (مصلحت عام) و هماهنگی با نیازهای وقت می‌باشد (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ۱۹۶/۴). همین‌طور طباطبایی در امور سه‌گانه حکومتی، مدیریت داخلی و خارجی، رعایت مصلحت جمعی را لازم می‌داند (یزدانی مقدم، ۱۳۸۷ش، ۱۵). محل قرارگیری مصلحت، موضوعاتی است که حاکم اسلامی باید آنها را به لحاظ مصلحت مسلمین یا مصلحت حوزه حکومتی خویش رعایت نماید (خمینی، بی‌تا، ۴۶۱/۲). بنابراین از دیدگاه امام رعایت مصلحت، همگانی است، زیرا متعلق مصلحت یا مسلمانان و یا تحت حاکمیت اسلام‌اند؛ لکن اولویت با مصلحت مسلمانان و دوم با مردم تحت حاکمیت والی است، به طوری که دین، مذهب و... در اتخاذ رأی والی مبتنی بر مصلحت عمومی مؤثر نمی‌افتد. بر همین اساس امام با دیدی فرامذهبی به رعایت مصلحت جمعی شهروندان پرداختند.

فلسفه تأکید بر نقش مصلحت در ساختن حکومتی فرامذهبی از چند جهت مهم و دستاوردهایی در حیطه‌های مختلف دارد:

- اول: رعایت مصلحت عمومی معیاری برای مقبولیت و مطلوبیت حکومت قلمداد می‌شود؛
- دوم: عدالت به ویژه در بعد اجتماعی ثمره مهم اعمال مصلحت عمومی در سطح جامعه انسانی و حکومت است؛

سوم: آموزه‌های مذهبی و شرعی، منبع اصلی ارتزاق فرهنگ در جامعه اسلامی هستند که مبتنی بر تشخیص مصالح و مفاسدند و از آنجایی که بخش عمده‌ای از مصالح تعیین شده در شرع، ناظر و معطوف به مصالح جمعی است و لذا وجود جامعه مذهبی از مصالح شرع به‌شمار می‌آید (سلیمانی، ۱۳۸۹ش، ۱۰۵). مصلحت با حریت (آزادی) و مساوات مرتبط است که به ارتباط آنها پرداخته می‌شود.

۱. ارتباط مصلحت با حریت

اصولاً آزادی امری فرادینی است که تا حدودی مورد تأیید دین نیز هست. شریعت اسلام آزادی در انتخاب دین را با آیه «لا اکراه فی الدین» بیان می‌کند و امام علی علیه السلام آزادی عقیده را حقی از حقوق مردم می‌شمارد که قابلیت تجزیه، محدودیت و... را ندارد. گروهی که تحت یک حاکمیت زندگی می‌کنند از هر مسلک، دین، مذهب و... که باشند باز هم باهم برادرند، مسلمان برادر مسیحی و... (جرداق، ۱۳۷۹ش، ۳۹۹). حاکم اسلامی نیز در اجرا یا وضع قانون به مصلحت همگانی فارغ از دین، مذهب، فرقه و... توجه می‌نماید و به مصلحت جمعی اولویت می‌دهد. در همین راستا روسو بر آزادی اجتماعی یا مدنی تأکید دارد که از قرارداد اجتماعی نشأت می‌گیرد. این آزادی به‌وسیله قانون و اراده عمومی محدود می‌شود و به فرد اجازه انجام یا ترک هر فعلی را نمی‌دهد (روسو، ۱۳۴۱ش، ۵۴). به عقیده وی آزادی از عوامل سعادت بشر است؛ به‌طوری که اگر آزادی نباشد یعنی افراد به قیود و علایق خصوصی پای‌بست باشند از نیروی دولت کاسته می‌شود (همان، ۹۶). از دیدگاه نوری حریت یعنی آزادی از تمام قیود و حدود دینی که منجر به انتشار عقاید ملاحده، زنادقه و... شود، اما مقصود نائینی از حریت یعنی رهاشدن از قید استبداد پادشاه است تا مردم تحت لوای آزادی، منافع و مصالحشان بدون منافات با شرع تأمین گردد و منتج به تقویت مسلمین و آبادی مملکت اسلامی شود (هاشمی، ۱۳۹۳ش، ۱۷۱-۱۶۷). روسو آزادی مذهبی را می‌پذیرد به‌گونه‌ای که حکومت حق تفحص در خصوص چندوچون مذهب اشخاص را ندارد و نیز حکومت تنها در جایی حق ورود به مسئله مذهبی را دارد که نسبتی با جامعه برقرار کند و بنابراین قرارداد اجتماعی هیئت حاکمه را تا حدی محق می‌داند که از نفع عمومی عدول نکند (روسو، ۱۳۴۱ش، ۲۰۳)؛ هم‌چنان‌که مبنای پایبندی حکومت به تعهد یا عدم آن، مصالح اسلام و کشور است (خمینی، ۱۳۸۹ش، ۴۵۲/۲۰). الغای قرارداد اجتماعی نیز حق هیئت

حاکمه و منوط به مصلحت است (روسو، ۱۳۴۱ش، ۵۲) و لذا مسئولیت حکومت اسلامی و در رأس آن والی اسلام، تأمین مصلحت عمومی مردم تحت حاکمیت خویش است، به علاوه حکومت برای دستیابی به مصلحت همگانی به عنوان مسئولیتی مدنی، لازم است رویکردی سکولار را در پیش گیرد و دستورات مذهبی را تا جایی اهمیت دهد که با اخلاق و وظایف دیگران مرتبط می‌شود و بنابراین خارج از این محدوده آزادی عقیده‌ای وجود دارد و خوب-بودن شهروندان در این دنیا به هیئت حاکمه مربوط می‌شود (همان، ۹۸).

۲. ارتباط مصلحت با مساوات

نوری اظهارنظر در امور و مصالح عامه را مخصوص امام علیه السلام یا نواب عام می‌داند که بر دو پایه استوار است: مساوات یعنی عدم تفاوت میان ممیز و غیرممیز، عالم و جاهل و... دولتها از منظر نائینی دو قسم هستند: پایه قسم اول بر مالکیت مطلقه و فاعلیت مایشاء و حاکمیت مایرید است و اساس قسم دوم، ولایت بر اقامه مصالح نوعیه استوار می‌گردد. ایشان دولت اسلامی را از نوع دوم می‌شمارد، زیرا حقیقت سلطنت اسلامییه باب امانت است (نائینی، ۲۰۱۴م، ۸۶) و از حیث امانت‌بودن حکومت از منظر امام علی علیه السلام به توجه ایشان به مصلحت عمومی حکایت دارد. گستردگی موضوعات اجتماعی مشتمل بر اقتصاد، سیاست، حقوق، تدبیر جامعه و... اهمیت مصلحت جمعی را واضح، تأیید و تأکید می‌کند (خمینی، ۱۳۷۴ش، ۱۱).

انسان در انجام یا ترک افعال خویش علاوه بر در نظر گرفتن سایر عوامل به مصلحت نگاه ویژه‌ای دارد، زیرا مصلحت از سنخ منفعت و از جنس مادیات نیست که عمدتاً سود مادی عاید فرد نماید و لذا دقت نظر جهت درک مصلحت اهمیت دارد. هر اندازه قلمرو موضوع جهت تعیین مصلحت گسترده‌تر باشد، تشخیص، تعیین تعداد اشخاص و اجرای مفاد حکم مصلحتی از حساسیت برخوردار می‌شود و باتوجه به وسعت سرزمین، کثرت افراد تحت حاکمیت، تعدد و تنوع ادیان و مذاهب در حکومت اسلامی و... می‌طلبد تصمیماتی از سوی متولیان اتخاذ تا مصلحت عمومی را تأمین نماید و لذا در عرصه موضوعات اجتماعی و دستیابی به مصلحت عامه مسائلی از قبیل دین، مذهب، فرقه، گرایش و... محل نظر و اعتناء حکومت قرار نمی‌گیرند، زیرا لازمه تحقق فقه حکومتی فرامذهبی، تدارک مصلحت همگانی از راه حریت و مساوات است تا بتوان اولاً از تمام ظرفیت فقه و سازوکارهای فقهی فارغ

از مذهب خاص در اداره امور حکومتی بهره جست و ثانیاً دفاع عملی از مصلحت جمعی در گستره حکومت ظهور می‌یابد و با پذیرش دین مدنی ثمراتی از قبیل آزادی معنوی و استحکام اجتماعی که آمیخته‌ای از مذهب و حکومت هستند، شکل می‌گیرد. به‌علاوه مردم می‌توانند هریک از ادیان را بپذیرند و در صلح زندگی کنند، زیرا هیئت حاکمه جامعه را نیازمند شهروندانی متعهد به مذهب می‌داند ولیکن حکومت حق ندارد افرادی را که مدعی‌اند راه رستگاری تنها از مذهب و دین‌شان میسر میشود را از کشور اخراج کند. راه‌حل تعدد ادیان، اعتقادات و مذاهب در حکومت اتکا به مذهب مدنی است که جامعه را از تشتت مذاهب، ادیان و... مصون و همه افراد را گرد هم می‌آورد و منتج به حفظ انسجام ملی و حفظ فردیت آحاد جامعه می‌گردد. نکته مهم اینکه هیئت سیاسی در مورد مذهب هیچ دخالتی نمی‌تواند داشته باشد، زیرا قوانینی که وضع می‌کند کاملاً عمومی هستند (روسو، ۱۳۴۱ش، ۲۰۷-۱۹۶). حکومت اسلامی لزوماً در پی تقنین و اجرای احکام و قوانین منحصراً تک‌مذهبی نمی‌تواند باشد، زیرا اولاً حکومت به هریک از افراد و انسانهای تحت حاکمیت خویش به عنوان یک شهروند می‌نگرد و ثانیاً حکومت به دنبال فراهم‌آوردن مصلحت همگانی برای عموم مردم است و قائل به گونه‌ای دولت مصلحتی بر مدار مصلحت عموم جامعه حرکت می‌کند و نه آحاد اعضای جامعه. می‌توان گفت آزادی در عقیده، دین، مذهب و... مساوات در برابر قوانین اجتماعی و رعایت مصلحت همگانی از محسنات حکومت اسلامی هستند و لذا حریت، مساوات و مصلحت سه ضلع مثلث جهت آماده‌سازی حکومت فرامذهبی هستند و بنابراین مصلحت‌اندیشی در حوزه حکومت به‌ویژه حکومت اسلامی موضوعی وابسته به اعتقاد، فرقه، دین، مذهب و یا سایر مسائل نیست، زیرا مصلحت مبتنی بر عقل است که منتج به استنباط فقهی-حکومتی در سطح کلان و ملی می‌گردد و لذا فرمایش مقام معظم رهبری در شعار سال «اتحاد ملی و انسجام اسلامی» تجلی و مصداقی از تدبیر، بینش سیاسی-اجتماعی والی اسلام به مصلحت عمومی به‌شمار می‌آید.

وضع قانون در منطقه الفراغ و ارتباط آن با استصلاح و مصلحت عمومی

دو دیدگاه کلی در باب جعل حکم الزامی در منطقه الفراغ مطرح است:

- ۱- شیخ فضل‌الله نوری از فقیهان جریان مشروطه بر نامشروع، بدعت و حرام تشریحی بودن جعل حکم در منطقه مباحات اعتقاد دارد (میرباقری، ۱۳۹۵ش، ۶۹).

۲- جمع کثیری از فقها از جمله نائینی بر این اعتقادند که وظایف مربوط به مملکت و حفظ آن، سیاست و اداره امور امت با دو راهکار امکان‌پذیر است: الف) موضوعاتی که حکم آنها در شریعت معین و وظیفه انسان صرفاً تعبد به منصوص شرعی است؛ ب) موضوعاتی که حکم آنها مسکوت‌عنه است و لکن تصمیم‌گیری در باب حکم آنها به ولی نوعی واگذار شده است که تحت ضابطه اتخاذ رأی نماید (نائینی، ۲۰۱۴م، ۱۳۴). اسلام به جهت تنظیم حیات انسانی به حوزه اقتصادی اهتمام بیشتری دارد و احکام ثابت آن در کتاب و سنت موجود است، لکن احکام دیگری نیز هستند که پاسخ‌گویی به آنها اولاً نیازمند بیداری اسلامی نسبت به عناصر ثابت و دلالت عمومی آنهاست و ثانیاً ادراک فقهی-قانونی نسبت به حدود صلاحیتهای حاکم شرعی (ولی امر) در راستای شمول موضوعات و عناصری که در چارچوب ولایت و صلاحیت وی قرار می‌گیرد، لذا تعیین خطوط حیات اقتصادی در جامعه اسلامی مسئله مهمی است که به هم‌فکری اسلام‌شناسان آگاه و نظریه‌پردازان جدید جهت همکاری نیازمند است (صدر، ۱۴۰۳ق، ۵۶-۴۴). نوع تشریحات (جعل احکام و قوانین) در زمان حضور پیامبر ﷺ توسط خود ایشان به عنوان ولی امر مسلمین انجام می‌شد که البته احکام صادره دائمی نبودند و جزو ثابتی از مذهب اقتصادی اسلام محسوب نمی‌شوند، زیرا حسب شرایط و جهت برگردن منطقه الفراغ ضرورت صدور می‌یابند (صدر، ۱۳۸۵ش، ۳۸۱). قسم اول قوانین که ناظر به منصوصات اند و در حوزه روابط عبودی و ربوبی جای می‌گیرند، ثابت هستند که منسوخ یا ابطال نمی‌گردند، اما قسم دوم قوانین غیرمنصوصات هستند که وابسته به زندگی یومیه و وسائل معاش مردم و تحولات حاکم بر زندگی بشر ایجاد و یا دگرگون می‌شوند و نیازمندیهایی از قبیل روابط تجاری، صنعتی و... که بر بنیان انسانیت استوارند زائل نمی‌شوند، به نواب عام واگذار شده‌اند که مطابق مصلحت جامعه تصمیم‌گیری شوند (طباطبایی، ۱۴۱۶ق، ۱۴۲-۱۴۱؛ نائینی، ۲۰۱۴م، ۱۱۱-۱۰۴). اما مطهری نیازها را ثابت و اما ابزار تأمین آنها را برحسب عقل بشری، متنوع و متناسب با نیاز و هدف می‌داند (مطهری، ۱۳۸۹ش، ۲۱/۱۳۵). در همین راستا اجتهاد، ابزار اصلی تطبیق حکم ثابت با موضوع متغیر است که منتج به پویایی و جاودانگی دین اسلام می‌گردد و گرنه مقصود از اجتهاد، تبدیل علی‌الاحوط به علی‌الاقوی و بالعکس نیست (همان، ۱۸۰/۲۰). بنابراین راهکار مواجه موضوعات متغیر با احکام دین، وضع قانون است، چنان‌که مطهری، وضع قانون را در تضاد با دین و ممنوع نمی‌بیند، زیرا دین، مبین قوانین کلی است

و مردم حق دارند که با رعایت قانون کلی الهی، جعل قانون کنند (همان، ۱۱۶/۲۱) و لذا یکی از سازوکارهای اجتهاد برای پاسخ‌گویی به مسائل یا پیش‌آمدهای زندگی متغیر بشری که متأثر از مقتضیات و در حوزه امور اجتماعی روی می‌دهد، استصلاح است که در تناسب با اجتهاد و فقه حکومتی قرار دارد. بدین صورت که استصلاح در قلمرو موضوعات مسکوت شرعی واقع می‌شود که این قسم مسائل، بخش اعظم عناوین زندگی انسان را تشکیل می‌دهد، ابزار اصلی و کلی جهت تعیین خط و مشی در این‌گونه امور، اجتهاد و استنباط حکم کلی متناسب با مصلحت عمومی و حفظ حکومت اسلامی است و از آنجایی که فقه حکومتی محیط و مسلط بر تمامی ابواب فقهی است، می‌طلبد که نسبت به همه احکام فقهی اجتماعی نگرش حکومتی داشت، زیرا روی آوردن به فقه حکومتی و استخراج احکام فقهی با رویکرد حکومتی از واجبات اساسی در حوزه فقه اسلامی است. فقه حکومتی بر برداشت و تلقی خاص از دین استوار است و لذا آنانی که به دین حداقلی قائل‌اند، دین را محدود به حیات خصوصی افراد می‌دانند و اما برخی دیگر دین را پاسخ‌گوی تمامی شئون فردی و اجتماعی بشر معرفی می‌کنند، اعتقاد به دین حداکثری دارند (خمینی، ۱۳۷۴ ش، ۷۴). استصلاح از اصول استنباط در گستره تشریح تدبیری و در عرصه فقدان قانونگذاری الهی محسوب و از اصول اجتهادی در احکام شرعی الهی نیست، به طوری که استنباط حکم شرعی مدبرانه در موضوعات مرتبط با اجتماع اسلامی توسط فقها انجام می‌شود و بنابراین حکم مستنبط از استصلاح، حکم شرعی نیست بلکه حکم تدبیری به‌شمار می‌آید (شمس‌الدین، ۱۴۱۹ ق، ۱۱۴). از منظر مشروطه‌خواهان جامعه انسانی نیازمند دو دسته قوانین است: قوانین شرعی ثابت و قوانین عرفی متغیر که تأسیس مجلس و قانونگذاری از مصادیق نوع دوم است که با احکام شرعی سنخیتی ندارد، زیرا وظیفه مجتهد در قسم اول استنباط این نوع احکام از منابع است و اما قوانین عرفی توسط مجلس وضع و نسخ می‌شوند و مرتبط با امور مستحدثه هستند که نباید در تناقض با احکام ثابت باشند. نائینی در کنار حفظ شریعت، سیاست و حکومت پاسخ‌گویی به بسیاری از نیازهای اجتماعی و عمومی را از طریق وضع قانون به تصمیم مردم واگذار می‌کند (رفیع، ۱۳۹۴ ش، ۹۵-۹۲). از منظر ایشان قانون اساسی و مجلس نمایندگان حکم مقدمه واجب در دفاع از کیان اسلام را دارند (نائینی، ۲۰۱۴ م، ۱۰۷).

منطقه الفراغ که قلمرو استصلاح محسوب می‌گردد از یک‌سو حوزه سیلان حوادث است و از دیگر سو سیاست امام و رأی استصلاحی وی بر مبنای روش‌شناسی فقه حکومتی در

جهت حفظ مصالح ضروری، اعتبار و مشروعیت دارد. سیاست شرعی و رأی استصلاحی امام در کنار احکام اولیه شرعی ثمراتی دارد: ۱- ظهور ماهیت ثابت و متغیر فقه اسلامی؛ ۲- مبین ویژگی فرامذهبی فقه حکومتی است. نکته‌ای که در فقه امامیه مورد تأکید و رد قرار گرفته، اعمال سازوکارهایی نظیر استصلاح و... در حوزه استنباط احکام اولیه شرعی است و لذا در احکام حکومتی و سیاست شرعی بر مبنای روش‌شناسی فقه حکومتی می‌توان ادعای فقه فرامذهبی و طرح آرمانهای حقوق واحد اسلامی را مطرح کرد (شاکری، ۱۳۹۲ش، ۱۲۳-۱۲۲). بنابراین منطقه الفراغ قلمرو مشروعیت اجتهاد است که در اختیار حاکم اسلامی قرار دارد که ایشان در بعضی موضوعات مستقیماً بر معیار مصلحت و در چارچوب شریعت اتخاذ رأی می‌نماید و اما در غالب موضوعات با تفویض اختیار به متولیان امور حکومتی، مسائل جامعه را سامان‌دهی می‌کند؛ حال آیا همه حوزه‌های اجتماعی ضرورت و لزوم وضع قانون را دارند؟ آیا می‌توان بخش یا بخشهایی از اجتماع انسانی را به خود مردم واگذار کرد؟

از جمله ثمرات تشکیل حکومت علاوه بر قانون و مساوات، حریت است. حاکم تنها متصدی امور عامه اجتماعی است که به عنوان مدافع حقوق همگان موظف به ورود در این حوزه‌هاست و لکن امور و احوالی که شاخصه همگانی بودن آنها کم‌رنگ‌تر است (از قبیل زراعت، تجارت، ارزاق، مسکن، پوشاک، ازدواج و...) به لحاظ ارتباطشان با اشخاص و خانواده‌ها، مردم در انتخاب نوع و کیفیت انجام آنها آزاد هستند، زیرا هرکس آن چیزی را که تمایل دارد برمی‌گزیند، مگر آنکه منع شرعی داشته باشد و بنابراین مصالح افراد و مجتمعه‌های انسانی مقتضی حریتشان است و از سوی حکومت تنها مساعدت و همیاری کفایت می‌کند و لذا در امور و موضوعات شخصی بنابر آزادی و اطلاق است مگر در موارد ضروری که منع و تحدید به اذن حکومت مجاز باشد، شایسته است حکومت به جای محدودیت‌سازی در مسائل به طرح مرزبندی کلی اقدام نماید، زیرا اجبار نسبت به بعضی اعمال و سلب آزادی - به جز موارد خاص و ضروری - با طبع امت و مذاق شریعت سازگاری ندارد، مهمتر اینکه سلب آزادی در امور تولیدی و صنعتی به کم‌شدن تولید منجر می‌شود، اما در مقابل توجه به علاقه و میل انسانی و آزادی طبیعی منتج به شور و فعالیت در انسان و افزایش تولید و رشد صنعت و تحمل سختیها می‌گردد و متأسفانه بیشتر محدودیتها و مداخلات در کشورهای اسلامی منجر به تسلط استعمارگران می‌شود. با وجود اینکه سران

کفر و استعمار امت خویش را آزاد گذاشته‌اند که بر اساس میل خویش فعالیت نمایند. دخالت دولت در امور زراعتی، تجارتی، صنعتی بدترین نوع تحدید و مداخله است. مؤید این مطلب «انَّ التَّجَارَةَ مِنَ السُّلْطَانِ مُضَرَّةٌ بِالرَّعَايَا مَفْسَدَةٌ لِلجَبَايَةِ» است، لذا تصدی و ورود حاکم در امور تجارت و زراعت اشتباهی بزرگ است، زیرا حکومت قدرت بسیاری دارد که می‌تواند بازار را تحت قبضه خود گیرد و نهایتاً به مردم ضرر و زیان می‌رساند (منتظری، ۱۳۷۰ ش، ۲۷/۲-۲۶). دیدگاه جوادی آملی نیز در باب موضوعات غیرعبادی مؤیدی بر وجود و ویژگیهای منطقه الفراغ است. ایشان معتقدند که اسلام، در عبادات و احکام که صبغه تبعیدی آنها زیاد است، به دلیل ناتوانی عقل خطوط کلی و جزئیات را بیان و تعیین نموده و لکن در عناوین مرتبط با اقتصاد، سیاست، کشاورزی، دامداری، نظامی و... خط و مشی کلی را تعیین می‌کند. این مسئله حداقل دو ثمره دارد: از یک سو عقل را به عنوان منبع دین به رسمیت می‌شناسد و از دیگر سو نشان‌دهنده سازگاری و همبستگی قوانین دینی با سیاست است؛ بطوری که سیاست صحیح نمی‌تواند خارج از قوانین اسلامی باشد (جوادی آملی، ۱۳۹۱ ش، ۳۳۴-۳۳۳). آزادی انسان در تفکر و تصمیم‌گیری در منطقه الفراغ ظهور و بروز می‌یابد؛ یعنی انسان در این حوزه اندیشه و استنباط خویش را در امور غیرعبادی می‌تواند به کار گیرد و مجوز بسط ید دارد، زیرا اموری که در این ناحیه قرار می‌گیرند لازم است توسط توانمندیهای بشری در چارچوب مقاصد شریعت به آنها پرداخته شود و به عبارت دیگر آزادی و اجتهاد در چگونگی انجام غیرعبادات از مختصات این نوع افعال است.

مصادیق فقهی کاربرست استصلاح در موضوعات اجتماعی - حکومتی

اینک به بررسی برخی آراء فقهای امامیه در موضوعات اجتماعی یا حکومتی پرداخته می‌شود که به مصالح عامه مرتبط می‌شوند و نظراتی استصلاحی هستند.

۱. احتکار

نگهداشت مواد غذایی به انتظار گرانی احتکار نام دارد (خویی، ۱۴۳۰ ق، ۴۹۳/۵؛ خویی، بی تا، ۴۱۰/۳؛ ابن بابویه، بی تا، ۲۶۵/۳). موارد احتکار در منابع فقه امامیه به استناد نصوص شامل گندم، جو، خرما، کشمش و روغن حیوانی است و در غیر این اجناس جایگاهی ندارد (ابن بابویه، بی تا، ۲۶۵/۳ و ۵۹۲/۳؛ حر عاملی، بی تا، ۳۱۴/۱۲؛ کلینی، ۱۳۶۵ ش، ۱۶۴/۵).

شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۱۸۰/۳؛ خمینی، بی تا، ۴۱۵/۳؛ خویی، ۱۴۳۰ق، ۴۹۸/۵). آراء فقها مبین حصر مواردِ احتکار است و لکن برخی فقها دامنه اجناس احتکار را بر حسب هر بلد متفاوت دانسته که تنها به نوع طعام محدود نمی شود، بلکه هر چیزی که به تهیه غذای مردم مرتبط است (مثلاً هیزم) را شامل می شود. هم چنین شهید ثانی به مواردِ منصوص احتکار، نمک را افزوده است (عاملی، ۱۴۱۶ق، ۱۹۲/۳). دیدگاه فقهای متقدم مبتنی بر روایات، احتکار را محصور در طعام و وسایل آن می داند. طبق دیدگاه مشهور، احتکار مکروه است اما شهیدثانی و ابن بابویه، حرمت آن را اقوی دانسته اند (ابن بابویه، بی تا، ۲۶۵/۳).

با توجه به پیشرفتهای و نیازهای اجتماع انسانی، حصر مصادیق احتکار ممکن نیست، زیرا بعضی عناوین، مسکوت عنه هستند که با حفظ مقاصد الشریعه باید به آنها پاسخ داد؛ از جمله نیازهای ضروری در عصر ارتباطات، تجارت الکترونیک است که شامل اطلاعات، یافته ها و نرم افزارهای خدماتی و کاربردی است که مورد نیاز عامه می باشد و به همین دلیل، برخی اقدام به نگهداشت این قبیل مایحتاج مردم، به قصد افزایش قیمت می کنند که احتکار نام دارد. فقیه در چنین موضوعات مستحدثه ای نیز حکم به احتکار داده است (ایزدی فرد، ۱۳۹۵ش، ۲۶). تجارت الکترونیک از مستحدثات جامعه انسانی است که نصی در مورد آن در دسترس نیست و فقیه با استنباط فقهی، حکم به حرمت یا کراهت احتکار آن می دهد. احتکار احتیاجات ضروری عامه مثل برنج، گوشت، انرژی های نو و... حرمت دارد. حتی عرضه نکردن نتیجه تحقیقات شخصی علمی که نیاز جامعه بشری یا مسلمانی است، حرام می باشد (همان، ۲۷). علت انحصار احتکار در متون فقها به طعام چیست؟ لفظ طعام بر نوع اطعمه یعنی هر چیزی که به جسم و خوراک انسان مربوط است را شامل می شود، زیرا در گذشته به دلیل وقوع حوادث طبیعی، جنگها، کمبود مواد غذایی و... طعام از اهم ضروریات محسوب می شد و اما اکنون، موضوعات دیگری مساوی با طعام اهمیت یافته اند. گرچه به تجارت الکترونیک، انرژی های نو، پژوهشهای شخصی و... طعام اطلاق نمی گردد، لکن فقها در مسئله تکوینی مالانصافی در چارچوب شرع با حفظ مقاصد الشریعه، فتوا به احتکار داده اند. زندگی بشر به طعام و اقلام محدود منحصر نمی گردد و این حصر نیز محال است و لذا احکامی که مستندی از نص یا اجماع ندارند لکن در حوزه مسائل اجتماعی قرار دارند و مبتنی بر مصلحت عمومی هستند، تحت عموم ادله لاضرر جای می گیرند و در قالب مصالح مرسله با پشتوانه سنت هستند.

۲. مالکیت فکری یا معنوی

از موضوعات مستحدثه فقهی و حقوقی مالکیت فکری یا معنوی است. امام خمینی می‌نویسد: حق تألیف و طبع و نظیر آن اساس شرعی ندارد (خمینی، ۱۳۹۲ ش، ۴۰۰/۱۰؛ اصغری آق‌مشهدی، ۱۳۸۹ ش، ۳). صافی گلپایگانی نیز می‌نویسد حق طبع، تألیف و اختراع به مفهومی که در قوانین موضوعه جدید تعریف شده نتوانسته‌ام تطبیق نمایم. از عقود و معاملات هم نیست که تحت عموم یا اطلاق ادله مثل «اوفوا بالعقود» قرار گیرد و اگر گفته شود که عدم ردع شارع دال بر امضای اوست، جواب این است که عدم ردع نسبت به حقوقی که متأخر از زمان شارع و ائمه علیهم‌السلام عرفاً یا بر حسب قوانین موضوعه مستحدث می‌شود، نمی‌شود به اطلاق یا عموم آن تمسک نمود (طاهر، ۱۳۹۵ ش، ۴۴). مُختَصَاتِ حق معنوی جهت تطبیق با مالکیت فکری در نوشتار فقها و حقوقدانان این‌طور آمده است: اولاً این نوع مالکیت، قابلیت تعلق به عین یا ذمه را نداشته و امتیازی غیرمادی و غیرقانونی است (درزی، ۱۳۸۵ ش، ۹۹)؛ ثانیاً حقی است که به صاحب آن اختیار انتفاع انحصاری از فعالیت فکر و ابتکار خویش را می‌دهد (همان‌جا)؛ ثالثاً به استناد عرف و عقلا رعایت حق مالکیت فکری لازم و تجاوز به آن مصداق ظلم و شرعاً حرام است. لکنرانی و مرعشی، این حق را از جمله حقوق نوین قلمداد نموده و اعتبارش را از دیدگاه عقلا ثابت می‌دانند (همان، ۱۰۲). آنچه می‌تواند تأییدی بر وجه مصالح مرسله بودن این نوع مالکیت باشد این است که مالکیت‌هایی که در شریعت سابقه دارند به عین (مثل بیع) یا منفعت (مثل اجاره) که دارای پایه مادی هستند، تعلق می‌گیرد لکن مالکیت فکری صرفاً موضوعی مبتنی بر وجه غیرمادی است که سابقه فقهی‌ای برایش در دسترس نیست. مخالفان مالکیت فکری معتقدند: این نوع حق، جدید نیست و در زمان شارع نیز تألیف، اختراع و... وجود داشته است و از سویی، قابلیت تطبیق با اطلاقات و عموم ادله را ندارد و حق شرعی نمی‌باشد (درزی، ۱۳۸۵ ش، ۱۰۳). تناقضی در نظر مخالفان این قسم از مالکیت وجود دارد اگر این نوع مالکیت در زمان شارع وجود داشت، چرا قائل به غیرشرعی بودن آن هستید؟! و در صورتی که قابلیت انطباق با عموم یا اطلاق ادله را ندارد پس مالکیتی نوین می‌باشد. مالکیت فکری موضوعی مستحدثه با زیربنای عرفی است که بر ثابتهات شریعت و شامه فقهی فقیه تکیه دارد که با توجه به مصالح جمعی حکم دهد شارع نیز چنین موضوعاتی را به عقل ممیزه بشری واگذار کرده

است تا خود انسان برای خویش طرح بریزد. محاکم قضائی به استناد دیدگاه برخی فقها مخالف حق مالکیت معنوی، رأی به عدم ذی‌حق بودن مؤلف، مخترع و... دادند و اما با توجه به قانون حمایت از حقوق مؤلفان سال ۱۳۴۸ و.. (همان، ۱۰۲) می‌توان گفت علی‌رغم سکوت شرع نسبت به موضوعات مستحدثه لکن با توجه به مقتضیات و مصالح همگانی، عقل در چارچوب شریعت مجاز و ملزم به صدور رأی می‌باشد و لذا به صرف یافت نشدن نص یا عدم مطابقت عموم ادله، نمی‌توان حکم مسئله‌ای را مسکوت گذاشت، بلکه باید عقل و لوازم عقلانی اجتهاد را بازمهندسی کرد تا پویایی آن هم‌چنان محفوظ بماند و بنابراین مالکیت معنوی، موضوعی است که حکم آن از طریق واکاوی عقل و در مصداق مصالح مرسله به دست می‌آید.

۳. قوانین راهنمایی و رانندگی

نمونه‌ای از مستحدثات جامعه بشری در موضوعات مالانص‌فیه که برحسب نیاز، شرایط اجتماع و مصلحت همگانی وضع شدند، قوانین راهنمایی و رانندگی است که موضوعی فاقد سابقه فقهی است، زیرا مقررات جهت برقراری نظم و حفظ نفس انسان وضع شده‌اند. حال برخی فقها نسبت به رعایت این قسم از قوانین وضعی بشر با هدف مصلحت‌یابی، حکم الزامی صادر نموده‌اند؛ مانند رعایت مقررات دولت اسلامی واجب است (خمینی، ۱۳۹۲ ش، ۵۶۱/۱۰). کسی حق عمل نکردن به قوانین و مقررات حاکم بر ادارات و... را ندارد (خامنه‌ای، بی تا، ۳۳۳/۲). رعایت قوانین راهنمایی و رانندگی و سایر قوانین مشروعه لازم و واجب است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ۶۱؛ بهجت، ۱۳۸۶ ش، ۷۸). به دنبال گسترش جوامع انسانی و مکانیزه شدن آن برای جلوگیری از هرج و مرج، بشر قوانینی را وضع نمود که از مستحدثات فارغ از حکم شرعی است و به عبارت دیگر جهت حفظ جان انسان به عنوان یکی از مصالح خمسسه، مراجع به لحاظ مصلحت همگانی (حفظ نظم) در مسئله‌ای ساخته دست بشر فتوا می‌دهند؛ مانند تخلف از قوانین جمهوری اسلامی مثل قوانین راهنمایی و رانندگی و مانند آن اشکال شرعی دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ق، ۵۶۴/۳). مخالفت با قوانینی که نظم اجتماعی را بر هم می‌زند مانند قوانین رانندگی جایز نیست (حسینی سیستانی، ۱۳۷۹ ش، ۳۴۳). فقها با توجه به مقاصد الشریعه که از جمله آنها حفظ نفس است در موضوع

مسکوت شرعی به اتکا روح شریعت و بر مبنای عقل بشری در مسئله‌ای اجتماعی حکمی می‌دهند که با استصلاح سازگاری دارد.

۴. بیمه

از چالشی‌ترین موضوعات فقهی و حقوقی بیمه است. درباره بیمه دو قسم مسائل مطرح می‌شود: قسم اول در باب پذیرش عقد یا قرارداد بودن بیمه است و قسم دوم استقلال یا انتساب بیمه به ضمان جریره یا ضمان عاقله یا صلح بررسی می‌شود. در صورت گزینش قرارداد بودن بیمه و استقلال آن، می‌توان بیمه را مستحده محسوب و فتوای فقهاء موافق با این دیدگاه را از مصادیق مصالح مرسله دانست. دیدگاه فقها در مورد ماهیت بیمه از جهت عقد یا قرارداد متفاوت است. بعضی، بیمه را قرارداد می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸ش، ۴۷۴؛ تبریزی، ۱۳۸۲ش، ۵۱۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۷۷ش، ۵۷؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۵ق، ۵۶۵؛ خوبی، ۱۴۱۲ق، ۵۵۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ۴۸۹؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۱ق، ۴۶۰) و برخی معتقد به عقد بودن بیمه هستند (نوری همدانی، ۱۳۷۳ش، ۶۰۲؛ اراکی، ۱۳۷۱ش، ۵۵۵؛ خمینی، ۱۳۷۲ش، ۴۱۱). با مذاقه آراء فقها، مبنایی بر انتخاب قرارداد یا عقد بودن بیمه حاصل نشد، اما آنچه از تتبع فتاوی مراجع به دست آمد این است که اولاً مشهور فقها قرارداد بودن بیمه را می‌پذیرند و ثانیاً با حصر عقود معین در فقه و به تبع آن قانون مدنی^۴، بیمه، موضوعی فاقد سابقه فقهی به‌شمار می‌آید (نوری همدانی، ۱۳۷۳ش، ۶۰۲) و لذا عقد دانستن بیمه حداقل دو معذور دارد: ۱. سبب افزایش تعداد عقود معین می‌گردد که این امر می‌تواند مصداق تشریح باشد؛ ۲. مرجحی بر عقد دانستن بیمه در دست نیست و ترجیح بلا مرجح، قبیح است و اما قانونگذار قول اشخاص را محترم شمرده و به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهای خصوصی افراد را که مخالف قانون نباشد، به رسمیت می‌شناسد.

مطلب دیگر، استقلال بیمه یا انتساب آن به ضمان (عاقله یا جریره) یا عقد صلح است. بعضی فقیهان بیمه را مستقل می‌دانند و ادله‌ای جهت تأیید دیدگاه خویش ارائه می‌دهند و از جمله: الف) معاملات انحصاری نیست و با حفظ شرایط اولیه صحیح و نافذ هستند (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۰ش، ۲۳) و بیمه موضوعی مستحده است که با شرع مخالفتی ندارد (خمینی،

۴. بیع، معاوضه، اجاره، قرض، جعاله و صلح.

۱۴۳۴: ۶۰۹/۲؛ اراکی، ۱۳۷۱ش، ۵۵۵؛ نوری همدانی، ۱۳۷۳ش، ۶۰۲؛ ب) بیمه مسئله عقلایی است (پبله‌ور، ۱۳۸۹ش، ۱۳۲) که نمی‌تواند مستند به شرع باشد، زیرا بر حسب شرایط و نیازهای جامعه انسانی تأسیس گردید؛ ج) بیمه قرارداد رایجی بین مردم است که با شریعت مغایرتی ندارد (حائری، ۱۳۷۰ش، ۱۸)؛ د) خرید امنیت، موضوع قرارداد بیمه است که در عرف عقلا مستقل و مشروع است (مطهری، ۱۳۶۱ش، ۲۸). ضرورت وجود بیمه و نیاز جامعه به آن انکارناپذیر است و لکن عقلایی بودن بیمه، محکم‌ترین دلیل مشروعیت و صحت آن به‌شمار می‌آید (پبله‌ور، ۱۳۸۹ش، ۱۳۳)، اما از نظر برخی فقها، عدم تعارض با شرع و انطباق با اوامر شارع وجه شرعی بودن و اولویت بیمه محسوب می‌گردد (نظریور، ۱۳۹۱ش، ۱۳۸). افرادی که معتقد به استقلال و عقلایی بودن بیمه هستند و آن را برای حفظ امنیت (نفس، مال) به‌کار می‌گیرند، در حقیقت و کُنه اعتقاد خویش قائل به مصالح مرسله‌اند، زیرا بیمه را منتسب به هیچ‌یک از عقود ندانسته و به‌ویژه آن را موضوعی با پشتوانه عقلانی به‌شمار آورده‌اند که سابقه فقهی ندارد.

برخی عالمان، بیمه را به ضمان جریره^۵ منتسب می‌کنند. مناقشاتی بر این دیدگاه وارد است: اولاً ضمان جریره بین دو شخص حقیقی منعقد می‌شود و لکن در انعقاد بیمه به موجب ماده ۳۱ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و ماده ۵۸۳ قانون تجارت «الزاماً» یک طرف شخص حقوقی است؛ ثانیاً ضامن در ضمان جریره از مضمون‌له بعد از فوتش به مقدار پرداخت دیه ارث می‌برد و اما این روند که قراردادی میان دو شخص بسته می‌شود، در بیمه نمی‌تواند حکم‌فرما باشد؛ ثالثاً اگر وارث نسبی در زمان عقد و پس از آن وجود نداشته باشد، ضامن جریره رسمیت می‌یابد و در غیر این صورت ضمانت باطل است و اما این دیدگاه در بیمه علی‌رغم وجود وارث نسبی نیز اجرا می‌شود؛ رابعاً تأسیس ضامن جریره با هدف ایجاد تعاون و مساعدت به دیگران در وقوع حادثه بوده است و لکن بیمه جنبه تجاری و مادی برای بیمه‌گران دارد. با توجه به موارد فوق بیمه و ضمان جریره ماهیتاً با یکدیگر سازگار نیستند و تنها شباهت صوری میان این دو موضوع متصور است (آل‌شیخ، ۱۳۸۱ش، ۱۱۶). بنابراین بیمه و ضمان جریره تفاوت ماهوی دارند، زیرا ضمان جریره در قصاص مضمون‌له موضوعیت می‌یابد و اما بیمه موارد متعددی مانند حوادث، اشخاص، عمر، حریق،

۵. هر گاه کسی که با دیگری رابطه وراثت ندارد ضمن عقدی با او توافق کند که ضامن جریره او باشد؛ یعنی دیه او را بدهد و پس از مردن مضمون‌له از ترکه او ارث ببرد، این عقد را ضمان جریره نامند.

سرقه و... را شامل می‌شود. از طرفی در صورت پرداخت دیه مضمون‌له دو چالش پیش می‌آید: اگر مضمون‌له مالی نداشت یا وراث حاضر به تأدیه دیه نشدند، تکلیف بدهی پرداخت‌شده چیست؟ بیمه از تأسیسات مستحدثه، متناسب با نیاز جوامع کنونی است و دارای شمول و اقسام متنوعی است که بیمه‌گذار در انتخاب هریک از انواع بیمه مختار است و بیمه‌گر نیز در صورت دریافت مبلغ بیمه، خود را موظف به انجام تعهد می‌داند. می‌توان گفت ضمان جریره در عصر حاضر به معنای فقهی، امکان وجود ندارد و انطباق ضمان جریره و بیمه از نظر موضوعیت، شمول و حکم منتفی می‌نماید.

از دیدگاه بعضی، بیمه می‌تواند ملحق به ضمان عاقله باشد. مسئولیت جنایت خطایی محض (دیه) طبق رأی مشهور فقیهان امامیه بر خویشاوندان پدری جانی است (طوسی، بی‌تا، ۲۷۵/۵). ماده ۳۰۷ قانون مجازات اسلامی بستگان ذکور نسبی پدری و مادری یا پدری به ترتیب طبقات ارث را به‌طور مساوی عهده‌دار پرداخت دیه می‌شناسد. افرادی که قائل به مسئولیت جزائی عاقله نیستند، مناقشاتی بر دیدگاه مشهور وارد می‌دانند: ۱- فقیهان در دلالت حکم مسئولیت پرداخت خون‌بها به آیه ۹۲ نساء استدلال می‌کنند، در حالی که آیه تنها درصدد بیان حکم پرداخت دیه بوده و در مورد مسئول پرداخت آن ساکت است؛ ۲- فقها در پرداخت دیه از سوی عاقله به روایاتی استناد جسته‌اند که ضعف سند یا دلالت دارند و یا با اطلاقات، عمومات قرآنی یا عقل مستقل در تضاد هستند؛ ۳- تمسک به اجماع هم با وجود مخالفت مفید با مشهور فقها منتفی است و لذا عاقله در جایی ضامن شناخته می‌شود که سرپرست جانی بوده یا عرفاً عهده‌دار جانی شمرده شود (احمدوند، ۱۳۹۴ش، ۳۱؛ ابن‌تراب، ۱۳۸۶ش، ۲۲-۱۹)؛ ۴- ضمان عاقله با اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری نیز مغایرت دارد. بنابراین الحاق بیمه به ضمان عاقله بعید می‌نماید، زیرا اولاً کارکرد عاقله به فرض اثبات، جنایت خطای محض را پوشش می‌دهد و لکن بیمه‌گر طبق قرارداد منعقد می‌تواند عهده‌دار جنایت به معنای اعم باشد؛ ثانیاً الف) عاقله باید عرفاً سرپرست جانی به‌شمار آید و اما در بیمه نسبت نسبی میان بیمه‌گر و بیمه‌گذار جایگاهی ندارد و ب) عاقله در جنایتی که با بیئنه ثابت شود، ضامن است و اما در عصر حاضر امکان یافتن بیئنه، شرایط وی و رضایتش برای شهادت و... امری مشقت‌آور است ولی با وجود کارشناسان بیمه، تجهیزات پیشرفته و دقیق کنونی، نیازی به بیئنه و نظیر آن نیست؛ ج) جانی به عاقله هزینه‌ای نپرداخته که در قبالش آنها الزاماً مسئول جنایت وی شناخته شوند لکن عهده‌دار شدن بیمه‌گر

منوط به پرداخت حق بیمه است. بعضی عالمان، انضمام بیمه به عقد صلح را می‌پذیرند (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ۴۸۸). به نظر می‌رسد پذیرش عقد بودن بیمه و استناد آن به شرع قابل نقض باشد؛ اولاً صافی گلپایگانی بیمه را به عنوان قرارداد پذیرفت و نه عقد و به همین دلیل انتساب بیمه به عقد صلح مشکل است و دو موضوع (بیمه و صلح) از لحاظ ماهیت با یکدیگر سنخیتی ندارند؛ ثانیاً عقد صلح که سیدالعقود است موارد کاربرد بسیاری در عناوین فرعی نسبت به سایر عقود (مانند بیع، اجاره و...) دارد و لکن اطلاق عقد صلح برای موضوع مستحدثه بیمه محل تردید است و لذا به موجب ماده ۷۵۲ قانون مدنی شمول عقد صلح رفع یا جلوگیری از تنازع در معامله و غیر آن است، به شرطی که شرایط اساسی ماده ۱۹۰ قانون مدنی را دارا باشد و از جمله شروط مندرج در ماده فوق، قصد و رضای طرفین است. در قرارداد بیمه، بیمه‌گذار هیچ دخل و تصرفی در تنظیم، تغییر، اضافه و حذف شرایط نمی‌تواند داشته باشد و بالاجبار و الزاماً آنها را امضا می‌کند و در نتیجه بیمه‌گذار فاقد رضایت بوده و قهراً مفاد بیمه را می‌پذیرد؛ ثالثاً میان کارکرد بیمه با صلح وحدتی تصور نمی‌شود، زیرا بیمه موضوع مستحدثه اجباری و ساخته دست بشر است ولی صلح، دارای سابقه شرعی و اختیاری است و بنابراین بیمه را انسان، حسب ضرورت و مقتضیات ایجاد کرد و مسئله‌ای تأسیسی است، زیرا در صورت اثبات شرعی بودن بیمه، نیازی به انضمام آن به موضوعات دیگر و انتخاب قرارداد یا عقد بودن بیمه نبود. بیمه، موضوع مستحدثه مستقلاً است که سابقه شرعی برایش یافت نشد و لکن نظام اجتماعی بر پایه عقل با رعایت ضوابط شرعی و حفظ مصلحت عامه لزوم آن را ایجاد نمود؛ پس بیمه از نمونه‌های عقلانی مرتبط به مصالح مرسله است.

مصادیق حقوقی کاربرست استصلاح در موضوعات اجتماعی - حکومتی

مصلحت همگانی از کلیدواژه‌های اجتماعی به‌ویژه در مواد قانونی است که به حکومت مرتبط می‌شوند به تعدادی از آنها پرداخته می‌شود.

۱. امنیت عمومی

از جمله مصداقهای مصلحت عمومی، امنیت عمومی یا امنیت ملی یا امنیت جمعی است. امنیت عمومی از آمال مقرون به مدنی^۱ الطبع بودن انسان می‌باشد نظم و امنیت عمومی با هم

عجین هستند، به طوری که امنیت بستر تداوم نظم را فراهم می‌کند. اصل ۲۲ قانون اساسی اشعار می‌دارد شغل، مال، مسکن، جان و حیثیت افراد مضمون از تعرض است و لکن با مجوز قانونی، این صیانت ملغی می‌گردد و به عبارت دیگر اصل اولی عدم تعرض به موارد مذکور را می‌رساند و اگر جایی هم تعرض مجاز باشد، باید تفسیر مضیق نمود و جهت ضمانت اجرای این اصل، قوانین عادی نیز وضع شده‌اند.^۶ هدف امنیت عمومی، حفظ وجود و کیان کشور است، از آنجایی که رعایت اصل ۲۲ قانون اساسی و مواد ۶۰۸ و ۶۹۸ و... قانون مجازات اسلامی سبب حفظ دین و کشور می‌شود، می‌توان در معنای موسع مصلحت عمومی را از شواهد منطبق بر مصالح مرسله شمرد. وجه تطبیق اصل ۲۲ قانون اساسی و مواد قانون مجازات بر مصالح مرسله در این است که نصوص، وجه فردی این موارد را لحاظ کرده‌اند و مثلاً حفظ اسرار در محیط کوچک دوستانه یا منع اهانت در سطح محدودی چون خانواده و... دستورات شرعی جنبه اجتماعی گسترده‌ای ندارند، زیرا در اسلام، بنیان جامعه بر خانواده استوار است که تشکیل و حفظ آن دارای دستورات جزئی است، در حالی که قوانین جزایی دنیوی در سطح کلان ملی تقنین شده‌اند. نصوص عقاب اخروی را مدنظر دارند اما وجه مهم در قوانین وضعی «مجازات دنیوی» است که باعث عدم نشر اعمال خلاف منافع عمومی شود و لذا وجه استصلاحی مواد قانونی که به برقراری و ثبات امنیت ملی در پرتو نصوص پرداخته‌اند را از صغریات سنت به‌شمار آورد.

۲. آموزش عمومی

وظیفه دولت طبق اصول ۳۰، ۳ و ۴۳ قانون اساسی تأمین وسایل آموزش و پرورش رایگان برای ملت تا پایان دوره متوسطه و وسایل تحصیلات عالی رایگان تا حد خودکفایی کشور است. جهت حفظ زندگی جمعی، نیاز به حداقلی از آموزش عمومی به‌مثابه مصلحت همگانی است، زیرا مهارت‌های ضروری در میان عموم اعضای جامعه یا هرگز بروز نمی‌کند و یا در صورت ظهور تداوم نخواهند داشت و به همین دلیل، قانون اساسی، آموزش ابتدایی را در دنیا از وظایف و کارکردهای اولیه و اصلی دولت می‌شمارد. اصل ۲۸ قانون اساسی حق هر فرد را برخوردار از شغلی که بدان تمایل دارد، می‌داند و لکن مخالف اسلام یا حقوق

۶. ماده ۶۰۸ ق.م.ا: منع و مجازات توهین به افراد از قبیل فحاشی، ماده ۶۹۹ ق.م.ا: منع و مجازات تهدید به افشای سِر. ماده ۶۴۸ ق.م.ا: منع و مجازات افشای سِر توسط پزشکان و...

دیگران و مصالح عمومی نباشد. آنچه وجه استصلاحی این ماده را تأیید می‌نماید این است که طبق نصوص کسب روزی حلال غایت کار و شغل است و به عبارت دیگر انتخاب شغل، موضوعی مسکوت است که به تمایل فرد بستگی دارد و اما: ۱. مخالفتی با دین و نظام نداشته باشد؛ ۲. هدفش، انتفاع همگانی باشد و بنابراین تعیین چارچوب قانونی در انتخاب شغل بر قاعده لاضرر که مدافع مصالح عامه است استوار بوده، ولو برای موضوع، سابقه شرعی در دسترس نباشد.

۳. تابعیت اشخاص

از موضوعات نوین حقوق بین‌الملل سیاسی، تابعیت است که به معنای عرفی، سابقه فقهی ندارد (امامی، ۱۳۹۶ش، ۱۴؛ عرب عامری، ۱۳۹۳ش، ۱۱۴). تابعیت عرفی رابطه شخص و دولت معین است که مرزها در آن اعتباری محسوب می‌شوند و اعتقادات دینی کم یا بی‌تأثیر هستند (همان‌جا). ماحصل این اصطلاح دیپلماسی، برخورداری از همه حقه‌هاست. تابعیت، قرارداد الزام‌آور حقوقی است که شخص متعلق به کشوری معین از تکالیف و حقوقی بهره‌مند می‌گردد و در مقابل نفس فرد در لوای قدرت عالی سیاسی مصون است (بیات کمیتکی، ۱۳۹۴ش، ۱۳۰). تابعیت، به معنای سیاسی - حقوقی امروزی از مسائل مالانص‌فیه است که حَسَبِ گسترش جامعه بشری، شرایط حاکم بر آن، روابط بین‌المللی و... ایجاد شد. هر کشوری بنابر اوضاع و احوال سیاسی، اقتصادی و... در مقاطع زمانی مختلف با توجه به منافع و مصالح خویش، مقرراتی مربوط به تابعیت اشخاص وضع می‌نماید. این قوانین، از ثبات برخوردار نیستند و نمی‌توان راهکار قطعی دائمی، جهت تابعیت اشخاص ارائه نمود (حیدری، ۱۳۴۴ش، ۷۴-۷۳). ماده ۹۸۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ و اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴ اشعار می‌دارد افرادی که مشغول به فعالیت یا مساعدت در امور عام‌المنفعه ایران باشند و دولت، ورود آنها را به صلاح جمهوری اسلامی ایران بداند بدون رعایت شرط اقامت با تصویب هیئت وزیران امکان تابعیت می‌یابند. موضوع تابعیت و مسائل مرتبط با آن علاوه بر ماده فوق در مواد ۹۸۴، ۹۸۶، ۹۸۷ و ۹۸۸ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ و اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴ نیز آمده است. تابعیت اشخاص به دلیل آثار و پیامدهای آن مانند تحصیل، نکاح و... اهمیت دارد، مثلاً از نظر حقوقی بر اساس تابعیت، شرایط ازدواج با اتباع خارجی، حکم ازدواج مرد یا زن تبعه خارجی با زن یا مرد تبعه ایرانی، حقوق زن خارجی

و... مطرح می‌گردد. تابعیت موضوعی مستحدثه است که روابط میان دولت‌ها به وجود آورنده نیاز و ضرورت احداث آن بود و لکن تابعیت بر وجه عقلانی و به اتکاء مصالح عامه تأسیس گردید و از مصادیق استصلاح مبتنی بر عقل است.

۴. اقامتگاه

از جمله مستحدثات مرتبط به حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل، اقامتگاه است. اصطلاح حقوقی که با عناوینی نظیر مسکن، منزل و خانه از نظر ماهیت و کارکرد تفاوت چشمگیری دارد، زیرا اقامتگاه مرکز زندگی حقوقی شخص است. ماده ۵۹۱ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ معیار تابعیت اشخاص حقوقی را منوط به اقامتگاه آنها می‌داند. مطابق اصل ۳۳ قانون اساسی حق تبعید فرد از محل اقامت یا منع وی از اقامت یا اجبار وی به اقامت در محلی ممکن نیست، مگر قانون مقرر کند. ضرورت تعیین اقامتگاه به موجب تبصره ۳ ماده ۳۴ قانون ثبت جهت ارسال و ابلاغ اجرائیه و سایر عملیات اجرایی مهم است (باقری نسامی، ۱۳۸۷ش، ۶۴-۶۱). اقامتگاه از موضوعات مسکوتی است که روابط حقوقی داخلی و بین‌الملل موجب تأسیس آن شد. در متون فقهی، الفاظی مانند مسکن، منزل، بیت، مأوا و... ناظر به محل زندگی موقت شخص است که ارتباطی با بُعد حقوقی و بین‌الملل ندارد. اقامتگاه موضوع مستحدثه اجتماعی-حکومتی است که از مصادیق استصلاح است و هدف آن مصلحت عمومی و رسیدن به مقاصد الشریعه است که عقل انسان در چارچوب شریعت به تدوین قانون برایش می‌پردازد.

۵. ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک

همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارث به او رسیده باشد، مالک خواهد شناخت. لزوم ثبت املاک غیرمنقول از باب استصلاح است^۷ (زیدان، ۲۰۰۱م، ۲۰۳؛ عظیمی تهرانی، ۱۳۹۶ش، ۲۴۷). این ماده علی‌الظاهر اجتماعی است و ارتباطی با بعد حکومتی ندارد و بلکه انتقال اموال غیر منقول زمانی از حساسیت و اهمیت فرااجتماعی برخوردار

۷. عدم انتقال الملكية العقار مالم یسجل بدوائر الطابو (زیدان، ۲۰۰۱م، ۲۰۳).

می‌گردد و به عبارت دیگر ضریب اهمیت آن بیشتر می‌شود که اموال غیرمنقول به تملک اتباع بیگانه درآید و لذا مصالح همگانی و لزوم حفظ نظام بر مبسوط‌الید بودن اشخاص نسبت به اموال خود در انتقال آنها حاکم می‌شود و از واگذاری املاک به غیراتباع ایرانی ممانعت می‌کند.

نتیجه

۱. دین مشتمل بر قوانین تشریحی و وضعی است و آن دسته از قوانینی که به عبادیات مربوط می‌شوند، مصلحت نفس‌الامری دارند که تحت حکمت و علم شارع جعل شده‌اند و دسته دیگر از قوانین به فراخور شرایط و مقتضیات زمانی و مکانی از سوی انسان ضرورت و لزوم تقنین می‌یابند که این امر در سایه وجود حکومت و مؤلفه‌های آن امکان‌پذیر خواهد بود. متغیر بودن، ویژگی آنهاست، زیرا دائرمدار مصلحت عمومی‌اند که تشخیص آن به متولیان حکومت اسلامی واگذار شده است.

۲. دیدگاه‌های متفاوتی در باب قانونگذاری در حوزه اجتماع انسانی مطرح است؛ برخی که معتقد به دین حداقلی هستند تنها به منصوصات بسنده و قانون‌گذاری را بدعت قلمداد می‌کنند و اما گروهی دیگر جامعه انسانی را محل حوادث مستحدثه می‌دانند که حسب شرایط و نیازمندیها، موضوعات جدیدی در آن ظاهر می‌شود و پاسخ‌گویی به مکلفان جهت عدم سرگردانی آنها را ضروری می‌سازد و لذا به استناد فقه حکومتی که فقهی است مبتنی بر اصالت جامعه و دیدگاه حداکثری از دین که مُشرف بر ابواب فقهی است، تقنین در حوزه اجتماعیات را لزوم می‌بخشد. حکومت، مقدمه واجب فقه حکومتی است، زیرا با نبود حکومت به عنوان مرجع تشخیص مصلحت همگانی و مدافع آن قوانینی که دائرمدار این مسئله باشند، وضع نخواهد شد.

۳. متولیان حکومت اسلامی می‌بایست احکامی وضع نمایند که از یک سو موضوعات اجتماعی غیرمنصوص در قلمرو منطقه الفراغ را پاسخ دهند، زیرا اجتهاد صرفاً در این حوزه مشروعیت دارد و به علاوه لازمه فقه حکومتی دیدگاه حداکثری نسبت به دین، اصالت جامعه، لزوم پاسخ‌گویی به اجتماعیات و... می‌باشد که شایسته است از سازوکارهای فرامذهبی نظیر استحسان، استصلاح و... که کلیت نصوص و روح شریعت بر آنها حاکم است، استفاده شود، چرا که تأمین و محافظت از مصلحت عمومی، حفظ کیان اسلام در حیطه حکومت منتج به

نادیده گرفتن مذهب، دین، فرقه، جناح و... می‌گردد که ثمره چنین رویکردی، انسجام ملی و وحدت اسلامی جهت تحقق «فقه حکومتی فرامذهبی» و «برخورداری از حقوق یکسان اسلامی» و «تأمین مصلحت همگانی» تحت لوای حکومت اسلامی است تا درخشش آن جهانی و جاودانه گردد.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم، *درر الفوائد فی الحاشیه علی الفرائد*، تهران، وزارت الثقافه و الارشاد الاسلامی، بی تا.
- آل شیخ، محمد، «ماهیت حقوقی و خصوصیات عقد بیمه در بیمه‌های عمر و مسئولیت مدنی»، *مجله صنعت بیمه*، شماره ۲، ۱۳۸۱ ش.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- ابن تراب، مریم، «ضمان عاقله و جایگاه آن در جامعه کنونی»، *مجله فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، شماره ۴۶-۴۵، ۱۳۸۶ ش.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم، *السیاسه الشرعیه فی اصلاح الراعی و الرعیه*، عربستان، وزارت الشئون الاسلامیه، ۱۴۱۸ ق.
- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر، *الطرق الحکمیة فی السیاسه الشرعیه*، قاهره، بی تا، ۱۳۱۷ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- احمدوند، محسن؛ ناصری مقدم، حسین، «ضمان عاقله از نگاهی دیگر»، *مجله فقه و اصول*، شماره ۱۰۱، ۱۳۹۴ ش.
- اراکی، محمدعلی، *توضیح المسائل*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۱ ش.
- اسلامی، رضا، *اصول فقه حکومتی*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
- اصغری آق مشهدی، فخرالدین؛ اصغری، شهرام، «بررسی فقهی حقوقی مالکیت فکری با رویکردی به نظر امام خمینی»، *مجله پژوهشنامه متین*، شماره ۴۸، ۱۳۸۹ ش.
- امامی، محمد، «تحلیل تابعیت از منظر فقه اسلامی و حقوق موضوعه»، *مجله مطالعات علوم اجتماعی*، شماره ۲، ۱۳۹۶ ش.
- ایزدی فرد، علی اکبر؛ علیزاده، امیرمحمد، «بررسی فقهی و حقوقی احتکار در تجارت الکترونیک»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال ۴۹، شماره ۱، ۱۳۹۵ ش.
- باقری نسامی، مهدی، «بحثی پیرامون موضوع اقامتگاه و اهمیت آن در اسناد رسمی»، *مجله کانون وکلا*، شماره ۸۸، ۱۳۸۷ ش.
- بهجت، محمدتقی، *استفتائات*، قم، دفتر آیت الله بهجت، ۱۳۸۶ ش.
- بیات کمیته‌کی، مهناز؛ بالوی، مهدی، «حق بر تابعیت: از حقوق بین الملل خصوصی تا حقوق بشر»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۳۹۴ ش.

- پبلهور، مرضیه، «مبانی فقهی مشروعیت عقد بیمه»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، شماره ۶، ۱۳۸۹ش.
- تبریزی، میرزا جواد، *توضیح المسائل*، قم، هجرت، ۱۳۸۲ش.
- ترکمان، محمد، *مجموعه‌ای از رسائل، اعلامیه‌ها، مکتوبات و روزنامه شیخ فضل‌الله نوری*، تهران، رسا، ۱۳۶۲ش.
- جرجانی، میر سید شریف، *شرح المواقف*، قم، شریف رضی، ۱۳۲۵ش.
- جرداق، جرج، *امام علی علیه السلام صدای عدالت انسانی*، ترجمه هادی خسروشاهی، تهران، بوستان کتاب، ۱۳۷۹ش.
- جوادی آملی، عبدالله، *جامعه در قرآن*، قم، اسراء، ۱۳۸۷ش.
- همو، ولایت فقیه، قم، اسراء، ۱۳۹۱ش.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۴۰۴ق.
- جوینی، عبدالملک بن عبدالله، *البرهان فی اصول الفقه*، قاهره، دارالوفاء، ۱۴۱۸ق.
- حائری، مسعود، *مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها*، تهران، کیهان، ۱۳۷۰ش.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- حسن‌زاده، اسماعیل، «مصلحت عمومی در اندیشه سیاسی خواجه رشیدالدین فضل‌الله همدانی»، *مجله مطالعات تاریخ فرهنگی*، شماره ۱، ۱۳۸۸ش.
- حسینی سیستانی، سید علی، *استفتائات*، تهران، بارش، ۱۳۷۹ش.
- همو، *توضیح المسائل*، قم، چاپخانه مهر، ۱۴۱۵ق.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، بی تا.
- حقیقت، سید صادق، «نقش مصلحت در حکومت اسلامی از دیدگاه امام خمینی علیه السلام»، *مجله اندیشه سیاسی*، شماره ۶، ۱۳۹۴ش.
- حکیم، سید محمدتقی، *الاصول العامه للفقه المقارن*، قم، مجمع جهانی اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ق.
- حیدری، مسعود، «تابعیت در حقوق ایران؛ شرح و بحث انتقادی راجع به اعمال نظام خاک در ایران»، *مجله حقوق امروز*، شماره ۱۶، ۱۳۴۴ش.
- خامنه‌ای، سید علی، *اجوبه الاستفتائات*، دارالنبأ، بی تا.
- خمینی، سید روح‌الله، *تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۳۹۲ش.

- همو، توضیح المسائل، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۲ش.
- همو، صحیفه امام، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۳۸۹ش.
- همو، کتاب البیع، قم، مؤسسه اسماعیلیان، بی تا.
- همو، ولایت فقیه، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۳۷۴ش.
- خویی، سید ابوالقاسم، توضیح المسائل، قم، لطفی، ۱۴۱۲ق.
- همو، کتاب الخمس، بی جا، بی نا، بی تا.
- همو، مصباح الفقاهه، قم، مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۴۳۰ق.
- درزی، محمدباقر، «اعتبار شرعی حقوق مالکیت‌های فکری»، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۶، ۱۳۸۵ش.
- دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه دهخدا، تهران، روزنه، ۱۳۷۳ش.
- دورکیم، امیل، قواعد روش جامعه‌شناسی، ترجمه علی محمد کاردان، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۵۵ش.
- دوورژه، موریس، روش‌های علوم اجتماعی، ترجمه خسرو اسدی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۶ش.
- راسخ، محمد، حق و مصلحت، تهران، طرح نو، ۱۳۸۱ش.
- رشاد، علی اکبر، «اجتهاد موجود و اجتهاد مطلوب»، مجله پژوهش و حوزه، شماره ۱۲، ۱۳۸۱ش.
- رفیع، حسین؛ عباس‌زاده مرزبالی، مجید، «علامه میرزا محمدحسین نائینی و دفاع از حکومت مشروطه»، مجله مطالعات سیاسی، شماره ۲۹، ۱۳۹۴ش.
- روسو، ژان ژاک، قرارداد اجتماعی، ترجمه غلامحسین زیرک‌زاده، تهران، شرکت سهامی چهر، ۱۳۴۱ش.
- ریسونی، احمد؛ باروت، محمدجمال، الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحه، دمشق، دارالفکر، ۱۴۲۰ق.
- زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر، بی تا.
- زیدان، عبدالکریم، الوجیز فی اصول الفقه، قاهره، مؤسسه قرطبه، ۲۰۰۱م.
- سبحانی، جعفر، اصول الفقه فیما لائنص فیہ، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۳ش.
- سلیمانی، فاطمه، «نسبت مصلحت و امنیت در فقه سیاسی شیعه»، مجله مطالعات راهبردی، شماره ۵۰، ۱۳۸۹ش.
- سوزنجی، حسین، «اصالت فرد، جامعه یا هر دو؛ بررسی تطبیقی آرای استاد مطهری و استاد مصباح یزدی»، مجله قیاسات، شماره ۴۲، ۱۳۸۵ش.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، جمع الجوامع، قاهره، دارالسعاده، ۱۴۲۶ق.

- شاکری، طوبی، «فقه حکومتی فرامذهبی با تحلیل قاعده "التعزیر بما یراه الحاکم"»، *مجله فقه مقارن*، شماره ۱، ۱۳۹۲ش.
- شمس‌الدین، محمد مهدی، *الاجتهاد و التجدید فی الفقه الاسلامی*، بیروت، مؤسسه الدولیه، ۱۴۱۹ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۶ق.
- صافی گلپایگانی، لطف‌الله، *توضیح المسائل*، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ق.
- صدر، سید محمدباقر، *اقتصادنا*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۵ش.
- همو، *الاسلام یقود الحیاه*، تهران، المؤتمر العالمی لائمه الجمعه و الجماعه، ۱۴۰۳ق.
- همو، *فلسفتنا*، نجف، مطبعه الآداب، ۱۳۷۹ق.
- همو، *مقدمات فی التفسیر الموضوعی للقرآن*، بیروت - کویت، دارالتوجیه الاسلامی، بی‌تا.
- صفار، فاضل، *فقه المصالح و المفاسد*، بیروت، مرکز الفقاهه و الدراسات و البحوث الفقهیة، ۱۴۲۹ق.
- طاهر، علی محمد؛ اولیایی، احمد، «نگاهی نوبه دیدگاه امام خمینی درباره مالکیت معنوی»، *مجله دانش حقوق مدنی*، شماره ۲، ۱۳۹۵ش.
- طباطبایی یزدی، احمد؛ مقبسه، رضا؛ حاجی محمده، محمدحسین، *درآمدی بر فقه حکومتی و مدیریتتی با محوریت اندیشه امام خامنه‌ای*، تهران، دانشگاه امام حسین علیه السلام، ۱۳۹۵ش.
- طباطبایی، سید محمدحسین، *الشیعه: نص الحوار مع المستشرق کوریان*، بیروت، مؤسسه ام القری، ۱۴۱۶ق.
- همو، *بررسیهای اسلامی*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۸ش.
- همو، *روابط اجتماعی در اسلام*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۷ش.
- همو، *المیزان فی تفسیر القرآن*، بیروت، مؤسسه الاعلمی، ۱۳۹۰ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، قم، مکتب الاعلام الإسلامی، ۱۴۰۹ق.
- همو، *الخلافة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی‌تا.
- همو، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، تهران، المکتبة المرتضویة، ۱۳۸۷ق.
- عرب عامری، احمد؛ پارسامنش، محمدرضا، «تابعیت در اسلام»، *مجله حقوق اسلامی*، شماره ۴۱، ۱۳۹۳ش.

- عظیمی تهرانی، وحید، *اصول فقه*، تهران، چتر دانش، ۱۳۹۶ش.
- علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و مصلحت*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸ش.
- عمید زنجانی، عباسعلی؛ موسی‌زاده، ابراهیم، *دانشنامه فقه سیاسی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۹ش.
- غزالی، محمد بن محمد، *المستصفی من علم الأصول*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۳ق.
- همو، *المنحول*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۹ق.
- فتاحی زفرقندی، علی، *آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی*، تهران، پژوهشگاه شورای نگهبان، ۱۳۹۵ش.
- قرافی، احمد بن ادريس، *انوار البروق فی انواء الفروق*، بیروت، عالم الکتب، بی تا.
- قرضاوی، یوسف، *السیاسه الشرعیه*، دوحه، بی تا، ۱۴۱۸ق.
- قلعه‌جی، محمد رواس؛ قبیبی، حامد صادق، *معجم لغة الفقهاء*، بیروت، دارالفائس، ۱۴۰۸ق.
- قمی، عباس، *سفینه البحار*، قم، اسوه، ۱۴۱۴ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۶۵ش.
- کیالی، عبدالوهاب، *الموسوعه السیاسه*، بیروت، المؤسسة العربیه، ۱۹۹۰م.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *معارج الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البتی، بی تا.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل‌البتی، ۱۴۱۴ق.
- مصباح یزدی، محمدتقی، *جامعه و تاریخ از دیدگاه قرآن*، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام، ۱۳۹۱ش.
- مطهری، مرتضی، *بررسی فقهی بیمه*، تهران، میقات، ۱۳۶۱ش.
- همو، *مجموعه آثار*، تهران، صدرا، ۱۳۸۹ش.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۰ش.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۰ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ق.
- همو، *توضیح المسائل*، تهران، پیام عدالت، ۱۳۸۸ش.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه*، قم، تفکر، ۱۳۷۰ش.
- همو، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، تهران، کیهان، ۱۳۶۷ش.
- مهریزی، مهدی، *فقه حکومتی*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۷۶ش.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، *توضیح المسائل*، قم، نجات، ۱۳۷۷ش.

- موسوی بجنوردی، سید محمد؛ سمیعی زفرقندی، زهرا؛ «تحلیل ماهیت و انواع قرارداد بیمه عمر با رویکردی بر نظر امام خمینی»، *مجله پژوهشنامه متین*، شماره ۵۲، ۱۳۹۰ ش.
- میرباقری، سید محمدمهدی؛ عبداللهی، یحیی؛ نوروزی، حسن، «فقه حکومتی از منظر شهید صدر»، *مجله راهبرد فرهنگ*، شماره ۳۶، ۱۳۹۵ ش.
- نائینی، محمدحسین، *تنبیه الامه و تنزیه المله*، بغداد، دارالتنوير، ۲۰۱۴ م.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- نراقی، احمد بن محمدمهدی، *سیف الامه و برهان المله*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
- نظریور، محمدتقی؛ خزایی، ایوب، «طراحی صکوک مشارکت جهت انتقال ریسک شرکتهای بیمه به بازار سرمایه»، *مجله اقتصاد اسلامی*، شماره ۴۷، ۱۳۹۱ ش.
- نوری همدانی، حسین، *توضیح المسائل*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۳ ش.
- هاشمی، عباس؛ مهرآذر، حمید، «شیخ فضل الله نوری و مخالفت مبنایی با مشروطه»، *مجله ژرفاپژوه*، شماره ۱، ۱۳۹۳ ش.
- وحید خراسانی، حسین، *توضیح المسائل*، قم، مدرسه باقر العلوم علیه السلام، ۱۴۲۱ ق.
- یزدانی مقدم، احمدرضا، «بررسی مقایسه‌ای حکومت و مصلحت در اندیشه امام خمینی و علامه طباطبایی»، *مجله مطالعات انقلاب اسلامی*، شماره ۱۴، ۱۳۸۷ ش.