



عناصر تعیین کننده در حل مسائل مستحدثه (۲)

پدیدآورنده (ها) : باقرزاده مشکی باف، محمد تقی

فقه و اصول :: نشریه فقه :: تابستان ۱۳۸۴، سال دوازدهم - شماره ۲ (ISC)

صفحات : از ۱۲۰ تا ۱۷۸

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/77764>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۱۰/۱۲

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



مقالات مرتبط

- عناصر تعیین کننده در حل مسائل مستحدثه (۱)
- راهیابی به حل مسائل مستحدثه با تکیه بر جایگاه قواعد استظهار
- درآمدی بر جایگاه مصلحت در فقه
- کلید حل مسائل مستحدثه
- اهلیت استیفای مجبوران در قانون مدنی
- بررسی مقایسه ای اندیشه تفکیک قوا با هنجارهای حکومتی امیر المومنین (ع)
- ضوابط مصلحت در فقه شیعه
- مصلحت و نقش آن در استنباط احکام شرعی و حکومتی
- عوامل مؤثر در تعیین مقتضای عقود
- مسئولیت مدنی قضات
- بررسی رویکردهای حمایتی از اتباع بیگانه ی بزه دیده
- نقش توابع درهم ساز رمزنگاری در امنیت با روی کرد پدافند غیرعامل

عناوین مشابه

- عناصر تعیین کننده در حل مسائل مستحدثه (۱)
- تعیین اثربخشی درمان شناختی-رفتاری بر کاهش پرخاشگری و صدا بیزاری در جوانان مضطرب مراجعه کننده به مراکز مشاوره منطقه ۲ تهران
- روش بهره‌گیری از عمومات و مطلقات در حل مسائل مستحدثه
- دیدگاه علامه طباطبائی درباره بنا عقلا و امکان‌سنجی کاربرد آن در حل مسائل مستحدثه
- چالش‌های بهره‌گیری از عمومات و مطلقات در حل مسائل مستحدثه
- بررسی عوامل کوتاه مدت و بلند مدت تعیین کننده نرخ واقعی ارز در چارچوب سه کالایی: مورد مطالعه ایران
- قاعده حل تعارض در تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار
- مسائل معکوس مکان یابی تسهیلات ۲- میانه پشتیبان با تغییر طول یال ها و وزن رئوس روی درخت و تغییر مختصات نقاط در صفحه
- تعیین غلظت و تنوع عناصر معدنی موجود در توده‌های بومی بابونه آلمانی (*Matricaria aurea L.*)
- پژوهش و جامعه: تعیین کننده های اقتصادی - اجتماعی فقر در مناطق روستایی کلاه

عناصر تعیین کننده در حل مسائل مستحدثة (۲)



محمد تقی باقرزاده مشکی باف

اشاره

در بخش نخست مقاله، به تفصیل از نقش تأثیر گذار دو عنصر زمان و مکان در حل مسائل مستحدثة سخن به میان آمد. از فقه‌های گذشته و معاصر یاد شد که با توجه به این دو عنصر، به صدور حکم پرداخته‌اند و آن گاه نمونه‌هایی از این احکام، نقل و تحلیل و بررسی شد. اینک در ادامه مقاله، به بررسی سه عنصر تأثیر گذار دیگر می‌پردازیم:

ب) قاعده 'اهداف کلی شریعت'

روح شریعت همان انگیزه‌ها و مصالح و اهداف کلی و ثابت قانون گذار است که براساس آنها و با توجه به اقتضائات و طبیعت مقاطع مختلف تمدن بشری به جعل قانون می‌پردازد. فرادید قرار دادن اهداف کلی شریعت، پیمودن مسیر پرپیچ و خم استنباط را برای مجتهد سهل و آسان می‌گرداند و او را از گرفتار آمدن در لابه لای قواعد فقهی و اصولی و جمود بر ظواهر الفاظ رهایی می‌بخشد و افق‌های گسترده‌ای را بر روی او می‌گشاید و به این وسیله به معیار شایسته‌ای برای تشخیص صحت و خطای استنباطات خویش دست می‌یابد.

۱. تعیین گستره کاربرد قاعده اهداف کلی شریعت

قوانین به لحاظ اهداف کلی قانون گذار به دو دسته تقسیم می شوند:

الف) قوانینی که انگیزه جعل آنها تعالی روحی و اخلاقی انسان است؛ نظیر احکام عبادی و اخلاقی شریعت که بر اساس مقتضیات فردی و فطری ثابت انسان وضع شده اند.

ب) قوانینی که غرض از جعل آنها حفظ و حراست از جان و مال و نوامیس افراد جامعه، حفظ نظام جامعه اسلامی، اجرای اصل عدالت در روابط اجتماعی و غیر آن است. از آن جا که بستر اجرای این قوانین، جامعه می باشد و آن همواره در حال تغییر و تحول است، از این رو برای حصول اغراض فوق، چنین قوانینی را به گونه ای باید وضع نمود که متناسب با شرایط حاکم بر جامعه باشند، و الا عدم توجه به تغییرات زمانی و مکانی به هنگام وضع قوانین اجتماعی، دست یابی به اغراض جعل چنین قوانینی را با مشکل مواجه خواهد کرد.

به این ترتیب، بحث اهداف شریعت، در احکام عبادی کاربردی ندارند؛ زیرا این احکام بر اساس شرایط و مقتضیات فردی و فطری ثابت انسان وضع شده اند و انسان در هر دوره ای با عمل کردن به احکام عبادی، بدون آن که نیازی به تغییر آنها داشته باشد، به اغراض و اهداف جعل آنها که عبارتند از تقرب به خداوند و خودسازی و پاکیزگی روح، دست خواهد یافت.

پس حوزه کاربرد این مبحث، احکام اجتماعی اسلام است و همان طور که پیشتر گفته شد، چون بستر اجرای چنین احکامی، جامعه همواره در حال تغییر و تحول است، برای مجتهد بسیار ضروری است که اغراض جعل این قوانین را کشف نماید و با محور قرار دادن آنها، احکام اجتماعی را متناسب با شرایط حاکم بر هر دوره ای، به گونه ای مطرح کند که همین قوانین، تأمین کننده اغراض و اهداف کلی و ثابت باشند.

از سوی دیگر، موضوعات اجتماعی گذشته، به هنگام حضور در صحنه های جدیدی از جوامع امروزی، تغییر می کنند و به صورت موضوعاتی مستحدثه نمود می یابند. بدین جهت، مجتهد می تواند با اتکا کردن بر چنین

مبنایی، کلید حل چنین موضوعاتی را در دست داشته باشد.

مرحوم مغنیه (ره) در مقاله‌ای با عنوان «نحو فقه اسلامی فی اسلوب جدید» به شرح و بسط چنین مبنایی پرداخته است. ایشان سیستم قانون گذاری اسلام را بر اصولی فراگیر از قبیل آزادی و آزادگی، حفظ و پاسداری از خون انسان‌ها، حفظ نوامیس، حراست از اموال، احترام به افکار و عقاید، نفی ضرر و سخت گیری‌های بیجا، حفظ نظام اسلامی و جز اینها استوار می‌داند و معتقد است این اصول، ارکان ثابت در قانون گذاری جدید و پاسخ گوی حوادث واقعه‌اند.^۱

۲. بررسی آرا و فتاوی فقیهان در باره قاعده اهداف کلی شریعت

یک: امام خمینی (ره): مجتهد با توجه به روح حاکم بر احکام شریعت، افق دید خویش را از مدلولات لفظی احکام و نصوص فراتر می‌برد و تنها به این موضوع که حکمی صرفاً مطابق با قواعد و اصول استنباط باشد، رضایت نمی‌دهد؛ بلکه اگر حکمی به ظاهر چنین باشد، ولی با مصالح عمومی بشر در تضاد باشد، آن را نمی‌پذیرد. امام خمینی (ره) با تأمل در مواردی که نتیجه مدلول ظاهری برخی از روایات، حتی روایات صحیح، با روح شریعت یعنی مصالح مورد نظر قانون گذار، تنافی دارد، در مقام استنباط اعتنایی به این قبیل روایات ندارند و بر همین اساس ایشان درباره حیل‌های شرعی ربا یا راه‌های تخلص از ربا، به رغم این که در روایات صحیح به آنها تصریح شده است و برخی از فقها به آنها استناد کرده‌اند، در کتاب تحریر الوسیله می‌نویسند:

«ذکروا للتخلص من الربا وجوهاً مذکورة فی الکتب و قد

جددت النظر فی المسألة فوجدت ان التخلص من الربا غیر

جائز بوجه من الوجوه...»^۲

۱. مجله کاوشی نو در فقه اسلامی، کتاب اول، مقاله روشی نو در استنباط احکام،

ترجمه عبدالرضا ایزدپناه، ۱۵۲/.

۲. تحریر الوسیله، امام خمینی، ج ۱، القول فی الربا، مسئله ۷/۴۶۴.

برای رهایی یافتن از ربا راه‌هایی را در کتاب‌ها ذکر کرده‌اند و من در این مسئله تجدیدنظر کردم و دریافتم که تخلص از ربا به هیچ راهی از این راه‌ها جایز نیست.

و در جایی دیگر در پاسخ از سؤالی درباره تخلص از ربا، چنین فرموده‌اند: «تخلص از ربا نزد اینجانب مشکل است؛ بلکه جایز نبودن آن قوی است».^۳

ایشان در کتاب البیع، در مقام توضیح این فتوا و نحوه استدلال به آن هم می‌نویسند:

«ان الربا مع هذه التشديدات والاستنکارات التي ورد فيه في القرآن الكريم والسنة من طريق الفريقين مما قل نحوها في سائر المعاصی و مع ما فيه من المفساد الاقتصادية والاجتماعية والسياسية مما تعرض لها علماء الاقتصاد كيف يمكن تحليله بالحيل الشرعية كما وردت بها الاخبار الكثيرة الصحيحة، و افتى بها الفقهاء الا من شد منهم»؛^۴

با وجود این همه تشدیدها و انکارهایی که در مورد ربا در قرآن کریم و سنت، از طریق شیعه و سنی، وارد شده است که مانند آن درباره سایر گناهان کمتر وجود دارد و همچنین با وجود ضررهای اقتصادی و اجتماعی و سیاسی آن که علمای اقتصاد متعرض آنها شده‌اند، چگونه امکان دارد مسئله ربا با حیل‌های شرعی که در روایات صحیح فراوانی آمده و عده زیادی از فقها به آن فتوا داده‌اند، حلال شود.

۳. رساله توضیح المسائل، امام خمینی، سؤال ۴۳۱/۷۹.

۴. کتاب البیع، ج ۲/۴۰۶-۴۰۵.

وی همچنین با همان روش استدلالی که در عبارت فوق مشاهده می‌شود - یعنی با محور قرار اغراض جعل حکم حرمت ربا که در قرآن و سنت نیز به آنها تصریح شده - در مقام توجیه روایات صحیحی که به موارد تخلص از ربا دلالت می‌کنند، چنین می‌نویسند:

«لو فرض ورود اخبار صحیحة دالة على الحيلة فيهما لا بد من تأويلها او رد علمها الى صاحبها، ضرورة ان الحيل لا تخرج الموضوع عن الظلم والفساد وتعطيل التجارات وغيرها مما هي مذكورة في الكتاب والسنة... لو ورد نص في الجواز كان مناقضاً للكتاب والسنة المستفيضة وليس من قبيل التقييد والتخصيص... اذا كان الحكمة في حرمة الربا ما ذكر من المفاسد لا يجوز التخلص عنه في جميع الموارد بحيث لا يثد منه مورد، للزوم اللغو في الجعل، فتحريم الربا لنكتة الفساد والظلم وترك التجارات و تحليله بجميع اقسامه و افراده مع تغيير عنوان لا يوجب نقصاً في ترتب تلك المفاسد من قبيل التناقض في الجعل أو اللغوية فيه»؛^۵

اگر فرض شود روایات صحیحی که بر حیلۀ در ربای قرضی و معاملی، دلالت دارند، وارد شده است، به ناچار آنها را تأویل می‌کنیم و یا فهم آنها را به صاحبانشان برمی‌گردانیم؛ زیرا بدیهی است که این حیلۀها، موضوع ربا را از ظلم و فساد و تعطیل تجارات و سایر مواردی که در کتاب و سنت ذکر شده، خارج نمی‌سازند...؛ حتی اگر نصی هم بر جواز آن وارد شود، معارض و مناقض کتاب و سنت است (و در نتیجه کنار گذاشته می‌شود) و از قبیل مقید و مخصص نیست....

در صورتی که فلسفه و حکمت حرمت ربا مفسد مذکور است، در هیچ موردی فرار از آن جایز نیست؛ زیرا لغویت در جعل حکم لازم می‌آید. پس تحریم ربا به منظور فساد و ظلم و ترک تجاراتی که بر آن مترتب است، صورت گرفته است و حلال گردانیدن آن با تمامی اقسامش به همراه با تغییر صوری عنوان ربا نقضی در ترتب آن مفسد که از جمله آنها تناقض یا لغویت در جعل حکم است، ایجاد نمی‌کند.

حضرت امام (ره) براساس همین مبنا، یعنی طرح اهدافی از قبیل حفظ سیادت قانون، لزوم اجرای احکام الهی، و جلوگیری از هرج و مرج، و حفظ نظام اسلامی و غیر آن مهم‌ترین ادله خویش را در اثبات لزوم حکومت و ولایت، در زمان غیبت امام (ع) ارائه فرموده و در این خصوص چنین نوشته است:

«ان الاحکام الالهیه سواء الاحکام المربوطه بالمالیات او السياسات او الحقوق لم تنسخ بل تبقى الى يوم القيامة و نفس بقاء تلك الاحکام يقضى بضرورة حكومة و ولاية تضمن حفظ سيادة القانون الالهی و تکفل لاجرائه، ولا يمكن اجراء احکام الله الأ بها، لثلا يلزم الهرج والمرج، مع ان حفظ النظام من الواجبات الأكيدة، و اختلال امور المسلمين من الامور المبعوضة، و لا يقوم ذاولايسد عن هذه الأ بوال و حكومة. مضافاً الى ان حفظ ثغور المسلمين عن التهاجم و بلادهم عن غلبة المعتدين واجب عقلاً و شرعاً. و لا يمكن ذلك الا بتشكيل الحكومة، و كل ذلك من اوضح ما يحتاج اليه المسلمون، و لا يعقل ترك ذلك من الحكيم الصانع»؛^۶

مجموعه احکام اسلامی، چه احکام اقتصادی یا سیاسی و یا حقوقی، نسخ نشده است؛ بلکه تا روز قیامت باقی هستند و نفس باقی ماندن این گونه احکام، اقتضا دارد که حکومت و ولایتی که اجرای قوانین و حفظ حرمت آنها را عهده دار باشد، تحقق یابد، و اجرای احکام الهی بدون حکومت امکان ندارد؛ زیرا موجب هرج و مرج می شود و به علاوه، حفظ نظام اسلامی از واجبات مهم است و اختلال و آشفتگی در امور مسلمانان، از کارهایی است که مورد نهی قرار گرفته است؛ در حالی که حفظ نظام اسلامی و جلوگیری از اختلال در امور مسلمانان تنها با حکومت و ولایت، محقق می شود.

افزون بر این، حفظ مرزها و سرزمین های اسلامی از تهاجم تجاوزگران نیز از اموری است که عقلاً و شرعاً واجب است و بدون تشکیل حکومت انجام نمی پذیرد، و همه اینها از واضح ترین اموری است که مسلمانان به آنها نیاز دارند و رها کردن آنها از سوی خداوند حکیم معقول نیست.

از عبارات فوق چنین دریافت می شود که توجه به روح شریعت، تأثیر شگرفی در نحوه برداشت مرحوم امام خمینی از مفاد روایات داشته است. نمونه دیگر این تأثیر را می توان بر نحوه برداشت ایشان از روایاتی مشاهده کرد که تعبیراتی چون «الفقهاء أمناء الرسل»^۷ و «الفقهاء حصون الاسلام»^۸ در آنها به کار رفته است؛ به طوری که حضرت امام (ره) با تمسک به چنین روایاتی، ولایت مطلقه فقیه را در زمان غیبت امام (ع) به اثبات می رسانند. این در حالی است که بیشتر فقها از این گونه روایات چیزی جز حجیت فتوا یا قضاوت فقها را

۷. بحار الانوار، ج ۲/۳۶، کتاب العلم، باب ۹، حدیث ۳۸.

۸. اصول کافی، کلینی، ج ۱/۴۷، کتاب فضل العلم، حدیث ۳.

استفاده نکرده اند. به عنوان مثال مرحوم شیخ انصاری، بعد از نقل چنین روایاتی، می نویسد:

«لکن الانصاف بعد ملاحظة سیاقها او صدرها او ذیلها یقتضی الجزم بأنها فی مقام بیان وظیفتهم من حیث الاحکام الشرعیة لاکونهم کالنبی والائمة صلوات الله علیهم فی کونهم أولى الناس فی اموالهم»؛^۹

انصاف آن است که بعد از لحاظ سبک و سیاق و صدر و ذیل روایات فوق، به این مطلب یقین پیدا می کنیم که این گونه روایات در مقام ذکر وظیفه علمای دینی از جهت «بیان احکام» است، و چنین نیست که آنان مانند پیامبر (ص) و ائمه (ع) در اموال مردم ولایت داشته باشند.

اما حضرت امام (ره) از روایت «الفقهاء حصون الاسلام» مطلب دیگری را

می فهمد و می نویسد:

«وکیف کان بعد ما علم بالضرورة، ومرت الإشارة الیه من ان فی الاسلام تشکیلات و حکومتة بجمیع شؤونها لم یبق شک فی ان الفقیه لایکون حصناً للاسلام کسور البلد له الا بان یتحفظ حافظاً لجمیع الشؤون من بسط العدالة و اجراء الحدود و سدع الثغور و اخذ الخراجات و المالیات و صرفها فی مصالح المسلمین و نصب الولاية فی الاصفاع، و الا فصرف الاحکام لیس باسلام»؛^{۱۰}

به هر حال، بعد از آن که بالضروره دانسته و به این مطلب

۹. کتاب المکاسب/ ۱۵۴.

۱۰. کتاب البیع، ج ۲/ ۴۷۲- ۴۷۱.

یکی از ویژگی های مهم سیستم قانون گذاری اسلام، عناوین ثانویه است و به طور یقین کلید حل بخش مهمی از مسائل مستحدثه را می توان در آنها جویا شد، ولی متأسفانه به میزان اهمیت فراوان و نقش اساسی آنها در حل مسائل نوظهور، تاکنون تحقیقات ژرف و دامنه داری درباره آنها صورت نگرفته است.

اشاره شد که در اسلام تشکیلات و حکومتی در تمام زمینه ها وجود دارد، شکی باقی نمی ماند که فقیه در صورتی همانند دیوار حفاظت سرزمین، حصن اسلام است که سرپرست و نگهبان همه امور از قبیل بسط و گسترش عدالت، اجرای حدود و دفاع از مرزها، گرفتن مالیات و خراجات، هزینه کردن آنها در مصالح مسلمانان و گماردن استانداران در نواحی باشد، و الا آنها احکام، که اسلام نیست.

امام خمینی درباره روایت «الفقهاء امناء الرسل» نیز چنین توضیح می دهند:

«وکیف کان قوله (ص) «امناء الرسل» بالتقريب المتقدم يفيد كونهم امناء لرسول الله (ص) في جميع الشؤون المتعلقة برسائله و اوضحها زعامة الامه و بسط العدالة الاجتماعية و مالها من المقدمات و الاسباب و اللوازم، فأمين الرسول امين في جميع شؤونه و ليس شأن رسول الله (ص) ذكر الاحكام فقط حتى يكون الفقيه اميناً فيه بل المهم اجراء الاحكام و الامانة فيها ان يجريها على ما عليها»^{۱۱}

به هر صورت، روایت پیامبر(ص) که فرمودند (فقیهان) امین پیامبران هستند، با استدلالی که گذشت، افاده می‌کند که ایشان در تمامی کارهای مربوط به رسالت امانتدار رسول خدا(ص) هستند و واضح‌ترین آنها سرپرستی امت و بسط عدالت اجتماعی و هر چیزی است که از اسباب و مقدمات و لوازم آنها به شمار می‌رود. پس امین پیامبر در همه کارها امین است، و کار رسول خدا(ص) تنها ذکر احکام نیست تا فقیه در همان کار امین باشد؛ بلکه مهم اجرای احکام و امانتداری در اجرای احکام است تا احکام همان‌طور که باید باشد اجرا شوند.

و همچنین ایشان با تمسک به روایات مربوط به اهداف جعل «امامت» در اسلام و نیز اثبات وجود همین اهداف در زمان غیبت امام(عج)، حکومت و ولایت مطلقه فقیه را به اثبات می‌رسانند و حتی شرایط ولی فقیه را با توجه به فلسفه جعل «امامت» مشخص می‌کنند. حضرت امام(ره) در خصوص همین مسئله چنین می‌نویسند:

«و فی خطبة الصدیقة (س): «فترض الله الایمان تطهیراً من الشرك»-الی ان قالت: «والطاعة نظاماً للملّة والامامة لماً من الفرقه» الی غیر ذلك ممّا يدل علی لزوم بقاء الولاية و رئاسة العامّه... و قد دلت الأدلة علی عدم اهمال ما یحتاج الیه الناس.... دلت علی ان جعل الامامة لاجل لم الفرقه و نظام الملّة، و حفظ الشریعة و غیرها و العلة متحققة فی زمن الغیبة و مطلوبیة النظام و حفظ الاسلام معلومة لا ینبغی لذلّی مسکة انکارها.... فنقول ان الحكومة الاسلامیة كما كانت حکومت قانونیة بل حکومت القانون الالهی فقط- و انما جعلت لاجل اجراء القانون و بسط العدالة الالهیة بین الناس- لا بد فی الوالی

من صفتین هما اساس الحکومة القانونیه، و لا یعقل تحقیقها

الایهما: احدهما العلم بالقانون و ثانیهما العداله؛^{۱۲}

و در خطبه حضرت صدیقه (س) آمده است که خداوند ایمان

را برای تطهیر از شرک واجب کرده است

... [تا این که فرمود:] اطاعت و پیروی را برای نظم در آیین و

امامت را به منظور جلوگیری از تفرقه و مسائل دیگر واجب

کرده است و اینها بر لزوم بقای ولایت و سرپرستی عامه

دلالت دارند.

ادله، بر عدم فروگذاری آنچه که مردم به آنها احتیاج دارند،

دلالت می‌کنند و نیز بر این دلالت دارند که جعل امامت برای

جلوگیری از تفرقه و ایجاد نظم در آیین و محافظت از دین و

مانند اینها است و همین علت در زمان غیبت هم وجود دارد و

مطلوبیت حکومت و حفظ اسلام معلوم و مشخص است و

سزاوار نیست که کسی آن را انکار کند.

پس می‌گوییم حکومت اسلامی چون حکومت قانون است،

بلکه صرفاً حکومت قانون الهی است که تنها برای اجرای

قانون و گسترش عدالت الهی در بین مردم جعل شده است، به

ناچار حاکم باید دارای دو صفت باشد که آن دو اساس

حکومت قانون هستند و تحقق حکومت قانون بدون آن دو

معقول نیست: یکی علم به قانون و دیگری عدالت.

توجه اساسی به روح شریعت و انگیزه جعل احکام، باعث شده است تا

حضرت امام (ره) در زمینه احکام مربوط به خمس و کیفیت مصرف آن،

دیدگاهی را ارائه دهند که اغلب فقها با چنین دیدگاهی همراه نبوده‌اند. ایشان بر این اساس که فلسفه جعل احکام خمس، برطرف نمودن حاجات حکومت اسلامی است، مصرف نیمی از خمس را برای سادات فقیر و نیمی از آن را برای سهم امام حکمی الزامی نمی‌دانند؛ بلکه معتقدند ولی‌امر براساس مصالح حکومت اسلامی بر تصرف در آن ولایت دارد. فرمایش ایشان در این خصوص چنین است:

«جعل الخمس فی جمیع الغنائم والارباح دلیل علی ان
 للاسلام دولة و حکومت و قد جعل الخمس لأجل نواب
 الحكومة الاسلامیه، لا لأجل سد حاجات السادة حسب، اذ
 نصف سوق کبیر من أسواق المسلمین کاف لذلك بل الخمس
 هو لجمیع نواب الوالی و منها سد حاجة الساده»؛^{۱۳}
 قرار دادن خمس در تمامی غنائم و سودها دلیل بر این است که
 برای اسلام دولت و حکومتی وجود دارد و خمس در حقیقت
 برای برطرف کردن حاجات دولت اسلامی قرار داده شده
 است، نه فقط برای برطرف کردن حاجات سادات؛ زیرا
 نصف خمس یک بازار بزرگ از بازارهای مسلمانان برای رفع
 احتیاج آنها (فقرای سادات) کافی بود؛ بلکه خمس برای رفع
 تمامی حاجات حاکم جعل شده است که یکی از آنها، برطرف
 نمودن احتیاج سادات است.

به این ترتیب، امام خمینی با حکومتی دانستن خمس و عدم ثبوت نصف
 خمس برای سادات فقیر، به تمرکز خمس در دست حاکم و هزینه آن در
 مصارفی که از سوی ولی‌امر و حاکم اسلامی مقرر می‌شود، فتوا می‌دهد.

دو: شهید محمدباقر صدر: از میان بزرگان فقه شیعه، مرحوم محمدباقر صدر(ره) نیز در کنار پرداختن به اصول متداول اجتهاد گرایش خاصی به اهداف و قواعد کلی استنتاج شده از احکام شریعت داشته‌اند. ایشان در کتاب «المعالم الجديدة للاصول» در زمینه چگونگی اکتشاف و استخراج این گونه قواعد، برای نخستین بار از روشی به نام «استقرا» یاد می‌کنند و در تعریف آن می‌نویسند:

«نسمی کل دلیل یقوم علی اساس القرائن الناقصه ویستمد قوته من تجمع تلك القرائن دلیلاً استقرائياً»؛^{۱۴}

هر دلیلی را که بر مبنای قراین ناقص استوار باشد و قوت خود را از اجتماع این قراین به دست آورده است، دلیل استقرایی می‌نامیم.

آن‌گاه ایشان پس از تقسیم دلیل استقرایی به دو قسم، دلیل استقرایی مستقیم و غیر مستقیم، در توضیح استقرای مستقیم (که در این بحث مورد نظر ما است) می‌فرماید:

«من الوان الدلیل الاستقرایی ان ندرس عدداً کبیراً من الاحکام الشرعیة فنجد انها تشترک جمیعاً فی اتجاه واحد، فنکتشف قاعدة عامة فی التشریح الاسلامی عن طریقها»؛^{۱۵}

یکی از انواع دلیل استقرایی این است که موارد فراوانی از احکام شرعی را بررسی کنیم و دریابیم آنها در جهت گیری واحدی مشترک هستند و به این ترتیب، قاعده‌ای کلی را در شریعت اسلامی، از این طریق کشف می‌کنیم.

ایشان سپس برای نشان دادن چگونگی استفاده از دلیل استقرایی برای

۱۴. المعالم الجديدة للاصول، محمدباقر صدر/ ۱۶۱.

۱۵. همان/ ۱۶۲.

کشف قاعده‌ای از قواعد اقتصاد اسلامی، مثالی را مطرح می‌کنند:

«حین نرید ان نعرف اشتمال الاقتصاد الاسلامی علی القاعدة القائلة: ان العمل فی الثروات الطبيعية أساس للملكية، قد نستعرض حالات عديدة من العمل ثبت أن العمل فیها أساس للملكية، فستنتج من استقرار تلك الحالات صحة القاعدة العامة، اذ نرى مثلاً ان العمل فی احياء الارض ينتج ملكيتها، والعمل فی احياء المعدن ينتج ملكيته، والعمل فی حيازة الماء ينتج ملكيته، والعمل فی اصطياد الطائر ينتج ملكيته، فنستدل باستقرار هذه الحالات علی قاعدة عامة فی الاقتصاد الاسلامی، وهی ان العمل فی الثروات الطبيعية أساس للملكية»؛^{۱۶}

هنگامی که بخواهیم قاعده‌ای از قواعد اقتصاد اسلامی را به دست آوریم که می‌گوید: «کار و عمل در ثروت‌های طبیعی اساس و سبب مالکیت آنها است»، از موارد متعددی که مربوط به سعی و عمل است، نشان می‌یابیم که در آنها سببیت کار و عمل برای مالکیت، اثبات شده است و از استقرای این موارد صحت این قاعده کلی را استنتاج می‌کنیم؛ زیرا می‌بینیم مثلاً کار کردن برای احیای زمین یا معدن، کار برای به دست آوردن آب و نیز سعی و عمل برای شکار پرنده باعث ملکیت آن می‌شود. با استقرای این موارد بر قاعده‌ای کلی در اقتصاد اسلامی استدلال می‌کنیم و آن عبارت است از: «کار و عمل در ثروت‌های طبیعی سبب مالکیت آنهاست».

و همچنین ایشان در کتاب ارزشمند «اقتصادنا» به منظور ارائه مکتب اقتصادی اسلام، با تمسک به همین روش، برخی از اصول و اهداف کلی اقتصاد اسلامی را استنتاج می‌کند و در این زمینه می‌نویسد:

«وقتی که در صدد کشف مکتب اقتصادی اسلام هستیم، نمی‌توان مانند عده زیادی از مجتهدان، تنها به مطالعه احکام اکتفا کنیم؛ بلکه هر یک از آن احکام را باید به منزله جزئی از کل احکام بررسی کرده، رابطه بین آنها را در نظر داشته باشیم و به این وسیله، اهداف و قواعد کلی شریعت را که از میان آن کل و مجموعه به دست آمده، کشف نماییم.»^{۱۷}

آن‌گاه ایشان برای چگونگی کشف قاعده توزیع ثروت، که یکی از قواعد اساسی مکتب اقتصادی اسلام است، چنین مثالی آورده است:

«فالفاء فائدة رأس المال في عقد القرض، والسماح بالكسب الناتج عن إيجاز وسيلة الانتاج في عقد الاجاره، منع المستأجر عن ان يملك بسبب عقد الاجارة المادة الطبيعية التي يحوزها اجيره كل هذه الاحكام لا بد - بعد تأكد من صحتها شرعاً - أن تدرس مترابطة، ويركب بينها، ليتاح لنا الخروج منها بالقاعدة الاسلامية لتوزيع الثروة المنتجة»؛^{۱۸}

پس احکام ممنوعیت بهره از سرمایه در عقد قرض، حکم جواز درآمد حاصل از اجاره و وسیله تولید در عقد اجاره، و نیز حکم ممنوعیت صاحب سرمایه از تصاحب ماده اولیه‌ای را که کارگر به سبب عقد اجاره به نفع او حیازت کرده، پس از آن که

۱۷. اقتصادنا/۳۹۶-۳۹۵.

۱۸. همان/۳۹۶.

از صحت آنها شرعاً مطمئن شدیم، به صورت اجزای مربوط به هم مطالعه و با یکدیگر ترکیب می‌کنیم تا بتوانیم قاعده اسلامی «توزیع ثروت» را از مجموع آنها به دست آوریم.

به این ترتیب، استاد شهید با ارائه روشی نو در مسیر کشف روح شریعت، یعنی اصول و اهداف کلی دین، گام مهمی برداشته‌اند و به این طریق به مبنای مورد بحث به عنوان یکی از مبانی حل مسائل مستحدثه، غنای خاصی بخشیده‌اند.

سه: استاد محمدجواد مغنیه: در میان بزرگان فقه شیعه مرحوم محمدجواد مغنیه (ره) نیز توجه زیادی به اهداف کلی شریعت داشته و به همین جهت اجتهادات ایشان از ویژگی و امتیازات خاصی نیست به دیگران برخوردار است. وی در ضمن مقاله‌ای مفصل، به معرفی این اهداف پرداخته (که در ابتدای همین مقاله به تعدادی از آنها اشاره شد) و سپس در مقام توضیح از این اهداف فرموده است:

«این اصول، اصول و پایه‌های ثابت در قانون‌گذاری جدید و پاسخ‌گوی حوادث واقعه‌اند. مصادر اولیه اسلام، جاودانند و دگرگون‌ناپذیر، که با دگرگونی احوال و شرایط تغییر نمی‌پذیرند. آنچه تکامل و دگرگونی می‌پذیرد، ابزارها و نیازهایی است که این اهداف را در جامعه به اجرا درمی‌آورد؛ مثلاً پیش از عصر ماشین، عرف در تجارت و خرید و فروش، قیدها و شرط‌هایی را بایسته شمرده که با زیاد شدن تولید و تکامل وسایل نقلیه و گسترش دایره تجارت و ابزار آن در خشکی و دریا، آن قیود و شرایط، نزد عرف اعتبار ندارد و مراعات نمی‌گردد. امروز تاجری از شرق به وسیله تلفن یا تلگراف، جنس را از بازرگان غربی می‌خرد و معامله هم تمام

شمرده می‌شود، با این که ثمن و مضمن، جنس و بهای آن تسلیم خریدار و فروشنده نگردیده است. پس از آن، بدون آمدن جنس، همین تاجر، آن جنس را می‌فروشد. در این مورد، چون ملاک عرف است، شرع نیز شروطی را که قبلاً لازم می‌شمرد، معتبر نمی‌داند و فروشنده و خریدار را به انجام دادن تعهداتشان ملزم می‌سازد. اتاق بازرگانی نیز آن دو را ملزم به تعهداتشان می‌کند.

بر این اساس، مورد اتکای شرع، عرفی است که با دگرگونی زمان، دگرگون می‌شود. شرع به چگونگی ابزار و وسایل و تجارت هرگونه باشد، کاری ندارد و البته این در جایی است که حلالی را حرام و حرامی را حلال نکنند».^{۱۹}

این مبادی در نظر مرحوم مغنیه (ره) از چنان اهمیتی برخوردار هستند که درباره آنها می‌فرماید:

«هر فتوایی با مبدئی از مبادی یاد شده تنافی پیدا کند، مورد اعتراض و طعن قرار می‌گیرد و جایز نیست آن را به اسلام و شریعت منسوب کرد؛ گرچه آن شخص از بزرگ‌ترین مراجع، مؤلفان، دانشجویان قدیم و جدید و استاد پارسایان و مجتهدان در علم و پارسایی بوده باشد، بلکه اگر روایتی با این مبادی تعارض داشت، یا باید آن را توجیه کرد و یا کنارش گذاشت؛ گرچه راوی آن از صحابه سابق و نخستین باشد».^{۲۰}

سپس ایشان در عبارتی مهم به نحوه به کارگیری این مبادی، در جهت

۱۹. کاوشی نو در فقه اسلامی، مقاله روشی نو در استنباط احکام، کتاب اول/ ۱۵۳.

۲۰. همان/ ۱۵۴.

استنباط احکام و حل مسائل می پردازد و به این وسیله مبنا و روش تازه‌ای را برای استنباط احکام و حل مسائل مستحدثه، پایه‌گذاری می‌کند و آن عبارت چنین است:

«بایسته است فقیه وقتی با پرسشی روبه‌رو می‌شود، نخست به قرآن و احادیث صحیح مراجعه کند و مبادی عامه تشریح را فرادید قرار دهد و وقتی با آیه یا روایتی برخورد کرد که با یکی از مبادی عامه تفاوتی دارد، آن آیه و حدیث را تأویل کند و او را همساز عقل و منطق سازد.

چنانچه در قرآن و سنت دلیلی بر آن مسئله نیافت، در اقوال فقها به کاوش پردازد. اگر در آن زمینه به فتوایی از فقها دست یافت، مجتهدگونه دلیل آن را بجوید و با هیچ اصل و فرعی، مقلدانه برخورد نکند و از نتایج این آزاداندیشی نه‌راسد. اگر آن نظریه خردپذیر و برآورنده هدف شارع در آن باب بود، به آن عمل کند؛ ولی اگر در گفتار فقیهان نیز در آن موضوع گفته‌ای نیافت، یا نظر آنان ناهمساز با خرد و روح شریعت بود، بی‌آن که در متون و حواشی سرگردان شود، به عقل و اجتهاد خویش مراجعه کند و در اجتهادش مبادی تشریح و قواعد عامه عقل را که برای حل مشکلات و معضلات فقهی وضع شده است، فرادید خویش نهد و از هر قاعده و اصل قدیم و جدید که برای بالا بردن سطح قانون‌گذاری وضع شده بهره‌گیرد؛ البته از قواعد و اصولی که آن را خرد‌پذیرد و با روح شریعت تنافی نداشته باشد».^{۲۱}

وی آن گاه که با معیار قرار دادن اهداف شریعت، فتاوی فقیهان را در بوته نقد و بررسی قرار می دهند، می فرمایند:

«شگفتا! با این که همه فقیهان سنی و شیعه، به این مبادی عامه ایمان و اذعان دارند و معتقدند شریعت اسلامی بر آنها بنیاد شده است و در پرتو آنها احکام و شریعت اسلامی جهت می یابد، برخی فتاوا از آنها صادر شده و در کتاب هایشان آمده که با هیچ کدام از این مبادی سازگار نیست. سوگمندانه چنین احکامی کم هم نمی باشد». ۲۲

مرحوم مغنیه در آن مقاله، مواردی از آن احکام را بیان می کنند و سپس آنها را مورد انتقاد قرار می دهند. ایشان درباره یکی از این موارد چنین می نویسد:

«مورد دیگری که علمای شیعه بر آن اجماع کرده اند، چنین است: اگر زورمندی، به ستم کارگری را حبس کرد و مانع اشتغال او به کاری شد که قوت خود و خانواده اش به آن وابسته است، فقهای شیعه می گویند: آن زورمند گنهکار است، ولی ضامن نیست و جایز نیست علیه او به پرداخت مبلغ از کارافتادگی کارگر حکم کرد؛ اما اگر همین زورمند چارپایی را غضب کند، ضامن منافع آن است و باید منافع آن را گرچه از حیوان بهره نگرفته، پردازد. آنها دلیل می آورند که کارگر آزاد است و قیمت گذاری نمی شود؛ پس منافعش را نیز نمی شود ارزش گذاری کرد، به خلاف چارپا که هم خود بها و قیمت دارد و هم منافع آن. این حکم، با اصل آزادی و احترام اموال و نفوس تنافی دارد و عرف هم کمترین تفاوتی

بین کارگری که از کار باز داشته شده و یا به مال او تجاوز شده است، نمی‌گذارد. در هر دو مورد، حکم به ضمان متجاوز می‌کند.^{۲۳}

و از موارد دیگری که مرحوم مغنیه (ره) بدان اشاره دارد، مسئله تبدیل «وقف» است که وی به فقیهانی که فروش و یا تبدیل وقف داریم را جایز نمی‌دانند، انتقاد و دیدگاه خود را در این زمینه با استناد به «روح احکام مربوط به وقف» چنین بیان می‌کند:

«در موارد زیادی چنین اقتضا می‌کند که ملک و عقار وقف، به ملک دیگری تبدیل شود که مفیدتر باشد، لکن همه یا بیشتر فقیهان از چنین تبدیلی منع کرده‌اند، مگر در صورتی که بهره‌وری از آن به کلی غیرممکن گردد یا به سبب کمی سود به کار نیاید. این حکم ایشان بدین جهت است که دوام و ابدی بودن از مقومات وقف است و وقف جدا کردن ملک است از اموال شخص وقف‌کننده. می‌دانیم خرید و فروش و تبدیل کردن، جز در قلمرو ملک صورت نمی‌پذیرد و غیر از دلیل‌ها، نص داریم که:

«الوقف صدقة لاتباع ولا توهب ولا تورث؛ وقف، صدقه است که نه فروخته می‌شود، نه بخشیده می‌شود و نه به ارث می‌رسد». لکن باید این نکته را ملاحظه کرد که شرط اساسی در چیز وقف شده، این است که صلاحیت کافی برای نقل و انتقال و تملیک و تملک و یا تبدیل را داشته باشد و بدون این صفت، به هیچ روی وقف آن صحیح نیست.

از آن جا که صفت وقف، صفتی عارضی است و چیزی از طبیعت عین موقوفه را تغییر نمی دهد، شایستگی تملک و تبدیل را از آن برطرف نمی سازد و تنها بهره وری آن را به جهتی که برای آن وقف شده، منحصر می کند. بنابراین تغییر وقف، اگر برای مصلحت مورد وقف شده باشد، جایز است؛ زیرا این نقل و انتقال چیزی از جوهر وقف را دگرگون نمی سازد؛ بلکه برعکس تأکیدکننده آن است و آن را قوی تر و سودمندتر می سازد و با هدف وقف کننده و روح نص یاد شده، هماهنگ تر می کند. این که فقیهان، وقف را فک ملک دانسته اند، از قبیل رجم بالغیب است و دلیل بر آن وجود ندارد.^{۲۴}

بدین ترتیب، در پرتو تلاش های ارزشمند فقهای چون مرحوم مغنیه، خوشبختانه چنین مبنایی، یعنی توجه به اهداف شریعت، توانسته است جایگاه رفیعی در میان نظریات فقهای معاصر پیدا کند و تأثیر شگرفی بر استنباطات ایشان بگذارد. نشانه این تأثیر را به وضوح می توان در نظریات جدیدی که از سوی مراجع بزرگ شیعه مطرح می شود، مشاهده کرد؛ برای نمونه حضرت آیت الله مکارم شیرازی (دام ظلّه)، از مراجع بزرگ شیعه، با در نظر گرفتن اهداف کلی شریعت، تفسیر خاصی درباره نصوصی که بر مسئله ازدیاد جمعیت تأکید ورزیده اند، ارائه فرموده اند. ایشان این مسئله را (به صورت یک احتمال) این گونه مطرح می کنند:

«تأکید شارع مقدس بر افتخار ورزیدن به فزونی شماره مسلمانان، تنها به دورانی مربوط می شود که فزونی جمعیت، مایه اقتدار و قوت بوده است. بنابراین موضوع این مباحث در

۲۴. کاوشی نو در فقه اسلامی، مقاله فقیهان و مسئله تجدد، شماره ششم/ ۷۷-۷۶.

حقیقت فراوانی جمعیتی است که اقتدار و شوکت را در پی آورد؛ چونان که این حقیقت از آیات بسیاری از قرآن کریم نیز برمی آید؛ آیاتی که گاه در آنها در گفت خداوند و یا در گفت برخی از اولیای الهی و گاه نیز از زبان کافران، چنین حقیقتی نقل شده است. نمونه نوع نخست آن در سوره نوح است که فرمود: «ویمدکم بأموال وبنین»؛^{۲۵}

یعنی شما را به دارایی و فرزند یاری می رساند؛ چرا که در آن روزگاران، فرزند به مانند دارایی مایه قدرت بوده است.

خداوند در جایی دیگر می فرماید: «وامدناکم بأموال وبنین و جعلناکم اکثر نفیرا»؛^{۲۶}

یعنی شما را به دارایی و فرزند یاری رساندیم و شمارتان را بیشتر ساختیم.

و یا می فرماید:

«كالذین من قبلکم کانوا اشد منکم قوۃ و اکثر اموالاً و اولاداً»؛^{۲۷}

همانند کسانی که پیش از شما بودند، نیروی بیشتر و دارایی و فرزندان افزون تر داشتند.

نمونه دوم نیز این آیه شریف است که فرمود: «وقالوا نحن اکثر اموالاً و اولاداً و ما نحن بمعدّین»؛^{۲۸}

یعنی گفتند دارایی و فرزندان ما از همه افزون تر است و کسی

۲۵. سوره نوح، آیه ۱۲.

۲۶. سوره اسراء، آیه ۶.

۲۷. سوره توبه، آیه ۶۹.

۲۸. سوره سبا، آیه ۳۲.

ما را شکنجه ندهد.

این آیه هم نشان می‌دهد که در آن دوران، فراوانی فرزندان به سان فراوانی دارایی، مایه قوت و اقتدار و عظمت بود. حال اگر این موضوع در زمانی دگرگون شود و فراوانی جمعیت مایه ضعف و زبونی و عقب ماندگی و حقارت به شمار آید، آن گاه چه باید گفت؟ ... اگر مسئله به این جا برسد، آیا در آن هنگام می‌توان گفت این همان چیزی است که رسول خدا(ص) به سبب آن به دیگر امت‌ها فخر می‌فروشد؟ یا آن که در این دوران بر مسلمانان لازم است، نه از نظر اندازه بلکه در چگونگی و کیفیت به فراوانی یافتن و برتری یافتن بیندیشند و در پی فرونی‌یابی در دانش و توانایی فرهنگی و فکری و صنعتی و اخلاقی باشند، نه در پی فراوانی افرادی که از این توانایی‌ها بی‌بهره است؛ چه، جمعیتی این چنین در بسیاری از موارد مانع رسیدن به آن چگونگی و کیفیت مورد نظر می‌شود».^{۲۹}

(ج) عناوین ثانویه

یکی از ویژگی‌های مهم سیستم قانون‌گذاری اسلام، عناوین ثانویه است و به طور یقین کلید حل بخش مهمی از مسائل مستحدثه را می‌توان در آنها جویا شد، ولی متأسفانه به میزان اهمیت فراوان و نقش اساسی آنها در حل مسائل نوظهور، تاکنون تحقیقات ژرف و دامنه‌داری درباره آنها صورت نگرفته است. در این جا به مناسبت بحث از مبانی مسائل مستحدثه، در خصوص عناوین ثانویه به سه مطلب اشاره می‌شود:

۲۹. فصلنامه فقه اهل‌البیت، سال دوم، شماره هشتم/۴۲.



۱. تعریف عناوین ثانویه، ۲. تعداد عناوین ثانویه، ۳. نقش و نحوه کاربرد عناوین ثانویه در حل مسائل مستحدثه.

۱. تعریف عناوین ثانویه:

پیش از تعریف باید متذکر شد، همان طور که در بحث های گذشته نیز مطرح شد، هر قضیه شرعی از سه عنصر تشکیل شده است: موضوع، متعلق حکم، و حکم.

به تعریف موضوع و متعلق حکم قبلاً اشاره شد، اما فقها در تعریف حکم گفته اند:

«الحکم خطاب الشرع المتعلق بافعال المكلفین بالاقتضاء او

التخیر او الوضع»؛^{۳۰}

حکم عبارت است از دستور شرعی مربوط به کردار مکلف به گونه اقتضا (وجوب و حرمت) یا تخیر (اباحه) یا وضع.

و در تعریف دیگر شهید محمدباقر صدر می نویسد:

«الحکم شرعی هو: التشريع الصادر من الله تعالى لتنظيم حياة

الانسان، والخطابات الشرعية في الكتاب والسنة مبرزة للحکم

وكاشفة عنه، وليست هي الحکم الشرعی نفسه»؛^{۳۱}

حکم شرعی، تشریعی است که از طرف خدا برای منظم

ساختن زندگی انسان صادر می گردد و خطابات کتاب و سنت

حکم شرعی نیستند، بلکه کاشف از حکم شرعی اند.

شهید صدر در این تعریف برخلاف تعریف اول، خطابات شرعی را حکم

۳۰. ضد القواعد الفقهیه، سیوری حلی، القاعدة الرابعة/ ۹.

۳۱. درس فی علم الاصول، الحلقة الاولى/ ۶۵.

نمی‌داند؛ بلکه معتقد است که آنها کاشف از حکم می‌باشند.

همچنین فقها برای حکم تقسیماتی را به حسب اعتبارات گوناگون بیان کرده‌اند؛ از جمله حکم را به اعتبار خصوصیات مکلف، به واقعی و ظاهری تقسیم می‌کنند و نیز به همان اعتبار، حکم واقعی را به دو قسم حکم اولی و حکم ثانوی تقسیم کرده‌اند. درباره تعریف حکم واقعی و حکم ظاهری چنین گفته‌اند:

«فالحکم الواقعی هو کل حکم لم یفترض فی موضوعه الشک
فی حکم شرعی مسبق والحکم الظاهری هو کل حکم افتراض
فی موضوعه الشک فی حکم شرعی مسبق»؛^{۳۲}

حکم واقعی حکمی است که در موضوعش، شک در حکم شرعی قبلی فرض نشده، و حکم ظاهری حکمی است که در موضوع آن شک در حکم شرعی قبلی فرض شده است.

بنابراین احکامی را که شارع صرفاً بر اساس مصالح و مفاسد واقعی بر موضوعی خاص جعل کرده است، بدون این که در آن حکم، علم و جعل مکلف مورد ملاحظه قرار گیرد، حکم واقعی گویند.

و شرط تنجز تکلیف در احکام واقعی (یعنی حالتی که انجام آن حکم واجب و مخالفت با آن حرام و موجب کیفر و عقاب می‌شود)، این است که مکلف به آن حکم واقعی و موضوع آن، قطع و یا ظن معتبر شرعی پیدا کند؛ مانند حرمت اکل میته برای کسی که هم به حرام بودن خوردن میته علم پیدا کرده باشد و هم به میته بودن گوشت موجود، و یا به وسیله ادله اجتهادی از قبیل امارات ظنی معتبر در نزد شارع، ظن به آن حکم و یا به موضوع آن پیدا کند.

اما احکامی را که شارع در ظرف شک و یا جهل مکلف به احکام واقعی

۳۲. همان، الحلقه الثانیه/ ۱۸.

وضع کرده است، احکام ظاهری گویند؛ به عبارت دیگر، در صورتی که برای مکلف امکان علم و دسترسی به حکم واقعی نباشد و به عللی به آن شک داشته باشد، در این صورت شارع برای رهایی مکلف از حالت شک و تردید به حکم واقعی، به وسیله ادله فقهاتی از قبیل: استصحاب، براءت، تخییر، اشتغال، وظایفی را برای او مقرر می کند که در اصطلاح علم اصول، به آن احکام ظاهری می گویند.

همان طور که ذکر شد، حکم واقعی به دو قسم تقسیم می شود: حکم واقعی اولی، حکم واقعی ثانوی.

حکم واقعی اولی: اگر حکمی بر موضوعی (عنوانی) بدون در نظر گرفتن حالات و شرایطی که بر مکلف عارض شده است، بار شود، آن را حکم واقعی اولی نامند؛ مانند حرمت که بر موضوع یا عنوان خمر، و یا وجوب که بر موضوع یا عنوان نماز، بار می شود.

حکم واقعی ثانوی: اگر حکمی بر موضوع یا عنوانی با در نظر گرفتن آلات و شرایطی که بر مکلف حاکم است، مانند: اضطرار، عسر و حرج، ضرر، اکراه، و غیر آن بار شود، آن را حکم واقعی ثانوی گویند؛ مثلاً حکم میته با توجه به ذات آن بدون ملاحظه حالات مکلف با آن، حرمت است، و این حرمت حکم واقعی اولی است. اما همین میته با در نظر گرفتن شرایطی که مکلف به آن دارد، مثلاً حالت اضطرار، حکمش حلیت است و در اصطلاح به این حکم حلیت، حکم واقعی ثانوی گفته می شود و به آن حالتی که بر مکلف در مقابل میته حاکم است، مثلاً اضطرار، عنوان ثانوی تعبیر می شود.^{۳۳}

بنابراین عناوینی که بر انسان عارض می شود، چنانچه از نوع شک و جهل

۳۳. اصطلاحات الاصول، میرزا علی مشکینی/ ۱۲۴ و انوار الفقاهه، ناصر مکارم شیرازی، کتاب البیع، الجزء الاول/ ۵۴۰.

باشد، موجب احکام ظاهری می‌شود؛ اما اگر از نوع اضطرار، ضرر، عسر و حرج و غیر آن باشد، موجب حکم واقعی ثانوی می‌گردد. ۳۴

تفاوت احکام اولی با احکام ثانوی

با توجه به آنچه گفته شد، تفاوت‌های احکام اولی با احکام ثانوی عبارتند از:

یک: احکام اولی، یعنی آن خطابات شرعی که به عناوین اولی تعلق گرفته‌اند، دائمی و تغییرناپذیرند، مگر در صورتی که موضوع آن تغییر کند؛ مثلاً حرمت خمر همیشه ثابت است، اما احکام ثانوی ناپایدارند؛ زیرا مادامی که آن حالات و شرایط، مثل: اضطرار، اکراه، تقیه، برای مکلف وجود داشته باشد، حکم نیز ثابت است؛ ولی با زوال عناوین فوق، حکم نیز مرتفع می‌شود؛ مثلاً در باب صوم، هرگاه روزه برای مکلف ضرر داشته باشد. حکم آن حرمت است، اما بعد از رفع ضرر مکلف باید از حکم اولی متابعت کند و روزه واجب می‌شود.

دو: احکام اولی بین جاهل و عالم مشترکند؛ اما احکام ثانوی برای همه مکلفین مشترک نیستند؛ بلکه اختصاص به مکلفانی دارند که دارای حالات و شرایط خاصی باشند.

سه: احکام ثانوی در طول احکام اولی هستند، نه در عرض آنها؛ یعنی از نظر رتبه، حکم ثانوی در مرحله متأخر از حکم اولی است، نه این که در یک رتبه قرار داشته باشند. پس در صورتی که متابعت از احکام اولی امکان داشته باشد، نمی‌توان از احکام ثانوی پیروی نمود؛ زیرا ملاک جعل حکم ثانوی عجز و ناتوانی در متابعت از حکم اولی است.

چهار: در تعارض بین دلیل احکام ثانوی با دلیل احکام اولی، حق تقدم با

۳۴. درر الفوائد، عبدالکریم حائری یزدی، ج ۱/ ۷۸.

دلیل احکام ثانوی است؛ زیرا دلیل حکم ثانوی بر دلیل حکم اولی حکومت دارد و به عبارت دیگر، دلیل حکم به عنوان ثانوی برای یک موضوع، همواره بیان کننده گستره حکم همان موضوع با عنوان اولی آن است.

۲. تعداد عناوین ثانویه

درباره تعداد عناوین ثانویه در فقه اسلامی و این که اختصاص به چه مواردی دارند، نمی توان نظر دقیقی را مطرح کرد؛ زیرا مکلف دارای عوارض و حالات متعددی است و هر یک از آن حالات و عناوین، توانایی این را دارد که در طول عنوان شرعی دیگری مورد ملاحظه قرار بگیرد. پس منحصر کردن عناوین ثانویه به موارد خاصی مثل اضطرار و ضرورت و جهی ندارد و بر همین اساس، فقهای معظم، علاوه بر عنوان اضطرار و ضرورت، عناوین ثانویه متعدد دیگری را بر شمرده اند^{۳۵} که در این جا مواردی از آنها را یادآور می شویم:

الف) ضرورت و اضطرار: این مورد یکی از معروف ترین عناوین ثانویه است که فقها درباره آن به آیات و روایات زیادی تمسک کرده اند؛ از جمله به آیاتی که خوراکی هایی را حرام دانسته و خوردن آنها را در حالت اضطرار اجازه داده اند؛^{۳۶} از جمله این آیات است:

«أما حرم علیکم المیتة والدم ولحم الخنزیر و ما أهلّ به لغیر
الله فمن اضطرّ غیر باغ و لا عاد فلا اثم علیه ان الله غفور
رحیم»؛^{۳۷}

پس جز این نیست که خداوند مردار، خون، گوشت خوک و

۳۵. انوار الفقاهه، کتاب البیوع، الجزء الاول/ ۵۴۱.

۳۶. سوره مائده، آیه ۳، سوره انعام، آیه ۱۱۹ و سوره نحل، آیه ۱۵.

۳۷. سوره بقره، آیه ۱۷۳.

بنابراین از دیدگاه فقه شیعه، همه احکام شرع ثبوتاً بر پایه مصالح و مفاسد بنا شده است؛ اما در مرحله اثبات در مورد این که آیا مصالح و مفاسدی که بشر با فهم عادی خویش به آنها می‌رسد می‌تواند پایه حکم الهی قرار گیرد یا خیر، فقهای شیعه و اهل سنت دارای دو دیدگاه مختلفند.

آنچه را که نام غیر خدا بر آن برده شده باشد، بر شما حرام کرده است، کسی که مضطر شود و هیچ تعدی و تجاوزی هم نکرده باشد، گناهی بر او نیست.

«وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطرتم اليه»؛^{۳۸}

به تحقیق آنچه که بر شما حرام شده، به گونه روشن بیان شده است، به جز مواردی که ناچار به ارتکاب آن هستید.

مفهوم این جمله اخیر این است که در موارد اضطرار، انجام دادن کار حرام اشکالی ندارد و به عبارت دیگر، این آیه گرچه به رفع حرمت از خوردنی‌های حرام در مورد اضطرار نازل شده است، اما از باب قاعده «العله تعمم؛ علت حکم سبب گسترش آن می‌شود»، شامل غیر خوردنی‌ها از جمله افعال حرام دیگر نیز می‌شود.

از جمله روایاتی که در باب ضرورت و اضطرار وارد شده و برای اثبات عنوان ثانوی اضطرار، به آن تمسک شده است، روایت امام صادق (ع) است که فرموده‌اند:

۳۸. سوره انعام، آیه ۱۱۹.

«ولیس شیء مما حرّمه الله الا وقد أحله لمن اضطرّ اليه»؛^{۳۹}

هیچ چیزی را خداوند حرام نکرده است، مگر این که برای شخص مضطر آن را حلال دانسته است.

ب) ضرر: عناوین ثانویه ضرر از مهم ترین عناوینی است که در آیات^{۴۰} و روایات متعددی مطرح شده است؛ از جمله روایت مربوط به قضیه سمره بن جندب است که زراره از قول حضرت امام صادق (ع) نقل کرده است.^{۴۱} سمره بن جندب، مالک نخلی بود که به حکم عنوان اولی، حق داشت به نخل خویش سر بزند و تصرف دیگران بدون اجازه وی حرام بود، اما چون تصرفات او موجب تحقق عنوان ثانوی اضرار به مرد انصاری شد، رسول الله (ص) به مرد انصاری فرمود:

«اذهب وارم بها فانه لا ضرر ولا ضرار»؛

برو درخت خرما را از ریشه بکن و به سوی سمره پرتاب کن؛ زیرا (در دین اسلام) ضرر و ضرار وجود ندارد.

و به این ترتیب، حکم اولی یعنی حرمت تصرف در ملک غیر جای خود را به حکم ثانوی «جواز تصرف در ملک غیر» داد.

در واقع، در این قضیه خاص، رسول الله (ص) تعلیلی عام آورده است و اشاره به این دارد که هرگاه حکم اولیه موجب ضرر و ضرار شود، آن حکم مرتفع می گردد.

به این نکته باید توجه داشت که عنوان ثانوی ضرر، به کلی از عنوان ضرورت متفاوت است؛ زیرا به حکم عنوان ضرر، مواردی که عمل به حکم اولیه ضرری

۳۹. وسائل الشیعه، ج ۳/۲۷۰، کتاب الصلوة، ابواب لباس المصلی، باب ۱۲، حدیث ۶.

۴۰. سوره نساء، آیه ۱۲، سوره بقره، آیه ۲۸۲، ۲۳۳، ۲۳۱، سوره طلاق، آیه ۶.

۴۱. فروع کافی، ج ۵/۲۹۲، باب ضرار از کتاب معیشت، حدیث ۲.

را ایجاد کند حتی اگر به مرحله اضطرار هم نرسد، انجام آن جایز نیست.

ج) عسر و حرج: هرگاه شخص مکلف با عمل کردن به حکم اولی دچار مشقت و زحمت شدیدی شود که عادتاً نمی‌توان آن را تحمل کرد، عنوان عسر و حرج به عمل او محقق می‌شود. در واقع، این عنوان بر مواردی اطلاق می‌شود که اجرای حکم اولی به عملی ضرری را ایجاد نمی‌کند، ولی انجام آن عمل برای شخص مکلف طاقت فرسا است؛ مثلاً اگر انسان ضعیفی به علت عدم دسترسی به آب گرم، با آب سرد غسل کند، این عمل ممکن است ضرری برای او نداشته باشد، اما تحمل آن پرمشقت و مشکل است. در این صورت، او می‌تواند با تمسک به عنوان عسر و حرج، تیمم بدل از غسل را انجام دهد.

فقها در مقام اثبات این عنوان به آیات^{۴۲} و روایات متعددی استناد جسته‌اند؛ از جمله به وسیله آیه «وما جعل علیکم فی الدین من حرج»^{۴۳}؛ حکم سنگین و شاقی را دین بر شما مقرر نکرده، و نیز به وسیله عبارت «لا یطیقون» در حدیث معروف (رفع)^{۴۴}، عنوان ثانوی عسر و حرج را اثبات کرده‌اند.

د) اهم و مهم: هرگاه عنوان : اهمی بر موضوعی که از عنوان مهم برخوردار است، عارض شود، حکم اولی عنوان مهم جای خود را به حکم ثانوی اهم می‌دهد. این مسئله در مثال معروفی که در کتب فقهی و اصولی مطرح شده، آمده است؛ مثلاً انسانی برای نجات جان غریق، بدون کسب اجازه از صاحب خانه، وارد خانه می‌شود و او را نجات می‌دهد. در این جا مسئله غضب و تصرف در مال غیر، از عناوین محرم اولیه است و هنگامی که با عنوان

۴۲. سوره مائده، آیه ۱۸۵، سوره بقره، آیه ۱۸۶، سوره حج، آیه ۷۸.

۴۳. سوره حج، آیه ۷۸.

۴۴. خصال صدوق، شیخ صدوق/ ۴۸۵.

اهمی همچون نجات جان انسان، در مقام تراحم قرار می‌گیرد، حکم عنوان اولی مرتفع می‌شود و بنابر حکم عنوان ثانوی اهم و مهم، تصرف در ملک غیر جایز می‌گردد.

فقها چنین عنوانی را با تمسک به حکم عقل اثبات می‌کنند. برای نمونه مرحوم خوئی (ره) می‌نویسد:

«فیجب تقدیم الاهم علی المهم بحکم العقل وهذا المرجح من القضايا التي قیاساتها معها. فان تقدیم المهم یوجب تفویت المقدار الزائد من المصلحة بخلاف تقدیم الاهم»؛^{۴۵}

در تقدیم اهم بر مهم جای شک و تردید نیست؛ زیرا این مطلب از قضایای بدیهی است که دلیل آن به همراه خودش موجود است؛ به علت این که تقدیم مهم بر اهم باعث می‌شود مقداری از مصلحت و ملاک موجود در واجب اهم از دست برود، برخلاف تقدیم واجب اهم بر مهم که در این صورت، هم مصلحت واجب مهم و هم مصلحت واجب اهم به دست می‌آید.

به این ترتیب، اگر دلیل حکم ثانوی، مانند قاعده اهم و مهم، دلیل عقلی باشد، همچنان که در عبارت فوق چنین قاعده‌ای از بدیهیات عقلی به حساب آمده بود، دیگر برای اثبات آن نیازی نیست که به آیات و روایات استناد شود.

هـ) مقدمه واجب و مقدمه حرام: حکم اولیه بسیاری از عناوین، اباحه یا استحباب و یا کراهت است، اما وقتی به عنوان مقدمه واجب یا حرام مطرح می‌شوند، حکم اولیه آنها تبدیل به وجوب یا حرمت می‌شود؛ مانند: تهیه زاد و

۴۵. مصباح الاصول، سید ابوالقاسم خوئی، ج ۳/۳۶۱.

توشه، مرکب و گذرنامه برای سفر حج. هر چند چنین اموری ذاتاً جزء مباحات محسوب می‌شوند، اما چون مقدمه واجب واقع شده‌اند، حکم و جوب شامل آنها می‌شود.

به همین جهت، چون استعمال تنباکو مقدمه‌ای برای تحکیم پایه‌های استعمار و تقویت بنیه اقتصادی دشمنان اسلام به شمار می‌آید، از سوی مرحوم میرزای شیرازی حرام گردید.

(و) حفظ نظام: مسئله حفظ نظام جامعه اسلامی و جلوگیری از هرج و مرج در آن، از جمله عناوین ثانویه به شمار می‌آید و همه علمای اسلام در آن اتفاق نظر دارند و به همین علت بسیاری از مشاغل از قبیل شغل‌های آموزشی، نظامی، پزشکی و غیره که در شرایط عادی مباح هستند، اما چنانچه حفظ حیات جامعه اسلامی متوقف بر آنها باشد، حکم و جوب بر آنها بار می‌شود و به همین سبب در کتاب مکاسب محرمة در مبحث اخذ اجرت بر واجبات درباره این مسئله به صورت گسترده بحث شده است.

همچنین عناوین ثانویه دیگری نیز وجود دارند که فقها از متن قرآن و احادیث استخراج کرده‌اند و مسلماً موارد دیگری نیز قابل استخراج است که به منظور اختصار تنها به ذکر هر یک بسنده می‌کنیم: تقیه، اعانت بر واجب و ترک حرام، اعانت بر معصیت و ظلم، امر و نهی پدر و مادر و شوهر، نذر، عهد، قسم.

۳. نقش عناوین ثانویه در حل مسائل مستحدثه

همواره انسان مکلف در زندگی فردی خویش با شرایط و حالات استثنایی مختلفی مواجه می‌گردد: زمانی در حالت اضطراب قرار می‌گیرد، دچار ضرر و زیان یا عسر و حرج می‌شود و گاهی بر سر دو راهی انجام دو عمل اهم و مهم قرار می‌گیرد و یا خواسته و ناخواسته کارهای او تحت عناوینی چون: اعانت بر

ظلم و یا اعانت بر طاعت و یا مقدمه واجب یا حرام، واقع می شود؛ به طوری که عقلاً و شرعاً نمی توان قوانین اولیه شریعت را درباره آنها جاری کرد و گاه مشابه چنین موقعیت هایی برای یک جامعه در عرصه های مختلف اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی و نظامی، ایجاد می شود و به این ترتیب انسان در زندگی فردی و اجتماعی با مسائل مستحدثه متعددی مواجه می شود. در این هنگام می توان با مراجعه به قواعد عناوین ثانویه، که از سوی شارع در سیستم قانون گذاری اسلام تعبیه شده است، کلید حل این مسائل را یافت و گره مشکلات فراوانی را به وسیله آنها باز کرد.

شهید مطهری به این واقعیت اشاره کرده و در این باره چنین نوشته است:

«در متن قوانین اسلام یک سلسله قوانین وضع شده که کارشان کنترل قوانین دیگر است. من خیال نمی کنم که در هیچ سیستم قانون گذاری دیگری چنین تعبیه بسیار عالی در متن خودش شده باشد که آن را قابل انعطاف کند».^{۴۶}

در واقع ایشان با این کلام خود می خواهند بفرمایند که ادله عناوین ثانویه بر ادله عناوین اولیه حاکم هستند و آنها را شرح و تفسیر می کنند و دایره موضوع و حکم آنها را وسعت می بخشند و یا محدود می کنند و به این وسیله آنها را در تحت کنترل خویش قرار می دهند؛ یا به عبارت دیگر، اسلام با وضع قاعده لاجرح (ما جعل علیکم فی الدین من حرج)^{۴۷} و قاعده لاضرر (لا ضرر و لا ضرر فی الاسلام)^{۴۸} برای تمامی قوانین اولیه اسلام که در زمینه عبادات و معاملات وارد شده اند، دستگاهی کنترل کننده قرار داده است؛ به طوری که

۴۶. اسلام و مقتضیات زمان، مرتضی مطهری، ج ۲/ ۸۶.

۴۷. سوره حج، آیه ۷۸.

۴۸. وسائل الشیعه، ج ۱۷/ ۳۷۶، کتاب الفرائض والمواریث، ابواب موانع الارث، باب ۱، حدیث ۱۰.

هرگاه اجرای قوانین اولیه موجب شود انسان مکلف در زندگی فردی و اجتماعی خویش با اضطراب، عسر و حرج و یا اختلال نظام مواجه گردد، با کمک آن، گستره حکم و موضوع آنها را محدود می‌کند؛ مثلاً چنانچه روزه گرفتن برای انسانی ضرر داشته باشد، قاعده «لا ضرر»، قانون روزه را محدود می‌کند و ضرر و زیان را از شخص مکلف مرتفع می‌سازد.

در این جا به منظور آشنایی هر چه بیشتر با نقش بسیار مهم عناوین ثانویه در حل مسائل مستحدثه، شایسته است فرمان حضرت امام خمینی (ره) به مجلس شورای اسلامی بررسی شود، و قبل از آن، به انگیزه صدور چنین فرمانی اشاره می‌کنیم. در زمان حضرت امام (ره) گاه اختلافاتی میان مجلس شورای اسلامی بروز می‌کرد؛ بدین گونه که مجلس قوانین را بنا بر مقتضیات روز تصویب می‌کرد و شورای نگهبان به عنوان نهادی که وظیفه بررسی انطباق و یا عدم انطباق مصوبات مجلس را با موازین شرعی به عهده داشت، آن را رد می‌نمود و گاه مواردی مانند: مصوبه قانون کار چندین بار میان مجلس و شورای نگهبان رفت و برگشت می‌کرد.^{۴۹} این شیوه باعث شد تا حضرت امام برای رفع این معضل، در مرحله اول قبل از آن که فرمان تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام را صادر کنند، بفرمایند اگر مصوبه‌ای چند نوبت میان مجلس و شورای نگهبان رفت و برگشت کند، چنانچه آن مصوبه با موافقت اکثر نمایندگان مجلس به صورت قانون تلقی شود، لازم الاجرا است؛ حتی اگر شورای نگهبان آن را خلاف شرع بداند. به این ترتیب، حضرت امام اختیارات ولایی خویش را به مجلس تفویض و در همین زمینه فرمانی را به مجلس شورای اسلامی با این عبارت صادر کردند:

«آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی دخالت دارد که: فعل یا

۴۹. دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، حسین مهرپور/ ۵۸-۵۵.

ترک آن موجب اختلال نظام شود و آنچه ضرورت دارد، که ترک یا فعل آن مستلزم فساد است و آنچه فعل یا ترک آن مستلزم حرج است، پس از تشخیص موضوع به وسیله اکثریت وکلای مجلس شورای اسلامی، با تصریح به موقت بودن آن مادام که موضوع محقق است و پس از رفع موضوع خود به خود لغو می شود، مجازند در تصویب و اجرای آن، و باید تصریح شود که هر یک از متصدیان اجرا، اگر از حدود مقرر تجاوز نمود، مجرم شناخته می شود و تعقیب قانونی و تعزیر شرعی می شود.^{۵۰}

حضرت امام (ره) در این فرمان کوتاه اما بسیار پر محتوا، با طرح تعدادی از عناوین ثانویه مانند: ضرورت، اختلال نظام، حرج، در حقیقت، کلید حل بسیاری از مشکلاتی که حفظ نظام اسلامی بستگی به حل آنها دارد، در اختیار مجلس شورای اسلامی قرار دادند.

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

د) عنصر مصلحت

عنصر مصلحت یکی از مبانی کلیدی و مهم حل مسائل نوظهور به شمار می آید که در یکی دو دهه اخیر توجه فراوانی به آن شده است و علت این توجه، بروز مشکلات فراوانی بود که در زمینه قانون گذاری برای نظام جمهوری اسلامی ایجاد شده بود؛ زیرا در موارد متعددی مجلس شورای اسلامی برای اداره جامعه قوانینی را به تصویب می رساند، ولی با مخالفت شورای نگهبان به عنوان نهادی که وظیفه آن تشخیص مطابقت یا عدم مطابقت مصوبات مجلس با موازین شرع بود، مواجه می گردید و این یکی از معضلات مهمی بود که همواره

۵۰. صحیفه نور، ج ۱۵/ ۱۸۸.

نظام اسلامی با آن برخورد داشت و بارها موجب رد و بدل شدن مکاتباتی بین مجلس و حضرت امام و شورای نگهبان شد^{۵۱}؛ تا این که در مکاتبه‌ای که بین رئیس وقت مجلس با امام(ره) صورت گرفت، حضرت امام برای رفع این معضل، پیامی را که پیشتر ذکر شد،^{۵۲} صادر فرمودند.

بدین سان حضرت امام(ره) با تفویض اختیارات ولایی خویش به مجلس در واقع در نظر داشتند تا از طریق عناوین ثانویه مانند: ضرورت، اختلال نظام، حرج، این معضل را برطرف نمایند و شاید در ابتدا تصور ایشان این بود که مصالح نظام با همین شیوه از طریق مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، تأمین می‌گردد، ولی این طرح با اشکالات متعددی مواجه بود؛ زیرا مواردی وجود داشتند که به هیچ وجه در چهارچوب عناوین ثانویه قرار نمی‌گرفتند. بنابراین حل مسائل آنها از طریق عنوان ضرورت و یا سایر عناوین ثانویه ممکن نبود، و اتفاقاً در آن زمان حضرت آیت‌الله گلپایگانی(ره) در بخشی از نامه انتقادآمیز خود که در انتقاد به پیام فوق و در خطاب به نمایندگان مجلس نوشته بودند، به این اشکال این گونه اشاره فرمودند:

«... ضرورتی که به طور موقت و به مقداری که رفع ضرورت باشد، محور رفع ید از احکام اولیه است؛ مثل اضطرار به اکل میته یا اکل هر حرام، به مقداری که حفظ نفس بر آن توقف دارد جایز می‌شود. در همین مورد، اگر رفع اضطرار، هم به اکل میته و هم به اکل غیر میته که ملک غیر باشد حاصل بشود، مسئله به گونه‌ای دیگر و براساس آن که مفسده کدام یک کمتر است، باید بررسی شود، و در مقداری که حفظ جهات و

۵۱. دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی/ ۵۵-۵۸، ۱۲۰-۱۱۶.

۵۲. صحیفه نور، ج ۱۵/ ۱۸۸.

مصالحی در بین باشد که در شرع مسلم است و حفظ آن جهات به قدری اهمیت دارد که شارع به هیچ وجه راضی به فوت آن نیست، البته باید حفظ آن جهات بشود و حتی در بعضی صور احتمال از بین رفتن آن هم منجز است و فقیه باید سد ثغور آن را از همه جهات بنماید؛ مثلاً رفع وابستگی اقتصادی به کفار، به خصوص در مثل این زمان که موجب سلطه سیاسی و مداخلات آنها در امور مسلمین می شود فی الجمله ضرورت است...؛ اما این که مثلاً بخواهد بازرگانی خارجی را در اختیار بگیرد یا امور بهداشتی و آموزشی و تربیتی را دولتی کند یا برنامه شغل و کسب و کشاورزی را در یک مسیر خاص منحصر نماید...، این گونه امور نظامات دیگری است که با احکام اولیه و ثانویه ارتباط ندارد و عنوان ضرورت دادن به آن قابل قبول نیست».^{۵۳}

در مرحله عمل نیز چنین طرحی، انتظارات امام (ره) را برآورده نساخت و در مواردی که مجلس، قوانینی را براساس مصالح نظام تصویب می کرد، همچنان با مخالفت شورای نگهبان مواجه می گردید و فزونی دامنه این اختلافات بار دیگر کارگزاران نظام را بر آن داشت تا از امام (ره) چاره جویی کنند و در نامه ای به ایشان نوشتند:

«... برای تصویب یک قانون ریزنی و کارشناسی های گوناگون انجام می گیرد، ولی پس از تصویب، شورای نگهبان حاضر به تأیید آن نیست؛ چه باید کرد؟»^{۵۴}

۵۳. کیان، سال نهم، شماره ۴۶، فروردین و اردیبهشت ۱۳۷۸/۳۷.

۵۴. مجموعه قوانین و مقررات مربوط به مجمع تشخیص مصلحت نظام، ج ۱/۳-۱.

در این مرحله بود که توجه به عنصر مصلحت به عنوان عنصری که بتواند حتی فراتر از چهارچوب احکام فرعی اولیه و ثانویه، به حل مسائل نوظهور پردازد، در اندیشه امام قوت یافت و زمینه تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام به دستور ایشان فراهم گردید و به این ترتیب، نظام فقهی ما در صحنه برخورد با مسائل و مشکلات حکومتی، جوهره اصیل و توانمند خویش را با ارائه عنصری گرانبها به نام «مصلحت»، نمایان ساخت و بدین سو می رود که با کمک همین عنصر مسیر ناهموار حل بسیاری از مسائل نوظهور حکومتی را هموار سازد.

البته از این که چنین عنصری در موقعیت خاصی از سوی امام (ره) مورد توجه قرار گرفت، نباید آن را عنصری بیرون دینی به شمار آورد که به ابتکار ایشان وارد حوزه اندیشه سیاسی اسلام شده است؛ بلکه «مصلحت»، عنصری اصیل و ریشه دار در متن شریعت است و در فقه جایگاه ویژه ای دارد. از این رو، برای اثبات این مطلب و آشنایی با جایگاه و نقش عنصر مصلحت، در این بخش مباحثی را با عناوین ذیل دنبال می کنیم:

۱. تعریف مصلحت؛
۲. جایگاه و نقش عنصر مصلحت در فقه شیعه؛
۳. تعیین گستره کاربرد «مصلحت» در احکام شریعت؛
۴. تعیین گستره کاربرد «مصلحت» در احکام حکومتی.

۱. تعریف مصلحت

مصلحت بر وزن مفعله از ماده «صلح» گرفته شده و به معنای «منفعت» است و ضد آن فساد است. این منظور درباره این لغت می نویسد: «الاصلاح نقیض الافساد والمصلحة، الصلاح»^{۵۵}؛ راست نمودن و به راه آوردن مخالف

۵۵. لسان العرب، علامه ابن منظور، ماده صلح.



تباه کردن است و مصلحت به معنای خیر و شایستگی است .

در مجمع البحرین چنین آمده است :

«وفی الامر مصلحة أى خیر»؛ ۵۶

در این کار مصلحت است یعنی خیر و منفعت است .

فقهای شیعه و اهل سنت در کتب فقهی و اصولی خویش در مقام تشریح معنای مصلحت همین معنی را با توسعه بخشیدن به معنای منفعت، که منفعت دنیوی و اخروی را شامل گردد، به کار برده‌اند. صاحب جواهر می‌نویسد:

«یفهم من الاخبار و کلام الاصحاب بل ظاهر الكتاب من ان جميع المعاملات و غيرها انما شرعت لمصالح الناس و فوائدهم الدنیویة و الاخرویة مما تسمى مصلحة و فائدة عرفاً»؛ ۵۷

از روایات و سخنان فقیهان، بلکه ظاهر قرآن استفاده می‌شود که همه معاملات و غیر آنها برای مصالح و منفعت‌های دنیوی و اخروی مردم، یعنی آنچه در نظر عرف مصلحت و منفعت نامیده می‌شود، تشریح شده‌اند.

ابوحامد محمد غزالی در کتاب المستصفی در مقام تعریف مصلحت

می‌نویسد:

«مصلحت در اصل عبارت است از جلب مصلحت یا دفع ضرر.... مقصود ما از آن، جلب منفعت دنیوی و مقاصد آدمی نیست؛ بلکه مقصود حفظ مقاصد شرع است که مهم‌ترین آن حفظ دین، نفس، نسل، عقل و مال انسان‌ها است» . ۵۸

از آن‌جا که در فقه شیعه، هیچ‌گاه مصلحت پایه احکام کلی الهی قرار داده

۵۶. مجمع البحرین، فخرالدین طریحی، ماده صلح.

۵۷. جواهر الکلام، ج ۲۲/۳۴۴.

۵۸. منابع اجتهاد، محمدابراهیم جناتی/۳۲۹.

نشده است، بنابراین فقها لزومی برای بحث و بررسی کامل درباره مفهوم و ماهیت مصلحت نمی دیدند و تنها در مواردی مثل باب تزاحم و تقدیم مصلحت اهم و یا احکام حکومتی و مباحث مربوط به مسئله ولایت و سرپرستی، از عنصر مصلحت نامی به میان آمده است و درباره نحوه تشخیص و مصلحت و ضوابط مربوط به آن هیچ گونه بحث مستقلی مطرح نشده است؛ بلکه این قضیه همان طوری که در کلام صاحب جواهر نیز اشاره شد، به عهده عرف و عقلا گذاشته شده؛ در حالی که اهل سنت عنصر مصلحت را از ابتدا پایه و منبع تشریح احکام الهی قرار داده اند و در فقه آنها مباحث فراوانی در باره این مبنا و ضوابط مربوط به تشخیص آن یافت می شود. در مباحث بعدی در این خصوص، با توضیحات بیشتری، به اختلاف نظرهای این دو دیدگاه پرداخته می شود.

۲. جایگاه عنصر مصلحت در فقه شیعه

از دیدگاه فقهای شیعه، احکام اسلام براساس مصالح و مفاسد، وضع شده است؛ بدین معنی که با قطع نظر از احکام شرع، در افعال مکلفان مصالح و مفاسدی موجود است و اگر خداوند فعلی را واجب کرده است، به سبب همان منفعتی است که در آن وجود دارد و چنانچه از کاری نهی کرده است، باز به جهت فساد و شری است که در آن کار نهفته است. مرحوم نائینی (ره) در این باره می نویسد:

«انه لا سبیل الی انکار تبعیة الاحکام للمصالح والمفاسد فی المتعلقات و ان فی الافعال فی حد ذاتها مصالح و مفاسد کامنه مع قطع النظر عن امر الشارع و نهیه و انها تكون علل للاحکام و مناطاتها»؛^{۵۹}

راهی برای انکار تبعیت احکام از مصالح و مفاسد در متعلقات

۵۹. فوائد الاصول، میرزا محمدحسین نائینی، ج ۳/ ۵۹.

نیست؛ زیرا در افعال با قطع نظر از امر و نهی شارع، مصالح و مفاسدی نهفته است و همین مصالح و مفاسد، علل و مناسبات احکام هستند.

منشأ اعتقاد به چنین اصلی را باید در مباحث مسلم کلامی شیعه، جست و جو کرد؛^{۶۰} به طوری که مرحوم شهید(ره) در این باره می نویسد:

«لَمَّا ثَبِتَ فِي عِلْمِ الْكَلَامِ أَنَّ أَعْمَالَ اللَّهِ تَعَالَى مَعْلَلَةٌ بِالْأَغْرَاضِ وَ أَنَّ الْغَرَضَ يَسْتَحِيلُ كَوْنَهُ قَبِيحًا وَ أَنَّهُ يَسْتَحِيلُ عَوْدُهُ إِلَيْهِ ثَبِتَ كَوْنَهُ لَغَرَضٍ يَعُودُ إِلَى الْمَكْلُوفِ»؛^{۶۱}

چون که در علم کلام مسلم شده است که افعال خداوند معلل به اغراض و اهداف است و غیر ممکن است که آن اغراض قبیح باشد و نیز ممکن نیست که آن اغراض به خدا برگردد، پس ثابت می شود که غرض و هدف به مکلف برمی گردد.

چنین اغراضی که از ناحیه خداوند به سوی مکلفان باز می گردد، از نظر مرحوم شهید(ره) به چهار گونه قابل تصور هستند:

«وَذَلِكَ الْغَرَضُ أَمَّا جَلْبُ نَفْعِ إِلَى الْمَكْلُوفِ أَوْ دَفْعُ ضَرَرٍ عَنْهُ وَ كِلَاهُمَا قَدْ يَنْسَبَانِ إِلَى الدُّنْيَا وَ قَدْ يَنْسَبَانِ إِلَى الْآخِرَةِ وَ الْإِحْكَامُ الشَّرْعِيَّةُ لَا تَخْلُو عَنْ أَحَدِ هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ»؛^{۶۲}

و آن غرض گاهی جلب منفعت برای مکلف است و گاهی دفع ضرر است از او، و این دو گاهی به دنیا مربوط است و گاهی به آخرت، و احکام شرعی از این چهار فرض خارج نیستند.

۶۰. ر. ک: تجرید الاعتقاد، محقق طوسی/ ۲۰۲ و کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، علامه حلی/ ۳۱۹.

۶۱. القواعد والفوائد/ ۴.

۶۲. همان/ ۴.

عنصر مصلحت از گذشته‌های دور تا به امروز همواره در فقه سنتی شیعه، مطرح بوده است و علمای شیعه در ابواب گوناگون فقه به آن اشاره کرده‌اند و مخصوصاً در احکام حکومتی و احکام مربوط به ولایات، مصلحت از نقش مهمی برخوردار بوده است و اگر امام راحل (ره) این عنصر را به عنوان مبنای حل مسائل مستحدثه حکومتی مطرح فرمودند و آن را در جنبه‌های اجتماعی و حکومتی عینیت بخشیدند، یقیناً از فقه سنتی الهام گرفته‌اند

آیات بسیاری بر اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد دلالت می‌کنند؛ از جمله آیه:

«يا ايها الناس قد جايتكم موعظة من ربكم وشفاء لما فى الصدور وهدى ورحمة للمؤمنين قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون»؛^{۶۳}

ای مردم، برای شما بند و شفایی برای آنچه در دل هاتان (از امراض درونی) وجود دارد و هدایت و رحمتی برای مؤمنان، از جانب پروردگارتان آمده است. بگو فقط به فضل و رحمت خدا خوشحال بشوند، آن بهتر است از آنچه (از متاع دنیا) جمع می‌نمایند.

این آیه مبارک از چند جهت بر این امر دلالت می‌کند:

یک: موعظه بزرگ‌ترین وسیله است که مردم از آن راه، به مصالح و مفاسد زندگی خویش پی می‌برند و راهنمایی می‌شوند که به کارهای نیک توجه کنند و از کارهای خلاف دوری جویند.

۶۳. سوره یونس، آیه ۵۸.

دو: در این آیه تصریح شده است که قرآن و عمل نمودن به دستورهایش موجب شفای بیماری‌های درونی است و معلوم است که وارستگی از امراض درونی، موهبت و مصلحت عظیمی است که به وسیله قرآن نصیب افراد می‌شود.

سه: قرآن به هدایت و رحمت توصیف شده است و آن عین مصلحت است؛ چه مصلحتی می‌تواند بالاتر از هدایت باشد؟

چهار: در آخر آیه آمده است: «به فضل و رحمت خدا که موجب هدایت شده است، باید خوشحال شوند». بدون شک خوشحالی به جهت مصلحت و نفعی است که مردم به آن می‌رسند و این به مثابه این است که در هنگام حصول موفقیت به انسان تبریک گویند.^{۶۴}

روایات بسیاری نیز در این زمینه وجود دارد؛ از جمله در روایتی از امام رضا(ع) چنین آمده:

«أَنَّ بَعْضَ أَهْلِ الْقَبْلَةِ يَزْعُمُ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَمْ يَحْلَلْ شَيْئاً وَ لَمْ يَحْرَمْهُ لِعَلَّةَ أَكْثَرِ مِنَ التَّعَبُّدِ لِعِبَادَةِ بِنَدْوِكَ، قَدْ ضَلَّ مَنْ قَالَ ذَلِكَ ضَلَالاً بَعِيداً وَ خَسِرَ خَسِرَاناً مَبِيناً لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَكَانَ جَائِزاً أَنْ يَسْتَعْبِدَهُمْ بِتَحْلِيلِ مَا حَرَّمَ وَ تَحْرِيمِ مَا أَحَلَّ حَتَّى يَسْتَعْبِدَهُمْ بِتَرْكِ الصَّلَاةِ وَ الصِّيَامِ وَ أَعْمَالِ الْبِرِّ كُلِّهَا، وَ الْإِنْكَارِ لَهُ وَ لِرَسُولِهِ وَ كِتَابِهِ وَ الْجُحُودِ بِالزَّانَا وَ السَّرْقَةِ وَ تَحْرِيمِ ذَوَاتِ الْمُحَارَمِ وَ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأُمُورِ الَّتِي فِيهَا فَسَادُ التَّدْبِيرِ وَ فَنَاءُ الْخَلْقِ، إِذَا الْعَلَّةُ فِي التَّحْلِيلِ وَ التَّحْرِيمِ التَّعَبُّدُ لَا غَيْرَهُ، فَكَانَ كَمَا أَبْطَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِهِ قَوْلَ مَنْ قَالَ ذَلِكَ أَنَا وَ جَدْنَا كَلِمَا أَحَلَّ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِيهِ صَلَاحَ الْعِبَادَةِ وَ بَقَاؤَهُمْ وَ لَهُمْ إِلَيْهِ الْحَاجَةُ الَّتِي

۶۴. ر. ک: مقاله «زمینه‌های ثابت و متغیر در اسلام»، مهدی صانعی/ ۸.

لايستغنون عنها و وجدنا المحرم بين الاشياء لا حاجة للعباد اليه
و وجدناه مفسداً داعياً الى الفناء والهلاك؛^{۶۵}

بعضی از مسلمانان گمان می کنند که خداوند تبارک و تعالی چیزی را که حلال و یا حرام کرده است، فقط به این دلیل بوده که مردم را به تعبّد و ادّار کند. کسی که چنین بگوید، گمراه گشته گمراهی بسیار دور، و زیان کرده است زبانی آشکار. اگر چنین بوده باشد نیز جایز بود که خداوند بندگانش را در تحلیل محرمات و تحریمات محلاتّ به تعبّد و ادّار؛ به این صورت که به آنها دستور دهد نماز و روزه و کارهای خیر را ترک کنند و خدا و پیامبران و انزال کتب را منکر گردند و نیز زنا، سرقت و حرمت محارم و شبیه اینها از کارهایی که در آنها فساد و فناء مردم را به دنبال دارد، منکر شوند؛ چرا که علت تحلیل و تحریم، صرف تعبّد است و آن در این صورت نیز حاصل می شود. پس همان طور که خداوند عزوجل چنین گمانی را باطل کرده، این گفتار نیز آن را باطل می کند که می گوید ما معتقدیم هرچه را که خداوند حلال کرده است، مصلحت و بقای مردم به آن بستگی دارد و مردم به آنها نیازمندند و هرچه را که حرام معرفی کرده، مردم به آنها نیاز ندارند و فساد و هلاکت آنان در آن است.

بنابراین از دیدگاه شیعه، در دین مبین اسلام حکمی که تعبّد محض باشد -یعنی بدون در نظر گرفتن مصلحت یا مفسده‌ای، دستوری وضع شده باشد-

۶۵. بحار الانوار، ج ۶/۹۳، کتاب العدل والمعاد، باب ۲۳، باب علل الشرایع، فصل الثانی، حدیث ۱.

وجود ندارد و به قول شهید مطهری:

«قوانین اسلامی به اصطلاح امروز در عین این که آسمانی است، زمینی است؛ یعنی براساس مصالح و مفاسد موجود در زندگی بشر است؛ بدین معنی که جنبه مرموز و صد در صد مخفی و رمزی ندارد که بگوید حکم خدا به این حرف‌ها بستگی ندارد؛ خدا قانونی وضع کرده و خودش از رمز آن آگاه است. نه، اسلام اساساً خودش بیان می‌کند که من هرچه قانون وضع کرده‌ام، براساس همین مصالحی است که یا به جسم شما مربوط است یا به روح شما، به اخلاق شما، به روابط اجتماعی شما، به همین مسائل مربوط است؛ یعنی یک امور به اصطلاح مرموزی که عقل بشر هیچ به آن راه نداشته باشد، نیست.»^{۶۶}

ناگفته نماند منظور از این که می‌گویند برخی از احکام شرع تعبدی هستند، نه به این معنا است که براساس مصالح و مفاسد جعل نشده‌اند؛ بلکه به این معنا است که اگر وجه حکمت و مصلحت احکام بر ما پوشیده باشند، مانع از این نیست که از آنها پیروی نکنیم؛ زیرا فهم تمامی مصالح و مفاسد احکام شرع از گستره ادراکات بشر خارج است و اگر غیر از این بود، نزول شریعت‌های آسمانی معنایی نداشت.

بنابراین از دیدگاه فقه شیعه، همه احکام شرع ثبوتاً بر پایه مصالح و مفاسد بنا شده است؛ اما در مرحله اثبات در مورد این که آیا مصالح و مفاسدی که بشر با فهم عادی خویش به آنها می‌رسد می‌تواند پایه حکم الهی قرار گیرد یا خیر، فقهای شیعه و اهل سنت دارای دو دیدگاه مختلفند. اهل سنت با استناد به قاعده

۶۶. اسلام و مقتضیات زمان، ج ۲/۲۷.

حسن و قبح عقلی اشیا معتقدند از آن جا که احکام شرع بر پایه مصالح و مفاسدی بنا شده است و این مصالح و مفاسد برای عقل بشر قابل درک است (یعنی بشر قادر است نیکی آنچه را که به آن امر شده و قبح آنچه را که از آن نهی شده، درک کند)، بنابراین اگر واقعه‌ای بود که درباره آن نص شرعی وجود نداشت، می‌توان بر مبنای مصالح و مفاسد ادراک شده، حکم معتبر شرع را به دست آورد. اهل سنت این شیوه از تشریح حکم را «مصالح مرسله» نامیده‌اند.^{۶۷}

البته شیعه در بخشی از استدلال فوق با اهل سنت هم عقیده است و اعتقاد دارد که احکام شرع بر پایه مصالح و مفاسد بنا شده‌اند و عقل بشر در برخی از موارد توانایی درک حسن و قبح اموری را دارد که خداوند به آنها فرمان داده و یا باز داشته است، چنان که به طوری که محقق نایینی می‌نویسد:

«انه لا سبيل الى انكار ادراك العقل تلك المناطات موجبة جزئيه وان العقل ربما يستقل بقبح شيء و حسن آخر و لا يمكن عزل العقل في ادراك الحسن والقبح كما عليه بعض الاشاعره»^{۶۸}؛

بدون تردید، عقل برخی از ملاک‌ها را درک می‌کند؛ چرا که عقل در برخی موارد به گونه‌ای مستقل نیکی و بدی چیزها را درک می‌کند و بر کناری عقل از مقام شناخت نیکی و بدی ممکن نیست؛ همچنان که اشاعره می‌گویند.

اما با وجود این، به عقیده شیعه، نمی‌توان حکم شرع را بر اساس ملاکاتی که عقل بشر ادراک کرده، به دست آورد؛ زیرا از ناحیه کشف ملاکات تنها می‌توان به حکم ظن پیدا کرد و از آن جا که چنین ظنی، بدون دلیل بر اعتبارش

۶۷. منابع اجتهاد/ ۳۳۲- ۳۳۱ و فلسفه قانون‌گذاری در اسلام، صبحی محمصانی / ۱۶۰.

۶۸. فوائد الاصول، ج ۳/ ۵۹.

هیچ ارزشی ندارد، نمی‌تواند پایه حکم شرع قرار گیرد. البته در صورتی که کشف ملاک از سوی عقل موجب قطع به حکم شرع گردد، ایرادی نیست، اما چنین ادعایی بسیار بعید است؛ زیرا به اندازه‌ای در ملاکات احکام شرع احتمال وجود دارد که نه تنها قطع، بلکه محصول ظن به حکم شرع نیز مشکل است. به همین جهت، هیچ‌یک از علمای فقه و اصول شیعه، مصلحت را به عنوان منبع استنباط احکام قبول ندارند.

همچنین در مبحث «مصلحت»، تفاوت عمده دیگری نیز در فقه شیعه و اهل تسنن وجود دارد بدین قرار که راهی که اهل تسنن بر مبنای مصلحت برای حل مسائل مستحدثه می‌پیماید، با طریقی که شیعه بر آن مشی می‌کند، کاملاً متفاوت است. به عقیده اهل سنت در این گونه مسائل که از آنها به عنوان «ما لا نص فیہ» تعبیر می‌کنند، فقیه اجازه دارد بر مبنای مصلحت اندیشی، حکمی را تشریح کند،^{۶۹} و چنین قانونی که از ناحیه مجتهد جعل می‌شود، بر اساس اصل تصویب، به خود شارع انتساب می‌یابد.

این در حالی است که از نظر شیعه اولاً موضوعی به نام ما لا نص فیہ وجود ندارد؛ زیرا معتقد است که خداوند برای هر موضوعی، حکمی را تا روز قیامت جعل نموده است.^{۷۰} و مکلف وظیفه دارد از طریق کتاب و سنت به آنها دسترسی یابد و عمل نماید. پس برای مسائل جدید، مجتهد نمی‌تواند قانون جعل کند؛ بلکه تنها وظیفه اش این است که با رد فروع بر اصول احکام آنها را استخراج کند و ثانیاً احکامی که بر مبنای عنصر مصلحت از سوی حاکم اسلامی درباره مسائل جدید صادر می‌شود (که عموماً در مسائل حکومتی چنین کاری صورت می‌گیرد)، به عنوان تشریح یا به عنوان فتوای کاشف از حکم شرعی به شارع

۶۹. منابع اجتهاد/۳۳۲.

۷۰. جامع احادیث الشیعه، طباطبایی بروجردی، ج ۱/۱۱.

انتساب نمی‌یابد؛ بلکه حکمی است که به صلاح‌دید حاکم و بنا به اختیارات ولی امر صادر شده و از این جهت که پیروی از وی واجب است، اجرائش لازم می‌گردد.

بنابراین هیچ‌گاه از دیدگاه فقه شیعه، عنصر مصلحت به عنوان مبنای حکم شرعی اعم از حکومتی و غیر حکومتی، جایگاهی نداشته است و در کتب اصولی شیعه هیچ‌گونه بحثی درباره‌ی عنصر مصلحت با چنین مفهومی، مطرح نیست، ولی واژه مصلحت در کتب فقهی شیعه در ابوابی مثل: مکاسب محرمه، بیع، وقف، ولایت و غیر اینها در موارد متعددی استعمال شده است و با بررسی همه آنها به طور کلی می‌توان جهت کاربرد این کلمه را در دو زمینه خلاصه کرد:

۱. در جایی که تراجم دو حکم شرعی در مقام امتثال و اجرای آنها پیش می‌آید؛

۲. در مسئله ولایت و سرپرستی.

در زمینه اول مثلاً شیخ انصاری (ره) در مکاسب محرمه این کلمه را در مواردی مثل جواز غیبت استعمال کرده و فرموده است:

«فیما استثنی من الغیبة و حکم بجوازها... فاذا فرض هناک مصلحة راجعة الی المغتاب... دلّ العقل او الشرع علی کونها اعظم من مصلحة احترام المؤمن بترک ذلك القول فیه و جب کون الحکم علی طبق اقوی المصلحتین»؛^{۷۱}

مواردی که از حرمت غیبت استثنا گردیده و به جواز آن حکم شده، (جایی است که) فرضاً مصلحتی متوجه شخص غیبت شونده گردد که از نظر عقل یا شرع بر مصلحت حفظ

۷۱. کتاب مکاسب/ ۴۴.

احترام مؤمن برتری دارد. در این صورت، واجب است بر طبق مصلحت اقوا حکم شود.

ایشان همچنین در موارد جواز کذب می نویسند:

«من مسوغات الكذب ارادة الاصلاح وقد استفاضت الاخبار بجواز الكذب عند ارادة الاصلاح»؛^{۷۲}

اصلاح ذات البین از موارد جواز کذب است و روایات زیادی به جواز کذب برای اصلاح ذات البین دلالت دارند.

در زمینه دوم، به طور کلی در ابواب فقه هر جا از ولایت بحثی مطرح گردیده، در کنار آن از مصلحت و مصلحت بینی ولی هم سخنی به میان آمده است، زیرا همان طور که امام راحل (ره) نوشته اند:

«اصل اولی در هر ولایتی این است که مقید به رعایت مصلحت باشد».^{۷۳}

برای نمونه، صاحب جواهر در مسئله احتکار می فرماید: حاکم شرع محتکر را به فروختن جنس احتکار شده وادار می کند و دلیل بر این حکم روایات و اجماع علما است، چه احتکار حرام باشد و چه مکروه، و اگر کسی بگوید بنا بر قول به کراهت، وادار کردن بر بیع معنا ندارد، زیرا وقتی احتکار مکروه شد، فروش جنس واجب نیست و چگونه می توان کسی را وادار کرد بر کاری که بر او واجب نیست؟ پاسخ می دهیم:

«لا احتمال اختصاص ذلك بالخروج عن القاعدة بالادلة المزبورة المؤيدة، باقتضاء المصلحة العامة والسياسة ذلك في كثير من الازمنة والامكنه»؛^{۷۴}

۷۲. همان/۵۲.

۷۳. کتاب البیع، ج ۲/۵۲۶.

۷۴. جواهر الکلام، ج ۲۲/۴۸۵.

ما دلیل داریم بر وادار کردن محتکر و اجبار او بر بیع، و ما تابع دلیل هستیم. گذشته از این، مصلحت عمومی و سیاست نیز این حکم را تأیید می‌کند؛ زیرا در بسیاری از زمان‌ها و مکان‌ها، مصلحت عمومی و سیاست اقتضای وادار کردن محتکر را بر فروختن جنس دارد.

و همچنین فقهای دیگر از جمله شیخ مفید^{۷۵}، شیخ طوسی^{۷۶} و شهید ثانی^{۷۷} برای جلوگیری از احتکار، وادار کردن بر فروش جنس و قیمت‌گذاری را برای حاکم اسلامی بر اساس رعایت مصلحت جایز دانسته‌اند. امام خمینی (ره) در این زمینه می‌نویسد:

«يجبر المحتكر على البيع، و لا يعين عليه السعر على الاحوط، بل له ان يبيع بما شاء الا اذا اجحف، فيجبر على النزول من دون تسعير عليه، و مع عدم تعيينه يعين الحاكم بما يرى المصلحة»^{۷۸}

محتکر را بر فروش جنس احتکار شده وادار می‌کنند، لیکن قیمت بنا بر احوط برای او معین نمی‌شود؛ بلکه می‌تواند به هر قیمتی بفروشد، مگر این که قیمت پیشنهادی او، اجحاف باشد که در این صورت او را وادار می‌کنند قیمت را پایین بیاورد. اگر محتکر قیمتی را معین نکرد، حاکم شرع بنا بر مصلحتی که می‌بیند، قیمت را معین می‌کند.

همچنین در موارد دیگری که در حوزه اختیارات حاکم اسلامی بوده، این

۷۵. المقنعه، شیخ مفید/۶۱۶.

۷۶. النهایه/۳۷۴.

۷۷. المسالك، زین‌الدین بن علی‌العاملی، ج ۱/۱۴۱.

۷۸. تحریر الوسیله، ج ۱/۴۳۲، مسئله ۲۳.

کلمه به کار رفته است؛ از جمله: در بحث از سرزمین‌هایی که با جنگ به دست آمده،^{۷۹} آباد کردن زمین‌ها،^{۸۰} بذل جایزه از بیت‌المال،^{۸۱} تثبیت قیمت‌ها و محدود کردن تجارت،^{۸۲} فروش سلاح به دشمنان دین،^{۸۳} کیفیت مصرف خمس،^{۸۴} و همچنین در سایر ولایت‌ها از قبیل: ولایت بر وقف،^{۸۵} ولایت بر طفل،^{۸۶} ولایت قیمی که پدر یا جد پدری پس از مرگ خود، او را تعیین می‌کنند،^{۸۷} و غیر اینها.

رعایت مصلحت در چنین اموری از شروط لازم است و نتیجه مهمی که از مجموع نمونه‌های یاد شده گرفته می‌شود، این است که عنصر مصلحت از گذشته‌های دور تا به امروز همواره در فقه سنتی شیعه، مطرح بوده است و علمای شیعه در ابواب گوناگون فقه به آن اشاره کرده‌اند و مخصوصاً در احکام حکومتی و احکام مربوط به ولایات، مصلحت از نقش مهمی برخوردار بوده است و اگر امام راحل (ره) این عنصر را به عنوان مبنای حل مسائل مستحدثه حکومتی مطرح فرمودند و آن را در جنبه‌های اجتماعی و حکومتی عینیت بخشیدند، یقیناً از فقه سنتی الهام گرفته‌اند و پس از بررسی و درک کامل از جایگاه و نقش اساسی مصلحت در احکام حکومتی و احکام مربوط به ولایت، به این نتیجه مهم رسیده‌اند.

۷۹. المبسوط، شیخ طوسی، ج ۱/ ۲۳۵.

۸۰. جواهر الکلام، ج ۳۸/ ۵۹.

۸۱. همان، ج ۲۸/ ۲۲۶- ۲۲۵.

۸۲. تحریر الوسیله، ج ۲/ ۵۵۸.

۸۳. مکاسب محرمة، ج ۱/ ۱۵۳- ۱۵۲.

۸۴. کتاب البیع ج ۲/ ۴۹۵.

۸۵. تحریر الوسیله، ج ۲/ ۸۰، مسئله ۸۳، ۸۷.

۸۶. شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۲/ ۷۸.

۸۷. کتاب البیع، ج ۲/ ۴۳۶.

۳. تعیین گستره کاربرد «مصلحت» در احکام شریعت

تشخیص حوزه «مصلحت‌شناسی» در احکام شریعت، محدوده کاربرد عنصر مصلحت را در حل مسائل نوظهور، معین می‌سازد. به همین منظور ابتدا احکام شریعت در سه دسته احکام اولیه، احکام ثانویه، احکام حکومتی، در نظر گرفته می‌شود و سپس گستره کاربرد مصلحت، در هر یک از آنها معین می‌گردد.

اما احکام اولیه؛ همان‌طور که در مبحث قبلی اشاره شد، حکم اولی حکمی است که موضوع آن، «بما هو هو» دارای حکم شرعی ثابت و دائمی است که در صورت عدم تغییر موضوع، حکم آن همچنان ثابت است. در این‌گونه احکام، مصلحت و مفسده در متعلق آن است و تنها خداوند به همه آنها علم دارد و عقل بشر می‌تواند بخشی از مصالح و مفساسد این احکام را درک کند. مکلف ملزم است چنین احکامی را تعبداً بپذیرد؛ حتی اگر به هیچ‌گونه از مصالح و مفساسد آنها پی نبرده باشد. امام خمینی (ره) درباره عدم توانایی عقل بشر برای کشف ملاکات احکام تعبدی می‌نویسد:

«ضرورة عدم طریق للعقول الی فهم مناطات الاحکام التعبدیه
والافای فارق عند العقول بین الدم وغیره و بین مقدار الدرهم
واقل منه و بین دم القروح والجروح و غیر الی ذلك من التعبدیات
فالفقیه کل الفقیه من یقف علی التعبدیات»؛^{۸۸}

عقل راهی برای درک ملاکهای احکام تعبدی ندارد، و گرنه از دید عقل چه تفاوتی میان خون و چیزهای دیگر و یا بین یک درهم و کمتر از آن، و میان خون دمل و جراحت و دیگر خون‌ها وجود دارد. فقیه کامل کسی است که در امور تعبدی، توقف کند.

۸۸. کتاب الطهاره، ج ۳/۴۳۶.

البته در صورتی که باب تزامم در بین باشد و حکمی از احکام اولیه در تزامم با حکمی مهم تر از آن قرار گیرد، عقل انسان در این مورد خاص، مصالح احکام را در نظر می آورد و درباره آنها می اندیشد و مصلحت اهم را بر مهم مقدم می کند. این گونه مصلحت سنجی براساس اصل عقلی صورت می گیرد که از سوی روایات و فقهای اسلام نیز مورد تأیید است، ولیکن در خارج از باب تزامم نمی توان مصلحت سنجی را در حوزه احکام اولیه گسترش داد؛ به نحوی که مثلاً با درک مصالح و مفاسد موضوعات غیر منصوص، بتوان حکمی را جعل نمود و آن را به شارع نسبت داد؛ کاری که اهل سنت به آن پرداخته اند.

اما احکام ثانویه؛ حکم ثانوی آن است که بر موضوع «بماهو موضوع» ثابت نگردیده است، بلکه موضوع آنها به تحقق یکی از عناوین احکام ثانویه مقید است؛ مانند: ضرورت، ضرر، حرج و... باید درباره این گونه احکام گفت در محدوده این احکام نیز، مصلحت سنجی راهی ندارد؛ زیرا اصولاً نیازی به این امر نیست و تا زمانی که موضوعات این احکام به یکی از عناوین ثانویه مقید هستند، حکم ثانوی باقی است و با زوال قیود آنها، حکم ثانوی جای خود را به حکم اولی می دهد.

اما در قلمرو احکام حکومتی مسئله صورت دیگری می یابد. از سوی برخی از صاحب نظران احکام حکومتی تعریف شده است به حکمی که ولی جامعه، بر مبنای ضوابط پیش بینی شده طبق مصالح عمومی، برای حفظ سلامت جامعه، تنظیم امور آن، برقراری روابط صحیح بین سازمان های دولتی و غیر دولتی با مردم، سازمان ها با یکدیگر، افراد با یکدیگر، در مورد مسائل فرهنگی، تعلیماتی، مالیاتی، نظامی، جنگ و صلح، بهداشت، عمران و آبادی، راه ها، اوزان و مقادیر، ضرب سکه، تجارت داخلی و خارجی، امور ارزی، حقوقی، اقتصادی، سیاسی، نظافت، و زیبایی شهرها و سرزمین ها و

سایر مسائل، مقرر داشته است. ۸۹

عنصر مصلحت در احکام حکومتی جایگاه خاصی دارد و همان طور که در تعریف مذکور تصریح شد، اصولاً چنین احکامی بر مبنای مصلحت سنجی حاکم جامعه، وضع می‌شوند و تا مادامی که مصلحت حکم باقی باشد، حکم آنها نیز باقی است.

۴. تعیین گستره کاربرد «مصلحت» در احکام حکومتی

از مطالبی که مطرح شد، حوزه کاربرد عنصر مصلحت در احکام شریعت مشخص گردید و معلوم شد حاکم اسلامی در حوزه احکام حکومتی می‌تواند، دستورهایی را بر مبنای مصلحت صادر کند، ولیکن باید دید آیا برای صلاح‌دیدها و مصلحت‌شناسی‌های وی در احکام حکومتی، چارچوب خاصی وجود دارد یا خیر؟ در مورد این مسئله میان بزرگان اختلاف نظر وجود دارد و در این زمینه سه دیدگاه عمده مطرح است:

یک. برخی از فقهای معاصر معتقدند که حوزه مصلحت‌شناسی حاکم اسلامی در چارچوب اجرای احکام اولیه و ثانویه قرار می‌گیرد و بر طبق این دیدگاه، حدود اختیارات حاکم به تشخیص موضوعات و تطبیق احکام بر آنها خلاصه می‌گردد و اگر حاکم بنا باشد بر اساس مصلحت حکمی را به عنوان حکم حکومتی صادر کند، وجود مصلحت به تنهایی نمی‌تواند دلیل در صدور حکم باشد، بلکه آن مصلحت باید بر طبق قواعد عناوین ثانویه مانند: ضرورت، اهم و مهم و... مورد سنجش قرار گیرد. یکی از مراجع در این باره چنین می‌نویسد:

«الاحکام الولاية احکام اجرائية وتنفيذية لانها مقتضى طبيعة

۸۹. مقالات حقوقی، ابوالقاسم گرگی، ج ۲/ ۲۸۷.

مسأله الولاية وانها دائماً ترجع الى تشخيص الصغريات
والموضوعات وتطبيق احكام الشرع عليها وتطبيقها على
احكام الشرع»؛^{۹۰}

احكام حكومتی، احكامی اجرایی و تنفيذی می باشند؛ زیرا
مقتضای طبیعت مسئله ولایت، همین است و مسئله ولایت
همواره برمی گردد به تشخیص صغراها و موضوعات و تطبیق
احكام شرع بر آنها و تطبیق آنها بر احكام شرع.

ایشان درباره نحوه مصلحت سنجی فقیه که در چهارچوب قواعد عناوین
ثانویه صورت می گیرد، می نویسد:

«حكم الفقيه بترك الحج في بعض السنين و في بلد من البلاد
اذا كان هناك مصالح اهم منه فإنه لا يرب في انطباقه على ما
عرفت من قاعدة الالهم والمهم»؛^{۹۱}
حكم فقیه به ترک کردن حج در بعضی از سالها و در بعضی از
شهرها، در صورتی که در آنجا مصالح مهم تری در بین
باشد، بدون تردید منطبق است بر آنچه شناختید که عبارت
است از قاعده اهم و مهم.

دو. و بعضی از فقهای دیگر، از جمله شهید محمدباقر صدر(ره)، گستره
مصلحت سنجی حاکم را به احكام غیر الزامی (مباح، کراهت، استحباب)
محدود کرده اند. به عقیده ایشان این گونه احكام محدوده ای را تشکیل می دهند
که «منطقة الفراغ الشرعی» یا «قلمرو ترخیص» نامیده شده^{۹۲} و به حاکم اجازه
داده اند تا با توجه به مصالح و منافع جامعه و با وضع قوانین حکومتی آن قلمرو

۹۰. انوار الفقاهه، کتاب البیع، الجزء الاول/ ۵۵۱.

۹۱. همان/ ۵۵۰.

۹۲. اقتصادنا/ ۴۰۲-۴۰۰، ۷۲۶-۷۲۵.

را پر کنند. شهید با ذکر آیه شریف: «یا ایها الذین آمنوا اطیعوا الله واطیعوا الرسول و اولی الامر منکم»؛^{۹۳} یعنی: «ای اهل ایمان فرمان خدا و رسول و فرمانداران (از طرف خدا و رسول) را اطاعت کنید»، چنین صلاحیتی را برای ولی فقیه به اثبات می‌رساند و سپس درباره دیدگاه خود چنین می‌نویسد:

«وحدود منطقة الفراغ التي تتسع لها صلاحيات اولی الامر، تضم فی ضوء هذا النص الکریم کل فعل مباح تشريعياً بطبيعته، فای نشاط و عمل لم یرد نص تشريعی يدل علی حرمة او وجوبه، یسمح لولی الامر باعطائه صفة ثانویه، بالمنع عنه او الامر به فاذا منع الامام عن فعل مباح بطبيعته، اصبح حراماً، و اذا امر به، اصبح واجباً و اما الافعال التي ثبت تشريعياً تحريمها بشكل عام، كالربا مثلاً، فليس من حق ولی الامر، الامر بها، كما ان الفعل الذي حکمت الشريعة بوجوبه كاتفاق الزوج علی زوجته، لا یمكن لولی الامر المنع عنه، لان طاعة اولی الامر مفروضة فی الحدود التي لا تتعارض مع طاعة الله و احكامه العامه»؛^{۹۴}

محدوده قلمرو ترخیص، که مصلحت سنجی های صاحبان امر شامل آن می‌گردد، در پرتو این نص، هر عملی را که اولاً و بالذات از نظر شرع مباح است، دربر می‌گیرد. پس هر فعالیت و عملی که نص شرعی بر حرمت یا وجوب آن دلالت نکند، برای ولی امر جایز است تا صفت ثانوی به آن بدهد. پس اگر امام از کاری که اولاً و بالذات مباح است، منع کند،

۹۳. سوره نساء، آیه ۵۹.

۹۴. اقتصادنا/۷۲۶.

آن عمل حرام می‌گردد و اگر به آن دستور دهد، واجب می‌شود؛ ولی کارهایی که به طور عام حرام گردیده، مانند: ربا، ولی امر حق ندارد به آن دستور دهد؛ همان‌گونه که عملی را که شریعت واجب کرده است، مانند: نفقه زوجه بر زوج، ممکن نیست برای او که آن را منع کند؛ زیرا پیروی از حاکمان در قلمروی واجب است که با اطاعت از خدا و احکام عام آن معارض نباشد.

۳. و گروهی دیگر از فقها، از جمله حضرت امام خمینی (ره)، بر این باورند که عنصر مصلحت به تنهایی و بدون هیچ‌گونه قیدی می‌تواند در تمامی احکام الزامی و غیر الزامی، و در همه مسائل سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و... پایه احکام حکومتی قرار گیرد و از این رو، به عقیده ایشان برخلاف نظر گروه اول، اولاً اختیارات حکومت در چارچوب احکام فرعی نیست و ثانیاً مصلحت سنجی‌هایی که از سوی حاکم در خارج از چارچوب احکام فرعیه اولیه صورت می‌گیرد، لزوماً به استناد عناوین ثانویه ضرورت، جرح، اهم و مهم، و... نیست و به تعبیر حضرت امام (ره) «احکام ثانویه ربطی به اعمال ولایت فقیه ندارد».^{۹۵}

همچنین برخلاف نظر گروه دوم، حوزه مصلحت‌شناسی حاکم اسلامی در چارچوب هیچ حکم فرعی محدود نمی‌گردد و در واقع هیچ‌یک از احکام اولیه در قیاس با نظام ولایت و اصل مصلحت، ثابت و قطعی به شمار نمی‌روند؛ بلکه همه آنها در طول نظام ولایت قرار می‌گیرند، امام خمینی (ره) در مقام تبیین و استدلال بر این دیدگاه چنین فرموده‌اند:

«اگر اختیارات حکومت در چارچوب احکام فرعیه الهیه

است، باید عرض حکومت الهیه و ولایت مطلقه مفوضه به نبی اسلام (ص) یک پدیده بی معنی و محتوا باشد حکومت، که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول الله (ص) است، یکی از احکام اولیه اسلام است و مقدم بر تمام احکام فرعیه حتی نماز و روزه و حج است. حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است، خراب کند و پول منزل را به صاحبش رد کند، حاکم می‌تواند مساجد را در موقع لزوم تعطیل کند و مسجدی که ضرار باشد، در صورتی که رفع، بدون تخریب نشود، خراب کند، حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یکجانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را چه عبادی و یا غیر عبادی که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن، می‌آدAMI که چنین است جلوگیری کند، حکومت می‌تواند از حج که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست، موقتاً جلوگیری کند....

آنچه گفته شده است که شایع است مزارعه و مضاربه و امثال آنها را با آن اختیارات از بین خواهد رفت، صریحاً عرض می‌کنم که فرضاً چنین باشد، این از اختیارات حکومت است و بالاتر از آن هم مسائلی است که مزاحمت نمی‌کنم». ۹۶